

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية



الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي

- دراسة مقارنة -

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

إشراف:

أ.د. دنوني هجيرة

إعداد الطالب:

بن عودة حسكر مراد

لجنة المناقشة:

| | | | |
|--------------|--------------|-----------------------|------------------|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ | أ.د. كحلولة محمد |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان | أستاذة | أ.د. دنوني هجيرة |
| مناقشا | جامعة وهران | أستاذة | أ.د. جمعي ليلي |
| مناقشا | جامعة معسكر | أستاذ محاضر قسم "أ" | د. مسعودي رشيد |
| مناقشا | جامعة سعيدة | أستاذة محاضرة قسم "أ" | د. منادي مليكة |

السنة الجامعية : 2012-2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ
فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ
ظَلُومًا جَهُولًا ﴾

سورة الأحزاب ، الآية 72



شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين نحمده حمد الشاكرين ونستجيب له استجابة الطائعين، والصلاة والسلام على

سيدنا وقدوتنا وشفيعنا محمد بن عبد الله إمام خير أمة أخرجت للناس، وعلى آله الطيبين

الطاهرين أجمعين، وجميع الأنبياء والمرسلين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين .

مصداقا لقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم : ﴿ وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ

لَأَزِيدَنَّكُمْ^ط وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴿٧﴾ الآية 7 ، سورة إبراهيم .

فالحمد والشكر لله حمدا كثيرا على إتمام هذا العمل المتواضع، كما أتوجه بمخلص شكري وامتناني

إلى أستاذتي الفاضلة الكبيرة في تواضعها، العاملة في علمها، الطيبة في تعاملها، الرحبة في صدرها،

الأستاذة الدكتورة : دنوبي بن شيخ الحسين هجيرة، التي شرقتني بقبولها الإشراف على هذه

الأطروحة والتي ساعدتني بتوجيهاتها القيمة ونصائحها النيرة طيلة فترة البحث، فلها مني كل الشكر،

وجزاها الله عنا كل خير، ودامت ذخرا للوطن والعلم .

كما أتوجه بشكري الكبير إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع،

وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور كحلولة محمد .

وكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد .

الطالب : بن عودة حسكر مراد .

العلماء

إلى من قال فيهما المولى تبارك وتعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ
بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ۖ وَإِنْ جَاهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ إِلَيَّ
مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ الآية 8، سورة العنكبوت .

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما .

إلى كل الإخوة والأصدقاء والزملاء .

إلى صديقي وأخي في الله الدكتور شبحاوي فضيل .

إلى كل أستاذ وطالب علم .

الطالب : بن عودة حسكر مراد .

قائمة المختصرات.

أوّلا : باللغة العربية.

ج: جزء.

ج.ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.ط : دون طبعة.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

د.و.أ.ن: الديوان الوطني للأشغال التربوية.

ص : صفحة.

ط: طبعة.

ع: عدد.

غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ج.م: غرفة الجناح والمخالفات.

غ.ج: غرفة جزائية.

ف: فقرة.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية.

ق.ش.أ: قسم شؤون الأسرة.

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري.

ق.أ : قانون الأسرة.

ق.م: القانون المدني.

م : المادة القانونية.

م.ج.ع.ق.إق.س : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

م.ع.ق.إ: مجلة العلوم القانونية والإدارية.

م.ق: المجلة القضائية.

ن.ق: نشرة القضاة.

ثانيا : باللغة الفرنسية.

Art : Article.

Bull: Bulletin.

Bull. civ : Bulletin civil.

Bull. crim : Bulletin criminel.

C.A : Cour d'appel.

Cass : Cour de Cassation.

Cass. crim : Cassation criminelle.

CF : confer

Ch : Chambre.

Civ : civil.

Crim : criminel.

D : Dalloz. Recueil Dalloz.

D.P : Dalloz périodique.

Edi : Editions.

G.P : la gazette du palais

L.G.D.J : Librairie général de droit et de la Jurisprudence.

JCP : Juris classeur périodique.

Obs : Observation.

Op.cit : Ouvrage précédemment cité.

O.P.U : office des publications universitaires.

P. : Page.

P.U.F : Presse universitaire de France.

Rev. Sc. crim : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.

T : Tome.

T.G.I : Tribunal grande instance.

مقدمة

إن محاربة الجريمة بمختلف أشكالها كظاهرة اجتماعية، تقتضي من كل دولة سن سياسة جنائية محددة لضمان الأمن والسلامة والاستقرار وحق الفرد في التمتع بالحرية في إطار من المسؤولية وهذا لا يتأتى إلا باتخاذها إجراءات قانونية للكشف عن الجريمة وعن وسائل مقاومتها للوقاية منها.

فالسياسة الجنائية يجب أن تتسم بالفعالية والنجاعة في مواجهة الجريمة والتي لا تقل أهميتها عن السياسية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنتهجها الدولة للوصول إلى أهداف معينة، خصوصا إذا ما كانت الجريمة تمس نظام الأسرة وما تحمله هذه الكلمة من معاني باعتبارها منبع للقيم الإنسانية والمثل العالية بما يكتسبه الإنسان من صفات نبيلة من الإيثار والتضحية والفداء.

إذ تقتضي الحياة الأسرية المستقيمة أن تقوم الرابطة الأسرية على أسس من الود والمحبة بين أفرادها والمثالية تقتضي أن تكمن تلك الرابطة في عالم يسوده الوئام والتفاهم وتخفي بين طياته لغة الالتزامات والمسؤولية لأن الأمر ليس بشركة تجارية بل علاقات مبناهما صلة الرحم يطبعها طابع الرحمة والمودة.

وإذا كان الجميع يتفق على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع فإن هذا المصطلح يتطلب منا تحديده وتفصيله لغويا واصطلاحا.

فكلمة أسرة مشتقة في أصلها من الأسر بمعنى الشد والعصب والأسرة بالضم تعني الدرع الحصين، ومن الرجل الرهط الأدون⁽¹⁾. فالمقصود بالأسرة في اللغة جماعة الرجل الذي يتقوى بهم ويحتمي بهم، فالإنسان لا يكون عزيزا وفي منعة إلا إذا كان في أسرة تحصنه فتمنعه⁽²⁾.

(1) انظر، ابن منظور، لسان العرب المحيط للعلامة ابن منظور، دار الجليل، بيروت، 1999، ص 60.

(2) انظر، أبو سرحان تغريد، الإيذاء الجسدي الواقع على الأطفال من داخل الأسرة، مجلة الدراسات الأمنية، أكاديمية الشرطة الملكية،

عمان، المجلد الثالث، عدد 07، 2006، ص 167.

أما اصطلاحاً فالأسرة هي مجموعة من الأفراد يعيشون تحت سقف واحد بفضل روابط القربى والمصاهرة⁽³⁾. وهي الوحدة الأولى للمجتمع وأولى مؤسساته التي تكون العلاقة فيها غالباً مباشرة ويتم داخلها تنشئة الفرد اجتماعياً، ويكتسب فيها الكثير من معارفه ومهاراته وعواطفه واتجاهاته في الحياة، ويجد فيها أمنه ومسكنه⁽⁴⁾. وهي مجموعة من الأفراد تجمعهم روابط الدم أو الزواج، تعيش معا وتتعاون اقتصادياً وتشارك في مسؤولية تربية الأجيال، ويرى البعض أن الأسرة تتكون من الزوجين والأولاد وأزواج الأولاد وأولادهم، في حين يرى آخرون أن الأسرة تشمل الزوجين والأولاد وأزواج الأولاد وأبناءهم ووالدي الزوجين وأخوتهم⁽⁵⁾.

فأساس بناء الأسرة هو وجود طرفين بالغين عائلين هما الذكر والأنثى. غير أن المفهوم الكلاسيكي للأسرة تغير مع المستجدات الحديثة خصوصاً في المجتمعات الغربية وبعد إجازة الزواج بين مثلي الجنس من الرجال والنساء وأصبح للأسرة مفهوم حديث يقوم على فكرة التعايش المشترك بين شخصين مهما كان جنسهم ذكورا كانوا أو إناثا وبواسطة عقد قانوني ينظم هذه المسألة مع إباحة حق التبني لهذه الأسرة الجديدة في بعض الدول.

ومن بين أهم العقود التي أوجدها التشريع الفرنسي والتي تتشابه مع عقد الزواج وتسمح بإنشاء أسرة العقد المدني للتضامن والذي نظمت أحكامه المادة 1/515 من القانون المدني الفرنسي حيث عرفه المشرع على أنه عقد يتم إجراءه بواسطة شخصين طبيعيين بالغين من جنس مختلف أو من نفس الجنس من أجل تنظيم حياتهم المشتركة⁽⁶⁾.

(3) انظر، البستاني بطرس، محيط المحيط، مكتبة لبنان، 1988، ص 09.

(4) انظر، محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 54.

(5) انظر، الحسيني سامي، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص 62.

(6) ART 515-1 du code civil français : « un pacte civil de Solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différents ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ».

والأسرة في أي مجتمع تحتاج بحكم مكانتها الاجتماعية ولكي تقوم على أسس متينة إلى حد أدنى من الرعاية. ولذا فقد صدرت العديد من النصوص القانونية والمواثيق الدولية التي تطالب الدول باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتوفير حماية قانونية لأفرادها. وقديمة هي الرغبة في تنظيم الأسرة ووضع الأسس لحمايتها والسهر على تفتحها، إلا أن تلك النظم كانت دائما مرهونة بالتطور الاقتصادي وتداخل العوامل الدينية على مر العصور والأزمات⁽⁷⁾.

ولعل قدم الأنظمة القانونية التي تحكم علاقات الأسرة واتخاذها طابع العادات والتقاليد شبه المقدسة بسبب ما تنطوي عليه من شفافية وحساسية خاصة، هذا بالإضافة إلى الأصول والقواعد الدينية التي ساهمت في تحديد وضبط معالم تلك الأنظمة، هو الذي جعل من محاولات تعديل تلك الأسس أمرا محوطا بالعراقيل والصعوبات⁽⁸⁾.

إذ كانت الأسرة في نشأتها تضم مجموعة من الأفراد تربطهم علاقة القرابة والدم، وكان رب الأسرة يسهر على حمايتها وحماية الروابط بين أفرادها من التصرفات التي تهدد كيانها، وكان مجتمع الأسرة يميز بين الاعتداء الداخلي الذي يصدر عن فرد من أفراد الأسرة أنفسهم وبين الاعتداء الخارجي، ففي حالة وقوع اعتداء داخلي ضد فرد من أفراد الجماعة ككل، فإن لرب الأسرة أن يوقع الجزاء المناسب على الجاني لتأديبه، وفي حالة أن يكون التأديب غير كاف، فإن لرب الأسرة أن يأمر بقتل الجاني أو طرده منها⁽⁹⁾. وبعدها انتقلت الأسرة إلى نظام القبيلة أصبح هذا الدور منوطا بزعيم القبيلة أو العشيرة بانتقال السلطات إليه.

حاليا تحاول اتجاهات سياسية في فرنسا إقرار الزواج لمثلي الجنس بموجب عقد الزواج وليس بموجب العقد المدني للتضامن PACS، حيث عرض على مجلس النواب الفرنسي في فيفري 2013 مشروع قانون الزواج لمثلي الجنس وإعطائهم حق التبني مما جعل الشارع الفرنسي يتظاهر حول مشروع القانون ولاسيما فيما يخص إعطاء حق التبني للزوج المثلي باعتباره يؤثر وبمس بالناحية النفسية للطفل المتبني.

(7) انظر، صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 25.

(8) انظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 17، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 22.

(9) انظر، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى عين مليلة الجزائر، (د.س.ن)، ص 18.

وبعد أن تكونت الممالك وظهرت سلطتها التي منعت مباشرة العقاب من الأفراد إلا من طرف قضائها حتى ولو كان الفاعل من الأسرة الواحدة وظهرت للوجود نظريات قديمة منها نظرية القصاص العادل مثل ما هو معروف في التشريعات اليونانية والعبرية وغيرها، تم تولت التشريعات الدينية العقاب كما جاء ذلك في التوراة والإنجيل وغيرهما من الكتب السماوية وتولى القضاء تنظيم العقاب لكنه كان مقينا وقاسيا، إذ كانت عقوبة الزوجة التي تقتل زوجها أن تحرق حية بالنار⁽¹⁰⁾. إلى أن ظهر مفهوم الدولة فتدخلت هيئتها من أجل إيجاد نظام قانوني يقرر حماية للأسرة في شتى المجالات⁽¹¹⁾، خاصة فيما يتعلق بحماية العلاقات الأسرية جزائيا.

وقد مثل العنف العائلي المهدد للعلاقات الأسرية، سلوكا مرفوضا ومجرما في معظم تشريعات الدول⁽¹²⁾، وذلك لما له من انعكاسات سلبية على كيان الأسرة وسلامة وأمن وحقوق أفرادها، بل يحصل الأمر أن العنف الواقع داخل الأسرة تتعدى خطورته

(10) انظر، عقون الشريف، غاية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2005، ص 145.

(11) وفي هذا الإطار، تنص المادة 58 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن "تخضع الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

(12) خصص المشرع الليبي الباب الثاني من قانون العقوبات للجرائم ضد الأسرة، وفي الفصل الأول منه وتحت عنوان الجرائم المتعلقة بالمساعدات العائلية، نصت المادة (394) على تحريم ومعاقبة التقصير في القيام بواجبات الإعانة المترتبة على مكانته الأبوية أو على واجبه كوصي أو على كونه زوجا بالتخلي عن كنول الأسرة أو باتباع مسلك يتناقض مع نظامها السليم أو أخلاقها، وتزيد العقوبة إلى النصف إذا ارتكب الفاعل أحد الأفعال الآتية: 1- إذا سلب أو بذر أموال أبنائه القاصر أو أموال من له وصاية عليه أو أموال زوجته. 2- إذا جرد من وسائل العيش فروعه القاصرين أو العاجزين عن العمل أو أصوله أو زوجته، وتنص المادة (195) من قانون الجزاء الكويتي لعام 1960، على ما يلي: "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا، أو ابنته أو أمه أو أخته حال تلبسها بمواقعة رجل لها، وقتلها في الحال أو قتل من يزي بها أو يواقعها أو قتلها معا، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز 225 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين"، تماثلها المادة (334) من العقوبات البحريني لسنة 76 المعدل عام 2005، وذلك على النحو التالي "عاقب بالحبس من فاجأ زوجته متلبسا بجريمة الزنا، وقتله وشريكه في الحال أو اعتدى عليهما اعتداء أفضى إلى موت أو عاهة، ويسري هذا الحكم على من فاجأ أحد أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسا بجريمة الزنا، ولا يجوز استعمال حق الدفاع ضد من يستفيد من هذا العذر"، ونجد القانون المغربي منظم لذلك بالكتاب الثالث / الباب الثامن المتعلق بالجنايات والجناح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة، وخص لها فرعا مستقلا هو الفرع الخامس والذي تناول هذه الجريمة في أربعة فصول هي الفصول من 479 إلى 482 قانون جنائي، كما عاقب المشرع السوري على الجرائم المتعلقة بالزواج في المواد من 469-472 وعاقب على الزنا والسفاح بين الأصول والفروع وعلى إهمال واجبات الأسرة بالنفقة وغيرها في المادتين 487 و488 من مواد قانون العقوبات.

انظر، بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009، ص 05.

الحيط العائلي لتصل إلى المحيط الاجتماعي الذي يؤثر على استقراره ونموه وتقدمه⁽¹³⁾. ورغم أن العنف العائلي من الظواهر التي تمتد جذورها في كل الأمم والثقافات والحضارات بدءاً من جريمة القتل الأولى عندما قتل قابيل أخيه هايل إلا أنه مع ذلك ظل سلوكاً مرفوضاً ومشيناً في معظم تدايعياته⁽¹⁴⁾.

ومما لا شك فيه أن الإسلام قد اهتم اهتماماً كبيراً بكيفية تأسيس الأسرة، لذلك شرع من الأحكام والآداب والتوجيهات ما يرمي إلى حماية الأسرة من كل ما يهدد كيانها، فحرم كل الأسباب والعوامل التي تضر بها، كما حذر من كل الخلافات التي تهدمها ووضع القواعد والأسس والتوجيهات التي تساعد على قيام أسرة قوية وسعيدة بدءاً من اختيار الرجل لزوجته والزوجة لزوجها فاشترط الشرع شروطاً عديدة لاختيار الزوجة واشترط على الزوج شروطاً عديدة كالكفاءة والخلق والدين والقدرة.

شرع الإسلام الزواج بأن يقيم الرجل والمرأة بينهما علاقة شرعية بقصد الإنجاب تسودها المودة والرحمة ويتعاونوا على الأخذ والعطاء ويتبادلا الرأي والمشورة في كل شأن من شؤون الأسرة وهذا يعين كلا منهما على القيام بواجباته بروح ورضا وثقة ومحبة ويثار، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾⁽¹⁵⁾. وهذا كله يشير إلى أن الأسرة ضرورة فطرية، والإسلام يعد الزواج نصف الدين، وقد جاءت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية تحث على الترغيب في الزواج لما له من آثار طيبة على الفرد والمجتمع الذي يعيش فيه، والزواج هو اتحاد بين شخصين يعيشان معا حياة واحدة وكل منهما يشعر بحاجته إلى الآخر في النواحي العاطفية والجسدية وفي كل شيء يتقاسمان لقمة العيش وحلو الحياة ومرها، وكل منهما يؤدي دوراً لا يستغنى عنه بل

(13) انظر، لوعيل محمد لمين، المركز القانون للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 89.

(14) انظر، عبد السلام بشير الدوي، العنف العائلي، الأبعاد السلبية والإجراءات الوقائية والعلاجية، مطبعة اللجنة العليا للطفولة، طرابلس،

2004، ص 03.

(15) انظر، سورة الروم، الآية 21.

يكمله ويتممه في إطار الوعي الحقيقي والرضا من جميع الأطراف وكل ذلك يؤدي إلى بناء أسرة كريمة وفاضلة.

أما في الجزائر فقد ارتبطت أحكام الأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية حتى عام (1932) بدخول الاستعمار الفرنسي وبداية مرحلة جديدة في تاريخ التشريع الجنائي، إذ عمد الفرنسيون في البداية إلى تقسيم النظام القضائي إلى نظامين أحدهما، يختص بالدعوى التي يكون طرفها أو أحدهما من الأوربيين ويخضع للقانون الفرنسي والثاني، يختص بالنظر في الدعوى التي تقام بين الوطنيين ويخضع لقانون البلاد الإسلامي⁽¹⁶⁾.

ولم يكن هذا الوضع ليرضى المعمرين الذين سارعوا إلى إصدار الأمر المؤرخ في 18 فبراير 1841 والمتضمن التنظيم القضائي وبموجبه انتزعوا من القضاة المسلمين صلاحية البت في المسائل الجزائية⁽¹⁷⁾. وما لذلك من أثر.

وفي 26 سبتمبر 1842 طبقت السلطات الفرنسية التنظيم القضائي الفرنسي الجديد في الجزائر وبذلك مسح القضاء الوطني نهائيا. وتبعاً للتغيرات السياسية التي حدثت على الصعيد الدولي، وفي فرنسا نفسها عدلت بعض القوانين بما يضمن للجزائريين حقوقهم إذ حصر اختصاص القاضي الشرعي بالأحوال الشخصية دون المسائل الجزائية. بموجب الأمر الصادر في سنة 1944.

وبما أن أساس دراستنا يدور حول فكر وفلسفة التشريع في حماية نظام الأسرة جزائيا فإنه لا بد من تبيان التطور التاريخي الذي مس التشريع الجزائري بالإشارة إلى أهم التعديلات القانونية المطورة للمركز القانوني للأسرة الجزائرية. فمع صدور قانون العقوبات⁽¹⁸⁾ بموجب الأمر 66-165 شمل مجال الحماية تشديد العقوبات في بعض الجرائم وخاصة فيما يتعلق بالجانب المادي دون عقوبة سلب الحرية، وجاءت هذه التعديلات

(16) انظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 07.

(17) انظر، عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 43.

(18) والذي عرف تعديلات لاحقه له بأكثر من 18 تعديلا من القوانين والأوامر، آخرها القانون رقم 09-01 مؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.

لتكثيف هذا القانون مع متطلبات جديدة التي أصبحت ضرورة ملحة لكي يتماشى التشريع والظروف المعاشة في البلاد⁽¹⁹⁾. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعكس سياسة المشرع الجزائري بتبنيه سياسة عقابية خاصة في المجال الجنائي للأسرة بخلاف الجزاءات المقررة في الجرائم الأخرى.

وأهم مرحلة شملها تعديل الجرائم الماسة بالأسرة قانون 15/90 إذ جاء بتعديلات شاملة للجزاءات المقررة بالقانون 04/1982 خاصة بمبالغ الغرامات، ونجد مثال ذلك فيما يتعلق بجرائم الإهمال العائلي بنص المادة 330 من قانون العقوبات وجرائم ترك الأطفال وتعريضهم للخطر بنص المادة 214 من قانون العقوبات وجرائم الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل بنص المادة 321 من قانون العقوبات، بالإضافة إلى جرم الزنا بنص المادة 39 من قانون العقوبات والذي شمله تعديل درجة العقاب المنصوص عنها بموجب القانون 04/1982 وتم تشديد العقاب في جرائم ضرب الأصول بموجب المادة 267 التي عدلت الأمر 47/1975 والمادة 337 مكرر التي عدلت درجة العقوبة المنصوص عنها بالأمر 1975/47 والمتعلقة بجريمة الفاحشة بين ذوي المحارم.

وعليه فإن العقوبة السالبة للحرية سواء بحديها الأدنى أو الأعلى لم تتغير في جميع التعديلات السابقة وحتى الأشخاص المشمولين بالحماية أو الجزاء، ماعدا عقوبة جرم الزنا إذ قرر المشرع نفس العقوبة للزوج أو الزوجة خلافا لما كان عليه قبل التعديل الصادر بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، فالمادة 339 قبل تعديلها كانت تميز في العقوبة بين الزوج والزوجة حيث كان يعاقب الرجل نصف عقوبة المرأة، وبعد التعديل وحدت العقوبة للزوجين وهي نفسها بالنسبة إلى الشريك، وكانت المادة 340 من ق.ع تنص في فقرتها الثانية على أنه "وإن الصفح الذي يمنح بعد صدور حكم غير قابل للطعن يوقف آثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه". وهي فقرة لم تتضمنها المادة 339 بعد التعديل مع إلغاء المادة 340. فالفرق بين النصين يكمن

(19) انظر، علي بن بلقاسم، قانون العقوبات، ط1، الدار المغاربية الدولية للنشر والتوزيع، 1991، باتنة الجزائر، ص 05.

في أن المادة 340 من ق.ع كان المشرع حريصا في النص على أن الصفح الذي يكون لاحقا للحكم النهائي غير القابل للطعن فيه يوقف تنفيذه. في حين المادة 339 المعدلة تنص على الصفح دون أن تحدد وقت صدوره⁽²⁰⁾.

وبصدور القانون رقم 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، شمل التعديل مضاعفة مبلغ الغرامة إدراك من المشرع أن عقوبة سلب الحرية في مجال الجرائم الواقعة على نظام الأسرة لا تحقق الغاية من العقوبة وأساس وجودها⁽²¹⁾، والتي تعد مبلغ التفكير عند علماء وفلاسفة القانون وهي سلامة المجتمع والمحافظة على النظام العام ضمن فلسفة العقاب⁽²²⁾، وجعلت نفس التعديلات مسألة العفو وصفح الضحية من بين أسباب وضع حد للمتابعة الجزائية⁽²³⁾. وقد شمل تطور مجال الحماية أن نص المشرع العقابي على تجريم بعض الأفعال الماسة بالأسرة في بعض القوانين الخاصة مثال ذلك القانون رقم 01-09 المتضمن تجريم الاتجار بالبشر الذي حمى الأطفال ضحية الاعتداء من آبائهم. وكذلك قانون تنظيم السجون الذي سعى المشرع من خلاله إلى المحافظة على روابط الأسرة من خلال تقريره لنوع العقاب وذلك تبعا لمركز الفرد داخل الأسرة وأهمية وجوده بها.

وفيما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية وما له علاقة بجرائم الأسرة فقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ تحريك الدعوى الجزائية مباشرة أمام المحكمة وهذا بموجب التعديل الصادر بالقانون رقم 24/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 في المادة المستحدثة 337 مكرر في الفصل الأول، القسم الأول، الباب الثالث تحت عنوان في الحكم في الجرح والمخالفات. وهذا كله يدل دلالة قاطعة على إدراك المشرع لأهمية التنظيم الأسري ومواكبه للتطورات التشريعية الدولية، بما يتناسب والمستجدات الاقتصادية مع تخصيصه لنفس الباب والفصل المقرر لتنظيم الحماية الجزائية دون أن يهتدي لوضع قانون جنائي خاص

(20) انظر، عبد الله أوهائية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 102.

(21) انظر، عقون الشريف، المرجع السابق، ص 95-96.

(22) انظر، عقون الشريف، نفس المرجع، ص 80.

(23) انظر، في هذا الصدد المادة 331 الفقرة الأخيرة من قانون العقوبات والمعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر

2006 والتي اشترطت بأن صفح الضحية لوحدة غير كاف إلا بعد أداء المبالغ المستحقة والمقررة قضاء لإعالة الأسرة من طرف المدين بها.

بالأسرة، وفيما يتعلق بالجانب الإجرائي فإن نفس الإجراءات السابقة كانت محل ممارسة بموجب النصوص اللاحقة.

وما يهم في دراستنا هذه هو تحديد دور التشريعات الجزائية في توفير الحماية الجنائية للأسرة ضمن نطاق النصوص الجزائية المقررة لحماية العائلة من الجرائم الواقعة عليها، سواء مست الروابط التي تحكم الأبناء أو الآباء أو الأزواج فيما بينهم، منذ نشأة الأسرة إلى ما بعد انحلال عقد الزواج⁽²⁴⁾. وهذا أمام حالة انعدام قانون جنائي للأسرة خاصة في التشريعات العربية ولاسيما في التشريع الجزائري مم يمكن القول معه أن وظائف القانون الجنائي للأسرة تتمثل من جهة في حماية ووقاية الوسط الأسري ومن جهة أخرى تعزز الوحدة الأسرية مع مراعاة طبيعة نظام الأسرة⁽²⁵⁾.

ومن ناحية أخرى، اختلفت التشريعات الوضعية في سياستها الجنائية لحماية الأسرة فالقانون الجنائي الحديث قد اهتم بالروابط الأسرية في أكثر من موضع سواء في مجال التجريم أو في مجال العقاب وفي جميع مراحل الدعوى الجنائية⁽²⁶⁾، وذلك حسب اختلاف نمط حياة المجتمع وإيديولوجيته، فنجد بعضها تشدد في هذا الجانب وتوسع من نطاق الحماية، في حين لم تهتم بعض التشريعات التي يعاني مجتمعها من تفكك الروابط الأسرية والاتجاه إلى التزعة الفردية بحماية الأسرة إلا بالقدر القليل⁽²⁷⁾.

إن هذا الاختلاف القائم بين التشريعات الجنائية مصدره تباين السياسة الجنائية للدول، فالقانون الجنائي ليس سردا للجرائم وتحديد عقوباتها فحسب بل هو سياسة جنائية مفعمة بالفروقات.

(24) انظر، بن عودة حسكر مراد، الحماية الجزائية للمرأة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، ص 05.

(25) Cf. ELHEITS, La criminalité intrafamiliale : vers un droit de la famille ? Université paris VIII – Vincennes Saint-Denis, résumé court de mémoire, www.cvfe.be.

(26) انظر، محمد عبد الرؤوف، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة "دراسة تأصيلية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009، (د.د.ن)، ص 05.

(27) انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، في الفقه الإسلامي، والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص 15.

والفكر القانوني الجنائي، وإن صعب عليه تنظيم نمط الأسرة ذي الطبيعة الخاصة، إلا أنه يكتفي بوضع الأسس التي من شأنها أن تؤدي إليه أو على الأقل تلقى على عاتق من يخل بها مسؤولية معينة⁽²⁸⁾.

وفي كل الأحوال فإن العديد من الدراسات والبحوث في مجال العلوم الاجتماعية والتربية وعلم النفس تؤكد على خطورة الجرائم الواقعة على نظام الأسرة وانعكاساتها السلبية على الفرد في شخصه وعلى الأسرة في استقرارها وعلى المجتمع في نموه وتقدمه⁽²⁹⁾.

ويشكل العنف العائلي الحيز الكبير من دائرة الإجرام الواقع داخل الأسرة والذي عادة تكون المرأة ضحيته، فقد أشارت تقارير صادرة عن هيئة الأمم المتحدة للسكان أن 48 بحتا ميدانيا في العالم أظهر أن ما بين 10 و69% من النساء يتعرضن للعنف الجسدي من قبل أزواجهن وأن امرأة من كل 4 نساء في العام هي عرضة للعنف في مرحلة من مراحل حياتها وهذا يعني أن الظاهرة لا تعرف حدودا جغرافية ولا حضارية أو اجتماعية أو دينية⁽³⁰⁾.

أما على المستوى الوطني فقد أثبتت الإحصائيات التي أعدتها أجهزة الأمن الوطنية خلال الأشهر العشرة الأخيرة أن 7557 حالة عنف تعرضت لها المرأة على المستوى الوطني، وذلك من قبل المقربين لها كالزوج، الأب، الأخ والخطيب، ومنها 200 حالة اعتداء جنسي في نفس الفترة أي من شهر جانفي إلى 31 أكتوبر، حيث تعرضت 5486 منهن للعنف الجسدي"، وأنه من بين النساء ضحايا العنف هناك 9 تعرضن للقتل العمدي و1753 أخريات تعرضن للمعاملة السيئة، وأوضحت أن أغلبية عمليات القتل العمدي

(28) Cf. ELHEIT S, op-cit, résumé court de mémoire, www.cvfe.be.

(29) انظر، تركي رابح، أصول التربية والتعليم، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 07. سعيد بن سعيد ناصر، مقال بعنوان "تأملات حول تأثير العولمة على سلطة الوالدين" مقدم لمؤتمر "الأسرة والمتغيرات المعاصرة"، التي نعقدتها الجمعية السعودية لعلم الاجتماع، 10-12/5/2008.

(30) تصريح للسيد جورج جورجي ممثل صندوق الأمم المتحدة للسكان خلال المنتدى الوطني المنعقد بالمغرب يوم 25 نوفمبر 2004، الخاص بمحاربة العنف ضد النساء www.un.org.

ارتكبت على مستوى العائلة وأن 5 من بين 9 قتلن من طرف أزواجهن بعد "خلافات زوجية أو عائلية". وارتكبت الحالات الأربع المتبقية لأسباب مختلفة من طرف الأب والبنت وزوجة الأب والصهر أو من طرف أجنبي⁽³¹⁾. أو الإدلاء بتصريحات كاذبة أمام القضاء.

وأكدت خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني بالعاصمة بأنه وصل الأمر إلى حد تسجيل قضايا عديدة لزنا المحارم، حيث سجلت مصالح الدرك الوطني في الثلاثي الأول من سنة 2009 - 71 قضية اغتصاب، إضافة إلى (04) قضايا أخرى لم يتم الفصل فيها بعد، تم من خلالها توقيف 97 شخصا من بينهم 4 نسوة⁽³²⁾.

وفي بحث عام قامت به قيادة الدرك الوطني استنادا إلى إحصائيات فقط فيما يتعلق بزنا المحارم إذ تم إحصاء خلال الفترة بين سنة 2000 و2006 أكثر من 113 ضحية لكن المحققين في هذا النوع من الجرائم يؤكدون أن هذه الحالات تمثل ما يعلن عنه وهي أبعد بكثير ما يجري في الواقع ووسط الأسر الجزائرية ولا يزال هذا الموضوع من "الطابوهات" الاجتماعية ورغم ذلك فإن الأرقام المتوفرة رهيبه خاصة وأنها تشير إلى تفاقم الظاهرة وليس تراجعها حيث ارتفعت حسب البحث بـ 33 بالمائة بين سنتي 2005 و2006.

إضافة إلى ما تعرفه ظاهرة جنوح وتشرد الأطفال والاعتداء عليهم ارتفاعا ملحوظا في الآونة الأخيرة، حيث سجلت مصالح الدرك منذ بداية سنة 2009 فقط وإلى غاية شهر أوت من نفس السنة 1370 ضحية من القصر الذين لا يتجاوز سنهم 18 سنة

(31) انظر، ش.ع، تقرير عن رئيس الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان، بوجمعة بشير، الخبر، 09-04-2009، ص 14.

(32) دراسة ميدانية للدرك الوطني تكشف المرأة الجزائرية ضحية ثالث العنف والتعذيب والاغتصاب أكدت أمس، الملازم بلباي غريسية من قيادة الدرك الوطني بالشرافة، على أن ظاهرة الاغتصاب ضد المرأة، بدأت تعرف تناميا خطيرا في وسط المجتمع، خاصة في السنوات الأخيرة، مشيرة في الدراسة التي أنجزتها، إلى أن الظاهرة هي نتاج للانحلال الاجتماعي والأزمة النفسية التي يعيشها المجتمع. تطرقت الملازم بلباي فريسية من خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني بالعاصمة، أمس إلى فحوى الدراسة التي قامت بها حول تنامي ظاهرة الاغتصاب في المجتمع الجزائري، حيث ربطت بين الاغتصاب والعنف والتعذيب الذي يمارس ضد المرأة، مؤكدة في تصريح لـ "الخبر" على أن "الظاهرة بدأت تعرف أبعادا خطيرة في المجتمع، ومن الضروري تكثيف الجهود لمواجهتها"، الخبر 09-09-2009، ص 24.

مع تسجيل 2077 قاصرا ارتكبوا مخالفات وجنح مختلفة، لأجل ذلك وضعت قيادة الدرك الوطني برنامجا يتعلق بحماية الأطفال من التشرذم ومحاولة بقائهم لدى أسرهم⁽³³⁾. وفيما يتعلق بجرائم الإجهاض تسجل الجزائر سنويا 8 آلاف حالة إجهاض سنويا إلى جانب 7 آلاف ولادة غير شرعية⁽³⁴⁾، يقتل فيها المواليد بطرق بشعة من طرف أمهاتهم لإصابتهم بملوسة ما بعد الولادة، تنتهي في الكثير من الأحيان بالهيات عصبية⁽³⁵⁾.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإحصائيات التي ترصد تنامي هذه الظاهرة وتتبع مساراتها ليست بالقدر الذي يمكن الركون إليه لعدة اعتبارات أهمها أن جرائم الأسرة هي من السلوكيات المسكوت عنها لأنها تعتبر من خصوصيات الأسرة التي لا يحق لأحد الاطلاع عليها. كما أن ما يتوفر من بيانات رسمية حول هذا النوع من الجرائم وما بها من مؤشرات تعكس بساطة حجم المشكلة للدراسة التي لا يمكن اعتبارها ظاهرة إنما هي بيانات عن حالات محدودة جدا تحال للقضاء ويفصل فيها وهي بالتالي لا تعكس الحجم الحقيقي للظاهرة مع اختلاف الإحصائيات المعلن عنها من هيئة إلى أخرى.

(33) كشفت القيادة العامة للدرك الوطني عن مشروع جديد خاص بإنجاز دراسة وبرنامج يتعلقان بحماية الطفولة من الجريمة والتشرذم، وذلك بالتعاون مع جامعة الجزائر لتحديد المحاور الخاصة والخطوط العريضة لهذا البرنامج الذي سيسمح بتدخل الخلايا الخاصة التابعة للدرك الوطني والمختصة في حماية القصر والأطفال في حال تسجيل أي تجاوز من قبل هذه الشريحة بالاعتماد على أساليب الإقناع والتحفيس والتوعية.

ستقوم قيادة الدرك الوطني بالتنسيق مع مختصين جامعيين في إنجاز هذا البرنامج لتحديد كيفية التحكم في ظاهرة جنوح الأطفال من خلال تقديم لهم دروس الإرشاد والتوعية بعد العثور عليهم في الشوارع ووضعهم بالمراكز الخاصة وإعادةهم إلى بيوت أهاليهم، كما ستتضمن هذه الدراسة الأساليب التي سيتم الاعتماد عليها في التحاور مع أهل هؤلاء الأطفال لإقناعهم بمصالحة أبنائهم وتفادي المشاكل التي قد تنجم بين الطفل وأهله بعد مغادرته البيت العائلي وارتكابه لفعل معين، زولا سومر، جريدة المساء، 09-09-2009، ص 05.

(34) وهذا من خلال ما كشفت عنه الدكتورة "فايقة مجاهد" المشرفة على ملف صحة المرأة بالمعهد الوطني للصحة العمومية، لجريدة الخبر بتاريخ الثلاثاء 29-12-2009، عدد 5861 وهذا بمناسبة تنظيم قسم ترقية صحة المرأة بالمعهد الوطني للصحة العمومية بالتنسيق مع المكتب الجهوي لمنظمة الصحة العالمية بالجزائر يوما دراسيا بتاريخ 2009/12/28 لمناقشة موضوع صحة المرأة عبر مختلف الأعمار.

(35) انظر، وهيبه سليمان، دراسة بعنوان، عندما تقتل الأم فلذة كبدها، جريدة الشروق، 10-11-2009، عدد 2624، ص 24، ويؤكد رئيس الهيئة الوطنية لترقية الصحة والبحث العلمي، أن أكثر المتعرضات لهذه الحالة هن الأمهات العازبات، ويفسر البروفيسور أسباب ذلك عدم تقبل هؤلاء الأمهات للحمل الغير الشرعي، ورغبتهن في التخلص منه، تتحول بعد آن يرين أبنائهن حقيقة بين أيديهن أو نسخة أخرى منهن، ويحل إليهن أنه شيء غريب عنهن أو عبء يجب التخلص منه بطرق انتقامية وإن الأم التي تحمل في إطار غير الزواج تلجأ لوضع جد لرضيعها إلى خنقه أو وضعه في أكياس بلاستيكية أو حقائب أو في المزابل.

ونتيجة لهذا وأمام هذا الوضع الرهيب نجد أن مشرعي الدول تتدخل بصرامة لحماية الأسرة، بزجر المعتدى على نظام الأسرة من جهة، ومن جهة أخرى نجده يتسم بالمرونة فيقدم مصلحة الأسرة في حماية روابطها وحصانة أفرادها من العقاب على المصلحة العامة في متابعة الجناة وزجرهم.

إن هذه السياسة المنتهجة تبرر مدى اهتمام التشريعات بحماية الأسرة ومراعاتها لطابعها الخاص، وهذا ما دفعنا لدراسة هذه الفلسفة، من خلال استقراء وتحليل النصوص الجزائية ومحاولة إجراء مقارنة بين التشريعات الغربية والتشريعات العربية لاسيما التشريع الجزائري في تناوله لمسألة الحماية الجنائية للأسرة، وذلك باتباع المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن باعتماد المقارنة الرأسية بين أهم التشريعات الوضعية لاسيما العربية منها والغربية مقارنة بالتشريع الجزائري مع اللجوء في بعض الحالات إلى إظهار أحكام الشريعة الإسلامية وتقنيات معالجتها للقضايا الهامة، وبذلك سنحاول الإجابة على مجموعة من الإشكاليات أهمها تتجلى في:

التساؤل عن مدى نجاعة السياسة الجنائية للتشريعات الوضعية في توفير حماية جنائية للأسرة من جهة، وتحقيق فكرة الردع والإصلاح من جهة أخرى؟ أي كيف تعامل المشرع الوضعي عامة والمشرع الجزائري خاصة في حماية الأسرة جزائيا؟ وما مدى مواكبة التشريع الجزائري للتطورات التشريعية في هذا المجال؟

وفي اختيارنا لموضوع الحماية الجنائية للأسرة فقد تلقينا بعض الصعوبات، الأمر الذي شجعنا على البحث في هذا الموضوع وقمنا بدراسته رغم ذلك. إذ أن هذا الموضوع يعرف قلة المراجع المتخصصة ونظرا لمحل الدراسة وموضوعها الأسرة، فقد كانت أغلب الدراسات في كتب علم الاجتماع بعيدة عن الدراسات القانونية، بالإضافة إلى تناثرها، مع أن الدراسات المتخصصة في الحماية الجنائية كانت بالقوانين المقارنة مع ما ترادف من صعوبة الحصول عليها واللغة المكتوبة بها.

بالإضافة إلى أن الموضوع يتطلب الإطلاع على أحكام الاجتهاد القضائي الوطني والأجنبي، والتي شكلت فيما بعد مصدرا للتشريعات في سد بعض الثغرات القانونية، إذ

اعتمدت بعض الحلول والمبادئ القضائية الناتجة عن الاجتهاد والتي أصبحت تشكل نصوصا قانونية فيما بعد إلا أنها غير تفصيلية خصوصا في بعض جزئيات الموضوع ولاسيما عندما يتعلق الأمر بالتشريع والاجتهاد القضائي الجزائري فهو شحيح في هذا المجال.

وللإجابة على إشكالية البحث، سنقسم موضوعنا إلى باين، إذ سنتناول في الباب الأول تجريم العنف العائلي، وسنعالج في الباب الثاني تبديد أموال الأسرة.

الباب الأول: تجريم العنف العائلي.

لقد اهتمت جل الأنظمة القانونية القديمة بنظام الأسرة وخصتها بأحكام تحميها باعتبارها أساس المجتمع، فنجد اليوم الدول تتسارع من خلال قوانينها الداخلية إلى سن تشريعات تحمي بها الأسرة.

ويشكل العنف الأسري أهم إشكال وتحدي في تصدي التشريعات له وذلك لاصطدامها بمبدأ ضمان الإستقرار الأسري من جهة ومبدأ ضمان حقوق الإنسان في الأسرة من جهة أخرى. فبالرغم من أن المشرع أعطى حماية عامة للأفراد ضد أشكال الإعتداء التي قد تمسهم في جسدكم وفي أنفسهم، من خلال نصوص وأحكام قانون العقوبات التي حرمت كافة أشكال الإعتداء والإيذاء بين الأفراد بغض النظر عن سنهم أو جنسهم أو قرابتهم ووضعت عقوبات ضد مرتكبيها، إلا أن هذه الأحكام قد لا تتلاءم مع خصوصية العنف الأسري وأثاره السلبية على ضحاياه.

لذلك ينبغي وضع نظام قانوني خاص يستوعب كل أشكال العنف الأسري ويحدد أوصاف جريمة العنف الأسري تحديدا دقيقا يبين أركانها وحالاتها وطرق التبليغ عنها وحماية ضحاياها بالإضافة إلى ملاحقة مرتكبيها جزائيا.

وعليه فإن المعالجة القانونية للعنف الأسري تتخذ حدودا ونطاقا يتحدد حسب نوع العنف الممارس وحسب نوع وجنس الضحية أو الجاني وعليه سنحاول أن نبين الإطار القانوني لمعالجة العنف الماس بالمقومات الأساسية للأسرة المرتكزة على التراحم والمودة وإحصان الزوجين (الفصل الأول).

والعنف الناتج عن الإخلال بالالتزامات العائلية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الأبعاد القانونية في معالجة العنف الماس بمقومات الأسرة.

إن غاية المشرع من وضع القواعد العقابية الخاصة بالأسرة ليس فقط معاقبة المجرمين بل أنه يسعى إلى ضمان سلامة الأسرة والمحافظة على مقوماتها الأساسية وحماية المصالح المعتبرة ولما كانت هذه المصالح تتفاوت في أهميتها في مقياس القيم الاجتماعية فإنه تبعاً لذلك فهي تحتاج إلى حماية أقل أو أكثر وذلك حسب نسبة أهميتها وبالتالي ينبغي أن يكون مقدار ونوع العقوبة متناسباً مع قيمة المصلحة المحمية. وبما أن الأسرة تعتمد في حياتها على المودة والرحمة والتكامل وحسن المعاشرة وحسن الخلق ونبدأ الآفات الاجتماعية فإن المشرع حرص على بقاء هذه المقومات من خلال تجريم الأفعال الماسة بها.

ففي إطار حماية السلامة البدنية والنفسية كأساس للمودة والرحمة جرم المشرع كل أنواع العنف المادي البدني والمعنوي بينما نجده في سبيل حماية الأخلاق وحسن المعاشرة عمد إلى تجريم الزنا وكل أنواع الإعتداءات الجنسية التي تقع داخل الأسرة .

وعليه سنتطرق إلى معالجة كل نوع من أنواع العنف تبعاً لمدى أهميتها وخطورتها في المساس بالمقومات الأساسية للأسرة وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول : العنف المادي داخل الأسرة.

المبحث الثاني : العنف المعنوي والجنسي.

المبحث الأول: العنف المادي داخل الأسرة.

تعتبر ظاهرة العنف من الظواهر الأكثر انتشارا في المجتمعات ولاسيما ظاهرة العنف الأسري فهذا الأخير لم يعد مقصورا على العنف الواقع بين الزوج والزوجة وإنما أصبح يشمل أيضا إساءة معاملة الأطفال من الأقارب والإخوة والأخوات وأيضا العنف ضد الأصول .

ويشكل العنف المادي أهم أنواع العنف الأسري وأكثرها شيوعا وعلى هذا الأساس حاولت التشريعات الوضعية الإمام بالظاهرة من خلال تجريم العنف المادي بمختلف أشكاله وأنواعه ولاسيما إذا كان واقعا داخل الأسرة وذلك في إطار الحماية القانونية لأفرادها⁽³⁶⁾.

والجدير بالذكر أن مكافحة ومحاربة العنف المادي داخل الأسرة في إطار الحماية المقررة لأفرادها ليس من إختصاص قانون معين بل هي حماية مقررة بموجب تشريعات متنوعة ومتفرقة تنتمي إلى فروع القانون المختلفة بدءا من الدستور نزولا بقوانين الأسرة وقانون العمل وغيرها من القوانين الأخرى غير أن قانون العقوبات يشكل أهم هذه القوانين وذلك لتكريسه الطابع الجزائي الرادع للعنف المادي .

وإذا كان التعبير الشائع للعنف المادي يستعمل للدلالة على الأفعال المادية التي تمس الحق في سلامة جسم الفرد أو الإستخدام غير المشروع للقوة البدنية والذي من شأنه النيل من جسم الفرد فإن تحديد العنف المادي من الوجهة القانونية يثير عدة إشكالات نظرا لإتساع المصطلح ليشمل أكثر من معنى إذ يشمل إلى جانب أفعال الضرب والجرح كل أنواع أفعال التعدي التي تطل جسم الإنسان (المطلب 1) كما أن بعض التشريعات تميز هذا العنف وتضفي عليه صفة المشروعية إذا ما مورس في إطار حق التأديب (المطلب 2).

(36) أنظر، إحلال إسماعيل حلمي، العنف الأسري، دار قباء للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1999 ص 22-23 .

المطلب الأول: المفاهيم الأساسية للعنف المادي:

إن مفهوم العنف المادي قد يتداخل مع بعض المفاهيم الأخرى والتي يشترك معها في الغاية والهدف خصوصا إذا ما تم تناوله من زوايا مختلفة فنظرة التشريعات الداخلية للعنف تختلف كثيرا عن نظرة المجتمع الدولي للعنف فلم يعد ظاهرة العنف المادي محل إهتمام التشريعات الوطنية فقط وإنما تناولته العديد من المنظمات والإتفاقيات الدولية أهمها المنظمة العالمية للصحة³⁷ ومنظمة العفو الدولية والإتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل³⁸ وغيرها من الإتفاقيات الخاصة بحماية حقوق المرأة.

وعليه سنحاول التعرض إلى تحديد مفهوم العنف المادي من منظور القانون الداخلي (الفرع الأول) وتحديد مفهومه طبقا لما ورد في أحكام الإتفاقيات والمواثيق الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العنف من منظور القانون الداخلي .

يقصد بالعنف في معناه اللغوي هو ضد الرفق والرأفة تستعمل الكلمة عادة للدلالة على استخدام القوة ضد شخص آخر³⁹ . وما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يعرف العنف، وإنما اعتد فقط بالآثار القانونية المترتبة عليه من تجريم أو تشديد للعقاب كما ورد في العديد من النصوص باستعمال مصطلحات مختلفة، كالقوة، الإكراه، التهديد، الخداع بدأ من المادة 264 إلى غاية المادة 272 من قانون العقوبات .

³⁷ - أنظر، رؤوف صبري، إشكالية العنف الأسري، www.siironline.org/alabwab/mogtama

³⁸ - أنظر، محمود حجازي محمود، العنف الجنسي ضد المرأة في الأوقات النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2008 ص

32،33،34

³⁹ - أنظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة

الجديدة للنشر الإسكندرية، بدون طبعة، 2000، ص 08.

- عرفت منظمة العفو الدولية العنف ضد المرأة بأنه كل فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه، أو يرجح أن يترتب عليه أدى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية، أو النفسية. بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان من الحرية،

سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة، منظمة العفو الدولية www.amnesty.org

ونفس الشيء فعلة المشرع المصري في المواد 99، 137 مكرر أو المادة 375 من قانون العقوبات وفي نفس الاتجاه سار المشرع الفرنسي إذ اكتفى بذكر جرائم العنف في الباب الخاص بجرائم الاعتداء على الأشخاص وبالتحديد ضمن جرائم الاعتداء على السلامة المادية والنفسية للشخص وذلك في المواد 222 - فقرة 7 إلى غاية 222 - فقرة 16 من العقوبات الفرنسي الجديد⁴⁰.

أمام هذا القصور التشريعي في تعريف العنف تصدى فقهاء القانون الجنائي إلى ذلك في إطار نظريتين قانونيتين هما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة.

فالأولى تأخذ بالقوى المادية وذلك بالتركيز على ممارسة القوة الجسدية أما النظرية الحديثة فتأخذ بالضغط والإكراه الإرادي دون التركيز على الوسيلة، وإنما على النتيجة والمتمثلة في إجبار إرادة الغير بوسائل معينة على إتيان تصرف معين⁴¹.

وعلى ضوء ما سبق عرف البعض العنف بأنه المساس بسلامة الجسم ولو لم يكن جسيما بل كان في صورة تعد وإيذاء⁴².

كما عرفه آخرون بأنه تجسيد للطاقة أو القوة المادية في الإضرار المادي بشخص آخر أو بشيء⁴³، ويأخذ الفقه الفرنسي بالنظرية التقليدية فيعرفه بأنه المساس المباشر والحقيقي بجسم الإنسان على وجه ينال سلامته أو يلحق الأذى به⁴⁴.

وعلى خلاف ما هو مستقر في فقه القانون الجنائي من التمييز بين العنف والإكراه باعتبار الأول وسيلة لتحقيق الثاني، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية أحيانا قد أخلطوا بين المصطلحين وذلك باستعمالهما كألفاظ مترادفات.

⁴⁰ - انظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج1، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 49.

⁴¹ - انظر، مأمون محمد سلامة، إجرام العنف، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الرابعة والأربعون العدد الثاني،

1974، ص 265-270.

- أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 08-09.

⁴² - انظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1986، ص 599.

⁴³ - انظر، محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 09.

⁴⁴ - CF, Jean Pradel, Michel Danti juan, droit pénal, to me III, edi cujas, « les atteintes a l'intégrité physique au psychique de la personne, 1995, N 37, p 52.

- CF, Michele Laure Rassat, Droit pénal Spécial, edi Dalloz, ,Delta paris, 1997, p 447.

فالإمام الشافعي عرف الإكراه بأن يصير الرجل في يد من لا يقدر على الامتناع منه من سلطان أو لص أو متغلب على واحد من هؤلاء ويكون المكره يخاف خوفاً عليه دلالة أنه إن امتنع من قبول ما أمر به الضرب المؤلم أكثر منه أو إتلاف نفسه⁴⁵.

في حين يرى بعض فقهاء المذهب الحنبلي أن الإكراه يقتضي شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وكسر الساق وما أشبهه⁴⁶. وطبقاً لهذا الرأي فإن الإكراه يلزم لتوافره أن يكون فيه شيء من العذاب المادي، وهذا هو العنف بمعناه الدقيق.

غير أن الرأي الغالب هو الذي يرى أن الإكراه قد يكون مادياً عندما يكون التهديد والوعيد واقعياً، وقد يكون معنوياً عندما يكون الوعيد والتهديد منتظر الوقوع⁴⁷.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكننا أن نستخلص تعريفاً للعنف مؤداه أنه كل مساس بسلامة جسم المجني عليه من شأنه إلحاق الأذى والتعدي به، وهذا المساس والإيذاء هو الحد الأدنى للعنف الذي قد يصل إلى الجرح أو القتل والذي هو أقصى مدى له، وهذا هو المفهوم المعتاد له.

والواضح أن المشرع الجزائري جرم أعمال العنف المادية كغيره من التشريعات وأقر لها عقوبات في هذا المجال والظاهر أن التشريع الجزائري اقتبس الأحكام المتعلقة بأعمال العنف العمدي كباقي أحكام القوانين الأخرى من قانون العقوبات الفرنسي.

فقد ظل التشريع الفرنسي إلى غاية صدور قانون 20 ماي 1863 يجرم ويعاقب على الضرب والجرح فحسب ثم أضاف إليها إثر صدور القانون السابق ذكره أعمال العنف les violences وأعمال التعدي les voies des faits ثم جاء قانون 02 فبراير 1981

⁴⁵ - انظر، الأم للإمام الشافعي، ج3، دار المعرفة، بيروت، ص 236.

⁴⁶ - انظر، المغني لابن قدامة على مختصر الخرقي، الجزء 8، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 260.

- أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 12.

⁴⁷ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الجزء 05، دار إحياء التراث العربي، ص 80.

- أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 12.

وحذف عبارة الجرح لأنها تقتضي فعل سابق والذي هو إما الضرب وإما أعمال العنف⁴⁸.

وإثر صدور قانون العقوبات الجديد لسنة 1992 تخلى المشرع الفرنسي عن كل هذه المصطلحات واستبدالها بمصطلح واحد هو أعمال العنف les violences في حين لا يزال القانون الجزائري يعتمد التقسيم الرباعي لجرائم العنف العمد⁴⁹.

ويشكل ظاهرة العنف داخل الأسرة خطرا كبيرا لا يقتصر أثره على الجاني والمجني عليه وإنما يمتد بالتأثير الضار إلى جميع أفرادها، حيث يتنافى هذا مع المودة والرحمة والمصالح المشتركة التي يجب أن تجمع بينهم.

وتعبير العنف المادي عادة ما يستخدم للدلالة على الأفعال المادية التي تمس الحق في سلامة جسم أفراد الأسرة.

ومفهوم آخر يمكن تعريفها بأنها الاستخدام غير المشروع للقوة البدنية والذي من شأنه أن ينال من جسم المجني عليه.

ويشمل العنف المادي كل أفعال الضرب والجرح وأعمال العنف الأخرى والتعدي، وستتناول بالذكر تعريف كل عنصر من هذه العناصر.

فالجرح هو كل مساس بأنسجة الجسم يؤدي إلى تمزيقها أو قطعها وهو تعبير في أصله طبي⁵⁰، ولا فرق بين الجروح الظاهرية والجروح الباطنية مثل ضرب الزوجة حاملا

⁴⁸ - انظر، أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص 49.

- CF, Jean Pradel, Michel Danti Juan, op cit, p 52.

- Michel Véron, Droit pénal spécial, Armand colin, paris 9^{ème} édition, 2002, p 22.

⁴⁹ - انظر، القسم الأول من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثالث من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات

الجزائري.

⁵⁰ - انظر، مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003، ص 178.

- انظر، محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، دار عمار للنشر، الأردن، ط1، 1990، ص 178.
- انظر، فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 133،
134.

- انظر، إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري قسم خاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 69.

مما يؤدي إلى إجهاضها، وقد يحصل الجرح بفعل شيء مادي قد يكون سلاحا ناريا أو أداة قاطعة كالسكين أو راضة كالعصا والحجر أو واخزة كالإبرة، وقد يحصل الجرح أيضا بفعل حيوان كأن يمرض شخصا حيوانا على شخص آخر فيحدث له جروحا. وتجدد الإشارة إلى أن الألم الناشئ عن إحداث الجرح ليس عنصرا من عناصر فكرة الجرح، ذلك أن العنصر الجوهرى في فعل الجرح هو تمزيق أنسجة خلايا الجسم⁵¹، وعلى ذلك فإذا لم يشعر المجني عليه بالآلام نتيجة جروحه كأن يكون مخدرا أو مغميا عليه وهي حالات نادرة الحدوث، فإن الجرح يتوافر بتحديدته القانوني.

أما الضرب فهو كل مساس بأنسجة الجسم عن طريق الضغط عليها مساسا لا يؤدي إلى تمزيقها⁵²، وبذلك يتفق الضرب والجرح في كونهما مساسا بأنسجة الجسم ويتخلفان في كون ثانيهما دون أولهما، يؤدي إلى تمزيقها والمساس بأنسجة الجسم وفي صورة الضرب يعني الإخلال بحالة الهدوء والاسترخاء الطبيعية التي توجد فيها أنسجة الجسم حينما تتحرر من ضغط الأجسام الخارجية، فالمساس بها انتهاك لهذه الحالة عن طريق الضغط على هذه الأنسجة بجسم خارجي⁵³.

وتجدد الإشارة إلى أنه لا يشترط للعقاب على فعل الضرب أن يتخلف عنه جرح أو آثار مادية تدل عليه أو يستوجب مداواته بعلاج معين⁵⁴، ولا يشترط لتحقيق الضغط بالضرب على أنسجة الجسم عدد معين من الضربات، فضربة واحدة تكفي ليتحقق بها فعل الضرب، كما لا يشترط أن تؤدي أفعال الضرب إلى درجة من الإيذاء أو تكون

51- انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 69.

- انظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 179.

52- انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 69.

- انظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 179.

- انظر، أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص 50.

53- انظر، عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 182.

54- قضى المجلس الأعلى في هذا الشأن بأن "فعل الضرب معاقب عليه في حد ذاته أيا كانت النتيجة المترتبة عليه، لذلك يعتبر مخالفا للقانون ويستوجب النقص قرار غرفة الاتهام التي بعد أن تأكدت من أن المتهم قام بإيذاء الضحية قضت بانتقاء وجه الدعوى".

- انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 1984/11/06، ملف رقم 34357، م.ق، 1989، عدد 01، ص 331.

على قدر معين من الجسامة، كما لا يعتد بمكان الضربات الموجهة من الجاني لجسم المجني عليه⁵⁵.

كما يدخل في أعمال العنف المادي فعل إعطاء المواد الضارة وهي تشكل أيضا إعتداء على سلامة الجسم لأنها تؤدي إلى الانتقاص من وظائف الجسم وتعطيل لأجهزته. ويرى الفقه في هذا الإيثار أن السلوك المادي لفعل إعطاء المواد الضارة يتمثل أساسه في الحدث الضار الذي ينشأ عنه امتزاج الدم بمادة غريبة عليه ضارة بتكوينه وتسيء بدورها إلى وظائف الأعضاء الداخلية للجسم والتشريعات التي نهجت مسلك تجريم إعطاء المواد الضارة ضمن قوانينها العقابية لم تحدد طبيعة المواد الضارة ولا وصفها وما إذا كانت تعد قائلة بطبيعتها أو باستخدامها وما إذا كان يتسبب عنها جروح أو إيذاء، بل تركت دون تحديد وذلك حتى تشمل جميع النصوص الواردة بتلك القوانين من حماية الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم مع إعطاء تلك المواد الضارة⁵⁶.

يضاف إلى أعمال العنف المادي كل أعمال العنف التي ينتج عنها عجز كلي أو جزئي أو أدت إلى إحداث عاهة مستديمة، كما يدخل في سلوك العنف المادي جريمة الخشاء والتي تعني استئصال أو قطع أو بتر عضو ضروري للفعل الجنسي سواء تعلق الأمر بالمرأة أو الرجل⁵⁷.

كما لا يمكن إغفال أعمال التعذيب والأعمال الوحشية وإن كانت بعض التشريعات تعتبرها ظرفا مشددا لبعض الجرائم غير أنه نتيجة انتشار هذه الأفعال على المستوى الدولي لجأت المجموعة الدولية إلى إبرام معاهدات تجرمها، أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبات القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة المعتمدة في 10-12-1984 والتي صادقت عليها الجزائر في 16-05-1989⁵⁸.

⁵⁵ - CF, Michel Loure-Rassat, Op.cit, p262 – 263.

⁵⁶ - انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 70 – 71.

⁵⁷ - انظر، أحسن بو سقيعة، المرجع السابق، ص 61.

⁵⁸ - نشر مرسوم المصادقة في الجريدة الرسمية رقم 20 ليوم 17-05-1989.

غير أن المشرع الجزائري لم يجرم هذه الأفعال تجرّيما شاملا إلا في سنة 2004 في المواد 263 مكرر، 263 مكرر 01، إذ كان قبل ذلك يحصر التجريم في التعذيب الذي يمارسه موظف أو مستخدم للحصول على إقرارات وذلك في المادة 110 مكرر من ق.ع غير أن هذه المادة أُلغيت وعوضت بالمواد السابق ذكرها⁵⁹.

أما في التشريع الفرنسي، فقد جرم المشرع الفرنسي هذه الأفعال إثر إصلاح قانون العقوبات في سنة 1992. وإذا كانت هذه هي نظرة القوانين الوطنية في تحديدها لمفهوم العنف فإن الأمر يتطلب منا تبيان وجهة نظر القانون الدولي ومدى معالجته للظاهرة.

الفرع الثاني : العنف في المنظور الدولي .

إن إهتمام المجتمع الدولي بظاهرة العنف يرجع إلى عدة إتفاقيات والتي حاولت مناهضة العنف بمختلف أشكاله في محاولة منها لتكريس نوع من الحماية للأفراد ضحية هذا الإعتداء وما يلاحظ هو أن تعدد هذه الإتفاقيات وتنوعها إنما يرجع لإختلاف الأشخاص الذين كرسست الحماية من أجلهم فقد إهتمت جل المواثيق الدولية بالعنف الممارس ضد المرأة سواء بإعتبارها عضوا في الأسرة أو فراد في المجتمع، كما إهتمت أيضا بالعنف الممارس ضد الطفل خلال كل مراحل طفولته مهما إختلف شكل هذا العنف ونوعه.

غير أنه مؤخرا إتجهت نظرة القانون الدولي إلى معالجة العنف الأسري كظاهرة عالمية تعرفها أغلب المجتمعات ولاسيما العنف المادي .

ويرجع أولى إهتمامات المجتمع الدولي لظاهرة العنف إلى هيئة الأمم المتحدة ودورها البارز في مكافحة هذه الظاهرة لاسيما في مجال العنف الموجه للمرأة فقد عرفت هيئة الأمم المتحدة العنف ضد المرأة عل أنه " أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية

⁵⁹ - انظر، القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2004، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات،

جريدة رسمية عدد، سنة 2004.

الجنس ويترتب عليه أدى للمرأة ومعاناة سواء كان بالإهمال أو الحرمان أو يتخذ طابعا بدنيا أو نفسيا أو جنسيا أو الإنتهاكات المرتكبة من قبل الجماعات المسلحة أو أفراد الشرطة أو أي عنف يصدر من أي جهة سياسية أو دينية...⁶⁰.

فعلى ضوء هذا التعريف بدأت الدول تفكر في وضع الإتفاقيات التي تحد من هذه الإنتهاكات، بدءا من سنة 1992 عندما وضعت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة نصوصا دولية إعتبرت فيه العنف ضد المرأة شكلا من أشكال التمييز العنصري، وفي سنة 1993 إعتمدت الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة الإعلان العالمي للقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة وألحق به البروتوكول الإضافي للاتفاقية سنة 1979 الذي تضمن إعطاء حق الشكاوى لضحايا العنف ضد النساء والذي اعتمد بقرار الجمعية العامة -4/54 والمؤرخ في أكتوبر 1999 اعتبر نافدا في 22 ديسمبر 2000 وقد ألزم البروتوكول الدولي الأطراف بالتعهد بالاعتراف بتلقي الشكاوى المقدمة من المرأة أو نيابة عنها أو مجموعة أفرادها وفق لما ورد في المادة 2، 4، 12 منه، وهذا ما يدل على الاعتراف الدولي باللجنة الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة فيما يتعلق بتلقي الشكاوى.

وتبقى الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة في سنة 1979 أهم وثيقة دولية لمحاربة العنف المرتكب ضد المرأة إذا بموجبها إلتزمت الدول الأطراف بإتخاذ التدابير السياسية الإجتماعية والإقتصادية والثقافية بما فيها التدبير التشريعية لكفالة حقوق المرأة وتقديمها.

أما في مجال الطفولة فقد حرصت إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 على تقرير الحقوق الأساسية للطفل من إسم وهوية وجنسية وذلك وفقا لما جاء منها. كما لم تغفل المادة 18 من إتفاقية حقوق الطفل الحق الطبيعي لهذا الأخير في تربية وتنشئة سليمة بتحميل كلا الوالدين مسؤوليات مشتركة على تربية الطفل ونموه كما

⁶⁰ - أنظر محمود حجازي محمود، المرجع السابق ص 13 .

وضعت على عاتق الدول الأعضاء تقديم المساعدة الملائمة للوالدين والأوصياء القانونيين للإضطلاع بمسؤولياتهم كما أكدت اتفاقية حقوق الطفل على حمايته من العنف الموجه أو الصادر عنه وذلك بمكافحة كل أشكال الاستغلال كاختطاف الطفل أو بيعه أو الاتجار به وكذا حمايته من الضرر والإساءة البدنية أو العقلية أو الإهمال طبقا للمادة 19 من الاتفاقية .

وقد عرفت المنظمة العالمية للصحة العنف الأسري على أنه " كل سلوك يصدر في إطار العلاقة الحميمة وبسبب ضررا وآلاما جسمية أو نفسية أو جنسية لأطراف تلك العلاقة ويتعلق الأمر كذلك بالتصرفات التالية :

- أعمال الاعتداء الجسدي كاللكمات والصفعات والضرب.....
- أعمال العنف النفسي كاللجوء الى الإهانة والحط من قيمة الشريك....
- أعمال العنف الجنسي تحت الإكراه....⁶¹ .

كما عرفت منظمة العفو الدولية العنف ضد المرأة بأنه "كل فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه أو يرجح أن يترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان من الحرية سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة "

وفي تقرير منظمة الأمم المتحدة للطفولة UNICEF الصادر في جوان 2000 وتحت عنوان الإستغلال الجنسي والإغتصاب في العلاقات الحميمة " فإن الإعتداء الجنسي والإغتصاب بين الأزواج لا يعد جريمة في معظم الدول كما أن النساء في العديد من المجتمعات لا تعتبر الجنس الإجباري إغتصابا إذا كانوا متزوجين أو يعيشون كأزواج . المشكلة هنا أن المرأة بمجرد أن توقع على عقد الزواج فإن الزوج له الحق اللامحدود في الإتصال الجنسي مع زوجته، لذلك فإن بعض الدول قد إتجهت لسن

⁶¹ - انظر تقرير المنظمة العالمية للصحة حول العنف الأسري الصادر سنة 2002.

تشريعات ضد الإغتصاب الزوجي وبالرغم من أن بعض القوانين أحرزت تقدما في هذا المجال ، إلا أن تحقيق ذلك غالب ما يكون صعبا على النساء لإيجاد وتجميع الأدلة والبراهين لإثبات هذا النوع من الجرائم " 62 .

الملاحظ أن هذه النصوص على إختلافها تعكس فكرة إهتمام القانون الدولي بالعنف ولاسيما العنف الأسري وهذا الاهتمام لم يكن وليد الصدفة وإنما لضرورة فرضتها علاقة التأثير المتبادل بين ما يحدث في الأسرة وما يحدث على الساحة الدولية، إذا نتج عن بعض مظاهر العنف الأسري إجرام دولي تجلى في انتشار الإرهاب والتعصب المؤدي إلى الجريمة الدولية كما أن التغيرات الإقتصادية الدولية كان لها أثرها على الأفراد وعلى الأسرة مما أوجد نوع من الترابط بين ظاهرة العنف من جهة والجريمة الدولية من جهة أخرى كما ظهر ترابط قوي بين العنف الأسري خصوصا والإرهاب الدولي .

أولا: التفكك الأسري وزيادة الجريمة الدولية.

إن ما يحدث في الأسرة من آفات إجتماعية يرتبط إرتباطا وثيقا بما يحدث على الساحة الدولية. حيث أن الواقع العملي يثبت أن المتغيرات الإقتصادية تؤثر تأثيرا مباشرا على الأسرة فتتال من حقها الطبيعي في العيش في ظروف صحية ومعيشية ميسورة. فالآليات المجحفة التي تفرضها المنظمات المالية كصندوق النقد الدولي على الدول النامية والحرب الإقتصادية التي تخوضها بعض الدول والمنظمات الدولية في مواجهة الدول بدعوى إنتهاكها لحقوق الإنسان والشرعية الدولية إنما نتصرف أثارها في حقيقة الأمر إلى هذه الأسرة لا إلى صانعي القرارات في هذه الدول.

ومن جانب آخر يتعين أن لا نغفل أن إنحلال الرابطة الأسرية يعد أحد الأسباب المكونة للإجرام الدولي وإلا فبماذا نفسر زيادة الجريمة الدولية في الوقت الحالي وتعدد مظاهرها، وقد يرد علينا أن الجريمة وجدت مند أن وجد الإنسان وهي حقيقة لا نخالفها

62 - أنظر رؤى صبري، إشكالية العنف الأسري، www.siirononline.org/alabwarb/mogtama

إلا أنها لم تكن بهذه الحدة نتيجة لعدة ظروف نذكر منها تماسك الأسرة وقيامها على أسس متينة أيا كانت ديانتها، إذا كانت المجتمعات حريصة على خليتها الأساسية. وعليه فإن ما أصاب الأسرة من إنتكاسات أثر في الروابط المعنوية التي تربط بين أعضائها، مما جعل الأسرة بدلا من أن تكون مدرسة للطفل، أصبحت مصنعا للآفات الإجتماعية. فجريمة الإتجار بالمخدرات⁶³ والتي أصبحت تجارة مربحة لمن يزاوها فإنه لا جدال أن الأسرة ساهمت هي الأخرى في إنتشار هذه الجريمة إذ أن تخلي أحد أفراد الأسرة عن مسؤولياته هو أحد الأسباب التي تدفع الأطفال إلى الإتخاذ من تجارة المخدرات البديل للأسرة التي حرموها منها فتستغل براءتهم لترويج هذه التجارة مكونين في ذلك عصابات تشق الشوارع وهي مهياة لارتكاب شتى الجرائم.

إن المخدرات تعد أحد أهم الأخطار التي تهدد عالم الأسرة إذا أنها تحترق الشخصية الإنسانية وهي تؤثر على أرواح الأفراد لاسيما أولئك الدين بلغ بهم الضعف درجة لا يستطيعون معها مكافحته ويأتي على رأسهم الطفولة المشردة. كل هذا يشكل تهديدا خطيرا لصحة البشر ورفاهيتهم، ويلحق الضرر بالأسس الإقتصادية والثقافية والسياسية للمجتمع بما ينعكس سلبا على الإستقرار الأسري وبالتبعية إستقرار الدول وأمنها وسيادتها .

كما يثبت الواقع القانوني والإجتماعي أن هناك إرتباط وثيق بين العنف الأسري الذي يرجع إلى إنقسام عرى الروابط الأسرية وبين ما يعرف بالإرهاب الدولي.

ثانيا: العنف الأسري وظاهرة الإرهاب الدولي:

إن ظاهرة الإرهاب الدولي كإعتداء يمس بكيان المجتمع الدولي ظهرت في بادئ الأمر وفي صورته المصغرة في شكيلة ما يعرف بالعنف الأسري الذي يعود إلى إنقسام

⁶³ - ومن أمثلة الانحرافات المتسبب فيها العنف الأسري الانحراف نحو الإدمان ، ويشمل تعاطي المخدرات والكحوليات وتعاطي العقاقير والأفيون والكوكايين ومشتقاته.

وتفكك الروابط القائمة بين الأسرة وسيادة روح الانتقام وحب الذات لديهم، تم أخذ أشكالاً منظمة وأصبح ظاهرة دولية.

و يعتبر مفهوم العنف بمعناه العام من أبرز المفاهيم التي تتداخل مع مفهوم الإرهاب، وفي هذا الصدد يميز فقهاء القانون الدولي بين إتجاهين رئيسيين بصدد المقصود بالإرهاب كصورة من صور العنف.

فيرى أولهما أن الإرهاب يتحقق بإستخدام العنف لتحقيق أهداف سياسية، بينما يعتبر الثاني أن غرض الإرهاب يتمثل في إشاعة الرعب في المجتمع.

و الواضح أن الإتجاه الأول يركز على طبيعة الهدف من العنف وهل هو سياسي أو غير سياسي. لكن الإشكالية التي تبرز هنا تتمثل في تحديد المقصود بالهدف السياسي من جهة، ومن الذي يحدد طبيعة الهدف السياسي من جهة أخرى.

أما الإتجاه الثاني فهو يسلم بالدور الهام الذي يلعبه البعد السياسي في الكثير من الجرائم، إلا أنه لا يعتقد أن مثل هذا الدور يصلح لأن يتخذ أساساً لتعريف الجريمة الإرهابية التي تتخذ من إشاعة الرعب محكماً لها. والحقيقة أن ثمة إشكالية قائمة في تحديد مفهوم العنف تحديد صارماً قاطعاً، إذا أن الإرهاب عادة ما يقترب بالعنف، كما أن العنف هو أحد مظاهر الإرهاب.

إن مظاهر التمييز بين العنف والإرهاب تقوم على أسس أهمها:

1- أن أهداف الأعمال الإرهابية تتجاوز أهداف أعمال العنف الإجرامية إلى النطاق الأوسع الذي يهدد أمن المجتمع وسلامته من الناحية السياسية.

2- بينما توجد علاقة مباشرة بين الفاعل والمجني عليه في جرائم العنف، غالباً ما تكون هذه العلاقة مفقودة بين الإرهابي وضحاياه في الجرائم الإرهابية.

3- العنف لا يمارس من خلال تنظيم محكم له عقيدة أو فكرة، وإنما غالباً ما يمارس بشكل فردي أو من خلال عصابات منظمة لكنها محددة النشاط كالسرقة أو الإتجار في المخدرات بينما يمارس الإرهاب من خلال تنظيمات سياسية وحركات عقائدية فكرية غير رسمية، كما أنه قد يمارس من خلال أجهزة الدولة فيما يعرف بإرهاب الدولة.

و مما سبق ذكره يمكن أن نستخلص أن تجريم العنف وإدخاله في باب الأفعال المحصورة قانونا سواء في القوانين الوطنية أو الدولية إنما هو من أجل غاية هامة هي حماية حق الإنسان في سلامته الجسدية والنفسية، غير أنه أحيانا قد يباح المساس بسلامة الجسم إستعمالا لحق أباحه القانون لصالح شخص آخر خصوصا إذا كان هذا الحق من الحقوق الأسرية كما هو الحال في حالة إقرار حق التأديب لصالح الزوج على زوجته أو الأب على أبنائه وفق الشروط والحدود المرسومة قانونا غير أن تجاوز ممارسة هذا الحق يشكل عنفا ضد من إرتكب عليه الفعل وبالتالي يأخذ التأديب في هذه الحالة شكل العنف المادي أو الجسدي.

المطلب الثاني : حدود الضرب المقرر لتأديب الزوجة والأولاد.

يعد حق التأديب من أولي الحقوق التي عرفتتها الجماعات الإنسانية وقد كانت هذه السلطة أو هذا الحق لرب الأسرة تشمل سيادته المطلقة على أعضاء أسرته، وكانت هذه السلطة تحمل ذات المفهوم عند العرب، فنظام التسري هو نظام قديم وكذلك كل ما عرفته من حقوق فهي ترجع للعصور الأولى لظهور الأسرة، وهي حقوق تثبت للشخص باعتباره عضوا في عائلته وتقرر تنظيم العلاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لأي مجتمع ومن هذه الحقوق حق الزوج في آن تطيعة زوجته وتحافظ على شرفه وماله، ويقابل هذا الحق، حق الزوجة على زوجها أن يسكنها وأن ينفق عليها.

وقد جاءت أحكام الشريعة الإسلامية لتقرر حق رب الأسرة في رعاية أبنائه وما يتفرع عن هذا الحق من أفعال التأديب، وهذه الأفعال التي تباشر استعمالا لحق التأديب تشكل في مجملها مساسا بسلامة جسم أو عضو من أعضاء أفراد الأسرة بغية تهذيبه وإصلاح شأنه.

غير أن استعمال هذا الحق ليس مطلقا فكلما تم تجاوزه مخالفة للحدود والقيود المرسومة قانونا وشرعا تشكل عنفا يستوجب العقاب الجنائي، فضرب الأزواج لزوجاتهم

أو للأبناء ليس فعلا مباحا مادام قد ترتب عليه إيذاء كفقده أحد الأعضاء أو أحد الحواس أو حدوث تشوهات أو كما قد يؤدي للقتل أو إلى عاهة مستديمة.

لذلك وفر القانون حماية لأفراد الأسرة ولاسيما الزوجة والأولاد ضد استعمال هذا الحق، وعلى هذا الأساس سنتناول التأديب كحق في عنصر أول، والمسؤولية الجزائية الناتجة عن تجاوز استعمال هذا الحق في عنصر آخر.

الفرع الأول : حق تأديب الزوجة والأولاد.

لقد أقرت جل القوانين المقارنة في جملتها حق التأديب الذي يخاطب الأسرة وإن كانت البعض منها تقصره على تأديب الصغار لحق يتفرع عن رعايتهم والإشراف عليهم⁶⁴.

أما عن تأديب الزوجة فليس له في الأنظمة الوضعية أي تطبيقات ما عدا في الأنظمة القانونية التي تعتبر قواعد الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون فيها⁶⁵.

أما في الشريعة الإسلامية فقد قررت أحكامها، حق رب الأسرة في رعاية أفرادها وما يتفرع عن هذا الحق من أفعال، تسعى لتحقيقها.

وبناء على ما تقدم سنعالج هذه النقطة على النحو التالي:

أ- حق تأديب الزوجة. ب- حق تأديب الأولاد.

أولا : حق تأديب الزوجة.

لقد تباينت مواقف القوانين الوضعية في شأن تقرير حق تأديب الزوج لزوجته، فبعد أن كانت الأنظمة القانونية الغربية السائدة قديما تميز هذا الحق للزوج على زوجته، تراجعت عنه مع التطور وتخلت عنه نهائيا، في حين أقرته الأنظمة القانونية التي تعتبر قواعد الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادرها.

⁶⁴ - من هذه القوانين، القانون اللبناني في المادة 186 فقرة 01/ ق.ع لبناني القانون الكويتي في المادة 29 ق.ع القانون البحريني في المادة

26 من ق.ع، والقانون الليبي في المادة 85 من ق.ع.

⁶⁵ - بعدما كانت القوانين الغربية السائدة قديما تميز هذا الحق للزوج على زوجته، كالتشريع الفرنسي والقانون الإنجليزي، تراجعت عنه مع التطور وتخلت عنه نهائيا، في حين لا زالت بعض قوانين الدول التي تعتبر قواعد الشريعة مصدرا لها تقر هذا الحق، كالقانون العراقي سابقا، القانون الجزائري والقانون المصري.

أما أحكام الشريعة الإسلامية فقد أقرت هذا الحق للزوج استنادا إلى حقه في طاعة زوجته له وعدم النشوز على أوامره وتهذيبها، وقد اشترطت أحكام الشريعة الإسلامية في من يمارس هذا الحق شروطا معينة يجب توافرها سلفا والتزام وسائل شرعية محددة.

وعليه سنعالج أساس إباحة حق التأديب الممنوح للزوج على زوجته في إطار القوانين الوضعية المقارنة، ثم في قواعد الشريعة الإسلامية، وأخيرا موقف القانون الجزائري منهما.

I- أساس إباحة تأديب الزوجة في القانون المقارن.

لم تتضمن أغلبية القوانين المقارنة نصوصا صريحة تبين بموجبها للزوج أن يؤدب زوجته، وإنما استندت بعضها إلى القواعد العرفية والبعض الآخر إلى القواعد العامة للقانون، وأقرته صراحة بعض القوانين الأخرى، أما في البلاد العربية فهو مستمد من أصل واحد هو الشريعة الإسلامية.

وعليه سنتعرض تحت هذا العنوان لبعض القوانين الغربية والعربية على النحو التالي:

أ- تعارض حق التأديب مع النظام العام الفرنسي.

أجاز القانون الفرنسي القديم حق الزوج في تأديب زوجته، استنادا إلى تصور الفقه المدني القديم للعلاقة الزوجية وحقوق الزوج على زوجته، وكان تصور هذا الفقه يقوم على أن الزوج هو سيد الأسرة ورئيسها، ومن ثم يكون له إتيان أفعال التأديب على زوجته، تفرعا عن هذه السلطة، وقد اعترف الفقه والقضاء الفرنسي في ظل التطور السابق بحق الزوج في تأديب زوجته، وما يتفرع عن هذا الحق من أفعال، فكان للزوج إيقاع كل أصناف التأديب البدني على زوجته⁶⁶.

⁶⁶ - انظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 195.

- CF, Bouzat et pinatel, traité de droit pénal et de criminologie T1, paris, 1970, p 257.

غير أن القضاء الفرنسي تراجع عن هذا التصور وسأيره الفقه فيما بعد⁶⁷، وأصبح حق التأديب الواقع من الزوج على زوجته لا يستند في النظام الفرنسي لقاعدة تجيزه. وبهذا التراجع لم يعد فعل تأديب الزوجة من أفعال الإباحة التي نصت عليها المادة 327 من قانون العقوبات الفرنسي بالقول "لا جنائية ولا جنحة إذ كان القتل والجروح والضربات قد أمر بها القانون أو طالبتة السلطة الشرعية"⁶⁸، ذلك لأن قواعد الآداب السائدة في المجتمع الفرنسي وضعت الزوجة في نفس مكانة رب الأسرة وبالتالي أصبح لا يجوز للزوج الاعتداء على زوجته ولو كان ذلك بقصد تأديبها.

ب- تعارض التأديب مع مبدأ المساواة في التشريع الإنجليزي.

يأخذ القانون الإنجليزي قواعده من السوابق القضائية وهذه الأخيرة تضاربت حول إقرار حق الزوج في تأديب زوجته فأجازت بعض الأحكام للزوج تأديب زوجته ولو اقتضى ذلك التأديب ضربها طاعة لزوجها، وذلك استنادا إلى ما للزوج من سيطرة كاملة عليها، وهذه السيطرة يتفرع عنها حقه في تأديبها بضربها بسيطا غير مبرح، متى كان سلوكها شاذا يخشى على شرف الزوج أو سمعته أو كان سلوكها مؤديا لإنفاق أموال زوجها⁶⁹.

غير أن الاتجاهات الحديثة في النظام الإنجليزي لا تقر قيام حق الزوج في تأديب زوجته، وذلك لاختلاف النظرة الاجتماعية، لمكانة الزوج ووجود مبدأ المساواة فيما بين الزوجين، مما أدى إلى عدم تقبل الآداب العامة الإنجليزية لفكرة تقرير حقوق للزوج على زوجته بقصد تأديبها⁷⁰.

⁶⁷ - CF, Merle et vitue, traité de droit criminel, paris, 1981, p 118.

⁶⁸ - Bull crim, 19 juin 1989, S 89-1-234.B.

⁶⁹ - انظر، مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 196.

- عثمان سعيد عثمان، استعمال الحث كسبب للإباحة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968، ص 135.

⁷⁰ - انظر، مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 196.

ج- إباحة القانون المصري التأديب للنشوز.

نصت المادة 07 من قانون العقوبات المصري على ما يلي: "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء".
كما نصت المادة 60 من ذات القانون على أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية"⁷¹.
وقد ذهب رأي فقهي إلى القول بأن المقصود من هاتين المادتين، ينطبق على حق التأديب المخول لرب الأسرة مستندا في ذلك إلى ما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون ومناقشات مجلس الشورى⁷².

II- إباحة تأديب الزوجة في الشريعة الإسلامية.

أجازت أحكام الشريعة الإسلامية الأفعال التي يرتكبها الزوج على جسم زوجته استعمالاً لحق التأديب في إطار الحدود المقررة شرعاً، لإصلاح حال الزوج إن هي خرجت عن طاعته.
وأساس حق التأديب في الشريعة الإسلامية مستمد من القرآن والسنة والإجماع، فقد وردت آيات كثيرة وصريحة تدل على إباحة الأفعال التي يأتيها الزوج استعمالاً لحق التأديب المنفرع عن حقه في القيام على زوجته، منها قوله تعالى: ﴿... وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ ط فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً...﴾⁷³، وقوله أيضاً: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاصْرَبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ...﴾⁷⁴.

⁷¹ - كما نصت المادة 30 من مشروع قانون العقوبات المصري على أنه لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً للحق".

- انظر، عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1989، ص 889.

- انظر، محمد نجيب حسيني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1962، ص 98.

⁷² - انظر، عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 934.

⁷³ - انظر، سورة النساء، الآية 34.

⁷⁴ - انظر، سورة ص، الآية 44.

ووجه الدلالة في هذه الآية أمر الله سبحانه وتعالى لنبية أيوب بأن يضرب زوجته بعد حلقه بذلك، وهذا دليل على إباحة التأديب بأفعال الضرب.

وآية أخرى يقول الله عز وجل: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوًا أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا...﴾⁷⁵، ويستدل من هذه الآية إباحة التأديب للأهل لإبعادهم عن المعاصي، والأهل هم الزوجة والأولاد، ولو اقتضى التأديب مباشرة أفعال الضرب عليهم⁷⁶.

أما في السنة النبوية الشريفة فقد وردت أحاديث نبوية تدل على إباحة تأديب الزوج لزوجته، فعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع قال: "استوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم عوان لا تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"⁷⁷.

وقوله أيضا "اضربوا النساء إذا عصينكم في معروف ضربا غير مبرح"⁷⁸. يتضح مما تقدم أن السنة النبوية الشريفة أجازت أفعال التأديب التي يأتها الزوج على زوجته.

أما في الإجماع فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على إباحة حق تأديب الزوج لزوجته إن هي خرجت عن طاعته، ويستدل بعض الفقهاء على هذه الإباحة من حكم العقل على السؤال التالي⁷⁹، هل من كرامة الرجل أن يلجأ إلى القضاء لمحاكمة زوجته كلما انحرفت أو خالفت أو حاولت أن تنحرف وتخالف أوامرهم؟ وهل تقبل المرأة العاقلة أن نهرع زوجها، كلما وقعت في شيء من المخالفة إلى أبيها، أو إلى المحاكم ويباح سرها...؟ إن حكمة العقل تقتضي بقبول المرأة لأفعال التأديب لردها إلى رشدها بشيء

⁷⁵ - انظر، سورة التحريم، الآية 06.

⁷⁶ - انظر، ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الرابع، دار العلم للملايين، القاهرة، 1984، ص 752.

⁷⁷ - انظر، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سير الأخبار، ج6، مطبعة جلي، مصر، بدون سنة، ص 236.

⁷⁸ - انظر، عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 267.

⁷⁹ - انظر، علاء الدين أبي بكر الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، مطبعة الإمام، ص 1551.

من التأديب البدني، الذي لا يتجاوز المألوف في تربيتها لأبنائها على أن تسترسل في نشوزها وعدم طاعة زوجها فتهدم بيتها، وتشرد أطفالها⁸⁰.

وموجب التأديب في أحكام الشريعة الإسلامية هو حالة النشوز، غير أن بعض الفقهاء قد وسعوا في موجب التأديب لغير حالة النشوز، فقالوا بحق الزوج في أن يؤدب زوجته عن كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر شرعا⁸¹.

ويراد بالنشوز هو تعالي المرأة على زوجها ومعصيتها له فيما أوجب الله عليها من الطاعة⁸²، ولا يكفي لتوافر النشوز مجرد الخوف والظن من وقوع المرأة المتزوجة في المعصية، بل يلتزم أن يقع منها النشوز فعلا.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية منحت للزوج حق تأديب الزوجة ولكنها لم تترك له الأمر لاجتهاده بل أنها حددت له وسائل التأديب وحدود هذا التأديب، وهذا استنادا للآية الكريمة التي قال فيها المولى تعالى: ﴿... وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا...﴾⁸³. ويتضح من الآية الكريمة أن وسائل التأديب ثلاثة هي الوعظ والهجر في المضجع والضرب.

فالوعظ هو النصيح والإرشاد وبيان عواقب الأمور، ويكون بالحسنى واللين تحريما لقبول الطاعة واجتناب المعصية. فإذا لم تمثل لهذا اللين ذكرها بعاقبة نشوزها، وما يؤدي إليه من هجر في المضجع وضربها تأديبا على نشوزها.

⁸⁰ - انظر، محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط6، دار الشروق العربي، القاهرة، 1972، ص 154.

⁸¹ - انظر، الكاساني، المرجع السابق، ص 247.

⁸² - انظر، عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 270.

- انظر، عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر الجليل، جزء 04، ص 188.

⁸³ - انظر، سورة النساء، الآية 34.

ثم تأتي المرحلة الثانية بعد الوعظ وهي الهجرة في المضجع أي ترك الزوج الجماع مع زوجته، ولا يشترط الفقه الراجح أن يكون الهجر لمدة محددة، فذلك أمر متروك للزوج يباشره على زوجته فقد يأتي الهجر ثماره في أيام قلائل، وقد يستغرق شهراً⁸⁴. وهناك رأي للمالكية يرى أنه لا يجب أن تطول مدة الهجر عن 04 أشهر، وهي المدة المقررة للإيلاء شرعاً⁸⁵.

وإذا لم ينجح الهجر معها كخطوة لتأديبها، جاز للزوج في هذه الحالة ضربها كخطوة أخيرة من مراحل تأديبها.

والمقصود بالضرب هنا، هو الإيذاء البدني لجسم الزوجة على نحو قدره المشرع الإسلامي يباشره الزوج قاصداً منه تأديب زوجته الناشز، ويشترط أن يكون في غير المواضيع المنهي عنها كالوجه والرأس أو في الأماكن التي تؤدي إلى هلاك الزوجة. فالضرب المباح هو الضرب الخفيف الذي سبقه وعظ وهجر تأديباً لها ولم تمثل.

والتأديب إن كان حق قد شرعه المشرع الإسلامي لإصلاح المرأة، فإنه لا يجوز أن يخرج عن هذا المقصد، كما لو كان مثلاً لغرض الانتقام من المرأة أو الكيد لها⁸⁶. ومن ثم يجب على الزوج في استعماله هذا الحق أن يراعي الحدود المقررة له شرعاً وأن يراعي الترتيب فلا يجوز له استعمال إحدى الوسائل إلا إذا استنفدت الوسيلة التي قبلها وثبت عدم جدواها.

وإباحته مشروطة بعدم الإضرار بالزوجة، والمقصود هنا بالضرر هو الضرر الفاحش، لأن الضرورة تقدر بقدرها، فإذا زاد التأديب عن القدر اللازم لإصلاح أمر

⁸⁴ - انظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 203.

- انظر، هناء عبد الحميد بدر، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع المكتب الجامعي الحديث، مصر، ص 207.

⁸⁵ - انظر، الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، ط2، 1978، ص 15.

⁸⁶ - السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة 03، دار المعارف، مصر، 1957، ص 190.

- انظر، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 204.

- انظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص 197-198.

الزوجة، فإن الزوج يكون متجاوزا لحقه بالضرر الذي ألحقه بها، ولها طلب التعويض لهذا الضرر⁸⁷.

وحق التأديب في الشريعة هو حق شخصي مقرر للزوج دون سواه ولا يمكن لغيره استعماله نيابة عنه لأنه من الحقوق الشخصية المتعلقة بشخص الزوج⁸⁸.
 وفكرة تجاوز حد التأديب لا تنطبق فقط في حالة الضرب وحدها، بل أن هذه الفكرة متصورة أيضا في حالة الوعظ والهجر، وعليه يكون الزوج متجاوزا في الوعظ إذا كان لا تقتضيه الضرورة أو إذا كان الزوج لا يقصد منه سوى الإهانة والإذلال دون الإصلاح والزجر عن ارتكاب المعصية أما التجاوز في الهجر فيكون بالمبالغة في المدة.
 فبعد استعراض رأي الشريعة الإسلامية في إباحة تأديب الزوجة يبقى لنا أن نستعرض موقف تشريعنا الجزائري من هذه المسألة.

III- غموض التشريع الجزائري حول تأديب الزوجة :

إن استعراض موقف القانون الجزائري من مسألة تأديب الزوجة يتطلب منها تبيان أو تحديد أساس مشروعية التأديب وشروطه وغايته، وهذه المسألة تعد صعبة نوعا ما ذلك أن نصوص القانون الجزائري جاءت غامضة في بعض الأحيان وغير صريحة على الأمر الذي سيتطلب منا تحليل وتفسير المعنى الخفي لهذه المواد.
 بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري ولاسيما المادة 39 نجد أن تنص على التالي "لا جريمة:

1- إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون ...".

وفي هذا الإطار نقول أن المشرع الجزائري استعمال لفظ إذن القانون ويقصد من هذا التعبير أن يأذن القانون لصاحبه باستعمال حقه، وبالتالي فلفظ القانون المستعمل في المادة 39 هو لفظ مطلق ويعبر عن كل قاعدة قانونية سواء كانت مفرغة في نص

⁸⁷ - انظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص 198.

⁸⁸ - انظر، عبد الفتاح مصطفى الصفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 196.

- حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، قسم البحوث والدراسات العربية، مصر، 1972، ص 111.

تشريعي أو لم تكن، بمعنى أنها قد تكون نصا تشريعيًا أو قاعدة واردة بالشرعية الإسلامية، أو عرفا ساريا غير مكتوب وغني عن البيان.

ومن المعلوم أن قواعد الشريعة الإسلامية بالقدر الذي تعتبر فيه جزء من النظام القانوني العام، فهي تعد قانونا في هذا المعنى وتصبح مصدرا يرتقي بالحقوق إلى مرتبة الحقوق القانونية، وعليه فتأديب الزوجة والصغير تعد من تطبيقات استعمال الحق أو إذن القانون.

وهذا الرأي مأخوذ به من قبل غالبية الفقه في الجزائر⁸⁹، ولكن في حقيقة الأمر فإننا نجد أن نص المادة 39 من قانون العقوبات وجد لتبيان أسباب الإباحة بصفة عامة ولم يرد خاصا بحق التأديب، وعليه يجب علينا البحث عن نصوص أخرى في القانون الجزائري لاستخلاص أساس إباحة حق التأديب. وعليه فالسؤال الذي يمكن أن نطرحه في هذا المقام هو أين يجد حق تأديب الزوجة أساسه في التشريع الجزائري؟ للإجابة على هذا السؤال نستعرض النصوص المتعلقة بهذا الموضوع لاستخلاص أساس الإباحة.

نصت المادة الثانية من دستور 1996 على ما يلي: "الإسلام دين الدولة" كما نصت المادة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفضها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...".

ونصت المادة 222 من قانون الأسرة على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية...".

يتضح من هذه النصوص هو أن المشرع الجزائري جعل الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية بعد التشريع، ومن تم أوجب الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية في غياب النصوص التشريعية.

⁸⁹ - انظر، سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج1، شرعية التجرىم، مطبعة عمار قريفي، باتنة الجزائر، طبعة 1992، ص

101. - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 103،

- إسحاق إبراهيم، منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1980، ص 75.

لكن رغم ذلك نجد في بعض النصوص إشارة غير مباشرة لممارسة حق التأديب كما هو في نص المادة 55 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبتعويض للطرف المتضرر" فمن سياق هذا النص تفهم أن الزوج لا يمكنه ممارسة حق تأديب زوجته إلا بعد أن يصدر منها سلوك معين يوصف بالنشوز⁹⁰.

وما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوجين في الحقوق، بحيث أعطى لأحدهما طلب الطلاق على أساس النشوز، وهنا المحكمة تكلف رافع الدعوى بإثبات النشوز.

أما عن وسيلة التأديب فينبغي على الزوج احترام الوسائل والخطوات التي حددتها الشريعة الإسلامية، بدأ بالوعظ ثم الهجر في المضجع ثم الضرب الخفيف غير المؤذي أو المبرح⁹¹. وإذا ما تجاوزها الزوج تقرر مسؤوليته...

وحق التأديب في القانون الجزائري هو مرتبط بغاية أساسية وهي تهذيب الزوجة وإصلاح نشوزها وعليه فاستعمال هذا الحق ينبغي أن يكون بحسن نية، فإن ابتغى الزوج بفعله غير هذه الغاية لا يكون فعله مباحا، كأن يكون الغرض من التأديب هو الانتقام من الزوجة أو التعبير عن كراهيته لها أو دفعها لارتكاب المعصية. ففعل الزوج في هذه الحالات غير مبرر وغير مشروع.

نحن من جانبنا نرى أنه للزوج حق تأديب زوجته متى امتنعت عن طاعته وقام المبرر الشرعي لتأديبها، ويلزم أن يتبع الزوج وسائل التأديب المقررة في قواعد الشريعة الإسلامية وأن يستهدف الغاية الأساسية وهي تهذيب الزوجة وإصلاح حالها لا غير.

⁹⁰ - يقصد بالنشوز جحود الزوجة لغير سبب شرعي، وعدم إمتثالها لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة لها بذلك.

- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 227.

- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص 340.

⁹¹ - الضرب غير المبرح، هو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة شيئا كالكسور ومثل الضرب غير المبرح الصفع مثلا.

وإن استهدف العكس خرج الفعل من دائرة الإباحة إلى عدم المشروعية وعليه نحن نؤيد الاتجاه الذي يبيح حق التأديب رغم عدد الأصوات الكثيرة في الجزائر والتي تنادي بإلغاء هذا الحق وجعل المرأة مساوية للرجل في الحقوق، وهذا للتخفيف من عدد قضايا الطلاق المطروحة على المحاكم الجزائرية.

ثانيا : حق تأديب الأولاد.

يعد حق تأديب الأولاد من الحقوق الملازمة لحق الولاية الذي يمارسه الأباء على أولادهم، والمسؤول عن تربية الولد يجب أن يتمتع بالسلطة والمهابة اللازمتين لممارسة هذا الحق.

لذلك فقد استقرت النظم القانونية المقارنة⁹²، على منح الأب حق تأديب الصغير، بغية تهيئته وتكوين سلوكه، وبالتالي فالتأديب يستند إلى قواعد تجيزه، وحدود يمارس من خلالها مجاله كما تبين هذه القواعد الأشخاص الذين يمارسونه والذين يخضعون له.

إلى جانب القانون الوضعي أجازت أيضا الشريعة الإسلامية تأديب الصغير بغية تهيئته وإصلاح أحواله، فقررت هذا الحق لأشخاص معينين، وعليه سنتناول هذه الفكرة في النقاط التالية على النحو التالي:

I- تأديب الصغير في القانون الوضعي المقارن.

II- تأديب الصغير في الشريعة الإسلامية.

III- موقف القانون الجزائري.

I- تأديب الصغير في القانون المقارن.

اختلفت القوانين المقارنة في أساس إباحة حق تأديب الصغير واتخذ هذا الاختلاف اتجاهين الأول يقرر حق تأديب الصغير، ولكن يسنده إلى قاعدة تشريعية أو عرفية أو يقرره في المبادئ العامة للنظام القانوني ذاته.

⁹² - أهم هذه القوانين القانون اللبناني والقانون الليبي وقانون العقوبات الأردني.

أما الثاني فيعترف بهذا الحق بنصوص قانونية صريحة ولأهمية هذا سنتعرض لهذين الاتجاهين كل على حدى.

أ- السماح بالتأديب في إطار النظام العام.

يبیح هذا الاتجاه لصاحب الحق أن يباشر حقه في إطار ما تقره النظم القانونية، وفي إطار نصوصها العامة، ومن النظم القانونية التي سارت على هذا المنوال:

1- التأديب استنادا للسلطة العائلية في القانون الفرنسي.

يعد حق التأديب في القانون الفرنسي أحد عناصر السلطة العائلية التي يباشرها رب الأسرة على أبناءه بغية تهمذيتهم وتقويم سلوكهم، ويستند هذا الحق في النظام القانوني إلى القواعد العامة العرفية، وما تدرج عليه النظام العام، وهو الأمر الذي أدى ببعض الفقهاء إلى تسميتها بإذن العرف بالمقابلة لما يطلق عليه إذن القانون مستنديا لنص المادة 327 من قانون العقوبات، والقضاء الفرنسي اعتبر التأديب رخصة عرفية وهذا ما ذهب إليه محكمة بوردو في حكمها الصادر في 18 مارس 1981⁹³.

كما يستمد حق تأديب الصغير في النظام القانوني الفرنسي مصدره من الحقوق التي تتفرغ عن امتيازات الحقوق الأبوية الواردة بالتقنين المدني الفرنسي⁹⁴.

هذا رغم اعتراف القانون الفرنسي بالكيان المستقل للأسرة من الناحية القانونية، إلا أنه اعترف لرب الأسرة بحق الرقابة وتأديب الصغار.

2- التأديب استنادا لحق الرعاية في القانون الإنجليزي.

أقر النظام القانوني الإنجليزي مستندا للسوابق القضائية حق الوالدين، وخاصة الأب في الرعاية والرقابة والإشراف على الصغار ولو اقتضى ذلك تأديبهم بالضرب، وذلك قصد تأديبهم وتقويم سلوكهم في الأسرة والمجتمع⁹⁵.

⁹³ - انظر، مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 212.

⁹⁴ - انظر، عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 135.

⁹⁵ - انظر، مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 212. - عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 135.

وحق الرعاية يتضمن حقوقا عدة منها حق التأديب وهو يشمل الضرب، بشرط أن يكون معقولا، ويشمل كذلك حق تحديد الدين الذي يعتنقه الأطفال وتحديد نوع التعليم الذي يتلقونه ويتضمن أيضا حق الانتفاع بخدمات الصغار. ولكن يمكن انتزاع هذا الحق منهما أو من أحدهما، إذا لم يكن جديرا به، فمثلا متى كان سلوك الأب منحرفا لدرجة تهدد حياة الأطفال بالخطر الجسيم أو تهدد صحتهم أو أخلاقهم، فإن هذا الحق ينتقل إلى الأم.

والجدير بالذكر أن المشرع الإنجليزي وضع قانون خاص بالأطفال سماه قانون الأطفال الصغار، إذ يجمع في محتواه أغلب المبادئ المتعلقة بشؤون الأطفال، فنجد مثلا نص المادة 44 فقرة 01 منه توجب على كل محكمة يعرض عليها أمر طفل صغير، أن تضع نصب عينها مصلحة هذا الطفل أو الصغير، كما يجب عليها اتخاذ الإجراءات اللازمة لعزله عن الوسط أو البيئة غير المرغوب فيها، وفي سبيل ضمان هذه المصلحة تتخذ ما يلزم لتعليمه وتدريبه⁹⁶.

3- التأديب استنادا لحق شرعي في القانون المصري.

تنص المادة 60 من قانون العقوبات المصري على أنه: " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية". يتضح من هذه المادة أنها أباححت ارتكاب الأفعال المجرمة إذ كانت بنية سليمة وعملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية، وفي تعليل المراد بهذه المادة أثناء مناقشتها بمجلس الشورى، والذي وافق عليها بالإجماع⁹⁷، أنه القصد من إيراد هذا النص هو أن يخرج من العقوبة من له حق تأديب الصغار، كالوالد والوالدة والوصي، لكونهم مخاطبين بحق التأديب المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية.

⁹⁶ - انظر، عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص 135.

⁹⁷ - انظر، عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، م2، بدون دار نشر، مصر، 1989، ص 942.

وتطبيقا لذلك يتبين أن حق تأديب الصغار يستند في النظام القانوني المصري، إلى ما تجيزه الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون من قيام حق التأديب بالنسبة للصغار.

وقد سارت العديد من التشريعات العربية على هذا النهج منها قانون العقوبات التونسي الذي نص في المادة 42 منه على ما يلي "لا عقاب على من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانوني أو إذن من الحكومة التي لها النظر"⁹⁸، وأيضا قانون العقوبات الليبي في المادة 69 منه.

ب- السماح بالتأديب بنص صريح.

ذهب الاتجاه الثاني من النظم القانونية إلى الاعتراف صراحة بحق رب الأسرة في تأديب الصغار، وذلك من خلال نصوص قانونية صريحة.

ومن أهم هذه القوانين نجد القانون البحريني الذي أجاز للآباء حق تأديب أولادهم من خلال نص المادة 26 من قانون العقوبات التي نصت على أنه "يحق لأي من الوالدين أو الشخص الذي يحل مكانهما أو لمعلم المهنة، الذي يكون تحت رعايته أو مسؤوليته بصورة مشروعة، طفل أو تلميذ تحت التجربة، أن يستعمل لأغراض التهذيب أو حفظ النظام تلك الدرجة من القوة الضرورية والمعقولة لمثل ذلك الغرض..."⁹⁹.

كما أجاز القانون الكويتي للآباء حق تأديب أبنائهم، وذلك بنصه في المادة 29 من قانون العقوبات على ما يلي "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق التأديب، من شخص يخول له القانون هذا الحق، بشرط التزام حدود واتجاه نيته إلى مجرد التهذيب"¹⁰⁰.

⁹⁸ - انظر، المجلة الجنائية التونسية لسنة 1993، المطبعة الرسمية التونسية، ص 12، وقد تضمنت أحكام قانون العقوبات التونسي.

⁹⁹ - انظر، عصام أحمد محمد، المرجع السابق، م2، ص 939 - 940.

- مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 215.

¹⁰⁰ - انظر، عصام أحمد محمد، المرجع السابق، م2، ص 939 - 940. - مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 215.

وفي نفس السياق منح المشرع اللبناني للآباء حق تأديب أبنائهم وذلك بنصه في المادة 186 / ف2 من قانون العقوبات على أنه لا يعد جريمة "... ضرب التأديب التي ينزلها بالأولاد، آباءهم وأساتذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام"¹⁰¹.

نخلص مما تقدم بأن الأنظمة القانونية السابقة الذكر، قررت الحقوق سعياً وراء تحقيق غايات معينة، هذه الغايات تكون العلة دائماً في إباحة إتيان أفعال تباشر من خلال هذه الحقوق وعلى ذلك يستلزم لإباحة الأفعال الناشئة عن حق تأديب الصغار، أن تكون هذه الأفعال متفقة مع الغايات من هذا الحق. وهي التأديب قصد التربية والتهذيب، أو التعليم أو حفظ صحة الصغير، ومن ثم إذا خرج صاحب الحق عن هذه الغايات التي وجد من أجلها الحق كان فعله غير مشروع، أما إذا تجاوز التأديب حدود طاقة الصغير، كان الفعل مجرماً واستوجب مسؤوليته القائم به، ولو كان الأب نفسه لأن الصغير بحكم تكوينه الجسدي وقوته البدنية، لا يستطيع أن يحمي نفسه الأمر الذي جعل المشرعين يتولون هذه المهمة.

II- تأديب الصغير في الشريعة الإسلامية.

أباحت الشريعة الإسلامية تأديب الصغير حرصاً على أحواله وتهذيبه لصالح أموره التي يصلح بها المجتمع، وهي بذلك تحقق مصلحة أولى بالرعاية وعليه سنين أساس إباحة التأديب ووسائله وقيوده.

أ- أساس إباحة تأديب الصغير.

ذهب علماء الأصول إلى القول بأن تربية الصغير وتهذيبه، من أهم الواجبات التي يضطلع بها رب الأسرة، ذلك أن الصغير أمانة عند والديه، ويصون الوالد صغيره بتأديبه وتهذيبه بتعليمه محاسن الأخلاق والتربية الإسلامية الصحيحة.

¹⁰¹ - انظر، عصام أحمد محمد، المرجع السابق، م2، ص 939 - 940.

- مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 215.

وإذا ما خرج الوالد عن هذه الحدود، فلا مجال للقول بإباحة الأفعال التي يباشرها الصغير.

وإباحة أفعال التأديب بالنسبة للصغير تجد سندها الشرعي في القرآن والسنة والإجماع، ففي القرآن نجد قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوًا أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا...﴾¹⁰².

وقال أيضا: ﴿إِذْ قَالَتْ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾¹⁰³. هذه الآية تدل على أن للأم تأديب ولدها وتعليمه وإمساكه وتهذيبه، ولولا قدرتها على إتيان هذه الأفعال، كما كانت تستطيع أن تندرته لله¹⁰⁴.

وفي السنة النبوية نجد قوله الرسول عليه الصلاة والسلام "مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين، وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها"¹⁰⁵. وقوله أيضا "ما نحل والد ولده من نحل أفضل من أدب حسن" وكلها أحاديث تؤكد على إباحة تأديب الصغار من قبل الآباء قصد تهذيبهم وإصلاح شؤونهم.

ولقد استقرت قواعد الشريعة الإسلامية على اعتبار بلوغ الصغير سن السابعة من عمره أهلا للتمييز، ومن ثم يؤدب إذا قامت موجبات التأديب، أما إذا كان الصغير دون سن السابعة من عمره فلا مجال للقول بتأديبه لتصور الفهم لمدرجات الأفعال عنده¹⁰⁶. وتجدر الإشارة إلى أن حق تأديب الصغير ينتهي حتما ببلوغه، ذلك أن علة التأديب هو الولاية على النفس وبانتهاء هذه الولاية تنتهي سلطات الولي على الصغير ومنها تأديبه وتهذيبه.

¹⁰² - انظر، سورة التحريم، الآية 06.

¹⁰³ - انظر، سورة آل عمران، الآية 35.

¹⁰⁴ - انظر، ابن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ص 11.

¹⁰⁵ - انظر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، بدون دار نشر، القاهرة، 1980، ص 489.

¹⁰⁶ - انظر، حاشية ابن عابدرش، مطبعة مصطفى الطلبي، مضر، 1308 هجرية، ص 354.

فيباح للولي تأديب الصغار إذا أمرهم بالمعروف ولم يمتثلوا أو نهاهم عن المنكر ولم ينتهوا.

ب- وسائل التأديب وقيوده.

يشترط في وسيلة التأديب أن تكون معقولة، لأن الشريعة الإسلامية حددت الوسائل التي يمارسها الآباء في تأديبهم لأولادهم الصغار، إذا ما تحققت موجبات التأديب بحيث أن رسول الله ﷺ بين وسائل التأديب، إذ قرر بأمر الصغير بأداء الصلاة، فإذا بلغ عشر سنوات فإن هذا الأمر يتحول إلى ممارسة أفعال الإيذاء البدني على جسم الصغير.

وقد ذهب بعض علماء الإسلام¹⁰⁷، إلى القول بأن الوالد يستعين على تأديب الصغير بحيائه أو تميزه، وأول ما يجب أن يتعود عليه أن لا يأخذ الطعام إلا بيمينه وأن يقول بسم الله عند أخذه، وعند عدم امتثاله يقبح على ذلك ويذم على فعله كما يمدح الصغير المتأدب، ثم يعود الصغير على تعلم القرآن وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، فإذا خالف ذلك في بعض الأحوال مرة أو مرتين فينبغي أن يتغافل عنه، لأنه قد يجتهد في إخفائه، ومكاشفته تؤدي إلى أن يتحاصر على إتيانه مرة أخرى.

وإذا لم يمتثل الصغير بالوعظ واللين كان لوليه أن يؤدبه بالضرب، ويشترط في هذا الضرب أن لا يكون مبرحا وبدون أداة تجاوز آثارها أفعال التأديب، ولا يكون في مواضع يخشى من إيقاع الضربات عليها هلاك الصغير¹⁰⁸.

وحق الوالدين في تأديب الصغير ليس مطلقا بل هو يخضع لذات القيود التي يخضع لها حق تأديبه لزوجته، فيجب أن يكون استعماله لحق التأديب متفقا مع الحكمة المقصودة شرعا من تقرير هذا الحق، كما يجب أن لا يترتب على هذا التأديب ضرر بالصغير يتجاوز الضرر الذي تقره ضرورة التأديب.

¹⁰⁷ - انظر، أبو حامد الغزالي، معارج القدس في مدارج معرفة النفس، مطبعة المعلي، مصر، بدون سنة طبع، ص 70.

¹⁰⁸ - انظر، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص 354.

والجدير بالذكر هو أ، بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، كالحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة قصروا أفعال تأديب الصغير على الضرب ثلاث لتكون الزيادة على هذا العدد تجاوز في استعمال الحق¹⁰⁹.

بينما يرى المالكية وغالبية الشافعية بجواز الزيادة على هذا العدد¹¹⁰، هذا ويتقيد حق تأديب الصغار بمن يمارس هذا الحق عليه، فقد استقر فقهاء الشريعة الإسلامية على ثبوت هذا الحق للأب والأم، أو الجد الصحيح وللأخ والعم وبقية العصابات من جهة الأب، وذهب بعض آخر من الفقهاء إلى القول بجواز تأديب معلم القرآن للصبي، كما يجوز أيضا لمعلم الحرفة أن يضرب الصبي إذا كان ذلك في مصلحته لتعلم الحرفة، كما ثبت لعامة المسلمين إذا لم يوجد من يؤدب الصغير على النحو السابق ذكره.

III- موقف القانون الجزائري.

لقد سبق وأن قلنا أن حق تأديب الصغير ملازم لحق الولاية الذي يمارسه الآباء على الأبناء، والمسؤول عن تربية الولد يجب أن يتمتع بالسلطة والمهابة اللازمتين لممارسة هذا الحق.

وبما أن الصغير يخضع في طور نموه لمؤثرات اجتماعية بيولوجية ونفسية وثقافية كان لابد من ضبط هذه المؤثرات وجعلها تنصب في قناة التنشئة الصحيحة حتى تساهم في تكوين الشخصية الإنسانية المتسمة بحس اجتماعي ومدني يؤهلها للإتلاف مع متطلبات الحياة في المجتمع المنظم¹¹¹.

وقد درجت معظم المجتمعات على اتباع بعض الأعراف في الوسائل المتعلقة بتأديب الصغير، كحرمانه من بعض المزايا كحرية اللعب والتزه، أو ضربه ضربا خفيفا ... كل ذلك إشعارا له بذنبه، وبأن سلوكه المنحرف يمكن أن يؤدي إلى ألم جسدي يخشاه، كما يخشى الإنسان كل ألم وحرمان.

¹⁰⁹ - انظر، أحمد فتحي مهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، ط4، 1988، ص 142.

¹¹⁰ - انظر، أحمد فتحي مهنسي، المرجع السابق، ص 142 وما بعدها.

¹¹¹ - انظر، مصطفى العوجي، الأمن الاجتماعي، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت، 1983، ص 408.

هذا وفيما يخص الجزائر نقول أنه ما دام أن المادة 1/39 فقرة 01 من قانون العقوبات قد أباحت ضمنا حق التأديب ضمن ما يبيحه العرف العام، مع الأخذ بعين الاعتبار التطور التربوي الحاصل والذي يعدل ويطور المفاهيم التربوية فيكون عرفا جديدا يجب التقييد به.

أ- تحديد الصغير الخاضع للتأديب.

إن مفهوم العرف مفهوم نسبي دائم التطور، يتغير ويتعدل مضمونه مع تطور العادات والتقاليد والمفاهيم والوسائل. والسؤال الذي يمكن أن نطرحه هو من هو الصغير الذي ينبغي أن يخضع للتأديب؟ تجمع جل القوانين ومن بينها التشريع الجزائري على أن الضعف هو سبب التأديب، والمشرع قد نظم هذا الضعف وبينه حتى فترة زواله واستقلال الصغير بنفسه، وهذا يختلف باختلاف المراحل التي يمر بها الصغير، إذ أن هذا الأخير يمر بثلاث أطوار:

الطور الأول: ويبدأ من ولادته إنسانا حتى بلوغه سن التمييز وهو سن 13 سنة¹¹²، وذلك طبقا للمادة 02/42 من القانون المدني ويسمى الصغير في هذه المرحلة بالصغير غير المميز.

الطور الثاني: يبدأ من سن التمييز أي من سن 13 سنة حتى 19 عشرة سنة، ويسمى الصغير في هذه المرحلة بالشخص المميز وذلك طبقا للمادة 43 قانون مدني جزائري تنص على أن: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرر القانون".

الطور الثالث: وهو بلوغ الصغير سن 19 سنة، ويسمى الشخص في هذه المرحلة بالشخص البالغ وذلك طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 كان يجعل من سن 16 سنة السن القانونية للتمييز، وفي الحقيقة هذا الحد كان مبالغ فيه من قبل المشرع، غير أنه بعد تعديله لنص المادة 42 ق.م وجعله سن التمييز بـ 13 سنة يكون قد أصاب وتدارك الوضع.

¹¹² - عدلت المادة 42 من القانون المدني بموجب الأمر 10/05 الصادر في 20 جوان 2005 فيعدما كان سن التمييز يحدد بسن 16

سنة أصبح 13 سنة .

وبالتالي ما يمكن أن يتبادر لنا كسؤال، هو بعد هذا التحليل هو ما دام أن المشرع جعل سن التمييز يبدأ من سن 13 سنة حتى 19 سنة، فهل يجوز ضرب الطفل في مثل هذه السن؟

إذا كان الجواب بنعم فإنه سيكون فيه تجاوز للمنطق ذلك أن الشخص بعد بلوغه سن 13 سنة وبداية سن 14 سنة يبدأ بالدخول في مرحلة جديدة وهي مرحلة المراهقة وهنا تبدأ شخصيته في التكوين وضربه في مثل هذه المرحلة يمكن أن يكون خطرا عليه وقد يتسبب في انحرافه لأن المراهق يتصرف بنوع من الطيش واللامبالاة، الأمر الذي يجعل مسؤولية الوالي تزداد، ومن ثم يستوجب على الأهل والولي على النفس مساعدة الصغير بتخطي هذه المرحلة بسلام حتى يستوي شابا صالحا.

وعليه فنحن نرى بأنه أمام غياب النص القانوني في تحديد سن التأديب وغياب رأي الفقه والقضاء الجزائري يجعلنا نرجع لقواعد الشريعة الإسلامية، لتحديد سن التأديب طبقا للمادتين 01 من القانون المدني والمادة 222 من قانون الأسرة. وبالتالي فالسن الذي يؤدب فيه الصغير هو من سن السابعة حتى 14 عشر سنة استنادا لحديث الرسول ﷺ "غدي ولدك سبعا وأدبه سبعا"¹¹³ وهذا السن يتفق مع المنطق.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل نصت في مادتها الأولى على تعريف من هو الطفل بنصها ما يلي: "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة (18) ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك. بموجب القانون المطبق عليه"¹¹⁴.

¹¹³ - انظر، أحمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، بدون سنة، ص 22.

¹¹⁴ - جاء في ديباجة الاتفاقية ما يلي: "... وإذ تشير الأمم المتحدة قد أعلنت في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن للطفولة الحق في رعاية ومساعدة خاصتين. - واقتناعا منها بأن الأسرة هي الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال ينبغي أن تتولى الحماية والمساعدة اللازمتين لتتمكن من الاضطلاع الكامل عميق وليتها داخل المجتمع. وترد أنه ينبغي إعداد الطفل إعدادا كاهلا طيا حياة فردية في المجتمع وتربيته بروح المثل العليا والسلم..."

- انظر، الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 جريدة رسمية عدد 91 سنة 1992، ص 2318-2331.

ب - الأشخاص الذين يملكون حق التأديب.

الأصل أن الإنسان يولد عاجزا وضعيفا، وهو في هذا الضعف والعجز يحتاج إلى من يحميه من نفسه فيبعده عن الأضرار التي تلحق بجسمه أو بعضو من أعضائه ومن هذا المنطلق جعل المشرع الجزائري الولاية على النفس لعدد من الأشخاص حرصا منه على أن لا يبقى الصغير وحيدا الأمر الذي يجعله يعجز عن تدبير أموره.

وأولياء الولد هم كل من يعمد إليهم بتربيته سواء أكان الأب أو الأم أو الوصي أو المعلم أو الحاضنة، وبموجب هذا الاعتبار يمارسون حق التأديب على الأولاد، تبعا لحق الولاية أو الوصاية التي أعطاهم لهم القانون.

هذا وقد جعل المشرع الولاية تنطلق من مكانها الطبيعي الأول وهو الأسرة بحيث نص في المادة 02 من قانون الأسرة على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع ويتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة، بل وأكثر من ذلك فنجد أن المادة 36 من قانون الأسرة توجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

ضف إلى ذلك فإن المادة 87 من قانون الأسرة اعتبرت الأب وليا على أولاده القصر، وحق التأديب هو ملازم لحق الولاية الذي يمارسه الأب على أولاده باعتباره المسؤول الأول عن تربية الولد وتحمل الأم محله بعد وفاته.

غير أنه في حالة انهيار الأسرة كخلية أساسية ومكان طبيعي لتربية الولد، فإن المشرع الجزائري راعى ذلك ووضع جملة من التدابير في المادتين 62-64 من قانون الأسرة.

بحيث عرف الحضانة في المادة 62 واعتبرها أساس رعاية الولد وتعليمه والقيام على شؤونه، على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

وفي المادة 64 عدد المشرع الأشخاص الذين يعهد إليهم بالحضانة ورتبهم على سبيل الحصر وجعل للأم الأولوية لحضانة أبنائها.

كما أن المشرع بقصد حماية الصغير هيا له كل الظروف، بحيث جعل له كفيلا في حالة غياب أهله وفي ذلك نصت المادة 116 من قانون الأسرة على أن "الكفالة التزام على

وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه، وتتم بعقد شرعي" وبطبيعة الحال فإن حق التأديب ينتقل للكفيل أثناء توليه كفالة المكفول.

إلى جانب حق هؤلاء فقد منح العرف العام للمعلم حق تأديب التلاميذ، وحق المعلم في التأديب لا يقتصر مفعوله على تربية الولد بل يتعداه إلى هدف أسمى وأهم وهو ضبط النظام داخل المدرسة وفرض الاحترام، ذلك أن المعلم الذي يفقد هبته وسلطته على تلاميذه، يعرض هذا النظام للعبث، مما يؤدي إلى الفوضى وتعطيل الدراسة، وعليه فالمصلحة العامة هنا تجيز للمعلم ممارسة حق التأديب ضمن الحدود التي رسمتها الأنظمة والعادات والعرف في المحيط الاجتماعي.

ويتح مما سبق أن المشرع الجزائري اعتنى بالصغير أيما عناية بحيث قيد له العديد من الأولياء (الأب، الأم، الحاضن، أم الأم، أم الأب، ... المعلم، ... الكفيل ... الخ" وذلك كله من أجل مصلحة المجتمع حتى يشب أطفاله رجالا صالحين ساعين لخدمته.

وما تجدر الإشارة إليه دائما أن حق التأديب هو حق نسبي وليس مطلق أي مقيد بقيود وشروط وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه في الجزائر¹¹⁵، أ، حق تأديب الصغير مشروط بثلاثة شروط: أولهما أن يكون حق التأديب للأب والوصي والأم وكذلك للولي على النفس عند عدم وجوب الأب، وثانيها أن يكون هذا الحق بقصد التهذيب والتأديب، فإذا خرج عن مضمونه استوجب الفعل المساءلة، وفي الأخير يشترط أن يكون حق التأديب من حيث الوسيلة محدودا فينبغي أن يكون الضرب خفيفا بغير تعذيب.

ونحن نؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه غير أنه يضاف إليه أمر آخر وهو أنه إذا تجاوز الأب حدود التأديب البسيط الذي يحدث ضررا جسيما بجسم الصغير بالرغم من عدم وجود آثار دالة عليه أو مرض ناتج عنه فإنه يكون قد خرج عن حدود التأديب ومن ثم يتابع جزائيا عن جريمة الإيذاء العمدي ضد قاصر، وتطبيق في شأنه أحكام المواد 269 وما يليها من قانون العقوبات.

¹¹⁵ - انظر، رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شركة ون، الجزائر، بدون سنة، ص 147

- انظر سليمان بارش، المرجع السابق، ص 102.

الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية عن تجاوز حق التأديب وبلوغه حد العنف .

إذا كان التأديب حق مقرر قانون ومباح في إطار شروط وضوابط معينة فإنه يتعين على صاحبه، أن لا يتجاوز هذه الحدود في ممارسة حقه هذا فالقانون يحمي حق الإنسان في سلامة جسمه من كل إخلال يعطل وظيفة من وظائف الحياة لديه سواء كانت وظيفة نفسية أو عضوية، وعليه فإن كل تجاوز لهذا الحد يجعل الفعل مجرماً ويخرجه من دائرة الإباحة الشرعية إلى دائرة التجريم. فالتأديب عمد تجاوزه الحدود المرسومة له يشكل عنفا يستوجب المسؤولية الجنائية وفقا لأحكام القانون الجنائي ويختلف الأمر هنا عندما يتعلق بالزوجة عنه في تأديب الصغير.

وعليه سنقسم دراستنا لهذه النقطة إلى عنصرين تتناول في الأول:

أولا : المسؤولية الجزائية للزوج .

ثانيا - مسؤولية الوالدين عن تجاوز حدود تأديب الأولاد.

أولا : مسؤولية الزوج .

إن الإيذاء البدني الذي يصيب الزوجة نتيجة لقيام الزوج بضرب زوجته يثير التساؤل حول مدى مسؤولية الزوج الجنائية عن هذه الأضرار؟ ولكي نجيب على هذا التساؤل يتعين التفرقة بين الأضرار التي نجمت عن اعتداء الزوج على زوجته بالضرب خارج نطاق ممارسته لحقه في التأديب، وتلك التي نجمت عن استخدامه لحقه في تأديب زوجته بالضرب وفقا للقيود الشرعية. ففي هذه الأخيرة لا يسأل الزوج جنائيا ولا مدنيا عكس الحالة الأولى التي تنعقد فيها المسؤولية الجنائية للزوج عن فعل الضرب سواء باعتباره جنحة أو باعتباره جنائية إحداث عاهة مستديمة أو ضرب أفضى إلى الموت أو القتل العمد وكل ذلك وفقا للنتيجة الإجرامية لواقعة إعتداء الزوج على زوجته، وتختلف أحكام المسؤولية الجنائية لهذه المسؤولية، في القانون الوضعي عنه في الشريعة الإسلامية. وعليه سنبين ونوضح الأمر في كل من التشريع الوضعي والتشريع الإسلامي.

I- في القانون الجنائي الوضعي.

إن تجاوز الزوج حدود التأديب ووصوله حد العنف، بشكل تعسف في استعمال الحق، أي استخدامه في غير الغرض المخصص له وإن التزم حدوده الموضوعية، وبذلك يكون التصرف مؤتما ومعاقبا عليه. وحتى تتحقق المسؤولية الجنائية عن فعل الزوج الذي دخل حيز أو دائرة التجريم ينبغي توافر أركان أساسية وشروط هامة.

أ- شروط قيام المسؤولية الجنائية.

إن المسؤولية الجنائية للزوج لا تقوم إلا إذا قام بفعل مادي من شأنه المساس بسلامة جسم الزوجة، وترتب عنه نتيجة إجرامية. طبقا لأحكام القانون الجنائي.

والواضح أن المشرع الجزائري لم يضع نصوصا خاصة بالزوجة في هذا المجال مما يدفعنا للرجوع إلى القواعد العامة لاسيما المادة 264 ق.ع وما بعدها والتي تجرم أفعال الاعتداء التي تمس بسلامة الجسدية للإنسان.

إذا فالجريمة تقوم متى اتخذ سبوك الجاني صورة الضرب المبرح والجرح أو التعذيب أو إعطاء المواد الضارة، أي كل عمل مادي من شأنه أن يشكل عنفا ماديا ضد الزوجة¹¹⁶. وأدى ذلك إلى نتيجة هامة تتحقق بمجرد المساس بسلامة الجسم أيا كان الجانب الذي لحقه ذلك المساس، وأيا كانت نوعية النشاط إيجابي أو سلبي ومهما كانت درجة الإيذاء بسيطة أو جسيمة فكلها نتائج للنشاط المادي للزوج¹¹⁷.

فإذا لم يترتب على الفعل أي مساس بسلامة جسم الزوجة فلا تقوم الجريمة، وفي هذه الحالة هل يمكن أن يسأل الزوج عن الشروع؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقول أن جريمة الضرب والجرح هي جنحة والقاعدة العامة تنص على عدم جواز العقاب على الشروع في الجنح إلا بنص صريح¹¹⁸. وبدوره

¹¹⁶ - لقد عرفت منظمة العفو الدولية العنف ضد المرأة بأنه كل فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس، ويترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة

سواء من الناحية النفسية أو الجسمانية أو الجنسية.... " www.AMNESTY.org

¹¹⁷ - انظر، محمد نجيب حسن شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 599.

- انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 74.

¹¹⁸ - راجع المادة 31 من ق.ع الجزائري.

فالمشرع لم ينص على عقوبة الشروع في الضرب والجرح وبالتالي فإما أن تتحقق النتيجة ويعاقب الزوج على جنحة تامة وإما أن لا تتحقق فلا تقوم الجريمة قانوناً¹¹⁹.

ويثور الإشكال مرة ثانية في الحالة التي يعتبر فيها الضرب والجرح الجنائيات تطبيقاً لنص المادة 29 من ق.ع فتشدد العقوبة وتصبح إما السجن المؤقت أو المؤبد أو الإعدام وذلك في الحالة التي يفضى فيها الضرب والجرح إلى إصابة الزوجة بعمامة مستديمة أو إلى الموت، فهل يجوز معاقبة الزوج على شروعه في الفعل أو لا؟

للإجابة نقول أنه¹²⁰ إذا كان الزوج يقصد من خلال فعله إحداث هذه العاهة ولكن النتيجة تخلفت لسبب لإدخال لإرادته فيه فإنه لا شك أن يسأل عن الشروع في إحداث عاهة مستديمة.

أما إذا كان يقصد فقط إيذاء زوجته بضربها أو جرحها ولكن النتيجة جاءت متجاوزة لقصده، وتحققت العاهة فهنا تكون الجريمة قد تمت ولا يتصور فيها الشروع في إحداث عاهة.

أما الشروع في الضرب والجرح المفضي للوفاة فهو غير متصور إطلاقاً لأنه في حالة اتجاه نية الزوج إلى إزهاق روح زوجته تكومن الجريمة في هذه الحالة عبارة عن شروع في القتل¹²¹.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 15 جانفي 1982 بأنه يكفي لقيام الجريمة ضرورة وجود علاقة سببية بين الضرب والعاهة المستديمة ولا يشترط أن يكون الجاني قد نوى إحداثها وإنما يشترط فقط أن يكون قد تعمد الضرب الذي نشأت عنه العاهة فيعاقب عليها على أساس أنها من النتائج المحتملة لفعل الضرب الذي تعمده¹²².

¹¹⁹ - انظر، بن عودة مسكر مراد، الحماية الجزائرية للزوجة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2004، ص 16.

¹²⁰ - انظر، فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2002، ص 138-139.

¹²¹ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 55.

- انظر، محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 155.

¹²² - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 15-01-1982، ملف رقم 27373 م.ق، 1989، عدد 02، ص 234.

وحتى تكتمل عناصر الركن المادي للجريمة يجب أن تتوافر علاقة سببية تربط السلوك بالنتيجة، فإذا انتفت رابطة السببية تخلفت أحد عناصر الركن المادي وبالتالي انتفت مسؤولية الزوج المتهم عن الأذى الذي لحق بجسم زوجته المجني عليه. ولا تثار مشكلة السببية عندما يكون سلوك الزوج الجاني هو العامل الوحيد في إحداث النتيجة الإجرامية، ولكن الأمر يكون أكثر تعقيدا إذا ما صاحب فعل الزوج عوامل أخرى ساهمت في إحداث هذه النتيجة¹²³ وهذه العوامل قد تكون سابقة أو لاحقة أو معاصرة لسلوكه وقد يكون مصدرها الجاني أو الزوجة المجني عليها أو شيء آخر، والسؤال الذي يطرح نفسه هل يسأل الزوج الجاني في جميع هذه الحالات عند النتيجة الإجرامية؟ فالفقه والقضاء المقارن يجمع على أن علاقة السببية تقوم إذا كان سلوك الزوج الجاني قد أدى وفقا للغالب والمألوف والمجرى العادي للأمر إلى وقوع النتيجة حتى ولو تداخلت معه عوامل أخرى عادة غير شاذة¹²⁴.

غير أن القضاء الجزائري قد خرج عن ذلك وأخذ بمبدأ السبب الفوري والمباشر، وعليه يكون الزوج الجاني مسؤولا عما أحدثته من أذى لزوجته إذا كان فعله الإجرامي هو السبب الأساسي في إحداثه.

وعليه قضى المجلس الأعلى في 01 جويلية 1975 بأنه يشترط لتحقق جريمة القتل العمد توافر رابطة السببية بين نشاط الجاني ووفاة المجني عليه، بحيث إذا تدخل عامل خارجي بين نشاط المتهم وموت الضحية انقطعت رابطة السببية¹²⁵.

ونفس الحكم ذهب إليه في 04 يناير 1983 حيث اعتبر أن الجاني يكون في جريمة القتل العمد مسؤولا عن وفاة المجني عليه متى تحققت النتيجة وكانت الوفاة مرتبطة بنشاطه

¹²³ - انظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 53.

- انظر، عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 186.

- انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 21-22.

¹²⁴ - انظر، فتوح عبد الله الشاذلي وعبد القادر قهواجي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.ط،

1999، ص 143.

¹²⁵ - انظر، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، د.ط، 2001، ص 90.

ارتباطا وثيقا لا يسمح بالتردد في القول بأن هذا النشاط هو السبب المباشر في حدوث الوفاة¹²⁶، وهذه الأحكام وإن كانت خاصة بالقتل، فإنها تسري على أفعال الضرب والجرح لارتباطها بمصلحة واحدة وهي حماية جسم الإنسان من كل اعتداء قد يمسّه.

وحتى تثبت المسؤولية الجنائية للزوج وتستفيد الزوجة من الحماية التي أقرها لها المشرع في المادة 224 من ق.ع، وجب أن تتجه إرادة الزوج الجاني إلى إيقاع أعمال العنف على زوجته مع علمه بما يقوم به، وهو ما يعرف بالقصد الجنائي¹²⁷.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1934 أن جريمة الضرب والجرح لا تتطلب توافر قصد جنائي خاص بل يكفي لتوافر القصد الجنائي فيها تعمد الضرب¹²⁸.

ويعني ذلك أن نية الإضرار بالزوجة المجني عليها ليست من عناصر القصد الجنائي، وعليه إذا كان الزوج الجاني يستهدف عناصر القصد الجنائي، وعليه إذا كان الزوج الجاني يستهدف من وراء فعله تحقيق مصلحة للزوجة المجني عليها فإنه رغم ذلك يكون القصد الجنائي متوافرا لديه كأن يحدث لها عاهة مستديمة بقصد تمكينها من الحصول على معونة مالية أو تعويض¹²⁹.

وعموما يقوم القصد الجنائي العام على عنصرين أساسيين، العلم والإرادة¹³⁰، إذ يجب أن يكون الزوج عالما بأن فعله ينطوي على المساس بجسم إنسان حي وهو جسم

126 - انظر، جيلالي بغداددي، المرجع السابق، ص 90.

127 - انظر، عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 182.

- CF, Patrice Gattegno, droit pénal special, edi Dalloz, Paris, 3^{ème} édi, 1999, p 33.

- CF, Michel Laure Rassat, op cit, p263.

128 - انظر، محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط1، 1998، ص

365.

129 - انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 76.

130 - انظر، محمد سعيد ثمر، المرجع السابق، ص 115.

زوجته، وأن يتوقع النتيجة الإجرامية لفعله¹³¹ ويعني ذلك أن يتوقع حدوث الأذى بجسم زوجته المحني عليها، وأن فعله يشكل خطأ يترتب عليه مسؤولية جنائية ومدنية.

فإذا قام الزوج بضرب زوجته بعصا خشبية معتقدا بأنه يمارس حقه في تأديبها فلا يمكن له أن يتخلص من المسؤولية استنادا بهذا التبرير لأنه كان عليه أن يتوقع الخطر الذي يمكن أن ينتج عن الضرب بالعصا.

كما يتطلب القصد الجنائي أيضا ضرورة اتجاه إرادة الزوج إلى إحداث فعل الضرب والجرح بكل حرية دون أي قيود أو عيوب تؤخذ على هذه الإرادة، وأن يعتمد إحداث الأذى البدني بجسم زوجته المحني عليها¹³²، فإذا لم يتعهد ذلك انتفى القصد الجنائي لديه وبالتالي يسأل عن فعله بوصفه ضرب وجرح خطأ.

ولا يشترط أن تتجه إرادة الزوج إلى تحقيق نتيجة معينة بل يكفي أن تتجه إلى الإيذاء المطلق¹³³، ولو أفضى الفعل إلى نتيجة احتمالية أشد جسامة مما أراد، إذ يسأل الزوج عنها إذا أدى إلى مرض الزوجة أو عجزها عن العمل مدة تزيد على 15 خمسة عشرة يوما، أو إلى إحداث عاهة مستديمة لها أو أدى إلى وفاتها مع أن الزوج لم يكن يقصد إلا إعجازها لمدة تقل عن 15 يوما.

ويتعين على القاضي في حالة إدانة الزوج أنه يبين ركن القصد ويثبت توافره ولا يلزم لذلك أن يتحدث عنه صراحة، وإنما يكفي أن يستفاد ضمنا من عبارات الحكم، أو وقائع الدعوى، كما أوردها الحكم¹³⁴.

وعليه إذا ما اجتمعت هذه العناصر كلها اعتبرت الجريمة قائمة في حق الزوجة، الأمر الذي يستدعي حمايتها جزائيا، وإعطاءها حق التعويض عن العجز، إلا أن قيمة هذه الحماية تتوقف على مدى فعالية المتابعة والجزاء خصوصا وأن شكوى الزوجة في هذا المجال

¹³¹ -CF, Michel Veron, droit pénal spécial, édition Armand colin, 2^{ème} édi, paris, 2002, p 38.

¹³² - انظر، محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 365.

¹³³ - انظر، فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص 144.

¹³⁴ - انظر، محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 369.

لا تلقي عادة ترحيبا من قبل الجهات المختصة بالرغم من وجود نص المادة 264 ق.ع، الذي يوفر لها نفس الحماية التي يوفرها للأشخاص العاديين.

ب- مدى فعالية المتابعة الجزائية ضد الزوج.

جريمة الضرب والجرح كأى جريمة أخرى من جرائم القانون العام لا تتم المتابعة فيها إلا بعد وقوعها والتبليغ عنها أو اكتشافها من قبل الضبطية القضائية.

وما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري كغيره من مشرعي الدول الأخرى قد أعطى للزوجة حق الاختيار بين عدة طرق في متابعة الزوج الجاني عما ارتكبه من أفعال¹³⁵، وهو بذلك يحاول أن يوفر لها نوعا من الحماية الإجرائية، لأن تجريم أي فعل يبقى بدون جدوى إن لم تلحقه متابعة الجاني ومعاقبته، غير أن هذه الإجراءات أحيانا وعلى المستوى العملي تبقى بدون فعالية وخصوصا عندما يتعلق الأمر بالعنف بين الزوجين، ومن جهة أخرى فإنه حتى ولو تم إدانة الزوج وتطبيق العقوبة عليه فإن ذلك سيؤثر على عقد الزواج، إذ في غالب الأحيان يكون مصير الرابطة الزوجية هو الانحلال مما يعني هدم نظام الأسرة.

وبالرجوع لأحكام المادة 02 من ق. الإجراءات الجزائية الجزائية نجد أنه من حق الزوجة إذا ما أصابها شخصا ضرر مباشر من جراء الضرب والجرح الصادر من زوجها، حق التأسيس كطرف مدني والمطالبة بحقوقها المدنية من تعويض عن الأضرار وذلك بتقديم شكواها مباشرة إلى وكيل الجمهورية الجهة الأولى التي تتلقى الشكاوي في حالة وقوع أي جريمة إذ خولها القانون صراحة حق تلقي الشكاوي والبلاغات¹³⁶ وجمع الأدلة والبحث عن مرتكبيها ما دام لم يبدأ فيها بتحقيق قضائي¹³⁷، وعليه يحق للزوجة كباقي أفراد المجتمع في حالة تعرضها لأي عنف مادي من قبل زوجها أن تقدم شكواها إلى الضبطية القضائية لتحريك أول إجراءات المتابعة ضد الجاني غير أنه في بعض الأحيان لا تتلقى هذه الشكاوى

¹³⁵ - راجع في ذلك المادة 02 من ق.إ.ج التي تخول لكل شخص أصابه ضرر مباشر من جريمة ما، حق مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر، وكذلك المادة 72 ق.إ.ج التي تخول لكل شخص يدعى بأنه مضر بجريمة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص.

¹³⁶ - انظر المادة 12 من ق.إ.ج.

¹³⁷ - انظر، المادة 17 من ق.إ.ج.

الترحيب الكافي ذلك أن مثل هذه القضايا بالنسبة لرجال الضبطية تعتبر قضايا عائلية ويجب حلها مدنيا وليس جزائيا¹³⁸.

وعليه فعدم تخصيص نصوص خاصة بالأسرة في هذا النوع من الجرائم يجعل حق الزوجة مهدورا للمتابعة الجزائية أحيانا، لاسيما من قبل الزوج خصوصا وأن مكاتب الشرطة تعتبر أن ضرب الزوج لزوجته يدخل في إطار حق التأديب وأن كل ما يقع بين الزوجين من أعمال العنف يدخل في إطار الأسرة والعائلة مما يعني أنها قضايا مدنية.

والواقع أن هذا التفسير غير صحيح، فالمشرع يحمي حق الأفراد في سلامة جسمهم مهما كانت صفة الفاعل، والزوجة باعتبارها فرد كباقي الأفراد فإنها تدخل في نطاق هذه الحماية، لذلك يتعين قبول شكوى الزوجة في مثل هذه الأحوال.

فطبقا لما سبق فإن إجراءات المتابعة ضد الزوج الجاني تتخذ أحيانا صورة الاستدعاء المباشر لحضور جلسة المحاكمة طبقا للمادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية وإما طريق الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق المختص.

فبالنسبة للحالة الأولى، بمجرد ما يتم تقديم الشكوى إلى وكيل الجمهورية يقوم بدراسة الملف وتسجيله بسجلات المحكمة، ويقوم بسماع كل من الطرفين أي الزوج المتهم والزوجة الطرف المدني تم يقوم بتكليف الوقائع فيما إذا كانت تشكل جنحة أو مخالفة أو جناية وذلك تبعا لجسامة النتيجة الإجرامية التي أخذتها فعل الضرب والجرح.

وهنا يجب على الزوجة اللجوء إلى أهل الخبرة والفن، وذلك للحصول على شهادة طبية يحدد فيها الطبيب الشرعي نسبة العجز الحاصل.

فالمعلوم أن كل خبرة طبية شرعية تنتهي بوضع تقرير يصبح وثيقة رسمية يمكن لكل طرف من النزاع الإطلاع عليه ومناقشته¹³⁹. فإذا كانت مدة العجز أقل من 15 يوما فإن الواقعة تكيف باعتبارها مخالفة ويقوم بإحالتها على قسم المخالفات.

¹³⁸ - انظر، هارلي البتساني، العنف ضد المرأة داخل المنزل وخارجه،

CF, Sonia Gautrier, Iovience conjugale devant la justice, www.Aman.jordan.org.

¹³⁹ - انظر، عبد العزيز سيف النصر، الطب الشرعي النظري والعملي، مكتبة النهضة المصرية، ط2، 1980، ص 101-102.

أما إذا كانت مدة العجز تزيد عن 15 يوما فإنه في هذه الحالة تعتبر الواقعة جنحة وتحال أمام محكمة الجرح، أما إذا تسبب الزوج بفعله في عاهة مستديمة لزوجته فإن الجريمة في هذه الحالة تأخذ وصف الجنائية وتكون من اختصاص محكمة الجنائيات.

غير أنه في الكثير من الأحيان يصعب على الزوجة إثبات واقعة الضرب والجرح الواقع من زوجها، ذلك أن الشهادة الطبية لا تعتبر دليل إثبات على أن الزوج هو من ارتكب واقعة الضرب والجرح، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 03 سبتمبر 1984 حيث قضى بما يلي: "من المقرر فقها أن الضرب والجرح الواقع من الزوج على زوجته لا يثبت إلا بشهادة شرعية، وأن الشهادة الطبية لا مجال للاعتماد عليها شرعا، ذلك أن الطبيب شخص واحد لم يشاهد الضرب وإنما يشهد فقط بما يراه على جسم المضرور¹⁴⁰ .

وفي هذه الحالة لا يبقى للزوجة إلا أن تلجأ إلى طرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود من الجيران وغيرهم.

أما إذا تبين لوكيل الجمهورية أن الوقائع غير ثابتة في حق الزوج المتهم وأن القضية وأن القضية يشوبها نوعا من الغموض، فإنه في هذه الحالة يقوم بإخطار قاضي التحقيق¹⁴¹ . وذلك بهدف إجراء تحقيق ابتدائي لمحاولة التأكد من ثبوت الفعل على الزوج المتهم سواء باعتراف شهود عيان على الواقعة أو باعترافه هو شخصيا، أو وجود قرائن قوية وقاطعة تثبت اعتداء الزوج على زوجته وضربه لها، أو من خلال المواجهة بين الطرفين¹⁴² ، وفور إنتهائه من التحقيق يقوم بإحالة القضية على قسم الجرح للفصل فيها طبقا للقانون.

أما إذا كانت الأدلة غير كافية أو لم توجد أصلا يقوم وكيل الجمهورية بحفظ الدعوى، إلا أنه حتى لا تضيع على الزوجة حقوقها سخر لها القانون طريق آخر لتحريك

¹⁴⁰ - انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 03-12-1984، ملف رقم 34267، م.ق، 1990، عدد 01، ص 79.

¹⁴¹ - انظر، طاهري حسين، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1991، ص 90-

91.

¹⁴² - انظر، طاهري حسين، المرجع السابق، ص 44-45.

دعواها مباشرة بواسطة شكوى مصحوبة بإدعاء مدني أمام قاضي التحقيق مع دفع مبلغ الكفالة المحدد من قبل جهة التحقيق، على أن تسترده مع التعويض المحكوم بها في الدعوى المدنية¹⁴³. وهو ما يعرف بالإدعاء المدني طبقاً لأحكام المادة 72 ق.إ.ج.

وتظهر أهمية المتابعة بطريق الشكوى المصحوبة بإدعاء مدني في كونها طريق مجدي للوصول للحقيقة، وذلك بفحص الأدلة الجنائية بدقة لإثبات العناصر المادية للجريمة، ولذلك فإنه في أغلب الأحيان تلجأ الزوجة لهذا الطريق لاسيما إذا كان ملف الشكوى ينتقص للأدلة المادية ضد الزوج، إذ أن قاضي التحقيق بفضل السلطات المخولة له يمكن له الوصول إلى كشف الحقيقة بإيجاد أدلة جديدة في الدعوى.

ج- المسؤولية الجزائية في حالة الإجهاض.

قد يحدث أن يضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً بقصد تأديبها فيفضي إلى إجهاضها، وليبان مدى مسؤوليته يتعين التمييز بين فرضين: الفرض الأول: يكون في حالة إذا ما ارتكب الزوج أفعال العنف ضد زوجته الحامل أو المفترض حملها قاصداً إجهاضها ففي هذه الحالة تطبق عليه نص المادة 304 من قانون العقوبات والتي نصت على ما يلي:

"كل 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 أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 عشر سنوات إلى عشرين سنة...". ويقابل هذا النص في القانون المصري المادة 260 ق.ع مصري والتي تنص على ما يلي: "كل من أسقط عمداً امرأة حبلية بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة"¹⁴⁴، وما يبرر هذه العقوبة المشددة، استعمال العنف على وجه يمس بسلامة جسم الحامل والاعتداء على حياة الجنين.

¹⁴³ - انظر، عبد العزيز سعد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1991، ص 90-91.

¹⁴⁴ - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د.ط، 2000،

وقد اقتبس المشرع الجزائري أحكام هذا النصوص من نص المادة 317 من قانون العقوبات الفرنسي، قبل إصلاحه سنة 1992¹⁴⁵.

أما الفرض الثاني: فيكون في الحالة التي يضرب فيها الزوج زوجته ولكن لم يقصد إجهاضها، ولكن لم يستبعد حدوثه، بل توقعه على أنه أمر محتمل أو يمكن أن يقع نتيجة الضرب المبرح، أي ما يعرف بالقصد الاحتمالي، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء في مسؤوليته عن جريمة الإجهاض، فذهب رأي¹⁴⁶، بقيام مسؤولية الزوج عن الإجهاض طبقا لنظرية القصد الاحتمالي، دون لزوم النص على ذلك صراحة.

ويعد الرأي الثاني هو الأقرب للصواب، وذلك لتحقيق الحماية الجنائية الواجبة للأم والجنين من كل عنف مقصود في ذاته وإن لم يهدف للجاني من ورائه مباشرة إسقاطه، ولكن توقع ذلك وقبل حدوثه، فعندئذ يجب عليه أن يمتنع عن مباشرة هذا العنف وقاية لهذا الجنين من الإسقاط، فإن أقدم عليه مع علمه بذلك كان مسؤولا عن هذه النتيجة المحتملة لفعله والتي قبلها ضمينا بإقدامه على العنف ضد الأم الحامل.

وتجدر الإشارة إلى أن الزوجة الحامل التي رضيت بالضرب أو غيره من وسائل الإجهاض، تكون مسؤولة جنائيا عن إجهاض نفسها طبقا لنص المادة 309 ق.ع جزائري وهنا أساس المسؤولية هو إخلالها بالتزامها بالمحافظة على حملها.

II- في الفقه الإسلامي.

إن القانون الوضعي والفقه الإسلامي يتفقان على إقرار حق التأديب للزوج ولكن في حدود الضرب غير المبرح، وأنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الحق لارتكاب العنف ضد الزوجة، لأنه في هذه الحالة يكون قد دخل دائرة التجريم، وبالتالي تختلف هنا آثار المسؤولية الجزائية في القانون الوضعي عنها في الفقه الإسلامي.

¹⁴⁵ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 39.

¹⁴⁶ - انظر، رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، مصر، 1985، ص 230.

أ- تعيين الحكّمين لمنع تجاوز حدود الضرب المبرح.

منعنا لتجاوز حدود التأديب المباح ووصوله إلى حد العنف اتفق العلماء على جواز بعث الحكّمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين ولم يعرف أيهما على حق أو باطل وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ۗ ﴾¹⁴⁷.

وفي إطار تفسير هذه الآية نقل الإمام القرطبي عن سعيد بن جبير، بأنه يجب أولاً أن يعرضها فإن أبت هجرها، فإن أبت ضربها، فإن أبت بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فينظران ممن الضرر، وعندئذ يكون الخلع والتفريق بينهما، وهذا إذا أشكل أمرهما ولم يعلم ممن الإساءة منهما، فإن عرف الظالم فإنه يؤخذ له الحق من صاحبه، ويجبر على إزالة الضرر¹⁴⁸.

غير أنه قد يحصل العنف من جانب الزوج ضد زوجته بالضرب المبرح أو الجرح أو القتل أو الإجهاض، لاستمرار الزوجة في نشوزها فيما هي مدى مسؤوليته عن تجاوزه حدود التأديب المباح؟

إن الراجح لدى جمهور الفقهاء هو إطلاق لفظ التعزيز على ضرب الزوج لزوجته، وكذلك الوالد لولده¹⁴⁹، غير أن هذا التعزيز هو تعزيز مباح مقيد بوصف السلامة بخلاف التعزيز الواجب الذي يملكه الإمام أو نائبه فإنه لا يتقيد بهذا الوصف.

وبيان ذلك أن المأمور لا بد له من الفعل وإلا عوقب، والسلامة خارجة عن وسعه، إذ لا يملك الإعلام تعرضه لسببها القريب، وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب عنه، أو يفعل ما يقع جزراً وهو مؤلم، وقد يحدث أن يموت الإنسان، ولا يتصور الأمر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة بخلاف المباحات فإنها ترفع الإثم عن الفعل،

¹⁴⁷ - انظر، سورة النساء، الآية 35.

¹⁴⁸ - انظر، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، دار الكتاب العربي القاهرة، د.ط، 1967، ص 175.

¹⁴⁹ - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 51.

وهو مخير بعد ذلك غير ملزم له، فصح تقييده بشرط السلامة، كالمرور في الطريق والاضطرار ومع اتفاق الفقهاء على مسؤولية الزوج جنائياً ومدنياً إذا خرج عن حدود التأديب، فإنهم اختلفوا في الحالة التي يلتزم فيها بحدود التأديب ولكن النتيجة تكون إصابة الزوجة بعاهة أو جرح أو وفاتها.

ب- الاختلاف الفقهي في مسؤولية الزوج عن أضرار التأديب.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الإطار فذهب الإمامان مالك وابن حنبل¹⁵⁰، وأبو يوسف وبعض الحنفية¹⁵¹، إلى عدم ضمان الزوج إذا بلغت الزوجة في التأديب المشروع لأن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح لا مسؤولية فيه، كما لو عزر الإمام إنسانا فمات، بينما قال الإمام أبو حنيفة¹⁵²، والشافعي¹⁵³ بضمان الزوج بتلف الزوجة، سواء كان الضرب مما يعتبر تأديباً، أو كان أشد منه، لأنه يجب أن يبقى المؤدب معه حياً، فإذا حصل به هلاك، تبين أنه وقع قتلاً أو قطعاً فيكون قد تجاوز الحد المشروع.

وتدعيماً لهذا النظر، جاء في معنى المحتاج¹⁵⁴ "فإذا قبل لو ضرب الدابة المستأجرة أو الرائض لتعلم الرياضة، الضرب المعتاد فهلكت، فإنه لا ضمان فهلا كان هناك كذلك؟ أجيب بأن الدابة لا تستغني عن ضربها، وقد يستغني عن ضرب الآدمي بالقول والزجر فضمنه".

والواضح هو أن الرأي الأخير هو الأولى بالاتباع لقوة أدلته، ولاتفاقه مع ضوابط التأديب المشروع، المقصود به الترهيب لا الهلاك، والذي يتحقق بالضرب الخفيف وهو لا يؤدي مطلقاً إلى هذه النتائج الخطيرة فإذا تحققت تحمل مسؤوليتها حتى ولو كان مرجعها الحالة الصحية للزوجة، إذ كان يجب عليه مراعاة ذلك عند ضربها، فإن لم يفعل تحمل

150 - انظر، الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، طبعة 02، 1978، ص 16.

151 - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 52.

152 - انظر، ابن إلهام، شرح فتح القدير، ج 05، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1316 هجرية، ص 119.

153 - انظر، الإمام الشافعي، الأم، ج 6، المرجع السابق، ص 166.

154 - انظر، محمد الشريبي الخطيب، معنى المحتاج إله معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة البابلي، القاهرة، 1958، ص 199.

مسؤولية هذه النتائج، لأن ضربه في الحقيقة يكون قتلا أو جرحا أو إحداث عاهة وهو ما يمثل عنفا يجب حماية الزوجة من أن ينالها عن طريق التأديب.

أما فيما يخص مسؤولية الزوج عن العنف المترتب على تجاوز حدود الضرب المباح للتأديب فإن لعقوبة تختلف باختلاف النتيجة المترتبة، فإذا ادعت الزوجة على زوجها ضربا فاحشا وثبت ذلك عليه، عزره القاضي، وإن ضربها الضرب المأذون فيه فماتت منه وجبت ديته على عاقلة¹⁵⁵، الضارب، ووجبت الكفارة¹⁵⁶، في ماله¹⁵⁷، لأن المأذون فيه هو التأديب لا القتل، ولما اتصل به الموت تبين أنه وقع قتلا، ولأنه مباح منفعته ترجع إليه كما ترجع إلى الزوجة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به¹⁵⁸.

ولو ضرب زوجته على يدها ففسدت وصارت لا تعمل بها العمل المعتاد وطالبتة بعد مدة، فأقر بأنه ضربها بعود خوخ وشهدت على إقراره بينة، لزمته دية يدها.

ومحل ذلك، إذا كان الضرب بآلة يؤدب بها كالعصا ونحوه فإن كان بآلة تقتل غالبا، كالسيف والسكين ونحوه، كان قتلا عمدا، باعتبار أن هذه الآلة في ذاتها تنبئ عن قصد حقيقة الفعل، فيجب فيه القصاص عند جمهور الفقهاء¹⁵⁹، وعلى غير الأصل عند الشافعية، إذ الأصل عندهم أنه تجب فيه الدية على العاقلة باعتباره قتل شبهة عمد، لأن قصد التأديب يعد شبهة دارئة للقصاص¹⁶⁰.

ورأى جمهور الفقهاء بوجوب القصاص باعتباره العقاب الراجح أن استعمال الآلة المحددة ينبئ عن قصد حقيقة القتل لا التأديب، فيكون الفعل قد وقع قتلا عمدا.

155 - العاقلة في الأصل هي أقارب القاتل من جهة أبيه وأهل نصرته وهي متمثلة الآن في أهل المهنة والحرفة التي يعمل بها الجاني، حيث تؤدي عنه الدية مؤجلة في ثلاث سنين.

156 - الكفارة هي تحرير رقبة مؤمنة، أو صيام شهرين متتابعين.

157 - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 54.

158 - انظر، ابن الهمام، المرجع السابق، ص 119.

159 - انظر، أكمل الدين البابري، شرح العناية على هداية، ج9، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1316 هجرية، ص 138.

160 - انظر، محمد الشريبي الحلي الباي، القاهرة، 1980، ص 525.

أما إذا ضربها بلطمة أو سوط وما أشبه ذلك، فالظاهر أنه لم يقصد إتلاف العضو، مثل أن يلطمها فيفققاً عينها، فالذي عليه الجمهور هو أنه شبه عمد ولا قصاص فيه بل الدية مغلظة في ماله، وهذا في زاوية العراقيين عن مالك¹⁶¹، لأنه يشترط في الجناية العمد على ما دون النفس من جرح أو قطع أو ضرب أو كسر أو تعطيل منفعة، أن يكون الضرب عدواناً، لا على وجه التأديب، والمشهور في مذهب مالك أن ذلك عمداً وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه، في حين ذهب الحنفية إلى القول بأنه جرح خطأ لأن شبه العمد إنما يكون في النفس، أما ما دون النفس فإما أن يكون عمداً أو خطأ¹⁶².

وإذا ضرب الزوج امرأته تأديباً لها فسقط جنيهاً وجب عليه في هذه الحالة غرة، وهي نصف عشر الدية أي (الخمس من الإبل) وذلك لما روي عن أبي هريرة أن امرأتين من هديل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنيهاً، فقصي فيه النبي صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمة¹⁶³. والغرة كما يفهم من كلام الفقهاء تجب في العمد والخطأ وشبه العمد ولذلك تجب على الزوج، سواء قصد إجهاضها أو لم يقصد سوء التأديب والتزم حدوده، فأدى الضرب إلى إجهاضها، أو خطأ موضع الضرب إلى بطنها.

وتطبيقاً لذلك فلو ضرب بطن امرأته فألقت بجنيهاً ميتاً فعلى عاقلة المزوج غرة، ولا يرث منها شيء لأنه قاتل بغير حق ولا ميراث للقاتل¹⁶⁴، وإن ألقته ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها جنيهاً¹⁶⁵. وفضلاً عن هذه العقوبات للزوجة أن تطلب التطبيق بسبب الضرر.

يستخلص مما سبق أن القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين يتفقان في تقرير مسؤولية الزوج عن تجاوز حدود ضرب التأديب ووصوله حد العنف لحماية للزوجة من إلحاق الأذى بها عن طريق التأديب إلا أن مسؤوليته عن إسقاط الجنين لا يتقرر إلا في حالة العمد أو

161 - انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مطبعة مصطفى الحلبي البادي، القاهرة، 1980، ص 525.

162 - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 55.

163 - انظر، الإمام النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء 01، باب دية الجنين، المكتبة المصرية، مصر، ص 175.

164 - انظر، أكمل الدين البابري، المرجع السابق، ص 336.

165 - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 56.

القصد الاحتمالي في القانون الجنائي بينما يتقرر في الفقه الإسلامي سواء في حالة العمد أو شبه العمد أو الخطأ.

ثانيا : مسؤولية الوالدين عن تجاوز حدود تأديب الأولاد.

إذا كان بعض القوانين الوضعية تجيز تأديب الأبناء اتفاقا معه أحكام الشريعة الإسلامية فإن هذا لا يعطي الحق للوالدين في تجاوز الحدود المقررة والعامّة للتأديب وهي الإيذاء الخفيف الذي يحقق نتائجه في الصعيد التربوي للطفل وكل تجاوز لديك يضع الوالدين في دائرة المساءلة الجنائية وفي هذه الحالة فإن العقوبة ستختلف حسب درجة الأذى المحقق في حق الطفل وحسب نوع الأفعال المرتكبة.

I- ضرب وجرح القاصر ومنع العناية والطعام عنه.

يجرم التشريع الجزائري كغيره من قوانين الدول الأخرى أفعال الاعتداء التي تقع من الوالدين إضراراً بالأبناء وهذا ما يمكن استخلاصه من نصوص المواد 269 قانون عقوبات والمادة 272 من نفس القانون.

إذ تعاقب المادة 269 على كل ضرب أو جرح يكون قد تم بطريقة عمدية ضد قاصر لم يتجاوز سنه 16 عشرة سنة، وعن كل منع عمدي للطعام أو العناية بهذا القاصر إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو ارتكاب أي عمل أضر من أعمال العنف أو التعدي.

فرعاية الأولاد والعناية بهم هي مسؤولية مشتركة تقع على الزوجين ويلزمهم هذا الواجب بتربية أبنائهم تربية سليمة عن طريق غرس الأخلاق الحميدة فيهم وتوجيههم توجيهاً صحيحاً، ورعايتهم جسدياً وفكرياً، وكل ضرب أو جرح عمدي من شأنه الإضرار بالقاصر فإنه يشكل جريمة تستوجب عقاب الوالدين، وفي هذا الإطار أعدت المادة 272 ق.ع، على أنه إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين، أو أي شخص أضر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فإن العقوبة ستكون الحبس من ثلاث سنوات كحد أدنى وذلك في الحالات البسيطة التي لا تؤدي فيها أفعال الاعتداء إلى أضرار جسيمة والإعدام في الحالة التي تكون فيها النتيجة هي الوفاة.

فقيام الجريمة هنا يتطلب زيادة على الركن المادي المتمثل في إتيان فعل من الأفعال المذكورة في المادة 269 ق.ع، ضرورة تحقق علاقة القرابة بين الضحية والجاني والمتمثلة في الأبوة الشرعية أي أن يكون الجاني هو الأب الحقيقي والشرعي أو أمه أو جده أو جدته الشرعيون، وإذا تبين للمحكمة أن الضحية هو ربيب الجاني أو مكفوله أو ابنه من زنا أو من زواج باطل فإنه في هذه الحالة يمتنع القاضي عن تطبيق نص المادة 272 ق.ع، بل يطبق نص المادة 269 لوحدها¹⁶⁶، والجدير بالذكر هنا أن المشرع جعل من الرابطة الأسرية بين الجاني والضحية سببا لتشديد العقوبة مقارنة بالحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة 269 والعلة هنا في تشديد العقوبة على ضرب الأصول للفروع القصر هو أن توافر هذه الصلة بين الجاني والمجني عليه تفرض على الأول واجب البر والإحسان والمحافظة على حياة المجني عليه لا إهدارها، كما أن تلك الرابطة الأسرية تفترض بين طرفيها وجود عاطفة إنسانية أصيلة في نفس الإنسان، وقوع هذه الجريمة يؤكد انعدام هذه العاطفة ومن ثم ينم ذلك عن خطورة إجرامية لدى الجاني تجعله يستوجب العقاب المشدد.

تجدر الإشارة أيضا أن هناك بعض التشريعات المقارنة تعتبر أن وجود علاقة معينة تربط بين الجاني والمجني عليه ظرفا مشددا عاما في كل الجرائم التي ترتكب عند توافر تلك العلاقة ومن تلك التشريعات قانون العقوبات البرتغالي في المادة 34 منه¹⁶⁷.

ولا يأخذ الاعتداء على الأبناء صورة ضربهم وإهمالهم وعدم الاعتناء بهم في مرحلة الرعاية فأحيانا يقع الاعتداء عليهم بمجرد ولادتهم وذلك بوضع حد لحياة المولود الحديث العهد بالولادة وهو ما يسمى يقتل الوليد وعبر عنه المشرع الفرنسي بمصطلح .L'infanticide

¹⁶⁶ - انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، طبعة 02، 2002، ص 101.

¹⁶⁷ - انظر، محمد عبد الرؤوف محمد أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، المركز القومي

للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 380.

II- قتل الابن الحديث العهد بالولادة.

قبل الحديث عن تفاصيل هذه الجريمة التي تشكل مساسا بنظام الأسرة والمجتمع لابد من الإشارة إلى أن المقصود بقتل الابن الحديث العهد بالولادة أو ما يعبر عنها بقتل الوليد هي تلك الجريمة التي تقوم فيها الأم بقتل وليدها الحديث العهد بالميلاد إما اتقاء للعار أو خوفا من الفضيحة وإما لسبب آخر، وسواء كان الولد شرعيا أو ابن زنا¹⁶⁸.

وفي هذا الإطار نصت المادة 259 ق.ع جزائري على هذه الجريمة وعرفت على الشكل التالي "قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة" غير أنه حسب النص الفرنسي المقابل للنص العربي نجده يعرف الجريمة على الشكل التالي: "قتل الطفل هو إزهاق روح حديث العهد بالولادة عمدا واغتيالا والمقصود هنا بالاغتيال هو القتل مع سبق الإصرار أو مع التردد"¹⁶⁹. وذلك تطبيقا للترجمة الفرنسية لنص المادة 255 ق.ع جزائري ويقابل هذا النص من التشريع الجزائري نص المادة 332 من قانون العقوبات الأردني غير أن هذا الأخير يشترط شرطا آخر حتى تستفيد الأم القاتلة من التخفيف الوارد في نص المادة¹⁷⁰، وهو أن يكون القتل اتقاء للعار ونفس الشيء نص عليه المشرع السوري في نص المادة 537 من قانون العقوبات¹⁷¹.

أما في فرنسا فقد طرأت عدة تعديلات على الوصف القانوني لحالة قتل الولد، فقد كانت الجريمة في البداية تأخذ شكل الجنائية وكانت تحال أمام هيئة المحلفين، فكانوا يتأثرون بالظروف العاطفية التي تدفع الأمهات إلى قتل أولادهن، ويخشون العقوبة المشددة التي سوف تفرضها المحكمة إذا ما أدينن الأم، فيفضلون إعلان براءتها على تعريضها للعقوبة

¹⁶⁸ - إذا كان التشريع الجزائري خفف من عقوبة الأم قاتلة ابنها لأي سبب مهما كان فإن بعض التشريعات لا تقيد الأم بهذا الظرف

المخفف إلا إذا كان قتل الوليد اتقاء للعار أو بسبب تأثير الولادة أو الرضاعة، كما هو الحال في التشريع الأردني في المادتين 331 و332 ق.عقوبات أردني.

¹⁶⁹ - « ART259 « l'infanticide est le meurtre ou l'assassinat d'un enfant nouveau né ».

¹⁷⁰ - انظر، محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 55-56.

¹⁷¹ - انظر، رياض الخواني، والدكتور جاك يوسف الحكيم، شرح قانون العقوبات السوري، قسم خاص، المطبعة الجديدة، دمشق

1986، ص139.

القانونية. هذا الأمر دفع المشرع الفرنسي في حكومة فيشي عام 1941 إلى تجنيح الجريمة مفضلاً إخضاعها إلى عقوبة مخففة تتولى المحاكم الابتدائية النظر فيها¹⁷². غير أنه عاد في سنة 1951 وعزز الجريمة بنظام وقف تنفيذ العقوبة وإلى تطبيق الظروف والأعدار المخففة وعندما عدل قانون تنظيم محاكم المحلفين عن طريق إشراك القضاة والمحلفين معا في تقرير مسؤولية المتهم والحكم بالعقوبة المترتبة جعل أحكام هذه الهيئة أقل تعرضاً وتأثراً بالاعتبارات العاطفية، فعاد سنة 1954 ورد لجريمة قتل الوليد صفتها الجنائية وأصبحت توصف على أنها جنائية، وهذا طبقاً لنص المادة 300 من قانون العقوبات الفرنسي إلا أنه عاد وألغى نص المادة 300 سنة 1992. بموجب صدور قانون العقوبات الجديد مما اضطر بالقضاء إلى تطبيق نص المادة 221 - 4 التي تخص القتل المرتكب ضد القاصر الذي يقل عمره عن 15 سنة .

وتثير جريمة قتل الطفل المولود حديثاً عدة إشكالات أهمها تحديد المقصود بحدثة الميلاد؟ وأيضا تحديد شروط قيام الجريمة؟ فمن شروط قيام الجريمة أولا لا بد أن يكون الضحية طفلا حديث العهد بالولادة وهنا يطرح التساؤل تحديد النطاق الزمني لحدثة العهد بالولادة.

فالفقه يجمع على أن تحديد اللحظة الزمنية التي ينتهي عندها وصف حدثة العهد بالولادة، هي مسألة تقديرية متروكة لقاضي الموضوع تحديدها، وتطبيقا لذلك يكون القتل واقعا على وليد إذا ارتكب من الأم أثناء عملية الولادة أو بعدها بوقت قريب طالما وقع من الأم في لحظة اضطرابها وانزعاجها العاطفي¹⁷³، في حين يرى القضاء الفرنسي أن حدثة العهد بالولادة تنتهي بانقضاء الأجل لتسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية¹⁷⁴. وهو محدد بخمسة أيام في قانون الحالة المدنية الجزائري.

¹⁷² - CF, Merlet, A.Vitu, traité de droit criminel, droit pénal Spécial, édition Dalloz, Paris, 1982, p 99.

¹⁷³ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 32.

- انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 44.

¹⁷⁴ - crim 13-03-1856 DP 1856.1.221 Angers, 22-07-1847, DP 1847.04.297.

- CF, Merlet et A.Vitu, op.cit, p698.

وعليه نقول أن حداثة العهد بالميلاد تبدأ منذ آلام الوضع عند الأم ونزول الطفل حيا إلى غاية انتهاء إنزعاج الأم واضطرابها واسترداد حالتها النفسية المعتادة فإذا دأب بين الناس أمر فضيحتها فهنا تنتهي العلة من التخفيف من العقاب ويعتبر القتل الواقع على الطفل بعد ذلك قتلا عمديا تسري عليه أحكام القتل العمدي.

والشرط الثاني الذي تجمع وتتفق عليه أغلب التشريعات لقيام هذه الجريمة هو أن يقع القتل من الأم نفسها وهو الأمر الذي قرره المادة 261 فقرة 02 من قانون العقوبات الجزائري التي حددت شخص الجاني بكونه الأم، وهذا معناه أن غير الأم مهما ما يربطه بها من علاقة كالزوج والأخ والأب والأم والأخت لا ينطبق عليه هذا السبب من أسباب التخفيف، مهما كان دافعه إلى ذلك.

وتأسيسا على ما سبق، فإذا وقع القتل من الأم استفادت من العقوبة المخففة، وإذا وقع من غير الأم طبقت على الفاعل العقوبة المقررة للقتل العمدي.

والملاحظ هو أن التخفيف المقرر للأم التي تقتل مولودها الحديث العهد بالولادة هو ظرف شخصي لا ينصرف أثره لغيرها سواء أكانت فاعلة أم شريكة، وبالتالي فإن أثره لا ينصرف إلى غير الأم من فاعلين أصليين مشاركين أو شركاء، كالطبيب والقابلة وأم الأم الجانية¹⁷⁵. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 24 جويلية 1990 حين جاء ما يلي: "يعاقب القانون الأم التي قتلت طفلها الحديث العهد بالولادة لا بالعقوبة المقررة للقتل العمدي وإنما بعقوبة مخففة هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى 20 عاما، غير أنه لا يستفيد من هذا العذر المخفف غيرها ممن ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة كالزوج مثلا وذلك طبقا لأحكام المادة 261-02 من قانون العقوبات"¹⁷⁶.

¹⁷⁵ - انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 45.

- انظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 72.

¹⁷⁶ - انظر، المحكمة العليا، غرفة جنائية، 24-07-1990، ملف رقم 69053 جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية،

ج2، ص371.

زيادة إلى هذين الشرطين فإن الجريمة تتطلب ركنين هامين لقيامها، أولهما الفعل المادي المتمثل في إزهاق روح الطفل بأي طريقة كانت والمشرع هنا ترك الأمر مفتوحاً ولم يحدد هذه الأفعال المادية غير أنه يفهم من نص المادة 259 ق.ع كل عمل مادي إيجابي أو سلبي يهدف إلى وضع حد لحياة المولود بأية وسيلة كانت مثل، الخنق، الغرق، الترك دون غداء أو دون ربط الحبل السري عند الولادة أو غيره.

وفي هذا الصدد قضت المجلس الأعلى في قراره الصادر في 04 جانفي 1983 بأنه "لا يشترط القانون لتطبيق المادة 259 ق.ع أن يكون السلوك الإجرامي للأم فعلاً إيجابياً وإنما يمكن أن يكون امتناعاً كعدم ربط الحبل السري للوليد وعدم الاعتناء به والامتناع عن إرضاعه"¹⁷⁷.

زيادة على هذه الأفعال المادية يشترط توفر نية إزهاق روح الطفل لدى الأم، غير أن هناك بعض التشريعات تجعل من إخفاء الجنين الحديث العهد بالولادة أو وضعه سرا في مكان مهجور، أو مكان خفي قرائن قوية على قيام الركن المعنوي أو القصد الجرمي ونية القتل¹⁷⁸.

أما إذا لم يقيم الدليل على نية القتل وقصد إزهاق الروح، كإهمال العناية بالوليد أو القيام بعمل ما يكون قد أدى إلى الوفاة بدون قصد إحداثها، فإن الجريمة في هذه الحالة تأخذ وصف جريمة قتل الوليد بل تأخذ وصف القتل الخطأ.

والحكمة من تخفيف عقوبة الأم الجانية في هذا النوع من جرائم القتل العمدية يرجع إلى أن المشرع قد راعى مسألة أن الأم بطبيعتها تحن على وليدها فهي لا ترتكب هذه الجريمة الشنعاء، إلا تحت وطأة ظروف قاسية ومريرة قد تكون ظروف عائلية أو اقتصادية أو خلقية آثمة، كما قدر المشرع تلك الآلام النفسية التي تتعرض لها الأم وتظل تقاسي منها طيلة مدة حياتها بعد فقد وليدها ولذلك خفف عقوبتها بنص خاص¹⁷⁹.

¹⁷⁷ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 04-01-1983، ملف رقم 30100، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 90.

¹⁷⁸ - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 92.

¹⁷⁹ - انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 46؛ انظر أيضاً، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 68-69.

فهذا العذر يعتبر قرينة قانونية على الظروف القاسية التي أحاطت بالأم فدفعتها إلى ارتكاب جريمة قتل طفلها حديث الولادة، وهذه القرينة غير قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه لا يجوز لأحد أن يقول بأن الأم في جريمة مماثلة لم تكن تخضع لظروف قاسية وبالتالي لا تستفيد من هذا العذر.

III- الاعتداء على الجنين.

إن الاعتداء على حياة الجنين أو على نموه الطبيعي هو اعتداء على الأسرة باعتبار أن هذا الأخير يصبح فردا من أفرادها وقد اهتمت أغلب التشريعات بهذا الكائن وأقرت له نوع معين من الحماية الجنائية من كل فعل يهدد حياته وذلك من خلال إقرارها لجريمة الإجهاض، غير أنه وكما سبق وأن قلنا فإن الاعتداء على الجنين لا يكون فقط على حياته بوضع حد لها عن طريق عملية الإجهاض وإنما تشمل أيضا الاعتداء على نموه الطبيعي وذلك بتناول الأم مواد مسكرة أو مخدرة من شأنها التأثير على تكوينه الطبيعي مما يخلق له تشوهات وأضرار صحية بعد مرحلة الولادة. وقبل الخوض في هذه المسألة يتطلب منا الأمر تحديد معنى الجنين في القانون باعتباره محل الحماية الجنائية المقررة في أحكام قانون العقوبات.

فالجنين في الاصطلاح القانوني يعني الكائن المستكن في رحم المرأة، فهو البويضة التي لقحها حيوان منوي، وما تطور عنها وتشكل حتى بداية شعور الحامل بالأم الوضع الطبيعي أو المبكر¹⁸⁰.

فمنذ اللحظة التي تندمج فيها الخلية المذكرة "الحيوان المنوي" بالخلية المؤنثة "البويضة"، تعد الخلية الجديدة جنينا من الوجهة القانونية على الرغم من أن العلماء في الطب الحديث لا يطلقون لفظ الجنين على الحمل إلا بعد مضي قرابة شهرين على التلقيح¹⁸¹،

¹⁸⁰ - انظر، محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص 502.

¹⁸¹ - انظر، حسن محمد السيد الجدع، الحماية الجنائية لحق الجنين في النمو الطبيعي، دار محرم للطبع والنشر، الزقازيق، 1990، ط1، ص

وتضفي معظم التشريعات حمايتها على حياة الجنين حتى لو لم يتشكل أو تدب فيه الحركة أو تنفخ فيه الروح.

والراجع أن التعريف السابق ينصرف إلى الجنين داخل رحم المرأة ومن ثم فلا تمتد الحماية إلى البويضة التي تخصب خارجه والتي يطلق عليها جنين الأنايب إلا إذا عادت إلى رحم المرأة واستقرت فيه لتواصل نموها فيه، وهذا يعتبر شرط جوهري في جريمة إجهاض الحامل.

غير أننا نرى أنه لا فرق بين جنين ينشأ في الرحم وآخر ينشأ خارجه ذلك لأن الأصل في كل منهما حيوان منوي وبويضة آدميان خلقهما الله سبحانه وتعالى، وقد تكونت في اندماجهما نفس بشرية في كل من الرحم وأنبوبة الاختبار، ونعتقد أن هذه الوسيلة إذا تمت بما أحل الله من نتاج زوجين بغية التوصل إلى الذرية لا تخالف أحكام الشريعة الغراء، ومن ثم فإنه ينبغي شمول هذا الجنين بالحماية وذلك بإقرار نص قانوني خاص يعاقب على إهلاكه قبل إدخاله الرحم¹⁸².

وكما سبق وأن قلنا فإن هناك عوامل كثيرة تؤثر على النمو الطبيعي للجنين وذلك نتيجة تناول الأم الحامل لبعض المواد منها ما يجرم القانون تعاطيها كالمخدرات ومنها ما يسمح القانون ببيعه واستهلاكه في أماكن معينة ويحظره في أماكن أخرى كالخمر والتدخين.

فالمخدرات من الناحية القانونية هي عبارة عن كل مادة طبيعية أو مصنعة أو مخلقة منبهة أو مسكنة، من شأنها إذا ما استخدمت في غير أغراض العلاج أن تؤدي إلى حالة من الإدمان عليها بما يضر بالفرد بدنيا أو ذهنيا أو نفسيا، ولذا يحظر زراعتها أو تصنيعها أو تخليقها أو تداولها إلا لأغراض يحددها القانون¹⁸³، ولا تستعمل إلا بواسطة من رخص له القانون بذلك.

¹⁸² - نفس الرأي ذهب إليه الفقيه عبد النبي محمود أو العينين في مؤلفه الحماية الجنائية للجنين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006،

ص 14.

¹⁸³ - انظر، حسن محمد ربيع، الركن المعنوي في جرائم المخدرات، المؤسسة الفنية للطباعة، مصر، بدون سنة، ص 36.

فتناول الأم لهذه المادة المخدرة من شأنه الإضرار بصحة الجنين فقد أثبتت العديد من الدراسات أن تعاطي الأم الحامل للمخدرات أو إدمانها يؤدي إلى إصابة الجنين بالعديد من التشوهات التي قد تصل إلى حد الوفاة.

وفي دراسة أجريت في مستشفى بوسطن للولادة نشرت عام 1982 تبين فيها أن تدخين الحوامل للحشيش طوال فترة الحمل من شأنه أن يؤثر سلبيا على الجنين فمن أهم هذه الأعراض صغر حجم المولود أو صغر حجم الرأس أو لغط في القلب¹⁸⁴.

لقد اهتم التشريع الجزائري بمكافحة المخدرات وجرم كل فعل تعاطي وحيارة والتجارة بهذه المادة مهما كان صنفها وذلك من خلال عدة قوانين أهمها قانون ترقية الصحة العمومية الصادر في سنة 1985¹⁸⁵، وقانون مكافحة المخدرات الصادر في سنة 2004¹⁸⁶، وعليه فقد جرم المشرع في هذه القوانين استيراد وزراعة المخدرات بكل أصنافها والتعامل فيها كيفما كان شكل هذا التعامل وعليه يمنع على الأم الحامل أو الأبوين تعاطي هذه المادة وإلا تعرضوا للعقوبات المنصوص عليها في المواد 12 و 13 و 14 و 15 من قانون مكافحة المخدرات.

والجدير بالذكر أن المشرع إن لم يكن حمى الجنين بطريقة مباشرة من خلال منع المرأة الحامل دون سواها من تناول المخدرات أو تشديد عقوبتها مقارنة مع المرأة غير الحامل إلا أنه بمنعه تناول هذه المادة من قبل جميع الأفراد ومنهم الأم الحامل فإن في ذلك حماية غير مباشرة للجنين، يعاد صياغتها.

وإذا كانت هناك نصوص وقوانين صارمة تعاقب وتمنع الأم الحامل من تناول المواد المخدرة فإنه لا توجد نصوص مماثلة تمنع الأم الحامل من استهلاك الخمر والتدخين ما دام قد تم في مكان غير عام ودون إحداث الضوضاء فالمشرع الجزائري يعاقب على السكر العلني

¹⁸⁴ - انظر، جمال الدين محمد موسى، عالم الحشيش وآثاره الظاهرة على المجتمع الهيئة العامة للكتاب، ج2، ص 36.

¹⁸⁵ - انظر، القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر، عدد 35 سنة 1990.

¹⁸⁶ - انظر، القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستغلال غير المشروع لها، ج.ر، عدد 83، 2004.

وإحداث الضوضاء كجريمة مستقلة بذاتها وذلك في نص المادة الأولى من الأمر رقم 75-26 مؤرخ في 29 ابريل سنة 1975 المتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، وأحيانا يعتبر السكر ظرف مشدد في الجريمة كقيادة السيارات في حالة سكر وارتكاب حوادث المرور¹⁸⁷.

وما يلاحظ هو أن التشريع الجزائري لم يجرم الخمر مطلقا وإنما حظر تناوله في ظروف وأماكن معينة، بل الأكثر من ذلك فقد أجاز بيعه في أماكن معينة، وعليه نقول أن الجنين في هذه الحالة لا يحضأ بأي حماية من الاعتداءات التي قد تطال نموه الطبيعي الصادرة من أم مدمنة على الشرب والسكر، خصوصا وأن الدراسات الحديثة أثبتت أن إفراط الأمهات في تناول الخمر أثناء الحمل يؤدي إلى 50% إلى ولادة طفل متخلف عقليا¹⁸⁸.

والاعتداء على الجنين لا يكون فقط بإدمان الأم على السكر أو المخدرات وإنما قد يطال هذا الاعتداء حياة الجنين بوضع حد لها عن طريق ما يعرف بالإجهاض.

ويعرف الإجهاض على أنه الفعل الذي يقصد منه الاعتداء عمدا على حياة الجنين إذا أدى إلى موت الجنين أو إخراجه قبل الموعد الطبيعي لولادته ولو خرج حيا أو قابلا للحياة.¹⁸⁹

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان"¹⁹⁰.

أما في التشريع الفرنسي فنجد أن المشرع الفرنسي لم يورد تعريفا دقيقا للإجهاض في المادة 317 لذلك اهتم الفقه بهذا الأمر، حيث عرفه الفقيه ميشال فيرون Michel Veron

¹⁸⁷ - انظر، الأمر رقم 03/09 المؤرخ في 22 يونيو 2009، المعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 أوت 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها.

- تنص المادة الأولى من الأمر رقم 75-26 مؤرخ في 29 ابريل سنة 1975 المتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول على ما يلي: "كل من يوجد في حالة سكر سافر في الشوارع أو في المقاهي أو في المحلات العمومية الأخرى يعاقب بغرامة قدرها 40 دج إلى 80 دج".

¹⁸⁸ - انظر، عبد النبي محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 43.

¹⁸⁹ - انظر، عبد النبي محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 51.

¹⁹⁰ - انظر، محكمة النقض المصرية، 1970/12/27، قرار منشور في مجموعة أحكام النقض المصرية، ص 1250.

بأنه تلك العملية التي تتم باستخدام إجراء معين بهدف إخراج الجنين في غير أوان ولادته¹⁹¹.

كما عرفه Jean Larguier بأنه إخراج مبكر وبشكل إرادي للحمل وهذا يفترض استخدام وسيلة اصطناعية والتي يمكن أن تكون آلية أو كيميائية¹⁹².

وبعد فإن اسم جريمة الإجهاض Avortement في القانون الفرنسي قد تغيرت بصدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 1992/07/22 والذي بدأ العمل به في أول مارس 1994 والذي عدل بالقانون رقم 588/2001 الصادر في 4 يوليو 2001 وأصبحت الجريمة تعرف باسم الإنهاء غير القانوني للحمل L' interruption illégale des grossesse وذلك بعد أن أصبح الإجهاض أمرا مباحا بشروط معينة.

أما المشرع الإنجليزي فقد خاض نفس مسلك المشرع الفرنسي والمصري إذ لم يعرف الإجهاض وإنما اهتم الفقه بهذه المسألة وعلى هذا الأساس عرفه بعض الفقه¹⁹³ بأنه إنهاء للحمل باستخدام وسيلة صناعية في أي وقت وقبل أن يبلغ الجنين مرحلة القابلية للحياة.

أما إذا تم إنهاء الحمل بعد مرحلة القابلية للحياة فإن هذا الفعل تقوم به جريمة خاصة يطلق عليها تدمير الطفل child destruction وقد جعل القانون الدليل المادي على أن الجنين بلغ مرحلة القابلية للحياة وبالتالي فإن الاعتداء عليه لا يكون إجهاضا، إنما جريمة تدمير الطفل وهو بلوغه الأسبوع الثامن والعشرين، فعند بلوغه هذه المدة فإنه يكون قادرا على أن يعيش مستقلا عن أمه¹⁹⁴.

أما المشرع الجزائري فقد اهتم بهذه الجريمة من خلال نصوص المواد 304 ق.ع وما بعدها إذ جرم كل اعتداء على حياة الجنين بأي طريقة كانت وخص له عقوبات صارمة في

¹⁹¹ - CF, Michel Veron, Droit pénal Spécial, Masson, Paris 1988, p 248.

¹⁹² - CF, Jean Larguier et Ssne Marie Larguier, droit pénal spécial, edi Dalloz , 1996, 9^{ème} edi, p19.

¹⁹³ - Smith and Hogan, crimnad law great Britain Butter worths lexis nexis, 2002, tenth edition, p398.

¹⁹⁴ - انظر، عبد النبي أبو العينين، المرجع السابق، ص 53.

هذا الشأن إلا إذا كانت حياة الأم ستدعى إجهاض هذا الطفل ففي هذه الحالة المشرع فضل مصلحة الأم على مصلحة الطفل، باعتبارها مصلحة أولى بالرعاية.

وتأخذ جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري 03 صور أولها حالة إجهاض المرأة لنفسها وهو ما نصت عليه المادة 309 ق.ع فالأمر هنا يتعلق بالمرأة التي تجهض نفسها عمداً أو تحاول ذلك أو توافق على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض. والحالة الثانية تتعلق بإجهاض المرأة من قبل الغير وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بنص المادة 304 ق.ع ويتعلق الأمر هنا بكل من أجهض امرأة حاملاً أو مقترض حملها سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك.

ونلاحظ هنا أن المشرع لا يعتد برضا المرأة، ويعود ذلك إلى كون الجريمة تهدد المصلحة الاجتماعية وإلى كون الضحية الحقيقية لهذا الفعل هو الجنين الذي يجرم من الوجود.

غير أن هذا الاعتبار الأخير لم يجل دون قبول المشرع بحالة الضرورة¹⁹⁵، المستمدة من ضرورة إنقاذ حياة الأم حيث نص في المادة 308 من قانون العقوبات على أنه "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه للسلطة الإدارية.

ونفس الشيء أكده القانون رقم 85-05 الصادر في 16/02/1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في المادة 72، "يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي والمهدد بخطر بالغ".

أما الصورة الثالثة للجريمة فهي تأخذ بشكل التحريض على الإجهاض طبقاً للمادة 310 من قانون العقوبات وذلك بإلقاء الخطب في الأماكن أو الاجتماعات العامة أو بيع أو عرض أو لصق أو توزيع كتابات أو صور أو رسوم تحرض على الإجهاض أو القيام

¹⁹⁵ - يقصد بحالة الضرورة حالة الشخص الذي تحيط به ظروف تهدد بخطر جسيم وشيك الوقوع، فلا يجد وسيلة لتفاديه إلا ارتكاب جريمة ضد شخص لا علاقة له بهذا الخطر.

بالدعاية لذلك في العيادات الحقيقية أو المزعومة. ولقد اعتبر المشرع الجزائري هنا المحرض الجاني فاعلا أصليا وليس شريكا¹⁹⁶.

وكما سبق وأن قلنا فإن المشرع الجزائري قد تشدد في العقوبات المقررة للإجهاض إذ أنه ميز من حيث العقوبات بحسب صورة الإجهاض ومرتكبه سواء تعلق الأمر بالعقوبات الأصلية أو بالعقوبات الأخرى إذ جعل حد العقوبة بالحبس بشهرين كحد أدنى إلى غاية السجن المؤقت بـ 20 سنة.

وما يمكن استنتاجه هو أن القانون الجزائري كغيره من القوانين الوضعية الأخرى يحمي دائما حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسمه، غير أنه فيما يتعلق بالجنين فهو لا يحمي سوى حقه في الحياة وذلك بتجريم فعل الإجهاض بينما حقه في سلامة تكوينه لا يحميها القانون طالما أنها لم تصل إلى حد الإجهاض بينما أن الحماية التي ننشدها له ينبغي أن تنصب على مادة تكوينه وعلى مقدرة أعضائه على أداء وظائفها ومن ثم فكل فعل ينقص عضوا من هذه الأعضاء أو يخل بتماسك خلاياه أو يضعفه أو يخل بقدرته على أداء وظيفته بحيث يهدد باعتلال نمو الجنين أو تشويبه أو إصابته بالمرض ينبغي على المشرع تجريمه.

ولم يكتفي المشرع الجزائري عند هذا الحد بل أنه ذهب إلى حماية الجنين من خلال قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج الاجتماعي للمحبوسين¹⁹⁷، وذلك باستفادة المرأة الحامل من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية وذلك إذ كانت حاملا أو أما لولد يقل سنه عن أربعة وعشرون شهرا، وفي الحالة الأولى فإن التأجيل يستمر إلى غاية مرور شهرين بعد الوضع إذ كان الجنين ميتا أما إذا كان حيا فإنه يستمر إلى غاية مرور 24 شهرا، وهذا طبقا للمادة 16 و17 من القانون السالف الذكر.

¹⁹⁶ - طبقا للمادة 41 من قانون العقوبات الجزائري يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو تهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي.

¹⁹⁷ - انظر، القانون رقم 05-04 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

بل وأكثر من ذلك فقد ذهب المشرع في المادة 155 من ذات القانون بمنع تنفيذ عقوبة الإعدام على الأم الحامل أو المرضعة لطفل دون 24 شهرا، وهذا المشرع يكون قد ساير أحكام الشريعة الإسلامية في تنفيذ وتطبيق العقوبات.

ثالثا : العنف الناتج عن اعتداء الفروع على الأصول.

تستمد الأسرة العربية أساسها من أحكام الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة التي تقوم على قواعد تدعو إلى توثيق الروابط العائلية والاجتماعية بين الأبناء والآباء ، وإلى تقوية صلة القربى والمحبة والتعاون ، ولقد ورد هذا في أكثر من آية قرآنية مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ۗ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا... ﴾¹⁹⁸ ، كما يقول تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ﴾¹⁹⁹ ، وإلى غير ذلك مما يحث على طاعة الوالدين واحترامهم، وعلى رعاية الأبناء وحمايتهم.

غير أنه قد تتفكك أواصر القربى بين الأبناء والآباء، وتتحول علاقات المحبة إلى بغضاء، فتنشأ بينهم العداوة وتستفحل الكراهية مما قد يؤدي أحيانا إلى التناحر والتطاحن ثم الاعتداء على الحياة وبالتالي قتل الأصول أو تعويض سلامتهم البدنية والذهنية للخطر، بالرغم من أن قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية تدعوا إلى واجب طاعة الوالدين والإحسان إليهم وعدم الإضرار بهم، وعليه سنبين الأحكام التي تضبط العلاقة ما بين الآباء والأبناء.

I- واجب طاعة الوالدين والإحسان إليهم.

تتفق جل قواعد القانون الوضعي مع أحكام الشريعة الإسلامية على ضرورة طاعة الوالدين والإحسان إليهم باعتبارهما أساس الأسرة، وأن عقوقهما يشكل مخالفة جسيمة تستدعي العقاب.

¹⁹⁸ - انظر، سورة النساء، الآية 36.

¹⁹⁹ - انظر ، سورة لقمان ، الآية 14.

إن أحكام الشريعة الإسلامية جاءت لتكون ضد المذهب الفردي الذي يقدر الفرد وحرية على حساب الجماعة ومصلحتها، فهي تراعي الصالح العام، وتوفق بينه وبين حقوق الفرد فهي تهدف إلى تحقيق العدالة والمساواة ورفع الظلم والضرر لذلك جاءت أحكامها ونظمت العلاقة بين الأبناء والآباء، ففرضت على الأب واجبات اتجاه ابنه وما على هذا الأخير إلا طاعة والديه والإحسان إليهم وقد جاء التأكيد على ذلك في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية. مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۖ إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرَهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ٢١ ﴾ وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ٢٢ ﴾²⁰⁰، وقال تعالى في آية أخرى ﴿... وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ٢٠١﴾.

فإذا نظرنا إلى هذه الآيات وما خصت به الوالدين من الحقوق فنستطيع أن نفهم منهما النقاط التالية:

- 1- أن الله تعالى قرن وجوب الإحسان إلى الوالدين بوجوب توحيده في قوله تعالى: "ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا" وفي ذلك دلالة على أهمية الوالدين وأهمية مكانتها بحيث يأتيان في الدرجة الثانية بعد عقيدة التوحيد، وما أعظمها من درجة.
- 2- كما أكد الله تعالى على جانب شيخوخة الوالدين وكبرهما فأوجب على الأبناء بدل أقصى الرعاية لهما والرحمة بهما في عصر ضعفهما واحتياجهما، كما كان قد بدلا في سبيله حينما كان قاصرا محتاجا للرعاية، كما أمر بضرورة الإحسان إليهم طيلة أيام الحياة سواء في حالة الشيخوخة أم قبلها وهذا يستدل في قوله تعالى: ﴿... وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ٢٠١﴾.

²⁰⁰ - انظر، سورة الإسراء، الآية 23-24.

²⁰¹ - انظر، سورة لقمان، الآية 15.

3- كما نهى سبحانه وتعالى عن أي زجر أو إهانة للوالدين وذلك في قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرَهُمَا ﴾ وذكر التأفف يرجع باعتباره أهون أساليب إظهار الامتعاض ويكون محرما لما قد يؤثر على عواطف الوالدين تأثيرا سيئا، وما على الولد إلا أن يبدي أقصى التواضع والرحمة والقول الكريم اتجاه والديه، وفي هذا الإطار وتأكيدا على جهود الوالدين في تربية الأبناء ورعايتهما لاسيما الأم فقد ورد في السنة النبوية عن الإمام الصادق أنه قال: "أنه جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: "يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك قال: ثم من؟ قال: أمك... قال: ثم من؟ قال: أمك قال: ثم من؟ قال: أباك" فقد قدم الأم وكرر وجوب برها ثلاث مرات قبل ذكر الأب.

ووجوب طاعة الوالدين والإحسان إليهم في الشريعة الإسلامية ليس منحصرًا بالوالدين الصالحين المؤمنين، بل ليلزم طاعتهما وإن كان غير ذلك، فطاعتهما واجبة فيما لا يخالف الإسلام، والسؤال المطروح هل نفس الأحكام تتضمنها قواعد القانون الوضعي في هذا الإطار؟

لا يجادلنا أحد إذ قلنا أن قوانين الدول العربية لاسيما فيما يتعلق بجانب الأسرة تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية خاصة في تحديد سلطة الآباء اتجاه الأبناء وواجب هؤلاء اتجاه الآباء.

فالقوانين المغاربية مثلا، نجدتها تنص على ضرورة وحدة الأسرة وتقوية الروابط العائلية وتكريس فكرة الاحترام بين الآباء والأبناء، فالابن ملزم بطاعة الأب حتى بعد استقلاله وانفراجه في العيش بعيدا عن الوالدين كما أن للأب حق توجيه النصح والإرشاد وفي بعض الحالات إلزام الأبناء على اتخاذ طريق معين أو سلوك معين، حتى بعد بلوغهم هذا الأمر مستمد من العرف القائم على أحكام الدين التي تفرض سلوكيات ما كان على القانون سوى إقرارها وتطبيقها.

غير أن الأمر يختلف في الدول الغربية فالابن ينال حريته واستقلالته الكاملة بعد بلوغه سن الرشد بل وأكثر من ذلك من حقه متابعة والديه قضائيا عن كل انتهاك

واضطهاد لهذه الحرية التي قد تتجاوز أحيانا ما أقره العرف والدين، وما دام أننا بصدد الحديث عن دول لائكية ليس للدين أي مكانة في صنع القاعدة القانونية فإن أغلب القوانين الوضعية الغربية تفرض على الأبناء احترام الأباء لسن محدد وهو سن الرشد وبعد ذلك فالأمر يبقى جوازيا للأبناء، غير أن هذا الأمر لا يسمح للأبناء بالاعتداء على الأباء وتحت أي ظرف فقد تصدت التشريعات الغربية لهذا الأمر حالها حال التشريعات العربية وجرمت كل اعتداء على الأباء سواء مس سلامتهم الجسدية أو النفسية لعقلية أو المالية وبهذا الشكل تتقرر مسؤولية الأبناء على أي فعل يشكل ضررا بالأباء، وهنا تختلف درجة العقوبة حسب درجة وجسامة ونوع الفعل المرتكب وعليه سنوضح أحكام المسؤولية في حالة الاعتداء على الوالدين سواء بضرهم أو جرحهم أو قتلهم مع تبيان الجزاءات المترتبة عن ذلك.

II- المسؤولية الجنائية على الاعتداء على الوالدين.

قد يحدث الاعتداء على الوالدين إما بالمساس بحقهم في الحياة وذلك بقتل الوالدين وهو ما يعرف بالفرنسية *le paracide* أو بالمساس بسلامتهم البدنية والنفسية وذلك بضرهم أو جرحهم أو إعطاءهم مواد ضارة، وستعرض لكلا الحالتين على حدى.

أ- ضرب وجرح الوالدين.

لقد ورد النص على هذه الجريمة في التشريع الجزائري في المادة 267 من قانون العقوبات حيث قررت عدة عقوبات وذلك باختلاف الحالات وتنوع النتائج ضد كل من يحدث عمدا جرحا أو ضربا بوالديه الشرعيين الذين هما أبوه وأمه، أو بغيرهم من أصوله الشرعيين الذين هم جده أو جدته وآباؤهما وبالتالي فالمشرع الجزائري كغيره من مشرعي الدول لم يقر الحماية على الوالدين فقط وإنما وسعها لتشمل كل أصول الجاني بداية من الأبوين²⁰².

²⁰² - نفس الحكم أخذ به المشرع المغربي في مجموعة القانون الجنائي المغربي في الفصل 400 من قانون العقوبات مغربي، غير أنه تشدد في عقوبة الفعل.

فالجريمة تقوم متى قام الابن عمدا بضرب أحد والديه أو أحد أجداده أو جرحه وذلك بأي وسيلة كانت سواء بلكمة أو بعصا أو بحجر أو بغير ذلك، وسواء قام بالفعل وحده أو باشتراك مع الغير. ذلك أن القانون لا يفرق بين كون الابن فاعلا أصليا أو بين كونه شريكا في الفعل الإجرامي، ويجب أن يقوم بالفعل مع علمه بأن الضحية إنما هو أحد أصوله وليس أجنبيا عنه لأن مجرد تعمد الابن ارتكاب فعل الضرب أو الجرح وعلمه بأن المعتدى عليه هو أبواه أو أمه، أو أحد أجداده أو جداته كاف لتكوين قرينة قوية على توفر العنصر المعنوي لقيام جريمة اعتداء الأولاد على الوالدين²⁰³.

غير أن الإشكال الذي يطرح هو هل تقوم الجريمة في حالة غياب الأبوة الشرعية، أي هل تقوم الجريمة في حق الربيب أو الكفيل أو الابن من الزنا أو من زواج باطل؟ للإجابة على هذه الإشكالية نقول أن المادة 267 من قانون العقوبات الجزائري التي حصرت شرط قيام الجريمة في توفر عنصر الأبوة الشرعية وامتدادها من الابن إلى الأب إلى الجد دون انقطاع، وفي حالة تخلف هذا الشرط تطبق أحكام المادة 264 من قانون العقوبات.

وفي حالة إنكار المتهم قيام علاقة الأبوة أو البنوة الشرعية وادعى أنه أجنبي عن المعتدى عليه ولا تجمع به صلة النسب الشرعي، في هذه الحالة فإن القاضي الجزائري يقوم بل يوقف الفصل في الدعوى الجزائية إلى حين إثبات القرابة الشرعية بين الطرفين بناء على دعوى إثبات النسب أمام قاضي شؤون الأسرة أو إحضار الوثائق الإدارية التي تثبت هذه القرابة وهنا عبئ الإثبات يقع على النيابة والطرف المدني.

غير أن الأمر قد يأخذ بعدا أكبر من ذلك وقد يصل إلى حد الاعتداء على حياة الآباء بقتلهم.

²⁰³ - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 98.

ب- قتل الوالدين.

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري لم يقصر حمايته فقط على الوالدين وإنما شمل كل أصول الجاني الشرعيين من الأجداد والجدات وهي جريمة اتفقت كل القوانين والأديان السماوية على اعتبارها من الجرائم التشريعية، وخصتها بعقوبات مشددة، غير تلك التي هي خاصة بالأفراد في الحالات العادية، والسبب في تشديد هذه العقوبة هو الاعتقاد السائد بأن الولد الذي يرتكب جريمة القتل ضد أبيه أو أمه أو جدته أو جده إنما هو ولد عاق، وشخص تنكر لكل ما يربطه بأصوله من أوامر الدم، والقربى، وحرقت كل مشاعر الأبوة والبنوة مما يستوجب معاقبته بأشد العقاب، وهذا ما قصده المشرع عندما قال في المادة 258 من قانون لعقوبات "قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم الشرعيين أو أي أحد من الأصول الشرعيين، أضاف في المادة 261 ونص على عقوبة الإعدام لكل من ارتكب هذه الجريمة²⁰⁴، ولهذا يتعين القول أن جريمة قتل الأصول لا يمكن اعتبارها جريمة قائمة ومستوفية الأركان إلا إذا اجتمعت فيها أركانها الرئيسية.

فيشترط أن يتوفر العنصر المادي للجريمة والمتمثل في قيام الابن أو الحفيد بالاعتداء على حياة أبيه أو أمه أو جده أو جدته بواسطة فعل من الأفعال المؤدية مباشرة إلى قتله وإزهاق روحه. أما إذا قصد الجاني القتل ولم تتحقق النتيجة لسبب خارج عن إرادة الجاني ففي هذه الحالة يشكل الفعل شروعا ويعاقب المتهم بنفس العقوبة المقررة للفعل التام²⁰⁵.

كما يشترط في هذه الجريمة توفر صلة القرابة المتمثلة في علاقة الأبوة والبنوة بين القاتل والمقتول وذلك بأن يكون القاتل فرعا من فروع الضحية، وفي هذا الإطار نقول تحقق هذا العنصر بشكل قانوني ورسمي يتطلب أن تكون العلاقة بين الطرفين شرعية وثابتة طبقا لقواعد إثبات النسب الواردة ذكرها في أحكام قانون الأسرة²⁰⁶، وإذا ما ثار الخلاف

²⁰⁴ - لقد أخذ المشرع المغربي بنفس الحكم في الفصل 396 من مجموعة القانون الجنائي المغربي.

²⁰⁵ - انظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 88-89.

²⁰⁶ - انظر المادة 40 من قانون الأسرة الخاصة بقواعد إثبات النسب التي تنص على ما يلي "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو ببنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

حول مسألة النسب أمام القاضي الجزائي وأنكر المتهم صلة القرابة بينه وبين الضحية، فإنه في هذه الحالة يقع على النيابة العامة عبئ إثبات هذه المسألة، بالدرجة الأولى على دوي حقوق الضحية بالدرجة الثانية، وهنا فإن المحكمة الجزائية نفسها هي التي تفصل في هذا الدفع أو الإشكال استناداً إلى القاعدة القانونية القائلة بأن قاضي الأصل هو قاضي الدفع. ولا تعتبر دعوى مستأخرة ولا يتعين إحالة المشكل على جهة أخرى إلا إذا كان القانون ينص صراحة على ذلك.

وفي التشريع الجزائري نص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية على إلزام المحكمة بضم المسائل الفرعية والدفع إلى الموضوع والفصل فيها معاً بحكم واحد. يضاف إلى كل هذا أن المتهم حتى يعاقب على هذه الجريمة لا بد من أن يتوفر لديه نية مسبقة على قتل أحد الأصول بالذات، فإذا ما كان المتهم قد تعمد فعل القتل وقصد النتيجة دون أن يعلم أن الشخص المراد قتله هو أبوه أو أمه أو جده فإن الجريمة ستكون جريمة عادية أي قتل عادي ولا يأخذ تكييف قتل الأصول. والجدير بالذكر أنه زيادة على العقوبة السالبة للحرية والحياة التي أقرها المشرع الجزائري لهذه الجريمة فإنه أضاف لها عقوبة أخرى من نوع مالي تتمثل في حرمان الشخص من جهة في الشركة.

ج- حرمان الفرع من ميراث الأصل.

من العقوبات التي اعتمدها الشريعة الإسلامية وأقرتها جل القوانين في البلاد الإسلامية، ومن بينها قانون الأسرة الجزائري تلك العقوبات المادية المتمثل في حرمان الشخص القاتل من حقه في التركة، ومنعه من أخذ نصيبه من الميراث كلما ثبت أن هذا الشخص قد قتل مورثه عمداً وعدواناً، وهذا ما أكدته المادة 135 من قانون الأسرة. وهذا يعني أنه إذا قتل الشخص أباه أو أمه أو زوجته أو غيرهم ممن يمكن أن يرثهم بعد الوفاة، وكان هذا القتل مقصوداً ونتاجاً عن فعل متعمد وعدواني لا يشكل خطأ ولا دفاعاً عن النفس فإن مثل هذا القاتل زيادة على العقوبة المقررة في قانون العقوبات لجريمة القتل العمد سيعاقب أيضاً بجرمانه من التمتع في حقه بتركة المورث المقتول، وذلك بقطع

النظر عن كون ما إذا كان هذا الشخص هو المدبر والمنفذ وحده لجريمة القتل أو كان شريكا فقط في اقتراضها، ففي كلتا الحالتين يعاقب بجرمانه مما قد يناله من قسمة التركة على الورثة، ويعتبر وكأنه لم يولد وذلك تطبيقاً لنص المادة 135 من قانون الأسرة²⁰⁷.

وما ينبغي ملاحظته هو أن حرمان المتهم القاتل من الحصول على حقه في التركة لا يجوز أن يصدر به حكم من الجهة القضائية الجزائية النازرة في جريمة القتل وذلك لعدم اختصاصها من جهة ولعدم وجود نص في قانون العقوبات يعاقب بالحرمان من التركة كعقوبة تكميلية أو تبعية من جهة أخرى.

وإنما هو حرمان شرعي وقانوني ينشأ بمجرد ثبوت جريمة القتل وإسنادها إلى الوارث المتهم ثم إدانته بها، ويمكن أن يحتاج فقط إلى تأكيده بحكم صادر عن الجهات القضائية المدنية إذا وقع نزاع في ذلك، وهنا يقوم دوي المصلحة باستصدار حكم عن قاضي شؤون الأسرة يقضي بحرمان الوارث القاتل من الميراث استناداً إلى حكم الإدانة الجزائي النهائي.

²⁰⁷ - تنص المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أو صافهم: قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا...".

المبحث الثاني : العنف المعنوي والجنسي.

لا يقتصر العنف داخل الأسرة في الاعتداءات الجسدية ذات الطابع المادي ، بل إنّه قد يتخذ طابعا معنويا وأيضا جنسيا ويشكل النوع الثاني من العنف أكثر الظواهر انتشارا في المجتمع مقارنة مع النوع الأول وعليه سنحاول أن نبين كيفية تعامل التشريع الوضعي مع كلا النوعين من العنف خصوصا عندما يرتكب داخل الأسرة وذلك على النحو التالي .

المطلب الأول : العنف المعنوي.

المطلب الثاني : العنف الجنسي .

المطلب الأول : العنف المعنوي .

يقصد بالعنف المعنوي تلك الأفعال المرتكبة والتي تتضمن اعتداء يمس أحد أفراد الأسرة في معنوياته ويجرح كرامته كفرد²⁰⁸ ، لاسيما أفعال القذف والسبّ والتي فيها مساس بالشرف والاعتبار وأفعال التهديد التي تمثل عنفا معنويا.

ويحاول المشرع الجزائري مواكبة التوجه العالمي في محاربة ظاهرة العنف في الأسرة ولاسيما ضدّ المرأة وذلك بإيجاد آليات متخصصة لاسيما وأنّه قد أصبح ظاهرة عالمية، وأهمّ آلية أوجدتها الأمم المتحدة هي الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضدّ المرأة الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها العامة 85 في 20 ديسمبر 2001 وقد اعتبرت العنف النفسي أحد أنواع العنف الممارس داخل الأسرة ضدّ الزوجة²⁰⁹ .

ويتخذ الإيذاء أو العنف المعنوي في الأسرة عدّة أشكال أهمّها التهديد لاسيما التهديد بخطف الأبناء أو بارتكاب جريمة ضدّ الأشخاص أو الأموال، كما يتخذ العنف المعنوي شكل القذف والسب بعبارة معيّنة²¹⁰ تتنافى وأساس الأسرة التي تقوم على

²⁰⁸ - انظر، هارلي البستاني ، العنف ضدّ المرأة داخل المنزل وخارجه،

www.aman.jordan.org.

²⁰⁹ - انظر الإعلان بشأن القضاء على العنف ضدّ المرأة ، منشور في موقع الأمم المتحدة www.un.org

²¹⁰ - انظر : سعدية بلخير ، الحماية الجنائية للمرأة ، واقع وآفاق ، مجلة البحوث الفقهية القانونية ، دار القلم للطباعة والنشر ، الرباط ،

2006 ، العدد 05 ، ص 120.

المودة والرحمة والتعاون. وكذلك الأمر بالنسبة للجنة ، فقد يتعلّق الأمر بالأصول أو الزوجين أو الفروع. وتجريم هذه الأفعال ما هو إلاّ تعبير عن رغبة المشرع ومحاولته فرض نوع من الحماية كآلية قانونية للردع ضدّ هذا النوع من الأفعال. والملاحظ هو أنّ المشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات الأخرى لم يخص في هذا المجال نصوصا خاصة بالأسرة، وإنّما اكتفى فقد بالقواعد العامة التي تحكم الأفراد العاديين ، وبالتالي ونظرا لكثرة هذا النوع من القضايا على الساحة القضائية وتفاقم حجم الظاهرة ، كان على المشرع أن يخصص مواد خاصة بالأسرة في هذا المجال.

الفرع الأول : القذف والسب بين أفراد الأسرة.

لم يقيم المشرع بوضع نصوصا خاصة بالأسرة في مجال القذف والسب وإنّما أورد نصوصا عامة طبقا لأحكام المواد 296 ، 297 ق.ع ، غير أنّ هذا لا يمنعنا من الرجوع إلى هذه الأحكام فيما يخص حماية أفراد الأسرة ضدّ القذف والسب الموجه إليهم فيما بينهم لاسيما الزوجين، ويبدو أنّ المشرع الجزائري كغيره لم يضع تعريفا دقيقا للقذف والسب في المادتين 296 ، 297 ق.ع ، وإنّما اكتفى فقط ببيان أركان الجريمة في صورتها العامة. وعموما يعرف القذف بأنّه إسناد علمي عمدي أو الإدعاء بواقعة محدّدة تستوجب العقاب، أو احتقار من أسندت إليه²¹¹ ، في حين الفقيه عرفه F.Goyet على أنّه تصريح شفهي أو اتهام محض بواقعة معينة²¹².

أمّا السبّ فيعرف على أنّه كل تعبير مشين يخلد الشرف والاعتبار. والسب على هذا النحو يختلف عن القذف كون أنّ هذا الأخير لا يتحقق إلاّ بإسناد واقعة معينة على خلاف السب الذي يتحقق بالصاق أي صفة أو عيب شائن.

²¹¹ - انظر ، عبد القادر قهوجي وفتوح عبد الله الشاذلي ، شرح قانون العقوبات - خاص - دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، د.ط، 1999، ص 175.

- بن عودة حسكر ، المرجع السابق ، ص 29.

- C.F, Michel Veron, Op.cit, p 133.

- C.F, M. Laure Rassat, Op.cit, p 397.

²¹² - C.F, F. Goyet, droit pénale spéciale, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1958, p 474.

في حين لا تميّز الشريعة الإسلامية بين السبّ والقذف ، إذ أنّها تحصرهما في معنى واحد وهو الرمي بالزنا²¹³ ، إذ لم تكن الجريمة معاقب عليها في صدر الإسلام، وإنّما عوقب عليها بعد حادثة الإفك المشهورة²¹⁴. فتزلت الآية الكريمة : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾²¹⁵.

وتقرّر كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي حماية جنائية لشرف واعتبار أفراد الأسرة ضدّ أفعال القذف والسبّ التي يمكن أن يأتيها أحد أفراد الأسرة ضدّ الآخر.

وأركان جريمة القذف هي نفسها في جريمة السب ما عدا بعض الاختلافات في الوقائع المسندة أو المدعى بها، حيث تكون الواقعة في جريمة القذف محدّدة ومعينة بينما السب فيتوفر بكل ما يتضمن خدشا للشرف والاعتبار، وعموما فكلتا الجريمتين تتطلب ركنا ماديا وقصدا جنائيا، وهذا الركنا يتضحان من خلال تحديد محل الحماية الجنائية في هذه الجريمة.

أولا : محل الحماية الجنائية في القذف والسب :

إنّ تجريم أفعال القذف والسب الصادر عن أحد أفراد الأسرة ضدّ غيره منهم إنّما المهدف منه هو حماية شرف واعتبار هذا الفرد وبالتالي الأسرة، إذ جعل المشرع نطاق الحماية محصورا على الشرف والاعتبار كقيم معنوية كما جعل من التشهير بسمعة أحد

²¹³ - انظر ، حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة ، ط1، 2001 ، ص 221.

- لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في معنى القذف فعرفه الحنفية والحنابلة في رواية : بأنّه رمي مخصوص والرمي بالزنا. وعرفه المالكية بأنّه رمي مكلف ولو كافر حرا مسلما بنفي نسب أو زنا. في حين عرفه الشافعية بأنّه الرمي بالزنا مع معرض التعبير.

²¹⁴ - انظر ، أحمد جمعة شحاتة ، جرائم الاعتداء على الحق في الشرف والاعتبار، مجلة المحاماة المصرية ، دار وهدان للطباعة، مصر ، 1991، عدد 03 و04 ، ص 25.

- انظر ، أحمد فتحي بهنسي ، مدخل للفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق ، القاهرة ، ط4 ، 1989 ، ص 72.

²¹⁵ - انظر ، الآية 04 من سورة النور.

أفراد الأسرة كالزوجة مثلاً عنصراً آخر داخل نطاق الحماية ، ذلك أن ادعاء الزوج مثلاً وإسناده لوقائع مشينة بصورة علنية من شأنه أن يشهر بسمعة زوجته ويدفع إلى احتقارها من قبل باقي أفراد الأسرة لاسيما الأولاد.

I- شرف واعتبار أفراد الأسرة :

نظراً لمكانة الأسرة في المجتمع باعتبارها نواته الأساسية ، وحماية لشرف أفرادها واعتبارهم على أن لا يمسه خدش يطيح به ، تدخل المشرع وفرض حمايته القانون على هذا الاعتبار واعتبر أن كل اعتداء عليه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون.

ومن الصعب تحديد وفهم فكرة الشرف والاعتبار ذلك لأنها فكرة شخصية ذاتية²¹⁶. وبالتالي يطرح المشكل في كيفية معرفة إذا ما كانت الواقعة المدعى بها تمس شرف الفرد أو لا ؟ أو بالأحرى هل يوجد أسس موضوعية يمكن من خلالها وضع تعريف للشرف والاعتبار ؟ لقد عجز الفقه عن إيجاد معنى دقيق لفكرة الشرف والاعتبار وعموماً يقصد بكلمة اعتبار الفرد المركز والمكانة التي يتمتع بها الفرد في المجتمع، وهي تعتمد على ما يتصف به الشخص من صفات موروثة أو متأصلة من العلاقات التي تنشأ بينه وبين غيره من أفراد المجتمع ، بحيث تحدّد مركزه الأدبي والاجتماعي²¹⁷.

فالشرف يغلب عليه الطابع الشخصي ، إذ ينطوي على شعور الفرد بكرامته لما يتمتع به من صفات داخلية كالأمانة والطهارة والتي تحدّد وجهة نظره في التقدير الذي ينبغي أن يناله من الغير ، وبصفة أخص من باقي أفراد أسرته²¹⁸. فهو يمثل إحساس الفرد بنقائه من كل ما يمكن أن ينسب إليه من سلوك مخالف للأخلاق.

أمّا الاعتبار فهو ذو طبيعة موضوعية ، إذ يعني مجموع ما للفرد من صفات تحدّد مكانته في المجتمع ، وبالتالي تحدّد بالتالي حقه في أن يعامل من قبل أفراد هذا المجتمع بما

²¹⁶ - C.F, Michel Laure Rassat, Op.cit, p 402.

- C.F, Michel Veron, Op.cit, p 135.

²¹⁷ - انظر ، محمد نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، قسم خاص ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر ، 1988 ، ص 208.

²¹⁸ - انظر ، فتوح عبد الله الشاذلي ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2002 ، ص 267.

يتناسب مع هذه المكانة²¹⁹. ويتحقق المساس بشرف الأشخاص واعتبارهم بادعاء أحد أفراد الأسرة مثلا الزوج بواقعة شائنة أو إسنادها إلى زوجته ، ويختلف مدلول كل من العبارتين عن بعضهما البعض ، فالإدعاء يحمل معنى الرواية عن الغير أو ذكر خبر محتمل الصدق أو الكذب²²⁰ ، أمّا الإسناد فهو يفيد نسبة الأمر إلى الزوجة على سبيل التأكيد سواء كانت الوقائع المدعى بها صحيحة أو كاذبة²²¹.

ولا يتحقق القذف بالإسناد المباشر فقط بل يتحقق أيضا بكل تعبير ولو كان ذلك بصفة تشكيكية أو استفهامية أو غامضة من شأنها أن تلقى في أذهان الجمهور عقيدة ولو وقتية أو ظنا أو احتمالا ولو وقتيين في صحة الأمور المدعاة²²².

ويستوي في القذف أن يسند الشخص القاذف الأمر الشائن إلى أحد أفراد الأسرة على أنه عالم به أو يسنده إليه بطريق الرواية عن الغير ، أو يردده على أنه مجرد إشاعة ، فإذا ذكر القاذف الخبر أو الواقعة وأرفقه بعبارة « والعهد على الراوي » فذلك لا يرفع عنه المسؤولية. كما أن إعادة نشر قذف سابق يعدّ قذفا جديدا ويعاقب عليه ولو كان القذف الأول غير معاقب عليه²²³.

فالقذف له شكلان إمّا نشر مباشر لواقعة بناء على إسناد وإخبار وهو ما يعرف بالنشر الأصلي أو بإعادة النشر لفعل الإسناد أو الإخبار وهذا لا يعدو أن يكون إخبارا²²⁴.

²¹⁹ - C.F, Michel Veron, Op.cit, p 135.

²²⁰ - R. Vouin, droit pénal spécial, 6^{ème} édi, Dalloz, 1988, p 329.

²²¹ - انظر، محمد نجيب حسني، المرجع السابق ، ص 616.

²²² - انظر ، رمسيس بھنام ، القسم الخاص من قانون العقوبات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.ط ، 1982 ، ص 359.

- انظر ، فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ط ، 1982 ، ص 553.

²²³ - انظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 195.

²²⁴ - C.F, R. Vouin, Op.cit, p 223.

في حين يتحقق الركن المادي في جريمة السب بكل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا للفرد من دون أن تنطوي على إسناد آية واقعة²²⁵، وهذا ما يميّز السبّ عن القذف.

فالسبّ يتحقق بكل تعبير من شأنه أن يمسّ قيمة الزوجة أو الأم عند نفسها أو يحطّ من كرامتها أو شخصيتها عند غيرها، بما فيه نسبة أمور معينة، على خلاف ذلك نجد أن الادعاء أو الإسناد في جريمة القذف لا ينصب إلا على واقعة معينة ومحدّدة صحيحة كانت أو خاطئة²²⁶. ومن هذا يتبيّن لنا أنّ كل قذف يتضمن في الوقت نفسه سبا، وعليه يعتبر الشخص قاذفا إذا ما أسند إلى أحد أفراد أسرته كالزوجة مثلا أو الأم فعل الزنا أو إذا أنكر نسب الطفل المولود وأنه من شخص آخر.

وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 جانفي 1995²²⁷ بأن ادعاء الزوج بأن زوجته لم تكن عذراء عند الدخول بها في حين أثبتت الشهادة الطبية المحررة بناء على طلبات وكيل الجمهورية، بعد الواقعة أنّها لا تزال عذراء (غشاء بكارة مطاطي سليم) فيها مساس بالاعتبار والشرف.

ويتعيّن على المحكمة أن تذكر في حكمها ألفاظ السب وعبارات القذف وإلاّ كان حكمها مشوبا بقصور الأسباب، كما يشترط أن تكون عبارات السب والقذف موجهة إلى الفرد بصفته شخصيا²²⁸، إذ لا تقوم الجريمة إذا كانت ألفاظ السبّ والقذف عامة أو موجهة إلى أشخاص خياليين، ومثال ذلك الزوج السكران الذي يتفوه في الطريق العام أو في مدخل البناية بألفاظ شائنة غير قاصد بذلك زوجته شخصيا وإنّما النساء بصفة عامة كتفوهه بعبارات: " خائئات "، " لا أمان لهنّ "، كما يشترط أن

²²⁵ - انظر، أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د.ط، 1997، ص 176.

²²⁶ - C.F, - J.Larguier, Droit pénal spécial, 2^{ème} édi, Dalloz, Paris, 1976, p 56.

²²⁷ - انظر، المحكمة العليا، غ.ج، 15-01-1995، ملف 102628، قرار منشور في مرجع أحسن بوسقيعة، المرجع السابق،

ص 196.

²²⁸ - انظر، محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 294-295.

يكون الادعاء والإسناد لهذه التعابير والألفاظ قد تمّ علانية على مسمع أو مرأى الجمهور، ممّا يترتب عليه التشهير بسمعة أسرته.

II- التشهير بسمعة الأسرة .

متى تمّ وشاع القذف والسبّ بين أفراد الأسرة فإنّ ذلك سيؤدي حتماً إلى التشهير بأفرادها، وبالتالي انحلالها ، فالتشهير يتحقّق متى تمّ ادعاء وإسناد الوقائع المشينة على مرأى ومسمع الجمهور. وتتفق جريمة القذف مع جريمة السب من حيث شرط العلانية فهذه الأخيرة هي ركن في جريمة القذف وبدونها لا تقوم الجريمة على خلاف ذلك²²⁹ نجد أنّ العلانية في جريمة السب ليست ركناً أساسياً ، إذ لا تنتفي الجريمة بانتفاء العلانية وإنما تتحول من جنحة إلى مخالفة السب غير العلني المعاقب عليها بموجب نصوص المواد 2/463 ق.ع.

والملاحظ أنّ القانون لا يعاقب على القذف والسب الموجه إلى أفراد الأسرة إلاّ إذا تمّ بصورة علنية²³⁰ ، إذ يتحقّق حينئذ التشهير بها ممّا يستتبع الهبوط بمكانتها الاجتماعية وهو علة التجريم ، فقد قدر المشرع أنّ خطورة الجريمة لا تكمن في مجرد الادعاء أو إسناد وقائع معينة أو التعابير المشينة بقدر ما تكمن في إعلان هذه الوقائع أو التعابير وذبوعها بما يحقّق علم عدد كبير من أفراد المجتمع الذي ينتمي إليه الفرد المجني عليه ولاسيما باقي أفراد أسرته.

²²⁹ - انظر، أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة ، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، د.ط ، 1997، ص 162-

176.

- انظر ، محمد سعيد غور ، المرجع السابق ، ص 299.

- C.F, Michel Veron, Op.cit, p 137.

- C.F, M.Laure Rassat, Op.cit, p 407.

²³⁰ - إذا تخلف عنصر العلانية من القذف أو السب تحول الفعل من جنحة قذف أو سب علني إلى مخالفة السب غير العلني المعاقب عليه

بموجب نص المادة 2/463.

وما يلاحظ هو أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد بدقة ووضوح طرق العلانية على خلاف باقي التشريعات الأخرى²³¹، إذ اكتفت المادة 296 ق.ع في بداية الأمر بذكر النشر وإعادة النشر دون بيان سندات النشر، ثمّ جاء الشرط الأخير من نفس المادة ليستدرك هذا الفراغ ولو بطريقة غير مباشرة حيث أشار إلى الحديث والصياح والتهديد والكتابة والمنشورات واللافتات والإعلانات كوسائل للنشر أو إعادة النشر.

وعموما تتمّ العلانية بإحدى الطرق التالية :

- القول وهذا الأخير قد يكون بالجمهور أو ترديده في اجتماع عام أو في الطريق أو في أي مكان آخر عمومي كأن يقوم الزوج بقذف زوجته في الشارع أو أن يقصد الابن مكان عمله أبيه ليجهر بذلك أمام زملائه.

كما يندرج في سياق القول الصياح في محل خاص بحيث يمكن سماعه من مكان عام كأن يصيح الزوج بوقائع أو تعابير ينسبها لزوجته ولو حصل ذلك في منزل الزوجية، وكان سكان العمارة قد سمعوا أو يفترض سماعهم لما قاله.

وهناك نوعان من الأماكن العمومية يفترض تحقق العلانية فيهما، فهناك المكان العمومي بطبعه كالشوارع والساحات العمومية وساحات الاستجمام والراحة، والمقاهي والمطاعم، وذلك طبقا لما جاء به الاجتهاد القضائي الفرنسي²³²، والأماكن العامة بالتخصيص مثل البنايات الإدارية أو المدرسية، قاعات الجلسات في أوقات العمل أو عند فتح الأبواب للجمهور أو عند حضورهم الفعلي.

231 - كالتشريع المصري الذي حدّد ثلاث طرق للعلانية وهي : علانية القول أو الصياح، وعلانية الفعل أو الإيماء، علانية الكتابة،

والتشريع الأردني والتشريع الفرنسي.

232 - C.F, M.Laure Rassat, Op. cit, p 407.

- C.F, Michel Verron, Op.cit, p 137.

- C.F, Georges - Levasseur, crimes et des délits contre les personnes, REV.SC.CRIM, 1984, n° 2, p 320.

كما أضاف الاجتهاد القضائي الفرنسي المكان العام عن طريق الحادث « les lieux publics par accident »²³³ فهو مكان خاص ولكن بالمصادفة والفرصة أصبح عاما ومثال ذلك : اقتحام بيت الزوجية من قبل متظاهرين.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 جانفي 1995 بأنّ التصريح لعدد من الأشخاص ممن حضروا حفل الزفاف بأنّ الزوجة لم تكن عذراء عند الدخول بها يشكل العلانية²³⁴.

وفي كل الأحوال فإنّ قاضي الموضوع له السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كان المحل الخصوصي قد تحول عموميا بالمصادفة.

ولا يوجب القانون في القذف والسب الموجه لأفراد الأسرة أن يقع في حضورهم، ذلك أنّ في اشتراط توفر العلانية ليس مواجهة شخص المقذوف المجني عليه بما يتأذى به من عبارات القذف ، وإنّما ما يصاب به الفرد من جراء سماع عامة الناس عنه ما يشين شرفه واعتباره، وهذه العلة تتحقق بمجرد توافر العلانية، وإن لم يعلم الفرد المجني عليه بما قيل عنه.

كما تتحقق العلانية بالكتابة كأن يقوم مثلا الزوج بتوجيه عبارات القذف والسبّ في مذكراته التي قدمها أمام قسم الأحوال الشخصية في نزاع قائم بينه وبين زوجته إذ يمكن لهذه الأخيرة أن ترجع عليه بدعوى القذف أو السب بحسب الأحوال. فالعلانية ركن أساسي في جريمة القذف والسب العلني ومن ثمّ يجب على قاضي الموضوع بيانها في الحكم القاضي بالإدانة.

وإذا كان المشرع لم يشر صراحة إلى العلانية في نص المادة 297 ق.ع خلافا لما هو عليه في القانون الفرنسي الذي اشترط هذا العنصر في جنحة السب العلني ، فإنّ نص المادة 463 ق.ع/ف2 قد نص على أنّه: " كل من ابتدر أحد الأشخاص بألفاظ سباب

²³³ - C.F, Michel Verron, Op.cit, p 137.

²³⁴ - انظر ، المحكمة العليا ، غ.ج ، 15-01-1995 ، مشار إليه في مرجع : أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 196.

غير علنية..."، فهذا يدل على أن عدم الإشارة إلى العلانية في نص المادة 297 هو مجرد سهو.

وكان تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 فرصة لتدارك الأمر غير أن المشرع فوت عليه هذه الفرصة.

ويتخذ الركن المعنوي في جريمة القذف والسب صورة القصد الجنائي العام ، والذي أساسه العلم والإرادة²³⁵.

ويقصد بالعلم علم الفرد الجاني بحقيقة الأمور التي يسندها إلى باقي أفراد الأسرة من جهة وعلمه بعلانية ذلك الإسناد من جهة أخرى ، ولا عبرة لما يسبقه من بواعث أو ما يليه من أغراض²³⁶.

أما في السب غير العلني فيكفي أن يعلم الفرد بأن ما يقوله من ألفاظ فيها مساس بشرف واعتبار باقي أفراد أسرته. إذ يتعيّن أن ينصرف علم الفرد إلى دلالة الألفاظ والعبارات التي يسندها إلى باقي أفراد أسرته ، وأن هذه الوقائع من شأنها أن تمسّ بشرفهم واعتبارهم ممّا يؤدي إلى احتقارهم من قبل الغير.

ولا يشترط القانون نية الإضرار بالزوجة ، فالقصد العام يكفي وحده لقيام الجريمة دون حاجة لقصد خاص ، ولا يمكن للزوج أن يتذرع بحجة الاستفزاز للتهرب من المسؤولية، ذلك أن عبارات القذف وألفاظ السب لا تفقد طبيعتها حتى وإن كانت ردا على عبارات قاذفة أو على ألفاظ سابة.

وعليه فإذا ما توافرت أركان الجريمة في حق أفراد الأسرة وجب تحريك الدعوى العمومية غير أن هذه الأخيرة تكون مرتبطة بشكوى جزائية أحيانا التي يفترض بعض الفقه أنها ضرورية للمتابعة وبدونها يمنع على النيابة تحريك الدعوى العمومية لاسيما وأن

²³⁵ - انظر، عبد الحميد المشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، د.ط، 2000، ص 25-

.113

- انظر ، أحمد أبو الروس ، المرجع السابق، ص 164-177.

- انظر ، محمد صبحي نحم ، المرجع السابق، ص 103-105.

²³⁶ - C.F, Michel Laure Rassat, Op.cit, p 400.

الأمر هنا مرتبط بجريمة أسرية وهذه المتابعة في الحقيقة تثير عدّة إشكالات قانونية إجرائية لاسيما فيما يخص الشكوى وتقادم الدعوى.

ثانيا : الإشكالات الإجرائية في دعوى القذف والسب.

إنّ تجريم المشرع للقذف والسب وحصره مجال التجريم في الشرف والاعتبار والتشهير بسمعة الأفراد ، إنّما الهدف منه هو حمايتهم ضدّ مثل هذه الأفعال ، غير أنّ هذا التجريم لا يكفي لوحده إن لم تتبعه متابعة جزائية للزوج الجاني ومعاقبته ، وهو يشكل أثر قانوني للحماية الجزائية التي أقرها المشرع في المواد 296 ، 297 ، 463 فقرة 2 ، ق.ع.

وإذا كانت المتابعة الجزائية في جريمة السب لا تثير أي مشكل قانوني ، بل تتمّ تلقائيا من قبل الجهات المختصة ، فإنّها في جريمة القذف تثير مسألتين في بالغ الأهمية وهما مسألة الشكوى والتقادم ، فإذا ما توافرت جميع عناصر الجريمة من إسناد وعلانية وقصد جنائي اعتبرت الجريمة قائمة في حق الزوج واستوجب الأمر المتابعة والعقاب عليها.

غير أنّ إجراءات مباشرة وتحريك الدعوى العمومية في جريمة القذف لا تتمّ تلقائيا وإنّما هي مشروطة بشروط أساسية أهمّها ضرورة تقديم شكوى من الطرف المضرور وإن كان هذا الشرط لا يظهر بصورة واضحة وجليّة في نصوص قانون العقوبات الجزائري ، عكس التشريع الفرنسي والتشريع المصري.

I- إشكالية الشكوى :

تثير مسألة الشكوى في جرائم الاعتبار إشكالا هاما في القانون الجزائري ، مقارنة بالتشريع الفرنسي والمصري ، إذ لم يكن المشرع الجزائري قبل تعديله لقانون العقوبات في سنة 2001 يستوجب شكوى المجني عليه للمتابعة من أجل جريمة القذف وذلك مهما كانت الجهة الموجه إليها ، بل إنّ المتابعة الجزائية في جريمة السب والقذف كانت تتمّ تلقائيا. وإثر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 2001-09 المؤرخ في 26 جوان

2001 والذي نصت المادة 144 مكرر و144 مكرر 02 منه صراحة²³⁷ على أن إجراءات المتابعة تباشر تلقائياً من قبل النيابة العامة بخصوص القذف الموجه إلى رئيس الجمهورية أو إلى الرسول أو بقية الأنبياء أو الاستهزاء بالدين أو بأية شعيرة من شعائر الإسلام... فإذا تمعنا جيداً في أحكام هذه المواد واقتراها بالمادة 296 ق.ع فإنه سيفهم من ذلك أن المتابعة الجزائية تكون تلقائية من قبل النيابة العامة عندما يتعلّق الأمر بالقذف الموجه إلى رئيس الجمهورية أو الرسول أو باقي الأنبياء. وبمفهوم المخالفة تكون المتابعة بناء على شكوى في الحالات الأخرى وخاصة عندما يكون القذف موجهاً للأفراد. وهذا الاستنتاج إن كان يبدو سليماً من الناحية القانونية والمنطقية فإنه لا يستقيم من الناحية العملية مع الأحكام الخاصة بالدعوى الموقوفة على الشكوى. فمن الناحية القانونية فنحن نتعامل مع نص جزائي وبالتالي طبقاً لمبدأ الشرعية فإنه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الجزائية، وإنما التقيّد بحرفية النص، أمّا من الناحية العملية فإن الممارسة اليومية تثبت وتبيّن أنّ جميع دعاوى القذف ما بني الأفراد ولا سيما أفراد الأسرة تتمّ بناء على شكوى الطرف المضرور، وإذا لم يبادر هو بهذه الشكوى فإنّ النيابة العامة تمتنع عن المتابعة، وتفسير ذلك راجع إمّا لحمول النيابة العامة وعدم قيامها بمهامها على أحسن وجه، أو لأنّ القضاء الجزائري ولاسيما القضاء الجزائري قد اعتاد على أنّ الدعوى الجزائية في مثل هذه الجرائم لا تباشر إلاّ بشكوى من الضحية. والراجع أنّ المشرع الجزائري كان موفّقاً إلى حدّ كبير عند تعديل قانون العقوبات في جويلية 2001، وجعل إجراءات المتابعة تتمّ تلقائياً في القذف الموجه إلى رئيس الجمهورية أو الرسول أو باقي الأنبياء، فذلك له ما يبرره من الناحية القانونية. ولكن عندما يتعلّق الأمر بالأفراد ولاسيما أفراد الأسرة، فإنّ الأمر يختلف، ذلك أنّ المساس بالاعتبار والشرف هي مسألة ذاتية وخاصة بمن وجهت إليه إذ لا يشعر بها إلاّ هو، وبالتالي لا يمكن للنيابة العامة أن تحل محله وتقدر إذا ما كانت العبارات المستعملة

237 - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 210 - 211.

فيها مساس بشرف واعتبار المجني عليه أو لا ، كما أنّ طبيعة الأفراد تختلف ، فما يعتبر ماسا بالشرف لدى فرد معين قد لا يعتبر كذلك لدى فرد آخر.

وعدم اشتراط المشرع الجزائري صراحة شكوى الطرف المضرور في نصوص القذف يجعله مخالفا لما هو معمول به في القانون المقارن.

حيث أنّ نصّ المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية علقّت رفع الدعوى الجزائية في جرمي القذف والسب المنصوص عليهما في المادة 303 و306 من قانون العقوبات المصري على ضرورة تقديم شكوى من المجني عليه حيث نصّت في فقرتها الأخيرة على أنّه: " لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة ومرتكبها ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك". وهذا يعني أنّ حق المجني عليه في الشكوى ينقضي بمضي ثلاثة أشهر من يوم علمه بالجريمة ومرتكبها دون أن يتقدّم بالشكوى ، وفي هذه الحالة يكون اتصال المحكمة بالدعوى معدوما ولا يحق لها أن تتعرّض لموضوعها فإن هي فعلت كان حكمها وما بني عليه من إجراءات معدوم الأثر²³⁸.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 2001/12/03 والذي احتوى على ما يلي : "لما كانت المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية وقد جرى نصها بأنّه "لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلاّ بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد 185، 274، 277، 279، 292، 293، 303، 308، 307، 306، من قانون العقوبات، وكذلك بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمرتكبها وليس من تاريخ التصرف في الشكوى موضوع الجريمة وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واحتسب تلك المدّة من تاريخ حفظ الشكوى المقدمة من المجني عليه ورفض الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية على هذا الأساس وقضى بقبولها ورتب على ذلك قبول الدعوى المدنية فإنّه يكون قد جانب صحيح القانون²³⁹.

238 - انظر ، هشام المهندس ، مجموع قرارات محكمة النقض في مادة القذف والسب ، www.LAWANDLIFE.NET.

239 - انظر ، القرار رقم 9443 ، 2001 محكمة النقض المصرية ، غرفة جزائية ، www.LAWANDLIFE.NET.

ونفس الاتجاه ذهب إليه التشريع الفرنسي في المواد 34 من قانون الصحافة الفرنسي وما بعدها الصادر في سنة 1981 ، وأكدت أن دعوى القذف لا ترفع أمام المحاكم الفرنسية إلاّ بناء على شكوى من الشخص المقذوف. ولم يكتف التشريع الفرنسي على كون المجني عليه ضحية على قيد الحياة، وإنما وسع في هذا المجال حتى بالنسبة للموتى إذا تمّ التعرّض لشرفهم واعتبارهم باعتبار أن هذا الأخير مرتبط بشرف واعتبار الميت²⁴⁰.

غير أن جانباً من الفقه ذهب إلى إنكار هذه المسألة على أن المسلم به أن المجني عليه في جريمة القذف ينبغي أن يكون على قيد الحياة لأنّ الحق في الشرف والاعتبار فرع من الشخصية القانونية وهي تنقضي بالوفاة فينقضي ذلك الحق بدوره ، ومن ثمّ لا يتصور الاعتداء عليه. وفي هذا الصدد يشير الأستاذ محمود مصطفى أن الأصل في القوانين أنّها توضع لحماية الأحياء دون الموتى فضلاً عن هذا فإنّ من عناصر القذف أن يكون موجهاً إلى شخص معين وأنّ الميت لم يعد شخصاً²⁴¹. ضف إلى ذلك أنّه بالموت تنتهي حقوق الإنسان غير أن هذا الرأي مردود عليه خصوصاً أمام التطور الحاصل في مجال حقوق الإنسان سواء كان على قيد الحياة أو حتى الوفاة.

أمام هذه الإشكالات الخاصة بتقديم الشكوى تطرح مسألة أخرى في جريمة القذف والسب لا تقل أهمية عما سبق ذكره وهي إشكالية التقادم في هذه الجريمة.

II- إشكالية التقادم :

نظراً لما تمتاز به جريمة السب والقذف من خصوصية تجعلها تختلف عن غيرها من الجرائم ، باعتبارها تشكل اعتداء على مجموع القيم التي يتكون منها شرف واعتبار أفراد الأسرة، فأساس نظام الأسرة هو حماية هذا الشرف والاعتبار بالتالي حماية لنظام الأسرة.

²⁴⁰ - انظر ، المنتدى الرسمي للقانون وقضايا الدولة :

²⁴¹ - انظر ، أحمد البلتاجي ، كتابات في قانون العقوبات :

وقد نصّت معظم التشريعات المقارنة على مهلة خاصة لتقادم هذا النوع من الجرائم بحيث تكون أقصر بكثير من مهلة تقادم جرائم القانون العام.

فقد نصّ قانون العقوبات المصري على أنّه لا تقبل شكوى المجني عليه بعد مرور ثلاثة أشهر من يوم علمه بالجريمة وبمركبها²⁴²، وهذه القرينة هي بسيطة إذ يمكن للمجني عليه إثبات عكسها ، وذلك بادعائه أنّه كان في حالة غيبوبة أو كان محبوساً أو كان مسافراً ، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول شكواه أو رفضه ونفس المدّة نصّ عليها قانون الإعلام الفرنسي في المادة 65 منه والتي حدّدت مدّة تقادم دعوى السب والقذف بمرور ثلاثة (03) أشهر من تاريخ ارتكاب من تاريخ ارتكاب الجريمة²⁴³.

في حين لم ينصّ المشرع الجزائري على مهلة خاصة لتقادم الدعوى العمومية في جريمة القذف والسب ، وإنّما تركها للأحكام العامة وعليه تتقادم دعوى القذف والسب العليّ بمرور ثلاثة سنوات من تاريخ ارتكابها باعتبارها جنحة في حين تتقادم دعوى السب غير العليّ بمرور سنتين كاملتين باعتبارها تأخذ وصف المخالفة²⁴⁴.

وعدم نصّ المشرع على مدّة خاصة لتقادم دعوى القذف والسب إنّما هو راجع لسهوه منه لا أكثر ولا أقل ، وبذلك يكون قد خرج عما هو معمول به في القانون المقارن، والحكمة من تقصير مدّة التقادم في القذف والسب ترجع بالدرجة الأولى إلى خصوصية هذه الجريمة في حدّ ذاتها باعتبارها تمسّ بشرف واعتبار فرد من أفراد الأسرة ، فحتى لا يتعسف هذه الأخير في حقه هذا ويجعل منه وسيلة وذريعة للضغط على الزوج وتقييد حريته في أي وقت ، كان الأجدر على المشرع الجزائري أن يساير التشريعات الأخرى وينصّ على مدّة خاصة للتقادم في هذا النوع من الجرائم.

242 - انظر ، عبد السلام مقلد ، الجرائم المعلقة على شكوى ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د.ط ، 1989 ، ص 16-17.

- انظر ، عبد الحميد المنشاوي ، المرجع السابق ، ص 30-100.

243 - انظر ، بن عودة حسكر مراد ، المرجع السابق ، ص 40.

244 - راجع في ذلك المواد 8 و9 من قانون الإجراءات الجزائية.

ولا يشكل القذف والسب وحده عنفا معنويا يقع داخل الأسرة وإنّما قد تأخذ صورا أخرى كالتهديد خصوصا عندما يتعلّق الأمر بتهديد الزوج زوجته إمّا بقتلها أو خطف الأطفال أو تعريض صحتهم للخطر.

الفرع الثاني : التهديد داخل الأسرة.

اهتمّ المشرع باعتبار الأسرة وسمعتها داخل المجتمع نظرا لما تقوم عليه هذه الأخيرة من روابط اجتماعية كالمودة والرحمة ومبادئ أخلاقية كالعفة والكرامة ، وفي نفس الوقت راعى حرية أفرادها من أي ضغط أو تهديد قد يقلل من هذه الحرية أو يعدمها فأورد مجموعة من المواد تجرم التهديد الواقع على الأفراد بصفة عامة.

وما يلاحظ هو أنّ المشرع الجزائري وسع من مجال تجريم التهديد كتابة وقلص من مجال التهديد الشفوي حيث جعله مقترنا بشرط أو أمر ، وقبل التفصيل في هذين النوعين من صور التهديد ينبغي علينا حصر معنى ومفهوم التهديد.

أولاً: مفهوم التهديد .

يقصد بالتهديد العنف أو الإكراه المعنوي الصادر من أفراد الأسرة ضدّ الآخر بهدف الضغط على إرادته ، وذلك لإرغامه على قبول شيء أو فعل شيء أو ترهيبه والانتقام منه.

وقد يشكل التهديد عنصرا من عناصر بعض الجرائم كجريمة الخطف ، وقد يكون ظرفا مشددا للجريمة ، كما هو الحال في جريمة انتهاك حرمة منزل وقد يشكل جريمة قائمة في حدّ ذاتها²⁴⁵.

ففي الكثير من الأحيان تكون الزوجة أو البنت ضحية لتهديدات الزوج أو الأب المتتالية خصوصا في مرحلة تفكك الرابطة الزوجية ، فمثلا قد تصدر من الزوج أفعال تهديدية بقصد الضغط على إرادة الزوجة للتنازل عن حقوقها التي أقرها لها الشرع

²⁴⁵ - انظر ، فتوح عبد الله الشاذلي ، المرجع السابق ، ص 217.

- C.F, M.Laure Rassat, Op.cit, p 344.

- C.F, Patrice Gatigno, Op.cit, p 44-45.

والقانون والمتمثلة في النفقة والحضانة والمتاع وقد تصل به الدرجة إلى حدّ تهديدها بخطف الأبناء. وتطرقنا لهذا النوع من الجرائم إنّما راجع لكثرة ورودها في ساحة العمل القضائي من جهة والمشاكل التي تواجهها الزوجة في إثبات هذه التصرفات من جهة أخرى.

وإذا لم يكن المشرع الجزائري قد حدّد مواد خاصة بالأسرة في مجال التهديد مثله مثل أغلب القوانين المقارنة فإنّ هذا لا يمنعنا من الرجوع إلى الأحكام العامة التي تجرم وتعاقب على تهديد الأشخاص.

وعليه نقول أنّه حتّى تعزز حماية الأسرة جنائيا ضد الاعتداءات المعنوية كان على المشرع الجزائري أن يخصص مواد خاصة بالعنف المعنوي الصادر داخل الأسرة ولاسيما التهديد.

ومن الصعب إعطاء تعريف دقيق للتهديد ، إذ يظهر هذا الأخير في أشكال عديدة ويتحقق بوسائل مختلفة وقد يوجه للضحية مباشرة أو عن طريق الغير ، غير أنّ ما يجعله جريمة قائمة في حدّ ذاته هو نية ووعي الجاني بما يحدثه من عنف معنوي على إرادة المجني عليه.

ويأخذ التهديد عدّة أشكال :

ثانيا: أشكاله.

ويأخذ التهديد صوراً عديدة ، فقد يكون التهديد بواسطة محرر وقد يكون شفويا. وقد يكون موضوعه التهديد بخطف الأبناء أحيانا.

I- التهديد بالمحررات :

يقصد بالمحرر هنا كل كتابة أو رمز أو صورة أو شعار مدوّن ومكتوب على ورق، ويتحقق التهديد في هذه الحالة طبقا لأحكام المواد 284-285 ق.ع بقيام الجاني بتهديد الضحية بالقتل أو بالسجن أو بارتكاب اعتداد عليه يشكل جريمة يعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد.

ويشمل التهديد بارتكاب اعتداء مما يعاقب عليه القانون بالإعدام أو السجن، أو التهديد بارتكاب جناية ، ومن هذا القبيل تهديد الزوج بتسميم زوجته أو استعمال التعذيب أو ارتكاب الأعمال الوحشية لتلبية رغباته الجنسية الشاذة لاسيما إذا كان يعاني من اضطراب سادي.

وإذا كان التهديد بالقتل أو بارتكاب اعتداء لا يثير أي إشكال ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتهديد بالسجن ، فقد استعمل المشرع الجزائري عبارة السجن والتي هي ترجمة لعبارة (emprisonnement) والتي وردت في نص قانون العقوبات الفرنسي ، وهنا يثور التساؤل عن مدى أهمية هذا الفرع من التهديد ، وذلك أنه ليس بمقدور جميع الأفراد تنفيذ هذا النوع من التهديد لأنه ليس من سلطتهم ، بل هو من سلطة القضاء وحده²⁴⁶.

ويستوي أن يكون التهديد المرتكب بواسطة محرر مصحوبا أو غير مصحوب بأمر أو بشرط ، ولكن العقوبة تختلف بين الصورتين ، إذ يشدد المشرع الجزائري على التهديد المصحوب بأمر أو بشرط ويرفع العقوبة من الحبس لمدة 3 سنوات إلى 10 سنوات كحد أقصى والغرامة من 2500 دج إلى 5000 دج كحد أقصى. ولا يثير التهديد بواسطة محرر أي صعوبة في الإثبات ذلك أن المحرر في ذاته يعتبر دليل إثبات وما على الضحية إلا تقديمه في دعواها ، وفي حالة ادعاء الجاني أن المحرر لم يصدر عنه فما عليه إلا أن يطعن فيه بدعوى تزوير فرعية.

II- التهديد الشفوي:

لقد وسع المشرع الجزائري من مجال تجريم التهديد الكتابي غير أنه قلص من مجال التهديد الشفوي حيث جعله مقترنا بشرط أو أمر ، ومثال على ذلك كأن يطلب شخص ما من أحدهم التوجه معه لقضاء أم ما وإلا سيدخله السجن وما شابه ذلك من شتى أنواع التهديد ، إلا أنه من الناحية التطبيقية وأمام القضاء يتعين إثبات واقعة التهديد

²⁴⁶ - انظر ، م. بن وارث ، المرجع السابق ، ص 131.

- C.F, M.Laure Rassat, Op.cit, p 346.

الشفوي وذلك إمّا عن طريق الشهود أو عن طريق أيّة وسيلة تجعل من واقعة التهديد المصحوب بشرط قائمة ، ويشمل التهديد الشفوي داخل الأسرة مثلا تهديد الزوجة بالقتل أو السجن أو تهديد الوالدين بارتكاب اعتداء عليهما ممّا يعاقب عليه بالإعدام أو السجن المؤبد. وأضافت المادة 287 من قانون العقوبات التهديد بالتعدي بارتكاب أي عمل من أعمال العنف الأخرى²⁴⁷.

وكما سبق وأن اشرنا فالمشرع الجزائري لا يجرم التهديد الشفوي إلاّ إذا كان مصحوبا بأمر أو بشرط ، وهذا خلافا للتهديد بواسطة محرر والذي هو مجرم في كلتا الحالتين ، وعليه فإنّ الزوج أو الابن الجاني يستطيع الإفلات من العقاب عندما يكون تهديده الشفوي غير مصحوب بأمر أو بشرط.

وتثير جريمة التهديد بصفة عامة داخل الأسرة بعض النقاط الأساسية لاسيما في التشريع الجزائري والتي أصبحت تشكل إشكالات قانونية ، الأمر الذي يدلّ على مدى قصور الحماية التي حاول المشرع أن يوفرها للأفراد ولاسيما أفراد الأسرة ، ويظهر ذلك النقاط التالية :

أنّ القانون الجزائري لا يعاقب على التهديد الموجه لأفراد الأسرة والمتضمن التعدي أو ارتكاب عمل من أعمال العنف الأخرى عدا القتل والجنايات ضد الأشخاص المعاقب عليها بالسجن المؤبد أو الإعدام ، إذا كان بواسطة محرر.

كما أنّه لا يعاقب على التهديد الشفوي إلاّ إذا كان مصحوبا بأمر أو بشرط، وفي ذلك عيب قد يرجع لرداءة صياغة النصوص التي تحكم المسألة.

ويطرح الإشكال فيما يخص إذا كان التهديد بالاعتداء على مال الفرد أو بارتكاب إحدى جرائم العرض يدخل في مفهوم التهديد كما ورد في قانون العقوبات ؟ للإجابة على هذه الإشكالية نقول أنّه فيما يخص تهديد أفراد الأسرة بالاعتداء على ما لهم أو عرضهم بارتكاب إحدى جرائم العرض كالأفعال المخلة بالحياء والهاتكة

247 - انظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 68.

- انظر ، محمد بن وارث ، المرجع السابق ، ص 132.

للعرض ، نجد أن نصّ المادة 287 ق.ع ، قد فتح المجال لتجريم كل تهديد بأي اعتداء أو عنف غير منصوص عليه في المادة 284 ق.ع مما يعني أن جرائم الاعتداء على الأموال وجرائم العرض تدخل في نطاق هذا النص لأنها كلها تشكل اعتداءات ، ولكن بشرط أن تتم وفق أحد الطرق المبينة في نصوص المواد 284 و286 ق.ع.

والملاحظ أن حماية المشرع للأسرة لا تقتصر فقط في حصر صور التهديد الممارس داخل الأسرة وإنما تشمل أيضا الابتزاز بخطف الأبناء خصوصا في مرحلة فك الرابطة الزوجية حتى تتنازل الزوجة عن توابع العصمة.

المطلب الثاني : العنف الجنسي.

من أهم أشكال العنف التي قد يتعرض لها الفرد زيادة على العنف المادي والعنف المعنوي، العنف الجنسي، وهو عنف مرتبط بالجانب أو بالنشاط الجنسي لدى الإنسان وقد وردت عدة تعريفات فقهية لتحديد مفهوم العنف الجنسي ذلك أن المشرع في أغلب القوانين المقارنة لم يورد تعريفا دقيقا للعنف الجنسي ، وإنما اقتصر على ذكر أهمّ الجرائم الجنسية.

غير أنه بالرغم من كل هذا يمكننا تحديد تعريف للعنف الجنسي، وعليه نقول يقصد به ارتكاب أي فعل أو نشاط ذي طبيعة جنسية، دون رضا صحيح صادر عن المجني عليه نتيجة اقتران هذا النشاط أو الفعل باستخدام العنف المادي الذي يتمثل في استخدام القوة أو الإكراه أو العنف المعنوي كالتهديد أو التخويف بالاحتجاز أو الاضطهاد النفسي أو التخويف من إساءة واستخدام السلطة سواء تم ذلك ضد الشخص نفسه أو ضد شخص آخر.

وما يهمنا نحن في دراستنا هو العنف الجنسي داخل الأسرة فقد يتعجب البعض عند الحديث عن هذا الموضوع ويتساءل عن مدى صحة وجود العنف الجنسي داخل الأسرة، إلا أنه رغم ذلك فإنّ الحقائق ونتائج الدراسات الميدانية تؤكد عكس ذلك

حيث تظهر أنّ واحدة من كل ثلاث نساء حول العالم قد ضربت أو أجبرت على الدخول في علاقة جنسية أو أسية إليها من قبل شخص تعرفه²⁴⁸.

كما أنّه لا توجد دول حول العالم تكون فيها المرأة بمأمن من العنف الجنسي داخل الأسرة والذي يتضمن الاعتداء الجسدي والجنسي ضدّ المرأة في بيتها وداخل أسرتها وفي إطار علاقة حميمية تربطها بشخص آخر²⁴⁹.

وقد أظهرت دراسة لمنظمة الصحة العالمية عام 2005 أنّ أكثر من 50% من النساء في بنجلاديش وإثيوبيا وبيروتزانيا قد أبلغن عن تعرّضهنّ لعنف جسدي وجنسي من شركائهم في علاقات حميمية ، وتصل هذه الأرقام إلى 71% في المناطق الريفية من إثيوبيا²⁵⁰.

وبما أنّ دراستنا في هذا الفرع ستشمل العنف الجنسي داخل الأسرة فإنّه ينبغي علينا تحديد حالات العنف الجنسي وصوره داخل الأسرة سواء تعلّق الأمر في الحالة بين الزوجين أو غيرهما من أفراد الأسرة.

وعليه فقد يتخذ العنف الجنسي داخل الأسرة صورة الاغتصاب أي اغتصاب البنات والأخوات والأمهات أو قد يكون ما بين الزوجين ، وهذه الحالة الأخيرة أثارت جدلا فقهيًا وقضائيًا كبيرًا ، كما قد يتخذ صورة هتك العرض أو الفحشاء أو الخيانة الزوجية وعليه سنتعرّض لكل حالة على حدة.

الفرع الأول : العنف السابق أو المصاحب للمعاشرة الجنسية بين الزوجين.

اقتضت الفطرة الإلهية ضرورة الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، فكما يحتاج الإنسان إلى المأكل والمشرب فهو يحتاج إلى الاتصال الجنسي ، غير أنّ إشباع الحاجة الجنسية يتميز بطبيعة خاصة فهي تختلف عن إشباع الرغبات الأخرى ، فلا بدّ من اتفاق

248 - انظر ، حمود حجازي محمود، العنف الجنسي ضدّ المرأة في أوقات النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2007،

ص 22.

249 - انظر ، حمود حجازي محمود، المرجع السابق ، ص 23.

250 - انظر ، حمود حجازي محمود، المرجع السابق ، ص 23.

جنسين مختلفين على الاتصال الجنسي ، وهذا من أهم الدواعي التي دفعت بالمشرع إلى التدخل لتنظيم هذا الرضا، ومن أجل هذا لجأت التشريعات المختلفة إلى فكرة الزواج. فالزواج هو التنظيم القانوني الذي ينظم به المشرع إشباع الحاجة الجنسية لدى الجنسين وإباحة المعاشرة الجنسية بين الزوجين، ومن هنا كانت العناية الإلهية بالاهتمام بالزواج منذ لحظة التفكير فيه حتى انحلاله وانتهائه.

غير أنه في بعض الأحيان قد تصاحب هذه المعاشرة الجنسية عنفا أو اضطهادا ضد الزوجة مما يفتح المجال للحديث عن تجريم العلاقة الجنسية بين الزوجين والتي هي أصلا مشروعة إذا صاحبها عنف من الزوج، وتثور حدة الإشكال عندما يتعلق الأمر بالممارسات الجنسية غير الطبيعية الصادرة من الزوج.

أولاً: حالة المعاشرة الجنسية الطبيعية .

من المتفق عليه أن عقد الزواج يفيد أصلا حلّ استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر سواء كان بالنظر واللمس والتقبيل والضم أو كان بالجماع وهو ما يعرف بالاتصال الجنسي.

وقد جاءت نصوص كثيرة في القرآن والسنة تفيد أصل مشروعية هذا الاتصال مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ ²⁵¹ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ²⁵¹ ، وقال تعالى : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ... ﴾ ²⁵² .

251 - انظر ، سورة المؤمنون ، الآيات 05-06.

252 - انظر ، سورة البقرة، الآية 223.

وفي السنة النبوية قال رسول الله ﷺ : « استوصوا بالنساء خيراً، فإنهنّ عندكم عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهنّ بكلمة الله »²⁵³ ، وقال أيضاً : « تناكحوا تناسلوا تكاثروا... »²⁵⁴ .

فهذه الآيات والأحاديث كلها تدل على مشروعية الاتصال الجنسي بين الزوجين وتواكبها القوانين الوضعية في ذلك ، وهنا المقصود بالاتصال الجنسي أي ذلك الذي يحصل بواسطته نسل شرعي للزوجين بالطريق الطبيعي وفي المحل الطبيعي للجماع وهو القبل. غير أنّه في بعض الأحيان تأبى الزوجة بجامعة زوجها لها فيكرهها على ذلك استناداً إلى حقه الشرعي في التمتع بها استناداً لعقد الزواج وهو ما يطلق عليه الفقه الحديث بالاغتصاب الزوجي أو الإكراه الجنسي الزوجي ، هذه المسألة أثارت جدلاً فقهيها كبيراً، وعليه سنتعرض لمسألة اغتصاب الزوج لزوجته أو إكراهها على الجامعة الجنسية الطبيعية دون رضاها ومواقف القوانين المقارنة من ذلك.

I- موقف القانون المقارن من اغتصاب الزوجة .

يعدّ الاغتصاب أخطر جرائم العرض وأبشعها ممّا حذا بالمجتمع الدولي إلى اعتباره من جرائم الحرب ومن الجرائم الخطيرة التي تختص محكمة الجرائم الدولية بالنظر فيها. والواضح أنّ المشرع الجزائري لم يعرف الاغتصاب ولم يحدّد أركانه تحديداً دقيقاً كما أنّه استعمل عبارة ولفظ هتك عرض قاصداً بما الاغتصاب غير أنّه عند قراءة النص الفرنسي نجد استعمال مصطلح "viol"²⁵⁵ وهو ما يعادل مصطلح اغتصاب في اللغة العربية ، وبالتالي فإنّ المقصد الذي جاءت به المادة 336 عقوبات هو الاغتصاب.

253 - انظر ، صحيح مسلم ، شرح النووي ، ج09، المرجع السابق ، ص 177.

254 - انظر ، صحيح مسلم ، شرح النووي ، ج09، المرجع السابق ، ص 177.

255 - انظر ، المادة 336 قانون عقوبات جزائري والتي ورد نصها بالفرنسية كالتالي :

"Qui conque a commis le crime de viol est puni de la réclusion à temps de cinq à dix ans".

بينما النص العربي جاء على الشكل التالي : "كل من ارتكب جنابة هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

وإذا كان المشرع الجزائري جرم التعدي جنسيا على المرأة بصفة عامة في نص المادة 336 عن طريق الاغتصاب جنسيا فإنه لم يورد أي نص فيما يتعلق بشأن مسألة اغتصاب المرأة من قبل زوجها شأنه شأن باقي القوانين العربية ، غير أن هذه المسألة تعتبر من المسائل التي أثارت إشكالا كبيرا لدى الفقه والقضاء الغربي والعربي وعليه سنبرز موقف القانون والفقه الغربي ثم موقف الفقه والقوانين العربية ثم موقف الفقه الإسلامي والجزائري.

أ- تجريم القضاء الغربي الاغتصاب الزوجي .

لم تتعرض القوانين الغربية لمسألة الاغتصاب الزوجي ، غير أن القضاء في بعض الدول تناول هذه المسألة وأهمّ متال على ذلك نجد القضاء الفرنسي ، هذا الأخير الذي تعرض لمسألة اغتصاب الزوج لزوجته في قضية تتخلص وقائعها كالتالي : بتاريخ 11 و12 فيفري 1991 ، أكره المدعو زوجته على الواقعة عنوة فقدمت الزوجة شكوى ضد زوجها من أجل الاغتصاب ، فأحيلت الشكوى على قاضي التحقيق فأصدر أمرا برفض التحقيق على أساس أنه في غياب آثار العنف - عدا فعل الوقاع - فإن الأفعال التي قام بها المشتكى منه تدخل في إطار الزواج كما هو متعارف عليه.

ويكون قاضي التحقيق بذلك قد سار على هدي ما استقر عليه اجتهاد القضاء الفرنسي الذي قرّر في عدّة مناسبات بأن الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج على زوجته لا يشكل اغتصابا على أساس أن ما بلغه الزوج هو من الأهداف الشرعية للزواج²⁵⁶ . وهذا يعني أن واجب المساكنة يبرّر الجريمة وأن الإكراه الجنسي لا يمكن أن

²⁵⁶ - Cass.crim 19 mars 1910, Bull, crim, N153.

- انظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 95.

كما أن القضاء الفرنسي في نفس الموقف يؤكد في أحد قراراته :

La violence illégitime n'existe pas dans le cadre du mari qui n'emploie la force que pour contraire sa femme à des relations normales. C.F, Dalloz, N297, p 363.

انظر : دينا محمد صبحي ، الحماية الجنائية للأسرة - دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في القانون ، جامعة القاهرة ، 1987 ، ص 180.

يشكل إلاّ فعلاً مخلًا بالحياء وذلك في حالة ما إذا أرغم الزوج زوجته على فعل من أفعال الشذوذ الجنسي²⁵⁷، أو عندما يرغمها على الواقعة في حضور أو بمساعدة الغير.

وقد ظلّ هذا الرأي سائدا إلى غاية صدور القانون رقم 80-1041 المؤرخ في 23-12-1980 الذي أتى بإضائة جديدة لجرمة الاغتصاب عندما عرفها على النحو التالي: " كل فعل إيلاج جنسي ، مهما كانت طبيعته يرتكب على ذات الغير بالعنف أو بالإكراه أو بالخداع"²⁵⁸، أمّا النص القديم فكان يتبع فكرة تحديد الاغتصاب بأنّه كل اتصال يقع من الرجل على المرأة بغير إرادتها أو رضائها²⁵⁹.

وقد اختلف الفقهاء في تفسيرهم لهذا النص الجديد ، فالبعض فسره على أنّه ترخيص لتجريم الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج على زوجته ، على أساس أنّ المساس بحرية الرضا يحتل موقعا مركزيا في قمع الاغتصاب²⁶⁰ ، فيما تمسك البعض الآخر بما استقرّ عليه القضاء حيث أكدوا أنّه لا مجال للاغتصاب بين الزوجين إذا كانت الواقعة عادية أي بدون شذوذ²⁶¹.

وفي ظل هذا الاختلاف الفقهي أصدرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05-09-1990 قرارا ذا أهمية جاء فيه على وجه الخصوص "إنّ المادة 332 من قانون العقوبات التي تعرف جناية الاغتصاب التي ترمي إلى حماية حرية كل فرد لا تستبعد من الاغتصاب فعل الوقاع الذي يتمّ بين أشخاص يربطهم رباط الزواج".

وبذلك يكون القضاء قد أعطى الضوء الأخضر للأخذ بوصف الاغتصاب بين الزوجين، غير أنّ الظروف التي صدر فيها هذا القرار المتميزة ببشاعة التصرفات التي

²⁵⁷ - Cass.crim, 21 Novembre 1939, S39;1;317.

²⁵⁸ - "tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature que ce soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol". Art 23/222 du nouveau code pénal français.

²⁵⁹ - "le viol est la conjonction charnelle d'un homme avec une femme contre le gré ou sans consentement de celle-ci".

²⁶⁰ - انظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 95.

²⁶¹ - Andri Vitu, traité de droit criminel, édi Cujas, France, 1982, T.2, N1853, p 117.

صدرت عن الزوج ، وهي التصرفات التي بلغت حدّ تعذيب الزوجة، جعلت الفقه يتردد في الإقرار بالأخذ بوصف الاغتصاب بين الزوجين.

فجاء القرار المؤرخ في 11-06-1992 والذي صدر في القضية المعروضة وقائعها أعلاه، ليضع حدًا لهذا التردد ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أنه: « إذا كان الزواج قرينة على رضا الزوجين على إقامة علاقات جنسية في إطار الحميمة التي تطبع الحياة الزوجية "dans l'intimité de la vie conjugale" فإنّ هذه القرينة صحيحة إلى أن يثبت العكس»²⁶² ؛ أي أنّ قرينة رضا الزوجة على الاتصال الجنسي بزوجها هي قرينة بسيطة تقبل الدليل العكسي ، وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد فتح المجال بمصراعيه أمام تجريم الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج على زوجته حتّى وإن كانت الواقعة عادية لا شذوذ فيها.

وقد تدعم هذا الموقف بصدور قرار ثاني عن محكمة النقض الفرنسية في 26-09-1994²⁶³ ، ذهبت فيه المحكمة لنفس الاتجاه.

وعليه، إذا كانت محكمة النقض قد انتصرت لمبدأ الحرية الجنسية حتى بين الزوجين بقيام الاغتصاب بوطء الزوجة بغير رضاها، فإنّها من جهة أخرى افترضت هذا الرضا بحسب الأصل وفقا لقرينة تقبل إثبات العكس.

وقد سبق إلى إطلاق مبدأ الحرية الجنسية سواء في إطار الرابطة الجنسية أو خارجها فقهاء القانون الإنجليزي، فالاتصال الطبيعي بين الزوجين لا يقع تحت طائلة العقاب طبقا لأحكام قانون الجرائم الجنسية الصادر سنة 1976، باعتبار الاغتصاب اتصالا جنسيا غير مشروع بغير رضاها، والاتصال الجنسي بين الزوجين يستند إلى نظرية

²⁶² - Georges – Levasseur , crimes et des délits contre les personnes, REV.SC.CRIM, 1993, p 107.

- C.F, Patrice. Gattegno, Op.cit, p 78.

- C.F, Andri.Vitu, Op.cit, p 1503.

- انظر، Patrice. Gattegno ، المرجع السابق ، ص 78.

- انظر ، Andri.Vitu ، المرجع السابق ، ص 1503.

²⁶³ - انظر ، محكمة النقض الفرنسية ، غرفة جزائية ، 1994/09/26 قرار منشور في مجلة القانون الجنائي سنة 1995.

الرضاء العقدي ، متى تمّ في إطار المعيشة المشتركة cohabitation والتي تتحقق بإبرام عقد الزواج، وتنقضي بالانفصال الزوجي بقرار يصدر من المحكمة المختصة. فعندئذ لا يحق للزوج الاتصال بزوجه بغير رضاها ، وإلاّ كان مرتكباً لجريمة اغتصاب²⁶⁴ .

غير أنّ البعض من رجال القانون انتقدوا ذلك ، لأنّه يقوم على افتراض رضاء الزوجة بالمعايشة الجنسية ، وهو لا يتطابق مع الحقيقة في جميع الأحوال ، لإمكان عدولها عن رضائها في أي وقت ممكن.

وتأثرت بهذا الاتجاه قوانين العديد من الولايات في أمريكا وذهبت إلى تجريم وقاع الزوج لزوجته كرها عنها ، حتى ولو كانت صلة الزوجية ما زالت قائمة ولم يحدث انفصال بينهما²⁶⁵ .

وإذا كان هذا هو حال التشريعات الغربية من هذه المسألة، فما هو موقف التشريعات العربية منه.

ب-إباحة القوانين العربية الاغتصاب الزوجي :

عند الرجوع إلى أحكام القانون المصري في مجال جريمة الاغتصاب نجد يعرفها في المادة 267 على الشكل التالي : "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة".

ونصت المادة 292 من قانون العقوبات الأردني على ما يلي : "من واقع أنثى غير زوجه بغير رضاها سواء بالإكراه أو التهديد أو الحيلة أو بالخداع عوقب بالأشغال الشاقة

²⁶⁴ - C.F, Perkins Rollin, criminal law, the fondation presse, Brookly, 1957, p 115.

- انظر ، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق ، ص 72.

²⁶⁵ - انظر ، أحمد عوض بلال، محاضرات في قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، دار النهضة العربية ، 1996 ، ص

المؤقتة مدّة لا تقل عن عشر سنوات. كل شخص أقدم على اغتصاب فتاة لم تتم الخامسة عشرة من عمرها يعاقب بالإعدام".

ولا خلاف لدى الفقهاء في أنّ هناك عنصرا مفترضا لقيام جريمة الاغتصاب يتمثل في أن يكون هذا الاتصال الجنسي الكامل غير مشروع. ولما كان كذلك فإنّ الاتصال الجنسي الذي أكره الزوج زوجته عليه، لا يكون مكونا لجريمة اغتصاب استنادا إلى أنّ أحكام الشريعة الإسلامية تجعل الاتصال الجنسي حقا للزوج وواجبا على الزوجة، أو هو حق للزوجة وواجب على الزوج. بمقتضى عقد الزواج²⁶⁶.

غير أنّ الزواج لا يعني من كل عقوبة في جميع الأحوال إلاّ إذا انتفي عن فعله كل صفة تجرّمية، وبيان ذلك أنّ الاغتصاب يقع دون رضاء المرأة، وانعدام الرضاء من العموم بمكان، ولا يشترط لانعدام الرضاء ارتكاب فعل من أفعال القوة أو العنف على جسم المرأة، كما لا يشترط في القوة أن تصل حدّا معيناً من الجسامة أو تترك أثر جروح في الجني عليها²⁶⁷. وعلى ذلك يتصور أن يغتصب الزوج زوجته بشل مقاومتها كي يتمكن من استعمال حقه في معاشرتها، أو بطريق الإكراه الأدبي بتهديدها بإلحاق شر مستطير بجسمها أو مفاجأتها وخداعها، ففي هذه الصور جميعها لا يسأل الزوج عن جريمة اغتصاب زوجته لاستعماله حقا مقررا له. وإكراه الزوجة نظرا لعدم تمثله في ضرب مبرح أو عنف بصفة عامة، لا يشكل جريمة أخرى معاقب عليها قانونا.

والأمر على خلاف ذلك فيما إذا كانت أفعال الإكراه في ذاتها تشكل جريمة، كالضرب فيما يجاوزه حقه في التأديب أو الجرح فإنّنه وإن كان غير مسؤول عن جريمة اغتصاب إلاّ أنّه يسأل عن جريمة ضرب أو جرح.

وقد ثار الخلاف في الفقه القانوني العربي فيما إذا كان الزوج مرتكبا لجريمة اغتصاب إذا أكره زوجته على الصلة الجنسية على نحو يهدد حياتها أو صحتها بضرر

266 - انظر، بن عودة حسكر، المرجع السابق، ص 56.

- انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 68.

267 - انظر، محكمة النقض المصرية، جزائي، 21-10-1963، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، رقم 117، ص 239.

جسيم بالنظر لضعفها أو مرضها أو لإفراط الزوج فيه أو لكونه مصابا بمرض من شأنه أن ينتقل إليها عن طريق هذه الصلة الجنسية.

وحسب تقديرنا نحن نرى أنه لا تقوم جريمة الاغتصاب في هذه الأحوال لأن الصلة الجنسية في ذاتها مشروعة، إلا أنها بوشرت على نحو غير مشروع، فتقتصر مساءلة الزوج على الكيفية المنحرفة لهذه المباشرة، تطبيقا لقاعدة أصولية تقضي بأن "مباشرة عمل مشروع بكيفية غير مشروعة تجعل تلك المباشرة غير مشروعة بالنسبة للنتيجة التي أحدثتها". والقول بقيام جريمة الاغتصاب يستلزم إنكار عقد الزواج وهذا ما ينفيه الواقع.

ج- موقف الشريعة الإسلامية .

طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، فإنه لا يجوز للزوجة أن تمنع زوجها من نفسها متى أراد دون عذر، لحل استمتاعهما ببعضهما، ونشوزهما بعدم إجابته دون عذر²⁶⁸ . لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا دعا الرجل امرأته فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح »²⁶⁹ .

فحتى تحل المعاشرة الجنسية لا بد من وجود عقد زواج صحيح فإذا أيقنت المرأة أن زوجها طلقها ثلاثا أو آخر الثلاث أو دون الثلاث ولم يشهد على مراجعته إياها حتى تمت عدتها ثم أمسكها معتديا ففرض عليها أن تهرب عنه، إن لم تكن لها بينة فإن أكرهها فلها قتله دفاعا عن نفسها، وإلا فهو زنا منها إن أمكنته من نفسها²⁷⁰ .

كما يلزم خلوة المرأة من الحيض والنفاس لقوله تعالى: ﴿ وَبَسَّكُلُونَك عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ^ط

268 - انظر ، أبو الوفا محمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 72 .

269 - انظر ، صحيح البخاري ، ج9 ، كتاب النكاح ، المرجع السابق ، ص 205 .

270 - انظر ، صحيح مسلم ، ج12 ، كتاب الأفضية ، باب قضية هند ، المرجع السابق ، ص 8 .

فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۗ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَّابِينَ وَيُحِبُّ
الْمُتَطَهِّرِينَ ﴿٢٧١﴾ .

وعلى ذلك ، فلا خلاف بين الفقهاء في وجوب اعتزال وطء النساء في زمن الحيض، وإن اختلفوا فيما دون الفرج، خلافا لقول ابن عباس أنه يجب اعتزال الرجل فراش زوجته ، إذا حاضت ، آخذا بظاهر الآية ، وهذا القول شاذ لا تفيدته الآية الكريمة²⁷² .

ووطء الحائض والنفساء وإن كان حراما لا يوجب الحدّ ، لقيام النكاح فلم يكن زنا، لكن لو أكره امرأته عليه ، سواء بطريق العنف أو بضرب غير مريح كان مسؤولا عن جريمة ضرب أو جرح، لأنه لا حق له في التأديب فصار ضربا غير مشروع. وفي الأخير نقول أنّ حلّ المعاشرة الجنسية بين الزوجين يتقيّد أيضا بإتيان الزوجة في المحل الطبيعي ، وهو القبل ، لأنه وحده الذي يحقّق الغرض الأصلي من شرعة النكاح وهو حفظ النسل.

فمتى التزم الزوج بهذه الضوابط التي تحكم المعاشرة الجنسية فإنه لا يجوز لزوجته أن تمنع نفسها منه، وإلا كانت ناشزا له حقّ تأديبها، غير أنّ هذا التأديب كما سبق وأن أوضحنا في المطلب الأوّل لا يصل إلى حدّ العنف مطلقا وإلا كان متجاوزا لحدوده، ويشكل جريمة ضرب وجرح أو قطع... أو غيره.

II- إغفال التشريع الجزائري مسألة الاغتصاب الزوجي.

لم يدخل القانون الجزائري الإكراه على ممارسة الجنس بين الزوجين ضمن أحكامه التي تعاقب على الاغتصاب ، فعند تعرضه للفعل في نص المادة 336 قانون عقوبات ، نجد أنه أعطى معنى عام لمفهوم الاغتصاب ، فلم ينظر إلى الاغتصاب الواقع على المرأة من قبل زوجها، وبالتالي فإنه يفهم من ذلك أنّ الاغتصاب لا يكون إلا من

²⁷¹ - انظر ، الآية 222 من سورة البقرة.

²⁷² - انظر ، تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل للزمخشري ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ج 1 ، ص 361.

شخص أجنبي على امرأة أجنبية لا يربطها رابط الزواج ودون رضا الضحية وعليه فالزوجة مستثناة من هذه الجريمة متى كان الجاني هو الزوج.

وسبب اتخاذ المشرع لهذا الموقف راجع إلى اعتباره أن الاتصال الجنسي هو حق للزوج وواجب على الزوجة، بل وأن هذا الواجب هو نتاج موضوع الزواج، وهذا الأمر يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تلزم الزوجة بالاستجابة لزوجها إذا دعاها للفراش ما دام أن العلاقة الجنسية طبيعية وخالية من أي شذوذ.

فالمشرع الجزائي لا يزال أمينا على حق الرجل في التمتع بزوجه وقت يشاء ، بغض النظر عن حالتها النفسية أو الجسدية أو حتى رغبتها الجنسية ومؤكدا في الوقت ذاته على عدم معاقبة من يكره زوجته بالعنف أو التهديد على الجماع إذ لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص قانوني ، فلا يمكن للمرأة الزوجة اللجوء إلى أي مرجع قضائي إذا تعرّضت للإكراه الجنسي من قبل زوجها في حين يمكنها ذلك إذا تعرّضت للاغتصاب من قبل آخر لا تربطها به رابطة قانونية، وكان المشرع يعتبر عقد الزواج رخصة بموجبها تتنازل المرأة عن جسدها وحرمتها الجنسية له.

إلاّ أن هذا لا يمكن من أن يجعل الزوج مستغلا لحرمة الجنسية مع زوجته على إطلاقها ، فالأمر قد يتحول إلى جريمة إذا تمّ إشباع هذه الرغبة الجنسية على نحو غير طبيعي يخالف الطبيعة العادية للاتصال الجنسي.

ثانيا: حالة المعاشرة الجنسية غير الطبيعية.

طبقا لأحكام قانون الأسرة للمادة 1/39 ق.أ فإنه يقع على الزوجة واجب طاعة زوجها واحترامه ، كما تقع على الزوج واجب مراعاة زوجته واحترامها ، فإذا دعا الزوج زوجته للفراش وجب عليها طاعته ، وليس المقصود بالطاعة في القانون والشرع الطاعة العمياء ، وإنما هي الطاعة في غير ما نهى الله عنه ، إذ يقع على الزوجين واجب ممارسة العلاقة الجنسية الشرعية ، كما حددها الشرع والقانون ، فالأصل أن جميع الأفعال التي يأتيها أحد الزوجين على الآخر هي مشروعة ولكن لكل إباحة حدود.

ففي كثير من الأحيان يكون الزوج مصابا بشذوذ جنسي يدفعه إلى إرضاء وإشباع شهوته الجنسية بطريقة تخالف الطبيعة ، والحكمة التي شرع من أجلها الزواج .

ويقصد بالأفعال الجنسية المخالفة للطبيعة، كل فعل يقع من الزوج إرضاء للشهوة الجنسية بغير طريق الجماع الطبيعي²⁷³ وتنحصر هذه الأفعال عموما فيما يلي :

1- الوطء في الدبر أو ما يعرف باللوطية ، أي مجامعة الزوج لزوجته في الدبر²⁷⁴ .

2- السادية والتي تعني اكتساب الزوج اللذة الجنسية من خلال الألم الحاصل للزوجة الضحية ويتخذ هذا الألم صورة الضرب بالسوط والتقييد بالسلاسل إلى العض وحتى القتل ، إذ تترج هذه الأفعال كلها مع الجماع حتى وإن كان طبيعيا²⁷⁵ .

3- كما تتخذ الأفعال الجنسية غير الطبيعية صورة واقعة الزوجة في الفم وهو ما يطلق عليه باللاتينية *la félation* أو إجبارها على مواقعتها على مشهد من الغير²⁷⁶ .

وليست الطرق السالفة الذكر هي كل طرق الشذوذ الجنسي وإنما هي فقط الطرق المعروفة والشائعة له ومعنى ذلك أن هناك طرق أخرى يلجأ إليها كل زوج شاذ لإشباع شهوته الجنسية وفقا لتصوراته وتخيالاته ، مبرراً كل ذلك بعقد الزواج الذي يعتقد في نظره أنه يبيح له حق التمتع الجنسي الكامل بجسد زوجته ممثلا في جميع أعضائه، وكيفما كانت الطريقة.

والإشكال الذي يطرح نفسه ما محل هذه الأفعال من القانون خصوصا وأتينا نتكلم عن علاقة زوجية شرعية يحكمها عقد زواج شرعي ؟

273 - انظر ، محمد رشاد متولي ، جرائم الاعتداء على العرض ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط2 ، 1989 ، ص 181 .

- C.F, Daniel Borrillo, homosexualités et droit, ED des presses universitaires de France, France, juin 1999, p 2.

- Bruno. Py, le sexe et le droit, 1^{ère} édi, presses universitaires, France, 1999, p 47 – 48.

274 - انظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 102 .

275 - انظر ، محمد رشاد متولي ، المرجع السابق ، ص 182 .

276 - انظر ، محمد رشاد متولي ، المرجع السابق ، ص 182 .

I- التكييف القانوني للفعل.

سبق وأن ذكرنا بأن الأفعال المخالفة للطبيعة الصادرة عن الزوج تتخذ أشكالا مختلفة، ففيما يخص الأفعال السادية الواقعة على الزوجة باعتبارها ضحية فإنه في هذه الحالة يمكن لها تقديم شكوى على أساس جريمة الضرب والجرح العمدي²⁷⁷، ما دام أن المعاشرة الجنسية طبيعية، وفي هذه الحالة يمكن للزوجة الاعتماد على الشهادة الطبية كوسيلة لإثبات الضرر الواقع عليها، إلا أن هذا النوع من القضايا نادرا ما يطرح على ساحة القضاء على خلاف ذلك نجد أن أغلب قضايا الشذوذ الجنسي هي مرتبطة بتلك الخاصة بإتيان الزوجة من الدبر، وقد أثارت هذه المسألة جدلا كبيرا لدى الفقه والقضاء لاسيما فيما يخص مدى شرعية هذه الأفعال والتكييف القانوني للفعل في حالة عدم شرعيته.

أ- اعتبار الفقه الوضعي الفعل هتك عرض.

لقد اختلف فقهاء القانون الوضعي حول ما إذا كان الزوج يعدّ مرتكبا لجريمة هتك عرض إذا ما أكره زوجته على العلاقة الجنسية غير الطبيعية وانقسموا في هذا الشأن إلى اتجاهين :

- فيرى أنصار الاتجاه الأول بأنه من حق الزوج أن يأتي زوجته في دبرها ولو بدون رضاها، لأن الزوج يملك حق التمتع الجنسي الشامل بجسد زوجته، ويضيف أصحاب هذا الاتجاه أنه ما دام أن دبر الزوجة يعتبر موضع اشتهاة من جانب الزوج كان لزاما أن تتقرر إباحة إتيان الزوجة لها فيه سواء رضيت أو كرهت، ما دام يباح له على هذا الوضع إتيانها في قبلها فهو يملك حق التمتع الجنسي الشامل على جسدها ممثلا في جميع أعضائه.

²⁷⁷ - انظر، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 78 - 79.

هذا فضلا عن وجود بعض المبررات العملية التي تدفع الأزواج إلى إتيان زوجاتهم من الخلف في بعض الأحيان²⁷⁸.

لكن إذا طغى الإتيان من الخلف على الإتيان من القبل جاز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق على أساس إضرار الزوج بها.

في حين يرى أنصار الاتجاه الثاني أن إتيان الزوجة في دبرها بغير رضاها يعتبر هتكاً لعرضها ، ذلك أن الاتصال الجنسي الذي يبيحه عقد الزواج هو الاتصال الطبيعي أي من القبل وليس من الدبر²⁷⁹.

فإتيان الزوجة من دبرها يتنافى والغرض الاجتماعي الذي وجد من أجله الزواج ، إذ أن الاعتياد عليه وما قد يترتب عليه من عزوف عن الصلة الطبيعية يصرف الزواج عن غاياته الأساسية ، ويحول بينه وبين وظيفته في إنجاب النسل وعصمة الزوجة²⁸⁰.

ب- اعتبار الفقه الإسلامي الفعل معصية.

يقيد فقهاء الشريعة الإسلامية حلّ المعاشرة الجنسية بين الزوجين بإتيان الزوجة في المحلّ الطبيعي وهو القبل، لأنه وحده الذي يحقق الغرض الأصلي من تشريع النكاح مصداقا لقوله تعالى: ﴿... فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ

التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴿٣٣﴾ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْى شِئْتُمْ ۗ﴾²⁸¹.

- 278 - انظر ، أحمد محمود خليل ، جرائم هتك العرض ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د.ط ، 1990 ، ص 40 .
- انظر ، محمد عطية راغب ، الجرائم الجنسية في التشريع المصري ، مكتبة النهضة المصرية ، د.ط ، 1988 ، ص 224 - 236 .
- انظر ، حسن صادق المرصفاوي ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، القسم الخاص ، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع ، بيروت ، د.ط ، 1970 ، ص 203 .
- انظر ، إدوارد غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية ، دار غريب للطباعة ، القاهرة ، ط 1 ، 1988 ، ص 15 .
- 279 - انظر ، عبد الحميد الشواربي ، جريمة الزنا ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.ط ، ص 84 .
- 280 - انظر ، أحمد محمود خليل ، المرجع السابق ، ص 40 .
- انظر ، محمد زكي أبو عامر ، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر ، القسم الثاني ، الفنية للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، د.ط ، 1985 ، ص 105 .
- 281 - انظر ، سورة البقرة ، الآية 222 - 223 .
- انظر ، أحمد محمود خليل ، المرجع السابق ، ص 40 ؛ انظر أيضا ، حسن السيد حامد خطاب ، المرجع السابق ، ص 194 .
- انظر ، أحمد فتحي مهنسي ، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي ، دار الشروق ، القاهرة ، ط 4 ، 1989 ، ص 61 .

فمن خلال هذه الآية يتبين لنا أن الله سبحانه وتعالى قد أمر عباده بإتيان زوجاتهم في الموضع الطبيعي المعدّ لذلك ألا وهو الفرج ، ذلك أن الحيض والتطهر يتعلّقان به ، إذ يصف الله سبحانه وتعالى الزوجة بالحرث مما يعني أن غاية الصلة بها هي الإنجاب. أمّا قوله «أَنْى شِعْتُمْ» فهو ينصرف إلى كيفية مباشرة العلاقة الجنسية الطبيعية²⁸² ، فقد ترك للزوجين الحرية في شأنها.

إلا أن الكثير من الأزواج يفسرون هذه الآية على نحو غير سليم معتبرين أن الله قد ترك الاختيار للزوج في إتيان زوجته كيفما شاء سواء من قبل أو دبر ، إذ أنّهم يستعملونها كوسيلة لإرضاخ زوجاتهم لطلباتهم الجنسية الشاذة.

وقد ورد في السنّة الكثير من الأحاديث التي تجعل من إتيان الزوجة في دبرها أمراً محرّماً مصداقاً لقول رسول الله ﷺ : « إن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في أدبارهنّ » ، وأيضاً عن أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ قال: « ملعون من أتى امرأة في دبرها »²⁸³.

ويرى أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية أن عقوبة الزوج في مثل هذه الحالة هي التعزير، ذلك إذا كان عالماً بتحريمه²⁸⁴ ، لارتكابه معصية لا حدّ ولا كفارة فيها.

ج- موقف القضاء.

يجمع القضاء المقارن على أن إتيان الزوجة في دبرها يشكل جريمة هتك عرض غير أنّه لم نعثر على أي قرار منشور للمحكمة العليا الجزائرية في هذا الشأن ، وتفسير

282 - انظر ، أحمد فتحي مهنسي ، المرجع السابق ، ص 61.

- انظر ، أحمد محمود خليل ، المرجع السابق ، ص 40.

- انظر ، حسن السيد حامد خطاب ، المرجع السابق ، ص 194.

283 - انظر ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 330 - 331.

- أحمد فتحي مهنسي ، مدخل للفقهاء الجنائي ، المرجع السابق ، ص 60.

- عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، ج2 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط10 ، 1989 ، ص 353.

284 - انظر ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 330 - 331.

- أحمد فتحي مهنسي ، المرجع السابق ، ص 60.

- عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 353.

ذلك راجع لحساسية هذا النوع من القضايا خصوصا بالنسبة للزوجة ، إذ أن المشرع لم ينص على سرية الجلسات في هذا النوع من القضايا.

فقد ذهب القضاء المصري إلى اعتبار أن إتيان الزوج لزوجته في دبرها يعتبر هتكا لعرضها ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها في 13 يوليو 1908 في القضية رقم 763 ، واعتبرت أن إتيان الزوج لزوجته في دبرها يعتبر هتكا لعرضها²⁸⁵ لأنه مخالف للغرض الشرعي المقصود من الزواج.

ونفس الحكم ذهب إليه القضاء الفرنسي ، إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 19 مارس 1910 على أن مجامعة الزوج لزوجته حتى وإن كان طبيعيا في حضور شخص آخر وبمساعده²⁸⁶ ، يعدّ بذلك مرتكبا لجريمة هتك عرض ، لأنه يكون قد جرح حياء زوجته بدرجة بالغة ، كما ذهبت في حكم آخر لها في 21 نوفمبر 1839 على أن إرغام الزوج زوجته على فعل من أفعال الشذوذ الجنسي يشكل جريمة هتك عرض²⁸⁷ .

أمّا فيما يتعلّق بالقضاء الجزائري فقد سبق وأن أشرنا إلى أنّه لم نعثر على أي قرار صادر ومنشور عن المحكمة العليا بخصوص هذا النوع من القضايا ، غير أن هذا لم يمنعنا من تفحص بعض أحكام المحاكم المحلية والمجالس القضائية بخصوص هذه الأفعال . فوجدنا أن القضاء الجزائري يساير القضاء المقارن في تكييف هذه الأفعال واعتبارها أفعال مخلّة بحياء الزوجة حتى وإن كانت صادرة من الزوج نفسه.

إذ قضى مجلس قضاء وهران بتاريخ 17-09-2003 غرفة جزائية بتأييد حكم المحكمة الذي قضى بإدانة الزوج الذي مارس العلاقة الجنسية غير الطبيعية مع زوجته (إتيانها من الخلف) بجنحة الفعل العلني المخل بالحياء، واعتبر أن إتيان الزوج لزوجته من

285 - انظر ، إدوارد غالي الذهبي ، المرجع السابق ، ص 115 .

286 - انظر ، عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 84 .

287 - انظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 95 .

- بن عودة حسكر مراد ، المرجع السابق ، ص 53 .

الدبر يشكل هتكاً لعرضها وذلك بعد أن أقرّ بحصول هذه الأفعال رغم ممانعة زوجته²⁸⁸. وتكليف المجلس الفعل على أنه فعل علني مخلّ بالحياء بدل الفعل المخلّ بالحياء إنّما هو راجع لعدم تخصص القاضي الجزائري وبالتالي كان عليه أن يتبع التكليف الراجح في القانون والقضاء المقارن.

كما قضت محكمة الجزائر في حكمها الصادر في 28 أبريل 1887 بأنّ جماعة الزوج لزوجته في حضور أشخاص آخرين أو بمساعدتهم يعدّ مرتكباً لجريمة هتك عرض لأنّه يكون قد جرح حياء زوجته بدرجة بالغة²⁸⁹. وإذا كان القضاء والفقهاء أكدوا على اعتبار هذا النوع من الأفعال يشكل جريمة هتك عرض في حق الزوجة فإنّ ذلك سيرتب آثاراً قانونية لاسيما فيما يخص مسألة الإثبات والعقوبة.

II- الآثار القانونية للتكليف.

يترتب على التكليف القانوني للفعل أثر هام هو تجريم الأفعال الجنسية غير الطبيعية الصادرة عن الزوج ضد زوجته واعتبارها هتكاً لعرضها مما يستوجب العقاب عليها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن اعتبار الفعل جريمة يستوجب إثباته وهنا تطرح مشكلة الإثبات.

أ- تحديد الأفعال المادية للجريمة.

بما أن الفقه والقضاء يجمعان على أن الأفعال الشاذة التي يأتيها الزوج على زوجته تشكل جريمة هتك عرض طبقاً لأحكام المادة 335 قانون عقوبات، فسنحاول تحديد الفعل المادي للجريمة مقتصرين فقط على الحالة التي تكون فيها الزوجة ضحية والزوج جانياً، ذلك أن جريمة هتك العرض أو كما يعرف في قانون العقوبات الجزائري بالفعل المخلّ بالحياء تشمل في معناها العام جميع الأفعال التي تمارس على جسم الإنسان والتي

288 - انظر، مجلس قضاء وهران، غ.ج، 17-09-2003، ملف رقم 2494، مشار إليه في مرجع، بن عودة حسكر مراد،

المرجع السابق، ص 134.

289 - انظر، إدوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 115.

تشكل إخلالا بالأداب العامة سواء كانت علنية أو في الخفاء كالقبلات الحارة والمساس بالعورات، والاحتضان وغيرها من الأفعال الأخرى، وهذه الأخيرة هي أفعال مباحة ومشروعة للزوج باعتبارها ممارسة شرعية لحق يخوله عقد الزواج لكل من الطرفين وهو "حل الاستمتاع" وبذلك يكون محتوى جريمة هتك العرض بين الزوجين مقتصر على الأفعال الجنسية غير الطبيعية والشاذة التي يأتيها الزوج على زوجته ولاسيما إتيانها من الخلف. وهذه الجريمة كأى جريمة أخرى تتطلب فعلا ماديا وقصدا جنائيا، وعليه سنقتصر في تحديد هذه العناصر على أحكام قانون العقوبات الجزائي ولاسيما نص المادة 335 قانون عقوبات.

حيث تنص المادة 335 ق.ع على ما يلي: "يعاقب بالسجن المؤقت من (05) إلى عشر (10) سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى مع العنف أو شرع في ذلك. وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشرة (16) يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة"²⁹⁰.

فمن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن الركن المادي للجريمة لا يكون إلا بارتكاب الزوج فعلا مخلا بالحياء ضد زوجته.

وهذا الفعل يتحقق بإتيان الزوج لزوجته من الخلف بغير رضاها ويتصور في هذه الحالة أن الاتصال الجنسي يكون كاملا، أي بإيلاج الزوج عضوه الذكري في دبر زوجته قاصدا بذلك تحقيق عملية جنسية كاملة²⁹¹. ذلك أن الملامسات والتقبيل كلها تدخل في إطار الزواج كما هو متعارف عليه.

وعليه فالفعل المادي للجريمة يتحقق بمجرد عملية الإيلاج وعدا ذلك فلا مجال للحديث عن هتك العرض بين الزوجين.

²⁹⁰ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

²⁹¹ - أنظر، عبد الحكم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية، القاهرة، دط، 1994، ص 504.

محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر القسم الثاني، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، د.ط، 1985، ص

168.

انظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 116.

وإذا رجعنا لنص المادة 335 نجد أنه يتطلب لقيام الجريمة انعدام رضا الزوجة، وذلك باستعمال الزوج العنف ضدها للوصول إلى غرضه، ويستوي أن يكون العنف ماديا أي بالضرب والتكيبيل أو معنويا وذلك باستعمال الخديعة أو المباغثة²⁹².

ومثاله كأن يوهم الزوج زوجته بأن الدين والقانون يجيزان له ذلك وأن ما يقوم به من أفعال جنسية شاذة هي من حقوقه الشرعية في الزواج وأنها ملزمة بالاستجابة إليه خصوصا إذا كانت تجهل أصول الشرع والقانون.

بالإضافة إلى ذلك فإن الجريمة تتطلب أيضا إنصراف إرادة الزوج الحالي إلى الفعل والنتيجة²⁹³، فلا يتوفر القصد الجنائي إذا تجاوز الزوج عن جهل منه حدود حقوقه المباحة شرعا في العملية الجنسية أو أتى زوجته من الخلف معتقدا أن صلة الزوجية ترخص له ذلك، أو إذا اعتقد أن زوجته راضية عن الفعل وأن ما أبدته من مقاومة كان بقصد التدلل أو الإثارة. ويثور الإشكال عندما يتعلق الأمر بالزوجة القاصرة التي لم يبلغ سنها سن الرشد القانونية.

ب- مسألة الزوجة القاصرة.

يثار التساؤل حول مسألة الزوجة القاصرة التي لم يتجاوز سنها السادسة عشرة (16) عشرة، وهذا النوع من القضايا لا يطرح إلا في الزواج العرفي أو في الزواج الرسمي المثبت، أي الذي سبقه زواج عرفي، ذلك أن أهلية الزواج بالنسبة للمرأة حسب قانون الأسرة هي 19 سنة²⁹⁴. فلا يبرم عقد الزواج ما لم تكن الزوجة بالغة هذه السن أو

292 - انظر، أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 52-53.

انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 1982، ص 31.

293 - انظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 80.

انظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 95، وانظر، إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 116.

عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 514.

294 - راجع في ذلك المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضى أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

كانت حاصلة على ترخيص الترشيد من قبل رئيس المحكمة. وقد جرى العمل القضائي على أنه يرخص للمرأة بالزواج قبل السن القانوني إذا كانت بالغة فقط 17 سنة. ففي هذه الحالة فإن الجريمة تكون قائمة في حق الزوج حتى وإن رضيت الزوجة بهذه الأفعال غير الطبيعية، ذلك أن المشرع يفترض في القاصر الذي لم يتجاوز 16 سنة، انعدام التمييز لديه وبالتالي انعدام الإرادة، وهذا ما جعله ينص في المادة 334 فقرة أولى على أنه "يعاقب بالحبس من خمس إلى عشرة سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل 16 سنة ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك"²⁹⁵.

فرضا الزوجة القاصرة بهذه الأفعال لا ينفي الجريمة عن الزوج على خلاف الزوجة البالغة فرضاها بهذه الأفعال واستجابتها له عن رغبة جنسية ينفي الجريمة عن الزوج.

وعليه نقول أن جريمة هتك العرض بين الزوجين نوعان:

- هتك عرض باستعمال القوة وهو ما ورد النص عليه في المادة 335 ق.ع سواء كانت الزوجة بالغة أو قاصرة.
 - هتك عرض بدون استعمال العنف ويستوي وقوعه فقط على الزوجة القاصرة، ذلك أن رضا الزوجة البالغة بهذه الأفعال الشاذة ينفي الجريمة عن الزوج.
- والمشكل الذي يطرح في هذا النوع من القضايا هو صعوبة إثبات الأفعال الشاذة خصوصا وأنها تقع بين زوجين وفي غرفة النوم أين لا يمكن لأي شخص مشاهدة هذه الأفعال.

²⁹⁵ - انظر، محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 81. هناء عبد الحميد إبراهيم، بدر، المرجع السابق، ص 440.

محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 858.

بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 59.

دنيا محمد صبحي حسن، المرجع السابق، ص 206، وما بعدها.

ج- إشكالية الإثبات أمام القضاء.

تنص المادة 212 من ق.ا.ج على أنه يجوز: إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لإقتناعه الخاص". ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه²⁹⁶.

فجريمة هتك العرض الواقعة على الزوجة تثير نوعاً من الصعوبة في إثباتها، ذلك أن الجاني هو زوج الضحية كما أن الفعل يفترض وقوعه في فراش الزوجية أين لا يجوز لأي شخص اقتحام حرمة ومشاهدة ما يحدث.

كما أن الفعل المادي للجريمة محصور فقط في الوطء غير الطبيعي كل هذه الخصائص تجعل من جريمة هتك العرض بين الزوجين صعبة الإثبات.

إلا أن ظهور الأدلة العلمية وتطور الطب الشرعي خصوصاً في الوقت الحالي ساهم بشكل كبير في إزالة هذه الصعوبات. فالطريقة الوحيدة والمثلى لإثبات الجريمة في هذا النوع من القضايا لاسيما عند عدم اعتراف الزوج الجاني بفعله هو اعتماد الخبرة الطبية²⁹⁷. وذلك بواسطة فحص طبي يقوم به طبيب مختص وتحرر على إثره شهادة طبية تظهر أن الوقائع حديثة وتبرز آثار العنف إن وجدت.

ويجب أن تتم المعاينة في الأيام الخمسة الأولى التي تلي عملية الإتيان من الخلف، ذلك أن المعاينة السريعة والفورية هي التي تساعد الطبيب على إعطاء رؤية صحيحة للفعل فقد يلاحظ وجود:

1- آلام وإحساس بالتمزق في ناحية الشرج وإحمرار وتكدم على فتحة الشرج وإتساعها²⁹⁸. لكن كل هذه العلامات قد لا يعتبرها القاضي دليلاً على قيام الزوج

²⁹⁶ - انظر وراجع المواد 212 وما بعدها الخاصة بطرق إثبات الجريمة في قانون الإجراءات الجزائية.

²⁹⁷ - انظر، حسين علي شحرور، الطب الشرعي مبادئ وحقائق، بيروت لبنان، دط، دس، ص 130.

²⁹⁸ - انظر حسن علي شحرور، المرجع السابق، ص 131.

- هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء الحديثة، مصر، طبعة 1، 2005، ص 166 وما بعدها.

بأفعال اللواط على زوجته، ذلك أنه يمكن أن تكون هذه العلامات ناتجة عن أفعال جنسية شاذة مع رجل آخر غير زوجها وتهربا من المسؤولية تحاول الزوجة إلقاء التهمة به.

إلا أنه مع تطور الطب الشرعي وظهور ما يعرف بالتشخيص عن طريق فحص حمض A.D.N إذ تستطيع المختبرات الطبية حاليا بواسطة حمض A.D.N المتواجد في المني كشف هوية الجاني في هذا النوع من الجرائم الجنسية²⁹⁹.

فعندما تعرض الزوجة على الطبيب المختص يمكن لهذا الأخير عن طريق فحص المني المتواجد في المستقيم أو في الشرج التأكد من أن الزوج هو الذي قام بأفعال اللواط على زوجته، وتعد هذه الطريقة الأداة التأكيدية للواقعة.

ولا يقتصر العنف الجنسي على العلاقة بين الزوج والزوجة وإنما قد يتعداه داخل الأسرة ليشمل الاعتداء على الإخوة والأخوات وما بين الأباء والأبناء.

الفرع الثاني : إمتداد الاعتداء إلى غير الزوجين .

قد يحدث أن تقع اعتداءات جنسية، داخل الأسرة وعلى أفرادها تختلف عن تلك التي سبق وأن تكلمنا عنها والخاصة بالزوجين، فقد يحدث أن تقع علاقات جنسية بين أفراد الأسرة من ذوي المحارم وهو ما يعرف في القانون بالفحشاء أو أن يهتك عرض أحد أفرادها بفعل حتمي غير أخلاقي، أو أن تكون الأثني محل اغتصاب، أو أن يقوم الزوج أو الزوجة بخيانة بعضها البعض مع طرف أجنبي عن الأسرة.

أولاً: الفاحشة بين ذوي المحارم.

يطلق على هذا النوع من الأفعال مصطلح الفحشاء أو السفاح وقد تشددت أغلب التشريعات في المعاقبة على هذا النوع من الجرائم باعتبارها أنها تهدد كيان الأسرة وتواجدها وتنظيمها الأخلاقي، فقد جرم التشريع الأردني هذه الأفعال في نص المادة 285

²⁹⁹ - انظر، حسين علي شحرور، المرجع السابق، ص 130.

من قانون العقوبات الأردني³⁰⁰. في حين جرمها المشرع المصري في نص المادة، في حين تجد أن القانون الفرنسي لا يعتبر هذا الفعل جريمة، إذا كان الشخصان بالغين سن الرشد الجنسي المحدد بـ 15 سنة³⁰¹.

أما المشرع الجزائري فنص على تجريم هذا الفعل في نص المادة 337 مكرر وذلك بموجب الأمر رقم 47-75 المؤرخ في 17/06/1975، وما يلاحظ هو أن التشريع الجزائري جاء متأخرا في ذلك إذا لم تكن هذه مذكورة في أحكام قانون العقوبات سابقا، ونظرا لخطورة هذه الجريمة فقد تشددت أغلب التشريعات في العقاب عليها، فهي في الأصل جريمة دينية قبل أن تكون دنيوية، بالإضافة إلى ما في هذه الجريمة من معاني البشاعة الأخرى التي تتعارض مع الأخلاق والطبائع البشرية والقيم الإنسانية.

ويمكن تعريف جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم بأنها كل فعل جنسي طبيعي تام يقع بين شخص واحد محارمه من أقاربه أو أصهاره بتراض منهما صريح ومتبادل³⁰².

فمن هذا التعريف نستخلص أن الفاحشة تقوم على ثلاثة أركان وهي:

1- قيام علاقات جنسية بالرضا.

2- القرابة العائلية.

3- القصد الجنائي.

³⁰⁰ - انظر، كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والأداب العامة والأسرة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1995، ص261.

³⁰¹ - وقد يبرر هذا الموقف بما ورد عن العميد كاربونية باستنتاجه أن السياسة الأسرية الفرنسية هي من حيث الواقع سياسة أشخاص وليست سياسة أسرة سياسة حقوق وليست سياسة مؤسسة.

A la France a une politique familiale qui est en fait une politique des personnes plutôt que de la famille, des droits subjectifs plutôt que de l'institution : cf, Carbonnier, droit civil, T2, la famille, l'enfant, le couple, 20 edi, puf, 1999, p 27.

³⁰² - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 139. أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض، دار الكتب

القانونية، مصر، د.ط، 2005، ص 56. هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 50.

فيما يخص العلاقات الجنسية الرضائية فهي تقتصر على الوطاء الطبيعي الذي يحصل بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى، وإنما تشمل كل إيلاج جنسي وإذا كان غير طبيعي، ولا يهم إن كان الجاني ذكرا أو أنثى³⁰³.

ويشترط أن تتم العلاقات الجنسية برضا الطرفين فإن انتفى الرضا تحول الفعل حسب الحالة، إلى اغتصاب أو فعل مخل بالحياء مع استعمال العنف. وينتفي الرضا إذا كان الفاعل قاصرا غير مميز، أي إذا لم يبلغ سن السادسة عشرة، ومن تم يعد الفعل، حسب الحالة، اغتصابا على القاصر أو فعلا مخلا بالحياء مع ظروف مشددة³⁰⁴.

أما الشرط الثاني في هذه الجريمة هو لا بد من وجود علاقة قرابة عائلية أي أن تتم العلاقات الجنسية، بين المحارم كما هي معرفة في الشريعة الإسلامية، أي أن يتم الاتصال الجنسي بين الفروع أو الأصول، أو الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم أو بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه، أو الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعه، أو ولد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر، أو من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.

ويتعلق الأمر أساسا بالمحرمين شرعا بالقرابة والمصاهرة والمقصود بالمحرم هنا هو المحرم بالنسب، ويثار التساؤل بشأن الرضاع: فهل يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب؟ قياسا على الزواج؟ يكون الجواب بنعم مع حرص التحريم في الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته وهذا عملا بحكم المادة 28 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

³⁰³ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 139، أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 76.

³⁰⁴ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 76، 77. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 139.

انظر، علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، قسم خاص، منشورات حسب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 509.

ويشترط أيضا أن يكون الجاني قد أتى الفاحشة عن وعي وهو على دراية بالقرابة العائلية على النحو المبين أعلاه، فإذا ثبت جهله انتفت الجريمة. وتثار مسألة القصد الجنائي بجدة عندما يتعلق الأمر بالحرمان من الرضاع، وعلى أي حال يفترض العلم بالقرابة العائلية ما لم يثبت العكس، أي أن عبئ الإثبات يقع على عاتق المتهم الذي يتعين عليه إقامة الدليل على جهله بالقرابة العائلية. وقد يكون أحد المتهمين عالما بهذه القرابة والآخر يجهلها ففي هذه الحالة تقوم الجريمة في حق الأول وتنتفي في حق الثاني.

ثانيا: هتك العرض.

قد يكون أفراد الأسرة ضحية لهذا الفعل وعلى هذا الأساس نصت أغلب التشريعات المقارنة على تحريم الفعل سواء وقع داخل الأسرة أو خارجها فنجد المشرع المصري نص في المادة 268 ق.عقوبات مصري ، على هذه الجريمة بقوله "كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاثة إلى سبع سنين ... " في حين نص المادة 269 على جنحة هتك العرض بدون قوة أو تهديد وظروفها المشددة³⁰⁵.

أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذه الجريمة في نص المادة 331 من قانون العقوبات الفرنسي بقوله "كل من هتك عرض إنسان أو شرع في ذلك وكان عمر من وقعت عليه الجريمة أيا كان جنسه لم يبلغ 15 سنة كاملة تكون العقوبة الحبس من 05 إلى 10 سنوات ويعاقب بنفس العقوبة من يهتك عرض صغير لم يبلغ 15 سنة وكان الجاني من أصول المجني عليه والدي لم يأذن له بالزواج ... " ³⁰⁶.

³⁰⁵ - أنظر، عبد الواحد إمام مرسي، المرجع السابق، ص 284.

انظر، إيهاب عبد المطلب، جرائم العرض، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، د.ط، د. سنة، ص 59.

انظر، دنيا محمد صبحي حسن، المرجع السابق، ص 193.

³⁰⁶ - أنظر، دنيا محمد صبحي حسن، المرجع السابق، ص 194.

ART 331 code pénale français « tout attentat a la pudeur consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un et l'autre sexe âge de moins de 15 ans sera puni de la réclusion criminelle de temps de 05 a 10 ans a sera puni de la même peine

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذه الجريمة في المادة 335 ق.ع بقوله: "يعاقب بالسجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بالعنف³⁰⁷، أو شرع في ذلك، وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشرة يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة".

وما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يستعمل مصطلح هتك عرض للتعبير عن هذا الفعل وإنما استعمل مصطلح الفعل المخل بالحياء عكس التشريع المصري والتشريع التونسي الذي استعمل مصطلح الاعتداء بالفاحشة.

ولم يعرف القانون هتك العرض وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء ولهذا فقد عرفه البعض بأنه "هو كل فعل مادي يستطيل إلى جسم المجني عليه أو إلى عوراته ويخدش عاطفة حياته³⁰⁸".

في حين نجد أن التعريف المتفق عليه فقها وقضاء هو ذلك الذي يعتبر هتك العرض كل فعل يمارس على جسم شخص آخر ويكون من شأنه أن يشكل إخلالا بالآداب سواء كان ذلك علنية أو في الخفاء.

والحكمة من تجريم هذا الفعل هو رغبة المشرع في المحافظة على الأخلاق والشعور بالحياء وحماية الحق في الحرية الجنسية التي هي حق أصيل لكل إنسان. فجرائم هتك العرض هي من الجرائم التي تشكل اعتداء على الحرية الجنسية للمجني عليه بالرغم من أن هذه الجريمة لا تتطلب اتصالا جنسيا بالمعنى الضيق، إلا أن الفعل رغم ذلك ينطوي على وقوع فعل متصل بالحياة الجنسية على نحو ما.

l'attentat a la pudeur commis par tout ascendant sur la personne d'un mineur » même âge de plus de 15 ans, mais non émancipé par le mariage.

³⁰⁷ - وقع خطأ في النص الأصلي بالعربية بكتابة عبارة "بغير عنف والجمع هو بالعنف".

³⁰⁸ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 100.

وهذه الفكرة تتسع لتشمل كافة العلاقات الجنسية الطبيعية وغير الطبيعية أو العلاقات الجنسية الجزئية أو أي فعل يكون الغرض منه إثارة الشهوة أو المساس بعورات المجني عليه أو الشذوذ الجنسي³⁰⁹.

وجريمة هتك العرض أو الفعل المخل بالحياء كما سماها المشرع فهي تتطلب في هذا الفعل أن يقع مباشرة على جسم الضحية وأن يחדش حياءها، أي حصول اتصال مادي بين الجاني والمجني عليه يكون هذا في الاتصال خدش لحياء المجني عليه وهنا يثور التساؤل متى يكون الفعل مخلاً بالحياء ويחדش حياء المجني عليه؟

استقر الرأي في الفقه والقضاء على اعتبار العورة معيار لضبط مدى خدش الحياء العام غير أن الآراء تباينت حول المرجع الواجب اعتماده في اعتبار ما يعد عورة وما لا يعد كذلك³¹⁰.

وفي غياب مرجع قانوني متفق عليه، يرجع في تقدير العورة إلى العرف الجاري والتقاليد وأحوال البيئة الاجتماعية وأخلاقها. وهكذا فالعورة في الفقه الإسلامي هي كل ما يستر الإنسان استنكافاً وحياءاً³¹¹. وعلى هذا النحو يختلف مدلول العورة باختلاف الجنس فهي بالنسبة للرجل بين الصرة والركبة في حين أنها تشمل بدن المرأة بكامله باستثناء الوجه والكفين.

وبصرف النظر عن المعيار الواجب اعتماده في تحديد مفهوم العورة، فمن الثابت أن الأعضاء التناسلية تعد عورة وكذلك الحال مكان العفة والحياء مثل الثديين.

³⁰⁹ - انظر، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1991، ص 612.

انظر، نجيب حسن، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1988، ص 212. انظر، دنيا محمد صبحي حسن، المرجع السابق، ص 197.

³¹⁰ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 101. نجيب حسن، المرجع السابق، ص 374.

عبد المهيمن، بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية القاهرة، 1987، ص 692.

³¹¹ - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 102. هناء عبد الحميد إبراهيم، المرجع السابق، ص 424.

محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص 226 وما بعدها.

فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطابع السعدي، مصر، 2001، ص 234.

وبالرجوع إلى القضاء المقارن³¹². لاسيما منه العربي القريب منا حضارياً، نجد أمثلة عديدة التي اعتبرت مخلة بالحياء منها.

فقد استقر القضاء المصري في محكمة النقض على أن كل مساس بما في جسم المجني عليه مما يعتبر عورة يعد هتكاً للعرض بغض النظر عن بساطة أو جسامة هذا المساس³¹³.

فإذا فاجأ المتهم المجني عليها أثناء وقوفها في الطريق وضغط إلتها بيده فإن هذا الفعل يعد هتكاً للعرض بالقوة³¹⁴.

ويعد هتكاً للعرض المجني عليها بالقوة إذا مزق المتهم سراويل المجني عليها ووضع شطه في فرجها³¹⁵.

ومن أحكام القضاء الفرنسي أنه متى كانت الواقعة أن المتهم قد جذب طفلة صغيرة لم تبلغ الحادية عشرة من العمر وأركبها فوق بطنه وجعل يلامس فرجها إلى حد أن أحدث لها إلتها با خفيف فإنه يعد مرتكباً لجريمة هتك عرضه³¹⁶.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يعري عدة فتيات ويكشف عن سوءا تهن إلى منتصف بطونهن ويتركهن على هذا الحال مدة من الزمن طويلة أو قصيرة يعد مرتكباً لجريمة هتك عرض³¹⁷.

ولا يكفي قيام الجاني بالأفعال المادوية المذكورة سابقاً بل يجب أن تنصرف إرادته إلى الفعل ونتيجته، فلا يتوفر القصد إذا حصل الفعل المخل بالحياء عرضاً كما إذا لامس الفاعل عورة الضحية في حافلة مكتظة بالركاب دون أن يقصد هذه الملامسة.

³¹² - القضاء المصري والكويتي والأردني، والقضاء المغربي.

³¹³ - انظر، محكمة النقض المصرية، نقض 1963/03/26، قضية 52، مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية.

³¹⁴ - انظر، محكمة النقض المصرية، نقض 04 فبراير 1952، قضية رقم 249، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 173.

³¹⁵ - انظر، محكمة النقض المصرية، نقض 27 ديسمبر 1954، ملف رقم 117، مجموعة أحكام النقض، ص 361.

³¹⁶ - cass crim, 05 juillet 1837, 5-1839-159.

³¹⁷ - انظر، سمير ناجي، هتك العرض بالتصوير الخفي، بحث المجلة الجنائية القومية، المجلد السادس عشر، مارس 1973، ص 100.

ويشترط المشرع في هتك العرض استعمال العنف إذا وقع الفعل علمي فرد بالغ من أفراد الأسرة ويستوي في هذا الشأن أن يكون العنف ماديا أو معنويا أو باستعمال الخديعة أو المبالغة أو المكر³¹⁸.

أما إذ كان الضحية قاصر يتجاوز 19 سنة، فإنه في هذه الحالة تعتبر الجريمة قائمة حتى ولو لم يستعمل الجاني العنف وتشدّد العقوبة في حالة إذ كان الجاني من أصول الجحني عليه كالأب أو الجد أو الأم أو الجدة أو المتولين تربيته كالقريب مثل الخال أو العم أو الأخ الأكبر أو زوج الأخت أو زوج الأم أو ممن لهم سلطة عليه مثل المدرس في المدرسة. وقد اعتبر المشرع الفرنسي توافر صفة الجاني السالفة الذكر ظرفا مشددا طالما أنها ارتكبت عن طريق الأشخاص الذين لهم سلطة على القاصر أو المتولين تربيته أو تهديبه ويدخل ضمن الأشخاص الذين لهم سلطة على القاصر، الزوج الثاني للأم أو العشيق للأم³¹⁹.

والحكمة من تشديد العقوبة في هذه الحالة هي استغلال الجاني ضعف الجحني عليه سواء من الناحية البدنية أو المعنوية فهو يعد فريسة سهلة لتزوات الجاني. وإذ كان هتك العرض باعتباره جريمة تهدد كيان الأسرة فإن احتمال وقوعه على أفراد الأسرة يخص الذكور والإناث معا، فالضحية في هذا الفعل قد يكون ذكرا كما قد يكون أنثى عكس الاغتصاب الذي يكون فيه الضحية أنثى في جميع الأحوال.

ثالثا: إشكالية إجهاض المرأة المغتصبة.

إذ كان الاغتصاب في العلاقة الزوجية بين الزوجين يثير إشكالا هاما فيما يخص مسألة تجريمه فإنه خارج هذه العلاقة فالأمر لا يثير أي إشكال متى توافرت شروط الفعل

³¹⁸ - انظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 613.

انظر، محمد رشاد مقولي، المرجع السابق، ص 153.

انظر، معوض عبد التواب، الموسوعة الجنائية الشاملة لقانون العقوبات، المجلد السابع، عالم الفكر، 2002، ص 337.

³¹⁹ - CF, Levasseur, Droit pénale spéciale, revue sc crim, N 1979, p 3980.

انظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص 438.

وأركانها اعتبر جريمة قائمة وأوجب العقاب عليها، بل الأكثر من ذلك نجد أن المشرع يتشدد في حالة كون الجاني تربطه علاقة قرابة مع المجني عليها إذ كانت قاصرة.

فالاعتصاب يعد من أشد جرائم العنف الواقع على الأنثى لأنها تقع على عرض المرأة، وشرفها ولأن الجاني يأتي سلوكا قسرا لإرادة المجني عليها وضد منطق الطبيعة في إشباع الشهوة الجنسية، فالإطار الملائم لقضية الاعتصاب هو إطار العنف وليس إطار الجنس ذلك أن الاعتصاب هو فعل عنف وإهانة بالأساس ويستخدم الجنس فيه كوسيلة للتعبير عن العنف وتفريغ طاقات عدوانية ضد الأنثى.

فالجاني يكره المجني عليها على سلوك جنسي لم تتجه إرادتها إلى مباشرته، الأمر الذي يشكل اعتداء على حريتها الجنسية التي هي محل الحماية الجنائية³²⁰. بل إنه يتعدى ذلك حيث يمس بعض الحقوق الأخرى بالاعتداء فهو اعتداء على الحرية العامة للمجني عليها واعتداء على حضانة جسمها مما يترتب على إصابتها أضرار بالغة في صحتها النفسية والعقلية كما أنه اعتداء قد يكون من شأنه الإضرار بمستقبلها فغالبا ما يقلل ذلك من فرص الزواج بالنسبة لها إذ كانت عذراء أو قد يجرمها من حياة زوجية شريفة هادئة مستقرة إذ كانت متزوجة أو قد يفرض عليها أمومة غير شرعية لا ترغب فيها بل تمقتها وتكرهها.

وفي هذا الصدد نص القانون الجزائري وأغلب القوانين المقارنة على تجريم الاعتصاب واعتباره جناية نظرا لخطورة الفعل وبما أنه قد سبق لنا وأن حددنا معنى الاعتصاب في النقطة الخامسة باعتصاب الزوجة، فإنه في هذه الحالة لا يسعنا سوى تحديد أركان الجريمة في الحالة التي يخرج فيها الاعتصاب عن دائرة الزواج بحيث لا تكون المجني عليها مرتبطة بالجاني عن طريق عقد الزواج كما هو الحال في الحالة التي يكون فيها الاعتداء قد وقع على الأخت أو البنت أو الأم أو الزوجة من غير زوجها داخل الأسرة.

³²⁰ - انظر، عيبر هريدي، الحماية القانونية للنساء ضد العنف، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مجلد 16، 1973، ص 97.

انظر، محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 125.

وأهم أركان هذه الجريمة هما حصول فعل الوقاع واستعمال العنف، وإذا ما أردنا تحديد فعل الوقاع نقول أنه هو الوطء الطبيعي بإيلاج الجاني عضوه الذكري في فرج الأنثى³²¹.

ومن هذا التعريف نستنتج ما يلي:

أن الاغتصاب لا يقع إلا من رجل على امرأة، أما في فرنسا فقد تطور الأمر منذ صدور قانون 1980-12-23 حيث أصبح الاغتصاب جائزا حتى على الذكر³²².

كما أنه لا يعد اغتصابا إتيان المرأة من الخلف أو وضع الأصبع أو أي شيء آخر في فرج المرأة وإنما تعد هذه الأفعال إخلالا بالحياء، وبالمقابل تعد مثل هذه الأفعال اغتصابا في القانون الفرنسي منذ إصلاح قانون العقوبات سنة 1992 حيث عرف المشرع الفرنسي الاغتصاب على أنه كل إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته³²³. ولا يهم إن كانت المجني عليها بكرا أو فاقدة لبقارتهما فقد تكون بغية أو فاجرة وتقوم الجريمة.

كما يشترط لقيام هذه الجريمة استعمال العنف، ويعتبر هذا الأخير جوهر الجريمة ويتوافر ذلك كلما وقع الفعل بغير رضا الضحية، وقد يكون العنف ماديا أو معنويا بل وقد يأخذ صورا أخرى، فالعنف المادي يتحقق باستعمال القوة الجسدية أو أية وسيلة مادية لإكراه المجني عليها على الصلة الجنسية³²⁴. ولا تقوم الجريمة إلا إذا أثبت أن المجني عليها تصدت للجاني وقاومته مقاومة مستمرة طوال الفعل الإجرامي.

³²¹ - انظر، إدوار غالي الدهبي، المرجع السابق، ص 101.

انظر، حسنين عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بدون دار نشر، القاهرة، ط2، 1973، ص 162.

Daloz : N 297, p 361, « élément matériel : le viol S'entend de la conjonction sexuelle que l'homme peut imposer a la femme par la violence.

³²² - انظر، محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض، المرجع السابق، ص 139.

انظر، محمد سليم العوا، الجرائم الخلقية الماسة بالأسرة في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مجلة المحاماة، عدد 67، ماي 1987، ص 323 - Art 222-23 du code pénal « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui par violence.

³²⁴ - انظر، أحمد عبد الغني شاهين، الجناية على العرض بالفعل وعقوبتها في الشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، 1988، ص 73.

وقد حاول الفقه الفرنسي قديماً ضبط مقاييس لإثبات المقاومة فحصرها في ثلاثة وهي: وجود مقاومة قارة، وجود اختلال بين القوى البدنية للمجني عليها وقوى الجاني، وجود آثار العنف³²⁵.

أما العنف المعنوي فيتحقق بالتهديد كالتهديد بالقتل مثلاً أو التهديد بفضيحة، كما هو حال الشرطي الفرنسي الذي فاجأ امرأة مع رجل في مكان عمومي فهددها بفضح أمرها ومتابعتها قضائياً إن لم تمكنه من نفسها فاستسلمت له خوفاً من الفضيحة³²⁶.

وقد يأخذ العنف صوراً أخرى كاستعمال الأقراص المخدرة والمواد المنومة، وينعدم الرضا أيضاً كذلك في حالتي الجنون وعدم التمييز، وقد حدد القانون المدني الجزائري في المادة 42 منه سن التمييز بـ 13 سنة³²⁷.

وينعدم الرضا أيضاً بالغفلة وبالمكر والخديعة كالرجل الذي يدخل في سرير امرأة على صورة تجعلها تظنه زوجها.

وتثبت الجريمة بواسطة فحص طبي يقوم به دوي الاختصاص تحرر على إثره شهادة طبية تظهر أن الوقائع حديثة وتبرز آثار العنف إن وجدت.

وما يلاحظ هو أن أغلب التشريعات جعلت من الاغتصاب جناية وخصته بعقوبة شديدة، فنجد أن مشرعنا قد غلظ من عقوبة الاغتصاب وجعلها السجن من 05 إلى عشر سنوات ويشدد أكثر إذ كانت الضحية قاصرة لم تتجاوز سن 16 سنة لتصبح العقوبة السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة، وتشدد العقوبة أكثر من ذلك لتصبح

³²⁵ - انظر، نهي القاطرجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت لبنان، ط1، 2003، ص 180.

³²⁶ - crim, 29-04-1960, siry 1960, p 257.

انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 97.

³²⁷ - انظر وراجع المادة 42 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة (13) سنة قبل التعديل الذي قام به المشرع الجزائري في يونيو 2005 كان سن التمييز يقدر بـ 16 سنة كاملة.

السجن المؤبد إذ كان الجاني من الأصول أو من الفئة التي لها سلطة على الضحية، أو في حالة استعانة الجاني بشخص أو أكثر .

وما يلاحظ أن التشريع الجزائري قد لطف من العقوبة مقارنة مع التشريعات الأخرى ففي تونس أقر المشرع عقوبة الإعدام في حالة إذا ما استعمل الجاني العنف أو السلاح أو التهديد به.

ويشدد التشريع المصري أيضا في العقوبة في حالة إذ كان الجاني من أصول الضحية أو تربطه صله سلطوية بها، فيقر عقوبة السجن المؤبد، والحكمة من تشدد كل من التشريع الجزائري والمصري فيما يخص هذه النقطة هو أن وجود هذه الصلة بين الجاني والجني عليها تؤدي إلى سهولة ارتكابه الجريمة بحكم ترده على المتزل الذي تقيم فيه أو إقامته فيه إذ كان من أصولها، كما أن سيطرته عليها تجعل تنفيذ الجريمة في غاية السهولة واليسر³²⁸، ويزداد الأمر بشاعة إذ كان الجاني من أصول الجني عليها أو المتولين تربيتها وكان بمقتضى الثقة المفترضة فيهم أن يحافظ على عرضها من اعتداء الغير لا أن يتعدى هو عليها، وغالبا ما تكون الجني عليها واثقة في أصولها وأنها في أيدي أمينة وكان يجب أن يكونوا أهلا للثقة.

وما يلاحظ هو أن التشريع المغربي قد أخذ بعين الاعتبار الآثار التي تنجم عن الاغتصاب واعتبرها ظرفا مشددا للعقوبة كفض البكارة أو حصول الحمل³²⁹، في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يعد اهتماما لهذه الآثار، ويثور الإشكال خصوصا في حالة

328- انظر، محمد عبد الرؤوف محمد أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، المركز القومي

للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2009، ص 364.

329- ينص الفصل 488 من مجموعة القانون الجنائي المغربي على ما يلي: "في الحالات المشار إليها في الفصول 484 إلى 487، إذا نتج

عن الجريمة افتراض الجني عليها فإن العقوبة تكون على التفصيل التالي: ... السجن من عشر إلى 20 سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة

الأولى من الفصل 486، السجن من عشرين إلى 30 سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 486 ...".

ينص الفصل 486 على "الاغتصاب هو موقعة رجل لإمرأة بدون رضاها ويعاقب عليه بالسجن من 05 إلى عشر سنوا غير أنه إذ كان سن

الجني عليها يقل عن 18 سنة يعاقب بالسجن من 10 إلى 20 سنة".

وقوع الحمل غير المرغوب فيه نتيجة للاغتصاب وحق المرأة المغتصبة في رفض هذه الأمومة بإجهاض الجنين؟

فقد يحدث حمل في حالة الفاحشة بين ذوي المحارم أو في حالة الاغتصاب ولاسيما في هذه الحالة الأخيرة ذلك أن المرأة المغتصبة لا تكون لها الإرادة الحرة لتفادي هذا الحمل أو أخذ الاحتياطات اللازمة لعدم الوقوع في ذلك كما هو الحال في الفحشاء.

وعليه سنتكلم عن إشكالية النسب ثم حق المرأة المغتصبة في إجهاض الجنين الناتج عن هذا الفعل.

I- إشكالية نسب الطفل الناتج عن هذه العلاقات.

فطبقا للمادة 40 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن النسب يترتب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم فسخه بعد الدخول أي الزواج الفاسد، وعليه فإن الزنا أو العلاقة غير الشرعية التي ينجم عنها حمل فإنها لا تثبت نسب الطفل عن طريقها وبالتالي فالطفل الناتج عن جريمة فحشاء أو هتك عرض أو اغتصاب يأخذ حكم ابن الزنا ولا ينسب لأبيه وإنما ينسب لأمه طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وإن كانت مسألة النسب في هذه القضايا لا تثير إشكالا ذلك أن المشرع حسم الأمر في نص المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإن مسألة إجهاض الجنين الناتج عن الاغتصاب تثير إشكالا كبيرا لا سيما في الدول العربية ومنها الجزائر.

II- الموقف الشرعي والقانوني من حق المرأة المغتصبة في إجهاض نفسها .

أثيرت المسألة بشكل جدي في مصر بحيث تباينت الآراء حول جواز إجهاض المرأة المغتصبة بين مؤيد ومعارض، غير أن دار الإفتاء المصرية حسمت الأمر وأقرت جواز إجهاض المرأة المغتصبة شريطة أن لا تكون مدة الحمل قد تجاوزت أربعة شهور³³⁰، وفي الحقيقة هذه الفتوى لم تكن إلا تأييد لما ذهب إليه مفتي مصر السابق نصر فريد الذي

³³⁰ - انظر، محمد مصطفى، دار الإفتاء المصرية تحسم إشكالية إجهاض المغتصبة، www.Islamonline.com

كان قد أفتى عام 1998 بالموافقة على جواز إجهاض المغتصبة في 120 يوماً، وأيده في ذلك شيخ الأزهر محمد سيد طنطاوي وعدد من كبار الفقهاء في مصر.

ولعل الأكثر أهمية في هذه الفتوى أنها تؤسس لتعديل قانوني جديد في مصر على قانون العقوبات يميز للنياحة العامة أن تأذن لمن حملت نتيجة اغتصاب، بأن تتخلص من هذا الحمل في إحدى المستشفيات الحكومية وبموجب إذن قضائي.

بحيث يكون نص مشروع القانون الجديد كالتالي: "إذا نتج عن جنائية موقعة الأنثى دون رضاها حمل جاز للنياحة العامة أن تأذن بإسقاطه بناء على تقرير الطبيب الشرعي الذي أثبت الجنائية وقبل انقضاء المدة الشرعية اللازمة لإسقاط الجنين" ويذهب أنصار هذا المقترح في البرلمان المصري إلى القول بأن الغاية والهدف من إقرار الإجهاض للمغتصبة يرجع لكون أن هذه الجريمة تعد من جرائم الاعتداء على الحرية الخاصة للأنثى، ولا يصح أن تلزمها بحمل لا ترغب فيه بما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والمنطق والأعراف السائدة في المجتمع.

أما القانون الأردني ولاسيما المادة 321 من قانون العقوبات منه اعتبرت المرأة التي تجهض نفسها نتيجة كونها ضحية اغتصاب وبهدف المحافظة على شرفها أو الفرد الذي يساعد إحدى قريباته من الفروع حتى الدرجة الثالثة من القرابة، فإنه يستفيد من الأعدار المخففة للعقوبة³³¹، وعليه يكون المشرع الأردني السباق في مراعاة المرأة المغتصبة وحالتها النفسية في حالة حملها من هذا الاعتداء.

أما في الجزائر فالقضية طرحت بشكل جدي خلال العشرية السوداء في الجزائر، حيث دفعت النساء الجزائريات ثمن الإرهاب غالياً، حيث تعرضن للخطف والسبي والاعتصاب في الكثير من مناطق البلاد، خاصة بالمناطق المعزولة أو تلك التي تعتبر معاقل للجماعات الإرهابية، وذلك بعد إصدار قائد الجماعة الإسلامية المسلحة GIA عنتر زوايري البيان رقم 35 للجيا سنة 1995 وأباح فيها سبي النساء وإدراجهن ضمن الغنائم

³³¹ - انظر وراجع، القانون يخفف العقوبة على من تجهض نفسها للمحافظة على شرفها، www.Islamonline.com

وتشير إحصائيات صادرة عن وزارتي الداخلية والتضامن الوطني إلى وجود 1015 ضحية ما بين سنتي 1994 و1997 تتراوح أعمارهن بين 13 و45 عاما، وقد تم تسجيل أكبر عدد من الحالات عام 1997 شهد على الصعيد الأممي سلسلة من المجازر الجماعية التي رافقتها عمليات اختطاف جماعية لنساء أمام هذا الوضع ما كان على المجلس الإسلامي بقيادة رئيسه السابق عبد المجيد مزريان سوى إصدار فتوى عام 2003 أجازت إجهاض المغتصابات من قبل نشطاء الجماعات المسلحة³³²، حيث ظل هذا الملف على حساسيته وأهميته يسد حلقات النقاش التي أعقبت مرحلة ما بعد خروج الجزائر من أزمة العشرية السوداء على الرغم من بقاءه طيلة سنوات حبيس النقاشات الضيقة ولم يكن من السهل إيصاله إلى الإعلام إلى بعد إصدار رئيس الجمهورية ميثاق السلم والمصالحة الوطنية عام 2005 غير أن هذا الميثاق أثار جدلا بعد خلو نصه من أية إشارة لهذه الفئة وحقوقها باعتبارها فئة من فئات ضحايا الإرهاب، غير أن وزير العدل أكد على أن عدم ذكر ذلك راجع للحفاظ على الحياة الشخصية للمغتصابات حتى لا ينبذهن المجتمع مع حق تعويضهن ماديا بصفة معتبرة أكثر من غيرهم من الفئات الأخرى ضحايا الإرهاب.

وحاليا يناشد الكثير من الأطباء³³³، العديد من القانونيين في الجزائر إلى ضرورة إعطاء رخصة للنساء المغتصابات الحق في الإجهاض وبالتالي عدم إدراج إجهاض المغتصابات في خانة التجريم، خصوصا وأن إحصائيات مصلحة الدرك الوطني تشير بصفة رسمية إلى أن 170 فتاة تعرضن للاغتصاب خلال سنة 2007، وتشير إحصائيات أخرى صادرة عن وزارة التضامن الوطني أن أكثر من 10 آلاف طفل يولدون سنويا في الجزائر خارج علاقة الزواج وأن عدد الأمهات العازبات بلغ 03 آلاف في حين تشير إحصائيات أخرى صادرة عن مصالح الأمن أن الشرطة عثرت خلال العام 2006 وفي ظرف 06 أشهر فقط على 66 جثة رضيع أغلبهم تعرضوا للقتل خنقا³³⁴.

³³² - انظر، فتيحة بورويبة، فتاوى تبيح إجهاض ضحايا الاعتداءات الجنسية، www.Islamonline.com

³³³ - من أهم هؤلاء الأطباء، الدكتور بقاط بركاني، رئيس مجلس أخلاقيات الطب في الجزائر.

³³⁴ - انظر، فتيحة بورويبة، المرجع السابق.

أمام هذه الإحصائيات يتبين خطورة الوضع وبالتالي فما على المشرع الجزائري سوى اتخاذ خطوة إيجابية فيما يتعلق بمسألة إجهاض المرأة المعتصبة وحققها في رفض الأمومة المفروضة عليها نتيجة اعتداء جنسي كانت ضحيته.

الفرع الثاني : الخيانة الزوجية.

قضت الحكمة الإلهية والفطرة التي فطر الله الناس عليها بضرورة اتصال الرجل والمرأة اتصالاً جنسياً، هذا الاتصال لا يكون بدون قيد أو نظام، بل أن الله سبحانه وتعالى أرسل كتبه ورسله لتنظيم وتبين ضوابط هذا التلاقي في إطار ما يعرف بنظام الزواج وأباح للناس فيه حدود إشباع الشهوات والرغبات، ولهذا حرم عليهم الزنا.

وفي هذا يقول الله عز وجل في كتابه العزيز لحث الناس على الزواج ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾³³⁵.

ويقول أيضا : ﴿ ... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾³³⁶.

ومن هنا كانت العناية الإلهية بالاهتمام بالزواج منذ لحظة التفكير فيه حتى إنحلاله وانتهائه، لذلك جرمت الشريعة الإسلامية وكافة الأديان السماوية الأخرى وبعض القوانين الوضعية فعل الزنا، لما فيه من اعتداء على العرض ولانتهاكه حرمة وقدسية الزوج وإنحلاله بالأمانة والثقة والإخلاص المترتبة على عقد الزواج وصيانتها للأنساب، وأخيرا لما فيه من إخلال وتعد على المبادئ والأخلاق العامة، والتي تؤدي في النهاية إلى تفكك الأسرة وإنحلالها لما فيه من مساس بكيانها ووجودها. فالأسرة هي نواة

³³⁵ - انظر، سورة الروم، الآية 21.

³³⁶ - انظر، سورة النساء، الآية 03.

المجتمع وخليته الأولى، والمحافظة على وحدتها وروابطها هي حماية للمجتمع من الفساد والانحلال.

فكل من الشريعة الإسلامية والقانون يحرص على بقاء الجماعة متماسكة وقوية وصالحة.

وما يؤكد وجهة النظر هذه، ما نراه اليوم من انحلال وتصدع وضعف في الروابط الأسرية بالمجتمعات الأجنبية، نتيجة استقلال الأبناء عن أسرهم في سن مبكرة، وتمتع الشباب من الجنسين بالحرية الجنسية بلا حدود ولا قيود.

فالزواج والزنا مظهران لفعل واحد هو فعل الوطن الطبيعي أو الجماع بين الرجل والمرأة، فالأول عمل مباح مشروع تنظمه الأديان والقوانين، وتحت عليه وتدعو إليه لما ينطوي عليه من منافع، والثاني عمل غير مشروع جرمته وحرمة الأديان والقوانين.

فالزنا لم يعرف إلا حين عرف الزواج، ويعتبر الوفاء في الأمانة والإخلاص من أساسيات قواعد الزواج، فهي أساس تبيان وكيان الأسرة وسر نجاحها وهي التزام يقع على عاتق الزوجين لذلك فالعقاب على الإخلال بهذا الالتزام الجوهرية هو مصلحة عليا للمجتمع وللإنسان والأسرة، ونجد في هذا الإطار أن الشرائع السماوية ترى في الزنا رذيلة وفاحشة لذلك فهي تجرم كل اتصال جنسي غير مشروع بين الرجل والمرأة دون التقيد بشروط وقيود أخرى بينما نرى القوانين الوضعية تنظر للزنا نظرة أضيق من ذلك، وذلك بأن حصرت فعل الزنا في نطاق العلاقات غير المشروعة إذا انطوى هذا الفعل على الإخلال بزواج قائم أي تشترط القوانين الوضعية لتجريم الزنا ارتباط أحد طرفي العلاقة غير المشروعة برباط الزواج وعلى هذا الأساس يصدق على فعل الزنا في القوانين الوضعية مصطلح الخيانة الزوجية بدل مصطلح الزنا، المستعمل في الشرائع السماوية لاسيما الشريعة الإسلامية.

وإذا حاولنا تعريف الزنا طبقا للمفهوم القانوني الوضعي نقول أن الزنا هو ارتكاب الوطاء غير المشروع من شخص متزوج مع الغير حال قيام الزوجية فعلا أو حكما مع توافر القصد الجنائي³³⁷.

وعلى الرغم من أن الزنا أصبح في القوانين الوضعية له وصف خاص بالعلاقة الجنسية التي يتم فيها إيلاج عضو الذكر في فرج الأنثى، إلا أن هناك بعض الفقهاء المسلمين الذين يعتبرون الإيلاج في الدبر زنا أيضا³³⁸.

وقد تناول التشريع الجزائري جريمة الخيانة الزوجية في نص المادة 339 ق.ع والمادة 341 ق.ع، في حين تعرض لها التشريع المصري في النصوص من 273 إلى غاية 277 من قانون العقوبات، بينما تعرض لها المشرع المغربي في الفصول 491 قانون عقوبات إلى 492 ق.ع، أما التشريع الفرنسي فقد ألغى جريمة الزنا من قانون العقوبات بموجب القانون الصادر في 11 جويلية 1975.

فكل هذه القوانين تحصر العقاب في هذه الجريمة على الفعل الذي يحصل من شخص متزوج على اعتبار أن فيه انتهاك لحرمة الزوج الآخر وإهدار لكرامته وبالتالي فحمل الحماية في القوانين الجنائية الوضعية هو الرابطة الزوجية، التي تعتبر رابطة مقدسة في المجتمع، غير أنه قد تطرح إشكالية هامة في هذا النطاق حول حقيقة العلاقة بين الخيانة الزوجية وحكمة التعدد في الزواج لا سيما في القوانين العربية التي تستمد أصلها من الشريعة الإسلامية.

³³⁷ - انظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 556.

محمود محمود مصطفى، قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، دون بلد، طبعة 1974، ص 334 وما بعدها.

محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 456.

عبد المهيمن بكر، المرجع السابق، ص 245.

محمود أحمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقات الزوجية دراسة مقارنة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 2002،

ص23.

³³⁸ - انظر، محمود أحمد طه محمود، المرجع السابق، ص20.

عبد العزيز عامر، التعزيز في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة القاهرة، 1957، ص 157.

أولاً : الزنا وحق تعدد الزوجات:

أباحَت الشريعة الإسلامية ومن بعدها قوانين الدول الإسلامية ولاسيما قانون الأسرة الجزائري للرجل حق تعدد الزوجات وذلك بشروط وقيود محددة خلافا لما كان سائدا قبل الإسلام مصداقا لقوله تعالى: ﴿... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾³³⁹.

هذه الشروط محصورة في وجوب العدل بين النساء في النفقة والمعاشرة وبدورها، تبنت أغلب قوانين الدول الإسلامية نفس الاتجاه إذ أخذت بمبدأ تعدد الزوجات كقاعدة عامة، وأضافت شروط أخرى زيادة على ما جاء به القرآن الكريم، كما هو الحال في تشريعنا الجزائري إذ قيد قانون الأسرة هذا الحق بضرورة وجود المبرر الشرعي، كالعقم أو العجز الجسماني للزوجة، وتوفر نية العدل، وإخبار الزوجة السابقة واللاحقة، مع تقديم طلب للترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية³⁴⁰.

ويبدو أن مسايرة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرارها حق تعدد الزوجات، إنما هو تماشيا مع طبيعة البشر التي أساسها الغريزة الجنسية وتماشيا مع منطلق الشريعة في تحريم الزنا.

حيث حرم القرآن الكريم الزنا وأقر له أشد العقوبات بل وأنه جعل عقوبة الزاني المحصن القتل رميا بالحجارة، إذا فمّن غير المنطق أن تحرم الشريعة الزنا على الناس من جهة وتدفعهم إليه من جهة أخرى، ذلك أن تحريم تعدد الزوجات من شأنه أن يدفع الناس إلى الوقوع في الزنا، خاصة وأن عدد النساء في العالم يزيد على عدد الرجال.

³³⁹ - انظر، سورة النساء، الآية 03.

³⁴⁰ - انظر، المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري.

فتحريم الزواج بأكثر من واحدة يؤدي إلى بقاء عدد كبير من النساء دون زواج، وحرمان المرأة من الزواج مع استعداد ماله معناه أن تجاهد المرأة طبيعتها، وهو جهاد ينتهي غالبا بالفشل والاستسلام وبالتالي السقوط في الزنا³⁴¹.

كما أن الزوجة الواحدة قد لا تليي رغبة الرجل الجنسية ذلك لأنها تعرف فترات حيض ونفاس أين يمنع على الزوج الاقتراب منها خصوصا وأن هذه الحالة قد تدوم فترة طويلة لدى بعض النساء، فحرمانه من التعدد يعني دفعه إلى الزنا خصوصا إذا لم يستطع أن يكبت غرائزه الجنسية في تلك الفترات.

يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري بإقراره حق التعدد إنما كان يهدف إلى مقاومة طبائع الشر التي تسيطر عليها الغرائز الجنسية، زيادة على ذلك فإن إباحة التعدد يتفق والغرض من الزواج الذي أساسه التناسل وتكوين الأسرة، فإذا ما تزوج الرجل امرأة عقيمة ولم ييح له أن يتزوج غيرها فهذا يعني تعطيل وظائفه الجنسية عن غرضها وبالتالي تعطيل الغرض من الزواج.

هذه هي نظرة القانون الجزائري وأغلب قوانين الدول الإسلامية التي تتفق مع نظرة الشريعة الإسلامية في إباحة تعدد الزوجات إذ قررت لدفع الضرر ورفع الحرج. ومن خلال المقارنة بين مبدأ تجريم الزنا وحق تعدد الزوجات نجد أن هناك تكامل بين العنصرين، فالمشرع حماية لكرامة المرأة، والزوجة خصوصا من أن تكون ضحية لخيانة الزوج، أعطى لهذا الأخير حق الزواج بأكثر من واحدة، ولكن بشروط محددة لاسيما إعلامها بهذا الزواج ووجود المبرر الشرعي، وفي حالة اعتراضها لها الحق في طلب التطلق.

فالقانون الوضعي حماية للأسرة من الزنا لما فيه من اعتداء على نظام الزواج واختلاط للأنسب وانحلال العائلة، أعطى للزوج الحق في التعدد تفاديا لخيانة زوجية مع

³⁴¹ - انظر، عادل عبد المنعم أبو العباس، الزواج والعلاقات الجنسية في الإسلام، مكتبة القرآن، القاهرة، ط، د. سنة، ص 129.

انظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1997، ص 52.

غير زوجته، فحق التعدد هو حق مكمل لحق آخر والذي هو حق صيانة الأسرة وحفظ كرامة الزوجين.

ومن جهة أخرى يظهر تعارض بين العنصرين ذلك أن الزوج قد يستغل حق التعدد هذا لتبرير علاقاته غير المشروعة بتثبيت هذه العلاقات على أنها زواج عرفي، وما على القاضي في هذه الحالة إلا الخضوع للأمر إذا ما اصطنع الزوج جميع شروط الزواج العرفي القابل للتثبيت طبقاً للمادة 22 من قانون الأسرة³⁴². وكم هي هذه الممارسات في مجتمعنا اليوم.

وإذا كان الفقه قد أجمع ورجح التعريف التالي للزنا على أنه خيانة العلاقة الزوجية بارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توفر القصد الجنائي حال قيام الرابطة الزوجية فعلاً أو حكماً³⁴³. فإن الأمر يستدعي منا تحديد فعل الاتصال الجنسي فليس كل وطئ يميز متابعة الزوج على أساس الخيانة الزوجية.

I- تحديد فعل الوطء.

إن جريمة الخيانة الزوجية لا تقوم إلا إذا تم إيلاج العضو التناسلي للزوج في قبل المرأة أجنبية عنه برضاها، سواء كان الإيلاج كلياً أو جزئياً، وسواء بلغ أحدهما أو كلاهما شهوته الجنسية أولاً³⁴⁴.

وبذلك تشترك جريمة الزنا مع جريمة الاغتصاب في فعل الوطء إذ أن له نفس المعنى والدلالة في كلتا الجريمتين.

³⁴² - تنص المادة 22 من قانون الأسرة على ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيل يثبت بحكم قضائي.

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

³⁴³ - انظر، عبد الحكم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية، القاهرة، د.ط، 1994، ص 598.

انظر، أحمد خليل، جرائم الزنا، دار المطبوعات الجامعية، دون بلد، دط، 1993، ص 21.

انظر، إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 15.

³⁴⁴ - انظر، أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1990، ص 84.

ولا تقوم جريمة الخيانة الزوجية بما دون ذلك من أفعال الفاحشة الأخرى التي يرتكبها الزوج مع غيره كالقبلات، والملامسات الجنسية وإتيان المرأة من الدبر³⁴⁵. إلى غير ذلك من الأفعال الجنسية الأخرى.

ويجب أن تتم الواقعة بين طرفين من جنسين مختلفين. بمعنى وقوع الفعل بين الزوج بوصفه ذكراً وأنثى أخرى لا تربطه بها علاقة زوجية، فإذا تمت العلاقة على غير هذا الحال، كأن يوطأ الزوج رجلاً آخر وهو ما يعرف باللوواط³⁴⁶. انتقلت صفة الزنا عن هذا الفعل وسقطت تحت وصف آخر قد يعاقب عليه القانون أيضاً، حتى وإن كان أحدهما خنثى أي على صورة الرجال وأحوال النساء، فالخيانة الزوجية لا تقوم إلا بالوطء بين طرفين مختلفي الجنس.

وبطبيعة الحال فإن فعل الوطء لا يتحقق إذا وضع الرجل شيئاً آخر غير عضوه الذكري كأصبعه مثلاً في عضو أنثى المرأة، ولا تقوم الجريمة لمجرد عبت أحدهما بعورات جسم الآخر أياً كانت درجة فحش هذا العبت، كما لا تقوم في حالة تلقيح امرأة أجنبية برضاها. بمني الزوج³⁴⁷. أو تلقيح الزوجة بمني الزوج.

وقد أكد القضاء المصري أن الركن المادي في جريمة الخيانة الزوجية لا يتحقق إلا بالإيلاج ذكر الرجل في فرج الأنثى وذلك في قضية عرضت عليه حيث تتلخص وقائعها في أن فتاة بكراً، يتجاوز عمرها 18 سنة زوجت رغماً عنها برجل لا تهواه، وتم عقد قرانهما وكانت الفتاة متعلقة برجل آخر تريده زوجاً لها لكن أهلها اعترضوا على ذلك، فاتفقت مع عشيقها على أن يفض بكارتها بأصبعه وهو ما حدث فعلاً، فلم تر المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 1945/10/29 في مثل هذا العمل ما يوجب قيام جريمة الزنا

³⁴⁵ - انظر، محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 462.

محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 88.

أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط 1997، ص 60-61.

³⁴⁶ - انظر، بلقاسم نجمي، الخيانة الزوجية، م.ج.ع.ق.س، 1999، ج 37، عدد 4، ص 09.

³⁴⁷ - انظر، أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط3، 1986، ص 467.

انظر، أحمد خليل، المرجع السابق، ص 14.

لانتفاء فعل الواقعة الطبيعية بإيلاج عضو تذكير الرجل في عضو تأنيث المرأة وعليه قضت المحكمة بالبراءة من الخيانة الزوجية³⁴⁸.

وفيما يتعلق بالشروع في الجريمة نجد أن المشرع لا يعاقب على المحاولة أو الشروع في مواد الجنح إلا بناء على نص صريح في القانون³⁴⁹.

ولما كانت جريمة الخيانة الزوجية تشكل جنحة ولم ينص القانون على معاقبة الشروع فيها، فيعني ذلك أن فعل الزنا لا يقع في نظر القانون إلا تاماً، والشروع فيه غير معاقب عليه وهو ما ذهبت إليه معظم التشريعات الوضعية³⁵⁰.

وعليه فإن الأفعال التي لا تصل إلى فعل الواقعة ذاتها كمقدمات الجماع لا يتحقق بها الركن المادي للجريمة ولكنها تعتبر شروع في الجريمة.

ونشير إلى أن الشروع في جريمة الخيانة الزوجية أمر وارد وإن كان في الغالب غير متصور³⁵¹. لأن ما يرتكب من أفعال سابقة للركن المادي قد تمثل شروعا في الجريمة، ومن قبيل ذلك مفاجأة الزوج لزوجته وشريكها وهما على وشك دخول الغرفة التي حجزها لممارسة فعل الفاحشة.

غير أن الشروع في جريمة الخيانة الزوجية حسب القانون الجزائري لا يمكن تصوره لأنه إذا ثبت في حق المتهمين قيامهما ببعض الأفعال وخاصة تلك التي لا تدع مجالاً للشك بأن الجريمة قد وقعت فعلاً وأنها واقعة لا محالة، فإنه يمكن اعتبارهما قد ارتكبا جريمة الزنا في صورتها التامة ومثال ذلك: اختلاء الزوجة مع رجل أجنبي خلوة تامة بإحدى الحجرات وهي مغلقة لفترة زمنية طويلة، مع ضبط ملبسهما الداخلية بجانب

³⁴⁸ - انظر، عبد السلام مقلد، الجرائم المعلقة على شكوى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 1989، ص 462.

محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 18. أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 94.

أحمد خليل، المرجع السابق، ص 15.

³⁴⁹ - نص المادة 31 على ما يلي: "المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون، والمحاولة في المخالفة لا يعاقب عليها إطلاقاً".

³⁵⁰ - انظر، بلقاسم نجمي، المرجع السابق، ص 97. محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 23-24.

³⁵¹ - انظر، محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 463.

رمسيس مهنم، القسم الخاص من قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 1982، ص 308.

السريير عند فتح الحجر³⁵². فهذه الأفعال كلها لا تمثل جريمة الزنا في حد ذاتها ولكنها تعتبر قرائن قوية على وقوعها.

والجدير بالذكر أن فعل الوطء لوحده غير كافي كعنصر هام لقيام الجريمة إن لم تكن الرابطة الزوجية قائمة حقيقة أو حكما³⁵³. ذلك أن هدف المشرع من تحريم الزنا هو تحصين الرابطة الزوجية والتي تسمح لأحد الطرفين بمتابعة الطرف الثاني نتيجة لإهداره لكرامته وتدنيسه لرباط الزواج وحرمة الزوجية.

فعقد الزواج الشرعي والقانوني هو أساس ومصدر حماية الأسرة، من هذه الأفعال، فالحماية هنا هي حماية جزائية على خلاف بعض التشريعات الغربية كالتشريع الإنجليزي والإيطالي التي قصرت الحماية في كلها على الجانب المدني بحق المطالبة بالتعويض للطرف المضرور وحق الزوجة في التطليق دون حق المتابعة الجزائية في حين أجمعت أغلب قوانين الدول العربية والإسلامية بين الجزاء المدني والجزاء الجزائي كحماية فعلية في حالة وقوع الجريمة.

II- قيام الرابطة الزوجية.

إن هدف المشرع من تجريم الخيانة الزوجية هو تحصين الرابطة الزوجية التي هي عماد الأسرة، فالزواج هو نظام إلهي شرعه الله سبحانه وتعالى لخير الإنسانية ولمصلحة المجتمع البشري في إقامة دعائم الأسرة التي هي عماد الأمة.

فالغرض إذا ليس قضاء الغريزة الجنسية بل الغرض أسمى من ذلك هو تكوين الأسرة التي تعتبر الوحدة الأولى للمجتمع وحفظ النوع الإنساني في جو من المعاني الخلقية النبيلة والراحة النفسية والتعاون والاستقرار³⁵⁴.

³⁵² - انظر، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 617. أحمد أمين، المرجع السابق، ص 467.

³⁵³ - تكون الزوجية قائمة فعلا إذا ما كان الزوجان يعيشان في شكل مستمر وتم الدخول ولو انقطعت في بعض الفترات ولو كان الزوج بعيدا عن زوجته بألاف الكيلومترات ولا يراها إلا كل عام أو كان محبوسا أو غالبا أو مفقودا ولم يحكم بعد بإلغاء الرابطة الزوجية، أما الزوجية القائمة حكما تكون في الفترة بين عقد القران والدخول الفعلي، وتكون كذلك في عدة الطلاق الرجعي وفي فترة الانفصال الجسماني عند غير المسلمين.

³⁵⁴ - انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، م س، ص 20-21.

فجريمة الخيانة الزوجية تشترط قيام الرابطة الزوجية وقت ارتكاب الفعل وقد نص القانون صراحة على هذا الركن عندما تكلم عن "أحد الزوجين الذي يرتكب الزنا" ويتفق هذا الركن مع العلة من تجريم الزنا في القانون الوضعي وهي الحفاظ على الثقة الزوجية التي مصدرها العلاقة الزوجية القائمة وقت الاتصال الجنسي بغير الزوج. وعليه فإذا كان الاتصال الجنسي قد حصل قبل انعقاد الزواج فلا تقوم جريمة الخيانة ولو كانت المرأة مخطوبة له، كذلك الحال بالنسبة للاتصال الجنسي الذي يتم بعد انحلال الزواج أو بوفاة الزوجة فلا تقوم الجريمة ولو كان الزوج يجهل وفاتها³⁵⁵.

أما إذا كان سبب انقضاء الرابطة الزوجية هو الطلاق، فوجب في هذه الحالة التفرقة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، فالطلاق الرجعي لا ينهي علاقة الزوجية ولا يزيل ملك الاستمتاع الثابت بالزواج قبل انقضاء عدة الزوجة فتبقى علاقة الزوجية قائمة حكماً خلال فترة العدة³⁵⁶. فإذا زنى الزوج خلال هذه الفترة تحققت جريمة الخيانة الزوجية ولكن إذا انتهت العدة وارتكب الفعل بعدها فلا تكون الجريمة قائمة، أما إذا كان الطلاق بائناً فإنه ينهي علاقة الزوجية في الحال³⁵⁷. ويزيل ملك الاستمتاع ومن ثم لا يرتكب الزوج المطلق جريمة الخيانة الزوجية ولو وقع الاتصال الجنسي خلال فترة العدة.

³⁵⁵ - انظر، عبد المهيم بكر، القسم الخاص من قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1987، ص 274.

أحمد أمين، المرجع السابق، ص 463.

جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج5، مطبعة الاعتماد، مصر، دط، 1981، ص 71.

إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 24.

³⁵⁶ - انظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 313.

إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 24.

أحمد أمين، المرجع السابق، ص 463.

³⁵⁷ - انظر، إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 26.

غير أنه طبقا لأحكام القانون الوضعي ولاسيما المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري فإن الطلاق يثبت بحكم قضائي³⁵⁸. وعليه فإن الزواج يعتبر منحلا متى صدر حكم من قاضي شؤون الأسرة يقضي بانحلاله سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع وعليه لا تقوم الجريمة إذا ما ارتكب الفعل بعد صدور هذا الحكم.

وطبقا لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 13 ماي 1986 بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل آخر بالفاتحة دون أن تنتظر الفصل في القضية القائمة بينهما وبين زوجها الأول³⁵⁹.

كما قضى في قرار آخر في 6 جوان 1989 بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد زواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها وبين زوجها الأول نهائيا³⁶⁰.

ويشترط أن يكون عقد الزواج صحيحا، فالعقد الباطل والفاسد لا ينشئ علاقة الزوجية وعليه لا تقوم الجريمة إذ قضت محكمة النقض المصرية في 03 فبراير 1953 بعدم قيام جريمة الزنا إذ كان العقد باطلا³⁶¹.

ويثور الإشكال في حالة الزواج العرفي إذ يصعب على الزوجة التنصب كطرف مدني والمطالبة بحقوقها ما لم تثبت صفتها كزوجة.

III- مسألة الزواج العرفي.

تشير مسألة إثبات الزواج العرفي في جريمة الخيانة الزوجية إشكالا هاما عكس الزواج الرسمي، ذلك أن التشريع الجزائري غير منسجم في هذا المجال.

³⁵⁸ - تنص المادة 49 من قانون الأسرة "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة

أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

³⁵⁹ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 13-05-1986، ملف رقم 281.

قرار منشور في مرجع أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 131.

³⁶⁰ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 06-06-1989، ملف رقم 570.

قرار مشار إليه في المرجع السابق، ص 131.

³⁶¹ - انظر، أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 96.

فقد نصت المادة 22 من قانون الأسرة على أنه "يثبت الزواج بشهادة مستخرجة من سجلات الزواج لبلدية مكان الزواج، وأضافت نفس المادة على أنه في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...".

وبالتالي إذا ما ادعى الزوج المتهم أو شريكه أنه مطلق أو أنه لم يكن متزوجا أصلا أو أن زواجه باطل أو فاسد أو كان زواجا عرفيا فإنه في هذه الحالة يجوز للمحكمة الجنائية توقيف الدعوى الجزائية إلى غاية الفصل في الدعوى المدنية أمام قاضي شؤون الأسرة، وهي التي تحدد مصير الزواج الذي يتوقف عليه قيام الجريمة من عدمها.

ولقد طرحت مسألة إثبات الزواج على المحكمة العليا فلم تتخذ موقفا ثابتا بشأنها، ولكن الاتجاه الغالب هو أن يتم الإثبات بتقديم نسخة من عقد الزواج³⁶².

ويجب أن يكون الزوج عالما بقيام العلاقة الزوجية الصحيحة وأنه يواصل شخصا آخر غير زوجته، وأن تتجه إرادته بكل حرية إلى ارتكاب الفعل دون أي قيد أو ضغط أو إكراه، مادي أو معنوي³⁶³.

أما إذا كان يجهل أنه متزوج أو اعتقد أن الرابطة الزوجية التي تجمعهم بزوجه قد انقضت بالطلاق أو لأنها قد ماتت أثناء غيابه، ففي هذه الحالة ينتفي القصد الجنائي

³⁶² - انظر، المجلس الأعلى، غ ج، 02-12-1980، ملف رقم 210440.

بمجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 26.

انظر، المجلس الأعلى، غ ج، 09-11-1982، نشرة القضاة، 1983، عدد 02، ص 76.

انظر، كذلك رأي مخالف حتى وإن لم يصل تسجيل الزواج في الحالة المدنية، قرار 24-02-1987، ملف رقم 39171، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 2، ص 133.

انظر، كذلك قرار المجلس الأعلى الذي قرر أن مقتضيات المادة 05 من قانون 29 جوان 1963 تنص على أنه "ليس لأحد أن يطالب بصفة الزوج وأثارها ما لم يدلي بعقد زواج محرر ومسجل بدفاتر الحالة المدنية" قرار المجلس الأعلى، منشور في نشرة القضاة، 1967، عدد 03.

قانون 29 جوان 1963 هو أحد محاولات المشرع الهادفة لوضع تقنين ينظم الأحوال الشخصية، أنظر

Hadjira Dennouni Bencheikh, les disposition du code algérien de la famille, Annuaire de l'Afrique de nord, XX III, 1984, p 711-718.

³⁶³ - انظر، جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 74.

CF, Fgoyet, Droit penal special, 7^{ème} edition, Dalloz siery, Paris, 1958, p 602.

لديه، كذلك الحال إذا ما دخل الزوج في فراشه أثناء النوم وجامع امرأة معتقدا أنها زوجته باعتبارها هي الوحيدة التي لها حق النوم في ذلك المكان.

وعموما فإن جريمة الخيانة الزوجية، هي من الجرائم ذات الطابع الخاص والتميز، ولهذا خصها المشرع بقواعد إجرائية لا تتوافر في غيرها من الجرائم لأنها في الأصل جريمة شخصية تمس بالدرجة الأولى شرف الزوج المضروب وكرامته.

ثانيا: صور الحماية الإجرائية في دعوى الخيانة الزوجية.

إن جريمة الخيانة الزوجية هي من الجرائم الاجتماعية التي تمس المجتمع بأسره وفيها إخلال بعهد الزواج الذي هو أحد الأسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي، غير أنه إلى جانب المصلحة العامة التي تتطلب العقاب على الخيانة الزوجية توجد مصلحة الأسرة والأولاد التي تتطلب التغاضي عن تلك المصلحة التي تهيمن عليها مصلحة الزوج المضروب.

وقد رأى المشرع ضرورة تقديم المصلحة الفردية على المصلحة العامة، ففضى بأنه لا يجوز محاكمة الزوج الزاني إلا بناء على شكوى الزوج المضروب وسكوت هذه الأخيرة يوجب على الهيئة الاجتماعية أن تغمض عينيها وتصم أذنيها عن سماع أي بلاغ عن الجريمة من أي شخص آخر.

ومن هنا يتبين أن تبني المشرع لهذا الاتجاه فيه نوع من الحماية للأسرة، ذلك أن الحكم بالعقوبة على الزوج الجاني فضلا عما فيه من تشهير بسمعة الأسرة، قد يؤدي إلى انفصام عقد الزوجية وهدم كيان الأسرة التي لم يشرع العقاب إلا للمحافظة عليها، إذ قد لا يقبل الزوج معاشرة زوجته بعد إصرارها على المتابعة القضائية أو العكس قد لا تقبل هي معاشرته بعد إصراره على متابعتها جزائيا.

كما أن تقييد المشرع لدليل الإثبات في جريمة الخيانة الزوجية ما هو إلا حماية للزوج المضروب أو الجاني، فبالنسبة للزوج المضروب إنما هدف المشرع من تقييد دليل الإثبات هو تفادي المتابعة لمجرد شك أحد الطرفين بالآخر فمصلحة الأسرة تقتضي التأكد فعلا من وقوع الأفعال بصورة تأكيدية لإمكانية معاقبة الزوج الجاني.

أما في الحالة الثانية عندما يكون الزوج ضحية فإن حصر أدلة الإثبات راجع لمسألة هامة جدا وهي تجنيب الزوج سلطة التعسف في حقوقه وإتهام الطرف الآخر زورا بأنه يعاشر غيره حتى يتخلص من التزاماته العائلية التي يفرضها عليه الشرع والقانون. وخلاصة القول أن هذه القيود ما هي إلا صورة أو شكل من أشكال الحماية الإجرائية التي أقرها المشرع لطرفا العلاقة الزوجية أثناء المتابعة الجزائية حتى لا تضيع حقوقها.

I- تقييد دليل الإثبات وصعوبته:

الأصل أن كافة الأفعال الإجرامية يجوز إثباتها بجميع الوسائل وبكل الطرق القانونية، كالشهادة والاعتراف والمعاينة وغير ذلك من الطرق³⁶⁴.

غير أن القانون الجزائري وكمثله القانون المغربي وحتى القانون الفرنسي سابقا قد اتفقوا مع أحكام الشريعة الإسلامية من حيث اعتبار أن جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة ولا يمكن أن تخضع لقواعد الإثبات العامة، وذلك لما لهذه الجريمة من تأثير سيئ ومباشر على نظام الأسرة التي هي أساس المجتمع.

فخرج المشرع الجزائري بها عن دائرة القواعد العامة في الإثبات ووضعها في دائرة ضيقة لا تحتوي ولا تتضمن سوى ثلاث طرق من أدلة الإثبات، وهي محضر التلبس بالزنا، والاعتراف الكتابي والإقرار القضائي³⁶⁵.

على خلاف ذلك ذهب المشرع المصري إلى إطلاق حرية الإثبات في جريمة الخيانة الزوجية وأخضعها للقواعد العامة في الإثبات وذلك بالنسبة للزوجة الزانية والزوج الزاني وشريكه، أما شريك الزوجة الزانية فلا يصبح إدانته في تهمته الزنا إلا إذا توافر في

³⁶⁴ - تنص المادة 212 "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضى أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص.

ولا يسوغ للقاضى أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه".

³⁶⁵ - انظر، المادة 341 من ق.ع.

حقه دليل من الأدلة القانونية الواردة على سبيل الحصر في المادة 276 ق.ع، مصري وهي نفسها أدلة الإثبات الواردة في المادة 341 ق.ع جزائري³⁶⁶.

فلا يمكن للزوجة إثبات خيانة الزوج لها إلا بإحدى الوسائل الثلاث التي وردت على سبيل الحصر في المادة 341 ق.ع.

فأول هذه الطرق هي محضر إثبات التلبس بالجريمة يحرره ضابط من شباط الشرطة القضائية وذلك بعد معاينة الجنحة المرتكبة وضباط الشرطة القضائية حسب ما ورد في ق.إ.ج شمل:

- رؤساء المجالس الشعبية البلدية، ضباط الدرك الوطني ومحافظي الشرطة وضباط الشرطة وضباط الجيش التابعين للمصالح العسكرية للأمن ...³⁶⁷.

- والتلبس هو حالة تتعلق بارتكاب الجريمة لا بأركانها القانونية وهو على نوعين: تلبس حقيقي يتم بمشاهدة الجريمة وقت ارتكابها وتلبس حكومي يتم بمشاهدة أدلتها من الجاني عقب وقوعها بوقت قريب، وعليه فمناط حالة التلبس هو المشاهدة الفعلية للجريمة أو التقارب الزمني بين كشفها ووقوعها³⁶⁸.

- ولثبوت الحالة يجب أن تشاهد الجريمة في إحدى حالات التلبس الخمس التي حصرها القانون³⁶⁹. كما يجوز إثبات حالة التلبس في جريمة الزنا دون سواها بشهادة الشهود ذلك أنه ليس ضروريا أن يشاهد الجاني متلبسا بالجريمة من قبل أحد ضباط الشرطة القضائية، وإنما يكفي شهادة البعض برؤيتهم له في حالة توحى بارتكابه لجريمة الزنا³⁷⁰.

³⁶⁶ - انظر، محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 99-100.

³⁶⁷ - راجع المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية.

قد ورد في النص العربي للمادة 341 عبارة أحد رجال الضبط القضائي وهو تعبير خاطئ وبذلك يكون النص الفرنسي هو الأصل إذ يقيد تحرير المحضر من طرف ضباط الشرطة القضائية حسبما هو وارد في المادة 15 من ق.إ.ج.

³⁶⁸ - انظر، أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 447.

- بلقاسم نجموي، المرجع السابق، ص 112.

³⁶⁹ - راجع في ذلك المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية.

³⁷⁰ - انظر، بلقاسم نجموي، المرجع السابق، ص 112.

محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 101.

- ويقوم ضباط الشرطة القضائية تدوين ذلك في محضر التلبس ولكنه يجب أن تحصل المشاهدة بطريقة مشروعة غير مخالفة للقانون وإلا كانت باطلة، كسرقة النظر عبر ثقب أبواب المنازل أو التعسف في تنفيذ إذن التفتيش³⁷¹.

كما أنه يكفي لإثبات الجريمة اكتشاف الزاني والزانية وهما في ضرورة تقطع بحصول الزنا بحيث لا تدع مجالاً للشك في وقوعه، ويستخلص ذلك من قرائن الأحوال كتواجد الزوج مع امرأة أجنبية عنه في حجرة ولا يسترهما سوى ملابس النوم الخفية³⁷².

وعموماً فإن إقرار وجود حالة التلبس من عدمها هو أمر متروك لسلطة القاضي التقديرية ومحكمة الموضوع، زيادة على محضر التلبس تثبت جريمة الخيانة الزوجية بالإقرار الوارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم يعترف فيها بما يفيد قيامه فعلاً للجريمة، ويجب أن يكون الإقرار واضحاً دون لبس أو غموض وموقع عليه من قبله يشرح أو يتناول ذكر علاقات جنسية، ولا يشترط أن يكون الاعتراف قطعياً بل يترك للقاضي سلطة تقدير العبارات³⁷³.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1986/12/30 عن غرفته الجزائية على أنه "إذا كان الثابت في قضية الحالة أن قضاة الاستئناف قضوا بإلغاء الحكم المستأنف فيه القاضي بإدانة المتهمين ومن جديد قضوا ببراءتهما من تهمة الزنا تأسيساً على أنه لم يكن هناك أي اعتراف بالوقائع ودون أية مناقشة في تسبب قرارهم لعناصر إثبات هذه الجنحة أو نفيها فإنهم بإغفالهم هذا خالفوا مقتضيات أحكام المادة 341 من ق.ع التي تحدد قانوناً الدليل المشروط فيما يتعلق بإثبات هذه الجنحة، ومن الوسائل المحددة الاعتراف الكتابي الوارد في الرسائل إذا لم يشترط حكم هذه المادة اعترافاً قطعياً

³⁷¹ - انظر، محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 101.

³⁷² - انظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 24-25.

أحمد أبو الروس، المرجع السابق، ص 68. إدوار غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 46، محمد عبد الحميد الألفي، المرجع السابق، ص 23.

³⁷³ - انظر، بلقاسم نجموي، المرجع السابق، ص 115-116.

أحمد خليل، المرجع السابق، ص 64.

بل يترك للقاضي سلطة تقدير العبارات، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على قصور في التسبب والخطأ في تطبيق القانون³⁷⁴.

كما تثبت الخيانة الزوجية بالإقرار القضائي أي اعتراف الزوج الجاني أثناء الجلسة أو المرافعة بصحة وأحقية التهمة الموجهة إليه، وهو ما نصت عليه المادة 341 ق.ع.

ويشمل الاعتراف أمام القضاء، الاعتراف المصرح به أمام قاضي التحقيق في محضر الاستجواب الأول، أما الاعتراف أمام وكيل الجمهورية فلا يعتد به إلا إذا تم في محضر رسمي يوقع عليه المتهم وكاتب النيابة فضلاً عن وكيل الجمهورية³⁷⁵.

إلا أن المجلس الأعلى فيما يخص الإقرار القضائي فقد ذهب في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/12 على أنه من بين الأدلة لإثبات جريمة الزنا الإقرار القضائي ومن ثم اعتبر أن الاعتراف بهذه الجريمة أمام قاضي من قضاة النيابة العامة يعتبر إقراراً قضائياً يلزم صاحبه، ولما كان ثابتاً في القضية التي عرضت عليها أن قضاة الاستئناف أدانوا الطاعن أساساً على اعترافه بالمشاركة في الزنا أثناء تحقيق الشرطة وأمام وكيل الجمهورية عند استجوابه في محضر التلبس بالجريمة فإنهم بقضائهم هذا التزموا صحيح القانون³⁷⁶.

كما قضى أن الإقرار القضائي في مجال الزنا شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفق مقتضيات المادة 213 من ق.إ.ج³⁷⁷. هذه هي الأدلة المعمول بها طبقاً لقانون العقوبات الجزائري في إثبات جريمة الزنا.

وقد جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ولذلك فإنه لا يصح القياس عليها ولا التوسع فيها.

وعدا هذه الوسائل الثلاث لا تقبل أية وسيلة أخرى لإثبات الزنا مثل الشهادة وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1973/05/15 والقرار الصادر

³⁷⁴ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 30-12-1986، ملف رقم، 41320، م.ق، 1989، عدد 03، ص 289.

³⁷⁵ - انظر، أحمد خليل، المرجع السابق، ص 147، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 134.

³⁷⁶ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 1984/06/12، ملف رقم 288337، م.ق، 1990، عدد 01، ص 279.

³⁷⁷ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 1980/12/02، ملف رقم 21440، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص 26.

بتاريخ 1987/07/14 حيث اعتبر أن شهادة الشهود لا تصح كدليل لإثبات جريمة الزنا³⁷⁸.

كما أنها قضت في عدة مناسبات بنقض قرارات أدانت متهمين بالزنا استنادا إلى قرائن غير منصوص عليها في المادة 341 ق.ع³⁷⁹.

وعليه إذا ما توافرت أحد هذه الأدلة اعتبرت الجريمة قائمة وثابتة في حق أحد الزوجين الجاني، إلا أن القانون اشترط لمتابعته ضرورة تقديم شكوى من الزوجة الضحية والحكمة من ذلك هو حماية كيان الأسرة وصيانة الحرمة الزوجية باعتبار أن الرابطة الزوجية هي رابطة شخصية ولا يحق لأي شخص التدخل فيها غير الزوجين.

II- الشكوى كشرط لضمان مصلحة الأسرة.

لا تتم المتابعة الجزائية في جريمة الخيانة الزوجية، إلا بناء على تقديم شكوى من قبل الزوج المضروب، فالمشرع حماية للرابطة الزوجية والمحافظة عليها أعطى الزوج المتضرر حق مباشرة الدعوى العمومية باعتباره الطرف الأكثر تضررا، وهذا ما نصت عليه المادة 339 ق.ع بقولها "ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضروب...".

ويستخلص من هذا النص أنه لا يمكن متابعة الزوج الذي ثبتت خيانتته للطرف الآخر إلا بعد تقديم شكوى من قبل هذا الأخير ويجري العمل بهذا الإجراء في معظم التشريعات الوضعية المعاصرة، فقد نص المشرع المصري على هذا الشرط في المادة 277 ق.ع³⁸⁰. في حين نص عليها المشرع المغربي في الفصل 491 من قانون

³⁷⁸ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 15-05-1973، ملف رقم 84240، جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، ج2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 135.

انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 14-07-1987، ملف رقم 47004، م.ق، 1996، عدد 03، ص 275.

³⁷⁹ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 02-07-1989، ملف رقم 59100، م.ق، 1981، عدد 03، ص 244.

انظر، المحكمة العليا، غ.ج، 21-10-1990، ملف رقم 69957، م.ق، 1993، عدد 01، ص 205.

³⁸⁰ - انظر، ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة في قانون العقوبات المقارن والشريعة الإسلامية، مطبعة الجاحظ،

بغداد، 1990، ص 18-19.

العقوبات³⁸¹، غير أن التشريع المغربي أعطى زيادة على ذلك للنيابة حق تحريك الدعوى العمومية، في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب الوطن، في حين نص التشريع السوري على هذا الشرط في المادة 475 ق.ع.

وهذا القيد الوارد على حرية النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية يعد استثناء من القاعدة العامة³⁸²، وهو متعلق بالنظام العام ويرجع ذلك إلى أن الجرائم التي تخضع لهذا القيد ينتج عنها ضررا مباشرا للمجني عليه³⁸³، وهناك رأي يرى أن الشكوى قيد يرد على سلطة الدولة في العقاب وليس على الدعوى فمن الممكن رفع الدعوى ولكن المحكمة ستحكم بعدم قيام سلطة العقاب³⁸⁴.

ولكن الراجح إذا لم تقدم شكوى من الزوج المجني عليه لا يجوز للنيابة العامة أن تتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق السابقة على رفع الدعوى³⁸⁵، وإلا كان هذا الإجراء باطلا ولهذا فإذا رفعت الدعوى دون شكوى من الزوج فيجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبولها³⁸⁶.

وقد ثار خلاف بشأن إجراءات جمع الاستدلال فهناك جانب من الفقه يرى أن هذا القيد وارد على مرحلة جمع الاستدلال لأن جريمة الزنا لها طبيعة خاصة تقتضي التستر على الأعراض³⁸⁷.

381- انظر، محمد مرزوكي، السياسة الجنائية الاجتماعية في مجال الأسرة والأحداث ومساعدة الضحايا، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، مكناس، المغرب، 2004، ص 338.

انظر، يوسف وهابي، جرائم بين الزوجية والحماية الجنائية للزوجين على ضوء تعديلات القانون الجنائي الأخيرة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2005، ص 118.

382- انظر، عبد السميع سالم الهواري، جرائم الإخلال بالحياة، مجلة الأمن العام، مصر، العدد 73، 1961، ص 320.

383- انظر، عبد الوهاب عشماوي، الاتهام الفردي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1953، ص 270.

384- انظر، رمسيس بنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، مصر، 1987، ص 331.

انظر، محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1976، ص 74.

385- انظر، عوض محمد، الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية، ج1، طبعة 1990، ص 59.

386- انظر، مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية ومعلقا عليه بالفقه وأحكام النقص، دون دار نشر، طبعة 1، 1980، ص 67.

387- انظر، فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج1، دون دار نشر، د.بلد، 1984، ص 89.

ويبدو لنا من البحث أنه لا يجب أن يكون هذا القيد واردا على مرحلة جمع الاستدلالات وذلك لأن مرحلة جمع الاستدلالات هي مجرد تجميع لمعلومات عن الجرائم ومرتكبيها يرى القائم بها أنها لازمة للتحقيق في الدعوى، ولهذا يجب أن لا تغل يد النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي على هذه المرحلة فهي مرحلة تجب للحصول على إيضاحات لشأن الجريمة من المجني عليه أو المتهم أو من الغير فإنها إجراءات لا تمس الحرية الفردية³⁸⁸. وخاصة إذا كان الجاني فيها امرأة وذلك لمساس هذه الجريمة لكرامتها وسمعتها، فإذا أطلقنا العنان لمأموري الضبط القضائي فإن ذلك يمس المرأة في عرضها ولهذا فإذا كان مأموري الضبط القضائي يقوم ببعض الاستدلال في جريمة ما فوجد رجلا معه امرأة في مكان يوجب الريبة فيجب أن يقوم بإجراءات الاستدلال ليتضح عما إذا كانت جريمة هتك عرض أم زنا أو دعارة أم غيرها من الجرائم الأخرى؟

ويرى جانب آخر من الفقه أن استثناء جريمة الزنا من القاعدة العامة يحتاج إلى نص خاص³⁸⁹.

والحكمة من تشريع الشكوى كقيد على المتابعة الجزائية في جريمة الخيانة الزوجية إنما هو من أجل حماية الأسرة وحفاظا على أعراض الناس.

ويراد بالشكوى في التشريع الجزائي البلاغ أو الطلب الذي تقدمه الزوج المضرور إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي ويقوم مقام الشكوى أية دلالة أو فعل يشير إلى معناها كاستغاثة الزوج أو الإشارات الصادرة منه والدالة على رغبته في متابعة ومعاقبة الزوج الآخر وعليه فليس للشكوى شكل معين ولا ألفاظ أو عبارات خاصة، وإنما يكفي التبليغ عن الجريمة من قبل المجني عليه³⁹⁰.

³⁸⁸ - انظر، عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية، ج1، دار المطبوعات، دون بلد، 1990، ص 307.

³⁸⁹ - انظر، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، بدون ناشر، بدون بلد، 19814، ص 365.

³⁹⁰ - CF, Bruno .py, op cit, p 52-53.

ولم ينص التشريع الجزائري على المهلة التي ينبغي فيها تقديم الشكوى وإنما ترك الأمر مفتوحاً مما يجبرنا على تطبيق الأحكام العامة الخاصة بسقوط الدعوى العمومية في الجرح³⁹¹.

على خلاف ذلك نص التشريع المصري على ضرورة تقديم الشكوى في ميعاد ثلاثة أشهر من علم الزوج المضروب بالجريمة وهنا المقصود بالعلم هو العلم اليقيني، وليس مجرد الشك.

وطبقاً للمادة 339 ق.ع يشترط لصحة الشكوى وقبولها أن تقدم من الزوجة المتضررة ضد الزوج الذي ارتكب الزنا فعلاً وقت قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يصح تقديم الشكوى من قبل الولد أو الأخ أو الأخت أو أي قريب آخر، ويصح توكيل الغير في هذا الشأن بوكالة خاصة³⁹²، وإذا كان كلا المتهمان متزوج تصبح المتابعة بناء على شكوى أحد الزوجين، ويكون كلاهما فاعلاً أصلياً، وفي حالة تعدد الزوجات فيكفي لتحريك الدعوى تقديم الشكوى من إحداهن³⁹³: ذلك لأن حق كل واحدة منهن قائم بذاته ومستقل عن حقوق الأخريات والملاحظ أن القانون الجزائري لم يتعرض في نصوصه سواء العقابية منها أو الإجرائية إلى مثل هذه الحالة.

وسلطة تصرف وكيل الجمهورية في الشكوى من أجل جريمة الخيانة الزوجية كباقي الجرائم فله ملائمة المتابعة وله أن يختار طريق المتابعة إما تلبس تحقيق، استدعاء مباشر وله كامل السلطة في استعمال طرق الطعن عند صدور الحكم أو القرار القضائي، كما له أن يتابع الشريك إذا لم تشمله شكوى الزوج المضروب.

³⁹¹ - انظر، عبد السلام مقلد، المرجع السابق، ص 18.

انظر، عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 624.

³⁹² - راجع في ذلك المادة 06 من ق.إ.ج التي تنص على أنه "تنقضي الدعوى العمومية بوفاة المتهم وبالتقادم والعضو الشامل وبالغاء قانون العقوبات وبصدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه..."

محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 59.

فتححي سرور، المرجع السابق، ص 647.

³⁹³ - أنظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية، المرجع السابق، ص 59.

محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 60-61.

وما دامت المتابعة الجزائية معلقة على شرط الشكوى فإن سحب هذه الأخيرة يضع حدا لكل متابعة ضد الزوج وهذا طبقا للمادة 339 ق.ع، التي نصت في فقرتها الأخيرة على أن صفح الزوج المضرور يضع حدا لكل متابعة.

ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة التي تحكم الدعوى العمومية ولاسيما المادة 06 من ق.إ.ج التي تنص على "الدعوى العمومية تنقضي في حالة سحب الشكوى إذ كانت شرطا لازما للمتابعة"³⁹⁴.

ولكن الإشكال الذي يثور في التشريع الجزائري هو هل أن صفح الزوج المضرور ينصرف أثره فقط إلى الزوج الجاني أم يشمل شريكه أيضا؟

بالرجوع إلى نص المادة 339 ق.ع ولاسيما الفقرة الأخيرة نجد أنها جاءت مبهمة ولكن عند تفحصنا جيدا لعبارات النص نجد أن المشرع قد استعمل عبارة "لكل متابعة" وعليه يفهم من ذلك أن سحب الشكوى يضع حدا لكل متابعة سواء كانت ضد الزوج أو شريكه.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/11/27 حيث نص على أن إذا كان مؤدى نص المادة 339 ق.ع.ج هو أن صفح الزوج عن الملاحقة بتهمة الزنا يضع حدا لكل متابعة فإن هذا النص يدخل ضمن القوانين الشكلية التي تسري على الماضي وتطبق فورا ويتعين العمل بها، وإنهاء المتابعة كلها بإرادة الشاكي والتصريح بانقضاء الدعوى العمومية وفقا لأحكام المادة 06 من ق.إ.ج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج الشاكي أمضى على تصريح مصادق عليه، بمصالح البلدية، يستفاد منه أنه سحب شكواه من أجل الزنا ضد زوجته وشريكها

³⁹⁴ - انظر، نجمي بلقاسم، المرجع السابق، ص 105،

- انظر، أحمد أمين، المرجع السابق، ص 469،

- انظر، جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 86.

فإن قضاة الاستئناف بإدانتهم للآخرين بتهمة الزنا والمشاركة في الزنا والحكم على كل واحد منهما بسنة سجن نافذا أخطؤوا في تطبيق القانون.

ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه، وبذلك يكون المجلس الأعلى بقراره هذا قد فصل في هذه المسألة³⁹⁵.

وإذا كان التشريع المصري في هذه النقطة يتماشى ونظرة المشرع الجزائري فإن المشرع المغربي حرم شريك الزوج في جريمة الخيانة الزوجية من حق الاستفادة من العفو في حالة صفح الزوج المضروب وهذا ما أكدته الفصل 492 في فقرته الأخيرة بقولها "... ولا يستفيد مشترك الزوجة ولا مشاركة الزوج مطلقا من هذا التنازل"، وبذلك يكون المشرع المغربي قد فصل بصفة قطعية في هذه المسألة.

كما يثور الإشكال في حالة وفاة الزوج الضحية بعد تقديمه شكواه، إذ ضلت هذه المسألة محل خلاف وتردد من قبل الفقه والقضاء الفرنسي خصوصا فيما يتعلق بمسألة تواصل أو توقف المتابعة القضائية³⁹⁶.

وفي 27-09-1938 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار جاء فيه ما يلي: "أنه لما كانت الدعوى العمومية في جريمة الزنا خاضعة لإرادة الزوج ومحتاجة لتأييده صراحة أو ضمنا في جميع أدوار الدعوى فإن موت الزوج المجني عليه يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية لأنه يحول دون التأيد المطلوب.

إلا أنها عدلت بعد ذلك عن هذا القضاء واستقرت في حكمها الصادر في 25 أوت 1848، وحكم آخر لها بتاريخ 25 مارس 1903 إلى أن وفاة الزوج مقدم الشكوى لا يحول دون محاكمة الزوج الجاني ولا يمنع النيابة العامة من الطعن في الحكم³⁹⁷.

³⁹⁵ - انظر، المجلس الأعلى، غ.ج، 27-11-1984، ملف رقم 29093، م.ق، 1990، عدد 01، ص 295.

³⁹⁶ - أنظر، محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 82.

انظر، بلقاسم بجماي، المرجع السابق، ص 107.

³⁹⁷ - أنظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 137.

ومن خلال هذه القرارات نستنتج أن وفاة الزوج الضحية بعد تقديمه الشكوى لا يؤثر في المتابعة التي تظل قائمة على أساس أن الجريمة تعني المجتمع وتخص النظام العام وهذا ما يتفق وقيم مجتمعا الجزائري وبالتالي فليس هناك ما يمنع القضاء الجزائري من الأخذ بهذا الحكم.

فإذا ما ثبت ارتكاب أحد الزوجين للجريمة بأحد أدلة الإثبات الواردة قانونا وتوفرت جميع الشروط القانونية للمتابعة الجزائية، فإن العقوبة تكون الحل الوحيد لردع الزوج الجاني عن فعله الذي أهدر به كرامة الزوج الآخر ودنس قداسة الرابطة الزوجية وأخل بنظام الأسرة.

وقد تصدت أغلب التشريعات لجريمة الزنا ونصت على ضرورة معاقبة مرتكبيها إلا أنها اختلفت في نظام تقرير العقاب فمنها من ساوت بين الرجل والمرأة في العقوبة كما هو الحال في تشريعنا الجزائري والقانون التونسي والمغربي، ومنها من ميز في العقوبة كما هو الحال في القانون المصري والسوري والأردني.

ويعود هذا الاختلاف إلى إشكالية المساواة بين الرجل والمرأة³⁹⁸، زيادة على أن هناك من يعتبر أن زنا الزوجة هو أشد من زنا الزوج، إلا أن الرأي الصواب يميل إلى أن هذه التفرقة في العقوبة ليس لها ما يبررها بل هي تعد من قبيل الأمور الشاذة.

هذا الأمر دفع أعضاء المكتب العربي للقانون في مصر إلى الطعن في عدم دستورية مواد جريمة الزنا التي تضمنها قانون العقوبات المصري على أساس أن المواد 274، 277 ق.ع مصري قد خالفت المادة 02 من الدستور المصري التي تقرر أن الإسلام هو دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع وحث على تأكيد مبدأ المساواة بين الزوج والزوجة، وإعطاء كل منهما حقوق متساوية³⁹⁹.

³⁹⁸ - أنظر، أحمد خليل، المرجع السابق، ص 05-06.

انظر، أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص 89.

³⁹⁹ - أنظر، ياسر عبد الجواد، الطعن في عدم دستورية مواد جريمة الزنا، www.arab.laws.org

كما خالفت المادة 40 من الدستور المصري التي تؤكد على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في جميع مجالات الحياة، وعليه فمادامت المراكز القانونية لكل من الزوج والزوجة متساوية فإن الأمر يقتضي أيضا معاملة قانونية متساوية في الخيانة الزوجية. غير أن المشرع المصري انحرف عن ذلك وميز بين زنا الزوج وزنا الزوجة سواء من حيث العقوبة أو من حيث شروط ارتكاب الجريمة والمتابعة عليها، إذ لم يعاقب الزوج على الزنا إلا إذا ارتكبه داخل منزل الزوجية⁴⁰⁰، أي حماية شعور الزوجة وكرامتها فقط داخل منزل الزوجية، وهذا التمييز يكشف عدم صواب اتجاه المشرع المصري وما استهدفه من فلسفته في إطار التنظيم التشريعي لجريمة الخيانة الزوجية.

كما خالفت المواد 277، 274 من قانون العقوبات الاتفاقية الدولية ولاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ولهذا فإن التنظيم التشريعي لجريمة الزنا في قانون العقوبات المصري في حاجة إلى إعادة النظر.

في حين يكون المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير عندما سوى بين الزوج والزوجة في جريمة الخيانة الزوجية وعدوله عن التمييز بينهما في العقوبة كان بموجب القانون 04-82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 إذ كانت عقوبة الزوج أقل من عقوبة الزوجة إلا أنه بعد تعديل قانون العقوبات أصبحت العقوبة موحدة دون التمييز بين الزوج والزوجة إذ حصرها المشرع في الحبس من سنة إلى سنتين.

ويرجع سبب هذا التعديل من قبل المشرع الجزائري إلى ضرورة مسايرة قانون العقوبات الجزائري للاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الجزائر أهمها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

⁴⁰⁰ - أنظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر، المرجع السابق، ص 479.

هذه المواثيق التي قررت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في أكثر من موضع وبذلك تكون السياسة التشريعية العقابية في مجال جريمة الخيانة الزوجية في الجزائر تتوافق والمبادئ المقررة في الاتفاقيات الدولية.

الفصل الثاني: تجريم الإخلال بالالتزامات العائلية.

لاشك أنّ رابطة الزواج الصحيح المستوفي أركانه وشروطه ، تشكل نواة الأسرة كجماعة صغيرة ، تتولد بين أفرادها سواء نحو الزوجين بعضهما البعض أو نحو الأولاد ، عدد من الوجبات والحقوق والتي تشكل ملامح النظام القانوني للأسرة⁽⁴⁰¹⁾ .

هذا ما بينه المشرع الجزائري في الفصل الرابع من قانون الأسرة وخاصة المادة 36 منه التي تعرض فيها للواجبات المشتركة بينهما⁽⁴⁰²⁾ والتي يتعين عليهما احترامها والعمل بها ، وأن أي إخلال من أي فرد من أفراد الأسرة بالتزاماته يترتب عليه الإضرار بكيان الأسرة ، وقد يشكل الاعتداء على نظامها جريمة تستوجب العقاب⁽⁴⁰³⁾ ومن خلال هذا يمكن التعرض لتصنيف أهم الأفعال المرتكبة في الأسرة والتي تشكل إخلال بالتزامات الزوجية والأسرية والتي تشكل جرائم وفق قانون العقوبات وذلك على النحو التالي :

(401) أنظر ، محمد حسين منصور : النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 264.

(402) نشير إلى أنّ المشرع الجزائري في ق.أ. رقم 84 - 11 المعدل بالأمر 05 - 02 يظهر ذلك في المواد من 36 إلى 39 حيث بين في المادة 36 : الواجبات المشتركة لكل من الزوجين ، وتطرق في المادة 37 لواجبات الزوج ، وفي المادة 38 لحقوق الزوجة أمّا المادة 39 فقد تعرض فيها لواجبات الزوجة ، أمّا بعد التعديل فلم يبين ما هي حقوق وواجبات كل منهما ، بل اكتفى بذكر واجباتهما المشتركة في نص المادة 36 وحقوقهما المتعلقة بالذمة المالية في المادة 37.

(403) أنظر ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 11.

المبحث الأول : تشدد التشريعات على مخالفة التزام الرعاية .

إن إبرام أي عقد زواج بصورة شرعية وولادة عدد من الأطفال يترتب عليه عدد من الحقوق والالتزامات المتبادلة وإخلال أي واحد من الزوجين بالتزاماته الزوجية يترتب عليه إضرار بكيان الأسرة ، فغاية المشرع من تجريم هذه الأفعال في المواد - 331 - 332 - 330 ق.ع. إنما هو توفير نوع من الحماية الجزائية للأسرة ضد الإهمال العائلي باعتبار أن هذه الأفعال تهدد كيان الأسرة ونظامها.

وتتخذ جرائم الإهمال العائلي التي أوردها المشرع في القسم الخاص من الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون العقوبات صفة الجريمة المركبة⁽⁴⁰⁴⁾ إذ تتضمن في محتواها العديد من الجرائم الأخرى فهي تحتوي على نصوص تقمع تقاعس أفراد الأسرة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن قضاء الأحوال الشخصية لاسيما تلك المتعلقة بضمان حق النفقة أو هجر الأسرة وإهمالها ماديا أو معنويا.

المطلب الأول : ترك الأسرة .

إذ كانت الحياة الزوجية تهدف من حيث الأساس إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة وتتطلب قدرا كبيرا من التعاون والتكافل بين الزوجين كما تتطلب في نفس الوقت بذل جهد مشترك لإقامة بيت سعيد آمن ومستقر ، فإن تخلي أحد الزوجين عن وظيفته وتركه لمقر الزوجية دون سبب جدي أو شرعي لمدة تتجاوز الشهرين . ودون أن يترك لزوجته وأولاده مالا لينفقوا منه ، ودون أن يترك من يتولى رعايتهم والاهتمام بشؤونهم في غيابه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون⁽⁴⁰⁵⁾. وفي هذا المعنى نصت المادة 330 من قانون العقوبات على أن « أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين ويتخلى عن كافة أو بعض التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو

(404) أنظر ، عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.ط ، 1995 ، ص 350 - 351.

- أنظر بن عودة حسكر مراد ، المرجع السابق ، ص 86.

(405) CF , HADJIRA Dennouni , l'évolution des rapports entre époux en droit Algérien de la famille , éd Dahlab , Algérie , 1998 , P 19 , 20.

الوصاية القانونية بغير سبب جدي يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبالغرامة من 500 إلى 5000 دج⁽⁴⁰⁶⁾. غير أن وقائع التخلي عن مقر الأسرة أو ترك الأسرة لا يمكن أن تشكل جريمة ما من جرائم قانون العقوبات ولا يمكن أن تستوجب عقابا معينا تبعا لذلك ضد أحد الزوجين إلا إذا توفرت في هذه الوقائع مجموعة من العناصر والمحددة على سبيل الحصر.

الفرع الأول : الابتعاد الجسدي عن مقر الأسرة .

نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في نص المادة 330 ق.ع في حين نص عليها المشرع المغربي في أحكام الفصل 480 من ق.ع⁽⁴⁰⁷⁾. في حين اقتصر المشرع المصري على إدراج جريمة المهجر المادي للأسرة⁽⁴⁰⁸⁾ دون أن يكثرث لجريمة ترك الأسرة كما هو الحال في القانون الجزائري والمغربي . كما أنه لم يعطي أهمية للمهجر المعنوي للأسرة أمّا المشرع الفرنسي فقد أورد هذه الجريمة ضمن أحكام قانون العقوبات وخصص لها مواد تبين حكمها . لاسيما المادة 357 ق.ع⁽⁴⁰⁹⁾.

ومن شروط قيام هذه الجريمة الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة أي عن مكان إقامة الزوجين وأولادهما ، وهذا ما يقتضي بالضرورة وجود مقر للأسرة يتركه الجاني . وعلى هذا الأساس فإن هذه الجريمة تستوجب منا تحديد المقصود ببيت الزوجية باعتباره عنصرا هاما في هذه الجريمة فبيت الزوجين أو مسكن الزوجية هو مكان تواجد وإقامة الزوجين مع بعضهما البعض وهو يجوي عنصرا معنوي ويتمثل في الشعور ونية الإقامة في المكان باعتباره مسكن الزوجية وعنصر مادي يتمثل في البقاء في الأمكنة لمدة معينة . وعليه يمكن أن يكون بيت الزوجية مسكن مستقل عن أهل الزوج والزوجة

(406) راجع المادة 330 ق.ع جزائري ويقابلها الفصل 479 من ق.ع المغربي ويقابلها المادة 357 في شطرها الأول من قانون 1942 ، الذي يعاقب على إهمال إقامة الأسرة.

(407) أنظر ، سعيد أزيك ، إهمال الأسرة في التشريع المغربي ، بدون دار نشر ، المغرب ، 1998 ، ص 30.

(408) أنظر ، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، المرجع السابق ، ص 224 وما بعدها.

(409) CF , Marcel NASAT , l'abandon de la famille , s éd , Paris , 1943 , P 14.

- CF , costes ® , la protection du foyer par la loi pénale , thèse droit , univ. Bordeaux , 1944 , P 21.

ويمكن أن يكون مسكن الزوجية عبارة عن غرفة من مسكن أهل الزوج كما هو الحال في الأسرة المكبرة . وهذه المسألة يرجع أمر تقديرها إلى قاض الموضوع⁽⁴¹⁰⁾.

وعليه إذا ضل الزوجان بعد زواجهما ، يعيش كل منهما في بيت أهله منفصلا عن الآخر ، وكانت الزوجة ترعى ولدها في بيت أهلها ، فإن مقر الأسرة يكون عندئذ منعزلا ، وعلى هذا الأساس قضى في فرنسا بعدم قيام الجريمة في هذه الحالة⁽⁴¹¹⁾.

والملاحظ أن القانون يتحدث عن الأب أو الأم دون التمييز بينهما ، بصرف النظر عن ممارسة السلطة الأبوية⁽⁴¹²⁾.

ويجب أن يصاحب هذا الترك تخلي الزوج عن كل أو بعض التزاماته الزوجية سواء منها الأدبية المتعلقة برعاية وحماية أفراد الأسرة ، أو المادية المتعلقة بضمان تأمين حاجتهم المعيشية من حيث تأمين النفقات اللازمة للغذاء والمسكن والعلاج.

والجدير بالذكر أن النفقة بجميع مشتملاتها هي واجبة على الأب ، بالنسبة للذكور تستمر إلى سن الرشد أي بلوغ 19 سنة والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لإعاقة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب⁽⁴¹³⁾.

(410) إذا رجعنا للنص المادة 1/330 المكتوب بالفرنسية نجد أن المشرع ينص على لفظتين (la résidence familiale) وهو الأصل في النص الصادر باللغة العربية فاستعمل لفظ مقر أسرته (foyer familial) فلفظ مقر أسرة هو مصطلح غير قانوني محض ولا نجد له تفسير في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية الذي ينظم الإقامة أو الوطن.

(411) إذا رجعنا للنص المادة 1/330 المكتوب بالفرنسية نجد أن المشرع ينص على لفظتين (la résidence familiale) وهو الأصل في النص الصادر باللغة العربية فاستعمل لفظ مقر أسرته (foyer familial) فلفظ مقر أسرة هو مصطلح غير قانوني محض ولا نجد له تفسير في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية الذي ينظم الإقامة أو الوطن.

(412) لا يوجد في القانون الجزائري سلطة أبوية وإنما توجد « الولاية » ونجد المادة 09 مكرر 01 الفقرة 06 من قانون العقوبات تتحدث عن سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها ، وفي هذا يقول الأستاذ محمد فاروق النهان ، أن الولاية على النفس تتضمن العناية بالقاصر وتربيته وتأديبه عن طريق النصح والتوجيه ، وقد كان المشرع يشير إلى تدبير سقوط حقوق السلطة الأبوية كلها أو بعضها في المادة 19 من قانون العقوبات ، مع تفصيل حكمها في المادة 24 منه قبل أن تعدل الأولى وتلغى الثانية فأدرج حكمه ضمن المادة 09 منه كعقوبة تكميلية بمسمى الحقوق العائلية، ومن تطبيقات هذه العقوبة ما جاء في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات فقرة أخيرة ، ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب والأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية.

(413) أنظر وراجع المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري.

كما أن النفقة واجبة أيضا على الزوجة طبقا للمادة 74 من قانون الأسرة . وتقع على الأم في حالة وفاة الأب ، نفس الالتزامات التي تقع على الأب نحو أبنائه . وإذا كان الأب حيا وانحلت الرابطة الزوجية ، تنتقل الالتزامات الأدبية إلى الأم الحاضنة ، وفي هذه الحالة تنقضي التزامات الأم بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة . وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى غاية سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية . م 65 ق.أ.

ويستخلص مما سبق أن الأب أو الأم الذي يترك زوجته وأبنائه بمغادرة مقر الأسرة لا يرتكب الجريمة إن هو استمر في القيام بواجباته اتجاه زوجته وأبنائه.

ودرستنا لهذه الجريمة تثير تساؤلات فيما يخص مصطلح الإهمال أو الترك فهل يشمل فقط هجر بيت الزوجية أم أنه يمتد ليشمل المهجران في المضجع ؟ وبمعنى آخر هل يمكن لأحد الزوجين الذي تم هجرانه في المضجع من الطرف الآخر أن يتمسك بنص المادة 330/ف1 ق.ع لإرغامه للعدول عن تصرفه هذا ؟

أولاً: التمييز بين الغياب والمهجران في المضجع .

حتى يمكن التمييز بين ترك مقر الأسرة والمهجر في المضجع ينبغي علينا الرجوع إلى مفهوم هذا الأخير والحكمة التي شرع لأجلها.

فعندما نرجع لأحكام قانون الأسرة ولاسيما المادة 222 منه نجد أنها تنص على ما يلي : « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية » واستنادا لهذا النص نجد أن مفهوم المهجر في الشريعة الإسلامية يقصد به إحداث القطيعة فيقال التهاجر بمعنى التقاطع وهو ضد الوصل⁽⁴¹⁴⁾.

وعادة ما يراد بالمهجر في المضجع ، الإعراض عن الزوجة وعدم مضاجعتها فهو وسيلة تأديبية أقرتها الشريعة الإسلامية للزوج لتأديب زوجته الناشز ، وذلك بعد

(414) أنظر ، وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، دار الفكر ، الجزائر ، بدون طبعة ، 1993 ، ص 339.

- أنظر ، محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون طبعة ودون سنة ، ص 163.

وعضها، إذ أنه يأتي في المرتبة الثانية بعد الوعظ، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿... وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ طَعْنًا فَإِنْ أَطَعْنَ كُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ (415). والجائز من الهجر هو الهجر الجميل من غير جفوة موحشة استنادا لقوله تعالى: ﴿... وَأَهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾ (416).

وعليه فانطلاقا من ولاية التأديب المخولة للزوج فإن القانون لا يبيح للزوجة النشوز وعصيان زوجها ، وإلا اتخذ حيالها من وسائل الإصلاح والتأديب ما يكفل رجوعها إلى طاعته ، لاسيما هجرانها في المضجع (417). ولا يطرح الإشكال إذا ما كان هجران الزوج لزوجته في المضجع وسيلة لتأديبها، ولكن الإشكال يثور في حالة تعسف الزوج في استعمال هذا الحق إضرارا بزوجه . فهل يمكن لها في هذه الحالة أن تتمسك بنص المادة 330/ف1 ق.ع لمتابعة الزوج جزائيا ؟ للإجابة على هذه الإشكالية نقول أن نص المادة 330/ف1 ق.ع لا يوفر أي حماية للزوجة في مثل هذه الحالة ، إذ أن المشرع كان صريحا فقد جعل من غيبة الزوج وابتعاده جسديا عن مقر الأسرة عنصرا لقيام الجريمة وماعدا ذلك فلا مجال للحديث عن جريمة ترك الأسرة ، وعليه إذا ما بقي الزوج في بيت الزوجية ، والتزم بكافة واجباته المادية حيال زوجته وأولاده ، غير أنه امتنع عن مضاجعتها وقرر هجرها في الفراش دون وجه حق فإن جريمة ترك الأسرة لا تكون مستهلكة في حقه ، ذلك أن المادة 1/330 نصت على أحد الوالدين الذي يهجر مقر أسرته وليس أحد الزوجين الذي يهجر فراش النوم ، وعليه فالهجر في المضجع يخرج من نطاق الحماية الجزائية المقررة بنص المادة

(415) أنظر ، الآية 34 ، سورة النساء.

(416) أنظر ، الآية 10 ، من سورة المزمل.

(417) أنظر ، بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي ، ج1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996 ، ص

1/330 ق.ع . وفي حالة حدوث ذلك ما على الزوجة إلا إتباع الطريق المدني والاستفادة من الحماية التي أقرها لها المشرع في نص المادة 53/ف3 ق.أ. وبالتالي طلب التطبيق للهجر في المضجع⁽⁴¹⁸⁾.

فالحماية المقررة بنص المادة 1/330 هي حماية خاصة بالأسرة كلها وليس الزوجين فقط ، ذلك أن الزوجين الغير الحاضنين لا يستفيدان من هذه الحماية ، فأساس الجريمة هنا هو وجود أطفال صغار محضونين أي وجود علاقة أبوة أو أمومة وعلاقة بنوة من جهة أخرى.

ثانيا: وجود رابطة الأمومة أو الأبوة .

تقتضي جريمة ترك الأسرة ضرورة وجود رابطة أبوة أو أمومة ومن ثم لا تقوم الجريمة في حق الأجداد ومن يتولون تربية الأولاد⁽⁴¹⁹⁾. وهذا ما يستفاد صراحة من نص المادة 330/ف1 ق.ع التي خاطبت أحد الوالدين ، وهنا يثور التساؤل حول إذا ما كان الأطفال المكفولين معنيين بالحماية المقررة في المادة 1/330 ق.ع خاصة وأن المادة 116 من القانون رقم 84-01 المؤرخ في جوان 1984 والمعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة ، يعرف الكفالة على أنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه⁽⁴²⁰⁾.

أما الطفل المتبنى فلا جدال حوله كون التبني ممنوع في القانون الجزائري⁽⁴²¹⁾. كما لا تقوم الجريمة في حق الزوجين اللذين لا ولد لهما . وعليه يفهم من نص المادة 1/330 ق.ع أن المقصود بالابن هو الابن الشرعي دون سواه ويفهم أيضا من عبارة « الالتزامات المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية أن المقصود هم الأولاد القصر

(418) نصت المادة 53/فقرة 03 من قانون الأسرة على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية :...3/الهجر في المضجع

فوق 04 أشهر...».

(419) أنظر ، محمد بن وارن ، المرجع السابق ، ص 171.

(420) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 146.

(421) تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري ، على أنه « يمنع التبني شرعا وقانونا ».

وإن كان الأمر يحتاج إلى تمحص في أحكام قانون الأسرة ، لتحديد المقصود بالالتزامات العائلية.

الفرع الثاني : عدم الوفاء بالالتزامات العائلية لمدة شهرين .

تقع على عاتق كل من الأب والأم التزامات اتجاه الزوج الآخر والأولاد⁽⁴²²⁾، إذ تقتضي هذه الجريمة بالنسبة للأب ، وهو صاحب السلطة الأبوية ، التخلي عن كافة التزاماته في ممارسة ما يفرضه عليه القانون نحو أولاده وزوجه.

وتقتضي الجريمة بالنسبة للأم وهي صاحبة الوصاية القانونية على الأولاد عند وفاة الأب ، التخلي عن التزاماتها نحو أولادها وزوجها.

والسؤال المطروح ما هي الالتزامات التي تقع على عاتق كل من الأب والأم نحو الأبناء؟ قد تكون هذه الالتزامات مادية أو أدبية ويكفي التخلي عن هذه الالتزامات ولو جزئياً ليقع الجاني تحت طائلة القانون . فأما الالتزامات المادية فتتمثل أساساً في النفقة الواجبة على الأب ، والزواج بالنسبة لزوجته طبقاً لأحكام قانون الأسرة.

أما الالتزامات الأدبية فتتمثل في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا طبقاً للمادة 62 من قانون الأسرة.

ويستنتج من نص المادة 65 من قانون الأسرة أن هذه الالتزامات الأدبية تستمر نحو الأبناء إلى بلوغ سن 16 سنة بالنسبة للذكر وإلى بلوغ سن الزواج بالنسبة للإناث والسن القانونية للزواج هي 19 سنة.

وتقع على الأم في حالة وفاة الأب نفس الالتزامات التي تقع على الأب نحو أبنائه. أمّا إذا كان الأب حياً وانحلت الرابطة الزوجية ، تنتقل الالتزامات الأدبية إلى الأم الحاضنة ، وفي هذه الحالة تنقضي التزامات الأم بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات

(422) يقصد بالالتزامات القانونية تلك التي أوجبهها قانون الأسرة ضمن تنظيمه لحقوق وواجبات الزوجين اتجاه بعضهما ، وقد حددت المادة 36 من قانون الأسرة حقوق وواجبات الزوجين المشتركة.

وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج ، أي 19 سنة وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّا لم تتزوج ثانية م 65 ق.أ. ويستخلص ممّا سبق أنّ الأب أو الأم الذي يترك زوجته وأبنائه بمغادرة مقر الأسرة، ولكنه استمر في القيام بواجباته اتجاه زوجته وأبنائه ماديا ، لا يكون مرتكبا لجريمة ترك الأسرة⁽⁴²³⁾. فالحماية التي أقرها القانون هنا هي حماية مادية أكثر منها معنوية. وبالتالي يمكن القول أنّ القانون الجزائري ومن بعده القوانين العربية لم تولي اهتمام كبير بالجوانب المعنوية في الأسرة ، عكس التشريعات الغربية ولاسيما التشريع الفرنسي إذ خصص أحكام تنظم وتجرم مسألة الهجر المعوي للأسرة وذلك في المادة 17/227 من قانون العقوبات الفرنسي⁽⁴²⁴⁾.

فالمشرع الفرنسي لطالما أولى اهتماما بالجانب النفسي لأفراد الأسرة ولهذا جاءت أحكام هذا النص متناسبا والغرض من وجود الأسرة والذي هو إقامة علاقات متماسكة تقوم على أساس الحب والمودة والعطف والحنان والتضحية في سبيل مصلحة الأسرة وتفضيلها على مصلحة الفرد. فالالتزام المادي ليس كافي لوحده لضمان بقاء استقرار الأسرة وتماسكها بل لابد من دعائم معنوية والتي تشكل التزامات معنوية على عاتق الوالدين⁽⁴²⁵⁾، والزوجين، فحرمان الأب أو الزوج من تواجده داخل الأسرة والاستئناس به، من قبل أولاده وزوجته وإظهار حبه لهم وعطفه من شأنه أن يخل بالالتزامات المعنوية

⁽⁴²³⁾ أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 148.

⁽⁴²⁴⁾ ART 227 – 17 « le fait par le père ou la mère à légitime , naturel ou adoptif » de se soustraire , sans motif légitime , à ses obligations légales au point de compromettre la santé , la sécurité , la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est punis de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende.

L'infraction prévue par le présent article est assimilée a un abandon de famille pour l'application du 3 de l'article 373 du code civile ».

⁽⁴²⁵⁾ أنظر ، دنيا محمد صبحي حسن ، المرجع السابق ، ص 88 – 89.

CF , André vitu , op.cit , 1689.

CF , KALFAT Choukri , le dossier médico-psychologique et sociale du délinquant mineur , conférence donnée à l'occasion du deuxième colloque maghrébin sur « l'enfant et le droit dans les pays maghrébins » faculté de droit , université de Tlemcen , 06 et 07 – Décembre 2004.

أنظر ، قيس النوري ، نمو شخصية الفرد والخبرة الاجتماعية ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، 1988 ، ص 166.

المفروضة عليه . لذلك يجب على المشرع الجزائري أن يولي الاهتمام بتنظيم الرعاية المعنوية للأسرة وأعضائها وكفالة تحقيقها بوضعها في إطار قانوني شامل يكفل لها التنفيذ بما يشمل من ضمانات فعلية وقانونية أكيدة.

ويشترط التشريع الجزائري لقيام جريمة ترك الأسرة أن يستمر الإخلال بالالتزامات المادية لمدة أكثر من شهرين . ويجب أخذ هذه المدة على شمولها⁽⁴²⁶⁾، فهي تحوي مغادرة مقر الأسرة والتخلي عن الالتزامات العائلية في آن واحد . والعودة إلى مقر الأسرة تقطع هذه المهلة ولكن شرط أن تكون هذه العودة تعبيراً عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية ويبقى لقاضي الموضوع أن يقدر صدق العودة على أن لا يأخذ بالرجوع المؤقت الذي لا يحركه إلا لتفادي المتابعة القضائية ، غير أنه أحيانا يكون غياب أحد الوالدين وتركه لالتزاماته مفروضا عليه وليس بمحض إرادته هذا الأمر قد ينفي المتابعة الجزائية للزوج وعقابه.

الفرع الثالث: الأفعال المبررة التي تنفي الجريمة .

يقصد بالأفعال المبررة تلك الظروف الخاصة التي ترغم صاحبها حال توافرها ، على مغادرة مقر الأسرة ، وقد تكون هذه الظروف عائلية أو مهنية أو صحية . وهكذا فقد أجاز المشرع الجزائري للأب والأم ترك مقر الأسرة لسبب جدي ، غير أن سوء النية هو أمر مفترض ومن ثم فعلى الزوج الذي ترك مقر الأسرة إثبات قيام السبب الجدي⁽⁴²⁷⁾ . وإن كنا لم نعثر في القضاء الجزائري على حالات اعتبر فيها السبب جديا ، فالثابت من القضاء الفرنسي أنه متشدد في قبوله . وهكذا قضي بأن نفور الزوج من حماه لا يشكل سببا شرعيا لمغادرة الزوج بيت الزوجية⁽⁴²⁸⁾ .

(426) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 148 ، محمد بن وارت ، المرجع السابق ، ص 179 .

(427) Cuss crin , 27 – 02- 1964 . BC . N72 .

(428) T. corr , Nantes 31 – 07 – 1947 , Rev. sc. Crim , 1948 .

كما قضي بعدم جواز مغادرة الزوج محل الزوجية بحجة سوء سيرة الزوجة إذا ما ثبت أنه غادر محل الزوجية للعيش مع خليلته تاركا أولاده القصر تحت رعاية زوجته⁽⁴²⁹⁾.

وبالمقابل قضي بأن سوء معاملة الزوجة يشكل سببا شرعيا يبرر مغادرتها للمحل الزوجية⁽⁴³⁰⁾.

كما قضي بأن الشراسة التي تطبع تصرفات الزوجة نحو زوجها وتوبيخها الدائم له مما جعل استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا هو سبب شرعي لمغادرة بيت الزوجية. وقضي كذلك بأن سجن الزوج يعد سببا شرعيا مادام لم يغادر مقر الأسرة قبل وبعد اعتقاله⁽⁴³¹⁾.

كما يعد سببا شرعيا مغادرة الزوج بحتا عن العمل إذا ما استمر في التكفل ماديا بزوجه وأبنائه.

فالسبب الجدي لترك الأسرة يعتبر من أهم العناصر المكونة للجريمة والتي إما أن تعفي الجاني من العقاب أو أنه يتحمل العقوبة بكاملها. وخلاصة القول هو أن جريمة ترك مقر الأسرة لا يمكن تحققها والمعاقبة عليها إلا بتوافر عناصر أساسية وهي الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة ووجود رابطة الأبوة أو الأمومة ، وعدم الوفاء بالالتزامات العائلية لمدة تفوق الشهرين دون سبب جدي زيادة على ضرورة تقديم شكوى من الزوج المضرور حتى تستطيع النيابة العامة مباشرة الدعوى العمومية.

فإذا تخلف عنصر من هذه العناصر زالت الصفة الإجرامية عن الفعل.

والجدير بالذكر أن الخطورة الإجرامية للجاني في جرائم الأسرة قد لا تقتصر على ترك مقر الأسرة بل تتعدى ذلك لتشمل إهمال الزوجة الحامل والأولاد.

(429) Crim , 30 – 05 – 1967 , D 1968 , Somm , 14.

(430) T. corr , Clamecy crim , 10 – 07 – 1946 , D 1946 , 412.

(431) T. corr , Lille 15 – 05 – 1943 , D.A 1943 , 80 : Lyon crim 12 – 06 – 1943 , D.A 1943, 79.

المطلب الثاني : إهمال الزوجة والأولاد :

إن حماية الأسرة من الإخلال بالالتزامات الزوجية والعائلية لا تقتصر على ترك وهجر مقر الزوجية وعدم تنفيذ الالتزامات المادية بل تشمل أيضا إهمال الزوجة أثناء فترة حملها وإهمال الأولاد وعدم القيام على رعايتهم ، وعليه سنفصل الحديث عن هذه الأفعال في كل نقطة على حدى.

الفرع الأول: إهمال الزوجة الحامل .

من الطبيعي أن أي علاقة زوجية شرعية تنتهي عادة بالحمل وإنجاب الأطفال ونظرا لما تعانيه الزوجة من متاعب أثناء فترة الحمل أوجب القانون على الزوج البقاء مع زوجته في هذه الفترة وتقديم العناية والرعاية اللازمة لها خصوصا في ظروف الحمل الصعبة المنهكة للجسم والأعصاب ، وهي الظروف التي تتطلب من الزوج أن يكون إلى جانب زوجته وتوجب عليه أن يهتم بحالها ويوفر لها حاجياتها ويؤمن لها العلاج اللازم عند الضرورة مما يضمن راحتها واستقرار نفسياتها طوال مدة الحمل.

هذا الأمر دفع المشرع الجزائري إلى التدخل وإقرار نص المادة 330/ف2 ق.ع. والذي جرم بموجبه كل هجر أو إهمال للزوجة الحامل محاولا بذلك توفير حماية جنائية للزوجة في هذه الفترة ضد أي هجر يقوم به الزوج خصوصا وأن تواجهه في هذه الحالة إلى جانبها يعتبر دعما معنويا لها هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى لا تبقى نصوص قانون الأسرة والتشريع العائلي مجرد شعارات غير قادرة على تحقيق الردع لذلك كان ينبغي إحداث نوع من التكامل بين التشريع العائلي الذي يوفر الحماية المدنية والتشريع الجزائي الذي يوفر الحماية الجزائية⁽⁴³²⁾.

وتعد جريمة ترك الزوجة الحامل ثاني جريمة من الجرائم المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية التي أوردها المشرع لحماية الزوجة في هذه الفترة إذ اعتبر الحمل ضمان لحمايتها وتخلفه ينفي الجريمة.

(432) CF , HADJIRA Dennouni , l'évolution des rapports entre époux en droit Algérien de la famille , éd Dahlab , Algérie , 1998 , P 19 , 20.

أولاً: الحمل كضمان للحماية .

تنفرد التشريعات المغاربية⁽⁴³³⁾ على باقي التشريعات العربية بتجريم إهمال الزوجة الحامل مقارنة بالتشريع المصري وتنص المادة 330/ف2 ق.ع. جزائري على ما يلي : «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي». في حين نص المشرع المغربي على ذلك في الفصل 479/فقرة 02⁽⁴³⁴⁾. وذلك بقوله «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبالعرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط... الزوج الذي يترك عمدا ، أكثر من شهرين ودون موجب قاهر ، زوجته وهو يعلم أنّها حامل» ومن خلال استقراء نصوص المواد هذه يتبين لنا المشرع قد جعل من حمل الزوجة سببا لتجريم هجر الزوج لها في هذه الفترة ، وعدم وجود الحمل ينفي قيام الجريمة في حق الزوج.

إذا فالجريمة تقوم متى هجر الزوج زوجته وتخلي عن كافة التزاماته حيالها لاسيما الالتزامات المعنوية مع علمه جيدا بأنها حامل⁽⁴³⁵⁾. وعليه فيجب إذن أن تكون الزوجة المتخلى عنها حاملا . والمقصود هنا بالحمل هو الحمل الحقيقي وليس الحمل المفترض ، والسؤال المطروح هل يمكن الاعتداد بفرضية الحمل كسبب لقيام الجريمة ؟

I- مفهوم الحمل طبقا للقانون الجنائي.

إن المشرع في المادة 330/ف2 ق.ع لم يتحدث عن الزوجة المفترض حملها وإنما تحدث عن الحمل المتيقن منه وعليه يتعين أن يكون الحمل ثابتا وأن يكون الزوج على علم به⁽⁴³⁶⁾.

(433) كالتشريع المغربي والجزائري والتشريع التونسي.

(434) أنظر، مدونة القانون الجنائي المغاربي، المتضمن أحكام قانون العقوبات بموجب ظهير شريف، رقم 413 - 59 - 01 الصادر في

26 نوفمبر 1962.

(435) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة...، المرجع السابق ، ص 21 - 22.

أنظر ، بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات المرجع السابق ، ص 373.

(436) أنظر ، عبد الله سليمان ، المرجع السابق ، القسم العام ، ص 355 ، 336.

ويعتبر حملاً حسب الفقه الجنائي ومتى استكن الجنين في رحم المرأة⁽⁴³⁷⁾ فهو البويضة التي لقحها حيوان منوي⁽⁴³⁸⁾ وما تطور عنها وتشكل حتى بداية شعور الحامل بآلام الوضع الطبيعي أو المبسر⁽⁴³⁹⁾.

فمنذ اللحظة التي تندمج فيها الخلية المذكورة « أي الحيوان المنوي بالخلية المؤنثة » البويضة ، تعد الخلية الجديدة جنينا وتشكل حملاً من الوجهة القانونية⁽⁴⁴⁰⁾.

وتعتبر الشهادة الطبية دليلاً قاطعاً لإثبات الحمل⁽⁴⁴¹⁾ وخلافاً لجريمة ترك الأسرة التي اشترط فيها المشرع ضرورة تخلي الزوج عن كافة التزاماته المادية والأدبية التي يملها عليه عقد الزواج نجد أنه في جريمة ترك الزوجة الحامل لم يشترط مثل هذا العنصر إذ أن غايته من تجريم الفعل هي حماية طفل المستقبل وأم الغد.

وإذ كانت الزوجة أما حاملاً وفي نفس الوقت أما حاضنة لأولاد قصر ، وقام الزوج بهجرها فإنه في هذه الحالة وجب الأخذ بقاعدة التعدد الفعلي للجرائم وليس قاعدة التعدد الصوري ، وبالتالي يمكن لها متابعة الزوج عن الجريمتين معاً⁽⁴⁴²⁾.

زيادة على ذلك يجب أن يستمر هجران الزوج لزوجته الحامل لمدة تفوق الشهرين ، ونقص هذه المدة يحو عن الفعل الصفة الإجرامية ، وعليه فإذا ما ادعت الزوجة الشاكية أن زوجها قد تركها في مقر الزوجية وهي حامل لمدة أكثر من شهرين متتاليين وأنكر الزوج ذلك وجب عليها في هذه الحالة أن تثبت بالدليل القاطع أن

أنظر ، حسين علي شحرور ، الطب الشرعي مبادئ وحقائق ، بيروت ، لبنان ، دون طبعة وسنة ، ص 149.

(437) أنظر ، محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص...، المرجع السابق ، ص 502.

(438) أنظر ، عبد النبي محمد محمود أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 13.

(439) أنظر ، محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1984 ، طبعة الثامنة ، ص 294.

- عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 320.

(440) أنظر ، حسن صادق المرصفاوي ، المرجع السابق ، ص 638.

(441) أنظر ، حسين علي شحرور ، المرجع السابق ، ص 149.

(442) وهنا الإثبات يكون إما بشهادة الشهود أو بإقرار من الزوج الجاني ، أو بالقرائن القانونية ، ويبقى للقاضي سلطة مدى اقتناعه بوقوع الفعل من عدمه وذلك من خلال الأسئلة التي يوجهها للخصوم في الجلسة.

المشتكي منه قد تركها لمدة أكثر من شهرين متتالين دون انقطاع وهنا يثور الإشكال الخاص بمسألة تواصل وانقطاع المدة.

فأمام سكوت النص نقول أن القاعدة المقررة في باب ترك الزوجة الحاضنة بخصوص قطع مدة الشهرين بالعودة إلى محل الزوجية تصلح أيضا عندما يتعلق الأمر بالتخلي عن الزوجة الحامل . وتعتبر جريمة إهمال الزوجة الحامل من الجرائم العمدية التي يتطلب قيامها توافر قصد جنائي لدى الزوج الجاني أي علمه بأن زوجته حامل وأن تركه لها في هذه الفترة فيه ضرر لها ورغم ذلك فإنه يعتمد إلى التخلي عنها دون أي سبب جدي يتطلب ذلك⁽⁴⁴³⁾.

أما إذا كان هجر الزوج وغيابه عن زوجته راجع لظروف جدية كتواجهه بالمستشفى بغرض العلاج ، أو أن يكون قد تركها في بيت أهله وتحت رعاية والديه فإن الجريمة في هذه الحالة تنتفي⁽⁴⁴⁴⁾.

غير أنه أحيانا قد يحاول الزوج التهرب من المسؤولية الجنائية بادعاء أن الحمل ليس منه وأنه نتيجة خيانة زوجية الأمر الذي يؤثر على الدعوى الجزائية.

II- اللعان وأثره على الدعوى الجزائية.

إن أهم شرط لمتابعة الزوج على إهمال زوجته الحامل ضرورة ثبوت حملها بصورة يقينية وأن يكون الحمل منسوباً له ، غير أن الزوج قد ينفي هذا الحمل وهنا تثار إشكالية اللعان وأثره على دعوى الإهمال.

فالمشرع حماية للنسب وضمن ارتباط الفرد بأصله الشرعي وكفالة انتمائه لأبيه ولأسرته التي يحمل اسمها ومنعاً لاختلاط الأنساب نص في المادة 41 ق.أ على ما يلي :
«ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة».

(443) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة...، المرجع السابق ، ص 24.

(444) أنظر ، محمد بن وارت ، المرجع السابق ، ص 24.

والمقصود بالطرق المشروعة ، اللعان باعتباره وسيلة شرعية لنفي نسب الولد مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةُ أَنْ لَعَنَتَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾ (445).

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف اللعان وإن كانوا يجمعون على أنه نفي نسب الولد والادعاء أنه ابن زنا.

فالحنفية والحنابلة يعرفونه على أنه شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة ، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة (446).

في حين عرفه المالكية بأنه حلف زوج مسلم مكلف على رؤية زنا زوجته، أو على نفي حملها منه، وحلف الزوجة على تكذيبه أربعة أيمان بصيغة «أشهد لرأيها تزي» ولا يصح حلف غير الزوج ويكون بإشراف حاكم يشهد التلاعن ويحكم بالتفريق. أما الشافعية فعرفوه على أنه كلمات معلومة ، جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه وألحق العار به أو إلى نفي الولد (447).

(445) أنظر ، الآيات : 06 إلى 09 من سورة النور.

وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 56.

أنظر ، محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 346.

(446) أنظر ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 346.

- أنظر ، بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ... المرجع السابق ، ص 200.

(447) أنظر ، وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 346.

- أنظر ، بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ... المرجع السابق ، ص 200.

وعليه إذا ما ثبت نسب الولد بالزواج الشرعي مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان فادعاء الزوج أمام القاضي الجزائري أن الحمل ليس منه من شأنه أن يؤثر على سير الدعوى الجزائية الخاصة بالإهمال.

في هذه الحالة إذا ما ثبت للقاضي صدق الزوج على ما يدعيه فإنه يقوم بإصدار حكم يقضي بوقف الفصل في الدعوى الجزائية إلى حين الفصل في الدعوى المدنية الخاصة باللعان أمّا إذا قدمت الزوجة في الجلسة الجزائية الدليل القاطع على أن الزوج كان عالماً بالحمل منذ حدوثه وأنه لم ينفه إلا بعد استدعائه لجلسة الحكم انتقاماً منها ، فإن القاضي الجزائري يقوم في هذه الحالة بإصدار حكمه بإدانة الزوج متى توافرت شروط وأركان الجريمة ذلك أنه يعلم مسبقاً أن ما يدعيه في هذه الحالة ما هو إلا مناورات كاذبة لتغليط هيئة المحكمة والتهرب من المسؤولية الجنائية⁽⁴⁴⁸⁾.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/02/25 بأن دعوى اللعان لا تقبل إذا ما تأخرت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤيته الزنا⁽⁴⁴⁹⁾.

وعلى قاضي شؤون الأسرة عند نظره في دعوى اللعان التأكد من توافر جميع الشروط الشرعية الواجب توافرها لاسيما عدم علم الزوج بالحمل مسبقاً ورضاه به ، وعلى الزوجة عند ادعاء العكس إثبات ذلك بالدليل القاطع.

فنفي الزوج حمل الزوجة منه لا يكون إلا بحكم من القاضي ، ويعتمد هذا الأخير على جميع الوسائل المقررة شرعاً وقانوناً في نفي نسب الحمل⁽⁴⁵⁰⁾.

وإذا ما أصدر قاضي شؤون الأسرة حكم يقضي بنفي نسب الولد استناداً لدعوى اللعان فإن المسؤولية الجنائية للزوج الملاحق تنتفي ، أمّا إذا لم يتوافر شروط

(448) أنظر ، بن عودة حسكر مراد ، المرجع السابق ، ص 123.

(449) أنظر ، المجلس الأعلى ، غ. آش ، 25 - 02 - 1985 ملف رقم 35934 ، مشار إليه في مرجع ، بلحاج العربي ، الوجيز في

شرح قانون...، المرجع السابق ، ص 200.

(450) أنظر ، محكمة المدية ، ث. آش ، 03 أفريل 1983 ، ملف رقم 83/180 ، ن.ق ، 1986 ، عدد 4 ، ص 84.

اللعان وتم رفض دعوى الزوج لعدم التأسيس القانوني وجب على الزوجة إعادة السير في الدعوى الجزائية ومتابعة الزوج على أساس المهجر.

وعليه فإن مسؤولية الزوج الجزائية تكون ثابتة في جريمة التخلي عن زوجته الحامل زيادة على جريمة القذف التي ارتكبها في حقها بوصفها زانية.

وحتى يتابع الزوج على أساس جنحة إهمال زوجته الحامل لا بد على هذه الأخيرة إثبات صفته باعتباره زوج لها من خلال وثيقة الزواج التي تثبت وجود الرابطة الزوجية.

ثانيا: وجود الرابطة الزوجية.

تتحدث المادة 330/ف2 عن صفة الرجل المتزوج ، وهذه الصفة كافية لقيام الجريمة بصرف النظر عن وجود الأطفال وهذه الصفة كافية لقيام الجريمة بصرف النظر عن وجود الأطفال إذ تظل الجريمة قائمة مادامت الرابطة الزوجية قائمة ، فلا بد إذا من وجود عقد زواج شرعي قانوني صحيح يربط الجاني بالضحية⁽⁴⁵¹⁾. وترفق نسخة منه بالشكوى ، لأن مجرد تقديم الشكوى من أية امرأة ضد أي رجل تزعم أنه زوجها وأنه تركها وهي حامل دون مبرر شرعي لا يكفي وحده لاثام هذا الرجل بارتكاب الجريمة، ومتابعته جزائيا إلا إذا تمكنت تبعا لذلك من تقديم وثيقة عقد الزواج المقيدة في سجلات الحالة المدنية ، وتمكنت أيضا من إثبات أن الزواج الذي يحكمه هذا العقد مازال قائما ولم يقع انحلاله بالطلاق أو بالتطليق ، ولا بأي سبب من أسباب انحلال عقد الزواج الأخرى⁽⁴⁵²⁾.

(451) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المرجع السابق ، ص 21.

أنظر ، محمد بن وارت ، المرجع السابق ، ص 172.

أنظر ، العربي بلحاج ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.ط ، 1996 ، ص 374 - 373.

(452) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 151.

- بن عودة حسكر مراد ، المرجع السابق ، ص 125.

ولكن الإشكال يثور في حالة ما إذا كان زواجهما قد أبرم بالطريقة العرفية⁽⁴⁵³⁾ وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولم يسبق أن وقع تسجيله في سجلات الحالة المدنية.

ثالثا: حالة الزواج العرفي .

تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على أنه « يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 9 مكرر من هذا القانون » وتنص المادة 22 من نفس القانون على أنه : « يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي ، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ».

وعليه فإنه لا يمكن إثبات الزواج إلا بعقد مدني وهو عقد الزواج ، وهو عبارة عن سند توثيقي يقوم بتحريره وتسجيله ضابط الحالة المدنية أو الموثق ، وتطبق في هذا الشأن أحكام قانون الحالة المدنية المتعلقة بالإجراءات في تسجيل عقد الزواج (م 71-77 ق.ج.م)⁽⁴⁵⁴⁾.

والملاحظ هو أنه بالرغم من وجود هذه النصوص القانونية إلا أن المجتمع الجزائري لا يزال يسلك الطريقة الدينية والعرفية فقط دون سواها في إبرام عقد الزواج متجاهلا أحكام القانون الوضعي في مسألة إثبات الرابطة الزوجية ، إذ يستمر الأفراد حاليا في إبرام عقود الزواج بالاعتماد على الفاتحة بحضور جماعة المسلمين التي تشهد الزواج دون اللجوء إلى البلدية لتسجيله مدنيا.

⁽⁴⁵³⁾ الزواج العرفي طبقا للقانون الجزائري هو ذلك الزواج الذي أبرم بحضور طرفي العقد وتوافرت أركانه وتم قراءة الفاتحة طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية دون أن يجر في وثيقة رسمية من قبل ضابط الحالة المدنية المختص.

⁽⁴⁵⁴⁾ طبقا للمادة 72 من الأمر رقم 70 - 20 المؤرخ في 19 فبراير 1979 المتعلق بالحالة المدنية يلزم ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه ويسلم للزوجين دفتر ، عائليا مثبتا للزواج ، وفي حالة مخالفته لذلك يكون مسؤولا جزائيا. - أنظر ، بن عبيدة عبد الحفيظ ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، ط2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2000 ، ص 107.

وطبقا لأحكام المادة 330/ف2 من ق.ع فهي تشترط وجود الرابطة الزوجية القائمة فعلا أو حكما⁽⁴⁵⁵⁾ لمتابعة الزوج عن تخليه عن زوجته الحامل فهل يمكن اعتبار الرابطة الزوجية العرفية ضمن مقصود المادة 330/ف2 ق.ع. أو بطريقة أخرى هل يعتد القانون الجنائي بمثل هذا الزواج لتطبيق نص المادة 330/ف2 ق.ع. ؟

إنّ الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي منا الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وخاصة المادة 22 منه التي اعترفت فيها المشرع صراحة بالزواج العرفي غير المسجل في سجلات الحالة المدنية ، فهذا الزواج له كيانه القانوني والشرعي ومن ثمّ تتولد عنه جميع حقوق الزوجية والتزاماتها وعليه يقع على الزوج واجب رعاية زوجته والبقاء إلى جانبها في فترة الحمل وتوفير العناية اللازمة لها وفي حالة هجر لها فإنه يكون معتديا على الحق.

ونفس الحكم مقرر في حالة إذا ما كانت سن الزوج تقل عن السن القانونية للزواج وكان صغر السن هذا هو الباعث إلى الاكتفاء بالعقد العرفي ، وكل ما يترتب على صغر السن هو خضوع الزوج الذي تعمد هجر زوجته إلى قانون الأحداث⁽⁴⁵⁶⁾.

إذا فصفة الزوجية هي ركن في الجريمة وبدونها لا يمكن للزوجة متابعة الزوج الجاني وفي حالة وجود زواج عرفي وادعاء الزوجة أنّ رجلا ما هو زوجها وأنه قد تزوجها زواجا عرفيا ، فإن القاضي الجزائي في هذه الحالة يقوم بإصدار حكم في الدعوى الجزائية يقضي بوقف الفصل في الدعوى الحالية إلى حين الفصل في الدعوى المدنية المتعلقة بإثبات الزواج العرفي.

أمّا إذا كانت الدعوى لم تصل بعد إلى جلسة المحاكمة ، فإن وكيل الجمهورية ينبه الزوجة بضرورة القيام بإجراءات التثبيت حتى تقبل شكواها.

(455) تكون الزوجية قائمة فعلا إذا ما كان الزوجان يعيشان في شكل مستمر وتم الدخول ولو انقطعت العلاقة في بعض الفترات ولو كان الزوج بعيدا عن زوجته بآلاف الكيلومترات ولا يراها إلا كل عام أو كان محبوسا أو غائبا أو مفقودا ، ولم يحكم بعد بإنهاء الرابطة الزوجية . أمّا الزوجية القائمة حكما تكون في الفترة بين عقد القران والدخول الفعلي ، ويكون كذلك في عدة الطلاق الرجعي وفي فترة الانفصال الجسماني عند غير المسلمين.

(456) أنظر ، المادة 442 من ق.ا.ج وما بعدها التي تحدد الإجراءات الجزائية التي يخضع لها الأحداث دون 18 سنة.

وفي هذه الحالة فإن مصير الدعوى الجزائية يتوقف على مدى قبول دعوى التثبيت من قبل قاضي شؤون الأسرة ، وإذا ما أصدر هذا الأخير حكم يقضي بإثبات الزواج العرفي فما على الزوجة إلا استخراج نسخة ورفقها بشكواها وفي الحالة العكسية فإن الدعوى الجزائية تسقط لعدم وجود جريمة أصلا ، ذلك أن عقد الزواج في جريمة هجر الزوجة الحامل هو ركن أساسي.

والواضح أن إجراءات المتابعة الجزائية في جريمة هجر الزوجة الحامل تكون أكثر صعوبة في حالة الزواج العرفي إذ أنها تستمر فترة طويلة جدا حتى تتمكن الزوجة الضحية من الاستفادة من الحماية الجزائية التي أقرها لها المشرع في المادة 330/ف2 ق.ع. الأمر الذي يجعلها في الكثير من الأحيان تتناسى الأمر وتتجاهله.

غير أنه إذا ثبت توفر كل العناصر مجتمعة من إهمال للزوجة الحامل لمدة شهرين دون أي سبب جدي مع علم الزوج بالحمل فإن الجريمة تكون قائمة الأمر الذي يستلزم العقاب عليها هذا الأخير الذي تشدد فيه المشرع حتى يكون أداة رادعة للزوج للكف عن أفعاله هذه.

وما يلاحظ هو أن التشريع الجزائري قد انفرد لوحده في تجريم هجر الزوجة الحامل على خلاف بعض القوانين الأخرى ، لاسيما القانون المصري والذي اكتفى بتجريم عدم تسديد النفقة الغذائية أو ما يعرف بالإهمال المادي للأسرة كما هو في القانون الفرنسي⁽⁴⁵⁷⁾.

ويتشدد المشرع الجزائري في العقاب على هذه الجريمة وذلك بأنه خصص لها عقوبة حبسية أقصاها سنة والغرامة التي لا تتجاوز 5000 دج طبقا للمادة 330/ف2 من قانون العقوبات والسبب في هذا التشديد يكشف نية المشرع في تعزيز نصوص قانون الأسرة أو بصفة أخرى تعزيز الحماية القانونية المكرسة في أحكام قانون الأسرة لاسيما المادة 74 . هذا التشديد يظهر في قساوة العقوبة مقارنة مع الفعل المرتكب وهو غياب

⁽⁴⁵⁷⁾ CF , Andre Vitu , Op.cit , P 2064 . CF , Patrice Gattegno , Op.cit , P 185.

الزوج عن زوجته في فترة الحمل ، وإن كان يظهر أنّ الفعل يبدو هينا لكن الحقيقة هو أنّ نظرة المشرع له كانت على المدى البعيد وذلك بتفادي النتائج السلبية التي يمكن أن تحدث للزوجة في هذه الفترة، نتيجة مكوثها لوحدها.

وقد قيد المشرع تحريك الدعوى الجزائية من قبل النيابة العامة في جريمة هجر الزوجة الحامل بحيث لا يجوز اتخاذ أي إجراء من إجراءات الدعوى والالتزام إلاّ بعد تقديم شكوى من الزوجة المضرورة⁽⁴⁵⁸⁾.

وأساس هذا القيد هو حماية المصلحة الخاصة قبل المصلحة العامة فحين يعلق المشرع حرية النيابة العامة في مباشرة الدعوى الجزائية على شكوى الزوجة ، إنما يهدف إلى حماية الأسرة وذلك بتغليب مصلحتها على مصلحة الجماعة ذلك أنّها قد ترى بأنّ التغاضي عن الجريمة التي وقعت عليها أقل ضررا عليها ممّا لو أثير أمرها أمام القضاء.

فلا يجوز للنيابة العامة اتخاذ أي إجراء من إجراءات المتابعة إلاّ إذا توافرت شكوى الزوجة ، فإذا حدث وقامت النيابة العامة بأي إجراء ، فإن تحريك الدعوى الجزائية وكل الإجراءات التي باشرتها تكون باطلة بطلانا مطلقا وذلك لتعلقها بالنظام العام⁽⁴⁵⁹⁾.

وعليه فتقديم الزوجة الشكوى عقب اتخاذ النيابة العامة للإجراءات القانونية لا يصحح هذه الإجراءات لأن استلزام تقديم الشكوى هو أمر متعلق بالنظام العام⁽⁴⁶⁰⁾.

ولذلك يجوز الدفع ببطلان الإجراءات لأول مرة أمام المحكمة العليا كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وفي هذه الحالة يكون الحكم بعدم قبول الدعوى وليس بالبراءة لأن أركان الجريمة متوافرة ، وإنما ينقصها فقط شرط من شروط المتابعة وهو تقديم الشكوى⁽⁴⁶¹⁾.

(458) أنظر ، محمد بن وارت ، المرجع السابق ، ص 172 ، بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات في القانون... ، المرجع السابق ، ص

374.

– أنظر ، عبد السلام مقلد ، المرجع السابق ، ص 18.

(459) أنظر ، عبد السلام مقلد ، المرجع السابق ، ص 18.

(460) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام... ، المرجع السابق ، ص 21 – 22.

(461) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام... ، المرجع السابق ، ص 21 – 22.

وفعل الإهمال داخل الأسرة لا يشمل أحيانا فقط الزوجة الحامل بل يتعداه أحيانا إلى الأولاد وذلك بتركهم وإهمالهم ماديا ومعنويا وتعريض صحتهم للخطر.

الفرع الثاني : إهمال الأطفال .

يشكل الأطفال ثمرة الزواج وأساس مستقبل الأسرة لذا أوجبت جل تشريعات العالم ضرورة الاهتمام بالأبناء وذلك سواء من الناحية المادية بالإتفاق عليهم أو من الناحية المعنوية والنفسية ، وكل إخلال بذلك من شأنه أن يرتب المسؤولية الجزائية للوالدين اللذين يتسببان في إهمال أبنائهما وعليه سنتعرض إلى الإهمال المعنوي للأبناء وترك طفل في مكان خالي دون رعاية وتعريضه للخطر.

أولا: الإهمال المعنوي للأبناء .

إن الرعاية المعنوية للأسرة تشمل الاهتمام بالجانب النفسي لأفرادها وذلك من خلال إقامة العلاقات الأسرية على أساس الحب والمودة والعطف والحنان والتضحية في سبيل مصلحة الجماعة الأسرية وتفضيلها على مصلحة الفرد.

وتؤكد الدراسات الاجتماعية والنفسية أن تجارب التعلم الأولى للأطفال في التنشئة المبكرة تؤسس أنماط سلوك وعادات وتصورات تتسم بالديمومة ، والتأثير في استجابات الفرد عند النضج⁽⁴⁶²⁾. وعلى ذلك فالعامل الأسري يشكل جانب كبير من الأهمية في توجيه سلوك الأبناء سواء نحو الاستقامة أو نحو الانحراف لتعلق ذلك بظروف معيشتهم وتربيتهم⁽⁴⁶³⁾.

وقد ورد في الحديث أن رسول الله ﷺ قال : « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه »⁽⁴⁶⁴⁾ وأهم عاملين يدفع الأبناء إلى إهمالهم معنويا هما التفكك الأسري والانحيار الخلقي للأسرة ، أو سوء تعليمها للطفل ، وهذا ما أراد

(462) أنظر ، قيس النوري ، المرجع السابق ، ص 166 – 167.

– أنظر ، دنيا محمد صبحي حسن ، المرجع السابق ، ص 88 – 89.

(463) أنظر ، أبو حامد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج8 ، دار النفائس ، بيروت ، 2007 ، ص 25.

(464) أنظر ، المرجع السابق ، ص 25 – 26.

– أنظر ، محمد عاطف غيث ، علم الاجتماع ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 ، ص 142.

المشرع أن يشمل من صور لكي يرتب الجزاء على الفاعل ، من خلال تحديده لأعمال الإهمال المبينة في المادة 330 فقرة 03 من قانون العقوبات.

I- تحديد أعمال الإهمال المبينة في المادة 330/فقرة 3 قانون عقوبات.

جرمت المادة 330/ف3 ق.ع. أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده كلهم ، أو أحد منهم أو أكثر أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أولا لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها . يقابل هذه المادة الفصل من 482 من القانون الجنائي المغربي⁽⁴⁶⁵⁾. والمادة 227/فقرة 17 من ق.ع. الفرنسي⁽⁴⁶⁶⁾.

لقد حددت المادة 330 المذكورة سابقا الأفعال التي يرتكبها الوالدين والتي تشكل إهمالا معنويا ، هذه الأفعال تتخذ طابعين طابع مادي كسوء المعاملة وإهمال الرعاية وأعمال ذات الطابع أدبي كالمثل السيئ وعدم الإشراف. فالمشرع يعاقب الأب أو الأم الذي يقصر في أداء التزاماته وواجباته اتجاه أولاده أو أحد أولاده رغم مساكنته أو معاشرته لهم ، فخلافا لنص المادة 330/فقرة 01 ، لا يعاقب المشرع واجب المساكنة بل نص هنا على مفهوم مجرد للإهمال ويعني مصطلح إهمال : ترك البيت أي ترك الإقامة الأسرية ، وهكذا نجد أنفسنا أمام مسألة إهمال بدون مغادرة الإقامة⁽⁴⁶⁷⁾ لأن المشرع الجزائري اختار مفهوم الإهمال في معناه الواسع.

وعليه فالجريمة تقوم متى ارتكب الجاني أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 330/فقرة 03 وأهمها سوء معاملة الطفل كضربه أو قيده إن كان صغيرا كي لا يغادر البيت أو تركه في البيت بمفرده والانصراف إلى العمل ، وهذا يعد تعسف من الوالدين

⁽⁴⁶⁵⁾ أنظر ، مدونة القانون الجنائي المغربي.

⁽⁴⁶⁶⁾ ART 227/17 du code pénale Français.
- CF , André Vitu , Op.cit , P 1689.

⁽⁴⁶⁷⁾ أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 154.

وانتهاك للواجبات الناشئة عن الأبوة أو الأسرة فهي إذا جنحة تقرر ارتكاب فعل إيجابي ملموس يمكن إثباته بجميع الوسائل من شهادات طبية ، ومحاضر رجال الأمن وغيرها .
 أمّا عن إهمال الرعاية فيشمل عدم عرض الولد المريض على الطبيب أو عدم تقديم الدواء له على نحو ما وصفه الطبيب له أو عدم اقتناء الدواء اللازم له (468).

كما تشمل الجريمة إعطاء الوالدين للأبناء القدوة والمثل السيئ والتقصير في الإشراف الضروري ، كإدمان الوالدين على السكر وتناول المخدرات ، والقيام بالأعمال المنافية للأخلاق وهذا كله تعبير عن التقصير في أداء الواجبات المترتبة على واجب الحضانة والتربية، وهو يشكل فعل سلبى لجريمة سلبية تتحقق بالامتناع عن القيام بالواجب المفروض اتجاه الأبناء.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع ، قد تدخل للوقاية من سوء معاملة الأطفال بموجب الأمر رقم 03-72 المؤرخ في 10 فبراير 1972⁽⁴⁶⁹⁾ . والمتعلق بحماية الطفولة والمراهقة المعرضين للخطر المعنوي ، مع العلم أنّه لم يشترط القصد الجنائي لقيام هذه الجريمة ، باعتبار أنّ هذه الجريمة وخطورة أثارها تقتضي حتماً أن يكون الجاني واعياً بخطورة تقصيره في أداء واجباته العائلية.

إنّ تجريم المشرع لهذه الأفعال إنما هو راجع لخطورة ذلك على الأبناء باعتبارهم مستقبل الأسرة والمجتمع نظراً لما تخلفه هذه الأفعال من أثار مضرّة بهم.

II- الأضرار المترتبة على الإهمال المعنوي للأبناء.

إن من أهم الآثار المترتبة على هذه الجريمة هو وجود أسرة غير مترابطة نتيجة الخصامات المستمرة بين الزوجين ممّا يجعلهما يصرفان الاهتمام بخلق أبناءهم وتوجيههم ، أو أن يكون هناك فراق بينهما نتيجة الطلاق أو ديمومة الغياب فينعدم الإشراف

(468) أنظر ، دنيا محمد حسين صبحي ، المرجع السابق ، ص 90 - 91 .

- أنظر ، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر ، المرجع السابق ، ص 257 - 258 .

(469) إنّ المادة الأولى من الأمر 03/72 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة قد نصت على أنّ القصر الذين لم يكملوا 21 سنة وتكون أخلاقهم أو تربيتهم أو صحتهم عرضة للخطر ، أو الذين يكون وضع حياتهم أو سلوكهم مضراً بمستقبلهم يمكن أن يخضعوا إلى تدابير الحماية والمساعدة التربوية.

الضروري نتيجة لذلك ، فينعكس ذلك بالسوء على الحدث نتيجة الإهمال المعنوي للابن، فالابن الذي يفتقد الاهتمام المعنوي فيه ، سرعان ما يسلك سبيل الجريمة نتيجة انغماسه في وسط سيء دون انتباه أحد له.

ومن بين الآثار أيضا أن ينشأ جيل من الأبناء يطبعه طابع العنف ، كأسلوب من أساليب الحلول للمشاكل التي قد يواجهها في حياته وهذا يقوده لمواجهة الكثير من التحديات حين يتجه لعلاج أي موضوع يتطلب علاجه ، وذلك ينعكس سلبا على كل حالاته ، بالإضافة إلى أن ذلك يبنى نفسيته على الضغينة والحقد اتجاه من كان سببا في إهماله بل يتعدى الأمر إلى إيذاء الآخرين ولاسيما عندما لا يستوعب دوافع لإهماله اتجاهه أو حين يجد الآخرين لا يفهمون حالته⁽⁴⁷⁰⁾.

وكأثر آخر فإن هذا الإهمال المعنوي للابن يخلق في داخله عامل الخوف والرغبة من أفراد المجتمع فينعكس ذلك سلبا في اتخاذ قراراته ، بفعل هذا العامل الذي يقوده ربما إلى الانحراف في سلوكاته المستقبلية وبالتالي تعريضه للخطر⁽⁴⁷¹⁾.

ويجدر التذكير أن القانون الوضعي لم يصل إلى حد تطبيق هذه الجنحة لأن عقلية القضاة غير مهينة بعد لذلك كما أن العادات والتقاليد والشروط الحياتية لا تسمح بذلك. كما أن هذه الجريمة تثير إشكال هام وصعوبة في إثبات الأفعال التي تشكل إهمالا معنويا للأولاد.

ثانيا: ترك الطفل في مكان خالي وتعريض حياته للخطر.

من أهم الجرائم التي تقع داخل الأسرة والتي من شأنها الإضرار بنظام الأسرة. ولاسيما الأبناء نجد إهمال الأطفال بتركهم وتعريض صحتهم وحياتهم للخطر ويزداد الأمر خطورة إذا ما تم تركهم في مكان خالي بحيث يصبح تعريض حياتهم للخطر أمرا وشيكا.

(470) أنظر ، محمد عاطف غيث ، علم الاجتماع ، المرجع السابق ، ص 142.

(471) أنظر ، دنيا محمد صبحي ، المرجع السابق ، ص 91.

I- ترك الطفل في مكان خالي .

يجرم المشرع الجزائري ترك الطفل مهما كان نوع المكان الموجود فيه سواء كان مكانا أهلا بالناس أو كان مكانا خاليا وهذا ما تضمنته المادة 315 ق.ع. والمادة 317 ق.ع يقابل هذه المواد المادة 227 فقرة 15 من القانون الجنائي الفرنسي⁽⁴⁷²⁾ فالمشرع يعاقب على مجرد الترك باعتباره يشكل خطرا بالنسبة للطفل.

فالترك هو العمل الشكلي للتخلي عن الطفل دون حاجة إلى البحث عن الحالة ، التي كان عليها الضحية ولا عن الوسيلة التي تم نقله بواسطتها⁽⁴⁷³⁾. فالمشرع يعاقب على تعريض الطفل أي التخلي عنه باعتباره عملا ينافي التزام التربية والتنشئة الواقع على عاتق الوالدين كما أن القانون يحمي صحة الأطفال ويعاقب على تعريضها للخطر⁽⁴⁷⁴⁾.

هذه الجريمة وثيقة الصلة بجريمتين أخريتين من حيث تشابه أركانها ، فلها ارتباط بجريمة حرمان القصر من العناية والغذاء المنصوص والمعاقب عليها بنص المادة 269 ق.ع

(472) CF , Florence Laroche – Gisserot , les droits de l'enfant , éd Dalloz , Paris , 1996 , P 80.

- CF , Patrice Gattegno , op.cit , P 182 – 1984.

(473) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 178.

(474) يختلف معنى التربية ومفهومها باختلاف ميادين الدراسة الاجتماعية والتربوية والنفسية والحضارية والأنثروبولوجية ، في نظرها للفرد والمجتمع فعلى مر العصور استخدم الإنسان مصطلح « التربية » للدلالة على مجموعة الأفعال المتعلقة بمستقبله واستمراريته ، فقد استخدم هذا المصطلح للإشارة إلى التنمية والغذاء والزراعة... إلخ ولكن المفهوم المعاصر للتربية ينحصر في مجموع الأفعال الواعية الهادفة إلى تكوين الإنسان ودفعه نحو التطور والارتقاء ومعنى التربية لغة : ربا : بي جوار بواو راب الرابي مربو : المال زاد ونما – الولد نشأ وترعرع.

اصطلاحا : هي عبارة عن وسيلة مدبرة يقصد بها الكبار إعداد النشء إعدادا جسميا وعقليا وأدبيا ودقيا وروحيا بغرض تهيئتهم تهيئة صالحة لأنفسهم ولتجتمعهم ، ويقول : جون ديوي « إذا رجعنا إلى أصل كلمة تربية « *éducation* » اللغوي وجدنا أن معناها مجرد عملية القيادة والتنشئة وعرفها إمانويل كانط *Kant* « التربية هي الترقية لجميع أوجه الكمال التي يمكن ترقيتها في الفرد » والتربية هي مساعدة الإنسان في إعداد نفسه جسميا وعقليا وخلقيا إعدادا يجعله مؤهلا للقيام بالمهام التي تنتظره في الحياة والتلاؤم مع البيئة الطبيعية والاجتماعية.

أنظر ، عيسى العباسي ، التربية الإبداعية في ظل المقاربة بالكفاءات ، دار الغرب ، وهران ، 2006 ، ص 11 – 12.

أما لفظة التنشئة فتعتبر من أهم العناصر الاجتماعية التربوية ، بل أن لفظة التنشئة في المفهوم التربوي هي صلب التربية ومعناها الاصطلاحي فالتربية هي التنشئة والتنمية ، وهذه الصلة بين المرادفين للتربية والتنشئة تعطي أهمية بالغة للتنشئة الاجتماعية في العملية التعليمية والتعلمية.

فالتنشئة هنا هي تربية الفرد وتعليمه وتوجيهه وتنقيفه ، والإشراف على سلوكه وتلقينه لغة الجماعة التي ينتمي إليها وتقاليدها وأعرافها وسنن حياتها ، والخضوع لمعاييرها وقيمتها والرضا بأحكامها ، وتطبيعها بطباع الجماعة المحيطة وتمثيله سلوكهم العام.

- أنظر ، الزبير بن عون ، التنشئة الاجتماعية ، ماهيتها نظرياتها ومؤسستها ، 2009/11/05 ، <http://www.educa-un.com>

كما تدخل أيضا ضمن الجرائم الموجهة ضد رعاية الطفل ، وتتوسط جريمتي عدم تسليم الطفل وتحويله المنصوص عليهما بالمادتين 327 ، 328 من قانون العقوبات . ويشترط أن يكون التارك أبا أو أما للمتروك ويتحدد هذا الشرط من خلال الجزاء المقرر بالنظر لصلة الجاني بالجاني عليه بالإضافة إلى أن يكون ترك الطفل في مكان خالي ، إذ يشترط لتطبيق المادة 315 من ق.ع ترك الطفل في مكان خال قصد التخلص منه .

وتتحكم في تحديد المكان الخالي عدة عوامل ، يأتي العامل الجغرافي على رأسها وتليه الظروف ، وأخيرا حظوظ إنقاذ الطفل . فالمكان الخالي هو المكان الذي لا يوجد فيه الناس ولا يطرقونه عادة بما يحقق عدم مساعدته أو إسعافه من الضرر أو الخطر الذي يمكن أن يعترضه . إلا أن بعض الفقه يرى أن المادة 314 من قانون العقوبات لم تعتبر مكان ترك الطفل سواء في مكان خال أم لا شرطا أو ركنا من أركان الجريمة ، بل هي مجرد ظروف مكانية تؤثر في العقوبة بالتشديد ، أو بالتخفيف ولا أثر لها على قيام الجريمة⁽⁴⁷⁵⁾ . وهذا ما تؤكد المادة 316 من ق.ع التي تعاقب على ترك الطفل وتعريضه للخطر في مكان غير خال من الناس ، ولكن بعقوبات أخف من تلك المقررة في المادة 314 من قانون العقوبات التي تعاقب على ترك الأطفال وتعريضهم للخطر في مكان خال من الناس . وتجدر الإشارة أنه لقيام هذه الجريمة لابد من توافر القصد الجنائي ، وخروج عنه القاعدة العامة باعتماد القصد الجنائي كمعيار لتحديد العقوبة ، فقد اعتبر المشرع أن النتيجة المترتبة عن الفعل هي المعيار المحدد لدرجة العقوبة نظرا لطبيعة هذا النوع من الجريمة باعتبارها تستهدف حياة وصحة الطفل بتعريضها للخطر .

(475) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المرجع السابق ، ص 33 - 34 .

- أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 182 .

II- تعريض الطفل للخطر .

إنّ جرم ترك الأبناء وتعريضهم للخطر يعد ترجمة لعدم توفر صلات عاطفية تربط بين كل من أطراف الحياة الزوجية والأسرية ، وأيضاً انعدام تكامل الأسرة من حيث توحد الاتجاهات والمواقف بين عناصرها ومن حيث التماسك ، والاتجاه نحو غايات وأهداف واحدة ، لدرء أي طارئ خارجي يهدد كيان الأسرة أو ينال من عناصرها⁽⁴⁷⁶⁾. وأنّ نقص الوعي بالصلات العاطفية يكون حتماً ناتجاً عن النقص في التربية ، الذي أصبح عاملاً أساسياً يتعين أخذه بعين الاعتبار في علم الإجرام⁽⁴⁷⁷⁾.

ومن بين نتائج انعدام هذه الصلات أن يشعر الابن بعدم تقدير عضويته في جماعته الأسرية وتنمو بالتالي عنده اتجاهات العصيان ويصبح متأثراً بالرغبة في الانتقام مما يشكل عاملاً لانحراف وإجرام الابن⁽⁴⁷⁸⁾.

فأمام انعدام هذا العامل العاطفي خاصة في علاقة الأباء مع الأبناء في صورة فعل ترك الأبناء وتعريضهم للخطر ضمن المشرع قانون العقوبات بالمادتين 314 و 316 ، بتشديد العقاب وتحديد كل العناصر المكونة للجريمة ، وكل أنواع الحالات التي يمكن أن تنتج عن فعل ترك الولد وتعريضه للخطر في مكان خال أو غير خال من الناس.

ويتحقق التعريض للخطر بترك الطفل أمام باب ملجأ وكذا في حق من يترك طفلاً في مكان ما ولو تم ذلك على مرأى الناس ، كما قضي في فرنسا بقيام هذه الجريمة في حق أم تركت ولدها عند أحد الأشخاص على أن تعود إليه فاختلفت ولم تعد إليه.

ويمكن وصف هذه الجريمة بأنها تهرب من الالتزامات المترتبة على الحضانة.

والجدير بالذكر أنّ المادة 315 و 317 قد تشددت في العقوبة كلما كان الفاعل أو المتهم مرتكب الجريمة له صفة الأب أو الجد أو أحد أصول الولد المتروك المعرض للخطر

⁽⁴⁷⁶⁾ أنظر ، أحمد يحيى عبد الحميد ، الأسرة والبيئة ، المكتب الجامعي الحديث ، بدون دار نشر ، الإسكندرية ، 1998 ، ص 55.

⁽⁴⁷⁷⁾ CF , KALFAT Choukri , transformations sociales et violence intrafamiliale , conférence publiée à la revue de la faculté des lettres et des sciences humaines et des sciences sociales , département de sociologie , université de Tlemcen , numéro spécial , Décembre 2003.

⁽⁴⁷⁸⁾ أنظر ، محمد عاطف غيث ، علم الاجتماع ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1974 ، ص 143.

- فتشدد العقوبات ضد الأصول ، أو من لهم سلطة على الطفل أو من يتولون رعايته وذلك برفع العقوبات المقررة قانوناً درجة واحدة فتكون العقوبات كما يلي :
- ❖ الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في حالة ما إذا لم ينشأ عن الترك أو التعويض للخطر مرض أو عجز.
 - ❖ الحبس من 05 إلى 10 سنوات في حالة ما إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوماً.
 - ❖ السجن من 10 إلى 20 سنة في حالة ما إذا حدث للطفل مرض أو عجز أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.
 - ❖ والسجن المؤبد إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت.

المبحث الثاني : ضمان حق الطفل في التواصل بأسرته .

بما أن الطفل يعد محور الأسرة والطرف الضعيف فيها، أوجبت جل التشريعات العالمية⁽⁴⁷⁹⁾ ضرورة الاهتمام بالأبناء وذلك سواء من الناحية المادية بالإنفاق عليهم أو من الناحية المعنوية والنفسية، فالرعاية المعنوية والنفسية للطفل تشمل زيادة على الاهتمام النفسي بالطفل وذلك يجعل العلاقة بين الآباء والأبناء تقوم على أساس روابط المحبة والمودة وتحقيق المصلحة العامة واستبعاد المصلحة الذاتية الخاصة لأحد الوالدين ، حماية كل الروابط الأخرى التي من شأنها تكريس فكرة اتصال الطفل بأسرته ، وذلك من خلال احترام هويته التي تحدد مركزه القانوني وأساس تواصله بأسرته فقد يتعرض هذا الطفل إلى جرائم متعددة تستهدف عدم وجوده ضمن نطاق أسرته

فالقانون الطفل لا يحمي الطفل بعد ميلاده فقط وإنما اهتم بفترة ميلاد في حد ذاتها باعتبارها فترة هامة لإثبات الشخصية القانونية لهذا الشخص بوصفه أحد أفراد الأسرة ومستقبلها ، لذا ألزم القانون الوالدين باحترام الحقوق المدنية للطفل الحديث العهد بالميلاد لاسيما تلك المتعلقة بالحالة المدنية⁽⁴⁸⁰⁾. فالمشرع اهتم بالطفل منذ لحظة الميلاد حتى مرحلة بلوغه سن الرشد وذلك ليس فقط ضد الغير بل حتى ضد المقرين له كوالديه ، غير أنه أحيانا قد تتعرض العلاقة الزوجية إلى الانحلال فيضطر القاضي مراعاة لمصلحة الأطفال إلى إسناد حضانة الأبناء إلى أحد الوالدين مراعيًا في ذلك أحكام المادة 62 و64 وما بعدها من قانون الأسرة⁽⁴⁸¹⁾.

⁽⁴⁷⁹⁾ تشكل اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لسنة 1989 أداة ملزمة قانونية للدول المتعاقدة والمصادقة على الاتفاقية بإدراج أحكامها في قوانينها الداخلية. ،

⁽⁴⁸⁰⁾ CF , Florence Laroche – Gisserot , Op.cit , P 18 – 19.

⁽⁴⁸¹⁾ طبقا للمادة 62 من قانون الأسرة فإن الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومعنى الحضانة كذلك أنها تحمل لفظا معنى جسدي عاطفي محض لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية بمعنى أنها خدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل وتلبية حاجاته المادية كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه فضلا عن العناية النفسية كضمه للصدر والحديث معه ومداعبته : أنظر ، حميدو زكية ، المرجع السابق ، ص 92.

وبموجب هذا الحكم تترتب التزامات في ذمة الحاضن وحقوق وكل مخالفة لها تعرضه إلى المسؤولية المدنية والجزائية.

المطلب الأول : الاعتداء على هوية الطفل ونسبه .

قد يتعرض الطفل خلال طفولته إلى جرائم متعددة تستهدف عدم وجوده ضمن نطاق أسرته ، وبما أنّ الطفل بسبب عدم نضجه البدني والعقلي يحتاج إلى إجراءات وقائية ورعاية خاصة بما في ذلك حماية قانونية مناسبة ، لذلك حاولت القوانين تأمين هذه الحماية في نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له وذلك بتجريمها كل ما يمس شخص الطفل وهويته ، فالإنسان يتميز عن باقي المخلوقات بأنه يحتاج لهوية قانونية وذلك حتى يستطيع أن يعيش طبيعياً ، ومكونات هذه الهوية هي الاسم والنسب والجنسية ، فقد ألزم المشرع بضرورة تسجيل هوية الطفل في سجل رسمي معتبرا كل تحريف في الهوية فعلاً مجرماً⁽⁴⁸²⁾. في حق الطفل والأسرة باعتبار أنّ الطفل المجنى عليه عنصر هام لوجود الأسرة ومربط وثاقها.

ويقصد بهوية الطفل كل ما يتعلق بشخصيته القانونية المدنية في جانبها الشخصي لا المالي كالاسم والنسب والجنسية وقد ذكرت مجلة حماية الطفل التونسية في فصلها الخامس مشتملات هوية الطفل التي هي الاسم واللقب والنسب والجنسية⁽⁴⁸³⁾. والاعتداء على هوية الطفل يشمل كل الأفعال التي تحول دون التحقق من شخصية الطفل كإخفاء نسبه أو عدم التصريح بميلاده أو وفاته... وسنستعرض لكل فعل على حدى.

الفرع الأول : الخيلولة دون التحقق من شخصية الطفل .

إن الحق في الانتساب لأسرة لا يتوقف مداه عند حمل اسمها ، وإنما يتعداه إلى مجموعة حقوق يكتسبها الطفل بمجرد ولادته ويتحملها الأبوان وعلى رأسها حقه في

(482) أنظر ، المادة 61 و62 من قانون الحالة المدنية الجزائري والمادة 442 من ق.ع/فقرة 03.

(483) نص الفصل 05 من مجلة حماية الطفل التونسية على ما يلي « لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته ، وتشمل الهوية الاسم واللقب

العائلي وتاريخ الولادة والجنسية » - أنظر ، مجلة حماية الطفل التونسية . <http://www.jurispedia.org>

الأبوة والأمومة وهذه الأخيرة بدورها تتركس حقه في انتسابه إليهما وعليه جرم المشرع كل فعل من شأنه الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل ، كإخفاء سن الطفل المولود حيا أو عدم تسليم جثة الطفل حديث العهد بالميلاد.

أولاً: إخفاء نسب الطفل المولود حيا .

ويتعلق الأمر هنا بالطفل ، أي ذلك القاصر غير المميز الذي لم يبلغ 13 سنة طبقا للمادة 42 من القانون المدني . ويشمل الركن المادي لهذه الجريمة أربعة أشكال من الأفعال والتي تتمثل في نقل الطفل أو إخفائه أو استبداله بطفل آخر أو تقديمه على أنه ولد لامرأة لم تضع بغية نسبه لها⁽⁴⁸⁴⁾.

فالنقل يكون ويتحقق بإبعاد الطفل عن المكان الذي كان يوجد به ونقله إلى مكان آخر ، وقد يشكل هذا الفعل أيضا الجنحة المنصوص عليها في المادة 326 ق.ع. أما إخفاء الطفل فتتجلى صورته في قيام شخص بخطف الطفل على أن يتولى غيره تخبئة الطفل وحجبه وتربيته خفية أو سرا في ظروف يستعصي معها إثبات الحالة المدنية للطفل.

والشكل الثالث الذي يتحقق بموجبه الركن المادي لهذه الجريمة هو استبدال طفل بطفل آخر ويتمثل في إحلال طفل بعدما وضعته أمه محل طفل وضعته امرأة أخرى حتى لا يأخذ نسبه الأصلي⁽⁴⁸⁵⁾.

ورابعا تقديم طفل على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك بغية نسبه لهذه الأخيرة. فالسلوك الإجرامي يتوافر في حق الجاني ، إذا قام بأي عمل من هذه الأعمال وحقق النتيجة التي كان يهدف إليها بالذات⁽⁴⁸⁶⁾. فيجب أن تتوافر الرابطة السببية بين

(484) أنظر ، جندي عبد الملك ، المؤسسة الجنائية ، المجلد 3 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دون سنة ، ص 251.

أنظر ، محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 65.

أنظر ، رينه غارو ، ترجمة لين صالح مطر ، موسوعة قانون العقوبات العام والخاص ، المجلدين 06 و07 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، د.س ، ص 236 - 237.

(485) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 169.

(486) أنظر ، رينه غارو ، المرجع السابق ، ص 237.

السلوك الإجرامي الذي تم على صورة نقل أو إخفاء أو استبدال أو تقديم الطفل للغير ، والنتيجة التي تحققت أي أن يكون بينهما علاقة السببية ، وتعتبر رابطة السببية قائمة إذا كانت النتيجة التي حصلت محتملا توقعها.

وما يلاحظ هو اتجاه إرادة المشرع إلى تثبيت الجرم على فاعله من خلال الصور التي سردها ، لكي تشمل أكبر مجال مشمول بالحماية ، بالإضافة إلى أنه اعتبر علاقة السببية قائمة إذا كانت النتيجة محتمل وقوعها وليست مؤكدة خلافا لتطبيق القواعد العامة في ترتيب المسؤولية الجزائية والتي اشترط فيها تأكيد حصول النتيجة.

يضاف إلى كل هذه الأفعال إثبات أن الوالدة وضعت حملها وأن الطفل ولد حيا وأنه لم يسلم لمن له الحق في المطالبة به فعلى الوالدة تقديم شكوى وأن تثبت بأنها ولدت طفلا وأنه ولد حيا.

كما يشترط أن يكون الفعل الذي قام به الجاني من شأنه أن يعرض نسب الطفل للخطر بغية عدم التحقق من شخصيته وبالتالي إخفاء نسبه ، وفي حالة ما إذا تم نقل الطفل أو إخفائه أو استبداله بطفل آخر دون إخفاء شخصيته الحقيقية أي نسبه ، فلا مجال لقيام الجريمة إذ تطبق في هذا المجال المادة 326 من ق.ع⁽⁴⁸⁷⁾. لأن الأمر هنا يتعلق بالنسب الذي هو مجال الحماية ، وعلى هذا الأساس لا تقوم هذه الجريمة في حالة التصريح الكاذب للحالة المدنية بنسب طفل خيالي كأن تصرح امرأة أنها ولدت طفلا وهي لم تلد أصلا ، هنا تكون أمام التصريح الكاذب أمّا الجريمة الأخرى فلا تتحقق⁽⁴⁸⁸⁾.

وحتى تكتمل كل أركان الجريمة يجب أن يكون الطفل قد ولد حيا أو قابلا للحياة ، وعلى النيابة العامة إثبات ذلك وإذا لم تثبت ذلك فتكون أمام جريمة أخرى هي عدم تسليم جثة طفل ولا يشترط أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة لأن المادة 321 تحدثت عن الطفل كما لا يهم إن كان الطفل شرعيا أو غير شرعي.

(487) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق ، ص 41.

(488) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 169 - 170.

وهذا كله للحكمة التي رغب المشرع في تأكيدها من خلال توسيع مجال الحماية لأي صورة أو أي شكل للسلوك المادي وحتى صفة الطفل ووضعها ، مع انتماء الفرد منذ طفولته إلى أسرة هو أمر مهم في استقراره النفسي ونمو الانفعالي فأبي مساس بنسبه وفق تلك الصور يؤدي حتما إلى المساس بنمو الطفل النفسي والانفعالي⁽⁴⁸⁹⁾.

ويتوافر القصد الجنائي لهذا الفعل متى ارتكبه الجاني عن علم ، وبما أن الجريمة تتكون من أفعال أو طرق مختلفة ترتكب على شخص طفل حديث العهد بالولادة ومن شأنها المساس بنسب هذا الطفل ، فالقصد الجنائي يعتبر متوافرا متى ارتكب الجاني هذه الأفعال المادية عن قصد. ومتى كان لديه هذا العلم فلا يمكنه أن يجهل الضرر الذي يلحق هذا النسب لأنه نتيجة حتمية للفعل المادي الذي ارتكبه⁽⁴⁹⁰⁾.

ثانياً: عدم تسليم جثة طفل حديث العهد بالولادة .

هذا الفعل جرمه المشرع في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 321 ق.ع وهنا يتعلق الأمر بطفل لم يولد حيا أو لم يثبت أنه ولد حيا. فلا تقوم الجريمة إلا إذا بلغ الجنين 180 يوما على الأقل أو 06 أشهر وإلا كان الفعل إجهاضا . وذلك طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة والتي تنص على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها 10 أشهر . وعليه يجب أن لا يكون الطفل قد ولد حيا ومن ثم يجب أن يكون ولد ميتا أو لم يثبت أنه ولد حيا ، والأمر هنا لا يتعلق بحماية نسب الطفل وإنما بشخصية الطفل⁽⁴⁹¹⁾ ويأخذ هذا الفعل صورتين :

(489) بمناسبة التعليق على وثيقة الأمم التي كانت بعنوان « عالم حدير بالأطفال » وقد جاءت أهم الاعتراضات على مضمون الوثيقة يدعو إلى تمكين الطفل بشكل ينافي فطرته ويخرجه كليا عن سلطة الوالدين وإضافة إلى أن كلمة الأسرة في الوثيقة تكاد تكون معدومة بحيث تصبح مرجعية الطفل هي الدولة نفسها ، ما يعني اختفاء دور الأسرة في حياة الطفل . أنظر ، ليلى أحمد الأحمد : www.eyoon.com

(490) أنظر ، جندي عبد الملك ، المرجع السابق ، ص 256.

(491) أنظر ، جندي عبد الملك ، المرجع السابق ، ص 257.

1- الصورة الأولى :

إذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا وهي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 321 ق.ع ويقابلها الفقرة 01 من الفصل 470 من قانون العقوبات المغربي ، وفي هذه الصورة يكون الطفل قد أخفي.

فالقانون يشترط طبقا لقانون الحالة المدنية الإعلان بالولادة حتى يتمكن المجتمع من حماية الطفل ، وتقوم الجريمة بمجرد إخفاء جسم الطفل ، ولا يهم إن دل الجاني فيما بعد عن مكان إخفاء الجثة.

فالجريمة تقوم إذا لم تثبت النيابة العامة أن الطفل قد ولد حيا.

2- الصورة الثانية:

إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا وهي الصورة المنصوص عليها في الفقرة 03 من المادة 321 ق.ع وهنا تقوم الجريمة إذا أثبت الجاني أن الطفل ولد ميتا⁽⁴⁹²⁾. يقابلها نص الفصل 470 فقرة 02 من قانون العقوبات المغربي ، وعلى العموم فالجريمة في كلتا صورتها تتطلب اتجاه إرادة الجاني إلى الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل . والجدير بالذكر أن نص المادة 321 من ق.ع الجزائري في نسخته العربية لم يرد دقيقا والذي كان على النحو التالي : « يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته...» يقابلها الصياغة بالنص الفرنسي كالتالي :

« ceux qui , sciemment dans les conditions de nature à rendre impossible son identification , déplacent un enfant , ou lui substituent un autre enfant , on le présentent matériellement comme né d'une femme qui n'a pas accouché , sont punis de la réclusion de cinq à dix ans... »

وعليه فالصياغة الصحيحة استنادا إلى النسخة الفرنسية فتكون كالاتي :

«...وذلك في ظروف من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصيته (الطفل) ».

(492) أنظر ، رمسيس ببنام ، المرجع السابق ، ص 49.

فمن خلال ما سبق ذكره نخلص إلى أنّ المشرع حاول تجريم كل سلوك ماس بشخصية الطفل ، من خلال تحديد هذه السلوكات وتوفير الحماية للطفل وذلك بإقرار الجزاء المناسب حسب درجة جسامة الفعل.

الفرع الثاني : عدم التصريح بميلاد الطفل .

تعتبر واقعة الميلاد من الأمور الهامة في تحديد هوية وشخصية الطفل وعليه فإن أي مخالفة لإقرار هذه الواقعة من شأنه أن يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ، وعليه اهتم المشرع الجزائري كغيره من مشرعي الدول ولاسيما التشريع المغربي والقانون الفرنسي⁽⁴⁹³⁾ بهذه المسألة وذلك في نص المادة 442 فقرة 03 من قانون العقوبات.

إنّ عدم التصريح بواقعة الولادة يشكل مخالفة لنص المادة 61 من ق.ج.م التي أحالت لنص المادة 442 ق.ع فقرة 03⁽⁴⁹⁴⁾. التي جاء في نصها أنّ كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون خلال الموعد المحدد يعاقب بالسجن من 10 أيام إلى شهرين وبغرامة من 100 إلى 1000 دج.

⁽⁴⁹³⁾ جرم المشرع الفرنسي هذا الفعل في نص المادة 645 فقرة 04 من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 645 فقرة 05 من نفس القانون:

ART. R 645 – 4 : « le fait , par une personne ayant assisté a un accouchement , de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 56 du code civil dans les délais fixés par l'article 55 du même code est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^{ème} classe »
ART. R 645 – 5 : « le fait , par une personne ayant trouvé un enfant nouveau-né , de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 58 du code civil ou , si elle ne consent pas à se charger de l'enfant de ne pas le remettre à l'officier d'état civil , est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^{ème} classe » code pénale Français.

ينص الفصل 468 من القانون الجنائي المغربي على ما يلي :

« الأب وعند عدم وجوده ، الطبيب أو الجراح أو ملاحظ الصحة أو الحكيم أو المولودة أو القابلة أو أي شخص آخر حضر الولادة أو وقعت بمحله ، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرون إلى مائتي درهم ، إذا لم يتم بالتصريح بالازدياد في الأجل القانوني ، وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا ».

الفصل 469 : « من عثر على وليد ، ولم يخطر به ضابط الحالة المدنية ولا السلطات المحلية يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرين إلى مائتي درهم أو يحدى هاتين العقوبتين فقط » مجموعة القانون الجنائي المغربي.

⁽⁴⁹⁴⁾ يلاحظ أنّ نص المادة 61 من قانون الحالة المدنية جاء متوافق وتأكيد هذا الحق المنصوص عليه بالمواثيق الدولية والتي اهتمت به ، حيث نصت المادة 01/24 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 على أنّ « كل طفل يجب أن يقيّد فور مولده ويختار له اسما ».

وبالرجوع إلى نص المادة 62 من الأمر رقم 70 - 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية ، نستنتج أنّ الأشخاص الذين يتعرضون لهذه العقوبات هم الأب فهو المسؤول الأول عن التصريح ، ثمّ الأم⁽⁴⁹⁵⁾ . بالإضافة إلى الأطباء والقابلات فهم مطالبون بالتصريح إذا كان الوالد غائبا ، ولم تقم الأم بتصريح الميلاد ، ونجد أنّ المتابعة تشمل حتّى الأشخاص الآخرين الذين حضروا الولادة ، فهم مطالبون ، كما هو الشأن بالنسبة للأطباء والقابلات بالإدلاء بالتصريح المقرر قانونا إذا لم يقم به الأب أو الأم . بالإضافة إلى أنّ الجزء يشمل حتّى الشخص الذي ولدت الأم عنده ، نتيجة تخلفه عن التزام الإدلاء والتصريح بحالة الولادة.

غير أنّ التصريح الذي يدلي به أحد الملمزمين يعفي الآخرين من واجب التصريح ، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 28 فبراير 1867 عن غرفتها الجزائية⁽⁴⁹⁶⁾ .

وحماية لهذا الوضع فقد اعتبر المشرع الجزائري حتّى ولادة الابن ميتا وعدم التصريح بولادته يرتب المسؤولية الجزائية لمن حضر الولادة ، لأن حضور الولادة بعد شريطا لقيام الجريمة فالركن المادي لهذه الجريمة يتشكل من عنصر الامتناع أو الإغفال بعدم التصريح بالميلاد خلال 05 أيام من الولادة طبقا للمادة 61 من ق.ج.م⁽⁴⁹⁷⁾ . غير أنّ الجريمة لا تقوم إذا لم يتضمن التصريح أحد البيانات المنصوص عليها في المادة 63 من قانون الحالة المدنية ، مثل هوية الأم مثلا.

وما يلاحظ هو أنّ المشرع لم يشترط القصد الجنائي في هذا النوع من الجرائم لاعتبار أنّ هذا النوع من الجرائم يشكل مخالفة بسيطة ، وقد وسع في مجال الحماية إذ لم

(495) تعتبر الأم غير ملزمة في القانون الفرنسي بالتصريح بالميلاد ، ومن ثمّ فهي غير معنية بالمخالفة وفي هذا الصدد وجدت عدة قرارات عن محكمة النقض الفرنسية.

Crim. 10-09-1847 , D 1847.1.302.

Crim. 28-02-1867 , D 1867.1.190.

(496) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 167.

(497) تنص المادة 61 من قانون الحالة المدنية على أنّه « يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها بالمادة 442 الفقرة 2 من قانون العقوبات.

يقتصر بجريمة عدم التصريح بواقعة الميلاد وإنما شمل حتى عدم تسليم الطفل المهمل وفي هذا الإطار نصت المادة 442 فقرة 03 من قانون العقوبات « على معاقبة كل شخص يجد طفلا حديث العهد بالميلاد ولا يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر الطفل في دائرتها...».

فالجريمة تقوم متى امتنع الشخص عن تسليم الطفل المهمل الحديث العهد بالميلاد إلى ضابط الحالة المدنية غير أنه يعفى من العقوبة إذا ما أقر صراحة برغبته في تولى كفالة هذا الطفل والإشراف عليه طبقا لإجراءات الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 116 من ق.أ.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع لم ييسط حمايته فقط على الطفل الحديث العهد بالميلاد وإنما وسع من مجال الحماية لتشمل كل الجرائم المرتكبة في حق الطفل أثناء حضائته.

المطلب الثاني : مخالفة أحكام الحضانة .

إنّ النزاع حول حضانة الأطفال وزيارتهم غالبا ما يكون محله محاكم شؤون الأسرة ، إلاّ أنّه في بعض الأحيان يتطور هذا النزاع ويصل إلى محاكم الجناح ، فمخالفة أحكام نصوص قانون الأحوال الشخصية في مسألة الحضانة والزيارة قد يشكل جرائم يعاقب عليها قانون العقوبات وبهذا يحاول المشرع أن يوفر للحاضن نوع من الحماية الجزائية تدعيما للحماية المقررة في أحكام قانون الأسرة ، وعليه سنتناول لأهم هذه المخالفات وإلى مدى الحماية الجزائية المقررة من خلالها لاسيما فيما يتعلق بمخالفة أحكام الحضانة والزيارة.

الفرع الأول : عدم تسليم المحضون .

لقد نص المشرع الجزائري على أحكام الحضانة وبينها في نصوص المواد 62 و64 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري إذ عرفت المادة 62 الحضانة على « أنّها رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ،

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك⁽⁴⁹⁸⁾. فالحضانة تعتبر من الالتزامات التي تترتب على انعقاد الرابطة الزوجية وحتى في مرحلة انحلالها لذلك تدخل المشرع الجزائري حفاظا على مصلحة المحضون وجرم كل الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة وأهمها عدم تسليم القاصر إلى حاضنه وعدم تسليم الطفل الموضوع تحت رعاية الغير.

أولا: عدم تسليم القاصر إلى حاضنه .

إن الحماية الجزائية المكروسة بشأن المحضون فيما يخص هذه الجريمة هي حماية من نوع خاص ، نظرا للمركز الذي يوجد به الطفل ، من كونه قاصر من جهة وأنه محل تسليم بموجب حكم قضائي إلى حاضنه من جهة أخرى ، شرط أن يكون الحكم مشمولاً بالنفذ المعجل⁽⁴⁹⁹⁾.

وفي هذا الصدد وتكريسا لهذا الحق وحماية للطفل المحضون ، فقد أورد قانون العقوبات نصوصا قانونية ، تعاقب على الإخلال وعدم الالتزام بما تضمنه الأحكام القضائية النهائية حول مصير الطفل المحضون وكذلك كل من يخل بهذا الحق⁽⁵⁰⁰⁾.

وبأولوية حضانة الطفل ، حتى ولو لم يصدر حكم قضائي بشأن ذلك إذ تعاقب المادة 328 ق.ع الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به...».

ويأخذ مفهوم الحضانة مدلول أوسع ، ليشمل حق الزيارة ومن ثمة يطبق حكم المادة 328 من ق.ع حتى في حالة عدم احترام حكم يتعلق بحق الزيارة ، لتشمل الحماية

(498) ومعنى الحضانة كذلك أنها تحمل لفظا معنى جسدي عاطفي محض لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية بمعنى أنها خدمة مادية ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل وتلبية حاجاته المادية كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه فضلا عن العناية النفسية كضمه للصدر والحديث معه ومداعبته ، أنظر ، حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2000 ، ص 92.

(499) أنظر ، المحكمة العليا ، غ.ج. 1996/06/16 ، قرار غير منشور ، مشار إليه في مرجع أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص

172.

(500) أنظر ، حميدو زكية ، مصلحة المحضون...، المرجع السابق ، ص 205 - 206.

حتى هذا الوضع ، وقد عدد المشرع أشكال السلوك الذي يشكل الركن المادي لهذه الجريمة ينطبق عليها الوصف الجزائي وبالتالي تحمل المسؤولية الجزائية.

فالجريمة لا تقوم إلا بتوافر شروط أولية ينبغي تحديدها ، فالمادة 328 استعملت عبارة القاصر وهنا يثار التساؤل حول معنى القاصر ؟ فالأصل وكما يتبين من القانون المدني أن القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد المحددة في الفقرة الثانية من المادة 40 من ق.ع وهي 19 عشرة سنة⁽⁵⁰¹⁾.

ولكن مادام الأمر يتعلق بالحضانة ، فالمرجع يكون لقانون الأسرة بتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء مدة الحضانة ، وبالرجوع إلى قانون الأسرة وتحديدًا إلى نص المادة 65 منه تنقضي مدة الحضانة ببلوغ الذكر 16 سنة كحد أقصى و ببلوغ الأنثى سن الزواج أي 19 سنة.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن القاصر الذي يقصد المشرع هنا هو من لم يتجاوز 16 عشرة بالنسبة للذكر و سن 19 عشرة بالنسبة للأنثى، كما نصت المادة 328 ق.ع على الحكم القضائي وهنا الحكم قد يكون حكما مؤقتا أو نهائيا ولكن يجب أن يكون نافذا exécutoire كما هو الشأن بالنسبة للأوامر القضائية المشمولة بالنفذ المعجل⁽⁵⁰²⁾. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما غير مشمول بالنفذ المعجل وغير نهائي كونه محل استئناف⁽⁵⁰³⁾.

وقد يكون الحكم صدر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة فقط ، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة نهائيا أو مؤقتا ، والأصل أن هذه الجريمة

(501) تنص المادة 40 ق.م على « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعًا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . و سن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة ».

(502) نصت المادة 57 مكرر من قانون الأسرة على أنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن.

(503) أنظر ، المحكمة العليا ، غ.ج. 1996/06/16 ، ملف رقم 132607 ، قرار مشار إليه في مرجع أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 174.

في مختلف أشكالها تنطبق على أحد الوالدين الذي يحتفظ بالطفل متجاهلا حق الحضانة الذي أسند إلى الآخر ، ولكنها تنطبق أيضا على كل من أسندت إليه الحضانة - عدا الوالدين - كالجدة من الأم والخالة والجدة من الأب والأقربين (المادة 64 قانون الأسرة). وبوجه عام ، تنطبق هذه الجريمة على كل من كان القاصر موضوعا تحت رعايته ويمتنع عن تسليمه إلى من وكل القضاء إليه حضائته . كما تقتضي توافر قصد جنائي يتمثل في علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم ، وهذا ما يميزها عن جريمة خطف وإبعاد القاصر المنصوص عليها في المادة 326 ق.ع.

وتطرح مسألة القصد الجنائي عدة إشكالات ، فكثيرا ما يتمسك من يمتنع عن تسليم الطفل بعدم قدرته على التغلب على عناد الطفل وإصراره على عدم مرافقة من يطلبه. وفي حقيقة الأمر فقد جرى العمل القضائي في فرنسا على رفض هذه الحجة أو هذا العذر في حين لا يوجد في التشريع الجزائري قرارات تبين وجهة نظر القضاء الجزائري من هذه المسألة وعليه قضي بأن مقاومة القاصر ونفوره من الشخص الذي له الحق في المطالبة به لا يشكلان فعلا مبررا ولا عذرا قانونيا⁽⁵⁰⁴⁾. إلا أنه في الكثير من الأحيان يأخذ القضاة بهذا الظرف لتخفيف العقوبة ، وإذا كانت جريمة عدم تسليم القاصر طبقا للمادة 328 ق.ع لا تقوم إلا في حق أحد الوالدين أو من وكل إليه حضانة الطفل فإن الأمر قد يتجاوز هؤلاء الأشخاص ليشمل الغير الذي وضع الطفل تحت رعايته بصفة مؤقتة كما هو الحال بالنسبة للمرضعة والحضانة والمربية في مدرسة داخلية طبقا للمادة 3/442 ق.ع.

ثانيا: عدم تسليم الطفل الموضوع تحت رعاية الغير .

نظرا لارتباطات الزوجية المهنية والاجتماعية قد يوكل الوالدين أطفالهما إلى الغير لحضائتهما ، كأن يوكل إلى مربية أو مرضعة أو إلى مدرسة داخلية أو حضانة لذلك أورد المشرع الجزائري في المادة 442/3 ق.ع حكما يعاقب كل من يمتنع من

(504) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 173.

هؤلاء الأشخاص المذكورين سابقا عن تسليم الطفل إلى من هو أولى بحضانته كأبيه أو أمه أو الوصي . في حين نص التشريع المغربي على هذه الجريمة في الفصل 465 من قانون العقوبات المغربي وذلك بنصه على ما يلي « من حمل إلى مؤسسة خيرية طفلا يقل عمره عن سبع سنوات كاملة ، كان قد عهد به إليه للعناية أو لأي سبب آخر ، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائتين إلى ألفي درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ».

فالجريمة تقوم في حق الغير فقط دون الوالدين حتى وإن كانت الرابطة الزوجية منحلّة⁽⁵⁰⁵⁾.

وهذا ما يميز هذه الجريمة عن الجريمة السابق ذكرها في نص المادة 328 ق.ع التي لا تقوم إلا في حق الوالدين أو أصولهما كالجدة والجدة ، فنص المادة 442/فقرة 03 ق.ع يجعل من الغير كالمربية والمرضعة والمعلمة في مدرسة داخلية أو دور الحضانة محلا لهذه الجريمة دون الوالدين⁽⁵⁰⁶⁾ وينبغي أن لا يتجاوز سن الطفل سبع (07) سنوات طبقا للمادة 442/فقرة 03 ق.ع. وإن كانت الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني تبعت على الاعتقاد أن السن المطلوبة هي أقل من 13 سنة⁽⁵⁰⁷⁾.

ويجب أيضا لقيام هذه الجريمة حدوث فعل سلبى من قبل المتهم يتمثل في فعل الامتناع عن تسليم الطفل إلى الشخص الذي يتمتع بحضانته ويأخذ الامتناع معنى واسع إذ يشمل الامتناع عن رد الطفل أو الامتناع عن تعيين مكان تواجده . ويشترط أن يكون الطفل تحت سلطة المتهم الممتنع وأن يتعمد هذا الأخير عدم تسليمه قاصدا حرمان حاضنه منه ، وهو ما يعبر عنه بالقصد الجنائي⁽⁵⁰⁸⁾، أمّا إذا وجد المتهم في ظروف

(505) Crim. 22-03-1900 . D 1900 . 1-184.

- أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 172.

(506) CF , Patrice Gattegno , op.cit , P 184 – 185.

(507) تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية ، من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عتة أو جنون ، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة ».

(508) أنظر ، عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام....، المرجع السابق ، ص 125.

يستحيل فيها تسليم الطفل إلى حاضنه فإن الجريمة تنتفي في حقه وعلى هذا الأساس قضي في فرنسا بعدم قيام الجريمة في حق الجاني الذي وضع نفسه في وضعية يستحيل معها تسليم الطفل وذلك بخطئه أو بإهماله ، كما لو فر الطفل نتيجة لسوء الرقابة⁽⁵⁰⁹⁾. وإذا كان الأمر في جريمة عدم تسليم الطفل قد حصل نتيجة لأن الحاضن قد عهد للغير يتولى رعاية هذا الطفل المدة معينة تم رفض هذا الأخير تسليمه نجد أن الأمر أحيانا يكون أكثر خطرا عندما يتم خطف القاصر وإبعاده من كنف أسرته بعدما كان يتمتع بحمايتها. الفرع الثاني: خطف القاصر وإبعاده .

تجزم كافة التشريعات المقارنة فعل الخطف، ولكن تختلف خطة هذه التشريعات: فتذهب بعضها إلى التوسع في نطاق التجريم، وذلك عن طريق التوسع في مدلول فعل الخطف، في حين يقتصر البعض الآخر على التضييق من مدلول هذا الفعل، ويرجع الخلاف بين خطة التشريعات عن الخلاف في تحديد سن المجنى عليه الذي لا ينسب فيه إليه الرضا.

ويذهب التشريع الجزائري إلى تجريم خطف القاصر في المادة 326 من ق.ع بنصه كل من خطف أو أبعده قاصرا لم يكمل 18 عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دج...⁽⁵¹⁰⁾. في حين جرم المشرع المصري هذا الفعل في نص المادة 289 من ق.ع وذلك بنصه على ما يلي : « كل من خطف من غير تحايل ولا إكراه طفلا لم يبلغ سنه 16 عشرة سنة كاملة بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى عشر ،

(509) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 173.

(510) أنظر ، المادة 326 من ق.ع الجزائري :

ما يلاحظ في نص المادة 326 أن الصياغة العربية للنص جاءت أكثر دقة وانسجاما مع نص المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية التي حددت سن الرشد الجزائري ببلوغ سن 18 عشرة من الصياغة الفرنسية التي يتحدث فيها المشرع عن القاصر الذي لم يتجاوز 18 سنة. « ART 326 : « quiconque , sans violences menaces on fraude , enlève ou détourne , ou tente d'enlever ou de détourner un mineur de dix huit ans ,.... ».

فإن كان المخطوف أنثى فتكون العقوبة السجن المشدد ، ومع ذلك يحكم على فاعل جناية خطف الأنثى بالسجن المؤبد إذا اقترنت بها جريمة الواقعة المخطوفة»⁽⁵¹¹⁾.
 في حين جرم المشرع المغربي هذا الفعل في الفصل 475 من قانون العقوبات⁽⁵¹²⁾.
 والجدير بالذكر بأن كل التشريعات تتفق على أن خطف القاصر يشكل جريمة تستوجب العقاب حتى وإن تم بدون عنف ولا تحايل.

أولاً: الخطف بدون عنف ولا تحايل .

لقد استعمل المشرع عبارة الخطف والإبعاد في نص المادة 326 ق.ع مما يعني أن كلا العبارتين تؤديان نفس المعنى ويقصد بهما إبعاد القاصر من المكان الذي يوجد فيه ونقله إلى مكان آخر . فالركن المادي للجريمة يتحقق بهذا الفعل الذي يتشكل من عنصرين : الأول يتمثل في انتزاع الصغير من بيئته⁽⁵¹³⁾ والثاني نقله إلى محل آخر واحتجازه فيه وإخفائه عن لهم الحق في المحافظة على شخصه . فالمشرع يتطلب أن يكون الطفل قد اختطف من البقعة التي جعلها مراداً له من هو تحت رعايتهم من ولي أو وصي أو حاضنة أو مرب أو غيرهم⁽⁵¹⁴⁾. وتطبيقاً لذلك يتحقق الخطف إذا انتزع الصغير من منزل أهله ، أو من المدرسة أو من المحل الذي يتدرب فيه على حرفة معينة كالخجل أو المصنع⁽⁵¹⁵⁾ أو من الطريق العام⁽⁵¹⁶⁾ أو من منزل صديق أو قريب يزوره أو

(511) أنظر ، أشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية ، مصر ، ط2 ، 2007 ، ص 227.

أنظر ، جندي عبد الملك ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 755.

(512) أنظر ، الفصل 475 من مجموعة الأحكام الجزائية المغاربية ، المرجع السابق ، ص 222.

(513) أنظر ، أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص 464.

- أنظر ، فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 518.

(514) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 185.

(515) أنظر ، فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 519.

- أنظر ، أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص 289.

(516) أنظر ، في اجتهاد محكمة النقض المصرية التي قضت بأنه إذا أثبت الحكم في حق المتهم أنه توجه إلى مكان المخبى عليه الذي لم يبلغ من العمر 05 سنوات وكان يلهو في الطريق العام مع الشاهد فكلف هذا الأخير بشراء حاجة له ، ولما أراد الشاهد أن يصحب المخبى عليه معه أشار عليه المتهم بتركه ، وما كاد الشاهد يتعد حتى أركب المتهم المخبى عليه على الدراجة معه موهما إياه بأنه سيصحبه إلى جدته ثم

من أحد أماكن اللهو أو أي مكان آخر طالما أنه خاضع لمن له الحق في رعايته والمحافظة عليه . فالخطف يتحقق بمنع الصغير من العودة إلى أهله كما يتحقق بانتزاعه من بينهم⁽⁵¹⁷⁾. إذ يشترط أن يؤدي الخطف إلى قطع الصلة بين المجنى عليه ودويه . وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بقيام الجريمة في حق من أبعاد قاصرا عن الوسط الذي يعيش فيه⁽⁵¹⁸⁾. وفي حق من أبعاد القاصر عن مكان إقامته أو عن مكان تواجده المعتاد⁽⁵¹⁹⁾. في حين قضي في فرنسا بعدم قيام الجنحة في حق طبيب استقبل في عيادته قاصرة سنها 17 سنة واتصل بها جنسيا وذلك على أساس عدم توفر عنصر نقل الضحية⁽⁵²⁰⁾.

ولا يقتضي إبعاد القاصر أن يكون ذلك بالضرورة من الأمكنة بالذات التي وضعه فيها من هو خاضع لسلطتهم أو يتولون رعايته ، وهكذا قضي في فرنسا بأن الجريمة تقوم بمجرد تحويل القاصر لمدة مؤقتة من مكان تواجده ، حتى وإن كان القاصر في تلك اللحظة قد غادر من تلقاء نفسه موطن أو مقر إقامة ذويه⁽⁵²¹⁾.

ويتشدد القضاء الفرنسي كثيرا في تفسير الخطف والإبعاد ، فقد قضي بعدم قيام الجريمة لعدم توفر الخطف والإبعاد في حق عاشق ضبط وهو يتزهر في سيارته مع قاصرة بعد مرادتها مدة من الزمن⁽⁵²²⁾. وفي نفس الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية أن مجرد اصطحاب المجنى عليه إلى أحد الأماكن القريبة من مسكنه يقصد الاعتداء على عرضه ، فلما رفض اصطحابه إلى أحد أماكن اللهو ، فإن هذا لا يوفر جريمة الخطف ذلك أن

أخفاه بعد ذلك عن أهله قاصدا قطع صلته به وستره عن له حق ضمه ورعايته ، فإن ذلك يدخل في نطاق المادة 288 من قانون العقوبات ، وتتوافر به جريمة الخطف بالتحايل التي عوقب من أجلها المتهم .

- أنظر محكمة النقض ، نقض 18 نوفمبر 1958 ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، ص 973.

(517) أنظر ، أشرف توفيق شمس الدين ، المرجع السابق ، ص 228.

(518) أنظر ، المحكمة العليا ، جنائي ، 15-05-1990 ، قرار مشار إليه في أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 185.

(519) أنظر ، المحكمة العليا : غ.ج ، 19-11-1995 ، ملف رقم 126107 ، مشار إليه في مرجع أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ،

ص 185.

(520) Crim. 18-12-1968 , BC 353.

(521) Crim. 24-07-1957 , D1958 , 288 , Crim. 24-05-1962 , BC 207.

(522) أنظر ، أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 186.

- CF , Michel Véron , op.cit , p 154 – 155.

المتهم لم يبعد المجنى عليه من الدائرة التي كان بها منزل والديه وكان يسير في الشوارع القريبة منه ، وأن الجاني أدخله مكانا للهو في نفس الدائرة التي كان من المحتمل معه أن يوجد بين المترددين عليه من تكون له معرفة بالطفل أو بدويه ، وما أتاه الجاني ليس من شأنه أن يفرق بين المجنى عليه وذويه⁽⁵²³⁾.

ويثار التساؤل في هذه الجريمة عن مدة الإبعاد اللازمة لقيام الجريمة فهي تشكل عنصر هام لتحديد الجريمة ، فالفقه الفرنسي يتفق بوجه عام على أن الغياب ليلة واحدة يكفي لقيام الجريمة ويتساءل بشأن السهر في حفلة حتى مطلع الفجر . وفي هذا الصدد قضى في فرنسا بأن الاتصالات الجنسية التي تمت خلال مقابلة دامت ساعتين أو أثناء نزهة في سيارة لا يشكلان فعل التحويل⁽⁵²⁴⁾ . والجدير بالذكر أن هذا الاجتهاد القضائي لا يمكن الأخذ به في الجزائر ذلك أن القانون يعاقب على التحويل التام للقصر كما يعاقب على الشروع فيه.

ومادام أن المادة 326 تعاقب على الخطف والإبعاد الذي تم بدون عنف ولا تهديد ولا تحايل قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بقيام الجريمة حتى ولو كان القاصر موافقا على الإلتحاق بخاطفه⁽⁵²⁵⁾.

أمّا إذا تم الخطف أو الإبعاد بالعنف أو بالتهديد أو بالتحايل فإن وصف الجريمة يتحول من جنحة إلى جناية وتطبق عليه المادة 293 مكرر التي لا تميز بين القاصر والبالغ، ذلك أن المشرع الجزائري لم يجاز المشرع الفرنسي في تجريمه لخطف القاصر أو إبعاده بالعنف أو التهديد أو التحايل تجريما خاصا ، وهذا يعتبر تقصيرا منه⁽⁵²⁶⁾.

(523) أنظر ، محكمة النقض المصرية ، نقض 16 نوفمبر 1931 ، مشار إليه في مرجع جندي عبد الملك ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص

287.

(524) Crim. 28-12-1968 , BN 353.

– أنظر ، أشرف توفيق شمس الدين ، المرجع السابق ، ص 243..

(525) أنظر ، المحكمة العليا ، غ.ج ، 05-01-1971 ، نشرة القضاة العدد 01 ، 1971 ، ص 45.

(526) جرم المشرع الفرنسي في الباب المخصص لحماية العائلة صورتين من صور خطف صغار السن يجمع فيما بينهما ارتكاب أي منهما

بغير قوة أو تحايل . فالصورة الأولى نصت عليها المادة 07/227 من قانون العقوبات والتي جرم الشارع الفرنسي بمقتضاها فعل انتزاع

فالجريمة إذن تقتضي عدم استعمال العنف أو التحايل مما أدى ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى الحديث عن جنحة الإغواء *délict de séduction* علما أن الإغواء فيه تضليل وخداع الأمر الذي يجعل التفريق بين الإغواء والتحايل أمرا مستعصيا . ومع ذلك لم يتردد القضاء الفرنسي في اعتبار الخطف بالإغواء خطفا بدون تحايل . ومن جهة أخرى قضي في فرنسا بقيام الجريمة حتى في حالة ما إذا هرب القاصر من منزل والديه والتحق من تلقاء نفسه بالجاني⁽⁵²⁷⁾، وحتى وإن كانت أخلاقه سيئة.

كما قضي بقيام الإبعاد بمجرد عدم تسليم الطفل⁽⁵²⁸⁾ وقضي في نفس الاتجاه أيضا بقيام الجريمة في حق شخص امتنع عن رد الطفل إلى أمه التي كانت قد أوكلت إليه حضانته لبضعة أشهر⁽⁵²⁹⁾.

وتقتضي الجريمة أيضا توافر القصد الجنائي ولا يؤخذ بالباعث إلى ارتكابها ، فلا يشترط لقيام الجريمة الاعتداء الجنسي على الضحية ولا إغواؤها ، فمجرد إبعادها من مكانها المعتاد ونقلها إلى مكان آخر يكفي لقيام الجريمة ، غير أنه قضي في فرنسا بعدم قيام الجريمة في حالة ما إذا ساد الاحتمال أن الجاني قد أخطأ في تقديره لسن الضحية معتقدا أنها تجاوزت سن 18 عشرة⁽⁵³⁰⁾. نفس الرأي ذهب إليه الاتجاه الغالب في الفقه

صغير لم يتجاوز الخامسة عشرة من عمره والمركب من أحد أصوله سواء كان هذا الأصل شرعيا أو كان غير شرعي أو كان أصلا بالتبني ، وذلك ممن لهم السلطة الأبوية على الصغير أو المعهود لهم برعايته أو الذين يتخذ الصغير لديهم إقامة على سبيل الاعتياد.

-أما الصورة الثانية وهي الخطف المركب من غير أصول المجني عليه وهذه الصورة نصت عليها المادة 227-8 من ق.ع والتي جرم المشرع الفرنسي مقتضاها فعل الخطف والمركب من غير أحد أصول الصغير بغير قوة أو تحايل.

- ART 227 – 17 « le fait par tout ascendant légitime ou adoptif de soustraire un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle , est puni d'un d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende ».

- ART 227 – 8 « le fait , par une personne autre que celles mentionnées à l'article 227-7 de soustraire , sans fraude ni violence , un enfant mineur des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle est punis de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende ».

⁽⁵²⁷⁾ Crim. 24-07-1957 , Dalloz , 1958 – 288.

⁽⁵²⁸⁾ Crim. 13-05-1953 , Dalloz , 1954 – 673.

⁽⁵²⁹⁾ Crim. 04-12-1962 , BN 354.

⁽⁵³⁰⁾ Crim. 06-11-1963 , Dalloz , 1965 , 323.

المصري إلى أنه يفترض علم الجاني بسن المجني عليه ، غير أن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس ، إذ ينتفي القصد إذا أثبت المتهم جهله أن المجني عليه لم يبلغ 16 عشرة سنة⁽⁵³¹⁾. ويؤخذ بنفس الاتجاه في التشريع والقضاء الجزائري . ولا يشترط أية شكوى لتحريك الدعوى العمومية فالأصل أن تباشر النيابة العامة المتابعة الجزائية فور علمها بارتكاب الجريمة ، وذلك طبقا لقواعد القانون العام ، وتبقى للنيابة العامة سلطة ملاءمة المتابعة. غير أن الأمر يتعقد إذا ما كان القاصر المخطوف أنثى وتزوجت من خاطفها.

ثانيا: سقوط المتابعة بعد الزواج من المخطوفة.

نصت المادة 326 ق.ع. جزائري في فقرتها الثانية حكما خاصا بالضحية الأنثى وذلك بنصها على أنه إذ تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلاّ بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ، وأضافت نفس الفقرة على أنه لا يجوز الحكم عليه إلاّ بعد القضاء بإبطاله أي إبطال الزواج . وعليه يفهم أن زواج القاصرة المخطوفة بخاطفها حاجزا أمام المتابعة ويجول دون معاقبة الجاني ويستفيد منه حتى الشريك ، غير أن هذا الحاجز يزول إذا ما تحقق شرطان وهما :

1/ إبطال الزواج.

2/ ووجود شكوى مسبقة من الأشخاص الذين لهم صفة إبطال الزواج⁽⁵³²⁾.

وهنا يثار التساؤل حول إجراءات إبطال الزواج والأشخاص المؤهلين لطلب إبطال الزواج ؟ للإجابة على السؤالين ، نرى أنه من المفيد التذكير بأن نص المادة 326 مقتبس من المادة 356 ق.ع فرنسي قبل إصلاحه سنة 1992⁽⁵³³⁾. وهذه المادة أدرجت

(531) أنظر ، فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، ص 521 ، وأنظر ، محمد زكي أبو محمود ، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1967 ، ص 177 ، 178.

(532) أنظر ، ندوة الشروق حول ظاهرة الاختطاف في المجتمع الجزائري ، يوم 03-03-2008 . www.ahladali.com

(533) صدر أول قانون عقوبات بمفهومه الحديث في فرنسا سنة 1791 وكان متأثرا بأفكار العالم الإيطالي بيكاريا ، ولذلك فقد حرص هذا القانون على تفادي مساوئ النظام الجنائي الذي كان سائدا قبل الثورة الفرنسية فتضمن مبدأ شرعية الجرائم وتبني نظام العقوبات الثابت ومؤدي هذا النظام أن يحدد المشرع العقوبة المقررة للجريمة نوعا ومقدارا بحيث تكون ذات حد واحد وينحصر دور القاضي في مجرد

في قانون العقوبات الفرنسي بموجب الأمر المؤرخ في 28 جوان 1945 . ونظرا للعلاقة الوطيدة لهذا النص ببعض فروع القانون مثل القانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون الأسرة ، فإن حسن الإمام بمحتواه يفرض علينا الرجوع إلى المحيط القانوني الذي صدر فيه هذا النص ، وهو المحيط ذاته الذي يتحكم في تطبيقه . وعليه سنجيب على هذه الإشكالات من خلال تبيان وجهة نظر القانون الفرنسي والقانون الجزائري.

ففي فرنسا يبطل الزواج لسببين إما لانعدام الأهلية أو لتخلف ركن من أركانه⁽⁵³⁴⁾.

فبالنسبة لانعدام الأهلية تكتمل أهلية زواج المرأة في فرنسا بتمام بلوغها سن 15 سنة (م 144 ق. م. فرنسي) ولو كبل الجمهورية أن يرخص بالزواج قبل ذلك لسبب جدي . وعليه يكون زواج المرأة قبل سن الخامسة عشرة باطلا ، والبطلان هنا هو بطلان مطلق مؤسس على النظام العام طبقا للمادة 184 ق. مدني وما يليها ، إذ يجوز للزوجين التمسك به وكذا لولديهما وللنيابة العامة ولكل ذي مصلحة . غير أنه وبصفة استثنائية يجوز تثبيت هذا الزواج طبقا للمادة 185 ق.م فرنسي وذلك في حالتين⁽⁵³⁵⁾:

الأولى بحيث يكون التثبيت فيها ضمنا ، إذا لم يتمسك أحد بإبطال الزواج خلال 06 أشهر من اليوم الذي تكتمل فيه أهلية الزوجة أي خلال مدة 06 أشهر التي تلي تاريخ بلوغ الزوجة 15 سنة . أما في الحالة الثانية التثبيت بعدم قبول طلب إبطال الزواج إذا حملت الزوجة قبل أن تبلغ 16 سنة.

وبالنسبة لإبطال الزواج لتخلف ركن من أركانه نجد أنه في التشريع الفرنسي ، من شروط زواج القاصرة أي الفتاة التي لم تكتمل 18 سنة ضرورة توفر رضا والديها

التحقق من ارتكاب الجريمة ، والنطق بالعقوبة المقررة لها قانونا إذا ثبت أن المتهم قد ارتكبها . وقد عدل قانون العقوبات الفرنسي في سنة 1992 ودخل حيز التنفيذ في مارس 1994.

– أنظر ، إبراهيم الشيباني ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، المكتبة القانونية ، الجزائر ، 1998 ، طبعة 1 ، ص 20 وما بعدها.

(534) CF , Jean Carbonnier , droit civil – la famille , éd thémis , tome II , 1993 , P 58 – 59.

(535) CF , A. Benanent , droit civil , la famille , éd litec , 1997 , P 350.

طبقا للمادة 148 ق.م فرنسي وإذا اختلفا فإن رضاهما كاف لشرعية الزواج ، وإن لم يكن لها والدين فوليتها⁽⁵³⁶⁾.

ويكون زواج القاصرة التي بلغت سن الزواج أي 15 سنة دون الحصول على رضا والديها أو بدون رضا أحدهما باطلا طبقا للمادة 182 ق.م. فرنسي⁽⁵³⁷⁾.

والبطلان هنا هو بطلان نسبي لا يجوز لغير الوالدين وفي غيابهما كجدها أو جدتها التمسك به. غير أنه يجوز تثبيت هذا الزواج ويكون التثبيت صريحا إذا أجازه أحد الوالدين ويكون ضمنا بمرور سنة على علم الوالدين بالزواج دون أن يطعنا فيه أو يطعن أحدهما فيه.

وَمَا سبق نستنتج أن زواج المرأة قبل بلوغها سن 15 سنة يكون باطلا بطلانا مطلقا ويكون زواجها ما بين 15 و18 سنة بدون رضا الوالدين أو بدون رضا أحدهما قابلا للإبطال وذلك طبقا لأحكام القانون المدني الفرنسي ، أما بالنسبة للأشخاص المؤهلون لطلب إبطال الزواج نجد الوالدين أو أحدهما إذ يجوز لهما أو لأحدهما المطالبة بإبطال زواج الفتاة التي بلغت سن 15 سنة وتزوجت بدون رضا والديها أو أحدهما.

كما يجوز للجد في غياب الوالدين ، وللجدة طلب إبطال الزواج ، وإذا كان هذا هو حال إبطال الزواج في التشريع الفرنسي فكيف يبطل الزواج في القانون الجزائري ؟ طبقا للمادة 32 من قانون الأسرة فإن الزواج يبطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد . وتضيف المادة 33 بأن الزواج يبطل إذا احتل ركن الرضا وجرمت المادة 77 من الأمر رقم 70 - 20 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية عقد الزواج الذي يتم بدون حضور الولي حيث نصت على معاقبة ضابط الحالة المدنية

⁽⁵³⁶⁾ CF , Philippe Malaurie , la famille édit , ciyas , Paris , 1993 , P 736.

⁽⁵³⁷⁾ « Le mariage contracté sans le consentement des père , et mère , des ascendants , on du conseil de famille dans les cas ou ce consentement était nécessaire , ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement était requis ou par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement ».

أو الموثق الذي يجرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزوجين بالعقوبات المقررة بنص المادة 441 ق.ع. وهي مخالفة.

يستنتج مما سبق أن زواج عديم الأهلية وفاقداً للتمييز أي أقل من 13 سنة يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً في ظل القانون الجزائري ولا يزول هذا البطلان بالإجازة (المادة 102 القانون المدني والمادة 82 من قانون الأسرة). في حين أن زواج القاصرة التي بلغت سن التمييز (13) سنة دون بلوغ سن الزواج 19 سنة يعد باطلاً إذا لم يجزه الولي.

وبناء على ذلك يتبين لنا أن الفقرة الثانية من المادة 326 ق.ع. بدون موضوع في ظل قانون الأسرة الجزائري، ومن تم نتساءل عن الفائدة من إدراج هذه الفقرة التي تصلح في المحيط القانوني الفرنسي ولا تصلح في محيط التشريع الجزائري الحالي.

ثالثاً : عدم تنفيذ أحكام الزيارة .

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على ما يلي : « الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة » يستخلص من هذه المادة أن القاضي عندما يحكم بالطلاق وإسناد حق الحضانة لأحد الوالدين أو غيرهما فإنه يجب عليه أن يحكم في نفس الوقت وضمن نفس الحكم بإسناد حق الزيارة إلى الزوج الآخر ، ويحدد فيه زمان ومكان وكيفية ممارسة حق الزيارة.

ولكن إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بالامتناع عن تنفيذ الحكم ورفض تمكين الطرف الآخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان والكيفية التي حددها الحكم التام فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى اقرار جريمة تمس بنظام الأسرة . ويؤدي هذا إلى متابعة الرافض على أساس جنحة عدم تسليم طفل طبقاً للمادة 327 ق.ع.

ومن خلال نص المادة 327 ق.ع. يفهم أن الجريمة حتى تقوم في حق من يمارس حضانة الطفل لا بد أن تتوفر فيها شروط أساسية أولها وجود حكم قضائي مشمول

بالنفاد المعجل وحائز لقوة الشيء المقضي فيه⁽⁵³⁸⁾. وأن يكون هذا الحكم قد قضي بالطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزوجين وبمنح حق الزيارة إلى الزوج الآخر. يضاف إلى ذلك أنه ينبغي أن يكون الامتناع عن تسليم الطفل إلى من له حق الزيارة ثابت بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادات الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه⁽⁵³⁹⁾. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19 جويلية 1996 على أنه متى ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة عن رفضه تسليم البنيتين ولم يلجأ إلى أية مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل إن البنيتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما، كما يشهد بذلك تصريح المحضر القضائي، فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنيتين يعد خرق للقانون⁽⁵⁴⁰⁾. كما قضت أيضا، بأن إسناد المجلس في قرار الإدانة من أجل جنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة على اعتراف المتهم والمحضر المحرر من طرف المحضر القضائي يعد تطبيقا سليما للقانون⁽⁵⁴¹⁾.

وفي هذا الصدد ينبغي علينا أن لا نغفل الحالة التي يكون فيها الطفل قد ولد من زواج مختلط أي من أبي جزائري وأم أجنبية أو العكس فما هو الإجراء السليم لتطبيق حكم الزيارة وما هي الآليات التي توفرها الدول لضمان احترام هذا الحق؟ وفي هذا الإطار نجد أن الجزائر قد أبرمت اتفاقيات ثنائية أهمها الاتفاقية الثنائية الموقعة مع فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيين⁽⁵⁴²⁾ والتي تضمنت

(538) يقصد بالأحكام القضائية المشمولة بالنفاد المعجل إما الأوامر القضائية الصادرة عن قاضي شؤون الأسرة باعتباره قاضي استعجال والأحكام النهائية التي استنفدت طرق الطعن العادية.
- تنص المادة 08 من قانون إجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثامنة على «... يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر والأحكام والقرارات القضائية».

(539) أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، قرار 16-06-1996، ملف رقم 132607، مشار إليه في مرجع أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 175.

(540) أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، قرار 19-07-1996، ملف رقم 1306911، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 153.

(541) أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، قرار 27-03-2001، ملف رقم 239135، المجلة القضائية 2001، عدد 02، ص 377.

(542) الاتفاقية الثنائية بين حكومة الجزائر وحكومة فرنسا، المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال المحررة بتاريخ 21 يونيو 1988، ج.ر، رقم 28 ورقم 30، 1988، ص 1097.

أحكامها قواعد تنظيم حق الزيارة ، من أهم موادها نجد نص المادة 06 منها ينص على ما يلي :

« يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الانفصال ، داخل حدود أحد البلدين وفيما بين حدودهما ، كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين وينص على حضانة طفل ، يمنع في الوقت نفسه الولد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين . وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر ، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل.».

وتنص المادة 07 من نفس الاتفاقية على أنه يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتا الدولتين عندما ما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسلمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة « في حين تضيف المادة 08 من الاتفاقية ما يلي :

« يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة فيما بين حدودهما :

1- إذا لم يرد الطفل الذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزيارة فيما بين حدود البلدين التي حددتها السلطة القضائية المختصة حسب مفهوم المادة 05 ، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري ، وهذا رغم أي حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل.

2- تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تم نقل الطفل خارج الفترات التي حددتها السلطة القضائية المختصة.».

فمن خلال بنود هذه الاتفاقية نجد أنّ القانون الجزائري يعزز حماية حقوق الطفل وحماية الأسرة جزائيا مادام أنّ بنود هذه الاتفاقية تتلاءم بل وتتوافق مع أحكام قانون العقوبات ولاسيما المادة 327 من ق.ع.

وإذا كانت جل التشريعات تتفق أنّ حماية الأسرة لا تكون إلا من خلال حماية أفرادها ضد كل الاعتداءات فإن هذه الحماية لا تكتمل إلا إذا اشتملت زيادة على أفراد الأسرة أموال الأسرة.

الباب الثاني: تبيد أموال الأسرة.

باعتبار الأسرة هي الركيزة الأساسية للمجتمع والفضاء الطبيعي الذي يشمل التنشئة السليمة لأفراده، فقد استدعى هذا الأمر ضرورة مواكبة التطورات والتحويلات الاقتصادية الهامة في مؤسسة الأسرة من حيث بنيتها وأدائها لوظائفها ومن حيث توزيع الأدوار بين أفرادها.

فبينما كان دور المرأة سابقا ينحصر في ملازمتها البيت وتربية الأبناء، أصبحت اليوم تشارك الرجل في تحمل المسؤوليات خارج البيت ولاسيما العمل والمشاركة في البنية المالية للأسرة، وبناء على هذا كان لابد من إجراء إصلاحات في قوانين الأسرة تهدف إلى إقرار المساواة والتوازن في الحقوق والواجبات المالية وتحقيق العدالة في العلاقات المالية بين أفراد الأسرة.

فالأسرة تقوم على مبدأ وفكرة التعايش المشترك هذا التعايش الذي يحدث آثارا مالية بين أفرادها، لذا كان من واجب التشريع أن يتناول بالتنظيم كل الآثار القانونية المتعلقة بالأموال التي تثمرها الحياة الأسرية، وعلى الأخص وضع إيطار قانوني يحدد أموال الأسرة بحيث يكفل الحماية لكل طرف في التمتع بهذه الأموال، وكذا حمايتها من كل اعتداء.

وعليه يتعين علينا التعرض إلى مجال حماية أموال الأسرة في حالة السرقة مع تحديد هذه الأموال وسلطة كل فرد في التصرف فيها ثم نتطرق إلى تبيد منقولات الزوجية من طرف أحد الزوجين، وذلك على النحو التالي:

- الفصل الأول: سرقة أموال الأسرة.

- الفصل الثاني: تبيد منقولات الزوجية.

الفصل الأول: سرقة أموال الأسرة.

إن الحماية القانونية للأسرة ينبغي أن لا تقتصر فقط على حماية العلاقات الشخصية بين أفرادها وإنما تشمل حماية العلاقات المالية أيضا. فبنشوء الأسرة تنشأ حقوق والتزامات مالية، قد تنصب على أموال شائعة ناتجة عن ميراث أو ثروة مشتركة، وقد تكون مكتسبة نتيجة جهد مشترك من الزوجين خلال الحياة الزوجية، كما قد تكون أموالا خاصة بكل فرد اكتسبها بمجهوده الخاص.

وبالرغم من أن أساس الأسرة هو صلات عائلية قائمة على التراحم والمودة والإخلاص فإن هذا لا يبيح لأفرادها الاعتداء على أموال بعضهم البعض وذلك بسرقتها أو الاستيلاء عليها أو تبديدها. غير أنه يتعين علينا قبل الخوض في الحديث عن الاعتداء على أموال الأسرة لا بد من تحديد مفهومها وأقسامها ثم التطرق إلى أشكال الحماية التي أقرها القانون ف حالة الاعتداء على هذه الأموال.

المبحث الأول: تحدد أموال الأسرة.

تشمل أموال الأسرة ملكية الأسرة والتي ينشئها أفراد الأسرة طبقا للمادة 738 من القانون المدني الجزائري بحيث تصبح أموال أفرادها أموالا شائعة⁽⁵⁴³⁾. ولكل فرد حصة فيها، كما تشمل الأموال الخاصة بالزوجين إما المشتركة أو تلك الخاصة بكل زوج يضاف إليها أموال التركة التي يتحصل عليها أفراد الأسرة جراء وفاة أحد الأقارب، وعليه سنين كل عنصر على حدى مع تحدد النظام الذي تخضع له هذه الأموال.

المطلب الأول: أموال الأسرة الشائعة.

تشمل هذه الأموال ملكية الأسرة ولقد تناول المشرع ملكية الأسرة في أحكام القانون المدني الجزائري إذ نصت المادة 738 ق.م على ما يلي: "الأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة، وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة وإما من أي مال آخر لهم" وتعد ملكية الأسرة نظام قديم الإنسان نظرا لبقاء الكثير من الأسر في حالة الشيوخ بعد وفاة مورثهم وذلك لوحدة المصلحة ارتباطا بما ترك مورثهم وما يفرض من وحدة في الاستغلال أيضا.

ولا يشترط أن يكون مصدر ملكية الأسرة أموالا موروثة فيمكن أن تكون أموالا أخرى اكتسبوها بطرق أخرى غير الميراث، وقد أخذ بهذا النظام التشريع المصري في المادة 851 و855 من القانون المدني المصري⁽⁵⁴⁴⁾. والقانون المدني السويسري الصادر في سنة 1907 في المواد 336-341⁽⁵⁴⁵⁾. وما يلاحظ هو أن كل هذه القوانين لم ترد تعريفا دقيقا لملكية الأسرة ولم تحدد طبيعتها القانونية وإنما اكتفت بتحديد أركان هذه الملكية وطرق استغلالها.

⁽⁵⁴³⁾ تكون الأموال شائعة طبقا للمادة 713 من القانون المدني إذا ملكها إثنان أو أكثر وكانت حصة كل واحد منهم فيها غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ، ويعتبر حصصهم متساوية ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

⁽⁵⁴⁴⁾ انظر، بسام مجيد سليمان العباحي، ملكية الأسرة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص 59.
⁽⁵⁴⁵⁾ CF, Pierre Tour et Henri Deschenaux, le code civil suisse, edi polygraphiques, Zurich, 2009, p 249.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لملكية الأسرة.

إن تحديد الطبيعة القانونية لملكية الأسرة لا يكون إلا من خلال تحديد مفاهيمها الأساسية وكذا مركزها القانوني ضمن أحكام القانون المدني، والجدير بالذكر أن إقرار المشرع لملكية الأسرة وإدراج أحكامها في القانون المدني إنما هو لهدف معين هو تنظيم ملكية الأسرة بوجه خاص في نطاق الاستثمار الزراعي والعقاري والتجاري والصناعي⁽⁵⁴⁶⁾. ذلك لأنه يحافظ على وحدة الأرض والمتجر والمصنع للحيلولة دون تجزئة هذه الملكية بعد وفاة المورث وزيادة القيمة الاستثمارية لهذه الأموال الموروثة وهذا لا يتحقق إلا من خلال أمرين يمثلان جوهر ملكية الأسرة وهما الإبقاء على حالة الشيوخ لمدة طويلة أولاً واقتصار الشراكة على الأقارب ثانياً.

وحتى في الحالة التي لا يكون فيها مصدر ملكية الأسرة أموالاً موروثة فإن هدف المشرع من نص المادة 738 ق.م هو تكريس وحدة الروابط الأسرية وتقوية العلاقات الأسرية حتى في جوانبها المادية للوصول إلى نتيجة رئيسية وهي ضمان استقرار مفهوم الأسرة بدفع أفرادها إلى التجمع من خلال إنشاء ملكية مشتركة في الشيوخ تسمى ملكية الأسرة وهذه الأخيرة تتطلب وجود أركان وشروط لتحقيقها.

أولاً: مفهوم ملكية الأسرة.

حتى يمكننا وضع تعريف دقيق لملكية الأسرة لابد من استعراض تعريف ملكية الأسرة لغة واصطلاحاً ثم تحديد الطبيعة القانونية لهذه الملكية حتى يتسنى لنا معرفة الأحكام التي تطبق عليها.

I- تعريف ملكية الأسرة.

إذ حاولنا تحديد أصل كلمة ملكية بكسر الميم نقول أنها كلمة مشتقة من اسم الملك والفاعل هو المالك من جمع ملاك فنقول ملك على الناس أمرهم أي تولى السلطة

(546) انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ج8، ط02، 1991، ص1049.

عليهم فهو ملك⁽⁵⁴⁷⁾. ويقول الله تعالى في كتابه العزيز "أو ما ملكت أيمانكم"⁽⁵⁴⁸⁾. وهو في هذا يريد الإحسان إلى الرقيق والتخفيف عنهم، والملكية هي ما يملكه الإنسان من عقارات وأملاك أخرى.

أما اصطلاحاً فنجد أن المشرع الجزائري لم يورد تعريف لملكية الأسرة وهو نفس الحال في التشريع المصري والسويسري غير أن الفقه قد عرفها على أساس أنها ملكية تنشأ بتصرف من اتفاق يفرغ في سند كتابي بين أفراد الأسرة الواحدة الذين يربطهم أصل مشترك وكذلك وحدة العمل أو المصلحة ويعبر عن حق كل شريك فيها بجزء نظري أو حصة معنوية يرمز لها برقم حسابي معين فهي إذن نظام مستقر وليس عابر كالملكية الشائعة.

أما الفقه الإسلامي فنجد أنه لم يستعمل في مجموعة اصطلاح ملكية الأسرة المعروف في القانون الوضعي، وإنما استعمل مصطلح شركة الملك⁽⁵⁴⁹⁾. إذ تجد ملكية الأسرة أساسها في فكرة شركة الملك والتي هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح وتشمل الاشتراك بين المتشاركين بإرث أو بيع أو غيرهما⁽⁵⁵⁰⁾.

فإذا كانت جل التعريفات تحصر ملكية الأسرة في الاتفاق المشترك بين أفراد الأسرة فما هي الطبيعة القانونية لهذه الملكية؟

II- مركز ملكية الأسرة في القانون المدني.

بما أن ملكية الأسرة تشكل صورة من صور الشيوع في الملكية فإنه يسري عليها ما يسري على الملكية الشائعة، فقد ذهب بعض الفقه⁽⁵⁵¹⁾. إلى القول بأن حق المالك المشتاع حق شخصي وليس عيني باعتبار أن الحق العيني يفترض وجود محل معين ومحدد

(547) انظر، ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، القاهرة، بدون سنة، ص 4266.

(548) انظر، سورة النساء، الآية 03.

(549) انظر، البهوتي، كشف القناع عن مثن الاقتناع، ج1، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون بلد، 1982، ص 495.

(550) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة مصطفى الباوي الحلبي، مصر، ج3، 1984، ص

332.

(551) انظر، سعيد مبارك، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الحكومة، بغداد، ط1، 1973، ص 84.

تحديدا ماديا يميزه عن غيره من الحقوق أو معنويا، ولا يتحول حقه الشخصي إلى حق عيني إلا بالإفراز إلا أن هذا الرأي يتعارض مع نصوص القانون المدني الجزائري ونصوص القانون المدني المصري وحتى نصوص الفقه الإسلامي التي تحول الشريك المشتاع سلطات مباشرة على الشيء الشائع وهذه السلطات لا تكون إلا لصاحب حق عيني ولا شخصي (552).

وذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن حق المالك المشتاع هو حق عيني من نوع خاص وبمقتضاه لا يكون الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا مملوكا لأحدهم (553). وقد انتقد هذا الرأي الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بقوله "إذا لم يكن الشيء المشتاع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل واحد من الشركاء، فمن يكون إذا مالك الشيء الشائع" (554).

في حين ذهب أغلب فقهاء القانون إلى القول بأن الملكية الشائعة ملكية فردية لا ملكية مشتركة (555)، لأن كل شريك في الشيوع يملك ملكية فردية حصته في المال الشائع وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة فالملكية الشائعة وفقا لهذا الرأي لا تتفق في طبيعتها مع الملكية الجماعية بل هي تشترك في الطبيعة مع الملكية المفززة إذ أن كل من الملكية الشائعة والملكية المفززة ملكية فردية (556). ويرى هذا الفريق أن لكل مالك مشتاع بمقتضى ملكية الشائعة حق استعمال حصته الشائعة واستغلالها والتصرف فيها مع مراعاة حقوق شركائه مثله في ذلك مثل المالك للملكية مفززة على محل ملكيته لكن

(552) انظر، منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية، 1974، العدد الأول، ص 94-95.

(553) انظر، حسين كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية،

1975، ص 159.

(554) انظر، عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مكتبة الباي الخليلي، القاهرة، ط3، 1976، ص 193.

(555) الملكية المشتركة، أو ملكية اليد المشتركة هي ملكية معروفة في القوانين الجرمانية مثل القانون الألماني والسويسري، وهي نوع من

أنواع الملكية الجماعية فيه يكون المال محل الحق مملوكا لمجموعة من الأشخاص لكل منهم فيه حصة شائعة.

(556) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1049.

الخلاف بينهما يكون في طريقة ممارسة كل مالك في النوعين لسلطاته لكن هذا الاختلاف لا يخلع عن الملكية الشائعة وصف الملكية⁽⁵⁵⁷⁾.

وعليه لا يمكن عد حق الشريك في الملكية الشائعة حق شخصيا أو حقا عينيا من نوع خاص أو أنه حق ملكية مشتركة لأن كل شريك في الشيوع يعتبر مالكا ويرمز إلى حق ملكيته بحصة معنوية أو حسابية أو معينة وأن هذا الحق يقع على الشيء الشائع كله مادامت حالة الشيوع قائمة فليس حق الشريك في الشيوع إلا حق ملكية مقيدا بحقوق الشركاء الآخرين⁽⁵⁵⁸⁾. وقد أخذ بهذا الرأي التشريع المصري في المادة 826 ق.م، والتشريع الجزائري في المواد 713 من القانون المدني والمادة 714 من نفس القانون.

وفي تقديرنا فإن ملكية الأسرة هي ملكية ذات طبيعة خاصة تختلف عن الملكية الفردية بأن المالك وإن كان له ملكية المنفعة والرقبة إلا أنه لا يستطيع مباشرة التصرف فيها، في حين يذهب البعض إلى تكييف ملكية الأسرة على أنها أشبه ما تكون بالشخص الاعتباري في القانون الإقطاعي القديم⁽⁵⁵⁹⁾. إلا أننا لا نتفق مع هذا التكييف وذلك لأن الأموال المكونة لملكية الأسرة لا تعتبر من الناحية القانونية مملوكة للأسرة بصفتها أسرة، بل أنها مملوكة لكل فرد من أفراد الأسرة الأحياء حسب نصيبه ولذلك فإن هذا النصيب ينتقل من كل وارت إلى فروعه إدارة هذه الأموال بوصفه ممثلا لشخص اعتباري هو الأسرة بل أنه يريد لها أصالة ووكالة عن سائر شركائه.

ثانيا: أركان ملكية الأسرة.

حتى تنشأ ملكية الأسرة لابد من توفر شروط وأركان طبقا لما حدده التشريع الجزائري والتشريعات الأخرى المقارنة وعليه سنبين هذه الأركان وفقا لما ورد في أحكام المادة 738 ق.م جزائري:

(557) انظر، المرجع السابق، بند 484، ص 1050.

(558) انظر، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 159.

(559) انظر، أحمد إبراهيم حسن، النظم القانونية والاجتماعية، نظم القانون الخاص، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2001، ص 169.

I- أعضاء الأسرة الواحدة.

طبقا للمادة 738 ق.م جزائري فإن ملكية الأسرة لا تنشأ إلا بين أعضاء الأسرة الواحدة، إذ راعى المشرع في هذه الملكية أحكام الشيوخ بين ملاك هم يشكلون أفراد أسرة واحدة. وهذا الحكم يسوقنا إلى تحديد مفهوم الأسرة الذي قصده المشرع في نص المادة 738 ق.م، إذ يفهم من هذا النص أن المقصود بأفراد الأسرة، مجموع الأشخاص الذين تجمعهم رابطة القرابة أي الأشخاص الذين تربطهم قرابة الدم سواء أكانت هذه القرابة مباشرة أم قرابة حواشي ويستند هذا الرأي إلى نص المادة 32-33-34 من القانون المدني الجزائري.

وعليه فإذا أخذنا بهذا التفسير فإن المقصود من الأسرة هنا هو ما يجمع أعضاؤها أصل مشترك وهم الأقرباء قرابة نسب وعليه فإن هذا التفسير الضيق لمفهوم الأسرة سيقود إلى نتيجة مفادها أنه لا يصح إنشاء ملكية الأسرة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الأخر ولا بين الزوج وزوجته حتى ولو كانت تربطهم وحدة العمل أو المصلحة⁽⁵⁶⁰⁾. في حين أن الهدف من تنظيم ملكية الأسرة هو تحقيق الروابط التي بين أفرادها أخذ في الحسبان من لا ينطبق عليهم مفهوم الأسرة الضيق الوارد في النص أعلاه ليشمل أولئك الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة. الأمر الذي سيقودنا إلى الاعتداء بالمفهوم الواسع والدارج عرفا للأسرة لا المفهوم الاصطلاحي القانوني الضيق الأمر الذي يستلزم أن ننظر إلى الأسرة وفقا لما جرى عليه العرف، إنما تنصرف إلى الأسرة الزوجية. وهي التي تعني الزوج والزوجة ثم ما يضاف إليهما من صغار، وقد تشمل أصول الزوج من الأباء والأمهات وعندئذ يطلق عليها عرفا الأسرة الكبيرة أي الجامعة للأصول والفروع، وحسب تقديرنا فإن الرأي المتضمن فهم الأسرة فهما مرنا يرجع إلى سببين اثنين:

(560) انظر، عبد المنعم البداوي، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، دار الكتاب العربي، مصر، ط2، 1996، ص 223،

محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، مطبعة جامعة القاهرة، ج1، 1994، ص 466.

أولهما قانوني بحث ويتمثل في نص المادة 35 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المادة 37 من القانون المدني المصري⁽⁵⁶¹⁾. والمادة 39 قانون عراقي والتي تنص على أنه "يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر".

وثانيهما يتعلق بالحكمة من تنظيم ملكية الأسرة التي تكمن في تقوية الأوامر الاجتماعية وتعزيزها بين أعضاء الأسرة الواحدة وأقاربهم، غير أنه لا يجب المبالغة في فهم الأسرة فهما مرنا حتى يؤدي إلى حد أن تشمل شركاء تربطهم صداقة وثيقة.

فتدعيم الصداقة بدعائم قوية من وحدة العمل أو المصلحة المشتركة لا يؤدي إلى اعتبار أطرافها أسرة واحدة وفقا لنص المادة 738 من القانون المدني. فالعبرة بوجودها وليس بصفاتها غير أنه يجب الإشارة إلى أن القرابة بمفهومها المجرد لا تكفي لإنشاء ملكية الأسرة بل لا بد أن تتوافر بجانب انتماء الأعضاء لأسرة واحدة وحدة العمل أو المصلحة إذا جاء في مقدمة نص المادة 738 من ق.م ما يلي: "لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة...".

وفي هذا الشأن يقول الدكتور السنهوري "إن الضابط للأسرة هنا ليس القرابة فحسب بل هي وحدة العمل أو المصلحة"⁽⁵⁶²⁾. وفي حين أن هناك من يرى بأن المشرع عندما نص في المادة 738 على وحدة العمل أو المصلحة لم يكن يبين شرطا يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق على ملكية الأسرة، بل كان يريد الإشارة في النص إلى العلة التي من أجلها يقدم أعضاء الأسرة على إبرام هذا الاتفاق⁽⁵⁶³⁾.

في حين ذهب رأي آخر إلى القول بأن عبارة وحدة العمل أو المصلحة لا مبرر لذكرها في نص المادة 738 إذ لو كانت الأموال المشتركة تركة ورثوها كأرض زراعية

(561) انظر، منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1965، ص 223.

(562) انظر، بسام مجيد سليمان العباسي، المرجع السابق، ص 62.

(563) انظر، محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993، ص

أو متجر أو مسكن يسكنونه فمن البديهي أن هناك وحدة عمل أو مصلحة بين الورثة، أما إذا لم تكن الأموال تركة واتفق أعضاء الأسرة الواحدة على إنشاء ملكية أسرة بأموالهم الخاصة فمن البديهي أن الباعث الدافع للشركاء هو وحدة العمل أو المصلحة⁽⁵⁶⁴⁾.

وفي تقديرنا فإن الرأي الأخير محل نظر ذلك لأن "وحدة العمل أو المصلحة تمثل السبب بمفهومه الحديث أي الباعث الدافع إلى التعاقد وطبقا لقواعد السبب فإن القانون يفترض المصلحة المشروعة ما لم يقيم الدليل على غير ذلك.

أما في القانون السويسري فقد نصت المادة 336 منه على أنه "يمكن للأقرباء إقامة مشاع إما بشركة كل أو جزء من الميراث أو وضع أموال أخرى"⁽⁵⁶⁵⁾. فالحدود التاريخية لهذا المبدأ موجودة في الأموال المشتركة غير المقسمة للأسرة والمنصوص عليها في النظم الريفية للقانون الروماني في العصور الوسطى، إذ بعد وفاة الأب "رب الأسرة" تؤول جميع الأموال العائدة للأسرة إلى الأبناء استمروا بإدارتها دون تقسيم بينهم، لقد استقر هذا المبدأ في الأقاليم السويسرية التي كانت بمعزل عن التطورات القانونية الأوربية وتم العمل به رسمياً وبشكل موحد في القانون المدني السويسري الصادر في 10 كانون الأول 1907⁽⁵⁶⁶⁾.

والغرض من هذا المبدأ هو اتجاه إرادة المشرع إلى إيجاد حل قانوني للحيلولة دون تقسيم الملكية وخاصة ملكية الأراضي الزراعية.

وحسب القانون السويسري فإن ملكية الأسرة تنشأ باتفاق كتابي متعدد الأطراف بشرط أن يكونوا من أعضاء أسرة واحدة دون تحديد الحد الأقصى لعدددهم.

⁽⁵⁶⁴⁾ انظر، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 177.

⁽⁵⁶⁵⁾ ART 336 du code civil suisse : « Des parents peuvent convenir de créer une indivision soit en y laissant tout ou partie d'un héritage soit en y mettant d'autres biens ».

⁽⁵⁶⁶⁾ انظر، بسام مجيد سليمان العباحي، المرجع السابق، ص 64.

وعليه يمكن القول أن ملكية الأسرة لا تنشأ إلا بموجب اتفاق مكتوب بين أفرادها، الذي يشكل عقدا ومصدرا للحقوق والالتزامات عن هذه الملكية.

II- الاتفاق الكتابي.

طبقا لنص المادة 738 من القانون المدني فإنه يجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقا مكتوبا، فالكتابة هنا هي ركن لانعقاد لا مجرد دليل للإثبات⁽⁵⁶⁷⁾. ولذلك فإنه يترتب على تخلفها البطلان والحكمة من ذلك أن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة قد تصل إلى خمس عشرة سنة فوجب أن يكون الاتفاق عليها مكتوبا حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة⁽⁵⁶⁸⁾.

وفضلا عن كون الكتابة ركن انعقاد فهي في ذات الوقت دليل إثبات ويقصد بالدليل الكتابي كل كتابة يمكن أن يستند إليها أحد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه ويأخذ بها في الإثبات بوصفها دليلا كاملا⁽⁵⁶⁹⁾. وتتميز الكتابة عن طرق الإثبات الأخرى في أنها يمكن إعدادها بصورة مسبقة عن وقوع النزاع وعادة ما يكون وقت إنشاء التصرف وهي من الطرق الأصلية التي يتم بها الإثبات بصورة مباشرة كما أن حجيتها ملزمة بوصفها من أهم الطرق ذات القوة المطلقة وكل هذه الصفات مجتمعة تضع الكتابة في درجة متميزة عن طرق الإثبات إلى جانب الإقرار واليمين الحاسمة.

ولما كان الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة هو التراضي فلا بد أن يصدر هذا الرضا ممن له أهلية التصرف وليس أهلية الوجوب وذلك لأن من ينظم إلى ملكية الأسرة يقيد سلطته في التصرف بالنسبة إلى نصيبه، وترتبا على ذلك يجب أن يكون العضو في ملكية الأسرة بالغاً سن الرشد، وسن الرشد في القانون المدني الجزائري هو بلوغ 19 سنة طبقا للمادة 40 ق.م⁽⁵⁷⁰⁾. غير محجور عليه لجنون أو سفه أو غفلة أو عته وعليه فإذا

(567) انظر، أحمد صدى، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط1، 2005، ص 96.

(568) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1046.

(569) انظر، عباس العبودي، شرح قانون الإثبات العراقي، دار الكتب للنشر الموصل، 1997، ص 101.

(570) تنص المادة 04 ق.م.ج "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة".

كان هناك ممن لا تتوافر له هذه الأهلية أن يتبع بشأنه الأحكام التي يقررها قانون الولاية على المال بشأن التصرف في أموال القاصر⁽⁵⁷¹⁾. وذلك طبقاً للمادة 87 و88 من قانون الأسرة.

وعله إذ كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه وجب على الولي أو القيم الحصول على إذن المحكمة لإدخال ما له ضمن ملكية الأسرة⁽⁵⁷²⁾. ويستوي في إفراغ الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة في سند سواء كان رسمياً⁽⁵⁷³⁾. أو عرفياً⁽⁵⁷⁴⁾.

وإذا ما أدخلت عقارات في ملكية الأسرة، وهذا هو الغرض الغالب، وجب تسجيل السند المنشأ لها إذ يترتب على إبرام عقد ملكية الأسرة تغيير في حق ملكية العين فبعد أن كانت مملوكة على الشيوع بوصفها تركة أصبحت مملوكة على الشيوع أيضاً لكن بوصفها ملكية الأسرة ويخضع هنا تسجيل العقد لأحكام المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا كانت العين المملوكة قبل إبرام عقد ملكية الأسرة تشكل جزءاً من تركة فإنه يتعين على الورقة حتى تنقل حقوق العين للورثة من أجل إمكانية التصرف فيها⁽⁵⁷⁵⁾. ونفس الأحكام أخذ بها القانون السويسري في المادة 337

(571) إن التصرف في أموال القاصر لا يكون إلا بناء على أمر صادر من رئيس المحكمة والذي يحدد نوع التصرف وحدوده، وقد نظم

قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أحكام الولاية على أموال القاصر من حيث الإجراءات طبقاً للمواد 464 وما بعدها.

(572) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1046.

(573) السند الرسمي هو الذي يبين فيه موظف عام طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يده أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره.

(574) السند العرفي، كل كتابة يوقعها شخص بشأن تصرف قانوني ودون أن يتدخل موظف عام في تحريره.

(575) تنص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على "كل انتقال أو إنشاء أو

انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة" جريدة رسمية

سنة 1976، عدد 30.

من القانون المدني التي نصت على أنه "لا يمكن إقامة المشاع بصورة نافذة إلا بعقد رسمي يحمل توقيع جميع مالكي المشاع أو ممثليهم"⁽⁵⁷⁶⁾.

فبمقتضى هذا النص فإن إنشاء ملكية الأسرة يتطلب موافقة جميع الشركاء الورثة للانضمام إلى هذه الملكية على أن يتم إفراغ هذه الموافقة في عقد رسمي يوقع عليه كل الأعضاء المشاركين أو بموجب وكالة صريحة من الشريك إلى ممثله القانوني تخول له سلطة إبرام عقد إنشاء ملكية الأسرة.

III- الأموال المملوكة لأعضاء الأسرة.

لا يدخل في ملكية الأسرة إلا الأموال المملوكة فعلا لأعضائها وقت إنشائها⁽⁵⁷⁷⁾. والاحتمال الغالب أن أموال الأسرة تؤول لهم عن طريق تركة ورثوها وقرروا الاتفاق على استبقائها في حالة الشيوخ بينهم ولتدار بينهم إدارة مشتركة سعيا وراء أكثر ما تكون مستغلا زراعيا أو صناعيا أو تجاريا⁽⁵⁷⁸⁾.

وهذا هو الاعتبار الذي دفع المشرع الجزائري وإلى جانبه المشرع المصري والسويسري إلى تنظيم ملكية الأسرة إذ لاحظ أنه كثيرا ما يبقى أعضاء الأسرة في الشيوخ مدة طويلة بالنسبة إلى الأموال التي ورثوها.

وإذ كان الميراث هو الطريق الذي يسير فيه أفراد الأسرة الواحدة بأموالهم نحو هدف وحدتهم بغية استغلاله على أحسن وجه، فليس ذلك هو السبيل الوحيد لهذه الملكية إذ لا يمنع أن يقدم أعضاء الأسرة أموالا مفرزة لكل منهم أو قد تبدأ ملكية الأسرة بتركة شائعة أيضا أو من أموال مفرزة، المهم في هذا الصدد أن تكون هناك أموال مملوكة لأفراد الأسرة في الحال⁽⁵⁷⁹⁾. وتطبيقا لذلك لا يصح أن تتضمن ملكية الأسرة

⁽⁵⁷⁶⁾ ART 337 du code civil suisse : « L'indivision ne peut être constituée valablement que par un acte authentique portant la signature de tous les indivisibles ou de leurs représentants ».

⁽⁵⁷⁷⁾ انظر، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 72.

⁽⁵⁷⁸⁾ انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1048.

⁽⁵⁷⁹⁾ انظر، عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 232.

الأموال التي قد تؤول ملكيتها في المستقبل إلى أعضائها⁽⁵⁸⁰⁾. وبناء على ذلك يقع باطلا الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة من تركة مستقبلية لمخالفته قواعد الميراث وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني الجزائري بنصها: "... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". ويقابل هذا النص في التشريع المصري نص المادة 131 فقرة 02⁽⁵⁸¹⁾. من القانون المدني المصري، في التشريع العراقي نص المادة 129 فقرة 02 من القانون المدني العراقي⁽⁵⁸²⁾.

ولا يصح أيضا أن يكون محل هذه الملكية ما لا يحوزه أحد المتعاقدين بنية تملكه بالتقادم فمثل هذا المال لا يعتبر مملوكا وقت الاتفاق على إدخاله في ملكية الأسرة وهو شرط لازم لصحة إنشائها⁽⁵⁸³⁾. ويستوي أن تكون الأموال المملوكة لأعضاء الأسرة عقارية أو منقولة أو حقوقا في ذمة الغير بل يصح أن تكون هذه الأموال مجموعة كالمشروع الصناعي أو التجاري أو الزراعي⁽⁵⁸⁴⁾.

VI- المدة في ملكية الأسرة.

تنص المادة 739 من القانون المدني على أنه: "يجوز الاتفاق على إنشاء ملكية لمدة لا تزيد على خمسة عشرة (15) سنة غير أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوي لذلك.

(580) انظر، محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ط3، 1994، ص 466.

(581) انظر، بسام مجيد سليمان العباحي، المرجع السابق، ص 73.

(582) انظر، محمد علي عرفه، المرجع السابق، ص 466.

(583) إذا أدخلت عقارات في ملكية الأسرة وجب تسجيلها على مستوى المحافظة العقارية وشهرها طبقا للأحكام الخاصة بشهر العقود

الرسمية، طبقا للمادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري.

(584) انظر، عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 241.

وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد (06) أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء الآخرين عن رغبته في ذلك⁽⁵⁸⁵⁾.

وعليه فمادام أن ملكية الأسرة لا تنشأ إلا باتفاق صريح بين منتهاها إلى خمس عشرة (15) سنة. ولفهم شرط المدة في ملكية الأسرة لا بد أن نفرق بين فرضين:

- الفرض الأول وهو يتعلق بحالة الاتفاق على تحديد مدة ملكية الأسرة، فالمعلوم أن أقصى مدة يجوز الاتفاق خلالها في ملكية الأسرة هي خمس عشرة (15) سنة فإذا اتفق على مدة أطول منها كان الاتفاق فيما يتعلق بالزيادة باطلاً غير ملزم ويصح في حدود خمس عشرة سنة إلا إذا تبين أن العقد ما كان ينعقد لمدة أقل من المدة المتفق عليها فيبطل العقد كله، ولكن يجوز بعد انقضاء المدة المتفق عليها أو حتى قبل انقضائها الاتفاق على مدة أخرى تبدأ من يوم الاتفاق الجديد وإذا انقضت المدة المتفق عليها دون اتفاق على تجديدها فتقتضي ملكية الأسرة وتصبح الأموال المملوكة للشركاء شيوفاً عادياً لا ملكية أسرة⁽⁵⁸⁶⁾. ويجوز بعد انقضاء المدة المحددة ابتداءً أن تجدد ثانية وثالثة وهكذا ولكن التجديد لا يكون إلا بعد انقضاء المدة السارية والقاعدة أنه بمقتضى التزام كل عضو باحترام المدة المتفق عليها مادامت في الحدود المنصوص عليها أنه يمتنع عليه طلب القسمة. غير أن المشرع الجزائري وباجتهاد منه قدر أن إطلاق هذه القاعدة قد يضر بمصلحة أحد الأعضاء مع أن هذه المصلحة تكون جديرة بالرعاية ولذلك فقد أباح الشريك أن يستأذن المحكمة لإخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه وهذا ما سنبحثه بالتفصيل لاحقاً عند دراسة أحكام ملكية الأسرة.

أما الفرض الثاني فيتعلق بحالة عدم الاتفاق على تحديد مدة ملكية الأسرة. فإذا لم يتفق على تحديد المدة فإن هذا لا يحول دون قيامها وكل ما في الأمر أنها تعتبر قائمة غير محددة المدة وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 739 من القانون المدني الجزائري،

(585) يقال نص المادة 739 ق.م.ج، نص المادة 8017 من القانون المدني السوري ونص المادة 1062 من القانون المدني الأردني ونص

المادة 852 من القانون المدني المصري.

(586) أنظر، إسماعيل غانم، الحقوق الفنية الأصلية، حق الملكية، ج1، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1999، ص 327.

وفي هذا الفرض يجوز لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته في إخراج نصيبه.

وخلاصة القول هو أن ملكية الأسرة لا تقوم إلا إذا توافرت هذه الأركان مجتمعة كما حددها المادة 738 ق.م، حتى تمكن لأفرادها التصرف فيها واستعمالها وهنا ينبغي تحديد الإطار التنظيمي لاستعمالها واستغلالها.

الفرع الثاني: الاستعمال والتصرف في ملكية الأسرة.

يعد كل من الاستعمال والتصرف حقوقاً ترد على الملكية وهي تشكل في نفس الوقت عناصر جوهرية مكونة لها. ولهذا أقر المشرع للمالك المشتاع في ملكية الأسرة الحق في استعمال أموالها والتصرف فيها⁽⁵⁸⁷⁾. وبما أنه لا يمتلك وحده هذه السلطات أي سلطة الاستعمال وسلطة التصرف ويشترك فيها مع باقي أعضاء ملكية الأسرة، فرض عليه القانون قيوداً على استعماله وتصرفه مراعاة لمصلحة شركائه، فالأصل أن ينظم الاتفاق بين الشركاء طريقة الاستعمال والتصرف في الأموال المكونة لملكية الأسرة، ولكن غالباً ما يخلوا اتفاق الشركاء على هذا التنظيم فيلجأ الشريك إلى القضاء ملتسماً منه تنظيم الاستعمال والتصرف.

أولاً: التنظيم التشريعي للاستعمال.

يقصد باستعمال أموال ملكية الأسرة استخدامها فيما أعدت له من خلال القيام بالأعمال المادية بغية الحصول على منافع هذه الأموال ووفقاً لما تسمح به طبيعة هذه الأموال. وعليه سنحاول أن نبين مفهوم الاستعمال والقيود الواردة عليه وتبيان أهم أعمال التنظيم التشريعي لاستعمال ملكية الأسرة.

I- حدود الاستعمال والقيود الواردة عليه.

إن ملكية الأسرة كالملكية المفترزة تخول للمالك الحق في استعمال الأموال المكونة لها وأن الشريك الذي يضع يده على جزء ملكية الأسرة يعادل حصته يكون له الحق في

(587) أنظر، أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 67-68.

استعماله واستغلاله مادام وافق باقي الشركاء على انتفاعه به بصفته شريكا في هذه الملكية وليس بصفته حائز عرضي كالمستأجر. وبالتالي فإن مناط حق الشريك في استعمال حصته واستغلالها يرتبط بوضع يده على تلك الحصة بموافقة باقي شركائه فإذا توافرت تلك الموافقة تبت الحق للشريك في استعمال حصته واستغلالها فيكون له أن يستعملها بنفسه أو أن يستغلها وفقا للغرض المخصصة له، كأن تكون مشروعا تجاريا أو صناعيا أو زراعيا دون أن يكون لباقي الشركاء الاعتراض على ذلك ما لم يترتب على هذا الاستعمال والاستغلال ضرر بهم⁽⁵⁸⁸⁾.

وسلطة الشريك في استعماله لأموال ملكية الأسرة مقيد بقيود مرتبطة أساسا بالغرض الذي أعدت من أجله هذه الملكية وبمراعاة حقوق باقي الشركاء.

فالأصل أنه يجب أن يتفق استعمال الشريك للأموال المكونة للملكية الأسرة مع الغرض الذي أعد من أجله هذا المال وحينئذ لا يستطيع الشريك المشتاع فيها أن يغير هذا الغرض إلا بموافقة جميع شركائه الآخرين. والذي يحدد الغرض الذي أحدث من أجله ملكية الأسرة هو الاتفاق الكتابي المبرم بين أعضاء الأسرة. أما إذا لم يستطيع الشركاء إحالة الأمر إلى القاضي المختص فهو الذي يحدد فيما لو اتفق استعمال الشريك لأموال ملكية الأسرة مع الغرض الذي أعدله من عدمه.

أما إذا استعمل الشريك المشتاع الأموال بطريقة تتنافى مع الغرض الذي أعدت من أجله ملكية الأسرة فإن لباقي الشركاء الحق في أن يمنعوه من هذا الاستعمال لأن هذا الاستعمال يعرض مصالحهم للخطر⁽⁵⁸⁹⁾.

كما يدخل ضمن القيود التي ترد على سلطة الشريك في استعمال ملكية الأسرة عدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء وذلك تطبيقا لقاعدة المساواة التي تحكم العلاقة بين

(588) أنظر، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 63. أنور طلبية، المرجع السابق، ص 68.

(589) أنظر، بسام مجيد سليمان العباحي، المرجع السابق، ص 108.

الملاك في ملكية الأسرة فكل منهم له حق ملكية على كل جزء من أجزاء هذه الأموال التي تخوله الحق في استعمالها وحتى ولو اختلفت حصة كل منهم فيه⁽⁵⁹⁰⁾. ويتحدد حق الشريك في استعمال أموال ملكية الأسرة بقدر حصته فيها ولكن حقه يرد على الأموال المكونة لملكية الأسرة كلها فلا يركز في جزء معين من هذا الشيء وهذا ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 714 من القانون المدني الجزائري بنصها "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على تمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء..." ونفس المبدأ سار عليه المشرع المصري في نص المادة 826 فقرة أولى من القانون المدني⁽⁵⁹¹⁾، وأيضا التشريع العراقي في المادة 1061 من القانون المدني العراقي⁽⁵⁹²⁾، والذي نص على ما يلي "وكل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكا تاما، وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه. والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إذنه".

فمن خلال هذه النصوص يتضح أن الأعمال التي يجوز للشريك أن ينفرد بالقيام بها هي تلك التي تتفق مع ما أعد له الشيء الشائع ويستطيع الشركاء جميعا في الوقت ذاته أي يقوموا بها، كأن يكون الشيء مسكنا يستطيع كل شريك أن يسكن فيه. أما أعمال الاستعمال والاستغلال التي لا تقبل المشاركة لأنها تقتضي الاستئثار بالشيء الشائع أو بجزء معين منه فلا يجوز لأي شريك أن ينفرد بالقيام بها حتى ولو كان الجزء الذي يستقل به الشريك معادلا لحصته كأن يتبنى الشريك على الأرض المملوكة ملكية أسرة أو أن يزرعها. وفي هذه الحالة إذا قام فعل يعمل من هذه الأعمال جاز للأخرين الحق في أن يعترضوا عليه⁽⁵⁹³⁾.

(590) انظر، محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، مطابع التعليم العالي، العراق، 1982، ص 105.

(591) انظر، بسام مجد سليمان العياشي، المرجع السابق، ص 109.

(592) انظر، محمد طه البشير وغني حسون طه، المرجع السابق، ص 110.

(593) انظر، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 63.

II- أعمال التنظيم التشريعي للاستعمال في ملكية الأسرة.

اعترف المشرع سواء في التشريع الجزائري أو في القوانين المقارنة بحق الشريك المشتاع في ملكية الأسرة في استعمال أموالها. ففي مصر، لم يعالج القانون المدني سلطة الشريك في ملكية الأسرة باستعمال أموالها عند تنظيمه لأحكام هذه الملكية، إلا أنه أحال ذلك إلى القواعد العامة التي تحكم الملكية الشائعة في المادة 855 منه على ما يلي: "فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة".

فلتبيان سلطة الشريك في استعمال ملكية الأسرة لابد من عرض سلطة الاستعمال للشريك في الملكية الشائعة.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 826 من القانون المدني المصري على أنه: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"⁽⁵⁹⁴⁾.

كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 1061 من القانون المدني العراقي على أنه: "وكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه"⁽⁵⁹⁵⁾.

أما في التشريع الجزائري نجد أن المشرع قد أخذ بنفس المبدأ الذي سار عليه التشريع المصري والعراقي حيث نصت المادة 714 على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء فبإعمال هذا النص على ملكية الأسرة، يتضح أن هذه الصورة من الملكية تشتمل على عناصر ثلاث وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف، إلا أن سلطة الاستعمال مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين إذ تنص العبارة

(594) انظر، أنور طلبة، المرجع السابق، ص 69.

(595) انظر، محمد طه البشير وغني حسون طه، المرجع السابق، ص 111.

الأخيرة من هذا النص على: "بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء". وتطبيقا لذلك لا يجوز لأي من الشركاء أن ينفرد باستعمال الأموال المكونة للملكية الأسرة أو باستغلالها كلها أو جزء معين منها. فإذا انفرد شريك بالانتفاع بملكية الأسرة كلها دون إذن شركائه كأن يكون محل الملكية دارا فيسكنها أو أرضا فيزرعها أو يؤجرها فقد وجب عليه لباقي شركائه أجر مثلها⁽⁵⁹⁶⁾.

أما في التشريع السويسري فقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة 39 من القانون المدني السويسري على أنه: "ينتفع جميع الأعضاء في ملكية الأسرة بصورة مشتركة. ويفترض أن تكون حقوقهم متساوية. لا يستطيع مالكي المشاع طوال فترة الشيوخ طلب حصتهم أو التصرف بها"⁽⁵⁹⁷⁾.

إن المبدأ الذي جاء به هذا النص يؤكد على أن ملكية الأسرة مع أنها تتضمن ملكيات ذات طبيعة واحدة ولعدة أشخاص إلا أنها تمثل حيازة جماعية قانونية للملكية بحيث يستطيع أي عضو فيها استخدام الأموال المكونة لها وفقا لمقدار إسهامه فيها فإذا ما استغلت الأموال المكونة لهذه الملكية بصورة جماعية من أعضائها فإنهم يشكلون ملكية مشتركة ذات علاقة قانونية أسرية⁽⁵⁹⁸⁾. ويتضح الاستعمال المشترك لهذه الملكية بصورة خاصة في الفقرة الأولى من المادة 339 من القانون المدني السويسري المذكورة سابقا غير أنه يجوز إنشاء ملكية خاصة بالإيراد أو المحصول وهذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 347 من القانون المدني السويسري على أنه: "1- يمكن استغلال المشاع من قبل أحد الشركاء على أن يلتزم بأن يدفع سنويا حصة كل واحد منهم من صافي الأرباح". فمن حيث حقوق الشركاء في ملكية الأسرة فهم متساوون في هذه الحقوق وفقا لنص الفقرة

⁽⁵⁹⁶⁾ انظر، المرجع السابق، ص 111.

⁽⁵⁹⁷⁾ ART 339. Alenia 1 et 2 du code civil suisse : « les membres de l'indivision la font valoir en commun leurs droits sont présumés égaux.

Les indivis ne peuvent, tant que dure l'indivision, ni demander leur part, ni en disposer ».

⁽⁵⁹⁸⁾ CF, Pierre Tour et Henri Deschenaux, Op-cit, p 250.

الثانية من المادة 339 ق. مدني غير أنه يجوز أن يكون هناك تفاوت في هذه الحقوق بين الشركاء ويعتمد ذلك على مقدار حصته في هذه الملكية⁽⁵⁹⁹⁾.

فباستعراض النصوص التي اعترفت للشريك في ملكية الأسرة بحق الاستعمال والاستغلال للأموال الداخلة فيها والقيود الواردة على هذا الحق. يبدو أن الطريقة التي انتهجها المشرع السويسري في تحديد القيود التي ترد على حق الشريك في ملكية الأسرة بحق الاستعمال للأموال المكونة لها وقد حصرها في ثلاث قيود طبقاً للمادة 339 ق.م، تفضل على الطريقة التي اتبعها القانون المدني المصري في المادة 826 والقانون العراقي في المادة 1061 والقانون الجزائري في المادة 714 ق.م. ذلك أن هذا القيد المتمثل بضرورة عدم إضرار الشريك بحقوق سائر الشركاء الوارد في المادة 714 من القانون المدني الجزائري هو قيد مرن وغير واضح، ومن ثم يمكن أن يشمل قيوداً كثيرة من شأنها إعاقة استعمال الأموال المكونة للملكية الأسرة والانتفاع بها.

كما أن هذا القيد العام فيه إرهاب لكاهل القاضي المعروض عليه النزاع في كل حالة على انفراد فيما لو أصاب سائر الشركاء الآخرين ضرر أم لا من جراء استعمال أحدهم لأموال الأسرة وكذلك تحديد المقصود بالضرر في كل حالة. في حين أن القانون المدني السويسري قد حدد صور الضرر في ثلاث إذا تجنّبها الشريك في استعمال أموال ملكية الأسرة كان استعماله استعمالاً مشروعاً.

ثانياً: التنظيم الاتفاقي والقضائي للاستعمال.

القاعدة وهي أن للشركاء في ملكية الأسرة الحق في الاتفاق فيما بينهم على الطريقة التي تروق لهم لتنظيم استعمال أموالها. وهنا نكون أما اتفاق أو عقد يبين كيفية استعمال ملكية الأسرة. غير أنه في الكثير من الأحيان قد يتعذر اتفاق الشركاء على طريقة معينة لتنظيم هذا الاستعمال⁽⁶⁰⁰⁾. نظراً لتضارب مصالحهم وأهواءهم ومحاولة كل

(599) انظر، بسام مجيد سليمان العباسي، المرجع السابق، ص 111.

(600) انظر، أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1990 مكررة، ص 279.

منهم فرض طريقة معينة للاستعمال حسب ما يحقق مصلحته الشخصية على حساب شركائه الآخرين. وهنا لا يجد الشريك الذي يحتاج إلى استعمال أموال ملكية الأسرة والانتفاع بها مناصا سوى اللجوء إلى القضاء لتنظيم الاستعمال في المال الشائع. وهنا دور القاضي يكون دور احتياطي أي لا يلجأ إليه إلا عند تعذر اتفاق الشركاء في ملكية الأسرة على هذا التنظيم. وعليه سنحاول أن نبين كل من صورتي التنظيم الاتفاقي والقضائي في استعمال ملكية الأسرة.

I- الشكل القانوني للاتفاق المنظم للاستعمال.

لم يحدد القانون الجزائري مثله مثل القانون المصري والسويسري شكلا معيناً للاتفاق المنظم لاستعمال ملكية الأسرة ومن ثم يجوز أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا. فإذا قام أحد الشركاء باستعمال جزء من الأموال المكونة لملكية الأسرة يعادل حصته أو يزيد عليها ولمدة معينة مع علم شركائه الآخرين ودون اعتراض منهم فإن هذا يعتبر موافقة ضمنية منهم على هذا الاستعمال. فإذا كانت صورة الاتفاق على تنظيم الاستعمال قسمة مهياة⁽⁶⁰¹⁾. فإذا قام كل شريك بالاستحواذ على أموالها بما يعادل حصته والانتفاع به ويعلم سائر شركائه الآخرين ودون اعتراض منهم اعتبر هذا الاتفاق، اتفاقا ضمنيا بينهم على قسمة المال قسمة مهياة مكانية.

وتعد المهياة صورة للتنظيم الاتفاقي في استعمال ملكية الأسرة غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض لقسمة المهياة بنوعيتها المكاني والزماني في تطبيقها على ملكية الأسرة وإنما أحال ذلك إلى أحكام وقواعد الملكية الشائعة وفقا للمواد 733-734 و 735 من القانون المدني.

(601) نص المشرع الجزائري على المهياة في المادة 733 من القانون المدني الجزائري بنصه على ما يلي: "يتفق الشركاء في قسمة المهياة على أن يختص كل منهم بجزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصلح هذا الاتفاق لمدة تزيد عن (05) خمس سنوات...". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ ف 13 ماي 2007.

فإذا تعذر على الشركاء الاتفاق وديا على استعمال ملكية الأسرة، فإنه في هذه الحالة يمكن لهم اللجوء إلى القاضي من أجل التدخل لإيجاد تنظيم لاستعمال ملكية الأسرة.

II- دور القاضي في تنظيم استعمال ملكية الأسرة.

لقد سبقت الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري قد أحال التنظيم القضائي لاستعمال الأموال الداخلة في ملكية الأسرة إلى أحكام وقواعد التنظيم القضائي للملكية الشائعة⁽⁶⁰²⁾. فقد ضيق المشرع من دور القاضي في تنظيم استعمال المال الشائع فحصره في حالة خاصة واحدة وذلك عند تعذر وصول الشركاء إلى اتفاق على قسمة المهايأة، فيحق لكل واحد منهم اللجوء إلى القضاء لتنظيم هذا الاستعمال.

فقد نصت المادة 736 ق.م الفقرة الثانية منه على ما يلي: "... فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للمحكمة أن تأمر بها إذا طلب منها ذلك أحد الشركاء وبعد الاستعانة إذا اقتضى الأمر ذلك"⁽⁶⁰³⁾.

إن هذا النص يعد صورة خاصة من صور قسمة المهايأة بنوعيتها وقد نظمها إدراكا منه أنها قد تمتد لمدة طويلة فيؤدي عدم توصل الشركاء المشاعين إلى تعطيل الانتفاع بالمال الشائع طوال هذه المدة وفي ذلك إضرار بالمصلحة المشتركة للشركاء ومصلحة المجتمع في آن واحد لاسيما وأن الملكية الشائعة تنتشر في مجتمعنا بصورة كبيرة وتمثلا أحيانا لتشمل أموالا كثيرة تمثل جانبا مهما من أموال الأسرة. وقد سمح المشرع للمالك في الشروع باللجوء إلى المحكمة التي تنظر في دعوى القسمة النهائية لتنظيم هذا النوع من المهايأة وذلك عند تعذر الاتفاق عليها⁽⁶⁰⁴⁾.

(602) من ذلك المواد 424-425-426-427-428 من القانون المدني الجزائري، والتي حددت كيفية اقتسام المال الشائع عن طريق سلطة القضاء.

(603) يقابل هذه المادة من قسمة المهايأة نص المادة 424 من القانون المدني الخاصة باقتسام المال الشائع.

(604) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1089، محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، 1999، ص 336.

ويعتبر هذا الحل القضائي الحل الأنسب بالنسبة للشركاء في ملكية الأسرة عند تعذر الاتفاق فيما بينهم على استعمال ملكية الأسرة وذلك لما فيه من استجابة للحاجة العملية لأنه في كثير من الأحوال تكون قسمة المهايأة القضائية هي السبيل الوحيد لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع عند تعذر الاتفاق على قسمة المهايأة⁽⁶⁰⁵⁾، فضلا عن كون هذا الرأي يتسم بالعدالة وتحقيق المساواة بين الشركاء، فليس من العدل أن يتحلل أحد الشركاء من قسمة فرضها القاضي على جميع الشركاء ولا سيما عند استفاؤه حصته قاصدا من وراء ذلك حرمان شركائه الآخرين من الانتفاع مثله في حصته. كما أن قسمة المهايأة القضائية تؤدي إلى استقرار المعاملات وعدم مفاجأة الشريك بانتهاء المهايأة فجأة دون أن يعد نفسه لهذا الانتهاء.

ثالثا: التصرف في ملكية الأسرة.

يقصد بأعمال التصرف تلك الأعمال التي يترتب عليها تعديل المركز المالي للشخص بصفة نهائية، أو إلزامه بالنسبة إلى المستقبل مثل بيع عقار أو إنشاء رهن والتي من شأنها أن تغير من التخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة للذمة المالية مثل تغير النشاط الاقتصادي لمشروع من المشروعات⁽⁶⁰⁶⁾. ولهذا يعتبر مثل هذا العمل من قبيل أعمال التصرف⁽⁶⁰⁷⁾.

فسلطة التصرف هي من خصائص حق الملكية فتخول صاحبها أن يتجرد من ملكية الشيء سواء في مقابل الحصول على شيء آخر، أو الحصول على منفعة أو مجرد التخلي عن ملكيته⁽⁶⁰⁸⁾. فهي سلطة شاملة تمتد لتستوعب الشيء كله وتتناول الحق

(605) انظر، محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 459، عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري، القاهرة،

بدون سنة نشر، ص 243.

(606) انظر، محمد السعيد رشدي، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، مطبعة أكاديمية الشرطة، مصر، 1983، ص 167.

(607) انظر، حسام الدين الأهواني، مقدمة في القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1992، ص 367.

(608) وهذا ما كان يعرف عند الرومان باسم « jus abutendi » بمعنى حق التصرف.

ومحله وتظهر خصوصية النظام القانوني لملكية الأسرة من حيث سلطة التصرف في القيود التي أوردها المشرع الجزائري والمقررة لمجموع الملاك.

فقد نصت المادة 740 من القانون المدني على أنه: "ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة، ولا يجوز لأي شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا...".

وعليه فإنه لا يجوز لأغلبية الشركاء التصرف في ملكية الأسرة حسب نص المادة 7 من القانون المدني ومن هنا يختلف حكم التصرف في ملكية الأسرة عن حكم التصرف في المال الشائع شيوعا عاديا، غير أن المشرع قد خفف من هذا القيد ومنح الشركاء في ملكية الأسرة في بعض الحالات هامشا من التصرف بحصتهم وهذا يظهر من خلال حالتين وهي حالة تصرف الشريك لأحد شركائه وتصرف الشريك لأجنبي عن الأسرة.

I- تصرف الشريك لأحد شركائه.

بما أن أساس ملكية الأسرة يكمن في أن ملاكها أفراد أسرة واحدة تربطهم رابطة الدم وقرابة المصاهرة فكان لا بد أن تنعكس هذه الحقيقة على تقييد سلطة المالك المشتاع في التصرف بحصته التي يرمز إليها بنسبة حسابية أو حصصية، فحق الشريك وإن كان نطاقه المادي هي الأموال المكونة لملكية الأسرة كلها إلا أن نطاقه المعنوي أو الحسابي هو حصته التي يملكها فيها.

ومن ثم فإن الأصل أن تصرف الشريك في حصته في ملكية الأسرة هو تصرف في حق لا يزاحمه فيه غيره من الشركاء فيكون للشريك أن يتصرف في حصته كلها، أو بعضها سواء كان ذلك بنقل ملكيتها للغير أو بتقرير حق انتفاع عليها أو برمتها⁽⁶⁰⁹⁾.

إلا أن هذا الحق مقيد بقيود مقررة لمجموع الشركاء لأن مال الأسرة مملوك للشركاء ملكية مشتركة وقد تعلق به مصلحة خاصة للمالك وهم الشركاء جميعا. وعليه يستطيع كل شريك أن يباشر حقه بوصفه مالكا في التصرف في حصته دون

(609) انظر، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 188.

توقف ذلك على رضا شركائه إذا كان المتصرف إليه أحد الشركاء. والحكمة من ذلك واضحة حيث أن هذا التصرف لا يعكس صفو الجماعة إذا لم يضاف لهم شخصا أجنبيا عنهم. وكذلك يجوز لأي شريك أن يتصرف في حصته لعضو من الأسرة ولو لم يكن شريكا في ملكية الأسرة فالحظر الوارد في التصرف ينصرف لأجنبي عن الأسرة لأجنبي عن ملكية الأسرة⁽⁶¹⁰⁾. وإذا ما تصرف الشريك إلى أحد شركائه في ملكية الأسرة، يخرج منها، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا. وتزداد حصة الشريك المتصرف إليه في هذه الملكية بقدر نصيب الشريك المتصرف⁽⁶¹¹⁾.

والقاعدة في ملكية الأسرة أنه بمقتضى التزام كل عضو باحترام المدة المتفق عليها مادامت في الحدود المنصوص عليها، أنه يمتنع عليه طلب القسمة، غير أن المشرع الجزائري وباجتهاد منه قدر أن إطلاق هذه القاعدة قد يضر بمصلحة أحد الأعضاء فيها مع أن هذه المصلحة تكون جديرة بالرعاية، ولذلك فقد أباح للشريك أن يطلب إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوي لذلك، أما إذا لم يتفق على مدة معينة، فقد أباح للشريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى شركائه رغبته في ذلك.

II- تصرف الشريك لأجنبي عن الأسرة.

أجاز المشرع للشريك في ملكية الأسرة، التصرف في حصته لأجنبي عن الشركاء غير أنه قيد هذا التصرف بقيود طبقا للمادة 740 ق.م⁽⁶¹²⁾. وتتضح هذه القيود في حالتين وهي حالة تصرف الشريك في حصته لأجنبي بموافقة الشركاء وحالة تصرفه دون موافقة الشركاء.

(610) انظر، أحمد محمود سعد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار النهضة للطباعة والنشر، القاهرة، 1994، ص 561.

(611) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1054، 1055.

(612) يقابل نص المادة 740 من القانون المدني الجزائري، كل من نص المادة 808 من القانون المدني السوري والمادة 4063 قانون مدني

أردني، ونص المادة 853 من القانون المدني المصري، أنظر، بسام مجيد سليمان العباجي، المرجع السابق، ص 193.

أ- تصرف الشريك لأجنبي بموافقة الشركاء.

بعد أن أجاز المشرع لأعضاء الأسرة إنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة، منع على الشريك التصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا إذا وافق الشركاء جميعا على ذلك حتى تبقى ملكية الأسرة مقصورة على أفراد الأسرة قدر الإمكان⁽⁶¹³⁾.
فهنا المشرع وضع شرط مانع من التصرف لكنه مانع مؤقت بالأجل المتفق عليه لأن القانون لم يجز الاتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة تزيد عن خمس عشرة سنة، تم مقيد كذلك بمدة ستة أشهر إذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة للملكية الأسرة. ومفيد أيضا في حالة تصرف الشريك في نصيبه لأجنبي بغير موافقة الشركاء على أن لا يبقى هذا النصيب مندمجا في ملكية الأسرة.

إن هذا الشرط المانع من التصرف اقتضته المصلحة إذا اشترط القانون لإنشاء ملكية الأسرة أن تجمع الشركاء وحدة العمل أو المصلحة المشتركة، كأن يقتضي استغلال المال المشترك ووحدة الإدارة أو أن يرغبوا في إبقاء تركة مورثهم ووحدة متماسكة حتى يمكن استغلالها على أحسن وجه.

في حين يذهب العديد من شراح القانون المدني⁽⁶¹⁴⁾، إلى أن الجزاء هنا ليس البطلان وإنما يتمثل في عدم نفاذ التصرف في مواجهة الشركاء الآخرين فلا يستطيع مكتسب الحصة أن يطالب أي واحد منهم بأي حق باعتباره مالكا لحصة الشريك ما لم تتم موافقتهم جميعا على التصرف. وعليه فموافقة الشركاء الآخرين ليست عنصرا في الاتفاق بين الشريك والغير على التصرف في الحصة وإنما هي إقرار لهذا التصرف بعد إتمامه وهو قرار يستلزمه القانون ليكون الاتفاق بين الشريك والغير نافدا في حقهم⁽⁶¹⁵⁾.

فإن لم يصدر منهم جميعا هذا الإقرار اعتبر التصرف غير قائم بالنسبة إليهم وهذا يكفي لتحقيق الغاية من هذا الشرط فضلا عن أنه يسمح بحصول الشريك على موافقة شركائه

(613) انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 255، 256.

(614) انظر، جميل الشوقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 182.

(615) انظر، عبد المنعم البداوي، المرجع السابق، ص 208.

على تصرفه في حصته تباعا بعد التصرف فيصير جائزا ونافدا ولو كان باطلا ما أمكن إنفاذه بالإقرارات اللاحقة⁽⁶¹⁶⁾.

إلا أن موافقة الشركاء على تصرف الشريك لأجنبي عن الأسرة لا تعني صلاحية الأجنبي ليكون شريكا في ملكية الأسرة بل لابد من رضا خاص بذلك يتم باتفاق الشركاء مع الأجنبي على أن يصبح شريكا في هذه الملكية. ويترتب على ذلك أنه يجوز لباقي الشركاء طلب القسمة وإخراج نصيب الأجنبي من ملكية الأسرة⁽⁶¹⁷⁾.

وفي تقديرنا فإن هذه تعتبر ثغرة قانونية فتحها المشرع في نطاق أحكام ملكية الأسرة إذ بموجبها يصبح في وسع الشريك الممنوع من التصرف في حصته لأجنبي عن الأسرة أن يقترض من أجنبي مبلغا من المال وأن يمتنع عن الوفاء به وهنا يعمد الدائن إلى التنفيذ الجبري على حصة المدين في ملكية الأسرة، ثم يتملكها رغما عله وفقا لنص هذه الفقرة التي تقتضي بأن يجوز للأجنبي أن يمتلك حصة الشريك رغما عله وهكذا يصبح شريك عدم التصرف في الحصة دون رضا الشركاء عديم القيمة من الناحية العملية⁽⁶¹⁸⁾.

وإذا كانت ملكية الأسرة الشائعة تشكل أهم مصدر من مصادر أموال الأسرة فإن أموال التركة التي يكتسبها أفراد الأسرة عن طريق الإرث لا تقل أهمية عن هذه الأموال وإذا كانت حالة الشيوع في الأولى اتفاق فإن الشيوع في الثانية هو قانوني إذ يشكل حالة قانونية تفرض على أفراد الأسرة نتيجة انتقال أموال مورثهم إليهم عن طريق الميراث وللخروج من حالة الشيوع إلى الملكية المفترزة لابد من تصفية أموال التركة إما وديا أو قضائيا.

(616) انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 256.

(617) انظر، جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 183.

(618) انظر، بسام مجيد سليمان العباحي، المرجع السابق، ص 194.

ومعنى ذلك أنه ذلك يدخل الأجنبي عضواً في ملكية الأسرة فلا بد من الحصول على موافقة من سائر الشركاء، الأولى تنتج أثرها في جواز تصرف الشريك في حصته لأجنبي. أما الثانية فإن أثرها يكمن في قبول الشركاء والمتصرف إليه "الأجنبي" ليكون عضواً في ملكية الأسرة⁽⁶¹⁹⁾. فإذا لم يوافق الشركاء على بقاء الأجنبي معهم أو وافقوا ورفض هو البقاء في ملكية الأسرة وجب في كلتا الحالتين تجنب نصيب الشريك الذي اشتراه الأجنبي بموافقة الشركاء وإخراجه من ملكية الأسرة.

ب- تصرف الشريك لأجنبي دون موافقة الشركاء.

تلك هي الصورة الأخيرة لتصرف الشريك المشتاع في ملكية الأسرة منفرداً بحصته والتي يمكن أن تؤول فيها حصة الشريك إلى أجنبي دون توقف ذلك على موافقة سائر الشركاء وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 740 من القانون المدن الجزائري بنصها على "... وإذا تملك أجنبي عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه، فلا يكون الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا برضاء باقي الشركاء".

يفهم من هذه الفقرة أنها تفترض أن هذا التملك قد جاء على أثر تصرف قانوني روعي فيه حكم الفقرة الأولى، أي تصرف وافق عليه الشركاء جميعاً فإن تصرف الشريك في حصته لا يصح ومن ثم لا تنقل الملكية إلى الأجنبي إلا إذا وافق عليه جميع الشركاء، فإذا تم هذا التصرف ووافق عليه الشركاء وتملك الأجنبي حصة أحد الشركاء فلا يكون هذا الأجنبي شريكاً في ملكية الأسرة إلا باتفاق بينه وبين باقي الشركاء كي تبقى ملكية الأسرة مقتصرة على أفرادها⁽⁶²⁰⁾. وهذا ما سبق ذكره في النقطة السابقة ولكن وفقاً لنص الفقرة الثانية قد يتملك الأجنبي حصة أحد الشركاء ولو دون رضاء باقي الشركاء من خلال التصرف الذي يرد على حصته نتيجة التنفيذ الجبري عليها من

(619) انظر، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 255، 256.

(620) انظر، سليمان مرقس، التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1992، ص 28.

أحد دائنيه فيكون جائزا حتى لو لم يرتضيه باقي الشركاء، فملكية الأسرى تحرم دائني الأسرة عن الشرط المانع من التصرف فهذا الشرط كما سبق وأن أوضحنا، يجعل المال غير قابل للحجز عليه فضلا عن عدم قابليته للتصرفات التي يجرمها⁽⁶²¹⁾.

وفي هذه الصورة تؤول الحصة لمن وقع عليه المزداد ويصير مالكا لها دون توقف ذلك البيع على موافقة باقي الشركاء فهذا التصرف إذن نافذ في حق الشركاء دون رضائهم ويقتصر جزاء المنع من التصرف المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 740 ق.م على عدم ثبوت الحق للأجنبي في البقاء في ملكية الأسرة محل سلفه إلا إذا رضي بذلك سائر الشركاء وإلا إذا رضي هو بذلك.

المطلب الثاني: أموال الشركة.

يعتبر الميراث من الطرق القانونية والشرعية لاكتساب الملكية وقد اهتمت أغلب التشريعات بمسألة تصفية الشركة وانتقال أموالها إلى الورثة وذلك حتى لا تختلط أموال المالك بأموال الورثة وهذا يتطابق تماما مع النظرة، الإنسانية القائمة على حب التملك. فالدافع الذي يجعل الشخص يكذب ويكد للحصول على الأموال وتنميتها هو تأكده من رجوع تلك الأموال وما تبقى منها بعد موته إلى أولاده وأقربائه، الذين يعتبرهم امتدادا لوجوده وحياته من بعد. ولولا هذا الدافع لما اكتسب الإنسان فوق حاجته من الأموال، ولحاول كل فرد أن ينفق جميع ما لديه ويعمل بقدر حاجته في هذه الدنيا.

ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام المواريث في الكتاب الثالث من المادة 126 إلى المادة 183 (أي مادة 57 مادة)⁽⁶²²⁾. فاهتم أولا بتصفية الشركة وذلك بتحديد أصحاب الفروض والعصبة ودوي الأرحام حسب درجة استحقاقهم للميراث. فإن لم يوجدوا

(621) انظر، محمد علي عرفة، المرجع السابق، ص 336، إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1999، ص 329.

(622) انظر، القانون رقم 84-11، والمؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة.

آلت إلى الخزينة العامة طبقاً للمادة 180/ فقرة 02 من قانون الأسرة، كما راعى المشرع في قسمة التركة حقوق الغائبين والمحجورين وحقوق الحمل.

وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي جاز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة تقديم طلب إلى المحكمة لتصفية التركة وتعيين مقدم ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة وأن يفصل في الطلب طبقاً للمادة 180 من قانون الأسرة.

والجدير بالذكر أن تعديل قانون الأسرة الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁽⁶²³⁾. لم يدخل أي إضافة أو تعديل أو إلغاء على المواد المتعلقة بالتركات والموارث. مما يدل على أن هذه المواد جاءت مركزة المبني وعميقة المعنى. وفقاً لصياغة قانونية فقهية محكمة طبقاً لما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه. والرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء. فالقرآن الكريم قد تعرض لأحكام الموارث ببيانها بيانا شاملاً تفصيلياً، حتى لا يتطرق إليها التأويل مهما اختلفت الأزمنة وتباعدت الأمكنة وتغيرت الظروف والأحوال⁽⁶²⁴⁾.

وأهمية أموال التركة كنوع من أنواع أموال الأسرة تتطلب منا بيان تحديد مفهومها وأسباب اكتسابها وفقاً لأحكام الشرعية والقانونية.

الفرع الأول: مفهوم أموال التركة.

يقصد بالتركة لغة ما يتركه الشخص بعد موته، وتركة الميت ما يتركه من الميراث، أي تراثه المتروك، وهي مشتقة من الترك وهو التخلي، فيقال ترك الشيء، إذا

(623) الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(624) انظر، بلجاح العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 36.

تخلي وانفصل عنه مصداقا لقوله تعالى: "وتركتكم ما خولناكم وراء ظهوركم" (625). وهي عبارة عما يتركه المالك (المورث) من ميراث (626).

أما في الاصطلاح الفقهي فتطلق كلمة التركة على الميراث وذلك إما بمعنى عام أو معنى خاص. فالتركة بالمعنى العام فإنها تطلق على ما تركه الميت من مال كاف كان ملكا له، أو حق مالي، أو شبه مالي كان ثابتا له، وعلى ذلك فإنه يدخل في التركة ما تعلق به حق الدائنين، أو الموصى لهم أو الوارثين (627).

أما التركة بالمعنى الخاص فهي ما يتركه الميت من مال أو حق مالي خالص بعد سداد ما عليه من الديون، وتنفيذ ما صدر عنه من وصايا، وهذا هو ما يتعلق به حق الورثة وإليه تنسب أنصبتهم، وعليه يقال أن الزوج يستحق في تركة زوجته النصف إذا لم يكن لها ولد، فإنه يقصد أنه يستحق نصف التركة بالمعنى الأخص. فالفارق الشرعي بين التعريفين، هو سداد الديون عملا بالقاعدة الشرعية الكلية: "لا تركة إلا بعد سداد الديون" (628).

ولم يتعرض القانون الجزائي إلى تعريف التركة ومشتملاتها أو بمعنى آخر إلى ما يورث وما لا يورث من الحقوق والأموال، مما يوجب الرجوع إلى رأي الجمهور، انطلاقا من نص المادة 222 ق. أسرة. وإذا كان القانون المدني قد أحال أحكام الموارث إلى قانون الأسرة طبقا للمادة 774 ق.م، فإن المراد بهذه الإحالة أن تطبق أحكام القانون المحال إليه على مسائل الإرث، وبما أن هذا الأخير قد سكت، فإننا نطبق أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق. أسرة (629). والتي ترى بأن التركة هي المال الذي ينتقل

(625) انظر، سورة الأنعام، الآية 94.

(626) انظر، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008، ص

30.

(627) انظر، محمد سمارة، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

2002، ص 15-16.

(628) انظر، بلحاج العربي، أحكام التركات ... المرجع السابق، ص 57.

(629) انظر، بلحاج العربي، أحكام التركات، المرجع السابق، ص 58.

من المورث إلى ورثته، أما ما هو نسب بمال فلا يعتبر تركة ولا يورث والمال قد يكون شيئاً مادياً كالأعيان وقد يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التي لا تدرك إلا بالتصور⁽⁶³⁰⁾.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا من أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته⁽⁶³¹⁾. وأنه لا تركة إلا بعد تصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها وسداد الديون⁽⁶³²⁾. والمال في نظر القانون المدني الجزائري هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان حقا عينيا أم كان حقا شخصيا، أم كان من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية⁽⁶³³⁾.

وقد نصت المادة 682 من القانون المدني على أن كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية⁽⁶³⁴⁾.

وهذه النظرة الشمولية للأموال والحقوق، هي التي أخذ بها جمهور الفقهاء، وهي التي أخذ بها القانون الجزائري، وما ذهبت إليه المحكمة العليا، فإن التركة هي مجموع ما يتركه الميت من أموال وحقوق مالية بعد سداد الديون.

الفرع الثاني: أساس اكتساب أموال التركة.

حتى تكتسب أموال التركة لا بد من توافر أسباب شرعية وقانونية فإذا ما تحققت هذه الأسباب وجد الميراث وإذا ما انتفت تخلف الميراث ويمكن إثبات أساس وجود هذه

من المقرر قانوناً أن يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة. انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/07/25، م.ق. 1996، عدد 1، ص 113.

⁽⁶³⁰⁾ CF, G.Benmelha, les succession en droit algérien, opu, Alger, 1982, p 6.

⁽⁶³¹⁾ انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1982/04/14، ملف رقم 24770، مقتبس من مرجع بلحاج العربي، أحكام التركات ...، المرجع السابق، ص 59.

⁽⁶³²⁾ انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/12/10، ملف رقم 149600، م.ق. 1997، عدد 02، ص 64.

⁽⁶³³⁾ انظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 13.

⁽⁶³⁴⁾ انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1983/02/16، ملف رقم 30072، م.ق. 1989، عدد 02، ص 37.

الأسباب بجميع الوسائل الشرعية والقانونية، وعموما فأسباب اكتساب أموال التركة يتحققان بوجود رابطتين أساسيتين هما رابطة الزوجية ورابطة القرابة.

أولاً: رابطة الزوجية.

إن عقد الزواج أمر موجب للتوارث بين الزوجين، ولا يتوقف إطلاقاً على الدخول، فلو هلك أحد الزوجين بعد انعقاد العقد ورث الآخر، لأن العبرة بالعقد المبرم طبقاً للمادة 126 من قانون الأسرة. وهذا السبب مستفاد من قوله تعالى: "ولكم نصف ما ترك أزواجكم وإن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد..." (635).

فلفظ أزواج مشتق من الزوجية وقد نصت المادة 37 ق. أسرة على النظام المالي للزوجين على غرار القوانين الغربية⁽⁶³⁶⁾. وفقاً لاتفاقهما بما يناسب مصالحهما المالية، غير أنه يمنع شرعاً وقانوناً في هذا الإطار أي اتفاق يؤدي إلى تغيير النظام القانوني للإرث، لأن قواعد الميراث متعلقة بالنظام العام⁽⁶³⁷⁾.

فالمادة 37 لا تفرض أي نظام مالي على الزوجين بل تترك لهما الحرية في اختيار أي نظام مالي يناسب مصالحهما المالية، ولكن في حالة عدم الاتفاق على نظام مالي معين يخضع الزوجين للنظام المالي الذي يفرضه القانون وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو نظام استقلالية الذمم المالية.

ويشترط في الرابطة الزوجية أن تكون صحيحة وفق عقد صحيح ولو من غير دخول أو خلوة. أي أن يكون العقد قد ورد طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون الأسرة. والمادة 09 مكرر من نفس القانون، وفي حالة إذا ما كان الزواج عرفياً وجب تثبيته طبقاً لأحكام قانون الأسرة، أما إذا تقرر بطلان الزواج، فلا توارث بين الزوجين م(131 ق.أ) ولا توارث أيضاً بالزواج الفاسد، ولو وقع بعدهما دخول حقيقي⁽⁶³⁸⁾. أما عقد الزواج

(635) انظر، سورة النساء، الآية 12.

(636) تعرض القانون المدني الفرنسي في المواد 1387 إلى 1581 للنظام المالي للزوجين وقد عدلت هذه المواد في 1965/07/31 وأيضاً في 1985/12/23، انظر، دنوبي هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، م.ج.ع.إ.ق، 1994، عدد 1، ص 168.

(637) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/06/10، ملف رقم 163411، م.ق، 1998، عدد 01، ص 120.

(638) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص 24.

في مرض الموت فإنه فاسد عند المالكية، ولا توارث بين الزوجين خلافا للأئمة الثلاثة⁽⁶³⁹⁾. وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها في 2001/05/23 من أن زواج المريض مرض الموت هو من الأنكحة الفاسدة التي لا ميراث فيها⁽⁶⁴⁰⁾.

كما يشترط أن تكون رابطة الزوجية قائمة وفقت وفاة المورث حقيقة أو حكما وفي الحالة الأخيرة يدخل فيها صورة المرأة المعتدة من طلاق وتوفي زوجها قبل انقضاء عدتها. ففي هذه الحالة يتحقق سبب اكتساب الميراث ذلك أن الرابطة الزوجية كانت لا تزال قائمة حكما.

ثانيا: رابطة القرابة.

يقصد بالقرابة رابطة النسب بين المورث ووارثه وهي الأصل في التوريث وسببها الولادة، وهي نوع من الخلافة عن الهالك في أمواله. وقد راعى المشرع فيها درجة القرب من الهالك إذ تخضع لقاعدة "كل من كان أقرب إلى الهالك كان أولى بالميراث من غيره، وخاصة في مجال التعصيب"⁽⁶⁴¹⁾. وتشمل القرابة ثلاثة أنواع وهم: أصحاب الفروض، العصبات ودوي الأرحام، وطبقا لما ورد في المواد 139 إلى غاية المادة 172 من ق.أ أن القرابة الحقيقية والنسب الشرعي أنواع وهي الأصول، الفروع الحواشي وذوو الأرحام.

هذا ويثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بشهادة الشهود وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول ويعتبر التسجيل في الحالة المدنية قرينة غير قاطعة على إلحاق النسب، فإذا حصل النزاع حول ذلك كان إثبات هذا النسب أو نفيه خاضعا للوسائل الشرعية القانونية.

(639) إن العلة من منعه عند المالكية هو إدخال وارث على الورثة دون موجب مما يحقق الإضرار بهم لقوله تعالى: ﴿... مِنْ بَعْدِ

وَصِيَّةٍ يُوَصَّىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۖ﴾، أنظر سورة النساء، الآية 12.

(640) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/05/23، ملف رقم 251656، م.ق، 2002، عدد 1، ص 306.

(641) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم 74123، م.ق، 1993، عدد 04، ص 83، المحكمة العليا، غ.أ.ش،

1997/06/10، ملف رقم 163414، م.ق، 1998، عدد 1، ص 117.

وقد نصت المادة 95 مكرر من ق.أ على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالشروط القانونية وهي أن يكون الزواج شرعياً. وأن يكون التلقيح برضى الزوجين وحال حياتهما، وبمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما⁽⁶⁴²⁾. وأنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة⁽⁶⁴³⁾.

فالطفل الذي يولد من تلقيح اصطناعي أو طفل الأنايب يعتبر طفلاً شرعياً وينسب لأبويه مادام أنه قد تم احترام الشروط القانونية المذكورة سابقاً، أما في الحالة العكسية، كأن يتم تلقيح الزوجة بماء رجل غريب غير زوجها فإن الطفل في هذه الحالة يعتبر طفلاً غير شرعي ولا ينسب إلى زوجها وإنما ينسب لمن حملت به ووضعته كولد الزنا الفعلي تماماً⁽⁶⁴⁴⁾.

والجدير بالذكر هو أن الزوجية هي سبب من أسباب التوارث من الجانبين أي أن كلا من الزوجين يرث الآخر إذا مات قبله، وكذلك القرابة، وقد يجتمع في شخص واحد سببان من أسباب الميراث، كما هو الحال في الزوج الذي يكون ابن عم لزوجته، فهو يرث بالزوجية نصيباً، ويرث بالقرابة نصيباً آخر.

إن أسباب الميراث الواردة في نص المادة 126 ق.أ، والتي هي الزوجية والقرابة قد وردت على سبيل الحصر، وهي أسباب شرعية وقانونية، لا تكتسب بعقد أو بتعاهد، ولا بوصية فهي مقررة بقوة القانون ولا يجوز للوارث أو المورث إسقاط صفة الوارث أو

(642) المراد بالتلقيح الاصطناعي في نطاق العلاقة الزوجية هو التلقيح الذي يتم في أنبوب من خليتين تناسليتين مستمدتين من شخصين يربط بينهما وقت إجراء التلقيح عقد زواج شرعي. انظر، بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، عدد 18، 1993، ص 58.

(643) انظر، مروك نصر الدين، الأم البديلة بين الشرعية والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، 2003، العدد 01، ص 23.

(644) انظر، بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية...، المرجع السابق، ص 59.

المورث ولا التنازل عن الإرث للغير، ذلك أن قواعد الميراث تتعلق بالنظام العام⁽⁶⁴⁵⁾.
كما أن ضروب الغش والتحايل في الموارث يعاقب عليها القانون الجزائري⁽⁶⁴⁶⁾.

المطلب الثالث: أموال الزوجين.

لقد حرص قانون الأسرة الجزائري في المادة 37 منه على وضع الأسس التشريعية الأولى في القانون الجزائري لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين، فقد قررت المادة 37 في فقرتها الأولى المبدأ الأساسي والجوهرية الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين وهو مبدأ استقلالية الذمة المالية لكل زوج واستثثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائده عمله وأصوله، غير أن الفقرة الثانية من نص المادة 37 تجيز للزوجين الاتفاق بينهما على تنظيم معين للأموال المشتركة بينهما والتي يكتسبها خلال الحياة الزوجية مع تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما، وذلك إما في عقد الزواج نفسه أو في عقد لاحق مكتوب مستقل عن وثيقة الزواج.

وقد أخذ بهذا النظام القانون المغربي وذلك في الفصل 49 من مدونة الأسرة وكذلك القانون التونسي بموجب قانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 1998 المنشور في الجريدة الرسمية التونسية لعددتها 91 لسنة 1998⁽⁶⁴⁷⁾.

وتختلف ملكية أموال الزوجين حسب اختلاف النظام المالي للزوجين السائد بينهما، فتكون الملكية مستقلة وخاصة بكل من الزوجين إذا كان نظام انفصال الأموال هو السائد بينهما كما هو الحال في التشريعات العربية. في حين تكون الملكية المشتركة بين الزوجين إذا كان نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة هو السائد بينهما كما هو الحال في التشريعات العربية ولاسيما التشريع الفرنسي⁽⁶⁴⁸⁾. غير أنه حاليا تسعى جل

(645) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10/06/1997، ملف رقم 163414، م.ق، 1998، عدد 1، ص 117.

(646) انظر، المحكمة العليا، غ.ج، 02/05/1995، ملف رقم 68660، م.ق، 1996، عدد 1، ص 108.

(647) انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2001،

ط1، ص 39.

(648) تشير المادة 1403 من القانون المدني الفرنسي إلى أن كل زوج يحتفظ بالملكية الكاملة على أمواله.

القوانين إلى إدراج كلا النظامين في قوانينها على أن يكون أحدهما المبدأ والثاني الاستثناء⁽⁶⁴⁹⁾.

واستنادا إلى ذلك فسوف نعالج نظام الملكية المستقلة للزوجين في الفرع الأول ونظام الملكية المشتركة الخاصة بالزوجين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين.

إن نظام الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين هو من آثار سيادة نظام انفصال الأموال بين الزوجين في التشريعات العربية وإن كانت حاليا تجيز للزوجين الاتفاق بينهما على تسيير أحوالهما المشتركة المكتسبة بعد الزواج. وما يلاحظ هو أن معظم التشريعات العربية لم تشر إلى ذلك صراحة في قوانين الأحوال الشخصية وإنما تركز أمر ذلك إلى الأحكام العامة في الملكية باعتبارها تعني عن الكلام عن الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين، ذلك أن ملكية كل من الزوجين لأمواله تبقى مستقلة عن ملكية الزوج الآخر لأمواله بعد الزواج كما كانت قبله.

أما التشريع الفرنسي الذي نص على استغلال الملكية الخاصة بكل من الزوجين خارج نطاق الاشتراك في الأموال المكتسبة فقد نظم هذا الموضوع بصورة صريحة⁽⁶⁵⁰⁾.

وإذا كانت الذمة المالية للزوج لا تثير أي إشكال من حيث مصدرها وسلطاتها عليها، باعتباره أنه هو دائما من يسعى إلى الكسب والاستتراف من أجل الإنفاق على زوجته وأسرته، فإن مصادر الذمة المالية للزوجة بعد الزواج خصوصا تثير عدة إشكالات تتطلب توضيحها لاسيما فيما يتعلق بتحديد مصادر أموال الزوجة بعد الزواج سواء

(649) يذهب التشريع الجزائري والتونسي والمغربي إلى اعتماد مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين كأصل عام واستثنائيا يمكن للزوجين تنظيم الأموال المشتركة بينهما بموجب عقد مكمل لوثيقة الزواج أو في عقد الزواج نفسه.

(650) وتشير أيضا المادة 1402 من القانون إلى أن "كل مال سواء كان عقار أو منقول يعد مكتسبا للملكية المشتركة إذا لم يثبت بأنه العائد الشخصي لأحد الزوجين بتطبيق حكم القانون، وقد حلت هذه المادة محل المادة 1403 السابقة بموجب التعديل التشريعي المرقم N.V.L. No 65-570 13/07/1995، وتشير المادة 1403 منه إلى أن "كل زوج يحتفظ بالملكية الكاملة على أمواله والملكية المشتركة لها الحق فقط في الثمار المتوقعة غير المستهلكة...".

تلك المكتسبة عن طريق دخلها إذا كانت عاملة أو تاجرة أو آلت إليها بموجب عقد الزواج وما يفرضه من التزامات مالية على الزوج عند إبرامه العقد.

وبناء على ذلك فإننا سنحاول أن نحدد مصادر أموال الزوجة ثم نتعرض إلى نطاق الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين على ضوء أحكام التشريع الجزائري والتشريعات العربية وفق النصوص الخاصة بالملكية، وطبقا لما ورد في التشريع الفرنسي من نصوص خاصة بهذا الموضوع.

أولاً: مصادر أموال الزوجة.

لقد تعرض كل من القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية إلى أموال الزوجة من حيث المصدر، سواء تعلق الأمر بالمصدر الخاص بعقد الزواج كالصداق والنفقة... الخ أو تعلق بالمصدر الثاني المتمثل في الطرق الشرعية الأخرى للكسب كالعمل والتجارة وغيرهما. أو من حيث السلطات المقررة للزوجة على أموالها فيما يخص التصرف. وتتنوع مصادر أموال الزوجة بين تلك المكتسبة قبل الزواج أو أثناء الحياة الزوجية، وتظل ملكية الزوجة لهذه الأموال مستقلة عن ملكية زوجها بعد الزواج كما كانت عليه من قبل⁽⁶⁵¹⁾. سواء كانت تلك الأموال متعلقة بالزواج أو عن طريق دخلها.

I- أموال الزوجة المكتسبة بمقتضى الزواج.

يلزم الزوج بتقديم بعض الأموال لزوجته كالصداق⁽⁶⁵²⁾. والنفقة⁽⁶⁵³⁾، أو يهاديها بطيب خاطر⁽⁶⁵⁴⁾. إذ جرت العادة أن يقدم الزوج لزوجته بعض الهدايا في المناسبات، تعبيرا عن مشاعر المحبة والوفاء لها. وذلك إما في فترة الخطوبة، أو أثناء قيام العلاقة الزوجية.

(651) انظر، مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية

الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ص 13.

(652) تنص المادة 15 من ق.أ "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا...".

(653) تنص المادة 74 من ق.أ "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه...".

(654) المادة 05 فقرة 03 من قانون الأسرة.

إذ تعتبر هذه الهدايا من مصادر أموال الزوجة إذا تم الزواج أو تنازل عن الخطيب أما إذا تم العدول عن الزواج فإن الأمر يختلف بحسب إذا ما كان العدول منه أو منها فطبقاً لأحكام قانون الأسرة فإنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهدها إذا كان العدول منه وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك⁽⁶⁵⁵⁾.

أما بالنسبة للهدايا التي قدمت أثناء الحياة الزوجية فهي تخضع لحكم الهبة وقد تعرض الشرع الجزائري إلى الهبة بين الزوجين في المادة 208 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغمى عن الحيابة"⁽⁶⁵⁶⁾. ونفس الحكم أخذ به التشريع الفرنسي بأب الهبة لازمة لا رجوع فيها طبقاً للأحكام العامة⁽⁶⁵⁷⁾.

يضاف إلى الهدايا كمصدر من مصادر أموال الزوجة الصداق فهو يعتبر من أهم العناصر المكونة للذمة المالية للزوجة، تستحقه كاملاً بوفاء الزوج أو بالدخول، وتستحق نصفه في حالة الطلاق قبل الدخول⁽⁶⁵⁸⁾. فهو ملك خالص للزوجة مقدم من طرف الزوج، تنصرف فيه كما تشاء، وهو يشكل أهم العلاقة المالية بين الزوجين من جهة وبين الزوجين والولي من جهة أخرى في النظام المالي الخاص بهما.

كما تعتبر النفقة أيضاً من المصادر المالية التي تضاف إلى أموال الزوجة، إذ يقتضي مبدأ انفصال الأموال المعروف في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية إلزام الزوج وحده بالإنفاق أما في القانون الفرنسي فتتخذ النفقة شكل الالتزام بتقديم المساعدة المالية

(655) انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/03/23، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، عدد 02، ص 58.

(656) انظر، مسعودي رشيد، المرجع السابق، ص 20.

(657) انظر، عبد الله علي الحسين، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس، المجلد الرابع، درا السلام للطباعة والنشر

والتوزيع، القاهرة، ط1، 2001، ص 1607.

ART 1096 du code civil français « toute donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables ».

(658) انظر، المادة 15 من قانون الأسرة.

من جهة وواجب مساهمة الأزواج في الأعباء والتكاليف العائلية من جهة أخرى⁽⁶⁵⁹⁾.
بينما ورد مصطلح نفقة في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية شاملا لكل ذلك.

II- أموال الزوجة المكتسبة عن طريق دخلها.

يكون للزوجة أموال خاصة بها، تكون اكتسبتها من ممارسة مهنة معينة سواء كانت حكومية كالتعليم التمريض، أو الإدارة أو مهنة حرة كالحاماة والطب... الخ أو من ممارسة التجارة وعليه فإن دخل المرأة يشمل الراتب المحصل عليه من ممارسة نشاط معين والتعويضات والمنح والحوافز... الخ، ويلحق به دخل العمل غير المأجور كالأتعاب وحقوق المؤلفين، ويشمل أيضا بدل الراتب من معاش التقاعد ومنح التسريح... الخ. مضاف إليه الأرباح المحصل عليها من ممارسة التجارة⁽⁶⁶⁰⁾.

ويشكل الراتب المحصل عليه من ممارسة العمل عنصرا هاما من عناصر الذمة المالية للزوجة وهذا الراتب مرتبط ارتباطا وثيقا بالعمل الذي يتوقف على إذن الزوج. والجدير بالذكر هو أن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض إلى عمل الزوجة بالنسبة لعلاقتها مع زوجها في حين أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية من حنفية⁽⁶⁶¹⁾، ومالكية⁽⁶⁶²⁾، وشافعية⁽⁶⁶³⁾، وحنابلة وظاهرية⁽⁶⁶⁴⁾، على جواز عمل المرأة قياسا على إجارة الظئر وهي المرزعة ولكن قيده بإذن الزوج من جهة ومشاركات الزوج من جهة أخرى.

أما في التشريع الفرنسي فبعدما كان عمل المرأة المتزوجة متوقف على إذن زوجها طبقا للمادة 223 من القانون المدني الفرنسي بحيث لا يمكن لها مزاوله أي نشاط مهني

⁽⁶⁵⁹⁾ CF, Didier R, Martin, les régimes matrimoniaux, connaissance du droit edi Dalloz, paris, 1995, p.9.

⁽⁶⁶⁰⁾ انظر، محمد الكدي العمراني، فقه الأسرة المسلمة في المهجر، ج2، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة، ص 102.

⁽⁶⁶¹⁾ انظر، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، المرجع السابق، ص 578، 603.

⁽⁶⁶²⁾ انظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11.

⁽⁶⁶³⁾ انظر، محمد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط2، 2000، ص 199.

⁽⁶⁶⁴⁾ انظر، ابن قدامة، المغني، ج8، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985، ص 164.

مستقل إلا بعد موافقة زوجها أو استصدار أمر من القضاء بالترخيص لها بذلك في حالة ثبوت أن معارضة الزوج ليس لها ما يبررها، أصبحت حرة بعد تعديل نص المادة 223 من ق.م.ف الفرنسي في ممارسة أي نشاط مهني مستقل عن نشاط الزوج إذا أصبح نص المادة 223 ق.م على الشكل التالي: "يحق للزوجة ممارسة أي نشاط مهني دون موافقة زوجها، وتستطيع أيضا التعهد والتصرف في أموالها الشخصية المملوكة لها لاحتياجات هذه المهنة"⁽⁶⁶⁵⁾. ثم عدلت نص المادة من جديد في 1985/12/23 وأصبحت على الشكل التالي: "لكل زوج الحرية في ممارسة أي مهنة والحصول على أرباحها ومداخيلها وصرفها فيما بعد في التكاليف والأعباء العائلية"⁽⁶⁶⁶⁾، إن هذه الإصلاحات التي وردت على نص المادة 223 ق.م مكنت الزوجة من ممارسة أنشطتها المهنية دون موافقة الزوج وبالتالي تخلصت من أحكام نقص الأهلية حسب النصوص القديمة، وعليه يكون نص المادة 223 المعدل قد حدد مبدأ حرية اختيار أحد الزوجين لممارسة مهنة معينة ومبدأ حرية التصرف في مداخيل عمله.

وتجدر الإشارة إلى أن مصادر أموال الزوجة أساسها بالدرجة الأولى عقد الزواج ومداخيلها الخاصة التي جنتها من عملها الخاص المستقل عن نشاط الزوج غير أنه قد يكون لأموالها مصدرا آخر كما هو الحال بالنسبة للأموال التي يقدمها لها والديها في فترة إبرام العقد من تجهيزات وهدايا.

ثانيا: نطاق الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين.

قبل تحديد نطاق الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين يتعين علينا تحديد مفهوم الملكية المستقلة طبقا لتشريعات الدول المختلفة، فنجد أن التشريعات العربية

⁽⁶⁶⁵⁾ ART 223 du code civil français du 13/07/65 : « la femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari, et elle peut toujours, pour les lédons de cette profession aliéner et obliger seul ses biens personnels en pleine propriété ».

⁽⁶⁶⁶⁾ ART 223 du code civil français du 23/12/1985 : « chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges de mariage ».

عرفت الملكية وفق تعريفات عدة⁽⁶⁶⁷⁾. فقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 674 من القانون المدني بقوله "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة" ويضيف في المادة 375 ق.م أن مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير، وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها". وعرفها المشرع الأردني في المادة 1018 من القانون المدني الأردني بقوله "حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً".

أما المشرع المصري فقد عرف الملكية في المادة 802 من القانون المدني المصري بقوله "مالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"⁽⁶⁶⁸⁾. ويتضح من هذه النصوص التي أوردتها التشريعات العربية الثلاثة أنها استعملت مصطلح المالك بصورة مطلقة دون بيان من تقصد بالمالك، وإذا أخذنا بالمصطلح على إطلاقه فإننا نستنتج من ذلك أن المالك في التشريعات العربية قد يكون الزوج، وقد تكون الزوجة، وعليه فإن إيراد مصطلح المالك بصورة مطلقة يدل بما لا شك فيه على أن التشريعات العربية لا تميز بين الزوج والزوجة من حيث كون كل منهما مالكا لأمواله الخاصة به. أي أن كل من الزوجين يمكن أن يكون مالكا وله ملكيته الخاصة به والمستقلة عن ملكية الزوج الآخر. في حين أشار التشريع الفرنسي صراحة إلى أن كل من الزوجين يمكن أن يكون مالكا وله ملكية كاملة على أمواله الخاصة به وتكون هذه

(667) عرفها السنهوري بقوله "حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك في حدود القانون" انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1993.

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها "اختصاص شيء يتمكن به صاحبه من التصرف فيه والانتفاع به سواء كان هذا الانتفاع استعمالاً أم استغلالاً أم غير ذلك" انظر، عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفضيلة للطباعة، 1997، ص 12، على أحمد

المهداوي وعلى هادي العبيدي، القانون في حياتنا، مطبعة روزنا، الأردن، 1999، ص 174.

(668) انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع السابق، ص 40-41.

الملكية مستقلة عن الملكية المشتركة بين الزوجين وعن الملكية الخاصة بالزوج الآخر⁽⁶⁶⁹⁾. وعليه من خلال مقارنة هذه النصوص يتضح لنا أن المقصود بالملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين هو ملكية الأموال التي يستأثر كل من الزوجين بالانتفاع والتصرف بها في حدود القانون، فيكون لكل من الزوجين سواء أكان الزوج أم الزوجة سلطات المالك على ماله الخاص به، وعليه فلا بد من تحدد نطاق الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين لكي يتمكن كل منهما في هذا النطاق من مباشرة سلطات الاستعمال والتصرف بماله الخاص به.

I- ملكية كل من الزوجين للمال ذاته وعناصره الجوهرية.

يتحدد نطاق ملكية كل من الزوجين بالمال ذاته وجميع أجزائه المكونة له أي عناصره الجوهرية التي لا يمكن فصلها عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.

وعليه فإن المال ذاته محل ملكية أحد الزوجين يجب أن يكون معيناً بالذات وهذا يفترض تحديد كيانه تحديداً واضحاً يميزه مادياً عن غيره من الأموال ويمنع اختلاطه بها وهذا متحقق في المنقولات التي يسهل التعرف على ذاتيتها وأجزاءها مثل السيارة، الثلاجة وغيرها حيث أن انتقالها من مكان إلى آخر يكون بجميع أجزائها ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء أو العناصر الجوهرية⁽⁶⁷⁰⁾.

أما إذا كان المال محل ملكية أي من الزوجين عقاراً كأن يكون بناء أو أرضاً، فبالنسبة للبناء فإن تماسك أجزائه يحدد ذاتيته، فيملك الزوج المالك البناء ذاته وأجزائه التي تدخل في تكوينه كالجدران والسقوف والأعمدة والشبابيك وغير ذلك مما هو مندمج في البناء بحيث لا يمكن فصله عنه دون المساس بكيانه أو التغيير فيه⁽⁶⁷¹⁾. أما إذا كان العقار أرضاً

(669) تشير المادة 1403 من القانون المدني الفرنسي إلى أن "كل زوج يحتفظ بالملكية الكاملة على أمواله..." انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع السابق، ص 41.

(670) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 570، محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1993، ص 46.

(671) انظر، محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1998، ص 43.

عبد الناصر توفيق العطار، تمليك الشقق والطبقات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1990، ص 21.

فإن المالك أيا كان من الزوجين يملك ما فيها من أتربة وأحجار وما ينبت فيها من أغراس وأشجار⁽⁶⁷²⁾.

ولكن تحديد الحدود الفاصلة بين الأراضي يعد أمرا صعبا ويثير العديد من الإشكالات ذلك لأن الأرض ثابتة ولا ينفصل بعضها عن بعض كما هو الحال في المنقولات الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة الوقوف على الحدود الفاصلة بين الأراضي، وكثيرا ما يؤدي هذا التلاصق بين الأراضي إلى قيام مشاكل بين ملاك الأراضي المتجاورة لتعيين الحدود الفاصلة⁽⁶⁷³⁾. وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أحسن عندما نص في المادة 703 ق.م.ج على إعطاء الحق لمالك الأرض في إجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

II- ملكية كل من الزوجين لما فوق أرضه وتحتها.

إذا كان أحد الزوجين يملك أرضا فإن ملكيته لهذه الأرض لا تقتصر على سطحها فحسب، وإنما يشمل أيضا ما فوقها من علو وما تحتها من عمق إلى الحد المفيد في التمتع بها، فأبي من الزوجين إذا كان يملك أرضا فإنه يملك أيضا الفضاء الجوي الذي يعلوها إلى الحد المفيد في التمتع بها فيحق له أن يستخدم هذا الفضاء بالبناء أو الغراس أو مد الأسلاك، كما يحق له أن يمنع الغير من مزاحمته في هذا العلو الذي يستطيع في حدوده الاستفادة من ملكه علوا، كما يملك الزوج الذي يملك أرضا طبقات الأرض التي تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها⁽⁶⁷⁴⁾. فله أن يستخدم هذا العمق كأن يستخرج الأحجار والرمال والأثرية من باطن الأرض أو يحفر الآبار لاستخراج المياه. وله أن يمنع الغير من الاستفادة من عمق أرضه في المجال الذي يستطيع فيه هو الاستفادة من ملكه عمق⁽⁶⁷⁵⁾.

(672) انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع السابق، ص 46.

(673) انظر، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 32، محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، دار الحامد

للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2005، ص 23.

(674) انظر، صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، ف حق الملكية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1961،

ص 11.

(675) انظر، رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع السابق، ص 48.

وهذا الأمر قد أكدته المادة 675 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية وذلك بنصها "... وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا...".

يضاف إلى هذا ملكية كل من الزوجين في إطار ملكيته الخاصة المستقلة للثمار والمنتجات والملحقات.

III- ملكية كل من الزوجين للثمار والمنتجات والملحقات.

لا تقتصر ملكية كل من الزوجين على ماله بذاته وعناصره الجوهرية وما يعلوه من فضاء وما يدنوه من طبقات الأرض إلى حد الإفادة منه، بل يمتد أيضا إلى ما يتفرع عن ماله من ثمار ومنتجات وكذلك الملحقات بماله الخاص به.

والثمار هي ما يتولد عن المال بشكل دوري من فوائد أو منافع تمثل الدخل أو الربح المنتظم الناتج عن توظيف المال واستثماره دون المساس بجوهره ودون الانتقاص من مادته وهي على ثلاثة أنواع⁽⁶⁷⁶⁾. أولها ثمار طبيعية وهي ما تتولد عن المال بفعل الطبيعة مستحدثة وهي ما يكون للإنسان دخل في إنتاجها كالمحاصيل الزراعية وثالثها ثمار مدنية وتتمثل فيما يغله المال من دخل نقدي يلتزم به الغير مقابل استفادته من المال كأجرة المنازل.

فالمنتجات هي ما يتولد عن المال دون تجدد دوري تولدا ينتقص من مادته وجوهره كالمواد التي تستخرج من محاجر أو مناجم لم تعد للاستغلال، والأشجار التي تقطع من الغابات لم يتم إعدادها لهذا القطع⁽⁶⁷⁷⁾.

وفيما يتعلق بالملحقات فقد نص المشرع الجزائري في المادة 676 على أن لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك. كما نص المشرع المصري في المادة 804 من القانون المدني المصري على نفس الحكم.

⁽⁶⁷⁶⁾ انظر، صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص 15، مصطفى الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع،

ص 82.

⁽⁶⁷⁷⁾ انظر، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 51.

وعليه فملكية كل من الزوجين لما له تمتد إلى ملحقات هذا المال ذلك أن الأصل أن مالك المال يملك ما يعد من ملحقاته⁽⁶⁷⁸⁾. والملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال المال طبقا لطبيعة الأموال والعرف وقصد المتعاقدين كالعقار بالتخصيص⁽⁶⁷⁹⁾.

ثالثا: سلطات كل من الزوجين على أمواله الخاصة به.

إذا كانت الملكية الخاصة بكل من الزوجين مستقلة عن ملكية الزوج الآخر فإن كلا من الزوجين يستأثر وحده باستعمال واستغلال والتصرف في ماله الخاص به، وعليه سنتناول كل سلطة على حدى.

I- استعمال كل من الزوجين لماله الخاص به:

ويقصد بذلك استخدام كل من الزوجين لماله الخاص به في جميع أجزاءه وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه استخداما يتفق وطبيعة المال بغية الحصول على منافعه غير الثمار والمنتجات⁽⁶⁸⁰⁾. فاستعمال كل من الزوجين لبيت يملكه يكون بسكناه واستعماله لسيارته يكون بركوبها⁽⁶⁸¹⁾.

ويعد من قبيل الاستعمال أيضا أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها كل من الزوجين في ماله الخاص به كما إذا قام الزوج بترميم منزله أو إصلاح سيارته⁽⁶⁸²⁾.

ويتميز استعمال كل من الزوجين لماله الخاص به عن استعمال غيره لهذا المال كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة في أن الزوج المالك قد يصل في استعمال ماله الخاص به إلى حد إتلافه كهدم منزله أو إتلاف سيارته دون حد لسلطته في ذلك إلا ما

(678) الفرق بين الأصل والملحقات، أن الأصل يشمل المال ذاته أو أجزاء كالدائر التي هي الأصل وأجزاؤه تشمل الأرض والبناء القائم والسلم والحديثة في حين أن الملحقات هي غير الأصل وليست متولدة عنه كما تتولد الثمار والمنتجات، إنما هي شيء مستقل عن الأصل غير متولدة عنه أعد بصفة دائمة ليكون ملحقا بالأصل. انظر، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 46.

(679) انظر، صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص 15.

(680) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 496، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 32.

(681) يذهب رأي من الفقه إلى أن المالك قد يستعمل كاله الخاص به شخصا كأن يسكن داره أو يركب سيارته وقد يستعمله بنفسه بل

يدعو الغير إلى أن يقصد الاستغلال. انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 497.

(682) انظر، أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، مجلد 1،

ج 4، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1987، ص 05.

يفرضه القانون عليه من قيود أو أن يحجر عليه لسفه أو مرض عقلي، أما الغير كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة فلا يجوز لهم في استعمالهم للمال الخاص بأحد الزوجين أن يتلفوه، بل يجب أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك⁽⁶⁸³⁾.

وعلى الرغم من ذلك فإن كلا من الزوجين يتقيد أيضا في استعماله لماله الخاص به بالقيود التي يفرضها القانون فليس لأي منهما أن يقيم بناء خارج حد التنظيم المرسوم من قبل الدولة وليس لأي منهما استعمال ماله الخاص به استعمالا من شأنه الإضرار بالجوار ضررا فاحشا⁽⁶⁸⁴⁾.

وكما أن لكل من الزوجين استعمال ماله الخاص به كما يشاء فإن لكل منهما أيضا عدم استعماله ذلك أن المالك ليس ملزما بممارسة سلطة الاستعمال، فإن كان لأي من الزوجين منزلا فإن له أن يسكنه أو لا يسكنه إلا إذا فرض القانون عليه غير ذلك⁽⁶⁸⁵⁾. ولكل منهما أيضا أن يترك ماله الخاص به، فإذا كان المال منقولا وتركه المالك فإنه يصبح مالا لا مالك له، ويستطيع أي شخص أن يستولي عليه فيتملكه بالاستلاء⁽⁶⁸⁶⁾.

وقد يتنازل أي من الزوجين للغير لمدة معينة عن سلطة الاستعمال التي له على ماله الخاص به فيكون لهذا الغير حق الاستعمال وقد يكون الاستعمال مقتصرًا على سكن المنزل فيسمى حق السكن⁽⁶⁸⁷⁾.

إلى جانب حق الاستعمال المكرس للزوجين في حقهما على ملكيتهما الخاصة نجد حق الاستغلال الذي يكمل الاستعمال.

(683) انظر، رعد مقداد محمود الحمادي، المرجع السابق، ص 51.

(684) تنص المادة 691 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار... يقابل هذه المادة في التشريع المصري المادة 807 ق.م والمادة 1027 من القانون المدني الأردني.

(685) قد يفرض القانون على المالك استعمال ماله الخاص به فيما هو قابل له من الإنتاج ويفرض عليه عقوبة في حالة عدم استعماله.

(686) الإستلاء هو وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه وهو طريق أصلي لكسب الملكية طبقا للمادة 680 ق.م الجزائري،

والمادة 773 ق.م أيضا.

(687) انظر، ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 73.

II- استغلال كل من الزوجين لماله الخاص به.

يقصد بالاستغلال قيام كل من الزوجين بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء وغلته، والاستغلال قد يكون مباشراً وقد يكون بصورة غير مباشرة. فيكون الاستغلال مباشراً إذا قام كل من الزوجين بنفسه بجني الثمار وغلة ماله الخاص به كأن يستغل أحد الزوجين سيارته للأجرة، فالأجرة هي غلة السيارة أو أن يزرع كل من الزوجين أرضه ويجني ثمارها⁽⁶⁸⁸⁾.

في حين يكون الاستغلال غير مباشر عندما يقوم الغير بجني ثمار المال الخاص بأحد الزوجين ويدفع مقابل الثمار للزوج المالك كأن يؤجر أحد الزوجين منزله للغير فيجني ثماره في صورة الأجرة أو أن يستغل أحد الزوجين سيارته بتأجيرها إلى سائق يستعملها للأجرة والأجرة التي يقبضها الزوج المالك من السيارة هي غلة السيارة⁽⁶⁸⁹⁾. ويمتد استغلال كل من الزوجين لماله الخاص به إلى كل ما يمتد إليه نطاق الملكية فيشمل الثمار والمنتجات ويشمل العلو والعمق⁽⁶⁹⁰⁾.

وتختلف الثمار عن المنتجات فالثمار هي ما يتولد عن المال بشكل دوري من فوائد أو منافع تمثل الدخل أو الربح المنتظم الناتج عن توظيف المال واستثماره دون المساس بجوهره ودون الانتقاص من مادته، في حين أن المنتجات هي ما يتولد عن المال دون تجدد دوري تولداً ينتقص من مادته وجوهره كالمواد التي تستخرج من محاجر أو مناجم لم تعد للاستغلال والأشجار التي تقطع من غابات لم يتم إعدادها لهذا القطع، وهذه التفرقة بين الثمار والمنتجات لا أهمية لها بالنسبة للمالك، فكل من الزوجين يستطيع أن يحصل على ثمار ومنتجات ماله الخاص به بماله من سلطة الاستغلال ويحصل على المنتجات باعتبارها جزءاً من ماله الخاص به⁽⁶⁹¹⁾. في حين تظهر أهمية هذه التفرقة

(688) في هذه الحالة يختلط الاستعمال بالاستغلال حيث أن استعمال الأرض الزراعية يكون عن طريق زراعتها، وهذه الزراعة تؤدي إلى

الحصول على الثمار وهو ما يدخل في نطاق الاستغلال، انظر، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 31.

(689) انظر، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 44، رعد مقداد محمود الحمداني، المرجع السابق، ص 54.

(690) انظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 500.

(691) انظر، محمد الدين سوار، المرجع السابق، ص 51، شاكر ناصر حيدر، المرجع السابق، ص 210.

حينما يكون لغير المالك الحق في الحصول على الثمار كالمستفيع أو الحائز حسن النية، فإذا كان للغير حق الانتفاع بمال أحد الزوجين كانت الثمار من حقه، أما المنتجات فتبقى حقا للمالك⁽⁶⁹²⁾. وإذا كان مال أحد الزوجين في يد حائز حسن النية فإنه يكسب ما قبضه من ثمار، بينما تكون المنتجات من نصيب المالك⁽⁶⁹³⁾.

ويمكن لكل من الزوجين أن يتنازل عن حق الاستغلال والاستعمال للغير ويبقى له فقط حق التصرف في حين يكون للغير حق الانتفاع.

III- تصرف كل من الزوجين بماله الخاص به.

ويقصد بذلك استخدام كل من الزوجين ماله الخاص به استخداما يستنفد به السلطة المقررة له على رقبة المال وعلى كيانه ووجوده⁽⁶⁹⁴⁾. وتصرف كل من الزوجين بماله الخاص به قد يكون هو ما يرد على مادة المال، فلكل من الزوجين القيام بالأعمال التي تؤدي إلى استهلاك ماله كاستهلاك النقود⁽⁶⁹⁵⁾. مثل وغيره. أما التصرف القانوني فهو يرد على حق المالك ذاته فلكل من الزوجين القيام بالأعمال القانونية التي تؤدي إلى زوال حقه في ماله الخاص به كليا كبيع داره أو هبته، أو جزئيا كأن يبيع الزوج جزء من ماله، أو الانتقاص منه كأن يرتب للغير حق انتفاع على العقار الذي يملكه أو يرهنه ضمانا للوفاء بحق شخصي عليه للغير⁽⁶⁹⁶⁾.

وسلطة التصرف المقررة للزوجين ليست مطلقة فأحيانا ترد عليها قيود تمنع أحد الزوجين من التصرف في ماله الخاص به بصورة مؤقتة وذلك بموجب نص قانوني أو اتفاق إرادي.

(692) تنص المادة 676 من القانون المدني على أنه "المالك الشيء الحق في كل ثمار ومنتجات وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".

(693) انظر، رعد مقداد محمود الحمداي، المرجع السابق، ص 55.

(694) انظر، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 133.

(695) وهنا يختلط التصرف بالاستعمال ذلك أن النقود ومثلها المواد الغذائية تستهلك بمجرد استعمالها فيكون استعمالها متضمنا التصرف

فيها. انظر، عبد المنعم فرح الصدة، المرجع السابق، ص 39.

(696) انظر، شاكر ناصر حيدر، المرجع السابق، ص 197، محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 44.

وما يلاحظ هو أن جل التشريعات العربية قد ذكرت مبدأ استقلالية الذمم المالية للزوجين ولاسيما في الملكية الخاصة غير أنها لم تفصل بشكل كبير في قوانين الأحوال الشخصية وإنما تركت ذلك للأحكام العامة للقانون المدني الخاصة به بعد الزواج تبقى مستقلة عن ملكية الزوج الآخر كما كانت قبل الزواج. هذا إذا كانت أموال الزوجين تخضع لمبدأ الاستقلالية ولكن ما هي الأحكام المطبقة إذا كان الزوجين قد اتفقا على نظام الاشتراك في الأموال أو كان القانون المطبق يفرض نظام المشاركة في الأموال مباشرة، بعد الارتباط.

الفرع الثاني: نظام الملكية المشتركة بين الزوجين.

يعتبر هذا النظام من النظم الأكثر شيوعا في الدول الغربية ولاسيما فرنسا⁽⁶⁹⁷⁾. وهو يقوم على أساس فكرة رئيسية وهي أن كل الأموال المكتسبة من تاريخ الزواج تصبح مشتركة بين الزوجين وتشكل كتلة واحدة تقسم عند انحلال الزواج، فهو نظام يحدد القانون بمقتضاه وضعية المال والثروة المنشأة خلال فترة الحياة الزوجية، ويخضع الزوجان له ما لم يوردا قيودا خاصة أو اتفاقات خاصة تنسجم مع مقتضياته، ومع القواعد التي يحددها هذا النظام بشأن ما تم اكتسابه خلال فترة الحياة الزوجية، ويقر هذا النظام مبدأ التشارك القانوني بشأنها سواء نتجت عن تجميع المكتسبات أو نتاج الجهود الشخصية أو ريع أو غل الممتلكات الشخصية لكل واحد من الزوجين، إذ تشكل هذه المكتسبات كتلة واحدة تقسم عند انحلال الزوجية.

ولا يقتصر وجود نظام الملكية المشتركة فقط في القوانين الغربية بل أخذه به حتى بعض الدول العربية⁽⁶⁹⁸⁾. وعليه سنتناول فكرة الملكية المشتركة للزوجين في الأنظمة الغربية لا سيما في النظام الفرنسي تم دراستها في الأنظمة العربية.

(697) تشير المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي إلى أن الملكية المشتركة بين الزوجين تنشأ عند عدم وجود عقدا أو من خلال تصريح

بسيط بأن الزواج يخضع لنظام الملكية المشتركة فيخضع للنصوص القانونية الواردة في فصول القانون المدني.

(698) كالتشريع المغربي في الفصل 49 من مدونة الأسرة، والقانون الجزائري في المادة 37 فقرة من قانون الأسرة، وكذلك المشرع التونسي

فقد أوجد قانون كاملا بذاته لتنظيم الأموال المشتركة بين الزوجين.

أولاً: التنظيم التشريعي الفرنسي للملكية المشتركة بين الزوجين.

يتميز التشريع الفرنسي بإدراجه للمقتضيات الخاصة بتأسيس وتنظيم العلاقات الزوجية وأثارها بما في ذلك علاقات الحقوق المالية بين الزوجين ضمن مقتضيات وفصول القانون المدني الفرنسي، إذ أشار في المادة 1400 ق.م فرنسي⁽⁶⁹⁹⁾. إلى أن الملكة تكون مشتركة بين الزوجين في حالتين أولها، إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة. والثانية: إذا سكت الزوجان عن اختيار نظام مالي لحياتهما الزوجية، في حين لا تكون الملكية مشتركة بين الزوجين إذا صرح الزوجان بأن زواجهما يخضع لنظام مالي آخر عن طريق اتفاق خاص يعقد بينهما ويقترن بعقد الزواج يسمى مشاركة الزواج⁽⁷⁰⁰⁾.

وما يلاحظ هو أن نظام الملكية المشتركة كما نظمها المشرع الفرنسي لا يعتبر نظاماً شاملاً لجميع أموال الزوجين وإنما يقتصر هذا التنظيم على الأموال المكتسبة بعد الزواج ولذلك سمي هذا النظام المالي للزوجين بنظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، وإذ يقضي هذا النظام بجعل الأموال التي يكسبها الزوجان من عملهما (مجتمعين أو منفردين) أثناء قيام الزوجية مشتركة بينهما، أما الأموال الأخرى التي يمتلكها كل من الزوجين فتبقى أموالاً خاصة بكل منهما وتبقى مستقلة عن أموال الزوج الآخر⁽⁷⁰¹⁾.

ويتضح من نصوص المواد 1401 و1404 و1408 من القانون المدني الفرنسي أن الأموال الخاصة بكل من الزوجين تشمل الأموال التي يمتلكها كل من الزوجين قبل الزواج والملابس والأمتعة الشخصية لكل منهما والتعويض الذي يحصل عليه أحد الزوجين نتيجة ضرر أصابه أو أصاب أحد ممتلكاته والديون المترتبة لأحد الزوجين على

⁽⁶⁹⁹⁾ CF, Malaurie, C.Aynes, Droit civil, les régimes matrimoniaux ; 3^{ème} edi, édition Cujas, Paris 1994, p 321-333.

⁽⁷⁰⁰⁾ مشاركة الزواج غير عقد الزواج فهو عقد خاص بين الزوجين ينظم في علاقتهما المالية حيث يتفقان فيه على اختيار نظام مالي معين لحياتهما الزوجية غير نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة، ويقومان بتعيين شروطه.

⁽⁷⁰¹⁾ أنظر، عبد الواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الأردني، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 1، 1998، ص 453، محمد مهدي الحجوي، المرأة بين المشرع والقانون، مطابع دار الكتاب، الدار البيضاء، ط1، 1967، ص 53.

الغير والمبالغ النقدية التي تترك للنفقات الشخصية وأجهزة العمل الضرورية لمهنة أحد الزوجين، والأموال التي يحصل عليها كل منهما عن طريق آخر غير العمل كالإرث. والهبة والوصية وكذلك الأموال المكتسبة على سبيل التابع لممتلك خاص كالعقار بالتخصيص والمال الذي يملكه أحد الزوجين عن طريق التبادل مع مال يعود للزوج المذكور، كما يعد مالا خاصا الحصة التي يملكها أي من الزوجين في مال شائع مع آخرين، وعليه سنتناول عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين ثم نحدد سلطات الزوجية على الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما.

I- عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين.

استنادا إلى نص المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي⁽⁷⁰²⁾. فإن عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين تشمل كل من الإيرادات الشخصية والتي تحوي منتجات الصناعة الشخصية للزوجين أي الاكتسابات الشخصية للزوجين فالإكتسابات الناتجة عن مباشرة الزوجين معا لمهنة أو حرفة معينة أثناء الحياة الزوجية تعد مملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين.

كما نجد الكسب والرواتب لكل من الزوجين منفردا أثناء الحياة الزوجية، إذ يعد جزء من الملكية المشتركة بين الزوجين، يضاف إليها بدائل الرواتب والتي تتمثل في المبالغ المالية التي يقبضها أي من الزوجين نتيجة عدم القدرة على العمل لفترة مؤقتة كتعرضه لحادث، كما تعد المبالغ المالية التي يستلمها أحد الزوجين لتعويض الرحيل المسبق للتقاعد أو التعويض الذي يستحقه بمناسبة نهاية عمله مملوكا ملكية مشتركة بين الزوجين إذا كان استحقاقه لهذه المبالغ قد تم خلال الحياة الزوجية وإن استلمها فعليا في فترة لاحقة على انتهاء الحياة الزوجية.

(702) تشير المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي إلى أن الملكية المشتركة تتألف إيجابيا من الإكتسابات الحقيقية من قبل الزوجين مجتمعين أو منفردين خلال مدة الزواج والذي يأتي من صناعتهم الشخصية وقد حلت هذه المادة محل المادة 1401 السابقة بموجب التعديل التشريعي المرقم تحت C.No 85-1372 in 23/12/1985

كما تشكل إيرادات الممتلكات عنصرا هاما من الملكية المشتركة والتي تحوي ثمار ومنتجات الأموال الخاصة بكل من الزوجين وعليه فإن الديون الناتجة عن انتفاع الزوجين بهذه الأموال تكون مشتركة بينهما ويتحملها تضامنيا كما هو الحال في الفوائد المترتبة على القرض الذي يحصل عليه أحد الزوجين من أجل الحصول على أموال خاصة.

يضاف إلى إيرادات الممتلكات الإيرادات المتأتية من الهبات المشتركة، والتي تشمل الاكتساب بشرط النمو أو الزيادة⁽⁷⁰³⁾. فإذا اكتسب الزوجان أثناء الحياة الزوجية ملكية عقار بصورة مشتركة مع شخص آخر من خلال تصرف يتضمن شرط النمو أو الزيادة لصالح الأحياء من الشركاء فإن العقار يصبح مكتسبا للملكية المشتركة بين الزوجين في حالة الموت المسبق للشخص الثالث أثناء الحياة الزوجية.

يضاف إلى هذا مبلغ التأمين على الحياة الذي يعد جزءا من الإيرادات المتأتية من الهبات المشتركة، فإذا قام أحد الزوجين بالتأمين على حياته من الموت الطبيعي لصالح الزوج الآخر فإن مبلغ التأمين في هذه الحالة يعد مملوكا ملكية مشتركة بين الزوجين إذا تم دفع أقساط التأمين من الأموال المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين، وكذلك الحال إذا قام أحد الزوجين بالتأمين على حياته من الموت الطبيعي بدون تعيين المستفيد أو إذا قام أحد الزوجين بالتأمين على حياته من التقاعد المهني أو الوظيفي لصالح نفسه.

وكذلك في حالة التأمين المختلط، أي قيام كل من الزوجين بالتأمين على حياته من الموت الطبيعي لصالح الزوج الآخر فإن مبلغ التأمين يعد جزءا من الأموال المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين اعتبارا من اليوم الذي يتم فيه انحلال الزواج بينهما⁽⁷⁰⁴⁾.

فإذا كنا قد حددنا عناصر الملكية المشتركة للزوجين وبيننا مشتملات كل عنصر لا يبقى أمامنا سوى تحديد سلطات الزوجين على هذه الملكية المشتركة.

⁽⁷⁰³⁾ شرط النمو أو الزيادة هو شرط يقضي بأن تتول حصة أحد الشركاء في عقار شائع في حالة وفاته إلى الأحياء من الشركاء حتى إذا توفي جميع الشركاء في العقار الشائع إلا واحد منهم انتقلت جميع حصصهم وحقوقهم إلى هذا الشريك الذي بقي حيا.

⁽⁷⁰⁴⁾ CF, Coloner, Droit civil, Régimes matrimoniaux, litec, Paris, 6^{ème} edi, 1994, p 301.

II- سلطات الزوجين على الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما.

استنادا إلى نص المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي⁽⁷⁰⁵⁾. فإن لكل من الزوجين سلطات على الأموال المشتركة بينهما ويعد هذا بمثابة المبدأ العام الذي يحدد علاقة الزوجين في ممارستها لسطاتهما على أموالها المملوكة ملكية مشتركة. وبناء عليه فإن لكل من الزوجين حق الانتفاع بالأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما بما يحقق مصلحة الأسرة، ويبي احتياجا⁽⁷⁰⁶⁾. أما فيما يتعلق بإدارة الأموال المشتركة فإن لكل من الزوجين السلطة في الإدارة الفردية للأموال المشتركة، إذ يستطيع كل من الزوجين لوحده أن يقوم بإيجاد الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما، كما يستطيع كل زوج لوحده أن يقوم باستيفاء مبالغ الأموال التي تعد جزءا من الملكية المشتركة كمنتجات الصناعة الشخصية والكسب والرواتب وغيرها. وكذلك لكل من الزوجين في سبيل القيام بإدارة الأموال المشتركة بصورة فردية اتخاذ إجراءات احتياطية ترمي إلى جرد وتدقيق حقيقة الأموال المشتركة وما هو موجود منها فعليا.

كما أن لكل من الزوجين الحق في مباشرة الدعاوي القانونية المتعلقة بالأموال المشتركة ذلك أن كلا من الزوجين يمتلك الخاصية التي تمنحه الحق في أن يكون مدعيا أو مدعى عليه في الدعاوي المتعلقة بالأموال المشتركة، كما يستطيع كل من الزوجين التصويت أو الموافقة مكان الزوج الآخر في حالة غيابه إذا كانت هذه الموافقة تعود بالفائدة على الملكية المشتركة، ويستطيع كل من الزوجين قبول الهبات والهدايا التي تقدم إليهما وتصبح جزءا من الملكة المشتركة بينهما. ويجب على الزوج الذي يدير الأموال المشتركة بصورة انفرادية أن يقدم جردا عند تصفية الملكية المشتركة يعلم فيها الزوج

⁽⁷⁰⁵⁾ تشير المادة 1421 من القانون المدني الفرنسي إلى أن كل من الزوجين له السلطة في الإدارة الفردية للملكية المشتركة ويكون مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها في إدارته، والتصرفات التي أنجزت بدون أخطاء أو غش من قبل أحد الزوجين تكون قابلة للاعتراض من الزوج الآخر، والزوج الذي يمارس مهنة مستقلة له سلطة إجراء التصرفات والإدارة الضرورية لهذه المهنة.

CF, Y Henry, E. Jacob, code civil, edi Dalloz, Paris, 100^{ème} edi, 2001, pp 1162-1164.

⁽⁷⁰⁶⁾ انظر، عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 53.

الآخر بالمبالغ المسحوبة من الأموال المشتركة والتي يدعى أنه قد تصرف بها لصالح الأسرة واحتياجاتها، ولكل من الزوجين الاعتراض على إدارة الزوج الآخر للملكية المشتركة والتي تتم بدون أخطاء أو غش⁽⁷⁰⁷⁾.

وكل من الزوجين يكون مسؤولاً عن الأخطاء التي يرتكبها في إدارته لأموال الملكية المشتركة، أي يجب على كل من الزوجين في إدارته لأموال الملكية المشتركة أن يبدل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد الحريص على مصالحه⁽⁷⁰⁸⁾.

غير أن المبدأ هذا غير مطلق بل ترد عليه مجموعة من الاستثناءات فاستناداً لنص المادة 1422 من القانون المدني الفرنسي⁽⁷⁰⁹⁾. فإن كل من الزوجين لا يستطيع لوحده وبدون موافقة الزوج الآخر أن يتصرف في الأموال المشتركة على سبيل الهبة، فلا يجوز للزوج أو الزوجة مثلاً أن يهب قسماً من الأموال المشتركة المتأتية من الكسب أو الراتب الشخصي أو من إيرادات الأموال الخاصة، أو من مبلغ التأمين المختلط على الحياة. وموافقة أحد الزوجين على تصرف الزوج الآخر بالأموال المشتركة على سبيل الهبة يجب أن يكون صريحاً، ولكل من الزوجين أن يفوض الزوج الآخر بتفويض خاص صلاحية التصرف بالأموال المشتركة على سبيل الهبة⁽⁷¹⁰⁾.

كما أنه استناداً للمادة 1423 ق.م فرنسي⁽⁷¹¹⁾. فإن الوصية التي يوصى بها أي من الزوجين لا يجوز أن تتجاوز حصته في الأموال المشتركة وبمفهوم المخالفة أي أنه

⁽⁷⁰⁷⁾ CF, Voville, les pouvoirs concurrents en droit de la famille, thèse doctorat, Université de Lille II, 1991, p 246.

- G. Cornu, Régimes matrimoniaux, 6^{ème} edi, paris, 1992, p 423.

- Lucet et Varielle, famille eclatees, familles reconstituées, les aspects patrimoniaux, edi Defrerois, Lyon, 1991, p 444.

⁽⁷⁰⁸⁾ انظر، عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص 54، رعد مقداد محمود الحمادي، المرجع السابق، ص 69.

⁽⁷⁰⁹⁾ تشير المادة 1422 من القانون المدني الفرنسي إلى أن الزوجان لا يستطيعان الواحد بدون الآخر التصرف في ممتلكات الملكية المشتركة على سبيل الهبة.

⁽⁷¹⁰⁾ CF, Malaurie, L.Aynes, op-cit, p 198, A Coloner, Op-cit, p 227-230.

⁽⁷¹¹⁾ تشير المادة 1423 من القانون المدني الفرنسي إلى أن الوصية التي يوصى بها أحد الزوجين لا يمكن أن تتجاوز حصته في الميكة المشتركة.

يجوز لكل من الزوجين أن يوصي بما لا يتجاوز حصته في الأموال المشتركة، أو بما يجاوز حصته في هذه الأموال ولكن بموافقة الزوج الآخر بصورة صريحة وموثقة⁽⁷¹²⁾.

كما يمنع أي من الزوجين إجراء التصرفات القانونية على العقارات المملوكة ملكية مشتركة طبقا للمادة 1424 كنقل ملكية العقار أو ترتيب الحقوق العينية الأخرى عليه سواء كانت أصلية أو تبعية.

كما يمنع بيع المؤسسة التجارية المملوكة بالاشتراك أو التنازل عن استثمار أو استغلال متعلق بالملكية المشتركة. وبالنسبة للأثاث المادي وأثاث المنزل فلا يمكن لأحد الزوجين التصرف فيه بدون إشعار الزوج الآخر بنية البيع وأخذ موافقته، لأن مصدر هذه الأثاث كان مشتركا ومن ثم فإن ما لها يجب أن يكون مشتركا.

وطبقا للمادة 1425 من القانون المدني الفرنسي⁽⁷¹³⁾. لا يستطيع أي من الزوجين بدون موافقة الزوج الآخر القيام بإيجار عقار ريفي لشخص ثالث إذا كان هذا الإيجار يتضمن شرطا يعطي للمستأجر صلاحية استخدام العقار الريفي المملوك ملكية مشتركة للزوجين في جميع النشاطات التجارية أو الصناعية أو أية حرفة يدوية أخرى⁽⁷¹⁴⁾.

وعليه حتى يمكن لأحد الزوجين القيام بالتصرفات السابقة الذكر والتي ترد على مال معين الأموال المشتركة يجب أن يستحصل موافقة الزوج الآخر على التصرف الذي يريد القيام به وهذه الموافقة تظهر في حالتين:

- أولها وتكون عند إبرام الزوج الآخر التصرف فهنا تظهر موافقة الزوج القرين على هذا التصرف وهنا يجب أن تكون الموافقة صريحة وموثقة أما في الحالة الثانية فتظهر موافقة الزوج القرين على التصرف الذي يقوم به الزوج الآخر في صورة وكالة صريحة

⁽⁷¹²⁾ CF, Y. Henry, F.jacob, Op-cit, p 1176.

- J.Champion, contrats de mariage et Régimes matrimoniaux, edi, J. Delmas, Paris, 8^{ème} edi, paris, 1988, p 118.

⁽⁷¹³⁾ تشير المادة 1425 من القانون المدني الفرنسي إلى أن الزوجان لا يستطيعان الواحد بدون الآخر القيام بإيجار عقار ريفي مشترك للاستخدام التجاري، الصناعي، الحرفي...".

⁽⁷¹⁴⁾ CF, Coloner, op-cit, p 226, Malaurie, L.Aynes, Op-cit, p 198.

وموثقة سابقة على التصرف وفي هذه الحالة يستطيع الزوج الوكيل القيام بالتصرفات المذكورة والتي ترد على مال معين من الأموال المشتركة، ذلك أنه استطاع قانونياً أن يوسع من صلاحياته على الملكية المشتركة بين الزوجين، فيبرم التصرف باسمه الشخصي أصالة عن نفسه ووكالة عن زوجه ويجب أن يشار إلى هذه الوكالة في التصرف الذي يبرمه أحد الزوجين مع شخص ثالث والذي يرد على مال معين من الأموال المشتركة⁽⁷¹⁵⁾.

والجدير بالذكر بأنه في حالة تجاوز أحد الزوجين لسلطاته على الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما بدون موافقة الزوج الآخر فإن هذا الأخير يحق له المطالبة بإبطال التصرف الذي قام به زوجه خارج حدود سلطاته طبقاً للمادة 1427 ق.م. فرنسي فإذا كان هذا حال التشريعات العربية في تنظيمها للأحكام العامة التي تسير العلاقات المالية بين الزوجين فما هو حال التشريعات العربية فيما يخص هذه المسألة؟ ولاسيما فيما يتعلق بالملكية المشتركة؟

ثانياً: تنظيم الملكية المشتركة بين الزوجين في التشريعات العربية.

إن إقرار مبدأ الملكية المشتركة بين الزوجين في التشريعات العربية هو أمر مستحدث وجديد في نظم الأسرة العربية فأغلبية القوانين العربية تقر مبدأ الاستقلالية المالية للزوجين كأساس عام للمعاملات المالية الزوجية والذي يقوم بدوره على مبدأ الفصل بين الذمم المالية للزوجين والذي أساسه أحكام الشريعة الإسلامية، والجدير بالذكر هو أن مبدأ الفصل بين الذمم المالية للزوجين يتميز بخصائص تختلف عن تلك التي تميز نفس المبدأ المعتمد في التشريع الفرنسي، ففي ظل هذا الأخير، يستطيع كل زوج أن يحتفظ بأمواله الخاصة إذا أراد ذلك والتصرف فيها دون إشراك زوجه، فيضل كل واحد منهما أجنبياً عن الآخر من الناحية المالية ويبقى مسؤولاً عن ديونه، سواء قبل أو بعد الزواج، باستثناء الديون الناتجة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد، بينما

⁽⁷¹⁵⁾ CF, Parain et Morin, op- cit, p 187.

تبقى الزوجة في الإسلام وفي قوانين الدول العربية ولاسيما في القانون الجزائري محتفظة بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، كما كان وضعها قبل الزواج، دون أن تكون ملزمة بالمساهمة بمالها ف تكاليف الحياة وتربية الأولاد.

وإذا كان مبدأ الاستقلالية هو الأصل العام فإن مبدأ الاشتراك في الأموال يعتبر الاستثناء الوارد في جل قوانين الأسرة العربية إذا ما اتفق الزوجان عليه صراحة. وفي هذا الإطار اعتمد المشرع المغربي نظام الملكية المشتركة بين الزوجين في الفصل 49 من مدونة الأسرة المغربية إذ نصت المادة 49 على ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها. يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج... فبموجب هذا النص اعتمد المشرع المغربي نظام الثروة المشتركة للزوجين⁽⁷¹⁶⁾. وإذا كان التشريع المغربي قد خصص إحدى فصول مدونة الأسرة لتنظيم الملكية المشتركة للزوجين فنجد التشريع التونسي قد أوجد قانون بداته مستقل عن مجلة شؤون الأسرة التونسية والذي سمي قانون نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 والصادر بموجب المنشور المشترك رقم 99/16⁽⁷¹⁷⁾.

والحقيقة أن هذا القانون جاء مكتملا للفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي أقر مبدأ الشراكة بين الزوجين في المسائل المالية وخاصة ملكية العقارات التابعة للاستغلال العائلي، لقد بين قانون نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين التزامات الزوجين لاسيما الالتزامات الجبائية على أموالهم المشتركة⁽⁷¹⁸⁾.

(716) انظر، الملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، جريدة العلم، 04 ماي 2004، عدد 18705، ص 03-04.

(717) انظر، شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، دراسة مقارنة، صفحات للدراسات والنشر، تونس، ط1، 2008، ص 63.

(718) لقد كان المشرع التونسي أكثر دقة في تحديده لمضمون العقد المالي المبرم بين الزوجين، حيث نص في الفصل 1 من مجلة الأحوال الشخصية أن نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري، يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو حصة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة.

وإذا كان هذا حال التشريع التونسي والمغربي فنجد أن المشرع الجزائري قد أقر مبدأ الاشتراك في الأموال بين الزوجين بموجب التعديل الذي أدرجه في أحكام قانون الأسرة الجزائري ولاسيما في المادة 37 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة حيث نص هذه المادة على ما يلي "لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"⁽⁷¹⁹⁾. فبموجب هذا النص يكون المشرع الجزائري قد ساير باقي القوانين المغربية في تنظيمها للملكية المشتركة. بينما نجد أن القانون المصري لحد الآن يتجاهل مسألة الثروة المشتركة للزوجين إذ لا يوجد نصوص قانونية في التشريع المصري تنظم مسألة ملكية الثروة المشتركة للزوجة بعد الزواج إضافة إلى عدم وجود نصوص تنظم مسألة مسكن الزوجة في حالة طلاقها خاصة إذا كانت قد ساهمت بجهدا وعملها في إيجاد هذا المسكن⁽⁷²⁰⁾، لذلك ينبغي على المشرع المصري أن يتدخل بنصوص قانونية تنظم هذه المسألة إذ يجب تمتع كل من الزوج والزوجة بذمة مالية مستقلة وعدم إدخال الثروات التي تكونت خارج إطار وقت الزوجية في الثروة المشتركة مثل ميراث الزوجة من الأهل أو أموالها من أعمال واستثمارات سابقة على زواجها، وينبغي على المشرع المصري تحديد نوع الاتفاق بين الزوجين الذي يبين كيفية امتلاك الثروة المشتركة.

وما يمكن ملاحظته هو أن كل التشريعات العربية التي أخذت بنظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين قد جعلت منه استثناء على المبدأ العام والأصلي والذي هو مبدأ استقلالية الذمم المالية للزوجين. فإذا حددنا أموال الأسرة والزوجين على الخصوص فإن

(719) انظر، الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن

قانون الأسرة، ج.ر، عدد 15، سنة 2005، ص 18.

(720) انظر، عادل عامر، القواعد الموضوعية للزواج في القانون المصري، www.F-LAX.NET.

الأمر يتطلب منا، تحديد نوع الحماية المقررة لهذه الأموال ضد كل اعتداء عليها ولاسيما إذا كانت الحماية حماية جزائية تنظمها أحكام قانون العقوبات والنصوص المكملة له.

المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية للسرقة العائلية.

جرمت القوانين الوضعية المختلفة والشريعة الإسلامية كافة الأفعال التي تشكل اعتداء على أموال الغير بسوء قصد، وأيا كانت الوسيلة المتبعة كالالاختلاس أو باستخدام القوة أو التهديد أو باستخدام طرق احتيالية كما هو الحال في جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة كما يترتب عليها من سلب لأموال الغير دون وجه حق.

ولكن استثناء من تلك القاعدة في تجريم السرقة وما يلحق بها من جرائم فقد استثنى المشرع حالة السرقة داخل نطاق الأسرة والتي تحدث بين الأصول والفروع والأزواج مراعيًا مصلحة الأسرة وصيانة سمعتها وشرفها، وحفاظًا على العلاقات والروابط الأسرية وروح الورد بين أعضائها، لذلك اعتبر توافر صلت الدم أو رابطة الزواج ظرفًا معفيًا من العقاب أو قيدًا على حرية النيابة، بشأن تحريك الدعوى وتعلق رفعها على شكوى المجني عليه.

وتظهر أهمية دراسة أحكام السرقة العائلية من خلال ذكر طرق معالجتها في القوانين الوضعية المختلفة والشريعة الإسلامية لتبيان أوجه الاختلاف ومدى قصور أو شمولية هذه المعالجة.

وعليه سنحاول أن نبين كيفية معالجة القانون الفرنسي للسرقة العائلية (المطلب الأول) وموقف التشريعات العربية منها (المطلب الثاني) ثم نتطرق إلى الاستيلاء على أموال التركة كنوع من الاعتداء الذي يطال أموال الأسرة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المعالجة الجنائية للسرقة العائلية في القانون الفرنسي.

لم تكن السرقة بمفهومها المعاصر تعتبر جريمة جنائية في المجتمعات البدائية طالما أن الملكية المشتركة كانت تسود الحياة الاجتماعية في هذه الحقبة التاريخية القديمة، ولهذا لم يهتم الفكر القانوني بتبيان المعالجة العقابية لهذه الآفة⁽⁷²¹⁾، ولكن منذ أن عرفت الإنسانية

(721) انظر، عبد الرحم صدقي، جرائم الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة، 1986، ص 58.

فكرة الملكية الفردية كنظام مدني عادل هدفه حماية الأفراد وتأمين أنشطتهم المختلفة، رأت فكرة محاربة الاعتداء على الأموال الخاصة تواجدا وظهورا في ساحة القانون⁽⁷²²⁾.

ومن هذا التحليل البسيط يمكن القول أن جريمة السرقة ترتبط بفكرة الملكية الفردية، وهذا الأمر يوضح مدى الاهتمام بقيمة الملكية كإحدى القيم الاجتماعية التي تساعد على الاستقرار والهدوء الاجتماعي فالمال مصدر الحياة ويمكن الفرد من المعيشة والإنفاق على أسرته وبالتالي المساهمة في السكينة الاجتماعية. وهذه الأمور هي غاية المشرع من تجريم الاعتداء على الأموال، بل هناك من يرى أن الملكية هي أساس الأسرة لقوام كيان المجتمع.

ويثور التساؤل عند التعرض لجريمة السرقة العائلية حول محل الحماية بمعنى آخر هل يحمي القانون الجنائي المال أم يحمي السارق من الأسرة حفاظا على كيانها من الفضيحة.

ومما لا شك فيه أن للدول سياسات جنائية مختلفة للرد على هذا التساؤل معتمدة في ذلك على الدراسات الفلسفية والاجتماعية حول وظيفة أو دور المال من جهة، والأسرة من جهة أخرى في حياة المجتمعات.

ومن الملاحظ هو أن التشريع الفرنسي قد مال إلى تغليب كفة الأسرة على كفة الملكية بمعنى أنه يميل إلى حماية الأسرة من الفضيحة أكثر من حماية الملكية، بدليل أنه جعل جريمة السرقة العائلية منظمة بموجب نص قانوني خاص ألا وهو نص المادة 12-311 وهذا تميزا لها عن السرقة بوجه عام حيث تنص المادة 12-311 من قانون العقوبات الفرنسي على ما يلي: "لا يمكن أن تؤدي إلى المتابعة الجزائية السرقة التي يرتكبها الشخص: 1- إضرارا بأحد أصوله أو فروعه. 2- إضرارا بزوجه، ماعدا في حالة إذا كان الزوجين في حالة انفصال جسماني أو سمح لهم بالإقامة كل على حدة.

⁽⁷²²⁾ CF, Desuardins, traité du vol dans les principales législative de l'antiquité et spécialement dans le droit romain, paris, 1981, p 1.

لا تطبق أحكام هذه المادة عند ما تقع السرقة على الأغراض أو الوثائق الضرورية للحياة اليومية للضحية لاسيما تلك المتعلقة بوثائق الهوية، أو بطاقة الإقامة، أو إقامة شخص أجنبي أو بوسائل الدفع المالي⁽⁷²³⁾.

إن نص المادة هذا يتطلب منا تحليله عبر تاريخ قانون العقوبات الفرنسي وذلك حتى نستطيع التعرف على طبيعة الحماية العائلية المقررة تشريعيا لأفراد الأسرة في حالة ارتكابهم السرقة على فرد آخر من الأسرة، وهذا التحليل سيمكننا من معرفة طبيعة هذه الحماية.

الفرع الأول: ارتباط المعالجة الجنائية للسرقة العائلية بتاريخ القانون الفرنسي.

يعتبر القانون الروماني أصل القوانين الأوروبية ولاسيما القانون الفرنسي، والجدير بالذكر هو أن فكرة الزوج السارق لم تعرف في القانون الروماني حتى ظهرت الدعوى المسماة باسم دعوى إزالة الفعل الواقع Rerum Amotarum والتي كان يمنحها البريتور للمجني عليه⁽⁷²⁴⁾.

وبموجب هذه الدعوى تحققت المساواة بين الزوج والزوجة أمام القانون الجنائي بصدد جريمة السرقة. إذا كانت النصوص القانونية قبل هذه الدعوى توح بأن الزوج دون الزوجة هو الذي يكون دائما المجني عليه في السرقة التي تقع ف الوسط الزوجي. وكانت جريمة السرقة العائلية تعتبر جريمة خاصة لا عامة، أي كانت تعتبر من قبيل

⁽⁷²³⁾ ART 311-12 de code pénal français « ne peut donner lieu a des poursuites pénales le vol commis par une personne :

1- Au préjudice de son ascendant au de son descendant.
2- Au préjudice de son conjoint, sauf lorsque les époux sont séparés de corps ou autorisés à Résider séparément les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le vol porte sur des objets ou documents indispensable a la vie quotidienne de la victime, tel que des documents d'identités, relatifs au titre de séjour ou de résidence d'un étranger, ou des moyens de paiement ».

⁽⁷²⁴⁾ هي مصطلح روماني كان يستعمل للإشارة إلى الدعوى القضائية التي يرفعها الشخص المتضرر من فعل ما، لإزالة هذا الضرر عن طريق المتابعة القضائية وهو حق حوله البريتور للمجني عليه.

CF, Qarda, de l'exemption de peine fondée sur l'article 380 du code pénal, thèse de doctorat, paris, 1943, p22.

الأمر التي لا تستوجب سوى جزاء مدنيا. ولقد كانت النظرة للسارق بوجه عام قربية من النظرة إلى المدين (725).

وسنحاول أن نميز بين السرقة بين الأزواج والسرقة إضرارا بالآباء والأبناء.

أولا: السرقة بين الأزواج.

لم تعد دعوى السرقة مسموحا بها للزوج ضد زوجته إذا ما سرقت أثناء قيام رابطة الزوجية حتى ولو طلقها بعد حدوث السرقة وكان السبب وراء ذلك الحكم هو الحفاظ على رباط الزوجية من كلل تدنيس وحماية شرف الأسرة، وبالذات حماية شرف الزوج والرغبة في ضمان عدم صدور حكم بالإدانة يدينه بطريقة غير مباشرة.

أما فيما يتعلق بالدعوى التي كان يطلق عليها اصطلاحا *Rerum Amotarum* فكان طابعها مدني بحث لا جنائي، ولقد ظل هذا المفهوم حتى بعد أن صارت جريمة السرقة جريمة عامة ولم تعد جريمة خاصة. ومن جهة أخرى ترتب على هذه الدعوى تخفيف حدة العقاب على السرقة بين الأزواج، إذ لم يعد من حق الزوج قتل زوجته كعقاب لها إذا ما سرقت مفاتيح مخزن منزل النبيذ لتشرب من النبيذ (726).

أما فيما يتعلق بمفهوم السرقة فقد عرفه "جوستينيان" تعريفا يدل على أنه كان لهذا المصطلح مفهوما أوسع من مفهوم السرقة بالمعنى المعاصر، بحيث كان يشمل سرقة الحيازة، أو سرقة الاستعمال أو سرقة الشيء ذاته...". وهذا يعني أن مفهوم السرقة في القانون الروماني كان يشمل السرقة بالمفهوم المعاصر وخيانة الأمانة والنصب وبعض التصرفات الأخرى التي لا يعاقب عليها جزائيا كسرقة الاستعمال وسرقة الحيازة (727).

وقد ظل هذا المفهوم الواسع للسرقة سائدا حتى في ظل عصر القانون القديم أي حتى قبل قيام الثورة الفرنسية مباشرة.

ومن هذه المعطيات التاريخية يمكن أن نستنتج أمرين أساسيين:

(725) انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 27.

(726) CF, R. Merle et A. Vitu, traité de droit criminel, T2, 2^{ème} edi, edi Cujas, 1973, p 493.

(727) انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 68-69.

1- أن الحماية العائلية في القانون الروماني كانت أوسع في المضمون من حماية المادة 12-311 قانون عقوبات فرنسي، إذ كانت تشمل كل جرائم الاعتداء على المال ولهذا لم تكن هناك أي مشكلة حول تفسير مصطلح السرقة.

2- إن التوسع في تفسير نص المادة 12/311 قانون عقوبات ليشمل جرائم الاعتداء على المال يجد أصله في تاريخ القانون الجنائي الفرنسي وبالتحديد في اتساع مفهوم السرقة طبقا للمعنى الروماني غير أن القانون الرومان كان يتطلب للاستفادة من الدعوى المسماة بدعوى إزالة الفعل الواقع (Rerum Amotarun) وأن يكون الزواج قد تم إبرامه وفقا للشكل الذي كان يعرف بزواج اليد (Sans Manus) كما كان طلاق المرأة شرطا أساسيا لتحريك دعوى إزالة الضرر الواقع ولم تكن العشيقة مشمولة بالحماية الجنائية التي أقرت بموجب دعوى إزالة الضرر الواقع وكان هذا يعني خضوع العشيقة للعقاب العادي للسرقة⁽⁷²⁸⁾.

ثانيا: السرقة إضرارا بالأبناء.

إذا ما سرق الأبناء أباؤهم أثناء فترة رعايتهم لم تكن هناك أي دعوى سرقة ترفع عليهم على أساس انعدام المصلحة أو السب المشروع لرفع هذه الدعوى. ومع هذا إذا كان للشارق أموال خاصة به، فإنه يحق للأبناء رفع دعوى غير مباشرة عليه، وهي دعوى مدنية لا تمس بشرف الأسرة⁽⁷²⁹⁾.

غير أن هذا لم يكن يمنع من رفع دعوى السرقة ضد الغير الذي قدم المساعدة أو المشورة للإبن السارق، وإذا كان الإبن بالغا وارتكب جريمة السرقة كان يحق لوالده إثبات جريمته بالطريق القضائي المتبع، وفي هذه الحالة كان يحق حرمانه من جزء من ميراثه يساوي قيمة ما سرقه⁽⁷³⁰⁾.

⁽⁷²⁸⁾ CF, Jean Claude Planque, droit pénal spécial, 2^{ème} edi, edi l'exifac Droit, 2011, p 194.

⁽⁷²⁹⁾ CF, V.M, Piques, essai sur le vol a l'intérieur de la domus, thèse de doctorat, Dijon, 1938, p 3.

⁽⁷³⁰⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 70.

فلم يكن للأبء الحق في رفع دعاوى جنائية ضد أبناءهم إذ كان يعتبر إجازة ذلك بمثابة تصرف يمس الأبء ذاتهم⁽⁷³¹⁾. ومن هنا يتبين لنا أن: دعوى السرقة الجنائية كان يمكن رفعها ضد الغير الذي يساعد الولد أو البنت في ارتكاب جريمة السرقة إضراراً بالأب⁽⁷³²⁾. فوجهة القانون الروماني في ذلك كانت تهدف إلى أن معاقبة الغير بعد أمر ضرورياً بالتحقيق الأمن العام⁽⁷³³⁾. أي أن الحماية الجنائية لم تكن تمتد لتشمل الشريك الأجنبي⁽⁷³⁴⁾.

وقد ظلت هذه القاعدة سائدة حتى قيام الثورة الفرنسية.

ثالثاً: السرقة إضراراً بالأبناء.

هذا الافتراض كان نادراً إذ يتصور في الحالة التي يكون فيها الابن له ما له الخاص به ومنتحرراً من سلطة رب الأسرة، وعلى فرض حدوثه فإن الفقهاء يرجحون تحقق الحماية الجنائية فيه للأبء.

الفرع الثاني: ارتباط المعالجة الجنائية للسرقة العائلية بحماية الجاني في الأسرة.

تعني هذه الفكرة أن المشرع الفرنسي قد حمى المجرم ولم يحمي المجني عليه، ولقد كشف علم الإجرام خطأ هذه الفكرة المهيمنة على موضوع السرقة العائلية. وما يلاحظ هو أن تاريخ القانون الفرنسي يشير دائماً إلى تخفيف العقوبة أو رفعها عن المجرم أو بقول أدق إلى تقرير حماية لا يتمتع بها السارق العادي. بل ولقد ظلت هذه الحماية قائمة رغم تطور مفهوم الأسرة عقب قيام الثورة الفرنسية أي بعد انتهاء فكرة الملكية المشتركة وحتى بعد ظهور أنواع جديدة للأسرة مثل الأسرة الطبيعية⁽⁷³⁵⁾، التي لا تقوم على إبرام عقد زواج بين الرجل والمرأة، بل وبعد أن

⁽⁷³¹⁾ CF, Jean Claude Planque, op-cit, p 193-194.

⁽⁷³²⁾ CF, Thierry Garé, droit pénal spécial, edi paradigme, orléons, 2011, p 270-271.

⁽⁷³³⁾ CF, Sophie la font fennes, droit et justice dans l'antiquite orientale, edi universitaires, Fribourg, Suisse, 1999, p 300-301.

⁽⁷³⁴⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 71.

⁽⁷³⁵⁾ CF, Garson, op-cit, p 1176.

إضمحلت السلطة التي كانت مقررة لرب الأسرة. ولقد توسع القضاء الفرنسي في مدى تفسير الحماية الجنائية على أشخاص لا يعتبرون من أفراد الأسرة. ولقد انتقد الفقه الجنائي هذه الحماية المفرطة للجاني⁽⁷³⁶⁾، وعلى رأسهم الفقيه جارسون الذي انتقد نص المادة 380 قانون عقوبات قبل تعديله بنص المادة 12-311 وفقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد، وتبعه في ذلك كل من ساردا وبريسو وفليري وموران.

فساردا J.Sarda يرى أن هذه الحماية غير عادلة لأنها تتجاهل واجب الاحترام اتجاه الأسرة⁽⁷³⁷⁾.

أما بريسو Brissoud فيقرر في مجمل نقده أن رابطة الزوجية أو البنوة أصبحتا ستارا لارتكاب جريمة السرقة.

وأما فليري R.Fleury يرى أن هذه الحماية منتقدة لأنها أمر تحكيمي مجرد من قبل المشرع لا يجوز شرعا لأنه لا يهتم بإرادة المجني عليه التي قد تميل إلى عقاب السارق⁽⁷³⁸⁾.

أما بالنسبة لموران M.Morand فهو ينتقد المادة 380 ق.ع على أساس أنها جعلت صفة الجاني كفرد من الأسرة سببا من أسباب موانع العقاب في حين أنه لا يصح مطلقا القول بأن صفة الجاني يمكن أن تمحو الوصف الإجرامي لما ارتكبه الجاني أو إعفاء من العقاب⁽⁷³⁹⁾.

ولقد شارك القضاء خطة المشرع في حماية المجرم حيث مدت أحكامه الحماية الجنائية لجرائم غير جرائم السرقة وعلى أشخاص غير أفراد الأسرة، ولقد توصل القضاء إلى هذا الموقف بواسطة تبني نظريات مختلفة تبرر مسلكه الموسع لحماية المجرم⁽⁷⁴⁰⁾.

⁽⁷³⁶⁾ CF, Sarda, op-cit, p 162.

⁽⁷³⁷⁾ CF, Sarda, op-cit, p 162.

⁽⁷³⁸⁾ CF, Jean Claude planque, op-cit, p 194.

⁽⁷³⁹⁾ CF, Thierry corré, op-cit, p 271.

⁽⁷⁴⁰⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 77.

الفرع الثالث: أساس الحماية الجنائية في السرقة العائلية.

على الرغم من أن الفقه الفرنسي قد تعرض لشرح طبيعة هذه الحماية الجنائية بإسهاب، وتوصل إلى القول بأن هذه الحماية الجنائية تعتبر سببا من أسباب عدم قبول الدعوى الجنائية وليس مانعا عقابيا أو سبب من أسباب الإباحة فإن دراسة أساس هذه الحماية تتطلب شرحا وافيا نظرا لاختلاف الرأي حولها وعدم استقرار الفقه بصددتها وبتفحص كتب الفقه التي تناولت مسألة أساس الحماية الجنائية للسرقة العائلية يمكن القول بوجود نوعين من النظريات النوع الأول له طابع قانوني بحث أما النوع الثاني فله طابع أخلاقي ولكن كلا النوعين يلتقيان في نقطة واحدة مستوحاة من الفكرة القديمة التي كانت تقرر بوجود شخصية معنوية للأسرة⁽⁷⁴¹⁾.

ولكن في العصر الحديث هوجمت هذه الفكرة وذلك نتيجة اعتماد مبدأ الفصل بين الزوجين لاسيما في ذمها المالية وبفعل تفتش روح الفردية داخل أفراد الأسرة. ولقد ظهر التحول عن فكرة الشخصية المعنوية الواحدة للأسرة بفعل الحرب العالمية الثانية، وتفكك الأسرة الفرنسية منذ هذا الوقت، ومن ثم أحسن المفكرين أن الحديث عن الشخصية المعنوية الواحدة للأسرة كأساس للحماية الجنائية للسرقة العائلية لم يعد صالحا بعد أن انهارت فكرة الشخصية المعنوية الواحدة ذاتها بفعل تطور قانون الأسرة ذاته، ولهذا بدأ البحث عن تبريرات أخرى تصلح كأساس للحماية الجنائية.

أولا: النظريات القانونية التي قيلت في هذا الشأن.

تعد النظريات القانونية من أولى النظريات التي عرفها الفكر القانوني لتبرير الحماية الجنائية الواردة في المادة 12/311 عقوبات وتمكن رد هذه النظريات القانونية إلى نوعين من النظريات⁽⁷⁴²⁾. ففي البداية اعتنق الفقه نظرية الملكية المشتركة ثم عدل عنها واعتنق

⁽⁷⁴¹⁾ CF, Roubler, la famille, personne moral, Dalloz, Paris, 1986, p 46.

⁽⁷⁴²⁾ CF, J.Sarda, op-cit, p 24.

نظرية الوكالة الضمنية ورغم الانتقادات الحيوية التي وجهت إليهما إلا أنهما ظلا محل نقاش حاد في الفقه الفرنسي.

وهذه النظرية ظلت قائمة لتبرير الحماية الجنائية رغم اضمحلال واختفاء فكرة الملكية الجماعية للأسرة منذ بداية القرن السادس الميلادي⁽⁷⁴³⁾. وحتى النصف الأول من القرن الماضي، في حين أن النظريات الأخلاقية والتي اهتمت بالنواحي المعنوية كاحترام سمعة العائلات لم تظهر إلا في نهاية القرن الماضي، ولقد كان للانتقادات الحادة التي وجهت لنظرية الملكية أثرها في ظهور النظريات الأخلاقية⁽⁷⁴⁴⁾.

ويرى بيرار R. Perard عند انتقاده تأسيس الحماية الجنائية الواردة في نص المادة 380 قانون عقوبات قبل تعديلها بنص المادة 12-311 على فكرة الملكية المشتركة العائلية. ولقد استدل بالمذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الفرنسي الصادر في سنة 1810 لتدعيم نقده إذ وفقا للمذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات تقررت الحماية الجنائية بين أفراد العائلة نظرا لوجود علاقات ودية ومحبة يجب على النيابة العامة أن تحافظ عليها أن تحترم أسرار العائلات وأن لا تقدم على وضع عقوبات على أفراد الأسرة حتى لا يجل الانقسام والحدق الأبدى بين أفراد الأسرة الواحدة. وبالرغم من أن المشرع الفرنسي عدل نص المادة 380 ق.ع بنص المادة 12/311 من قانون العقوبات الجديدة إلا أنه أبقى على نفس الأحكام السابقة الواردة في نص المادة 380 ق.ع.

كما أن جارسون ينتقد نظرية الملكية المشتركة على أساس أنها تتعارض مع الواقع القانوني القائم على فكرة انفراد كل فرد في الأسرة بذمة مالية مستقلة⁽⁷⁴⁵⁾.

⁽⁷⁴³⁾ CF, Petot, la famille en France sous l'ancien régime, op-cit, p 11.

⁽⁷⁴⁴⁾ CF, Normand, traité élémentaire de droit criminel, Dalloz, paris, 1996, p 514.

⁽⁷⁴⁵⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 89.

ولهذا يرى أنه إذا كان المال المسروق مملوك للزوجة ملكية تامة فإن الزوج السارق لا يعاقب عليه بفعل الحماية الجنائية الواردة في المادة 12-311 في حين أن الزوج لا يمكن أن يسرق الأموال المشتركة للزوجين على أساس أنه يحوزها⁽⁷⁴⁶⁾.

يضاف إلى نظرية الملكية المشتركة، نظرية الوكالة الضمنية، حيث أنه طبقا للمادة 214 من القانون المدن الفرنسي، يلتزم الزوج بأن يقدم لزوجته كل احتياجاتها في الحياة وفقا لمقدرته المالية وحالته⁽⁷⁴⁷⁾.

لذا رأى جانب من الفقه المدني أن هذه المادة تعد بمثابة القاعدة الشرعية لنظرية الوكالة الضمنية التي استعملت لتبرير الحماية الجنائية للسرقة العائلية⁽⁷⁴⁸⁾.

وترجع أصول هذه النظرية إلى بداية القرن العشرين وتعتمد على فكرة الزوجين والتي تبرر التصرفات المدنية لكل زوج والمتعلقة بإدارة الذمة المالية للأسرة⁽⁷⁴⁹⁾.

ولكن ما يعيب هذه النظرية أنها لم تكن تصلح إلا لتبرير الحماية الجنائية في حالة واحدة وهي حالة سرقة الزوجة من أموال زوجها. أما باقي الحالات مثل حالة سرقة الزوج من أموال زوجته فلا يصلح الأخذ بها.

وفي حالة سرقة الزوجة من أموال زوجها فإنه، إذا أخذنا بنظرية الوكالة الضمنية، فإنه ينبغي عقاب الزوجة في هذا الحال ليس استنادا لنص المادة 12/311 من قانون العقوبات وإنما استنادا لنص المادة 01/314 من قانون العقوبات على أساس أن الواقعة تصبح خيانة أمانة.

⁽⁷⁴⁶⁾ CF, Garson, Op-cit, p 1136.

⁽⁷⁴⁷⁾ ART 214 du code civil : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ... ».

⁽⁷⁴⁸⁾ CF, N.Saraga, la copacité de la femme mariée, edition Dalloz, paris, 1986, p 211.

⁽⁷⁴⁹⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 87.

CF, Garçon, op-cit, p 379.

وفي جميع الأحوال فإن هذه النظرية قد ساهمت في مرحلة معينة على تحقيق مساواة الزوجة لزوجها في الحقوق والواجبات وفي تحقيق الهدوء داخل منزل الزوجية، ولكنها لا تبرر مطلقاً الحماية الجنائية الواردة في نص المادة 311-12 من قانون العقوبات. ويعد وجود هاتين النظريتين دليلاً على ارتباط معالجة هذه الجريمة بالقانون المدني، إذ من الواضح أن هاتين النظريتين من صنع فقه القانون المدني كما يوحي بذلك تسميتها⁽⁷⁵⁰⁾. ويرى الفقه الحديث أن هاتين النظريتين لا تصلحان حالياً لتبرير الحماية الجنائية الواردة في المادة 12/311 ق.ع، وأنه يجب النظر إليهما على أنهما نظريتين تاريخيتين⁽⁷⁵¹⁾. ورغم هذا لا يزال بعض فقه القانون المدني يحاول رد الحماية الجنائية للسرقة العائلية إليهما⁽⁷⁵²⁾.

فحسب نظرية الملكية المشتركة كانت أموال الأسرة تعتبر في الماضي بمثابة أموال مملوكة للأب باعتباره "رب الأسرة" فحسب وأن الزوجة والأطفال كانوا يعتبرون عناصر لهذه الأموال أي كانوا يعتبرون بمثابة أشياء لا كائنات إنسانية⁽⁷⁵³⁾. فهذه النظرية تعتمد على فكرة رومانية قديمة تقرر أن الأسرة تستغرق كل أفرادها في شخص رب العائلة، ولقد أحسن ليفي G.Levy في شرحه هذه النظرية عندما قرر أن فكرة الملكية المشتركة تعني أنه لا يتصور أن ترتكب المرأة سرقة لمال زوجها. على أساس أن عقد الزواج يولد نوعاً من الملكية لها على هذا المال⁽⁷⁵⁴⁾. ولا يجب أن تنسى أن رابطة البنوة أو الأبوة منبثقة أو نتيجة من عقد زواج، ولهذا تسري الحماية على الأبناء والأبناء كما تسري على الأزواج، وعليه فإن كل فرد من أفراد الأسرة له حق مالي على مال الأسرة يتمثل في حقه في الإرث⁽⁷⁵⁵⁾.

⁽⁷⁵⁰⁾ CF, Goyet, op-cit, p 651.

⁽⁷⁵¹⁾ CF, ABD El Rahim Sédki, Aspects de la criminalité conjugale en droit pénal français et égyptien comparés, paris, 1982, p 222.

⁽⁷⁵²⁾ CF, petot, op-cit, p 20.

⁽⁷⁵³⁾ CF, N.Saraga, op-cit, p 212.

⁽⁷⁵⁴⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 92.

⁽⁷⁵⁵⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 92.

فمنظرا لعجز هذه النظريات القانونية عن تبرير أساس الحماية الجنائية في السرقة العائلية، ظهرت مجموعة من النظريات الغير القانونية والتي تسمى بالنظريات الأخلاقية والتي كانت ترى بأن الحماية الجنائية للسرقة العائلية هي نابعة من رغبة المشرع في حماية الأسرة من الفضائح العامة.

والجدير بالذكر أن أبحاث علم الإجرام الحديثة تتعارض مع مشروعية الحماية الجنائية الواردة في المادة 12/311 ق.ع⁽⁷⁵⁶⁾. على أساس أنها تضر بعلاقات الأسرة السوية وتشجع على السرقة التي قد تؤذي إلى انحراف الأبناء بسلوكهم هذا الفعل.

ثانيا: الإشكالات الناجمة عن تطبيق نص المادة 12/311 من قانون العقوبات الفرنسي.
عند قراءة نص المادة 12/311 ق.ع فرنسي يتضح لنا وجود ثلاث مسائل أو بصورة أخرى أدق ثلاثة مشاكل أولهما التفسير الواسع لهذا النص وذلك راجع لعمومية الألفاظ المستخدمة في صياغة نص المادة، سواء بالنسبة لمد الحماية الجنائية على جرائم أخرى خلافا لجريمة السرقة أو على أشخاص خلافا للأشخاص المذكورين في نص المادة 12/311 ق.ع. عقوبات. وثاني إشكال يتعلق بعدم إدخال حالة العود إلى جريمة السرقة في الحسبان عند وضع نص المادة 12/311 ق.ع، إذ لا نجد أي إشارة إلى كيفية تطبيق المادة 12/311 ق.ع في حالة العود إلى جريمة السرقة.

أما آخر إشكالية فهي تتمثل في عدم التفات المشرع إلى مواجهة الحالة الخطرة للشارق في وسط عائلته رغم أن جريمته تنبئ عن خطورته الإجرامية المستحقة لتدابير أمن أو على الأقل لتدابير وقائية. إذ أنه لا يوجد عقاب أصلي لجريمة السرقة العائلية فلا يتصور وجود عقاب تبعي أو تكميلي.

I- مشكلة التفسير الواسع للنص.

الأصل أن الحماية الجنائية لا تقرر إلا إذا ما ارتكبت جريمة السرقة. ومع هذا فإننا نجد أن "الفقه" قد مد نطاق الحماية الجنائية لتشمل كل الجرائم التي لها نفس طابع جريمة

(756) انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 85.

السرقه أو بقول أعم غالبية جرائم الاعتداء القانوني على الأموال مثل خيانة الأمانة والنصب وابتزاز الأموال⁽⁷⁵⁷⁾. وقد مد القضاء أيضا من نطاق الحماية لتشمل الشركاء الغرباء عن الأسرة الذي يشتركون في جريمة السرقه العائليه.

ولقد مال "القضاء دائما إلى تفسير مصطلح السرقه بصورة واسعة من زاويتين أولهما التوسع في تفسير مفهوم السرقه، وثانيهما تتمثل في التوسع في تفسير الحماية العائليه الواردة في المادة 12/311 من قانون العقوبات والغرض من هذا التفسير الموسع من وجهة القضاء كان يهدف إلى العقاب على بعض صور الاعتداءات على المال التي كانت لا تندرج تحت السرقه بالمفهوم الحرفي لهذا المصطلح كسرقه الكهرباء والغاز... الخ. ولكن أسئى استخدام منهج التفسير الواسع لنص المادة 12/311 ق.ع من قبل الدفاع عن المتهمين في الجرائم التي تتشابه مع جريمة السرقه غافلين أن هذا الأمر يتعارض مع سياسة التشريع الجنائي في تقليل الحماية الجنائية باعتبارها استثناءات من قاعدة المساواة أمام القانون. بل أن التفسير توسع ليشمل حتى جريمة التهديد لابتزاز الأموال رغم اختلاف طبيعتها عن طبيعة جريمة السرقه⁽⁷⁵⁸⁾.

ولكن يبدو أن القضاء قد استند إلى قاعدة التفسير الواسع لمصلحة المتهم في تبرير اتساع نطاق حد الحماية الجنائية غافلا أن القصد من التوسع في تفسير المفاهيم القانونية للمصطلحات التي وردت في مدونة قانون العقوبات الصادر في عام 1810، حماية المجتمع لا حماية للمجرمين⁽⁷⁵⁹⁾، وأنه في التوسع في التوسع في تفسير نص المادة 12/311 عقوبات نوع من زيادة الحماية للمجرمين وهو أمر يرفضه العدل والحق.

إن التفسير الواسع لنص المادة 12/311 قانون عقوبات يظهر جملة من النتائج أو من التساؤلات التي تؤدي بنا إلى الوصول إلى جملة من الاستنتاجات. أهم هذه

⁽⁷⁵⁷⁾ CF, F.Goyet, op-cit, p 651.

⁽⁷⁵⁸⁾ CF, J.B, Denis, la distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial, thèse de doctorat, Université de paris 11, 1975, p 391.

⁽⁷⁵⁹⁾ Crim, 14 décembre 1999, Bull Crim, N) 303, www.juritravail.com

الإشكاليات تتعلق أساسا بضرورة امتداد الحماية لتشمل الأشخاص الغرباء عن الأسرة؟ وهل يجب أن نميز بين الشريك والمساهم وأخيرا هل يجب منع مد هذه الحماية الجنائية على الأسرة غير الشرعية أي الطبيعية كما طبقها المشرع الفرنسي في المادة 12/311 من قانون العقوبات.

ما يلاحظ هو أن هذه المشاكل مختلفة الطبيعة فبعضها أخلاقي كمد الحماية الجنائية على الخليلات وبعضها قانوني مثل مسألة الشريك المساهم. ففيما يتعلق بالمشاكل الأخلاقية فإن حلها أن الحماية الجنائية لا يجب مطلقا أن تمنح للأسرة الطبيعية على أساس أن نواة المجتمع هي الأسرة الشرعية فحسب⁽⁷⁶⁰⁾.

أما فيما يتعلق بالمشاكل القانونية كمشكلة الشريك والمساهم فيبدو أن القضاء والفقه قد أغفلوا الطابع الشخصي للحماية الجنائية إذ أنهم يلجأ إلى القاعدة التي تقضي بأن إجرام الشريك يستمد صفته من إجرام الفاعل الأصلي⁽⁷⁶¹⁾. غافلين أن هذه القاعدة تسري في مجال التأميم لا في مجال التبرئة أي أن هذا التفسير يخالف مبدأ الشرعية الجنائية.

II- مشكلة إغفال النص على حكم العود.

أثار هذه المشكلة تقرير معهد علم الإجرام المقدم بمناسبة مراجعة قانون العقوبات الفرنسي في عام 1978⁽⁷⁶²⁾. حيث أثار بلانش هذه المشكلة حينما قرر أن السرقة العائلية هي سرقة بمعنى الكلمة لهذا المصطلح: بمعنى أن الصفة الإجرامية لا تزول عن الفعل بسبب ارتكاب فرد من أفراد الأسرة لها.

كما أوضح فيفر Faiver خطورة نص المادة 380 من قانون العقوبات القديم من جهة أنها تمكن الشخص من أن يعود إلى ارتكاب ذات الجريمة دون أن يخشى توقيع أي عقوبة عليه، فمن مراجعة نص المادة 12/311 ق.ع لا يظهر لنا اهتمام المشرع بتبيان ما

⁽⁷⁶⁰⁾ CF, M. Veron, op-cit, p 27.

⁽⁷⁶¹⁾ انظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، المرجع السابق، ص 296.

⁽⁷⁶²⁾ لفت الأنظار لهذه المشكلة تقرير معهد علم الإجرام بباريس المقدم إلى لجنة مراجعة قانون العقوبات القديم غير أنه بالرغم من تعديل

نص المادة 380 قانون عقوبات فرنسي إلا أنها لم تستدرك هذا المشكل في قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1992.

يجب اتخاذه حيال العائد لارتكاب هذه الجريمة⁽⁷⁶³⁾. ورغم جهود مدرسة الدفاع الاجتماعي الجديد لا نجد أي تغيير في نص المادة 12/311 من قانون العقوبات لحل مشكلة العود لجريمة السرقة العائلية.

III- مشكلة الحالة الخطرة.

إن القول بوجود حماية جنائية حيال السارق إذا تمت جريمته في الوسط العائلي يعني وجود السارق بمعزل عن العقاب وإحساس السارق بذلك قد يجعل منه شخصا خطرا، وهذا ما لم يلتفت المشرع الفرنسي إليه⁽⁷⁶⁴⁾.

وإذا ما أضفنا إلى ذلك التوسع في تفسير نطاق الحماية الجنائية كما رأينا سلفا ودخول جرائم خلاف جريمة السرقة في مجال تطبيق المادة 12/311 من ق.ع لظهر لنا تفاقم هذه المشكلة⁽⁷⁶⁵⁾. ولا يجب أن ننسى أن السارق في ذاته "خطر اجتماعي" إذ أثبتت الدراسات العلمية أن السرقة تصاحبها عادة جريمة القتل⁽⁷⁶⁶⁾.

ثالثا: موقف القضاء الفرنسي من جريمة السرقة العائلية.

يتضح موقف القضاء من جريمة السرقة العائلية من خلال تطبيق نص المادة قانون عقوبات على أفراد الأسرة وعلى الغير فاعلا أصليا كان أو مساهم أو شريك. فبالنسبة لتطبيق نص المادة على أفراد الأسرة، يمكن القول بأن القضاء الفرنسي ظل مخلصا للمفاهيم الرومانية وللأعمال التحضيرية للقانون لحماية الأسرة من الفضيحة⁽⁷⁶⁷⁾.

أما فيما يخص تطبيق المادة 12/311 ق.ع على الغير، فيبدو أن موقف القضاء مختلفا عن موقفه في المسألة الأولى. إذ يعتمد القضاء على قاعدتين الأولى هي قاعدة

⁽⁷⁶³⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 97.

⁽⁷⁶⁴⁾ CF, Fernand Devis, Du vol entre époux, thèse de doctorat, Université de paris 1, 1993, p 191.

⁽⁷⁶⁵⁾ انظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، المرجع السابق، ص 97.

⁽⁷⁶⁶⁾ انظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، المرجع السابق، ص 97.

⁽⁷⁶⁷⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 103.

الشك يفسر لمصلحة المتهم، والثانية هي قاعدة استعارة الشريك لإجرامه. من إجرام الفاعل الأصلي طبقا للمادة 121-6 من قانون العقوبات⁽⁷⁶⁸⁾.

ولكن أغفل القضاء قاعدة حتمية تفسر الاستثناء تفسيراً ضيقاً، ومن ثم جعل من نص المادة 12/311 ق.ع نصاً عاماً لا نصاً استثنائياً له تفسيراته وتطبيقاته الموسعة. والملاحظ هو أن القضاء حاول تقييد مسار التوسيع في التفسير في بعض أحكامه المتعلقة بعدم تطبيق الحماية الجنائية في حالة وجود شركة تجارية بين أفراد الأسرة أو في حالة الشيك بدون رصيد أو في حالة وقوع حجز على الأشياء المسروقة والواقع أن هذه الأحكام القضائية كانت تعكس احترام حقوق الغير وتماشياً مع روح الفردية التي سادت الأسرة الفرنسية المعاصرة.

وأبرز قيد وضعته محكمة النقض الفرنسية هو حتمية تحقق الرابطة العائلية لحظة ارتكاب الجريمة⁽⁷⁶⁹⁾. حتى ولو انحلت هذه الرابطة بعد ذلك أو لم تكن موجودة بعد في وقت ارتكاب الجريمة.

وفيما يتعلق بالشريك، فقد قرر القضاء عدم تمتع الشريك بالحماية الجنائية إذا كان القصد من مشاركته في ارتكاب جريمة السرقة تحقق مكسب شخصي له⁽⁷⁷⁰⁾. ما يستنتج مما سبق ذكره هو أن نص المادة 12/311 ق.ع فرنسي قد ورد عاماً وبالتالي ينبغي تعديله ليتماشى مع الاتجاه العالمي المعاصر لمواجهة خطورة السارق في الوسط العائلي ومع اتجاهات السياسة الجنائية الرشيدة. فإذا كان هذا هو حال التشريع والقضاء الفرنسي فما هو موقف التشريعات العربية في معالجتها للسرقة العائلية.

⁽⁷⁶⁸⁾ انظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، المرجع السابق، ص 296.

⁽⁷⁶⁹⁾ Crim 04-12-1958, D. 1959. 1741967-5-3, Bull N 145. www.juritravail.com, Crim, 10-05-1970, Bull N 160, www.juritravail.com.

⁽⁷⁷⁰⁾ انظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، المرجع السابق، ص 296.

المطلب الثاني: مرونة التشريعات العربية في معالجة السرقة العائلية.

تحاول التشريعات العربية في معالجتها للسرقة العائلية استثناء هذا الفعل من أحكام جريمة السرقة العامة وذلك مراعاة لمصلحة الأسرة وصيانة لسمعتها وشرفها، وحفاظاً على العلاقات والروابط الأسرية وروح الود بين أعضائها ولهذا فقد انتهجت هذه التشريعات طريقة مرنة في معالجة السرقة العائلية بحيث اعتبرت توافر صلة الدم أو رابطة الزواج ظرفاً معنياً من العقاب أو قيد على حرية النيابة بشأن تحريك الدعوى وتعليق رفعها على شكوى المجني عليه.

وعليه سنحاول إبراز موقف التشريع المصري والجزائري من السرقة العائلية مقارنة بالشريعة الإسلامية وكيفية معالجتها لهذا الموضوع.

الفرع الأول: موقف القانون المصري من سرقات الأقارب والأزواج.

لقد تعرض المشرع المصري للسرقة العائلية في نص المادة 312 من قانون العقوبات حيث نصت هذه الأخيرة على ما يلي: "لا يجوز محاكمة من يرتكب السرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله، أو فروعه إلا بناء على طلب المجني عليه، وللمجني عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك في أية حال كانت عليها، كما له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت يشاء"⁽⁷⁷¹⁾.

فالمشرع المصري أدخل نص المادة 312 ق.ع ضمن التشريع العقابي المصري وذلك نقلاً عن المشرع الفرنسي، وهذا ما جعل الفقه والقضاء يأخذ منحى معين في معالجته لهذا النص، وعليه سنحاول تحليل نص المادة 312 ق.ع، مصري وذلك من خلال إبراز الموقف الفقهي منها وكذا كيفية تعامل القضاء المصري مع هذا النص.

(771) انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 127، جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج4، دار إحياء التراث الغربي، بيروت،

1991، ص 247.

أولاً: التحليل الفقهي لنص المادة 312 قانون العقوبات مصري.

يذهب الفقه المصري إلى أن نص المادة 312 ق.ع لا يمس بالصفة الإجرامية لفعل الجاني وأن كل ما هناك أنها تتضمن حكماً إجرائياً بصدد كيفية رفع الدعوى الجنائية في حالة وقوع سرقة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع⁽⁷⁷²⁾.

أما فيما يتعلق بأساس الحماية فيرى جانباً من الفقه المصري أن صلة الرحم وحماية الروابط الأسرية هي أساس الحماية العائلية⁽⁷⁷³⁾، في حين يرى جانب آخر أن لها جذور مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز توقيع حد السرقة على السارق إذا كان زوجاً أو أصلاً أو فرعاً لشبهة الملك بين أفراد الأسرة الواحدة⁽⁷⁷⁴⁾.

وعن مد الحماية العائلية، يتطلب غالبية الفقهاء أن تتحقق الرابطة العائلية بين الجاني والجني عليه وقت ارتكاب الجريمة أخذاً بحرفية نص المادة 312 ق.ع⁽⁷⁷⁵⁾. في حين مال البعض الآخر إلى القول بمد الحماية على حالة السرقة بين المخطوبين إذا أعقبت خطبتهم إبرام عقد الزواج حفاظاً على الأسرة الجديدة من الضياع. وهذا يعني أن أنصار هذا الرأي أخذوا بروح المادة 312 ق.ع لا بحرفيتها. ورأى البعض الآخر بضرورة مد الحماية على سائر أنواع جرائم الاعتداء على المال لا على جريمة السرقة فحسب ومع ذلك فالرأي مجمع على عدم سريان هذه الحماية العائلية على جرائم التزوير والإتلاف والتخريب⁽⁷⁷⁶⁾.

وما يلاحظ هو أن الفقه المصري يوسع من مجال الحماية العائلية دون أي قيد أو خوف على مصلحة المجتمع أو مصلحة الضحية، وهذا بعدما كان لا يجراً على ذلك قبل

(772) انظر، رؤوف عبيد، القسم الخاص من قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 978.

(773) انظر، عمر سعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 473. فوزية عبد الستار، شرح قانون

العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 78.

(774) انظر، رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 390.

(775) انظر، عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص 474.

(776) انظر، عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص 474.

تعديل أحكام قانون العقوبات المصري بموجب القانون الصادر في 15 جوان 1947 وإدخال نظام تحريك الدعوى الجنائية بناء على شكوى من المجني عليه.

ومن الأمور المتفق عليها فقها عدم جواز مد الحماية والتوسع فيها إذا ما أضرت بحقوق الغير أو بحقوق الدولة. وفيما يخص معيار الرابطة العائلية فيتمثل في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين وإلى أحكام الشرائع السماوية الأخرى بالنسبة لغير المسلمين⁽⁷⁷⁷⁾.

وما يمكن أن نخلص إليه هو أن نظام الشكوى في التشريع المصري لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية كما سنوضحه فيما بعد، غير أنه كان الأجدر أن يعمم وضع قيد الشكوى لكل جرائم الاعتداء على المال بنص صريح. وإذا كان هذا هو موقف الفقه من نص المادة 312 ق.ع فما موقف القضاء المصري من ذلك؟

ثانيا: موقف القضاء المصري من نص المادة 312 قانون العقوبات.

عند تناول أحكام القضاء المصري فيما يخص نص المادة 312 ق.ع نخلص إلى نقطتين أساسيتين أولهما وهو أن الحماية القانونية التي قصدها الشارع في نص المادة 312 ق.ع هي استثناء يقتصر فقط على عدم إنزال العقاب بالجاني دون المساس بمبدأ التحريم. وثانيا وهو أن التوسع في تفسير النص القانوني يؤدي إلى شمول الحماية القانونية وتطبيقها على جرائم النصب وخيانة الأمانة وسنحاول أن نعالج كل نقطة على حدى.

I- قصور الحماية الجنائية على العقاب دون التجريم.

لقد أكد القضاء المصري من خلال قرارات محكمة النقض لاسيما في قرارها الصادر بتاريخ 30 أبريل 1934 أي في بداية عهد المحكمة عدم التوسع في تفسير النصوص القانونية بحيث أنها لم تكن توسع من مجال الحماية الجنائية المقررة في السرقة العائلية على

⁽⁷⁷⁷⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 132، حسين أحمد توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 18.

باقي الجرائم المالية الأخرى ولاسيما في جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة⁽⁷⁷⁸⁾.

ويعكس هذا الحكم نظرة القضاء المصري في بداية حياة محكمة النقض المصرية إلى ضرورة الالتزام بالنص الحرفي تأسيس النصوص العقابية المتعلقة بالأسرة، ولو كان الأمر لمصلحة الجاني، الأمر الذي يدل على أن القضاء المصري كان يغلب كفة المجتمع على كفة الاعتبارات الشخصية أو العائلية في إقرار العدالة الجنائية.

والواضح هو أن القضاء الجنائي عند إصداره هذا الحكم كان متأثرا إلى حد ما بموقف الفكر الجنائي المستمد من الأفكار الفلسفية التي كانت تنادي باحترام النصوص القانونية عملا بقاعدة "الشرعية الجنائية الحرفية". ولقد أكد القضاء الجنائي ذلك حينما قرر أن المادة 132 ق.ع والتي تقابل المادة 312 حاليا تعبر عن مانع من موانع العقاب الخاصة وليس سببا من أسباب الإباحة للفعل وذلك حينما قررت محكمة النقض في أحد أحكامها "أن الإعفاء المنصوص عليه في المادة 132 ق.ع ليس له من أثر من جهة قيام الجريمة.

فغاية الأمر هو أن من يشمله الإعفاء لا توقع عليه أية عقوبة من الجريمة التي نص على إعفائه من عقوبتها، أما سائر من اقترفوها معه فإنهم يعاقبون⁽⁷⁷⁹⁾.

يكشف هذا الحكم قصور التشريع العقابي إذ يترك فعل السرقة بلا عقاب أو بقول أدق بلا تدبير يتخذ حيال من يتمتع بحماية تنص المادة 312 ق.ع، ويتبين من موقف القضاء أن المادة 312 ق.ع كانت تعد مانعا عقابيا شخصا وليس موضوعيا وهذا دليل على اتجاه القضاء في جعل الحماية العائلية استثناء قانوني ينبغي تقييده⁽⁷⁸⁰⁾، رغم أن الأصل أن موانع العقاب لها أثر عيني لا شخصي ولقد استند القضاء في موقفه

⁽⁷⁷⁸⁾ انظر، عبد الرحيم صدقي، جرائم الأسرة، المرجع السابق، ص 133.

⁽⁷⁷⁹⁾ انظر، مجموعة قواعد الدائرة، الجنائية، الجزء 62 محكمة النقض المكتب الغني، 1995، القاعدة رقم 80، ص 763.

⁽⁷⁸⁰⁾ انظر، المجموعة الاستشارية الدولية لأعمال المحاماة، جريمة السرقة بين الشريعة والقانون،

هذا على اعتبارات شخصية لا موضوعية أي على أواصر عائلية تربط الجني عليه بالمتهم ولا تمتد إلى سواه من المتهمين.

II- التوسع في تفسير نص المادة 312 ق.ع وأثره على الجرائم المالية الأخرى.

لقد أقرت محكمة النقض هذه الفكرة لحماية الكيان الأسري من تدخل القانون العقابي في الحياة الخاصة، ولقد بدأ هذا التوسع بصدد جرائم خيانة الأمانة وذلك في حكمها الشهير في 27 جوان 1932 ثم مدت الحماية بعد ذلك على جرائم النصب⁽⁷⁸¹⁾. ولقد كان أساس حكم القضاء في التوسع في التفسير هو استعمال القياس بين جريمة السرقة من جهة وبين جرائم الأموال من جهة أخرى، على أساس المماثلة في الطبيعة بين هذه النوعية الواحدة من الجرائم الجنائية، ولما كان هذا القياس يتعارض مع الأصول العامة في القانون الجنائي كان تبرير القضاء لذلك التوسع في التفسير تبريراً اجتماعياً لا قانونياً أي لحماية الأسرة.

وواصلت محكمة النقض سيرها في اتجاه التوسع في التفسير على غالبية جرائم الاعتداء القانوني على الأموال، إلا أنها رأت وقف سبيل الأحكام الجارف القائم على القياس في جميع جرائم الاعتداء على المال فحذرت من الإسراف في التوسع في التفسير⁽⁷⁸²⁾.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من السرقة العائلية.

إن ما يلاحظ من خلال تتبع موقف التشريعات الحديثة فيما يتعلق بالسرقات التي تحصل بين الأقارب، أنها اتخذت مواقف متباينة ف معالجة هذا الموضوع. فبعضها يقرر الإعفاء من العقاب مهما كانت درجة القرابة بين الضحية والجاني، وبعضها يعلق تحريك الدعوى العمومية على شكوى الشخص المضروب، كما هو الحال في القانون المصري وبعضها يحصر الإعفاء من العقاب في السرقة المرتكبة من قبل الأصول

(781) انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 135.

(782) انظر، محمد النقض المصرية، جلسة 15-12-1958، ملف رقم 31، مجموعة قواعد الدائرة الجنائية، ج، المكتب الفني، 1995،

إضراراً بالفروع كالقانون التونسي طبقاً للمادة 266 ق.ع تونسي، في حين نجد البعض الآخر يتبع الأسلوب الأول أو الثاني بحسب ما إذا كانت القرابة التي تربط السارق بالمجني عليه قرابة مباشرة أو قرابة حواشي أو أصهار وتبعاً لدرجة هذه القرابة كالقانون الجزائري⁽⁷⁸³⁾. فقد حدد المشرع الحالات التي يعفى فيها الجاني من العقوبة كما بين الحالات التي يقيد فيها المتابعة الجزائية على شكوى من الضحية المضرور.

أولاً: انتفاء الوصف الجنائي على السرقة بين الأزواج والأصول والفروع.

نصت المادة 368 ق.ع على أنه: "لا عقوبة على السرقة في ثلاث حالات وهي

التي يرتكبها:

- الزوج إضراراً بالزوج الآخر.
- الأصل إضراراً بالفرع.
- الفرع إضراراً بالأصل".

وهذا الإعفاء من النظام العام بحيث يتعين على القاضي إثارته من تلقاء نفسه إذا لم يثره الأطراف. ويكون الحكم بالإعفاء من العقوبة وليس بالبراءة لأن المشرع استعمل مصطلح "لا عقوبة" وليس لا جريمة. أما في فرنسا فالحكم يكون بعدم قبول الدعوى الجزائية وليس بالإعفاء من العقوبة لكون المشرع استعمل مصطلح "لا يتابع"⁽⁷⁸⁴⁾.

(783) إن القرابة المباشرة هي التي تربط بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ويكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للأخذ كقرابة الابن لأبيه والحفيد لجدّه لأن الأب أصل لابنه والابن فرع لأبيه من الدرجة I وتحسب درجة القرابة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بدون أن يحسب هذا الأخير فالابن قريب لأبيه من الدرجة I والحفيد قريب لجدّه من الدرجة II وقرابة الحواشي هي التي تربط بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر كالقرابة التي تربط الأخ بأخته، أما قرابة المصاهرة فهي التي تنشأ عن الزواج وتقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، المرجع السابق، ص 293.

(784) Cass.Crim, 12-05-1970, Bull, Crim, N 160, www.Courdecassation.FR.

ولقد قضي في فرنسا بأن الإعفاء لا ينصرف إلى الجرائم المرتكبة قبل الزواج كما ينصرف أيضا إلى الجرائم المرتكبة بعد الطلاق⁽⁷⁸⁵⁾. كما يستفيد منه الأرملة بالنسبة للأشياء التي كانت ملكا للزوجة التي وافتها المنية⁽⁷⁸⁶⁾.

وهذه الأحكام إذا ما تفحصناها نجد بأنها تصلح للتطبيق في القضايا المعروضة على القضاء الجزائري وذلك لتقارب التشريعين الفرنسي والجزائري بشأن هذه المسألة. والجدير بالذكر أنه لا أثر للإعفاء على التعويضات المدنية التي تبقى مستحقة للمجني عليه يطلبها من الجاني أمام المحكمة التي تبت في المسائل المدنية.

وتختلف التشريعات في النتائج التي ترتبها على قيام القرابة. فبعضها يرتب على القرابة إعفاء الجاني من العقوبة، كما هو الحال في القانون المصري، وبعضها يرتب عليها عدم المتابعة، كما هو الحال في التشريع الفرنسي⁽⁷⁸⁷⁾.

في حين رتب عليها المشرع الجزائري نتيجة يمتزج فيها انعدام المسؤولية الجزائية بالفعل المبرر وذلك بقوله "لا عقوبة على السرقة... وليس" لا يعاقب مرتكب السرقة، أي أن عدم العقاب يخص الجريمة وليس مرتكب الجريمة، وهي نتيجة فريدة من نوعها لا نجد لها مثيلا في أحكام قانون العقوبات الأخرى.

والجدير بالذكر هو أنه فيما يخص إعفاء الأزواج من الجزاء في السرقة العائلية فإنه يثير بعض التحفظات. فإذا كان لمثل هذا الإعفاء ما يبرره في التشريع الفرنسي اعتبارا لشيوع الأموال بين الزوجين، فليس له مبرر في التشريع الجزائري الذي يحكمه وكمبدأ

⁽⁷⁸⁵⁾ Crim, 10-05-1970, B.N 160, www.courdecassation.FR.

⁽⁷⁸⁶⁾ Crim, 26-10-1967, BCN 273, www.courdecassation.FR.

⁽⁷⁸⁷⁾ انظر، جاء في نص المادة 380 من قانون العقوبات الفرنسي قبل تعديله "لا يترتب على الاختلاسات المرتكبة ... إلا تعويضات مدنية".

« Na pourront donner lieu qu'à des réparations civiles les soustractions commises ... », (Article 380 C.P.F ancien).

وأبقى المشرع الفرنسي على الصيغة الأولى في جوهرها عند صدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد:

« Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis par », (Article 311-12 C.P.F).

عام كنظام الفصل في الذمم المالية للزوجين⁽⁷⁸⁸⁾. ومن ثم كان الأنسب لو علق المشرع المتابعة على شكوى الزوج المضرور حفاظا على مصلحة الأسرة، بدلا من إقرار الإعفاء من العقوبة. وهو المسلك الذي سلكه التشريع المصري في المادة 312 ق.ع والإشكال الذي يثور في حالة ارتكاب السرقة من طرف أحد الأزواج ضد الآخر أو الفرع ضد الأصل أو العكس هو هل تمتد الحماية أو الإعفاء إلى المساهمين الآخرين في السرقة العائلية؟

ثانيا: أثر الإعفاء من العقوبة على المساهمين في السرقة العائلية.

لا يستفيد من الإعفاء الفاعلون الآخرون والمحرضون وهكذا قضي في فرنسا بمعاقبة من ساهم كفاعل أصلي مساعد في السرقة التي ارتكبتها الزوج إضرارا بزوجه⁽⁷⁸⁹⁾. أما شريك الزوج أو الزوجة فلا يعاقب على أساس أن الاشتراك يقتضي فعلا رئيسيا معاقبا عليه. في حين أن الفعل الرئيسي، أي السرقة المرتكبة من قبل الزوج أو الزوجة غير معاقب عليه. وهذا الحكم يصلح تطبيقه عندنا نظرا لتطابق التشريعين الفرنسي والجزائري بشأن هذه المسألة.

كما لا يستفيد الفاعل الأصلي من الإعفاء إذا كان الشريك يدخل ضمن حالات الإعفاء المقررة في المادة 368 ق.ع ولا يستفيد من الإعفاء مرتكب جريمة الإخفاء⁽⁷⁹⁰⁾. وفي حالة السرقة مع حمل سلاح بدون رخصة، يسأل الجاني المستفيد من الإعفاء المقرر في المادة 368 ق.ع من أجل جنحة حمل السلاح بدون رخصة.

(788) نظم المشرع الجزائري أحكام الملكية المشتركة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب المادة 37 فقرة 02 من الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة، وبالتالي أصبح المبدأ العام الذي يحكم الذمة المالية للزوجين هو مبدأ الاستقلالية غير أنه يمكن للزوجين استثناء إنشاء ملكية مشتركة طبقا للمادة 37 فقرة 02.

(789) Crim, 01-10-1840, BNC 2921921, www.courdecassation.FR.

(790) Crim, 16-07-1857, BCN 2693-9, www.courdecassation.FR.

ثالثا: تقييد حق المتابعة الجزائية على الشكوى في سرقات الأقارب.

باعتبار أن النيابة العامة تختص بوصفها ممثلة للمجتمع بمباشرة الدعوى العمومية عن كافة الجرائم، غير أنه وطبقا للمادة 369 الفقرة 01 من ق.ع لا يجوز لها اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور.

ولعل المشرع بوضعه لنص هذه المادة يهدف إلى الحفاظ على سمعة الأسرة وحماية الصلات العائلية وأسرار الأسرة. لذلك غلب الطابع الشخصي للجريمة على مصلحة المجتمع في توقيع العقاب على الجناة وأعطى الحق للمجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية وعدم تحريكها⁽⁷⁹¹⁾.

كما أن تنازل الضحية عن شكواه يضع حدا للمتابعة في أي مرحلة كانت عليها حسب ما جاء في نص المادة 369 ق.ع. إلا أن المشرع الجزائري لم يترك هذا المنح مفتوح المجال، وإنما حدد نطاقه من خلال تحديد الأشخاص وتحديد الجرائم.

I- نطاق القيد من حيث الأشخاص:

إن الأشخاص الذين يشملهم القيد الوارد في المادة 369 من ق.ع هم أقرباء الجاني وحواشيه وأصهاره حتى الدرجة الرابعة، وقد ورد ذكر هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر لا المثال، وهو ما يعني عدم جواز الإضافة، فإذا لم يكن السارق أحد الأشخاص المذكورين، فلا يتوقف رفع الدعوى الجنائية الناشئة عن السرقة على شكوى من المجني عليه لذلك يطبق النص على من يسرق مالا مملوكا لعمه أو خاله أو ابن خاله أو ابن عمه. ولا من يسرق مالا مملوكا لإبن زوجة المتهم أو لزوجة الأب. أما سرقة الخاطب أو المخطوبة أو المطلق أو المطلقة فإنه لا يستفيد من القيد⁽⁷⁹²⁾، لأن العبرة هي قيام الصلة وقت ارتكاب الجريمة وليس وقت التقدم بالشكوى.

(791) انظر، حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 236.

(792) يحق للزوجة أن توقف الدعوى إذا حركتها ضد زوجها غير أن المشرع لم يتعرض لأثر التنازل عن الشكوى بعد صدور الحكم بالإدانة، الأمر الذي يفهم منه أنه بعد صدور الحكم القضائي بالإدانة لا يملك المضرور التنازل عن شكواه.

II- نطاق القيد من حيث الجرائم:

لم يقتصر تحديد المشرع لمجال القيد من حيث تحديد الأشخاص فحسب بل توسع ليشمل التحديد أنواع الجرائم.

أ- في حالة السرقة بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة.

إن البحث في مسألة السرقة الواقعة بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة يقتضي منا عدم الخوض في مسألة البحث عن أركان هذه الجريمة والتوسع فيها باعتبارها أنها لا تتميز بأركان خاصة بخلاف الأركان العامة التي تحكم جريمة السرقة المنصوص عليها بنص المادة 350 ق.ع. مما يترتب معه القول أن موضوع البحث يقتصر على حالة المادة 369 من ق.ع وإذا حدث التفصيل في هذه الجرائم كل على حدة يكون فيه نوع من التكرار لأركان الجرائم وتكون بذلك حققنا خروج عن الموضوع والمتعلق باشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى العمومية.

ولتفصيل ذلك نقول أن السرقة تتمثل في أخذ المال أو انتزاعه أو نقله أو إخراجه من حيازة مالكه بدون رضاه⁽⁷⁹³⁾. وبناء على نص المادة 369 من ق.ع فإن الدعوى العمومية التي تقام بسبب الجريمة التي يرتكبها أحد الأقارب من الحواشي والأصهار حتى الدرجة الرابعة لا تكون إلا بناء على شكوى من الضحية.

وبهذا يسري قيد الشكوى على جرائم السرقة سواء كانت من الجنح أو الجنايات كما يسري القيد على الشروع في السرقة كما أن هذا لا يمنع من مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالحق المدني طبقا لنص المادة 368 من قانون العقوبات. ولا يسري هذا القيد على جرائم أخرى تقع بين الأزواج والأصول والفروع متى كانت تختلف في طبيعتها عن جريمة السرقة كجرائم التزوير مثلا أو جريمة إعطاء شيك بدون رصيد، وللمجني عليه أن

(793) تنص المادة 350 من قانون العقوبات "كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100 000 دج إلى 500 000 دج تطبيق نفس العقوبة على اختلاس المياه والغاز والكهرباء. يجوز أن يحكم على الجاني علاوة على ذلك بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 09 مكرر 1 لمدة سنة على الأقل و05 سنوات على الأكثر، وبالمنع من الإقامة طبقا للشروط المنصوص عليها في المادتين 12-13 من هذا القانون".

يتنازل عن الدعوى في أي حالة كانت عليها تطبيقاً لنص المادة 369 فقرة 1 ويقتصر أثر التنازل على من تربطه بالمجني عليه الصلة التي يتطلبها القانون ومعنى ذلك أن التنازل لا أثر له على غيره من المساهمين⁽⁷⁹⁴⁾.

ب- في حالة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة.

تنص المادة 373 من ق.ع "تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و369 على جريمة النصب المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 372. وتضيف المادة 377 من ق.ع على أنه: "تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادة 368 و369 على جنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة 376".

كما تنص المادة 389 ق.ع على أنه: "تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و369 على جنحة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 387".

كما تنص المادة 389 ق.ع على أنه "تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و369 على جنحة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 387".

ما يستنتج من قراءة المواد 373 و377 و389 من ق.ع هو وجوب السرقة بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة على جرائم النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة التي تقع بين أفراد الأسرة الواحدة حتى الدرجة الرابعة⁽⁷⁹⁵⁾. هذه الجرائم التي تلتقي مع جريمة السرقة كونها جميعها جرائم تقع على الأموال.

وتطبيق قواعد التنازل على الشكوى في هذه الجرائم يكون يتنازل الشاكي عن شكواه وبالتالي وضع حد لكل متابعة بشأن نفس الجريمة على أساس حكم المادتين

(794) انظر، حسن فريجة، المرجع السابق، 238.

(795) انظر، ماهر عبد شويش الدرّة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، ط2، 2007، ص 320.

03/06 من ق.إ.ج والمادة 369 من ق.ع وإحالة المواد 373 و377 و389 من ق.ع على نفس المادة وهي 369 منه مع إشتراط عدم صدور حكم نهائي في الموضوع، حيث يسقط الحق في التنازل عن الشكوى بصدوره.

إلا أنه إذا حدث ولم تتنازل الضحية عن شكواها وتم مباشرة الدعوى العمومية وبدأت إجراءات المتابعة الجزائية، فإن المشرع منح للضحية فرصة الصفح عن الجاني، وهذا يظهر أن المشرع فتح مجال آخر في المرونة التشريعية وكأنه أراد التساهل في متابعة الجناة في هذا النوع من الجرائم، وهذا ما يؤكد رغبته في الحفاظ على عوامل تقوية الرابطة الأسرية وبالتالي وجود نظام أسري سليم. فإذا كانت هذه هي وجهة المشرع الجزائري فما هو الاتجاه الذي سلكته الشريعة الإسلامية في معالجة السرقة العائلية.

الفرع الثالث: تشدد الشريعة الإسلامية في السرقة العائلية:

تعتبر السرقة جريمة جنائية على أساس أنها تمثل إعتداء على المال، والعقاب عنها مقررا كحق الله تعالى لا يجوز التنازل عنه من قبل المجني عليه ولا يحق العفو عنه من قبل الحاكم أو القاضي.

أما عن نوعية عقاب حد السرقة فهو عقاب بدني ويشترط لتطبيق حد السرقة استيفاء الشروط والأركان المتطلبة والتي صاغها رجال الفقه الجنائي الإسلامي. وإذا لم يتحقق أحد هذه الشروط أو الأركان يسقط عقاب الحد ليحل محله التعزز عمل بقول الرسول الكريم: "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا"⁽⁷⁹⁶⁾. وقوله أيضا: "واذروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"⁽⁷⁹⁷⁾.

أما فيما يخص السرقة العائلية، فقد صاغ رجال الفقه الإسلامي أحكامها على أساس أنها تشكل نوع خاص من السرقات ومن ثم تستحق عقابا تعزيريا، وعليه

(796) انظر، محمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 2009، ص 85.

(797) انظر، الترميذي أبو عيسى، سنن الترميذي، (الجامع الكبير)، ج4، دار الغرب الإسلام، لبنان، 2008، حديث رقم 1424.

سنحاول شرح أحكام الفقه الإسلامي في معالجة السرقة العائلية وذلك بالتمييز بين السرقة الواقعة بين الأباء والأبناء والسرقة الواقعة بين الأزواج.

أولاً: السرقة بين الأباء والأبناء:

يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أن السرقة بين الأباء والأبناء أو بين الأصول والفروع لا تخضع لعقاب قطع اليد. ويؤسس هذا الرأي حجته على أساس وجود شبهة الفقه بينهم⁽⁷⁹⁸⁾. ولكن غالبية من رجال الفقه الإسلام يفرق بين حالتين⁽⁷⁹⁹⁾. وهي حالة سرقة الأصل من الفرع وحالة سرقة الفرع من الأصل.

I- حالة سرقة الأصل من الفرع.

يستند الفقهاء في هذا المقام إلى حديث الرسول الكريم "أنت ومالك لأبيك" للحكم والأخذ بعدم قطع يد السارق في هذه الحالة⁽⁸⁰⁰⁾.

ويقيد البعض هذا الحديث بشرط عدم أخذ الأب لما يزيد عن حاجة الابن الفعلية⁽⁸⁰¹⁾. ويرد ابن حزم والإمام أبو محمد على حكم عدم قطع الأب لسرقة ابنه بأنه لا يصح أن تكون صفة الأبوة سببا في عدم قطع يد السارق على أساس أن الحديث المتقدم ذكره قد نسخ بآية المواريث وأن أحاديث الإحسان إلى الأباء لا يمكن أن تكون سببا في الإعفاء من عقوبة السرقة في هذه الحالة، فضلا على أنهم يرون بأن الحد ليس ألم بدني وإنما هو تكفير وتطهير للنفس الشريفة. ويرد الإمام "أبو محمد" على حجة شبهة النفقة التي يعتبرها أصحاب الرأي الأول بأنها تمنع قطع اليد بأنها ضعيفة، ونوع من التمويه الظاهر⁽⁸⁰²⁾.

(798) انظر، شمس الدين الرملي، محمد بن أحمد، علي بن علي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1993، ص 423.

(799) انظر، المحلي لابن حزم، الجزء 11، المرجع السابق، ص 323.

(800) انظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، المرجع السابق، ص 425.

(801) انظر، أبي جعفر الطوسي، الاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار، ج3، دار الحديث للطباعة والنشر، الرياض، 1997، ص 49.

(802) انظر، ابن حزم، المرجع السابق، ج 11، ص 345.

وما يلاحظ هو أن الأمر في السرقة متروك إلى المجني عليه بمعنى أن رفع الدعوى يتوقف على شكوى المجني عليه.

II- حالة سرقة الفرع من الأصل:

يستبعد بدهة من هذا القسم سرقة الصبي الصغير قبل البلوغ لأبيه لانعدام المسؤولية العقابية في حقه⁽⁸⁰³⁾. ويذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى قياس سرقة الابن من أبيه على حالة سرقة الأب من ابنه، ويميل إلى هذا الرأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل. ويبيّن هذا الرأي فكرته على حجتين أساسيتين، أولهما أن القرابة بين الابن والأب تمنع قبول الشهادة. وثانياً أن هناك شبهة في النفقة إذ تجب على الأب النفقة ماله لإبنه حتى يبلغ رشده بل وبعد ذلك في حالات أخرى⁽⁸⁰⁴⁾.

ولا ينسى هذا الرأي ترديده لفكرة هامة ألا وهي أن رحمة الأب لا يتصور معها أن يسعى إلى طلب قطع يد ابنه، ولهذا يرى الإمام مالك أنه إذا تقدم الأب بشكوى ضد ابنه يجب قطع يد السارق في هذه الحالة، ولا يحق للأب بعد ذلك أن يتنازل عن شكواه. وقد قام الإمام مالك للوصول إلى هذا الرأي بالقياس وذلك بقياس مسألة عقاب الإبن إذ زنى بجارية أبيه، ولهذا نادى بتطبيق الحد على الابن إذا تقدم الأب بشكوى⁽⁸⁰⁵⁾.

ويرى الإمام مالك على حجة الجمهور بوجود شبهة في النفقة بأن حديث الرسول القائل: "أنت ومالك لأبيك لا يعني" أنت ومالك لإبنك" وأن الأصل وجود ذمة مالية مستقلة للأب عن الإبن⁽⁸⁰⁶⁾. وعليه لا يجوز للإبن أن يأخذ شيئاً من مال أبيه إلا بإذنه فضلاً على أنه لا توجد أي نصوص قرآنية أو أحاديث نبوية تبين إعفاء الابن من العقوبة إذا سرق مال أبيه.

(803) انظر، الشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج7، دار الكتب العلمية للنشر، لبنان،

2003، ص 421.

(804) انظر، ابن قدامة، المعنى لإبن قدامة، ج8، المرجع السابق، ص 276.

(805) انظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج12، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 76.

(806) انظر، الشافعي الصغير، ج2، المرجع السابق، ص 165، أبي جعفر الطوسي، ج 3، المرجع السابق، ص 48.

ثانيا: السرقة بين الأزواج:

لقد أثار هذا الموضوع خلافا شديدا بين رجال الفقه الإسلامي، فذهب أبو حنيفة إلى القول أن الرابطة العائلية تولد شبهة تدفع عقوبة القطع، والشبهة هنا هي شبهة النفقة، ويأخذ بهذا الرأي ابن قدامة تأسيسا على حكم عدم جواز إعطاء الزكاة لأحد الزوجين باعتبار مالهما مشتركا⁽⁸⁰⁷⁾. كما قاس أبي حنيفة هذه الحالة على حالة سرقة الخدم من أسيادهم⁽⁸⁰⁸⁾. أما الإمام مالك فكان يرى بضرورة التفرقة بين نوعين من السرقات أولها السرقة التي تتم في منزل الزوجية وثانيها وهي السرقة التي تتم في حرز خاص.

ويرى أنه في الحالة الأولى حيث تقع السرقة على منقولات الزوجية لا يجب أن يقع القطع تأسيسا على أن الشيء المنقول في منزل الزوجية يعتبر بمثابة عارية استعمال في يد الزوج الآخر⁽⁸⁰⁹⁾، أما إذا وقعت جريمة السرقة في الحالة الثانية فيجب القطع عملا بعموم الآية. ولقد أخذ بهاتين الحجتين كثيرا من الفقهاء⁽⁸¹⁰⁾.

أما الإمام الشافعي فقد روي عنه ثلاثة آراء، فالرأي الأول يميل إلى الأخذ بمسلك الإمام أبي حنيفة أما الرأي والثاني فيميل إلى الأخذ بمسلك الإمام مالك، أما الرأي الثالث وهو خاص وقد أثار ضجة بين الفقهاء ويتلخص في أنه ينبغي التفرقة حسب شخصية الفاعل هل هو الزوج أم الزوجة فإذا كان السارق هو الزوج وجب قطع يده، أما إذا كان السارق هو الزوجة فلا يجب قطع يدها، وقد اعتمد هذا الرأي إلى حد كبير على فكرة شبهة النفقة الشرعية المقررة للمرأة⁽⁸¹¹⁾.

(807) انظر، ابن قدامة، الجزء 2، المرجع السابق، ص 649.

(808) انظر، نظام الدين، الفتاوى الهندية، ج2، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 142.

(809) انظر، حاشية ابن عابدين، الجزء 2، المرجع السابق، ص 504.

(810) انظر، ابن حزم، ج11، المرجع السابق، ص 317، الشافعي الصغير، ج7، المرجع السابق، ص 424.

(811) انظر، عبد الوهاب الشعراي، كتاب الميزان، ج2، عالم الكتب، مصر، ط1، 1989، ص 145.

والملاحظ أن هذا الرأي غير سليم كما أنه يتعارض مع فكرة المساواة في إنزال العقاب على الرجل كالمرأة بلا تفرقة بسبب الجنس، وعموما ينبغي التفرقة في سرقة الأزواج بين حالة الخطوبة وحالة الطلاق.

I- حالة الخطوبة.

وهنا يفوق الفقه بين فرضيتين أولهما وهي حالة وقوع الخطوبة قبل الحكم القضائي وحالة وقوع الخطوبة بعد الحكم.

ففي الحالة الأولى يرى الفقه الإسلام أنه لا يجب توقيع العقاب على الزوج السارق على أساس أن واقعة الخطوبة مانع طارئ يأخذ حكم المانع المعاصر من العقاب⁽⁸¹²⁾. أما في الحالة الثانية فيرى أبي حنيفة أنه لا داعي للقطع أيضا حفاظا على استقرار الأسرة، أما تلميذه أبي يوسف فيرى أن القطع يجب أن يقضي به⁽⁸¹³⁾.

II- في حالة الطلاق.

إذا تمت السرقة بعد الطلاق يفرق القضاء للوصول إلى حكم السارق بين فرضين أولهما وهو حالة وقوع السرقة قبل نهاية مدة العد، وثانيهما وهي حالة وقوع السرقة بعد نهاية مدة العدة⁽⁸¹⁴⁾.

فبالنسبة للفرض الأول فيرى الفقهاء أنه لا يقطع يد السارق ولا يطبق عليه الحد على أساس أن رابطة الزوجية تنتج كل أثارها ولا تنحل إلا بعد انتهاء مدة العدة. ويرى "الكساني" أنه إذا كانت السرقة تمت أثناء الزوجية ثم تم الطلاق قبل الدخول واكتشف السرقة بعد نهاية العدة فلا يطبق الحد على أساس أن الرابطة الزوجية، كانت متحققة بين الجاني والجاني عله وقت ارتكاب الجريمة وهو المعول عله في إثبات الجريمة. وواضح أن مسلك الفقيه "الكساني" يميل نحو إيجاد أي شبهة لمد الحماية على الجاني.

(812) انظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج9، المرجع السابق، ص 4248، نظام الدين، المرجع السابق، ص 142.

(813) انظر، الكاساني، ج9، المرجع السابق، ص 4249.

(814) انظر، نظام الدين، الفتاوى الهندية، ج2، المرجع السابق، ص 142.

أما في الحالة الثانية، فيجمع الفقهاء على أن الرابطة الزوجية انتهت ومن ثم فتخضع جريمة السرقة في هذه الحالة للقواعد العامة بمعنى أن يطبق القطع إذا اكتملت شروط تطبيقه⁽⁸¹⁵⁾.

أما إذا كانت السرقة قد وقعت أثناء الزوجية ثم حدث الطلاق وانتهت العدة ثم اكتشفت الجريمة فالرأي أن لا يقطع يد السارق على أساس أن وقت ارتكاب السرقة كانت الرابطة الزوجية متحققة وهي تكفي في إيجاد الشبهة ومنع إنزال العقاب⁽⁸¹⁶⁾.
والواضح أن الفقه الإسلامي أخذ بمعيارين مختلفين في إثبات الرابطة العائلية فهو في الخطوبة أخذ بمعيار وقت التنفيذ أما في الطلاق أخذ بمعيار وقت الارتكاب قاصداً من ذلك تحقيق أكبر قدر ممكن من الضمانات لحماية استقرار الأسرة وعدم نفاذ العقاب داخلها بما يعكس صفوفها⁽⁸¹⁷⁾.

المطلب الثالث: الاستيلاء على أموال التركة.

قرر المشرع الجزائري المحافظة على عناصر التركة ليس في حد ذاتها، وإنما لأجل ضمان استمرارية نماء روح العلاقة فيما بين أفراد الأسرة، التي إذا انعدمت فيها أخلاقياً روح العلاقة فإنها تبقى مترتبة كالالتزام قانوني وأخلاقي فيما بين أفراد الأسرة. والخروج عن هذا الالتزام يترتب المساءلة الجزائية. وتكون أمام هذا الوضع في حالة تغلب الطبع المادي للإنسان وتعديه على حقوق غيره من الأفراد خاصة المنتمين إلى كيان أسري مشترك وحالة وجود تركة مشتركة تركها مورثهم تشمل عدة عناصر.

فمفهوم عناصر التركة لدى الشافعية والمالكية والحنابلة يشمل جميع ما يتركه الميت من أموال وحقوق، سواء أكانت الحقوق مالية أم غير مالية⁽⁸¹⁸⁾. أما عند الأحناف والظاهرية هي ما يتركه المتوفي من أموال وحقوق مالية خالصة عن تعلق حق

(815) انظر، عبد القادر عودة، ج2، المرجع السابق، ص 579.

(816) انظر، عبد الرحيم صدقي، المرجع السابق، ص 125.

(817) انظر، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق في شرح كثر الدقائق، الجزء 3، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط1،

2009، ص 22.

(818) انظر، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، مكتبة دار الثقافة، بيروت، ط2، 1977، ص 27.

الغير بعينه⁽⁸¹⁹⁾. وما يلاحظ هو أن قواعد الميراث لم تتعرض لحقيقة التركة وماهيتها ولم تبين ما يعتبر مالا وما لا يعتبر مالا⁽⁸²⁰⁾. وإنما اكتفت ببيان انتقال الأموال بالميراث وأسباب ذلك الانتقال، وموانعه وغير ذلك مما يتعلق بتوزيع التركة لأن الأصل أن قواعد الميراث تتضمن توزيع الحقوق التي يتركها المتوفي وتبين نصيب كل مستحق لها، إما أن هذا الحق يعتبر تركة أو لا يعتبر فهو أمر خارج عن نطاق قواعد الميراث وهو داخل في قواعد القانون المدني المختص بإثبات الحقوق⁽⁸²¹⁾. لكن قد يحدث أن يقع اعتداء على هذه الأموال قبل بيان نصيب كل وارث من طرف بقية الورثة أو أحدهم، لذا جاءت قواعد القانون الجنائي بقواعد وأحكام لحماية نظام الإرث وحماية الوارثين من اعتداء بعضهم على حقوق البعض⁽⁸²²⁾. وأساس هذه الحماية ما نصت عليه المادة 363 ق.ع في فقرتها الأولى على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج على كامل الإرث، أو على جزء منه قبل قسمته...". أما المشرع الفرنسي فنجد، أنه لم يضيفي على فعل الاستيلاء على التركة الطابع الجزائي ولم يجرمه وإنما أعطى لأفراد الأسرة المتضررين من هذا الفعل حق اللجوء للقضاء المدني لوقف التصرفات التي قام بها المعتدى زائد الحصول على التعويض المدني. فالاستيلاء على التركة من وجهة نظر المشرع الفرنسي يشكل خرقا للالتزامات مدنية أساسها الالتزامات العائلية.

في حين نجد أن جل التشريعات العربية جرمت فعل الاستيلاء على أموال التركة قبل قسمتها من قبل أحد الورثة غير أنها اختلفت في تسمية الفعل، فإذا كان المشرع

(819) انظر، بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص

54.

(820) لم يتعرض المشرع الجزائري كذلك إلى تعريف التركة ومشتقاتها. بمعنى آخر ما يورث وما لا يورث من الحقوق والأموال، مما

يتطلب معه اعتماد رأي الجمهور انطلاقا من نص المادة 222 من قانون الأسرة.

(821) انظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي، سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في

الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2007، ص 59.

(822) انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، المرجع السابق، ص 119.

الجزائري قد وصفه بفعل الاستيلاء نجد أن التشريع المصري قد استعمل مصطلح التصرف في ملك الغير وطبق أحكام هذه الجنحة على الاستيلاء على أموال التركة طبقا للمادة 336 من قانون العقوبات المصري. أما المشرع الفرنسي فلم يجعل من الفعل جريمة وإنما أعطى فقط للورثة المتضررين حق مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وعموما فإنه يشترط لقيام هذه الجريمة توافر فعل الاستيلاء على جزء أو على كامل الإرث دون رضا باقي الورثة⁽⁸²³⁾. مع اشتراط استعمال الغش تحت أي شكل كان⁽⁸²⁴⁾.

وعليه سنحاول أن نبين معنى الاستيلاء ونحدد طبيعته القانونية (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى الإشكالات التي تثيرها جريمة الاستيلاء على أموال التركة من الناحية الإجرائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للاستيلاء.

لقد ورد مصطلح الاستيلاء في أحكام القانون المدني وذلك في الفصل الثاني من القسم الأول من القانون المدني تحت عنوان الاستيلاء والتركة كما استخدم المشرع نفس المصطلح في المادة 363 من قانون العقوبات فهل هذا يعني أن معناهما واحد في القانون المدني والقانون الجنائي؟

أولا: الاستيلاء بين القانون المدني والقانون الجنائي.

إن الاستيلاء في القانون المدني طبقا لما جاء في نص المادة 773 ق.م يشكل إجراء مؤقتا ممنوح للدولة بواسطة إدارتها ويحولها الحق في حيازة عقار خاص بالأفراد بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة، وذلك في الحالات التي يحددها القانون ومقابل تعويض عن الاستيلاء. فمن خلال هذا التعريف نجد أن الاستيلاء في القانون المدني له عدة جوانب

(823) انظر، بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق،

جامعة تلمسان، 2010، ص 62.

(824) يتمثل الغش في استبعاد أموال تدخل عادة في التركة القابلة للقسمة ومن هذا القبيل قيام المدعي في الطعن بحجز المستندات الضرورية

لإعداد الجرد الذي أمر به الحكم المدين وعدم امتثاله للقسمة القضائية في الوقت الذي كان قد استولى فيه المورث على مجموع هذه التركة،

أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، جنائي 13-05-1986، ملف رقم 276 مقتبس من مرجع أحسن بوسقيعة، المرجع السابق".

تحدد طبيعته القانونية وحالاته وأثاره. فأهم عنصر أو جانب هو أنه بعد إجراء إداريا مؤقتا يمنح للإدارة الحق في حيازة عقار خاص لفرد أو عدة أفراد مقابل تعويض يحسب وفقا لطبيعة العقار ومدة الحيازة وكل ما يتعلق بالعقار⁽⁸²⁵⁾.

ولا يقتصر الاستلاء فقط على العقارات وإنما يشمل كل الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك الأموال الخاصة بالأفراد المتوفين من غير أن يتركوا وارث بعدهم، أو الدين تحمل تركتهم⁽⁸²⁶⁾.

كما أن الاستلاء في القانون المدني لا يخص فقط الدولة وإنما قد يوقع من قبل فرد على أموال لا مالك لها. وهو نوعان فقد يكون حقيقيا وقد يكون حكيميا. ففي الحالة الأولى يكون الاستلاء بوضع اليد فعلا أو بالقوة كالأشجار المباحة التي تستغل غلالها والماء الذي يستغل منه.

أما الاستيلاء الحكمي فإنه يكون باستعمال الآلات وهيئة المباح لأن توضع اليد عليه فعلا أو بالقوة⁽⁸²⁷⁾.

ويترتب على الاستيلاء الحقيقي اكتساب الملكية فهو لا يحتاج إلى نية وقصد فهو سبب للتملك دون اشتراط توافر نية التملك، ولذلك يعتبر كل من يصدر منه التصرف مالك ولو كان غير أهل للالتزام كالصغير. أما الاستيلاء الحكمي لا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد به الإحراز فإن لم يقصد المستولي به الإحراز لم تترتب عليه الملكية⁽⁸²⁸⁾.

أما في قانون العقوبات نجد أن المشرع استعمل مصطلح الاستيلاء في نص المادة 363 ق.ع غير أنه لم يقصد منه ما قصده في أحكام القانون المدني وإن كان كلا المصطلحين مرتبطين بالملكية والاعتداء عليها. ويعنى الاستيلاء طبقا للمادة 363 ق.ع أخذ أموال التركة كلها أو بعضها سواء تم التصرف فيها أو لم يتم أم يحرم الورثة من

(825) نص المشرع في المواد 773 و774 من القانون المدني على الاستلاء والتركة وبين الأموال التي يمكن أن تكون محلا للاستيلاء.

(826) تنص المادة 773 على أنه "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الدين تحمل تركتهم".

(827) انظر، علي الديري، الاستملاك والتملك والحيازة والاستيلاء، <http://alsarab-cawown.com>

(828) انظر، خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 239.

استعمالها وقسمتها. كما قد يعنى تحويل حيازة أموال التركة من الورثة إلى الجاني وحده واستفراجه باستعمالها واستغلالها. وهنا يختلط مفهوم الاستيلاء مع الاستهلاك والتبيد.

ثانياً: تمييز فعل الاستيلاء عن الأفعال المشابهة له.

إن معنى الاستيلاء واقع مقارنة مع التبيد والاستملاك أو التملك. ذلك أنه يحمل في معناه جميع هذه العبارات فقد يستولى الجاني على أموال التركة فيعمد إلى حرمان الورثة من الاستغلال دون أن يستعملها هو أو يستغلها وهنا تتحقق الجريمة بالرغم من أن الجاني لم يستغل أموال التركة المستولى عليها. كما قد يتصرف فيها وهنا يدخل عنصر التبيد والذي يعنى التصرف في المال إما بالاستغلال أو بالتنازل عنه للغير أو بإهلاكه عمداً وهنا تتحقق الجريمة أيضاً⁽⁸²⁹⁾. كما أن غرض الجاني من الاستيلاء قد يكون نقل ملكية الأموال إلى حيازته ودمته أي تملك الأشياء وقد يكون استيلاءه مؤقتاً فقط لغرض استغلال الشيء والانتفاع بثماره دون تملكه وهنا يتحقق الركن المادي لجريمة الاستيلاء على أموال التركة في جميع الحالات.

يضاف إلى الركن المادي للجريمة المتمثل في الاستيلاء أن تتوفر لدى الجاني نية الغش والتدليس كما أن المشرع استعمل في المادة 363 ق.ع عبارة الشريك في التركة فماذا كان يقصد من هذا المصطلح؟ كل هذه الإشكالات تثار حول جريمة الاستيلاء على أموال التركة.

الفرع الثاني: الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة.

إن جريمة الاستيلاء على أموال التركة تتحقق بكل فعل يقوم به الشخص بغرض الاستيلاء على أموال التركة عن طريق الغش أو التدليس قبل قسمتها. وهنا يمكن مباشرة الإجراءات أمام قاضي التحقيق وذلك بواسطة شكوى مصحوبة بإدعاء مدني من طرف الورثة المتضررين وتطبق العقوبة المنصوص عليها في المادة 363 ق.ع على الشريك أيضاً أو المساهم في التركة الذي يستعمل طرق إحتالية في الاستيلاء على جزء من الأرض

(829) انظر، علي الديري، المرجع السابق <http://alsarab-caw.own.com>

الموروثة دون رضا باقي الورثة أو تغيير نشاط الشركة التي تعود نصف أسهمها للورثة أو إعطاء حصص إضافية لنفسه أو الانفراد بسلطة القرار فيها قبل انتقال الملكية للورثة.

فالشريك الذي قصده المشرع في المادة 363 ق.ع هو الشريك في الأموال إلى جانب الورثة باعتبار أن حصته تشكل جزء مرادف لحصصة المورث من أصل الملكية ككل. فالمشرع لم يشترط دائما في صفة الجاني أن يكون وارتا بل يمكن أن يكون شريكا في التركة أو مساهما فيها. كحالة الشركة أو الملكية على الشيوع بين الشريك والمورث.

وما يلاحظ هو أن جريمة الاستيلاء على عناصر التركة هي من الجرائم المستمرة نظرا لاستمرارية فعل الاستيلاء من طرف الجاني تحت وصف الحيازة، حارما بذلك بقية الورثة، فتبقى الجريمة مستمرة قائمة تستوجب العقوبة⁽⁸³⁰⁾.

كما يلاحظ أن المشرع اشترط عنصر الغش أو التدليس لقيام الجريمة وعليه ينبغي على النيابة إثبات قيام هذا العنصر لتحقيق الإدانة، وبالتالي يكون المشرع قد اشترط قصد جنائي خاص هو ضرورة توافر نية الاستيلاء وحرمان الورثة من الميراث أو من استغلال أموال التركة إن جريمة الاستيلاء على أموال التركة تصنف من الجرائم الماسة بأموال الأسرة كون محل الاعتداء هو مال الأسرة الذي آل إليهم بواسطة الميراث، فما هو الحال بالنسبة لتبيد منقولات الزوجية؟

(830) يقصد بالجرائم المستمرة تلك الجرائم التي يستغرق تنفيذها وقتا طويلا نسبيا مثلا إخفاء أشياء مسروقة، ويشترط في الجرائم المستمرة لاكتمال ركنها المادي أن يكون تنفيذها قابلا بطبيعة لامتناه الزماني بحسب ظروف هذا النشاط الإجرامي.

الفصل الثاني: تبيد منقولات الزوجية.

يعد متاع البيت من العناصر المالية التي تدخل في أموال الأسرة ولاسيما أموال الزوجين، فقد جرت العادة أن الزواج يلزم الزوجين بتجهيز البيت إما بشكل مشترك وإما أن تتحمل الزوجة تجهيزه نظير ما تلقتة من مهر حسب ما هو متعارف عليه. غير أنه مباشرة بعد انحلال الرابطة الزوجية تثار النزاع حول منقولات الزوجية: فيلجأ كلا الطرفين لإثبات حقوقه على هذه المنقولات. وهنا لا يكون أمام القاضي سوى تطبيق القواعد التي تحكم هذه المسألة في قوانين الأحوال الشخصية. غير أنه في بعض الأحيان لا تكون هذه القواعد كافية لحماية تعسف أحد الزوجين من تبيده أو احتكاره هذه المنقولات لذا نجد أن بعض التشريعات حاولت إقرار حماية جزائية وذلك بتجريم تبيد منقولات الزوجية⁽⁸³¹⁾. استناداً إلى قواعد جريمة خيانة الأمانة في حين اكتفت باقي التشريعات من قصر الحماية على التعويض المدني في حالة إضرار أحد الزوجين بالآخر فيما يتعلق بمنقولات الزوجية وعليه سنحاول أن نعالج الأحكام الموضوعية لجريمة تبيد منقولات الزوجية (المبحث الأول) ثم نتطرق إلى الضوابط الإجرائية لهذه الجريمة (المبحث الثاني).

(831) يذهب المشرع المصري إلى تجريم تبيد منقولات الزوجية استناداً لنص المادة 341 من قانون العقوبات المصري معتبراً التبيد إحدى صور السلوك الإجرامي التي ترد على منقولات الزوجية. انظر: محمود نجيب حسن، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 135.

المبحث الأول: التنظيم الموضوعي لجريمة تبديد منقولات الزوجية

تشكل جريمة تبديد منقولات الزوجية إحدى صور السلوك الإجرامي لجريمة خيانة الأمانة، فقد ذهب القضاء المصري إلى تطبيق أحكام المادة 341 فقرة 1 من قانون العقوبات المصري والخاصة بخيانة الأمانة على فعل تبديد منقولات الزوجية من قبل الزوج وذلك في العديد من أحكام محكمة النقض المصرية. حيث قضت في قرارها الصادر في 1969-12-22 على أنه "متى كان جهاز الزوجة من القيميات وليس من المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض، فإن اشتراط رد قيمته عند استحالة الرد العيني بسبب الهلاك لا يكفي وحدة للقول بأن تسليمه كان على سبيل القرض وليس على سبيل الوديعة، ويكون ما خلص إليه الحكم من أن تصرف الطاعن في جهاز الزوجية الذي سلم إليه بمقتضى قائمة ينطوي على جريمة خيانة الأمانة صحيحا في القانون"⁽⁸³²⁾.

كما ذهبت في قرار آخر في 1955/11/14 على أن "تسليم الزوجة قائمة منقولاتها لزوجها لتوصيلها إلى المحامي لرفع دعوى استرداد لصالحها يعد توكيلا منها له لاستعمالها في أمر معين لمنفعتيها فاختلاسها يعد خيانة أمانة"⁽⁸³³⁾.

في حين نجد أن هذه الأحكام لا يصلح تطبيقها في التشريع الجزائري ذلك أن المادة 377 ق.ع جزائري تعفى الزوج من المساءلة الجنائية في جريمة خيانة الأمانة إذا كانت الضحية هو الزوج الآخر وبالتالي ليس للزوجة سوى الحق في المطالبة بالتعويض عن تبديد متاع البيت أمام قاضي شؤون الأسرة.

وطبقا لنص المادة 341 فقرة 01 من قانون العقوبات المصري فإن جريمة تبديد منقولات الزوجية باعتبارها إحدى صور السلوك الإجرامي لجريمة خيانة الأمانة فهي تفترض وجود مال منقول يتمثل في منقولات الزوجية مملوك للغير وهي الزوجة (المطلب

(832) انظر، رباب عنتر السيد، جريمة تبديد منقولات الزوجية بين الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 09.

(833) انظر، أبو العلا النمر، دراسة تحليلية لدعوى صحة إجراءات العرض والإيداع الحلول العملية للتزاع حول قائمة منقولات الزوجية،

دار النهضة العربية، مصر، الطبعة 1، 1998، ص 106.

الأول) سبق تسليمه للجاني الذي هو الزوج على سبيل الأمانة بناء على عقد من عقود الأمانة المحدد، حصرا في نص المادة 10/341 قانون عقوبات مصري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد المنقول المملوك للغير.

يلزم لقيام جريمة تبيد منقولات الزوجية أن كون محل الائتمان مال منقول مملوك للغير إضافة إلى بعض الخصوصية لهذا المال باعتبار أن التبيد يرد على منقولات الزوجية وأن الجاني غالبا ما يكون هو الزوج.

فطبقا للمادة 341 ق.ع فإن جريمة التبيد ترد على أي مال منقول من الأموال المذكورة في نص المادة كالبيضائع النقود، التذاكر، الكتابات التي تحمل مخالفات أو أي مال آخر منقول لم يرد ذكره، حيث ورد هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر⁽⁸³⁴⁾. وقد أحسن المشرع المصري عند أورد عبارة "أو غير ذلك" نظرا لما قد يسفر عنه التقدم التكنولوجي من أوصاف جديدة لم تكن معروفة عند وضع النص كالديسكات والأسطوانات والأقراص الإلكترونية التي تحمل أبحاث علمية أو ملفات هامة لها قيمة عند صاحبها.

وجريمة تبديد منقولات الزوجية لا ترد على عقار فلو فرضنا أن الزوجة مثلا قامت بالتصرف في شقة الزوجية التي هي ملك للزوج تعد في هذه الحالة مرتكبة لجريمة أخرى هي جريمة بيع ملك الغير ولا تعد مرتكبة لجريمة التبيد، ذلك لأن العقارات بطبيعتها لا تصح أن تكون محلا لجريمة خيانة الأمانة.

كما يلزم في المنقول أن يكون ذو طبيعة مادية قابل للحيازة، كما لا يشترط أن يكون المال المبدد ذو قيمة كبيرة أو معتبرة. فالجريمة قائمة متى توافرت أركانها بغض النظر عن قيمة المال المبدد، فالعبرة في قيمة الشيء المبدد هي بقيمته عند صاحبه، إذ قد يكون هناك من الأشياء ماله قيمة أدبية أو اعتبارية عند صاحبه. وهذا ما قضت به

(834) انظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص 136.

محكمة النقض المصرية "بأن جريمة خيانة الأمانة تقع على كل مال منقول أيا كان نوعه وقيمته قل أو كثير" (835).

وتفترض جريمة خيانة الأمانة بصفة عامة أن يكون المال المنقول محل الجريمة مملوكا لغير الجاني فإذا آلت ملكية الشيء له حتى ولو بعد تبديده فلا يؤثر في انتفاء الجريمة. والسبب هو أن جريمة خيانة الأمانة تتطلب اعتداء على الملكية وهذا الاعتداء لا يتحقق إلا إذا كان المال المنقول غير مملوك للجاني، أما إذا كان مملوكا له أو كان مالا مباحا فلا يكون هناك اعتداء على حق الملكية (836).

وما يلاحظ هو أن انتفاء وقوع الجريمة لكون المتهم مالكا للشيء يفترض أن تكون ملكية الشيء خالصة له، فإن كان له شريك فيها اعتبر فعله اعتداء على حق الغير في ملكية الشيء فتقع الجريمة (837). وإعمال هذه المبادئ بشأن جنحة تبديد منقولات الزوجية يثير هذه الجريمة أن تكون المنقولات الموجودة بتمثل الزوجية مملوكة للزوج الآخر، والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو حول مدى أحقية الزوجة في تملك منقولات الزوجية وسند هذه الملكية وكيفية إثباتها؟

الفرع الأول: مدى أحقية الزوجة في تملك منقولات الزوجية.

يثير هذا الموضوع تساؤل عام بشأن افتراض ملكية الزوجة لمنقولات الزوجية وسند هذه الملكية وهذا ما يتطلب التفرة بين فرضين:

الفرض الأول وهو حالة وجود قائمة تشمل منقولات الزوجية وموقع عليها من قبل الزوج مدعمة بإقراره بأنه تسلم المنقولات على سبيل الأمانة.

ففي هذه الحالة نحن أمام علاقة تعاقدية يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أيا كانت صورة هذه العلاقة. ومن ثم فالزوج هنا بصفته الملتزم أو المدان في هذا العقد عليه

(835) انظر، عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة،

1993، ص 559.

(836) انظر، عبد العظيم وزير، المرجع السابق، ص 562.

(837) انظر، فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 939.

الوفاء بالتزاماته لمنقولات الزوجية وتكون قرينة على ملكيتها لها إلى أن يثبت عكس ذلك بطرق الإثبات المقررة قانونا.

أما الفرض الثاني وهو حالة عدم وجود قائمة لمنقولات الزوجية: وقد يكون عدم وجود القائمة بسبب أن الزوجة لم تأتي بشيء من منقولات الزوجية وقيام الزوج بتجهيز منزل الزوجية وحده، وقد يرجع عدم تحرير القائمة لوجود مانع أدبي لدى الزوجة بأن تطلب من الزوج تحرير قائمة بالمنقولات رغم قيامها فعلا بالمساهمة في إعداد منزل الزوجية أو إحضارها لكل المنقولات⁽⁸³⁸⁾. وستعرض لكلا الصورتين على التالي:

الصورة الأولى: عدم تحرر القائمة لقيام الزوج بتأثيث منزل الزوجية وحده، وعدم مساهمة الزوجة بشيء: في هذه الصورة تعد منقولات الزوجية ملكا للزوج ولا يحق للزوجة إقامة جنحة تبديد منقولات الزوجية على فرض تبديدها. لعدم وجود سند لدعواها وكذلك لعدم وجود دليل إثبات ملكيتها للمنقولات يمكنها الاستناد إليه في دعواها.

الصورة الثانية: عدم تحرير القائمة لوجود مانع أدبي لدى الزوجة رغم قيامها بتأثيث منزل الزوجية أو المساهمة في تأثيثه.

في هذه الصورة تكون المنقولات بالفعل ملكا للزوجة وهي التي أحضرتها إلى منزل الزوجية، ولكن القضية هنا تتعلق بإثبات هذه الملكية نظرا لعدم تحرير قائمة بالمنقولات لوجود مانع أدبي لدى الزوجة. ويدخل ضمن هذه الصورة حالات فقد القائم رغم سبق تحررها وكذلك حالات المانع المادي.

وهنا يحق للزوجة في حالة تبديد المنقولات أن تثبت ملكيتها بشهادة الشهود ولم يحدد المشرع المصري ما يعد مانع أدبيا وما يعد مانعا ماديا وإنما ترك ذلك لسلطة قاضي الموضوع⁽⁸³⁹⁾. ومما لا شك فيه أن قيام العلاقة الزوجية يعد مانعا أدبيا يمنع الزوجة من إلزام الزوج بتحرير سند على تسلمه قائمة منقولاتها والحصول منه على سند كتابي.

(838) انظر، رباب عنتر السيد، المرجع السابق، ص 12.

(839) انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، المرجع السابق، ص 457.

وما يمكنه استنتاجه مما سبق أنه إذا ثبت ملكية الزوج لمنقولات الزوجية انتفى الشرط المفترض في جريمة تبيد من منقولات الزوجية وهو ملكية المال المنقول للغير ومن ثم فلا تقوم جريمة تبيد منقولات الزوجية. ومن أحكام محكمة النقض المصرية في هذا الشأن ما ذهبت إليه "بأن مجرد الامتناع عن رد المال المختلس لا تتحقق به جريمة الاختلاس مادام أن سبب الامتناع راجع إلى منازعة الطاعن في ملكية المطعون ضدها لبعض المنقولات، ولا يكفي في تلك الجريمة مجرد التأخير في الوفاء، بل يجب أن يقترن ذلك بنية إضافة المال إلى مالكه. وإذا كان دفاع الطاعن تشهد به الأوراق التي قدمها والتي تمسك بدلائلها على ملكيته لبعض المنقولات المتنازع عليه، ... وكانت المحكمة لم تعتد ببحث الإقرار المقدم من المدعية ... فإن الحكم المطعون فيه إذا أورد ذلك الدفاع. وهو دفاع يعد هاماً ومؤثراً في مصير الدعوى، ولم يرد عليه ما يفنده ... يكون مشوباً بالقصور"⁽⁸⁴⁰⁾. فإذا كان هذا هو موقف القانون والقضاء المصري فما هو موقف الشريعة الإسلامية من مدى أحقية الزوجة في تملك تلك المنقولات؟

الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الملكية المفترضة.

يوجد في الفقه الإسلامي آراء متعارضان فيمن يجب عليه إعداد البيت من الزوجين فالرأي الأول وهو رأي الحنفية إذ يرون أن إعداد البيت هو واجب على الزوج لأب النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن هي عليه وإعداد البيت من المسكن، فكان بمقتضى هذا الإعداد على الزوج إذ النفقة بكل أنواعها تجب عليه، ولا يعد المهر عوض الجهاز لأنه عطاء ونحلة كما سماه القرآن، فهو ملك خالص لها وهو حقها على الزوج بمقتضى أحكام الزواج، وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقاً على المرأة، ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل⁽⁸⁴¹⁾.

(840) انظر، على عوض حسن، جريمة التبيد والجرائم الملحقة بها، دار الحفانية مصر، 2005، ص 139.

(841) انظر، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 238.

أما الرأي الثاني فهو للمالكية إذ يرون أن الجهاز حق على المرأة في دائرة ما قبضته من مهرها وما تجرى به العادة بين أمثالها فإن لم تكن قد قبضت شيئاً من المهر فليس عليها جهاز إلا إذا كان العرف يوجب عليها جهازاً، أو كان قد شرط ذلك عليها وذلك لأن العرف في كل العصور جرى على أن المرأة هي التي تعد البيت ولا سبيل لإلزامها بأكثر ما قبضت. إذا فالحقوق متقابلة، إلا أن تكون العادة قد جرت بين أمثالها بالجهاز من قبل أن تقبض المهر، أو اشترط ذلك فالشرط يلزم المتعاقدين كما هو مقرر⁽⁸⁴²⁾.

فخلاصة هذا الرأي هو أن الجهاز يجب على الزوجة في حدود المهر المقبوض ولا يزداد على مقدار المقبوض إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة أو كان شرطاً. وما يلاحظ أن الرأي المأخوذ به في قانون الأحوال الشخصية المصري هو رأي الحنفية وعليه يكون الجهاز ليس بواجب على المرأة وإن قامت به فهي متبرعة. وإذا كان وجود منقولات الزوجية شرطاً للمتابعة على جريمة التبيد فإن هذا الشرط يتطلب شرط آخر وهو ضرورة تسليمها للزوج على سبيل الأمانة.

المطلب الثاني: التسليم وطبيعته في عقود الأمانة.

تفترض جريمة تبديد منقولات الزوجية باعتبارها إحدى صور السلوك الإجرامي لجريمة خيانة الأمانة سبق تسليم المال المنقول إلى الجاني قبل وقوع الجريمة وأن يكون هذا التسليم ناقلاً للحيازة المؤقتة بموجب عقد الأمانة.

ويعرف الفقه القانوني التسليم بأنه عمل قانوني ناقل للحيازة، قوامه إرادتين انعقدتا على تغيير الحيازة، ومظهره مناولة مادية للشيء من المسلم إلى المستلم ويشترط في هذا التسليم شرطان: أن يكون صادراً عن إرادة صحيحة، أي معتبرة قانوناً، وأن يكون ناقلاً للحيازة المؤقتة⁽⁸⁴³⁾. والتسليم قد يكون مادياً يجري يدا بيد، وقد يكون

(842) انظر، قيس عبد الوهاب الحالي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 101-102.

(843) انظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، 141.

رمزيا يجرى بوضع الشيء تحت تصرف الشخص أو بتمكينه منه بتسليم مفتاح المخزن الذي يحتوي عليه⁽⁸⁴⁴⁾.

وقد يكون التسليم اعتباريا بتغيير صفة الجاني، حيث يكون الشيء في حيازة الجاني ثم تغيرت حيازته على هذا الشيء من تامة إلى حيازة ناقصة وهو مازال تحت يده. ويشترط أيضا أن يكون التسليم ناقلا للحيازة المؤقتة، فجريمة خيانة الأمانة تفترض أن التسليم ينقل إلى المتهم الحيازة الناقصة للشيء ويترتب على ذلك عدم قيام الجريمة إذا كان التسليم ناقلا للحيازة الكاملة، ففي حالة التسليم الناقل للحيازة الكاملة فلا وجود لفة الإنابة عن صاحب الحق، بل للحائر صفة أصلية على الشيء، ومن ثم فسلوكه إزاءه لا ينطوي على خيانة لثقة أو دعت فيه، وإنما هو ممارسة لحق اكتسبه عليه⁽⁸⁴⁵⁾.

وفيما يخص جريمة تبديد منقولات الزوجية من قبل الزوج يشترط لقيامها أن يكون قد تسلم هذه المنقولات بالمعنى السالف الذكر في خيانة الأمانة فيشترط أن يكون قد حدث تسليم حقيقي أو حكمي للمنقولات وأن يقصد من وراء هذا التسليم نقل الحيازة المؤقتة لا الكاملة. وهذا يسوقنا إلى تساؤل هام عن طبيعة التسليم الواقع بين الزوجين وهل هذا التسليم ينقل الحيازة المؤقتة أم الواقع بين الزوجين وهل هذا التسليم ينقل الحيازة المؤقتة أم الكاملة؟ وما هو الحل في حالة التسليم الصوري والحقيقي؟

الفرع الأول: التمييز بين التسليم الصوري والتسليم الحقيقي.

إن الواقع العملي يشهد وجود فرضين فيما يخص طبيعة التسليم الواقع بين الزوجين وهما التسليم الصورة وحالة التسليم الحقيقي: فيما يخص التسليم الصوري وهو الفرض الكثير الحدوث من الناحية العملية حيث يتم كتابة قائمة منقولات الزوجية ويوقع عليها الزوج دون أن نحضر الزوجة هذه المنقولات، بل قد لا يكون لهذه المنقولات

(844) انظر، عبد العظيم وزير، المرجع السابق، ص 565.

(845) انظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 144.

وجوداً أصلاً ويكون الهدف من تحرر القائمة في هذه الحالة هو ضمان حقوقها ومن ثم لا يوجد في هذه الحالة تسليم حقيقي ولا حكمي إلى الزوج، وعليه فإن القائمة تعد صورته، ويكون للزوج في هذه الحالة الحق في إثبات واقعة صورية القائمة بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود باعتبار أن الغش نحو القانون يبرر الإثبات بالبنية في هذه الحالة⁽⁸⁴⁶⁾.

ومن ثم فإن انتفاء التسليم الحقيقي أو الحكمي يعني انتفاء الشرط المفترض في الجريمة، ولا يصح إدانة الزوج بوصفه بدم مالا لم يتسلمه أصلاً. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض "بأنه لما كان مؤدى دفاع الطاعن أن قائمة أعيان الجهاز المأخوذة عليه لا تمثل حقيقة الواقع. وأنه لم يتسلم المنقولات المبينة بها، وكان الدفاع على هذه الصورة دفاعاً جوهرياً لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم في الدعوى، بحيث إذا صح كتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن المحكمة إذا لم تظن لفحواه وتقسطه حقه وتعنى بتحقيقه بلوغاً إلى غاية الأمر فه، فإن حكمها يكون معيباً بالقصور بما يوجب نقضه والإعادة، والإلزام المطعون ضدها بالمصروفات المدنية⁽⁸⁴⁷⁾.

أما فيما يخص التسليم الحقيقي لمنقولات الزوجة، فإنه يعد من المسائل الدقيقة والمعقدة للغاية ويرجع ذلك إلى خصوصية العلاقة الزوجية وطبيعة عقد الزواج القائم على الدوام والاستمرار كما أن تسليم الأشياء بين الزوجين يكون مستمر ويقع في كل لحظة في اليوم ويحدث تلقائياً، وبالنظر إلى عقد الزواج الذي كان السبب في هذا التسليم، نجد أنه ليس من العقود التي تنقل الحيازة الناقصة ولا ليد العارضة، فالزوجة تأخذ المنقولات إلى بيت الزوجية ولا تسلمها للزوج لأي سبب كان وإنما تسمح له باستخدام هذه المنقولات بحكم عقد الزواج، مقابل أن الزوج يسمح لها باستخدام أشياءه

(846) انظر، أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 106.

(847) انظر، رباب عنتر السيد، المرجع السابق، ص 19.

التي أحضرها إلى بيت الزوجية أي أن التسليم قد تم بناء على نقل الحيازة الكاملة، لكنه تسليم مشروط⁽⁸⁴⁸⁾.

حيث أنه من غير المتصور أن تسلم الزوجة المنقولات إلى زوجها على سبيل الحيازة الناقصة، على أساس أن هذه المنقولات تحت تصرفها وإشرافها، حيث أن غاية التسليم الناقل للحيازة الناقصة الحفاظ على الشيء لمدة معينة، ثم رده بعد انتهاء المدة المقررة لذلك أو طلب المسلم للشيء الذي يملكه.

وفي الحقيقة فإن هذا الموضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بتحديد طبيعة العقد الذي بموجبه يتم التسليم، وتحدد ما إذا كان التسليم يتم بمقتضى عقد من عقود الأمانة من عدمه.

الفرع الثاني: وجود عقد من عقود الأمانة.

يشترط لقيام جريمة خيانة الأمانة بوجه عام أن يكون تسليم المال إلى الجاني قد تم بناء على عقد من عقود الأمانة الواردة في المادة 341 ق.ع مصري والت نصت على أن الأشياء المذكورة فيها لم تسلم للجاني إلا على وجه الوديعة أو الإجازة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت إليه بصفته وكيلًا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره.

وقد وردت هذه العقود كما هو واضح من عبارة النص على سبيل الحصر، فلا يجوز للقاضي أن يقيس عليها عقودا أخرى⁽⁸⁴⁹⁾.

حيث أنه باستعراض هذه العقود المدنية نجد أن الإجماع ينعقد على أن منقولات الزوجية ليست مسلمة إلى الزوج على وجه الإجازة أو الرهن أو الوكالة، فلا يبقى لدينا سوى عقدي الوديعة وعارية الاستعمال، فإن صح القول بأن يد الزوج على هذه

(848) انظر، رباب عنتر السيد، المرجع السابق، ص 20.

(849) انظر، فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 942، عبد العظيم وزير، المرجع السابق، ص 596.

المنقولات يد مودع لديه أو مستعير، فإنه يجوز القول عندئذ باعتباره خائناً للأمانة إذا ما بدد هذه المنقولات أو اختلسها أو تصرف فيها تصرف المالك في ملكه⁽⁸⁵⁰⁾.

الفرع الثالث: مدى تطابق عقود الأمانة مع جريمة التبيد.

سبق وأن قلنا أو جريمة تبيد منقولات الزوجية لا ينطبق عليها سوى عقد الوديعة وعقد العارية كسبب لقيامها. وبالرجوع إلى أحكام عقد الوديعة وأثاره القانونية طبقاً لأحكام القانون المدني نجد أن تسلم الزوج لمنقولات الزوجية على سبيل الوديعة يترتب مسؤوليته باعتباره مودع لديه، ومن ثم إذا تصرف في منقولات الزوجة يعد خائناً للأمانة.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو ما هو مركز الزوج بالنسبة لمنقولات الزوجية هل فعلاً يحتل مركز المودع له بما يترتب على ذلك من آثار؟ الملاحظ في هذا الشأن أنه لا يمكن بأي حال أن نسلم بهذا التكييف القانوني لوجود تعارض حقيقي بين مفهوم عقد الزواج الذي كان هو السبب الحقيقي في تسليم منقولات الزوجية للزوج ومفهوم عقد الوديعة الذي بموجبه يؤدي المودع لديه خدمة للمودع.

وعموماً فإن عقد الوديعة يترتب التزاماً أساسياً لا يقوم العقد بدونه، وهو التزام المودع لديه بحفظ الوديعة. ولا يمكن أن نسلم بأن الزوج يتسلم منقولات الزوجية من أجل حفظها فلماذا هذا القول؟ وكيف يسند للزوج مهمة المحافظة على جهاز الزوجة، وفي الحقيقة فإن الزوجة هي التي تقيم في المنزل وغالباً ما يهلك من الجهاز يكون باستعمالها، فالزوج لا يقيم أساساً في المنزل على وجه الدوام لتسند إليه هذه المهمة. وإذا كان الحال كذلك فما هو الشأن إذا كان الزوج مسافراً خارج البلاد، فهل يلتزم بحفظ منقولات الزوجة في هذه الحالة كذلك؟

(850) انظر، سيد حسن البغال، إساءة الائتمان، عالم الكتب، القاهرة، 1979، ص 160.

كما أن عقد الوديعة يفرض على المودع لديه عدم استعمال الوديعة، إلا في حالة الإذن بالاستعمال من قبل المودع وفي هذه الحالة ينقلب العقد إلى عارية استعمال أو قرض حسب الحال⁽⁸⁵¹⁾، وبمطالعة الواقع في موضوع منقولات الزوجية نجد أن السبب الرئيسي في الإتيان بهذه المنقولات هو استعمالها لزوم استمرار الحياة الزوجية فكيف يكون المنع من الاستعمال؟ وهل هذا يعقل؟ كما أن الطبيعي والمنطقي فيها هو الإذن بالاستعمال المشترك للطرفين ولأولادهما من بعد، وهذا الإذن المفترض يغير العقد من عقد وديعة إلى عقد عارية أو قرض حسب الحال.

كما أنه من التزامات المودع له، هو الالتزام بالرد العيني حين يطلب المودع منه ذلك، فهل هذا هو الحال في منقولات الزوجية؟ فكيف يمكن تصور الرد العيني وهذه المنقولات منها ما يملك من أول يوم في الحياة الزوجية، وفي الغالب الأعم تملك جميعها بعد فترة طويلة من الاستعمال.

وعليه فلا يمكن التسليم بضرورة التزام الزوج برد منقولات الزوجية بعينها ولا حتى بقيمتها في حالة الهلاك، وذلك لأن الهلاك يكون بسبب الاستعمال المشترك للطرفين ولا يمكن أخذ بعض الحالات الفردية التي يتصرف فيها الزوج في المنقولات أساساً للتقييم والتجريم.

فأمام هذه الإشكالات التي يطرحها عقد الوديعة في جريمة تبديد منقولات الزوجية لا يسعنا سوى تطبيق أحكام عقد العارية غير أنه في هذه الحالة لا بد أن نميز بين عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك وأن الفرض الأكثر تطابقاً مع تبديد منقولات الزوجية هو عارية الاستهلاك حيث يكون الهدف من إتيان هذه المنقولات هو لزوم الحياة اليومية والمشاركة للزوج والزوجة والأولاد من بعد، والمعروف أن هذه المنقولات منها ما يهلك في الأجل القريب ومنها ما يهلك في الأمد البعيد.

(851) انظر، رباب عنتر السيد، المرجع السابق، ص 22.

ويذهب الكثير إلى القول بعدم مساءلة المستعير كما يلحق بالشيء المستعار من تلف نتيجة الاستهلاك التدريجي باعتبار أن ذلك ملازماً لطبيعة العارية وبالتالي يبطل الشرط الذي يرد في معظم القواعد والذي ينص على التزام الزوج برد الجهاز بحالته لاستحالة ذلك⁽⁸⁵²⁾، ولا يكون للزوجة حق الاعتراض على ذلك وهو أمر منوط بأهل الخبرة ومتروك لتقدير محكمة الموضوع.

المطلب الثالث: مدى تطابق وصف التبيد مع منقولات الزوجية.

إن جريمة تبيد منقولات الزوجية باعتبارها أحد أوصاف جريمة خيانة الأمانة، نجد أن السلوك الإجرامي فيها يتخذ صورة التبيد، هذا الأخير يتطلب منا تحديد المفهوم القانوني له (الفرع الأول) ومدى صحة هذا التوصيف القانوني على كل الحالات خيانة الائتمان في منقولات الزوجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المفاهيم الأساسية للتبيد.

لقد وجد خلاف فقهي حول تحديد مفهوم التبيد فقد ذهب غالبية الفقه المصري إلى تعريف التبيد بأنه هو كل فعل يخرج به المتهم الشيء المسلم إليه من حيازته باعتباره مالكا له⁽⁸⁵³⁾، والتبيد قد يكون بتصرف قانوني كأن يبيع الأمين أو المتهم الشيء المسلم إليه أو يرهنه أو يهبه إلى الغير، وقد يكون بعمل مادي، كما لو كان الشيء المسلم له طعاماً فياً كله.

وقد أثير تساؤل بشأن إتلاف الشيء المسلم على سبيل الأمانة وما إذا كان هذا التصرف يدخل في معنى التبيد الفعلي بفعل مادي من عدمه. وقد ذهب جانب من الفقه والقضاء⁽⁸⁵⁴⁾، إلى أن إتلاف الشيء المسلم على سبيل الأمانة أو تخريبه يعد تبيداً مادام المتهم قد تعمد ذلك، إذ أنه بفعله دل على أنه تصرف في الشيء باعتباره مالكا.

(852) انظر، عادل سليم، المشكلات العملية في جريمة تبيد منقولات الزوجية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، 2006، ص

64.

(853) انظر، محمود نجيب حسني، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 205. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 963.

(854) انظر، جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، المجلد 3، المرجع السابق، ص 327.

بينما يرى البعض الآخر أن إتلاف الشيء لا يعد تبديداً، إذ لا ينطوي الإتلاف على تغيير في الحياة حيث لا يهدف الجاني إلى تملك الشيء بل إلى حرمان صاحبه منه⁽⁸⁵⁵⁾.

والواضح أن الرأي الأول هو الرأي الراجح لأن الفرق بين جريمة الإتلاف وجريمة التبديد أو خيانة الأمانة يرجع إلى مفهوم علاقة الائتمان والثقة في التعامل التي على أساسها تم تسليم المال إلى المؤمن، اللهم إلا إذا كان إتلاف المال حدث بدون قصد وتعمد.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما مدى صحة وصف التبديد بالنسبة لحالات خيانة الأمانة الواردة على منقولات الزوجية؟

إن التبديد كأحد أوصاف جريمة خيانة الأمانة يتميز عن الأوصاف الأخرى بكونه يعنى إخراج الشيء من حيازة المتهم سواء بتصرف قانوني، كالبيع أو الهبة، أو بعمل مادي بإتلاف الشيء أو التقليل من منفعته.

وباستقرار الواقع العملي في جريمة تبديد منقولات الزوجية نجد أن عددا هائلا من هذه الجرائم تنتهي بعرض المنقولات عرضا قانونيا على الزوجة لاستلامها، وهذا يعنى أن الزوج المتهم هنا لم يخرج المنقولات من حيازته بأي تصرف قانوني، وكذا لم يتلفها أو يقلل من منفعتها⁽⁸⁵⁶⁾.

وغالبا ما يكون ما لحق بالمنقولات من تلف أو تغيير عما ورد بالقائمة نتيجة الاستهلاك التدريجي الناتج عن الاستعمال المشترك للزوجين كما سلف الذكر، وهذا الاستهلاك التدريجي يعد أمرا طبيعيا وملازما لطبيعة الأشياء ولا يسأل عنه الزوج، وربما كانت هناك بعض الحالات التي يتصرف فيها الزوج في الجهاز من باب الكيد للزوجة

(855) انظر، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 997.

(856) انظر، محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 206.

ويصح عليها وصف التبديد، ولكن هذه الحالات تعد حالات نادرة⁽⁸⁵⁷⁾، لأن المتهم بذلك يعرض نفسه للمساءلة الجزائية.

والواضح أن إطلاق وصف التبديد بمختلف أوصافه على منقولات الزوجية هو غير حقيقي، فهناك حالات كثيرة لا يصح فيها هذا التوسع أو الإطلاق. فالأصح بالنسبة لها هو أنها اختلاس إذ لا يعد الأمر سوى مجرد امتناع الزوج عن تسليم الزوجة المنقولات، وعله يكون المشرع الجزائري قد أصاب عندما طبق أحكام الإعفاء من العقوبة على جرائم السرقات بين الزوجين في قضايا خيانة الأمانة، ولاسيما تبديد منقولات الزوجية من قبل الزوج الأخر، وجعل الحماية القانونية لهذه المنقولات مقصورة في الدعوى المدنية التي تهدف إلى التعويض المدني.

الفرع الثاني: تحديد الضرر والمضور.

يعد الضرر بمثابة النتيجة في جريمة خيانة الأمانة أو التبديد فإذا كان السلوك الإجرامي يتخذ صورة التبديد فإنه يلزم أن يؤدي هذا السلوك إلى نتيجة ترتبط به برابطة السببية، وهذه النتيجة يطلق عليها المشرع الضرر⁽⁸⁵⁸⁾.

وعليه فإن الضرر في جريمة تبديد منقولات الزوجية يتمثل في الخسارة التي تلحق بالزوجة نتيجة تبديد منقولاتها سواء كان ذلك بإتلافها أو حرمانها منها كما سلف الذكر. وتطبيقا لذلك يستوي أن يكون الضرر حال وقائم في حالة تصرف الزوج في منقولات الزوجية أو يكون الضرر محتمل مستقبلا بعد أن غير الزوج نيته على المنقولات من الحيازة الناقصة إلى الحيازة الكاملة⁽⁸⁵⁹⁾.

كما يشترط أن تكون المنقولات موضوع الدعوى ذات قيمة مادية عالية أو يسيرة القيمة حيث أن أي قدر من الضرر يكفي لقيام الجريمة ولا يهم أن يكون الجاني

(857) انظر، أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 107.

(858) انظر، محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 209.

(859) انظر، رباب عنتر السيد، المرجع السابق، ص 58.

قد تحصل على منفعة من عدمها. فالضرر قائم في الحالات التي يتلف فيها أحد طرفي العلاقة الزوجية منقولات الآخر لمجرد الكيد، حتى ولو لم يستفد من جراء ذلك.

وعليه فإن المحكمة في جنحة تبديد منقولات الزوجية هي ملزمة بأن تبين حدوث ضرر بالطرف المجني عليه فلو حدث أن اتهمت الزوجة زوجها بتبديد منقولات الزوجية واستطاع الزوج أن يثبت عدم الإضرار بالزوجة كأن يكون الزوج قد نقل المنقولات إلى شقة أخرى تحت سيطرة الزوجة، أو يكون قد غير التالف منه بآخر أفضل منه وأصلح يكون بذلك قد انتفى ركن الضرر وعليه فلا قيام لجريمة التبديد من قبل الزوج⁽⁸⁶⁰⁾.

وتتطلب جريمة تبديد منقولات الزوجية تحديد صفة المضرور الذي يشترط فيه أن يكون حائزاً أو مالكا للمنقولات، فليس شرطاً أن يكون المضرور في هذه الجريمة دائماً هو الزوجة بل قد يكون الزوج هو كذلك المضرور، في حالة قيام الزوجة بتبديد منقولات الزوجية المملوكة له حيث أن حق الزوجة في أثاثها يقابله حق الزوج في منقولاته أيضاً. فإذا كان يمتلك منقولات بإسمه الخاص فهو إنما يبيح لزوجه الانتفاع بها كما تبيح هي له الانتفاع بمنقولاتها وحينئذ فإذا قامت الزوجة بنقل أو إخفاء أو اختلاس أو تبديد شيء منها كان له حق مقاضاتها باعتباره مضرور⁽⁸⁶¹⁾.

وإذا كان تسليم منقولات الزوجية للزوج المتهم وتبديده لها يشكلان الأحكام الموضوعية لجريمة خيانة الأمانة في منقولات الزوجية، فما هي الأحكام الإجرائية الخاصة بهذه الجريمة؟

(860) انظر، عبد العظم وزير، المرجع السابق، ص 561، أحمد فتحي سرور، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 998.

(861) انظر، علي عوض حسن، المرجع السابق، 326.

المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي لجريمة تبديد منقولات الزوجية.

تخضع جريمة تبديد منقولات الزوجية باعتبارها أحد أوصاف جريمة خيانة الأمانة للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية إضافة إلى قواعد خاصة استقر عليها الفقه والقضاء المصري كاشتراط الشكوى في المتابعة الجزائية وما يترتب عليها من آثار (المطلب الأول) وحق الضحية في وضع حد لدعواها وذلك بصفحها عن الضحية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكوى كشرط للمتابعة الجزائية.

تنص المادة 03 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه "لا يجوز أن ترفع الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد...، كذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون" فمن الجرائم التي نص قانون العقوبات على ضرورة التقدم بشكوى بشأنها. جريمة السرقة التي تقع بين الأزواج أو بين الفروع والأصول والمنصوص عليها في المادة 312 من قانون العقوبات المصري والتي تنص على أنه "لا تجوز محاكمة من يرتكب السرقة إضرار بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعها إلا بناء على طلب المجني عليه".

وقد ذهب الفقه⁽⁸⁶²⁾. وتواترت أحكام القضاء المصري⁽⁸⁶³⁾. على قياس جرائم النصب وخيانة الأمانة على جريمة السرقة في هذا الشأن فلم يجوز رفع الدعوى الجنائية إذا وقعت إضراراً بالأزواج أو الأصول أو الفروع إلا بناء على شكوى من المجني عليه، وفي تبرير هذا القياس إذ ترى محكمة النقض المصرية "أن نص المادة 312 من قانون العقوبات يضع قيوداً على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية بجعله متوقفاً على طلب المجني

(862) انظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 114.

(863) انظر، محكمة النقض المصرية، غرفة جزائية، ملف رقم 1809، جلسة 05-02-1999، قرار مقتبس من مرجع رباب عنتر

السيد، المرجع السابق، ص 69.

عليه، وإذا كانت الغاية من هذا القيد الوارد في باب السرقة هي الحفاظ على الأواصر العائلية التي تربط الجاني بالمجني عليه تلزم أن يمتد أثرها أيضا إلى جريمة التبيد إضرارا بمال من ورد ذكرهم بنص السرقة... " وهو ما يتماشى مع الحكمة التي ابتغاهها المشرع وهي التستر على أسرار العائلات صونا لسمعتها، وحفاظا لكيان الأسرة.

ويترتب على اعتبار جريمة تبيد منقولات الزوجية من جرائم الشكوى، أن ينطبق عليها أحكام الشكوى الواردة في المادة 03 و 07 من قانون الإجراءات الجزائية المصري، وهذا يتطلب تحديد صفة من له الحق في تقديم الشكوى (الفرع الأول) ومتى يمكن استعمال أحكام الوكالة في الشكوى؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صفة القائم بتقديم الشكوى.

يتضح من نص المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية المصري أن الشكوى تقدم من المجني عليه أو وكيله الخاص. وهذا يعني أنه يلزم في جريمة التبيد أن تتقدم الزوجة بشكواها شخصا أو يتقدم بها وكيلها ولكن يشترط أن يكون التوكيل خاص بتقديم هذه الشكوى، ولذلك يتعين أن يكون تاريخ التوكيل لاحقا على تاريخ الواقعة محل الجريمة، إذ أن حق المجني عليه في الشكوى لا ينشأ إلا بسبب وقوع الجريمة عليه، ومن ثم فقبل وقوعها لا ينشأ له أي حق في الشكوى، ويتعين أن ينص في التوكيل على حق الوكيل في تقديم الشكوى عن هذه الواقعة بالذات⁽⁸⁶⁴⁾. وعلى ذلك لو تقدم وكيل الزوجة بشكواه نيابة عن الزوجة بموجب توكيل عام حتى لو كان لاحقا على جريمة التبيد، فلا تقبل شكواه ويعد هذا سببا في عدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمه القانون⁽⁸⁶⁵⁾.

(864) انظر، عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، مصر، 1985، ص 99.

(865) انظر، مامون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج1، دار النهضة العربية، مصر، 1988، ص 109.

وإعمالاً لنص المادة 213 من ق.إ.ج المصري يلزم أن تقدم الشكوى في خلال ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمتركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ولذلك لا تقبل الشكوى إذا قدمت بعد فوات هذه المدة⁽⁸⁶⁶⁾.

وبما أن الضرر يعتبر عنصر هاماً لقيام الركن المادي لجريمة التبيد فإنه يلزم فيمن يحرك الدعوى الجزائية أن يكون مضروراً. وبالطبع فإن الزوجة في جريمة تبيد منقولات الزوجية تعد مجنيا عليها ومضرورة في ذات الوقت. ومن ثم فلا يحق لوالد الزوجة أن يتقدم بشكواه ويحرك الدعوى الجنائية لكونه ليس مجنيا عليه، اللهم إلا إذا كانت القائمة باسمه هو وليست باسم الزوجة.

الفرع الثاني: حالة استلزام الوكالة الخاصة.

لقد ذهبت محكمة النقض في معظم أحكامها بأنه لا يشترط أن يكون التوكيل خاصاً إذا كانت الشكوى قد تمت في صورة دعوى مباشرة، وذلك استناداً إلى أن المادة الثالثة من ق.إ.ج المصري قد نصت على اشتراط التوكيل الخاص في حالة تقديم الشكوى إلى النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي⁽⁸⁶⁷⁾.

كما قضت بأن اشتراط المادة 03 من ق.إ.ج صدور توكيل خاص من المجني عليه في حالة تقديم الشكوى في الجرائم المنصوص عليها بالمواد المبينة بها لا ينسحب على الإدعاء المباشر⁽⁸⁶⁸⁾.

ولكن هذا القضاء محل نظر فكثير من الفقه يرى أنه مادام أن المحكمة تعتبر الإدعاء المباشر بمثابة شكوى، فإنه يتعين الالتزام بكل أحكام الشكوى⁽⁸⁶⁹⁾.

والواضح أن هذا الرأي هو الراجح ذلك لأن التوكيل الخاص اللاحق على وقوع الجريمة يؤكد رغبة الزوجة في تحريك الدعوى الجزائية ضد الزوج. وهو ما يعطيها

(866) انظر، عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص 100.

(867) انظر، مامون سلامة، المرجع السابق، ص 110.

(868) انظر، محكمة النقض المصرية، طعن جنائي، ملف رقم 3952، جلسة 26-04-1987، قرار مقتبس من مرجع رباب عنتر السيد،

المرجع السابق، ص 74.

(869) انظر، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، مصر، 1986، ص 532.

الفرصة للتريث وإعادة حساباتها حفاظا على استقرار الأسرة وصيانتها. ومادام أن الشكوى تعتبر شرطا للمتابعة الجزائية فإن التنازل عنها يضع حدا لهذه المتابعة وبالتالي تنقضي الدعوى العمومية فما هي آثار هذا التنازل وما هي أحكامه؟

المطلب الثاني: انقضاء المتابعة الجزائية.

تنقضي الدعوى الجزائية في جريمة تبديد منقولات الزوجية بوفاة الزوج المتهم طبقا للمادة 14 من ق.إ.ج مصري، كما تنقضي أيضا بتنازل الزوجة عن شكواها في أية حالة كانت عليها الدعوى.

الفرع الأول: وفاة الزوج المتهم.

إن لوفاة الزوج المتهم أثر على انقضاء الدعوى الجزائية غير أن هذا الأثر يختلف بحسب إذا ما كانت الدعوى العمومية قد رفعت أو لم ترفع بعد.

أولاً: أثر وفاة الزوج قبل رفع الدعوى العمومية.

إذا حدثت الوفاة قبل رفع الدعوى الجزائية، يسقط حق المضرور في إقامتها حتى لو قدمت الشكوى إلى النيابة العامة حيث يجب على هذه الأخيرة أن تصدر أمرا بحفظ الأوراق، أو بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى فيها بحسب الأحوال، حيث لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية ضد الورثة إعمالا لمبدأ شخصية العقوبة⁽⁸⁷⁰⁾.

ثانياً: أثر الوفاة بعد رفع الدعوى العمومية.

وفي هذه الحالة لا بد أن نميز بين حالة الوفاة بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم فيها وحالة الوفاة بعد رفع الدعوى وصدور الحكم فيها. فبالنسبة للحالة الأولى فإن المحكمة تحكم بسقوط الدعوى دون أن تحكم بأية عقوبة إلا مصادرة الأشياء طبقا لنص

(870) انظر، عادل سليم، المرجع السابق، ص 59. يرى الدكتور عادل سليم أن وفاة الزوج لا تؤثر على منقولات الزوجة التي كانت معارة إليه على سبيل الاستعمال ويحق للزوجة مطالبة ورثته برد منقولاتها الزوجية وفي حالة عدم الرد يعتبر الورثة مرتكبين لجريمة خيانة الأمانة.

الفقرة الثانية من المادة 30 ق. عقوبات مصري⁽⁸⁷¹⁾. وذلك في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولو حدثت الوفاة بعد التكليف بالحضور وقبل الجلسة.

كذلك في الحالة التي تحدث فيها الوفاة بعد قفل باب المرافعة وأثناء حجز القضية للحكم ويتعين على المحكمة أن تصدر حكمها بانقضاء الدعوى ولو كانت أدلة الثبوت لديها كافية للحكم بالإدانة وكانت ستصدر حكما بالإدانة.

ونظرا لأن الدعوى تنقضي في لحظة الوفاة، فإن الحكم الصادر في الدعوى بعد تلك الوفاة منعما، إذ أنه صادر في غير دعوى.

ذلك أن الرابطة الإجرائية تنقضي بالوفاة وبالتالي يكون الحكم في هذه الحالة صادرا في غير خصومة جنائية⁽⁸⁷²⁾.

ولكن أحيانا قد تحدث الوفاة بعد رفع الدعوى وبعد صدور الحكم فيها. فإذا كان الحكم الصادر في هذه الحالة غير بات، فإن هذا الحكم يسقط أيضا بسقوط الدعوى بكل ما اشتمل عليه من عقوبات حتى ولو كانت الغرامة أو المصادرة، ولا يجوز الطعن في هذا الحكم أو الاستمرار في النظر في الطعن إن كان قد سبق للمتهم أن طعن فيه قبل وفاته⁽⁸⁷³⁾.

وإذا حدثت الوفاة بعد صدور حكم بات، فإنه في هذه الحالة لا مجال للحديث عن سقوط الدعوى لأنها انقضت بالحكم البات، ولكن الوفاة تحدث أثرها هنا في العقوبة فتسقطها، إلا العقوبات المالية كالغرامة⁽⁸⁷⁴⁾، وما يجب رده والمصاريف والتعويضات فإنها تنفذ من التركة. ولا أثر للوفاة على الدعوى المدنية إذ يمكن الاستمرار فيها لمطالبة بالتعويض.

(871) انظر، مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 265.

(872) انظر، جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، المجلد 03، المرجع السابق، ص 587.

(873) انظر، علي عوض حسن، المرجع السابق، ص 312.

(874) انظر، علي عوض حسن، نفس المرجع السابق، ص 312.

الفرع الثاني: تنازل الزوجة عن شكواها.

لقد سبق الإشارة إلى أن غالبية الفقه المصري وكذا القضاء يذهب إلى الأخذ بمبدأ قياس جريمة خيانة الأمانة والنصب والإتلاف على جريمة السرقة فما يتعلق بضرورة شكوى المجني عليه لتحريك الدعوى الجنائية بين الأزواج والأصول والفروع، وذلك إعمالاً لنص المادة 312 من قانون العقوبات المصري.

وإذا كان يشترط شكوى الزوجة أو وكيلها الخاص لإمكانية تحريك الدعوى الجنائية قبل الزوج عن جريمة تبدد منقولات الزوجة فإنه إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة 312 ق.ع يحق للزوجة أن تتنازل عن شكواها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما أن لها أن توقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت تشاء.

وعن طبيعة هذا الحق أي التنازل عن الشكوى. ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن طبيعة التنازل في م/312 ق.ع يختلف عنه في المادة 10 من قانون الإجراءات الجزائية المصري فهو ذو أثر شخصي يقتصر على الجاني الذي قصد به وقصر عليه لاعتبارات شخصية وأواصر عائلية ولا تمتد إلى سواه من المتهمين بينما هو في المادة 10 ق.إ.ج ذو أثر عيني مطلق يمحو الواقعة الجنائية ذاتها وينبسط على كافة المتهمين⁽⁸⁷⁵⁾.

وفي هذا الشأن كذلك قضت محكمة النقض بأنه "يترتب على اعتبار جريمة تبديد منقولات الزوجة من جرائم الشكوى أنه يجوز التنازل عنها في أي وقت كانت عليه الدعوى، وتقضي المحكمة في هذه الحالة بانقضاء الدعوى الجنائية"⁽⁸⁷⁶⁾.

كما ذهبت أيضاً في قرار آخر لها إلى "أن انفصام عرى الزوجية بالطلاق لا يحول دون حق الزوجة المطلقة في التنازل عن الشكوى حيث قضت "... ولا ينال من ذلك ما أفصحت عنه المفردات من انفصام العلاقة الزوجية بين المجني عليه والطاعن بالطلاق، لأن

(875) انظر، محكمة النقض المصرية، جنائي، ملف رقم 8760، جلية 08-10-1956، قرار مقتبس من مرجع، رباب عنتر السيد،

المرجع السابق، ص 78.

(876) انظر، رباب عنتر السيد، المرجع السابق، ص 79.

تحويل المجني عليه حق التنازل جاء صريحا وغير مقيد ببقاء الزوجة وقت التنازل"⁽⁸⁷⁷⁾. وهذا يتماشى مع الحكمة التي أرادها المشرع وهي التستر على أسرار العائلات صونا لسمتها وحفاظا لكيان الأسرة وهو معنى يستفيد منه باقي أفرادها بعد الطلاق.

⁽⁸⁷⁷⁾ انظر، علي عوض حسن، المرجع السابق، ص 317.

الخاتمة:

إن ما يمكن أن نخلص إليه من دراستنا هذه ، هو أن التشريعات الوضعية أعطت عناية خاصة للأسرة من خلال النصوص العقابية والإجرامية التي وردت في التقنينات العقابية والنصوص المكملة لها، وهذا ما يعكس فكرة الردع والوقاية التي تكرس الحماية الجنائية لنظام الأسرة.

والواقع أن هذه الحماية القانونية في المجال الجنائي تقوم على أساسين بارزين في محيط الأسرة، أولهما صفة في الجاني وثانيهما نظام الأسرة ذاته، ومن ثم فالحماية إما حماية للجاني من الأسرة وإما حماية لنظام الأسرة.

وعلى ضوء اختلاف أساس الحماية يختلف مسلك المشرع الجنائي ذاته، فهو عندما يتدخل لحماية الجاني إما أن يخفف عنه العقاب وإما أن يعفيه منه، وفي حالة حق التأديب مثلا يصل حد الحماية إلى إباحة الفعل المكون للجريمة، وعندما يتدخل المشرع بهذه الصورة فهو يتدخل في منطقة العقاب لا منطقة الجريمة.

فالجريمة باقية بمعنى أن الفعل لم يتجرد من صفته الإجرامية بخلاف الحال في أسباب الإباحة، ومن هنا نلاحظ الحماية غير العادية للمشرع في حالات الإعفاء من العقاب للأسرة، أما بالنسبة لحالات التخفيف في العقوبة فإنها تعد خروجاً على مبدأ المساواة بين الجناة في العقاب على وحدة الفعل الإجرامي، لكن هذا الخروج يعكس في ذات الوقت الحماية غير العادية للمشرع للأسرة.

أما عندما يتدخل المشرع لحماية نظام الأسرة كنظام مدني ينظمه القانون المدني وقوانين الأحوال الشخصية فهو ينظر إلى طبيعة الفعل لا إلى صفة الجاني كأساس للمعالجة العقابية، فضلاً على أنه في هذا الإطار يتناول منطقة الجريمة لا منطقة العقاب. بمعنى أنه ينظر إلى وقائع اجتماعية تضر بنظام الأسرة أو بالالتزامات الملقاة على عاتق أفرادها.

وبالرغم من عدم مساس هذه الوقائع بالمجتمع بصورة مباشرة كما هو الحال في الأفعال الإجرامية بطبيعتها، أو بمعنى أدق خروجها عن دائرة الإجرام الطبيعي إلا أن

المشرع الجنائي حماية للأسرة منه يتدخل بطريقة مباشرة وصریحة فيجرم فاعليها ويضع لهم العقاب الجنائي كتهديد لهم حتى لا يقدموا عليها خشية إنزال العقاب الجنائي بهم. وإذا ما استعرضنا جميع النصوص التشريعية المتعلقة بالأسرة يمكن أن نُهتدي بوضوح إلى النصوص التي اهتمت بحماية الجاني بصفة عائلية فيه، وتلك التي اهتمت بطبيعة الواقعة الضارة أسريا.

على أن هذه الحماية لصفة في الجاني تتمثل في إعفائه من العقاب وجوبيا كما هو الحال في السرقة العائلية ما بين الأزواج وجرائم النصب وخيانة الأمانة فيما بينهم، إذ يعفى الزوج الجاني في هذه الحالة من العقوبة الجزائية وذلك بوصفه زوجا للضحية. كما قد تتمثل هذه الحماية في التخفيف من العقاب وجوبا كما هو الحال في جرائم قتل الزوج لزوجته الزاني نتيجة مفاجأته له بارتكابه جرم الزنا فهنا يعتبر هذا الظرف مخففا للعقوبة للزوج القاتل.

كما قد تتجلى الحماية الجنائية في قبول الدعوى الجزائية إلى بتقديم شكوى من المجني عليه القريب كما هو الحال في جرائم الخيانة الزوجية وجرائم الإهمال العائلي. وتقوم الحماية لصفة الجاني في هذه الجرائم جميعها على صفة القرابة سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة، أو على أساس رابطة الزوجية، أي الأزواج فيما بينهم والأصول والفروع، كما أنها قد تقتصر في بعض الحالات على الزوجة دون سواها كما هو الحال في جريمة الخيانة الزوجية، في حين نجدها أحيانا أخرى تتسع لتشمل الأقارب حتى الدرجة الرابعة كما هو الحال في السارقات العائلية.

وما يلاحظ أيضا أن هذه الحماية لصفة الجاني قد تنعدم أحيانا بل قد تتحول إلى سبب تشديد العقاب أكثر مما هو عليه في الحالة العادية، وهنا ينقلب الحال إلى اعتبار صفة الجاني سببا في الزجر منه، وفي هذه الحالة، يمكن اعتبار هذا الزجر نوعا من الحماية الجنائية لصفة المجني عليه، لا لصفة في الجاني.

وهذه الحماية لصفة في المجني عليه تتجلى في التشريع الجنائي عندما تناول النصوص التي تشدد في العقاب على الاعتداء المادي أو الجنسي على القاصر عندما يكون الاعتداء صادر من أحد أصوله أو القائمين على رعايته.

و كما قد وضحنا مواطن الحماية الجنائية لصفة الجاني أو لصفة المجني عليه فإنه يجدر بنا أيضا أن نوضح مواطن الحماية لنظام الأسرة ذاته وهنا نلاحظ أن طبيعة الجريمة تحتل الموقع الأول في مناط الحماية وليس صفة الجاني أو المجني عليه، ويتضح هذا في الأحكام الخاصة بالإجهاض الجنائي وقتل الرضيع الحديث العهد بالميلاد، كذلك في جرائم الخيانة الزوجية، والمساس بالأحكام الخاصة بالنسب كإخفاء نسب وهوية الطفل، ومخالفة أحكام الحضانة والزيارة والنفقة الغذائية.

كما نلاحظ ذلك في إهمال القصر وتعريض صحتهم للخطر فمناطق التجريم هنا هو الإخلال بنظام الأسرة وأحكامها.

ومن جهة أخرى نجد أن الروابط الأسرية كان لها وضع خاص في مجال التشريع الجنائي بغض النظر عن دائرة الجريمة والعقوبة لاسيما في مرحلة تنفيذ العقوبات، وذلك بإقرار المشرع حق تأجيل تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الحامل إلى ما بعد الوضع بشهرين وتأجيل تنفيذ العقاب بالحبس لمدة لا تزيد على السنة لأحد الزوجين إذا ما حكم عليهما معا بعقوبة في هذه الحدود وكان لهما طفل يحتاج لرعاية أحد والديه.

فمن خلال ما تقدم تبين الصورة الواضحة لمركز وموقع الأسرة في القانون الجنائي والتي تمكنا من معرفة الأسس التي بنت عليها التشريعات الوضعية اتجاهاتها التشريعية في حماية الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أولى عناية خاصة بالأسرة من خلال النصوص العقابية والإجرامية التي أوردها في تقنين العقوبات وتقنين الإجراءات الجزائية، وكذا تقنين الحالة المدنية. وهذا ما يعكس مكانة الردع والوقاية لدى المشرع الجزائري في حماية نظام الأسرة. وقد اتبع المشرع سياسة جنائية تنوعت بين الصرامة والمرونة. فهو من جهة، يجرم الأفعال الماسة بنظام الأسرة ويشدد العقوبات المسلطة على مرتكبيها، ومن

جهة أخرى يراعي مصلحة الأسرة في حماية كيانها من التصدع والانفكاك ويقدمها على مصلحة المجتمع في الاقتصاد من الجاني.

وهذه السياسة الجنائية التي يتبعها المشرع تبنى عليها أحكام العدالة وتكون صورة لها، فالعدالة هي الحلم الذي يتوخى الجميع تحقيقه في كل المجتمعات منذ بدء الخليقة لكن الواقع يبرز لنا أن مسألة تحقيق العدالة وفق فلسفة المشرع ليست مطلقة وستظل نسبية ما دامت التشريعات عبارة عن اجتهادات بشرية يخالفها الخطأ ويعتريها النقص مع تقدم الزمن، ومهما أحكمنا التنظيم القانوني فستظل هناك ثغرات قانونية لم يبلغها فكر المشرع وقت التشريع أو خلقتها الممارسة الحياتية اليومية، وما دام مسعى الجميع في كل المجتمعات هو تحقيق المزيد من العدل والإنصاف، فإن تعقب تلك الثغرات التي يعبر منها الملتفون على القوانين ومحاولة إبرازها وإيجاد الحلول المناسبة لها يصبح أمراً واجبا على كل مشغل بالقانون.

لذا يبقى سكوت المشرع الجزائي عن بعض المسائل والأفعال الماسة بنظام الأسرة سواء من حيث التجريم أو العقاب محل جدل واستفسار يستدعي تدخله لتحديد موقفه منها بصراحة ووضوح. كمسألة زواج المسلمة بغير مسلم، ومسألة التغيير الجنسي، والتلقيح الاصطناعي وكذا الإثبات بالبصمة الوراثية.

لذلك وجب إعادة النظر في السياسة العقابية الخاصة بتنظيم وتجريم الجرائم الواقعة على نظام الأسرة بشكل عام، إذ لا بد أن يكون هناك قانون خاص يعالج العنف الأسري بشكل يتلاءم مع الطبيعة الإجرامية لتلك الأفعال وتكون العقوبات الرادعة ملائمة ومتناسبة معها وتتضمن أوامر وإجراءات ذات طابع اجتماعي بشكل يمكن معه تحقيق حماية أفضل ومعالجة أفضل للحالات والضحايا والمدانين أيضا من حيث اعتماد وتعزيز فكرة الحماية الجنائية للأسرة وذلك باتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية والتدابير الاحترازية التي تمنع أو تحد من وقوعه، وآليات إجرائية سليمة وعملية تتعلق بطريقة التبليغ عنه وحماية ضحاياه أثناء وبعد الإجراءات القضائية، كما يتطلب إجراءات قضائية خاصة وعقوبات مختلفة تتناسب مع مفهوم الجريمة وطبيعتها وتحقق مفهوم العقوبة والإصلاح،

حيث قانون العقوبات ينص على عقوبة الحبس والغرامة فقط، وهي غير كافية للتصدي لهذا النوع من الجرائم.

أي أنه يجب أن يتعامل القانون مع الجرائم الواقعة على نظام الأسرة من منطلق الوقاية، وإعادة التأهيل باعتبارها ظاهرة اجتماعية إلى جانب كونها أعمال مجرمة تستوجب العقاب. وأن يتضمن نصوصاً ذات أحكام احترازية وإصلاحية تهدف إلى الحد من الوقوع في الجريمة من الأساس كالتوعية بعمليات التنشئة الاجتماعية والتطبيع الاجتماعي، حيث ينبغي أن تهتم الأسرة وغيرها من المؤسسات الاجتماعية بتنشئة الفرد وتربيته تربية سوية متوازنة. ويدخل في إطار الوقاية زيادة وعي أفراد الأسرة بخطورة الجرائم ذات الطبيعة الأسرية وتزويدهم بالمعارف والمعلومات، التي تؤدي إلى تطوير إطارهم المرجعي ومخزونهم المعرفي بشكل إيجابي بعيداً عن مظاهر العنف والعدوان.

كما يجب أن يتضمن القانون أحكاماً لتأهيل أفراد الأسرة للقضاء على العنف الأسري ويشمل ذلك تقديم المساعدة الاجتماعية والنفسية والتربوية والقانونية لهم بهدف الوقاية من أسباب العنف الأسري ثم إعادة التأهيل والمساعدة بعد وقوع حالة العنف. من خلال توظيف أساليب العمل الاجتماعي المهني وإنشاء مكاتب للخدمة الاجتماعية تكون مهمتها النظر في حوادث جرائم الأسرة وإجراء الدراسات اللازمة والمتابعة المستمرة وتعطي لها صلاحيات الضبط القضائي.

بالإضافة إلى اعتماد نصوص تهيئية وإصلاحية تهدف إلى إصلاح الجاني وتمكينه العودة إلى الأسرة بمفاهيم ضد العنف. وأهمية هذا الأمر تتعلق بطبيعة العلاقة التي تربط الجاني والجاني عليه في جرائم الأسرة واستمرار تلك العلاقة في أغلب الحالات حتى بعد إيقاع العقوبة الرادعة على مرتكبيها كعلاقة الأسرة واستمرار تلك العلاقة في أغلب الحالات حتى بعد إيقاع العقوبة الرادعة على مرتكبيها كعلاقة الأم بأبنائها أو الزوجة بزوجها، ونصوصاً رادعة تضمن عدم إفلات مرتكبي جرائم العنف الأسري من العقاب تحت أي مبرر أو سبب.

إلى جانب ذلك، فإن القانون يجب أن يرتب حماية لضحايا العنف وحمائيتهم من التعويض لمزيد من العنف بسبب التبليغ، إذ أننا لا نتوقع خيرا عندما يقرر الأبناء أو الزوجة ممارسة حقهم والتبليغ عن ما يتعرضون له من عنف، حيث يكون للعنف في هذه الحالة آثارا سلبية مضاعفة على الضحايا. وكثيرا ما يكون تعرض الضحايا لهذا النوع من العنف متكررا بحيث يصبحون أسرى له، وأسلوب تعامل لا يقف عند حد أو وضع معين بسبب وجود هؤلاء الأفراد في إطار العلاقة الأسرية وبسبب فروق السن والجنس بين أفرادها أو بسبب حاجة وتبعية بعضهم الاقتصادية والاجتماعية للآخر.

وفي الأخير يمكن القول بأن دراستنا الفقهية التحليلية المقارنة أوضحت لنا مدى اهتمام المشرع الوضعي سواء في الجزائر أو في غيرها من الدول بنظام الأسرة وظهر مدى اهتمامه بالحفاظ على الروابط العائلية تلك القيمة الأخلاقية التي تتكامل مع القيم الأخلاقية الأخرى لتحقيق العدالة الاجتماعية.

ولقد ظهر لنا أن المشرع الوضعي يجد نفسه أمام أسئلة هامة أبرزها : هل يضحى بروابط الأسرة وترابطها في سبيل تحقيق العدالة الجنائية بصفة مطلقة؟ أم أن الوسط العائلي أو الرابطة العائلية تقف حامية لأفراد الأسرة الواحدة من تدخل القانون الجنائي؟ كما ظهر لنا أيضا أن المشرع الوضعي ليس في الجزائر فحسب يميل إلى عدم التدخل في الحياة الأسرية على الأقل بأساليب وبوسائل القانون الجنائي إلا إذا كانت الجريمة المرتكبة في الوسط العائلي تهدد كيان الأسرة ذاتها أو تمس مساس خطير بمصالح الدولة العليا.

فالحماية الأسرية تلعب دورا كبيرا في مجال القانون الجنائي أسوة بأنواع الحماية الأخرى المعروفة كالحماية الدبلوماسية مثلا. لذا يجب أن نصل إلى اعتماد قانون خاص تكون له نظرته وفلسفته الموحدة من أجل حماية الأسرة جنائيا ويجب أن يتسم بسمات ضرورية هي ابتعاده عن أي موروث يعطي أو يساهم في إضفاء أي شكل من أشكال المشروعية أو حتى القبول بأي فعل ماس بترابط الأسرة.

وأن يتضمن عناية خاصة لمشاكل العصر في داخل الأسرة مستندا على المرجعية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والإعلانات العالمية كما يجب الاهتمام بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء كقاعدة أخلاقية تنطلق منها الأحكام التفصيلية وكأساس لسياسة جنائية رشيدة ومفيدة وهذا كله سيساهم في واقعية النص التشريعي أي ملاءمته لواقع المجتمع الجزائري ولطابعه المتميز بتدينه من حيث المبدأ.

وفي الأخير يمكننا القول انه ينبغي على المشرع الجزائري خصوصا والعربي عموما أن يعيد النظر في بعض النصوص القانونية وأن يحسم الأمر في معالجة بعض المسائل التي أصبحت تفرض نفسها على المجتمع لاسيما فيما يتعلق بمسألة نسب الأطفال ضحية العلاقات الجنسية غير المشروعة وحق المرأة المعتصبة في إجهاض نفسها وعدم إجبارها على قبول أمومة مفروضة عليها نتيجة اعتداء جنسي كانت مسلوقة الإرادة فيه. كما على المشرع أن يتدخل ويلغي بعض النصوص العقابية التي لا تتماشى مع أخلاقيات المجتمع العربي والجزائري ، وتتعارض مع الحقوق الأساسية للإنسان كنص المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري فقرة ثانية التي تقرر إعفاء الخاطف من العقوبة إذا تزوج من المخطوفة زواجا شرعيا .

فهذا النص لم يعد يتماشى مع تغير صورة المرأة في المجتمع وفي أسرتها. وأخيرا يجدر بنا أن نشير إلى حتمية إتباع المشرع الجنائي لمبدأ التدخل النسبي لا التدخل المطلق في حياة الأسرة وهذا يعني أن هناك مناطق يستحسن أن لا يتدخل المشرع الجنائي فيها حتى يصون كرامة العائلات وحسن تماسك أفرادها.

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب العامة:

- 1- البهوتي، كشف القناع على متن الاقتناع، الجزء 1، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون بلد، 1982.
- 2- الترميدي أبو عيسى، سنن الترمذي (الجامع الكبير)، الجزء الرابع، دار الفكر الإسلامي، لبنان، 2008.
- 3- الأم، للإمام الشافعي، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة.
- 4- المغني لابن قدامة على مختصر الخرقى، الجزء الثامن، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة.
- 5- الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سير الأخبار، الجزء السادس، مطبعة حلبي، مصر، بدون سنة.
- 6- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، مصر، الطبعة الثالثة، 1957.
- 7- النووي، شرح صحيح مسلم، الجزء الأول، باب دية الجنين، المكتبة المصرية، مصر، بدون سنة.
- 8- الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر جليل، ج4، دار الفكر، بيروت، طبعة 2، 1978.
- 9- ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الرابع، دار العلم، القاهرة، 1984.
- 9- إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، المكتبة القانونية، الجزائر، 1998.
- 10- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1980.

- 11- ابن عابدين، رد المختار على الدرر المختار، شرح تنوير الأبصار، مطبعة مصطفى الباب الحلبي، مصر، الجزء الثالث، 1984.
- 12- ابن إلهام، شرح فتح القدير، الجزء الخامس، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1316 هجرية.
- 13- ابن منظوم، لسان العرب، المجلد السادس، دار الفكر العربي، للطباعة والنشر، القاهرة، بدون سنة.
- 14- ابن قدامة، المعنى، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1988.
- 15- أبي جعفر الطوسي، الاستبصار فيما اختلف فيه من الأخبار، الجزء الثالث، دار الحديث للطباعة والنشر، الرياض، 1997.
- 16- أبو العلاء النمر، دراسة تحليلية لدعوى صحة إجراءات العرض والإيداع، الحلول العملية للتزاع حول قائمة منقولات الزوجية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1998.
- 17- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثامن، دار الحقائق، بيروت، 2007.
- 18- أبو حامد الغزالي، معارج القدس في مدارج معرفة النفس، مطبعة المعاد، مصر، بدون سنة.
- 19- أحمد المهداوي وهادي العبيدي، القانون في حياتنا، مطبعة الروزنا، الأردن، 1999.
- 20- أحمد إبراهيم حسن، النظم القانونية والاجتماعية، نظم القانون الخاص، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2001.
- 21- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1990.
- 22- أحمد صفوت، شرح القانون الجنائي، القسم العام، بدون دار نشر، مصر، 1982.
- 23- أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988.

- 24- أحمد فتحي بهنسي، مدخل للفقهاء الجنائي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1989.
- 25- أحمد أبو الروس، الموسوعة الجنائية الحديثة، الجزء الرابع، المكتب الجامعي، الحديث، الإسكندرية، 1997.
- 26- أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990.
- 27- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1991.
- 28- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، بدون دار نشر، مصر، 1981.
- 29- أحمد أمين بيك، شرح قانون العقوبات الأهلي، القسم الخاص، بدون دار نشر، مصر، الطبعة الثانية، 1992.
- 30- أحمد عبد الغني شاهين، الجناية على العرض بالفعل وعقوبتها، في الشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، 1988.
- 31- أحمد خليل، جرائم الزنا، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1993.
- 32- أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي، الدار العربية للموسوعات، بيروت، الطبعة الثالثة، 1986.
- 33- أحمد يحيى عبد الحميد، الأسرة والبيئة، المكتب الجامعي الحديث، بدون دار نشر، الإسكندرية، 1998.
- 34- أحمد محمد علي دواد، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 35- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005.

- 36- أحمد محمود سعد، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار النهضة للطباعة والنشر، القاهرة، 1944.
- 37- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 38- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 39- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الجزء الأول، مكتب عبد الله وهبة، القاهرة، سنة 1999.
- 40- إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983.
- 41- أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 2004.
- 42- أكمل الدين البابري، شرح العناية على الهداية، الجزء التاسع، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1316 هجرية.
- 43- إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، مكتبة غريب، مصر، الطبعة الأولى، 1988.
- 44- أنور طلبة، الملكية الشائعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
- 45- أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، المجلد الأول، الجزء الرابع، مكتبة جامعة طنطا، مصر، 1987.
- 46- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 47- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

- 48- جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- 49- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المجلد الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1991.
- 50- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المجلد الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1991.
- 51- جيلالي بغداداي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 52- جمال الدين محمد مرسي، عالم الحشيش وآثاره الضارة على المجتمع، الهيئة العامة للكتاب، مصر، بدون سنة.
- 53- حسام الدين الأهواني، مقدمة في القانون المدني، نظرية الحق، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1992.
- 54- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 55- حسن كبيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
- 56- حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، قسم البحوث والدراسات العربية، مصر، 1972.
- 57- حسن محمد ربيع، الركن المعنوي في جرائم المخدرات، المؤسسة الفنية للطباعة، مصر، بدون سنة.
- 58- حسن صادق المرصفاوي، شرح قانون الجزاء الكويتي، قسم خاص، المكتب الشرقي للنشر، بيروت، 1970.
- 59- حسين علي شحرور، الطب مبادئ وحقائق، بدون دار نشر، بيروت، لبنان، بدون سنة.

- 60- حسنين عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بدون دار نشر، القاهرة، الطبعة الثانية، 1973.
- 61- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 62- رؤوف عبيد، القسم الخاص من قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
- 63- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، مصر، 1985.
- 64- رياض الخاني وجاك يوسف الحكيم، شرح قانون العقوبات السوري، قسم خاص، المطبعة الجديدة، دمشق، 1986.
- 65- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شركة ديوان الجزائر، بدون سنة.
- 66- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، مصر، 1997.
- 67- سيد حسن البغال، إساءة الائتمان، عالم الكتب، القاهرة، 1979.
- 68- سعيد مبارك، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الحكومة، بغداد، الطبعة الأولى، 1973.
- 69- سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء 4، مطبعة عمار قرني، باتنة، الجزائر، 1992.
- 70- سليمان مرقش، التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة/ 1992.
- 71- شمس الدين الرملي، محمد بن أحمد، علي بن علي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1993.
- 72- صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1961.

- 73- طاهر حسين، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 74- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ج8، الطبعة الثانية، 1991.
- 75- عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداءات على الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 76- عبد الفتاح عبد الباقي، دروس الأموال، مطابع دار الكتاب المصري، القاهرة، بدون سنة.
- 77- عبد الله علي الحسين، مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس، المجلد الرابع، دار الإسلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، بدون سنة.
- 78- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1997.
- 79- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1997.
- 80- عبد الحكم فودة، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1994.
- 81- عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
- 82- عبد الواحد إمام مرسي، الشذوذ الجنسي وجرائم القتل، دار المعارف، مصر، 1995.
- 83- عبد القادر قهواجي، قانون العقوبات، قسم خاص، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.

- 84- عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- 85- عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- 86- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 87- عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار المطبوعات، دون بلد، 1990.
- 88- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- 89- عوض محمد، الأحكام العامة في قانون الإجراءات الجنائية، الجزء 1، بدون دار نشر، بدون بلد، 1990.
- 90- عبد العزيز سيف النصر، الطب الشرعي النظري والعملي، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، 1980.
- 91- عبد العزيز سعد، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 92- عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري وللتحقيق، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 93- علي بن بلقاسم، قانون العقوبات، الدار المغاربية الدولية للنشر والتوزيع، باتنة، 1991،
- 94- فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 95- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

- 96- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1984.
- 97- قيس النووي، نمو شخصية الفرد والخبرة الاجتماعية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1988.
- 98- مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
- 99- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
- 100- محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، مطابع التعليم العالي، العراق، 1982.
- 101- محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1994.
- 102- محمد الغزالي، الوسيط في المذهب الشافعي، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الثانية، 2000.
- 103- محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 2، 1989.
- 104- محمد زكي أبو عامر، الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، القسم الثاني، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1985.
- 105- محمد عطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع المصري، مكتبة النهضة المصرية، مصر، 1988.
- 106- محمود محمود مصطفى، قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون دار نشر، بدون بلد، 1974.
- 107- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة.

- 108- محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
- 109- محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردن، دار النشر، عمان، الأردن، 1990.
- 110- محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشروق العربي، القاهرة، 1972.
- 111- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- 112- محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- 113- معوض عبد التواب، الموسوعة الجنائية الشاملة لقانون العقوبات، المجلد السابع، بدون بلد، 2002.
- 114- ماهر عبده شويش الذرة، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
- 115- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، بدون سنة.
- 116- منصور مصطفى منصور، تحليل أثر قيمة الأموال الشائعة، وحماية كل شريك من تصرفات غيره، مجلد العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1974.
- 117- محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1993.
- 118- نظام الدين، الفتاوى الهندية، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
- 119- نجيب حسني، شرح قانون العقوبات الأهلي، قسم خاص، بدون دار نشر، مصر، 1992.
- 120- هشام عبد الحميد فرج، الجريمة الجنسية، مطابع الولاء الحديثة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.

- 121- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، الجزائر، دون طبعة، 1993.
- ب- الكتب المتخصصة:
- 122- أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون طبعة، 2000.
- 123- أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للحرية الشخصية من الوجهة الموضوعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 2004.
- 124- أحمد يحيى عبد الحميد، الأسرة والبيئة، المكتب الجامعي الحديث، بدون دار نشر، الإسكندرية، 1998.
- 125- أحمد خليل، جرائم الزنا، دار المطبوعات الجامعية، دون بلد، 1993.
- 126- بسام مجيد سليمان العباجي، ملكية الأسرة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 127- أحمد يحيى عبد الحميد، الأسرة والبيئة، المكتب الجامعي الحديث، بدون دار نشر، الإسكندرية، 1998.
- 128- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والحمل والإجهاض، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
- 129- حسن محمد السيد الجدع، الحماية الجنائية لحق الجنين في النمو الطبيعي، دار محرم للطبع والنشر، الزقازيق، 1990.
- 130- رباب عنتر السيد، جريمة تبديد منقولات الزوجة بين الشريعة والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 131- رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة الأولى، 2001.
- 132- سعيد أزيك، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، بدون دار نشر، المغرب، 1998.

- 133- شيماء التليلي، نظام الملكية المشتركة بين الزوجين، دراسة مقارنة، صفحات للدراسات والنشر، تونس، طبعة 1، 2008.
- 134- عبد الرحيم صدقي، جرائم الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، مكتبة النهضة، الشروق، القاهرة، 1986.
- 135- عادل سليم، المشكلات العملية في جريمة تبديد منقولات الزوجية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، 2006.
- 136- عبد السلام مقلد، الجرائم المتعلقة على شكوى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1989.
- 137- عبد النبي محمد أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 138- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، طبعة 2، 2002.
- 139- كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، طبعة 1، 1995.
- 140- لوعيل محمد مين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 141- عبد السلام بشير الدويبي، العنف العائلي، الأبعاد السلبية والإجراءات الوقائية والعلاجية، مطبعة اللجنة العليا للطفولة، طرابلس، 2004.
- 142- قيس عبد الوهاب العالي، ملكية أثاث بيت الزوجية، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، طبعة 1، 2008.
- 143- محمد مهدي الحجري، المرأة بين الشرع والقانون، مطابع دار الكتاب، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1997.
- 144- محمد أحمد طه محمود، الحماية الجنائية للعلاقات الزوجية، دراسة مقارنة، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، طبعة الأولى، 2002.

- 145- محمود حجازي محمود، العنف الجنسي ضد المرأة في أوقات النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 146- محمد مرزوكي، السياسة الجنائية الاجتماعية في مجال الأسرة والأحداث، جمعية نشر المعلومة القانونية، مكناس، المغرب، 2004.
- 147- محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 148- محمد عبد الرؤوف محمد أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، طبعة 1، 2009.
- 149- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري المقارن والشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، طبعة 1، 2003.
- 150- محمد عبد الرؤوف، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة، دراسة تأصيلية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009.
- 151- هناء عبد الحميد بدر، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع، المكتب الجامعي الجديد، مصر، بدون سنة.
- 152- يوسف وهابي، جرائم بيت الزوجية والحماية الجنائية للزوجين على ضوء تعديلات القانون الجنائي الأخيرة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2005.
- ج- المذكرات والرسائل العلمية:**
- 153- بن عودة حسكر مراد، الحماية الجزائرية للزوجة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004.
- 154- بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010.
- 155- حسين أحمد توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.

- 156- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005.
- 157- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2006.
- 158- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة القاهرة، 1957.
- 159- محمد زكي أبو محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1967.
- د- المقالات العلمية:**
- 160- الزبير بن عون، التنشئة الاجتماعية ماهيتها ونظرياتها، www.educa.UN.com.
- 161- بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 18، 1993.
- 162- دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد الأول.
- 163- علي الديري، الاستيلاء والتملك والحيازة والاستلاء، <http://alsarab.LAW.OWN.COM>.
- 164- عادل عامر، القواعد الموضوعية للزواج في القانون المصري، www.F-LW.NET.
- 165- عيبر هريدي، الحماية القانونية للنساء ضد العنف، المجلة الجنائية القومية، مصر، عدد 1، 1973.
- 166- ملكي الحسين، الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية، جريدة العلم، 04 ماي 2004، عدد 05، 2004.
- 167- مروك نصر الدين، الأم البديلة بين الشريعة والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد 01، 2003.

- 168- محمد سليم العوا، الجرائم الخلقية الماسة بالأسرة في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، مجلة المحاماة، مصر، عدد 67، 1987.
- 169- محمد مصطفى، دار الإفتاء المصرية تحسم إشكالية إجهاض المغتصبة، www.islamonline.com.
- 170- فتيحة بوروينة، فتاوى تبيح إجهاض ضحايا الاعتداءات الجنسية، www.saidaonline.com.
- هـ- النصوص القانونية:
- 1- النصوص القانونية الوطنية:
- 171- دستور الجزائر لسنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 76 المؤرخة في 1996/12/08، ص 6.
- 172- الاتفاقية الثنائية بين حكومة الجزائر وحكومة فرنسا المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، مصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في جويلية 1988، جريدة رسمية، عدد 30 سنة 1988.
- 173- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق الطفل الموافق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، جريدة رسمية، عدد 91، سنة 1992.
- 174- الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة، الصادر عن الأمم المتحدة بتاريخ 20 ديسمبر 1993، www.un.org.
- 175- الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد بأديس أبابا في جويلية سنة 1990 والمصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 03/242 المؤرخ في 2003/07/08، جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2003.
- 176- الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- 177- الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009.

- 178- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.
- 179- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 180- القانون رقم 85/05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها معدل بالقانون 08/13 مؤرخ في 20 جويلية 2008.
- 181- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- النصوص القانونية الأجنبية:

- 182- القانون المدني الفرنسي.
- 183- القانون المدني السويسري.
- 184- قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1992.
- 185- قانون العقوبات المصري والأردني والسوري.
- 186- قانون العقوبات المغربي والتونسي.
- 187- مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- 188- مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- 189- قانون الأحوال الشخصية للمسلمين المصري.
- 190- قانون الأحوال الشخصية الأردني للمسلمين.

و- اليوميات:

- يومية الخبر الجزائرية، 09-09-2008.
- يومية الخبر الجزائرية، 09-09-2009.
- جريدة المساء 09-09-2009.
- جريدة الشروق الجزائرية، 10-11-2009، عدد 2624.

ي- المواقع الإلكترونية:

- www.islamonline.NET.
- www.lawandlife.NET.
- www.jurispedia.org.
- www.un.org.

II. المراجع باللغة الأجنبية:

A/ ouvrages généraux :

- 1- A.benabent, droit civil, la famille, edi litec, 1997.
 - 2- A.vitu, traité de droit criminel, edi cujas, paris, 1982.
 - 3- Bruno.py, le sexe et le droit, 1^{ère} edi, edi presse universitaires, France, 1999.
 - 4- Bouzat et pinatel, traité de droit pénal et de criminologie, paris, 1970.
 - 5- Daniel. Borillo, homosexualités et droit, edi des presses universitaires de France, 1999.
 - 6- desaumdins, traité du vol dans principales législations de l'antiquité et spécialement dans le droit romain, paris, 1981.
 - 7- G.Benmalha, les successions en droit algérien, opu, Alger , 1982.
 - 8- F.goyet, droit pénal spécial, 7^{me} edi, Dalloz, paris, 1958.
 - 9- florence la roche, les droits de l'enfant, edi Dalloz, paris, 1996.
 - 10- Henry, F.jacob, code civil, edi Dalloz, paris, 2001.
 - 11- jean, carbonnie, droit civil, la famille, edi thémis, tome II, 1993.
 - 12- jean larguier, droit pénal spécial, edi Dalloz, 1996.
 - 13- jean pradel, Michel danti juan, Droit pénal spécial, tome III, edi ugos, 1995.
 - 14- jean claude planque, droit pénal spécial, 2^{ème} edi, edi l'exifac.droit, 2011.
 - 15- Kalfat choukri, transformations sociales et violence intrafamiliale.
 - 16- Michel laure rassat, droit pénal spécial, edi Dalloz, delta, paris, 1997.
 - 17- Michel Veron, droit pénal spécial, Armand colin, paris, 9^{ème} edi, 2002.
 - 18- Merllet, vitu, traité de droit criminel, paris, 1981.
 - 19- Normand, traité élémentaire de droit criminel, Dalloz, paris, 1996.
 - 20- pierre, tour et Henri des chenaux, le code civil suisse, edi polygraphiques, Zurich, 2009.
 - 21- patrice gattegno, droit pénal spécial, edi Dalloz, paris, 3^{ème} edi, 1999.
 - 22- R.voin, droit pénal spécial, 6^{ème} édition, Dalloz, 1988.
- B/ ouvrages spécialises et theses :**
- 23- Abd el Rahim, Sedki, aspects de la criminalité conjugale en droit pénal français et égyptien, paris, 1982.
 - 24- cornu, régimes matrimoniaux, 6^{ème} édition, paris, 1992.

- 25- didier, martin, les régimes matrimoniaux, connaissance du droit, edi Dalloz, paris, 1995.
- 26- Fernand devis, les droits entre époux, thèse de doctorat, université de paris 1, 1983.
- 27- N.Sarage, la capacité de la femme mariée, edition dalloz, paris, 1986.

الفهرس

| | |
|----|--|
| 1 | مقدمة..... |
| 15 | الباب الأول: تجريم العنف العائلي..... |
| 16 | الفصل الأول: الأبعاد القانونية في معالجة العنف الماس بمقومات الأسرة..... |
| 17 | المبحث الأول: العنف المادي داخل الأسرة..... |
| 18 | المطلب الأول: المفاهيم الأساسية للعنف المادي:..... |
| 18 | الفرع الأول: العنف من منظور القانون الداخلي..... |
| 24 | الفرع الثاني: العنف في المنظور الدولي..... |
| 27 | أولاً: التفكك الأسري وزيادة الجريمة الدولية..... |
| 28 | ثانياً: العنف الأسري وظاهرة الإرهاب الدولي:..... |
| 30 | المطلب الثاني: حدود الضرب المقرر لتأديب الزوجة والأولاد..... |
| 31 | الفرع الأول: حق تأديب الزوجة والأولاد..... |
| 31 | أولاً: حق تأديب الزوجة..... |
| 32 | I- أساس إباحة تأديب الزوجة في القانون المقارن..... |
| 32 | أ- تعارض حق التأديب مع النظام العام الفرنسي..... |
| 33 | ب- تعارض التأديب مع مبدأ المساواة في التشريع الإنجليزي..... |
| 34 | ج- إباحة القانون المصري التأديب للنشوز..... |
| 34 | II- إباحة تأديب الزوجة في الشريعة الإسلامية..... |
| 38 | III- غموض التشريع الجزائري حول تأديب الزوجة..... |
| 41 | ثانياً: حق تأديب الأولاد..... |
| 41 | I- تأديب الصغير في القانون المقارن..... |
| 42 | أ- السماح بالتأديب في إطار النظام العام..... |
| 42 | 1- التأديب استناداً للسلطة العائلية في القانون الفرنسي..... |
| 42 | 2- التأديب استناداً لحق الرعاية في القانون الإنجليزي..... |

- 3- التأديب استنادا لحق شرعي في القانون المصري. 43
- ب- السماح بالتأديب بنص صريح. 44
- II- تأديب الصغير في الشريعة الإسلامية. 45
- أ- أساس إباحة تأديب الصغير. 45
- ب- وسائل التأديب وقيوده. 47
- III- موقف القانون الجزائري. 48
- أ- تحديد الصغير الخاضع للتأديب. 49
- ب - الأشخاص الذين يملكون حق التأديب. 51
- الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية عن تجاوز حق التأديب وبلوغه حد العنف. 53
- أولا : مسؤولية الزوج 53
- I- في القانون الجنائي الوضعي. 54
- أ- شروط قيام المسؤولية الجنائية. 54
- ب- مدى فعالية المتابعة الجزائية ضد الزوج. 59
- ج- المسؤولية الجزائية في حالة الإجهاض. 62
- II- في الفقه الإسلامي. 63
- أ- تعيين الحكامين لمنع تجاوز حدود الضرب المبرح. 64
- ب- الاختلاف الفقهي في مسؤولية الزوج عن أضرار التأديب. 65
- ثانيا : مسؤولية الوالدين عن تجاوز حدود تأديب الأولاد. 68
- I- ضرب وجرح القاصر ومنع العناية والطعام عنه. 68
- II- قتل الابن الحديث العهد بالولادة. 70
- III- الاعتداء على الجنين. 74
- ثالثا : العنف الناتج عن اعتداء الفروع على الأصول. 81
- I- واجب طاعة الوالدين والإحسان إليهم. 81
- II- المسؤولية الجنائية على الاعتداء على الوالدين. 84

- أ- ضرب وجرح الوالدين. 84
- ب- قتل الوالدين. 86
- ج- حرمان الفرع من ميراث الأصل. 87
- المبحث الثاني : العنف المعنوي والجنسي. 89
- المطلب الأول : العنف المعنوي 89
- الفرع الأول : القذف والسب بين أفراد الأسرة. 90
- أولاً : محل الحماية الجنائية في القذف والسب 91
- I- شرف واعتبار أفراد الأسرة : 92
- II- التشهير بسمعة الأسرة 95
- ثانياً : الإشكالات الإجرائية في دعوى القذف والسب. 99
- I- إشكالية الشكوى 99
- II- إشكالية التقادم 102
- الفرع الثاني : التهديد داخل الأسرة. 104
- أولاً: مفهوم التهديد 104
- ثانياً: أشكاله. 105
- I- التهديد بالمحررات 105
- II- التهديد الشفوي. 106
- المطلب الثاني : العنف الجنسي. 108
- الفرع الأول : العنف السابق أو المصاحب للمعاشرة الجنسية بين الزوجين. 109
- أولاً: حالة المعاشرة الجنسية الطبيعية 110
- I- موقف القانون المقارن من اغتصاب الزوجة 111
- أ- تجريم القضاء الغربي الاغتصاب الزوجي 112
- ب- إباحة القوانين العربية الاغتصاب الزوجي 115
- ج- موقف الشريعة الإسلامية 117

- 118.....II- إغفال التشريع الجزائري مسألة الاغتصاب الزوجي .
- 119.....ثانيا: حالة المعاشرة الجنسية غير الطبيعية.....
- 121.....I- التكييف القانوني للفعل.....
- 121.....أ- اعتبار الفقه الوضعي الفعل هتك عرض.....
- 122.....ب-اعتبار الفقه الإسلامي الفعل معصية.....
- 123.....ج- موقف القضاء.....
- 125.....II- الآثار القانونية للتكييف.....
- 125.....أ- تحديد الأفعال المادية للجريمة.....
- 127.....ب- مسألة الزوجة القاصرة.....
- 129.....ج- إشكالية الإثبات أمام القضاء.....
- 130.....الفرع الثاني : إمتداد الاعتداء إلى غير الزوجين .
- 130.....أولا: الفاحشة بين ذوي المحارم.....
- 133.....ثانيا: هتك العرض.....
- 137.....ثالثا: إشكالية إجهاض المرأة المغتصبة.....
- 142.....I- إشكالية نسب الطفل الناتج عن هذه العلاقات.....
- 142.....II- الموقف الشرعي والقانوني من حق المرأة المغتصبة في إجهاض نفسها.....
- 145.....الفرع الثاني : الخيانة الزوجية.....
- 148.....أولا : الزنا وحق تعدد الزوجات:
- 150.....I- تحديد فعل الوطء.....
- 153.....II- قيام الرابطة الزوجية.....
- 155.....III- مسألة الزواج العرفي.....
- 157.....ثانيا: صور الحماية الإجرائية في دعوى الخيانة الزوجية.....
- 158.....I- تقييد دليل الإثبات وصعوبته:
- 162.....II- الشكوى كشرط لضمان مصلحة الأسرة.....

- 171 الفصل الثاني: تجريم الإخلال بالالتزامات العائلية.
- 172 المبحث الأول : تشدد التشريعات على مخالفة التزام الرعاية .
- 172 المطلب الأول : ترك الأسرة .
- 173 الفرع الأول : الابتعاد الجسدي عن مقر الأسرة .
- 175 أولا: التمييز بين الغياب والمهران في المضجع .
- 177 ثانيا: وجود رابطة الأمومة أو الأبوة .
- 178 الفرع الثاني : عدم الوفاء بالالتزامات العائلية لمدة شهرين .
- 180 الفرع الثالث: الأفعال المبررة التي تنفي الجريمة .
- 182 المطلب الثاني : إهمال الزوجة والأولاد .
- 182 الفرع الأول: إهمال الزوجة الحامل .
- 183 أولا: الحمل كضمان للحماية .
- 183 I- مفهوم الحمل طبقا للقانون الجنائي .
- 185 II- اللعان وأثره على الدعوى الجزائية .
- 188 ثانيا: وجود الرابطة الزوجية .
- 189 ثالثا: حالة الزواج العرفي .
- 193 الفرع الثاني : إهمال الأطفال .
- 193 أولا: الإهمال المعنوي للأبناء .
- 194 I- تحديد أعمال الإهمال المبينة في المادة 330/فقرة 3 قانون عقوبات .
- 195 II- الأضرار المترتبة على الإهمال المعنوي للأبناء .
- 196 ثانيا: ترك الطفل في مكان خالي وتعريض حياته للخطر .
- 197 I- ترك الطفل في مكان خالي .
- 199 II- تعريض الطفل للخطر .
- 201 المبحث الثاني : ضمان حق الطفل في التواصل بأسرته .
- 202 المطلب الأول : الاعتداء على هوية الطفل ونسبه .

- 202..... الفرع الأول : الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل .
- 203..... أولا: إخفاء نسب الطفل المولود حيا .
- 205..... ثانيا: عدم تسليم جثة طفل حديث العهد بالولادة .
- 207..... الفرع الثاني : عدم التصريح بميلاد الطفل .
- 209..... المطلب الثاني : مخالفة أحكام الحضانة .
- 209..... الفرع الأول : عدم تسليم المحضون .
- 210..... أولا: عدم تسليم القاصر إلى حاضنه .
- 212..... ثانيا: عدم تسليم الطفل الموضوع تحت رعاية الغير .
- 214..... الفرع الثاني: خطف القاصر وإبعاده .
- 215..... أولا: الخطف بدون عنف ولا تحايل .
- 219..... ثانيا: سقوط المتابعة بعد الزواج من المخطوفة .
- 222..... ثالثا : عدم تنفيذ أحكام الزيارة .
- 226..... الباب الثاني: تبديد أموال الأسرة.
- 227..... الفصل الأول: سرقة أموال الأسرة.
- 228..... المبحث الأول: تحدد أموال الأسرة.
- 228..... المطلب الأول: أموال الأسرة الشائعة.
- 229..... الفرع الأول: الطبيعة القانونية لملكية الأسرة.
- 229..... أولا: مفهوم ملكية الأسرة.
- 229..... I- تعريف ملكية الأسرة.
- 230..... II- مركز ملكية الأسرة في القانون المدني.
- 232..... ثانيا: أركان ملكية الأسرة.
- 233..... I- أعضاء الأسرة الواحدة.
- 236..... II- الاتفاق الكتابي.
- 238..... III- الأموال المملوكة لأعضاء الأسرة.

- 239VI- المدة في ملكية الأسرة.
- 241الفرع الثاني: الاستعمال والتصرف في ملكية الأسرة.
- 241أولاً: التنظيم التشريعي للاستعمال.
- 241I- حدود الاستعمال والقيود الواردة عليه.
- 244II- أعمال التنظيم التشريعي للاستعمال في ملكية الأسرة.
- 246ثانياً: التنظيم الاتفاقي والقضائي للاستعمال.
- 247I- الشكل القانوني للاتفاق المنظم للاستعمال.
- 248II- دور القاضي في تنظيم استعمال ملكية الأسرة.
- 249ثالثاً: التصرف في ملكية الأسرة.
- 250I- تصرف الشريك لأحد شركائه.
- 251II- تصرف الشريك لأجنبي عن الأسرة.
- 252أ- تصرف الشريك لأجنبي بموافقة الشركاء.
- 254ب- تصرف الشريك لأجنبي دون موافقة الشركاء.
- 255المطلب الثاني: أموال التركة.
- 256الفرع الأول: مفهوم أموال التركة.
- 258الفرع الثاني: أساس اكتساب أموال التركة.
- 259أولاً: رابطة الزوجية.
- 260ثانياً: رابطة القرابة.
- 262المطلب الثالث: أموال الزوجين.
- 263الفرع الأول: الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين.
- 264أولاً: مصادر أموال الزوجة.
- 264I- أموال الزوجة المكتسبة بمقتضى الزواج.
- 266II- أموال الزوجة المكتسبة عن طريق دخلها.
- 267ثانياً: نطاق الملكية المستقلة الخاصة بكل من الزوجين.

- I- ملكية كل من الزوجين للمال ذاته وعناصره الجوهرية. 269.....
- II- ملكية كل من الزوجين لما فوق أرضه وتحتها. 270.....
- III- ملكية كل من الزوجين للثمار والمنتجات والملحقات. 271.....
- ثالثا: سلطات كل من الزوجين على أمواله الخاصة به. 272.....
- I- استعمال كل من الزوجين لماله الخاص به. 272.....
- II- استغلال كل من الزوجين لماله الخاص به. 274.....
- III- تصرف كل من الزوجين بماله الخاص به. 275.....
- الفرع الثاني: نظام الملكية المشتركة بين الزوجين. 276.....
- أولا: التنظيم التشريعي الفرنسي للملكية المشتركة بين الزوجين. 277.....
- I- عناصر الملكية المشتركة بين الزوجين. 278.....
- II- سلطات الزوجين على الأموال المملوكة ملكية مشتركة بينهما. 280.....
- ثانيا: تنظيم الملكية المشتركة بين الزوجين في التشريعات العربية. 283.....
- المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية للسرقة العائلية. 287.....
- المطلب الأول: المعالجة الجنائية للسرقة العائلية في القانون الفرنسي. 287.....
- الفرع الأول: ارتباط المعالجة الجنائية للسرقة العائلية بتاريخ القانون الفرنسي. 289.....
- أولا: السرقة بين الأزواج. 290.....
- ثانيا: السرقة إضرارا بالأباء. 291.....
- ثالثا: السرقة إضرارا بالأبناء. 292.....
- الفرع الثاني: ارتباط المعالجة الجنائية للسرقة العائلية بحماية الجاني في الأسرة. 292.....
- الفرع الثالث: أساس الحماية الجنائية في السرقة العائلية. 294.....
- أولا: النظريات القانونية التي قيلت في هذا الشأن. 294.....
- ثانيا: الإشكالات الناجمة عن تطبيق نص المادة 12/311 من قانون العقوبات الفرنسي. 298.....
- I- مشكلة التفسير الواسع للنص. 298.....

- 300.....II- مشكلة إغفال النص على حكم العود.....
- 301.....III- مشكلة الحالة الخطرة.....
- 301.....ثالثا: موقف القضاء الفرنسي من جريمة السرقة العائلية.....
- 303.....المطلب الثاني: مرونة التشريعات العربية في معالجة السرقة العائلية.....
- 303.....الفرع الأول: موقف القانون المصري من سرقات الأقارب والأزواج.....
- 304.....أولا: التحليل الفقهي لنص المادة 312 قانون العقوبات مصري.....
- 305.....ثانيا: موقف القضاء المصري من نص المادة 312 قانون العقوبات.....
- 305.....I- قصور الحماية الجنائية على العقاب دون التجريم.....
- 307.....II- التوسيع في تفسير نص المادة 312 ق.ع وأثره على الجرائم المالية الأخرى.....
- 307.....الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من السرقة العائلية.....
- 308.....أولا: انتفاء الوصف الجنائي على السرقة بين الأزواج والأصول والفروع.....
- 310.....ثانيا: أثر الإعفاء من العقوبة على المساهمين في السرقة العائلية.....
- 311.....ثالثا: تقييد حق المتابعة الجزائية على الشكوى في سرقات الأقارب.....
- 311.....I- نطاق القيد من حيث الأشخاص.....
- 312.....II- نطاق القيد من حيث الجرائم.....
- 312.....أ- في حالة السرقة بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة.....
- 313.....ب- في حالة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة.....
- 314.....الفرع الثالث: تشدد الشريعة الإسلامية في السرقة العائلية:.....
- 315.....أولا: السرقة بين الأباء والأبناء.....
- 315.....I- حالة سرقة الأصل من الفرع.....
- 316.....II- حالة سرقة الفرع من الأصل.....
- 317.....ثانيا: السرقة بين الأزواج.....
- 318.....I- حالة الخطوبة.....
- 318.....II- في حالة الطلاق.....

- 319المطلب الثالث: الاستيلاء على أموال التركة.
- 321الفرع الأول: الطبيعة القانونية للاستيلاء.
- 321أولاً: الاستيلاء بين القانون المدني والقانون الجنائي.
- 323ثانياً: تمييز فعل الاستيلاء عن الأفعال المشابهة له.
- 323الفرع الثاني: الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة.
- 325الفصل الثاني: تبديد منقولات الزوجية.
- 326المبحث الأول: التنظيم الموضوعي لجريمة تبديد منقولات الزوجية.
- 327المطلب الأول: تحديد المنقول المملوك للغير.
- 328الفرع الأول: مدى أحقية الزوجة في تملك منقولات الزوجية.
- 330الفرع الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الملكية المفترضة.
- 331المطلب الثاني: التسليم وطبيعته في عقود الأمانة.
- 332الفرع الأول: التمييز بين التسليم الصوري والتسليم الحقيقي.
- 334الفرع الثاني: وجود عقد من عقود الأمانة.
- 335الفرع الثالث: مدى تطابق عقود الأمانة مع جريمة التبديد.
- 337المطلب الثالث: مدى تطابق وصف التبديد مع منقولات الزوجية.
- 337الفرع الأول: المفاهيم الأساسية للتبديد.
- 339الفرع الثاني: تحديد الضرر والمضرور.
- 341المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي لجريمة تبديد منقولات الزوجية.
- 341المطلب الأول: الشكوى كشرط للمتابعة الجزائية.
- 342الفرع الأول: صفة القائم بتقديم الشكوى.
- 343الفرع الثاني: حالة استلزام الوكالة الخاصة.
- 344المطلب الثاني: انقضاء المتابعة الجزائية.
- 344الفرع الأول: وفاة الزوج المتهم.
- 344أولاً: أثر وفاة الزوج قبل رفع الدعوى العمومية.

| | |
|-----|--|
| 344 | ثانيا: أثر الوفاة بعد رفع الدعوى العمومية. |
| 346 | الفرع الثاني: تنازل الزوجة عن شكواها. |
| 348 | الخاتمة |
| 355 | قائمة المراجع |
| 373 | الفهرس |

الملخص :

هذه الدراسة تتضمن تحليل لدور التشريعات الجزائية في توفير الحماية الجنائية للأسرة ضمن نطاق النصوص الجزائية المقررة لحماية العائلة من الإجرام الواقع عليها ، سواء مست الروابط التي تحكم الأبناء أو الآباء أو الأزواج فيما بينهم ، منذ نشأة الأسرة إلى ما بعد انحلالها . وهذا أمام انعدام قانون جنائي للأسرة يسهر على حماية ووقاية الوسط الأسري من جهة ويعزز الوحدة الأسرية بما يتماشى وطبيعة نظامها من جهة أخرى ، الأمر الذي يستدعي من القانون الجنائي الحديث تبني سياسة جنائية هادفة للاهتمام بالروابط الأسرية في مجال التجريم أو في مجال العقاب وحتى في مراحل الدعوى الجنائية وذلك إما بالتشديد أو التخفيف حسب اختلاف نمط حياة المجتمع وإيديولوجيته.

الكلمات المفتاحية : أسرة ، روابط أسرية ، حماية جنائية ، سياسة جنائية ، فلسفة التجريم ، فلسفة العقاب، قانون جنائي للأسرة.

Résumé :

L objet de cette étude, est l analyse du rôle des législations pénales en matière de protection de la famille en vue de la préserver contre les crimes afférents. Ces crimes peuvent trancher les relations entre ascendants et descendants ou entre époux depuis le mariage jusqu' a sa dissolution.

En l'absence d'un droit pénale de la famille tendant dune part, a la protection du milieu familiale et d'autre part a le renforcer, il est nécessaire que le droit pénal moderne adopte une politique pénal qui s'intéresse au relations familiales tant de point de vue des l'incrimination que des sanctions par l atténuation ou par l'aggravation des peines selon la nature de la société et de sont idiologie.

Mots clés: famille, relations familiales, protection pénale, politique pénale, philosophie criminelle, philosophie pénale, droit pénal de la famille.

Abstract :

This study analyzes the role of penal legislation, from within the framework of penal provisions, which addresses the protection of families from crimes that occur within and touch the family ties from the moment of constitution of the family until after its dissolution. This is especially important given the lack of a specific penal code applicable for families that provides protection and prevention of crimes in the home environment on the one hand, and that reinforces the unity of the family on the other hand.

This situation requires that modern criminal law to be extended with provisions that protect family ties through introduction of clear criminal and penal codes as well as provisions during the stages of the penal proceedings all in line with the social norms of society.

Keywords: family, family ties, penal protection, criminal policy, philosophy of crime, philosophy of the punishment, criminal law of the family.

Keywords: family, family ties, penal protection, the criminal policy, the philosophy of the crime, the philosophy of the punishment, criminal law of the family.

الملخص العام للأطروحة :

إن محاربة الجريمة بمختلف أشكالها كظاهرة اجتماعية، تقتضي من كل دولة سن سياسة جنائية محددة لضمان الأمن والسلامة والاستقرار وحق الفرد في التمتع بالحرية في إطار من المسؤولية وهذا لا يتأتى إلا باتخاذها إجراءات قانونية للكشف عن الجريمة وعن وسائل مقاومتها للوقاية منها. فالسياسة الجنائية يجب أن تتسم بالفعالية والنجاعة في مواجهة الجريمة والتي لا تقل أهميتها عن السياسية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنتهجها الدولة للوصول إلى أهداف معينة، خصوصا إذا ما كانت الجريمة تمس نظام الأسرة وما تحمله هذه الكلمة من معاني باعتبارها منبع للقيم الإنسانية والمثل العالية بما يكتسبه الإنسان من صفات نبيلة من الإيثار والتضحية والفداء.

والأسرة في أي مجتمع تحتاج بحكم مكانتها الاجتماعية ولكي تقوم على أسس متينة إلى حد أدنى من الرعاية. ولذا فقد صدرت العديد من النصوص القانونية والمواثيق الدولية التي تطالب الدول باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتوفير حماية قانونية لأفرادها.

وقديمة هي الرغبة في تنظيم الأسرة ووضع الأسس لحمايتها والسهر على تفتحها، إلا أن تلك النظم كانت دائما مرهونة بالتطور الاقتصادي وتداخل العوامل الدينية على مر العصور والأزمنة .

ولعل قدم الأنظمة القانونية التي تحكم علاقات الأسرة واتخاذها طابع العادات والتقاليد شبه المقدسة بسبب ما تنطوي عليه من شفافية وحساسية خاصة، هذا بالإضافة إلى الأصول والقواعد الدينية التي ساهمت في تحديد وضبط معالم تلك الأنظمة، هو الذي جعل من محاولات تعديل تلك الأسس أمرا محوطا بالعراقيل والصعوبات .

مثل العنف العائلي المهدد للعلاقات الأسرية، سلوكا مرفوضا ومجرما في معظم تشريعات الدول، وذلك لما له من انعكاسات سلبية على كيان الأسرة وسلامة وأمن وحقوق أفرادها، بل يحصل الأمر أن العنف الواقع داخل الأسرة تتعدى خطورته المحيط العائلي لتصل إلى المحيط الاجتماعي الذي يؤثر على استقراره ونموه وتقدمه . ورغم أن العنف العائلي من الظواهر التي

تمتد جذورها في كل الأمم والثقافات والحضارات بدءا من جريمة القتل الأولى عندما قتل قابيل أخيه هاويل إلا أنه مع ذلك ظل سلوكا مرفوضا ومشينا في معظم تداعياته .

ومما لا شك فيه أن الإسلام قد اهتم اهتماما كثيرا بكيفية تأسيس الأسرة، لذلك شرع من الأحكام والآداب والتوجيهات ما يرمي إلى حماية الأسرة من كل ما يهدد كيانها، فحرم كل الأسباب والعوامل التي تضر بها، كما حذر من كل الخلافات التي تهدمها ووضع القواعد والأسس والتوجيهات التي تساعد على قيام أسرة قوية وسعيدة بدءا من اختيار الرجل لزوجته والزوجة لزوجها فاشتراط الشرع شروطا عديدة لاختيار الزوجة واشتراط على الزوج شروطا عديدة كالكفاءة والخلق والدين والقدرة.

شرع الإسلام الزواج بأن يقيم الرجل والمرأة بينهما علاقة شرعية بقصد الإنجاب تسودها المودة والرحمة ويتعاونان على الأخذ والعطاء ويتبادلا الرأي والمشورة في كل شأن من شؤون الأسرة وهذا يعين كلا منهما على القيام بواجباته بروح ورضا وثقة ومحبة ويثار، قال تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) . وهذا كله يشير إلى أن الأسرة ضرورة فطرية، والإسلام يعد الزواج نصف الدين، وقد جاءت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية تحث على الترغيب في الزواج لما له من آثار طيبة على الفرد والمجتمع الذي يعيش فيه، والزواج هو اتحاد بين شخصين يعيشان معا حياة واحدة وكل منهما يشعر بحاجته إلى الآخر في النواحي العاطفية والجسدية وفي كل شيء يتقاسمان لقمة العيش وحلو الحياة ومرها، وكل منهما يؤدي دورا لا يستغنى عنه بل يكمله ويتممه في إطار الوعي الحقيقي والرضا من جميع الأطراف وكل ذلك يؤدي إلى بناء أسرة كريمة وفاضلة.

أما في الجزائر فقد ارتبطت أحكام الأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية حتى عام (1932) بدخول الاستعمار الفرنسي وبداية مرحلة جديدة في تاريخ التشريع الجنائي، إذ عمد الفرنسيون في البداية إلى تقسيم النظام القضائي إلى نظامين أحدهما، يختص بالدعاوى التي يكون طرفاها أو أحدهما من الأوربيين ويخضع للقانون الفرنسي والثاني، يختص بالنظر في الدعاوى التي تقام بين الوطنيين ويخضع لقانون البلاد الإسلامي .

ولم يكن هذا الوضع ليرضى المعمرين الذين سارعوا إلى إصدار الأمر المؤرخ في 18 فبراير 1841 والمتضمن التنظيم القضائي وبموجبه انتزعوا من القضاة المسلمين صلاحية البت في المسائل الجزائية. وما لذلك من أثر.

وفي 26 سبتمبر 1842 طبقت السلطات الفرنسية التنظيم القضائي الفرنسي الجديد في الجزائر وبذلك مسح القضاء الوطني نهائيا. وتبعاً للتغيرات السياسية التي حدثت على الصعيد الدولي، وفي فرنسا نفسها عدلت بعض القوانين بما يضمن للجزائريين حقوقهم إذ حصر إختصاص القاضي الشرعي بالأحوال الشخصية دون المسائل الجزائية بموجب الأمر الصادر في سنة 1944.

وبما أن أساس دراستنا يدور حول فكر وفلسفة التشريع في حماية نظام الأسرة جزائيا فإنه لا بد من تبيان التطور التاريخي الذي مس التشريع الجزائري بالإشارة إلى أهم التعديلات القانونية المطورة للمركز القانوني للأسرة الجزائرية. فمع صدور قانون العقوبات بموجب الأمر 66-165 شمل مجال الحماية تشديد العقوبات في بعض الجرائم وخاصة فيما يتعلق بالجانب المادي دون عقوبة سلب الحرية، وجاءت هذه التعديلات لتكييف هذا القانون مع متطلبات جديدة التي أصبحت ضرورة ملحة لكي يتماشى التشريع والظروف المعاشة في البلاد. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعكس سياسة المشرع الجزائري بتبنيه سياسة عقابية خاصة في المجال الجنائي للأسرة بخلاف الجزاءات المقررة في الجرائم الأخرى.

وأهم مرحلة شملها تعديل الجرائم الماسة بالأسرة قانون 15/90 إذ جاء بتعديلات شاملة للجزاءات المقررة بالقانون 04/1982 خاصة مبالغ الغرامات، ونجد مثال ذلك فيما يتعلق بجرائم الإهمال العائلي بنص المادة 330 من قانون العقوبات وجرائم ترك الأطفال وتعريضهم للخطر بنص المادة 214 من قانون العقوبات وجرائم الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل بنص المادة 321 من قانون العقوبات، بالإضافة إلى جرم الزنا بنص المادة 39 من قانون العقوبات والذي شمله تعديل درجة العقاب المنصوص عنها بموجب القانون 04/1982 وتم تشديد العقاب في جرائم ضرب الأصول بموجب المادة 267 التي عدلت الأمر 47/1975

والمادة 337 مكرر التي عدلت درجة العقوبة المنصوص عنها بالأمر 1975/47 والمتعلقة بجريمة الفاحشة بين ذوي المحارم.

وعليه فإن العقوبة السالبة للحرية سواء بحديها الأدنى أو الأعلى لم تتغير في جميع التعديلات السابقة وحتى الأشخاص المشمولين بالحماية أو الجزاء، ماعدا عقوبة جرم الزنا إذ قرر المشرع نفس العقوبة للزوج أو الزوجة خلافا لما كان عليه قبل التعديل الصادر بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، فالمادة 339 قبل تعديلها كانت تميز في العقوبة بين الزوج والزوجة حيث كان يعاقب الرجل نصف عقوبة المرأة، وبعد التعديل وحدت العقوبة للزوجين وهي نفسها بالنسبة إلى الشريك، وكانت المادة 340 من ق.ع تنص في فقرتها الثانية على أنه "وإن الصفح الذي يمنح بعد صدور حكم غير قابل للطعن يوقف آثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه". وهي فقرة لم تتضمنها المادة 339 بعد التعديل مع إلغاء المادة 340. فالفرق بين النصين يكمن في أن المادة 340 من ق.ع كان المشرع حريصا في النص على أن الصفح الذي يكون لاحقا للحكم النهائي غير القابل للطعن فيه يوقف تنفيذه. في حين المادة 339 المعدلة تنص على الصفح دون أن تحدد وقت صدوره .

وبصدور القانون رقم 06/23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، شمل التعديل مضاعفة مبلغ الغرامة إدراك من المشرع أن عقوبة سلب الحرية في مجال الجرائم الواقعة على نظام الأسرة لا تحقق الغاية من العقوبة وأساس وجودها، والتي تعد مبلغ التفكير عند علماء وفلاسفة القانون وهي سلامة المجتمع والمحافظة على النظام العام ضمن فلسفة العقاب، وجعلت نفس التعديلات مسألة العفو وصفح الضحية من بين أسباب وضع حد للمتابعة الجزائية. وقد شمل تطور مجال الحماية أن نص المشرع العقابي على تجريم بعض الأفعال الماسة بالأسرة في بعض القوانين الخاصة مثال ذلك القانون رقم 09-01 المتضمن تجريم الاتجار بالبشر الذي حمى الأطفال ضحية الاعتداء من آبائهم. وكذلك قانون تنظيم السجون الذي سعى المشرع من خلاله إلى المحافظة على روابط الأسرة من خلال تقريره لنوع العقاب وذلك تبعا لمركز الفرد داخل الأسرة وأهمية وجوده بها.

وفيما يتعلق بقانون الإجراءات الجزائية وما له علاقة بجرائم الأسرة فقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ تحريك الدعوى الجزائية مباشرة أمام المحكمة وهذا بموجب التعديل الصادر بالقانون رقم 24/90 المؤرخ في 18 أوت 1990 في المادة المستحدثة 337 مكرر في الفصل الأول، القسم الأول، الباب الثالث تحت عنوان في الحكم في الجرح والمخالفات.

وهذا كله يدل دلالة قاطعة على إدراك المشرع لأهمية التنظيم الأسري ومواكبه للتطورات التشريعية الدولية، بما يتناسب والمستجدات الاقتصادية مع تخصيصه لنفس الباب والفصل المقرر لتنظيم الحماية الجزائية دون أن يهتدي لوضع قانون جنائي خاص بالأسرة، وفيما يتعلق بالجانب الإجرائي فإن نفس الإجراءات السابقة كانت محل ممارسة بموجب النصوص اللاحقة.

وما يهم في دراستنا هذه هو تحديد دور التشريعات الجزائية في توفير الحماية الجنائية للأسرة ضمن نطاق النصوص الجزائية المقررة لحماية العائلة من الجرائم الواقعة عليها، سواء مست الروابط التي تحكم الأبناء أو الآباء أو الأزواج فيما بينهم، منذ نشأة الأسرة إلى ما بعد انحلال عقد الزواج. وهذا أمام حالة انعدام قانون جنائي للأسرة خاصة في التشريعات العربية ولاسيما في التشريع الجزائري مم يمكن القول معه أن وظائف القانون الجنائي للأسرة تتمثل من جهة في حماية ووقاية الوسط الأسري ومن جهة أخرى تعزز الوحدة الأسرية مع مراعاة طبيعة نظام الأسرة.

ومن ناحية أخرى، اختلفت التشريعات الوضعية في سياستها الجنائية لحماية الأسرة فالقانون الجنائي الحديث قد اهتم بالروابط الأسرية في أكثر من موضع سواء في مجال التجريم أو في مجال العقاب وفي جميع مراحل الدعوى الجنائية، وذلك حسب اختلاف نمط حياة المجتمع وإيديولوجيته، فنجد بعضها تشدد في هذا الجانب وتوسع من نطاق الحماية، في حين لم تهتم بعض التشريعات التي يعاني مجتمعها من تفكك الروابط الأسرية والاتجاه إلى التزعة الفردية بحماية الأسرة إلا بالقدر القليل.

إن هذا الاختلاف القائم بين التشريعات الجنائية مصدره تباين السياسة الجنائية للدول، فالقانون الجنائي ليس سردا للجرائم وتحديد عقوباتها فحسب بل هو سياسة جنائية مفعمة بالفروقات.

والفكر القانوني الجنائي، وإن صعب عليه تنظيم نمط الأسرة ذي الطبيعة الخاصة، إلا أنه يكتفي بوضع الأسس التي من شأنها أن تؤدي إليه أو على الأقل تلقى على عاتق من يخل بها مسؤولية معينة .

وفي كل الأحوال فإن العديد من الدراسات والبحوث في مجال العلوم الاجتماعية والتربية وعلم النفس تؤكد على خطورة الجرائم الواقعة على نظام الأسرة وانعكاساتها السلبية على الفرد في شخصه وعلى الأسرة في استقرارها وعلى المجتمع في نموه وتقدمه .

و الملاحظ هو أن التشريعات الوضعية أعطت عناية خاصة للأسرة من خلال النصوص العقابية والإجرامية التي وردت في التقنينات العقابية والنصوص المكملة لها، وهذا ما يعكس فكرة الردع والوقاية التي تركز الحماية الجنائية لنظام الأسرة.

والواقع أن هذه الحماية القانونية في المجال الجنائي تقوم على أساسين بارزين في محيط الأسرة، أولهما صفة في الجاني وثانيهما نظام الأسرة ذاته، ومن ثم فالحماية إما حماية للجاني من الأسرة وإما حماية لنظام الأسرة.

وعلى ضوء اختلاف أساس الحماية يختلف مسلك المشرع الجنائي ذاته، فهو عندما يتدخل لحماية الجاني إما أن يخفف عنه العقاب وإما أن يعفيه منه، وفي حالة حق التأديب مثلا يصل حد الحماية إلى إباحة الفعل المكون للجريمة، وعندما يتدخل المشرع بهذه الصورة فهو يتدخل في منطقة العقاب لا منطقة الجريمة.

فالجريمة باقية بمعنى أن الفعل لم يتجرد من صفته الإجرامية بخلاف الحال في أسباب الإباحة، ومن هنا نلاحظ الحماية غير العادية للمشرع في حالات الإعفاء من العقاب للأسرة، أما بالنسبة لحالات التخفيف في العقوبة فإنها تعد خروجاً على مبدأ المساواة بين الجناة في العقاب على وحدة الفعل الإجرامي، لكن هذا الخروج يعكس في ذات الوقت الحماية غير العادية للمشرع للأسرة.

أما عندما يتدخل المشرع لحماية نظام الأسرة كنظام مدني ينظمه القانون المدني وقوانين الأحوال الشخصية فهو ينظر إلى طبيعة الفعل لا إلى صفة الجاني كأساس للمعالجة العقابية، فضلا على أنه في هذا الإطار يتناول منطقة الجريمة لا منطقة العقاب. بمعنى أنه ينظر إلى وقائع اجتماعية تضر بنظام الأسرة أو بالالتزامات الملقاة على عاتق أفرادها.

وبالرغم من عدم مساس هذه الوقائع بالمجتمع بصورة مباشرة كما هو الحال في الأفعال الإجرامية بطبيعتها، أو بمعنى أدق خروجها عن دائرة الإجرام الطبيعي إلا أن المشرع الجنائي حماية للأسرة منه يتدخل بطريقة مباشرة وصریحة فيجرم فاعليها ويضع لهم العقاب الجنائي كتهديد لهم حتى لا يقدموا عليها خشية إنزال العقاب الجنائي بهم.

وإذا ما استعرضنا جميع النصوص التشريعية المتعلقة بالأسرة يمكن أن نتهدي بوضوح إلى النصوص التي اهتمت بحماية الجاني بصفة عائلية فيه، وتلك التي اهتمت بطبيعة الواقعة الضارة أسريا.

على أن هذه الحماية لصفة في الجاني تتمثل في إعفائه من العقاب وجوبيا كما هو الحال في السرقة العائلية ما بين الأزواج وجرائم النصب وخيانة الأمانة فيما بينهم، إذ يعفى الزوج الجاني في هذه الحالة من العقوبة الجزائية وذلك بوصفه زوجا للضحية.

كما قد تتمثل هذه الحماية في التخفيف من العقاب وجوبا كما هو الحال في جرائم قتل الزوج لزوجته الزاني نتيجة مفاجأته له بارتكابه جرم الزنا فهنا يعتبر هذا الظرف مخففا للعقوبة للزوج القاتل.

كما قد تتجلى الحماية الجنائية في قبول الدعوى الجزائية إلى بتقديم شكوى من المجني عليه القريب كما هو الحال في جرائم الخيانة الزوجية وجرائم الإهمال العائلي.

وتقوم الحماية لصفة الجاني في هذه الجرائم جميعها على صفة القرابة سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة، أو على أساس رابطة الزوجية، أي الأزواج فيما بينهم والأصول والفروع، كما أنها قد تقتصر في بعض الحالات على الزوجة دون سواها كما هو الحال في جريمة الخيانة الزوجية، في حين نجدها أحيانا أخرى تتسع لتشمل الأقارب حتى الدرجة الرابعة كما هو الحال في السارقات العائلية.

وما يلاحظ أيضا أن هذه الحماية لصفة الجاني قد تنعدم أحيانا بل قد تتحول إلى سبب تشديد العقاب أكثر مما هو عليه في الحالة العادية، وهنا ينقلب الحال إلى اعتبار صفة الجاني سببا في الزجر منه، وفي هذه الحالة، يمكن اعتبار هذا الزجر نوعا من الحماية الجنائية لصفة المجني عليه، لا لصفة في الجاني.

وهذه الحماية لصفة في المجني عليه تتجلى في التشريع الجنائي عندما تناول النصوص التي تشدد في العقاب على الاعتداء المادي أو الجنسي على القاصر عندما يكون الاعتداء صادر من أحد أصوله أو القائمين على رعايته.

و كما قد وضحنا مواطن الحماية الجنائية لصفة الجاني أو لصفة المجني عليه فإنه يجدر بنا أيضا أن نوضح مواطن الحماية لنظام الأسرة ذاته وهنا نلاحظ أن طبيعة الجريمة تحتل الموقع الأول في مناط الحماية وليس صفة الجاني أو المجني عليه، ويتضح هذا في الأحكام الخاصة بالإجهاض الجنائي وقتل الرضيع الحديث العهد بالميلاد، كذلك في جرائم الخيانة الزوجية، والمساس بالأحكام الخاصة بالنسب كإخفاء نسب وهوية الطفل، ومخالفة أحكام الحضانة والزيارة والنفقة الغذائية.

كما نلاحظ ذلك في إهمال القصر وتعريض صحتهم للخطر فمناط التجريم هنا هو الإخلال بنظام الأسرة وأحكامها. ومن جهة أخرى نجد أن الروابط الأسرية كان لها وضع خاص في مجال التشريع الجنائي بغض النظر عن دائرة الجريمة والعقوبة لاسيما في مرحلة تنفيذ العقوبات، وذلك بإقرار المشرع حق تأجيل تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الحامل إلى ما بعد الوضع بشهرين وتأجيل تنفيذ العقاب بالحبس لمدة لا تزيد على السنة لأحد الزوجين إذا ما حكم عليهما معا بعقوبة في هذه الحدود وكان لهما طفل يحتاج لرعاية أحد والديه.

فمن خلال ما تقدم تبين الصورة الواضحة لمركز وموقع الأسرة في القانون الجنائي والتي تمكنا من معرفة الأسس التي بنت عليها التشريعات الوضعية اتجاهاتها التشريعية في حماية الأسرة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أولى عناية خاصة بالأسرة من خلال النصوص العقابية والإجرامية التي أوردها في تقنين العقوبات وتقنين الإجراءات الجزائية، وكذا تقنين

الحالة المدنية. وهذا ما يعكس مكانة الردع والوقاية لدى المشرع الجزائري في حماية نظام الأسرة. وقد اتبع المشرع سياسة جنائية تنوعت بين الصرامة والمرونة. فهو من جهة، يجرم الأفعال الماسة بنظام الأسرة ويشدد العقوبات المسلطة على مرتكبيها، ومن جهة أخرى يراعي مصلحة الأسرة في حماية كيانها من التصدع والانفكاك ويقدمها على مصلحة المجتمع في الاقتصاد من الجاني.

وهذه السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع تبنى عليها أحكام العدالة وتكون صورة لها، فالعدالة هي الحلم الذي يتوخى الجميع تحقيقه في كل المجتمعات منذ بدء الخليقة لكن الواقع يبرز لنا أن مسألة تحقيق العدالة وفق فلسفة المشرع ليست مطلقة وستظل نسبية ما **ظلت** التشريعات اجتهادات بشرية يخالطها الخطأ ويعتريها النقص مع تقدم الزمن، ومهما أحكمنا التنظيم القانوني فستظل هناك ثغرات قانونية لم يبلغها فكر المشرع وقت التشريع أو خلقتها الممارسة الحياتية اليومية، وما دام مسعى الجميع في كل المجتمعات هو تحقيق المزيد من العدل والإنصاف، فإن تعقب تلك الثغرات التي يعبر منها الملتفون على القوانين ومحاولة إبرازها وإيجاد الحلول المناسبة لها يصبح أمرا واجبا على كل مشتغل بالقانون.

لذا يبقى سكوت المشرع الجزائري عن بعض المسائل والأفعال الماسة بنظام الأسرة سواء من حيث التجريم أو العقاب محل جدل واستفسار يستدعي تدخله لتحديد موقفه منها بصراحة ووضوح. كمسألة زواج المسلمة بغير مسلم، ومسألة التغيير الجنسي، والتلقيح الاصطناعي وكذا الإثبات بالبصمة الوراثية.

لذلك وجب إعادة النظر في السياسة العقابية الخاصة بتنظيم وتجريم الجرائم الواقعة على نظام الأسرة بشكل عام، إذ لا بد أن يكون هناك قانون خاص يعالج العنف الأسري بشكل يتلاءم مع الطبيعة الإجرامية لتلك الأفعال وتكون العقوبات الرادعة ملائمة ومتناسبة معها وتتضمن أوامر وإجراءات ذات طابع اجتماعي بشكل يمكن معه تحقيق حماية أفضل ومعالجة أفضل للحالات والضحايا والمدانين أيضا من حيث اعتماد وتعزيز فكرة الحماية الجنائية للأسرة وذلك باتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية والتدابير الاحترازية التي تمنع أو تحد من وقوعه، وآليات إجرائية سليمة وعملية تتعلق بطريقة التبليغ عنه وحماية ضحاياه أثناء وبعد

الإجراءات القضائية، كما يتطلب إجراءات قضائية خاصة وعقوبات مختلفة تتناسب مع مفهوم الجريمة وطبيعتها وتحقق مفهوم العقوبة والإصلاح، حيث قانون العقوبات ينص على عقوبة الحبس والغرامة فقط، وهي غير كافية للتصدي لهذا النوع من الجرائم.

أي أنه يجب أن يتعامل القانون مع الجرائم الواقعة على نظام الأسرة من منطلق الوقاية، وإعادة التأهيل باعتبارها ظاهرة اجتماعية إلى جانب كونها أعمال مجرمة تستوجب العقاب. وأن يتضمن نصوصاً ذات أحكام احترازية وإصلاحية تهدف إلى الحد من الوقوع في الجريمة من الأساس كالتوعية بعمليات التنشئة الاجتماعية والتطبيع الاجتماعي، حيث ينبغي أن تهتم الأسرة وغيرها من المؤسسات الاجتماعية بتنشئة الفرد وتربيته تربية سوية متوازنة. ويدخل في إطار الوقاية زيادة وعي أفراد الأسرة بخطورة الجرائم ذات الطبيعة الأسرية وتزويدهم بالمعارف والمعلومات، التي تؤدي إلى تطوير إطارهم المرجعي ومخزونهم المعرفي بشكل إيجابي بعيداً عن مظاهر العنف والعدوان.

كما يجب أن يتضمن القانون أحكاماً لتأهيل أفراد الأسرة للقضاء على العنف الأسري ويشمل ذلك تقديم المساعدة الاجتماعية والنفسية والتربوية والقانونية لهم بهدف الوقاية من أسباب العنف الأسري ثم إعادة التأهيل والمساعدة بعد وقوع حالة العنف. من خلال توظيف أساليب العمل الاجتماعي المهني وإنشاء مكاتب للخدمة الاجتماعية تكون مهمتها النظر في حوادث جرائم الأسرة وإجراء الدراسات اللازمة والمتابعة المستمرة وتعطي لها صلاحيات الضبط القضائي.

بالإضافة إلى اعتماد نصوص تهيئية وإصلاحية تهدف إلى إصلاح الجاني وتمكينه العودة إلى الأسرة بمفاهيم ضد العنف. وأهمية هذا الأمر تتعلق بطبيعة العلاقة التي تربط الجاني والمجني عليه في جرائم الأسرة واستمرار تلك العلاقة في أغلب الحالات حتى بعد إيقاع العقوبة الرادعة على مرتكبيها كعلاقة الأسرة واستمرار تلك العلاقة في أغلب الحالات حتى بعد إيقاع العقوبة الرادعة على مرتكبيها كعلاقة الأم بأبنائها أو الزوجة بزوجها، ونصوصاً رادعة تضمن عدم إفلات مرتكبي جرائم العنف الأسري من العقاب تحت أي مبرر أو سبب.

المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية أ. بن عودة حمكر مراد.

مقدمة :

ما من كائن حي و إلا و تعتبره الصحة و المرض ، و الإنسان ذلك الكائن الحي يتعرض لما يتعرض له غيره من صحة و مرض ، و قد يولد الإنسان و به عيوب أو تشوهات ، و قد يحدث للإنسان في خضم و معتزك الحياة التي يعيشها حوادثا و اعتداءات أو حروقا على جسمه و تحدث له ألاما نفسية من جراء ذلك .

و مع تقدم الطب في العصر الحديث ، يقوم الأطباء بإجراء عمليات جراحية تعيد التوضع إلى حالته الأولى أو إلى وضع يريح نفسية المريض ، و هذا النوع من الجراحات يسمى في العصر الحديث بالجراحات التجميلية . و هذه الأخيرة ليست وئيدة هذا العصر ، و لكن سبق العرب و المسلمين في هذا المضمار و أن وضعوا اللبنة الأساسية التي ارتكز عليها العلم الحديث ، مما يدل على أن الجراحة التجميلية تاريخ عند العرب (1) .

و لم تكن عمليات التجميل منتشرة بكثرة في العصور السابقة لعدم وجود أطباء متخصصين في هذا النوع من الجراحة و التطبيب ، و لكنها اليوم انتشرت بكثرة في جميع أنحاء العالم و زاد الاهتمام بها و الإقبال عليها بشكل ملحوظ مما أدى إلى ازدياد الأطباء المتخصصين بإجرائها ، و أصبحت عمليات التجميل من ضمن العمليات الجراحية و أعمال الطب المرخص بها قانونا و التي تشجعها الدولة في جميع أنحاء العالم (2).

و نظرا لأهمية الجراحة التجميلية و خصوصيتها ، فلا بد من التطرق إلى ماهيتها من خلال التعريف بها و تعداد أنواعها ، و الشروط المتطلبية لشرعيتها (المطلب الأول) ، و البحث عن قيود إباحة الجراحة التجميلية ، و مدى مسؤولية الطبيب عن إجراء مثل هذه العمليات (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: ماهية الجراحة التجميلية :

كانت الجراحة التجميلية في أول عهدها في مطلع القرن العشرين ، في الأصل غير جائزة ، و غير مسموح بها قانونا ، بقطع النظر عن النتائج التي تؤدي إليها على

اعتبار أن غاية الطب و الجراحة يقتصر على شفاء المريض و نيس على تعديل و تغيير البنية الطبيعية التي هو عليها بالولادة أو الفطرة أو أصبح عليها بحادث حاصل (3) . غير أن التقدم الذي حققته الجراحة التجميلية جعل معظم الفقهاء يميلون إلى القول أنها جزء من الأعمال الطبية الجراحية ، و يعترفون بشرعيتها إذا لم يترتب عليها أضراراً أو أخطاراً جسيمة ، و لم يكن هناك مانع يتعلق بالمصلحة العامة في أداء واجب اجتماعي (4) .

زيادة على ذلك ظهرت عمليات إصلاح البكارة التالفة للفتاة العذراء و إعادتها على وضعها السابق قبل التمزق و يسمى هذا الإصلاح بالرتق العذري . هذا التقدم الطبي و خصوصاً في جراحات التجميل التي تخصص فيها العديد من الأطباء ، يتطلب منا تحديد المفهوم الصحيح لهذه الجراحات (الفرع الأول) .

الفرع الأول : مفهوم الجراحة التجميلية :

نقد اختلفت آراء فقهاء القانون و رجال الطب حول تعريف الجراحة التجميلية ، فجاءت آراؤهم متباينة على النحو التالي :

ذهب الأطباء المتخصصون إلى تعريف جراحة التجميل أنها : " جراحة تجرى لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة ، أو وظيفته إذا ما طرأ عليه نقص أو تلف أو تشوه " . و تنقسم إلى نوعين :

النوع الأول : اختياري و هي جراحة تحسن المظهر و تجديد الشباب .

النوع الثاني : ضروري يشمل عدداً من الجراحات التي يقصد منها إزالة العيب ، سواء كان في صورة نقص ، أو تلف أو تشوه ، فهو ضروري بالنسبة لدواعيه الموجبة لفعله ، و تجميلي بالنسبة لآثاره و نتائجها ، و يشمل العيوب الخلقية و المكتسبة (5) .

أما رجال القانون عرفوها بأنها : " أعمال علاجية ترمي إلى تخليص الجسم من عار غير طبيعي (6) . و هناك من عرفها بأنها : " لا تهدف إلى العلاج من مرض . و إنما إزالة تشويه في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي (7) .

كما يذهب فريق آخر إلى اعتبارها تتمثل في : " إزالة العيوب الخلقية ، و التشوهات و الشين و النقص الذي يصيب المرأة في جسمها ، و إعادته و رده إلى أصل خلقتها التي وضعها عليها أحكام الحاكمين " (8) .

و هناك من عرفها أنها : " تهدف إلى إصلاح الأعضاء أو إحلال أعضاء محل أخرى فقدت أو نتيجة عيوب خلقية ولد بها الإنسان " (9) .

كل التعاريف السابق ذكرها تنصب في مجرى واحد ، ألا وهو تخليص الجسم من أي نقص أو تلف أو تشوه يصيب الجسم ، ومن شأنه أن يسبب لصاحبه ألما نفسيا لا يستطيع تحمله .

الفرع الثاني : أنواع الجراحة التجميلية :

فقهاء الشريعة الإسلامية قسموا جراحة التجميل إلى ثلاثة أنواع منها :

أ - الجراحة التجميلية التعويضية : وهي تصحيح وتعويض في البدن نشأ حادثه أو اعتداء ، وذلك كالحوادث التي ينتج عنها بتر عضو أو تحدث به منظرا غير مألوف ، و الحرائق التي تسبب تشوهات في البدن ، وكذلك بناء مائة بالشرائح العضلية التي تتحكم في البول عند الإنسان ، و عن طريق الجراحة بواسطة أطباء مهرة يمكن إصلاح كل هذه العيوب و إعادة الصحة المفقودة ، و إزالة العيوب أو تقليلها بقدر الإمكان .

ب - الجراحة التجميلية التصليحية : وهي إصلاح العيوب الخلقية التي يولد الإنسان بها منذ الصغر ، و تسبب لصاحبها أذى نفسي و يمكن للجراح أن يعيد الحال إلى ما كان عليه بقدر الإمكان ، و ذلك مثل : عملية التمام الشفتين المفتوحتين ، للعلاج من السمن المفرطة ، و نحو ذلك مما تدعو إليه حاجة الناس و تدفع عنهم الألم النفسي .

ج - الجراحة التجميلية التحسينية أو الجمالية : ويقصد بها الغلو في مقاييس الجمال بهدف إظهار الزينة والمحاسن كترقيع الأنف ، و تقليح الأسنان و إزالة التجاعيد وتكبير الثديين ، و وصل الشعور الطبيعية بالشعور المصطنعة (10) .

أما رجال الطب والقضاء في الوقت الحاضر فيعدد نوعان من العمليات منها :

أ - العمليات التي ترمي إلى تطبيع البنية الإنسانية (Normlisation) :

أي إصلاح عضو ملتو أو معوج و إعادة الشكل الطبيعي عليه كفصل الأصبعين اللتصقين أو إزالة الأصبع السادس و غير ذلك من الأعمال التي ترمي إلى تخليص الجسم من عارض غير طبيعي . و لا يثير هذا النوع أي إشكالات قانونية لأنه يدخل

حكما ضمن العمليات الجراحية أو العلاجية بحسب طبيعتها و ماهيتها ، كما أكد ذلك العلماء الجزائريون (11) .

ب- العمليات التي تهدف إلى تصحيح البنية الإنسانية (Rectification) :
وهي تبتعد عن الصحة و السلامة و الشفاء ليقترّب أكثر من إزالة التشويه والبشاعة و التجاعيد و غير ذلك من الأمور التي يعتقد الإنسان أنها تعيده إلى الشباب والجمال ، لأسباب فنية أو نفسية ، و هي عمليات ذات طابع كمالى لا تتسم بالضرورة الملحة و العاجلة ، لذا يبدو التشديد فيها واضحا (12) .

وهذه هي جراحات التجميل التي أصبحت واقعا حيا في العصر الحديث ، و التي يقوم بها نخبة من كبار أساتذة الطب في العصر الحديث ، و اعترفت بها الهيئات العلمية و أنشأت كراسي لدراستها في أكبر الجامعات ، الأمر الذي يزيل كل شبهة في مشروعية مثل هذه الأعمال . و هي إن لم تكن علاجا لمرض جسماني فإنها علاجا لعلة نفسية لأنه قد يصل التشويه إلى درجة تصبح معه حياة من يشكو منه عبئا قد يدفعه إلى الخلاص من حياته (13) .

وقد توسع الاجتهاد القضائي الحديث في تقبل مختلف طرق التجميل ليس فقط عن طريق التصرف بالعضو المشوه قصد تحسينه ، و إنما أيضا باجتزاء أحد الأعضاء أو اقتطاع قسم من الجلد لتطعيم قسم آخر شرط ألا يكون من شأن هذا العمل المساس بالسلامة الجسدية أو تحويل المظهر الخارجي أو تغيير الشكل البنيوي و أن يكون من نتيجته تحسين القسم الذي يتطلب هذا الأمر بغية حفظ التوازن و التناسق الإجماليين في البنية البشرية ، و ألا تتشأ عن هذه الجراحة علة ظاهرة دائمة ، تكون أشد من تلك التي كان يراد بالجراحة محوها أو الحد منها (14) .

هذا عن أنواع الجراحة التجميلية ، فما هي الطرق التي يمكن للجراحة التجميلية أن تزيل بها العيوب التي تصيب الجسم .

المطلب الثاني: قيود إباحة الجراحة التجميلية و مسؤولية الطبيب الجزائرية عنها:

الجراحة التجميلية فرع من فروع الجراحة العادية ، و لا يقصد به الشفاء من مرض ، وإنما تقويم بعض التشوهات أو النشوء التي تفقد العضو شكله الطبيعي ، فيراه صاحبه مستقبجا فيسعى إلى جراح التجميل لإزالته و إنقاذه منه .

ولو بقي الأمر عند هذا الحد لما كان في ذلك تخوف، فالطبيب الذي يحمل شهادة دكتوراه في الطب يستطيع من حيث المبدأ ممارسة كل أنواع المعالجة، لذلك فإن الجراحة التجميلية ليست جراحة ممنوعة قانوناً بذاتها. لكن إذا ترتب عليها أضرار فإن الأمر يختلف، إذ أن الميدان العملي في هذا المجال أدى أحياناً إلى نتائج غير مرضية. و على هذا نجد أن القضاء بصورة عامة ينظر بقسوة لهذا النوع من الجراحات لأنها لا ترمي إلى الشفاء من داء، بالمقابل أطباء التجميل ينزعجون من نظرة القضاء القاسية إليهم لأن الجراحة التجميلية كثيراً ما أتت أشخاصاً من عقد نفسية صعبة، و أعادت إلى نفوسهم البهجة و الأمل بل و هيأت لهم فرص عمل كانت الإدارات ترفضها لهم بسبب عاهة فيهم. و أنهم يؤكدون أن بعض مرضاهم يهددون بالانتحار إذا لم يخلصوهم من عيبهم الخلفي (15).

لا يوجد أي نص قانوني عقابي يجرم ممارسة الجراحة التجميلية، الشيء الذي يؤكد أنها تأخذ حكم الجراحة العادية، و تخضع لنفس أحكامها مع بعض الخصوصية. لكن إذا نشأ عن هذه الجراحة موت أو عاهة، قد تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم تكن قد تمت في الشروط التي يتطلبها القانون. و هذا ما يظهر أهمية الحديث عن الشروط التي تتطلبها هذه الجراحة و التي تميزها نوعاً ما عن الجراحة العادية (الفرع الأول)، و نحاول تحديد طبيعة التزام جراح التجميل (الفرع الثاني)، حتى نستطيع تحديد مسؤولية الطبيب الجزائية في هذا المجال (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الشروط المتطلبية لشرعية الجراحة التجميلية :

الجراحة التجميلية تخضع لنفس القواعد العامة التي تضبط الجراحة العادية، هذه الأخيرة تسمح للأطباء المساس بجسم الإنسان بإجراء عمليات جراحية مهما بلغت جسامتها على ألا يتم ذلك إلا إذا توافرت شروطها .

والجراحة التجميلية بدورها تتطلب شروطاً أساسية يلزم توافرها قبل الإقدام على عملية التجميل، و من أهم هذه الشروط الحصول على رضا المريض و إعلامه بالعلاج و طبيعته و مخاطره، و أن يكون الطبيب مؤهلاً من ناحية الاختصاص العلمي و الكفاءة

الطبية بما يتناسب و حجم العمل الطبي و مخاطره و أن يقوم الطبيب بإنجاز جميع الفحوصات الطبية اللازمة (16) ، و أن تجرى هذه الجراحة بقصد العلاج الجسدي أو النفسي، و ألا يقع من الطبيب إهمال أو خطأ أثناء عمله أي عليه إتباع الأصول العلمية و الفنية المتعارف عليها. (17)

و من ضمن هذه الشروط سنتناول بنوع من التفصيل شرطين أساسيين هما قصد العلاج و رضا المريض، نظرا لبعض الخصوصيات التي تميزها عن الشروط المطلوبة في العمل الطبي بوجه عام و التي سبق تفصيلها (في الفصل التمهيدي) .

أولا : قصد العلاج: ذهب بعض فقهاء القانون في البداية إلى القول أن الجراحات التجميلية لا تهدف إلى العلاج من مرض، و إنما إصلاح أبسط التشوهات الجسمية، و في هذا الصدد أصدر القضاء الفرنسي في فترة معينة من الزمن عدة قرارات قضائية، اعتبرت أن غياب قصد العلاج في الجراحة التجميلية يمثل في حد ذاته خطأ من شأنه أن يلحق بالمريض خطرا معتبرا بالمقارنة مع الفائدة المتوقعة، و يوجب تعويض مالي (18) .

وتطبيقا لذلك محكمة باريس في 23 جانفي 1913 بمسؤولية طبيب التجميل رغم عدم ارتكابه خطأ طبيا و قيامه بمراعاة أصول الفن والعلاج و تتمثل وقائعها فيما يلي :
قام طبيب فرنسي بتعريض فتاة " لأشعة x " ، بهدف إزالة الشعر من ذقتها، فتسبب في إصابة جسدها بحروق ظاهرة على وجهها ، فانتدبت المحكمة خبيرا لفحص المصابة للتعرف على الخطأ الذي يمكن نسبته للطبيب. و جاء في تقري الخبرة أن الطبيب لم يرتكب أي خطأ على الإطلاق كونه راعى أصول الفن والعلاج الطبي المتيسر آنذاك، وأن النتيجة تعود لأموور لا يمكن التنبؤ بها مسبقا ولكن رغم هذا فإن المحكمة قضت على الطبيب بالمسؤولية و حكمت عليه بالتعويض على أساس أنه ارتكب نوعا من الرعونة لاستخدامه علاجا خطيرا لا يتناسب مع هذا المرض البسيط، وكان بإمكان حلاق بسيط التخلص منه . إلا أن هذا الحكم لم يلق قبولا من رجال الطب و القانون لأنه ليس للقاضي التدخل في صميم عمل الطبيب . (19)

و على هذا الأساس قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 29 نوفمبر 1920 ، عندما اتبعت آتسة علاج بالأشعة للتخلص من الشعر الموجود على وجهها ، " أن الطبيب عندما يجد نفسه أنه ليس أمام مرض لشفائه وإنما مجرد تشوهات جسدية بسيطة لإصلاحها أو إزالتها يجب أن يرفض تدخله في هذه الجراحة. (20)

وهذا الموقف يدل على أنه في هذه المرحلة كان القضاء الفرنسي ينظر لجراحة التجميل مجرد وسيلة لإرضاء شهوة الدلال عند النساء المصابات بتشوهات سببت لهن أمراضاً نفسية.

فالقرارات السابق ذكرها يظهر أنها كانت متشددة ، فهي ترفض أن تأخذ بعين الاعتبار الحالة النفسية التي يعاني منها المريض ، لإضفاء الشرعية على الجراحة التجميلية ، والتي تعتبر ضرورية لإعادة توازنه ، خاصة وأن التشوهات تسبب آلاماً نفسية قد تؤدي للإنسان إلى التخلص من حياته بسبب هذه الأمور ، وفي نفس الوقت لا تسبب أضراراً بالبدن ، و إجراء الجراحة التجميلية من شأنه أن يريح المريض نفسياً و جسماً .

وبهذا سيكون محكوماً على هؤلاء الأشخاص أن يعيشوا بهذه الإصابات ولا يستطيعون مما توصل إليه العلم في هذا المجال ، لأن بعض القضاة يرون أنه يمكن العيش بهذه التشوهات ، لأنها لا تجعل الحياة في خطر . (21)

ولكن ابتداء من سنة 1931 و بقرار محكمة استئناف باريس الذي أدان طبيباً لأنه لم يعلم زيوته بمخاطر العملية التجميلية ، و الذي يستتج منه ضمناً أنه يعترف بالجراحة التجميلية و لا يعتبرها مكونة لجريمة . (22)

الاجتهاد القضائي و أصل تطوره ليتوصل إلى اعتبار البشاعة ، مرض و آثارها النفسية هي التي تبرر العمل الجراحي التجميلي (23) . و قد توصل إلى القول أن التوازن الداخلي للإنسان يمكن أن يحل محل الدافع العلاجي من الناحية القانونية (24) ، و أن عملية التجميل قد ترمي إلى شفاء صاحبها من عقد نفسية تكون في مستوى المرض أحياناً (25) .

ونحن نؤيد هذا الاجتهاد القضائي لا سيما وأنه يتماشى مع :

1- المدلول العام لمفهوم العلاج الذي يعرف أنه : يشمل كل ما يؤدي إلى التخلص من الآلام البدنية أو النفسية ، أو القضاء على مرض معين أي إصلاح أي خلل في أجهزة الجسم أو التخلص من عاهة أيا كان سببها أو الحد منها (26) .

و لا شك أن العلاج بهذا المفهوم يشمل العلاج بالجراحة التجميلية بأنواعها ، التي تهدف إلى القضاء على الآلام النفسية التي يعاني منها المصاب بالتشوهات في جسده.

2- أن العمليات التجميلية التي تهدف إلى الغلو في مقاييس الجمال عن طريق تجديد الشباب فلا شك أنها تعطي للإنسان الشعور بالسرور و السعادة و هما شرطا قما الإنسان (27) . هذا المفهوم يتطابق مع معنى العلاج الذي أيضا كل ما يحقق سعادة و راحة الإنسان لأسباب تتعلق بالجوانب النفسية أو العقلية أو البدنية أو الاجتماعية (28) . و بناء على ما سبق ذكره ، فإن القضاء الفرسي غير موقفه و لم يقرر مسؤولية الجراح لعدم وجود الخطأ من جانبه. فقد عرضت على محكمة أكس (Aix) بتاريخ 17 ماي 1976 قضية تتمثل وقائعها في :

أن امرأة توقفت غدد ثديها عن النمو . فقامت بتركيب جهاز تكبير و لكنها لم تتحملة ، مما تطلب استئصال هذا الجهاز و إجراء جراحة ترقيع ، تسببت في إصابتها بالغرغرينيا (Gangrène) و استئصال الثدي اليميني . الضحية تابعت الجراحين على أساس أنهم ارتكبوا خطأ . لكن تقارير الخبراء بينت أنه لا يوجد أي خطأ ينسب إلى الجراحين ، و بذلك قضت المحكمة بعدم مسؤوليتهم (29) .

وبهذا نقول أن الجراحة التجميلية من بين العمليات التي يتوافق فيها قصد العلاج بالمفهوم الواسع تماشيا مع المستجندات الطبية ، و أن تخلفه يجعل تدخل الطبيب غير مبرر مما يوجب مساءلته .

ثانيا : رضاء المريض.

لا يكون العمل الطبي مباحا ، إلا إذا رضي به المريض فالقانون الطبي يرخص للطبيب علاج المرضى إذا دعوه لذلك ، لكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم . كما أن القانون الطبي لا يجبر الأشخاص ولا يجيز للأطباء إجبارهم على التداوي احتراماً لما لجسم الإنسان من حصانة. و رضاء المريض بالعلاج ليس سببا للإباحة بل هو شرط من شروطها .

والقضاء الفرنسي لم يغفل مبدأ وجوب رضا المريض مسبقا في إجراء العلاج الطبي سواء في جراحة التجميل أم في الجراحة العادية الأخرى ، و هو يمثل التزام على

عاتق الطبيب. و الحصول على الرضا يعد أمرا ضروريا و حيويا لما تتطوي عليه هذه العمليات من مخاطر قد يتعرض لها المريض في المستقبل (30). و العلة في تطلب شرط الرضا ، مرجعها حق الإنسان في حصانته الشخصية التي تمتد لكل مظاهرها سواء النفسية أو العقلية أو الجسمية، و التي تجعل كل تصرف صادر عن الطبيب لا يكون مشروعا إلا برضاء المريض، فلا يجوز أن يرغم شخصا على تحمل المساس بتكامله الجسدي و لو كان من أجل مصلحته (31). و لهذا نص المشرع الجزائري في المادة 154 من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن : " يقدم الطبيب العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخوله القانون إعطاء موافقتهم على ذلك". و نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على : " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة موافقة حرة و متبصرة". و يتبين من خلال هاتين الفقرتين أن رضاء المريض خاصة في الجراحة التجميلية التي تتطوي على المخاطر لا يكون سيما إلا إذا بني على أساس من العلم الصحيح لنوع العمل الطبي الذي ينسب إليه الرضاء به، بمعنى أنه لا بد أن يحاط المريض علما بالطريقة المتبعة لعلاجه و طبيعتها و مخاطرها. و هذا الالتزام و إن كان عاما بصدد كل أنواع العلاج و الجراحات، إلا أنه يبدو أكثر شدة بالنسبة لجراحة التجميل. ذلك أن في الجراحة العادية، فإن الطبيب لا يلتزم بإعلام المريض بالأخطار التي تعتبر نادرة الحدوث (32)، إلا أنه في الجراحة التجميلية ينبغي أن يوجه نظر المريض إلى كافة المخاطر سواء أكانت هامة أو ثانوية أو نادرة الحدوث. (33) و اشتراط الإعلام بالمخاطر النادرة الوقوع أو الاستثنائية يجد تبريره من قبل القضاة في أن تلك المخاطر، و إن كانت قائمة في كافة أنواع التدخل الجراحي، و هي مبررة في أن تلك المخاطر، و إن كانت قائمة في كافة أنواع التدخل الجراحي، و هي مبررة في الجراحة العادية حيث تقتضيها الضرورة الصحية للمريض، إلا أنها لا تجد ما يبررها في جراحة التجميل، حيث يختفي عنصر الضرورة و السرعة في هذه الجراحة. لأن الطب

هدفه هو تغيير أو تحويل المرضى إلى أصحاء و ليس العكس بتحويل الأشخاص
الأصحاء إلى مرضى . (34)

و من ثم ينبغي على الطبيب أن يكون واثقا من تدخله و دقة عملياته ، و مدى
النتائج المتوقعة منها بحيث لا تتجاوز نسبة المخاطر المحتملة . (34)
و الالتزام بالإعلام لصحة الرضا لا يشمل فقط المخاطر التي تلازم العملية ، إذ لا يكفي
فقط للحصول على رضا المريض بالجراحة ، بل يمتد إلى ما بعد ذلك في كافة مراحل
العلاج . و لا ينتهي بانتهاء العملية الجراحية أي التطور المحتمل حصوله لحالة المريض ،
لأنه قد يحدث مخاطر لاحقة للعملية يستوجب إصلاحها بجراحة لاحقة ، الأمر الذي
يتطلب إعلام المريض بها مسبقا . (35)

و قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 19 أفريل 1988 أنه يشترط في
الإعلام أن يكون له من المواصفات ما يمنح للمريض الترجيح بين المزايا المتحققة من
التدخل الطبي و بين المخاطر التي يواجهها . (36) . كما قضت بضرورة أن يكون
الإعلام واضحا و بإخلاص و مفهوما للمريض و لائقا (37) ، و هو المبدأ الذي أكدته
المادة 43 من المدونة بقولها : " يجب على الطبيب أو الجراح أن يجتهد لإفادة مريضه
بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي " . و ما ينبغي الإشارة إليه في
هذا المجال هو القاعدة التي جاء بها الفقيه " Crespi " و التي مفادها : " في كل مرة
تكون فيها حياة الشخص أو صحته أو سلامة جسمه في خطر فإنه يجوز للطبيب
الجمالي إجراء أية تقويمات أو تعديلات ، و لو طلب المريض إجرائها " . و على هذا لا
ينبغي مطلقا إجراء جراحة تجميلية تحمل في جوانبها مجرد وجود خطر على حياة
الشخص أو شلله أو بتر أحد أعضائه جسمه أو ترك تشوهات تتجاوز العيب المبدئي المراد
إصلاحه (38) .

فمن واجب الطبيب أن يتمسك بالقاعدة السابقة تمسكا شديدا إذا كانت
التجميلات طفيفة ، و لكن يجوز تخفيف هذا التشدد إذا كانت الغاية من العمليات
إصلاح تشوهات من شأنها أن تقف حائلا في طريق حياة الشخص . (39)

وكل ما في الأمر أن القضاء يتطلب من الطبيب الامتناع عن التدخل لإجراء جراحة التجميل إذا كانت تحمل قدرا من المخاطر لا تتناسب مع الغاية المرجوة . (40)
وهذا ما أكد عليه قرار محكمة استئناف أكس (Aix) في قضية تتمثل وقائعها في :
أن فتاة جميلة ولكنها كانت تعاني من وجه منتفخ و سوء في بشرتها توجهت إلى الطبيب بغرض تجميلها ، لكن بعد إجراء العملية فإن الفتاة أصيبت بعلامات إضافية أخرى على بشرتها و ظهر لها مشكل آخر هو صلابة بشرتها إلى درجة جعلتها تتضايق حتى في فتح فمها. فالمحكمة هنا استبعدت الخطأ الجراحي ولكنها اعتبرت أن الجراح عرض حياة الفتاة للخطر باستعماله لوسيلة لا تتماشى مع حالة المريضة. بطريقة لا نجد لها مبررا لأذن نستبدل عيبا جسديا بسيط بضرر حقيقي . (41)

و من خلال هذا القرار يظهر التزام آخر على عاتق جراح التجميل يتمثل في التناسب بين المخاطر الحاصلة و الفائدة المتوقعة أو المرجوة من العمل الطبي التجميلي . و هو الأمر الذي يتطلب أن يكون هناك تناسبا بين نوع العمل الطبي التجميلي و مخاطر الوسيلة المستخدمة ، فإذا كان العيب بسيطا كالأصبع الزائد أو ورم غير خبيث مثلا فإنه يلزم اللجوء إلى وسيلة علاجية ليست خطيرة على الشخص . (42)

وبهذا أثر القضاء بمسؤولية الطبيب لعدم وجود تناسب بين النتيجة المرجوة و المخاطر العادية للعلاج بالأشعة ، إذ حاول إزالة الشعر الزائد عن ساقى سيدة فأصيبت بتقصف في جلدها ، وكان يمكن للطبيب أن يتوقع هذه النتيجة . (43)

و لهذا يجب على الطبيب أن يقدر مدى مناسبة تدخله ، و ليس له أن يترك الأمر بين يدي زبونه مهما كان إصراره على إجراء العملية (44) ، وعلى هذا يجب إذا اقتضى الأمر قبل إجراء العملية أن يأخذ رأي طبيب نفسي ، عندما يلاحظ أن المريض يعاني من حالة نفسية (45) .

إن حرية اختيار الطبيب للطريقة و العلاج محددة بحماية جسم المريض ، بحيث لا يباشر جراحة تعرضه لخطر و لا تجلب له أية فائدة. و إنما ينبغي على الطبيب أن لا يجري العملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها ، نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض أو صحته . (46) و قد أدانت المحكمة الطبيب ، رغم ثبوت قيامه

بالجهود و اليقظة اللازمين لأنه لم يقدم ما يبرر فشل العملية عكس ما هو متوقع وما يحدث عادة في مثل هذا النوع من العمليات. (47)

ومن خلال هذا يتبين أن القضاء يتشدد في التزام الطبيب بإعلام المريض و الحصول على رضائه لكون أن الجراحة التجميلية تجرى في ظروف متأنية ، لا تتطلب العجلة أو التسرع ، و يكون المريض في حالة تامة من اليقظة و التنبصر مما يستدعي أن يكون رضاؤه حراً ، بعد تبصيره بكل جوانب الجراحة الموجودة .

و لهذا تقاديا لاحتجاج المريض ، إذا وقع له ضرر ما إن رضاه كان معيب لعدم علمه بكل جوانب الجراحة و مخاطرها و خاصة أن قرينة الخطأ المفترض التي يقمها القضاء المدني لا تصلح كأساس للمسؤولية الجزائية للطبيب التي تقوم على إثبات الخطأ ، فإنه من المستحسن أن يحتاط الطبيب في مثل هذه الحالة بأن يحصل على رضاه المريض و إقراره كتابةً بالممامه بكافة المخاطر المتوقعة . (48)

و بناء على ما تقدم فإن تخلف أي شرط من شروط الجراحة التجميلية . قد يرتب مسؤولية الطبيب العمدية حسب النتيجة الحاصلة ، و بهذا لا بد قبل كل شيء تحديد طبيعة التزام طبيب التجميل حتى يتسنى لنا رسم حدود مسؤوليته ، و هذا ما سنحاول توضيحه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني : طبيعة التزام جراح التجميل :

في بداية الأمر كان القضاء الفرنسي ينظر للأعمال الطبية التجميلية بالسخط و الشك ، فبينما كان يقرر أن رضاه المريض يعفى الطبيب من كل مسؤولية عن الأضرار التي قد تنجم عن العمل العلاجي ، إذا لم يرتكب خطأ في تطبيق قواعد المهنة ، نجده يقرر مسؤولية الطبيب عن الجراحة التجميلية عند حدوث نتائج ضارة ، حتى و لو أجري العلاج التجميلي طبقاً لأصول الفن الطبي ، بل حتى و لو لم يرتكب أي خطأ في العلاج . و في هذا تبني واضح لموقف الاتجاه الرافض لجراحة التجميل ، إذ كان هذا القضاء يلقي على عاتق الطبيب التزاماً ضمئياً بضمان نجاح العملية و هو يعني أنه اعتبر التزامه هو التزام بتحقيق نتيجة . (49) فقد قضت محكمة باريس سنة 1974 بأن النتيجة فقط

هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، نظراً لأن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر جادة للفشل ولم يتم تحذير المريض منها. (50)

ولكن إحراز التقدم العلمي و تطور الفكر الإنساني و رغبة الإنسان الدائمة في البحث عن الأفضل، جعل القضاء الفرنسي يغير موقفه و يخضع جراحة التجميل لنفس المبادئ العامة في المسؤولية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام. و بهذا فإن الجراحة التجميلية تأخذ من جديد مكانتها ضمن الجراحة العامة، إذ تم إلغاء كل تفرقة بين الجراحة التجميلية و الجراحة العلاجية، و سمح للجراح أن يتخلص من المسؤولية طبقاً للقواعد العامة. (51)، و هذا ما أكده القضاء الفرنسي في عدة قرارات لاحقة (52)، و نفس الموقف اتخذه القضاء المصري من خلال قضيتين عرضت عليه (53)، أكد من خلالهما أنه لا يوجد مبرر للتفرقة بين جراحة التجميل و انجراحة العادية، و إنما أخضع النوعين لقواعد موحدة.

المبادئ التقليدية للمسؤولية الجراحية تلقى على عاتق الجراح التزام ببذل عناية و ليس التزام بتحقيق نتيجة. و باعتبار أن جراحة التجميل من فروع الجراحة لها تعاليمها و أصولها، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة.

و عليه يجمع القضاء الفرنسي على أن التزام الطبيب في عمليات جراحة التجميل ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة و يلقي عبء إثبات الخطأ على عاتق المريض. (54) أما مقدار العناية المطلوبة، فإن الأمر يختلف، فكل حالة ظروفها و ملابساتها و مقدار العناية و نوعها و درجته. و جراح التجميل، و إن كان كغيره من الأطباء، لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة من جراح التجميل أكثر منها في الجراحة العادية، دون أن يصل التزامه إلى تحقيق نتيجة (55)، باعتبار أن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من عنة في جسمه، إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر. (56)، لكنه و إن كان إلزام جراح التجميل هو نفس التزام الجراح العادي إلا أن القضاء المصري يعتبره التزاماً ببذل عناية خاصة، أي العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة، يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب،

فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول . (57)
أما عن موقف القضاء الجزائي، فإنه نظرا لعدم وجود قضايا متعلقة بالجراحة التجميلية، فإنه لا يمكن تحديد موقفه و هذا ما يجعلنا نتجه إلى إخضاع الجراحة التجميلية إلى نفس الأحكام العامة للجراحة العادية مع بعض الخصوصية على غرار القضاء الفرنسي .

وبتحديد طبيعة التزام جراح التجميل نكون قد رسمنا حدودا لنطاق مشروعية هذه الجراحة، و أن تجاوز هذه الحدود من شأنه أن يجعل فعله غير مشروع مما يوجب مساءلته جنائيا، و هذا ما نحاول التطرق إليه في الفرع الموالي .

الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب الجزائية عن العمليات التجميلية :

إن الاجتهاد القضائي الفرنسي رغم أنه أكد على أن الجراحة التجميلية تأخذ حكم الجراحة العادية و لا فرق بينهما (58) ، إلا أنه لم يقبل بانتفاء المسؤولية الجزائية على أساس تبرير العمل التجميلي، و أخضع هؤلاء الجراحين إلى القواعد العامة للمسؤولية الجزائية العادية على أساس أن هذه الجراحة فتا أكثر مما هي نوعا من الطب.

لم ينص المشرع الجزائري في قانون العقوبات الجزائري على جراحة التجميل صراحة، لأنه حينما أباح مزاولة مهنة الطب قيد ذلك بقصد العلاج من علة جسمية يعاني منها الشخص أو علة نفسية يراد بالعلاج إزالتها أو التقليل منها. و عليه القانون الجنائي لا يمانع من إجراء الجراحة التجميلية التي تعتبر جزءا من الأعمال الطبية الجراحية إذا توافرت شروطها، و أن تخلف شرط من هذه الشروط يجعل عمل الطبيب غير مشروع و خاضعا لنص التجريم وفقا للقواعد العامة في القانون الجنائي عند مساءلة الطبيب القائم بهذا العمل. ذلك أن قانون العقوبات لا يوجد بين مواده نص يحيط الأطباء بسياج تشريعي خاص، يضيق من نطاق مسؤوليتهم الجنائية أو يحد من أحكامها .

أما بالنسبة لعمليات الرتق العذري التي تعتبر من العمليات الحديثة في مجال الطب و مندرجة ضمن عمليات الجراحة التجميلية، و بما أنه لا توجد أحكاما خاصة بهذه

العمليات الحديثة، فإنه لا مانع أيضا من تطبيق القواعد العامة الخاصة بالجراحة التجميلية عليها.

ومما سبق الذكر، فإنه لا توجد نصوص خاصة بمسؤولية الطبيب عن أعمال الجراحة التجميلية، مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية في القانون الجنائي، و القواعد التي تحكم العمل الطبي بوجه عام، و سنحاول بسط هذه القواعد على مسؤولية الطبيب في إطار عمليات التجميل بما فيها الرق العنزي وذلك على النحو التالي:

أولا: تخلف شرط الرضا :

أوضحنا أن رضا المريض شرط لإباحة عمليات التجميل، و معنى ذلك أن العمل الجراحي يكون غير مشروع كقاعدة عامة إذا لم يتوافر الرضا السليم عن صاحب الشأن خاصة في الجراحة التجميلية، و التي تتطلب إعلام المريض بكل مخاطر العملية بما في ذلك الاستثنائية منها، و بهذا يكون الطبيب مخطئا إذا أخل بهذا الالتزام، و نظرا لكون ذلك يؤدي إلى جعل الرضا معيبا.

وعليه فإن تخلف شرط الرضا يجعل المساس بجسم المريض عملا غير مشروع، و بالتالي تقوم مسؤولية الطبيب بحسب الأحوال:

1- إجراء الجراحة دون موافقة المريض؛ لاشك أن غياب الرضا كشرط ضروري لإباحة العمل الطبي من شأنه أن يجعل عمله غير مشروع. و لهذا إذا قام الطبيب بإجراء جراحة التجميل لشخص دون أخذ موافقته أو عن طريق استخدام وسائل احتيالية أو نتيجة إكراه أو غش أو غير ذلك من الأسباب التي تحول دون توافر الإرادة الحقيقية، و في مثل هذه الحالة فإن الطبيب يسأل جنائيا و مدنيا و تقوم مسؤوليته عن جريمة عمدية. و يتوقف التكليف القانوني للفعل و المسؤولية عنه في هذا المجال على جسامته الضرر الذي يسببه للمريض، فقد يسأل طبيب التجميل عن جريمة الجرح العمدي إذا سبب له عجزا يتجاوز 15 يوما طبقا للمادة 264 فقرة 01 من قانون العقوبات. أما إذا ترتب على فعل الطبيب عاهة مستديمة ككبت عضو من أعضاء المريض أو فقد البصر ...، فإنه يسأل عن جريمة ضرب و جرح عمدي أفضى إلى عاهة مستديمة طبقا للفقرة الثالثة من المادة 264 من قانون العقوبات. أما إذا أدى عمله إلى وفاة المريض

دون أن يقصد ذلك، فقد يسأل طبيب التجميل عن جريمة الرب و الجرح العمدي أدى إلى الوفاة دون قصد إحدائها طبقا للفقرة 04 من المادة 264 من قانون العقوبات .

2- إخلال الطبيب بالتزام إعلام المريض بمخاطر الجراحة؛ لاشك أن إخلال طبيب التجميل بالتزام الإعلام بالمخاطر التي تحيط بالعملية من شأنه أن يؤثر على رضا المريض في اتخاذ القرار بإجراء العملية ، لأن الإقدام على مثل هذه الجراحة الخطرة يقتضي من الطبيب أن يبصر المريض بالمخاطر التي يتعرض لها خلال إجراء عملية التجميل خاصة المخاطر الثانوية و النادرة الوقوع حتى يتسنى له اتخاذ قرار حاسم بإجراء مثل هذه الجراحة. وبهذا الطبيب الذي يخل بهذا الالتزام لإهماله يكون مخطئا مما يوجب مساءلته عن جريمة غير عمدية طبقا للمادتين 288 و 289 من قانون العقوبات .

كما تقوم مسؤولية الطبيب المدنية في هذا المجال ، و هذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في قضية تتمثل وقائعها في : أن سيدة عمرها 66 سنة، اتفقت مع جراح جمالي لإجراء عملية جراحية لإزالة الغضون و الأنجيوب الموجودة تحت عينيها ، وقد نتج عن هذه العملية عمى العين اليمنى، و هو حادث نادر الوقوع أي من الأمور الاستثنائية و صرحت المحكمة أن المخاطر الجسيمة، كخطر العمى التي ينذر أن تحدث توجب على الجراح أن يخبر الشخص باحتمال وقوعه حتى يكون هذا الشخص في وضع يستطيع فيه أن يتخذ قراره الحر بالموافقة ، لاسيما و أن المطلوب من الطبيب ليس معالجة أو عناية صحية ، وإنما إزالة عيب جسدي صغير لدى امرأة بلغت 66 سنة، و أيدت محكمة النقض هذا الحكم بلا تحفظ . (59)

و في قضية أخرى عرضت على محكمة استئناف باريس في 20 جوان 1960 أدانت طبيب مختص في التجميل الذي أراد أن يصحح بطن راقصة التعري الذي كان متدلي (Prose) فأصابها بندبة في أسفل بطنها لا تتاح الفرصة عادة لإظهارها في الحياة العادية لراقصة لأنها تقلل من إقبال الجمهور على مشاهدة جسدها. (60)

و قضية أخرى تتمثل وقائعها : في أن سيدة تبلغ 43 سنة لاحظت وجود هرم أنفي (Pyramide nazale) فأرادت إصلاحه بغرض تجميل شكل وجهها ، فقامت بإجراء جراحة تجميلية في سنة 1959 ، بغرض ترقيع أنفها وفقا للطرق الطبية المعمول بها آنذاك، و لكن النتيجة تم

تتحقق، اضطريت لإجراء 04 عمليات بعدها متتالية من سنة 1961 على سنة 1966، انتهت بمتابعة الجراح قضائياً بعدما وثقت فيه و أجرت بين يديه 05 عمليات جراحية. تقارير الخبراء في جراحة التجميل الذين فحصوا هذه السيدة وجدوا أن الجراحة غيرت نوعاً ما من حالة أنفها للأحسن و مع هذا هناك ضرر. المحكمة ألقت على عاتق الطبيب الإعلام غير الشامل لزبوته لأنه لم يخبرها بأن النتائج العملية غير أكيدة، و أن الالتزام بالإعلام الشامل يعد أمراً ضروريا (61) .

و بالتالي يمكن مساعدة الطبيب على أساس النخض المتمثل في الإخلال بالالتزام بالإعلام الشامل الذي جعل رضا المريضة معيياً ، لأنها لو علمت بكل المخاطر العملية مسبقاً لكان ذلك له دور في رفضها أو قبولها لإجراء الجراحة التجميلية.

أما بالنسبة لعمليات الرثق العنزي، فإن شرط الرضا ضروري و الحصول عليه أمر مهم جداً ، و هذا لأن الطبيب سيقوم بعمل جراحي في أحد أجزاء جسم المرأة، و خصوصاً أن البكارة التالفة للفتاة تقع في منطقة من المناطق ذات الحساسية الخاصة. و لهذا يترك للفتاة الحرية الكاملة في قبول أو رفض إجراء عملية الرثق العنزي بعدما يوضح لها الطبيب مزايا و عيوب هذه العملية.

و يجب أن يكون رضاها حراً بمعنى أن لا تقع ضحية إكراه معنوي معيب للرضا ، و ذلك كأن يؤكد الطبيب للفتاة أن حياتها تترقب على إجراء هذه العملية، فهذا يعتبر الطبيب مسؤولاً تجاهها، كما أنه إذا وقعت الفتاة ضحية لتصرف الطبيب الذي يجري لها العملية بدون موافقتها أياً كان الياغت، و مهما كان الهدف شريفاً أو غير شريف أو على سبيل التجربة، و في هذه الحالة يسأل الطبيب مسؤولية عمدية على تصرفه. و يتار التساؤل عن الجريمة التي تكونها هذه الواقعة فهل يمكن مساءلة الطبيب عن جريمة الفعل المخل بالحياة بالعنف في هذه الحالة ؟

وهنا يمكن القول أن الطبيب الذي يجري عملية الرثق العنزي بدون رضا المرأة أو بعد إيهامها أن حياتها متوقفة على إجراء هذه العملية يسأل عن جريمة الفعل المخل بالحياة بالعنف المعاقب عليها بالمادة 335 الفقرة 01 من قانون العقوبات لكون أن فعل الطبيب هنا يمثل عملاً من

الأعمال المنافية للحياة، لأنه وقع في موضع العفة من جسم المرأة ألا وهو فرجها و بدون أن ترضى بهذا الفعل .

ثانياً: عدم اتباع الأصول العلمية :

من المتفق عليه أنه يجب على الطبيب عند مزاولته لمهنته في مجال الأعمال الطبية العادية أن يراعي ما تقضي به أصول الفن الطبي، و أن يبذل للمريض جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة.

هذا الواجب يلتزم به طبيب التجميل لأن عمله يتطلب من إتقان قواعد الفن الطبي التجميلي، و لهذا من الضروري أن يقوم بإجراء الفحوصات و تشخيص الحالة قبل البدء في إجراء الجراحة، و لا ينتهي واجبه عند هذا الحد بل يمتد إلى مرحلة التنفيذ. فلو أجرى الطبيب عمله دون أن يكون متمكناً من ذلك و لحق المريض ضرراً، فإن الطبيب يسأل جنائياً و مدنياً حسب الأحوال إذا توافرت العناصر الأخرى اللازمة للمسؤولية و أهمها رابطة السببية. و يدخل ضمن أصول و متطلبات الفن المختص به واجب حصول الطبيب على شهادة تؤهله للقيام بالجراحة التجميلية، فإذا أقدم شخص غير مؤهل علمياً لإجراء هذه الجراحة بصورة متطابقة كلياً مع الأصول الفنية، فلا يمكن له تبرير عمله، بل يبقى مجرماً و بهذا يمكن ذكر بعض الحالات العملية للخطأ في هذا الجمال منها:

1- عدم إجراء فحوصات طبية: سبق الذكر أن إجراء الفحوصات الطبية التمهيدية أو التكميلية للمريض أمر ضروري قبل تنفيذ العلاج، و إهمال الطبيب إجراء مثل هذه الفحوصات للمريض يشكل خطأ في جانبه تقوم على إثره مسؤوليته، خاصة إذا كانت الجراحة لا تتطلب الضرورة أو العجلة في إجرائها كما هو الحال في الجراحة التجميلية. و عليه تقوم مسؤولية الطبيب الذي لم يقم بإجراء أي فحص على زيوته قبل إجراء الجراحة، و هذا ما قضت به محكمة باريس في 27 - 05 - 1970 في القضية التي تمثل وقائعها في: أن إحدى الفتيات تعمل راقصة في ملهى ليلي سمعت ثناء زميلة لها على أحد الأطباء الذين يزاولون جراحة التجميل، كان قد أجرى لها عملية شد ثديها و منع تدليهما و تحسين منظرهما، فذهبت إلى هذا الطبيب و اتفقت معه على إجراء عملية مماثلة. قام الطبيب بدون إجراء أية فحوصات أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم، بتخدير زيوته تخديراً موضعياً بالمادة Xylocaine، ثم

حقن غدتي الثديين بال: Silastic ، ودامت العملية ساعتين بصورة عادية ، غير أن السيدة كانت متعبة ، وأخبرت الطبيب بذلك لكنه ثم يكلف نفسه لإجراء أي فحص لها وكل ما فعله أنه نصحتها بأن تتمدد على السرير في مكتبه ، واستدعى أختها لتأخذها إلى بيتها ، فحضرت وقد لاحظت الأخت اصفرار وجه المريضة ، وعجزها عن الكلام ، لمكن الطبيب طمأنها بأن لها حساسية من حقنة المخدر ، وأنها ستزول ولا خطر عليها ، وتركها الطبيب تقادر إلى البيت دون أي تعليمات طبية عدا طلبه بتدفئة كاملة ، فاتصلت بالجراح هاتفيا فطلب منها ألا تطلق ، واكتفى بأن كلفها بأخذ حرارتها وتخبيره فاتصلوا بطبيب آخر ولكن حين وصوله كانت المريضة قد فارقت الحياة.

وقد أثبت تشريح جثة الراقصة أن الطبيب ارتكب عددا من الأخطاء منها :

- 1- إجراء العملية للراقصة دون فحوصات طبية.
 - 2- ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة.
 - 3- سماح الطبيب للممرضة بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية.
 - 4- لم يزود أهل الراقصة بأية تعليمات أو إرشادات جدية.
 - 5- رفض الذهاب إلى دار أهل المريضة لفحصها ثانية.
- وبهذا أخذ على الطبيب رعوثته بإرسال المريضة إلى بيتها وهي في هذه الحالة ، ثم رفضه الذهاب إلى بيتها لزيارتها واعتبر القضاء ذلك خطأ جسيما منه. ومع ذلك فإن المحكمة لم تؤاخذة على القتل الخطأ وإنما اكتفى بمعاقبته عن الامتناع عن مساعدة مريض في حالة خطر ، وبهذا قضت المحكمة على الطبيب العقوبة الجزائية والتعويض) .
- 2- عدم اختصاص الطبيب في جراحة التجميل: الجراحة التجميلية تعتبر من أنواع الجراحة التي تحتاج إلى التخصص والكفاءة الطبية للطبيب الذي يقوم بإجرائها ، وهذا نظرا لكونها تتطلب مهارة عالية ودراسة خاصة في هذا المجال. وعلى هذا فإن المسؤولية الجنائية للطبيب تقوم إذا لم يكن مختصا في جراحة التجميل ويعتبر مرتكبا لخطأ مهني.
 - 3- الخطأ في تنفيذ العملية تعتبر مرحلة تنفيذ العملية الجراحية من المراحل الدقيقة ، ولذا يجب مراعاة الحيطة والحذر والدقة في إجرائها ، أن يبذل لمريضه جهودا يقظة تتفق مع الأصول

المستقرة في علم الطب، فيسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول
 فعمليات الرق العنزي باعتبارها من ضمن الجراحة التجميلية، تتطلب دقة كبيرة لأن البكارة تقع في منطقة ذات حساسية خاصة. إذ يختلف شكل غشاء البكارة من فتاة لأخرى فقد يكون هالاليا أو حلقيا، وقد يكون له أكثر من فتحة كالمصفاة، وقد تكون له فتحة على شكل شق طولي. و نادرا ما يكون غشاء البكارة مسدودا تماما. وفي هذه الحالة ينزل دم الحيض شهريا، و لكنه يتجمع و يتخزن في المهبل و الرحم. و هنا تحتاج الفتاة إلى عملية جراحية لفتح غشاء البكارة

الإحالات

- (1) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، 1993، ص. 78- 88.
- (2) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص. 194.
- (3) أنظر، القاضي فريد الزغبي، الموسوعة الجزائرية - الحقوق الجزائرية العامة أسباب التبرير - المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1995، ص. 126.
- (4) أنظر، محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص. 194.
- (5) أنظر، محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة، جدة، الطبعة الثانية، 1994، ص. 182.
- (6) أنظر، محمود نجيب حسني، القسم العام، لقانون العقوبات، دار النهضة، القاهرة، ط. 1988، ص. 189.
- (7) أنظر، عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيدلة، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، ص. 91.
- (8) أنظر، محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النقاش، عمان، الطبعة الثانية، سنة 1999، ص. 185.
- (9) أنظر، أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة ط. 1990، ص. 85.
- (10) أنظر، محمود محمد عبد العزيز، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية و التجميلية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية 1993، ص. 90.
- (11) أنظر، القاضي فريد الزغبي، المرجع السابق، ص. 126.
- (12) أنظر، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص. 107.
- (13) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص. 217.

- (14) أنظر، القااضي فريد الزغبى، المرجع السابق، ص.127.
- (15) أنظر، عبد الوهاب، ، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني 1981، ص.127، ص192 - 193.
- (16) c.f.d. Malicier A.Miras et p. FReuglet et P. Faivre OP. Cit p.336
- (17) أنظر، محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص. 232.
- (18) Dorsner Dolivet op .cit,p.439.
- (19) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 93 - 94
- (20) C.f Cass, 29-11-1920,G.P 1921,1,68 .
- (21) Paul. L et Pierre. M et Bernard. O,OP.Cit, P 274
- (22) C.f, Dorsner- Dolivet, op. cit,p.439
- (23) C.f, Paul .L et Pierre.M et Bernard.O, OP.Cit,P.274
- (24) C.f, Paul. L et autres, OP. Cit,P.275
- (25) C.f, oussoukine Abdelhafid, TraitéOP. Cit,p.133
- (25) أنظر، القااضي فريد الزغبى، المرجع السابق، ص.127.
- (26) محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.37.
- (27) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 37.
- (28) أنظر، عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص.37.
- (29) C.f,Aix,27 mai 1976, cite pr jean Guérin, op.cit,p.55.
- (30) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.99.
- (31) أنظر، مروك نصر الدين، الحماية الجنائية.....، المرجع السابق، ص.247.
- (32) C.f,17 nov.1969,J.C.P,1970II,16507, savatier .□
- (33) " Le souci que la médecine, dont le but est après tout de transformer des malades en gens bien portnt, ne dévie pas vers son contraire en métamorphosant des gens bien portant en malade " cité par Paul .L & autres , OP. Cit, P.276 .
- (34) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.107.
- (35) C.f, Lyon , 08 jan 1981, J.C.P1981,II,19699, note chabat .
- (36) C.f, civ , 1^{er},19 avril 1988
- (37) أنظر، شهيدة قادة ، المرجع السابق، ص. 84.
- محكمة النقض الفرنسية 14 أكتوبر 1997 .
- (38) C.f, 25 fév. 1929 , D 1931.II,141, note Jean loup .
- (39) أنظر، عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص. 194 .
- (40) C. f,D.Malicier , A.Miras et P. Feuglet et P.Faivre,OP.Cit,p.187.
- (41) C.f,1^{er} ch .,16 avril 1981,D.1982,I.R.274. Observation Penneau .
- (42) أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص.96.
- (43) C.f, Cour de Lyon, mai 1936,465 .
- (44) C.f, Paris, 13 jan 1959.26.
- (45) C.f,Dorsner- Dolivet, op.cit,p.442
- (46) أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 107.
- (47) C.f,Paris, 07 nov.1972
- (48) C.f, Jean Penneau,op.cit,p40
- أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.111
- (49) C.f,D. Malicier, A. Miras et P. Feuglet et P.Fivre,op.cit, P.186

المسؤولية الجزائية عن ممارسة

حق التأديب داخل الأسرة

* أ.بن عودة حسكر مراد

المقدمة:

يعد حق التأديب من أولى الحقوق التي عرفتها الجماعات الإنسانية و قد كانت هذه السلطة مقررة لرب الأسرة نتيجة لسيادته المطلقة على أعضاء أسرته، فالأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع و أساس تنظيم العلاقات الاجتماعية فهي تقر لأفرادها حقوق تثبت لهم نتيجة انتمائهم لها. أهم هذه الحقوق تتمثل في الطاعة الزوجية و النفقة و التأديب في حالة الضرورة، ووفقا للأحكام الشرعية.

فالأفعال التي يمارسها رب الأسرة أو الوالدين استعمالا لحق التأديب تشكل في مجملها مساسا بسلامة جسم أحد أفراد الأسرة بغية تهذيبه و إصلاح شأنه. غير أن استعمال هذا الحق ليس مطلقا فكلما تم تجاوزه مخالفة للحدود و القيود المرسومة قانونا و شرعا شكل عنفا يستوجب العقاب الجنائي. فضرب الزوج لزوجته أو الوالدين لأبنائهم لا يعد فعلا مباحا مادام انه قد ترتب عليه أذى كفقده أحد الأعضاء او احد الحواس أو حدوث تشوهات وأحيانا قد يؤدي إلى القتل. لذلك وفر القانون حمايته لأفراد الأسرة ضد استعمال هذا الحق . و عليه سنتناول في دراستنا هذه أساس حق التأديب في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية (**المبحث 1**) و المسؤولية الجزائية عن تجاوز حدود ممارسة هذا الحق (**المبحث 2**) .

*أستاذ مساعد(أ) - كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر .

باحث بمخبر القانون الخاص الأساسي بالكلية .

محامي معتمد لدى المحاكم و المجالس القضائية .

المبحث 1: أساس حق التأديب بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية .

أن حق التأديب يجد أساسه في القوانين الوضعية و قبلها في الشريعة الإسلامية ، فقد أقرت جل القوانين المقارنة حق التأديب الذي يخاطب رب الأسرة و إن كانت البعض منها تقصره على تأديب الصغير لحق يتفرع عن رعايته و الإشراف عليه . (1)

أما عن تأديب الزوجة فليس له في الأنظمة الوضعية أي تطبيقات ماعدا في الأنظمة القانونية التي تعتبر قواعد الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون فيها.(2) فالشريعة الإسلامية قررت في أحكامها، حق رب الأسرة في رعاية أفرادها و ما يتفرغ عن هذا الحق من أفعال تسعى لتحقيقها، و بناء على ما تقدم سنحاول إبراز نظرة القانون الوضعي لحق التأديب و أساس مشروعيته تم نظرة الشريعة الإسلامية لذلك.

المطلب 1 : حق التأديب في القانون المقارن

لقد تباينت مواقف القوانين الوضعية و اختلفت فيما يتعلق بمسالة التأديب بين تأديب الزوجة و تأديب الصغير. فبالنسبة لتأديب الزوجة لم تتضمن أغلبية القوانين المقارنة نصوصا صريحة تبيح بموجبها للزوج أن يؤدب زوجته و إنما استند بعضها إلى القواعد العرفية و البعض الآخر إلى القواعد العامة للقانون

(1) من هذه القوانين، القانون اللبناني في المادة 186 / فقرة 01 من قانون العقوبات و القانون الكويتي في المادة 29 ق.ع و القانون البحريني في المادة 26 من قانون العقوبات و القانون الليبي في المادة 85 من ق.ع

(2) بعد ما كانت القوانين الغربية السائدة قديما تجيز هذا الحق للزوج على زوجته كالتشريع الفرنسي و القانون الانجليزي تراجعت عنه مع التطور و تخلت عنه هائيا في حين لازالت بعض قوانين الدول التي تعتبر قواعد الشريعة مصدرا لها تقر هذا الحق ، كالقانون العراقي سابقا ، القانون الجزائري و القانون المصري.

ومأقرته صراحة بعض القوانين الأخرى، أما في البلاد العربية فهو مستمد من أصل واحد هو الشريعة الإسلامية. (1) أما بالنسبة لتأديب الصغير فقد استقرت النظم القانونية المقارنة (2) على منح الأب حق تأديب الصغير بغية تهذيبه و تقويم سلوكه، غير أنها اختلفت في أساس إباحته و اتخذ هذا الاختلاف اتجاهات فقهية متباينة. وعليه سنبين موقف القوانين العربية ثم موقف القوانين الغربية ثم موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة.

1 موقف القوانين العربية :

تقر أغلب القوانين العربية حق التأديب سواء تعلق الأمر بتأديب الزوجة أو تأديب الصغير غير أنها اختلفت في أساس الإباحة في ذلك. فبالنسبة للزوجة فان أساس تأديبها في القوانين العربية مستمد من أصل واحد هو الشريعة الإسلامية. إذ نجد القانون المصري ينص في المادة 07 من قانون العقوبات على ما يلي "لا تخل أحكام هذا القانون في أي حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الإسلامية الغراء" كما نصت المادة 60 من ذات القانون على أنه "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية" (3)

و قد ذهب رأي فقهي إلى القول بان المقصود من هاتين المادتين ينطبق على حق التأديب المخول لرب الأسرة مستندا في ذلك إلى ما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون و مناقشات مجلس الشورى. (4)

(1) أنظر مروك نصرالدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة 1، 2003، ص 195

(2) أهم هذه القوانين، القانون اللبناني و القانون الليبي و قانون العقوبات الأردني .

(3) كما نصت المادة 30 من مشروع قانون العقوبات المصري على أنه " لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً للحق ."- انظر عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، المجلد الثاني، بدون دار نشر، بدون بلد، 1989، ص 889. - أنظر محمد نجيب حسن، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ص 98.

(4) أنظر عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 934.

و يضيف أصحاب هذا الرأي أن الفقه و القضاء المصري يعتد بالنشوز بصفة خاصة كموجب لتأديب الزوج لزوجته، و في العموم فهو يرى بجواز تأديب الزوجة على كل معصية لم يرد فيها حد مقرر شرعا. (1)

أما القانون العراقي فقد نص صراحة على حق تأديب الزوجة وذلك في نص المادة 41 من ق.ع العراقي على انه " لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحد مقرر بمقتضى القانون و يعتبر استعمالا للحد تأديب الزوج زوجتهو ذلك في حدود ما هو مقرر شرعا أو قانونا أو عرفا" و بهذا النص ينفرد القانون العراقي بإقرار حق تأديب الزوجة بصريح النص.(2)

أما بالنسبة لتأديب الصغير فقد وجد خلاف فقهي حول هذه المسألة. فالأول يقرر حق تأديب الصغير ، و لكن يسنده إلى قاعدة تشريعية أو عرفية أو يقرره في المبادئ العامة للنظام القانوني ذاته. أما الاتجاه الثاني فيعترف بهذا الحق بنصوص قانونية صريحة.

فبالنسبة للتي تقر بحق تأديب الصغير استنادا إلى المبادئ العامة للنظام العام نجد القانون المصري طبقا للمادة 60 من ق.ع المصري المذكورة سابقا والتي يستفاد منها أن المشرع المصري يخرج من العقاب الأشخاص الذين لهم حق التأديب .

كالوالد و الوالدة و الوصي لكونهم مخاطبين بحق التأديب المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية.(3)

و تطبيقا لذلك يتبين أن حق تأديب الصغير يستند في النظام القانوني المصري ، إلى ما تجيزه الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون من قيام حق التأديب بالنسبة للصغار. و قد سارت العديد

(1) انظر أحمد صفوت ، شرح القانون الجنائي، القسم العام، بدون دار نشر، مصر، 1982، ص 227.

(2) أنظر، مروك نصرالدين، المرجع السابق، ص 196. - أنظر، عصام أحمد، المرجع السابق، ص 932.

(3) أنظر عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 942

من التشريعات على هذا النهج منها ق.ع التونسي الذي نص في المادة 42 منه على ما يلي " لا عقاب على من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانوني أو أذن من الحكومة التي لها النظر"(1) و أيضا قانون العقوبات الليبي في المادة 69 منه.

أما بالنسبة للاتجاه الثاني الذي يسمح بتأديب الصغير بنص صريح نجد القانون البحريني الذي أجاز للآباء حق تأديب أولادهم من خلال نص المادة 26 من ق.ع التي نصت على انه " يحق لأي من الوالدين أو الذي يحل مكانهما أو لمعلم المهنة، الذي يكون تحت رعايتها و مسؤوليته بصورة مشروعة طفل أو تلميذ تحت التجربة أن يستعمل لأغراض التهذيب أو حفظ النظام تلك الدرجة من القوة الضرورية و المعقولة لمثل ذلك الغرض...."(2)

كما أجاز القانون الكويتي للآباء حق تأديب أبنائهم، و ذلك في نص المادة 29 من قانون العقوبات و في نفس السياق منح المشرع اللبناني للآباء حق تأديب أبنائهم في نص المادة 186 / ف2 من قانون العقوبات بقوله " لا يعد جريمة... ضرب التأديب الذي يتزله بالأولاد آباءهم و أساتذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام "(3)

و يتضح مما سبق بان الأنظمة القانونية السابقة الذكر قد قررت هذا الحق أي حق التأديب إنما من اجل غاية معينة. و عليه ينبغي أن يمارس هذا الحق على نحو يتفق مع الغاية المقصودة منه و هي التأديب، التربية، حفظ الصحة و ترابط الأسرة . فهل ياترى يكون موقف التشريعات الغربية مطابقا لموقف التشريعات العربية .

(1)أنظر المحلة التونسية الجنائية لسنة 1993 ، المطبعة الرسمية التونسية ،ص 12 . و قد تضمنت أحكام قانون العقوبات التونسي.

(2) أنظر عصام أحمد محمد، المرجع السابق،م2 ، ص939،940 - أنظر ماروك نصرالدين، المرجع السابق،ص 215.

(3)أنظر عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 940.

2- موقف القوانين الغربية :

يعترف القانون الفرنسي القديم بحق الزوج في تأديب زوجته استنادا إلى تصور الفقه المدني القديم للعلاقة الزوجية و حقوق الزوج على زوجته باعتباره سيد الأسرة و رئيسها. غير أن القضاء الفرنسي تراجع عن هذا التصور و سايره الفقه فيما بعد (1) فلم يعد فعل تأديب الزوج لزوجته من أفعال الإباحة التي نصت عليها المادة 327 من ق.ع الفرنسي.

ذلك لأن قواعد الآداب السائدة في المجتمع الفرنسي وضعت الزوجة في نفس مكانة رب الأسرة و بالتالي أصبح لا يجوز للزوج الاعتداء على زوجته و لو كان ذلك بقصد تأديبها.

أما القانون الإنجليزي الذي يستمد قواعده من السوابق القضائية هذه الأخيرة التي تضاربت حول إقرار حق الزوج في تأديب زوجته فمنها من أجازت ذلك و منها من رفضته. غير أن الاتجاه الحديث في النظام الإنجليزي لا يقر قيام حق الزوج في تأديب زوجته و ذلك لاختلاف النظرة الاجتماعية لمكانة الزوج ووجود مبدأ المساواة فيما بين الزوجين. مما أدى إلى عدم تقبل الآداب العامة الإنجليزية لفكرة تقرير حقوق للزوج على زوجته بقصد تأديبها. (2)

(1) Cf , Bouzat et Pinatel ,traité de droit pénale et de criminologie, T1,Paris 1970 ,p257

- Cf ,Merle et Virtue ,traité de droit criminel ,Paris,1981,p118

(2)أنظر عثمان سعيد عثمان ،استعمال الحق كسبب للإباحة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968،ص135.

- أنظر، هناء عبد الحميد إبراهيم بدر،الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع ،المكتب الجامعي الحديث،مصر،2009،ص199،200.

أما بالنسبة لتأديب الصغير نجد أن القانون الفرنسي يعتبره أحد عناصر السلطة العائلية التي يياشرها رب الأسرة على أبناءه بغية تهذيبهم و تقويم سلوكهم،و يستند هذا الحق في القانون الفرنسي إلى القواعد العامة العرفية و ما تدرج عليه النظام العام و هو الأمر الذي أذى ببعض الفقه إلى تسميتها بإذن العرف بالمقابلة لما يطلق عليه إذن القانون مستندين لنص المادة **327** من ق.ع و القضاء الفرنسي اعتبر التأديب رخصة عرفية وهذا مادهدت إليه محكمة بوردو في حكمها الصادر في **18 مارس 1981** (1).

أما القانون الإنجليزي فهو الآخر يجيز التأديب كحق للوالدين بضرب الصغير بشرط أن يكون معقولا ويشمل كذلك حق تحديد الدين الذي يعتنقه الأطفال و تحديد نوع التعليم الذي يتلقونه. و لكن يمكن انتزاع هذا الحق منهما أو من احدهما إذا لم يكن جديرا به. كما لو إذا كان سلوك الأب منحرفا لدرجة تهدد حياة الأطفال بالخطر الجسيم فان هذا الحق ينتقل غالبا للأم .

-أمام حصر موقف القوانين العربية والغربية من مسألة التأديب لا يبقى أمامنا سوى تحديد موقف التشريع الجزائري .

(1) أنظر عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص135.

3- موقف المشرع الجزائري :

إن استعراض موقف القانون الجزائري من مسألة التأديب بصفة يعد من الأمور الصعبة نوعا ما ذلك أن نصوص القانون الجزائري جاءت غامضة في بعض الأحيان و غير صريحة على هذه المسألة الأمر الذي سيتطلب منا تحليل و تفسير المعنى الخفي لمواد القانون.

-فالإشكال الذي يطرح في هذه الحالة يتمثل أساسا في حق التأديب طبقا لأحكام القانون الجزائري للإجابة على هذه الإشكالية لابد من الرجوع إلى نص المادة 39 من ق.ع التي تنص على مايلي "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون..."

و في هذا الإطار نقول أن المشرع الجزائري استعمل لفظ إذن القانون و يقصد من هذا التعبير أن يأذن القانون لصاحبه باستعمال حقه و بالتالي لفظ القانون المستعمل في المادة 39 هو لفظ مطلق و يعبر عن كل قاعدة قانونية سواء كانت مفرغة في نص تشريعي سارأو لم تكن بمعنى أنها قد تكون نصا تشريعيًا أو قاعدة واردة بالشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا غير مكتوب و غني عن البيان أن قواعد الشريعة الإسلامية بالقدر الذي تعتبر فيه جزءا من النظام العام القانوني ، فهي تعد قانونا في هذا المعنى و تصبح مصدرا يرتقي بالحقوق إلى مرتبة الحقوق القانونية، و عليه فتأديب الزوجة والصغير يعد من تطبيقات استعمال الحق أو إذن القانون .وهذا الرأي مأخوذ به من قبل غالبية الفقه في الجزائر.(1)

المطلب 2: حق التأديب في الشريعة الإسلامية .

لقد أباحت الشريعة الإسلامية حق التأديب سواء تعلق الأمر بالزوجة أو بالصغير ، فالأفعال التي يرتكبها الزوج على جسم زوجته استعمالا لحق التأديب في إطار الحدود المقررة شرعا لإصلاح حال زوجته لا تدخل ي دائرة التجريم.

(1)أنظر سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج1 شرعية التجريم ، مطبعة عمار قربي ، باتنة الجزائر، 1992، ص 101. -أنظر عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة، الجزائر، ص 103.

-أنظر إسحاق إبراهيم منصور، الأصول العامة في قانون العقوبات الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1980 ، ص 75.

وأساس حق التأديب في الشريعة الإسلامية مستمد من القرآن و السنة و الإجماع، قد وردت آيات كثيرة و صريحة تدل على إباحة أفعال التأديب لاسيما تلك الخاصة بتأديب الزوجة و منها قوله تعالى: " و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن و اهجووهن في المضاجع و اضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ."(1) و فيما يخص تأديب الأبناء نجد قوله تعالى: " يا أيها الذين امنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا".(2) و يستدل من هذه الآية إباحة التأديب للأهل لإبعادهم عن المعاصي و الأهل هو الزوجة و الأولاد.

أما في السنة فقد وردت أحاديث نبوية تدل على إباحة تأديب الزوج لزوجته، فعن رسول الله صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع قال: "استوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم عوان لا تملكون منهم شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فان فعلن فاهجووهن في المضاجع و اضربوهن ضربا غير مبرح إن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا".(3)

و قوله أيضا: "مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين و إذا بلغ عشر سنين ، اضربوه عليها" و قوله: " ما نحل والد ولده من نحل أفضل من أدب حسن " و كل هذه أحاديث تؤكد على إباحة تأديب الزوجة و الصغير.(4)

(1) أنظر، سورة النساء، الآية 34.(2) أنظر، سورة التحريم، الآية 06.

(3) أنظر، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سير الأخيار، ج6، مطبعة جلي، مصر، بدون سنة، ص236.

(4) انظر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، بدون دار نشر، القاهرة 1980، ص 489.

و تجدر الإشارة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية منحت للزوج حق تأديب الزوجة و للأب حق تأديب ولده و لكنها لم تترك له الأمر لاجتهاده بل أنها حددت له وسائل التأديب و حدود هذا التأديب فبالنسبة للزوجة فوسائل التأديب هي ثلاثة و هي الوعظ و الهجر في المضاجع و الضرب . أما بالنسبة للصغير فالتأديب يكون أولاً بالوعظ ثم بالضرب إن لم يمتثل و يشترط في الضرب أن لا يكون مبرحاً، أي ذلك الإيذاء البدني الذي يكون في غير المواضع المنهى عنها كالوجه و الرأس أو في الأماكن التي تؤدي إلى هلاك الفرد. (1)

إن إباحة حق التأديب في الشريعة الإسلامية مشروطة بعدم الإضرار بشخص الفرد الخاضع للتأديب و عدم تجاوز حدود التأديب ، لان لأن كل تجاوز لهذه الحدود يجعل الفعل داخلاً في دائرة التجريم سواء في القانون الوضعي أو في الشريعة الإسلامية مما يعرض شخص المؤدب للعقاب و التعويض.

المبحث الثاني : المسؤولية الجزائية عن تجاوز حدود التأديب .

آدا كان التأديب حق مقرر قانوناً و مباح في إطار شروط و ضوابط معينة فإنه يتعين على صاحبه أن لا يتجاوز هذه الحدود في ممارسة حقه فالقانون يحمي حق الإنسان في سلامة جسمه من كل إخلال يعطل وظائف الحياة لديه سواء كانت وظيفة نفسية أو عضوية، وعليه فإن كل تجاوز لهذا الحق يجعل الفعل مجرماً و يخرج من دائرة الإباحة الشرعية إلى دائرة التجريم، فالتأديب عند تجاوزه الحدود المرسومة له يشكل عنفاً يستوجب المسؤولية الجنائية وفقاً لأحكام القانون الجنائي و يختلف الأمر هنا عندما يتعلق بالزوجة عنه في تأديب الصغير.

(1) أنظر، هناء عبد الحميد ابراهيم بدر، المرجع السابق، ص197، 198. -أنظر، السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، الطبعة 3، دار المعارف، مصر، 1957، ص190

المبحث الثاني: المسؤولية الجزائية عن تجاوز حدود التأديب .

آدا كان التأديب حق مقرر قانونا و مباح في إطار شروط و ضوابط معينة فانه يتعين على صاحبه أن لا يتجاوز هذه الحدود في ممارسة حقه فالقانون يحمي حق الإنسان في سلامة جسمه من كل إخلال يعطل وظائف الحياة لديه سواء كانت وظيفة نفسية أو عضوية، وعليه فإن كل تجاوز لهذا الحق يجعل الفعل مجرما ويخرجه من دائرة الإباحة الشرعية إلى دائرة التجريم، فالتأديب عند تجاوزه الحدود المرسومة له يشكل عنفا يستوجب المسؤولية الجنائية وفقا لأحكام القانون الجنائي ويختلف الأمر هنا عندما يتعلق بالزوجة عنه في تأديب الصغير.

المطلب الأول: مسؤولية الزوج عن ضرب زوجته

إن تجاوز الزوج حدود التأديب المباح و وصوله حد العنف يشكل تعسف في استعمال الحق أي استخدامه في غير الغرض المخصص له و إن التزم حدوده الموضوعية، و بذلك يكون التصرف مؤثما و معاقبا عليه. (1)

و حتى تتحقق المسؤولية الجنائية عن فعل الزوج الذي دخل حيز أو دائرة التجريم ينبغي توافر أركان أساسية و شروط هامة، أهمها قيام الزوج بفعل مادي من شأنه المساس بسلامة جسم الزوجة، و ترتب عنه نتيجة إجرامية طبقا لأحكام القانون الجنائي .

و الواضح أن المشرع الجزائري لم يضع نصوصا خاصة بالزوجة في هذا المجال مما يدفعنا للرجوع إلى القواعد العامة لاسيما المادة 264 من ق.ع و ما بعدها و التي تجرم أفعال الاعتداء التي تمس بالسلامة الجسدية للإنسان.

(1) لقد عرفت منظمة العفو الدولية، العنف ضد المرأة بأنه كل فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس و يترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية النفسية أو الجسمانية أو الجنسية...

فالجريمة تقوم متى اتخذ سلوك الجاني صورة الضرب المبرح والجرح والتعذيب أو إعطاء المواد الضارة ، أي كل عمل مادي من شأنه أن يشكل عنفا ماديا ضد الزوجة (01) وأدى ذلك إلى نتيجة هامة تتحقق بمجرد المساس بسلامةالجسم أيا كان الجانب الذي لحقه ذلك المساس وأي كانت نوعية النشاط إيجابي أو سلبى ومهما كانت درجة الإيذاء بسيطة أو جسيمة فكلها نتائج للنشاط المادي للزوج (02).

وحتى تكتمل عناصر الركن المادي للجريمة يجب توافر علاقة سببية تربط السلوك بالنتيجة، فإذا انتفت رابطة السببية تخلفت أحد عناصر الركن المادي وبالتالي انتفت مسؤولية الزوج المتهم عن الأذى الذي لحق بجسم زوجته نتيجة عوامل أخرى لا دخل لفعل الزوج فيها .

-يضاف إلى ذلك أنه حتى تستفيد الزوجة من الحماية التي أقرها لها المشرع في المادة 264 من ق.ع وجب أن تتجه إرادة الزوج الجاني إلى إيقاع أعمال العنف على زوجته مع علمه بما يقوم به وهو ما يعرف بالقصد الجنائي.(03)

وعليه إذا اجتمعت هذه العناصر كلها اعتبرت الجريمة قائمة في حق الزوجة الأمر الذي يستدعي حمايتها جزئيا وإعطاءها حقا لتعويض عن العجز إلا أن قيمة هذه الحماية تتوقف على مدى فعالية المتابعة والجزاء خصوصا أن شكوى الزوجة في هذا المجال لا تلقى عادة ترحيبا من قبل الجهات المختصة بالرغم من وجود نص المادة 264 ق.ع الذي يوفر لها نفس الحماية التي يوفرها للأشخاص العاديين.

01- انظر إسحاق ابراهيم منصور المرجع السابق ، ص74.

02- أنظر ، محمد نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر 1988 ص 59 .

03- أنظر عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص182.

-CF, Patrice gattegno, droit penal special, Edi Dalloz , Paris 3ème edition, 1999, p33.

-CF, Michel, Laure, Rassat, droit pénal spécial, Edi Dalloz, paris, 2001, p263

المطلب 2: مسؤولية الوالدين عن تجاوز حدود تأديب الأولاد.

إذا كانت بعض القوانين الوضعية تميز تأديب الأبناء اتفاقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية فإن هذا لا يعطي الحق للوالدين في تجاوز الحدود المقررة والعامّة للتأديب وهي الإيذاء الخفيف الذي يحقق نتائج في الصعيد التربوي للطفل وكل تجاوز لذلك يضع الوالدين في دائرة المساءلة الجنائية وفي هذه الحالة فإن العقوبة ستختلف حسب درجة الأذى المحقق في حق الطفل وحسب نوع الأفعال المرتكبة. فالتشريع الجزائري يجرم كغيره من قوانين الدول الأخرى أفعال الاعتداء التي تقع من الوالدين إضراراً بالأبناء وهذا ما يمكن استخلاصه من نصوص المواد **269** ق. العقوبات والمادة **272** من نفس القانون.

إذ تعاقب المادة **269** على كل ضرب أو جرح يكون قد تم بطريقة عمدية ضد قاصر لم يتجاوز سنة **16** سنة أو عن كل منع عمدي للطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو ارتكاب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي.

فرعاية الأولاد والعناية بهم هي مسؤولية مشتركة تقع على الزوجين ويلزمهم هذا الواجب بتربية أبنائهم تربية سليمة عن طريق غرس الأخلاق الحميدة فيهم وتوجيههم توجيهاً صحيحاً ورعايتهم جسمياً وفكرياً. وكل ضرب أو جرح عمدي من شأنه الإضرار بالقاصر فإنه يشكل جريمة تستوجب عقاب الوالدين.

وفي هذا الإطار أكدت المادة **272** ق.ع على أنه إذ كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرها من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فإن العقوبة ستكون الحبس من ثلاث سنوات كحد أدنى وذلك في الحالات البسيطة التي لا تؤدي فيها أفعال الاعتداء إلى أضرار جسيمة والإعدام في الحالة التي تكون فيها النتيجة هي الوفاة

فالتشريع الجزائري يجرم كغيره من قوانين الدول الأخرى أفعال الاعتداء التي تقع من الوالدين إضراراً بالأبناء وهذا ما يمكن استخلاصه من نصوص المواد **269** ق. العقوبات والمادة **272** من نفس القانون.

إذ تعاقب المادة **269** على كل ضرب أو جرح يكون قد تم بطريقة عمدية ضد قاصر لم يتجاوز سنة **16** سنة أو عن كل منع عمدي للطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو ارتكاب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي.

فرعاية الأولاد والعناية بهم هي مسؤولية مشتركة تقع على الزوجين ويلزمهم هذا الواجب بتربية أبنائهم تربية سليمة عن طريق غرس الأخلاق الحميدة فيهم وتوجيههم توجيهاً صحيحاً ورعايتهم

جسماً وفكرياً. وكل ضرب أو جرح عمدي من شأنه الإضرار بالقاصر فإنه يشكل جريمة تستوجب عقاب الوالدين.

وفي هذا الإطار أكدت المادة **272** ق.ع على أنه إذ كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فإن العقوبة ستكون الحبس من ثلاث سنوات كحد أدنى وذلك في الحالات البسيطة التي لا تؤدي فيها أفعال الاعتداء إلى أضرار جسيمة والإعدام في الحالة التي تكون فيها النتيجة هي الوفاة.

فقيام الجريمة هنا يتطلب زيادة على الركن المادي المتمثل في إتيان فعل من الأفعال المذكورة في المادة **269** ق.ع ضرورة تحقق علاقة القرابة بين الضحية والجاني والمتمثلة في الأبوة الشرعية، أي أن يكون الجاني هو الأب الحقيقي والشرعي أو أمه أو جده أو جدته الشرعيين، أما إذا تبين للمحكمة أن الضحية هو ربيب الجاني أو مكفولة أو ابنه من زنا أو من زواج باطل فإنه في هذه الحالة يتمتع القاضي عن تطبيق نص المادة **272** ، بل يطبق نص المادة **269** لوحدها. (01)

والجديد بالذكر أن المشرع جعل من الرابطة الأسرية بين الجاني والضحية سبباً لتشديد العقوبة مقارنة بالحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة **269** ، والعلّة هنا في تشديد العقوبة على ضرب الأصول للفروع القصدمنها هون توافر صلة القرابة هذه تفرض على الأول واجب البر والإحسان والمحافظة على حياة الجاني عليه لا إهدارها، كما أن تلك الرابطة الأسرية تفترض بين طرفيها وجود عاطفة إنسانية أصيلة في نفس الإنسان. ووقوع هذه الجريمة يؤكد انعدام هذه العاطفة ومن ثم ينم عن خطورة إجرامية لدى الجاني تجعله يستوجب العقاب المشدد.

(1) انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، للطبعة الثانية، 2002، ص

الخاتمة:

إن ما يمكن استنتاجه من خلال ما سبق ان حق التأديب ما هو إلا صورة من صور إباحة المساس بجسم الإنسان بقصد تحقيق غاية وهي التهذيب والتقويم باعتباره احد العناصر التي تحافظ على استقرار الأسرة ودوامها غير أن هذا الحق كما سبق وان قلنا هو غير مطلق فهو مقيد بقيود وضوابط شرعية لا يمكن تجاوزها وفي الحالة العكسية فإن الفعل سيخرج من دائرة الإباحة ليدخل دائرة التجريم ، بالرغم من ذلك فقد ظهرت حاليا بعض التيارات التي طالبت بإلغاء حق تأديب الزوجة الذي مصدره أحكام الشريعة الإسلامية وجعل المرأة في نفس مركز الرجل في الأسرة تماشيا مع ما ذهبت إليه القوانين الغربية إلا أننا نرى من ضرورة إبقاء هذا الحق حافزا للتخفيف من عدد دعاوى الطلاق المطروحة على المحاكم حتى لا يلجأ الزوج مباشرة إلى المحاكم لطلب الطلاق إلا بعد سلكه طريق التأديب في حالة تطلبه بشرط التزامه بالحدود المقررة شرعا وقانونا.