

حماية الطفل في قوانين الأسرة المغربية دراسة مقارنة الجزائر - المغرب

د. حنان اوشن جامعة خنشلة

ملخص

الاهتمام بالطفل يبدأ بالحفاظ على كرامته، واحترام حقوقه وتحقيق احتياجاته وتنمية مختلف قدراته . وهذا ما تم تأكيده في الإعلان العالمي من حقوق الإنسان الذي يعد المرجع العام لتكريس فكرة حماية الطفل . والدول المغربية كغيرها من الدول المقررة بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان أخذ المشرع فيها على عاتقه مهمة صقل القاعدة القانونية بما يتلاءم وفكرة حق الطفل وحمايته.

Résumé

Le respect pour les enfants commence par préserver leur dignité, respecter leurs droits, réaliser leurs besoins et développer leurs diverses capacités. Ceci est confirmé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui est la référence générale à l'idée de protéger les enfants.

Les pays du Maghreb, comme d'autres pays, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, ont entrepris de raffiner la base juridique en fonction de l'idée du droit et de la protection de l'enfant

Summary

Respect for children begins by preserving their dignity, respecting their rights, realizing their needs and developing their various abilities. This is confirmed in the Universal Declaration of Human Rights, which is the general reference to the idea of protecting children.

The countries of the Maghreb, like other countries, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, have undertaken to refine the legal basis on the basis of the idea of the right and the protection of the Child

مقدمة

تعتبر الأسرة البنية الأساسية التي تضمن بقاء المجتمع و استمراره. فالمجتمع بدون أسرة لا استمرارية له . و على هذا المجتمع أن يوفر الحماية اللازمة لكل أفراد في إطار القانون . ولعل الفئة التي ينبغي أن تحاط بالرعاية القصوى هي فئة الأطفال. ولقد اعتنت كل تشريعات العالم بهذه الفئة ومن بينها التشريعات المغربية التي أولت لها ومنذ فجر التاريخ الإسلامي أهمية قصوى. فكانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة واستمرت إلى حد الآن باعتبارها المصدر الأساسي لأحكام قوانين الأسرة



المغربية¹، التي شكلت اللجنة الأساسية لتنظيم الأسرة تنظيماً محكماً يساير من جهة الشريعة الإسلامية، مادام أن الدين الإسلامي هو الدين الرسمي لهذه الدول، و تساير من جهة أخرى الاتفاقيات الدولية التي تهم مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة.

وما لاشك فيه أن الطفولة هي نواة المستقبل و برعم الحياة وزهرتها. واعتبرها المولى عز وجل زينة الحياة الدنيا في قوله تعالى: "المال والبنون زينة الحياة الدنيا"²، والأطفال هم رجال وأمهات الغد وصانعو مستقبل الأمة وقد خصها المولى عز وجل بالتكريم والتشريف فأقسم بها في كتابه وذلك في قوله تعالى: "ووالد وما ولد"³.

ونظراً لأهمية الطفولة الكبرى فإن رعايتها وإحاطتها بالضمانات حماية لحقوقها ليس واجباً وطنياً فحسب، وإنما هو مبدأ أخلاقي إنساني على طريق تحرير الإنسان الذي هو غاية الحياة ومنطلقها

فالأمة التي ترعى أطفالها وتحميهم هي أمة تدرك أن مستقبلها لا يمكن أن يكون أفضل من حاضر. إلا ببذل مزيد من الجهد لإعداد أطفالها الإعداد الحسن ليتحملوا فيما بعد مسؤولية قيادة مجتمعهم بنجاح واقتدار. وتجسيدا للأهمية الكبرى التي يحتلها الأطفال في رسم مستقبل كل دولة، ولذلك حرصت هذه الأخيرة منذ القدم وحتى يومنا هذا سواء على المستوى الدولي أو المحلي على إصدار إعلانات دولية لحقوق الطفل. وإبرام اتفاقيات دولية جماعية أو ثنائية لكفالة الحماية القانونية للطفل.

وقد أولت التشريعات المغربية في مجال الأسرة عناية مميزة للطفل الذي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني⁴.

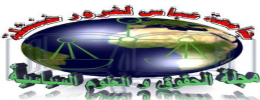
لذلك سنحاول في هذا البحث الوقوف على مدى مسايرة قوانين الأسرة المغربية في موادها لما تم تقريره ببعض الاتفاقيات الدولية.

¹ - قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 جوان 1948 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005. مدونة الأسرة المغربية صيغة محينة بتاريخ 25 جانفي 2016. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 3 فيفري 2004 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة. وزارة العدل والحريات المغربية. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

² - سورة الكهف، الآية 46.

³ - سورة البلد، الآية 03.

⁴ . يعني هذا من الناحية القانونية أن المرء قد أصبح بإمكانه أن يبرم عقداً. وقد ينطبق الحد الأدنى للسن ذاته أو غيره. على سبيل المثال، على الوالدين اللذين يفقدان حقوق وواجبات الأبوة والأمومة فيما يتعلق بالشخص المعني. والوالدين اللذين يفقدون المسؤولية المالية. والزواج والتصويت والحصول على وظيفة والالتحاق بالخدمة العسكرية وشراء أو امتلاك سلاح ناري



من خلال الإجابة على التساؤل التالي :

إلى أي مدى كيفت قوانين الأسرة المغربية بنود موادها بما يتلاءم وطبيعة وخصوصية الحماية المقررة للطفل ؟

الإجابة تكون بتقسيم المحتوى البحثي إلى قسمين أساسيين على النحو التالي:

المحور الأول : حماية الأطفال أثناء قيام العلاقة الزوجية

المحور الثاني : حماية الأطفال بعد انجبال ميثاق الزوجية

المحور الأول : حماية الطفل أثناء قيام الرابطة الزوجية

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

وأهم حق يثبت له ، و الذي تم الإجماع عليه من طرف جميع واضعي القوانين هو أن تكون له أسرة باعتبارها الوحدة الاجتماعية الأولى التي ينشأ فيها الطفل و يتفاعل مع أعضائها. و كذا المؤثر المباشر في التكوين الحسن و النفسي للطفل و من تم يشكل توجهاته و ملكاته في مستقبل حياته إيجاباً أو سلباً فإذا ثبت للطفل هذا الحق ، و قع على عاتق والديه واجب رعايته و المحافظة عليه معنوياً و مادياً .

وسندرس مظاهر هذه الحماية من خلال النقاط التالية :

1. الحماية قبل الولادة وبعدها

الأصل أن تبلور شخصية الطفل في كنف أسرته الصغرى ، وفي مكان يسودها الاستقرار والطمأنينة

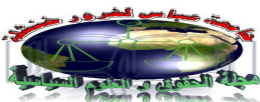
ولعل الغاية العظمى من تشكيل الأسرة بين رجل و امرأة هي الحصول على الخلف الصالح و حتى يتحقق صلاح هذا الخلف، ينبغي أن يحاط الأبناء بالعناية اللازمة منذ الوهلة الأولى لازديادهم ، بل وقبل ولادتهم .عندما يكونوا أجنة في بطون أمهاتهم ، بيد أن العناية و الحماية تكون ملحة بشكل كبير بعد الولادة. و تتجسد هذه الحماية على النحو التالي :

1. أ. الحماية قبل الولادة

تتحدد وتتجسد هذه الحماية في ما اصطلح عليه بحماية الجنين ، والتي ستنتم الإشارة إليها على النحو التالي :

الجنين لغة هو: الولد مادام في البطن، والجمع أجنة وأجنن. وهو مشتق من جن أي استتر¹ وسمي الجنين جنيناً لاستتاره في بطن أمه، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا المعنى في

¹ - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل: لسان العرب، دار بيروت للطباعة والتوزيع، بيروت، 1970، ص 701



قوله سبحانه وتعالى: ((وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةُ فِي بَطُونِ أُمّهَاتِكُمْ)) فيقول المفسرون إن المقصود بالأجنة: جمع جنين. وهو الولد مادام في البطن. وسمي جنينا لاجتنانه واستتارته. فهو يشمل جميع مراحل الحمل منذ التلقيح حتى الولادة لتحقق الاستتار فيها¹.

وتحدد الحماية هنا في منع وتجريم قتل الجنين سواء كان ذلك بالإجهاض أو أي عملية أخرى مفضية إلى نفس النتيجة حيث نجد هذا الحق منصوص عليه في مدونة الأسرة المغربية تحت رقم 70/03 في المادة 1/54 والتي نصت على: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية: 1. حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد....." وهو الأمر الذي غاب عن قانون الأسرة الجزائري إلا أن المشرع الجزائري فرض هذه الحماية من بدء حياة الجنين فنجد أن المشرع قد بسط حمايته للجنين. سواء اكتمل تكوينه. أو سارت فيه الروح. بل ولو كان في الشهور الأولى من الحمل. أو حتى لو كان بويضة مخصبة في الأيام الأولى من الحمل. تلك الأيام التي يكون الحمل فيما محتملا. ولكنه غير متقين. بل ونلاحظ أن المشرع قد جرم فعل الإجهاض سواء أكان الحمل موجودا أم غير موجود. وقد اعتبر عملية الإجهاض جريمة حتى لو كانت مستحيلة. استحالة نسبية بسبب الوسيلة المستخدمة. أو استحالة مادية مطلقة إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى موضوع الجريمة ذاته وهو عدم وجود الحمل².

وهو نفس توجه المشرع التونسي سواء تعلق ذلك بمجلة الأحوال الشخصية أو مجلة حماية الطفل حيث لا نجد لها أي إشارة لذلك .

ويمكن تحديد مظاهر هذه الحماية من خلال أهم نقطة ترتب العديد من الآثار هي :

1.1.1. أهلية الجنين .

تبدأ أهلية الجنين منذ أن يكون نطفة في بطن أمه. ثم بعد ذلك أن يولد تلازمه طيلة حياته³

ويفرق الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء . فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص طيلة حياته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا النوع يتمتع بها الإنسان منذ أن يكون وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن آرائه تعبيرا يرتب عليه آثار قانونية.⁴

¹ - بأحمد أرفيس: مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر . ط2.

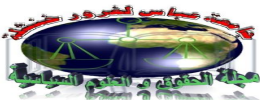
الجزائر. 2005. ص47

² - لمزيد من التفصيل أنظر: الشيخ صالح البشير . الحماية الجنائية للجنين في ضوء ممارسات الطب الحديثة. دراسة مقارنة .

ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية . كلية الحقوق . الجزائر 1. السنة 2012_2013. ص23 وما بعدها

³ - العربي يختي . حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية . ديوان المطبوعات الجامعية . الجزائر 2013. ص35.

⁴ - مفتاح محمد أقريط . الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . مصر 2004. ص48



والأهلية الثابتة للجنين هي أهلية وجوب ناقصة من حيث أنها لا تمكنه من اكتساب الحقوق كاملة . لكن بعض الحقوق الضرورية تثبت له منذ أن ينعقد نطفة، لكن لا يثبت شيء عليه، فإذا ولد ميتا ألغيت هذه الأهلية. أما الحقوق التي تثبت له فهي ثبوت النسب من أمه وأبيه إذا استكمل الشروط الخاصة بثبوت النسب، كما يثبت له الميراث من يموت من أقربائه الذين يستحق الإرث منهم. وفي الوقت نفسه يستحق ما يوصى له إذا ولد حيا ، وأخيرا ما وقف عليه وفي هذا دلالة على أن الله تعالى قد كرم الإنسان وهو ما يزال جنينا واعترف له بإنسانيته¹.

1.ب، الحماية بعد الولادة

إذا ولد الجنين أصبحت هناك معايير أخرى للحماية تتجسد على النحو التالي :

1.ب.أ، النسب

تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، اهتمت بها الشريعة الإسلامية ومن بعدها التشريعات القانونية المختلفة ومن بينها التشريعات الأسرية المغاربية . ويعرف النسب :

_ النسبة والنسبة والنسب : القرابة ، والنسبة مصدر الانتساب ، والنسب الاسم ، والنسب يكون بالآباء، ويكون إلى البلاد، ويكون في الصناعة ، وجمعه أنساب وانتساب واستنسب ذكر نسبه².

لقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى المناداة بحماية حق الطفل في النسب، مصداقا لقوله تعالى " ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله . عن طريق محاربتها لكل ما يخالف الزواج الشرعي، الذي اعتبرته، المنبت الأصيل للأبناء ، لأنه في حماية النسب حماية للمجتمع و لاطمئنان الابن نفسه، و لتوفير الرعاية و العناية بالطفل على أحسن وجه ممكن.

ويعتبر النسب من الناحية القانونية من الحقوق المعنوية التي أقرها القانون للطفل على أسرته وذلك على النحو التأسيلي التالي :

1.ب.1.أ، النسب والزواج الصحيح

عندما ينعقد الزواج على الوجه الصحيح بسائر أركانه تترتب عنه جميع الآثار القانونية بما في ذلك نسب الأبناء، و بالرجوع إلى المادة 150 من مدونة الأسرة

¹ - أحمد الحجي الكردي ، الأحوال الشخصية الأهلية _ والنيابة الشرعية والوصية ، والوقف ، والتركات ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، دمشق، 2009، ص: 14_15.

² - ابن منظور ، لسان العرب: 1/754



المغربية نجدها تنص بأن: "النسب لحمه شرعية بين الأب و ولده تنتقل من السلف إلى الخلف".

لقد اعتبرت هذه المادة النسب لحمه شرعية بين الأب و ولده في حالة نشوئها عن زواج صحيح و تكون بالتالي " البنوة شرعية بالنسبة للأب في حالة سبب من أسباب النسب ...".

وهذه المادة هي الوحيدة في التشريعات المغربية التي جاءت بهذه الصيغة التأكيدية أما القانون التونسي والجزائري فقد اكتفوا بذكر ما يثبت النسب ويسنده من أسباب على النحو التالي :

المادة 68 من مجلة الأحوال التونسية تنص على: " تنص على: " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر"

وهو تقريبا ما جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على: " يثبت النسب بالزواج الصحيح، أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه قبل الدخول...". وفيما يخص ثبوت النسب بالإقرار فقد صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه "

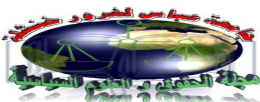
و هي نفس ما جاءت به المادة 152 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت على: " أسباب لحوق النسب : الفراش، الإقرار، الشبهة"

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا تم تبني مبدأ الاغتصاب الثابت بحكم قضائي بأنه يعد وطء بالإكراه وكيف بكونه نكاح شبهة ويثبت به النسب "...لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطء بالإكراه وكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب "¹.

إضافة إلى هذا يجب أن يكون المولود قد وضعته أمه بين أقل مدة الحمل والمحددة بستة أشهر وأقصاها والمحددة بعشرة أشهر حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أن: "أقل مدة الحمل ستة(6) أشهر و أقصاها عشرة(10) أشهر". غير أنه لم يبين متى يبدأ احتساب هذه المدة من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول لاحتمال وجود فارق زمني بينهما. ونرى اعتماد تاريخ الدخول لأن العبرة هي تلاقي الزوجين، والإنجاب لا يكون إلا من هذا الطريق إلا إذا تم بواسطة التلقيح الاصطناعي وهو أسلوب حديث.

أما بالنسبة لأقصى مدة الحمل فنرى أنه على المشرع تمديدها ليساير التشريعات العربية، أو يضيف فقرة أخرى تسمح بثبوت النسب إلى 12 شهرا لمتاعب صحية قد تحدث للمرأة الحامل فتتأخر ولادتها ويكون مصحوبا بتقرير خبرة.

¹ - قرار رقم 617374. الصادر بتاريخ 2011/05/12، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول 2012، ص 297.



1.ب.1.ب. النسب والزواج الفاسد

التشريعات المغربية مثلما حمت حق الطفل في النسب بالنسبة للزواج الصحيح ، كرست أيضا هذه الحماية لهذا الحق بالنسبة للزواج المشوب وهذا على النحو التالي

قسمت مدونة الأسرة الزواج غير الصحيح إلى قسمين

I - حماية حق الطفل في النسب في الزواج الباطل:

يكون الزواج باطلا طبقا للمادة 57 من م أ س إذا اختل فيه الإيجاب و القبول، أو إذا اعتراه أحد الموانع المؤبدة أو المؤقتة المنصوص عليها في المادة 39 من نفس المدونة. فالزواج الباطل هو الزواج المنعدم الذي يمكن للمحكمة أن تصرح ببطلانه إما تلقائيا لأن البطلان في هذه الحالة هو من النظام العام أو إما بطلب ممن يعينه الأمر طبقا للمادة 58 من م أ س.

و يترتب عن هذا الزواج الباطل عند حسن النية ثبوت النسب، أما في حالة سوء النية فلا يمكن الحديث عن ثبوت النسب، و ذلك حتى لا يفتح المجال لمثل هاته العلاقات غير الشرعية و ترتكب عن عمد

II - حماية حق الطفل في النسب في الزواج الفاسد:

قسمت المدونة الزواج الفاسد إلى قسمين الفاسد لصدقه، و الفاسد لعقده. فالفساد لصدقه يفسخ قبل البناء و لا صديق فيه و يصح بعد البناء بصديق المثل المادة 60 من م أ س.

وأما الفاسد لعقده فيفسخ قبل البناء و بعده حسب نص المادة 61 من م أ س في الحالات التالية :

- " إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.

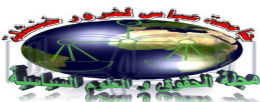
- إذا قصد الزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.

- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه".

و تترتب عن الزواج الفاسد سواء لصدقه أو لعقده، إذا وقع فيه البناء جميع آثار الزواج الصحيح بما في ذلك ثبوت نسب الأطفال .

عندما تنتج البنوة بالنسبة للأم عن العلاقة غير الشرعية، يكون الولد غير شرعي و يلحق نسبه بنسبها.

و تثبت البنوة بالنسبة للأم إما عن طريق واقعة الولادة، أو إقرار الأم أو صدور حكم قضائي بها من هنا يتضح لنا جليا أن مدونة الأسرة كانت في صف



نسب الطفل و حمايته حتى و لو نتج عن علاقة غير شرعية، و من هذا المنطلق لا يمكن لنا بتاتا أن نتصور أبوة غير شرعية بالمرّة، حتى في الحالة التي يكون فيها الزواج باطلا مع توفر سوء نية الزوج فهنا لا يعتبر النسب قائما للطفل في حق أبيه، و إن جاز لنا أن نتصور هنا بنوة غير شرعية للأب فعلية أو طبيعية أو عملية، و مع ذلك لا يترتب عنها أي أثر من آثار البنوة الشرعية طبقا للمادة 148 من م أ س.

1.ب.ب . النفقة والإيواء

1.ب.ب.1. النفقة

تعتبر النفقة من أهم الحقوق التي يحتاجها الطفل، وهي أول ما يوضع في ميزان العبد، يقول الرسول -صلى الله عليه وسلم- "((أول ما يوضع في ميزان العبد نفقته على أهله))"¹. فالنفقة واجبة على الأب لا للزوجة فقط ولكن للأولاد أيضا، فعليه أن يعد لهم بيتا مناسبا لهم وأن يكفيهم طعامهم وكسائهم وسائر حاجاتهم بالمعروف حيث روى البخاري ومسلم وغيرهما أن عائشة -رضي الله عنها- قالت: جاءت هند إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقالت ((إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، قال: خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف))، هذا ومن الواجب أن تكون نفقة الرجل من حلال، لأن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: (أيا لحم نبت من سحت فالنار أولى به)².

أولا: شروط وجوب النفقة للأولاد

تجب نفقة الأولاد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكر إلى غاية بلوغه سن الرشد و سن الرشد هو 19 سنة ميلادية كاملة، وحتى بلوغه تلك السن يبقى الأب ملتزما بالنفقة إن كان الولد عاجزا عن الكسب بسبب المرض العقلي أو البدني، أو يكون مزاولا للدراسة طبقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري، وبالنسبة للإناث تمتد النفقة إلى غاية زواج البنت ودخول زوجها بها وهو نفس ما جاء في نص المادة 198 من مدونة الأسرة المغربية أما المشرع التونسي فقد سكت عنها .

¹ - رواه الطبراني.

² - محمد عاطف عبد المقصود طه، الزواج والطلاق في الإسلام، حقوق الزوج والزوجة والأولاد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، القاهرة 2001، ص101



ثانيا: على من تجب النفقة

اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الأب موجودا قادرا على الكسب، فعليه وحده نفقة أولاده لا يشاركه فيها أحد، قال تعالى: "وعلى المولود له رزقهن"¹، الأمر الذي يفيد حصر النفقة فيه، أما إذا لم يكن الأب موجودا أو كان فقيرا عاجزا عن الكسب لمرض أو كبر السن أو نحو ذلك كانت نفقتهم في رأي الحنفية على الموجود من الأصول ذكرا كان أو أنثى إذا كان موسرا، فتجب على الجد وحده إذا كان موسرا أو على الأم وحدها إذا كانت موسرة²، ونفس الأمر ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة حسب نص المادة 76 منه التي جاء فيها: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك" وهو نفسه نص المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية. ونصت المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث" وهو نفس نص المادة 197 مدونة أسرة مغربي، والفصل 44 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

رابعا: مشتملات النفقة وتقديرها .

مشتملات النفقة محددة في نص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري. والمادة 189 من مدونة الأسرة المغربية والفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية وهي تشمل الغذاء، الكسوة، العلاج السكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة³. وبالنسبة إلى عبارة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة كان أولى بالمشرع الجزائري أن يحدد ما هي هذه الضروريات، حتى لا يبقى الغموض ويزال اللبس في حالة ما إذا تم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالنفقة .

والفقهاء يدخلون في نفقة الصغير أنواعا أخرى هي بدل الفراش الغطاء وأجر الإرضاع وأجر الحضانة وأجر الخادم، فبالنسبة للكسوة اتفق الفقهاء على فرض كسوة للصغير كل أربعة أشهر، أي ثلاث مرات في السنة، إلا أن القضاء جرى على فرض مبلغ شهري للكسوة⁴. تنص المادة 189 في فقرتها الثانية من م أ س: "يراعى في تقدير كل ذلك (النفقة بمشمولاتها)، التوسط و دخل الملتزم بالنفقة، و حال مستحقها، و مستوى الأسعار والأعراف و العادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة."

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

² - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج الطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، لا بلد للنشر، 2007، ص315.

³ - تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم على أنه: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

⁴ - عمرو موسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، دار هومة، المكتب الجامعي الحديث الجزء الأول، الطبعة الأولى، لا بلد للنشر 2005، ص248.



هذه المادة بينت طريقة تحديد النفقة، و أبرزت مجموعة من المعايير التي ينبغي مراعاتها من طرف القاضي لتحديد النفقة تتجلى في :

- مراعاة دخل الملزم بالنفقة و حال مستحقها: على القاضي عندما يريد تحديد النفقة أن يراعي الحالة الاقتصادية للملزم بالنفقة و المستحقة له ، و قدرها حسب ما يتبث بين يديه من يسر أو عسر الملزم بالنفقة، و الحالة الاجتماعية لمستحقها .

- مراعاة مستوى الأسعار: يراعي كذلك القاضي حينما يقوم بتقدير النفقة الوضعية العامة للأسعار المتعلقة بالسكن و المعيشة و الدراسة...

- مراعاة الأعراف و العادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة: كما يجب على القاضي أن يضع في حسابه - و هو يقدر النفقة - الأعراف و العادات السائدة في مكان فرضها ، فمثلا عادات المدينة تختلف عن عادات القرية.

و في كل هذه الحالات على القاضي أن يراعي في تقديره للنفقة الوسطية و الاعتدال ضمانا لحق الملزم بالنفقة و المستحق لها في نفس الوقت.

1.ب،2. الإيواء

لعل أهم ما يعنى به الوالد هو تهيئة السكن المناسب لأولاده. بحيث لا يمكن أن يكفل حق هذا الطفل في الحياة الكريمة إذا ما أهمل حق جوهرى يضمن تحقق هذه الحياة، والمتمثل في تأمين مأوى يقيه من كل الأخطار التي تهدد حقه في الحياة من جهة، وكل ضمانات استمرار الحياة من جهة أخرى.

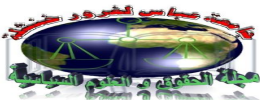
والواقع أنه لا إشكال في أن حق الطفل في السكن مصون من قبل من تجب نفقته وإيواءه¹.

وإذا كان الطفل محضونا فإن سكنه أيضا مضمون. بحيث يكون مع حاضنته. وقد عالج المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 72 التي تنص على ما يلي: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة. وإذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"².

وعليه فإن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لهذا الحق. وقام بحماية الطفل في حال فك الرابطة الزوجية وانفصال الزوجين. لأنه في حالة قيام الزوجية لا يكون هناك إشكال بشأن توفير

¹ - علي فيلاي. حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. الجزء 39 رقم 01. بدون طبعة. لا بلد للنشر 2001. ص: 25.

² - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.



سكن ملائم للطفل وإنما الإشكال يثار عندما نكون أمام حالة الطلاق، فما مصير الطفل المحضون هل يبقى مع حاضنته في مسكن الزوجية ؟ أم أنه يرمى خارج السكن ويبقى بدون مأوى ؟.

إن المشرع الجزائري وحماية للطفل البريء الذي لا ذنب له ولا دخل له في مشاكل أبويه، قد أجاب على هذه الإشكالية من خلال نص المادة 72 السالفة الذكر، وذلك بتوفير الأب للسكن الملائم في حالة الطلاق لممارسة الحضانة، وفي حالة تعذر ذلك عليه دفع بدل إيجار، حتى إن المشرع الجزائري ذهب إلى أبعد من ذلك في حال عدم تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حيث أن الحاضنة تبقى في بيت الزوجية وذلك حماية للطفل ومراعاة لمصلحته بالدرجة الأولى.

2. الحضانة

كل إنسان في مرحلة الطفولة يحتاج إلى من يعتني به ويقوم بأموره حفظا وتربية، فكان لابد إذا من إسناد مصالحه والنظر في أموره إلى غيره، ولما كان أبوا أقرب الناس إليه وأكثرهم شفقة عليه فقد جعل الشارع رعاية مصالحه إليهما، مراعيًا في ذلك ما هو الأصلح للصغير رعاية لمصالحه، وعالج المشرع الجزائري موضوع الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة.

2.أ. المقصود بالحضانة

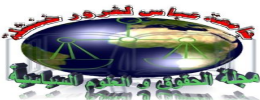
الحضانة لغة: ضم الولد وتربيته، كالمرأة إذا حضنت ولدها، وتسمى المرأة الحاضنة، أما في الاصطلاح الشرعي: فهي تربية الولد ورعاية شؤونه لمن له الحق في الحضانة حتى يبلغ سنا معينة¹.

وفي قانون الأسرة الجزائري عرفت الحضانة في نص المادة 62 بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك " وعرفت في الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنها: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

ثانيا: حكمها

الحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وتتطلب الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر والخلق الجم.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص379.



ثالثا: أصحاب الحق في الحضانة

نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " وهذا ما جاء في نص المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية .

وهذا الترتيب المستمد من الفقه الإسلامي عموما يقوم على أساس قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب عند اتخاذ درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق. كما أن الجدة مقدمة على الأخت مطلقا، لأن اتصال الصغير بالجدة عن طريق الولادة فهو جزء منها، فكانت أولى بحضانتها¹.

رابعا: شروط صلاحية الحضانة

يشترط في الحاضن أهلية الحضانة، سواء في الرجال النساء وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 62 فقرة 02 من قانون الأسرة بقوله: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"².

وعليه هناك شروط عامة في النساء والرجال وهي البلوغ، العقل، القدرة على تربية المحضون، الأمانة والإسلام، وشروط خاصة بالرجال وأخرى خاصة بالنساء.

الشروط الخاصة بالنساء

(أ) - ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم، فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة.

(ب) - أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته، فلا حضانة لبنات العم أو العمة ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة للصبي لعدم الحرمة.

(ت) - ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه³، ومن هنا يشترط في المرأة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير⁴.

الشروط الخاصة بالرجال

(أ) - أن يكون محرما للمحضون إذا كان هذا الأخير أنثى.

¹- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 356، 358.

²- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 382.

³- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 359، 360.

⁴- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 384.



(ب) - أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة، أو أم، أو خالة، أو عمّة، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة، وهذا شرط عند المالكية¹.

خامسا: مدة الحضانة

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه عشر(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، أي تسعة عشر(19) سنة، كما نص على إمكانية تمديدتها بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة(16) إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحض والنص هنا لم يشير إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون، وهو رغبته في الانتقال فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة، بسبب تعود العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة.

وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما: إما تطبيقه النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم، وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه، وهنا يطرح الإشكال في حالة رفض الصغير العيش مع أبيه، وإما يأخذ القاضي بعين الاعتبار مصلحة المحضون دائما.

أما بالنسبة للفقهاء فاتفقوا أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن للتمييز واختلفوا في بقائها بعد سن التمييز².

سادسا: سقوط الحضانة وانتهائها

حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصورة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، ومن هنا فإن أسباب سقوط الحضانة هي³

1 - تسقط بقوة القانون طبقا لنص المادة 65 من قانون الأسرة، ببلوغ الذكر عشر سنوات والأنثى تسعة عشر سنة.

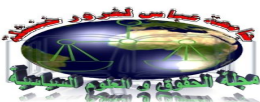
2 - تسقط بزواج الحاضنة بقريب غير محرم وبالتنازل عنها، ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون طبقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة⁴.

¹ - عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 360.

² - السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، الجزء الثالث، الطبعة السابعة، بيروت 1985، ص 90.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 388.

⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، لا بلد للنشر، 2008، ص 231.



3- تسقط بالإخلال بواجبات الحضانة المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة. سواء تعلقت بأهلية الحاضن أو اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة (الرعاية، التربية ...). ولكن المحكمة في هذه الحالة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون¹.

4- تسقط الحضانة طبقا لنص المادة 68 من قانون الأسرة إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

ولعل أهم حق يتعلق بالحضانة هو حق الزيارة فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية، بحيث تمنعهم من رؤية الأب وفي هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: "حيث أنه من المعلوم أن المادة 64 من قانون الأسرة أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد الحضانة إلى أمهم أن يمنح للأب حق الزيارة بأن يتفقد أبنائه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محققا بهم ..."². وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأم.

المحور الثاني : حماية الأطفال بعد الانحلال لميثاق الزوجية

بالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أنها قد خصصت الكتاب الثاني، لانحلال ميثاق الزوجية واثاره في المواد من 70 إلى 141. و نصت المادة 71 " ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع " وهو ما جاء في نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري وعليه تتجسد الحماية في هذه الحالة حسي معيارين

1. الحماية في ظل الانحلال القانوني للرابطة الزوجية

جعلت مدونة الأسرة انحلال ميثاق الزواج ، إما بالطلاق أو التطليق أو الطلاق بالاتفاق أو الخلع ، و أبرزت في المادة 80 على أن الإذن بالإشهاد على الطلاق يتضمن هوية الزوجين و مهنتهما و عنوانهما و عدد الأطفال إن وجدوا و سنهم و وضعهم الصحي و الدراسي، و جعلت انحلال ميثاق الزوجية في هذه الحالات يخضع لمساطر قضائية . و في هذه المساطر القضائية ضمانات أساسية لحقوق الأطفال، إذ أوضحت المادة 82 من م أ س : للمحكمة أن تبذل أقصى جهد ممكن للصالح، بما ذلك انتداب الحكمين أو مجلس العائلة لإصلاح ذات البين و في حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصالح، و في حالة تعذر الإصلاح تحدد المحكمة طبقا للمادة 83 مبلغا يودعه الزوج بكتابة ضبطها داخل أجل أقصاه ثلاثين يوما لأداء مستحقات الزوجة.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص389.

² - قرار رقم 59784، الصادر بتاريخ 16/04/1990، المجلة القضائية، العدد الرابع 1991، ص128.



والأطفال المتجسدة في النفقة و السكنى، و إلا اعتبر الزوج متراجعا عن رغبته في الطلاق (المواد من 84 إلى 87 من م أ س).

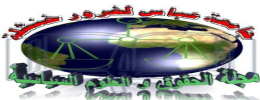
و وفرت نفس الحماية لأطفال دعاوى التطليق ، إذ قبل أن تستجيب المحكمة لدعوى الزوجة بالتطليق وفق الأسباب المحددة في المدونة . أن تبت في مستحقات الأطفال و نصت المادة 119 على أنه " لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة ، و إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على أبيهم " و حتى في إطار الاتفاق على الطلاق لا ينبغي المساس بحقوق الأطفال طبقا للمادة 114 من م أ س .

و هكذا ضمنت مدونة الأسرة حق الطفل في النفقة إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، كالطفل في أثناء قيام الحياة الزوجية المشار إليه سابقا في هذا البحث . كما حمت مدونة الأسرة حق المحضون عندما قضت بأن تكاليف سكنه هي مستقلة في تقديرها عن النفقة و أجره الحضانة و غيرها (المادة 168 من م أ س). و أكدت بأن زواج طالبة الحضانة يسقط حقها في الحضانة ما عدا إذا تزوجت بقريب محرم أو بالنائب الشرعي للمحضون أو كانت هي النائب الشرعي للمحضون ، أو كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات ، أو يلحقه ضرر من فراقها أو كانت به علة أو عاهة تجعل حضانته مستعصية على غير الأم، و تبقى في جميع الأحوال نفقة المحضون واجبة على الأب (المادتان 174 و 175 من م أ س).

كما أن " سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالبناء يسقط حضانته إلا لأسباب قاهرة" (المادة 176 من م أ س). و يجب على أب وأم المحضون و كل من علم بإلحاق أضرار بالمحضون أن يعلم النيابة العامة لتقوم بواجبها (المادة 177 من م أ س).

بهذا تكون المدونة قد وفرت الحماية للأم الحاضنة و أطفالها من حيث المسكن، فلم تعد الحاضنة تطرد منه بعد انتهاء عدتها باعتبارها محتلة بدون سند ،أو بالإفراغ لعدم أداء الوجيبة الكرائية، فأصبحت المحكمة لها كامل الصلاحية للتدخل لضمان أجره المسكن بتنفيذ الحكم على أموال المحكوم عليه و الإقتطاع من منبع الربح أو الأجر الذي يتقاضاه .

كما أن الحضانة لا تسقط بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي من مكان لآخر داخل المغرب، ما عدا إذا تعارض ذلك مع مصلحة المحضون (المادة 178 من م أ س).



اعتبرت المادة 135 من م أ س أن أقصى أمد الحمل هو سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة. و أن النسب يثبت بالظن. و لا ينتفي إلا بحكم قضائي. وهذا ما كان المجلس الأعلى قد سار عليه في عدة قرارات .

2. الحماية في ظل الانحلال الطبيعي للرابطة الزوجية

على الرغم من أن الطفل يعتبر ناقص الأهلية. بحيث تكون التصرفات التي يقوم بها باطلة إذا كانت تضر به كالبيع والشراء والرهن إلى غير ذلك من التصرفات القانونية، إلا أنه يمكنه قبول بعض التصرفات النافعة له كالميراث. الوصية. والهبة. والتي تعتبر من قبيل الحقوق التي يستحقها الطفل .

1.2. الحق في الميراث

إن قانون الأسرة الجزائري في مسألة الميراث لم يخرج عما جاءت به الشريعة الإسلامية. فهي لم تفرق بين الصغير والكبير في حق كل منهما في التركة. إذ بمجرد ولادة الشخص حيا يأخذ حقه كاملا من الميراث سواء كان ذكرا أم أنثى. قال تعالى: " للرجال نصيب مما ترك الوالدين والأقربون. وللنساء نصيب مما قل سنه أو أكثر نصيبا مفروضا "¹

وهو ما تم تحديده في المواد من 139_149 حين حدد أصناف الورثة وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي في المواد من 334_340 ومجلة الأحوال الشخصية التونسية .

2.2. الحق في الوصية والهبة

كفل القانون للطفل حقوقا تثبت له بغير طريق الإرث. فإذا أوصى شخص للطفل بشيء من المال ولم يكن وارثا أو وهب له شيئا ففي هذه الحالة يجب على وليه أو وصيه أن يحافظ على الشيء الموصى له به. أو الشيء الموهوب له². ويتولى وليه نيابة عنه حيازة ذلك .

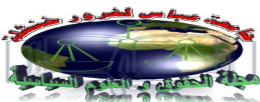
وقد عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري الوصية بأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الإرث . وعرفت المادة 277 مدونة الأسرة المغربية: " الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته وعرفها الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي على أنها: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"

أما الهبة فعرفت المادة 202 من نفس القانون بأنها تملك بلا عوض وعرفها الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي ب: " الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض"

وغاب تعريفها في مدونة الأسرة المغربية.

¹ - سورة النساء. الآية 07.

² - محمد أبو زهرة. الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي. بدون طبعة. لا بلد للنشر. بدون سنة نشر. . ص386.



وتجدر الإشارة إلى أن الوصية والهيئة تصح شرعا وقانونا للحمل. وقد ورد في نص المادة 210 من قانون الأسرة على أن الموهوب له يجوز الشيء الموهوب بنفسه أو بوكيله .

خاتمة

ما يمكن قوله في ختام دراستنا أن مستقبل الأسرة والمجتمع وحتى الدولة مرتبط بضمان حقوق الطفل والسهر على حمايتها. بداية من الأسرة التي تمثل اللبنة الأولى لنشوء هذا المخلوق البريء.

ونظرا للضغوط والمسؤوليات المتسعة الملقاة على عاتق الأسرة الحديثة، فقد أدت إلى خلل في وظائفها الاجتماعية. فخرج الأطفال إلى الشوارع بحثا عن العمل. وتسرب الكثير من المدارس. وجنح البعض الآخر. واستغل الأطفال في أنشطة غير مقبولة اجتماعيا وأخلاقيا.

وبالنسبة للحماية الموفرة في نموذج القوانين المدروسة يمكن القول أن : النموذج المغربي أكثر صرامة وقوة من النموذج الجزائري بما يحمله من أدوات رادعة وعقوبات جازرة .

وبصفة عامة رغم وجود تكريس للحماية القانونية للطفل إلا أنه يوجد نقص في بعض الأحكام التي يستلزم وجودها لإضفاء نوع من الصرامة في الحد من بعض الظواهر على الطفل سواء من ناحية الأسرة أو من ناحية المجتمع .

