جامعة أبو بـكر بلقـــايد

ـ تلمسان ـ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

الحماية الجزائية للرابطة الأسرية في القوانين المغاربية

أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص

إعداد الطالب: – **تحت إشراف:**

بوزيان عبد الباقي **أ.د/ حميدو زكية**

أعضاء لجنة المناقشة

أد.تشوار جيلالي	**أستـــــــــاذ**	**جامعة تلمســـــان**	**رئيســـــــا**
أد.حميدو زكية	**أستـــــــــاذة**	**جامعة تلمســـــان**	**مشرفا ومقررا**
أد.بوسندة عباس	**أستـــــــــاذ**	**جامعة سيدي بلعباس**	**مناقشـــــــا**
د. يقاش فـراس	**أستاذ محاضر" أ "**	**جامعة وهـــــــران**	**مناقشـــــــا**

السنة الدراسية : 2015 – 2016

﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾

سورة النحل ، الآية 72 .

إهداء خاص

والدي الكريمين رحمهما الله

إلى من بقي لي منهما ، سندي وفخري.. إلي إخوتي وأخواتي...

بألوان الخير والفرح

إلي رفيقة دربي وفوزي أم الأمين

كلمة شكر وعرفان

وأنا أقوم مستعينا بالله شاكرا لأفضاله بإعداد هذا العمل وجب الإعتراف إبتداء لأصحاب الفضل فيه بجميل التقدير والثناء خاصا بالذكر منهم

الأستاذة الدكتورة " **حميدو زكية** " التي مهما نطقت الألسن بأفضالها ومهما خطّت الأيدي بوصفها ومهما جسدت الروح معانيها .. تظلّ مُقصّرة أمام علوّ همتها فتلك هي بتعاونها وحسن خُلقها مع الجميع دائما.. أسعدك المولى ..

...وبأصدق المشاعر وبأشدّ الكلمات الطيبة النابعة من قلب وفيّ، تتسابق العبارات لتنظم عقد الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور " **تشوار الجيلالي** "...صاحب قدم السبق في ركب البحث العلمي بمدينة الزيانيين فكان خير خلف لسلفها العلماء ، وكانت سمته منهم حب البذل دون إنتظار العطاء.

...ومن أي أبواب الثناء أدخل وبأي أبيات القصيد أعبّر للدكتورين:

" **يقاش فـراس** " و" **بوسندة عبـاس** "

ففي كل لمسة من جودكم وبصماتكم للمُكرمات أسطُر ...كتبها الزمان وشهدها المكان...

ونبض بها كل قلب به صفاء الحب تعبيراً، حقاً سعيتم فكان السعي مشكوراً

....ومني للأستاذ الدكتور بوعزة ديدن كلّ الثناء والتقدير.

هذا شكري وإمتناني من قلب فاض بالإحترام لكم

قائمة أهمّ المختصرات

أوّلا : باللغة العربية :

ج : جزء.

ج.ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ص : صفحة.

ط : طبعة.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ج.م : غرفة الجنح والمخالفات.

غ.ج: غرفة الجنح.

ق.إ.ج : قانون الإجراءات الجزائية.

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

ق.ت.س.ع.إ.ج: قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.

ق.ح. م: قانون الحالة المدنية.

ق.ش.أ : قسم شوؤن الأسرة.

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

م.ح.ط : مجلة حماية الطفل.

م.ج.ت : مجلة جزائية تونسية.

م.ج.م : مسطرة جزائية مغربية.

ق.أ : قانون الأسرة الجزائري.

م.أ : مدونة الأسرة المغربية.

م.أ .ش: مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

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

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

م. ق.ت : مجلة القضاء والتشريع.

ن.م.ت : نشرية محكمة التعقيب.

ثانيا : باللغة الفرنسية :

- Art : Article.
- Cf. : confer.
- èdi : Edition(s).
- O.P.U : office des publications universitaires.
- Op.cit : Option déjà citée.
- p : page.
- T : Tome.

مقدمـــــة

تعتبر الأسرة من أهم الجماعات الإنسانية وأعظمها تأثيراً في حياة الأفراد والجماعات، فهي الوحدة البنائية الأساسية التي تنشأ عن طريقها مختلف التجمعات الإجتماعية[1]. وهي التي تقوم بالدور الأساسي والرئيسي في بناء صرح المجتمع وتدعيم وحدته وتنظيم سلوك أفراده بما يتلاءم مع الأدوار الإجتماعية المحددة وفقاً للنمط الحضاري العام[2].

فالأسرة بذلك هي الخلية الأولى التي تطورت لتشكل من بعد المجتمعات الحديثة[3]. وتعد الأسرة بذلك من أسس التنظيم الإجتماعي[4]والتي يتبلور من حولها، ولحمة السداد التي يستقر بإستقرارها ويتقلقل بإضطراب مقوماتها، الأمر الذي يجعل تنظيم مقتضياتها وتقنين أحكامها وتقوية مؤسساتها وتعزيز مكوناتها، من الأولويات التي قامت بها سائر المجتمعات[5].

وإن الأسرة في أي مجتمع تحتاج بحكم مكانتها الإجتماعية ولكي تقوم على أسس متينة إلى حد أدنى من الرعاية. لذلك عنيت بها الشرائع السماوية الثلاث، ورسمت قواعد لحكم أحوالها في أدق الجزئيات والتفصيلات، مما نسجت على منواله سائر التشريعات، والتي من بينها التشريعات المغاربية ولذا فقد صدرت العديد من النصوص القانونية والمواثيق الدولية التي تطالب الدول بإتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتوفير حماية قانونية لأفرادها[6].

---

[1] – محمد نجيب توفيق، الخدمة الإجتماعية مع الأسرة والطفولة والمسنين، الكتاب الأول، مع الأسرة، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، 2002، ص.46.

[2] – مريم داود سليم، الأدوار النفسية والتربوية للأسرة والمدرسة والإساءة للأطفال، المجلة التربوية، لبنان ،العدد36 ، 2006، ص.97.

[3] – محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص. 07.

– تنص المادة الثانية من قانون الأسرة على أن" الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"، ومما جاء بديباجة إتفاقية حقوق الطفل أنه " بإعتبار الأسرة، الوحدة الأساسية للمجتمع والبيئة الطبيعية لنمو ورفاهية جميع أفرادها وبخاصة الأطفال، ينبغي أن تولى الحماية والمساعدة اللازمتين لتتمكن من الإضطلاع الكامل بمسؤولياتها داخل المجتمع"؛ ونصت المادة 18 فقرة 1 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد بأديس أبابا سنة جويلية 1990 المصادق عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 242/03 بتاريخ 2003/07/08 ، ج.ر 09/ 07/ 2003، عدد41. على أنه " تعد الأسرة هي الخلية الطبيعية الأساسية للمجتمع وتتمتع بحماية ودعم الدولة التي يتعين عليها الإهتمام بتأسيسها ونموها". و المادة 65 المضافة بموجب التعديل الأخير للدستور الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخ 24 ربيع الثاني 1437 الموافق ل 03 فبراير 2016 " يلزم الأباء تحت طائلة المتابعات بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى أبائهم ومساعدتهم".

[4] – حليم بركات، المجتمع العربي المعاصر، ط 06، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت ، 1998، ص. 96.

[5] – على إسماعيل عبد الرحمن ، العنف الأسرى الأسباب والعلاج، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، 2006، ص. 56.

[6] – تقديم خاص باليوم الدراسي حول " الحقوق الأسرية في ضوء المعاهدات الدولية والقانون الوضعي" المنظم من طرف مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

ويكون ذلك من خلال ما تقتضيه الحياة الأسرية المستقيمة من أن تقوم الرابطة الأسرية على أسس من الودّ والمحبة بين أفرادها، في عالم يسوده الوئام والتفاهم وتختفي بين طياته لغة الإلتزامات والمسؤولية لأن الأمر ليس بشركة تجارية بل علاقات مبناها صلة الرحم يطبعُها طابع الرحمة والمودّة[7].

إلا أن هذا المقتضى ومجموع الأسس يصطدم بمفاهيم سلبية وسلوكات تطبع علاقات أفراد الأسرة، مما يحدث نزاعات وخصومات يضطرب معها الجو الأسري وعلاقات الأفراد فيه وفق نهج الحياة وكل تنظيم إجتماعي وشخصيات الأفراد ضمنه ومفاهيمهم للحياة الأسرية.

لذا تدفع الحاجة الملزمة إلى إيجاد تنظيم قانوني يحدد أبعاد تلك العلاقة وما تنطوي عليه من حقوق والتزامات[8]. بما يتحقق معه نوع من الأمن الإجتماعي[9]، المرتبط أساسا بمدى تحقق الإنسجام والتآلف ضمن الروابط الأسرية بعيدا عن العنف الأسري[10] .

وإن العنف العائلي من الظواهر التي تمتد جذورها في كل الأمم والثقافات والحضارات بدءا من جريمة القتل الأولى عندما قتل قابيل أخيه هابيل وظل بذلك سلوكاً مرفوضاً ومشيناً في معظم تداعياته[11]. وإن السعي لتنظيم الأسرة وحمايتها غاية قديمة قدم العصور والأزمنة التي طبعتها تطورات مظاهر الحياة الإجتماعية إقتصاديا ودينيا خاصة[12]، والتي إتخذت طابع العادات والتقاليد ساهمت في تحديد إطار العام لتلك الأنظمة[13].

---

[7] – قال تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" سورة الروم الآية 21 برواية ورش عن الإمام نافع؛ نص المشرع الجزائري بالمادة 04 من قانون الأسرة في تعريفه للزواج بأنه " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

[8] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 264.

[9] - الأمن الإجتماعي : مفاده أنه حالة تتوافر فيها الحماية والأمان والرفاه والإطمئنان للفرد والجماعة معا ، الذي تترسخ معه مقومات الحياة الإجتماعية، ومن فرضية أساسية مفادها أن العائلة مؤسسة إجتماعية رئيسة تؤدي دوراً فاعلاً في ترسيخ مقومات الأمن الإجتماعي ومن ثم مقومات الحياة الإجتماعية. التي تركزت على أدوار العائلة الثقافية والسياسية والإقتصادية والنفسية، وتقسيم العمل والسلطة فيها وروابطها الداخلية وروابطها بالجماعات الرقابية والمجتمعات المحلية ممثلاً في هيئات التكافل والوفاق الأسري مثلا، على أمل الوصول إلى تصور واضح عن العلاقات الوظيفية بين هذه العوامل وبين الأمن الإجتماعي.

[10] – ذكرى جميل البناء، العائلة والأمن الإجتماعي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، يونيو 2004، ص. 36 ؛ خديجة أبو مهدي، الحماية الجنائية للمرأة في المنظومة القانونية المغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية، 2002-2003، ص. 12.

[11] – عبد السلام بشير الدويبي، العنف العائلي، الأبعاد السلبية والإجراءات الوقائية والعلاجية، مطبعة اللجنة العليا للطفولة، طرابلس، 2004، ص.03.

[12] – صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص. 25 .

[13] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 07. صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 22.

إذكانت تحكم مجموع الأفراد ضمن الأسرة في نشأتها عناصر القرابة والدم، وكان للأب دور حمايتها وحماية الروابط بين أفرادها من التجاوزات التي تهدد وجودها، و قدكان مجتمع الأسرة يميز بين الإعتداء الداخلي (الذي يصدر عن فرد من أفراد الأسرة أنفسهم) وبين الإعتداء الخارجي. ففي حالة وقوع إعتداء داخلي ضد فرد من أفراد الجماعة ككل، فإن لرب الأسرة أن يوقع الجزاء المناسب على الجاني لتأديبه، وتتدرج العقوبة إلى الطرد أو القتل[14].

وعندما تطور المجتمع أكثر وإنتقل من الأسرة إلى العشيرة التي تضم تحتها العديد من العائلات والأسر إحتاج زعيم العشيرة إلي سلطة أقوى لزجر المعتدين وتوقيع العقوبات على المذنبين، وانتهوا بالإهتداء إلى التعويض المالي أو ما نسميه شرعا بالدية ليحل محل الإنتقام المضاعف للضرر.

إذ ظهرت 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 مقيتا وقاسيا، إذ كانت عقوبة الزوجة التي تقتل زوجها أن تحرق حية بالنار[15].

أي سجلت هذه الفترة إنحراف البشرية عبر العصور في معظمها وأوقعت كثيرا من الظلم على مجتمعاتها هنا وهناك، وكان من أبشع الظلم هو العنف الإجتماعي أو الأسري الذي نسف معاني المودة والسكينة والمحبة والرحمة داخل الأسرة الواحدة، فألحق الأذى بالحياة الزوجية والأسرية وبخاصة الأطفال ضمنها.

وصار هذا العنف الأسري ظاهرة بين علنية وسرية، تحت ستار العادات والتقاليد والأعراف وكل ذلك خلاف للقيم الإجتماعية المثلى. وأستمر الأمر هكذا إلى أن ظهر مفهوم الدولة فتدخلت هيئاتها من أجل إيجاد نظام قانوني يقرر حماية للأسرة في شتى المجالات[16]، إنطلاقا من أن تطور حقوق الإنسان نحو

---

[14] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، (د س ن)، ص. 18.

[15] – عقون الشريف، غاية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2005، ص. 145.

[16] – وفي هذا السياق، تنص المادة 58 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن" تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع". وما نص عليه دستور المغرب لسنة 2011 في مادته 32 بأن " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع. تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية و الإقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون، بما يضمن وحدتها و إستقرارها و المحافظة عليها. تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، و الإعتبار الإجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية. التعليم الأساسي حق للطفل و واجب على الأسرة والدولة. يحدث مجلس إستشاري للأسرة و الطفولة".

العالمية والإلزام القانوني لإحترامها والمشبعة بكل معطيات الضمير الإنساني من القيم والمثل العلياء [17] خاصة فيما يتعلق بحماية العلاقات الأسرية جزائيا.

وتوافقت جل التشريعات الدولية[18] لتجريم العنف الأسري نتيجة لما لهذا العنف من أثر لتخلخل روابط البناء الأسري وضعف التفاعلات الإجتماعية بين أفراد الأسرة، وإضطراب فاعلية أدوارهم والرغبة في التحلل من القيود الأسرية والإتجاه نحو الجماعات الخارجية لضعف التماسك الداخلي لتتعدى خطورته من المحيط العائلي لتصل إلى المحيط الإجتماعي الذي يؤثر على إستقراره ونموه وتقدمه[19].

وكانت المجتمعات المغاربية عموما، تعتمد أحكام الشريعة الإسلامية فنجد تطبيقها بالمجتمع الجزائري حتى عام (1832) بدخول الإستعمار الفرنسي وبالتالي إعتماد نظام قضائي يأخذ طابع التنظيم القضائي الفرنسي في بوادره، وأوجه ذلك 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[20].

وهي نفس السياسة التشريعية قبل فرض الحماية على المغرب إذ كانت تطبق الشريعة الإسلامية والأعراف خاصة في المناطق البربرية إضافة إلى قضاء المخزن الذي لم يكن مقيدا بقانون محدد. وأثناء الحماية

---

[17] – محمد كرادة، الحق في الأسرة محاولة في التأسيس والحماية، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، سنة 2002-2003، ص. 22. علي بهاء رزيقي ، الحماية الجنائية للأسرة ، جامعة الإسكندرية ، 2006، ص .57.

[18] – خصص المشرع الليبي الباب الثاني من قانون العقوبات للجرائم ضد الأسرة، وتحت عنوان الجرائم المتعلقة بالمساعدات العائلية، نصت المادة (394) على تجريم ومعاقبة التقصير في القيام بواجبات الإعانة المترتبة على مكانته الأبوية أو على واجبه كوصي أو على كونه زوجا بالتخلي عن منزل الأسرة أو بإتباع مسلك يتنافى مع نظامها السليم أو أخلاقها، وتزيد العقوبة إلى النصف إذا ارتكب الفاعل أحد الأفعال الآتية: 1- إذا سلب أو بذّر أموال أبنائه القاصرّ أو أموال من له وصاية عليه أو أموال زوجته. وتنص المادة (195) من قانون الجزاء الكويتي لعام 1960 ، على ما يلي " من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا، أوإبنته أو أمه أو أخته حال تلبسها بمواقعة رجل لها، وقتلها في الحال أو قتل من يزني بها أو يواقعها أو قتلهما معا، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تجاوز 225دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين " ؛ تماثلها المادة (334) من قانون العقوبات البحريني لسنة 76 المعدل عام 2005، بنصها " يعاقب بالحبس من فاجأ زوجه متلبسا بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال أو إعتدى عليهما إعتداء أفضى إلي موت أو عاهة، ويسري هذا الحكم على من فاجأ احد أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا، ولا يجوز إستعمال حق الدفاع ضد من يستفيد من هذا العذر ". ونجد القانون المغربي منظم لذلك بالكتاب الثالث / الباب الثامن المتعلق بالجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة و الأخلاق العامة، و خص لها فرعا مستقلا هو الفرع الخامس و الذي 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 خطف الأولاد والقصر في المواد 473 – 483، كما عاقب على تسييب الولد القاصر والعاجز في المواد 484 – 487 كما عاقب أخيراً على إهمال واجبات الأسرة بالنفقة وغيرها في المادتين 487 و488 من مواد قانون العقوبات.

[19] – لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 89.

[20] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 07.

الفرنسية طبق القانون الجنائي الفرنسي في محاكم عصرية. وأثناء الحماية الإسبانية طبق قانون العقوبات الإسباني في الشمال ثم طنجة والتي طبق بها قانون عقوبات خاص. وفي سنة 1953 صدر أول قانون جنائي مغربي[21] ليطبق بمنطقة الحماية الفرنسية. وما لذلك من أثر تشريعي على العلاقات الأسرية.

ولم يستمر الوضع بالجزائر على حاله إثر صدور الأمر المؤرخ في 18 فبراير 1841 والمتضمن التنظيم القضائي وبموجبه إنتزعوا من القضاة المسلمين صلاحية البت في المسائل الجزائية[22] وما لذلك من أثر، خاصة وأن السلطات الفرنسية طبقت التنظيم القضائي الفرنسي الجديد مما ترتب عنه حالة إنعدام القضاء الوطني وهذا بتاريخ 26 سبتمبر 1842 .

وكان للتغيرات السياسية التي حدثت على الصعيد الدولي وفى فرنسا نفسها أثر في تعديل بعض القوانين بما يضمن للجزائريين حقوقهم، إذ حصر إختصاص القاضي الشرعي بالأحوال الشخصية دون المسائل الجزائية بموجب الأمر 1944. وهو نفس الأثر على المغرب إذ في سنة 1962 صدرت المجموعة التشريعية المغربية لتطبق في جميع أنحاء المملكة إبتداء من 17 يونيو 1963 والتي عرفت بعض التعديلات، إذ يعد قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 المصدر الرئيسي لهذه المجموعة والتي أخذت ببعض التطورات الفكرية التي تضمنتها تشريعات حديثة[23].

هذه التطورات التشريعية تجد لها حالاً كذلك ضمن المجتمع التونسي، فقد كانت لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا بالرغم من فرض الحماية الفرنسية على تونس إذ أبقت معاهدة الحماية لسنة 1881 على هيكل الدولة والعائلة المالكة بها، لكنها سلبت منها سيادتها الخارجية.

والحقيقة أن الحكومة الفرنسية لم تعمل آنذاك على فرض قوانينها مثلما فعلت بالجزائر سنة 1830، لأن ظروف فرنسا الداخلية والدولية لم تكن تسمح لها بذلك – الثورة الجزائرية– إلي غاية 1942 فترة فرض التشريع الفرنسي وأثره على العلاقات الإجتماعية للأسرة التونسية ضمن جميع المناحي عامة والروابط الأسرية خاصة إلى ما بعد التحرر. حيث تم إعتماد تشريع قضائي تونسي على أنقاض التشريع الفرنسي والذي عرف تطورا بتعديل مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993 وإستحداث صندوق التكافل العائلي، وما لذلك من

---

[21] - الظهير الصادر في 16 صفر 1337 الموافق 24 أكتوبر 1953 المتضمن القانون الجنائي. والمصادق عليه بضهير الشريف 413.59.1 الجريدة الرسمية 2640 مكرر ، بتاريخ 05 يونيو 1963، ص. 1253.

[22] – عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص. 43.

[23] – عبد الحميد أخريف، الأمن القانوني بين ضرورات الإصلاح والحاجة إلى تعزيز الضمانات، جامعة سيدي محمد بن عبد الله للعلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، فا س، السنة الدراسية، 2007- 2008، ص. 26.

صور وأوضاع على التشريع الجزائي ضمن المسائل المشتركة التنظيم، خاصة ما تعلق بمخالفات تلك الأحكام.

وبإعتبار مقاصد موضوعنا الإحاطة بفكر وفلسفة المشرعين المغاربين في حماية نظام الأسرة جزائيا وجب الإشارة إلى أهم التعديلات القانونية المطورة لمركزها القانوني، فيما يتعلق بتطور الحماية الجزائية لنظام الأسرة ضمن التشريع الجزائري بداية، منذ صدور قانون العقوبات[24] بموجب الأمر 66-165 فإن مجال الحماية شمل تشدّيد العقوبات في بعض الجرائم وخاصة فيما يتعلق بالجانب المادي دون عقوبة سلب الحرية.

إذ جاءت هذه التعديلات لتكييف هذا القانون مع متطلبات جديدة التي أصبحت ضرورة ملحة لكي يتماشى التشريع والظروف المعاشة في البلاد[25] هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعكس سياسة المشرع الجزائي بتبنيه سياسة عقابية خاصة في المجال الجنائي للأسرة بخلاف الجزاءات المقررة في الجرائم الأخرى.

وهي نفس السياسة الجزائية التي إعتمدها المشرع المغربي وفق للقانون الجنائي المغربي بظهير 1962 المكون لمجموعة القانون الجنائي، أو المتضمن في النصوص الجنائية الخاصة لإرتباطه الوثيق بحقوق وحريات الأفراد و الجماعات[26] .

وأهم مرحلة شملها تعديل الجرائم الماسة بالأسرة ضمن التشريع الجزائري قانون 15/90 إذ جاء بتعديلات شاملة للجزاءات المقررة بالقانون04/1982 خاصة مبالغ الغرامات، ونجد مثال ذلك فيما يتعلق بجرائم الإهمال العائلي بنص المادة 330 من قانون العقوبات[27]، 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 339 من قانون العقوبات، والذي شمله تعديل درجة العقاب المنصوص عنها بموجب القانون 04/1982 .

---

[24] - و الذي عرف تعديلات لاحقة له بأكثر من 19 تعديلا في صورة قوانين وأوامر، آخرها القانون رقم 15-19 مؤرخ في18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر سنة 2015، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18صفر عام 1386الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

[25] – علي بن بلقاسم، قانون العقوبات، ط 1، الدار المغاربية الدولية للنشر والتوزيع، باتنة، الجزائر، 1991، ص. 05.

[26] – سميرة الراجب، المستجدات المتعلقة بالتنظيم القضائي المغربي، المسطرة الجنائية و المسطرة المدنية على ضوء التعديلات الأخيرة2011، كلية الحقوق، مراكش،2013.

[27] - عدلت بموجب القانون رقم 15 - 19 المعدل والمتمم للأمر رقم 66 – 156 المتضمن قانون العقوبات جريدة رسمية عدد 71 بتايخ 30 ديسمبر 2015.

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 ذوى المحارم، والتي شملها التعديل بجعل الكفيل محل مُسائلة جزائية اذا وقع منه الفعل المجرم بموجب القانون 01/14 المتضمن قانون العقوبات،[28] هذا التطور التاريخي في التجريم يعكس معالجة الظاهرة وتتبعها ضمن التشريع الجزائري بخلاف التشريع التونسي الذي لم يشهد هذا التسارع في تطوير المعالجة التشريعية.

إذ لم تشمل المجلة الجزائية التونسية تعديلات عميقة أو مُستحدثات من المتابعات الجزائية ضمن جرائم الأسرة، ماعدا ما أستحدث في تحقيق المتابعات في حالة العنف ضد النساء بما يشمل الزوجة، إذ سن المشرع التونسي جملة من القوانين المتعلقة بقضايا الإعتداء على القرين وذلك بهدف حماية المرأة. فقد أفرد الفصل 228 من م.ج بعد تنقيحه سنة 1993 العنف الأسري بأحكام خاصة، إذ ضاعف المشرّع العقوبة السالبة للحرية في الفقرة الثانية من سنة واحدة إلى سنتين وضاعف الخطية المالية من 1000 إلى 2000 دينار. كما رفع العقوبة إلى ثلاث سنوات والخطية إلى 3000 دينار في صورة تقدم إضمار الفعل. وكان هذا نتيجة للتوجه السياسي والإجتماعي لتعزيز حقوق ومكانة المرأة التونسية بالإظافة إلى حالة تجريم تعدد الزوجات كذلك.

وقدكان للمشرع المغربي تقارب في مجال تطور التشريع الجزائي بما يحفظ الروابط الأسرية من حيث التجريم أومن حيث تقرير العقوبات- وهذا ما إنطبع على موضوع الدراسة في حالة المقارنة-خاصة فيما يتعلق بالعقوبة السالبة للحرية، سواء بحديها الأدنى أو الأعلى لم تتغير في جميع التعديلات السابقة وحتى الأشخاص المشمولين بالحماية أو الجزاء.[29]

وفي هذا الإطار نلاحظ توجه المشرع المغربي وإن كان جد محتشما في فرض العقوبات البديلة حين أجاز قانون المسطرة الجنائية في المادة 482 للقاضي إمكانية إستبعاد العقوبات السالبة للحرية القصيرة المدة، والأخذ بعقوبات بديلة كالعقوبات المالية أي الغرامة ضمن جرائم الأسرة.

[28]- بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009- 2010، ص. 04.

[29]- قانون المسطرة الجنائية، وفق آخر التعديلات المدخلة بالقوانين رقم 10.36 و35.11 الصادرة في إطار مخطط إصلاح القضاء،مطبعة النجاح الجديدة، ص. 164-165.

وخلاف هذا التقرير في عقوبة جرم الزنا ضمن التشريع الجزائري 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، فلمادة 339 قبل تعديلها كانت تميز في العقوبة بين الزوج والزوجة حيث كان يعاقب الرجل نصف عقوبة المرأة، وبعد التعديل وحدت العقوبة للزوجين وهى نفسها بالنسبة إلى الشريك.

وكانت المادة 340 من قانون العقوبات تنص في فقرتها الثانية على أنه " وإن صفح الذي يمنح بعد صدور حكم غير قابل للطعن يوقف أثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه" وهى فقرة لم تتضمنها المادة 339 . بعد التعديل مع إلغاء المادة 340 ، فالفرق بين النصين يكمن في أن المادة 340 من قانون العقوبات كان المشرع بشأنها حريصا في النص على أن الصفح الذي يكون لاحقا للحكم النهائي غير قابل للطعن يوقف تنفيذه. في حين المادة 339 المعدلة تنص على الصفح دون أن تحدد وقت صدوره.[30]

وقد إنفرد المشرع المغربي في تجريمه لفعل الزنا، ففرق بين جريمة الزنا التي لايكون طرفيها متزوجا وبين جريمة الخيانة الزوجية التي يكون أحد طرفيها متزوجا حرصا منه على حماية الرابطة الزوجية[31] .

ولم يبق هذا الوضع على حاله إذ شملت التعديلات اللاحقة ضمن جميع التشريعات المغاربية مضاعفة مبلغ الغرامات – الخطية – وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، إدراك من المشرع أن عقوبة سلب الحرية في مجال الجرائم الواقعة على نظام الأسرة لا تحقق الغاية من العقوبة وأساس تقسيمها[32]، والتي تعد مبلغ التفكير عند علماء وفلاسفة القانون وهى سلامة المجتمع والمحافظة على النظام العام ضمن فلسفة العقاب[33]، وجعلت نفس التعديلات مسألة العفو وصفح الضحية من بين أسباب وضع حد للمتابعة الجزائية[34] .

وقد شمل تطور مجال الحماية أن نص المشرع العقابي على تجريم بعض الأفعال الماسة بالأسرة في بعض القوانين الخاصة مثال ذلك ضمن التشريع الجزائري القانون رقم 09-01 المتضمن تجريم الإتجار بالبشر الذي

---

[30] – عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري – التحري و التحقيق – دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 102.

[31] – أحمد أجوييد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي، ج 2، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 2004-2005، ص. 35. أحمد أجوييد، جريمة الزنا في الشريعة والقانون المغربي، أطروحة دكتوراة، الرباط ، 1986، ص. 14.

[32] – عقون الشريف، المرجع السابق، ص .95-96.

[33] – عقون الشريف، نفس المرجع، ص.80.

[34] – في هذا الصدد المادة 331 الفقرة الأخيرة من قانون العقوبات والمعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 والتي إشترطت بأن صفح الضحية لوحده غير كاف إلا بعد أداء المبالغ المستحقة والمقررة قضاء لإعالة الأسرة من طرف المدين بها.

حمى الأطفال ضحية الإعتداء 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، ضماناً لإعادة تقويم الجاني و إدماجه من جديد في المجتمع، و دور السلطة القضائية كضامن أساسي لتحقيق هذا البعد[35].

و بموجب قانون المسطرة الجنائية لسنة 1959 الذي خص الأحداث بقواعد موضوعية و إجرائية خاصة، التي سرعان ما تم التراجع عنها بظهير الإجراءات الإنتقالية ، مع مطلع التسعينات من القرن الماضي، وبمصادقة المغرب على إتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 [36] وإحداث المجلس الإستشاري لحقوق الإنسان، قام المشرع المغربي سنة 2002 بتعديل جوهري لمقتضيات المسطرة الجنائية وخص الأحداث بقواعد موضوعية وإجرائية جديدة[37].

وبموجب قانون المسطرة الجنائية الجديد المغربي أقر المشرع حماية خاصة للأحداث الموجودين في وضعية صعبة بموجب الفصول من 512 إلى 517، أو الأطفال ضحية العنف من أسرهم.

وأخر التطورت التشريعية الجزائية التي سجلها المشرع الجزائري بموجب تقرير الحماية الجزائية بتخصيص التجريم والعقاب على الجرائم الواقعة بين الأزواج، والمستحدثة بموجب تعديل قانون العقوبات الجزائري[38] .

غير أن المشرع المغربي كان سباقا في إعتماد هذا التخصيص بموجب تشريع خاص وفق قانون رقم 13-103 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء[39] ،الذي أدخل تعديلات هامة على نصوص القانون الجنائي و ذلك بإعادة تعريف مجموعة من الجرائم وتشديد العقوبات بشأنها نتيجة إعتماد دستور جديد، لذا وجب توافق القوانيين الداخلية مع مبادئه.

---

[35] – سعد جريفي، المشرع الجنائي والقاضي الجنائي، أية مساهمة في تحقيق البعد المزدوج، توبقال للنشر، الدار البيضاء، 2015، ص. 36 .

[36] – التي صادق عليها المغرب في 14حزيران/يونيو 1993 ونشرت في الجريدة الرسمية في ديسمبر 1996، موردا تحفظا وحيدا متعلق بالمادة 14 الخاصة بحرية الوجدان و العقيدة لدى الطفل، الجريدة الرسمية وفي نفس السياق صادق المغرب في 4 دجنبر 2003 على البرتوكولين الاختياريين المتعلقين على التوالي ببيع الأطفال و استغلالهم في المواد الإباحية و منع إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة.

[37] – أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2003 ،ص .67. هشام ملاطي ،علاقة الإتفاقيات الدولية الجنائية والقانون الجنائي الوطني، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 2014، ص. 16.

[38] – قانون رقم 15- 19 السابق الإشارة إليه.

[39] – سعاد كوكاس، العنف ضد النساء بين تطلعات الحركات النسائية والحقوقية بالمغرب والقوانين و التشريعات الدولية، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب و الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء يوم دراسي تحت عنوان، قراءة في القانون الجنائي من أجل تشريع جنائي يحمي النساء من التمييز والعنف، وزارة العدل، الرباط ، يونيو 2010.

وفيما يتعلق بقوانين الإجراءات الجزائية المغاربية وما لها من 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 الجنح والمخالفات. وهو نفس الإجراء الذي أخذت به التشريعات المغاربية[40].

ويعد التكليف المباشر بالحضور المنصوص عليه في أغلب التشريعات حديثاً رغم أن هذه النظرية القانونية ذات جذور رومانية، وهى من بقايا النظام الإتهامى الذي يعد أقدم الأنماط الإجرائية نشأة حيث بدأ ببروز الإتهام الشخصي المتروك للمتضرر فقط لوحده كما وجد عند اليونان وظهر في أوربا خلال القرون الوسطى[41] وهو ما تأخذ به أغلب التشريعات العربية[42] .

---

[40] - بموجب الفصل 206 من المجلة الجزائية التونسية فإنه تتعهد المحكمة الإبتدائية: "بمقتضى إحالة مباشرة من وكيل الجمهورية إذا ظهر له عدم لزوم إحالة القضية على التحقيق أومن الإدارات العامة والفروع المالية في الصور التي يجيز لها فيها القانون القيام بالدعوى العمومية رأسا. ونص الفصل 36 يمكن "حفظ القضية من طرف وكيل الجمهورية لا يمنع المتضرر من إثارة الدعوى العمومية على مسؤوليته الشخصية وفي هذه الصورة يمكنه عن طريق القيام بالحق الشخصي إما طلب إحالة القضية على التحقيق أو القيام مباشرة لدى المحكمة. نص في الفقرة الثانية من الفصل 348 من ق.م.ج على أنه يمكن للطرف المتضرر أن يقيم الدعوى العمومية طبقا للشروط المحددة في هذا القانون المادة السادسة والثلاثون بعد المائة :

" موعد الحضور في الدعوى الجزائية ثلاثة أيام على الأقل من تاريخ تبليغ الخصوم بلائحة الدعوى. ويجوز في حال الضرورة نقص هذا الموعد إلى ساعة، بشرط أن يحصل التبليغ للخصم نفسه في حال نقص الموعد وأن يكون بإمكانه الوصول إلى المحكمة في الموعد المحدد. ويكون نقص الموعد بإذن من المحكمة المرفوعة إليها الدعوى, ويجوز إحضار المتهم – المقبوض عليه متلبساً بالجريمة – إلى المحكمة فوراً وبغير موعد. فإذا حضر المتهم وطلب إعطاءه مهلة لإعداد دفاعه، فعلى المحكمة أن تمنحه مهلة كافية.

قانون رقم 23 لسنة 2004 بإصدار قانون الإجراءات الجنائية الفقرة: الباب الثاني المادة 175 تحال الدعوى إلى المحكمة الجنائية المختصة بناًء على أمر إحالة صادر من النيابة العامة مع تكليف المتهم بالحضور أمام تلك المحكمة .المادة 176 يكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة قبل يوم انعقاد الجلسة بثلاثة أيام في الجنح والمخالفات وبثمانية أيام في الجنايات بالإضافة إلى ميعاد المسافة .وتذكر في ورقة التكليف بالحضور التهمة ومواد القانون التي تنص على العقوبة ومكان وزمان المحاكمة. ويجوز في حالة التلبس أن يكون التكليف بالحضور بغير ميعاد .فإذا حضر المتهم دون إعلان قانوني وطلب إعطاءه ميعاداً لتحضير دفاعه تأذن له المحكمة بميعاد لا يقل عن الميعاد المبين بالفقرة الأولى من هذه المادة .المادة 177 تعلن ورقة التكليف بالحضور لشخص المتهم أو في محل إقامته في قطر أو في محل عمله بالطرق المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية .ويجوز إعلان ورقة التكليف بالحضور بواسطة أحد رجال السلطة العامة .وإذا لم يؤد البحث الجدي إلى معرفة محل إقامة المتهم أو محل عمله يسلم الإعلان لمركز الشرطة التابع له آخر محل كان يقيم فيه في قطر .ويعتبر المكان الذي وقعت فيه الجريمة آخر محل إقامة للمتهم ما لم يثبت خلاف ذلك.

[41] – فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، مطبعة البدر، 2009، ص. 83.

[42] – فنجد ذلك في التشريع المصري بالمادة 232 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية والتي تنص " تحال الدعوى إلى محكمة الجنح و المخالفات بناء على أمر يصدر من قاضى التحقيق أو بناء على تكليف المتهم بالحضور من قبل احد أعضاء النيابة العامة أو من المدعى بالحقوق المدنية". ومما نص عليه القانون اللبناني بالمادتين 58 و59 الفقرة الثانية من قانون أصول المحاكمات الجزائية فنصت المادة 59 فقرة 2" للمتضرر في قضايا الجنحة أن يقدم دعواه مباشرة إلى محكمة الجزاء وفقا للأصول المبينة في المواد التالية". أما المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية فنص في المادة 367 على ما يلي " تحرك الدعوى مباشرة في المخالفات والجنح أمام المحكمة الابتدائية من المتضرر من الجريمة بإ ستدعاء يوجه إلى المتهم، ويجب أن يتضمن هذا الإستدعاء بيان اليوم والساعة ومحل إنعقاد الجلسة ونوع الجريمة وتاريخ ومحل إقترافها والنصوص المطبقة بشأنها وإلا فيؤدى الإخلال بذلك إلى البطلان". أما في التشريع الفرنسي فإن الإجراء قديم في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي القديم لسنة 1810 والذي حل محله قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الحالي الصادر في 1958 والذي أخذت منه أغلب التشريعات العربية.

بالإضافة إلى النموذج الإجرائي وهو " الوساطة" كآلية مستحدثة ضمن التشريع الجزائري وما يماثلها بالتشريعات المغاربية ومدى فاعليتها في إعتمادها في الجرائم الماسة بالأسرة في حالة وضع حد للمتابعة الجزائية[43].

أما فيما يتعلق بمسألة الإثبات بالجانب الإجرائي فإن هذه الخصوصيات تتمظهر في خصوصية و وسيلة الإثبات ضمن جريمة الزنا، و في هذا تقييد لمبدأ حرية الإثبات في الميدان الجنائي، وتطبيق قواعد الإثبات ضمن باقي الجرائم[44].

وهذا كله يدل دلالة قاطعة على إدراك المشرع المغاربي لأهمية التنظيم الأسرى ومواكبته للتطورات التشريعية الدولية، بما يتناسب والمستجدات المحلية لكل بلد إقتصاديا وإجتماعيا، دون أن يعتمد المبادرة لإعتماد قانون جنائي خاص بالأسرة.

وترى بعض الدراسات السوسيولوجية بأن الأسرة هي أولى المؤسسات الإجتماعية التي تخلت عن دورها، فهي كذلك أولى المؤسسات التي تفشت فيها الجرائم وجنت ثمار العنف متمثلة في جرائم غاية في القسوة لم تكن متوقعة في مجتمع كان وفي وقت قريب متسامحاً ومترابطاً . وهذا في صورة الإجرام الأسري بسبب ما يستجد في الحياة الإجتماعية من ظروف وما يطرأ عليها من متغيرات تترك آثارها في الجريمة، فتغير من شكلها ومن وسائل إتمامها[45] .

ومحور الدراسة أساسا هنا هو إدراك مدى إحاطة التشريعات الجزائية المغاربية بموضوع 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، ومنذ نشأة الأسرة إلى ما بعد ما يضمن حقوق الأفراد بعد إنحلال عقد الزواج[46].

---

[43] المادة 37 مكرر " يجوز لوكيل الجمهورية ، قبل أي متابعة جزائية ، أن يقرر بمبادرة منه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه، إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد الإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها ".

[44] - Cf . CARBONNIER .Jean., Droit et passion du droit sous la(5 Ve) République, éd. Flammarion, 1996, p. 135 .

[45] – فتحي حسين عامر، جرائم الأسرة.. بداية الانهيار !، مركز الحضارة العربية ،القاهرة ، 2006، ص . 102.

[46] – بن عودة حسكر مراد، الحماية الجزائية للمرأة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2004، ص. 05 .

هذا الإجرام الأسري الذي يأخذ أحد أنواع الإعتداء اللفظي أو الجسدي أو الجنسي والصادر من قبل الأقوى في الأسرة ضد فرد أو الأفراد الآخرين وهم يمثلون الفئة الأضعف، مما يترتب عليه أضرار بدنية أو نفسية أو إجتماعية[47].

هذا الوضع شجع عليه إرتفاع القيم المادية الجديدة وإعتلالها قمة المجتمع وما يترتب عليه من فساد ثوابت الأسرة، في حين هبطت القيم الإيجابية الروحية ضمن الأسرة وعلاقات الأفراد فيها لأن التيار أقوى منها.

هذا أمام حالة إنعدام قانون جنائي للأسرة خاص ضمن المنظومة التشريعية المغاربية مما يمكن القول معه أن وظائف القانون الجنائي للأسرة تتمثل من جهة في تقرير الطابع الحمائي والوقائي للرابطة الأسرية، ومن جهة أخرى تعزيز الوحدة الأسرية مع مراعاة طبيعة نظام الأسرة[48].

وإن أهمية هذا الموضوع مستمدة من أهمية العلاقة الحيوية بين أفراد العائلة بوصفها مؤسسة إجتماعية أساسية وما يمكن أن توفره في ظل عوامل معينة خلاصتها إشباع الحاجات الأساسية والإجتماعية لأعضائها ضمن الروابط التى تحكمهم [49]. وجعل شخصياتهم تتصف بنماذج سلوكية مقبولة إجتماعياً ، لأهمية الأدوار والمهام الإجتماعية التي يقتضيها تسيير النسق الإجتماعي وتحقيق إستقراره.

وفي هذا الإطار نجد أن أحكام الشريعة الإسلامية قد تميزت بإحكام التنظيم لكليات وجزئيات حماية التنظيم الأسري وتحقيق أمنه، خاصة ضمن رابطة الزوجية والقرابة وحماية حقوق الأبناء [50]، لذا وجب الإشارة إلي ما إعتمدته أحكامها من معالجة للمسائل المعروضة في دراستنا هذه في وضع وحالة إنعدام النصوص التشريعية التي تعالج المسائل المتعلقة بحماية نظام الأسرة جزائيا.

ولا تكتمل عناصر البحث إلا من خلال الإشارة لتباين التشريعات الوضعية في سياستها الجنائية لحماية الأسرة. فالقانون الجنائي الحديث قد إهتم بالروابط الأسرية في أكثر من موضع سواء في مجال التجريم

---

[47] – فهمي مصطفى محمود، نور الهنا إبراهيم، العنف الأسري في المغرب، ط 1، مركز سنا للبحوث العلمية والدراسات، ط 1،2001، ص. 18.

[48]-Cf . ELHEIT .Salim., La criminalité intrafamiliale : vers un droit pénal de la famille? Université Paris VIII –Vincennes, Saint-Denis, résumé court de mémoire, www.cvfe.be.

[49] – جبرين علي الجبرين، العنف الأسري، أسبابه وآثارة وخصائص مرتكبيه، موؤسسة الملك خالد الخيرية، ط 1، الرياض، 2005، ص .86. عبد السلام بشير الدويبي، المرجع السابق ، ص. 32. سناء الخولي، الأسرة و الحياة العائلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1984، ص .78.

[50] – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط 2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص. 5.

أم في مجال العقاب وفى جميع مراحل الدعوى الجنائية[51]، ومن ذلك التشريعات المغاربية وأسباب ذلك إختلاف نمط حياة كل مجتمع و إيديولوجيته. فنجد بعضها توسع من نطاق الحماية في حين لم تهتم بعض التشريعات التي يعاني مجتمعها من تفكك الروابط الأسرية، والإتجاه إلى النزعة الفردية بحماية الأسرة إلا بالقدّر اليسير[52].

إن هذا الإختلاف القائم بين التشريعات الجنائية مصدره تباين السياسة الجنائية للدول، فالقانون الجنائي ليس سرداً للجرائم وتحديد عقوباتها فحسب، بل هو سياسة جنائية مفعمة بالفروقات[53]. والفكر القانوني الجنائي وإن صعب عليه تنظيم نمط الأسرة ذي الطبيعة الخاصة، إلا أنه يكتفي بوضع الأسس التي من شأنها أن تؤدى إليه أو على الأقل تلقى على عاتق من يخل بها مسؤولية معينة[54].

فالأسرة محور الحياة الإجتماعية، فإن أي قضية تمسها أو تؤثر على عطائها وأدوارها الإجتماعية ستؤثر بالتالي على الروابط الأسرية[55] .

ولم تتخلف الدراسات في مجال العلوم الإجتماعية والتربية وعلم النفس من أن تعنى بالدراسة والتحليل والإستنتاج للظاهرة الإجرامية المشتملة على العنصر أو الرابط العائلي ضمنها[56] بالتأكيد على خطورتها وإنعكاساتها على باقي أفراد العلاقة الأسرية، وبالتالي على المجتمع في تكافله وتكامله وبالتالي تحقيق نموه[57].

ولقد أوردت العديد من الدراسات العلمية والإستطلاعات الإجتماعية نسباً راجحة حول العنف ضد المرأة وضد الرجل كذلك، وخاصة الأطفال الذين يقع عليهم أكثر من شكل من أشكال العنف داخل الأسرة[58].

---

[51] – محمد عبد الرؤوف، أثر الروابط الأسرية علي تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة "دارسة تأصيلية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009، (د د ن)، ص. 05.

[52] – أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، في الفقه الإسلامي والقانون الجنائى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص. 15.

[53] – حميدو زكية، القانون الجنائي للأسرة، محاضرات غير منشورة ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، تلمسان، 2008/2007.

[54]-Cf . ELHEIT .Salim., op.cit. résumé court de mémoire, www.cvfe.be.

[55] – الجازي بنت محمد الشبيكي، المشكلات الاجتماعية للمرأة الفقيرة في المجتمع السعودي، مركز الملك عبد العزيز، الرياض، ص 32.

[56] -Cf . MICHEL.Véron, Droit pénal spécial, éditions Armand Colin, 2ème edition, Paris, 2002,p. 126.

[57] – تركي رابح، أصول التربية والتعليم، ط 2، 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 تعقده الجمعية السعودية لعلم الاجتماع، 10-2008/5/12.

[58]– عبد السلام حرمان، مظاهر العقاب البدني وآثاره على الطفل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، ع.5-6، 1992، ص.67.

إذ يشهد المجتمع الجزائري إنتشارا ملحوظا فيما يخص الجرائم السلوكية والتي تمثل الإعتداءات على الأسرة والإخلال بالآداب العامة، وأهم هذه الجرائم كانت الفعل المخل بالحياء والذي إرتفعت نسبته إلى 85 بالمئة سنة 2014 مقارنة ب 2013، مشكلة بذلك 44 بالمئة من مجموع الإعتداءات ضد الأسرة والآداب العامة التي غدا المجتمع الجزائري يشهد فيها أزيد من 8 حالات يوميا [59].

حيث كشفت مصالح الشرطة القضائية للأمن الوطني في عرض لحصيلة جرائم القانون العام أنه تم معالجة 1591 قضية خاصة بالإعتداءات ضد الأسرة والآداب العامة لسنة 2014، تورط فيها ما يربو عن2482 شخص تم إيداع 1354 منهم السجن تورط فيها 93 من النساء[60].

وإن الحديث عن الزنا، الإغتصاب وزنا المحارم التي يتعرض لها الراشدون أو القصّر على حد سواء قد تحولت إلى واقع معيش يجب مواجهته بكل الأساليب بعد أن صارت الجزائر تسجل أزيد من 4 جرائم إعتداء على الأسرة وإخلال بالآداب العامة، وما يقارب جريمتين جنسيتين كل يوم وهو رقم متقارب ضمن كل من المغرب وتونس وهو رقم مخيف فعلا في مجتمعات يُعتقد أنها محافظة كالمجتمع الجزائري[61].

وقد أحصت قيادة الدرك الوطني أرقاما جد مخيفة حول الأحداث المتورطين في الجريمة وكذلك الأحداث ضحايا الجريمة، حيث قدر عدد القضايا المعالجة في الأربعة أشهر الأولى من عام 2015 ما معدله 802 حدثا منهم 307 أنثى[62].

وفيما يتعلق بجرائم الضرب والجرح سجل المغرب ما نسبته 63% من المغربيات يتعرضن للعنف في صورة الجرح والضرب والإغتصاب والتهديد بالقتل[63] ، وإن 63% من النساء يتعرضن للعنف الزوجي و61% للعنف الأسري وأوضحت الدراسة أيضا أن 7 رجال من أصل 10 يتورطون في حالات عنف مع زوجاتهم، وأشارت إلى أن الفئة العمرية ما بين 16و30 عاما تتعرض للعنف الجنسي[64] بنسبة 54%.

---

[59] – محمد شيحات، الجرائم الجنسية تسجل إرتفاعا ب 82 بالمئة، جريدة الأمة العربية وهران، 01 - 03- 2009، ص. 07.

[60] - موقع المديرية العامة للأمن الوطني ، 03 /2014/12 ،الجزائر.

[61] – رشيدة بلال، المخدرات الصلبة، زنا المحارم و المشروبات الطاقوية، جريدة المساء، يوم 19- 06 - 2012، ص. 07.

[62] – حسب ما أكده عميد الشرطة لعراس بعزيز من مديرية الشرطة القضائية بالمديرية العامة للأمن الوطني، قال إن " الأرقام لا تكفي لردع الجريمة وسط المجتمع الجزائري، بل يجب التركيز على تكثيف الجانب التحسيسي للتقليل منها." موقع المديرية العامة للأمن الوطني، الجزائر.

[63]- لطيفة العروسني، جرح وضرب وإغتصاب وتهديد بالقتل للعنف والجمعيات النسائية متهمة بالتحريض على تفكيك الأسر، مجلة العربي الحر، طنجة – المغرب، 2015، ص. 47.

[64] – تقرير، خديجة درعاوي، مديرية الإحصاء المغربية، المندوبية السامية للتخطيط، الرباط، 2015.

وبالمغرب سجلت كذلك جرائم عدم الإنفاق على المرأة والأسرة من طرف الآباء نسبة 41 %. وجرائم العنف النفسي بنسبة 18%، والعنف الجنسي بنسبة 2,9%. وللتذكير فهذه الأرقام تبقى نسبية لكون المرأة المغربية تتحفظ كثيرا في الإفصاح عن وضعيتها في هذا المجال[65].

وحسب بحث أنجز بروما ضمن دراسة إجتماعية شمل الدول المغاربية حول شيوع ظاهرة زنى المحارم إتضح أن نسب هذا النوع من الجرائم هائلة، حيث تم إجراء مقابلات مع إناث تمثل كل منهن أسرة وتبين من الإجابات أن 10 بالمائة من الحالات تعرّضن لزنا المحارم وثبت أن أكثر الأنماط شيوعا في هذه الآفة هي علاقة الأب بإبنته حيث تمثل 75 بالمائة من الحالات بتونس مثلا [66] ضمن 08 حالات من الإعتداء.

وهذا في ظل التكتم على أرقام قضايا زنا المحارم، فإنّ مراكز الصحة الإنجابية بتونس تُؤكد أنّها تستقبل سنويا ما لا يقلّ عن 30 حالة. و يرجع غياب الأرقام الحقيقية إلى التكتم داخل العائلات تجنبا للفضحية وما تفرضه البنية الإجتماعية و الثقافية و التقليدية المحافظة، تفرض على الضحية الصمت خوفا من العقاب أو الإبتزاز أو الفضيحة حفاظا على تماسك الأسرة أو خوفا من ردّة فعل المجتمع .

غير أن بعض الإحصائيات تُؤكد أيضا تعرّض 9 أطفال للإعتداء الجنسي من المحارم [67] خلال سنة 2014.

وأحصت مصالح الدرك والأمن الوطنيين بالجزائر خلال السداسي الأول من سنة 2015 حوالي 17 قضية تتعلق بزنا المحارم[68]، أي تعرض الأبناء لإعتداءات جنسية من أقربائهم سواء الآباء أو الأخوة. وخلال سنة 2014 تم تسجيل 34 حالة تتعلق بزنا المحارم عبر مختلف مناطق الوطن[69]،تم إكتشاف أغلبها في المناطق الداخلية أو في عائلات تتميز بمستوى معيشي متواضع أو في مناطق معزولة جدا.

ويبقى هذا الرقم – حسب مصادر أمنية – بعيدا تماما عن الرقم الحقيقي كون أن أغلب العائلات لا تقوم بالتبليغ عن عدد من القضايا، وفق للسابق ذكره غير أن الظاهرة في تصاعد مستمر وتستدعي تحرك المصالح المختصة خاصة مصالح الحماية الإجتماعية .

---

[65] – مصطفى الهيصة، الخيانة الزوجية.. جرائم يصعب إثباتها ونسبة كبيرة منها تتحول إلى قضايا طلاق،الصباح الأسبوعي، 2011/11/10، ص. 12.

[66] – بسمة معلاوي، جريدة الحركة، العدد 7869 يومي 27- 28 يوليوز 2013.

[67] – طارق بالحاج، مقال بعنوان، جيل لا "يستثمر" في الزواج، الصباح الأسبوعي، 2014/14/06، ص. 24.

[68] – مراد محامد، مقال بعنوان، ظاهرة زنا المحارم في إرتفاع بالجزائر، جريدة الجزائر نيوز، 23- 10- 2010، ص. 14.

[69] - أضحت ظاهرة زنا المحارم تشكل إحدى أهم القضايا المتعلقة بالإعتداءات الجنسية ضد الأطفال والجنح في بلادنا، فمصالح الأمن المختصة من درك وأمن وطني تقوم بالتصريح فقط بالقضايا التي يتم التبليغ عنها، إذ الكثير من العائلات تلجأ إلى التستر عن هذه القضايا خوفا من الفضيحة، كما أن أغلب هذه القضايا غالبا ما تأخذ منحنيات خطيرة، كأن يتعرض الأطفال المعنفين للقتل أو التصفية من أقرب الناس إليهم.

وأحصت الممارسات القضائية من خلال أحكام المحاكم الجزائرية الصادرة تفاصيلها بقاعات المحاكم ذات الحقائق المثيرة عن موضوعات مرفوضة شرعا، قانونا وأخلاقا منها 6664 قضية متعلقة بظاهرة العنف ضد الأصول بصفة عامة لسنة 2015 حيث تم توقيف 8340 شخصا أودع منهم 6048 شخصا الحبس المؤقت، أغلبهم شباب تتراوح أعمارهم ما بين 19 و28 سنة، وبخصوص الضرب والجرح العمدي ضد الأصول من ضمنها فقد سجلت نفس المصالح 2600 قضية لنفس السنة، تم إثرها توقيف 643 شخصا من بينهم 48 قاصرا و89 كهلا تتجاوز أعمارهم 40 سنة، وهنا يمكن تصور عمر الأب أو الأم الضحية[70].

وشملت الخطورة الإجرامية فئة الأطفال أحد أهم المكونات للكائن الإجتماعي الأسرة[71]، كون الأسرة من الهيئات الأساسية والقاعدية التي تقوم بعملية التطبيع الإجتماعي للجيل الجديد، حيث تنقل إلى الطفل وهو في مراحل نموه الأولى كل ما يخص من عادات وتقاليد والقيم الأخلاقية الخاصة بالمجتمع وتساهم مساهمة فعالة في بنائه وترقيته[72]. وهي البيئة الأولى التي يبدأ فيها الطفل الأول تكوين ذاته والتعرف على نفسه عن طريق عملية الأخذ والعطاء والتعامل بين أحضانها[73]، سواء في صورة السلب أو الإيجاب.

حيث تم تسجيل إرتفاع حالات الإيذاء البدني للأطفال التي تشكل نسبة عالية ضمن حالات الإساءة المعروضة على المرصد الوطني لحقوق الطفل بالمغرب، إذ سجل المركز 422 ملفا تمثل الإعتداءات البدنية من طرف أحد الأبوين[74]، وسجلت مصالح الدرك الجزائري لسنة 2015 وإلى غاية شهر أوت من نفس السنة 1865 ضحية من القصر الذين لا يتجاوز سنهم 18 سنة مع تسجيل 3032 قاصرا إرتكبوا مخالفات وجنح مختلفة[75].

وفيما يتعلق بجرائم الإجهاض سجلت تونس سنة 2014 حوالي 35 ألف حالة إجهاض إرادي[76] وذلك بالتساوي بين القطاعين العمومي والخاص، وسجلت الجزائر سنويا أكثر من 9 آلاف حالة إجهاض

---

[70] – هبة أيوب ، الإعتداء على الأصول مؤشرالإنحراف الأخلاقي للأبناء، جريدة المساء، 2016/02/17، ص. 08.

[71] – أحمد أوزي، سيكولوجية الطفل ونظريات النمو النفسي، مطبعة النجاح الجديدة، ط 2، الدار البيضاء، 2003، ص. 98.

[72] – محمد عبد المنعم النور، المجتمع الإنساني، مكتبة القاهرة الحديثة، (د س ن)، ص. 62. عبد المطلب أبو سيف، تربية الأطفال بالأسرة، ط 1، منشورات دار علاء الدين، دمشق، 1997، ص. 33؛ سعيد بن سعيد ناصر، مقال بعنوان "دور الأسرة في تنمية قيم المواطنة لدى الشباب في ظل تحديات العولمة " مقدم لمؤتمر " الأسرة والمتغيرات المعاصرة" ، التي تعقده الجمعية السعودية لعلم الإجتماع، 10- 12/ 05/ 2008 .

[73] – محمد لبيب النجيحى، الأسس الإجتماعية للتربية، ط 3، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص. 82.

[74]– مصطفى دنيال، شوقي بن يوب، سوء المعاملة، مجلة للطفل حقوق، 2003 ، عدد مزدوج 6/5، ص. 9-10.

[75] – مكتب الجنوح والإجرام بقسم الشرطة القضائية التابعة للمديرية العامة للدرك الوطني، الشراقة ، الجزائر.

[76] – الديوان الوطني للأسرة والعمران البشري بتونس 2015/10/02.

سنويا وما يتجاوزه من حالة ولادة غير شرعية .وبالمغرب يولد يومياً 100 طفل خارج إطار الزواج[77] من طرف 200 ألف أم عازبة، وأن 24 طفلاً يُتخلى عنهم في الشارع يوميا[78].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مصداقية الأرقام والإحصائيات التي ترصد تنامي هذه الظاهرة وتتبع مساراتها غير دقيقة ولا تخضع للمنطق العلمي لعدة اعتبارات أهمها:

أ- إن جرائم الأسرة كما سبق ذكره هي من السلوكيات المسكوت عنها لأنها تعتبر من خصوصيات الأسرة التي لا يحق لأحد الإطلاع عليها و لسرية هذه العمليات في الغالب .

ب- إن ما يتوفر من بيانات رسمية حول هذا النوع من الجرائم وما بها من مؤشرات تعكس بساطة حجم المشكلة للدرجة التي لا يمكن إعتبارها ظاهرة، إنما هي بيانات عن حالات محدودة جدا تحال للقضاء ويفصل فيها وهي بالتالي لا تعكس الحجم الحقيقي للظاهرة مع إختلاف الإحصائيات المعلن عنها من هيئة إلى أخرى.

وأمام هذا الوضع ومثله ومن خلال إستقراء الأحكام الجزائية والإطلاع على الأحكام القضائية المغاربية نجد أن المشرعين المغاربين إعتمدوا فلسفة التوسيع في مظاهر الحماية الجزائية بما يشمل جميع الحالات والأوضاع بمختلف موضوعاتها لحماية الأسرة، بتقرير المسؤولية الجزائية للمعتدى على نظام الأسرة من جهة، ومن جهة أخرى نجد إعتماد نظام إجرائي يحقق نوع من التكامل والتناسق لتحقيق غايات الحماية الموضوعية للروابط الأسرية وحصانة أفرادها من العقاب على المصلحة العامة في متابعة الجناة وزجرهم .لما للقانون الجنائي من طابع حمائي زجري وردعي، وبما يتقارب معه من إجراءات جزائية[79].

وإن تحقيق هذا التقارب ضمن هذا السياسة التي إنتهجها المشرعون المغاربيون تبرر مدى إهتمامه بحماية الأسرة ومراعاته لطابعها الخاص، وهذا يدفع على دراسة هذه الفلسفة[80]، من خلال إستقراء و تحليل نصوص قوانيين العقوبات المغاربية والنصوص العقابية الخاصة، وكذا النصوص الإجرائية ذات الصلة، بإتباع المنهج الإستنباطي وتحقيق المقارنة فيما يماثلها من أحكام ضمن التشريعات المغاربية ، وبذلك سنحاول الإجابة على مجموعة من الإشكاليات أهمها تتجلى في :

---

77 – منال وهبي، هكذا تحولت ظاهرة زنا المحارم إلى طاعون ينخر المجتمع المغربي، العيون 24 ، 2014 .

78 – إحصائيات منظمة اليونيسيف، وإنصاف، والعصبة المغربية لحماية الطفولة خلال ندوة نظمتها إحدى الصحف المغربية بالدار البيضاء، من إرتفاع العدد خلال الـ20 سنة القادمة بنسبة 50% في حال لم يتدخل المسؤولون المغاربة بإعادة النظر وتعديل الفصل 446 من القانون الجنائي.

79 – عصام حسين ،فلسفة التجريم والعقاب الشرعية في تجزئة القاعدة الجنائية، ط 1 ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010 ، ص. 96.

80 – حميدو زكية، المرجع السابق.

التساؤل عن مدى نجاعة السياسة الجنائية للمشرعين المغاربين في ردّع الجرائم الواقعة على الأسرة، وتحقيق الحماية لها ؟ ففيما بدت مظاهر الحماية والمعالجة التشريعية لتقرير الحماية الجزائية للأسرة ضمن العلاقات التي تحكمها ؟ وما هو الإطار الإجرائي المكمل للحماية الموضوعية للأسرة ؟ وإلى أي مدى توافقت التشريعات المغاربية فيما بينها لضمان حماية الرابطة الأسرية و بالتالي حصول الأمن الإجتماعي في هذا المجال ؟

وفي إختيارنا لموضوع حماية الأسرة جنائيا بالقانون الجزائري فقد تلقينا بعض الصعوبات، تمثلت في محاولة تقريب المعاني الذي فرضته المصطلحات الواردة بكل تشريع ودلالته ضمنه، والتي في نفس الوقت يعبر عنها بمصطلح أخر ضمن تشريع بلد أخر ، والتي حرِصتُ على رسمها كما جاءت ضمن كل تشريع.

وتعد مسألة التسارع التشريعي للنصوص الجزائية ضمن التشريع الجزائري عقبة أخرى ضمن موضوع البحث، كتعديل قانون العقوبات بموجب الأمر01/14 وإستحداث لقانون الإجراءات الجزائية[81] ضمن الكتاب الأول في مباشرة الدعوى العمومة وإجراء التحقيق بالباب الأول الفصل الثاني مكرر تحت عنوان الوساطة بالمادة 37 مكرر وما يليها والتي يمكن أن تطبق ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، كترك الأسرة الإمتناع العمدي عن تقديم النفقة عدم تسليم طفل.

وإستحدث إجراء المثول الفوري هذا التحول الجذري في الإجراءات المستحدثة جعل من العمل المقدم محل مراجعة، مما يستغرق وقت أكبر لإعادة تحيين ومراجعة إعتماد هذه التدابير ودراسة مدى فاعليتها ضمن العمل المحضر الخاص بالأطروحة، خاصة وأن هذه الإجراءات إنفرد بها المشرع الجزائري وأنها جاءت لغاية وفلسفة تشريعية تضمن حماية الأسرة[82].

فهذا كله تطلب وقت أكبر لإحاطة الموضوع بالدراسة ومراجعته بكل تشريع مستحدث، بالإظافة إلى ما شهدته الساحة التونسية من تغير للأوضاع السياسية والإجتماعية التي كان لها الأثر على توقيف العمل ببعض اللوائح التنظيمية والنصوص الخاصة في حين بقيت القوانيين العامة بدون تغيير ذات الصلة باللوائح محل الإلغاء وخاصة ما تعلق بتنظيم وسير المؤسسات والهيئات الإجتماعية ذات الإهتمام بالأسرة.

---

[81] – صدر تعديل لقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 02/15 بتاريخ 23 -07- 2015 بالجريدة الرسمية العدد 40.

[82] - وما تضمنه إستحداث قانون حماية المسنيين بالإضافة إلى صدور القانون المتضمن صندوق النفقة 01/15 والمرسوم المتضمن آليات العمل بشأنه مثل المرسوم التنفيذي المتعلق بالوساطة العائلية رقم 16- 62 مؤرخ في 2 جمادي الأولى عام 1437 الموافق 11 فبراير سنة 2016، يحدد كيفيات تنظيم الوساطة العائلية والإجتماعية لإبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي، الجريدة الرسمية عدد رقم 09.

هذا الأمر شجعنا على البحث في هذا الموضوع لتحقيق مقارنة أفضل وإستقراء فكر المشرع الجزائي لحماية الأسرة .

بالإضافة إلى أن هذا الموضوع يعرف قلة المراجع المتخصصة ونظرا لمحل الدراسة وموضوعها- الأسرة- فقد كانت أغلب الدراسات في كتب علم الإجتماع بعيدة عن الدراسات القانونية و تناثرها، مع أن الدراسات المتخصصة في الحماية الجنائية كانت بالقوانين المقارنة مع ما ترادف من صعوبة الحصول عليها، واللغة المكتوبة بها.

ثم هناك طبيعة الموضوع والتي تقتضي الإطلاع على أحكام الإجتهاد القضائي الوطني والمقارن والتي شكلت فيما بعد مصدرا للمشرع في سدّ بعض الثغرات القانونية، وصعوبة الحصول عليها مباشرة من الهيئات المصدرة لها. مما حذا بنا إلى الإعتماد على الأحكام والقرارات القضائية المشار إليها بالمجلات الجزائية المغاربية في هذه الدراسة إثراء للموضوع نحو غاية وضع خارطة طريق لإعتماد قانون جنائي خاص بحماية الأسرة بتفصيل أحكامه وإجراءاته.

وللإجابة على الأسئلة سالفة الذكر، سنقسم موضوعنا هذا إلي بابين:

الباب الأول: الحماية الموضوعية للرابطة الأسرية وفق التشريعات الجنائية المغاربية

الباب الثاني : الحماية الإجرائية للأسرة وفق التشريعات الجنائية المغاربية.

الباب الأول

الحماية الموضوعية للرابطة الأسرية وفق التشريعات الجنائية المغاربية

تدخل المشرعون الجزائيون المغاربيون بنسق تشريعي غايته حماية كيان الأسرة من الأفعال الماسة بنظامها ضمانا لإستقرار العلاقات الأسرية بين أفرادها، وضمانا للأداء الأفضل للأسرة ضمن فلسفة التفاعل والتكامل بينها وبين المجتمع[1]، وسعيا لترابطها ومكافحة كل ما يعرض أركانها للخطر، وأواصرها للإنحلال[2] فقرروا من أجل ذلك نصوصا قانونية لتجريم بعض الأفعال والعقاب عليها، والتي يمكن تسميتها بجرائم العنف الأسري أو الإجرام الأسري. وعرف هذا الأخير بأنه " تلك الأنماط الحديثة التي تتنوع إليها الظاهرة الإجرامية داخل النطاق الأسري الواحد، بسبب ما يستجد في الحياة الإجتماعية من ظروف وما يطرأ عليها من متغيرات تترك آثارها في الجريمة، فتغير من شكلها ومن وسائل إتمامها"[3].

و غالبا ما تكون جرائم الأسرة ناتجة كذلك عن إختلال وحدة الأسرة وتماسكها، وناتجة عن ضعف التربية الخلقية. ومؤدية في النهاية إلى التفكك والإنحلال، وإلى تدمير الأسرة و قطع صلات القرابة وصلات الرحم[4].

ولما كانت الأسرة تعتمد في حياتها على الترابط وحسن المعاشرة ونبذ الآفات الإجتماعية[5]، فإن المشرعين المغاربين حرصوا على بقاء هذه المقومات، من خلال فلسفة تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بترابط الأسرة، تحقيقا للحماية القانونية والقضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف مكوناتها[6] .

وتستمد تلك الأفعال المجرمة خصوصيتها من طبيعة العلاقة التي تربط أفرادها، فدراستها تكون وفق تصنيفها ومعرفة الجزاءات المقررة لها، (الفصل الأول)، ثم التوجه للإحاطة بمعرفة حدود التجريم ضمن فلسفة المشرع الجزائية التي راعى فيها الرابطة الأسرية المميزة، ومصلحة الأسرة الفضلى، (الفصل الثاني).

[1] – علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، ط 7، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص. 16.

[2] – بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2005– 2006، ص. 25.

[3] – ويعرف العنف بأنه "نمط من أنماط السلوك العدواني والذي يظهر فيه القوي سلطته وقوته على الضعيف لتسخيره في تحقيق أهدافه وأغراضه الخاصة سواء كان هذا العدوان لفظي أوجسدي أو جنسي مما يترتب عليه أضرار نفسية بدنية إجتماعية. عبد الله بن أحمد العلاف، العنف الأسري وأثاره على الأسرة والمجتمع، مذكرة ماجستير تخصص العلاج الأسري، الرياض، 2009، ص. 09، فتحي حسين عامر، جرائم الأسرة.. بداية الإنهيار، ط 1، مركز الحضارة العربية، القاهرة، 2006، ص. 26.

[4] – جبرين علي الجبرين، العنف الأسري خلال مراحل الحياة، مؤسسة ملك الخيرية، ط 1، 2005، ص. 20.

[5] – محمد كرادة، المرجع السابق، ص. 23. وهذا ما أشارت إليه المادة 03 من قانون الأسرة الجزائري.

[6] – خالد بنيس، دعاوى الحالة المدينة، منشورات جمعية نشر البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1996، ص. 18.

الفصل الأول

تصنيف الجرائم الماسة بنظام الأسرة

تأخذ جرائم الأسرة أشكالا متعددة، تتطلب تدخلا عاجلا، فقد تكون هذه الجرائم موجهة ضد الأطفال وقد توجه من الزوج ضد زوجته، أو من الزوجة ضد زوجها، مما يعنى أن فردا أو أفرادا قد يتعرضون للعنف الأسرى داخل الأسرة[7]. وبدافع الإهتمام من المشرعين المغاربين بحمايتها، نجد أن المشرع الجزائري قد أدرج في الكتاب الثالث من تقنين العقوبات ضمن الباب الثاني فصلا ثانيا بعنوان" الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة ".وبالرغم من أن هذا العنوان غير واضح إلا أنه ينطوي على حماية مزدوجة من للأسرة وللآداب العامة نظرا للعلاقة الوطيدة بينهما[8]، ويضم هذا الفصل سبعة أقسام، تحتوى على الجرائم التالية:

الإجهاض، ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر، الجنايات والجنح التي من شأنها الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل، خطف القصر وعدم تسليمهم، ترك الأسرة، إنتهاك الآداب، تحريض القصر على الفسق والدعارة.

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذه الجرائم، بل أدرج بعض المواد في تقنين الحالة المدنية بقواعد لتنظيم الحالة الشخصية أو المدنية لأفراد الأسرة من حيث ولادتهم وزواجهم ووفاتهم، لذا جاء قانون العقوبات بأحكام خاصة تتعلق بمخالفة قانون الحالة المدنية [9] بتجريم بعض الأفعال الماسة بنظام الأسرة، كما نظم القانون المدني القواعد الخاصة باللقب العائلي، وكل مساس بهذه القواعد قد يؤدي إلى خلل في نظام الأسرة ومن خلالها النظام الإجتماعي. وبرغم تعدد تصنيفات الجرائم الماسة بهذا النظام، إلا أن المشرع الجزائري فضل إعتماد التصنيف على أساس موضوع الحماية الذي يقصده المشرع من وراء تجريم كل فعل.

وقد سار المشرع المغربي على نفس الأمر بالباب الثامن من الكتاب الثالث من القانون الجنائي لتناول الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة و الأخلاق العامة و خصص لهذه الجرائم الفصول من 449 إلى 504 من المدونة الجزائية المغربية و القانون 03- 24 المتعلق بتعزيز حماية المرأة والطفل وخاصة الفصول 466 - 470 منه.

---

[7] – مناحي نايف الشيباني، معالجة صحيفة الرياض لجرائم العنف الأسرى، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008، ص. 07. جبرين علي الجبرين، المرجع السابق، ص.22. سميرة بنت سالم بن عياد الجهني، عدم الإستقرار الأسري في المجتمع السعودي وعلاقته بإدراك الزوجين للمسؤوليات الأسرية، د د ن، 2008، ص. 18.

[8] – حميدو زكية، المرجع السابق.

[9] – إشكالية ملتقى منظم من طرف جامعة جيجل بعنوان الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري يومي 03 و 04 نوفمبر 2010.

ولم يذهب مذهبا مغاير عن ذلك المشرع التونسي ضمن الفصلين 203 و210 والفصل من 211 إلى 214 وبالفصول من 218 إلى 224 من م.ج ، وأدخلها ضمن الجزء الثاني تحت مسمى الإعتداء على الناس بالباب الأول تحت تصنيف " الإعتداء على الأشخاص " دون أن يميزها بقسم خاص مثل المشرع الجزائري أو المشرع المغربي. وأدخل ضمن الفرع الثاني بالقسم الثالث المتعلق في الإعتداء بالفواحش بالفصل 227 مكرر جريمة الإعتداء بما ينافي الحياء، والفصل 236 ضمن الفرع الرابع والفصل 260 والفصل 266 السرقات من الأصول على الفروع وجاء بمسمى جديد "الجرائم الإجتماعية".

وأول موضوعات الحماية الذي نبدأ به هو تحديد الجرائم الماسة بأساس نشأة الأسرة، و ما يترتب عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن هذا الكيان (المبحث الأول) بالإضافة إلي ما يشمل حالة الإخلال بحقوق الأولاد ، والنظر إلي ما يمس بإمتداد علاقات هذا الكائن ضمن مسمى الجرائم الماسة بصلة القرابة ،بالإضافة إلى دراسة حالة تقرير الحماية لما ينشأ من إعتبار لهذا الكيان من الجرائم الماسة به (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الجـرائم الماسة بقواعد بناء الأسرة وبالإلتـزامات الأسرية

حرصاً من المشرعين المغاربين على أهمية كيان الأسرة، فقد جعلوا حمايتها سابقة إلى بنائها، فالأساس الذي تقوم عليه سعادة البشرية و صلاح المجتمعات الإنسانية يبدأ جليا في تكوين الأسرة على أساس متين هو عقد الزواج[10]. إذ قد ترتكب جرائم أثناء إبرام عقد الزواج، الذي يعد أهم علاقة في تدعيم روابط الإستقرار في الأسرة و على أساسه تبنى كافة العلاقات الأسرية الأخرى[11].

و بإعتبار مؤسسة الزواج اللبنة الأساسية في قيام الأسرة فقد حظيت بالإهتمام الكبير ضمن مواد مدونة الأسرة المغربية، إذ جعل المشرع المغربي ضمن نظامه القانوني فيما يتعلق بتسجيل عقد الزواج آليات خاصة لضبطه، وهذا في إطار ربط الصلة بين مؤسسة قضاء الأسرة والرغبة في تعميم نظام الحالة المدنية إذ أحاطته بمجموعة من الضمانات ونظمت أحكامه بشكل غير مسبوق وحددت إجراءات إدارية وشكلية لإبرامه، الهدف منها ضبط طلبات الزواج وتفادي التحايل بخصوصها[12] بإلزام توجيه ملخص من العقد إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين أو إلى وكيل الملك بالمحكمة الإبتدائية بالرباط إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة

[10] – عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابه، 2006، ص. 02.

[11] – أحمد يحي عبد الحميد، الأسرة والبيئة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998، ص. 67.

[12] – محمد الشافعي، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية،ط 1 ، سلسلة البحوث القانونية، د.س.ن ،ص. 07.

بالمغرب. كما أخضعت أنواعا أخرى من الزواج لإجبارية الحصول على إذن مسبق تتوزع الجهات المانحة له بين قضائية وإدارية، وهو نفس الغرض الذي سعى له المجتمع الدولي من خلال إتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج إذ إقتضت الإتفاقية تسجيل عقود الزواج كافة بهدف حماية الزوجة والأسرة والأطفال حتى لا تتلاشى آثار الإلتزام الناتج عن الزواج ويكون مآل جميع المعنيين الضرر والضياع،(المطلب الأول) هذه النتيجة الحتمية تجد أثرها كذلك ضمن حالة المساس بالإلتزامات الأسرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الجرائم الماسة بقواعد بناء الأسرة

يعد الإهتمام بقواعد بناء الأسرة سياسة وقائية في ميدان حماية الأسرة، لمواجهة الخطورة الإجرامية المهددة للعلاقة الأسرية بما يضمن الخلاص لها عن طريق تحديد صور السلوك المجرم والجزاءات المقررة لها. وتشمل المخالفات المتعلقة بهذا الجانب ضمن التشريع الجزائري ما نص عليه المشرع في المادة 441 من قانون العقوبات[13] و بداية دراستنا بجريمة عدم تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية (الفرع الأول) ثم جريمة زواج قاصر دون ترخيص قضائي (الفرع الثاني)، وننتقل بالدراسة للإحاطة بجريمة زواج قاصر دون موافقة وليه (الفرع الثالث) وأخيرا معرفة أحكام جريمة زواج المرأة قبل إنقضاء فترة العدة (الفرع الرابع).وكل هذا ضمن ما يقابله من حماية جزائية ضمن التشريعات المغاربية.

الفرع الأول

جريمة عدم تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية

أوجب المشرعون المغاربيون تسجيل عقود الزواج من خلال قوانين الأسرة أو قوانين الحالة المدنية لإثبات العلاقات التي تربط الأفراد، المشكلة لمركز قانوني أولى بالحماية لما ينجر عنه من أواصر، ورتب الجزاء على عدم التسجيل ويكون هذا التسجيل في سجلات الحالة المدنية [14].

[13] – الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر2006.

[14] – إختلفت التشريعات المغاربية قي إيجاد تعريف موحد لسجل لحالة المدنية وان كانت أغلب التعريفات تدور حول تحديد وظيفة السجل أو حول إجراءات التسجيل فقط .

والحالة المدنية في القوانين المنظمة لها يقصد بها تسجيل وترسيم كل ما يتعلق بالحالة المدنية للأفراد من ولادة ووفاة وزواج وطلاق، ثم البيانات الخاصة بهاته الوقائع مع تحديد التاريخ والمكان والتي يتم ضبطها من طرف ضابط الحالة المدنية. ومن ذلك تعريف المشرع المغربي بالمادة 1 من قانون الحالة المدنية[15].

وهي نفس غاية المشرع التونسي التي يسعى لها بالقانون المتعلّق بتنظيم الحالة المدنية [16]، بما أقرّه من وجوبية تسجيل جميع الرسوم المتعلقة بالولادة والوفاة والزواج والطلاق وبتحديده لآجال مضبوطة لهذا التسجيل وللمعطيات الواجب إدراجها عند القيام بمختلف التصاريح[17] ومنها عقد الزواج إذ بمخالفة ذلك نصبح أمام حالات التجريم.

أولا

حالات تجريم الإمتناع عن تسجيل عقد الزواج

جعل المشرع المغربي تدخل النيابة العامة بموجب المادة 15 من مدونة الأسرة[18] من خلال السعي لتضمين بيانات ملخص عقد الزواج برسم ولادة الزوجين. فإذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن هذا الملخص يوجه إلى وكيل الملك لدى المحكمة الإبتدائية بالرباط، قصد السهر على تنفيذ الإجراء إعتباراً لما للنيابة العامة من إختصاص في قضايا الحالة المدنية إذ أن تدخلها –النيابة العامة– في هذا المجال سيعمل على التخفيف من مجموعة من الأعباء على الزوجين[19].

---

[15]– ظهير شريف رقم 239-02-1 صادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية رقم 5054 الصادرة يوم الخميس 2 رمضان 1423 – الموافق ل 7 نوفمبر2002 " يقصد بعبارة "الحالة المدنية" في هذا القانون وفي النصوص التنظيمية الصادرة لتطبيقه نظام يقوم على تسجيل و وترسيم الوقائع المدنية الأساسية للأفراد من ولادة ووفاة وزواج وطلاق. وضبط جميع البيانات المتعلقة بها من حيث نوعها وتاريخ ومكان حدوثها في سجلات الحالة المدنية، يقوم ضابط الحالة المدنية المختص بتحرير رسم مستقل لكل من واقعتي الولادة والوفاة وبيان هامشي للزواج والطلاق. ويحدد شكل الرسم بمقتضى نص تنظيمي.

[16]– القانون عدد 3 المؤرخ في أوّل أوت 1957.

[17] – أمر رقم 71- 65 مؤرخ في 2 شعبان عام 1391 الموافق 22 سبتمبر سنة 1971 يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية – المواد المتعلقة بالتسجيل – المادة1 :إن كل قران إنعقد قبل صدور هذا الأمر و نتج منه أولاد و لم يكن موضوعا لأي إجراء و لا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية، يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية، مع مراعاة جميع الأحكام المخالفة، و ذلك بعد الإطلاع على حكم صادر ضمن الكيفيات المبينة فيما يلي: المادة2 :يجوز لكل من يعنيه الأمر أن يوجه إلى رئيس المحكمة التي إنعقد القران في دائرة اختصاصها, طلبا يرمي إلى جعل هذا القران معترفا به قضائيا و كذلك التاريخ الذي إنعقد فيه.المادة5 :إن الحكم الصادر غير قابل لإستعمال أي طريق من طرق الطعن. المادة7 :ينسخ منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية التابعة لمكان الميلاد و في السجلات القنصلية و ذلك بطلب من وكيل الدولة.

[18] – المادة 15الفقرة 4 من مدونة الأسرة بنصها " إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الإبتدائية بالرباط. ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70-03بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004 ، ص.418.

[19] – محمد الصخري، مقال بعنوان "تدخل النيابة العامة في قضاء الأسرة"، منشور بمجلة المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المملكة المغربية، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، شتنبر 2004، ص. 36.

وخلاف هذا رتب المشرع الجزائري جزاءات على مخالفة ماهو مُتطلب كإجراء أو شرط في تسجيل الزواج، فهو يكيف على أساس جريمة عدم تسجيل عقد الزواج في حال مخالفة نص المادة 72 ق.ح. م[20] التي تلزم ضابط الحالة المدنية بتسجيل عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه أمامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج، إذ تترتب المسؤولية الجزائية على ضابط الحالة المدنية في حالة مخالفة الشروط الواجبة لتحرير عقد الزواج[21].

فإذا كان ضابط الحالة المدنية هو الذي تلقى التصريح بإرادة الطرفين الراغبين في الزواج فيكون قد سجل إرادتهم في الزواج في نفس الوقت، لأن العقد يحرر في سجل الزواج بالحالة المدنية فيوقع عليه كل من ضابط الحالة المدنية والزوجين والولي، والشاهدين، أما إذ كان الموثق هو الذي حرر عقد الزواج فيجب عليه أن يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة خمسة أيام من تاريخ إستلامه ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين[22]. فدور ضابط الحالة المدنية يقتصر على تسجيل عقد الزواج في وثائق الحالة المدنية و يسلم للزوجين دفتر الزواج لا غير.

وهذا بخلاف ما أورده المشرع المغربي من إجراءات خاصة في إبرام عقد الزواج مما يترتب عليه من إختلاف أثار مخالفة إجراءات التسجيل، إذ أورد المشرع المغربي بالمادة 65 إجراءات إدارية لتسجيل عقد الزواج ضمن مدونة الأسرة[23]. وهذا يعكس تشدد المشرع المغربي في مسألة توثيق الزواج[24] من خلال، أولا تقديم طلب الإذن

---

[20] – الأمر رقم70- 20 المؤرخ في 19فبراير1979، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14 –08، 9 غشت 2014 ،ج.ر رقم 49، الصادرة بتاريخ 20 غشت 2014.

[21] – بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2000، ص. 107.

[22] – بن عبيدة عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص .34.

[23]– تنص المادة 65 من مدونة الأسرة على أنه: أولا : يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة محل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية وهي:

- 1 مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل؛
- 2 نسخة من رسم الولادة يشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج؛
- 3 شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية؛
- 4 شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة؛

ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليها أعلاه ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا : يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج .

[24] – وقد حددت مدونة الأسرة في مادتها 16 أجل لتسجيل عقود الزواج وهي مدة الخمس سنوات ، بنصها على أن " تعتبر وثيقة عقد الزواج تعتبر الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، وأن توثيق عقود الزواج يجب أن يتم في فترة انتقالية لا تتعدى خمس للأزواج المغاربة الذين لم يوثقوا عقود الزواج، وهو ما يعني – في حالة عدم إجراء أي تعديل لتمديد الأجل – أن الأزواج الذين لم يوثق عقودهم قبل هذا الأجل يصيرون خارج إطار القانون ويُحرمون تبعا لذلك من الحقوق القانونية الناتجة عن عقد الزواج مثل الإرث ونسب الأبناء.

بتوثيق الزواج[25]. وإعتبره من وثائق ملف الزواج وأكد في الفقرة الأولى من المادة65 على أن الطلب المؤرخ و الموقع من أحد الطرفين أو كلاهما، يقدم بمطبوع خاص يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل[26]. ويتضمن معلومات عن نوع الزواج المرغوب فيه هل هو زواج أول أو عقد جديد بين نفس الطرفين أو زواج التعدد .

ويتمثل ملخص هذه الإجراءات السابقة، في تلقي عقد الزواج من طرف عدلين منتصبين للإشهاد بدائرة إختصاص المحكمة التي يعمل بها قاضي الأسرة المكلف بالزواج ثم تسجيل نص العقد في السجل المعد لذلك وتوجيه ملخصه لضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين .

وإن وثيقة عقد الزواج كوسيلة مقبولة لإثبات العلاقة الزوجية، لا تنشأ لمجرد صدور إذن بتوثيقها من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج، وإنما تتوقف على تلقيها من طرف عدلين ويضمن العدلان في وثيقة الزواج فصولها الجوهرية ويكتب تاريخ تلقي الشهادة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري والميلادي ويوقع العدلان أسفل كل وثيقة زواج ويوقع معهما الزوجان وكذا الولي والوكيل عند الإقتضاء ويتعين تحرير عقد الزواج داخل أجل لا يتعدى 15 يوما عملا بالمادة 24 من القانون المنظم لخطة العدالة[27]، ثم يحال على قاضي التوثيق الذي يضع عليه خطابه بعد التأكد من سلامته من الخلل الشكلي، فيكتسب بذلك طابع وثيقة رسمية حسب الفصل 30 من القانون المنظم لخطة العدالة.

بعد إكتساب عقد الزواج طابع الرسمية يسلم أصله للزوجة ويحوز الزوج نظيرا منه فيما يوجه النظير الثاني لقسم قضاء الأسرة حيث يسهر كاتب الضبط على تسجيل نصه في السجل المعد لذلك[28] حسب الترتيب التسلسلي لتاريخ التلقي. تطبيقا لمقتضيات المادة 68 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه " يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة" وتظهر أهمية هذا السجل في حالة الإشهاد بالطلاق لدى

[25] – خالد بنيس، دعاوى الحالة المدينة، منشورات جمعية نشر البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1994، ص. 56.

[26]– وبالفعل صدر بتاريخ3 فبراير 2004 قرار لوزير العدل تم بموجبه تحديد شكل وبيانات هذا الطلب الذي يقدم إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج بالمحكمة الإبتدائية التي يرغب الطالبان إبرام عقد الزواج بدائرة نفوذه.

[27] - ظهير رقم 56. 06.1 صادر في 15 من محرم 1427 – 14 فبراير بتنفيذ القانون 03. 16 المتعلق بخطة العدالة والتي تعتبر محورا أساسيا في المنظومة القضائية لكونها من المهن القانونية والقضائية التي تمارس في إطار مساعدي القضاء هدفها الأساسي توثيق الحقوق والمعاملات، وتحضير وسائل الإثبات التي تمكن القضاء من فض النزاعات . وطبقا للمادة 1 من القانون 03.16 فإنه " تمارس خطة العدالة بصفتها مهنة حرة حسب الإختصاصات والشروط المقررة في هذا القانون وفي النصوص الخاصة ، ويعتبر العدول من مساعدي القضاء.

[28] – وقد أوضحت المادة 68 من مدونة الأسرة في فقرتها الأخيرة بأن شكل ومضمون هذا السجل المعد من طرف الوزارة وفق نموذجا موحد للعمل به لدى مختلف أقسام قضاء الأسرة بالمملكة المغربية، وهو ماتم بالفعل بمقتضى قرار لوزير العدل رقم 1272.04 الذي أوجب أن يكون طول السجل ستة وثلاثون سنتمترا وعرضه ثلاثون سنتمترا وأن يبلغ عدد صفحاته خمسمائة تحمل أرقاما متتابعة يؤشر عليها رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه بعد ترقيمها ووضع طابعه على كل صفحة منها وتشتمل كل صفحة على ثمانية أضلاع.

عدلين منتصبين للإشهاد حيث يلزم العدلان بالإشارة إلى مراجع الزواج بالسجل المذكور عملا بالفقرة الثالثة من المادة 139 من مدونة الأسرة [29].

بخلاف حالة المشرع الجزائري إذ مباشرة يتوجه الأطراف لإبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الذي يسجله بعد توفر الشروط المستوجبة.

وما هو ملاحظ من السابق بيانه أن، المشرع المغربي في ظل مدونة الأسرة، أبقى الإختصاص للعدول لتوثيق عقود الزواج لكنه أوقف ذلك على إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج بعد تأشيره على ملف المستندات[30] والغاية من سن هذا النظام هو تحقيق الرقابة السابقة لوثائق عقد الزواج من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج والتأكد من سلامتها وقانونيتها . فالرقابة السابقة أنجع بكثير من الرقابة اللاحقة التي كانت تتم في ظل مدونة الأحوال الشخصية من طرف قاضي التوثيق ، فضلا على أن إكتشاف الخطأ في الوثائق لا يكون له أي تأثير على العقد ولا يترتب عنه بطلان وإنما يشكل فقط خطأ مهنيا قد يوجب المساءلة في حالة ثبوت التهاون أو حالة التملص والتهاون أو الإهمال في عدم توفير شروط التسجيل لعقد الزواج.

فالتشديد في مسألة حصول الضمانات السليمة لتوثيق عقد الزواج بالرقابة السابقة يجنب حصول المخالفات التي تترتب عنها المسألة الجزائية .

ومن خلال معرفتنا لإجراءات تسجيل الزواج يمكننا إدارك آليات الحماية الجزائية وفق كل تشريع، وذلك كون الإجراءات تعكس نوع الحماية والآلية الجزائية المقررة.

ثـانيا

آليـة الحماية الجزائية المقررة وفاعليتها

جعل المشرع المغربي إجراءات تسجيل الزواج تحت سلطة جهة قضائية وإدارية وليست جهة محددة بعينها مما يقتضى القول معه بعدم تحديد المسؤولية المباشرة في حالة الإخلال بإجراءات التسجيل. إلا أنه لم يرتب الجزاء العقابي كونه إعتبر أنه يستحيل التحايل لإبرام زواج دون القيام بهذه الإجراءات، إكتفى بإيراد نص عام يحدد

[29]– التي تنص على أنه يجب النص في رسم الطلاق على مايلي:

– تاريخ الإذن بالطلاق ورقمه ، _ 2 هوية كل من المتفارقين ومحل سكناهما،وبطاقة تعريفهما أو ما يقوم مقامها. _ 3 الإشارة إلى تاريخ عقد الزواج وعدده وصحيفته بالسجل المشار إليه في المادة 68 أعلاه، نوع الطلقة والعدد الذي بلغت إليه"

[30] – لابد من التمييز بين الإشهاد على الزواج وبين توثيقه ، لأن الإشهاد عند الفقهاء مختلف عن التوجه الحديث في جعل التوثيق بالكتابة الوسيلة الوحيدة فثبات عقد الزواج ، فهو بمثابة شرط شكلي بينما التوثيق شرط إداري . والشرط الشكلي عند الفقهاء هو شرط موضوعي يجعل الإشهاد شرط واجب من دونه يفسخ العقد، وإن إختلف في توقيته بينما الشرط الشكلي لدى المحاكم شرط إداري تؤطره المادة 65 من مدونة الأسرة.

مجال المتابعة لكل مخالفة للإجراءات التي تدخل ضمن الإخلال بضوابط الحالة المدنية، بموجب الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الحالة المدنية المغربي التي تقضي بأنه" يقوم وكيل الملك أو الوكيل العام بالإجراءات اللازمة لمتابعة ضباط الحالة المدنية أو غيرهم من الأعوان الذين ثبت لديه من خلال المراقبة إرتكابهم أفعالا يعاقب عليها القانون".

والغرض من ذلك توسيع مجال الحماية دون أن يحدده بحالات، لأنه إذ قام بذلك قد يخرج بعض صور السلوك أو بعض الحالات من التجريم ويصبح مجال الحماية قاصر،كون دور ضابط الحالة المدنية بالمغرب[31] لا يقتصر على التسجيل وإنما وجب أن يحرص على التأكد من توافر الشروط الإجرائية الواردة بالمادة 65 من المدونة. وهذا ما جعل المشرع المغربي يرتب المسؤولية المدنية التي يرى أنها تتوافق وطبيعة عمل ضابط الحالة المدنية. ولم يرتب المسؤولية الجزائية بموجب نص صريح يحدد الجزاء العقابي على إخلاله بإلتزاماته وهذا بمقتضى المادة 10 من قانون الحالة المدنية[32]. طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية على ضباط الحالة المدنية في حالة إرتكابهم أخطاء مهنية جسيمة دون أن يرتب المسؤولية الجزائية المباشرة .

وهذا ما أكده كذلك بموجب المادة 09 من قانون الحالة المدنية [33] على الرغم من أن مراقبة أعمال ضباط الحالة المدنية تدخل ضمن مهام وكلاء الملك (النيابة العامة) الذين يقومون بإجراءات المتابعة دون أن تحدد نوع هذا الإجراء وأساس المتابعة وفقا لما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الحالة المدنية[34].

ومما نجده كذلك أن حدد المشرع المغربي بموجب نص صريح أجل التصريح بالزواج دون أن يرتب الجزاء العقابي على مخالفة هذا الأجل ضمن الباب الرابع بالمادة 26 من قانون الحالة المدنية [35] ، فأمام حكمة حصول

---

[31]– ضباط الحالة المدنية قي القانون المغربي هم رؤساء الجماعات المحلية سواء كانت حضرية أو قروية ، و يعتبر ضابطا للحالة المدنية بالتفويض كل من فوض له بممارسة هذه المهمة من طرف رؤساء المجالس الحضرية أو القروية ، يمكن التفويض لمساعدي الرئيس و للأعضاء المنتخبين و كذلك للموظفين الجماعيين المرسمين المرتبين في سلاليم الأجور من 5 فما فوق، و ضابط الحالة المدنية هو موظف عمومي رغم صفته الانتخابية ، ويسري عليه قانون الوظيفة العمومية في حالة الإخلال بوظيفته ، ومن أهم المهام المنوطة به مسك سجلات الولادات و الوفيات و تسليم نسخ منها ، تسليم عدد من الشواهد الإدارية المتعلقة بالحالة المدنية ،كشواهد المطابقة و كل الشواهد المتعقلة بالزواج و الطلاق و شواهد الحياة، الإحصاء ...الخ.

[32] – تنص المادة 10 من قانون الحالة المدنية المغربي على أنه: يكون ضباط الحالة المدنية وموظفوها مسؤولين طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بالغير نتيجة إخلالهم بضوابط الحالة المدنية أو بسبب أخطائهم المهنية الجسيمة.

33 – تنص المادة 09 من قانون الحالة المدنية المغربي على أنه : كل من أودعت عنده سجلات الحالة المدنية يكون مسؤولا مدنيا عن كل ما يقع فيها من تغيير أو تزوير خلال الفترة التي كانت ممسوكة لديه.

[34]– تنص المادة 13 "يقوم وكيل الملك أو الوكيل العام بالإجراءات اللازمة لمتابعة ضباط الحالة المدنية أو غيرهم من الأعوان الذين ثبت لديه من خلال المراقبة ارتكابهم أفعالا يعاقب عليها القانون.

[35]– ومما جاء بالباب الرابع في تضمين بيان الزواج و إنحلال ميثاق الزوجية تنص المادة 26 " بعد تحرير العدلين رسم الزواج أو ثبوت الزوجية أو التقارر بالزوجية، ونظيرين منه، وبعد خطاب القاضي المكلف بالتوثيق عليها، يرسل نظير الرسم في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب إلى ضابط الحالة المدنية الواقع بدائرته ولادة كل من الزوجين.

التشدد السابق في إجراءات تحرير عقود الزواج بالعدلين أمام المحكمة يقل أو ينعدم وجود زواج محرر دون المرور على إجراءات تسجيله بالطريقة المعتمدة، وما يؤكد هذا القول أن المشرع المغربي قد شمل حالة عدم التصريح بالميلاد أو الوفاة بالجزاء العقابي وفق نص المادة 31 والمادة 45 من قانون الحالة المدنية[36] كونه إفترض إستحالة التصريح بالزواج دون إستيفاء الشروط السابقة بخلاف حالة عدم التصريح بالميلاد أو الوفاة.

أما المشرع التونسي فقد رتب الجزاء العقابي بصيغة مباشرة ضمن قسم رسوم مخالفة الولادات والوفيات بموجب الفصل 18 و الفصل 20م ن قانون الحالة المدنية [37] ، الذي إعتبر كلّ تغيير وكل تدليس في رسوم الحالة المدنية وكل ترسيم لهذه الرسوم بورقة منفردة وبغير الدفاتر المعدّة لذلك غرم الضرر لمن يهمّه الأمر علاوة على العقوبات المنصوص عليها بالمجلة الجنائية.

وقد جعل من مهام وكيل الدولة لدى المحكمة الإبتدائية بالجهة مراقبة حالة الدفاتر عند إيداعها كتابة المحكمة وأن يحرّر في ذلك تقريرا مختصرا يتعرّض فيه للمخالفات والجنح المرتكبة من طرف ضبّاط الحالة المدنية ويطلب فيه تسليط العقوبات بالخطية عليهم، من بين ذلك مخالفات عدم تسجيل عقود الزواج. إذ جاء بالباب الثالث في عقود الزواج وفي ترسيمها ضمن الفصل 31 بإجراءات التسجيل الخاصة بالزواج على أنه "يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة ".

وتشدد المشرع التونسي في الجزاء في حال مخالفة إجراء التسجيل أو عدم حصوله بخلاف القانون المغربي الذي لم يكن متشددا، وهذا لتحقيق الردع. لكن يتبادر التساؤل عن ما مصير الأسرة التي نشأت إذا قضى الزوج العقوبة لمدة معينة بعيدا عن أهله ؟ نتيجة تقرير المسؤولية الجزائية على الزوجين؟ وذلك بخلاف المشرع الجزائري الذي شمل ضابط الحالة المدنية فقط بالجزاء والمشرع المغربي الذي رتب المسؤولية المدنية فقط.

والمستقصى لمسألة تحميل المسؤولية الجزائية للزوجين بموجب التشريع التونسي، يجد أن المشرع قد أصاب في ذلك وهذا لتوقيه حكمة تشريعية وهي نظرته لمؤسس الأسرة "عقد الزواج" كونه ميثاق تراض وترابط بين رجل وامرأة على وجه الدوام والرضى، كل منهما فاهما لمقاصد الزواج وغاياته وعارفا لأحكامه وآثاره وملما بحقوقه

[36]– تنص المادة 31 "يعاقب بغرامة مالية من 300 إلى 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة أو وفاة طبقا لأحكام المادة 16 و المادة 24 و لم يقم بهذا الإجراء، داخل الأجل القانوني.تنص المادة 45 يجب التصريح بالولادات الواقعة قبل صدور هذا القانون لدى ضابط الحالة المدنية محل الولادة خلال أجل ستة أشهر من تاريخ إجراء العمل به، و ذلك تحت طائلة الحكم بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 31 أعلاه على المعنيين بالأمر عند عدم قيامهم بذلك " .

[37]– القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أوّل أوت 1957 والمتعلّق بتنظيم الحالة المدنية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 30 جويلية 1957 ص. 11. " فصل 18" يقع تتبّع كلّ مخالفة للفصول السابقة من طرف الموظّفين المذكورين بها لدى المحكمة الإبتدائية بالجهة ويعاقب عليها بخطية لا تتجاوز عشرة آلاف فرنك".

وواجباته[38] . وهذا ماجاء بالفصل 36 " يعتبر الزواج المبرم خلافا لأحكام الفصل 31 أعلاه باطلا ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاثة أشهر. وإذا وقعت تتبّعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البتّ بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج. وإذا إستأنف أو إستمرّ الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة أشهر. ولا ينطبق الفصل 53 من م.ج.م [39] على المخالفات المقرّرة بهذا الفصل.

وتوسيعا لمجال الحماية الجزائية ، فإن المشرع التونسي قد تعدى به الأمر إلى التشدد في عدم إفادة المسؤول جزائيا بظروف التخفيف.

وما يلاحظ في هذه الجريمة، أن المشرع التونسي في ترتيبه للمسؤولية الجزائية قد شمل كذلك بالجزاء العقابي بموجب الفصل 33 كل من العدلين بنصها على أنه " يجب على العدول أن يوجّهوا في ظرف شهر من تاريخ تحرير العقد إلى ضابط الحالة المدنية بمنطقتهم إعلام زواج مطابق للمثال الملحق بهذا القانون قبل أن يسلّموا نسخة من عقد الزواج لمن يهمّهم الأمر.

وتعاقب كلّ مخالفة لأحكام الفقرة السابقة بخطية مقدارها عشرة آلاف فرنك".

ومعاقبة الزوجين بموجب الفصل 31 بخلاف توجه المشرع الجزائري الذي قد قصر المتابعة الجزائية على أصحاب الصفة المكلفين بتسجيل الزواج، وإنما قرر إجراءات أخرى لأجل إثباته وتسجيله بموجب حكم قضائي[40] ، وهي نفس الإجراءات التي جاء بها المشرع المغربي بموجب المادة 16 من م.أ [41] إذ الحكمة من ذلك هو معاقبة

---

[38]– وخروجا عن هذه المقاصد، هناك ظاهرة جديدة بالمغرب وهي زواج العقدة " الكونترا " كظاهرة مستجدة في الوسط المغربي وأثرها على النسب، وهو" زواج أصبحت تقبل عليه بعض الأسر المغربية بدون عقد لكن بوثيقة إدارية تتضمن شروط مالية يتفق عليها الطرفان" والذي باتت تؤيده بعض الأسر وتقبل به ، فالرجل يتزوج بفتاة دون عقد زواج عن طريق التراضي بين الزوج وزوجته وأسرتها بإقامة حفل زفاف وكل ما يستوجبه إعلان الفرح من حضور المهنيئين والمدعويين والمثير في مثل هذا الزواج ان الطرفين يتفقان على توقيع وثيقة إدارية ملزمة يعترف فيها الزوج بأنه مدين لأسرة زوجته بمبلغ مالي كبير ، والغاية منها إلا يفكر الرجل في التخلي عنها وإلا تم تقديم الوثيقة الى السلطات فيدفع المبلغ مرغما أو يعاقب قضائيا عزيز أباكرم ، يوسف أديب ، عبد اللطيف عمارة ، ليلى الخشالي، وسائل إثبات النسب ونفيه ما بين الشريعة والقانون المغربي دراسة للبصمة الوراثية كمستجد بيولوجي علمي ينازع اللعان كلازمة شرعية في مجال النسب، جامعة إبن زهركلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، أكادير، 2012 -2013 ، ص. 56.

[39]– القانون عدد 46 لسنة 2005 مؤرخ في 6 جوان 2005 يتعّلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها، الرائد الرسمي عدد 48 بتاريخ 17 جوان 2005 ، ص. 12-14 . الفصل53 " إذا اقتضت ظروف الفعل الواقع لأجله التتبع ظهور ما يحمل على تخفيف العقاب وكان القانون غير مانع من ذلك فللمحكمة مع بيان تلك الظروف بحكمها أن تحط العقاب إلى ما دون أدناه القانوني بالنزول به درجة أو درجتين في سلم العقوبات الأصلية الواردة بالفصل 5 من هذه المجلة وذلك مع مراعاة الاستثناءات الآتي ضبطها".

[40]– المادة 22 من قانون الأسرة. والمادة 16 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. وإذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات و كذا الخبرة.

وتأخذ المحكمة بعين الإعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين. ويعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات إبتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

[41] – يتم أحيانا إستغلال المادة 16 من مدونة الأسرة وتوظيفها بشكل سيء، حيث إن العلاقات غير الشرعية التي ينتج عنها حمل أو حالات الإغتصاب مثلا يتم توثيقها زواجا قانونيا باللجوء إلى المادة 16 وذلك بفرض "سياسة الأمر الواقع"و يتم التحايل بهذه المادة من مدونة الأسرة على مسألة تعدد الزوجات الواردة في المدونة التي تشددت في الإذن بتعدد الزوجات، سيما عندما يربط الزوج علاقة غير شرعية بامرأة ثانية فينتج حمل مثلا، حينها يتم توثيق علاقتهما بأنها زواج إعتمادا على المادة 16.

الشخص المكلف بإلتزام تسجيل عقد الزواج، لأن بسلوكه هذا لم يحترم المركز القانوني الظاهر ولم يثبته و إمتنع عن تسجيل العقد. وبالتالي تنتفي الحكمة من تقرير الحماية الجنائية لقواعد بناء الأسرة حالة كون العقوبة تشمل الأشخاص المكلفين بإبرام عقد الزواج دون أطراف العقد ضمن التشريع المغربي والجزائري.

ووسع مجال الحماية المشرع التونسي حتى للأشخاص التونسيين المقيمين خارج تونس الراغبين في الزواج من وجوب تسجيل عقود زواج بخلاف المشرع الجزائري وذلك بموجب الفصل 37 من ق.ح.م المدنية التونسي بترسيم كلّ عقد زواج للتونسيين حرّر بالخارج طبق قوانين البلد للمحرّر به الرسم بدفتر الزواج للقنصلية التونسية الأقرب من غيرها. وذلك في ظرف الثلاثة أشهر التي تلي تاريخ تحريره بسعي من الزوجين. وتعاقب كلّ مخالفة لهذا الإلتزام بخطية قدرها عشرة آلاف فرنك.

إلا أن العقوبة المقررة من طرف المشرع الجزائري، لا تتناسب مع درجة الآثار المترتبة عن عدم تسجيل عقد الزواج، إذ جعل العقوبة متمثلة في الإجراءات التأديبية على ضابط الحالة المدنية والموثق الذي لايطبق الإجراءات المنصوص عنها بموجب قانون الحالة المدنية طبقا للمادة 77 من ق.ح.م،[42] وهذا مع وضع شرط صدور حكم عن المحكمة الناظرة في المسائل المدنية. بخلاف الفقرة الثانية قبل تعديلها إذ كانت تنص على عقوبة الغرامة فقط.

فالحكمة التي رغبها المشرع من خلال تقرير الجزاء على مخالفي إبرام عقد الزواج لنظرته لأصل الأسرة المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية إجتماعية بالغة بإعتباره يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والنكرات ويصونه من عواقب هذه الأمراض الإجتماعية[43]. وأنه

---

[42] - لقد تم تعديل المادة 77 الفقرة الثانية بمقتضى القانون رقم 14 – 08 المؤرخ في 09 أوت 2014 المعدل للأمر رقم 70 – 02 المؤرخ في 13 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، ج ر ، عدد 49 بتاريخ 20 أوت 2014 ، ص . 03.

[43] – حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراة، جامعة تلمسان، 2004- 2005، ص. 02.

ردا عن فتوى كان موضوعها أنه" في (تونس) لا يعتد بالعقد الشرعي لإثبات الزواج بل لا يقبل إلا العقد المدني الموثق. فمثلا إذا توفي الزوج بعد الدخول بزوجته و كان قد عقد عليها بولي و شاهدين ولكن دون عقد مدني، و إذا حملت هذه المرأة فإنه لا يمكنها إثبات نسب ابنها، فلا يحمل اسم أبيه ولا يرثه... فهل يحرم عليها في هذه الحالة تمكين الزوج من نفسها حتى يتم إعلان النكاح و تسجيل العقد".

وجاء الرد وفق ما يلي: " فإن الرجل يملك بضع المرأة بمجرد العقد المستوفي للشروط والأركان، وتصير زوجة له يحل له أن يختلي بها، وأن يرى منها ما شاء، وأن يطأها متى شاء في الأوقات المباحة، ولكن يتعين عليك في مثل هذه الحالة أن تراع العرف الجاري في بلدك، فقد نشأ على عدم تسجيل عقود الزواج مشكلات كثيرة، فبعض الذين يضعف الإيمان في نفوسهم يدّعون الزوجية باطلاً وزورا ويقيمون على إدعاءاتهم شهادات ممن يشهد كذباً وزورا، وقد تضمنت معظم القوانين في البلاد الإسلامية وجوب توثيق العقد وأنه لا يعترف به إذا لم يوثق، فيتعين على هذا تسجيل العقد في مثل هذه الظروف التي أنت فيها حفظاً للنسب، فمن حق الولد على والده أن يحفظ له نسبه، إضافة إلى ما في الالتزام بالقانون من سلامتك من التعرض للمشاكل .

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية لم تشترط أن يجرى عقد الزواج على يد قاض أو عالم، ويستطيع العاقدان إجراء العقد بنفسيهما من غير إحتياج إلى وسيط يقوم بإجرائه، ويكفي في إنعقاده الإيجاب والقبول مشافهةً بحضور شاهدين، ولم يكن يطالب المسلمون بتسجيل عقد الزواج ، كل ما طلبته الشريعة الإشهاد عليه، ويستحب إعلانه وإشهاره".

يقول شيخ الإسلام إبن تيمية: " ولم يكن الصحابة يكتبون صداقات لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر وإن أخروه فهو معروف، فلما صار الناس يتزوجون على المؤخر والمدة تطول ويُنسى صاروا يكتبون المؤخر وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له".تقي الدين إبن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج 32، الفقه 12، النكاح، دار الوفاء،ط 3، المدينة المنورة،2005،ص. 212.

أصبح آلية لشرعنة وتقنيين العلاقات الجنسية[44]. ولا تترتب مسؤولية الضابط العمومي في حالة ما إذ قدم الأفراد وثائق مزورة ، بخلاف حالة إبرامه للعقد دون تقديمها كحالة عدم مراعاته لوجوب حصول الترخيص المتطلب لإبرام عقد الزواج، فإذا حدث ذلك قامت مسؤوليته وهذا ما سنبينه ضمن ما يأتي.

الفرع الثاني

جريمة زواج قاصر دون ترخيص قضائي

الأصل في عقد الزواج أنه من العقود الرضائية التي لا تنعقد إلا بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، وهو ما يفرض توفرهما معا على أهلية الزواج حيث يجب أن يكون الشخص المقبل على الزواج بالغا سناً معينة ولا بالغا بلوغا جنسيا فقط، لأن إمتلاك المتعة ليس هو كل أغراض الزواج وأسماها، بل واحد منها وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تحديد أهلية الزواج على أساس تقديري بحت[45] وهو السن، وذلك بمقتضى المادة 07 من ق، أ [46]. وهو نفس التقدير لدى كل من المشرعين التونسي والمغربي [47].

أولا

مجال الحماية الجزائية من حيث حالة أطراف العقد ووقت حصوله

بمقتضى أحكام الفصل الخامس[48] من م.أ.ش. يمكن إبرام عقد الزواج دون السن القانونية الدنيا المقرّرة بثمانية عشرة سنة كاملة، وذلك بمقتضى إذن خاص من القاضي على أساس المصلحة الواضحة والأسباب

---

[44] – يقول الباحث الإجتماعي طارق بن الحاج محمد أعتبر أن الزواج العرفي" آلية لشرعنة وتقنين" العلاقات الجنسية الحرة، والمنتشرة في تونس.وذكر في هذا السياق بنتائج دراسة أعدها سنة 2007 "الديوان الوطني للأسرة والعمران البشري" أظهرت أن 80 بالمائة من الشبان و68 بالمائة من الفتيات في تونس يمارسون الجنس دون زواج. وأشار إلى أن التونسيين لا يقبلون في قرارة أنفسهم وبفعل وزر "التقاليد والموروث الثقافي والقيمي" العلاقات الجنسية "المتحررة من كل ضابط إجتماعي وأخلاقي" والتي تعتبر "زنا" في نظر الدين الإسلامي. جريدة الصباح، 07-02-2008، ص. 13.

[45] – تشوار جيلالى، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م. ج.ع.ق.إ. س، 1999، جزء 37، عدد 4، ص.75.

[46] – تنص المادة 07 من قانون الأسرة " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". ونص الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية السن القانونية الدنيا للزواج بعشرين سنة كاملة بالنسبة إلى الذكور وسبع عشرة سنة كاملة بالنسبة إلى الإناث. ويمكن إبرام عقد الزواج دون تلك السن القانونية المقرّرة وذلك بمقتضى ترخيص من القاضي على أساس المصلحة الواضحة والأسباب الخطيرة للطرفين. يُحدد الفصل 5 من م.أ.ش السن القانونية الدنيا للزواج بثمانية عشرة سنة كاملة بالنسبة إلى الذكور و الإناث.وتم بتنقيح الفصل 5 من المجلة بقانون 2007 المؤرخ في 14 ماي وأصبح سن الزواج لكلا الطرفين 18 سنة.

[47] – جعل المشرع المغربي بموجب المادة 19من المدونة سن الزواج ب 18 سنة و هذه الأهلية لا تكتمل إلا بإتمام الفتى والفتاة ثمان عشرة سنة شمسية.

[48] – يُحدد الفصل 5 من م.أ.ش السن القانونية الدنيا للزواج بثمانية عشرة سنة كاملة بالنسبة إلى الذكور و الإناث. وينص الفصل السادس أن زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي و الأم. وإن إمتنع أحدهما وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر إلى القاضي.

الخطيرة للطرفين. ويقع الحصول على هذا الإذن بمقتضى عريضة تقدم للسيد رئيس المحكمة الإبتدائية المختصة من قبل ولي البنت القاصر والأم تتضمن موافقتهما على زواجها.

والترخيص بالزواج لا يقبل الطعن فيه بأي وسيلة من وسائل الطعن القانونية، عملا بالفصل 6 من م. أ.ش.

ويعد الإذن بالزواج الممنوح من طرف رئيس المحكمة الإبتدائية هو عمل ولائي ينقلب إلى عمل قضائي في صورة ما إذا وقع الرجوع فيه ممن يهمه الأمر حسب مقتضيات الفصل 219 من م.أ.ش الذي أوجب التعليل خاصة عند الرجوع في الإذن[49].

ويتمثل الإذن بالزواج هنا في قرار تتخذه السلطة القضائية المختصة قصد السماح لشخص غير راشد مدنيا بالزواج دون توافر شرط السن الدنيا المقررة قانونا لذلك، وهو تعبير مؤكد لمبدأ حرية الزواج لدى القاصر، ذكرا كان أو أنثى، مراعاة لظروفه الشخصية التي لا تسمح بإنتظار بلوغه سن الزواج[50] في بعض الأحيان. أو لوجود إعاقة ذهنية كما في القانون المغربي[51].

ولا يمكن لعديم التمييز ضمن التشريع التونسي إبرام عقد زواج، أمّا الفتاة التي سنّها دون 13 سنة كاملة، فهي تعتبر عديمة التمييز ولا يمكنها الزواج مطلقا لأنّها لا تبرم العقود والإلتزامات وتعتبر تصرفاتها باطلة عملا بالفصل 156 من م.أ.ش.

والقاضي المختص بمنح الترخيص القضائي لإبرام عقد الزواج، لا يمكنه منح الإعفاء من السن القانونية إلا بناء على تقديره لحالة الضرورة أو المصلحة. وعليه أن لا يلجأ إلى هذه الرخصة كغطاء لمنح ترخيص بالزواج بغية تغطية فضيحة أخلاقية، لأن الغرض من منح هذا الترخيص أسمى من ذلك، و أنه إذا كانت المادة 326 فقرة 2

---

[49] – إستنادا إلى الفصل السادس من م.أ.ش فإن الإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه. " لا يمكن إستئناف الأذون الصادرة بالترخيص في الزواج قبل السن القانونية إلا بعد القيام بطلب الرجوع المسبق لدى المحكمة التي أصدرت الإذن. قرار تعقيبي مدني عدد 13437 ، ن. م. ت، 3/3 / 1986، ص. 147 – 148.ملحق رقم 01، ص. 378.

[50] – تشوار جيلالى، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، م.ع.ق.إ، كلية الحقوق، تلمسان، عدد 4، 2006، ص. 56-57.

[51] - تنص المادة 23 من مدونة الأسرة على أنه " يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذكرا أكان أم أنثى ، بعد تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

يطلع القاضي الطرف الأخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة".

من ق.ع، الجزائري أو الفصل 239 من م.ج.ت[52] تضع حدا لمتابعة جزائية للخاطف في حالة تزوجه بالمخطوفة أو المبعدة[53]، فإنه مع ذلك لا يمكن لها الزواج إلا بوجود ترخيص قضائي[54].

والمقصود بمعنى"وإذا تزوجت" ضمن التشريع الجزائري أي تحقق ركن العقد و شروطه طبقا لنص المادتين09 و09 مكرر من ق.أ. وما يجب ملاحظته أن المشرع الجزائري رغم تعديله للمادة السابعة من ق.أ إلا أنه بقى متوسعا في عملية الإستثناء[55]، وهذا ما يؤدى حتما إلى إمكانية القاضي بمنح الإذن بالزواج لشاب لم يبلغ 16 سنة، وكان الأولى بالمشرع أن يحدد سن الإستثناء، لأن هذا العقد ينجر عنه تكوين نظام مميز يقوم في أساسه على تحمل الإلتزامات بما يتناسب و طبيعته[56].

وعملا بما هو مُتطلب بنص المادة 07 من ق.أ، وبأحكام قانون الحالة المدنية الجزائري، فإن الضابط العمومي وجب عليه إتباع الإجراءات القانونية لإبرام عقد الزواج، مع مراعاة ما يستوجبه من شروط ورخص لإبرامه ، ففي حالة تخلفه عن مراعاة هذه الرخصة وجب مساءلته جزائيا بخلاف عدم مساءلة القاصر الذي يخالف هذا الإجراء.

ولا يوجد ضمن التشريعين المغربي والتونسي ما يفيد تخصيص المسائلة الجزائية للقاصر أو للعدليين بإعتبارهما مكلفين بتلقى رغبة الأطراف بالزواج ، والذي يمنح للعدلين وفقا ما جاءت به المادة 65 من م.أ أو الولي وهي نفس الغاية المقررة من طرف المشرع الجزائري.

إذ أجاز المشرع المغربي الترخص بإبرام عقد الزواج دون تحقق الأهلية القانونية ببلوغ السن بموجب تقديم بطلب إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج من أجل الحصول على إذن بذلك ويجب أن يكون الطلب مكتوبا وموقعا من طرف القاصر ونائبه الشرعي[57]، مع إمكانية الترخيص بالزواج للمصاب بإعاقة ذهنية وفق ما جاءت

---

[52] الفصل239 " تزوج الفار بالبنت التي فر بها يترتب عليه إيقاف المحاكمة أو إيقاف تنفيذ العقاب.

[53] – المادة 326 فقرة 2 " وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله" .

[54] – محكمة بشار، قسم الجنح،26 – 05 – 2009، رقم الجدول 01154/09 ، غير منشور،أنظر ملحق رقم 02، ص.380. قرار تعقيبي جزائي عدد 11079 ، 09 / 01/ 1976، ن. م. ت ، ص. 89.90. ملحق رقم 03، ص. 385.

[55] – لكن الجديد في المادة السابعة بعد تعديلها، أن المشرع قد منح للقاصر في عقد الزواج الأهلية الإجرائية أو ما يعرف بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات.

[56] – تشوار جيلالى، سن الزواج ...، المرجع السابق، ص. 75- 76 .

[57] – وهكذا نصت المادة 20 من المدونة على أنه: " لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الإستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والإستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث إجتماعي" .

به المادة 23 من مدونة الأسرة[58]. ومعلوم أن ناقص الأهلية بسبب إعاقة ذهنية لا يستطيع التحكم في تفكيره وتصرفاته وبالتالي يكون عاجزا عن معرفة ماله وما عليه و لهذه الإعتبارات أخضع المشرع زواج المصاب بإعاقة ذهنية لأذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج[59].

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 23 من المدونة نجد أن المشرع المغربي ألزم القاضي المكلف بالزواج بالإعتماد في زواج الشخص المعاق ذهنيا على خبرة طبية ينجزها طبيب خبير أو أكثر قصد التأكد من نوع الخلل المصاب به وبيان درجته ونسبة تأثيره على تصرفات وإدراك الشخص المصاب به فإذا خلص التقرير إلى أن المعني بالأمر مصاب بإعاقة ذهنية من شأنها أن تنقص من إدراكه وتمييزه دون أن تعدمه فإنه في هذه الحالة يكون في حكم الصبي المميز.

ويمكن للقاضي إذا توافرت باقي الشروط الأخرى المحددة في المادة 23 الإذن له بالزواج، وذلك بعد أن يطلع الطرف الآخر على تقرير الخبرة وينص على ذلك في محضر الجلسة ويطلع عليها الطرف الأخر. وتتجلى أهمية هذا الإطلاع في وضع الطرف الآخر أمام الحالة العقلية الحقيقية للمصاب ذهنيا حتى يستطيع على ضوئها إتخاذ قراره بإبرام عقد الزواج أو رفض ذلك. ويستشف من هذه المادة أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج ملزم بتعليل المقرر الرامي إلى الإستجابة لطلب الإذن بزواج من لم يبلغ سن الأهلية وذلك ببيان المبررات الموضوعية والقانونية التي إعتمدها في تكوين قناعته. وله في ذلك أن يعتمد على الإستماع لأبوي القاصر أو نائبه[60].

وقد جعل المشرع المغربي إجراءات سابقة لمنح الترخيص بالزواج للقاصر تشمل إجراء بحث إجتماعي يعتبر بمثابة إختبار يساعد في معرفة سلوك القاصر وميولاته الشخصية وقدرته على التجانس مع الآخرين والإندماج معهم[61]، فإذا ثبت للقاضي تحقق البلوغ الشرعي للقاصر من خلال المعاينة أو الخبرة الطبية، بأن المعني بالأمر واع بمقاصد الزواج وبأهدافه وله القدرة على تحمل مسؤولياته، أذن له بمقتضى مقرر معلل بعد الإستماع إلى

[58] – وهكذا نصت المادة1/23 من المدونة على أنه: "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر."

[59]– وقد سوت المدونة بين المصاب بإعاقة ذهنية والمعتوه وهذا ماعبرت عنه المادة 216 بقولها" المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكير وتصرفاته.

[60]– ونظرا لخطورة هذا النوع من الزواج ولتبعاته التي قد تكون سلبية فإن المشرع المغربي إشترط فيمن يرغب في الإرتباط مع شخص مصاب بإعاقة ذهنية أن يكون راشدا حتى تكون له القدرة على إدراك ماهو مقدم عليه ولا يكفي أن يقبل الشخص الزواج بالمصاب بإعاقة ذهنية أمام القاضي المكلف بالزواج وان يتم تدوين ذلك بمحضر الجلسة بل لابد أن يرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بإعاقة ذهنية والتعهد الرسمي يتم كتابة إما بواسطة إشهاد عدلي أو في تصريح عرفي مصحح الإمضاء لدى جهة إدارية مختصة.

[61] – ومما لا شك فيه أن نجاح البحث الإجتماعي في بلوغ الأهداف المرجوة منه يتوقف على خبرة القاضي وذكائه وثقافته العامة وإلمامه ببعض جوانب علم النفس وعلم الإجتماع وعادات وتقاليد وأعراف الأسر المغربية.

النيابة العامة في دون إيراد نص صريح على مخالفة الإجراءات السابقة لأجل الحصول على الترخيص للقاصر بالزواج.

ثانيا

إمكانية المتابعة الجزائية وأثر ذلك على الزواج الحاصل

إعتبر المشرع التونسي حالة مخالفة الحصول على الإذن زواج فاسد، فقرر لذلك جزاء عقابيا بموجب الفصل 21 من المجلة بنصها " الزواج الفاسد هو الذي إقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو إنعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصل الخامس والفصول 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من هذه المجلة. وإذا وقعت تتبعات جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18 أعلاه، فإنّه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد الزواج.

ويعاقب بالسجن مدة ستة أشهر الزوجان اللذان يستأنفان أو يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما"[62]

كما يحدّد الفصلان 36 و36 مكرر من قانون الحالة المدنية مفهوم الزواج الفاسد لإبرامه خلافا للصيغ القانونية والعقوبة التي تنجر عن إستمرار معاشرة الزوجين لبعضهما رغم التصريح بفساد زواجهما[63].

ولم يرتب المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية على حكم إعتبار هذا الزواج الفاسد فأمام هذا الوضع فإنه وجب النظر في المسألة، خاصة وأن المشرع الجزائري قد جعل للنيابة العامة حق التدخل التلقائي في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام[64]، وأهلية الزواج من المسائل المتعلقة بالنظام العام حيث تنعدم إمكانية إبرام عقد الزواج دون توافر السن القانونية[65] ، مما حذا بالمشرعين المغاربين السماح بإبرام عقد الزواج، حتى ولولم تتوفر

---

[62] – هكذا أصبحت صياغة الفصل 21 بمقتضى المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964المؤرخ في 21 أفريل1964 وكانت الصياغة الأصلية لهذا الفصل تتضمن أن "الزواج الفاسد هو الذي إقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد أو إنعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث والفقرة الأولى من الفصول 5 و 15 و 16 و 17 و 19 و 20 من هذه المجلة".

[63] - قرار تعقيبي جزائي ، عدد 14738، 10/09/ 1986، ن. م. ت، ص . 317 – 318- 319. ملحق رقم 04، ص. 387.

[64] – بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص. 194. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومه، الجزائر، 2009، ص. 32.

[65] – وقد نصت المادة 12 البند 2 من الميثاق الإفريقي لحقوق لطفل ورفاهيته لمصادق عيها من طرف الجزائر على أنه " يحظر زواج الأطفال أوخطوبة البنات والبنين ويجب إتخاذ تدابير فعالة بما فيها القوانين لتحديد السن الأدنى اللازم للزواج وهو ثماني عشر سنة ولجعل قيد الزواج إلزاميا في سجل رسمي".

في الشخصين الأهلية القانونية، شريطة حصولهما على رخصة أو إذن قضائي بالزواج [66]. أو بناء على دوافع قوية، وهذا ما أكدته المادة السابعة في شطرها الثاني من ق.أ الجزائري. وهو نفس ما جاءت به الفقرة الثانية من الفصل05 من م. أ. ش.ت[67].

فهذا الإستثناء يحول دون التحايل الذي يحتمل أن يقوم به بعض الأشخاص كمحاولة للتخلص من السن القانونية في الزواج العرفي[68].

إذ يحظرالقانون الجزائي التونسي منذ سنة 1956 الزواج العرفي بإعتباره زواجا "على غير الصيغ القانونية" المعمول بها في البلاد. وتفرض القوانين التونسية عقوبات بالحبس وغرامات مالية على طرفي الزواج العرفي[69].

وأعطى المشرع الجزائري وصف المخالفة لهذا الفعل بالرغم من خطورته وما ترتب عليه من أثار بمجرد قيام الضابط العمومي بإبرام عقد الزواج دون التأكد من وجود الإذن وإنصراف إرادته إلى إبرامه، ذلك أن المشرع لما قيد زواج ناقص الأهلية بإذن قضائي أي لم يوقفه على إذن الولي أو على إجازته، إنما يكون قد عبر في الوقت ذاته على أن أحكام الأهلية من المسائل المتعلقة بالنظام العام بإعتبار أنها تمس الأشخاص في مجموعهم، وإن كان الغرض منها حماية مصالح خاصة[70]. وهو نفس الوضع في التشريع المغربي.

ومن القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ما ورد في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري[71]وأي إتفاق على مخالفتها يعد باطلا. وللنيابة العامة صفة القيام بإبطال هذا الزواج طبقا لنص المادة 260 من ق.إ.م.د.الجزائري فالغاية من إيجاد هذا النص توفير الحماية من خلال إمكانية تدخل النيابة العامة أمام هذا

---

[66] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص. 163.

[67] – ويمكن إبرام عقد الزواج دون تلك السن القانونية المقرّرة وذلك بمقتضى إذن خاص من القاضي على أساس المصلحة الواضحة والأسباب الخطيرة للطرفين.

[68] – تشوار جيلالى، سن الزواج...، المرجع السابق، ص. 76. "لا تزال بعض القبائل من المناطق النائية تحتفظ ببعض الأعراف التي تجاوزها القانون المغربي، كالزواج بدون وجود عقد، إذ يتم الإكتفاء بالشهود لإعلان ذلك، والذين غالبا ما يكونون من أفراد القبيلة ذاتها، زواج معقول من الناحية الشرعية؛ إذا كان حقيقيا وهدفه الإستقرار والإنجاب لتكوين أسرة، لكنه مرفوض من الناحية القانونية، مما دعا وزارة العدل والسلطات الإدارية منذ أربع سنوات إلى تنظيم حملات توعوية بالمناطق النائية؛خصوصا بالجبال والبوادي، بل ومساعدتهم على توثيق عقود الزواج وتسوية أوضاع الأطفال لضمان حقوقهم في النفقة والإرث والحضانة.. والمبادرة إلى تقديم الطلبات إلى المحكمة، من أجل إستصدار أحكام بثبوت الزوجية، قبل نهاية الفترة المحددة قانونا، في الأسبوع الأول من فبراير .2009 هذا بالنسبة للقبائل التي لا تزال تؤمن ببعض العادات والتقاليد القديمة، وترى أن الركن الأساس في الزواج هو الإعلان والإشهار بين أهل القبيلة، إلا أن العديد من الأشخاص المتواجدين بالمدن الكبرى إستغلوا هذه الوسيلة للتلاعب بالقانون"أنظر، سناء كريم، الزواج بقراءة "الفاتحة".. لايزال معمول به في بعض القبائل النائية ،التجديد المغربية، 17- 10-2008.

[69] – منير السويسي، الزواج العرفي في تونس، الواقع...القانون والمآل ، تونس، الأخبار ،08 – 02- 2012، ص. 12.

[70] – تشوار جيلالى، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص. 89- 90.

[71] – تنص المادة 40 على أن " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة ".

النوع من الفروض[72] وتحقق العلم لديها نتيجة الإبلاغ، و تبعا لذلك إمكانية القيام بمباشرة الدعوى العمومية في مواجهة كل مخالف لما هو مقرر بنص المادة 07 من ق.أ بإعتبار مخالفته مساس بالنظام العام[73] .

وقد يكون تدخل النيابة العامة طبقا للمادة 257 من ق.ا.م.د.الجزائري [74] ، ويعد تدخل النيابة العامة هنا تدخلا لاحقا لحدوث المخالفة ولتحقيق الردع و خلاف هذا الأمر في التشريع المغربي، الذي حقق نوع من الرقابة السابقة على إبرام عقد الزواج من خلال التأشير على ملف الزواج عن طريق قاضى شؤون الأسرة[75].

هذا ما نراه كذلك، فيما إستلزمه تقييد حرية القاصر في إبرام عقد الزواج بإشتراط تحقق السن، أو بوجوب حصول موافقة وليه، فإذ إنتفى هذا الشرط كنا أمام جريمة بوصف المخالفة وهى زواج قاصر دون موافقة وليه.

الفرع الثالث

جريمة زواج قاصر دون موافقة وليه

إن حرية الزواج منظمة طبق شروط قانونية راعت في ذات الوقت حرية الأفراد وإستقرار الأسرة ومصلحة المجتمع بأكمله من نواحي متعددة[76] والشروط القانونية المتطلبة لاتعد قيدًا لإرادة الأفراد بل تعد تنظيما لها ومن بين النصوص المنظمة ضمن التشريع الجزائري بقانون الأسرة نص المادة 11 الفقرة الثانية التي جاءت بما يلي "دون

---

[72] – عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، المجلة القضائية، 2005، عدد 2، ص. 10.

[73] – تنص المادة 260 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه "يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام (10) على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:

1- القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها؛2-تنازع الإختصاص بين القضاة؛3-رد القضاة؛4- الحالة المدنية؛5- حماية ناقصي الأهلية؛6- الطعن بالتزوير ؛7- الإفلاس والتسوية القضائية؛8 المسؤولية المالية للمسيرين الإجتماعيين . ويجوز لممثل النيابة العامة الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا

يمكن للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأي قضية أخرى.

[74] – المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام".

[75]– وقرر المشرع الموريتاني توسيع مجال الحماية الجزائية بتقرير المسؤولية لكل من الأشخاص والسلطات التي تسعى لتسجيل الزواج دون السن القانونية بتخصيص نص التجريم بنص المادة 41 الفقرة الثانية من قانون حماية الطفل بنصها" يعاقب بالحبس من ثلاث إلى ستة شهور وبغرامة من 100.000 إلى 200.000أوقية الأقارب أو الأشخاص الذين لهم سلطة على الطفل الذين يسعون إلى تسجيل الزواج والسلطات التي تقوم بهذا التسجيل دون إحترام السن القانونية للزواج والرضى.

وتطبق هذه العقوبة كذلك على كل شخص مارس على طفل إكراها بدنيا نجم عنه تشويه أو تعذيب جسدي من أجل أن يقبل الزواج.

تطبق هذه العقوبة علي الأبوين أو الأشخاص الذين لهم سلطة علي الطفل وعلي مسؤولي الحالة المدنية إذا رفض أي منهم تسجيل الطفل طبقا لمقتضيات القانون رقم96 /020 بتاريخ يوليو 1996 المتضمن لمدونة الحالة المدنية مهما كانت هوية من سيلحق به الطفل". أمر قانوني رقم 015/2005 يتضمن الحماية الجنائية للطفل الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 2005 .

[76] – تشوار جيلالى، رضا الزوجين...، المرجع السابق، ص. 56.

الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

فما هو الجزاء الجزائي المترتب على الخروج عن هذه الحدود والتنظيم ضمن التشريعات المغاربية ؟

أولا

حدود وأركان المُساءلة الجزائية

لقد جعل المشرع العقابي الجزائري مخالفة المادة 07 ق.أ. من قبل الموظف المكلف بتحرير عقد الزواج بدون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج، يتعرض للعقوبة المقرر بنص المادة 441 فقرة 1 من ق.ع، والتي جاءت بما يلي" يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8.000 إلى 16.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين:

1 ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة للحالة المدنية في ورقة عادية مفردة وفى غير السجلات المعدة لذلك، والذي لايتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج" حيث أن هذه العقوبة جاءت بما يتوافق وتطبيق المادة 11 من ق.أ الفقرة الثانية[77].

ويتحقق السلوك المادي المتطلب لقيام هذه الجريمة ضمن التشريع الجزائي الجزائري بمجرد شروع ضابط الحالة المدنية بإجراءات التسجيل دون التأكد من توافر موافقة الوالدين أو غيرهم من الأشخاص الذين إشترطهم القانون صراحة لتولى زواج القصر، وهذا الفعل يعد صورة من صور السلوك المادي لقيام الجريمة، ولا يكتمل هذا الفعل إلا بعد القيام بفعل تحرير العقد كسلوك لاحق للفعل الأول وبالتالي يتحقق الركن المادي للجريمة.

وقد جاء المشرع التونسي بحكم بموجب الفقرة الثانية من الفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية قبل تعديلها بقانون 2007 المؤرخ في 14 ماي وأصبح سن الزواج لكلا الطرفين 18 سنة.[78].

---

[77] – مع ملاحظة أن الفقرة 1 من المادة 441 من ق.ع تنص عن موافقة "الوالدين" أو غيرهما من الأشخاص،أي إشتراط هذه الموافقة لصحة الزواج ولكن المادة 11 فقرة 2 من ق.أ تنص عن مصطلح"الولي" حيث أن هناك فرق بين المصطلحين إذ أن مصدر المادة 441 من ق.ع هو الفقه الفرنسي ومصطلح الولي يستعمل في الشريعة الإسلامية.

[78] – وهو أنه بالنسبة إلى الفتاة التي سنها دون 20 سنة و أكثر من 17 سنة، فهي تعتبر أيضا قاصرا من الناحية القانونية ولا يمكنها إبرام عقد الزواج بمفردها ولا بد من موافقة الولي والأم معا. حكم إبتدائي مدني عدد 46492 مؤرخ في 23 مارس 1998 بقضي بأنه " تفقد المرأة التي تجاوز عمرها السابعة عشر أهليتها القانونية في صورة الطلاق وذلك بعد أن كانت ترشدت بموجب الزواج على معنى الفصل 153 من م.أ.ش. وبالتالي يمكنها إبرام عقد زواج ثان بدون موافقة الولي إذ أن معيار الترشيد يتعلق بمؤسسة الزواج نفسها سواء كانت قائمة أو منحلة". ن.م.ت ،مركز الدراسات القانونية والقضائية،وزارة العدل،تونس، 1999، ص. 145.

وإذ إمتنع الولي والأم عن الموافقة بزواج البنت القاصرة وتمسكت القاصرة برغبتها في الزواج، فهنا يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإبتدائية المختصة للنظر في ذلك وإن منح الترخيص، يصبح قراره نهائيا .

ثانيا

إمكانية تقرير العقاب

نظرا لما هو متطلب كركن معنوي ضمن هذا النوع من الجرائم وهو القصد الجنائي الخاص، فقد ضمن التشريع الجزائري عنصر تحقق العلم لدى ضابط الحالة المدنية بأن موافقة الأولياء واجبة ويمتنع عن تمحيص ذلك. وهو نفس الإفتراض ضمن ما جاء بالتشريع التونسي.

ويعد القصد في هذه الجريمة مفترضا بإعتبار أن ضابط الحالة المدنية يفترض فيه العلم والدراية بهذه المسائل بحكم إختصاصه وتكليفه، فتترتب عليه المسؤولية بمجرد قيامه بالفعل دون القاصر.

وكمبدأ عام فإن تحميل المسؤولية الجزائية للضابط العمومي لوحده كاف لتحقيق المنع من حالات إبرام عقود زواج دون الحصول على موافقة الولي، بإعتبار الضابط العمومي صاحب التكليف المباشر في فرض رقابته وتفحصه للوثائق المتطلبة لإبرام عقد الزواج ضمن هذه الحالات، لأن حصول فعل كهذا يعد هو الفاعل المباشر لحصوله ولا يحمل القاصر نتيجة فعله كونه غير مميز ومدرك للفعل أو الإمتناع الذي يصدر منه، طبقا للمبادئ العامة في تحميل المسؤولية الجزائية، وهو نفس المبدأ الذي تبناه المشرع المغربي في الفصل 132 من القانون الجنائي[79]. ولا يستثنى من هذا المبدأ إلا الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على خلاف ذلك[80]. إذ يعفى بموجب ذلك القاصر من المسؤولية والعقاب تطبيقا للقواعد العامة في تحميل المسؤولية الجزائية[81].

---

[79] – حيث تنص :" كل شخص سليم العقل، قادر على التمييز يكون مسؤولا شخصيا عن - الجرائم التي يرتكبها.-الجنايات والجنح التي يكون مشاركاً في إرتكابها.– محاولات الجنايات-.محاولات بعض الجنح ضمن الشروط المقررة في القانون للعقاب عليها".

[80] - عبد الصمد عبو، مسؤولية النائب الشرعي في إدارة شؤون القاصر، مذكرة دكتوراة، جامعة محمد الأول، وجدة، 2012- 2013، ص. 322.

[81] – وقد ضمن المشرع الجزائري بموجب نصوص قانون العقوبات حالة الإعفاء من المسؤولية عن القاصر وحدودها بموجب نص المادة 49 من قانون العقوبات على ما يلي "لاتوقع على القاصر الذي لم يكتمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية. وتضيف الفقرة الثالثة 49 (على أنه يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إلا لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة. ويفهم من نص المادة 49 أن القاصر الذي لا يكمل 13 سنة لا يعاقب جزائيا، غير أن إنعدام المسؤولية لا تحول دون متابعته وتقديمه لمحكمة الأحداث لتأمر بأخذ تدابير الحماية والتربية.عدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم 14 / 01 المؤرخ في 04 فبراير 2014، ج، ر عدد 7، 16– 02 – 2014، ص. 4 وما بعدها. والقانون رقم 15 /12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 ، ج .ر، عدد 39 ، 19 -07-2015، ص. 6 و ما بعدها، المتعلق بحماية الطفل.

إلا أنه أحيانا لايفترض في الأشخاص المؤهلين لإبرام عقد الزواج العلم والدراية، نظرا لطبيعة الوضع المجرم إلا إذا أعلن عن ذلك الأطراف، ونكون أمام هذا الوضع مثلا في حالة إمرأة تقدمت إلى إبرام عقد الزواج وهي في فترة عدتها، فلا يحكم هذه المسائلة إلا شروط قيام جريمة زواج المرأة قبل مضى فترة عدتها.

الفرع الرابع

جريمة زواج المرأة قبل مضي فترة عدتها

تخص هذه الجريمة حالة ووضع المرأة المعتدة، سواء من طلاق أو وفاة، وجاء التجريم بمخالفة الأحكام التي تنظم هذا الوضع وفق ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب الفقرة 1 من ق. ع بنصها " والذي يتلقى عقد زواج إمراة سبق زواجها ذلك قبل مضى الميعاد الذي حدده القانون المدني". والحكمة المقررة من هذا الجزاء حماية إعتبار فترة العدة بالمحافظة على المرأة وصيانة كرامتها ومراعاة للعلاقات الإنسانية بين الزوجين.

إن تجريم هذا السلوك، يمكن وصفه بالعمل الوقائي قبل إنشاء الكيان الأسرى، و نظرا لظهور إلتزامات أسرية جديدة ومراكز قانونية، تمتد الحماية إلي ما بعد نشأة كيان الأسرة.

أولا

شروط قيام هذه الجريمة

نجد المشرع الجزائري بموجب للمادة 30 ق.أ [82] التي رتبت منع الزواج مؤقتا لحالة المرأة المعتدة، وتحقيقا لإلزامية هذا النص رتب قانون العقوبات المسؤولية بمجرد أن يقوم الضابط العمومي المكلف، بإبرام عقد زواج إمرأة مُعتدة ويسجله بسجلات الحالة المدنية، مع تحقق العلم بوضع المرأة بأنها في فترة العدة.

وتنتفي مسؤولية الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج إذا اثبت أنه وقع ضحية تدليس أو تحايل من المرأة المعتدة.

ويتضح من تجريم المشرع لهذا السلوك طبقا لنص المادة 441 من ق.ع الفقرة 1 أنه كان يسعى إلى تفادي إنشاء أسرة مهددة بعدم الإعتراف بها داخل المجتمع، وبطلانها في مهدها نتيجة مخالفة الإجراءات والرخص المطلوبة قانونا. بل توسع المشرع في إجراء الحماية والتشديد على ذلك إلى أن يشمل حالة عدم إثارة بطلان وثائق الحالة المدنية المقررة للإجراء الباطل وذلك طبقا للفقرة 2 من المادة 441 من ق.ع التي تنص "وتطبق أحكام هذه الفقرة حتى ولولم يطلب بطلان وثائق الحالة المدنية أولزوال البطلان".

[82]– الفقرة الأولى من المادة 30 من قانون الأسرة "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا."

وحددت مجلة الأحوال الشخصية التونسية ضمن الفصل 14 عددا من الحالات التي يمنع فيها الزواج على المرأة ومن بين الحالات المنع المقرر ما لم تنتهي من فترة عدتها. إستنادا على الفصول 34، 35 و36 من مجلة الأحوال الشخصية، إذ تعتد المطلقة غير الحامل مدة 3 أشهر كاملة، وتعتد المتوفى عنها زوجها مدة 4 أشهر و10 أيام كاملة. أما الحامل فعدتها وضع حملها، وتعتد زوجة المفقود عدة الوفاة بعد صدور حكم قضائي بفقدانه. ولم تحدد الجزاء العقابي على مخالفة المنع[83].

ثانيا

المتـابعة الجزائية

وقد إعتبر المشرع الجزائري هذه الأفعال مخالفة، حيث عاقب ضابط الحالة المدنية مرتكبها بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة مالية من 8000 إلى 16.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين طبقا لنص المادة 441 من ق.ع، وعزز المشرع هذه الحماية عن طريق مراقبة أي تجاوزات في أعمال ضابط الحالة المدنية من طرف النائب العام، أو من يمثله من وكلاء الجمهورية طبقا لنص المادة 25 من ق.ح.م[84].

والملاحظ أن نص المادة 441 ق.ع أنه يعاقب ضابط الحالة المدنية، دون المرأة المعتدة وشريكها في هذا الزواج رغم أنهما أولى بالعقاب كونهما أدرى بحالة المنع التي تحول دون إبرام العقد بصفة شرعية. لأن فكرة العدة ترتبط بالنظام العام[85] .والمقصود هنا عدة الطلاق الرجعي، لذا يجب على كل من الزوجين، قاضي شؤون الأسرة ووكيل الجمهورية مراعاتها والحرص على عدم مخالفتها لأنها تعد من صميم النظام العام[86].

---

[83]– "..أن العدة فيها تكريم للمرأة فهي ليست كإناث الحيوانات يتداولها الذكور في أي وقت من دون ضوابط أو قيم، مشيراً إلى أن العدة لها حكم كثيرة، فالمرأة قد تكون حاملا ولذلك فلا بد من التأكد من براءة الرحم في فترة زمنية محددة بجانب احترام العلاقات الإنسانية الحميمة التي كانت تربط بين الزوجين"و أعلن علماء الأزهر رفضهم للتوصية التي صدرت عن مؤتمر الجزائر النسائي الذي عقد في العاصمة الجزائرية أخيرا تحت رعاية المجلس الإسلامي الأعلى للإغاثة، حيث دعا المؤتمر إلى إلغاء عدة المطلقة والمتوفى عنها زوجها، والاستبدال بالعدة الكشف الطبي بحيث إذا ثبت أنها غير حامل جاز لها أن تتزوج من آخر بعد الطلاق أو وفاة الزوج مباشرة. وأكد العلماء أن عدة المطلقة والمتوفي عنها زوجها وردت بها نصوص قطعية ثابتة في القرآن والسنة، موضحين أن العدة لها العديد من الأحكام التشريعية بالإضافة إلى أنها تحافظ على المرأة وتصون كرامتها وتراعي العلاقات الإنسانية بين الزوجين.أنظر، محمد أبو ليلة، العدة تكريم للمرأة..، http://www.nour- atfal.org

[84]– نص المادة 25 من قانون الحالة المدنية " يتعين على النائب العام شخصيا أو على وكلائه التحقق من وضع السجلات ويحرر في جميع الأحوال عند إيداعها لدى كاتب الضبط محضرا ملخصا عن التحقيق ويثبت المخالفات فيما إذا إرتكبت من قبل ضباط الحالة المدنية ويطلب معاقبتهم طبقا للنصوص النافذة."

[85]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 96.

[86]– نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي و أثارها على الأحكام القضائية، ط 2، دار فسيلة، الجزائر،2009، ص. 125.

ولم يجعل المشرع التونسي جزاء عقابي على مخالفة هذا المنع لاضمن مجلة الأحوال الشخصية أو ضمن قانون الحالة المدنية وهو نفس توجه المشرع المغربي والذي كرس ذلك من خلال التطبيقات القضائية.

وقد توجه القضاء المغربي[87] إلى التصريح ببطلان عقد الزواج المبرم بين طرفيه طبقا لأحكام المادة 57من المدونة بمجرد إطلاعها عليه أو بطلب ممن يعنيه الأمر وهذا إذ وجد بين الزوجين أحد الموانع المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 إذ تشير المادة 39 من م.أ، إلى أن موانع الزواج المؤقتة وجود المرأة في علاقة زواج أو عدة أو إستبراء.

خاصة وأن المشرع المغربي ترك الأمر للقضاء تطبيقا للمادة 400 من م.أ، التي تنص على أن " كل ما لم يرد في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والإجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". فأمام هذا الوضع وعلى أساس إعتبار أنه يحرم زواج المرأة أثناء العدة فإنه تتحقق إمكانية تجريم هذا المنع من طرف القضاء على إعتبار تطبيق المادة 400 من م.أ.

وهذا لحكمة أن من بين الآثار المترتبة عن الطلاق الرجعي سواء أثناء فترة العدة أو بعدها حيث تعتبر المطلقة رجعيا في حكم الزوجة، ويسري عليها ما يسري على الزوجة إلا المسيس[88]، فإذا ضبط الزوج زوجته متلبسة بالخيانة أثناء العدة مثلا يمكنه أن يتابعها لأنها في حكم الزوجة.وله الحق في تحريك الدعوى بناء على شكوى لأن صفة الزوج متوفرة والإلتزامات الأسرية ما زالت قائمة.

المطلب الثاني

جرائم الإخلال بالإلتزامات الأسرية

يتولد بين أفراد النظام القانوني للأسرة[89] عدد من الواجبات والحقوق هذا ما بينه المشرع الجزائري في الفصل الرابع من قانون الأسرة، و خاصة المادة 36 منه [90]، وقد يشكل الإعتداء عليها جريمة تستوجب العقاب[91]، وهذا

[87] – المحكمة الإبتدائية بتيطوان 5-03-2007 الملف عدد 13/06/1397 المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة ، ج 1، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، سلسلة المعلومة للجميع العدد 17 فبراير 2009.

[88] - مسَّ المرأةَ : جامعها– وما جاء في قوله تعالى" قَالَتْ رَبِّ أَنَّى يَكُونُ لِي وَلَدٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ " . سورة أل عمران، الآية. 47.

[89] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 264.

[90] – نشير إلى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم 84- 11 بين الحقوق والزاجبات في المواد من 36 إلى 39، حيث بين في المادة 36: الواجبات المشتركة لكل من الزوجين، و تطرق في المادة 37 لواجبات الزوج، و المادة 38 لحقوق الزوجة، أما المادة 39 فقد تعرض فيها لواجبات الزوجة. أما بعد التعديل فلم يبين ماهي حقوق وواجبات كل منهما، بل إكتفي بذكر واجباتهما المشتركة في نص المادة 36.

[91]– عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 11.

ما دفع المشرع المغربي كذلك أن إعتبر الإخلال بهذا الإلتزام الأسري خطورة تستوجب حمايتها في إطار قانون زجري هو القانون الجنائي بدلا من تناولها في مدونة الأسرة مثلا.

وهكذا إعتبر المشرع المغربي إهمال الأسرة جريمة، و تناولها ضمن القانون الجنائي في الكتاب الثالث من الباب الثامن المتعلق بالجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة و الأخلاق العامة، و خص لها فرعا مستقلا هو الفرع الخامس و الذي تناول هذه الجريمة في أربعة فصول هي الفصول من 479 إلى 482 م.ج.م ونتعرض لذلك من خلال تصنيف جرائم الإخلال بالإلتزامات الأسرية ضمن التشريعات المغاربية وفق ما يلي:

الفرع الأول

جـرائم الإخلال بالإلتزامات الزوجية

جاءت أحكام قوانين الأسرة المغاربية محددة لأهداف عقد الزواج المبرم بين الزوجين[92]،نظرا للأدوار الإجتماعية المتصلة والمعايير المنظمة للعلاقات الزوجية والتي تعتبر شكل مصغر للمجتمع ،كونها أداة مدعمة لتماسك المجتمع ووسيلة للضبط والرقابة الإجتماعية هذا بالإضافة إلى أهميتها بالنسبة لأفراد العائلة الواحدة فهي تحدد الأدوار الإجتماعية للأفراد ومكانتهم عن طريق القيم الخاصة بها و التي تحدد سلوك أفرادها لتحقيق هدف مشترك يضمن بقاء الرابطة الأسرية قائمة ، فالإلتزامات الزوجية بصفة خاصة تميل إلى التعبير عن نمط الإشباعات الحميمة و الدائمة للعلاقات الشخصية المتبادلة التي تتميز بالوّد و العمق و الشمول في محيط الأسرة في إطار ضمان الإلتزامات الزوجية قائمة، لكن قد يحدث أن يتخلى أحد الزوجين عن إلتزاماته المادية أو الأدبية مما يشكل جُرما يستحق العقاب، ومن هذه الجرائم نذكر:

أولا

جريمة الإمتناع عن تقديم نفقة مقررة قضاء للزوجة

تعد النفقة الزوجية واجبة على الزوج[93]، مصداقا لقوله تعالى" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا "[94].

---

[92]– مثال ذلك المادتين 03-04، من قانون الأسرة.

[93]– أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة –نفقة الصغير– نفقة الأقارب، دار الكتب القانونية، 1995، ص. 45. كامل موسى، مسائل في الحياة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، ص. 30 - 31. يقول إبن قدامة: "وجملة الأمر أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجياتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن.

[94]– سورة الطلاق، الآية07. لقوله تعالى: "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" وقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

وتشمل النفقة ما يصرفه الزوج على زوجته[95] من طعام وكسوة ومسكن أو أجرته ونفقة العلاج وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة[96]، وهو نفس المفهوم لدى المشرع المغربي[97] . وشملت الحماية الجزائية لدى المشرع الجزائري بتخصيص المادة 331 من ق.ع لمعاقبة الزوج في حالة إمتناعه عن قيامه بواجب الإنفاق على زوجته عندما يقرره القانون ويحكم به القضاء، مشكلا بذلك جريمة، هي جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة مقررة قضاء[98]. حيث نصت على أن"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من50.000دج إلى 300.000دج كل من إمتنع عمدا، عن تقديم ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

وبذلك نجد كل من المشرعين المغربي والجزائري إعتمدا في فكرة الحماية درجة العقوبة وحدودها إذ تشدد المشرع الجزائري في توقيع العقاب بجعل الحد الأدنى 6 أشهر والحد الأقصى 3 سنوات وهذا بالمقارنة بمجال التحديد للعقوبة وفق ما جاء به المشرع الجزائي المغربي الذي أفرد عقوبة جنحية هي الحبس من شهر إلى سنة و غرامة من 200 إلى 2.000 درهم.

مع ملاحظة أنه غالبا ما تكون هذه العقوبة موقوفة التنفيذ و ذلك لتمكين المكلف بالنفقة من توفيرها جاعلا بذلك للملزم بالنفقة فرصة للإنفاق دون غلق الباب عليه مباشرة وتسليط العقاب لأجل تحقيق الردع دون الأخذ بعين الإعتبار حاجة الزوجة التي يستلزم الأمر إنفاقها من باب أولى وقد جعل المشرع المغربي نص على

---

[95] – طبقا للفصل 46 الفقرة الثانية، من المجلة المنقحة بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 .

مستحقو النفقة بالزواج هم : – الزوجة أثناء قيام العلاقة الزوجية

– تجب نفقة الزوجة على الزوج منذ إتمام الدخول بها، ما دامت الزوجية قائمة، وبشرط قيام الزوجة بواجباتها الزوجية.

– وتجب النفقة حكما حتى على الزوجة غير المدخول بها بشرط إبرام عقد الزواج وثبوت مماطلة الزوج في إتمام الدخول.

– المعتدة :

– بالنسبة للمطلقة : نفقة المعتدة واجبة على المفارق طوال مدة العدة 3 أشهر من تاريخ صدور حكم الطلاق البات.

– بالنسبة للحامل : النفقة واجبة على المفارق طوال مدة الحمل التي تستمر إلى تاريخ الوضع على أن لا يتجاوز الحمل السنة.

– بالنسبة للأرملة: النفقة واجبة على تركة المفارق وتستمر أربعة أشهر وعشر أيام.

[96] – المادة 78 من قانون الأسرة.

[97] – لقد عبرت مدونة الأسرة المغربية عن موقفها بشكل غير مباشر في المادة 194 حيث نصت: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته إلى البناء بعد أن يكون قد عقد عليها".ونصت المادة 189من مدونة الأسرة المغربية على مشمولات النفقة الزوجية حيث جاء فيها:" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد مع مراعاة أحكام المادة 168." و يتضح أن مدونة الأسرة نصت على مقتضيات جديدة وبشكل صريح، وتتمثل هذه المستجدات في أن نفقة تعليم الأولاد أصبح ملزما للرجل، كما أكدت ذلك بمقتضى المادة 168 على إخراج تكاليف سكنى المحضون من مشمولات النفقة وأجرة الحضانة وغيرها، وأوجبت أن تكون مستقلة في تقديرها عن هذه الالتزامات، وفي ذلك مراعاة لحقوق المحضون.

[98] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 25.

أن الحكم بالحبس يكون حتميا في حالة العود بعد أن أعطاه إمكانية وقف التنفيذ وهذا يدخل كله تحت إعمال سلطة القاضي التقديرية.

وتوسيعا في مجال الحماية الجزائية، إعتبر المشرع الجزائري أن عدم دفع النفقة جريمة عمدية ما لم يثبت العكس، وقرر أن حالة الإعسار الناتج عن الإعتياد عن سوء السلوك أوالكسل أوالسكر عذرا غير مقبول، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 331 من ق.ع[99]، وينبغي على المتهم إثبات أنه لم يكن سيء النية[100].

وقد إعتبر المشرع الجزائي المغربي بأنه إذ كانت حالة الفقر ناتجة بسبب الكسل والإهمال وعدم السعي إلى الرزق، فهذا يعتبر تقصيرا في حق نفسه وفي حق زوجته ومن ثم يجوز لها حتى أن تطالب بفسخ عقد الزواج.[101] وهو نفس الإتجاه الذي يراه المشرع التونسي الذي يعتبر هذه الجريمة بأنها جريمة عمدية طبقا لنص الفصل 53 مكرر من م.أ.ش بنصها على أنه: " كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار 100 إلى ألف دينار 1000. والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب".

ولقد إقتصر الفصل 479 من م.ج.م، لقيام جريمة الإهمال الأسري، على الإمساك العمدي عن الإنفاق على الزوجة أو الفروع أو الأصول في الموعد المحدد بموجب حكم نهائي أو قابل للتنفيد المؤقت[102]. بمعنى أنه في حالة الإمساك عن الإنفاق بموجب إلتزام بالإنفاق لا يشكل إهمالا للأسرة[103].

وهو خلاف الإعتبار الذي أخذ به القضاء الجزائري بإمكانية أن يكون هذا الدين ناتجًا عن رابطة عائلية قائمة وهذا ما قررته المحكمة العليا في إجتهادها إذ قررت بأنه يعاقب كل من إمتنع عمدًا ولمدة تتجاوز الشهرين عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه لزوجته، أو ناتج عن فك الرابطة الزوجية"[104].

---

99 – إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، جنائي خاص، د.م.ج، الجزائر، 1983،ص.136.

100 – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 1، ط 4، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006، ص. 161.

101 – طبقا للمادة 102 من مدونة الأسرة المغربية فقد نصت على الإعسار في فقرتها الثانية بأنه: " في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي".

يتضح من المادة أن الزوج إذا أعسر بالنفقة فان المحكمة تمهله مدة لا تتعدى ثلاثين يوما حتى يتسنى له الحصول على ما ينفق منه على زوجته بدون الإضرار بها، فإن لم يف بذلك طلقت عليه المحكمة زوجته إلا في حالة وجود ظرف قاهر أو إستثنائي وهي حالة مؤقتة موكول تقديرها إلى المحكمة.

102 - علما أن المادة 197 من مدونة الأسرة تنص على أن أسباب وجوب النفقة هي الزوجية و القرابة والإلتزام.

103 – زهير الحرش، جريمة إهمال الأسرة في التشريع المغربي، مجلة الفقه والقانون، 2012، ص. 45.

104 – ولما ثبت في– قضية الحال– إن العلاقة الزوجية انقطعت بسبب الطلاق فان النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تعتبر دينا يتعين على هذه الأخيرة تنفيذ الحكم للحصول عليها ولا تشكل أساس للمتابعة الجزائية ومن ثمة يعرضون قرارهم للنقض قضاة الموضوع الذين أدانو الطاعن على أساس جنحة الإهمال العائلي".أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، 23-11-1993، ملف رقم، 102548، المجلة القضائية، 1993، عدد 2، ص. 282.

مع العلم أن هذه الحماية قد إمتدت حتى إلى الزوجة التي مازالت في عصمة زوجها، والتي هي الأخرى معرضة لمثل هذه الجريمة، فقد منح لها حق التطليق وذلك تجنبا للضرر الذي قد يلحقها[105].

وقد جاءت شروط قيام الفعل واضحة في التشريع الجزائري في صياغة النص الفرنسي عند قراءته [106]، ومن ثمة يتعين لقيام الجريمة توفر أول شرط أساسي وهو وجود العلاقة الزوجية الشرعية.وهو نفس الشرط الذي إعتمده المشرع المغربي الذي ذهب إلى الأخذ بفكرة أن النفقة حق للزوجة طالما أن رابطة الزوجية قائمة و طالما لم يصدر في حقها حكم بالرجوع لبيت الزوجية و إمتنعت عن الرجوع طبقا لنص المادة 480 من م.ج.م والمادة 195 من م.أ.

وإعتبر المشرع الجزائري أنه في حالة الزوج الذي يسعى في تنفيذ الحكم وذلك بسداد مبالغ النفقة طواعية ثم توقف عمدا، ويعد الفعل الجرمي قائما فأساس قيام الجريمة هو التقليل من شأن الأحكام القضائية من جهة، والإمتناع عن تنفيذ ما تضمنه الحكم إهدار لحق الضحية المشروع، والذي أجازه الحكم محل الإمتناع، من جهة أخرى.هذا الحكم الذي يأخذ طابع مميزا لإمكانية الأخذ به في ترتيب المسؤولية الجزائية.

1/ خصوصية طبيعة الحكم القاضي بالنفقة

إشترطت القوانين المغاربية وجود حكم قضائي يقضى بالنفقة الغذائية للشخص المستفيد ويشترط أولا أن يكون الحكم نافذا. ويأخذ الحكم مفهومه الواسع [107]. إلا أنها اختلفت من حيث طبيعة الحكم إذ يرى المشرع الجزائري، أن الشرط المتطلب في الحكم لينتج أثره هو أن يكون نافذا[108] إذ أن الأصل أن يكون الحكم نهائيا

---

[105]– عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص. 32 - 33. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 26 جانفى1987 بقولها " من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي إستحكام الخلاف الطويل بين الزّوجين، أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح. ولما كان ثابتا . في قضية الحال . أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين، وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا.

ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"

[106] - ART. 331 : " est punie d'un emprisonnement de six ,(6) mois a trois (3)ans et d'une amende de 50.000 DA a 300.000 DA, toute personne qui, au mépris d une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants, à ses descendants, est volontairement demeurée plus de deux (2) mois sans Fournir la totalité des subsides déterminés par le juge ni de s'acquitter du montant intégral de la pension ".

[107] – المادة 08 الفقرة الأخير من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

[108] – بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 1996، ص. 374.

ولكن من الجائز أن يكون غير نهائي، وذلك في الحالة التي يأمر فيها القاضي بالتنفيذ المعجل عندما يتعلق الأمر بالنفقة الغذائية[109] .

مع إشتراط حصول التبليغ حسب الشروط المقررة قانونا وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها " أنه إذا كان مؤدى نص المادة 331 من ق.ع الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من إمتنع عمدا ولمدة تجاوز الشهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة وأن القضاء بذلك يعد خرقا للقانون" [110].

وشرط صدور حكم يقضي بالنفقة جاء أكثر دقة ووضوح لدى المشرع المغربي الذي إعتبر بموجب الفصل 480 من م.ج.م تجريم هذا السلوك وفق للعقوبة المقررة بموجب الفصل 479[111] .

فأخذ بطبيعة الحكم النهائي بنصه على أنه "يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد. ووسع مجال الحماية بأن جعل إمكانية المتابعة بموجب حكم قابل للتنفيذ وهذا رعاية منه على مصلحة ضرورية أولى بالرعاية، وتجنبا لطول إجراءات التقاضي أمام الحاجة الماسة للنفقة.

وجعل المشرع التونسي أن الحكم يكون حتى بموجب مسودة حكم تقدير النفقة الذي يصدره قاضي الأسرة عند فشل المحاولة الصُلحيّة و نظرا للصبغة المعيشية للقرارات الفوريّة الصّادرة عن قاضي الأسرة فهي تنفّذ على المسودّة أي بناء على محضر المحاولة الصلحيّة المحرّر بخطّ يد قاضي الأسرة والممضى من قبله وهي قرارات لا يمكن إستئنافها ولا تعقيبها لكنّها قرارات قابلة للمراجعة من قبل قاضي الأسرة ما لم يصدر بعد الحكم في الأصل.

أي أن المشرع التونسي جعل صفة أي حكم يقضي بالنفقة لإمكانية تقديم الشكوى إمّا من قبل المحكمة الإبتدائية صلب حكم الطلاق، بإعتبار نفقة المطلّقة طيلة فترة العدة ونفقة الأبناء، وإمّا من قبل محكمة الناحية

---

109 – المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

110 – في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى، غ.ج، 23-11-1982، ملف رقم 137233، المجلة القضائية، 1989، عدد 01، ص. 325.

111 – والتي جاء في نصها الفصل 479 على أنه" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 000. 2 درهم أوبإحدى هاتين العقوبتين فقط:

1 – الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة.

ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا ينم عن إرادة إستئناف الحياة العائلية بصورة نهائية.

2 – الزوج الذي يترك عمدا، لأكثر من شهرين و دون موجب قاهر، زوجته وهو يعلم أنها حامل.

صلب قضية مستقلّة، سابقة أو لاحقة لقضية طلاق[112].وهذا لنفس الغاية الإجتماعية والأولى بالحماية التي تضمنها كل من القانون المغربي والجزائري، وفقا للأجل المقرر لتحقق الإمتناع.

2/ خصوصية المتابعة من حيث الإعتبار الزمني

أخذ المشرعون المغاربيون في الإعتبار الزمن كشرط لقيام الجريمة، فحددها بمدة شهرين ضمن التشريع الجزائري وإستقر قضائه على أن مدة الشهرين يبدأ حسابها من يوم تبليغ الحكم القاضي بأداء مبلغ النفقة إلى المحكوم عليه[113]. وجعل المشرع المغربي الزمن وفق لما هو محدد بموجب الحكم الصادر، اذ لم يجعل مدة سابقة للقول بأن الإمتناع قد تحقق بعبارة " ... في موعدها المحدد " بموجب الفصل 479".مما يفهم منه أن هذا التقدير للزمن يكون وفقا لكل وضع وحالة، وحسن فعل المشرع ذلك، لإختلاف وتفاوت الحالات الإجتماعية وظروفها لكل دائن بالنفقة.

وجعل المشرع الجزائي التونسي الإمتداد الزمني شرطا لإمكانية المتابعة وهو نفس توجه إرادة المشرع الجزائري بأن إعتبر أن تتبّع المحكوم ضده بالنفقة أو بجراية طلاق من أجل عدم الدفع، لا بد أن يبقى مدة من الزمن دون دفع ما حكم عليه بأدائه حسب عبارة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش[114]. وأجل الشهر[115] أجل متناسب والغاية من التجريم لهذا الفعل.مميزا بين الحكم الصادر عن محكمة الناحية والحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية.

وقد يحصل أن تحدث مسائل عارضة أثناء سريان المدة المُتطلبة يتوقف بسببها المدين عن دفع النفقة وتنقضي مدة الشهرين أو الشهر وفق كل تشريع، ويدفع بأنه حصل صلح بين المتهم والمستفيد من النفقة[116] أو تنازل الزوجة عن مبالغ النفقة، أو تسديد النفقة كاملة بعد إنقضاء الأجل[117] أو صدور حكم يقضى بإبطال

---

[112] – مصطفى بن جعفر ، ملتقى بعنوان القانون المنقح لمجلة الأحوال الشخصية 12 جويلية 1993، مداخلة ،جريمة الامتناع عن أداء النفقة والجراية، المعهد الأعلى للقضاء. ص. 126.

[113] – المحكمة العليا، 1990/01/23، ملف رقم 59472، المجلة القضائية، 1992، عدد، 03، ص. 230.

[114] - قبل تنقيح 1981 الذي أضيف بمقتضاه الفصل 53 مكرر، كانت هذه الجريمة مدرجة في أمر 22 ماي 1926 المنقح بالأمر المؤرخ في 13 ديسمبر 1928، والمدة فيها لا تقل عن ثلاثة أشهر، ومنذ تنقيح 1981 صارت هذه المدة شهرا واحدا فقط، وحافظ تنقيح 1993 على نفس المدة دون أن يقلّص فيها.

[115] – لقد عرّف المشرّع التونسي صلب الفصل 141 من م.إ.ع الشهر عند تحديده لمقدار الأجل، "فإذا قدّر الأجل بالأسابيع أو الأشهر أو السنين إعتبر الأسبوع سبعة أيام كاملة والشهر ثلاثين يوما كاملة والسنة ثلاثمائة وخمسة وستين يوما كاملة" وهذا ما قامت بتكريسه محكمة التعقيب التونسية في العديد من قراراتها.

[116] – المجلس الأعلى، غ.ج، 07/21/ 1969، مجموعة الأحكام الجزائية، ص.325.

[117] – المحكمة العليا، غ.ج، 10/23/ 1990، ملف رقم 59472، المجلة القضائية، 1992، عدد 03، ص. 230.

الزواج، مما يترتب عليه إلغاء النفقة[118] فإن ذلك لا يترتب عليه إنعدام المساءلة الجزائية ضمن القضاء الجزائري فهذه صورة من صور التشديد في مجال الحماية، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في إجتهاداتها بالقرار الصادر بتاريخ 21 جويلية 1998 والقاضي بأن "سحب الزوجة لشكواها أو التنازل عنها في جريمة عدم دفع النفقة بعد إنقضاء مدة الشهرين لا يفضى إلى إنقضاء الدعوى العمومية بإعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة".

وقد إختلفت نظرة الفقه والتشريع التونسي لهذه المسائل العارضة فقد كانت نظرته حول مسألة أثر قطع إحتساب الأجل و الأثر المترتب بالإمتناع عن الدفع بعد أن أدّى ما عليه مرة أولى وثانية أو تعوّد على الإمتثال للحكم المدني القاضي به، ثم انقطع عن ذلك ؟ فكيف ستحتسب مدة الشهر ؟ وما هي نقطة بداية حساب الأجل في هذه الحالة ؟ لم يجب المشرّع التونسي عن هذا السؤال، كما لا نجد إجابة في الفقه أو في فقه القضاء، إما لعدم طرحه أو لعدم نشر ما قيل حوله، في حين أجاب الفقه الفرنسي عن هذا التساؤل، مؤكدا بأن العدّ ينطلق من تاريخ آخر يوم قام فيه المدين بالدفع[119]. لتقديم الإجابة القانونية، يرى هؤلاء إنه إذا ما وقع قطع المدة بالدفع، فإن بداية العدّ تنطلق من يوم صيرورة الدين ثابتا وحالا، ولا يكون التاريخ مؤكدا بأن العدّ ينطلق من تاريخ آخر يوم قام فيه المدين بالدفع سليما لإنطلاق العدّ، إلا إذا بقي الدين ثابتا وبقي المدين شاغلا لمركزه القانوني وبقيت إمكانية جبره قضائيا قائمة، وهذا ما يستوجب ثبوت الدين وحلوله لنفي إمكانية سقوطه أو تعليقه. وبإنتهاء أجل الشهر المنصوص عليه صلب الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، يمكن للدائن أن يرفع شكاية (شكوى) للجهة المختصة وتباشر الدعوى العمومية ضد المدين.

أما فيما يتعلق بتسديد النفقة كاملة بعد إنتهاء أجل الشهر، فقد جعل المشرّع التونسي من إنتهاء أجل الشهر من دون دفع الدين الصادر فيه حكم قاض بالنفقة أو بجراية طلاق قبل تنقيح 1993[120] نقطة بداية إثارة

---

[118]- المحكمة العليا، غ.ج، 07/21/ 1998، ملف رقم 164848، المجلة القضائية، 1998، عدد 02، ص. 150.

[119]-Cf. MALIBERT.Pretot, Abandon de famille, art. 227-3 et 227-4,éd. Juris-Classeurs, n°163034, p.7.

[120] – أولا : قبل تنقيح 1993 :

ينص الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 22 ماي 1926 بعد تنقيحه في 13 سبتمبر 1928 على أن : "كل من كان نظره للمحاكم التونسية وحكم عليه بالنفقة لزوجه وأخلافه أو أسلافه فقضى عمدا ثلاثة أشهر بدون دفع النفقة المذكورة، أعتبر مرتكبا لجنحة إهمال العيال وعوقب بالسجن مدة تتراوح بين الثلاثة أشهر والعام، أو بخطية يتراوح مقدارها بين المائة والألفين، إما عند العود فالحكم بالسجن حتما. ومن الممكن تطبيق أحكام الفصل 53 من القانون الجنائي التونسي".

وحافظ المشرّع التونسي حتى بعد إلغاء الأمر المذكور سنة 1981 وإيجاد الفصل 53 مكرر صلب م.أ.ش، على نفس الآثار المترتبة عن انتهاء أجل الشهر بدون دفع، فقد نصّ هذا الفصل على أن "كل من حكم عليه بالنفقة أو بالجراية المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من الفصل 31 (جديد) والفقرتين الخامسة والسادسة من الفصل 32 (جديد) من هذه المجلة، فقضى عمدا شهرا بدون دفع ما حكم عليه بأدائه، يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين الثلاثة أشهر والعام وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار".وقد تعامل فقه القضاء مع هذا النص وطبقه بصفة آلية؛ قرار تعقيبي جزائي عدد 2475، مؤرخ في 10 جويلية 1963، ق.ج.، ص. 148.

الدعوى العمومية ، وسببا كافيا لإدانته بالرغم من أدائه لذلك الدين ، بعدّ تنقيح الفصل 53 مكرر من م.أ.ش[121] لم يعدّ لإنتهاء أجل الشهر الأهمية التي كان يكتسيها صلب النص القديم. نتيجة أن النص القديم تسبب في العديد من المشاكل العملية، خاصة على مستوى الأداء، بحيث أن المدين وعندما يعلم أن خلاصه للدين بعد فوات أجل الشهر لا يمحو الجريمة، فإنه يعدل عن ذلك لأنه يعلم جيد العلم أن الأمر لن يتغيّر سواء قام بالدفع أم لم يدفع، لذلك حاول قضاة الأصل في العديد من المرات، التخلص من هذه الشدة التي تتصف بها أحكام الفصل 53 مكرر القديم، وقبلت المحاكم الأداء المتأخر إذا برّر المدين تأخره تبريرا مقنعا. ولعلّ هذا ما جعل المشرع التونسي يتدخل سنة 1993 لتنقيح الفصل المذكور.

ثانيا

طابع و تميز الحماية الجزائية بقانون العقوبات التونسي

جاء المشرع الجزائي التونسي بتمييز من حيث المدة المقررة فرضها لإعتبار عدم التسديد قائم أي بإعتبار المدة، وفي نفس الوقت إعتبر أن عدم الدفع عمدي وهذا التمييز محله حماية أواصر الأسرة بما يضمن إستمراريتها دون التسرع في فرض المتابعة الجزائية دون تمحيص وتحقق فعلي عن قيام هذا الفعل، وهذا بتقصير المدة بإمكانية تحقيق المتابعة هذا من جهة، وعدم إعتبار أن عدم الدفع عمدي في نفس الوقت من جهة ثانية.

إذا بموجب صلب الفصل 53 مكرر من م.أ.ش تقررة فكرة الحماية من خلال تقصير مدة الإمتناع عن الإنفاق بجعلها شهر فقط لخطورة السلوك وإعتبر أن كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضي عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بآدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار إلي ألف دينار.

وبقراءة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، نلاحظ أن المشرع التونسي لم يجعل من القصد عنصراً مفترضا لذلك، بخلاف المشرع الجزائري الذي إعتبر أن عدم الدفع مفترضا، وقد أكدت محكمة التعقيب في العديد من

[121] – ثانيا : بعد تنقيح 1993 :

أن التنقيح الأخير للفصل 53 مكرر بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، قد سعى إلى تبني الآراء الفقهية التي نادت بضرورة التخلي عن الصيغة القديمة للفصل المذكور وتبني سياسة أكثر ليونة، تتمثل بالأساس في إيقاف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقوبة بمجرد قيام المدين بأداء الدين المتخلد بذمته. فكان الفصل 53 مكرر في صياغته الجديدة ناصا على أن "كل من حكم عليه بالنفقة أو جراية الطلاق، فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه،يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام، وبخطية من مائة دينار إلى ألف دينار. والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب...".

قراراتها[122] على أن جريمة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، هي جريمة قصدية وأن عنصر العمد فيها غير مفترض، فقد أشارت في أحدها على أنه "يؤخذ من منطوق الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، أن جريمة إهمال عيال هي من الجرائم القصدية، ولذلك فإن تواجدها يبقى رهين ثبوت حالة العمد والإصرار على عدم الإنفاق تنكيلا بمستحق النفقة المحكوم بها، وإمعانا في الإضرار به وإلحاحا في ضغط الحاجة عليه، كل ذلك بعد أن يكون قد قام المحكوم له بإعلام المحكوم عليه. وإذا ما ظهر أن المستفيد من حكم النفقة لم يسع للقيام بواجب الإعلام بالحكم، فإن المحكوم عليه يكون في حلّ من الأداء. وطالما كان الأمر كذلك، يصبح ركن العمد منعدما بما يترتب عليه حتما فقدان جريمة الإهمال لأهم مقوماتها"[123].

وخلاصة القول، أن ركن العمد في جريمة الفصل 53 مكرر أمر غير مفترض، وإنما يجب إثباته وهذا تمييز من حيث عناصر التجريم.

وكما سبق ذكره من جهة ثانية، أن المشرع الجزائي التونسي جعل الإمتداد الزمني شرطا لإمكانية المتابعة و مما جاء بأحد قرارات محكمة التعقيب أنه "إذا قدّر الأجل بالأشهر إعتبر الشهر ثلاثون يوما"[124]. ولكن المشرع التونسي جعل تمييز للأجل من خلال طبيعة الحكم لبداية حساب الأجل، من حيث التفرقة بين الحكم الصادر عن محكمة الناحية[125] والحكم الصادر عن المحكمة الإبتدائية.

فبالنسبة إلى الحكم الصادر عن محكمة الناحية، نلاحظ أن المشرع التونسي بالفصل 53 مكرر من م.أ.ش قد سكت عن تحديد نقطة حساب أجل الشهر إلا أنه يمكن القول أن الأحكام الصادرة عن محكمة الناحية وككل الأحكام المدنية لهذه المحكمة[126] فإنها غير قابلة للتنفيذ إلا بعد الإعلام بها[127] عن طريق عدل تنفيذ[128] وحسب الإجراءات القانونية.

---

[122] – قرار تعقيبي جزائي عدد 8778، مؤرخ في 21 جوان 1972، 1972، ق. ج.، ص. 118.– قرار تعقيبي جزائي عدد 24108، مؤرخ في 21 جوان 1989، ق.ت.، عدد 7، 1991، ص .109.

[123] – قرار تعقيبي جزائي عدد 27861، في 23 ماي 1990، ق.ت. عدد 4، لعام 1992، ص. 82.

[124] – قرار تعقيبي مدني عدد 698، مؤرخ في 16 جوان 1977، ن. م.ت. 1978، ص. 33.

[125] – يجوز أن يصدر حكم قاضي بالنفقة لفائدة الأبناء أو الزوجة أو غيرهما من المستفيدين من واجب الإنفاق، عن حاكم الناحية حسب الإجراءات العادية للتقاضي لدى محكمة الناحية.

[126] – أجوبة وزارة العدل عن أسئلة لجنة التشريع العام، حول مشروع القانون المتعلق بتنقيح بعض الفصول من م.أ.ش، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 31، فيفري 1981، ص. 946. وقد أكدت محكمة التعقيب في قرار صادر عنها في الثمانينات إنه "اقتضى الفصل 53 مكرر من م.أ.ش ، إن المحكوم عليه بالنفقة إذا أعلم بالحكم ومضى شهر على ذلك فإنه يصبح مرتكب لجريمة إهمال عيال.

[127] – قرار تعقيبي جزائي عدد 13065، مؤرخ في 1986/12/24،ن.م.ت.، 1987، ج1، ص. 30.

[128] - ما يماثله من نظام المحضر القضائي ضمن التنظيم القضائي الجزائري لكنه ملحق بالمحكمة .

والحكم الذي لم يقع الإعلام به لا يكون له أي أثر قانوني بالنسبة للذي صدر ضده، وهو غير قابل للتنفيذ. وعلى عكس بقية الأحكام، فإن للمُعلم بحكم النفقة في نفس الوقت الحق القانوني في الطعن فيه ويصبح منذ لحظة الإعلام ملزما بالتنفيذ رغم قيامه بالطعن بالإستئناف، بإعتبار أن الإستئناف لا يوقف التنفيذ.

أما بالنسبة إلى الأحكام الصادرة عن دائرة الأحوال الشخصية ونخص منها بالذكر الحكم القاضي بجراية طلاق، فإنه يتميز بخصوصيات إجرائية هامة متصلة بكيفية الإعلام به والطعن فيه وبالتالي بكيفية قابليته للتنفيذ.وهذا ما سيكون موضوع دراسة بجريمة عدم دفع نفقة محكوم بها قضاء[129].

وطابع التميز هذا، جاء إدراكا من المشرع التونسي للغاية من تجريم الإمتناع عن دفع النفقة أو جراية الطلاق، والتي هي بالأساس حماية الدائن في معاشه، وبالتالي فإن خلاص دينه يحقّق مصلحته وتصبح العقوبة لا لزام لها، لأنها تزيد في تعكير العلاقات العائلية وتجعل المدين مصرا على عدم الدفع مما يزيد الأمر خطورة.

وقد تتعدى الخطورة الإجرامية للفاعل بأن يمس جرم عدم الإنفاق، فعل التخلي عن الزوجة الحامل.

الفرع الثاني

جريمة التخلي عن الزوجة الحامل (التخلي عن الزوجة)

لتقريب المقارنة وفق عناصر المطلب، ننظر بداية نطاق التجريم ضمن التشريع الجزائي الجزائري إذ نجد المشرع الجزائري قد قررسابقاً الحماية من خلال تجريم فعل ترك الزوج لزوجته وإهمالها عمدا أثناء مدّة حملها، قبل أن يلغي هذا التجريم، وجاء بفكرة توسيع مجال الحماية الجزائية بتجريم التخلي عن الزوجة سواء كانت حامل أو غير حامل بموجب النص المستحدث بالفقرة الثانية للمادة 330 من ق.ع. وهي الجنحة التي كان منصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 330 ق.ع، والتي تجرم الزوج الذي يتخلى عمدًا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته، بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج، علاوة على ذلك يجوز الحكم على المتهم بعقوبة تكميلية، بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الوطنية و ذلك من سنة إلى خمس سنوات وفقا للمادة 332 ق.ع. مع علمه بأن زوجته حامل، وذلك لغير سبب جدي.

وقد أقر المشرع المغربي نفس العقوبة المقررة في جريمة إهمال الأسرة لمن يترك زوجته وهي حامل، شريطة علمه بوجود هذا الحمل عند قيامه بمغادرة بيت الزوجية.

[129] - ضمن المبحث الثالث بالمطلب الرابع من الباب الأول.

إذ أن مجال الحماية الجزائية ضمن التشريع الجزائري لفعل التخلى عن الزوجة جاء شامل وموسع ليشمل حالات وأوضاع الترك للزوجة تحت التكييف الجديد لفعل الترك بوصف جنحة التخلى عن الزوجة،وتترتب المسؤولية الجزائية وفق هذه الصورة متى تحققت صور السلوك محل التجريم ضمن كل تشريع ، بالإضافة إلى تحقق الغاية من تقرير الحماية الجزائية.

أولا

الإطار العام لسلوك التخلي

وضع المشرعين الجزائري و المغربي ضوابط لإعتبار هذا السلوك الإجرامي قائما، من كون إثبات صفة الرجل المتزوج، ويخرج من ذلك الزواج العرفي.

بالإضافة إلى شرط مغادرة الزوج محل الزوجية وليس الزوجة، مع علم الزوج أن الزوجة المتخلى عنها حامل. وليس مفترض حملها مع قيام قصد جنائي، يتمثل في العلم بأن الزوجة حامل[130].

أما الترك لمدّة أكثر من شهرين الذي يتخلله إنقطاع عن طريق العودة إلى مقر الزوجية، فإنه يوحي بالرغبة في إستئناف الحياة الزوجية يزيل عن الفعل عنصر التخلي عن الزوجة عمدا لمدة تتجاوز الشهرين،مما ينعدم معه القصد الجنائي وبالتالي يجعل الجريمة كأنها لم تكن. وكذلك الأمر بالنسبة للتخلي عن الزوجة الغير حامل من شرط المدة وعنصر التخلي.

ولا تختلف هذه الأركان عن أركان الجريمة ضمن التشريع الجنائي المغربي إذ جعل ضمن تقسيمه لجريمة الإهمال الأسري وفق ثلاث أشكال أساسية و هي : الإهمال المادي – الإهمال المالي – الإهمال المعنوي جاعلا جريمة ترك الزوج ، عمدا و دون موجب قاهر لمدة تزيد عن شهرين، زوجته و هي حامل مع علمه بذلك ضحمن صور الإهمال المادي، وثانيهما يكمن في أن يترك الزوج زوجته بشكل متعمد في حالة حمل مع علمه بحملها. و الحمل هنا يجب أن يكون منسوبا إلى الزوج، و أن تكون علاقة الزوجية قائمة غير منفصلة بطلاق، و ليس مجرد علاقة خطبة أو علاقة غير شرعية.

وبتوفر هذين الركنين: الركن المادي (ترك بيت الزوجية)، و الركن المعنوي القصد الجنائي الذي أشار إليه الفصل 479 م.ج.م بعبارة " عمدا " و "دون موجب قاهر"، فإن أركان هذه الجريمة تكتمل بوجود المادة 479

[130] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ، ص. 151.

م.ج.م و التي تعاقب عليها بالحبس من شهر إلى سنة و غرامة من 200 إلى 2.000 درهم سواء تم هذا الإهمال في صورته الأولى أو الثانية.

و هذا الترك يجب أن يزيد عن الشهرين، وواقعة الزمن هاته يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات، ولا تنقطع إلا بالعودة الفعلية لبيت الزوجية.

وعليه نلتمس أن من شروط خصوصية الحماية للمرأة الحامل وجوب أن يكون هناك زواج رسمي وليس عرفي بالإضافة إلى أنه يحدث أن يقع فعل الترك على زوجة حامل وهي في نفس الحال لها أولاد هذا الوضع يجعلنا نبحث عن مدى التكييف الأنسب لتحقق المتابعة الجزائية أي هل يتابع الفاعل ضمن التشريع المغربي على أساس جريمة ترك زوجة حامل أم على أساس ترك مقر الأسرة ؟

هذا الأمر يأخذ صورة التعدد الصوري فأمام هذا الوضع يؤخذ بالوصف الأشد لتحقيق المتابعة الجزائية.

ثانيا

تقرير المسؤولية بتقدير عنصر السبب الجدي

بإعتبار تفرد المشرع المغربي بالحماية الجزائية للزوجة الحامل إذ جعل من السبب الجدي مبررا لايتحقق معه القول بقيام فعل التخلي عن الزوجة أو الزوجة الحامل، و أعفى الزوج من المتابعة و الجزاء في حالة قيامه.

إلا أن الدفع بقيام السبب الجدي الذي يتقدم به الزوج، متروك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع بإعتباره مسألة واقع، والسبب الجدي واجب الإثبات من قبل الزوج الذي ترك زوجته، لأن سوء النية مفترضة في هذه الحالة [131].

كما أن الزوجة الحامل إذا هي أقدمت على مغادرة بيت الزوجية، وكان زوجها عالما بحالة الحمل، لا يجوز له متابعتها بإهمال الأسرة، إلا إذا وجد أطفالا صغارا في البيت الذي غادرته وتخلت عنهم دون عذر قاهر.

أما عن مسألة العلم بالحمل، فإنه من الصعب إثبات هذا العلم خصوصا إذا كانت الزوجة في الأشهر الأولى للحمل.

ويستخلص بمفهوم المخالفة من المادة 479 من م.ج.م ، أن الزوجة إذا لم تكن حاملا وأهملها زوجها لأكثر من شهرين دون عذر مقبول، لا يحق لها متابعته بهذه الجريمة.

ونظر لما يشكله جرم ترك الزوجة وجريمة عدم الإنفاق من إخلال بالإلتزامات الأسرية خاصة في مسألة الإعتبار المالي، إلا أن جرم التصرف في الموارد المالية للزوجة أبرز نموذج لصور السلوك هذه.

[131]– أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 148.

الفرع الثالث

جريمة التصرف في الموارد المالية للزوجة

حرص المشرع المغاربي على تنظيم العلاقة المالية بين الزوجين في سبيل إنشاء أسرة مستقرة تحت الرعاية المشتركة للزوجين وتحديد التصرف السليم للأموال الأسرية[132] .

وتوسيعا من المشرع الجزائري في مجال الحماية الجزائية بما يكون أكثر شمولية لحماية الرابطة الزوجية، فقد قرر تجريم كل سلوك صادر من الزوج غرضه أو ظاهره وفق صور محددة الإستيلاء عن طريق التصرف في الموارد المالي للزوجة وهذا بموجب نص المادة 330 مكرر " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.

وجاء هذا النص تكملة لمبدء إستقلالية الذمة المالية للزوجين[133] وفق نص الفقرة الأولى من المادة 37 من ق.أ، على أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة. وهو نفس المبدء الذي أخذ المشرع المغربي بالمدونة في مادتها 49 التي تنص على أن " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الإتفاق على إستثمارها و توزيعها. يضمن هذا الإتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج . يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام سالفة الذكر. إذا لم يكن هناك إتفاق يرجع إلى القواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين و ما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، بإستثناء القانون التونسي الذي خرج على هذا الأصل وألزم الزوجة بالمساهمة في الإنفاق إذا كانت الزوجة ذات مال أو دخل كما أشار إلى ذلك الفصل 23 من م.أ.ش.ت .[134]

---

[132] – فاطمة البويسفي، النزاعات المالية خطر يهدد تماسك الأسرة مداخلة في ندوة الحقوق والالتزامات المالية للمرأة داخل الأسرة في ظل المتغيرات الإقتصادية والاجتماعية، ط 1، منشورات الجمعية، مطبعة طوب بريس، الرباط ، 2003، ص. 7.

[133] – تعريف الفقهاء الفرنسيين للنظام المالي للزوجين حيث يعرف بأنه: " مجموعة القواعد القانونية أو الاتفاقية بين الزوجين والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد إنتهاء الزوجية".

[134] – كما نصت المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"بينما نجد القانون الفرنسي يلزم الزوجة بأن تساهم في تحمل تكاليف المعيشة ومصاريف تربية الأبناء حتى ولو كانت معسرة.

وحسب نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يقع على عاتق الزوج واجب الإنفاق على زوجته.

أي أن كل من قوانين الأسرة المغاربية قد حسمت بشكل صريح في مسألة إستقلال الذمة المالية للزوجين، إذ يحتفظ كل منهما بذمته المالية المستقلة عن ذمة الآخر، ويكون لكل من الزوجين الحرية التامة في التصرف في أموالهما، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بدون عوض[135]، إلا أن المساس بحدود هذه الإستقلالية يدخل الفعل ضمن نطاق التجريم وفقا للقانون الجزائري والمغربي.

فجاء تجريم المساس بالذمة المالية للزوجة في إطار ما يضمن هذه الحقوق تحت عدة صور ووفق أسباب محددة .

أولا

صور سلوك التصرف في الممتلكات أو الموارد المالية

إذ الأصل أن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة[136]، لكل منهما الحق في التصرف فيها وتسييرها وتدبيرها بدون قيد ولا شرط، ولا يمكن الحد من هذه الاستقلالية إلا بموجب إتفاق الأطراف ، لوجود حياة مالية بالإضافة إلى الرابطة الشخصية، فمن آثار الزواج أنه ينشئ علاقات ذات طبيعة مالية بين الزوجين، فيصح لنا القول بأن القواعد الخاصة بأموال الزوجين الواردة في قوانين الأسرة المغاربية يمكن أن نطلق عليها النظام المالي للزوجين[137]، لكنه نظام له مميزاته وخصائصه تجعله ينفرد عن غيره من النظم القانونية الأخرى.

---

[135] – وهذا ما نصت عنه الإتفاقات الدولية منها الفصل 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على "أن تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما عند الزواج وخلال قيامه وعند انحلاله..."، كما توصي الاتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة في فصلها السادس على "أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليهما وإدارتها والتصرف فيها".

[136] – من أهم نظم المشارطات المالية السائدة في القانون الفرنسي نجد ما يلي:

1– نظام الإشتراك القانوني: ويسري هذا النظام إذا لم يختر الزوجان نظاماً آخر في مشارطة الزواج، ويتم تقسيم الأموال في هذا النظام إلى ثلاثة أقسام أولها الأموال المشتركة وهي ملك لكل من الزوجين، ثم الأموال الخاصة بالزوج. وأخيراً الأموال الخاصة بالزوجة.

وبحسب أحكام القانون المدني الفرنسي تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك الذي نظمت قواعده المادة 1399 ، ولكن أجاز القانون الفرنسي للزوجين أن يتفقا على خلاف ذلك والخروج على قواعد نظام اشتراك الأموال كلها أو بعضها، ويبديان رغبتهما هذه في مشارطة مالية يعقدانها أمام الموثق قبل إبرام الزواج يبينان فيها النظام المالي الذي اختاراه.

2– نظام عدم الاشتراك: وفي هذا النظام لا تكون هناك أموال مشتركة بين الزوجين وإنما يكون للزوج إدارة أموال زوجته، وتحصيل ريعها والإنفاق العائلي من هذه الأموال.

3– نظام انفصال الأموال: وبحسب هذا النظام يحتفظ كل من الزوجين بأمواله الخاصة على أن يساهم كل منهما في تحمل مصاريف الأسرة. وتتمتع الزوجة في ظل هذا النظام بسلطات مستقلة عن الزوج في إبرام التصرفات البنكية وأعمال البورصة.

[137] – تجد فكرة النظام المالي للزوجين أصلها في القانون المدني الفرنسي، إذ بالرجوع إلى الباب المتعلق بالحقوق العينية نجد أن النظام المالي يشكل جزءا هاما من القانون المالي للأسرة، إلى جانب المواريث والهبات.

وقد سوى القانون الجزائري في التصرفات المالية بين المرأة والرجل سواء كانت بعوض أو بدون عوض مستمداً هذه الأحكام من الشريعة الإسلامية التي منحت للمرأة الأهلية الكاملة فيما يخص الملكية والتصرف، حيث يتحمل الزوج أعباء الأسرة، وهذا لأن القانون الجزائري يعتمد نظام فصل الأموال ولا يؤثر الزواج على أموال الزوجين، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة [138].

وقد جاء التشريع التونسي بمبدأ أساسي هو مبدأ إستقلال الذمم المالية للأزواج بموجب الفصل24 من م.أ.ش، وعدم تأثير الزواج على الحالة المالية لكلا الزوجين إذ يبقى كل واحد منهما محتفظا بملكية أمواله التي إكتسب ملكيتها قبل الزواج. كما أنّ العمليات أو التصرفات القانونية التي تحدث إثر الزواج تنشئ حقوقا أو تنشئ ديونا في ذمّة أحد الزوجين فقط، إلاّ في الصور التي يقتضي فيها القانون أو العقد تضامنهما لا بحكم أنهما زوجان، وإنما لتوفر الشروط القانونية للتضامن أو قيام حالة شيوع بحكم العقد أو بحكم القانون.

أي إقتصار مجال الحماية على تطبيق أحكام مجلة الأحوال الشخصية أي الطابع المدني دون تقرير الحماية الجزائية لذلك . وهو نفس التنظيم الذي إعتمدته مدونة الأسرة المغربية في فصلها 79 على وضع الأسس التشريعية الأولى في لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين، فقد قررت المادة مبدأ جوهري وهو إستقلال الذمة المالية لكل زوج وإستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد عمله وأملاكه وأصوله.

كما يمكن بمقتضاها للزوجين الإتفاق بينهما على تنظيم معين للأموال والعائدات والمداخيل التي يجنيانها معا إبتداءا من تاريخ إبرام عقد الزواج[139]، وبمقتضى الفصل المذكور يتعين في حالة الإتفاق على إستثمار وتوزيع الأموال المكتسبة من طرف الزوجين أن يكون الإتفاق مكتوبا وموجودا في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وإن لم تكن هناك وثيقة معدة سلفا وجب تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، أي تطبيق المبدأ القاضي بالبينة على المدعي واليمين على من أنكر، وعندئذ يراعى عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء وتضحيات في سبيل تنمية ثروة الأسرة وصيانتها[140]، مما يعني معه إعتماد أحكام المدونة ولم يرتب المسؤولية الجزائية .

---

[138] – زهور الحر، حق الزوجة في المستفاد من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي، جريدة الإتحاد الإشتراكي ، الأربعاء 23 ديسمبر 2003، ص. 23

-Cf, PIERRE. Gavage, la pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, Revue critique de droit international privé, 1992 , N° 3, P .432.

[139] -Cf. MOULAY R'CHID. Abderrazak , La femme et la loi au Maroc, Collection dirigée par Fatima Mernissi, éd le Fennec, 2ème éd. 1993. p . 57-58 .

[140] – زهور الحر، المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة للمادة 49 من مدونة الأسرة، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان من طرف وزارة العدل ورابطة التربية على حقوق الإنسان أيام 05-06-08 ديسمبر 2005.

وذلك بإمكانية إبرام عقد تدبير الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، إلا أن فعاليته تظل جد محدودة ولا تحقق الحماية الكافية للحقوق المالية للزوجين. مما جعل المشرع الغربي يعتمد مشروع قانون يوفرالحماية الجزائية للمرأة بهذه الجزئية تحت مسمى تبديد أموال الأسرة بسوء نية[141] بأي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية .

وجعل المشرع الجزائري وجوب إعتماد صور السلوك للقول بمدى تحقق السلوك المجرم وهو أن يكون الفعل الصادر عن الزوج تحت أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية، وهي نفس صور السلوك التي اعتمدها المشرع المغربي بمسودة القانون بل أضاف صور أخري لم يدركها المشرع الجزائري وهي صور النصب الإحتيال التدليس ليوسع مجال الحماية.

خاصة وأن إعمال المشرع المغربي المادة 49 من م.أ غير كاف للحد من سلطة الزوج في التصرف في الممتلكات التي تكون محل عقد الإتفاق الإختياري سواء بالبيع أو الرهن أو الإيجار أو القسمة أو المعاوضة أو التبرع إلى غيرها من عقود التي تنقل الملكية أو تنشئ حقوقا عينية. فإعتماد إشهار عقد تدبير الأموال المشتركة يجعل هذه التصرفات باطلة إن لم تحظ بالموافقة الصريحة للزوجين، لأن الهدف من تبني عقد تدبير الأموال المشتركة للزوجين هي الحماية المشتركة للزوجين من تعسف الطرف القوي في العلاقة، خاصة أن القضاء تعترضه صعوبات قانونية وعملية بالاعتماد على القواعد العامة للإثبات في تقدير نسبة مساهمة الزوجين في تنمية المال الأسري[142].

وهو نفس مجال الحماية بالتشريع التونسي بأخذه بمبدأ الإشهار لحماية الرابطة التعاقدية التي تجمع الزوجين في تسيير أمورهم المالية، بحيث يلزم المأمور العمومي الذي يتولى تلقي إتفاقات الزوجين بتوجيه ملخصه خلال10 أيام إلى ضابط الحالة المدنية بمكان ولادة الزوجين، قصد تسجيله بسجلات الحالة المدنية تحت طائلة المسؤولية والغرامة، فضلا عن تقييد هذا الملخص بسجلات المحافظة العقارية على أساس أن كل إكتساب لحق عيني على عقار لابد من الإدلاء بما يفيد حالته المدنية.

ويتمتع المحافظ على الأملاك العقارية بسلطة التأكد مما إذا كان المعني بالأمر قد إختار النظام المالي المشترك، وكل شهادة تسلم من طرف مصالح المحافظة العقارية يجب أن تتضمن الإشارة إلى مسألة وجود نظام مشترك للأموال من عدمه. ومن هنا يتبين أن المشرع التونسي بخلاف نظيره المغربي، قد أسس نظاما يحمي حقوق

[141] – مشروع القانون رقم 13 - 103 ، المتعلق بمناهضة العنف ضد النساء في صيغته الجديدة تحت مسمى تبديد أموال الأسرة بسوء نية.

[142] - رشيد داودي، العلاقات المالية بين الزوجين وفق مدونة الأسرة، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق طنجة، 2005-2006، ص. 90 وما بعدها.

الزوجين وذلك لما يتطلبه من سلوك إجراءات شكلية تتمثل أساسا في إعلام كل المصالح الإدارية المعنية بنظام الاشتراك المالي للزوجين وفق الفصل 16 من قانون 1998.

بالإظافة إلى تقريره إمكانية لأي من الزوجين أن يستصدر حكما إستعجاليا يقضي برفع يد القرين مؤقتا عن إدارة الأملاك المشتركة متى أثبت سوء تصرفه أو تبديده لهذه الممتلكات. وليس على الزوج القائم بتلك الأعمال محاسبة قرينه على ما قام به[143]. وهذا دون تقرير المتابعة الجزائية التي إعتمدها المشرع الجزائري من خلال تقدير عناصر التخويف أو الإكراه.

ثانيا

تقرير المسؤولية بتقدير عناصر الإكراه أو التخويف

جاءت أحكام المادة 330 مكرر من قانون العقوبات الجزائري لحماية المرأة من الجانب الإقتصادي، من خلال تكريس إستقلاليتها الإقتصادية وتجريم من يحاول حرمانها من مواردها أو ممتلكاتها المالية والمادية، وفق صور الإكراه أو التخويف والتي يبقى تقديرها للقاضي الجزائي.

إذ أن وضع قواعد خاصة بتنظيم العلاقات المالية للزوجين مسألة تكتنفها الكثير من العوائق نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية التي تجمع بين شخصين من جنسين مختلفين، ويعيشان تحت سقف واحد [144]، لذلك فإن وضع نظام لتدبير أموال الزوجين ذي طابع جزائي ينبغي أن يراع فيه الأسس والمبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج، من مودة ورحمة وتضامن وثقة.

وبالتالي فإن تقرير الحماية الجزائية لحماية أموال الزوجة وفق هذا المنظور يطرح إشكالية أساسية تتمحور حول تقدير عناصر الإكراه أو التخويف وفق ما جاء به المشرع الجزائري من تحديد، بالإظافة إلى ما يفتحه هذا التحديد من إعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقديره لصور الإكره أو تحديد صور التخويف أو تحديد ما يدخل ضمن الموارد المالية أو عدم ذلك إذ جاء التحديد عام بنصه على معاقبة كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.

---

[143] - منذ سنة 1998، أنشأ المشرع التونسي نظام الإشتراك في الملكية بعد الزواج بمقتضى القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والمتعلق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين. وهو نظام إختياري يجوز للزوجين إختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق. ويهدف إلى جعل عقار أو مجموعة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة. ويمكن لهما الإتفاق على توسيع نطاق الإشتراك بشرط التنصيص على ذلك صراحة بالعقد. ويعتبر الزواج المبرم دون تنصيص على الزوجين في نظام الأملاك الزوجية بمثابة الإختيار لنظام التفرقة في الأملاك.

[144] - فريدة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها، حق شرعي وقيود تشريعية، مطبعة دار تينمل، مراكش، ط 1، 1995 ، ص. 13 وما بعدها.

وهذا بخلاف التحديد الذي إعتمده المشرع المغربي بمسودة القانون المتعلق بمناهضة العنف ضد النساء الذي شمل الحماية الجزائية عدة صور أكثر شمولية من الإكراه أو التخويف لتشمل حتى حالات تحويل أو سلب أو إتلاف أو حجب أو إختلاس أغراض أو وثائق شخصية أو أموال وقيم أو ممتلكا ت أوموارد إقتصادية تهدف إلى تغطية احتياجات الضحية وكل إضرار بالممتلكات المشتركة أو الخاصة للضحية.

بالإظافة إلى ما يفتحه المجال والدفع للنظر في تقدير صور الإكراه أو التخويف من خلال تطبيق أحكام القانون المدني[145] ، أم من خلال مبادئ القانون الجزائي في تقديرها كصور معدمة للإرادة . وهل يدخل ضمن ذلك صور الإكراه المادي. هذا ما يفعنا للتساؤل عن مدى إعتبار هذه الصور كفيلة بضمان حقوق الزوجة، وهذا ما تجيب عنه التطبيقات والممارسات القضائية لحداثة النص المتعلق بالتجريم، خاصة وأن هذا التجريم لم يشمل مال الزوج بالحماية الجزائية الخاصة وتركها مشمولة بالحماية طبقا للقواعد العامة لحماية المال، وهذا بخلاف الحماية المتعلقة بالمسائل الخلقية نظرا لما تشكله من خطورة أكبر على أواصر العلاقة الزوجية [146].وهذا ما سنوضحه.

الفرع الرابع

جريمة الزنا

تعد جريمة الزنا[147] فعلا إجراميا من أخطر الجرائم المدمّرة للحياة الزّوجية، لما فيها من إخلال بالأسس التي يقوم عليها النظام الإجتماعي[148]. وقد نص المشرع الجزائري بالمادة 339 ق.ع، بأن"يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل إمرأة متزوجة ثبت إرتكابها جريمة الزنا.

---

[145] – المادة 88 من القانون المدني الجزائري في تعريف الإكراه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه دون حق . وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه ، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه ، وسنه وحالته الإجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه.

[146]– حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ط 1، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001، ص. 190.

[147] – عرف فقهاء الشريعة الزنا على أكثر من أربعة مذاهب منها

1 – المالكية: بأنه وطء مكلف فرج أدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً .

2 – الأحناف :– انه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك أو شبهة الملك.

3 – الشافعية:– بأنه إيلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهي طبعاً.

4– الحنابلة :– فعل الفاحشة في قبل أو دبر.

ومن الملاحظ أن الفقهاء يختلفون في وضع تعريف جامع للزنا ولكنهم يتفقون في أنه الوطء المحرم المتعمد .

ومنه يستفاد أن جريمة الزنا تقوم علي ركنيين هما:.

1– الركن المادي – الوطء المحرم

2 – الركن المعنوي – القصد الجنائي

[148] – جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المجلد الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص. 74.

و تطبق العقوبة ذاتها على كل من إرتكب جريمة الزنا مع إمرأة يعلم أنها متزوجة.

و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته".

و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

وإشترط المشرع الجزائري ركنا ماديا يتجلى في الإتصال الجنسي غير المشروع الذي يمارسه أحد الزوجين مع أجنبي بغض النظر عن صفة هذا الأخير هل هو أعزب أم متزوج، أي أن يكون الوطء بين شخصين أحدهما متزوج على الأقل، لقيام الجريمة. وأن يكون الزواج صحيحا[149]، بالإضافة إلي وجوب أن يجب أن تكون رابطة الزوجية قائمة حقيقة، حال إرتكاب جريمة الزنا، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا بالجزائر في إجتهادها، الذي جاء فيه أنه لاصفة "للزوج"بعد الطلاق في رفع شكوى من أجل الزنا[150].

وجاء هذا القرار بعد إثارة دفاع المتهمين لأحد أوجه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون، إذ صدر حكم من المحكمة الإبتدائية يقضى ببراءة المتهمين من جرم الزنا لعدم قيام العلاقة الزوجية وقت تقديم الشكوى، إلا أن مجلس قضاء مستغانم قضى بإلغاء هذا الحكم معتبرا إنعدام الرابطة الزوجية وقت تقديم الشكوى ليس بشرط من شروط قبولها مخالفا بقراره هذا، نص المادة 339 من ق.ع مادام أن الشاكي يفتقد صفة الزوج وقت تقديم الشكوى.

وهذا ما إتجهت إليه المحكمة العليا وإعتبرت أن الشكوى التي تم تقديمها من الزوج جاءت بعد صدور حكم نهائي بفك العصمة الزوجية وبالتالي ينعدم الركن القانوني المنصوص عليه بالمادة 339 من ق.ع مما يتوجب معه نقض القرار الصادر من مجلس قضاء مستغانم[151].

ولم يستقر إجتهاد المحكمة العليا بقرارها الصادر بتاريخ2011/07/28 على هذا الموقف بل إعتبرت أنه تقوم جريمة الزنا حتى في حالة الزواج بالفاتحة أي وجود زواج عرفي ، وأن عقد الزواج المسجل مجرد وسيلة لإثبات الزواج[152] وهذا لتوسيع وتحقيق الحماية بشكل أفضل لقيم الأسرة ووجودها بإعتبارها قائمة فعلا.

أما قيامها حُكما فيعني أنه طرأ عليها طلاق، و لكنه طلاق رجعي طالما أن العدة قائمة[153]. فإذا زنت في فترة العدة قامت في حقها جريمة الزنا، أما إذا إنقضت العدة فإن الطلاق يصبح بائنا و عندئذ لا تقوم الجريمة.

---

[149] – وقد إتجهت المحكمة العليا في إجتهادها إلى أكثر من ذلك، وإعتبرت أن الزواج العرفي لا يعد سببا لنفى قيام جريمة الزنا إذ فرق القضاء بإجتهاده هذا بين قيام علاقة الزواج كركن وعلاقة الزواج كدليل إثبات جرم الزنا بعد إقرار الزوجة بواقعة الزنا. المحكمة العليا، غ.ج، 2005/06/01 ، ملف رقم 297745، المجلة القضائية، 2003، عدد 02، ص. 354 .

[150] – المحكمة العليا، غ.ج، 01/08/ 2003، ملف رقم 249349، المجلة القضائية، 2003، عدد 02، ص. 354 .

[151] – المحكمة العليا، غ.ج، المجلة القضائية، عدد 02، 2003، ص. 356.

[152] – المحكمة العليا، غ.ج، ملف رقم 538865 ، المجلة القضائية ،2012، العدد02، ص. 325.

[153] – نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص. 66.

والطلاق البائن بينونة كبرى فإنه يزيل الحل و الملك معا، و في الحال تنقضي علاقة الزوجية نهائيا و تنقضي صفة الزوجية، فإذا زنت هذه الزوجة في هذه الحالة فلا يستطيع تحريك الدعوى ضدها، ولو وقع منها الوطء خلال فترة العدة[154].

ولا تقوم الجريمة إلا بقصد جنائي يتمثل في إتجاه إرادة الفاعل الأصلي وعلمه بأنه متزوج وأنه يواصل شخصا غير زوجه[155].

وعاقب المشرع الجزائري الجاني وشريكه بالسجن من سنة إلى سنتين، دون تميز بين كون الجاني رجلا أو إمرأة، خلافا لما كان عليه قبل تعديل 1982، حيث كان يعاقب الزوج نصف عقوبة الزوجة[156] . وقد تميز المشرع المغربي في مسألة التجريم من حيث كون الجاني متزوج أو غير متزوج.

أولا

خصوصية التجريم ضمن التشريع المغربي

عالج المشرع المغربي الحماية ضمن المدلول القانوني لكلمة الزنا، من خلال الفصول الواردة في هذا الشأن وهي على الخصوص الفصل 490- 491- 492- و 493 من القانون الجنائي [157].

وعليه ومن خلال إستقراء هذه الفصول يلاحظ أن المشرع المغربي جعل من الزنا نوعين مختلفين تمام الإختلاف وهو طابع تمييز التجريم وهما: زنا الأعزب، أي غير المتزوج، ويسميها الفساد، وزنا المتزوج ويسميها الخيانة الزوجية .

إذ فرق بين جريمتي الخيانة الزوجية و الفساد، في عنصر العلاقة الزوجية، بالنسبة لأحد طرفي العلاقة الجنسية الغير المشروعة، بحيث تُعَرَفُ جريمة الفساد في الفصل 490 من القانون الجنائي، بأنها "كل علاقة جنسية بين رجل و امرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية." أما جريمة الخيانة الزوجية، و إن كان المشرع المغربي قد سكت عن إعطاء تعريف خاص لها. إلا أنه قد بين عناصرها. بحيث يكفي لقيام جريمة الخيانة الزوجية، أن ينطبق على الفعل المكون لها، وصف جريمة الفساد، بالإضافة إلى كون أحد طرفي العلاقة الجنسية متزوجا بشخص ثالث، يتوقف على شكواه تحريك المتابعة في مواجهة الزوج الخائن أو الزوجة الخائنة و كذلك الشريك.

---

154 – عبد الحكيم فوده، أدلة الإثبات والنفي في الدعوى الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص. 755.

155 - محكمة عين ولمان سطيف، ق ج، 2012/10/15، فهرس رقم 12/06752، غير منشور، ملحق رقم 05، ص.390.

156 – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 67.

157 – الفصل 491 "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه.غير أنه في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة، فإنه يمكن للنيابة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة. بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.03.207 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 24.03 .

كما تختلف الجريمتان أيضا على مستوى العقوبة المقررة لهما بحيث يعاقب على جريمة الفساد بالحبس من شهر واحد إلى سنة في حين أن إرتكاب أحد الزوجين لجريمة الخيانة الزوجية ينص الفصل 491 من م .ج.م على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية و لا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناءا على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه"[158] و ذلك إنطلاقا من مبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه في الفصل 5 من الدستور المغربي.

كما أن قضاء المجلس الأعلى المغربي قد ذهب في واقعة معينة إلى نقض قرار محكمة الإستئناف والتصريح ببراءة مرتكبي جريمة الخيانة الزوجية و الذين كانا كلاهما متزوجين و إستفادا من تنازل الزوج و الزوجة و تمت متابعتهما من طرف محكمة الموضوع بتهمة المشاركة في الخيانة الزوجية. و إستفاد من هذا القرار القاضي بالبراءة كل من الرجل و المرأة طالما أن مركزهما القانوني واحد[159].

أي أن المشرع المغربي إعتبر حالة الزوجية القائمة ركن لقيام جريمة الخيانة الزوجية أي تخص الطرف الخائن لها للقول في حقه بأنه إرتكب جريمة الخيانة الزوجية، إذ بدون هذه العلاقة يكون الشخص في حالة عزوبة ومن تم يكون الجرم بالصفة المذكورة غير محقق ومن خلال هذا التمييز في التجريم يتبين أن التفصيل في الجزاء العقابي جاء وفق قيام عنصر الزوجية، على أساس تصور المشرع المغربي لفاعلية هذا الجزاء بما يتلائم والمحافظة على قيم المجتمع[160] .

---

158 - نموذج منطوق حكم جزائي " المغرب " قضت هيأة المحكمة بالحكم على كل واحد من المتهمين بأربعة أشهر حبسا نافذا وتحميلهما الصائر مجبرين في الأدنى، وبأدائهما متضامنين لفائدة المطالب بالحق المدني تعويضا مدنيا قدره 15000 درهم وتحميلهما الصائر تضامنا وتحديد مدة الإكراه البدني في الأدنى.

159 - عقوبة الزنا في الشريعة الإسلامية: نوعان :

أولا/ عقوبة البكر: رتبت الشريعة عقوبتي الجلد والتغريب علي الزاني البكر رجلاً كان أو امرأة، لقوله تعالى (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) . ودليل التغريب قوله صلى الله عليه وسلم " خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام " والجلد كما هو معلوم عقوبة حدية وليست تعزيزا وليس للقاضي منها أو يزيد ولا يوقف تنفيذها كما لا يملك ولي الأمر حيالها العفو أو التعديل ، أما التغريب فمختلف في وجوبها فهي متروكة لولي الأمر.

ثانياً/ عقوبة المحصن: شددت الشريعة عقوبة المحصن فجعلتها الرجم باتفاق جميع العلماء والجلد اختلفوا فيه بين موجب ومعارض والراجح أن الرسول أمر برجم متعز والغامدية ولم يأمر بجلدهما .وللمحصن شروط لتوافر عقوبة الرجم بحقه وهي الوطء (الإيلاج في القبل) في نكاح صحيح والكمال في كل منهما البلوغ العقل الحرية.

160 - ينص قانون العقوبات الليبي رقم 70-1973 في مادته الأولى على أن " الزنا هو أن يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما العلاقة الزوجية المشروع. وقد جعل المشرع الليبي تمييز لنوع العقاب بموجب المادة 2 منه بنصها " يحد الزاني بالجلد مائة جلدة ويجوز تعزيزه بالحبس مع الجلد. وإشترط بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة أن يكون الفاعل عاقلا في حين كان قد نص على الأهلية الجنائية ضمن المبادئ العامة من قانون العقوبات بنصها" ويشترط أن يكون الفاعل عاقلاً أتم ثماني عشرة سنة من عمره وقصد إرتكاب الفعل، وتشدد المشرع في العقاب في عدم إفلات الجاني من العقاب لخطورة الجريمة بتعزير الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشر من عمره بموجب المادة " بنصها " تعزير الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشرة:

إذا كان الجاني في المادة السابقة لم يتم الثامنة عشرة سنة يعزر على الوجه الآتي:

- 1 إذا كان قد أتم السابعة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب ويجوز إذا تجاوز العاشرة تعزيره بالضرب بما يناسب سنه.

- 2 وإذا كان قد أتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب؛-3وفي الحالتين السابقتين إذا تكرر ارتكاب الجريمة يحكم على الجاني بالضرب بما يناسب سنه فإذا كان قد تجاوز العاشرة يحكم عليه كذلك بالإيواء في إصلاحية قانونية؛ - 4 وتعد التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد إجراءات تأديبية.

ثـانيا

مدى مُلائمة المتابعة الجزائية الحاصلة

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد شملت النسب بحماية كبرى[161]، فإن القانون الوضعي المغربي، متعه بحماية جنائية موازية، إذ جرم كل علاقة جنسية خارج الزواج، لذلك عاقب على الزنا بإعتبارها أهم جريمة تقف ضد الأخلاق وإستقرار الزواج والأنساب، ولم يسمح بالتوالد في إطار خارج الزواج ويعاقب كل التصرفات التي تمس بالأسرة الشرعية[162].

وتوسع المشرع المغربي في مجال الحماية بأن جعلها حاصلة في حال غياب الزوج أو الزوجة خارج المملكة، كيف تتم التابعة ؟ وهل يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى؟ المشرع المغربي كان حكيما عندما خول للنيابة العامة إمكانية المتابعة تلقائيا للزوج الذي يمارس الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة و ذلك في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة إلا أن تطبيق هذه الفقرة يجب أن يحاط بمجموعة من الضمانات بإعتبار أنه و كما سبقت الإشارة فغاية المشرع المغربي من توقف المتابعة على شكوى الزوج أو الزوجة المجني عليها هو الحفاظ على نظام الأسرة لذلك فإن تحريك النيابة العامة تلقائيا للمتابعة لا يجب أن يتم إلا في حال تعاطي الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة. و أيضا أن يكون الزوج المجني عليه غائبا خارج تراب المملكة بحيث يتعذر عليه أن يعلم بتعاطي زوجه أو زوجته للخيانة الزوجية.

من زاوية أخرى، فإن النيابة العامة في أغلب الأحوال التي تلجأ فيها إلى المتابعة في هذه الحالة فإنها لا تكيف الفعل على أنه خيانة زوجية بل تذهب إلى إعتباره فسادا مما يجعل الأحكام الإبتدائية و القرارات الإستئنافية معرضة للنقض من طرف محكمة النقض. وهذا ما لم يشر إليه المشرع الجزائري.

---

[161] - عقوبة الزنا في الشريعة الإسلامية: نوعان :

أولا/ عقوبة البكر: رتبت الشريعة عقوبتي الجلد والتغريب علي الزاني البكر رجلاً كان أو امرأة، لقوله تعالى (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ) . ودليل التغريب قوله صلى الله عليه وسلم " خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام " والجلد كما هو معلوم عقوبة حدية وليست تعزيزا وليس للقاضي منها أو يزيد ولا يوقف تنفيذها كما لا يملك ولي الأمر حيالها العفو أو التعديل ، أما التغريب فمختلف في وجوبها فهي متروكة لولي الأمر .

ثانياً/ عقوبة المحصن: شددت الشريعة عقوبة المحصن فجعلتها الرجم باتفاق جميع العلماء والجلد اختلفوا فيه بين موجب ومعارض والراجح أن الرسول أمر برجم متعز والغامدية ولم يأمر بجلدهما .وللمحصن شروط لتوافر عقوبة الرجم بحقه وهي الوطء (الإيلاج في القبل) في نكاح صحيح والكمال في كل منهما البلوغ العقل الحرية.

[162] -Cf. MOSLEH.Khadija , La procréation naturelle au Maroc, Mémoire de DESA en Science Juridique, Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales, Rabat, Agdal, 1992-1993, p .122.

والمشرع المغربي– كغيره من التشريعات الإسلامية التي تجرم كل ما يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية– لا يعترف إلا بمؤسسة الزواج كرابط شرعي بين رجل وإمرأة بناء على عقد زواج صحيح. فقد نص الفصل 491 من م.ج في فقرته الأولى على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في الحالة، إلا بناء على شكوى من الزوج أو الزوجة المجني عليها..." . وقد سار على نهج المشرع المغربي في تجريم الخيانة الزوجية كل من نظيره المصري والليبي والجزائري.

وبخلاف هذه التشريعات، لا يعاقب المشرع التونسي على جريمة الخيانة الزوجية بالمعنى الواسع، إلا إذا كان ذلك بمقابل، وخارج دور البغاء، حيث يعتبر في هذه الحالة بغاء سريا يعاقب عليه بأحكام الفصل 231 من م.ج، أو إذا كانت الفتاة المتصل بها قاصرا، ولم يرد العقاب على مسألة الشروع فيها وهو ما ذهبت إليه معظم التشريعات الوضعية[163].

إذن هذا النهج التشريعي يتوافق وضرورة مواجهة أثر هذه الظاهرة الإجرامية المتمثل في إستفحال وجود الأطفال مجهولي الآباء الذين وجب الإهتمام بهم، بما يتوافق وضمان حقوق الأبناء وعدم الإخلال بها.

المبحث الثاني

جرائم الإخلال بحقوق الأولاد وصلة القرابة وبإعتبار الأسرة

إن من أهم الحقوق الناتجة عن بناء الأسرة حق الولد في الإنتساب إلى والده، وحقه في حمل لقبه وإسمه وحقه في أن يتكفل أبوه برعايته وتعليمه والإنفاق عليه، وحمايته من كل ما يضره أو يلحق الأذى به [164] لذا قرر المشرع المغاربي أحكام تشريعية خاصة كالقانون الموريتاني بالأمر القانوني رقم 2005/ 015 المتضمن الحماية الجنائية للطفل، بالإضافة إلى الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري ضمن قانون حماية الطفل [165] والتي ألغى بموجبها أحكام الأمر رقم 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، والمواد 249 فقرة 2 و 442 إلى 494 من الأمر رقم 66-155 المتعلق بالإجراءات الجزائية بغية ضمان نوع من الحماية الخاصة.

---

[163] – بلقاسم نجماوى، الخيانة الزوجية، م.ج.ع.ق.إق.س، 1999، ج 37، عدد 4، ص. 9.

[164] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق ، ص .31.

[165] - قانون رقم 15 - 12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 المتعلق بحماية الطفل الجريدة الرسمية عدد 39، المؤرخة 19 يوليو 2015.

بالإضافة إلى ما جاء به المشرع الجزائري بموجب قانون رقم 15 – 12 المتعلق بحماية الطفل[166] وما جاء به المشرع التونسي على ضوء القانون عدد 92 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 المتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل التونسي، كحماية للأعراض وحقوق الأولاد[167] ، إلى جانب المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية ، تحدد لنا أكبر تدخل للنيابة العامة في السهر على مراقبة الأحكام الخاصة بحقوق الطفل، هذا التدخل جاء ليشمل حالات الإخلال بحقوق الأولاد ، بالإضافة الى التطرق لحالات الجرائم الماسة بصلة القرابة وبإعتبار الأسرة، نظر لمعيار الحماية المشترك ضمن كل منها ، وبداية بمسائلة تحديد جرائم الإخلال بحقوق الأولاد.

المطلب الأول

جرائم الإخلال بحقوق الأولاد

جاء تقرير الحماية الجزائية ضمن التشريعات المغاربية وفق لفكرة حماية لحياة وصحة الأولاد منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد، و العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها والتسجيل في الحالة المدنية والعمل على إتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا[168].

أي أن غاية التشريعات المغاربية جاءت حماية للطفل من كل مظاهر العنف والضرر والإساءة البدنية أو المعنوية أو الجنسية والإهمال والتقصير من خلال وضع نصوص عقابية لتجريم كل إعتداء على حقوقهم تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول

جريمة الإجهاض

يمكن تعريف الإجهاض بأنه إسقاط الجنين قبل أوانه الطبيعي، أي إنهاء حياة إنسان ما زال لم تكتمل بعد خلقته بسبب وجوده في بطن أمه[169]. وهو بذلك يعتبر اعتداء خطيرا على حياة إنسان لازال في طور التخلق[170]،

---

[166] - قانون رقم 15 – 12 مؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل، ج.ر عدد 39 ، 19 يوليو 2015 .

[167]– تشوار جيلالى، تغير اللقب تجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، عدد 2، ص. 11.

[168]– الإضافة إلى إرضاع الأم لأولادها عند الإستطاعة - التوجيه الديني والتربوي على السلوك القويم واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل؛

-7التعليم والتكوين الذي يؤهله للحياة العملية، ويتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية؛

-8تعتبر الدولة مسؤولة عن إتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم طبقا للقانون؛

[169]– أحمد أجويد، الموجز ...، المرجع السابق، ص.55.

[170] – تنص المادة 1/25 من القانون المدني "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بوفاته".

ومنه تحقق صورة من صور الإعتداء على نظام الأسرة، ويشكل جريمة يعاقب عليها القانون. ونظرا لما لهذه الجريمة من خطورة، فقد أجمعت كل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية على تجريمها، ولقد أباح المشرع الجزائري الإجهاض في المادة 72 الفقرة الأولى من قانون الصحة 85-05 إذا إقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجى أو العقلي. وهو نفس ما أجازه المشرع التونسي[171] .

وأشارت المادة 304 في فقرتها الأولى ضمن التشريع الجزائري لجريمة الإجهاض، حيث نصت على أن " كل من أجهض أو شرع في إجهاض امرأة حامل أو مفترض حملها، بأن قدم لها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أوبإستعمال حركات، أو أعمال عنف، أو أية وسيلة أخرى برضاها أو بدون رضاها، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج" .

ولذلك عاقب المشرع المغربي بموجب الفصل 445 و 449ق.ج بشدة مقترف هذه الجريمة حيث نص على أن " من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حُبلى أو يظن أنها كذلك، برضاها أو بدونه، سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أية وسيلة أخرى، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، وإذا نتج عن ذلك موتها، فعقوبته من عشر إلى عشرين سنة".

أي أن مجال التجريم جاء موسع سواء أكان فعل الإجهاض ذلك برضى المرأة أو بدونه، ولا تهم الوسيلة المستعملة في ذلك كالعنف، أو أي شكل من أشكال التحايل أو مواد طبية، أو أية وسيلة أخرى يعتقد الفاعل أنها ستحقق النتيجة، كل ما يهم هو إتجاه إرادة الجاني إلى تحقيق النية الإجرامية[172]، سواء حصلت النتيجة الإجرامية وهي الإجهاض الفعلي أو لم تحصل[173] لأن العقاب سيطال الجاني سواء تم إسقاط الجنين[174] أو وقف عند حد الجريمة الموقوفة، الخائبة أو المستحيلة، سواء كانت الإستحالة بالنسبة لمحل الجريمة، وذلك عند إنعدام وجود حمل مثلا، أو بالنسبة للمواد والأدوات المستخدمة لإرتكاب هذه الجريمة بموجب الفصل 455 ق.ج مغربي

---

[171] – وعلى الرّغم من عدم وجود إحصائيات دقيقة في الغرض إلاّ أنّه و استنادا للنّسق السّريع الذي يشير إليه الأطبّاء في الإقدام على عمليّات الإجهاض فإنّه من المتوقّع أن تتجاوز حالات الإجهاض في تونس ال3000 حالة سنة 2008.

[172] – والمراد بالقصد هنا، هو القصد العام الذي يمكن توفره بمجرد القيام بتقديم الوسائل المؤدية إلى الإجهاض أو ممارسة الأفعال الموصلة إلى النتيجة المرجوة حتى ولو لم تتحقق هذه النتيجة . عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة،المرجع السابق، ص.45.

[173] – يعاقب الفاعل في هذه الحالة بعقوبة الشروع في الجريمة لأن العنصر المادي للجريمة يكون قد توفر غير أنه إذا كانت المرأة محل الجريمة عجوز بلغت سن اليأس وليس لها حمل ظاهر ولا يمكن توقع الحمل من أمثالها ويستحيل معه حصول النتيجة، فإن الفعل هنا لا يكون أي عنصر من العناصر المطلوب توفرها لجريمة الإجهاض.

[174] – سواء أسقط الجنين ميتا، أو حيا واستمر في الحياة لأنه في هذه الحالة يعاقب الفاعل على الشروع في الإجهاض، ولا تهم الوضعية القانونية للجنين من أنه إبن شرعي أو ابن زنا، لأن القانون عاقب على فعل الإجهاض لذاته، ولم يفرق بين الإبن الشرعي وغير الشرعي، كما لا يهم جنس الجنين فالحماية تشمل الذكر كما تشمل الأنثى.

على هذه الجريمة حتى ولو كانت الأدوية أو المواد أو الأجهزة أو الأشياء المقترحة كوسائل فعالة للإجهاض غير قادرة عمليا على تحقيقه.

ولم يقف المشرع المغربي عند حد تجريم الإجهاض حماية لحق الجنين في الحياة وإنما عاقب من يرشد الناس إلى وسائل تحدث الإجهاض، أو ينصح بإستعمالها في الفصل 451 من م.ج، كما أن الفصل 455 يعاقب على التحريض على الإجهاض ولو لم يؤدي الإجهاض إلى نتيجة.

و بالرجوع إلى الفصل 454 م.ج .م نجده ينص على إفادة الأم التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو قبلت أن يجهضها غيرها أو رضيت بإستعمال ما رشدت إليه، أو ما أعطي لها لهذا الغرض بعذر مخفف للعقوبة.

وهذا مراعاة الأسباب والضغوطات النفسية التي قد تعتري المرأة وتدفعها إلى إقتراف هذه الجريمة ضد جنينها وضد نفسها [175].

إلا أنه مهما كان المبرر الذي دفع المرأة لإرتكاب الإجهاض، فإنه لن يصل إلى جسامة وخطورة الجرم المرتكب في حق الحياة البشرية، لأن مجرد وجود الجنين في بطن أمه يكون قد نال حُرمة يعتبر قتله، قتلا للنفس البشرية ويدخل في حكم الآية الكريمة " مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا "[176].

[175]– لقد سكت القانون الجنائي المغربي عن الفترة التي يمكن فيها إسقاط النطفة أو الجنين، لذلك يلزم الرجوع إلى آراء الفقهاء لحل هذا الإشكال:
وبالرجوع إلى مختلف المذاهب الفقهية، نجد الفقهاء قد إختلفوا حول الإجهاض قبل نفخ الروح لذلك انقسموا إلى ثلاثة آراء:
الرأي الأول: يحرم الإجهاض مطلقا، ويمثل هذا الرأي فقهاء المالكية، إبن الجوزية من الحنابلة... والإمام الغزالي الذي يرى: "بأنه بمجرد إمتزاج ماء الرجل مع ماء المرأة ويتم التلاقح، تكون هذه النطفة قد نالت حرمة تجعل محاولة إسقاطها جناية يعاقب عليها باعتبارها سببا لكائن بشري مرتقب ويستدل على ذلك بالقياس الجلي إذ يقول:
"وكيفما كان، فماء المرأة ركن في الإنعقاد، فيجري الماءان مجرى الإيجاب والقبول في الوجود الحكمي في العقود، فمن أوجب ثم رجع قبل القبول لا يكون جانيا على العقد بالنقض والفسخ ومهما اجتمع الإيجاب والقبول كان الرجوع بعده رفضا وفسخا وقطعا، وكما أن النطفة في الفقار، لا يختلق منها الولد، فكذا بعد الخروج من الإحليل، ما لم يمتزج بماء المرأة أو دمها، فهذا هو القياس الجلي". أبي حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، دار إبن حزم،السعودية ،2005،ص. 51-53.
الرأي الثاني: يجيز إسقاط النطفة ويحرم ما عداها، وفي هذا يقول: الإمام القرطبي "النطفة ليست بشيء يقينا، ولا يتعلق بها حكم إذا ألقتها المرأة، إذا لم تجتمع في الرحم، فهي كما لو كانت في صلب الرجل" .أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرطبي ،ج 12،دار الكتب المصرية، القاهرة، 1968، ص. 18.
الرأي الثالث: يجيز الإجهاض قبل نفخ الروح، وهذا هو مذهب الحنفية الذين يعتبرون أن إسقاط الحمل قبل 4 أشهر مباح لأنه ليس بآدمي.
وبالنظر إلى تعدد الآراء فالراى الأرجح هو الرأي الأول، لقوة أدلته، ولمسايرته للقواعد الشرعية، مثل قاعدة، "ما اعتبرت مظنته فهو معتبر شرعا" وأيضا قاعدة "المآل معتبر شرعا". أبو عبد الله محمد القرطبي ، نفس المرجع، ص. 57.
[176]– سورة المائدة، الآية 32.

وهذا حماية للجنين المراد إسقاطه من بطن أمه قبل أوانه وقبل زمان ولادته، لأنه سيصبح طفلا في المستقبل له الحق في الحياة بإعتباره حقا طبيعيا [177].

ويجوز ضمن التشريع الجزائري علاوة على ذلك، وفي جميع الحالات الحكم بالمنع من الإقامة، حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة وكذا الحرمان من ممارسة المهنة بالنسبة للأشخاص المحددين في المادة 306 ق.ع، وهذا وفقا للفقرة الثانية من هذه المادة. وهم نفس المنع المقرر ضمن التشريع المغربي لدعم هذه الحماية، فقد نصت المادتان 456 و457 م.ج .م على تطبيق الحرمان بقوة القانون من أية وظيفة في مصحة أو مؤسسة تستقبل الحوامل على كل من صدر عليه الحكم بالإدانة بإحدى جرائم الإجهاض، سواء صدر الحكم داخل المغرب أو خارجه وتعاقب المادة 458 المخالف للمنع المفروض بالفصلين 456 و457 م.ج[178].

وقد حدد المشرع الجزائري عدة صور، والعقوبات المقررة لكل صورة، لأجل توفير أكبر قدر من الحماية للجنين، بخلاف المشرع التونسي الذي جعل ضمن الفصل 241 ثلاثة شروط مجتمعة وهي إستعمال إحدى وسائل الإجهاض وهو الركن المادي، و الركن المعنوي العام (النية الإجرامية)و الخاص(إسقاط الحمل مع الوعي بنتائجه) [179].

---

[177] – رأي فقهاء الإسلام في الإجهاض :

1– أجمع الفقهاء على أن قتل الجنين بعد نفخ الروح يحرم حرمة تامة مهما كان الجنين مشوهاً أو غير ذلك.ولم يسمحوا بالإجهاض إلا إذا كانت حياة الأم في خطر فقدموا حينئذ حياتها على حياته لأنها أصله. عادل بن علي، المنتقى من فتاوى الشيخ صالح بن فوزان، ج 5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999، ص. 302.

2– إختلف الفقهاء بعد ذلك في الإجهاض قبل نفخ الروح التي حدودها بمائة وعشرين يوماً (من بدء التلقيح) وقد انقسموا إلى ثلاثة أقسام:

الفئة الأولى: ويمثلها في ذلك المالكية والإمام الغزالي من الشافعية وابن رجب الحنبلي من الحنابلة وهم يحرمون الإجهاض من اللحظة التي تستقر فيها النطفة في الرحم. الفئة الثانية: ويمثلها الشافعية (ماعدا الفئة التي يمثلها الإمام الغزالي) والحنابلة (ماعدا الفئة التي يمثلها إبن رجب الحنبلي) وخلاصة رأي هذه الفئة جواز إسقاط الجنين قبل التخليق أي قبل مرور أربعين يوماً من بدء الحمل (وتحسب منذ لحظة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة).

الفئة الثالثة: ويمثلها بعض علماء الأحناف وبعض علماء الحنابلة وهي أكثر الفئات تسامحاً وهم يجيزون الإسقاط قبل نفخ الروح أي قبل مرور 120 يوماً منذ بدء الحمل وتحسب منذ لحظة التلقيح. محمد بن عثمان الركبان، أحكام الإجهاض والتشخيص الجنيني والتشوهات الجنينية، جامعة الملك سعود، الرياض، 2008، ص. 36.

[178]– أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، الرباط 1982، ص.173.

[179] – يفرق الفقه القانوني بين حالتين للقتل الناتج عن الإجهاض بسبب الإهمال والإجهاض وهما:

الحالة الأولى: الإجهاض الرضائي للمرأة المفضي إلى الموت بسبب الإهمال: إذا أفضى فعل الإسقاط إلى وفاة المرأة عندئذ تسقط العقوبة عنها نظراً لوفاتها إن كانت هي التي أجهضت نفسها بنفسها، أما لو كان إجهاضها بواسطة الغير وبرضاها كما لو قام بإعطائها أدوية معينة أو نوع معين من الطعام أو الشراب بناء على طلب منها أو هو الذي غرس هذه الفكرة في مخيلتها وأدى ذلك إلى وفاتها ، عندئذٍ تشدد العقوبة بحق الغير وان كان قريباً لها وهذا ما قرره القانون العراقي واليمني والجزائري ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني والقانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والقانون الجزائي العربي الموحد، باستثناء القوانين الليبي والأردني والسوري واللبناني الذين نصوا على شمول الشخص القريب للمرأة الذي يتولى إجهاضها بأحكام تخفيف العقوبة حتى وإن أدى فعله إلى موتها. الحالة الثانية: الإجهاض غير الرضائي للمرأة المفضي للموت بسبب الإهمال: إذا أدى الإجهاض غير الرضائي للمرأة إلى وفاتها، صارت الوفاة عاملاً مشدداً للعقوبة حتى مع توافر ظروف التخفيف كون مثلا من قام بإجهاضها أحد أقاربها طالما كان بدون رضا وقبول من المرأة ، وسواء أحدثت الوفاة والإجهاض بنفس الوقت أو كان بينهما فاصل زمني كأن يؤدي فعل المتهم إلى إسقاط الجنين أولاً ثم تحدث الوفاة بعد فترة من الإجهاض فالعبرة بأن يكون الإجهاض هو الذي تسبب بوفاة المرأة. نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 207-208.

ولا يشترط المشرعون المغاربيون لوقوع جريمة الإجهاض أن تظل الأم الحامل على قيد الحياة بعد إرتكاب تلك الجريمة، فمن المتصور أن يكون فعل الإجهاض هو فعل قتل الحامل، وتكون النتيجة المرتكبة عن الفعل الواحد إنهاء حياة الأم وإنهاء الحمل في نفس الوقت.

فإذا توفر القصد الجنائي نكون أمام جريمتين، فيسأل الفاعل عن القتل والإجهاض في نفس الوقت.

وقد شدد المشرع المغربي العقوبة في حالة الوفاة من عشر سنوات إلى عشرين سنة.بموجب الفصل 449 من م.ج.م.

وقد إفترض المشرع الجزائري حالة أن تكون المرأة التي تجهض نفسها طبيبة، أو قابلة، أو صيدلية، أو جراحة أسنان، أوطالبة في هذه الإختصاصات، الراجح عندئذ أنها لا تخضع لحكم المادة 306 من ق.ع، وإنما للمادة 309 من ق.ع[180]، أين تأخذ حكم المرأة التي تجهض نفسها لا للحكم المنصوص عليه في المادة 306 من ق.ع والخاص بفئة الأطباء وأشباههم.ذلك أن هذه الصفات ليست شرطا متطلبا

في الركن المادي في جريمة إجهاض المرأة الحامل لنفسها، أي ينطبق عليها أركان الجريمة المنصوص عليها بالمادة 309 من ق.ع وعقوبتها. مع توافر القصد الجنائي المتمثل في العلم والإرادة إلى تحقق نتيجة إسقاط الحمل بسبب تعاطيها الأدوية وغيرها.

والقصد في هذه الجريمة هو قصد خاص أي ذلك الذي يجب إثباته من خلال ظروف الوقائع الجرمية وملابساتها، أو بإعتراف المتهمة وإلاّ لما أمكن قيام جريمة إجهاض المرأة لنفسها.

أولا

حدود المُساءلة الجزائية ضمن قانون العقوبات التونسي

أفرد المشرع التونسي فصلا بالمجلة الجزائية يمنع الإجهاض و ذلك بموجب الفصل 214 إذ نص على أن "كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أطعمة أو مشروبات أو أدوية أو أية وسيلة أخرى سواء كان ذلك برضى الحامل أو بدونه يعاقب بخمسة أعوام سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين.

وتعاقب بعامين سجنا وبخطية قدرها ألفا دينار أو بإحدى العقوبتين المرأة التي أسقطت حملها أو حاولت ذلك أو رضيت باستعمال ما أشير به عليها أو وقع مدها به لهذا الغرض.

[180] – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 39.

يرخص في إبطال الحمل خلال الثلاثة أشهر الأولى منه من طرف طبيب مباشر لمهنته بصفة قانونية في مؤسسة إستشفائية أو صحية أو في مصحة مرخص فيها.

كما يرخص فيه بعد الثلاثة أشهر إن خشي من مواصلة الحمل تسبب في إنهيار صحة الأم أو توازنها العصبي أو كان يتوقع أن يصاب الوليد بمرض أو آفة خطيرة وفي هذه الحالة يجب أن يتم ذلك في مؤسسة مرخص فيها.

إن إبطال الحمل المشار إليه بالفقرة السابقة يجب إجراؤه بعد الإستظهار لدى الطبيب الذي سيتولى ذلك بتقرير من الطبيب الذي يباشر المعالجة[181].

و الملاحظ أن إبطال الحمل خلال ثلاثة الأشهر الأولى منه من طرف مؤسسات إستشفائية و صحية أو في مصحة مرخص فيها يعد مباحا قانونا بما يدفعنا إلي الحديث من أن المبدأ هو المنع و إستثناء الإباحة متى كان ذلك خلال مدة 3 أشهر و لأسباب علاجية.

فحرص المشرع التونسي بتجريم الإجهاض من خلال توقيع العقاب لم يمنع من إستثناء حالات و جعلها خارج المساءلة الجزائية متى كان الإجهاض خلال ثلاثة الأشهر الأولى من الحمل مما جعل هذا الإستثناء تشجيعا لإباحة القيام بعملية الإجهاض. مما يشكل هذا الوضع إعتداء على حق الأولاد في الحياة، ولم نجد لهذا الإستثناء مجال ضمن التشريعات المغاربية الأخرى.

إذ يشترط ضمن التشريع الجزائري، أن يتم الإجهاض العلاجي في هيكل طبي متخصص يجرى بمعية طبيب مختص[182]، بالإضافة إلى إجازة هذا الفعل بنص المادة 308 من ق.ع مع تحقق شروط ذلك بنصها "لا عقوبة على الإجهاض إذا إستوجبته ضرورة إنقاذ الأم من الخطر متى أجراه طبيب أوجراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية ". وهو نفس ما إشترطه المشرع المغربي من متطلبات من ضرورة ما تستوجبه المحافظة على صحة الأم، متى قام به علانية طبيب أو جراح بإذن من الزوج، ولا يطالب بهذا الإذن إذا إرتأى الطبيب أن حياة الأم في خطر، لكن بعد إشعار الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم وفقا للفصل 453 من م.ج .

كما حاول القضاء التونسي تجريم حتى الجريمة المستحيلة وهي ممارسة إحدى الوسائل على الأم التي لديها حمل وهمي، كما تم توقيع العقاب بغض النظر عن توفر رضاء أو عدم رضاء الأم ومهما كان مصير الجنين.

---

[181] - نقحت الفقرات الثلاث الأخيرة بالمرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرخ في 26 سبتمبر 1973 المصادق عليه بالقانون عدد 57 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973.

[182] – قانون رقم 05/85المؤرخ في 01جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16فبراير سنة 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 17رجب عام 1429 الموافق 20يوليو سنة 2008.

ثانيا

مجال توسيع الحماية الجزائية ضمن التشريع الجزائري

وتوسع المشرع الجزائري مجال الحماية الجزائية ليشمل الجزاء مع تشديد العقاب بنص المادة 306 من ق.ع، حتى الأشخاص الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض، أو يسهلونه، أو يقومون به كالأطباء، أو القابلات، أوجراحو الأسنان، أوالصيادلة ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية والممرضون والممرضات، لأن لدى هؤلاء من المعلومات الطبية ما يسهل لهم إرتكاب الجريمة وإخفاء أمرها مما يشجع على الإلتجاء إليهم[183].

والمؤكد أن التشريع الجزائري عاقب في نص المادة 310 من ق.ع على مجرد التحريض على الإجهاض، ولو لم يؤدى إلى النتيجة من خلال الدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة.

ويعد من قام بدلالة الحامل على وسيلة الإجهاض فاعلا للجريمة لا مجرد شريك فيها ويعاقب الفاعل على ذلك حتى ولو لم تستعمل المرأة الحامل تلك الوسائل[184]. بخلاف المشرع التونسي الذي عاقب على من تدل على الوسائل وإستعمالها [185] . وخروج عن القواعد العامة فيما يتعلق بقواعد الإشتراك المنصوص عليها في الفصل [129]، من القانون الجنائي المغربي فقد عاقب الشريك حتى ولم تتم جريمة الفاعل الأصلي.

كما شدد المشرع العقوبة في المادة 305 التي نصت عل أن " إذ ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 من ق.ع، فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى".

– إذا أفضى الإجهاض إلى الموت ترفع عقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة إلى الحد الأقصى[186].

في كل الأحوال فإن المادة 311 من قانون العقوبات تقضي بالحكم على الجاني بقوة القانون بالمنع من ممارسة أي مهنة، أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في المؤسسات العمومية أو الخاصة للتوليد أو لأمراض النساء مثل المستشفيات والعيادات ودور الولادة[187].

---

[183] – محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص. 63.

[184] – حكم محكمة عين ولمان، سطيف، ق ج، 2013/05/26، فهرس رقم 13/04074 ملحق رقم 06، ص. 393.

[185] - Cf.HANNOUZ Morad . et HAKEM Rida, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, 1993, p. 97.

[186] – وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 304 من قانون العقوبات.

[187] – نص المادة 311 من قانون العقوبات " كل حكم عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر".

وتجدر الإشارة إلى أن حكم المادة 311 يختلف عن حكم المادة 306 من حيث أن المادة 306 تقضي بحرمان الجاني من ممارسة مهنته فحسب، في حين تقضي المادة 311 بالمنع من ممارسة أي مهنة، أوأداء أي عمل في المؤسسات العامة. كما أن المادة 306 مقصورة على الأطباء وما شابههم، في حين تطبق المادة 311 على كل من إرتكب جريمة ذات صلة بالإجهاض، ثم إن تطبيق حكم المادة 311 يكون بقوة القانون في حين أن حكم المادة 306 الفقرة الثانية جوازي بنصها "ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليم من المنع من الإقامة".

وتجيز المادة 306 الحكم على الجاني علاوة على العقوبات المنصوص عليها في المواد 304و 305 عند الإقتضاء بتدبير من تدابير الأمن يتمثل في حرمانه من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23 مع جواز الحكم بالمنع من الإقامة. إلا أن هذا النص يتعارض مع إحالته إذا قصد المشرع نص المادة 23 من ق.ع فهي ملغاة.

وبالرغم من أن المشرع المغاربي قد تفاوت في مجال الحماية المقررة في مجال العقاب على فعل الإجهاض إلا أن الممارسات القضائية تبقى هي الضمانة الأكيدة للحد من إرتكاب هذه الأفعال الخطيرة فكيف لا و أن المشرع المغاربي قد إعتبر أن مجرد عدم التصريح بالولادة فعل مجرما من خلال تحقق شروط ذلك وفق ما يلي.

الفرع الثاني

عدم التصريح بالولادة

جاء ضمن التشريع الجزائري أن عدم التصريح بحالة الولادة هومخالفة لنص المادة61ق.ح.م، التي أحالت إلى المادة 442 ق.ع الفقرة 3، التي جاء في نصها أن كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون خلال الموعد المحدد يعاقب بالحبس من (10) أيام إلى شهرين، وبغرامة من100 إلى 1000 دج[188].

وقد شدد المشرع التونسي مقارنة بالمشرع الجزائري درجة العقوبة ضمن قانون الحالة المدنية[189] ضمن الفصل 25 بمعاقبة كلّ شخص حضر الولادة ولم يعلم بذلك حسبما قرّره الفصل 22 من هذا الأمر بالسجن لمدّة ستة

[188] – نجد أن نص المادة 61 من قانون الحالة المدنية جاء متوافق وتأكيد هذا الحق المنصوص عليه بالمواثيق الدولية و التي إهتمت به، حيث نصت المادة 1/24 من الإتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية و السياسية لعام 1966 على أن "كل طفل يجب أن يقيد فور مولده ويختار له إسما "..المادة 467 مكرر " ترفع قيمة الغرامات المقررة في مادة الجنح كما يأتي يرفع الحد الأدنى للغرامات إلى 20.000 دج اذا كان هذا الحد أقل من 20.000 دج، – يرفع الحد الأقصى للغرامات إلى 100.000 دج، إذا كان هذا الحد أقل من 100.000 دج، – يضاعف الحد الأقصى لغرامات الجنح الأخرى ، إذاكان هذا الحد يساوي أو يفوق 100.000 دج، ما عدا الحالات التي ينص القانون فيها على حدود أخرى.

[189] – القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أوّل أوت 1957 والمتعلّق بتنظيم الحالة المدنية.

أشهر وبخطية قدرها ثلاثة آلاف فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين. وتطبّق أحكام الفصل 53 من المجلة الجنائية على المخالفات المقرّرة بالفقرة أعلاه.

ولأجل ذلك فقد إعتبر المشرع الجزائري أن حتى ولادة الإبن ميتا وعدم التصريح بولادته يرتب المسؤولية الجزائية لمن حضر الولادة، لأن حضور الولادة شرطا لقيام الجريمة، بالإضافة إلى توفر عنصر الإمتناع أو عدم التصريح بالميلاد خلال الأجل، مما يفهم منه أن المشرع الجزائري قد وسع مجال الحماية إعتبار لهذا الكائن[190].

ولم يشترط المشرع القصد الجنائي الجزائري في هذا النوع من الجرائم، بإعتباره يشكل مخالفة بسيطة، وإتجه كذلك للأخذ بعدم قيام الجريمة إذا لم يتضمن التصريح أخذ البيانات المنصوص عليها في المادة 63 من ق.ح.م مثل هوية الأم، بالرغم من توافر أركان الجريمة.ولم نجد مجال لهذا التفريد من الحماية ضمن التشريعات المغاربية.

وقد أحاط المشرع المغربي حالة عدم التصريح بالميلاد بتدابير زجرية لم تتجاوز عقوبات مالية بسيطة في الأول كالتي وردت في الفصل 16 والفصل 40 من ظهير04 -09 - 1915 المنظم لأول مرة للحالة المدنية بالمغرب والفصل 10 من ظهير 08-01- 1950 الذي قضى بدوره بعقوبة مالية في حق الأشخاص المبينين في الفقرة 1 من الفصل الثالث من نفس الظهير، وهذه العقوبات المالية موجهة فقط ضد ضابط الحالة المدنية الذي تصدر عنه مخالفات معينة ومحددة في الفصلين المذكورين .

ونفس الشيء بالنسبة لظهير 25-01-1932 المتعلق بالزيادات والوفيات الغير المصرح بها حيث نص الفصل الثاني منه على ذعيرة – غرامة– مالية في حق كل الواجب عليهم التصريح بالإزدياد أو الوفاة إذا لم يفعلوا ذلك داخل الأجل القانوني.

ولم يشدد المشرع في عقوبة المخالفين لنظام الحالة المدنية إلا بواسطة الفصل11من ظهير 8-3-1950 المعمم لنظام الحالة المدنية بالمغرب حيث نص على ذعيرة مالية وعقوبة حبسية تتراوح بين 500-6000 سنتيم وبين ستة أيام وشهر واحد أو إحداهما فقط في حالة عدم القيام بالتصريح ضمن الآجال المحددة في الفقرة الثانية من الفصل الأول من نفس الظهير ، وبالفقرة الثانية من الفصل 45 من ظهير 4- 9-1915 .

190- وجعل المشرع الموريتاني أن عدم التصريح بميلاد الولد ضمن الأجل القانوني جريمة معاقب عليها ضمن الأحكام التمهيدية من قانون الحماية الجنائية للطفل نظر لما لهذه المخالفة من أثر خطير على الولد بنص المادة الأولى الفقرة الخامسة بنصها "إن عدم التصريح بميلاد مولود جديد خلال الأجل القانوني ، يعرض من يجب عليه التصريح لعقوبة الحبس لمدة عشرين يوما أو غرامة 40.000 أوقية أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط."

إذ بذلك جعل المشرع الموريتاني حماية لشخصية هذا المولود و حقه في الوجود بموجب قانون خاص نظر لمركزه المميز والأولى بالرعاية .إلا أن هذه الحماية جاءت عامة بخلاف المشرع الجزائري الذي فصل في مجال الحماية بمختلف الحالات وظروف الولادة تعزيزا لمجال الحماية وتفاوت فيها .

ولم يكتف المشرع بهذه العقوبة فقط بل نص نفس الفصل على عقوبة أكثر شدة تتمثل في سجن تتراوح مدته بين ستة أشهر وثلاث سنوات في حق كل من تملص و حاول التملص من التزامات الحالة المدنية مع كونه خاضعا لها وذلك بتصريح زائف أو إخفاء أو زيادة أوراق أو غير ذلك من الوسائل[191].

بالإظافة إلى ما إعتمده المشرع المغربي من تحقيق المتابعة الجزائية بموجب القانون الجزائي دون الإكتفاء بالعقوبة البسيطة الواردة في الفقرة الأولى من الفصل 11 من ظهير 1950/3/8 المشار إليه أعلاه بل أحدث عقوبة أشد نوعا ما، في الفصل 468 من ق.ج تتراوح ما بين شهر واحد وشهرين اثنين حبسا وغرامة من 120 درهما إلى مائتي درهم.

أي نرى إزدواجية المتابعة الجزائية بموجب قانون الحالة المدنية وبموجب قانون العقوبات ، ويكون ذلك وفق لتحقق عناصر كل فعل مجرم.

أولا

الأشخاص محل المُساءلة الجزائية

لم يترك المشرعون المغاربيون مسؤولية التصريح بإزدياد المولود الخاضع لنظام الحالة المدنية دون إسنادها لمن يجب ، بل حدد أشخاصا ألزمهم تحت طائلة المتابعة الجزائية بالقيام بالتصريح بإزدياد كل مولود جديد داخل الأجل القانوني.

فبالرجوع إلى المادة 62 من ق.ح.م الجزائري نستنتج، أن الأشخاص الذين يتعرضون لهذه العقوبات، هم الأب فهو المسؤول الأول عن التصريح، ثم الأم، بالإضافة إلى الأطباء والقابلات فهم مطالبون بالتصريح إذا كان الوالد غائبا، ولم تقم الأم بتصريح الميلاد، بل توسع الأمر إلى ترتيب المسؤولية الجزائية حتى إلى الأشخاص الذين حضروا الولادة، فهم مطالبون بالإدلاء بالتصريح المقرر قانونا إذا لم يقم به الأب أو الأم، بالإضافة إلى أن الجزاء يشمل حتى الشخص الذي ولدت الأم عنده[192].

---

[191] - محمد بلعربي ومحمد أحزان، الحماية القانونية للطفل في التشريع المغربي بين الزخم التنظيري و التعقيد العملي، جامعة إبن زهر، أكادير، السنة الجامعية 2011- 2012، ص. 16.

[192] - وتوسع المشرع الموريتاني في تحميل المسؤولية الجزائية إلى كل من تخلف عن واجب الإلتزام بتسجيل الطفل ليشمل كل الأشخاص الذين لهم سلطة على الطفل وعلى مسؤولي الحالة المدنية متى تقرر إمتناعهم عن تسجيل الأولاد ، بالإضافة إلى ما رتبه من مسؤولية إتجاه الأبوين من باب أولى بإعلان التصريح، وهذا وفق نص الفقرة 05 المادة 41 من الأمر القانوني للحماية الجنائية للطفل بنصها " تطبق هذه العقوبة على الأبوين أو الأشخاص الذين لهم سلطة علي الطفل وعلي مسؤولي الحالة المدنية إذا رفض أي منهم تسجيل الطفل طبقا لمقتضيات القانون رقم96 /20 بتاريخ 20 يوليو 1996 المتضمن لمدونة الحالة المدنية مهما كانت هوية من سيلحق به الطفل.

وأوجب المشرع التونسي على والدي الطفل والأطباء والقوابل أو غيرهم من الأشخاص الذين شهدوا الوضع الإعلام بتسجيل ميلاد أولاد ، مما يفهم منه أن أي منهم يمتنع عن إعلان تسجيل المولود يكون محل مسائلة جزائية ، إلا أن وضع المتابعة الجزائية هنا مقيد بشرط مشاهدة الوضع وليس مجرد تحقق العلم بوجود وضع لإمرأة وهذا بموجب الفصل 24 " يعلم بولادة الطفل والده والأطباء والقوابل أو غيرهم من الأشخاص الذين شهدوا الوضع. فإذا وضعت الأمّ حملها خارج مسكنها يقع الإعلام من طرف الشخص الذي وقعت الولادة بمحلّه إن أمكن ذلك ويحرّر رسم الولادة حالاّ.

وقد توسع المشرع التونسي في توقيع الجزاء العقابي ضمان لتأكيد حقيقة الإعلان بالوضع وعدم التهاون فيه بالفصل 23 " إذا لم يقع الإعلام بالولادة في الأجل القانوني فإنّه لا يمكن لضابط الحلة المدنية تضمينها بدفاتره إلاّ بمقتضى إذن صادر عن رئيس المحكمة الإبتدائية بالجهة التي ولد بها المولود وينصّ على ذلك بإختصار بالطرّة في تاريخ الولادة.

وللرئيس في جميع الصور أن يحيل القضية على المحكمة. ويعاقب بالسجن مدّة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينارا كلّ من يتعمّد الكذب بقصد الحصول على حكم بالولادة.

وهذا ما لم يشمله المشرع الجزائري بالمتابعة الجزائية إذ لم يجرم هذا الفعل ضمن قانون الحالة المدنية.

وبإعتبار أن المشرع المغربي قرر إزدواجية الحماية الجزائية بموجب قانون الحالة المدنية والمادة 468من ق.ج [193] فإن الأشخاص محل المسائلة الجزائية يكون أولا : حسب مقتضيات الفصل 22 من ظهير 4-9-1915.

أ – الأب أو الأم ملزمين بالتصريح بإزدياد مولودهما الجديد متى كان والده مسجلا بسجلات الحالة المدنية، وذلك داخل الأجل القانوني ولا ينفي عنهما المسؤولية حضور بقية الأشخاص المشار إليهم بنفس الفصل لأن المشرع أشار بصريح العبارة إلى أن أولئك لا تثبت مسؤوليتهم إلا عند عدم وجود الأب أو الأم.

ب – الأطباء أو القوابل أو غيرهم ممن حضر الازدياد بشرط عدم وجود الأب أو الأم كما مر بنا سابقا.

وفي حالة تقاعس المذكورين أعلاه حتى ينتهي أجل التصريح بالازدياد فسيكونون عرضة لعقاب زجري حدده الفصل 11 من ظهير 8-3-1950 في ذعيرة – غرامة – تتراوح بين 5 دراهم و60 درهما وحبس تكون مدته ما بين ستة أيام وشهر واحد أو إحدى هاتين العقوبتين.

[193] - عند تطبيق مقتضيات الفصل 468 من م.ج قد يحصل بعض الإلتباس إذا لم يقع فهم بعض العبارات الواردة فيه فهما صحيحا وخاصة معنى عبارة "الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا " وعبارة " الأجل القانوني للتصريح" وعبارة " الأشخاص الواجب عليهم التصريح".

أما الأشخاص الملزمون بالتصريح حسب مقتضيات الفصل 468 من م.ج.م فإنهم :

أ-الأب: الذي يعتبر المسؤول الأول والرئيسي بالنسبة للتصريح بإزدياد مولوده الجديد ، فحسب منطوق الفصل المذكور أعلاه تنتفي مسؤولية بقية الواجب عليهم التصريح في حالة وجود ألأب ولا تثبت مسؤوليتهم إلا في حالة عدم وجوده، وتجدر الإشارة إلى أن الفصل المذكور سكت عن ذكر الأم عكس ما فعل الفصل 21 من ظهير 4-9-1915 وقد يذهب البعض إلى القول بان عبارة "أي شخص حضر الولادة " الواردة في ذات الفصل أعلاه تندرج تحتها الأم ، غير أن هذا القول مردود لسببين اثنين : الأول كون المشرع أشار إلى الأب بصريح العبارة وسكت عن ذكر الأم، والثاني أن الأم لم تحضر الولادة وإنما كانت موضوع الولادة، أضف إلى ذلك كله أن ذلك يتنافى وقاعدة عدم التوسع في التفسير في الميدان الزجري.

ب - الطبيب أو الجراح أو ملاحظة الصحة أو الحكيمة أو المولدة أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحله ، فإذا كان المشتغلون بمهمة الطب والتوليد المشار إليهم أعلاه لا يحتاجون إلى توضيح أو تعريف، وإذا كانت عبارة " أو أي شخص حضر الولادة " واضحة بدورها بإستثناء ما يتعلق بإستبعاد الأم كما أشرنا إليه سابقا، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لجملة " أو وقعت بمحله" أو الولادة". وعليه تقوم المسؤولية الجزائية في مواجهة فإن هؤلاء الأشخاص محل التحديد بعد تحقق ركن الأجل أو الزمن المقرر ضمنه لإعلان التصريح وفق لكل وضع.

ثانيا

معيار الزمن كركن لقيام جريمة عدم التصريح بالولادة

تباينت التشريعات المغاربية في إعتماد الزمن كشرط لازم لتحقق المتابعة الجزائية من خلال التقصير فيها أو إطالتها دون تبيان لحكمة من إعتماد هذا الإختيار للمدد أو ضروفه ، فنجد ضمن التشريع الجزائري أن عدم التصريح بالميلاد خلال 5 أيام من الولادة طبقا لنص المادة 61 من ق.ح.م الجزائري من الأشخاص الملزمين بالتصريح بالولادة يجعلهم محل متابعة جزائية وتفرض عليهم العقوبات المقررة بموجب المادة 442 الفقرة 2 من قانون العقوبات ضمن سلطة القاضي التقديرية ، وهو نفس الأجل ضمن تعديل قانون الحالة المدنية بموجب المادة 14 إذ تنص المادة 61 من ق.ح.م على أنه " يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها بالمادة 442 الفقرة الثانية من ق.ع.

وقد إعتمد المشرع التونسي أجل 10 أيام كشرط زمني لتقرير المتابعة الجزائية التي تلي الوضع بموجب الفصل 22 التي تنص على أنه "يقع إعلام ضابط الحالة المدنية بالمكان بالولادات خلال العشرة أيام التي تلي الوضع .

إذ وفق هاذين النموذجين من التشريعات المغاربية يتبين أن الزمن شرط جوهري في إعتماد المتابعة الجزائية مع ما يمكن تسجيله من إختلاف المدد التي يمكن أن ترجع لظروف وحالات يبقى تقديرها لكل مُشرع وطني.

ولم يقتصر التباين بالتشريعات المغاربية ضمن مجال الحماية بتجريم فعل عدم التصريح بالولادة ، وإنما توسع المشرع المغاربي ليشمل حتى محاولة إخفاء وطمس شخصية المولود كسلوك لاحق لولادة المولود ضمن فلسفة غايتها ضمان حماية أفراد العلاقة الأسرية[194].

الفرع الثالث

جريمة طمس هوية المولود الجديد عمدا

حماية من الأفعال التي تؤدى إلى حرمان الطفل من نسبه الحقيقي وإعطاؤه شخصية غير شخصيته.وما يترتب عن ذلك من أثر نفسي في حالة إعطاء هوية وشخصية غير شخصيته الحقيقية لأن الشخصية السوية تساهم في تنمية قدراته ومداركه بشكل أفضل ويصدق الأمر في الحالة العكسية لذا وجب حماية هذه الخصوصية عن طريق تكريس الحماية الجزائية، لأجل ذلك عاقب المشرع المغاربي على هذا السلوك، وتميز المشرع الجزائري دون التشريعات الأخرى في تقرير الحماية الجزائية على هذا الفعل بموجب المادة 321 ق.ع التي ميزت بين وضعين[195] لهذا الفعل:

أولا

إخفاء نسب طفل حي

ويتعلق الأمر بالقاصر غير المميز الذي لم يبلغ سن السادسة عشر (16) ولقيام هذا الفعل يأخذ العمل المادي أربع أشكال تتمثل في نقل الطفل، أو إخفاءه، أو إستبداله بطفل آخر، أو تقديمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع بغية نسبه لهذه الأخيرة، فيجب أن تتوافر الرابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة التي تحققت، أي

[194] – تناول المشرع الكويتي تجريم خطف الأولاد حديثي العهد بالولادة عن طريق نص المادة 183 من قانون العقوبات التي تنص على أنه يعاقب بالحبس مدة ر تزيد على خمس عشرة سنة ولا تقل عن خمس سنوات كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو بدله، فيما خصص لجريمة إختطاف الطفل غير الحديث الولادة نص المادة 178 من قانون الجزاء الكويتي؛ و نصت المادة 283 من قانون العقوبات المصري على أن كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدله بآخر أو أغره زورا إلى غير والده يعاقب بالحبس، فإذا لم يثبت أن الطفل ولد حيا تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أما إذا ثبت أنه لم يولد حيا فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على شهرين أو غرامة لا تزيد على خمس جنيهات.

[195] – جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، المجلد 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د س ن)، ص. 251. محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص. 65.

أن يكون بينهما علاقة السببية، وأعتبر المشرع رابطة السببية قائمة إذا كانت النتيجة التي حصلت محتملا توقعها وليست مؤكدة[196].

بالإضافة إلى المشرع الجزائري إشترط إثبات أن الوالدة وضعت حملها، وأنه لم يسلم لمن له الحق في المطالبة به. ويجب أن يكون هذا العمل من شأنه أن يعرض نسب الطفل للخطر بغية عدم التحقق من شخصيته وبالتالي إخفاء نسبه، وفى حالة ما إذ تم نقل الطفل أو إخفائه أو إستبداله بطفل أخر، دون إخفاء شخصيته الحقيقية أي نسبه، فلا مجال لقيام الجريمة إذ تطبق في هذا المجال المادة 326من ق.ع[197]. و على هذا الأساس لا تقوم هذه الجريمة في حالة التصريح الكاذب للحالة المدنية بنسب طفل خيالي، كأن تصرح إمرأة أنها ولدت طفلا و هي لم تلد أصلا، هنا نكون أمام التصريح الكاذب أما الجريمة الأخرى فلا تتحقق[198].

وكذلك يجب أن يكون الطفل قد ولد حيا وقابلا للحياة، و إذا لم يثبت ذلك فنكون أمام جريمة أخرى هي عدم تسليم جثة طفل، و لا يشترط أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة لأن المادة 321 تحدثت عن الطفل كما لا يهم إن كان الطفل شرعيا أو غير شرعي[199].

ويتوفر القصد الجنائي لهذا الفعل متى إرتكبه الجاني عن علم، و العلم نتيجة حتمية للإضرار بالنسب، وهي نفس النتيجة الحتمية التي نجدها في جريمة عدم تسليم جثة الطفل.

---

196 - وبخلاف هذا الوضع، جاء ضمن قانون حماية الطفل الموريتاني بموجب المادة 79 بأنه "يعاقب بالحبس من ستة شهور إلى سنة وبغرامة من 160.000 إلى 300.000 أوقية على كل إبدال قصدي وكل مغالطة وكل إخفاء إنجر عنه مساس بالحالة المدنية لطفل فهو تجريم عام لم يحدد صوره خروجا عن التضييق في مجال الحماية وإكتفى بالفعل العام الذي يتحقق معه النتيجة الجرمية" .

ولا نجد تعداد لهذه الصور كذلك – موريتاني – وفق الفرع الثالث تحت عنوان المساس بالنسب ضمن المادة 77 بأنه " كل من يتسبب إما بدافع إنتفاعي وإما بتقديم منح أو وعد أو بتهديد وإما بشطط في إستخدام السلطة في ترك الوالدين أوأحدهما لطفل بعد ولادته أو سيولد، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من 150.000 إلى 300.000 أوقية.اذا أن المشرع الموريتاني افرد تجريم عام بموجب المادة 79 وتجريم مشتمل على صور وحالات بموجب المادة 77 ،فهذا التفصيل يعد تزايدا، بل تضييق على القاضي في إعماله للنص إذ وردت حالة أو صورة غير مشمولة بالتجريم، فكان عليه الإقتصار في مجال الحماية على نص المادة 79 كونه يشمل الحماية بصفة عامة

وتوسع المشرع الموريتاني بالمعاقبة بموجب المادة 78 كل من يتوسط لأي غرض بين شخص يرغب في تبني طفل وبين والد يرغب في التخلص من ولده بعد ولادته أو قبلها، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من150.000 إلى 300.000 أوقية. جاعل مجال الحماية عام دون إفراد لحالات معينة كون أن فعل التبني تتحقق معه الغاية العامة لإخفاء نسب الطفل.

197 – أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 187-188.

198 – أحسن بوسقيعة، القانون الجنائي الخاص، محاضرات غير منشورة ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة 13، معهد القضاء، الجزائر، 2004/2003.

199 – أحسن بوسقيعة، الوجيز...؛ المرجع السابق، ص. 170.

ثانيا

عدم تسليم جثة الطفل

وهذا الفعل المنصوص عليه ضمن التشريع الجزائري في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 321 ق.ع. والأمر هنا لا يتعلق بصيانة الأنساب، لأن الطفل الذي يولد ميتا لا يكون له نسب، وإنما القصد ضمان العقاب على حوادث قتل الأطفال التي يشتبه فيها ويتعذر إثباتها[200] ، ويشمل تجريم هذا الفعل صورتين.

أ/ **الصورة الأولى: إذ لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا**: وصورة ذلك أن يكون الطفل قد أخفي، وهذا ما أشارت إليه المادة 321 الفقرة الثانية من ق.ع إذ تقوم الجريمة بمجرد إخفاء جسم الطفل.

ب/ **الصورة الثانية: إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا**: يشترط أن يقع الإخفاء على طفل ولد ميتا مما يتحقق معه عدم التسليم وتقوم الجريمة إذ أثبت الجاني أن الطفل ولد ميتا.

ويشترط لتكوين الجريمة وجود القصد الجنائي بتعمد الفاعل إخفاء ولادة الطفل وهو عالم بذلك.

و تنوع الجزاء المقرر بإختلاف صور السلوك جناية، أو جنحة، أو مخالفة بإختلاف درجة جسامة الفعل[201].ولم نجد تفصيل لهذا المجال من الحماية ضمن القوانين المغاربية، بخلاف جريمة الإمتناع عن تقديم مبالغ النفقة المقررة قضاء.

الفرع الرابع

جريمة الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء

تعد النفقة حق للأولاد[202] سواء إتجاه الأب أو الأم ولم يجعل المشرع المغربي حالة العسر واليسر للمكلفين بالنفقة مانعا من وجوب الإنفاق مثل ما أوجبه المشرع الجزائري طبقا للمادة 199 ق.أ إذ تظل النفقة واجبة على المكلف بها في حق الأولاد إلى حين إعفاءه منها قانونا وفقا للمادة 198 ق. أ.

---

200 – جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص. 257.

201 – رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981، ص. 49 .

202 – حيث إعتبر المشرع التونسي طبقا للفصل 43 و 44 و 45 من المجلة المنقحة بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993. مستحقو النفقة بالقرابة هم :– الأبوان والأصول من جهة الأب وإن علوا ومن جهة الأم في حدود الطبقة الأولى.

وتجب نفقتهم طالما كانوا في حالة فقر والفروع مطالبة بالإنفاق في حالة يسر.

– نفقة الأولاد وإن سفلوا واجبة على الأب

بالنسبة للذكور تستمر النفقة إلى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل التعليم، على أن لا يتجاوز المنفق عليه سن 25 عاما

بالنسبة للبنات تستمر نفقتهن حتى الزواج أو إذا توفر لهن الكسب.

– بالنسبة للأولاد المعوقين العاجزين على الكسب تستمر نفقتهم بقطع النظر عن جنسهم وسنهم

الفقرة 01 من الفصل 46 من المجلة – الأبناء الذين لم يتجاوزوا 20 عاما و ثبتت بنوتهم وأسند لهم اللقب العائلي للأب.

– الأم في حالة عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها .

ويتوسع مجال ضمان وجوب الإنفاق إلى ما بعد صدور حكم يقضي بوجوب الإلزام بالنفقة ، إذ رتب المشرع المغاربي عدم الإنفاق على الأبناء وفق ما هو مقرر قضاء حصول المتابعة الجزائية إذ نجد تجريم هذا الفعل ضمن التشريع الجزائري وفق المادة 331 ق.ع، إذ تعتبر هذه الجريمة قائمة، بنفس أركان جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء للزوجة[203]، وبالتالي في نفس درجة الحماية، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في إجتهادها والقاضي بأن " تبقى الجريمة قائمة في حق المتهم حتى وإن كان الأبناء يعيشون تحت كفالته ذلك أن النفقة الغذائية واجبة الدفع للوالدة التي تمارس الحضانة على الأطفال بموجب حكم مدني"[204].

بل قررت المحكمة العليا بمنح صفة التقاضي في دعوى عدم تسديد النفقة المقررة للمحضون بصفته مباشرة بعد بلوغه سن الرشد[205] إذا جاء في المبدأ أنه لاصفة ولا مصلحة للأم الحاضنة في رفع دعوى عدم تسديد نفقة البنت بعد بلوغها سن الرشد.

فهذا المبدأ يعكس نوع الحماية الخاصة في المطالبة بما هو مقرر قضاء لإعالة الأبناء إذا بلغ سن الرشد بمنح صفة التقاضي بتقديم الشكوى طبقا لأحكام المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية وتكليف المتهم مباشرة أمام المحكمة. إذ قررت المحكمة العليا بأنه " لايمكن إدانة شخص من أجل جنحة عدم تسديد النفقة بناء على شكوى من طرف أم المحضون في حين أن المحضونة بلغت سن الرشد وليست للأم الصفة والمصلحة وإذ حدث ذلك فيعد خرقا للمادة 337 مكرر من ق.ا.ج والمادة 459 من ق.إ.م"[206].

ويعد وجوب توافر حكم قضائي يقضى ويلزم بالنفقة أهم شرط لقيام الجريمة ضمن التشريعات المغاربية ككل إذ أن المشرع المغربي بموجب الفصل 479 ق.ج،اعتبر لقيام جريمة الإمساك العمدي عن الإنفاق على الفروع في الموعد المحدد توافر حكم نهائي أو قابل للتنفيد المؤقت. بمعنى أنه في حالة الإمساك عن الإنفاق بموجب إلتزام بالإنفاق لا يشكل إهمالا للأسرة علما أن المادة 197 من م.أ.م تنص على أن أسباب وجوب النفقة هي الزوجية و القرابة والإلتزام.

و يجب لكي تتحقق هذه الجريمة إمتناع المحكوم عليه عمدا مع ذلك عن الأداء.

---

[203] - تفصيل ذلك ما أشير إليه بالمطلب الأول ، جـرائم الإخلال بالإلتزامات الزوجية، ص.45.

[204] – المحكمة العليا ، غ.ج، 02/17/ 1998، ملف رقم 144741، المجلة القضائية، 2003، عدد4، ص .232.

[205] – المحكمة العليا، غ.ج، 07/02/ 2002، ملف رقم 269321، المجلة القضائية، 2003، عدد 2، ص .366.

[206] – المجلة القضائية، 2003، عدد 2، ص. 367.

وأفردت م.ج.م لهذه الجريمة عقوبة جنحية هي الحبس من شهر إلى سنة و غرامة من 200 إلى2.000 درهم. مع ملاحظة أنه غالبا ما تكون هذه العقوبة موقوفة التنفيذ و ذلك لتمكين المكلف بالنفقة من توفيرها. إلا أن المشرع نص على أن الحكم بالحبس يكون حتميا في حالة العود.

وهو نفس توجه المشرع التونسي بموجب نص الفصل 53 مكرر من م.أ. ش على ما يلي: " كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100) إلى ألف دينار (1000). والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب .

وما جاء به المشرع الجزائري من مستجد تشريعي من فرض للحماية الجزائية في حالة أحكام المادة 138 من قانون حماية الطفل[207] والتي تقرر المتابعة الجزائية على كل من إمتنع عمدًا رغم إعذاره عن تقديم الإشتراك في النفقة المذكورة في المادة 44 من نص القانون والمتعلقة أساسًا بالإشتراكات في مصاريف التكفل بالطفل محل التسليم والوضع في أحد المراكز أو المصالح المنصوص عليها بالمادتين 36و41 من قانون حماية الطفل.

إذ هذه الصورة الجديدة من السلوك تدخل تحت مسمى عدم النفقة كون المكلف بدفعها إلى المصالح المعنية من طرف الملزم بالنفقة ، وقد جاء تجريمها بنفس الجزاء العقابي المقرر عن جريمة عدم تسديد نفقة محكوم بها قضاء إلا إن المادة لم تحدد من يقوم بتحريك الدعوى العمومية ولم تشملها بأي قيد أي شرط الشكوى أو إجراء الصفح، كونها ذات طابع خاص تخضع لنفس المادة 138.

أولا

التفاوت في إعتبار المعيار الزمني لتقرير الإمتناع عن تقديم النفقة

خفض المشرع المغربي الأجل المقرر للتوقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر وهو نفس توجه المشرع التونسي[208] ، وهذا دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة[209] .وفق المادة 202 من

[207] – الصادر بتاريخ الأحد 3 شوال عام 1436 الموافق 19 يوليو سنة 2015 ، الجريدة الرسمية عدد ، 39 المتضمنة قانون حماية الطفل . والذي ألغى أحكام الأمر رقم 72-03 المؤرخ في 10 فبراير1972، المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة المعرضين للخطر المعنوي.

[208] – إعتبار أن أجل الشهر الوارد بالفصل 53 مكرر جديد من م.أ.ش يبدأ من تاريخ صدور الحكم، لأنه ليس في حاجة للإعلام به عن طريق عدل منفذ حتى يقع الطعن فيه، وهذا الإفتراض القانوني بالعلم بالحكم ينسحب على كل المسائل بما فيها الأجل الوارد في الفصل 53 مكرر.

[209] - حسب إحصاءات تعود لسنة 2010 كشفت عنها وزارة العدل المغربية فإن أحكام النفقة الصادرة عن المحاكم في المغرب بلغت 33726 إلا أن حوالي 10 ألاف فقط منها هي التي تعرف طريقها إلى التنفيذ. جمال أبو الريش، جريدة الأحداث المغربية 11 أكتوبر 2011.

م.أ بنصها على أنه " كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول ، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة.

و هذا الأداء يجب أن يكون كليا غير مجزء. كما لابد من إعتماد نص المادة 365 ق.ل.ع الذي ينص على أنه: "لاتقع المقاصة إذا كان أحد الدينين نفقة".

وإن أجل الشهر كاف للضمان الحماية بتقرير النفقة خلال أجل الشهر ، وكل تمديد للأجل فيه مخاطرة بإحتياجات أفراد الأسرة وهذا ما يعكسه الأثر السلبي المستشف من المتابعات القضائية الحاصلة ضن التشريع الجزائري، إذ أنه يشترط أجل الشهرين لتحقق الإمتناع ومباشرة الدعوى العمومية ، وحساب أجل الشهرين من تاريخ تحرير محضر الإمتناع وليس تاريخ صدور الحكم الذي يلزم بالنفقة مما يعنى معه تجاوز مدة الشهرين التي تستغرقها إجراءات تنفيذ الحكم من التبليغ وإستنفاذ إجراءات التبليغ هذا في حالة عدم حصول إستئناف لهذا الحكم وما يستغرق من أجل .

هذا بالرغم من تحقق العلم للمنفذ عليه بصدور حكم يلزمه بالإنفاق ، هذا الوضع جعل القضاء الجزائري في كثير من الحالات يأخذ بحساب الأجل أي مرور مدة الشهرين من تاريخ صدور الحكم القاضي بالنفقة وليس من تاريخ الإمتناع عن التنفيذ.

كما نص المشرع المغربي في الفصل 480 من م.ج.م على أنه:"يعاقب بعقوبة إهمال الأسرة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفعه نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد".

فإنطلاقا من السابق يتبين أن الجريمة المذكورة، تقوم متى أمسك الجاني عمدا عن أداء النفقة لمستحقيها، زوجة كانت، أو أحد الأصول، أو الفروع، وذلك بعد صدور حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المعجل يقضي بأدائها، وأن يمسك المدين عن دفعها عمدا. وهذا خلال الأجل المحدد.

فالأصل ضمن هذه الجريمة هو ملاءة الذمة، ومن ثم على المدين بالنفقة أن يثبت حسن نيته، أما القصد الجنائي أو النية الجرمية فتفترض، وعلى الملزم بالنفقة أن يأت بالحجة على أنه معسر، هذا الأمر الذي يدفعنا للتحدث عن خلق بديل يكفل ضمان دفع النفقة في صورة ما أستحدث ضمن التشريعات المغاربية تحت مسمى صندوق النفقة.

ثانيا

إعتماد صندوق النفقة كحد أدنى لحماية الأسرة

ولأجل تحقيق ضمان هذا الدفع، فقد إستحدث المشرع التونسي والمغربي نظام إجتماعي،[210] تحت مسمى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق كجهاز إجتماعي هاما يساعد المطلقات وأبناء الطلاق وبناته على تجاوز مخاطر الفاقة والخصاصة، فإستحداث صندوق التكافل العائلي جاء كمؤسسة بديلة عن الزوج المعسر في أداء النفقة.

وبالتالي فإنه ضمن التشريع التونسي كنموذج عندما يمتنع الزوج المحكوم ضده بالنفقة لفائدة زوجته وأبنائه عن تسديد مبلغها، رغم إعلامه بالحكم بواسطة عدل تنفيذ، ويمضي شهر على ذلك، فإنّه يصبح من الممكن تتبعه من أجل جنحة عدم دفع النفقة المعبر عنها بجريمة إهمال عيال. وتتمثل إجراءات رفع الشكاية من أجل جنحة عدم دفع النفقة في تقديم عريضة إلى وكيل الجمهورية مرفوقة بالحكم القاضي بالنفقة ومحضر الإعلام به. ويمكن لصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق أن يتولى دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب عسره وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق. ويحل هذا الأخير محل المحكوم لهم في إستخلاص المبالغ التي دفعها.

وتتلخص وظيفة صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق[211] في دفع معاليم النفقة والجراية لمن حكم له بها من المطلقات وأطفالهن من جهة، وفي إسترجاع المبالغ المدفوعة من المدينين المحكوم عليهم بها، من جهة أخرى. فقد نص الفصل 2 من القانون المحدث للصندوق على أنه يمكن للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهم أحكام باتة متعلقة بالنفقة وبجراية الطلاق وتعذر تنفيذها لتلكّؤ المدين، أن يتقدموا للصندوق بمطلب في الحصول على المبالغ المستحقة. ويثبت عسر المدين إذا تعلقت به قضية إهمال عيال طبقا لمقتضيات الفصل 53 مكرر من م.أ.ش

---

[210] – بموجب الأمر عدد 671 المؤرّخ في 16 مارس 1998 المتعلّق بتطوير إجراءات تدخّل صندوق ضمان النفقة وجراية الطّلاق ". وقد أحدث سنة 1993، ودخل حيز العمل الفعلي مباشرة. ولقد افرز عمله ظهور بعض النقائص والإشكالات التي عادت الدولة إلى التصدي لها لتلافيها ويندرج هذا الأمر في هذا الإطار فهو يطوّر النظام الوظيفي للصندوق وييسّر شروط الانتفاع بخدماته. ويكمل هذا النص التطبيقي الإجراءات المحددة للحصول على النفقة وجراية الطلاق من الصندوق المحدث سنة 1993 والتي تضمّنها الأمر عدد 1655 لسنة 1993 المؤرّخ في 9 أوت 1993.وتخص الإضافة حالات عود المدين للتلدد وحالات إيقاف صرف النفقة أو جراية الطلاق. وصندوق التكافل العائلي المغربي جاء من خلال مجموعة من المراحل: المرحلة الأولى كانت سنة 2003 .

– ثم صدور النص القانوني الذي سينظم هذا الصندوق من 5 فبراير 2004 إلى 30 ديسمبر 2010 ليصدر قانون المالية لسنة 2011 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5904 متضمنا ميلاد صندوق التكافل العائلي، إذ ورد في الصفحة 5511 وتحت عنوان" الحسابات الخصوصية للخزينة" نبأ إحداث حساب رصد لأمور خصوصية يسمى "صندوق التكافل العائلي". ويكون وزير العدل هو الآمر بقبض موارده وصرف نفقاته.

– ثم نشر في الصفحة 5567 وما بعدها الظهير الشريف رقم 191.10.1 تاريخ 7 محرم 1432 موافق 13 ديسمبر 2010 بتنفيذ القانون رقم 10.41 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الإستفادة من صندوق التكافل العائلي.وهكذا فبعد ثماني سنوات تقريبا بدأ العمل بصندوق التكافل العائلي والذي ستستفيد منه النساء المطلقات اللواتي تعذر عليهن الحصول على النفقة، لأي سبب كان، و بشروط محددة.

[211] - الصادر بمقتضى القانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 وبعد تنقيح مجلة الأحوال الشخصية بقانون 12 جويلية 1993.

ويتولى الصندوق صرف مبالغ النفقة أو الجراية لمستحقيها كل شهر في أجل لا يتجاوز 15 يوما من تاريخ تقديم المطلب المستوفي للشروط القانونية، وذلك بواسطة حوالات بريدية.

ويتولى الصندوق إعلام المدين بمكتوب مضمون الوصول بقرار تحمل النفقة أو جراية الطلاق كما يتضمن المكتوب إنذار المدين بأنه إن لم يسدد للصندوق في ظرف شهر المبالغ المطلوبة منه، فإن الاستخلاص يقع بطريقة بطاقة الجبر.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الأطفال (أولاد الطلاق) هم الأكثر إستفادة من خدمات صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق بأضعاف عدد النساء، لأن المطلقة تكون واحدة وأطفالها متعددين، رغم أن المطلقات يتمتعن بتدخل الصندوق بوجهين إثنين: عند الحكم لهن بالنفقة (نفقة المعتدة) وعند الحكم لهن بجراية الطلاق، في حين لا يتمتع الأطفال بخدمات الصندوق إلا بوجه النفقة فقط .

وهي نفس الآلية التي إعتمدها المشرع الجزائري بصدور القانون المتضمن صندوق النفقة 01/15 والمرسوم المتضمن آليات العمل بشأنه كآلية تشريعية نحو اعتماد هذا النظام بما يتوافق وخصوصية المجتمع الجزائري[212] يتكفل من خلاله توفير ضمانة مالية للدائن بالنفقة، على وجه النفقة المقررة قضاء دون نفقة العدة أو توابع الطلاق.

هذا فيما يتعلق بالحماية الجزائية عن فعل الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء، والتي توافقت فيما بينها بمختلف التشريعات المغاربية، فما هي نظرة المشرع المغاربي لجريمة ترك الأسرة ؟

الفرع الخامس

جريمة ترك مقر الأسرة

زيادة عن جرم عدم تسديد النفقة يقوم الزوج أحيانا بهجر أسرته متخليا عن واجباته المترتبة عليه بموجب الولاية[213] لذلك فقد جرم المشرعون المغاربيون هذا الفعل إذ نجد المشرع الجزائري قد نص وفق الفقرة الأولى من

[212] - قانون رقم 15 – 01 مؤرخ في 04 يناير سنة 2015 يتضمن انشاء صندوق النفقة، ج.ر عدد01، المؤرخ في 7 يناير 2015. ،المرسوم التنفيذي رقم 16– 186 مؤرخ في22 يونيو 2016 يحدد كيفيات منح إعانة الدولة للفروع المتكفلين بالأشخاص المسنيين الذين هم في وضع صعب و/ أو بدون روابط أسرية، والمرسوم التنفيذي رقم 16 – 187 مؤرخ في 22 يونيو 2016 المحدد لكيفيات مساهمة الأشخاص المتكفلين بالأشخاص المسنين وكذا الأشخاص المسنين ذوي دخل كاف، في مصاريف التكفل المقدمة داخل مؤسسات وهياكل إستقبال الأشخاص المسنين. ج. ر عدد 39 ، بتاريخ 29 يونيو2016 .

[213] – لا يوجد سلطة أبوية في القانون الجزائري وإنما توجد " الولاية " ونجد المادة 9 مكرر1 الفقرة 6 من قانون العقوبات تتحدث عن سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها؛ وفي هذا يقول الأستاذ محمد فاروق النبهان" أن الولاية على النفس تتضمن العناية بالقاصر وتربيته وتأديبه عن طريق النصح والتوجيه" مشار إليه في، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع السابق، ص. 92. 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 9 منه كعقوبة تكميلية بمسمى الحقوق العائلية، ومن تطبيقات هذه العقوبة ما جاء في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الفقرة الأخيرة "ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب والأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية".

المادة 330 ق.ع.على أنه "يعاقب بالحبس من ستة (6) إلى سنتين (02) وبغرامة من 50.000دج إلى 200.000دج:

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية و المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي.ولا تنقطع مدة الشهرين(2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في إستئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

2 - الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين (2) عن زوجته وذلك لغير سبب جدي.

وفي هذا الإطار ينص الفصل 479 من ق.ج على أنه:"يعاقب كل من الأب أو الأم إذا ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر مدة تزيد عن شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية أو المادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية".

ويعني ذلك خروج الأب أو الأم من البيت الذي يقيمان فيه مع أطفالهما إلى مكان آخر، وسواء كان ذلك المكان بعيدا أم قريبا يجب أن يوافق ذلك الخروج، إخلال أحد الأبوين بواجبات الولاية أو الوصاية أو الحضانة.

أما إذا إستمر أحد الزوجين في رعاية الأبناء رغم بعده عن بيت الأسرة، وكان ينفق على أسرته من بعيد ويرعى أبناءه من خلال توجيهاته لهم من مكان خارج بيت الأسرة، فلا تثبت في حقه جريمة إهمال الأسرة. غير أن هذا الإمتياز لا يتوفر للأم التي تتملص من واجب الحضانة، لكون أبنائها يجب أن يظل معها حتى تتمكن من رعايتهم.

ونجد أن المشرع المغربي قد إستعمل في ذات الفقرة من الفصل 479 ق.ج عبارة "بيت الأسرة" و كان الأفضل إستعمال عبارة "بيت الزوجية" حتى يكون المحل المتروك واضحا.

وإعتبرت القوانيين المغاربية أن إشتمال الحماية فيما يتعلق بالإلتزامات المتخلى عنها يشمل الإلتزامات المادية والمعنوية. وبالطبع يجب أن تتوفر الرابطة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة التي تحقق، مع توافر القصد الجنائي.

وجعل المشرعون المغاربيون هذه الجريمة عمدية، إذ نجد نص المادة 330 فقرة الثانية من قانون العقوبات الجزائري صراحة ذلك بنصها " الذي يتخلى عمدًا ولمدة تتجاوز الشهرين"[214].

[214] - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ، ص. 147.

بالإضافة إلى وجوب عدم توفر سبب جدي أو شرعي لجعل الزوج يترك مقر الزوجية أو يتخلى عن بعض أو كل إلتزاماته [215] . لكن تفصيل وتحديد السبب الجدي مسألة متروكة للقاضي الجزائي.

أولا

إشتراط الأبوة أو الأمومة كعنصر تقديري للحماية

يشترط لقيام جريمة ترك مقر الأسرة ضمن التشريعات المغاربية ضرورة وجود زواج شرعي يربط بين الزوجين، وإثبات أنّ الزّواج الذي يحكمه هذا العقد مازال قائما.مع إشتراط وجود ولد أو عدة أولاد إذ لا تقوم الجريمة في حق الزوجين اللذين لا ولد لهما بنص المشرع على التخلي عن الإلتزامات الأدبية و المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية ولا مجال للكلام عن الولاية دون وجود رابطة الأبوة أوالأمومة، و عليه فإن الجريمة لا تقوم في حق الأجداد ضمن التشريع الجزائري إذ أن المادة 330 ق.ع حصرت الجريمة في أحد الوالدين [216].

وجاءت حالة التجريم هذه أكثر وضوحا ضمن التشريع المغربي بموجب الفقرة الثانية من الفصل 479 ق.ج بوجود أطفال حتى يعاقب التارك المتعمد لبيت الزوجية. بدليل استعماله لمصطلح الأب و الأم بدلا من مصطلحا الزوج و الزوجة. بمعنى أنه في حالة عدم وجود أطفال أو طفل على الأقل لا تتحقق جريمة ترك الأسرة.

---

[215] – وقد حددت المادة 36 من قانون الأسرة حقوق وواجبات الزوجين المشتركة.

[216] – هناك فرق بين السلطة الأبوية والولاية القانونية حيث إن:

السلطة الأبوية : تعني في أصلها اللغوي "حكم الأب"، وتعود في جذورها كمفهوم إلى الحضارة الرومانية، حيث كان رب الأسرة يملك السلطة المطلقة على كل من تحت ولايته، في صورة إستبداد الأب داخل الأسرة ، وقد أستخدم مفهوم "الأبوية" في الكتابات الحديثة لنقد سيطرة الأب داخل الأسرة، وكان الإنكليزي "روبرت فيلمر" في القرن السابع عشر أول من إستخدم نموذج الأسرة الأبوية في تحليله لنظم الحكم، حيث رأى أن الحكومات المستبدة هي التي يعامل فيها الحاكم رعاياه كما يعامل الرجل زوجته وأولاده، وهو الطرح الذي انتقده "لوك" وإن لم يعارض سلطة الأب داخل الأسرة. ويرتبط إستخدام مفهوم الأبوية بالغرب بتيارين رئيسين : تيار العلمانية الذي رأى في الدين الدعامة الأساسية، لتبرير الممارسة الأبوية للرجل وإضفاء الشرعية عليها، كما إستخدمه التيار الماركسي، ورأى أنها كلها أبنية أبوية، الدولة والإقتصاد والأسرة، ويتعارض بذلك مع الرؤية الإسلامية التي تؤمن بوجوب ترتيب للإدارة السياسية. تأريخ القانون، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق،ص.149. إبراهيم عبد الكريم الغازي، تأريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، بغداد، 1973، ص. 62. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام ،ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص. 142- 145.

أما الولاية القانونية: فهي ثبوت الولاية الأصلية للأب ثم الأم بعد وفاته وذلك وفقا للمادة 87 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا". ولا يجوز للأبوين التنازل أو التخلي عنها، وإلا تعرضا للعقوبة، المنصوص عنها بالمادة 330 من قانون العقوبات. وتكون الولاية شاملة لجميع أموال القاصر إلاإذا كان قد وهب للقاصر أو أوصي له، مع شرط إستبعاد ولاية الأب، ولا بد من تعيين وصي خاص يتولى إدارتها والتصرف فيها. ويكون مسؤولا عن ذلك مسؤولية الرجل الحريص على أمواله وفقا للمادة 88 من قانون الأسرة. وتنقضي ولاية الأب والأم ببلوغ القاصر سن الرشد، أوبعجز الولي أو موته أو الحجر عليه، أو غيابه. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط.2، 1989، ص.120- 126.

ولم يشمل المشرع الجزائري الطفل المكفول ضمن الحماية القانونية المقررة في المادة 330-1 رغم أن المادة 116 من ق.أ نصت على قيام الكفيل برعاية المكفول، قيام الأب بإبنه إذ أنه من صياغة المادة 330-1 ق.ع، فالمشمول بالحماية هو الولد الأصلي الشرعي، إذ أن الإلتزامات المنصوص عليها في المادة 330-1 مترتبة على السلطة الأبوية و الوصاية القانونية في حين أن الإلتزامات المنصوص عليها في المادة 116 من ق.أ فهي على سبيل التبرع[217]. فمن باب أولى أن لا يشمل الطفل المتبنى بالحماية كونه ممنوع شرعا وقانونا وفقا للمادة 46 من ق.أ.

ثانيا

التقدير الزمني لقيام الجريمة

بالإضافة إلى التحديد الزمني كشرط في جميع القوانيين المغاربية بأن يكون الترك لمدة تزيد عن شهرين ضمن التشريع المغربي وبأن لاتقل عن شهرين التي تحسب إبتداء من ترك الزوج لمقر الزوجية و التخلي عن إلتزاماته العائلية إلى تاريخ تقديم الشكوى ضده.

أما فيما يخص فترة الغياب عن بيت الأسرة ضمن القانون المغربي فقد حددتها المادة 479 من م.ج، في غياب أحد الأبوين عن بيت الأسرة لأكثر من شهرين، وهذا التحديد يفهم منه أن هذه الفترة قد تكون شهرين أو أكثر.

والمشرع أراد أن يقطع الطريق على الزوج المخادع الذي يتحايل، وذلك بالحضور إلى بيت الزوجية بين الحين والآخر، الأمر الذي دفع به إلى التنصيص في الفصل 479 من م.ج على أنه:"لا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الزوجية رجوعا ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية". غير أن الإرادة الحقيقية لإستئناف الحياة الزوجية بصورة نهائية مسألة من الصعب إثباتها، نظرا لإرتباطها بالنية التي تعتبر من الأمور الخفية التي لا يمكن للقضاء أن يطلع عليها.

خاصة وأن المشرع المغربي جعل للنيابة العامة إمكانية قطع هذه المدة من خلال نص المادة 53من المدونة بنصها " إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع إتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته".

[217]- أحسن بوسقيعة، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 146.

إذ خولت النيابة العامة بموجب هذه المادة من المدونة، حق التدخل لإرجاع المطرود من الزوجين إلى بيت الزوجية[218]. دون تحديد لوقت التدخل قبل إنقضاء مدة الشهرين أو بعد إنقضائها وإستمرار فعل الترك والمغادرة لبيت الزوجية أو تقرير المتابعة الجزائية إثر ذلك.

وأن التقدير الزمني الذي جاء به المشرع الجزائري يتوافق والتقدير الزمني الذي جاء به المشرع المغربي دون تسجيل أي خلاف أو تمييز في تقدير هذا العنصر للقول بمدى تحقق الفعل المجرم متى تحقق السلوك المادي المتمثل في ترك الأسرة وما ينجر عنه من إهمال مادي ومعنوي للزوجة وخاصة الأولاد.

الفرع السادس

جريمة الإهمال المعنوي للأولاد

وهي الفعل المنصوص عليه ضمن التشريع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 330 ق.ع، التي تجرم أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده كلهم، أو أحد منهم أو أكثر، أو يعرض أمنهم، أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسئ معاملتهم، أويكون مثلا سيئا لهم للإعتياد على السكر، أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو بأن لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أولم يقض بإسقاطها، فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنة بغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج .

وقد خص المشرع المغربي لهذا الإهمال الفصل 482 ق.ج[219]، وإشترط لتحقق جريمة الإهمال وفق هذا الشكل حدوث أمرين متلازمين:

أولهما يكمن في أن يقوم أحد الوالدين بأحد التصرفات الواردة في الفصل 482 م.ج، و هي: سوء المعاملة، إعطاء القدوة السيئة، عدم العناية ثم التقصير في الإشراف الضروري من ناحية الصحة أو الأمن أو الأخلاق.

وثانيهما يكمن في حصول ضرر معنوي للأبناء أو لأحدهم على الأقل نتيجة هذه التصرفات.

---

[218] - إلا أنه هنا تجب الإشارة إلى ضرورة تفعيل هذا المقتضى بشكل يجعل عملها أكثر إيجابية، وذلك بإرجاع الزوج أو الزوجة المطرودة إلى بيت الزوجية، بمؤازرة القوة العمومية في حالة الإستعصاء، مع ضرورة تقليب الأمور قبل الإقدام على هذا التدخل، حفاظا على الأمن العام إذ لربما يكون الزوج الأخر خطرا على أمن الزوج المطرود.

[219] - ينص الفصل 482 على أنه " إذا تسبب أحد الأبوين في إلحاق ضرر بالغ بأطفاله أو بواحد أو أكثر منهم، و ذلك نتيجة سوء المعاملة أو إعطاء القدوة السيئة في السكر أو سوء السلوك أو عدم العناية أو التقصير في الإشراف الضروري من ناحية الصحة أو الأمن أو الأخلاق، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة و غرامة من مائة و عشرين إلى خمسمائة درهم، سواء حكم عليه بالحرمان من السلطة الأبوية أم لا.

ويجوز علاوة على ذلك، أن يحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من وأحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر".

من خلال قراءتنا لهذين النص، نجد أن المشرعين المغاربين قد قررو حماية الأبناء، عن طريق ترتيب المسؤولية الجزائية للأب والأم اللذين يتسببا في الإهمال المعنوي لأولادهما لتعلق ذلك بظروف معيشته وتربيته[220].

وقد عاقب المشرع المغربي هذا الشكل من الإهمال، بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من 200 إلى 500درهم، بالإضافة إلى وجوب الحكم على الآثم بسقوط الولاية الشرعية على الأبناء أو أحدهم كتدبير شخصي. و خول ذات الفصل 482 م.ج إمكانية الحكم على مرتكب هذه الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق الواردة في الفصل 40 م.ج لمدة تتراوح بين 5 إلى 10 سنوات. وهي نفس الفلسفة العقابية التي إعتمدها المشرع الجزائري.

وقد إعتمد المشرع التونسي بموجب الفصل 224 حماية جزائية شاملة للأولاد تدخل فيها عديد من الصور من بينها حالة الإهمال المعنوي للأولاد بخلاف المشرع الجزائري والمغربي الذي أفرد لكل نوع عقوبة مستقلة بالتجريم فبالرجوع لنص الفصل 224 من م. ج.ت فإنه " يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها خمسمائة فرنك الإنسان الذي اعتاد سوء معاملة صبي أو غيره من القاصرين من الإناث أو الذكور المجعولين تحت ولايته أو نظره بدون أن يمنع ذلك عند الإقتضاء من العقوبات الأكثر شدة المقررة للإعتداء بالعنف والضرب. ويعد سوء المعاملة إعتياد منع الطعام أو عدم الإعتناء وحينئذ تنسحب عليه أحكام الفقرة المتقدمة.

وتشدد المشرع التونسي بمضاعفة العقاب إذا نتج عن إعتياد سوء المعاملة سقوط بدني تتجاوز نسبته العشرين في المائة أو إذا حصل الفعل بإستعمال السلاح. ويعاقب بالسجن المؤبد مرتكب الجريمة المذكورة إذا نتج عن إعتياد سوء المعاملة موت المجني عليه".

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أضاف ضمانة تشريعية أخرى ، تدخل ضمن الوقاية من سوء معاملة الأطفال وذلك بموجب قانون حماية الطفل[221] .

---

[220] -Cf. KALFAT.Choukri, Le dossier médico-psychologique et social 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 / 12 / 2004 .

[221] - جاءت أحكام المواد 142-143 بمعاقبة كل شخص يتولى رعاية أو تربية طفل واحد داخل المراكز المخصصة أو داخل المؤسسات التربوية يقوم باستعمال العنف وفقا لأحكام قانون العقوبات بالرجوع إلى القواعد العامة في التجريم وفق كل تكييف وكل متابعة.

وهو نفس التوجه العقابي الذي أخذه المشرع في حالة المادة 143 بتطبيق القواعد العامة في المتابعة الجزائية بموجب مواد قانون العقوبات في حالة الجرائم الواقعة على الطفل لاسيما الإستغلال الجنسي وإستعماله في الأعمال الإباحية والتجارية والتسول واختطاف وهذا لتوجيه المتابعة الجزائية ولسبق النص عليها ضمن قانون العقوبات.

وقد جاء نص المادة 144 صريحا بعدم تطبيق أحكام الفترة الأمنية على الأطفال الجانحين(الأحداث) نظرا لما يحكم هذه الفئة من تدابير الحماية الاجتماعية والقضائية الخاصة، والتي جاءت ضمن قانون حماية الطفل والتي أساسا لاتتناسب مع سن الطفل وحداثته.

مع العلم أنه لم يشترط القصد الجنائي لقيام هذه الجريمة، بإعتبار أن هذه الجريمة تقتضى حتما أن يكون الجاني واعيا بخطورة تقصيره في أداء واجباته العائلية ولخطورة أثارها على نفسية الأبناء. وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري[222].

أولا

تقدير الجانب النفسي والروحي للأولاد وجعله محل حماية جزائية

إن تقدير الحماية ضمن متابعة الجاني المرتكب لجريمة الإهمال المعنوى للأبناء غايته حماية الإبن ،فلإبن الذي يفتقد الإهتمام المعنوي فيه، سرعان ما يسلك سبيل الجريمة[223].

فكلما كان الجو العام داخل الأسرة مبتعدا عن القيم الروحية فإن ذلك يصبح كله ديدناً لدى الأبناء[224]، فلأجل ذلك قرر المشرع جزاءات لتوفير أكبر ضمانة لحماية الأبناء من إهمالهم معنويا.

إلا أن الملاحظ أن نص الفصل 482 م.ج جاء بصور لتصرفات تعد ضارة بالأبناء.مما يجعل الدارس يتسائل عن ورود ذكرها على سبيل المثال أو الحصر لإلزامية الأخذ بالنص الجزائي على حاله دون التوسع في التفسير بالتجريم في حالة إعمال النص من طرف القاضي.

وبعيدا عن الجانب الجزائي فقد قرر المشرع التونسي الحماية الإجتماعية لحالة الأطفال المهملين معنويا بموجب الفصل 31 من مجلة حماية الطفل بالإلزام بالإشعار لكل ممن تبين له أن هناك ما يهدد صحة الطفل أو سلامته البدنية أو المعنوية وجعل القانون الإشعار وجوبيا في حالات تعرض الطفل إلى سوء المعاملة بصفة اعتيادية أو إلى استغلال جنسي وحمل القانون هذا الواجب على كل من يتولى بحكم مهنته العناية بالأطفال ورعايتهم كالمربين والأطباء وأعوان العمل الاجتماعي وغيرهم من الساهرين على وقاية الطفل وحمايته من كل ما من شأنه أن يهدد صحته أو سلامته البدنية بمن في ذلك الخاضع للسر المهني.

وتم تكليف مندوب حماية الطفل الذي أعطاه القانون صلاحيات مأمور الضابطة العدلية ومكنه من الإستنجاد بالقوة العامة، في حالات الخطر، لحماية الطفل إذ يقوم بجمع الأدلة وإجراء التحقيقات للتأكد من الأضرار التي لحقت بالطفل والظروف التي أدت إليها وذلك بعد الحصول على إذن من قاضي الأسرة.

---

222 – محكمة جيجل ، قسم الجنح ، 25/ 04/ 2012، فهرس 1761/ 12 ، ملحق رقم 07 ، ص . 395.

223 – محمد عاطف غيث، علم الإجتماع، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص .142.

224 – منصور رحماني، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم، ط 1، 2006، ص. 128.

ويتخذ مندوب حماية الطفولة التدابير الحمائية العاجلة اللازمة مثل وضع الطفل بمؤسسة إستشفائية أو بمركز إحاطة إجتماعية أو لدى عائلة وذلك بدون إذن مسبق من قاضي الأسرة على أن يتحصل عليه لاحقا. ويمكن لمندوب حماية الطفولة أن يتخذ تدابير ذات الصبغة الإتفاقية إذا رآها ملائمة لوضعية الطفل ويقوم بمتابعتها وهذا وفقا للفصل 39 من مجلة حماية الطفل.

ومما جاء به المشرع الجزائري من تشديد في الجزاء العقابي بموجب قانون حماية الطفل إن كان الفاعل والمتهم أحد الأصول أو المسؤول عن رعايته نظرا لما يفترض فيهم من الحرص على رعايته وتدبير شؤونه من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لما لهؤلاء الأشخاص من سهولة فرض رأيهم وتوجيهاتهم على الطفل، محل الرعاية من طرفهم فيستغلون ذلك الأمر بتأثير مباشر على شخصية الطفل وجانبه النفسي.

ثانيا

أثر المتابعة الجزائية للفاعل على شخصية الأولاد

فضمن هذه الفلسفة التي رأى المشرع التونسي أنها توفر أكبر قدر من الحماية متساهل عن معاقبة الأشخاص الذين يساهمون أو يتسببون في خلق مثال وجود هذه الأوضاع. ومن هنا يظهر لنا جليا التفاوت في مجال الحماية ضمن القوانين المغاربية .

إلا إنه في كل الأحوال لا يمكن القول بتحقق الفاعلية لحماية الطفل نظر لما قد تتركه المتابعة القضائية من أثر على نفسيته وبالتالي شخصيته، كتصور يبقى بذهنه مهما كان الحكم الصادر لأنه في وضع نفسي سيء وسلبي في الغالب نتيجة للمعاملة الحاصلة عليه من طرف أحد والديه هذا من جهة، ومن جهة ثانية سن ونمو شخصية الطفل لايسمحان بإعتماد إجراءات متابعة ومحاكمة تتوافقان ونفسيته وسنه ، حتى إن التدابير أو العقوبات التي سوف تفرض على الفاعل لاتوجد ضمانات على أنها تكفل الحماية بما يتناسب وتنشئة الأولاد ضمن محيط أسري إيجابي يساهم في نموه النفسي والعقلي السليم ليصبح فاعلا داخل مجتمعه.

وهي أساس الغاية التي جاءت بها أحكام المشرع الجزائري بموجب المواد 136-137- 138 من ق.ح.ط المقررة للحماية المعنوية للطفل بما يضمن عدم المساس بشخصيته وتكوينه النفسي كون الأفعال محل التجريم تشمل جميع صور السلوك المادي المؤدي إلى أثار نفسية على طابع وشخصية الطفل مخافة لأن تصبح لديه علاقات مضطربة تؤدي إلى عدم وضوح الضوابط ، والقواعد السلوكية للطفل.

وهي نفس الغاية التي يسعى لها المشرعون المغاربيون في تقريرهم للحماية الجزائية من خلال تجريمهم لفعل ترك الأبناء و تعريضهم للخطر.

الفرع السابع

جريمة ترك الأبناء وتعريضهم للخطر

لعل من بين مظاهر الإختلالات المجتمعية الأكثر حساسية ومرارة "ظاهرة الأطفال المتخلى عنهم"، ظاهرة تكاد تلازم كل مجتمع وتختلف دائرة حجمها بإختلاف صرامة الجهاز القيمي داخل كل مجتمع وكذا إختلاف الظروف الإقتصادية والإجتماعية وخصوصا منها الطابع السوسيوثقافي والقانوني[225].

لذا يعتبر الطفل في أمس الحاجة إلى الحماية من بعض الجرائم الخطيرة التي عادة ما يرتكبها أهله أو من عهد إليهم بحمايته، من قبيل جرائم الترك والتخلي لما يؤديان إليه من تعريض لحياة الطفل للخطر.

ولأجل ذلك جرمت التشريعات المغاربية هذه السلوكات فنجد المشرع الجزائري بموجب المواد من 314 إلى 318 ق.ع إتجه إلى إبراز هذه الجريمة وأركانها توسيعا لمجال الحماية من خلال إعطائها صورتين:

أولا

صورة ترك الولد أو تعريضه للخطر

ذلك أن الترك هو العمل الشكلي للتخلي عن الطفل[226]، وإن المشرع يعاقب على التخلي عن الطفل بإعتباره عملا ينافى إلتزام التربية والتنشئة السليمة الواقع على عاتق الوالدين[227].

---

[225]– عائشة التاج، الأطفال المتخلى عنهم أية رعاية إجتماعية، ندوة الأسرة والطفل والتحولات المجتمعية، منشورات جمعية الشعلة،ط 1، مطبعة الدار البيضاء، 2002 ص.57.

[226]– أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 1، ط 3، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006، ص . 178.

[227]– لقد إختلفت التشريعات الجنائية في تحديد بعض أوصاف أفعال التعريض للخطر، فمنها من جاء بصيغة غير جامدة عندما اشترط لتحقق هذه الجريمة توافر أحد أشكال السلوك التي قررها، وهي التخلي أو الترك كالمشرعين المغربي والفرنسي ومنها من اشترط وقوع الأمرين كقانون العقوبات المصري، ومنها من إكتفت بذكر التعريض للخطر وجعلت من ترك الطفل في مكان خال من الناس ظرفا مشددا للجريمة كالمشرع العراقي. ولاشك في أن عبارة التعريض للخطر شاملة لكل المعاني التي تدل على وضع الطفل في مكان غير بعيد على محل إقامته أو العناية به أو رعايته سواء أكان ذلك بفعل إيجابي أو سلبي، فمن يحث طفلا على عبور الشارع المحفوف بمخاطر السير يعد مرتكبا لجريمة تعريض الطفل للخطر شأنه شأن المشرفة على رحلة الأطفال إذا تركتهم دون رقابة. ممدوح خليل ، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية، مجلة الحقوق الكويتية. عدد 3 ، سبتمبر 2003، ص. 230.

و يشترط أن يكون التارك أبا أو أما للمتروك ويتحدد هذا الشرط من خلال الجزاء المقرر بالنظر لصلة الجاني بالمجني عليه، وعلى هذا الأساس ينص الفصل 459 ق.ج المغربي على أن " كل من عرض أو ترك طفلا دون سن الخامسة عشرة أو عاجزا لا يستطيع أن يحمي نفسه بنفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات"[228]، وترفع هذه العقوبة من سنتين إلى خمس إذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوما، كما تشدد العقوبة في حال تعرض الطفل لعاهة مستديمة لتصبح هي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

ولتوسيع جانب الحماية فإنه يعاقب المجرم في الحالة التي تطبق فيها عليه عقوبة جنحية فقط بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 م.ج. وبالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات بموجب الفصل 467-1.

ولمزيد من الضمانات الحمائية جعل الفصل 462 م.ج من صفة الجاني ظرفا مشددا للعقوبة، وذلك لما تنطوي عليه صفة أصول الطفل أو من هم مكلفون بحفظه ورعايته قانونا أو اتفاقا أو عرفا من خطورة على الطفل المجني عليه بدلا من كونها محلا لثقة الطفل وإطمئنانه وهو نفس الشرط الذي أخذ به المشرع الجزائري.

وتشددا المشرع التونسي في جعل العقاب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها مائتا دينار إذا كان المجرم أحد الوالدين أو من له سلطة على الطفل أو العاجز أو مؤتمنا على حراسته طبقا للفصل 212 من م.ج . بالإضافة إلى إشتراط أن يكون ترك الطفل في مكان خال وهذا ما جاءت به المادة 314 من ق.ع الجزائري ، قصد التخلص منه بما يحقق عدم مساعدته، أو إسعافه من الضرر، أو الخطر الذي يمكن أن يعترضه.

إلا أن بعض الفقه يرى أن المادة 314 من ق.ع، 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[229]، وهذا ما تؤكده المادة 316 من ق.ع التي تعاقب على ترك الطفل وتعريضه للخطر في مكان

---

[228] - أدخل تعديل على الفصلين 459 و 461 من ق.ج المغربي بمقتضى القانون 03-24، حدد سن الطفل الذي يتمتع بالحماية المقررة في الفصلين فيما دون الخامسة عشرة.

[229] – وهذا ما أكدته المحكمة العليا بلملف رقم 61782 في قرارها الصادر بتاريخ 08- 11- 1988 على أن "ترك أطفال في مكان خالي – سؤال غير مبين لعنصر المكان – سؤال ناقص. متى كان من المقرر قانونا أن الرئيس بعد إقفال باب المرافعات ،ويتلو الأسئلة الموضوعة ويوضع عن كل واقعة معينة في منطوق قرار الإحالة ويكون كل ضرف مشدد وعند الإقتضاء كل عذر صار التمسك به محل سؤال مستقل ومتميز، ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت. في قضية الحال أن السؤال الذي أدانت به المحكمة المتهم لم يذكر عنصر المكان لإعتباره عنصر مشدد للجريمة بخلوه أو عدم خلوه من الناس ومن ثم فإن السؤال كان ناقصا وعليه فان المحكمة باحتمالها لعنصر المكان تكون خالفت القانون

ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه. المجلة القضائية 1991 ،عدد 4، ص. 250.

غير خال من الناس، ولكن بعقوبات أخف من تلك المقررة في المادة 314 من ق.ع التي تعاقب على ترك الأطفال وتعريضهم للخطر في مكان خال من الناس.

وقد أقام المشرع الجنائي المغربي تمييزا في العقوبة، بين جريمة التخلي التي ترتكب في مكان غير خال من الناس وتلك التي ترتكب في مكان خال من الناس، بإعتبار أن هذا الأخير يشكل خطرا كبيرا على الطفل.

و ليس المقصود من عبارة مكان خال من الناس أن يكون المحل خاليا من الناس في جميع الأوقات كمنطقة نائية مهجورة مثلا، إنما المراد أن يكون المحل المذكور خاليا من الناس وقت التخلي عن الطفل[230]. لكن هل يمكن إعتبار ترك الأم لطفلها وحيدا في منزلها مكانا خاليا من الناس؟ لقد أجاب المجلس الأعلى بالقضاء المغربي على هذا السؤال في القرار الصادر في 16 من سبتمبر 1999 حيث جاء في حيثياته بأن "إهمال الأم لرضيعها وتركه وحيدا في منزلها دون تعهد بالتغذية والرعاية في الأوقات المناسبة مما نتج عنه هزاله ووفاته لا ينطبق عليه الوصف القانوني الوارد في الفصلين 461 و462 من ق.ج والذي يتضمن تعريض الطفل العاجز للخطر وتركه في مكان خال من الناس دون نية الرجوع إليه أو بقائه تحت عهده أو مسؤولية مرتكب الفعل"[231].

وتوسع المشرع التونسي ببان شمل حماية الطفل سواء تخلي عنه في مكان خال أو آهل بالسكان وهذا تقديرا لحماية الطفل ووضعه، بموجب الفصل 212 من م.ج الذى إستوجب عقوبة السجن مدة ثلاثة أعوام وخطية قدرها مائتا دينار من يعرض مباشرة أو بواسطة أو يترك مباشرة أو بواسطة بقصد الإهمال في مكان آهل بالناس طفلا لا طاقة له على حفظ نفسه أو عاجزا، بالإضافة إلى المعاقبة على مجرد المحاولة .

مع أنه لقيام هذه الجريمة لابد من توافر القصد الجنائي، أي أنها من الجرائم الإيجابية التي تتحقق بعمل إيجابي ويتضح ذلك من خلال الفصل 461 م.ج بعبارة "من عرض أو ترك طفلا" لكن تفسير هذا الفصل لا يمنع من تصور وقوع الجريمة بدون عمل إيجابي، أي بالترك أو الامتناع، فإذا وجد شخص طفلا في مكان خال من الناس وتركه مع علمه بما يتعرض له من خطر وهو في هذه الحالة ولم يتخذ أي إجراء لإنقاذه، أو التبليغ عنه، وتوافر لديه القصد الجنائي، يعتبر مرتكبا لجريمة تعريض الطفل للخطر بطريق الترك أو بالإمتناع[232].

---

[230]– ولو كان من شأنه في غيره من الأوقات أن يكون أهلا بالناس، كالطريق العام مثلا، فإنه من الجائز أن يعتبر خاليا من الناس في ساعة متقدمة من الليل ولو كلن السير به لا ينقطع مطلقا أثناء النهار، لذا فإن خلو الشارع من الناس أو عدم خلوه منهم، مسألة موضوعية تترك لتقدير محكمة الموضوع. محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية ط1، القاهرة 1998 ، ص. 14.

[231]– القرار عدد 7/1909 الصادر بتاريخ 1999/09/16، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 57-58 السنة 23، يوليو ،2001.

[232]– مع الإشارة إلى أن الفصلين (430 و431 ق.ج) قد نصا على عقوبة جنحية بالنسبة للممتنع عن الحيلولة دون وقوع جناية أو جنحة ماسة بالسلامة البدنية للأشخاص أو امتنع عن تقديم مساعدة لشخص في خطر.

وهو نفس القصد المستوجب ضمن الفصل 212 من م.ج.ت بعبارة " من يعرض مباشرة أو بواسطة أو يترك مباشرة أو بواسطة بقصد الإهمال" أي إشترط حصول العمل الإيجابي.

وقد إعتبر المشرعون المغاربيون أن النتيجة المترتبة عن الفعل هي المعيار المحدد لدرجة العقوبة، بخلاف المشرع التونسي الذي اخذ بمعيار المكان المتروك فيه الطفل كمحدد لدرجة العقوبة بالفقرة الثانية من الفصل212م.ج " ويضاعف العقاب في الصورتين السابقتين إذا حصل التعريض أو الترك في مكان غير آهل بالناس .ولا يقتصر التجريم على صورة الترك بل يشمل التجريم فعل التحريض على ذلك.

ثانيا

صورة التحريض على التخلي عن طفل

كما أن المادة 320 من ق ع الجزائري تعاقب على تحريض الوالدين للتخلي عن أولادهما، وتتمثل هذه الجريمة في حمل الغير على ترك الطفل وتعريضه للخطر، وجعل المشرع حالات تدخل في مجال هذه الصورة تشديدا للحماية[233].

فالحالة الأولى تتمثل في تحريض الوالدين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد، وذلك بنية الحصول على فائدة، أما الحالة الثانية فتتمثل في الحصول على عقد من الوالدين أو من أحدهما يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن ولدهما الذي سيولد، أو الشروع في ذلك، وكذا حيازة مثل هذا العقد و،أو إستعماله أو الشروع في إستعماله، وأما الحالة الثالثة فتتمثل في التوسط للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو الشروع في ذلك.

ويلاحظ أن قانون العقوبات الجزائري لم يحصر ضحية هذه الجريمة في الطفل فقط، بل وسعها إلى كل عاجز بسبب حالته البدنية لكبر السن أو عاهة أو بسبب حالته العقلية كأن يكون الشخص معتوها أو مجنونا.

كما يلاحظ أن عقوبة هذه الجريمة لا تسلط على الأب والأم بسبب تخلي أحدهما عن طفله الصغير إلى الغير، وإنما تسلط على شخص أخر غيرهما، وفى هذا المعنى أشارت المادة 320 من ق.ع حين نصت علي ما يلي:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 20.000دج:

كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد، وذلك بنية الحصول على فائدة.

[233] - وهذا ما يأتي بيانه ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني.

كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك، وكل من حاز مثل هذا العقد أو إستعمله أو شرع في إستعماله.

كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك".

وهذا التجريم يجد صورته بالتشريع المغربي بالفصل 466 من م. ج بنصه على أنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من مائة وعشرين إلى خمسة آلاف درهم من إرتكب، بقصد الحصول على فائدة، أحد الأفعال الآتية:

- حرض الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد.
- قدم أو حاول أن يقدم وساطته للتكفل بطفل وليد أو سيولد أو لتبنيه.

ولقيام التجريم تحقق شروط، وهي قيام شخص معين بالعمل على تحريض وإغراء أحد الوالدين أوكليهما، ودفعهما بشتى الوسائل والأساليب المادية والمعنوية إلى أن يتخلى أو يتخليا له عن ابنهما المولود أو الذي سيولد في المستقبل، ويسلمانه له أو لغيره تسليما ماديا وحسيا بمقابل أو بدون مقابل، بالإضافة إلى وجود علاقة بنوة شرعية بين الطفل المتخلي عنه، وبين أحد الوالدين الذي كان محلا للإغراء أو التخلي عليه من أجل تخليه عن طفله الصغير.

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسات التي بموجبها تقبل المرأة حمل طفل عن طريق التلقيح الإصطناعي على أن تتنازل عنه عند ولادته لامرأة أخرى، أو لزوجين[234]، تتضمن بالضرورة عقد أياً كان شكله، يتعهد بمقتضاه أحد الوالدين بالتخلي عن الطفل الذي سيولد[235]، مع توافر نية الحصول على منفعة، أو النية الجرمية الذي يبتغيه المحرض، وهو عنصر أو ركن معنوي يمكن لقاضي الموضوع أن يستخلصه من كل الظروف والملابسات موضوع المتابعة.

وفيما يتعلق بشروط الشكل الثاني من هذه الجريمة، وهو سعى الشخص إلى الأم أو الأب أو إليهما مجتمعين، ويطلب منه أو منهما تحرير وثيقة رسمية أو عرفية يتعهد فيها بأنه سيتخلى له أو لغيره نهائيا عن طفله أو إبنه الذي سيولد مستقبلا، وينشأ هذا العنصر بمجرد الفراغ من تحرير الوثيقة، بالإضافة إلى شرط قيام علاقة أبوة أو أمومة.

---

[234] – عبد الحفيظ أوسوكين، النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، جامعة وهران، 2007، ص. 30.

[235] – تشوار جيلالى، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001،ص. 110 – 116. أحسن بوسقيعة، الوجيز...، ط 4، المرجع السابق، ص. 181.

وهو نفس التجريم وأركانه ضمن التشريع المغربي بالفصل 467 الذي ينص على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسة آلاف درهم:

-1من حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما، أو حاول ذلك.

- 2من أحرز مثل هذا العقد أو إستعمله أو حاول إستعماله.

أما بخصوص شروط الشكل الثالث، وهو أن يعرض شخص وساطته بين الأبوين أو أحدهما وبين شخص أخر، ويقوم بالمساعي الموصلة إلى إنجاز الغرض المطلوب، حتى ولولم تحصل النتيجة المرجوة فعلا، لأن القانون يعاقب على مجرد الوساطة بأن يصاحب فعل الوساطة نية الحصول على طفل بقصد التوصل إلى فائدة أو الشروع في ذلك دون تحديد نوع الفائدة أو مميزاتها، مع تحديد الغاية من الوساطة، مع أخذ المشرع الشرط المفترض في هذه الجريمة في جميع صورها وحالاتها وهو عدم إمكانية الإبن على حماية نفسه.

أما المشرع المغربي فلم يوسع الحالات المشمولة بالحماية وإنما تشدد في العقوبة في حق كل من حرض الأبوين أو أحدهما للتخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد أو قدم أو حاول أن يقدم وساطة للتكفل بطفل وليد أو سيولد أو لتبنيه بموجب الفصل 466 م.ج كما عاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم كل من حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما أو حاول ذلك وفقا للفصل 467 م.ج.ت

وقد توسع مجال التجريم ضمن التشريع التونسي بموجب الفصل 212 مكرر[236] بمعاقبة الأب أو الأم أو غيرهما ممن تولى بصفة قانونية حضانة قاصر إذا تخلص من القيام بالواجبات المفروضة عليه إما بهجر منزل الأسرة لغير سبب جدي أو بإهمال شؤون القاصر أو بالتخلي عنه داخل مؤسسة صحية أو إجتماعية لغير فائدة وبدون ضرورة أو بتقصيره البين في رعاية مكفوله بحيث يكون قد تسبب أو أسهم في التسبب بصورة ملحوظة في إلحاق أضرار بدنية أو معنوية به يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها خمسمائة دينار.

والملاحظ أن جريمة الإهمال المعنوي ضمن التشريع التونسي معاقب عليها بعقوبة خمس سنوات سجن و عقوبة الترك المسبب للضرر المعنوي عقوبة السجن لمدة ثلاث سنوات مما يجعلنا نأخذ بقاعدة الوصف الأشد بالرغم من وجود تجريم خاص بنص الفصل 212مكرر من م.ج.ت.

[236] - مكرر أضيف بالقانون عدد 29 لسنة 1971 المؤرخ في 14 جوان 1971 .

وكان هذا التفريق نتيجة أن اتجهت غاية المشرع التونسي إلى أن يوسع مجال الحماية بإدخال أصحاب صفة يشملهم الجزاء العقابي وان يدخل سلوكات تكون مشمولة بالحماية، إلا أنه أدخل صورة التعريض للخطر المعنوي ضمن ما شمله من حماية مقرر له عقوبة أخف من أصل التجريم الذي جاء به بالفصل 212من م.ج.ت.

أمام هذا الوضع تتوسع السلطة التقديرية للقاضى الجزائي التونسي في تقرير الحماية الجزائية في إعمال النص الأنسب لتحقيق الغاية من التجريم.

ويتبين من السابق إبرازه أن المشرع المغاربي قد تقارب في تقرير الحماية الجزائية للطفل في هذا النوع من الجرائم، كونها تشكل خطرا بليغا على الطفل بحكم تكوينه العضوي والذهني، لأنه لا يملك في السنوات الأولى من عمره القدرة على حماية نفسه من الخطر، كما لا يملك القدرة على إدراك ما يحيق به من المخاطر التي قد يتعرض لها. وهي نفس الغاية المقررة في حالة أن كان التحريض معنويا على فساد الأخلاق كجريمة التحريض على الفسق والدعارة.

الفرع الثامن

جريمة التحريض على الفسق والدعارة

ويقصد به التحريض على كل عمل من شأنه أن يوجه القاصر إلى الفساد[237]، وهي من الجرائم التي تحطم البنيان الأخلاقي والإجتماعي للأسرة[238].

وعلى هذا الأساس نص المشرع الجزائري على معاقبة كل من يحرض القصر ويدفعهم على ممارسة الدعارة والفسق في أية صورة كانت بنص المادة 342 من ق.ع بنصها " كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة 18 سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 1000.000 دج.

ويكون المشرع الجزائري قد خرج بهذا النص عن صور التجريم السابق في هذه الجريمة موسعا لمجال الحماية فقد كانت عناصر هذه الجريمة تميز بين القاصر الذي لم يكمل السادسة عشر من عمره بصورة عرضية وصورة

237 – أحسن بوسقيعة، الوجيز...، نفس المرجع ، ص .118 .

238 – يسر أنور، شرح الأصول العامة في قانون العقوبات، ط 1، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص .175.

الإعتياد للقاصر الذي بلغ السادسة عشر ولم يكمل التاسعة عشر من عمره وجاء هذا التعديل بموجب القانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير المعدل لقانون العقوبات[239] تحديدا للسن الجزائي ضمن قانون العقوبات.

وقد جاء هذا التجريم ضمن القواعد العامة للتجريم بالقانون الجزائري بخلاف المشرعين الموريتاني والتونسي إذ جاء تجريما خاصا.

وقد عاقب المشرع المغاربي على مجرد الشروع في سلوك هذا الفعل مثل ما جاء به المشرع الجزائري بالفقرة الثانية المادة 342 والتي تقضي بأنه " ويعاقب على الشروع في إرتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة"

وتقتضى الجريمة لقيامها القيام بعمل مادي، ولا يشترط أن يؤدى هذا العمل إلى نتيجة معينة، بالإضافة إلى وجوب توافر القصد الجنائي من كون الجاني على وعي بأنه يقوم بالوساطة، بالإضافة إلى أن هذه الجريمة تقتضى أن يتصرف الجاني لإشباع شهوات الغير وليس لنفسه[240]، وفعل التحريض على الفسق والدعارة يعتبر فعلاً مغايرا للتقاليد الإجتماعية والقيم الدينية والأخلاقية لذلك وجب حمايتها[241].

وقد قدمت المجلة التونسية مفهومها للإستغلال الجنسي في فصلها 25 الذي جاء فيه " : يُعد من قبيل الاستغلال الجنسي للطفل ذكرا كان أو أنثى تعريضه لأعمال الدعارة سواء بمقابل أو بدونه أو بطريقة مباشرة أو غير مباشرة".

إذ يميز المشرع التونسي في المجلة الجنائية بين جريمتين في جرائم المواقعة وهما أولا جريمة المواقعة بدون رضا أو ما يُصطلح بتسميته جريمة الإغتصاب وثاني جريمة المواقعة بالرضا .

وقد خصص المشرع لكل جريمة من جرائم المواقعة فصلا خاصا بها فجرّم الإغتصاب بالفصل 227 م.ج وجرّم المواقعة بالرضا بالفصل 227 مكرر من نفس المجلة.

---

[239] - قانون رقم 14 /01 مؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 4 فبراير سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

[240] – المجلس الأعلى،غ.ج، 20/02/ 1982، قرار رقم 456، غير منشور؛ المجلس الأعلى، غ.ج، 1987/01/27، قرار رقم 72، ملف رقم 43167، غير منشور أخذ عن أحسن بوسقيعة قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية ،ط 3،الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2001،ص. 125.

[241] – ولقد توسع الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المصادق عليه من طرف الجزائر في إعطاء صور أخري للإستغلال الجنسي للأطفال مفصلة عن الصور المحددة بإتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، بنص المادة 27 من الميثاق التي تقضي بأنه " 1- تتعهد الدول الأطراف في هذا الميثاق بحماية الطفل من كل أنواع الإستغلال أو سوء المعاملة الجنسية وتتعهد بوجه خاص باتخاذ الإجراءات اللازمة الرامية إلى منع:

أ / إغراء الطفل أو إجباره أو تشجيعه على ممارسة أي نشاط جنسي، ب/ إستخدام الأطفال في أغراض تتعلق بالدعارة أو في أي ممارسة جنسية أخري، ج/ إستخدام الأطفال في أنشطة وفي مناظر أو مطبوعات خليعة.

وإذا كان المشرع المغربي قد عاقب بشدة تحريض الأطفال على ممارسة البغاء فإنه لم ينص على معاقبة التحريض على الفجور والفسق كما هو الشأن في بعض القوانين المقارنة، مثل القانون الجزائري الذي جاءت صياغة القسم السابع منه واضحة (تحريض القصر على الفسق والدعارة) فلا تقتصر الحماية على الفسق أي كل ما يرتكبه الأطفال من أفعال جنسية غير مشروعة، بل يشمل كذلك فساد الأخلاق مثل مجالسة الرجال والتحدث إليهم في محلات معدة للدعارة[242]. وإن كان لا يشترط المشرع الجزائري ضرورة إرتكاب الفاحشة بل تكفي المجالسة أو إرتكاب بعض السلوكات التي من شأنها أن تمس سمعة الطفل وأخلاقه كتعاطي الخمر أو المخدرات ولعب القمار[243] . بالنظر إلى صفة القائم بالتحريض

أولا

صفة الفرد القائم بفعل التحريض كطابع تمييزي للتجريم

إن مجال التمييز ضمن هذه الجريمة يكمن في تشديد العقاب بالنظر إلى صفة الفاعل وهذا نظرا لخطورة الفعل وكما سبق ذكره وأن المشرع الجزائري جاء بتجريم هذا السلوك ضمن القواعد العامة للتجريم بخلاف التميز الذي أفرده المشرع الموريتاني بتقرير الجزاء الجنائي الخاص بالنظر إلى صفة الفاعل إذ وقع فعل الإعتداء على القاصر من طرف والد القاصر أو أي شخص سلطة عليه وهذا بموجب بالمادة 27 [244]بالفرع الثالث تحت مسمى الإعتداءات الجنسية بنصها على أنه " يعاقب بالسجن من خمس إلى سبع سنوات وبغرامة من 140.000 إلى 180.000 أوقية على الجريمة المقررة في الفقرة الأولى من المادة 25 إذا كان مرتكبها والدا أو أي شخص يتمتع بسلطة على الطفل.

وهو نفس التوجه الذي جاء به المشرع التونسي بأن إعتبر صفة الجاني في جريمة المواقعة بالرضا ظرف تشديد حيث نصّ الفصل 229 م.ج.ت على أنه " يكون العقاب ضعف المقدار المستوجب إذا كان الفاعلون

---

[242]– المواد 343 و348 من قانون العقوبات الجزائري.

[243]– بوعزة ديدن، حماية الطفل في قانون العقوبات الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 35 العدد الرابع، 1997 ص. 106.

[244] - الفقرة الثانية :المراودة الجنسية المادة 25 يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثمانية شهور وبغرامة من 100.000 إلى140.000 أوقية كل شخص يراود طفلا ويستخدم الأوامر والتهديدات والإكراه للحصول منه على ممارسات ذات طابع جنسي، إذا كان ذلك الشخص يستخدم شطط السلطة المخولة له بمقتضى وظيفته. إن المراودة الجنسية والاستغلال الجنسي لطفل في وضعية عمل منزلي مشروعة أو في وضعية إيداع لدى مؤسسة رعاية أو لدى أسرة يعاقب عليه بالحبس من أربعة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 200.000 إلى 300.000 أوقية.

للجرائم المشار إليها الفصل 227 مكرر من أصول المجني عليه من أي طبقة أو كان لهم السلطة عليه أو كانوا معلميه أو خدمته أو جراحيه أو أطباء الأسنان أو على الاعتداء بإعانة عدة أشخاص.

وقد أورد المشرع قائمة حصرية لا يمكن التوسع فيها في الصفات التي تعبر ظرف تشديد للعقوبة إذا ما توفرت في الجاني.

ويكمن سبب هذا التشديد في كون هذه الصفات يمكن أن تسهل على الفاعل عمله أكثر من غيره باعتبار أنها صفات يمكن أن تأثر في نفس الضحية وتجعلها تخشى عاقبة الرفض والمقاومة.

وإن العقاب المسلط على صاحب الصفة يتحول من ستة أعوام إلى إثني عشر عاما سجن إذا كان سن المجني عليها دون خمسة عشر عاما كاملة ومن خمسة أعوام إلى عشر سنوات سجنا إذا كان سن المجني عليها أكثر من الخامسة عشر وأقل من العشرين عاما . مما يتبين معه أن تقدير الجزاء جاء وفق معيار السن.

ثانيـا

معيار السن كعامل تقديري للجزاء

فجريمة المواقعة بالرضا التي وضعت خصيصا لحماية القصر والتي حدد مجال تطبيقها بعامل السن فجعل النص يطبق على القصر الذين لم يبلغ بعد سن العشرين عاما .ذلك أن مواقعة أنثى برضاها سنها فوق العشرين لا يكون جريمة في القانون التونسي بإستثناء حالات البغاء أو الزنا.

أما في خصوص الطفلة التي لم تتجاوز عمرها 10 سنوات فإن حصول المواقعة ولو تمت برضاها تغير وصف الجريمة فتحولها من جريمة مواقعة أنثى برضاها الخاضعة للفصل 227 مكرر إلى جريمة مواقعة أنثى بدون رضاها طبقا للفصل 227 الفقرة الثانية من نفس المجلة .

وبالنظر إلى ما حدده المشرع التونسي بشكل صريح في الفصول نجد أنه تحدث صراحة عن مواقعة البنت التي لم تبلغ العاشرة من ناحية، وتحدث بشكل عام عن الأنثى التي لم تتجاوز سن العشرين من عمرها وتكفل بحمايتها، وفي هذا المستوى يطرح إشكال حول وضعية البنت التي لم تبلغ العاشرة من ناحية، وتحدث بشكل عام عن الأنثى التي لم تتجاوز بعد سن الثالثة عشر فإذا ما واقع رجل طفلة سنها أكثر من 10 سنوات وأقل من 13 سنة برضاها هل تعتبر جريمة مواقعة بالرضا أم لا ؟

بالرجوع إلى الفصل 227 مكرر من المجلة الجنائية نرى أن جريمة المواقعة بالرضا يمكن أن تقع على فتاة لم تبلغ سن الخامسة عشر بشكل مطلق على أن تعتبر الجريمة من قبل الجنايات الخطيرة ويتواصل هذا الفصل مع الفصل

227 من نفس المجلة فبقراءة متوازية لكلا الفصلين نجد أن مَن واقع أنثى سنها دون العاشرة وبرضاها يُعد مرتكبا لجريمة الإغتصاب على معنى الفقرة الثانية من الفصل 227 م.ج.

وهذا يعني أن المشرع لم يشرط بالنسبة لمواقعة الطفلة التي لم تبلغ العاشرة من عمرها أن تكون المواقعة غصبا بل إنّ هذه المواقعة تُعد اغتصابا وتدخل تحت طائلة هذه الفقرة من الفصل 227 م.ج حتى وإن كان المواقعة برضاها .

وبمواصلة الاطلاع على الفصل 227 م.ج في فقرته الأخيرة نجده ينص على أنه" يعتبر الرضا مفقودا إذا كان سن المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة ".

وهذا راجع إلى كون الصغير الذي لم يبلغ الثالثة عشرة من عمره يُعد في القانون التونسي طفلا غير مميز وعدم التمييز يجعله قاصرا عن إبداء رضا صحيح بالموافقة مما يجعل الجريمة الواقعة في حقه تنقلب من مواقعة بالرضا إلى جريمة المواقعة بدون رضا. وهذه القرينة غير قابلة للدحض وضعها المشرع حماية للطفل غير المميز من الإعتداءات الجنسية المرتكبة ضده .

بذلك يظهر أنّ للسنّ دور في غاية الأهمية في تكييف الجريمة بل لعلّه يمكن القول أنه معيار أساسي للتكييف في جرائم المواقعة على أساسه نميز بين جرائم المواقعة بالرضا وجرائم المواقعة بدون رضا و جعل منه معيارا للعقوبة التي تزيد شدّة كلما صغر سنّ المجني عليها .والفصل 227 من المجلة الجنائية خلق درجتين في العقاب مؤسسة على سن المتضررة فجعل العقوبة المقررة للاغتصاب الإعدام إذا ما كان سن المجني عليها اقل من 10سنوات ولو وقعت المواقعة بدون استعمال العنف. أما في خصوص المواقعة بالرضا على طفل يتجاوز الثالثة عشرة من العمر فإن الفصل 227 مكرر قد التجأ إلى تقصي السياسة التدريجية حسب العمر الذي تكون عليه المتضررة وقت ارتكاب الجريمة. فجريمة مواقعة أنثى برضاها قد تكون جناية موجبة للعقاب بالسجن مدة 6 أعوام وإذا كان عمرها فوق الخامسة عشرة ودون العشرين سنة كاملة فهي جنحة والعقاب المستوجب هو السجن 5 سنوات والمحاولة موجبة للعقاب.

إلا أن هناك بعض الأفعال لا تؤدي في ظاهرها إلى فعل التحريض على الفسق، ولكن كأثر ونتيجة لهذه الأفعال نكون أمام حالة فسق ظاهر وهذه الأفعال تأخذ صورة الخطف وإبعاد القصر[245].

[245] – محمد الحبيب الشريف ، النظام العام العائلي، التجليّات، مركز النشر الجامعي، منوبة ،تونس، 2006، ص . 13.

الفرع التاسع

جريمة خطف أو إبعاد قاصر دون عنف أو تحايل

جاء مجال التجريم ضمن التشريع الجزائري وفق المادة 326 ق.ع فقرة أولى " كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشر وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج ".

إذ لم يشترط المشرع في هذه الجريمة أن يبعد القاصر من المكان الذي وضعه فيه من وكلت إليه رعايته، بل تقوم حتى في حالة ما إذا رافق القاصر الجاني بمحض إرادته[246]، وتقوم الجريمة سواء كان المجني عليه ذكرا أو أنثى.

حيث تشترط المادة أن يكون الضحية قاصرا لم يكمل الثامنة عشر، و يرتكب الجاني فعله هنا بموافقة وعدم ممانعة القاصر الذي يجهل مصلحته بعد، والذي لا يفهم خطورة ما تعرض له في مثل هذه الأفعال، ولم يشترط المشرع أن يكون هناك إعتداء على القاصر المخطوف، بل يكفى أن يستدرجه أو يغريه بالذهاب معه دون تهديد أو تحايل لأجل إبعاد القاصر من المكان الذي يوجد فيه ونقله إلى مكان آخر.

وعمل المشرع الجنائي المغربي على التنصيص في الفصل 472 على رفع عقوبة جريمة إختطاف القاصر الذي لا تتجاوز سنة إثني عشر عاما، من عشر إلى عشرين سنة سجنا. إلا أنه خفض هذه العقوبة فجعلها متراوحة بين خمس إلى عشر سنوات، إذا ما عثر على القاصر حيا قبل صدور الحكم بإدانة الجاني.

وما أخذ المشرع الجنائي المغربي بهذا التخفيف في العقوبة إلا مراعاة منه لمصلحة الطفل، وذلك من أجل تشجيع الجاني على العدول عن فكرة القتل إذا كان قد إختطفه لهذا الغرض.

ولسد الباب أمام بعض الجناة الذين قد تدفعهم حاجتهم المادية إلى خطف أطفال قاصرين من أجل مطالبة آبائهم أوكل من له سلطة أو إشراف عليهم بفدية مالية مقابل إطلاق سراحهم، فقد عمل المشرع الجنائي المغربي على رفع العقوبة في مثل هذه الحالات إلى السجن المؤبد أو الإعدام في حالة ما إذا تبع الإختطاف موت القاصر طبقا للفصل 474 م.ج.

غير أن عقوبة الجاني تخفف إذا أختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة بدون إستعمال عنف أو تهديد أو تدليس، إذ يعاقب في هذه الحالة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم.

[246] – محكمة قصر الشلالة تيارت، ق.ج، 28/ 06/ 09، فهرس رقم 1012/ 09، غير منشور، ملحق رقم08، ص.399.

أولا

معيار الأثر المترتب عن فعل الخطف في ترتيب المسوؤلية الجزائية

وما يؤخذ على المشرع المغربي في هذا الإطار، هو أنه لم يتطرق إلى بعض الآثار التي قد تترتب عن الإختطاف، كالإغتصاب أو هتك العرض أو تسخير المخطوف للأعمال الإباحية أو الإتجار فيه.

فنجد ضمن القانون الجزائري أنه تطبق على الفاعل العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 263 من هذا القانون، إذ تعرض القاصر المخطوف إلى تعذيب أو عنف جنسي أو كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذ ترتب عليه وفاة الضحية. لا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف المنصوص علها في هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 194أدناه".

وتشدد المشرع الموريتاني في تقرير العقوبة لمرتكب هذا بالفعل بموجب الفصل الرابع تحت عنوان الإعتداء على حرية الطفل ضمن فرع وحيد بعنوان خطف و حجز الطفل بالمادة 54 بأنه " يعاقب بالسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة كل من يوقف أو يخطف أو يحبس أو يحجز طفلا دون أمر من السلطات المختصة وخارج الحالات المقررة بالقانون.

غير أنه إذا أطلق سراح الطفل المحبوس أو المحجوز قبل تمام اليوم السابع من يوم أخذه، فإن العقوبة تكون ثلاث سنوات من الحبس وغرامة من 200.000 إلى 400.000 أوقية.

تطبق نفس العقوبة على التجارة والتحويل القهري والإستبدال والرهن والإسترقاق الذي يقام به في حق الأطفال.

وقد فصل المشرع الموريتاني في تقدير الجزاء بإختلاف الأثار المترتبة عن حالة الخطف مساير توجه المشرع الجزائري وهذا بموجب المادة 55 بأنه " يعاقب على الجريمة المنصوص عليها في المادة 54 بالسجن من خمس عشرة سنة إلى عشرين سنة إذا كان الطفل أصيب بتشويه مستمر أو عاهة مستمرة أُلحقت به عمدا أو نجمت عن ظروف الحبس أو عن الحرمان من الغذاء أو الدواء.

يعاقب عليها بالسجن ثمان سنوات مع الأشغال إذا سبقها أو صحبها تعذيب أو معاملات وحشية.

هذا ما يعكس وجود لعدة صور للقول بمدى تحقق المتابعة الجزائية.

ثانيا

مُشتملات التجريم ضمن صور السلوك

جاءت صور السلوك محل التحديد بما يتضمن أكبر حماية ليشمل التجريم عدة صور يحتمل أن يسلكها الجاني وهي في كلها شكل خطرا علي سلوكه وشخصيته، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد إستفحال الظاهرة في مجتمع ما ولأجل القضاء عليها تتعدد نماذج التجريم الذي يشمل كل صورة من صور الإنتهاكات على الطفل، والتي عنيت بها منظمات إنسانية دولية من خلال تدخلها في الحد من هذه الإنتهاكات هذا التدخل الذي يأخذ الطابع الإنساني والدعم المؤسساتي لكل هيئة تضمن حقوق الأطفال سواء كان ماليا أو تشريعيا، وكنموذج لذلك التشريع الموريتاني بإصدار قانون الحماية الجنائية للطفل بما يكفل القضاء على صور السلوك المجرم التي وجدت المجتمع الموريتاني بيئة حاضنة له بإستفحال ظاهرة تجارة الأطفال .

وتفصيل ذلك نجد المشرع الموريتاني من ضمن التشريعات المغاربية قد تشدد في توقيع العقوبة إذ ما تمت من طرف مجموعة منظمة وهذا التحديد جاء بما يتوافق وطبيعة المجتمع الموريتاني بموجب المادة 56 بأنه " يعاقب على الجريمة المنصوص عليها في المادة 54 بالسجن أربع وعشرين سنة إذا كانت مرتكبة من طرف عصابة منظمة أو أرتكبت في حق عدة أطفال.

وتطبق العقوبة نفسها إذا كان الطفل الموقوف أو المحجوز مأخوذا رهينة إما لإعداد أوتسهيل إرتكاب جناية أو جنحة، وإما للمساعدة على فرار أو لضمان تبرئة مباشر أو شريك محرض في جناية أو جنحة أو سعيا إلى تأمين الجناة من العقوبة لأي منهما، وإما للحصول على تنفيذ أمر أوشرط، وخاصة دفع مغرم. وهو ما لم تغفله إرادة المشرع الجزائري بتشديد الجزاء، وإعطاء وصف الجناية طبقا للمادة 293مكرر1بأنه " يعاقب بالسجن المؤبد كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل ثمانى عشر سنة عن طريق العنف أو التهديد أو الإستدراج أو غيرها من الوسائل.

إذ يشترط أن يتم الخطف أو الإبعاد إما بالعنف أو التهديد أو بإستعمال التحايل لغرض الإستدراج، جاعلا المشرع صورا أخرى ليشملها السلوك محل التجريم.

و جميع الأوضاع تقتضى جريمة إبعاد القاصر توافر القصد الجنائي بعيداً عن الدوافع، ففعل الإبعاد يكفى لقيام الجريمة، ولم يشترط المشرع أي قيد للمتابعة الجزائية، بالإضافة إلى أنه لم يشترط أن يكون هذا الطفل تحت

رعاية والديه[247]. أو أنه تحت رعاية أحدهما المحكوم له بحضانة الإبن. مع أن مخالفة أحكام الحضانة تحكمها قواعد خاصة .

الفرع العاشر

جرائم مخالفة أحكام الحضانة

تدخل المشرعون المغاربيون لحماية مصلحة المحضون من خلال تجريم الأفعال المخالفة لأحكام الحضانة [248]، وتتمثل هذه الجرائم في:

– جريمة الإمتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه، الذي قضي في شأنه بحكم مشمول بالنفاذ المعجل[249] أو بحكم نهائي. وجريمة إختطاف المحضون من حاضنه، أو حمل الغير على ذلك.

وهذه الحماية الجزائية من نوع خاص، من كون الطفل قاصر، إذ قررت المادة 327 من ق.ع.ج جزاء لذلك الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، لكل من يرفض تسليم طفل إلى من له الحق في المطالبة به بعد أن وضع تحت رعايته بصفة مؤقتة، تحت الشروط التالية:

---

[247]– مما جاء بالتقرير السنوي للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان عن حالة حقوق الإنسان بالمغرب وحصيلة عمل المجلس برسم سنة 2009 ،الرباط ،بأنه " أصبحت ظاهرة إختطاف الأطفال من قبل أحد الوالدين تعرف إنتشارا واسعا خلال العقود الأخيرة حيث غالبا ما يعمد أحد الأبوين الّذي حرم من حقه في الحضانة إلى إستغلال صغر سن الطفل محاولا بذلك التأثير عليه ليسهل عليه اصطحابه معه إلى بلده الأصلي، فيصبح بذلك الطفل كوسيلة للانتقام وأداة للضغط على الطرف الآخر من أجل إرغامه على تقديم بعض التنازلات المتعلقة بالحقوق المرتبطة بإنهاء العلاقة الزوجية، حيث تمثل نسبة الأطفال المختطفين والناتجين عن زواج مختلط اكبر نسبة من مجموع الأطفال المختطفين على الصعيد الدولي.

ولأجل حل هذه الإشكالية التي تخلق الكثير من المعاناة والإنعكاسات الخطيرة سواء على نفسية الطفل الذي حرم من أحد أبويه أو على نفسية الأب الآخر الذي يتجرع مرارة حرمانه من فلذة كبده بدون حق، فقد عمل المجتمع الدولي على إيجاد إطار قانوني لمعالجة قضايا النقل غير المشروع للأطفال، يتجلى بشكل أساسي في مجموعة من الاتفاقيات الدولية والثنائية التي أبرمت منذ بداية الثمانينيات وتأتي في مقدمتها اتفاقية لاهاي حول المظاهر المدنية للإختطاف الدولي للأطفال المبرمة سنة 1980 والتي تضمنت العديد من الإجراءات التي من شأنها تامين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم الإحتفاظ بهم بطريقة غير مشروعة في إحدى الدول المتعاقدة حيث أعطت هذه الإتفاقية صلاحيات واسعة للسلطتين القضائية والإدارية من أجل تقدير مدى مصلحة الطفل في الرجوع.

وعلى الرغم من عدم مصادقة المغرب على إتفاقية "لاهاي" – السالفة الذكر– فإنه قد أبرم بعض الإتفاقيات الثنائية من أجل هذه الإشكالية، نذكر من بينها الإتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، التي تطرقت في مادتها 25 للنقل غير المشروع لأطفال والإجراءات التي يجب اتخاذها لإرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية وكذلك الاتفاقية المغربية الإسبانية التي عالجت قضايا النقل غير المشروع للأطفال بين البلدين".

[248] – وطبقا للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري فإن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. "؛ معني الحضانة كذلك أنها " تحمل لفاضة 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 الرؤومة كضمه إلى الصدر والحديث معه ومداعبته ."حميدو زكية، مصلحة المحضون ...، المرجع السابق، ص. 92.

[249] – المحكمة العليا، غ.ج، 1996/06/16، ملف رقم 132607، غير منشور، قرار مشار إليه في أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص. 172.

– يجب أن يكون الطفل قد وكل إلى الغير، كما لو تم توكيله إلى مربية أو مرضعة.

– وجوب المطالبة به ممن له الحق في المطالبة به وهو الشخص الذي يتمتع بحق الحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهم ممن لهم الحق فيها[250].

– وجوب قيام عدم تسليم الطفل، ويمثل الركن المادي للجريمة سواء عن طريق إمتناع عن إرجاعه، أوعن تعيين مكان تواجده.والركن المعنوي المتطلب هو تعمد رفض التسليم، أو الإمتناع عن الإدلاء بالمكان الذي يوجد فيه الطفل.

وتعاقب كذلك المادة 328 من ق.ع الجزائري كل من يرفض تسليم طفل، قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من صدر الحكم لصالحه، بعقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج.

فيجب لقيام هذه الجريمة توافر الركن المادي الذي يأت على أربعة أشكال الأول: وهو إمتناع من كان موضوعا تحت رعايته طفل عن تسليمه، إلى من أوكلت إليه حضانته بحكم قضائي، و الثاني إبعاد قاصر، والثالث خطف القاصر، والرابع حمل الغير على خطف القاصر أو إبعاده. وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.

ولأجل ضمان حماية الطفل في مثل هذه الحالة فقد نص المشرع المغربي ضمن الفصل 477 م.ج.م على أنه "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك إذا إختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو إختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم".

غير أن هذه العقوبة يمكن أن ترفع إلى ثلاث سنوات إذا كان مرتكب هذه الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، ولتعزيز هذه الحماية، فإن المادة 478 م.ج.م تعاقب كل من تعمد إخفاء قاصر مخطوف أو مهرب أو مغرر به أو هارب من سلطة من لهم الولاية القانونية عليه، وكذلك من تعمد تهريبه من البحث عنه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. ما يعكس التوسع في مجال التجريم بما يضمن الحماية بالتشريع المغربي .

[250] – نص المادة 64 من قانون الأسرة التي تبين أصحاب الحق في الحضانة " 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."

ووفر المشرع الجزائري ضمانة أخرى من خلال الإطلاع على الإتفاقية الموقعة بين الجزائر وفرنسا، بشأن أطفال الزواج المختلط الواقع بين الجزائريين والفرنسيات[251]، نجد أن المادة السابعة لتنص على أنه " يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائية في كلتي الدولتين عندما يرفض ممارسة حق الزيارة".

وعليه من قراءة هذه النصوص إذا قام الطرف المحكوم له بحق الحضانة بالإمتناع عن تنفيذ الحكم، ورفض تمكين الطرف الأخر من ممارسة حق الزيارة في الزمان والمكان والكيفية التي حددها الحكم فإنه يكون قد تصرف بشكل يؤدي إلى إقتراف جريمة تمس بنظام الأسرة، ويؤدي إلى متابعة الطرف الرافض والممتنع ومعاقبته وفقا للتشريعات الجزائية المتعلقة بجريمة الإمتناع عن تسليم الطفل المحضون[252].بل ذهبت الممارسات القضائية إلى التشديد في تقرير العقاب بإصدار أوامر بالقبض للمتهمين وما لها من أثر في تحقيق السياسة الجزائية[253].

وقد جرم المشرع التونسي بموجب القانون عدد 2 المؤرّخ في 24 ماي 1962 المتعلق بإحداث جريمة عدم إحضار المحضون المعاقبة بالسجن والخطية وذلك لأن هذا الفعل يعدّ مخالفة لحكم قضائي وقتي أو بات ويعتبر مساسا لحقوق أحد الأبوين وخاصة لحقوق الطفل، إذ يتنافى مع مصلحته الفضلى المتمثلة في البقاء على صلته بكلا أبويه رغم طلاقهما.

أولا

طبيعة الحكم القاضي بالنفقة ومدلول الحضانة

ويأخذ مفهوم الحضانة ضمن التشريع الجزائري مدلول أوسع، ليشمل حق الزيارة[254]، ومن ثمة يطبق حكم المادة 328 من ق.ع حتى في حالة عدم إحترام حكم يتعلق بحق الزيارة، لتشمل الحماية حتى هذا الوضع وعدد

---

[251] – إتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال محررة بتاريخ7 ذي القعدة عام 1407 الموافق 21 يونيو سنة 1988، ج.ر رقم 28 و رقم 30، سنة 1988.

[252] – عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1982، ص .128-129.

[253] - محكمة محكمة عين ولمان ، قسم الجنح ، 17/ 06/ 2012 ، فهرس 04950/ 12، ملحق رقم 09، ص .402.

[254] - ملف رقم 31720، قرار بتاريخ 1984/06/26 المجلة القضائية، العدد الأول، ص. 287 تضمن مبدأ مضمونه أنه " متى كان مؤدى نص المادة 328 من ق ع ، هو أنه يعاقب بالحبس والغرامة الأب أو الأم أو أي شخص لآخر لايقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بموجب حكم ، إلى من له الحق في المطالبة به ومن ثمة فان أب القاصر ، الذي تحصل بطلب منه على أمر رئيس المحكمة ، يسمح له بمقتضاه أن يحتفظ بابنه لمدة (15) يوم لايعد مرتكب لهذه الجريمة ، وإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أنا الطاعن، إذن له بموجب أمر من رئيس المحكمة للاحتفاظ بإبنه القاصر لمدة 15 يوما فإن قضاة الإستئناف بإدانتهم للطاعن والحكم عليه وفقا للمادة 328 من ق.ع ، لم يكون على صواب في تطبيق هذا النص عليه ، وكان لذلك نعيه على قرارهم بالوجه المثار من طرفه بالخطأ في تطبيق القانون، مؤسسا وفي محله..

المشرع أشكال السلوك الذي يشكل الركن المادي لهذه لجريمة، لينطبق عليها الوصف الجزائي، وبالتالي تحمل المسؤولية الجزائية.

وأخذ المشرع التونسي بأي مخالفة لحكم قضائي وقتي أو بات كونه يعتبر مساسا لحقوق الطفل الواجب مراعاة نفسيته وتكوين شخصيته في هذا السن لأجل ضمان بقاء إتصاله بوالديه وما لذلك من ضمان حد أدنى من التواصل الروحي مع المحضون بالرغم من إنفصال والديه. نظرا لطابع الإستعجال الحكم الوقتي لظروف ونفسية الطفل، وهي نفس الغاية التي إعتمدها المشرع المغربي بأخذه بطبيعة الحكم القاضي بالحضانة، النهائي أو النافذ بصفة مؤقتة، إدراك لأهمية الوضع وضمان لحماية التواصل وعدم إهداره بفعل الإمتناع .

ثانيـا

حالة إمتناع المحضون عن مرافقة من تقرر حق الزيارة له

وهو الوضع الكثير الحصول في الواقع إذ كثير ما يمتنع المحضون من مرافقة من تقرر حق الزيارة له أو من تقرر إسناد الحضانة له كونه تعلق بالشخص الذي سبق وأن ألف معاشرته وإرتاحة نفسه لمعاشرته أكثر، ونتيجة لتغير المراكز القانونية بموجب حكم قضائي يصبح الطفل أمام وضع جديد لاتستوعبه ضروف الحال وفق لنماء شخصيته وحال سنه، فأمام هذا الوضع لم نجد تنصيص ضمن التشريع الجزائري أو المغربي على حالة الإمتناع من طرف المحضون بمناسبة تنفيذ حق الزيارة أو التسليم نتيجة لعدم تقبله للوضع الجديد وهذا دون تدخل أي طرف مما يجعلنا أمام حالات عالقة لتنفيذ الأحكام القضائية.

بخلاف المشرع التونسي الذي وضع حلا لذلك الذي نص على الحالة التي يرفض فيها المحضون الذهاب مع الأم التي قضت المحكمة بإسناد الحضانة إليه فقضت مجلة حماية الطفل في فصلها 10 أخذ رأي الطفل في كلّ ما يخصّه وذلك وفقا لسنه ولدرجة نضجه. لذا إذا رفض المحضون الذهاب مع الأم التي قضت المحكمة بإسناد الحضانة إليها، فإنّه لا يجوز جبره على ذلك حفاظا على توازنه النفسي والإجتماعي "وإعتبارا لمصلحة الطفل الفضلى وهذا بموجب الفصل 67 م.أ.ش والفصل 4 من م.ح.ط هذه المصلحة التي يجب مراعاتها في كل القرارات التي يتّخذها القاضي في شأن الطفل بخلاف المشرع الجزائري الذي سكت عن هذه الحالة مما يجعل القاضي الجزائي في تردد بإعمال النص أو تركه لإمتناع الطفل عن العودة إلى الشخص الذي أوكل له حق الحضانة.

هذا فيما يتعلق بمجال حماية أفراد الأسرة، ليوسع المشرع المغاربي مجال الحماية الجزائية بما يشمل العلاقات الأسرية فيما يتعلق بصلة القرابة.

المطلب الثاني

الجرائم الماسة بصلة القرابة وباعتبار الأسرة

رعاية من المشرع العقابي للروابط العائلية[255]، نص على تجريم بعض الأفعال التي تخل بالتزامات الفرد نحو أقاربه ومن هذه الجرائم: جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم ولقد منعت الشريعة الإسلامية الزواج بين الأشخاص

الذين تربط بينهم علاقة قرابة سواء كانت قرابة دموية أو كانت قرابة مصاهرة أو رضاع[256] .

ويقول المختصون في علم النفس أن من بين الأضرار الناتجة عن زنى المحارم، العزلة الإجتماعية وتوارد فكرة الإنتحار وتعاطي المخدرات والشعور بالنقص[257] . هذا ما يفسر ويؤكد أن زنى المحارم يؤدى غالبا إلى نتائج مدمرة للشخص والمجتمع على حد سواء[258].

وعليه فإن أية علاقة جنسية خارج الإطار الشرعي الذي رسمه الإسلام لها تعتبر زنا وتلقى إستهجانا داخل المجتمع ومنتهى التفاحش في هذه الجريمة أن ترتكب بين المحارم، لأن الزنا بالمحارم يؤدي إلى تدمير الأسرة وتشتيت أواصر الرحمة بين أفراد الأسرة [259]. **ولاتقل الجرائم الماسة بإعتبار الأسرة** خطورة عن الجرائم الماسة بصلة القرابة وفق ما يأتي بيانه.

---

[255]– لقد إعتنت الشريعة الإسلامية بالقرابة أشد عناية إذ وردت آيات قرآنية كثيرة وأحاديث متعددة تحافظ على أواصر القرابة وتقويتها.مثلا سورة النساء الآية 36، سورة محمد الآية 22 ومن الأحاديث التي تدعوا لذلك أن رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال " من أحب أن يبسط له في رزقه و ينشأ له في أثره فليصل رحمه " عن أبي هريرة، صحيح البخاري، وقد أكد المشرع في قانون الأسرة الدور الإجتماعي للأسرة بنص المادة 03 منه" تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الإجتماعية"

[256] – تعتبر القرابة مانعا من موانع الزواج وذلك لأن الإسلام أمر بالإحسان إلى الأقارب وإحترامهم، وقد ينشأ عن المعاشرة الزوجية خصومات وخلافات تؤدي إلى الكراهية والتباغض وقد تنتهي بالفراق والانفصال الشيء الذي يتنافى مع الإحسان المذكور ووجوب صلة الأرحام ثم إن عوامل الوراثة تجعل النسل المتولد من الزوجين اللذين بينهما قرابة، نسلا ضعيفا فيه استعداد لإصابة بالأمراض التي أصيب بها سلفه ويشتد هذا الاستعداد كلما إشتدت القرابة بين الزوجين وتخف كلما بعدت. محمد بن معجوز المزغراني،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج 1، الدار البيضاء ، مطابع النجاح، 7197، ص. 56.

[257] – توفيق عبد المنعم توفيق، سيكولوجيّة الإغتصاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص. 32.

[258] – صديق محمد، جرائم زنى المحارم تضرب في تونس.. لماذا...وما الحلّ؟،المجلة التونسية، 12/05/2013، ص .24.

[259] - حيث أن من المقاصد الأساسية لصيانة العرض في الشريعة الإسلامية صيانة العائلة التي هي نواة المجتمع وأساسه، فلا يقام المجتمع إلا بقيام أسر قوية متماسكة تحسن أداء دورها الإجتماعي وتهدف الشريعة الإسلامية بذلك إلى رعاية الفرد الذي هو مقصود التشريع وأساسه منذ نشأته وتطور حياته في أطوارها المختلفة وتهيئة المجال أمامه في بيئة إجتماعية صالحة تكفل للطفل حسن الخلق ليكون نواة طيبة للمجتمع بأسره.

الفرع الأول

الجرائم الماسة بصلة القرابة

تشمل الجرائم الماسة بصلة القرابة الإمتناع عن تقديم نفقة مقررة قضاء للأصول حماية لصلة القرابة بين الفرع واصله ، وجريمة عدم التصريح بالوفاة وجريمة ترك الأصول والتخلي عنهم وجريمة الإستيلاء على عناصر التركة وقد تشمل أسوء الجرائم التي يمكن أن يرتكبها أحد أطراف العلاقة الأسرية في حق شريك أسري ضمن الأسرة لأن كل طرف مطالب بالحفاض ما أمكن بصلة القرابة في شكلها الضيق أو الموسع سواء أخلاقيا أو قانونيا [260]، ولذلك تعد جريمة الفاحشة بين المحارم من أخطر المسائل التي جرمها القانون وتنبذها الطباع البشرية والذي تأت دراستها أولا.

أولا

جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (سفاح المحارم)

بالرغم من تجريم المشرع الجزائري الفاحشة بين ذوي المحارم بموجب الأمر رقم 75-47 المؤرخ في17/ 06/ 1975 في مادة وحيدة هي المادة 337 مكرر[261] المعدلة بالقانون رقم 14- 01[262]، فإن هذه الجريمة في تزايد مستمر[263].

وبالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي نجده لا يتحدث عن جريمة إسمها زنا المحارم، كل ما هنالك أنه اعتبر من خلال بعض النصوص صفة "أصل الطفل الضحية "ظرفا من ظروف التشديد في بعض الجرائم الواقعة على القاصر، كما هو الشأن بالنسبة لجرائم هتك العرض والإغتصاب.

ونصت المادة 337 مكرر من ق.ع الجزائري على أنه " تعتبر الفواحش بين ذوى المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1- الأقارب من الفروع أو الأصول،

---

[260] – مصطفى الهيصة، الخيانات الزوجية في تونس صور حزينة، جريدة الصباح، 11/10/ 2011، ص. 14.

[261] – حميدو زكية، محاضرات، ...، المرجع السابق.

[262] – مؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 4 فبراير سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

[263] – وهذا ما بينته الإحصائيات بأن80 بالمائة من قضايا زنا المحارم تتعلق بإعتداء الآباء على بناتهن، وتم إحصاء خلال الفترة بين سنة 2006 و 2009 أكثر من 126 ضحية.

2- الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم ،

3- بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه،

4- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد أخر من فروعه،

5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الأخر،

6- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.

و تكون العقوبة السجن من 10 سنوات إلى 20 سنة في الحالتين 1 و 2 والحبس من خمس سنوات إلى 10 سنوات في الحالات 3 و 4 و5 والحبس من سنتين في الحالة 6 أعلاه .

وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع والأصول.

ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/ أو الكفالة.

وإشتراط القرابة العائلية يثير التساؤل بشأن الرضاع ،فهل يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، قياسا على الزواج[264] ؟ يكون الجواب بنعم، و قد أجاز الفقه هذا القياس مع حصر التحريم في الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته[265]. وهذا عملا بالمادة 28 من ق.أ بنصها "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسرى التحريم عليه وعلى فروعه".

وقد حدد المشرع الجزائري في المادة 337 مكرر سبعة حالات تختلف درجة العقوبة بين المجرمين، مراعاة لدرجة القرابة فيها، وإذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد، على شخص قاصر يبلغ من العمر 18 سنة فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوبا العقوبة على الشخص القاصر،طبقا للفقرة 3 من نفس المادة، كما أن هذه الجريمة تكون قائمة حتى و لو كان أحد طرفيها لم يبلغ سن الرشد الجزائي، لأن المادة 337 لم تشر إلى سن معينة، خلافا لجريمتي هتك العرض و الفعل المخل بالحياء.

ولم يأخذ بعين الإعتبار علاقة القرابة بين الجناة في جريمة الفساد حيث ينص الفصل 490 ق.ج " بأن كل علاقة جنسية بين رجل وإمرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة.." ولم تتم الإشارة في أي مقتضى تابع لهذا الفصل إلى تشديد عقوبة الجناة إذا كانت تربطهم

---

[264]- تنص المادة 27 من قانون الأسرة " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ". وتنص المادة 28 من قانون الأسرة " يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسرى التحريم عليه وعلى فروعه."ومما جاء بتعديل ق ع الجزائري 02/14 أنه تطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل و المكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع و الأصول.

[265] - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص . 134.

علاقة قرابة، الأمر الذي يظهر بشكل واضح غياب حماية أواصر القرابة في القانون الجنائي المغربي من جريمة فضيعة تستهجنها الأخلاق[266] .

أمّا بالنّسبة للقانون التّونسي، فإنّه لم يجرّم العلاقات الجنسيّة العائليّة عامة بنصّ خاصّ، بل إكتفى بالإشارة إليها صلب نصوص متفرّقة، إذ منع الفصل 15 م.أ.ش التّزوج بالأصول والفروع والأخوات وفروع الأخّ وفروع الأخت معتبرا القرابة من الموانع الشرعيّة للزّواج، وبذلك فإن كان الفصل المذكور يجرّم التزوّج بأحد أفراد الأسرة المشار إليهم آنفا، فمن باب أولى أن يعتبر العلاقات الجنسيّة غير الشرعيّة مجرّمة في هذا الإطار[267] كذلك إكتفى بالإشارة إليها صلب الفصل 20 من م.ح.ط كأحد الحالات الخطرة والمهدّدة لصحة الطّفل وسلامته البدنيّة .

وتبعا لذلك فإنّ القانون الجزائي التّونسي، لم يتطرّق إلى جريمة الإغتصاب داخل الأسرة بصفة صريحة ولم ينظمها بنصّ خاصّ، رغم التّنقيحات الهامة الّتي تعرّض لها الفصل 227 م.ج ، بل إكتفى بالإشارة إليها حسب الفصل 229 م.ج كظرف من ظروف التّشديد في صورة إذا كان الجاني من أصول المجني عليه في جريمة المواقعة بدون عنف. تحت عنوان "في الإعتداءات بالفواحش "وتحديدا بالفقرة الثّانية من القسم الثّالث من المجلّة الجزائيّة والّتي عنوانها " في الاعتداء بما ينافي الحياء"[268].

وتكون الجريمة جنحة في الحالات الأخرى، وتطبق عقوبة الحبس من 5 إلى 10سنوات في الحالات3و 4و 5، وتطبق عقوبة الحبس من 2 سنتين إلى 5 خمس سنوات في الحالة 6. والعقوبة المفروضة على الفاحشة بين الفروع والأصول في الحالة 7 بالإظافة إلى وجوب أن ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/أو الكفالة، فهذا كله تشديد في مجال الحماية الجزائية.

ونجد أن القانون الفرنسي لا يعتبر هذا الفعل جريمة، إذا كان الشخصان بالغين سن الرشد الجنسي المحدد بخمسة عشرة (15) سنة[269]. وتم تحريم الزنا بالمحارم في القانون الإنجليزي بصدور القانون الجنائي لسنة 1908

---

[266]– كذلك الشأن بالنسبة للقانون المصري الذي لا يفرق بدوره في الجزاء الذي يوقع على من يزني بإحدى محارمه وبين الجزاء الذي يوقع على من يزني بغير محارمه، إلا في الأحوال التي يكون فيها الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها حيث تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة شريطة أن يكون سن الضحية دون الثامنة عشرة، أما إذا كانت قد بلغت سن 18 فما فوق، وتم الاتصال الجنسي برضاها، فلا عقاب على الجاني بالعقوبة المشددة

[267] – أميمة حليم ، العنف الأسري، رسالة تخرج بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2004 - 2005، ص. 64.

[268] - محمّد الأسعد رابحي، الحماية الجزائية للعائلة في القانون التونسي، رسالة تخرج المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 1998 – 1999، ص. 13.

[269] – حميدو زكية، محاضرات...، المرجع السابق. وقد يُبرر هذا الموقف بما ورد عن العميد كاربونيه بإستنتاجه أن السياسة الأسرية الفرنسية هي، من حيث الواقع سياسة أشخاص وليس سياسة أسرة ، سياسة حقوق وليس سياسة مؤسسة.

- Cf. CARBONNIER Jean," 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.", Droit civil, T2 la famille, l'enfant, le couple, 20e édi,P.U.F., 1999, p.27.

والذي يحرم العلاقات الجنسية التي تحدث بين الأقارب المقربين مثل الأب وإبنته والأم وإبنها والأخ وأخته[270].

1/ عنصر الرضا كعامل تقديري لقيام الجريمة

إعتبر المشرع الجزائي الجزائري بموجب المادة 337 مكرر الفاحشة بين ذوي المحارم، كل علاقة جنسية تقع بين شخص وأحد محارمه[271] برضائهما.أي يشترط أن تتم العلاقات الجنسية برضا الطرفين بالرغم من عدم النص على شرط الرضا إلا أن طبيعة هذه الجريمة تستلزم توافره، فإذا إنتفى هذا العنصر تحول الفعل، حسب الحالة إلى إغتصاب أو فعل مخل بالحياء وهذا ما يدخل تحت تكييف جرم التحريض على الفسق والدعارة وفساد الأخلاق ولو بصفة عرضية التي لايشترط فيها عنصر الرضا طبقا لنص المادة 342 و المادة 344 من ق.ع،[272] وبالتالي تعتبر إحدى الفئات التي عددتها و المحددة بالمادة 337 من ق.ع ظرفا مشددا للعقاب، إذا دخلت تحت وصف المادة 342 من ق.ع.

و تطبيقات هذا التفصيل فيما قضى به القضاء الجزائري بقرار صادر عن مجلس قضاء تيارت بتاريخ 02 سبتمبر 2008 بإدانة المتهم على أساس فعل إنتهاك عرض قاصر لم يبلغ السادسة عشر من عمره وتبرئة المتهمة وإعتبارها ضحية بعد إدانتهما بموجب حكم جزائي سابق على أساس إرتكاب جنحة الفاحشة طبقا لنص المادة 337 مكرر من ق.ع، هذا الحكم الذي أعاد تكييف الوقائع من جنحة الزنا والإجهاض للمتهمين إلى جنحة

---

[270] - ففيما يتعلق بالعقوبات التي توقع على الجاني، فإن القانون الإنجليزي يجعل الحد الأقصى للعقوبة التي توقع على من يحاول إجراء اتصال جنسي بإحدى محارمه الحبس سنتين، أما إذا كانت الفتاة التي جرت معها المحاولة دون الثالثة عشرة من عمرها، فإن الحد الأقصى للعقوبة التي توقع على من يحاول ذلك هو السجن سبع سنوات، وفي تعديل سنة 1956 أصبح القانون الجنائي البريطاني يعاقب كل أنثى جاوزت السادسة عشرة من عمرها وسمحت لرجل من محارمها بإجراء إتصال جنسي معها وفضلا عما تقدم، فإن هذا القانون ينص في القسم الثامن والثلاثين منه على انه إذا أدين الرجل في جريمة الزنا بالمحارم مع بنت سنها دون الواحد والعشرين (أو أدين بمحاولة إرتكاب الجريمة) فإن المحكمة تحكم بتجريده من كل سلطاته أو ولايته عليها.

تنص المادة 173 من قانون العقوبات الألماني على أن:

أ- كل من إرتكب فعل مع أحد أصوله الصليبيين على عمود النسب وإن علوا يعاقب بالحبس حتى ثلاث سنوات أو بالغرامة.

ب- كل من إرتكب فعل الوطء مع أحد أصوله الصليبيين على عمود النسب وغن علوا يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن السنتين أو بالغرامة وتسري هذه الأحكام ولو انقضت صلة القرابة، كما تسري هذه القواعد أيضا على أفعال الوطء المرتكبة بين الإخوة الأشقاء على أحدهما الآخر.

ج- لا تسري الأحكام السابقة على الفروع والإخوة الذين لم يبلغوا بعد الثامنة عشرة وقت الفعل.

[271] - أنماط القرابة في زنا المحارم هي: الأخ وأخته – الإبن وأمه – الأب وإبنته - إبن الأخت وخالته – إبن الأخ وعمته - زوج الأم وإبنة زوجته - زوج البنت وحماته – إبن الأخ وزوجة عمه – الأخ وزوجة أخيه – الإبن وزوجة الأب – الخال وإبنة أخته – العم وإبنة أخيه - زوج الأخت وأخت زوجته – الأب وزوجة إبنه – إبن الأخت وزوجة خاله – الزوج وإبنة أخت زوجته – العم وزوجة إبن أخيه – الخال وزوجة إبن أخته.

[272] المعدلتين بموجب المادة 08 من القانون 02/14 المتضمن قانون العقوبات.

الفاحشة، وقد أعاد قضاة المجلس تكييف هذا الجرم إلى جريمة إنتهاك عرض قاصر نتيجة لإنعدام رضا الضحية القاصرة ووقوع العنف عليها بالرغم من كونها من ذوى المحارم[273].

و لقيام هذه الجريمة يجب أن يتم الإتصال الجنسي أساسا بالمحرمين شرعا بالقرابة والمصاهرة[274].ولم يقيد الفعل الجنسي في شكل معين[275]، مع إشتراط أن تتم العلاقات الجنسية برضا الطرفين، هذا الإتفاق الرضائي بين أصحاب الصفة، هو مناط التجريم، نظراً لخطورة الرغبة الإتفاقية الإجرامية لديهم، الموجهة أساسا لتحطيم أواصّر الإعتبار لدى الأسرة، التي تغلفها علاقات الرحمة والمودّة بدلاً من النزعات الإجرامية الخطيرة[276].

مع العلم أن الأنثى التي ترضى وتسمح بإرتكاب الفاحشة معها من أحد أصولها أو فروعها، مع علمها بالقرابة، و تكون فوق سن السادسة عشر تعد مرتكبة لجريمة وطء المحرمات كفاعل أصلي، لأن الرضا الصادر من هذه الأنثى لا يعتبر سببا مبررا أو مبيحا لهذه الجريمة، أو ينفي المسؤولية عن الجاني أو المجني عليها نفسها[277].

ونحن نأخذ بهذا الرأي بالرغم من أن هذه المادة حددت القاصر ب 18 سنة، وهذا مسايرة للحكمة التي أخذ به المشرع وهى تشديد في مجال الحماية فلو أخذنا بخلاف هذا التحديد فإننا نخرج هذا الفعل من دائرة تجريمه وفقا لنص المادة 337 من ق.ع وندخله ضمن نص المادة 342 من ق.ع.

2/ تباين الطابع الحمائي الجزائي ضمن التشريعين الجزائري والمغربي

فالحكمة التشريعية التي سعى المشرع الجزائري إلى تأكيدها ضمن هذا النوع من الجرائم نجدها تنتفي ضمن التشريع المغربي، فتشديد المشرع المغربي لعقوبة الجاني باعتباره أصلا للضحية في هذه الجرائم، لم يهدف من ورائه حماية أواصر القرابة وحماية العلاقات الخاصة التي تربط بين أفراد الأسرة والتي قد تسبب الصلات الجنسية بين أفرادها إلي إنهيارها وإنما كان الهدف من هذا التشدد هو زجر الإعتداءات الجنسية ضد الأطفال من قبل أصولهم حماية للطفل نظرا لضعفه البدني والنفسي من جهة، ولإخلالهم بالثقة التي وضعت فيهم إتجاه الطفل من جهة ثانية.

---

[273]– مجلس قضاء تيارت، غ.ج، 02/ 09/ 08، فهرس رقم 10592/ 08، غير منشور، ملحق رقم 10، ص . 404.

[274]– أي بين الفروع أو الأصول، أو الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم أو بين شخص وإبن أحد إخوته أو أخواته من الأب أوالأم أو مع أحد فروعه، أو الأب أو الأم والزوج أو الزوجة والأرامل أو أرملة إبنه أو مع أحد أخر من فروعه، أو والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الأخر، أو من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ ولأخت.

[275]– علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص. 509.

[276] – محمد هلال الصادق هلال، أثر الغزو الفكري على الأسرة المسلمة وكيفية مقاومته، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية أصول الدين والدعوة بالزقازيق، القاهرة، 2000، ص. 174- 175.

[277] – محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص. 264.

وما يؤكد صحة هذا القول هو أن المشرع المغربي لم يأخذ بعين الإعتبار علاقة القرابة بين الجناة في جريمة الفساد حيث ينص الفصل 490 م.ج.م السابق الإشارة إليها مما يعكس محدودية الحماية الجنائية لأواصر الرابطة الأسرية بمجال جرائم الماسة بعلاقات القرابة.

وضمان لمجال الحماية وتأكيدها فإنه يتوجب على المشرع المغربي أن يضع نصا خاصا يجرم الصلات الجنسية بين الأقارب وأن يضع تسمية خاصة لهذه الجريمة، لذلك فإنه يجب التوسع في مدلول الفعل الذي يقوم به زنا المحارم على نحو يحقق العلة من العقاب عليه، ومن ناحية أخرى، فإذا كانت علة التجريم هي حماية التناسل والوقاية من الأمراض الوراثية، وأن الغاية من التجريم لن تتحقق ما دام نطاق القرابة محصور جدا لا يتجاوز أصول الطفل، لذا يجب على المشرع أن يجرم كل العلاقات المحرمة في هذه الجريمة وأن يحدد بدقة من هم المحارم، لأن نصوص القانون الجنائي يجب أن تكون محددة بدقة ولا يكفي تحديد لفظ عام مثل كون الشريك في الصلة الجنسية محرما بل يجب أن يتكفل التشريع ببيان حدود هذه الصلة المحرمية ونطاقها بوضوح، كما يجب على المشرع أن يفرد لهذه الجريمة عقوبات رادعة[278] بالنظر إلى جسامة الأخطار المترتبة عنها سواء بالنسبة للفرد الأسرة أو المجتمع.

ثانيـا

الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء للأصول

تفاوتت التشريعات المغاربية في تقرير الحماية الجزائية فيما يتعلق بوجوب تقرير النفقة للأصول ، وهذا بين ما يشمل الوالدين فقط وبين ما يتعداه ليشمل الأصول وإن علوا متبعا في ذلك الغاية من تجريم عدم الإنفاق على الأصول بصفة عامة ، وتفرد التشريع التونسي الذي تعدى هذا الأمر أن إعتبر وجوب النفقة على الأصول هو التزام عقدي تحكمه في الغالب أحكام و أثار المسؤولية العقدية.

[278] - بالنسبة لعقوبة جريمة الزنا بالمحارم في الشريعة الإسلامية، فقد إنقسم الفقهاء إلى فريقين بشأنها: الفريق الأول: يرى بأن عقوبة الزنا في مثل هذه الأحوال هي نفسها عقوبة الزنا عموما أي الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن ويمثل هذا التوجه الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ويقول به الإمام مالك وأبا حنيفة والإمام الشافعي.الفريق الثاني: يرى بأن عقوبة من يزني بإحدى محارمه تختلف عن عقوبة الزنا عموما فهي القتل سواء كان الزاني محصنا أم غير محصن، ويضيف البعض إلى هذه العقوبة مصادرة مال الجاني كله، بينما يقصر البعض الآخر المصادرة على خمس مال الجاني فقط، ولكل فريق دليله الذي يستند إليه فبالنسبة للفريق الذي يرى أن من زنا بإحدى محارمه يقتل في جميع الأحوال فهم الشيعة =الإثنى عشرية، حيث يقول الفقيه الطوسي: أن الزناة على خمسة أقسام: فقسم منهم يجب عليه الحد بالقتل في كل حال سواء كان محصنا أو غير محصن حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا شيخا أو شابا، وعلى كل حال فهو كل من وطئ ذات محرم أما أو بنتا أو بنتها أو بنت أخيه أو عمته أو خالته فإنه يجب عليه القتل على كل حال، ودليلهم في ذلك ما رواه الإمام أحمد بن حنبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "من أتى ذات محرم منه فقد إرتد عن دينه فيقتل ويصير ماله فيئا لبيت المال". أحمد المجدوب،زنا المحارم، مكتبة مدبولي، المملكة العربية السعودية،2003 ، ص.306 وما بعدها.

وكل في ذلك وجب الرجوع على أحكام الأسرة ضمن التشريعات المغاربية التي رتبت هذا الالتزام وحدوه والتي لم ترتب جزاء مخالف هذا الالتزام، مما يفتح المجال لأعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي بشأن ضمان تحقيق الحماية لهذه الرابطة الأسرية التي إختلفت حدود تقرير الحماية لها.

1/ حدود التجريم من حيث درجة الرابطة الأسرية محل الحماية

وقد جاء تجريم فعل الإمتناع ضمن التشريع الجزائري بموجب المادة 331 ق.ع وذلك بمنع إستفادتهم بمبالغ النفقة المقررة قضاء، فالفروع تجب عليهم نفقة الأصول إذا كان هؤلاء معسرين، فشرط إستحقاق النفقة يكون حسب القدرة، وإمكانية المكلف بذلك[279].

وإتجه القضاء الجزائري إلى أكثر من ذلك وإعتبرت المحكمة العليا أنه لا تتوقف النفقة الواجبة على الفروع تجاه الأصول، على مكان إقامة الأصول[280] سدًا لذريعة عدم التحجج بعدم الإنفاق على الأصول بحجة عدم المكوث عند المنفق، ومما جاء في أحد الأوجه المثارة – بنفس القرار– المأخوذ من مخالفة القانون الذي أثاره الطاعن بكون المادة 77 من قانون الأسرة تلزم قيام الإبن بالتزام قانوني نحو أمه، وأن قضاة الموضوع حرموه من القيام بإلتزامه نتيجة الحكم له بالزيارة حيث تقيم الأم، ولم يقرر له القضاة الحكم بأخذ أمه حيث يقيم هو لعدم تقديم التبريرات، وكأن رد المحكمة العليا فيما يتعلق بهذا الوجه المثار بقولها "لكن وحيث أن المادة المذكورة أوجبت نفقة الفروع على الأصول والنفقة تؤدى إلى الوالدين في أي مكان كانا، ولا تشترط المادة إقامة الأصول في منزل المنفق مما يجعل هذا الوجه من غير أساس قانوني"[281].

وجاء التجريم مقيد بالتشريع المغربي كون أن مفهوم الإنفاق على الأصول يحكمه موجب المادة 197 مدونة الأسرة إذ جعل النفقة على الأصول واجبة على الأبناء، بأن إستعمل عبارة "الوالدين" بدل "الأصول"، ما يعني إخراج الجد و الجدة ومن علا من خانة المستفيدين من نفقة أحفادهم عليهم. وهذا مما يؤخذ على النص لعدم إشتماله على الجد والجدة إلا أن بعض الممارسات القضائية أخذت بلمفهوم الواسع للوالدين حتى يشمل الجد و الجدة و إن علا، خاصة و أن الفصل 480 م.ج إستعمل عبارة "الأصول " بنصه على أنه" يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك

[279] – وتنص المادة 77 من ق. أ " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث ".

[280] – المحكمة العليا، غ.ج، 07/03/ 2002، ملف رقم 264458، المجلة القضائية، 2004، عدد 02، ص. 341 .

[281] – المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2004، عدد 02، المرجع السابق، ص.344.

عمدا عن دفعها في موعدها المحدد، وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا، والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك [282].

2/ ضوابط الحماية ضمن التشريع التونسي

لم يرتب المشرع التونسي تجريم الإمتناع، وإنما أوجب على الأبناء صلب الفصل 46 م.أ.ش الإنفاق على الأبوان والأصول من جهة الأب دون حد و الأصول من جهة الأم في حدود الطبقة الأولى وبالرجوع إلى أحكام الفصل 44 من م.أ.ش[283] يتضح أن المشرع التونسي وضع شرطان أساسيان يتوقف إستحقاق نفقة الأصول على توفرهما معا وهما:

أولا : وجوب أن يكون المنفق سواء كان من الأبناء أو البنات موسرا، بحيث لا يعقل أن ينفق الإبن أو البنت على أصولهم وهما في أشد الحاجة إلى من ينفق عليهما

ثانيا : وجوب أن يكون الأصل المنفق عليه فقيرا. ويعرّف بعضهم الفقر "بأنه عدم القدرة على تلبية الحاجيات الضرورية بصفة طبيعية وكافية[284].

إضافة إلى هذا الموجب القانوني للإلتزام أضاف المشرع التونسي موجب عقدي بالنفقة ضمن م.أ.ش فصلا لـ"أحكام من يلتزم بنفقة الغير". بموجب الفصل 49 من م.أ.ش الذي يتضمّن أنّ "من التزم بنفقة الغير كبيرا كان أو صغيرا لمدّة محدودة لزمه ما إلتزمه. وإذا كانت المدّة غير محدودة وحدّدها، فالقول قوله في ذلك". معنى ذلك أن من تعهد بالإنفاق على شخص لا يلزمه الإنفاق عليه بموجب القانون، فإنه يصبح مجبرا على ذلك إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها. أما إذا لم تكن المدة محددة سلفا وحددها الملتزم بالإنفاق لاحقا فالقول قوله في ذلك ولأحد الأصول أن يلزم أبناءها وبناتها بالإنفاق عليها إذا كانوا ميسوري الحال برفع دعوى إلى محكمة الناحية التي بدائرتها مقرّ سكناها على أساس الفصل 44 المذكور من م.أ. ش.

---

[282] – نفس العقوبة المقصود حكم ما جاء به الفصل 479على أنه " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 000. 2 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

- 1الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة .

ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية

- 2الزوج الذي يترك عمدا، لأكثر من شهرين ودون موجب قاهر، زوجته وهو يعلم أنها حامل.

[283] – ينصّ الفصل 44 مجلة الأحوال الشخصية على أنّه "يجب على الأبناء الموسرين، ذكورا أو إناثا، الإنفاق على من كان فقيرا من الأبوين ومن أصول الأب وإن علوا، ومن أصول الأمّ في حدود الطبقة الأولى".

[284] – محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص. 119.

يجعل هذا الوضع المجال واسعا لإعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي لتحقيق أكبر ضمانة بتوسيع الحماية الجزائية ليشمل حالة عدم الإنفاق على الأصول .

أي أن المشرع التونسي جعل فعل عدم الإنفاق على الأصول وكأنه إلتزام عقدي يبتعد عن الوصف الجزائي الذي لايختلف عن التشريع المغربي، بخلاف حالة الفرع ضمن التشريع الجزائري، إذ يعد مرتكبا لجنحة عدم تقديم المبالغ المقررة من إنفاق على أصوله في حالة إمتناعه عن ذلك.

وإن كانت هناك حكمة متوخاة من معاقبة الممتنع عن تقديم النفقة المقررة قضاء للأصول ضمن التشريع الجزائري والمغربي وفق السابق بيانه فيفترض أنه من باب أولى قد عاقب على جريمة التخلي وترك أحد الأصول الشرعيين.

ثالثـا

جريمة ترك الأصول والتخلي عنهم

أوصى الله عز وجل بطاعة الأصول، والإحسان إليهم، وعدم إيذائهم، لشدة حاجتهم لمزيد الرعاية لمشاعرهم المرهفة[285].

وقد تنوعت الحماية الواجب تقريرها بين الحماية الإجتماعية والحماية الجزائية التي إنفرد بها المشرع الجزائري ، ضمن قانون خاص المتعلق بحماية المسنين إدراك منه لأهمية هذه الفئة ضمن العلاقات الإجتماعية وما لها من أثر في ضمان تواصلها في إطار تحقيق التكافل الأسري ورفعا لدرجة الإهتمام والرعاية بهذه الفئة ضمن الرابطة الأسرية ، أمام قصور النصوص التجريمية العامة بباقي الجرائم التي تمس بهم في صور السلوكات المادية لعدم شموليته لكل صور التجريم، كحالة الإساءة لهم أو تركهم في حالة إهمال، هذا الوضع ما هو سائر عليه ضمن التشريعين التونسي والمغربي مما يجعلهما قاصرين في تقرير الحماية الكافية وهذا لبعدهما عن تقرير الحماية الجزائية التي سبق إليها المشرع الجزائري.

1/ أساس الحماية الجزائية ضمن التشريع الجزائري

جرم المشرع تخلى الولد عن أحد أصوله حديثا في التشريع الجزائري، وفق القانون[286] المتعلق بحماية الأشخاص المسنين وجعل بموجب المادة 04 منه من واجبات الأسرة لاسيما الفروع أن يحافظ على التلاحم الأسري وأن تضمن التكفل بمسنيها وحمايتهم وتلبية حاجياتهم.

---

[285] – وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى" وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيمًا.وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا "الآيتان 23 و 24 من سورة الإسراء.

[286] - القانون رقم 10 /12 المتعلق بحماية الأشخاص المسنيين، المؤرخ في 23 محرم 1432 الموافق 29 دبسمبر 2010 ،ج.ر، عدد 79.

ومن أهم أحكام هذا القانون إخضاع الأبناء العاقين الذين يقدمون على وضع أوليائهم في مراكز المسنين لأحكام قانون العقوبات المتعلقة بسوء معاملة الأصول وفق أحكام المادتين 314 و316.

وتصل العقوبات التي حددها هذا القانون إلى حد السجن لمدة تتراوح بين سنة (1) وعشر(10) سنوات ، مع غرامة مالية بين 100 ألف و500 ألف دج حسب الوضعية المالية للأبناء والطريقة التي تمت بها عملية التخلص.

كما يحمل القانون إجراءات تحفيزية تشجع العائلات على إستقبال المسنين، في مقابل مبالغ مالية تدفعها، ودعما تكفله الدولة للعائلات المستقبلة. وهو ما سيعطي للقضاء توقيع العقوبات التي تضمنها بالتفصيل على الأبناء الذين يسيئون معاملة والديهم، تصل إلى حد الحبس[287].

ويتضمن القانون على جانب آخر عقوبات تقضي بدفع غرامات مالية لمن يتجاوز أحكام قانون رعاية المسنين الذي يستند على قانون العقوبات في الجزء المتعلق بسوء معاملة الأصول أو ما تعلق بالتهرب من الإنفاق عليهم.

إلا أنه ما يؤخذ عن هذا القانون بأنه جاء بتحديد السن للشخص المشمول بالحماية وهو 65 سنة وهذا بموجب المادة 04 منه وهذا ما يجعل حالات كثيرة غير متوفرة عن السن المتطلب لتقرير المتابعة الجزائية خارج مجال الحماية مما يجعلها عرضة لعدم المتابعة الجزائية وتخضع للقواعد المسائلة في التجريم في حين أن وضعها الحقيقي أكثر سوء وأردى حال من الأشخاص الذين هم وفق سن 65 سنة لذلك وجب إعادة النظر في الأخذ بمعيار السن كمحدد لإعتبار الشخص مسن يتوجب حمايته بل الأخذ بمعيار الحالة والوضع الإجتماعي والصحي لكل مسن وجب حمايته بإعتباره فاعل ضمن أسرته.

2/ قصور الحماية ضمن التشريعين التونسي والمغربي

وتقررت حماية المسن ضمن التشريع المغربي و التونسي في صورة الحماية الإجتماعية التي تنعدم بها أي توجه في صورة متابعة جزائية في حالة إهمال الأصول وتركهم خلاف إهتمامات المشرع الجزائري ومن صور الحماية الإجتماعي ضمن القانون التونسي نجد قانون خاص عدد 114 لسنة 1994 المؤرخ في 31 أكتوبر 1994 بالإضافة إلى مجموعة من القوانين الأخرى المتعددة مثل قانون التغطية الإجتماعية والأوامر المتعلقة بضبط شروط الإيواء بمؤسسات رعاية المسنين والمتعلقة بتراتيب تكفل الأسر بالمسنين فاقدي السند وكذلك مجلة الأحوال الشخصية التي تلزم الأبناء بالإنفاق على والدتهم.

[287] – محكمة عين وسارة، ق.ج، 2016/02/18، فهرس رقم 16/00342،غير منشور ،ملحق رقم 11، ص.407.

وبموجب الفصل الثاني من القانون عدد 114 لسنة 1994فقد أضاف واجب أن "تتحمل الأسرة مسؤولية حماية أفرادها المسنّين وتلبية إحتياجاتهم. وتقوم الدولة عند الاقتضاء بمساعدة الأسرة على القيام بدورها في هذا المجال كما تعمل على تطوير الخدمات الموجهة للمسنين وتسهيل اندماجهم في وسطهم العائلي والإجتماعي.

و قد تعرّض المشرّع التونسي كذلك لوضع المسنّين المعوزين، وإقتضى خاصّة بالفصل 17 من قانون 31 أكتوبر 1994 والمتعلّق بحماية المسنين أنّه "يمكن للأسر التكفل بالمسنين فاقدي السند وفق شروط وتراتيب تحدّد بمقتضى أمر". وأضاف بالفصل 18 أنّه "يمكن للأسرة الكافلة للمسنّ المعوز أن تتحصّل على مساعدة مادية لتلبية الحاجات الأساسيّة للمسن المكفول. وتحدّد المساعدة وشروط الانتفاع بها بمقتضى قرار من وزير الشؤون الاجتماعية". وحسب الفصل 19 من نفس القانون "يمكن للدولة عند الحاجة إسناد إعانة ماديّة للأشخاص المسنين المعوزين قصد المساهمة في تسديد الحاجات الأساسيّة المتمثلة في الأكل والملبس وعند الإقتضاء المأوى.ويحدّد مقدار الإعانة وشروط الإنتفاع بها بمقتضى قرار من وزير الشؤون الإجتماعية.

وتوسيعا لمجال الحماية إعتمد المشرع التونسي القانون عدد 3 المؤرخ في 23 جانفي 2001 المتعلق بتبسيط الإجراءات الخاصة بإحداث وتسيير مؤسسات رعاية المسنين والمؤسسات المختصة في تربية وتأهيل والتكوين المهني للمعاقين. دون إعتماد أي سياسة جنائية هي كفيلة بتقرير حماية أكيدة لحالة التخلي عن الأصول وتركهم نظر لما في ذلك من مساس بصلة القرابة العائلية ، والتي قد تؤثر عليها حتى حالة عدم التصريح بالوفاة.

رابعا

جريمة عدم التصريح بالوفاة

تعد الوفاة واقعة قانونيّة تتمثّل في مفارقة الحياة حسب معاينة طبيّة. وتمثّل الوفاة حدثا قانونيّا هامّا يندرج ضمن الحالة المدنيّة للشّخص الطّبيعي وتشكّل نهاية شخصيّته القانونيّة سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكمية. ورتب المشرع الجزائري المساءلة الجزائية طبقا لنص الفقرة 3 من المادة 79 من ق.ح.م التي تحيل إلى تطبيق نص المادة 441 ق.ع عن كل ممتنع عن التصريح بالوفاة ضمن الأجل القانوني.

ونظم المشرع التونسي مسألة التصريح بالوفاة دون ترتيب الجزاء العقابي بموجب المواد27- 28 من قانون الحالة المدنية [288] بموجب إجراءات الإبلاغ عن الوفاة ونصت المادة 33 من قانون الحالة المدنية التي يجب على النيابة إتخاذها بمجرد الإبلاغ عن الوفاة، كما تعرضت المادة 24 لبيان إجراءات إشهاد الوفاة أو الوراثة[289]، إذ

[288] – من قانون الحالة المدنية المؤرخ في 01 أوت 1957.

[289]– يوسف ابن الحاج فرج ، المواريث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان ،تونس ، ص. 105.

ضبط الفصل 43 أجل الإعلام بالوفاة و هو ثلاثة أيام لا يمكن بعدها ترسيم الوفاة بدفاتر الحالة المدنية إلا بمقتضى إذن صادر عن رئيس المحكمة الإبتدائية". [290]

ورتب التشريع المغربي الحماية الجزائية بموجب المادة 31 من قانون الحالة المدنية بنصها " يعاقب بغرامة مالية من 300 إلى 1200 درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة أو وفاة طبقا لأحكام المادة 16 و المادة 24 و لم يقم بهذا الإجراء، داخل الأجل القانوني".

أي أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي قد حددا مجال لتجريم وعناصره وهذا كله حماية لحالة الأشخاص ضمن الرابطة الأسرية.

1/ عناصر التجريم

جاءت عناصر التجريم ضمن التشريع الجزائري أكثر وضوحا إذ نصت المادة 79 ق.ح.م في فقرتيها الأولى والأخيرة على تحرير وثيقة الوفاة، بناء على تصريح وذلك خلال مهلة أقصاها أربعة وعشرون ساعة من الواقعة [291]. في حالة الوفاة العادية، لكن إذ انقضت هذه المدة، دون أن يقوم الشخص المكلف بالتصريح لضابط الحلة المدنية بالوفاة، فإنه يترتب الإلتزام على ضابط الحالة المدنية بعدم تسجيل أو قيد هذه الوفاة، مما يعرضه للعقوبة الإدارية وللمسؤولية المدنية عند الإقتضاء[292].

وإذ حدث وأن تهاون أو أغفل الأشخاص الملزمون بإعلان الوفاة والتصريح بها إلى ضابط الحالة المدنية حتى فات الأجل المعين، فإنه تقع عليهم المساءلة الجزائية طبقا لنص الفقرة 3 من المادة 79 من ق.ح.م التي تحيل إلى تطبيق نص المادة 441 ق.ع.

أي أن عناصر التجريم تشمل عنصر الأجل المحدد ب 24 ساعة من تاريخ الواقعة[293] وعنصر الإمتناع عن التصريح من طرف الأشخاص المعنيين وفق نص المادة.

إلا أن السؤال الذي يطرح عن من هو الفرد لذي يتحمل المسائلة الجزائية من بين أفراد العائلة في حالة الإمتناع عن التصريح بالوفاة كون النص جاء عام ليدخل ضمن مجاله حتى الأشخاص بعيدى درجة القرابة في حالة تخلفهم عن التصريح بالوفاة، أي أن النص لم يحدد الشخص المتوجب عليه التصريح .

---

[290]– صالح بوسطعة، الحالة المدنية في القانون التونسي، المدرسة القومية للإدارة، ط 2، 1999، ص. 161 ومابعدها.

[291] – عبد العزيز سعد، الجرائم...، المرجع السابق، ص. 135.

[292] – عبد العزيز سعد، قانون الحالة المدنية في الجزائر، ط 2، دار هومة، الجزائر، ص. 173.

[293] - أفاد المشرع الجزائري المناطق الصحراوية ب أجل 20 يوم لأجل قيد الوفاة ، وهذا لاعتبارات ببيئة المنطقة .

ومماجاء بمجال التجريم ضمن التشريع المغربي بموجب المادة 21 من قانون الحالة المدنية تحديد للأشخاص الملزمين بالتصريح بالوفاة بموجب الباب السادس تحت مسمى رسم الوفاة بنصها " يصرح بالوفاة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها الأشخاص المبينون أسفله مع مراعاة الترتيب:

- الولد؛- الزوج؛- الأب أو الأم أو وصي الأب أو المقدم على الهالك قبل وفاته؛- الكافل بالنسبة لمكفوله؛- الأخ؛- الجد؛- الأقربون بعد الترتيب.

تطبق نفس المقتضيات المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه فيما يخص الأسبقية و إنتقال واجب التصريح و الوكالة.

إذا لم يوجد أي شخص من الأشخاص المشار إليهم أعلاه، فإن السلطة المحلية تشعر ضابط الحالة المدنية بهذه الوفاة معززة ذلك بالوثائق اللازمة."

هذا الإلتزام يعكس درجة الحرص على القيام بإجراءت تسجيل الوفاة لأهميتها في تحقيق المراكز القانونية لأفراد الأسرة بالإضافة إلى ما جاءت به باقي أحكام قانون الحالة المدنية من حالات تسجيل الوفاة[294].

وهي نفس الغاية التي جاء بها المشرع التونسي طبقا للفصل 44 من قانون الحالة المدنية التونسي السابق الإشارة إليه أنه بعد هذا التصريح الحاصل من أقارب الهالك أو الغير يقيم ضابط الحالة المدنية رسم الوفاة لينطلق بعد ذلك دور السلطة القضائية و الإدارية و ينتهي دور الأفراد، مما يعني عادة أن الأكثر حرصاً على القيام بالتصريح هم أقارب الهالك الوارثين[295] ، وإن جعل هذا الإلتزام على عاتق الورثة نظرا لما يترتب عليه من أثر نتيجة إهمال التصريح من طرفهم.

---

[294] – ظهير شريف رقم 239-02-1 صادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية ،ج. ر، 7 نوفمبر 2002. المادة 25 " إذا عثر على جثمان شخص تعين على ضابط الحالة المدنية لمكان الوفاة المحتمل إقامة رسم وفاة له بناء على محضر ينجز بهذا الشأن من طرف الشرطة القضائية، و مؤشر عليه من طرف وكيل الملك. و يضمن بالرسم الهوية الكاملة للهالك عند الإمكان، و إلا تضمن به أوصافه على الوجه الممكن. إذا ثبتت هوية الهالك بعد ذلك، يتم تنقيح الرسم وفق الهوية الثابتة بمقتضى حكم قضائي. المادة 26 " إذا توفي أحد في المستشفيات أو المؤسسات الصحية المدنية أو العسكرية أو المؤسسات السجنية أو الإصلاحيات أو غيرها من المؤسسات، يجب على المديرين أو المتصرفين في شؤونها أو من ينوب عنهم أن يصرحوا بتلك الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة و لا يسجل هذا التصريح إلا إذا لم يتم التصريح بهذه الوفاة من طرف أحد أقارب الهالك المذكورين بالمادة 24 أعلاه.

و يتخذ في الأماكن المذكورة أعلاه سجل خاص تضمن فيه جميع المعلومات و البيانات التي تساعد على التصريح بالتصريح بالوفاة في الحالة المدنية.المادة 28/ 2" تثبت الوفاة طبقا للفصل 223 من مدونة الأحوال الشخصية خلال 15 يوما من تاريخ تبليغ المقرر القضائي المشار إليه أعلاه.

[295] - محكمة الإبتدائية ، تونس، عدد 42186 جاء فيه ما يلي " إن الفصل 44 من قانون تنظيم الحالة المدنية لم يحصر الأشخاص الذين يمكن أن يصرحوا بالوفاة ولم يضبط شروطا خاصة بهم".

2/ الآثار المترتبة عن قيام الجريمة

سعى المشرع لتقرير الحماية الوقائية حماية للمراكز القانونية لأطراف العلاقة الأسرية لأنه بعدم تسجيل وفاة أحد أطراف العلاقة الأسرية، يعتبر أنه حي ويتمتع بحقوقه ويتحمل إلتزاماته، في حين ينعدم وجوده حقيقة، إلا أنه عمليا[296] لا تقوم المتابعات الجزائية في هذا النوع من الجرائم سواء في حالة تخلف الأشخاص المعنيين بالتصريح بالوفاة، أو في حالة أن ضابط الحالة المدنية قد قام بتسجيل الوفاة بعد إنقضاء الأجل المحدد.

ففي الغالب الأعم تسعى النيابة العامة إلى إكمال إجراءات قيد الوفاة بموجب الأشخاص الذين لهم الصفة والمصلحة في قيد الوفاة .ووفق ذلك نص المشرع المغربي بموجب المادة 30 على أنه " إذا لم يقع التصريح بالولادة أو الوفاة داخل أجل يحدد بنص تنظيمي، فلا يمكن تسجيل الرسم الخاص بالواقعة إلا بناء على حكم تصريحي بالولادة أو الوفاة تصدره المحكمة المختصة، و يقدم الطلب بذلك من طرف أي شخص له مصلحة مشروعة أو من طرف النيابة العامة".

وأعتبر القضاء التونسي أن السبب في وجود هذا الشرط بالنسبة لتسجيل الوفاة أن الأمر هنا يتعلق بإثبات حقوق لا مجرد التصريح بواقعة قانونية كما هو الحال في قيد الوفاة[297].

وتتحقق المتابعات الجزائية فعليا في حالة وجود شكوى من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين كانوا ضحية تقرير حقوق لأشخاص متوفين نتيجة التدليس الواقع من طرف ورثتهم الذين لم يسجل وفاة مورثهم مثلا. أو من طرف أحد الورثة للإستيلاء على مال مورثه نتيجة عدم التصريح بوفاته حارما باقي الورثة من مال التركة تحت وصف المتابعة الجزائية الإدلاء بإقرارات كاذبة[298]، هذا السلوك يجعلنا أمام حالة الإستيلاء على أموال التركة.

خامسا

جريمة الإستيلاء على عناصر التركة

قرر المشرع الجزائري المحافظة على عناصر التركة التي يختلف مفهومها[299] ولم تبين قواعد الميراث ما يعتبر مالاً وما لا يعتبر مالاً[300]، إذ قد يحدث أن يقع إعتداء على هذه الأموال قبل بيان نصيب كل وارث من طرف بقية

---

296 – محكمة قصر الشلالة، تيارت، ق.ش.أ، 2009/06/09، ملف رقم ، 09/0459، غير منشور، ملحق رقم 12، ص.411.

297 - القرار التعقيبي عدد، 30021 ، 1993/6/3، مجلة القضاء والتشريع، 1993، عدد 6 ، ص . 85.

298 - حكم محكمة جيجل، قسم الجنح ، 3/01/16، فهرس رقم 13/225، ملحق رقم 13، ص.413.

299 – فمفهوم عناصر التركة لدى الشافعية والمالكية والحنابلة يشمل جميع ما يتركه الميت من أموال وحقوق، سواء أكانت الحقوق مالية أم غير مالية. والتركة عند الأحناف والظاهرية هي ما يتركه المتوفى من أموال وحقوق مالية خالصة عن تعلق حق الغير بعينه؛ أنظر، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، مكتبة دار الثقافة، بيروت، ط 2، 1977، ص.27. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد،د.م.ج، 2006، ص. 54.

300 – ولم يتعرض المشرع الجزائري كذلك إلي تعريف التركة ومشمولاتها، بمعنى أخر ما يورث وما لايورث من الحقوق والأموال، مما يتطلب معه إعتماد رأى الجمهور إنطلاقا من نص المادة 222 من قانون الأسرة.

الورثة أو أحدهم، لذا جاءت قواعد القانون الجنائي بأحكام لحماية نظام الإرث وحماية الوارثين من إعتداء بعضهم على حقوق البعض[301]، وفق المادة 363 ق.ع في فقرتها الأولى على أن " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من20.000 دج إلى 100.000 دج الشريك في الميراث، أو المدعي بحق في تركة الذي يستولى بطريق الغش على كامل الإرث، أو على جزء منه قبل قسمته ..".

إذ إشترط المشرع لقيام هذه الجريمة توافر فعل الإستيلاء على جزء، أو على كامل الإرث دون رضى باقي الورثة[302]، مع إشتراط إستعمال الغش تحت أي شكل كان[303].

وهونفس الأمر الذي إشترطه المشرع المغربي بموجب الفصل523 على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم، أحد الورثة أو مدعي الوراثة، الذي يتصرف بسوء نية في التركة أو جزء منها قبل إقتسامها.

وتوسع المشرع التونسي في مجال الحماية بأنه لم يعتبر نسوء النية كشرط لتحقق الجريمة أي اعتبرها جريمة سلوك فكلما حصل إستيلاء على جزء من التركة قبل قسمتها يتحقق القصد الجنائي وتقوم المسؤولية الجزائية ، وهذا إدراكا منه أن أي وارث يعلم كل العلم بعدم أحقيته في التصرف في التركة أو الإستئثار بها قبل قسمتها في مواجهة باقي الشركاء فيها وكل حصول لذلك بدون شرط حصول نية الإستيلاء يتحقق معه قيام الجريمة ، أي عدم إعتماد نية الغش ضمن هذا ه الجريمة تحكمه طبيعة الجرم وعناصره.

وهذا ما جاء بالفصل277 من م.ج.ت "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية تساوي ربع قيمة ما يحكم بترجيعه أحد الورثة أو الذي يدعي استحقاقا في ميراث ويستولي خيانة منه قبل القسمة على الميراث كله أو بعضه ويعاقب بمثل العقاب المذكور المشارك في الملك أو الشريك في غيره الذي يتصرف تعديا منه في الأشياء المشترك فيها أوفي مال الشركة.

مما أدى بالمشرع إلى التدخل مجددا وإقرار حل جزئي خاص بالحقوق المرسمة بإدارة الملكية العقارية إذ من بين إضافات القانون عدد 46 بتاريخ 4 ماي 1992 المنقح لمجلة الحقوق العينية الفصل 373 جديد الذي أصبح ينص على أنه "لا يجوز للورثة أو الموصى لهم التصرف القانوني في حق عيني مرسم مشمول بالتركة أو بالوصية حسب

301 – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 119.

302 – محكمة عين ولمان سطيف ق ج، 2013/04/07 فهرس رقم 13/2780، غير منشور، ملحق14، ص. 416.

303 – يتمثل الغش في إستبعاد أموال تدخل عادة في التركة القابلة للقسمة ، ومن هذا القبيل قيام المدعى في الطعن بحجز المستندات الضرورية لإعداد الجرد الذي أمر به الحكم المدني وعدم امتثاله للقسمة القضائية في الوقت الذي كان قد استولى فيه المورث على مجموع هذه التركة. أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، جنائي 05/13 /1986 رقم 276، غير منشور. أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص. 143.

الحال قبل ترسيم إنتقال الملكية بالوفاة". مما يعني أن المشرع ألزم الورثة بترسيم إنتقال الملكية بالوفاة قبل التصرف القانوني في حق عيني مشمول بالإرث[304].

وتعد جريمة الإستيلاء على عناصر التركة من الجرائم المستمرة تستوجب العقوبة، نظرا لإستمرارية فعل الحرمان من طرف الجاني تحت وصف الحيازة. وتعد هذه الجريمة من حيث التصنيف كذلك من الجرائم الماسة بالأموال كون محل الإعتداء هو مال، فماذا عن أساس التجريم ضمنها ؟

1/ أساس التجريم وحدود التصرف في الملكية المشتركة

إن الأساس القائم عليه التجريم ضمن هذه الجريمة هو في تحقق عناصرها والتي جاء على أساسها التجريم ، فكل حرمان لوارث في المال المشترك هو إهدار لحقه في الملكية المشتركة التي تقررت لصالحه قانونا ، دون مراعاة لأرادته في إجازة هذا التصرف أو عدم إجازته فإرادته ورضاه محل إعتبار للقول بقيام الجريمة أوعدمها والذي هو في الأساس محل الحماية الجزائية ضممن جميع التشريعات المغاربية.

بالإظافة إلى ما أقرته الشريعة الإسلامية، نظام التوارث ليشكل أروع أشكال التضامن الأسري والإجتماعي وليشكل أيضا أروع صور التكافل بين الأزواج و ذوي القربى من أبناء العائلة ممن لهم صلة القرابة.

ثم جاءت القوانين الوضعية المغاربية لتضع مجموعة من القوانين من أجل حماية الأموال والممتلكات الموروثة، و الأشخاص الوارثين من إعتداء بعضهم على بعض.

فحدود التصرف في الملكية المشتركة يحكمه رضى الأطراف وتحقق العلم لدى جميع المشتركين في المال الشائع سواء رضى حكمي أو فعلى والذي يبقى تقديره للقاضى الجزائي وفق عناصر القضية وحيثياتها، مثل التقدير الذي يخضع له عنصر الإستيلاء.

وعليه فإن جريمة الاستيلاء على عناصر التركة لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها الأساسية المتمثلة في ركن الإستيلاء المادي حيث يتعين تحقق فعل الاستيلاء المباشر بدون وجه حق، على كل أموال التركة أو جز ء من عناصرها و مكوناتها، ويستوي في ذلك أن يحرم من نصيبه من التركة كل الورثة أو البعض منهم، شريطة أن يحدث هذا الإستيلاء قبل القسمة وفي وضع البقاء على حالة الشيوع[305].

---

[304] - مضمون أو رسم الوفاة هو " Acte de décès" أما حجة الوفاة فهي "L`acte de notoriété de décès " مع أن المشرع أحيانا يستخدم عبارة رسم الوفاة للتعبير عن حجة الوفاة رغم أن النص الفرنسي يستعمل عبارة " L`acte de notoriété de décès "

[305] -إيهاب عبد المطلب ،سمير صبحي، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية ، المجلد الرابع، ط 2،المركز القومي للإصدارات القانونة، القاهرة، 2011، ص. 242 .

وقد إشترط القضاء التونسي لقيام هذه الجريمة نية الإضرار بباقي الورثة وهذا ما كرسه القضاء بموجب القرار التعقيبي رقم 2412 المؤرخ في 30 أكتوبر 1978 حيث جاء فيه أن" تصرف الشريك في الميراث قبل القسمة لا يعد خيانة إلا إذا كان القصد منه الإضرار المفضي للإستئثار بمناب شريكه " [306].

وقد إعتبر القضاء المغربي شرط التصرف في المال بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من أوجه التصرف للقول بقيام الجريمة ، فان حصل الإستيلاء على المال المشترك دون التصرف فيه لا تقوم الجريمة[307].

بالإظافة إلى إشتراط قيام صفة الشريك فتوافر صفة الوارث أو صفة شخص يزعم أنه وارث و له حق في التركة التي قام بالإستيلاء على جز ء منها أو إستولى عليها كاملة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 363 من ق ع ج، و الفقرة الأولى من المادة 523 من م.ج. م، و نص المادة277 من م .ج .ت، مع توافر نية الغش في صورة إستعمال أي وسيلة أو طريقة من طرق التحايل أو الغش و الخديعة، بنية الوصول إلى عملية الإستيلاء، على كل أو بعض أجزاء الأموال الموروثة قبل إقتسامها، هذا وتتمثل الخديعة أو التحايل في مثل إدعاء المتهم شراء ما استولى عليه مستظهرا مستندات أو وثائق مزورة أو وهمية .أو كأن يسعى إلى إحداث أو خلق حكم أو قرار قضائي، يحمل في طياته قسمة مشبوهة وغير صحيحة، تمكنه من الحصول على ما لايستحقه .

و أخيرا وجوب توافر عنصر وقوع الإستيلاء قبل القسمة الذي تختلف طبيعته وفق كل واقعة وظروفها.

2/ الطبيعة القانونية لعنصر الإستيلاء

يأخذ عنصر الإستيلاء صورة التصرف القانوني كالبيع أو الهبة أو الإيجار أو المقايضة أو أي صورة من صور الأعمال القانونية أو التصرف المادي كحرمان باقي الورثة من استغلال المال المشترك عن طريق أعمال التعرض وكل شكل من أشكال الحرمان .

وتقدير هذه الصور يرجع إلى القاضي الجزائي الذي له تقدير هذه الصور وما تشكله من حرمان أو عدم ذلك وفق لطبيعة كل واقعة وملف قضائي ،مع مراعاته لقواعد الإثبات في ذلك.

إذ يحدث أن ترتكب عملية الإستيلاء قبل وقوع عملية القسمة، لأنه في حالة وقوع القسمة بين الشركاء أو بين الورثة، حاز كل وارث على نصيبه حيازة مادية أو قانونية . وبالتالي لا يتصور وقوع هذه

---

[306] – و هذا ما أكده القضاء التونسي في قرارا تعقيبي له رقم 17084 المؤرخ في 28 ماي1986حيث أنه " : من أركان جريمة الاستيلاء على ميراث هي أن تكون لمن استولى على الميراث سوء نية يعني أن تكون له نية الإضرار بمناب شريكه في الميراث. مقتبس عن نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي، العدد الأول، 1987 ، ص.220 .

[307] – القرار الصادر بتاريخ 26 /11 / 1981، رقم 239 ، ن.م. ت، ص. 312.

الجريمة، لأن الإستيلاء وقع بعد القسمة، وبالتالي يتخلف ركنان من أركان هذه الجريمة، وهو عدم قيام صفة الشريك الوارث ، و الركن الثاني وقوع الاستيلاء قبل القسمة. فإذا غاب هذا العنصر يتغير تكييف الجريمة من جريمة الإستيلاء على التركة إلى جريمة السرقة ، كما يمكن تكييفها على أنها سرقة بين الأقارب و الأزواج إذا تحققت شروطها وفقا لنص المادة 368 من ق.ع.ج، و المادة 534 من م. ج .م، و المادة 266 من م.ج.ت.

وبالنتيجة يتم إستبعاد تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة 363 من ق.ع.ج، و الفقرة الأولى من المادة 523من ق.ج.م، و نص المادة 277 من م.ج.ت . هذا فيما يتعلق بالجرائم الماسة بالأموال فما هو مجال الحماية فيما يتعلق بالجرائم الماسة بإعتبار الأسرة.

الفرع الثاني

الجرائم الماسة بإعتبار الأسرة

إهتم المشرع بإعتبار الأسرة نظرا لما تقوم عليه الأسرة من مسائل إجتماعية كالمودّة والرّحمة، وأمور أخلاقية كالعفّة والكرامة[308]. تشكل الجرائم الماسة باعتبار الأسرة ضمن التشريعات المغاربية أغلب الحالات لأنها تمثل في أساسها كل مساس بشرف وكرامة الأسرة بمفهومها الموسع ضمن مجتمعاتها، والمتمثلة أساسا

في جرائم القذف والذي يدخل ضمنه قذف الزوجات "المحصنات"[309] ضمن إطار الدراسة ، وجريمة المساس باللقب العائلي في حالة الإعتداء عليه بإعتباره مركب يدخل ضمن نشأة الأسرة ونسب أفرادها لذا نقسم هذا المبحث إلى نظر مجال الحماية وفق لجريمة قذف الزوجات ، وجريمة الإعتداء على اللقب العائلي وفق ما يلي:

---

[308] – عقلة محمد، نظام الأسرة في الإسلام، ط 1، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، 1983، ص. 16؛ محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، الجزائر، 1997، ص. 58 - 59.

[309] - ومما جاء في معنى " المحصنات" : أي الأنفس العفيفة ليدخل فيها الذكور و الإناث خلافا لبعض فرق الخوارج الذين يرون أن حد القذف خاص برمي النساء دون الرجال وقوفا عند ظاهر الآية؛ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...؛ المرجع السابق، ص. 83. ومما جاء في صحيح مسلم، ج 1، ص. 244، عن سند الحديث، أنه قال حَدَّثَنِي هَارُونُ بْنُ سَعِيدٍ الْأَيْلِيُّ حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ قَالَ حَدَّثَنِي سُلَيْمَانُ بْنُ بِلَالٍ عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي الْغَيْثِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ " إجتنبوا السبع الموبيقات قيل يا رسول الله وما هن قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل مال اليتيم وأكل الربا والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات "وقوله تعالى"وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ " الآية 04سورة النور؛ " إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ" الآية 23سورة النور؛ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، دار إحياء التراث العربي، ج 1، بيروت، لبنان، 1985، ص. 646.

أولا

جريمة قذف المحصنات

حذرت الشريعة الإسلامية من إتهام النساء بغير حق وأوجدت عقوبة جنائية وتضاف عقوبة الحرمان من الحق في الشهادة، هذا عدا العقوبة الأخروية وقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 298 على تجريم القذف الموجه إلى الأفراد، وعاقب عليه بالحبس من شهرين (2) إلى ستة (6) أشهر وبغرامة من 25.000 إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولم يخرج المشرع الجزائي المغربي عن حدود التجريم وفق توجه المشرع الجزائري وهذا ضمن الفصل 442 [310] معتبرا بأنه يعد قذفا إدعاء واقعة أو نسبتها إلى شخص أو هيئة، إذا كانت هذه الواقعة تمس شرف أو إعتبار الشخص أو الهيئة التي نسبت إليها.

و قد جاء تجريم هذا الفعل كذلك وفقا للقواعد العامة ضمن التشريع الجزائي التونسي بلفصل 245 بالقسم الخامس تحت عنوان في هتك شرف الإنسان وعرضه بان إعتبر أنه " يحصل القذف بكل إدعاء أو نسبة أمر لدى العموم فيه هتك شرف أو إعتبار شخص أو هيئة رسمية. وإذ لم يكن هذا القذف ثابت فإن الواقعة تشكل جرم النميمة وفق لنص الفصل 246 بأنه تحصل النميمة:

أولا :إذا ظهر بوجه عدلي أن ما وقع به القذف ليس بثابت،

ثانيا :إذا لم يمكن للقاذف أن يثبت القذف عندما يسمح له القانون بذلك.

والنميمة موجبة للعقاب ولو كان وقوعها بكتابة لم تنشر لدى العموم ولكن وقع اطلاع شخصين فأكثر عليها أو أنها أرسلت إليهم".

وهذا توسيعا لإطار الحماية ليكون أكثر شمولية لحالات التجريم وتفرد الفصل247 بالجزاء العقابي بأنه " يعاقب مرتكب القذف بالسجن مدة ستّة أشهر وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينارا.

ويعاقب مرتكب النميمة بالسجن مدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينارا ".

وهذا كله تحقيقا لغاية الحماية في حماية إعتبار الأسرة ضمن علاقاتها.

[310] - بالباب السابع في الجنايات والجنح ضد الأشخاص الفرع 5 في الإعتداء على الشرف أو الإعتبار الشخصي وإفشاء الأسرار.

1/ الإعتبار محل الحماية

يستخلص من المعنى الواسع لنص التجريم وفق التشريعات المغاربية، أنه يعاقب أيضا على القذف الموجه إلى المحصنات[311] المتزوجات من النساء، حماية لنظام الأسرة بصيانة شرف وإعتبار أفرادها، ويقصد بإعتبار الزوجة المركز والمكانة الإجتماعية التي تتمتع بها في المجتمع، وشرف الزوجة ينطوي على صفات داخلية كالأمانة والطهارة والعفة ويتحدد بذلك التقدير الذي ينبغي أن تناله من الغير وبصفة أخص من زوجها[312]، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا الجزائرية في إجتهادها القاضي " إن الإدعاء بأن الزوجة لم تكن عذراء عند الدخول بها في حين أثبتت الشهادة الطبية المحررة بناء على طلبات وكيل الجمهورية، بعد الواقعة، أنها لا تزال عذراء (غشاء البكارة مطاطي وسليم) فيه مساس بالإعتبار و الشرف" [313]. الإ أن المحكمة العليا ذهبت برأي أخر معتبرة فيه أن دعوى اللعان ، المرفوعة من طرف الزوج لإنكار النسب، لا تعد قذفا وجاء هذا القرار إستناد إلى الطعن في قرار مجلس قضاء برج بوعريريج الذي إعتبر أن إنكار النسب هو بمثابة إتهام الزوجة على أن الجنين ناجم من علاقة غير شرعية. والذي نقضته المحكمة العليا استناد إلى إن الشكوى في حد ذاتها لم تنطلق من دعوى اللعان وإنما من إنكار نسب الحمل[314].

وهو نفس الإعتبار الذي جاء به مجال الحماية الجزائية ضمن التشريع المغربي والتونسي.

---

311 – إن القذف في الشريعة الإسلامية نوعان، فمن خلال معرفة ذلك يتحدد معنى المحصنات، هل يقصد به المتزوجات أم كل النساء.

النوع الأول: وهو رمى لمحصنات بالزنا ونفى النسب معاقب عليه بالحد وهو ثمانون جلدة .

النوع الثاني:وهو رمى الشخص بإسناد وقائع أخرى إليه مثل الرشوة والسرقة وغيرهما ومعاقب عليه بعقوبة التعزير سواء كان ضحية القذف محصنا أو غير محصنا .أم من حيث شمولية معنى القذف في الشريعة الإسلامية فإن النوع الأول منه لا يشمل سوى المحصنات أي العفيفات سواء كانت المتزوجات أو غير المتزوجات من النساء والثاني لا حدود له.بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية تفرق بين حالتين من قذف المحصنات هما حالة القذف الموجه من شخص إلى زوجة شخص أخر وحالة القذف الموجه من شخص إلى زوجته هو نفسه، حيث تعاقب القاذف في الحالة الأولى بالجلد كعقوبة أصلية وبعدم قبول شهادته كعقوبة تبعية إذا ثبت كذبه وتحيل القذف في الحالة الثاني إلى إقامة دعوى اللعان عندما يعجز عن إثبات ادعائه وبذلك يتم نفى نسب الولد موضوع اللعان فيعفى الزوج من عقوبة القذف ويعف الزوجة من العقاب على جريمة الزنا المنسوبة إليها دون دليل أكيد ثابت. سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الجيل، بيروت، 1995، ص 413؛ أنظر، عادل بن علي، المرجع السابق، ص. 307.

بخلاف المشرع الجزائري الذي يعتبر جرم القذف طبقا للمادة 296 من قانون العقوبات " كل إدعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف وإعتبار الأشخاص أو الهيئات المدعى عليها بها أو إسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة". دون أن تحدد المادة صفات في الأشخاص المقذوفين؛ أنظر، محكمة قصر الشلالة، تيارت، ق.ج، 2005/03/07، ملف رقم، 05/411،غير منشور، ملحق رقم15، ص .419.

312 – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 85.

313 – المحكمة العليا، غ.ج، 01/15/ 1995، ملف رقم 102628، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات...، المرجع السابق، ص.115.

314 – المحكمة العليا، غ.ج، 05/27/ 2009، ملف رقم 439265، المجلة القضائية، 2009، عدد 02، ص. 341 .

2/ إشكالية التجريم

لم يعتمد المشرع الجزائري أو المغربي نص خاص يقضي بتجريم قذف الزوج لزوجته ، وإنما اعتمد التجريم وفق القواعد العامة، إذ تطبق القواعد العامة المتطلبة لقيام جريمة القذف وفق التشريع الجزائري طبقا لنص المادة 296من ق.ع، إذ تقوم الجريمة على أركان ثلاثة وهو الإدعاء بواقعة شائنة، العلنية، وتوافر القصد الجنائي.

إذ وجب أن يدعى الشخص خبرا محتملا الصدق أو الكذب وإسناده إلى الشخص المقذوف، سواء بصيغ كلامية أوكتابية توكيدية، كما يتحقق أيضا بكل صيغة ولوكان ذلك بصفة تشكيكية أو إستفهامية أو غامضة من شأنها أن تلقى في أذهان الناس ظناً أوإحتمالاً ولو وقتيين في صحة الأمور المدعاة[315]، التي من شأنها المساس بالشرف والإعتبار، خلافا لشرط تعيين الشخص المقذوف الواجب تعينه تعينا نافيا للجهالة، وتبقى صيغ القذف ومعانيه محل تقدير من طرف القاضي.

وإعتبر المشرع العلنية ركنا لقيام الجريمة، بإعتبار أن الخطورة الإجرامية تكمن في إعلان هذه الوقائع خاصة بالوسط الأسري، وللقاضي كذلك سلطة تقدير العلانية أو إنتفائها.

والقصد الجنائي المتطلب، يتمثل في معرفة الجاني بأن سلوكه يصيب المقذوف في شرفه وإعتباره ولا عبرة للبواعث، ولا يستلزم في نية الإضرار توافر القصد الخاص[316]، تشديدًا منه لما لهذه الجريمة من أثار على إعتبار الأسرة[317].

وأخذ المشرع الجزائري بصفح الضحية كعامل تقديري في المتابعة الجزائية إدراكا منه أن صفح الضحية ضمانة لبقاء أواصّر العلاقة الأسرية قائما من خلال عدم تحقق المتابعة الجزائية،خلافا لباقي التشريعات المغاربية والتي توجب عليها أن تضع نصوصا خاصة لحماية الزوجة[318]. ومركزها الإجتماعي خاصة ضمن أسرتها التي يتأثر إسمها العائلي بذلك لا محالة نتيجة جريمة القذف، هذا الإسم العائلي الذي قرر له المشرع الجزائي حماية خاصة.

---

315 – فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص. 553.

316 – عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص. 25 .

317 – إلا أن خصوصية التجريم جاءت ضمن التشريع الليبي بأكثر تحديد وتفصيل باعتماد قانون خاص وليس نص وحيدا أو عام لترتيب المسؤولية الجزائية عن جريمة القذف بقانون رقم 52لسنة. 1974 في شأن إقامة حد القذف في تعريف جريمة القذف الماسة باعتبار الأسرة وهذا بموجب المادة مادة 1بنصها " القذف هو الرمي بالزنا أو نفي النسب بأية وسيلة كانت وفي حضور المقذوف أو غيبته وفي علانية أو بدونها. إذ جاء هذا التعريف بعيدا عن مشروطات قيام الجريمة ضمن باقي القوانين المغاربية كركن العلانية وهذا لأن تعريف القذف جاء محصورا في فعل الزنا أو نفي النسب وليس عاما كما في باقي التشريعات. و إن الجزاء العقابي المقرر بموجب مادة 04 منه هو العقاب بالجلد حداً ثمانين جلدة، ولا تقبل له شهادة كل من ثبت عليه إرتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون.

318 – إيهاب عبد المطلب، جرائم السب القذف الإهانة البلاغ الكاذب، ط 1، 2006، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ص. 111.

ثانيا

جريمة الإعتداء على اللقب العائلي

قرر تقنين الحالة المدنية الجزائري في المواد 63،30، 80،73، أحكاما تنظم إستعمال اللقب العائلي والحفاظ عليه، وفي هذا الإطار نصت المادة 48 من القانون المدني على أنه: " لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر ومن إنتحل الغير إسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء، و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" وتضمن القانون عدد 1959/53 المؤرخ في 26 ماي 1959 يشترط أن يكون لكل تونسي لقب عائلي وهو في الحالات العادية لقب الأب و القانون عدد 20 المؤرخ في 28 ماي 1964 المتعلق بالسماح لبعض التونسيين بتغيير اللقب أو الإسم اللذين يقرران إجراءات تأخذ الطابع الحالة المدنية بخلاف ما تضمنه، تقنين العقوبات الجزائري، عددا من الأفعال المتعلقة بالإعتداء أو إنتحال اللقب أو الاسم العائلي، وقرر لها عقوبات متنوعة، حسب آثار الإنتحال ونتائجه [319]. حيث نص بالمادة 247من ق.ع على أن " كل من إنتحل لنفسه لقب عائلة خلاف لقبه بغير حق في محرر عمومي أو رسمي، أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها إلى السلطات العامة يعاقب بالغرامة من 20.000 إلى 100.000دج ".

ونص في المادة 248 من ق.ع على أن "كل من تحصل على صحيفة السوابق القضائية بإسم الغير، وذلك بإنتحاله إسما كاذبا أوصفة كاذبة يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى ثلاثة(03) سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 300.000دج ".

كما تكون العقوبة أشد إذا كان إنتحال إسم الغير في ضروف أدت الي قيد حكم في صحيفة السوابق القضائية لهذا الغير أو متوقع أن تؤدي الى ذلك [320] إذ جاء نص المادة 249 من ق.ع بالقول أن "كل من إنتحل اسم الغير في ظروف أدت إلى قيد حكم في صحيفة السوابق القضائية لهذا الغير .أو كان من الجائز أن تؤدى إلى ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج، دون الإخلال بإتخاذ إجراءات المتابعة ضده بشأن جناية التزوير إذا اقتضي الحال ذلك..."

[319] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 143.

[320] – تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري ، م، ع، ق، إ ، س،كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، عدد 6، ص. 154.

وجاء نص المادتين 252و253 من ق.ع ليوسع مجال التجريم ومنه مجال الحماية، بمعاقبة الشخص المعنوي أو مسيريه الذين يستعملون لقب شخص مع بيان صفته في أي دعاية يقوم بها في صالح مشاريعه وذلك بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000دج إلى 100.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وتوسع إطار حماية اللقب العائلي البعيد عن الطابع الجزائي ضمن المشرع التونسي بأن إعتبر أن الزوجة ليست مجبرة على حمل لقب زوجها بإعتبار أن القانون عدد 1959- 53 الذي يشترط بأن يكون لكل تونسي لقب عائلي وهو في الحالات العادية لقب الأب.

بل إن المرأة المتزوجة مجبرة على بيان هويتها الكاملة عند قيامها بمعاملات رسمية أو إجراءات قانونية وذلك بذكر هويتها الكاملة كيفما ذكرت ببطاقة التعريف الوطنية أي ذكر اسم ولقب أبيها وجدها وزوجها.

وبموجب المادة 20 من قانون الحالة المدنية المغربي فإنه "يجب على الشخص المسجل في الحالة المدنية لأول مرة، أن يختار لنفسه إسما عائليا و يجب ألا يكون الاسم العائلي الذي تم إختياره مخالفا لاسم أبيه أو ماسا بالأخلاق أو النظام العام أو مثيرا للسخرية أو إسما شخصيا أو أجنبيا لا يكتسي صبغة مغربية أو إسم مدينة أو قرية أو قبيلة أو إسما مركبا، إلا إذا كانت عائلة المعني بالأمر من جهة الأب تعرف بإسم مركب[321].

وإن الإسم العائلي المختار، بعد أن يكتسي صبغة نهائية وفقا للشروط المحددة في نص تنظيمي، يصبح لازما لصاحبه و لأعقابه من بعده، و لا يمكنه تغييره بعد ذلك إذ أذن له بموجب مرسوم. أي أن المشرع المغربي إعتمد تنظيم للقب العائلي دون تقرير الحماية الجزائية له نظر لطبيعة وتركيبة المجتمع المغربي بوجود الأشراف والتي ألقابهم محمية بموجب تنظيم خاص أو ألقاب العائلة الملكية التي تخضع لتنظيم خاص ولا يمكن المساس بلقبها.

ولا تكتمل إحاطة مفهوم الحماية الجزائية للقب إلا من خلال التطرق أساس الحماية من جهة وتحديد الإعتبار محل الحماية الجزائية من جهة ثانية.

1/ أساس الحماية وتقدير المسؤولية

يتضح أساس التجريم وتقدير المسؤولية فيما إشترطه المشرع الجزائري كسلوك مادي لهذا الفعل، أي أن يقع الإعتداء في إنتحال شخص لقب عائلة غير عائلته وكأنه لقبه الحقيقي[322]، دون أي حق أو مبرر شرعي أو قانوني. بالإضافة إلى إشتراط أن يكون محل الإنتحال محرر رسمي، أي على وثيقة عمومية أو رسمية أو أي وثيقة

[321] - من خلال قانون رقم 99-37 بشأن الحالة المدنية الذي دخل حيز التنفيذ سنة 2002.

[322] – سعيد سيراج الدين، جريمة إنتحال إسم أو صفة الغير، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، ط 1، 2001، ص. 20- 21.

إدارية معدة لتقديمها إلى السلطة العامة، لما لهذه المستندات من قيمة قانونية وما تحدثه من أثار في المراكز القانونية للأفراد، بخلاف الوثائق العرفية.

ويشترط حصول قصد جنائي عام لقيام المسؤولية الجزائية والمتمثل في إنصراف إرادة الجاني إلى إتيان الفعل مع علمه بأن ذلك مجرم قانونا ويخرج من نطاق التجريم حالات إستعمال لقب الغير بموجب أحكام المادة 56 من ق.ح.م [323]والمرسوم رقم 71-157 الصادر في 03 جوان 1971 المتعلق بتغيير الألقاب الذي أعطى للكافل في إطار عقد الكفالة الحق في تقديم طلب إلى وزارة العدل قصد تغيير لقب القاصر مجهول النسب من الأب ليصبح مطابقا للقب العائلي للكافل[324]، أو عند تطبيق أحكام الأمر رقم 76-07 المنظم لكيفية إعطاء لقب للأشخاص الذين ليس لهم لقب عائلي وكانوا قد سجلوا في سجلات الحالة المدنية تحت عبارة "عديم اللقب"[325].

هذا الوضع يفتح المجال لتدخل القاضي في حالة التبني تحت صورة منح اللقب وفق ما تضمنه التشريع التونسي بالقانون عدد 75 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلّق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب حسبما تمّ تنقيحه بمقتضى القانون عدد 51 المؤرخ في 7 جويلية 2003.

وهذا كله لأجل وضع إطار عام لايمكن الخروج عن حدوده بالتعدي على إستعمال اللقب العائلي وخصوصية إنفراد عائلة دون غيرها بإستعماله.

---

[323] – نصت المادة 56 من قانون الحالة المدنية بأنه " كل شخص يتذرع بسبب معين لتغيير لقبه يمكن أن يرخص له بذلك ضمن الشروط التي يتحدد بموجب مرسوم".

[324] – المادة 01 من المرسوم رقم 71/ 157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92المؤرخ في 1992/02/24والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 05" كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا – في إطار الكفالة – ولدا قاصرا مجهول نسب الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته.وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي.

– وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة ينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب".

[325] – " لقد إعترض البعض على حمل المكفول اسم الكفيل يرجع بالدرجة الأولى إلى عدم تحديد المشرع للطبيعة القانونية لهذا الإسم فلا يتبين من المادة 5 مكرر 1 من المرسوم 24/92 إن كان هذا حق إستعمال أم حق شخصي لا يسقط عن صاحبه وينتقل إلى أولاده، ونظرا لكون غاية المشرع من تقرير هذا الحق هي حماية المكفول في مرحلة معينة فأرى بأنه حق إستعمال فقط، فهو لا يلغي الإسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية إذ يبقى هذا الإسم الأخير مقيدا في سجل الحالة المدنية ، ولا يستطيع نقل اسم الكفيل إلى أولاده لأنه إسم تقرر لإستعماله الشخصي فقط فهو ينقل لأولاده اسمه القانوني الذي منحه إياه ضابط الحالة المدنية ، وفي حالة رغبته في حمل اسم الشخص الذي كفله فما عليه إلا المطالبة بتغيير لقبه متبعا في ذلك الإجراءات القانونية ويشترط في هذه الحالة عدم اعترض حاملي نفس اللقب على ذلك وإتباع الإجراءات المقرة في الأمر رقم 07/76 ". محمدي (زواوي) فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 24//92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مقال منشور بالمجلة القضائية عدد 2000/02 ، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001 .

2/ الإعتبار محل الحماية

الإعتبار المعنوي للأسرة هو أساس تقدير الحماية، فالحكمة من التجريم لإعتبار اللقب عنصر أساسيا من عناصر الأسرة، الأمر الذي يقتضى أن تحضي هذه الأخيرة بكامل الحماية والعناية الكافية[326] في حال الإعتداء على لقب أفرادها لأنه يمثل ملك معنوي مشاع بين جميع أفراد الأسرة الذين لهم حق توارثه أباً عن جد[327] . خاصة لما يحدث من نزاعات قضائية نتيجة تداخل وتشابه للألقاب[328] وما ينشأ عنه من خصومات قضائية في حالة التصرف في المال المشترك للعائلة الواحدة، لذا وجب تحقيق الحماية لهذا الإعتبار.

وجاء الإعتبار محل الحماية ضمن التشريعات المغاربية كأثر غير مباشر لحماية اللقب العائلي في صورة وحالة الطفل المكفول أو المتبنى الذين يحكمهم نظام يستمد أسسه من القانون المنظم لكفالة الأطفال المهملين، وأنه ليس هناك مانع يمنع من كفالة طفل مهمل ، لكن ما نص عليه الفصلين 466و 467 ق.ج.م يفرض تساؤلا ينافي هذه القواعد السابقة. فإذا كان الفصل 466 إلى حد ما يتوافق مع مقتضيات قانون كفالة الأطفال المهملين في فقرته الأولى والذي قرر حماية جنائية بخصوص الكفالة وعرض عقوبة حبسية وغرامة من 200 إلى 5000 درهم لكل من قصد الحصول فائدة أحد الأفعال الآتية:

1- حرض الأبوين أو احدهما على التخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد.

2- قدم أو حاول أن يقدم وساطته بالتكفل بالطفل الوليد أو سيولد أو لتبنيه.

فإن فقرته الثانية على عكس ذلك، مما يجعل التساؤل حول الكفالة هل تظل قاصرة على مؤسسات الرعاية الإجتماعية بخصوص إبرام العقود بشأنها، أو أن الوساطة في هذا الفصل قصد بها المشرع فقط معلوم النسب من أبوين تم التخلي عن ولدهما عن طريق الجبر والإكراه؟

وتجدر الإشارة على أن عقوبة الفصل1-467 التي أضيفت إلي جانب الفصل 4-667 بموجب القانون 24.03 والتي تنصب في إطار الفصلين السابقين يتطلب تأكيد ترتيب المسؤولية الجزائية لجميع الأشخاص المساهمين في

---

[326] – تشوار جيلالى، اللقب...، المرجع السابق، ص. 16.

[327] – المادة 28 من القانون المدني." يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده.

"Toute personne doit avoir un nom et un ou plusieurs prénoms .Le nom d'un homme s'étend à ses enfants."

[328] -حكم محكمة جيجل ، 12/05/09، فهرس رقم 12/1952 ، ملحق رقم 16، ص. 422.

هذا الفعل كالوصي، المقدم، ومن له سلطة على طفل أو يتولى رعايته، والوسيط الذي نرى أنهم سواسية في المسؤولية التي تترتب على رجال القانون، غير أن الفرق يكون في العقوبة[329].

أي أن محل الإعتبار جاء مشمول بالحماية ضمن قانون حماية الطفل المكفول بعيدا عن الحماية الجزائية التي جاءت حدود الحماية فيها واضحة ضمن التشريع الجزائري .

إذ كان من المفروض على المشرعين المغاربين إدماجها ضمن الجرائم الواقعة على الأسرة و يحدد لها نص عقابي. وهى من نفس المسائل التي لم يشملها المشرع بالتجريم ضمن فلسفته التشريعية المراعية لمصلحة الأسرة الفضلى.

[329] - عزيز أباكريم ، يوسف أديب ، عبد اللطيف عمارة ، ليلى الخشالي، المرجع السابق، ص. 56.

الفصل الثاني

حدود التجريم في إطار الجرائم الماسة بالأسرة

دفع الإهتمام بالمشرعين المغاربين بحماية الرابطة الأسرية جزائيا من خلال عدة عناصر أهمها عنصر تحديد الجرائم الماسة بالأسرة، إلا أن هذا التحديد جاء غير شامل لجميع مظاهر الحماية، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى طبيعة هذا النظام من جهة، ومن جهة ثانية إلى الفلسفة الجزائية التي إعتمدها المشرعين المغاربين لضمان بقاء أواصر العلاقة الأسرية قائمة في تقريره للحماية، والتي جاءت في صورة الإغفال عن إيراد نصوص تشريعية تجرم بعض السلوكيات التي تشكل مساس بالأسرة والتى يمكن تسميته الإغفال التشريعي أو الفراغ القانوني، إدراك من المشرع الجزائي أن تحقيق المتابعة في صور السلوك المغفلة تشريعيا لايحقق الغاية التشريعية وأن ترك الوضع على حاله لايشكل في أصله إهدار للروابط الأسرية وجعل في غالب الحالات مجال أخر لمعالجتها وفق أحكام قوانين الأسرة المغاربية (المبحث الأول) .

ومن الصور التي عكست تصور المشرعين المغاربين وجود لحالات لم يتناولها المشرع الجزائي بالحماية، في غالبها أن فكر المشرعين الجزائين لم يبلغها وقت إعداد النصوص بغرض تقرير الحماية، أو أنها حالات لأوضاع أفرزتها الممارسات الحياتية اليومية، شكلت صورة الإغفال التشريعي (المبحث الثاني).

إلا أن كل من حالتي الفراغ القانوني أو القصور التشريعي أو ما يمكن تسميته بالإغفال التشريعي، تشكل أوضاعا تعيق تقرير الحماية الجزائية التشريعية للرابطة الأسرية ، ولأجل هذا الوضع – الذي عكس فكر المشرعين المغاربيين – وجب إعتماد آلية تضمن تقرير الحماية للأسرة وهي آلية قضائية، من خلال تمكين القاضي من إعمال سلطته التقديرية في تكييف الوقائع وتحقيق المتابعة الجزائية أو عدمها وتقدير العقاب بما يتوافق وروح النصوص العقابية التي بنيت على أساس تحقيق ضمان بقاء أواصر العلاقة الأسرية قائمة وفق النسق الإجتماعي، وهذا بإعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (المبحث الثالث)

المبحث الأول

صور السلوك التي غفل المشرع عن تجريمها

هناك بعض الأفعال التي غفل المشرع الجزائي الجزائري عن تجريمها في نصوص عقابية فيما يتعلق بجرائم الأسرة، مما يمكن إعتباره على أنه فراغ قانوني، أي إنعدام النص الجزائي الذي يحكم المسألة المعروضة أمامه.

وقد يساعد هذا السكوت الجاني على الإفلات من الجزاء طبقا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني على خلاف بعض التشريعات المغاربية الأخرى التي جرمتها، مما يقتضى معه الأمر إلى وجوب النظر في معالجة هذه المسائل ضمن القوانين المقارنة نذكر من أهم هذه الجرائم ضمن ما يلى من موضوعات، شكلت أساسا محاور للبحث والدراسة، كمسألة عدم تسجيل عقد الزواج (المطلب الأول) حالة تعدد الزوجات (المطلب الثاني)، بالإضافة إلى زواج المسلمة بغير مسلم (المطلب الثالث) الإحاطة بالدراسة بوجوب معرفة حدود ترتيب المسؤولية الجنائية بالنسبة لعملية التلقيح الإصطناعي (المطلب الرابع) ثم هناك حالة ما تعلق بمسألة التغيير الجنسي (المطلب الخامس) و العنف المعنوي أو النّفسي ضدّ الزّوج (المطلب السادس)

المطلب الأول

فيما يتعلق بمسألة عدم تسجيل عقد الزواج

يمتنع أفراد كثر من فئات المجتمع عن تسجيل عقود الزواج نظرا لإعتقاد يحكم فكرهم أو عادات إجتماعية تنظم نمط العيش لديهم، مما يترتب عنه عدم تقييد وإثبات لحالات الزواج وما يترتب عن ذلك من أثار[1].مما يتطلب معه وجوب التدخل من طرف النيابة العامة وإعمال جميع صلاحياتها وسلطاتها للحد من هذه الآثار السلبية.

فبداية بالتشريع المغربي و ضمن مجال ما هو مخصص له سجل الحالة المدنية وجوب التسجيل، دون تحديد الجزاء المترتب على مخالفة هذا الإجراء ومن يتحمل مسؤولية المتابعة، بالإضافة إلى تقرير تدخل

[1]- ناصر منى، راشدي سهام، رمضاني حسيبة، شلي صونية، بوكلال سمية، صالحي نبيلة، إشكالات الحالة المدنية في الجنوب الكبير، مذكرة لنيل إجازة القضاء، معهد القضاء، الجزائر، 2005، ص. 81.

النيابة العامة في حماية هذا الوضع دون متابعة جزائية. وذلك بخلاف المشرع الجزائري الذي رتب المسؤولية الجزائية على الأشخاص المكلفين بتسجيل الزواج دون أفراد الأسرة الممتنعين عن تسجيل الزواج، بل منح المشرع الجزائري آلية أخري من خلالها يمكن تسجيل عقد الزواج بعد إغفال تسجيله دون تحقيق المتابعة الجزائية عن طريق القضاء، وهذا كنتيجة و أثر لعدم التجريم، مما يتطلب معه وجوب معرفة تدخل النيابة العامة أمام هذا الوضع.

الفرع الأول

أثر عدم التجريم

لم يقر المشرعون المغاربيون جزاءات عقابية على الأفراد الذين لا يصرحون بحالة زواجهم بالرغم ما يترتب عن هذا السلوك من أثر مستقبلي على مراكز أفراد الأسرة، إذ كان على المشرع أن يرتب المسؤولية الجزائية عليهم، بخلاف حالة ترتيب المسؤولية الجزائية على أصحاب الصفة المكلفين بتسجيل عقد الزواج وفق التشريع الجزائري، إذ تنعدم المتابعات الجزائية أمام المحاكم، بالرغم من خطورة الآثار المترتبة عن عدم تسجيل عقد الزواج، لعدم وجود نص عقابي على هذا السلوك.

وحالة عدم التجريم خلق إمكانية لتصحيح هذا الوضع إذ أعتمد المشرعون المغاربيون إجراءات تنظيمية لإمكانية تدارك هذا الإغفال من طرف الأفراد[2] وجعل إمكانية تسجيل هذا الزواج ضمن التشريع الجزائري طبقا لنص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري[3].

وهي نفس الإمكانية طبقا لنص الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس لمدونة الأسرة المغربية والتي تسمح لقاضي الموضوع بسماع دعوى الزوجية بصفة إستثنائية عن طريق البينة الشرعية، من خلال التمييز بين فرضيتين الحالة التي تثار فيها الحاجة إلى إثبات الزواج عن طريق البينة الشرعية ولا يكون هناك أي نزاع بين

[2] – ولقد جرى العمل بالمغرب منذ قرون خلت بالاستعانة باللفيف وهو عبارة عن شهادة إثني عشر رجلا يحررها عدلان في وثيقة رسمية ثم تستعمل بعد ذلك كحجة أمام القضاء لإثبات بعض الوقائع أو التدليل على بعض الحقوق. ويستعمل اللفيف بالخصوص في المجالات المتصلة بالأحوال الشخصية من أجل إثبات الزواج أو تصحيح الزوجية أو إثبات الطلاق أو الرجعة أو الميلاد أو الوفاة أو النسب أو إحصاء التركة أو عدد الورثة ونصيب كل واحد منهم إلى غير ذلك. إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الجسور، وجدة، ط 3، 2001، ص. 1.

[3] – تنص المادة 22 من قانون الأسرة على أنه " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفى حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

الزوج والزوجة بشأن الزوجية القائمة بينهما حيث كثيرا ما تفض الإدارة والقضاء الطرف أمام كل عذر يتمسكان به[4].

والحالة التي ينكر فيها أحد الطرفين- وغالبا ما يكون الزوج- الزوجية التي يدعيها الطرف الثاني من أساسها.

ويتبين من القرارات الصادرة عن القضاء المغربي وعن المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- بوجه خاص أن القاعدة التي تسمح باللجوء إلى حالة الإستثناء هي قاعدة لها طابع موضوعي وطابع شكلي[5].

فمن الناحية الموضوعية، فإن القضاء المغربي في مجمله يفسر حالة الإستثناء المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من المدونة بكل عقبة مادية حالت دون توثيق عقد الزواج أمام العدلين المعينين[6] للإشهاد، متوسعا في مفهومها بكيفية تكاد تستغرق جميع حالات عدم توثيق الزواج رسميا أمام العد لين.

ومن الناحية الإجرائية فإنه يجب عليه أن يبرر أخذه أو عدم أخذه بحالة الإستثناء تلك وإلا عرض حكمه للنقد تطبيقا لمقتضيات الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية[7].

ولم يكتف المجلس بفرض وجوب تعليل الأخذ بحالة الإستثناء وإنما فرض كذلك على محاكم الموضوع تعليل إستبعادها[8].

---

[4] – جاء في قرار للمجلس الأعلى"حيث إن المدونة خولت للقاضي بصفة استثنائية اعتماد البينة في دعوى الزوجية وأن المحكمة إعتبرت اللفيفة المدلى بها لإثبات الزوجية حجة صحيحة وذلك حسب السلطة التي لها في تقدير قيمة الحجة.مشار إليه خالد برجاوي، مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي، سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب، 2004، دار القلم الرباط، ص. 12-13.

[5] – عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط 1،دار بابل للطباعة والنشر، الرباط، 1976، ص. 173.

[6] – إستعمل المشرع المغربي مصطلح " العدلين المنتصبين للإشهاد " والمقصود بهما كاتبين معينين لدى المحكمة.

[7] - ومما جاء في قرار للمجلس الأعلى: " حيث إنه يجب على المحكمة أن تبين الدواعي التي حملتها على إعمال هذا الإستثناء حتى يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة دواعي الإستثناء وأسبابه." مشار إليه في محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، ط 2، 2009 ، ص. 366.

[8] – جاء في أحد قراراته: " حيث يستخلص من معطيات النازلة أن المطلوب في النقض إنما نازع الطاعنة في المرحلة الإستئنافية في كون اللفيف المدلى به من طرفها لا يحل محل عقد الزواج المتوفر على شرط حضور شاهدين. مقتبس عن خالد برجاوي، المرجع السابق ، ص. 78.

ومع أن الحكم المستأنف اعتمد اللفيف مقدرا فيه الاستثناء لسماع دعوى الزوجية من الفصل الخامس من المدونة فإن القرار المطعون فيه استبعده بدون أن يناقش من جهة كونه متوفرا على حالة الإستثناء طبق ما ذهب إليه الحكم الإبتدائي المستأنف أو غير متوفر عليها وقد اكتفى في تعليلة إستبعاده له بما أشار إليه من أنه لا يستجيب للمقتضيات المتطلبة في عقد الزواج بشروطه والمتضمنة في المدونة مع أن الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس منها تجيز للمحكمة إستثناء من شرط صحة عقد الزواج بحضور شاهدين عدلين سماع دعوى الزوجية بدون توفر هذا الشرط وإعتماد البينة الشرعية في إثباتها الأمر الذي يجعله غير مؤسس ويعرضه بالتالي للنقض" خالد برجاوي نفس المرجع ، ص .98.

فكل هذا الحرص على تحقيق إمكانية تسجيل الزواج يتحقق معه كتحصيل حاصل إنعدام الحكمة من تجريم فعل عدم تسجيل عقد الزواج.

وفي إطار مسألة تسجيل عقد الزواج وبمناسبته وجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يأت بأي جزاء عقابي في حالة مخالفة ضابط الحالة المدنية للشرط الواجب التنفيذ، لما جاء بالمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في11ماي2006[9]، وقد جاء فيه بالمادة 02 أنه " يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خضوعهم للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

إلا أنه يمكن تحقيق المتابعة الجزائية على كل مخالف لذلك وفق تكييف الوقائع على أساس مخالفة القرارات والمراسيم الإدارية طبقا لنص المادة 459 من ق. ع الجزائري .

وقد جاء ترتيب المسؤولية الجزائية لضابط الحالة المدنية قبل تعديل سنة 2007 ضمن التشريع الفرنسي في حالة مخالفة مقتضيات المادة 63 من القانون المدني الفقرة الثانية، أي عند إبرام الزواج بدون شهادة طبية، فإن ضابط الحالة المدنية يتابع أمام محكمة المرافعة الكبرى لأداء غرامة لا يتعدى مقدارها 200 فرنك تطبيقا للفصل 94 من القانون الصادر في 4 غشت 1956، كما أن لهذه الغرامة طبيعة مدنية[10]. أما الزوجان، فلا يخضعان لأية عقوبة في حالة زواجهما بدون تسليم الشهادة الطبية إلى ضابط الحالة المدنية[11] .وبعد تعديل سنة 2007 ألغيت الشهادة الطبية مما ترتب عنه إنعدام المتابعة الجزائية في حالة تخلفها.

وتدخل المشرع التونسي بفرض الجزاء العقابي بخلاف المشرع الجزائري رغبت منه في حماية الحالة الصحية للزوجين وذريتهما تحت مسمى حماية أفراد الأسرة ضمن هذا المجال، بإستحداث شهادة طبية سابقة للزواج بموجب القانون عدد46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نوفمبر 1964، بالفصل الأول منه بأنه " لا يمكن لضباط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع إختيارهم لتحرير عقود الزواج أن يقوموا بإبرام الزواج إلا

[9] – مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427الموافق 11 ماي 2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الأسرة والمعدل بموجب الأمر 05-02، ج.ر عدد 31، مؤرخة في 14 ماي 2006، ص. 04.

[10]- Cf .BENABENT .Alain, Droit civil, la famille, édit litec , 1997, p .350 .

[11] – تسليم الشهادة الطبية يعتبر فقط شكلية أولية للزواج وليس شرطا – قبل 2007– يجعل هذا الأخير مستحيلا عند عدمها، فالزواج المبرم بدون هذه الشهادة لا يعتبر باطلا بل يبقى صحيحا، غير أنه في الحالة التي لا يطلع الراغب في الزواج بقرينه الآخر، يمكن للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للخطأ طبقا للشروط التي ينص عليها بالمادة 242 من القانون المدني، أو لطلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص، إذا كانت فعلا الحالة الصحية للزوج الآخر جد خطيرة.

بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين، تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج دون أن تذكر بها إشارة أخرى".

وينص الفصل 3 فقرة 2 منه على أنه " يجب على الطبيب أن يطلع المعني بالأمر على ملاحظاته ويبين له مدى أهميتها. ويمكنه أن يرفض تسليم الشهادة إن تبين له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه أن يؤجل تسليم هذه الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض أو تصير حالته الصحية غير مضرة لذريته".

وتقع وفقا للفصل 7 منه متابعة ضباط الحالة المدنية والعدول الذين لا يمتثلون لأحكام الفصل الأول من هذا القانون أمام المحكمة الإبتدائية ذات النظر ترابيا ويعاقبون بغرامة قدرها مائة دينارا".

يتضح من هذه الفصول السابق أن المشرع التونسي ألزم الراغبين في الزواج بالإدلاء بشهادة طبية قبل إبرام العقد. كما أن عدم إحترام المقتضيات الخاصة بهذه الشهادة لا يؤدي إلى إبطال الزواج وإنما يعاقب ضابط الحالة المدنية أو العدول الذين قاموا بإبرام العقد بغرامة مالية.

و جاء تنظيم المشرع المغربي لهذه المسألة بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993 لتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية، ومن بين التعديلات التي أدخلها في مجال الأعمال الإدارية التي تسبق الزواج عدم توثيق العقد إلا بعد توفر العدلين على مستندات ومن بينها إدلاء كل من الخاطب والمخطوبة بشهادة طبية تثبت خلوهما من الأمراض المعدية، بموجب الفصل 7/41 من مدونة الأحوال الشخصية[12].

أي أن المشرع المغربي فرض الشهادة الطبية على الراغبين في الزواج ولكن بدون أن ينظم مسطرتها تنظيما محكما[13]، فالطبيب يمنح هذه الشهادة بمجرد فحص المعني بالأمر بالعيادة و لم يعتبر كتابة هذا العقد شرطا لصحته، أي أن الزواج يمكن أن يبرم دون هذه الشهادة. ولم يرتب الجزاء العقابي على مخالفة ذلك مثله مثل المشرع الجزائري.

وهذا ما جاء بالمادة 65/ 4 من المدونة بنصها أولا" يحدث ملف لعقد الزواج ، يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ،

ويظم الوثائق الأتية:

مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل.

[12] – محمد الشافعي، الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون المقارن، كلية الحقوق، مراكش، 2006، ص .87.

[13] – محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، ط 3، دار تنمل، مراكش، 1998، ص.167.

نسخة من رسم الولادة، ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية، إلي تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج.

شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين ، تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية.

شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.

الإذن بالزواج في الحالات الأتية وهى :

الزواج دون سن الأهلية .

التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة.زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

زواج معتنقى الإسلام والأجانب.

6 – شهادة الكفاءة بالنسبة للجانب أو ما يقوم مقامها.

ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج ، قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليها أعلاه ، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعا: يضمن العدلان في عقد الزواج/ تصريح كل واحد من الخطيبين، هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفى حالة وجود زواج سابق يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه.

وأشارت المادة 66 بأن " التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليها في البندين (5 ، 6) من المادة السابقة أو التملص منها ، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر .

يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من تعويضات.

وبالرجوع إلى الفصل 366 من م.ج.م فهي تعاقب على كل من أدلى بإقرارات كاذبة أمام ضابط الحالة المدنية وهذا لتوسيع مجال الحماية وضمانها بنصها على أنه " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يكون الفعل جريمة أشد، من:

- 1صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة؛

- 2زور أو عدل، بأية وسيلة كانت، إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل.

- 3 إستعمل عن علم إقرارا أو شهادة غير صحيحة أو مزورة ".

حيث أنه منذ تعديل 1993/9/10 أوجب المشرع المغربي الإدلاء بشهادة طبية ضمن المستندات اللازم إحضارها للعدلين وقت إبرام عقد الزواج وهذا مانصت عليه م.أ في الفصل 41 الفقرة 7. هذا المقتضى في المادة 65 وإعتبرتها من الوثائق الضرورية التي يتعين إرفاقها بطلب الإذن بتوثيق عقد الزواج ، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة المذكورة على مايلي" شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة" وعلى هذا الأساس صدر قرار مشترك بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج .

ويجب أن تتضمن هذه الشهادة حسب القرار المذكور البيانات التالية:

- إسم وخاتم الطبيب وكذا خاتم المؤسسة التي ينتمي إليها
- تاريخ إجراء الفحص والفحوصات التكميلية إن إقتضى الحال
- الإسم الكامل لطالب الشهادة
- رقم بطاقة تعريفه الوطنية أو ما يقوم مقامها
- عبارة تثبت أن الطالب تبين بعد الفحص السريري أنه لا تظهر عليه علامة لمرض معدي تليها إستنتاجات الطبيب
- وأخيرا عبارة تثبت أن هذه الشهادة سلمت للإدلاء بها قصد الزواج

الفقرة الثالثة: التأشير على ملف المستندات من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج.

وكملاحظة أخرى نجد أن المشرع الجزائري لم يشر كذلك للجزاء المترتب على مخالفة ما توجبه المادة السابعة من المرسوم التنفيذي بإلزام الموثق أوضابط الحالة المدنية" التأكد من خلال الإستماع لكلا الطرفين في آن واحد من علمهما، بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أوالعوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج ".

وقد جاء هذا المرسوم حفاظا على صحة الزوجين و الأبناء إذ لا يتم الزواج إلا بتقديم شهادات طبية، ومع هذا " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين "[14].

فالفحص الطبي[15] قبل الزواج وسيلة للحفاظ على كيان الأسرة لتبنى على أساس من الأمانة والصدق والوضوح، وهو وسيلة للمحافظة على الذرية لتكون سليمة من الأمراض المختلفة[16] . فأمام هذا الوضع وسابقه وجب تحقيق تدخل النيابة العامة.

الفرع الثاني

مجال تدخل النيابة العامة

تعد النيابة العامة ضمن التشريعات المغاربية، صاحبة الصفة في مباشرة الدعوى العمومية، التي يتحقق لديها العلم بمجرد تسجيل قضايا تتعلق بشؤون الأسرة وتحقيق إطلاعها على الملفات، بإعتبارها طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، إلا أن الأمر في عدم مباشرة المتابعة الجزائية يرجع إلى تغليب المصلحة الأولى بالرعاية، والحكم هذا من خلال المسائل والتطبيقات العملية العارضة.

في حين كان يتوجب تحقيق الجزاء لتحقيق الغاية التي سنها المشرع لأجل تحصيل الحماية الوقائية لقواعد بناء الأسرة، كونه قرر ضمن التشريع الجزائري مباشرة الدعوى العمومية في مواجهة ضابط الحالة المدنية بعيد عن إعتبار ثقافة المجتمع، أو الأخذ بالباعث أو الدافع من عدم تسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية الجزائري.

وإشترط المشرع المغربي إجراءات سابقة لقيام عقد الزواج، من خلال إشتراط تقديم طلب الإذن بتوثيق الزواج[17] . وإعتبره من وثائق ملف الزواج وأكد في الفقرة الأولى من المادة 65 على أن الطلب المؤرخ

---

[14] – المادة 07 من هذا المرسوم.

[15] - يعرف " الفحص الطبي قبل الزواج " في إصطلاح أهل الطب أنه عبارة عن " فحوصات مخبرية أو سريرية تجري لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، ويتم إجراؤها قبل عقد القران لإكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج وحتى لمعرفة إمكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا الطرفين عالما بما هو مقبل عليه ومقتنعاً به. فاروق بدران ، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، ط 2، الجامعة الأردنية، 1996،ص. 83.

[16] – صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2009، ص. 51- 52.

[17] – خالد بنيس، المرجع السابق، ص .56.

و الموقع من أحد الطرفين أو كلاهما، يقدم بمطبوع خاص يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل[18]. ويتضمن معلومات الهوية عن الخطيب والمخطوبة والحالة العائلية والصحية لكل منهما بالإضافة إلى معلومات عن نوع الزواج المرغوب فيه هل هو زواج أول أو عقد جديد بين نفس الطرفين أو زواج التعدد .

فمن خلال هذا الإشتراط يمكن النيابة العامة تحقيق رقابتها على شروط تسجيل عقد الزواج وكأنه تحقيق لنوع من الرقابة السابقة لإبرام عقد الزواج تنحصر أو تكاد تنعدم معه وجود لحالات لزواج غير مستوفى للشروط إلا في حالة إنعقاد زواج عرفي.

ومنه يتحدد مجال تدخل النيابة العامة في المرحلة السابقة على إنعقاد العقد، بخلاف الوضع ضمن التشريع الجزائري الذي تتحقق معه التابعة بعد نشوء المركز القانوني الجديد للزوجين، وما يترتب عن ذلك من أثر.ولكن هذا الأثر لا نجد له وجود ضمن حالة تعدد الزوجات.

المطلب الثاني

بالنسبة لتعدد الزوجات

يحكم نظام تعدد الزوجات وفق تشريعات الأسرة المغاربية محددات وشروط يترتب على مخالفتها أمام قيام هذا الوضع الجديد في ظل وجود زواج سابق، جزاءات في مواجهة الشخص المخالف دون تقرير جزاء عقابي صريح، ما عدا ما نص عليه التشريع الجزائي التونسي.

حيث إنفرد التشريع الجزائي التونسي بتقرير المتابعة الجزائية دون باقي التشريعات المغاربية، تحقيقا لتوسيع مجال الحماية الجزائية ولضمان كيان الأسرة الأولى قائما، هذا من جهة ومن جهة أخرى أن هذا التوجه جاء وفق لمفاهيم إجتماعية حديثة ودخيلة عن الأسرة التونسية، بالإضافة إلى التوجه السياسي القائم على تحقيق فكرة المساواة بين الرجل والمرأة، والذي من بين عناصره منع تعدد الزوجات.

لذا وجب النظر لمعالجة المسألة ضمن التشريع الجزائي التونسي، ثم التطرق لوضع المسألة ضمن التشريعات الأسرية ضمن القوانين المغاربية.

[18]- وبالفعل صدر بتاريخ : 3 فبراير 2004 قرار لوزير العدل تم بموجبه تحديد شكل وبيانات هذا الطلب الذي يقدم إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج بالمحكمة الابتدائية التي يرغب الطالبان إبرام عقد الزواج بدائرة نفوذه.

الفرع الأول

إنعدام حالة التجريم ضمن التشريعين الجزائري والمغربي

لم يصف المشرعان الجزائري والمغربي تعدد الزوجات بأنه جريمة تستوجب العقاب[19]، مما يمكن إعتباره أنه فراغ قانوني لمعاجلة وضع تعدد الزوجات، إذ لا بأس من معرفة رؤى التشريع المقارن حول المسألة.

فبالنسبة للمشرع الجزائري لم يصف تعدد الزوجات بأنه جريمة تستوجب العقاب، بل نظمه في قانون الأسرة وأحاطه بشروط أو قيود وتتمثل أساسا في توفر المبرر الشرعي و ضرورة العدل و إخبار الزوجتين السابقة واللاحقة، لكنه لم يرتب على مخالفة هذه الشروط أي عقوبة بدنية سالبة للحرية أومالية[20].

وبالنسبة للمشرع التونسي قد جرم هذا الفعل[21]، حيث ينص القانون التونسي في الفصل الثامن عشر من مجلة الأحوال الشخصية المعدلة بموجب القانون رقم 70 المؤرخ في 04جويلية 1958 على أن تعدد الزوجات ممنوع، بنصه على أنه "كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها : 240.000 فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم وفق أحكام القانون " . وطبقا للفقرات اللاحقة، فإن مجال الحماية الجزائية يمتد إلى أوضاع أكثر حصول من طرف الأفراد عن طريق التدليس والتحاليل على المنع المقرر بموجب الفقرة الأولى من نص الفصل 18 إذ تنص الفقرات على التوالي بما يلى:

- 3 " ويعاقب بنفس العقوبات كلّ من متزوّجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد3 لسنة 1957 المؤرّخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية[22]، ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرة زوجه الأولى.
- 4 ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمّد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقرّرة بالفقرتين السابقتين.

---

[19] – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 164.

[20] – عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة ...،نفس المرجع ، نفس الصفحة.

[21] – حميدو زكية، محاضرات...، المرجع السابق.

[22] – المرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 ل 1964، المؤرخ في 21 أفريل 1964.

- 5 ولا ينطبق الفصل 53 من القانون الجنائي على الجرائم المقرّرة بهذا الفصل"

وهذا ما حرص عليه القضاء التونسي في أكثر من إجتهاد لمختلف الأوضاع والحالات[23].

وقد رتب هذا الجزاء الجزائي وفق حكم الآية الكريمة " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ "[24] والآية " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ "، وذلك خلافا لباقي بلدان المغرب العربي التي تأخذ بالآية الآنفة الذكر على إطلاقها. مما يعطي للزوج كامل الحق في ممارسة التعدد حتى بالنسبة للزيجات المختلطة.

وكذا بالنسبة إلى فرنسا نجد أن نص المادة 147 من القانون المدني تنص على أنه لا يمكن إبرام عقد زواج ثان قبل إنحلال الزواج الأول[25] ، ونجد أن المادة 184 من نفس القانون تنص على أن كل زواج أبرم خلافا للأحكام التي تضمنتها المواد 146إلى147 يمكن الطعن ببطلانها من الزوجين أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة[26].

كما نجد أن المادة 433 الفقرة 20 من قانون العقوبات الفرنسي تنص على أن أي شخص مرتبط بعقد زواج ويبرم عقد زواج أخر قبل إنحلال عقد الزواج السابق يعاقب بالحبس لمدة سنة وبغرامة 45000 أورو[27] .

ويترتب على ذلك أن تعدد الزوجات ينتج كامل أثاره بفرنسا إذا نشأ خارجها في بلدان المغرب العربي، ولا يرتب أي أثر إذا تم داخلها.لأن الواقعة التي إكتملت كافة عناصرها في المغرب أو الجزائر لا يمكن بأي حال تجاهلها[28]، لأنها نشأة وإكتمل تكونها، وترتبت أثارها في ضل أحكام تشريعاتها الأسرية.

---

[23] - قرار تعقيبي جزائي ، عدد 15899، 27 / 01/ 1988، ن.م.ت، ص . 122- 123- 124.ملحق رقم 17، ص 436.

[24] – سورة النساء، الأية 02 .

[25] –L'ART 147 du code civil français dispose que" On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ".

[26]- L'ART 184 du code civil français dispose que "Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public".

[27]- L'ART 433/20 du code pénal français dispose que "le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent,est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.
Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célèbre ce mariage en connaissant l'existence du précédent".

[28]- Cf. MOULAY RACHID. Abderazak, La condition de la femme au maroc, Thèse d'état, Fac. De droit, Université. Mohammed V. Rabat, 1985, p. 352.

و نظمت مدونة الأسرة أحكام التعدد في المواد من 40 إلى 46 حيث حددت مجموعة من الشروط لمنعه في حالة عدم اشتراط الزوجة على زوجها بعدم التعدد عليها فان الراغب فيه يقدم طلبا إلى المحكمة بقصد الحصول على الإذن بالتعدد، و طبقا للمادة 43 من المدونة فقد شددت على ضرورة حضور الزوجة الأولى للجلسة إلا أنه في حالة غيبة الزوجة المراد التزوج عليها، فانه لا يمكن منح الإذن للزوج إلا إذا أفادت النيابة العامة بتعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن إستدعاؤها فيه بعد أن تكون قد قامت ببحث بواسطة الشرطة القضائية أو السلطة المحلية.

إلا أنه إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالإستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في إسم الزوجة، هنا تتدخل النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية ضد الزوج طبقا للفصل 361 من مجموعة القانون الجنائي.

وتدخل النيابة العامة مقيد بضرورة وجود طلب من الزوجة المتضررة الذي يعتبر شرطا أساسيا ولازما لتحريك المتابعة، ويتوافق هذا الإجراء مع التوجه العام للمشرع الجنائي والتوجه الخاص نحو حماية الروابط العائلية وربط مصير وحدة الأسرة وتفككها بإرادة أفرادها وبقوة القانون[29]، والتساؤل الذي يطرح بهذا الخصوص هل تملك الزوجة صلاحية سحب الطلب أثناء متابعة الزوج؟ وبالتالي سقوط الدعوى العمومية.

بالرجوع إلي مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 43 من مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي لم يوضح ما إذا كان سحب الطلب من طرف الزوجة المتضررة يضع حدا للمتابعة أم لا ؟

و إنطلاقا من الرؤية التشريعية للمدونة التي ترمي إلى حماية مصلحة الأسرة، فإنه إذا إرتأت الزوجة المتضررة سحب طلبها فإنه من الأجدر أن تسقط الدعوى العمومية حفاظا على الروابط الأسرية[30] وذلك قياسا على سحب الشكوى في الحالات التي تكون لازمة لتحريك المتابعة تطبيقا للقواعد العامة في المسطرة الجنائية. وهذا ما يغلب وصف الحماية ضمن التشريع الأسرى .

الفرع الثاني

مجال الحماية ضمن التشريع الأسري

لم نجد حالة المنع لتعدد الزوجات ضمن التشريع الأسري الجزائري أو المغربي، بل نجده منظم وصورة ذلك ما أحاطه المشرع الجزائري بشروط في حالة مخالفة شرط من شروط التعدد بجزاء مدني فقط والمتمثل في

[29] - محمد بوصف، دور النيابة العامة في قانون مدونة الأسرة، أشغال ندوة علمية، جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، ع. 5، 2004، ص. 12.

[30] – سفيان ادريوش ، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة ، مجلة القضاء والقانون،مطبعة الأمنية ،الرباط ، العدد ،150، ص. 143.

بطلان العقد الجديد إذا لم يحصل دخول طبقا للمادة 8 مكرر1[31] ، كما يمكن لإحدى الزوجات أن تطلب التطليق طبقا للمادة 08 مكرر ق.أ مع التعويض طبقا لنص المادة 53 فقرة 6[32]. والمادة 53 مكرر[33]، من ق.أ.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد نظم قواعد التعدد من المادة 40[34] إلى 46 من مدونة الأسرة والتي يستشف منها أن يكون القاضي مقتنعاً في إصدار حكمه بالإذن بالتعدد أو برفضه. ويحكمه في ذلك وجود المبرر الإستثنائي الموضوعي، فإذا تحقق فإن القاضي يستجيب للطلب، وإذا لم يستشف القاضي الأسباب الموضوعية، حتما يكون الرفض لطالب الإذن.

فحسب المادة 42 من المدونة فإن أول إجراء تقوم به المحكمة هو إستدعاء المرأة المراد التزوج عليها، من أجل الحضور والإدلاء برأيها في الموضوع[35].

ونجد هذا التنظيم ضمن ما حددته المادة 43 من مدونة الأسرة المغربية للإجراءات المتبعة في طلب الإذن بالتعدد، إذ شددت على ضرورة حضور الزوجة الأولى للجلسة، إلا أنه في حالة غيبة الزوجة المراد التزوج عليها، فإنه لا يمكن منح الإذن للزوج إلا إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن إستدعاؤها فيه بعد أن تكون قد قامت ببحث بواسطة الشرطة أو السلطة المحلية [36].

غير أن الأمر يختلف في الحالة التي يكون فيها عدم توصل الزوجة بالإستدعاء نتيجة تدليس الزوج، وذلك بتقديمه لبيانات وتصريحات كاذبة بخصوص عنوانها – أي الزوجة– أو بتحريف لإسمها، ليتابع حينها الزوج جنائيا،على أساس تكييف أخر وهو الإدلاء بإقرارات كاذبة، وليس متابعته على أساس جريمة تعدد الزوجات.

---

[31] – تنص المادة 8 مكرر 1 على أنه "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذ لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه.

[32] – تنص المادة 53 فقرة 06على أنه " يحق للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية...– 06 مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه .

[33] – تنص المادة 53 مكرر على أنه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

[34] – نصت المادة 40 من مدونة الأسرة على ما يلي " يمنع التعدد إذا خيف العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها ".

[35] – محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، ج 1، ط 1 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص. 213.

[36] – حسن عجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، مقال منشور في كتاب قضايا الأسرة من خلال إجتهادات المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007، ص. 128.

إلا أن الملاحظ بهذا الخصوص، أنه لا تتم متابعة الزوج إلا بناء على شكوى من طرف الزوجة مع أن المتطلب هو أن يترك الأمر للنيابة العامة وبدون قيود.

ويفيد هذا الإجراء وجود رغبة قوية للمشرع المغربي، من أجل الحفاظ على الأواصر والروابط العائلية، بالإضافة إلى صيانة حقوق المرأة، لا سيما بعدما ألزم المشرع حضور الزوجة عن طريق الإستدعاء، وفي حالة تعذرها تتكفل النيابة العامة بذلك باعتبارها طرف أصلي في تطبيق مواد هذه المدونة[37].

وقد قرن المشرع المغربي هذه الإجراءات بمقتضيات القانون الجنائي، في حالة الإخلال بها من طرف الزوج، لاسيما الفصل 361 منه الذي ينص على العقوبة المقررة للزوج، في حالة إذا ما ثبت عليه تحايل أوكان سيء النية، أو دّل في وثائقه على عنوان غير العنوان الحقيقي للزوجة المراد التزوج عليها[38]. دون أن ينص صراحة على منع تعدد الزوجات أو أن يفرض جزاءات عقابية على الشخص المخالف لشرط تعدد الزوجات وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري.

هذا من أهم ماجاء في قوانين الأسرة، بخصوص حماية مؤسسة الزواج من خلال تدخلات النيابة العامة في حالة عدم تسجيله أو حالة تعدد الزوجات لننتقل بعدها إلى مجال تدخلها ضمن حالة زواج المسلمة بغير المسلم.

المطلب الثالث

حالة زواج المسلمة بغير مسلم

بإجماع الفقهاء يتبين القول بأنه لا يجوز للمرأة المسلمة الزواج بغير مسلم ، عملا بقوله تعالى : ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللّهُ يَدْعُوَ إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ [39] ، وقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ

[37] – تنص المادة 3 من المدونة على ما يلي " تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة ".

[38] – ينص الفصل 361 من القانون الجنائي المغربي على ما يلي " من توصل بغير حق ، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق،أوحاول ذلك إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة ، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ثلاثمائة درهم ... "

[39] – سورة البقرة، الآية 221.

وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [40].

ومنع زواج المسلمة بغيرالمسلم يهدف إلى المحافظة على الهوية الإسلامية للأسرة في المجتمع الإسلامي وإلى تنزيه الشريعة الغراء من أن ينسب إليها من ليس منها.

وبذلك فإن كل زواج مختلط من هذا النوع يكون باطلا لخروجه عما ورد في الكتاب والسنة. ومن ثمة فإن منع زواج المسلمة بغير المسلم أمر مسلم به في كل من المغرب والجزائر، في حين يكتنفه بعض الغموض في تونس، نتيجة لهذه الثغرة التشريعية في نظر المسألة.

ومن بين الآثار المترتبة على وجود ثغرة قانونية كهذه الدفع للتحايل على القانون وذلك لتحقيق مكاسب معينة كالدخول في الإسلام من أجل الحصول على حضانة الطفل أو للتخلص من دفع النفقة الزوجية وبقية الإلتزامات أو للتمكن من الزواج مرة ثانية بالنسبة للمسيحي أو للحصول على قرار الطلاق الذي غالبا ما تصّعبه أو تحرّمه الطوائف المسيحية.كما يتم تغيير الدين في بعض الأحيان من أجل الميراث حيث أنه (لا ميراث مع إختلاف الدين)[41].

ولابأس أن نتطرق إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية ونظرتها للمسألة أمام إنعدام النص القانوني. (الفرع الأول)، ومعالجة القوانين المغاربية للمسألة بحكم التقارب الثقافي والديني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حكم المسألة في الشريعة الإسلامية

جاءت أحكام المنع القانوني لدول المغرب وفق ما إحتوى عليه النصّ التأسيسي من آيات حرمت على المرأة المسلمة أن تتزوج برجل لا يدين بدينها[42]، سواء أكان مشركا أو من أهل الكتاب. ومما

[40] – سورة الممتحنة، الآية 10.

[41] – نائل جرجس، مدى إنطباق قانون الأحوال الشخصية بالمغرب العربي مع منظومة حقوق الإنسان، دراسة منشورة بموقع المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي مخصص لترقية وتعزيز حقوق الطفل وعدالة الأحداث جانفى، 2009. ص. 11.

[42] – وهو موقف يماثل ما كان معمولا به لدى اليهود والنصارى. ففي التوراة أنّ النبيّ إبراهيم نهى إبنه إسحاق عن التزوج بالكنعانيات لأنّهن وثنيات، وأمره أن يتزوّج من بنات عشيرته اللاّتي يتّبعن ملّته. وقد نهت التوراة بعد ذلك بني إسرائيل أن يتزوجوا من الشعوب الأخرى التي كانت تجاورهم. وقد تأكّد هذا التحريم في التلمود وفي التقنين اليهودي. وكذلك حرّمت الكنيسة الزواج المختلط منذ عهد الإمبراطور قسطنطين الأول ثم أجاز القانون المسيحي للنصراني أن يتزوج بغير نصرانية شريطة أن تنتقل إلى دينه .عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية و، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط2، 2009. ص. 176.

جاء في مدونة مالك "عن سفيان الثوري عن يزيد بن أبي زياد. قال سمعت زيد بن وهبه الجهنيّ يقول : كتب عمر بن الخطّاب يقول: إنّ المسلم ينكح النصرانية ولا ينكح النصرانيّ المسلمة قال: يزيد بن عياض: وبلغني عن عليّ بن أبي طالب أنّه قال: لا ينكح اليهودي المسلمة ولا النصراني المسلمة" عن ربيعة أنّه قال: لا يجوز للنصراني أن ينكح الحرّة المسلمة ".

ولم يستثن الطبري أهل الكتاب من هذا الحكم، بل إعتبرهم من المشركين الذين لا ينبغي إنكاحهم المؤمنات. وأكّد الرّازي الحكم نفسه بقوله:"وأمّا قوله تعالى "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" فلا خلاف ههنا أنّ المراد به الكلّ وأنّ المؤمنة لا يحلّ تزويجها من الكافر البتة على إختلاف أنواع الكفرة".

والجدير بالملاحظة أنّ الفقهاء آثروا التطرّق إلى مسألة زواج المسلمة بغير المسلم لا إبتداء، أي قبل إبرام العقد، وإنّما إنتهاء فأهتمّوا بوضعية المرأة التي تسلم تحت الكافر والمرأة المسلمة التي يرتدّ زوجها وتوسّعوا في بيان كيفية التفريق بين الزوجين لإختلاف الدين[43]. لئن حرص العلماء على إثبات أنّ حكم زواج المسلمة بغير المسلم هو "حكم الله الذي لا يحلّ لأحد أن يخرج عنه"[44].

وحكمة ذلك أن للرجل حق القوامة على زوجته وأن عليها طاعته فيما يأمرها به من معروف، إنطلاقا من "دور علائقي" مع زوجته. فهو المكلّف بأداء رسالة تهذيبية ودينية بإعتباره يلعب دور الفاعل الأخلاقي في العلاقة الزوجية[45] و ليس فقط إنطلاقا من موقع وإمتيازات ووظائف إجتماعيّة وإقتصاديّة وسياسيّة.

وفي هذا معنى الولاية والسلطان عليها، وما كان لكافر أن يكون له سلطان على مسلم أومسلمة[46].

وإن كانت الشريعة الإسلامية لم تحدد حدا أو عقوبة على هذه المخالفة[47] إلا أنه لا يمنع ولى الأمر أوالقاضي من تعزير المخالف لهذا الحكم. وهذا لكون هذا الفعل فيه مساس بالنظام العام. فما هي نظرة المشرع المغاربي لذلك ؟

---

[43] – الحسين بلحساني ، أثر إختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي،مطبعة بابل ، الرباط،2013 ، ص. 113.

[44] – الطبري، جامع البيان،دار المعارف، ج 4، القاهرة، ص. 585-589.

[45]– أبي حامد الغزالي، الزواج الإسلامي السعيد وآداب اللقاء بين الزوجين"مكتبة القرآن، 1984، ص. 125.

[46]– سيد سابق، المرجع السابق، ص. 171.

[47] – وقد إختلف الفقهاء حول عقوبة الكافر الذي تزوج المسلمة هل يوجع ضربا أم يقتل كما ذهب إلى ذلك الإمام مالك .

الفرع الثاني

نظرة المشرع وفق القوانين المغاربية

يمثل الحق في إختيار الزوج وتأسيس أسرة، الأساس الذي يقوم عليه حق المرأة في تكوين الأسرة ومساواتها مع الرجل في ذلك، إذ كثيرا ما تحرم المرأة من إختيار زوجها وتحاط بها قيود العائلة والمجتمع والدين ضمن المجتمعات المغاربية[48] .

ويعد قيد الدين من القيود التي إعتبرتها المواثيق الدولية[49] من أكثر مظاهر التمييز بين البشر وحاولت جاهدة محاربته عالميا بكل الطرق حتى تتحقق المساواة والحريات الأساسية للجميع دون أي شكل من أشكال التمييز ولا تفريق بين الرجال والنساء، وهذا يظهر بوضوح من خلال إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[50].

ومعلوم أن مدونة الأسرة المغربية نصت في فقرتها الرابعة من المادة 39 على منع زواج المسلمة بغير المسلم، و المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية.

إذ لا يجوز إبرام عقد زواج بين طرفين مختلفين في الدين – بين مسلمة وغير مسلم أو بين مسلم ومشركة – إلا بزوال المانع ، وذلك على خلاف ما نصت عليه المواثيق الدولية والتي لا تجعل من الدين مظهرا من مظاهر التمييز بين البشر، وإنما تعترف للجميع ذكورا أو إناثا بمبدأ الحرية في الزواج دون أي قيد بسبب الدين.

وهذا يفتح مجال التعارض والتأويل، بإعتبار أن للدستور المغربي مرجعيتين أساسيتين يستمد منهما تشريعاته الداخلية، الإسلام من جهة وهو دين الدولة الرسمي طبقا لما ينص عليه الفصل الثالث من الدستور.

---

[48] – بموجب الفصل الأول من الباب الأول مفهوم الزواج بأنه" ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وإمرأة على وجه غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود وإحترام."

[49]– Cf.MOULAY RACHID. Abderazak ,La femme… p. 24 .

[50] – إذا جاء في المادة 15 منها" -1 تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

-2 تكفل للمرأة بوجه خاص حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود.

ومن جهة أخرى المرجعية الدولية التي تتبناها ديباجة الدستور، والتوفيق بين هاتين المرجعيتين يتطلب مجهودا لأنهما غير منسجمتين تماما[51] إذ لا تكفي مجرد المصادقة على الإتفاقيات الدولية بل تشكل ترجمة مبادئها ضمن مقتضيات القانون الداخلي خطوة هامة نحو الإعتراف الفعلي بحقوق الإنسان[52]، وإلا كيف يمكن لدولة تتشبث بمرجعيتها الإسلامية دستوريا أن تنضم للمفهوم العالمي لحقوق الإنسان التي تبلورت في العالم الغربي الذي هو مزيج لثقافات تختلف عن الثقافات المغربية[53] .

فمن خلال المادة 39 من مدونة الأسرة التي نصت على منع زواج المسلمة بغير المسلم وعلى منع زواج المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية، فإن المشرع المغربي يكون قد خالف مبادئ الإتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب – خاصة المادة 16 من إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة برفع كل التحفظات الواردة على المادة– والتزامه في دستوره بإحترامها خاصة منها ما يتعلق بالحق في الزواج والحرية في إختيار الزوج[54]، وذلك من ناحيتين، فمن ناحية لأنها تجعل من الدين قيدا يضيق من حرية

[51] – نعيمة البالي، الإتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، إتفاقيات حقوق الإنسان نموذجا، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 75، يوليوز/غشت 2007، ص. 53.

[52] – ونصت المادة الثانية من الإتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أن:" 2– تتعهد الدول الأطراف في الإتفاقية الحالية بضمان ممارسة الحقوق المدونة في الاتفاقية الحالية بدون تمييز من أي نوع سواء أكان ذلك بسبب العنصر أو اللون ... أو الديانة..."، وجاء في المادة الثالثة: "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بتأمين الحقوق المتساوية للرجال والنساء في التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المدونة في الاتفاقية الحالية"، كما جاء في المادة العاشرة من نفس الاتفاقية« :تقر الدول الأطراف في الإتفاقية الحالية .... ويجب أن يتم الزواج بالرضا الحر للأطراف المقبلة عليه"

-ظهير شريف رقم 1.79.186 بتاريخ 17 ذي الحجة 1399 (8 نونبر 1979) بنشر الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية، الجريدة الرسمية عدد 3525 في 6 رجب 1400 (21 ماي 1980) ص. 632-633.

وتؤكد المادة الثالثة من الإعلان بشأن القضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد على أن التمييز بين البشر على أساس الدين يشكل إهانة للكرامة الإنسانية وإنكارا لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة ويجب أن يشجب بوصفه انتهاكا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي نادى بها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والواردة بالتفصيل في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان وبوصفه عقبة في وجه قيام علاقات ودية وسلمية بين الأمم، وتضيف المادة الثانية من نفس الإعلان " وتتعهد كل دولة طرف في الإتفاقية الحالية بإحترام وتأمين الحقوق المقررة في الإتفاقية الحالية لكافة الأفراد ضمن إقليمها والخاضعين لولايتها دون تمييز من أي نوع سواء كان ذلك بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة

[53] – الحسين بلحساني، الدعوة إلى تحرر المرأة بين خصوصيات الهوية ومقتضيات الحداثة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون ، العدد الأول، يونيو 2000، ص. 89.

[54]–Cf. BERJAOUI Khalid, Le mariage mixte et disparité de culte en droit international privé Maghrébin, Revue marocaine d'administration locale et développement, 2004,N° 59, p. 94.

الأطراف في الزواج، ومن ناحية أخرى لأنها ميزت بوضوح بين الرجل والمرأة في الحق في الزواج، حيث سمحت للرجل المسلم بالزواج من الكتابية، ومنعت المرأة المسلمة من الزواج بالكتابي[55].

إلا أنه قد إستقر الرأي على أنه عندما يتعلق الأمر بالمسائل الدينية، يجب التمييز بين ما يمكن أن يدرج في القانون الداخلي المغربي وينتج عنه تعديل في التشريع الداخلي الحالي المطبق، وبين ما لا يمكن إدراجه في التشريع المغربي أبدًا كحرية إختيار الزوج[56].

والمشرع المغربي يمنع زواج المسلمة من غير المسلم وهذه قاعدة لا يمكن مخالفتها وهذا يعني أن قاعدة منع زواج المسلمة بغير المسلم ستبقى سارية المفعول بل وستطغى بذلك على أحكام الإتفاقيات الدولية[57]، في حين هناك من يرى أن إحترام الدستور يقتضي حذف مانع الدين في الزواج من التشريع الداخلي بإعتبار أن هذه القاعدة تخالف الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ولمبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور[58].

ومنه يتبين أن الوضع التشريعي ضمن التشريع المغربي يطبعه الغموض نظرا لتأرجحه بين هذين الإختيارين ومن غير الممكن أن يستمر الوضع على هذا النحو لأمد طويل[59].

وعلى السابق بيانه، فإنه يوجد في هذه المسألة تفاوت واضح، ففي الجزائر والمغرب، يمنع منعاً باتاً على المرأة المسلمة الزواج بغير المسلم، وهذا المنع لا يطبق إلا على المرأة فقط،وهذا ما أشارت إليه المادة نصت المادة 39/ 4 من م.أ صراحة على أن " موانع الزواج المؤقتة هي: 4- زواج المسلمة بغير

المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية".خاصة وأن التشريع الإسلامي قد أقر بأن النساء المسلمات لا يمكنهن أن يتزوجن من أشخاص ينتمون لغير الدين الإسلامي، وهذا المنع يجري العمل به إداريا وقضائيا في واقع الأمر[60].

---

[55] – خالد برجاوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب – وضعية المرأة نموذجا – أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق الرباط ،1999 – 2000، ص. 109.

[56] – عبد السلام أديب، المرأة المغربية بين مدونة الأسرة والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، سنة بعد مدونة الأسرة، لا جديد، ط 1،مطبعة ربا نيت، الرباط ، 2005، ص. 5.

[57] – عبد الرحمان بن عمر، أوجه الإختلاف والتعارض ما بين التشريع المغربي والمواثيق الدولية، مجلة المحاكم المغربية، 1991، ع.62، ص. 19.

[58] – الحسين بلحساني، الدعوة إلى تحرر المرأة...، المرجع السابق، ص 65 .خالد برجاوي، المرجع السابق نفس الصفحة.

[59] – عبد السلام أديب، المرجع السابق، ص .05.

[60] – علي عبد القادر عثمان، ثغرات القانون ودورها في إنتشار الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، (د د ن) 2008، ص. 11.

فطبقا لنص المادة 30 من ق .أ الجزائري فإنها تمنع"زواج المسلمة من غير مسلم". ويفهم من ظاهر هذا النص أن المرأة الجزائرية المسلمة يحرم عليها الزواج مع أي شخص غيرمسلم [61].وكذلك المادة 39 فقرة 4 من المدونة بنصها "موانع الزواج المؤقتة هي:

1الجمع بين الأختين . أو بين إمرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع .

2الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا.

3حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات ، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زواج أخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا .

4زواج المطلقة من أخر يبطل الثلاث السابقة فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة.

5 زواج المسلمة بغير المسلم ، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية.

6 وجود المرأة في زواج أو في عدة أو إستبراء.

إلا أنهما لم ترتبا الجزاء العقابي على مخالفة هذا المنع، مما يدفعنا إلى تسليط الرؤية على هذه المسألة الهامة وفق نظرة الشريعة الإسلامية لها. حيث نصت على التوالي المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 400 من المدونة بنصها " كل ما لم يرد في هذه المدونة ، يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والإجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف.

بخلاف ما هو عليه الأمر في تونس إذ أصبح منع التمييز لإعتبارات دينية من المبادئ المهيمنة على النظام القضائي التونسي[62].

ووفق السابق الإشارة إليه لوضع هذه المسألة في تونس، فهو مخالف لما هو في المغرب والجزائر[63]، فمجلة الأحوال الشخصية لم تبين ما إذا كانت هذه الحرية، في إختيار الزوج، يمكن ممارستها دون تمييز ديني، وهكذا فلا يوجد أي مرجع في خصوص إختلاف دين الزوجين.

فكيف يمكن إذن تأويل سكوت المشرع في هذه الناحية[64] ؟ مع العلم أنه توجد حالة وحيدة نص فيها المشرع على وجوب مراعاة شرط ديانة الزوج تخص موضوع الحضانة[65].

---

[61] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص. 55.

[62] – والدليل على ذلك الموقف الذي إتخذته المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة بتاريخ 29 يونيو 1999 وإعتبارها زواج المسلمة بغير المسلم زواجا صحيحا وتعليل حكمها بإتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962، ومذكرة أيضا سموها عن التشريع الوطني.

[63]– رجاء ناجي المكاوي، تحديث قوانين الأسرة في العالم العربي، مجلّة الأحوال الشخصية التونسية أنموذجا، ط.1، مطبعة بابل، الرباط، 2008، ص.43.

[64] – علي عبد القادر عثمان، المرجع السابق، ص. 23.

[65] – نص الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي " إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها الإ إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره وأن لا يخشي عليه أن يألف غير دين أبيه. ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إذا كانت هي الحاضنة".

هناك إتجاه يقول إن سكوت مجلة الأحوال الشخصية التونسية يجب أن يفهم بأنه يحيلنا إلى التشريع الإسلامي، وذلك نظراً إلى أن الإسلام هو دين الدولة التونسية كما ينص الفصل الأول من الدستور .

وكما يدل على ذلك أيضاً، إستعمال لفظة (شرعية) في الفصل الخامس لمجلة الأحوال الشخصية[66].

والإتجاه الآخر، يعتبر أن نصوص مجلة الأحوال الشخصية كافية، في حد ذاتها ولا تحتاج في تفسيرها إلى الرجوع إلى التشريع الديني، فهذا الإتجاه الأخير هو الذي يجب أن يكون سائداً، وذلك لسببين: أولها: المصادقة في 04 ماي 1967من طرف الحكومة التونسية على الإتفاقية الدولية

لنيويورك، المبرمة في10 ديسمبر 1962، والخاصة بالموافقة على الزواج والسن الأدنى للزواج وتسجيل الزواج، وهي الإتفاقية التي تعترف في توطئتها بحق المرأة في إختيار زوجها وحق الرجل في إختيار زوجته، وذلك دون أي تحديد، أو تمييز وبخاصة منه التمييز الديني. فإن هذه الإتفاقية الدولية تفرض نفسها على القوانين الجاري بها العمل، إذ هي ترفع التقييد الذي يمس زواج المسلمة بغير المسلم[67].

وثانيهما: إن الإلتزامات الدستورية المتعلقة بالحريات العامة تعترف صراحة بحرية المعتقد وبحرية الرأي ما لم تخل بالأمن العام"[68].

---

[66] – الفقه الذي يري أن تونس دولة إسلامية من خلال النصوص القانونية وفي سلوكيات وتصريحات مسئوليها السياسيين، أن تونس دولة دينية، وتحديدا دولة إسلامية تعتمد الشريعة الإسلامية وفقا لتأويل خاص، كمرجعية أساسية للسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

وقد أكد هذا الرأي القانوني "زهير مظفر" حين قال في حوار تلفزيوني "أن تونس دولة إسلامية" نافيا بشكل قاطع الطابع العلماني عن الدولة، تماما كما أشار الكاتب والصحفي "لطفي حجي" إلى ذات الحقيقة، في كتابه "بورقيبة والإسلام"، حين أشار إلى تمسك بورقيبة بالفتوى الدينية الإسلامية كمبرر لأي قاعدة قانونية جديدة، وإلى النقد اللاذع الذي وجهه الزعيم التونسي لكمال أتاتورك، لكونه قد ألغى الخلافة وهاجم الشريعة.وفي نظر هذا الفقه انه يظهر الطابع الديني للدولة التونسية ، في كافة النصوص المتعلقة بالتنظيم السياسي ففي وثيقة "الميثاق الوطني"، التي وقعت عليها كافة القوى السياسية التونسية، بما في ذلك الحزب الحاكم، سنة 1979، ورد النص التالي:" الدولة التونسية ترعى حرمة القيم الإسلامية السمحة وتعمل بهدي منها حتى يكون الإسلام مصدر إلهام وإعتزاز متفتحا على مشاغل الإنسانية وقضايا العصر والحداثة فتظل تونس مثلما كانت مركزا من مراكز الإشعاع الإسلامي ومنارة للعلم والاجتهاد تجديدا أو مواصلة لما كان للقيروان والزيتونة من سبق وريادة". وفي دستور الجمهورية التونسية، ورد في الفصل الأول ما يلي:" تونس دولة، حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها"، وجاء في الفصل 38 منه، ما يلي:" رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ودينه الإسلام".

[67] – علي عبد القادر عثمان، المرجع السابق، نفس الصفحة.

[68] – الفصل الخامس بالباب الأول المتضمن الأحكام العامة للدستور التونسي، عدد 51، المؤرخ في جوان 2002 " تضمن الجمهورية التونسية الحريات الأساسية وحقوق الإنسان في كونيتها وشموليتها وتكاملها وترابطها .

...الجمهورية التونسية تضمن حرمة الفرد وحرية المعتقد وتحمي حرية القيام بالشعائر الدينية ما لم تخل بالأمن العام"

وإستهداء بما ورد في الفصل الخامس من المجلة[69]، من أنه " يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعيةExempte d'empêchements légaux "... في حين كانوا يقصدون ما هو وارد في النص الفرنسي (Empêchements au mariage prévus par la loi) .

إلا أن كل هذه الإعتبارات لم تأخذ بها المحاكم،[70] فإننا نجد المنشور الصادر عن وزير العدل التونسي بتاريخ 5 نوفمبر 1973 جاء ليؤكد من جديد على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم[71]. بمنع ضباط الحالة المدنية وعدول الإشهاد من إبرام عقود زواج مسلمات بغير المسلمين معتبرا إياه إجراء غير قانوني وهذا ما كرسه القضاء التونسي مباشرة[72]. ويجوز ذلك الزواج في صورة ثبوت إشهار الأجنبي إسلامه لدى مفتي الجمهورية.

وقد توج ذلك ممارسات قضائية حاسمة والتي لم تستقر على ذلك[73] وهي أن محكمة التعقيب التونسية قد أحالت إلى قواعد الشريعة الإسلامية حينما قالت "وحيث أن زواج إمرأة مسلمة بغير مسلم تشكل خطيئة لا تغتفر(Un péché impardonnable)، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية تعتبر مثل هذا الزواج وكأنه لم يكن"[74].

---

[69]-Cf. BORRMANS Maurice, Statut personnel et famille au Magreb de 1940 A nos jours, éditions, le fennec, Paris, 1977, p. 298

[70] – ففي حكم صادر عن محكمة التعقيب في سنة 1966، أيدت هذه المحكمة بكل حزم التفسير الديني للفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية، ((... وحيث أنه لا منازع في أن المرأة، التي تتزوج بغير المسلم، ترتكب جرماً لا يغتفر، وأن التشريع الإسلامي يعتبر، أي زواجاً من هذا النوع باطل.مشار اليه ،أحمد نصر الدين الجندي ، شرح مدونة الأسرة المغربية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2010، ص. 95.

[71] – حفيظة شقير، دراسة مقارنة للقوانين الخاصة بالمرأة والأسرة في المغرب العربي –تونس ، المغرب والجزائر، دراسة منشورة بموقع المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، مخصص لترقية وتعزيز حقوق الطفل وعدالة الأحداث، جانفى، 2009.

[72] - قرار تعقيبي جزائي عدد 7795، 27 جوان 1973، ن. م. ت ، ص .21 – 22.ملحق رقم 18، ص. 438.

[73] – حكم إبتدائي مدني عدد 26855 بتاريخ 29 جوان 1999 المبدأ :عرف الفصل 14 من م.أ.ش الموانع الشرعية للزواج بأنها مؤبدة ومؤقّتة ولا وجود لزواج المسلمة بغير المسلم ضمن موانع الزواج .

– قرار تعقيبي مدني عدد 31115 مؤرخ في 05 فيفري 2009 المبدأ : إن ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل المكرسة (بالفقرة 1– ب من الفصل 16) يمنع القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالأثر على حقها في الميراث إعتبارا لإلزامية الإتفاقيات الدولية التي تفوق إلزامية القوانين العادية طبقا لأحكام الفصل 32 من الدستور. ن. م. ت، 2010، ص. 356.

– الموقف الذي إتخذته المحكمة الإبتدائية بتونس العاصمة بتاريخ 29 يونيو 1999 وإعتبارها زواج المسلمة بغير المسلم زواجا صحيحا وتعليل حكمها بإتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 ديسمبر 1962، ومذكرة أيضاسموها عن التشريع الوطني .عبد السلام أديب، المرجع السابق، ص. 5.

[74]-Cf. Cour de cassation, 31 janvier 1966 - Revue tunisienne de droit, 1968, p. 114.

بالإظافة إلى صدور مذكرة إدارية في تونس تمنع ضابط الحالة المدنية من إبرام أي عقد زواج بين مسلمة وغير مسلم في حالة إختلاف الدين (Disparité de culte) وعليه فإن إتفاقية نيويورك لعام 1962، التي صادقت عليها تونس سنة 1968 محكوم عليها بأن تخضع للنظام العام التونسي المبني على تعاليم الإسلام نظر للمكانة الخاصة التي للقواعد الشرعية فيها.

ولا شك أن دور القضاء هو حسن تطبيق القانون لذلك فهو مطالب بأن يطبق قاعدة الترتيب الهرمي للنصوص من تلقاء نفسه فهي مسألة تهم النظام العام، ولا جدال أن قمة هرم القواعد القانونية يحتلها الدستور، فقواعد الدستور هي حجر الأساس في البنيان القانوني للدولة وعلى أساسها تتحدد فكرة الشرعية بالنسبة لباقي القواعد القانونية في الدولة.

وما هو ملاحظ مما سبق بيانه إمكانية أن يقع المشرع الجزائري فيما وقع فيه المشرع التونسي[75] الذي لم يأبه لهذا التحايل والغش على القانون، وهذا ما يؤدي بالتأكيد إلى التشجيع على التحايل وعدم الإستقرار القانوني الذي يعدّ من أهم عوامل إستقرار النظام الأسرى الذي يتحقق به بالمحافظة على أسمى العلاقات الإنسانية من ودّ أسرى وتوافق عاطفي لأجل أسرة متماسكة[76].

وما تجب الإشارة إليه عدم معالجة المشرع لمسألة التغيير من الإسلام (الردة)[77] ولم يضع الجزاء العقابي على هذا الفعل بإعتبار أنه من المقرر شرعا أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم.

ولقد نص المشرع الجزائري بالمادة 138 من قانون الأسرة على عدم توريث المرتد، وحرمانه من ذلك كجزاء مدني مقرر لردته، ولم يعالج المشرع مسألة مركزه القانوني في حالة تزويجه.إلا انه من خلال إعمال القواعد الفقهية[78] بإعتبار أنه لا يرث فمن باب أولى أنه لا يمكن تزويجه .

---

[75] – فقد جاء في نص تحفظ الجزائر أنه " تعلن حكومة الجزائر أن نصوص المادة 16 الخاصة بالمساواة في الحقوق بين الرجال والنساء في كافة الأمور المتعلقة بالزواج خلال الزواج وعند فسخه على حد سواء ينبغي ألا تتعارض ونصوص قانون الأسرة الجزائري". صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2006،ص. 212-213.

[76] – خالد العبد الجليل، ثغرات قانونية في ميزان العدالة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، (د.س.ن)، ص. 45.

[77] – الردّة : هي الرجوع في الطريق الذي جاء منه، وهي مثل الإرتداد، الإ أنها تختص بالكفر والمقصود بها هنا: رجوع المسلم ، العاقل البالغ، عن الإسلام إلى الكفر بإختياره دون إكراه من أحد، سواء في ذلك الذكور والإناث. فلا عبرة بارتداد المجنون ولا الصبي لأنهما غير مكلفين.

[78] – أما إذا كان الزوجان مسلمين و إرتد أحدهما عن الإسلام إلى دين سماوي آخر ، فالمشهور في مذهب مالك أنه يفرق بينهما بطلاق بائن سواء كانت الردة من الزوج أو من الزوجة ، قبل الدخول أو بعده ، بل حتى و لو بدلت المسلمة دينها الإسلامي بالمسيحية أو اليهودية ، لأن من إرتد عن دينه أعتبر عديم الملة و الدين. فإذا كان قصدها الردة هو الوصول إلى الطلاق فإنها لا تجاب إليه ، معاملة لها بنقيض قصدها.أنظر ، عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص. 226.

ولم يعالج المشرع العقابي هذا الوضع القانوني منعا أوعقابا، مما يؤدى إلى وجود مراكز قانونية للأفراد يحكمها النظام العام في مواجهة فراغ قانوني.

وفي الحقيقة، إن حظر الزواج المختلط أمام إنعدام الردع العقابي يترتب عليه أثار إجتماعية وقانونية سيئة جدا كإنجاب أولاد خارج إطار العلاقة الزوجية و الغش على القانون وذلك بإقدام الراغبين بالزواج على تغيير الدين لغاية الزواج فقط، كما أن الكثير من جرائم الشرف تعقب حالات الزواج المختلط التي غالبا ما يرفضها المجتمع نتيجة لتكريس القوانين لها[79].

ويكون رفض المجتمعات المحافظة، أكثر حدّة ووضوح في مسألة الخروقات الحاصلة في عمليات التلقيح الإصطناعي. فكيف هي نظرة المشرع المغاربي لهذه الحالة ؟

المطلب الرابع

ترتيب المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الإصطناعي

إن نطاق الحماية الجنائية للجسم البشرى أصبح محل تأثير كبير نتيجة أنماط السلوك المستحدثة التي أفرزتها الثورة العلمية البيولوجية الحديثة، خصوصا مع بروز الأهمية العلمية لبعض المكونات الجسمانية التي لم تكن مسألة إستهدافها من جانب الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، وضرورة إحاطتها بنطاق متين من الحماية القانونية على جدول أولويات رجال القانون بوجه عام وفقهاء القانون الجنائي على وجه الخصوص[80].

هذا الأمر الذي جعل رجال القانون والطب وعلم أخلاقيات العلوم الإحيائية يحاولون التوفيق بين المصالح المتعارضة والمبادئ المتناقضة في مجال العمليات الطبية، فمن مبدأ إستقلالية الشخص وسيادته على كيانه المادي إلى مبدأ الحرمة النسبية لذلك الكيان وضرورة الحفاظ على كرامته الآدمية ومن مبدأ حرية البحث العلمي والتجريب إلى مبدأ المنفعة العلاجية ومصلحة الأسرة في سلامة أفرادها[81].

---

[79] – علي عبد القادر عثمان، المرجع السابق، ص. 23.

[80] – جاسم الدين الأهوانى، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص. 101.

[81] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشرى في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص .06.

ويبدو واضحا ذلك التعارض والتضاد بين هذه المبادئ المختلفة مما يرجح إستحالة التوفيق بينها ودمجها جميعا في منظومة قانونية واحدة نتيجة كثرة المشاكل التي قد تنجم عن الأخطاء الطبية، خاصة في مجال التلقيح الإصطناعي لدى الأزواج، وهذا نظرا لعدم التقيد بالضوابط والشروط المنظمة لهذه العملية[82].

فأمام هذا الوضع هناك بعض الأفعال التي غفل المشرع الجزائي عن تجريمها في نصوص عقابية فيما يتعلق بجرائم الأسرة، أمام إنعدام دراسات سابقة تناولت معالجة المسألة مما يمكن إعتباره على أنه فراغ قانوني، على خلاف بعض التشريعات المقارنة التي جرمتها. مما يقتضى معه الأمر إلى وجوب النظر في معالجة هذه المسائل ضمن القوانين المقارنة – كمسألة التغيير الجنسي– لما تشكله من خطورة تمس نظام الأسرة بصفة خاصة وثوابت المجتمع بصفة عامة والحال كذلك بالنسبة في حال مخالفة ضوابط عملية التلقيح الإصطناعي.

هذا الأمر يجعلنا نبحث في ما مدى تحقق الحماية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الإصطناعي وحدودها ضمن التشريع الجزائري؟ بما يضمن حماية الأسرة وذلك من خلال تحديد الخروقات الحاصلة في مثل هذه العمليات(الفرع الأول) ومعرفة مدى توافق التكييفات الواردة بقانون العقوبات مع هذه الخروقات (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

الخروقات الحاصلة و أثرها في مثل هذه العمليات

ساعدت الأساليب الفنية الطبية الحديثة الفرد على ممارسة حقه في الإنجاب إذا كان يعاني من العقم أوغيره من الحالات المرضية التي تصيب سلامة الجسم وتحول دون الإنجاب بالطرق الطبيعية.

فعدم الإنجاب بالطرق الطبيعية من المشاكل الإجتماعية والصحية التي ما تزال محل إهتمام العلماء والمفكرين في مختلف المجتمعات[83] لأن الإنجاب يحقق إستمرارية الأسرة والحفاظ عليها كمؤسسة إجتماعية تتشكل وفقا لطبيعتها من الزوجين والأولاد بصفة أساسية .

---

[82] – تنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الإصطناعي.
يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الأتية:
– أن يكون الزواج شرعيا،
– أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
– أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
لايجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة" .

[83]-Cf. RIVILLARD. Jean, L'insemination artificielle d' embryon,solutions et perspectives en droit interne et en droit comparé ,et les droits de l' homme devant la vie et la mort , Colloque de Besançan, Rev droit de l' homme, 1974 , P. 365 .

فإذا كانت عملية نقل الأعضاء تهدف إلى علاج وإنقاذ الشخص المصاب كيما ينهض سويا وفاعلا في أداء واجباته الإجتماعية[84]، فإن عملية نقل الأمشاج من الغير سوف تعطى نتائج عكسية تماما في حالة الخروج عن أصولها، إذ أن ما تفضي إليه هذه الممارسة من إختلاط الأنساب وتضارب وتشويش في العلاقات الأسرية وما لذلك من أثر على المجتمع (أولا) بالإضافة إلي وجود أبناء لأمهات غير متزوجات وإقصاء الأزواج عن أداء وظيفتهم الإجتماعية (ثانيا).

أولا

أثر الخروقات على المجتمع

إن حالة عدم الإنجاب لدي بعض أفراد المجتمع يشكل وجه من أوجه النقص التي تلحق الشخصية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة إذ يؤدي عدم القدرة على الإنجاب إلى الطلاق أو تعدد الزوجات حسب الحال. فمواجهة هذه الحالة قد يكون من خلال إتخاذ التدابير الطبية لتحقيق التلقيح الطبيعي، ويمكن التمييز بين التلقيح الإصطناعي الداخلي الذي يتم عن طريق نقل مني الزوج نفسه إلى زوجته، وبين التلقيح الصناعي الذي يتم عن طريق نقل مني رجل أجنبي إلى زوجته في صورة مساهمة الغير[85].

ذلك أن مجتمعا تباح به عمليات نقل الأمشاج والإنجاب الإصطناعي بمساهمة الغير لايختلف حالا بل هو أسوء من مجتمع تفشت فيه ظاهرة الزنا[86]، فلا فائدة إجتماعية ترجى من وراء هذه الممارسة المستحدثة طالما كان هناك عنصر أجنبي خارج نطاق العلاقة الزوجية سوف يشترك في إنجاب الصغير رجل المستقبل ولبنة المجتمع، وحاصل كل ذلك سيشكل ولا ريب وباء إجتماعيا.

والحكمة من تقرير الزواج هو إعتبار الزواج ليس مجرد علاقة فقط، بل هو رابطة طبيعية مقررة إجتماعيا[87]، الهدف منها الإستمرار لبناء وحدة إجتماعية عن طريق الإنجاب ورعاية الأطفال وتربيتهم كمواطنين صالحين[88] .

---

[84]- Cf. AKIDA .Mohamed , La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence , thèse, Université , Lyon, 1994 ,p .104.

[85] – مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص. 368.

[86] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 269.

[87] – "رابطة طبيعية" من بين مفاهيم علاقة الزواج المتداولة بعلم الإجتماع وفروعه .

[88]– أحمد يحي ، المرجع السابق، ص. 76.

وكون الزواج تنظيم إجتماعي وقانوني فهو يهدف إلى توجيه الحياة الجنسية إلى غرضها الإجتماعي كوسيلة للإنجاب وأساس للأسرة الشرعية التي بدورها نواة المجتمع بالإضافة إلى أنه يهدف إلى تفادى الخوض في العلاقات الجنسية ومنع إختلاط الأنساب. مما يتأكد معه قيام مجتمع على أسس سليمة يضمن تنشئة ذات قيمة مثالية لأفراد الأسرة و يقتضى مع هذا الأمر التعامل وفق سياسة جنائية تشكل ضمانة لمصلحة أولى بالرعاية وهى حماية الروابط الأسرية عن طريق حماية الزوجين من خروقات التلقيح الإصطناعي وأثرها.

بالإضافة إلى أن طبيعة العلاقة الأسرية أداة لإنسجام أفراد المجتمع وإنتشار المودة والرحمة بينهم، إما وأن تنقلب إلى وسيلة لإنتشار الفاحشة وإختلاط الأنساب نتيجة تجاوزات وخروقات عملية التلقيح الإصطناعي، فإن ذلك وحده كاف لتعميق الهوة بين أفراد المجتمع الواحد الذي سيتأثر أمنه وإستقراره لامحالة، بداية بالمساس بحق الزوجين في تمكينهم من إجراء عملية التلقيح الإصطناعي في إطار شرعي.

ثانيا

أثر الخروقات بالنسبة للزوجين

يعتبر الزواج العلاقة الشرعية الوحيدة لبناء أسرة سوية يفترض لها النجاح والإستمرار في تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله بعيدا عن أي بديل غير شرعي يهدف من خلاله إلى إيجاد نظام إنجاب غير شرعي كعملية التلقيح الإصطناعي التي لا يراعى فيه الضوابط الشرعية والشروط القانونية والطبية التي تأخذ مسمى الخروقات التي تتجاوز حدود هذه العملية بما يمس حق الزوجين في حرمتهما و إختلاط الأنساب.

بالإضافة إلى ما يشغله مجال التلقيح الإصطناعي حالات لهذه الخروقات – بصفة جلية– فإن هذه الأضرار يمكن أن تكون، نتيجة لحالة بعض الأشخاص، ذات طابع أخلاقي، التي تؤيد كراهية وإشمئزاز الزوج فالزوجان يعنيان هنا في حرمتهما "Leurs pudeurs" فيجب على الزوج إستعمال وسائل منبوذة أخلاقيا "réprouver par la morale" وتكون المرأة، مرات عديدة محل تصرف الطبيب[89].

خاصة وأن توازن أي جماعة إجتماعية مع المجتمع ينبع من المحافظة على هذه القيم والتحديات الأخلاقية والسلوكية التي تحافظ على الكيان الإجتماعي من الوقوع في عفن المشكلات، نتيجة لسوء

[89] – تشوار جيلالى، الزواج والطلاق ..،المرجع السابق، ص .155 .

التوافق وعدم القدرة على التكيف وقيم أخلاق الجماعة، وقد تتطور هذه الأوضاع بصورة سلبية إلى أن تصبح أمر مألوفا لدى الأزواج مما يشكل مجالا لتفكك الجماعة وإنهيارها[90].

بالإضافة إلى أن التلقيح الخارج عن محدداته القانونية له نتائج وأثار نفسية خطيرة فبالنسبة للزوج، فإنه يتعرض لصدمات وعقد نفسية لإحساسه بعدم القدرة على الإنجاب ولشعوره بالغيرة القاتلة التي قد تؤدى به إلى الإنتحار أو تدفعه إلى الجريمة[91].

وبالنسبة للزوجة فإن هذه العملية تثير فيها الرغبة الشديدة لمعرفة شخصية الشخص المانح أي الأب البيولوجي للطفل فيدفعها ذلك إلى التحقير من شأن زوجها والإشمئزاز منه والتقليل من شأنه وينتج عن ذلك عقد نفسية ومشاكل وتعقيدات واضطرابات داخل نطاق الأسرة مما يهدد إستقرارها ويفك أواصرها .وأما بالنسبة للطفل فيحدث إنفصال بين رابطة الدم ورابطة الأبوة والذي يعد إتحادهما وإندماجهما أساسا لنظام الأسرة[92]، ومن شأن هذا الإنفصال أن يؤثر على شخصية الطفل تأثيرا سلبيا لقدراته وذو طابع نفسي متهيج[93].

ثم إن حماية الرابطة الزوجية لا تقتصر على التلقيح الإصطناعي عن طريق نقل مني الزوج هكذا مطلقا بل تفترض موافقة كل الأطراف على العملية مما يدعو للتساؤل عن مصير الرابطة الزوجية في صورة القيام بهذه العملية دون إحترام إرادة أحد الزوجين[94] .

وهذا نتيجة عدم توافق بعض الممارسات في إطار عملية التلقيح الإصطناعي مع الفطرة الإنسانية والشريعة الإسلامية، عندما تتم عملية التلقيح الإصطناعي بإدخال طرف آخر في هذه العملية كالمتبرع بنطفته للزوجين الراغبين في الإنجاب أو عندما يتم التلقيح الصناعي عند وفاة أحد الزوجين أو طلاقهما أو من دون موافقتهما حال قيام الزوجية [95].

---

[90] – أحمد يحي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 54.

[91] – عبد الرحمن محمد عيساوي، علم النفس الجنائي، أسسه وتطبيقاته العلمية، الدار الجامعية، بيروت، 1990، ص. 59.

[92] – مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 406.

[93] – رمضان بن محمود بن ريانة، الأسرة وحمايتها من التفكك، دار سحر للمعرفة، تونس، 2013، ص .90.

[94] – مروك نصر الدين، المرجع السابق ، ص.424.

[95] – راشد أحمد محمد أمين الهرمودي ، المسؤولية الجنائية المترتبة على مخالفة ضوابط التلقيح الصناعي، معهد الدراسات القضائية، الشارقة، 2014، ص. 68.

وكون الزواج تنظيم إجتماعي وقانوني فهو يهدف إلى توجيه الحياة الجنسية إلى غرضها الإجتماعي كوسيلة للإنجاب وأساس للأسرة الشرعية التي بدورها نواة المجتمع بالإضافة إلى أنه يهدف إلي تفادى الخوض في العلاقات الجنسية ومنع إختلاط الأنساب، مما يتأكد معه قيام مجتمع على أسس سليمة يضمن تنشئة ذات قيمة مثالية لأفراد الأسرة و يقتضى مع هذا الأمر التعامل وفق سياسة جنائية تشكل ضمانة لمصلحة أولى بالرعاية وهى حماية الروابط الأسرية عن طريق حماية الزوجين من خروقات التلقيح الإصطناعي وأثرها[96].

أمام هذا الوضع لا بد من تأصيل المسألة من الناحية القانونية الأمر الذي يلزم لتحققه البحث على مناقشة مدى توافق التكييف الجزائى ذي العلاقة الوارد في قانون العقوبات، لتحديد المسؤولية الجزائية عن التجاوزات في إجراء هذا النوع من الممارسات الطبية المستحدثة[97].

الفرع الثاني

مدى مُلائمة التكييفات الواردة بقانون العقوبات مع هذه الخروقات

إن النصوص الجزائية لا يمكنها أن تستوعب كل التفاصيل المتعلقة بحماية الأسرة، نظراً للطبيعة الخصوصية لهذا الكيان الإجتماعي المصحوب بتطور ظروف الحياة الإنسانية ككل[98] أمام الغاية التي جاءت من أجلها النصوص التنظيمية ومنه قد تعترض المشرع بعض المسائل التي لا يمكنه تقييدها بنص وقد يغفل عنها. وهذا ما يعبر عنه – إن صح التعبير – بسكوت المشرع عن إيجاد نصوص تجريمية تتعلق بتنظيم الأسرة، أمام مبدأ الشرعية لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، مما يترتب عنه من عدم إمكانية القاضي أن ينشئ جرائم أو عقوبات عن طريق القياس أو التعسف أو الإستنتاج، بل إذا كان القانون لا يعد الفعل جريمة أو لاينص على عقوبة فيجب على القاضي أن يحكم بالبراءة[99]. وهذا ما يمكن التعرض إليه في الجرائم الماسة بنظام الأسرة في إطار عملية التلقيح الإصطناعي من خلال محددات السلطة التقديرية للقاضي الجزائي (أولا)، وحدود تدخل القاضي في حالة إنعدام النص الجزائي (ثانيا).

---

[96] – علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، المرجع السابق، ص. 17.

[97] – حسن محمد ربيع، المبادئ العامة للجريمة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 442.

[98] – حسن الساعاتي، بحوث إسلامية في الأسرة والجريمة والمجتمع، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص. 14.

[99] – جندي عبد المالك،الموسوعة الجنائية، المجلد الخامس، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1942، ص. 563.

أولا

مُحددات السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

إن سكوت المشرع الجزائي عن النص في بعض المسائل المتعلقة بالأسرة، أي عدم ورود حكم في القانون يتناول الحالة المعروضة قد يفسر على أنه منح سلطة تقديرية للقاضي الجزائي[100]. وهذا من خلال إعتماده التفسير القضائي كمحدد أول، فهنا يعتمد القاضي التفسير الضيق وهو البحث عن إرادة المشرع وقصده من النص دون توسع وهو ما يبرز مبدأ تبعية القاضي للمشرع [101].

حيث يحرم على القاضي التدخل في تجريم الفعل و بطريق غير مباشر فالمشرع تتجه إرادته إلى حماية المصلحة العامة والفردية وهو الإطار الذي يسير فيه القاضي، أي من خلال بحث المحكمة عن معنى القانون في القضية المطروحة أمامها ومن أجل هذه القضية فقط، وللمحكمة مبدئيا الحرية التامة في الأخذ بالتفسير الذي تراه صحيحا دون أن تكون مقيدة بأحكامها السابقة[102]، جاعلة من فكرة حماية النسب وكيان الأسرة – في حالة عدم تجريم حالة الإخلال بضوابط عملية التلقيح الإصطناعي – ضابط لإعتماد التفسير القضائي.

أما المحدد الثاني فيتمثل في إعتبار التفسير على أنه ثغرة قانونية بالنص الجزائي، مما يترتب عليه سهولة الإفلات من تحمل المسؤولية الجزائية، أي عدم تضمّن النص ما تقوم الحاجة إليه من أحكام جزئية أو تفصيلية[103]. وبالتالي يفتح المجال ضمن هذه الحالة إلى حصول المساس بالروابط الأسرية لاختلاط الأنساب بالدرجة الأولى، هذا دون تحقيق المتابعة الجزائية لإنعدام مبدأ الشرعية.

كون مبدأ الشرعية يقوم على عنصرين وهما خضوع الفعل لنص تجريمي، أي يجب أن يكون مصدر التجريم منحصرا في نطاق النصوص القانونية المكتوبة[104] ، بالإضافة إلى شرط عدم وجود سبب من أسباب

---

[100] – سمير العمارى، تأثير القرابة على الجرائم والعقوبات، دراسة تحليلية، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2002، ص. 01.

[101] – عبد الله سليمان، شرح القانون العام الجزائري، الجريمة، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر،2002، ص. 85.

[102] – جندي عبد المالك، المرجع السابق، ص. 565.

[103] – يقصد بالقصور في التشريع، عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية، ويتحقق القصور في التشريع متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الإجتماعية السائدة.

[104] – المادة 01 من قانون العقوبات الجزائري " لاجريمة ولاعقوبة أو تدابير أمن بغير قانون.

الإباحة وهذا العنصر يمحو الصفة الإجرامية للفعل ويجعله فعلا مباحا[105] ويشترط المبدأ كذلك عدم إتسام الفعل بالمشروعية كحق ممارسة الأعمال الطبية، إذ يعترف القانون بمهنة الطب ويبيح ما يدخل ضمن إختصاصها من شروط أهمها الإختصاص في العمل وموافقة المريض على العلاج[106] وعدم الخروج عن الضوابط العلمية والقانونية في التدخلات الطبية كحالة التلقيح الإصطناعي.

هذا الأمر تخضع له وضعية كل تجاوز لمشروطات وضوابط التلقيح الإصطناعي مما يفتح المجال لإمكانية إستغلال هذه المحددات من طرف دفاع المتهم ولصالحه للإفلات من المسائلة الجزائية وما لذلك من أثر، أو أن يكيف القاضي الوقائع التي تتناسب مع الوقائع بإعتماده محدد إنعدام النص الجزائي.

لذلك وجب معرفة حدود تدخل القاضي في مدى ملائمة التكييفات في حالة إنعدام النص الجزائي.

ثانيا

حدود تدخل القاضي في حالة إنعدام النص الجزائي

أي تحديد مجال تدخل القاضي الجزائي في حالة وجود فراغ قانوني يحكم المسألة المعروضة عليه، وحالة ذلك غياب النص بقانون العقوبات الجزائري يجرم الخروق المتعلقة بمثل هذه العمليات نتيجة الإستهتار وعدم المبالاة بعواقب الخطأ في مثل هذه العمليات الحساسة.

وكصورة لذلك التدليس الواقع في هذه المسألة في حالة ما إذ تم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بإستعمال الحيلة من قبل الزوج من أجل الحصول على موافقة الزوجة عليه وذلك بحصوله على سائل منى من رجل آخر ويقدمه لتلقيح زوجته موهما إياها بأن السائل المنوي مستخلص منه[107]، كما يمكن أن يصدر التدليس من الزوجة.

---

[105] – المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري لاجريمة:

[1]– إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون،

[2]– إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء.

[106] – بالعاليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص. 94.

[107] – العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظم الإنجاب الإصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، الجزائر، 2000، ص. 141؛ حمدي عبد الرحمان، أثر التطورات الطبية الحديثة على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فكرة الحق، دار الفكر العربي، مصر، 1979، ص. 44.

وهنا يفتح المجال للقاضي لإمكانية مسائلة الطبيب الذي يقوم بالتلقيح الإصطناعي للزوجة بعد إيهامها بأن السائل المنوي مستخلص من زوجها، وهو في الحقيقة لشخص آخر، بإعتباره فاعلا للجريمة و حتى ولو تم ذلك بعلم الزوج ورضاه، لأن رضا هذا الأخير لايمحى عيوب الإرادة التي شابت رضي الزوجة، ويسأل الطبيب هنا عن جريمة الفعل لمخل بالحياء بالعنف المعاقب عليها بالمادة 335 فقرة الأولى من قانون العقوبات لكون التلقيح أجري على الزوجة بدون رضاها[108].

ولقد ذهب جانب من الفقه[109] إلى أن جريمة هتك العرض[110] تعد واحدة من الثغرات القانونية لسد الفراغ التشريعي وفتح المجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي في تكييف المسؤولية عن القيام بنقل الأمشاج من الغير وخارج نطاق العلاقة الزوجية.

فقرر بصدد ذلك – الفقه – أنه طالما ثبت عدم مشروعية هذه الممارسة الطبية إبتداء، فإن عمل الطبيب إذ ذاك سوف يغدو مجردا عن سبب الإباحة (إستعمال الحق) وبالتالي فإن ما يأتيه الطبيب من أفعال كانت تستظل تحت نطاق هذا السبب العام من أسباب الإباحة سوف تصبح خاضعة لنصوص التجريم التي تحكم كل منها بحسب طبيعته ولما كانت عملية نقل الأمشاج تفترض بداهة إطلاع الطبيب على عورات المساهمين فيها، فإن فعله هذا سوف يشكل ولا ريب جريمة هتك العرض.

ومن خلال تعريف جريمة هتك العرض، فإن علة التجريم تتمثل في حماية العرض الذي يشكل خدش عاطفة الحياء لدى الشخص إنتهاكا له وإعتداء عليه لذلك فإن هذه الجريمة لا يتصور قيامها إبتداء إلا بإنعدام رضاء من ترتكب ضده، والحاصل أن جريمة هتك العرض تفترض على الدوام عدم رضا المجني عليه بما وقع عليه من أفعال ماسة بجسمه وخادشة لحيائه، ولما كانت عمليات نقل الأمشاج إنما تفترض – بل ومن شروط وضوابط ممارستها – موافقة المانح والمتلقي موافقة صريحة لا لبس فيها على كافة الإجراءات الطبية الممارسة، فإنه لا يتصور والحالة هذه مساءلة الطبيب الذي قام بإجراء العملية عن جريمة هتك

---

108 – تشوار جيلالى، رضا الزوجين ...، المرجع السابق،ص. 69. تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، م ع ق إ، كلية الحقوق، تلمسان، 2006، عدد 04، ص. 93.

109 – رأى محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، مركز الدراسات العربية العالية، 1962، ص. 281. محمود نجيب حسنى، تقرير مقدم **في** ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، القاهرة، 1962، ص.123.

110 – يتحقق فعل هتك العرض بكل فعل يخدش على نحو جسيم الحياء العرضي للمجني عليه ولو لم يصل إلى حد الإتصال الجنسي التام، ويصح أن يقع على الرجل كما يقع على المرأة، كما يتصور أن يكون الجاني فيه رجلا أو إمرأة على حد سواء.

عرض بالعنف أوالتهديد[111]. والواقع أن تبنى هذا النموذج الجرمي لتحديد المسؤولية الجنائية يؤدى إلى نتائج شاذة.

فمن ناحية، فإن التجريم سوف يكون منصبا دائما على عملية تلقيح المرأة بالأمشاج أو إستقطاعها منها وذلك لكون الفعل يحتم على الطبيب الكشف على عورة المرأة محل الممارسة، بخلاف الرجل المانح الذي لم يضطر إلى الكشف عن أي جزء من جسمه أمام الطبيب، إذ ما عليه إلا أن يقوم من تلقاء نفسه بإفراغ السائل المنوي في الأنبوب المخبري ويسلمه للطبيب، فإن مثل هذا المانح لم يقع عليه ولم تمارس ضدّه أي أفعال من شأنها أن تشكل سلوكا يعاقب عليه القانون وهذا يعنى وجود أطراف متعددة أمام عمل طبي واحد.

إلا أن مُساءلة الطبيب جنائيا تقتضى تجزئة المسؤولية فيسأل جنائيا عن فعل التلقيح أوإنتزاع البويضة، وتبرءا ساحته عن فعل إستخدام السائل المنوي الذي تنازل عنه المانح رغم كون هذه الممارسة لا يمكن لها أن تتم دونما مساهمة هذا الأخير فيها[112].

ومن ناحية ثانية فإن الإستناد إلى جريمة هتك العرض في تكييف المسؤولية الجنائية[113] عن القيام بعمليات نقل الأمشاج من الغير سوف يفضى إلى إنعدام المساواة في المسائلة الجنائية عن القيام بعملية التلقيح الإصطناعي من الغير وإخلال في تطبيق قواعد العدالة التي تقضى حتما مُسائلة كافة المساهمين في الجريمة.

ذلك أن المانح والمتلقي سوف لن يقعا تحت طائلة العقاب إذا ما أردنا الإستناد إلى هذا التكييف الجُرمى في ترتيب المسؤولية الجنائية عن هذه الممارسة على الرغم من كونهما هما الراغبان والساعيان إلى

---

[111] – عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 34.

[112] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص. 279.

[113] – جرى العمل القضائي سابقا قبل تعديل قانون العقوبات – بالقانون رقم 01/14 – من خلال المتابعات القضائية، على تكييف فعل هتك العرض بالعنف طبقا لنص المادة 336 الفقرة الأولى، على أساس أنه جريمة الاغتصاب والتي لم ينص المشرع الجزائري عليها ضمن قانون العقوبات وتكون المتابعة على هذه الجريمة على أساس ما يستشف من خلال جريمة هتك العرض من خلال تعبير le viol مما يعنى عملية الإغتصاب. وإذا كان بغير عنف يوصف على أنه فعل مخل بالحياء المعاقب عليه بنص المادة 335 من قانون العقوبات التي تقضى بأنه " يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك". إلا أن المشرع أورد تعديل يضع حد لهذا الإجتهاد بالنص صراحة على جريمة الإغتصاب بالقانون رقم 14 /01 مؤرخ في 04 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 4 فبراير سنة 2014، يعدل ويتمم الأمر رقم 66 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

إجراء عملية نقل الأمشاج وما الطبيب إلا أداة ينفذان من خلاله هذه الرغبة، فكيف يسوغ أن يفلت من كان مثلهما من العقاب ويسأل الطبيب بمفرده وكأنه هو الجاني وأما المانح

والمتلقي فهما الضحايا المخدوشة عاطفة الحياء لديهما وهما في واقع الأمر ابعد ما يكونان عن مثل هذه العاطفة، حيث إرتضيا أن يختلط ماؤهما وتلتقي أمشاجهما دونما وجود رابطة شرعية[114].

وواضح إذن ومما تقدم أن جريمة هتك العرض بصورته البسيطة (بدون عنف) أو عن طريق العنف لا تبدو فاعلة في حل مشكلة تحديد المسؤولية الجنائية عن القيام بعملية التلقيح الإصطناعي بمنى الغير لما سبق ذكره أمام إنعدام النص الجزائي الذي يقر المسؤولية الجزائية.

وفيما يتعلق بسلطة القاضي التقديرية في تكييف الواقعة على أساس أنها جريمة زنا ومحاولة مطابقتها على عمليات نقل الأمشاج وعلى وجه التحديد فعل التنازل عن الحيوانات المنوية بغرض تخصيب من تربطها بالمانح علاقة زوجية حالة وقائم، فإن أوجه القصور التي تشوب هذا النموذج لا يبدو على درجة من المواكبة لمستجدات العلوم الطبية ذلك أن القواعد التي تحكم جرائم العرض وبصفة خاصة ما تعلق منها بجريمة الزنا وإن كانت تتفق مع الشريعة الإسلامية في تطلب شرط الإتصال الجنسي المباشر والفعلي بين الزاني والزانية كي تتفق وهذه النتيجة. إلا أن القانون يقف عاجزا وصامتا إزاء هذه الصورة من الممارسات المستحدثة الماسة بالأعراض والمؤدية إلى إختلاط الأنساب.

وأياً كان من الأمر، فإن الإتصال المباشر بين الزاني والزانية يظل واحد من بين أهم الأركان التي بدونها لا تقوم لجريمة الزنا قائمة على الإطلاق[115] بالإضافة إلى أركان أخرى يتطلبها القانون في هذه الجريمة حتى يمكن مُساءلة مرتكبها جنائيا وهى في نفس الوقت تحول دون إمكانية إستيعابها في عمليات نقل الأمشاج من الغير حتى ولو إعتبرنا أن الإتصال البيولوجي عن طريق نقل الأمشاج يعد بمثابة الوقاع الحُكمي والذي قد يرى البعض إمكانية قيامه مقام الوطء والوقاع الفعلي[116] فإن ثمة تفرقة يقيمها المشرع

[114] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ، ص. 279.

[115] – فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص. 259.

[116] – لقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن إعتبار فعل نقل الحيوانات المنوية من الغير إلى الزوجة بمثابة الزنا لوجود ذات المعنى في هذين الفعلين اللذين يتضمنان إستدخال ماء أجنبي في حرث الزوجة لذلك فإنه لا بأس من التوسع في تفسير مفهوم جريمة الزنا كيما تستوعبه الصورة المستحدثة من صور الممارسات الطبية العلاجية .حسنين عبيد، التقرير السابق المقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي ،1962، ص. 143.

المصري بين زنا الزوج وزنا الزوجة تجعل من العسير إدراج عمليات التلقيح الإصطناعي في مراتب وحكم هذه الجريمة .

و إذ ما إتجهنا في التوسع في هذه المسألة وفق نظرة المشرع المصري، عما يميز جريمة زنا الزوج عن زنا الزوجة من حيث الأركان والشروط ومقاربته بما هو واقع في عملية نقل الأمشاج، فإنه يتكون رأي غريب وشاذ في هذا النموذج يحول وإمكانية تكييف المسؤولية الجنائية عن فعل التنازل عن السائل المنوي بغرض تلقيح الغير به على أنه زنا، ويتمثل هذا الركن في ضرورة أن يكون الزنا الواقع من الزوج قد إرتكب في منزل الزوجية.

ومهما توسعنا في تفسير مفهوم ومدلول منزل الزوجية في هذا الصدد، فإنه لا يمكن بأي حال لهذا الركن أن ينطبق على المعامل والمختبرات الطبية التي يتم فيها عادة إجراء عملية التلقيح الإصطناعي ومن غير حضور المتبرع، بل الشخص قد يذهب ويودع سائله المنوي ولا يتم تلقيح الراغبات في الحمل به إلا بعد مدة طويلة قد ينتقل السائل المنوي خلالها من مكان إلى آخر.

وفي كل الأحوال، فإن القول بإعتبار مثل هذه البنوك أو ما يناظرها من مستشفيات ومختبرات بمثابة منزل الزوجية يبدو من العسير جدا التسليم به أو حتى مجرد تصوره في النظام القانوني القائم الذي يحكم هذا النوع من الجرائم وإلا كان من باب أولى أن نعتبر كل مكان يطأ فيه الزوج امرأة غير زوجته بمثابة منزل الزوجية[117].

وبالتالي تنعدم المساءلة الجزائية تطبيقا لمبدأ المشروعية في قانون العقوبات وبالتالي إفلات المجرم من العقاب وعدم تحقق الغاية النفعية للنصوص القانونية.

كما أن بعض التشريعات سلكت مسلكا مخالفا لما ذهب إليه المشرع العقابي الجزائري، بحيث رتبت جزاء على كل عملية إستدعت تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعية،كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الليبي الذي دعي إلى تجريم التلقيح الإصطناعي في حالة ما إذا كانت الحيوانات المنوية من غير زوج المرأة، في المادتين 403 مكرر (أ) و403 مكرر(ب) من قانون العقوبات الليبي[118].

---

[117] – مهند صلاح أحمد فتحي العزة ، المرجع السابق، ص. 276.

[118] – إدوار غالي الذهبي، جريمة التلقيح الإصطناعي في قانون العقوبات الليبي، ط 1، بنغازي، منشورات الجامعة الليبية، (د س ن)، ص. 131؛ المادة 403 مكرر(أ) و 403 مكرر(ب)، نشر هذا القانون، رقم 175 الصادر عن مجلس قيادة الثورة في الجريدة الرسمية، عدد 61 بتاريخ 1972/12/23.

فقد جاء في نص المادة 403 مكرر (أ) أنه:" كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أوالخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات.....وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمسة سنوات إذا كان التلقيح برضاها، وتزاد العقوبة بمقدار النصف إذا وقعت الجريمة من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم "

أما المادة 403 مكرر (ب) فتنص على أنه :" تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات، و يعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا كان التلقيح بعلمه ورضاه وسواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير"

وبهذا يكون التشريع الليبي نموذج في تحديد الإطار العام للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي ومجال تدخله بالنص صراحة على تجريم الفعل[119]، بالإضافة إلى تدارك الإغفال التشريعي وما يترتب عليه من أثر.

بخلاف التشريعين التونسي والمغربي اللذين لم يتناول المسألة المعروضة بالرغم من النص على إمكانية إعتماد تقنية التلقيح الإصطناعي ضمن تشريعهما، إكتفاء بما تم إيراده من شروط توقيع عملية التلقيح الإصطناعي وهذا كضمانات لعدم حصول أي خروقات تشكل حد أدنى لحماية الروابط الأسرية.

لذا يبقى سكوت المشرعين الجزائري والمغربي عن تجاوزات عملية التلقيح الإصطناعي من حيث التجريم أو العقاب محل جدل وإستفسار يستدعي تدخل المشرع لتحديد موقفه منها بصراحة ووضوح، راسماً خطوة للأمام وضرورة ملحة تقتضيها المحافظة على النظام العام و الآداب العامة لمقومات الرابطة الأسرية والمجتمع، بالإضافة إلى وجوب إحتواء مسائل أخرى بالدراسة كمسألة التغيير الجنسي.

المطلب الخامس

مسألة التغيير الجنسي

يعد إجراء عمليات تغيير الجنس ضمن الدول العربية والإسلامية غير مسموح به على المستوى الطبي وأيضا على المستوى الديني نظرا لتعارض ذلك مع فتاوى غالبية علماء الدين ولوائح النقابات الطبية، ونظرا لما تحمله تلك العمليات من مشكلات هائلة على المستوى الفردي والإجتماعي قد لا يقدرها الأشخاص المصابون بالتخنث في غمرة حماسهم لإجراء عمليات التحول.

[119] – إستمد المشرع الليبي هذه السياسة التشريعية نقلا عن المشرع الإيطالي، الذي يجرم التلقيح الإصطناعي بحيث لا يجوز إستعمال الخلايا التناسلية للزوج في حالات ثلاثة : وهي بطلان الزواج أو الطلاق و الإنفصال ووفاة الزوج.

فقد ثبت من دراسات عديدة أن إجراء عمليات التحول لا ينهى المشكلة بل يظل الشخص في دوامة من المتاعب النفسية والإجتماعية حتى في المجتمعات التي تقبل إجراء مثل هذه العمليات، هذا فضلا عن التشويه الجراحي البالغ في الأجهزة التناسلية وفي الجسد عموما والذي يجعل الشخص غير قادر على الحياة الطبيعية التي يتمناها، ولهذا تكثر نسب الإضطرابات النفسية والإنتحار في الأشخاص الذين أجريت لهم عمليات التحول الجنسي.

حيث يترتب عليها حقوقا وواجبات وتغيرات في التركيبة الجسدية والنفسية وما يتبعهما من تغير في الدور الإجتماعي وتأثيرات على الأسرة والمجتمع[120].

إذ جاء موقف الشريعة الإسلامية من هذه القضية موقفا صارماً وزاجراً ، وهذا حفاظا على أنوثة المرأة ورجولة الرجل[121] . وهذا واضح وجلي من خلال آيات قرآنية كثيرة منها قوله تعالى " أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَى. ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى فَجَعَلَ. مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأُنثَى" [122] ، وقوله تعالى " وَلأُضِلَّنَّهُمْ وَلأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الأَنْعَامِ وَلآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ وَمَن يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِّن دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُّبِينًا" [123].

وقوله تعالى "وَلاَ تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُواْ وَلِلنِّسَاء نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُواْ اللَّهَ مِن فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا " [124] .

ولقد إنتشرت هذه الظاهرة في الآونة الأخيرة وأثارت ضجة كبيرة حول إباحتها أو تحريمها. فإختلفت الآراء فقهاً وإجتهاداً في فرنسا حول هذه المسألة. فعارض رأي من الفقه هذا الأمر متمسكا بمبدأ إلزام الشخص على تحمل حالته الطبيعية على الشكل المشدد، ورأي أخر تقبلها بالوجه المرن قابلا بها ضمانة لتجنب ما يتحمله من أضرار نفسية من غير نص عليها[125] .

---

[120] – محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، 2010، ص. 468.

[121] – فعملية التحول الجنسي مثلا من أنثى إلى ذكر تتطلب إزالة الرحم والمهبل، وإزالة الثديين وتركيب ما يشبه العضو الذكرى الصناعي الذي ينتصب بمنفاخ أو ببطارية تزرع في أعلى الفخذ ، وتناول هرمونات ذكرية لتغيير شكل الجسم والعضلات ولتغيير نغمة الصوت، وهى أشياء وتغييرات جذرية في تركيب الجسد لا يمكن استدراكها أو استعادتها بعد ذلك، كما أن ذلك لا يمكن الفتاة المتحولة إلى ذكر من أن تمارس الدور الجنسي الطبيعي للذكر.

[122] – سورة القيامة، الآيات 37، 38، 39.

[123] – سورة النساء، الآية 119.

[124] – سورة النساء، الآية 32.

[125] – تشوار جيلالى، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص .21؛ علي عبد القادر عثمان، المرجع السابق، ص. 23.

وإن القضاء الفرنسي اليوم أخذ بمبدأ التغيير وفقا لشروط محددة[126]. وحتى القضاء المصري [127] .

وهذا ما لانجده ضمن التشريع الجزائري أو تشريعات المغاربية التي إختلفت رؤاها للمسألة (الفرع الأول)، مما يتطلب وجوب الإحاطة بالمعرفة لتطبيقات القضاء لذلك (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

إنعدام الوصف الجزائي لفعل التغيير

تغيير الجنس من المسائل الشائكة[128] في جميع قوانين البلدان العربية وحتى غير العربية وغير المسلمة لما لذلك من أثر على إستقرار المراكز القانونية للأفراد[129]. إذ أن المشرع الجزائري وقف صامتا أمام هذه المسألة ولم يورد نصا صريحا يمنعها رغم المشاكل القانونية والأخلاقية التي تطرحها هذه القضية والتي قد تهدد كيان الأسرة إذ ما قام أحد الزوجين بتغيير جنسه[130] .

وأن قانون الحالة المدنية التونسي لم يتناول مسألة تغيير الجنس لما لهذا القانون من تعلق بالشرع الإسلامي[131] في إسناد اللقب وتحديد السلسلة النسبية وغيرها فإنه لم يتناول وضعية الجنس غير الظاهر أو وضعية الخنثى مثلا .

---

[126] – تشوار جيلالى، الزواج والطلاق...، نفس المرجع، ص.24 - 27 .

[127] – تشوار جيلالى، الزواج والطلاق...، نفس المرجع، ص. 27- 28.

[128] – وهذا ما نجده من حالات أثارت إشكالات ضمن النقابات الطبية كحالة طالب طب الأزهر سيد محمد عبدالله (سالي) و تفاصيلها أن الطالب (السنة الخامسة كلية طب الأزهر أجرى عملية جراحية لتغيير جنسه وإزالة مظاهر الذكورة في مستشفى الزمالك بتاريخ 1988/1/29. وقد قام بالجراحة المذكورة الدكتور عزت عشم الله و الدكتور رمزي قام بالتخدير و التي تكللت بالنجاح . وقد قام المستشفى بإصدار شهادات بذلك للطالب المذكور .وقد قامت نقابة الأطباء بالجيزة بمصر ، بإستدعاء الطالب المذكور والطبيبان ، وقامت بمناقشتهم ومعرفة التفاصيل ، مع دراسة حالة الطالب النفسية ، وفحصه بدنيا ونفسيا من قبل المختصين . وقد أصدرت النقابة قرارا تأديبيا بتاريخ 1988/11/8 بمعاقبة الطبيبين بشطبهم من سجل الأطباء وإسقاط عضويتهم من النقابة ومنعهم من مزاولة المهنة في أي صورة . وقد أعتبر المجلس أن هذه العملية تشكل إعتداءا على القيم والأخلاق ولم يكن لها أي مبرر طبي.

وقد إعتمدت النقابة على تقارير طبية عديدة منها تقرير طبي مؤرخ في 1987/10/31 المعد بناء على تكليف من قبل عميد كلية الطب بكلية الأزهربفحص الطالب وذلك قبل إقدامه على اجراء العملية التحويلية المذكورة . ومما جاء في التقرير أنه بالكشف على الطالب وجد أنه عنده ميول أنثوية سيكلوجيه (نفسية) إلا أنه من الناحية العضوية فإنه يتمتع بكل صفات وعلامات الذكورة ، كما أن صوته كامل الخشونة والرجولة ،و أن لامكان للعلاج الجراحي وتحويل الجنس وان العلاج ينبغي ان يكون نفسيا . وخاصة أن جميع الفحوصات الإكلينكية والمخبرية والموجات الصوتية تؤكد على أنه من الناحية البيولوجية ذكر كامل الذكورة.نجيب جبرائيل، مشاكل تحويل الجنس، المصري اليوم،09 ديسمبر 2009 ،عدد 909، ص. 12.

[129] – أحمد محمود سعد تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص.98.

[130] – هذا ما دفع لمناقشة بعض التساؤلات مثل هل الزوج أو الزوجة في حاجة إلى إذن الآخر قبل إجراء عملية تغيير الجنس؟ وهل زواجهم يلغى بطريقة آلية بعد ذلك ؟ وما الذي يحدث بالنسبة لصداق الزوجة أو ميراثها في حال أصبحت رجلا ؟.

[131] – من ذلك أن إسناد اللقب إنبنى على إعتبار أن الابن يدعى لأبيه وبني على قاعدة بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد ومنها أن جنس المولود يتحدد بتحديد الجنس عضويا وذلك من قبل أهل الخبرة " الاطباء " وبناء على العلامات الظاهرة والأعضاء التناسلية الظاهرة.

هذا الأمر – عدم التجريم – يرتب أثار فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الرابطة الأسرية، كالآثار المترتبة على بطلان عقد الزواج ، فالزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج فلا يجب به مهر ولا يثبت به نسب ولا تجب به العدة بعد المفارقة ولا تثبت به حرمة المصاهرة، وذلك لأن وجوده كعدمه[132] .

و لتغيير الجنس أثر على الميراث ، إذ حدد الشارع الحكيم سبحانه وتعالى نصيب كل شخص من الميراث وجعل نصيب الذكر مختلف عن نصيب الأنثى ومن ذلك قوله تعالى﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ [133] لذلك فإنه عند تغيير الشخص لجنسه فإن نصيبه في الميراث سيختلف عن ما إذا بقي على حالته الأولى فإذا غير جنسه إلى أنثى فإنه يأخذ نصيب الأنثى بحسب قرابتها من الميت وإذا غير جنسه إلى ذكر سيأخذ نصيب الذكر بحسب قرابته من الميت سواء كان ذلك بالفرض أو بالتعصب.

وأن المشرع المغربي لم يتطرق إلى قضية التغيير الجنسي وقد أدرجها في باب الشذوذ الجنسي، والذي لم يُفصل في صوره، لأن له مصلحة في ذلك، لأن التدقيق يخرج حالات أخرى من دائرة التجريم، وإستعمال المشرع لهذه المفاهيم العامة، من شأنه أن يشمل جميع الحالات في باب مفهوم الإخلال بالآداب والأخلاق العامة، وهذا ما يحقق نوع من الحماية الجزائية وفق تكييف الوقائع الحاصلة.

الفرع الثاني

إمكانية التجريم في إعادة تكييف الوقائع

وفق السابق الإشارة إليه ضمن مجال تكييف الوقائع فإن المشرع المغربي يدرج التغيير الجنسي ضمن الشذوذ الجنسي ويجرم الإخلال بالحياء العلني باعتبار درجة محافظة المجتمع وتحقيقه لنوع من الأمن الأخلاقي في محاربته لجميع مظاهر الشذوذ بما في ذلك المرتبطة بالجنس وأثرها على الروابط الأسرية ، خصوصا في الجانب المتعلق بالإرث.

كما أن المشرع المغربي المتشدد في موضوع تغيير الإسم العائلي من الصعب عليه قبول إجراء عمليات التغيير الجنسي إذ رفض القضاء المغربي في مرات عديدة دعاوى من أجل تغيير الإسم والجنس ، والذي يلجأ إليه كتحايل أمام عدم إجازة العمليات الطبية المتعلقة بتغيير لجنس.

---

[132] – أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص .102.

[133] - سورة النساء ، الأية 11.

هذا التحايل على النصوص نجده ضمن الدعاوى القضائية الفاصل فيها القضاء التونسي[134] والتي كان في ظاهر موضوعها طلب تصحيح رسم الولادة على أساس أن الطالب جنسه ذكر وليس أنثى مثلا، وهذا في إطار قانون الحالة المدنية، فأخذ القضاء بالتصحيح وفق رغبة المعني دون الحديث عن حالة الخنثى أو تغيير الجنس متناولة المسألة على أساس أنها لاتتعدى خطأ مادي في تحديد جنس المولود أمام إنعدام النص .

ولقد إعتبر بعض الفقه ضمن التشريع الجزائري إمكانية تطبيق نص المادتين 274 ق،ع المتعلقة بجريمة الخصاء والمادة 264 ق.ع المتعلقة بجريمة الضرب والجرح العمدي، وهذا نتيجة بتر أحد الأعضاء لتغيير المنظر الخارجي[135] . لكن هذه النصوص تطبق على القائم بالعملية الجراحية، دون المعني بعملية التغيير الجنسي. مما يبقي الوضع- الفراغ القانوني- على حاله، محتما إجراء مزيد من الدراسات والأبحاث لتطويرها وتحسينها، و يجب أن تحاط بالضمانات القانونية والشرعية الكافية حتى لا يساء إستخدامها بواسطة المرضى أو بواسطة بعض الأطباء، مما يشكل خطورة نتيجة عدم التجريم، هذه الخطورة لا تقل أهمية ضمن حالات العنف الواقع على الرجل في صورة العنف المعنوي – السحر – ضد الزوج .

المطلب السادس

العنف المعنوي أو النّفسي ضدّ الزّوج

إن الدارس والمطلع على القوانيين الجزائية ضمن الغالب الأعم من التشريعات المقارنة في معالجتها للظاهرة الإجرامية فيما يتعلق بإجرام المرأة فإنها تخضع لقواعد المتابعة والنصوص الجزائية العامة دون التفريد بالمتابعة الجزائية بأن الفاعل إمرأة إلا النادر القليل، فيما تعلق بإشتراط الفاعل أن يكون إمرأة .

[134] - إن المحكمة الإبتدائية بقفصة بتاريخ 12 فيفري 2007 توخت طريقة ذكية من خلال هذا الحكم فتحاشت الحديث عن الخنثى كما تحاشت الحديث تغيير الجنس وحاولت حسم الطلب المعروض عليها في إطار قانون الحالة المدنية جازمة ضمنا بأن لا وجه للحديث عن فراغ تشريعي في تناول وضعية الخنثى أو تغيير الجنس فتناولت المسألة على أساس أنها لا تتعدى خطأ حسيا في تحديد جنس المولود وقضت بإصلاح رسم الحالة المدنية ،وأن لهذا الحكم مدلولات قانونية بقيت معلقة وربما تحاشت المحكمة الخوض فيها إعتبارا إلى الوقائع المعروضة عليها ومنها قصر المدة بين الولادة والإصلاح وعدم ظهور أي عارض خلال تلك المدة فالإشكال يثور إذا حدث عارض بين تاريخ الإصلاح وتاريخ الولادة من ذلك مثلا موت مورث تلك البنت أو ذلك الولد فما هو نصيبه من الإرث وهل يقع إصلاح نسبته من الإرث إذا ما فتحت التركة قبل الإصلاح.

[135] – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص 32 ، 33؛ نص المادة 274 من قانون العقوبات" كل من إرتكب جناية الخصاء يعاقب بالسجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدت إلى الوفاة."؛ نص المادة 264 من قانون العقوبات "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل أخر من أعمال العنف أو الإعتداء ، يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما."

بالإضافة إلى إنعدام الوصف الجزائي وبالتالي المتابعة الجزائية لبعض الظواهر الإجتماعية التي تأخذ وصف الإجرام كظاهرة العنف المعنوي أو النفسي ضد الزوج.

وبإعتبار العنف المعنوي أو النّفسي ضدّ الزّوج ظاهرة إجتماعية مترسخة ومسكوت عنها، أفرزتها طباع الأشخاص وثقافة المجتمعات، وكشفت عنها المتابعات القضائية لما تركته من أثار سلبية، مست في جانب منها قيم الأسرة وأواصرها، وبذلك تأخذ هذه الظاهرة محور أوعنصر يمكن أن يكون موضوع إحاطة بالدراسة لإعتباره صورة من صور إجرام المرأة داخل الأسرة والمسكوت عنها.

فكيف هي المعالجة التشريعية لمواجهة هذه الظاهرة ؟

جاءت الشريعة الإسلامية بأحكام تقرر من خلالها تحريم السحر وأعمال الشعوذة [136] نظرا لأثارها السلبية على أفراد المجتمع[137]، وهى نفس الحكمة التي قررها المشرع من خلال تجريم هذه الأفعال، من خلال إعطائه للقاضي السلطة التقديرية في هذا المجال.

وتحدد السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال من خلال عرض وقائع تأخذ صور عنف ممارس ضد الرجل هو " العنف المعنوي أو النفسي" ضدّ الزوج ويكون في حالة غير عادية من طرف النّساء، يمكن إرجاعها لأسباب مختلفة[138]. هذا العنف الذي أصبح متفشيا و تمارسه في الغالب النّساء ضدّ الرّجال، يأخذ صورا متعدّدة[139].

ولإثراء الموضوع أكثر بالدراسة يكون من خلال معالجة الظاهرة من خلال لزوم تحقيق المتابعة الجزائية وتقريرها (الفرع الأول)، ووجوب تقدير الوقائع التي تأخذ صور العنف المعنوي (الفرع الثاني).

---

[136] – فعن " عمران بن حصين رضي الله عنه " قال: قال رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ :" ليس منّا من تطير أو تطير له، أو تكهن أو تكهن له، أو سحر، ومن أتى كاهنا فصدّقه فقد كفر بما أنزل على محمّد." ،و ما ورد بحديث مالك قال حدثني يحي عن مالك عن محمد بن عبد الرحمان بن سعد بن زرارة " أنه بلغه أن حفصة زوج النبي "صل الله عليه وسلم " قتلت جارية لها سحرتها ، وقد كانت دبرتها ، فأمرت بها ، فقتلت" ؛ مالك بن أنس، الموطأ، دار الأفاق العربية، ط 1، القاهرة، 2007، ص. 484. وثبت في الصّحيحين و المسند عن " بجالة بن عبدة " قال: " كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل موته بسنة: " أن اقتلوا كلّ ساحر وساحرة." قال: فقتلنا ثلاث سواحر." محمد أبو زهرة، الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، ج 2، دار الفكر العربي، القاهرة، (د س ن)، ص. 377.

[137] – يوسف مصطفى مشعل، السحر مرض العصر حقيقته . الوقاية منه . طرق علاجه على ضوء القرآن والسنة،ط 1، عمان، الأردن، 1996، ص. 28.

[138] – ويرى المهتمين بعلم الإجتماع أن " العنف ضد الرجال هو حالة غير عادية من طرف النساء يمكن إرجاعه إلى عدة أسباب، منها أنه كرد فعل ضد عنف الرجل".

[139] – سامية حسن الساعاتي، السحر والمجتمع، دراسة نظرية وبحث ميداني، ط 1، دار النهضة العربية ، بيروت، 1983، ص. 86.

الفرع الأول

الغاية من إشتراط وجوب تحقيق المتابعة الجزائية

فالمجتمع المغاربي يعرف أنواعا من هذه المشاكل، هذا الفعل الذي نعتبره عنفا ضدّ الرّجل إذا مارسته إمرأة، مستعينة بمجموعة من الوسائل لسلب إرادة الزّوج، بإقتناء مواد سامة، تضعها في الطّعام ضانة أنّها ستكسب بذلك محبّته و ستجلب مودّته[140]، غير أنّها تنسى أنّ هذه المواد ستؤثر على حالته الصّحية، نتيجة حصول تسمُمات ووفيات بتعطيل وظائف الجسم أو فقدان الزّوج لتوازنه النّفسي.

فوجوب تقرير المتابعة الجزائية هو تحقيق غاية الحفاظ على العلاقة بين الزوج والزوجة أوالوالدين كون هذه العلاقة سكنا للنفس وطمأنينة للروح وراحة للجسد[141]، وهى رابطة تؤدى إلي تماسك الأسرة وتقوية بنائها وإستمرار كيانها الموحد، والمودة والرحمة تؤدى إلي الإحترام المتبادل والتعاون الواقعي في حل جميع المشاكل والمعوقات الطارئة على الأسرة، بعيدا عن اللجوء إلي هذه السلوكيات المفسدة.

إذ يجب على الزوجين إدامة المودة في علاقتهما في جميع مراحل الحياة الزوجية. ومن أثار ذلك هو تحقيق التوازن الإنفعالي عند الأبناء بالأسرة[142].

و يعد تقرير المتابعة الجزائية ضمانة يتأكد من خلالها تدعيم صفة التقارب بين أعضاء الأسرة ووحدتها وتنظيم سلوك أفراد الأسرة بما يتلاءم مع الأدوار الإجتماعية المحددة لأفراد المجتمع وفقاً للنمط الحضاري، هذه الضمانة تتأكد من خلال سلطة القاضي الجزائي في تقدير الوقائع و تقرير العقوبة.

الفرع الثاني

تقدير الوقائع التي تأخذ صور العنف المعنوي

لا يمكن أن تحدّد مسؤولية المرأة عندما ترتكب السّحر، أمام هذا الوضع الناتج عن عدم وجود نص يقر بوجود هذا النوع من الجرائم، إلا أنه يمكن للقاضي الجزائي ضمن التشريعات المغاربية أن يكيف

---

[140] – سامية حسن الساعاتي، الناس والسحر، بحث في علم الإجتماع الغيبي، ط 1، الدار المصرية السعودية، 2006، ص. 120.

[141] – يتفق العلماء على أن للسحر أثرا، وعلى كفر من يعتقد حله ويختلفون في أن له حقيقة، أو أنه تخيل، كما يختلفون في السحر هل هو كفر أو ليس بكفر؟ وتبع في ذلك إختلافهم في الساحر.

فقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: يقتل الساحر بتعلم السحر، وبفعله، لكفره دون إستتابة.

وقال الشافعية والظاهرية: إن كان الفعل أو الكلام الذي سحر به كفرا ، فالساحر مرتد، ويجرى عليه حكم الردة الإ أن يتوب. سيد سابق، فقه السنة، ج 2، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص. 321.

[142] – عروبة جبار الخزرجى، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009، ص .21.

فعل السحر هذا على أساس جنحة إعطاء مواد ضارة كنص المادة 275 ق.ع الجزائري وحتى في تطبيق الظروف المشددة لعقوبة هذا الفعل طبقا لنص المادة 276 ق.ع .ج.

وكنموذج لذلك أيضا ما جاء بالفصل 413 م.ج.م بنصها " يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاث سنوات و غرامة من مائة و عشرين إلى خمسمائة درهم، من سبب لغيره مرضا أو عجزا عن الأشغال الشخصية، بإعطائه عمدا، و بأية وسيلة كانت، بدون قصد القتل، مواد تضر بالصحة.

فإذا نتج عن ذلك مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية تتجاوز مدته عشرين يوما فعقوبته الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

ويجوز علاوة على ذلك، أن يحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 و بالمنع من الإقامة، من خمس سنوات إلى عشر.

وفي حالة ما إذا نتج عن المواد التي أعطيت مرض لا يرجى برؤه، أو فقد منفعة عضو أو عاهة دائمة، فعقوبته السجن من خمس إلى عشر سنوات.

وجاءت تطبيقات ضروف التشديد لهذه الجريمة بموجب الفصل 414 بنصها " إذا كان مرتكب الجرائم المشار إليها في الفصل السابق أحد أصول المجني عليه أو فروعه أو زوجه أو المستحق في ميراثه أو من له سلطة عليه أو المكلف برعايته، فعقوبته على التفصيل الآتي :

1 – في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 413، الحبس من سنتين إلى خمس.

2 – في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 413 ضعف عقوبة الحبس المقررة في تلك الفقرة.

3 – في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من الفصل 413، السجن من عشر إلى عشرين سنة.

إذ يمكن للقاضى الجزائى أن يعتمد تكييف هذا السلوك المعنوي وفق أثاره الضارة ويعتمد النص العقابي المجرم لهذا الفعل.

وتفسير هذا الإعتماد راجع لكون الحماية التي يقررها القانون الجنائى للحق في سلامة الجسم أنها تشمل جميع جزئياته، سواء كانت تؤدي وظائف عضوية أو وظائف ذهنية وما يقوم به من وظائف خاصة بعملية التفكير.

ويعد الجسم القوة المحركة للشخص بما توحي به هذه المخرجات الذهنية من إستطاعة الحركة والعمل على تجنب كل ما يهدد بقاء الإنسان، أو تلك التي تؤدى وظائف نفسية كمراكز الإحساس والشعور بالجسم لأن السكينة النفسية تتمثل في تحرر جسم الإنسان من الآلام النفسية والعصبية التي تخلف أثارها على أجهزته النفسية والبدنية أو حالته النفسية[143].

وهناك رأي آخر[144] قد إستقر على أن الإيذاء النفسي يخضع لأحكام الضرب والجرح وحجته في ذلك أن حكمة التجريم تحرص وتتوخى عقاب من يضرب غيره محدثا له إرتجاجا في المخ أو يصيبه بعاهة مستديمة أو يحدث له الإصابة بمرض نفسي كالصرع ويؤدى بالتالي إلي إختلال الوظائف العصبية أو تأثر نسيج من أنسجة الأعصاب في الجسم يؤدى إلى مضاعفات عصبية يعانيها المجني عليه ألاماً نفسية وعصبية[145].

فهنا المجال واسع في مسألة التكييف القانوني الذي يعطيه القاضي لصور السلوك المتمثلة في العنف النفسي أو المعنوي مما يتبين معه وجود نوع من المرونة لتوسيع مجال الحماية الجزائية، من خلال سلطة القاضي الجزائي، مراعيا في ذلك ما يضمن بقاء أواصر الرابطة الأسرية قائمة، لأنه مهما كان التنظيم القانوني مُحكما فستظل هناك ثغرات قانونية لم يبلغها فكرالمشرع وقت التشريع كما سبق ذكره، مما يمكن معه إعمال السلطة التقديرية للقاضى في الحد من الجرائم. هذه السلطة التي تجد مجال لتطبيقها كذلك في حالة الثغرات القانونية ضمن قصور الحماية الجزائية للأسرة.

المبحث الثاني

الثغرات القانونية والسلطة التقديرية للقاضي الجزائي

إن تحقيق العدالة وفق فلسفة المشرع ليست مطلقة وستظل نسبية ما ظلت التشريعات إجتهادات بشرية يخالطها الخطأ ويعتريها النقص مع تقدم الزمن، ومهما أحكمنا التنظيم القانوني فستظل هناك ثغرات قانونية، 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 واجباً على كل مشتغل بالقانون (المطلب الأول).

143 – مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 56.

144 – محمود نجيب حسنى، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية القانونية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، 1957، ص. 528.

145 – مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 56.

قد ينص المشرع على مسألة قانونية لكن يترك تحديد تفاصيلها، وكيفية تطبيقها للسلطة التقديرية للقاضي، ونكون أمام هذا الوضع في حالة النص الغامض فيجب على القاضي الجنائي أن يؤوله ويبحث عن معناه الحقيقي الذي قصده الشارع، مثله في ذلك مثل القاضي المدني.

وللقاضي أن يستعين في ذلك بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية وأن يرجع إلى الأعمال التحضيرية وإلى النصوص السابقة التي أخذ منها وأن يقارن النص المراد تفسيره بالنصوص الأخرى المتصلة به وفي حالة الشك يجب أن يفسر النص بما فيه مصلحة المتهم[146] (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الثغرات القانونية

ومن صور ذلك أن المشرعين المغاربين نصوا على بعض الجرائم الماسة بنظام الأسرة إلا أنهم أغفلوا تجريم بعض الحالات أو بعض الأطراف المشاركين في الجريمة بما يمكن وصفه على أنه ثغرة قانونية يمكن للأفراد من خلاله أن لا يكون مشمولين بالحكم المنظم للحالة المعروضة بموجب النص القانوني ، حيث أن غاية ذلك يسهل عدم الإفلات من تحمل المسؤولية الجزائية، وهذا نتيجة عدم تضمّن النص ما تقوم الحاجة إليه من أحكام جزئية أو تفصيلية[147]. إذ يمكن أن يستغل دفاع الأطراف هذا القصور لمصلحة موكليهم .

ونلمس ذلك بداية من نشأة عقد الزواج في تجنب أطراف العقد الحصول على ترخيص قضائي لأجل إبرام عقد الزواج (الفرع الأول) أو حالة عدم التصريح بوضع المرأة في حالة العدة (الفرع الثاني) ويتعدى الوضع حالة جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم لوجود قرابة بالرضاع (الفرع الثالث) وحالة مخالفة شرط السن المستوجب للرخصة في إبرام عقد الزواج (الفرع الرابع).

الفرع الأول

في جريمة زواج القاصر دون ترخيص قضائي

بإعتبار الولاية تدبير الكبير الراشد لشؤون القاصر الشخصية و المالية، و هي نوعان ،ولاية على المال، ولاية على النفس و هذه الأخيرة هي ما تهمنا، و المتضمنة الإشراف على شؤون القاصر الشخصية.

[146] – جندي عبد المالك، المرجع السابق، ص. 564.

[147] – يقصد بالقصور في التشريع، عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه من أحكام تفصيلية أو جزئية، ويتحقق القصور في التشريع متى كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الإجتماعية السائدة.

إذ يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه و إدارة أمواله، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف[148].

ومن باب أولى وضع من يشرف على شؤونه الشخصية وتوجيهها وفق مصلحة القاصر مثل تحقيق شأنه في الزواج، مع وجوب مراعاة شؤون هذا القاصر تحت إشراف القاضي ، إذ لايملك ولى القاصر أن يزوجه بمجرد إعلان رغبته وقبوله بتزويج القاصر الذي يتولى شونه، وإنما وجب الحصول على ترخيص القاضي الذي يراعى في كل الأحوال مصلحة القاصر [149].

وتجيز قوانين الأسرة في بلدان المغرب العربي إستثناء إمكانية تزويج القاصر حيث تستلزم قوانين الأسرة بالمغرب والجزائر وتونس وليبيا صدور مقرر قضائي في الموضوع وموافقة النائب الشرعي، ووجود مصلحة للقاصر في هذا الزواج، أو وجود أسباب خطيرة، بينما يتيح القانون الموريتاني للولي تزويج القاصر متى رأى مصلحة راجحة له في ذلك دون ترخيص من القضاء.

إلا أنه يحدث وأن يتجاوز الأفراد شرط وجوب الحصول على رخصة لأجل تزويج القاصر كتحايل من الأفراد أوجده وأفرزه الفراغ التشريعي المقرر لفرض المتابعة الجزائية، أي عدم ترتيب المسؤولية الجزائية على الأشخاص المشاركين في إبرام عقد الزواج (أولا) وذلك من خلال تمكين الأفراد إلى تسجيل عقد الزواج بموجب حكم قضائي يقضى بتثبيت الزواج العرفي الحاصل والذي أحد طرفيه قاصر (ثانيا) .

أولا

إنعدام المسؤولية للأشخاص المشاركين في إبرام عقد زواج قاصر

جعلت جميع التشريعات المغاربية للأسرة شرط إستصدار الترخيص بالزواج للقاصر ولم تجعل لإنعدام الشرط موجب لإبطال العقد، حتى أن المشرع التونسي جعل الترخيص بالزواج لا يقبل الطعن بأي وسيلة من وسائل الطعن القانونية، عملا بالفصل 6 من م.أ.ش .

فإذا حدث وأن تم إبرام العقد دون الحصول على الرخصة المستوجبة فإن المشرع المغاربي وحماية لهذا المركز القانوني الجديد لم يرتب الجزاء العقابي على إشتراط تخلف الرخصة ومن ذلك ما نص عليه المشرع التونسي بموجب نص الفصل 5 من م.أ.ش على أن من لم يبلغ منهما 18 سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد

148 – و قد وضع المشرع الجزائري هذا النظام، فنص في المادة 81 من قانون الأسرة على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

149- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية- طبيعتها و أحكامها و تنازع القوانين فيها، دار الفكر العربي، 1980، ص. 40.

زواج، دون إذن خاص من رئيس المحكمة الإبتدائية. وجعلت زواج البنت القاصرة التي لم تبلغ سن الثامنة عشرة كاملة يتوقف على موافقة الولي والأم وإذن خاص من رئيس المحكمة الإبتدائية. ولا يعطى الإذن المذكور إلاّ لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين.

بإستثناء قانون الحالة المدنية وكذا العقوبات الجزائريين فقد كرسا العقوبة على ضابط الحالة المدنية وحده دون بقية الشركاء في هذه الجريمة طبقا للفقرة الأولى من المادة 441 من ق.ع المحال عليها بنص المادة 77 من ق.ح.م[150].

وكنموذج مقارن للتجريم، الواسع والصريح ما نجده ضمن القانون المدني الفرنسي الذي عاقب فضلا عن الضابط العمومي أطراف العقد – الزوج والزوجة – وحتى الأشخاص الذين يخضعون لولايتهم بغرامة تتناسب وثروتهم[151].

والموقف المتخذ من طرف المشرع الجزائري يجعل المشتركين في هذه الجريمة يفلتون من العقاب ليتحمل الضابط العمومي العقوبة وحده. في حين كان يتوجب أن تسرى المتابعة الجزائية كذلك على الزوجين، وعلى الأشخاص الذين مثلوهما في العقد، وعلى جميع الأشخاص الذين شاركوا أو ساهموا في ترتيبات إبرام عقد زواج القاصرين دون بلوغ السن القانوني أو دون الحصول على إذن ممن له سلطة منح الإذن بالإعفاء من شرط السن، وهذا ما كان ينص عليه القانون رقم224/63 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتعلق بتحديد سن الزواج[152].

---

[150] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص. 164.

[151] – L'art 192 du code civil dipose que "Si le mariage n'a point été précédé de la publication requise ou s'il n'a pas été obtenu des dispenses permises par la loi, ou si les intervalles prescrits entre les publications et la célébration n'ont point été observés, le procureur de la République fera prononcer contre l'officier public une amende qui ne pourra excéder 4,5 euros et contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune".

[152] – لقد تضمن القانون رقم224/63 في المادة الأولى منه على أنه " ليس للرجل قبل بلوغه ثماني عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها لست عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن.

المادة الثانية " يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي (المأذون) والزوجان وممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعوا السن بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من أربعمائة إلى ألف فرنك جديد، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

المادة الثالثة " يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب".

المادة الرابعة " ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين:

أولا: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية.

ثانيا: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت."

وهناك من يري[153] أنه إذا كان القانون رقم224/63 قد تضمن في المادتين 03و04 أحكاما وقواعد قانونية تتعلق بمعاقبة الأشخاص الذين يخالفون سن الزواج، وتتعلق بالطبيعة أو القيمة القانونية للعقود التي يتم عقدها أو إبرامها بشكل مخالف للمادة الأولى منه والتي ألغيت ضمنيا وحلت محلها المادة السابعة[154] من قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، فإن هذا القانون لم يعالج مثل هذه القواعد ولم يتضمن نصوصا أو قواعد تخالفها أو تماثلها، وينتج عن ذلك أن المادتين 03 و04 من القانون 224/63 ما زال بالإمكان تطبيقهما، وبالتالي إمكان معاقبة الزوجين وممثليهما الشرعيين وكل الأشخاص الذين يساهمون في إبرام عقد زواج لأشخاص لم يبلغ السن المحددة في القانون.

وعلى النقيض من ذلك يرى الأستاذ محمد محدة بأن المشرع لم يعط لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة له ذلك أن نهيا دون جزاء في الأصل قد يجدي نفعا لدى البعض وخاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من ق.أ من إمكانية تسجيل عقد الزواج بحكم قضائي بعد بلوغ السن القانونية[155] ، ويرى الأستاذ الغوثي بن ملحة أن قانون الأسرة لم ينص على أي جزاء بخصوص هذه المسألة .

ويري الأستاذ تشوار جيلالى أنه ليس في الإمكان تأييد هذا الرأي أو ذاك، وإن كان أفضل الحلول هو تطبيق قانون 1963 إذا كان الأمر يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفة سن لزواج أمام حالة النقص التشريعي، إلا مع مراعاة طبيعة قواعد التشريع من حيث الإلغاء ومن ثم عدم قابليتها للتوسع في التفسير عن طريق القياس أو غيره، ومنه يمكن القول أن الرأي الأول لا يوفر سندا ثابتا لخصائص القواعد التشريعية.ومن ثمة فهو لايستقيم مع القاعدة التي تميز القواعد لقانونية عن بعض القواعد الأخرى.

ويتطلب الأمر أمام هذا الوضع النص صراحة على إلغاء أو إعتماد الجزاء المترتب على مخالفة السن بموجب قانون 224/63[156].

---

153 – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 29.

154 – جاء نص المادة الأولى من القانون رقم 224/63 يحدد سن أهلية الزواج بستة عشرة سنة للفتاة و ثمانية عشرة للفتى، ومنح رئيس المحكمة سلطة الإعفاء من هذا السن ومنح أحد الزوجين أو كليهما رخصة الزواج قبل بلوغ هذا السن، ولما جاء القانون 11/84 المتعلق بقانون الأسرة كان ينص في المادة السابعة منه على رفع سن زواج الفتاة من 16 إلى 18 سنة ورفع سن زواج الفتى من 18 إلى 21سنة ومنح رئيس المحكمة سلطة الإعفاء منها للضرورة أو المصلحة.وجاء الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، والمتضمن قانون الأسرة طبقا للمادة السابعة منه مُوحدا للسن المقررة لزواج كل من الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدة قدرة الطرفين على الزواج.

155 – تشوار جيلالى، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 56.

156 – تشوار جيلالى، سن الزواج...، المرجع السابق، ص. 85- 86 .

فأمام وجود هذا التعارض بين الدفع بعدم وجود نص يرتب المسؤولية الجزائية للأشخاص المشاركين في إبرام عقد زواج قاصر دون بلوغه السن القانوني وبين الرأي الذي يقول بتطبيق أحكام نصوص المواد 02و03و04 من القانون رقم224/63 بحجة عدم وجود نص صريح يلغى العمل بأحكامه فإن الحاصل بالتأكيد هو إفلات من المسألة الجزائية نتيجة وجود هذه الثغرة القانونية. مع إمكانية تثبيت هذا الزواج.

ثانيا

إجازة تثبيت الزواج العرفي

أجازت التشريعات المغاربية ضمن قوانين الأسرة المغاربية إمكانية تسجيل عقد الزواج بموجب حكم قضائي ناشئ عن دعوى قضائية للمطالبة بتثبيت الزواج العرفي الحاصل بين أطراف العقد والذي يكون أحدهما قاصر مثلا، فلا يكون أمام القاضي إلا التصريح بقيام عقد الزواج بعد التأكد من شروط إنعقاده وتوفر أركانه.

هذا الوضع خلقته ممارسات الأفراد بلجوئهم إلى الزواج عرفيا، تهربا من إستيفاء شرط الرخصة المتطلبة بعقد الزواج والتى تجيز زواج القاصر، والتي يخضع في منحها إلى السلطة التقديرية للقاضي المختص، والذي يمكنه رفض منح الرخصة.

إذ نجد رفض طلبات الإذن بزواج القاصر مثلا من طرف القضاء المغربي لا يقابله بالضرورة قبول الأطراف لهذا القرار القضائي، إذ يمكنهم التحايل على الحكم القضائي برفض الطلب، من خلال الإكتفاء بإبرام زواج الفاتحة، ثم التقدم في وقت لاحق على ذلك بطلب أمام المحكمة من أجل إستصدار حكم بتوثيق هذه العلاقة الزوجية في إطار المادة 16 من مدونة الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون لجوء الأفراد إلى الزواج العرفي عرضيا في حالات نادرة، فأمام هذا الوضع يفصل القاضي بتثبيت الزواج العرفي وفق السابق الإشارة إليه نظر لتحقيق حماية هذا المركز القانوني الظاهر ومحافظة على النظام العام.

خاصة وأن النيابة العامة صاحبة الإختصاص في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، والتي تعد طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، أي تحقق العلم لديها بمجرد إطلاعها على الملف من أن الزواج المراد إثباته بموجب حكم قضائي لم يستوفى شرط الحصول على الرخصة، فمرد هذا إدراك النيابة العامة أن المحافظة على الزواج القائم وتثبيته أفضل من تقرير المتابعة الجزائية في حالة زواج قاصر دون إستيفاء شرط الترخيص القضائي هذا من جهة.

ومن جهة أخرى أن أصل المتابعة الحاصل في حالة عدم إستيفاء شرط الرخصة لزواج القاصر هو حصول المتابعة الجزائية في حالة فرض أن تم عقد زواج أمام ظابط الحالة المدنية وحضور الأطراف وتحقق العلم لديه بأن أحد المقبلين على إبرام عقد الزواج أنه قاصر في هذا الوضع فقط ، بخلاف حالة الإشهاد بأن الزواج العرفي قد إنعقد دون النظر في إستيفاء الشرط من عدمه أمام القاضي.

إذ لا فائدة و لا غاية إجتماعية ترجى حمايتها من تقرير المتابعة الجزائية في الوضع الثاني ومن باب أولى السعى إلى تأكيد حصول الزواج وإثباته بموجب حكم، حماية لحالة الأشخاص ومراكزهم القانونية، وهذا بالطبع نتيجة لوجود ثغرات قانونية.

إلا أن حالة وجود ثغرات قانونية تمكن الأشخاص بأن لايكون محل تطبيق للقاعدة القانونية عليهم، تكون أكثر وضوحا في جريمة زواج المرأة المعتدة.

الفرع الثاني

جريمة زواج المرأة المعتدة

إتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للأجنبي نكاح المعتدة أيا كانت عدتها من طلاق أو موت أو فسخ أو شبهة، وسواء أكان الطلاق رجعيا أم بائنا بينونة صغرى أو كبرى[157]. وذلك لحفظ الأنساب وصونها من الإختلاط ومراعاة لحق الزوج الأول، وموافقة لهذا المنع االتشريعى تم تقرير المنع ضمن التشريعات المغاربية لظابط الحالة المدنية بعدم إبرام عقد زواج إمرأة في حالة العدة ، ولا يتحقق لديه العلم إلا إذ صرح له الأطراف بذلك، أو أن يتأكد من خلال شهادة الوفاة إذ سبق للمرأة الزواج وكان مؤشر بهذا الزواج على هامش عقد ميلادها، فينظر في إنقضاء أجل عدة المتوفى عنها زوجها ، ثم يبرم عقد الزواج .

إلا أن الأمر بخلاف هذا الوضوح في حالة إن كانت المرأة مطلقة ولم نعرف تاريخ إنقضاء عدتها ، وهل هي عدة طلاق رجعي أم أنها عدة طلاق بائن بينونة كبرى.

فأمام عدم تصريح الأطراف بذلك لضابط الحالة المدنية نصبح أمام حالة المنع المقرر لأجلها تجريم إبرام عقد الزواج للمرأة أثناء عدتها، وبذلك تنتفي الغاية من التجريم (الفرع الأول) ولا تختلف العلة من

[157] – وفي الموطأ : أن طليحة الأسدية كانت زوجة رشيد الثقفي وطلقها ، فنكحت في عدتها ، فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بخفقةٍ ضربات ، وفرق بينهما ، ثم قال عمر : أيما إمرأة نكحت في عدتها فإن كان الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم إعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، ثم إن شاء كان خاطبا من الخطاب . وإن كان دخل بها فُرق بينهما ، ثم إعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم إعتدت من الآخر، ثم لا ينكحها أبدا " الإمام مالك، موطأ ، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985 ص. 154.

التجريم ضمن حالة زواج الرجل الذي تحكمه فترة عدة زوجته التي طلقها (الفرع الثاني)، ضمن ما قررته التشريعات المغاربية من تنظيم لهذه المسألة بما يضمن عدم إنتهاك هذه المسألة التعبدية المتعلقة بالنظام العام ضمن مسار حماية الأسرة.

أولا

التحقق من حالة المنع التي تحول دون إبرام العقد

فالغاية التي جاء من أجلها المنع هو أن فكرة العدة ترتبط بمصلحة أساسية للجماعة وهي منع إختلاط الأنساب و أن" مسألة النسب تعد من أسمى الروابط الإنسانية وأقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، بل إحدى الكليات الخمس التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بسياج يمنع أي عدوان عليها"[158]. وهي كذلك تتعلق بالنظام العام[159] ، لذا يجب على الشخص المكلف بإبرام عقد الزواج التحقق من هذه المسألة.

ويرجع تقدير فكرة النظام العام للقاضي الذي يكون تقديره موضوعيا وليس شخصيا، أي أنه لا يحل أرائه الخاصة في العدل الإجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب، فالواجب يقتضيه أن يذهب مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها، كمسألة العدة في الشريعة الإسلامية لا مذهبا فرديا خاصا[160] .

وقد قرر المشرع الجزائري ضمن هذا الإطار الحماية الجزائية بموجب نص المادة 441 ق.ع وفق السابق بيانه[161] بمعاقبة ضابط الحالة المدنية، دون المرأة المعتدة وشريكها في هذا الزواج رغم أنهما أولى بالعقاب كونهما أدرى بحالة المنع التي تحول دون إبرام العقد بصفة شرعية.

وحددت مجلة الأحوال الشخصية التونسية ضمن الفصل 14 حالات التي يمنع فيها الزواج على المرأة ومن بينها "ما لم تنتهي من فترة عدتها. إستنادا على الفصول 34، 35 و36 من م. أ. ش ، ولم تحدد الجزاء العقابي على مخالفة المنع. مما يشكل مجال للتدليس على ضابط الحالة المدنية لإبرام عقد الزواج.

---

[158] –تشوار جيلالى، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، م، ع، ق،إ ،كلية الحقوق، جامعة تلمسان ، عدد 3، 2005، ص .04.

[159] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 96.

[160] – محمد حسين منصور،نفس المرجع ، ص. 98.

[161] – الفصل الأول الباب الأول ص . 26 .

وجعل المشرع المغربي للقضاء دور لإبطال العقد فقط في حالة وجود عقد زواج لامرأة أثناء عدتها إذ تشير المادة 39 من مدونة الأسرة إلى أن موانع الزواج المؤقتة وجود المرأة في العدة. وهذا لما يرتبه الطلاق الرجعي من أثار سواء أثناء فترة العدة أو بعدها حيث تعتبر المطلقة رجعيا في حكم الزوجة ، ويسري عليها ما يسري على الزوجة.

ثانـيا

حالة زواج الرجل الذي تحكمه فترة عدة زوجته التي طلقها

كما نجد أن المشرعين المغاربين أغفلوا مسألة أخرى في هذه الجريمة وهي زواج الرجل الذي ينتظر مرور فترة عدة زوجته التي طلقها ويبرم عقد زواج بامرأة أخرى وهذا في حالتي[162] :

حالة ما إذا أراد الزواج بأخت مطلقته أو عمتها أو خالتها:

ويكون ذلك في حالة الرجل الملزم بالإنتظار فترة تطليق زوجته والزواج بمن يحرم الجمع بينها وبين غيرها. فإذا طلق الرجل زوجته وأراد أن يتزوج بأختها أو عمتها أو خالتها فعليه أن ينتظر حتى تنتهي عدة المطلقة، فيكون الطلاق "بائنًا"، ثم يتزوج إحدى هؤلاء المذكورات، وليست هذه عدة للرجل، ولكنها أيضا عدة للمرأة، وإن كانت قيدًا في إقدام الرجل على الزواج ممن يحرم الجمع بينها وبين زوجته.

حالة الزواج بالمرأة الخامسة بعد طلاقه لإحدى النسوة الأربع:

إن أقصى ما يحل للرجل أن يجمع من النساء بعقد الزواج هو أربع نسوة، ولا يعلم في هذا خلاف بين الأئمة[163]. وقد وقع خلاف بين الأئمة فيمن طلق الرابعة وأراد التزوج بغيرها[164].

---

[162] – حميدو زكية، محاضرات...، المرجع السابق.

[163] – لما روى الترمذي عن إبن عمر رضي الله عنهما " أَنَّ غَيْلَانَ بْنَ سَلَمَةَ الثَّقَفِيَّ أَسْلَمَ وَلَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَتَخَيَّرَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ "وصححه الألباني كما في صحيح سنن الترمذي. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 4، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005، ص. 169.

[164] – فقال الحنفية والحنابلة: إنه لا يحل التزوج بالخامسة حتى تنقضي عدة الرابعة، ولو كان الطلاق بائنًا، لأن للعدة حكم النكاح القائم على وجه؛ إذ تجب فيها النفقة على المطلق ويثبت نسب الولد منه. وهذا هو رأي جميع أئمة الحنفية.

وقال الشافعية والمالكية: يحل لمن طلق زوجته الرابعة طلاقًا بائنا ولو واحدة أن يتزوج الخامسة قبل أن تنقضي عدة الرابعة لانقطاع النكاح بالطلاق البائن. الحبيب بن طاهر، نفس المرجع، ص. 180– 187.

ويتضح مما تقدم أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج المرأة الخامسة في عدة المطلقة طلاقاً رجعياً[165] لأنه يكون بهذا قد جمع بين خمس نسوة ، وقد أجمع الصحابة والأئمة الأربعة وسائر أهل السنة والجماعة قولاً وعملاً على أنه لا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات إلا النبي صلى الله عليه وسلم[166].

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع قد أغفل مسألة القرابة بالرضاع عند تجريمه للفاحشة بين ذوى المحارم ضمن جميع التشريعات المغاربية، وكنموذج لذلك ما ضمنه التشريع الجزائري في المادة 337 مكرر ق.ع، حيث تكلم عن القرابة بالنسب والمصاهرة فقط .

وهنا يثار التساؤل إن كان يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قياسا على الزواج[167] ؟. و قد أجاز الفقه هذا القياس مع حصر التحريم في الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته[168]. وبناء عليه يقتضى المقام معرفة وضع هذه المسألة بالمطلب التالي .

الفرع الثالث

جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم بقرابة الرضاع

إن المطلع على التشريعات الجزائية المغاربية يتحقق لديه العلم بإنعدام المتابعات الجزائية للحد من جريمة الزنا بين المحارم بقرابة الرضاع، والسبب الراجح في ذلك هو النقل المباشر للنصوص الجزائية المعالجة للظاهرة الإجرامية من المجتمعات الغربية والتي إضطرب ميزان القيم الأخلاقية فيها لدرجة يسهل معها إنتهاك كل الحرمات بالرغم من وجود لعائلات غربية ترفض وتنبذ مثل هذه الأعمال الشنيعة وتصنفها ضمن الأعمال الوحشية المعاقب عليها من طرف القانون.

حيث أنه جاء نقل أغلب النصوص التجريمية عن القانون الفرنسي وهذا دون تحقيق توافق و إنسجام في المجال التشريعي بما يتوافق والبنيان الإجتماعي للأسر المغاربية وقيمها وأخلاقها وهي الغير

---

[165] – أما في حالة وفاة الزوجة الرابعة فإن له أن يتزوج بعد وفاتها، لأن الزوجية لا تعتبر قائمة في هذه الحالة.

[166] – وقد نقل شيخ الإسلام إبن تيمية في كتابه الفتاوى الكبرى ج.4، ص . 154. عن التابعي الجليل عَبِيدَةُ السَّلْمَانِيُّ أنه قال : لَمْ يَتَّفِقْ أَصْحَابُ مُحَمَّدٍ صلى الله عليه وسلم عَلَى شَيْءٍ كَاتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّ الْخَامِسَةَ لا تُنْكَحُ فِي عِدَّةِ الرَّابِعَةِ , وَلَا تُنْكَحُ الْأُخْتُ فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا" .فمن رغب عن ذلك وجمع بين أكثر من أربع زوجات فقد خالف كتاب الله وسنة رسوله محمد صلى الله عليه وسلم وفارق أهل السنة والجماعة؛ عبدا لله الفقيه، عدة الرجل على سبيل المجاز، فتوى اللجنة الدائمة للأفتاء، السعودية ، 2004، http://www islamonline.com

[167] – تنص المادة 27 من قانون الأسرة على أنه " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ". وتنص المادة 28 من قانون الأسرة على أنه" يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسرى التحريم عليه وعلى فروعه".

[168] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص. 134.

متجردة عن الفاعل الديني والعلاقات الإجتماعية التي لايمكن أن نعزلها بمفرد أثناء العملية التشريعية ضمن الروابط الأسرية إذ أنه من أبرز الأوضاع المؤكد لذلك مسألة الأخوة أو الأمومة عن طريق حالة الرضاع إذ لا يوجد نص تجريمي لحالة وقوع زنا المحارم بقرابة الرضاع

فأمام إنعدام النص التجريمي (أولا) وجب إيجاد حماية لهذا الوضع من خلال البحث عن إرادة المشرع فيما يتعلق بتفسير النص الجنائي (ثانيا) .

أولا

أثر إنعدام التجريم

أمام حالة إنعدام المتابعة الجزائية لقيام فعل زنا المحارم بقرابة الرضاع ضمن التشريعات المغاربية، فإن الوضع لا يختلف من حيث الأثر المترتب عن قيام جريمة زنا المحارم، وهذا من خلال وجود لأثار سلبية تهدم كيان المجتمع ككل وأثار تهدم العلاقات الأسرية خاصة.

حيث يتطلب علاج هذه الأثار وقت طويل وعناية خاصة من الطبيب النفسي حتى يسترجع أطراف العلاقة الأسرية عافيتهم ويتمكنون من ممارسة حياتهم اليومية بشكل طبيعي خاصة الأطفال منهم والذين كثيرا ، ما يصابون "بالتبلد العاطفي" وهي الحالة التي يصبح فيها الأطفال الضحايا عدوانيين وعديمي الإحساس بالألم والشفقة على الآخرين، ويفضلون الإنزواء والصمت بطريقة مرضية، حيث تبرز لديهم سلوكيات جنسية مبكرة.

ويمكن ملاحظة التغييرات الإجتماعية لديهم عبر فقدانهم الثقة بالأكبر منهم سنا وخوفهم من التقرب الجسدي، و أن علاج هذا الوضع يحتاج إلى مدة أطول ، ويختلف وفق الفئة العمرية التي ينتمي إليها أطراف العلاقة بإشراك جميع أفراد الأسرة.

حيث أنه لا يمكن إعتبار الشخص الذي يقوم بمثل هذه التصرفات المخلة بالحياء والمحرمة شرعا في ديننا الحنيف بالشخصية العادية، إنما هو إنسان شاذ سواء كان أباً، أخاً، عماً أو خالاً، ولديه شخصية متذبذبة.

إذ أن معالجة الظاهرة بموجب رادع عقابي لايحقق في الغالب الهدف المرجو منه في مثل هذه القضايا، إذ لا بد من وضع رادع ديني و أخلاقي وعلمي كتدبير وقائي يسهم فيه جميع فئات المجتمع و أهل الإختصاص، بتبيان مخاطر الآفة وأسباب الوقاية منها ضمن الغاية الإجتماعية والنفعية التي تتضمنها

النصوص القانونية الموجودة لحفظ كيان الأسرة وهذا بإعمال السلطة التقديرية للقاضي في تطبيقها ونظره للقضايا المعروضة عليه بغية تجنب مثل هذه الأوضاع السلبية.

ثانيـا

البحث عن إرادة المشرع فيما يتعلق بتفسير النص الجنائي

أمام حالة إنعدام تجريم الفاحشة بين المحارم بقرابة الرضاع من جهة، وحالة تقرير تحريم الزواج في حالة الرضاعة من جهة أخري، فإنه وجب التوفيق بين المسألتين تحقيقا للغاية الفضلى والمثالية في الحد من وجود هذه التصرفات بتقرير المتابعة الجزائية ، والتي تشكل خروجا عن الطباع الإنسانية والأخلاقية للأفراد بما يضمن حماية للروابط الأسرية وفق النسق الإجتماعي لها والبنيان الإجتماعي ضمنها، ولا يكون هذا إلا من خلال تدخل القاضي الذي تعرض عليه مثل هذه الحالات.

ولتفصيل هذه المسألة وجب معرفة مجال تدخل القاضي الجنائي فيما يتعلق بتفسير النص الجنائي[169] حول جرائم الأسرة، كآلية يلجأ لها القاضي الجزائي في تحقيق الغاية التشريعية من النص وتفعيله من خلال البحث عن إرادة المشرع في أغلب الحالات .

وعليه فإن للتجريم مفهوم يتسم بالدقة والتحديد، لإرتباطه المباشر بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وهو المبدأ الذي يحكم التشريع الجنائي المعاصر، ومقتضاه أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهذا ما أكده المشرع العقابي الجزائري بنص المادة 01 من ق.ع " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بنص قانوني ". وهو نفس الفكر ضمن التشريعات الجزائية المغاربية الأخرى إذ نص الفصل 3 من ق.ج. م بشكل واضح ودون إستثناء بقوله " لا يسوغ مؤاخذة أحد على فعل لا يعد جريمة بصريح القانون، ولا معاقبته بعقوبات لم يقررها القانون" ونص الفصل الأول من المجلة الجزائية بنصها " لا جريمة دون نص سابق الوضع".

وفى حالة عدم وجود هذا النص، يكون الفعل أو الإمتناع مشروعا مهما كان، ويترتب على ذلك أن القاضي لا يملك أن يعاقب على فعل لم يجرمه القانون ولا يجوز له أن يطبق جزاء غير منصوص عليه في القانون.

---

[169] – "لم يبين المشرع الجزائري موقفه من التفسير، بخلاف المشرع الفرنسي الذي قبل في المادة 111 فقرة 4 من قانون العقوبات التفسير الضيق أو المحدد وترك ما عداه ، فقال la loi pénale est d'interprétation stricte ويرى البعض أن موقف المشرع الفرنسي يأتي تأكيدا لمبدأ الشرعية، وليس المقصود بالنص السالف، التفسير الحرفي للنصوص، بل ذلك الذي يقف عند حدود الكشف عن إرادة المشرع من وضع النص، دون الوصول إلى التفسير بطريق القياس" . بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.18.

ويترتب خلاف هذا الحكم في حالة وجود النص الجنائي الذي يحكم المسألة، إذ يلتزم القاضي بالبحث عن إرادة المشرع عند تفسيره، وليس له أن يتوسع في ذلك، حتى لو كان هدفه من وراء هذا التوسع، المصلحة العامة. وهكذا يحضر عليه اللجوء إلى القياس أو العرف أو العادات السائدة لكي يكمل النص الجنائي إذ وجده مشوبا بالنقص أو الغموض، مثل تجريم فعل الفاحشة بين ذوى المحارم الذين تحكمهم علاقة قرابة بالرضاع.

وحكمة السبب في ذلك ترجع إلى خطورة النتائج المترتبة على نظام التجريم والعقاب، بخلاف المجتمع الذي يلجأ إلى هذا النظام، كلما كان الفعل المرتكب منطويا على خطورة تهدد وجوده وبقائه، أي عندما يكون من شأن ذلك الفعل تعريض المجتمع للفوضى والفناء[170] نتيجة الخروج عن قواعد الأخلاق.

و يقتضى تفسير النص التجريمى القيام بعمليتين هما تحليل ألفاظ النص وتحديد علة النص. واتجهت غالبية الفقه[171] إلى المناداة بقاعدة التفسير الضيق للنص. في حين دعى جانب آخر[172] إلي القول بوجوب التفسير الضيق ضد مصلحة المتهم، وحجتهم في ذلك أن التفسير الواسع ضد مصلحة المتهم فيه إهدار لمبدأ الشرعية لأنه يضيف أفعالا لم يجرمها المشرع أما التفسير الواسع لمصلحة المتهم فليس فيه مساس بمبدأ الشرعية.

غير أن هذا التفسير لا يحقق التوازن العادل بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم، لذلك يجب أن يهدف التفسير إلى تحديد إرادة المشرع وقصده من وراء وضع النص، بحيث يجب على القاضي أن يبحث عن هذه الإرادة ويوسع النص لحالات أخرى إذا تبين له أن المشرع يقصد ذلك ويضيق من نطاقه إذا تبين له العكس.كما في الحالة التي نحن بصددها أي حالة إنعدام نص يجرم الفاحشة بين المحارم لوجود علاقة نابجة عن الرضاع.

وهذا هو الإتجاه الذي يجب إعتناقه في هذه المسألة ضمن نظامنا العقابي، وهذا ما يدفعنا ضرورة إعتماد النص الصريح لتجنب إفلات المخالفين من العقاب.

---

[170] – محمد سليمان موسى، قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص. 93.

[171] – في هذا الرأي، محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1977 ، ص. 100؛ مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1979، ص. 40.

[172] – في هذا الرأي، جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، (د س ن)، ص. 44.

ولا يقتصر إفلات المخالفين من العقاب في حالة زواج المرأة أثناء العدة أو تخلف شرط الرخصة لزواج القاصر أو فعل الفاحشة بين المحارم بالرضاع، بل يتعدى الأمر إلى مخالفة الأشخاص الراغبين في إبرام عقد الزواج للرخص المستوجبة لذلك.

الفرع الرابع

مخالفة شرط السن المستوجب للرخصة في إبرام عقد الزواج

رغم أن المشرعين المغاربين وضعوا غايتهم النفعية لمصلحة الفرد و المجتمع عند تحديده لسن الزواج إلا أنه لم يعطه القيمة القانونية اللازمة، ذلك أنه منعا أو تقيدًا دون جزاء قد لا يجد نفعا لدى الأفراد خاصة مع ما أجازته تشريعات الأسرة المغاربية من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا إكتملت أركانه.

ونجد من ذلك المشرع الجزائري بموجب المادة 07 من ق.أ قد تناول بالتنظيم أهلية الزواج، و كذا لإستثناء الإعفاء منه، إلا أنه تبقى المادة الوحيدة في قانون الأسرة التي نظمتها، مغفلا بذلك تنظيم حالة خرقها. بالرغم من وجود نص المادة 9 مكرر بنصها "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية:

- أهلية الزواج،
- الصداق،
- الولى،
- شاهدان ،
- إنعدام الموانع الشرعية للزواج.

وهو نفس ما أحاطت به التشريعات الأسرية المغاربية ضمن هذا الوضع والإغفال الوارد عليه سواء من حيث تحديد المسؤولية الجزائية في إطارها العام، أو من خلال تحديدها بما يشمل أطراف العقد[173].

---

[173] – أكدت عدد من المؤتمرات الدولية على ضرورة رفع سن الزواج ، نظرا للمخاطر التي تهدد زواج الصغار، ومن ذلك ما جاء في تقرير مؤتمر بيجين الفصل الرابع – جيم – الفقرة 93 : " إن الأوضاع التي تضطر الفتيات إلى الزواج والحمل، والولادة في وقت مبكر، تشكل مخاطر صحية جسيمة، ولا يزال الحمل المبكر يعوق إحداث تحسينات في الوضع التعليمي والاقتصادي والاجتماعي للمرأة في جميع أنحاء العالم، وبصورة عامة فإن الزواج المبكر والأمومة المبكرة للشابات يمكن أن يحدا قدرة كبيرة من فرص التعليم و العمل، ومن المرجح أن يتركا أثرا ضارا طويل الأجل على حياتهن وأطفالهن ".

وإهتمت الفقرة 107 من تقرير المؤتمر بضرورة " إعطاء الأولوية إلى كل من البرامج التعليمية الرسمية وغير الرسمية ، التي تدعم المرأة و تمكنها من تنمية احترام الذات، واكتساب المعرفة، وإتخاذ القرارات وتحمل المسؤولية فيما يتعلق بصحتها مع التركيز بصورة خاصة على البرامج الموجهة إلي كل من الرجل والمرأة، والتي تؤكد على القضاء على الزواج المبكر بما في ذلك زواج الأطفال "

ودعا المؤتمر إلى ضرورة "سن القوانين المتعلقة بالحد القانوني الأدنى لسن الرشد، والحد الأدنى لسن الزواج، وإنفاذ تلك القوانين بصرامة ورفع الحد الأدنى لسن الزواج عند الاقتضاء.

أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في التوصية العامة رقم 21 بوجوب أن يكون الحد الأدنى لسن الزواج هو ثمانية عشرة سنة لكل من الرجل و المرأة ، ذلك أن زواج الرجل و المرأة يرتب عليهما مسؤوليات هامة ، وبالتالي ينبغي ألا يسمح بالزواج قبل بلوغهما سن النضج الكامل و الأهلية الكاملة للتصرف. وتفيد منظمة الصحة العالمية بأنه عندما يتزوج القصر، و لاسيما الفتيات و ينجبن أطفالا، فإن صحتهن يمكن أن تتضرر و يمكن أن يتعطل تعليمهن، و نتيجة لذلك يصبح إستقلالهن الإقتصادي مقيدا.

ففي إطار مدونة الأسرة بالمغرب تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية كاملة، فهذا النص وحد سن الزواج بالنسبة للجنسين معا. وفي القانون التونسي حدد سن الزواج بالنسبة لكلا الجنسين في 18 سنة بموجب تعديل 14 ماي 2007 طبقا للفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية. وهو ذات التوجه الذي كرسه قانون الأحوال الشخصية الموريتاني في مادته السادسة.

أما في القانون الليبي تنص المادة السادسة من قانون 10 لسنة 1984 على إكتمال أهلية الزواج ببلوغ سن 20.

ولإحاطة حالة مخالفة شرط السن المستوجب للرخصة في إبرام عقد الزواج وجب التطرق تحديد مجال المسؤولية الجزائية بداية ثم النظر لمسألة تفسير النص الجزائي وفق غاية التجريم التي جاء بها المشرع.

أولا

مجال المسؤولية الجزائية

يعد تحقيق المشرعين المغاربين للإحترام الأمثل للضمانات التي وضعوها تنظيما لشرط السن في الزواج أمر نسبي، إذا لم يتدخل بنص تشريعي آمر يقضي تجريم كل حالات التحايل على القانون عامة، وتجريم حالة التحايل على المقتضيات المتعلقة بزواج القاصر، لأن من شأن التساهل مع هذه الظاهرة أن يؤدي إلى التطبيع معها وتفشي ظواهر أخرى قد يكون من بينها التشجيع على زواج الأطفال، وإمكانية إشراكهم في شبكات الإتجار بالبشر خاصة وأن من أبرز مظاهر هذا النوع من الاجرام المنظم الاتجار بالبشر بهدف الزواج خاصة تزويج القاصرات.

إذ أن الحاصل أنه يتم العقد شرعا قبل بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية و هذا دون الحصول على إذن أو ترخيص من الجهة المختصة، و دون سبب جدي. و بعد مدة من العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله بموجب حكم قضائي وفقا للإجراءات المنصوص عليها ضمن تشريعات الأسرة أو قوانيين الحالة المدنية المغاربية.

وأمام هذه الحالات لا تقوم النيابة العامة بأي إجراء جزائي ضدهم على عكس ما نص عليه قانون الحالة المدنية الجزائري بموجب المادة 02 من القانون رقم 224/63 التي كانت تقرر عقوبة للزوجين ولمثليهما كلما وقع خرق القانون بالنسبة إلى أهلية الزواج[174].

[174] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري...، المرجع السابق، ص. 61.

بالإضافة إلى إنعدام الممارسات القضائية التي تعكس المجال العام للمتابعة الجزائية وهذا راجع إلى إعمال النيابة العامة لسلطة الملائمة في تحقيق المتابعة الجزائية إدراكا من أن أثر عدم المتابعة الجزائية يحقق ضمانة إستمرار الرابطة الأسرية ، بخلاف حالة المتابعة الجزائية وما ينجم عنها من توقيع العقاب من جهة وإمكانية فك الرابطة الأسرية كأثر مترتب عن المتابعة الجزائية وما يترك من أثر نفسي على أطراف العلاقة العقدية الزوجية، والتي تختلف حدود المسؤولية الجزائية ضمنها.

ثانيـا

البحث عن إرادة المشرع فيما يتعلق بتفسير النص الجنائي

قد يدرك القاضي بمناسبة نظره قضية معروضة عليه ويتبين له بأن عقد الزواج قد أبرم شرعا قبل بلوغ السن القانونية، و لكن ليس في وسعه توقيع عقوبة على أي منهما، نظرا لإنتفاء الغاية من المنع بمجرد إنعقاد العقد وتحقق الدخول، ولوجود مصلحة أولى بالرعاية ، وهي نشأة عقد الزواج الجديد.

بالإضافة إلى أنه حتى ولو تم الطعن في صحة عقد الزواج هذا، فإن الأولاد الذين ينتجون عن هذا الزواج فهم أولاد شرعيون ينسبون إلى أبويهما، ويتعين تسجيلهم في سجلات الحالة المدنية بهذه الصفة ولا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يتذرع ببطلان الزواج ليرفض تسجيل الأولاد وإلا تعرض للمسؤولية، والحكمة من ذلك تحقيق الحماية المقصودة من تقرير وجوب ثبوت نسب الأبناء وتسجيلهم بسجلات الحالة المدنية.

والحكمة من تقرير ذلك هو إعتبار الزواج ليس مجرد علاقة فقط، بل هو رابطة طبيعية مقررة إجتماعيا[175]، الهدف منها الإستمرار لبناء وحدة إجتماعية عن طريق الإنجاب ورعاية الأطفال وتربيتهم كمواطنين صالحين[176] .مما يتأكد معه فكرة المرونة التشريعية في مواجهة مخالفات لأفراد الأسرة يقتضى الأمر التعامل معها وفق تلك السياسة الجنائية لمصلحة أولى بالرعاية وهى حماية كيان الأسرة دون تقرير المتابعة الجزائية وذلك وفق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

هذه السلطة التقديرية للقاضي الجزائي تشكل إطار يتحدد من خلاله عناصر التجريم وحدوده في مواجهة جرائم أو حالات تدخل ضمن المساس بالعلاقات الأسرية.

---

[175] – "رابطة طبيعية" من بين مفاهيم علاقة الزواج المتداولة بعلم الإجتماع وفروعه .

[176] – أحمد يحي عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 76.

المطلب الثاني

منح السلطة التقديرية للقاضي الجزائي

قد نكون أمام حالة عدم ورود حكم في القانون أصلا يتناول الحالة المعروضة بالمسائل المتعلقة بالأسرة، فيفسر الوضع على أنه منح سلطة تقديرية للقاضي الجزائي. وهذا من خلال إعتماده التفسير القضائي والذي هو في أصله بحث المحكمة عن معنى القانون في القضية المطروحة أمامها ومن أجل هذه القضية فقط، وللمحكمة مبدئيا الحرية التامة في الأخذ بالتفسير الذي تراه صحيحا دون أن تكون مقيدة بأحكامها السابقة[177] .

وتطبيقات الأوضاع هاته ضمن قوانين العقوبات المغاربية فيما يتعلق بالجرائم الماسة بنظام الأسرة متعددة، والتي يمكن تناولها وفق صور وهي جرائم الإهمال العائلي (الفرع الأول) **وتحديد مفهوم سوء المعاملة وإهمال الرعاية، وسوء السلوك (الفرع الثاني) وكذلك الأمر فيما يتعلق بجريمة الإعتداء على اللقب العائلي (الفرع الثالث) دون إهمال لتحديد مجال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في جريمة الإهمال المعنوي للأولاد (الفرع الرابع)**

الفرع الأول

في جرائم الإهمال العائلي

تتأكد حالة إعمال السلطة التقديرية للقاضي ضمن حالة تحديد مفهوم السبب الجدي إذ يحكمه في ذلك البحث عن معناه الحقيقي الذي قصده المشرع، وله أن يستعين في ذلك بكل طرق التفسير المنطقية واللغوية وأن يرجع إلى الأعمال التحضيرية والى النصوص السابقة التي أخذ منها وأن يقارن النص المراد تفسيره بالنصوص الأخرى المتصلة به وفى حالة الشك يجب أن يفسر النص بما فيه مصلحة المتهم[178] .

إذ أن السلطة التقديرية للقاضي ضمن صورة هذا التجريم تحكمها مفاهيم إجتماعية، ومفاهيم قانونية.

[177] – جندي عبد المالك، نفس المرجع ، ص. 565.

[178] – جندي عبد المالك، المرجع السابق، ص. 564.

فمن الجانب الإجتماعي، تعني تحقق حالة اللامبالاة التي قد تصل حد الإستخفاف والإستهزاء بالإلتزامات الأسرية، ذلك أن نظام الزواج أحيط بعدة ضمانات أخلاقية و إجتماعية قبل أن تكون قانونية.

وإذا كان تقديس هذا الرباط أمرا مسلما به، فإن ذات التسليم يجب أن تحضى به الآثار و النتائج الناجمة عن العلاقة الزوجية، و إن أي إخلال بها إنما هو إهمال و إستهتار بنظام الأسرة ككل، و لا تمييز بين الزوج و الزوجة في هذا الجانب، كما لا يعتد بحجم الإخلال الذي يتحقق بموجبه إهمال الأسرة و التي تعتبر وحدة متكاملة.

و بالتالي، فإن المفهوم الإجتماعي لإهمال الأسرة مفهوم واسع جدا ولايضع حدا لصورها، بل يعتبر أن أي إخلال بالإلتزامات الأسرية هو إهمال للواجب الأسري. إلا أن هذا المفهوم الإجتماعي، و إن كان واضحا و بسيطا، إلا أنه غير دقيق. كما أنه يحتمل تأويلات لا حصر لها.

أما من الجانب القانوني، فإنه بإستقراء النصوص القانونية المجرمة لفعل ترك الأسرة، نجد أنها تختلف عن المفهوم الإجتماعي لها، و إن يشتركان في التصور العام، فعلى القاضي إعتماد الجانبين كل بما يحقق الفلسفة العقابية ضمن غاية حماية الأسرة. وفق كل حالة كتقدير عنصر السبب الأجنبي ، ومسألة إعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي ضمن عناصر التجريم لفعل الإهمال العائلي.

أولا

من حيث تقدير السبب الجدي

نجد أن المشرعين المغاربين قد نصوا على مسألة إشتراط إنتفاء السبب الجدي إذ جاء في المادة 330من ق.ع. ج عبارة " بغير سبب جدي" وضمن نص المادة 479 فقرة أولى من ق.ج.م، بعبارة " دون موجب قاهر" و نص المادة 212 مكرر من م. ج.ت عبارة "لغير سبب جدي ولم يحدد ما هو السبب الجدي، بل ترك المسألة لتقدير القاضي.

فقد يكون السبب جديا إذا كانت هناك ظروف خاصة أو عامة قد دفعت الزوج إلى ترك مقر أسرته، أو التخلي عن زوجته الحامل.كأن يكون السبب القيام بواجب الخدمة الوطنية أو السفر للبحث عن العمل أثناء قيام أزمة البطالة أو لتحصيل العلم أو أنه يقيم بالمستشفى بقصد العلاج الطبي أو من أجل أن يقضي مدة العقوبة المحكوم بها عليه. أما بالنسبة للأم، فإنها قد تضطر إلى ترك مقر الأسرة

بسبب سوء معاملة الزوج لها ولأولادها وتعنيفها،[179] حيث يثبت في هذه الحالات قيام السبب الجدي أوالشرعي[180] .

فتقرير قيام السبب الجدي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحليله لعناصر الحالة وفق كل ملف قضائي وعناصره وحالات الأشخاص وضروفهم الإجتماعية، دون أن يعتمد معيار موحد في تقدير وجود السبب الجدي أو عدم قيامه باعتباره ضرفا موضوعي وشخصي في نفس الوقت.

ولم يقرر القضاء المغاربي كثيراً حالات أعتبر فيها السبب جديا، "إلا أن الثابت من القضاء الفرنسي أنه متشدد في قبوله إذ قضى بأن نفور الزوج من حماته، أو سوء سيرة الزوجة لا يعد سببا شرعيا، وبمقابل ذلك قرر أن سوء معاملة الزوجة أو شراسة الزوجة نحو زوجها وتوبيخها الدائم له، وكذا سجن الزوج أو مغادرته للبحث عن العمل تعتبر أسبابا جدية"[181] .

وبناء عليه فللقاضي سلطة في تفصيل وتقدير السبب الجدي الموجب لقيام الجريمة وفق باقي عناصرها، و لذلك فإنه حتما لا يستقر تقدير القضاة لإعتبار السبب جدي على محددات بعينها بل يختلف الوضع وفق كل مسألة ومعطياتها، ومنه يتحدد مدى تحقيق الغاية الإجتماعية بضمان بقاء أواصر الرابطة الأسرية قائمة من خلال إعتماد تفسير النصوص.

ثانيا

من خلال إعتماد أسلوب تفسير النصوص

ولمعرفة وتحديد موقف القضاء من مسألة تفسير النصوص الجنائية من خلال سلطة القاضي التقديرية، فإنه يجب تفسير المفاهيم الجنائية التي تتضمنها النصوص العقابية، فالمفاهيم الجنائية هي تلك المفاهيم التي يستقل بها القانون الجنائي دون غيره من القوانين، فكيف يفسر القاضي هذه المفاهيم ؟[182] خاصة ما تعلق منها بالمفاهيم الواردة بالجرائم الواقعة علي نظام الأسرة مثل مصطلح" إهمال الرعاية" أو"سوء السلوك".

---

[179] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.40 .

[180] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق ، ص. 20.

[181] – أحسن بوسقيعة، الوجيز ...، المرجع السابق، ص. 148.

[182] – بارش سليمان، المرجع السابق،ص.23.

للإجابة على ذلك يمكن القول أنه إذا كانت القاعدة غامضة، فإن هذا الغموض قد يكون لعيب في صياغتها أو لتضاربها مع قاعدة أخرى وإن هذا الغموض يؤدى إلي تفسيرات متعددة، ولكنه لا يعفى القاضي من تطبيقها ومن ثم يجب عليه إزالة الغموض لمعرفة مضمونها، وغموض النص قد يكون صعب الإزالة وقد يكون سهل الإزالة.

فإذا ما كان الغموض سهل الإزالة وذلك كأن تكون صياغة النص ركيكة ومُعبرة بصفة غير جدية عن إرادة المشرع، ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يبحث عن إرادة المشرع.

وإذا ما كان الغموض صعب الإزالة وذلك كما في حالة عدم توافر تعريف للمصطلحات أو التذبذب في العبارات المستعملة، كإستعمال المشرع لمفاهيم الإلتزامات الأدبية، التخلي، إهمال الرعاية، في هذه الحالة يجب على القاضي العمل على إزالة الغموض الذي يلازم النص، ولا يجوز له أن يأخذ مكان المشرع ويعبر عن إرادته وهنا يجب على القاضي الأخذ بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المتهم.

الفرع الثاني

تحديد مفهوم سوء المعاملة وإهمال الرعاية، وسوء السلوك

إدراك من المشرع لأهمية العلاقة بين الطفل وأسرته[183] كون هذه الأخيرة هي الوعاء التربوي الذي تتشكل داخله شخصية الطفل تشكيلا فرديا وجماعيا[184]، أُعتُبر أن إساءة معاملة الطفل تؤثر سلبا على شخصية الطفل وتطورها ومن ثم تكون من أكبر المهددات على أمنه النفسي وصحته النفسية.

ويرى علماء النفس أن وحد العائلة وإنسجامها هي التي توفر للطفل الحياة الكريمة وتحفظ حقوقه فالعلاقات المضطربة تؤدى إلى عدم وضوح الضوابط والقواعد السلوكية للطفل وهذا ما يؤدى إلى إضطرابه النفسي والعاطفي والسلوكي. فإن الأطفال الذين يأتون من بيوت لايتفق فيها الأب والأم فيما يخص تربية أطفالهم، يكونون أطفال معضلين أكثر من غيرهم[185] ، فمن واجبات الوالدين إشاعة الود والإستقرار والطمأنينة في داخل الأسرة.

[183] – تنص المادة 36 الفقرة 3 من قانون الأسرة " يجب على الزوجين – التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم".

[184] – منير مرسى سرحان ، في إجتماعيات التربية، ط 3، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1981، ص. 18.

[185] – فاخر عاقل، دار العلم للملايين، بيروت، 1985، ص .111.

وقد لمس باحثُ علم الإجتماع بعض مظاهر إساءة معاملة الطفل في مواجهة صور إهمال الأبوين لهم وسوء السلوك ومن هنا جاءت فكرة توفير الحماية الجزائية للأبناء في مواجهة ذلك[186] ، مما يتبين معه أن إساءة معاملة الطفل لا تقتصر على مجرد الإيذاء الذي يترك أثارا جسمية ظاهرة بل يتعداها إلى أثار نفسية سيئة مع عدم إمكانية تحديد صور الإيذاء مسبقا.

حيث ولتقرير الحماية وجب تحديد مظاهر الإساءة على الأبناء من جهة (الفرع الأول) ، ولتفعيل الحماية الجزائية وجب إدراك الغاية من تقرير الحماية الجزائي وأثر كل تصرف على شخصية الطفل ونموه من صور السلوك المعروضة.

أولا

من خلال تحديد وتقدير مظاهر إساءة معاملة الطفل وسوء السلوك

تعد مفاهيم سوء السلوك والإعتياد على السكر- كصور للإيذاء- تخضع أيضا لتقدير قاضي الموضوع[187]. فنجد من ضمن ذلك نص المادة 330 في فقرتها الثالثة من قانون العقوبات الجزائري التي لم تحدد أي معيار لتقييم جسامة الخطر أو الضرر[188]، ومثلها كل من التشريعين المغربي والتونسي.

حيث أن المشرع المغربي مثلا إعتبر بموجب الفصل 88 من م.ج. م. أن السلوك العادي للمحكوم عليه سواء كان أبا أو أما يمكن أن ينص بنفس الحكم على إعتبار السلوك الواقع والمدان من أجله يشكل خطرا خلقي على القاصر وهذا بنصها "يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكما من أجل جناية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالحبس ارتكبها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين، إذا ثبت لديها و صرحت بمقتضى نص خاص بالحكم أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي.

وهذا السقوط يمكن أن يشمل جميع حقوق الولاية أو بعضها، كما يسوغ أن يكون مقصورا على بعض الأولاد أو على واحد فقط".

وبإعتبار أن من مفاهيم سوء المعاملة وإهمال الرعاية " أنه الفشل في تزويد الطفل بالحاجات الأساسية ويتخذ الإهمال أشكالاً مختلفة منها: الإهمال الجسدي و التربوي والعاطفي"[189].

---

[186] – وفاق صابر على، صلاح الدين عطاء الله، إساءة معاملة الأطفال، ط 1، مطبعة الإمام المهدي، السودان، 2005، ص. 08.

[187] – حميدو زكية، محاضرات...، المرجع السابق.

[188] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص .23.

[189] – ساري سواقد، فاطمة الطراونة، إساءة معاملة الطفل الو الدية، المجلد 76، عدد 02، مطبعة عمادة البحث العلمي الجامعية الأردنية، عمان، 2000، ص. 415.

لذا فإن قاضي الموضوع ستكون له السلطة التقديرية الكاملة التي تمكنه من التمييز بين جسامة الخطر أو الضرر وعدم جسامته. بالإضافة إلى إمكانية تحديد القصد الجنائي وجودا أو عدما، وتسمح له بأن يستنتج أن ذلك يؤثر على صحة أو أمن أو أخلاق الأولاد أو لا يؤثر، وبالتالي ترتيب المسؤولية الجزائية وتحقيق الحماية الجنائية للأولاد.

ثانيا

من خلال تحقيق الغاية من التجريم

إن من أهم عناصر تقدير القاضي الجزائي لصور السلوك يكون من خلال إدراكه للغاية من التجريم وبالتالي تحقق إمكانية إعماله للنص القانوني في تقرير الحماية الجزائية.

هذه الحماية المقررة للأطفال في صورة تجريم إهمال الرعاية وسوء السلوك الواقع على الأبناء قائمة على فكرة " أن الأسرة هي منبع أمان ومصدر إشباع حاجات الحدث وتقع على الوالدين مسؤولية تحقيق هذه الحاجات وتدريب الطفل على النظم والقواعد التي يعتمد عليها في تصرفاته في المجتمع الخارجي"[190]. لذلك لا يمكن أن تتحول عن هذا الدور والغاية وتصبح نموذجا لسوء المعاملة وإهمال الرعاية .

لكن يحدث وإن إهمال الرعاية وسوء السلوك الواقع على الأطفال يكون ناتج عن أسرة متصدعة معنويا أي أن هناك نماذج لأسر تعاني الإضطراب والخلل في العلاقات بين أفراد الأسرة وسوء التفاهم الحاصل بين الوالدين وجهلهم بأساليب التربية السليمة، وبالتالي إنعكاس ذلك على شخصية الأولاد سلبا. فكيف يمكن إذن للقاضي هنا أن يُعمل سلطته التقديرية ويوسع مجال تدخله في هذه الحالة ؟

فلا بُد إذن من تمكينه من سلطة تقديرية للتمييز بين جسامة الخطر أو الضرر وعدم جسامته وأن يستنتج ما يؤثر على صحة أو أمن أو أخلاق الأولاد.

إلا أن مسألة السلطة التقديرية للقاضي تكون أكثر وضوحاً في جريمة الإعتداء على اللقب العائلي والتي يأتي إيضاحها.

[190] – فتحي حسين عامر، المرجع السابق، ص 89 ؛ طلعت إبراهيم لطفي،دراسات في علم الإجتماع الجنائي، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص .301.

الفرع الثالث

فيما يتعلق بجريمة الإعتداء على اللقب العائلي

تأخذ جريمة الإعتداء على اللقب العائلي إستعمال لقب عائلة أخري أو أن يمنح لقب إلي شخص لاينتمى إلى هذه العائلة المانحة للقب نسبا وهذا في صورة التبني.

وعليه فإن الفعل الذي يقوم به الشخص القائم بالتبني يكون في حد ذاته مساس بالنظام العام لأنه يحدث نزاعات عرقية وعائلية داخل المجتمع لكون هذا الطفل المتبني يعتبر دائما دخيلا على الأسرة الحاملة للقب العائلي الذي إعتدى عليه، و الذي يعتبر تعديا على حقوق الغير المتجسد في التعدي على لقب الغير لكون اللقب تشترك فيه عدة عائلات.

وأن تحديد هذا التعدي لايكون إلا من خلال إعتماد التكييف القانوني المناسب للصور الحاصلة للإعتداء هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إعتماد معيار ضمان عدم المساس بالنظام العام في كل حالة معروضة على القاضي، بإعتبار اللقب العائلي عنصر من عناصر حالة الأشخاص.

أولا

من حيث سلطة التكييف القانوني

إن المشرع الجزائري لم يجرم هذا الفعل بحد ذاته، لكن بالرجوع إلى طبيعة هذا الفعل نجده يكون في عناصره نوع من التحايل على القانون و يتمثل ذلك في الإقرار والإدلاء بالتصريحات لدى ضابط الحالة المدنية غير مطابقة للحقيقة، بدليل أن الطفل الممنوح له اللقب العائلي ليس الإبن الشرعي لمانح اللقب العائلي.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن أن تتدخل السلطة التقديرية للقاضي بتكييفه للجريمة إذ نجد ضمن التشريع الجزائري المادة 34 من ق.ح.م التي تنص على أن كل شخص ورد ذكره في الوثيقة ولم تكن تصريحاته حقيقية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في المادة 217 قانون العقوبات[191].

[191] –"يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من20.000 إلى 100.000 دينار كل شخص ليس طرفا في المحرر أدلى أمام الموظف بتقرير يعلم انه غير مطابق للحقيقة.

ومع ذلك فإنه يستفيد من العذر المعفى بالشروط المنصوص عليها في المادة 52 كل من أدلى بوصفه شاهدا أمام الموظف بإقرار غير مطابق للحقيقة ثم عدل عنه قبل أن يترتب على إستعمال المحرر أي ضرر للغير وقبل أن يكون هو نفسه موضوعا للتحقيق".

هذا التكييف إعتمده كل من المشرعين التونسي والمغربي لأنه الصورة الأقرب لتوقيع الحماية الجزائية بما يضمن عدم المساس بمسألة اللقب العائلي.

ثانيا

من حيث تقدير حالة النظام العام

ترجع مسألة السلطة التقديرية للقاضي في تطبيق القاعدة القانونية لمسألة الشكل للقاعدة القانونية و أن عنصر الشكل يتحقق عن طريق الصياغة القانونية، علما أنه كلما كانت الصياغة موفقة وملائمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق[192]، دون فتح المجال الواسع لإعمال السلطة التقديرية للقاضي في المسائل المعروضة أمامه.

بالإضافة إلى مسألة تقديره للحفاظ على النظام العام من خلال حماية المراكز القانونية للأفراد باعتبار اللقب من الحقوق الشخصانية التي وجب حمايتها من الإعتداء ، وفق جميع صور السلوك التي تمس به تحت أي تكييف.

ولتوسيع مجال الحماية الجزائية بما يضمن عدم المساس باللقب العائلي لأفراد الأسرة فإنه كان على المشرع المغاربي أن يدمجها ضمن الجرائم الواقعة على الأسرة و يحدد لها نص عقابي. دون ترك المجال لتحقيق السلطة التقديرية للقاضي في وقوع الإعتداء أو عدمه، وهو نفس التقدير الذي أعتمده المشرع في تجريمه لفعل الإهمال المعنوي للأولاد.

الفرع الرابع

مجال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في جريمة الإهمال المعنوي للأولاد

تعتبر إساءة معاملة الطفل مؤثر سلبيا على شخصية الطفل [193] وهذا ما يؤدى إلى إضطرابه النفسي والعاطفي والسلوكي[194] .

---

[192] – تشوار جيلالى، نسب الطفل...، المرجع السابق، ص. 6 .

[193]– تنص المادة 36 الفقرة 3 من قانون الأسرة على أنه " يجب على الزوجين – التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم". منير مرسى سرحان، المرجع السابق، ص. 18.

[194] – فاخر عاقل، علم النفس التربوي، المرجع السابق، ص. 112. وفاق صابر على، صلاح الدين عطاء الله، المرجع السابق ، ص. 10.

إذ أن هذه المفاهيم تأخذ الطابع النفسي والإجتماعي في تقديرها ومنه يتحدد سوء السلوك وإهمال الرعاية المعنوي للأولاد للقاضي الجزائي، إذ يمكن للقاضي الجزائي ترتيب المسؤولية الجزائية على الأبوين، بإعتبارهما الفاعلين المباشرين في تحقيق إهمال الرعاية وسوء السلوك على الأبناء مما يشكل عنف معنوي عليهم.

إلا أن ترتيب المسؤولية الجزائية على الأبوين إجراء قاصر على الحماية الكلية لشخصية الأبناء، لأن الأمر يتطلب وجوب إتخاذ تدابير الحماية في مواجهة الأبناء ضحية الإعتداء ، هذه الحماية التي تتناسب وظروف كل إبن وشخصيته ودرجة الإعتداء عليه (أولا) .مع أن هذه العناصر يبقى للقاضي وحده سلطة تقديرها وإتخاذ التدابير بشأنها (ثانيا).

أولا

تقدير ترتيب المسؤولية على الأبوين

وبالنظرلخصوصية الفعل المجرم يتبين تعمد إستعمال المشرعون المغاربيون مصطلحات فضفاضة تستوعب مختلف أنواع الأضرار المعنوية التي قد تطال الأبناء في جانبهم العاطفي و النفسي والأخلاقي.

فنجد المشرع الجزائري بالمادة 330 فقرة 3 ق.ع يستعمل عبارات" يعرض صحة أولاده" أو "يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم" أو "يكون مثلا سيئا لهم للإعتياد على السكر أو سوء السلوك "، أو بأن "يهمل رعايتهم، أو لا يقوم "بالإشراف الضروري عليهم".

و المادة 482 من م.ج .م، التي تضمنت عبارات نصها على النحو التالي ، إذا تسبب أحد الأبوين في ألحاق ضرر بالغ بأطفاله، و ذلك نتيجة سوء المعاملة أو إعطاء القدوة السيئة في السكر أو سوء السلوك أو عدم العناية أو التقصير في الإشراف الضروري من ناحية الصحة أو الأمن أو الأخلاق.

ومما جاء بالمادة 212 مكررمن م.ج.ت أن الأب و الأم أو غيرهما ممن تولى بصفة قانونية حضانة قاصر إذا تخلص من القيام بالواجبات المفروضة عليه إما بهجر منزل الأسرة لغير سبب جدي أو بإهمال شؤون القاصر أو بالتخلي عنه داخل مؤسسة صحية أو اجتماعية لغير فائدة و بدون ضرورة أو بتقصيره البعض في رعاة مكفوله بحيث يكون قد تسبب أو أسهم في التسبب بصورة ملحوظة في إلحاق أضرار بدنية أومعنوية به.

فمجموع هذه العبارات تحمل دلالات لكل سلوك غايته إعطاء قدوة سيئة، أو سوء المعاملة أو عدم العناية و التقصير في الإشراف الضروري الواقع على عاتق الوالدين .

ويدخل ضمن وصف الأبناء كل من الإبن الشرعي أوالمكفول، وتوسع المشرع التونسي بأن إعتبر الولد بالتبنى من الأبناء المشمولين بالحماية.

إذ ليس هناك معيار ناظم من خلاله نتمكن من التفريق بين ما يشكل إساءة للأولاد وما يدخل في حق تأديبهم مثلا .

وقد ذهب المشرع الجزائري بإستحداثه لقانون حماية الطفل صور تشكل عناصر الإهمال المعنوى للأبناء أكثر دقة في شمولية الحماية وفق عناصر الضرر اللاحق ، والتى يمكن للقاضي أن يعتمد مضامينها للقول بما مدى وقوع الأبناء ضمن حالات الإهمال المعنوي بعد أن جاء بتعريف بوضع "الطفل في خطر" بالمادة الأولى[195] من قانون حماية الطفل .

ويمكن للقاضي أن يعتمد قواعد التجريم العامة تحقق غاية الحماية المعنوية للأبناء ما نجده من ذلك ما إعتبره المشرع المغربي ضمن تجريم فعل التسول والتشرد بأحد الأبناء وأثر ذلك على سلوكه ونفسيته ، وهذا بموجب الفصل 327 م.ج م بنصها " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة كل متسول، حتى و لو كان ذا عاهة أو معدما، إستجدى بإحدى الوسائل الآتية :

1 – إستعمال التهديد.

2 – التظاهر بالمرض أو إدعاء عاهة.

3 – تعود إستصحاب طفل صغير أو أكثر من غير فروعه.

4 – الدخول إلى مسكن أو أحد ملحقاته، دون إذن مالكه أو شاغله.

---

[195] – "الطفل في خطر": الطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له أو تكون ظروفه المعيشية أو سلوكه من شأنهما أن يعرضاه للخطر المحتمل أو المضر بمستقبله أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية للخطر.

تعتبر من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر:

– فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي

– تعريض الطفل للإهمال أو التشرد

– المساس بحقه في التعليم

– التسول بالطفل أو تعريضه للتسول".

5- التسول جماعة، إلا إذا كان التجمع مكونا من الزوج و زوجته أو الأب و الأم و أولادهما الصغار، أو الأعمى أو العاجز و من يقودهما.

وبموجب مجال أوسع لصور الحماية ما أورده بالفصل 330 م.ج. م والتى تقضي بأنه " يعاقب بالحبس من سنة أشهر إلى سنتين الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم أو الكافل أو المشغل وعلى العموم كل من له سلطة على طفل أو من كان يقوم برعايته، إذا سلم، و لو بدون مقابل، الطفل أو اليتيم المكفول أو الطفل المهمل الخاضع للكفالة أو المتعلم الذي تقل سنه عن ثمان عشرة سنة إلى متشرد أو متشردين أو متسول أو متسولين.

تطبق نفس العقوبة على كل من سلم الطفل أو اليتيم المكفول أو الطفل الخاضع للكفالة أو المتعلم الذي تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو حمل غيره على تسليمه على متسول أو متسولين أو متشرد أو متشردين أو حرضه على مغادرة مسكن أهله أو الوصي عليه أو المقدم عليه أو كافله أو مشغله أو الشخص الذي يقوم برعايته، ليتبع متسولا أو متسولين أو متشردا أو متشردين".

ولأجل ذلك كله يملك القضاء سلطة تقدير مدى تأثير تصرفات معينة أو مدى تشكيلها لأضرار معنوية على الأبناء حتى تستلزم تطبيق أحكام المتابعة الجزائية على الفاعلين، وبالتالي وجوب إتخاذ تدابير الحماية على الأبناء .

ثانيـا

في حالة إتخاذ تدابير الحماية والتهذيب

إن ترتيب المسؤولية الجزائية على الوالدين يكون بإعتماد السلطة التقديرية للقاضي التي تمكنه من تحديد القصد الجنائي وجودا أو عدما، وتسمح له بأن يستنتج أن ذلك يؤثر على صحة أو أمن أو أخلاق الأولاد أو لا يؤثر وبالتالي ترتيب المسؤولية الجزائية وتحقيق الحماية المعنوية للأولاد وعدم تعريضهم للخطر[196].

ولضمان الحماية القضائية للطفل المتعرض للإساءة والعنف ضمن التشريع التونسي يقوم قاضي الأسرة بجمع المعلومات وإجراء الأبحاث ويحدد التدابير الوقتية ويصدر الأحكام في شأن القضية. كما يتابع الحالة المعروضة عليه عن طريق مندوب حماية الطفولة أو مختلف المصالح الإجتماعية.

[196] . محكمة جيجل، ق ج،2012/04/25، فهرس رقم 12/1761، السابق الإشارة إليه ص .406.

وقد إعتمد المشرع الجزائري تدابير أكثر كفالة للحماية المعنوية للأبناء من خلال إعتباره المصلحة الفضلى للطفل المقررة بموجب المادة السابعة من قانون حماية الطفل تحت غاية والتي تقضي بأنه "يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأنه.

يؤخذ بعين الإعتبار في تقدير المصلحة الفضلى للطفل لا سيما جنسه وسنه وصحته واحتياجاته المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه".

وذلك من خلال إعتماد الحماية الإجتماعية والتي تعتمد وجود هيئات ومؤسسات تتكفل بتوفير هذه الحماية من جهة، وإعتماد الحماية القضائية من جهة أخرى بإعتماد مؤسسة قاضي الأحداث والآليات الممنوحة له بموجب المادتين 35 و 36 من نفس القانون والمتمثلة أساسا في تدابير التسليم أو الوضع، وهذا ما يمكن أن يكون موضوع بحث مستقل.

وبناء على ما سبق يتبين أن المشرعين المغاربين قد تعرضوا إلى عدة من المسائل التي تمس مركز الأسرة بغية تقرير نوع من الحماية، بموجب نصوص جزائية محل الدراسة لا يمكنها أن تستوعب كل التفاصيل المتعلقة بحماية الأسرة، وهذا نظراً للطبيعة الخصوصية لهذا الكيان الإجتماعي المصحوب بتطور ظروف الحياة الإنسانية ككل[197].

حيث أن القاعدة القانونية تحتاج إلى أن يدرك المراد منها، وقد تكون من الوضوح بحيث لا تحتاج إلا للحد المعقول من الثقافة القانونية، وقد تكون من الغموض بحيث تحتاج إلى إعمال العقل والمنطق وإستخدام وسائل متنوعة للوصول إلى القصد الحقيقي للمشرع[198] بأخذ أسلوب التفسير على أنواعه، الفقهي والقضائي والتشريعي.

وإن هذه الحماية لا تكون مؤكدة إلا بتقرير نوع من الضمانات والتي تتمثل في إجراءات المتابعة الخاصة والتي يحكمها معيار طبيعة العلاقة الأسرية في هذا الطابع المميز من الجرائم، بما يحفظ للأسرة إستمراريتها و التي كان صريحا في معالجتها وتناولها دون إغفال، مجنبا مطبق القاعدة القانونية مسألة البحث عن مقاصد وحكمة المشرع في ذلك. وهى محل قراءة في الباب الثاني.

[197]– حسن الساعاتي،المرجع السابق، ص.15.

[198] – باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ط 1، د.م.ج، وهران، 2007، ص. 74 .

الباب الثاني

الحماية الإجرائية للأسرة وفق التشريعات الجنائية المغاربية

تعد طبيعة العلاقة الأسرية أداة لإنسجام أفراد المجتمع وإنتشار المودة والرحمة بينهم، إما وأن تنقلب إلى وسيلة لإنتشار الفاحشة والكراهية، فإن ذلك وحده كاف لتعميق الهوة بين أفراد المجتمع الواحد الذي سيتأثر أمنه وإستقراره لامحالة [1] خاصة إذا طبعة بمتابعات جزائية غايتها تحقيق الردع العام كباقي الجرائم دون النظر إلى خصوصية أطراف وعناصر العلاقة ضمنها و ضمان بقاء العلاقات الأسرية قائمة، وفق ما نظرناه بالباب الأول من الدراسة والتي لاتكتمل شمولية فكرتها إلا من خلال إستكمال إستظهار عناصر الحماية الجزائية من منظور إجرائي.

إذ نجد المشرع الجزائي المغاربي خص بعض الجرائم بقواعد إجرائية خاصة، كون الإجراءات واحدة بالنسبة لمعظم الجرائم فتسهيلا منه للضحية في متابعة الجاني ونظرا للمصلحة الُمنتهكة، ورغبة منه في الحفاظ ما أمكن على كيان الأسرة جاء هذا التخصيص الإجرائي[2].

ولا تكتمل هذه الغاية التشريعية إلا من خلال تحقيق غايتها الموضوعية وهي من صميم عمل القاضي ، والتي تختلف لديه بحسب كل قضية والظروف المحيطة بها من جهة وصلتها المباشرة بالمسائل النفسية والإجتماعية من جهة أخرى ، في مواجهة كل عارض مهدد لمصالح الأسرة وإستقرارها وتأسيس قواعد إستقرار قوية للخلية الأسرية مبنية على العدل والإنصاف والمساواة في نطاق إستيعاب التحولات الجديدة التي يعرفها المجتمع المغاربي وإنفتاحه على المحيط الدولي الخارجي .

وعناصر هذه الغاية يكون بالنظر لتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها من جهة (الفصل الأول)، والأخذ بمعيار الرابطة الأسرية كسبب لتقييد المتابعة الجزائية وتقدير العقاب من جهة ثانية (الفصل الثاني).

[1] – سمير العمارى، المرجع السابق، ص. 01.

[2] – محمد كرادة، المرجع السابق، ص. 12.

الفصل الأول

معيار الرابطة الأسرية كمحدد لتحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها

إن الضمانة الأساسية لحماية حقوق الدولة و الأفراد أن يعهد إلى النيابة العامة في إطار نصوص جزائية مباشرة الدعوى العمومية، كونها صاحبة الإختصاص الأصيل في تحريك الدعوى العمومية و مراقبة سيرها إلى حين صدور حكم فيها و تنفيذ مقتضياته بإعتبارها صاحبة السيادة على الدعوى العمومية.

فهي الجهة التي أوكل إليها المشرع في إطار التفويض المعطى لها من قبل المجتمع حق متابعة الجناة و إحالتهم على قضاء الحكم و المطالبة بتوقيع العقاب عليهم و ممارسة الطعن في الأحكام الصادرة ضدهم و تنفيذها في حقهم[3]، الإ أن طبيعة الجرائم الماسة بالأسرة تجعل الوضع مختلف من حيث إجراءات المباشرة[4].

فمن الأهمية بما كان، تطلب الأمر إتخاذ سرعة في الإجراءات متمثلة هذه التسهيلات في قواعد الإختصاص (المبحث الأول)، وكذا إجراءات تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، في بعض الجرائم المحددة بالقانون (المبحث الثاني)، و إعتماد قواعد إثبات خاصة كقيد على المتابعة الجزائية (البحث الثالث).

المبحث الأول

قواعد الإختصاص الخاصة وإجراءات التكليف المباشر بالحضور للجلسة كآلية للحماية

يتحدد إختصاص المحكمة الجزائية للفصل في القضايا المعروضة أمامها وفق عناصر وهي أن تكون مختصة بالنسبة للمتهم المحال إليها، وأن تكون مختصة بالنسبة لنوع الجريمة التي تنظرها بالإظافة إلى إنعقاد الإختصاص بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أو مكان القبض على المتهم. أي وفقا لإختصاص الشخصي أو النوعي أو المحلي (المطلب الأول) وبإعتبار هذا التخصيص بموجب هذه القواعد فإنه وجب إعتماد الأيات إجرائية تتناسق معها كإجراءات التكليف المباشر بالحضور للجلسة (المطلب الثاني)

[3] – حميد ميمون، المتابعة الزجرية وإشكالاتها العملية، ط 1، مطبعة بني أزناسن– سلا، المغرب، 2005، ص. 63.

[4] – فهمي مصطفى محمود، نورالهنا إبراهيم،المرجع السابق، ص. 06.

المطلب الأول

قواعد الإختصاص الخاصة

وتفصيل ذلك في نظر الجرائم الماسة بالأسرة يحكمه كل من الإختصاص المحلي والإختصاص النوعي ولم نجد اثر أو تمييز في نظر الجرائم الأسرية بإعتماد الإختصاص الشخصي ضمن جميع التشريعات المغاربية .

وعليه فإن الإختصاص النوعي للمحكمة يكون تبعا لنوع الجريمة التي تنظر فيها سواء كانت محكمة الجنايات أو محكمة الجنح أو محكمة المخالفات وما يشمله موضوعنا ضمن عنصر الإختصاص النوعي ما تعلق بإعتماد الآلية الإجرائية المتعلقة بالتكليف المباشر للحضور للجلسة ضمن ما هو مشمول من جرائم ماسة بالأسرة، وتفاوت التشريعات المغاربية في إعتماد هذا التخصيص الإجرائي، بخلاف حالة إنعقاد الإختصاص المحلي الذي جاء واضحا ومتمايزا ضمنها، إذ يتحدد الإختصاص المحلي للمحكمة بمكان وقوع الجريمة أوبمحل إقامة المتهم أوبمكان القبض.

هذه الحالات الثلاثة التي تكون فيها المحكمة مختصة محليا بنظر الدعوى المحالة عليها والتي خصها المشرع الجزائي الجزائري بوضوح بنوع من التخصيص الإجرائي[5] بإقراره قواعد أخرى تخدم مصلحة الأسرة وذلك في حالة الشخص المستفيد من النفقة، خروجا عن القاعدة العامة للإختصاص المحلي (الإقليمي) لمحاكم الجنح، وهذا خلافا لباقي التشريعات المغاربية التي لم تكن على قدر كبير من التمييز والتي أخضعت ذلك للقواعد العامة للإختصاص، تمام ما هو محددة في المادة 329 قانون الإجراءات الجزائية، والتي بموجبها تختص محليا بالنظر في الدعاوى العامة، محكمة محل الجريمة أو المكان الذي يقيم فيه المتهم، أو المكان الذي القي فيه القبض عليه أو على أحد شركائه .

ووفق التشريع التونسي بموجب الفصل 27 من م.إ.ج.ت " تعهد بالتتبعات وكيل الجمهورية المنتصب بالمكان الذي إرتكبت فيه الجريمة أو بالمكان الذي به مقر المظنون فيه أو بالمكان الذي به محل إقامته الأخير أو بالمكان الذي عثر فيه عليه". والمادة 259 " يرجع الإختصاص،مع مراعاة مقتضيات القسمين الأول

[5] – محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2006، ص. 186. ولقد نصت المادة 252 من ق إ ج على الإختصاص المحلي لمحكمة الجنايات الذي يتحدد بدائرة إختصاص المجلس القضائي.كما حددت المادة 329 من ق إ ج الاختصاص المحلي لمحكمة الجنح والمخالفات بمكان وقوع الجريمة وبمحل إقامة المتهم وبمكان القبض. أما بالنسبة للمخالفات فيتحدد الإختصاص إما بمكان وقوع المخالفة أو بمحل إقامة المتهم لأنه لا يجوز القبض على المتهم في المخالفات.أما قسم الأحداث–قاضي الأحداث– فيكون مختصا محليا بمكان وقوع الجريمة أو بمحل إقامة الحدث أو والديه أو وصيه أ و بالمكان الذي عثر فيه عليه أو بالمكان الذي أودع به مؤقتا أو نهائيا بموجب المادة 32 من قانون حماية الطفل.

والثاني من الكتاب السابع من هذا القانون إلى المحكمة التي يقع في دائرة نفوذها إما محل إرتكاب الجريمة، وإما محل إقامة المتهم أو محل إقامة أحد المساهمين أو المشاركين معه في الجريمة، وإما محل إلقاء القبض عليهم أو على أحدهم، ولو كان القبض مترتبا عن سبب آخر".

ويمكن تناول قواعد الإختصاص فيما يتعلق بجرائم الأسرة ضمن التشريع الجزائري وهذا وفق ما يسايره من تقارب تشريعي مغاربي، من خلال معرفة الإختصاص المحلي(الفرع الأول) والمشار إليه صراحة في جريمة عدم تسديد النفقة، ثم التطرق إلي فكرة الإختصاص النوعي فيما يتعلق بالجرائم المعينة بالنظر وفق إجراءات التكليف المباشر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإختصاص المحلى

فقد جاء بالمادة 331 ق.ع الجزائري في فقرتها الأخيرة، على أن يكون إختصاص النظر في جريمة الإمتناع عن تسديد نفقة مقررة قضاء بموجب حكم أو أمر، لمحكمة موطن أو محل إقامة المستفيد من النفقة، أو الشخص المنتفع بالمعونة. ومعنى هذا أنه إذا أراد شخص مطالبة شخص آخر من أقاربه أومن أسرته بتسديد نفقة أو مساعدة مالية مقررة قضاء و قانونا[6]، فإن من حق المدعي أن يستدعي المتهم ويقاضيه جزائيا عن طريق النيابة العامة، أمام المحكمة التي يوجد بدائرة إختصاصها سكن المدعي المعتاد، أو محل إقامته إن كان له محل إقامة مؤقت معروف.

وهو نفس الإختصاص الذي أقره المشرع المغربي الذي منح الإختصاص إلى المحكمة التي يقيم بدائرتها الشخص المهمل أو المستحق للنفقة[7] بمقتضى المادة 481 من م.ج والتي تنص على أنه " إلى جانب المحاكم المختصة طبقا لقواعد الإختصاص العادية، فإن المحكمة التي يقيم بدائرتها الشخص المهمل، أو المستحق للنفقة، تختص هي أيضا في الدعوى المرفوعة إليها تنفيذا لمقتضيات الفصلين 480 و479".

أما بخصوص المشرع التونسي، فإن المادة 212 مكرر من م.ج.ت لم تحدد المحكمة المختصة إقليميا في قضايا عدم تسديد النفقة، وأمام هذا الوضع وجب إعتماد الأحكام المقررة بقانون الإجراءات الجزائية التونسي المحددة للإختصاص الإقليمي . إذ يتبين من خلال العبارة الواردة في المادة أعلاه أن الإختصاص

[6] – بوسقيعة أحسن، الوجيز ...، المرجع السابق، ص. 163 .

[7] – عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي– القسم الخاص–، ط 3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص. 146 .

ينعقد لمحكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة. وقد إعتمد المشرّع التونسي كمبدأ عام تنظيم الإختصاص المحلي وفق مجلة المرافعات المدنية والتجارية معيار مقرّ المطلوب وفق نص الفصل 30 من المجلة[8].

ونظرا لصبغتها المعاشية، وتيسيرًا منه على الدائن المستحق للنفقة، فقد تخلّى المشرع التونسي بموجب الفصل 36 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية عن هذا المبدأ وترك الخيار للدائن في رفع دعواه إما أمام المحكمة التي بها مقر المطلوب، أو أمام المحكمة التي بها مقره الأصلي[9].

وجعل المشرع المغربي بموجب الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية أن تقام دعوى النفقة أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو موطن أو محل إقامة المدعي بإختيار هذا الأخير[10].

أولا

الغاية من تقرير الإختصاص المحلي

إن إعتبار محل الجريمة أو المكان الذي يقيم فيه المتهم، أو المكان الذي القي فيه القبض عليه أو على أحد شركائه عناصر محددة للإختصاص المحلي، قائمة بداية على محدد مكان الجريمة كون أن هذا المكان حدث إخلال و إظطراب الأمن العام فيه وأن أثار الجريمة والشهود أسهل ضمنه والحكم والعقاب أكثر رادعاً وزجراً بالنسبة للآخرين و تضمن المحاكمة ضمنه إعادة الاطمئنان للناس بأن العدالة تحققت وذلك من خلال المعرفة اليومية والمستمرة لأحوال التحقيق والمحاكمة، وهي نفس الغاية في الأخذ بمعيار المكان لإنعقاد الإختصاص ضمن الجرائم الماسة بالأسرة[11].

---

[8] – " المطلوب شخصا كان أو ذاتا معنوية، تلزم محاكمته لدى المحكمة التي بدائرتها مقره الأصلي أو مقره المختار".

[9] – محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط 3، دار النشر المغربية، 2008 ، ص. 186.

[10] – إدريس العلاوي، الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية، القانون القضائي الخاص،ج 1، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، 2006، ص. 43.

[11] - جاءت الغاية من تقرير الإختصاص المحلي بالقضايا ذات الطابع المدني ضمن التشريع المغربي واضحة بموجب ما قرره الفصل 27 من قانون مدني مغربي، على جعل المحكمة المختصة محليا للنظر في النزاع، المحكمة التي يقع في دائرتها القضائية، الموطن الحقيقي أو المختار للمدعي عليه، و هذا شيء طبيعي يجعل توازنا بين طرفي النزاع، فالمدعي هو الذي يقيم الدعوى و يجبر المدعى عليه إلى ساحة القضاء، يختار زمن رفع الدعوى بعدما يهيئ نفسه ووثائقه و حججه، فكان من العدل و الإنصاف و تكافؤ الفرص ألا يجر المدعي عليه إليه بل يذهب هو إلى محكمة هذا الأخير، لذلك وحفاظا على هذا التوازن جعل المشرع الاختصاص المحلي إلى محكمة المدعي عليه، بالإضافة إلى أن الأصل هو براءة الذمة و يجب أن يعتبر المدعي عليه بريء الذمة إلى حين ثبوت ملء هذه الذمة بمقتضى حكم نهائي.

إلا أن ذلك ليس بهذه البساطة لعدم وجود ضابط في تحديد مكان وقوع الجريمة،هل على أساس حالة الشروع ؟ فتعتبر الجريمة الماسة بالأسرة وقعت في كل محل وقع فيه عمل من أعمال البدء في التنفيذ وقد يحصل بأن أعمال التنفيذ تتحقق في أكثر من مكان وتختص به أكثر من محكمة. أو على أساس طبيعة الجريمة فالجرائم المستمرة يعتبر مكانا للجريمة كل محل تقوم فيه حالة الإستمرار وفي جرائم الإعتياد والجرائم المتتابعة مكاناً للجريمة كل محل يقع فيه أحد الأفعال الداخلة فيها فالجريمة الوقتية يكون مكانها الذي وقع فيه الفعل التنفيذي ليكون محلا لها.

وإذا إختلف مكان وقوع الفعل عن مكان حدوث النتيجة، أعتبر كل من المكانين محلاً لوقوع الجريمة[12]، وفي الجرائم السلبية تعتبر واقعة في المكان الذي كان يجب أن ينفذ فيه العمل أو السلوك الذي يفرضه القانون .

وقد جاء المحدد الثاني للإختصاص المحلي بمكان إقامة المتهم وهو المكان الذي يقيم الشخص عادة فيه بنية الإستقرار والهدف من جعل محكمة محل إقامة المتهم مختصة ذلك من أجل معرفة حقيقة الفاعل وسلوكياته وسوابقه القضائية وماضيه وكما يكون الحكم عليه أثر على أولئك الذين من أمثاله في الوسط البيئي الذي يكون فيه وتربطه علاقة بهم ، كحالة الجرائم الماسة بالأسرة .

ويتحدد الإختصاص في هذا المجال بوقت إرتكاب الجريمة ولو إنتقل بعد ذلك من المكان الذي يقيم فيه إلى أي مكان آخر، وإذا تعددت أمكنة إقامة المتهم ، كانت جميع المحاكم التي تتبعها هذه الأمكنة مختصة بالجريمة [13] .

بالإظافة إلى أن إعتبار المحكمة المختصة بالقبض فيه على المتهم يمكن أن يساهم في العثورعلى بعض الأدلة التي تساعد القاضي في معرفة الحقيقة أو لأن الجريمة تكون بسيطة لا تستدعي نقل المتهم إلى مكان محكمة أخرى أو يكون من الخطورة نقل المتهم من مكان إلقاء القبض عليه أو قد يتعذر معرفة مكان إرتكاب الجريمة[14] .

[12] – عبد الوهاب المريني، دروس في القانون القضائي الخاص المغربي، ط 1، مكتبة دار السلام ، الرباط، 2001، ص. 48 .

[13] – عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية و التنظيم القضائي، سلسلة المكتبة القانونية ، ج 1، مطبعة النجاح ،الدار البيضاء، 1995،ص. 101 .

[14] – محمد المحجوبي، القانون القضائي الخاص، الكتاب1، ط 1، دار القلم ، 2005، ص. 63.

وجاء تقرير هذا الإجراء كله ضمن تفصيله في حالة جريمة عدم تسديد النفقة لأجل تحقيق الحرص على تخفيف العبء وتفعيل حماية الدائن بالنفقة وضمان حقه فيها. ويعدّ هذا الخيار في حدّ ذاته ضامنا آخر من الضمانات التي يحيطها المشرّع بدين النفقة.

وهذا الخيار الممنوح لرافع الدعوى يوفر له حماية أكثر، بالإضافة إلى أنه يجنبه عند رفع الدعوى أمام محكمة محل إقامته نفقات الإنتقال إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن المدعى عليه[15].

بالإضافة إلى ذلك فللدائن بالنفقة أن يطلب أيضا الحكم بالتعويض عما لحقه من ضرر بسبب الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها طيلة المدّة المقررة لقيام الإمتناع.

وتأكيد ذلك ضمن العمل القضائي ما جاء بقرار للمحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) بتاريخ 01 جوان 1982 بأن " المشرع أتى بالفقرة الأخيرة من المادة 331 ق.ع في صالح المستحقين للنفقة، لأن هؤلاء المستحقين يكونون في الغالب من العجزة، كالزوجة والأولاد وكذلك الوالدين عند كبرهما، وذلك لكي لا يتحتم عليهم التنقل المتعب إلى جهات قضائية بعيدة عن سكناهم، وعلى هذا فللمستفيدين من هذه الفقرة، وحدهم الحق في التمسك بهذا الدفع دون غيرهم "[16]. هذامما يوحي بالبحث عن مدى تعلق الإختصاص المحلي بالنظام العام .

ثانيـا

مدى تعلق الإختصاص المحلي بالنظام العام

حيث إنه من المعلوم بداية بأن القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية من القواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفة ما جاءت به لأنها تتعلق بالنظام العام.

والنظام العام هو القيم والمبادئ العليا في المجتمع سواء كانت هذه المبادئ سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية أو دينية أو قضائية ، وحيث أن تحقيق العدالة الجنائية وحسن إدارتها من المبادئ القضائية التي تعتبر من النظام العام وهذا الأمر تحدده قواعد الإختصاص وأن الإختصاص بشتى أنواعه يتعلق بالنظام

[15] – محمد مرزوكي، السياسة الجنائية في مجال الأسرة والأحداث ومساعدة الضحايا ندوة: السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، نظمت بمكناس، أيام، 9- 10-11 ديسمبر 2004 المجلد الأول، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية ، 2004، عدد 3-4 ، ص. 12.

[16] – المجلس الأعلى، غ.م، 1982/06/01، ملف رقم 23000، مشار إليه في أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية، منشورات بيرتي، دالي إبراهيم ، الجزائر، 2007- 2008، ص .149.

العام لأنها هذا التنوع تقرر من أجل مصلحة المجتمع بشكل عام وليس لمصلحة الخصوم التي لا يعتد بها في تقرير قواعد الإختصاص .

إذ يترتب على اعتبار قواعد الاختصاص من النظام العام نتائج أنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً سواء كان بالتعديل أو الإلغاء .

بالإضافة إلى أنه يعتبر الدفع بعدم الإختصاص من الدفوع الجوهرية يتوجب على المحكمة الرد عليه و يجوز لكل طرف في الدعوى الدفع بعدم الإختصاص في أية حالة كانت عليها الدعوى .وفي المقابل يحق للمحكمة من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصوم أن تثير موضوع الاختصاص إذا تبين لها أنها غير مختصة بنظر الدعوى فتقضي بعدم الإختصاص.

إلا أن هناك حالات تخرج عن قاعدة أن قواعد الإختصاص من النظام العام وبالتالي فإن المحكمة الجزائية تكون مختصة إستثناء بالنظر في قضية ليست في الأصل من إختصاصها كما في حالة الإرتباط بين الجرائم للفعل المتعدد الأوصاف فيأخذ هنا بالوصف الأشد فينعقد الإختصاص لمحكمة غير مختصة في الأصل فالإرتباط هنا جعل إمتداد الإختصاص إلى المحكمة الأقدر على الفصل في الخصومة الجزائية مثلا .

ولايقتصر الأمر على حالة الإرتباط للقول بإمكانية الخروج عن قاعدة تعلق الإختصاص بالنظام العام فهناك حالة ما يتعلق بالمسائل الأولية وهي مسائل تثور أثناء نظر الدعوى الجزائية ويختص القاضي الجزائي بالفصل فيها كي يستطيع أن يفصل بعد ذلك في موضوع الدعوى وذلك طبقاً لقاعدة أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ، وأن القاضي الأصلي هو قاض الفرع وبناء على ذلك بأن القاضي الذي ينظر الدعوى الجزائية عليه أن يفصل في الدفوع التي تثار أثناء نظر الدعوى حتى يتمكن الفصل في موضوعها.

وبناء عليه فإن تقرير إنعقاد الإختصاص المحلى بجرائم الأسرة ومنها جرائم الإهمال العائلي تحكمه هذه الأصول سواء في أصلها المتعلق بالنظام العام أو إمتداداتها المعلقة بحالة الإرتباط أو المسائل الأولية المثارة، خاصة وأنه إمتياز خص به المشرع المغاربي الشخص المهمل أو بالأحرى المستفيد من النفقة الغذائية وله دون غيره أن يتمسك به،بمعنى لا يجوز لأحد ما عدا المستفيد من النفقة الغذائية الدفع بعدم الإختصاص إذا توبع المدين أمام محكمة موطنه.

إلا أنه يمكن التنازل عن هذا الحق المقرر قانونا للشخص المستفيد منه، بخضوعه للقواعد العامة للإختصاص. فإذا إختار المتابعة أمام محكمة موطن المتهم، فلا يجوز لأحد الدفع بعدم الإختصاص[17].

في حين أن الممارسات القضائية ضمن القانون الجزائري أكدت إمكانية إثارة مسألة عدم الإختصاص المحلى من طرف النيابة العامة إذا رأت أن ذلك يحقق مصلحة للطرف الدائن بالنفقة ويجنبه عناء التنقل في تحقيق المتابعة الجزائية[18].

كما تجدر الإشارة إلى أن ما نصت عليه المادة 331 ق.ع.ج لا يصلح، إذا كان المستفيد من النفقة مقيما بالخارج، فحينئذ تطبق قواعد الإختصاص العام.

وأعتبر المشرع التونسي أنه إذا كان كل من طرفي الدعوى مقيما خارج البلاد التونسية، فإن المحكمة المختصة هي محكمة تونس العاصمة تطبيقا لقواعد الإختصاص المدني[19]، كونه جاء بأحكام مخالفة للمشرعين الجزائري والمغربي، إذ لم يشر في نص المادة 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية إلي الإختصاص المحلى، ولكن في هذه الحالة يتعين علينا الرجوع إلي قانون الإجراءات الجزائية التونسي، هو وحده الكفيل بتحديد هذا الإختصاص.

مع العلم أن المشرع المغاربي لم يشير إلي إعمال قواعد إختصاص محلي خاصة في باقي جرائم الأسرة، مثلا فيما يتعلق بجريمة الإهمال المعنوي للأولاد. فلا المشرع الجزائري و لا المشرع المغربي لم ينص على أي شيء فيما يتعلق بالإختصاص الإقليمي للمحاكم.

فكيف كانت نظرته فيما يتعلق بتحديد الإختصاص النوعي؟

الفرع الثاني

الإختصاص النوعي

إن مباشرة الدعوى العمومية وفق إجراءات خاصة أو تحديداً لمباشرتها في نوع معين من الجرائم هو نتاج فلسفة تشريعية تحكمها ضابط الخصوصية الإجرائية أو إعتماد إعتبار لمحل أو موضوع الحماية لتوفير أكبر قدر من الضمانات الحمائية في غالبه إجرائي مستوجب لحصول المتابعة الجزائية.

---

[17]– أحسن بوسقيعة، الوجيز...؛ المرجع السابق، ص. 163 .

[18] – محكمة سيدي عيسى، مجلس قضاء المسيلة، قسم الجنح، 2015/09/29 ، فهرس، 02229/ 15 ، ملحق رقم 19، ص. 429.

[19] -Cf.BOURAOUI. Soukeïna, Droit de la famille et relation, familiales à la lumière des dernierès rèformes juridiques, R.T.D, 1993, p. 119.

هذا الأمر أخذ طابعه المميز في كل من التشريعين التونسي والجزائري وفق في وضع الإختصاص النوعي بنظر الجرائم الماسة بالأسرة بإعتباره شقا إجرائيا في غاية الأهمية بما كان، لأنه يحدد منذ الوهلة الأولى مسار الدعوى في جانبها الشكلي. بالإختصاص النوعي للمحاكم سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها ، فضابط إسناد الإختصاص لمحكمة معينة وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع .

ففي هذا السياق سوف نتناول هذا الموضوع وفق مقاربة منهجية محكمة نبتغي من ورائها تحليل مقتضيات الإختصاص وفق إستضهار طابع التمييز التشريعي ضمن التشريع الجزائري (أولا) والخصوصية الإجرائية في التشريع التونسي (ثانيا)

أولا

طابع التمييز بالتشريع الجزائري

خص المشرع الجزائري الجزائي بعض الجرائم الماسة بنظام الأسرة بقواعد خاصة تمثلة في إمكانية مباشرة الدعوي العمومية فيها وفق إجراءات الإستدعاء المباشر مما يعبر عنه بلإختصاص النوعي المتمثل في بعض حالات المادة 337 مكرر من ق.ا.ج وهي حالة ترك الأسرة وحالة عدم تسليم الطفل وجريمة إنتهاك حرمة المنزل، وجريمة القذف ضمن ما يدخل في القذف الواقع والماس بالعلاقة الأسرية.

مما يفهم معه أن الأمر إقتصر على جرائم معينة على سبيل الحصر مع إستبعاد المخالفات والجنايات الماسة بنظام الأسرة[20].

وقد حرص المشرع المغربي على جعل الإختصاص في مجال الأسرة ، وإضفاء عليه خصوصية في كل ما له علاقة بالأسرة وبحمايتها ورعايتها في إطار القانون[21] ، إلا أنه أصبحت تثار إشكالية إستحداث أقسام قضاء الأسرة التي وردت في العبارة الأخيرة ضمن الفصل 2 من ظهير التنظيم القضائي حيث جاء فيها أن أقسام قضاء الأسرة تختص في " كل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة"،مما جعل هذه العبارة تثير إشكالية إختصاص قضاء الأسرة في المادة الجزائية أي الجرائم الماسة بالأسرة كجريمة الخيانة الزوجية أو غيرها من الجرائم الأسرية إستناد إلى عبارة "كل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة ".

[20]– فضيل العيش، المرجع السابق، ص .81.

[21] – عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي، ط 3،مطبعة تبوك، مراكش ،2010، ص. 54.

الأصل أن أقسام الأسرة بالرغم من تواجد النيابة العامة بها، و إعتبارها طرفا أصليا في قضايا الأسرة طبقا للمادة 3 من مدونة الأسرة يستبعد فصلها في القضايا الجزائية . وبالتالي يبقى الإختصاص مخولا للغرفة الجنحية بالمحاكم الإبتدائية.

إلا أن الأمر جاء أكثر شمولية ضمن التشريع التونسي في وجوب صدور حكم يقضى بالنفقة وما يتطلبه من عمل إجرائي سابق لحصوله بإختلاف الجهات المصدرة له وطابعه الزمني[22] هذا الأمر الذي قد يفوت فرصة تحقيق الحماية الجزائية لحالة ووضعية الدائن بالنفقة وهذا وفق التفصيل الأتي.

ثانـيا

الخصوصية الإجرائية ضمن التشريع التونسي

أوجد القانون التونسي فيما يخص الإختصاص النوعي في قضاء النفقات، مرجع أصليا وآخر إستثنائيا سابقا على المتابعة الجزائية فكلما تحقق نتيجة هذا الطلب تبعه بالضرورة إمكانية حصول المتابعة الجزائية بخلاف التشريعين الجزائري والمغربي.

فقد أسند المشرع التونسي بالفصل 39 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ، إختصاصا مطلقا أصليا في النظر في قضايا النفقات التي ترفع إلى قاضي الناحية بصفة أصلية.

وينفذ الحكم الصادر في تلك المادة بقطع النظر عن الإستئناف، وهو ما أكدته محكمة التعقيب في العديد من المناسبات[23].

كما أن المبدأ في إستدعاء الخصوم لدى قاضي الناحية يكون بواسطة أحد أعوان المحكمة أو بواسطة السلطة الإدارية. وتكون الشكوى مرفوقة بعقد الزواج الرسمي ، وبمضامين ولادة الأبناء[24]، وبكل وثيقة من شأنها أن تعطي فكرة عن حالة الطرفين المادية والإجتماعية والعائلية.

---

[22] – زهور الحر، الصلح والوساطة الأسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، سلسلة الندوات الجهوية لسنة 2007 تحت عنوان الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى ، الندوة الجهوية 11 ، قصر المؤتمرات بالعيون، يومي 1 - 2 نوفمبر 2007 المطبعة الأمنية، ص. 14.

[23] – قرار تعقيبي مدني عدد 6712، مؤرخ في 6 ماي 1969، ن.م.ت، ق.م.، عدد 2 ،1991، ص. 53. ونظّم المشرّع التونسي جملة الإجراءات المتبعة لدى قاضي الناحية، بالفصول 43 وما بعده من م.م.م.ت. وتتسم تلك الإجراءات بالمجانية والبساطة والسرعة، من ذلك أن الدعوى ترفع لدى قاضي الناحية بعريضة كتابية، يسلمها المدعي أو من يمثله لكتابة المحكمة. إضافة إلى أنه جرى العمل على قبول العرائض حتى ولو كانت الطلبات غير محررة كما يجب، بل يكفي ذكر طلب النفقة دون تحديد مبلغها.

[24] - المقصود بالمضامين شهادات ميلاد الأبناء.

وإذا كانت الدعوى مقامة من أصل على فرعه، وجب الإدلاء بمضامين الحالة المدنية التي تثبت علاقة القرابة الدموية أو بحكم التبني علاوة على ذلك، مع كل المؤيدات الدالة على فقر الأصل ويسر الفرع.

وتتسم الإجراءات المتبعة لدى قاضي الناحية في النفقات بالسرعة، إذ لا تقتضي سوى الوقت اللازم لإستدعاء المطلوب بصفة قانونية. وسواء حضر هذا الأخير أو لم يحضر، يصدر القاضي حكمه بعد تلقي الجواب منه والمؤيدات التي أدلى بها المدعي، طبقا لنص الفصل 39 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وما على المحكوم ضدّه إلا الإذعان للحكم وتنفيذه بصفة فورية بغض النظر عن إستئنافه أو تعقيبه.

ويمكن أن يكون هذا القرار أساسا للمتابعة الجزائية في جريمة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش قياسا على القرار الفوري الصادر عن قاضي الأسرة.

فتنفيذ الحكم الصادر بنفقة مؤقتة يستمد إلزاميته من الحكم ذاته ولا يتوقف على قناعة المدعى عليه، فالقرار الصادر عن قاضي الناحية قبل النظر في الدعوى بصفة أصلية وقبل تقدير معلوم النفقة، هو حكم صادر عن سلطة قضائية له خاصيات الحكم الأصلي وتنجر عنه الآثار التي تنشأ عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية.

لذلك يمكن إعتماد هذا الحكم كأساس للتتبع في جريمة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق خاصة وأن الفصل 53 مكرر من م.أ.ش يعاقب بالسجن "كل من حكم عليه بالنفقة... فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه..."، ولم يحدد بذلك شكل الحكم الصادر ضد المدين وإكتفى بإشتراط وجود حكم قاض بنفقة حتى يعتمد كأساس للتتبع في جريمة الفصل المذكور. ولم تعرض المسألة أمام محكمة التعقيب[25].

هذا فيما يتعلق إذ كان مرجع النظر أصليا. أما إذا كان مرجع النظر الحكمي الإستثنائي للمحكمة الإبتدائية في النفقات عندما ينظر الدعوى قاضي الأسرة[26] بموجب نص الفصل 32 من م.أ.ش"بأن تنفذ القرارات الصادرة عن قاضي الأسرة على المسودة، وتكون غير قابلة للإستئناف والتعقيب، ولكنها قابلة للمراجعة من طرف قاضي الأسرة ما لم يصدر الحكم في الأصل".

[25] – حكم مدني صادر عن محكمة ناحية تونس1994/4/18، عدد 62764، قرار في نفقة مؤقتة للأبناء صدر في جلسة 1994/2/10 لم ينفذه المدعى عليه. ن.م.ت، ق.م.، عدد 2 ، 1995، ص. 156.

[26] - أحدث القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جولية 1993 والمتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية ولأول مرة في تونس، مؤسسة قاضي الأسرة.

وكان هذا النص محل قرائتين[27] ، فالقراءة الأولى للفصل 53 مكرر من م.أ.ش، ترى أن المشرع إستعمل صلب هذا النص عبارة "حكم"، في حين أن الفصل 32 من م.أ.ش إستعمل عبارة "قرار" عند حديثه عن صلاحيات قاضي الأسرة. وقانونا ما يتخذه القاضي الصلحي من قرارات لا تعتبر فنيا حكما قضائيا وبالتالي فإنها غير مشمولة بالعبارة الواردة بالفصل 53 مكرر من م.أ.ش، وعليه فإنه لا يجوز إعتبار أن القرار الذي يتخذه القاضي الصلحي حكما قضائيا.

أما القراءة الثانية، فإنها ترى أن القرار الصلحي يمكن أن يعتمد كأساس للتتبع في جريمة الفصل المذكور أعلاه. بحيث يمكن إعتباره حكما قاضيا بإستحقاق النفقة وبالتالي مشمولا بعبارة "حكم" الواردة بالفصل 53 مكرر م.أ.ش، بإعتبار أن هذا القرار يخوّل للأولاد والزوجة الإنتفاع بمقدار نفقة في إنتظار الحكم القضائي المتصل بطلب الطلاق، وعليه فإن هذه الوسائل الوقتية تعدّ حكما تحضيريا ينصهر نهائيا في الحكم القضائي ويصبح جزءا لا يتجزأ منه[28].

فالغاية التي جعلت المشرّع يجرّم عدم أداء النفقة هي نفسها، وتصحّ سواء صدر هذا الحكم عن محكمة الناحية أو عن المحكمة الإبتدائية أو بمثابة القرار المتخذ في الطور الصلحي بإختلاف الإختصاص النوعي. أي أن القرار الصادر عن قاضي الأسرة يمكن أن يعتمد كأساس للتتبع في جريمة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، خاصة وأن لفظة "الحكم" الواردة بالفصل المذكور، جاءت مطلقة وبالتالي يجب أخذها على إطلاقها. ضرورة وأن دين النفقة يحظى بعناية تشريعية تظهر بالخصوص في الضمانات الممنوحة لهذا الدين، سواء على الصعيد المدني أو الجزائي. وعليه فإذا تم إستبعاد القرار الصلحي نوعيا من جملة الأحكام المعتمدة كأساس للتتبع في جنحة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، فإنه بذلك قد أفرغ هذا القرار من أهميته المتمثلة خاصة في تمتعه بالنفاذ العاجل.

فما فائدة النفاذ المعجل إذا كان هذا القرار عاجز لوحده ومن دون إقراره من المحكمة الإبتدائية، في أن يكون أساسا للتتبع في جريمة عدم دفع النفقة ؟

وتدعيما لذلك، فقد إعتبرت محكمة التعقيب[29] أن القرار الصادر عن قاضي الأسرة يمكن أن يكون سندا قضائيا للتتبع في جريمة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش.

---

[27] – ساسي بن حليمة، المحاولة الصلحية على معنى الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية ، المجلة القانونية التونسية ،ع 02 ،2013، ص.32.

[28] – سالم السحيمي، جملة من الدراسات في القانون المدني، شركة قطيف للطباعة والتوزيع، قفصة، مارس 1998، ص. 97 وما بعدها.

[29] – قرار تعقيبي مدني، 11 فيفري 1975، عدد ،10439، ن.ق.م. ج 1 ، 1975، ق.م.، ج. 1، ص. 83، عن محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص. 130.

أما في حالة نظر طلب النفقة أمام دائرة الأحوال الشخصية كجهة ينعقد لها الإختصاص النوعي فإن نظر هذه الدائرة في طلب النفقة مع بقية الطلبات التي تتضمنها قضية الطلاق، وتصدر المحكمة في النهاية حكمها إما برفض دعوى الطلاق، وإما أن تقضي إيجابيا في دعوى الطلاق، وتقرّر بالتالي تأييد القرارات الفورية التي إتخذها القاضي الصلحي[30] على حالها أو تقرّر تعديلها أو مراجعتها تماما.

وبصدور الحكم القاضي بالنفقة من الجهة المختصة محليا ونوعيا، يصبح المحكوم ضده مدينا، وبالتالي ملزما بالأداء وإلا صار محلّ تتبّع جزائي على معنى أحكام الفصل 53 مكرر من م.أ.ش إذا مرّت على صدور الحكم المدة المنصوص عليها بالفصل المذكور.

فأمام هذا التخصيص وجب تفصيل مسألة التكليف المباشر بالحضور للجلسة[31] وفق نظرة المشرعين المغاربين فيما يتعلق بجرائم الأسرة.

المطلب الثاني

إجراءات التكليف المباشر بالحضور للجلسة كآلية للحماية

الأصل أن النيابة لوحدها صاحبة الإختصاص الأصيل في تحريك الدعوى العقابية في جميع الجرائم" الجنايات و الجنح والمخالفات" ، وهي التي تباشرها أيضا، والمباشرة تقريبا في جميع التشريعات تعتبر حكرا على النيابة العامة، وذلك بإعتبار أن الجريمة تشكل إعتداء على مصالح المجتمع الجديرة بالحماية الجزائية. وإذا كانت القاعدة أن القضاء الجزائي لا يتدخل ولا يتصدى إلا للوقائع التي تحيلها النيابة سواء عن طريق التحقيق أو مباشرة أمام المحكمة بعد الإستدعاء المباشر، فإنه في أنظمة الإتهام الفردي أو الإتهام المختلط، يتولى المجني عليه رفع الدعوى الجزائية على المتهم ويفصل القاضي الجزائي في الموضوع مدنيا وجزائيا، وقد إتبعت هذا النظام عدة تشريعات[32] وقررت إبقاء هذا الحق للمتضرر في تحريك الجريمة حماية للمصالح الفردية، مادام أن الفرد هو الذي تضرر من الجريمة .

---

30 – محمد سلام، أهمية الصلح في النظام المغربي المقارن، مجلة المحاكم المغربية، أفريل 2002، عدد 93، ص. 26.

31 – التكليف المباشر بالحضور المنصوص عليه في أغلب التشريعات حديثا رغم أن هذه النظرية القانونية ذات جذور رومانية وهي من بقايا النظام الإتهامي الذي يعد أقدم الأنماط الإجرائية نشأة حيث بدأ ببروز الاتهام الشخصي المتروك للمتضرر فقط لوحده وهو ما كان سائدا قديما. كما وجد عند اليونان ظهر في أوروبا خلال القرون الوسطى أي في عصر الإقطاع وحصيلته أنه يساوي بين جهة الاتهام والدفاع ويحافظ على حقوق الأفراد.

32 - التشريع المصري في المادة 232 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية على أنه : " تحال الدعوى إلى محكمة الجنح والمخالفات بناءا على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو بناء على تكليف المتهم بالحضور من قبل احد أعضاء النيابة العامة أو من المدعي بالحقوق المدنية" .كما اخذ القانون اللبناني بالتكليف المباشر بالحضور بالمادتين 58 و59 الفقرة الثانية من قانون أصول المحاكمات الجزائية فنصت مادة 2/59 : " للمتضرر في قضايا الجنحة أن يقدم دعواه مباشرة إلى محكمة الجزاء وفقا للأصول المبينة في المواد التالية. " أما في التشريع الفرنسي، فإن الإجراء قديم في قانون تحقيق الجنايات الفرنسي القديم لسنة 1810 والذي حل محله قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الحالي الصادر بتاريخ 1958 والذي أخذت منه أغلب التشريعات العربية .

ومادام أن المشرع ترك للنيابة سلطة التقدير والملائمة، فهي قد تتصرف بما لايتوافق ورغبة المتضرر من الجريمة لذلك إستحدث هذا الإجراء المتعلق بالتكليف المباشر بالحضور للجلسة المشمول بإجراءات وشروط ضمن موضوعات خاصة حماية للأسرة نتناولها وفق الأتي:

الفرع الأول

تحريك الدعوى العمومية وفق إجراءات التكليف بالحضور

إعتمد المشرع الجزائري[33] إجراء الإدعاء المباشر أمام القضاء للأفراد حماية لمصالحهم التي أصابها ضرر من الجريمة، فيفصل القاضي الجزائي في موضوع الدعوى الجنائية والمدنية معا. ولقد حرصت أغلب التشريعات على تقرير هذا الحق حديثا[34]، لأجل حماية المصالح الفردية التي تضار من الجريمة والتي في كثير من الأحيان تراعي في تحريك ومباشرة الدعوى سوى إعتبارات الصالح العام، رغم أن المشرع قد ألزم النيابة في تحريك الدعوى في كل جريمة .

وبموجب الفصل 206 من م.ج.ت فإنه تتعهد المحكمة الإبتدائية: "بمقتضى إحالة مباشرة من وكيل الجمهورية إذا ظهر له عدم لزوم إحالة القضية على التحقيق أومن الإدارات العامة والفروع المالية في الصور التي يجيز لها فيها القانون القيام بالدعوى العمومية رأسا[35] أومن المتضرر عند إمتناع ممّثل النيابة العمومية من إجراء التتبع من تلقاء نفسه.

وعلى الطرف القائم بالتتبع في هذه الحالة أن يستدعي بقية الأطراف".

وبالإضافة إلى نص الفصل 36 من نفس القانون فإنه يمكن "حفظ القضية من طرف وكيل الجمهورية لا يمنع المتضرر من إثارة الدعوى العمومية على مسؤوليته الشخصية وفي هذه الصورة يمكنه عن طريق القيام بالحق الشخصي إما طلب إحالة القضية على التحقيق أو القيام مباشرة لدى المحكمة".

---

[33] - في التعديل الصادر بالقانون رقم 90-24 المؤرخ في 18 أوت 1990 في المادة المستحدثة 337 مكرر في الفصل الأول، القسم الأول، الباب الثالث تحت عنوان : في الحكم في الجنح والمخالفات.

[34] - غير أن التكليف المباشر بالحضور قد أقره المشرع الجزائري حديثا مقارنة بالتشريعات العربية والفرنسية المستمد منه التشريع الجزائري، ويعود ذلك لكون التوجه الذي ساد النظام السياسي بعد الإستقلال هو النظام الإشتراكي والواقع إن طبيعة النيابة والإختصاصات الممنوحة لها تختلف باختلاف الأنظمة السياسية المختلفة والتي تقف وراءها إعتبارات تتعلق بالفكر السائد في النظم المختلفة من نظام ليبرالي، إشتراكي، إسلامي، الأمر الذي جعل سلطة الدولة في ظل النظام الإشتراكي هي الوحيدة التي لها الحق في تحريك الدعوى العقابية ورفعها ومباشرتها أمام القضاء، وكل جريمة في ظل هذا النظام تعتبر إضرارا بالسلطة وبإعتبار الجريمة هي إعتداء على مصالح المجتمع قبل أن تكون إعتداء على الفرد فتتدخل الدولة ممثلة بالنيابة العامة بوصفها الجهاز الوحيد الذي له الحق في القيام بهذه المحاكمة.

[35] - رأسا بمعنى إبتداءً.

وعليه فإنه يمكن ضمن التشريع التونسي مباشرة الدعوى العمومية من طرف الشخص المضرور في حال إمتناع النيابة العامة عن إجراءات المباشرة، وهذا بموجب صراحة نص الفصلين بصفة عامة في جميع الجرائم دون إيراد لنص خاص إجرائي يميز خصوصية التكليف المباشر في الجرائم الماسة بنظام الأسرة.

ولم يأت هذا التحديد من طرف المشرع المغربي فقد نص في الفقرة الثانية من الفصل 348 من ق.ج.م على أنه يمكن للطرف المتضرر أن يقيم الدعوى العمومية طبقا للشروط المحددة في هذا القانون. فهذه الإمكانية القانونية المتاحة للمتضرر من الجريمة تجعل الإدعاء المخول إليه ممارسته يوصف بكونه مباشرا، و العلة من وراء هذا الوصف هو أن هذا الإدعاء لا تسبقه أية إجراءات أولية تمهد لطور المحاكمة فهو لا يعرف مرحلة البحث التمهيدي و إنما يدخل في مجال قضاء الحكم بصفة مباشرة[36] .

ولم يدمج أو يخص نوعا معين من الجرائم بل إعتمد إجراء مباشرة الدعوى العمومية بموجب إجراء التكليف بالحضور للجلسة، دون تخصيصه بنوع من الجرائم وكان هذا التحديد العام واضحا بموجب القانون القديم للمسطرة الجزائية المغربي[37] بإستثناء ما تضمنه الفصل 493 من ق.ج وهي حالة الخيانة الزوجية المثارة بمقتضى الإدعاء المباشر من قبل المجني تجعل من تنازل الزوجين الذي

إقترفت في حقه جريمة الخيانة الزوجية تصرفا قانونيا يضع حدا للمتابعة ضد الطرف الجاني[38] ، دون باقي الجرائم الماسة بالأسرة.

غير أن المشرع الجزائري قد إنفرد بطابع الحماية الإجرائية حماية لنظام الأسرة بالنص صراحة بموجب المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية دون باقي التشريعات المغاربية التي تعتمد الإجراء العام لتحريك الدعوى العمومية لفاعليته.

[36] – عبد الرحيم زكار، الإدعاء المباشر و الشكاية المباشرة في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ،2001، ص. 12.

[37] - ونص في المادة 367 بالمسطرة الجزائية القديم على ما يلي " تحرك الدعوى مباشرة في المخالفات والجنح أمام المحكمة الإبتدائية من المتضرر من الجريمة بإستدعاء يوجه إلى المتهم، ويجب أن يتضمن هذا الإستدعاء بيان اليوم والساعة ومحل إنعقاد الجلسة ونوع الجريمة وتاريخ ومحل اقترافها والنصوص المطبقة بشأنها وإلا فيؤدي الإخلال بذلك إلى البطلان ."

[38] – البوعيسي الحسن، تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضررعن طريق الإستدعاء المباشر،ط1 ،شركة الهلال العربية للطباعة والنشر،2008، ص. 58.

أولا

فاعلية إجراء التكليف بالحضور في الجرائم الماسة بالأسرة

لقد حرصت أغلب التشريعات على تقرير الإدعاء مباشرة أمام القضاء للأفراد فيفصل القاضي الجزائي في موضوع الدعوى الجنائية والمدنية معا. وهذا حماية لمصالحهم التي تضار من الجريمة، والتي تنعدم فيها أحيانا إعتبارات الصالح العام.

هذا الإعتبار يعد الخط الناظم في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة، رغم أن المشرع قد ألزم النيابة بتحريك الدعوى العمومية في كل جريمة[39] .

كما أن الغاية من تقريرهذا الإجراء في كونه يمثل نوعا من الرقابة على ممارسة النيابة العامة لإحتكارها سلطة تحريك الدعوى العمومية، فإذا لم تباشر النيابة العامة المتابعة الجزائية أجاز المشرع للضحية تولي تحريك الدعوى العمومية، وإحاطته بالمزيد من الضمانات التي تخوله حق التقاضي وفق شروط معينة[40].

وجاء الغرض من التحديد واضح ضمن التشريع الجزائري بالمادة 337 مكرر ق.إ.ج المتمثل في الإسراع في إثبات حق وتحصيله، ولاسيما أن هذا النص جاء تخفيفا على المتقاضي وكذا أعضاء النيابة العامة وإعفائهم من كثرة الإجراءات المتعلقة بالمتابعة، نتيجة التأخر في الفصل في قضايا الأحوال الشخصية وتراكم الملفات بين الضبطية والنيابة التي قد تطول لمدة من الزمن في سماع المشتكى منه وطلب ما يؤكد إدعاء الشاكي وتحرير الإنابات القضائية، وهو ما يستغرق وقتا طويلا خاصة وأنها تتعلق بجرائم تمس الأسرة، يعد فيها إعتبار الزمن عاملا مهما في معالجتها.

إلا أنه يؤخذ عن المشرع الجزائري ضمن للفقرة الأولى من المادة 337 مكررسالفة الذكر المتعلقة بترك الأسرة التي يقابلها بالنص الفرنسي Abandon de famille وأنه يقصد بهاعدم دفع النفقة لذلك أن جميع القضايا التي ترفع على مستوى المحاكم تتعلق بعدم دفع النفقة وليس ترك الأسرة وإذا كان القاضي متمسكا بحرفية النص في جميع قضايا دفع النفقة تبطل الإجراءات لأن المادة جاءت على سبيل الحصر في التشريع الجزائري وليست عامة مثل التشريعات المقارنة [41].

---

[39] – أحمد أجويد، الموجز ...، المرجع السابق، ص. 28.

[40] – حسن على محمد الربي، تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضرر عن طريق الإستدعاء المباشر " إشكالية المباشرة" دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء 2007، ص. 35.

[41] - كالتشريع المغربي والتشريع المصري والفرنسي. والذي إصطلح عليها بمصطلح الإستحضار.

بالإضافة إلى أن الغاية من هذا الإجراء أنه ينطوي على دافع إرضاء شعور الفرد بالعدالة حتى قيل بأن التكليف المباشر يشكل وسيلة لتسليط الرقابة على حارسة المصلحة العامة .

ولأجل تحقيق هذه الغاية بفاعلية، وجب على المشرعين المغاربين إعتماد هذه الآلية لحماية الأسرة للسابق توضيحه هذا من جهة ومن جهة أخري وجب توسيع مجال تطبيق التكليف المباشر بالحضور بعدم الإقتصار على نوع محدد ومعين من الجرائم بل يجب توسيعه ليشمل جرائم أكثر إنتشارا، والتي تمس أفراد الأسرة بجميع درجاتهم سواء في ذمتهم المالية أو سلامتهم الجسدية والمعنوية.

ثانـــيا

شروط قبول الإدعاء وصحته وفق إجراء التكليف بالحضور

يكون التكليف المباشر أمام المحكمة الجزائية أي أمام قضاة الحكم مباشرة، ويتم بواسطة التكليف بالحضور للمحاكمة[42] ، وترسل النيابة ملف الدعوى إلى المحكمة المختصة للبت فيه بعد تكليف المتهم مباشرة بالحضور[43]. وهذا بعد تحقق شروطه وإجراءاته الواردة ضمن التشريع الجزائري بصيغة صريحة.

وإشتمل التشريع الجزائري تفصيل ذلك لكونه خص بعض جرائم الماسة بالأسرة بتقرير إجراء التكليف المباشر بالحضور، إذ يتم إعلان التكليف في هذه الحالة على يد المحضر القضائي للمثول أمام المحكمة للجلسة التي يحددها وكيل الجمهورية، بعد تقديم طلب إلى هذا الأخير محدد فيه ملخص الوقائع ونوع الجريمة ضمن الحالات الخمسة بالإضافة إلى تحديد هوية الخصم بدقة التي تشمل الإسم، اللقب، إسم الأب، العنوان الكامل، المهنة.

و يتم إيداع مبلغ الكفالة المناسب لدى أمانة ضبط المحكمة، الذي يقدره وكيل الجمهورية وهذا حسب نص المادة 223 مكرر فقرة 4[44] من ق. إ. ج .

وتقدير المبلغ لايجوز المنازعة فيه مادامت النيابة العامة لها سلطة التقدير والملائمة، وعادة ما تقدر بقيمة المصاريف القضائية الرسمية حسب قانون المالية لكل سنة في تقدير الرسوم والطابع والمصاريف.

---

[42]– أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، ط، 4، 2007، دار هومة، ص. 179.

[43]– مولاي ملياني بغدادي، قانون الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب ،1987، ص. 122. جديد معراجي، الوجيز في الإجراءات الجزائية، ط 1، دار هومة، 2000، ص. 65.

[44]– نص المادة " ينبغي على المدعي المدني الذي يكلف متهما تكليفا مباشرا بالحضور أمام محكمة أن يودع مقدما لدى كاتب الضبط المبلغ الذي يقدره وكيل الجمهورية ".

ومن جانب المشرع المغربي، هذا التقدير جاء واضح بموجب المادة 50 من ظهير 31 ديسمبر 1986 المتعلق بتنظيم المصاريف القضائية في الميدان الجنائي موضوع مبلغ القسط الجزافي الذي يؤدى من قبل المطالب بالحق المدني. و قد إعتمد المشرع المغربي في تحديده لمبلغ هذا القسط على نوعية الجريمة الناجم عنها الضرر المطلوب عنه التعويض[45]، و يتعين على مثير الشكاية المباشرة أن يودع بكتابة الضبط المبلغ المفترض أنه ضروري لتسديد جميع مصاريف الإجراءات و إلا كانت دعواه غير مقبولة .

فضلا عن ذلك، فإن المشرع المغربي أوجب بمقتضى المادة 56 من ظهير 31 ديسمبر1986 المشار إليه أعلاه على المدعي بالحقوق المدنية الذي يقيم دعواه مباشرة أمام المحكمة الزجرية[46] أي عن طريق سلوكه مسطرة الإدعاء المباشر بأن يؤدي مبلغ الرسم القضائي الذي يتعين عليه دفعه كما لو رفع دعواه في مواجهة الخصم إلى القضاء المدني و إلا قضى بعدم قبول طلبه[47] .زيادة على شرط إختيار الطرف المدني موطنا له بدائرة إختصاص المحكمة المرفوع أمامها القضية، ما لم يكن متوطنا بها وهذا حسب الفقرة الأخير من المادة 337 مكرر.

وهي نفس الشروط التى إعتمدها المشرع المغربي[48] في الفقرة الثانية من المادة 350 من قانون المسطرة الجزائية بنصه أن " إذا قام الطرف المدني دعواه عن طريق إيداع مذكرة تعين أن تتضمن هذه المذكرة البيانات الكفيلة للتعريف به، و أن تبين الجريمة المترتب عنها الضرر و مبلغ التعويض المطلوب و الأسباب المبررة للطلب و أن يحتوي على تعيين موطن مختار في المكان الذي يوجد فيه مقر المحكمة ما لم يكن الطالب مقيما بدائرة نفوذها ".

وقد رتب المشرع الجزائري جزاء عدم القبول على عدم مراعاة الطرف المدني للشرطين الإثنين معا، ولم يتطرق لكل حالة على حدة، ويرتب الجزاء المناسب لها، بل أنه جمع الحالتين ورتب عن عدم مراعاتهما جزاء البطلان في النص العربي وعدم القبول في النص الفرنسي، مع أن الشرطين يتناولان موضوعين مختلفين[49].

---

[45] - فقد حد مبلغ القسط الجزافي بالنسبة للمخالفات المعروضة على أنظار المحاكم الابتدائية في (30 درهم) و في مبلغ 100 درهم فيما يخص القضايا الجنحية المطروحة على المحاكم الابتدائية و في مبلغ 500 درهم في حالة عرض الخصومة على الغرفة الجنائية بمحكمة الإستئناف

[46] - أي المحكمة الجزائية ما يقابله ضمن التنظيم القضائي الجزائري قسم الجنح.

[47] – البوعيسي الحسن، المرجع السابق، ص. 260.

[48] – عبد الوهاب حومد، الموجز شرح قانون المسطرة الجنائية المغربية ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش ،ص. 56.

[49] – أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص. 183.

في حين أن القضاء المغربي رتب البطلان في حال تخلف أي شرط على حدة[50] وهو ما أخذت به المحكمة الإبتدائية بوزان بعدم قبول الشكاية المباشرة معللة قرارها بما يلي " و حيث أن المحكمة بعد إطلاعها على فحوى الشكاية المباشرة تبين لها أن المشتكي لم يبين تاريخ وقوع الجريمة فضلا عن أن الشكاية غير دقيقة و يكون بذلك التصريح بعدم قبولها أمرا واردًا ".

وقد إختلف المشرّع الجزائري عن باقي التشريعات المغاربية، إذ خص بهذا الإجراء الجنح فقط وهذا بالرجوع إلى الحالات المذكورة على سبيل الحصر، وبالتالي تخرج عن ذلك الجنايات والمخالفات فلا يجوز رفعها بالطريق المباشر.

وعلى هذا الأساس فإذا لم يستوف التكليف بالحضور شروطه الجوهرية سواء من حيث البيانات اللازمة لقيامه أو من حيث طريقة إعلانه كان باطلا لا أثرله. أما إذا كان صحيحا، فإنه يرتب أثره. وأهم هذه الآثار أنه يقطع التقادم ويخرج الدعوى من يد سلطة الإتهام ليدخلها ضمن مجال المحكمة وتصبح بذلك ملزمة بالفصل فيها[51].

كما لا تتقيد المحكمة بدورها بطلبات الطرف المدني رافع الدعوى مباشرة وهي بصدد الفصل في الدعوى الجزائية ولا يكوّن أي أثر قانوني للتنازل أو الترك إلا إذا كان هنالك نص خاص يسقط الدعوى مثل ترك الأسرة. فالتنازل يضع حدّا للمتابعة، وأن النيابة العامة ليست مقيدة بطلبات الضحية، فلها أن تفوّض الأمر للمحكمة إذا رأت أن أدلة الثبوت غير كافية[52] .

مع ملاحظة أنه اذا لم يقم الطرف المتضرر بتكليف الطرف اللآخر بالحضور عبر المحضر القضائي فيحكم ببطلان الإجراءات بإعتبار أن تبليغ النيابة للأطراف لا يأخد به من الناحية القانونية.

وإهتمام المشرع بسلامة وصحة تكليف الأطراف بالحضور أمام الجهة القضائية الفاصلة في الدعوى هو من بين الضمانات و الإجراءات الجوهرية لحسن سير العدالة في مواجهة الأفراد، أمام الآثار المترتبة على روابط الأسرة نتيجة السير في الدعوى بعد صحة التكليف بالحضور.

فما هي الحالات التي يتضمنها إجراء الإستدعاء المباشر؟.

[50] – إجتهاد قضائي مشار إليه في البوعيسي الحسن ، تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضرر عن طريق الإستدعاء المباشر، ص. 251 .

[51]– جلال ثروت، سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 493.

[52]– فضيل العيش، المرجع السابق، ص. 90.

الفرع الثاني

الموضوعات التي تشملها إجراءات التكليف بالحضور

بإعتبار أن المشرع الجزائري قد حصر حالات تكون مشمولة بإجراء التكليف بالحضور للجلسة تتعلق بمسائل أسرية للغاية السابق ذكرها ضمن 337 مكرر من ق.ع دون باقي التشريعات المغاربية الأخرى، والتي وجب إحاطتها بالدراسة لتقدير الغاية من الإجراء وهى: جريمة ترك الأسرة و جريمة عدم تسليم الطفل (أولا)، ثم جريمة إنتهاك حرمة المسكن و جريمة القذف ضمن التشريع الجزائري[53] (ثانيا).

أولا

جريمتا ترك الأسرة وعدم تسليم طفل

راعى المشرع الجزائري مصلحة الضحية في الحصول على الرعاية المعنوية والمادية في جريمة ترك الأسرة، ونظرا لما تقتضيه مصلحة الطفل وهى الأولى بالرعاية، وإرغام الجاني بتحمل إلتزاماته تجاه أسرته وأبنائه في أقرب الآجال، وربح للوقت على خلاف الإدعاء المدني أمام قاضى التحقيق الذي قد يستغرق مدة طويلة ،وذلك بمنحه وإستفادته من إجراءات الإستدعاء المباشر والتي تتحقق إجراءات المتابعة الجزائية وفقها وصورة ذلك في جريمة ترك الأسرة (1) وجريمة عدم تسليم الطفل (2).

1/ جريمة ترك الأسرة

بمجرد أن تقدم الشكوى يقوم وكيل الجمهورية بدراسة الملف وتسجيله بسجلات المحكمة وضمن تطبيقة الملف القضائي، وتحدد جلسة لمحاكمة المتهم عن فعله وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إدانته متى تبين من الملف ثبوت قيام الجريمة وأنها لاتقوم مناقشة وجاهية ضمنه .

و نجد لمثل هذا الإجراء أثرا بباقي القوانين المغاربية نتيجة إتحاد الغاية ضمن الحماية الأسرية لذا توجب إعتماد آلية إجرائية تكفل الحماية الموضوعية وفق ما يتناسب ومحل الحماية. فهنا يلجأ الضحية إلى إجراء الإدعاء مدنيا، حتى لا يضيع له حقه في التعويض وفقا لنص المادة 2 من ق م ج م، التي تقضي بما يلي" و يقيم الدعوى العمومية و يتابعها رجال القضاء و الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون.

[53]– إضافة لجريمة إصدار شيك بدون رصيد وهي حالات محددة على سبيل الحصر، ولا يجوز الاستدعاء المباشر في غيرها إلا بترخيص من وكيل الجمهورية نص المادة 337 مكرر.ق.أ.ج حتى يتمكن الطرف المدني من تكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة.

كما يمكن للشخص المتضرر أن يقيمها طبق الشروط المبينة في هذا القانون ".والتي تقابلها المادة36 من م إ ت التي تنص على ما يلي " حفظ القضية من طرف وكيل الجمهورية لا يمنع المتضرر من إثارة الدعوى العمومية على مسؤوليته الشخصية، و في هذه الصورة يمكنه عن طريق القيام بالحق الشخصي، إما طلب إحالة القضية على التحقيق .أو القيام مباشرة لدى المحكمة ".

إلا أن التكليف المباشر بالحضور من طرف المدعي المدني يبقى إجراء غير مسموح به في جريمة ترك مقر الأسرة، إلا في حالة الإهمال المعنوي للأولاد في القانون المغربي؛ لأن ضابط الشرطة القضائية هو الشخص الوحيد الذي له صلاحية إجراء الإستجواب، و ذلك خلافا للقانون الجزائري، الذي حصر هذا الأمر - تكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في جريمة ترك الأسرة وفقا لنص المادة 337 من قانون الإجراءات الجزائية .

إذ لا يمكن لأي فرد بأن يأمر ضباط الشرطة القضائية للقيام بتنفيذ هذا الإجراء، غير أنه إذا حدث الإستجواب ورأت النيابة العامة ترك المتابعة لعدم الأهمية، فيحق عندئذ للضحية أن يتابع هذا الإجراء عن طريق التكليف المباشر بالحضور أمام المحكمة المختصة .

هذا و قد قررت الفقرة الأخيرة من المادة 480 من ق ج م، على أنه إذا كان المدين بالنفقة هاربا أو ليس له محل إقامة معروف، فإن ضابط الشرطة القضائية يسجل ذلك و يستغني عن الإستجواب، بخلاف حالة عدم تسليم الطفل.

2/ جريمة عدم تسليم الطفل

جريمة الإمتناع عن تسليم طفل لمستحق حضانته من الجرائم المستمرة إستمرارا متتابعا أي أن الحكم الصادر فيها لا يمنع من الحكم فيها مرة أخر في حالة تكرار نفس الفعل مرة أخرى بعد الحكم ولا يجوز للجاني أن يحتج بسبق الحكم فيها وهذا ما أخذ به القضاء المقارن[54] .

[54]– وقد قضت في ذلك محكمة النقض المصرية " إن جريمة الامتناع عن تسليم الطفل لمن له حق حضانته شرعاً هي من الجرائم المستمرة استمرارا متتابعاً أو متجدداً بمعنى أن الأمر المعاقب عليه فيها يتوقف استمراره على تدخل إرادة الجاني تدخلاً متتابعاً و متجددا ًبخلاف الجريمة المستمرة استمرارا ثابتاً فإن الأمر المعاقب عليه فيها يبقى و يستمر بغير حاجة إلى تدخل جديد من جانب الجاني كبناء جدار خارج عن التنظيم مثلاً . والمتفق عليه أنه في حالة الجريمة المستمرة إستمرارا ثابتاً يكون الحكم على الجاني من أجل هذه الجريمة مانعاً من تجديد محاكمته عليها مهما طال زمن إستمرارها ، فإذا رفعت عليه الدعوى العمومية مرة ثانية من أجل هذه الجريمة جاز له التمسك بقوة الشئ المحكوم فيه ، أما في حالة الجريمة المستمرة استمرارا متتابعاً فمحاكمة الجاني لا تكون إلا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى . و فيما يتعلق بالمستقبل فتجدد إرادة الجاني في إستمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة تصح محاكمته من أجلها مرة أخرى و لا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه. الطعن رقم 1155 لسنة 1948، ق، جلسة، 05/07/ 1931. مشار إليه بموقع دار القضاء العالي ، محكمة النقض المصرية، النشرة التشريعية والقانونية لمحكمة النقض، 1968.

ومكن المشرع الجزائي الجزائري صاحب الحق الممنوح له الطفل من الإستفادة من إجراءات الإستدعاء المباشر، لسرعة المتابعة القضائية وفق آلية إجراء التكليف بالحضور. ومن باب المقارنة لانجد إعتماد لهذا الإجراء بباقي القوانيين المغاربية التي تسعى إلى تقرير نفس الغاية ، فكان من باب أولى إعتماد نفس الإجراء لوضع حد لتصرفات المتهم.

خاصة وأن من شروط قيام الجريمة تحقق الإمتناع ذاته، و هو إن كان يعتبر موقفا سلبيا من الممتنع ، إلاّ أنه مع ذلك يكون أهم عناصر هذه الجريمة ، و لولاه لما أمكن قيام هذه الجريمة ، أومتابعة المتهم و لا معاقبته بشأنها ، و الإمتناع يتم إثباته بواسطة المحضر بعد إتباع إجراءات التنفيذ .

فأمام هذه الحالة فلا يمكن إطالة إجراءات التقاضي ونظرا لخطورة الوضع المراد حمايته – الطفل– فوجب إفادة الضحية بإجراءات مباشرة الدعوى العمومية وفق إجراءات التكليف المباشر بالحضور لتسريع الحماية الجزائية متى كان الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا و حقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع ، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه ، و لكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممّن يسكنون بنفس المنزل فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفـــل.

و عليه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين و تحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده أو عمه، و أنّه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثاني هو أمّه مثلا أو خالته أو جدته ، و عند القيام بإجراءات التنفيذ إعترض الأب أو الجد أو العم مثلا على تنفيذ هذا الحكم و إمتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضانته دون أن يبرّر إمتناعه بمبرّر شرعي أو قانوني ، فإنّه يقع تحت طائلة هذه الجريمة وفق إجراءات التكليف المباشر بالحضور متى ثبت علم الجاني بالحكم القضائي ونية معارضة تنفيذ هذا الحكم ، هذا كله لأجل تسريع إجراءات التقاضي وسرعة تحقيق الحماية الجزائية.

وهى نفس الغاية التي منحت للشخص الذي أنتهتك حرمة منزله أو حالة الفرد الذي تعرض للقذف.

ثانـــيا

جريمتا إنتهاك حرمة المسكن والقذف

من البديهي أن تكون حرمة المنزل نتيجة طبيعية متممةً للحرية الشخصية، فلا يجوز دخولها بغير إذن من أهلها[55]، بإعتبار المنزل مصدر إستقرار وسكينة الأسرة وأمنها وأن أي إنتهاك لحرمته، يمس بحرمة الأسرة

[55] – عبد الأمير العكيلى، سليم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، ج 1، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1988، ص. 32.

وإعتبارها ويشكل فعلا مجرما[56]، الأمر الذي يستدعي تيسير الإجراءات لرفع هذا الإعتداء ومتابعة الجاني (1). ويعد فعل القذف من الصور الماسة بإعتبار الشخص، وشرفه، وقد يهز كيان الأسرة إذا لم تتخذ إجراءات سريعة لمتابعة الجاني (2) .

1/ جريمة إنتهاك حرمة المسكن

أحاط المشرع المغربي مسكن الإنسان بمجموعة من الضمانات حفاظا على حرمته، بل إنه رفع القواعد المتعلقة بحرمة المسكن إلى مصاف القواعد الدستورية كما ورد في المادة العاشرة من الدستور: " المنزل لا تنتهك حرمته، ولا تفتيش ولا تحقيق إلا طبق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون"، كما جعل المشرع التونسي بموجب الفصل 9 من الدستور التونسي، "حرمة المسكن وسرية المراسلة وحماية المعطيات الشخصية مضمونة إلا في الحالات الإستثنائية التي يضبطها القانون"

وهو نفس ما إعتمدته غالبية القوانين الداخلية للدول[57] المتضمنة نصوصا قانونية مؤداها عدم جواز إنتهاك حرمة المنزل. فيما نص البعض من قوانين العقوبات على معاقبة كل شخص يخرق حرمة منزل أحد الأشخاص في غير الحالات التي ينص عليها القانون ودون مراعاة الأصول التي يفرضها[58] .

وكما أن المؤسس الدستوري الجزائري نص بالمادة 47 فقرة 1 على أنه[59] " تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة المسكن"

فلا تفتيش الا بمقتضى القانون وفي إطار إحترامه.

ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة "

وكما جاء بالمادة 47 الفقرة 1 و 2 من ق إ ج بنصها على أنه " لايجوز البدء في تفتيش المساكن ومعاينتها قبل الساعة الخامسة (5)صباحا ، ولا بعد الساعة الثامنة (8) مساء إلا إذا طلب صاحب المنزل ذلك أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الإستثنائية المقررة قانونا.

غير أنه يجوز إجراء التفتيش والمعاينة والحجز في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل قصد التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد 342 إلى 348 من ق.ع وذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش

---

[56] – عبد الأمير العكيلي، سليم حربة، نفس المرجع ، ج 2، ص. 132- 133.

[57] – وما نصت عليه المادة 31 من الدستور السوري لسنة 1983 بنصها "المساكن مصونة لايجوز دخولها أو تفتيشها إلا في الأحوال المبينة في القانون"؛ الدستور المصري المادة 44 " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون".

[58] – المواد 44، 45، 47 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، (د ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص. 29-40.

[59] – قانون رقم 16 – 01 الموافق ل 6 مارس لسنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري.الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 07 مارس 2016.

أو فندق عائلي أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو منتدى أو مرقص أو أماكن المشاهدة العامة وملحقاتها، وفي أي مكان مفتوح للعموم أو يرتاده الجمهور ، إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة "

فمتى كان إرتكاب الجرائم المشار إليها بالمواد 342 إلى 348 من ق. ع [60]. ضمن المساكن محل الحماية ، فإنه لا يعتد بوقت التفتيش ويبقى شرط الحصول على إذن بذلك نظرا للحماية المقررة.

ومما جاء بإجتهاد القضاء الجزائري للمحكمة العليا بأنه " لايشترط أن يكون المنزل مسكونا بل يكفى أن يكون العقار معدا لسكن وتحوزه المجني عليها بأي طريق من طرق الحيازة المشروعة"[61] .

بالإضافة إلى أن المحكمة العليا الجزائرية قد وسعت من مفهوم المنزل محل الحرمة وهذا توسيعا لمجال الحماية وتشديدا فيها إذ جاء في إجتهادها أنه " يتعين تحديد المنزل الذي أشارت إليه المادة 295 من ق.ع. ج بمعناه الواسع الذي يشمل كل لواحقه التي ليست في متناول العامة كالسطح والفناء والحديقة إلى غير ذلك. وبما أن العارض إعترف بأنه دخل حديقة الضحية بغير إذنها فيعتبر تصرفه خلسة وتنطبق عليه بحق المادة 295 سالف الذكر" [62].

ولأجل ذلك إعتمد المشرع الجزائري في توثيق حماية هذه الحرمة إجراء التكليف بالحضور للجلسة لما يضمنه من سرعة معالجة الوضع ووضع حد لإنتهاك حرمة المسكن [63]الذي جعل منه كل من المشرعين التونسي والمغربي بمصاف القواعد الدستورية دون خلق آلية إجرائية خاصة تكفل الحفاظ على حرمة المسكن.

ومع العلم قد يحدث أن تكون هناك إعتبارات وضرورات تقتضي تجاوز هذا الحق المقرر، بمقتضى شروط وإجراءات خاصة منصوص عليها في القانون لتحقيق هدف أكبر من المصلحة الشخصية. إذ أن الأمر يكون عندها لأجل حماية مصلحة أكبر من مصلحة حفظ المنزل وحرمته. وخاصة فيما يتعلق

[60] - جاءت ضمن القسم السابع تحت عنوان تحريض القصر على الفسق والدعارة:

[61] – المحكمة العليا، غ.ج.م، 1991/01/26، ملف رقم 78566، المجلة القضائية، 1993،عدد 2، ص. 205.

[62] – المجلس الأعلى، ع.ج 1، 1988/02/02، رقم 64. مشار إليه في، أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات...، المرجع السابق، ص. 114.

[63] - محكمة جيجل ، قسم الجنح، 2011/12/25، فهرس رقم 3614، ملحق رقم 20، ص . 431.

بالحفاظ على المجتمع ورعايته، كما لو كان السكن مصدر لبث الرذيلة في جسد المجتمع[64]. وهذه الرذيلة كذلك تجد مصدرها في حدوث فعل القذف المجرم.

2/ بالنسبة لجريمة القذف

فالقذف يعد من ضمن الأعمال التي تمس بكرامة الشخص وتحط من اعتباره حتى ولو كانت الوقائع المسندة إليه على أساس من الصحة وتستوجب عقوبة فاعله يستوي نسبة الأمر إلى الشخص سواء بصفة تأكيدية أو بصفة تشكيكية . وسواء كان ذلك بالكلام أو بالرسوم أو بالصور أو الإشارة حيث أن الكلام يصبح في بعض الأحيان جريمة عندما يستعمل كأداة لتجريح الغير والإساءة إلى سمعته، كما يستوي أن ينسب الجاني الواقعة إلى المجني عليه بإعتبارها من معلوماته الخاصة أو بوصفها رواية عن الغير. كما يستوي أن يكون المعنى السيئ واضحا أو مختفيا في لفظ بريء أو يكون في صورة تلميح أو كناية لأجل ذلك كله خص المشرع الجزائري ضحية جريمة القذف بإجراءات متابعة تأخذ آلية التكليف المباشر بالحضور لأجل المحاكمة ووضع حد لهذا الإعتبار ذي الطابع النفسي، محله إحتقار شعور الأشخاص وخاصة إذا كان ضمن نطاق العلاقات الأسرية لكل ما يمس الشرف وكرامة أفراد الأسرة.

وهذا تطبيقا للقواعد العامة في إجراءات المتابعة الجزائية دون النص على ذلك بموجب إجراءات خاصة ضمن التشريعات المغاربية في جرائم الأسرة وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري بقرار المحكمة العليا بقضائها أنه " من المقرر قانونا أن أي عمل يسبب ضررا للغير يستوجب التعويض، ولما ثبت– من أوراق قضية الحال – أن الطاعنة بإعتبارها كزوجة وكأم وربة بيت قد تضررت أدبيا وماديا، فقد تزعزع مركزها الإجتماعي، وخدشت في عفتها وكرامتها من جراء تبعتها بالزنا، التي إنتهت إلى صدور أمر بإنتفاء وجه الدعوى لصالحها لعدم كفاية الأدلة، ولذا فإن قضاة المجلس الذين قضوا لصالحها بالتعويض عن الوشاية الكاذبة، إستناد إلى الأسباب المذكورة قد برروا حكمهم "[65].

غير أنه وجب الإشارة إلى أن جريمة القذف المنصوص عليها في الفقرة 4 من المادة 337 مكرر ق.إ.ج الجزائري والتي يحكمها إجراء التكليف المباشر بالحضور و حالة وقوع جريمة القذف المنصوص عليها في قانون العقوبات بالمادة 296 يحكمها مبدءا فورية سريان قانون الإجراءات الجزائية وأن التعديل جاء

[64] – أحمد غاي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص. 18.

[65] – المحكمة العليا ، غ أ ش، 1993/11/23ملف رقم 96004 ، المجلة القضائية، 1994، عدد 3، ص. 69.

بعد المادة المتعلقة بحالات التلبس المذكورة في المادة 59 ق.إ. ج والتي يمكن أن تخضع لها حالة المادة 296 من ق.ع.ج وعليه تطبيق المادة 337 مكرر ق.إ.ج بشأن القذف هي الأجدر والأصح قانونا.

وبتناول هذه الحالات المشمولة بإجراء التكليف المباشر بالحضور ضمن التشريع الجزائري ما يدفعنا للتساؤل عن مامدى إعتماد المشرع الجزائري بموجب التنصيص الخاص في تحديده لنوع معين من الجرائم المتعلقة بالجرائم الماسة بالأسرة دون باقي التشريعات المغاربية، التي أخضعت الأمر إلى القواعد الإجرائية العامة لإجراء التكليف بالحضور، فهل يعد هذا ضمانة تشريعية تحد من سلطات النيابة العامة في تقدير الإفادة من إجراءات مباشرة الدعوى العمومية بموجب التكليف المباشر بالحضور للجلسة ضمن الجرائم الماسة بالأسرة، أم أنه مجرد تزيد عن القواعد الإجرائية العامة التي تحكم إجراء التكليف بالحضور والتي تشمل الجنح والمخالفات ضمن السلطة التقديرية للنيابة العامة دون تخصيص نوع معين من الجرائم؟ وهو ما أخذت به باقي التشريعات المغاربية والتي غايتها ضمان حماية أسرية فاعلة وفق قواعد إجرائية متوافقة ونظام الحماية الأسرية. مع الإشارة إلي وجود نظام الوساطة ضمن التشريعات المغاربية وهذا ما يأتي تفصيله ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني[66] .

ولم يقتصر الأمر على هذا الحال تحقيقا لهذا الهدف، بل تعدى الأمر من المشرع أن إشترط قواعد إثبات خاصة في الجرائم الماسة بالرابطة الأسرية .

المبحث الثاني

قواعد الإثبات الخاصة وأهميتها في جرائم الأسرة

الأصل أن كل الأفعال الجُرمية يجوز إثباتها بكافة الوسائل القانونية مثل الإعتراف، وشهادة الشهود، والمعاينة والقرائن وغيرها[67]، ويكون للقاضي مطلق التقدير لقيمة وقوة الدليل المقدم في الدعوى[68].

فإذا رفعت الدعوى إلى المحكمة أصبحت هي المختصة بإجراء التحقيق فيها، مما يبرز الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات. بحيث لا يكتفي بما قدمته النيابة من أدلة لإثبات التهمة وما قدمه المتهم من أدلة

---

[66] – الباب الثاني الفصل الثاني المبحث الأول المطلب الثاني ص299، من هذه الأطروحة.

[67] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 71.

[68] – محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 208.

لنفيها، وإنما يتخذ القاضي كل إجراء التحري والتحقيق للكشف عن الحقيقة وذلك بتكليف الخصوم بتقديم أدلة معينة كسماع شهود أو ندب خبراء.

غير أنه يجوز للقاضي أن يثبت حكمه على أدلة لم تطرح في الجلسة ولم تناقش من طرف الخصوم أمامه، حيث تنص المادة 212 من ق.إ.ج على ما يلي: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص القانون على خلاف ذلك؛ وللقاضي أن يصدر حجمه تبعا لاقتناعه الخاص. ولا يسوغ للقاضي أن يبني حكمه إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه."

وإعتبر المشرع المغربي بموجب الفصل 288 من ق. م. ج أنه " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب إعتقاده الصميم".

فإذا رأى القاضي ضمن التشريع المغربي أن الإثبات غير قائم قرر عدم إدانة الشخص المتهم وحكم ببراءته، إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا النص أو من طريقة الإثبات أن القاضي الجنائي في تكوين قناعته كيفما شاء بطريقة اعتباطية وإلا لأصبح يدين من يشاء، وإنما يجب عليه أن يكون قناعته من الأدلة والحجج والمناقشات التي راجت أمامه ويعلل تكوين هذه القناعة والطريقة التي سلكها في تكوينها.

وقد نص الفصل 289 من ق. م. ج على أنه " لا يمكن للقاضي أن يبني مقرره إلا على حجج عرضت أثناء الإجراءات ونوقشت شفاهيا وحضوريا أمامه" والفصل 290 من نفس القانون ينص على أنه "اذا كان إثبات الجريمة متوقفا على حجة جارية عليها أحكام القانون المدني فيراعى القاضي في ذلك قواعد القانون المذكور".

ومن أجل ذلك يجب أن توضع عملية الإثبات في إطار قانوني دقيق وفعال يحتوى على مجموعة من الإجراءات التي تساعد على كشف هذه الحقيقة وإثباتها[69]. فما هي نظرة المشرعين المغاربين وتعاملهم في مسألة قواعد الإثبات فيما يتعلق بالجرائم الواقعة على الأسرة ؟

[69] – محمد سيد حسن محمد، ضوابط سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 87.

تقييدا للحرية في مجال الإثبات، فإن المشرع الجزائري قرر طرقا خاصة ووسائل معينة للإثبات في بعض جرائم الأسرة وجب التقيد بها، لما لها من تأثير كبير على نظام الأسرة، وهذا بالنظر إلى الآثار المترتبة عن إجراء المتابعة، كجريمة الزنا وجريمة الإمتناع عن تسديد النفقة وجريمة ترك الأسرة، والتي تعد في كثير منها مسائل إجرائية بحتة وجب توافرها لإجراء المتابعة وتحقق إدانة المتهم، وأحيانا تعد أدلة الإثبات محل تقدير لقيمتها من طرف القاضي نظرا لطبيعة الجرم محل الإثبات.

والغاية من هذا الحصر هي محاولة التقليل ما أمكن من حالات إثارة المتابعة ضد المشتبه فيه رعاية لمصلحة الأسرة من جهة وحماية لأعراض المجتمع من جهة ثانية.

وهذا ما أخذ به المشرع المغربي خروجا عن القاعدة العامة في الإثبات[70] بخلاف المشرع التونسي الذي جعل مبدأ الإثبات الحر المعمول به في المجال الجنائي لإثبات الجرائم الماسة بالأسرة دون تخصيص حسب الفصل 150 من م.ج[71] ولم يحدد الفصل 236 من م.ج مسألة الإثبات في مادة الزنا بل هي خاضعة للإقتناع النظري للمحكمة حسب الأدلة المقدمة إليها[72] .

وهذا ما سيتضح من خلال تفصيل أدلة الإثبات حسب نوع الجريمة المدروسة.

المطلب الأول

دليل الإثبات في جريمة الزنا

تعد مسائل الإثبات في جريمة الزنا متوافقة وطبيعتها الخاصة، والتي حصرها المشرع العقابي الجزائري في المادة 341 ق.ع، وحصر المشرع المغربي أدلة إثبات الزنا بنوعيه الفساد والخيانة الزوجية في ثلاثة وسائل محددة بنص الفصل 493 ق.م.ج ، وعلى القاضي أن يتقيد بذلك، فهي لا تثبت إلاّ بالتلبس بفعل الزّنا، أو الإعتراف الكتابي به، أو الإقرار القضائي بشأنه[73].

---

[70] - تنص المادة 286 من ق إ ج على أنه "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب إقتناعه الصميم ويجب أن يتضمن المقرر ما يبرر إقتناع القاضي وفقاً للبند رقم 8 من المادة 365 الآتية بعده.

إذا إرتأت المحكمة أن الإثبات غير قائم صرحت بعدم إدانة المتهم وحكمت ببراءته".

وتنص المادة 287 على أنه " لا يمكن للمحكمة أن تبني مقررها إلا على حجج عرضت أثناء الجلسة ونوقشت شفهياً وحضورياً أمامها".

[71] - نص الفصل150 على أنه " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقضي الحاكم :حسب وجدانه الخالص. وإذا لم تقم الحجة، فانه يحكم بترك سبيل المتهم".

[72] - قرار تعقيبي ، مؤرخ في 18 أفريل 1982 ، عدد 6812 ،م.ق. ت،1984، عدد 1 ، 1984، ص. 124.

[73] - أمر بأن لا وجه للمتابعة، محكمة الطاهير جيجل، 2013/02/27، رقم التحقيق 13/0014 غير منشور ، الملحق رقم 21، ص. 434.

و أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي قد إعتمدا على حرية القاضي الجنائي في تكوين قناعته الشخصية من أي دليل يطمئن إليه، خروجا عن قاعدة الإثبات[74].

بينما المشرع التونسي لم يخصها بأدلة خاصة وجعل نظر المحكمة الجزائية في الدعوى العمومية المطروحة أمامها على أساس ثبوت الجريمة من عدمها إستناد لقرار الإحالة بعد تفحص الوقائع، تقوم بالتكييف القانوني لهذه الوقائع وإنزال حكم القانون على مقتضى هذا التكييف.

بالإظافة إلى أنه لابد من ثبوت قيام الإتصال الجنسي بين طرفي تهمة الزنا حتى تتوافر أركان الجريمة – لاتبنى الأحكام على الإستنتاج وإنما تبنى على الجزم واليقين– [75] وهي وفق ترتيب عناصرها المحددة بالتشريعين المغربي والجزائري .

الفرع الأول

الإثبـات بطـريقة التلبس والمشـاهدة

إن التلبس صفة متعلقة بالجريمة ذاتها بصرف النظر عن شخص مرتكبيها فيكفي لتوفرها أن يكون شاهدها قد حضر إرتكابها بنفسه وأدرك وقوعها بأية حاسة من حواسه وأن يكون هذا الإدراك بطريقة يقينية لا تحتمل شكا، ولا يكفيه أن يكون قد تلقى نبأها عن طريق الرواية أو النقل عن الشهود .

وضبط الجريمة في حالة تلبس يبرر الخروج على القواعد العامة في الإجراءات الجنائية فالإسراع في اتخاذ الإجراءات خشية ضياع الأدلة، حيث تكون مظنة الخطأ في التقدير أو الكيد للمتهم ضعيفة الإحتمال [76].

يقصد بالتلبس لغويا ما ظهر للعيان بجلاء ووضوح، غير أن التشريعات الجنائية لا تقف عادة عند المدلول اللغوي الدقيق للتلبس، وهو ما يترتب عنه بقوة النصوص القانونية اعتبار حالات بمثابة تلبس وغم كونها ليست كذلك. وهو ما يصطلح عليه بحالات التلبس الحقيقي: ضمن وضعين فالوضع الأول يكون في حالة ضبط المتهمين أثناء القيام بفعل الزنا بقاعة النوم مجردين من ثيابهما فالتلبس الحقيقي يقتضي بالضرورة مشاهدة المتهم منهمك في إرتكاب الفعل المادي للجريمة وهو ما يتطلب بالضرورة نوعا من الإمتداد الزمني ولو نسبيا للفعل الإجرامي لإمكانية معاينته وهو ما يترتب عنه التمييز بين صنفين من الجرائم: الجرائم الآنية: والتي يتم إنجازها في زمن قصير لا يسمح بمعاينة الفعل الإجرامي لعدم امتداده في

[74] - كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص.248 .

[75] – قرارتعقيبي مؤرخ في 14 أكتوبر 1996 ، عدد 59365 ، م ق ج س، 1996، ص. 234.

[76] – عادل عامر ، المسؤولية الجنائية و الأسباب الموضوعية لإنعدامها، دار فاس للنشر والتوزيع ، المغرب ، 2008 ، ص. 316.

الزمن وهكذا فهي جرائم تتحول بسرعة فائقة من جرائم في حالة إنجازها إلى جرائم إرتكبت بالفعل وتم إنجازها وإتمام ركنها المادي. وبالتالي فإن هذا النوع من الجرائم من الصعب إن لم يكن ذلك مستحيلا معاينة إنجاز ركنها المادي. وهناك الجرائم المستمرة: يمتد إنجاز ركنها المادي وإستغراقه زمنا طويلا نسبيا، مما يسمح لضابط الشرطة القضائية معاينة إنجازه كجرائم الزنا ولا يمكن إثبات حالة التلبس في مثل هذه الجرائم إلا بناء على محضر يحرره ضابط الشرطة القضائية في كل حالات التلبس الحقيقي[77].

أما الوضع الثاني فيكون بضبط الفاعل عقب إرتكاب فعل الزنا أو على إثر انجاز الفعل المجرم وتتمثل هذه الحالة في ضبط الفاعل بعد الإنتهاء من تنفيذ ماديات الجريمة، وبالتالي لا يمكن لضابط الشرطة القضائية أن يعاين إنجاز الفعل وإلا كنا إزاء الوضع الأول. أي أن مرتكب الفعل المادي يتم ضبطه بعد مرور فترة زمنية أي بعد إنجازه، وقد إعتبر الفقه وهو محق أن قيام المشرع بإستعمال تعبير (على إثر إنجازه) أو (عقب إرتكاب الفعل) يمنع إعتبار مرور فاصل زمني بين إنجاز الفعل وبين إكتشافه وإن القصد من ذلك حصول هذا الإكتشاف في اللحظة التي يكون الجاني يقوم بآخر عمل نهائي يندرج ضمن ماديات الجريمة[78] .

ولضبط هذه المفاهيم ضمن التشريعات المغاربية، فإن مشاهدة المتهمين متلبسين بالجريمة تعد من أظهر الأدلة على وقوع الزنا[79] ، ويكون ذلك عن طريق محضر محرر من قبل ضابط الشرطة القضائية، وهو ما نص عليه بالمادة 341 من ق.ع.الجزائري على أن " الدليل الذي يقبل عن إرتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي". وكرس هذا التنصيص القضاء الجزائري في أكثر من موضع من مراحل التابعة الجزائية فقرر منها حالة حفظ الملف على مستوى النيابة العامة في حالة عدم توافر أدلة الإثبات المقررة على سبيل الحصر، إدراك من القاضي للغاية التشريعية التي جاءت بها مشترطات المادة محل المتابعة[80] .

---

[77] – زين الدين الدناصوري و عبد الحميد ألشواربي ، المسؤولية الجنائية في قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ،مصر ، 1998، ص.217 .

[78] – عبد الحكيم الحكماوي، في حالة التلبس بالخيانة الزوجية والفساد، كلية الحقوق سلا الجديدة،المغرب ،2013، ص .26.

[79] – جندي عبد المالك، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص. 108.

[80] - نيابة محكمة الطاهير ، رقم قرار الحفظ 12/1363، 26/ 06/ 2012، ملحق رقم 22، ص .437.

و نص المشرع المغربي بالفصل 493 م .ج.م على أنه " الجرائم المنصوص عليها في الفصلين 490 و491 م.ج.م لا تثبت إلا بناء على محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس، أو بناءً على إعتراف تضمنه كتابات أو أوراق صادرة عن المتهم أو إعتراف قضائي"

لذلك وضع المشرع المغربي قيدا على حرية القاضي لمصلحة المتهم، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 29 جويلية 1979 حيث قضى بأنه " حيث أن المشرع حرصا منه على كيان المجتمع وحفاظا على كيان الأسرة قرر بأن الخيانة الزوجية لا يمكن إثباتها إلا بإحدى الوسائل التي أقر لها في القانون فصلا خاصا وهو الفصل 493"[81].

فيشترط القانون وفق ذلك أن يعاين الجريمة ضابط من ضباط الشرطة القضائية، وذلك بمشاهدة المتهمين في وضع يدل دلالة قطعية على ممارسة فعل الزنا، وأن يحرر محضرا بذلك ينفي الإدعاءات الباطلة والكيدية التي تهز كيان الأسرة[82]. وقد أضفى المشرع على هذه المحاضر الرسمية قوة خاصة في الإثبات، هذا إذ حررت وفق الضوابط المقررة لتحريرها، وكافة ما يستلزمه القانون بشأنها[83].

وأعتبر المشرع الجزائري بأن محاضر الضبطية القضائية مثل باقي الأدلة تخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي بحيث لا يتقيد بها تأسيس حكمه كأصل وهذا طبقا للمادة 212 فقرة 2 من ق.إ.ج. وهي المحاضر التي يحررها ضابط الشرطة القضائية حيث يأخذ بها القاضي على سبيل الإستدلال والإستئناس ولا يلتزم بها في إصدار حكمه، فتنص المادة 215 من ق.إ.ج على ما يلي: "لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجنح إلا مجرد استدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

كما يدخل في هذا الإطار التقارير التي يحررها أعوان الشرطة القضائية الذين نصت عليهم المادة 19 من ق.إ.ج .

وهو ما إعتبره المشرع المغربي كذلك بموجب المادة 289 م.ج. م بنصها على أنه" لا يعتد بالمحاضر والتقارير التي يحررها ضباط وأعوان الشرطة القضائية و الموظفون والأعوان المكلفون ببعض مهام الشرطة القضائية، إلا إذا كانت صحيحة في الشكل وضمن فيها محررها وهو يمارس مهام وظيفته ما عاينه أو تلقاه شخصياً في مجال إختصاصه".

---

[81] – مجلس أعلى، 29 – 07 – 1997 قضية رقم 31486، مشار إليه في عبد الحكيم الحكماوي، المرجع السابق ، ص. 139.

[82] – قاسم تركي عواد جنابي، المفاجئة بالزنا ،دراسة مقارنة ،ط01 ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص. 230.

[83] – أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 2، د.م.ج، الجزائر، 1998، ص. 457.

ونص المادة 290 م. ج. م التي جاء فيها" المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجنح والمخالفات يوثق بمضمنها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات".

وهذا ما فصل فيه الإجتهاد القضائي المغربي بالقرار الصادر عن محكمة النقض[84] " في شأن الوسيلة الوحيدة المتخذة من انعدام التعليل ، ذلك أن القرار المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم الإبتدائي القاضي بإدانة المطلوبين بالأفعال المذكورة أعلاه بعلة أن إعترافاتهما المدونة بمحضر الضابطة القضائية لا ترقى إلى وسائل الإثبات المحددة في الفصل 493 من م.ج و لا تعتبر اعترافات تضمنتها مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهمين لكونها غير ممضاة من طرفهما ، و الحال أن الاعترافات المذكورة واضحة و دقيقة و تلقائية و لا لبس فيها ، وأن عدم توقيعها لا يعني استبعادها لأن المشرع ترك الاختيار للمشتبه فيه في التوقيع على محضر تصريحاته من عدمها مع بيان أسباب ذلك طبقا للمادة 24 من قانون المسطرة الجنائية ، و بذلك فالقرار المطعون فيه أساء تطبيق المادة 493 من ق.ج المبرر لطب النقض .

نظرا للمادة 56 من قانون المسطرة الجنائية .

حيث إنه عملا بالبند الأول من المادة المذكورة فإن حالة التلبس بجناية أو جنحة تتحقق بضبط الفاعل أثناء إرتكاب الجريمة أو على إثر إرتكابها .

و حيث إنه عملا بمقتضيات الفصل 493 من ق.ج فإن حالة التلبس تعتبر إحدى وسائل إثبات جريمة الخيانة الزوجية .

حيث إن القرار المطعون فيه قضى ببراءة المطلوبين بعلة عدم توفر وسائل الإثبات في القضية طبقا للفصل 493 من ق.ج ، و أن اعترافهما المضمن بمحضر الضابطة القضائية لا يعتبر وسيلة إثبات لعلة عدم توقيعه من طرفهما ، دون مناقشة حالة التلبس و محضر الإيقاف المحرر من طرف الضابطة القضائية و مدى تأثيره في القضية و دره في إثبات حالة التلبس ، خاصة الحالة التي يضبط فيها الفاعل إثر إرتكاب الفعل ، و بذلك فالقرار المطعون فيه ناقص التعليل الموازي لإنعدامه الموجب للنقض و الإحالة ".

وهذا ما إستندت عليه محكمة النقض في هذا القرار أن المشرع المغربي لما جعل حالة التلبس من الوسائل المعتمدة في إثبات جريمة الخيانة الزوجية و الفساد ، فإنه لم يوضح معنى تلك الحالة ، و هو الأمر

[84] - الملف الجنحي، بتاريخ 28-11-2012 ، عدد 1243- 3 معلق عليه محمد أحداف، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، الجزء الأول، ط 1، 2014، ص. 68.

الذي يجعل المحكمة أو الأطراف يبحثون عن قصد المشرع من إيراد حالة التلبس هل لها مفهوم خاص بالجريمتين ، أم أن حالة التلبس تجد تفسيرها في مقتضيات المادة 56 من م.ج ؟

إذ إعتبرت محكمة النقض أنه يمنع على الأفراد تفسير النصوص القانونية ذات الطابع الجنائي إلا وفق ما أراده المشرع و ليس وفق ما يخرق القواعد المؤسسة لمبدأ الشرعية سواء من حيث التجريم أو وسائل الإثبات .

وبذلك فإن المشرع المغربي الذي وضع حالة التلبس على أنها من وسائل إثبات الخيانة الزوجية والفساد، فإنه يقصد أن تكون تلك الحالة منضبطة للمقتضيات الواردة بالمادة 56 من قانون المسطرة الجنائية.

وعليه فإنه متى ضبطت الشرطة القضائية التي على إثر إرتكابهما لجريمة الخيانة الزوجية و آثار الجريمة لا تزال بادية عليهما و حررت في شأن ذلك محضرا ، تكون قد قامت بما يجب القيام به في حالة التلبس التي تعتبر من أقوى وسائل الإثبات على إعتبار أنها تستند إلى معاينة ضابط الشرطة القضائية التي لا يمكن إستبعادها من غير سلوك إجراءات الطعن بالزور فيها .

و لذلك فإن حق المشرع المتمثل في تفسير القاعدة القانونية ، يتجسد في هذه الصورة إذ أن دلالة حالة التلبس الوارد ذكرها في الفصل 493 من م.ج لا صورة لها إلا الصور الواردة في المادة 56 من م.ج ، الشيء الذي يتعين معه الرجوع إلى تلك المقتضيات من أجل البحث في مدى توافر حالة التلبس من عدمها في معرض النظر في النزاعات المتعلقة بالخيانة الزوجية أو الفساد.

ويستلزم التلبس ذو الآثار الإجرائية المتميزة بوجود مظاهر خارجية تنبئ بذاتها عن ارتكاب الجريمة، إما بمشاهدة الركن المادي للجريمة وقت مباشرته، أو برؤية ما يكشف عن وقوعها منذ فترة وجيزة.

وكون أن مسألة الإثبات في جرم الزنا ضمن التشريع التونسي تخضع للقواعد العامة، فإنه في حالة الإثبات بموجب محاضر الضبطية يشترط توافر ما هو مستوجب قانون لإعتماد المحاضر وفق الفصل 154التي جاء فيها على أن "المحاضر والتقارير التي يحرّرها مأمورو الضابطة العدلية أو الموظفون أو الأعوان الذين أسند إليهم القانون سلطة معاينة الجنح والمخالفات تكون معتمدة إلى أن يثبت ما يخالفها وذلك فيما عدا الصور التي نص القانون فيها على خلاف ذلك.

وإثبات ما يخالف تلك المحاضر أو التقارير يكون بالكتابة أو بشهادة الشهود".

ويأخذ المحضر ضمن التشريع التونسي كذلك حكم الفصل 155 والذي مفاده على أن " المحضر لا يعتمد كحجة إلا إذا كان من الوجهة الشكلية محررا طبق القانون وضمن به محرره ما سمعه أو شاهده شخصيا أثناء مباشرته لوظيفته في مادة من إختصاصه". أي لإعتبار أن الجريمة متلبس بها تطبق أحكام الفصل الفصل 33 من م.إ.ج الذي ينص صراحة على ما يلي: " تكون الجناية أو الجنحة متلبسا بها

-أولا: إذا كانت مباشرة الفعل في الحالة أو قريبة من الحالة.

-ثانيا: إذا طارد الجمهور ذا الشبهة صائحا وراءه أو وجد هذا الاخير حاملا لأمتعة أو وجدت به آثار أو علامات تدل على احتمال إدانته، بشرط وقوع ذلك في زمن قريب جدا من زمن الفعلة.

ويشبه الجناية أو الجنحة المتلبس بها كل جناية اقترفت بمحل سكنى إستنجد صاحبه بأحد مأموري الضابطة العدلية لمعاينتها ولو لم يحصل ارتكابها في الظروف المبينة بالفقرة السابقة".

ولا يمكن تطبيق أحكام المادة 41 ق.أ.ج[85] ضمن التشريع الجزائري الخاصة بالتلبس في هذه الجريمة[86] ، مما يفتح المجال للتساؤل عن إمكانية تطبيق إجراءات المثول الفوري[87] المستحدثة بموجب ق.إ.ج الجزائري نظرا للغاية التي إستحدث من أجلها الإجراء وتوافقها مع طبيعة الجرائم الماسة بالأسرة ضمن التشريع الجزائري .

كما أنه ليس لضابط الشرطة القضائية سلطة إلقاء القبض على المتهمين وتقديمهم أو إقتيادهم إلى وكيل الجمهورية إلا بناء على شكوى رسمية من الزوج المضرور قبل الشروع في تحرير المحضر.

والمشرع عند إشتراطه إثبات التلبس بموجب محضر ضابط الشرطة القضائية إنما أراد حماية عرض الأسرة من الإدعاءات الباطلة أو الكيدية، نظرا لخطورة جريمة الزنا وعواقبها التي قد تهز كيان الأسرة[88].

وللعلم ، فالشريعة الإسلامية أكثر شدة في إثبات الزنا، عندما إشترطت شهادة أربع شهود تتوفر فيهم صفة العدالة[89]، وكانت أكثر صرامة في هذا الأمر حيث لم تعتد بصفة الشاهد ومركزه، بل بعدد

---

[85] – تنص المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب إرتكابها.

[86] – حميدو زكية ، محاضرات...، المرجع السابق .

[87] – وفقا للمادة 339 مكرر" من قانون الإجراءات الجزائية " يمكن في حالة الجنح المتلبس بها إذا لم تكن القضية تقتضي إجراء تحقيق قضائي إتباع إجراءات المثول الفوري المنصوص عليها في هذا القسم ".

[88] - سمير عالية ، شرح قانون العقوبات ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط 1،الجزائر ،2002،ص. 256.

[89] – محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية،ص. 440-442.

الشهود وعدالتهم[90]، حيث يرون أنه لابد من أربعة شهود يشهدون أنه زنى بها ويشترط في شهادتهم ما يشترط في الشهادة على إقامة حد الزنا[91].

الفرع الثاني

الإثبات بطريقة الإعتراف الكتابي

وهو الإعتراف الذي يقره المتهم بمحض إرادته بعيدا عن الإنفعالات النفسية، وبمعزل عن الشرطة والقضاء ضمن رسائل أو مذكرات يبعث بها إلى شريكه في الجريمة أو إلى الغير يحكي أو يصور فيها قصة فعل الزنا بصراحة ووضوح لا لبس فيه[92]. وهو ما أصطلح عليه المشرع المغربي بالفصل 493 من القانون الجنائي الفقرة الثالثة " إعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم.

وعلى ذلك، فالإقرار الشفهي أو الإقرارات الواردة في غير رسائل و مستندات المتهم لا يصلح كوسيلة مقبولة لإثبات جريمة الخيانة الزوجية، وهكذا أيضا لا نكون بصدد هذه الجريمة إذا كان الإعتراف على النفس واردا في رسائل ومستندات الغير، لأن هذا الاعتراف لا يصلح أيضا كدليل إثبات لأنه صادر عن الغير، و إ نما ما يهم هو أن تتضمن إعترافا على النفس من المتهم.

وقد إشترط المشرع الجزائري أن يكون هذا الإقرار واضحا، ليس فيه لبس أو غموض و يتناول مضمونه ذكر علاقات جنسية، على أن يكون هذا الاعتراف واردا في صور أو في سند أو في أي محرر آخر، شريطة أن يكون صادرا عن المتهم[93]. وهذا ما إستقر عليه القانون المغربي أما بالنسبة للقانون التونسي، فإن

---

[90] - إتجه الإسلام إلى الأخذ بالمذهب المختلط كونه حدد طرق الإثبات وجعلها في أدلة معينة لكنه أطلق سلطة القاضي في تقديرها حتى لا تكون سلطته آلية لا تأثير لها في تقدير الأدلة فللقاضي أن يحكم بخلاف ما اجمع عليه الشهود اذا ظهر الحق أو بني اعتقاداته عن طريق أخر غير طريقهم . ومثالها أن القاضي لا يحكم بحد المرأة إذا شهد عليها أربعة – وهي الشهادة المقررة لإثبات جريمة الزنا –وظهر أنها بكر.

واذا كان الإسلام قد أخذ بمبدأ تقييد سلطة القاضي في الحدود وأعطاه سلطة التقدير للأدلة ، إلا أن الإسلام في باب التعزير أخذ بمبدأ حرية القاضي لأسباب منها كثرة هذا النوع من الجرائم إضافة لتقاربها واختلافها من مجتمع لأخر . فهي تختلف من مجتمع إلى آخر وفق ظروف كل مجتمع من جهة ومن جهة أخرى تختلف حسب ظروف كل جريمة . ولذلك ترك للقاضي حرية إثبات التعازير بكافة وسائل الإثبات التي يستطيع أن يبني قناعته من خلالها خلافا لجرائم الحدود.

[91] – وإستدلوا على ذلك بأدلة منها: ما رواه أبو هريرة – رضى الله عنه – أن سعدا قال : يارسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: " نعم " . والدليل الثاني: بما جاء عن علي . رضي الله عنه– أنه سئل عن رجل دخل بيته فإذا مع إمرأته رجل فقتله، قال علي : " إن جاء بأربعة شهداء وإلا فليعط برمته".

[92] – أحسن بوسقيعة، الوجيز ...، المرجع السابق، ص .136 - 137.

[93] – لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، الجرائم ضد الأسرة والآداب العامة والجرائم ضد الأموال ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010 ، ص.144 .

المتصفح في القرارات التعقيبية يجد أن القضاء التونسي قد بنى بعض أحكامه على وسائل الإثبات التي نص عليها القانونان الجزائري و المغربي، وهذا ما تضمنه القرار التعقيبي المؤرخ في 13 جوان 1984 حيث قضي بما يلي " درج فقه القضاء على إعتبار وسيلة إثبات دعوى الزنا إما بالإقرار الصحيح المدعم أو بضبط الجانيين بمكان الخطيئة أو وجودهما في وضع مُستراب أو في حالة دالة على قيام العلاقة الفاجرة بينهما.

إذ يمكن للقاضي أن يعتمد عليها – المحررات – دون حاجة إلى التحقيق النهائي ولا يستطيع الخصوم أن يدحض ما إحتوته إلا بإتباع وسائل إثبات معينة.

إذ لاحظ المشرع أن بعض الجرائم لا تترك أثرا ينم عنها، أو يرشد إلى فاعلها، ولذلك فالمحاضر المثبتة لها كافية للحكم بالإدانة[94].

ومع ذلك يبقى للقاضي السلطة التقديرية لقيمة المحاضر الإثباتية، بنظر صحة أو عدم صحة ما إحتواه الإعتراف الكتابي، معتمدا قناعته الشخصية في ذلك. وهذا ما كرسه القضاء الجزائري الذي أعتبر أنه " متى كان من المقرر قانونا أنه إذا كانت أسباب القرار لا تكفى لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى ،فإن هذا القرار يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ومتناقضا في مقتضياته، وكان من المقرر كذلك أن الدليل الذي يقبل في إثبات جنحة الزنا يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي في حالة التلبس ،أو بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم أو بإقرار قضائي فان الإغفال عن مناقشة إحدى هذه الوسائل القانونية يعد خرقا لمقتضيات أحكام المادة 341 من ق.ع – إذا كان من الثابت – في قضية الحال أن قضاة الإستئناف قضوا بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإدانة المتهمين ومن جديد قضوا ببر ائتهما من تهمة الزنا تأسيسا على أنه لم يكن هناك أي إعتراف بالوقائع ودون أي مناقشة في تسبيب قرارهم لعناصر إثبات هذه الجنحة أو نفيها فإنهم بإغفالهم هذا خالفوا مقتضيات أحكام المادة 341 ق.ع التي تحدد قانونا الدليل المشروط فيما يتعلق بإثبات هذه الجنحة، ومن الوسائل المحددة الإعتراف الكتابي الوارد في الرسائل إذ لم يشترط حكم هذه المادة إعترافا قطعيا بل يترك للقاضي سلطة تقدير العبارات ، ومتى كان كذلك إستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على قصور في التسبيب والخطأ في تطبيق لقانون " [95].

[94] – قرار تعقيبي، المؤرخ في 13 جوان 1984 ، عدد9637 ، مقتبس عن أحمد شوقي الشلقاني، المرجع السابق، ص. 456 .

[95] – مجلس أعلى، غ ج،1986/12/30، ملف رقم 41320، المجلة القضائية، 1989، عدد3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص.289.

ونشير في هذا الصدد إلى أنّ الإعتراف الكتابي يمكن أن يلزم المعترف وحده، وأن الإعتراف بالوقائع الجرمية لا يتعدى إلى غيره، ولا يشكل دليلا قاطعا ضده. إلا أن المشكل الذي يثور أكثر ضمن التشريع المغربي بخصوص التفسير القضائي لعبارات المكاتيب والأوراق الصادرة عن المتهم، والذي إعتبر محاضر الضابطة القضائية المتضمنة لإعتراف المتهم بمثابة مكاتيب وأوراق صادرة عنه، وهكذا أصبحت محاضر الضابطة القضائية تستعمل في العديد من الحالات كأداة لتصفية الحسابات بين الأزواج، رغم عدم ضبط الزوج أو الزوجة في حالة تلبس، فإن تضمين إعتراف عليه من طرف ضابط الشرطة القضائية كاف لإدانته من أجل الخيانة الزوجية.

وكل ذلك بسبب التفسير القضائي الخاطئ الذي أعطى للضابطة القضائية ضوءا أخضر للتحكم في مسار قضايا الخيانة الزوجية سواء في إتجاه الإدانة أو البراءة.

بالإظافة إلي أنه وطبقا للقواعد العامة، فإن كل من يريد الأخذ والتمسك بالإقرارات الواردة في المستندات و الرسائل عن المتهم في دعوى الخيانة الزوجية، يجب أن يكون قد حصل عليها بطرق مشروعة، و في حالة عدم دفع المتهم بأن تلك المستندات أو الأوراق و الرسائل قد سرقت منه، فيحق للقاضي عندئذ أن يأخذها كدليل إثبات .

وقد تثار المسألة بشأن تقدير قيمة الإقرار الكتابي الإلكتروني أي في حالة وجود رسائل الكترونية بالبريد الإلكتروني يحكى فيها المتهم واقعة الزنا وخاصة إذا كان هذا البريد الإلكتروني يحمل توقيع المعنى[96]، وما له من قيمة قانونية إثر ذلك.

للإجابة على ذلك يمكن القول أن مسألة إثبات جرم الزنا عن طريق الرسائل الإلكترونية ولما لهذه الأخيرة من قيمة قانونية في الإثبات، إنه لايمكن إعتماد هذه الصورة في الإثبات وأساس ذلك عدم وجودها ضمن الحالات المنصوص عليها بالمادة 341 من ق.ع لإعتمادها كدليل إثبات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا نظرنا إلى الغاية من إشتراط المشرع لوسائل إثبات خاصة دون غيرها- وهو المحافظة على أواصر العلاقة الأسرية- فإنه يتقرر معه القول بإستبعاد هذا النموذج من مسائل الإثبات.

[96] – التوقيع (الإمضاء) الإلكتروني: وهو التوقيع المكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني والملحق أو المرتبط منطقياً برسالة إلكترونية ولها طابع يسمح لتحديد هوية الشخص الذي وقعها وتمييزه عن غيره ويدل على موافقته على مضمون ما إرتبط به.

إلا أنه يمكن أن يدفع بأن هذه الوسيلة مستجدة بتطور وسائل الإتصال الإلكتروني وعليه يمكن إعتمادها قياس على مسألة الرسائل المكتوبة. وعليه تبقى هذه المسألة محل تقدير و بحث مستقل.

الفرع الثالث

الإثبات بطريقة الإقرار القضائي

للإقرار أو الإعتراف الصادر من المتهم على نفسه في مجلس القضاء إذا كان صادقا وصريحا ومستمدا من إجراءات صحيحة فإنه يكون سيد الأدلة وأقواها تأثيرا في عقيدة القاضي إقتناعا وأدعاها إلى إصدار حكمه بإدانة المتهم[97]، فهو دليل يطمئن القاضي ويرضى ضميره في إتجاهه نحو الإدانة[98].

ويمكن القول أن الإعتراف هو قول صادر عن المتهم يقر فيه بصحة نسبة التهمة إليه وهو بذلك يكون سيد الأدلة[99]، ويجوز للقاضي أن يعتبر إعتراف الزوج أو الزوجة أمام المحكمة دليلا كافيا على الزنا المنسوبة إليهما وإذا كان الإعتراف أمام الشرطة القضائية فإنه لايعتد به[100]. ويؤخذ بالإعتراف حتى ولو كان أمام جهة إستئنافية جزائية.

والإعتراف أمام القضاء يشمل الإعتراف أمام قاضي التحقيق في محضر الإستجواب الأول حسب ما ذهب إليه القضاء الجزائري بإجتهاد المحكمة العليا حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 26 جوان 1996 بأنه: " يعد إقرار قضائيا إعتراف المتهمة أمام قاضي التحقيق في محضر الإستجواب الأول "[101].

وجاء هذا القرار تأكيد لما قضت به المحكمة بتاريخ 12 جوان 1984 حيث جاء فيه ما يلي" من المقرر قانونا أن من الأدلة لإثبات جريمة الزنا ، الإقرار القضائي ، ومن ثمة فان الإعتراف بهذه الجريمة أمام قاض من قضاة النيابة ، يعتبر إقرارا قضائيا يلزم صاحبه .ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن قضاة

---

[97] – محكمة عين ولمان سطيف، ق ج، 2012/10/15، فهرس رقم 12/06752، السابق الإشارة إليه، رقم 05 .

[98] – محمد سيد حسن محمد، المرجع السابق، ص. 211.

[99] – مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي ، مصر، 1997، ص. 198.

[100] – أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ط 3، 2006، ص. 129؛ نص المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية " لاتعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات أو الجنح إلا بمجرد الاستدلالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

[101]– المحكمة العليا، غ أ ش، 06/26/ 1996، ملف رقم 120961، المجلة القضائية. 2001، عدد 3، ط 4، الديوان الوطني للأشغال التربوية.وكذلك في هذا الشأن اجتهاد المحكمة العليا القائل بأن " زنا – إثبات الجريمة – الإعتراف بالمشاركة – قضاة النيابة العامة – تحرير محضر إستجواب بذلك – إقرار قضائي يلزم صاحبه. أنظر، المحكمة العليا، غ ج م ،1984/06/12، ملف رقم 28837، المجلة القضائية. 1990، عدد 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية.، ص. 279.

الإستئناف إدانو الطاعن تأسيسا على اعترافه بالمشاركة في الزنا ، أثناء تحقيق الشرطة وأمام وكيل الجمهورية عند استجوابه في محضر التلبس بالجريمة ، فانه بقضائهم هذا التزموا صحيح القانون، وكان لذلك النعي على قرارهم المطعون فيه بإنعدام الأساس القانوني، في غير محله ويستوجب رفضه لعدم تأسيسه.

وإن الإعتراف كدليل للإثبات متروك للسلطة التقديرية للقاضي ولا يتقيد به في تأسيس حكمه لأن الإعتراف قد يصدر في ظروف لا يطمئن إ ليها القاضي في صحته كون المتهم كان تحت إكراه مادي أو معنوي أو انه لم ستوفي شروطه القانونية أو المتهم يحاول تحمل مسؤولية جريمة ارتكبها غيره.

إذن للقاضي كامل الحرية في تقدير الاعتراف حتى ولو كان صادر عن إرادة حرة وسواء تم أمام جهة التحقيق أو أمام الضبطية القضائية أو أمام القاضي نفسه.

وبذلك يكون للقاضي الجزائي كامل الحرية في تقدير صحة وقيمة الإعتراف وهذا بالرجوع إلى نص المادة 213 من ق.إ.ج إذ لم تلزم القاضي بالأخذ بالإعتراف، إذ حددت أدلة الإثبات المقبولة أمام المحكمة لإثبات جريمة الزنا، ومن بينها الإعتراف دون إلزام القاضي بقبولها.

ولكن تقديم الدليل على قيام الجنحة بإحدى الوسائل المذكورة في المادة 341 من ق.ع.ج لا يمنع القاضي من إستعمال سلطته التقديرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها قائلة " بأن الإقرار القضائي في مجال الزنا شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفقا لنص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية إذ يتعين تقدير هذا الدليل أولاً لأجل إدانة المتهم المقر بجرمه[102]. نظر لطبيعة الجرم ومراكز الأفراد فيه.

وهو نفس إتجاه المشرع المغربي بنص الفصل 493 من ق.ج الفقرة الثانية بأنه تثبت جريمة الزنا " إعتراف قضائي وهو الذي يتم في مجلس الحكم، أي في حضور القاضي".

و لا يشترط أن يكون الإقرار القضائي كتابة، بل يصح أن يكون شفاهة، مثل ما هو عليه الحال أثناء إستجواب المتهم أمام المحكمة الجزائية، بشرط تدوينه في سجل المرافعات، حتى يمكن الرجوع له عند

[102]– إجتهاد قضائي مشار إليه في، أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، "الإقرار القضائي شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفق مقتضيات المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية " .جنائي قرار 12 جوان1984 ملف28837 ، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص 279؛ قرار، 1980/12/02، ملف رقم، 21440، مجموعة قرارات الغرفة الجنائية، ص. 26.

الضرورة. إضافة إلى ذلك قد يصدر الإعتراف على النفس كتابة في محضر رسمي، كأن يقر المتهم على نفسه بقيامه بجريمة – الزنا – الخيانة الزوجية، أمام قاضي التحقيق كما سبق ذكره.

إلا أنه يجب على القاضي أن يبحث عن الدوافع التي دفعت المعترف للإدلاء بأقواله، ويجب عليه أن يراعي الإنسجام بين الإقرار ووسائل الإثبات الأخرى، وأن يأخذ بإعتراف المتهم على نفسه في التحقيق ولو عدل عنه أثناء المحاكمة. وهذا ما ذهب إليه القانون الجزائي الجزائري، وقانون المسطرة الجنائية المغربي على حد السواء بأن الإقرار هو إعتراف المتهم صراحة أمام القضاء بقيامه بجريمة الخيانة الزوجية أو جريمة الفساد.

وهذا ما سار عليه القضاء التونسي في إحدى قراراته التعقيبية على إعتبار الإقرار الصحيح و سيلة من وسائل الإثبات في جريمة الخيانة الزوجية[103].

و بناء على ما تقدم، نلاحظ أن كلا من المشرع الجزائري والمشرع المغربي، قد جعل أدلة الإثبات في جريمة الزنا محددة مسبقا وعلى سبيل الحصر، و لا يجوز للقاضي أن يكون إقتناعه من الأدلة الأخرى غير الأدلة السالفة الذكر.

وبهذا فإن المحكمة الجزائية لا تقبل الوسائل الأخرى لإثبات جريمة الزنا و الخيانة الزوجية، مثل الشهادة وغيرها من وسائل الإثبات الجنائية خلافا للقانون التونسي والقانون الليبي.

ولا يخفى أن الإعتراف في المواد الجنائية لايقيد القاضي ولا يعفيه من البحث وراء أدلة أخرى وهو في باب الزنا أدّعى للريبة إذ قد يكون الباعث عليه الحصول على حكم بالطلاق[104]. ولتجنب الوقوع ضمن هذه الحالات التي تدعو للريبة يجب أن تتوافر شروط في الإعتراف لكي يعتبر صحيحا ومنتجا لأثاره في الإقناع القضائي.

إذ يجب أن يكون الإعتراف صادر من المتهم نفسه في مجلس القضاء، وهو ما يسمى بالإعتراف القضائي[105]، أما أقوال متهم في الدعوى الجنائية على متهم آخر، فلا يعتبر إعترافا بل مجرد إستدلال لايصح أن يكون سببا في عدم سماع الشهود في تلك الدعوى. ومع ذلك فإن للمحكمة أن تقدر أقوال

---

[103] - قرار تعقيبي رقم 9637 المؤرخ في 13 جوان1984، سالف ذكره .

[104] – جندي عبد المالك، المرجع السابق، المجلد الرابع، ص. 109.

[105] –" وقد جرى الرأي على القول بأنه يكفى ولو كان هو الدليل الوحيد في الدعوى لتسبيب حكم الإدانة ما دامت قد توافرت له شروطه المطلوبة فالإعتراف الصادر أمام مجلس القضاء هو وحده الذي يصلح الإكتفاء به والحكم على المتهم بغير سماع شهود الواقعة" أنظر، فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، بيروت، 1986، ص. 571.

متهم على أخر فإن إقتنعت بهذه الأقوال أخذت منها كدليل عليه وذلك من غير أن تكون ملزمة بتبريرها لما أخذت به وتؤيدها بأدلة أخري.

ثم هناك شرط أخر إذ يجب أن يكون الإعتراف صادرا عن إرادة حرة لمتهم يتمتع بسلامة التمييز حيث انه ينبغي أن تكون إرادة المتهم حرة وقت الإعتراف. وأن يكون الإعتراف الصادر من المتهم على نفسه صريحا لا لبس فيه ولا غموض في الواقعة الإجرامية المسندة إليه.

كما يجب أن يكون الإعتراف منصبا على نفس الواقعة الإجرامية لا على ملابساتها المختلفة، وهذا الإعتراف وفق شروطه كاف في إثبات جريمة الزنا بحيث أن القاضي لا يملك سلطة تقديرية في الإقتناع به وبالتالي الأخذ به من عدمه، وهذا خلافا للقاعدة العامة في الإجراءات الجزائية التي تخضع الإعتراف للسلطة التقديرية للقاضي .فتنص المادة 213 من ق.إ.ج ، على أن " الإعتراف شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي" [106]، وهي نفس القاعدة المعتمدة بالتشريع التونسي ضمن الفصل 151 من المجلة على أنه " لا يمكن للحاكم أن يبني حكمه إلا على حجج قدمت أثناء المرافعة وتم التناقش فيها أمامه شفويا وبمحضر جميع الخصوم، وفي الفصل 152 من المجلة على أن " الإقرار مثل سائر وسائل الإثبات يخضع لإجتهاد الحاكم المطلق.

إذن فهذه الوسائل التي إشترطها القانون لإثبات جريمة الزنا، مذكورة على سبيل الحصر فلا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها، وإلا تعرض حكمه للطعن. مثلها مثل وسائل الإثبات التي جاء بها المشرع الليبي في تجريمه لفعل القذف ، إذ أعتبر بموجب المادة 05 من القانون الخاص لتجريم قذف العفيفة ، أن إقرار القاذف ولو مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين دليل لإقامة الحد.

ولم يخضع المشرع الليبي لدليل الإقرار أو شهادة الشهود للسلطة التقديرية للقاضي مثل بقية التشريعات المغاربية ، وإنما جعل عنصر تقديرها وتوافر شروطها إتباع المشهور من أيسر المذاهب بنصه " مع عدم الإخلال بحكم المادة 7 تثبت جريمة القذف بإقرار القاذف ولو مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما إتباع المشهور من أيسر المذاهب" وهذا ما يتناسب وتجريم هذا الفعل[107] .

[106] - إبراهيم الشباسى ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، دار العلوم ، الجزائر، 2003 ، ص. 78.

[107]- فيما يتعلق بتجريم هذا السلوك الباب الأول الفصل الأول المبحث الخامس ص. 128.

وأما دور ممثل النيابة العامة في إثبات وقائع جريمة الزنا لا ينحصر فقط في إثبات قيام الفعل وإسناده إلى المتهم أو المتهمين به، بل يمتدّ أيضا إلى إثبات أنّ المتهم متزوج، وأن زواجه قائم على أساس شرعي وقانوني، وإثبات توفر وجود الشكوى قبل تحريك الدعوى وتسجيلها[108].

إلا أنه أمام التطور في مظاهر الحياة وعالم الجريمة ومسايرة أجهزة العدالة في مجال الإثبات الجنائي وأمام هذا التقدم في الأساليب و مكافحة الجريمة والكشف عن مرتكبيها، والسعي إلى أدلة الإدانة والبراءة في سبيل كشف السيطرة على الجريمة والإثبات الجنائي[109]، يثار التساؤل عن مدى إعتماد وسائل الإثبات الإلكترونية العلمية[110] الواردة بالفصل الرابع[111] تحت عنوان إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور، في إثبات جريمة الزنا بإعتبارها من الجرائم المتلبس بها من جهة.

ومن جهة أخرى أنه كثيرا ما يحدث وأن يتقدم بعض الأشخاص بشكاوى مصحوبة بأشرطة فيديو أو صور لأزواجهم تظهر وضعيات بإرتكاب جرم الزنا[112] بمعنى آخر، ماهي القيمة القانونية في إعتماد المادة 65 مكرر 5 من ق.إ.ج[113] كدليل إثبات في الجرائم الواقعة علي الأسرة ؟

---

[108]– عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 72- 73.

[109]– وهذا ما نادي به أنصار المدرسة الوضعية للقانون الجنائي من وجوب إعتماد الوسائل العلمية للإثبات من طرف القضاة لكي تكون العدالة قائمة على أسس علمية.

[110] – بولين أنطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 187. إياد محمد عارف، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص. 2-3.

[111] . وفقا للمادة 65 مكرر5 من ق.إ.ج والتي تنص على أنه " إذ اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الإبتدائي في جرائم المخدرات أوالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد، يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بما يأتي:

– إعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية.

– وضع الترتيبات التقنية، دون موافقة المعنيين من أجل التقاط و تثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية، من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص .

يسمح الإذن المسجل بغرض وضع الترتيبات التقنية بالدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها ولو خارج المواعيد المحددة في المادة 47 من هذا القانون وبغير علم ورضا الأشخاص الذين لهم حق على تلك الأماكن.

تنفيذ تلك العمليات المأذون بها على هذا الأساس تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية المختص.

في حالة فتح تحقيق قضائي، تتم العمليات المذكورة بناء على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة "

[112] – يرى بعض شراح القانون " أن الصور الفوتوغرافية تعتبر في الوقع دليلا على التلبس بالزنا، إذ أن الصورة الفوتوغرافية التي يظهر فيها المتهمان وهما يرتكبان ذات الفعل تنبئ بذاتها عن سبق جود حالة التلبس. ولكن يجب على المحكمة أن تتأكد من سلامة الصورة عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة ". عدلى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 1،ط 1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1953، ص. 111.

[113] - القانون رقم 06- 22 المؤرخ في ديسمبر 2006. المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

وعليه يمكن القول كجواب لتساؤلنا أنه تنعدم إمكانية الإعمال والأخذ بهذه الوسائل في مجال الإثبات في جريمة الزنا نظرا لطبيعتها الخاصة[114].ولا يمكن أن تقاس على الرسائل والمستندات الصور الفوتوغرافية التي تبين المتهم في وضع ينبئ على إرتكاب الزنا[115] كون الرسائل التي تعنيها المادة 341 من ق.ع يشترط مع دلالتها على الفعل أن تكون محررة من المتهم نفسه وهذا ما لايتوافق مع دليل الصور أو مقاطع الفيديو.

وبالإضافة إلى أن المشرع لم يشر إليها صراحة كون أن إعتماد هذه الوسائل يكون في مجال التحريات والتحقيق في نوع معين من الجرائم ذو طبيعة خاصة، وبالتالي لايمكن القياس والتوسع في حالة التلبس المشار إليها بالمادة 65 مكرر 5 من ق.إ.ج كونها محددة في حالة ضرورة التحري في الجريمة المتلبس بها، أو التحقيق الإبتدائي في الجرائم المصنفة بالخطيرة[116].

بمعنى أنه حتى ولو طلب الزوج من ممثل النيابة العامة الإستفادة من الإذن المنصوص عليه بالمادة 65 مكرر 5 من ق.إ.ج إثر وجود شكوك حول ممارسة زوجه لفعل الزنا، فإنه لامحالة سيواجه طلبه بالرفض، بإعتبار أن هذه الإجراءات تشمل حالات التلبس الواردة على سبيل الحصر بالمادة 65 مكرر 5 من ق.إ.ج، ولا تدخل حالة الزنا ضمن هذه الأوضاع، كون المشرع الجزائري قرر لها أدلة إثبات خاصة نظرا لطابعها الخاص ضمن نظام الأسرة الذي يستلزم ما يحفظ إستمرارية وجودها ودوامها. وبالتالى حماية المصلحة الخاصة بالحفاظ على حرية الأشخاص من خلال وضع الضمانات لإجراء الإثبات الجنائى[117] خاصة في مسائل الأسرة.

ولم نعثر على أي إجتهاد قضائي يتبين من خلاله نظرة القضاء لهذه المسألة من خلال معالجته لها، كون هذا الإجراء مستحدث في القانون الجزائي، وعليه لا يمكن إستبعاد تحقق أمر الدفع بإثبات جرائم الزنا مستقبلا عن طريق الوسائل المقررة بموجب نص المادة 65 مكرر 5 من ق.إ.ج.

---

114 – محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص. 94.

115 – ادوار غالى الدهبى، الجرائم الجنسية، ط 1 مكتبة غريب، مصر، 1988، ص.59.

116 – بن كثير بن عيسى، الإجراءات الخاصة المطبقة على الإجرام الخطير، نشرة القضاة، وزارة العدل مديرية الدراسات القانونية والوثائق، 2003، عدد 63 ، ص. 90.

117 – محمد محمد عنب، إستخدام التكنولوجيا الحديث في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص. 2. سامي صادق الملا، إعتراف المتهم، ط 3، المطبعة العالمية، مصر ،1986، ص. 113 .عمار تركي السعدون الحسيني، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 01، 2012، ص. 320.

خاصة وأن القضاء المغربي قد أخذ لإثبات جريمة الزنا قيام الزوج بعد شكه في زوجته بتنصيب كاميرا لإلتقاط صور لها كدليل عليها. ونفس الأمر بالنسبة للزوج الخائن. و نشير أن هذا الإجراء أثار جملة من النقاشات و التساؤلات حول مدى دستوريته[118] لمساسه بحريات الأفراد ضمن التشريع المغربي، إذ يرى الأستاذ عبد الواحد العلمي أنه كان حري بالمشرع المغربي أن يقننه تقنينا دقيقا ويحدد مدى تطبيقه كحصره في بعض الجرائم وخلال فترة معينة ولأسباب واضحة ، حيث يمكن اللجوء إلى الإلتقاط في حالة الجرائم الماسة بأفراد الأسرة، مع إحاطة هذا الإجراء بضمانات قانونية ، ورقابة قضائية، وذلك بتقييد النيابة العامة بتعليل موقفها تعليلا كافيا، وضرورة الحصول على إذن من القضاء .

ولا يثار نفس التساؤل فيما يتعلق بدليل الإثبات في جريمة ترك مقر الأسرة نظر لطابعها الخاص، وهو وفق ما يلي ضمن المطلب الثاني.

المطلب الثاني

دليل الإثبات في جريمة ترك مقر الأسرة

لكي تعتبر جريمة ترك مقر الأسرة جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، فلابد أن تتوافر على عناصر قيامها المذكورة على سبيل الحصر، وإن تخلف عنصر واحد من هذه العناصر حكم ببراءة المتهم.

وإذا رأت المحكمة أنّ كافة العناصر الجرمية متوفرة، كان لها من الأفضل أن تحكم عليه بعقوبة مخففة، أو أن تحكم عليه بعقوبة بدنية مع وقف التنفيذ كلما تبين لها أن ذلك يساعد على بعث نوع من الأمل لضمان إستمرارية حياة الأسرة مما يساهم في إعادة بناء قواعد الأسرة على أساس المحبة و التّعاون[119].

ولابد أن نشير في هذا الصدد إلى أنّ أدلة إثبات مرور المدّة المشترطة على ترك مقر الزوجية، وأدلة إثبات التخلي عن الإلتزامات العائلية ضمن جميع التشريعات المغاربية ، إنّما يقع على عاتق الزّوجة الشاكية بالتعاون مع النيابة العامة، وذلك بكل وسائل الإثبات القانونية.

---

[118] - الفصل التاسع: " يضمن الدستور لجميع المواطنين- حرية الرأي وحرية التعبير بجميع أشكاله وحرية الاجتماع . والفصل الحادي عشر : الذي جاء فيه مايلي : " لا تنتهك سرية المراسلات.

[119] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...؛ المرجع السابق، ص. 15.

كما يقع الإثبات على الطرف المدني، لأن القاعدة العامة في القانون الجنائي تنص على أن " الأصل في الأشياء الإباحة " أو " أن المتهم برئ حتى تثبت جهة قضائية إدانته"، و "الأصل في الشخص البراءة" و هي قواعد كلها في صالح المتهم.

و شرط المدة المتطلب لقيام الجريمة وفق القوانيين المغاربية يمكن عمليا إثباته بعدة وسائل، منها الرسائل المكتوبة، و شهادة الشهود، ومحاضر الضبطية. و تشترط الممارسات القضائية المغاربية إلى شرط وجود حكم قضائي مدني، يثبت غياب الزوج أو الأب أو الأم عن المنزل و في نفس الوقت يقضي بالرجوع إلى بيت الزوجية .

من بين ذلك ما إشترطه المشرع المغربي في جريمة إهمال الأسرة، من إدلاء المستحق للنفقة أو الشخص المهمل بالسند الذي يعتمده طبقا للفصل 481 فقرة الثانية كأن يرفق الشكوى بما يثبت واقعة الهجر، أو ما يثبت وجود أطفال قاصرين تم إهمالهم، بالإضافة إلى ما يثبت رابطة الزوجية.

إلا أن السند الذي يقصده المشرع في جريمة الإمساك عن أداء النفقة هو الحكم النهائي أو القاضي بتخصيص نفقة مؤقتة، إذ نص الفصل 480 م.ج على أنه "يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت وأمسك عمدا عن دفع نفقة إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد " . ومن ثم فإن عدم الإدلاء بالحكم لا يمكن معه للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية لعدم الإثبات.

وبالإضافة إلى تقديم ما يثبت إعذار المخل بالواجب أو المدين بالنفقة بأن يفي بإلتزاماته خلال خمسة عشر يوما من الإعذار. وهذا يتم في شكل إستجواب يقوم به ضابط الشرطة القضائية وعدم القيام بالإستجواب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنجاز المحضر يوجب البطلان.

ولا يتحقق قيام الجريمة إلا بعد إثبات النية الإجرامية والتى يقع عبء إثباتها على المدعي سواء كان الأب أو الأم أو الزوج، الذي بقي في منزل الزوجية أو حتى النيابة العامة، لأن نية الإهمال أي ترك الأسرة و التخلي عن الالتزامات العائلية، تتجسد مباشرة بعد غياب السبب الجدي الموجب للهجر .

وأن نفي فعل الترك من المتهم يكون بإثبات الدافع الموجب للهجر أو السبب الجدي الذي دفعه إلي ترك مقر العائلة أو مقر الزوجية، حتى يسقط عنه إفتراض النية الإجرامية ، هذه الأدلة التي تبقى دائما محل تقدير.

الفرع الأول

تقدير دليل الإثبات

إن تقييد سلطة القاضي بأنواع من الأدلة دون مراعاة إقتناعه فيما هو معروض أمامه هو في الحقيقة إغفال لقناعته ، بل وأكثر من ذلك ماهو إلا إحلال لقناعة المشرع محل قناعة القاضي لأن الدليل يتعلق بواقع معين ويختلف من واقعة إلى أخرى خاصة في جرائم الأسرة . وإذا كان الأمر كذلك فهذا من ضمن عمل القضاء لا عمل المشرع .

وتحديد المشرع للأدلة وإبراز قيمتها القانونية هو في الواقع تدخل في عملية الإثبات، وهذا ما يجعل من القاضي وظيفة آلية ليس له أن يبحث عن دليل قناعته من حيث توافر أركان الجريمة أم عدم توافرها، فيما ينظر فيه بل عليه أن يبحث عن دليل قناعة المشرع فيما هو ينظر فيه، وفي ذلك سلب لحرية القاضي في الفصل في القضايا المعروضة عليه. فكذلك ليس للمشرع التدخل في البراءة والإدانة لأنها من إختصاص القضاء.

لأجل ذلك للقاضي أن يتبع كافة طرق الإثبات لبناء عقيدته دونما تدخل من المشرع . وهذا ما نصت عليه أغلب التشريعات [120] ، وهو ما أخذ به المشرع التونسي إذ جعل مبدأ الإثبات الحر المعمول به في المجال الجنائي لإثبات الجرائم الماسة بالأسرة دون تخصيص حسب الفصل 150 من م.ج، لأن للقاضي حرية تقدير قيمة الدليل وصولا إلى مبتغاه الذي يهدف إليه وهو التقدير المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى وهو البديل عن نظام الأدلة القانونية، خاصة في الجرائم التي لايشترط فيها المشرع نوعا خاص من الأدلة بالتحديد، فإذا ما وصل القاضي إلى حالة إستطاع بها تجميع كافة عناصر الواقعة ولم يبق لديه شك بأن ما وصل إليه لا تتعداه الحقيقة الكاملة فهنا يصل القاضي إلى الإقتناع ويحكم بقيام أركان جريمة ترك الأسرة وبالتالي عقاب الفاعل، ضمن موازنة بين قيام الدليل وحماية الأسرة.

الفرع الثاني

موازنة بين الدليل ومصلحة الأسرة ضمن السلطة التقديرية للقاضي

إن الدور الذي يقوم به القاضي في سبيل تحقيق العدالة الإجتماعية يتفق مع العقل والمنطق، فهو يحقق مصلحتين : مصلحة المجتمع بصفة عامة ،وذلك عندما يشعر الناس بالعدل والمساواة، ومصلحة

[120] - تنص المادة 427 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على أنه" تثبت الجرائم بكافة طرق الإثبات ، ويحكم القاضي تبعا لإقتناعه الخاص".

المحكوم عليه في التهذيب والإصلاح والحفاظ على حريته الشخصية فمنح القاضي سلطة في الإثبات بهدف الوصول إلى الحقيقة له أهمية كبيرة لمبدأ سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة.

بإعتبار أن أدلة إثبات جريمة التخلي عن الإلتزامات العائلية ضمن جميع التشريعات المغاربية ، إنّما يقع على عاتق المضرور الشاكي والنيابة العامة ، وذلك بكل وسائل الإثبات القانونية، وللمتهم أن ينفي ما قدمته النيابة العامة. ولكن ماهو دور القاضي هل هو دور سلبي ينحصر فقط في الموازنة بين الأدلة المقدمة وتلك التي ينفيها المتهم أم له دور آخر ضمن جريمة ترك الأسرة ؟

فوفق نظام الإثبات القائم على حرية الإقتناع، فإن دور القاضي لم يعد دورا آليا كما كان في نظام الإثبات المقيد وإنما للقاضي دور ايجابي في ما يدور في الجلسة من أدلة للإثبات أو النفي وما يتحراه من أدلة يبني بها عقيدته وقناعته بما يراه متوافقا وضمان بقاء أواصر العلاقة الأسرية قائمة.

فحرية القاضي في الإقتناع ضمن الجرائم الماسة بالأسرة لا يعني أنها مطلقة فليس للقاضي أن يحل تصوراته الشخصية محل الدليل بل عليه أن يتبع الدليل ويبعد تصوراته الشخصية. بما يتوافق وتحقيق ضمان بقاء عناصر الأسرة متكاملة قائمة ، على أن يكون تصرفه خاضعا للعقل والمنطق ويقوده الدليل إلى النتيجة المنطقية التي رتبها ذلك الدليل.

ولذلك تدخل المشرعون المغاربيون وإشترطوا أن يكون الدليل مشروعا وأن يطرح في الجلسة حتى تتم مناقشته من الخصوم وأن يكون واضحا غير مشوب بالغموض والإبهام. كما أوجب على القاضي أن يكون حكمه مسببا وهذه الشروط حدَت من حرية القاضي وإعتبرت حد أدني لتكوين قناعة القاضي بعد توافر عناصر الجريمة خاصة في جريمة ترك الأسرة لأن الإقتصار الظاهر على سلوك الترك دون تكوّن قناعة للقاضي يجعل المشتكى منه محل مسائلة جزائية وما لذلك من أثر سلبي على باقي أفراد العلاقة الأسرية نتيجة تقرير العقاب على أحد أفراد الأسرة، وهو ما أخذ به المشرع المغربي بموجب المادة 293 من م. ج " يخضع الإعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة".

وحتى في حالة العكس بحيث لو عجزت الشاكية عن إثبات مرور أكثر من شهرين على ترك مقر الزّوجية، أو عجزت عن إثبات كون الزّوج قد تخلى خلال هذه المدة عن إلتزاماته، فإنّ شكواها سوف لا تقبل، وأنّ الوقائع المشتكي بسببها سوف لا تكوّن أيّة جريمة، و يقع نفس الحكم على الزوج في حالة تخلى الزوجة عن مقر الأسرة.

لذلك وجب النص صراحة على إعمال السلطة التقديرية للقاضي في مجال إثبات جريمة ترك الأسرة بما يضمن حمايتها وهي نفس الغاية المتطلبة في جريمة الإمتناع عن تسديد النفقة.

المطلب الثالث

دليل إثبات الإمتناع في جريمة عدم تسديد النفقة

إفترض المشرع الجزائري بنص المادة 331 من ق.ع والتي تقضي بأنه " ويفترض أن عدم الدفع متعمد ما لم يثبت العكس ،و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال" . على أن الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها للزوج أو الزوجة أو للأصول أو الفروع أنه إمتناع متعمد وبالتالي يقع على المتهم إثبات عكس ذلك وليس على النيابة العامة إثبات توفر عنصر هذا العمد بخلاف حالة ترك الأسرة. وهو نفس توجه المشرع المغربي إذ نص بالمادة 480 من م.ج.م بأنه " ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الإعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا"[121].

وإثبات العمد ضمن التشريع التونسي بإعتباره واقعة قانونية، يتم بكل الوسائل دون حصر، كأن يثبت الدائن أو النيابة العمومية بأن المدين على علم بوجود الحكم المدني القاضي بالنفقة أو بجراية الطلاق[122] ولكنه إمتنع عن التسديد بالرغم من مقدرته على الدفع.

وهذا خلافا للقواعد العامة للإثبات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي توجب على ممثل النيابة العامة إثبات عناصر الفعل المجرم[123].

إذ قد يصدر حكم عن جهات القضاء الوطني أو الأجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، ومع ذلك يزعم المحكوم عليه بأنه لم يصدر ضدّه أي حكم، أو أن الحكم الصادر ضده لم يبلغ إليه، أو أنه لم يمتنع عن تسديد المبالغ المحكوم بها عليه. وسبب ذلك هو محاولته الإفلات من العقاب.

لكن رغم ذلك يمكن إثبات عكس أقواله، وتسليط العقاب عليه، ويتحقق ذلك بوجود ثلاث أمور حدّدها القانون، من إشترط وجود نسخة من حكم قضائي وطني أو أجنبي حائزا لقوة الشيء المقضي

[121] - بعد إصدار ظهير 12 يوليوز1943 المتعلق بالمسطرة الجزائية.

[122] – خالد بنيس، النفقة بين الواقع والتشريع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1992، ص. 36.

[123] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...؛ المرجع السابق، ص. 26.

فيه[124] قاض بالنفقة أو بجراية الطلاق، وهو من الشروط الأولية لقيام التتبعات في جريمة الفصل 53 مكرر من م.أ.ش ولا بد أن يكون حكما قضائيا صادرا عن محكمة مختصة و يلزم المدين بالأداء[125] . لذا وجب أو تحديد طبيعة السند التنفيذى وتحديد الإمتناع عن تنفيذه (الفرع الأول) ثم معرفة على من يتقرر عبء الإثبات (الفرع الثاني) وأخيرا تحديد مجال السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الإمتناع (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إثبات العلم بوجود السند التنفيذي وطبيعته

تميز المشرع التونسي بإيراد تفصيل لطبيعة هذا الحكم نتيجة التفصيل الذي جاء به ضمن مجلة الأحوال الشخصية لأصل الحكم وفروعه والحجة التي تحوزها فتنفيذ حكم الطلاق وفروعه يتم بترسيمها طبقا لأحكام الفصول 40،41 و 42 من ق.ح.م.ت .

فقد نص الفصل 41 من القانون المذكور، على أن تنفيذ حكم الطلاق يتم بترسيمه وذلك " بسعي من كاتب المحكمة التي أصدرت الحكم الأخير في النزاع بعد استنفاذ طرق الطعن، ولهذا الغرض يوجه كاتب المحكمة نص الحكم أو القرار إلى ضابط الحالة المدنية المعنى بالأمر في ظرف عشرة أيام من تاريخ إتصال القضاء بهما".

فوجب إثبات قيام كاتب المحكمة بتسجيل حكم الطلاق ، وما لذلك من أثر في بداية حساب الأجل المقرر للإمتناع عن الدفع.

أما بالنسبة لفروع الحكم، فقد تكون موضوع طعن بالإستئناف أو التعقيب دون الطعن في حكم الطلاق ذاته، وبالتالي يمكن لهذا الحكم أن يحصل على قوة الشيء المقضى فيه، في حين تبقى الفروع

---

[124] . لكن قول أن النفقة تأخذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، هو حكم ليس نهائي، بل يمكن إعادة النظر فيه عند الضرورة وذلك بعد مضي سنة من تاريخ صدور الحكم، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في 23 أفريل 1996 بأنه: " من المقرر قانونا أنه يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم. ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أنّ الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطالب فيها تعديل الحكم الصادر في 27 سبتمبر 1988 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة والمدرسة وأجرة السّكن. فإنّ بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن." . أنظر، المحكمة العليا، 1996/04/23، ملف رقم 136604، المجلة القضائية، 1997، عدد 2، ص. 89.

[125] . تنص عدة تشريعات مقارنة على إشتراط وجود الحكم المسبق للمتابعة الجزائية في حالة الامتناع عن تسديد النفقة، مثل ما هو مقرر في التشريع الفرنسي وفقا للمادة357 قانون عقوبات والقانون الجنائي المصري في المادة 293 ، والقانون الجنائي العراقي في مادته 384 .

موضوع الطعن غير متحصلة على هذه القوة وعليه يمكن ترسيم منطوق حكم الطلاق دون فروعه ولا ينفذ الفرع الخاص بالجراية إذا كان من أحد الفروع المطعون فيها، ولا يمكن مؤاخذة الزوج في هذه الحالة إذا لم يدفع لزوجته جراية الطلاق طالما كانت المسألة منشورة أمام القضاء. أي وجب أن يكون الحكم بجراية الطلاق ممهور بالصيغة التنفيذية حتى يكون أساسا للمُسائلة الجزائية.

وبمعنى أدق يجب أن يكون أساس تقرير النفقة قضائي، أما إذا كان أساس تقرير النفقة قانوني (هبة وصية) أو إلتزام تعاقدي ، فلا يشكل هذا المصدر أساسا للمتابعة الجزائية المنصوص عليها في المادة331 من قانون العقوبات الجزائري والمادة 480 من م.ج.م ، والمادة 53 مكرر من م.أ.ش.ت.

فالأمر أو الحكم أو القرار الذي يقضي بأداء النفقة الغذائية إذا توفرت فيه الشروط يصبح قاعدة للمتابعة الجزائية على أساس المادة331 من ق.ع.ج و المادة 480 من م.ج.م ، والمادة 53 مكرر من م.ت، المنظم لجريمة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء بقوة القانون ، حتى و لو تعرض الحكم للإلغاء أو التخفيض من قيمة الدفع لأن مثل هذا الحكم ليس له أثر رجعي وبالتالي فلا أثر له على قيام الجريمة.

وعليه، فإن المجلس الأعلى المغربي يجيب في قرار صدر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 14 مارس 1963 في مادة إهمال الأسرة، المدة التي يجب أن المدة تؤخذ بعين الإعتبار لتحديد وجود الجنحة هي أكثر من شهرين، أي المدة التي لم تؤد النفقة المحكوم بها قضاء، و بالتالي فإلغاء الحكم بالنفقة لاحقا بآثار رجعية بقرار المحكمة المدنية لا يبطل الجنحة التي قد إرتكبت، لأن المادة 480 م. م. ج بنصها " بأنه يعاقب عدم تنفيذ الواجب النقدي و كذلك عدم تنفيذ الحكم الذي قضي بأداء النفقة للمدة السابقة قبل الحكم " فقرار لاحق يبطل إستحقاق النفقة لا يلغي الجنحة التي إرتكبت..."

وأضاف المشرع التونسي بأن المرأة المطلقة لا تستحق جرايتها، إلا من يوم إنتهاء عدتها تطبيقا للفصلين 31 و38 من م.أ.ش[126] لذلك وجب مراعاة كل هذه الشروط لأثبات قيام الجريمة.

ولكن الفقرة الأخيرة للفصل 32 من م.أ.ش تثير إشكالا قانونيا يستوجب التوقف عنده، حيث تنص على أنه "وتنفذ رغما عن الإستئناف أو التعقيب أجزاء الحكم المتعلقة بالحضانة والنفقة والجراية والمسكن وحق الزيارة". فيستنتج من هذه الفقرة أن جراية الطلاق المحكوم بها إبتدائيا، تنفذ على الزوج رغم إستئنافه حكم الطلاق أو تعقيبه، وهو ملزم من ناحية أخرى بمقتضى الفصل 31 بأداء هذه الجراية لمطلقته بعد

[126] – محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، إنحلال ميثاق الزوجية، ط 3 ، مطبعة دار النجاح الجديدة ، 2006، ص. 51.

إنقضاء العدة أي بعد مدة ثلاثة أشهر على الأقل من صدور حكم بات في الطلاق ولكن كيف يمكن فهم هذين الفصلين والربط بينهما ؟ إذ كيف يمكن تنفيذ جراية الطلاق رغم وقوع إستئناف أو تعقيب حكم الطلاق، والحال أن الفصل 31 بيّن صراحة أن هذه الجراية تدفع بعد انقضاء العدة ؟ مما يجعل مسألة الإثبات يحمها معيار تحديد أجل سريان إستحقاق النفقة وبدايته.

إن التناقض يبدو جليا في صياغة النصين، لأن العدة تبدأ بعد صدور حكم بات غير قابل للطعن بأي وسيلة، فلئن كان تنفيذ أجزاء الحكم المتعلقة بالنفقة والمسكن وحق الزيارة ممكنا ومطلوبا رغم أي طعن، فإن الأمر يكون غير ممكن بالنسبة لجراية الطلاق، لأن هذه الجراية لا تستخلص إلا بعد انتهاء فترة العدة، والعدة لا يبدأ عدّها إلا منذ صيرورة حكم الطلاق أو القرار القاضي به باتا.

ولو إفترضنا جدلا بأن المطلقة تستحق جرايتها بمجرد صدور الحكم، وقام الزوج باستئناف الفرع المتعلق بالجراية فإنه وعملا بأحكام الفصل 32 و38 من م.أ.ش، سوف يكون مطالبا في نفس الوقت بأداء معلوم الجراية والنفقة.

وقد ورد تفسير وشرح[127] لهذا الإجراء القاضي بتنفيذ الحكم بالجراية رغما عن الاستئناف أو التعقيب، حيث جاء فيه بالخصوص أنه "نظرا لما للجراية من الصبغة المعاشية المتأكدة فقد ألحقها النص الجديد بالنفقة والسكنى وغيرهما وجعل تنفيذ الحكم بأدائها أمرا مستعجلا لا يحول دونه أي إعتبار ولا يعطله الطعن بالإستئناف أو التعقيب"[128].

ولكن بالرغم من هذا التفسير، فإن الإشكال بقي موجودا، لسوء صياغة الفقرة الأخيرة من الفصل 32 من م.أ.ش حيث أن الصياغة الحالية تتماشى وحالة إستئناف فروع الطلاق دون الطلاق حيث أنه إذا تم إستئناف الفرع المتعلق بالجراية مثلا دون مبدأ الطلاق، فإنه في هذه الحالة فقط يمكن القول بأن الفصلين 31 و32 يتماشيان في نسق واحد، وتصبح الجراية واجبة التنفيذ بمجرّد صدور حكم إبتدائي وقع الطعن في فرعه المتعلق بالجراية فقط دون الطلاق.

وبالتالي يجب والحالة تلك، إعادة صياغة الفصل 32 من م.أ.ش وقراءته كالآتي " وفي صورة إستئناف الحكم في أجزائه دون الطلاق فإن هاته الأجزاء تنفذ رغم الطعن في الحكم بالإستئناف أو التعقيب"

[127]. بمنشور وزير العدل عدد 6163-3/م المؤرخ في فيفري1981.

[128]– التيجاني عبيد، جراية المطلقة في قانون الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 1 ، جانفي 1985، ص. 13.

وبذلك يصبح الحكم الإبتدائي باتا فيما يتعلق بالفرع الأصلي المتعلق بالطلاق بسبب عدم الطعن فيه بالإستئناف، وغير بات في بقية فروعه التي وقع إستئنافها.

فتنفذ عندئذ الجراية بعد إنقضاء العدة عندما يصبح الحكم المتعلق بالفرع الأصلي للطلاق محكوما فيه بصفة باتة غير قابلة للطعن بأي وسيلة ولا يهم إذا كانت فروعه الأخرى مستأنفة. وهكذا يتم الترابط المنطقي بين الفصلين 31 و32 في خصوص بداية سريان الجراية وبداية تنفيذها[129].

ولايثار أي إشكال في البحث عن مسألة الإثبات أمام هذا الوضع الناتج عن تحديد طبيعة الأحكام الصادرة في حالة الطلاق وفروعه ضمن التشريع التونسي بالنسبة للتشريعين الجزائري والمغربي.

ولايعتبر صدور حكم قاضي بالنفقة كافي لإثبات جريمة عدم دفع نفقة وجراية طلاق، بل يجب إلى جانب ذلك اشتراط ووجود محضر تبليغ هذا الحكم للمدين بالنفقة تبليغا رسميا صحيحا، والذي يشكل مبدءا ثبات بالعلم، وهذا ما ذهبت إليه الممارسات القضائية ضمن القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 23 نوفمبر1982 أنه " إذا كان مؤدى نص المادة 331 ق.ع الحكم جزائيا بالحبس والغرامة على كل من إمتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها، فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بُلّغ قانونا الحكم القاضي بالنفقة، وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"[130].

بالإضافة إلى إشتراط وجود محضر إمتناع محرر من العون المكلف بالتنفيذ مؤرخ وموقع، حيث إعتبر القضاء الجزائري بإجتهاد المحكمة العليا أن عدم وجود محضر الإمتناع عن التنفيذ ضمن الملف يؤدى إلى بطلان المتابعة على أساس جنحة عدم تسديد النفقة وهذا في قرارها المؤرخ في 18 نوفمبر 2000 بأن" يتعرض للنقض القرار الذي أدان المتهم بجنحة عدم تسديد النفقة دون أن يكون ضمن أوراق ملف الدعوى محضر الإلزام بالدفع وعدم الإمتثال لما قضى به"[131] .

وهو نفس الإجراء المتطلب في التشريع التونسي، إذ يتمّ إعلام المحكوم ضدّه بواسطة عدل منفّذ بالحكم الصادر ضده بأداء النفقة لمن يستحقّها ويحرّر محضر في ذلك الإعلام بخضوع المحكوم عليه طوعيا

[129]– سومية غزالي، الطابع الزجري لمدونة الأسرة ،رسالة الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية ، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، 2010، ص. 23.

[130] – مجلس أعلى، 1982/11/23، ملف رقم 23194، نشرة قضاة، مقتبس عن أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى الجزائر، 2007، ص. 198.

[131] – المحكمة العليا، غ ج م، 2000/11/18، ملف رقم 229680. المجلة قضائية، 2001 ، عدد 1، ص .364.

لدى إعلامه بالحكم بالخلاص مباشرة والحصول علي وصل بذلك أو عن طريق البريد أو بالحجز على مرتّب المدين بالنفقة عند امتناع المدين بالنفقة عن الدفع لمدّة تفوق شهرا واحدا من تاريخ إعلامه بالحكم الصادر، ويسلّم نظيرا منه لطالب التنفيذ. وهي النسخة التي تعتمد مبدئيا لبداية إحتساب أجل الشهر المنصوص عليه بالفصل 53 مكرر من م.أ.ش التونسية[132] .

وإكتفت محكمة التعقيب التونسية إلى الإشارة إلى الإعلام دون تدقيق إن كان إعلام قانوني أم فعلي[133] و أن أفضل طريقة لإعلام المدين بالحكم هو أن يتم إعلامه بالحكم مباشرة، حتى يمكن فيما بعد للمحكمة الجزائية عند الاقتضاء إثبات النية الإجرامية في جانبه، وهو الركن المعنوي لجنحة عدم دفع النفقة والجراية الذي لا يمكن أن يتوفر إذا بلغ الإعلام للمحكوم عليه بالنفقة بواسطة أو طبق الطرق القانونية المبينة بالفصول 8، 9، 10 من م.م.م.ت.

إلا إن إعتماد الإعلام الفعلي ضمن الممارسات القضائية بتونس من شأنه أن يرهق الدائن، ويتطلب ذلك من الوقت والمصاريف ما لا يتماشى وطبيعة الديون المعاشية وصبغتها المتأكدة. هذا بالإضافة إلى أن المدين سوف يجد في هذا الحل مخرجا للتنصل من الجرم الذي إقترفه بحجة عدم علمه الفعلي بمجرد تغيير مقره لذلك فالحل الأمثل، هو إعتماد الإعلام القانوني خاصة وأن هذه الطريقة هي المعمول بها في المادة المدنية ضمن التشريع التونسي، وتمكن بالتالي من حماية الدين الذي أراد المشرع أن يحيطه بالحماية.

زيادة على ذلك أنه في صورة عدم علم المدين بالحكم بصفة فعلية بالرغم من قيام الدائن بالإعلام بالصفة القانونية، فإنه حتى وأن تم مباشرة الدعوى العمومية ، فإنه يمكن أن يقوم بدفع ما هو مستحق من نفقة في ذمته وبهذه الطريقة فإن الدعوى العمومية سوف تنقضى.

وهذا العلم هو محل الإثبات من طرف القاضي والذي يتأكد من وجوده أو عدمه لتقرير المسائلة الجزائية أو عدم تقريرها بعد إثبات المبالغ المحكوم بها كنفقة أو جراية طلاق، والتي تعتبر دينا مدنيا ضمن التشريع التونسي إذ تخضع مسألة إثباته إلى القواعد القانونية المنظمة في باب قواعد الإثبات[134].

وأوله الإقرار، فإن مبلغ الدين إذا تجاوز قدره الألف دينار فإن تحرير كتب في الغرض أمر يفرضه القانون إذ يمكن إثبات أن المشتكى منه المحال من أجل جريمة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق قد قام بدفع

---

[132]- سيف وهابي، إختصاصات النيابة العامة في مدونة الأسرة الجديدة، مجلة الملف، ع 3، افريل 2004 ، ص. 34.

[133]- قرار تعقيبي جزائي، 23 جوان 1992، عدد 30410، تعليق محمد الحبيب الشريف،المجلة الجزائية ،ص. 73.

[134] -Cf.BOUSSETTA. Mourad, Principes élémentaires de la procédure pénale marocaine, 2 éme edition ,Edi, Al Maarifa,Merakech. 2006.p. 16.

المبالغ المحكوم بها بمجرد إقرار المستفيد بأنه تسلمها، خاصة وأن حالات عدم تحرير كتب في الخلاص متعددة، ويعود ذلك بالأساس إلى جهل القانون أو ثقة المدين في دائنه خاصة اذا كان بين الأصل والفرع أو بين الزوج والزوجة.

وقد أكدت محكمة التعقيب ذلك في أحد قراراتها، حيث جاء به : " أن إقرار مستحقة النفقة بتوصلها لجميع ما تخلد بذمة المنفق من معينات النفقة، بعد إبراء لذمته حسب مقتضيات الفصل 53 مكرر م.أ.ش ويجعل أيضا جريمة إهمال العيال مضمحلة"[135] .

ويبقى الإقرارخاضعا من حيث نظامه القانوني في صورة الحال لأحكام الفصل 428 وما يليه من مجلة إلإلتزامات والعقود.

ويقع الإقرار بوقوع الأداء من قبل الدائن، إما أمام وكيل الجمهورية إذا كانت الدعوى قي طور المباشرة لدى النيابة العمومية أو أمام قاضي الناحية أثناء الجلسة، فيتم تضمين ذلك صلب محضر الجلسة ويتم إسقاط الدعوى بموجب الأداء. لكن في صورة عدم إقرار الدائن بوقوع الخلاص، يصبح تقديم كتب في إثبات الأداء أمرا تتوقف عليه المساءلة الجزائية من عدمها. مما يجعلنا أمام وسيلة إثبات ضمن التشريع التونسي وهي الكتابة.

إذ يستخلص من الفصل 473 من مجلة الإلتزامات والعقود، أنه لا يمكن إثبات الإبراء من الإلتزام الذي تجاوزت قيمته ألف دينارا إلا بكتب[136]. ويمكن أن يتخذ الكتب شكل حجة رسمية، كما يمكن أن يكون بخط اليد. ويجب أن يتضمن الكتب بعض البيانات، كإمضاء المدين وتاريخ الأداء ومبلغه، حتى يمكن للمحكمة أن تمارس رقابتها عليه إن وقع نزاع في الأمر.

لكن قد يحصل ويقدم المدين وأثناء أطوار المحاكمة أو حتى أثناء إستدعائه للتحرير عليه لدى النيابة العمومية حول خلاص الدين، كتبا ممضى من الدائن المحكوم له بنفقة أو بجراية طلاق موضوعه إسقاطا للدين، وتنازلا عن المطالبة به؟

تجدر الإشارة في البداية إلى أن الإسقاط، هو تنازل المتضرر من جريمة الفصل 53 مكرر عن مطالبته بالمبالغ المحكوم بها لفائدته، وهو بالتالي غير الأداء لأن الأداء هو خلاص الدين المتخلد بذمة المظنون فيه.

[135] – قرار تعقيبي جزائي 8 جوان 1994، عدد 54115؛ مشار إليه في رضا خماخم ، المرجع السايق ، ص. 432.

[136] - المقصود الكتابة.

وبالعودة إلى الفصل 53 مكرر من م.أ.ش، نلاحظ أنه جاء صريحا وواضحا بأن إشترط لتوقف المساءلة الجزائية أن يتم الأداء، بمعنى خلاص المبالغ المحكوم بها، ولم يترك أي مجال لإفتراض كيفية أخرى لذلك.

وقد سبق لمحكمة التعقيب وأن إتخذت موقفا في خصوص الإسقاط قبل تنقيح الفصل 53 مكرر سنة 1993، بأن إعتبرت " الإسقاط لا يؤثر على الدعوى العمومية..."[137] .

لكن يرى بعضهم[138]، " أنه إذا إعتبرنا ظاهر الفصل 53 مكرر م.أ.ش فإن هذا الإسقاط لا يمكن الأخذ به لعدم أداء المبالغ المحكوم بها، أما إذا إعتبرنا الأسباب الدافعة لتمكين المحكوم عليه من هذا الإسقاط، من رجوع للحياة الزوجية أو قبول تعويضات أو ضمانات أخرى أو إتفاق على تقسيط المبلغ، فإنه يتجه إعتبار هذا الإسقاط يقوم مقام الأداء...".

وقد ذهبت محكمة التعقيب إلى أكثر من ذلك، حين إعتبرت " أنه لا يجوز الصلح على النفقة، وإنما يجوز في كيفية دفعها أو فيما نقص دفعه منها"[139] ، مبررة ذلك بكون النفقة من النظام العام، فإن حصل فإنه يتم في كيفية دفعه أو في كيفية إتمام ما نقص منها ولا لصلح حول عدم أدائها.

وخلاصة القول، إن الأداء المنصوص عليه صلب الفصل 53 مكرر م.أ.ش إذا تم على الوجه الصحيح، فإنه من شأنه أن يضع حدا للمؤاخذة الجزائية ويلغي بالتالي الجريمة. ويشمل الإلغاء في نفس الوقت، التتبع والمحاكمة وتنفيذ العقاب. فهذا ما يثبت به القيام بالتنفيذ وما عاداه فإنه يجعل الجريمة قائمة.

وعليه، فإذا توفرت هذه الأمور الثلاثة، فإنها تشكل دليل إثبات الامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء، وتستوجب إدانة المتهم، والحكم عليه وفقا لما هو منصوص عليه في القانون[140]، بتقرير العقوبة المناسبة والتي

---

137 – قرار تعقيبي جزائي، مؤرخ في 1986/12/24، عدد 13065، رضا خماخم ، أحكام النفقة في مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيح 12 جويلية 1993، تونس، شركة فنون الرسم للنشر والصحافة، 1993، ص. 243.

138 – مصطفى بن جعفر، المرجع السابق، ص. 114.

139 – قرار تعقيبي جزائي، مؤرخ في 7 أكتوبر 1986، عدد 15618، عن رضا خماخم، المجلة الجزائية ط 4، تونس، 2007، ص. 201.

140 – هذا ما قضت به المحكمة العليا في30 جوان 1996 حيث جاء في قرارها " تقتضى جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء توافر الشروط الآتي بيانها التي يتعين إبرازها في قرار الإدانة:

. وجود سند قضائي يقضي بأداء نفقة معينة للزوج أو الأصول أو الفروع.

. أن يكون السند القضائي قابلا للتنفيذ.

. القيام بإجراءات التنفيذ.

. أن يمتنع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاء لمستحقها لمدة تفوق الشهرين." أنظر، المحكمة العليا، غ ج م، 1996/06/30، قرار رقم، 132862، غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة ،قانون العقوبات في ضوء...، المرجع السابق، ص. 128؛ محكمة عين ولمان سطيف، ق ج، 2013/03/31، فهرس رقم 13/2607، غير منشور، ملحق رقم23، ص . 438.

تتميز بأحكام خاصة في مجال الجرائم الواقعة على نظام الأسرة من حيث تقريرها أو تنفيذها حماية لنظام الأسرة وضمان بقائه بإعمال السلطة التقديرية للقاضي بعد تقرير عبء الإثبات.

الفرع الثاني

عبء الإثبات في جريمة عدم دفع النفقة

يحكم مسألة عبء الإثبات ضمن جريمة عدم دفع النفقة مسألتان، الأولى أن سوء النية مفترض في المدين الذي إمتنع عن الأداء، في حين أن المسألة الثانية يحكمها أن عنصر العمد غير مفترض، وتحمل بالتالي المدعي عبء إثباته .

فضمن المسألة الأولى تنطلق فكرة قرينة سوء النية المفترضة في المدين الذي وبالرغم من إعلامه بالحكم، لم يقم بالتسديد بعد مرور الأجل المحدّد ضمن جميع التشريعات المغاربية. وإنطلاقا من ذلك فإنه يثبت إمتناع المدين بمجرّد إنتهاء الأجل المقررة لتحقق الإمتناع ، ويصبح محلّ مسائلة جزائية طبقا لأحكام المتابعة الجزائية.

مما يتأكد معه أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدين الذي عليه أن يؤكد حسن نيته، و يبين أن إمتناعه عن عدم تسديد النفقة الغذائية ، غير عمدي . وهو نفس ما أكده المشرع التونسي [141].

و جعل المشرع التونسي لأجل نفي المسؤولية الجزائية عن الممتنع ، يجب عليه إثبات حسن نيته وإن إمتناعه عن الأداء لم يكن يقصد منه التهرب من إلتزام دفع النفقة بمستحق النفقة أو جراية الطلاق، وإنما لأسباب منعته من ذلك. وبذلك يصبح عبء الإثبات محمول على المدين[142] المتهم بجريمة الفصل 53 مكرر.

ولكن هذا الحل وإن كان يخدم مصلحة الدائن، فإنه بالمقابل يثقل كاهل المدين ويحمله عبء إثبات حسن نواياه وقد يثبت ذلك أو يفشل في إثباته. لذلك وجب النظر في المسألة الثانية والتي تقوم على مبدأين قانونين إثنين : أولهما يحكم المادة المدنية بمقولة أن "الأصل في كلّ إنسان الاستقامة وسلامة النية

[141] - " إن جريمة إهمال عيال هي جريمة عمدية تفترض وجود سوء نية لدى الممتنع عن دفع النفقة " قرار تعقيبي ، مؤرخ في 10 أفريل 2003 ، م ت ق ج س 2003 ، ص. 184. رضا خماخم، المرجع السابق، ص. 236.

[142] - وقد تبنى القانون الفرنسي في مرحلة أولى هذا الحل، حيث نص الفصل 357-2 من قانون العقوبات على "أن عدم الدفع قرينة على القصد حتى يثبت خلاف ذلك" ولكن تدخل المشرع الفرنسي وحذف هذه الفقرة المذكورة، وصار ركن العمد ركنا غير مفترضا، ومن الواجب إثباته.

حتى يثبت خلاف ذلك"، وعليه، فالبينة على من ادعى، أما ثانيهما، فإنه يحكم المادة الجزائية حيث "أن المتهم بريء إلى أن تثبت إدانته بصفة قانونية"[143].

ومن هذا المنطلق، فإن عبء الإثبات محمول على النيابة العمومية أو الدائن القائم على مسؤوليته الخاصة، بإعتبارهما الطرف المدعي في القضية ويأخذ هذا الحكم غالبية التشريعات المغاربية ضمن جريمة عدم دفع النفقة.

وفيما يتعلق إثبات القدرة على تنفيذ الحكم ضمن التشريع التونسي، فإنه يجب على الدائن إضافة لإثباته بأنه قام بإعلام مدينه بالحكم إذ بقع عليه عبء الإثبات ، أن يثبت أن هذا الأخير بإمكانه تنفيذ الحكم ولكنه امتنع عن ذلك. والسؤال المطروح ضمن التشريع التونسي، هو كيف تتوصل النيابة العمومية أو الدائن القائم على مسؤوليته الخاصة، إلى إثبات مقدرة المدين على الدفع وإمتناعه عن ذلك ؟

لقد إختلفت ممارسات النيابة العامة في تونس في خصوص هذه المسألة، فتارة تقوم بمطالبة الدائن بتقديم كل المعلومات المتعلقة بمداخيل المدين، حتى تتمكّن من التثبت من مدى قدرته على تنفيذ الحكم الصادر ضده بالأداء. وأحيانا تستدعي المدين وتحرّر عليه أمام الدائن وتطالبه بدفع التهمة المنسوبة إليه، وإثبات حسن نيته. لكن سير العمل هذا، قد يوقع النيابة العمومية في أنها ستقلب عبء الإثبات وتحمل المدين الذي إفترض فيه القانون حسن النية أن يثبت حسن نيته.

إلا أنه مهما اختلفت طرق عمل النيابة وتنوّعت، فإن النظر في مدى قدرة المدين على الأداء، تبقى مسألة يعود تقديرها إلى المحكمة التي تستخلص من أوراق القضية توفّر عنصر العمد من عدمه. ولكن الملاحظ في هذا الصدد، أن عمل المحاكم في تونس جرى على تحميل المدين واجب إثبات حسن نيته، إذا أراد دفع التهمة عنه. وكأننا بالمحاكم تقلب عبء الإثبات وتحمل المدين هذا العبء.

هذه الممارسة ضمن التشريع التونسي لها أثر ايجابي لما توفّره على الدائن والمحكمة من ربح للوقت الذي كان من المفروض أن يضيعه الدائن للإثبات، ودعا إلى ضرورة تنقيح الفصل 53 مكرر من م.أ.ش.ت وإيجاد قرينة العمد المفترض لتجنيب المحاكم حرج تكريس مسألة غير قانونية.

ولكن في المقابل لا يجب أن نغفل عن المبدأ القائل بأن المتهم برئ إلى أن تثبت إدانته، خاصة وأن المدين بالنفقة أو بجراية الطلاق، يمكن أن يدفع عنه التهمة إذا تمسّك بأحد صور انتفاء عنصر العمد،

[143] - الفصل 6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، و الفصل 13 من الدستور التونسي.

خاصة وأن المبدأ في المادة الجزائية هو حرية الإثبات بكل الوسائل، ويبقى للقاضي دوره في تقدير هذه الوسائل.

الفرع الثالث

تقدير إ ثبات الإمتناع ضمن السلطة التقديرية للقاضي

إن تقدير إثبات الإمتناع ضمن السلطة التقديرية للقاضي ضمن التشريعات المغاربية يحكمه مجموعة من العناصر أهمها عناصر إثبات جريمة عدم تسديد النفقة كالدفع بعدم العلم بحكم النفقة أو بجراية الطلاق، أو التصريح بالإمتناع عن الدفع بسبب الوضعية المالية للمدين، أو تدهور الذمة المالية للمدين أو تعمّد المدين عدم الأداء بصفة ظاهرة[144].

في حالة الدفع بعدم العلم بحكم النفقة أو بجراية الطلاق ضمن التشريع التونسي فان السلطة التقديرية للقاضي يحكمها مدى تحقق إعلام المحكوم ضده إما بصفة شخصية أو بواسطة أو بصفة قانونية[145].

فإذا بلغ الإعلام بحكم النفقة أو بالجراية للشخص المحكوم عليه مباشرة، فإنه يبدو أن لا إشكال يثار، أما إذا كان التبليغ بغير تلك الصورة، فإن المدين يمكنه أن يتعلّل بعدم العلم بصدور الحكم، ويدفع عنه التهمة الموجهة ضده، "ويفقد بذلك محضر عون التنفيذ كل جدواه في إثبات العنصر المعنوي للجريمة[146].

ويطرح هذا الإشكال بالخصوص، إذا كان المدين موجود بالخارج ووقع إعلامه بالحكم طبق أحكام الفصل 9 أو الفصل 10 من م.م.م.ت، فهل يتم استخلاص سوء نيته بمجرّد إنقضاء الأجل المحدّد ؟ مما يجعل هذه المسالة محل تقدير من طرف القاضي ضمن سلطته التقديرية خاصة وأن هذه الجريمة هي جريمة قصدية بدرجة أولى، والإعلام بالطرق القانونية باستثناء حالة الإعلام المباشر والشخصية للمدين المحكوم عليه بالأداء، لا يمكن أن تكون قرينة للعلم بالحكم. فالفرق شاسع بين الإعلام والعلم ضمن التشريع التونسي، فقد يعلم المحكوم ضده بالحكم من دون أن يقع إعلامه، والعكس يصح أيضا.

---

144 – إدريس لكريني، السلطة التقديرية للقاضي الزجري،ط 1، مطبعة التلمساني، فاس، 2004، ص. 23.

145 – رضا خماخم، أحكام النفقة في مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيح 12 جويلية 1993، تونس، شركة فنون الرسم للنشر والصحافة، تونس،2006 ، ص. 126.

146 – محمد الحبيب الشريف، المرجع السابق، ص. 132.

لذلك وردعاً لكل تجاوز، وحماية لدين النفقة وجراية الطلاق، فإنه مبدئيا لا يمكن التعلّل بعدم العلم إذا ما تم الإعلام بصفة قانونية. ولكن هذا لا يعني أن يكتفي القاضى في حكمه بذلك، بل يجب أن يسعى إلى إثبات العنصر القصدي وتعلّله بناء على ما توفّر لديه من معطيات واقعية المضافة للعناصر القانونية[147]، خاصة وأنه قد يحدث وأن يتم التبليغ بصفة قانونية لكن المدين لا يمكنه الاستجابة للحكم نظرا لوضعيته المالية، هذه الحالة التي يمكن أن تكون محل سلطة تقديرية من القاضي[148].

وقد إعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن الدفع بالعسر عن الإنفاق، من الدفوع الجوهرية التي لها تأثير على وجه الفصل في قضايا عدم دفع النفقة وجراية الطلاق[149] .

بالإضافة إلى أن عسر المدين ينفي عنه المسؤولية الجزائية لعدم توفر ركن القصد الذي يعتبر ركنا أساسيا لصحة المتابعة الجزائية في جنحة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق. إذ يقع على عاتق المدين إثبات حالة العسر في صورة التمسّك به، أما تقديره فهو أمر موكول لإجتهاد القضاة ضمن سلطتهم التقديرية بشرط التسبيب[150] كتقديم شهادة فقر تثبت حالة الإعسار. وقد إعتمدت محكمة التعقيب في أحد قراراتها[151] هذه الوسيلة في إثبات العسر، حيث إعتبرت أن "... الاعتذار بعسر الزوج يكون عذرا يبرئ المتهم من العقوبة، وإذا إعتذر المتهم بذلك وأدلى بشهادة تفيد عسره، وجب على المحكمة إعتبار هذه الشهادة ما لم يقع ردّها بأمور يشملها الملف".

فتقدير القاضي حالة العسر بالرغم من حرية الإثبات في المادة الجزائية، فإن له سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بما قدّم من وسائل للإثبات من عدمه.

وقد كان للقضاء التونسي دورا هاما في ضبط مفهوم عسر المدين، إذ أنه يفرّق بين حالة العوز الوقتي وحالة العسر. فالبطالة تعتبر عارضا وقتيا حتى لو كان السبب فيها الحالة الصحية للمدين[152].

---

147 – أكرم نشأت ابراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1998، ص. 154.

148 – جمال باتيتة، جريمة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 1996-1997.ص. 68.

149 - لم يعرّف المشرع التونسي العسر صلب مجلة الأحوال الشخصية ولم يكن ذلك عن سهو منه وإنما عن تبصّر وحكمة، بحيث يصعب أن نجد تعريفا موحدا للعسر لأنه مفهوم متغيّر ومتجدّد من زمن لآخر ومن مكان لآخر، لذلك ترك المشرّع للقضاء مهمة تعريف هذا المصطلح.

150 – رؤوف عبيد ، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، دار الجيل للطباعة، مصر، ط3، 1986، ص. 221.

151– قرار تعقيبي جزائي، مؤرخ في 14 مارس 1973، عدد 9382، م.ق.ت.، 1973، ص. 203.

152– قرار تعقيبي مدني، مؤرخ في 7 فيفري 1989، عدد 2086، غير منشور.

فقد أعتبرت محكمة التعقيب أن إنقطاع المدين عن العمل لأسباب صحية، لا يعني أنه أصبح فقير الحال ولا يمكنه الإنفاق على ابنه، إذ أن انقطاعه عن العمل سوف يكون بصفة وقتية حتى تتحسّن حالته. كما أنه يكفي أن يتوفر للمدين مال لكي يجبر على الإنفاق، حتى لو ثبت عدم استغلاله لمكاسبه وقت النزاع لأن عدم استغلالها لا يمثل إلا عارضا وقتيا.

ونستنج مما سبق بيانه أن عنصر العمد يبقى قائما، إلا إذا أثبت المدين للمحكمة حالة العسر وأن هذه الحالة لم يتسبب فيها بإرادته. ويبقى للقاضي أن يتأكد من هذا الدفع وأسبابه قبل أن تفصل في النزاع المعروض عليه بإعمال سلطته التقديرية.

وهو نفس الأمر في حالة أن يطرأ على الذمة المالية للمدين بعض الظروف التي من شأنها أن تؤثر سلبا، وتجعله قاصرا وعاجزا عن التصرّف فيها، فيمكن يمكن أن يدفع المدين أمام القضاء الجزائي بمناسبة مثوله من أجل إرتكابه جنحة عدم دفع النفقة أو جراية الطلاق، بأن وضعية ذمته المالية هي التي كانت عائقا أمام الوفاء بكل إلتزاماته المالية. بشرط أن لا يكون متسبب في هذا الوضع، لأنه إذ حصل ذلك فهذا يعكس سوء نيته وتعمّده التهرّب من الأداء. فكل هذا محل تقدير من القاضي الجزائي .

وقد جعل المشرع التونسي لسلطة القاضي التقديرية مجال حتى في حالة التعمد في عدم الدفع، إذ أكدت محكمة التعقيب منذ صدور النص الأول لجريمة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق، بأن هذه الجنحة هي من الجرائم القصدية والتي لا تقوم إلا بتوفر الركن القصدي وهو سوء النية والتعمّد في عدم الخلاص. ويتعين بالتالي على القاضي إبراز هذا الركن وإلا كان حكمها معرّضا للنقض. فهذا كله لأجل الموازنة بين ترتيب المسؤولية الجزائية وضمان إستمرارية العلاقات الأسرية ضمن النسق الإجتماعي بين أفرادها بإعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي الذي جعل المشرع له محل تحديد للجرائم الماسة بنظام الأسرة بما لا يتجاوز القياس والتوسع في التفسير من جهة، و نظر لطابعها الخاص من جهة ثانية. لأجل ذلك قرر المشرع إجراءات خاصة كذلك فيما يتعلق بتحريك ومباشرة المتابعة في هذا النوع من الجرائم فيما يعرف بقواعد الإختصاص الخاصة وهي وفق الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الرابطة الأسرية كسبب لتقييد المتابعة الجزائية وتقدير العقوبة وتنفيذها

لم يخضع المشرعون المغاربيون المتابعة الجزائية في الجرائم المشمولة بإجراء التكليف بالحضور للجلسة، إلى قيود كالشكوى أو الإذن...الخ، إذ أن المتابعة تتم بصفة عامة عن طريق إجراءات التكليف المباشر رغم خطورة هذه الجريمة على كيان الأسرة بصفة عامة. لذا فكان من الأجدر أن لا يتم التساهل مع مرتكبي هذه الجريمة، ومن ثم وجب متابعتهم عن طريق إجراءات المثول الفوري ،أو وفق إجراءات التلبس، إلا أن هناك من الجرائم جعل لها قيود كون الرابطة الأسرية محل إعتبار وهي الضامن الأول لإستمرار وإستقرار العلاقات الإجتماعية.

لذا فإن تدخل المشرع الجزائي يتوزع بين تقرير بعض القيود على رجال القضاء في تحريك ومباشرة الدعوى العمومية المتعلقة ببعض الجرائم الخاصة بالأسرة ،كما قد يمنح مجال أوسع لإختصاص القضاء في تنفيذ العقاب بما يضمن تفاعل لكل مكون من مكونات الأسرة (المبحث الأول). وهذا كله رعاية منه لإمكانية مواصلة العلاقة الأسرية رغم حدوث الفعل المجرم، من حيث ترتيب المسؤولية وتحديد الجزاء وتنفيذه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

قيود تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها في جرائم الأسرة وتنفيذ العقوبة

أفردت التشريعات الجزائية المغاربية قيودا ذات طبيعة إجرائية وليست موضوعية على حرية النيابة في تحريك الدعوى العمومية ضمن مجال جرائم الأسرة، ولا يمكن القول إنها موانع عقاب، أو أنها من قبيل أركان الجريمة، بل هي على الأرجح مفترضات إجرائية لابد من تحققها للبدء في سير الدعوى العمومية.

وغاية ذلك حماية مصلحة إستمرار العلاقة الأسرية حفاظا على كيان الأسرة من زيادة التصدع والإنفكاك[1]، والتستر على أسرار العائلات صوناً لسُمعتها[2].

[1] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص.108 .

[2] – محمد عبد الحميد الألفي، المرجع السابق، ص. 183.

حيث إشترط القانون في بعض الجرائم تقديم شكوى من الضحية، حتى تتمكن النيابة من تحريك الدعوى العمومية في الجرائم الماسة بالرابطة الأسرية سواء الماسة بالجانب الشخصي أو الماسة بالجانب المالي(المطلب الأول) ، وراعى كذلك إمكانية صفح الضحية عن الجاني، فقرر إنقضاء الدعوى العمومية بتنازل الشاكي عن شكواه وبإجراء الوساطة لوقف التابعة الجزائية (المطلب الثاني)، مع تقرير إمكانية تدخل القاضي الجزائي في تنفيذ العقوبة. (المطلب الثالث) .

المطب الأول

قيود تحريك الدعوى العمومية في جرائم الأسرة

قرر المشرعون المغاربيون إشتراط وجود شكوى لتحريك الدعوى العمومية بإعتبار الأسرة الوحدة الإجتماعية المؤدية للدور الهام والبارز في تقرير النماذج السلوكية لأفراد العلاقة وإنسجاماً مع هذا الأمر، فقد أعتبر المشرعون المغاربيون الرابطة الأسرية في إطار التشريعات الجزائية محل تقدير أثناء مباشرة المتابعة الجزائية في حال وقوع جريمة ماسة بالرابطة الأسرية، وهذا لأجل كسب أضمن حماية جنائية لهذه المؤسسة الإجتماعية[3] هذا من جهة، وبالنظر للرابطة الأسرية بين الجاني والضحية من جهة أخري، خاصة ما تعلق بالجانب الشخصي لأفرادها (الفرع الأول) والجانب المالي من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى العمومية في المجال الشخصي

تعد الشكوى " البلاغ الذي تقدمه الضحية للسلطات المختصة كالسلطة القضائية أو النيابة بطلب تحريك الدعوى العمومية ويتأسس طرفا مدنيا"[4]. إذ ترتب أثرا قانونيا في نطاق الإجراءات الجنائية هو رفع العقبة أو المانع الإجرائي من أمام النيابة العامة بقصد تحريك الدعوى العمومية[5].

وقد قدر المشرع حالات بتقييد المتابعة بتقديم الشكوى إرتأ فيها أن مصلحة عدم تحريك الدعوى العمومية قد تفوق المصلحة المرجوة من وراء تحريكها. ومن الجرائم التي إشترط فيها المشرع تقديم شكوى:

[3] – فهمي مصطفى محمود، نور الهنا إبراهيم، المرجع السابق، ص. 94.

[4] – مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص. 23.

[5] – جلال ثروت، سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 224.

أولا

جـريمة الزنا

يرى البعض[6] أن الحكمة من إشتراط تقديم الشكوى لحصول المتابعة الجزائية هو كون ضررها لا يمس الزوج المجني عليه في شرفه فقط، بل يتعداه إلى شرف و سمعة الأسرة، ولما كانت كذلك، ترك للمجني عليه المتضرر أمر تقدير مصلحة أفراد الأسرة. ويرى البعض إن إشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى الجزائية يعتبر بمثابة التستر على الجريمة وفساد الأخلاق[7] .

إن إشتراط تقديم الشكوى جاء كقيد عام بجميع التشريعات المغاربية، ومن ضمن ذلك ما أشارت الفقرة الرابعة من المادة 339 ق.ع الجزائري إلى أنه لا يجوز لوكيل الجمهورية اتخاذ إجراءات المتابعة إلا إستنادا إلى شكوى الزوج المضرور، وسبب التقييد مصدره تغليب مصلحة الأسرة ومراعاة شرفها على المصلحة العامة[8].

و أن الحكم بالعقوبة فضلا عما فيه من التشهير والتضحية قد يؤدى إلى إنفصام عرى الزوجية وهدم كيان العائلة التي لم يشرع العقاب على الزنا إلا للمحافظة عليها إذ قد لا يقبل الزوج معاشرة زوجته بعد أن وصمت بهذا الحكم القضائي[9]. وقد أكد الفصل 236 من م.ج.ت على أنه لا يجوز التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة (الذين تعرضا للخيانة) ولهما وحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب الجزائي، وإشترط المشرع المغاربي وفق المسطرة الجزائية بأنه لا يمكن تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من الشخص المتضرر، وإذا لم تتلق النيابة العامة الشكاية فلا يمكن لها متابعة مقترف جريمة الخيانة الزوجية، وإذا حركت النيابة العامة الدعوى دون التقيد بهذا القيد، فإن الإجراءات التي تقوم بها تكون باطلة.

حيث أن الغاية من هذا الإشتراط كله قيد إقتضته الطبيعة الخاصة للعلاقة الأسرية إلا أن لهذا القيد مُحدد من خلال الأشخاص والزمان.

---

[6] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص. 108 .

[7] – فضيل العيش، المرجع السابق، ص. 65. وهذه المادة مستمدة من التشريعات الغربية " والتي نقلها المشرع الجزائري دون تبصر لإختلاف تطبيقها في بيئتنا المستمدة جذورها من الحضارة العربية الإسلامية وتقاليدها، ولا حتى مراعاة لخطورة إختلاط الأنساب والأحفاد ونحن نرى أن الشكوى في جريمة الزنا قيد مخالف تماما للمبادئ الدستورية (دين الدولة الإسلام) نص المادة 02 من الدستور الجزائري " الإسلام دين الدولة".

[8] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 69 - 70.

[9] – جندي عبد المالك، المرجع السابق، ط 1، المجلد الرابع، ص. 75.

1/ نطاق تطبيق القيد من حيث الأشخاص

إن إشتراط صفة المجني عليه من شأنه أن يضيق من نطاق الشكوى، ولوكان هناك أشخاص آخرون ولحقهم ضرر من الجريمة[10]. إذ لابد فقط أن تقدّم الشّكوى حسب ما نصت عليه المادة 339 الفقرة الأخيرة من ق.ع.ج من الزوج المضرور شخصيا.

إلا أنه يمكن للزوج تقديم شكواه بعريضة إذا كان مسافرا، أو تفويض غيره بموجب وكالة خاصة بهذا الموضوع دون سواه، و يشترط أن تكون الشكوى ممضاة من طرف الشاكي أو من قبل وكيله[11] ، وهو نفس التحديد الذي جاء به المشرع التونسي بموجب الفصل 236 من م.ج.ت.

ويتوقف تحريك الدعوى العمومية بخصوصها ضمن التشريع المغربي على وجود شكوى مقدمة من الزوج المجني عليه حسب الفصل 491 م.ج.م.

وإذا كان الزوج المضرور مجنونا أو تعذر عليه تقديم الشكوى فهناك من يرى أنه لا مانع من أن يقدمها ممثله القانوني وهذا حتى لا يفلت الزوج الزاني من العقاب بسبب تعذر إستحالة تقديم شكوى من طرف الزوج المضرور[12].

وبالتّالي، فإذا قامت المحكمة بالفصل في دعوى الزنا دون أن تكون قد تحققت بالملف من وجود ما يدل على تقديم الشّكوى من صاحب الصفة، فإن حكمها سيكون معيبا ومخالفا للقانون، ويتعيّن بعد ذلك نقضه.

وهو نفس الأثر لحكم القيد ضمن التشريع المغربي، إلا في حال غياب أحد الزوجين خارج تراب المغرب، حيث يحق للنيابة العامة عندئذ متابعة الزوج الآخر الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة. وللحكمة المقررة من طرف المشرع المغاربي، وهي غاية المحافظة على كيان الأسرة ودوام إستمرارها[13].

وجعل القانون المغربي الشكوى حقا خاصا بالمتضرر، ولا يمكن تقديمها من غيره كالإبن أو الأب أوغيرهما، رغم أن عار الجريمة سيلحقهما.

وقد ذهب القضاء المغربي في مناسبات عديدة لتكييف جريمة الخيانة الزوجية التي تنعدم فيها شكاية الزوج المجني عليه على أنها جريمة فساد، لأن المشرع المغربي يميز بين جريمة الفساد والخيانة الزوجية[14]،إلا أن

[10] – جلال ثروت، المرجع السابق، ص. 113.
[11] – أحسن بوسقيعة، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 130 .
[12] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص. 70.
[13] – علي إسماعيل عبد الرحمن، ص. 125.
[14] - وهذا ما جاء تفصيله ضمن الفصل الأول من الباب الأول ص . 40.

المجلس الأعلى بإعتباره محكمة القانون، قد أقر أنه لا يمكن متابعة الزوج أو الزوجة بتهمة الفساد طالما أنه متزوج و أن الزوجة أو الزوج المجني عليه لم يتقدم بشكاية في الموضوع[15]. أي أن هذه الشكوى هي حق شخصي للزوج المتضرر، وهذا الحق ينقضي في حالة وفاته أو بالتنازل، فلا ينتقل إلى الورثة ، حتى ولو كان قد قرر تقديم الشكوى قبل وفاته[16].

إذن ما أخذ به كل من المشرع الجزائري، والمغربي، وحتى التشريع التونسي، أنه لا تتم متابعة الزوج إذا كان فاعلا أصليا، إلا بناء على شكوى تقدمها زوجته، أو إذا كانت الزوجة هي الفاعل الأصلي فلا تتم متابعتها إلا بناءا على شكوى يقدمها الزوج. أما إذا وقعت هذه الجريمة من متزوجين، فكلاهما يعتبران فاعلين أصليين، وتكون متابعتهما بناء على شكوى الزوجين المتضررين.

ومنه تستلزم جريمة الزنا، كما بينا سابقا، أن يكون أحد الطرفين متزوجا، لكن هل هذا الشرط يعني ضرورة بقاء هذا الطرف متزوجا إلى حين إرتكابه جريمة الزنا أم يكفي أن يكون قد سبق له أن تزوج ثم توفى عنه زوجه أو طلق زوجه طلاقا بائنا، ولم يستمر متزوجا لوقت إرتكابه للجريمة؟.

بالنسبة للشريعة الإسلامية، خلافا للقوانين الوضعية المقارنة فقد شددت عقوبة الزاني المحصن، مقارنة مع الزاني غير المحصن.

لكن بالنسبة للقانون الجنائي الجزائري والتونسي والمغربي، فإن صفة الزوجية يستوجب قيامها أثناء إقتراف الجريمة، أي أن الفاعل إذا كان غير متزوج عند إرتكابه للجريمة، كأن توفى عنه زوجه مثلا، أو كان قد طلق زوجته طلاقا بائنا ، فلا يعتبر مرتكبا لجريمة الخيانة الزوجية.

وإن حالة المطلقة أثناء فترة العدة ضمن التشريع المغربي تظل في حكم الزوج، ولذلك إذا ثبت إقترافها للفاحشة أثناء هذه الفترة، تعتبر مرتكبة لجريمة الخيانة الزوجية، وليس للفساد[17] .

غير أن القضاء المغربي في هذا الصدد، يشترط علم الشريك غير المتزوج بكون الطرف الآخر متزوجا، حتى يعاقب بعقوبة المشاركة في جريمة الخيانة الزوجية .وهذا ما يستفاد من حيثيات قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه " :حيث أن الثابت من تنصيصات الحكم المطعون فيه أن الطاعن ضبط في حالة تلبس بالاتصال الجنسي

[15] – سعيد الفكهاني، التعليق على القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه والقضاء، ج 3، ط 1، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1993، ص. 178 .

[16] – محمد صبحي نجم ، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن،2002، ص.233.

[17] – المجلس الأعلى،02/ 10/ 1984، رقم 7471 ، مجلة القضاء والقانون، المملكة المغربية، 1985،عدد 136، ص. 225.

مع المرأة مع علمه بأنها متزوجة، وأن هذا الفعل يكون جنحة الخيانة الزوجية بالنسبة للمرأة المذكورة، و يكو ن مشاركة في الجنحة المشار إليها بالنسبة للطاعن"[18] .

2/ مدى تطبيق القيد من حيث الزمان

ولابد أن نشير إلى أنه رغم أن المشرعين المغاربين لم يحددوا أجلا معينا لتقديم الشكوى، إلاّ أنّ هذه الأخيرة ستتقادم حسب ما نصت عليه تشريعات كل دولة. فنجد المشرع الجزائري قد نص بالمادة 08 من قانون الإجراءات الجزائية، على أنه تتقادم الدعوى العمومية في مادة الجنح بمرور ثلاث سنوات كاملة [19] تحقيقا للغاية التي من أجلها تم تشريع التقادم في الجرائم. وهو ما تخضع له جميع المتابعات الجزائية ضمن التشريعات المغاربية وفق لقواعد التقادم في الجرائم وفق كل تشريع.

أما فيما يتعلق بأجل التنازل عن الشكوى، فإنه بالنسبة للزوجة لا يجوز لها التنازل عن الشكوى، متى أصبح الحكم نهائيا أو باتا. بينما يحق للزوج أن يعفو عن الزوجة حتى بعد الحكم عليها.

ولم يقتصر قيد إشتراط تقديم الشكوى على جريمة الزنا بل شمل كذلك جرائم الإهمال العائلي وخطف القاصر ضمن نفس الفلسفة التشريعية.

ثانيا

جرائم الإهمال العائلي وخطف القاصر

نتناول في هذا العنصر أثر تقديم الشكوى في جرائم الإهمال العائلي التي تأخذ عدة أشكال منها هجر العائلة أو ما يعبر عنه في التكييف القضائي بترك مقر الأسرة، أو شكل جريمة إهمال المرأة الحامل، أو جريمة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء، بالإضافة إلى معرفة أثر تقديم الشكوى في جريمة خطف القصر، وهذا كله ضمن تفصيلات التشريعات المغاربية .

1/ هجر العائلة وعدم الإنفاق

بداية أن جريمة عدم الإنفاق تأخذ الطابع المالي إلا أن أحكامها جاءت ضمن جريمة هجر العائلة،مما يعنى أن الإحاطة بها يأخذ نفس الحكم والوضع القانوني من حيث إشتراط القيد ، لذا جاء نطاق قيد تقديم الشكوى لمباشرة المتابعة الجزائية ضمن التشريع الجزائري أكثر تفصيل وهذا وفقا للفقرة الرابعة من المادة 330/ 4

[18] – المجلس الأعلى،12 /11/ 1967، رقم 61 ، مجلة القضاء والقانون،المملكة المغربية، عدد 93 ، ص .129.

[19] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق ، ص. 71.

ق.ع، فإن إجراءات المتابعة لا تتخذ إلا بناء على شكوى الزوج المتروك في جريمة ترك مقر الأسرة، وجريمة ترك الزوجة. بقولها: " ...فلا تتخذ إجراءات المتابعة إلاّ بناء على شكوى الزوج المتروك "، أي من الزوجة المتضررة شخصيا[20]، و بالتالي متى باشر ممثل النيابة العامة الدعوى ضد الزوج دون أن يأخذ بعين الإعتبار ضرورة تقديم الشكوى، فإنّ تلك الإجراءات ستكون مخالفة للقانون تستوجب البطلان.

وبالتالي فعلى المحكمة أن تحكم ببطلان الإجراءات و عدم قبول الدّعوى، ولا تحكم بالبراءة لأن الحكم بعدم قبول الدعوى يعني عدم توفر شرط من شروط المتابعة وتحريك الدعوى، أما الحكم بالبراءة فيعني عدم توفر أركان الجريمة أو إنعدام الأدلة.

بالإضافة إلى إشتراط توافر قيام علاقة الزوجية أثناء تقديم الشكوى، وأن يكون الزوج المتضرر مقدم الشكوى قد بقى في مقر إقامة الأسرة، لذات الغرض الذي قصده المشرع لحماية الأسرة من التفكيك والإهمال[21] والإبقاء على الروابط الأسرية [22].

أما بخصوص نظرة المشرع المغربي للقيد المقرر المتمثل في وجوب تقديم شكوى، فإنه لا يمكن تحريكها إلا بناء على شكوى من الشخص المتضرر، وإذا لم تتلق النيابة العامة الشكوى فلا يمكن لها متابعة مقترف جريمة إهمال الأسرة. وإذا حركت النيابة العامة الدعوى دون التقيد بهذا القيد، فإن الإجراءات التي تقوم بها تكون باطلة. غير أن النيابة العامة تكون في حل من هذا القيد وبالتالي تستعيد صلاحياتها في تحريك الدعوى العمومية مباشرة، ودون تقديم شكوى من المتضرر في حالة واحدة وهي التي يكون فيها النائب الشرعي[23] للطرف المتضرر هو مقترف الجريمة.

وهذا طبقا للفصل 481 من المسطرة الجزائية المغربية بنصها " لا يجوز رفع هذه الدعاوي إلا بناء على شكوى من شخص المهمل أو المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي مع الإدلاء بالسند الذي يعتمد عليه، غير أنها ترفع مباشرة من طرف النيابة العمومية عندما يكون النائب المذكور هو المقترف للجريمة".

---

[20] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص. 131.

[21] – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص. 12 .

[22] – فضيل العيش، المرجع السابق، ص. 70 .

[23] – يتحدد مفهوم النائب الشرعي حسب القانون الجنائي المغر بي. بالرجوع إلى مدونة الأحوال الشخصية المغربية في المادة 147 من م أ ش ، التي قضت على أن " : النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم" ، و تضيف المادة 148 من نفس القانون على أن " :صاحب الولاية المعين في الشرع و هو الأب و القاضي يسمى وليا و الذي عينه الأب أو وصيه يسمى وصيا و الذي عينه القاضي يسمى مقدما ." و التي تقابلها المادة81 من ق أ ج، التي قضت على أنه.... " : ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

وقد أوجب المشرع المغربي بموجب هذا الفصل الفقرة الثانية لمباشرة المتابعة الجزائية، إضافة إلى وجود شكوى من الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي، أن تسبق المتابعة إعذار المخل بالواجب أو المدين بالنفقة وأن يقوم بما عليه خلال 15 يوما. و يتخذ هذا الإعذار شكل إستجواب تجريه الشرطة القضائية بطلب من النيابة العامة إلا إذا كان المخل هاربا أو غير متوفر على محل الإقامة، إذ في هذه الحالة يتم الإستغناء عن هذا الإستجواب[24] بنصها " ويجب أن يسبق المتابعة إعذار المخل بالواجب أو المدين بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف خمسة عشر يوما،ويتم هذا الإعذار في شكل استجواب يقوم به أحد ضباط الشرطة القضائية وذلك بناء على طلب من النيابة العمومية، وإذا كان المدين هاربا أو ليس له محل إقامة معروف فإن ضابط الشرطة القضائية يسجل ذلك ويستغني عن الإستجواب".

مع ملاحظة أن المشرع الجزائري بموجب المادة 330 من ق.ع لم يشر قبل التعديل إلى التنازل عن الشكوى، مما يعنى أنه لم يكن يجوز له التنازل عن الشكوى بعد تقديمها، إلا أنه إعمالا للقواعد العامة للشكوى المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 06 من ق.إ.ج [25]. يجوز للزوج المتروك أن يسحب شكواه بالتنازل عنها ومصالحة الزوج حفاظا على كيان الأسرة وترابطها لأن القضاء بعقوبة على الزوج المدعى عليه من شأنه أن يعصف بكيان الأسرة التي يعمل المشرع نفسه على تماسكها بتقرير هذا القيد على النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية[26]. هذا الحكم تم تأكيده بموجب القانون رقم 23/06.

والحق في التنازل عن الشكوى، يمكن أن يتم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ما لم يكن قد صدر حكم نهائي فيها حائز لقوة الشئ المقضي به "لأن التنازل لا يرقى إلى درجة الصفح"[27].

ولا يوجد نص خاص في التشريع المغربي يتطرق إلى وقف الدعوى العمومية عندما يتنازل الطرف المتضرر. إلا أنه يمكن القول بأن سحب الشكوى يضع حدا للمتابعة قياسا على الخيانة الزوجية ضمن التشريع المغربي، وإعتمادا على القاعدة العامة الواردة في المادة 4 من ق.م.ج والتي تنص على أنه" تسقط أيضا (الدعوى العمومية) بتنازل المشتكي عن شكايته، إذا كانت الشكاية شرطا ضروريا للمتابعة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، لكون المشرع المغربي إكتفى بتنظيم تحريك الدعوى العمومية.

[24] – أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص. 63.

[25] – نص المادة 06 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية "... كما يجوز أن تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى اذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة..."

[26] – عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري – التحري و التحقيق – دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 109وما بعدها.

[27] – فضيل العيش، المرجع السابق، ص. 71.

ويسجل عن المشرع الجزائري أنه قد راع مصلحة الأطفال في الصورة الثالثة من صور الإهمال العائلي حسب المادة 330 الفقرة 3 ق.ع بأن لم يقيد الدعوى بتقديم شكوى، إلا أنه في الصورة الأولى، رغم أنه كان يقصد بها حماية مصلحة الأطفال في النفقة والرعاية، بعد قيدها بشكوى الزوج المتروك وهو نفس توجه المشرع المغربي ، مما يدفعنا للتساؤل عن إختلاف الإشتراط في تقديم الشكوى لتحريك الدعوى العمومية في جريمة ترك الأسرة وجريمة الإهمال المعنوي للأولاد.

وكما سبق ذكره فإنه لكي تقوم الجريمة لابد أن تكون رابطة الأبوة أو الأمومة أي وجود أولاد وإعتبرهم المشرع الضحايا الوحيدين لهذه الجريمة والتي يمكن تسميتها بجريمة الترك المادي والأدبي للأولاد [28].

وبخلاف المشرعين الجزائري والمغربي، إعتمد المشرع التونسي مجموعة من القوانين لرعاية وحماية الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين [29]. فمكن ولي القاصر سواء كان أبا أو قاضيا أو قيما أو مقدما أو وصيا أو واليا عموميا ، أن يحرك الدعوى العمومية.

أما بالنسبة للتشريع المغربي في حالة إمكانية الحاضن للأبن المحضون بأن يتقدم بشكوى لتحقيق المتابعة الجزائية في حالة إمتناع والده عن أداء النفقة، فإنه لايمكن أن نعتبر الشخص الحاضن هو النائب الشرعي طبقا للمادة 147 و 148 من م. أ.م [30] . وتحديد المادة 481 من ق.ج. م التي تعطى صلاحية تحريك الدعوى العمومية فقط إلى الشخص المهمل أو نائبه الشرعي في حالة حرمان المحضون من الأداء المالي المقرر له[31] الذي يحقق التنشئة السليمة. فمن الأهمية بما كان أن يتدخل المشرع المغربي بتوسيع مجال الأشخاص الذين يتقرر لهم الحق في تقديم الشكوى في هذا الوضع، مثله مثل حالة إمكانية تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة بالتشريع المغربي دون التقيد بشكوى النائب الشرعي أو الشخص المهمل متى كان النائب الشرعي هو الفاعل وفق المادة 481 من م.ج. م [32] ، توسيعا لمجال الحماية الجزائية.

---

[28] – حميدو زكية، محاضرات...، المرجع السابق.

[29] - فبمقتضى القانون رقم 27 المؤرخ في 4 مارس 1958 الذي نظم الولاية العمومية الكفالة والتبني على الأطفال و اللقطاء و المهملين حيث جعل من الدولة وليا لمن لا ولي له المتمثلة في شخص الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال، و بالتالي تتحمل هذه الأشخاص المسؤولية المدنية عن أعمال الأطفال المهملين، مثل الأو لياء الشرعيين وفقا لمقتضى المادة 93 من مجلة الالتزامات و العقود

[30] – محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المرجع السابق، ص.185 .

[31] – وفقا لنص المادة 97 من م أ ش م التي تقضي بما يلي " : الحضانة حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع و القيام بتربيته و مصالحه ." التي تقابلها المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي جرى نصها كما يلي " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ."....و المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي قضت بما يلي " الحضانة حفظ الولد في مبيته و القيام بتربية."

[32] – أزكيك سعيد، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، القاهرة ،1993، ص.55 .

وهي نفس غاية الحماية المقررة في تجريم فعل خطف القصر وإبعادهم.

2/ خطف القصر وإبعادهم

هناك تشابه بين جريمة ترك الأسرة وجريمة خطف القصر وإبعادهم ، في خاصية تقييد حرية النيابة العامة في تحريكها الدعوى العمومية[33]، بإلزامية ورود شكوى من المجني عليه مراعاة من المشرع في إقراره لها خصوصية الروابط التي تجمع أفراد الأسرة، إضافة إلى رغبته في محاربة الآثار السلبية التي ترتبها هذه الجريمة على الأسرة.

فقد جاء ضمن المادة 326 من ق.ع الجزائري الفقرة الثانية على أنه " وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

وهو نفس التجريم الوارد ضمن التشريع المغربي المشترط لقيد الشكوى بموجب الفصل475 الفقرة الثانية[34] "ومع ذلك، فإن القاصرة التي أختطفت أو غرر بها، إذا كانت بالغة وتزوجت من إختطفها أو غرر بها فإنه لا يمكن متابعته إلا بناء على شكوى من شخص له الحق في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم بمؤاخذته إلا بعد صدور حكم بهذا البطلان فعلا[35].

وعليه فإن زواج الخاطف من مخطوفته أو المبعدة التي لم تبلغ سن الثامنة عشرة يعد قيدا للنيابة العامة في تحريكها للدعوى العمومية، إذ يستلزم الأمر حصولها على شكوى ممن له الحق في طلب إبطال عقد زواج وهم والد القاصرة المبعدة أو أخوها من له ولاية على نفسها، وإن لم تحدد قوانيين العقوبات المغاربية المقصود بأصحاب الصفة و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد قد حددهم في الولي أو الوصي القانوني[36].

وخروجا عن هذا التحديد لم يشر المشرع التونسي لإشتراط تقديم الشكوى كقيد لمباشرة الدعوى الجزائية ضمن نفس التحديد بموجب الفصل 239 من القانون الجزائي بنصها " تزوج الفار بالبنت التي فر بها يترتب عليه إيقاف المحاكمة أو إيقاف تنفيذ العقاب". أي أنه يقع حدا للمتابعة الجزائية للخاطف في حالة تزوجه بالمخطوفة أوالمبعدة.

---

[33]– عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء، 2002،ص. 125.

[34]– الفقرة الأولى من الفصل 475 من المسطرة الجنائية " من أختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن ثمان عشرة سنة بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم. غُير بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.03.207 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 24.03 .

[35] – عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 2000، ص. 85.

[36] – إن المادة 7 فقرة الثانية من قانون الأسرة أصبحت ترشد القاصر فيكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق وإلتزامات.مما يدفع بالتساؤل عن عدم رضا القاصر بالزواج الناتج عن الخطف وبالتالي هل لها حق الإبطال بنفسها ؟

ولا يوجد ضمن قانون حماية الطفل التونسي[37] لمثل هذا القيد كذلك، بالرغم من النص على وقف أثار المتابعة في حالة زواج الخاطف بالقاصر بموجب الفصل 227مكرر[38] الفقرة الثانية "وزواج الفاعل بالمجني عليها في الصورتين المذكورتين يوقف التتبعات أو آثار المحاكمة.وتستأنف التتبعات أو آثار المحاكمة إذا إنفصم الزواج بطلاق محكوم به إنشاء من الزوج طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 31 من م.أ.ش وذلك قبل مضي عامين من تاريخ الدخول بالمجني عليها.

كما أن تقديم الشكوى لايوجب العقاب إلا بعد الحكم بإبطال عقد زواج المخطوفة أو المبعدة من خاطفها، لأن القاضي الجزائي هنا لا يمكنه البت في الدعوى العمومية لحين الفصل في قضية إبطال عقد الزواج. والحكمة من تقرير هذا القيد هو الحرص على إبقاء العلاقة الزوجية حال تمام الزواج غير مشوب بعيب البطلان، وبالتالي الحفاظ على كيان الأسرة الناشئة والعلاقة بين أفرادها[39].

وهذا ما أخذت به القضاء الجزائري باجتهاد المحكمة العليا في 03 جانفي 1993 وإعتبرت أنه " من المقرر قانونا أن يعاقب كل من خطف أو أبعد قاصرة دون الثامنة عشر من عمرها، بغير عنف أو شرع في ذلك، وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده، الإ بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة طلب إبطال الزواج وبعد القضاء بإبطال العقد المذكور.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع، بإدانتهم للمتهمين طبقا للنص المذكور- 326 من ق.ع- دون مراعاة الزواج الذي أبرمه المتهم مع الضحية، على أساس أنه قد سجل في غير حضور ولي الزوجة وحتى الزوجة نفسها، فإن الوجه المثار من قبل النائب العام، والمأخوذ من إشتراط إتمام إجراءات إبطال الزواج قبل الحكم، وجيه وينجر عنه نقض القرار المنتقد[40].

ولم يأخذ القضاء الجزائري بإعلان الرغبة في الزواج بالمخطوفة أثناء إجراءات التحقيق[41] حتي ولو كانت هذه الرغبة متبادلة بين الطرفين إلا إذا تم تقديم رخصة بالزواج للقاصر وهذا ما هو ثابت من الملفات المتعلقة بخطف القصر وتحويلهم المطروحة على مكاتب قضاة التحقيق.

---

[37] – القانون عدد 92 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 المتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل .والمتمم بمقتضى قانون عدد 41 لسنة 2002 مؤرخ في 17 أفريل 2002 يتعلّق بإتمام مجلّة حماية الطفل ، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 32، الصادر في 19 أفريل 2002 .

[38] – تنص الفقرة 1 من الفصل 277 مكرر من المجلة الجزائية على أنه" يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من واقع أنثى بدون عنف سنها دون خمسة عشر عاما كاملة. وإذا كان سن المجني عليها فوق الخمسة عشر عاما ودون العشرين سنة كاملة فالعقاب يكون بالسجن مدة خمسة أعوام. والمحاولة موجبة للعقاب.

[39] – فضيل العيش، المرجع السابق، ص. 72 .

[40] – المحكمة العليا، 1995/01/03، ملف رقم 128928، المجلة القضائية، 1995، عدد 1، ص. 249.

[41] – قرار غرفة الإتهام، مجلس قضاء تيارت، 2009/10/20، رقم 09/803، ملحق رقم 24 والذي قضى بإعادة تكييف الوقائع من جنحة إبعاد قاصرة طبقا للمادة 326 من قانون العقوبات إلي جناية هتك عرض قاصر طبقا للمادة 2/336. ويتضمن هذا القرار إعلان الرغبة في الزواج بالضحية القاصرة و التي تبلغ 13 سنة من طرف المتهم. ص. 441.

ومما يفهم من نص المادة 326 فقرة الثانية من قانون العقوبات الجزائري وبإقتصارنا على حرفية النص أن حالة الزواج تتعلق بجريمة الخطف والإبعاد دون باقي الجرائم. فإذا حدث وأن قام شخص بجناية إغتصاب قاصرة فإنه لا يخول للمتهم الإستفادة من نص الفقرة الثانية من المادة 326 ق.ع لأن وقف المتابعة مقتصر على جريمة إبعاد قاصر فقط.

وقد توسع المشرع الجزائري إلي إشتراط شكوى الضحية لمباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 من قانون العقوبات والتي تقضى " بعقوبة الحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لايقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أومن الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

وهذا بموجب التعديل المقرر بموجب القانون 23/06 علما أن المادة 329 مكرر1 ق.ع جاءت بنفس الشرط الواجب لتحقيق المتابعة في جرائم السرقات والنصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة الواقعة بين أفراد الأسرة.

الفرع الثاني

إشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى العمومية في المجال المالي

لايختلف الجانب المالي ضمن الجرائم الماسة بالرابطة الأسرية من حيث التقدير في إشتراط حصول الشكوى ، وهذا لنفس الغاية التشريعية ضمن إشتراط المشرع لوجود شكوى في حالة قيام جريمة ذات الأثر الشخص على الرابطة الأسرية ، وتأخذ أغلب الجرائم الماسة بالحقوق الأسرية ذات الطابع المالي صورها في جرائم السرقة ، وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة.

أولا

جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة

يتحدد الجانب المالي في الغالب من الجرائم الماسة بالرابطة الأسرية ضمن جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة والتي تجمعها عناصر مشتركة من بينها عنصر سلب وحيازة مال مملوك

للغير، بالإضافة إلي قصد جنائي مشترك لهذا السبب ومثله، نتعرض إلى هذه العناصر مجتمعة في حالة وقوعها على نظام الأسرة وفق مايلي.

1/ في حالة السرقة بين الأزواج والحواشي الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة[42]

تختص النيابة العامة بوصفها ممثلة للمجتمع بمباشرة الدعوى العمومية عن كافة الجرائم[43] غير أنه وطبقا للتشريعات المغاربية فإنه لا يجوز لها إتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور.وهذا وفق نص المادة 369 الفقرة 01 من ق.ع .ج[44] بنصها " لايجوز إتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور. والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات".

ونص الفصل 535 من م.ج.م التي تقضي بأنه " إذا كان المال المسروق مملوكا لأحد أصول السارق أو أحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة، فلا يجوز متابعة الفاعل إلا بناء على شكوى من المجني عليه، وسحب الشكوى يضع حدا للمتابعة ".

ولم يشمل المشرع الجزائي التونسي فعل السرقة بقيد تقديم الشكوى كونه أنه لم يعتبر أن فعل الإختلاس الواقع من الأباء وإن علو للأشياء المملوكة لأبنائهم أنها تشكل فعل السرقة، وهذا بموجب الفصل 266 من

---

[42] – مسألة القرابة وفق القانون المدني الجزائري:

المادة 32 " تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد."

المادة 33 " القرابة المباشرة هي الصلة مابين الأصول والفروع.

وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للأخر."

المادة 34 " يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عدا هذا الأصل ، وعند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزول منه إلى الفرع الأخر، وكل فرع ما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة."

المادة 35 " يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الأخر."

[43] – المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية " تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون ، وهى تمثل أمام كل جهة قضائية . ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم ، ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره كما تتولى العمل على تنفيذ أحكام القضاء ، ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية، كما تستعين بضباط وأعوان الشرطة القضائية.

[44] – المعدلة بموجب المادة 08 من القانون رقم 15 - 19 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر 2015 المتمم والمعدل للأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.المادة 369 المعدلة " لايجوز إتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التى تقع بين الأقارب والحواشي و الأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور. والتنازل عن الشكوى يضع حد لهذه الإجراءات.

م.ج.ت الذي ينص على أنه " لا تعد من السرقة الإختلاسات الواقعة من الوالدين فما فوقها لأمتعة أبنائهم إلا إذا كان المسروق بعضه ملكا للغير أو معرقلا وهذا النص لا ينطبق على غير الوالدين الفاعلين أو المشاركين.

وبهذا المشرع التونسي لم يجرم فعل السرقة الواقع من الآباء للمال المملوك لأبنائهم، بخلاف المشرع الجزائري الذي جرم الفعل ولم يعاقب عليه بنص المادة 369 التي سيأتى تفصيلها ضمن موانع العقاب[45].

وإن المشرع المغاربي بوضعه لهذا القيد 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 أو عدم تحريكها[46].

كما أن تنازل الضحية عن شكواه يضع حدا للمتابعة في أي مرحلة كانت عليها حسب ما جاء في نص المادة 369 من ق.ع .ج، والفصل 535 من م.ج.م.

إلا أن المشرعين المغاربين لم يترك هذا المنح مفتوح المجال وإنما حدد نطاقه من خلال تحديد الأشخاص وتحديد الجرائم وفق ما يلي:

أ – النطاق الشخصي لقيد الشكوى

أن الأشخاص الذين يشملهم القيد الوارد في المادة 369 من ق.ع.ج هم زوج المجني عليه وأصله وفرعه، والحواشي وقد ورد ذكر هؤلاء الأشخاص على سبيل الحصر لا المثال، وهو ما يعنى عدم جواز الإضافة إليهم، فإذا لم يكن السارق أحد الأشخاص المذكورين، فلا يتوقف رفع الدعوى الجنائية الناشئة عن السرقة على شكوى من المجني عليه. وأدرج المشرع الجزائري الحواشي والأزواج والأصهار ضمن الأشخاص المشمولين بالقيد، لذلك لايطبق النص على من يسرق مالا مملوكا لعمه أو خاله أو إبن خاله أو إبن عمه. ولا يطبق القيد على من يسرق مالا مملوكا لإبن زوجة المتهم أو لزوجة الأب.

أما سرقة الخاطب أوالمخطوبة أو المطلق أو المطلقة فإنه لايستفيد من القيد[47]، لأن العبرة هي قيام الصلة وقت إرتكاب الجريمة وليس وقت التقدم بالشكوى.

[45] - المطلب الرابع من الفصل الثاني للباب الثاني من الأطروحة.

[46] – حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 236.

[47]– 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 انه بعد صدور الحكم القضائي بالإدانة لا يملك المضرور التنازل عن شكواه.

وهو نفس التقدير ضمن التشريع المغربي اذ لم يشمل المشرع المغربي هذا القيد فيمن لم تتوفر فيه صلة القرابة المحددة بموجب الفصلين 534 والفصل535 من م.ج.م وهم الزوج ، الزوجة، أو أحد فروعهما، أحد الأصول أو أحد الأقارب، أو أحد الأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة[48]، وهذا بصراحة نص الفصل 536 بنصها "المشاركون أو المساهمون مع السارقين، الذين تنطبق عليهم أحكام الفصلين السابقين، وكذلك مرتكبو جريمة إخفاء تلك المسروقات، لا تسري عليهم أحكام هذين الفصلين، طالما أنهم لا تتوفر فيهم الصفات المشار إليها فيهما.

[48] - أراء فقهاء الشريعة الإسلامية في السرقات الأتية: - **سرقة الأصل من الفرع** : ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا قطع في سرقة الوالد من مال ولده وإن سفل ، لأن للسارق شبهة حق في مال المسروق منه فدرئ الحد . وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لمن جاء يشتكي أباه الذي يريد أن يجتاح ماله : « أنت ومالك لأبيك »، واللام هنا للإباحة لا للتمليك. فإن مال الولد له ،وزكاته عليه، وهو موروث عنه.

- **سرقة الفرع من الأصل** : ذهب جمهور الفقهاء " الحنفية والشافعية والحنابلة " إلى أنه لا قطع في سرقة الولد من مال أبيه وإن علا ، لوجوب نفقة الولد في مال والده ، ولأنه يرث ماله ، وله حق دخول بيته ، وهذه كلها شبهات تدرأ عنه الحد. أما المالكية فإنهم لا يرون في علاقة الابن بأبيه شبهة تدرأ عنه حد السرقة ، ولذلك يوجبون إقامة الحد في سرقة الفروع من الأصول . **سرقة الأقارب بعضهم من بعض** : ذهب جمهور الفقهاء " المالكية والشافعية والحنابلة" إلى أن سرقة الأقارب بعضهم من بعض ليست شبهة تدرأ الحد عن السارق ، ولهذا أوجبوا القطع على من سرق من مال أخيه أو أخته أو عمه أو عمته أو خاله أو خالته ، أو ابن أو بنت أحدهم ، أو أمه أو أخته من الرضاعة ، أو امرأة أبيه أو زوج أمه ، أو ابن امرأته أو بنتها أو أمها ، حيث لا يباح الاطلاع على الحرز ،ولا ترد شهادة بعض هؤلاء للبعض الآخر. ويرى الحنفية أنه لا قطع على من سرق من ذي رحم محرم ، كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة ، لأن دخول بعضهم على بعض دون إذن عادة يعتبر شبهة تسقط الحد ، ولأن قطع أحدهم بسبب سرقته من الآخر يفضي إلى قطع الرحم وهو حرام بناء على قاعدة : ما أفضى إلى الحرام فهو حرام . أما من سرق من ذي رحم غير محرم كابن العم أو بنت العم ، وابن العمة أو بنت العمة ، وابن الخال أو بنت الخال ، وابن الخالة أو بنت الخالة ، فيقام عليه حد السرقة لأنهم لا يدخل بعضهم على بعض عادة ، فالحرز كامل في حقهم . واختلف الحنفية في سرقة المحارم غير ذوي الرحم بعضهم من بعض كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة ، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى إقامة الحد على السارق ، أما أبو يوسف فلا يرى أن يقام الحد على من سرق من مال أمه التي أرضعته ، لأنه يدخل بيتها دون إذن عادة ، فلم يكتمل الحرز

- **السرقة بين الأزواج** : اتفق جمهور الفقهاء على عدم إقامة الحد إذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر وكانت السرقة من حرز قد اشتركا في سكناه ، لاختلال شرط الحرز ، وللانبساط بينهما في الأموال عادة ، ولأن بينهما سببا يوجب التوارث بغير حجب .

فيرى الحنفية وهو قول عند الشافعية والرواية الراجحة عند الحنابلة : أنه لا قطع على واحد منهما ، لما بين الزوجين من الانبساط في الأموال عادة ودلالة ، وقياسا على الأصول والفروع لأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب

أما المالكية وهو الراجح عند الشافعية والرواية الثانية عند الحنابلة فإنهم يوجبون الحد على السارق في هذه المسألة ، لعموم آية السرقة ، لأن الحرز هنا تام ، وربما لا يبسط أحدهما للآخر في ماله ، فأشبه سرقة الأجنبي.

وهناك قول ثالث للشافعية وهو : وجوب قطع الزوج إذا سرق من مال زوجته ما هو محرز عنه ولا تقطع الزوجة إذا سرقت من مال زوجها ولو كان محرزا عنها ، لأن الزوجة تستحق النفقة على زوجها ، فصار لها شبهة تدرأ عنها الحد ، بخلاف الزوج فلا تقوم به شبهة تدرأ عنه الحد إذا سرق من مالها المحرز عنه. وإذا وقع الطلاق وانقضت العدة صارا أجنبيين ووجب قطع السارق . أما السرقة أثناء العدة من الطلاق الرجعي فتأخذ حكم السرقة بين الأزواج، لبقاء الزوجية إلى أن تنتهي العدة . فإن وقعت السرقة أثناء العدة من الطلاق البائن أقيم الحد ، على رأي جمهور الفقهاء ، لانتهاء الزوجية. ولكن أبا حنيفة يذهب إلى عدم إقامة الحد على أي منهما بسرقة مال الآخر ، لبقاء الحبس في العدة ووجوب السكنى ، فبقي أثر النكاح ، فأورث شبهة تدرأ الحد. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص. 75.

وللمجني عليه أن يتنازل عن الدعوى في أية حالة كانت عليها تطبيقا لنص المادة 369 فقرة 1 والفصل 535 من م.ج .م، ويقتصر أثر التنازل على من تربطه بالمجني عليه الصلة التي يتطلبها القانون ومعنى ذلك أن التنازل لا أثر له على غيره من المساهمين[49].

مما يتأكد معه الحكمة من إشتراط تقديم الشكوى لإعتبار الرابطة الأسرية وبغية المحافظة عليها بما يضمن إستمراريتها بعيدا عن صفات الأشخاص وذواتهم الذين إستبعدهم المشرع المغربي بالفصل 536 من م.ج.م ، وحددهم المشرع الجزائري بنص المادة 369 الفقرة 01 من ق.ع .

وجاء التحديد ضيقا وقاصر ضمن التشريع التونسي من حيث عدم إشتراط القيد أو من حيث التحديد الشخصي، إذ أن الفعل خرج من دائرة التجريم، للوالدين فما فوقهما أي الأصول وإن علو لأمتعة أبنائهم وهذا بموجب الفصل 266 من م.ج.

ب – النطاق الموضوعي لقيد الشكوى

أما نطاق القيد الموضوعي ضمن التشريعين المغربي والجزائري فيتمثل في تحديد الجرائم المشتملة أولا حالة السرقة[50] بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة، وبناء على المادة 369 من ق.ع .ج و الفصل 535 من م.ج.م، 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 يسرى قيد الشكوى على جرائم السرقة سواء كانت من الجنح أو الجنايات كما يسرى القيد على الشروع في السرقة كما أن هذا لا يمنع من مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالحق المدني طبقا لنص المادة 368 من ق.ع ج [51] والفصل 535 من م.ج م، ولا يسرى هذا القيد على جرائم أخرى تختلف في طبيعتها عن جريمة السرقة كجرائم التزوير مثلا أو جريمة إعطاء شيك بدون رصيد.

---

[49] – حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 238.

[50] – تنص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " كل من أختلس شيأ غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمسة سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، تطبق 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 9 مكرر1 لمدة سنة (1) على الأقل وخمس (5) سنوات على الأكثر، وبالمنع من الإقامة طبقا لشروط المنصوص عليها في المادتين12 و13 من هذا القانون.

ويعاقب على الشروع في هذه الجنحة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة."

[51] - بنصها " لايعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبينين فيما بعد ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني:

1- الأصول إضرار بأولادهم أو غيرهم من الفروع؛

2- الفروع إضرار بأصولهم .

إلا أنه يجب الإشارة إلي مسألة مهمة ومعرفة موقف المشرع منها وهى مسألة وجود واقعة أو حالات لجرائم تمس بنظام الأسرة تتطلب تقديم شكوى لها إرتباط بجرائم لاتتطلب تقديم شكوى لتحريك الدعوى العمومية بصددها.

فهناك مثلا الإرتباط البسيط الذي يقبل التجزئة، بين جريمة القتل العمدي والسرقة المرتكبة بين الأقارب فالنيابة العامة تحرك الدعوى العمومية دون الحاجة إلى تقديم شكوى من المضرور، وهذا لأن الفعل المرتكب من طرف المتهم أخطر من الجريمة المقيدة بتقديم الشكوى، فيوجه الإتهام إلى الفاعل. ولكن يحدث أنه في بعض الأحيان، يوجد نوع من الإرتباط الذي لايمكن تجزئته[52]، مثلا عند إرتكاب جريمة زنا في مكان عمومي.

هنا الفعل يمكن وصفه بعدة أوصاف، إذ يمكن وصفه على أنه فعل مخل بالحياء، ويمكن وصفه على أنه جريمة زنا أو فساد ضمن التشريع المغربي، وهذا الوصف يسمى بالتعدد الصوري ومن ثمة، يجب الأخذ بالوصف الأشد[53] وبالرجوع إلى المادة 339 من ق.ع.ج، يستنتج أن جريمة الزنا أشد من عقوبة الفعل المخل الحياء[54]، وعليه تصبح النيابة العامة مقيدة برفع الشكوى من طرف الزوج المضرور ولا يمكنها مباشرة الدعوى العمومية.

أما التعدد الحقيقي، فهو أن تقع عدة أفعال لتكون جرائم بحيث تخلق إرتباطا لايمكن تجزئته وتتوحد في الغرض. وهنا إذا كانت العقوبة الأشد في الجريمة التي تستوجب تقديم شكوى[55]، فإن النيابة العامة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية أو مباشرتها ما دام الشخص المضرور لم يقدمها بعد.

لكن إذا كانت الجريمة التي يتطلب تحريك الدعوى العمومية فيها تقديم الشكوى ذات عقوبة أخف، فان النيابة العامة تتمكن من مباشرة الدعوى العمومية دون أي قيد. فإذا حصل وأن إنتهك أحد الأشخاص منزل وأثناء ذلك قام بجرم الزنا وكانت عقوبة الزنا هي الأشد مقارنة بجرم إنتهاك حرمة المنزل، فإن النيابة العامة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية بتقديم الشكوى إليها من طرف الزوج المضرور، والعكس صحيح[56].

---

[52] – باسم شهاب، المرجع السابق، ص. 336 وما بعدها.

[53] – نص المادة 32 من قانون العقوبات على أنه" يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها ".

[54] تنص المادة 333 من قانون العقوبات على أنه " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء.

واذا كان الفعل العلني المخل بالحياء من أفعال الشذوذ الجنسي إرتكب ضد شخص من نفس الجنس تكون العقوبة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرمة من 1000الى 10.000 دج ".

[55] – عبد الرحمان الدراجي خلفي، الحق في الشكوى كقيد على المتابعة الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص. 309.

[56]– عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية، دار النهضة العربية، بيروت، ط1 ،2007، ص. 285.

فقد نصت المادة 535 م.م على ما يلي " إذا كان المال المسروق مملوكا لأحد أصول السارق أو أحد أقاربه أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة، فلا يجوز متابعة الفاعل إلا بناء على شكوى من المجني عليه؛ وسحب الشكوى يضع حدا للمتابعة."

أما المجلة الجنائية التونسية فقد نصت على هذا النوع من الجرائم من خلال المادة 266 منها، التي جرى نصها على النحو التالي " لا تعد من السرقة الإختلاسات الواقعة من الوالدين فما فوقهما لأمتعة أبنائهم إلا إذا كان المسروق بعضه ملكا للغير أو معرقلا وهذا النص لا ينطبق على غير الوالدين الفاعلين أو المشاركين" .

أي أن المجلة الجزائية التونسية قد ضيقت من مجال الحصانة العائلية، سواء من حيث الأفراد أو من حيث الجرائم التي تغطيها لأنها اقتصرت في جريمة السرقة على الأصول الذين يتورطون في سرقة أموال فروعهم دون الفروع الذين يتورطون في سرقة أموال أصولهم أو الزوج الذي يتور ط في سرقة أموال زوجه، الشقيق الذي يسرق أموال أخيه ، إذن فالمادة 266 من م.ج .ت، لم تعف الأبناء و الأزواج من العقاب.

وكان الأجدر بالمشرع الجنائي التونسي أن يشمل هذه الحماية العائلية على السرقات التي تقع بين الأزواج، نتيجة لإعتماد المشرع التونسي لنظام جديد يدعى نظام الإشتراك في الأموال بين الزوجين فمن باب أولى أن يقرر الحماية الجزائية بما يشمل هذا النظام ، مما يترك معه الأمر في هذا الوضع للقاضي لإمكانية تطبيق ظروف التخفيف من عدمه[57].

2/ في حالة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة

تطبق في حالة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية، المقررة في فعل السرقة الواقع بين أفراد الأسرة، وفق ما هو محدد ضمن التشريعين الجزائري والمغربي لنفس الغاية التشريعية من إشتراط تقديم الشكوى فيهما، وعلى هذا الأساس وجب معرفة المجال والغاية التشريعية لهذا التطبيق من خلال شمولية الإجراء وغايته.

أ . نطاق القيد من حيث الجرائم

تشمل الإعفاءات حالة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة، إذ تنص المادة 373 من ق.ع الجزائري على أنه" تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و369 على جريمة النصب المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 372 ".

[57] - محمد اللجمي، الحصانة العائلية في القانون التونسي والقانون المقارن ، منشورات، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، 2005، ص. 255.

وحسب المادة 372 من ق.ع الجزائري فإن جريمة النصب هي التوصل إلى إستيلام أو تلقى أموال أو الشروع في ذلك بواسطة الإحتيال بإستعمال سلطة خيالية لإحداث الأمل في وقوع شيء ما.وهو نفس المفهوم الذي جاء به الفصل540 من م.ج .م بأنه "يعد مرتكبا لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من إستعمل الإحتيال ليوقع شخصا في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو إستغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر.

والتي أخضعها المشرع المغربي لنفس القيد بموجب الفصل541 من ق.ع بنصها على أن " الإعفاء من العقوبة، وقيود المتابعة الجنائية، التي قررتها الفصول534 إلى 536 تطبق على جريمة النصب المعاقب عليها في الفقرة الأولى من الفصل السابق.

ولم يشر المشرع التونسي لهذا التحديد[58]، كونه لم يشمل بصفة مطلقة فعل السرقة الواقع بين أفراد الأسرة الذي جاء مجاله ضيق من حيث الأشخاص، هذا ما إنعكس على عدم شمولية قيد تقديم الشكوى على باقي الجرائم الواقعة على المال[59].

وتضيف المادة 377 من ق.ع الجزائري على أنه " تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادة 368 و369 على جنحة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة 376 ، وبالرجوع إلى نص المادة 376 من ق.ع نجد أنه يعد مرتكب لجريمة خيانة الأمانة كل من أخل بالتزام بالرد، حيث أن الجاني يقوم بتبديد أو إختلاس مال منقول سلم إليه على سبيل الأمانة.

وهو نفس التطبيق الذي إعتمده المشرع المغربي بصراحة نص الفصل 548 على أن "الإعفاء من العقوبة، وقيود المتابعة الجنائية، المقررة في الفصول534 إلى 536 ، تسري على جريمة خيانة الأمانة المعاقب عليها بالفصل547 ".

ويعد خائنا للأمانة ضمن التشريع المغربي كل "من اختلس أو بدد بسوء نية، إضرارا بالمالك أو واضع اليد أو الحائز، أمتعة أو نقودا أو بضائع أو سندات أو وصولات أو أوراقا من أي نوع تتضمن أو تنشئ إلتزاما

[58] - جاء تعريف جريمة النصب يالفصل 291 من المجلة الجزائية على أنه "يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها 10.000 فرنك كل من إستعمل إسما مدلسا أو صفات غير صحيحة أو التجأ للحيل والخزعبلات التي من شأنها إقناع الغير بوجود مشاريع لا أصل لها في الحقيقة أو نفوذا أو اعتماد وهمي أو التي من شأنها بعث الأمل في نجاح غرض من الأغراض أو الخوف من إخفائه أو وقوع إصابة أو غيرها من الحوادث الخيالية ويكون قد تسلم أو حاول أن يتسلم أموالا أو منقولات أو رقاعا أو ممتلكات أو أوراق مالية أو وعودا أو تواصيل أو إبراءات واختلس بإحدى هذه الوسائل أو حاول أن يختلس الكل أو البعض من ثروة الغير.

[59] – سامي جميل الفياض الكبيسي ، جرائم الإعتداء على الأموال ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، 2008، ص. 86.

أو إبراء كانت سلمت إليه على أن يردها، أوسلمت إليه لاستعمالها أو إستخدامها لغرض معين ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم.وهذا طبقا للمادة 231من ق.ع .

وزيادة عن هاتين الحالتين فإن كل من المشرع الجزائري والمغربي قد شمل إجراء القيد بوجوب تقديم الشكوى[60] ، إذ نص المشرع الجزائري بموجب المادة 389 من ق.ع على أنه " تطبق الإعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و 369على جنحة الإخفاء المنصوص عليها في المادة 387 "، وتنص المادة 1/387 من ذات القانون على أنه " كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج " .

أي أن المادة 369 قد قيدت النيابة العامة بشرط الشكوى المقدمة من الضحية ذي العلاقة الأسرية المحددة في جرائم السرقة و إخفاء الأشياء المسروقة ، وهذا تحقيقا لغاية إجتماعية.

وإعتمد المشرع المغربي هذا الحكم كذلك بموجب الفصل574 بنصها على أن "الإعفاء من العقوبة، وقيود المتابعة الجنائية، المقررة في الفصول534 إلى 536 تطبق على جريمة الإخفاء المشار إليها في الفصلين 571 و257.

إذ شمل الفصلان 571 و257 التجريم والعقاب على فعل الإخفاء للأشياء المتحصلة من الجريمة بنص الفصل 571 على أنه كل " من أخفى عن علم كل أو بعض الأشياء المختلسة، أو المبددة، أوالمتحصل عليها من جناية أو جنحة، يعاقب بالحبس من سنة واحدة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى آلفي درهم، ما لم يكون الفعل مشاركة معاقبا عليها بعقوبة جناية طبقا للفصل 129".

وطبقا لنص الفصل 572 فإنه " في الحالة التي تكون فيها العقوبة المطبقة على مرتكبي الجريمة التي تحصلت من الأشياء المخفاة أو المبددة أو المتحصل عليها هي عقوبة جنائية فإن المخفى تطبق عليه نفس العقوبة إذا ثبت أنه كان يعلم وقت الإخفاء الظروف التي استوجبت تلك العقوبة حسب القانون.

غير أن عقوبة الإعدام تعوض بالنسبة للمخفى بعقوبة السجن المؤبد".

وإنطلاقا مما تقدم يعفى مع التزامه بأداء التعويضات المدنية المخفي في الأحوال التالية:

-01 إذا كان المال المخفي مملوكا لأحد فروعه وذلك طبقا للفصل 534 من نفس القانون وهذا هو الفرق الجوهري بين القانون الجنائي المغربي وقانون العقوبات الجزائري الذي وسع الإعفاء وجعله يشمل حتى الفرو ع.

[60]- العلمي عبد الواحد، شرح القانون الجنائي المغربي ،القسم الخاص، ط 2، 2009، المغرب، ص. 67.

-02 إذا كان المال المخفي مملوكا لزوجه.

إضافة إلى ذلك أنه لا يجوز متابعة مخفي المال المسروق الذي تتوفر فيه الصفة السابقة، إلا بناء على شكوى من الشخص المتضرر، وفي حالة التنازل عنها يضع حدا للمتابعة، وذلك وفقا لنص المادة 535 من هذا القانون، إذا كان المال المخفي مملوكا لأحد أصول المخفي أو أحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة .

و طبقا لنص المادتين534 و 535 من ق. ج. م لا ينطبق هذا الحكم على المشاركين و المساهمين طالما لم تتوفر فيهم الشروط و الصفات المنصوص عنها في المادة 536 من نفس القانون .

أما بشأن المجلة الجنائية التونسية فإنها لم تشر إلى هذه الجريمة، لكن أشارت إلى جرائم الإخفاء الأخرى، من خلال نص المادة 149 منها، الذي يتعلق بإخفاء المجرمين و المساجين الفارين، حيث نصت هذه المادة على ما يلي " يعاقب بالسجن مدة عام الذي لم يكن من والدي المسجون الفار من أي طبقة و لا من ذريته و لا زوجا أو زوجة له و يخفيه أو يعين على إخفائه.

لكن بالرجوع إلى حالات الاشتراك في الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 32 من م. ج. ت التي نصت على أنه " يعد و يعاقب بصفة مشارك الأشخاص الذين يعينون المجرمين عمدا بإخفاء المسروق أو غيره من الوسائل الموصلة لاستفادة المجرمين أو لعدم عقاب مرتكبي الجريمة" .

مما يمكن إحتمال أن يأخذ حكم الشريك المخفي للمال المسروق أبا أو زوجا أو أخا ، وهذا دون النص أو التخصيص الواضح لهذه الجريمة وشمولية قيدها بشرط الشكوى، مما يجعل إمكانة المتابعة متوقعة.

وبالتالي فإن كل من المشرعين الجزائري و المغربي قد وسع مجال الحماية[61]، والتي كانت قاصرة ضمن التشريع التونسي بإشتراط قيد وجوب تقديم الشكوى لأجل تحقيق المتابعة الجزائية في هذا النوع من الجرائم، التي تقع بين أفراد الأسرة الواحدة حتى الدرجة الرابعة، هذه الجرائم التي تلتقي مع جريمة السرقة كون جميعها جرائم تقع على الأموال وهذا تحقيقا لغاية مصلحية معينة.

ب – الغاية من شمولية إجراء قيد الشكوى

إن الحكمة من تقرير قيد الشكوى في هذه الجرائم يعود دائما لغاية المشرع في حفظ نظام الأسرة وإستقرارها، فإذا حدث بمفهوم المخالفة وتم تقديم الشكوى، فإن ذلك يزيد في تشنج نوع العلاقة الأسرية

[61] – سعيد الفكهاني ، حامد الحرفة ، الشرح و التعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي، ج1، الدار العربية للموسوعات ،القاهرة ، 1993، ص. 145.

خاصة إذا نتج عن المتابعة القضائية إدانة أحد أفراد العائلة، فإن الأمر لامحالة يزيد أواصر الرابطة الأسرية إنحلالاً نتيجة الضغائن المتولدة عن ذلك الأثر الناتج عن عدم قيد المتابعة بموجب شرط تقديم الشكوى[62].

وبتنازل الشاكي عن شكواه يوضع حد لكل متابعة بشأن نفس الجريمة على أساس حكم المادتين 03/06 من ق.ا.ج و المادة 369 من ق.ع وإحالة المواد 373 و377 و389 من ق.ع.ج على نفس المادة وهي 369 منه، مع إشتراط عدم صدور حكم نهائي في الموضوع، حيث يسقط الحق في التنازل عن الشكوى بصدوره.

وهي نفس الغاية التشريعية التي جاء بها المشرع الليبي في إشتراط قيد الشكوى في جريمة قذف الزوجة نظرا لتميزه و إنفراده بالتجريم لفعل قذف الزوجة وهذا بموجب المادة 09 من قانون العقوبات بأنه " لا تقام الدعوى في جريمة القذف إلا بناء على شكوى المقذوف أو ورثته خلال ثلاثة أشهر من العلم بها وبمرتكبها.

إن كان المقذوف قاصراً لم يتم ثماني عشرة سنة فتقبل منه الشكوى ما لم يعترض عليها وليه. فإذا كان الولي هو القاذف فتقبل الشكوى ممن يليه في الولاية أو من القاصر".

إلا أنه إذا حدث ولم تتنازل الضحية عن شكواها وتم مباشرة الدعوى العمومية وبدأت إجراءات المتابعة الجزائية، فإن المشرع منح للضحية فرصة الصفح على الجاني، وهذا مما يتبين معه أن المشرع فتح مجال آخر في المرونة التشريعية[63]، وهذا ما يؤكد رغبته في الحفاظ على عوامل تقوية الرابطة الأسرية وبالتالي وجود نظام أسرى سليم[64]. وما يدعم هذا الطرح إعتماده لنظام الوساطة القضائية كإجراء يكفل من خلاله عدم مباشرة إجراءات المتابعة الجزائية ، فما هما الإجراءان اللذين منحهما المشرع للضحية؟

المطلب الثاني

إيقاف المتابعة بصفح الضحية وبإجراء الوساطة

لم يكتف المشرعين المغاربين بوضع قيد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية بإشتراط تقديم شكوى الضحية، بل إنهم أضافو على ذلك إمكانية تنازل الضحية عن شكواها وذلك بصفحها عن الجاني ، أو بإمكانية إجراء الوساطة فيقرر وقف المتابعة الجزائية، بما أوجبه المشرع بذلك على النيابة العامة بأن تغض الطرف على الجريمة لعدم وجود مصلحة ظاهرة للمجتمع في متابعة ومعاقبة الجناة[65]. ضمانا لإستقرار

[62] – ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص. 320.

[63] - محمد عبد الله الزريكات، أثر الردع الخاص في الوقاية من الجريمة، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2008، ص. 196.

[64]- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 98.

[65] - إياد خلف محمد جويعد، المسائل العارضة في الدعوى الجنائية، ط 1، ريم للنشر والتوزيع ، لبنان، 2011، ص. 85.

العلاقات الأسرية وإبقاء نوع من الود ضمنها في مقابل تحريك الدعوى العمومية وإنتظار إعلان صفح المتضرر عن الطرف الأخر ، وما يتركه ذلك من أثر على نفسية أطراف العلاقة الأسرية.

الفرع الأول

إيقاف المتابعة بصفح الضحية

حيث أنه تتوقف المتابعة فيفي حالة الصفح في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو في مرحلة المحاكمة، ما لم يصدر قرار نهائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه وقابل للتنفيذ.

إذ أن الصفح لا يؤدي إلى وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها ماعدا جريمة الزنا، فتنازل الزوج المجني عليه عن شكواه لايعنى فحسب إنقضاء الدعوى الجنائية، بل أيضا إنقضاء الدعوى المدنية بالتعويض الناشئة عن ذات الجريمة محل الشكوى أو عدم جواز نظرها. وعلة هذا الإستثناء أن نظر الدعوى المدنية أو الإستمرار في نظرها يتعارض مع حكمة إجازة التنازل بصفح الضحية عن الجاني درءا للفضيحة حيث أن الصفح يضع حدا للعقوبة. ولا يصح الرجوع عن التنازل إلا إذا حصل عن غش أو إكراه.

أي أن الصفح في جريمة الزنا أو جريمة السرقة الواقعة فيما بين الأقارب، يقصد به التنازل من الزوج المضرور عن شكواه، والصفح يشمل جميع المراحل الإجرائية فيمكن أن يقع الصفح قبل الحكم النهائي أو بعده على سواء.

أولا

أثناء المتابعة الجزائية

ففي أثناء المتابعة الجزائية و قبل صدور الحكم فالصفح يعتبر أساس براءة الزوج المتهم، فتأمر النيابة العامة بحفظ أوراق القضية إذا لم تحرك الدعوى العمومية.أما إذا حركت وكانت بين يدي قاضى التحقيق أمر بالأوجه للمتابعة. أما إذا كانت أمام قاضى الحكم، فتصدر تلك الجهة حكما بإنقضاء الدعوى العمومية لسحب الشكوى بالصفح بإعتبار أنه لاتجوز متابعة أحدهما إلا إذا تقدم المتضرر من الجريمة، الزوج أو الزوجة بحسب الأحوال بشكوى في الموضوع.

وحتى إذا وقع وأخذت المتابعة مجراها الطبيعي بعد تقديم الشكوى ، فإن المشرع المغربي جعل من تنازل أحد الزوجين عن شكواه حدا لمتابعة مرتكب الجريمة من طرفي العلاقة الزوجية، مع إيجاد إستثناء هام وهو عدم إستفادة مشاركة الزوج أو مشاركة الزوجة من آثار التنازل بصورة مطلقة، طبقا الفصل 492 من م.ج.م بنصها

على أن " تنازل أحد الزوجين عن شكايته يضع حدا لمتابعة الزوج أو الزوجة المشتكى بها عن جريمة الخيانة الزوجية.

فإذا وقع التنازل بعد صدور حكم غير قابل للطعن، فإنه يضع حدا لاثار الحكم بالمؤاخذة الصادر ضد الزوج أو الزوجة المحكوم عليها ولا يستفيد مشارك الزوجة ولا مشاركة الزوج مطلقا من هذا التنازل.

و إعتبر القضاء الجزائري أنه في كل الأحوال أن صفح الزوج المتضرر قبل صدور الحكم النهائي بالإدانة يضع حدا لكل متابعة ضد الزوج وشريكه[66].

ويمكن للمتضرر ضمن التشريع التونسي طبقا للمادة 263 من م.ج.ت بنصها "... و لا يسوغ التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة اللذين لهما وحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب " أن يسقط حقه، وعندها فإنه يقع إيقاف التتبعات أو المحاكمة وينتفع الشريك أي المتهم الثاني بالإسقاط المقرر للزوجة أو الزوج المرتكب للجريمة[67].

ونفس الأمر فيما يتعلق بالسرقات الواقعة من الأقارب، فقد أشارت المادة 369 من ق.ع .ج " لا يجوز إتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج و الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور. والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات." أي أن الدعوى العمومية يمكن أن تتوقف بناء على طلب المضرور، بمعنى، المجني عليه يمكن أن يرفع دعواه وبعد أن تباشر إجراءات التحقيق يتنازل عن دعواه وبذلك تتوقف الدعوى العمومية ويضع حدا لإجراءات المتابعة.

وطبقا للمادة 10 من قانون العقوبات الليبي وفي حالة جريمة قذف الزوجة، أن التنازل عن الشكوى يضع حدا للمتابعة الجزائية وبالتالي إنقضاء الدعوى العمومية وهذا الحكم يتوافق مع قيد الشكوى المحدد بموجب المادة 09 من نفس القانون وبالتالي حفاظا منه على كيان الأسرة وبخاصة إن كان هناك أطفال، لعدم وجود مصلحة ظاهرة للمجتمع في معاقبة الزوج إذا كان الزوجة قد سامحته و لضمان أواصر الأسرة قائمة وهذا بنصها " لمن قدم الشكوى في جريمة القذف أن يتنازل عنها ويترتب على التنازل انقضاء الدعوى العمومية".

وقد إستحدث المشرع الجزائري بموجب التعديل الجديد لقانون العقوبات إمكانية الصفح في حالة كل من أحدث جرحا أو ضربا بزوجه هذا التجريم المستحدث بنفس القانون بموجب الفقرة 09 من المادة 266 مكرر من ق.ع ، إلا أن هذا الصفح جاء مقيد وليس عام في مجال تطبيقه طبقا للفقرة الأخيرة من نفس المادة

[66] – المحكمة العليا، 1984/11/27، ملف رقم 29093، المجلة القضائية. 1990، عدد 1، ص .295.

[67] – رضوان حفياني، الخيانات الزوجية في تونس أسبابها...وانعكاساتها الإجتماعيّة جريدة الصباح، 22- 06-2007،عدد، 1723،ص. 05.

بنصها " تكون العقوبة السجن من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات في الحالة الثالثة (3) في حالة صفح الضحية" أي أن المشرع الجزائري جعل العقوبة مخففة في الحالة الثالثة من نفس المادة مخفضا الحد للحد الأدنى والأعلى للعقوبة، مما يمكن القاضي الجزائري أن يعمل سلطته التقديرية وفق هذا النظام الجزائي في تقرير العقوبة وتقديرها بما يتوافق و رغبة الشخص المعلن عن صفحه والشخص الفاعل ضمن ضمان بقاء العلاقة الأسرية قائمة.

هذا مما يجعلنا نتسأل عن جدوى إدراج مسألة الصفح في الحالة الثالثة من نفس المادة والتي نشأ فيها عن جرم الضرب بتر أحد الأعضاء أو فقد البصر أمام تقرير عقوبة (5) سنوات مثلا فتنفيذ هذه العقوبة يجعل كل من الضحية والمتهم في حالة إنفصال بعيدا عن أداء أدوارهم الإجتماعية خاصة إذا كان بينهما أبناء مشتركين، في حالة توقيع العقوبة على الفاعل وهذا ما لم نجد له تطبيقا ضمن التشريعين التونسي والمغربي[68].

هذا القصور التشريعي ضمن التشريعين المغربي والتونسي تداركه المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير لقانون العقوبات بإستحداث مسألة الصفح كذلك بموجب المادة 266 مكرر 1 الفقرة 6[69] في تجريمه لأعمال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها

---

[68] – تنص المادة 266 مكرر على أن "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتى :

1 – بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح و الضرب أي مرض أو عجز كلى عن العمل يفوق خمسة عشر (15) يوما،

2 – بالحبس من سنتين (2) إلى خمس سنوات (5) إذا نشأ عجز كلى عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما ،

3 – بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد بصر إحدى العينيين أو أية عاهة مستديمة أخرى ،

4 – بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لايقيم في نفس المسكن مع الضحية.

كمما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق ، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة .

لايستفيد لفاعل من ضروف التخفيف أذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين (1) (2).

تكون العقوبة السجن من خمس (5) الى عشر (10) سنوات في الحالة الثلثة (3) في حالة صفح الضحية".

[69] – تنص المادة 266 مكرر 1 على أنه " يعاقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات ، كل من إرتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس كرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية.

يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل .

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لايقيم في نفس المسكن مع الضحية.

كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق ، وتبين أن الأفعال ذات الصلة بالعلاقة الزوجية السابقة .

لا يستفيد الفاعل من ضروف االتخفيف اذا كانت الضحية حامل أومعاقة أو اذ إرتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح. يضع صفح الضحية حدا للممتابعة الجزائية".

البدنية أو النفسية متوسعا في مجال التجريم حتى ولو كان الفاعل زوجا سابقا متى كانت الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

وهو نفس الأثر المترتب عن صفح الزوج في حالة قيام جريمة الإكراه أو التخويف للتصرف في ممتلكات أو الموارد المالية للزوجة طبقا للفقرة 2 من المادة 330 مكرر من تعديل قانون العقوبات بنصها" يعاقب بالحبس من ستة (6) إلى سنتين (2) كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية .

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية.

وعليه فإن ما إستحدثه المشرع العقابي الجزائري من تقرير للحماية الجزائية لهذه الجرائم الواقعة على الأزواج وما تبعه من سياسة جزائية وفق تقرير مسألة الصفح بما يضمن نوع من الوصال العائلي لانجد له تطبيقات ضمن التطبيقات التشريعية المغاربية.

ولا يتوقف أثر الصفح عند حد مباشرة المتابعة الجزائية دون حصول الصفح، بل يتعداها إلي مرحلة ما بعد صدور الحكم.

ثانيـا

بعد صدور الحكم

إن أثر صدور الصفح بعد الحكم النهائي هو وقف تنفيذ الحكم [70]. وهو نفس توجه المشرع المغربي في حال وقوع الصفح بعد صدور حكم نهائي فإنه يضع حدا لأثار الحكم بالإدانة بمعنى انه يضع حدا للعقوبة. غير أنه لا يسقط الدعوى العمومية بإعتبار أنها تستمر في مواجهة الشريك. وهذا طبقا لنص المادة492 الفقرة الثانية من المسطرة الجزائية بنصها " فإذا وقع التنازل بعد صدور حكم غير قابل للطعن، فإنه يضع حدا لأثار الحكم بالمؤاخذة الصادر ضد الزوج أو الزوجة المحكوم عليها".

وإعتبر القضاء المغربي أن الصفح يضع حدا للمتابعة بالخيانة الزوجية ويمنع من متابعة المشتكي به بأي وصف آخر[71] إذ لا يمكن تحقيق المتابعة والإدانة من أجل أوصاف أخرى، كالفساد أو التحريض على الدعارة.

ورتب المشرع التونسي نفس الحكم عند إسقاط المتضرر حقه في المتابعة الجزائية عن طريق الصفح بعد صدور الحكم، وأثر ذلك هو توقيف العقوبة.

---

[70] – عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص. 102.

[71]– المجلس الأعلى،29 /03/ 2000 ، رقم 443 ، مجلة الملف ، 2000، عدد، 11، ص.26.

وكذلك لا تقبل من الزوج رغبته في قصر الدعوى على الشريك، لأن إجرام الشريك هو فرع من إجرام الفاعل الأصلي، والواجب أن يتبع الفرع الأصل.

مع العلم أنه لايوجد نص يقضى على تبعية الصفح على الشريك في جريمة الزنا ضمن التشريع الجزائري بموجب نص المادة 339 من ق.ع.كون القاعدة العامة أن أثر التنازل مقصور على المتهم الذي تطلب المشرع الشكوى لإقامة الدعوى ضده دون غيره من المتهمين. ولكن الطبيعة الخاصة لجريمة الزنا إقتضت الخروج على هذه القاعدة العامة بحيث يستفيد من التنازل – فضلا عن الزوج المتهم بالزنا – الشريك والشريكة في الزنا وأي شخص أخر إشترك في الجريمة[72].

ولا يستفيد ضمن التشريع المغربي مشارك الزوجة أو مشاركة الزوج مطلقا من التنازل بل و يعاقب بنفس العقوبة المقررة لجريمة الخيانة الزوجية باعتبار أن فصول القانون الجنائي العام المغربي، حينما توضح مفهوم المساهم و المشارك تقرر أنه يعاقب المشارك و المساهم بنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي.

وفيما يتعلق بالسرقات الواقعة من الأقارب إذا لم يتنازل المضرور عن دعواه إلا بعد صدور الحكم القضائي بالإدانة لايملك المضرور التنازل عن شكواه، والحكم قاصر تطبيقه على الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة، بمعنى أنه يتعلق بالأقارب الذين تربطهم صلة قربى من جهة الأب والحواشي الذين تربطهم صلة قربى من ناحية الأم، والأصهار لهم الذين يرتبطون بالمجني عليه من ناحية الزوج.وهذا كله توسيعا لمجال الحماية وإعطاء نوع من المرونة الإجرائية في مجال المتابعة ضمن التشريعين الجزائري والمغربي.

وهذا ما يتأكد معه القول بفكرة المرونة في التعامل مع الجرائم الحاصلة بنظام الأسرة تحقيقا لغاية ضمان إستمراريتها، فلو فرضنا جدلا إمكانية متابعة الشريك في جريمة الزنا وقصر الصفح على الفاعل الأصلي – الزوج أو الزوجة– فإنه لا محالة سيشاع أمر الجريمة وكشف فاعليها، ويستحيل نتيجة لذلك إستمرارية بقاء عناصر الأسرة، وبالتالي تنتفى مع ذلك الحكمة المقررة من خلال وقف المتابعة الجزائية لصفح الضحية[73].

وقد إنفرد المشرع الجزائري بأن توسع في مجال الصفح مدركا لأهميته بالمادة 329 مكرر مضافة بالقانون 23/06 فما يتعلق بالجريمة المنصوص عليها بنص المادة 328 من ق.ع المتعلق بعدم تسليم قاصر قضى في شأن

[72] – ادوار غالى الدهبى، المرجع السابق،ص .75.

[73] - و في هذا الإطار ذهب المجلس الأعلى إلى إعتبار أن واقعة الخيانة الزوجية التي يكون طرفاها متزوجان و يتنازل لهما الزوجان. لا يمكن متابعتهما من أجل المشاركة بإعتبار أن المتزوج لا يمكن متابعته إلا من أجل الخيانة الزوجية و لا يمكن تغيير الوصف القانوني للجريمة في حقه. و ذلك إعتبارا لكون الغاية من توقف المتابعة على شكاية الزوج المجني عليه أو الزوجة المجني عليها هو الحفاظ على بناء الأسرة.

حضانته بموجب حكم قضائي[74]. وهذا مراعاة لجانب الإستقرار والوضع النفسي للطفل لكي لايكون طرفا في النزاع القائم بين الطرفين وخصوماتهم، بما يكفل تنشئته تنشئة إجتماعية سليمة.

وعليه يمكن القول إن التنازل عن الشكوى يضع حدا للمتابعة ويوقف أثارها، ولا يمكن للمضرور بعد ذلك أن يقدم شكوى ثانية عن الجريمة محل الصفح – بإستثناء الجرائم المستمرة – وهذا يهدف إلى إستقرار المراكز القانونية لأفراد الأسرة ولأجل تحقيق حد أدني من الود والتسامح بما يضمن إستمرارية نظام أسري متكاملاً ضمن روابطه. هذه الغاية التي سعى المشرع العقابي الجزائري لتحقيقها وفق إجراء الوساطة وما يماثله من تنظيم ضمن التشريعات المغاربية.

الفرع الثاني

إيقاف المتابعة بإجراء الوساطة

يعد إجراء الوساطة في المجال الجزائي أو ما يصطلح على تسميته بالعدالة التصالحية نظاما معززًا للنظام والسلم الإجتماعي ورأب العلاقات المتضررة من أجل بناء النسيج الإجتماعي[75].

ويمكن القول بأن الوساطة الجنائية هي ذلك الأسلوب التوفيقي لمساعدة أطراف الخصومة أملا في التوصل إلى حل يرضونه بهدف حماية العلاقة الإجتماعية وبغية الحفاظ على الروابط الإجتماعية و تحويل علاقة التصادم بين الجاني و الضحية إلى أسلوب تعاقدي يلتزم من خلاله الجاني بتعويض الضحية في مقابل تخلي هذا الأخير عن أحقيته في تحريك الدعوى العمومية و تتدخل الدولة كطرف ثالث لتتنازل بدورها عن إنزال العقاب بالجاني متى إرتضت ووافقت على العقد التصالحي بين الطرفين[76].

وقد إعتمد المشرع الجزائري آلية جديدة ضمن نظام تحقيق سير المتابعة القضائية وهو إجراء الوساطة القضائية[77] قبل أي متابعة قضائية، وهذا تحقيقا لنفس الغاية من تقرير إجراء التكليف بالحضور الذي يأتى بعد المتابعة الجزائية بالإضافة إلي تحقيق نفس الغاية من إعتماد إجراء الصفح وهذا وفق المادة 37 مكرر من ق.إ.ج بنصها على أنه " يجوز لوكيل الجمهورية قبل أي متابعة جزائية أن يقرر بمبادرة منه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضرر المترتب عليها.

---

[74] – نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 218.

[75] - بن النصيب عبد الرحمان، العدالة التصالحية البديل للعدالة الجنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، مجلة الفكر، العدد 11،ص. 54.

[76] - أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية و دورها في إنهاء الدعوى العمومية ،دراسة مقارنة، القاهرة ، دار النهضة العربية،2004 .

[77] - الكتاب الأول في مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق الباب ألأول في البحث والتحري عن الجرائم الفصل الثاني مكرر " في الوساطة " من قانون الإجراءات الجزائية.

تتم الوساطة بموجب إتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة والضحية ".

وقد أقر المشرع التونسي اجراء الصلح عن طريق الوساطة الجنائية حسب القانون رقم 94 لسنة 2002 دون إعتماد إجراء الوساطة بصفة مستقلة مثل المشرع الجزائري وهذا بموجب إضافة بند تاسع على الكتاب الرابع من مجلة الإجراءات الجزائية.

وقد عمد المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية إلى تبني هو الآخر مبدأ الصلح بالمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية بما يشبه نظام الوساطة ضمن التشريع العقابي الجزائري وهذا كآلية حديثة وحضارية لإستبدال العقوبة السالبة للحرية ولفض النزاع قبل تحريك الدعوى العمومية، إذ سمح المشرع في جرائم معينة ونظرا للطابع الإجتماعي والأسري الذي يهيمن عليها بإبرام مصالحة بين الأطراف ينجم عنها وضع حد للمتابعة، ومن أهمها قضايا إهمال الأسرة، الخيانة الزوجية، والسرقة بين الأقارب، فهذه الجرائم لا تحرك المتابعة بشأنها إلا بناء على شكوى من المجني عليه ويؤدي التنازل عن الشكاية إلى إنقضاء المتابعة وسقوط الدعوى العمومية ضمن هذا التوجه كما سبق توضيحه.

هذا ما يؤكد التميز والإنفراد التشريعي بالنظام الجزائي الجزائري في إعتماد إجراء الوساطة الجزائية في الجرائم الماسة بالأسرة. لأجل تحقيق حلول أكثر إنسانية ومرونة للمنازعات الأسرية يتم التفاوض حولها، لا خرقها. ومن ناحية ثانية تهدف الوساطة الجنائية إلى تحسين صورة العدالة الجنائية وإعادة مصداقيتها، من خلال تنظيم الروابط الإجتماعية والحد من المتابعات الجزائية [78].

و لأجل الإحاطة بالدراسة لهذا الإجراء المستحدث ضمن التشريع الجزائري من خلال الإطلاع على أحكامه وأثاره غايته ضمن التشريعات المغاربية من خلال تقرير إعتماد إجراء الوساطة قبل المتابعة الجزائية (الفرع الأول) من جهة وأثر إتفاق الوساطة من جهة أخرى (الفرع الثاني)

أولا

إجراء الوساطة قبل المتابعة الجزائية

خروجا عن المفهوم العقابي الزجري للسياسة الجزائية إلى عدالة تصالحية إصلاحية تعويضية تسعى إلى الإهتمام بأطراف الجريمة و تتجه نحو تفعيل مشاركة الأفراد في إدارة نظام العدالة الجنائية من خلال اعتماد نظام الوساطة الجزائية[79] التي تعد وسيلة فعالة في علاج الزيادة الهائلة والمستمرة في أعداد القضايا الماسة

[78] – صباح أحمد نادر ، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و إمكانية تطبيقها في القانون العراقي، دراسة مقارنة، وزارة العدل العراق، 2014، ص. 128.

[79] – رامي متولي القاضي ، الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن،دار النهضة العربية ، القاهرة، 2010، ص. 175.

بالأسرة كما أنها أصبحت في الوقت الحاضر أصبحت وسيلة لتفعيل مشاركة أفراد الأسرة في نظام العدالة الجنائية، وبالتالى إعتبارها وسيلة إجتماعية مناسبة لعلاج الآثار المترتبة عن الجرائم البسيطة والتي يصعب على المحاكم التعامل معها.

فضلا على أن الوساطة يمكن أن تؤدى إلى توسيع النطاق القضائي لسلطة المجتمع ممثل في النيابة العمامة عن طريق إدخال صور العدالة الرضائية ، بتشجيع طرفي الخصومة الجزائية على المشاركة الفعالة في حماية الروابط الأسرية.

ولا يتحقق هذا إلا من خلال "التوفيق بين مصالح أطراف النزاع بغية الوصول الى حد ودي يواجه أشخاصا يرتبطون عادة ببعلاقات دائمة كأفراد الأسرة الواحد"[80].

ولتحقيق إجراء الوساطة في المجال الجزائي فإنه وجب أن تعرض على الأطراف أو أن يبادرو بها أي إعتمادها قبل أن تقوم النيابة العامة بأي متابعة جزائية وهذا نظرا لطابعها التكافلى والودي وأنها قد تتضمن كل تعويض مالي أو عينى عن الضرر أو كل إتفاق أخر غير مخالف للقانون يتوصل إليه الأطراف غير مخالف للنظام العام عوض تقرير المتابعة الجزائية وما لها من أثر في زيادة الضغائن و الحقد وإستمرارية التعدى على الحقوق نظر للإستمرار الأطراف في ممارسة إجراءات التقاضي وما لذلك من أثر في عدم دوام الود الأسري خصوصا وأن هدفها الأساسي يتمثل في التصالح الكامل للعلاقات الإجتماعية خاصة الأسرية منها و الذي أصبح إهتمام كامل الأطراف والهيئات الإجتماعية و إنشغال مشهود. وهو يرتكز على مبادىء أساسية بمشاركة كل الأطراف ذات العلاقة بالجريمة.

وبموجب المادة 37 مكرر 1 حقق المشرع الجزائري شمولية جرائم الأسرة بإمكانية إجراء الوساطة بنصها " يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجنح على جرائم السب والقذف والإعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والوشاية الكاذبة وترك الأسرة والإمتناع العمدي عن تقد يم النفقة وعدم تسليم طفل والإستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة و إصدار شيك بدون رصيد والتخريب أو الإتلاف العمدي لأموال الغير وجنح الضرب والجروح غير العمدية و العمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار و الترصد أو إستعمال السلاح وجرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية والرعى فى ملك الغير واستهلاك مأكولات أو مشروبات أو الإستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل" .

[80] – ياسر بن محمد سعيد بابصيل ، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة (دراسة تحليلية)، رسالة الماجستير ،الرياض، 2011، ص. 28.

هذا الإجراء يجد مجال له ضمن التشريع التونسي مسألة الصلح عن طريق إجراء الوساطة وهو وفق التشريع المغربي هو اجراء الصلح عن طريق الصفح - وليس كما اعتمده المشرع الجزائري كإجراء مستقل - إدراكا من المشرعين المغاربين من فاعلية هذا الآلية لضمان الأداء الأفضل للغاية التشريعية في تحقيق الأمن الإجتماعي وضمان إستقرار العلاقات والمعاملات الإجتماعية في عمومياتها وخصوصياتها من ذلك الرابطة الأسرية . والتي أخذت بها غالبية التشريعات الجنائية كبديل عن الدعوى الجنائية، من خلال عرض النزاعات الجنائية البسيطة.

إذ تدخل المشرع التونسي في مادة الإجراءات الجزائية ليضع هذا الإجراء موضع التنفيذ بالتنصيص عليه في الباب التاسع من مجلة الإجراءات الجزائية تحت عنوان الصلح بالوساطة في المادة الجزائية كآلية حديثة وحضارية لإستبدال العقوبة السالبة للحرية ولفض النزاع قبل تحريك الدعوى العمومية[81]. فقد جاء بالفصل 335 مكرر من م.إ.ج بنصها " يهدف الصلح بالوساطة في المادة الجزائية إلى ضمان جبر الأضرار الحاصلة للمتضرر من الأفعال المنسوبة إلى المشتكى به مع إذكاء الشعور لديه بالمسؤولية والحفاظ على إدماجه في الحياة الاجتماعية".

رغم أن ما جاء بهذا الفصل يوحي بأن هدف الصلح هو ضمان جبر الأضرار ، إلا أن أهداف أخرى تدعم مضمونه والتي تتمثل الإسراع في إنهاء القضايا التي تتوافر بين أطرافها روابط أو علاقات دائمة خاصة منها ما يرتبط بجرائم الأسرة .

وذلك بمبادرة من وكيل الجمهورية (ممثل النيابة العامة)الذي يتولى إستدعاء الطرفين بالطريقة الإدارية أو أن يأذن لأحد الطرفين باستدعاء بقية الأطراف بواسطة عدل تنفيذ، ويكون الحضور إما شخصيا أو بمقتضى توكيل خاص. ثم يتولى وكيل الجمهورية مراعاة حقوق الطرفين وينبههما فيه إلى الالتزامات المحمولة عليهما بموجب الصلح والنتائج المترتبة عنه مع تحديد أجل لتنفيذ الالتزامات الناتجة عن الصلح في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ إمضائه [82].

[81] - وقع تكريس إجراء الصلح في مجلة حماية الطفل ضمن التشريع التونسي حتى يتفادى الحدث المثول أمام القاضي الجزائي والحكم عليه بعقوبات سالبة للحرية فجاء تعريف الوساطة في الفصل 113 مجلة حماية الطفل بكونها : " آلية ترمي إلى إبرام الصلح بين الطفل الجانح ومن يمثله قانونا وبين المتضرر أو من ينوبه أو ورثته وتهدف إلى إيقاف مفعول التتبعات الجزائية أو التنفيذ "وهو نفس ما إعتمده المشرع الجزائري بقانون حماية الطفل.

[82] - سعد التابعي ، السرعة في الإجراءات الجزائية ، مذكرة نيل شهادة الدراسات المعمقة، شعبة علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، جامعة المنار، السنة الدراسية ، 2003 – 2004 ، ص. 99 .

وهذا طبقا للفصل 335 ثالثا من مجلة الإجراءات الجزائية بنصها " لوكيل الجمهورية عرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية على الطرفين قبل اثارة الدعوى العمومية، أو من تلقاء نفسه أو بطلب من المشتكي أو من المتضرر أو من محامي أحدهما، وذلك في مادة المخالفات والجنح المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 218 والفصول 220 ، 225 ، 247 ، 248 ، 255 ، 256 ، 277 ، 280 ، 282 ، 286 ، 293 والفقرة الاولى من الفصل 297 والفصول 298 ، 304 ، 309 من م.ج.ت ، وبالقانون عدد 22 لسنة 1962 المؤرخ في 24 ماي 1962 المتعلق بجريمة عدم إحضار المحضون".

وأنه ضمن التشريع المغربي أصبح بإمكان النيابة العامة إقتراح الصلح على الأطراف في حالات محددة، و أصبح بإمكان وكيل الملك تعيين وسيط أو أن يطلب من الأطراف تعيينه (وفق إرادتهم) للقيام بالصلح. مع إمكانية إستعانة وكيل الملك بالمساعدين الإجتماعيين بالمحاكم الموجودين بخلايا التكفل بالنساء والأطفال من أجل إقامة الصلح. وتحقيق فاعليته من خلال تأكيد تنفيذه.

ثانيا

أثر تنفيذ إتفاق الوساطة

لتنفيذ إتفاق الوساطة الأثر المباشر في وضع حد للاضطراب الاجتماعي الذي قد تسببه تجاوزات الأفراد من خلال وقف سريان أجل تقادم الدعوى العمومية إذ " يوقف سريان تقادم الدعوى العمومية خلال الآجال المحددة لتنفيذ إتفاق الوساطة" وهذا حماية الطرف الضعيف الذي يخشي أن يهمل حقه من جهة، وأن الأثر الثاني هو تحقق إنقضاء الدعوى العمومية وفق للفقرة 03 من المادة 06 من ق.إ.ج بنصها " بأنه تنقضي الدعوى العمومية بتنفيذ إتفاق الوساطة وبسحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة".

فكل من الإجرائين يتحقق معه غاية نفعية تتعلق بالنظام العام وهو الحفاظ على المراكز القانونية للأفراد والتي أنشئها أو كشف عنها إتفاق الوساطة محل التنفيذ بإعتباره سندا تنفيذيا طبقا للمادة37 مكرر 5 من ق.إ.ج .

وهي ضمن جرائم الأسرة تحقيق ضمان بقاء الروابط الأسرية قائمة كحالة إعداد محضر يتضمن إتفاق الورثة على قسمة ودية يعد سند تنفيذي يتحقق معه إفراغ جميع إرادات ورغبات أفراد الأسرة الواحدة في تحقيقه، وبالتالي تزول الخصومات والإنتهاكات لحقوق الورثة مثلا[83]، ومن الصورة الحاصلة بكثرة ضمن التطبيقات القضائية ضمن المتابعات الجزائية الحاصلة جريمة عدم تسليم الطفل. فبالرغم من أن المشرعين

[83] - محمد السيد عرفه ، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006 ، ص. 3.

المغاربين إعتمدوا إجراء الصفح لوقف المتابعة الجزائية، إلا أن ذلك لم يحقق الفاعلية من تحقيق المتابعة الجزائية كون الأزواج يستمرون في إرتكاب الفعل المجرم متى إمتنع أحد الطرفين عن تسليم المحضون كلما مارس حق الحضانة أو حق الزيارة وإمتنع عن التسليم مما يزيد الحقد والمتابعات الجزائية والتي يكون ضحيتها المباشر الطفل المحضون بين أروقة المحاكم. فبإستحداث إجراء الوساطة يمكن أن تقل المتابعات الجزائية وهذا ما ستفرز عنه التطبيقات القضائية عن جدواه من عدمه.

خاصة وأن الإجراء طريقة لمعالجة الجرائم والنزاعات الأساسية الضارة بأشخاص الأسرة وعلاقاتهم ، وقد أشار المشرع التونسي إلى أن الهدف من إقرار الوساطة الجنائية هو ضمان تعويض الأضرار الناجمة عن الجريمة وإعادة تأهيل وإدماج الجناة في المجتمع وتدعيم الشعور لديهم بالمسؤولية خاصة وأن الوساطة تسعى لدعم الأشخاص وتمكينهم من المشاركة والتواصل قصد تعزيز وتلاقي الإحساس بالإرتياح لرأب الصدع وطي الخلافات الأسرية.

وهذا ما تفطن له المشرع الجزائري وإنفرد به من دون باقي التشريعات المغاربية، بإستحداث نظام الوساطة الأسرية[84] الإ أن هذا جاء ضمن حالة وحيدة تشمل حالة بقاء الشخص المسن ضمن وسطه العائلي بموجب المستحدث بنظام ضمن مرسوم يحدد كيفيات تنظيم الوساطة العائلية والإجتماعية لإبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي تطبيقا لأحكام المادة 12 من القانون المتعلق بحماية الأشخاص المسنيين[85].

والذي إعتبر الوساطة العائلية والإجتماعية إجراء لتسوية حالات النزاع التي قد تنشب في الأسرة بين الأصول والفروع بهدف إبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي. مع تطبق أحكام هذا المرسوم على كل وضعية نزاع بين الأصول والفروع و لا سيما تلك التي ينجم عنها سوء معاملة الأشخاص المسنين أو تهميشهم أو إقصاؤهم أو التخلي عنهم من خلال إستحداث مكتب لدى مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية الذي يعقد جلسات الوساطة العائلية والإجتماعية من طرف وسيط اجتماعي و نفساني عيادي ومساعد (ة) إجتماعي(ة)

حيث أن المكتب المكلف بالإجراءات المرتبطة بالوساطة جاء تحت مسمى "مكتب الوساطة العائلية والإجتماعية" والتى يجريها بحضور الأصول والفروع مع إمكانية اجراء جلسات الوساطة العائلية في منزل أحد أطراف النزاع ، والذي من بين مهامه على الخصوص بما يأتي :

[84] - بموجب المرسوم تنفيذي رقم 16- 62 مؤرخ في 2 جمادي الأولى عام 1437 الموافق 11 فبراير سنة 2016، يحدد كيفيات تنظيم الوساطة العائلية والإجتماعية لإبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي، ج ر عدد 09.

[85] – القانون رقم 10 – 12 المؤرّخ في 23 محرّم عام 1432 الموافق 29 ديسمبر سنة 2010 .

- دراسة ومعالجة الطلبات والتبليغات والإقتراحات المتعلقة بالوساطة العائلية والاجتماعية والقيام بالتحقيقات الاجتماعية ذات الصلة بموضوع الوساطة.

– إعلام الأشخاص المعنيين بعملية الوساطة العائلية والاجتماعية ونتائجها وضمان المرافقة الإجتماعية للأطراف في حالة النزاع قصد تحقيق الوساطة .

- متابعة وتقييم عملية الوساطة العائلية والاجتماعية.

على أن يكلف وسيط إجتماعي بالقيام بالمساعي الضرورية وإعداد تقرير يتضمن إقتراحات تسوية النزاع يعرضه على مكتب الوساطة العائلية والإجتماعية.

على أن تسجل حالات تسوية النزاع أو عدم اتفاق الأطراف في محضر الوساطة العائلية والإجتماعية يوقعه رئيس الجلسة والمساعدون وكذا الأطراف المعنية.

هذا كنموذج إعتمده المشرع الجزائري دون التشريعات المغاربية على أن يبقى مصير نجاحه هو مدى تحقيقه لفاعلية معالجة الحالة المعروضة عليه والتي لا يمكن تأكيدها حاليا لحداثة هذا النظام، إلا أن المؤكد أنه بادرة ممتازة وخطوة نحو تحقيق نوع من الإستقرار للعلاقات الأسرية في جميع عناصرها، دون أن نتركها قاصرة على حالة الأشخاص المسنيين.خاصة وأن أثر هذه العلاقات الأسريةيعد عامل قيمي ليشمل مرحلة تنفيذ العقوبة وهذا وفق سلطة القاضي الجزائي. في تحديد الجزاء وترتيب المسؤولية.

المطلب الثالث

تدخل القاضي الجزائي في مجال تنفيذ العقوبة

حرصا من المشرع الجزائي المغاربي على المحافظة على أواصر النظام الأسرى وسع نظرته بأن يشمل ذلك مجال تطبيق العقوبة السالبة للحرية وما تتركه من أثر سلبي على بقية أفراد الأسرة الغير مذنبين لأن من شأن حبس أحد أفراد الأسرة وخاصة القائم على أعمالها أن يؤدى إلى تلاشى العلاقات الوظيفية التي تربط أفراد الأسرة بعضهم ببعض[86].

[86] - ولعل ما قاله الأستاذ (برنز) Prins في تقريره المشهور الذي ألقاه في أول جلسة من جلسات المؤتمر الدولي لقانون العقوبات سنة 1889 (المنشور في مجلة الاتحاد الدولي لقانون العقوبات) في هذا الصدد هو أحسن ما نورده هنا، قال (.... أما بالنسبة لمبتدئي الإجرام الذين لم يلوث صحيفتهم البيضاء سوى هفوة صغيرة فإن عقوبة الحبس وجيز المدة تكون أشد خطرًا، فهنا لا يكفينا أن نقرر عدم فائدتها ، فهي تحط وتذل الرجل الشريف، وتضعف عنده وقاره الأدبي، وبمجرد تنفيذها عليه يدخل في زمرة المنحطين ويفقد إعتباره بين أسرته وأصحابه، وأحيانًا لا يجد طريقًا لكسب عيشه، فقد يعزل من عمله إن كان موظفًا أو عاملاً أو أن يتركه عملاؤه إن كان مشتغلاً بعمل حر كالتجارة... (إلى أن قال).... وحكم كهذا يقلب نظام المعيشة رأسًا على عقب والمحكوم عليه يصبح بائسًا واليأس يبدأ بسهولة ويبدأ في النزول إلى هاوية التشرد، وعلى العموم شبكة الإجرام التي نصبتها له المحكمة لا تتركه أبدًا.....).

وهذا كون الأسرة هيئة إجتماعية تحتاج إلى رئيس يدير مصالح أفرادها ويكون مسئولا عنها ويهيئ الجو المناسب و السليم الذي يمكنهم من الإفادة من طاقاتهم مما يشكل أسرة متكاملة متماسكة يفخر أفرادها بالإنتماء إليها[87] وبمفهوم المخالفة ينعدم هذا الطموح المشروع ومنهج الحياة بسبب غياب الشخص القائم بهذه الوظائف الزوج أو الزوجة لسلب حريته.

لأجل ذلك قرر المشرع تدابير من شأنها أن تشكل الحد الأدنى للمحافظة على التكامل الأسرى بمقوماته[88]، وهذا من خلال تدخل القاضي الجزائي ضمن سلطته التقديرية بموجب حالات كالتأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية (الفرع الأول) أو ضمن شروط كحالة التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة (الفرع الثاني)، أو أمام وضع يتعلق بالنظام العام كحالة عدم توقيع الإكراه البدني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

حالة التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية

جاء المشرع الجزائري بنص المادة 16 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين[89]، المحددة لحالات التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية تحقيقا لغاية سامية ومصلحة أولى بالرعاية في مجال المحافظة على نظام الأسرة. وهي حالات مذكورة على سبيل الحصر، تمثلة في:

-01 إذكان أحد أفراد الأسرة مصابا بمرض خطير أو عاهة مستديمة، وأثبت أنه المتكفل بالعائلة.

-02 إذا كان زوجه محبوسا أيضا، وكان من شأن حبسه هو الأخر إلحاق ضرر بالغ بالأولاد القصر أوبأي فرد من أفراد العائلة الآخرين المرضى منهم أو العجزة.

-03 إذا كانت المرأة حامل أو كانت أما لولد يقل سنه عن 24 شهرا.

والحكمة المتوخاة من ذلك أنه في حالة غياب أي فرد من أفراد الأسرة[90] عن القيام بدوره- نتيجة حبسه-كحالة الكفيل والعائل الوحيد للأولاد القصر أو لأفراد العائلة الآخرين المرضى منهم أو العجزة كما جاء بنص المادة 16 من ق.ت.س.ع.ا.ج يؤثر سلبا على أطراف العلاقة الأسرية.

---

[87]- حسن الساعاتي، بحوث إسلامية ....، المرجع السابق، ص. 39.

[88] - وأكّد المشرع التونسي بموجب دستور 2014، وفق الفصل 30 منه أيضا على حق كلّ سجين في معاملة إنسانية تحفظ كرامته وتراعي الدولة في تنفيذ العقوبات السالبة للحرية مصلحة الأسرة وتعمل على إعادة تأهيل السجين وإدماجه في المجتمع.

[89]- القانون 04/05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين، ج ر رقم 12، ص. 12 و 24.

[90] - ورفعا لأي لبس قد عرف المشرع الأسرة في المادة 20 من نفس القانون بأنها الزوج والأولاد والأب والأم والإخوة والأخوات والمكفولين،

ومما يؤجل تنفيذ العقوبة بالقانون الجزائي المغربي ما جاء بالفصل 32 منه " أن المرأة المحكوم عليها بعقوبة سالبة للحرية، إذا ثبت أنها حامل لأكثر من ستة أشهر، فإنها لا تنفذ العقوبة إلا بعد وضعها ويؤخر تنفيذ العقوبات السالبة للحرية أيضا في حق النساء اللائي وضعن قبل الحكم عليهن. ومنها ماهو ضمن قانون إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين،[91] الجزائري وقوانيين إعادة التربية للمساجين المغاربية.

أولا

الطابع الوقتي لإجراء التأجيل

جاءت حالات التأجيل مراعاة لكل وضع وضروفه وهي محددة بموجب صراحة النص، إذ قررت المادة 17 من التشريع الجزائري لنفس القانون مراعاة الحالة الخاصة لوضع المرأة الحامل وقرر المشرع تمديد مدة توقيف العقوبة بشهرين كاملين في حال وضع المرأة للحمل ميتا، وحالة 24 شهرا في حال وضعها لمولودها حيا حماية لمصلحة أولى بالرعاية من فرض الجزاء العقابي على المرأة.

وهي نفس الغاية التي رعاها المشرع المغربي إلا أنه وضع مدد، بما لايتناسب والوضع النفسي والصحي للمرأة الحامل وحاجة رضيعها إليها[92]. وهي مدد أقل من المدد التي قررها المشرع الجزائري.

فتحقيق الحق المقرر للرضيع الأولى بالرعاية يتمثل في حضانته[93] ورعايته أو تربيته التي يعتمد فيها على والديه وبخاصة أمه التي ترضعه وتكفل له حاجاته وتسهر على راحته، وهو كائن ضعيف لايبين[94]، ولم تتكون شخصيته بعد، لأنه لا يدرك ولا يميز فهو قاصر بالطبيعة[95].

إذ أن مدة تأجيل تنفذ العقوبة ضمن التشريع لمغربي في حق المرأة الحامل يكون بعد وضعها بأربعين يوما[96] ، فإن كانت معتقلة وقت صدور الحكم، فإنها تنتفع بنظام الاعتقال الاحتياطي طوال الفترة اللازمة وأن

---

[91] - Cf.TOUATI. Bentahhar, Organisation et système pénitentiers en droit algérien, 1édi, office national des travaux éducatifs, 2004, p.74.

[92]– سلمى جمعة، إقبال إبراهيم مخلوف، ديناميكية العلاقات الأسرية، دراسة عن الخدمة الإجتماعية ورعاية الأسرة والطفولة، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د س ن)، ص. 13.

[93]– وإن كانت الحضانة أثر من أثار الطلاق، وهذا ما أعلن عنه صراحة المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون الأسرة لإنحلال الزواج. وظهر كمصطلح يستعمل في القانون الجزائري في حالة الطلاق بجميع أنواعه، وأن الفقه الإسلامي يستعمله حتى كأثر من أثار الزواج.

[94]– ومن الآيات الدالة على ضعف الطفل قوله تعالى " وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُواْ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُواْ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُواْ قَوْلاً سَدِيدًا" سورة النساء، الآية 09؛ " يُرِيدُ اللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفًا" سورة النساء، الآية 28.

[95]– تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2008، ص. 51.

[96] – وللقرآن الكريم في ذلك أقوال منها ما يخص الرضاعة لقوله تعالى " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلادَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ اللَّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"سورة البقرة، الآية 233.

أجل تأخير تنفيذ العقوبات السالبة للحرية أيضا في حق النساء اللائي وضعن قبل الحكم عليهن يكون بأقل من أربعين يوما.

وجاء المشرع التونسي بحالة واحدة يؤجل فيها تنفيذ الحكم تلقائيا لحالة المرأة الحاملة المحكوم عليها بالقتل، وهذا بموجب الفصل9 " المرأة المحكوم عليها بالقتل وثبت أنها حامل لا تشنق إلا بعد وضع حملها، إذ أنه لاينفذ فيها حكم الشنق إلا بعد وضع حملها، دون تحديد لمدة تأجيل تنفيذ الحكم مما يعطى إمكانية التأويل والتفسير في تحديد أجل التنفيذ للعقوبة هل هو مباشرة بعد الوضع، أم بعد مدة من الوضع لمولودها، لأن المشرع يولى عناية فائقة بإكرام حاملة الجنين والمحافظة عليها فإن حدث خلاف ذلك يُهدر حق هذا الجنين الذي لا ذنب له، فيناقض الحماية الخاصة التي أولاه له مسبقا.

ثانيـا

تقدير القاضي لحالة تأجيل تنفيذ الحكم الجزائي

فالسلطة التقديرية للقاضي هنا تتمثل في منحه سلطة تأجيل العقوبة إلى غاية زوال السبب الدافع إلى منحه، معتمدا في ذلك ضابطا أساسه الأدوار الإجتماعية داخل الأسرة بإعتبارها الوحدة المركزية المسؤولة عن التنشئة الإجتماعية الأولية للأطفال، فإذا كانت الأسرة سوية وتوافرت لديها مقومات التكامل والإستقامة و الإلتزام بالتربية الصحيحة، فإن الطفل ينشأ نشأة طبيعية، أما إذا كانت الأسرة غير سوية ومن صور ذلك أن يكون القائم على رعاية الأولاد وتربيتهم محكوم عليه بعقوبة تسلب حريته وبالتالي تعدم وظيفته في الأسرة[97] فإن الطفل ينشأ نشأة غير طبيعية، تخلق لديه ميولا نحو الجريمة والجنوح[98].

والتقدير في حالة المرأة الحامل الحكمة منه ترجع بالأساس إلى إنقاذ الجنين الذي يعتبر مخلوقا بريئا لا ذنب له في حرمانه من حقه في أن يحمى ويعيش، ومراعاة من المشرع لوضعيتها النفسية والجسدية، قد وضع لها إطارا إستثنائيا بتأجيل تنفيذ عقوبتها، وإن كان يبدو في ظاهره إستثناء لمصلحة المولود، فكل هذه العوامل تكون محل إعتبار للقاضي في دوره التقديري في تقرير المنح أو عدم تقريره.

[97] - وما يؤكد فكرة ذلك أن جعل المشرع الجزائري الحكم على الزوج بعقوبة من شأنها أن تسلب حريته سببا يحق للزوجة أن تطلب التطليق ضمن المادة 53 فقرة 4 من ق.أ.

[98] – رستم الخوالدة، الأسرة وتربية الطفل، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2009، ص 08 ؛ محمد الرازقي، علم الإجرام و السياسة الجنائية، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، لبنان، 2004 ،ص. 126.

وتكملة لهذا الدور يجب على المجتمع أن يعطى أولوية عالية لإحتياجات الأسرة وأفرادها.وهى نفس الغاية المقررة في حالة تقدير القاضي لمسألة التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة[99] .

الفرع الثاني

حالة التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة

لقد إعتمدت الكثير من التشريعات نظام التدخل القضائي في مرحلة تنفيذ الجزاء الجنائي، مسندت هذه المهمة إلى قضاء مستقل، بموجب قرارات تختلف عن تلك القرارات التي تتخذ في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، هذا فضلا عن اختلاف طبيعة المعلومات التي تعتمد عليها مختلف الهيئات القضائية في كل مرحلة[100].

هذا القضاء تمثل في دور قاضى تطبيق العقوبات، تكريسا وإرساء لسياسة عقابية تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع[101]. من خلال تطبيق برامج تكفل إعادة إدماج المحكوم عليه بتطبيق سياسة إعادة تكييف العقوبة تأخذ صورة التوقيف المؤقت للعقوبة، والتي يتعدى أثرها الإيجابي إلى أفراد المحكوم عليه كونه عضو فاعل ضمن مُشتملات أسرته من خلال تمكينه من أداء وضيفته الإجتماعية(أولا) ولا يتقرر إعادة تكييف العقوبة وفق هذا النموذج إلا بتوافر حالات محددة حصرا (ثانيا).

أولا

غاية الإفادة بإجراء التوقيف المؤقت للعقوبة

سبق التأكيد بأن لكل فرد من أفراد العائلة وظيفة معينة في بناء الأسرة كنظام إجتماعي، وتحدد هذه الوظيفة دورا يجب القيام به لإكتمال عناصر بناء الأسرة، فإن إنتفى هذا الدور إنعكس على الأدوار الإجتماعية سلبا[102].

---

[99]– خوري عمر، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008، ص. 274- 275.

[100]– طاشور عبد الحفيظ، دور قاضى تطبيق الأحكام الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الإجتماعي في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001، ص .41.

[101]– تنص المادة 01 من القانون 04/05 المتعلق بقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على أنه " يهدف هذا القانون إلى تكريس مبادئ وقواعد لإرساء سياسة عقابية قائمة على فكرة الدفاع الإجتماعي التي تجعل من تطبيق العقوبة وسيلة لحماية المجتمع بواسطة إعادة التربية والإدماج الإجتماعي للمحبوسين."

[102] – حسن الساعاتي، بحوث إسلامية...، المرجع السابق، ص. 13.

ولأجل تحقيق هذه الغاية قيد المشرع هنا قاضى تطبيق العقوبات بحالات ومواعيد يجب إحترامها نظر للآثار المترتبة عن منح هذا الإجراء في مجال المحافظة على روابط الأسرة، كون أن كل تأخير وبقاء للمحبوس بعيدا عن دوره في الأسرة يؤدى لا محالة إلى إهدار وظيفته الإجتماعية إتجاه باقي أفراد الأسرة[103].

و تتكامل هذه الغاية والفلسفة التشريعية في منح هذا الإمتياز وهذا بعد مباشرة الدعوى العمومية والتي تتميز بأحكام خاصة في مجال الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، إذ لا يترك – في أوضاع – المجال المطلق للنيابة العامة في مباشرة وتحقيق الدعوى العمومية وتوقيع الجزاء فيها ضمن أوضاع معينة من بينها حالات التوقيف المؤقت للعقوبة فما هي موضوعات أو حالات الإفادة بإجراء التوقيف المؤقت للعقوبة.

ثانيا

مُشتملات تقرير التوقيف المؤقت للعقوبة

تميز التشريع الجزائري بوجود تنظيم خاص وأكثر تفصيل يتعلق بإجراءات إستنفاذ العقوبة ووقفها، ومنها ما تعلق بضمان حماية الأسرة، فطبقا لنص المادة 130من ق.ت.س.ع.أ.ج فإنه يجوز لقاضى تطبيق العقوبات بعد أخذ رأى لجنة تطبيق العقوبات إصدار مقرر مسبب بتوقيف تنفيذ العقوبة السالبة للحرية لمدة لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر، إذا كان باقي العقوبة المحكوم بها على المحبوس يقل عن سنة واحدة أويساويها، بشرط توفر أسباب معينة، وتحقيق لنفس الغاية التي جاء من أجلها إعمال السلطة التقديرية للقاضي في حال تأجيل العقوبة وحالات ذلك ما يلي:

-1 إذا أصيب أحد أفراد عائلة المحبوس بمرض خطير، وأثبت المحبوس بأنه المتكفل الوحيد بالعائلة.

-2 إذا كان زوجه محبوسا أيضا، وكان من شأن بقائه في الحبس أن يلحق ضررا بالأولاد القصر،أو بأفراد العائلة الآخرين المرضى منهم أو العجزة.

ويترتب على مقرر التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة رفع القيد عن المحبوس خلال فترة التوقيف، وهذا تحقيقا للغاية التي من أجلها تم تقرير هذا المنح، مع العلم أنه لا تحسب هذه الفترة ضمن مدة الحبس التي قضاها المحبوس فعلا.

إذا ما توافرت الشروط السالفة الذكر فإنه يجب على قاضي تطبيق العقوبات أن يبت في هذا الطلب خلال عشرة أيام تسرى من تاريخ إخطاره، وعليه أن يبلغ المحبوس والنيابة العامة بالقبول أوالرفض في أجل أقصاه ثلاثة أيام تسرى من تاريخ البت، واللذان أجاز لهما القانون الطعن في مقرر منح التوقيف المؤقت أو مقرر الرفض خلال ثمانية أيام من تاريخ التبليغ أمام لجنة تكييف العقوبات وان لهذا الطعن أثر موقف.

[103] – بوعقال فيصل، قاضى تطبيق العقوبات، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005- 2006 ، ص. 45.

ولم يشمل التشريع التونسي هذه الأوضاع أو الإجراءات و أجالها وهذا ما جاء به الفصل 342 ثالث من م.إ.ج.ت[104] إذ يمكن لقاضي تنفيذ العقوبات أن ينظر في منح المحكوم عليهم تراخيص الخروج من المؤسسة العقابية، هذه التراخيص تعد إجراء لتوقيف العقوبة مع إحتساب مدة التوقيف بخلاف المشرع الجزائري، وهذا لإختلاف مدة الإستفادة بإختلاف الحالات المقررة لذلك في كل من التشريعين التونسي والجزائري، إذ جاء المشرع الجزائري بحالات أوسع وأشمل يتحقق معها فعلا دور الشخص المستفيد من الإجراء داخل عائلته.

إذ جاءت هذه الحالات مقتصرة في منح هذه التراخيص لزيارة الزوج أو أحد الأصول أو الفروع عند المرض الشديد أو لحضور موكب جنازة أحد الأقارب وهم : الزوج أو أحد الأصول أو الفروع، الإخوة أو الأعمام أو الأخوال أو الأصهار من الدرجة الأولى، الوليّ الشرعي.

وقد جاء المشرع الليبي بنظام لتنفيذ العقوبة متساير و السياسة الجزائية التي إتبعها في تقريره لنوع العقوبة على المرأة الزانية في تحديد عقوبة الجلد لجريمة الزنا طبقا للمادة 14 بأنه[105] " ... وتجلد المرأة جالسة وهي مستورة الجسم ويوزع الضرب على ظهرها وكتفيها فقط.

ويؤجل تنفيذ عقوبة الجلد على الحامل إلى مابعد شهرين من الوضع.

وهذا تحقيقا لنفس الغاية التي إنتهجها المشرع الجزائري والتونسي، وضمن جميع هذه الأوضاع يتبين أن التوقيف للعقوبة هنا مؤقت هذا مما ينقل البحث إلى إطار عدم إمكانية توقيع العقاب بصفة مطلقة، تحت مسمى الإكراه البدني، التي ستعالج في المطلب الموالي.

الفرع الثالث

حالة عدم توقيع الإكراه البدني

يترتب على إرتكاب جريمة ما عدة آثار أهمها العقوبة، وإن كانت جزاء تقويمي ما دامت تمس الشخص في إعتباره وشرفه، إلا أن العقوبة ليس من طبيعتها أن تعيد التوازن إلى المصالح التي أخل بها السلوك الإجرامي وإنما تتولى إصلاح المجرم وتأهيله بهدف حماية المجتمع ضمن فلسفة العقوبة وغايتها، بإستثناء حالة توقيع

[104] - التونسية أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 2000 المؤرخ في 31 جويلية 2000 .

[105] - لا يجوز تنفيذ عقوبة الجلد إلا إذا أصبح الحكم الصادر بها نهائياً

وتنفذ العقوبة بعد الكشف على المحكوم عليه طبياً وتقرير إنتفاء الخطورة من التنفيذ، ويتم التنفيذ في مركز الشرطة بحضور عضو النيابة المختص والطبيب المختص ويوقف الجلد كلما كانت فيه خطورة على المحكوم عليه، على أن يكمل الجلد في وقت آخر. ويكون تنفيذ العقوبة بسوط من الجلد متوسط ذي طرف واحد غير معقد، ويجرد المحكوم عليه من الملابس التي تمنع وصول الألم إلى الجسم، ويضرب ضرباً معتدلاً لا يمد فيه، ويوزع الضرب على الجسم، وتتقى المواضع المخوفة.

الإكراه البدني التي غايتها في الغالب ضمان إعادة التوازن إلى المصالح التي أخل بها السلوك الإجرامي إلا أن فاعلية هذا الإجراء لا تجد لها دور ضمن المصالح التي تربط أفراد العائلة الواحدة.

فبين الغاية التشريعية من توقيع الإكراه البدني والغاية من ضمان بقاء العلاقات الأسرية قائمة في حالة الإخلال بمصالح أفرادها، نكن أمام وضعين وجب فيهما معرفة مدى تعلق حالة الإكراه البدني بالنظام العام ، ومدى فاعلية إجراء عدم توقيع العقاب بين أفراد العلاقة الأسرية الواحدة[106].

أولا

مدى تعلق حالة الإكراه البدني بالنظام العام

جعل المشرعون المغاربيون مسألة توقيع الإكراه البدني كآلية لإستيفاء التعويض الناجم عن الضرر أو الإخلال بالإلتزام كل في حدوده وشروطه ، التي يحرص القاضي إبراز وجودها أو عدمها في حكمه، وهذا أمام كل وضع وحالة نص عليها المشرع، ومن بين حالات عدم توقيع الإكراه البدني، للزوج والزوجة في آن واحد ولو بالنسبة لإستخلاص مبالغ ناتجة عن محاكمات مختلفة مثلا، فأمام صراحة التحديد الذي جاء به المشرعون المغاربيون في ذكرهم للحالات المشمولة بالإستفادة من إجراء التوقيف المؤقت للعقوبة، هل يمكن للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية فيما شابهها من أوضاع تحقق نفس غاية إجراء توقيف العقاب؟ أو يمتنع عن تطبيق النص حتى ولو توافرت حالاته متى وجد ذلك ضرورياً ولو لم ينص القانون عليه، أم أنها حالات لا يجوز الإتفاق على مخالفة ما جاءت به من أحكام لتعلقها بالنظام العام؟

إن فكرة عدم توقيع الإكراه البدني أملتها السياسة التشريعية العقابية، وفكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف بإختلاف الزمان والمكان ففيما يعتبر مخالفاً للنظام العام في زمان أو مكان معينين قد لا يعد كذلك في زمان أو مكان آخرين[107]، هذا من جهة ومن جهة أخري أن تقرير منع توقيع العقاب يعطل مصلحة وحقوق المضرور في إستيفاء حقه، فلأجل ذلك وجب النظر إلى الحكمة من تقرير عدم توقيع الإكراه البدني ضمن الحالات المنصوص عليها صراحة والتي تعكس فكرة مفادها ضمان بقاء العلاقات الأسرية قائمة بين أفرادها لا تعكرها المصالح المادية.

---

[106] - زكنية عبد القادر خليل، الخدمة الإجتماعية في مجال رعاية المتسولين والمسجونين والمفرج عنهم ، مكتبة الانجلو المصرية، مصر،2005، ص. 143.

[107] – أكرم نشأت إبراهيم، المرجع السابق، ص. 156.

فبذلك المشرع إستأثر ضمان حماية الأسرية، على ما يزيد أواصرها تشنجا وشحناء، خاصة وأنه جعل إمكانية الوفاء بالإلتزام بموجب أساليب أخرى بعيدة عن توقيع الإكراه، فمتى كان كذلك فإن القاضي متى خالف قاعدة عدم توقيع الإكراه البدني المتوافرة على أوضاعها و المستوجبة التطبيق، فقد خالف حدود سلطته، لتعلق القاعدة بالنظام العام من زاوية وفاعليتها من زاوية أخرى.

ثانيا

فاعلية إجراء عدم توقيع الإكراه البدني

تظهر فاعلية إجراء عدم توقيع الإكراه البدني من خلال تبيان الحالات المشمولة بالمنح ضمن التشريعات المغاربية، ومما جاء بالفصل345[108] من م.إ.ج.ت، ضمن العنصر الخامس من الإفادة بعدم توقيع الإكراه البدني للزوج والزوجة في آن واحد ولو بالنسبة لاستخلاص مبالغ ناتجة عن محاكمات مختلفة.

وهذا من تجليات الحماية فلو فرضنا توقيع الإكراه على الزوجين وكان لهم أولاد قصر، فإنهم سيبقون بدون عائل أو سند يكفل رعايتهم وبذلك تعذر الحماية المكفولة لهم بتوقيع الإكراه، ويكونون عرضة للضياع والتشرد والإهمال وعرضة للخطر نتيجة التخلي عنهم بموجب توقيع الإكراه عليهم.

لذلك جاء هذا المنح بما يتوافق ورغبات الحماية التي أقرها المشرعون المغاربيون بما يضمن سلامة وحماية الأسرة، وهو نفس التحديد لما جاء به المشرع الجزائري ضمن نص المادة 601 من قانون الإجراءات الجزائية، بعدم توقيع الإكراه البدني ضد الزوج وزوجته في أن واحد.

إلا أن المشرع الجزائري وسع مجال عدم توقيع الإكراه البدني بموجب المادة 600 من قانون الإجراءات الجزائية بالعنصر الخامس والتي تشمل حالة عدم توقيع الإكراه ضد المدين لصالح زوجه أو أصوله أو فروعه أو إخوته أو أخواته أو عمه أو عمته أو خالته أو أخيه أو أخته، ولم يتوقف عند هذا التحديد بل وسعه ليشمل أبنائهم أو أصهاره من الدرجة نفسها.

وهذا لضمان بقاء الروابط الأسرية قائمة دون أن يلبسها نوع من الحقد والكراهية نتيجة توقيع الإكراه البدني على المدين من طرف أحد الأفراد المحددين بالمادة 600 من ق.إ.ج، فبتوسيع هذا التحديد يمكن تحقيق أكبر فاعلية لحماية الروابط الأسرية.

---

[108] - الفصل345 أنه " لا يسوغ إجراء الجبر بالسجن أو العمل لفائدة المصلحة العامة ضد الأشخاص الآتي ذكرهم:

1المسؤول مدنيّا، 2 القائم بالحق الشخصي، 3المحكوم عليهم الذين سنهم دون ثمانية عشر عاما كاملة وقت إرتكابهم للأفعال التي إستلزمت التتبع،4 المحكوم عليهم الذين دخلوا سن السبعين، 5الزوج والزوجة في آن واحد ولو بالنسبة لاستخلاص مبالغ ناتجة عن محاكمات مختلفة.

وقد أعفى نظام التنفيذ للأحكام القضائية الليبي، المدين من الحبس إذا ثبت مرضه والمرأة إن كانت حاملا أو حاضنة لطفل، وأوضح النظام أنه لا يجوز الحبس التنفيذي للمدين في حال ثبت إعساره وفقا لأحكام هذا النظام، أو إذا كان من أصول الدائن، ما لم يكن الدين نفقة شرعية مقررة، وإذا كانت امرأة حاملا أو كان لها طفل لا يتجاوز الثانية من عمر فإنه لايمكن توقيع الإكراه البدني عليها[109].

وعليه جعل المشرع الليبي المدين محل توقيع الإكراه البدني في حالة أن كان الدين نفقة شرعية، وهذا تحقيقا لمصلحة أولى بالرعاية والحماية وهي مصلحة الدائن بالنفقة، ولم يتوسع في تحقيق الإفادة من إجراء عدم توقيع الإكراه البدني إذ جعله قاصر في حالتين فقط.

ومن صور القصور في مجال التحديد ما جاء بالفصل 346 مكرر من م.إ.ج.ت بنصها أنه " إذا امتنع المحكوم عليه من مباشرة العمل فائدة المصلحة العامة أو انقطع عنه بدون عذر شرعي فإنه يتم إتباع إجراءات الجبر بالسجن.

ويعلق التنفيذ لأسباب صحية أو عائلية أو عند إيداع المحكوم عليه السجن من أجل جريمة أخرى أو عند قضائه للخدمة الوطنية".

فعدم توقيع الإكراه البدني هنا جاء على سبيل تحديد الحالات والمخالفات وليس على سبيل تحديد أصحاب الصفة، فإيرادهم جاء عام تحت موضوع الأسباب العائلية المانعة لتوقيع الإكراه البدني، هذا مقارنة بما أورده المشرع الجزائري من تحديد لأصحاب الصفة المستفيدين من الإجراء، مما ينعكس طردا على فاعلية الإجراء فكلما جاء التحديد ضيق كانت فاعلية عدم توقيع العقاب قاصرة ، وكلما جاء التحديد واسعا كانت فاعلية الإجراء ذات أثر إيجابي بما يضمن التواصل الروحي العائلي بين أفراد الأسرة، وهذا ما نلمسه ضمن فكرة أثر الرابطة الأسرية في تحديد الجزاء والمسؤلية.

المبحث الثاني

أثر الرابطة الأسرية في تحديد الجزاء والمسؤولية

لقد إتجهت بعض النظم الجنائية للأخذ بفكرة تخفيف عقوبة الجاني في بعض قضايا العنف الأسرى عندما تكون الجريمة تحت مسمى جريمة الشرف، أو لوجود ظروف مخففة أخرى أساسها صلة الدم كما يطلق عليها في بعض الأنظمة[110]. والغاية من ذلك أن يمنح للقاضي جعل العقاب متناسبا مع حالة المتهم الخاصة ومركزه

[109] – تادرس ميخائيل، النتائج الضارة التي تترتب على عقوبات الحبس لمدد وجيزة والعقوبات التي يصح أن تحل محلها ، مجلة المحاماة، عدد 09، مصر ،1926، ص. 06.

[110] – عباس أبو شامة محمد الأمين البشرى، العنف الأسرى في ظل العولمة، الرياض، 2005، ص. 66.

القانوني ضمن العلاقة الأسرية، ولهذا الغرض نفسه أقر المشرع للعقوبات حدا أقصى وحداً أدنى[111] حسب كل حالة وتقدير.

وتؤثر الرابطة الأسرية في تحديد الجزاء فتجعله سببا مبيحا للفعل (المطلب الأول) كما قد تكون القرابة سببا مخففا في بعض الجرائم (المطلب الثاني)، ومشدد للعقاب في حالات(المطلب الثالث)، وقد يعفي الجاني من العقاب بالنظر إلى هذه العلاقة (المطلب الرابع).

المطلب الأول

أسباب الإباحة

بإعتبار الإباحة تمثل مجموع الظروف التي تلغى الصفة التجريمية للسلوك المرتكب، بإعتبارها رخص قانونية تبيح أو تبرر لمن توافرت لديه أن يرتكب فعلا أو تركا جرمه المشرع الجنائي في نص من النصوص، وإن ما يلاحظ أن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطان، بحيث يمكن إستخلاص ثانيهما من أولهما، من حيث أن علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة من خلال إضفاء صبغة عدم المشروعية على السلوك نظرا لما يتميز به من خطر على مقتضيات النظام الإجتماعي[112] ، وهذا هو نفس أساس الإباحة في جرائم الأسرة.

بالإضافة إلي أن أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بالأسرة تدخل ضمن ما أذن به القانون ولفظ القانون الذي إستعمله المشرع لفظ واسع يتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعدة واردة بالشريعة الإسلامية أو عرفا ساريا. وهذا لكون مبدأ الشرعية كذلك يرخص التفسير الواسع في حال أسباب الإباحة [113]. لذلك يستلزم الأمر بيان أساس الإباحة و طبيعته وفق ما يأخذه من صور في جرائم الأسرة على نحو ما يرد.

الفرع الأول

طبيعة أسباب الإباحة في جرائم الأسرة

إن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث أساسها وعناصرها وأثرها، يترتب على توافرها رفع صفة الجريمة عن الفعل نظرا لإرتكابه في ظروف خاصة لا يصح معها تطبيق نصوص التجريم ولذلك يسميها

[111] – جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، (د د ن)، 2008، ص. 665.

[112] – بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2006، ص. 56.

[113]– بارش سليمان، نفس المرجع، ص. 57.

البعض[114] بحالة المشروعية الإستثنائية تمييزا لها عن المشروعية العادية التي تستند إلى عدم وقوع النشاط تحت طائلة نصوص التجريم.

وتختلف طبيعة أسباب الإباحة عن طبيعة موانع المسؤولية الجنائية فهي أمور ذات طبيعة شخصية لأنها تصيب الشخص في إرادته فتعيبها أو تعدمها مما يمكن القول معه أن أسباب الإباحة ترجع إلى ظروف خارجة عن شخص الفاعل بخلاف موانع المسؤولية التي ترجع إلى عوامل داخلية تتعلق بالإدراك والإرادة وما تصاب به من نقص أو إنعدام.

فالإباحة إذن ترتكز على أساس حماية حق أو مصلحة جديرة بالحماية، أي أنها ترتكز على عناصر موضوعية لا علاقة لها بنفسية الجاني أو المجني عليه، غير أن القانون في جرائم الأسرة وخاصة في حالة إستعمال أو ممارسة حق التأديب ضمن العلاقة الأسرية يتطلب عنصرا نفسيا كحسن النية.

ومن أثر أسباب الإباحة أن لا يقتصر عل الفاعل الأصلي وحده، بل يمتد إلى شركائه وذلك تأسيسا على أن للفرع حكم الأصل. بخلاف ذلك في جرائم الأسرة حيث لا يستفيد الشريك من أسباب الإباحة.إستثناء هذا الحكم في حالة الشريك ضمن واقعة الزنا.

وتأخذ أسباب الإباحة مجال لها في الجرائم الماسة بالأسرة وفق عدة صور، إذ تنحصر أسباب الإباحة في صدد موضوعنا في صورة ما تعلق بتأديب الأولاد (أولا) أو الزوجة (ثانيا)، بما يسمى حق التأديب لمن يخول له القانون إستعمال هذا الحق [115] . وأساسه ضمن التشريع الجزائري الحكم الذي يستفاد بمفهوم المخالفة لنص المادة 269 ق.ع[116] فيما يتعلق بتأديب الأولاد إذ جاء فيها "... أو إرتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف.. "

وتعرض المشرع الجنائي المغربي لآثر الإباحة ولبعض صورها في الفصل 124 الفقرة الأولى أهمها حق التأديب ونجده ينص في الفصل 408 على عقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات في حق كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشر من عمره... أو ارتكب عمدا ضد الطفل أي نوع من أنواع الإيذاء

[114] - محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، جامعة المنصورة ، مصر ، 2003، ص. 198.

[115]– محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم العائلية – الحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص. 180.

[116] – تنص المادة 269 " كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو إرتكب ضده عمدا اي عمل أخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا ا ألإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من500 إلى 5.000 دج."

فيما عدا الإيذاء الخفيف. وهو نفس توجه المشرع التونسي ضمن الفصل 319 من المجلّة الجزائية. وتضمنت التشريعات المغاربية صور لإستعمال هذا الحق[117] بيانها فيما يلي .

الفرع الثاني

حق تأديب الأولاد كصورة من صور أسباب الإباحة

لقد أحاط المشرع الجنائي المغاربي الطفولة بمجموعة من القوانين الخاصة التي ترتبط بطبيعة الطفل الجسدية والعقلية، لأجل حماية الطفل وذلك عن طريق تجريم كل أفعال الإيذاء التي قد يتعرض لها في ذاته أو في نفسه.

ومن بين أكثر أنواع الإيذاء شيوعا ضد الأطفال، نجد الإيذاء البدني، والذي يرتكب لأهداف التربية والتأديب الممارس من الأب أو الأم لأبنائهم[118] والذي يجب أن لا يلحق أي أذى بالصغير إلا إذا بدر منه إخلال بواجب من واجباته العامة أو الخاصة[119] ، مع عدم اللجوء إلى الضرب عند وجود البديل الأقل ضررا أو عند التحقق من كونه لا ينفع في تأديب الصغير، وأن تكون غاية الضرب التأديب[120]، لكي يعد فعلا مبررا. إلا أن حق التأديب هدا المخول للآباء إذا تجاوز هذه الغاية وأصبح العنف أو الأذى الناجم عنه مقصودا لذاته كنا أمام إساءة صادرة من المؤدب وهي التعسف في إستعماله لهذا الحق مما يوجب مسائلته جزائيا فإذا تجاوز الوالد حدود التأديب المباح حق عليه العقاب المقرر لجريمة الضرب العمدي.

إذ يثبت حق التأديب لمن يعهد إليه شرعا أو قانونا أو إتفاقا بتربية الطفل أو تعليمه[121] ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك، و يستحق تأديب الطفل الذي لا يتجاوز سن السادس عشر ضمن التشريع الجزائري

---

[117] – لكن إتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من قبل الدولة التونسية منذ سنة 1991، ومجلة حماية الطفل الصادرة سنة 1995، توحيان بضرورة تفادي مثل هذا السلوك العنيف إزاء الطفل، مهما كان االسبب، وتوخّي طرق تربوية وتأديبية أخرى.

[118] – جعفر عبد الأمير الياسين، التشرد وإنحراف سلوك الصغار و الأحداث، منشورات لحلبي الحقوقية، ط 1، 2012، ص. 148.

[119] – ويقصد بالواجبات العامة تلك التي تلزمه بوصفه إنسانا يتحمل شرعاً وقانوناً بواجبات نحو الله تعالى والناس عامة أما الواجبات الخاصة فهي تلك التي توجب عليه بوصفه صغيرا طاعة متولي تربيته أو تعليمه وإحترام تقاليد الأسرة، ما لم يتنافى مع القانون أو الدين أو الأخلاق

[120] – ممدوح عزمي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2000، ص. 71.

[121] - ويجد الحق في التأديب سنده الشرعي من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع أئمة المسلمين، فيقول الخالق عز من قائل: "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة" سورة التحريم الآية6. وقال الرسول صلى الله عليه وسلم "ما نحا والد ولدا من نحل أفضل من أدب حسن" وقال كذلك عن جابر بن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم "لأن يؤدب الرجل ولده، خير من أن يتصدق بصاع" وقال صلى الله عليه وسلم في حديث مشهور رواه أبو داوود في سننه "مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين فإذا بلغ عشر سنين، فاضربوه عليها" وفي رواية أخرى وفرقوا بينهم في المضاجع. كما توجد أحاديث أخرى تسير في هذا السياق: إذ جاء في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت "جاء أعرابي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: إنكم تقبلون الصبيان وما نقبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أوَ أملك لو املك لك أن نزع الله الرحمة من قلبك" كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع ومسؤول في أهله ومسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها..." أخرجه احمد والشيخان وأبو داود.

، وهو حق يتعلق بالولاية على النفس في حالة تأديب الأب لإبنه[122]. ويمكن القول أن في تربية الأبناء وتهذيبهم إلتزام خلقي وهو فعل يجازى عليه القانون[123].

إلا أن هذه الإجازة قد تقود الحدث إلى عدم الإستقرار في حياته نتيجة ضربه بحجة تأديبه، وقد تنمى لديه الشعور بالاضطراب الذي يمكن أن يؤدى به إلى التشرد والسلوك المنحرف[124]. لذلك وجب معرفة حدود تأديب الأبناء وهي:

أن لا يقع فعل الضرب على موضع يخشى على سلامة جسم الصغير من إصابته فيه فإذا زاد هذا التأديب على هذا القدر اللازم لإصلاح الأولاد فإنه يكون متجاوزا لحقه بالضرر الذي ألحقه بالأولاد[125] ومن ثم يتابع جزائيا على جريمة الإيذاء العمدي ضد قاصر وتطبق في شأنه أحكام المواد 269 وما يليها من ق.ع.ج[126].

مع إشتراط أن يكون هذا الفعل بقصد التأديب، وتهذيبه لحمايته من بواعث الانحراف، وإصلاح سلوكه ومنعه من الانقياد إلى نوازع الشر ومخاطره[127] ، فقد سمحت الشريعة الإسلامية للأب والأم وللوصي والمعلم ولكل من له سلطة أو إشراف على الطفل بحق تأديبه بقصد العلاج ويبدأ ذلك بالترغيب واللوم بالقول وقد يصل في الحالات القصوى إلى ضربه الضرب الخفيف[128].لأن الطفل ما زال يحتاج إلى من يقوم على تربيته وتنشئته جسمانياً ونفسياً واجتماعيا، وهذا هو الدور الذي تضطلع به الأسرة بعيد عن أي قصد خلاف التأديب[129].

---

[122] – أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص. 57.

[123] – وهو ما نص عليه المشرع الدستوري في المادة 65 من دستور 96 بالقول " يجازى القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم."

[124] – علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الإنحراف، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004، ص. 76.

[125] – مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص. 205.

[126] – مروك نصر الدين، نفس المرجع، ص. 227.

[127] - ينبغي الإشارة إلى انه يتعين على الآباء والمعلمين ومن لهم سلطة على الطفل أن تكون لهم دراية بالطرق البيداغوجية في التربية والتأديب، لتفادي العقاب الذي قد يستعمل لبسط السلطة على الطفل وفرض خضوعه للأوامر، وفرض طاعته العمياء والتلقائية، دون أي توضيح لأخطائه وهفواته، ليستوعب تصرفاته الخاطئة حتى يتجنبها مرة أخرى عن قناعة.

لأن عدم إشعار الطفل بأخطائه سيدفعه لتنفيذ الأوامر والتوجيهات المقدمة إليه لا بدافع الشعور بالمسؤولية، وإنما بدافع الخوف من الضرب الذي قد يتعرض له في حالة عدم تنفيذها الأمر الذي ستكون له انعكاسات نفسية خطيرة على الطفل قد تجعل منه شخصا يميل إلى عدم الصدق والصراحة.

[128] – مصباح مصباح القاضي، مرجع سابق، ص. 46.

[129] – علي محمد جعفر، المرجع السابق، ص. 180.

و جاء شرط قصد التأديب واضحا ضمن التشريع التونسي بموجب الفقرة الثانية من الفصل 319 من المجلّة الجزائية[130]، بنصها " أمّا إذا كان العنف خفيفا والقصد منه مجرّد تأديب الطفل فإنّ القانون الجنائي التونسي لا يعاقب الأبوين عن إرتكابه. بعد أن قرر العقاب على أحد الوالدين الذي يلحق الأذي بأولاده نتيجة عنف، بشرط أن يكون العنف قاتلا أو ناجما عنه سقوط طبقا الفصلان 218 و219 من المجلّة الجزائية، أو شديدا طبقا للفصل 218 من المجلة الجزائية"[131] .

ونجد القانون المغربي خفض سن الطفل المشمول بالحماية إلى 15 سنة مقارنة بالمشرع الجزائري توسيعا لمجال الأشخاص المشمولين بالحماية ، وقد عاقب المشرع التونسي بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشر من عمره... أو إرتكب عمدا ضد هذا الطفل أي نوع آخر من أنواع العنف أو الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف طبقا للفصل 408 م.ج. فمقتضيات هذا الفصل إذن تنص صراحة على عدم العقاب على الإيذاء الخفيف بمعنى إباحة الحق في التأديب عن طريق الإيذاء الخفيف.

غير أنه ما يلاحظ على المشرع المغاربي في هذا الإطار هو أنه لم يبين ما معنى الإيذاء الخفيف وما هي حدوده، فما قد يعتبر إيذاء خفيفا في مجتمع أو أسرة ما قد لا يعتبر كذلك في مجتمع أو أسرة أخرى، وما قد يعتبر إيذاء خفيفا عند بعض الأشخاص قد لا يعتبر كذلك عند الأشخاص الآخرين.

ولاشك أن إنتفاء المسؤولية الجنائية عن الشخص الذي يضرب الطفل ضربا خفيفا في الحدود المعقولة تأديبا له لا يرجع إلى انتفاء القصد الجنائي عند سلامة نيته وإبتغائه الخير لابنه، بل يرجع إلى الإباحة المنصوص عليها قانونا[132]. وهي نفس الإباحة المقررة في حق تأديب الزوجة.

---

[130] – الفصل319 "يستوجب العقوبات المذكورة الأشخاص الذين يرتكبون المعارك أو الضرب أو العنف ولا ينجر منه لصحة الغير أدنى تأثير معتبر أو دائم .وتأديب الصبي ممن له سلطة عليه لا يستوجب العقاب. وإذا كان المعتدى عليه سلفا للمعتدي أو زوجا له، فإسقاط حقه يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب.

[131] - الفصل 218 " من يتعمد إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلة فيما هو مقرر بالفصل319يعاقب بالسجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار.وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدى عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار.الفصل" 219 إذا تسبب عن أنواع العنف المقررة آنفا قطع عضو من البدن أو جزء منه أو انعدام النفع به أو تشويه بالوجه أو سقوط أو عجز مستمر ولم تتجاوز درجة السقوط أو العجز العشرين في المائة فالمجرم يعاقب بالسجن لمدة 5 أعوام. ويكون العقاب بالسجن مدة ستة أعوام إذا تجاوزت درجة السقوط أو العجز الناتج عن الاعتداءات المذكورة العشرين في المائة.

ويرفع العقاب إلى اثني عشر عاما إذا كان المجرم خلفا للمعتدى عليه مهما كانت درجة السقوط ولو في صورة إسقاط الدعوى.

[132] – أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص. 58.

الفرع الثالث

سبب الإباحة في حق تأديب الزوجة وطبيعته القانونية

لقد أباحت الشريعة الإسلامية حق تأديب الزوجة وحددت شروط ممارسة هذا الحق حيث جاء في سورة النساء " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا "[133] . وعليه فإذا ثبت إرتكاب الزوجة لمعصية فلا يجوز للزوج اللجوء إلى الضرب قبل إستنفاذ ماقررته الشريعة الإسلامية تدرجا في وسائل التأديب، فإذا إستمرت الزوجة في المعصية وجب الضرب[134].

وفيما يتعلق بضرب الزوجة، فليس للزوج أن يضرب زوجته أي ضرب شاء، فحقه مقيّد بضربها ضربا غير مبرح[135]. حيث يجب أن لا يكون شديدا أو شائنا وأنه إذا ثبت أن إصلاح الزوجة لايكون إلا بضرب شديد أو شائن. فلا يجوز للزوج اللجوء إليه، وإذا حدث وأن لجأ إليه، فإنه سيكون محل مُسائلة جزائية بوفق أحكام التجريم الواردة بالتشريعات المغاربية كالمادة 264 من ق.ع.ج الواردة ضمن قواعد التجريم العام بالإضافة إلى النص الخاص المستحدث بالتجريم لمن يضرب زوجته بموجب المادة 266 مكرر، وتشديد العقاب وفق للأثر الناتج عن الضرب ، ومثلما هو الوضع بالتشريع التونسي الذي أعتبره ضرفا مشددا بموجب الفصل 218 من م.ج " من يتعمّد إحداث جروح أو ضرب أو غير ذلك من أنواع العنف ولم تكن داخلة فيما هو مقرّر بالفصل 319 يعاقب بالسجن مدّة عام وبخطية قدرها ألف دينار.

وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدى عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدّة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار.

وهو نفس التخصيص بالمادة 404 من م.ج.م[136]" يعاقب كل من ارتكب عمدا ضربا أو جرحا أو أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء ضد أحد أصوله أو ضد كافله أو ضد زوجه كما يلي:

1 – في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 400 و401، ضعف العقوبة المقررة لكل حالة، حسب التفصيلات المشار إليها فيهما.

---

[133] – سورة النساء، الآية 34 .

[134] – بارش سليمان، المرجع السابق، ص.73 .

[135] – جندي عبد الملك، ط 1، المرجع السابق، ص. 829.

[136] – هدى باشا، صراع المرأة المعنفة بين الجدران المغلقة و أروقة المحاكم، بحث في مدى حماية القانون التونسي للمرأة ضحية العنف الأسري، الرباط 24 - 25 سبتمبر 2012، ص. 12.

2 – في الحالة المنصوص عليا في الفقرة الأولى من الفصل402، السجن من عشر إلى عشرين سنة. أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

3 – في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 403، السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة. أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن المؤبد.

وبما أن الغاية من الضرب إصلاح حال الزوجة وردها عن المعاصي ومواجهة نشوزها[137]، فليس للزوج التذرع بهذا الحق لضرب زوجته ضربا شديدا[138]، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إن لكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح".

والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد، الذي لا يترك أثرا[139].

وإن البحث في مسألة الطبيعة القانونية لحق الزوج في تأديب زوجته على ما جرى قوله سابقا فإنه صورة من صور إستعمال الحق بوصفه أحد أهم أسباب الإباحة، كونها تحقق صالحا عاما[140] بسببه أجاز المشرع القيام بها دون مانع قانوني كونها تنزع عن الفعل الإجرامي صفته الإجرامية وتعود به إلى أصله من الإباحة[141]، مادام يلتزم حدود وشروط إستعمال هذا الحق.

وإعتبر المشرع الجزائري أنّ الضّرب المبرح أو العنف بصفة عامة من قبل الزوج يدخل في مفهوم الضرر المبرر للتطليق، وهذا ما أكدّه في نص المادة 10/53 من قانون الأسرة.

وهو نفس المفهوم الذي أتى به المشرع التونسي وأضاف إليه إمكانية تقديم شكوى وهذا بنص الفصل 23 م.أ.ش على أنّه "على كلّ واحد من الزوجين أن يُعامل الآخر ويُحسن عشرته ويتجنّب إلحاق الضرر به..." ويمكن للزوجة تتبّع زوجها الذي يُسيء معاشرتها، إمّا بالتشكي ضده جزائيا أو بمقاضاته مدنيا .

فعلى المستوى الجزائي، يمكنها رفع شكوى إلى وكيل الجمهورية إذا كانت الإساءة تشكّل جريمة يعاقب القانون عن إرتكابها. كما يمكنها رفع دعوى في الطلاق للضرر تسمح لها بطلب التعويض عن الضررين المادي والمعنوي، مع إمكانية طلب التعويض المادي في قالب جراية عمرية بالإعتماد على أحكام الفصل 31 من م.أ.ش.

---

[137] – بارش سليمان، المرجع السابق، ص. 73.

[138] – عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط 5، ج 1، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص. 126.

[139] – عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط 1، ج 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، ص. 514- 515.

[140] – يزداد مجال إستعمال الحق يوما بعد أخر وهذا الإتساع في المجال يعكس ديناميكية قانون العقوبات وفاعليته وقدرته على التأثر في المجتمع والتأثير فيه، وموافقته لحاجات ومصالح الأفراد المخاطبين بأحكامه.

[141] – محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1962، ص. 47.

و هذا ما ذهبت إليه الممارسة القضائية بالجزائر ، ومما جاء بقرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 12جانفي 1987 بأنه "حيث حقا أنه من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأت بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أويسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه ."[142]

كما أنّ القضاء الجزائري في أكثر من مرة لم يعترف بتقديم شهادة طبية لوحدها من أجل إثبات الضرر الناتج عن ضرب الزوج لزوجته، وهذا حسب قرار المحكمة العليا[143] الذي ينص على أنّه: " من المقرر شرعا و قانونا أنّ تقديم الشهادة الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها بإعتبار أنّ الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب، وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان. و من تم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقواعد الشرعية و القانونية..."

بالإظافة إلى أنه كثير من القضايا يتم حفضها على مستوى النيابة العامة وعدم تحقيق المتابعة الجزائية إدراك للسياسة الجزائية التي إعتمدها المشرع الجزائي الجزائري في حماية الرابطة الأسرية[144].

ومن شروط إستعمال الحق كسبب للإباحة في تأديب الزوجة لنفى المسؤولية الجزائية أمام التجريم التشريعي أن تتوافر الشروط التالية:

1- وجود الحق:

يوجد الحق إذا وجدت مصلحة القانون ومن ثم يقرر حمايتها لاعتبارات يقدرها كونها جدير بالحماية – كطبيعة العلاقات الأسرية. وهذا يعنى بقول آخر أن المشرع عندما يقرر للزوج إستعمال حق تأديب أفراد أسرته بحكم كونه رب الأسرة[145] ، وذلك تحقيقا لمصلحة أعم وأهم وهى مصلحة الأسرة في حفظ وحدتها

[142] – المحكمة العليا، غ أ ش، 1987/01/12، ملف رقم 43864، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص. 46.

[143] – المحكمة العليا، غ أ ش، 01/02 / 1989، ملف رقم 52278، المجلة القضائية، 1991، عدد 4، ص. 95.

[144] - نيابة الجمهورية، محكمة عين وسارة ، مقرر حفظ 15/1007، 2015/10/25، ملحق رقم 25، ص. 446.

[145]– ألغى الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المادة 39 من قانون 84 /11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة التي كانت تنص على مايلي " يجب على الزوجة : 1 طاعة الزوج ومراعاته بإعتباره رئيس العائلة،..."، فبمقتضى هذا الإلغاء لم يعد الزوج رئيس العائلة ولا تلزم الزوجة بطاعة زوجها.

وإنسجامها ومن ثم تحقيق مصلحة المجتمع الذي يستمد قوته وصحته الإجتماعية من قوة وصحة مجموع الأسر فيه[146].

2- إلتزام الحدود المقررة قانونا في إستعمال الحق :

إن القانون لا يقر حقوقا مطلقة من أي قيد، فحق الزوج في تأديب زوجته[147] هو حق خاص به فقط ولا يجوز له أن ينيب غيره في ممارسته أيضا ولو كان النائب من محارمها وذلك لخصوصية العلاقة بين الزوجين[148] .

ولا يباح للزوج في حق التأديب سوى الضرب الخفيف، تحقيقا لمصلحة الأسرة التي من أهم مقوماتها توافر شروط إستحقاق الزوجة أن تكون ملكة البيت في أمانة الحفاظ على مصلحة الأسرة[149].

3- إلتزام حسن النية في إستعمال الحق:

فحق تأديب الزوجة لايقرره المشرع بوصفه غاية بذاته، وإنما يقرره لكي يكون وسيلة للوصول إلى تحقيق غاية مشروعة، أي أنها لا تمارس إلا بحسن نية، فإذا مارس الزوج هذا الحق بسوء النية تترتب عليه المسؤولية الجزائية[150] .

لذلك، فإن اللجوء إلى العنف في العلاقات الشخصية، إضافة إلى أنه يعبر عن أزمة في العلاقة وإخفاق في التواصل، فهو يعكس وجود علاقات سيطرة لا تزال تطبع الروابط بين الجنسين عموما، بحيث كثيرا ما يبدو فيها العنف الذكوري داخل الأسرة بمجتمعاتنا وكأنه آلية من آليات الضبط والتحكم في سلوك النساء، مما يفقد التمييز بين إستعمال الحق وحسن النية أو الإساءة في إستعمال الحق وإن كان هذا لا ينفي طبعا وجود أشكال أخرى من العنف التي تسلطها النساء على الرجال فهي محل سكوت، مثلما سكت المشرع التونسي

---

146 – ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة، في قوانين العقوبات العربية والشريعة الإسلامية، دراسة قانونية إجتماعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص.100.

147 – فحق الزوج في تأديب زوجته هو حق مقرر في الشريعة الإسلامية وليس في التشريع صراحة.

148– ضاري خليل محمود، المرجع السابق، ص. 101 .

149 - و يمكن هنا الاستئناس بالقانون الفرنسي الذي أضاف إجراءات هامة لحماية المرأة المعنفة و إن كانت في بعضها صعبة التطبيق التكنولوجي مثل السوار الالكتروني لتعقب تحركات الزوج العنيف ،إلا أن بعضها الآخر ممكن تطبيقه مثل ما ورد بالفقرة التاسعة من الفصل 979 من المجلة المدنية الفرنسية و الذي يمكن المرأة من استصدار حكم استعجالي أو إذن على عريضة في استبعاد الزوج من محل الزوجية ومنع إقترابه من الزوجة و يصدر هذا الإجراء في أجل 17 ساعة من طلبه من الزوجة وهو إجراء حمائي وقتي يتخذ لمدة أربعة أشهر قابلة للتجديد .

150– ضاري خليل محمود، نفس المرجع ، ص. 103؛ تم إعتماد أليات أخري للتبليغ والعناية بالنساء المعنفات خاصة منها مركز الإحاطة والتوجيه التابع للاتحاد الوطني للمرأة التونسية، ومركز الاستماع والتوجيه للنساء المعنفات التابع للجمعية التونسية للنساء الديمقراطيات إستقبال طلبات الحماية عندما يقوم زوجها بتعنيفها.

والجزائري عن ذكر الإغتصاب الزوجي صراحة كصورة من صور العنف بخلاف المشرع المغربي الذي جرم الفعل، مما جعل التساؤل مطروحا

حول مدى إمكانية قيام جريمة الاغتصاب في ظل العلاقة الزوجية، فهل إجبار الزوج لزوجته على المعاشرة الجنسية بدون رضاها يمثل جريمة يعاقب عليها جزائيا [151]. ؟

ونظرا لخصوصية حق التأديب فقد كان لابد من التمييز بين إلتزام حسن النية في إستعماله عموما، وما يتجاوز من إستعمال لهذا الحق فإذا حدث هذا التجاوز فإنه بذلك يخرج هذا السلوك من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم ولكن يمكن أن يشمل بضروف التخفيف.

المطلب الثاني

الظروف المخففة

لقد كفل المشرع الجنائي المغاربي حق الإنسان في الحياة، حيث عاقب بشدة على جريمة القتل العمد في صورتها البسيطة بالسجن المؤبد أو بالإعدام في حالة اقترانها بظرف من ظروف التشديد. إلا أن المشرعين المغاربين أخذوا بعين الإعتبار بعض الظروف التي قد تدفع الشخص لإرتكاب جريمة القتل وذلك تحت تأثير قوى معينة مما يستدعي النظر إلى مسؤوليته بعين التخفيف في العقاب.

---

[151] - أمام غياب نص خاص ضمن التشريع التونسي في المنع أو في الإباحة انقسم الفقه والقضاء التونسيين بين اتجاهين اثنين، الموقف التقليدي يميز بين نوعين من العلاقات الجنسية التي يجبر عليها الزوج زوجته، العلاقة الجنسية غير الطبيعية أي من الدبر و العلاقة الجنسية الطبيعية ،واعتبر فقه القضاء منذ النصف الأول من القرن الماضي أنه في الحالة الأولى يعد الزوج مرتكبا لجريمة الاعتداء بفعل الفاحشة على معنى الفصل 112 من المجلة الجنائية ومن أمثلة فقه القضاء القرار ألتعقيبي الجنائي الصادر تحت عدد15711 /7554/71 والذي جاء بإحدى حيثياته بأن جريمة الفصل 112 من المجلة الجنائية لا تنمحي بوجود عقد زواج بين الفاعل و المتضررة ضرورة أن عقد الزواج يضفي الشرعية على العلاقات الجنسية الطبيعية بين الزوجين دون سواها و لا يؤطر قانونا الشذوذ الجنسي كما أنه لا يمكن اعتبار أن عقد الزواج يمد الزوج بالسلطة المادية و الأدبية على جسد زوجته خارج علاقتهما الطبيعية كزوجين فما هو موقف هذا الاتجاه التقليدي من إجبار الزوج زوجته بالقوة على الوطء لكن من المكان الطبيعي ؟

أمام سكوت النص أجمع الفقهاء و فقه القضاء على إعتبار أن إبرام عقد الزوج يعتبر قرينة على كل ما يترتب عن هذا العقد من آثار مادية و قانونية لعل أهمها إقامة علاقة جنسية مع الطرف الآخر كما برروا انتفاء جريمة الاغتصاب لانتفاء النية الإجرامية و المتمثلة في علم الجاني بأنه يقوم بفعل محظور يعاقب عليه جزائيا فهو بصدد استعمال حق وقد اعتبر بعض الفقهاء مواقعة الزوج لزوجته باستعمال القوة اعتداءا بالعنف يمكن تتبعه عدليا غير أنه لا يعتبر اغتصابا. واعتبر الفقهاء التونسيون أن من أوكد واجبات الزوجة التي حملها إياها عقد الزواج هي تمكين زوجها من مضاجعتها بل إن هذا الواجب هو موضوع الزواج.

فإن كان هذا الاتجاه التقليدي الذي لا يجرم اغتصاب الزوج لزوجته فإن الموقف الحديث يؤول الفصل 111 من المجلة الجنائية تأويلا واسعا إذ إستعمل المشرع عبارة مطلقة " كل من واقع أنثى بدون رضاها " و يمكن أن يكون الزوج هو الجاني إذ أن الزواج لا يبيح للزوج حرية كاملة في التصرف في جسد زوجته إنما تبقى لجسدها حرمة حتى تجاه زوجها علاوة على أن الاتصال غصبا و باستعمال القوة منافي لواجب حسن المعاشرة المحمول على الزوج.

وإن الظروف المخففة هي أسباب متروكة لتقدير القاضي تخوله حق تخفيض العقوبة في الحدود التي عينها القانون. بنظره إلى كل ما يتعلق بماديات العمل الإجرامي وبشخص المجرم وبمن وقعت عليه الجريمة وكذلك كل ما أحاط ذلك العمل ومرتكبه والضحية من ملابسات وظروف[152].

ووفق نظرة المشرع الجزائي الجزائري ، فقد نص بالمادة 277 من ق.ع على أنه يستفيد من الأعذار المخففة الجاني الذي إرتكب جريمة القتل من تخفيض العقوبة قانونا وبصفة إلزامية، والأعذار تختلف عن حالة الدفاع الشرعي فإذ توافرت شروطه نبحث عن مدى إنطباق العذر[153].

وبناء على ما سبق تقديمه يمكن عرض أهم صور ظروف التخفيف في الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ضمن التشريعات المغاربية وفق ما يلي :

الفرع الأول

جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة

لقد راعى المشرعين المغاربين صفة الأمومة في جريمة قتل الطفل الحديث العهد بالولادة المنصوص عليها في المادة 259 و نص المادة 261 ق.ع.ج الفقرة الثانية والفصل397 من م.ج.م. وأمام الإختلاف البين في حالات جرائم القتل، لم يجد المشرع الجنائي المغاربي بدا من تنويع الجزاءات المستحقة وفق ما يقتضيه مبدأ تفريد العقاب[154]. كما هو الشأن في حالة قتل الأم لطفلها الوليد[155] التي تعتبر من الحوادث النادرة، ذلك أن عاطفة الأمومة تطغى على النساء بصفة عامة فمن النادر أن تتجرأ أم على قتل وليدها، إلا إذا قام لديها سبب أدى بها إلى الإقدام على قتل وليدها[156].

ومن بين الأسباب التي قد تدفع المرأة إلى قتل وليدها، الضغوط النفسية والإجتماعية والنظرة السيئة للمرأة التي تحمل إبن غير شرعي، وما يلحق بها من عار ، أو بدافع الشفقة والرحمة إذا كان الوليد مشوه الخلقة أو لرغبة الأم في قطع علاقتها نهائيا بزوجها الذي طلقها مثلا[157].

---

[152] – جندى عبد الملك، نفس المرجع ، ص. 664.

[153] - ومثال ذلك العذر الذي جاء به نص المادة 277 من ق.ع الجزائري فتُخفف العقوبة طبقا لنص المادة 283 من ق.ع.

[154] – عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد، مجلة المحاكم، عدد، 88-89، 2001، ص.74.

[155]– لم يحدد المشرع المغربي الفترة التي يعتبر الطفل فيها وليدا لما فتح الباب أمام تضارب وجهات نظر الفقهاء في تحديدها، وبالرجوع إلى آراء بعض الفقهاء نجده يعتبر الطفل وليدا يسري على قتله الفصل 2/397 منذ انفصاله من الرحم بكيفية تسمح بتوجيه الاعتداء إليه مباشرة حتى ولو كان الحبل السري لم يقطع بعد.

[156]– أحمد أجوييد، المرجع السابق، ص.27.

[157]– أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص. 68.

وعلى كل حال، فقد إرتأ المشرع الجنائي المغربي تخفيف عقوبة الأم التي تقتل وليدها سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة إذ تعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات طبقا للفصل 397 م.ج.م[158].

ومثله المشرع الجزائري إذ قرر عقوبة مخففة بموجب المادة 259 في حق الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة وذلك بالسجن من عشرة سنوات إلى عشرين سنة بدلا من عقوبة الإعدام. بنصها "ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو إشتركوا معها في إرتكاب الجريمة".

وهو نفس الجزاء المقرر لدى المشرع التونسي بالفصل 211 من م.ج.ت بنصها " تعاقب بالسجن مدة عشرة أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته .

وتتحقق الإستفادة من ظروف التخفيف ضمن التشريع الجزائري في هذه الجناية بمجموعة من الشروط تتوافق وشروط التجريم بالتشريعات المغاربية الأخرى، هذه الشروط فصل فيها القضاء الجزائري وفق ما قضى به المجلس الأعلى في21 أفريل 1981 [159] " تتحقق جناية قتل الطفل حديث العهد بالولادة من قبل أمه الجناية المنصوص والمعاقب عليها في المادتين 259 و 261 الفقرة 2 من ق.ع، بقيام الأركان التالية:

1 – أن يولد الطفل حيا.

2 – أن تقوم الجناية بفعل يؤدى حتما إلى وفاة المولود كعدم ربط حبله السري.

3– صفة الجانية: أن تكون أم المجني عليه.

4– القصد الجنائي".

وهي نفس الشروط المتطلبة ضمن التشريع المغربي وتفصيل هذه العناصر على نحو مايأتى :

1– يجب أن يولد الطفل حيا وإثبات حياة الطفل تكون على عاتق النيابة العامة، فالمهم هو أن يعيش بعد ولادته ولو دقيقة واحدة، وتحديد اللحظة التي يكون فيها الطفل حديث العهد بالولادة هي مسألة تقديرية فيعاقب القاتل إذا أزهق روح الطفل أثناء تلك الفترة القصيرة والتي كان فيها الطفل حيا[160]. أي أن المشرع تطلب عنصرا مفترضا في هاته الجناية وهو أن ينصب القتل على طفل حديث العهد بالولادة[161].

---

[158] – الفصل397 "من قتل عمدا طفلا وليدا يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصلين 392 و 393 ، على حسب الأحوال المفصلة فيهما إلا أن الأم، سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة في قتل وليدها، تعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر .ولا يطبق هذا النص على مشاركيها ولا على المساهمين معها.

[159]– مجلس أعلى، غ.ج.1، 1981/04/21، ملف رقم 24442، نشرة القضاة، 1983، عدد 2، ص.70.

[160]– بن شيخ الحسين، المرجع السابق، ص. 34.

[161]– عبيدى الشافعي، الطب الشرعي والأدلة الجنائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008، ص. 68- 70.

2- أن تقوم الجناية بفعل إيجابي من شأنه إحداث الوفاة، أو بفعل سلبي يؤدي حتما إلى وفاة المولود. وقد جاء في قرار المجلس الأعلى الجزائري الصادر في 04 جانفي 1983بأنه " في جريمة القتل العمد يكون الجاني مسؤولا عن وفاة المجني عليه متى كانت النتيجة وهى الوفاة مرتبطة بنشاطه إرتباط وثيقا لايسمح في التردد في القول بأن هذا النشاط هو السبب المباشر في حدوث الموت سواء حصل القتل بفعل الجاني أو وقع بطريقة سلبية وهو مايسمى بالقتل بالترك أوبالإمتناع كالأم التي امتنعت عمدا عن قطع الحبل السري ليموت طفلها حديث العهد بالولادة ، فمات لأن وفات المولود مرتبطة بإمتناع أمه عن القيام بواجبها إرتباط السبب بالمسبب"[162].

3- أن تكون الجانية أماً للمجني عليه بإعتباره الغاية التي جاء من أجلها تخفيف العقاب. أما فيما يخص المتهمين من غير الأم، فإن وصف المولود حديثا لا أثر له إطلاقا على جسامة العقوبة. ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة 44 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري على أنه " لا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف" وهذا هو المبدأ العام كما جاءت به المادة 261 الفقرة 2 من ق.ع.ج لتؤكده صراحة بأنه لا يطبق ظرف التخفيف على المساهمين، لأنه ظرف شخصي للام، لأنهم مرتكبون لجريمة القتل بصورة مستقلة[163].

ومن التطبيقات القضائية في ذلك ما جاء في قرار المجلس الأعلى[164] على أنه " يعاقب القانون الأم التي قتلت طفلها حديث العهد بالولادة لا بالعقوبة المقررة للقتل العمد وإنما بعقوبة مخففة هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين عاما غير أنه لايستفيد من هذا العذر المخفف غيرها ممن ساهموا أو اشتركوا معها كالزوج مثلا وذلك طبقا لأحكام المادة 261 الفقرة 2 من قانون العقوبات".

ومن ثم فإنه في إطار المسؤولية الجزائية إذا ما كانت الأم في إحدى حالات إمتناع المسؤولية، من جنون أو إكراه، فإن هذه الأحكام لاتمتد إلى المساهمين معها. كما لا يستفيد المساهمون مع الأم في إنقضاء الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة عليها أو من الأعذار إذا توافرت فيها وهذا تطبيق أخر لمبدأ إستقلالية التجريم .

[162] – مجلس أعلى، غ.ج 1، 04/ 01/ 1983، ملف رقم 30100، مقتبس عن جيلالى بغدادي، الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية.

[163] – عبيدى الشافعي، المرجع السابق، ص. 68.

[164] – المحكمة العليا، غ.ج 1، 24/ 07/ 1990، ملف رقم 69053، مقتبس عن جيلالى بغدادي، المرجع السابق، ص. 371.

وإن المشرع الجنائي المغربي نص صراحة من خلال الفصل 397 م.ج.م على استفادة الأم القاتلة لوحدها من هذا العذر المخفف للعقوبة دون استفادة مشاركيها أو المساهمين معها في القتل[165]. فقد جاء النص عاما ومن ثم فالأم تستفيد من عذر التخفيف سواء كان الوليد شرعيا أو غير شرعي.

وبذلك يكون المشرع الجنائي المغربي قد ساير التشريع الجنائي الفرنسي الذي يقرر هذا العذر سواء كان قتل الأم لولدها ومهما كانت البواعث دنيئة[166]، على خلاف بعض التشريعات العربية التي تمتع الأم بهذا العذر متى كان القتل اتقاء للعار فقط كما هو الشأن بالنسبة لقانون العقوبات السوري الكويتي واللبناني[167]. ولا تكتمل هذه الأركان إلا بتوافر القصد الجنائي.

4- القصد الجنائي الذي كثير ما تثار الدفوع حول توافره ويقع عبء إثبات الإرادة الجنائية على عاتق النيابة العامة.

وقد يستقرء ذلك من الظروف السابقة للجريمة والمصاحبة لها أو التالية لها، ويترك ذلك لتقدير قضاة الموضوع. وينتفي القصد، أي العمد، بإنتفاء علاقة السببية بين الفعل والنتيجة بصورة عامة.

وأخيرا نخلص إلى أن حماية الولد من القتل في القانون الجنائي المغاربي تبقى قاصرة لأنه لم يحدد ما هو الولد، أي مرحلة إبتداء الولد ومرحلة إنتهائها، و لكون المشرع كذلك أخذ بالباعث كعذر قانوني مهما كانت نية المجرم . فهل أخذ المشرع المغاربي بالباعث كعذر في صورة تخفيف العقاب في حالة التلبس بجرم الزنا ؟

الفرع الثاني

صورة تخفيف العقاب في حالة التلبس بجرم الزنا

منح المشرعون المغاربيون الزوج الذي يقوم بقتل أو ضرب أو جرح زوجه أوشريكه أثناء مفاجأته له في حالة تلبس بالزنا عذرا مخففا للعقوبة المقررة لهذه الجريمة[168] ومما جاء في ذلك ضمن التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 279 ق.ع بقولها " يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا إرتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا". و الفصل 418 من

[165]- ممدوح خليل، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية،المرجع السابق، ص. 118.

[166]-رجاء ناجي، قتل الرأفة أو الخلاص، رسالة دبلوم الدراسات العليا،كلية الحقوق أكدال، الرباط،السنة الجامعية 1999-2000،ص. 180.

[167]- هلالي عبد الله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دار النهضة العربية، القاهرة ، 1989 ص. 308.

[168]- عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة...، المرجع السابق، ص. 93.

م.ج.م[169] بحيث أصبح يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب إذا ارتكبهما أحد الزوجين ضد الزوج الآخر و شريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية.

وأعتبر المشرعون المغاربيون هذا الظرف مخففا للعقوبة مراعاة منه لحالة الزوج إذ أنه سيفقد سيطرته على نفسه لما يحسه من طعن في شرفه وقد يقدم على فعله دون إدراك تام منه.مما يشكل نوع من الإستفزاز هذا الإستفزاز يخلق لدى الزوج أو الزوجة حالة نفسية لا تمكن من التفكير الهادي ولا تدع أي قدر من الإختيار[170].

ويمكن حصر الشروط الواجب توافرها للإستفادة من عذر التخفيف ضمن هذه الجريمة وفق ما جاءت به المادة 279 من ق.ع .جكونها لا تختلف فيما إشترطته من أركان التشريعات المغاربية في هذا الخصوص كما يلي:

وجوب قيام رابطة زوجية ولا يستفيد من هذا العذر أي شخص مهما كانت درجة قرابته بالزاني اذ لم يكن زوجا[171]. و أن المشرع قد حقق مبدأ المساواة بين الزوجين في الإستفادة على أساس عذر الإستفزاز[172]. عندما يضبط الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا أو العكس.

بالإضافة إلى إشتراط توافر وضع أو حالة التلبس بجريمة الزنا، ويكون ذلك من خلال مفاجأة أحد الزوجين للآخر في حالة تلبس بالزنا، فلا يستفيد الزوج من تخفيف العقاب إذا قتل زوجته التي يعلم سوء سلوكها أو لشكه في سلوكها.

ثم هناك حالة إرتكاب فعل القتل في الحال. اذا يشترط أن يرتكب الزوج فعل القتل فور مفاجأته لزوجته حال إرتكابها لفعل الزنا وهذا من خلال نص المادة 279 بنصها " في اللحظة التي يفاجئه فيها ..." إذ يرتبط هذا الشرط بعلة التخفيف وهى حالة الوضع النفسي الذي يوجد فيه الزوج الذي يفاجئ زوجته المتلبسة بالزنا أو العكس، فإذا زالت حالة الانفعال لم يعد هناك مبرر للاستفادة من تخفيف العقاب إذ قتل الزوج زوجته التي كانت متلبسة بالزنا[173].

---

[169]- الفصل 418" يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا ارتكبها أحد الزوجين ضد الزوج الآخر وشريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية.

[170]- رجاء ناجى المكاوي، العنف الأسري في الشرع الإسلامي، ط 1، دار السلام، المغرب، 2008، ص. 15.

[171] - السعيد كامل، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، دراسة تحليلية مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر، عمان، 1994، ص. 198.

[172]- محمد رشاد متولي، جرائم الإعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ط 2، 1989، د م ج، الجزائر، ص. 118- 119.

[173]- حسين فريجة، المرجع السابق، ص.96.

وتطبيقا لنص المادة 283 من ق.ع وجب تخفيف عقوبة القتل العمد إلى الحبس حسب التصنيف الذي جاءت به نفس المادة على النحو الآتي:

1- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذ تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.

2- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى .

3- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بالجنحة

ويجوز علاوة على ذلك الحكم على الجاني بالمنع من الإقامة، من خمس سنوات على الأقل إلى عشرة سنوات على الأكثر في الحالتين الأولى والثانية. وتطبق نفس تخفيضات العقوبة المقررة ضمن التشريع المغربي وفق الفصل423 "عندما يثبت العذر القانوني، فإن العقوبات تخفض إلى:

1- الحبس من سنة إلى خمس في الجنايات المعاقب عليها قانونا بالإعدام أو السجن المؤبد.

2- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين في جميع الجنايات الأخرى.

3- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر في الجنح.

والفصل424 " في الحالات المشار إليها في الرقمين (1) و (2)من الفصل السابق، يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر.

غير أنه يمكن أن تثار مسألة إستفادة الزوجة وشريكها من العذر المخفف نتيجة دفاعهما عن نفسيهما ضد فعل الزوج باعتبار أنهما ارتكبا جريمتهما لدفع ضرر تعرضهما إلى ضرب شديد أو أنهما ارتكبا جريمتهما دفاعا عن حياتهما أو سلامة جسمهما طبقا لقواعد الدفاع الشرعي [174] إذ قتل الزوج. وكأثر لقتل الزوج لن تتحرك الدعوى العمومية عن جريمة الزنا باعتبار أن تحريكها يتم بناء على شكوى الزوج طبقا لما هو مستوجب قانونا دون ورثته.

وهناك من الفقه من دعى إلى أن يترك تقدير حالة الإنفعال التي يوجد فيها الزوج المخدوع ولحظة مفاجئته لزوجته متلبسة بالزنا أو العكس، للقاضي الجنائي لا للمشرع الجنائي[175].

ولا مجال للخوض في تفاصيل هذه الأوضاع والحالات ضمن التشريع التونسي كونه ألغى الأعذار القانونية المنصوص عليها بالفصل111 قديم من م.ج و الذي كان يقر عقوبة مخففة للزوج الذي يقتل زوجته لدى

[174]- تنص المادة 40 من قانون العقوبات " يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:
- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه...
- الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس ."

[175] - عباس أبو شامة محمد الأمين البشرى، المرجع السابق،ص .17 .

اقترافها لجريمة الزنا بمحل الزوجية فأصبح منعدما بتونس ما يسمى بجرائم الشرف و ذلك بمقتضى القانون عدد 11المؤرخ في 17 جويلية 1997.

وبناء على السابق تفصيله نعتبر أن الأمر لم يقتصر على صورة تخفيف العقاب على الجاني ضمن جرائم الأسرة، بل يصل الأمر إلى درجة تشديد العقاب في باقي الجرائم الماسة بها، وفق معيار الرابطة الأسرية كظرف مشدد للعقوبة.

المطلب الثالث

الرابطة الأسرية كظرف مشدّد للعقوبة

تعد الظروف المشددة تلك الملابسات والوقائع التي إذا ما اقترنت بالجريمة شددت عقوبتها وسواء أبقت على وصف الجريمة أو غيرت من وصفها[176] والتي تجد تطبيقاته ضمن الجرائم الماسة بالأسرة.

إذ لم يقتصر مجال الحماية الجزائية للأسرة على إفراد العقاب مثلما يفرض عن باقي الجرائم ، وإنما سعى المشرعون المغاربيون إلى تقرير ضمانة أخرى تمثلة في تشديد العقاب في الجرائم الماسة بها، حرصا منه على ضرورة تحسين وضمان تماسك كل الروابط الأسرية ، ورغبة منه في أن يضفي الاحترام الكامل على العلاقات الأسرية و الزوجية، خاصة ما تعلق منها بالجرائم الماسة بالسلامة الجسدية (الفرع الأول)نظرا لخطورتها وفضاعتها على الإسقرار الإجتماعي كالجرائم الماسة بالشرف والاعتبار(الفرع الثاني) ليتعدى مجال تشديد العقاب في جرائم الإخلال بحقوق الأولاد (الفرع الثالث) هذا بالمقارنة بباقي الجرائم الحاصلة بين الأفراد خارج العلاقة الأسرية.

الفرع الأول

الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية

تدخل المشرع الجزائي المغاربي لإعتبارا أهمية الرابطة الأسرية بين الجاني والضحية، جاعلا منها ظرفا مشددا للجريمة يترتب عليها تشديد العقوبة المقررة لها، إذ على القاضي عند تحديده للجزاء أخذ هذه الرابطة بعين التقدير في الجرائم الآتية:

[176] – مبارك السعيد بلقائد ، القانون الجنائي الخاص، الرباط، 2000، ص. 45.

أولا

جريمة القتل

وهي جريمة إتفقت كل الأديان على تحريمها[177] كما خصتها التشريعات المغاربية بعقوبة مشددة للخطورة الإجرامية الكامنة في نفسية القاتل، ونتعرض في هذا الجانب إلى وضعين وهما حالة الوضع الذي يكون فيه الضحية أحد الأصول، والوضع الثاني ما يتعلق بكون محل الجريمة أحد الفروع ومعرفة درجة تشديد العقاب والحكمة من ذلك.ثم الإشارة إلى أثر العقوبة على الرابطة الزوجية تشديدا في حالة القتل.

1/ حالة قتل الأصول

أكد على هذا الوضع ضمن التشريع الجزائري نص المادة 261 ق.ع المسلط لعقوبة الإعدام، في حق كل من أرتكب جريمة قتل الأصول، وقد بينت المادة 258 ق.ع المقصود بهذه الجريمة بقولها "قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين " أي هي الجريمة التي يقوم فيها الأبناء أو الأحفاد بقتل آبائهم أو أمهاتهم أو أجدادهم أوجداتهم، ولا تنطبق على زوج الأم أو زوجة الأب لأنهم ليسوا من الأصول الشرعيين[178].

ومن بين حالات التجريم ضمن التشريعات المغاربية ما أورده المشرع المغربي بالفصل 396 من م.ج.م بنصها " من قتل عمدا أحد أصوله يعاقب بالإعدام.

فيشترط لتقرير العقوبة أن يكون القاتل فرعا من فروع الضحية، وهذا ما أكده القضاء الجزائري بقرار المحكمة العليا[179] بأن" من المقرر قانونا أن قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين.ولما كانت صفة الشرعية منعدمة لدى شخص الأب فلا يحق له الاحتجاج بحق محمي قانونا والمطالب التعويض والتأسيس كطرف مدني.

---

[177]– ومنها الدين الإسلامي وفي هذا الجانب، يقول سبحانه وتعالى في كتابه " وَالَّذِينَ لاَ يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلاَ يَقْتُلُونَ النَّفْسَ التي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقّ "، الآية، 68 سورة الفرقان؛ وقوله تعالى " وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ التي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقّ ذالِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ " ، الآية، 151سورة الأنعام؛ ومن الآيات القرآنية المجرّمة لهذا الفعل الشنيع كذلك قوله تعالى " وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً "، الآية، 93 سورة النساء؛ وقوله تعالى " مِنْ أَجْلِ ذالِكَ كَتَبْنَا عَلَى بني إِسْرائيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً "، الآية، 32 سورة المائدة. وحديث النبي صل الله عليه وسلم حَدَّثَنَا عُمَرُ بْنُ حَفْصٍ حَدَّثَنَا أَبِي حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُرَّةَ عَنْ مَسْرُوقٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ" لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالثَّيِّبُ الزَّانِي وَالْمَارِقُ مِنْ الدِّينِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ".

[178] – إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، جنائي خاص، د.م.ج، الجزائر، 1983، ص. 40.

[179]– المحكمة العليا، غ.ج، 2000/07/25، قرار رقم 183365، قانون العقوبات، النص الكامل للقانون والمدعم بالاجتهادات القضائية، ط 2، 2002، ص. 165.

وعليه، فإن صفة التقاضي أمام المحاكم للمطالبة بالتعويضات غير متوفرة . في قضية الحال . مما يتعين التصريح بعدم قبول الطعن."

ويترتب على ذلك أن القرابة التي يجب توافرها هي القرابة المباشرة أما قرابة الحواشي فلا تؤلف الظرف المشدد المنصوص عليه في المادة 258 ق.ع ضمن التشريع لجزائري[180]، ولهذا فلا سبيل لتشديد العقوبة في جريمة القتل العمد الذي يقع بين الأزواج والزوجات وبين الأخوة والأخوات أو بين الأعمام أو العمات او أولاد الأخ أو الأخت...إلخ.

وهو نفس التحديد الذي جاء به المشرع التونسي في تجريمه لقتل الأصول بالفصل203 الفقرة الثانية من المجلة الجزائية " قتل القريب يعاقب مرتكبه بالقتل.

والمقصود بقتل القريب هو قتل الوالد أو الوالدة أو غيرهما ممن هو فوقهما من الوالدين.

والعبرة هنا بالشرعية، وهذا من شأنه أن يستبعد حالات التبني والكفالة[181] إلا أن المشرع المغربي شمل بالجزاء حتى الإبن المكفول في حالة قتل كافله، وهذا توسع في مجال الحماية الجزائية وتشديد للعقاب.

وإذا وقع خلاف حول النسب أمام المحكمة الجزائية الناظرة في موضوع جريمة القتل، فإن إثبات ذلك إنما يقع على عاتق النيابة العامة بالدرجة الأولى، وعلى ذوي حقوق الضحية بالدرجة الثانية، وإن من إختصاص المحكمة الجزائية هذه أن تفصل في هذا الدفع إستنادا إلى القاعدة القائلة بأن: " قاضي الأصل هو قاضي الدفع "[182].

وتكون عقوبة قتل الأصول الإعدام دائما، مهما كانت الظروف التي إقترف فيها الجرم[183]، ولا يستفيد الجاني من الأعذار المخففة لعقوبة القتل العمدي في حالة قتل الأصول. وهذا ما أكدته المادة 282 من ق.ع[184]. وبالفصل 422 م.ج.م" لا يوجد مطلق عذر مخفض للعقوبة في جناية قتل الأصول.

---

180 – ومتى ثبت لقاضي الموضوع أن المجني عليه هو أحد أصول الجاني طبق المادتين 258 و 261 ق.ع. وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 22 جوان 1993 ملف رقم 103527، أنه "إذا كنا أمام حالة المتهم بالقتل مع سبق الإصرار والترصد فإنه لا بد من طرح سؤالين متميزين إلى القضاة والمحلفين المكونين لمحكمة الجنايات الأول حول القتل العمد والثاني حول ظرف سبق الإصرار والترصد فهذا لا يعني أننا ملزمون بطرح سؤالين كذلك فيما يتعلق بجريمة قتل الأصول إذ أنه سؤال واحد يكفي للقضاة في التهمة بكاملها، مع أنه لا يقع تحت طائلة البطلان في حالة طرح سؤالين الأول حول القتل العمد والثاني يتعلق بصلة القرابة.

181 – أحسن بوسقيعة، الوجيز...، المرجع السابق، ص . 28 – 29.

182 – في هذا المعنى ما نصت عليه المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: " تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يبديها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، وهو أيضا نفس المعنى الذي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 352 من قانون الإجراءات الجزائية لما نصت على أن: " المحكمة الملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة على هذا الوجه إيداعاً قانونيا يتعين عليها ضم المسائل الفرعية والد فوع المبداة أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد يبث فيه أولا في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع"

183 – بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائي الخاص، ط 5، دار هومة، 2006، الجزائر، ص. 30.

184 – نصت المادة 282 من قانون العقوبات الجزائري "لا عذر إطلاقا لمن قتل أباه أو أمه أو أحد أصوله."

هذا على خلاف الأفعال المبررة المانعة للمسؤولية (الجنون، ما أمر أو أذن به القانون، الدفاع الشرعي فإنها تطبق على قاتل الأصول[185].

بالإضافة إلى عقوبة مالية غير مباشرة تتمثل في حرمان الشخص من حقه في التركة، كلما ثبت أن هذا الشخص قد قتل مورثه عمداً وعدوانً[186].

وتعد صفة إبن المجني عليه في جريمة القتل العمد تعد من الظروف المختلطة، فهي ظرف شخصي وموضوعي في نفس الوقت، فهي شخصية كونها تتصل بشخصية المعني بالأمر وهي موضوعية لكنها تؤثر في الإجرام[187] بخلاف المشرع المغربي الذي إعتبرها ظرفا شخصيا، يستثنى معه المساهمون والمشاركون مع الجاني في قتل أحد أصوله، وغير المرتبطين معه بنفس القرابة طبقا للفصل 130 م.ج.م.

وعلى هذا الأساس فإنه في حالة مساهمة الإبن في قتل والده يكون الحال كالتالي:

-بالنسبة للإبن: سواء كان فاعلا أو شريكا تطبق عليه الظروف المشددة فيعاقب بالإعدام

إذا كان فاعلا أصليا يرتكب الابن جناية قتل الأصول عملا بالظروف الموضوعية تنطبق عليه عقوبة الإعدام.

إذا كان شريكا لقاتل والده تطبق عليه عقوبة الإعدام أيضا عملا بقاعدة الظروف الشخصية.

بالنسبة للمساهم الثاني في جريمة قتل الأصول : بحسب ما إذا كان يعلم بأن المجني عليه والد المساهم الأول أو لا يعلم بذلك تطبق عليه الظروف المشددة أولا تطبق سواء كان فاعلا أو شريكا.

يرتكب المساهم الثاني في القتل جناية القتل ويعاقب بالسجن المؤبد إذا كان يجهل صفة المجني عليه بالنسبة للمساهم الأول.

يرتكب المساهم الثاني في القتل جناية قتل الأصول ويعاقب بالإعدام إذا كان يعلم صفة المجني عليه بالنسبة للمساهم الأول وهذا عملا بقاعدة الظروف الموضوعية [188].

وبناء على السابق ذكره فقد تبين أن تجريم وتشديد العقاب في جريمة قتل الأصول جاء متناسب فيما بين التشريعات الجنائية المغاربية، هذا التناسب وجد مجاله في جريمة إجهاض الأم المؤدى للموت.

---

185 – بن شيخ لحسين، المرجع السابق، ص. 32.

186 – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 90.

187 - أحسن بوسقيعة، الوجيز...، المرجع السابق، ص. 163 وما بعدها

188 – لقد تم التوصل لمثل هذا الحل تماشيا مع ما توصل إليه القضاء الفرنسي عندما طرحت عليه مسألة الظروف المختلطة إذا لم يتردد في اعتبار الشريك في المثال الذي يكون فيه الابن قاتلا لأبيه، فاعلا أصليا مساعدا coauteur حتى تطبق عليه العقوبة المقررة للفاعل الأصلي وهذا ما سلكه المشرع الجزائري في المادة 44 ق.ع

2/ إجهاض الأم المؤدي للوفاة

قد تترتب عن حالة وضع حد لحياة الجنين بإجهاضه آثار وإنعكاسات خطيرة على صحة الأم، وقد تتعدى النتيجة إلى وفاتها دون قصد إحداثها، لأجل ذلك تشدد المشرع الجزائري في عقاب الفاعل الذي تربطه بالضحية علاقة قرابة، بالسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة، حسب المادة 304 الفقرة الثانية، وهو نفس الجزاء العقابي الذي جاء به المشرع المغربي بالفصل 449 ق.ج[189].

ويشترط مجموعة من العناصر لتشديد العقاب منها السلوك المادي المتمثل في مباشرة تقديم أنواع من المشروبات أو المأكولات، أو السلوكات التي تشمل أعمال العنف على جسم الأم، محققة نتيجة وفاة الأم المراد إسقاط حملها.لأنّ عدم حصول الوفاة لا يستلزم تطبيق الفقرة الثانية من المادة 304 من ق.ع أو الفقرة الثانية من الفصل 449 م.ج .م. وهذا ما يتطلب قيام علاقة سببية قوية بين نتيجة الموت وبين الأشياء المقدمة أو الوسائل المستعملة[190].

ولم يشترط المشرعون المغاربيون توفر أي قصد خاص بشأن الوفاة، فإذا ثبت أنّ نية الفاعل اتجهت نحو قتل الأم، فإنّ الجريمة التي تنسب إليه هي جريمة القتل العمد، وتطبق العقوبة المنصوص عليها في المادة 262 من ق.ع[191]. وهو نفس الإجراء ضمن التشريع المغربي. فما ما هو الجزاء المقرر في حالة قتل الفروع؟

ج: حالة قتل الفروع

إن المشرع الجزائري تناول حالة قتل الفروع في القسم الأول المتعلق بأعمال العنف العمدية في المادة 272 ق.ع والتي نصت على أنه: "إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته".

وجاء مجال التجريم بالتشريع التونسي بالفصل 210 " يعاقب بالسجن بقية العمر الوالد الذي يتعمد قتل ولده".

وتتضمن شروط التشديد ضمن قانون العقوبات الجزائري في أنه يجب أن تقع جريمة القتل بأركانها الثلاثة ثم أنه يجب إقدام أحد الأصول على قتل أحد فروعه وهنا نص قانون العقوبات الجزائري على أنه يجب التفرقة بين حالتين:

---

189 - الفصل 449 " من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك، برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أية وسيلة أخري، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم. وإذا نتج عن ذلك موتها، فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة.

190 – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...، المرجع السابق، ص. 46 - 47.

191 – عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة ...،نفس المرجع، ص. 47.

أ- **الحالة الأولى** : وهى الحالة التي يأخذ فيها بمعيار السن تحديدا، فإذا تجاوز أحد الفروع سن السادسة عشر سنة من عمره تطبق عقوبة السجن المؤبد وفقا للفقرة الثالثة من المادة 263 من ق.ع بنصها "ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد"[192] .وقد تكون العقوبة الإعدام في حال توافر ظرف مشدد.

ب- **الحالة الثانية** : وهى حالة عدم بلوغ الفرع من العمر وقت إرتكاب الجريمة ستة عشرة سنة من عمره، فنجد المشرع أمام هذه الحالة قد قرر عقوبة الإعدام تشديدا وذلك طبقا للمادة 272 من ق.ع

في فقرتها الرابعة إذا كان أحد الجناة من أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين، أو أي شخص أخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته وذلك إذا نتج عن ذلك التعدي وفاة الطفل[193].

مع إشتراط توافر الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 3 و4 من المادة 271 من ق.ع [194].

ولم نجد ضمن التشريع التونسي أي تحديد للسن وتمييز بذلك في العقاب بل جاء التشديد عام يشترط صفة الأصل ضد الفرع لتشديد العقاب[195].

---

[192] - نص المادة 263 من قانون العقوبات الجزائري "يعاقب على القتل بالإعدام إذا سبق أو صاحب أو تلي جناية أخرى.
كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه إما إعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أوضمان تخلصهم من عقوبتها.ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد.
وفى جميع الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة يجب القضاء بمصادرة الأسلحة والأشياء التي استعملت في ارتكاب الجناية مع حفظ حقوق الغير حسن النية".

[193] - هناك رأي أخر يرى أنه لا يمكن تشديد عقوبة القتل العمد في حالة ما إذا كان المجني عليه أحد الفروع والجاني أحد الأصول وذلك أن المشرع الجزائري لم يخصص لهذه الحالة نص خاص وصريح مثلما فعل بالنسبة لقتل الأصول والتي أورد لها نص صريح هو نص المادة 258 ق.ع و أن التشريع الجزائري يبدو أنه إتجه حيال هذا الظرف المشدد المبني على أساس صلة القرابة إلى التضييق في مدلول القرابة واقتصر التشديد على قتل الأصول فقط دون الفروع هذا من جهة.

ومن جهة أخرى لا يمكن اعتبار أن المشرع تناول قتل الفروع كظرف مشدد في القسم المتعلق بأعمال العنف العمدية إستنادا إلى منع قياس هذا الفرض مع الفرض المنصوص عليه في المادة 04/272 ق.ع طبقا إلى ما هو مستقر عليه من حظر القياس في مجال التجريم ومن ثمة في مجال التشديد. ومن أجل دلك يعتبر هذا الرأى أن صفة الفرع الواردة في المادة 272 ق.ع فقرة 04 لا يمكن إعتبارها بأي حال من الأحوال أنها ظرف مشدد لجريمة القتل و ظرف الفروع في هذه الحالة هو فعلا ظرفا مشددا ولكن ليس لجريمة القتل العمد وإنما لجريمة الضرب والجرح العمدي المفضي إلى الوفاة دون قصد إحداثها المنصوص عليها في المادة 02/264 فالمبدأ أن هذه الجناية معاقب عليها بالسجن من 10 إلى 20 سنة إلا أنه في حالة ما إذا كان القاصر الذي لم يتجاوز 16 سنة مجني عليه (وضحية) والجاني من أحد الأصول أو ممن لهم سلطة عليه أو يتولى رعايته فتصبح في هذه الحالة جناية مشددة وعقوبتها ترفع إلى الإعدام طبقا للمادة 04/272 ق.ع.

وأنه في حالة القاصر الذي تجاوز 16 سنة نرجع إلى تطبيق نص المادة 04/264 ق.ع لتكون عقوبته (السجن من 10 إلى 20 سنة لا السجن المؤبد طبقا للمادة 263/03 ق.ع كما جاء في الرأي السابق.

وتعود حكمة التشديد المنصوص عليها في المادة 04/272 ق.ع إلى أنه إذا كان لمن يتولى تربية القاصر حق تأديبه وهذا الحق يبيح الضرب لأجل التعليم والتربية فإن ليس له الحق في أن يتجاوز الضارب حدود هذا الحق بأن يؤدي هذا الضرب إلى الوفاة. فإن حصل ذلك وجب العقاب ورفعه إلى عقوبة أشد.

ووفق هذا الرأى فإنه لا يمكن أن تكون صفة الفرع المجني عليه في جريمة القتل ظرفا مشددا، بل أن الأب الذي يقتل أحد فروعه يكون طبقا للتشريع الجزائري خاضعا للنصوص العادية المجرمة للقتل العمد.

[194] – الفقرة 03 من نص المادة 271 من ق.ع "وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها ولكنها حدثت نتيجة لطرق علاجية معتادة تكون العقوبة السجن المؤبد".– الفقرة 04 "وإذا وقع الضر ب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان بقصد إحداث الوفاة فيعاقب الفاعل باعتباره قد ارتكب جناية القتل أو شرع في ارتكابها".

195 – وهذا ما أخذت به بعض التشريعات المقارنة – بل ذهبت أبعد من ذلك– كالتشريع الإيطالي الذي جعل من قتل الطفل عمدا ظرفا مشددا للعقاب، إذ عاقب على جريمة القتل العادي بالأشغال الشاقة المؤقتة، بينما عاقب على جريمة قتل الطفل عمدا بالأشغال الشاقة المؤبدة وأيضا التشريع السوري الذي جعل بدوره من صفة الطفل ظرفا مشددا للعقاب، إذ عاقب القاتل بالأشغال الشاقة المؤقتة لكن إذا كان الضحية طفلا لم يبلغ سن 15 وقت وقوع الاعتداء عليه، فإن الجاني يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة وتشدد العقوبة إذا كان القاتل أبا أو جدا للطفل الضحية، إذ يعاقب في هذه الحالة بالإعدام.

وبالإستناد إلى الفصل 410 نجده يقرر أشد العقوبات (الإعدام) في حالة موت الطفل الناتج عن إرتكاب العنف ضده أو إيذائه أو حرمانه من التغذية أو العناية هذا الحكم يسري على أصول الطفل[196] أو من له سلطة عليه.

من خلال مقتضيات هذا الفصل، يتبين لنا أن المشرع الجنائي المغربي أخذ مأخذ المشرع الجزائري في أن إعتبر صفة الطفل المجني عليه كظرف مشدد للعقوبة، وهذا ما تؤكده كذلك مقتضيات الفصل 463 م.ج التي تنص على أنه إذا نتج عن التعريض للخطر أو الترك موت الطفل وكانت لدى الجاني نية إحداثه فإنه يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصول 392 إلى 397 م.ج.م.

والغاية من التشديد للعقاب ضمن التشريعات الجنائية المغاربية، إنما بهدف إقرار حماية خاصة للطفل نظرا لضعف قدراته الجسمية والعقلية، الأمر الذي يستوجب وجود رادع أكثر للجاني يجعله يتردد قبل إقدامه على جريمته ضد الطفل. وحماية لما يفترض أن يكون من علاقة بين الأصل وفرعه من المودة والعطف والإحسان. خاصة وأن الشريعة الإسلامية قد حرمت هذا الفعل[197].

وعلى الرغم من أن المشرعين المغاربين أولو عناية خاصة لحق الطفل في الحياة، إلا أن أخذه بمعيار السن تحديدا لتقدير الجزاء، فإنه بذلك لم يجعل حماية جزائية للطفل أكثر شمولية ليدخل ضمن مجال الحماية كل طفل لم يبلغ سن الثامنة عشر عوض سن السادسة عشر، وهذا توسيعا لمجال الحماية الجزائية للطفل.

وهي نفس الغاية المفترض شموليتها بالحماية الجزائية بين الأزواج وفق ما يلي.

د: حالة القتل الواقع بين الأزواج

وفيما يخص عقوبة القتل الواقع بين الأزواج، فقد إتسم المشرعين المغاربين بالشدة سواء قتل الزوج زوجته أو العكس.وهذا خارج حالة القتل الواقع في حالة الزنا.

وفي هذا المجال هناك من يري أن جريمة القتل بين الأزواج تخضع للقواعد العامة التي تحكم جريمة القتل مع التخفيف على أساس الإستفزاز. فإذا كان هناك دفاع شرعي تطبق القواعد العامة، ولكن أهمية إعتبار القتل ظرفا مخففا – أي قابل للدفع والتبرير– أنها تعتبر جريمة من نوع خاص.

---

[196]– حكم هذه المسالة ضمن التشريع الإسلامي الذي وإن كان يقر القصاص كأشد عقوبة في حق القاتل مصداقا لقوله عز وجل "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفي له من أخيه شيء فإتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان" البقرة الآية:178. إلا أنها تخفف العقاب متى كان القاتل والد الطفل المجني عليه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يقاد الولد بولده" بل بعقابه تعزيزا وهذا الحكم كما يسري على الأب فإنه يسري على الأم.

[197] – بدءًا بتحريم وأد البنات " وَإِذَا الْمَوْؤُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنبٍ قُتِلَتْ" سورة التكوير، الآية 09.

والرأي الحديث يعتبر أن جريمة القتل بين الأزواج هي جريمة قتل عادية يجب أن تخضع للقواعد العامة للقانون الجنائي ولا يحق أن ينظر إليها على أنها جريمة خاصة[198].وهذا ما أخذ به المشرع الجزائي المغاربي، في تطبيقه لظروف التشديد.

ثانيا

جريمة الجرح والضرب

شدّد المشرعون المغاربيون العقوبة بشأن جريمة الضرب والجرح العمدي، إذا كان هناك علاقة قرابة بين الجاني والضحية، وعناصر الجريمة بعدد ثلاثة، إثنان منها مشتركان مع جنحة الضرب والجرح العمدي وعنصر خاص يتمثل في صفة الضحية[199]. ونبدأ بحالة وقوع فعل الضرب على الأصول.

1/ حالة ضرب الأصول

نجد مجال تشديد العقاب واضحا ضمن التشريع العقابي الجزائري بالمادة 267 ق.ع، على أن يعاقب كل من ضرب والديه الشرعيين أو أصوله الشرعيين بما يلي:

1 – "الحبس المؤقت من(5) خمس إلى عشر (10) سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل، وتشدد العقوبة بلحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات في حالة سبق الإصرار والترصد.

2 – "بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس (5) إلى عشر (10) سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوما" . وتضاعف عقوبة السجن المؤقت من عشر (10) إلى عشرين (20) سنة إذا كان هناك سبق إصرار وترصد.

3– "السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة ، إذا نشأ عن الجرح والضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله ، أو فقد البصر أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى" وتشدد العقوبة بالمؤبد إذا كان هناك سبق إصرار وترصد.

4 – السجن المؤبد إذا كانت النتيجة الوفاة بدون قصد إحداثها".

يتبين أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 267 من ق.ع، يعتبر أن الإعتداء الواقع على الأصول مهما كان بسيطا حتى ولو لم يترتب عليه أي عجز عن العمل أو مرض جنحة ذات عقوبة مشددة[200] هي

198 – عباس أبو شامة محمد الأمين البشرى، المرجع السابق، ص. 72 .

199 – بن شيخ لحسين، المرجع السابق، ص. 75.

200 - محكمة عين ولمان سطيف، 2013/9/30، فهرس رقم 13/0688 غير منشور، ملحق رقم 26، ص . 447.

الحبس من 05 إلى 10سنوات في الفقرة الأولى ثم تشدد عقوبة الحبس إذا نتج عن الضرب عجز عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما.

وإعتبرها في الفقرتين الثالثة والرابعة الأفعال الحاصلة جناية وخصها بعقوبة تمتد من 10سنوات إلى 20 سنة إذا نشأ عن الضرب عاهة مستديمة كما يتشدد العقاب إذا اقترن الضرب أو الجرح بسبق الإصرار أو الترصد إذا حدثت الوفاة والمشرع يهدف من وراء هذا التشديد إلى المحافظ على تماسك الأسرة الجزائرية وتقاليد هذا المجتمع[201].

وحتى يطبق الجزاء العقابي، يجب أن يعلم الفاعل بالرابطة الأسرية التي تربطه بالضحية.

وإعتمد المشرع المغربي نفس السياسة العقابية إذ شدد العقاب ووسع مجال الحماية الجزائية ليشمل حتى الكافل وهي ضمانة أولى بالإهتمام وإعتمادها نظر للمركز الذي يحضى به الكافل مكان أحد الأصول[202].

لذا كان الأولى توفير ما يشمل حمايته جزائيا وتفصيل ذلك ما ورد بالفصل 404 بمعاقبة " كل من إرتكب عمدا ضربا أو جرحا أو أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء ضد أحد أصوله أو ضد كافله أو ضد زوجه كما يلي:

- 1 في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 400 و401 ضعف العقوبة المقررة لكل حالة، حسب التفصيلات المشار إليها فيهما[203].

- 2 في الحالة المنصوص عليا في الفقرة الأولى من الفصل402 السجن من عشر إلى عشرين سنة .أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

- 3 في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل403 السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة .أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن المؤبد[204].

---

[201]– حسين فريجة ، شرح قانون العقوبات الجزائري، د .م.ج ، الجزائر، 2006، ص. 171.

[202] – عبد العزيز سليمان الحوشان، القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة،منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص.28.

[203] – الفصل 400 " من إرتكب عمدا ضد غيره جرحا أو ضربا أو أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء سواء لم ينتج عنه مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية أو نتج عنه مرض أو عجز لا تتجاوز مدته عشرين يوما، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

وفي حالة توفر سبق الإصرار أو الترصد أو إستعمال السلاح تكون العقوبة الحبس من ستة شهور إلى سنتين والغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم" .

[204] – الفصل 403 " إذا كان الجرح أو الضرب أو غيرهما من وسائل الإيذاء أو العنف قد إرتكب عمدا ولكن دون نية القتل ومع ذلك ترتب عنه الموت فإن العقوبة تكون السجن من عشرة إلى عشرين سنة. وفي حالة سبق الإصرار والترصد أو إستعمال السلاح تكون العقوبة السجن المؤبد.

من خلال هذا البيان يتضح أن المشرع المغربي يتشدد في العقاب متى كان الجاني فرعا للأصل، فتكون عقوبة الجريمة في حالتها العادية هي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة. أما إن هي اقتربت بسبق الإصرار أو الترصد أو إستعمال السلاح فتكون العقوبة هي السجن المؤبد.

ونجد أن سبق الإصرار والترصد ظروف راجعة إلى خطورة الجاني وقد نصت على اعتبارهما ظرفين مشددين في جرائم الضرب والجرح وباقي وسائل الإيذاء المواد من 400 إلى 404 التي تضمنت كيفية رفع العقوبة فيها عند توفر أحدهما وهناك ظروف راجعة إلى صفة في الجاني.

ولم يتشدد المشرع التونسي بالعقاب ولم يفصل فيه مقارنة بالمشرعين الجزائري و المغربي وقد أورد الجزاء العقابي بالفصل 218 الفقرة الثانية من م.ج " وإذا كان المعتدي خلفا للمعتدى عليه أو زوجا له، يكون العقاب بالسجن مدة عامين وبخطية قدرها ألفا دينار. بعد أن قرر جزاء عقابي في حالات الضرب والجرح و التي لم تكن داخلة فيما هو مقرر بالفصل 319 بعقوبة السجن مدة عام وبخطية قدرها ألف دينار".

ولم يتدارك المشرع التونسي تشديد العقاب في فعل ضرب الأصول بالرغم من التعديلات التي شملة المجلة الجزائية، على الرغم من تشدد باقي التشريعات المغاربية في ذلك والتي توسعت في محال تشديد العقاب بأن شملت حالة وقوع فعل الضرب والجرح على الفروع .

2/ حالة وقوع فعل الضرب والجرح على الفروع

لقد إعتمد المشرع المغاربي اتخاذ عدة تدابير، تهدف إلى حماية الطفل من كل ما يمكن أن يناله في سلامته الجسدية، من ضرب أو جرح أو عنف نظرا لضعفه البدني الذي من شأنه أن يشجع الغير على إيذائه.[205] وشدد العقوبة على مرتكب هذه الأفعال في حق الأصول إضرار بفروعهم [206].

ففي السياسة التي إعتمدها المشرع الجزائري نجد أنه تضاعف العقوبة إذا كان الجاني أحد الوالدين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص له سلطة على الطفل، أو يتولى رعايته حسب المادة 272 ق.ع فتكون العقوبة :

الحبس من ثلاث (3) إلى (10) سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج إذا وقع الجرح والضرب على قاصر لا يتجاوز سنه ستة عشر (16) سنة ، أو منع عنه عمدا الطعام والعناية إلى حد تعريض صحته للضرر.

[205] – فتحية عبد الغني الجميلي، الجريمة والمجتمع ومرتكب الجريمة،دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2003،ص .102.

[206] – براء منذر عبد اللطيف، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 68.

ونصت المادة 272 بفقراتها الثانية، الثالثة، الرابعة على عقوبة الجنايات كما يلي

2- السجن المؤقت من خمس (05) إلى عشر (10) سنوات إذا أدى الضرب والجرح إلى مرض أوعدم القدرة على الحركة، أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشر (15) يوما، أو وجد سبق إصرار وترصد .

3- السجن المؤبد إذا نتج عن الجريمة فقد أو بتر أحد الأعضاء ، أو الحرمان من إستعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، أو نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها .

4- الإعدام إذا نتج عن الجريمة الوفاة دون قصد إحداثها، ولكنها حدثت نتيجة لطرق علاجية معتادة أو إذا وقعت الجريمة بقصد إحداث الوفاة.

وعاقب المشرع المغربي بالفصل 408 على أنه " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشرة من عمره، أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية، حرمانا يضر بصحته، أو إرتكب عمدا ضد هذا الطفل أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف".

إذ أن هذا النص محدد عام لتقدير درجة العقوبة تبعا للحالات و الظروف المحددة بالفصل 410 بنصها " إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو الإيذاء أو الحرمان المشار إليه في الفصل 408 فقد عضو أو بتره أو الحرمان من منفعته أو عمى أو عور أو أية عاهة دائمة أخرى فإن عقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة. أما إذا نتج عنه الموت، دون أن يقصد الجاني إحداثه فإن عقوبته السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة. وفي حالة حدوث الموت، دون أن يقصده الجاني، ولكنه كان نتيجة لأعمال معتادة، فإن العقوبة تكون السجن المؤبد. وإذا كان الجرح أو الضرب أو العنف أو الإيذاء أو الحرمان قد إرتكب بقصد إحداث الموت، فإن الجاني يعاقب بالإعدام.

وتمثل تشديد العقاب بالفصل 411 " إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل المجنى عليه أو شخصا له سلطة عليه أو مكلفا برعايته، فعقوبته على التفصيل الآتي :

- 1في الحالات المشار إليها في الفصل 408، الحبس من سنتين إلى خمس. وهي كل جرح أو ضرب عمدي لطفل دون الخامسة عشرة من عمره، أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية، حرمانا يضر بصحته، أو إرتكاب أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف.

- 2 في الحالات المشار إليها في الفصل 409، ضعف العقوبة المقررة في ذلك الفصل، وهي الضرب أو الجرح أو العنف أو الإيذاء أو الحرمان المشار إليه في الفصل 408 أو مرض أو ملازمة للفراش أو عجز عن العمل

تتجاوز مدته عشرين يوما أو إذا توفر سبق الإصرار أو الترصد أو إستعمال السلاح، فعقوبته الحبس من سنتين إلى خمس.

فبالرجوع إلى تفصيل هذه النصوص نجد المشرع المغربي بالفصل 408 إعتمد عقوبة جنحية من سنة إلى ثلاث سنوات في حق كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشر من عمره أو إرتكب عمدا ضد الطفل أي نوع من أنواع الإيذاء فيما عدا الإيذاء الخفيف.

وإذا نتج عن الضرب أو العنف أو الجرح أو الإيذاء مرض أو ملازمة للفراش أو عجز عن العمل تتجاوز مدته عشرين يوما أو إذا توفر سبق الإصرار أو الترصد أو إستعمال السلاح، فإن العقوبة تشدد لتصبح هي السجن من سنتين إلى خمس، مع إمكانية الحكم على مرتكب هذه الجرائم بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 م.ج.م[207]. وبالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشر طبقا للفصل 409 م.ج.م.

أما إذا نتج عن الأفعال سابقة الذكر، فقد عضو أو بتره أو الحرمان من منفعته أو عمى أو عور أو أية عاهة دائمة أخرى، فإن العقوبة هي السجن من عشر إلى عشرين سنة. أما إذا نتج عنه الموت، فإن العقوبة هي السجن من عشر إلى ثلاثين سنة لكن شريطة إنعدام قصد إحداثه. أما إذا نتج الموت بسبب أعمال معتادة، فإن العقوبة هي السجن المؤبد، أما إذا قصد الجاني إحداث الموت فإن العقوبة هي الإعدام طبقا للفصل 410.

وتضاعف العقوبات السالفة الذكر إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل.

وتوسع المشرع المغربي إلى إمكانية تطبيق عقوبة الفصل88 من ق.ج.م التي تقضى بأنه " يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكما من أجل جناية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالحبس ارتكبها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين، إذا ثبت لديها وصرحت بمقتضى نص خاص بالحكم أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي".

وهذا السقوط يمكن أن يشمل جميع حقوق الولاية أو بعضها، كما يسوغ أن يكون مقصورا على بعض الأولاد أو على واحد فقط. ويجوز أن يتضمن الحكم بالمؤاخذة الأمر بتنفيذ هذا التدبير مؤقتا، على الرغم من إستعمال أية طريق من طرق الطعن، عادية كانت أو غير عادي.

[207]– غير أنه إذا كان المعتدي على الطفل والديه أو أحدهما، فإن هذه العقوبات قد لا تحقق النفع المرجو من ورائها لصالح الطفل، لأن حرمان الوالدين من رعايتهما للطفل وإيداعه لدى إحدى المؤسسات المختصة أو لدى أسرة بديلة قد يشكل في حد ذاته إيذاء نفسيا أو إجتماعيا خطيرا للطفل.

فتقرير هذا الجزاء هو صورة من صور تشديد العقاب وبالتالي تحقيق أكبر ضمانة في تفعيل الجزاء العقابي بما يحقق حماية فاعلة للأولاد وتنشئتهم تنشئة إجتماعية راشدة، وإنطلاقا من أهمية الطفل كعنصر أساسي في مجتمعنا.

فتشديد العقوبة وفق ما جاء به المشرع إعتمد معيار صور السلوك الصادر و بالآثار المادية المترتبة عن الفعل الجرمى[208]. وهذا ما أخذ به فيما يتعلق بأثر العقوبة على الرابطة الزوجية.

3/ حالة أثر العقوبة على الرابطة الزوجية

لما كان الزواج من أهم المؤسسات الإجتماعية، والتي يقوم بناؤها على أساس من الترابط والتآلف والتعاون والمودة[209]، فإنه للحفاظ على ديمومته وترتيب آثاره المتوخاة منه، كانت التشريعات الجنائية المغاربية حاضرت للحفاظ على هذه المقاصد الكبرى، لنجد من بين مساعيها لتحقيق ذلك، أن أسبغت على الرابطة الزوجية من حمايتها، إذ عالجت بنصوص خاصة بعض الوضعيات التي قد تشكل مساسا بإستقرارا الزوجية.

إلا أن توقيع العقاب على الزوج ينتج عنه توفير الحماية للزوجة وفى نفس الوقت يرتب أثرا سلبيا تمثل في الإضرار بالأسرة، نتيجة إصرار الزوجة على متابعة زوجها جنائيا والحكم عليه بالعقوبة[210]، فهي قد تمنع العنف ولكنها لن تخلق توافقا زواجيا[211]، إلا في حالات نادرة فقط.

وقد راعى المشرعون المغاربيون النتيجة المترتبة عن فعل الضرب والجرح لتحديد العقوبة المفترضة ومن بين التشريعات المغاربية الآخذة بذلك نجد المشرع الجزائري قد ميز المشرع بين أربع درجات للعقوبة أخذا بمعيار النتيجة المترتبة عن فعل الضرب والجرح ويستوى أن يقع فعل الضر أو الجرح على الرجل أو المرأة وفق مايلي:

إذ تتخذ الجريمة وصف الجنحة طبقا لنص المادة 266 مكرر فقرة 2 إذا لم ينتج عن أعمال الضرب والجرح أي مرض أو عجز لمدة تقل عن15 يوم، فهنا تكون العقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.[212] دون عقوبة الغرامة.

ويكون الفعل جنحة كذلك طبقا لنص المادة 266 فقرة 3، إذا نتج عن الضرب والجرح مرض أو عجز كلى عن العمل يفوق15 يوما وهنا تكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس(5)سنوات .

---

208 – فخري عبد الرزاق الحديثي ،خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص. 87.

209 – مرسي كمال إبراهيم، العلاقة الزوجية والصحة النفسية في الإسلام، ط1، دار القلم، الكويت، 1991 ، ص. 23.

210 – غريب محمد سيد أحمد ، سامية محمد جابر،علم إجتماع السلوك الإنحرافي ، دار المعرفة الجامعية،الإسكندرية ، 2005 ،ص.53.

211– طريف شوقي محمد فرج، العنف في الأسرة–إستراتيجيات وسبل المواجهة والوقاية– ط 5،مطبعة جامعة بني سويف، القاهرة، 2003، ص.09-10.

212 - قانون رقم 15 - 19 المتضمن تعديل قانون العقوبات.

إلا أنها قد تكون جناية إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله أوفقد بصر إحدى العينيين أو أية عاهة مستديمة أخري، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذ أدى الضرب أو الجرح المرتكب إلى الوفاة بدون قصد إحداثها وتشدد المشرع بان رتب المسؤولية الجزائية حتى على الزوج السابق إذ قام بالفعل المجرم متى كانت هذه الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

بل تعدى بالمشرع الجزائري أن رتب عدم إفادة الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذ إرتكبت الأفعال بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح ، وهذا نظرا لما يتركه هذا التصرف من ترهيب وتعنيف لنفسية الضحية وعلى نفسية الأبناء من جهة أخرى وهذا طبقا للمادة 266 مكرر من ق.ع.ج.

مع العلم أن جريمة الضرب والجرح الواقع من الزوج على الزوجة للمتزوجين زواجا عرفيا لا أثر له على الدعوى الجنائية في هذه الحالة.

فكلما إقترن فعل الضرب والجرح بأحد الظروف المحددة بالمادة 266 مكرر من ق.ع.ج ، أصبحت الجريمة مشددة العقوبة أو أخذت وصف الجناية بخلاف النصوص الجزائية العامة التي كانت تخضع لها هذه الأفعال الصادرة عن أحد الزوجين، لاسيما المواد 264و 265 و 266 ق.ع.ج ، قبل إستحداث هذه المتابعات الجزائية نظرا لخطورتها، أما عن فاعليتها فهي محل نتائج ما ترتبه المتابعات القضائية.

ولترتيب المسؤولية الجزائية يجب أن تتجه إرادة الزوج الجاني إلى إيقاع أعمال العنف على زوجته مع علمه بما يقوم به، وهو ما يُعرف بالقصد الجنائي[213]. وتستفيد الزوجة من الحماية التي أقرّها لها المشرع في المادة 224 ق.ع.ج.

وقد جاء التجريم وتشديد العقاب بالفصل 404 من م.ج.م صريحا بفرض جزاء مشدد في حالة أن كان ضحية الجرح والضرب زوجا للأخر بأن " يعاقب كل من إرتكب عمدا ضربا أو جرحا أو أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء ضد أحد أصوله أو ضد كافله أو ضد زوجه كما يلي:

- 1في الحالات المنصوص عليها في الفصلين 400 و 401 ، ضعف العقوبة المقررة لكل حالة، حسب التفصيلات المشار إليها فيهما.

- 2 في الحالة المنصوص عليا في الفقرة الأولى من الفصل402 السجن من عشر إلى عشرين سنة .أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

[213]– عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط 3، د. م. ج، الجزائر، 1990، ص. 182.

- 3 في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل403 السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة .أما في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، فهي السجن المؤبد.

إذ شدد المشرع العقوبة في حالات العنف بين الزوجين إذ لم يعد العنف الذي يرتكبه الزوج ضد زوجته أو الزوجة ضد زوجها يدخل في نطاق الحالات العادية، وإنما تدخل المشرع ليتصدى لجرائم العنف بين الأزواج وذلك بإضافته عبارة "أو ضد زوجه" في الفصل 404 من م.ج، والذي كان يشدد العقوبة في حالة ارتكاب ضرب أو جرح أو عنف أو إيذاء ضد الأصول.

وبذلك أصبح تشديد العقوبة يشمل جرائم العنف التي يرتكبها الزوج ضد زوجته، أو التي ترتكبها الزوجة ضد زوجها، سواء نتج عنها مرض أو عجز تتجاوز مدته عشرين يوما أو تقل عن ذلك، أو لم ينتج عنها مرض أو عجز أصلا، وسواء أدت إلى إحداث عاهة دائمة أو أدت إلى الموت دون نية إحداثه.

إذ يظهر هنا التميز في مجال التجريم والتخصيص بالنص على تشديد العقاب ضمن التشريع المغربي و الجزائري . ولم يقتصر التشريع المغربي على فكرة التخصيص وإنما وتوسع مجال الحماية الجزائية إلى إخضاع الجنح الزوجية للمماثلة في تقرير حالة العود، إذ أضاف إلى قائمة الجنح المتماثلة والتي بينص عليها الفصل 158كل الجنح التي إرتكبها زوج في حق الزوج الآخر، وهذه الجنح تعتبر متماثلة لتقرير حالة العود، وإن إختلفت عن بعضها البعض من حيث التكييف والوصف القانوني، فالزوج الذي يرتكب ضد زوجته عنفا ثم يصدر في حقه حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، ثم يرتكب ضدها قبل مضي خمس سنوات من تمام تنفيذ عقوبة الحبس أو تقادمها، جنحة تهديد أو قذف أو إهمال، يعتبر في حالة عود، ونفس الأمر بالنسبة للزوجة التي تعتدي على زوجها.

وإعتبر المشرع التونسي بالفصل 112 من م.ج أن العلاقة الأسرية تمثل ظرف تشديد وضاعف العقوبة السالبة للحرية[214] في الفقرة الثانية من سنة واحدة إلى سنتين و ضاعف الخطية المالية من ألف إلى ألفي دينارا ، كما رفع العقوبة إلى ثلاث سنوات و الخطية إلى ثلاثة آلاف دينار في صورة تقدم إضمار الفعل.

أما إذا نجم عن الاعتداء بالعنف سقوط بدني فيرفع العقاب بالسجن إلى خمس سنوات إذا كانت نسبة السقوط دون ال % 11 و ستة سنوات إذا تجاوزت هذه النسبة.

[214] – عبد الحفيظ بلقاضي، قانون العقوبات التونسي، القسم الخاص، ط1، تونس 2003، ص .47.

هذا فيما يتعلق بالعقوبة المقررة لفعل الضرب والجرح العمدي، والتي رأى المشرع أنها تتناسب مع ما تتركه أعمال العنف الواقعة على الأسرة من أثار سلبية[215].فما هي نظرة المشرع الجزائي في جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية.

ثالثا

جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية [216]

نلاحظ أن المشرع الجزائري كانت له سياسة جزائية متشددة عموما، وهذا رغبة منه في أن يضفي الإحترام الكامل على العلاقات الأسرية، ومن صور ذلك كذلك أن إنفرد بالتجريم والتشديد في العقاب بتشريعه العقابي دون باقي التشريعات المغاربية التي إكتفت بالمصادقة على الإتفاقات الدولية في مجال تجريم الإتجار بالأعضاء البشرية .

إذ نص المشرع الجزائري على إدانة كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه أو يقوم بنزع أنسجة أو خلايا أو مواد من جسمه مقابل دفع مبلغ مالي أو منفعة أخرى.

وقد أعتمد المشرع الجزائري حماية جزائية خاصة، إذا وقعت هذه الأفعال وحصلت على أفراد الأسرة القصر منهم، لأن هذا الفعل يشكل تهديدا للأسرة ويخرجها بالتالي من نسقها الإجتماعي، القائم على الإعتراف الكامل والصريح بأن أفراد الأسرة من حيث كونهم بشرا، ذو طبيعة عضوية، عقلية، نفسية، إجتماعية، تستقيم بها الحياة وتتحقق بها أهداف وجود الأسرة، من حفظ بقائها وتنظيمها، بعيدا عن تحقيق

[215]– ويشير الأستاذ جان لابلانس (1987) إلى أن العنف هو من النزعات العدوانية التي تتجسد في تصرفات حقيقية أو وهمية وتؤدي إلى عدد من الآثار منها: (أ) إلحاق الأذى بالأخر: وهو هنا قد يكون الأولاد أو الزوجة أو الزوج أو المعاق بالأسرة أو الأجداد أو من إليهم. (ب) تدمير الطرف الآخر: كما يحدث في حالات القتل حماية للشرف وفي حالات إجهاض الحامل دون رضاها أو حتى برضاها.(ج) إكراه المعتدي عليه: من أفراد الأسرة كإكراه البنت على الزواج ممن لا ترغبه مثلا. (د) الإذلال: بحيث يوضع عضو الأسرة المعتدي عليه في موقف المذلة والمهانة كما يحدث في حالات ضرب الزوجة أو إهانتها.(هـ) شعور الضحية بالقلق والاضطراب: الأمر الذي قد يدفع إلى بروز أشكال مختلفة للتفكك العائلي أو ترك بيت الأسرة.

[216]– تم محاولة تحديد المقصود بجريمة الإتجار بالبشر، وفقا للمادة الثالثة من برتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، المكمل لإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنضمة عبر الوطنية الصادر من الأمم المتحدة سنة 2003.

المنافع المالية على حساب المتاجرة بأعضاء القصر من أفراد الأسرة.[217]، وهذا بالتشديد في درجة العقوبة التي روعي فيه درجة بشاعة الفعل اللاإنسانى، و سن الضحية[218] و علاقة القرابة.

وذلك طبقا لنص المادة 303 مكرر 20 من القسم الخامس مكرر1 من الفصل الأول المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأشخاص، أنه قد جعل الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 مكرر 19 إذا إرتكبت ضد قاصر أو شخص مصاب بإعاقة ذهنية، ذات عقوبة مشددة من خمس 5 سنوات إلى خمس عشرة 15 سنة وبغرامة من 500.000 إلى 1000.000دج .في حين أن العقوبة الأصلية هي الحبس من ثلاث 03 سنوات إلى عشر 10سنوات وبغرامة من 300.000دج إلى 1.000.000 دج" دون ظرف التشديد طبق لنص المادة 303 مكرر 16 من القانون رقم 01/09.

رابعا

جريمة الإتجار بالأشخاص

يعد الإتجار بالأشخاص جريمة ضد الإنسان ذاته وإمتهان لكرامته بصورة تفوق كونها جريمة ضد الدولة والمجتمع[219] وهو ذوطبيعة خاصة إذ الغالب الأعم من الحالات أطفال[220]. وحرص من المشرع المغاربي على تجريم هذه الأفعال في إطار تكييف القوانين الداخلية مع الإلتزامات المترتبة عن التصديق على إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية[221]، وقد قرر المشرع الجزائري تجريم هذا الفعل وفرض جزاءات عقابية بظرف التشديد، إذا وقع الفعل الإجرامي على الطفل من طرف أحد أصوله.

---

[217] - Cf. LAZERGES.Christine, Quel droit pénal des mineurs Pour , L'Europe de demain? Edi Paris, paris,1992, p. 439.

[218] – المادة الأولي من الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل: " لأغراض هذه الإتفاقية، يعني الطفل كل إنسان دون الثامنة عشر، ما لم يبلغ قبل ذلك سن الرشد بموجب القانون المطبق على الطفل".

[219] – عبد القادر الشيخلي، جرائم الإتجار في الأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباته في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009، ص .187.

[220] – سوزى عدلي ناشد، الإتجار في البشر بين الإقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي،(د.ط) دار الجامعة الجديدة، 2005،ص. 13.

[221] – وعلى الأخص البروتوكول المكمل لها ، المتعلق بمنع وقمع الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، والذي صادقت عليه الجزائر بتحفظ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر2003. والذي وافقت عليه تونس بموجب القانون عدد 5 لسنة 2003 المؤرخ في 21 جانفي 2003.

إذ جاء التشديد بنص المادة 303مكرر 5 من القانون رقم 09-01[222] بالقسم الخامس مكرر، بنصها على معاقبة الجاني المرتكب لجريمة الاتجار بالأشخاص بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف على الأقل، من كون الفاعل زوجا للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت سلطة عليها أو كان موظفا ممن سهلت له وضيفته إرتكاب الجريمة.

وإعتمد المشرع التونسي مشروع للقانون يتضمن صور للحماية مشددا للعقاب على الفاعل صاحب الصفة إذ يعاقب مرتكب الإتجار بالأشخاص بالسجن مدة ستة أعوام وبخطية من خمسة آلاف إلى خمسين ألف دينار ويعد مرتكبا لجرائم الاتجار بالأشخاص كل من يدعو أو يساعد أو يحرّض على إرتكابها أو يساهم في تسهيل وقوعها أو يستفيد منها بأي شكل من الأشكال مع علمه مسبقا بها. ولا يعتدّ برضاء الضحية لتقدير وقوع الجريمة كما لا يعتبر رضاء الضحية ظرفا يحمل على تخفيف العقوبات المنصوص عليها بهذا القانون ولا يؤاخذ من إرتكب جرما مرتبطا ارتباطا مباشرا بإحدى جرائم الاتجار بالأشخاص التي كان ضحية لها.

كما تنطبق نفس العقوبات إذا كان مرتكب الجريمة زوجا للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت له سلطة عليها. إذ جاء التجريم شامل لجميع حالات الرابطة الأسرية لتوفر نوع واحد من الحماية مهما كان وصف الضحية في الرابطة الأسرية، بل تعدت العقوبة لتشمل كل شخص له سلطة على الضحية، مع عدم إستفادة الشخص المدان لإرتكابه أحد الأفعال المجرمة من ظروف التخفيف ضمن التشريع الجزائري المنصوص عليها بالمادة 53 من ق.ع وهذا طبقا لنص المادة 303مكرر6 من القانون 01/09.

بخلاف المشرع التونسي الذي جعل لظروف التخفيف مجال لأفراد الأسرة في حالة العقاب بالسجن مدة عام وبخطية من ألف إلى عشرة آلاف دينار كل من يمتنع عمدا ولو كان خاضعا للسر المهني عن إشعار السلطات ذات النظر فورا بما بلغ إلى علمه من معلومات أو إرشادات وبما أمكن له الإطلاع عليه من أفعال حول إرتكاب الجرائم المنصوص عليها بهذا القانون.

إذ يستثنى المشرع التونسي من أحكام الفقرة المتقدمة الأصول والفروع والإخوة والأخوات والقرين. ولا يمكن القيام بدعوى الغرم أو المؤاخذة الجزائية ضد من قام عن حسن نيّة بواجب الإشعار.

[222]– مؤرخ في 29صفر عام 1430الموافق 25فبراير سنة 2009، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18صفر عام 1386الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.

وأن المشرع العقابي بالرغم من إعتباره الفعل جناية، فقد قرر تطبيق حتى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من ق.ع طبقا لنص المادة 303 مكرر من القانون 01/09.

وهي نفس العقوبات التكميلية التي قررها المشرع المغربي بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 1-467 والتي مفادها أنه يجوز الحكم على المدان بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 467 وبالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات وهذا بعد أن عاقب كل شخص على الإتجار بالأطفال بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من خمسة آلاف إلى مليوني درهم كل شخص يقوم ببيع أو شراء طفل تقل سنه عن ثمان عشرة سنة.

وفعل الإتجار بالأطفال يقصد به كل فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من شخص أو مجموعة أشخاص إلى شخص آخر أو مجموعة أشخاص بمقابل كيفما كان نوعه.

وقد توسع المشرع العقابي في مجال التجريم بأن عاقب المحرض على هذا الفعل بنفس العقوبة المقررة بالفصل1-467 وهذا لكل من حرض الأبوين أو أحدهما أو الكافل أو الوصي أو المقدم أو من له سلطة على طفل أو يتولى رعايته على بيع طفل دون سن الثامنة عشرة أو سهل ذلك أو أعان عليه، وحتى كل من قام بالوساطة في بيع أو شراء طفل دون سن الثامنة عشرة أو سهل ذلك أو أعان عليه بأية وسيلة من الوسائل.

وهذا الحرص من المشرع العقابي راجع للمصلحة المرغوب حمايتها على الشخص المضرور وعلاقة الجاني بالضحية، هذا كله في إطار حفظ أواصر المودّة بين أطراف العلاقة ضمن النسق الإجتماعي للأسرة.والذي سعى المشرع العقابي إلى ضمانه من خلال تجريم فعل إعطاء مواد ضارة.

خامسا

جريمة إعطاء مواد ضارة[223]

تفرد المشرع العقابي الجزائري في مجال التجريم والعقاب لفعل إعطاء مواد ضارة بأن جعل عقوبة هذا الفعل الحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات بنص المادة 275 من ق.ع، مشدد العقوبة إذا وقعت الجريمة على أحد أفراد الأسرة وهذا بنص المادة 276 ق.ع، أي إذا وقعت من أحد الأصول أو الفروع أو أحد الزوجين أو من يرث المجني عليه، فتكون العقوبة كما يلي :

[223] – لم يُعرف القانون ما هي المواد التي يجب أن تعتبر ضارة بالصحة، وما كان يستطيع وضع تعريف لها، فهي مسألة موضوعية يرجع في تعيينها إلى أهل الخبرة ويقدرها قاضي الموضوع بما له سلطة تقديرية للوقائع.

1- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات إذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل الشخصي ودون قصد إحداث الوفاة.

2- السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا نتج عنها مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز خمسة عشر يوما.

3- السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أدت إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في إستعمال عضو، أو عاهة مستديمة .

4- السجن المؤبد إذا أدت المواد المعطاة إلى الوفاة دون قصد إحداثها .

ولم يقف المشرع عند هذا الحد من التشديد وإنما أضاف عقوبات أخرى بموجب المادة60مكرر[224]

إذا توافرت حالات المادة 276 من ق. ع الفقرات 2-3-4 وهذا بموجب المادة 276مكرر من ق. ع[225].

و يتحقق القصد الجنائي في هذه الجريمة بإعطاء المواد الضارة عن إرادة الجاني وعلم منه بخواصها الضارة الماسة بسلامة المجني عليه وصحته[226].

وهونفس التجريم الذي جاء به المشرع التونسي لكن ضمن قواعد التجريم العامة دون أن يميز وقوع التجريم أحد أفراد العائلة أو أن ضحيته أحد أفراد العائلة بتشديد العقاب وهذا بموجب تطبيقات الفصل215 الذي ينص على أن " الإنسان الذي بدون قصد القتل يتعمد إعطاء غيره مواد أو يتعمد مباشرات أو عمليات

---

[224] –"يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو لبيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط.

وتطبق في حالة الحكم بعقوبة سالبة للحرية مدتها تساوى أو تزيد عن عشر10 سنوات، بالنسبة للجرائم التي ورد النص فيها صراحة على فترة أمنية. تساوى مدة الفترة الأمنية نصف العقوبة المحكوم بها.وتكون مدتها خمس عشر سنة15في حالة الحكم بالسجن المؤبد.

غير انه يجوز لجهة الحكم أن ترفع هذه المدة إلى ثلثي العقوبة المحكوم بها، أو إلى عشرين20سنةفي حالة الحكم بالسجن المؤبد وإما أن تقرر تقليص هذه المدة.

إذ صدر الحكم المتعلق بالفترة الأمنية عن محكمة الجنايات،فإنه يتعين مراعاة القواعد المقررة في أحكام المادة 309 من قانون الإجراءات الجزائية.

بالنسبة للجرائم التي لم ينص القانون فيها صراحة على فترة أمنية، يجوز لجهة الحكم التي تحكم فيها بعقوبة سالبة للحرية مدتها تساوى أو تزيد عن خمس 05 سنوات، أن تحدد فترة أمنية لا يمكن للمحكوم عليه أن يستفيد من خلالها من أي تدبير من تدابير تطبيق العقوبة المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة.ولا يجوز أن تفوق مدة هذه الفترة الأمنية ثلثي العقوبة المحكوم به، أو عشرين20 سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد".

[225] – الفقرة 02 من المادة 275" السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 275.

– الفقرة 03 من المادة 275"السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 275.

– الفقرة 04 من المادة 275" السجن المؤبد وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 275.

[226] – جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المجلد الخامس، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1942، ص. 757.

تسبب له مرضا أو عجزا عن الخدمة يستوجب العقوبات المقررة للضرب والجرح حسب الفروق المقررة بالفصلين218و 219 من هذا القانون.

ويكون العقاب بالسجن بقية العمر إذا نتج عن ذلك الموت.

و الفصل 310 الذي "يعاقب بالسجن مدة عام الإنسان الذي يضع عمدا مواد مضرة أو مسمومة بأي ماء لشرب الآدميين أو الحيوانات بدون أن يمنع ذلك من العقوبات المقررة بالفصل 215 والفصل 218 والفصل 219من هذا القانون عند الاقتضاء ومن العمل بالأمر الصادر في 10 رجب عام 1314 وفي 15 ديسمبر1986 والمحاولة تستوجب العقاب.

الفصل311 "إذا كان وقوع الجريمة المقررة بالفصل المتقدم بدون قصد الإضرار، فالعقاب يكون بالسجن مدة شهرين بدون أن يمنع ذلك من العمل بأحكام الفصل 217 والفصل 225 من هذا القانون.

أي أن مجال التجريم جاء عام وأن جريمة إعطاء مواد ضارة ضمن التشريع التونسي لم يفرد لها جزاء عقابي خاص في حالة أن كانت فيما بين أفراد العلاقة الأسرية الواحدة ، أي أن جميع صور السلوك المجرم تدخل تحت هذا التكييف دون تمييز لأصحاب الصفة الذين ميزهم وخصهم بالتجريم المشرع المغربي بالفصل 414 القاضي بأنه " إذا كان مرتكب الجرائم المشار إليها في الفصل السابق أحد أصول المجني عليه أو فروعه أو زوجه أو المستحق في ميراثه أو من له سلطة عليه أو المكلف برعايته، فعقوبته على التفصيل الآتي:

- 1في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 413، الحبس من سنتين إلى خمس.
- 2في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 413 ضعف عقوبة الحبس المقررة في تلك الفقرة.
- 3في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من الفصل 413، السجن من عشر إلى عشرين سنة.
- 4في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من الفصل 413، السجن المؤبد.

وجاء مجال التجريم بالفصل 413 القاضي بمعاقبة مرتكب جريمة إعطاء مواد ضارة " بالحبس من شهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم، من سبب لغيره مرضا أو عجزا عن الأشغال الشخصية، بإعطائه عمدا، وبأية وسيلة كانت، بدون قصد القتل، مواد تضر بالصحة.

فإذا نتج عن ذلك مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية تتجاوز مدته عشرين يوما فعقوبته الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

و يجوز علاوة على ذلك، أن يحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 وبالمنع من الإقامة، من خمس سنوات إلى عشر.

و في حالة ما إذا نتج عن المواد التي أعطيت مرض لا يرجى برؤه، أو فقد منفعة عضو أو عاهة دائمة، فعقوبته السجن من خمس إلى عشر سنوات.

أما إذا نتج عنها الموت، دون أن يقصده الجاني، فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة.

مثلما جاءت صور تشديد العقاب واضحة بالتشريع الجزائري وهذا مراعاة للجانب العائلي الذي يبعث على تبادل الثقة بين الأصول والفروع والأزواج إذا قام الجاني بالإخلال بالثقة الموضوعة بسلوكه هذا[227] وحماية للتماسك الإجتماعي[228].

وهي نفس الحكمة المتوخاة من تجريم الفعل المخل بالحياء والإغتصاب والفواحش، ضمن الجرائم الماسة بالشرف و الإعتبار.

الفرع الثاني

الجرائم الماسة بالشرف و الإعتبار

على الرغم من المقتضيات الجزائية الهامة التي تقر عقوبات رادعة في حق الجناة. فإن هذا النوع من الجرائم لازال منتشرا بشكل مخيف للغاية داخل المجتمعات المغاربية لما لها من أثر يهدد حياة أفراد الأسرة خاصة الأولاد منهم ضمن بيئتهم الخلقية السليمة، مما يجعلهم عرضة لجرائم تمس أعراضهم وأخلاقهم و جرائم إساءة المعاملة بصفة عامة[229].

وتتعدد الأفعال التي تشكل إنتهاكا لعرض وأخلاق أفراد الأسرة، إلا إنه يجمع بينها صفة مشتركة وهي الصفة الجنسية للفعل، وهذه الصفة الجنسية ذات مدلول واسع، تستوعب جميع الممارسات والأفعال الجنسية أو الأفعال الممهدة للإتصال الجنسي.

ونظرا لجسامة الأخطار الجسدية والنفسية التي قد تلحق الأسرة جراء المساس بعرض وأخلاق أفرادها، فقد جرم المشرع المغاربي العديد من الأفعال من أجل حمايتهم من بينها تجريم الفعل المخل بالحياء والإغتصاب (أولا) وأيضا جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (ثانيا)، ثم هناك تجريم فعل التحريض على الفسق والدعارة.

---

[227] – حسين فريجة، المرجع السابق، ص.161.

[228] – حسين فريجة، نفس المرجع ، ص. 176 .

[229] -Cf, INES. Angelino, L'enfant, la famille, la maltraitance, 2ème édition, DUNOD, 2001,p.88.

أولا

الفعل المخل بالحياء و الإغتصاب

يعتبر الفعل المخل بالحياء [230] و الإغتصاب من أبشع أنواع العنف الممارس على ضحايا هاتين الجريمتين لما لهما من إنعكاسات نفسانية ومعنوية وإضطرابات سيكولوجية، وكذلك انعكاسات إجتماعية[231]، من المحتمل أن تصاحب الضحية طول حياتها، ذلك أنه ليس سهلا محو هذه الآثار قاصر[232]، لذا تشدد المشرع المغاربي كذلك في تقرير عقوبة الجريمتين.

ونجد من بين ذلك ما جاء في نص المادة 337 ق.ع.ج بأنه إذا كان الجاني من أصول الضحية تضاعف العقوبة إلى السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا وقع الفعل المخل بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشر ذكرا كان أو أنثي بغير عنف، أو الشروع في ذلك.

ونفس العقوبة تطبق بالنسبة لجريمة الإغتصاب [233] المنصوص عليها في المادة 336 ق.ع إذا كان الجاني من أصول الضحية.كون التجريم هنا عام فالأصول مشمولون بنفس الجزاء.

وحكمة التشديد لصغر السن ترجع إلى رغبة المشرع في حماية ضعف المجني عليه صحيا وروحيا ووقايته من التعرض للإنحراف[234]. لأنه متى كان دون 16 السادسة عشر سنة، فإنه يسهل للجاني إرتكاب جريمته عليه دون إشتراط أي عنف لمساءلة الجاني وإذ حصل ذلك في هذه الحالة فإن العقوبة المقررة تكون السجن المؤبد بالنسبة للفعل المخل بالحياء إذا وقع بالعنف أو الشروع في ذلك، وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 335 ق.ع.ج.

230– فعلى الرغم من كون هتك العرض لا يفترض إتصالا جنسيا بين الجاني والمجني عليه إلا أنه يفترض المساس بحرمة المجني عليه، فالفعل المخل بالحياء على نحو جسيم هو بحسب المجرى العادي للأمور تمهيدا لاتصال جنسي أو على الأقل يشير في ذهن المجني عليه فكرة الإتصال الجنسي وهو اتصال غير مرغوب فيه وبالإضافة إلى ذلك فهذه الجريمة تنطوي على المساس بالشرف وحصانة الجسم بصفة عامة؛ أنظر، سعيد الفكهاني، التعليق على القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه والقضاء، ج3، ط1، الدار العربية للموسوعات، 1993، ص. 214 وما بعدها.

231 - وعلى الرغم من أن أغلب جرائم الاغتصاب تحاط بسرية تامة، فإنه توجد بعض الإحصائيات الجزئية التي تعكس إلى حد ما الانتشار المتزايد لهذه الجريمة. فحسب الإحصائيات الصادرة عن المرصد الوطني لحقوق الطفل بالمغرب ، فقد بلغت عدد جرائم الاغتصاب 102 حالة سنة 1999 و210 حالة سنة 2001 أما سنة 2002 فقد إرتفع هذا العدد إلى 400 حالة اغتصاب. وحسب نفس المصدر، فإن حالات الاعتداءات الجنسية على الأطفال تتوزع حسب طبيعة المعتدي على الشكل التالي: 43% من المعتدين هم غرباء عن الطفل و21% جيران و9% معلمين و6% آباء و5% هم أقارب و4% مدير مسؤول و3% أطر إدارية و3% تلاميذ. وتتراوح أعمار الأطفال ضحايا جرائم الإغتصاب بين 6 و14 سنة ومن مختلف المستويات الاجتماعية ومن أوساط مختلفة.

232– محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية ط1، القاهرة 1998 ، ص. 57.

233 - جاء هذا التكييف القانوني بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في فبراير سنة 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66 والمتضمن قانون العقوبات.

234 – عبد الفتاح حجازي، المعاملة الجنائية والإجتماعية للأطفال، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 220.

وتشكل صفة الجاني في جريمة المواقعة بالرضا ظرف تشديد في القانون التونسي حيث نصّ الفصل229 على أنه " يكون العقاب ضعف المقدار المستوجب إذا كان الفاعلون للجرائم المشار إليها بالفصل 227 مكرر و 228 و 228 مكرر من أصول المجني عليه من أي طبقة أو كانت لهم السلطة عليه أو كانوا معلميه أوخدمته أو أطباءه أو جراحيه أو أطباء للأسنان أو كان الاعتداء بإعانة عدة أشخاص[235].

وبذلك إذا ما إرتكب أحد أصول المجني عليه جريمة المواقعة بالرضا فإن العقاب المسلط عليه يتحول من ستة أعوام إلى إثني عشر عاما سجن إذا كان سن المجني عليها دون خمسة عشر عاما كاملة ومن خمسة أعوام إلى عشر سنوات سجنا إذا كان سن المجني عليها أكثر من الخامسة عشر واقل من العشرين عاما.

ومما جاء ضمن تطبيقات القضاء الجزائري بجريمة هتك العرض – الإغتصاب – ما قضى به مجلس قضاء تيارت بتبرئة المتهمة الثانية، بعد إدانتها من طرف المحكمة، من جنحة الفاحشة بين المحارم وإدانتها بعقوبة 05 سنوات حبسا نافذا والتصريح بعدم الإختصاص النوعي للمتهم الأول، وهذا بعد أن أعادت تكييف الوقائع المتابع بها المتهمين وهما جرم الزنا والإجهاض للمتهم والزنا للمتهمة، طبقا للمادتين 339و337من ق.ع وهذا بعد إعتراف المتهم بأنه قام بهتك عرض أخت زوجته، القاصرة منذ أن كان عمرها 16 سنة، وظل يمارس معها الجنس مع علم زوجته وأبويها وعائلتها.

وقد إعترف المتهم أمام المجلس صراحة بهذه الوقائع وأكد أنه ظل يعاشر المتهمة، وبناء على ذلك قضى المجلس بأن التكييف السليم للوقائع الملاحق بها المتهم يكون جناية هتك عرض قاصرة المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 336 من ق.ع وقد إعتبر أن حال ملاحقة المتهم بالجناية المذكورة فإن وضع المتهمة، يكون جنحة هتك العرض وتبعا لذلك يتعين تبرئتها من جنحة الفاحشة المنسوبة إليها[236].

وشدد المشرع المغربي عقوبة جريمة الإغتصاب[237] بالفصل 487 " إذا كان الفاعل من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليها أو وصيا عليها أو خادما بالأجرة عندها أو عند أحد من الأشخاص السالف ذكرهم، أو

---

[235] - نص الفصل 228 على أنه "يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من اعتدى بفعل الفاحشة على شخص ذكرا كان أو أنثى بدون رضاه. ويرفع العقاب إلى اثني عشر عاما إذا كان المجني عليه دون الثمانية عشر عاما كاملة. ويكون العقاب بالسجن المؤبد إذا سبق أو صاحب الاعتداء بفعل الفاحشة في الصورة السابقة استعمال السلاح أو التهديد أو الاحتجاز أو نتج عنه جرح أو بتر عضو أو تشويه أو أي عمل آخر يجعل حياة المعتدى عليه في خطر. الفصل 228 مكرر على أنه " كل إعتداء بفعل الفاحشة بدون قوة على طفل لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاما كاملة يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام. والمحاولة موجبة للعقاب.

[236] – مجلس قضاء تيارت، غ.ج، 09/02/ 2008، الملحق المشار إليه سابقا.

[237] - الفصل 486 " الاغتصاب هو مواقعة رجل لامرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس إلى عشر سنوات .
غير أنه إذا كانت سن المجني عليها تقل عن ثمان عشرة سنة أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة".

كان موظفا دينيا أو رئيسا دينيا [238]، وكذلك أي شخص إستعان في إعتدائه بشخص أو بعدة أشخاص فإن العقوبة هي:

- السجن من خمس إلى عشر سنوات، في الحالة المشار إليها في الفصل 484
- السجن من عشر إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 485
- السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 485
- السجن من عشر إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 486
- السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 486

وهذه الحماية تظهر جليا عندما تكون الجنحة أو الجناية لها إرتباط إما بصلة الأبوة مثل المادة 487 في حالة هتك عرض القاصر بعنف أو دونه، بحيث العقوبة تصل في الحالة الأولى إلى عشر سنوات، وفي الحالة الثانية إلى عشرين سنة.

وفقا لهذه المقتضيات، فإن أي إغتصاب دون قوة يشكل جريمة معاقبا عليها، عكس الحالة التي يقع فيها هتك عرض شخص تجاوز سن 18 سنه دون عنف إذ لا عقاب في هذه الحالة، إلا إذا شكل الفعل جريمة أخرى كالإخلال العلني بالحياء، وبذلك يتبين أن المشرع المغربي اعتبر سن المجني عليه الأقل من 18 عنصرا مكونا للجريمة بحيث إذا بلغ سن الضحية 18 سنة فأكثر، فإن أحد أركان الجريمة يتخلف ومن ثم لا وجود للجريمة.

وإن أساس التجريم ضمن التشريع المغربي هو إنعدام رضا المجني عليه، ومن ثم إذا كانت المواقعة تمت برضا الطرفين لا تشكل جريمة، ونظرا لأن الرضا لا يعتد به إلا إذا كان صادرا عن شخص بالغ. لذا فإن الإغتصاب يختلف نطاقه متى كان المجني عليه شخصا بالغا، حيث يقتصر في هذه الحالة على المواقعة دون رضاه، بينما إذا كان المجني عليه قاصرا (طفلة) فإنه يتسع ليشمل المواقعة سواء تمت برضاها أو دون رضاها، وما ذلك إلا لعدم الإعتداد برضاها في حالة توفره حكما.

و توسع المشرع المغربي في فرض تشديد العقاب[239] في حالة إقتران عنصر أخر من عناصر التشديد مع كون الفاعل أحد الأصول وهو عنصر الإفتضاض بنص الفصل 488، بحيث إذا تعرضت المجني عليها

[238] – غير أن إعتبار صفة موظف أو رئيس ديني ظرف تشديد في بعض الجرائم يعد غريبا عن المجتمع المغربي المسلم، إذ المقصود بالموظف الديني أو الرئيس الديني الأشخاص الذين تحول لهم صفتهم هذه الاتصال الانفرادي بالناس بما فيهم النساء وممارسة الضغط المعنوي عليهم بما يملكونه من وساطة بينهم وبين خالقهم تحط بها خطاياهم وتبدل بها بسيئاتهم حسنات وهذا إن صدق على التقاليد الكنسية فإنه لا مجال له بالنسبة للديانة الإسلامية، التي لا يملك فيها أحد التسلط باسم الدين أو الإكراه المعنوي للأفراد بدعوى الغفران ومحو الخطيئة.

[239] – هلالي عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص. 198 وما بعدها.

للإفتضاض يتعين تشديد العقوبة[240] إذا كان الجاني أحد الأشخاص المشار إليهم في الفصل 487. فإن الحد الأقصى المقرر للعقوبة في كل فقرة من فقراته يكون هو العقاب.أي لم يجعل بذلك للقاضي سلطة تقديرية في تقرير العقار بين الحد الأدنى والحد الأعلى للعقوبة ، وإنما جعله ملزم بتطبيق الحد الأقصى للعقوبة[241].

أما بخصوص تعامل القضاء المغربي مع هذه الجريمة، فإنه يشوبه نوع من التردد والغموض نظرا لعدم دقة التكييف القانوني وغموض المتابعات[242]. حيث ناذرا ما يعاقب مرتكب جرائم الاغتصاب على أساس تكييفها هذا. وما يؤكد هذا الطرح القرار الصادر عن غرفة الجنايات بمحكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2001/03/29 – غير منشور– والذي أدان المتهم بجريمة إغتصاب أخت زوجته القاصرة، البالغة من العمر 14 سنة وعاقبه بسنتين سجنا بعد إفادته بظروف التخفيف.

في حين أن أدنى عقوبة يمكن تطبيقها على مرتكب جريمة اغتصاب قاصر هي السجن من عشر إلى عشرين سنة حسب مقتضيات الفصل 486 من م.ج.م

ولم يعتمد المشرع التونسي سياسة التدرج في تشدد العقوبة على أساس السن بل حدد سنا للحماية هي الثامنة عشر وعاقب كل اعتداء على من هو دون هذه السن بدون قوة بعقاب موّحد هو خمس سنوات سجن ولكن التطبيق القضائي تولى هذه المهمة بأن تدرج بالعقوبة بحسب الحالات والقضايا ووقائع كل جريمة وهو لا يتوانى على التشدد كلما صغر سنّ المجني عليه، من ذلك الحكم الإبتدائي عدد 2262 الصادر في 2001/12/21 عن المحكمة الابتدائية بتونس والقاضي بسجن المتهم لمدة أربعة سنوات لإعتدائه على طفلة بالفاحشة دون قوة.

---

[240] – هلالي عبد الله أحمد، نفس المرجع ، ص. 206.

[241]– ونظرا لخطورة هذه الجريمة، فإن هناك من الفقهاء المسلمين من اجمعوا على معاقبة مغتصب الأنثى بحد الحرابة ويمثل هذا الاتجاه –فقهاء المالكية والظاهرية وبعض الشافعية– وذلك لما تنطوي عليه فعل الاغتصاب من المغالبة واستعمال للعنف، وترويع الآدميين والإخلال بالنظام العام في المجتمع. فلاشك أن الجاني بفعلته الشنيعة هذه، قد دخل في زمرة المحاربين لله ورسوله وعاث في الأرض بالفساد، وما يدعم هذا الاتجاه في الفقه ما قال به المفسرون في النصوص الواردة في هذا الموضوع وهو قوله تعالى: "إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم" سورة المائدة الآية 33. وفي ذلك يقول الإمام مالك "من دخل على رجل في حريمه، على أخذ ماله فهو عندي بمنزلة المحارب يحكم فيه كما يحكم في المحارب". وللإشارة فإن العقوبة المقررة لحد الحرابة في الشريعة الإسلامية متعددة وهي غاية في الشدة، إذ تجمع بين عقوبة القتل أو الصلب أو قطع الأيدي والأرجل من خلال أو النفي من الأرض. محمد الشيحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص. 266 وما بعدها.

[242]– سميرة عثمان الصقلي، مؤامرة الصمت والسرية، الإعتداء الجنسي على الأطفال، جريدة المستقبل، الأربعاء 31 ديسمبر 2003، ص.5.

وهي نفس السياسة التي أعتمدها المشرع المغاربي بعدم التدرج في تشديد العقوبة على أساس السن، في جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم.

ثانيا

جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (سفاح المحارم)

إن الخروج عن التضامن وفق الوظائف والعمل المشترك ضمن التكامل الأسري ، يؤدى إلى حالة التفكك والإنحراف[243]. وأهم صورة لهذا الإنحراف جريمة الفاحشة بين ذوى المحارم.

ومن الأهمية بمكان إنفرد المشرع الجزائري بتشديد الجزاء بإسقاط السلطة الأبوية أو الوصاية الشرعية في حال ثبوت التهمة ضد الأب أو الأم، إذ قد تكون الجريمة جناية في حالتي:

حالة الأقارب من الفروع أو الأصول، وحالة الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم، فتطبق عقوبة السجن من 10سنوات إلى 20 سنة.

فالحكمة من التشديد هنا هي الخروج عن الطبيعة البشرية[244]، وفق ماتقتضيه الفطرة السليمة، وهذا ما تنفُر منّه الطباع والنفوس الطيّبة[245] وإهدار القيم الإجتماعية، هذه الأخيرة التي نجدها تنعدم في حالة أي شخص يترك أبنائه ويعرضهم للخطر كذلك مما يترتب عنه مُساءلته جزائيا.

وتوسع المشرع الجزائري في أن شمل بالعقاب المشدد حتى الكافل ، اذا تطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع والأصول ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و / أو الكفالة.

وأن القانون الجنائي المغربي لا يتناول بالدراسة جريمة زنا المحارم[246]، بل إكتفي بتقرير الحماية الجزائية ببعض النصوص بأن إعتبر صفة أصل الطفل الضحية ظرفا من ظروف التشديد في بعض الجرائم الواقعة على القصر، كجرائم هتك العرض والإغتصاب.

و تشديد المشرع المغربي لعقوبة الجاني باعتباره أصلا للضحية في هذه الجرائم، لم يهدف من ورائه حماية أواصر القرابة وحماية العلاقات الخاصة التي تربط بين أفراد الأسرة والتي قد تسبب الصلات الجنسية بين أفرادها إلى إنهيارها[247]، وإنما كان الهدف من هذا التشدد هو زجر الإعتداءات الجنسية

243 – منير مرسى سرحان، المرجع السابق، ص. 89.

244 – أحمد المجدوب ،المرجع السابق، ص. 320.

245 – عيسى حداد، المرجع السابق، ص.213.

246 – كما سبق بيانه في تفصيل هده الجريمة ضمن الفصل الأول من الباب الأول ، ص. 78.

247 – محمد علي البار، الإعتداء على الأطفال، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع ،2002، ص. 76.

ضد الأطفال[248] من قبل أصولهم حماية للطفل نظرا لضعفه البدني والنفسي من جهة–كما سبقت الإشارة إلى ذلك– ولإخلالهم بالثقة التي وضعت فيهم إتجاه الطفل من جهة ثانية.

فتفرد المشرع الجزائري بتجريم الفعل وتشديد العقاب غايته دراء كل مخاطر زنا المحارم وإدراك منه أن كل إعتداء جنسي له إنعكاسات بدنية ونفسية خطيرة على الطفل خاصة[249]، وأن الإعتداء الجنسي في هذه الحالة يصدر عن الأشخاص الذين يفترض فيهم حماية بعضهم البعض وليس الإعتداء الجنسي عليهم وهو ما يدفع الضحية إلى فقدان الثقة في كل الأشخاص المحيطين به.

وبناء على ذلك فإنه تترتب عن زنا المحارم آثار تتمثل في التذمر الذي تشعر به الضحية مباشرة بعد حصول الاعتداء عليها وتتفاوت في الشدة بحسب سن الضحية، بالإضافة إلى عدم التوازن والقلق الذي يصيب الضحية، هذا بالإضافة إلى الأضرار التي تصيب الأسرة والمجتمع مما قد يؤدي إلى تصدع الأسر وما يترتب عن ذلك من امتداد آثار هذه الجريمة إلى المجتمع ككل.

لذا يجب على المشرع المغربي والتونسي أن يتداركا تجريم جريمة زنا المحارم بإقرار حماية خاصة من الاعتداءات الجنسية المدمرة التي قد يتعرض لها أفراد الأسرة الواحدة داخل محيطهم العائلي، الغير بعيد عن خطورة جرائم التحريض على الفسق والدعارة.

ثالثا

التحريض على الفسق والدعارة

يتمثل عنصر التشديد في فعل التحريض على الفسق و الدعارة الصادر من الزوج أو الأب أو الأم أو من أي وصى على المجني عليه يؤدى للقضاء على العامل البنائي للتكامل الأسرى، وهذا ما أهتمت به الشريعة الإسلامية[250].لذلك أورد المشرع الجزائري في نص المادة 344 ق.ع في فقرتها الرابعة ضمن الحالات التي

---

[248] – كذلك الشأن بالنسبة للقانون المصري الذي لا يفرق بدوره في الجزاء الذي يوقع على من يزني بإحدى محارمه وبين الجزاء الذي يوقع على من يزني بغير محارمه، إلا في الأحوال التي يكون فيها الجاني من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها حيث تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة شريطة أن يكون سن الضحية دون الثامنة عشرة، أما إذا كانت قد بلغت سن 18، فما فوق، وتم الاتصال الجنسي برضاها، فلا عقاب على الجاني بالعقوبة المشددة.

[249] -INES Angelino,op, cit, p.128

[250] – وإهتمام الإسلام بالفتاة، جاء حفاظاً على كرامتها وصوناً لعفتها، لأجل ذلك نأى بها عن أن تكون مجرد جسد للإغراء ومن الآيات الدالة على ذلك قوله تعالى: وَلا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاء إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ" الآية، 33 سورة النور؛ " وَلِبَاسُ التَّقْوَىَ ذَلِكَ خَيْرٌ ذَلِكَ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ لَعَلَّهُمْ يَذَّكَّرُونَ"، الآية ،26 سورة الأعراف؛ "وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاء قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاء اللَّاتِي لاَ تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَن تَقُومُواْ لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُواْ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا"الآية127 سورة النساء.– كما حثَّ الشرع على حسن رعاية الفتيات وتربيتهن فقال الرسول (صل الله عليه وسلم) من كانت له ثلاث بنات فآواهن، ورعاهن، وكفلهن، كن له حجاباً من النار" قالوا وإثنتان يا رسول الله؟ قال: "وإثنتان..." رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها متفق عليه.

تضاعف فيها العقوبة المقررة في المادة 343 ق.ع إلى الحبس من خمس(5) إلى عشر(10) سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج ، حالة كون مرتكب الجنحة زوجا أو أبا أو أما أو وصيا على المجني عليه في حالة التحريض على أفعال الفسق والدعارة[251].

وهي نفس السياسة العقابية لدى المشرعين المغاربين، وإن كان المشرع المغربي قد عاقب بشدة تحريض الأطفال على ممارسة البغاء على الرغم من أنه لم ينص على معاقبة التحريض على الفسق والدعارة كما جاء به المشرع الجزائري.

فبالنسبة لجرائم تحريض أو تسهيل الفساد، فقد نص الفصل 497 م.ج.م على أنه يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم كل من حرض القاصرين دون الثامنة عشر على الدعارة أو البغاء أو شجعهم عليها، ولم يستثن المشرع من العقاب كل من ساعد أو حمى ممارسة البغاء أو جلب أشخاصا أو إستخدامهم لأجل البغاء حيث عاقب الجاني بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من خمسة آلاف درهم إلى مليوني درهم[252] . وترفع هذه العقوبة إلى السجن لمدة تتراوح بين عشر سنوات وعشرين سنة إذا اقترنت هذه الجريمة بواسطة عصابة إجرامية[253]. أما إذا صاحب إرتكاب هذه الجريمة التعذيب أو أعمال وحشية، فإن العقوبة هي السجن المؤبد[254].

ولحماية الطفل من بعض أشكال الإعتداءات الجنسية التي تشكل صورة من صور التحريض على الفسق فقد نص الفصل 503- 2 من م.ج.م على أنه "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل استغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية وذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية". وتطبق نفس العقوبة على كل من قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو استيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع وتضاعف العقوبة إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو مكلفا برعايته أو له سلطة عليه".

أي أنه ضاعف العقوبة الواردة في الفقرة الأولى من نفس الفصل والتي تقضى " بالعقاب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل استغلال أطفال

[251] – مانع علي ، الحماية الجنائية للطفل، م. ج.ع.ق.إ. س، عدد 1، 2000، ص. 189.

[252]– الفصل 498 من القانون الجنائي.

[253]– الفصل 499 من القانون الجنائي.

[254]– الفصل 499- 2 من القانون الجنائي.

تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، نظر لما يشكله هذا الفعل من صور للتحريض على الفسق، بمضاعفة العقاب إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو مكلفا برعايته أو له سلطة عليه.

بالإضافة إلى إمكانية فرض جزاءات عقابية أخري كصورة من صور التشديد، وهذا بالفصل 504من ق .ج.م الحكم على مرتكبي الجنح المعاقب عليها في هذا الفرع، زيادة على ما ذكر، بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 وبالمنع من الإقامة، من خمس إلى عشر سنوات.

وجاء التشديد في عقوبة التحريض على الدعارة للقصر بالفصل 497 من م.ج على أنه "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم كل من حرض القاصرين دون الثامنة عشرة على الدعارة أو البغاء أو شجعهم عليها أو سهلها لهم".

أي أن الأفعال الداعية إلى التحريض على الدعارة من طرف الوالدين أو الغير تدخل ضمن هذا المجال العقابي بالتشديد دون النص على جزاء خاص على تشديد العقوبة إذا كان الفعل صادر من أصول المجني عليه.

ولكن المشرع المغربي شدد العقاب على أحد الزوجين الذي يتخذ أحد أشكال البغاء والدعارة الواردة بالفصل 498 [255] بالعقاب بموجب الفصل 499" ترفع العقوبات المنصوص عليها في الفصل السابق إلى الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وغرامة من عشرة آلاف إلى مليوني درهم في حالة.

[255]- أشكال السلوك الواردة بالفصل 498" يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من خمسة آلاف إلى مليون درهم، ما لم يكن فعله جريمة أشد كل من ارتكب عمدا أحد الأفعال الآتية:

– 1 أعان أو ساعد أو حمى ممارسة البغاء أو جلب الأشخاص للبغاء وذلك بأية وسيلة كانت.

– 2 أخذ بأي شكل كان نصيبا مما يحصل عليه الغير عن طريق البغاء أو الدعارة أو أخذ معونات من شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة وهو يعلم بذلك

– 3 عاش مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء وهو يعلم بذلك

– 4 إستخدم أو استدرج أو سلم أو حمى شخصا بقصد ممارسة البغاء أو الدعارة برضاه أو مارس عليه ضغوطا من أجل ممارسة البغاء أو الدعارة أو الاستمرار في ذلك.

– 5 مارس الوساطة، بأية صفة كانت، بين من يتعاطى البغاء أو الدعارة وبين من يستغل بغاء الغير أو دعارته أو يؤدي مقابلا عن ذلك.

– 6 ساعد من يستغل بغاء أو دعارة الغير على إعطاء تبرير وهمي لموارده المالية.

– 7 عجز عن تبرير مصادر مالية ملائمة لمستوى معيشته في الوقت الذي يعيش فيه مع شخص اعتاد على تعاطي البغاء أو الدعارة أو له علاقات مشبوهة مع شخص أو عدة أشخاص يتعاطون البغاء أو الدعارة.

– 8 عرقل أعمال الوقاية أو المراقبة أو المساعدة أو إعادة التربية التي تقوم بها القطاعات أو الهيآت أو المنظمات المؤهلة لذلك تجاه أشخاص يمارسون البغاء أو الدعارة أو معرضين لتلك الممارسة".

- 4 إذا كان مرتكب الجريمة هو أحد الزوجين أو أحد الأشخاص المذكورين في الفصل 487 من هذا القانون".

فالحكمة من التشديد هنا ما يفترض لمرتكبي السلوك المجرم من أن يكون مثلا يقتدي به في الأخلاق والسلوك الطيب، لا أن يكُون مصدرًا للتحريض على الفسق وفساد الأخلاق.

وهي نفس الحكمة التي تشدد المشرع الجزائري بموجبها بالمستحدث من أحكام قانون العقوبات بموجب المادة 333 مكرر 3 الفقرة 2 بالعقاب من سنتين إلى خمس سنوات إذا كان الفاعل من المحارم أو بسبب حالة الحمل الظاهرة أو المعلومة وأن الضحية قاصر أقل من 16 سنة لجريمة المساس بالحرمة الجنسية للضحية الفعل المعاقب عليه بالمادة 333 مكرر 3 الفقرة 1 من قانون العقوبات المقدرة لعقوبة سنة إلى 3 سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من يرتكب فعل فيه مساس بالحرمة الجنسية للضحية .

إذ الحكمة من تشديد العقاب هنا لما لحرمة الفعل وخدشه للحياء العام وما لأفراد الأسرة من خطورة في حال إرتكابهم للفعل نظر لما يسهله صفتهم والظروف المشتركة لإرتكاب الفعل وخطورته ونظرا لما يفترض فيهم من تدعيم لقيم الرابطة الأسرية والأخلاقية والإجتماعية، بعيدا عن هذه التجاوزات التي كلما حصلت تقرر الجزاء المشدد .

وهي نفس الغاية الإجتماعية في مجال حماية الضحية متى تعرض لإعتداء التحرش الجنسي لإجبارها على تلبية رغباتها الجنسية أو كل ضحية فعل أو إيحاء جنسي ، إذا كان الفاعل من المحارم أو بسب حالة الحمل وهذا بالعقاب من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 2000.000دج إلى 500.000 دج طبقا للمادة 341مكرر الفقرة 3 والتي تعاقب الفاعل الذي لايتوفر على صفحة المحارم بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج كل من ارتكب هذا الفعل ، مع العلم أن المشرع العقابي لم يشمل هذه الجريمة بالصفح، تحقيقا للحماية المقررة وفق السياسة الجديدة التي إعتمدها بموجب المستحدث من القانون.

ولم نجد ضمن التشريعات المغاربية تطبيقات لهذا التجريم الذي إنفرد به المشرع الجزائري توسيعا لمجال الحماية بما يضمن بقاء العلاقات الأسرية قائمة بجميع مُشتملاتها، خاصة علاقات الأطفال الذين لم يكمل 16من عمرهم، فالطفولة فيها تتكون شخصية الفرد وتبرز مدارَكه وكل ما يغرس في نفس الطفل من أخلاق

كريمة أو ذميمة–كصور الفسق والدعارة، المساس بحرمته الجنسية أو التحرش الجنسي وإيحاءاته– فإنها تؤتى أكلها في مستقبل حياته. فمتى صلحت العائلة صلح الطفل والعكس صحيح[256]

فإذا خالف من وضعت فيه هذه المسؤولية ترتب عليه الجزاء العقابي الأشّد.ويتأكد الحكم نفسه في جرائم الإخلال بحقوق الأولاد.

الفرع الثالث

جرائم الإخلال بحقوق الأولاد

كون جرائم الإخلال بحقوق الأولاد هي كل فعل أو إمتناع عن فعل يعرض سلامة وصحة الطفل البدنية والعقلية والنفسية والإجتماعية للخطر، خاصة و أن الطفل في غاية من الضعف، في مراحل حياته الأولى، وإن أبسط الإعتداءات أو المخاطر من شأنها أن تؤدي إلى تعريض حياته للخطر.

لذلك كان لزاما على المشرع أن يتدخل ليوفر الحماية القانونية الواجبة للطفل الذي يكون في أمس الحاجة إلى بيئة ملائمة تساعده على النمو السليم[257]، بتجريم كل فعل أو امتناع قد يترتب عنه شكل من أشكال الإيذاء للطفل، الأمر الذي يستوجب وجود رادع أكثر للجاني يجعله يتردد قبل إقدامه على جريمته ضد الطفل، خاصة وأن بعض الجرائم وإساءات المعاملة الخطيرة للطفل عادة ما يرتكبها أهله أو من عهد إليهم بحمايته[258] .

ولأجل ذلك عزز المشرع الجنائي المغاربي حماية الأولاد في بداية مراحل حياتهم، فجرم العديد من الأفعال كعدم تسليم المحضون إلى حاضنه (أولا) وعاقب على تعريض الأولاد للخطر والتخلي عنهم (ثانيا).

أولا

جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته

إن المشرع الجزائري قد أورد نصا يشدد عقوبة الحبس، إلى ثلاث سنوات إذا كان الجاني هو الأب أو الأم الذي أسقطت عنه السلطة الأبوية بنص المادة 328 الفقرة الثانية، بنصها " وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني".

---

[256] – عروبة جبار الخزرجي، المرجع السابق، ص. 08.

[257] – عمار سالم ، ريان سليم بدير، الصحة النفسية للطفل، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت لبنان، 2007، ص. 54.

[258]- Cf.HENRY.Solus, JAQUES. Guenot ,La protection de l’enfant contre ses parents, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1984 ,p .178 .

إذ الأصل أن العقوبة المقررة بموجب المادة 328 الفقرة الأولى من ق.ع[259].أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000إلى 100.000دج الأب أو الأم أو أي شخص أخر لايقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به.

وهو نفس الجزاء العقابي الذي أقره المشرع المغربي بموجب الفصل 477 بنصه " إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو إختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائة وعشرين إلى ألف درهم".

وتشدد المشرع المغربي بالعقاب الذي يصل إلى حد (3) سنوات في حالة كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر وهذا بموجب الفقرة الثانية من نفس الفصل " فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات.

وما هو ملاحظ أن المشرع المغربي قد أدخل صور أخري تأخذ صور للسلوك المادي المجرم بالرغم من أنها تحقق نفس الغاية وهي عدم التسليم وشملت الخطف، أو التغرير بالطفل من حاضنه، فهل هذا تزيد عن النص أم أنها حالات كفيلة بالحماية؟

إلا أنه في نفس السياق قد قرر المشرع التونسي إفادة المحكوم عليه في جريمة عدم إحضار محضون بإستبدال العقوبة المحكوم بها، بعقوبة العمل للنفع العام مما بفهم منه على أنه مرونة تشريعية وهذا ما هو وارد بالفصل 15مكرر بنصها " للمحكمة إذا قضت بالسجن النافذ لمدة أقصاها ستة أشهر أن تستبدل بنفس الحكم تلك العقوبة بعقوبة العمل لفائدة المصلحة العامة وذلك دون أجر ولمدة لا تتجاوز ثلاثمائة ساعة بحساب ساعتين عن كل يوم سجن.ويحكم بهذه العقوبة في جميع المخالفات وفي الجنح التي يقضى فيها بعقوبة سجن لا تتجاوز المدة المذكورة أعلاه وهي الجنح التالية:بالنسبة للجرائم الاجتماعية: ... عدم إحضار محضون".

وقد إشترط كل من المشرعين الجزائري والمغربي لقيام هذه الجريمة وجود حكم قضائي سابق يقضى بإسناد حضانة القاصر إلى من له الحق في المطالبة به، وإمتنع الشخص الذي صدر الحكم في مواجهته عن

[259] – يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج الأب أو الأم أو أي شخص أخر لايقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

تسليمه[260]، إذ لا تترتب المسؤولية الجزائية في حالة إمتناع الطفل عن ذلك دون منع من الحاضن وهذا ما قضت به المحكمة العليا بأن " حق الزيارة – رفض الطفل القيام بها – دون منع من الحاضن – قيام جنحة عدم تسليم طفل – خرق القانون" [261] .

ولم يشترط المشرع الجزائري و المغربي ممن له الحق في تقديم الشكوى ، وجوب مباشرة إجراءات التنفيذ لذلك الحكم القضائي القاضي بتسليم القاصر وهذا من خلال قراءة المادة 328 والفصل 477 من م.ج.م ، نظرا لما لهذا النوع من طابع الإستعجال، والخطورة مما يتطلب تدخل النيابة العامة لوقف هذا السلوك.

وما هو ملاحظ في التطبيقات العملية[262] لايتم مباشرة الدعوى العمومية في أحيان كثيرة إلا بعد السعي في إجراءات التنفيذ، وإستغراق وقت كبير، مما يتعارض مع الحكمة من إيجاد هذا النص، وطبيعة الإعتداء الحاصل، والشخص المشمول بالحماية.

بالإضافة إلى أن إجراءات المحاكمة فيها تتم وفق إجراءات الإستدعاء المباشر إذ كان من المفروض أن تتخذ إجراءات المحاكمة فيها وفق إجراءات التلبس لما لهذا الإجراء من ردع للمخالفين. مثلما هو واقع في الأغلب الأعم في نظر وتحقيق المتابعة بجرائم ترك الأبناء وتعريضهم للخطر.

ثـانيا

ترك الأبـناء وتعريضهم للخطر

إن جرم ترك الأبناء وتعريضهم للخطر يعد ترجمة لعدم توفر صلات عاطفية تربط بين كل من أطراف الحياة الزواجية والأسرية[263]. وأنّ نقص الوعي بالصلات العاطفية يكون حتما ناتج عن النقص في التربية، الذي أصبح عامل أساسي يتعين أخذه بعين الإعتبار في علم الإجرام[264].

---

[260] – حكم محكمة عين ولمان سطيف، قسم الجنح، 2012/06/17، فهرس رقم 12/4950، غير منشور، ملحق رقم 12.

[261] – المحكمة العليا، غ.ج، 14/ 07/ 1996، ملف رقم 130691، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص. 153.

[262] – وهذا ما هو معمول به على مستوى المحاكم حيث انه قبل تسجيل الشكوى يتطلب الأمر تقديم وثائق تفيد سعى المحكوم له، لأجل مباشرة إجراءات التنفيذ وفى حالة الامتناع يتحصل على محضر الامتناع عن التنفيذ الذي يسلمه له القائم بالتنفيذ، وبعد ذلك تبدأ إجراءات تقديم الشكوى.

[263] – أحمد يحي عبد الحميد، ، المرجع السابق، ص. 55.

[264] - Cf. KALFAT.Choukri, Transformations sociales et violence intra-familiale, Revue de la Faculté des Lettres et des Sciences Humaines et de Sciences Sociales, Département de Sociologie, Université de Tlemcen, Déc, 2003 , Numéro Spécial, p. 35.

فإذا حدث فعل الترك للطفل فلسنا في حاجة إلى البحث عن الحالة التي كان عليها الضحية، ولا عن الوسيلة التي تم نقله بواسطتها[265]، لأن المشرع يعاقب على التخلي عنه ويشدد في العقاب على تعريضها للخطر[266]. وقد إتجه المشرع المغاربي إلى إبراز صور التشديد من خلال صور الترك المجرمة.

1 /حالة تشديد العقاب في صورة ترك الولد أو تعريضه للخطر:

بما أن الطفل غير قادر على العيش لوحده، وإنما يعيش عالة على غيره وفي كنفه حتى ولو كان له مال يتعيش منه، فهو دائما في حاجة إلى من يوليه الرعاية التي تتطلب من الولي أو ممن كلف برعايته[267] لهذه الاعتبارات أحاط المشرع الجنائي المغاربي الطفل بحماية خاصة بتشديد العقاب في جرائم ترك الأطفال أو تعريضهم للخطر.

وفي هذا النهج سارت السياسة العقابية التي إعتمدها المشرع المغربي بنص الفصل 459 التى تنص على أنه "من عرض أو ترك طفلا دون سن الخامسة عشرة أو عاجزا لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية، في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك، يعاقب لمجرد هذا الفعل، بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. فإذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوما، فإن العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس.

---

[265]– أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون ...، المرجع السابق ،ص. 178.

[266]– يختلف معنى التربية ومفهومها بإختلاف ميادين الدراسة الإجتماعية والتربوية والنفسية والحضارية والإنتربولوجية، في نظرتها للفرد والمجتمع، فعلى مر العصور إستخدم الإنسان مصطلح " التربية " للدلالة على مجموعة الأفعال المتعلقة بمستقبله وإستمراريته، فقد إستخدم هذا المصطلح للإشارة إلى التنمية والغذاء والزراعة....الخ. ولكن المفهوم المعاصر للتربية ينحصر في مجموع الأفعال الواعية الهادفة إلى تكوين الإنسان، ودفعه نحو التطور والإرتقاء.

و معني التربية لغة: رَبَا : يَرْبُوا رَبْوًا ورَبَوا رَابَ (الرَّابِي) مَرْبُو : المال زاد ونما – الولد نشأ وترعرع.

إصطلاحا: هي عبارة عن وسيلة مدبرة، يقصد بها الكبار إعداد النشئ إعدادا جسمياً وعقلياً وأدبياً وذوقياً وروحياً، بغرض تهيئتهم تهيئة صالحة لأنفسهم ولمجتمعهم. ويقول: جون ديوي « إذا رجعنا إلى أصل كلمة تربية "éducation" اللغوي، وجدنا أن معناها مجرد عملية القيادة والتنشئة ». و عرفها إمانويل كانط.kant: « التربية هي الترقية لجميع أوجه الكمال التي يمكن ترقيتها في الفرد ». والتربية هي مساعدة الإنسان في إعداد نفسه جسمياً وعقلياً وخلقياً إعداد يجعله مؤهلا للقيام بالمهام التي تنتظره في الحياة و التلاؤم مع البيئة الطبيعية والإجتماعية. عيسى العباسي، التربية الإبداعية في ظل المقاربة بالكفاءات، دار الغرب، وهران، 2006، ص .11- 12.

أم لفظة التنشئة فتعتبر من أهم العناصر الإجتماعية التربوية، بل إن لفضة التنشئة في المفهوم التربوي هي صلب التربية ومعناها الإصطلاحي، فالتربية هي التنشئة والتنمية. وهذه الصلة بين المرادفين للتربية والتنشئة تعطي أهمية بالغة للتنشئة الإجتماعية في العملية التعلمّية والتعليمية.

فالتنشئة هنا هي تربية الفرد وتعليمه وتوجيهه وتثقيفه، والإشراف علي سلوكه وتلقينه لغة الجماعة التي ينتمي إليها وتقاليدها وأعرافها، وسنن حياتها، والخضوع لمعاييرها وقيمها والرضا بأحكامها، وتطبيعه بطباع الجماعة المحيطة وتمثيله سلوكهم العام. الزبير بن عون، التنشئة الإجتماعية ماهيتها– نظرياتها– مؤسساتها، 2009/11/05،موقع الأنترنت http:// . www educa_un

[267]– محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص. 40.

أما إذا أصيب الطفل أو العاجز ببتر أو عطب، أو إذا بقي مصابا بعاهة مستديمة، فإن العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا نتج عن التعريض للخطر أو عن الترك موته، كانت العقوبة السجن من عشر إلى عشرين سنة".

وإن المادتين 315 و317 من ق.ع.ج كانت أكثر تشديد في العقاب برفع الحد الأدنى والحد الأعلى للعقوبة مقارنة بالجزاء المقرر ضمن التشريع المغربي بالفصل 459 ، إذ نصتا على عقوبات مشددة كلما كان الفاعل أو المتهم أو مرتكب الجريمة صاحب صفة، كونه من أصول الولد المتروك والمعرض للخطر فتشدد العقوبات ضد الأصول، أو من لهم سلطة على الطفل، أو من يتولون رعايته وذلك برفع العقوبات المقررة قانونا درجة واحدة، فتكون العقوبات ضمن التشريع الجزائري كما يلي:

– الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في حالة ما إذا لم ينشأ عن ترك أو التعريض 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 يوما.

– السجن من 10 إلى 20 سنة في حالة ما إذا حدث للطفل مرض أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.

– السجن المؤبد إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت.

هذا التشديد جاء واضحا متى كان مركب الجريمة صاحب صفة بنص الفصل 460 على أنه "إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل العاجز أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو المكلفين برعايته، فإن العقوبة تكون على التفصيل الآتي:

-الحبس من سنتين إلى خمس، في الحالات المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل السابق.

-في الحالات المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل السابق، ترفع العقوبة إلى الضعف.

-في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من نفس الفصل، تكون العقوبة السجن من عشر إلى عشرين سنة.

-في الحالات المشار إليها في الفقرة الرابعة من نفس الفصل، تكون العقوبة السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

وخروج عن القاعدة العامة بإعتماد القصد الجنائي كمعيار لتحديد العقوبة، فقد إعتبر المشرع المغاربي أن النتيجة المترتبة عن الفعل هي المعيار المحدد لدرجة العقوبة نظر لطبيعة هذا النوع من الجريمة، إذ يتحدد الجزاء بحسب الظروف المكانية لإرتكاب الجريمة، وما يترتب عنها من نتائج، وصلة الجاني بالمجني عليه.

ولم يخالف المشرع التونسي السابق من التعريفات في فكرة تشديد العقاب إذ أقر بموجب الفصل 212 على أنه "وكون العقاب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية قدرها مائتا دينار إذا كان المجرم أحد الوالدين أو من له سلطة على الطفل أو العاجز أو مؤتمنا على حراسته.

ولم يقتصر المشرع التونسي على هذا الحد، بل ضاعف الجزاء في حال أن كان الفاعل المحدد بموجب الفصل 212 ونتيجه لسلوكه اتجاه الضحية أن نتج عنه عاهة أو كسور فإنه طبقا للفصل 213على أنه " يعاقب بالسجن مدة اثني عشر عاما مرتكب الأفعال المقررة بالفصل 212 من هذه المجلة إذا نتج عن الإهمال بقاء الطفل أو العاجز مبتور الأعضاء أو مكسورها أو إذا أصيب بعاهة بدنية أو عقلية.

ويعاقب بالسجن بقية العمر إذا نتج عن ذلك الموت".

ولا يقتصر التجريم على صورة الترك بل يشمل التجريم فعل التحريض على ذلك.

2 / حالة تشديد العقاب في صورة التحريض على التخلي عن طفل:

عاقب كل من المشرعين الجزائري والمغربي ضمن أكثر تفصيل على تحريض الوالدين للتخلي عن أولادهما، وكما سبق القول أن هذه الجريمة تتمثل في حمل الغير على ترك الطفل وتعريضه للخطر، متشددا في فرض العقاب في صورة الحماية.

إذ جاء التشديد مفصلا ضمن التشريع المغربي بالفصل 461 من م.ج.م بنصه على أنه " من عرض أو ترك طفلا دون سن الخامسة عشرة أو عاجزا لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية، في مكان غير خال من الناس أو حمل غيره على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة.

وإذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوما، فالعقوبة هي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

أما إذا أصيب الطفل أو العاجز ببتر أو عطب، أو إذا بقي مصابا بعاهة مستديمة، فالعقوبة الحبس من سنتين إلى خمس. وإذا نتج عن التعريض للخطر أو عن الترك موته، فالعقوبة السجن من خمس إلى عشر سنوات.

و إذا كان مرتكب الجريمة من أصول المجني عليه ا وممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته طبقا للفصل 462، كانت العقوبة على التفصيل الآتي:

-الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل السابق.

-الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من نفس الفصل.

-في الحالة المشار إليها في الفقرة الثالثة من نفس الفصل، ترفع العقوبة إلى الضعف.

-السجن من خمس إلى عشرين سنة، في الحالة المشار إليها في الفقرة الرابعة من نفس الفصل.

وإذا نتج عن التعريض للخطر أو الترك موت الطفل أو العاجز، وكانت لدى الجاني نية إحداثه، فإنه يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصول 392 إلى 397، على حسب الأحوال الفصل 463.

فهنا ندرك السياسة العقابية للمشرع المغاربي في إعتماد هذا التدرج في العقاب على حسب كل وضع وحال وصلة القرابة .

إضافة إلى أن المشرع المغربي نص على عقوبة تكميلية بموجب الفصل 464 من م.ج" في الحالة التي لا تطبق فيها إلا عقوبة جنحية، طبقا للفصول 459 إلى 462 من م.ج فإن المجرم يمكن أن يعاقب، زيادة على ذلك، بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر. دون أن يخصصها بالنص المشرع الجزائري لأن للقاضي إمكانية أن يطبق العقوبات التكميلية متى رأى مبرر لذلك أو متى إستلزمها النص ضمن التشريع الجزائري دون التخصيص بالنص لكل حالة.

إذ جعل المشرع بذلك تحديدا لأشكال تدخل دائرة التجريم، إذا توافرت شروطها[268] و السابق بيانها ضمن الفصل الأول من الباب الأول.

كما يلاحظ أن عقوبة هذه الجريمة ضمن التشريع الجزائري لا تسلط على الأب والأم بسبب تحريض الغير لهما عن التخلي عن طفلهما، وإنما تسلط على الشخص المحرض حتى ولو لم تتحقق النتيجة، وكأننا أمام أثر من أثار موانع العقاب التى تأخذ مجالها ضمن الجرائم الماسة بالأسرة.

وعلى هذا الأساس يقضى الفصل 459 م.ج.م على أن "كل من عرض أو ترك طفلا دون سن الخامسة عشرة أو عاجزا لا يستطيع أن يحمي نفسه بنفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات"، وترفع هذه العقوبة من سنتين إلى خمس إذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوما، كما

[268]- المتولى صالح الشاعر، تعريف الجريمة وأركانها من وجهة نظر مستحدثة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص. 128 وما بعدها.

تشدد العقوبة في حال تعرض الطفل لعاهة مستديمة لتصبح هي السجن من خمس إلى عشر سنوات. ولتوسيع جانب الحماية فإنه يمكن أن يعاقب المجرم في الحالة التي تطبق فيها عليه عقوبة جنحية فقط بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 ق.ج وبالمنع من الإقامة من خمس إلى عشر سنوات. وهذا طبق للفصل 467-1.

ولمزيد من الضمانات الحمائية جعل الفصل 462 م.ج من صفة الجاني ظرفا مشددا للعقوبة، وذلك لما تنطوي عليه صفة أصول الطفل أو من هم مكلفون بحفظه ورعايته قانونا أو اتفاقا أو عرفا من خطورة على الطفل المجني عليه بدلا من كونها محلا لثقة الطفل وإطمئنانه.

وقد أقام المشرع الجنائي المغربي تمييزا في العقوبة، بين جريمة التخلي التي ترتكب في مكان غير خال من الناس وتلك التي ترتكب في مكان خال من الناس، باعتبار أن هذا الأخير يشكل خطرا كبيرا على الطفل.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه ليس المقصود من توظيف المشرع لعبارة مكان خال من الناس أن يكون المحل خاليا من الناس في جميع الأوقات كمنطقة نائية مهجورة مثلا، إنما المراد أن يكون المحل المذكور خاليا من الناس وقت التخلي عن الطفل[269]. لكن هل يمكن اعتبار ترك الأم لطفلها وحيدا في منزلها مكانا خاليا من الناس؟ لقد أجاب المجلس الأعلى على هذا السؤال في القرار الصادر في 16 من سبتمبر 1999 حيث جاء في حيثياته بأن "إهمال الأم لرضيعها وتركه وحيدا في منزلها دون تعهد بالتغذية والرعاية في الأوقات المناسبة مما نتج عنه هزاله ووفاته لا ينطبق عليه الوصف القانوني الوارد في الفصلين 461 و462 من م.ج.م والذي يتضمن تعريض الطفل العاجز للخطر وتركه في مكان خال من الناس دون نية الرجوع إليه أو بقائه تحت عهده أو مسؤولية مرتكب الفعل"[270].

كما وجب الإشارة إلى أن جريمة تعريض الطفل للخطر من الجرائم الإيجابية التي تتحقق بعمل إيجابي ويتضح ذلك من خلال الفصل 461 م.ج بقوله "من عرض أو ترك طفلا"[271] لكن تفسير هذا الفصل لا يمنع

---

[269]– ولو كان من شأنه في غيره من الأوقات أن يكون أهلا بالناس، كالطريق العام مثلا، فإنه من الجائز أن يعتبر خاليا من الناس في ساعة متقدمة من الليل ولو كلن السير به لا ينقطع مطلقا أثناء النهار، لذا فإن خلو الشارع من الناس أو عدم خلوه منهم، مسألة موضوعية تترك لتقدير محكمة الموضوع.

[270]– القرار عدد 7/1909 الصادر بتاريخ 1999/09/16، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 57-58 ، 23. جويلية 2001.

[271]– لقد إختلفت التشريعات الجنائية في تحديد بعض أوصاف أفعال التعريض للخطر، فمنها من جاء بصيغة غير جامدة عندما اشترط لتحقق هذه الجريمة توافر أحد أشكال السلوك التي قررها، وهي التخلي أو الترك كالمشرعين المغربي والفرنسي ومنها من اشترط وقوع الأمرين كقانون العقوبات المصري، ومنها من اكتفت بذكر التعريض للخطر وجعلت من ترك الطفل في مكان خال من الناس ظرفا مشددا للجريمة كالمشرع العراقي. ولاشك في أن عبارة التعريض للخطر شاملة لكل المعاني التي تدل على وضع الطفل في مكان غير بعيد على محل إقامته أو العناية به أو رعايته سواء أكان ذلك بفعل إيجابي أو سلبي.

من تصور وقوع الجريمة بدون عمل إيجابي، أي بالترك أو الامتناع، فإذا وجد شخص طفلا في مكان خال من الناس وتركه مع علمه بما يتعرض له من خطر وهو في هذه الحالة ولم يتخذ أي إجراء لإنقاذه، أو التبليغ عنه، وتوافر لديه القصد الجنائي، يعتبر مرتكبا لجريمة تعريض الطفل للخطر بطريق الترك أو بالامتناع[272].

ولتعزيز حماية الطفل من جرائم التخلي فقد أفرد القانون الجنائي عقوبات رادعة في حق كل من حرض الأبوين أو أحدهما للتخلي عن طفلهما الوليد أو الذي سيولد أو قدم أو حاول أن يقدم وساطة للتكفل بطفل وليد أو سيولد أو لتبنيه طبقا للفصل 466 م.ج كما عاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم كل من حمل الوالدين أو أحدهما على التعهد في عقد بالتخلي عن طفل سيولد لهما أو حاول ذلك طبقا للفصل 467 م.ج.

وأخيرا يمكن القول بأنه على الرغم من تشدد المشرع الجنائي المغربي في العقاب عن جرائم التخلي عن الأطفال – خاصة الأطفال حديثي العهد– وتعريضهم للخطر، فإن الظاهرة تعرف تزايدا قل نظيره خاصة خلال العقود الأخيرة، وما يشهد على ذلك هو الإكتظاظ الذي تشهده المؤسسات الخيرية التي تعنى بالأطفال المتخلى عنهم، ويبقى السبب المباشر لانتشار هذه الظاهرة هو ارتفاع حالات الاغتصاب وتفشي العلاقات الجنسية غير المشروعة، فإذا ما ترتب عنها حمل، فإنه يثير سخط المجتمع السبب الذي يؤثر على الأم فيجعلها تتخلص من مولودها بتركه أو التخلي عنه.

المطلب الرابع

موانع العقاب

إن موانع العقاب أمور تطرأ بعد إكتمال عناصر المسؤولية الجنائية من الناحيتين المادية والمعنوية، فهي لا تمحو صفة الجريمة عن الفعل أو تجعله كأن لم يكن، وإنما تحول فقط دون تطبيق النص على من قام لديه سبب مانع من العقاب من غير أن تمنع ترتيب آثار أخرى كالحكم بالتعويض مثلا.

وتبقى الخطورة الإجرامية منعدمة في أحوال الإباحة بينما تتوافر في حالات موانع العقاب وموانع المسؤولية وهو ما يخول القاضي تقرير بعض التدابير الوقائية الملائمة التي يمده بها التشريع لمواجهة هذه

[272]– مع الإشارة إلى أن الفصلين 430 و431 ق.ج قد نصا على عقوبة جنحية بالنسبة للممتنع عن الحيلولة دون وقوع جناية أو جنحة ماسة بالسلامة البدنية للأشخاص أو امتنع عن تقديم مساعدة لشخص في خطر.

الخطورة[273] ، وهذا التحديد يجد مجاله في الجرائم الماسة بالأسرة ضمن التشريعات المغاربية وفق حالات محددة وهذا لغاية كلها، إستئثار للود الأسري وإستهجان لتوقيع العقاب .

الفرع الأول

النطاق الموضوعي لتقرير مانع العقاب

يتحدد النطاق الموضوعي لتقرير الإعفاء من العقاب ضمن ما يشمله من حالات وفق ما هو وارد في التشريعات المغاربية المقررة للجريمة بالنظر إلى صلة القرابة هذه الجرائم:

ما نصت عليه المادة 91 ق.ع.ج في فقرتها الأخيرة التي أعفت الأقارب والأصهار إلى الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة لجريمة عدم التبليغ عن جرائم الخيانة والتجسس وغيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني.

وكذا بالنسبة لجرائم إخفاء وإتلاف وإختلاس الأشياء والأدوات والوثائق التي إستعملت أوستستعمل في إرتكاب هذه الجرائم أو من شأنها تسهيل البحث عن هذه الجرائم وإكتشافها في حين لا يدخل ضمن هذا العذر ما نصت عليه المادة 180 ق.ع في فقرتها الثانية التي تعفي من المتابعة من أجل جنحة إخفاء الجناة من وجه العدالة الأقارب والأصهار لغاية الدرجة الرابعة. وذلك أن الإعفاء المقرر لصالح الأقارب في هذه الحالة يخص مرحلة المتابعة فتكون إذن بصدد صورة لا تقوم فيها الجريمة.

وهو نفس غاية الإعفاء المقرر بالفصل 218- 6 من التشريع المغربي الفقرة الثانية في عدم توقيع العقاب لكل شخص توافرت فيه صفة أقارب وأصهار من ارتكب جريمة إرهابية أو ساهم أو شارك فيها، إلى غاية الدرجة الرابعة، إذا قدموا له مسكنا أو وسائل تعيش شخصية فقط.

ويخرج من دائرة الإعفاء كل شخص قدم عمدا لمن يرتكب فعلا إرهابيا أو يساهم أو يشارك فيه، أسلحة أو ذخائر أو أدوات تنفيذ الجريمة، أو مساعدات نقدية أو وسائل تعيش أو تراسل أو نقل،أو مكانا للإجتماع أو السكن أو الإختباء، وكل من يعينه على التصرف فيما حصل عليه من عمله الإجرامي، وكل من يقدم له أي نوع من أنواع المساعدة مع علمه بذلك. حتى ولو كان من أقارب الجاني ، فما هو ملاحظ أن مجال منع توقيع العقاب ضمن التشريع الجزائري جاء أكثر شمولية من حيث تعدد الجرائم وخطورتها بخلاف المشرع المغربي الذي جعلها قاصرة على تقديم مسكن أو وسائل تعيش شخصية فقط لمن إرتكب جريمة إرهابية.

[273] - الفصل145 من المسطرة الجزائية " يترتب على الأعذار المعفية منح المؤاخذ الإعفاء المانع من العقاب، غير أن القاضي يبقى له الحق في أن يحكم على المعفى بتدابير الوقاية الشخصية أو العينية ما عدا الإقصاء.

وقد أجاز المشرع المغربي للمحكمة الإعفاء من العقوبة لأقارب وأصهار من ارتكب جريمة إرهابية أو ساهم أو شارك فيها إلى غاية الدرجة الرابع بالفصل218- ثامنا [274] ، كما أن المشرع المغربي وسع جوازية الإعفاء لسلطة المحكمة للأقارب والأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة لأحد المساهمين في العصابة في حالة إذا قدموا له مسكنا أو وسائل تعيش شخصية فقط وهذا بموجب الفصل295 من المسطرة الجزائية[275].

وفي مجال التوسع في عدم توقيع العقاب قان المشرع المغربي قد انفرد دون باقي التشريعات المغاربية بأن شمل حالات أخري بعدم توقيع العقاب في مجال الجنايات والجنح ضد الأمن العام ، ومن حالات ذلك الفقرة الثانية من الفصل 297[276] ، التي أعفت من العقاب أقارب أو أصهار المجرم إلى غاية الدرجة الرابعة، في حالة إخفائه عمدا لمرتكب جناية مع علمه بأن العدالة تبحث عنه، وكذلك من يقوم عن علم بتهريب مجرم أو محاولة تهريبه من الاعتقال أو البحث أو من يساعده على الإختفاء أو الهروب.

وقد إستثنى المشرع المغربي تطبيق العقاب الوارد بالفصل 299[277] أقارب الجاني وأصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة في حالة عدم الإبلاغ بجناية أو الشروع فيها ولم يبلغ السلطات بها، بإستثناء حالة أن كان ضحية الجناية أو ضحية محاولة إرتكاب الجناية طفلا تقل سنه عن ثمان عشرة سنة.

---

[274] - بالفصل218- ثامنا" يؤاخذ بعدم التبليغ عن جريمة إرهابية ويعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات كل من كان على علم بمخطط أو أفعال تهدف إلى إرتكاب أعمال معاقب عليها بوصفها جريمة إرهابية ولم يبلغ عنها فورا بمجرد
علمه بها الجهات القضائية أو الأمنية أو الإدارية أو العسكرية. غير أنه يجوز للمحكمة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة أن تعفي من العقوبة لأقارب وأصهار من إرتكب جريمة إرهابية أو ساهم أو شارك فيها إلى غاية الدرجة الرابعة.

[275] - الفصل295 " في غير حالات المشاركة المنصوص عليها في الفصل 129 ، يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات، كل شخص يقدم عمدا وعن علم للمساهمين في العصابة أو الإتفاق إما أسلحة أو ذخائر أو أدوات تنفيذ الجناية، وإما مساعدات نقدية أو وسائل تعيش أو تراسل أو نقل، وإما مكانا للاجتماع أو السكن أو الإختباء وكذلك كل من يعينهم على التصرف فيما تحصلوا عليه بأعمالهم الإجرامية وكل من يقدم لهم مساعدة بأية صورة أخرى. ومع ذلك، يجوز لقضاء الحكم أن يعفي من العقوبة المقررة الأقارب والأصهار إلى غاية الدرجة الرابعة لأحد المساهمين في العصابة أو الإتفاق إذا قدموا له مسكنا أو وسائل تعيش شخصية فقط.

[276] - الفصل297 " في غير الحالات المشار إليها في الفصول 129 رابعا و 196 و295 يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين، وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أوبإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يخفي عمدا أحد الأشخاص مع علمه بارتكابه جناية أو بأن العدالة تبحث عنه بسبب جناية، وكذلك من يقوم عن علم بتهريب مجرم أو محاولة تهريبه من الاعتقال أو البحث أو من يساعده على الاختفاء أو الهروب.
ولا تطبق مقتضيات الفقرة السابقة على أقارب أو أصهار المجرم إلى غاية الدرجة الرابعة.

[277] - الفصل299 " في غير الحالة المنصوص عليها في الفصل209 ، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين وحدها، من علم بوقوع جناية أو شروع فيها ولم يشعر بها السلطات فورا. تضاعف العقوبة إذا كان ضحية الجناية أو ضحية محاولة ارتكاب الجناية طفلا تقل سنه عن ثمان عشرة سنة.
يستثنى من تطبيق الفقرتين السابقتين أقارب الجاني وأصهاره إلى غاية الدرجة الرابعة .ولا يسري هذا الاستثناء إذا كان ضحية الجناية أومحاولة إرتكاب الجناية طفلا تقل سنه عن ثمان عشرة سنة.

ولانجد لمثل هذه الموضوعات المشمولة بمانع من العقاب ضمن التشريع التونسي بإستثناء مانع العقاب المقرر بموجب الفصل 149 من م.ج.م والمتعلق بإعفاء والدي السجين الفار أو ذريته أو كان زوجا أو زوجة أعان على إخفائه. والحالة التي تستنتج من قراءة الفصل 227 مكرر[278] في حالة زواج الفاعل بالمجني عليها في الصورتين المذكورتين بالفقرة الأولى من نفس الفصل بتوقيف التتبعات أو آثار المحاكمة، حيث أنه من أثار المحاكمة صدور العقوبة، لذلك فإن الزواج يمنع من توقيع العقاب.

وبذلك فالمشرع التونسي بعدم التنصيص على حالات أكثر شمولية ضمن موانع العقاب بالجرائم الحاصلة من الجناة، والتي لها أثر مباشر على باقي أفراد الأسرة لمساعدتهم أو إشتراكهم في القيام بأي سلوك مادي فيها دون توقيع العقاب، مما يتأكد معه قصور التشريع الجزائي التونسي في هذا المنح. خاصة وأننا نجد المشرع الجزائري قد وسع هذا المجال ليشمل عدم العقاب طبقا للمواد 368 و373 و377 ق.ع الجزائري على جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة – على التوالي– المرتكبة بين الأصول إضرارا بأولادهم أو غيرهم من الفروع، أو من الفروع إضرارا بأصوله أو من أحد الأزواج إضرارا بالزوج الآخر.

ولا يخول للضحية في هذه الجرائم إلا الحق في التعويض المدني.

وهو نفس المانع المقرر بموجب الفصل534 من م.ج.م بنصها على أنه " يعفى من العقاب، مع التزامه بالتعويضات المدنية، السارق في الأحوال الآتية- 1 :ذا كان المال المسروق مملوكا لزوجه - 2 .إذا كان المال المسروق مملوكا لأحد فروعه".

الفرع الثاني

الغاية من تقرير عدم توقيع العقاب

يؤثر المجتمع تقرير عدم توقيع العقاب في حالة الجرائم الماسة بالأسرة، ذلك لتحقيق فوائد أهمها إيقاف النشاط الإجرامي وعدم إسترسال المجرم في إكمال جريمته، ومنها ما يهدف إلى تشجيع المجرم على التخفيف من الآثار المترتبة على الجريمة أو محاولة إزالة هذه الآثار نهائيا وإصلاح الأضرار المترتبة عليها.

[278] – الفصل 227 مكرر " يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من واقع أنثى بدون عنف سنها دون خمسة عشر عاما كاملة.
وإذا كان سن المجني عليها فوق الخمسة عشر عاما ودون العشرين سنة كاملة فالعقاب يكون بالسجن
مدة خمسة أعوام. والمحاولة موجبة للعقاب.
وزواج الفاعل بالمجني عليها في الصورتين المذكورتين يوقف التتبعات أو آثار المحاكمة.
وتستأنف التتبعات أو آثار المحاكمة إذا إنفصم الزواج بطلاق محكوم به إنشاء من الزوج طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك قبل مضي عامين من تاريخ الدخول بالمجني عليها.

والمشرع المغاربي بهذا إستأثر حماية إستمرار العلاقة الأسرية على تطبيق العقاب على الجاني، متى كانت العلاقة الأسرية قائمة، وكنموذج قضائي جزائري لذلك ماقضت به المحكمة العليا في 20 جوان 1995 التي رتبت بقضائها المسؤولية الجزائية في حالة السرقة بين الأزواج كون الرابطة الزوجية قد إنفكت قبل إرتكاب الوقائع، أي في حالة إنعدام المعيار الذي من خلاله، ولأجله قرر المشرع الأخذ بإعفاء الجاني من العقاب حيث جاء في قرارها " أنه من المقرر قانونا أن السرقات التي يرتكبها أحد الزوجين لا تخول للزوج الأخر المضرور إلا الحق في التعويض المدني، ومتى تبين أن العلاقة الزوجية انحلت قبل إرتكاب الأفعال فلا يعفى المتهم من العقوبة لذا فإن إستبعاد قضاة المجلس تطبيق النص المذكور بالمرجع – في قضية الحال– كان على حق وتوجب تأييد قراهم الذي قضى بالإدانة"[279].

ولحماية الأسرة ضمن التطبيقات القضائية بالجزائر كذلك إتجهت المحكمة العليا [280] إلى إعتبار محاكمة متهم وإدانته من أجل جنحة إبعاد قاصر بغير عنف، رغم معاينة واقعة الزواج وتنازل الطرف المدني، مخالفتان للقانون.

وجاء هذا القرار بعد صدور قرار من مجلس قضاء سطيف يقضى بتأييد الحكم المستأنف مع تعديله بجعل عقوبة عام حبس نافذة من أجل جنحة إبعاد قاصر لم تكمل الثامنة عشر من عمرها بغير عنف.

حيث أن هذا القرار جعل موضوع المحاكمة بدون أساس قانوني على الدرجتين وهذا للوجه المثار المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ومما جاء في قرار المحكمة العليا :

" إن المشرع في المادة 326 من ق.ع مكن القاصر الذي لم يبلغ الثامنة عشر من عمره بحماية خاصة نظرا لعدة معايير بينها حماية سلطة الأبوين على أفراد عائلاتهما الذين يدخلون في ذلك الصنف.

حيث أن وفق نفس المفهوم المتعلق بحماية العائلة والقصر، مكن المشرع الشخص الذي قام بفعل خطف قاصرة وتزويجها من الإعفاء من المتابعة القضائية أو المحاكمة، ما لم تكن شكوى وبطلان ذلك العقد من طرف من له مصلحة في ذلك.

وبالرجوع إلى قضية الحال ثبت من القرار المنتقد والحكم المؤيد له أن قضاة الموضوع أدانوا الطاعن رغم معاينتهم لوقائع الزواج وتنازل الطرف المدني المتمثل في الأبوين، مما يجعل قرار قضاة المجلس مخالفا لروح نص القانون."[281] .

[279] – المحكمة العليا، غ.ج، 1995/06/20، ملف رقم 117561، المجلة القضائية 1994، عدد 01، ص. 216.

[280] – المحكمة العليا، غ.ج، 26/ 04/ 2006، ملف رقم 313712، المجلة القضائية. 2006، عدد 01، ص. 597.

[281] – المحكمة العليا، المجلة القضائية. 2006، عدد 01، نفس المرجع ، نفس الملف، ص. 599 -600.

إذن فمن خلال تناولنا بالدراسة السلطة التقديرية للقاضي في مجال تنفيذ العقوبة كأخر عنصر ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني نكون قد وصلنا إلى الإلمام بجميع عناصر الموضوع وفق خطة الدراسة. ونخرج بخلاصة شاملة لما انطوى عليه الباب الثاني من دراستنا .

مفاده أن المشرع الجزائري في تناوله للحماية الجنائية للعلاقات الأسرية من خلال الجانب الإجرائي خاصة، أنه قد راعى طبيعة وخصوصية هذا الكائن الإجتماعي بما يحفظ دوامه لأجل أداء وظيفته،

وفيما يتعلق بالمقتضيات الإجرائية الخاصة، فان طبيعة النظام داخل الأسرة اقتضى إعطاء هذه الصورة، أي أن هذا الوضع هو وضع كاشف لذلك وليس مقرر له.

وبإعتبار الحماية الجنائية هي في عمقها تمثل جانبا من التنظيم الإجتماعي، فإن الأمر يستدعي أن تمتد هذه المقتضيات الجزائية إلى سائر الهياكل التي يتكون منها المجتمع. دون الإقتصار على الجانب التشريعي ومنه يمكن أن نصل إلى النموذج الأسري المنشود، و يجب أن يعزز ذلك بالتأهيل الشامل لمختلف مؤسسات المجتمع، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أنه في العلاقات الأسرية يتضح أنه لايعول على المقتضيات الجزائية لحمايتها، وذلك لأنها من العلاقات التي تبنى بالأَولى على المودة والرحمة والمكارمة، مما تكون المراهنة معه على عامل القِيَم و الأخلاق أكثر من العامل التشريعي و القضائي بما يتحقق معه نوع من الإطمئنان والإستقرار في العلاقات الأسرية أمام قصور النصوص التشريعية وعدم إنطباق إجراءات المتابعة الجزائية على طبيعة علاقات ومخرجات نظام الأسرة.

خاتمة

ـــــــــ خاتمة

إن المطلع على سابق الدراسات في مجال العلوم الجنائية وخاصة مناهج السياسة الجنائية، يتحقق لديه العلم بأن العدالة الجنائية وفق فكر وتصور المشرع الجزائي ليست حتمية حسابية مطلقة بل مسألة نسبية، نظر لخصوصية عناصر الدراسة ومحلها ذي العنصر والطبيعة الإجتماعية.

خاصة أن التشريعات أصلها إجتهادات بشرية يخالطها الإحتمال وعدم اليقين المطلق، بالإضافة إلى وجود حالات لم يبلغها فكر المشرع وقت التشريع أو أنشئتها السلوكيات اليومية، وهو ما تم إلتماسه ضمن هذه الدراسة من خلال المناولة الموضوعية والإجرائية للمقتضيات الجزائية في حماية الأسرة بالتشريعات المغاربية، والتي نصل إلى القول ضمنها بأن هاته الحماية غير كافية لتأمين الروابط الأسرية من الإختلالات التي تحيق بها على نحو السابق إخراجه .

وإن هذه السياسة الجنائية التي يتبعها المشرع تبنى عليها أحكام العدالة وتكون صورة لها، أي تصبغ بصبغتها، فكلما كانت النصوص التشريعية المعالجة للظاهرة الإجرامية أكثر تحكيما من توصيف وتحديد لعناصر التجريم لكل سلوك وتحقق مقاصده، كنا حتماً أمام حكم قضائي شامل مانع محقق لمتابعة جزائية كفيلة بتحقيق الغاية من التجريم.

إلا أن هذا الوضع لا يستقيم أمام حالات القصور أو الإغفال التشريعي، فلا تتحقق المتابعة الجزائية أصلا ، أو تكون الأحكام القضائية الناتجة عن القصور التشريعي غير محققة للغاية من التجريم بإفلات المجرمين من العقاب واستفحال الظاهرة الإجرامية، وهذا ما تعكسه تباين السياسة التشريعية لكل بلد مغاربي فعمدنا إلى إبراز المغفل منها وتبيان ما يكمله من توصيف وفق مما هو معالج من تشريع مقارن .

خاصة وأن سكوت المشرعين المغاربيين عن بعض المسائل والأفعال الماسة بنظام الأسرة سواء من حيث التجريم أو العقاب جعل للإجتهاد القضائي تدخُلا من خلال إعمال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في الحالات المعروضة عليه، هاته الإجتهادات التي قد تتقارب فيما بينها وتتوافق وقد تحيد عن الغاية التشريعية في إعمال النصوص وتفسيرها ضمن ضمان بقاء الروابط الأسرية .

فأمام هذا الحال ومثله من الأجدر تدخل المشرعون لتحديد مواقفهم منها بصراحة ووضوح، بإعادة النظر في السياسة العقابية الخاصة بتنظيم وتجريم السلوكات الواقعة على نظام الأسرة بشكل عام كمسألة زواج المسلمة بغير مسلم، ومسألة التغيير الجنسي، والتلقيح الإصطناعي وكذا تفصيله لمسألة الإثبات لخصوصية أطرافها وعلاقاتهم.

دون أن يعني ذلك أنه بالإقتصار على الجانب التشريعي يمكن أن نصل إلى النموذج المجتمعي المنشود حيت يسود السلم والأمن الإجتماعيين، وإنما يجب أن يعزز ذلك بالتأهيل الشامل لمختلف مؤسسات المجتمع. أي أن المؤكد من خلال الدراسة أنه في العلاقات الأسرية لا يعول على المقتضيات الجزائية لحمايتها بصفة مطلقة، وذلك لأنها من العلاقات التي تبنى بالأولى على المودة والرحمة و المكارمة، مما تكون المراهنة معه على العامل القِيَمي أكثر من العامل القانوني القضائي.

وذلك على غرار ما أرسته الشريعة الإسلامية، من أنه في أوج شقاق ومشاحنة الزوجين- مثلا- يتوجه إليهم الخطاب الشرعي بأن " وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ " مما يمكن القول معه أن العامِلَين يكمل بعضهما البعض، بما يتوجب أخذه بعين الإعتبار عند التشريع في هذا المجال. ومما يتحتم معه كذلك العمل على ترسيخ وتعميق فهم أفراد الأسرة لمبادئ الدين الإسلامي الحنيف التي تؤكد على نبذ العدوان في إطار تحقيق مقاصد الفكر الإسلامي وهو العدل إنطلاقا من قوله تعالى " قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّن صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذًى وَاللَّهُ غَنِيٌّ حَلِيمٌ" . وقوله تعالى " فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لاَنفَضُّواْ مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ".وقوله تعالى في حسن معاملة الوالدين " وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاهُمَا فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ".

لذلك وجب كأصل عام، أن يكون هناك قانون خاص يعالج العنف الأسري بشكل يتلائم مع الطبيعة الجرمية لتلك الأفعال وتكون العقوبات الرادعة ملائمة و متناسبة معها وتتضمن أوامر وإجراءات ذات طابع إجتماعي، بشكل يمكن معه تحقيق حماية أفضل و معالجة أفضل للحالات والضحايا والمدانين أيضاً من حيث إعتماد وتعزيز فكرة الحماية الجنائية للأسرة.

وفاعلية ذلك بإتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية أي تدابير إحترازية 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 أن الجزاءات العقابية المغاربية غير متناسبة مع نمط هذه الجرائم، إذ يشمل الجزاء سلب الحرية أوفرض الغرامات المالية.

أي يجب أن نصل إلى إعتماد قانون حماية الأسرة جنائيا قائم على عدم الأخذ والتجاوز عن كل ما من شأنه أن يجيز ويبيح أشكال العنف الأسري، وقائم على مباديء تحكمها المرجعية الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وإلتزاماتهم تجاه بعضه البعض، وللإتفاقيات والأعراف الخاصة بمناهضة كافة أشكال العنف. وخاصة إتفاقية مناهضة كافة أشكال العنف ضد النساء، والإعلان العالمي لمناهضة العنف ضد النساء وإتفاقية حقوق الطفل.

ولا تكتمل هذه الغاية إلا بوجوب تفعيل دور القضاء لترسيخ هذه المقتضيات على أرض الواقع والخروج من ذلك عن الطابع النمطي في إصدار قراراته إلى الوضع المتشبث بروح الإبتكار والإجتهاد والتأويل تحت إطار المسؤولية الملقاة عليه، تكريسا لقضاء أسري عادل وعصري وفعال.

إلا أن هذا القانون الخاص بتنظيم وتجريم الأفعال الواقعة على نظام الأسرة مهما إكتملت سماته المطلوبة بشكل عام لا يكفي للحد من العنف الأسري أو معالجته، لأن القانون وحده لا يصنع الأسرة القدّوة مهما إكتمل، مما يقتضي ضرورة إهتمام مؤسسات الدولة والمجتمع بالأسرة، والسهر على حفظ كيانها بصفة مستمرة على أساس تحقيق حاجتنا المتمثلة في تغيير الأنماط القانونية والتشريعات الراهنة بشكل يحقق مبدأ العدل والمساواة الإجتماعية بين كافة أفراد وفئات المجتمع.

هذا التغيير الذي أصبح أمرا ضروريا وملحا ويلقي بمسؤوليته على كافة المهتمين بقضايا الأسرة من أجل وضع خطة متكاملة في سبيل إيجاد أسرة ومجتمع ينبذ العنف وفي سبيل أن يكون قادراً على التصدي له والتخلص منه في ظل حقوق الإنسان .

حيث أن ذلك يتوقف على إمكانية إعتماد آلية خاصة، والمتمثل في خلق نظام خاص بحماية الأسرة تشترك فيه هيئات إجتماعية تكمل عملها الهيئات القضائية ضمن نموذج هيئات الوفاق الأسري أو مكاتب الوساطة العائلية والإجتماعية، كنموذج التشريع الجزائري الذي جاء قاصر على حالة وحيدة فقط وهي حالة ضمان حماية وبقاء الشخص المسن ضمن وسطه الأسري، دون أن يشمل جميع حالات الإعتداءات الماسة بالرابطة الأسرية، وهذا وفق نموذج إجرائي متناسق مع تشريع جنائي خاص.

هذا التشريع الخاص يشكل حد أدنى كضمانة تشريعية – وليس ضمانة مطلقة – ضمن أوجه الحماية الجزائية، مُستكملا لأحكامه بجميع نماذج الحماية الإجتماعية والمؤسساتية للحماية. والمشتملة على تدابير حماية سابقة على تقرير الجزاء العقابي، وهذا في وجوب إعطاء الأفضلية والمبادرة بمعالجة الجرائم الماسة بالأسرة إلى لجان وهيئات الوفاق الأسري وذلك قبل إتخاذ أي إجراء من إجراءات المتابعة الجزائية ضمن القانون الجزائي الخاص على أن تراع في ذلك مصلحة الأسرة وروابطها.

وكآلية إجرائية أولية ضمن هذه الغاية العمل بداية على تحويل أحد أو كِلا طرفي الشكوى ذي العلاقة الأسرية إلى جلسات الإرشاد الأسري لأجل تحقيق إعادة التأهيل النفسي والإجتماعي.

وهذه الجلسات التي تتم على مستوى الهيئات ومؤسسات المساعدة الإجتماعية الجوارية لما لها من وظيفة محورية في حماية الروابط الأسرية والعمل على تفعيل دورها في معالجة الخلافات والشقاقات الأسرية بدءا من الإستقبال ومرورا إلى الإستماع وإنتهاء إلى البحث والتحري وإعداد التقارير حول العنف الأسري أو الجرائم المرتبطة بالأسرة، و أن تعط للتقارير المنجزة من طرفها صفة الضبطية، مادام أن الأبحاث المنجزة من طرف الضبطية القضائية تبقى ناقصة من حيث البحث وجمع الأدلة.

ولتحقيق أداء أفضل وجب تشكيل خلية دائمة لحماية الأطفال والنساء والمسنين من العنف الجسدي والإعتداء النفسي الأسري، وفق مجموعة من التنظيمات التي تحكم أداء الهيئة وتشكيل فرق عمل خاصة بالإجراءات الطبية والقضائية والوقائية عامة.

وأن أهم غايات لجان التوفيق الأسري يتمثل في الأساس تولى بذل مساعي الإصلاح والتوفيق بين أفراد الرابطة الأسرية، ولها الإستعانة بذوي الخبرة والإختصاص من أي جهة ذات علاقة ومن المجتمع المحلي لتحقيق هذه الغاية.

وتكملة لهذه المساعي تقوم مختلف هيئات المجتمع وأفراده بالإبلاغ عن أي إعتداء على الرابطة الأسرية حال علمهم أو مشاهدتهم لمثل هذه الأوضاع الناجمة عن العنف الأسري، مع إمكانية تقرير معاينة ذلك من طرف الضبطية القضائية تعزيزا لمجال الإثبات.أي فتح المجال وخلق فرصة الإبلاغ بوجود قضايا الإعتداء والعنف الأسري مباشرة أمام هذه الهيئات دون إنتظار إخطارها عن طريق الهيئات القضائية بوجود شكاوى على مستواها.

إذ أن هذه الآلية تفتح الباب للتعامل مع المشاكل الإجتماعية بشكل إحصائي ومعلوماتي ويعطي فرصة لطرح الحلول الوقائية، كإجراء سليم لمعاينة قضايانا بشكل سليم وإجراءات الإحالة إلى المحكمة، وفي نفس الجانب إشعار الفرد بواجباته الأسرية والإجتماعية.

وأمام هذا الوضع وحالاته، على لجان الوفاق الأسري إتخاذ تدابير الحماية الإحترازية لضمان عدم التعرض للمتضرر لأي من أفراد الأسرة. وفي حالة ما إذا لم يتم التوصل إلى إتفاق بين الطرفين وفقاً لأحكام الوفاق الأسري فيحال الأمر إلى المحكمة وإذا ما تم التوصل إلى إتفاق بين الطرفين يوضع حد للمتابعة

الجزائية، وإذ تم إحالة الملف إلى المحاكمة فللمحكمة أن تصدر حال قناعتها بضرورة حماية المتضرر وأفراد الأسرة بموجب أمر يتضمن تدابير حماية كإلزام الطرف المعتدي بعدم التعرض للمتضرر أو أي من أفراد الأسرة أو التحريض على التعرض لهم، أو تقرير عدم الإقتراب من مكان الإقامة البديلة سواء كان مكانا آمنا أو هيئة إجتماعية أو أي مكان يذكر في أمر الحماية المعين للطرف المضرور أو المساء إليه. أو إمكانية تقرير عدم الإضرار والمساس بالممتلكات الشخصية للمتضرر أو أي من أفراد الأسرة.

مع إعتماد تدبير إجرائي لأي من طرفي النزاع أثناء نفاذ أمر الحماية بإمكانية التقدم إلى المحكمة بطلب إلغائه أو تعديله بناء على أي مستجدات أي للمحكمة كذلك أن تصدر أي قرارات لاحقة بأمر الحماية عند الضرورة لضمان تنفيذه وسلامة أفراد الأسرة.

وكآلية إجرائية لضمان تنفيذ الأوامر الصادرة، فإنه في حالة الإخلال بأمر الحماية أو أي من شروطه من المشتكى منه قاصداً متعمد، فتتم متابعته جزائيا على أساس الجرم الأصلي الذي كان محل إجراء الوفاق بين أطراف العلاقة الأسرية، وهذا وفق نموذج التكييف الجزائي بموجب النص الخاص بحماية الأسرة جزائيا.

ولضمان تكملة نجاح هذا النموذج وجب كذلك تخصيص قضاة للنظر في دعاوي العنف الأسري والتي تُحال من لجنة الحماية والوفاق الأسري. لأن قضايا العنف الأسري تحتاج إلي سرعة إصدار الحكم وإلي تخصيص قضاة للنظر فيها .مع وجوب إيجاد مقاربة جديدة للإثبات بعيدة عن الأسلوب التقليدي (إعتراف- إنكار) وهذا لإمكانية معالجة صعوبة إثبات العنف الأسري الذي يقع وراء أبواب مغلقة.

ثم هناك ضرورة إنشاء مراكز الحماية الإجتماعية التي تعمل بالتنسيق مع لجان الوفاق الأسري، والموكل لها الرعاية المؤقتة للحالات التي تعرضت لأي نوع من أنواع التعدي أو العنف الأسري لحين البت في القضية أو حلها بالطرق الودية، والإطلاع على أسباب المشكلة ومحاولة إيجاد حلول لها حسب طبيعة الحالة ومدى إشتراط وجود أطراف أخرى فيها .

أي أن هدفها تهيئة أجواء مناسبة للحالات التي تتعرض لإعتداءات أسرية لحين حل القضية حسب الطرق الرسمية أو الودية وتوفير الدعم النفسي والصحي والإجتماعي للحالة طوال فترة وجودها في مراكز الحماية ومتابعتها بعد ذلك عن طريق أخصائيين إجتماعيين للوقوف على الحالة والتأكد من سلامة الوضع الإنساني لها من كافة الجوانب.

من ثم هناك حاجة ماسة إلى مزيد من الدراسات الميدانية المعمقة للأمن الأسري من حيث علاقته بمؤسسات المجتمع وفي مقدمتها العلاقات الإجتماعية ضمن الروابط الأسرية.حيث أنه من خلال إعتماد هذا

النظام وتطويره ننتقل من فكرة الحماية الجزائية للأسرة إلى فكرة تحقيق الأمن الإجتماعي كصورة من صور النظام العام في نماذجه الحديثة، كون أن الحماية الجنائية هي في عمقها تمثل جانبا من التنظيم الإجتماعي، من خلال دور الأسرة في تقسيم العمل والأدوار الإجتماعية وتوزيع السلطة بين الأعضاء وإتخاذ القرارات والعلاقات الإجتماعية بين الأعضاء بوصفهم شاغلي أدوار. فضلاً عن العلاقات القرابية وعلاقات الجيرة ومن حيث الخصائص الوظيفة التي وجب تفعيلها تأسيسا للتضامن والتماسك العائلي فالأمن الإجتماعي ضمن أدوارها.

هذه الأدوار تشكل ضمانات تمنحها الأفضلية في تقوية روابط التضامن والتماسك العائلي والطمأنينة وحقن التنشئة الإجتماعية في العائلة بإكتساب والتزام الأبناء بالقيم والمعايير الإجتماعية وفاعليتهم بما يحقق الأمن الإجتماعي، مع ما يمكن من تحقيق فاعلية الإقتراحات التالية :

1- وجوب إعتماد المفاهيم التربوية السليمة في التعامل والتحاور مع الأطفال وهي الفترة التي يتشكل فيها الوجدان والشخصية وخاصة لفترة المراهقة مما يؤثر إيجابا في الطفل رجل الغد وأحد روابط الأسرة.

2 - ضرورة إتباع الأساليب الواعية في التحاور بين أفراد الأسرة، والعمل على إشباع إحتياجات الأبناء النفسية والإجتماعية والسلوكية وكذلك المادية، مع المشاركة الحسية والمعنوية للأبناء، ومصادقتهم لبث الثقة في نفوسهم.

3- العمل على رصد مظاهر العنف الأسري من خلال مؤسسات متخصصة، والعمل على تحليلها والتعامل معها بصورة علمية وفق النظريات التربوية والإجتماعية.

4 - التنسيق بين المؤسسات المجتمعية في سبيل معالجة ظواهر العنف الأسري ومحاصرة أسبابه.

5 - رعاية ضحايا العنف الأسري من خلال مؤسسات الرعاية الاجتماعية الرسمية والأهلية، تحسباً لإستفحال أدوار غير إيجابية لهم في المستقبل.

6 - العمل على إطلاق مشروعات مجتمعية توفر الخدمات الإجتماعية والمادية والمعنوية للأسر ذات الإحتياجات الخاصة، والتي يمكن أن تكون مصدراً للعنف الأسري.

7- حتمية الإلتزام بتعاليم الإسلام والأخذ بتعاليمه السمحة وتطبيقها في الحياة الأسرية، لخصوصية البيئة المغاربية سواء كان ذلك على صعيد إختيار الزوجين، أو تسمية الأبناء، أو تربيتهم والتعامل معهم، أو إحترام

الأبوين، وجعل الإسلام هو دين للحياة وليس للعبادات فقط، مع ضرورة وتوضيح مقصد الشرع من الآيات والأحاديث التي ورد فيها ذكر الضرب حتى لا تستغل بإسم الإسلام .

8 - العمل على إشراك وسائل الإعلام لدورها المهم في توجيه السلوكيات وتقويمها، المتبلور في تخصيص قنوات إعلامية تساعد الأسرة في تخطي العنف الأسري، وتدريب الأسرة على كيفية مواجهة المشكلات، مع توعية الأمهات بضرورة مراعاة المراحل العمرية للطفل من خلال البرامج الموجهة.مع ضرورة الكشف عن الأسباب التي تؤدي للعنف مع الوقاية منه، وتوعية الأسر بنتائجه النفسية والإجتماعية وآثارها السلبية على المجتمع والفرد. مع تكملة هذا العمل بطباعة ونشر كتيبات تبين الآثار النفسية للعنف على الروابط الأسرية.

9 - تفعيل دور المدرسة والذي لم يعد قاصرا على التعليم خاصة ونحن في حقبة زمنية تمكن الإنسان فيها من معالجة المعلومات بهدف التعلم من خلال وسائل الإتصال المختلفة، لذا لابدّ أن يكون للمدرسة دور بارز في التوعية المجتمعية وتوجيه السلوك لدى الأفراد من خلال ما تعده من برامج وتتبناه من مشاريع، المتبلور دورها أساسا في الإهتمام بتوعية الآباء والأمهات من خلال طرح القضايا المجتمعية وإيجاد الحلول الناجعة، ومحاربة السلوكيات الدخيلة على المجتمع.

ونخلص بذلك إلى القول أن سبل وقاية الأسرة من العنف الأسري واجب والتزام أخلاقي تجتمع فيه جميع مؤسسات المجتمع وأفراده، تحقيقا لنموذج أسري مثالي ضمن روابطه وعلاقاته.

قائمة الملاحق

1- قرار تعقيبي مدني عدد 13437 ، ن. م. ت، 3/3 / 1986. ملحق رقم 01

2- محكمة بشار، قسم الجنح،26 / 05 /2009، رقم الجدول 01154/09 . ملحق رقم 02

3- قرار تعقيبي جزائي عدد 11079، 19/ 01/ 1976، ن. م. ت . ملحق رقم 03

4- قرار تعقيبي جزائي، عدد 14738، 10/09/ 1986،ن. م.ت. ملحق رقم 04

5- محكمة عين ولمان سطيف، قسم الجنح ، 2012/10/15، فهرس رقم 12/06752. ملحق رقم 05

6- محكمة عين ولمان، سطيف،قسم الجنح ، 2013/05/26، فهرس رقم 13/04074. ملحق رقم 06

7- محكمة جيجل ، قسم الجنح ، 25/ 04/ 2012، فهرس 1761/ 12 . ملحق رقم 07

8- محكمة قصر الشلالة تيارت، قسم الجنح ، 28/ 06/ 09، فهرس رقم 1012/ 09 . ملحق رقم 08

9- محكمة عين ولمان ، قسم الجنح ، 17/ 06/ 2012 ، فهرس 04950/ 12. ملحق رقم 09

10- مجلس قضاء تيارت، غرفة الجنح، 02/ 09/ 08، فهرس رقم 10592/ 08. ملحق رقم 10

11- محكمة عين وسارة،قسم الجنح، 2016/02/18، فهرس رقم 16/00342. ملحق رقم 11

12- محكمة قصر الشلالة تيارت، ق.ش.أ، 2009/06/09، ملف رقم، 09/0459. ملحق رقم 12

13- محكمة جيجل، قسم الجنح ، 2013/01/16، فهرس رقم 13/225. ملحق رقم 13

14- محكمة عين ولمان سطيف، قسم الجنح ، 2013/04/07 ، فهرس رقم 13/2780. ملحق رقم 14

15- محكمة قصر الشلالة، تيارت، قسم الجنح ، 2005/03/07، ملف رقم، 05/411. ملحق رقم 15

16- محكمة جيجل ، 12/05/09، فهرس رقم 12/1952 . ملحق رقم 16

17- قرار تعقيبي جزائي، عدد 15899، 27 / 01/ 1988، ن.م.ت. ملحق رقم 17

18- قرار تعقيبي جزائي عدد 7795، 27 جوان 1973، ن. م. ت . ملحق رقم 18

19-محكمة سيدي عيسى، المسيلة، قسم الجنح، 2015/09/29 ، فهرس، 02229/ 15. ملحق رقم 19

20- محكمة جيجل ، قسم الجنح، 2011/12/25، فهرس رقم 3614. ملحق رقم 20

21- محكمة الطاهير جيجل،أمر لا وجه للمتابعة، 2013/02/27،رقم التحقيق 13/014. ملحق رقم 21

22- نيابة محكمة الطاهير ، رقم قرار الحفظ 12/1363، 26/ 06/ 2012. ملحق رقم 22

23- محكمة عين ولمان سطيف، قسم الجنح ، 2013/03/31، فهرس رقم 13/2607. ملحق رقم 23

24- قرار غرفة الإتهام، مجلس قضاء تيارت، 2009/10/20، رقم 09/803. ملحق رقم 24

25- نيابة محكمة عين وسارة ، مقرر حفظ 15/1007، 2015/10/25. ملحق رقم 25

26- محكمة عين ولمان سطيف، قسم الجنح ، 2013/9/30، فهرس رقم 13/0688 . ملحق رقم 26

قائمة المراجع والمصادر

ـــــــ قائمة المراجع والمصادر

أولا . المراجع العامة:

باللغة العربية:

- القرآن الكريم براوية ورش عن الإمام نافع.

1 إبراهيم الشباسى ، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري ، دار العلوم ، الجزائر، 2003 .

2 أبو عبد الله محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرطبي ،ج 12،دار الكتب المصرية، القاهرة، 1968.

3 أبي حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، دار إبن حزم،السعودية ،2005.

4 أبي حامد الغزالي، الزواج الإسلامي السعيد وآداب اللقاء بين الزوجين"مكتبة القرآن، 1984.

5 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، ج 1، ط.4، دار هومة، بوزريعة، الجزائر،2006.

6 أحمد أجوييد، الموجز في شرح القانون الجنائي الخاص المغربي، الجزء الثاني، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 2004-2005.

7 أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، ج 2، مكتبة المعارف، ط، 1، الرباط 1982.

8 أحمد الخمليشي، شرح قانون المسطرة الجنائية، ج 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2003 .

9 أحمد الشافعي، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، ط.4، دار هومه، 2007 .

10 أحمد المجدوب ،زنا المحارم، مكتبة مدبولي، المملكة العربية السعودية،2003.

11 أحمد أوزي، سيكولوجية الطفل ونظريات النمو النفسي، مطبعة النجاح الجديدة، ط 2، الدار البيضاء، 2003.

12 أحمد شوقي الشلقانى، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج 2، د.م.ج، الجزائر، 1998.

13 أحمد غاي، الحماية القانونية لحرمة المسكن، دار هومة، الجزائر، 2008.

14 أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ط 2، مكتبة دار الثقافة، بيروت، 1977.

15 أحمد محمود سعد تغيير الجنس بين الحظر والإباحة،دار النهضة العربية، القاهرة،1993.

16 أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة نفقة الصغير نفقة الأقارب، دار الكتب القانونية، 1995.

17 أحمد نصر الدين الجندي ، شرح مدونة الأسرة المغربية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

18 أحمد يحي عبد الحميد، الأسرة والبيئة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998.

19 إدريس العلاوي، الوسيط في شرح قانون المسطرة المدنية، القانون القضائي الخاص،ج 1، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، 2006.

20 إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، ط 3، مطبعة الجسور، وجدة، 2001.

21 إدريس لكريني، السلطة التقديرية للقاضي الزجري،ط 1، مطبعة التلمساني، فاس، 2004.

22 إدوار غالى الدهبى، الجرائم الجنسية، ط 1 مكتبة غريب، مصر، 1988.

23 إدوار غالي الذهبي، جريمة التلقيح الإصطناعي في قانون العقوبات الليبي، ط 1، بنغازي، منشورات الجامعة الليبية.

24 أزكيك سعيد، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، القاهرة ،1993.

25 إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، جنائي خاص، د.م.ج، الجزائر، 1983.

26 أشرف رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية و دورها في إنهاء الدعوى العمومية ،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2005.

27 أكرم نشأت ابراهيم ، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1998.

28 إياد خلف محمد جويعد، المسائل العارضة في الدعوى الجنائية، ط 1، ريم للنشر والتوزيع ، لبنان، 2011.

29 إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية المجلد الرابع، ط 2،المركز القومي للإصدارات القانونة، القاهرة، 2011 .

30 إيهاب عبد المطلب، جرائم السب القذف الإهانة البلاغ الكاذب، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2006.

31 بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2006.

32 باسم شهاب، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ط 1، د م ج، وهران، 2007.

33 بالعاليات إبراهيم، أركان الجريمة وطرق إثباتها، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.

34 براء منذر عبد اللطيف، السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

35 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

36 بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

37 بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007.

38 بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، ط 5، الجزائر، 2006.

39 بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2000.

40 البوعيسي الحسن، تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضرر عن طريق الإستدعاء المباشر،ط1 ،شركة الهلال العربية للطباعة والنشر،2008 .

41 بولين أنطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

42 تشوار جيلالى، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001.

43 تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008.

44 تقي الدين إبن تيمية، مجموعة الفتاوى، ج 32، الفقه 12، النكاح، دار الوفاء،ط 3، المدينة المنورة،2005.

45 توفيق عبد المنعم توفيق، سيكولوجيّة الإغتصاب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996.

46 الجازي بنت محمد الشبيكي، المشكلات الإجتماعية للمرأة الفقيرة في المجتمع السعودي، مركز الملك عبد العزيز، الرياض، 2005.

47 جاسم الدين الاهوانى، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975.

48 جبرين علي الجبرين، العنف الأسري، أسبابه وآثارة وخصائص مرتكبيه، ط 1، مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، 2005.

49 جديد معراجي، الوجيز في الإجراءات الجزائية، ط 1، دار هومة، 2000.

50 جعفر عبد الأمير الياسين، التشرد وإنحراف سلوك الصغار و الأحداث، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.

51 جلال ثروت، سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

52 جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، (د.س.ن).

53 جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها و أحكامها و تنازع القوانين فيها، دار الفكر العربي، 1980.

54 جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المجلد الخامس، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1942.

55 جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المجلد الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

56 جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، المجلد الرابع، (د.د.ن)، 2008.

57 جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، المجلد الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.س.ن).

58 الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 4، مؤسسة المعارف، بيروت، 2005.

59 حسن الساعاتي، بحوث إسلامية في الأسرة والجريمة والمجتمع، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

60 حسن على محمد الربي، تحريك الدعوى العمومية من طرف المتضرر عن طريق الإستدعاء المباشر " إشكالية المباشرة" دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء ، 2007.

61 حسن محمد ربيع، المبادئ العامة للجريمة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

62 حسنين عبيد، التقرير السابق المقدم في ندوة الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، 1962.

63 حسين بلحساني، أثر إختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، مطبعة بابل، الرباط، 2013.

64 حسين فريجة ، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

65 حفيظة شقير، دراسة مقارنة للقوانين الخاصة بالمرأة والأسرة في المغرب العربي –تونس ، المغرب والجزائر، دراسة منشورة بموقع المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، مخصص لترقية وتعزيز حقوق الطفل وعدالة الأحداث، جانفى، 2009.

66 حليم بركات، المجتمع العربي المعاصر، ط 06، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1998.

67 حمدي عبد الرحمان، أثر التطورات الطبية الحديثة على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فكرة الحق، دار الفكر العربي، مصر، 1979.

68 حمدي عبد الرحمان، أثر التطورات الطبية الحديثة على مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، فكرة الحق، دار الفكر العربي، مصر، 1979.

69 حميد ميمون، المتابعة الزجرية وإشكالاتها العملية، ط 1، مطبعة بني أزناسن– سلا، المغرب، 2005.

70 خالد العبد الجليل، ثغرات قانونية في ميزان العدالة، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، (د.س.ن).

71 خالد برجاوي، مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي، سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب، دار القلم الرباط،2004 .

72 خالد بنيس، النفقة بين الواقع والتشريع، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1992.

73 خالد بنيس، دعاوى الحالة المدينة، منشورات جمعية نشر البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1996.

74 راشد أحمد محمد أمين الهرمودي ، المسؤولية الجنائية المترتبة على مخالفة ضوابط التلقيح الصناعي، معهد الدراسات القضائية، الشارقة، 2014.

75 رامي متولي القاضي ، الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن،دار النهضة العربية ، القاهرة، 2010.

76 رجاء ناجي المكاوي، تحديث قوانين الأسرة في العالم العربي، مجلّة الأحوال الشخصية التونسية أنموذجا، ط1، مطبعة بابل، الرباط، 2008.

77 رستم الخوالدة، الأسرة وتربية الطفل، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2009.

78 رضا خماخم، أحكام النفقة في مجلة الأحوال الشخصية بعد تنقيح 12 جويلية 1993، تونس، شركة فنون الرسم للنشر والصحافة، 2006.

79 رضا خماخم، المجلة الجزائية ط 4،منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 2007.

80 رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981.

81 رمضان بن محمود بن ريانة، الأسرة وحمايتها من التفكك، دار سحر للمعرفة، تونس، 2013.

82 رؤوف عبيد ، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، دار الجيل للطباعة، مصر، ط3، 1986.

83 زكنية عبد القادر خليل، الخدمة الإجتماعية في مجال رعاية المتسولين والمسجونين والمفرج عنهم، مكتبة الأنجلو المصرية، مصر،2005.

84 زين الدين الدناصوري و عبد الحميد ألشواربي ، المسؤولية الجنائية في قانوني العقوبات والاجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ،مصر ، 1998.

85 ساري سواقد، فاطمة الطراونة، إساءة معاملة الطفل الو الدية، المجلد 76، عدد 02، مطبعة عمادة البحث العلمي الجامعية الأردنية، عمان، 2000.

86 سالم السحيمي، جملة من الدراسات في القانون المدني، شركة قطيف للطباعة والتوزيع، قفصة، 1998.

87 سامي جميل الفياض الكبيسي، جرائم الإعتداء على الأموال، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت ، لبنان ، 2008.

88 سامي صادق الملا، إعتراف المتهم، ط 3، المطبعة العالمية، مصر، 1986.

89 سامية حسن الساعاتي، السحر والمجتمع، دراسة نظرية وبحث ميداني، ط 1، دار النهضة العربية ، بيروت، 1983.

90 سامية حسن الساعاتي، الناس والسحر، بحث في علم الإجتماع الغيبي، ط 1، الدار المصرية السعودية، 2006.

91 سعد جريفي، المشرع الجنائي والقاضي الجنائي، أية مساهمة في تحقيق البعد المزدوج، توبقال للنشر، الدار البيضاء، 2015.

92 سعيد الفكهاني، حامد الحرفة، الشرح و التعليق على قانون المسطرة الجنائية المغربي،ج1، الدار العربية للموسوعات ،القاهرة ، 1993.

93 سعيد الفكهاني، التعليق على القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه والقضاء،ج 3، ط1، الدار العربية للموسوعات، بيروت، 1993.

94 سعيد سيراج الدين، جريمة إنتحال إسم أو صفة الغير، دار الكتاب الذهبي، القاهرة، ط 1، 2001.

95 السعيد كامل، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 1994.

96 سلمى جمعة، إقبال إبراهيم مخلوف، ديناميكية العلاقات الأسرية، دراسة عن الخدمة الإجتماعية ورعاية الأسرة والطفولة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د.س.ن.).

97 سلمى جمعة، إقبال إبراهيم مخلوف، ديناميكية العلاقات الأسرية، دراسة عن الخدمة الإجتماعية ورعاية الأسرة والطفولة، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، (د س ن).

98 سمير عالية ، شرح قانون العقوبات ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشروالتوزيع ، ط 1،الجزائر ،2002.

99 سميرة الراجب، المستجدات المتعلِقة بالتنظيم القضائي المغربي، المسطرة الجنائية و المسطرة المدنية على ضوء التعديلات الأخيرة،2011.

100 سميرة بنت سالم بن عياد الجهني، عدم الإستقرار الأسري في المجتمع السعودي وعلاقته بإدراك الزوجين للمسؤوليات الأسرية، د د ن، 2008.

101 سناء الخولي، الأسرة و الحياة العائلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1984.

102 سوزى عدلي ناشد، الإتجار في البشر بين الإقتصاد الخفي والإقتصاد الرسمي، دار الجامعة الجديدة، 2005.

103 سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الجيل، بيروت، 1995.

104 سيد سابق، فقه السنة، ج 2، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003.

105 صاحب عبيد الفتلاوي، تأريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

106 صالح بن فوزان، ج 5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1999.

107 صالح بوسطعة، الحالة المدنية في القانون التونسي، ط 2، المدرسة القومية للإدارة، 1999.

108 صباح أحمد نادر، التنظيم القانوني للوساطة الجنائية و إمكانية تطبيقها في القانون العراقي، دراسة مقارنة، وزارة العدل، العراق، 2014.

109 صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ط1، دار الثقافة، عمان، 2009.

110 صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.

111 طاشور عبد الحفيظ، دور قاضى تطبيق الأحكام الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الإجتماعي في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001.

112 طريف شوقي محمد فرج، العنف في الأسرة – إستراتيجيات وسبل المواجهة والوقاية – ط5، مطبعة جامعة بني سويف، القاهرة، 2003.

113 طلعت إبراهيم لطفي،دراسات في علم الإجتماع الجنائي، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2009.

114 عادل عامر ، المسؤولية الجنائية و الأسباب الموضوعية لإنعدامها، دار فاس للنشر والتوزيع ، المغرب ، 2008 .

115 عائشة التاج، الأطفال المتخلى عنهم أية رعاية إجتماعية، ندوة الأسرة والطفل والتحولات المجتمعية، منشورات جمعية الشعلة،ط 1، مطبعة الدار البيضاء، 2002 .

116 عبد الاميير العكيلى، سليم حربة، أصول المحاكمات الجزائية، ج.1، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1988.

117 عبد الحفيظ بلقاضي، قانون العقوبات التونسي، القسم الخاص، ط1، تونس، 2003.

118 عبد الحكيم الحكماوي، في حالة التلبس بالخيانة الزوجية والفساد، كلية الحقوق سلا الجديدة،المغرب ،2013.

119 عبد الحكيم فوده، أدلة الإثبات والنفي في الدعوى الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

120 عبد الحميد المنشاوي، جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

121 عبد الرحمان الدراجي خلفي، الحق في الشكوى كقيد على المتابعة الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.

122 عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مجلد 5،دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 2003.

123 عبد الرحمن محمد عيساوي، علم النفس الجنائي، أسسه وتطبيقاته العلمية، الدار الجامعية، بيروت، 1990.

124 عبد الرحيم زكار،الإدعاء المباشر والشكاية المباشرة في التشريع المغربي،مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء،2001.

125 عبد السلام بشير الدويبي، **العنف العائلي الأبعاد السلبية والإجراءات الوقائية والعلاجية**، مطبعة اللجنة العليا للطفولة، طرابلس، 2004 .

126 عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية و التنظيم القضائي، سلسلة المكتبة القانونية ، ج 1، مطبعة النجاح الدار البيضاء، 1995.

127 عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1982.

128 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث، قسنطينة، 1989.

129 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2007.

130 عبد العزيز سعد، قانون الحالة المدنية في الجزائر، ط 2،دار هومة ، الجزائر، 1995.

131 عبد العزيز سليمان الحوشان، القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة،منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.

132 عبد الفتاح حجازي، المعاملة الجنائية والإجتماعية للأطفال، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

133 عبد القادر الشيخلي، جرائم الاتجار في الأشخاص والأعضاء البشرية وعقوباته في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2009.

134 عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج.1، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986.

135 عبد الكريم الطالب، التنظيم القضائي المغربي، ط 3،مطبعة تبوك،مراكش، 2010.

136 عبد الله اوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري – التحري و التحقيق – دار هومة، الجزائر، 2003.

137 عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط3، د. م. ج، الجزائر، 1990.

138 عبد الله سليمان، شرح القانون العام الجزائري، الجريمة، ج 1، د. م. ج، بن عكنون الجزائر.

139 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ج1، ط 5، د. م.ج، الجزائر، 2005.

140 عبد المطلب أبو سيف، تربية الأطفال بالأسرة، ط، 1، منشورات دار علاء الدين، دمشق، 1997.

141 عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط 1،دار بابل للطباعة والنشر، الرباط، 1976.

142 عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي– القسم الخاص– ط 3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.

143 عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2000.

144 عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، القسم العام، مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء، 2002.

145 إبراهيم عبد الكريم الغازي، تأريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، بغداد، 1973 .

146 عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام ،ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

147 عبد الوهاب المريني، دروس في القانون القضائي الخاص المغربي، ط 1، مكتبة دار السلام ، الرباط، 2001.

148 عبد الوهاب حومد، الموجز شرح قانون المسطرة الجنائية المغربية ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش ، 2005.

149 عبيدى الشافعي، الطب الشرعي والأدلة الجنائية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2008.

150 عدلى عبد الباقي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 1 ،ط 1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1953.

151 عروبة جبار الخزرجى، حقوق الطفل بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.

152 عصام حسين ،فلسفة التجريم والعقاب الشرعية في تجزئة القاعدة الجنائية، ط 1 ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010

153 عصام عفيفي عبد البصير، تجزئة القاعدة الجنائية، دار النهضة العربية، ط1 ، بيروت، 2007.

154 عقلة محمد، نظام الأسرة في الإسلام، ط1، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، 1983.

155 عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية ،ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.

156 العلمي عبد الواحد، شرح القانون الجنائي المغربي ،القسم الخاص، ط 2، المغرب،2009.

157 على إسماعيل عبد الرحمن ، العنف الأسرى الأسباب والعلاج، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، 2006.

158 على بن بلقاسم، قانون العقوبات، ط1، الدار المغاربية الدولية للنشر والتوزيع، باتنة، الجزائر،1991.

159 علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.

160 علي عبد القادر عثمان، ثغرات القانون ودورها في إنتشار الزواج العرفي، دراسة فقهية مقارنة، (د.د.ن) 2008.

161 علي عبد الواحد وافي، الأسرة والمجتمع، ط 7، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن.

162 علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون والمعرضين لخطر الإنحراف، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.

163 عمار تركي السعدون الحسيني، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مواجهة السلطة العامة، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.

164 عمار سالم ، ريان سليم بدير، الصحة النفسية للطفل، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت لبنان، 2007.

165 عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

166 عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2004.

167 عيسى العباسي، التربية الإبداعية في ظل المقاربة بالكفاءات، دار الغرب، وهران، 2006.

168 عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابه، 2006

169 غريب محمد سيد أحمد،سامية محمد جابر،علم إجتماع السلوك الإنحرافي،دار المعرفة الجامعية،الإسكندرية،2005.

170 فاخر عاقل، علم النفس التربوي، دار العلم للملايين، بيروت، 1985.

171 فاروق بدران ، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، ط 2، الجامعة الأردنية، 1996.

172 فتحي حسين عامر، جرائم الأسرة.. بداية الإنهيار !، ط 1، مركز الحضارة العربية، القاهرة، 2006.

173 فتحية عبد الغني الجميلي، الجريمة والمجتمع ومرتكب الجريمة،دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

174 فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الموسوعة الجنائية 2، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، 2009.

175 فريدة بناني، حق تصرف الزوجة في مالها، حق شرعي وقيود تشريعية ط 1، مطبعة دار تينمل، مراكش، 1995.

176 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات الجزائية بين النظري والعملي، مطبعة البدر، 2009.

177 فهمي مصطفى محمود، نورالهنا إبراهيم، العنف الأسري في المغرب، ط 1 ، مركز سنا للبحوث العلمية والدراسات،2001.

178 فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، بيروت، 1986.

179 فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

180 قاسم تركي عواد جنابي، المفاجئة بالزنا ،دراسة مقارنة ،ط01 ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2012.

181 كامل السعيد، الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة، منشورات الحلبي الحقوقيةبيروت.

182 كامل موسى، مسائل في الحياة الزوجية، دار الهدى، الجزائر د.س.ن.

183 لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائي، الجرائم ضد الأسرة والآداب العامة والجرائم ضد الأموال ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2010 .

184 لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.

185 مالك بن انس، الموطأ، دار إحياء التراث العربي، ط 1، لبنان، 1985.

186 مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام ، دار النهضة العربية، 1979.

187 مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي ، مصر، 1997.

188 ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.

189 مبارك السعيد بلقائد ، القانون الجنائي الخاص، الرباط، 2000.

190 متولى صالح الشاعر، تعريف الجريمة وأركانها من وجهة نظر مستحدثة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

191 محمد أبو زهرة، الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي، العقوبة، ج 2، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.

192 محمد أحداف، شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد، ج 1، ط 1، 2014.

193 محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط 3، دار النشر المغربية، 2008 .

194 محمد التو مي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، الجزائر، 1997.

195 محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي، التجليّات، مركز النشر الجامعي، منوبة، تونس، 2006.

196 محمد الرازقي، علم الإجرام و السياسة الجنائية، دار الكتاب الجديد المتحدة، بيروت، لبنان، 2004.

197 محمد السيد عرفه ، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006.

198 محمد الشافعي، الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون المقارن، كلية الحقوق، مراكش، 2006.
199 محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، ط 3، دار تنمل، مراكش، 1998.
200 محمد الشافعي، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية،ط 1 ، سلسلة البحوث القانونية.
201 محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، الوراقة الوطنية، مراكش ، المغرب، 2009.
202 محمد الشيحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة 1990.
203 محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول،، ط 2، عقد الزواج وآثاره، 2009 .
204 محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، إنحلال ميثاق الزوجية، ط 3 ، مطبعة دار النجاح الجديدة ، 2006.
205 محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، ج 1، ط 1 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
206 محمد اللجمي، الحصانة العائلية في القانون التونسي والقانون المقارن ، منشورات، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، 2005.
207 محمد المحجوبي، القانون القضائي الخاص، الكتاب1، ط 1، دار القلم ، 2005.
208 محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 10، دار الكتب العلمية، 1408.
209 محمد بن عثمان الركبان، أحكام الإجهاض والتشخيص الجنيني والتشوهات الجنينية،جامعة الملك سعود، الرياض،2008.
210 محمد بن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية ج 1، الدار البيضاء ، مطابع النجاح، 7197.
211 محمد حزيط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ط2، دار هومه، الجزائر، 2006.
212 محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
213 محمد رشاد متولي، جرائم الإعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
214 محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، شرح لقانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
215 محمد سليمان موسى، قانون الطفولة الجانحة والمعاملة الجنائية للأحداث، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

216 محمد سيد حسن محمد، ضوابط سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

217 محمد صبحي نجم ، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن،2002.

218 محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.

219 محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، (د، ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.

220 محمد عاطف غيث، علم الإجتماع، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

221 محمد عبد الله الزريكات، أثر الردع الخاص في الزقاية من الجريمة، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2008.

222 محمد عبد المنعم النور، المجتمع الإنساني، مكتبة القاهرة الحديثة، (د س ن).

223 محمد علي البار، الإعتداء على الأطفال، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع ،2002.

224 محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، 2010.

225 محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، جامعة المنصورة ، مصر ، 2003.

226 محمد لبيب النجيحى، الأسس الإجتماعية للتربية، دار النهضة العربية، بيروت، ط3، 1982.

227 محمد محمد عنب، إستخدام التكنولوجيا الحديث في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008 .

228 محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للطفولة، دار النهضة العربية ط1، القاهرة، 1998 .

229 محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، جامعة الدول العربية، مركز الدراسات العربية العالية، 1962.

230 محمود نجيب حسنى، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، معهد الدراسات العربية، القاهرة، 1962.

231 محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

232 مرسي كمال إبراهيم، العلاقة الزوجية والصحة النفسية في الإسلام، ط1، دار القلم، الكويت، 1991 .

233 مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

234 ممدوح عزمي، دراسة علمية في أسباب الإباحة وموانع المسؤولية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2000.

235 منصور رحماني، علم الإجرام والسياسة الجنائية، ط 1، دار العلوم، 2006.

236 منير مرسى سرحان، في إجتماعيات التربية، ط 3، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1981.

237 مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشرى في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

238 مولاي ملياني بغدادي، قانون الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1987.

239 نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2009.

240 نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1977 .

241 نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي و أثارها على الأحكام القضائية، ط 2، دار فسيلة، الجزائر،2009.

242 هدى باشا، صراع المرأة المعنفة بين الجدران المغلقة و أروقة المحاكم، بحث في مدى حماية القانون التونسي للمرأة ضحية العنف الأسري، الرباط 24 - 25 سبتمبر 2012.

243 هشام ملاطي ،علاقة الإتفاقيات الدولية الجنائية والقانون الجنائي الوطني، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 2011.

244 هلالي عبد الله أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية دار النهضة العربية، القاهرة ، 1989 .

245 وفاق صابر على، صلاح الدين عطاء الله، إساءة معاملة الأطفال، ط 1، مطبعة الإمام المهدي، السودان، 2005.

246 يسر أنور، شرح الأصول العامة في قانون العقوبات، ط 1، ج 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

247 يوسف إبن الحاج فرج ، المواريث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، دار الميزان،تونس،1996 .

248 يوسف مصطفى مشعل، السحر مرض العصر – حقيقته – الوقاية منه – طرق علاجه على ضوء القرآن والسنة، ط.1، عمان، الأردن، 1996.

باللغة الفرنسية:

المراجع العامة

1 BENABENT .Alain, droit civil, la famille, édit litec , 1997 .

2 BERJAOUI. Khalid, Le mariage mixte et disparité de culte en droit international privé Maghrébin, Revue marocaine d'administration locale et développement, ,N° 59 . 2004.

3 BORRMANS. Maurice, Statut personnel et famille au Magreb de 1940 A nos jours, éditions,Paris, 1977.

4 BOURAOUI .Soukeïna, Droit de la famille et relation, familiales à la lumière des derniers rèformes juridiques, R.T.D , 1993 .

5 CARBONNIER . Jean," 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." droit civil, T2 la famille, l'enfant, le couple, 20e édition, P.U.F, 1999.

6 CARBONNIER. Jean, Droit et passion du droit sous la(5 Ve) République, édition. Flammarion, 1996 .

7 Cour de cassation, 31 janvier 1966 - Revue tunisienne de droit, 1968.

8 HANNOUZ. Morad . et HAKEM Rida., Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, 1993.

9 LAZERGES .Christine, Quel droit pénal des mineurs Pour , L'Europe de demain? Edi Paris, paris,1992 .

10 MICHEL. Véron, Droit pénal spécial, éditions Armand Colin, 2ème edition, Paris, 2002.

11 MOLAY R'CHID .Abderazak, La femme et la loi Au Maroc, Collection dirigée par Fatima Mernissi, éd le Fennec, 2ème éd. 1993 .

12 PIERRE. Gavage, la pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, Revue critique de droit international privé. N° 3, 1992 .

13 RIVILLARD. Jean, L'insemination artificielle d' embryon.solutions et perspectives en droit interne et en droit comparé ,et les droits de l' homme devant la vie et la mort , Colloque de besançan, Rev droit de l' homme, 1974.

14 TOUATI. Bentahhar, Organisation et système pénitentiers en droit algérien, 1édi, office national des travaux éducatifs, 2004.

ب/ المراجع المتخصصة:

1 BOUSSETTA. Mourad, Principes élémentaires de la procédure pénale marocaine, 2 éme edition ,Edition Al Maarifa,merakech. 2006.

2 HENRY .Solus, JAQUES , Guenot ,La protection de l'enfant contre ses parents, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1984

3 INES. A ngelino, L'enfant, la famille, la maltraitance, 2ème édition, DUNOD, 2001.

1 MALIBERT.Philippe, Abandon de famille, art. 227-3 et 227-4,édition. juris-classeurs, n°16303,2002.

ج/ الرسائل:

1 AKIDA .Mohamed , La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence , thèse, université , Lyon, 1994 .

2 ELHEIT.Salim. La criminalité intrafamiliale : vers un droit pénal de la famille? Université Paris VIII –Vincennes, Saint-Denis, résumé court de mémoire, www.cvfe.be.

3 KHADIJA. Mosleh, La procréation naturelle au Maroc, Mémoire de DESA en Science Juridique, Faculté des Sciences Juridique Economique et Sociales, Rabat, Agdal, 1992-1993 .

4 MOLAY RACHID .Abderazak, La condition de la femme au maroc, Thèse d'état, Fac De droit, Université. Mohammed V. Rebat, 1985 .

ثانيا _ المراجع المتخصصة والرسائل

أ _ المراجع المتخصصة

1 أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.

2 حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ط 1، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2001 .

3 رجاء ناجى المكاوي، العنف الأسري في الشرع الإسلامي، ط 1، دار السلام، المغرب، 2008.

4 ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة، في قوانين العقوبات العربية والشريعة الإسلامية، دراسة قانونية إجتماعية، ط 1، مطبعة ربا نيت، الرباط، 2005.

5 عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر،2002.

6 محمد عبد الحميد الألفي، الجرائم العائلية – الحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

7 محمد عبد الرؤوف، **أثر الروابط الأسرية علي تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة "دارسة تأصيلية من الناحيتين الموضوعية والإجرائية"، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية،د.د.ن، 2009.**

8 **عباس أبو شامة محمد الأمين البشرى، العنف الأسرى في ظل العولمة، الرياض، 2005 .**

9 **علي بهاء رزيقي ، الحماية الجنائية للأسرة ، جامعة الإسكندرية ، 2006.**

ب . المذكرات ورسائل الدكتوراه

1 أحمد أجوييد، جريمة الزناء في الشريعة والقانون المغربي، أطروحة دكتوراة، الرباط ، **1986.**

2 أميمة حليم ، العنف الأسري، رسالة تخرج بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس، **2004 - 2005.**

3 إياد محمد عارف، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

4 بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامى والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2005-2006.

2 بن عودة حسكر مراد ، الحماية الجزائية للمرأة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في علم الإجرام والعلوم الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان 2004.

6 بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2009 – 2010.

7 بوعقال فيصل، قاضى تطبيق العقوبات، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2000-2006.

8 جمال باتيتة، جريمة عدم دفع النفقة وجراية الطلاق، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 1996-1997.

9 حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتورة، جامعة ،تلمسان ، 2000.

10 خديجة أبو مهدي، الحماية الجنائية للمرأة في المنظومة القانونية المغربية، رسالة دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية، 2002-2003.

11 خوري عمر، السياسة العقابية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2008.

12 خالد برجاوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب – وضعية المرأة نموذجا – أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق الرباط السنة الجامعية 1999 - 2000.

13 ذكرى جميل البناء، العائلة والأمن الإجتماعي، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، يونيو 2004.

14 رجاء ناجي، قتل الرأفة أو الخلاص، رسالة دبلوم الدراسات العليا، كلية الحقوق أكدال، الرباط،السنة الجامعية 1999-2000.

15 رشيد داودي، العلاقات المالية بين الزوجين وفق مدونة الأسرة، رسالة الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق طنجة، 2005- 2006.

16 سعد التابعي ، السرعة في الإجراءات الجزائية ، مذكرة شهادة الدراسات المعمقة، شعبة علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، جامعة المنار، السنة الدراسية ، 2003 – 2004 .

17 سمير العماري، تأثير القرابة على الجرائم والعقوبات، دراسة تحليلية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2001-2002.

18 سومية غزالي، الطابع الزجري لمدونة الأسرة، رسالة الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية ، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، 2010.

19 عبد الحميد أخريف، الأمن القانوني بين ضرورات الإصلاح والحاجة إلى تعزيز الضمانات، مذكرة ماجستير،جامعة سيدي محمد بن عبد الله للعلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، فا س، السنة الدراسية، 2007 -2008.

20 عبد الصمد عبو، مسؤولية النائب الشرعي في إدارة شؤون القاصر، دكتوراة، جامعة محمد الأول، وجدة، 2012- 2013.

21 عبد الله بن أحمد العلاف، العنف الأسري وأثاره على الأسرة والمجتمع، مذكرة ماجستير تخصص العلاج الأسري، الرياض، 2009.

22 العربي شحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظم الإنجاب الإصطناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، الجزائر ، 2000.

23 عزيز أباكريم، يوسف أديب، عبد اللطيف عمارة، ليلى الخشالي، وسائل إثبات النسب ونفيه ما بين الشريعة والقانون المغربي دراسة للبصمة الوراثية كمستجد بيولوجي علمي ينازع اللعان كلازمة شرعية في مجال النسب، جامعة إبن زهركلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، أكادير، 2012- 2013 .

24 عقون الشريف، غاية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2005.

25 محمّد الأسعد رابحي، الحماية الجزائية للعائلة في القانون التونسي، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، تونس ، 1998 - 1999.

26 محمد بلعربي ومحمد أخزان، الحماية القانونية للطفل في التشريع المغربي بين الزخم التنظيري و التعقيد العملي، جامعة إبن زهر، أكادير، السنة الجامعية 2011- 2012.

27 محمد كرادة، الحق في الأسرة محاولة في التأسيس والحماية، رسالة الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، فاس، 2002-2003.

28 محمد هلال الصادق هلال، أثر الغزو الفكري على الأسرة المسلمة وكيفية مقاومته، رسالة الماجستير، كلية أصول الدين والدعوة بالزقازيق، القاهرة، 2000.

29 مناحي نايف الشيبانى، معالجة صحيفة الرياض لجرائم العنف الأسرى، مذكرة تخرج ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008، 2009.

30 ناصر منى، راشدي سهام، رمضاني حسيبة، شلي صونية، بوكلال سمية، صالحي نبيلة، إشكالات الحالة المدنية في الجنوب الكبير، مذكرة التخرج لنيل إجازة القضاء، معهد القضاء، الجزائر، 2005.

31 ياسر بن محمد سعيد بابصيل ، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة (دراسة تحليلية)، رسالة الماجستير ، الرياض، 2011.

ثالثا. المقالات والندوات

ا–المقالات: والمحاضرات:

1 أحسن بوسقيعة، القانون الجنائي الخاص، محاضرات غير منشورة ألقيت على الطلبة القضاة، الدفعة 13، معهد القضاء، الجزائر، 2004/2003.

2 الحسين بلحساني، الدعوة إلى تحرر المرأة بين خصوصيات الهوية ومقتضيات الحداثة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الأول، يونيو 2000.

3 التيجاني عبيد، جراية المطلقة في قانون الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، عدد 1، جانفي 1985.

4 بن النصيب عبد الرحمان، العدالة التصالحية البديل للعدالة الجنائية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، مجلة الفكر، العدد 11 ، 2015.

5 بوعزة ديدن، حماية الطفل في قانون العقوبات الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 35 العدد الرابع، 1997 .

6 تادرس ميخائيل، النتائج الضارة التي تترتب على عقوبات الحبس لمدد وجيزة والعقوبات التي يصح أن تحل محلها ، مجلة المحاماة، عدد 09، مصر ،1926.

7 بلقاسم نجماوى، الخيانة الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية، جزء 37،عدد4، 1999.

8 بن كثير بن عيسى، الإجراءات الخاصة المطبقة على الإجرام الخطير، نشرة القضاة، عدد 63 ، وزارة العدل مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزائر، 2003.

9 تشوار الجيلالى، تغير اللقب تجاه الصلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتنفيذية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية، 2004.

10 تشوار جيلالى، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد4، كلية الحقوق، تلمسان، 2006.

11 تشوار جيلالى، سن الزواج بين الإذن والجزاء ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية، عدد 4، جزء 37،1999.

12 تشوار جيلالى، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية،كلية الحقوق، جامعة تلمسان عدد 3، 2005.

13 تشوار حميدو زكية، شروط التلقيح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد 04، كلية الحقوق، تلمسان، 2006.

14 تشوار حميدو زكية، الحق في الإسم في القانون الجزائري ، م، ع، ق، إ ، س،كلية الحقوق ، عدد 6، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.

15 جبرائيل، مشاكل تحويل الجنس، المصري اليوم، 09 ديسمبر 2009 ،عدد ، 2546.

16 جمال أبو الريش، جريدة الأحداث المغربية، 11 أكتوبر 2011، عدد 1032.

17 رشيدة بلال، مقال بعنوان ، المخدرات الصلبة، زنا المحارم و المشروبات الطاقوية، جريدة المساء، يوم 19- 06 - 2012.

18 رضوان حفياني، الخيانات الزوجية في تونس أسبابها...وإنعكاساتها الإجتماعيّة جريدة الصباح، 22-06-2007،عدد، 1723.

19 ريم داود سليم، الأدوار النفسية والتربوية للأسرة والمدرسة والإساءة للأطفال، المجلة التربوية، لبنان ،العدد36 ، 2006.

20 حسن عجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، مقال منشور في كتاب قضايا الأسرة من خلال إجتهادات المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، 2007.

21 حميدو زكية، القانون الجنائي للأسرة، محاضرات غير منشورة ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، تلمسان، 2008/2007.

22 زهور الحر، الصلح والوساطة الأسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، سلسلة الندوات الجهوية لسنة 2007 تحت عنوان الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهادات المجلس الأعلى ، الندوة الجهوية 11 ، قصر المؤتمرات بالعيون، المطبعة الأمنية ، يومي 1- 2 نوفمبر 2007.

23 زهور الحر، المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة للمادة 49 من مدونة الأسرة، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان من طرف وزارة العدل ورابطة التربية على حقوق الإنسان أيام 05-06-08 دسمبر 2005.

24 زهور الحر، حق الزوجة في المستفاد من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي، جريدة الاتحاد الإشتراكي ، الأربعاء 23 ديسمبر 2003.

25 ساسي بن حليمة، المحاولة الصلحية على معنى الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية ، المجلة القانونية التونسية، عدد 02 ،2013 .

26 سعاد كوكاس، العنف ضد النساء بين تطلعات الحركات النسائية والحقوقية بالمغرب والقوانين و التشريعات الدولية، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب و الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء يوم دراسي تحت عنوان، قراءة في القانون الجنائي من أجل تشريع جنائي يحمي النساء من التمييز والعنف، وزارة العدل، الرباط ، يونيو 2010.

27 سعيد بن سعيد ناصر، مقال بعنوان "دور الأسرة في تنمية قيم المواطنة لدى الشباب في ظل تحديات العولمة " مقدم لمؤتمر " الأسرة والمتغيرات المعاصرة" ، التي تعقده الجمعية السعودية لعلم الإجتماع، 10-12/ 05/ 2008 .

28 سفيان ادريوش ، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة ، مجلة القضاء والقانون، العدد 150،مطبعة الأمنية ،الرباط 2012.

29 سميرة عثمان الصقلي، مؤامرة الصمت والسرية، الإعتداء الجنسي على الأطفال، جريدة المستقبل، الأربعاء 31 ديسمبر 2003.

30 سناء كريم، لزواج بقراءة "الفاتحة".. لايزال معمول به في بعض القبائل النائية ،التجديد المغربية، 17- 10-2008.

31 سيف وهابي، إختصاصات النيابة العامة في مدونة الأسرة الجديدة، مجلة الملف، عدد 3، أفريل 2004.

32 صديق محمد، جرائم زنى المحارم تضرب في تونس.. لماذا...وما الحلّ؟،المجلة التونسية، 12/05/2013.

33 طارق بالحاج، مقال بعنوان، جيل لا "يستثمر" في الزواج، الصباح الأسبوعي، 2014/14/06.

34 عبد الحفيظ أوسوكين، النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، مجلة قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة، جامعة وهران، 2007.

35 عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد، مجلة المحاكم، عدد، 2001، 88-89.

36 عبد الرحمان بن عمر، أوجه الإختلاف والتعارض ما بين التشريع المغربي والمواثيق الدولية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 62، 1991.

37 عبد السلام أديب، المرأة المغربية بين مدونة الأسرة والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، سنة بعد مدونة الأسرة، لا جديد،، طبعة 1 ،مطبعة ربا نيت، الرباط ، 2005.

38 عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2005.

39 فاطمة البويسفي، النزاعات المالية خطر يهدد تماسك الأسرة مداخلة في ندوة الحقوق والالتزامات المالية للمرأة داخل الأسرة في ظل المتغيرات الإقتصادية والاجتماعية، طبعة 1، منشورات الجمعية، مطبعة طوب بريس، المغرب، 2003 .

40 لطيفة العروسني، جرح وضرب وإغتصاب وتهديد بالقتل للعنف والجمعيات النسائية متهمة بالتحريض على تفكيك الأسر، مجلة العربي الحر، طنجة المغرب، 2015.

41 محمد الصخري، مقال "تدخل النيابة العامة في قضاء الأسرة"، مجلة المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المملكة المغربية، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، شتنبر 2004.

42 محمد بوصف، دور النيابة العامة في قانون مدونة الأسرة ، أشغال ندوة علمية ،ا جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، العدد، 5، 2004.

43 محمد سلام، أهمية الصلح في النظام المغربي المقارن، مجلة المحاكم المغربية، عدد 93، أفريل 2002.

44 محمد مرزوكي، السياسة الجنائية في مجال الأسرة والأحداث ومساعدة الضحايا ندوة: السياسة الجنائية بالمغرب واقع وآفاق، نظمت بمكناس، أيام، 9- 10-11 ديسمبر 2004 المجلد الأول، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية عدد3-4 سنة 2004.

45 محمدي (زواوي) فريدة، مدى تعارض المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، مقال منشور بالمجلة القضائية عدد 2000/02 ، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001 .

46 مراد محامد، مقال بعنوان، ظاهرة زنا المحارم في إرتفاع بالجزائر، جريدة الجزائر نيوز، 23- 10- 2010.

47 مصطفى الهيصة، الخيانة الزوجية.. جرائم يصعب إثباتها ونسبة كبيرة منها تتحول إلى قضايا طلاق،الصباح الأسبوعي، 2011/11/10.

48 مصطفى الهيصة، الخيانات الزوجية في تونس صور حزينة، جريدة الصباح، 10-11- 2011.

49 مصطفى بن جعفر ، ملتقى بعنوان القانون المنقح لمجلة الأحوال الشخصية 12 جويلية 1993، مداخلة ،جريمة الإمتناع عن أداء النفقة والجراية، المعهد الأعلى للقضاء.

50 ممدوح خليل، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية، مجلة الحقوق الكويتية. عدد 3 ، سبتمبر 2003.

51 منال وهبي، هكذا تحولت ظاهرة زنا المحارم إلى طاعون ينخر المجتمع المغربي، العيون 24 ، 2014 .

52 منيرالسويسي، الزواج العرفي في تونس، الواقع...القانون والمآل ، تونس، الأخبار ،08 – 02- 2012

53 نعيمة البالي، الإتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي، إتفاقيات حقوق الإنسان نموذجا، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 75، يوليوز/غشت 2007 .

54 هبة أيوب ، الإعتداء على الأصول مؤشرالإنحراف الأخلاقي للأبناء، جريدة المساء، 2016/02/17

55 مانع علي ، الحماية الجنائية للطفل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية، عدد 1، 2000.

56 محمود نجيب حسنى، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية القانونية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والإقتصاد، جامعة القاهرة، 1957.

57 نائل جرجس، مدى إنطباق قانون الأحوال الشخصية بالمغرب العربي مع منظومة حقوق الإنسان، دراسة منشورة بموقع المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي مخصص لترقية وتعزيز حقوق الطفل وعدالة الأحداث جانفى، 2009.

- باللغة الفرنسية:

1- KALFAT. Choukri, Transformations sociales et violence intra-familiale, 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. Déc. 2003.

2-KALFAT.Choukri, Le dossier médico-psychologique et social 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 / 12 / 2004 .

ب–مقالات من مواقع الإنترنت

1 محمد أبو ليلة، العدة تكريم للمرأة. Atfal . Nour org

www -

2 زهير الحرش، جريمة إهمال الأسرة في التشريع المغربي، مجلة الفقه والقانون،2012، 29 / 09/ 2009، موقع مجاة الفقه والقانون.

3 موقع المديرية العامة للأمن الوطني الجزائر

4 الزبير بن عون، التنشئة الإجتماعية ماهيتها- نظرياتها- مؤسساتها، 2009/11/05،موقع الأنترنت http //.www educa_un

5 موقع اللجنة الدائمة للأفتاء، السعودية ، 2004، http://www islamonline.com

رابعا . النصوص القانونية:

القوانيين الجزائرية:

1 الدستور الجزائري، لسنة 1996، الجريدة الرسمية ، 1996 ، عدد 61 المعدل بلقانون رقم 16 – 01 الموافق ل 6 مارس لسنة 2016 ،الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 07 مارس سنة 2016.

2 الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته المعتمد بأديس أبابا سنة جويلية 1990 المصادق عليه من طرف الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 242/03 بتاريخ 2003/07/08 ، ج.ر 09/ 07/ 2003، عدد41.

3 إتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بوضعية الأطفال الناتجة عن الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال محررة بتاريخ 21 يونيو سنة 1988، ج.ر رقم 28 و رقم 30، سنة 1988.

4 البروتوكول المكمل للإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المتعلق بمنع وقمع الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال، والذي صادقت عليه الجزائر بتحفظ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر2003.

5 القانون رقم224/63 المتعلق بتحديد سن الزواج الصادرفي 1963/06/29.

6 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

7 القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

8 القانون 04/05 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

9 القانون رقم 05/85المؤرخ في 01جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل16فبراير سنة 1985المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 17رجب عام 1429 الموافق 20يوليو سنة 2008.

10 القانون رقم 10 /12 المتعلق بحماية الأشخاص المسنيين، المؤرخ في 23 محرم 1432 الموافق 29 دبسمبر 2010 جريدة رسمية عدد 79.

11 القانون رقم 15-12 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق 15 يوليو سنة 2015 المتعلق بحماية الطفل الجريدة الرسمية عدد 39، المؤرخة 19 يوليو 2015.
12 الأمر رقم70-20 المؤرخ في 19فبراير1979 المتعلق بالحالة المدنية.المعدل بمقتضى القانون رقم 14 – 08 المؤرخ في 09 أوت 2014 ، الجريدة الرسمية ، عدد 49 المؤرخة بتاريخ 20 أوت 2014 .
13 الأمر رقم 71- 65 مؤرخ في 2 شعبان عام 1391 الموافق 22 سبتمبر سنة 1971 يتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية .
14 لأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. والمعدل بموجب الأمر رقم 15/ 02 المؤرخ في 23 -07- 2015 ، الجريدة الرسمية العدد 40، 2015.
15 الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20ديسمبر2006. المعدل والمتمم قانون رقم 14 /01 مؤرخ في 4 فبراير سنة 2014، المعدل بالقانون رقم 15 - 19 ،جريدة رسمية عدد 71 بتايخ 30 ديسمبر 2015.
16 المرسوم رقم 71/ 157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 24/92المؤرخ في 1992/02/24.
17 مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 11 ماي2006 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الأسرة
18 المرسوم التنفيذي المتعلق بالوساطة العائلية رقم 16- 62 مؤرخ في 11 فبراير سنة 2016، يحدد كيفيات تنظيم الوساطة العائلية والإجتماعية لإبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي، الجريدة الرسمية عدد رقم 09.

القوانين المغربية :

1 الدستور المغربي ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر ، 30 يوليو 2011 ص 3600.
2 ظهير شريف رقم413 الصادر في 28 نوفنبر 1962 المتعلق بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي
3 ظهير شريف رقم255 ، الصادر في 25 من رجب 1423 الموافق 2002/10/03 المتعلق بتنفيذ المسطرة الجنائية.
4 ظهير شريف رقم 239-02-1 صادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية رقم 5054 الصادرة 7نوفمبر2002 .
5 مدونة الأسرة المغربية ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم 5 فبراير 2004

6 مشروع القانون رقم 13 - 103 ، المتعلق بمناهضة العنف ضد النساء في صيغته الجديدة تحت مسمى تبديد أموال الأسرة بسوء نية.

القوانين التونسية:

1 المجلة الجزائية أمر المؤرخ في 09 جويلية 1913 ، الرائد الرسمي عدد 79 المؤرخ في 01 أكتوبر 1913.

2 القانون عدد 23 لسنة 1968 المؤرخ في 24 جويلية 1968 المتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائي.

3 مجلة الأحوال الشخصية الأمر العليّ المؤرخ في 13 أوت 1956 المنشور بالرائد الرسمي عدد 66 بتاريخ 17 أوت 1956 والتي دخلت حيز التطبيق بداية من غرة جانفي 1957.

4 القانون عدد 92 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995 المتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل .والمتمم بمقتضى قانون عدد .41 لسنة 2002 مؤرخ في 17 أفريل 2002 يتعلّق بإتمام مجلّة حماية الطفل ، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 32، الصادر في 19 أفريل 2002

5 القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في أوّل أوت 1957 والمتعلّق بتنظيم الحالة المدنية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 30 جويلية /2 أوت1957 .

6 القانون رقم 2 لسنة 1962 المؤرخ في 24 ماي 1962 يتعلق بإحداث جريمة عدم إحضار المحضون.

7 القانون عدد 65 لسنة 1993 المؤرخ في1993/07/05، المتعلق بإحداث صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق.

8 القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرخ في09 / 1998/11 المتعلق بنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	01
الباب الأول: الحماية الموضوعية للرابطة الأسرية وفق التشريعات الجنائية المغاربية	20
الفصل الأول: تصنيف الجرائم الماسة بنظام الأسرة	22
المبحث الأول: الجرائم الماسة بقواعد بناء الأسرة وبالإلتزامات الأسرية	32
المطلب الأول: الجرائم الماسة بقواعد بناء الأسرة	42
الفرع الأول: جريمة عدم تسجيل عقد الزواج في سجل الحالة المدنية	42
أولا: حالات تجريم الإمتناع عن تسجيل عقد الزواج	52
ثانيا : آلية الحماية الجزائية المقررة وفاعليتها	82
الفرع الثاني: جريمة زواج قاصر دون ترخيص قضائي	33
أولا : مجال الحماية الجزائية من حيث حالة أطراف العقد ووقت حصوله	33
ثانيا: إمكانية المتابعة الجزائية وأثر ذلك على الزواج الحاصل	73
الفرع الثالث: جريمة زواج قاصر دون موافقة وليه	39
أولا: حدود وأركان المساءلة الجزائية	40
ثانيا: إمكانية تقرير العقاب	14
الفرع الرابع : جريمة زواج المرأة قبل مضي فترة عدتها	24
أولا: شروط قيام هذه الجريمة	24
ثانيا: المتـابعة الجزائية	34
المطلب الثاني: جرائم الإخلال بالإلتزامات الأسرية	44
الفرع الأول: جـرائم الإخلال بالإلتزامات الزوجية	54
أولا: جريمة الإمتناع عن تقديم نفقة مقررة قضاء للزوجة	54
1: خصـوصية طبيعة الحكم القاضي بالنفقة	48
2: خصوصية المتابعة من حيث الإعتبار الزمني	50
ثانيا : طابع و تميز الحماية الجزائية بقانون العقوبات التونسي	52
الفرع الثاني :جريمة التخلي عن الزوجة الحامل (التخلي عن الزوجة)	54
أولا: الإطار العام لسلوك التخلي	55
ثانيا: تقرير المسؤولية بتقدير عنصر السبب الجدي	56
الفرع الثالث: جريمة التصرف في الموارد المالية للزوجة	75
أولا: صور سلوك التصرف في الممتلكات أو الموارد المالية	85

ثانيا: تقرير المسؤولية بتقدير عناصر الإكراه أو التخويف 61
الفرع الرابع: جريمة الزنا 62
أولا: خصوصية التجريم ضمن التشريع المغربي 64
ثانيا: مدى مُلائمة المتابعة الجزائية الحاصلة 66
المبحث الثاني: جرائم الإخلال بحقوق الأولاد وصلة القرابة وبإعتبار الأسرة 67
المطلب الأول: جرائم الإخلال بحقوق الأولاد 68
الفرع الأول: جريمة الإجهاض 68
أولا : حدود المساءلة الجزائية ضمن قانون العقوبات التونسي 72
ثانيا: مجال توسيع الحماية الجزائية ضمن التشريع الجزائري 74
الفرع الثاني: عدم التصريح بالولادة 75
أولا: الأشخاص محل المساءلة الجزائية 77
ثانيا: معيار الزمن كركن لقيام جريمة عدم التصريح بالولادة 79
الفرع الثالث: جريمة طمس هوية المولود الجديد عمدا 80
أولا : إخفاء نسب طفل حي 80
ثانيا :عدم تسليم جثة الطفل 82
أ / الصورة الأولى: إذ لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا 82
ب/ الصورة الثانية: إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا 82
الفرع الرابع: جريمة الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء 82
أولا: التفاوت في إعتبار المعيار الزمني لتقرير الإمتناع عن تقديم النفقة 84
ثانيا: إعتماد صندوق النفقة كحد أدني لحماية الأسرة 86
الفرع الخامس: جريمة ترك مقر الأسرة 87
اولا: إشتراط الأبوة أو الأمومة كعنصر تقديري للحماية 89
ثانيا : التقدير الزمني لقيام الجريمة 90
الفرع السادس: جريمة الإهمال المعنوي للأولاد 91
أولا: تقدير الجانب النفسي والروحي للأولاد وجعله محل حماية جزائية 93
ثانيا: أثر المتابعة الجزائية للفاعل على شخصية الأولاد 94
الفرع السابع: جريمة ترك الأبناء وتعريضهم للخطر 95
أولا : صورة ترك الولد أو تعريضه للخطر 95
ثانيا : صورة التحريض على التخلي عن طفل 98

الفرع الثامن: جريمة التحريض على الفسق والدعارة 101
أولا: صفة الفرد القائم بفعل التحريض كطابع تمييزي للتجريم 103
ثانيا: معيار السن كعامل تقديري للجزاء 104
الفرع التاسع: جريمة خطف أو إبعاد قاصر دون عنف أو تحايل 106
أولا : معيار الأثر المترتب عن فعل الخطف في ترتيب المسوؤلية الجزائية 107
ثانيا: مُشتملات التجريم ضمن صور السلوك 108
الفرع العاشر: جرائم مخالفة أحكام الحضانة 109
أولا: طبيعة الحكم القاضي بلنفقة ومدلول الحضانة 111
ثانيا: حالة إمتناع المحضون عن مرافقة من تقرر حق الزيارة له 112
المطلب الثاني : الجرائم الماسة بصلة القرابة وبإعتبار الأسرة 113
الفرع الأول : الجرائم الماسة بصلة القرابة 114
أولا : جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (سفاح المحارم) 114
1 : عنصر الرضا كعامل تقديري لقيام الجريمة 117
2 : تباين الطابع الحمائي الجزائي ضمن التشريعين الجزائري والمغربي 118
ثانيا : الإمتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء للأصول 119
1 : حدود التجريم من حيث درجة الرابطة الأسرية محل الحماية 120
2 : ضوابط الحماية ضمن التشريع التونسي 121
ثالثا : جريمة ترك الأصول والتخلي عنهم 122
1 : أساس الحماية الجزائية ضمن التشريع الجزائري 122
2 : قصور الحماية ضمن التشريعين التونسي والمغربي 123
رابعا: جريمة عدم التصريح بالوفاة 125
1 : عناصر التجريم 125
2 : الآثار المترتبة عن قيام الجريمة 127
خامسا: جريمة الإستيلاء على عناصر التركة 127
1 : أساس التجريم وحدود التصرف في الملكية المشتركة 129
2 : الطبيعة القانونية لعنصر الإستيلاء 130
الفرع الثاني: الجرائم الماسة بإعتبار الأسرة 131
أولا : جريمة قذف المحصنات 132
1: الإعتبار محل الحماية 133

2: إشكالية التجريم 134
ثانيا : جريمة الإعتداء على اللقب العائلي 135
1 : أساس الحماية وتقدير المسؤولية 136
2 : الإعتبار محل الحماية 138
الفصل الثاني : حدود التجريم في إطار الجرائم الماسة بالأسرة 140
المبحث الأول: صور السلوك التي غفل المشرع عن تجريمها 141
المطلب الأول : فيما يتعلق بمسألة عدم تسجيل عقد الزواج 141
الفرع الأول: أثر عدم التجريم 142
الفرع الثاني: مجال تدخل النيابة العامة 148
المطلب الثاني: بالنسبة لتعدد الزوجات 149
الفرع الأول: إنعدام حالة التجريم ضمن التشريعين الجزائري والمغربي 150
الفرع الثاني: مجال الحماية ضمن التشريع الأسري 152
المطلب الثالث : حالة زواج المسلمة بغير مسلم 154
الفرع الأول: حكم المسألة في الشريعة الإسلامية 155
الفرع الثاني: نظرة المشرع وفق القوانين المغاربية 157
المطلب الرابع: ترتيب المسؤولية الجزائية بالنسبة لعملية التلقيح الإصطناعي 164
الفرع الأول: الخروقات الحاصلة و أثرها في مثل هذه العمليات 165
أولا: أثر الخروقات على المجتمع 166
ثانيا: أثر الخروقات بالنسبة للزوجين 167
الفرع الثاني: مدى مُلائمة التكييفات الواردة بقانون العقوبات مع هذه الخروقات 169
أولا: محددات السلطة التقديرية للقاضي الجزائي 170
ثانيا: حدود تدخل القاضي في حالة إنعدام النص الجزائي 171
المطلب الخامس: مسألة التغيير الجنسي 176
الفرع الأول: إنعدام الوصف الجزائي لفعل التغيير 178
الفرع الثاني: إمكانية التجريم في إعادة تكييف الوقائع 179
المطلب السادس: العنف المعنوي أو النّفسي ضدّ الزّوج 180
الفرع الأول : الغاية من إشتراط وجوب تحقيق المتابعة الجزائية 182
الفرع الثاني : تقدير الوقائع التي تأخذ صور العنف المعنوي 182
المبحث الثاني: الثغرات القانونية واالسلطة التقديرية للقاضي الجزائي 184

المطلب الأول: الثغرات القانونية 185
الفرع الأول: في جريمة زواج القاصر دون ترخيص قضائي 185
أولا: إنعدام المسؤولية للأشخاص المشاركين في إبرام عقد زواج قاصر 186
ثانيا: إجازة تثبيت الزواج العرفي 189
الفرع الثاني: جريمة زواج المرأة المعتدة 190
أولا : التحقق من حالة المنع التي تحول دون إبرام العقد 191
ثانيا: حالة زواج الرجل الذي تحكمه فترة عدة زوجته التي طلقها 192
الفرع الثالث: جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم بقرابة الرضاع 193
أولا: أثر إنعدام التجريم 194
ثانيا: البحث عن إرادة المشرع فيما يتعلق بتفسير النص الجنائي 195
المطلب الرابع :مخالفة شرط السن المستوجب للرخصة في إبرام عقد الزواج 197
أولا: مجال المسؤولية الجزائية 198
ثانيا: البحث عن إرادة المشرع فيما يتعلق بتفسير النص الجنائي 199
المطلب الثاني: منح السلطة التقديرية للقاضي الجزائي 200
الفرع الأول: في جرائم الإهمال العائلي 200
أولا: من حيث تقدير السبب الجدي 201
ثانيا: من خلال إعتماد أسلوب تفسير النصوص 202
الفرع الثاني : تحديد مفهوم سوء المعاملة وإهمال الرعاية، وسوء السلوك 203
أولا: من خلال تحديد وتقدير مظاهر إساءة معاملة الطفل وسوء السلوك 204
ثانيا : من خلال تحقيق الغاية من التجريم 205
الفرع الثالث: فيما يتعلق بجريمة الإعتداء على اللقب العائلي 206
أولا: من حيث سلطة التكييف القانوني 206
ثانيا: من حيث تقدير حالة النظام العام 207
الفرع الرابع: مجال السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في جريمة الإهمال المعنوي للأولاد 207
أولا: تقدير ترتيب المسؤولية على الأبوين 208
ثانيا: في حالة إتخاذ تدابير الحماية والتهذيب 210
الباب الثاني: الحماية الإجرائية للأسرة وفق التشريعات الجنائية المغاربية 212
الفصل الأول: معيار الرابطة الأسرية كمحدد لتحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها 214
المبحث الأول: قواعد الإختصاص الخاصةوإجراءات التكليف المباشر بالحضور للجلسةكآلية

للحماية 214
المطلب الأول : قواعد الإختصاص الخاصة 215
الفرع الأول: الإختصاص المحلى 216
أولا: الغاية من تقرير الإختصاص المحلي 217
ثانيا: مدى تعلق الإختصاص المحلي بالنظام العام 219
الفرع الثاني :الإختصاص النوعي 221
أولا: طابع التمييز بالتشريع الجزائري 222
ثانيا: الخصوصية الإجرائية ضمن التشريع التونسي 223
المطلب الثاني: إجراءات التكليف المباشر بالحضور للجلسة كآلية للحماية 226
الفرع الأول: تحريك الدعوى العمومية وفق إجراءات التكليف بالحضور 227
أولا: فاعلية إجراء التكليف بالحضور في الجرائم الماسة بالأسرة 229
ثانيا: شروط قبول الإدعاء وصحته وفق إجراء التكليف بالحضور 230
الفرع الثاني: الموضوعات التي تشملها إجراءات التكليف بالحضور 233
أولا: جريمتا ترك الأسرة وعدم تسليم طفل 233
1: جريمة ترك الأسرة 233
2 : جريمة عدم تسليم الطفل 234
ثانيا: جريمتا إنتهاك حرمة المسكن والقذف 235
1: جريمة إنتهاك حرمة المسكن 236
2: بالنسبة لجريمة القذف 238
المبحث الثاني: قواعد الإثبات الخاصة وأهميتها في جرائم الأسرة 239
المطلب الأول: دليل الإثبات في جريمة الزنا 241
الفرع الأول: الإثبات بطريقة التلبس والمشاهدة 242
الفرع الثاني: الإثبات بطريقة الإعتراف الكتابي 248
الفرع الثالث: الإثبات بطريقة الإقرار القضائي 251
المطلب الثاني: دليل الإثبات في جريمة ترك مقر الأسرة 257
الفرع الأول: تقدير دليل الإثبات 259
الفرع الثاني : موازنة بين الدليل ومصلحة الأسرة ضمن السلطة التقديرية للقاضي 259
المطلب الثالث :دليل إثبات الإمتناع في جريمة عدم تسديد النفقة 261
الفرع الأول :إثبات العلم بوجود السند التنفيذي وطبيعته 262

الفرع الثاني: عبء الإثبات في جريمة عدم دفع النفقة 269
الفرع الثالث : تقدير إ ثبات الإمتناع ضمن السلطة التقديرية للقاضي 271
الفصل الثاني : الرابطة الأسرية كسبب لتقييد المتابعة الجزائية وتقدير العقوبة وتنفيذها 274
المبحث الأول: قيود تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها في جرائم الأسرة وتنفيذ العقوبة 274
المطلب الأول: قيود تحريك الدعوى العمومية في جرائم الأسرة 275
الفرع الأول: إشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى العمومية في المجال الشخصي 275
أولا: جريمة الزنا 276
1: نطاق تطبيق القيد من حيث الأشخاص 277
2: مدى تطبيق القيد من حيث الزمان 279
ثانيا: جرائم الإهمال العائلي وخطف القاصر 279
1 : هجر العائلة وعدم الإنفاق 279
2:خطف القصر وإبعادهم 283
الفرع الثاني: إشتراط تقديم الشكوى لتحريك الدعوى العمومية في المجال المالي 285
أولا: جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة 285
1 : في حالة السرقة بين الأزواج والحواشي الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة 286
أ – النطاق الشخصي لقيد الشكوى 287
ب – النطاق الموضوعي لقيد الشكوى 289
2 : في حالة النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة 291
أ – نطاق القيد من حيث الجرائم 291
ب – الغاية من شمولية إجراء قيد الشكوى 294
المطلب الثاني: إيقاف المتابعة بصفح الضحية وبإجراء الوساطة 295
الفرع الأول: إيقاف المتابعة بصفح الضحية 296
أولا : أثناء المتابعة الجزائية 296
ثانيا : بعد صدور الحكم 299
الفرع الثاني: إيقاف المتابعة بإجراء الوساطة 301
أولا: إجراء الوساطة قبل المتابعة الجزائية 302
ثاني: أثر تنفيذ إتفاق الوساطة 305
المطلب الثالث : تدخل القاضي الجزائي في مجال تنفيذ العقوبة 307
الفرع الأول: حالة التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية 308

أولا: الطابع الوقتي لإجراء التأجيل 309
ثانيا: تقدير القاضي لحالة تأجيل تنفيذ الحكم الجزائي 310
الفرع الثاني: حالة التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة 311
أولا: غاية الإفادة بإجراء التوقيف المؤقت للعقوبة 311
ثانيا: مُشتملات تقرير التوقيف المؤقت للعقوبة 312
الفرع الثالث: حالة عدم توقيع الإكراه البدني 313
أولا: مدى تعلق حالة الإكراه البدني بالنظام العام 314
ثانيا : فاعلية إجراء عدم توقيع الإكراه البدني 315
المبحث الثاني: أثر الرابطة الأسرية في تحديد الجزاء والمسؤولية 316
المطلب الأول: أسباب الإباحة 317
الفرع الأول: طبيعة أسباب الإباحة في جرائم الأسرة 317
الفرع الثاني: حق تأديب الأولاد كصورة من صور أسباب الإباحة 319
الفرع الثالث : سبب الإباحة في حق تأديب الزوجة وطبيعته القانونية 322
1- وجود الحق 324
-2 إلتزام الحدود المقررة قانونا في إستعمال الحق 325
إلتزام حسن النية في إستعمال الحق - 3 325
المطلب الثاني : الظروف المخففة 326
الفرع الأول: جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة 327
الفرع الثاني: صورة تخفيف العقاب في حالة التلبس بجرم الزنا 330
المطلب الثالث: الرابطة الأسرية كظرف مشدد للعقوبة 333
الفرع الأول : الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية 333
أولا: جريمة القتل 334
أ:حالة قتل الأصول 334
ب: إجهاض الأم المؤدي للوفاة 337
ج: حالة قتل الفروع 337
د: حالة القتل الواقع بين الأزواج 339
ثانيا: جريمة الجرح والضرب 340
1: حالة ضرب الأصول 340
2: حالة وقوع فعل الضرب والجرح على الفروع 342

3: حالة أثر العقوبة على الرابطة الزوجية 345
ثالثا:جريمة الإتجار بالأعضاء البشرية 348
رابعا: جريمة الإتجار بالأشخاص 349
خامسا: جريمة إعطاء مواد ضارة 351
الفرع الثاني: الجرائم الماسة بالشرف و الإعتبار 354
أولا: الفعل المخل بالحياء و الإغتصاب 355
ثانيا: جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (سفاح المحارم) 359
ثالثا: التحريض على الفسق والدعارة 360
الفرع الثالث: جرائم الإخلال بحقوق الأولاد 364
أولا: جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته 366
ثانيا : ترك الأبناء وتعريضهم للخطر 366
1 :حالة تشديد العقاب في صورة ترك الولد أو تعريضه للخطر 367
2 : حالة تشديد العقاب في صورة التحريض على التخلي عن طفل 369
المطلب الرابع: موانع العقاب 372
الفرع الأول: النطاق الموضوعي لتقرير مانع العقاب 373
الفرع الثاني: الغاية من تقرير عدم توقيع العقاب 375
الخاتمة 378
الملاحق 386
قائمة المراجع 468
الفهرس 494