جـــامعة الحـــاج لخضـــر باتنـــــة

كلية الحقوق والعلوم السياسيـــــة

الأسرة والقانون الجنائي

أطروحة لنيل شهـــادة دكتـــوراه العلوم في القانون الجنـــائي

إعـــداد الطـــالب:

بن نصيب عبد الرحمن

إشراف الأستاذ الدكتور:

زرقـــين رمضـــان

لجنة المناقشـــة:

الاســم واللقب	الرتبـــة	الجامعة الأصلية	الصـــفة
أ.د نواصـــر العـــايش	أستاذ التعليـــم العـــالي	جـــامعة بـــاتـــنة	رئيـــساً
أ.د زرقـــين رمضـــان	أستاذ التعليـــم العـــالي	جـــامعة بـــاتـــنة	مشـــرفاً ومقرراً
أ.د طـــاشور عبد الحفيظ	أستاذ التعليـــم العـــالي	جـــامعة قسنطيـــنة	عضوا مناقشاً
أ.د. بوكحـــيل لخضـــر	أستاذ التعليـــم العـــالي	جـــامعة عنـــابـــة	عضوا مناقشاً
د. بوهنـــتالة عبد القادر	أستـــــاذ محـــاضر(أ)	جـــامعة بـــاتـــنة	عضوا مناقشاً
د. بن مشري عبد الحليم	أستـــــاذ محـــاضر(أ)	جـــامعة بسكـــرة	عضوا مناقشاً

السنة الجامعية 2015/2014

شكـــــــر

أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور زرقين رمضان

إن الحرص الشديد والمتابعة الحثيثة والتوجيه المتواصل والمرافق للثقة اللامتناهية التي منحت لي من طرفكم كانت العوامل الرئيسة لانجاز هذه الدراسة.

بفضل الله أولا وبفضل النصائح القيمة المسداة من طرفكم بدءا بتجسيد فكرة الموضوع ومدى أهمية دراسته للمجتمع، ومرورا بالملاحظات القيمة بشأن الخطة المتبعة إلى جانب التمكين من سبل البحث بشأن المراجع ذات الصلة، والوقوف بين الفينة والأخرى لإزالة ما يعيق تسريع عملية الانجاز، وانتهاء بصبركم لرؤية ثمرة إنجاز هذه الدراسة.

فشكرا جزيلا أستاذي الفاضل وأطال الله في عمرك كنت وستظل ذخرا للعلم ولطالبي العلم ؛ فاللهم أجعل ذلك في ميزان حسناتك **آمين يا رب العالمين**.

إهـــــداء

إلى والدي ﴿رب ارحمهما كما ربياني صغيرا﴾

إلى من هداني الله لتكون خيرا وأكون لها خيرا فكان بإذن الله سبحانه من حملتهم وهنا على وهن .. **الأبناء** : عادل، حذامي، حكيمة، كريمة، خولة.

الشكر لله تعالى الذي أحيانا لننعم بذريتنا **والشكر لله** الذي ووهبنا نعمة **الحفدة**: رانيا، تسنيم، مجدي، إياد، نادين، مايا، ياسمين، لوتس، جود ،أدعو الخالق القدير أن يحفظهم إن شاء الله **أمين يا رب العالمين**.

وجيز الفهرس

مقدمة

الفصل التمهيدي: تقاطع الأسرة والقانون الجنائي

المبحث الأول: مفهوم وأهمية الأسرة

المطلب الأول: مفهوم الأسرة

الفرع الأول: الأسرة لغة

الفرع الثاني: الأسرة اصطلاحا

الفرع الثالث: الأسرة قانونا

المطلب الثاني: النماذج الأسرية والأسرة الجزائرية

الفرع الأول: النماذج الأسرية

الفرع الثاني: الأسرة الجزائرية

المطلب الثالث: أهمية الأسرة في المجتمع والتحديات

الفرع الأول: أهمية الأسرة في المجتمع

الفرع الثاني: الأسرة والتحديات

المبحث الثاني: الأسرة وأثرها في القانون الجنائي

المطلب الأول: الأسرة والقانون الجنائي ماضيا وحاضرا

الفرع الأول: الأسرة والقانون الجنائي ماضيا

الفرع الثاني: الأسرة والقانون الجنائي حاضرا

المطلب الثاني: الأسرة والسياسة الجنائية

الفرع الأول: الأسرة والتجريم

الفرع الثاني: الأسرة والعقاب

الفرع الثالث: الأسرة والبدائل الجنائية

الفصل الأول: الأسرة مدعاة لتدخل القانون الجنائي

المبحث الأول: حماية كيان الأسرة

المطلب الأول: الإخلال بالترابط الأسري

الفرع الأول: جريمة الزنا

الفرع الثاني: جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم

المطلب الثاني: الإخلال بالتكافل الأسري

الفرع الأول: جرائم الإهمال الأسري

الفرع الثاني: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل

المبحث الثاني: التصدي للعنف الأسري

المطلب الأول: التصدي للعنف على الأصول

الفرع الأول: قتل الأصول

الفرع الثاني: أعمال العنف الأخرى على الأصول

المطالب الثاني: التصدي للعنف على الفروع

الفرع الأول: جريمة الإجهاض

الفرع الثاني: جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة

الفرع الثالث: قتل الفروع غير حديثي العهد بالولادة

الفرع الرابع: أعمال العنف الأخرى على الفروع

المطلب الثالث: التصدي للعنف الزوجي

الفرع الأول: القتل بين الأزواج

الفرع الثاني: أنواع العنف الأخرى على الأزواج

الفصل الثاني: الأسرة مدعاة لإبعاد القانون الجنائي

المبحث الأول: الحصانة الأسرية والجرائم المعنية

المطلب الأول: مفهوم الحصانة الأسرية

الفرع الأول: الحصانة الأسرية والأفعال المبررة

الفرع الثاني: الحصانة الأسرية والأعذار القانونية

الفرع الثالث: الحصانة الأسرية وعدم المساءلة

الفرع الرابع: الحصانة الأسرية نموذج خاص

المطلب الثاني: الجرائم المعنية بالحصانة الأسرية

الفرع الأول: جرائم عرقلة سير العدالة

الفرع الثاني: جرائم الأموال الأسرية

الفرع الثالث: جرائم الحصانة المشروطة

المبحث الثاني: آليات المعالجة الجنائية الخاصة بالأسرة

المطلب الأول: العدالة التأهيلية وتكييف العقوبات

الفرع الأول: آلية المعالجة الخاصة بالتأجيل المؤقت وتطبيق العقوبة السالبة للحرية

الفرع الثاني: آلية تكييف العقوبة السالبة للحرية

المطلب الثاني: بدائل العدالة الجنائية

الفرع الأول: بدائل المتابعات الجزائية

الفرع الثاني: العدالة التصالحية

الخاتمة

المختصرات

Abréviations

C.C : Code Civil	ق.م: القانون المدني
C. P: Code Pénal	ق.أ: قانون الأسرة
A.C.P: Ancien Code Pénal	ق.ع: قانون العقوبات
N.C.P : Nouveau Code Pénal	ق.ا.ج: قانون الإجراءات الجزائية
D.P.S : Droit Pénal Spécial	ق.ا.م.ا: قانون الإجراءات المدنية والإدارية
D.P.G : Droit Pénal Général	ق.ت.س.أ.أ.م: قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين
Bull: Bulletin des arrêts de la cour de cassation	ق.ع.ف.ق: قانون العقوبات الفرنسي القديم
Crim : Chambre criminelle de la cour de cassation	م.م.ع: مجلة المحكمة العليا
Gaz.pal : Gazette de Palais	م.ق: المجلة القضائية
Op.cit: option citée	ص: صفحة
Ibid: au même endroit	ط: طبعة
S.C: Sciences Criminelles	ج: جزء
et S.: et Suivant	
Somm: Sommaire	
T.corr : Tribunal Correctionnel	
n°: numéro	
V: voir	
Rev.sc.crim: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé	
CIAJ : cahier de l'institut d'anthropologie juridique	

Résumé

La famille est la cellule de base qui reproduit et génère les normes et les valeurs de la vie en société et le droit pénal a pour vocation la protection de ces valeurs contre les atteintes à l'intégrité et la cohésion de la famille ; en effet la famille et le droit pénal s'entrecroisent sur l'infraction qui constitue une pomme de discorde aboutissant à la convergence ou la divergence afin d'assurer la protection du bien être de la famille, voire la protection de l'intérêt en jeu.

La protection de la famille par le droit pénal emprunte trois voies différentes, en effet lorsque la famille est menacée d'éclatement en cas d'atteinte à la cohésion et l'unité de ses membres, le droit pénal s'immisce dans la sphère familiale de façon énergique, en revanche lorsque il s'agit d'atteinte menaçant la paix de la famille, le droit pénal refuse de s'immiscer de quelque façon que ce soit ou reste distant et se tient prêt à intervenir au moindre signe par le membre de la famille lésé.

Et enfin, la famille dispose d'une grande liberté, elle est maître de ses actes et peut mettre fin aux conflits produits par l'infraction en ayant recours aux modes alternatifs visant à encourager la négociation et l'accord en vue de préserver son existence et d'éviter les raisons de rupture du lien familial.

مقدمة

كل كائنات الكون في السماوات والأرض الدالة على عظمة الخالق عز وجل الذي خلق الإنسان من علق واصطفاه بمدارك العقل فكان في أحسن صور مخلوقاته **(لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم)** الآية 4 من سورة التين.

ومن آياته أول أسرة للبشرية جمعاء جمعت آدم عليه السلام ومنه كان خلق حواء لتسكن إليه ويفضي إليها وتفضي إليه فصارت السكينة هي أساس الأسرة لقوله جلت قدرته **(ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)** الآية 21 من سورة الروم.

إنها الأسرة التي أخضعها سبحانه لقواعد محكمة أساسها الانسجام والتماسك والمبنية في أساسها على الآصرة بين أعضائها والتي هي بمثابة الحبل السري لها، وهي المولد لروابط المحبة والأساس لاستمرار الحياة الأسرية وستظل المصدر المنشئ لها وستبقى كذلك حتى يرث الله الأرض ومن عليها.

من أجل ذلك كانت الأسرة منذ آدم إلى اليوم الخلية الأساسية في أي مجتمع بل هي الجسم الاجتماعي لكل مجتمع فهي المدرسة الأولى لقيم المجتمع وهي المكان الطبيعي لتلقي هذه القيم الاجتماعية وانتقالها للخلف عن السلف وبالتبعية لذلك فالقيم الاجتماعية في أساسها قيما أسرية.

وباعتبار الأسرة الملاذ الآمن لأعضائها فكان لزاما خضوعهم لقواعد تنظم علاقاتهم فيما بينهم ومع غيرهم من بقية الأسر المكونة للمجتمع، هذا الأخير المنبثق في أصله من الأسرة تطلب وضع قواعد تحكمه ويخضع لها الكافة من خلال الجزاء الذي تقتضيه هذه القواعد لكل من تسول له نفسه انتهاكها.

فالنفس الأمارة بالسوء كانت سببا في ارتكاب أول جريمة وأشنعها وهي جريمة ذات طابع أسري فكانت بداية التفكير لوضع قواعد ذات طابع ردعي ومن ثم فالقانون الجنائي نشأ في بدايته أسريا وأن فكرة العقاب بدءا اقتضت ضرورة بقاء الأسرة واستمرارها وذلك من خلال وجوب وضع قواعد للحفاظ على كيانها وصون روابط أعضائها بعيدا عن الاضطراب الذي يعكر صفوها اعتبارا أن صلاح الأسرة لا يتأتى إلا بقواعد حماية قيمها الأسرية.

من هذا المنطلق كانت أهمية القانون الجنائي والذي يعتبر بمثابة الحارس للقيم الاجتماعية فهو بذلك يحمي الأسرة ومن خلالها تتحقق حماية المجتمع.

إن الأسرة والقانون الجنائي متلازمان منذ الأزل وأن الأسرة كانت وستظل نقطة تقاطع مع القانون الجنائي فالقيم الأسرية تسعى إلى إرساء سبل الأمن والاستقرار وهو نفس المسعى الذي يهدف إليه القانون الجنائي من خلال وضع حد لكل ما من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب أمن المجتمع وبالتبعية لذلك اضطراب الأسرة وأنه في كلا الحالتين تلتقي الأسرة والقانون الجنائي كونهما يهدفان إلى تحقيق أهداف واحدة فالقاسم المشترك بينهما يتجلى في تحقيق صلاح المجتمع وصلاح المجتمع لا يتأتى إلا بصلاح الأسرة وصلاحهما معا يقتضي وجود قواعد محكمة.

إن أهمية الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لأي مجتمع كانت الأساس في الدور المنوط للقانون الجنائي من خلال قواعده المتضمنة تجريم وعقاب كل الأفعال التي من شأنها أن تهدد كيان الأسرة واستقرارها فالأسرة في أصلها المكان المفضل للمحبة والتعاون والتضامن بين أعضائها الأمر الذي يقتضي أن حماية هذه القيم والفضائل منوط للقانون الجنائي للتصدي لأي انتهاك لها.

في حين استثناءً قد تصبح الأسرة لأسباب مردها التصادم وتعنت المواجهة بين أعضائها منبتا وبؤرة من بؤر الإجرام الأمر الذي يقتضي وجوبا وقوف القانون الجنائي بالمرصاد للتصدي لهذا الإجرام الذي يفتك بالروابط الأسرية ويهدد كيانها.

من أجل ذلك حرصت كافة التشريعات السماوية على وضع أسس وقواعد تحكم العلاقات الأسرية سواء فيما بين أعضائها أو بين الأسرة وعلاقاتها ببقية الأسر المشكلة للمجتمع وهذه القواعد تعمل جميعها على الحفاظ أولا على كيان الأسرة لضمان استمرارها وثانيا الحفاظ على استقرارها من خلال حماية العلاقات بين أفرادها.

وعلى نفس النهج اعتنت التشريعات الوضعية بالأسرة وبما يحفظ بقاءها من خلال قواعد تتضمن الجزاء سعيا لبسط الحماية الواجبة للأسرة ؛ هذه الحماية التي تعمل على توطيد أواصر المحبة والود الذي يجب أن يعم المجال الأسري والتصدي في ذات الوقت لكل ما من شأنه أن يبث الحقد والكراهية والذي يستوجب إبعاده عن هذا المجال الأسري.

لكن ذلك ليس بالأمر الهين فالقانون الجنائي كأداة لحماية الأسرة هو بمثابة السلاح ذو الحدين فقواعده تقف في وجه أي من التصرفات المهددة لكيان الأسرة وبجزاءات تؤتي أكلها ويتم الحفاظ على كيان الأسرة

وبقائها من خلال صرامة العقاب إزاء هذه التصرفات حتى ولو كان مرتكبها أحد أعضاء الأسرة وعندها تتحقق إيجابية القانون والجنائي.

في حين الأسرة وبطبيعة أصلها تقتضي الاستقرار، فرغم ما يحدث بمحيطها والذي لا يتجاوز هذا المحيط إضرار بها فان الحفاظ على هذا الاستقرار الذي يقتضيه بقاؤها استلزم عدم اللجوء إلى أي تدخل في خصوصيات شؤونها الأسرية والذي من شأنه أن يزعزع استقرارها.

انه الأمر المحدد للإشكالية الرئيسية التي يثيرها موضوع هذه الدراسة الموسومة بالأسرة والقانون الجنائي من خلال التساؤل فيما إذا كان الأفضل للأسرة تدخل القانون الجنائي في كافة شؤونها للتصدي وعلاج كل التصرفات والسلوكيات المجرمة والمعاقب عليها وبعبارة أبلغ هل أن الأسرة مدعاة لتدخل القانون الجنائي؟ أم أن الأمر خلاف ذلك تدخل القانون الجنائي في الشؤون الأسرية من شأنه أن يشعل نار الفتنة ويكون سببا في تقويض أواصرها ومبعثا لتشتيت العلاقات الأسرية ومن ثم يكون سببا في زعزعة كيانها واستقرارها وبعبارة أبلغ هل أن الأسرة مدعاة لإبعاد القانون الجنائي؟

إن هذه الإشكالية الرئيسية تتخللها تساؤلات فرعية ناجمة عن طبيعة العلاقات الحميمية بين أفراد الأسرة والتي اقتضت صون هذه العلاقات من خلال تجريم خاص، فهل الأسرة أصبحت بذلك سببا تكوينيا للتجريم؟ في حين حفظ كيان الأسرة وهي النواة الأساسية للمجتمع هل يتطلب صرامة العقاب ؟ وفي نفس المنحى هل أن التواصل الأسري وهو الضامن لاستقرار الأسرة يفرض الحماية للأسرة من خلال إبعاد القانون الجنائي تجريما أو عقابا ؟ وهل يعني ذلك أن الأسرة أصبحت عائقا يحول دون تطبيق القانون الجنائي؟ ولم لا أكثر من ذلك هل تتحقق الحماية الأسرية من خلال إيجاد سبل غير السبل الجزائية المتبعة لمعالجة الإجرام الأسري وبشكل يمنع القطيعة الأسرية ويوطد التواصل بين أعضاء الأسرة سواء من خلال تكييف العقوبات وتفريدها بل وأكثر من كل ذلك فهل إبعاد الأسرة عن الحلول التنازعية باللجوء للطرق البديلة والتي تعتمد التفاوض والرضائية لتضع حدا للخلاف الناجم عن الجرائم الأسرية وإشراك كافة الأطراف من شأنه التصدي للقطيعة الأسرية ؟ وهل أن تعزيز التواصل الأسري ومعالجة الإجرام الأسري بوسائل التهدئة يحقق استقرار الأسرة والمجتمع؟

إن كل هذه التساؤلات التي فرضتها الإشكالية الأساسية للدراسة اقتضت معالجة الموضوع بالبحث والتحليل لكل القواعد المتعلقة بالجرائم الماسة بالأسرة على ضوء قانون العقوبات وكذا كل القوانين المكملة له ذات العلاقة بالمجال الأسري بإتباع منهج تحليلي تأصيلا ونقدا، وبمنهج مقارن لبعض التشريعات الجنائية

بالأخص تلك المراعية لنفس المكونات الاجتماعية ووفق المبادئ الأساسية لمجتمعنا مع عدم إهمال المنهج التاريخي بشأن رصد الجرائم الأسرية والعقوبات المخصصة لها ماضيا وحاضرا وكل ذلك للإلمام بكل جوانب الدراسة سعيا للتوصل إلى الإجابة عن الإشكالية من خلال خطة تتضمن فصلين أساسيين **الفصل الأول** يتعلق بالأسرة مدعاة لتدخل القانون الجنائي **والفصل الثاني** يتعلق بالأسرة مدعاة لإبعاد القانون الجنائي في حين تم التمهيد لهذه الدراسة **بفصل تمهيدي** يتعلق بتحديد مفهوم الأسرة وأهميتها ومفهوم تقاطع القانون الجنائي ومدى ضرورة تلازمه للأسرة من خلال السياسة الجنائية الثابت المتغير وما تثيره من تحديات التجريم واللاتجريم والعقاب واللاعقاب ومدى ارتباط ذلك بكل المبررات في مواجهة الأسرة كخلية أساسية تستلزم صونها والحفاظ على بقائها من خلال الحماية الجنائية والتي تتجلى إما في تدخل القانون الجنائي في المجال الأسري أو بالإحجام عن هذا التدخل كلية لضمان استمرار استقرارها واقتضاء لحساسية المجال الأسري أن يظل القانون الجنائي بمثابة الحامي للأسرة عن بعد فكلما دعت ضرورة اللجوء إليه من طرف عضو الأسرة المستضعف يتدخل سعيا في ذلك تحقيق التوازن الأسري الذي يحقق الأهداف المنشودة للأسرة.

الفصل التمهيدي

تقاطع الأسرة والقانون الجنائي

إن بداية الوجود الإنساني على وجه الأرض كانت بأسرة آدم عليه السلام لقوله عز وجل في محكم كتابه " **وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني اعلم ما لا تعلمون**" [1]

ويخبر الله ملائكته بمن يعمر هذه الأرض وهو آدم وذريته[2]، وهي الذرية التي تعاقبت بعده لتتشكل الأسرة ومنها المجتمع وكلاهما ملازم للآخر في إطار تنظيم محكم إذ أن تنظيم المجتمع بداهة يفيد تنظيم الأسرة، وأن عدم تنظيم هذه الأخيرة وعدم استقرارها يؤدي حتما إلى عدم تنظيم وعدم استقرار المجتمع إذ في هذا الصدد لا يصلح الآخر إلا بما صلح به الأول، وبناء على ذلك فصلاح المجتمع لا يتأتى إلا بصلاح الأسرة.

إذا كانت الديانات السماوية أخبرت البشرية جمعاء أن الجريمة بدأت أسرية، وأن قتل قابيل أخاه هابيل أساسه مخالفة قابيل لقاعدة أسرية ومن ثم فان المؤكد ومنذ غابر الأزمان وإلى اليوم، وما عرفته التشريعات القديمة ولغاية الإصلاحات التشريعية الحديثة أن فكرة تقاطع الأسرة والقانون الجنائي هو حتمية ناجمة عن تلازم الأسرة والمجتمع اعتبارا أنهما دائرتان لمركز واحد، يعني ذلك أن كليهما مؤثر في الآخر إيجابا أو سلبا. [3]

وإذا كان القانون الجنائي أساسا يتضمن القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع من خلال التجريم والعقاب، فان الأسرة بدورها تخضع لقواعد تنظم علاقات أفرادها بتحديد الحقوق والواجبات.

وما دام هناك تلازم بين الأسرة والمجتمع، فان تقاطع الأسرة والقانون الجنائي يتجلى في واقعة حساسة وهي الجريمة أساس التوتر بين الأسرة والقانون الجنائي من جهة ومدعاة للتساؤل فيما إذا كان التقاطع تقاطع مقاربة أم مفارقة من جهة أخرى؟

ومعرفة ما إذا كان في الحالتين يحقق مسعى واحدا هو حماية وصون ودوام الأسرة في منأى عن التفكك والانحلال وبالتبعية حماية المجتمع من التلاشي والزوال.[4]

---

[1] الآية 30 من سورة البقرة.

[2] د.عائض بن عبد الله القرني- التفسير الميسر- العبيكان الطبعة الثانية- الرياض- 2007 ص 12

[3] د.عبد الرحيم صدقي – الأسرة والجريمة في القانون الجنائي المصري – الهيئة المصرية العامة للكتاب 1988 ص.29

[4] Histoires de famille- A la convergence du droit pénal et des liens de parenté- actes du colloque international des 19/21 juin 2008 CIAJ N° 33- textes réunis par Leah Othis-Cour, Pulim -juillet 2012- P.13

من هذا المنطلق فالأسرة تخضع في الأساس للتشريع الطبيعي المخصص لها وهو الشريعة العامة وقانون الأسرة، ولكنها في ذات الوقت توضع في الحسبان من خلال التشريع الجنائي وما يقرره على ضوء سياسة جنائية للأسرة سعيا لحمايتها سواء من خلال تخصيصها بنصوص تجريم خاص (جرائم أسرية صرفة) أو من خلال الحماية التي تتحقق للكافة في اطار التجريم العام.

وأساساً لذلك وسعيا للإلمام بهذه العلاقة بين الأسرة والقانون الجنائي يتعين تحديد مفهوميهما ومدى التأثير المتبادل بينهما.

إن معالجة ذلك تستوجب تحديد مفهوم وأهمية الأسرة في المجتمع وتحديات العصر (**المبحث الأول**) في حين أن حتمية التقاطع مقاربة كانت أم مفارقة تؤكد مدى التأثير المتبادل بين الأسرة والقانون الجنائي (**المبحث الثاني**).

المبحـــث الأول:

مفهـــــوم وأهمـــية الأســـرة

يدرك الجميع أن الأسرة واقع معيش منقوش بأذهان الكافة من خلال الممارسات اليومية المتجلية ضمنيا في ذات كل إنسان كواقع طبيعي بل وامتدادا لذلك كواقع بمفهوم شامل.[1] إلا أن هذا المفهوم وكمصطلح يتراءى للجميع أنه بديهيا ومع ذلك كان مدعاة الاختلاف الكبير بصدد تحديده، وهو الاختلاف الكاشف عن صعوبات جمة ناجمة عن تعددية الأشكال الأسرية ذات الأبعاد المتنوعة البيولوجية منها والتاريخية والسوسيولوجية وحتى السياسية ومن هذا المنوال أصبح مفهوم الأسرة يشكل واقعا اجتماعيا كاملا *(Un fait social total)*[2].

و إذا كان مفهوم الأسرة كمدلول أمر لا يخفى على أحد فان مسعى تحديده من طرف المهتمين بالأسرة من علماء الاجتماع والانثروبولوجيا ورجال القانون أدى إلى تعددية مفهوم الأسرة خصوصا وأن كل طرف يسعى إلى رصد المفهوم من الزاوية التي تعنيه، وتبعا لذلك أشتمل مفهوم الأسرة على حقائق مختلفة مستمد من علوم مختلفة (بيولوجية، سوسيولوجية، قانونية) وأن لكل علم من هذه العلوم ترجمة مختلفة سواء من حيث وضعية وتكييف وصف الأسرة مقارنة ببقية العلوم الأخرى رغم أن هذه العلوم تلتقي جميعها في حقيقة واحدة لا خلاف بشأنها وهي أن الأسرة تقتضي حتما التجمع أي تجمع أفرادها وهي الحقيقة التي تعتبر بمثابة القاسم المشترك.

(C'est là le trait commun à toutes les sciences qui appréhendent cette situation)[3]

وإذا كان القاسم المشترك لكل هذه المفاهيم يكمن في تلاقي أفراد تجمعهم روابط النسب أو المصاهرة فان ذلك لا يعني سوى المفهوم الحقيقي للأسرة والذي عرف كمصطلح قبل هذه التسمية، إذ الخالق سبحانه خلق آدم عليه السلام وخلق حواء من جنبه، وكان ذلك بمثابة أول أسرة عرفتها البشرية "**وقلنا يا آدم أسكن أنت**

[1] Famille- Le droit de la famille Françoise HERITIER « tout le monde sait ou croit savoir ce qu'est la famille, cette dernière s'inscrivant dans notre pratique quotidienne, qu'elle apparait implicitement a chacun comme un fait naturel et par extension, comme un fait universel » - www.universalis/fr.

[2] La place et le rôle de la famille dans l'institution. Hélène DEBIEVE- Mémoire de l'école nationale de la santé publique 1999 p.11

[3] La Famille- Bernard BELGNIER-Université Toulouse.1 Capitole– Cours.Unif.fr droit civil

وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين فأزلهما الشيطان عنها فأخرجهما مما كانا فيه وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدو ولكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين" [1]

إنها الأسرة الأولى التي قدر لها الله السكن على وجه الأرض، ومنها وذريتها تعاقبت الأسر ولا تزال بضوابط محكمة وستظل مستدامة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

ولعل أول ما يتبادر للذهن من تساؤلات في هذا الشأن يتعلق بتحديد تعريف الأسرة وما إذا كان هناك تعريف جامع مانع رغم التأكيد مسبقا أن ذلك ليس بالأمر الهين لما يكتنف ذلك من صعوبات والناجمة عن تباين النظرة لمفهوم الأسرة مثلما سبق الذكر (**المطلب الأول**) ثم التساؤل أيضا بالنسبة للتسميات التي عرفتها الأسرة وهل أنها تصب في مفهوم واحد؟ وبالأخص مع اختلافها من مجتمع لآخر ومن زمن لآخر وحتى من لغة إلى أخرى والذي أثمر نماذج أسرية(**المطلب الثاني**) ومن خلال تبيان أهمية الأسرة وآفاقها وأحيانا تحدياتها تحديد موقع الأسرة الجزائرية في هذا الصدد(**المطلب الثالث**).

المطلـــب الأول: مفهـــوم الأســـرة

إن مصطلح الأسرة عرف في كل بقاع العالم وبتسميات متعددة تعدد الزمان والمكان، إلا أنه يصب في مفهوم واحد يتجلى في تلاقي الرجل والمرأة للعيش معا وفقا لضوابط متعارف عليها والمقبولة من طرف المجتمع.

وحتى يتسنى الوقوف على هذا المفهوم يتعين بدءا معرفة معناه لغة (**فرع أول**) ثم الوقوف على المفهوم القانوني اعتبارا أن هذا الأخير هو الأساس لهذا البحث بالرغم انه من خلال المفاهيم الأخرى للأسرة الاجتماعية والأنثروبولجية يتم تحديد الأسرة اصطلاحا اعتبارا أنها ذات صلة ملازمة لمفهوم الأسرة(**فرع ثاني**) في حين من خلال كل هذه المعطيات يوضع الإطار المخصص للأسرة بالمفهوم القانوني، هذا الأخير هو المرتكز الأساسي للبحث(**فرع ثالث**).

[1] الآيتان 35-36 من سورة البقرة

الفرع الأول: الأســـرة لغـــة

الأسرة مشتقة من فعل أسر بمعنى قيد وتعني أيضا الدرع الحصينة وتفيد ما يربط الإنسان بأسرته وعشيرته وذوي قرباه ورهطه الأدنون، فهو يحتمي بأفراد أسرته ويعول عليهم لنصرته والوقوف إلى جانبه.[1]

ونفس المعنى أورده العلامة ابن خلدون مؤسس علم العمران البشري أو ما يعرف اليوم بعلم الاجتماع من خلال تسميته للأسرة ـــ "بالعصبية" إذ أفراد الأسرة هم عصبة بعضهم لبعض بالتحامهم نسبا، وتشكيل لحمة واحدة تحملهم على النصرة لبعضهم والولاء لذوي القربى سعيا لصلة الأرحام لقوله صلى الله عليه وسلم "**تعلموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم**" وأنه بصلة الرحم يخلق التلاحم أساس تحقق المناصرة[2]

وللأسرة متـــرادفات: العائلة، الأهل، القرابة وأكثر توسعا العشيرة، والقبيلة.

و لم يرد في القرآن الكريم لفظ الأسرة كتسمية في حين آيات كثيرة تحمل المعنى الذي يفيد الأسرة:

الأهـــــل: "يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة عليها ملائكة غلاظ شداد"[3]

"فأنجيناه وأهله إلا امرأته كانت من الغابرين" [4]

"واذكر في الكتاب مريم إذ انتبذت من أهلها مكانا شرقيا"[5]

وذكر هذا المصطلح في عديد السور[6]

العشيـــــرة: "وأنذر عشيرتك الأقربين"[7]

---

[1] لسان العرب للعلامة بن منظور- المجلد الأول (أب) -دار إحياء التراث العربي – بيروت لبنان 1988 ص.141

[2] – عبد الرحمن بن خلدون – مقدمة العلامة ابن خلدون المسمى ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت لبنان-2010 – ص.32، 33.

[3] الآية '6' من سورة التحريم

[4] الآية 83 من سورة الأعراف

[5] الآية 16 من سورة مريم

[6] الأنبياء (الآية 63) وطه (الآية 29، 30) والنور(الآية 27) وآل عمران (الآية 121)

[7] الآية 214 من سورة الشعراء

الرهـــــط: "قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول وإنا لنراك فينا ضعيفا ولولا رهطك لرجمناك وما أنت علينا بعزيز"[1]

العصبـــــة: "إذ قالوا ليوسف وأخوه أحب إلى أبينا منا ونحن عصبة إن أبانا لفي ضلال مبين "[2] إذ يؤكد علماء التفسير أن المقصود بالعصبة هو الأسرة.[3]

نفس المعنى للأسرة يتجلى من خلال ألفاظ القرابة والقربى والذرية والأرحام وجميعها ذكرت في عديد من آيات القرآن الكريم.

أما في السنة فقد ورد حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ذكر فيه لفظ الأسرة في واقعة اليهودي الذي جيء به للنبي عليه الصلاة والسلام وقالوا له " **ثم زنا رجل في أسرة من الناس**". [4]

أما تسمية الأسرة في اللغات اللاتينية الأكثر ظهورا منها: *La Famille* وتعني مجموعة أفراد تربطهم رابطة النسب أو المصاهرة أو التبني[5].

وأصل كلمة *Famille* من *Familia* المشتقة من *Familus* وتعني مجموع العبيد التابعين للسيد *Pater Familias* واللذين يعيشون تحت سقف واحد مقارنة ببقية الناس

وإلى جانب هذه التسمية هناك تسميات أخرى تفيد نفس معنى الأسرة ولو برؤى مختلفة، منها:

Le foyer, le ménage, le domestique, domus [6]

الفرع الثاني: الأســـرة اصطلاحـــا:

إذا كان مصطلح الأسرة أشد ارتباطا بعلم الاجتماع منه بالقانون[7] فإن المؤكد أن المفاهيم التي توصل إليها الباحثون سواء في السوسيولوجيا أو الانثروبولوجيا أو علم الديموغرافيا كلها تسعى إلى إعطاء مفهوم للأسرة وكل من الزاوية التي يبحث فيها، ومع ذلك فإنها تساعد على إعطاء المفهوم القانوني للأسرة.

---

[1] الآية 91 من سورة هود.

[2] الآية 8 من سورة يوسف.

[3] د.عائض بن عبد الله القرني التفسير الميسر مصدر سابق ص.280

[4] علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد علي- قانون الأحوال الشخصية وأثره على استقرار الأسرة – جامعة النيلين السودان- ص.81

[5] Dictionnaire Le Robert 1995 Paris. P.286

[6] محمد اللجمي-الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن-تونس2005. هامش ص.48.

[7] الحماية الجنائية للأسرة- بلخير سديد-ماجستير-كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية-جامعة الحاج لخضر باتنة 2006/2005. ص.5

وقبل كل ذلك فبداهة أن خلق الرجل والمرأة وبالفطرة كان من أجل التلاقي لتحقيق التناسل واستدامة الحياة الإنسانية، ومن ثم يجمع الباحثون على اختلاف مشاربهم أن الأسرة هي مؤسسة إنسانية، ويؤكد آخرون أنها السبب المباشر لحفظ الجنس البشري.

و سوسيولوجيا، مفهوم الأسرة يعتمد على رابطة الزواج والدم والتبني، ومنهم من يركز على الإقامة المشتركة لأفراد الأسرة في حين يرى آخرون العنصر البشري المكون لها (الزوجان والأبناء والأقارب)، ويركز البعض على المكانات والأدوار المكتسبة والناجمة عن الزواج والإنجاب، إلا أن ما يتجلى من هذه المفاهيم هو الارتباط بين الرجل والمرأة والإنجاب ووظائف بالتبعية لهذا الارتباط.[1]

يفهم من ذلك أن الأسرة ومنذ الأزل وجدت للإنجاب وهو الغرض الذي من أجله أنشئت، وأن الله عهد في قلب الرجل أثرة الزواج حتى تتحقق الحياة وعهد في قلب المرأة الإدمان على مودة الأمومة كمكنة طبيعية ومن ثم سميت المرأة *Eve* وتعني أم الحياة.

(La Famille existait depuis l'origine et formait le but de procréation)[2]

وأن الرابطة الزوجية والإنجاب كانتا الأجمل والأقوى في حياة الإنسان

(Le lien conjugal et la procréation sont les plus beaux et les plus forts liens dans la vie de l'homme)[3]

الفرع الثالث: الأســـرة قانونـــا

إن خلو التشريعات بمختلف أصنافها من إعطاء تعريف للأسرة جامع مانع، خلق صعوبات لتحديد مفهوم الأسرة القانوني ولعل ذلك مرده تطور الأسرة عبر الحقب المتعاقبة، إذ أن مفهوم الأسرة قانونا يضيق ويتسع وفقا للزاوية التي تعالج منها الأسرة، فقد يقتصر المفهوم على الأسرة النواة (الزوج والزوجة والأبناء القصر) مثلما هو الحال في القواعد المتعلقة بالضمان الاجتماعي، وقد يتسع المفهوم بشكل كبير كما هو الحال في

[1] المكانة الاجتماعية للمسن في الأسرة الجزائرية- لعبيدي نادية-ماجستير- علم الاجتماع -جامعة الحاج لخضر- باتنة 2009/2008ص.23و66

[2] La vision de la famille dans la Bible – La Famille dans l'ancien testament- Conférencier métropolite- Mr. Pol YAZIGI – Milan – Italie 2004 (www.aleporthodx.org).

[3] Ibid.

القواعد المتعلقة بالمواريث، [1] وقد يتأرجح ما بين الضيق والتوسع كما هو الحال بالنسبة لبعض النصوص الجنائية والتشريعات الجنائية المختلفة.

في هذا الشأن فإن المشرع مثلما هو الأمر في باقي التشريعات لم يتعرض إلى إعطاء تعريف واضح للأسرة مكتفيا فقط بذكر الأسرة في عدة نصوص متناثرة تتضمن إما حقوقا أو واجبات تخص أفراد الأسرة.

وقد تم النص دستوريا على "أن الأسرة تحظى بحماية الدولة والمجتمع" (سواء في الدستور الصادر سنة 63 أو89 أو96).[2]

وأن القانون المدني باعتباره الشريعة العامة تضمن عدة نصوص ورد بها ذكر الأسرة. [3]

في حين قانون الأسرة المعنى بالدرجة الأولى بالأسرة[4] ينص في مادته الثانية "على أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمعهم صلة الزوجية وصلة القرابة" وهو مفهوم إذا كان يعطي مدلولا للأسرة فانه قد يتسع وقد يضيق ولكن في كل الأحوال فإن الأسرة المعنية بهذا القانون هي الأسرة الشرعية سواء من حيث صلة الزوجية أو صلة القرابة وهذا يعني استبعاد باقي الأشكال الأخرى غير الشرعية للأسرة، وكذا استبعاد التبني اعتبارا أنه محرم شرعا وقانونا بنص المادة 46 من ق.إ علما أن نفس القانون تضمن أحكاما تتعلق بالكفالة (المادة 116 ق.إ)والتي ترتب حقوقا للمكفول حتى لو كان مجهول النسب، ولو أن الآثار المترتبة عن ذلك لا تصل إلى ما أخذت به بعض التشريعات الغربية بشأن التبني (كما هو الشأن في القانون الفرنسي) بحيث لا يصل إلى درجة موانع الزواج أو حقوق الإرث. [5]

أما بالنسبة لمفهوم الأسرة في القانون الجنائي فإنه من خلال النصوص الجنائية في التقنين الجنائي وكذا القوانين المكملة يتضح أن المشرع يميل في كثير من الأحيان إلى المفهوم الضيق للأسرة النواة، وأحيانا يطال أفراد

[1] د.أشرف رمضان عبد الحميد- نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائيا – دار النهضة العربية –القاهرة-الطبعة الأولى 2006 ص.31

[2] المادة 17 من دستور 63 والمادة 55 من دستور 89 وكذا المادة 58 من دستور 96- تتفق جميعا أن الأسرة تحظى بحماية الدولة والمجتمع وهو نفس التعبير الذي تضمنته المادة 16-3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 1948/12/10

[3] لاحظ نصوص المواد: 31، 32، 33، 469، 738، 740، 741 من القانون المدني رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975

[4] قانون الأسرة الصادر في 09 جوان 1984 رقم 01/84 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005

[5] لاحظ المادة 64 من قانون الأسرة وكذا أحكام المرسوم التنفيذي 92-24 الصادر في 13 جانفي 1992 والتي تجيز إعطاء لقب الكافل للمكفول.

الأسرة بشكل موسع (الأسرة الممتدة) وهو الأمر الذي يقتضي تسليط الضوء على الأشكال الأسرية بشكل عام وبوجه الخصوص شكل الأسرة الجزائرية.

المطلـــب الثانـــي: النماذج الأسرية والأسرة الجزائرية

إن التطور الذي عرفته البشرية من خلال الحقب التاريخية بدءا من العهود البدائية ولغاية عصرنا اليوم انعكس على الأسرة فعرفت أشكالا متعددة.

وأن النظرة السريعة عبر هذه الحقب تؤكد أن الأسرة انطلقت في شكلها الأول كأسرة نواة، الأسرة الأولى للإنجاب ثم تعاقبت الأجيال ليزداد حجم الأسرة ولتصبح أسرة ممتدة وأكثر اتساعا الأسرة العشيرة والقبيلة.

المهم في هذا الشأن أن هناك عوامل كثيرة لعبت دورها في إعطاء الشكل المخصص للأسرة، فالحقب الأولى الزراعية كانت هي الأساس لشكل الأسرة الممتدة في حين التحول الاقتصادي إلى مجتمعات صناعية وما تبعه من الهجرة من الأرياف إلى المدن كان سببا في بروز الأسرة النواة، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد فإن هناك عوامل أخرى ومنها السياسية كان لها دورها في فرض شكل أسري مناسب لها ويكفي أن نلحظ في هذا الصدد أن الرأسمالية إذا كانت قد فرضت الشكل المركب للأسرة وقبلها الأنظمة الإقطاعية، فإن الشيوعية التي كان همها الأساسي إلغاء النظام الرأسمالي وهو الفكر الذي استتبع حتمية إلغاء الأسرة بالأساس وهو ما طالب به منظروا الشيوعية أمثال ماركس وانجل بالرغم من أن هيجل كان أقل تمسكا بإلغاء الأسرة اعتبارا لتحفظه وتأكيده أن الأسرة مثلها مثل المجتمع المدني هي بمثابة مؤسسة الحياة الأخلاقية.[1]

وأنه وأمام حركات التحرر الفردية وما تبعها من دعاة التحرر الجنسي بدأت تطفوا على السطح أشكال أسرية وصلت لحد التعارض مع الفطرة الإنسانية التي خلق الله عليها الإنسان ليعمر هذه الأرض، بل ووصل الحد ببعض الدول الغربية والأمريكية أن تقر الأسرة الشاذة الناشئة عن زواج المثليين والتي أصبح ينظر إليها أنها أسرة عادية وأقرت لها حقوقا مثلها مثل الأسرة الشرعية.

[1] Faut il considérer Famille comme un problème ? Andy Wong TAITAK- (Hegel et Engel sur la Famille et politique) « pour Hegel: la Famille à l'instar de la société civile et l'état est une institution de la vie éthique et pour Marx et Engel: l'abolition du capitalisme et la création du communisme devait aller de pair avec la suppression de la famille et dés lors une étape nécessaire pour supprimer l'aliénation sociale » - Mosaïque-revue de jeunes chercheurs en science humaine 07 décembre 2011 - p.55

وما يعنينا في هذا الشأن هو أن نستعرض النماذج الأسرية تبعا لما عرفته الحقب التاريخية(**فرع أول**) في حين نستعرض وضع الأسرة الجزائرية والنموذج المهيمن عليها(**فرع ثاني**).

الفرع الأول: النمـــاذج الأسريـــة

أولا: الأسرة العشيرة: عرفت في المراحل القديمة، عند الرومان فاشتملت على أعضائها ومن بينهم العبيد والموالي والأدعياء وعند العرب اتسعت لتشمل أعضاء الأسرة على عمود النسب والحواشي، وفي الإسلام امتدت لكافة العصبة وإلى كافة المعنيين بصلة الرحم.

ثانيا: الأسرة البسيطة: عكس الأسرة العشيرة فمجال الأسرة البسيطة أخذ في التضييق ليقتصر على الزوجين وأبنائهما القصر وهو ما يطلق عليه أيضا الأسرة الزواجية *La famille conjugale* أو الأسرة النواة *La famille nucléaire* أو أسرة الإنجاب وهذه الأسر بدورها في حالة الطلاق أو الوفاة تتحول إلى واحدية الوالد *la famille monoparentale*

ثالثا: الأسرة المركبة *La famille composée* ويطلق عليها أيضا الممتدة أو المتصلة وتتشكل من عدة أسر زواجيه يربطها الدم وتتشكل أحيانا من ثلاثة أجيال فأكثر.

رابعا: الأسرة الشرعية *La famille légitime* وهي الأسرة التي تقوم على نسب صحيح بموجب زواج صحيح بناء على علاقة زوجية شرعية.

خامسا: الأسرة الطبيعية *La famille naturelle* هي عكس الشرعية إذ لا تقوم على زواج شرعي بقدر ما تقوم على علاقة بيولوجية وما ينجب من أبناء يعتبرون أبناء طبيعيون كما هو الأمر بالنسبة لزواج العيش المشترك أو زواج العلاقات الجنسية الحرة في فرنسا مثلا (زواج الأخدان والعقد المدني للتضامن)

Le concubinage et le pacs (le pacte civil de solidarité) [1]

سادسا: الأسرة بالتبني: تبني طفل مجهول أو معلوم وكأنه طفل أصلي من حيث كافة الحقوق المترتبة عن البنوة وهو أمر محرم في الشريعة الإسلامية وعوض بنظام الكفالة وهذه الأخيرة يتكفل من خلالها الكافل بوجه التبرع القيام بالمكفول ولغاية بلوغه وتكون بعقد شرعي ويحتفظ المكفول بنسبه سواء كان معلوما أو مجهولا ولكن لا تترتب عن ذلك حقوق الطفل الأصلي كالميراث وغيره في الحقوق والواجبات.

[1] الحماية الجنائية للأسرة – لنكار محمود –دكتوراه – كلية الحقوق جامعة منتوري – قسنطينة - 2010 ص.23

والمشرع في هذا الصدد واعتبارا أن دين الدولة دستوريا هو الإسلام وأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول بعد التشريع ومن ثم أخذ بنظام الكفالة.[1]

الفرع الثاني: الأســـرة الجزائريـــة

الأسرة الجزائرية مثلها مثل بقية الأسر في المجتمعات الأخرى عرفت أنماطا وأشكالا تبعا لحقب متعاقبة وأنه لوقت طويل ونمط الأسرة التقليدية هو السائد قبل وأثناء الفترة الاستعمارية وفي شكل الأسرة العشائرية القائم على أساس التماسك الذي تفرضه العصبية وفقا لمنهج ابن خلدون.

وأنه إثر تداخل عوامل شتى اجتماعية، اقتصادية، تراثية عملت جميعها للإبقاء على الأسرة الممتدة في شكلها الأساسي والمعروف بمصطلح العائلة الكبيرة أحيانا ومصطلح الدار الكبيرة أحيانا أخرى

La grande famille ou la grande maison[2]

واستمر الحال كذلك لحين بداية استيلاء المعمرين على أراضي الأهالي وهو الأمر الذي أدى إلى بداية تحول الأسرة التقليدية بسبب النزوح والهجرة من الأرياف إلى المدن وحتى خارج الوطن، وأطلق على هذه الفترة (بهجرة الجوع).[3]

يعني ذلك بتوضيح أكثر أن الأسرة الممتدة فرضها الواقع السائد وقتها المستمد من النشاط الاقتصادي المشترك للأسرة.

(En effet, si la grande famille élargie correspondant au mode de production qui prévalait dans l'Algérie coloniale, fondé essentiellement sur une coercivité économique) [4]

إلا أنه بعد الاحتلال بدأت الأسرة القبيلة تتضاءل في تركيبتها بفعل واقع اغتصاب الأراضي من الأسر، واستمر الوضع كذلك لغاية الاستقلال وجدت الأسر نفسها غير قادرة على استعادة القاعدة الاقتصادية التي ترتكز عليها الأسرة الممتدة، وهو مصدر التساؤل هل أن الأسرة الجزائرية لا تزال في شكلها الممتد رغم تقلص تركيبتها أم أنها تتجه نحو الأسرة النواة تماشيا مع التحولات الأسرية من التقليدية إلى الأسرة الحديثة هذا

[1] نفس المرجع

[2] BOUTEFNOUCHET Mustafa- la Famille Algérienne évolution et caractéristique récente Alger SNED 1983 p.316

[3] المكانة الاجتماعية للمسن في الأسرة الجزائرية- لعبيدي نادية- مرجع سابق- ص.82

[4] La Famille Algérienne: situation actuelle et perspectives d'évolution – Rachida BENKHALIL p.311 (http: \\horison.documentation.ird.fr 15502pdf).

التساؤل الناجم عن حداثة التوسع العمراني والتمدن والتصنيع والذي صاحبه حتميا ظهور الأسرة الزواجية التي بدأت تتعمم بحكم الظروف المعيشية رغم الحواجز الكامنة وراء الأزمة الاقتصادية خاصة منها السكن.

(La famille étendue se disloque au profit d'une forme beaucoup plus réduite. La cellule nucléaire conjugale a tendance à se généraliser de plus en plus et ce malgré tous les obstacles et freins inhérents à la crise économique particulièrement celle du logement)[1]

وأنه منذ الاستقلال والمختصون يسعون في أبحاثهم لتحديد نمط الأسرة الجزائرية وهل أنها لا تزال ممتدة أم أنها تحولت إلى نواة أم أن الشكلين يتقاسمانها.

والمؤكد أن التحولات الاقتصادية والصناعية في جميع مناحي الحياة كانت سببا وفي كافة أنحاء المعمورة للتوجه نحو نواتية الأسرة أو ما يطلق عليه *La Nucléarisation de Famille* فهل هذا التوجه يطال الأسرة الجزائرية اعتبارا أنها هي الأخرى تعيش هذه التحولات نحو الأسرة الحديثة.

إن مصطلح المعاش (*Le ménage*) والذي يعني الأسرة بمفهوم عام رغم مفهومه الآخر عند علماء الإحصاء اللذين يشترطون لتوافره شرطين وهما السكن والغذاء المشترك، وفي هذا الصدد يرى بعض المختصين أن الأسرة الجزائرية سواء بتسميتها التقليدية العائلة أو الحديثة*(La Famille ou Le ménage et le foyer)* تميل من الاسرة الممتدة نحو الأسرة النواة، في حين يرى بعضهم خلاف ذلك إذ بالتأكيد أن الأسرة الجزائرية تعيش ظاهرة حتمية ناجمة عن الإرهاصات الاقتصادية والاجتماعية والتي نجم عنها تحول الأسرة الممتدة إلى الأسرة النواة لكن ليس بالمفهوم الغربي الضيق الذي يكاد ينحصر في الزوجين والأبناء.

فالمختصون في الديموغرافيا والإحصاء توصلوا في أبحاثهم أن الأسرة الجزائرية ورغم التحولات فإنها بقيت بشكل أو بآخر ذات حجم يقربها من نمط الأسرة الممتدة وذلك لاعتبارات منها الوازع الديني الذي يحث على آصرة الرحم والالتزامات ما بين الأصول والفروع حتى ولو لم يجمعهم مسكن ومعاش واحد.

(partout la tendance est à la baisse de la taille des ménages excepte en Algérie, ou elle augmente légèrement mais surement cela, en fait, n'implique guère que ;nous soyons entrain de réaliser cette idéal mais peut être bien forcés par les contingences pratiques) [2]

[1] Mariage, Famille, transition démographique en Algérie -Tayeb LAOUDI revue de recherches – étude scientifique N°02/2008 Université Dr.Yahia Farés Médéa p.43 (http: \\www.univ.médéa.dz).
[2] Dr. Ali KOUAOUCI – Familles, Femmes et Contraception - Alger 1992 p.182

إن هذا التحول للأسرة الجزائرية وبخصوصية خاصة بها أدى بالمهتمين في هذا المجال إلى نعتها بأنها أسرة ممتدة تحولت إلى أسرة غير نواتية بالمعنى الحقيقي واتخذت مظهرا خاصا بها هو مظهر النواتية المقنعة ذلك أن الاستقلال المالي والاقتصادي المميز للأسرة النواة لم يعزلها اجتماعيا عن روابط القرابة بل بالعكس هناك مؤشرات كثيرة تؤكد وحدة عصبيتها مما يؤكد أن الأسرة الجزائرية تسير في اتجاه أسرة تقليدية في قالب حديث وهذا مبعث التفاؤل لبقاء كيان الأسرة متماسكا. [1]

المطلـــب الثالـــث: أهمية الأسرة في المجتمع والتحديات

منذ القدم كانت الأسرة محل اهتمام الفلاسفة والعلماء بمختلف فروع العلوم الإنسانية، هذا الاهتمام الذي جعل منها الصورة المصغرة للمجتمع وأنها الأساس لانتقال موروث القيم للأجيال وعن طريقها تصبح فضائلها الخاصة الضامنة للفضائل العامة في المجتمع وهو ما أكده الفيلسوف بورطاليس:

(Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques , et c'est par la petite patrie, qui est la famille que l'on s'attache à la grande.

Ce sont les bons pères, les bon maris ,les bon fils qui font les bon citoyens)[2]

وبالنظر لهذا الاهتمام بالأسرة فإن جل التشريعات تجمع على أنها الشكل البارز في المجتمع فهي الخلية الأساسية وهي المؤسسة الاجتماعية الحامية لأفرادها ويكفي أنها مؤسسة التنشئة ومن ثم حظيت بالمكانة

الأساسية في التشريعات وطنيا ودوليا سعيا من خلالها إلى خدمة البشرية وتحديثها اجتماعيا.[3]

بل وأكثر من ذلك فإن الشريعة الإسلامية ارتقت بالأسرة لأهميتها ولدرجة جعلها ضمن مقام العبادة إذ أن معاملة أعضائها ووجوب خدمة بعضها البعض يعتبر بمثابة قربة لله تعالى. [4]

---

[1] الأسرة النواتية، القرابة، والواقع الاجتماعي الحضري- أ.د.إكرام هاروني- مقال منشور ضمن فعاليات الملتقى الرابع لقسم علم الاجتماع- الروابط الاجتماعية في المجتمع الجزائري المنعقد يومي 6 و7 نوفمبر 2006- منشورات كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية- جامعة الجزائر 2008/2007

[2] L'impératif en droit de la Famille- mémoire DEA de droit privé –par M[e]. VINCENT EGEA- Faculté de droit et sciences politiques 2001-2010 université d'Aix Marseille3 p.26.

[3] الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية–الثابت والمتحول د.منصف المحوا شي –، دار الكتاب الحامد للنشر والتوزيع ط.1 ص.25

[4] الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، قانون الأحوال الشخصية وأثره على استقرار الأسرة علاء الدين عبد الفتاح علي، نفس المرجع، ص.83

وإذا كانت الأسرة وستظل مصدر الحفاظ على النوع الإنساني فهي السبيل الوحيد للبقاء والاستمرار، وإنسانيا لا يمكن لأي فرد أن يتجنب انتماءه لأسرته إذ منذ ولادته مفروض عليه هذا الانتماء ولغاية وفاته وأن الفرد مع أسرته كلاهما مؤثر في الآخر قوة وضعفا والذي ينعكس وجوبا على المجتمع. [1]

من هذا المنطلق تتأكد أهمية الأسرة وعلى جميع المستويات في المجتمع(**فرع أول**) لكن في ذات الوقت صاحب هذه الأهمية أفاق الحداثة بل تحديات الحداثة وهو ما نعالجه في(**فرع ثاني**).

الفرع الأول: أهمية الأسرة في المجتمع

لا أحد ينكر مدى أهمية الأسرة بالنسبة لكل الأفراد المنتمين لها(**أولا**) وان هذه الأهمية يتسع مجال دائرتها إذ بدون الأسرة لا تقوم للمجتمع قائمة (**ثانيا**) وانه بفضل الأسرة كمؤسسة اقتصادية إلى جانب نقلها للموروث الحضاري خلال كافة الحقب التاريخية وهي بصمات أهميتها بادية للعيان (**ثالثا**).

أولا: على المستوى الفردي

يولد المرء في حضن الأسرة، فيها يتربى ويترعرع في ظل الحنان والمودة وحتى في مرحلة الكبر تبقى هي ملاذه الوحيد في السراء والضراء وأمام عاديات الزمن لن يجد من ملجأ يحميه ويؤويه سوى الأسرة فيها يجد التضامن والتراحم ومنها يستمد هويته بحمل لقب هذه الأسرة.

ثانيا: على المستوى الاجتماعي

إذا كانت المادة 3/16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص "أن الأسرة هي الوحدة الطبيعية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة"، [2] فإن هذه الوحدة ككائن في المجتمع لا تنطوي على مجموعة أفراد متناثرة ومنعزلة بقدر ما تتشكل من مجموعة الأسر المتلاحمة والمتماسكة وهو ما خلص إليه بورطاليس:

(Une société disait Portalis dans le discours de présentation du code civil, n'est point composée d'individus isolés et épars ; c'est un assemblage de familles)[3]

[1] المكانة الاجتماعية للمسن لعبيدي نادية – مرجع سابق ص.66

[2] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 فيفري 1948.

[3] محمد اللجمي – الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن – مرجع سابق. هامش. ص.11

و مادام الأمر كذلك وحتى يعم المجتمع التسامح والتضامن والوحدة فإن ذلك يبقى رهنا لتماسك هذه الأسر الذي يتحقق معه استقرار المجتمع. [1]

ثالثا: على المستوى الثقافي والاقتصادي

ما لا يختلف فيه أن الموروث الحضاري من ثقافة وأخلاق وانتقاله للأجيال والشعوب والأمم لا يكون إلا عن طريق الأسرة ويكفي في هذا الصدد أن قيم التسامح والتآزر والإيثار هي قيم سامية مارسها الأفراد في الأسرة ومن هذه الأخيرة انتشرت في باقي المجتمعات.

أما اقتصاديا فالتاريخ يثبت أن الأسرة الممتدة كانت بمثابة مؤسسة اقتصادية مصغرة، وحتى الأسرة النواة حاليا ذات علاقة بالمجال الاقتصادي من خلال الادخار الأسري وكذلك مشاريع الشركات ذات الطابع الأسري. [2]

الفرع الثاني: الأسرة والتحديات في الدول المتحضرة والمتخلفة

إن ما يراه البعض بلوغا لأوج التطور الإنساني في كافة الميادين التكنولوجية والاقتصادية وتطور وسائل الاتصال وما تفرضه العولمة كحتمية لا خيار فيها للمجتمعات سوى ركوب قطارها على الأقل لمسايرة ما هو إيجابي والسعي لتفادي السلبي منها وهو المجال الذي يقتضي تخصيص هذا الفرع لتحديات الأسرة الحديثة أو ما يطلق عليه الأسرة ما بعد الحداثة *La Famille Postmoderne* وتبيان الأزمة التي تعيشها هذه الأسرة الحديثة في الدول المتقدمة حتى تتجنب الأسرة في مجتمعنا ما اعتبر تطورا بعد أن ثبت أنه تدهورا أدى إلى أزمة الأسرة في هذه المجتمعات المتعولمة، فمن باب معرفة ما وصلت إليه الأسرة في الدول المتحضرة بتأثير التحولات الحاصلة **(أولا)** وبالمقارنة لما يمكن أن يحدث في الدول المتخلفة**(ثانيا)**

أولا: الأسرة في الدول المتحضرة

إن التحولات الأسرية في الغرب ومنذ الستينات كانت سببا في تغيير البنية الأسرية من الأسرة الممتدة إلى الأسرة النواة وهيمنة ما يطلق عليه نواتية الأسرة *la nucléarisation* كانت وراءها عوامل عدة منها انتصار الفردية *le triomphe de l'individu* والتحرر الجنسي *la libération sexuelle* وبروز الحركات الأنثوية

[1] محمد اللجمي – الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن – مرجع سابق ص.36

[2] محمد اللجمي – الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن – مرجع سابق – ص.41

les mouvements féministes كلها كانت وراء تزايد عدد الأسر واحدية الوالد *Famille monoparentale* وتبعه إلغاء السلطة الأبوية*l'Autorité paternelle* وإحلال محلها السلطة الوالدية *l'Autorité parentale* وهي مؤشرات كانت وراء كابوس ارتفاع نسبة الطلاق وانخفاض نسبة الزواج وأصبحت الأولوية تعطى للأفراد وعلاقاتهم على حساب المؤسسة الأسرية ونجم عن ذلك ظهور الأسرة المعاصرة كنهج حياتي جديد عرف بمصطلح الحياة وفقا للطريقة الأمريكية أو الحلم الأمريكي *American dream* أو *American Way life* والذي هز البنية الأسرية وأدى إلى ما عرف بأزمة التحضر

(La crise de civilisation que nous traversons ébranle gravement la structure familiale)[1]

وكانت نتائج ذلك أن مهام الأسرة الحديثة تحولت إلى إعطاء الأولوية للفرد للبحث عن الذات[2] واجتاحت المجتمعات الغربية الأفكار المنطلقة من الآنا[3] « *c'est moi, homme, moi femme, adolescent* » إن هذه التحولات وما صاحبها من ظواهر التحكم في الإنجاب (الإجهاض وتحديد النسل) وتطور الإخصاب الطبي الذي نجم عنه تفكك العلاقات الجنسية وخلق معضلات شتى تتمثل في التساؤلات التي فرضت نفسها بشأن الحقيقة الجينية والحقيقة العاطفية « *la vérité génétique et la vérité affective* »

نفس الأمر بالنسبة لتأجير الأرحام (الأم البديلة) وما ينجم عن ذلك من تفكيك الأمومة إلى عدة مكونات للحمل مما استتبع تعذر معرفة الحقيقة الوراثية، وغدت مفاهيم الأمومة والأبوة غير مؤكدة بسبب المحتوى المتعدد الأبعاد.

(Contrairement à ce que pouvait laisser supposer l'accès possible à la vérité génétique, les concepts de maternité et paternité deviennent incertaines en raison de leur contenu pluridimensionnel) [4]

إن وضع الأسرة الجديد المواكب لعصر العولمة وأزمة الأسرة دفع بالعميد *J.Carbonnier* إلى التساؤل بشأن الأسرة في كتابه « *flexible droit* » بقوله:

(Famille: les savants d'il ya cent ans se demandaient d'où elle venait ; ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va)[5]

[1] La Famille. www.radiocanada.ca/paru/soc/famille.httm
[2] BONNFOY Christine – de l'exercice du pouvoir entre parent et professionnels dans le cadre de la protection de l'enfant- collège coopératif Rhône Alpe 2007 p.34 et 35.
[3] La Famille www.radiocanada.ca/paru/soc/famille.htm op.cit
[4] Nicol Gallus-approche juridique nouvelle des parentés et parentalité en droit Belge- colloque en Mai 2009 Bruxelles – les enjeux du droit de la Famille p.145 et 161
[5] Droit européen et droit de la Famille- contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement - Angélique THURILLET-BERSOLLE- thèse doctorat en droit-Université de Bourgogne 05/12/2011 p.13.

بالفعل يؤكد العميد أن العلماء ومنذ قرن يتساءلون عن أصل الأسرة، إلا أنهم اليوم يتساءلون عن مآلها، خصوصا مع ظهور الأشكال الجديدة للأسرة بفعل التعددية الأسرية(*le pluralisme familial*) إنها الأسرة الحديثة *la famille postmoderne* وما تم حصاده منها في البلدان المتقدمة، فإذا كانت الأسرة التقليدية مبنية على الزواج الشرعي فإن الأسرة الحديثة اليوم مبنية على مفهوم جديد هو مفهوم حب التلاقي (*l'amour confluent*) والمؤسس على التفاوض تحقيقا لدمقرطة ليس فقط العلاقة الزوجية بل حتى العلاقة بين الآباء والأبناء وإعطاء مفهوم للعلاقة الزوجية والأمومة يتماشى وهذه المعايير والتي ضربت عمق الأسرة.

(un cadre normatif qui touche de plein fouet la famille) [1]

وغدت الأسرة رهنا لقرار طرفين وبكل حرية للعيش معا وفقا لما يرتئيانه وأبعد من ذلك حرية تعايش أطراف الجنس الواحد، [2] وهو ما تسعى إليه بعض المنظمات الدولية لبعث هذه المفاهيم الشاذة وبمعية نخبة تعمل في الظل للتأثير على باقي المجتمعات لتجعلهم يعمهون في مستنقع الشذوذ الأسري إن صح التعبير، إنها فعلا رحلة الأسرة الحداثية لوجهة مجهولة *(voyage sans destination)* كما يراها البعض.[3]

ثانيا الأسرة في الدول المتخلفة

إذا كانت الأسرة كذلك في الدول المتقدمة خضعت لتحولات ووصلت لأعلى درجات الانحلال المهدد بالجزاء الرباني المسلط على الأمم السابقة، وأي جزاء إنه الجزاء الذي أخبرنا به في القرآن الكريم شأن أصحاب القرية التي أهلكها سبحانه وتعالى وهم قوم لوط عليه السلام " **فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليها حجارة من سجيل منضود مسومة عند ربك وما هي بالظالمين ببعيد** " [4].

[1] La Famille postmoderne- Georges EID- université catholique de Lion – la Revue du redif 2008 vol.1 p.41, 42 (www.redif.org)

[2] L'attaque contre la Famille- la création de Chaos pour créer nouvel homme– Danielle Perron. - actualité chrétienne- Word press -com. 02/01/2012

[3] Droit européen et droit de la Famille- contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement – Angélique THURILLET-BERSOLLE –- thèse doctorat- op.cit p.13

[4] الآية 82-83 من سورة هود.

فهل من مدّكر وأقوام حق عليها وعيد الرحمن بخروجها عن نواميس الطبيعة " **كذبت قبلهم قوم نوح وأصحاب الرس وثمود وعاد وفرعون وإخوان لوط وأصحاب الأيكة وقوم تبع كل كذب الرسل فحق وعيد**"[1]

ومن ثم إذا كنا ننتمي إلى العالم المتخلف ونسعى أن نكون في مصاف ما وصلت إليه الدول المتقدمة – طبعا في الجانب الايجابي – وحتى وإن فرض علينا ركوب قطار العولمة فإن تمسكنا بتشريعاتنا المبنية أساسا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية من شأنه أن يبقي مجتمعنا في مأمن من حداثة الأسرة الغربية وفي سبيل ذلك فان المشرع طوق الأسرة بأسوار متينة.

ومع ذلك فالواقع يؤكد تقليد البعض بإنشاء أسر زواجية حرة والذي ما من شك أنه سيخلق مراكز وضعيات جديدة لتصبح معضلات اجتماعية يتعين البحث عن حلول لها خصوصا وأن هذه الوضعيات تنجم عنها التزامات قانونية يمكن أن تخضع للأحكام الجنائية اعتبارا أنها تشكل أسرة والأسرة قانونا تخضع للتشريع بصفة عامة وللقانون الجنائي بصفة خاصة.

[1] الآيات 14.13.12.من سورة ق.

المبحـــث الثانـــي:

التأثير المتبادل بين الأسرة والقانون الجنائي

إن الأسرة تشكل الحيز المميز لتنشئة الفرد وإعداده وحمايته وفي الأسرة يتلقى بدايات القيم الاجتماعية، ومن خلالها يتحقق تمام اكتمال شخصيته.

هذا هو أصل الأمور لكن قد يحدث أن تصبح الأسرة بمثابة المكان أو مبعث الإجرام

(La famille peut être également considérée comme un lieu de criminalité)

بارتكاب عضو منها جرما يمس بها وهو ما يضفي صبغة خاصة على هذا الجرم، فتصبح الأسرة سببا للتجريم أو تشديد العقاب أو تخفيفه وأحيانا سببا لعدم إما التجريم أو العقاب.[1]

من هذا المنطلق يحدث تلاقي الأسرة والجريمة، أو بصورة أدق تقاطع بينهما اعتبارا أنهما واقعتين اجتماعيتين تلتقيان أو تتقاطعان إما مقاربة أحيانا أو أحيانا أخرى مفارقة، ولكن في الحالتين تكون الحماية للأسرة إما حماية لها بتدخل القانون الجنائي أو حماية لها أيضا باستبعاد القانون الجنائي أخذا بعين الاعتبار في سياق كل منهما بالمصلحة التي تقتضي بسط الحماية عليها.

إلا أن تلاقي الأسرة والقانون الجنائي لم يكن امرأ جديدا بقدر ما عرف ماضيا وظل كذلك حاضرا (**المطلب الأول**) وانه بين الماضي ونظرته للأسرة فان التحولات المرافقة لها حاضرا اقتضت سياسة جنائية تتماشى وهذه التحولات(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الأسرة والقانون الجنائي ماضيا وحاضرا

إن جل الدراسات التاريخية ا لعديدة تثبت تعايش الجريمة والأسرة منذ القدم وإلى اليوم من خلال الجريمة في لقائها مع الأسرة إما باعتداء داخلي من أحد أفرادها أو باعتداء خارجي عليها إضرارا بها ولعل أكثر الجرائم استنكارا هي تلك التي تحدث في الوسط الأسري وبالمقابل تواجه بأقصى عقاب بالنظر لوقعها الشديد على الأسرة ونتائجها الكارثية كالزنا، وزنا المحارم وقتل الأصول والفروع، إذ يكفي أنها من أخطر أسباب تفكك الأسرة بل هي الأكثر وقعا وتحطيما لها وبشكل يصعب معه علاجها وإعادة بنائها، الأمر الذي كان أثره

[1] Essai sur les infractions Familiales- Delors GERMAIN (résumé de thèse Doctorat 08 Décembre 2011)-www.univ-paris1.fr.

واضحا في القانون الجنائي من خلال تشديد العقاب الردعي ماضيا لحماية الأسرة (**فرع أول**) في حين كان للقانون الجنائي حاضرا رؤية مغايرة ناجمة عن تحولات اجتماعية استلزمت تغيير السياسة الجنائية والتي انعكست بشكل واضح بصدد حماية الأسرة (**فرع ثاني**).

الفرع الأول: الأسرة والقانون الجنائي ماضيا

كل الأنظمة القديمة عرفت الجرائم الأسرية و لم تخل من سبل معالجتها بدءا من النظام الفرعوني (**أولا**) ثم مرورا بالنظام الروماني (**ثانيا**) كما أن الشرائع السماوية اهتمت بعناية بشكل أو بآخر بهذا النوع من الجرائم الأسرية وعقابها قصد الردع والوقاية من حدوثها وكل ذلك في إطار مساعي حماية الأسرة والعمل على إبعادها عن أسباب التفكك لتحقيق صونها واستمرار بقائها(**ثالثا**).

أولا: النظام الفرعوني

ميز هذا النظام جريمة القتل بين القتل المرتكب من عامة الناس وعقوبته الإعدام وبين قتل الأب من طرف الابن بعقوبة هذا الأخير بالتعذيب قبل الموت عذابا شديدا ثم يعدم إحراقا في حين قتل الأب لابنه لم يحدد له جزاء الموت بقدر ما حدد له جزاء خاص (ألم نفسي) يفرض على الأب حمل ابنه المقتول ثلاثة أيام وثلاثة ليالي، في حين جريمة الزنا عقابها قتل الزاني والزانية.[1]

ثانيا: النظام الروماني

كان رب الأسرة *(le chef de domus)* من خلال السلطات المخولة له على كافة من يعيشون معه يملك سلطة عقابهم بخصوص ما يرتكبونه من أفعال تمس الانضباط المهدد لسلطاته وكانت العقوبات قاسية ولحد أنها مروعة وببشاعة بالغة من حيث التعذيب ولحد الموت، وأكثر من ذلك فهو من يباشر سلطة العقاب إذ له أن يقتل الزوجة أو البنت المتلبسة بالزنا، وله أن يتخلى عن مرتكب الجريمة بهدر دمه حارما إياه من تضامن وحماية الأسرة.[2]

[1] أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الأنظمة القانونية المقارنة- محمد عبد الرءوف محمد أحمد دكتوراه – منشورة- المركز القومي للمنشورات القانونية – الطبعة الاولى- القاهرة – 2008- ص.9

[2] Les liens de Famille et le droit pénal- GUECHI-Cherifa- thèse de Doctorat – université de Paris1. PANTHEON- SORBONNE- Janvier 1998 P.9 et 10.

ثالثا: الديانات السماوية

لا جدال في أن جل الشرائع السماوية اهتمت بالإنسان والأسرة و لم تخل أي منها من التعرض لتجريم وعقاب كل الأفعال التي من شأنها أن تهدد كيان الأسرة سواء من خلال ما تضمنته الديانة اليهودية (أ) أو الديانة المسيحية(ب) أو ما جاءت به الشريعة الإسلامية(ج).

أ–في الشريعة اليهودية: تم تحريم الزنا وعوقب عليه بالإعدام رجما للزاني والزانية من أجل حفظ النسب، بل وأعطت الصلاحية لكل أفراد المجتمع وليس للأسرة فقط بقتل المتلبس بالزنا ونفس الشيء عقوبة الإعدام لمن يضرب أباه وأمه، إلى جانب أن مجرد الإساءة لهما فقط توجب عقوبة السخط والمتمثلة في إبعاده ونبذه حتى يتوب أما بالنسبة لجرائم الأموال فلا عقاب عليها إذا تاب الجاني. [1]

ب – الشريعة المسيحية: وتتميز بأن تعدد الزوجات يعد جريمة زنا تستوجب العقاب بالإعدام إلا إذا تنازلت الزوجة عن العقاب.[2]

ج– الشريعة الإسلامية: إذ بينت الحدود والتي لا سلطة تقدير فيها للقاضي سوى توقيع العقوبة المقررة والحاكم لا يملك فيها سلطة العفو والقصاص وهو ملك للمجني عليه أو ولي الدم والتعزير هو الآخر يتعلق بحق الفرد فالزاني المحصن يرجم حتى الموت وأما غير المحصن فيجلد[3] إلى جانب أن الزوج يملك حق تأديب الزوجة والأب حق تأديب الأبناء ودون تجاوز حدود التأديب[4]

الفرع الثاني: الأسرة والقانون الجنائي حاضرا

إذا كانت الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع وبمؤسساته وعلى رأسها الدولة فإن الأسرة تعد بمثابة الحضن الأول للتربية والتوجيه[5] ؛ يعني ذلك أن الأصل في الأسرة هي ميدان ومجال التنشئة الاجتماعية من اجل تحقيق الاستقرار الاجتماعي ومن ثم كان الاهتمام بها بمختلف الفروع القانونية إذ يأتي القانون الجنائي في

[1] د.أشرف رمضان عبد الحميد– مرجع سابق ص.53

[2] نفس المرجع ص.53

[3] د.أشرف رمضان عبد الحميد– مرجع سابق ص.369

[4] عبد العزيز سليمان الحوشان - القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة – منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1 2006 ص.417 و418

[5] « La Famille a pu être considéré comme la pépinière de l’état » La Famille et droit pénal- Annal 2003 groupe ISP institut supérieur de préparation (www.prépa-ISP.fr) p.1

مقدمة هذا الاهتمام اعتبارا أنه الحارس للمصلحة العامة للمجتمع وفي ذات الوقت الحريص على مصلحة الأسرة.

وإذا كان ذكر القانون الجنائي يوحي بداية بالعقاب اعتبارا أن القانون الجنائي عرف مراحل العقاب التي عرفتها البشرية بدءا من مرحلة الانتقام الفردي إلى مرحلة العدالة الخاصة وأخيرا مرحلة العدالة العامة، إذ الدولة هي التي أصبحت دون غيرها تحتكر حق العقاب.

في هذا السياق عرف الفقيه *Levasseur* القانون الجنائي بأنه ذلك الفرع من القانون الوضعي يتولى موضوع دراسة العقاب من طرف الدولة للسلوكيات التي من طبيعتها أن تخلق اضطرابا للنظام الاجتماعي.

(Le droit pénal est une branche du droit positif ayant pour objet l'étude de la répression par l'état des agissements de nature à créer un trouble dans la société) [1]

ومفاد ذلك أن القانون الجنائي يحدد الجرائم والعقوبات المطبقة بشأنها ومن ثم فهو يهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع بالدرجة الأولى لعقاب كل ما من شأنه المساس بهذه المصلحة.[2]

في هذا الصدد فإن التشريعات الجنائية تحتوي على جرائم معني بها كافة أفراد المجتمع، في حين هناك صنف من الجرائم متعلق بالأسرة وما يقع في مجالها من جرائم تمس أساسا الأسرة دون غيرها وهو الأمر الذي دفع ببعض الفقه إلى المناداة باستقلالية القانون الجنائي في هذا الشق، واعتبروه فرعا من فروع القانون الجنائي وبتسمية مستقلة وهي القانون الجنائي الأسري *Droit Pénal Familial* متضمنا تجريما وعقابا يخدم الأسرة بالدرجة الأولى إذ من أجل مصلحة الأسرة يجرم أفعالا هي مباحة خارج المجال الأسري (كالزنا مثلا) في حين يترع التجريم أو العقاب عن أفعال هي أساسا محظورة خارج المجال الأسري (كالسرقة بين الأزواج والأصول والفروع).

إن ذلك يفيد أن القانون الجنائي بالنسبة للأسرة له أثر مزدوج وكأنه يبدو متناقضا فأحيانا يكون تدخل القانون الجنائي في الأسرة لحمايتها وأحيانا أخرى يحجم عن هذا التدخل تحقيقا لنفس الحماية شريطة ألا تمس مصلحة النظام الاجتماعي هذا ما اعتبره الكثير من الفقهاء بجدلية أثر الأسرة في القانون الجنائي.

---

[1] G. LEVASSEUR. A. CHAVANNE –Droit pénal et procédure pénale. 3eme ed.1972. p.

[2] علي عدنان الفيل– دراسات في القانون الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي– المكتبة القانونية دار اليازدي العلمية للنشر والتوزيع– الأردن 2010 ص.177

(Cette dialectique se trouve si l'on considère l'impact du lien familial sur les incriminations pénales)[1]

لكن إذا كان فقهاء القانون الجنائي منذ ستينات القرن الماضي لم يترددوا للمطالبة بالقانون الجنائي الأسري كفرع مستقل له خصوصياته، فإن التحولات التي عرفتها الأسرة أعطت نتائج عكسية إذ يرى البعض أن ما حققه التدخل الجنائي في الأسرة أصبح بمثابة بقايا يتوقع أن تختفي مستدلين في ذلك أن جرم الزنا الذي كان الحامي للأسرة أصبح غير مجرم في كثير من البلدان الغربية وجرم الإجهاض العدو للذرية أصبح مباحا ومعاقب عليه استثناء.[2]

إن التحولات التي عرفتها الأسرة كمؤسسة اجتماعية استدعت التفكير في سياسة محكمة لمواجهة ما نجم وينجم عن هذه التحولات خصوصا تلك المهددة لكيان الأسرة.

المطلب الثاني: الأسرة والسياسة الجنائية

تاريخيا استمر اهتمام المفكرين بالأسرة في كل مناحي العلوم الإنسانية والاجتماعية والقانونية اعتبارا أنها نواة المجتمع وأن أي اهتزاز للأسرة يطال استقرارها ويهدد بتفككها هو اهتزاز مهدد لاستقرار المجتمع وأن كل ما يعزز بقاء الأسرة هو السند الأمثل لاستقرار المجتمع وان الاستقرار هو أساس تطور المجتمع نحو الرقي والازدهار.

إن هذا الأمر اقتضى أن يسعى التشريع إلى رسم وضع ثابت للأسرة ضمن أحكام الشريعة العامة (أحكام القانون المدني وقانون الأسرة) وذلك من خلال تحديد الحقوق والواجبات التي تحكم روابط القرابة الأسرية (نسب – مصاهرة)، وباعتبار أن القانون الجنائي يهتم بتجريم الأفعال الماسة بمصلحة المجتمع وتحديد العقاب لها وهو الأمر الذي ينعكس على الأسرة، فكان لزاما في إطار السياسة الجنائية التي تهدف أساسا أن تكون في خدمة الأسرة بالدرجة الأولى لأن ما يخدم هذه الأخيرة يخدم المجتمع وعلى أساس ذلك انتهجت سياسة جنائية تراعي مصلحة الأسرة بالدرجة الأولى تجريما وعقابا، إذ حماية الأسرة جنائيا تتمثل في نصوص محددة للجرائم الأسرية الصرفة أو من خلال نصوص عموم جرائم القانون الجنائي، ولكنها ذات العلاقة بالأسرة وفي الحالتين تراعي مصالح الأسرة تجريما وعقابا، إعفاء أو تخفيفا، إلى جانب جعل إجراءات جنائية خاصة منصوص عليها

[1] La Famille et doit pénal Annal 2003 op.cit p.1
[2] Les liens de Famille et le droit pénal -GUECHI Cherifa Op.cit p.16

في قانون الإجراءات الجزائية والمتعلقة بإجراءات الشكوى المسبقة، وكذا تكييف العقوبات المنصوص عليها بأحكام قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين.

إنها سياسة محكمة من خلال التجريم أو العقاب وسواء تعلق الأمر بالقانون الجنائي الموضوعي أو الشكلي.[1]

واذا كان إتباع سياسة جنائية خاصة بالأسرة هو المسعى من اجل حمايتها، فما هي دواعي بسط هذه الحماية على الأسرة ؟

إن دواعي حماية الأسرة تكمن أساسا في كونها محضن التنشئة الاجتماعية، فالفرد يولد ويترعرع في الأسرة وهي من تعمل على أن يصبح إنسانا كاملا ومتزنا وأن الإخلال بما تقتضيه التنشئة السليمة من شأنه أن يؤدي إلى الانحراف والإجرام إذ غالبا ما يكون الوسط الأسري غير السوي هو السبب في ذلك فالطفل الذي عايش العنف في أسرته يمارس هذا العنف في كبره وهنا تبدو أهمية التنشئة الاجتماعية من طرف الأسرة. [2]

ثم إن تماسك الأسرة وتلاحمها ينبني بالأساس على علاقات حيوية ما بين أفرادها وذلك من خلال الممارسات الأسرية التي تنسج روابط عاطفية بين الأزواج وبين بقية أعضاء الأسرة وهو أمر يقتضي لحمايتها أن يتحقق التضامن الأسري المادي والمعنوي بين أعضائها.

(la famille actuelle remplit une tâche très importante qu'est la solidarité matérielle affective de ses parents)[3]

كما أن الدعم النفسي من طرف الأسرة هو بمثابة عنصر الاستقرار الدائم, فالأسرة هي الملاذ الدائم لأفرادها، إن ذلك هو ما أدى إلى وجوب هذه الحماية للأسرة والتي تقع على كاهل الدولة والمجتمع.

لكن إذا كان تدخل الدولة في الأسرة هو المسعى لحمايتها، وفقا لما تقتضيه مصلحة الأسرة. وقد عبر العميد *P. Couvrât* عن ذلك بقوله إن الحماية الجنائية لمؤسسة الأسرة تأخذ شكل تجريم دقيق لتحقيق هدفين:

الأول ضمان ديمومة الأسرة من خلال تجريم الأفعال المهددة لمستقبل الأسرة **والثاني** ضمان سلامتها بتجريم سلوكيات التخلي عن أحد أعضائها.

[1] د.عبد الرحيم صدقي– الأسرة والجريمة في القانون المصري– مرجع سابق ص.23 و27

[2] Les liens de Famille et le droit pénal -GUECHI Cherifa Op.cit p.8 et 19

[3] Ibid p.21 et 21

*(L'expression du doyen **P.Couvrât** «La protection pénale de l'institution familiale prend la forme d'incriminations précises qui poursuivent deux objectifs: assurer la pérennité de la famille en réprimant les actes qui peuvent menacer l'avenir de la famille puis garantir son intégrité en incriminant les attitudes de soustraction où de délaissement de certains membres de la famille)* [1]

من هذا المنظور فان السياسة الجنائية تقتضي بسط الحماية الأسرية إما لحماية مرتكب الجريمة وإما لحماية نظام الأسرة من خلال الأسرة و التجريم (**الفرع الأول**) في حين تدخل القانون الجنائي إما تشديدا أو تخفيفا أو إعفاء من خلال الأسرة والعقاب(**الفرع الثاني**) يعنى ذلك أن السياسة الجنائية تستقطب منطقة الجريمة عند ما يتدخل القانون الجنائي مستهدفا حماية نظام الأسرة في حين يتناول منطقة العقاب في حالة الإخلال بالالتزامات الأسرية [2].

ومع ذلك إذا كان تأثير الأسرة في التجريم والعقاب هو الذي يحدد السياسة الجنائية الهادفة في كل الحالات إلى حماية الأسرة سواء من خلال تدخل القانون الجنائي في المجال الأسري أو إبعاده عن هذا المجال الحساس ؛ فان الاتجاهات الحديثة ترمي إلى استحداث آليات جديدة لمعالجة الإجرام الأسري من خلال البدائل الجنائية(**الفرع الثالث**)

الفرع الأول: الأسرة والتجريم

إن مجرد النظرة السريعة لقانون العقوبات تثبت أن كتبه الأربعة لم تخل بشكل أو آخر من ذكر الأسرة وما تقتضيه من حماية سواء من خلال الجرائم الصرفة الخاصة بالأسرة أو من خلال الصرامة بشأن الجرائم الأخرى في حالة مساسها بالأسرة.

وإذا كانت النماذج المحددة بقانون العقوبات تسعى إلى حماية المجتمع في الأساس بتجريم أفعال وعقابها لمساسها بالقيم الاجتماعية فإن هذا التجريم بالنسبة للأسرة يتحدد في السلوكيات والأفعال التي إما تطال الكيان الأسري(**أولا**) أو أنها تطال الصلاحيات الأسرية(**ثانيا**).

[1] La Famille et le droit pénal –Aboulo.com 2010.

[2] د.أشرف رمضان عبد الحميد– نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائيا – ص.30-31

أولا: بخصوص الاعتداء على الكيان الأسري

إن الاعتداءات على النفس وغيرها من الاعتداءات الجسدية بما فيها الاعتداءات الجنسية في الوسط الأسري من شأنها أن تهدد تماسك الأسرة بل هي عوامل لتدميرها، ومن أجل ذلك فإن القانون الجنائي يتدخل دائما وبشكل فعال للتذكير بالمحظورات الأساسية والتي هي ذات تأصيل أنثر وبولوجي للأسرة، ومن ثم كان النص على تجريم الزنا والفاحشة بين ذوي المحارم وقتل الأصول وقتل الوليد حديث العهد ومختلف إشكال العنف الأسري الأخرى.[1]

ثانيا: بخصوص الاعتداء على الصلاحيات الأسرية

اعتبارا أن القانون الجنائي أساسا هو قانون عقابي ومن ثم فانه يخدم الأسرة من خلال السهر على وجوب الامتثال للالتزامات المحددة في قانون الأسرة والقانون المدني، إذ أن فعالية تجريم الاعتداءات على الصلاحيات الأسرية تنصب على كل ما من شأنه الإخلال بهذه الالتزامات المحددة في أحكام قانون الأسرة، بناء على ذلك جرم عدم تسليم القاصر وكذا التخلي عنه وجرائم الإهمال المختلفة وتحريض القصر على الانحراف مما يساعد على ارتكابهم لأفعال مجرمة.

الفرع الثاني: الأسرة والعقاب

إن المجتمعات البشرية قديمها وحديثها لطالما تبنت الحاجة لضرورة العقاب لكل من تسول له نفسه تهديد الأسرة والمجتمع من خلال الاعتداء على القيم المشتركة.

(Les sociétés humaines ont toujours ressentie la nécessité de puni)[2]

إلا أن العقاب بخصوص الجرائم الماسة بالأسرة عرف تكثيفا متنوعا إذ تارة المشرع الجنائي يميل إلى عدم العقاب عن بعض الجرائم من أجل أن يوفر السلم الأسري ويكون بذلك هذا الأخير سببا يحول دون العقاب أخذا في ذلك بأن قيمة التماسك الأسري أسمى من الفعل المجرم (مثلا في جرائم الأموال السرقة بين أعضاء الأسرة أو جرائم الاعتداء على مصالح الدولة كجنحة التستر عن الجاني وعدم الإبلاغ عن الجناية والجنحة).

[1] La Famille et droit pénal- Annal 2003 groupe ISP institut supérieur de préparation (www.prépa-ISP.fr) op.cit. p.3

[2] Patrice GATTEGNO – cours de doit pénal spécial 7eme édition 2007 Dalloz p.1

إلا أنه في غير ذلك عندما يكون الجرم مهددا للأسرة فإن ذلك من شأنه أن يبرر العقوبة من خلال تشديدها أو تخفيفها أو تكييفها *(aménagement de la répression)*

أولا: الحيلولة دون العقاب

في هذا الشأن المشرع يجعل من الأسرة في بعض الجرائم مانعا من موانع العقاب وهو ما يصطلح على تسميته بالحصانة الأسرية.

إن المشرع في قانون العقوبات أحيانا يضيق من مجال هذه الحصانة الأسرية لتقتصر على الأصول والفروع والأزواج (المادة 368) في حين بالنسبة لأعضاء الأسرة الممتدة إلى الأقارب وإلى غاية الدرجة الرابعة يشترط الشكوى المسبقة والتنازل يضع حد للعقاب (المادة 369).

كما أن عدم العقاب إذا كان في البداية اقتصر على السرقة فإنه لاحقا اشتمل على جرائم الأموال الأخرى كخيانة الأمانة والنصب والإخفاء من خلال نصوص تحيل إلى المادة المتعلقة بالحصانة (لاحظ المواد 373 و377) والتي تحيل إلى المادتين 368 و369 من ق.ع السالف ذكرهما.

ثانيا: تكييف العقاب

إن مبدأ تفريد العقوبة كان الأساس في تبرير مطالب جمعيات كثيرة بخصوص بعض العقوبات الأصلية والتكميلية والتي تطال إلى جانب الجاني أعضاء أسرته والتي تدفع ثمن العقوبة ماديا ومعنويا.

إن هذا الأمر أدى إلى تجزئة العقوبة *fractionnement de la peine* طبعا وفقا لشروط محددة وأسباب جدية (مرضية، أسرية، مهنية أو اجتماعية) وبشكل يبقي الجاني قريبا من أسرته[1]، ونفس الأمر بالنسبة للغرامات التي يتم تسديديها عن طريق التجزئة.[2]

وما يقال عن تجزئة العقوبة ينطبق أيضا على تأجيل ووقف العقوبة المؤقت وكذا الحرية النصفية والحرية المشروطة وهي التدابير المنصوص عليها في قانون تنظيم السجون (المادة 130، 134 من القانون رقم: 04/05 الصادر في 06 فيفري 2005)

[1] Article 132 – 27 CP français: « en matière correctionnelle, la juridiction peut, pour motif grave d'ordre médical, familial, professionnel ou social, décider que l'emprisonnement prononcé pour une durée d'un an au plus sera pendant une période n'excédant pas trois ans, exécuté par fraction, aucune d'entre elle ne pouvant être inferieur à 2 jours.

[2] Article 132-28 C.P Français

وحتى لا تتضرر الأسرة من عقاب الجاني وكذا مساعي إعادة إدماجه فإنه تم اللجوء إلى بديل لقضاء العقوبة مثلما هو الشأن بالنسبة لعقوبة النفع العام مثلما أدرج بتعديل قانون العقوبات مؤخرا وكذا تدبير الرقابة الالكترونية (*la surveillance électronique*) المعمول به في بعض التشريعات منها التشريع الفرنسي.[1]

الفرع الثالث: الأسرة والبدائل الجنائية

إذا كانت العدالة الجنائية تهدف أساسا للعمل على التصدي للجريمة اعتبارا أن هذه الأخيرة تهدد كيان المجتمع فإنها مرت بمراحل تطورية، فبعد أن كانت في بدايتها ردعية تضع الجريمة في الصدارة فإنه وعقب الثورة الفرنسية برزت العدالة التأهيلية التي وضعت الجاني في الصدارة إلا أن إهمال المتضرر من الجريمة وفشل العدالة التأهيلية كان وراء ظهور العدالة التصالحية *(restorative justice)* في القارة الامريكية وهو النمط الذي وضع الضحية في الصدارة سعيا للعمل على إيجاد حلول في المجال الجنائي تعتمد عنصر الرضا لإصلاح العلاقة بين الجاني والضحية.[2]

وانتقلت هذه العدالة التصالحية لتعرف بأوروبا بمصطلح *(La justice réparatrice)* واعتمدت في الأساس على الوساطة الجنائية كبديل يرتكز فيه على وصل العلاقات خاصة الجوارية منها

(De la justice réparatrice à la justice créatrice en passant par la justice transformatrice, alternative, rationnelle, de proximité)[3]

وإذا كانت الوساطة الجنائية بصفة عامة أحد بدائل العدالة الجنائية فإن نجاح هذا النموذج برز أكثر في المجال الأسري وأصبح يطلق عليه نموذج الوساطة الجنائية الأسرية والتي تهدف إلى إعادة بناء الرابطة الأسرية بالتركيز على تحميل الأشخاص المعنيين مسؤولياتهم بما فيها عبء تسوية النزاع بواسطة شخص محايد هو الوسيط الأسري

(La médiation pénale familiale vise la construction du lien familial axé sur la responsabilité des personnes concernées afin qu'elles prennent en charge elles même le règlement de leur conflit grâce à l'intermédiaire d'un tiers impartial appelé médiateur familial) [4]

[1] Loi du 19 décembre 1997 et 15 Juin 2000, décret d'application 3/4/2002
[2] Mylène Jaccoud – justice réparatrice et médiation pénale- convergence ou divergence- l'Harmattan 2003 p.7 et 8
[3] Robert CARIO – justice restaurative- dictionnaire des sciences criminelles Ed. Dalloz 2004 p.571 et 573 (http: \\docs.google.com)
[4] La médiation familiale pénale par Paul – Mbanzoulou et Nicole Théry- l'Harmattan 2004 (html: file: //F: \Recension de livre. La médiation familiale pénale-AGJP.mht)

إن الوساطة الجنائية كإجراء قضائي يخول النيابة قبل تحريك الدعوى العمومية في حالة نزاع ناجم عن بعض الجنح اللجوء لوسيط شريطة قبول الأطراف.

إن هذا النموذج الذي ثبتت نجاعته في كثير من البلدان الغربية، كرسته بعض التشريعات العربية منها التشريع التونسي والمصري والمغربي (الفصل 335 مكرر من الإجراءات الجزائية التونسي، المادة 18 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والمادة 41 من قانون المسطرة الجنائية المغربي).[1]

إن الوساطة الجنائية الأسرية تسعى إلى إصلاح العلاقات الأسرية من جهة وتجنب توسع دائرة الفضائح الأسرية بعيدا عن العدالة الجنائية التقليدية المتصفة بالعلانية.

أما المشرع ولحد الساعة ظل بعيدا عن هذا النمط الجديد كبديل بالرغم من أهميته في المجال الأسري علما أنه في ميدان الإجراءات المدنية والإدارية بالتعديل الأخير أخذ بنظام الصلح الوساطة. [2]

من خلال ما سبق ذكره يتجلى بوضوح أن السياسة الجنائية تسعى إلى حماية الأسرة ولو بحد أدنى لضمان السلم الاجتماعي، وإن هذه الحماية إما أن تتم من خلال تدخل القانون الجنائي في المجال الأسري تجريما وعقابا للتذكير بالقيم الأساسية المنتهكة، أو تكون هذه الحماية بالإحجام عن التدخل في المجال الأسري لسمو القيم الأسرية على المصالح المتضررة.

(Le droit pénal protège la famille, car c'est une cellule de base de la vie en société et sa cohésion garantit un minimum de paix sociale. Cette protection passe tantôt par l'immixtion dans la sphère familiale afin de rappeler les valeurs essentielles qui ont été bafouées, tantôt par un refus d'immixtion lorsque la paix des familles prime la défense des intérêts lésés)[3]

ومن خلال قانون العقوبات وكذا القوانين الجنائية المكملة له فإن المشرع انتهج سياسة جنائية تتجه مبدئيا نحو ذات المفهوم ولو نسبيا، الأمر الذي كان مدعاة إلى معالجة موضوع الدراسة في فصلين أساسيين:

الأول: يتعلق بتدخل القانون الجنائي في المجال الأسري لحفظ كيان الأسرة ة وصون بقائها.

الثاني: يتعلق بإبعاد القانون الجنائي عن المجال الأسري لحفظ تماسك الأسرة وضمان استقرارها.

[1] د.أحمد محمود خلف– الصلح وأثره في انقضاء الدعوى الجنائية وأحوال بطلانه– دار الجامعة الجديدة ص.14

[2] المادة 994 ق.إ.م.إ (قانون رقم 09/08 الصادر في 25 فيفري 2008)

[3]La Famille et droit pénal- Annal 2003 groupe ISP institut supérieur de préparatio (www.prépa-ISP.fr)-op.cit–p.6

الفصل الأول:

الأسرة مدعاة لتدخل القانون الجنائي

إن أفراد المجتمع من خلال مجموع الأسر المنتمية إليه يخضعون في علاقاتهم إلى قواعد منظمة للمجال الأسري بشكل خاص اعتبارا أن الأسرة هي الخلية الأساسية، وإلى قواعد منظمة للمجال الاجتماعي بكامله بشكل عام اعتبارا أن المجتمع بنيان مرصوص يتوجب الحفاظ عليه اتقاء مغبة اختلاله وتصدع استقراره.

في هذا السياق إذ كانت هذه القواعد بمختلف مشاربها مدنية كانت أم جنائية هدفها الأساسي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فان التساؤل الذي يطرحه أي باحث في هذا المجال ينصب في الأساس عما إذا كانت هذه القواعد تسعى لحماية المصلحة العامة للمجتمع بما في ذلك مصلحة الأسرة، أم أنها تهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للأسرة والتي من خلالها تتحقق الحماية الكاملة للمجتمع اعتبارا أنه لا يمكن حماية المجتمع إلا من خلال حماية الأسرة، وأن اختلال هذه الأخيرة من شأنه أن يؤدي إلى اختلال المجتمع برمته بل وأكثر ومجاراة للتحولات المعاصرة المنادية بالفردية فهل هذه الحماية موجهة لمصلحة الفرد اعتبارا انه العامل المشترك للأسرة والمجتمع.

وبالرغم من اختلاف الرؤى بشأن هذا التساؤل رغم أن مسعى الحماية واحد وهو مصلحة المجتمع والأسرة والفرد إلا أن محصلته تمثلت في النظم التي عرفتها المجتمعات المتباينة من حيث سبل تحقيق غاياتها ذات الانعكاسات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية بل وحتى الثقافية والدينية والمؤثرة دون شك في الجوانب القانونية.

في هذا الصدد فإن التشريعات الجنائية تباينت من مجتمع لآخر بالرغم من أن غالبيتها إذا كانت تتضمن نصوص أحكام تخاطب الكافة من خلال تجريم عام يخضع له كافة أفراد المجتمع، ففي ذات الوقت تتضمن هذه التشريعات الجنائية نصوص أحكام تخاطب فئة معينة في المجتمع كالأسرة، من خلال تخصيص تجريم لأفعال لا تعني سوى الأسرة إما حماية لكيانها أو حماية لاستقرار روابط أعضائها وهذا ما يطلق عليه بالجرائم الأسرية الصرفة (ذات الطبيعة الخاصة) والتي لا يتوقع اقترافها إلا ضمن المجال الأسري، ومن هذا المنظور إذا كان المشرع في قانون العقوبات خصص حيزا لهذا النوع من الجرائم الأسرية بعنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة والمشتملة على حماية الأسرة ضمن محيطها الداخلي، فإن باقي الجرائم الأخرى خصص بشأنها حماية للأسرة من خلال اعتبار الرابطة الأسرية ظرفا مشددا للعقاب.[1]

[1] الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010 القطب الجامعي جيجل – مداخلة د.الغوثي بن ملحة في تقديمه لمداخلات الملتقى.

وانطلاقا من هذه النظرة القائمة على أساس سياسة جنائية مبنية على تجريم أفعال ذات طابع أسري بحت غير معني بها سوى أعضاء الأسرة دون غيرهم حيث تصبح الأسرة عنصر تكويني للجرم[1] والغاية من تدخل القانون الجنائي بشأنها يهدف إلى حماية كيان الأسرة، ويعني ذلك أنها تصبح سببا لتجريم أفعال مرتكبة ضمن مجالها ويقتضي حماية لكيانها سواء كان أمر هذه الأفعال يمس بالترابط الأسري أو يمس بالتكافل الأسري وهو موضوع (**المبحث الأول**).

في حين الأسرة معنية بباقي الأفعال المجرمة المخاطب بشأنها الكافة في المجتمع وباعتبار أن هذه الأفعال من شانها زعزعة الأسرة أكثر من غيرها كان لزاما وتكريسا لحماية استقرار كيانها أن تصبح سببا لتشديد عقاب هذه الأفعال بل وأكثر من ذلك إضفاء الخصوصية بشأنها فتتخذ تسمية لها تتمثل في العنف الأسري بمختلف أنواعه وهو ما نتناوله في (**المبحث الثاني**).

[1] د.أشرف رمضان عبد الحميد–نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائيا– مرجع سابق ص.63 وما يليها.

المبحـــث الأول:

حمـــاية كـــيان الأســـــرة

ما يهم بصدد هذا المبحث هو التركيز على الجانب القانوني ومن ثم يتعين بدءا التذكير أن الأسرة المعنية بالبحث هي الأسرة الشرعية، ولتبقى الأسرة الطبيعية والأسرة بالتبني في منأى عنه باعتبار أن المشرع لا تعنيه سوى الأسرة الشرعية من منطلق أن دين الدولة هو الإسلام[1] وأن المصدر الرسمي للقانون طبقا للمادة الأولى من القانون المدني هو التشريع ثم الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي أول[2]، وعلى هذا الأساس يرتكز البحث في محاوره على الأسرة الشرعية المحددة أحكامها بقانون الأسرة.[3]

فالأسرة أساسا تقوم على زواج شرعي طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة وباعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمعهم صلة الزوجية وصلة القرابة وذلك طبقا للمادة 2 من نفس القانون، وأن الأسرة تتكون أساسا من الزوجين بحكم الزواج الشرعي، وكذا من أشخاص تجمعهم صلة القرابة (الأصول والفروع).

إن هذا الكيان يقتضي لاستقراره الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وهي الركائز التي تقوم عليها الأسرة طبقا لمقتضيات المادة 3 من قانون الأسرة، وأن الإخلال بأي من هذه الركائز من شأنه أن يهدد بتفكك الأسرة وتدمير كيانها، الأمر الذي كان مدعاة لوجوب تدخل القانون الجنائي لحماية هذا الكيان بتجريم الأفعال الماسة بالترابط الأسري في (**مطلب أول**) في حين الإخلال بالتكافل الأسري يكون محل (**المطلب الثاني**).

[1] المادة الثانية من دستور 1996.

[2] القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975

[3] قانون الأسرة رقم 84-11 الصادر في 1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 الصادر في 02/27/ 2005

المطلب الأول: الإخلال بالترابط الأسري

إن أول لبنة لبناء الأسرة تتمثل في الزوج والزوجة وبالإنجاب يصبحان أصولا لفروعهما من خلال رابطة النسب وما يربط الزوجين بأصول أحدهما للآخر يشكل رابطة المصاهرة، تلك آية الخالق في خلقه لقوله تعالى: " **وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا**"[1].

و الأسرة وفقا لهذا المفهوم تخضع لنظام دقيق ومحكم يتجلى في نظام ترابط الإحصان كأساس وحيد لبقائها وأن الإخلال به حتما يكون سبب فنائها وهو ما كرسته المادة 3 من قانون الأسرة من خلال النص بأن الأسرة تعتمد في حياتها على الترابط، فالزواج ميثاق غليظ يربط الرجل بالمرأة برباط شرعي يستوجب الإحصان والمحافظة على الأنساب وفقا لما هو مبين بالمادة 4 من قانون الأسرة وأن أي سلوك يمس هذا الرباط سواء ما بين الزوجين أو بين بقية أفراد الأسرة (فروعا وأصولا) من شأنه أن يدمر هذا الترابط ويزلزل بذلك كيان الأسرة، وأن أول ركيزة ضامنة لهذا الترابط هي الإخلاص والوفاء بين الزوجين، وأن إخلال أحدهما أو كليهما به من شأنه تدمير الأسرة وهو الموضوع المتعلق بتجريم الزنا (**الفرع الأول**).

في حين المساس والإخلال بالعلاقات الأخلاقية للأسرة (نسبا ومصاهرة) هو الآخر يحتل نفس الأهمية إذ مخالفة هذه العلاقات للفطرة التي وجدت من أجلها الأسرة وبأفعال الفاحشة بين ذوي المحارم من شأنه تدميرها في عمق أسسها وهو موضوع (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: جريمـــــة الزنـــا

لا يهم مصطلح لفظ (الزنا لغة بالألف الممدودة -بلغة أهل نجد- أو لفظ الزنى بالألف المقصورة -بلغة أهل الحجاز-)[2] مثلما يحبذ أهل اللغة تدقيقه بقدر ما يهم أساسا أنه تلك العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة وفقا لما حدد بالفطرة الطبيعية اساس التناسل وأن هذه العلاقة الجنسية هي نفسها القائم عليها الزواج الشرعي، فتكون بذلك في حالة الزواج مشروعة وفي غيره بمثابة الزنا.[3]

---

[1] الآية 54 من سورة الفرقان

[2] جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري أ.عبد الحليم بن مشري – **مجلة العلوم الإنسانية**– جامعة محمد خيضر– بسكرة– العدد 10 ص.184

[3] د.عبد الوهاب البطراوي–جريمة الزنا بين اليهودية والمسيحية والإسلام –الطبعة الثالثة–2005 ص.13.

فالعلاقة الجنسية الطبيعية المحققة للتناسل هي تلك المتمثلة في وطء الرجل للمرأة في فرجها وهي فطرة الله في خلقه من خلال زواج شرعي يضفي الشرعية على هذه العلاقة لتحقيق البقاء بالتناسل والمحافظة على الأنساب وأن نقيض ذلك هو العلاقة الجنسية بوطء الرجل للمرأة في قبلها وفي غير حل وهو العلاقة غير المشروعة فهو الزنا والذي يعد مجلبة للفساد اعتبارا أنه أعظم المفاسد المضرة بنظام الأسرة إلى جانب أنه منافي لمصالح حفظ الأنساب وحفظ الحرمات ومولدة لكافة الأمراض.[1] وبذلك اعتبر مشكلة مهددة للإنسانية في كل عصر وفي كل مصر ماضيا وحاضرا ومستقبلا[2]، فالزنا بهذا المفهوم محدد في العلاقة الجنسية بمحلها الطبيعي وهو ما يعني استبعاد العلاقات الجنسية الأخرى سواء منها الشاذة أو تلك التي تباشر خارج الفرج كما هو الشأن في مقدمات العلاقة الجنسية.[3]

إذن فالزنا هو العلاقة الجنسية المماثلة لتلك التي يبررها الزواج الشرعي ولكون محلها غير مشروع فإنها تشكل جرم الزنا (طبعا مع اختلاف في هذا الصدد بين الشريعة الإسلامية التي تجعل أي علاقة جنسية خارج الزواج تعد بمثابة زنا، وبين التشريعات الوضعية التي تقتصر فقط على تجريمه لارتكابه من طرف المتزوجين).[4]

ولعل المفيد في هذا الشأن أن البشرية تاريخيا عرفت مراحل للعلاقة الجنسية بدءا بمرحلة الاستئثار الفردي (*La monogamie*) ثم إلى ما أقرته الشرائع بوضع حد للإباحة الجنسية ووضع نظام لتنظيم العلاقة الجنسية بالزواج المبيح لهذه العلاقة وما دونه عد زنا معاقب عليه.[5]

وإذا كانت الشرائع السماوية اعتبرت الزنا من أخطر الجرائم المهددة للبشرية واتفقت على تجريمه[6].

---

[1] محمد بن إبراهيم بن عبد الله التو يجري – مختصر الفقه الإسلامي– بيت الأفكار الدولية– لبنان 2005 ص.905

[2] د.عبد الوهاب عمر البطراوي– جريمة الزنا– مرجع سابق ص.13

[3] عبد القادر عودة– التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي–المجلد الثاني– مكتب دار التراث– القاهرة– 2005 ص.309 وما يليها.

[4] د.محمود احمد طه– الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية– منشأة المعارف– الإسكندرية– 2008 ص.17

[5] بتفصيل أكثر في هذا الصدد عرفت البشرية في حقبتها الأولى شيوع العلاقة الجنسية – العصر الحجري ثم تلاها عصر الزراعة، أين الحاجة الاقتصادية دفعت إلى الاستئثار بالمرأة أو ما عرف بالزواج الفردي وكانت المرأة أحد مكونات رأس مال الرجل وأن الاعتداء عليها من غير مالكها يثير الاستهجان ويمكن أن يكون محل اقتصاص وكانت هذه بداية جريمة الزنا، ثم أخيرا مرحلة الديانات السماوية التي حرمت جميعها الزنا (هذا ما أورده د.عبد الوهاب البطراوي في مؤلفه جريمة الزنا بين اليهودية والمسيحية والإسلام– مرجع سابق ص.14 وما يليها).

[6] د.عبد العزيز سليمان الحوشان– القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة– مرجع سابق – ص.219

فإن الشريعة الإسلامية السمحة جعلت هذه الجريمة في نفس درجة الكفر وقتل النفس، [1] لما تتضمنه من خطورة الإضرار بالبشرية لقوله عز وجل:

"وَالَّذِينَ لَا يَدْعُـــونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَل ذلك يَلْقَ آثاما يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا"[2]

وبالرغم من خطر الزنا على الأسرة بشكل خاص والمجتمع بشكل عام وهو ما حذرت منه كافة الشرائع السماوية بعقاب شديد في الدنيا والآخرة فإن التشريعات الوضعية اتخذت بشأن هذه الجريمة سبلا مختلفة فمن تقليص نطاقها وصولا بالبعض منها لحد عدم تجريم هذا الفعل وهو ما يقتضي في هذا الصدد أن نبين الأساس الفلسفي لجريمة الزنا بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية (**أولا**) ثم نحدد الأساس القانوني لجريمة الزنا في التشريعات الوضعية من خلال قانون العقوبات ومقارنة ببعض التشريعات المقارنة (**ثانيا**).

أولا: الأســـاس الفلسفي لجريمة الزنـــا

إن مفهوم الزنا يتسع ويضيق وفقا للمنظار الذي ينظر به إليه، فالضرر الذي ينجم عن جرم الزنا يمكن أن يطال المجتمع بكامله من خلال الأسرة ومن ثم يقتضي الأمر إعطاء رؤية عامة لحماية مصلحة المجتمع والتي هي مصلحة عامة اقتضت أن يكون مفهوم الزنا واسعا بحيث يجرم كل علاقة جنسية تمت في منأى عن الزواج الشرعي، وهي الرؤية التي يقوم عليها الأساس الفلسفي في الشريعة الإسلامية (*أ*) في حين ووفقا لمنظار أضيق للزنا على اعتبار أن ضرره يطال الأسرة من خلال طرفيها وهما الزوجان ومن ثم اقتضى الأمر تحديد تجريم الزنا فقط من حيث المصلحة المتضررة وهي مصلحة الزوج المتضرر من خلال إخلال زوجه الآخر بالإخلاص الزوجي وهو الأساس المتبع في التشريعات الوضعية (**ب**).

أ- في الشريعة الإسلامية

إن نظرة الشريعة للزنا باعتباره مفسدة من أعظم الفاسد وضرره مثل ضرر الاعتداء على النفس مرده الرؤية ذات النطاق الشامل اعتبارا أنه ضار ليس فقط بالمصلحة العامة للمجتمع من خلال الأسرة ولكن ضار

[1] محمد الغزالي- حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة- دار الهناء للطبع والنشر والتوزيع- برج الكيفان- الجزائر ص.124

[2] الآيتان 68 و69 من سورة الفرقان.

بمصلحة كافة العالم[1] انطلاقا من أن الزنا مدمر للإنسان جسديا ونفسيا وأن آثار التدمير لا تتوقف على مرتكب الزنا وحده بقدر ما تتجاوزه، لتطال انتهاك الأعراض وفساد الأخلاق وبالتبعية لذلك اختلاط الأنساب وما يتولد عنه من اختلال الحقوق ناهيك عن انتشار الأمراض الفتاكة المورثة للفقر والناجمة عن انتشار الرذيلة.[2]

من هذا المنظور وتجنبا لبلائه الشامل تم تجريم الزنا بشكله الواسع سواء من خلال ما ورد بنص الكتاب أو السنة أو الإجماع، واعتبر من الكبائر ومخاطب به كافة الناس، فهو مجرم بغض النظر عن فاعله سواء كان متزوجا أو غير متزوج وفقط ما يفرق بينهما أن عقوبة المحصن مشددة وهي الرجم في حين غير المحصن عقوبته الجلد وهو يؤكد أن الشريعة الإسلامية تعتبر الزنا بمثابة الاعتداء على كيان المجتمع من خلال المساس بالأسرة ومن ثم فهو اعتداء على النظام الاجتماعي من خلال هدم أحد ركائزه وهو الأسرة.[3]

ب- في التشريعات الوضعية

خلافا للنظرة الواسعة للزنا في الشريعة الإسلامية فإن التشريعات الوضعية ضيقت نطاقه من منظور أن ضرره محصور في أفراد الأسرة وبدعوى أنه يطال فقط الإخلاص الزوجي، ومن ثم اعتبر خيانة زوجية الأمر الذي دفع بالغالبية منها تحديد جرم الزنا وحصره فقط في زنا الأزواج ؛أي العلاقة الجنسية لأحد الزوجين مع غير زوجه في حين بقية العلاقات الجنسية الأخرى لغير المتزوجين فيما بينهم مباحة عدا ما حددت بشأنه أحكام مجرمة لها علاقة إما بالسن (حماية القصر) أو بخدش النظام العام والآداب العامة وأعطي لها تكيفا خاصا ومحددا غير تكييف الزنا.

أضف إلى ذلك أنه بالنسبة لزنا الأزواج، فلا تقوم الجريمة إلا بشكوى مسبقة من الزوج المتضرر، وأن المتابعة الجزائية لا تتأتى إلا بشكوى مسبقة والتنازل عن هذه الشكوى يضع حدا للجريمة[4] وهو ما يؤكد

---

[1]-الإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية –الجواب الكافي لمن سال عن الدواء الشافي- ص.122 دار الكتاب الحديث القاهرة 2004

[2]- عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي- المجلد الثاني – مرجع سابق ص.306

-د.كامل السعيد – شرح قانون العقوبات- الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة- مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع- عمان الأردن- الطبعة الأولى- 1995 ص.237.

[3] عبد العزيز سعد- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة- الديوان الوطني للأشغال التربوية- الطبعة- الثانية 2002 ص.67

[4] د.أحسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجنائي الخاص. ج.1 دار هومة الطبعة السادسة - 2006 ص.130

تضييقا أكثر لنطاق جريمة الزنا، الأمر الذي يتأكد معه أن التجريم أساسه حماية مصلحة خاصة وهي صيانة الحرمة الزوجية.[1]

في هذا المنحى كان حال المشرع المغربي إذ بصريح النص يذكر الخيانة الزوجية ليميزها عن زنا غير المتزوجين والذي أطلق عليه تسمية الفساد[2].

في حين المشرع التونسي في المجلة الجنائية[3]، وكذا المشرع الجزائري في قانون العقوبات[4] يذكران الجريمة في النص بالعربية بمصطلح الزنا، وفي النص بالفرنسية مصطلح (*Adultère*) ويعني الخيانة الزوجية.

إن الملفت في هذا الشأن أن تضييق مفهوم الزنا وحصره في الخيانة الزوجية، مرده تأثر هذه التشريعات – خصوصا الغربية منها والتي سارت على دربها تشريعات كثيرة من الدول العربية– بالمؤتمرات المنعقدة منذ بداية القرن العشرين والمتعلقة بمعالجة المشاكل الأسرية ومنها بالخصوص المؤتمر التاسع للقانون الجنائي[5] والذي كرس فكرة أن الزنا هو أمر يخص التزامات فردية ومن باب الحرية الجنسية عمل على إلغاء تجريم الزنا (كما هو شأن التشريع الفرنسي الذي ألغى جريمة الزنا بقانون 17 جويلية 1975) معتبرا أن الإخلال بالإخلاص الزوجي يمكن أن يعالج وفقا للسبل المدنية طبقا لأحكام القانون المدني، والتي تجعل من الخيانة الزوجية سببا للطلاق[6].

و أنه سعيا لاستبعاد الجانب الجزائي للزنا، اعتبر أن تجريمه من شأنه أن يحدث ضررا تنجم عنه فضيحة للأسرة أكثر من الجرم في حد ذاته.

(و لعل أبرز فقهاء إيطاليا من سار في هذا الدرب بعدم تجريم الزنا، كان من بينهم ***Vincenzo Manzini*** من خلال تحليله لجريمة الزنا، إذ يرى أن تجريم وعقاب الخيانة الزوجية غير ضروري وغير ملائم ***(Inutile et Inopportun)*** وحسب ***Luigui Luchini*** تكريسا لنفس الفكرة، اعتبر أن تجريم الزنا يفتقر لشروط جدوى العقاب في مواطن ثلاثة: **أولها** أن أذية عقاب الزنا أكبر من أذية الزنا في حد ذاته لما ينجر عن

---

[1] د.أحسن بوسقيعة– الوجيز في القانون الجنائي الخاص. ج.1 دار هومة الطبعة الرابعة عشر–2012 ص139

[2] الفصل 491 من القانون الجنائي المغربي الذي ينص: يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين احد الزوجين الذي يرتكب الذي يرتكب جريمة خيانة الزوجية والفصل 490 ينص "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربطهم علاقة زوجية تكون جريمة فساد ويعاقب عليها...".

[3] الفصل 236 من المجلة الجنائية التونسية.

[4] المادة 339 من قانون العقوبات.

[5] المؤتمر الدولي التاسع للقانون الجنائي المنعقد بلاهاي سنة 1964.

[6] د.محمد سعيد نمور – شرح قانون العقوبات– القسم الخاص – الجرائم الواقعة على الأشخاص– ج.1– دار الثقافة والنشر والتوزيع 2005 ص.261 وما يليها.

هذا العقاب من فضائح تؤدي إلى الاضطراب الأسري وهو الاضطراب الذي يسعى القانون الجنائي إلى تفاديه بالبحث عن سبل الاستقرار وحسبه تصبح الدعوى الجنائية موضوع مذلة وسخرية للضحية وأن تحريك الدعوى العمومية بشان الزنا يعد بهذه المثابة مهانة للضحية المتضرر، **وثانيها** عدم جدوى تجريم الزنا المتمثل في صعوبة إثباته إذ يشير في هذا الصدد *Baccaria* أن جريمة الزنا من أكثر الجرائم وقوعا لكنها أصعب إثباتا:

(Déjà Baccaria avait classé l'adultère parmi les crimes trop fréquents dans la société, et en même temps difficile à prouver).

وثالثها يؤكد *Mazini* أن الطلاق يعتبر العلاج الأمثل والأكثر قبولا كبديل عن العقاب الجزائي لإصلاح ما أفسدته الخيانة الزوجية.)[1]

إن نتاج هذا النقاش الفقهي كان سببا في إلغاء تجريم الزنا بإيطاليا خلال سنوات 68-1969 ولعوامل أساسها تغير النظرة لمفهوم الأسرة والذي أفقدها الطابع المؤسسي.

و إذا أدركنا ولو بعجالة في عرض الأسباب حول الرؤى المتباينة لجريمة الزنا واختلافها ما بين الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، فإن ما يقتضي التوقف عنده أن التشريعات الغربية أخذت على عاتقها الأفكار الفلسفية المنبثقة من النزعة الفردية والتي فرضت نفسها على هذه المجتمعات انطلاقا من خيارات تخصها، في حين كثير من تشريعات دول العالم الثالث، خصوصا العربية، وبحكم عوامل مختلفة ناجمة عن تبعية أملتها ظروف تاريخية في فترات معينة، وجدت نفسها تقتبس جزءا معتبرا من التشريعات الغربية، بالرغم من أنه في غالب الأحيان أن هذه التشريعات تصطدم والمعتقدات السائدة بها ويكفي كمثال أن الإسلام في بلدنا هو دين الدولة وأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول بعد التشريع، ومع ذلك فإن قانون العقوبات بصدد جريمة الزنا نهج نفس نهج التشريع الفرنسي قبل إلغائه لتجريم الزنا، ويكفي أن النصوص المتعلقة بالزنا في قانون العقوبات نسخت نسخا حرفيا عن نصوص التشريع الفرنسي. وإذا استمر النسخ لا قدر الله فليس من الغرابة أن يلجأ المشرع في يوم ما تحت تأثير تداعيات العولمة أن يجنح لمجاراة هذه التشريعات الغربية ويلغي تجريم الزنا.

و لما أدركنا أن فلسفة التشريعات الغربية باعتبارها تشريعات وضعية تميل نحو تضييق جريمة الزنا من منطلق أن القانون الجنائي بشأنها ينصب على حماية فردية، وهو الأمر الذي يقتضي تحديد إطار جريمة الزنا في

[1] Histoire de famille à la convergence du droit pénale et de lien de parenté -Le délit d'adultère et concubinage dans la codification pénale Italienne- de la répression à la dépénalisation- Robert ISOTTON– Op.Cite P.95à 109.

التشريعات الوضعية من خلال معالجة قانون العقوبات، والذي يبدو مبدئيا أنه يتفق وباقي التشريعات المقارنة في هذا الشأن مع بعض الاختلاف من تشريع لآخر وان كان هذا الاختلاف ليس جوهريا.

ثانيا: الأساس القانوني لجريمة الزنا في التشريعات الوضعية

المشرع في قانون العقوبات الصادر بالأمر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 والمتمم والمعدل في (1975، 1982، 2004) عالج جريمة الزنا ضمن الجرائم التي أطلق عليها تسمية انتهاك الآداب والتي يرى البعض تسميتها بجرائم العرض (من المادة 333 إلى 349 ق.ع) ويتجلى من محتوى هذه النصوص تجريم الأفعال ذات الطبيعة الجنسية، سواء ما تعلق منها بحماية خاصة للأسرة وأعضائها أو حماية عامة للمجتمع، علما في هذا الصدد أن الفقه بشأن هذه الجرائم يميل حاليا إلى تسميتها بالجرائم الجنسية *les infractions sexuelles* وهي التسمية التي يراها الكثير أنها الأسلم من الوجهة القانونية.

و المتصفح لهذه النصوص رغم أنها منصبة جميعا على أفعال جنسية مجرمة، إلا أنها تختلف من حيث أركان كل جريمة، خصوصا فيما تعلق منها بركن الرضا، إذ هناك جرائم جنسية رضائية وأخرى غير رضائية وهناك التي يقتضي ركنها المادي أن تتم العلاقة الجنسية بشكلها الطبيعي المعروف بالفطرة، في حين تلك الماسة بالآداب لا تقتضي سوى المظهر الخارجي المخل بالحياء دون قيام علاقة جنسية تامة.

إن هذا الأمر يقتضي تحديد جريمة الزنا تحديدا دقيقا وهو ما تقتضيه مشروعية التجريم عملا بالمبدأ الدستوري لا جريمة ولا إدانة من دون نص مسبق[1] والمكرس بالمادة الأولى من قانون العقوبات.

في هذا الشأن إذا كان المشرع في تجريمه للزنا لم يورد تعريفا للزنا بنص المادة 339، تاركا كغيره من التشريعات الأخرى تحديد معالم هذه الجريمة للفقه والاجتهاد القضائي، وهو ما أثار بعضا من الجدل إذ يرى البعض من الباحثين أن حكم الزنا في قانون العقوبات منتهك لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول للتشريع من جهة، ومن جهة أخرى عدم التحديد الواضح لهذه الجريمة يصطدم ومبدأ المشروعية السالف الذكر إلى جانب أنه لا يحقق الغرض الاجتماعي للردع المقرر لهذه الجريمة.[2]

[1] المادة 46 من دستور 1996 "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"

[2] مدى شرعية النص المجرم للزنا في التشريع الجزائري وأثره على حماية الأسرة- الأستاذ حسين بلحيرش -الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010 القطب الجامعي جيجل -مرجع سابق ص.63

و في إطار المسعى لتحديد جريمة الزنا باعتبارها أحد صور العلاقة الجنسية تحديدا دقيقا؛ هذا التحديد الذي تقتضيه مشروعية التجريم يتعين تحديد مفهوم الزنا من خلال تعريفه فقها وكذا من خلال ما توصل إليه الاجتهاد القضائي (أ) ثم من خلال هذا التحديد يتوجب الأمر الوقوف على الجانب الموضوعي والشكلي لجريمة الزنا من خلال معالجة المشرع لهذه الجريمة بنص المادة 339 وما يليها من قانون العقوبات (**ب**).

أ–تحديد مفهوم الزنا فقها وقضاء

اذا كانت العلاقات الجنسية ذات مظاهر عديدة وتتخذ أشكالا متنوعة فمنها الطبيعي ومنها غيره وهو الأمر الذي يثير معضلة تحديد المراد من العلاقة الجنسية التي تحقق الزنا ؛ في هذا الشأن إذا كان الفقه الإسلامي حسم الأمر باتفاق المذاهب أن الزنا يتحقق بالوطء في القبل أو الدبر(وفقا للمذهب المالكي والحنبلي والشافعي في حين يؤكد المذهب الحنفي فقط الوطء في القبل) والقصد من الوطء هو الإيلاج [1] ؛ أما فقه التشريعات الوضعية فان مفهوم الزنا هو المتعلق بزنا الأزواج وبالرضا المتبادل بين طرفيه من خلال التفاعل الذي يحقق تمام العملية الجنسية سواء كان الإيلاج كاملا أو جزئيا[2] وذلك يعني استبعاد كافة الأفعال الجنسية الأخرى رغم أنها ليست بالأمر المقبول بمفهوم الإخلاص الزوجي ؛ إلا انه ومسايرة لما ركز عليه الفقه بشان العلاقة الجنسية والتي تعتبر زنا والذي يتجاوز فكرة الوفاء الزوجي ليكرس مفهوم حفظ النسل ومع صعوبة الإثبات ذهب الاجتهاد إلى تأكيد الالتحام بين طرفي الزنا وفي مكان العلاقة المحدد بالفطرة وبغير زواج صحيح[3] ؛ ولكن نرى في هذا الشأن أن مصطلح الالتحام إذا كان لا يؤدي نفس معنى الوطء فان الارتكان إليه كان من باب تأثير تطبيقات الاجتهاد القضائي هذا الأخير الذي يركز على إرادة الفاعل بأنه يعتدي على شرف زوجه الآخر[4]

ب– معالجة جريمة الزنا في قانون العقوبات

جريمة الزنا المنصوص عليها بالمادة 339 ق ع كباقي الجرائم تقتضي في الأساس الأركان الثلاثة المعروفة لقيامها لكنها تتميز عنها بأنها تقتضي ركنا خاصا وهو قيام الزوجية باعتبار أن النص يحدد الزنا في الزوجين

[1]– عبد القادر عودة– التشريع الجنائي الاسلامي– مرجع سابق – ص.308

[2]–د. محمود رشاد متولي– جرائم الاعتداء على العرض – مرجع سابق –ص.16

[3]–مدى شرعية النص المجرم للزنا في التشريع الجزائري وأثره على حماية الأسرة – حسين بلحيرش مرجع سابق – ص.72

[4]– قرار المحكمة العليا الصادر في 25 مارس 1969 – الغرفة الجنائية – نشرة العدالة 1969 ص.203

فقط وهو ما يقتضي عرض الجانب الموضوعي لجريمة الزنا (1) في حين المادة 341 من نفس القانون تحدد كيفية إثبات جريمة الزنا والإجراءات المتعلقة بالمتابعة في شأنها وهو ما يقتضي عرض الجانب الشكلي لهذه الجريمة (2).

1- الجانب الموضوعي لجريمة الزنا

مثلما سبق القول فإن مبدأ المشروعية يستلزم تحديد الفعل المجرم بوضوح سواء من حيث تحديد السلوك المجرم أو من حيث تحديد العقاب المخصص له، حتى يكون المخاطب بالتجريم على بينة واضحة مسبقا.

ومن ثم إذا كان المشرع بتجريمه للزنا بنص المادة 339 وما يليها من قانون العقوبات فإن ذلك يعني وجوبا دراسة الركن الشرعي (1-1) وباعتبار أن هذا الفعل المجرم يتمثل في نشاط محدد مما يقتضي معه الأمر دراسة الركن المادي لجريمة الزنا (1-2) في حين تجريم الزنا واقتصاره على المتزوجين فقط يقتضي تحديد معالم هذا الركن الخاص (1-3) ومادام أمر الزنا لا يتصور إلا بقصد عمدي مما يتعين تسليط الضوء فيما يثار بشأن الركن المعنوي(1-4).

1-1 الركن الشرعي

من خلال دراسة أركان الجريمة فإن الكثير يركزون على الركنين المادي والمعنوي على اعتبار أن الركن الشرعي هو تحصيل حاصل كونه يبين الفعل المجرم وأن ما دونه يبقى فعلا مباحا، ولعل ذلك مرده النقاش الفقهي بشأن أركان الجريمة إذ هناك من يعتبر أن أركان الجريمة تتحدد فقط بركنيها المادي والمعنوي في حين يرى آخرون وجوب القول بأن الجريمة ذات أركان ثلاثة معتبرين الركن الشرعي هو الأساس الذي من شأنه تحديد الفعل المجرم من حيث وصفه ومن حيث نطاقه زمانا ومكانا[1] ومن ثم فهو يكتسي أهمية كبيرة أدت بكافة الدساتير للنص عليه كمبدأ إلى جانب مبادئ حقوق الإنسان.[2]

انطلاقا من ذلك فإن المشرع بصدد تجريم الزنا نص في المادة 339 ق ع على تجريم زنا الزوج أو الزوجة كجريمة خاصة تتمثل في الخيانة الزوجية متقفيا في ذلك التشريع الفرنسي قبل إلغائه وليخصص عقابا للزوجة

[1] د.أحسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي العام- دار هومة- ط.2006/4 ص.48 إلى 49

[2] G.LEVASSEUR- A.CHAVANNE. droit pénal et procédure pénale édition SIRY- 1972 P.21 et 22

أشد من عقاب الزوج من جهة[1] ونص بالمادة 340 من قانون العقوبات القديم على أن التنازل يضع حدا للدعوى العمومية وبعد الحكم ينهي أثر هذا الأخير.[2]

إلا أنه وخلال سنة 1982 وبالقانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فيفري 1982 تم إلغاء المادة 340 السالفة الذكر، في حين بالنسبة للمادة 339 تم تعديلها بشأن العقوبة وجعلها عقوبة واحدة سواء للزوجة أو الزوج وبالنسبة للشريك هو الآخر حددت له نفس العقوبة وفقط نص صراحة بالنسبة لشريك الزوجة اشتراط علمه أنها متزوجة في حين بالنسبة لشريك الزوج لم يذكر هذا الشرط على الأقل في فقرة النص المدون بالعربية.[3]

إذن يتبين من نص المادة 339 ق ع أن جريمة الزنا تتعلق بتفاعل طرفين يكون أحدهما متزوجا ويعتبر عندئذ الطرف المتزوج فاعلا أصليا والآخر شريكا له[4] وإما أن يكون كلاهما متزوجا ومن ثم يكونا فاعلين أصليين خصوصا عند تمسك طرفيهما المتضررين بالشكوى معا، أما إذا كانت الشكوى من طرف متضرر واحد فيكون المشكو منه فاعلا أصليا ويبقى الآخر شريكا حتى ولو كان متزوجا، وبالطبع تفاعل الشخصين من جنسين مختلفين اعتبارا أن النص يعاقب على زنا الرجل والمرأة والذي لا يتأتى إلا من خلال العلاقة بين الطرفين كما لو كانا زوجين إذ العلاقة الجنسية بين الزوجين هي حل لهما بمقتضى عقد الزواج الشرعي، في حين العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة لا تربطهما علاقة زوجية شرعا ويكون احدهما أو كلاهما متزوجا يشكل جرم الزنا بنص المادة339 ق ع.

ما يجب التأكيد بصدد تجريم الزنا أن المشرع الجزائري خلافا لبعض التشريعات[5] جعل جريمة الزنا بالنسبة للرجل والمرأة في مرتبة واحدة إذ لم يشترط شروط خاصة للزوجة أو الزوج، ويكفي فقط أن تفاعل طرفي العلاقة المجرمة يخضع لسلوك مادي محدد يشكل جرم الزنا والذي يختلف عن بقية العلاقات الجنسية الأخرى الأمر الذي يقتضي تحديد الركن المادي لجريمة الزنا

[1] المادة 339 ق.ع القديم.

[2] المادة 340 ق.ع القديم.

[3] لاحظ الفقرة الثانية والثالثة من المادة 339 من ق.ع

[4] جيلا لي بغدادي- الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية- جزء 2 (د.ط) الديوان الوطني للأشغال التربوية طبعة أولى- 2001 - ص.133

[5] خلافا لبعض التشريعات كالتشريع الفرنسي قبل إلغائه والذي يشترط أن يتخذ الزوج خليلة له بمقر الزوجية لعدة مرات والتشريع المصري الذي يشترط أن يرتكب الزنا بمحل الزوجية.

1-2 الركن المادي

إذا كان عقد الزواج يربط طرفيه بميثاق غليظ يجعل العلاقة الجنسية الطبيعية بينهما حلالا وهو الأساس الذي جعلت له الأسرة ليسكن كلاهما للآخر فإن انتهاك أي من طرفي الزواج لهذا الميثاق بعلاقة جنسية مع غير زوجه هو السلوك الذي يشكل مادية الزنا.

إذا كان قد سبق القول أن ما يميز جريمة الزنا سواء في الشريعة الإسلامية أو في التشريعات الوضعية من حيث الفعل الجنسي، أن الزنا يتطلب علاقة جنسية تتضمن الوطء أو الإيلاج بالمواضع الطبيعية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة؛ ومن ثم غير هذا الفعل من الأفعال الأخرى مستبعد من جرم الزنا، ويكفي انه موضوع تجريم آخر وبتكييف آخر في حالات خاصة ،فالركن المادي للزنا يتحقق من خلال الممارسة الجنسية لرجل وامرأة يكونا متزوجين أو أحدهما متزوجا وعلى أن تكون ممارسة طبيعية[1] كما انه وخلافا لما يذهب إليه البعض من اشتراط أن يكون الوطء كاملا، بل يكفي أن يتم الإيلاج حتى ولو كان جزئيا و لم يتم الإنزال أو عدم تمام الفعل كاملا، إذ ليس هناك محاولة الزنا، اعتبارا انه جنحة والمحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بنص[2]، فالركن المادي لجريمة الزنا هو إتيان الرجل للمرأة وفقا لما تحدده فطرة غريزة التناسل.[3]

وطبعا وفقا للمادة 339 ق.ع، فان هذا الفعل يشكل جرم الزنا حتى ولو تم مرة واحدة وفي أي مكان خلافا لبعض التشريعات التي تشترط وقوعه من طرف الزوج في مقر الزوجية ولعدة مرات[4] كما هو الحال في قانون العقوبات الفرنسي(قبل إلغاء تجريم الزنا) وقانون العقوبات الايطالي الذي يشترط ان يكون الزنا متكررا أو مرة واحدة ويكون مفضوحا.[5]

من هذا المنظور فالزنا هو حصول الوطء في محله الطبيعي وذلك أمر جلي في أحكام الشريعة الإسلامية استخلاصا من واقعة ماعز بن مالك الذي اقر بالزنا أمام رسول الله صل الله عليه وسلم فخاطبه " لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال لا، قال حتى غاب ذلك منك في ذاك منها، قال نعم، قال هل تدري ما الزنا ؟ قال

---

[1] عبد العزيز سعد- الجرائم الواقعة على نظام الاسرة- مرجع سابق ص.68

[2] المادة 31 من ق.ع

[3] د.محمد رشاد متولي- جرائم الاعتداء على العرض- مرجع سابق ص.17

[4] المادة 240 من ق.ع العراقي، والمادة 339 ق.ع الفرنسي القديم، والمادة 277 من ق.ع المصري، والمادة 474 من ق.ع السوري من ق.ع الأردني

[5] د.محمود أحمد طه- الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية- مرجع سابق ص.42

نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل بامرأته حلالا، قال فما تريد من هذا، قال أريد أن تطهرني فأمر به فرجم "[1]

فهل بالنسبة للتشريع الوضعي يتطلب نفس الأمر بوجوب حصول المواقعة الطبيعية وان كان أمر إثباتها ليس بالأمر الهين اعتبارا أن مثل هذه الأفعال تتم عادة في السرية، ولعل الاجتهاد القضائي في هذا الشأن يسعى دائما إلى التأكيد أن الركن المادي للزنا يقتضي أن يكون الوطء قد وقع فعلا، ولا يكفي أن يذكر حكم الإدانة الإشارة إلى الدليل دون تبيان كفاية هذا الدليل(الاجتهاد القضائي المصري: نقض 1948/12/28)[2] ؛ وسواء هذا الدليل مستنبط من واقعة تلبس بالزنا أو استخلاصا من الأوراق والمستندات المتبادلة بين طرفي الزنا بحيث يجب أن تتضمن عبارات تفيد وقوع الوطء فعلا(محكمة النقض المصرية نقض 1974/06/10)[3]

أما اجتهاد المحكمة العليا بشأن جنحة الزنا اتجه في نفس المنحى للتأكيد أن جرم الزنا يقتضي وقوع الإيلاج فعلا من خلال القرار الصادر بتاريخ 1984/03/20.[4]

ولما كان الزنا يتم في السرية فانه يصعب إثباته تلبسا؛إلا أن الاجتهاد في هذا الشأن أقر أن مشاهدة الزاني والزانية في وضع لا يترك مجالا للشك بمباشرتهما للعلاقة الجنسية، كاف للإدانة، كما أن العبارات التي احتوتها الرسائل المضبوطة والمتضمنة ما يفيد وقوع الوطء تعد دليلا كافيا لثبوت الزنا، ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر في 30 ديسمبر 1986.[5]

ورغم أن قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد تتسم بنوع من الغموض، ومع ذلك فان جهات التقاضي الأدنى وبحكم أنها ملزمة بما تم الفصل فيه من طرف المحكمة العليا بشأن المسائل القانونية، فان هذه الأخيرة في غالب الأحيان لا تقضي بالإدانة إلا إذا ثبت لديها حصول الوطء الفعلي؛ إذ مؤخرا أدانت محكمة الدرجة الأولى زوجة وشريكها بالزنا اثر مفاجأتهما من طرف زوجها الفاقد للبصر والذي استنجد بجيرانه الذين القوا القبض عليهما داخل غرفة النوم وكانت الزوجة في لباس النوم في حين الشريك خالعا حذاءه ومتخفيا داخل

[1] صحيح البخاري- 6824 ، كتاب الحدود ج3، ص. 313
- مالك بن انس- الموطا- الجزء الاول- كتاب الحدود- ص. 232 -المكتبة التوفيقية.
- أبي محمد عبد الغني بن عبد الواحد المقدسي- زبدة الإفهام بفوائد عمدة الأحكام المجلد الثالث ص.1410 دار ابن حزم الطبعة الاولى2007
[2] محمد عبد الحميد الألفي- الجرائم العائلية- الحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض 1999 ص.27
[3] أحمد أبو الروس- الموسوعة الجنائية الحديثة- الكتاب الرابع- المكتب الجامعي الحديث- الإسكندرية ص.290
[4] قرار 20 مارس 1984- ملف رقم 34051- م. ق-عدد 2 لسنة 1990- ص.269
[5] قرار المحكمة العليا 30 ديسمبر 1986 القسم الأول للغرفة الثانية – طعن 41320 – م.ق - العدد 3 لسنة 89- ص.289

الغرفة بعد اكتشاف الأمر، وأقرت الزوجة أمام قاضي التحقيق بأن شريكها قام بتقبيلها أربع مرات وأنه بناء على ذلك اعتبر قاضي الدرجة الأولى أن كل هذه المعطيات تفيد بما لا يدع مجالا للشك حصول الوطء وأداهما بناء على ذلك بجنحة الزنا والمشاركة (حكم 20 نوفمبر 2012)[1] إلا أن استئناف هذا الحكم انتهى إلى قرار صادر بتاريخ 9 جانفي 2013[2] ألغى الحكم المستأنف ومن جديد قضى ببراءة الزوجة وشريكها من جنحة الزنا مسببا قضاءه بخلو ملف الدعوى من الدليل الذي يفيد ممارسة الزنا أو ثبوت وضعية توحي بذلك.

وعلى هذا الأساس فإن ما استقر عليه الاجتهاد القضائي تطبيقا لمقتضيات المادة 339 ق ع ورغم التناقض في بعض قرارات المحكمة العليا كما سيبين لاحقا فإن المؤكد أن مادية جنحة الزنا تقتضي ثبوت وقوع الوطء.

1-3 ركن قيام الزوجية:

مثلما سبق الذكر فإن أحد أركان جريمة الزنا هو قيام الزوجية أثناء ارتكاب الجرم، فلا جريمة زنا قبل قيام العلاقة الزوجية ولا بعد حلها، هذا ما دفع بالكثير إلى تسمية جريمة الزنا بزنا المتزوجين.[3]

وباستقراء مقتضيات المادة 339 ق ع فإنها أوردت فقرتين الأولى تجرم زنا الزوجة كفاعلة أصلية وشريكها الذي يشترط أن يكون عالما بزواجها في حين الفقرة الثانية تجرم زنا الزوج وشريكته على أن إجراءات المتابعة لا تتخذ إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر وان صفح هذا الأخير يضع حدا للمتابعة.

بدءا من خلال ما تضمنه هذا النص يتجلى بوضوح أنه يهدف إلى حماية نظام الزواج وأكثر هو حماية لحق ذو طابع خاص وهو حماية الزوج المتضرر بالدرجة الأولى من هذا الجرم لذلك كانت تسمية الزنا في بعض التشريعات بالخيانة الزوجية ومع ذلك فلا جدال في أن الزنا فعل مهدد لكيان الأسرة برمتها إذ بسببه تتفكك الأسرة هذا التفكك الذي لا تطال عواقبه الزوجين فقط بقدر ما تنطلي على كافة أعضاء الأسرة بما فيها الأبناء ولتمتد إلى أهالي أسرة الزوجين، ويكفي أن وصمة العار لا ترحم ولا تستثني أحدا منهم.

---

[1] حكم محكمة عين التوتة الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 2012- رقم الجدول 12/1514.

[2] قرار الغرفة الجزائية لمجلس قضاء باتنة الصادر بتاريخ 09 جانفي 2013- رقم الملف 12/10524.

[3] د.عبد الوهاب عمر البطراوي- جريمة الزنا- مرجع سابق ص.189 (إذ يذكر زنا المتزوجين Adultéry وزنا غير المتزوجين أو الزنا العام Fornication).

ورغم أن الضرر يتعدى الزوجين المعنيين فإن اشتراط النص لتحريك الدعوى العمومية والمقتصر على حق الزوج المتضرر وحده لوقف الدعوى العمومية في أي مرحلة من مراحلها يؤكد أن الحماية الكامنة وراء جريمة الزنا هي حماية مصلحة الزوج المتضرر اعتبارا أنه وحده من يدرك مصلحة أسرته، فإما أن يحرك الدعوى أو يفضل بقاء الأمر مستورا تجنبا للفضيحة.[1]

إن الأمر وفقا لذلك يعني أن الزوج المتضرر مخير بين حالات ثلاث: أولاها اختيار الطريق الجزائي وثانيها اختيار الطريق المدني تطبيقا للمادة 4 من قانون الإجراءات الجزائية[2] إذ لا مانع من تصدي القضاء المدني للحكم بالطلاق بناء على واقعة زنا[3]؛ كما أن المشرع الفرنسي بعد إلغاء جرم الزنا أبقى عليه كخطأ مدني مبررا للطلاق.

(L'adultère est une violation du devoir de fidélité constitue une cause de divorce).[4]

وثالثها ألا يحرك ساكنا بالتستر بغية تفادي الفضيحة الأسرية وما يمكن أن ينجر عنها من ضرر أشد وقعا من الجريمة في حد ذاتها.

من هذا المنظور في حالة اختيار الطريق الجزائي، فالركن الخاص لقيام جرم الزنا يقتضي بداية تحديد العلاقة الزوجية المنشئة لجنحة الزنا من جهة، ثم تحديد ما ينجم من منازعة بشأنها أمام القضاء الجزائي من جهة أخرى، وهل أن هذا الأخير يملك صلاحية الفصل فيما يثار أمامه من دفوع سواء كانت أولية أو مسائل فرعية.

1-3-1 العلاقــة الزوجيــة

إذا كانت العلاقة الزوجية وقت ارتكاب الزنا هي بمثابة الركن الأساسي في جرم الزنا ومن دونها لن تجد المادة 339 ق ع مجالا لتطبيقها فإن هذا الأمر يقتضي أن يكون الزوج المرتكب للزنا مرتبط بزواج صحيح، وبناء على ذلك ينتفي جرم الزنا في الزواج الباطل أو الفاسد[5]، الامر الذي يتعين معه وجوب معرفة الارتباط الصحيح المرتب للأثر المنشئ لجرم الزنا، واعتبارا أن أحكام الزواج تخضع لقانون الأسرة وأن إثباته يخضع لنص

[1] جيلالي بغدادي- الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية- ج.2- مرجع سابق ص.134

[2] قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالأمر 66-155 بتاريخ 08 جوان 66.

[3] القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 06 أكتوبر 1968- غرفة القانون الخاص- نشرة العدالة لسنة 68 ص.122

[4] JEAN LAGADEK- le nouveau guide pratique du droit- SOPER 1995 P.208.

[5] عبد العزيز سليمان الحوشاني- القرابة وأثرهما في الجريمة والعقوبة- مرجع سابق ص.235

المادة 22 من القانون المذكور والتي تنص (يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي)، ومن هذا المنطلق يكون الزواج صحيحا بتسجيله في الحالة المدنية طبقا لأحكام قانون الحالة المدنية وكذا بحكم قضائي يأمر بتسجيل هذا الزواج بالحالة المدنية.[1]

إذا كان الزواج مسجل بالحالة المدنية فلا يثور أي إشكال بصدد دعوى الزنا التي يخضع تحريكها لشكوى مرفقة بعقد زواج الطرف المتضرر، إلا أن الإشكالية تكون في حالة الزواج العرفي والذي يعتبر زواجا صحيحا طبقا لأحكام المادة 6 من قانون الأسرة السالف الذكر إذا ما تضمن شروطه المنصوص عليها بأحكام نفس القانون.[2]

وفي هذا الصدد إثبات الزواج العرفي أو الذي يتم أمام الموثق و لم يسجل بالحالة المدنية أمر محسوم بصحته من خلال الاجتهاد القضائي في كثير من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.[3]

وعلى أساس ذلك فالزواج المعتد به لقيام ركن الزوجية هو الزواج الصحيح سواء كان مسجلا بالحالة المدنية أو عرفيا يتم إثباته بحكم قضائي يأمر بتسجيله بسجلات الحالة المدنية ؛ وإلى غاية هذا الحد ليس هناك إشكال رغم أن الاجتهاد القضائي بصدد هذه النقطة الأخيرة كان متذبذبا على الأقل زمنيا إذ أنه لا يعتد بزواج الفاتحة لإثبات جنحة الزنا من خلال قرار المحكمة العليا الصادر في 2 ديسمبر 1980،[4] وأن المتابعة في الزنا لا تتأتى إلا بتقديم عقد زواج وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر في 9 نوفمبر 1982،[5] إلا أن هذا

[1] قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970،

[2] في هذا الصدد وفي مقال للسيد بدوي علي منشور بالمجلة القضائية عدد 2 لسنة 2002 ص.149 وما يليها بعنوان عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع إذ جاء بالصفحة 254: أن الزواج الرسمي قانونا له ثلاث حالات: – أن يتم أمام الموثق – أو أمام ضابط الحالة المدنية – أو أمام موظف القنصلية في البلد الأجنبي لمن تمسك بالقانون الجزائري، أما الزواج العرفي المحتفل به أمام الجماعة فبعد ثلاثة أيام من وقوعه داخل التراب الوطني وبعد سنة خارج التراب الوطني يتوجب أن يثبت بأمر من رئيس المحكمة إذا كان غير متنازع بشأنه، وبحكم قاضي شؤون الأسرة إذا كان محل منازعة إذ من خلال هذا الأمر أو الحكم يؤمر بتسجيله بالحالة المدنية كل ذلك طبقا لأحكام الأمر 20/70 السالف الذكر.

[3] قرار 13 جوان 2007– م.ق– عدد 1– 2008 ص.253

[4] د.أحسن بوسقيعة– قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية – منشورات بيرتي طبعة –2006/2005–ص.149 (يشير إلى قرار 2 ديسمبر 1980 ملف رقم 21440– مجموعة الأحكام الجنائية ص.62)

[5] قرار المحكمة العليا الصادر في 09 نوفمبر 82– ملف رقم 23022– نشرة القضاة ج.2 ص.76.

الاجتهاد القضائي غير موقفه في هذا الشأن لإثبات جرم الزنا حتى ولو كان الزواج قد تم أمام جماعة من المسلمين و لم يقع تسجيله بالحالة المدنية وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر في 24 فيفري 1987.[1]

وأحدث اجتهاد للمحكمة العليا في هذا الشأن بقرارها الصادر بتاريخ 2011/07/28 أكد مبدأ أن جريمة الزنا تقوم حتى في حالة الزواج بالفاتحة (زواج عرفي)[2]

من خلال ما سبق ذكره يصبح جليا أن العلاقة المعتد بها لقيام جرم الزنا هي تلك التي تكون قائمة واقعا وحكما وقت ارتكاب الجرم، بمعنى أنه لا زنا قبل إبرام عقد الزواج ولو تمت الخطبة واقترانها بالفاتحة دون مجلس العقد العرفي، ولا جريمة زنا بعد حل عقد الزواج بطلاق نهائي أو بوفاة أو بعد إبطال الزواج الفاسد والذي له أثر رجعي،[3] ومن ثم يتحقق ركن الزوجية المشترط في جريمة الزنا المرتكب من أحد طرفي عقد الزواج حتى ولو لم يتم الدخول (خلاف ذلك في الشريعة الإسلامية التي تقتضي أن يتم الدخول)[4]، كما أن الزواج بعد الدخول سواء كان رسميا أو عرفيا يتحقق معه ركن الزوجية وتطبيقا لذلك استقر الاجتهاد القضائي أن المرتبطة بزواج عرفي ورفعت ضدها دعوى إثبات الزواج و لم تنتظر الفصل في هذه الدعوى تعد مرتكبة لجرم الزنا وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر في 13 ماي 1986،[5] كما أن المطلقة بحكم أو بقرار غير نهائي تعتبر مرتكبة للزنا وفقا لقرار المحكمة العليا الصادر في 18 ماي 1982 ما دام قد ثبت أن هذا الحكم محل الطعن لم يفصل فيه بعد،[6] نفس الأمر لمن اقترنت بزواج ثاني رغم أن طلاقها الأول محل طعن بالنقض لم يفصل فيه اعتبارا أن الطعن بالنقض له أثر موقف فيما يخص الطلاق،[7] وأنه تحصيل حاصل أن ركن الزوجية يكون قائما حكما بالنسبة للمطلقة طلاقا رجعيا باعتبار أن العصمة لم تنفصم نهائيا إلا بعد العدة خلافا لذلك الطلاق البائن سواء بينونة صغرى أو كبرى ينهي الزواج ومن ثم ينتفي ركن قيام الزوجية.[8]

---

[1] قرار المحكمة العليا في 24 فيفري 87- القسم الأول – الغرفة الجنائية الثانية- طعن رقم: 39171 المشار إليه في جيلا لي بغدادي- الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية- مرجع سابق ص.133

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 28 فيفري 2011 ملف رقم538865 – غرفة الجنح والمخالفات – م.ق- العدد2 -2012 –ص-325.

[3] احمد أبو الروس- الموسوعة الجنائية- الكتاب الرابع- مرجع سابق ص.61

[4] خلافا لذلك الشريعة الإسلامية تقتضي أن يتم الدخول كذلك بعض التشريعات مثلما الحال بالنسبة للمشرع التونسي في الفصل 263 ق.ع.

[5] د.نواصر العايش- تقنين العقوبات- مطبعة قرفي – باتنة -1991- ص.160 (الذي يشير إلى هذا القرار الصادر في 13 ماي 86 غير منشور)

[6] قرار 1982/05/18 –طعن رقم 22850-نشرة القضاة لسنة 1983 –عدد1- ص 122.

[7] قرار المحكمة العليا 89/06/06 مشار إليه في تقنين العقوبات- د. نواصر العايش- مرجع سابق ص.161

[8] د.عبد الوهاب عمر البطراوي- جريمة الزنا- مرجع سابق ص.195 وما بعدها.

1-3-2 منازعة قيام الزوجية في جرم الزنا

إذا كانت جريمة الزنا تقتضي قيام الزوجية، فإن هذه الأخيرة لا شك أنها تبدأ بانعقاد الزواج، وتنتهي إما بالوفاة وإما بالطلاق إلى جانب ما يمكن أن يثار بشأن هذه الرابطة بخصوص عقد الزواج سواء ما تعلق منها بإثباته أو ببطلانه وفساده، وأنه في كل الحالات كما سبق الذكر تطرح مشاكل بخصوص إثبات قيام الزوجية وبالأخص إذا كان زواجا عرفيا مسجلا أو غير مسجل بالحالة المدنية[1] إلى جانب ما يثار حتى بالنسبة لعقود الزواج الرسمية.

بداية يطرح التساؤل بشأن شكوى الطرف المتضرر كشرط لتحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 339 ق.ع، فهل يقتضي الأمر أن يثبت الطرف المتضرر زواجه والذي حتى في حالة ثبوته يمكن أن يدفع لاحقا بعدم صحته أم أن النيابة يمكنها أن تحرك الدعوى بناء على شكوى المتضرر حتى في حالة عدم تقديمه لما يثبت الزواج اعتبارا أن هذا الأخير ركن أساسي في جنحة الزنا.

إذا كان النص التشريعي في هذا الصدد لم يتعرض لهذه المسائل فإن التطبيقات العملية تؤكد أن النيابة بهذا الصدد ولتحريكها للدعوى العمومية تأخذ بظاهر معطيات الوقائع فإذا كانت هذه الأخيرة تنبئ عن انعدام الزواج فإن النيابة لا تحرك الدعوى العمومية، فمثلا إدعاء الزوج المتضرر أنها زوجته عرفيا و لم يتم الدخول بها فهو أمر بديهي أنه يؤدي إلى عدم قبول الشكوى وعدم تحريك الدعوى العمومية، كما هو الأمر حتى في حالة ثبوت الزواج رسميا إلا أنه بتاريخ الشكوى تقادمت الدعوى العمومية مما يؤدي إلى عدم تحريك الدعوى العمومية، ولكن في غير هذه الحالات فان حدوث منازعة للزواج لا يخضع الفصل بشأنها إلا من طرف الجهة القضائية المختصة.

إن الأمر في هذا الصدد يتعلق بالدفوع التي يمكن أن تثار من أطراف الدعوى العمومية سواء الطرف المرتكب للجرم أو الطرف المتضرر منه. إنها الدفوع بنوعيها، الدفوع الأولية والتي تفصل فيها المحكمة الجزائية

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 01 جوان 2005- رقم 297745 –م.ق-عدد1-2006-ص-577-الذي نقض قرار مجلس قضاء البليدة الصادر في 17 جانفي 2002 القاضي بالبراءة بدعوى عدم وجود عقد زواج مسجل بالحالة المدنية، وأسس الطعن أن الزوجة تقر بزواجها العرفي المثمر لأربعة أبناء ومن ثم فإن تسجيل الزواج هو لإثباته ولا ينفي قيام الزوجية.

المعروض عليها الدعوى العمومية، والدفوع الفرعية والتي تلزم المحاكم الجزائية وقف الفصل في الدعوى العمومية لحين الفصل بشأنها من طرف المحكمة المختصة.[1]

إن منازعة قيام الزوجية مسالة يمكن تصورها قبل تحريك الدعوى العمومية في جرم الزنا، ويبقى أمر المتابعة معلقا لحين الفصل في وجه المنازعة من طرف المحكمة المختصة، لكن يمكن تصور هذه الدفوع بعد تحريك الدعوى العمومية أمام الجهات الجزائية؛ فإذا كانت هذه الدفوع موضوعية تتعلق بعقد الزواج وعيوبه فإنها تعتبر مسائل أولية، وعلى أساس ذلك فالعقد الفاسد أو الباطل هو مانع لقيام جرم الزنا، وباعتباره مسألة جوهرية يثار في أي مرحلة حتى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، بل وباعتباره من النظام العام يمكن إثارته تلقائيا من طرف قضاة الموضوع، ويقبل التمسك به من طرف الفاعل الأصلي المرتكب لجرم الزنى وشريكه.[2]

وانه بناء على ذلك فان التمسك ببطلان الزواج أو فساده، سواء كان رسميا أم عرفيا بتقديم حكم مثبت لهذا البطلان أو الفساد كدفع أولي أمام جهة القضاء الجزائية، فان هذه الأخيرة تصبح ملزمة بقبوله وتقضي بالبراءة لانعدام ركن قيام الزوجية ؛ لكن في حالة الـــدفع به دون تقديم حكم نهائي فاصل في الدفع يجعل من هذا الأخير مسألة فرعية تقتضي تأجيل الفصل لحين فصل الجهة القضائية في بطلان أو فساد هذا الزواج.

يبقى أخيرا الدفع بالوفاة إذا كان بالنسبة لمرتكبي الزنا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية، فان التساؤل يثار بشأن حدوث وفاة الفاعل الأصلي، فهل يستفيد الشريك من انقضاء الدعوى؟

في هذا الصدد وان اختلف الأمر بين مؤيد لاستفادة الشريك وبين معارض، وبناء على اعتبارات يردها البعض إلى حماية الأسرة، ذلك أن انقضاء الدعوى العمومية بالنسبة للزوج الزاني بالوفاة يقتضي وحماية للأسرة من الفضيحة استفادة الشريك معه، وهناك من يرى أن حتمية وحدة الجريمة التي تربط طرفي جرم الـــــزنا تقتضي أن يكون مصير الجريمة لهما واحد، وأخيرا أصحاب الاعتبار المنطقي يرون أن وفاة الفاعل الأصلي يعدم الجريمة قانونا ومن ثم منطقا لا يمكن أن يحاكم الشريك عن جرم منعدم.[3]

إلا أن الأمر المنطقي في حالة الملاحقة بالزنا وحدوث وفاة أحد المتفاعلين سواء فاعلا أصليا أو شريكا فإنه طبقا للمادة 06 ق.إ.ج تنقضي الدعوى العمومية بالوفاة، وأنه حماية للأسرة فإن تحريك الدعوى العمومية

[1] عبد الحميد زروال– المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية– دار المطبوعات الجامعية الجزائر ص.13 وما يليها.

[2] د.عبد الوهاب عمر البطراوي– جريمة الزنا – مرجع سابق ص.246

[3] د.عبد الوهاب عمر البطراوي– جريمة الزنا– مرجع سابق ص.231 وما يليها.

من شأنه علم الكافة خصوصا من يعنيهم فضيحة الأسرة وبالتالي فإن انقضاء الدعوى للمتوفى لا يمنع من إدانة الآخر بالزنا، إذ ما يهم بصدد قيام جرم الزنا هو توافر أركانه سواء بالنسبة للفاعل الأصلي أو الشريك.

1-4 الركن المعنوي

باتفاق جل التشريعات الوضعية والسماوية فإن جريمة الزنا من الجرائم العمدية[1]، وأن العمد في جريمة الزنا يقتضي أن يكون هناك قصد جنائي والذي يقوم أساسا على العلم والإرادة، وعلم مرتكب الزنا سواء فاعلا أو شريكا يشكل فعل جرم الزنا بالنسبة للفاعل الأصلي بأنه يقيم علاقة غير حل ولا ملك له كزنا زوجة مع شخص غير زوجها وعلمها بذلك أو كزنا زوج مع امرأة ليست زوجه وعلمه بذلك، [2] غير أن القصد ينتفي في حالة الغلط في الشخص، فإذا وقع الوطء باعتقاد أن ذلك مع الزوج أو الزوجة فإن ذلك ينفي القصد الجنائي وشرعا الخطأ في الوطء المباح لا عقوبة عليه لانتفاء القصد لقوله تعالى "**وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم**"[3] هذا بالنسبة للوطء الحلال أما الوطء المحرم فالخطأ فيه لا يعفي من العقاب.[4]

أما الغلط الناجم عن الجهل في الوقائع كمن يعتقد وقوع الطلاق أو الوفاة وكذا بالنسبة للزنا الناجم عن بواعث فهو أمر مختلف فيه إلا أن المؤكد في التشريع الوضعي أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم والوفاة إلا بإثباتها بالحالة المدنية، وأما الموت الحكمي بالغياب فيقتضى حكما قضائيا ومن ثم لا يعتد بهذه الحالات لنفي ارتكاب الجرم الا بتقديم ما يثبتها.

إذا كان القصد الجنائي بالنسبة للفاعل يقوم على العلم فإن الشريك هو الآخر يقتضي أن يكون عالما أن من يرتكب معه الزنا متزوج، وفي هذا الصدد غالبية التشريعات تنص على أن عقوبة الزنا بالنسبة للزانية تطبق على شريكها وعقوبة الزاني تطبق على شريكته دون أن يذكر بالنص علم الشريك سواء في زنا الزوجة أو

---

[1] د.عبد الوهاب عمر البطراوي- جريمة الزنا- مرجع سابق ص.153 وما يليها.

[2] د. محمد أحمد المشهداني- شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- مرجع سابق ص.170

[3] الآية 05 من سورة الأحزاب

[4] الجرائم الأسرية عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.84

الزوج ولعل العلة في ذلك أن علم الشريك محدد في النص المتعلق بالاشتراك بالجريمة بوجه عام والذي يشترط فيه العلم ومن دونه ينتفي ركن القصد الجنائي.[1]

لكن بالنسبة للشريك طبقا للمادة 339 ق ع فإن الفقرة الأولى ورد بها بصريح اللفظ أن العقوبة ذاتها تطبق على من ارتكب الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة، فعلم الشريك أساس لقيام قصده الجنائي وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي.[2]

في حين الفقرة الثانية المتعلقة بزنا الزوج اكتفى النص بأن العقوبة ذاتها تطبق على شريكته و لم يذكر شرط علمها كما فعل في الفقرة الأولى السالفة الذكر وهو الأمر الذي حدا بالبعض إلى القول أن المشرع في هذا الصدد لم يشترط علم شريكة الزوج الزاني بما يعني أن هذه الأخيرة يقوم القصد الجنائي بالنسبة لها حتى في حالة عدم علمها.[3]

لكن ما خلص إليه هؤلاء كان بناء على اعتمادهم على النص المحرر بالعربية للمادة 339 ق ع في حين بتفحص نفس النص المحرر بالفرنسية يتجلى بوضوح أن الفقرة المتعلقة بشريكة الزوج (والتي سقط منها شرط العلم في النص المحرر بالعربية) تؤكد بما لا يدع مجالا للشك على شرط علم الشريكة[4] فآخر هذه الفقرة يفيد عدم الإخلال بشرط العلم من خلال الإحالة للفقرة التي سبقتها والمتعلقة بوجوب قيام ركن العلم بالنسبة للشريك.

ومن ثم فالمشرع لم يفرق بين الشريك أو الشريكة فيما يخص اشتراط العلم لقيام الركن المعنوي سواء بالنسبة للفاعل الأصلي أو الشريك ومع ذلك فإن الخلل الموجود بالنص المحرر بالعربية للمادة 339 ق ع يثير إشكالا اعتبارا أن النص باللغة الوطنية دستوريا هو الأصل، [5] إلا أن قضاء المحكمة العليا وبصدد وجه الخلاف

---

[1] لاحظ الفصل 236 ق.ع التونسي "الشريك يعاقب بنفس العقاب المقرر للزوجة أو للزوج المرتكب للجريمة"، والمادة 492 ق.ع. المغربي في فقرتها الأخيرة "لا يستفيد مشارك الزوجة أو الزوج من التنازل" وهو نفس الأمر بالنسبة للمادة 275 من ق.ع المصري.

[2] قرار المحكمة العليا 12 جوان 84 الغرفة الجنائية طعن 28837- م.ق – عدد1 لسنة 90 ص.279.

– قرار المحكمة العليا 24 فيفري 1987- م.ق1989 عدد 3 ص.285.

[3] جريمة الزنا في قانون العقوبات أ.عبد الحليم بن مشري- مجلة العلوم الإنسانية- عدد10 جامعة محمد خيضر بسكرة ص.194.

[4] La femme coauteur est punie de la même peine sans préjudice des dispositions de l’alinéa précédent.

[5] المادة الثالثة من الدستور الصادر في: 01/ديسمبر-1996- ج.الرسمية عدد76 -08-12-1996

بين النص المحرر بالعربية وما يقابله بالفرنسية فإنه رجح النص الأسلم حتى ولو كان محررا باللغة الفرنسية على أساس أنه يستقيم وأحكام مبادئ القانون الجنائي.[1]

إنه من خلال عرض الجانب الموضوعي لجريمة الزنا يتجلى بوضوح أن المشرع يسعى إلى حماية نظام الزواج كأساس في حين الجانب الردعي يثبت المساواة في العقوبة بين الفاعل الأصلي والشريك؛ ومادام الأمر كذلك فإن تحريك الدعوى العمومية لا يتأتى إلا بشرط الشكوى المسبقة وأن إثبات جرم الزنا أخضعه المشرع لوسائل إثبات خاصة والتي أخذ فيها بعين الاعتبار المصلحة الخاصة للأسرة ومصلحة المتضرر من جهة ولكن في ذات الوقت فإن استبعاد وسائل الإثبات العامة المخصصة لبقية الجرائم هو أساسا لضمان مصلحة مرتكب الجرم، إذ ليس من السهل أن يفضح الشخص بجرم مثل جرم الزنا ودون حماية له بإخضاع الإثبات لوسائل محكمة؛ ولعل التشريع الوضعي بصدد هذا الجانب الشكلي تقفى ما حددته الشريعة الإسلامية من خلال تشديدها لوسائل الإثبات ولدرجة استحالة قيامها سعيا في ذلك تغليب جانب ستر الأسرة وحمايتها وفي ذات الوقت ترجيح الجانب الردعي في حالة ثبوتها بتشديد العقاب.

2- الجانب الشكلي لجريمة الزنا

إن المشرع من خلال التجريم يسعى دائما إلى تحقيق غاية يرمي من ورائها صلاح المجتمع، وتجريم الزنا وحكمة تحريمه سواء في التشريع السماوي أو الوضعي تكمن في المحافظة على طهارة الأسرة ونقاء المجتمع بالحفاظ على الأعراض وشرف الأنساب، [2] وأنه لمساسه بهذه المقومات وزعزعتها من خلال الأسرة وما ينجم على ذلك من عواقب وخيمة تطال المجتمع برمته، الأمر الذي كان مدعاة لتجريمها سعيا لردعها من خلال أقصى العقوبة بالأخص في الشرائع السماوية.[3]

وإذا كانت نظرة المشرع لهذه الجريمة تقتضي التصدي لها بحزم على أساس أنها من الرذائل المهددة بفناء المجتمع إذ قال في شأنها رب العزة " **ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا**" [4]، فإن المشرع في ذات الوقت راعى من توقع عليه هذه العقوبة حتى لا تهدر حقوقه خصوصا وأنها بلغت أقصى حدود صرامتها، الأمر

[1] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 فيفري 1983- ملف رقم28094 – م.ق- عدد 1 ص.355.

[2] أبو بكر جابر الجزائري- منهاج المسلم- دار الكتب السلفية- القاهرة ص.495.

[3] السيد سابق- فقه السنة- المجلد الثاني- المكتبة العصرية صيدا بيروت 2004 ص.268.

[4] الآية (32) من سورة الإسراء

الذي يتطلب أن تكون هناك موازنة بين الضرر الواقع على المذنب من خلال العقوبة والضرر الواقع على المجتمع.[1]

من هذا المنظور حددت الشريعة الإسلامية عقوبة الزنا والتي تبدو لأول وهلة أنها عقوبة قاسية (الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن) لكن في ذات الوقت حددت إجراءات الإثبات لإقامة الحد وبشكل يكاد أمر تحقيقه بعيد المنال والغاية في ذلك تحقيق التوازن بين الضرر الاجتماعي والضرر الفردي، والأخذ بأخف الضررين وفي هذا الشأن إذا كانت أدلة إثبات الزنا في التشريع الإسلامي هي الإقرار والشهادة فإن التأكيد على تكرار الإقرار أربع مرات وأن التراجع على هذا الإقرار يشكل شبهة تدرأ الحد، والرسول صل الله عليه وسلم كان يسعى دائما أن يرجع المقر عن إقراره ما يعني أن تضييق الحد أمر مستحب في الشرع الإسلامي ذلك ما استشف من قضائه صل الله عليه وسلم لكل من حضر إليه مقرا بالزنا[2]؛ هذا إلى جانب الشهادة التي تقتضي أربعة شهود عدول تتفق شهادتهم على رؤية واقعة الزنا وينجم عن الاختلاف حد القذف، ناهيك عن تحديد شروط الشاهد وشروط المقر.

إذا كان هذا هو الموقف بالنسبة للشريعة والذي يتجلى منه تغليب الستر في الأساس وإلى درء الحدود بالشبهة سعيا في ذلك ألا يقام الحد إلا إذا ثبت الزنا قطعا فعن عائشة رضي الله عنها عن الرسول صلى الله عليه وسلم **"ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".**[3]

في هذا الشأن فإن غالبية التشريعات الوضعية سارت على نفس النهج بخصوص تضييق الجانب الشكلي لجريمة الزنا مقارنة ببقية الجرائم.

إنه بتفحص المادة 339 ق ع فإنها تشترط لتحريك الدعوى العمومية وجوب الشكوى المسبقة من طرف الزوج المتضرر وأن صفح هذا الأخير يضع حدا للمتابعة[4] هذا من جهة ومن جهة أخرى تنص المادة

---

[1] السيد سابق- فقه السنة- المجلد الثاني- مرجع سابق- ص.269.

[2] شمس الدين ابي عبد الله محمد بن قيم الجوزية – زاد المعاد في هدي خير العباد –ج4- مكتبة الصفا- طبعة أولى 2004 ص.12.

[3] عبد القادر عودة- التشريع الجنائي الإسلامي المجلد الثاني- مرجع سابق –ذكر الحديث الذي رواه الترمذي والحاكم والبيهقي في هامش الصفحة 317.

[4] المشرع المغربي- بخصوص شكوى الزوج المتضرر- يضيف أنه في حالة وجود الزوج في الخارج يمكن للنيابة متابعة الزوج المرتكب للخيانة الزوجية بصفة ظاهرة.

341 من نفس القانون أن أدلة إثبات جنحة الزنا محصورة في ثلاث دون غيرها وهي محضر تلبس بالزنا يحرره رجال الضبط القضائي أو الإقرار الوارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم وإما بالإقرار القضائي، وأن هذه الأدلة الثلاث هي الأساس وبغيرها تنتفي جريمة الزنا،[1] وأن الإدانة التي لا تكون مؤسسة على أحد هذه الأدلة تعتبر مخالفة للقانون.[2]

2-1 بالنسبة للدليل الأول: محضر التلبس بالزنا

بداية المادة 341 ق.ع أوردت في نصها المحرر بالعربية أن الزنا يقوم على محضر يحرره أحد رجال الضبط القضائي وعن حالة تلبس في حين أن النص بالفرنسية والذي يبدو أكثر وضوحا (محضر معاينة تلبس يحرره ضابط شرطة قضائية[3].

في هذا الشأن إذا كانت وسائل الإثبات طبقا للقواعد العامة وردت في قانون الإجراءات الجزائية بما فيها حالة التلبس وفقا لما هو محدد بالمادة 41 منه والمحددة لحالات التلبس الأمر الذي يدعو للتساؤل هل أن حالة التلبس المنصوص عليها بالمادة 341 ق.ع المتعلقة بالزنا ينطبق عليها التلبس المحدد بالمادة 41 ق.إ.ج ؟

لا شك أن النص على إجراء شكلي ضمن النص العقابي (الموضوعي) يهدف إلى حماية خاصة من خلال تضييق وسيلة الإثبات في الزنا بجعلها مختلفة عن وسائل الإثبات العامة التي تخص كافة الجرائم.

إن المشرع بتحديده لوسيلة تلبس في جنحة الزنا يهدف من وراء ذلك معاينة التلبس وهو أمر يختلف عن حالات التلبس الخمس المذكورة بنص المادة 41 ق.إ.ج،[4] والتي من خلالها يتم الإثبات بكافة الطرق بما فيها البينة في حين جنحة الزنا تقتضي معاينة حالة التلبس من طرف الضبطية القضائية؛ إلا أن هذا الأمر يثير إشكالا أساسيا بخصوص معاينة هذه الحالة اعتبارا أن جريمة الزنا من الجرائم التي ترتكب في سرية ومن ثم فإنه من باب الاستحالة أن تتم معاينتها وهو الأمر الذي أدى بالاجتهاد القضائي – أمام هذا التضييق المتعمد من طرف المشرع للتوفيق بين حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة– أن معاينة التلبس حتى ولو لم تتم من خلال

---

[1] المشرع المغربي يشترط هو الآخر نفس الأدلة (الفصل 493 ق.ع)في حين المشرع المصري في المادة 276 ق.ع خصص هذه الأدلة فقط لإثبات الزنا بالنسبة لشريك الزوجة في حين الأطراف الأخرى أخضعها لقواعد الإثبات الجنائية العامة.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/10/21– ملف رقم 69957– م.ق.العدد الأول لسنة 1993.ص-205

[3] (Procès verbal de constat de flagrant délit dressé par un officier de police judiciaire)

[4] حالات التلبس المبينة بالمادة 41: – أن تكون مرتكبة بالحال – أو عقب ارتكابها – أو أن يتبع العامة بالصياح مرتكبها – أن يوجد بحوزته أشياء أو آثار أو دلائل تفترض مساهمته في الجريمة – أو أن ترتكب في منزل يكشف صاحبه عنها عقب وقوعها باستدعاء الضبطية القضائية.

المشاهدة لواقعة الزنا وفقا لما يقتضيه الركن المادي لهذا الجرم فعلى الأقل الوقوف على مشاهدة الظروف التي لا تترك مجالا للشك بما يفيد أن الزنا قد وقع وهذا ما أستقر عليه الاجتهاد القضائي بالرغم من تناقض بعض قراراته منها قرار 20 مارس 1984 والذي اعتبر أن التلبس في الزنا لا يحتاج إلى معاينة من طرف الضبطية القضائية بل يكفي إثباته حسب الطرق العادية بشهادة الشهود برؤيتهم واقع الزنا، [1] في حين قبل هذا صدر قرار بتاريخ 15 مارس 1973 يستبعد شهادة الشهود كدليل إثبات تلبس الزنا، [2] وبعده أيضا قرار 14 جويلية 1987 يؤكد على عدم قبول الشهادة في جرم الزنا،[3] وأيضا قرار 02 جويلية 1989 الذي ألغى قرار مجلس قالمة المؤسس للإدانة على قرائن،[4] أما قرار 21 أكتوبر 1990 فأكد أن طرق الإثبات الثلاث المنصوص عليها بالمادة 341 ق ع هي وحدها المعتد بها في إثبات الزنا وأن الإدانة المبنية على غير هذه الدلائل الثلاث تعتبر خرقا للقانون.[5]

وإذا كان الاجتهاد القضائي المصري بشأن إثبات التلبس يأخذ بجواز إثبات الزنا بشهادة من سماهم بشهود الرؤية[6] فإن هذا الاجتهاد وسع من أدلة الإثبات في جرم الزنا ليشمل إلى جانب التلبس والإقرار القضائي والإقرار المستخلص من المكاتيب دليلا آخر وهو وجود المتهم في مترل مسلم وبالمحل المخصص للحريم مع أنه قصر هذه الأدلة على شريك الزوجة في حين إثبات زنا الزوج وشريكته أخضعه لوسائل الإثبات الجنائي العامة والتي لا تستبعد شهادة الشهود وكافة القرائن بل وأكثر فان قضاء محكمة النقض المصرية أكد أن القانون لا يجيز إثبات التلبس بشهادة الشهود إلا في باب الزنا.[7]

وما يمكن استخلاصه من المادة 341 ق ع أن المشرع بصدد أدلة الإثبات عن طريق التلبس يسعى إما إلى معاينة واقعة التلبس إما مباشرة- وهو أمر من الصعوبة بمكان لطبيعة التستر- وإما الوقوف مباشرة لمعاينة ظروفها، وبشكل ينبئ بما لا يدع مجالا للشك أن الزنا وقع فعلا، ونرى وجوب التأكيد على أن تعاين هذه

[1] قرار المحكمة العليا 84/03/20 القسم الأول بالغرفة الجنائية الثانية- طعن 34051- م.ق- عدد2 لسنة 90- ص.269

[2] قرار المحكمة العليا 15 ماي 73- الغرفة الجنائية الأولى- طعن 8420 (مشار إليه في الاجتهاد القضائي بغدادي جيلا لي)

[3] قرار المحكمة العليا 14 جويلية 87- القسم الأول- الغرفة الجنائية الثانية- طعن 47004- م.ق- عدد3 لسنة 1990 ص.275

[4] قرار المحكمة العليا في 21 أكتوبر 1990- طعن 69957- م.ق -عدد1 لسنة 93- ص.205

[5] قرار المحكمة العليا 02 جويلية 89- ملف رقم 59100- م.ق -عدد3 لسنة 91 ص.244

[6] أحمد أبو الروس- الموسوعة الجنائية- مرجع سابق الذي يشير في صفحته 296 وما يليها إلى طعن 02 ديسمبر 1935 وطعن 19 ماي 1941.

[7] محمد عبد الحميد الألفي - الجرائم العائلية- الحماية الجنائية للروابط الأسرية- مرجع سابق- ص.31 الذي يشير إلى نقض 27 ماي 1935.

الظروف من طرف الضبطية القضائية دون غيرهم اعتبارا أن هذه المعاينة من طرفهم تقتضي تحرير محضر معاينة الزنا ولا يعقل أن يحرر محضر معاينة يسند لشهادة الشهود.

2-2 الإقرار الوارد في الرسائل والمستندات الصادرة عن المتهم

إن هذا الدليل المذكور بالمادة 341 ق ع يقوم أساسا من خلال الاستنباط من الرسائل والمستندات الصادرة عن المتهم ويطبق على كافة أطراف الزنا سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء خلافا لبعض التشريعات التي تجعل هذه الأدلة تقتصر فقط على شريك الزوجة الزانية.

إن الرسائل والمستندات المتضمنة ما يفيد وقوع الزنا فعلا من خلال ما تتضمنه من عبارات تثبت وقائع دالة على ما يقتضيه الركن المادي وهو الوطء وأنه من أجل ذلك لا يكفي أن يدان المتهم بالإشارة إلى هذا الدليل في الحكم دون أن يبين ما يتحقق به هذا الدليل، أي ذكر العبارات التي تفيد واقعة الزنا.[1]

وإذا كانت هذه الرسائل والمستندات تنسب وجوبا للمتهم إذا ثبت أنها بخطه أو أقر بأنها له وذلك أمر يسير لكن ما يثير الإشكال حالة المستندات التي هي في شكل تسجيلات صوتية أو مصورة خصوصا وأن النص لم يتعرض لها وأن النصوص الجنائية إذا كانت لا تقبل القياس فإنها تستوجب التفسير الضيق إعمالا لمبدأ الشرعية الجنائية وعلى هذا الأساس فالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 06/24/ 2009[2] استبعد هذا النوع من المستندات معتبرا أن شريط الفيديو لا يشكل دليلا من الأدلة المحددة على سبيل الحصر لإثبات جريمة الزنا، ولكن نرى أن التأكد من صحة الشريط عن طريق الخبرة من شأنه أن يعتد به في مواجهة المتهم وأن ذلك لا يتعارض والنص باعتباره مستندا كغيره من المستندات الأخرى سواء مكتوبة أو غيرها خصوصا أن لفظ المستند يمكن أن ينصب على ما هو موثق بغير الكتابة.

2-3 الإقرار القضائي

إذا كان إثبات الزنا في الشريعة الإسلامية يقوم على الإقرار أو الشهادة فإن المذاهب بما فيها المذهب المالكي تتفق على أن رجوع المقر عن إقراره يسقط به الحد لأن في رجوع المقر شبهة والحد يدرأ بالشبهة.[3]

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 30 ديسمبر 1986- طعن رقم 11320- م.ق- عدد 3- 1989- ص.289
- أيضا قرار المحكمة العليا الصادر في 20 ديسمبر 1988- طعن 52013- م.ق- عدد 2 لسنة 1990.

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات-2009/06/24 - طعن 443709- م.ق- العدد2 2009 ص: 380

[3] د.أحمد الحصري- علم القضاء- أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي- دار الكتاب العربي- بيروت- طبعة أولى 1986- ص.363

أما الإقرار في التشريعات الوضعية إذا كان يعتبر حجة على المقر في المادة المدنية فإنه في المادة الجنائية يناقش كبقية عناصر الإثبات الأخرى ويخضع لتقدير القاضي، [1] هذا بالنسبة للاعتراف كوسيلة من وسائل الإثبات العادية التي تخص كافة الجرائم عدا ما استثني بنص خاص، وفي هذا الصدد فإن نص المادة 341 ق ع أورد الاعتراف كواحد من أدلة الإثبات في جريمة الزنا.

إذا كان الإنكار في الزنا يناقش لدحضه في مواجهة المتهم بأدلة تفند إنكاره من الأدلة المبينة بنص المادة 341 ق ع، وأن عدم التأكد من قيام هذه الأدلة بشكل قاطع يفيد الشك الذي يفسر لصالح المتهم فإن نفس الأمر بالنسبة للاعتراف إذا كان طبعا وفقا لوسائل الإثبات العامة يناقش كبقية الأدلة فانه قابل في رأينا لنفس الأمر بصدد إثبات جريمة الزنا خصوصا إذا كان هذا الاعتراف لا يستقيم ومعطيات الدعوى أو مع وجود ما يفيد عدم صحته بأدلة دامغة أو يكون مبعثا للشك وهو الأمر الذي يؤدي بالقاضي إلى العمل بقاعدة الشك لدرأ العقوبة وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا.[2]

إلا أن ما يقتضي التأكيد عليه بشأن الاعتراف أن يكون أمام جهة قضائية، [3] ومن ثم فإن أي إقرار أمام غير هذه الجهة لا يرقى لمرتبة الاعتراف القضائي ولا يؤخذ به كدليل لإثبات الزنا، غير أن الاجتهاد القضائي اعتبر أن الاعتراف أمام قاضي من قضاة النيابة يعتبر إقرارا قضائيا، في حين نرى أنه إذا كان صحيحا أن أعضاء النيابة هم قضاة إلا أن المحاضر المحررة من طرفهم تفتقر للحجية المقررة للمحاضر المحررة من طرف قضاة التحقيق والحكم ومن ثم فمحاضر النيابة لا تتعدى قيمتها كونها محاضر استدلالية فقط والتصريح الوارد بالمحاضر الاستدلالية لا يعتد به كاعتراف.[4]

ويطرح نفس التساؤل بخصوص قيمة إقرار أحد طرفي الزنا وما إذا كان يلزم الطرف الآخر؛ في هذا الصدد المستقر عليه في الاجتهاد القضائي أن هذا الإقرار لا يلزم إلا صاحبه ولا يتعداه للآخر[5].

---

[1] المادة 213 ق.أ.ج (الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي).

[2] قرار المجلس الأعلى- الغرفة الجنائية الثاني- القسم الأول بتاريخ 02 ديسمبر 1980- مجموعة قرارات الغرفة الجنائية- ديوان المطبوعات الجامعية- ص.26.

[3] قرار المجلس الأعلى في 12 جوان 19840- القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية- طعن رقم 28837- م.ق - عدد 1 لسنة 1990-ص-279

[4] قرار المجلس الأعلى رقم 47004 بتاريخ 14 جويلية 1987- م.ق- عدد 3 لسنة 90 ص.275

[5] قرار المحكمة العليا الصادر في 22 نوفمبر2000- ملف رقم 210717- م.ق- عدد 1 لسنة 2002 ص.263

إذا كانت هذه هي أدلة الإثبات في الزنا والتي يتجلى منها أنها تهدف إلى حماية الجانب الإجرائي والذي يؤدي في غالب الحالات أن يكون على حساب الجانب الموضوعي وهو ردع الجريمة باعتبارها مزعزعة لكيان الأسرة حتى ولو أن نظرة التشريع الوضعي لها لا تتعدى كونها جريمة ذات طابع خاص ويكفي تأكيدا لهذا الطابع أن المشرع جعل تحريك الدعوى العمومية بشأنها حكرا على الزوج المتضرر وأن تنازل هذا الأخير يضع حدا للدعوى العمومية والذي يستفيد منه الفاعل الأصلي وكذا الشريك.[1]

ومهما كانت عواقب جرم الزنا وأثره على الأسرة فسواء تم تفضيل السكوت عنه سترا للفضيحة أو كشفه لمتابعة مرتكبيه سعيا للردع فإن الحماية التي تقتضيها الأسرة تبقى بعيدة المنال في الحالة الأولى حتى ولو أن الطرف المتضرر كتم سر الفضيحة فإن تصدع الثقة التي ربطت الطرفين بميثاق غليظ يستحيل رأبها ؛ وفي الحالة الثانية حالة كشف الجرم وردع مرتكبيه فإن أثر عقاب الطرف المدان يطال الأبناء وباقي الأسرة.

إن الزنا إذا كان مزعزعا ومفككا للأسرة ولو بنسب متفاوتة فإن زنا المحارم هو النوع الثاني من الزنا المزلزل لكيان الأسر والأشد وقعا وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 337 مكرر ق.ع بالفاحشة بين ذوي المحارم.

الفرع الثاني: الفاحشـــة بين ذوي المحارم

إن الأسرة شرعا وقانونا تنشأ بزواج صحيح، وإذا كان الشرع والقانون قد أباح العلاقات الجنسية بالزواج فإنه حرم هذا الزواج على فئات مبينة ومحددة شرعا لحكمة ارتآها الخالق وقانونا بتأكيد التشريعات الوضعية على ذلك مع بعض الاختلاف للنظرة في تحريمها للزواج، وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإنه ذكر موانع الزواج المؤبدة منها والمؤقتة، [2] وأن مفاد هذا المنع هو منع العلاقات الجنسية بين هؤلاء ممن ورد ذكر تحريم الزواج فيما بينهم وأساس ذلك الروابط الأسرية التي تربطهم والمبنية على الاحترام والطاعة الواجبة.

وإذا كانت قواعد الشريعة العامة حددت المحرمات من الزواج، فإنه في المقابل جرمت التشريعات الجنائية العلاقة الجنسية التي تقع بين هؤلاء من تم تحريم الزواج بينهم والتي أطلقت عليها الشريعة الإسلامية تسمية زنا المحارم، في حين التشريعات الوضعية أدرجت لها عدة تسميات مثل سفاح المحارم، سفاح القربى، الفاحشة بين ذوي المحارم مثلما هو الشأن بالنسبة للمادة 337 مكرر ق ع.

[1] قرار المجلس الأعلى بتاريخ 27 نوفمبر 84- ملف رقم 29093- م.ق العدد الأول لسنة 90 ص.295

[2] انظر المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة

وإذا كان زنا المحارم تاريخيا ومنذ آدم عليه السلام موضوع تحريم كل الشرائع السماوية فإن الشريعة الإسلامية وضعته في مرتبة الكبائر إذ أنه شامل للقبح في مراتبه الثلاث[1]: قبح العقل باعتباره فاحشة وقبح الشرع باعتباره مقتا وقبح العرف والعادة باعتباره سبيلا سيئا لقوله سبحانه وتعالى " **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا**"[2]، وإذا كان أمر زنا المحارم بهذا الحد من الخطورة بالنسبة للأسرة باعتباره فاحشة ومقتا وساء سبيلا فإن خطره على المجتمع أعظم؛ ذلك أن المجتمع الذي تعمه الفاحشة سيكون حتما عرضة للبلاء لقول خليفة رسول الله أبي بكر الصديق رضي الله عنه (ولا تشيع الفاحشة في قوم إلا أعمهم الله بالبلاء).

ومثلما كان الأمر بالنسبة للزنا فإن زنا المحارم يقتضي معرفة حكم الشريعة الإسلامية بشأنه وهل خصه بأحكام مختلفة عن أحكام الزنا وهو ما نتعرض له في فقرة أولى أما الفقرة الثانية فنخصصها لموقف التشريعات الوضعية من زنا المحارم وأخيرا في فقرة ثالثة نعالج هذا الجرم من خلال المادة 337 مكرر ق ع سواء من حيث تحديد أطرافه أو من حيث العقوبة المخصصة له سعيا لمعرفة ما إذا كان المشرع من خلال تجريمه هذا الفعل يهدف إلى حماية الأسرة كخلية أساسية في المجتمع أم يسعى إلى حماية مصلحة خاصة لأفراد الأسرة؛ هذا بعد أن أدركنا أن الخوض في مصطلح زنا المحارم أصبح أمره واضحا من خلال تضمنه لعبارة الزنا والتي سبق تحديد مفهومها، فقط ما يميز هذه الجريمة عن الزنا يتمثل في أن العلاقة الجنسية تكون بين أطراف تربطهم قرابة المحارم.[3]

أولا: زنا المحارم في الشريعة الإسلامية

حددت الآيتان (22 و23) من سورة النساء المحارم بأربعة عشرة محرما، سبعة منها نسبا واثنين رضاعا وأربعة مصاهرة وواحدة متعلقة بالجمع بين الأختين لقوله جلت قدرته: " **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا**

[1] مكافحة زنا المحارم- محمد مرزوق العصيمي- ماجستير- جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- 02 ماي 2010- ص.62

[2] الآية (22) من سورة النساء.

[3] مكافحة زنا المحارم- محمد مرزوق العصيمي- ماجستير- مرجع سابق- ص.13

جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما"[1]

يتجلى من ذكر هؤلاء المحارم التحريم المؤبد كالأمهات وما علت درجاتهن والبنات وما نزلت درجاتهن والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت والمحرمات من المصاهرة وأم الزوجة وما علت وبنت الزوجة (الربيبة) وحلائل الأبناء وأن التحريم بالرضاع يأخذ حكم التحريم بالنسب.

في حين التحريم المؤقت يتعلق بالجمع بين الأختين (نسبا ورضاعا من الأب أو الأم أو من كليهما) ويأخذ نفس الحكم تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها لما ورد في حديث الرسول صل الله عيله وسلم عن أبي هريرة " لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها".[2]

إذا كان زنا المحارم في الشريعة الإسلامية لا يختلف عن الزنا بصفة عامة من خلال تحريم كل العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج عموما فمن من باب أولى أن المحارم المحرم عليهم هذا الزواج يخضعون لعقوبة الزنا، فهل يخضعون لعقوبة الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن أم هناك أحكام مختلفة.

في هذا الشأن ودون الخوض في التفاصيل المتشعبة نكتفي بإيجاز الأهم منها ؛ فإذا كانت الشريعة الإسلامية تعتبر الزواج بالمحرمة باطل بالإجماع فإن الوطء الواقع بشأن ذلك أختلف بإخضاعه للحد من عدمه، فبينما يرى فريق أن عقد الزواج شبهة تدرأ الحد يرى الفريق الثاني بأن الزواج بالمحرمة باطل وينجم عنه الحد[3] ؛هذا في حالة وجود العقد أما بعده فإن العلم هو الأساس في إقامة الحد من عدمه.[4]

ومثلما أختلف في إقامة الحد من عدمه بوجود الشبهة فإن تحديد العقوبة هو الآخر مختلف فيه فهناك من يرى أن عقوبة زنا المحارم هي نفسها عقوبة الزنا في حين هناك من يرى أن عقوبة زنا المحارم هي القتل سواء كان الزاني محصنا أم غير محصن.

---

[1] الآيتان 22، 23 من سورة النساء

[2] صحيح الامام مسلم- الجزء الرابع- كتاب النكاح- باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح- ص.35 - مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطبع والنشر- القاهرة 1383 ه

[3] د.سعيد عبد اللطيف حسن- الحماية الجنائية للعرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دار النهضة العربية- القاهرة 2004- ص.162، 163

[4] جرائم الشذوذ وعقوبتها في الشريعة والقانون- عبد الحليم بن محمد بن عبد اللطيف آل الشيخ- ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- الرياض 2003 ص.72

ثانيا: زنا المحارم في التشريعات الوضعية

لا شك أن العلاقات الجنسية المجرمة في التشريعات الوضعية ذات شقين إحداها رضائية والأخرى غير رضائية.

ولعل الحرية الجنسية في العالم الغربي كانت وراء عدم تجريم العلاقات الجنسية الرضائية مكتفية فقط بتجريم غير الرضائية وأصبح عنصر الرضا هو المبرر للفعل الجنسي.

نلاحظ في هذا الشأن أن المشرع الفرنسي بصدد الجرائم الجنسية بعد أن حددها في قانون العقوبات القديم بمصطلح انتهاك وخدش العرض (*L'attentat et l'outrage à la pudeur*) ثم استبدل هذا المصطلح بقانون العقوبات الجديد بالانتهاكات والاعتداءات الجنسية (*Atteintes et agressions sexuelles*).

إن هذا التحول المصطلحي الناجم عن تغير النظرة للجريمة الجنسية والتي أصبحت تقوم أساسا على الرضا[1] وفقا للحرية الجنسية التي أصبحت واقعا مبررا لإباحة ما كان مجرما وتجريم ما كان مباحا.

(La liberté sexuelle devient un fait justificatif)[2]

وفي هذا الإطار المقدس للرضا تم تجريم الاغتصاب الزوجي من جهة وإلغاء تجريم الزنا سنة 1975 من جهة أخرى، ومنع التمييز المبني على التوجه الجنسي أو الهوية الجنسية (قانون 2012/08/06 المعزز لحماية الحق في حرية اختيار الشخص لحياته الجنسية *Sa sexualité*).[3]

من هذا المنطلق فإن التشريعات الغربية إذا كانت بداية حرمت زنا المحارم فإن التأثيرات الناجمة عن المناداة بالحرية الجنسية كان من بين آثارها إلغاء تجريم الزنا كما هو الشأن في فرنسا منذ 1975 وبالتبعية لذلك كان مآل تجريم زنا المحارم بإلغاء نصوصه المجرمة له من خلال قرار المجلس الدستوري بقراره القاضي بعدم دستورية نص المادة 227-27 ق ع المجرم لزنا المحارم؛[4] إذ أن عدم دستورية النص المذكور يستتبع عدم تجريم زنا المحارم كجريمة مستقلة ومنفصلة في حين بقية النصوص المتعلقة بالانتهاكات والاعتداءات الجنسية تجعل من زنا المحارم ظرفا مشددا للعقاب.[5] واتبع التشريع الاسباني والبرتغالي نفس النهج من خلال عدم تجريم العلاقات

[1] Michel VERON- Droit pénal spécial 12 édition -SERY université Juin 2008 P.67
[2] SYLVAIN Jacopin- droit pénal spécial deuxième édition Hachette supérieur 2013 P.54,
[3] SYLVAIN Jacopin- droit pénal spécial op.cit P.55
[4] Décision N°2011 QPC du 17 Février 2012- www.conseil constitutionnel.fr
[5] Note de synthèse (en France, l'inceste, c'est-à-dire le rapport entre deux personnes qui sont parent à un degré ou le mariage est interdit ne constitue pas infraction spécifique, si la relation est librement consentie et concerne deux personne qui ont dépassé l'âge de la majorité sexuelle fixé à 15 ans) www.senat.fr P.01

الجنسية بين المحارم بمجرد بلوغ الأشخاص بما سمي بالبلوغ الجنسي *Majorité Sexuelle* (13 سنة في اسبانيا و14 سنة في البرتغال)؛ إلا أن التشريع البريطاني أتى بمفهوم آخر لزنا المحارم من خلال تجريمه للفعل بتسمية جديدة هي التجاوز الجنسي الأسري (*L'abus sexuel familial*) كجريمة قائمة بذاتها تحرم العلاقة الجنسية مع الفروع والأخ والأخت والخالة والعمة ؛ في حين التشريع الإيطالي لا يعتبر زنا المحارم جريمة إلا إذا كان مجاهر به[1].

من هذا المنظور عديد البلدان الأوربية لا تجرم زنا المحارم الرضائي بين البالغين لكنها في ذات الوقت وبهدف حماية القصر جرمت هذه العلاقات بتكييف التجاوز الجنسي على قاصر.

وإذا كان هذا هو موقف التشريعات الغربية من جريمة زنا المحارم فإن التشريعات العربية منها من تجاهل كلية تجريم هذا الفعل كالتشريع المصري والتونسي والمغربي، في حين بالنسبة للمشرع الجزائري إذا كان هو الآخر تجاهل هذا الجرم منذ الاستقلال إلى غاية 1975 فإنه تدارك الأمر بالتعديل الوارد بالأمر 75-74 المؤرخ في 17 جوان 1975 بإضافة نص المادة 337 مكرر ق.ع التي جرمت فعل الفاحشة بين ذوي المحارم.

ثالثا: معالجة قانون العقوبات لجرم الفاحشة بين ذوي المحارم

لا شك أن تجريم زنا المحارم وفق تكييف نموذج المادة 337 مكرر من قانون العقوبات والمعبر عنه بمصطلح الفاحشة بين ذوي المحارم في حين أن نفس المصطلح في النص بالفرنسية *L'inceste*[2] ويفيد في الحالتين من خلال تعريف المادة 337 مكرر السالفة الذكر أنه العلاقات الجنسية بين من تربطهم القرابة (نسب أو مصاهرة)، وتعني هذه القرابة بين من حرم الزواج بينهم شرعا وقانونا من خلال نصوص قانون الأسرة وأن تجريم هذا الفعل يهدف بالأساس إلى حماية العلاقات الأسرية المقدسة، فإذا كانت جريمة الزنا العادية تهدد كيان الأسرة فإن جرم زنا المحارم هو التدمير الفعلي والمؤكد للأسرة وبأبشع صورها ولما كان الأمر كذلك يتعين تحديد أطراف هذه العلاقة الجنسية لزنا المحارم (أ) ثم تحديد العلاقة الجنسية المعتبرة زنا محارم (**ب**) والعقوبة المخصصة لها(**ج**).

[1] (S'il provoque un scandale public)))) Note de synthèse op cit p.4 www.senat.fr

[2] L'inceste (du Latin incestum: « souillure inceste » désigne une relation sexuelle entre membres de la même famille et soumise à un interdit) Wikipédia.org.

أ- الأشخاص المعنيون بجرم فاحشة ذوي المحارم: إن المادة 337 مكرر ق.ع حددت ستة أصناف كذوي محارم آخذة في هذا التحديد بالصفة لا بالدرجة[1]، وأنه من خلال هذه الأصناف الستة يستشف منها أنها متعلقة بالمحرمات من القرابة نسبا ومصاهرة وفقا لما هو محدد بتحريم الزواج بالمحارم المذكور في المواد 24، 25، 26 من قانون الأسرة.

لكن التعديل الوارد على المادة 337 مكرر بقانون 01/14 أضاف الكافل والمكفول كمحارم وبدرجة الأقارب من الفروع أو الأصول[2]

في حين يثار إشكال المحرمات بالرضاع المنصوص عليه بالمادة 27 من قانون الأسرة والتي تنص بصريح اللفظ (يحرم من الرضاع ما يحرم بالنسب)، وهو الصنف الذي لم يشر إليه نص المادة 337 مكرر السالف الذكر.

في هذا الصدد إذا كان هناك رأي يرى أنه قياسا على تحريم الزواج الوارد بأحكام الأسرة فإن ما يحرم بالرضاع يحرم بالنسب ومن ثم يحصر التحريم من الرضاعة في الطفل الرضيع وحده دون إخوته المنصوص عليه في المادة 28 من قانون الأسرة، [3] إلا أنه في رأينا إذا كان القياس أساسا غير جائز في المادة الجزائية فإن الفقرة الأولى من المادة 337 مكرر ق ع إذا كانت تجرم العلاقة الجنسية بين الأقارب من فروع وأصول فإن ذلك لا يثير إشكالا بالنسبة للأم من الرضاع باعتبارها من الأصول للرضيع، إلا أن الفقرة الثانية المتعلقة بالأخوة فقد ذكرت حصرا الإخوة الأشقاء من الأب والأم والإخوة فقط سواء من الأب أو الأم، [4] وبالنسبة للأخوة من الرضاع يبقى التساؤل بشأنه مطروحا ويبقى بمثابة ثغرة تقتضي تدخل المشرع.

ب- تحديد العلاقات الجنسية المعتبرة فاحشة محارم : لا شك أن العلاقات الجنسية سواء بالرضا أو بغيره تتعدد وفقا لطبيعة العلاقة الجنسية ذاتها إذا كانت طبيعية أو غير طبيعية من جهة كاملة أو غير كاملة من جهة أخرى وأن هذه الصور للعلاقات الجنسية تتجلى من خلال الجرائم المحددة بقانون العقوبات المتعلقة بالأفعال الماسة بالحياء كالفعل المخل بالحياء دون عنف (334 ق.ع) والفعل المخل بالحياء بالعنف (335 ق.ع)

[1] وهو تقريبا ما أخذت به غالبية التشريعات الوضعية مع بعض الاختلاف فيما بينها (انظر المواد 285 ق.ع. الأردني، 476 ق.ع. السوري وخلاف ذلك قانون الجزاء الكويتي الذي اكتفى بذكر مصطلح المحارم وهو ما يفيد كل درجات المحارم المقررة في الشريعة الإسلامية).

[2] قانون 01/14 المؤرخ في 2014/02/04 المعدل والمتمم للأمر 56/66 المتضمن قانون العقوبات.

[3] د.أحسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجنائي الخاص- مرجع سابق ص.134

[4] يلاحظ هنا أن النص بالفرنسية أوضح من النص بالعربية

والاغتصاب أو هتك العرض (336 ق.ع) وبقية الأفعال الجنسية الأخرى كالتحريض على الفسق والدعارة وغيرها والواردة جميعها في القسمين السادس والسابع من الفصل الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة.

وأنه من خلال هذه الأفعال الجنسية المجرمة ميز المشرع جريمة الزنا عن غيرها من الأفعال الجنسية كما سلف الذكر وهنا نتساءل بصدد زنا المحارم وما إذا كان يشكل جرما يتميز عن بقية الأفعال الأخرى كونه جرم منفصل أم أنه يعد بمثابة فعل جنسي لا يختلف عن تلك الأفعال عدا أن أطرافه من المحارم.

في هذا الصدد إذا كان هناك من يري أن هذا الجرم هو علاقة جنسية رضائية لا تقتصر على الوطء الطبيعي وإنما يمكن أن يتخذ بقية الصور الأخرى ولو كانت سطحية ومن ثم تشتمل على اللواط والسحاق وغيرها.[1]

في حين وبتفحص النصوص المتعلقة بالأفعال الجنسية بدءا من المادة 333 ولغاية 348 ق.ع فإنها تضمنت تجريم أفعال جنسية منها ما هو رضائي ومنها ما هو غير رضائي وأن الحماية التي تهدف إليها هذه النصوص إما حماية الأسرة أو حماية أحد أطرافها كما هو الشأن بالنسبة للزنا (الخيانة الزوجية) أو حماية القصر، وأنه بصدد الأفعال الجنسية السالفة الذكر فان المشرع نص في بعضها على الظرف المشدد لعقابها إذا كان أحد مرتكبيها من أصول المجني عليه ويكفي في هذا الشأن تصفح المواد 334 و337 ق.ع المتضمنة الظرف المشدد للجرم المنصوص عليه في المادتين 335 و336 ق.ع ونفس الشيء بالنسبة للمادة 343 ق.ع وجميعها تتضمن الظرف المشدد للعقاب إذا كان مرتكب هذه الجرائم من أصول الضحية، في حين في ذات الوقت نصت المادة 337 مكرر ق ع على جريمة فاحشة المحارم كجريمة منفصلة عن بقية الجرائم الجنسية الأخرى وأن ما يميزها أنها تقوم بين أطرافها بالرضا كعنصر أساسي للجرم في حين الجرائم الأخرى تقوم أساسا إما على العنف أو على الإكراه سواء المادي أو المعنوي أو أنها واقعة على من هم دون السادسة عشر سنة ومن ثم فإنها تتضمن فاعلا جانيا وضحية مجني عليه في حين جرم فاحشة المحارم يتضمن دائما طرفيه الفاعلين، إذ لا يتصور وجود الضحية في هذه الجريمة.

وإذا كان الأمر كذلك وخلافا للرأي القائل بأن فاحشة المحارم هي كل علاقة جنسية مهما كانت طبيعية أم غير طبيعية، بل العكس فاحشة المحارم لا تختلف عن جرم الزنا السابق دراسته، وما عداه من أفعال يخضع

[1] د. أحسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجنائي الخاص ص.133

لتجريم آخر فإذا كانت العلاقة بين المحارم مثلا هي فعل مخل بالحياء دون عنف فإن هذه العلاقة تخضع للنص المجرم للفعل المخل بالحياء لأنه يتضمن ظرفا مشددا يميزه عن العلاقة المرتكبة من غير المحارم.

إذا من هذا المنطلق فإن جريمة فاحشة المحارم التي تتم برضا طرفيها وأنهما معنيان بالعقوبة وأن الاجتهاد القضائي بهذا الشأن أزال الغموض بشأنها للتأكيد أن فاحشة المحارم كجرم لا يتأتى إلا برضا طرفيه وأن ثبوت عدم رضا أحد طرفي الواقعة يؤدي إلى تكييف آخر غير فاحشة المحارم.[1]

ج- العقوبة المقررة لجريمة فاحشة المحارم : ما لا يختلف فيه أن العلاقة الجنسية أخضعت لتنظيم محكم من خلال الزواج وأن الخروج عن نواميس هذا التنظيم من شأنه زعزعة النظام الأسري وبالتبعية لذلك استقرار المجتمع.

من هذا المنظور إذا كانت القرابة الأسرية (في مثل هذه الجرائم الخطيرة تمس كيان الأسرة والمجتمع) تؤخذ في الحسبان كظرف مشدد للعقاب فإن فاحشة المحارم خصها المشرع بعقوبة تتميز بالشدة مراعاة في ذلك لخطورتها.

وأنه بالإطلاع على العقوبة المخصصة بنص المادة 337 مكرر ق.ع فإنها في شق منها ذات طابع جنائي، وبشكل أقل شدة ذات طابع جنحي.

إن فاحشة المحارم في الحالتين الأولى والثانية من المادة 337 مكرر ق ع والمتعلقتين بفاحشة المحارم بين الأصول والفروع والكافل والمكفول وكذا بين الإخوة والأخوات الأشقاء وكذا الإخوة من الأب أو الأم تعتبر جناية من خلال العقوبة المخصصة وهي السجن من عشرة إلى عشرين سنة، في حين بالنسبة للحالات الثالثة والرابعة والخامسة والمتعلقة بفاحشة المحارم بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع احد فروعه والأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعه، في حين والد الزوج أو الزوجة الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر فالجرم يعتبر جنحة مشددة من خلال عقوبة الحبس من خمس إلى عشر سنوات، وأما الحالة السادسة والأخيرة متعلقة بالفاحشة بين أشخاص يكون أحدهما زوجا لأخ أو أخت فالعقوبة من سنتين إلى خمس سنوات.

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 01/19/ 2012 ملف طعن رقم 752121 غ ج – م ق عدد أول-2012-ص 400

أنه في جميع هذه الحالات فإن ارتكاب الفاحشة بين شخص راشد وشخص قاصر يقل عمره عن ثمانية عشرة سنة فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوبا عقوبة القاصر.

وإنه من خلال هذه الفقرة الأخيرة من المادة 337 مكرر ق. ع يتجلى بوضوح أن المشرع بشأن حماية القصر حدد السن التي لا يعتد بها في رضا القاصر وهي 16 سنة في حين ما بين 16 و18 سنة يعتد برضاه في جرم فاحشة المحارم ويحمل المسؤولية على أن تكون العقوبة أقل من عقوبة البالغ ومرد ذلك ما نصت عليه المادة 50 من قانون العقوبات التي تحدد عقوبة السجن أو الحبس المحكوم بها على القاصر ما بين 13 و18 تساوي دائما نصف العقوبة التي يتعين الحكم بها على البالغ وهنا تتجلى الحماية التي يسعى إليها المشرع لحماية الطرف المستضعف وهو القاصر اعتبارا أن هذا الأخير يسهل استدراجه من طرف البالغ خصوصا في الحالات التي يكون فيها هذا الأخير صاحب سلطة عليه ولذلك نرى أن المادة 337 ق ع قد نصت على أن كل الأفعال المنصوص عليها في المواد 334، 335، 336 من قانون العقوبات إذا كان مرتكبها من أصول القاصر أو معلميه أو ممن يخدمونه أو كان خادما لدى من ذكروا أو كان موظفا أو من رجال الدين أو استعان الجاني بشخص أو أكثر تشدد العقوبة برفعها من خمس إلى عشر سنوات سجن بالنسبة للفعل المعاقب عليه بالمادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336 ق ع.

يتجلى من كل ما سبق أنه باستعراض النصوص السالفة الذكر والمتعلقة بالاعتداءات الجنسية أن جريمة فاحشة المحارم ذات طبيعة خاصة ومنفصلة عن بقية الجرائم الجنسية، إذ أنها أساسا تقوم على رضا الطرفين وأن انعدام رضا أحدهما يعطي الواقعة تكييف جرم آخر وأن الممارسات القضائية أثبتت أنه في الكثير من الأحيان تكون الملاحقات لأحد أطراف العلاقة باعتباره مرتكب الفاحشة ولكونه من ذوي المحارم دون ملاحقة الطرف الآخر إلا أن اجتهاد المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2012/01/19 السالف ذكره حسم هذه المسألة القانونية للتأكيد على أن جريمة فاحشة المحارم تقتضي رضا طرفيها وفي حالة انتفاء رضا أحدهما يعطى للواقعة تكييفا إما هتك عرض أو فعل مخل بالحياء بالعنف وأنه تأسيسا على ذلك تم نقض القرار الذي أدان المتهم بجناية الفاحشة وبرأ ساحة المتهمة.

إن ارتكاب الفاحشة بين ذوي المحارم حتى ولو أن أحدهما كان قاصرا ولكن دون 16 سنة اعتبارا أن المشرع وحماية للقاصر حدد سن الحداثة جزائيا بثمانية عشر سنة في حين في بعض الأفعال حدد السن بستة عشر سنة، وهو الأمر المتبع من طرف الجهات القضائية إذ يتبين من الحكم الصادر عن محكمة الجنايات بتاريخ

31 أكتوبر 2012 أن غرفة الاتهام أحالت المتهم بجناية الفاحشة على شخص شقيقته في حين هذه الأخيرة البالغة من العمر 17 سنة تم فصل الإجراءات بشأنها وأحيلت على محكمة الأحداث المختصة، هذا ما يفيد أن جرم فاحشة المحارم يقتضي متابعة طرفيه باعتبارهما فاعلين أصليين.[1]

في حين نفس محكمة الجنايات في قضية أخرى الجاني خال للقاصرة توبع بجنايتي هتك العرض وفاحشة المحارم طبقا للمادتين 336 و337 مكرر ق ع وتمت إدانته من طرف محكمة الجنايات عن الجنايتين المذكورتين بعشر سنوات إلا أننا نرى أن الإدانة من أجل الجناية الأولى يفيد انتفاء رضا الضحية ومن ثم لا مجال لإدانته بالجناية الثانية المنصوص عليه في المادة 337 مكرر ق.ع باعتبار أنها تصبح ظرفا مشددا في جناية هتك العرض طبقا لما هو مبين في المادة 337 ق.ع.[2]

وفي حكم آخر لمحكمة الجنايات أحيل المتهم بجناية الفاحشة بين ذوي المحارم علي شخص شقيقته القاصرة دون 14 سنة وأدين بثمانية سنوات سجنا مع أن العلاقة الجنسية هي فعل شاذ بإيلاج في الدبر ومن ثم برأينا فان التكييف المتبع غير سليم اعتبارا أن الواقعة بما هي عليه تشكل فعلا مخلا بالحياء بالعنف علي شخص القاصرة وبظرف مشدد كونها اقل من 16 سنة، وليس جناية فاحشة المحارم التي تقتضي طرفين على الأقل بلغا 16 سنة فأكثر وتوافر رضاهما.[3]

يبقى في الأخير بشأن فاحشة المحارم أنها جريمة أساسا تقتضي أن يكون أطرافها من ذوي المحارم وأن يكونا بالغين سن الرشد الجنسي أي 16 سنة ومادية الجرم تقتضي الوطء مثل جرم الزنا.

لكن ما يميز جريمة فاحشة المحارم عن الزنا أن هذه الأخيرة يمكن أن تكون جناية أو جنحة ومن ثم فالمحاولة في الجناية معاقب عليها في كافة الأحوال طبقا للمادة 30 من قانون العقوبات ومن جهة أخرى ما هو مصير الأفعال الأخرى التي لا تتضمن مادية الوطء وتقع بين أشخاص من ذوي المحارم وبرضاهما وفي غير الحالات المعاقب عليها بنصوص أخرى وهو الأمر الذي يبقى محلا للتساؤل باعتبار أن الشرعية تقتضي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص طبقا للمادة الاولى من قانون العقوبات ومن ثم فمثل هذه الأفعال بين أشخاص راشدين من ذوي المحارم تبقى في منأى من التجريم والعقاب.

[1] حكم جنائي صادر عن محكمة الجنايات لدى مجلس قضاء باتنة بتاريخ 31 أكتوبر 2012- رقم الجدول 12/09.
[2] حكم محكمة الجنايات الصادر في 19 جوان 2012- رقم الجدول 12/22.
[3] حكم محكمة الجنايات لمجلس قضاء باتنة الصادر في 11 مارس 2007- رقم الجدول 07/11.

ويجدر التأكيد بصدد فاحشة المحارم أنها دون شك مدمرة للروابط الأسرية والتي ظلت إلى غاية سنة 1975 غير مجرمة وإثر تجريمها بالمادة 337 مكرر ق ع أثبتت الممارسة القضائية أن الظروف المحيطة بها عادة ما تجعل الأمر مختلفا بين الفاحشة وبين الاغتصاب ولو أن عامل الرضا هو الفاصل بينهما ومع ذلك لا يمكن التوصل إلى تحديد هذه الجريمة بوضوح خصوصا عندما يتعدد وصف الفعل كالاغتصاب لذوي المحارم الذي يتضمن جريمة الاغتصاب وجريمة الفاحشة ولو أن نص المادة 32 من قانون العقوبات حسم الأمر بأن الفعل الذي يحتمل عدة أوصاف يجب أن يوصف بالوصف الأشد من بينها وتوضيحا في هذا المنوال:

Très souvent les circonstances de ces actes sont confuses et on n'arrive pas à déterminer clairement s'il s'agit d'inceste proprement dit, qui exige en principe le consentement au rapport sexuel ou de viol. Les deux qualifications peuvent être retenues selon le cas sauf à faire application de l'article 32 du code pénal.) [1]

ومهما يكن من الأمر من خلال تحليل هاتين الجريمتين الزنا وفاحشة المحارم باعتبارهما عامل إخلال خطير بالترابط الأسري سواء تم اكتشافهما أو ظلتا في ستر فإنهما تعرضان الأسرة إما عاجلا من خلال الكشف عنهما أو آجلا في حالة سترهما إلى بقاء هذه الأسرة تحت وطأة المعاناة الناجمة عن آثار هذه الأفعال الجرمية ولتصبح أسرة مفككة وبوصمة أسر المشاكل *Les familles à problème* [2]

إلى جانب ذلك فإن خصوصية الجريمتين وصعوبة اكتشافهما تزيد من حدة الأسباب المدمرة للأسرة ويبقى تدخل القانون الجنائي رغم ضرورته لحماية الأسرة بعيدا عن تحقيق النتائج المبتغاة ذلك أن تصدع الروابط الأسرية من شأنه أن يخلق وضعيات أسرية تقتضي البحث عن عوامل استقرار هذه الروابط.

يضاف إلى ذلك فإن تعرض الأسرة لهذا التفكك الناجم عن المساس بكيانها أو بفعل أسباب أخرى تهدد التكافل الأسري المترتب عن الإخلال بالالتزامات الأسرية سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها والتي تقتضي تدخل القانون الجنائي وهو ما نعالجه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: الإخلال بالتكافـــل الأسري

يؤكد أهل الاختصاص بشأن تحديد مفهوم الأسرة بأنها الجماعة التي بدأ ارتباطها بزواج شرعي يتولد عنه حقوق وواجبات بين الزوجين، وكذلك ما ينجبانه من ذرية كفروع وما يقتضيه واجب الوقوف مع الأصول

[1] La violence dans la famille- texte de la communication- D.ZERGUIN Ramadhan congrès de la S.IC à Hambourg RFA- 4 et 9 septembre 1988 P.04

[2] La violence dans la famille- texte de la communication- D.ZERGUIN Ramadhan congrès de la S.IC à Hambourg RFA- 4 et 9 septembre 1988.p.8

في مرحلة عجزهم[1] وأن تحقيق سعادة الأسرة لا يتأتى إلا بالمودة والتفاهم بين الزوجين والأقارب من خلال التكافل والتعاون برعاية الفروع لحين بلوغ سن الاعتماد على أنفسهم، وبرعاية الأصول بعد عجزهم لما لهم من حقوق إزاء فروعهم.

إن هذا التكافل بين أعضاء الأسرة بما يشمله من حقوق وواجبات هو الأساس لمسؤولية كل أعضاء الأسرة، مسؤولية الآباء نحو أبنائهم ومسؤولية هؤلاء نحو آبائهم، وتبعا لذلك مسؤولية الأسرة بكاملها نحو المجتمع، سعيا في ذلك أن يعم التكافل الاجتماعي للأسرة وهو أحد دعائم أمن وازدهار المجتمع، من خلال تحمل المسؤولية وهو ما حث عليه الرسول الأعظم صل الله عليه وسلم في الحديث الشريف" **كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته: الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته**"[2]

إن الحديث الشريف حدد مسؤولية كل طرف في الأسرة باعتبارها الصورة المصغرة للمجتمع، كما بين مسؤولية الفرد تجاه الأسرة مبينا الإطار المحدد لكل فرد مسؤول في الأسرة، وبالتبعية لذلك لا يمكن لأي من هؤلاء التملص من هذه المسؤولية.[3]

إن هذه المسؤولية التي تقوم بالأساس على واجب التكافل الأسري تمثل بالأساس واجبات حماية الطرف المستضعف فالآباء يقع عليهم التزام حماية الأبناء بضمان عيشهم والذي يمثل الجانب المادي والعمل على تنشئتهم وهو الجانب المعنوي وذلك لحين بلوغهم سن الاعتماد على أنفسهم، وأن الإخلال بهذه الالتزامات يشكل إهمالا لهم يضر بكيان الأسرة، وبنفس المنوال فإن حاجة الآباء في مرحلة عجزهم هي الأخرى تنشئ التزاما يقع على كاهل الأبناء نحو أصولهم وتجاهل الفروع لهذا الواجب من شأنه أن يهدد بتفكيك الآصرة الأسرية.

وفي هذا الصدد إذا كان المنطق الطبيعي يقتضي أن أفراد الأسرة وبحكم ما يربطهم من روابط القرابة يلتزمون القيام بهذه الالتزامات إلا أن التخلي عنها لسبب أو لآخر جعل المشرع يتدخل بالنص عليها بدءا

---

[1] أهمية الأسرة في المجتمع- أحمد السيد كردي- (Kenanaonline.com)

[2] صحيح البخاري 893 الجزء الاول – ص.198 – مكتبة الصفا – القاهرة طبعة اولى 2003

-محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري -مختصر الفقه الاسلامي مرجع سابق ص 251

[3] أ.د.خالد بن حامد ألحازمي- مساوئ الأخلاق وآثارها على الأمة- وكالة المطبوعات والبث العلمي- وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد- المملكة العربية السعودية ص.130

بالدستور من خلال نص المادة 65، [1] وكذا المادة 3 من قانون الأسرة التي تنص على الترابط والتكافل وحسن التربية وتحديد الالتزامات الأسرية من خلال المواد 74، 45، 76، 77 من قانون الأسرة.[2]

ولا شك أن القانون الجنائي يتدخل للحماية (في حالة الإخلال بهذه الالتزامات وبقاء الحلول المدنية دون جدوى لتنفيذها) بتجريم أفعال محددة بالرغم من خصوصية الأسرة باعتبارها مجالا خاصا ومن منطلق أن الأسرة هي الأساس في قيام هذه المسؤولية وهو ما ذهب إليه العميد *J.Carbonnier* في مقولته:

(Fonder une famille est un acte de responsabilité)[3]

إن ذلك يعني أن الأسرة بمجرد تكونها بالزواج تتولد عنها التزامات بين الزوجين وبعد الإنجاب تنشأ التزامات أخرى تقع على كاهلهما نحو أطفالهما وببلوغ هؤلاء الأطفال تنشأ مسؤوليتهم نحو أسرهم من خلال الالتزامات إزاء أصولهم، ومرد هذه الالتزامات بمختلف أنواعها سواء في جانبها المادي أو المعنوي هو التزام التكافل والتعاون بين أعضاء الأسرة وواجب تقديم المساعدة والدعم الكافي لأصحاب الحاجة من أعضائها، وهو أصلا تكافل يتم عفويا بحكم الآصرة الأسرية أو هكذا يجب أن يكون وفقا لطبائع الأمور السوية بالفطرة.[4] لكن ما هو مؤكد أن طبيعة البشر ليست دائما بذات المظهر الإيجابي بحكم أن الإنسان خطاء بطبعه لقوله صلى الله عليه وسلم "**كل ابن آدم خطاء وخير الخطائين التوابون**"[5].

فكان لزاما أمام الإخلال بهذه الواجبات تدخل المشرع للتذكير بها وتحديد حقوق وواجبات كل طرف من أطراف الأسرة، فالمادة 3 من قانون الأسرة تحث على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية، والمادة 36 من نفس القانون تسعى إلى تكريس هذه الحالات في فقرتها الثالثة المتعلقة بوجوب التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، وكذا واجب الإعالة وعيش أفراد الأسرة بتحديدها في المادتين 73، 74 من القانون السالف الذكر[6]، والمؤكد في هذا الشأن أن

---

[1] المادة 65 من دستور 1996 تنص: يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم.

[2] المادة 74 ق.أ المتعلقة بنفقة الزوجة

المادة 75 و76 ق.أ بنفقة الأبناء

المادة 77 ق. أ بنفقة الأصول

[3] Les liens de la famille et le droit pénal-GUECHI Cherifa Op.cit.P.32

[4] Les liens de la famille et le droit pénal-GUECHI Cherifa-op.cit. P.34

[5] أخرجه الترمذي 2499– مشار إليها في الإمام الحافظ بن حجر العسقلاني في بلوغ المرام، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 2004، ص238

[6] قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005

هذه النصوص تتضمن حماية ذات طابع مدني وأنها أساسا تتعلق بمجال الأسرة الصرف وهو مجال خاص ؛ لكن إذا كانت هذه الحماية المدنية مبدئيا تحدد حقوق أفراد الأسرة والالتزامات التي تقع على من يتحمل عبء هذه الالتزامات فلا شك أن الإخلال بها وفشل تنفيذ الامتثال لها مدنيا يقتضي تدخل القانون الجنائي لحماية أفراد الأسرة، وهو الموقف الذي اعتبر البعض من خلاله أن القانون الجنائي الحامي عن بعد سعيا للسهر على عدم الإخلال بالالتزامات الأسرية.

(Un droit à distance des obligations familiales) [1]

واعتبارا أن الغاية من القانون الجنائي ليست التدخل في المجال الأسري والذي له خصوصياته ولكن تعرض الأسرة لانتهاكات من طرف أعضائها وبشكل يهدد تماسكها يتطلب تدخل القانون الجنائي فكلما تم الإخلال بهذه الالتزامات المحددة في قانون الأسرة ذات الطابع المدني وفشل الإجراءات المحددة مدنيا لاحترامها، يفتح المجال للقانون الجنائي للتدخل عن طريق تجريم محدد وفق شروط مسبقة حتى يتسنى وضع حماية جنائية للطرف المستضعف المتضرر من هذه الجرائم فالإخلال بهذه الالتزامات سواء من طرف الأب أو الأم نحو الأبناء (مادية كانت أو معنوية) وإخلال الفروع بواجباتهم إزاء أصولهم يعد انتهاكا صارخا لمبدأ التكافل الأسري من شأنه زعزعة الترابط الأسري والذي بدوره يحدث انعكاسات سلبية مؤثرة في الاستقرار الاجتماعي وهو الأمر الذي أدى بالمشرع الجنائي لتجريم هذه السلوكيات الصادرة من داخل المحيط الأسري واعتبرها بناء على ذلك جرائم أسرية اعتبارا أنه لا يتصور وقوعها إلا داخل المجال الأسري، وأن نصوص المواد 328، 330، 331، من قانون العقوبات تنص في هذا المجال على هذا التجريم الأسري من خلال الجرائم التي يطلق عليها جريمة الإهمال الأسري، وجريمة عدم تسليم الطفل، والتي يستشف منها الحماية الجنائية لأعضاء الأسرة بوجه عام وبوجه خاص الحماية الجنائية للطرف المستضعف وتحديدا حماية القصر وكذا الأشخاص العاجزين بسبب الإعاقة الجسدية أو الذهنية.

إن رؤية القانون الجنائي سعيا لحماية الأسرة تتجلى من خلال تدخله كصمام أمان لردع سلوكيات عدم الامتثال والقيام بالالتزامات المقررة للحقوق والواجبات الأسرية من خلال نصوص جنائية أساسا وجدت لدعم الاحترام الواجب للنصوص المدنية المحددة لهذه الالتزامات.

[1] Famille et droit pénal- Olivia MAURY- thèse de doctorat en droit- université PANTHEON- ASSAS Pris 2 Novembre 2006 P.125.

وفقا لهذا المنظور إذا كانت الرابطة الأسرية يتولد عنها التزامات سواء أثناء تواصل الحياة الزوجية أو اثر القطيعة فان انتهاك هذه الالتزامات يؤخذ في الاعتبار لتدخل القانون الجنائي[1]، ويتجلى ذلك في تكييف هذه السلوكيات المنتهكة للالتزامات الأسرية بالإهمال الأسري بمختلف أنواعه (**الفرع الأول**)، وانه سعيا لحماية الأطفال فان القطيعة الأسرية من شانها خلق مراكز قانونية يتوجب احترامها وذلك من خلال تحديد الطرف المؤهل لاحتضان الأبناء مراعاة لمصلحة هؤلاء وفقا لما هو محدد في أحكام الحضانة المنصوص عليها في قانون الأسرة[2] ولضمان حماية الطفل المحضون يتدخل القانون الجنائي من خلال تجريم السلوك المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل لمن له حق المطالبة به (**الفرع الثاني**)

الفرع الأول: الإهمال الأسري

من باب التذكير فان قوام الأسرة يرتكز بالأساس على الزواج الشرعي وفق نظام محكم وتبعا لأسس محددة يتجلى منها الالتزام المتبادل بين طرفي هذا الزواج من جهة، ونحو ما ينجبانه من الأبناء ؛ وان الإخلال بنظامه من شأنه أن يضيع الحكمة التي ارتآها الخالق جلت قدرته، وفي هذا الشأن أكد العلامة البشير الإبراهيمي: (الزواج عقد بين قلبين ووصل بين نفسين ومزج بين روحين وفي الأخير تقريب بين جسمين، فإذا ما تراخت عراه بين القلبين ضاعت حكمة الله فيه من السكون والرحمة والعطف).[3]

ومن أبرز الواجبات المحددة لأعضاء الأسرة واجب الرعاية المادية والمعنوية كأساس للتكافل والتعاون الذي يقتضيه استمرار العيش الأسري، واعتبارا أن الطبيعة البشرية تقتضي حاجة الإنسان المادية والمعنوية في ذات الوقت (فحاجة الجسم البشري تكمن في الغذاء واللباس والسكن والعلاج، بينما العقل البشري في حاجة للتنشئة والتربية والتعليم والتثقيف)[4]، وأن التوفيق بين الحاجات المادية والمعنوية للأسرة، ينشئ أسرة مترابطة تقوم على (أمومة حانية وأبوة راعية وبنوة بارة وأخوة عاطفة، وتترتب في ظلها مشاعر المحبة وعواطف الإيثار والتعاون).[5]

---

[1] Famille et droit pénal- Olivia MAURY- thèse de doctorat -op cit-P.125

[2] الأحكام المبينة بالمادة 162 وما يليها من قانون الأسرة والمتعلقة بالحضانة.

[3] محمد البشير الإبراهيمي- عيون البصائر- الشركة الوطنية للنشر والتوزيع- الجزائر ص.328

[4] مداخلات الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري، 3 و4 نوفمبر 2010- القطب الجامعي جيجل جريمة الإهمال المعنوي للأولاد- مراد كاملي- ص.01

[5] يوسف القرضاوي- كيف نتعامل مع الناس- دار الشروق- القاهرة- طبعة 5 – 2006 ص.97.

وأن الإخلال بهذه الالتزامات اقتضى تدخل القانون الجنائي لحماية الطرف المستضعف المتضرر من هذا الإخلال الناجم عن الإهمال الأسري (**أولا**) في حين استمرار الإهمال قبل أو بعد القطيعة بالامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها (**ثانيا**)

أولا: إهمال الأسرة

إهمال الأسرة أو تركها أو هجرها هو ما تضمنه نص المادة 330 ق.ع والتي جرمت هذا الفعل بالعقاب بالحبس من شهرين إلى سنة والغرامة من 25.000 إلى 100.000 دينار، المخصص لثلاث حالات من الإهمال:

الحالة الأولى: وتتمثل في الإهمال المادي والمعنوي للأسرة الناجم عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وهو ما تعارف القضاء على تسميته ترك الأسرة (*L'abandon de foyer*)، **والحالة الثانية:** وتتمثل في إهمال الزوجة الحامل، وأما **الحالة الثالثة:** فهي الإهمال المعنوي والإساءة للأبناء وتعريضهم للخطر صحة وأمنا وخلقا والممارسة القضائية في هذا الشأن بالنسبة للإهمال الأسري المنصوص عليه بنص المادة السالفة الذكر تستوجب أن أية إدانة عن هذا الجرم لا تتأتى إلا بثبوت قيام إحدى هذه الحالات الثلاث والقضاء بما يخالفها يعد خرقا للقانون ويستوجب للنقض.[1]

وقبل التطرق لتحليل هذه الحالات الثلاث يجدر الذكر أن نص المادة 330 ق.ع مستوحى وبشكل يكاد يكون حرفيا من نص المادة 357-1 من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

وبتعديل لنص المادة 330 ق.ع السالفة الذكر بقانون 88-04 المؤرخ في 18 فيفري 88 تم الإبقاء على نفس النص وفقط تم إسقاط الفقرة ما قبل الأخيرة المتعلقة بالتنبيه المسبق مع أن نص المادة 357-1ق ع ف ق خضعت هي الأخرى لتعديلات و لم يبق من حالاتها الثلاث سوى الحالة الأخيرة والتي أصبحت ضمن المادة 227-17ق ع ف ج المتعلقة بتعريض القصر للخطر وهو ما يفيد أن المشرع الفرنسي ألغى الحالتين الأولى والثانية السالف ذكرهما المتعلقتين بترك الأسرة وإهمال الزوجة الحامل، إلى جانب هذا التحويل للنص المذكور من حيث موقع إدراجه فإن تعريض القصر للخطر الذي كان في النص القديم يستثني السبب الخطير

[1] قرار المحكمة العليا 31 مارس 89، ملف طعن رقم: 48087، م.ق- العدد الأول-1992- ص.197

(*sans motif grave*) استبدل في النص الجديد بالسبب الشرعي (*sans motif légitime*)[1]

أ- ترك الأسرة (المادة 330 فقرة 1 ق.ع)

درج القضاء والفقه على تسمية هذه الصورة بترك الأسرة[2] كأحد صور الإهمال الأسري وأنه ومن خلالها يتحقق هجر الأسرة في ترك أحد الوالدين لمقر الأسرة ولمدة تتجاوز الشهرين ويتخلى عن كافة أو جزء من التزاماته الأدبية أو المادية الناجمة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي ولا تنقطع هذه المدة إلا بالعودة إلى مقر الأسرة وبوضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة الأسرية بصفة نهائية.

من خلال دراسة هذه الحالة يتجلى بوضوح أن ترك الأسرة يتخذ شكلين الأول مادي ويتمثل في الابتعاد الجسدي عن مقر الأسرة ولمدة تتجاوز شهرين حتى ولو كان للأسرة موردا، والثاني معنوي إذ يبقى بمقر الأسرة لكنه يتخلى عن التزاماته نحو الأبناء بانتهاك واجبات السلطة الأبوية.[3]

وأنه في كلتا الحالتين فإن هذا الإهمال قائم أثناء استمرار الحياة الأسرية إلا أنه يقتضي لقيامه وجود أبناء، وبانعدام وجود أبناء فإنه لا قيام لجرم ترك الأسرة بين الزوجين اعتبارا أن النص صريح في لفظه بجعله الجنحة تخص أحد الوالدين الأب أو الأم الذي يترك مقر الأسرة.

إذا فالركن المادي لهذا الجرم يتضمن عنصرين أساسين يتعين تحليلهما وهما الابتعاد المادي عن مقر الأسرة والتخلي عن الالتزامات الأسرية وفي الحالتين لمدة تزيد عن الشهرين.

1- عنصر الابتعاد عن مقر الأسرة :

إن مادية ترك الأسرة تعني قيام أحد الوالدين بمغادرة المقر الأسري مثلما عبر عنه النص: *la résidence familiale* وهو ما يطرح إشكالا بصدد تحديد مفهوم مقر الأسرة الذي يعتد به لقيام الجرم، اعتبارا أن الفقه يفرق بين مقر الإقامة *la résidence* والموطن *le domicile* وبالرغم من هذا الاختلاف فقد استقر الاجتهاد

---

[1] Michel- LAURE RASSAT. D.P.S infraction contre les particuliers DALLOZ-Delta 1997 P.599. 601

[2] لاحظ المشرع في القسم الخامس من الفصل الثاني من ق.ع حتى بعد تعديل 82 ذكر في النص بالعربية ترك الأسرة وفي النص بالفرنسية الإهمال العائلي (l'abandon de famille)

[3] -Abandon de famille- Dictionnaire de droit criminel- Professeur Jean Paul DOUCET-
⇨ Levasseur (Cours de droit pénal spécial): *Cette infraction peut se présenter sous deux formes. Il peut s'agir d'un abandon matériel, du fait de quitter matériellement le foyer, quand bien même la famille abandonnée aurait des ressources... Il peut s'agir aussi d'un abandon moral: tout en restant au foyer, il est possible qu'en fait l'individu n'exécuter pas les obligations qui s'imposent à lui, notamment ses obligations à l'égard de ses enfants, c'est alors la désertion des devoirs de la puissance paternelle*. (le droit criminel-free.fr)

على أن مقر الأسرة هو السكن المختار من طرف الزوجين للعيش به مع الأولاد، إذ حتى لو كان لكل منهما مسكن غير المسكن الذي يأوي الأولاد فإن هذا الأخير هو الذي يعتد به كمقر للأسرة وينجم عن تركه قيام الجرم ومن ثم فإن قرار الإدانة الذي يغفل تبيان وبشكل صريح وجود السكن الأسري الفعلي الذي وقع تركه من طرف الجاني يكون عرضة للنقض.[1]

وتوضيحا أكثر لمفهوم مقر الأسرة وخلافا لما ذهب إليه البعض من أنه إذا ظل الزوجان يعيش كل منهما في بيت أهله منفصلا عن الآخر وكانت الزوجة ترعى ولدها في بيت أهلها فإن مقر الأسرة يكون منعدما.[2]

غير أننا نرى أن مقر الأسرة بدءا هو مقر الزوجية اعتبارا أن المشرع في قانون الأسرة استعمل مصطلح السكن العائلي *le domicile conjugal*[3] ونفس الأمر قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للاختصاص في المنازعات المتعلقة بالرجوع والطلاق يؤول للمحكمة المتواجد بها مقر الزوجية.[4]

وأكثر من هذا فإن الاجتهاد القضائي يستعمل مصطلح مقر الزوجية أو البيت الزوجي، الأمر الذي يدعونا إلى التأكيد أن مقر الأسرة هو المقر الموجود به الأبناء ومن ثم فإن سكن الزوج عند أهله في حين الزوجة عند أهلها فحيث ما يوجد الأبناء مع أحدهما فذاك هو مقر الأسرة وأن تركه وفقا للشروط المبينة بالمادة 330-1 يشكل جرم ترك الأسرة اعتبارا أن المصلحة موضوع الحماية بالدرجة الأولى هي مصلحة الأطفال هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن جريمة ترك الأسرة لا تقوم إلا إذا كان الزوج المهجور مع الأبناء ظل مقيما بمقر الأسرة فالزوجة بمغادرتها لمقر الزوجية مع الأبناء إلى مسكن غير المسكن الزوجي لا يتحقق معه جرم ترك الأسرة[5] ؛ في حين رفض الزوجة دخول زوجها لمسكن الزوجية ينفي قيام الجرم عن هذا الأخير[6].

[1] « Doit être cassé l'arrêt de condamnation qui ne constate pas de manière expresse l'existence d'une résidence familiale effective qui aurait était abandonnée par le coupable » Crim 26 juin 1952 D.1452.639 (code pénal nouveau et ancien- DALLOZ 1995-1996 P.1891).

[2] د.حسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجنائي الخاص- مرجع سابق ص.150

- الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010- القطب الجامعي جيجل -جريمة الإهمال المادي والمعنوي للزوجة الحامل- بوجادي صليحة- ص.29

[3] انظر المادة 61 من قانون الأسرة

[4] انظر المادتين 2/40 و3/426 ق.إ.م.إ رقم 09/08

[5] قرار المحكمة العليا 27 ماي 2009- ملف رقم: 444948- غرفة الجنح والمخالفات- قسم 4 (غير منشور)

[6] قرار المحكمة العليا 29 جويلية 2009- ملف رقم: 475686- غرفة الجنح والمخالفات- قسم 4 (غير منشور)

يبقى أخيرا أن ترك الأسرة يقتضي أن يستمر دون انقطاع لمدة تجاوز الشهرين[1] وهو الأساس الذي حدا بالاجتهاد القضائي بالتركيز على أن قرار الإدانة الذي لا يبرز هذه المدة أو يذكر شكوى المتضرر يترتب عنه النقض اعتبارا أن الترك المادي لمقر الأسرة يستوجب أن تتجاوز المدة الشهرين، وأن المتابعة تقتضي الشكوى المسبقة، وأن القضاء دون تبيان هذه العناصر هو خرق للقانون ويستوجب النقض.[2]

وإذا كان العنصر المادي لجرم ترك الأسرة ينصب على الابتعاد الجسدي كلية ولمدة تتجاوز الشهرين فإن هذا العنصر يتعلق بالوالدين لأبناء وليس الزوجين دون أبناء إذ النص ذكر بصريح اللفظ الوالدين، ما يفيد أنه في حالة ترك أحد الزوجين لمقر الأسرة وليس لهما أبناء فهي واقعة لا تقع تحت طائلة الجرم المذكور هذا إلى جانب أن يكون الأبناء شرعيون اعتبارا أن قانون الأسرة لا يعتد سوى بالأبناء الشرعيين، ويثور التساؤل في هذا الصدد بشأن الأطفال المكفولين طبقا لأحكام المادة 116 من قانون الأسرة التي تنص على أن الكفالة التزام على وجه التبرع للقيام بالولد القاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، على الرغم من أن الكافل قد تعهد بالالتزام برعاية وتربية ونفقة المكفول فإن نص المادة 330-1 سواء فيما يتعلق بالإهمال المادي أو المعنوي بذكره أحد الوالدين فإن ذلك يفيد أن الأمر يتعلق بالأبناء الشرعيين ومن ثم تنعدم الحماية الجنائية للولد المكفول من خلال هذا النص.[3]

2- عنصر التخلي عن الالتزامات الأدبية والمادية :

بدءا نص المادة 330-1 المحرر بالعربية يذكر فقط التخلي عن **كافة** الالتزامات الأدبية والمادية في حين النسخة بالفرنسية يذكر **كافة** أو **جزء** من هذه الالتزامات[4] وهو الأمر الذي يجعل من هذا الأخير الأسلم اعتبارا انه يحقق حماية جنائية أكثر.[5]

ومن جهة أخرى فان هذا التخلي عن الالتزامات كليا أو جزئيا مخاطب بشأنه كلا من الأب والأم، اعتبارا أن الأب بحكم السلطة الأبوية مسؤول عن نفقة الأبناء في الجانب المادي، أما الأم وبحكم الوصاية

---

[1] قرار المحكمة العليا-89/03/31- - طعن 48087- م.ق عدد 1 لسنة 92 ص.197.

[2] قرار المحكمة العليا في 27 ماي 2009- مكلف رقم: 483756- غرفة الجنح والمخالفات- قسم 4- غير منشور

- أيضا قرار المحكمة العليا الصادر في 27 ماي 2009- ملف رقم: 484300- غرفة الجنح والمخالفات- قسم 4 غير منشور

[3] د.أحسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي الخاص- مرجع سابق- ص.150.

[4] Se soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel.art.330 code pénal.

[5] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- قشي شريفة- ماجستير- مرجع سابق- ص.38.

القانونية بعد وفاة الأب تلتزم بدورها بهذا الجانب المادي ؛ بل أكثر من ذلك حتى في حالة وجود الأب حيا مع قيام عجزه فان نفقة الأبناء تجب على الأم إن كانت قادرة على ذلك.[1]

أما بخصوص الالتزامات المعنوية فان كلا الوالدين مخاطب بها، وتتمثل في رعاية الأبناء وتعليمهم وتربيتهم وحمايتهم صحيا وخلقيا ولغاية بلوغهم سن الرشد بالنسبة للأب ما دام حيا وللأم بعد وفاته أو عجزه.

في هذا الصدد إذا كانت الالتزامات المعنوية ذات أهمية بالنسبة لتنشئة الطفل ورعايته فإن الوقوف على هذا الإهمال المعنوي ليس بالأمر اليسير.

وإذا كانت المادة 62 من قانون الأسرة تشير إلى بعض الالتزامات لرعاية الولد والمتمثلة في التعليم والتربية على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا فإن النص المجرم للإخلال بهذا الالتزام المعنوي يبقى بعيد المنال خصوصا وأن الميدان التطبيقي يقتضي تحديد الكيفية التي يمكن من خلالها إثبات هذا الإخلال حتى يتسنى تطبيق النص المذكور.

في هذا الصدد المشرع الفرنسي تخلى عن الإهمال الأسري ماعدا المادي المتعلق بتسديد النفقة في حين الإهمال المعنوي المنصوص عليه في المادة 357-1 القديمة والتي لم يحتفظ منها سوى بالفقرة الثالثة المتعلقة بالإهمال المعنوي والتي أدرجها ضمن المادة 227-17 وبتعديل لاحق أضاف المادة 227-17-1 المتضمنة تجريم فعل عدم تسجيل الطفل في مؤسسة تعليمية وبآلية يتم من خلالها كشف المخل بهذا الالتزام بعد إعذاره من طرف مفتش الأكاديمية.[2]

في حين بالنسبة للمشرع الجزائري في نفس الشأن إذا كان دستور 1996 في مادته 53 ينص على أن الحق في التعليم مضمون ومجاني وأن التعليم الأساسي إجباري فإنه تكريسا لهذا النص الدستوري نصت المادة 12 من القانون 08-04 على إجبارية التعليم لجميع الفتيات والفتيان البالغين من العمر 6 سنوات إلى 16

[1] المادة 76 من قانون الأسرة: في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك

[2] Art.227-17-1° CP Français: le fait par les parent d'un enfant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue ; de ne pas l'inscrire dans un établissement d'enseignement ; sans excuse valable ; en dépit d'une mise en demeure de l'inspecteur d'académie est puni de 6 mos d'emprisonnement et de 7500 euro d'amende…

سنة ويمكن تمديد هذا السن الأخير سنتين للمعوقين وتسهر الدولة مع الآباء على تطبيق هذه الأحكام ويتعرض الآباء الشرعيون المخالفون لهذه الأحكام إلى دفع غرامة مالية تتراوح من 5000 دينار إلى 50.000 دينار.[1]

إذا كان نص المادة 12 السالف الذكر يعتبر قانونا مكملا لقانون العقوبات إلا أن الحماية التي تضمنها تبقى دون جدوى لافتقارها للآلية التي يمكن من خلالها التوصل إلى تطبيق هذا النص ولعل انعدام المتابعات القضائية في مثل هذه القضايا دليل على ذلك بالرغم من أهمية هذا الالتزام في حياة الطفل، ونرى في هذا الصدد وجوب سعي المشرع إلى وضع نص تجريمي ضمن أحكام قانون العقوبات مدعما بآلية تسهل كيفية تطبيقه.

وإذا كان هذا هو أمر الإهمال الأسري المادي والمعنوي وفقا للحالة الأولى من المادة 330 فإن اشتراط النص أن يكون هذا الإهمال من غير سبب جدي وهو أمر يدفعنا إلى مناقشة الأسباب الجدية التي يمكن بتوافرها أن تعدم الجرم، لاشك أن الأسباب الجدية تبرر تصرف الوالدين بالرغم أن هذه الأسباب ليست مذكورة حصرا بقدر ما هي أسباب متروك أمرها للسلطة التقديرية للقاضي ومع ذلك فإن القضاء بشأنها استقر على أن سوء النية مفترض بشأنها وعلى المعني إثبات قيام السبب الجدي.[2]

فالاجتهاد اعتبر أن تبرير الزوج لمغادرته مقر الزوجية بسبب أهل الزوجة الشاكية هو سبب غير جدي بل وأكثر من ذلك اعتبره قرينة قوية على ارتكابه الجرم.[3]

وأن السبب يكون جديا إذا كان من أجل العمل أو الدراسة، كما أن المعاملة السيئة من طرف الزوج إزاء الآخر ولدرجة تجعل الحياة مستحيلة هو سبب جدي[4]، ونفس الأمر بالنسبة لحبس الزوج الذي لم يتوقف عن العيش بالسكن الزوجي قبل وبعد الحبس[5] ؛ في حين نفور الزوج من حماته والإصرار على مقتها لم يعتد به كسبب جدي.[6]

[1] قانون 08-04 الصادر في 02 جانفي 2008 ويتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية.

[2] Crim.27 février 1964.bull. Crim n° 72.gaz.pal 1964.267(code pénal. nouveau et ancien –op.cit p.1892)

[3] قرار 27 ماي 2009- ملف رقم: 433415- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- غير منشور.

[4] T.corr.clam…10 juillet 1946 (C.P n et a)op.cit P.1892

[5] Crim 26 mars 56. Bull. Crim n° 282 Gaz. Pal 1957- 02.34-(C.P n et a95-96)op.cit P.1892

[6] Ibid. (t.corr.Nante 31 juillet 47 revu sc. Crim 1948.111 op.cit P.1892)

ب- إهمال الزوجة الحامل (المادة 330-2 ق.ع)

لا شك أن هذه الصورة من الإهمال تتعلق فقط بالزوج وما يقع على كاهله من واجبات نحو زوجته الوارد ذكرها بالمادة 331 ق.ع المتعلقة بواجب الإنفاق إلى جانب الرعاية المعنوية للزوجة التي حددها المشرع في حالة الحمل وذلك من خلال إلزام الزوج الوقوف إلى جانبها خصوصا وأن الزوجة الحامل تمر بمرحلة نفسية وصحية تستوجب الرعاية المعنوية.

وإذا كان هذا الأمر يستقيم ومنطق الأمور، فإن الكثير يؤكد أن الالتزام المعنوي نحو الزوجة الحامل يهدف إلى حماية الجنين ذلك أن إهمال الزوجة الحامل من شأنه التأثير على هذا الجنين وأن تدهور صحة المرأة من شأنه أن يؤدي إلى مضاعفات يمكن أن تطال الجنين والذي يقتضي الحفاظ عليه لحين ولادته حيا تفاديا لمغبة إسقاطه أو إيذائه صحيا بسبب التدهور الصحي المذكور.[1]

إن ما ذهب إليه البعض أن النص قد أورد هذه الحالة من حالات الإهمال الأسري ومن ثم يرون أن ترك المرأة الحامل يقتضي وجوبا أن تبقى بمقر الأسرة لكن الرأي الصائب، خصوصا وأن تفسير النص الجنائي يقتضي أن يكون ضيقا، فإن التخلي عن الزوجة الحامل وعلم الزوج بذلك سواء كانت بمقر الزوجية أو عند ذويها هو كاف لقيام الجرم، وفي هذا الشأن فإن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يميل إلى هذا الاتجاه من خلال تأكيده أن الضحية باعتراف المتهم تركت في مترل أهلها وهي حامل و لم ينفق عليها ومن ثم اعتبر الجرم قائما وتم رفض الطعن موضوعا للقرار القاضي بإدانة المتهم.[2]

فالإهمال المعنوي والمادي للحامل من طرف زوجها يمكن أن يؤدي إلى قيام الجرم حتى لو غادرت محل الزوجية خصوصا إذا ثبت إهمالها ماديا وذلك من منطلق أن الحماية الجنائية هي بالدرجة الأولى حماية الجنين وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يعقل أن تعلق هذه الحماية على وجوب بقائها بمحل الزوجية والأكثر من ذلك فإن ما يؤكد أن الحماية للزوجة الحامل القصد منها حماية الجنين هو أن المشرع لو كان يهدف إلى حمايتها فقط لنص على تجريم تركها وهي ليست حاملا، أضف إلى ذلك أن الغاية من تجريم ترك الأسرة هي حماية الأطفال بالدرجة الأولى[3].

---

[1] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- قشي شريفة- ماجستير- مرجع سابق ص.40

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 27 ماي 2009- ملف طعن 448168- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- غير منشور

[3] الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.419

ومع ذلك يرى البعض أن النص المتعلق بترك الزوجة الحامل يتضمن حمايتها من خلال المحافظة على صحتها وفي ذات الوقت حماية الجنين ومن ثم فإنها حماية لأم الغد وحماية لطفل المستقبل.[1]

إن هذه الصورة للإهمال الأسري تقتضي عناصر لقيامها إذ تشترك مع الصورة الأولى في تجاوز مدة الشهرين دون سبب جدي والشكوى المسبقة في حين تتميز عنها بأن تكون الزوجة حاملا وهو العنصر الذي من دونه لا تقوم الجريمة وطبعا في الأخير قيام الركن المعنوي الذي يقتضي علم الزوج بحمل زوجته.

إن هذه الحماية الجنائية سواء المتعلقة بالحالتين السابقتين تهدف بالأساس إلى حماية أفراد الأسرة وتحديدا الطرف المستضعف فإن اشتراط الفقرة الأخيرة من المادة 330 المذكورة وجوب الشكوى المسبقة وفي التعديل الأخير النص على أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية[2] هي إجراءات يستشف منها حماية الأسرة والذي يقتضي تجنيبها كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تفكيكها.

ج- الإهمال المعنوي للأسرة (المادة 330-3 من ق.ع)

إذا كان قد سبق في الحالتين الأولى والثانية للإهمال الأسري تجلى الفعل السلبي سواء من الأب أو الأم بالتخلي عن الالتزامات المتولدة عن السلطة الأبوية في الحالة الأولى وعن واجب الرابطة الزوجية في الحالة الثانية، فإنه بالنسبة للإخلال بالالتزامات المعنوية المذكورة في الحالة الأولى والتي مزجت مع الالتزامات المادية يبدو أنها شبيهة بالإهمال المعنوي للحالة الثالثة ذلك أن الحالة الأولى تنص على التخلي عن الالتزامات الأدبية المترتبة عن السلطة الأبوية والحالة الثالثة بدورها تنص على الإساءة والإهمال لرعاية الأبناء، وهي كلها تنصب على الجانب المعنوي.

ونرى في هذا الصدد أن الحالة الأولى تتمثل في الأفعال السلبية للتخلي عن الالتزامات المتولدة عن السلطة الأبوية، فإذا كان الأولياء ملزمون برعاية الأبناء وحسن تربيتهم طبقا لأحكام المادتين 36، 62 من قانون الأسرة فإن التخلي عن هذه الالتزامات بفعل سلبي يحملهما مسؤولية الامتناع عن القيام بما تقتضيه هذه الالتزامات مادامت السلطة الأبوية قائمة، وأنه في حالة إسقاطها فإن من يتولى هذه السلطة أو من يكون في حكمها ينتقل إليه عبء هذه الالتزامات.

---

[1] مداخلة الملتقى الوطني للحماية الجزائية للأسرة- القطب الجامعي جيجل 2010/04/03 جريمة الإهمال المادي والمعنوي للزوجة الحامل- بوجادي صليحة- ص.27

[2] قانون رقم: 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

في حين بالنسبة للإخلال بالالتزامات المعنوية المذكورة في الحالة الثالثة من المادة 330 فهي تلك الناجمة عن أفعال إيجابية والمرتكبة من الوالدين والتي تعرض الأبناء إلى خطر جسيم سواء في صحتهم أو أمنهم أو خلقهم، وتحديدا أكثر فإن هذه الأفعال الإيجابية يسأل عنها الأبوان سواء أثناء قيام السلطة الأبوية أو أثناء سقوطها وهو الجانب الآخر الذي يميز الإهمال المعنوي في هذه الحالة مقارنة بالحالة الأولى،وأنه بتناول الفقرة الثالثة من المادة 330 ق.ع فإنها تنص على أفعال تعرض الأبناء لخطر جسيم صحة وأمنا وخلقا والحال أن هذه الأفعال صادرة عن الأبوين وهو ما حدا بالبعض أن يعتبرها بمثابة إساءة للأبناء ومن ثم أعطى لها تسمية جريمة الإساءة للأبناء.[1]

إن جريمة الإهمال المعنوي المبينة في الفقرة الثالثة من المادة 330 من ق.ع هي نفسها المذكورة بالمادة 357-1 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، لكن بعد تعديل التشريع الفرنسي لهذا النص احتفظ فقط بالإهمال المالي *l'abandon pécuniaire* في نص المادة 227-3 من قانون العقوبات الجديد وتخلى عن ترك الأسرة وإهمال الزوجة الحامل في حين الإهمال المعنوي أبقى عليه بعد أن أدرجه ضمن المادة 227-17 من نفس القانون المتعلقة بتعريض القصر للخطر.[2]

وهو ما يؤكد أن المشرع الفرنسي من خلال هذا التعديل أنه يميل إلى حماية الطفل أكثر من حماية الأسرة ككيان ويتجلى ذلك بوضوح من خلال ترسانة النصوص التي أدرجت تحت عنوان تعريض القصر للخطر وتحديدا القصر دون الخامس عشر سنة.[3]

في حين بالنسبة لمقتضيات المادة 330 من ق.ع سواء في فقرتها الأولى أو الفقرة الثالثة فإن المشرع اكتفى فقط بذكر إهمال الأبناء دون أية إشارة للسن والحال أن هذه الالتزامات المعنوية المذكورة في هذا النص يعود الأصل فيها إلى تلك الالتزامات المحددة في قانون الأسرة وهو الأمر الذي يقتضي القول بتحديد الأبناء الوارد ذكرهم بالمواد 62، 64، 65، 75، من قانون الأسرة وتوضيحا أكثر الأبناء الذكور لغاية سن الرشد والإناث لغاية الدخول والولد العاجز لآفة عقلية أو بدنية لحين زوال سبب العجز والأبناء المزاولون للدراسة لحين انتهائها، وإذا كان ما ذكر متعلق أساسا بالنفقة والحضانة فإنه مع عدم وضوح نص المادة 330 فإننا نرى أنها تنطبق على الإهمال المعنوي ويبقى الإشكال مطروحا بالنسبة للذكور من تسقط حضانتهم في سن 16 سنة

[1] عبد العزيز سعد- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة- مرجع سابق ص.20.
[2] Famille et droit pénal. Olivia MAURY- thèse Doctorat- op.cit P.308 et 309.
[3] Famille et droit pénal. Olivia MAURY- thèse Doctorat- op.cit P.310 et 311

أو في حالة سقوطها بالاستغناء عنها بالكسب فهل أولئك معنيون بالالتزامات المعنوية والإجابة في رأينا (لندرة الاجتهاد القضائي في هذا الشأن) أن الالتزامات تبقى قائمة ومستمرة لحين بلوغ سن الرشد المدني وهو 19 سنة، وهو الأمر الذي يستقيم ومنطق الرعاية خصوصا أن مسؤولية الأولياء المدنية تبقى قائمة إلى حين بلوغ سن الرشد، وإذا كان الإهمال المعنوي يبدو أنه بالغ الأهمية بالنسبة للأسرة الأمر الذي يقتضي تحديد مفهومه (1) ثم تحديد أركانه الأساسية التي يقوم عليها هذا الجرم (2)

1- مفهوم الإهمال المعنوي:

إنه بتحليل الفقرة الثالثة من المادة 330 ق.ع يتجلى أن المشرع حمل مسؤولية أحد الوالدين عن الإهمال المعنوي للأبناء محددا ذلك في الأفعال التي تعرض صحة وامن وخلق الأبناء لخطر جسيم، وذلك من خلال إساءة المعاملة أو الاعتياد على السلوك السيئ أو إهمال الرعاية وعدم الإشراف الضروري مع ربط كل ذلك بالخطر الجسيم.

إذا كان هذا النص في أساسه مأخوذ من نص المادة 357-1 ق.ع.ف.ق فإن النص الجديد 217-17 ق.ع.ف. ألغى عبارة *gravement* كونها تحمل غموضا من حيث تحديدها الأمر الذي أدى بالاجتهاد القضائي رغم ندرته في مجال الإهمال المعنوي أن يترك أمر تقدير الإساءة وخطورتها لقضاة الموضوع.

وفي هذا الشأن فإن الفقه والاجتهاد القضائي عرف رأيين الأول يعتبر الخطر جسيما وفقا للنتيجة أي أن الإهمال المعنوي يقتضي أن يحصل الضرر فعلا ومن ثم اعتبرت هذه الجريمة بجريمة النتيجة وأن ذلك يفيد

أن يكون تصرف الآباء نحو أبنائهم له عواقب سلبية مباشرة على صحتهم وأمنهم وخلقهم وهو ما أخذ به الاجتهاد القضائي من خلال تكريس وجود علاقة مباشرة بين السلوك المجرم والنتيجة التي حدثت للطفل.[1]

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية صراحة بقرارها الصادر في 11 جويلية 1994 على وجوب تحديد هذه العلاقة تحديدا دقيقا بما فيه الكفاية لوقوع الضرر وبشكل لا يقبل العكس، في قضية الوالدين اللذين عهدا بولدهما لدى طائفة دينية يعتنقان بمعتقداتها متواجدة بالهند ولمدة طويلة إلى جانب بعد المسافة الذي من شأنه أن يؤثر على صحة وأمن وخلق الطفل وبشكل لا رجوع فيه يحقق بالتأكيد عدم

[1] Les liens de famille et le droit pénal thèse de Doctorat GUECHI Cherifa Op.cit P.87 et 88

الإشراف الضروري[1] ؛ لكن من جهة ثانية هناك رأي آخر يرى أن جرم الإهمال المعنوي يتحقق بمجرد السلوك المشين والذي له قابلية للإضرار بصحة وأمن وخلق الطفل.[2]

ولكن يبقى في الحالتين وجوب الأخذ في الاعتبار حفظ القاصر من جهة والحفاظ على استقرار الأسرة من جهة أخرى من خلال تفادي التسرع في المتابعة من أجل الإهمال المعنوي إلا إذا كان الضرر باديا على الطفل وله أثر مستقبلي عليه.

2- تحديد أركان جرم الإهمال المعنوي:

إن الفقرة الثالثة من المادة 330 حددت الركن المادي للجرم في تحديد صفة مرتكبه من خلال أفعال ذات نتائج خطيرة.

بداهة فالمعني بهذه الجريمة هو أحد الوالدين الشرعيين وهو ما يعني استبعاد الأطراف الأخرى للتبني والكفالة وغيرها.[3]

وإذا كان بالفعل تفسير النص الجنائي يقتضي أن يكون ضيقا فان النص يشير إلى أحد الوالدين في حين النص بالفرنسية يشير إلى الأب والأم ومن ثم فإنه في حالة انتقال الحضانة للجدات والأجداد فهم معنيون بذلك بل أكثر من ذلك إذا كانت الحضانة وفقا لدرجات ترتيبها يمكن أن تسند إلى الخالة والعمة وأن الدور المنوط لهؤلاء هو نفس دور الأب والأم وهو ما يطرح التساؤل بشأن مساءلتهم لارتكابهم جرم الإهمال المعنوي مع أن ذلك يصطدم بمبدأ التفسير الضيق للنص الجنائي.

أما بخصوص صور الإهمال فالنص حددها في سوء المعاملة والمثل السيئ وإهمال الرعاية بعدم الإشراف الضروري.

فبالنسبة لسوء المعاملة يتمثل في العنف بمختلف صوره المادية والمعنوية وعدم العناية لدرجة الإضرار بصحة الأبناء ذلك أن نص المادة 269 ق.ع وما يليها حدد هذه الحالات في مواجهة الكافة دون تحديد مستثنيا فقط من هذا العنف ذلك الذي لا يتجاوز حق التأديب (الإيذاء الخفيف)، إلا أن هذا النص حدد سوء المعاملة بالنسبة للقاصر دون سن 16 سنة وفي ذلك حماية لهذا الأخير في حين نص المادة 330-3 يمدد بدوره هذه الحماية إلى الأبناء ولحين بلوغهم سن الرشد اعتبارا أنه ذكر الأولاد دون تحديد السن كونه ربطه بالسلطة

[1] SYLVAIN JACOPIN droit pénal spécial op.cit P.150
[2] Les liens de famille et le droit pénal thèse de Doctorat GUECHI Cherifa Op.cit P. 88.
[3] د. أحسن بوسقيعة – الوجيز في القانون الجزائي الخاص – مرجع سابق ص.152

الأبوية خصوصا أن هذا الإهمال المعنوي يتحقق سواء كانت السلطة الأبوية قائمة أو في حالة سقوطها وأن ربط هذا الإهمال بالسلطة الأبوية يفيد أنها متعلقة ببلوغ سن الرشد[1]، وهو ما يفيد في هذا الشأن أن المشرع يميل أكثر إلى حماية الأبناء.

وأما بالنسبة للمثل السيئ وعدم الإشراف فإن النص ذكر الاعتياد على السكر وسوء السلوك دون تحديد لهذا الأخير وأن ذكر الاعتياد يفيد وجوبا تكرار السلوك المضر معنويا بالأطفال خصوصا بأخلاقهم وتربيتهم وبإهمال رقابتهم بالتخلي عن الإشراف الضروري.

وإذا كان النص بما عليه يفيد أن هذه السلوكيات تخضع للسلطة التقديرية فيما يتعلق بتكييفها وما إذا كانت هذه السلوكيات بلغت من الخطورة ليطالها التجريم.

بقي أخيرا أن نشير أن النص لم يتعرض للركن المعنوي الأمر الذي أدى بالبعض أن يرى أن الإهمال المعنوي للأبناء هو جرم غير عمدي من منطلق أنه ناتج عن الإهمال[2] إلا أنه خلافا لذلك فإن سلوكيات الإهمال المعنوي أساسا تصدر عن أفعال عمدية ولا يمكن أن توضع في خانة الخطأ اعتبارا أن الأولياء على دراية مسبقة بالتزاماتهم نحو الأبناء ومن ثم فهي جريمة عمدية والعمد فيها مفترض وإثبات عكسه يقع على كاهل مرتكب السلوك المجرم لتبرير الإخلال بالتزامه وذلك بسبب شرعي.[3]

ولا شك أن ما يستشف من مضمون الفقرة الثالثة من المادة 330 من ق.ع أنها أساسا تهدف إلى حماية الأبناء من الأضرار المادية والمعنوية الناجمة بفعل الأبوين ومن ثم وخلافا للإهمال المنصوص عليه في الفقرتين الأولى والثانية والمعلق على شرط الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية وبالتنازل عنها يضع حدا لها فإن الإهمال المعنوي في منأى عن هذا الشرط وللنيابة تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها وفي ذلك حماية أكثر فاعلية للأبناء، بالرغم أن الواقع ميدانيا يثبت قلة مثل هذه القضايا المعروضة على القضاء ومرد ذلك التستر عن كثير ها بعدم التبليغ بها للنيابة من طرف بقية أعضاء الأسرة سعيا للحفاظ على ديمومة الأسرة ولو كان ذلك على حساب الأبناء الضحايا (كطرف مستضعف غير قادر على مواجهة ما يتكبده).

وإذا كان هذا هو الأمر بالنسبة للأسرة وما ينتاب علاقات أفرادها من اختلال وقبل نشوء أية منازعة فما هو حال الأمر بالنسبة للأبناء بعد حصول القطيعة سواء بالطلاق أو بغيره مثلما هو الشأن في حالة وفاة أحد

[1] الجرائم الأسرية- دكتوراه- عبد الحليم بن مشري- مرجع سابق ص.422.

[2] الجرائم الأسرية- دكتوراه- عبد الحليم بن مشري- مرجع سابق- ص.425.

[3] Les liens de famille et le droit pénal thèse de Doctorat GUECHI Cherifa Op.cit P. 90

الأبوين وهو الأمر الذي يقتضي بحثه والوقوف عليه سواء فيما يخص النفقة الواجبة للأبناء من طرف الأب أو الأم وفي حالة وفاتهما ما ينشأ من واجب على الأصول نحو هؤلاء الفروع، واقتضاء عند اللزوم ما ينشأ من حق الأصول على فروعهم وبالأخص في الحالة التي يمتنع فيها عن الامتثال لهذه الالتزامات طوعيا، الأمر الذي يكون مدعاة لتدخل القانون الجنائي من خلال تجريم فعل الامتناع عن تسديد النفقة المحكوم بها لفائدة الزوجة أو الأصول أو الفروع وهو التجريم المحدد بالمادة 331 من ق.ع

ثانيا: عدم تسديد النفقة

لا جرم أن الإنسان وبالفطرة في حاجة لغيره من بني جلدته لمساعدته على البقاء، وان البقاء يقتضي العيش بالوسائل التي تتحقق معها الحياة البشرية وفي مقدمتها الغذاء واللباس والسكن وغيره من متطلبات العيش.

وحياة الإنسان كأي كائن تبدأ بضعف وتنتهي بضعف لقوله جلت قدرته " **الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبا يخلق ما يشاء وهو العليم القدير**"[1].

والأمر المؤكد أن الأسرة في تكوينها منها الضعيف ومنها المستضعف ومن ثم كان لزاما تحديد التزامات أطرافها اعتبارا أنها تقوم على التعاون والتكافل أساسا لانسجامها وتلاحمها، ومنه فسواء التشريعات السماوية أو الوضعية جعلت من هذه الالتزامات قواعد يخضع لها أفراد الأسرة فواجب النفقة يقع على كاهل الزوج نحو زوجته ونحو أبنائه، كما يقع نفس الواجب على الفروع إزاء أصولهم عند الحاجة بعد عجزهم، وإن واجب النفقة في الشريعة الإسلامية ثابت في الكتاب والسنة والإجماع لقوله تعالى: (**أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضآروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتم فسترضع له أخرى لينفق كل ذي سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا)**[2] ا وقوله تعالى: **(والوالدات يرضعن أولادهم حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود لهن رزقهن وكسوتهن بالمعروف)** [3]

[1] الآية 53 من سورة الروم.

[2] الآيتان 6 و7 من سورة الطلاق

[3] الآية 233 من سورة البقرة

وأما السنة قوله صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع: "**اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فروشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**"[1].

وأجمع العلماء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وأن امتناع هذا الأخير عن الإنفاق عليها بغير مقتضى شرعي يقتضي أن يفرض عليه القاضي أداءها إن طلبت ذلك.[2]

وأما نفقة الأصول على الفروع فهي واجبة لقوله جلت قدرته: (**وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر احدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما**[3]).

ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**أنت ومالك لأبيك**" وهو الأمر الذي يفيد أن يسر الفروع يوجب عليهم النفقة للأصول[4].

وعلى أساس ذلك جاءت أحكام قانون الأسرة بخصوص واجب النفقة بدءا بحق الزوجة في النفقة على زوجها ما دامت في عصمته طبقا للمادة 74 ونفقة الولد على كاهل أبيه لحين بلوغه سن الرشد والبنت لحين الدخول طبقا للمادة 75، وتبقى مستمرة في حالة العجز بدنيا أو عقليا أو لمزاولة الدراسة ولحين زوال هذا السبب وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب وتقع هذه النفقة في حالة عجز الأب على الأم بيسرها طبقا للمادة76، وأما نفقة الأصول فواجبة على الفروع وللفروع على الأصول حسب المقدرة والاحتياج ودرجة القرابة وفقا للمادة 77 ؛ في حين المطلقة محقة لنفقة العدة طبقا للمادتين 58، 61 إذ لغير الحامل ثلاث قروء واليائس ثلاثة أشهر بدءا من تاريخ الطلاق والحامل لحين وضع الحمل طبقا للمادة 60 وإذا كان الامتثال لهذا الالتزام بالنفقة يكتسي في الأصل طابعا مدنيا من خلال صدور حكم يقضي به، فإن الامتثال طواعية لمقتضياته لا يثير أي إشكال، ولكن حماية للطرف المستضعف المستفيد من هذه النفقة يتطلب تدخل القانون الجنائي لردع فعل الامتناع عن هذا الواجب الأسري وهي حماية تهدف إلى الحفاظ على الانسجام الأسري اعتبارا أن

[1] أخرجه مسلم 1218، مشار إليه في الإمام حافظ بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام، مرجع سابق، ص183.

[2] د.رمضان علي السيد الشرنباصي- د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي- أحكام الأسرة- منشورات الحلبي الحقوقية 2008 ص.373 وما يليها.

[3] الآية 23 من سورة الاسراء

[4] د.عبد الرحمان الصابوني- نظام الأسرة ومشكلاتها في ضوء الإسلام- دار الفكر- ط.4- 1972 ص.211.

الأسرة بمثابة الكيان الأساسي لبناء المجتمع وأن ما يقع من انتهاكات بشأنها يعرض تلاحم أفراد هذه الأسرة للخطر وهو الأمر الذي اقتضى تجريم هذه الانتهاكات لحماية الطرف المستضعف.[1]

إن هذه الحماية المتعلقة أساسا بالجانب المادي لإعالة الأسرة هو ما تضمنه نص المادة 331 ق.ع المتعلق بجنحة عدم تسديد النفقة، وبتفحص هذا النص والذي خضع للتعديل المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 [2]حدد عقوبة الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة من 50.000 إلى 300.000 دينار كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة لإعالة أسرته وعن أداء كامل النفقة المقررة إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم بإلزامه بذلك، ويفترض أن عدم الدفع عمديا ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الاحوال.

إن هذا النص مستوحى في أصله من نص المادة 357-2 ق.ع.ف.ق وبتسمية الإهمال العائلي من خلال تجريمه فعل الامتناع عن تسديد النفقة الغذائية المأمور بها قضاء لفائدة الزوجة والأصول والفروع بموجب حكم مدني، إلا أن التعديلات المتعاقبة في ظل قانون العقوبات الجديد أبقت على هذا الجرم من خلال المادة 227-3 وبتسميته بالإهمال المالي *l'abandon pécuniaire* أو المادي *matériel*.[3]

وأصبح التركيز بشأن هذه الجنحة منصب على حماية احترام والامتثال للقرار القضائي بدلا من النظرة للجرم كجرم يهدف إلى حماية الأسرة، إلى جانب ذلك أوجد المشرع الفرنسي جريمة مكملة لهذا الجرم بنص المادة 227-4 تجرم فعل المدين بالالتزام في حالة تحويل موطنه وعدم التبليغ بهذا التحويل للمدين بالنفقة خلال شهر من التحويل وبعقوبة 6 أشهر حبس والغرامة وهو النص الذي يهدف إلى حماية المستفيد من النفقة من خلال ضمان التنفيذ الجيد للالتزام الأسري.[4]

لا شك أن المقارنة بين نص المادتين 331 ق.ع، 227-3 ق.ع.ف تفيد أن المشرع بصدد المادة 331 احتفظ بمصطلح النفقة الغذائية وهو المفهوم الضيق في حين المشرع الفرنسي من خلال التعديلات المتعاقبة في

[1] La protection pénal de l'enfant liée au droit de garde- مداخلة للدكتورة طالبي حليمة، الملتقى الوطني للحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 04/03 نوفمبر 2010، القطب الجامعي بجيجل ص.86.

[2] قانون 23/06 الصادر بتاريخ 2006/12/20 المعدل لقانون العقوبات

[3] Michel- Laura Rassat- droit pénal spécial op.cit P.591-592

[4] Sylvain JACOPIN- doit pénal spécial op.cit P.148-149

-Valérie MALABAT- droit pénal spécial Dalloz- 3eme édition P.357

هذا الشأن استبدل المصطلح بالإهمال المالي وهو ذو مفهوم أوسع، وكان الأولى بالنسبة للمشرع الجزائري أن يخضع المادة 331 إلى التعديل خصوصا في هذا الشق والذي هو أساسا متعلق بالالتزامات الأسرية المحددة بالمادة 78 من قانون الأسرة وبشكل أوسع إذ تنص على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وإذا كان قضاة شؤون الأسرة في أحكامهم المتعلقة بهذا الشأن يضعون في الاعتبار لتقدير النفقة الجانب المتعلق بالغذاء والكسوة فإنه بصدد العلاج والسكن يتم القضاء بشأنه منفصلا عن النفقة وهو ما يضع القاضي الجنائي في هذا الصدد أمام معضلة التساؤل فيما إذا كانت مصاريف العلاج وأجرة السكن والامتناع عن تسديدها تقع تحت طائلة تجريم المادة 331 ق.ع اعتبارا أن المبدأ في تفسير النص الجنائي أن يكون ضيقا ومع ذلك فإن الاجتهاد القضائي في هذا الشأن يعتبر الامتناع عن أجرة السكن ومبالغ العلاج ينجر عنه قيام جرم عدم تسديد النفقة.

إن هذا الأمر يقتضي الوقوف على عناصر الجرم ومن خلال نص المادة 331 تحديد العنصر المادي للجرم (أ) ثم العنصر المعنوي (ب) وقبل ذلك يجدر الذكر أن نص المادة 331 في الفقرة الأخيرة منه وعلى غير المعتاد كبقية الجرائم الأخرى تم النص على تحديد المحكمة المختصة محليا وهي محكمة موطن المدين بالنفقة، ولعل الغاية من ذلك أن المستحق لهذه النفقة عادة ما يكون من العجزة (الزوجة والأولاد والأصول لكبرهم) وليجنبهم مصاريف التنقل لجهات بعيدة عن مكان تواجدهم ومن ثم كرس لهم حق التمسك بهذا الاختصاص وهو التفسير الذي اعتمده الاجتهاد القضائي، [1] علما في هذا الصدد أن إضافة هذه الفقرة بنص المادة 331 إذا كان يعد بمثابة حشو في نص موضوعي بهدف التأكيد إلا أن قانون الإجراءات المدنية سواء القديم أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد تضمن هذا الإجراء المتعلق فيما يخص الاختصاص المحلي لمحكمة موطن المدين بالنفقة.[2]

أ- العنصر المادي لجنحة عدم تسديد النفقة

إنه بتفحص المادة 331 ق.ع فإنها تقتضي قيام ثلاثة عناصر أولا وجود دين محدد بحكم قضائي وثانيا عدم التسديد الكامل لهذا الدين لمدة تجاوز الشهرين وثالثا نية الامتناع العمدي عن الوفاء بهذا الدين.

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 01 جوان 1982- ملف رقم: 23000- نشرة القضاة1987-ج1-ص49

[2] انظر المادة 8 فقرة 7 من ق.أ.م القديم وكذا المادة 40-2 ق.أ.م.أ.

من خلال هذه الشروط يتجلى بوضوح العنصر المادي للجرم ويتمثل في الشرط المسبق وهو وجود حكم يقضي بمبلغ دين محدد الأمر الذي يتطلب معه تحديد هذا الدين وطبيعة الحكم الصادر بشأنه (1) في حين العنصر المادي الثاني يكمن في تحديد المدة المقررة التي تجاوز الشهرين كأساس للمتابعة مما يتعين تحديد بدء هذه المدة المقررة (2).

1- طبيعة الدين والحكم القاضي به:

1-1 بخصوص الديـــــن:

إذا كانت المادة 331 تجرم فعل عدم تسديد النفقة المقررة لإعالة الأسرة فإنها حددت الأشخاص المستفيدين منها وهم الزوجة والأصول والفروع وأن أصل هذه النفقة كالتزام تصبح كدين بعد الحكم بها قضاء وفقا للمواد 74 إلى 78 من قانون الأسرة وكذا المادة 61 من قانون الأسرة المتعلقة بنفقة العدة للمطلقة، وبناء على ذلك فالنفقة الواجبة أساسا ناجمة عن قيام الرابطة الزوجية والتي تقع على كاهل المنفق وهو الزوج بالنسبة للزوجة والأب بالنسبة للأبناء ونفس الأمر نفقة الأصول التي تقع على الفروع حسب القدرة والاحتياج.

كما أن هذه النفقة تكون واجبة بعد فك الرابطة الزوجة بالنسبة لاستمرار نفقة الأبناء لحين سقوط الحضانة شرعا ونفقة المطلقة وفقا لحالات العدة المبينة بالمواد 58-61 من قانون الأسرة.

إذا كانت طبيعة هذه النفقة محددة بنصوص قانون الأسرة ولا تثير أي إشكال اعتبارا أنها مبينة بنص المادة 78 منه وتشتمل على الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من ضروريات في العرف والعادة فإن الإشكال يثور بخصوص المادة 331 التي تجرم فعل عدم تسديد النفقة المقررة والتي يذكرها النص بالفرنسية بالنفقة الغذائية وهو ما يطرح التساؤل بشأن الحكم القاضي بالنفقة ومبالغ العلاج والإيجار وما إذا كان عدم الامتثال لتسديدها يقع تحت طائلة عقاب المادة 331 السالفة الذكر وبالخصوص في حالة فك الرابطة الزوجية التي تتضمن الجانب المادي لها المتمثل في نفقة المحضونين ونفقة المطلقة ومبلغ إيجار السكن لممارسة الحضانة ونفقة العدة والتعويضات الناجمة عن الطلاق.

بالفعل وإعمالا بمبدأ الشرعية والتفسير الضيق في القانون الجنائي فإن مادية الجرم تقتضي فقط تطبيق المادة 331 بخصوص النفقة المحكوم بها دون غيرها من التبعات المادية للطلاق كالتعويض عن الطلاق أو أي دين آخر غير ذلك الذي يكتسي طابع النفقة.

وأما إذا كان الأمر متعلقا بالمنح العائلية التي تدفع من طرف صندوق التأمين فإنه في حالة فك الرابطة الزوجية فإن هذه المنح العائلية أساسا تمنح للأبناء بعد تقديم الحكم بالطلاق والحضانة للصندوق المذكور والتي امتنع الأب عن تسليمها لمستحقيها فإنه لا ينجر عنها متابعته طبقا للمادة 331 باعتبار أن هذه المنح وتسليمها تعود للصندوق الذي يمنحها لمستحقيها بمجرد تقديم الحكم بالطلاق وحضانة الأبناء.[1]

أما بخصوص تبعات الطلاق للمطلقة فإذا كان التعويض عن الطلاق حسم أمره وفقا للاجتهاد القضائي والذي لا يعتبر هذا التعويض من مشتمل النفقة، [2] علما أن بعض التشريعات وبنص صريح تعتبر عدم تسديد التعويض ينجر عنه قيام جرم عدم تسديد النفقة.[3]

في حين الأمر الذي يمكن أن يكون محل النقاش متعلق بمبلغ بديل الإيجار لممارسة الحضانة ومبلغ نفقة العدة للمطلقة وما إذا كان يمكن أن يكون سببا للإدانة في حالة الامتناع عن تسديدها.

ففيما يتعلق ببديل الإيجار فإن الاجتهاد القضائي اعتبره من مشمولات النفقة وقضى بأن عدم تسديد هذه المبالغ ينجر عنه الإدانة.[4]

وأما بخصوص نفقة العدة إذا كان مفهومها جلي في قانون الأسرة إذ يتمثل في النفقة الغذائية للمطلقة ولفترة عدتها اعتبارا أنه خلال هذه الفترة فك العصمة غير نهائي بالنسبة للطلاق غير البائن بينونة كبرى، والاجتهاد القضائي في هذا الشأن سلك مسلكين الأول اعتبر أن عدم تسديد نفقة العدة ينجر عنه الإدانة الجزائية،[5] في حين المسلك الثاني ذهب عكس الأول واعتبر أن الحكم بالطلاق ينجر عنه انتهاء العلاقة الزوجية ومن ثم انعدام الشرط الأساسي للمتابعة وهو وجود العلاقة الزوجية شرعا، ومعتبرا أن عدم تسديد نفقة العدة يبقى دينا مدنيا ولا ينجم عنه الإدانة في حالة عدم تسديدها.[6]

---

[1] قرار المحكمة العليا في 01 جوان 2005–طعن رقم–302917– م.ق–عدد1–2006– ص 589–(المبدأ: لا تندرج المنح العائلية ضمن مشتملات النفقة وبالتالي لا يشكل عدم تسديدها جريمة الامتناع العمدي عن تسديد النفقة.

[2] القرار الجزائي لمجلس قضاء باتنة بتاريخ 18 جوان 2012 تحت رقم: 1333 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ومن جديد البراءة اعتبارا أن التعويض المدني الناجم عن الطلاق والامتناع عن تسديده لا يشكل فعل مجرم بالمادة 331 ق.ع.

[3] الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسي: كل من حكم عليه بالنفقة أو **الجارية** وبقائه الشهر دون الوفاء يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة والغرامة من 100 إلى 1000 دينار.

[4] قرار المحكمة العليا في 26 أفريل 2006– طعن380958 م.م.العليا – عدد2– 2007 ص585

– قرار المحكمة العليا الصدر بتاريخ 25 مارس 2009– ملف رقم: 421723– غرفة الجنح والمخالفات– القسم الرابع– غير منشور

[5] قرار المحكمة العليا في 23 نوفمبر 82– الغرفة الجنائية الثانية– القسم الأول– طعن 23194– م.ق– عدد1– 1989 – ص.325

[6] قرار المحكمة العليا 23 نوفمبر 93– ملف طعن 102548– م.ق –عدد.2– 1994 ص.282.

وفي هذا الشأن نرى أنه يجب التفرقة بين النفقة المحكوم بها أثناء حكم الطلاق وتبعاته بما في ذلك نفقة المطلقة عن الفترة ما بين نشوب النزاع والحكم بالطلاق ونفقة عدتها وبين المطالبة بهذه النفقة بعد الحكم بالطلاق إذ بصدد هذا الشق الأخير فإن هذه المطالبة جاءت بعد فصم العلاقة الزوجية ومن ثم تبقى كدين مثلها كمثل أي دين مدني، في حين نفقة العدة التي يحكم بها أثناء الطلاق فهي أساسا تعتبر نفقة غذائية واجبة الدفع للمطلقة إذ شرعا المطلقة تظل بمقر الزوجية لحين انتهاء عدتها ومن ثم قررت لها نفقة العدة بدءا من الطلاق ولغاية فترة العدة ولعل ذلك هو السبب الذي جعل الاجتهاد القضائي أن يأخذ منحى المسلكين السابق ذكرهما.

1-2 وبخصوص الحكم القاضي بالنفقة:

إن صدور حكم من الجهة المختصة بشؤون الأسرة هو شرط مسبق إذ لا يمكن المتابعة جزائيا عن جرم تسديد النفقة ما لم يسبق صدور حكم قضائي من الجهة المختصة ويقتضي أن يكون نهائيا وحائزا لحجية الشيء المقضي فيه أو أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل أو بمعنى أدق أن يكون هذا الحكم نافذا ويحرر محضر إلزام بدفع هذه النفقة المحددة به وامتناع المحكوم عليه عن الامتثال للإلزام وأن القضاء بخلاف ذلك ودون إبراز هذه العناصر يستوجب النقض، [1] وأما فيما يتعلق بطبيعة الحكم فإن المهم أن يكون صادرا عن المحكمة المختصة أو بقرار صادر عن المجلس في مرحلة الاستئناف أو بأمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة.[2]

وإذا كان صدور الحكم بهذا المفهوم الواسع وفقط أن يكون نافذا فإن ذلك لا يستبعد الأحكام الأجنبية شريطة أن تمهر بالصيغة التنفيذية من طرف الجهات القضائية الجزائرية المختصة وفقا لأحكام المواد 605 إلى 608 ق.إ.م.إ.

وإلى جانب صدور الحكم المحدد للالتزام بالنفقة فإنه يتوجب أن يكون المحكوم عليه على دراية بهذا الحكم وذلك من خلال إلزامه بالدفع وامتناعه عن الامتثال بعد المهلة المحددة بالإلزام، [3] إذ لا يكفي أن يكون الحكم نافذا بل يجب أن يبلغ للمعني بالأمر.

De plus, la décision de justice posant l'obligation doit être exécutoire et doit avoir être porter légalement à la connaissance de l'intéressé pour que celui-ci puisse être tenu à

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 27 ماي 2009- ملف طعن رقم: 483490- غرفة الجنح والمخالفات – القسم الرابع- غير منشور.

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 أفريل 95 (عدم تسديد النفقة رغم الأمر ألاستعجالي بدفعها- الاستناد إلى انعدام حكم أو قرار نهائي لتبرئة المتهم- خرق للقانون)- ملف طعن رقم: 124384- م.ق- عدد.2 لسنة 95 ص.192.

[3] المادة 612 ق.أ.م.أ من القانون 08-09

l'obligation, et puisse donc éventuellement manquer à cette même obligation (crim 8 mars 1977. Bull. Crim. N°88 ; crim28 Nov. 1955, bull. Crim N°783)[1]

وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في عديد القرارات.[2]

إلا أن الاجتهاد في فرنسا اعتبر أن عدم الامتثال للتسديد من طرف المدين بعد تنفيذه طواعية للحكم القاضي بالنفقة لا يفسح له مجال الدفع بغياب وعدم تبليغه بالحكم النافذ.

Mais celui qui a exécuté volontairement une obligation s'en reconnu débiteur et ne peut donc ensuit invoquer l'absence de décision exécutoire ou signification de cette décision[3] .

وأخيرا وبصدد الحكم القاضي بالنفقة وما يمكن أن يثار بشأن المدة المحددة لهذا الالتزام وبالخصوص إذا ما لم تحدد بالحكم أو أنه لا يشير أنها تبقى سارية لحين سقوط الحضانة شرعا علما أن النفقة إذا كانت محددة بالنسبة للذكر إلى سن الرشد والأنثى بالزواج طبقا لنص المادة 75 من قانون الأسرة وأنها تبقى مستمرة وفقا لنفس النص في حالة الولد العاجز أو لمزاولة الدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب، وهو الأمر الذي يطرح التساؤل بشأن هذه النفقة المحكوم بها إذا لم تحدد فهل تبقى مستمرة أم تسقط تلقائيا بمجرد بلوغ سن الرشد أو الاستغناء عنها بالكسب.

إن محكمة النقض في فرنسا أقرت أن النفقة تبقى مستمرة ولا تتوقف تلقائيا ببلوغ سن الرشد وأن أمر وقفها يقتضي لجوء المنفق للقضاء المختص للمطالبة بإسقاطها وفي غياب ذلك يبقى ملزما بالنفقة المحكوم بها، وفي حالة توقفه عن تسديدها يقوم الجرم في حقه[4] .

وإذا كان نص المادة 331 يفرض وجوبا تسديد مبلغ النفقة كاملا فإنه لا تجوز المقاصة بشأنه أو رفض تسديد هذه النفقة بدعوى هبة للزوجة أو الأبناء عقارا أو غيره أو ما تم صرفه عن المحضون لأكثر من النفقة المقررة كما أن الدفع الجزئي لا يؤثر في بقاء الجرم قائما[5] ؛كما أنه لا يعتد باعتراف المتهم بعدم تسديد النفقة لقيام الجرم بل لابد من صدور حكم والتبليغ به والتكليف بالإلزام ومحضر الامتناع.[6]

---

[1] Valérie MALABAT-droit pénal spécial op.cit P.358

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 27 ماي 2009- طعن رقم: 14477- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- غير منشور

قرار المحكمة العليا بتاريخ 27 ماي 2009- طعن رقم: 83239- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- غير منشور

قرار المحكمة العليا بتاريخ 23 نوفمبر 1982- طعن رقم: 23194- م.ق عدد.1 لسنة 1989 ص.325

[3] Crim 23 octobre 1991- droit pénal 1992 comm.60 et crim 09 juin 1993 Bull. Crim n°209 (Valérie MALABAT droit pénal spécial op.cit P.358).

[4] Crim 07 février 2007 Bull n°34- droit pénal comm.69 (Michel VERON- droit pénal spécial op.cit P.225)

[5] قرار والمحكمة العليا 29 أكتوبر 2009- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- طعن: 501699- غير منشور.

[6] قرار والمحكمة العليا 27 ماي 2009- طعن: 14477- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع غير منشور.

- قرار المحكمة العليا 2000/01/18 طعن رقم: 229680- م.ق -عدد.1 لسنة 2001 ص.364

2- الامتناع عن تسديد النفقة لأزيد من شهرين

إذا كانت المادة331 ق.ع تشترط لقيام جنحة عدم تسديد النفقة الامتناع عن أدائها لفترة تزيد عن الشهرين وهو الأمر الذي يطرح التساؤل بشأن هذه المدة خصوصا فيما يتعلق ببدئها وانقضائها وهو أهم عنصر في الركن المادي لهذه الجنحة، فإذا كان الحكم القاضي بالنفقة يستوجب أن يكون نافذا، فان تنفيذه يتطلب إلزام المنفذ ضده ومنحه مهلة للتسديد حتى يكون هذا الأخير على بينة من أمره، لكن ذلك يطرح التساؤل بخصوص فترة الشهرين وما إذا كانت تبدأ من تاريخ محضر الإلزام أم من تاريخ انتهاء المهلة المحددة به من جهة، ومن جهة أخرى ما إذا كان يستوجب الأمر أن تكون مهلة الشهرين تترا أم يمكن أن تكون متقطعة؟

إن ما استقر عليه الاجتهاد بالنظر لغموض النص بشأن تحديد بدء هذه المهلة وانقضائها، فأن المهلة تنطلق من تاريخ مهلة التكليف بالتسديد (أمر الإلزام)[1]، وأما بالنسبة لمهلة الشهرين إذا كان النص صريحا بوجوب تجاوز الشهرين من تاريخ الامتناع عن التسديد بتاريخ تحريك الدعوى العمومية، فان كان هناك اتجاه يرى وجوب الامتناع عن التسديد لمدة تجاوز الشهرين بتاريخ الشكوى.[2]

لكن في هذا الصدد نرى أن العبرة بخصوص انقضاء مهلة الشهرين والتي هي شرط للمتابعة وتحريك الدعوى العمومية تبقى رهنا بفترة الشهرين عند تاريخ تحريك الدعوى العمومية بغض النظر عن تاريخ الشكوى.

من جهة أخرى فان انقضاء مدة الشهرين من تاريخ الامتناع عن تسديد النفقة المستحقة الذي يبرر صحة تحريك الدعوى العمومية والتي تجعل الجرم قائما بقيام أركانه بغض النظر عما حدث بعد تحريك الدعوى العمومية من مستجدات يمكن أن يتمسك بها المتهم إذ لا يعتد بالدفع الجزئي، ولا بالعجز والإعسار الناجم عن الاعتياد على سوء السلوك والسكر أو انعدام العمل[3] كما لا يفيد الدفع بإنكار النسب[4]، ولا الدفع ببقاء

[1] Patrice GATTEGNO- droit pénal spécial- op cit P.189.

[2] قرار المحكمة العليا 29 أكتوبر 2009- ملف رقم: 515644- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- غير منشور.

[3] قرار المحكمة العليا 23 جانفي 1990- طعن 59472- م.ق – عدد 3 -1992- ص.230

[4] قرار والمحكمة العليا 16 نوفمبر 1999 - طعن: 228139- م.ق – عدد 2 - 2000 عدد.2 ص.227

المحضونين عند والدهم سعيا للتملص من تسديد النفقة، إذ يظل الجرم قائما[1] وأكثر من ذلك لا يعتد بصدور حكم معدل أو ملغي للحكم الأول القاضي بالنفقة محل التنفيذ.[2]

ب- العنصر المعنوي لجنحة عدم تسديد النفقة

إن الفقرة الأولى من نص المادة 331 ق.ع تضمنت عمدية عدم التسديد، وان الفقرة الثانية منها أكدت أن عدم التسديد العمدي أمر مفترض ما لم يثبت العكس؛ إن ذلك يفيد أنه بمجرد عدم الوفاء بالالتزام بعد الشهرين يتحقق الفعل العمدي افتراضا ولغاية إثبات العكس، ومن ثم لا يمكن للمدين بالنفقة أن يتحجج بالإعسار الناجم عن التسوية القضائية أو إعادة تنظيم الإفلاس.

لكن إذا كان النص يتضمن قرينة عدم الدفع لإثبات سوء النية ونقل بذلك عبء الإثبات للمتهم خلافا لأصل القاعدة، علما في هذا الشأن وكما سبق الذكر بخصوص هذه المادة المستوحاة من المادة357-2 ق.ع.ف.ق فان المشرع الفرنسي تخلى لاحقا عن هذه القرينة في تعديله الوارد بنص المادة 227-3 ق.ع.ف.ج ليأخذ بالتبرير الناجم عن حسن النية، آخذا بالعسر الكامل الأمر الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 09 جوان 2004، [3] لقبول الاستحالة المطلقة لتسديد النفقة، وأن المرض أو فقدان العمل أصبح عمليا يؤخذ به لتبرير الإعسار[4]، واعتبارا أن جنحة عدم التسديد النفقة هي جريمة مستمرة فإنها لا تخضع لأحكام تقادم سقوط المتابعة.[5]

وأما بشأن الصلح الواقع بعد تحريك الدعوى العمومية إذا كان لا يعتد به قبل تعديل النص[6] فإنه حاليا ومادام نص المادة 331 ق ع المعدل بالقانون 06-23 تضمن في الفقرة الأخيرة أن الصفح يضع حدا للمتابعة وهو ما كرسه الاجتهاد القضائي.[7]

وإذا كان هذا الجانب من التكافل اقتضى تدخل القانون الجنائي لتجريم فعل الامتناع عن تسديد النفقة كصورة من صور الإهمال الأسري سعيا في ذلك لحماية الأطفال والمستضعفين في الأسرة فان هذا التكافل لا

[1] قرار المحكمة العليا 17 فيفري 1998- طعن رقم 144741- م.ق- عدد1 1998- عدد.1 ص.232

[2] Crim 26 juillet 1977 (Patrice GATTEGNO droit pénal spécial op.cit P.189)

[3] Valérie MALABAT- droit pénal spécial op.cit p.358

[4] Valérie MALABAT- droit pénal spécial op.cit p.190

[5] قرار المحكمة العليا الصدر في 01 جوان 1982 ملف رقم: 23000- نشرة القضاة لسنة 1987 ج.1 ص.49

[6] قرار المجلس الأعلى الصادر في 21 جانفي 1969- مجموعة الأحكام ص.409

[7] قرار المحكمة العليا الصادر في 29 جويلية 2009- طعن رقم: 511403- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الرابع- غير منشور.

يتوقف عند هذا الحد إذ التساؤل الذي يطرح بشأن جدوى عقاب الزوج أو الوالد أو الملزم بالنفقة مع بقاء مستحقيها من دون نفقة خصوصا وهي أساس عيشهم ؟

إذا كانت بعض التشريعات المقارنة أوجدت الحلول لذلك من خلال الصندوق الخاص بالنفقة كسبيل لإعطاء الفعالية للتكافل الأسري ومساهمة الدولة في تحقيق الحماية المجدية للأسرة[1]، في حين ظل المشرع متأخرا في هذا الشأن رغم أهمية هذا الصندوق ولغاية سنة 2014 وتحديدا في 2014/08/26 صادق مجلس الوزراء على مشروع إنشاء صندوق النفقة الغذائية والذي ما من شك سيسهم في حل الكثير من المعضلات التي تعانيها الأسرة في هذا الشأن طبعا إثر المصادقة عليه من طرف السلطة التشريعية المخولة بذلك، إذ بالفعل صدر القانون 15-01 بتاريخ 2015/01/04 المتضمن إنشاء صندوق النفقة[2]

الفرع الثاني: الامتناع عن تسليم الطفل

إذا كان الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث لقانون العقوبات، خصص للجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة فإن أقسامه الأربعة الأولى منصبة في مجملها على حماية الطفل قبل ولادته وبعدها من الانتهاكات التي تقترف أصلا من الغير وأن ارتكابها من الأصول يشكل ظرفا مشددا، وهو ما نفضل التعرض إليه في حينه بالمبحث الثاني من هذا الفصل ؛في حين نقتصر فقط التعرض لنص المادة 328 ق.ع من القسم الرابع المتضمنة تجريما أسريا بحتا متعلقا بعدم تسليم الطفل، وهو من صميم هذا المبحث اعتبارا أنه متعلق بالجرائم المرتكبة داخل محيط الأسرة.

إن نص المادة 328 ق ع يجرم عدم تسليم الأب أو الأم للقاصر المقضي في شأن حضانته بحكم نهائي أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل إلى من له حق المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن أوكلت إليه حضانته من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه وإبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف، ويبدو من ظاهر هذا النص انه يحمي من له الحق في حضانة المحضون وكذا حق من له الرقابة في زيارة المحضون له وأصل هذا الحق أساسا يرجع إلى أحكام الحضانة المنصوص عليها بقانون الأسرة

[1] صندوق نظام الأسرة المنشأ في مصر بقانون 2004/11 وفي فلسطين أنشيء صندوق النفقة عام 2005بالقانون رقم 34 وفي المغرب صندوق التكافل العائلي بقانون 41/10 وفي تونس صندوق النفقة والجراية عن الطلاق بقانون 65 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/7/5.

[2] القانون 01/15 المؤرخ في 2015/01/04 المتضمن انشاء صندوق النفقة ، الجريدة الرسمية عدد 01 في 2015/01/07

والمبينة بالمادة 62 وما بعدها وبالخصوص المادة 64 من نفس القانون التي تحدد من له حق الحضانة وفي حالة الحكم بها يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر.

وتركيزا بشأن المصلحة التي يسعى المشرع إلى حمايتها من خلال هذه النصوص فإنها تهدف بالأساس إلى حماية الطفل، اعتبارا أن هذا الأخير له حقوق على والديه سواء منهما الحاضن أو من له حق الزيارة من خلال الالتزامات الواقعة على كاهلهما وأن الإخلال بها يشكل اعتداء على حقوق الطفل، فالطفل من حقه أن تراع مصلحته في تحديد من يكون أهلا لحضانته، وله الحق في بقاء صلة التواصل مع أفراد أسرته خصوصا والديه.

والشريعة الإسلامية في هذا الشأن أولت عناية أكثر من غيرها بالطفل والحفاظ على حقوقه والذي يحتاج إلى الرعاية المادية وبالخصوص المعنوية المتمثلة في الرحمة والحنان كأساس للعناية وحسن التربية والتنشئة السليمة لقوله صل الله عليه وسلم " **من لا يَرحَم لا يُرحَم**"[1]

وتأكيدا لأهمية هذا الجانب المعنوي وبالخصوص من طرف ذويه نصت المادتان الثامنة والتاسعة من اتفاقية حقوق الطفل على حقه في صلاته العائلية وعدم فصله عن والديه أو احدهما والاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بوالديه[2].

إذن وفي إطار السعي لحماية حقوق الطفل أن يحظى بحقه في الحنان والتواصل لدى من تتحقق معه المصلحة الفضلى له وبالأخص مع والديه في حالة انفصالهما إذ أن فك الرابطة الزوجية يتولد عنه التزامات متعلقة بالحضانة سواء فيما يتعلق بمن له الحق في الحضانة أو بالطرف الآخر الذي يقتضي تواصل الطفل معه وأن الإخلال بهذه الالتزامات جعل المشرع يتدخل لتجريم فعل عدم تسليم الطفل سواء بالنسبة لعدم تسليمه للحاضن أو عدم تسليمه لمن قرر له حق الزيارة.

إلا أن ما يكنه الوالدان من حقد وبغضاء بسبب هذا الطلاق ينعكس على الأطفال من خلال امتناع الحاضن تسليم المحضون من أجل حق الزيارة المحدد بحكم قضائي أو بالعكس بعد أن يتسلم المحق في الزيارة يمتنع عن رد الطفل لمن له الحق في حضانته، وفي كل الحالات إذا كان الاعتقاد بأن الامتناع هو انتقام أحد الوالدين من الآخر فإن ذلك ينعكس أثره السيئ على المحضون لمساسه بحقوقه المعنوية.

[1] صحيح البخاري 5997 ، كتاب الأدب، ج3، ص.137،138.

[2] اتفاقية حقوق الطفل المبرمة في 20 نوفمبر 89 والنافذة وفقا للمادة 49 منها بدءا من تاريخ 02 سبتمبر 90

وفي هذا الصدد إذا كان تدخل القانون الجنائي ضمن المجال الأسري لردع المنتهك للالتزامات المقررة لواجب الترابط الأسري فإن التساؤل الذي يطرح مثلما طرح سابقا بشأن جنحة الإهمال العائلي وما إذا كان تدخل القانون الجنائي يحقق حماية للأسرة أو حماية تنفيذ الحكم القضائي اعتبارا أنه سواء في جرم الإهمال الأسري أو جرم عدم تسليم الطفل فإن كليهما لا تقوم له قائمة إلا إذا سبق صدور حكم قضائي محدد للالتزامات الواجب مراعاتها والتي تم انتهاكها بعدم الامتثال لتنفيذها وهو ما يعني أن القانون الجنائي يميل أكثر لحماية النظام العام بدلا من المصالح الأسرية الخاصة[1]، وإذا كان المشرع الفرنسي في المادة 375 ق.ع.ف.ق المجرمة لعدم تسليم القاصر يشترط الحكم المسبق فإنه تراجع عن هذا الشرط بعد التعديل مكتفيا في نص المادة 227-5 ق.ع.ف.ج التي تنص على تجريم فعل الرفض غير المبرر لتسليم قاصر لمن له الحق بالمطالبة به ومنه يتأكد عدم الإبقاء على مرجعية اشتراط الحكم المسبق.[2]

في حين بالنسبة للمادة 328 ق.ع فمن دون أدنى شك أنها لا تختلف في مضمونها عن نص المادة 357 ق.ع.ف.ق سابقة الذكر من حيث اشتراطها وجوبا الحكم المسبق الفاصل في شأن الحضانة ومن ثم تبرز الحماية الجنائية أساسا للمصلحة العامة (حماية تنفيذ حكم قضائي) إلا أن التعديل الذي تم سنة 2006 أضاف نص المادة 329 مكرر والذي علق تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها الرامية إلى تطبيق المادة 328 بالشكوى المسبقة للضحية وأن صفح هذا الأخير يضع حدا لها، الأمر الذي يتجلى من خلاله أن الحماية الجنائية في هذا الشق هي حماية خاصة بالأسرة.[3]

إن الأمر واعتبارا أن جنحة عدم تسليم الطفل تعد جرما أسريا ذلك أن المادة 328 ق.ع تحدد أطرافها في الأب أو الأم أو أي شخص، وأن دراستها تستوجب أن نتعرض لأركانها وبالأخص المادي والمعنوي **(أولا)**.

في حين نتعرض لما يثار من إشكالات بشأن التطبيق العملي لهذه الجنحة وموقف الاجتهاد القضائي منها **(ثانيا)**.

أولا: أركان جنحة عدم تسليم الطفل

[1] Olivier MAURY – famille et droit pénal- thèse de doctorat op.cit P.141

[2] Olivier MAURY – famille et droit pénal- thèse de doctorat op.cit P.161

[3] القانون رقم 6-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

أنه بتفحص المادة 328 ق.ع فإنها أساسا خصصت عقوبة لضمان تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بحضانة الطفل، ولا شك أن الحكم الفاصل في الحضانة طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة يتعرض في ذات الوقت لحق الزيارة، أو أن هذا الأخير يتأتى من خلال أمر قضائي لاحق محددا لهذا الحق وهو التفسير الذي ارتآه الاجتهاد القضائي بصدد تطبيق المادة 357 ق.ع.ف.ق[1] وأنه بناء على ذلك فإن جنحة عدم تسليم الطفل تقتضي وجود حكم قضائي مسبق[2] بالرغم من أن النص يتضمن شكلين لهذه الجريمة الأول عدم الامتثال لتسليم الطفل والثاني خطف أو إبعاد الطفل من الأماكن التي وضع فيها.

فإلى جانب وجود الحكم المسبق يتوجب أن يكون نافذا ذلك أن الحكم القاضي بإسناد الحضانة للأم ومن دون أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل يظل غير نهائي مادام أنه محلا للاستئناف.[3]

والأكثر من ذلك فإنه يجب إعلام الطرف المنفذ ضده بهذا الحكم وبتكليف إلزام الامتثال لمقتضياته[4] بغض النظر عن طبيعة الحكم إذ يمكن أن يكون في شكل أمر استعجالي أو حكم أو قرار.

وبتحقق هذه الشروط المسبق فإن مادية الجرم تقتضي أفعالا مادية أي الركن المادي (أ) كما تتطلب النية الجرمية أي الركن المعنوي (**ب**).

أ-الركن المادي:

إنه من خلال نص المادة 328 ق.ع فإن مادية الجرم تتحقق من خلال أفعال مادية تأخذ أشكالا متنوعة فإما أن الفعل يتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل لمن أسندت الحضانة إليه أو أن المستفيد من الحضانة يمتنع عن تسليم الطفل لمن له حق الزيارة، أو في الحالتين قيام أحدهما الأب أو الأم بخطف أو إبعاد الطفل عمن له حق المطالبة به (إبعاده عن الحاضن، أو أن هذا الأخير يخفيه ويبعده عن المحق في الزيارة) أو حمل الغير على ذلك ولو وقع بغير تحايل أو عنف.

لا شك أن الشكل المتمثل في الامتناع عن تسليم الطفل تنفيذا لحكم قضائي يثبت من خلال محضر محرر من طرف المحضر القضائي يتضمن الامتناع عن الامتثال لتنفيذ هذا الحكم وهو ما أكده الاجتهاد القضائي

---

[1] Crim 19 oct. 1935 – Bull. Crim n°.116- droit pénal 1995/96- P.1886.

[2] Crim 13 mai 1935- Bull. Crim n° 169- code pénal 95/96 P.1886

[3] قرار المحكمة العليا الصادر في 16 جوان 1996- طعن: 132607- غرفة الجنح والمخالفات- القسم الثالث- غير منشور.

Crim 04 janvier 1983- Bull. Crim n°04, Rev.sc.crim 1983- 672 OBS.LEVASSEUR- droit pénal 95/96 p.1886.

[4] Crim 04 mai 1961, Bull. Crim n°.238- droit pénal 95/96 P.1886

قرار المحكمة العليا الصادر في 14 ديسمبر 89- ملف طعن: 54930- م.ق- عدد2 - 1995 - ص.181

للمحكمة العليا بالتأكيد أن قضاة الموضوع اعتمدوا على إدانة المتهمة بجنحة عدم تسليم الطفل لأبيه في إطار حق الزيارة بناء على اعتراف المتهمة وامتناعها المثبت في محضر محرر من طرف المحضر القضائي[1] في حين الصور الأخرى الناجمة عن الخطف والإبعاد تتطلب إثبات الوقائع التي تفيد الإخفاء الفعلي الذي يحول دون تسليم القاصر وفي هذا الصدد يكفي أن الجنحة تتحقق بمجرد أن الأم لم تستطع ممارسة حق الزيارة بسبب غياب مطلقها الممارس لحق الحضانة في الوقت المحدد للزيارة إذ كان عليه أن لا يغادر المسكن الموجود به المحضونين ساعة الزيارة المحددة في الحكم[2] وأكثر من ذلك يمكن أن يتحقق الإخفاء من خلال تغيير السكن دون إعلام الطرف الآخر بذلك؛ إذ المشرع الفرنسي في هذا الشأن جرم هذا الفعل بجرم مكمل من خلال المادة 227-6 ق.ع.ف.ج[3] والتي تعاقب الشخص الذي يغير السكن بعد الطلاق أو الانفصال الجسدي أو إلغاء الزواج ولا يعلم الطرف الآخر المعني بهذا التغيير في أجل شهر من تغيير السكن الذي يعيش به الأطفال ؛ومهما يكن من أمر هذه الأفعال المادية فإنها لا تكفي وحدها بل تقتضي القصد الجنائي.

ب- الركن المعنوي:

إن القصد الجنائي في هذه الجنحة ذو أهمية اعتبارا أنه العنصر الأساسي[4] ويتمثل في الرفض العمدي لتسليم الطفل لمن له الحق بالمطالبة به بموجب حكم قضائي[5] وأن هذا الرفض يتحقق بعلم المعني بالحكم المحدد لتسليم الطفل ويمتنع عن الامتثال له.

واعتبار أن عدم تسليم الطفل يشكل جنحة ومن ثم لا يعاقب على المحاولة هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن جنحة عدم تسليم الطفل تعد من الجرائم المستمرة وبالتبعية لذلك تتكرر الإدانة بشأنها بتكرار الامتناع عن تسليم الطفل أضف إلى ذلك تشدد عقوبة مرتكبها إذا ما ثبت إسقاط سلطته الأبوية.[6]

لكن ما يقتضي مناقشته بشأن القصد الجنائي كأساس لهذا الجرم هو الحالات التي تثار بخصوص دفوع مرتكبيه سعيا للتملص من العقاب أو ما يطلق عليه معوقات تسليم الطفل.

ثانيا: إشكالات تسليم الطفل وموقف الاجتهاد

---

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ 2001/03/27 طعن رقم 239135- م.ق – عدد 2 -2001 ص.377

[2] Rouen 24 nov. 1980 Gaz. PAL 1981.2-somm-206- droit pénal 95/96 P.1887.

[3] Patrice GATTEGNO- droit pénal spécial op.cit P.195.

[4] Crim 06 nov. 1936 DH.1936.559- droit pénal 95/96 P.1887.

[5] Crim 03 juillet 1984- Bull. Crim n°.254, rev.sc.crim 1985.301 OBS.LEVASSEUR- droit pénal 95/96 P.1888.

[6] الفقرة الأخيرة من المادة 328 ق.ع: تزاد عقوبة الحبس إلى 3 سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني في حين الفقرة الأولى من نفس النص تحدد العقوبة من شهر إلى سنة حبس وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار

المؤكد بشأن الحضانة أن تراعي دائما مصلحة الطفل المحضون بدءا من تحديد المحق بالحضانة عملا بأحكام المادة 64 من قانون الأسرة وانتهاء بشأن انقضائها طبق لأحكام المادة 65 وكذا أسباب سقوطها وفقا لما هو مبين بالمواد 66، 67، 68 من نفس القانون.

وإذا كان هذا هو شأن حضانة الطفل، فان شأن حق الزيارة بدوره يخضع دائما إلى مراعاة مصلحة المحضون إذا ما توفرت أسباب مبررة لذلك.

إن ما يثور من إشكالات في هذا الصدد والتي تعرقل تسليم الطفل لمن هو أحق به سواء لممارسة الحضانة أو لممارسة حق الزيارة قد أثمرت موقفا للاجتهاد القضائي يضع في الاعتبار ما إذا كانت هذه الأسباب قانونية وجدية أم أنها لا ترقى لدرجة الاقتناع بجديتها وإن كان الغالب بشأن هذه الأسباب أنها تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، انه يستفاد بصفة عامة من نص المادة 328 ق.ع أن المشرع جرم السلوك السلبي بعدم تسليم القاصر لمن له حق حضانته وكذا لمن له حق الزيارة من خلال منع ممارسة هذا الحق؛ بل وأحيانا يسبق هذا السلوك السلبي فعل ايجابي يتمثل في الخطف والإبعاد ولو بدون عنف.

وعلى هذا الأساس إذا كان السلوك يتمثل في إتباع طرق التملص قصد الحرمان من استعمال هذا الحق المقرر قانونا، فان ذلك يعتبر من قبيل الامتناع الذي يتحقق معه قيام الجرم، فالأم التي توهم هاتفيا الأب بمتانا قصد منعه من الزيارة بأن البنت مريضة تعتبر مرتكبة للجرم.[1]

و لا شك أن الرفض العمدي لتسليم الطفل يثبت بمجرد العلم بالمطالبة به، هذا العلم المستنبط من مجرد التبليغ بالحكم القضائي[2]، لكن قد يحدث أن هذا الرفض يكون مِؤسسا على أسباب مبررة كمرض الطفل المثبت بشهادة طبية[3] ؛ أما أن يلجأ المعني بالالتزام إلى التمسك برفض الطفل وعناده، فهنا يميز بين حالتين: الأولى ينظر من خلالها أن الحاضن يملك سلطة على الطفل ومن ثم يتوجب عليه استعمالها لإقناع الطفل المعاند أن حق الزيارة هو رغبة شرعية ومن ثم عدم جدوى عناده، في حين الحالة الثانية ينظر منها للطرف الأخر غير الحاضن المالك لسلطة كافية لإرجاع الطفل بعد الزيارة وفي الحالتين فان الاجتهاد القضائي يعتبر هذه المقاومة

[1] Crim 18 décembre 2002. D.2003.162 note Mayand- Michel Véron op.cit P.230
[2] Crim 01 février 1990- droit pénal comm.221- Michel Véron op.cit P.230
[3] Crim 28 novembre 1973- Bull n°444- Michel Véron op.cit P.230.

والعناد غير مجديين لتبرير الجرم[1]، و تأكيدا أكثر في هذا الشأن وما تواتر عليه القضاء الجنائي في فرنسا أن المقاومة والعناد لا تشكل عذرا قانونيا أو فعلا مبررا.

(En revanche, selon la formule habituelle de la chambre criminelle: la résistance du mineur ou son aversion à l'égard de celui qui est en droit de réclamer ne serait constitué pour celui qui à l'obligation de le respecter ni une excuse légale ni un fait justificatif à moins des circonstances exceptionnelles- crim 18 Avril 1988 D.1989.461et réve.SC.crim 1990.343 et 1993.105.OBS Levasseur)[2]

في حين لا يقبل من هذه الأسباب سوى الظروف الاستثنائية وفي حالات نادرة كسن القاصر القريب من البلوغ (*crim 14 mars 1972.JCP1993*)[3]

أو سوء المعاملة الواقعة على القاصر في وقت سابق [4] (*Crim.15 Décembre1976 Bull n°368*)

إلا أن الأساس إذا كان الحاضن لا يمكنه التملص من المسؤولية الناجمة عن تصرفات القاصر؛ إذ يتعين عليه استعمال سلطته قصد التأثير عليه لاحترام الحكم القضائي[5]، ومع ذلك يمكنه التشبث بالظروف الاستثنائية كالسلوك السابق من طرف المحق في الزيارة المشكل لسبب خطير للطفل جسديا وعقليا.

في حين حالة الأب غير المستقرة وزياراته غير المنتظمة لا تشكل ظرفا استثنائيا يبرر الامتناع عن حق الزيارة، كما أن الرفض المؤسس على مجرد الشكوك بانتهاكات جنسية تجاه القاصرة لا تبرر رفض تسليم الطفل.[6]

و يبقى في هذا الصدد التأكيد أن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع هي الأساس في تحديد هذه الظروف الاستثنائية والأخذ بها ؛ فمثلا بخصوص الزواج المختلط فان قضاة الموضوع ومن باب ظرف التخوف من تهريب الطفل إلى الخارج يؤخذ بهذا التخوف كمبرر لعدم التسليم.[7]

و أخيرا وبشأن الأسباب المبررة لعدم تسليم الطفل فان اجتهاد المحكمة العليا بهذا الشأن مع ندرته يعتبر من جهة أن الأب المستفيد من الزيارة والمتحصل على أمر يقضي بتمديد بقاء المحضون لديه مدة 15 يوما من

[1] Michel Laure Rassat- droit pénal spécial op.cit P.585.
[2] Michel Véron- droit pénal spécial op.cit P.231.
[3] Michel Véron- droit pénal spécial op.cit P.231
[4] Ibid.
[5] Patrice GATTEGNON- droit pénal spécial op.cit P.194
[6] Crim 02 septembre 2004- droit pénal 2004 comm.172- Michel Véron op.cit p.230
[7] Crim 02 septembre 2004- droit pénal 2004 comm.172- Michel Véron op.cit p.230

أجل ختانه هو سبب يبرر انتفاء الجرم[1]، ونرى بصدد ذلك انه لا يكفي صدور أمر بتمديد بقاء الطفل مدة مضافة للمدة المقررة للزيارة بل يقتضي أن يبلغ هذا الأمر للام حتى تكون على دراية وإلا فالجرم يبقى قائما.

ومن جهة أخرى فان قرار المحكمة العليا الصادر في26 أفريل 2006 نقض القرار القاضي بإدانة الأب بجنحة عدم تسليم قاصر وعلى أساس تمسك هذا الأخير بمحضر إشكال يفيد هروب الأبناء ورفضهم الالتحاق بأمهم وإن كان قدعلل وجه النقض على عدم مناقشة محضر الإشكال إذ بالفعل أن هذه المناقشة من شأنها أن تبين ما إذا كان سن الأبناء قريبا من البلوغ ويجعل بذلك واقعة الهروب تتعدى قدرة التأثير الواجب على الوالد أم أنهم في سن تسمح ببسط سلطته عليهم حتى يتسنى إرجاعهم لامهم[2]

وإذا كان كل ما سبق يعد بمثابة الحماية الجنائية من خلال تدخل القانون الجنائي في المجال الأسري لردع ما يرتكب من طرف أعضاء الأسرة من جرائم تعتبر خاصة بالمجال الأسري، فان هؤلاء الأعضاء يمكن أن يكونوا ضحايا أو فاعلين لأفعال أخرى مجرمة محددة في قانون العقوبات والمخاطب بها الكافة وهو موضوع المبحث الثاني.

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 26 جوان 1984- طعن رقم: 31720- م.ق - العدد 1 - 1990 ص.287.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 26 أفريل 2006- طعن 323122- م.ق- العدد 2 - 2007 - ص.563. وأيضا القرار رقم130961 - الصادر في 1996/07/14 – م.ق - عدد 1- 1997- ص.153.

المبحـــث الثـــاني:

التصدي للعـــنف الأسري

العنف بمفهوم ضيق هو العنف المادي وأساسا في أصله مشتق من القوة، وأن جل التعاريف الضيقة له تحصره في الاعتداءات الجسدية[1]، وأنه انطلاقا من أن العنف عرف منذ القدم مصاحبا للقوة، وأن الإنسان البدائي كان في حاجة لهذه القوة لضمان عيشه ومواجهة الطبيعة إلا أن هذا العنف مع التطور ظل مستمرا ولو بحد أدنى ليصبح ظاهرة اجتماعية تشكل جزءا لا يتجزأ من الحياة الاجتماعية يتفاعل بتفاعلها مثلما تتفاعل بقية الظواهر الاجتماعية الأخرى وبشكل تبادلي[2].

وأنه أمام تنامي ظاهرة العنف كان لزاما رد الفعل الاجتماعي للتصدي له من خلال أشكال المواجهة المشروعة سواء كانت فردية أو جماعية والمحددة شرعا، وبالرغم أن العنف وبشكل عام عرفته المجتمعات البشرية وبكافة حقبها المختلفة زمانا ومكانا، فإن ما يثير مخاوف المجتمعات المعاصرة هو العنف الأسري الذي أصبح مناط اهتمام كافة الدول ومنظمات حقوق الإنسان اعتبارا أن اللجوء للقوة المفرطة ضد أفراد الأسرة بدءا من تجاوز الأذى الخفيف ولحد الإيذاء الجسيم ولدرجة الوصول بهذا العنف إلى أقصى صوره وأبشعها وهو القتل، وبذلك أصبح العنف يهدد كيان الأسرة والتي هي أساسا المأوى الطبيعي لأفرادها والملجأ الآمن فهي ملاذ الحب والسكينة والطمأنينة.

وأن ما يقع بمحيط الأسرة والذي من شأنه أن يعكر صفو هدوئها هو ما جعلها تحتل المكانة الهامة لدى علماء الاجتماع وفقهاء القانون وبالأخص علماء الإجرام من خلال توجهات سياسة جنائية تصب جميعها ضمن إطار المواجهة والتصدي للعنف الأسري سعيا لوضع حد له وتفاديا لعواقبه الوخيمة على أمن الأسرة والمهددة لاستقرارها وبالتبعية استقرار المجتمع، فكان لزاما أن توضع مصلحة الأسرة في الصدارة من خلال قواعد محكمة تتصدى للعنف الأسري[3].

وإذا كان العنف في العصر الراهن تجلى كظاهرة أدت بعلماء الإجرام التركيز على تحديد أسبابه، فإن ما خلص إليه هؤلاء أن المجتمع الذي تسوده ثقافة العنف (عاما أو خاصا) يصبح مصدرا لجرائم العنف والتي

[1] L'intimité piégée- Jacqueline de PUY- thèse de doctorat- université de Fribourg –Suisse- 27 Juin 2000- P.29
[2] Slimane MEDHAHER- la violence sociale en Algérie- Thala - Edition 1999- P.7
[3] د.عباس أبو شامة عبد المحمود- د.محمد الأمين البشري- العنف الأسري في ظل العولمة- طبعة 1- الرياض- 2005- جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- ص.130 وما يليها.

ازدادت معدلاتها في المجال الأسري الأمر الذي أدى إلى ظهور مصطلح العنف الأسري أو ما يطلق عليه في الغرب (*family violence or domestique violence*)[1]

وأنه أمام تزايد العنف الأسري وبشكل مفزع على المستوى العالمي واستهدافه بالأخص فئة الأطفال وما نجم عنه من تداعيات مخيفة بشأن مستقبلهم وبسبب انتشار ثقافة العنف (*la culture de la violence*) وجه الحائزون على جائزة نوبل للسلم نداءهم لقادة الدول أعضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة خلال 1997 والداعي إلى وضع خطة طريق تهدف إلى نشر ثقافة اللاعنف (*la culture de la non-violence*)[2]

فالعنف سواء من خلال مفهومه الواسع أو الضيق يتضمن الاعتداء على جسم الإنسان بجميع أشكاله وصوره فقد يتخذ الصورة المادية المعتادة كما يمكن أن يتمظهر بشكل غير مادي كما هو الشأن في صور العنف المعنوي، وسواء كان العنف ماديا أو معنويا تنجم عنه أضرار تلحق الطرف المتضرر والتي يمكن أن تظل ملاحقة له بشكل دائم لا يتأتى معه محو آثارها، وهو أساس خطورة العنف عندما يقع ضمن المجال الأسري وبين أعضاء الأسرة الواحدة مما يعتبر خروجا عن نواميس التلاحم والتماسك الأسري ويصبح أحد العوامل المهددة بهدم بنيان الأسرة، فإلى جانب أنه يشكل أولا معضلة كبرى تمس الصحة العمومية المعني بها بالدرجة الأولى الطرف المستضعف (الأطفال، النساء، كبار السن، المعاقون) من خلال تعرضهم للاعتداء على أهم حق أساسي لهم والمتعلق بصحتهم وأمنهم، فانه ثانيا يتسبب في عديد المشاكل النفسية والاجتماعية والتي من بين آثارها أعراض الاكتئاب (ما بعد الصدمة والتوتر) المحتلة للصدارة:

Au-delà des traumatismes physiques, elles sont la cause de nombreux troubles psychiques et sociaux, parmi lesquels le syndrome de stress post-traumatique et la dépression sont au premier plan.[3]

إن العنف بشكل عام والأسري بشكل خاص إذا كان مشتقا في أصله من القوة كما سبق الذكر وأنه يتأتى من خلال سلوكيات سواء كانت لفظا أو إكراها بدنيا أو نفسيا أو حرمانا يؤدي إلى الإضرار بالآخر فإنه عكس مصطلح الرفق.[1]

---

[1] د.عباس أبو شامة عبد المحمود- د.محمد الأمين البشري- العنف الأسري في ظل العولمة ، مرجع سابق- ص.7

[2] L'appel des Lauréats du prix Nobel de la paix pour les enfants du monde - 1997)

(الموجه لكافة قادة الدول أعضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة لجعل العشرية الأولى من الألفية الحالية 2010/2001 عشرية ثقافة اللاعنف وتكون السنة الأولى منها سنة تربية ثقافة اللاعنف بتدريسها بكافة المستويات وفي مختلف المجتمعات) -education-nrp.org

[3] violence au sein du couple et de la famille- Christiane MARGAIREZ- Jaque GIRARD- Daniel S.HALPERIN www.medicalforum. 2006-15-117.

ورغم تبجح الغرب باستخدام مصطلح العنف الذي ظهر منذ القرن الماضي فإن هذا المصطلح عرفه الإسلام منذ إشراقه على البشرية والرسول الأعظم صل الله عليه وسلم في حديثه الشريف ذكر الأمة بحب الله للرفق ونبذه العنف "**إن الله رفيق يحب الرفق ويعطي الرفق ما لا يعطي العنف وما لا يعطي على ما سواه**"[2]

ومع ذلك لا ينكر أحد أن استفحال ظاهرة العنف الأسري واستشرائها في الوسط الأسري كانت السبب الرئيسي والذي دفع بالمهتمين تسليط الضوء على كافة جوانبه سواء الاجتماعية أو الاقتصادية وتوازيا مع التطورات الحضارية ومن كل ذلك التركيز على هذه الظاهرة من جوانبها القانونية خصوصا وأن العنف المستهدف للأزواج والأطفال والفئات المستضعفة في الأسرة لم يتوقف عند حد العنف المادي بل ازداد توسع مفهومه ليشمل جميع أنواع العنف الأخرى بما فيها العنف المعنوي.[3]

وأنه أمام تصاعد العنف الأسري إذ أصبح ظاهرة تؤرق البشرية جمعاء، بحيث أن دائرته لم تقتصر على الدول المتخلفة بقدر ما شملت الدول المتقدمة وهو الأمر الثابت من خلال معدلات هذا العنف الأسري في البلدان المتقدمة والتي عجزت عن التصدي له رغم عصرنة الحياة بها الأمر الذي دفع بكافة الدول سن قوانين والتصديق على معاهدات ومواثيق تصديا للعنف بتجريم كل الأفعال الناجمة عنه حماية للأسرة وأعضائها فكان إعلان حقوق الطفل المعتمد من طرف الجمعية العامة سنة 1995 وكذا الإعلان العالمي لمكافحة العنف ضد المرأة 1993 وفي نفس السياق إعلان ميثاق الأسرة في الإسلام الصادر عن اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل وهو ما يفيد أن ظاهرة العنف أصبحت عالمية.[4]

ومن منظور أن العنف بهذا المنوال موجود في كل المجتمعات وغدا مصطلحا يتناول بالنقاش من طرف المهتمين بحقوق الإنسان باعتباره اعتداء على حقوق الإنسان من خلال انتهاك إما حق الإنسان في الحياة أو حقه في السلامة الجسدية بل وكل الحقوق المعنوية[5]، وانه تبعا لذلك فإن هذا العنف أصبح له مفهوم واسع لمساسه بحقوق الإنسان[6]، وإذا كان مظهر العنف الأسري موضوع اهتمام كافة العلماء والباحثين وبمختلف

---

[1] د.خالد بن سعود الحريري- العنف الأسري أسبابه ومظاهره- مركز التنمية الأسرية بالإحساد والدمام- ط.1- 2009 ص.09

[2] الجامع الصحيح للإمام مسلم الجزء الثامن- كتاب البر والصلة والآداب- باب الرفق-ص.22

[3] د.خالد بن سعود الحليبي – العنف الأسري أسبابه ومظاهره- مرجع سابق- ص.10

[4] عامر شماخ – العنف الأسري – جاهلية العصر- ط.1- الصحوة للنشر والتوزيع 2010- ص.12 وما يليها

[5] ندوة العنف وحقوق الإنسان- يحي الجمل- المجلة العربية لحقوق الإنسان- عدد 3 لسنة 1996 – ص.67

[6] نفس المرجع- الطيب البكوش- ص.71

الميادين ذات الصلة بالأسرة و المجتمع ككل فإن ما يهمنا بصدد هذا البحث هو التركيز على الجانب القانوني وبالأخص التشريع الجنائي وما خصص بشأنه تصديا لظاهرة العنف الأسري تجريما وعقابا والذي يهدف إلى حماية الأسرة .

إنه لا جدل أن جل التشريعات السماوية منها والوضعية تصدت لكافة أنواع العنف خصوصا منها جرائم القتل وكذا كل الجرائم التي تنتهك السلامة الجسدية للإنسان، وأن العقوبات المخصصة لها بالأخص تلك التي تستهدف حياة الإنسان تتميز بعقوبات مشددة في مختلف الشرائع، ولكن ما يقتضي التوقف عنده أن التشريعات القديمة خصت بعض الجرائم الأسرية ذات الخطورة المهددة لكيان الأسرة بتسميتها بجرائم القتل الأسرية [1]*(les homicides intrafamiliaux)* والتي تضمنت مصطلحات خاصة بها مميزة لكل نوع منها إما بالنظر لصفة مرتكبها أو لصفة ضحيتها، فقتل الأصول من طرف الفروع*(le parricide)* وقتل الأم من طرف ولدها *(le matricide)* وقتل الجد أو الجدة *(l'avitolicide)*، وقتل أحد الزوجين للأخر مع الطفل أو الأطفال *(le familicide)* وقتل الأطفال من طرف الأب أو الأم *le filicide* وقتل الزوجة (*l'uxoricide*) وقتل الزوج (*le maricide*) وقتل الأخ (*fratricide*) وقتل الأخت (*sororicide*)، وهي كلها جرائم قتل بين أطراف تربطهم رابطة الدم والتي بسببها تعتبر جرائم مزلزلة للأسرة ومهددة لاستقرار المجتمع ومن ثم عدت من قبيل المحرمات الاجتماعية. [2]

وأنه بغض النظر عن هذه التسميات لأنواع من جرائم ذات الصلة بالأسرة والتي تم الاستغناء عنها عدا مصطلح قتل الأصول وقتل الأطفال حديثي العهد بالولادة والذي بدوره تخلت عنه بعض التشريعات (كقانون العقوبات الفرنسي) بجعله ظرفا من الظروف المشددة للعقاب بدلا من تجريم مستقل بذاته، ومع ذلك فان تزايد ظاهرة العنف الأسري وبأنواعه، دفع بالكثير من التشريعات التفاعل معها من خلال تكييف نماذج للعنف

[1]- Uxoricide et violence conjugale: comparaison de deux groupes d' hommes à partir de variables situationnelles et psychologique- Julie LFBVRE- thèse présentée à l'université de Québec à trois- rivières comme exigence partielle du doctorat en psychologie octobre 2006- p.5

- Etude des homicides intrafamiliaux commis par des personnes souffrant d'un trouble mental – rapport de recherché par Susanne levillier.PH.D psychologue et professeur en département de psychologie a l'université du Québec a Trois-riviere- 30 Mai 2008 P.6

-Voir aussi/ rapport du comite d Experts sur les homicides intrafamiliaux remis au ministère de la sante et des services sociaux et ministère responsable des aines au gouvernement Québec-novembre 2012-p.4et5

[2]- violence homicide intrafamilial- Fréderic MILLAUD- Jaques.D. MARLEAU- France PROULX- Jocelyne BRAULT (université de Montréal) www.rechercheisidore.fr- revue/pu/2008/V.8/n°1

(الجسدي، الجنسي، النفسي) وأصبحت هذه التشريعات الجنائية تتميز بشق أطلق عليه القانون الجنائي للعنف (*le droid penal de la violence*)[1]

من هذا المنظور فان تشريعنا الجنائي لم يشذ في مجاراته لبقية التشريعات المقارنة، وذلك من خلال ترسانة الإصلاحات سواء تلك التعديلات التي فرضتها عشرية التسعينات والتي أوجدت تجريما للأفعال الإرهابية أساسا القائمة أساسا على العنف، أو تلك التي تضمنتها إصلاحات 2004 -2006-2009 بتجريم التعذيب والاتجار بالأشخاص والأعضاء وتهريب المهاجرين ؛ بل بتصفح قانون العقوبات فان جل كتبه لا تخلو من تجريم العنف سواء تعلق الأمر بجرائم عنف بذاتها أو جرائم كان عنصر العنف فيها ظرفا مشددا للعقاب[2]، ومن ثم فإن معالجة هذا العنف يقتضي إتباع منهجية يتحقق معها التعرض لدراسة وتحديد هذه الأفعال المتعلقة بالعنف الواقع ضمن المجال الأسري، وعلى أساس ذلك يشتمل هذا المبحث على ثلاث مطالب **الأول** يتعلق بالعنف على الأصول **والثاني** العنف على الفروع أما **الثالث** فيتعلق بالعنف الذي يطال الأزواج.

المطلب الأول: التصدي للعنف على الأصول

ما لا يختلف بشأنه أن الأسرة أساسا تقوم على الترابط وحسن المعاشرة وتبادل الاحترام والمودة والرحمة وهو ما كرسته نصوص قانون الأسرة[3]، المستمد في جميع أحكامه من الشريعة الإسلامية السمحة ؛ ذلك ما يفيد أن العلاقات ما بين أفراد الأسرة تقتضي وجوبا أن تبنى على الاحترام المتبادل من خلال واجبات الآباء نحو أبنائهم وحقوق الآباء نحوهم والمتمثلة في الاحترام الواجب لهؤلاء الآباء وبالخصوص الأب والأم [4]؛ فلا استقرار للأسرة مع الإخلال بهذه الالتزامات ولعل أهم الواجبات التي تقع على كاهل الأبناء نحو أصولهم تلك التي تقوم في أساسها على الاحترام الذي يحتل مرتبة مقدسة، فالخالق سبحانه قرن طاعته بطاعة الوالدين [5] في قوله سبحانه: " **واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا**"[6] و"**أن اشكر لي ولوالديك**"[7].

---

[1] -Sylvain Jacopin droit pénal special-op.cit –p.14

[2]- لاحظ النصوص المدرجة في الكتاب الثاني والثالث والرابع من قانون العقوبات الصادر بالامر66-156 والمعدل والمتمم– والمتضمنة العنف

[3]–لاحظ مضمون المادتين 3، 36 من قانون الأسرة.

[4]- Voir l article 371 du code civil français: « l'enfant a tout âge, doit honneur et respect a ses père et mère »

[5]– قتل الأصول والفروع– حمدي تايه القرة غولي– قايد هادي الشمري – مجلة الفتح–2008– كلية الحقوق– جامعة ديالي–العراق.ص6

[6]– الآية 36 من سورة النساء

[7]– الآية 14 من سورة لقمان

إن طاعة الآباء هي أساس البر في الدنيا والآخرة، وأن العاق لوالديه خاسر لدنياه وأخرته والبار لوالديه يغنم في دنياه وأخرته، وعلى هذا الأساس لا يرقى لمرتبة العمل المنجي في الدنيا والآخرة سوى البار لوالديه لقوله صلى الله عليه وسلم "**فليعمل العاق ما شاء فلن يدخل الجنة، وليعمل البار ما شاء فلن يدخل النار**"[1] وقوله أيضا "**رضا الرب في رضا الوالد وسخط الرب في سخط الوالد**"[2] وقوله عليه الصلاة والسلام "**ألا أخبركم بأكبر الكبائر قلنا: بلى يا رسول الله قال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين**"[3].

وإذا كان للآباء خصوصا والأصول بشكل عام هذه المترلة وهذا الشرف فان الطاعة الواجبة لهم من طرف الفروع هي بمثابة عبادة لله عز وجل وهو من خصهم بهذه المكانة الرفيعة إذ يكفي أن كلمة (أف) هي معصية تمس باحترامهم وبالوقار الخاص بهم لقوله سبحانه " **وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر احدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا**"[4].

ولفظاعة الخروج عن هذه الطاعة كانت أحكام لوح شريعة موسى المخصصة لانتهاك النواهي فمن الوصايا العشر أن عقوبة القتل مخصصة لمن يقتل ولمن يضرب أو يشتم أباه أو أمه[5]. فما هو السبيل لمن سولت له نفسه أن يعتدي على أصوله بالعنف وهو سلوك منبوذ وغير مقبول تجاه من كانوا سببا في الحياة التي منحها الخالق لعباده ؛ انه سلوك يشكل قمة الانحراف الإجرامي يقتضي التصدي له وهو موقف كافة الشرائع السماوية وكذا كل التشريعات الوضعية وبعقوبات أشد صرامة والمستبعدة لكل شفقة أو رحمة ورأفة بهؤلاء من انتزعت من قلوبهم الرحمة تجاه أصولهم[6].

لا شك أن القانون الجنائي يسعى دائما إلى حماية الطرف المستضعف بوضع نصوص عقابية تتصدى لمن ينتهك قواعده، وإذا كانت الأسرة ترتكز أساسا على الآباء فان هؤلاء في حالة استضعافهم أولى بالحماية من اقرب الناس إليهم وهم فلذات أكبادهم، ولعل الحماية الواجبة في الصدارة هي التصدي للعنف إزاءهم من

---

[1]– محمد خالد ثابت – وبالوالدين احسانا– دار المقطم للنشر والتوزيع – القاهرة 1997 ص.21

[2]– تصنيف الحافظ ضياء الدين المقدسي– الصحيح المنتقى من فضائل الأعمال –دار بن حزم–الطبعة الاولى2004 بيروت–ص120.

[3]– صحيح البخاري –مرجع سابق– كتاب الأدب– 5976.ج.3 ص.133

[4]–الآية 23 من سورة الاسراء

[5]–د. سامية حسن الساعاتي – الجريمة والمجتمع – دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت– 1983–ص.47

[6] Les liens de famille et droit pénal- GUECHI Cherifa-thèse doctorat-op.cit.p.109

طرف فروعهم والذي قد يصل لحد إزهاق الروح وهي أبشع جرائم القتل عرفت منذ القدم بجريمة قتل الأصول والتي تعتبر أساس الجريمة الإنسانية ذات الخصوصية الأكيدة

La principale infraction, mettant en exergue les rapports entre ascendants et descendants, était initialement constituée sous la forme du crime de parricide. Qualifiée de crime fondateur de l'humanité, cette infraction a toujours présenté une spécificité certaine.[1]

انطلاقا من ذلك فانه يتعين التعرض لهذه الجريمة التي تمثل العنف في أبشع صوره وهي جريمة قتل الأصول(**فرع أول**)، في حين بدرجة أقل للعنف والمتمثل في الاعتداء على السلامة البدنية للأصول من طرف فروعهم هو الآخر خصه القانون الجنائي بعقوبات مختلفة عن تلك التي تقع على غير الأصول(**فرع ثاني**)

الفرع الأول: قتل الأصول

إن اقتران جريمة القتل بصفة الجاني والمجني عليه يجعل منها بمفهوم القانون الجنائي الخاص جريمة متميزة من حيث العناصر المكونة لها مقارنة بجريمة القتل بصورته العامة، وبغض النظر عن كونها جريمة قتل عادية أم مقترنة بظروف مشددة أو مخففة اعتبارا أن العقوبة المخصصة لها خاصة بها وفقا لهذه الصفة، وعلى أساس ذلك فقتل الأصول محدد له عقوبة بحدها الأقصى وفقط لمجرد أن صفة أطرافها تربطهما علاقة قرابة الفرع الجاني بالأصل المجني عليه.

تاريخيا عرفت جريمة قتل الأصول شكلا مميزا لها من خلال تسميتها إذ قديما وجد المصطلح اللاتيني *(parricidum)* وكان يعني بشكل عام عند الرومان القتل بوجه عام ثم بدأ المصطلح يتقوض شيئا فشيئا إذ بعد أن كان يتضمن معنى خاصا يتمثل في قتل الفرع لذوي قرباه كالأب والأم وما علاهما وكذا من يحل محلهما كالأخوال والأعمام كان له معنى عاما والمتمثل في قتل الملك من منظور أنه الأب للكافة [2].

وبتتابع الحقب بدأ يضيق مفهوم المصطلح ليقتصر على قتل الفرع لوالده أو والدته الشرعيين وكذا أي من الأصول الشرعيين، وبالنسبة لبعض التشريعات مدد المفهوم للأب والأم الطبيعيين وكذا الأب والأم بالتبني كما هو الحال في التشريع الفرنسي[3]، وإذا كانت جريمة قتل الأصول وجدت منذ القدم فإن بشاعتها كونها أحد الصورالفظيعة للقتل تميزت بطابعها الفريد *(le parricide est un geste qui revêt un caractère singulier)*[4]

[1] Famille et droit pénal- Olivia MAURY- op.cit-p.266
[2] Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers (portail atilf.fr)
[3] Voir l'article 299 a.c.p et l'article 221-4 du N.C.P
[4] Vers une typologie du parricide adulte psychotique- Patrick Bissonnette- thèse doctorat université du Québec à trois rivières- Décembre 2007 P.3.

كما أن هذا المصطلح *(parricide)* يتضمن في ذات الوقت معنى مزدوجا للقاتل والمقتول الأول يفيد ويطلق على مرتكب الجريمة أي قاتل أبيه أو أمه أو أحد أصوله والثاني يفيد ويطلق على الأصل المرتكب عليه الجريمة.[1]

إن الصفة المقترنة بهذه الجريمة تتمثل في أن يكون القاتل وجوبا فرعا والمقتول من الأصول كانت أساسا لنظرة غالبية المختصين من الكتاب عبر التاريخ بوصف الجريمة أنها الأخطر في سلم الجرائم[2].

وأكثر من ذلك وباعتبار أن قتل الأصول يعد بمثابة الانحراف الذي يتجاوز كل تصور، ومن ثم وصف مرتكبه بالوحش، وخصصت له عقوبات متميزة تتناسب مع خطورته وتتلاءم مع بشاعته ولذلك فعبر كافة الحقب تمت معالجة جريمة قتل الأصول بشكل يختلف عن جريمة القتل العادية.[3]

إن جريمة قتل الأصول تأتي في قمة الجرائم إنها: (*le crime des crimes*) جريمة الجرائم بالنظر لخطورتها اجتماعيا، الأمر الذي تطلب أن يكون عقابها في مستوى هذه الخطورة. [4]

ومواجهة لما يحدثه أثر هذه الجريمة اجتماعيا تصدت مختلف التشريعات عبر المراحل التاريخية لهذه الجريمة بتخصيص عقوبات أشد صرامة ولحد عدم الاكتفاء بالعقوبة الأقصى وهي الإعدام بل خصص لها أعمال تعذيب على شخص مرتكبها قبل إعدامه كما هو الحال في عقوبة ما يسمى بتعذيب العجلة وبتر زند المقترف لهذه الجريمة في حق من كان سببا في وجوده.

(le parricide encourait le supplice de la roue si la victime était un ascendant le condamné subissait une amputation préalable du poing) [5]

وسعيا لردع هذه الجريمة الشنيعة، كان رد الفعل إزاءها متميزا بطابع القسوة ففي مصر القديمة كان يغرز كامل جسم قاتل الأصول بأعواد قصب وبطول الإصبع ويوضع بعدها في كومة شوك ويحرق[6]، وعند الرومان

[1] Le petit Larousse 2005 – et le petit Robert 2005
[2] Au-delà des causes: le parricide et sa réaction social- Josiane Désaulniers - thèse présenté au département de criminologie- université d'Ottawa en complément des exigences de la métrise es arts 1998- P.14
[3] Famille et droit pénal- Olivia MAURY – op.cit P.268
[4] DOMINIQUE Khalifa- venez voir- parricide – un essai sur «le crime des crimes » au XIX siècle (www.liberation.fr)- livre- 2005-03-25
[5] Le crime dans la famille: les exemples du parricide et de l'uxorricide devant le tribunal criminel d'ILLE et Vélaine- Dorothée LALLEMEN – DEA- unniversité de Rennes1 septembre 2004 P.6
[6] Au-delà des causes: le parricide et sa réaction social- Josiane Désaulniers -op.cit P.63

ومن منطلق تطهير الأرض من قاتل الأصول خصصت له عقوبة الكيس، إذ بعد جلده يوضع في كيس جلدي به حيوانات حية (كلب وديك وقرد وأفاعي) ويرمى به في البحر أو النهر[1] .

وفي فرنسا في ظل التشريع القديم (قبل 1789) تقطع زند قاتل الأصول قبل رميه في النار وهو ما عرف بعقوبة العجلة (علما أن هذه العقوبة يستثنى منها النساء ويقتصر فقط على رميهن في النار)[2]، في حين بعد 1789 وبالتحديد قانون 1791 فإنه خصص عقوبة قاتل الأصول بحرمانه من الحياة وبالوسيلة الأكثر ملاءمة والمتحصل عليها وهي المشنقة *(la guillotine)* المأخوذ تسميتها من اسم مخترعها [3]، وأنه دائما في فرنسا وانطلاقا من 1828 يقتاد المحكوم عليه بقتل الأصول لمكان تنفيذ العقوبة مرتديا فقط قميصا وحافي القدمين ومغطى الرأس بستار أسود وبعد قطع زنده الأيمن يشنق.[4]

واستمرت معالجة هذه الجريمة بشكل مميز لعقوبتها سعيا للردع وظلت محتفظة بذاتيتها كجريمة متميزة بقانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 ومعاقب عليها بالمادة 299 من هذا القانون ولغاية 1992 اختفت كجريمة ذات الخصوصية تحت وطأة مطالب الفقه ولتدرج صفة الأصول كظرف مشدد ضمن المادة 221 – 4 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي.[5]

وإذا كان مصطلح قتل الأصول الذي أصبح منذ 1992ظرفا مشددا في قانون العقوبات الفرنسي إلى جانب بقية الظروف المشددة للقتل فإن باقي التشريعات الجنائية ذات المرجعية للقانون الجنائي الفرنسي القديم ظلت محتفظة بهذه التسمية لجريمة قتل الأصول كجريمة مستقلة مثلما هو منصوص عليه بقانون العقوبات بالمادة 258 ونفس الأمر بالنسبة للمشرع التونسي في الفصل 301 ق.ع الذي ينص على إعدام مرتكب جريمة قتل الأصول[6]، وكذا المشرع المغربي في الفصل 396 المخصص عقوبة الإعدام لمن يقتل أحد أصوله.[7]

المؤكد أن جريمة قتل الأصول سواء كانت جريمة مستقلة بذاتها وبنص جنائي خاص بها أو كظرف مشدد فإن العقوبة المخصصة لمرتكبها تبقى دائما مميزة فالحد الأقصى المخصص لعقابها ينم عن الموقف المتشدد إزاءها

[1] LECONS préliminaire sur le code pénal – examen de la législation criminelle par MBAVOUX 1821 (books.google.dz) P.142
[2] Ibid.
[3] Irbid- aussi appelé du nom du docteur guillotin, son inventeur– P.143
[4] Au-delà des causes: le parricide et sa réaction social- Josiane Désaulniers -op.cit P.52
[5] Famille et droit pénal- Olivia MAURY – op.cit P.268
[6] المجلة الجنائية– المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1993
[7] القانون الجنائي المغربي الصادر بالظهير الشريف رقم 1.59.413

كرد فعل اجتماعي بما يتوافق وبشاعة الجريمة وهو ما نجم عنه انفرادها بخصوصية مميزة لها سواء من حيث الأركان الواجب قيام توافرها وفي مقدمتها الركن الخاص بها أو ما يطلق عليه بالركن المفترض (عنصر النسب) وهو ما نعالجه من خلال خصوصية تجريم قتل الأصول (**أولا**) في حين تتجلى خصوصية هذه الجريمة من حيث العقاب المخصص لها وهو ما نعالجه من خلال خصوصية عقاب جريمة قتل الأصول (**ثانيا**).

أولا: خصوصية تجريم قتل الأصول

دون أدنى شك فإن غالبية التشريعات الجنائية تضمنت تجريم قتل الأصول كجريمة مستقلة عن بقية صور القتل (القتل البسيط أو العادي، والقتل المقترن بالظروف المشددة) وأن النص على قتل الأصول ناجم عن أنه فعل جرمي في غاية البشاعة، إذ يكفي ان مقترفه تنكر للمبادئ والقيم التي تربط ذوي القربى، فقيام الفرع بقتل أصله هو دليل على الخسة والغدر،[1] إذ يغدر بمن ائتمنه وكان علة في وجوده.[2]

إن قتل الأصول كفعل مجرم في حد ذاته ينم عن سلوك غير مقبول نحو من يتوجب الإحسان لهم ومن ثم كان الأساس في صرامة العقاب كمسعى لحماية الأصول[3]، ومن هذا المنطلق كان التشريع الجنائي في غالبه يجعل من قتل الأصول جريمة خاصة ومحددة معتبرا أنها من المحرمات اجتماعيا بالنظر لقرابة الدم التي تربط الجاني بالمجني عليه[4]

(L'homicide intrafamilial, lorsqu'il s'agit de liens de sang est considéré un tabou social)

في إطار هذا النهج نصت المادة 258 ق.ع على قتل الأصول معرفة به أنه "إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين" وأن العقاب المخصص لهذه الجريمة محدد بنص المادة 261 من نفس القانون بعقوبة الإعدام.

من خلال مقتضيات المادة 258 ق.ع[5] يتبين بوضوح أنها مستوحاة من نص المادة 299 من ق.ع.ف.ق[6]، وفقط حذف منها الشق المتعلق بالأب والأم الطبيعيين وكذا بالتبني، واعتبارا أن نص المادة

[1] د.محمد سعيد نمور شرح قانون العقوبات– القسم الخاص – الجرائم الواقعة على الأشخاص– ج.1– مرجع سابق ص.72

[2] الجرائم الأسرية– عبد الحليم بن مشري– دكتوراه – مرجع سابق ص.247

[3] Les liens de famille et droit pénal – GUECHI Cherifa Op.cit P.109

[4] Violence – homicide intrafamilial – Fréderic MILLAU – Jack DMAREAU- France Proux- Joceline BROLT- université de Montréal (www.rechercheisidor.fr revue/PU/2008/n°1)

[5] L'article 258 C.P Algérien « est qualifié parricide le meurtre de père ou mère légitime ou de tout autre ascendant légitime »

[6] L'article 299 A.C.P français « est qualifié parricide le meurtre des père ou mère légitimes, naturels ou adoptifs, ou tout autre ascendant légitime »

299 السالفة الذكر جعلت من علاقة النسب ركنا تكوينيا لها ومن ثم أصبحت جريمة خاصة مميزة عن بقية أنواع القتل الأخرى وبذلك استقر الاجتهاد أن خصوصيتها تتمثل في أن طرح سؤال رئيسي وحيد متضمن علاقة النسب كاف لمحلفي محكمة الجنايات

(La jurisprudence admettait la spécificité de l'infraction de parricide puisqu'elle décidait qu'une seule question posée aux jury était suffisante- cass.crim14 avril 1937- selon la cour le parricide est une infraction spéciale que se distingue de l'homicide volontaire, ainsi une question unique posée aux jury suffit car le lien de filiation est un élément constitutif de ce crime)[1]

في حين بالنسبة للاجتهاد القضائي تكريسا للمادة 258 ق.ع فلا جدل أن الأمر يرتكز على وجوب التأكد من صفة الأصول والعلاقة التي تربط القاتل بالمقتول فإن المحير في هذا الاجتهاد أنه يبدوا مضطربا بخصوص صفة القرابة وما إذا كانت ركنا أم ظرفا مشددا خصوصا وأن المادة 258 المذكورة صريحة في نصها إذ تعتبر الصفة ركنا مفترضا ولا يجب الخلط بين أركان الجريمة والظروف المشددة، [2] إلا أن قرار المحكمة العليا بتاريخ 29 ماي 1984 أبطل حكم محكمة الجنايات الذي أدان المتهم بمحاولة قتل الأصول وبوجه مفاده أن السؤال الأساسي للإدانة مشتمل على فعل محاولة القتل وكذا الظرف المشدد المتمثل في صفة القرابة.[3]

في حين القرار الصادر في 22 جوان 1993 يؤكد أن صفة القرابة ليست ظرفا مشددا بل عنصر من عناصر الجريمة وأن قتل الأصول مثله مثل القتل بالتسميم جريمة خاصة بذاتها وكاملة في تعريفها من خلال الوصف الذي منحه إياها القانون[4]، ونرى في هذا الصدد أن هذا الاجتهاد يتوافق وصريح نص المادة 258 ق.ع وكذا الاجتهاد القضائي الفرنسي السابق الذكر الذي يعتبر الصفة ركنا منشئا للجريمة.

إن التفحص الدقيق لمقتضيات المادة 258 ق.ع يبين بوضوح أن جريمة قتل الأصول ذات خصوصية فريدة سواء من حيث أركانها المحددة لتكييفها والمتضمنة ركنا خاصا متعلقا بالنسب كركن مفترض إلى جانب خصوصية العقوبة المحددة لها بالمادة 261 وتميزها بحرمان مرتكبها من الأعذار القانونية وفقا لأحكام المادة 281 من نفس القانون.

---

[1] Famille et droit pénal- Olivia MAURY – thèse de doctorat Op.cit 269 et 270.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 15 مارس 83- طعن 31090- الغرفة الجنائية الأولى- م.ق- عدد 4 لسنة 89 ص.271

[3] قرار المحكمة العليا الصادر في 29 ماي 1984- طعن 34777- المجلة القضائية- عدد1 لسنة 1989 ص.294

[4] قرار المحكمة العليا 22 جوان 93 – طعن 103527- مشار إليه في قضاء المحكمة العليا في قانون العقوبات – نبيل صقر- الجزء الثاني- دار الهدى عين مليلة 2009ص.146

وأنه من منطلق أن القانون الجنائي الخاص يعالج خصوصية الجريمة وتحديد شروطها المسبقة والأركان المكونة لها ومن ثم العقاب الخاص بها[1]، وأن اعتماد القانون الجنائي على مبادئ رئيسة *(principes directeurs)* والمتمثلة في التكييف الجنائي ومبدأ الشرعية[2]، وهو الأمر الذي يتطلب تحليل الطبيعة القانونية لجريمة قتل الأصول من خلال مقتضيات المادة 258 ق.ع وكذا العقاب المخصص لها طبقا للمادة 261 من نفس القانون.

وإذا كان القتل بوجه عام هو إزهاق روح إنسان طبقا للمادة 254 ق.ع فإن قتل الأصول المنصوص عليه في المادة 258 يتضمن خصوصية القرابة الأمر الذي يقتضي تحديد مفهوم قرابة الأصول باعتبارها أحد عناصر الركن المادي للجريمة (أ) في حين جريمة الأصول كجريمة عمديه تقتضي تحديد مفهوم العمد وهو القصد الجنائي أساس الركن المعنوي للجريمة (**ب**).

أ- مفهوم عنصر النسب الركـــن المفترض في جريمة قتل الأصول:

إن جريمة قتل الأصول لا تتأتى إلا بثبوت صلة القرابة وهي الركن المفترض بنص المادة 258 ق.ع، وإذا كان النص يحدد الأطراف التي تشكل عنصر النسب المحدد بأن يكون القاتل فرعا للأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين فإن ذلك يفيد بصفة قطعية أن المشرع يقتصر في هذه الجريمة على الأصل الشرعي مستبعدا غيرهم (الطبيعيين أو بالتبني) ولا حتى من يحل محل الأصول الشرعيين (حالة الكفالة) وصلة النسب من خلال هذه الجريمة وفقا لذلك محصورة في الفرع وهو الابن وابن الابن وما كان أدنى في حين الأصل هو الأب أو الأم والجد أو الجدة وما علا ذلك.[3]

يفهم من ذلك بصريح لفظ المادة 258 ق.ع أن جريمة قتل الأصول توجب أن يكون القاتل فاعلا أو مساهما أو شريكا[4] من بنوة المقتول، لكن مسألة تحديد النسب ليست بالأمر الهين وأنها مسألة تطرح التساؤل بخصوص الجهة المؤهلة للفصل فيما يثار من منازعة بشأن النسب، وبالأخص أمام الجهة الناظرة في جريمة قتل الأصول وهي محكمة الجنايات وما إذا كانت منازعة النسب في قتل الأصول تعتبر مسألة يختص بها القضاء

[1] Michel LAURE RASSAT. D.P.S Op.cit P.1 « le droit pénal spécial est la branche des sciences criminelles qui traitent de la spécificité de chacune des infractions incriminées dans un ordre juridique donné, il en étudie les conditions préalables et les éléments constitutifs ».

[2] Sylvain JACOPIN D.P.S Op.cit P.16 et s. « la qualification pénale est le principe de l'égalité ».

[3] د.أحمد المشهداني – شرح قانون العقوبات في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية – مرجع سابق ص.24

[4] وتطبيقا لأحكام المادتين 41، 42 من قانون العقوبات.

المدني (القضاء الأصل) ومن ثم تعتبر مسألة فرعية *(question préjudicielle)* أو أن صلاحية الفصل تكون لمحكمة الجنايات كمسالة أولية *(question préalable)*.

في هذا الصدد وتطبيقا لمبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع فإن الاجتهاد القضائي استقر على صلاحية محكمة الجنايات للبت في منازعة النسب كمسالة أولية[1] وهو المؤكد من تفسير القضاء الفرنسي بشأن تطبيق المادة 299 ق.ع الفرنسي القديم وتأكيده على اختصاص محكمة الجنايات للفصل في مسألة النسب بخصوص قتل الأصول المعروضة عليها.

(La cour d'assises a compétence pour la question relative au lien de filiation)[2]

إذ تأكد ذلك في عدة أحكام منها *(Crime 06 mars 1879, 12 mars 1925- 02 mai 1936)*[3]

إلا أن ما هو مؤكد بشأن الفصل في منازعة النسب من طرف محكمة الجنايات أنه لا يكتسي حجية الشيء المقضي فيه إلا في حدود القضية الجنائية المعروضة

(Mais la solution qu'elle est amenée à donner n'a d'autorité que pour le procès criminel)[4]

وهو ما تأكد من خلال حكم محكمة الجنايات الصادر في 02 مايو 1936 والذي تضمن ربط الحجية فقط بموضوع القضية الجنائية المعروضة على محكمة الجنايات.

أما بالنسبة للاجتهاد القضائي تطبيقا لنص المادة 258 ق.ع فإن المحكمة العليا أكدت على عنصر النسب كسؤال مستقل ومتميز في جريمة قتل الأصول وفقا لقرار 25 ماي 1982.[5]

في حين خلاف ذلك الاجتهاد القضائي في فرنسا يعتبر أن طرح السؤال المتعلق بالنسب ضمن السؤال الأساسي للإدانة كاف باعتبار أنه ركنا مفترضا، أي ركنا مكونا للجريمة[6] وهو ما يعني أن السؤال الرئيسي للإدانة يتضمن عنصر النسب، وهو كاف بصرف النظر عما يطرح من أسئلة أخرى متعلقة بالظروف المشددة ما دام أن هذه الأخيرة لا تغير من العقوبة، المحددة بأقصاها بمجرد ثبوت عنصر النسب.

---

[1] Famille et droit pénal- Olivia MAURY – thèse– doctorat- Op.cit P.269.

[2] Patrice GUATTEGNO- D.P.S Op.cit p.29

[3] Michel Laure RASSAT D.P.S op.cit p.250
-Code pénal Dalloz N et A 1995- 96 op.cit p.1800

[4] Patrice GUATTEGNO- D.P.S Op.cit p.29

[5] قرار المحكمة العليا في 29 ماي 82– طعن 77134– م.ق– عدد 1 لسنة 89 ص.294

[6] Michel Laure RASSAT D.P.S op.cit p.251

ب- الركن المعنوي لجريمة قتل الأصول

لا شك أن الركن المعنوي في جريمة القتل بشكل عام يقتضي النية والقصد لإزهاق روح إنسان، فإلى جانب قيام القصد العام يقتضي الأمر توافر القصد الخاص وبغض النظر عن هوية المقتول إذ المهم أن يكون إنسانا في حين بالنسبة لقيام جريمة قتل الأصول فإن الأمر يتوجب أن يكون القاتل على علم أن ضحيته هو أحد أصوله وعلى أساس ذلك فإن الشرط الأساسي لقيام جريمة قتل الأصول أن ترتكب عمدا هذا العمد الذي يقتضي العلم بأن المقتول هو أحد أصوله المبين بالنص المجرم[1] وهو العلم الذي يجب أن يكون وقت ارتكاب الجريمة.[2]

ووقوفا أكثر على معطيات الركن المعنوي فإن عدم علم الجاني بأن ضحيته هو أحد أصوله يؤدي حتما إلى استبعاد قيام جرم قتل الأصول ويبقى الوصف قتل عمدي بسيط أو مقترن بظروف مشددة ولكن ليس قتل الأصول بالمفهوم الجنائي.[3]

أما إذا ثبتت نية قتل الأصول لكن النتيجة لم تحدث فالعبرة بالنية

(S'il y a intention de tuer l'ascendant mais que le résultat n'est pas atteint « erreur sur la personne ou erreur sur le coup », c'est l'intention qui sera retenue)[4]

فمن يطلق النار على خصم فيصيب أحد أصوله فالقتل ليس قتل الأصول بل يعتبر قتلا عاديا وخلاف ذلك من يطلق النار على احد أصوله فيصيب شخصا آخر هنا تثور الإشكالية إذ أن الجاني عقد العزم على قتل أحد أصوله لكن النتيجة أدت إلى قتل شخص آخر ومع ذلك فإن العبرة بالنتيجة مادام من أزهقت روحه غير أصل ومن ثم عدم قيام جريمة قتل الأصول ولو أن هناك من يرى أن شروط المحاولة قائمة وأن ذلك لا يمنع من أن الجرم يوصف بالقتل العادي بالنسبة للنتيجة التي أحدثها ومحاولة قتل الأصول بالنسبة لنية الجاني والأخذ بالوصف الأشد من بينهما تطبيقا لأحكام المادة 32 ق.ع وذلك تفاديا لإفلات الجاني من العقاب عن الجرم الذي كان ينوي ارتكابه أصلا والمتميز بالخطورة.

[1] د.محمد أحمد المشهداني- شرح قانون العقوبات في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية- مرجع سابق ص.24

[2] Mémento de droit pénal 2008 p.267 «http//books.google »

[3] Patrice GUATTEGNO- D.P.S Op.cit p.29

[4] Ibid.

ثانيا: خصوصية عقاب جريمة قتل الأصول

إنه من خلال النصوص المتعلقة بجريمة القتل (بدءا من المادة 254 إلى 263 ق.ع) يتجلى بوضوح تحديد المشرع لأنواع القتل العمديـــة والعقوبات المخصصة لكل صنف منها.

فالمادة 254 ق.ع تنص على القتل والذي يطلق عليه القتل العادي أو البسيط وعقابه محدد بالسجن المؤبد طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 263 ق.ع وأن حرفية النص باللغة العربية يذكر فقط القتل دون تحديد في حين النص باللغة الفرنسية واضح من خلال تسمية *le meurtre* وهو المصطلح الذي يميزه عن بقية الأصناف الأخرى فهو القتل غير المقترن بالظروف المشددة[1] في حين القتل المقترن بسبق الإصرار والترصد *(l'assassinat)* ذكر بنص المادة 255 ق.ع وقتل الأصول(بنص المادة 258 ق.ع والتسميم بنص المادة 260 ق.ع وبعقوبات بحدها الأقصى وهو الإعدام كما هو مبين بالمادة 261 ق.ع، في حين قتل طفل حديث العهد بالولادة المذكور بنص المادة 259 ق.ع، فإن العقاب بشأنه بالنسبة للأم سواء كانت فاعلة أو شريكة مميز بتخفيف العقوبة وفقا لما هو مبين بالفقرة الأخيرة من المادة 261 من قانون العقوبات.

من هذا العرض يمكننا القول أن المشرع جعل لجريمة قتل الأصول خصوصية مميزة أولا من حيث العقوبة والمحددة بحد أقصى وهو الإعدام، ويبدو من ذلك لأول وهلة أن هذه الخصوصية لا تختلف عن الأصناف الأخرى كالقتل مع سبق الإصرار والترصد والقتل بالتسميم أو القتل باستعمال التعذيب (المادة 262 ق.ع) والقتل إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أو لتسهيل تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي جنحة وفقا للمادة (263 ق.ع) على اعتبار أن العقوبة واحدة وهي الإعدام.

لكن ما يميز عقوبة قتل الأصول عن غيرها يتجلى بوضوح من حيث الجانب المتعلق بشخصية العقوبة والأعذار القانونية وهو ما يعالج (أ) في حين يثار وجه الخلاف وله مظهر عبثي بخصوص المرتكب للجريمة كفاعل اصلي أو مساهما أو شريكا ما يتناول (**ب**)، وأنه من خلال ما يعرض بمحتواهما تبرز معالم الخلاف المميزة ما بين جريمة قتل الأصول وغيرها من أنواع القتل الأخرى.

[1] Le meurtre est l'homicide volontaire, sans circonstances aggravantes (nouveau répertoire D-L-1948 p.720).

أ-جريمة قتل الأصول والأعذار القانونية

إذا كان قانون العقوبات في جزئه الأول تضمن أحكاما عامة تطبق على كافة الجرائم الواردة في الجزء الثاني فإن هذا الجزء الأول والذي يطلق عليه القانون الجنائي العام أدرج من ضمن مواده نصوص المواد 39، 40 الخاصة بالأفعال المبررة في حين نص المادة 52 منه متعلق بالأعذار القانونية [1]، أما المادة 53 ولغاية 53 مكرر 8 ق.ع، فإنها تتعلق بالظروف المخففة.

وإذا كانت الأفعال المبررة في حالة قيامها تنزع التجريم عن بعض الجرائم فإن الأعذار القانونية تنزع العقاب إن كانت معفية وتخفف من العقاب إن كانت مخففة وهي حالات مذكورة على سبيل الحصر ضمن الجرائم التي تضمنها الجزء الثاني من قانون العقوبات الذي يطلق عليه القانون الخاص، وأن هذه الأعذار المخففة تختلف عن الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 والتي هي جوازيه تخضع للسلطة التقديرية للجهة القضائية ومن ثم فإن الأفعال المبررة وكذا الأعذار القانونية هي حق لمن قررت له للتمسك بها في حين الظروف المخففة هي جوازية بنص القانون ومن ثم يترك أمر الأخذ بها للقضاء هذا الأخير الذي فقط يكون ملزما بحدودها المبينة بالقانون في حالة تقرير الإفادة بها، ومن هذا المنظور يطرح التساؤل عن مدى تطبيق هذه الأحكام سواء كانت مبررة أم أعذار قانونية أم ظروف مخففة بشأن جريمة قتل الأصول؛ اعتبارا أن هذه الأحكام تطبق على كافة الأفعال المجرمة الوارد ذكرها بقانون العقوبات.

إنه منطلق شرعية التجريم والعقاب وأمام عدم وجود أي نص صريح يستثني جريمة قتل الأصول من الخضوع للأحكام المتعلقة بالأفعال المبررة وبالأخص حالة الدفاع الشرعي وكذا الظروف المخففة فإنها تجد مجالا لتطبيقها وبشكل عادي في جريمة قتل الأصول بالرغم من خصوصيتها من حيث العقوبة إذ يكفي أنها محددة بالإعدام لمجرد ارتكابها حتى ولو لم تكن مقترنة بظرف مشدد لكن قيام أحد الحالات المبررة ينفي عن هذا القتل صفة التجريم في حالة الدفاع الشرعي، كما أن قيام حالة الظروف المخففة باعتبارها ظروف شخصية فإنها تجيز للقضاء الأخذ بها مادام أنه لم يستثن منها جريمة قتل الأصول.

[1] الأعذار القانونية نوعان: الأولى معفية من العقاب ولا تمحو الجرم (المواد 92، 179، 186، ق.ع) أما الثانية فهي الأعذار المخففة من شأنها خفض العقوبة (المواد 277، 278، 280، 281، ق.ع) أنظر في هذا الصدد قرار المحكمة العليا الصادر في 06 ديسمبر 88- طعن 552367- م.ق عدد 4 لسنة 90 ص.225

(Néanmoins, la légitime défense ainsi les circonstances atténuantes pouvaient être appliquées)[1]

في حين تبرز خصوصية جريمة قتل الأصول وبشكل واضح لا غموض بشأنه بالنسبة للأعذار القانونية سواء كانت معفية أو مخففة وذلك بصريح نص المادة 288 ق.ع والتي تنص: لا عذر إطلاقا لمن يقتل أباه أو أمه أو أحد أصوله وهو النص الذي يقابله نص المادة 323 من القانون الفرنسي[2]، وان غالبية التشريعات الجنائية المجرمة لقتل الأصول كجريمة ذات خصوصية تضمنت النص على عدم العذر لمرتكبها[3]، في حين التشريعات التي تراجعت عن تمييز هذه الجريمة باستبدالها بظرف مشدد للعقوبة ولكن في ذات الوقت تخلت عن الحرمان من العذر القانوني بشأنها مثلما هو الحال بقانون العقوبات الفرنسي الجديد.

(Le nouveau code pénal n'a pas repris le principe selon lequel le parricide était inexcusable)[4]

ب- إشكالية عقاب المساهم والشريك في جريمة قتل الأصول

إنه من خلال تفحص المواد 41 ولغاية 46 ق.ع يتجلى بوضوح أن الجرم إما يرتكب مباشرة من طرف منفذه *(L'auteur)* أو من طرف من يسهم في ارتكابه بالتحريض أو بأحد الطرق المبنية بالنص وهي الهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس *(Le coauteur)* وذلك طبقا لأحكام المادة 41 ق.ع في حين الشريك *(le complice)* نصت عليه المادتان 42، 43 ق.ع لكل من يساعد على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة لتنفيذ الجرم مع العلم بذلك، وأن المادة 44 حددت عقوبة الشريك بنص العقوبة المقررة للجناية أو الجنحة دون المخالفة التي لا يعاقب على الاشتراك في ارتكابها.

إن إسقاط هذه النصوص على جريمة قتل الأصول يثير إشكالات محيرة بخصوص العقاب للمساهم والشريك مع الفرع القاتل للأصول، وكذا عكس الفرضية بمشاركة الفرع في قتل الأصول خصوصا في حالة القتل البسيط اعتبارا أن صور القتل الأخرى كالقتل مع سبق الإصرار والترصد والقتل بالتسميم وغيره معاقب عليها بنفس عقوبة قتل الأصول بالإعدام ومن ثم فهي لا تثير إشكالا.

[1] Les liens de famille et le droit pénal GUECH Cherifa thèse de doctorat Op.cit p.117
-Famille et droits pénal Olivia MAURY thèse de doctorat Op.cit p.271

[2] Article 323 A.C.P « le parricide n'est jamais excusable »

[3] نص الفصل 422ق.ع المغربي "لا يوجد عذر مخفف للعقوبة في جناية قتل الأصول"

[4] Les liens de famille et le droit pénal GUECH Cherifa thèse de doctorat Op.cit p.123

في هذا الشأن مع ندرة الاجتهاد القضائي تطبيقا لأحكام المواد 41 ق.ع وما يليها، وسعيا لتسليط الضوء على نظام المساهم والشريك، يجدر الرجوع للاجتهاد القضائي تطبيقا للمادة 59 ق.ع الفرنسي القديم والمتضمنة نفس الأحكام الواردة بنص المادة 41 وما يليها من ق.ع.

إذ المؤكد بشأن اشتراك الغير في قتل الأصول كشريك أو مساهم، فالشريك في قتل الأصول تطبق بشأنه عقوبة قاتل الأصول اعتبار أن الاشتراك يشكل جرما مستقلا وقرارات محكمة النقض الفرنسية عديدة بهذا الشأن.

وأما المساهم في قتل الأصول واعتبارا أنه يعد فاعلا مثله مثل المنفذ للجرم وذلك تطبيقا لنظرية استعارة التجريم *(théorie d'emprunt de criminalité)* وبحكم أنه فاعلا مستقلا وفقا لهذه النظرية وما دام الضحية ليس من أصوله فيخضع لعقوبة القتل إذا كان بسيطا أي لعقوبة أقل من العقوبة المخصصة لقاتل الأصول، وهو الأمر الذي قد أعطى حلا قيل عنه أنه حل عبثي *(absurde)* ولسبب بسيط أن من أسهم إسهاما مباشرا وأساسيا في قتل الأصول يعاقب بعقوبة أقل ممن شارك بشكل غير مباشر وأن الاجتهاد القضائي في فرنسا بناءً على ذلك ابتدع مفهوما آخر للاشتراك أطلق عليه *(la complicité Co respective)* كرسه في عدة قرارات وسلط بناءً عليه عقوبات على المساهم أشد من الشريك وذلك من منطلق أن المساهمين والفاعلين شركاء بعضهم مع بعض

(la jurisprudence avait créé la notion de complicité Co respective, consacrée par plusieurs arrêts et qui considérait que les coauteurs sont des complices les uns des autres)[1]

أما الحالة العكسية الأخرى هي الإسهام والاشتراك من طرف الفرع في قتل أصوله فإذا كان الفرع كمساهم لا يثير إشكالا اعتبارا أنه فاعلا مثله مثل الفاعل الرئيسي إذ أن علمه أن المقتول هو أحد أصوله يستتبع منطقا أن تطبق عليه العقوبة المقررة لقاتل الأصول، لكن في حالة كونه شريكا وباعتبار أن النص صريح في لفظه أن الشريك يعاقب بنفس عقوبة الفاعل مرتكب الجرم وبذلك فإن الفرع الشريك مع ثبوت علمه يكون قد فلت من العقاب المخصص لقتل الأصول اعتبارا انه سيعاقب عقوبة القتل العادي وأن ذلك غير منطقي بل إنه يعد بمثابة صدمة أخلاقية وأكثر فإن ذلك يشكل أحد العيوب المؤدية للإفلات من العقاب والتي دفعت بالاجتهاد إلى مساعي تصحيح هذه العيوب[2]، أما بالنسبة لأحكام نصوص قانون العقوبات السالفة

[1] Les liens de famille et droit pénal GUECHI Cherifa- thèse doctorat Op.cit p.119 et S.
[2] Les liens de famille et droit pénal GUECHI Cherifa- thèse doctorat Op.cit p.120

الذكر فيجدر التأكيد أن تعديل نص المادة 41 من ق.ع خلال سنة 1982 بخلق جرم مستقل للمساهم بدلا من اعتباره شريكا كما كان قبل التعديل وأنه يعاقب بعقوبة الفاعل الأصلي[1].

إنه الأمر الذي يستتبع أن المساهم في قتل الأصول يعاقب بعقوبة قتل الأصول وهو ما قررته المادة 46 من ق.ع، كما أنه في حالة ما إذا ما كان القاتل لا يخضع للعقوبة بسبب انعدام أسباب المسؤولية فإن من حمله على ارتكاب جريمة قتل الأصول يعاقب بعقوبة هذا الأخير بصريح المادة 45 من نفس القانون.

في حين بالنسبة للفرع كشريك فإن اشتراط العلم بصريح النص هو الأساس في تحديد العقوبة المخصصة للجرم طبقا للمادة 42 من ق.ع، وبالنسبة للظروف الشخصية المشددة أو المخففة أو المعفية فإنها لا تؤثر بالنسبة للفاعل أو الشريك إلا ما تعلق منها بهذه الظروف، في حين الظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة تشديدا وتخفيفا فإنها تقتضي العلم بها وفقا لمقتضيات المادة 44 من نفس القانون ؛ومن هذا المنطلق فإن إدانة الشريك أساسا تستند إلى إدانة الفاعل الأصلي وأن تبرئة ساحة هذا الأخير يجعل من إدانة الشريك وضعية متناقضة[2]، وأن الشريك يوضع في نفس مستوى الفاعل الأصلي[3]، والشريك لا يعاقب إلا إذا كان عالما بالجريمة[4].

وإذا كان هذا هو أمر قتل الأصول كجرم ذو طبيعة خاصة تميزه عن غيره من أنواع القتل الأخرى فهل الأمر كذلك بالنسبة لأعمال العنف التي يتعرض لها الأصول من طرف الفروع وهل خص المشرع هذه الأعمال بنصوص خاصة بها أم اكتفى بجعلها ظرفا مشددا للعقاب.

الفرع الثاني: أعمال العنف الأخرى المرتكب على الأصول

إذا كان العنف بشكل عام هو أحد سمات الحياة الاجتماعية فإن القانون الجنائي كان ولا يزال بالمرصاد للتصدي لهذا العنف باعتبار أنه أصبح بمثابة آفة حقيقية وواقع مهدد للسلم الاجتماعي وينبغي التصدي لقمعه بتخصيص العقاب الذي يتحقق معه وقف هذا البلاء والخطر الداهم.[5]

---

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 25 جويلية 2000- طعن 251929- م.ق- عدد2 - 2000 ص.241

[2] قرار 23 ماي 67- نشرة القضاة عدد8 - 1967 ص.78

[3] قرار 11 ماي 69 – نشرة القضاة عدد5- 69 ص.58

[4] قرار 08 ديسمبر 81 – الاجتهاد القضائي ص.59- مشار إليه في ق.ع – أحسن بوسقيعة طبعة 2014 ص.28
- قرار 1999/01/26 م.ق عدد2- 1991 ص.145

[5] Patrice GHATTEGNO – D.P.S Op.cit p.42

إذا سبق وأن أدركنا أن العنف في أوجه يطال النفس البشرية، بحرمانها من الحق في الحياة، فإن هذا العنف يمكن أن يتخذ صورا أخرى تمس حق الإنسان في سلامته البدنية وذلك من خلال إرادة مرتكبها للاعتداء على السلامة الجسدية لغيره بشكل صريح دون أن تتجه نيته إلى إزهاق الروح.[1]

إن هذا العنف بشكل عام والذي يقع ما بين الأشخاص من جهة له أشكال متعددة فهناك العنف العادي *les violences ordinaires* إلى جانب العنف الخاص *les violences particulières* مثلما هو الحال في العنف الواقع على الفئات المستضعفة، وكذا عنف التعذيب والأعمال الوحشية وإعطاء مواد ضارة بالصحة والعنف المعنوي بمختلف صوره، ومن جهة أخرى فهو مسألة مركبة سواء في ركنه المادي بالأخص وكذا الركن الشرعي من حيث التجريم والعقاب.[2]

واعتبارا أن قانون العقوبات حدد أعمال العنف الجسدي بدءا من المواد 264 ولغاية 276 ق.ع والمتضمنة الجنح والجنايات، في حين المواد 442-442 مكرر من نفس القانون اشتملت على العنف بتكييف مخالفة.

فان المؤكد في هذا الصدد، إذا كانت نصوص هذه المواد السالفة الذكر تحدد هذه الجرائم وفقا لمدى الخطورة الناجمة عنها وما تحدثه هذه الخطورة والذي يتحدد طبعا بالعجز الناجم عنها فإن المشرع خصص جريمة خاصة لهذا العنف وبنص المادة 267 ق.ع من خلالها حدد العقاب المخصص للعنف على الأصول وفقا لهذا العجز والذي يبدو من خلاله أن المشرع فرق بين العنف ودرجات العقاب عليه بالنسبة للأفراد الذين تربطهم رابطة الأصول وبين غيرهم، وذلك من خلال تشديد العقاب.

وإذا كان المشرع بقانون العقوبات وبصدد أعمال العنف متأثر بقانون العقوبات الفرنسي القديم قبل إصلاحه فإن المؤكد أن قانون العقوبات الفرنسي القديم قبل سنة 1992 كان يستعمل مصطلح الضرب والجرح العمدي ثم لا حقا حذف مصطلح الجرح وابقي على الضرب والتعدي، وأنه بعد الإصلاح سنة 1992 استعمل مصطلح أعمال العنف *les violences* إلى جانب أنه تخلى عن تجريم العنف الخاص ببعض

[1] Michel- Laure RASSAT – D.P.S Op.cit p.220 et S.
[2] Michel- Laure RASSAT – D.P.S Op.cit p.220 et S.

الأشخاص كالعنف على الأصول كجريمة خاصة ومثلما فعل بالنسبة لقتل الأصول استبدلها في قانون العقوبات الجديد بالظرف المشدد للعقاب.[1]

وإذا كانت أعمال العنف بمختلف أشكالها تخضع للتكييف القانوني فإن المؤكد وفقا لهذا التكييف أن خطورة العنف وما ينجم عنه من ضرر هو الذي يلعب دوره في تحديد وصف الجرم بدءا من المخالفة ولغاية الجناية من جهة، ومن جهة أخرى أنه سواء في ظل قانون العقوبات الفرنسي القديم أو الجديد فإن بعض الفئات المعنفة كالأصول مثلا هي سبب لتشديد العقاب[2]

في هذا الصدد فإن تشديد العقاب بشأن الاعتداء على الأصول يتجلى من خلال رفع العقوبة من جهة ومن جهة ثانية الأخذ في بعضها بالحد الأقصى بدلا من تراوح العقوبة بين الحد الأدنى والأقصى ومن جهة ثالثة الأخذ بالجنحة المشددة[3] وأخيرا رفع عقوبة الجناية، وانه بتفحص المادة 271 ق.ع يتجلى بوضوح من خلال فقراتها الأربع تدرج العقوبات والذي يتبين منه اختلاف هذه العقوبات عن تلك المخصصة لغير الأصول والمحددة بالمواد من 264 إلى 266 ق.ع، ويكفي في هذا الصدد أن العنف الذي ينجم عن المخالفة والمنصوص عليه بالمادة 442 ق.ع والذي يؤدي إلى عجز أقل من 15 يوم ودون أن يقترن بسبق إصرار أو ترصد أو حمل سلاح يشكل في حالة ارتكابه على أحد الأصول جنحة مشددة وفقا للفقرة الأولى من المادة 267، وإذا كان العجز فيها يزيد عن 15 يوم فهي جنحة يطبق بشأنها الحد الأقصى وفقا للفقرة الثانية من المادة 267، وأنه في حالة إذا كان العنف مقترن بسبق الإصرار أو الترصد و لم يحدث عجز أقل من 15 يوم فالعقوبة جنحة مغلظة بحدها الأقصى 10 سنوات وفي الحالات الأخرى بالسجن المؤبد[4].

لكن إذا كان المشرع من خلال تشديده للعقاب يسعى إلى التصدي لردع العنف على الأصول ونرى في ذلك حماية للأسرة وليس حماية للأصول كأفراد، اعتبارا أن هؤلاء هم أساس الأسرة، وأن حماية الأساس هي بمثابة حماية للأسرة، فإن التساؤل الذي يفرض نفسه أمام تزايد انتشار ظاهرة العنف على الأصول سواء بالقتل أو العنف بمختلف أشكاله بما في ذلك العنف المعنوي يتجلى فيما إذا كان المشرع قد تعرض لكافة جوانب

[1] Les liens de famille et le droit pénal- GNUECHI Cherifa- thèse doctorat – Op.cit p.125 et S.

[2] د.حسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجزء الأول – مرجع سابق ص.53

[3] الجنحة العادية محددة بحدها الأدنى والأقصى من شهرين إلى 5 سنوات طبقا للمادة 5 من قانون العقوبات إلا أن المشرع في بعض الجنح لخصوصيتها يرفع الحد الأقصى إلى ما يفوق 5 سنوات والإبقاء عليها كجنحة بتحديده فيها العقوبة بالحبس ومن ثم اصطلح على تسميتها قضاء بالجنح المغلظة.

[4] د.حسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجنائي الخاص- الجزء الأول – مرجع سابق ص.53

العنف من جهة ومن جهة أخرى ما إذا كان يكفي علاج هذا العنف بتشديد العقوبات أم لابد من البحث عن حلول علاجية أخرى سعيا للوقاية من هذا العنف اعتبارا أن الوقاية أحسن من العلاج، وهو أمر يبدو تجاهله تماما في بلادنا خلافا لما هو عليه في البلدان الغربية وكذا الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والتي وصلت فيها دراسات وأبحاث إلى نتائج معتبرة بالوقوف على الأسباب الحقيقية للعنف الأسري.

أما بشأن معالجة قانون العقوبات لكل أصناف العنف على الأصول فإذا كان المؤكد أن النصوص الحالية تصدت للعنف الجسدي مثلما سبق ذكره (في المواد 264 إلى 267 ق.ع)، لكن بشأن العنف الناجم عن إعطاء مواد ضارة فإن المادة 276 ق.ع والتي تخص أعضاء الأسرة الأصول والفروع والزوجين ومن يرث المجني عليه ومن له سلطة عليهم في هذا الشأن تتجلى حماية الأصول من خلال ما إذا كان الجاني فرعا له، وما يلاحظ في هذا النص رغم انه يفيد في كل الحالات عقاب الفرع إذ ذكر بالنص العربي الفروع أو من يرث المجني عليه وذلك صريح في كل الحالات بعقاب الفرع في حين النص بالفرنسية لم يذكر الفروع *les descendants* مكتفيا بذكر من يرث المجني عليه ومن له سلطة عليه أو من يرعاه ونرى في الحالين أن المشرع وسع الحماية لتطال الأسرة، حتى في صورتها الممتدة ذلك أن عبارة أن من يرث المجني عليه تتعدى حتى القرابة بدرجتها الرابعة.

في حين ظل قانون العقوبات بشأن أعمال العنف المعنوية كالتهديد والسب والشتم وكذا أعمال التعذيب المادي والمعنوي خاليا من تخصيص عقاب مشدد للفروع في حالة ارتكابهم لهذه الأعمال على أصولهم رغم أن الممارسة عمليا بشأن المتابعات ضد الفروع بجرائم التهديد والسب والشتم تثبت أن القضاة يميلون تلقائيا إلى عدم منح الظروف المخففة لمرتكبها ولكن ليس لحد تطبيق عقوبة شديدة في غياب النص.

يبقى في الأخير التنويه أنه فيما يتعلق بجرم الترك والإهمال والتعريض للخطر إذا كان المشرع ضمن حماية الأطفال القصر في هذا الشأن من خلال المواد 314 ق.ع وما يليها، فمقابل ذلك وبتعديل قانون 12/10 المؤرخ في 29 ديسمبر 2010 تدارك المشرع الأمر وعامل الفروع نفس معاملة الأصول.

إن هذا القانون الذي يهدف إلى حماية الأشخاص المسنين تضمن حمايتهم وصونهم في إطار التضامن الوطني العائلي بالخصوص وما بين الأجيال ورغم أنه حدد هذه الحماية في شخص المسن الذي يبلغ 65 سنة بنص المادة الثانية منه وهو ما يثير التساؤل بشأن الأصول أقل من 65 سنة وتتجلى هذه الحماية في حالة إهمالهم وتركهم من خلال المادة 33 من هذا القانون والتي تحيل إلى تطبيق عقوبات المادتين 214، 316

ق.ع إلى جانب المادة 34 منه أيضا التي تعاقب كل من تخلى عن التكفل بأصوله وفقا لما هو محدد بالمادة 6 من هذا القانون[1]

المطلب الثاني: التصدي للعنف على الفروع

إذا كان المتفق عليه أن الأسرة ومن دون منازع هي المؤسسة الاجتماعية بامتياز، وهي بمثابة العمود الفقري للنظام الاجتماعي من خلال انسجامها، وباعتبارها الحصن المنيع لأعضائها والملاذ الآمن لهم ومع ذلك قد يحدث بمجالها ما يتسبب في تصدعها والناجم عن الانحراف ذ العواقب الكارثية وبالأخص عندما يطال هذا الانحراف الفروع ؛ فإذا كان الطفل هو اصل الكافة ويتطلب بناء على ذلك الاهتمام به وتوفير كل الوسائل التي يتحقق بها الوصول به إلى بر الأمان ببلوغ سن الرشد[2] .

فإن هذا الاهتمام بالفروع يكمن في الحماية الواجبة لهم من خلال حفظهم وصونهم في سن الطفولة لأنهم بناة المستقبل وثروة الغد لكل مجتمع يسعى أن يكون في مصاف المجتمعات النيرة فالأطفال بهذا المفهوم خلافا للنظرة القديمة ليسوا ملكا لذويهم أو أنهم أحد توابع الملكية[3].

وعلى هذا الأساس احتل الفروع وفي كافة الحضارات مكانة كاملة وتصدت كل التشريعات السماوية والوضعية لحمايتهم ويكفي في الوقت الراهن أن كل التشريعات الوطنية والدولية كرست نصوصا ومواثيق لحماية الطفل، والتشريع في بلادنا لم يشذ عن غيره من التشريعات إذ خصص ترسانة من النصوص القانونية تصب جميعها في بوتقة حماية الطفل بما في ذلك النصوص الجنائية الهادفة إلى بسط حماية شاملة للطفل ضد كل الانحرافات المجرمة سواء كانت من محيطه الأسري أو من خارجه.

وفي هذا الصدد بعد أن تم التصديق على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل والبروتوكول الملحق بها[4]

---

[1] نصوص المواد 314، 316، ق.ع والمادتين 6، 33 من قانون 12/10 الصادر بتاريخ 2010/12/29 والمتعلق بحماية المسنين – الجريدة الرسمية عدد79 المؤرخة في 29/ 12/ 2010

[2] Le droit de l'enfant en Algérie – Mohand DJEWAD- D.E.S université Perpignan 2006 (www.memoireonline.com)

[3] La protection de l'enfant en droit international pénal- état des lieus – Aurélie LAROSA- mémoire master- école doctorale 74 – université de Lille -2003/2004 - p.6

[4] مرسوم رئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 1992/12/19 المصادق على اتفاقية حقوق الطفل الموافق عليها بالجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 وكذا المرسوم الرئاسي 06-299 المؤرخ في 2006/12/02 المصادق على البروتوكول الاختباري الملحق باتفاقية حقوق الطفل المنعقد بنيويورك في 2000/05/25 بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية.

أصدر المشرع قانون 14-01 المتضمن تعديل قانون العقوبات بما يتماشى والمواثيق الدولية السالفة الذكر[1].

وإذا كان الأهم في هذا الشأن هو الحماية الجنائية للفروع وموقف المشرع من الجرائم المرتكبة بشأنهم وتركيزا بالأساس على تلك المرتكبة في المحيط الأسري الأمر الذي يدفع للتساؤل الأول بخصوص السن المخصصة لهؤلاء الفروع حتى تشملهم هذه الحماية الجنائية في حين التساؤل الثاني متعلق بجرائم العنف التي ترتكب في حق الفروع.

فبخصوص التساؤل الأول إذا كانت أحكام القانون المدني حددت سن التمييز *13* سنة[2]، وسن الرشد المدني 19 سنة[3]، فان سن الرشد الجزائي 18 سنة بشكل عام[4] واستثناء في جرائم الإرهاب 16 سنة[5]، في حين حماية الفروع كضحايا للجريمة فإن السن محدد ما بين 13 إلى 19 وفقا لما هو محدد بكل جريمة[6].

ان هذا الأمر يقود إلى التأكيد أن حماية الفروع وإن كانت على تباين بشأن الجرائم التي يتعرض لها الفروع كضحايا فان هذه الحماية تطال الفروع حتى قبل ولادتهم إن صح ذلك كما هو الشأن في جريمة الإجهاض وأيضا مباشرة بعد ولادتهم مثلما هو أمر جريمة قتل الوليد حديث العهد بالولادة وتستمر هذه الحماية وفقا لتدرج سنه.

وحتى يتسنى معالجة ما يتعرض له الفروع من جرائم والحماية التي خصها المشرع لهؤلاء الفروع وبالأخص تلك المرتكبة من الأصول بالدرجة الأولى ومن ثم سوف نخصص (**الفرع الأول**) لجريمة الإجهاض، في حين (**الفرع الثاني**) لجريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة أما (**الفرع الثالث**) قتل الفروع بشكل عام أما (**الفرع الرابع**) فهو حماية الفروع من جرائم العنف الجسدي بما في ذلك الجرائم الجنسية.

---

[1] قانون 14-01 الصادر في 2014/02/04 المعدل والمتمم بالأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات.

[2] المادة 42 فقرة 2 – القانون المدني

[3] المادة 40 – القانون المدني

[4] المادة 442 قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالأمر 155/66 بتاريخ1966/06/08.

[5] المادة 249 /2 الجزائية الصادر بالأمر 155/66 بتاريخ1966/06/08 المعدلة بالامر10/95 بتاريخ1995/02/25

[6] انظر على سبيل المثال مقتضيات المواد/ 326 خطف القاصر دون 18 سنة – 334 الفعل المخل بالحياء ضد قاصر دون 16 سنة

الفرع الأول: جريمة الإجهاض

بداية يطرح التساؤل بشأن جرم الإجهاض ودراسته ضمن هذا المبحث المتعلق بالتصدي للعنف الأسري رغم أن هذا الجرم عرف تغيرات تبعا للتحولات في بعض المجتمعات ولحد إلغائه.

في حين المؤكد بالنسبة لمجتمعنا واعتبارا أن دين الدولة هو الإسلام مثلما هو منصوص عليه في الدستور ومن ثم فان المشرع اعتنى بحماية الجنين من جهة لما له من حقوق شرعية وفي ذات الوقت اعتنى بحماية الأم ولعل إدراج الإجهاض ضمن الجرائم المتعلقة بالأسرة والماسة بالآداب العامة[1] يؤكد حماية الأسرة من خلال تجريم الإجهاض علما في هذا الصدد أن التشريعات الجنائية اختلفت في شأن موقع هذه الجريمة ؛ وما إذا كان يجب اعتبارها جريمة تقع على الأشخاص بالنظر لمحلها وهو المرأة أو أنها جريمة أموال بالنظر أن من يساعد على ارتكابها يتلقى مقابلا لها أم أنها جريمة ذات علاقة بالأخلاق والآداب[2] والحقيقة أن جريمة الإجهاض وفقا لموقعها في قانون العقوبات ضمن جرائم الأسرة والآداب طبقا للمادة 304 وما يليها هو أمر يفيد أن هذه الجريمة تطال كل هذه المواقع الأشخاص والآداب وبشكل أكثر دقة هي جريمة أسرية ومن ثم فأثرها يمس المجتمع بكامله اعتبارا أنها هي أساس المجتمع، رغم أن النزعة الفردية في المجتمعات التي اتجهت نحو عدم تجريم الإجهاض ترى فيه أنه أمر متعلق بحرية الفرد ومن ثم إبعاده من دائرة التجريم كما هو حال قانون العقوبات الفرنسي الذي كان يجرم الإجهاض وفقا لأحكام المادة 317 ق.ع.ف.ق، ثم شيئا فشيئا جعل منه فعلا شرعيا وبشروط قانونية وذهب أبعد من ذلك حاليا بخلق جنحة لمعاقبة عرقلة الإجهاض بالمادة 223 ق.ع.ف.ج

(Délit d'entrave à L'IVG-interruption volontaire de grossesse)[3]

وإذا كان الاتجاه نحو عدم تجريم الإجهاض في هذه المجتمعات الغربية ينطلق من معطيات تحولات خاصة بها فخلاف ذلك بالنسبة لمجتمعاتنا الإسلامية إذ العامل الديني له أثره، وأن بسط الحماية الجنائية بشأن تجريم

[1] نصوص تجريم الإجهاض في قانون العقوبات مدرجة تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة بالقسم الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأفراد.

[2] د. كامل السعيد- قانون العقوبات- الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة -مرجع سابق ص. 186 والذي يشير إلى اتجاهات مختلفة بشان موضع جريمة الإجهاض فقانون العقوبات المصري أدرجها ضمن جرائم الأشخاص (المواد 260 الى264) ونفس الشيء القانون العراقي(المواد229-231) أما قانون العقوبات الأردني (المواد321-325) والسوري (المواد537-542) فان موقع جريمة الإجهاض أدرج ضمن نطاق الأخلاق والآداب العامة.

[3] Famille et droit pénal- Olivia MAURY – thèse doctorat – op.cit p.34.

الإجهاض هو حماية للأسرة اعتبارا أن هذه الأخيرة متكونة من أصول وفروع وأن أصل الفرع هو الحمل ولذلك كان موقف الشريعة من الإجهاض هو تحريمه بإجماع المذاهب وبالأخص بعد نفخ الروح في الجنين الذي يتحقق بعد الشهر الرابع (أي 120 يوم من بدأ الحمل) وهو المؤكد بالمذهب المالكي[1].

ضمن هذا المنحى ارتأينا أن نعتبر جريمة الإجهاض هي جريمة تدخل ضمن العنف على الفروع، ولو أن هناك اختلاف بشأن اعتبار الجنين بمثابة إنسان وهل أن الإجهاض يعتبر اعتداء على الجنين أم اعتداء على الأم الحامل فإذا كانت جريمة الإجهاض مختلفة عن قتل الطفل حديث العهد بالولادة من حيث أن محل الحماية الجنائية في جريمة الإجهاض هو حماية الجنين في حين الحماية الجنائية لقتل الطفل حديث الولادة هو الإنسان الحي[2]، إلا أن الجنين في مراحله الجنائية بعد نفخ الروح فيه (بعد 120 يوما من نشأة الحمل) له مفهوم الطفل عند علماء النفس لما لهذه الفترة من تأثير على الطفل بعد ولادته وطوال حياته كفرد.[3]

ومهما اختلف الأمر بشأن تحديد عمر الإنسان كطفل يقتضي حمايته هذا الاختلاف بين علماء النفس وعلماء الاجتماع والذي ما من شك أن له انعكاساته لتجريم الإجهاض من عدمه فإن المختصين في هذا الشأن خصوصا أنصار تجريم الإجهاض يرون فيه حماية مزدوجة إذ من جهة هو حماية للأم وصحتها ومن جهة أخرى هو حماية للجنين الذي هو الأصل في وجود الطفل الفرع في الأسرة والذي يتطلب الحماية والتصدي للعنف عليه بكافة وسائله والذي من شأنه أن يؤدي إلى وضع حد له بشكل نهائي بإسقاطه أو قتله في بطن أمه وفي الحالتين هو بمثابة إجهاض أو التشويه والإضرار بسلامته الجسدية من خلال فشل عملية الإسقاط لهذا الحمل.

ومن هذا المنطلق يتعين دراسة تجريم الإجهاض كجريمة عنف (**أولا**) ثم العقاب المخصص للإجهاض والأطراف المعنية به (**ثانيا**).

أولا: تجريم الإجهاض

إن تجريم الإجهاض أدرج في نص المادة 304 ق ع والمحدد لفعل الإجهاض المتمثل في إسقاط الحمل بشتى الطرق بما في ذلك العنف.

---

[1] د.كامل السعيد – شرح قانون العقوبات- الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة- مرجع سابق – ص. 220

[2] د.هلالي عبد اللاه أحمد- الإجهاض وقتل الأطفال حديثي الولادة- أهم مظاهر إجرام النساء- مرجع سابق- ص.84

[3] نفس المرجع ص.40

انه من خلال هذا النص المجرم للإجهاض يتجلى الركن المادي المتمثل في أي نشاط من شانه إسقاط الحمل قبل أوانه اعتبارا أن الحمل ينتهي إلى الولادة الطبيعية وان انتهاءه بشكل غير طبيعي يكون إما انتهاء ناجما عن مرض أو ما يطلق عليه بالإجهاض الطبيعي *(l'avortement naturel)* أو ولادة مبكرة *(accouchement prématuré)*أو*(fausse couche)*أو الإجهاض العلاجي*(l'avortement thérapeutique)* وهي الحالات المصرح المرخص بها طبيا لحفظ حياة المرأة الحامل وجميعها غير مجرمة.

في حين أن فعل الإجهاض المجرم هو الناجم عن إرادة مرتكبه بقصد إسقاط الحمل لوضع حد للروح التي نفخت بالجنين، فإذا كان نص المادة 304 ق.ع يجرم هذا الفعل بالنسبة للغير بالنص على كل من أجهض[1] امرأة حاملا بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت أو لم توافق أو شرع في ذلك وبناء على هذا النص المحدد لفعل الإجهاض بشكل عام فإن النصوص التي تلته تحدد الأطراف المعنية بالإجهاض والذي سنتناوله (أ) ثم تحديد وسائل الإجهاض وما إذا كانت مذكورة على سبيل الحصر أم المثال (**ب**).

أ - الأطراف المعنية بجريمة الإجهاض

1- المرأة الحامل

لا شك أن المعني الأول بجريمة الإجهاض هو المرأة الحامل وأن الجريمة تأخذ أشكالا مختلفة من حيث القائم بنشاط إسقاط الحمل فإما أن تكون هي ذاتها الفاعلة ومن ثم تتابع بارتكابها جرم الإجهاض لقيامها بإجهاض نفسها عمدا أو محاولتها ذلك أو موافقتها على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض ذلك طبقا لما ورد بنص المادة 309 ق.ع، واستنباطا من هذا النص قد تكون المرأة المجهضة لنفسها فاعلة أصلية ومن ساعدها في ذلك يعتبر شريكا في حين استعمال طرق الإجهاض دون موافقتها يجعل من الغير فاعلا أصليا دون أن تكون هي شريكا لانعدام إرادتها كما هو الشأن في إعطائها مواد أو وسائل مسقطة دون موافقتها أو علمها أو القيام بالعنف عليها المؤدي إلى إسقاط الحمل.

[1] لاحظ أن المصطلح اللفظي أجهض غير سليم وكان يحسن أن يستعمل مصطلح عمل على إجهاض، باعتبار أن الإجهاض لغة مصدر فعل لازم ويعني إسقاط الجنين قبل أوانه ويسند هذا الفعل أجهض إلى المرأة فيقال أجهضت المرأة ولا يقال أجهضها (بالنسبة للغير) – أشار إلى مناقشة المصطلح د.هلالي عبد ألاله أحمد– مرجع سابق ص.75.

2 - أطراف الإجهاض الأخرى

طبقا لنص المادة 403 ق.ع فإن كل من بفعله يتسبب في الإجهاض يقع تحت طائلة العقاب ومن ثم فالنص بعمومه يفيد الكافة سواء كانوا من أهل الاختصاص في التوليد أم لا ويكفي فقط أن النية تتجه إلى إسقاط الحمل، فالضرب إذا كان يهدف إلى إسقاط الحمل ينجر عنه قيام الجرم وخلاف ذلك إذا كانت النية غير متجهة للإجهاض أو محاولته فالجرم ينتفي وأن إدانة الفاعل دون التأكد من نيته الرامية إلى الإجهاض أو محاولته هي إدانة منعدمة للأساس القانوني ذلك ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12 فيفري 2002[1] .

لكن المادة 306 ق.ع حددت فئات خاصة ذات العلاقة بالطب والتوليد وهم الأطباء والقابلات وطلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدموا الصيدليات ومحضروا العقاقير وصانعوا الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات وعقابهم عن جرم الإجهاض من خلال إرشادهم لإحداثه أو تسهيله وتخضع هذه الفئات لنفس العقوبات المنصوص عليه في المادتين 304، 305 من نفس القانون ونرى في هذا الصدد ان نص المادة 306 لم يأت بأي جديد اعتبارا أن نص المادة 304 يخاطب الكافة وهذه الفئات من الكافة خصوصا وأنه لم يشملهم تشديد العقوبة وفقط كان يحسن بالمشرع أن يكتفي بشأنهم بذكر العقوبة التكميلية المتعلقة بالحرمان من الممارسة المهنية المنصوص عليها بالمادة 23 من نفس القانون التي ذكرت بالفقرة الأخيرة من المادة306 علما أن المادة 23 المذكورة ملغاة بنفس القانون المعدل للمادة 304[2]

ب- وسائل وطرق الإجهاض

إذا كان النص ذكر من بين الوسائل المأكولات والمشروبات أو الأدوية وطبعا دون تحديد ما إذا كانت بطبيعتها مسقطة للحمل فإن التأكيد على استعمال طرق أو أعمال عنف يفيد أن تكون هذه الوسائل بقصد التوصل إلى إسقاط الحمل، لكن ما يهم من خلال كل هذه الوسائل أنها تعد بمثابة أعمال عنف سواء كان ماديا كما هو الحال بالنسبة للضرب أو بإعطاء مواد ضارة بالحمل كما هو حال المأكولات والمشروبات

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 12 فيفري 2002- طعن 408.252- م.ق- عدد - 2002 ص.550.

[2] انظر القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006

والأدوية في حين يبدوا الغموض في عدم صراحة النص بشان العنف المعنوي إلا أن تأكيد النص على أية وسيلة أخرى يفيد إمكانية الأخذ بالعنف المعنوي.

ثانيا: عقاب الإجهاض

إذا كان الأصل في الإجهاض أنه جنحة فإنه في حالة ما إذا أدى إلى وفاة المرأة بفعل الإجهاض فالواقعة تكيف بجناية طبقا للمادة 304 ق.ع الفقرة الثانية.

وفي هذا الصدد يتجلى بوضوح أن الحماية الجنائية في أصلها هي حماية الجنين بالدرجة الأولى، ثم في درجة ثانية حماية للحامل باعتبار أن الحالة الصحية لهذه الأخيرة ذات أهميته لصحة الجنين نفسه من جهة ومن جهة أخرى تعريض صحة الحامل للخطر ويكفي تأكيدا لهذه الحماية تجريم فعل الإجهاض حتى في حالة الحمل المفترض فالمادة 304 ق.ع تنص بصريح اللفظ (كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها)، وذلك يفيد بشكل صريح قيام جرم الإجهاض حتى كجريمة مستحيلة ؛ في حين تشريعات أخرى كالتشريع المصري لا يعاقب على الإجهاض إلا بثبوت الحمل[1].

إن هذا الموقف يترجم المصلحة الاجتماعية التي يسعى إليها المشرع لحماية الجنين والمرأة الحامل في ذات الوقت، إذ في هذا الصدد فإن الاجتهاد القضائي يعتبر محاولة الإجهاض قائمة لمجرد رفض المرأة من تلقاء نفسها شرب المادة المسقطة المقدمة لها ويعتبرها ضحية محاولة إجهاض من خلال قرار المحكمة العليا الصادر في 15 ماي 1990[2].

يبقى في الأخير أن المشرع وسعيا لحماية أكثر مدد هذا التجريم لمن يحرض على الإجهاض حتى ولو لم يؤد هذا التحريض إلى نتيجة مثلما هو مبين بالمادة 310 ق.ع، إن ذلك يفيد توسيع الحماية بتجريم التحريض على الإجهاض بغض النظر عن النتيجة فأصبح الإجهاض جريمة شكلية[3].

هذا وتجدر الملاحظة أن المشرع خفف عقوبة الإجهاض بالنسبة للمرأة الحامل وفقا للعقوبة المحددة بالمادة 309 ق.ع مقارنة بالغير والمبرر لذلك مرده الأسباب الدافعة للإجهاض والتي غالبا ما تكون بسبب الحمل غير الشرعي أو غير المرغوب فيه.

---

[1] د. احسن بوسقيعة – الوجيز في القانون الجزائي الخاص- الجزء الأول- مرجع سابق ص.42

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 15 ماي 1990 المشار إليه بقانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية للدكتور احسن بوسقيعة ص.129

[3] عبد العزيز سعد – الجرائم الواقعة على نظام الأسرة – الديوان الوطني لأشغال التربية طبعة 2 لسنة 2002 ص.50

أما إذا كان الإجهاض دفعت إليه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر فلا عقوبة بشأنه طبقا للمادة 308 ق.ع وهو الأساس لقيام العذر القانوني المعفي شريطة أن يتم الإجهاض من طرف طبيب أو جراح وإبلاغ السلطة الإدارية بذلك.

إذا كان هذا هو أمر الحماية المقررة للجنين وتجريم إسقاطه قبل أوانه بإنهاء الروح التي دبت فيه بقدرة الخالق، فما هو حال الحماية المقررة للاعتداء على الطفل بعد ولادته مباشرة ثم خلال مراحل حياته اللاحقة وهو موضوع الفرع الثاني.

الفرع الثاني: قتل الطفل حديث العهد بالولادة *(L'INFANTICIDE)*

من خلال المصطلح المحدد لهذا الجرم المنصب على قتل الفرع في مرحلة معينة بالاعتداء عليه مباشرة إثر قدومه لهذا العالم أثناء عملية الوضع أو بعده مباشرة بوضع حد لحياته والذي اتخذ تسمية مميزة مثلما تميزت بعض أنواع القتل الأسري السابقة الذكر، وإذا كانت النظرة قديما للأبناء وكذا الزوجات في ظل النظام الأبوي السائد وقتها اعتبار هؤلاء تبعا لملكية رب الأسرة ومن ثم من حق هذا الأخير التحكم بشان الإبقاء على حياتهم أو التخلص منهم وهي نظرة تنبئ بخزي هذه الحقبة وهو الخزي الذي ميز العصر الجاهلي بوأد البنات وهن أحياء وقتل الأطفال خوفا من الفقر إلا أن إشراقة معالم الحق تصديا لهذه الجريمة البشعة في حق من لا حول ولا قوة لهم أرست الحد الفاصل بين خزي الجاهلية وعزة الإسلام بنزول أحكام القرآن الكريم لتحريم هذه الأفعال الشنيعة في عدة آيات " **قل تعالوا أتل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون**"[1].

هذا التحريم وضع دعائم من خلالها تستقيم الأسرة ويكفي أن قتل الأطفال جعله الخالق جلت قدرته من كبائر الأخطاء "**ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيرا**"[2].

وإذا كان المنطق يقتضي وجوب حماية المستضعفين، فليس هناك من هو في وضعية المستضعف أكثر من الوليد الذي لا يملك أية وسيلة للدفاع عن نفسه إلى جانب الانعدام المطلق لما يبرر هذا الاعتداء "**وإذا الموءودة**

[1] الآية 151 من سورة الانعام.

[2] الآية 31 من سورة الإسراء.

سئلت بأي ذنب قتلت"[1] إنها بشاعة عار الجاهلية المسيئة للأسرة "**وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم يتوارى من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه في التراب ألا ساء ما يحكمون"**[2].

من هذا المنطلق فإن معالجة الحماية الجنائية للفرع في مرحلة من مراحل ضعفه إذا لا حول له لرد الاعتداء، تتجلى في تجريم قتل المولود حديث العهد بالولادة وهو التجريم الذي يطرح معضلات عديدة في مقدمتها معضلة الفترة التي يطلق عليها تسمية الولادة حديثة العهد باعتبار أن القتل ما بعد هذه الفترة يجرم على أساس قتل الطفل والذي يخضع حتما إلى تجريم خاص بالنسبة لبعض التشريعات خلافا للبعض الآخر الذي يخضعه لأحكام القتل المنصوص عليها بالشريعة العامة.

تاريخيا جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة عرفت في كل الحقب والعصور المختلفة وكانت حاضرة لدى كافة شعوب المعمورة مع اختلاف النظرة لها وفقا للتحولات الاجتماعية والتي كان لها تأثيرا بينا خلال كافة المراحل زمانا ومكانا، فمن النظرة البالية بدرجة الازدراء بجعل حياة الطفل ملكا لأبويه[3]، أو التقاليد السخيفة للتخلص من المولود المشوه[4].

لكن مع التغير الناجم عن التحولات الاجتماعية برزت مكانة الطفل وأصبح كائنا مستقلا و لم يعد تابعا، الأمر الذي فرض حماية جنائية للتصدي لكل الاعتداءات على حياته وبعقوبات قاسية[5]، في بدايتها ثم بدأت تعرف بعضا من التذبذب وبالتبعية تسهيلات تخفيف تأثرا بالنظرة المركبة لهذه الجريمة (تسامح وشفقة المحلفين نحو الأم القاتلة باعتبارها المعنية بالدرجة الأولى بهذه الجريمة)[6]، ولتنتهي هذه الحماية السلبية إلى إلغاء بعض التشريعات لمصطلح الجرم المذكور ويصبح خصوصية مندثرة ويستبدل بالظرف المشدد ودائما تأكيدا لحماية الطفل المستضعف ثم إلغاء هذا التساهل مع الأم القاتلة لوليدها ولتخضع للظرف المشدد كغيرها ذلك ما تأكد

[1] الآيتان 8 و9 من سورة التكوير

[2] الآيتان 58 و59 من سورة النحل

[3] Les liens de famille et le droit pénal- GUECHI Cherifa- thèse doctorat Op.cit p.129.

[4] Famille et droit pénal Olivia MAURY- Thèse doctorat Op.cit p.277.

[5] Voir l'article 300 et 302 du code napoléonien.

[6] Réflexion autour d'un tabou – l'infanticide- ouvrage collectif paru en juillet 2009 (infokiosque.net) p.18 et S

من تعديل قانون العقوبات الفرنسي لسنة 94 والذي جعل هذا الجرم في نفس درجة قتل الطفل دون 15 سنة وبنفس الظرف المشدد[1].

إن جرم قتل الوليد تضمن مصطلحا مبهما كان سببا في طرح تساؤلات عديدة سواء بشان مرتكبه وهو في الغالب الأم القاتلة أو بشأن تحديد الفترة الزمنية التي تميز هذا المصطلح عن مراحل الطفولة الأخرى التي تلي الوضع وهو الأمر الذي دفع بالمختصين التأكيد على غموض المصطلح وافتقاره للمعنى الجامع المانع [2].

إذا كان هذا الأمر في نظر الكثيرين يعني واقعة قتل الطفل وتمييزه عن قتل الطفل في مراحل لاحقة وهو ما أدى إلى ظهور مصطلح آخر وهو *(Néonaticide)* كخصوصية لقتل الطفل لأقل من 24 ساعة وقتل الطفل بعد ذلك يطلق عليه *(filicide)*[3] .

فإن هذا التباين في تحديد المفهوم الحقيقي لقتل الطفل حديث العهد ظل كذلك خاضعا للتحولات الاجتماعية ولغاية اختفائه كمصطلح، ولعل هذا التحول مرده بروز مكانة الطفل وإعادة بنائها خصوصا أن الإدانة الشعبية لهذه الجريمة أدت بالمجتمع الذي يسعى إلى حماية أطفاله وبالأخص من أولئك الذين يقع عليهم الواجب المفترض لهذه الحماية فكانت الرؤية الجديدة لإبراز مكانة الطفل بادية من خلال اهتمام الجميع الدولة والأولياء[4].

وإذا كان جرم قتل الطفل حديث العهد بالولادة تأثر بالتحولات الاجتماعية وعرف تعديلات خصوصا بشأن المعالجة العقابية فإن ما وصلت إليه السياسة الجنائية بشأن هذا التجريم في فرنسا يتمثل في إبعاد النظرة المبهمة لهذه الجريمة وما نجم عنها من تذبذب بشأن عقابها وهو ما انتهى إليه الأمر في الأخير ليس حماية للأم القاتلة *(la mère coupable)* بقدر ما هو تأكيد لحماية الطفل القاصر بما في ذلك الصبي أو المولود *(librécide)*[5] إذ بالرغم من أن الظرف المشدد يخص الكافة وكل المخاطبين بارتكابه بما في ذلك الأم القاتلة

[1] د.شريف سيد كامل– الحماية الجنائية للأطفال– دار النهضة العربية– القاهرة ط.2 لسنة 2006 ص.85

[2]Infanticide: une actualisation conjugale de problématique de mort d'enfant- analyse du parcours de vie de femme- Virginie PRUD'HOMME- thèse doctorat université Renne2- 2012 p.16

[3] Infanticide: une actualisation conjugale de problématique de mort d'enfant- analyse du parcours de vie de femme- Virginie PRUD'HOMME- thèse doctorat université Renne2- 2012 p.16

[4] Ibid.

[5] Les liens de famille et le droit pénal- GUECHI Cherifa- thèse doctorat Op.cit p.134

لوليدها والتي أصبحت تخضع لنفس العقوبة وهي السجن المؤبد[1] بدلا من النص القديم الذي يعاقب الأم القاتلة لوليدها بعقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة[2].

وإذا كان قتل الوليد قد فقد خصوصيته منذ تعديلات 1994 فان قانون العقوبات الفرنسي الحالي بالرغم من أن الأم القاتلة لوليدها أصبحت تخضع لعقوبة الظرف المشدد لكن الواقع يؤكد أن مصطلح الأم القاتلة ظل تداوله متواترا بين رجال القانون والاطباء ووسائل الاعلام رغم اندثاره من التقنين العقابي أضف إلى ذلك ومنذ تعديلات 1994 لم تعاقب أي قاتلة لوليدها بالعقوبة المشددة المذكورة بالنص الجديد وهو ما يؤكد استمرارية الإشفاق المنبثقة عن النظرة القديمة[3].

وإذاكان هذا هو سياق جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة وهو المصطلح الذي يبدو من دون جدل أنه يخص تحديدا القتل المرتكب من طرف الأم لوليدها أثناء وضعه وبشكل عمدي (لأن غياب القصد يفضي إلى تكييف آخر وهو القتل غيرا لعمدي) فهل أن هذا الجرم الوارد بجريمة خاصة بقانون العقوبات بالمادة 259 والمعاقب عليه بالمادة 261 فقرتها الثانية قد خضع لنفس المعالجة التي شهدها قانون العقوبات الفرنسي القديم اعتبارا أن النص على تجريم قتل الطفل حديث العهد بالولادة في قانون العقوبات مستوحى من قانون العقوبات الفرنسي القديم[4] الأمر الذي يقتضي معالجة جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة بمفهوم المادة 259 ق.ع كتجريم مميز وما يثيره من معضلات بالنسبة لتحديد مفهومه على ضوء الاجتهاد (**أولا**) ثم العقاب المخصص لهذه الجريمة ومدى تحقيقه للأهداف المحددة لمسعى التصدي لهذه الجريمة (**ثانيا**).

أولا: خصوصية تجريم قتل الطفل حديث العهد بالولادة

إنه بالرغم أن جرم قتل الطفل حديث العهد بالولادة لا يختلف عن جريمة القتل التي تطال غيره من بني البشر اعتبارا أن المحل واحد وهو قتل إنسان حي ؛ إلا أن هذا القتل انفرد عن بقية أنواع القتل الأخرى لما يكتنفه من خصوصيات جعلته جرما مميزا سواء من حيث المصطلح الذي تضمنه والاختلاف بشأنه، أو من

[1] V. l'art. 221-4 N.C.P Français

[2] V. l'art. 302 A.C.P Français

[3] Réflexion autour d'un tabou – l'infanticide Op.cit p.19

[4] V. l'art. 259 et 261 ½ et faire comparaitre avec l'article 300 et 302/2

حيث الخطورة الناجمة عن بشاعته إذا المؤكد أنه جريمة نكراء ترتكب في حق طفل غير قادر للدفاع عن نفسه لحظة قدومه لعالم الحياة لتزهق روحه من طرف من كان يجب عليه حمايته.[1]

ومن ثم ارتأى البعض أن قتل الطفل حديث العهد بالولادة أساسا هو قتل غير عادي بل هو دائما يكون بسبق إصرار[2] وأنه يطال إنسانا عاجزا تماما عن حماية نفسه فهو أبشع من القتل.

وأن هذه الخصوصية كانت سببا في تذبذب العقاب من الإعدام إلى السجن المؤقت بل وفي وقت لاحق إلى عقاب كجنحة وذلك تحت وطأة نظرة الإشفاق للام القاتلة المهيمنة لفترة كانت وراء تعتيم مصير الطفل الحديث العهد بالولادة [3]، وهو الأمر الذي كان سببا في تعديل العقاب المخصص لهذا الجرم في قانون العقوبات الفرنسي من الإعدام إلى السجن المؤقت وبمنح الأم القاتلة العذر الذي أطلق عليه عذر النفاس[4] (*Excuse de puerperalité*).

إن تجريم قتل الطفل حديث العهد بالولادة مدرج بالمادة 259 ق ع التي تنص على إزهاق روح طفل حديث عهد بالولادة والمعاقب عليه بالفقرة الثانية من المادة 261 ق.ع بالسجن للأم القاتلة من 10 إلى 20 سنة سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة وأن هذا النص لا يطبق على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة.

يفهم من النصين المقتبسين حرفيا من نصي المادتين 300، 302 من قانون العقوبات الفرنسي القديم أن المعني بارتكاب هذه الجريمة هو الأم دون غيرها اعتبارا أن تكييف الجرم خاص بها وكذا العقاب عنه لا يطبق سوى بشأنها ؛ أما غير الأم حتى ولو ربطتهم علاقة قرابة بالوليد حديث العهد كالأب مثلا وغيره من ذوي القربى، وكذا الأجنبي عنه يخضعون لعقاب جريمة القتل في الشريعة العامة

(devient un criminel de droit commun)[5]

[1] La protection des enfants contre les violences physique émanant de leurs parents- Didier KOYA MATENDO 2010 www.memoireline.com 01/13

[2] L'infanticide devant la cour d'assises de la Haute-Marne au XIX siècle- Simone Geoffroy-Poisson – http: //ccrch.revues.org

[3] La protection des enfants contre les violences physique émanant de leurs parents- Didier KOYA MATENDO 2010 www.memoireline.com 01/13

[4] – د. هلالي عبدا للاه احمد– الإجهاض وقتل الطفل حديث العهد بالولادة كأهم مظاهر إجرام النساء–مرجع سابق– ص.288

[5] l'infanticide: notion inconnue du code pénal -http: // www.france info.fr jeudi 29 juillet 2010- l'infanticide: notion inconnue du code pénal.

لكن إذا كان هذا الجرم محدد في شخص الأم بفعل وضعها حدا لحياة الطفل الذي هي بصدد وضعه وهي الحالة المشتق منها المصطلح فان الأمر ليس بالهين لتحديد هذا المصطلح وبالأخص تحديد مفهوم الولادة للطفل حيا أو قابلا للحياة وهو ما يستوجبه الركن المادي للجريمة وعليه كان لزاما معالجة تحديد مفهوم مصطلح الطفل حديث العهد بالولادة (أ) في حين تحديد كيفية التوصل إلى ولادة الطفل حيا أو قابلا للحياة ومصير ولادته ميتا (ب).

أ- تحديد مفهوم الطفل حديث العهد بالولادة:

بداية يتجلى بوضوح أن مصطلح الطفل حديث العهد بالولادة (*infanticide*) ذو المصدر اللاتيني ويعني قتل الطفل وليس تحديدا قتل حديث العهد بالولادة، لكن النقاش بشأن التعريف الوارد بنص المادة 259 ق.ع هو المتعلق بتحديد الوليد الحديث العهد بالولادة *(nouveau-né)* اعتبارا أن هذه الجريمة تخص هذا الأخير دون غيره من الأطفال الذين حدد لهم مصطلح آخر وهو قتل الطفل، أو قتل إنسان بغض النظر عن سنه.

في هذا الصدد اختلف الفقه في تحديد هذا المفهوم، فالبعض اعتبر أن مصطلح حداثة العهد بالولادة مسألة متروكة لتقدير القاضي الأمر الذي أدى بتحديد الفترة الزمنية لمصطلح حديث العهد بالولادة بواقعة القتل التي تحدث أثناء عملية الولادة أو بعدها بوقت قريب والمصاحب لآلام الوضع من طرف الأم القاتلة ووقت حالة الاضطراب والانزعاج الناجم عن النفاس.[1]

إن النقاش ومنذ أمد بعيد احتدم فيما يخص الفترة الزمنية التي ينطبق عليها مصطلح قتل الوليد حديث العهد اعتبارا أن ذلك عنصر أساسي في الركن المادي للجريمة الأمر الذي حدا بالبعض إلى تعريفه بمصطلح *(néonaticide)* وهو المولود قبل 24 ساعة وبعدها يصبح قتل لطفل أكثر من سنة من أحد والديه[2].

وإذا كان الأمر في تباين بشأن تحديد السن زمنيا فمنهم من حدده مباشرة بعد الولادة بأيام ومنهم من حدده بشهر وذهب بعضهم بأكثر وبصريح النص إلى تحديد هذه الفترة التي تلي الولادة بما لا يزيد عن السنة[3].

[1] د.احسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي الخاص – جزء 1- مرجع سابق ص.35

[2] Infanticide.une actualisation conjugale de problématique de mort d'enfant- analyse du parcours de vie de femme- Virginie PRUD'HOMME- thèse doctorat université Renne2- 2012 p.16

[3] انظر نص المادة 331 ق.ع الأردني رقم16 لسنة 1960 مع كامل التعديلات لغاية 2010

وإذا كان نص المادة 259 ق.ع لم يحدد هذه الفترة فإن المؤكد من خلال الاجتهاد القضائي في فرنسا- والمنصب على مقتضيات المادة 300 من قانون العقوبات الفرنسي القديم- توصل إلى محاولة تحديد مفهوم المولود حديث العهد من خلال قرار محكمة النقض الذي حسم هذه المسألة بالتأكيد على تحديد الفترة بفترة التصريح بالولادة للحالة المدنية بثلاثة أيام من تاريخ الوضع طبقا لأحكام المادة 55 من القانون المدني الفرنسي

(Arrêt de la cour de cassation: il y a infanticide tant que le nouveau né n'a pas était déclaré à l'état civil c'est-à-dire dans le délai légal de trois jours après sa naissance- (article 55 C.C.Français) au-delà de ce délai il n'y a pas plus « infanticide » mais « meurtre »)[1]

إن الأمر يتعلق أساسا بمفهوم حداثة العهد بالولادة *(novi-natalité)* والذي جعل الاجتهاد القضائي في القرار السابق ذكره يتبنى مقاصد المشرع بنص المادة 300 ق.ع.ف.ق الذي ينص على قتل الطفل حديث العهد بالولادة في حين الاجتهاد حددها بفترة ثلاثة أيام بعد الوضع مع أن الواقع أن هذا الوضع يتم خفية ولا يكون معروفا.

إن هذه الرؤية كانت ناجمة عن تشديد العقوبة لكن لاحقا تغيرت العقوبة لفائدة الأم من خلال العذر الخاص بها فأصبح يؤخذ في تحديد فترة حداثة العهد بالولادة بالأسباب الواقعة لارتكاب الجرم وبظروف الوضع كالخوف من العار وظروف التستر أثناء الوضع ومن ثم تم التأكيد من خلال كل ذلك على تحديد الفترة بقدوم المولود لهذا العالم أي إلى وقت قريب من فترة طفولته ذلك يعني تجاوز فترة ثلاثة أيام

(la jurisprudence française avait définit le nouveau né en suivant l'esprit du législateur à cette époque: « la loi en qualifiant l'infanticide et en punissant d'une peine plus forte le meurtre de l'enfant nouveau né, n'a eu en vue que l'homicide volontaire commis sur l'enfant au moment ou il vient de naitre, ou dans un temps très rapproché de celui de sa naissance »)[2]

لكن ما هو مؤكد وبغض النظر عن تحديد مقاصد المشرع فالمستقر عليه في الفقه الفرنسي أن أمر تحديد هذه الفترة ترك للسلطة التقديرية للقضاة والمحلفين والذين يؤسسون تقديرهم وفقا لظروف الوضع[3].

إذا كان هذا هو أمر الاجتهاد بشأن المادة 300 ق.ع.ف.ق فإن الأمر بالنسبة للاجتهاد القضائي الناجم عن تطبيق المادة 259 ق.ع لا يختلف كثيرا بشأن التأكيد على تحديد الجريمة بالوقت المصاحب للولادة

[1] Cass. 24 dec 1835, bull. Crim n°468
[2] Le sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI –thèse de doctorat- université de Nancy 2011 p.336 et S.
[3] Ibid. p.337

(وحداثة العهد بالولادة)، إذ أن المحكمة العليا أكدت على وجوب استظهار السؤال المتعلق بكون القتل حديث العهد بالولادة.[1]

يكفي أن الظروف المحيطة بالجريمة تفيد أن القتل تم إثر أو بعد الولادة مباشرة فالجانية القاتلة لمولود غير شرعي خلال سنة 2007 وقامت مباشرة بقتله ثم حرقه ويكتشف أمر ذلك خلال سنة 2009 أدى بمحكمة الجنايات إلى إدانتها بجناية قتل طفل حديث العهد بالولادة.[2]

إن عدم تحديد المشرع لفترة حداثة العهد بالولادة فتح المجال لإعطاء السلطة التقديرية للقضاة لتحديدها وفقا للظروف المرتبطة بواقعة القتل للطفل حديث العهد بالولادة والمؤكد أنها تلك المتعلقة بالفترة القريبة من الوضع.

إن ذلك يعني وبشكل لا يدع مجالا للتردد أن وضع الطفل وبقائه لمدة تبعد عن فترة الوضع واسترجاع الأم القاتلة لوضعها العادي والقيام لفترة بالمولود قياما عاديا كالرضاعة وتولي رعايته، فإن قتله بعد ذلك في رأي الكثير هو قتل يخضع لأحكام القتل العادي ويفتقد للإطار القانوني الخاص بالقتل للطفل حديث العهد بالولادة لسبب بسيط أن هذا المولود بعد فترة من رعايته لا يصبح حديث عهد بالولادة بل طفلا يخضع قتله إلى أحكام القتل الأخرى سواء كان بسيطا أو مشددا علما في هذا الصدد أن قتل الأطفال دون 15 سنة أصبح ظرفا مشددا في ظل قانون العقوبات الفرنسي الجديد الساري المفعول منذ 01 مارس 1994 وتم التخلي عن مصطلح القتل المميز للطفل حديث العهد وذلك يعني أن الفترة المخصصة للطفل بدءا من ولادته إلى غاية 15 سنة[3].

وإذا كان أمر هذه الفترة شغل حيزا معتبرا بشأن البحث عن سبل تحديدها، فإن الانشغال الآخر والذي هو من الأهمية بمكان يكمن في الشرط المفترض لقيام هذه الجريمة والمتمثل في ولادة المولود حيا.

ب- اشتراط ولادة المولود حيا:

إذا كان الأصل في القتل بشكل عام هو إزهاق الروح، فانه من تحصيل الحاصل أن قتل الطفل حديث العهد بالولادة يفترض أن يكون أثناء ولادته حيا وتزهق روحه مباشرة بعد ولادته اعتبارا أو وضع حد له قبل

[1] قرار 81/04/21 المشار إليه في جيلا لي بغدادي- الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية- جزء 2 – مرجع سابق ص.370

[2] حكم محكمة الجنايات بمجلس قضاء باتنة الصادر بتاريخ 2012/03/26 – ملف رقم 12/54

[3] Le sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- Op.cit p.303.

ولادته (مرحلة الجنين) هو بمثابة إجهاض، وكما سبق الذكر فإن إسقاط الحمل قبل أوانه هو جريمة مستقلة تختلف عن قتل الوليد حديث العهد بالولادة إذ بتفحص مقتضيات المادتين 259 و261 ق.ع فإنها تقتضي أساسا من حيث الركن المادي للجريمة أن يقع القتل على الطفل الذي يولد حيا من طرف أمه التي وضعته وبفعل صادر عنها أدى حتما إلى إزهاق روحه وهو ما كرسه قرار المحكمة العليا الصادر في 1983/6/18 المبين للأركان التي تتعلق بهذه الجريمة.[1]

لكن في هذا الشأن قد يولد الطفل ميتا *(mort- né)* وهو أمر حاليا لا يثير إشكالية بل ولا يشكل جرما (بسبب الاستحالة) إلا إذا كان سبب ولادته ميتا بفعل قبل ولادته وعندها يكيف بالإجهاض.

إلا أن الاعتداء على الطفل الذي يولد ميتا وباعتقاد أنه حيا، كان من قبل يكيف بأنه محاولة قتل لحديث العهد بالولادة، كما هو الشأن في قرار مشهور للاجتهاد في ألمانيا والصادر في 1880/05/24.[2]

إلا أن المسألة الجدية التي تطرح نفسها في هذا الشأن هو الكيفية التي يمكن من خلالها تحديد ما إذا كان الوليد ولد حيا أم ميتا ؛خصوصا أن هذه الجريمة عادة ما تقع ويتم تنفيذها خفية وباكتشافها يتمسك مرتكبها بأن المولود ولد ميتا.

وانه في حالة ولادته حيا فهل له قابلية للعيش؟ *(L'enfant doit il naitre est viable)* وفي حالة عدم قابليته للعيش فهل ذلك يبيح إزهاق روحه ؟ إن الأمر لا يحتاج إلى الكثير من التفكير ففي كل الأحوال يبقى الجرم قائما

في حين الكيفية التي يتم بها معرفة ما إذا حيا أو ميتا، فإن ما توصل إليه الطب الشرعي في هذا الشأن أزاح كل غموض فالمعاينة الطبية والفحوصات المختصة لجثة المولود حديث العهد من شأنها تحديد ما إذا ولد حيا أم ميتا من خلال خبرة الممارسة المعروفة باسم *(Docimasie pulmonaire hydrostatique)* إذ تغمر كتلة القلب والرئتين والغدة الأدروستاتيك للوليد في إناء مملوء بالماء فإن طفت الكتلة على السطح فهو سباح يعني أنه تنفس أثناء ولادته في حين بقاء الكتلة أسفل الإناء فهو غطاس ويعني أنه ولد ميتا.

(Les médecins légistes doivent préciser si le nouveau né, à terme ou non et de déterminer si ce dernier était vivant à la naissance ou s'il est mort, pour ce faire ils pratiquent une

[1] قرار المحكمة العليا الصادر في 1983/01/18- ملف طعن رقم 30792- نشرة القضاة لسنة 1983 ج.1 ص.95

[2] Infanticide: une actualisation conjugale de problématique de mort d'enfant- analyse du parcours de vie de femme- Virginie PRUD'HOMME- thèse doctorat université Renne2- 2012 p.16
335.

docimasie pulmonaire hydrostatique, c'est-à-dire que le bloc cœur poumons, thymus du nouveau-né est plongé dans un bocal d'eau.

Si ce bloc flotte à la surface de l'eau on les dit « nageurs » ce qui implique que l'enfant a respiré. A l'inverse, si le bloc coule dans le fond du bloc on les dit « plongeurs » et cela signifie que l'enfant n'a pas respiré à la naissance)[1]

لكن في بعض الأحيان يمكن أن يتعذر القيام بهذه المعاينات والخبرات من طرف المختصين بالأخص عندما تتلف جثة الطفل حديث العهد بالولادة كما لو يتم حرقه كلية أو يرمى به في بالوعات الحمام أو بأي مكان لا يعثر عليه تماما ؛ فتستحيل الممارسة السالفة الذكر ويمكن الاستعاضة بخبرة تشريح على بقايا الجثة في حالة العثور عليها سعيا للتوصل فيما إذا كان للوليد حركة أثناء ولادته.[2]

وإذا كان الاجتهاد القضائي في هذا الشأن يعتمد على وجوب ثبوت أن الطفل ولد حيا والاهتداء في ذلك إلى ما يتوصل إليه من خلال خبرة الطب الشرعي والذي لا يخلو أي ملف جناية منها، فان عدم العثور على جثة الوليد المقتول لا ينفي حتما قيام الجرم طالما اقتنعت محكمة الجنايات بان الطفل ولد حيا وان أمه هي من أزهقت روحه عمدا مثلما جاء بقرار المحكمة العليا الصادر في 1987/04/21 [3]

ثانيا: خصوصية عقاب قتل الطفل حديث العهد بالولادة

إذا كان قتل الطفل حديث العهد بالولادة يعد طبقا لأحكام المادة 259 ق.ع بمثابة جريمة محددة ومميزة فان العقاب المخصص لها لم يخل من هذه الخصوصية على اعتبار أن عقوبة المرتكب لها غير الأم سواء كان فاعلا رئيسيا أو مساهما أو شريكا فانه يخضع لعقوبة الإعدام في حالة تكييفه قتلا مشددا طبقا للمادة 261 ق.ع وغير ذلك يعاقب بالمؤبد طبقا للمادة 263 ق.ع.

لكن الفقرة الثانية من المادة 261 ق.ع تضمنت عذرا مخففا للام القاتلة لوليدها سواء كانت فاعلة أم شريكة بخفض العقوبة إلى السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة [4]

[1] Infanticide: une actualisation conjugale de problématique de mort d'enfant- analyse du parcours de vie de femme- Virginie PRUD'HOMME- thèse doctorat -Op.cit p.52

[2] Le sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- Op.cit p.334

[3]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/04/21 طعن 46163 المشار إليه في جيلا لي بغدادي– الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية– مرجع سابق– ص.371

[4]– الفصل 397 ق.ع المغربي يعاقب الأم القاتلة لوليدها بالسجن من 5 إلى 10 سنوات

– والفصل 211 ق ع التونسي بعقوبة جنحة مغلظة وبحد أقصى 10 سنوات حبسا

إذا كان المؤكد في هذا الشأن أن هذه الجريمة تتميز بخصوصيتها المتعلقة بشخص مرتكبها وهو الأم، على اعتبار أن غيرها بهذا الجرم يخضع لأحكام القتل العامة ومن ثم فإن تميز عقاب القتل لطفل حديث العهد بالولادة يتطلب أن يتم من طرف الأم (أي اشتراط صفة الأم) وفقا للمادة 261 ق.ع والتي لم تشترط أن يكون المولود شرعيا أو غير شرعي خلافا لبعض التشريعات كالقانون اللبناني مثلا الذي يشترط أن يكون المولود محل الجريمة غير شرعي.

إذا من خلال ذلك فإن صفة الأم القاتلة هي ركن تكويني للجريمة، وتبعا لذلك مادامت هذه الصفة تدخل ضمن عناصر الجريمة إلى جانب أن يكون الضحية طفلا حديث العهد بالولادة ومن ثم فإن الإدانة عن هذا الجرم يكفي بشأنها سؤال وحيد يطرح أمام محكمة الجنايات.

(selon les dispositions combinées des articles 300, 302 A.C.P Français: l'infanticide commis par la mère de son enfant nouveau-né est un crime spécifique dont les éléments constitutifs peuvent être réunis en une question unique « crime 24/06/1992.Bull. Crim n° 256 rev.sc crim 1993 »)[1]

وهو ما تأكد أيضا من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بقراره الصادر في 18 جوان 2008 بإقراره مبدأ أن جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة تقتضي طرح سؤال يبرز صلة الأم بالضحية[2].

إن ذلك يفيد بصفة قطعية أن أي طرف آخر تربطه قرابة بالطفل حديث العهد لا يعد مرتكبا لجريمة قتل الطفل حديث العهد بقدر ما يخضع لأحكام القتل العادية فالأب أو الزوج، الأخت والأخ وغيرهم من ذوي القربى مباشرين أو غير مباشرين وكذا كل أجنبي غير معنيين بعقوبة هذا الجرم بنص الفقرة 2 من المادة 261 والتي تحدد ارتكاب جرم القتل لطفل حديث العهد فقط بالأم وتحديدا من وضعته من بطنها.[3]

من هذا المنظور فإن العقوبة المخصصة للأم القاتلة لوليدها تخص فقط هذه الأم ولا تتعداها لغيرها من شركاء وفقا لنص المادة 261 ق.وهو ما كرسه قرار المحكمة العليا الصادر في 24 جويلية 1990.[4]

ولا شك أن قتل الطفل حديث العهد من طرف أمه يتطلب القصد الجنائي الخاص المستخلص من فعلها سواء كان إيجابيا أو سلبيا وهو ما أكده قرار المحكمة العليا في 18 جانفي 1983 الذي أكد على وجوب

[1] N, A code pénal Français –Dalloz 95/96- Op.cit - p.1801

[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 جوان2008 – طعن 524526- مجلة المحكمة العليا عدد1 لسنة 2008 ص.325

[3] د.احسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي- ج.1- مرجع سابق ص.35

[4] قرار 24 جويلية 1990 المشار إليه- بغدادي الجلالي – الاجتهاد القضائي- مرجع سابق ص.371

تضمين أسئلة حكم الإدانة كون القتل لطفل حديث العهد بالولادة كان من طرف الأم وأن الوليد ولد حيا وأن قصد الأم هو التخلص منه[1].

وإلى جانب العقاب المبين بالمادة 261 ق.ع الفقرة الثانية فإن المادة 276 مكرر تنص على وجوب تطبيق المادة 60 من نفس القانون المتعلقة بالفترة الأمنية[2]

الفرع الثالث: قتل الفروع بشكل عام (غير حديثي العهد بالولادة)

إذا كان القانون الجنائي جعل حماية للطفل قبل ولادته من خلال حمايته كجنين ومددها للطفل أثناء ولادته مباشرة من خلال التجريم الخاص الذي بيناه في الفرع السابق ولو مع عذر مخفف تستفيد منه الأم دون غيرها ناجم أساسا عن حالتها النفسية.

فهل هذه الحماية تظل قائمة بالنسبة للطفل ما بعد فترة الولادة والتي تستمر إلى غاية سن التمييز ولغاية بلوغ سن الرشد بل وأكثر من ذلك هل أن القانون الجنائي قرر حماية للفروع حتى بعد البلوغ مثل تلك الحماية المقررة للأصول، فإذا كان قتل الأصول جريمة شنعاء بغض النظر إن كان ضحيته مستضعفا أم لا، فإن المؤكد من خلال تفحص قانون العقوبات أنه يخلو من أي نص لقتل الفروع قصرا كانوا أم بالغون خلافا لبعض التشريعات الجنائية التي تجرم قتل الأطفال إما بتجريم خاص أو بظرف مشدد ومن ثم بالنسبة لقانون العقوبات فإن قتل الفروع يخضع للقواعد العامة اعتبارا أن أحكام القتل المشار إليها في المادة 254 وما يليها مستوحاة من نصوص المواد 295 إلى غاية 304 ق.ع.ف. ق والتي بدورها لم تتضمن تجريم خاص بقتل الفروع[3]؛ لكن قانون العقوبات الفرنسي الحالي انطلاقا من إصلاحات سنة 1992 أدرج ظرفا مشددا لقتل الفروع دون 15 سنة[4]، ويستشف من هذا التعديل حماية القاصر بشكل عام كونه شخصا مستضعفا من خلال السن التي حددها دون أن يخص الظرف المشدد بصفة أحد الأصول.

إن ما يعيشه المجتمع في الآونة الأخيرة بتعرض الأطفال لجرائم بشعة بالقتل والتمثيل بجثثهم قصد إخفائها والذي أصبح موضوع الساعة في كافة وسائل الإعلام هو أمر ما من شك سيدفع بالمشرع إلى مراجعة هذا

[1] قرار المحكمة العليا في 18 جانفي 83 19– طعن 30792– نشرة القضاة لسنة 1983– ج.2 ص.95

[2] المادة 60 تنص على أن الفترة الأمنية يحرم خلالها المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقتة لتطبيق العقوبة والوضع في الورشات الخارجية أو المفتوحة أو إجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط

[3] لاحظ مطابقة نصوص قانون العقوبات المتعلقة بالقتل بدءا من المادة 254 إلى 263 مقارنة بنصوص المواد 295 إلى 304 ق.ع.ف.ق

[4] V. l'art. 221-4-1° NCP Français

الجانب بتخصيص نصوص معززة لحماية الفروع إذ لا يعقل أن تبقى الجرائم التي يتعرض لها الطفل وبهذه البشاعة في منأى من العقاب الذي يتناسب وجسامة هذه الجرائم خصوصا وأن المشرع بادر إلى ذلك من خلال النصوص الجديدة ولكن بشأن أعمال العنف الأخرى غير القتل وهو ما نتناوله في الفرع الرابع.

الفرع الرابع: أعمال العنف الأخرى المرتكبة على الفروع

بداية، يجدر التأكيد أن الاتجاه الحالي للحماية الجنائية للأسرة ميال للدفاع عن الطرف المستضعف، وفي مقدمة المستضعفين يتصدرهم الفروع أخذا بعامل السن مثلما ذكر في الفرع السابق بخصوص تحديد السن للأطفال محل هذه الحماية ؛ وسبب تضييق نطاق الحماية المذكورة مرده في الأساس اندثار الأسرة الممتدة وحلول الأسرة النواة محلها وتبعا لذلك ارتكزت الحماية الجنائية للأسرة على الأصول ثم الفروع والأزواج.

لا شك أن الأسرة أساسا تقوم على أواصر المحبة والعطف والحنان بين أفرادها وهو الأساس لاستقرارها، والمؤكد اليوم أن الأسرة النموذج هي تلك يعيش فيها الأطفال مع ذويهم في السكن المشترك الذي ما من شك أنه مؤثر في العلاقات التي تربط أعضاء الأسرة.[1]

إلا أن الأسرة بهذا المفهوم النموذج تقتضي أن تكون العلاقة بين الآباء والأبناء مبنية على المحبة والتعاطف وفي منأى عن كل ما من شأنه أن يشوه هذه الصورة النموذجية وهو الأمر الذي أدى إلى حتمية تدخل القانون الجنائي لحماية الفروع من التجاوزات المرتكبة في حقهم من طرف الأصول، ومن هذا المنظور إذا كانت أسس المودة والرحمة هي أساس العلاقة التي تربط الآباء بأبنائهم اعتبارا أن هؤلاء يحتاجون للرعاية والشفقة بسبب سنهم واستضعافهم وتبعا لذلك فإن الاعتداء عليهم وهم في حالة عجز كلي للدفاع عن أنفسهم هو ما أدى بتعزيز حمايتهم جنائيا من خلال تشديد العقوبات المميزة والمخصصة لمرتكب العنف على الفروع.

ولا غرابة في هذا التشديد لعقاب كل أنواع العنف المرتكب من الأصول أو من غيرهم اعتبارا أن تجاوز استعمال القوة نحو الفرع (الطفل) وهو لا يملك أي وسيلة للدفاع عن نفسه عدا (الصراخ والدموع) الأمر الذي يبرر مسألة تشديد العقاب في كل التشريعات.

(ont d'abord porté à cette sévérité par un motif que, loin d'annoncer une trop grande dureté d'âmes, s'explique bien mieux par la tendance qu'ont tous les hommes à prendre

[1] Famille et droit pénal Olivia MAURY- thèse doctorat Op.cit p.254

partie pour les êtres faibles et à désirer la punition de celui qui a abusé de la force vis-à-vis d'un enfant qui n'avait d'autre défense que ses cris et larmes)[1]

إذا كانت السياسة الجنائية تهدف أساسا إلى الحماية العامة للطفل القاصر فإن تشديد العقاب المخصص لأعمال العنف المرتكبة ضده من طرف الأصول هو مسعى لتحقيق حماية جنائية خاصة بالأسرة حفاظا عليها من التصدع.

وإذا كان القانون الجنائي يفترض أن علاقة الآباء بالأبناء قائمة ضمنيا على مبدأ السلطة الو الدية (*l'autorité parentale*)[2]، فإن المؤكد أنه ولوقت طويل كانت السلطة الو الدية تعيق التدخل الجنائي لحماية الأطفال كونها كانت بمثابة مؤسسة تأديب الموكولة للوالدين لتقويم سلوكيات الأطفال بل تدخل ضمن واجباتهم للعمل على جعل تصرفات الأطفال لا تخرج عن سكة مسار الاستقامة إلا أنه ثبت أن استعمال حق التأديب في غالب الأحيان يتم بالعنف الذي قد يتجاوز الحدود المسطرة له مما يشكل خطرا على السلامة الجسمية للطفل وكذا السلامة النفسية الأمر الذي دفع بالسياسة الجنائية إلى تغيير نظرتها والتدخل في العلاقات الأسرية بين الآباء والأبناء بغية التصدي لهذا التجاوز باستعمال العنف ولحد إدانة الآباء وعقابهم[3].

وإذا كان التأديب ينشد أهدافا سامية بغية تربية النشء، فإن تجاوز حق التأديب ليصبح تعنيفا أدى بالقانون الجنائي إلى التدخل في عمق الأسرة من دون استئذان سعيا للتصدي لهذه التجاوزات ووضع حد لها علما أن هذا التدخل ذو طبيعة مزدوجة ليحمي الفروع من العنف المرتكب ضدهم من الكافة من جهة ومن جهة أخرى من أصولهم ومن يتولون رعايتهم وذلك بتشديد العقاب سعيا لوضع حد لمحاولات تبرير العنف المبني على حق التأديب، وفي هذا الصدد إذا كان القانون من قبل أقر حق التأديب للأولياء والمعلمين وكل من أوكل إليه سلطة رعاية الأطفال وهو الحق الذي يبرر العنف المسلط على الأطفال وضمن إطار محدد فإن هذا الإطار تم تضييقه حاليا ولحد أن تجاوزه يعتبر عنفا معاقب عليه وذلك بتأثير تطور حقوق الطفل، وان الاجتهاد القضائي في هذا الشأن خطى خطوات كثيرة اعتبارا أن النص الجنائي فتح مجالا لاستعمال هذا الحق وبشكل غير مضبوط، ومحكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن استبعدت وجود حق التأديب المفتعل.

[1] M Bavoux- leçons préliminaire sur le code pénal- examens de la législation criminelle- livre numérique Op.cit p.106 et S.
[2] Famille et droit pénal Olivia MAURY- thèse doctorat Op.cit p.262
[3] Les liens de famille et droit pénal- GUECHI Cherifa – thèse doctorat Op.cit p.192 et S.

(la cour de cassation a nettement condamné l'existence d'un prétendu droit de correction- crim 21/02/1967- Bull n°73) [1]

وفسرت أيضا أن سلطة التأديب يمكن التمسك بها من طرف المعلمين إن كانت غير مؤذية

(Crim 31 janvier 1995- Bull n°38)[2]

وفي نفس المنوال فإن المعاملة غير الإنسانية التي من شأنها الحط من قيمة الطفل لا تعد بمثابة إجراءات تربوية *(Crim 02/12/1998- Bull n°327)*[3]

ومع أن تأديب الأولياء يبدو أقل منازعة من حيث أساسه لكن محكمة النقض الفرنسية لم تتوان عن إدانة كل أنواع العنف المرتكبة من الآباء على أطفالهم إذا كان من طبيعتها أو من نتائجها تجاوز حق التأديب *(crim 21 février 1990- droit pénal 1990)*[4]

إن تجاوز الآباء لاستعمال حق التأديب يصبح فعلا مجرما كونه يعرض هؤلاء الأبناء للخطر من خلال الاعتداء على سلامتهم الجسمية والمعنوية ومن ثم كان لزاما تدخل القانون الجنائي.[5]

وإذا كان قانون العقوبات الفرنسي الجديد كرس حماية للطفل دون 15 سنة بعقاب أعمال العنف عليه بمختلف أشكالها وبظرف مشدد في حالة ارتكابها من أحد الأصول[6]، في حين قبل ذلك جعل القانون الفرنسي القديم من العنف على الطفل دون 15 سنة جرما خاصا وبعقاب مشدد مقارنة بجرائم العنف على غير القصر ومتضمنا أيضا ظرفا مشددا للعقاب في هذا التجريم الخاص للعنف المرتكب من الأصول[7] ؛ وإذا كان الأمر كذلك فما هي الكيفية التي عالج بها قانون العقوبات هذا الموضوع خصوصا وأنه في أصله مستمد من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

انه بقراءة للمادة 269 ق.ع يتجلى منها التجريم الخاص بالعنف المرتكب على القصر دون 16 سنة وبنوعين الأول متعلق بالضرب والجرح العمدي وهو فعل إيجابي والثاني وهو فعل سلبي يتمثل في المنع العمدي للطعام أو العناية المضرة بصحة القاصر وكذا أعمال التعدي الأخرى باستثناء الإيذاء الخفيف.

---

[1] Michelle VERON – D.P.S Op.cit p.50
[2] Ibid.
[3] Ibid.
[4] Ibid.
[5] D. Pierre AKele ADAU, D. Angélique SITA-AKELE MUIL - Théodore NGOY, Pasteur- cours de droit pénal spécial Op.cit p.166 et S.
[6] V. l'art. 222-3 concernant les tortures et les actes de barbarie, Et l'art. 222-8 concernant les violences.
[7] V. l'art. 312 A.C.P

إلى جانب النصوص التي تلت المادة 269 ق.ع والمتعلقة بتشديد العقاب وفقا لخطورة العنف، ومنها المادة 270 من نفس القانون المحدد للعقاب في حالة ارتكاب هذا العنف من طرف الأصول، هذا بخصوص جرائم العنف الجسدي (**أولا**) أما بخصوص جرائم العنف الجنسي وكذا العنف المعنوي فإن نصوصا في هذا الشأن قد شددت العقوبات في حالة ارتكاب هذا النوع من الجرائم على القصر وبتشديد أكثر صرامة في حالة ارتكابه من الأصول (**ثانيا**).

أولا: العنف الجسدي على الفروع

نتناول العنف المرتكب على الفروع وفقا للحماية الجنائية التي خصصها المشرع في قانون العقوبات للفروع دون 16 سنة من خلال التجريم الخاص بنص المادة 269 ق.ع، والمشتملة على العنف الجسدي الايجابي والمتمثل في الضرب والجرح وكذا السلبي المتمثل في منع الطعام والعناية بقصد الضرر وتشديد العقوبات عندما يرتكب هذا العنف من طرف الأصول (أ)

لكن في ذات الوقت تنص المادة 275 ق.ع على حماية مختلفة عن الأولى والمتضمنة عقاب المتسبب في الضرر الناجم عن إعطاء مواد ضاره وتشديد العقاب بشأنها إذا كان المتسبب احد الأصول طبقا للمادة 276 ق ع (**ب**) في حين من جهة ثالثة تضمنت المواد 314 وما يليها عقاب أفعال تعريض الأطفال للخطر وبعقوبات اشد لمرتكبها إن كان من الأصول (**ج**).

أ- التجريم الخاص بالضرب والجرح العمدي المرتكب على الفروع

إذا كان المشرع جرم العنف الجسدي بشكل عام من خلال المواد 264 إلى 266 ق.ع وبتجريم خاص للعنف المرتكب على الأصول من خلال المادة 267 ق.ع فانه بالنسبة للفروع وتحديدا دون 16 سنة وسواء كان العنف ايجابيا أم سلبيا خصه بعقاب مشدد وبتشديد أكثر في حالة ارتكابه من طرف الأصول وذلك من خلال المواد 269، 270، 271 ق.ع وهو ما يفيد اهتمام المشرع بحماية الفروع من خلال هذا التجريم الخاص.

وبتفحص هذه النصوص فإنها تضمنت تجريم العنف المرتكب على الأطفال دون 16 سنة بدءا كجنحة من خلال العجز الذي لا يتجاوز 15 يوما طبقا للمادة 269 ق ع (وهي في أصلها مخالفة بالنسبة للبالغين)، ثم جنحة مشددة إذا تجاوز العجز 15 يوما طبقا للمادة 270 ق.ع، وجناية في حالة فقد أو بتر أحد الأعضاء

أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى أو نتجت الوفاة دون قصد إحداثها، وذلك طبقا للمادة 271 ق.ع.

ما يستشف من خلال هذه النصوص هو التشديد سعيا للتصدي للعنف على الأطفال ويتجلى ذلك من خلال التكييف لأفعال العنف والذي يتسم بالعقوبات المشددة ويكفي كمثال أن مخالفة الضرب والجرح العمدي في شكلها العادي هي جنحة بالنسبة للأطفال دون 16 سنة وان التشديد يزداد كلما ازدادت خطورة العنف كما هو مبين بالمواد 270، 271 ق ع.

وللتأكيد أكثر على خصوصية التجريم والعقاب في هذا الشأن نصت المادة 272 ق ع على تشديد العقوبات وفقا لتدرج خطورة الجريمة بالنسبة للوالدين وكذا الأصول الشرعيين ولتمدد ذلك لكل من تولى سلطة رعاية على الطفل.

ما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع في إطار الإصلاحات إذا كان قد جرم التعذيب والأعمال الوحشية أثناء ارتكاب جرائم العنف (من خلال المواد 263 مكرر، 263 مكرر1و2)[1] وكذا أعمال الخطف بالعنف (من خلال المواد 293 مكرر، 293 مكرر1)[2] فانه لم يتضمن أي عقاب يخص به الأصول في حالة ارتكابهم لهذا النوع من الجرائم.

ب- إعطاء مواد ضارة بالصحة

إذا كان هذا التجريم بنص المادة 275 ق.ع كجنحة وكجناية حسب نتيجة الخطورة فان المادة 276 ق.ع شددت هذه العقوبات وفقا لتدرج الحالات المبينة بالمادة 275 ق.ع السالفة الذكر في حالة القيام بها من طرف أحد الأصول وأبعد من ذلك لتمتد إلى كل من يرث القاصر المجني عليه ومن يتولى رعايته.

ج- تعريض الأطفال للخطر

إن مجرد ترك الطفل في مكان خال من الناس يشكل فعلا سلبيا جرمه المشرع بنص المادة 314 ق ع وأن هذا التجريم أساسه حماية الطفل كونه عاجزا وغير قادر على حماية نفسه والتخلي عنه يعرضه للخطر الأمر الذي اقتضى العقاب المشدد وفقا لجسامة الضرر الناجم عن هذا الترك، فهو يشكل جنحة في حالتين

[1]- قانون رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20

[2]- قانون رقم 01/14 المؤرخ في 2014/02/04

الأولى يكون العجز اقل من20 يوما والثانية في حالة تجاوز العجز 20يوما وانه يكيف كجناية في حالتين الأولى عندما يتسبب الترك في بتر أو عجز احد الأعضاء أو حدوث عاهة مستديمة والثانية عندما يؤدي إلى الوفاة دون قصد إحداثها، وأن المعني بهذا النص هو الكافة في حين ارتكاب الأصول أو من عهد إليهم تولي رعايته فان العقوبات السالفة الذكر بالمادة 314 ق ع تشدد حسب كل حالة وكما مبين بالمادة 315 من نفس القانون.

هذا في حالة ترك الطفل في مكان خال من الناس أما تركه في مكان غير خال من الناس تم النص بشأنه بموجب المادة 316 ق.ع، وبتشديد العقاب بالنسبة للأصول بالمادة 317 من نفس القانون بل وأكثر من هذا وحماية للطفل القاصر والأسرة في ذات الوقت جرم المشرع فعل التحريض على التخلي عن الطفل المولود أو الذي سيولد بموجب المادة 320 ق.ع من خلال التعديل الصادر بقانون23/06 السابق الذكر.

ثانيا: العنف الجنسي والمعنوي المرتكب على الفروع

إن الأفعال التي تعتبر بمثابة سلوكيات جنسية مجرمة أوردها المشرع بشكل عام في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالاعتداء على الأشخاص تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة وما يفيدنا في هذا الفصل من القسم الخاص المتعلق بما أطلق عليه انتهاك الآداب والقسم السادس المتعلق بتحريض القصر على الفسق والدعارة والمتضمنان إجمالا الاعتداءات الجنسية بالعنف وبغيره واستغلال القصر وذلك بدءا من أحكام المواد 333 إلى غاية 349 مكرر ق.ع.

يبدو من مقتضيات هذه النصوص أنها مستوحاة وبنفس العنوان من قانون العقوبات الفرنسي القديم في مواده 330 وما يليها علما أن المشرع الفرنسي ومن خلال الإصلاحات التي تمت منذ التسعينات ومثلما فعل بشأن إعادة تسمية وترتيب جرائم العنف فانه نحى نفس المنحنى بخصوص الجرائم الجنسية وعلى أساس ذلك يتعين بدءا تحديد العنف الجنسي بمفهوم مصطلحه الجديد (أ) ثم مقارنة ذلك بموقف المشرع بشأن هذه الجرائم وكيفية معالجتها باعتبارها عنفا يطال الفروع وتحديدا القصر(**ب**) واعتبارا أن الأفعال الجنسية على الفروع غير القصر من أصولهم سبق تناولها في جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم.

أ- مفهوم العنف الجنسي

بداية إذا كان قانون العقوبات الفرنسي القديم يصنف الجرائم الجنسية ضمن الأفعال الماسة بالآداب والأسرة، فان الإصلاحات والتعديلات التي حصلت غيرت كلية موقع هذه الجرائم من موقعها السابق ذكره لتدرج ضمن الجرائم الواقعة على الأشخاص وتحديدا ضمن جرائم العنف الواقع على الأشخاص[1].

وأن الجرائم الجنسية تمت تجزئتها إلى قسمين الأول ويتمثل في الاعتداءات الجنسية والانتهاكات الجنسية بالعنف(*Agressions sexuelles et Atteintes sexuelles*)[2] المنصوص عليها بالمواد 222-22 إلى222-27 ق.ع الفرنسي الحالي.

إن المؤكد من هذه النصوص أن التسمية الجديدة لمصطلح العنف الجنسي هو الاعتداءات الجنسية وهي أساسا تقتضي استعمال وسائل محددة حصرا وتتمثل في العنف، التهديد، الإكراه والمباغتة ؛ ويعني ذلك الانعدام الكلي للرضا (وهو ما أكده قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2001/06/20 وكذا قرار 1999/09/22)[3]

في حين الانتهاكات الجنسية من دون عنف فإنها أساسا تهدف إلى حماية القصر ويستشف ذلك من خلال إدراج المتاجرة بالمخدرات ضمن جرائم العنف مثلما هو مبين بالمواد 222-34 وما يليها امتدادا للمادة 222-1 إلى التجريم الذي أطلق عليه إفساد القصر(*la corruption des mineurs*) والمنصوص عليه بالمادة 227-22 ق ع الفرنسي الحالي[4]

من هذا المنطلق إذا كانت الاعتداءات الجنسية بالعنف والانتهاكات الجنسية بالعنف وبدونه معاقب عليها حسب درجة خطورتها (جناية / جنحة) فان أخطرها هو الاغتصاب والانتهاكات الأخرى والتي ترتكب بعنف في حين أقلها خطورة تلك المعروفة تقليديا بالأفعال المخلة بالحياء وتلك التي ظهرت مصاحبة لقانون الحداثة الاجتماعية الصادر في 2002/01/17 وبمصطلح التحرش الجنسي(*Le harcèlement sexuel*)[5]

[1] –V.section III du chapitre II du N.C.P Français –L art. 222 et s.

[2] - Patricia Gattégno D.P.S op.cit p.88

[3]- Michel VERON- D.P.S op.cit p.67

[4]- شريف سعيد كامل – الحماية الجنائية للأطفال – دار النهضة العربية –ط-2 لسنة 2000–ص. 202 وما يليها

[5] - Michel VERON- D.P.S op.cit p.75

وما دام الأمر في هذا الصدد متعلق بالاعتداء على الفروع وتحديدا القصر بشكل عام وبشكل خاص ضمن المحيط الأسري، واعتبارا أن الأهمية بالأساس في إطار التشريعات الجنائية تعطى للأسرة كونها المكان الأكثر ملاءمة لتنمية الطفل وهو الأمر المسلم به عموما [1]، هذا الطفل الذي أصبح عرضة للعنف الجنسي والذي يمثل اعتداءً خطيرا على حقوقه إذ لم يقتصر على التجاوز الجنسي من تحرش واغتصاب واستغلال في الدعارة في البيت والمحيط وفي كافة البلدان ليزداد توسعا من خلال استعمال وسائل الاتصال الحديثة (الانترنت والهاتف النقال وغيره) ولتتنوع طرق الاعتداء وأشكاله ليضاف إلى الأشكال التقليدية ما يعرف اليوم (*sexting*)، إذ أن هذا العنف على الأطفال آجلا أم عاجلا وإلى مدى قصير أو طويل ستكون له تداعيات شديدة جسدية ونفسية واجتماعية يتكبدها الأطفال طوال حياتهم ويتحمل تبعة وصمة العار أسرهم ناهيك عما يلحق هؤلاء الأطفال من أمراض جسدية ونفسية.[2]

وأنه في تقرير لمنظمة اليونيسيف فإن القرن 21 سيكون نصف أطفال العالم من القارة الإفريقية (وفقا لتقرير جيل إفريقيا 2030)، واعتبارا أننا ننتمي للقارة الأفريقية فما هي الكيفية التي عالج بها المشرع حماية الفروع من الاعتداءات الجنسية وبالأخص في محيطه الأسري.

ب- معالجة قانون العقوبات لحماية الفروع من العنف الجنسي

لا شك أن المشرع بصدد معالجته للأفعال الجنسية المجرمة بدءا من المادة 333 وإلى غاية المادة 349 مكرر ق.ع والتي تضمنت حماية للمجتمع كافة من خلال النصوص المخاطبة للكافة، فانه أدرج من بينها نصوصا أساسا تهدف إلى حماية الأسرة وتحديدا حماية فروعها وتحديدا أكثر حماية القصر منهم، وبالرغم من أن هذه النصوص أدرجت تحت عنوان انتهاك الآداب وهو مفهوم واسع ويكفى في هذا الشأن أن هذه النصوص تضمنت الأفعال الجنسية المنتهكة للرضا وإتيانها بالعنف، كما تضمن أفعالا تخدش الحياء وتمس بالعرض بعنف وبدون عنف ناهيك عن أفعال أعطي لها تسمية حديثة رغم أن التسمية مستمدة من جذور تاريخية بعيدة وهي الاستغلال الجنسي أو البشري والتي من بينها الدعارة.

[1] Protection de l'enfant contre la violence, l'exploitation et les abus- violence sexuelle contre l'enfant (www.unicef.org)
[2] Protection de l'enfant contre la violence, l'exploitation et les abus- violence sexuelle contre l'enfant (www.unicef.org)

وعلى هذا الأساس يتعين تحديد المصطلحات خصوصا أن المشرع من خلال هذه النصوص استعمل عدة مصطلحات بالنص المحرر بالعربية والتي على الأقل لا تنطبق والمصطلحات بالنص المحرر بالفرنسية (1) ثم من خلال هذه النصوص تحديد المعالجة المتبعة بشأن حماية القصر وتحديدا الفروع بشأن الاعتداءات الجنسية التي يتعرضون لها من طرف الأصول (2).

1 – بخصوص المصطلحات التي تضمنتها الجرائم الجنسية

بالرغم من أن جل النصوص المتعلقة بالجرائم الجنسية والتي تشتمل الخطيرة منها على عنصر العنف وهي كما سبق الذكر مستوحاة في جلها ومقتبسة من نصوص قانون العقوبات الفرنسي[1]، وبالرغم من التحولات الاجتماعية والتطور في ميادين الاتصال والذي كان له انعكاسه على مختلف المستويات فإن المشرع في فرنسا خطا خطوات لها أهميتها على الأقل لمسايرة مجتمعه بفعل هذا التطور في حين بالنسبة للمشرع في بلدنا يبدو أنه يخطوا خطوات جد بطيئة لا تتماشى والتحولات الاجتماعية المتسارعة من جهة ومن جهة أخرى فإن التعديلات تنصب فقط على المعالجة الردعية خلافا للتشريعات التي اقتبس منها بعض النصوص والتي إلى جانب التعديلات الردعية نصت على إجراءات علاجية أكثر منها عقابية مثلما هو الشأن في القانون رقم 2006-399 الصادر في 04 أفريل 2006 المتعلق بحماية ضحايا العنف في الأسرة [2].

وإذا كان المؤكد أن قانون العقوبات الفرنسي تخلص من المصطلحات التقليدية بشأن تسمية الجرائم الجنسية من خلال تصنيفه لها إلى الاعتداءات الجنسية والانتهاكات الجنسية بالعنف وإلى الأفعال المخلة بالحياء وبتسمية جديدة أيضا *(exhibition sexuelle)* فإن قانون العقوبات رغم مرور أزيد من 50 سنة لا يزال محتفظا بالمصطلحات التقليدية مع اختلاف هذه المصطلحات حتى بين النص المحرر بالعربية والنص المحرر بالفرنسية، وهو الأمر الذي حدا بالفقه إلى الاختلاف في إعطاء تسمية لمجموع هذه الأفعال فالبعض يطلق عليها جرائم العرض ليدرج من خلاله المصطلحات المستعملة في قانون العقوبات وفقا للنص المجرم من الفعل

[1] v. les arts..333à336 et330à333 ACP.FRANCAIS

[2] La loi du 04 avril 2006 relative à la prévention et à la répression des violences au sein du couple et commise à l'encontre des mineurs.

المخل بالحياء بالعنف وبدونه إلى هتك العرض[1]، ومنهم من يفضل التمسك بالتسمية التي أوردها قانون العقوبات وهو انتهاك الآداب.[2]

في حين وبغض النظر عن كل ذلك فإن الأفعال الجنسية المجرمة المدرجة ضمن هذه النصوص تراوحت بين تسميتها بالفعل المخل بالحياء دون عنف وبعنف وهتك العرض أو الاغتصاب والفاحشة بين ذوي المحارم وأفعال الشذوذ والزنا والتحريض على الفسق والدعارة ؛ فالمادة 333 ق.ع تتعلق بالفعل العلني أو بخدش الحياء

(L'outrage public à la pudeur) ثم يليه انتهاك الآداب بغير عنف أو الفعل المخل بالحياء بدون عنف 334 ق ع وبالعنف كما ورد بالمادة 335 ق.ع ثم الاغتصاب الوارد بالمادة 336 ق.ع.

في هذا الصدد يكفي مقارنة هذه النصوص بالمصطلحات المستخدمة في نفس النصوص باللغة العربية فخدش الحياء أطلق عليه الفعل العلني المخل بالحياء في حين انتهاك الآداب بغير عنف أطلق عليه الفعل المخل بالحياء بعنف وبغير عنف وأخيرا أطلق مصطلح هتك العرض ويقصد به الاغتصاب وهو في رأينا مصطلح غير سليم فهتك العرض مختلف عن الاغتصاب بل إن هتك العرض هو ما سماه بالفعل المخل بالحياء بعنف وبغير عنف.

ولعل المشرع قد تدارك ذلك ويكفي فان نص المادة 336 ق.ع قبل التعديل يذكر مصطلح هتك العرض في حين التعديل الذي جاء به قانون العقوبات 01/14 الصادر في 2014/02/04 ذكر بصريح اللفظ الاغتصاب.[3] إلى جانب الأخطاء الفادحة بين النص المحرر بالعربية ومثله المحرر بالفرنسية فنص المادة 334 ق.ع يذكر ارتكاب الفعل المخل بالحياء على قاصر لم يكمل 16 سنة في حين النص بالفرنسية وهو الأصح دون 16 سنة.[4]

[1] د.احسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي الخاص – مرجع سابق – ص.91 وما يليها.

[2] عبيدي الشافعي – قانون العقوبات المذيل بالاجتهاد القضائي- دار الهدى عين مليلة – 2008 ص.149

[3] انظر المادة 11 المعدلة للمادة 336- قانون 01/14 الصادر في 04 فيفري 2014- الجريدة الرسمية عدد 7 الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2014.

[4] د.احسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي الخاص – مرجع سابق – هامش ص.106.

ومن جهة أخرى نص المادة 335 بالعربية يذكر أن الفعل المخل بالحياء يكون بغير عنف والصحيح ما ذكر بالنص بالفرنسية بعنف ونفس الشيء بالنسبة للسن كما ذكرنا سابقا أن الصحيح هو عدم تجاوز 16سنة.

إن هذا الأمر بشأن تعارض وعدم تطابق المصطلحات يقتضي مراجعة كلية لقانون العقوبات بدلا من التعديلات لبعض المواد والتي توحي بأن التعديل لم يتوافق أيضا والنص المعدل، وعلى سبيل المثال المادة 303 ق.ع والمنصبة على حماية الحياة الخاصة من خلال سرية المراسلات بالنص المذكور والتعديلات التي تلي النص بتكراره 41 مرة ومتضمنا جرائم ذات مواضيع مختلفة خروجا على حماية الحياة الخاصة إلى الاتجار بالأشخاص ثم الاتجار بالأعضاء، ثم تهريب المهاجرين.

إنه أمر حتمي لوضع حد لهذا التعارض من جهة وبتصحيح كل الأخطاء الواردة بهذه النصوص بهدف جعلها واضحة، وهو الوضوح الذي يقتضيه مبدأ الشرعية الجنائية للنص التجريمي والمكرس بالمادة الأولى من قانون العقوبات تماشيا مع المبدأ الدستوري مثلما سبق الذكر.

2- حماية الفروع من العنف الجنسي على ضوء معالجته بقانون العقوبات

يدرك الجميع أن السهر على أخلاق الأبناء وتربيتهم اجتماعيا تقع على كاهل الأولياء وأن الإخلال بهذه المسؤولية يمكن أنه يقود هؤلاء إلى الإدانة بعقوبات صارمة.[1]

ومن هذا المنظور يتدخل القانون الجنائي ليضمن حماية للطفل ضد كل الاعتداءات التي من شأنها المساس بسلامته البدنية أو تنميته العادية مثلما سبق ذكره إلى جانب الحماية المعنوية من خلال الحفاظ على تربيته الأخلاقية والتصدي لكل ما يمس بهذا الجانب المهم في حياة الطفل ولغاية بلوغه السن التي تمكنه إدراك الأمور.

إن الحماية الجنائية التي يسعى إليها المشرع تهدف بالأساس إلى حماية الفروع وبالأخص القصر منهم من كل الأفعال التي تطال الجانب الأخلاقي، فإلى جانب تجريم هذه الأفعال المرتكبة خارج المجال الأسري فإنه شدد العقاب فيما لو ارتكبت داخل هذا المجال ومن أشخاص عهد لهم أساسا الحفاظ على أخلاق هؤلاء الأطفال، هذا التشديد معني به بالدرجة الأولى الأصول الشرعيين وليمتد لفئة من لهم سلطة على هؤلاء القصر.

[1] D. Pierre AKELE ADAU, D. Angélique SITA-AKELE MUIL - Théodore NGOY, Pasteur- cours de droit pénal spécial Op.cit p.173.

وما دام الأمر متعلق بالاعتداءات الجنسية التي يمكن أن يتعرض لها الفروع فإنه يحسن معالجتها من خلال الحماية التي قررها القانون الجنائي للقصر بتعرضهم للاعتداءات الجنسية بالعنف (**2-1**) ثم الانتهاكات الجنسية بغير عنف (**2-2**).

2-1 الاعتداءات الجنسية المرتكبة بعنف على الفروع

الأمر البديهي بشأن الاعتداءات الجنسية بالعنف أن القانون الجنائي من خلالها يسعى إلى حماية الرضا اعتبارا أن العلاقة الجنسية الرضائية وفقا لما هو محدد شرعا وقانونا هي علاقة في الأصل غير مجرمة، لكن القيام بها خارج الحدود المسطرة وتحديدا في حالة الإكراه عليها من دون رضا هو أمر مجرم، ويأتي في مقدمة هذه الاعتداءات الجنسية بالقوة والإكراه جريمة الاغتصاب، وكل الأفعال المخلة بالحياء باستعمال العنف والتي تم النص عليها بالمادتين: 336 ق.ع المتعلقة بالاغتصاب والمادة 335 ق.ع المتعلقة بالفعل المخل بالحياء بالعنف.

وإذا كان الاغتصاب أساسا متعلق بجنس الأنثى فإن الفعل المخل بالحياء بالعنف متعلق بالجنسين الذكر والأنثى ويبدو من تفحص النصين المذكورين أن العقاب المخصص في هذا الشأن وبالنظر لخطورة الفعل تضمن عقوبات بتكييف جناية فالاغتصاب معاقب عليه بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات ونفس الأمر بالنسبة للفعل المخل بالحياء بالعنف، لكن هذه العقوبة تخص مرتكبيها في حالة ما إذا كان الضحايا بالغون وأنه تشديدا أكثر في حالة ارتكاب هاتين الجريمتين على القصر ترفع العقوبة إلى حدها الأدنى 10 سنوات و20 سنة كحد أقصى، وأن سن الضحية القاصر حدد بـــ 16 سنة سواء فيما يخص الاغتصاب أو الفعل المخل بالحياء بالعنف، ومن ثم فإن السن يصبح ركنا مكونا للجريمة خلافا لصفة الفاعل التي هي ظرف مشدد، لكن في إطار الإصلاح والتعديل لقانون العقوبات الأخير الصادر بالقانون 01/14 تبين أن المشرع عدل سن القاصر في الاغتصاب وجعلها 18 سنة.[1]

وإذا كان هذا هو أمر الاعتداء الجنسي بالعنف المرتكب على البالغين وبعقوبات جنائية شديدة، فإن الحماية تكون أكثر في حالة الاعتداء على القصر دون 18 سنة بالنسبة للاغتصاب ودون 16 سنة بالنسبة للفعل المخل بالحياء بالعنف.

[1] انظر المادة 11 من القانون 01/14 الصادر في 2014/02/04

وتتجلى حماية القصر على هذا المستوى من خلال الاعتداءات التي ترتكب في حقهم من خارج المحيط الأسري، في حين ارتكاب نفس هذه الأفعال من أشخاص ينتمون للمحيط الأسري سواء كانت الأسرة أو من يحل محلها فإن المشرع تأكيدا لحماية أكثر لردع هذه الجرائم الخطيرة على الفروع والتي ثبت أن وقعها ليس بالأمر الهين، إذ تظل عواقبها قائمة طوال حياتهم، ومن ثم اقتضي الأمر أن تكون العقوبة في مستوى خطورة الفعل المرتكب وعلى أساس ذلك نص قانون العقوبات في مادته 337 على رفع العقوبة إلى السجن المؤبد في حالة إذا كان مرتكب الجريمتين السالفتين الذكر المنصوص عليهما بالمادتين 335 و336 ق.ع من الأصول وليمتد إلى من يحل محلهم من لهم سلطة على الضحية القاصر أو من يخدمونه وحتى رجال الدين بل أكثر من أي شخص مهما كانت صفته قد استعان في ارتكابه لهذا الجرم بشخص أو أكثر.

إن توسيع نطاق هذه الحماية للفروع وبالأخص المستضعف منهم بسبب السن يفيد قطعا حماية أسرية للعلاقات ما بين الأصول والفروع وتبعا لذلك حماية الأسرة والتصدي بالردع لما يهدد هذه العلاقات وبالأخص ردع من عهد إليهم حماية الفروع.

هذا من جهة ومن جهة أخرى حماية حق الفروع ذاتهم في استعمال حقهم بأنفسهم من خلال ما تم تكريسه إجرائيا بجعل مدة التقادم تبدأ من تاريخ بلوغ هؤلاء القصر سن الرشد المدني المحدد بـــ 19 سنة.[1]

2-2 الانتهاكات الجنسية على الفروع بغير عنف

في هذا الصدد يتعين الوقوف على الأفعال الجنسية بغير عنف والتي يمكن أن تتخذ لها صور الأفعال التي لا تمس جسم الضحية مباشرة بقدر ما تؤثر على أخلاقه ويتعلق الأمر بخدش الحياء العام *(Outrage public à la pudeur)* وبالأخص المنصوص عليه بالمادة 333 ق.ع والتي اتخذت مصطلحا جديدا في قانون العقوبات الفرنسي الجديد تحت تسمية *(L'exhibition sexuelle)*[2].

إن هذا التجريم في أصله يسعى إلى حماية الحياء العام ومن ثم يقتضي أن يتضمن شرطين لقيامه الأول أن يكون الفعل المادي مخالف للآداب العامة والثاني أن يكون علنيا[3].

---

[1] المادة 8 مكرر 1 ق.أ.ج – تعديل بقانون 04/14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004

[2] SYLVAIN Jacopin- droit pénal spécial Op.cit p.68

[3] قرار المحكمة العليا الصادر في 30 ديسمبر 96 – طعن 131411- غير منشور المشار إليه في قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية د.احسن بوسقيعة – مرجع سابق ص.140

وإذا كان المشرع من خلال هذه المادة السالفة الذكر لم يخصص حماية خاصة بالقصر إلا أن التعديل الذي تم بقانون 01/14 بإضافة المادة 333 مكرر والتي شددت عقوبات من يصور قاصر دون 18 سنة بأية وسيلة وهو يمارس أنشطة جنسية بصفة مبينة حقيقية أو غير حقيقية أو صور أعضاءه الجنسية لأغراض جنسية أو ترويجها بمواد إباحية.[1]

في حين الأفعال المخلة بالحياء بغير عنف والمنصوص عليها بالمادة 334 ق.ع فهي التي يتم فيها الفعل باحتكاك مباشر بين الفعل وبين جسم الضحية بالإضافة إلى حماية القاصر من الاستغلال الجنسي والمفسد للأخلاق من خلال تجريم التحريض على الفسق والدعارة طبقا للمواد 342 وما يليها.

إذا كان نص المادة 334 ق.ع والمعدل سنة 1975[2]، جعل من هذا الفعل المخل بالحياء من دون عنف جنحة مشددة في حالة ارتكابه على ضحية قاصر دون 16 سنة، ومن ثم يصبح السن ركنا مكونا للجريمة[3]، فإن الفقرة الثانية منها شددت العقوبة في حالة ارتكاب هذا الفعل من أحد الأصول حتى ولو تجاوز 16 سنة و لم يصبح راشدا بالزواج وبعقاب من 5 سنوات إلى 10 سنوات سجنا أي بتكييف الواقعة جناية.

إن ما يجدر التركيز عليه في هذا الشأن هو أن المشرع مدد حماية الفرع المرتكب عليه الفعل المخل بالحياء من طرف الأصول إلى ما بعد 16 سنة معنى ذلك أن هذه الحماية تسري وإلى غاية بلوغ سن الرشد وهو 19 سنة وهو نفس السن المحدد للزواج باستثناء ترشيده بالزواج قبل تلك السن.

أما بخصوص تجريم إفساد الأخلاق والاستغلال الجنسي ويتعلق الأمر بالتحريض على الفسق والدعارة طبقا للمواد 342 وإلى غاية 349 ق.ع فإن المؤكد أنه إذا كان التحريض على الفسق والدعارة ظل مذكورا ضمن الأفعال الجنسية بغير عنف فإنه بالنسبة للدعارة في بعض التشريعات تدرجها ضمن الأفعال المنتهكة لحقوق الإنسان في سمعته كما هو الشأن في قانون العقوبات الفرنسي وذلك بتأثير الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي للقضاء على كل ما من شانه المساس بحقوق الإنسان.[4]

[1] انظر المادة 10 من قانون 01/14 المعدل للمادة 333 بإضافة المادة 333 مكرر

[2] الأمر 75 -47 المؤرخ في 17 جوان 75

[3] قرار المحكمة العليا الصادر في 20 جوان 1989- طعن 60587- المجلة القضائية عدد 1 لسنة 1994 ص.257

[4] SYLVAIN Jacopin- droit pénal spécial Op.cit p.114.

في حين بالنسبة للتحريض على الفسق والدعارة المنصوص عليه بنص المادة 342 والمعدل في 2006[1]، فإنه تضمن حماية القصر من خلال التصدي للتحريض على إفساد هذه الأخلاق سواء بالتشجيع أو التسهيل لارتكاب أفعال الفسق سواء على القصر دون 19 سنة، وبالنسبة لمن يكمل 16 سنة ولو تم ذلك بصفة عرضية وهي الحماية التي تتمثل في تشديد العقاب وبتكييف جنحة مغلظة، وهو ما أدى بالاجتهاد القضائي إلى اعتبار أن جرم التحريض لمن هم أكثر من 16 سنة ولغاية 19 سنة يقتضي وجوبا الاعتياد كركن لقيام الجرم ومن ثم لا يتأتى التحريض بوقوعه مرة واحدة، وأن تفسير النص وفقا لذلك كان سببا معرقلا للغاية التي يهدف إليها المشرع الأمر الذي أدى وجوب تدخله بالتعديل للنص المذكور بقانون 01/14 والذي عدل المادة 342 السالفة الذكر[2] بالنص على أن التحريض لكل من لم يكمل 18 سنة ولو بصفة عرضية ومن ثم يتجلى بوضوح أن المشرع قد وسع نطاق الحماية بشأن سن القاصر إلى 18 سنة ودون أن يشترط الاعتياد بصريح اللفظ ولو بصفة عرضية.

أما بخصوص الدعارة واستغلالها المنصوص عليها بالمواد من 343 إلى 348 ق.ع فإن المؤكد أن المشرع شدد العقاب بشأنها في حالة ارتكابها ضد قاصر لم يكمل 19 سنة، ثم بتعديل قانون 01/14 أصبحت الحماية تخص القاصر دون 18 سنة وبغض النظر عن هذه السن تم تشديد العقاب إذا كان مرتكبها أبا أو أما[3].

وعلى هذا الأساس يتجلى بوضوح أن التصدي للاعتداءات الجنسية والتي تتضمن شقا من العنف من جهة وحتى في حالة ارتكابها دون عنف، فإن أساس تشديد العقاب هو مقرر لحماية الطرف المستضعف سواء من خلال السن أو من خلال المدارك العقلية، فإنه من جهة أخرى يهدف إلى التصدي للتجاوزات الأسرية للأولياء بحكم السلطة الأبوية والتي يمكن أن تؤدي بتعريض الفرع للخطر المتمثل في ما سيعانيه من أمراض نفسية طوال حياته وهو ما يعني أن الحماية هنا هي حماية للفرع وللأسرة بكاملها هذا من جانب ومن جانب آخر عدم تعريض الفرع لمختلف أنواع الإساءة من خلال الاستغلال في الدعارة والمخدرات وإرغامه على التشرد والتسول.[4]

[1] قانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006

[2] انظر تعديل المادة 342 بقانون 01/14 المؤرخ في 04 فيفري 2014

[3] انظر المادة 344 المعدلة أولا بقانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ثم التعديل بقانون 01/14 المؤرخ في 04 فيفري 2014

[4] D. Pierre AKele ADAU, D. Angélique SITA-AKELE MUIL - Théodore NGOY, Pasteur- cours de droit pénal spécial Op.cit p.166.

إنه الأمر الذي أدى بالمشرع في تعديله لقانون العقوبات بالقانون 01/14 إلى تشديد عقاب الأصول بلجوئهم إلى التسول بواسطة الفروع القصر طبقا للمادة 195 مكرر ق.ع وكذلك تشديد العقاب في جريمة الخطف للقاصر مع التعذيب أو العنف الجنسي وحرمان الجاني في هذه الجرائم من الظروف المخففة.

وإذا كان هذا هو مصير العنف بمختلف أشكاله وعواقبه التي مست الأسرة في أعز ثمرة لها وهي الفروع فما هو الأمر بالنسبة لمن كان سببا في إنشاء هذه الأسرة نعني بذلك العنف على الأزواج.

المطلب الثالث: التصدي للعنف الزوجي

إن تناول العنف الزوجي كسلوك مجرم يوحي بدءا أن هذا السلوك غير طبيعي، اعتبارا أن الحياة الزوجية شرعا وقانونا تقوم على أسس متينة ومنظمة للعلاقة الزوجية وذلك من خلال الواجبات والحقوق المحددة لكل طرف وأن احترام هذه الحقوق والواجبات من شأنه أن يجعل الأسرة في منأى عن كل أسباب الفشل ويضمن لها بالتبعية الاستقرار وتحقيق الأهداف المرجوة من وجودها في المجتمع لتصبح أسرة صالحة يصلح بصلاحها المجتمع ككل، فإذا كانت الأسرة أساسا تنشأ من الزوج والزوجة وبزواج شرعي، فإن هذا الزواج مبني على المودة والرحمة لقوله سبحانه وتعالى: " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**"[1]

فالزوجة أولاها الخالق سبحانه بعناية خاصة وشرفها أشرف مهنة فجعلها سكنا للزوج كأساس لتحقيق السكينة والطمأنينة، فهي بحق أشرف مهنة لأن المرأة تتعامل مع الإنسان كجنين في بطنها وكوليد في حجرها وكزوج يسكن إليها[2].

فالزوجة شريكة للزوج بميثاق غليظ قائما في أساسه على المحبة والمودة والرحمة ليتوج هذا الميثاق بالبنين والحفدة لقوله سبحانه: " **والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة**"[3].

وإذا كانت هذه العلاقة من خلال الرابطة الزوجية هي بمثابة ضرورة فطرية إلى جانب أنها ضرورة اجتماعية وحتى اقتصادية ومن ثم حث الإسلام على الزواج الشرعي اعتبارا أنه اللبنة الأساسية لتكوين الأسرة.

---

[1]- الآية 21 من سورة الروم

[2]- محمد متولي ا لشعراوي- أحكام الأسرة والبيت المسلم- مكتبة التراث الإسلامي القاهرة- طبعة 3 ص.34 وما بعدها.

[3]- الآية 72 من سورة النحل

انطلاقا أن العلاقة الزوجية تحكمها قواعد محددة وأن قانون الأسرة نص على هذه القواعد فالمادة الثانية منه تنص أن الأسرة تتكون من أشخاص تجمعهم صلة الزوجية، هذه الصلة التي تقوم أساسا طبقا للمادة الثالثة من نفس القانون على حسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية لتؤكد المادة 36 منه بشأن حقوق وواجبات الزوجين المبنية أساسا على المعاشرة بالمعروف والاحترام المتبادل.

إن النص على الحقوق والواجبات الزوجية يوحي وبشكل صريح إلى التساوي بين الزوج والزوجة وأن لا أحد يفضل الآخر إذ أن الواجبات تقابلها حقوق لكليهما لقوله سبحانه وتعالى: "**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**" [1]

وأن المعاشرة الزوجية في حد ذاتها هي سلوك أخلاقي بل إنها أحد المقومات العقائدية وأن الخالق سبحانه جعل من هذه العشرة الزوجية الخير الكثير لقوله جلت قدرته: " **وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله منه خيرا كثيرا**"[2]، ولقوله صلى الله عليه وسلم (**استوصوا بالنساء خيرا**)[3]، وفي مقابل هذه المترلة للمرأة كأحد طرفي العلاقة حثها الشارع على طاعة زوجها كأحد الواجبات التي تستقيم معها المعاشرة الزوجية، هذه الطاعة التي أوصى بها صلى الله عليه وسلم بقوله: (**لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها**)[4]وفي نفس المنوال قوله صلى الله عليه وسلم (**إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها أدخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت**)[5].

إن هذه العينة الصالحة من النساء هي الأساس لبناء الأسرة والمكملة لنصفها الآخر الملزم بإكرامهن لقوله صلى الله عليه وسلم (**إنما النساء شقائق الرجال ما أكرمهن إلا كريم وما أهانهن إلا لئيم**).

ومن أجل ذلك حث الرسول صلى الله عليه وسلم على الإحسان للزوجة ومعاملتها المعاملة التي تليق بمكانتها في الأسرة إذ قال صلى الله عليه وسلم (**خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي**)[6].

---

[1]- الاية 228 من سورة البقرة

[2] الآية 19 من سورة النساء

[3] صحيح البخاري 5186، كتاب النكاح، ج2، ص.581

[4] الترميذي وغيره – مشار إليه في أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم، مرجع سابق، ص414.

[5] أخرجه أحمد – مختصر الفقه الإسلامي–محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري ص.825

[6] رواه بن ماجة – المشار إليه في زهدي جار الله – مختارات من الحديث النبوي الشريف ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الرغاية، 1990، ص142.

يتجلى من عرض هذه الأسس الشرعية لتعاليم ديننا الحنيف أن استقرار الأسرة أساسا ينبني على استقرار العلاقة الزوجية وأن خلاف ذلك سيؤول لا محالة إلى تفككها بحلول سوء المعاملة محل المعاشرة بالمعروف ويستشري العنف بمختلف أشكاله وبتسميات منها العنف الزوجي *violence conjugale* أو العنف المترلي *violence domestique* أو *violence de la maison* ليكون سببا في هدم الأسرة، إنه العنف الذي من خلاله يسعى أحد طرفي العلاقة الزوجية إلى السيطرة على شريكه الآخر باستعمال القوة ولحد الاعتداء بمختلف أشكاله الجسدية أو النفسية أو حتى الجنسية ليصل مستوى هذا العنف إلى أوجه وهو القتل[1].

وإذا كان العنف الزوجي يشار إليه اليوم عالميا أنه ظاهرة رغم أنه عرف منذ القدم في العهود التي كان ينظر فيها للمرأة أنها أحد أملاك زوجها ومن ثم تخضع لأوامره ورغباته، فإن التطور الذي عم المجتمعات وفي كل المستويات وبالرغم من تجذر تلك النظرة الدونية للمرأة وعدم مساواتها بالرجل حتى في بعض التشريعات الوضعية إذ يكفي تأكيدا لهذه التقاليد البالية أن بعض التشريعات الجنائية تجعل من قتل الزوجة المتلبسة بالزنا عذرا مخففا في حين ذلك لا ينطبق على الزوج المتلبس بالزنا في حالة قتله من طرف زوجته[2].

لكن أمام تزايد حجم العنف الزوجي وتطور أشكاله أصبح محل اهتمام كافة المجتمعات ومن طرف كل الطبقات الاجتماعية إذ ومنذ السبعينات من القرن الماضي ظهرت الحركات النسوية (*les mouvements féministes*) والتي كافحت من أجل التصدي للعنف الزوجي بشكل خاص وللعنف ضد المرأة بشكل عام واستمرارا في هذا المنحى المتعلق بالعنف الزوجي تبين أنه لا يتعلق فقط بتعنيف الزوجة بل قد يحدث عكس ذلك أن يكون من طرف الزوجة تعنيفا لزوجها وإن كان ذلك بنسبة أقل وهو ما أدى إلى ظهور مصطلح *le mari battu* خلال سنة 1977 ثم استبدل بمصطلح *l'homme battu*، وأن استفحال ظاهرة العنف الأسري بشكل عام والعنف الزوجي بشكل خاص والذي وصل حدا مقلقا ومؤلما في ذات الوقت الأمر الذي كان مدعاة لمساعي دولية من خلال اتفاقيات منها اتفاقية هيئة الأمم المتحدة بتاريخ 18 ديسمبر 1979 المتعلقة بالقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة ثم إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة للتصدي للعنف ضد المرأة بتاريخ 20 ديسمبر 1993 والذي أورد تعريفا للعنف ضد المرأة والمتمثل في أعمال العنف الموجه ضد جنس المرأة والمسبب للضرر الجسمي أو النفسي أو الجنسي أو الممكن أن يتسبب في ذلك من خلال التهديد

[1] Sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- Op.cit –p.351

[2] V. l'art. 324- A CP. Français

بهذه الأعمال[1] وإذا كان هذا التعريف ذو طابع عام كونه منصب على العنف ضد المرأة فان تعريف منظمة الصحة العالمية (*OMS*) سنة2000 أكد أن العنف الزوجي هو ذلك السلوك الذي يصدر عن علاقة حميمية ويسبب أضرارا جسمية ونفسية أو جنسية.[2]

ولعل ما زاد من حدة القلق الناجم عن العنف الزوجي انه في تزايد مستمر ولدرجة تهديد ذات أهمية من جهة ومن جهة أخرى الإحساس بأن ما خفي منه أعظم بحكم أن مجتمعاتنا ذات الطابع المحافظ فإلى جانب التكتم وعدم البوح بالأسرار العائلية وهي العوامل التي ساعدت على استحالة تحديد الحجم الحقيقي لظاهرة العنف الزوجي.[3]

وبالنظر لكون الظاهرة تطال الطرف المستضعف وهو المرأة سواء في الوسط الأسري أو بقية الأوساط الاجتماعية الأخرى وسعيا للحد من تزايد حجمها انعقد سنة 1995 المؤتمر الدولي ببكين وقع من خلاله المشاركون على برنامج عمل أطلق عليه أرضية عمل بكين؛ تأكد من خلاله أن هذا العنف هو بمثابة مشكلة عالمية لانتهاكه حقوق الإنسان من خلال انتهاك حقوق المرأة الأمر الذي يتوجب التصدي له والقضاء عليه.

وان المجلس الأوروبي في ذات السياق وبتاريخ 2002/09/27 دعا إلى تبني التصدي للعنف الأسري *(la violence domestique)* ودعوة أعضائه إلى منع وعقاب العنف الأسري ووجوب العمل على تقديم حماية للضحايا وهي التوصية التي أثمرت عن اتخاذ تدابير ضد العنف الأسري بخلق وإنشاء مراكز إيواء وبتقديم الدعم المالي للمنظمات غير الحكومية والجمعيات من أجل تطوير وإعداد خطط عمل محلية لخلق مناخ رفض العنف الأسري.[4]

وإذا كان أمر العنف الأسري وتحديدا الزوجي استفحل بمختلف المجتمعات سواء في العالم المتقدم أو ببلدان العالم الثالث، وبدأ الاهتمام به وفي أعلي المستويات عالميا من خلال المنظمات الدولية، فهل انعكس ذلك على المستوى المحلي من خلال مساعي محلية لكافة الدول خصوصا المعنية بتنامي هذه الظاهرة ؟ وما مدى هذا الانعكاس بخصوص الإصلاحات التشريعية الجنائية في هذا الصدد ؟ المؤكد في هذا الشأن وعلى سبيل المثال

[1] العنف الزوجي الممارس ضد المرأة بتلمسان – نعيمة رحماني – دكتوراه– كلية العلوم الانسانية والاجتماعية –جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان 2011 – ص38.

[2]– نفس المرجع– ص.50

[3]–نفس المرجع– ص.12

[4] - sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- Op.cit p.353 et s.

بالنسبة للدول المتقدمة فان فرنسا ومنذ السبعينات بدأت تعرف عديد التحولات في هذا الشأن من خلال تأثير الجمعيات المهتمة بالموضوع وان كانت كندا سباقة في ذلك والتي أحرزت تقدما ملحوظا في هذا المجال، إذ خلال سنة1975 أنشء أول مأوى للنساء المعنفات *(Foyer FLORA Tristam)*[1] ثم تلاه خلق مراكز إيواء منتشرة في عدة إنحاء بفرنسا، وأنه سعيا لضبط الظاهرة تم تنصيب أماكن إعلام وإصغاء والحث على أنسنة استقبال المعنفات من طرف الجهات المختصة وأثمرت كل هذه الجهود إلى الإصلاحات التي أدرجت بتعديل قانون العقوبات الفرنسي بتشديد عقاب القتل بين الأزواج وكذا كل أعمال العنف بمختلف أشكاله.

(Le code pénal Français protégé les valeurs, en réprimant tout d'abord le meurtre entre conjoints ou l'uxoricide, puis toutes les violences volontaires physique et y compris les tortures et les actes de barbaries et enfin les violences volontaires psychiques et y compris les menaces)[2]

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لقانون العقوبات الفرنسي وحتمية خضوعه للإصلاحات فهل سيحذو تشريعنا الجنائي نفس الحذو اعتبارا أن ظاهرة العنف بدأت تتزايد وبشكل ملحوظ ولدرجة تنذر بدق ناقوس الخطر.

انه من خلال هذه المعطيات وما دام الأمر الذي يعنينا منها هو الجانب القانوني، يتعين معالجة العنف الزوجي من خلال التصدي لقتل الأزواج تجريما وعقابا (**الفرع الأول**) في حين بقية أعمال العنف الأخرى (**الفرع الثاني**) وكل ذلك على ضوء أحكام قانون العقوبات ومقارنة بغيره من التشريعات الجنائية.

الفرع الأول: قتل الأزواج تجريما وعقابا

إذا كان قد سبق إدراك أن القانون الجنائي ذو طابع عام يعنيه بالدرجة الأولى التصدي لكل ما من شأنه أن يؤدي إلى الاضطراب الاجتماعي فإنه بشأن المؤسسة الأسرية ظل الحارس عن بعد لا يتدخل في شؤونها باعتبارها مجالا خاصا إلا في حالة الضرورة وكلما تطلب الأمر ذلك.

لكن التحولات التي حدثت بفعل مطالب نشطاء الحركة الفردية أدى إلى تدخل القانون الجنائي في الوسط الأسري حماية للطرف المستضعف من اعتداءات أفراد أسرته ومن هذا الجانب ظهرت الحماية الجنائية

[1] sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- Op.cit p.353 et s.
[2] sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- Op.cit p.353 et s.

للأزواج حيث تجلى بوضوح ميل القانون الجنائي إلى تعزيز العلاقة الزوجية على حساب الطابع المؤسسي للأسرة سعيا لحماية الأسرة من خلال التدخل لحماية أعضائها [1]، وأنه خلافا للتصور القديم لحماية الأسرة المبني بالأساس على حمايتها من خلال تجريم الزنا وبالتبعية لذلك استفادة الزوج القاتل لزوجته المتلبسة بالزنا بالعذر المخفف فإن التصور الحالي بعد إلغاء جريمة الزنا في التشريع الجنائي الفرنسي منذ 1975 ذهب عكسا لما كان عليه في السابق مشددا قتل عقاب أحد الزوجين للآخر.

وإذا كان المؤكد في هذا الصدد أن قتل الأزواج ولزمن طويل ظل كجريمة عادية ولغاية تعديل قانون العقوبات الفرنسي بتاريخ 2006/04/04 والذي تبنى صفة الزوج كظرف مشدد في القتل، وعقوبة قتل أحد الزوجين للآخر حددت بالسجن المؤبد بدلا من 30 سنة، فإن ذلك يؤكد ميل القانون الجنائي لحماية العلاقة الزوجية وإن كان المنطلق في هذا التجريم هو حماية الطرف المستضعف الناجم عن الحتمية التي فرضتها التحولات الاجتماعية في المجتمعات الغربية بفعل الحركات النسوية والجمعيات العاملة في مجال حقوق الإنسان، وهي التحولات ذات الأبعاد المعتبرة في مجال العنف الأسري، إذ تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية وبالأخص كندا من أكثر دول العالم التي تقدمت فيها الأبحاث المتعلقة بجرائم العنف الأسرى وبالأخص الزوجي وما وفرته هذه الأبحاث من بيانات إحصائية كان لها الفضل في معرفة الأسباب الكامنة وراء قتل الأزواج والعمل من خلال هذه الأبحاث على تهيئة السبل الوقائية في الأساس ثم بعد ذلك الإطار العقابي لردع هذا النوع من القتل[2].

إلا أن الأمر خلاف ذلك تماما بالنسبة لمجتمعنا بالرغم من غياب الإحصائيات الدقيقة من طرف المختصين فإن جريمة القتل الأسري بما في ذلك قتل الأزواج في تنامي مزعج مع أن مثل هذه الجرائم تتنافى والأسس المبني عليها الأسرة شرعا وقانونا، وأنه بتفحص قانون العقوبات في هذا المجال يثبت وأن قتل الأزواج يعالج بشكل عادي كغيره من أنواع القتل الأخرى وذلك وفقا للمادة 254 ق.ع وما يليها دون تخصيص لقتل الأزواج سواء كتجريم خاص مثلما هو الشأن في قتل الأصول وقتل الطفل حديث العهد مثلما بينا سابقا، ولا أيضا تخصيصه بظرف مشدد رغم أن المشرع في تعديلاته بقانون العقوبات بدءا من 2006 خصص معالجة للعنف ضد الأزواج لكن في غير القتل كما سنبينه في الجزء المخصص لأنواع العنف الأخرى غير القتل.

[1] Famille et droit pénal. Olivia MAURY- thèse Doctorat- op.cit P.177.

[2] – –د. عباس أبو شامة عبد المحمود–د.محمد الأمين البشري العنف الأسري في ظل العولمة –مرجع سابق– ص.78

الفرع الثاني: أنواع العنف الأخرى بين الأزواج

إذا كان العنف بالمفهوم الحالي لم يعد يقتصر على العنف الجسدي وأصبح مشـــتمـــلا على العنف النفسي والعنف الجنسي إذ يكفي في هذا الصدد أن ما تم التوصل إليه في التشريعات الغربية بشأن العنف الجنسي الزوجي والذي كان محل جدل كبير وما إذا كان يقتصر تجريمه وعقابه على أساس انتهاك الرضا رغم أن الاجتهاد القضائي ولوقت طويل متشبث بأن العلاقة الزوجية تقوم في أساسها على الرضا المفترض ومن ثم لا مجال للقول بأن العلاقة الجنسية بين الزوجين بالعنف تشكل جرما بالنسبة للزوج على أساس استعمال الحق الشرعي للمعاشرة الزوجية، لكن قرينة الرضا المفترض بدأت تتجه نحو الزوال وأخذت منحى آخر واعتبرت قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها مثلما ذهب إلى ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 11 جوان 1992 *(crim.11 juin 92 Bull-crim n°232)* وهو الاجتهاد الذي أثمر عن التعديل بقانون العقوبات الفرنسي الحالي الذي يعتبر أن الاغتصاب أو أي فعل جنسي بالعنف المرتكب على الضحية مهما كانت العلاقة التي تربط الطرفين ولو كانت علاقة زواج[1]، بل وأكثر من ذلك توصلت التعديلات إلى اعتبار العنف الجنسي المعنوي معاقب عليه من خلال تجريم التحرش الزوجي، إذ أنه بقانون 2010/07/09 تم تجريم التحرش المعنوي الزوجي *(le harcèlement psychologique conjugal)* [2]، إنها جملة من الإصلاحات في قانون العقوبات الفرنسي الحالي والتي جعلت من العنف الزوجي بمختلف أنواعه ظرفا مشددا[3].

إلا أنه بتفحص قانون العقوبات وبالأخص النصوص المتعلقة بأعمال العنف جسديا كان أم نفسيا أو جنسيا فإنها لا تزال محتفظة بالطابع التقليدي لتجريم هذه الأفعال و لم تجعل صفة الزوج ظرفا مشددا للعقاب فجرائم الضرب والجرح العمدي والتعدي ظلت تعالج بنفس المعالجة التقليدية العامة لباقي الأشخاص، في حين بالنسبة لأعمال العنف الناجم عن إعطاء مواد ضارة ومن خلال تعديل سنة 2006 بدأت معالم المعالجة الخاصة لعنف الأزواج تبرز بوضوح من خلال التشديد في العقاب كظرف مشدد وذلك من خلال نص المادة 276 ق.ع التي تنص على صفة أحد الزوجين في حالة ارتكاب جناية أو جنحة المبينة بالمادة 275 ق.ع.

نفس الأمر بالنسبة للجرائم المتعلقة بالاستغلال للدعارة وبنفس تعديلات 2006 تم تضمين صفة الزوج كظرف مشدد وذلك برفع العقوبة للأفعال المتعلقة بتجريم الدعارة المنصوص عليها بالمادة 343 ق.ع، واقتصر

[1] Patrice GATTEGNO –Doit pénal spécial 7eme édition 2007 Dalloz p.91
[2] SYLVAIN Jacopin- droit pénal spécial deuxième édition Hachette supérieur 2013 P.73
[3] V. l'art. 222-24 NCP. Francais

نص المادة 344 ق.ع[1] بصدد تحديده بصفة من يعنيهم التشديد ذكر الزوج وهو ما يفيد استغلال الزوج لزوجته في أعمال الدعارة إذ لا يتصور العكس ولو أننا نرى فرضية العكس يمكن أن تحدث بإشراك الزوج في الأعمال المتعلقة بالدعارة ؛أما بشأن الاتجار بالأشخاص وهو تجريم حديث بقانون العقوبات فإنه أيضا شدد العقاب أخذا بصفة الزوج كظرف مشدد إلى جانب الحرمان من الظروف المخففة بشأن هذه الجريمة وذلك وفقا لما ورد بنص المادتين 303 مكرر 5 والمادة 303 مكرر6[2].

واعتبارا أن ظاهرة العنف الزوجي أصبحت أحد اهتمامات المجتمع الدولي ومنظمات حقوق الإنسان وهي الاهتمامات التي انعكست على كافة أعضاء المجموعة الدولية وذلك من خلال تقارير طوعية للمنظمات الدولية وكذا المنظمات غير الحكومية والتي سخرتها العولمة لرصد تجاوزات الدول والمجتمعات والتي لم تلتزم بنصوص المعاهدات والصكوك الدولية التي سبق لها الاعتراف بها بمحض إرادتها [3].

إن مجتمعنا في ظل هذه المتغيرات وهو جزء من المجموعة الدولية إذا كان معني بهذا العنف والتصدي له وبالأخص الزوجي منه فان التقرير الذي أنجز اثر زيارة مقررة الأمم المتحدة بشان العنف ضد النساء بتاريخ 21 و2007/01/31 أسفر عن توصيات موجهة للحكومة الجزائرية لاتخاذ ما يجب للتصدي لظاهرة العنف ضد النساء [4]، وأن التقرير ركز على تفشي هذه الظاهرة وهو الأمر الذي يبدو جليا انه أحد المؤثرات التي دفعت بالمشرع إلى البدء بإصلاحات ضمن تعديلات قانون العقوبات من خلال القانون 01/14 وقبله قانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20 [5] إلى جانب مشروع قانون متعلق تحديدا بالعنف الزوجي وبالعنف ضد النساء ويتضمن المشروع المذكور عقوبات ضد الزوج المعنف لزوجته، وأكثر يتضمن عقاب أفعال التهديد وممارسة الضغوط الرامية إلى حرمان الزوجة من ممتلكاتها والذي صادق عليه مجلس الوزراء المنعقد

[1] انظر نص المادة 344 ق.ع المشدد للعقوبة في حالة ارتكاب الأفعال المبينة بالمادة 343 من طرف الزوج

[2] انظر المادة 303 مكرر5 التي تشدد العقاب بالنسبة للزوج وبتكييف جناية معاقب عليها بالسجن من 10 إلى 20سنة والغرامة من مليون إلى مليونين دينارا

[3] – د. عباس أبو شامة عبد المحمود–د.محمد الأمين البشري العنف الأسري في ظل العولمة –مرجع سابق– ص.3

[4] -rapport de la rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, causes et conséquences par Mme Yakin Ertùrk – additif / Mission en Algérie- Nation Unies –Assemblée générale- conseil des droits de l'homme septième session – point 3 de l'ordre du jour – distr: 13/ février/2008

[5] – انظر المادة 341 مكرر المتعلقة بجريمة التحرش الجنسي.

بتاريخ2014/08/26[1] والذي ما من شك أنه سيخضع للتوجهات التي تصب في بوتقة التصدي للعنف الزوجي ويكون بذلك تجريم هذا العنف منعرجا حاسما وحساسا في ذات الوقت بشان معضلة العنف الزوجي.

إن محصلة التصدي للعنف الأسري في كافة أقطار المعمورة لم تعد تقتصر على مواجهته بالعقاب الردعي بقدر ما تتوجه المساعي الحالية إلى السبل الوقائية من خلال الأبحاث والدراسات للوقوف على مسببات العنف وعلاجها قبل حدوث الجريمة الأسرية مثلما هو الشأن المستخلص من خلال الأبحاث والدراسات المنصبة على القتل الزوجي في كندا والإسهامات من طرف باحثين من فرنسا [2]

[1]- violence à l égard des femmes –l Etat s implique enfin! -EL Watan - jeudi 04 septembre2014.

– وفي نفس الموضوع جريدة النهار اليومية عدد 2103 بتاريخ 2014/08/27

[2] -Comprendre l'homicide conjugal: l'exemple Canadien et les apports Français-Valérie RAFIN- étude et travaux de l'ORDCS (observatoire régional de la délinquance et de contexte sociaux) n°3 avril 2012- mmsh Aix-Marseille université.

الفصل الثاني:

الأسرة مدعاة لإبعاد القانون الجنائي

إذا أدركنا من خلال ما تعرضنا له في الفصل الأول أن هدف القانون الجنائي بالدرجة الأولى هو حماية المجتمع

(La vocation première du droit pénal est de protéger la société)[1]

فإن الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع أولى بهذه الحماية ومن ثم كان لزاما تدخل القانون الجنائي للتصدي لكل الانتهاكات المهددة لكيانها سعيا لحمايتها وهي الحماية التي دون شك تهدف إلى استقرار الأسرة، وتبعا لذلك استقرار المجتمع.

وإذا كان الأساس في تكوين الأسرة بدءا من منبتها الأول وما تقتضيه العلاقة بين الزوجين من وجوب الترابط والتكافل بين أعضاء الأسرة أصولا وفروعا وما يتطلبه الاحترام بينهم من خلال الواجبات والحقوق المقررة والناجمة عن هذا الكيان الأسري في الإطار الخاص به، فإنه قد يحدث أن تصطدم تلك الحقوق والواجبات الأسرية مع الواجبات والحقوق تجاه المجتمع، وهو التصادم الذي يصبح سببا لإبعاد القانون الجنائي لمصلحة الأسرة ذلك أن تدخله في المجال الخاص بها من شـــأنه أن ينعكس أثره سلبا إذ بدل أن يكون الحارس لضمان استقرار الأسرة يتحول إلى عامل تشتيت لها وفي ذلك خروج عن الوظيفة الأساسية له الأمر الذي اقتضى إبقاءه بعيدا عن الأسرة كسبيل لاستقرارها وحفاظا على أواصر المحبة بين أعضائها وإحاطة وشائجها بأسوار تمنع كل ما من شأنه أن يكدر صفوها ويعرضها بالتبعية إلى التفكك وتصدع أركانها ليكون المآل لا محالة اندثارها.

من هذا المنطلق نستطيع الجزم أن ما تم عرضه بالفصل الأول يعد بمثابة مقاربة التقاطع بين الأسرة والقانون الجنائي في حين ما نتعرض له في الفصل الثاني مختلف تماما عن هذه المقاربة بل هو بمثابة مفارقة التقاطع بين الأسرة والقانون الجنائي ولحد أن هذه المفارقة تصبح سبيلا للوقوف في وجه أحد المبادئ الأساسية في القانون وهو مبدأ المساواة بين الجميع أمام القانون، ويتجلى ذلك في حالات تجريم وعقاب أستثني منه بعض أعضاء الأسرة في حالات مذكورة حصرا وفي بعض الجرائم درج الفقه على تسميتها بالحصانة الأسرية، إذ من خلال هذا المصطلح تتجلى السياسة الجنائية الهادفة إلى إبعاد القانون الجنائي عن التدخل في المجال الأسري وبهدف أسمى من التجريم والعقاب في حد ذاته.

[1] le couple et droit pénal–(www.balandine. Le foyer de costil.fr) p.1

فالحصانة بهذا المفهوم خيار يجعل الأسرة في منأى من الملاحقات الجزائية غير الملائمة لأن ما يجنيه المجتمع منها يكون ضئيلا مقارنة بالأضرار الفادحة التي تترتب عنها فتسيء لسمعة الأسرة وتتسبب في بث الشقاق والنفور بين أفرادها ومن ثم فان حصانة أعضاء الأسرة تجريما وعقابا يعتبر بمثابة الاستثناء لمبدأ تساوي الكافة أمام القانون الجنائي.[1]

والعلة في ذلك أساسا تكمن في أن عضو الأسرة مخاطب بواجبين، واجب الوقوف مع أعضاء أسرته والذي تمليه الطبيعة الأسرية المبنية على التضامن والتكاتف، وواجبه نحو المجتمع، وبتصادم هذا الأخير مع الواجب الأسري الأمر الذي ينشيء وضعية تنازع الواجبات.

إن المشرع في هذا الصدد تفهم واقعية تفضيل الواجب الأسري الذي يسمو على الواجب الاجتماعي فقرر الحصانة الأسرية في بعض الجرائم معتبرا أن الضرر في هذا الشأن غير مؤثر في المجتمع بقدر ما له أثر بالغ الخطورة على الأسرة.[2]

إن إبعاد القانون الجنائي في هذا الشأن يعد بمثابة هدف أسمي اعتبارا أنه ينشد الحفاظ على الترابط الأسري، ذلك أن مصلحة الأسرة تكمن أساسا في ترابطها وتضامنها والذي تحكمه العصبية الأسرية وأن ارتكاب أحد أعضائها لجرم سواء ضمن المجال الأسري أو خارجه هو بالنسبة لأعضاء الأسرة مدعاة لاختلال التوازن بين مصلحتين فالمصلحة العامة تقتضي وجوب متابعته جنائيا ؛ في حين المصلحة الخاصة تفرض عليهم وجوب التكاتف والتضامن معه حفاظا على الأسرة وسمعتها.

إن عضو الأسرة من خلال الصراع بين الالتزام نحو المجتمع والالتزام نحو الأسرة مجبر للخضوع إلى منطق الاختيار الذي يقتضي تغليب مصلحة الأسرة وهي مصلحة خاصة على المصلحة العامة حتى ولو أن ذلك سيؤدي لا محالة إلى أن ينعت بالمواطن السيء لأن الواجب الأسري يفرض عليه ألا يكون قريبا غير منسجم وغير لائق وألا يكون سببا في التفكك والانشقاق للأسرة والذي يستحيل جبره ولأجل ذلك تدخل المشرع سعيا للتوفيق بين المصلحتين المتعارضتين مصلحة المجتمع ومصلحة الأسرة ليخصص إعفاءات من العقاب في

[1]- محمد اللجمي – الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن – مرجع سابق- ص.89

[2]- الحماية الجنائية للأسرة د. لنكار محمود- مرجع سابق- ص.245

بعض الجرائم أو تقييدها بقيود من خلالها يحافظ على مصلحة الأسرة وبقاء استمرارها وفي ذات الوقت لا يضر بمصلحة المجتمع.[1]

إذا كان المؤكد في نفس المنوال أن الأسرة هي بمثابة الكائن الحتمي والذي لا يمكن الاستغناء عنه من طرف المجتمع ومن ثم من مصلحة هذا الأخير التشجيع على كل ما من شأنه العمل على تحقيق نشأتها والحفاظ عليها وفي ذات الوقت الاحتفاظ بالمتواجد منها وبكل الوسائل المتاحة حتى وان كان البعض من هذه الأسرة قد حاد عن الإطار الأسمى والهدف المنشود منها.[2]

إنه الأمر الذي اقتضى بسط هذه الحماية للأسرة ولكن بمنظور آخر يتمثل في إبعادها عن تدخل القانون الجنائي من خلال تخصيص قواعد موضوعية تتمثل في الإعفاء في بعض الجرائم بالنظر إلى الروابط الأسرية وذلك إما بنزع صفة التجريم عنها أو الإعفاء من العقاب، أو من خلال قواعد إجرائية بتعليق المتابعة الجنائية وفقا لشروط وأطراف محددة بشأن تحريك والتنازل عن الدعوى العمومية لتصبح رهنا لإشارة هؤلاء استثناء من الأصل الذي يجعل زمام الدعوى العمومية بيد النيابة العامة الممثلة للمجتمع.

إن هذه القواعد سواء كانت موضوعية أو شكلية اتخذت فقها تسمية الحصانة الأسرية مع أن التشريع هو السند الوحيد لها ولكنه لم يدرج هذا المصطلح ضمن نصوصه بقدر ما يذكر في جرائم محددة إعفاء بعض أعضاء الأسرة إما من التجريم وإما من العقاب أو تقييد متابعتهم بالشكوى المسبقة أو التنازل عنها وهو ما يفيد فسح المجال للطرف المتضرر من الجريمة تملك كلمة الفصل بشأن تحريك الدعوى العمومية وجعل زمام أمرها بيده على الأقل في الجرائم ذات الصلة بالأسرة[3].

وإذا كانت جل التشريعات الجنائية لا تخلو في هذا الجانب من نصوص متضمنة معاملة خاصة لأعضاء الأسرة بشأن الجرائم المرتكبة من أحدهم إما إضرارا بالمصلحة العامة من خلال الاعتداء على سلطة الدولة مثلما هو الشأن في التستر على الجريمة والمجرم والامتناع عن الشهادة لفائدة برئ وإما إضرارا بالمصلحة الخاصة من خلال الاعتداء على أحد أفراد الأسرة مثلما هو الشأن في الاعتداء على الأموال الخاصة بالأقارب.[4]

[1]– الرابطة الأسرية في القانون الجنائي– شريفة قشي– ماجستير– مرجع سابق ص.72 وما يليها

[2] –les liens de famille et le droit pénal-GUECHI Cherifa-Thèse doctorat -op.cit -p196.

[3]–محمد اللجمي– الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن– مرجع سابق ص56.

[4] –famille et droit pénal-Olivia MAURY-Thèse Doctorat- op.cit -p73 et s.

في هذا الصدد وبتصفح قانون العقوبات يتجلى منه النص على هذه الجرائم التي تستثني الأسرة من خلال أعضائها إعفاءً من التجريم أو العقاب أو تقييدا بالمتابعة من خلال الشكوى المسبقة أو التنازل عنها وذلك بنصوص المواد (91-180- 182ق.ع) والمتعلقة بالتستر عن الجريمة والمجرم والامتناع عن الشهادة لفائدة برئ.[1] وكذا المواد (368-369-373-377-389 ق.ع) والمتعلقة بجرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وإخفاء المسروقات المرتكبة في المجال الأسري.[2]

انه من خلال هذه النصوص يتبين أنها تتضمن حصانة أسرية تتمثل في الإعفاءات إما تجريما أو عقابا ومن ثم تقتضي منهجية البحث تناول هذه الجرائم وما تضمنته النصوص المتعلقة بها سواء بشأن الحصانة الموضوعية أو الإجرائية في (**المبحث الأول**) في حين إذا كان ذلك من شأنه إبعاد القانون الجنائي عن الأسرة فهل أن إبقاءها تحت وطأة القانون الجنائي أو في منأى عن بعض أحكامه باعتباره الحارس للمجتمع هو في حد ذاته كاف لحمايتها أم أن الأسرة في حاجة أكثر للحماية وهو ما يقتضي إيجاد بدائل لمعالجة ما يحدث من إجرام أسري سواء تعلق الأمر بالجانب العقابي والضرورة الملحة لتطويره من خلال تكييف العقوبات، أو تعلق الأمر إيجاد البدائل حتى للعدالة الجنائية ذاتها بخصوص الجرائم ذات الطابع الأسري وهو موضوع (**المبحث الثاني**).

[1]-أنظر في نفس الإطار الفصل 297 قانون العقوبات المغربي والمواد 61-62-63 قانون العقوبات الفرنسي القديم والتي تقابلها حاليا المواد 1/434-6/434-11/434 ق.ع الفرنسي الجديد.

[2]-أنظر في نفس الإطار المواد 380 ق.ع الفرنسي القديم التي تقابلها المادة 12/311 ق.ع الفرنسي الجديد، والفصل 266 من المجلة الجنائية التونسية، والفصل 534-541-548 ق.ع المغربي.

المبحث الأول:

الحصانة الأسرية والجرائم المعنية

المؤكد سواء من خلال نصوص قانون العقوبات ضمن المواد المتعلقة بالحصانة الأسرية السالف ذكرها والمستوحاة في الأصل من النصوص المتعلقة بهذه الحصانة في قانون العقوبات الفرنسي وكذلك مقارنة ببعض التشريعات الجنائية التي منها ما يقتصر على بعض من هذه الحصانة دون غيرها، فإنه يمكن أن تحدد في هذا الشأن ثلاث نماذج منها أساسية؛ الأولى ويطلق عليها بالحصانة الأسرية المتعلقة بالاعتداء على سلطة الدولة (*Atteinte à l'Autorité de l'Etat*)[1]

في حين النموذج الثاني ويتمثل في الحصانة المتعلقة بالاعتداء على الأموال الذي يعبر عنه الفقه بالنظام المطبق بشأن جرائم الأموال (*le régime applicable aux infractions contre les biens*).[2]

أما النموذج الثالث فيعبر عنه بالحصانة المعلقة على شرط مثلما هو الحال في استثناء عقاب العنف الخفيف بالنسبة للقصر في إطار استعمال حق التأديب طبقا لنص المادة269 ق.ع وكذا الإعفاء من المتابعة والناجم عن زواج الخاطف من القاصرة المخطوفة طبقا للمادة 326 ق.ع.

ومادام الأمر كذلك وللإلمام بمحتوى هذا المبحث فان تحديد مفهوم الحصانة الأسرية وما يطرح بشأنه من إشكالات والذي كان ولا يزال مثار الجدل الفقهي لفهم وتكييف الإعفاءات التي تضمنتها نصوص قانون العقوبات باعتبارها سند هذه الحصانة (**المطلب الأول**)، في حين الجرائم المعنية بهذه الحصانة ندرجها في (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مفهوم الحصانة الأسرية

بتفحص النصوص المتعلقة بالجرائم المتضمنة الحصانة الأسرية فهي تشتمل إما استثناء أو عدم تطبيق أحكام هذه النصوص المجرمة، أو تتضمن عدم العقاب أو تعطيله بتقييد المتابعة الجنائية بشروط وترك المجال مفتوحا للدعوى المدنية.

[1] - famille et droit pénal-Olivia MAURY-Thèse Doctorat- op.cit-p75.

[2] - les liens de famille et le droit pénal- GUECHI Cherifa-Thèse doctorat- op.cit –p.198

إن أمر هذه الحصانة المتعلقة بحماية الأسرة من خلال جعلها في منأى من تطبيق نصوص القانون الجنائي المخاطب للكافة وذلك استثناء من المبدأ القانوني المتعلق بمساواة الجميع أمام أحكام القانون الجنائي وهو الأمر الذي كان مدعاة لتساؤلات بلغت حد الجدل الكبير، إذ يرى فيها البعض أنها تدخل ضمن الأفعال المبررة في حين البعض الآخر يرى فيها أعذارا قانونية ويراها آخرون أنها ناجمة عن عدم المساءلة الجنائية[1] وهي جميعا حالات تم النص عليها بالقانون الجنائي العام وتوضيحا أكثر الأفعال المبررة منصوص عليها بالمادتين 39-40 ق.ع أما الأعذار القانونية مبينة أحكامها في المادة 52 ق.ع وانعدام المسؤولية بالمادة 47 ق.ع.

على ضوء تحليل هذه النصوص ومن خلال إسقاط الإعفاءات التي تضمنتها فهل هي بمثابة أفعال مبررة **(فرع أول)** أم هي أعذار قانونية **(فرع ثان)** أم هي بمثابة عدم المساءلة **(فرع ثالث)** أم هي غير كل ذلك تنفرد بنموذج خاص **(فرع رابع)**

إن مناقشة مفهوم الحصانة الأسرية وتحديدا الأساس المستند عليه من شأنه تسهيل تحليل ومناقشة الجرائم المعنية بهذه الحصانة باعتبار أن هذه الحصانة تتطلب تحديد الطبيعة القانونية لها من خلال مقارنتها بالمفاهيم الشبيهة خصوصا وأنها جميعا تهدف إلى منع وعرقلة العقاب[2] وبالأخص أن أمر الطبيعة القانونية للحصانة الأسرية المستخلص من النصوص الجنائية يبين أن هذه الحصانة إما ذات مفعول تبريري (*immunité justificative*) أو حصانة إجرائية (*immunité procédurale*)، أو حصانة معلقة على شرط (*immunité conditionnelle*) وهي حالات تهدف إما إلى إبعاد التجريم أو العقاب أو تقييد الدعوى العمومية[3]

الفرع الأول: الحصانة الأسرية والأفعال المبررة

IMMUNITE FAMILIALE ET LES FAITS JUSTIFICATIFS

لا شك أن الأفعال المبررة تم النص عليها بالمادة 39 ق.ع إذ بصريح لفظها لا جريمة إذا كان الفعل أمر أو أذن به القانون أو دفعت إليه ضرورة الدفاع الشرعي أو حالات الضرورة الممتازة طبقا للمادة 40 ق.ع.

---

[1]– الرابطة الأسرية في القانون الجنائي–شريفة قشي–ماجستير مرجع سابق ص79 ما يليها.

– الجرائم الأسرية–عبد الحليم بن مشري–دكتوراه مرجع سابق ص497 وما يليها.

[2] - de l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais-Richard KAYIBANDA-Licence en droit 2008-université nationale de Rwanda-(www.mémoireonline.com)p1/5.

[3]– محمد اللجمي الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن مرجع سابق (إذ في رأيه أن الحصانة التبريرية تجعل الجرم مباحا أو تمنع المساءلة الجنائية والمدنية في حين الإجرائية تبقي على الجرائم وتمنع العقاب أو تعلقه على شروط)ص53 إلى 55.

إنه يتجلى بوضوح أن الفعل المبرر يعني أنه مباح ولكن متعلق بحالة معينة وبظروف محددة بدقة في نص المادتين المذكورتين، فهل الإطلاع على نصوص المواد المتضمنة الحصانة الأسرية يفيد قيام هذه الحالة أو هذا الظرف.

في هذا الشأن اختلف رجال القانون في إعطاء تكييف للحصانة الأسرية وتحديد طبيعتها القانونية فمنهم من يرى أنها امتياز منصوص عليه قانونا يمنع التجريم والعقاب لشخص معين في وضعية معينة ويذهب أكثر الفقيه *DOUCET* إلى اعتبار هذه الحصانة بمثابة امتياز خاص يجعل شخص معين في منأى من الملاحقة الجنائية بشأن نموذج جريمة معينة.

(Quant à lui, définit l'Immunité comme une sorte de passe-droit, de faveur qui place telle ou telle personne à l'abri de poursuites pénales quant à tel ou tel type d'infraction.)[1]

إذا كان ظاهر النصوص المتعلقة بالحصانة الأسرية يفصح عن نية المشرع في عدم التجريم والعقاب ويلتقي في ذلك مع نيته المحددة في الأفعال المبررة، إلا أن المؤكد أن المشرع كان بإمكانه أن يفصح أن الفعل الذي خصصه لفائدة الأسرة هو فعل مبرر، وتوضيحا أكثر فإن الأفعال المبررة تجعل من الفعل مباحا وليس مجرما، في حين الحصانة الأسرية لا تنزع التجريم والعقاب عن الفعل، ولكن تستثني تطبيق التجريم والعقاب في حالات خاصة.

من هذا المنظور إذا كان الفعل المبرر ينزع التجريم عن الفعل فان ذلك يعني انعدام أهم أركان الجرم وهو الركن الشرعي[2] إن ذلك يمنع أساسا المتابعة الجزائية وفي الحالة العكسية فإن جهة القضاء الجزائية ملزمة بالحكم بالتسريح (*Acquittement*)[3]، وجهة التحقيق بانتفاء وجه الدعوى.

والأكثر إذا كان الفعل المبرر يعدم الجريمة ومن ثم فمرتكبها والمساهم والشريك غير معنيين بهذه الجريمة، في حين جرائم الحصانة الأسرية حتى ولو أن بعضها يشير بشكل غير مباشر إلى عدم التجريم فإن أثر ذلك لا

[1] de l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais-Richard KAYIBANDA-Licence en droit 2008-université nationale de Rwanda-(www.mémoireonline.com)p1/5.

[2] مبادئ القانون الجزائي العام-بن شيخ لحسين-دار هومة طبعة2 ص114.

[3] المصطلح السليم بهذا الشأن هو التسريح (acquittement) خلافا لما اعتادت عليه الجهات القضائية بالحكم بالبراءة (la relaxe) ذلك أن المصطلح الأخير يفيد أن الجرم قائم ولكن غير مسند لمرتكبه لانعدام الدليل أو للشك.

يتعدى المستفيد من الحصانة الأسرية ومن ثم فإن المساهم معه والشريك يظل الجرم بالنسبة لهما قائما وهذا كاف للقول أن الحصانة الأسرية مختلفة اختلافا جوهريا عن الأفعال المبررة[1].

الفرع الثاني: الحصانة الأسرية والأعذار القانونية

IMMUNITE FAMILIALE ET LES EXCUSES LEGALES

إن الأعذار القانونية هي حالات محدودة في القانون على سبيل الحصر ينجم عنها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم العقاب إذا كان العذر معفيا وإما تخفيفه إذا كان مخففا وهو ما تضمنه نص المادة 52 ق.ع.

يتبين من ذلك أن العذر القانوني يقتضي النص عليه مثلما هو الأمر مثلا في حالة القتل أو الضرب والجرح العمدي الناجم عن عذر الاستفزاز كعذر مخفف أو حالة العذر المعفي عن الضرب لمن يفاجئ البالغ الذي يهتك عرض قاصر، وأن هذه الأعذار القانونية تبقى على الطابع الإجرامي للفعل وفقط تعفي من العقاب ولذلك يكون الحكم هو الإعفاء من العقاب وليس التسريح أو البراءة إلى جانب أن العذر القانوني ملزم للقاضي وأثره ينعكس على العقوبة فقط وعلى أساس ذلك فليس لأية جهة أخرى الفصل في العذر القانوني سوى جهة الحكم الجزائية والتي تقضي أولا بالإدانة وثانيا بالإعفاء من العقاب خلافا للحصانة التي يمكن أن تثار في أي مرحلة من مراحل الدعوى باعتبار أنها تنزع من المحاكم الجزائية نظر الدعوى العمومية في الجريمة المشمولة بالحصانة[2].

وإذا كان العذر القانوني والحصانة كلاهما يشتركان في وجوب النص عليهما قانونا والقاضي ملزم بمقتضى ذلك الالتزام بأحكامهما في حالة ثبوتهما وهو الأمر الذي أدى إلى الخلط بينهما فاعتبر البعض أن الحصانة الأسرية هي بمثابة عذر قانوني مادام أنها تنتهي إلى استبعاد العقاب الجزائي وهو الفهم الذي كان له أثره في بعض التشريعات فجاءت النصوص الجنائية بها تنص على هذه الحصانة كعذر معفي من العقاب وبصريح اللفظ بمصطلح يعفى من العقاب أو يتمتع بعذر معف[3]. في حين أن غالبية الفقهاء لا ترى في الحصانة

[1] De l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais-Richard KAYIBANDA-Licence en droit 2008-université nationale de Rwanda-(www.mémoireonline.com)p2/5.

[2]– محمد اللجمي الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن مرجع سابق ص224.

[3]– أنظر في هذا الشأن المادة 274 ق.ع اللبناني، والمادة 660 ق.ع السوري والفصل 534 ق.ع المغربي وهي النصوص المشار إليها (في محمد اللجمي الحصانة العائلية في القانون التونسي مرجع سابق ص 176 وما يليها).

الأسرية عذرا معفيا كون أن المصطلح المستعمل في شأنها لا يفيد معنى العذر القانوني من جهة ومن جهة أخرى أن الحصانة الأسرية خلافا للعذر القانوني تحول دون تحريك الدعوى العمومية ويمكن أن تثار في أي مرحلة كما سبق الذكر، في حين العذر القانوني لا يجد سبيل الفصل فيه (قبوله أو رفضه) إلا أمام جهات الحكم الجزائية فالعذر القانوني لا يمنع تحريك الدعوى العمومية.[1]

يعني ذلك أنه لا يعتد بالدفع المتعلق بالعذر القانوني والتمسك به أمام النيابة أو التحقيق[2] إلى جانب أن الحصانة الأسرية من النظام العام يثيرها القاضي تلقائيا إذا لم تثر من قبل الأطراف[3] أما العذر القانوني فليس من النظام العام بدليل أنه لا يمكن أن يثار لأول مرة أمام المحكمة العليا[4].

الفرع الثالث: الحصانة الأسرية وعدم المساءلة

IMMUNITE FAMILIALE EST LA CAUSE DE NON IMPUTABILITE

إن الأمر هنا متعلق بأسباب انعدام المسؤولية والتي ينجم عنها عدم العقاب والمنصوص عليها بالمادة 47 ق.ع وهي أساسا متعلقة بالركن المعنوي، إذ المرتكب للفعل غير مسؤول إما لانعدام الإرادة أو بسبب الجنون أو قوة لا قبل له بها.

في هذا الشأن يسأل الفاعل جنائيا لارتكابه بإرادة ووعي واضح وفي غيابهما تمحي الجريمة

(L'imputabilité pénale repose sur l'existence chez l'agent d'une volonté libre et une intelligence lucide d'où l'auteur du délit n'est imputable que s'il a agi en étant conscient de ce qu'il faisait et en dehors de toute contrainte. Ainsi l'infraction disparait lorsque l'un des deux aspects « conscient ou volontaire » de l'acte est absent.

C'est précisément dans ce cas que l'on parle de cause de non- imputabilité)[5]

بالفعل في حالة غياب الإرادة والوعي يمكن قيام سبب عدم العقاب وهو سبب شخصي لا يعني سوى من يتحقق بشأنه فيكون غير مسؤول عن فعله وهو الأمر الذي لا يمتد لغيره كالمساهم والشريك.

[1] نفس المرجع ص 273 وما يليها.

[2] -Michel Laure Rassat-DPS-OP.cit P199.

[3] د.أحسن بوسقيعة–الوجيز في القانون الجزائي الخاص–مرجع سابق ص309.

[4] قرار المحكمة العليا الصادر في 1981/04/21 مشار إليه في ق.ع على ضوء الممارسة القضائية د.أحسن بوسقيعة–مرجع سابق ص122.

[5] De l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais-Richard KAYIBANDA-Op.cit p.3/5

فأسباب عدم العقاب مذكورة حصرا بالمادة 47 ق.ع وهي وحدها المسقطة للعقاب عن الجرم بالنسبة لمن توافرت بشأنه هذه الأسباب وهي أسباب ذات الصلة بالركن المعنوي للجريمة وخلاف ذالك الحصانة الأسرية فالفاعل ارتكب فعله بإرادة ووعي ومن ثم لا يمكن اعتبار الحصانة الأسرية أحد موانع العقاب.

الفرع الرابع: الحصانة الأسرية هي نموذج خاص

L'IMMUNITE FAMILIALE UN GENRE SPECIAL

بعد أن اتضح أنه لا وجه للمقارنة بين الحصانة الأسرية وبين أسباب الإباحة أو الأعذار القانونية أو عدم المساءلة انتهى بعض الفقهاء أنها تشكل نموذج خاص يرتكز في أساسه على دواعي اللياقة والانسجام والحياء الأسري واعتبارها حصانة فريدة من نوعها

(L'immunité d'un genre spécial « sui generis » qui est fondé sur des raisons de convenance et de décence)[1]

نافلة القول في هذا الشأن أن الحصانة الأسرية ذات طبيعة قانونية خاصة استثنائية تلزم جهات التقاضي الجزائية (تحقيق وحكم) بعدم قابلية المتابعة بشأن الجرائم التي شملتها هذه الحصانة إذ لا تعتبر سبب عدم مساءلة ولا أحد موانع المسؤولية التي تفصل فيها جهات الحكم وحدها ولا هي فعل مبرر يلغي الطبيعة غير الشرعية للفعل بل إن هذه الحصانة تؤدي فقط إلى عدم مساءلة الفاعل جنائيا إلا أنها لا تزيل الطابع غير الشرعي للجريمة.[2]

المطلب الثاني: الجرائم المعنية بالحصانة الأسرية

انه من خلال نصوص المواد المتعلقة بالجرائم المعنية بالحصانة الأسرية مثلما سبق الذكر فإنها تتضمن ثلاث نماذج

الأول متعلق بعرقلة سير العدالة (**الفرع الأول**) في حين الثاني يتجلى من الجرائم الأسرية المتعلقة بالأموال (**الفرع الثاني**) أما النموذج الثالث منصب على الحصانة المشروطة (**الفرع الثالث**).

[1] De l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais-Richard KAYIBANDA-Op.cit p.4/5

[2] L'art.311-12 du C.P. indique clairement que l'immunité fait obstacle aux poursuites pénales. Elle s'apprécie objectivement au regard du lien de parenté, … au niveau de l'instruction, le magistrat instructeur doit se refuser à instruire, … il ne s'agit donc pas d'une cause de non imputabilité- limitativement énumérées par la loi – ni d'une excuse absolutoire- prononcée uniquement par la juridiction de jugement- ou un fait justificatif- qui supprime le caractère illicite de l'acte, …l'immunité n'entraine que l'impunité de l'auteur sur le plan pénal, elle n'efface pas le caractère illicite de l'infraction) – You- darafrée.fr – P.4 et 5 – juin 2011

الفرع الأول: الجرائم المتعلقة بعرقلة سير العدالة

إذا كان الفقه درج على نعت هذه الجرائم بالاعتداء على سلطة الدولة فإن مرد ذلك أن غالبية التشريعات تدرج هذه الجرائم ضمن الجنايات والجنح إما ضد أمن الدولة أو ضد الأمن العمومي.

في هذا الشأن فإن قانون العقوبات من خلال المواد 91، 180، 182 لم يشذ عن هذا السبيل فنص المادة 91 أدرجه المشرع ضمن الفصل الأول من الباب الأول المتعلق بالجنايات والجنح ضد أمن الدولة في حين المادتين 180 و182 أدرجتا ضمن الفصل السادس من الباب الأول المتعلق بالجنيات والجنح ضد الأمن العمومي.

وأنه من خلال قراءة محتوى هذه النصوص فإنها متعلقة بالتستر عن الأفعال التي من طبيعتها الإضرار بأمن الدولة والحيلولة دون الكشف عنها (زمن الحرب والسلم) والتستر عن مرتكب الجرم بإخفائه ومساعدته للحيلولة دون القبض عليه، وكذا الامتناع عن الشهادة لفائدة شخص بريء وهي وفقا لذلك ذات الصلة بسلطة الدولة وأمنها.

لكن الفقه والقضاء درجا على إعطاء تسمية لها بمصطلح الجرائم الماسة بالعدالة أو المعرقلة لسير العدالة

Infractions portant essentiellement atteinte à la justice[1]

أو المعرقلة لسير العدالة [2] *Entrave à l'exercice de la justice*

إن ما درج على تسميته بعرقلة سير العدالة بشأن هذه الجرائم والمستمد من محتوى النصوص المجرمة محل هذه الحصانة، يعد بمثابة الأخذ بالمصطلح السليم ذلك أن الهدف المنشود من هذا التجريم هو التصدي لمرتكب هذه الأفعال بالعقاب وهو المهمة الأساسية للعدالة سعيا للعمل على استتباب الأمن والاستقرار في المجتمع من جهة ومن جهة أخرى تعد هذه الأفعال عرقلة للعدالة للوصول إلى كشف مرتكبها وبالتبعية إفلاته من العقاب.

وإذا كان هذا الهدف المنشود يمثل المسعى لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع فان المصلحة الخاصة للأسرة استرعت المشرع ودعت إلى وجوب بسط حماية من شأنها تعزيز استقرار الأسرة واعتبارا أن مصلحة هذه الأخيرة حتى وان كانت مصلحة خاصة فإنها تغلب على المصلحة العامة ما دام أن ذلك لا يضر ولا يؤثر على هذه الأخيرة بقدر ما يعزز فكرة استقرار المجتمع من خلال استقرار الأسرة.

[1] Famille et droit pénal- Olivia MAURY- thèse de doctorat - Op.cit p.86
[2] Patrice GATTEGNO – cours de doit pénal spécial- op.cit p.389

من هذا المنظور نتناول الحصانة الأسرية في الجرائم الثلاث المعرقلة لسير العدالة وهي التستر عن الجريمة وإخفاء الجاني والامتناع عن الإدلاء بالشهادة لفائدة بريء(**أولا**) في حين الشخوص المعنية بالحصانة في هذه الجرائم (**ثانيا**)

وطبعا يكون ذلك على ضوء مقتضيات المواد 91، 180، 182 ق ع ومقارنة ببعض التشريعات الجنائية المقارنة وبالأخص مواد قانون العقوبات الفرنسي القديم 61، 62، 63 والحالي 434-1، 434-6، 434-11.

أولا: الجرائم المعرقلة لسير العدالة والحصانة الأسرية في قانون العقوبات

إن مضمون المواد 91، 180، 182 ق ع مشتمل على عدة أفعال مجرمة ويتعلق الأمر بالتستر وعدم التبليغ عن أفعال من شأنها الإضرار بأمن الدولة والمبينة بالمادة 91 ق ع، في حين إخفاء مرتكب الجريمة والحيلولة دون القبض عليه انضوت تحت نص المادة 180 ق.ع، وأما الامتناع عن الشهادة لفائدة بريء تم النص عليها بالمادة 182 ق.ع.

إن تسلسل هذه الجرائم طبقا لترتيب المواد المجرمة تقتضي أن نتناول الحصانة المتعلقة بجريمة التستر عن الجريمة ومرتكبها (أ) في حين الامتناع عن الشهادة لفائدة بريء يكون محل تناولها(**ب**)

أ – الحصانة الأسرية في جرائم التستر عن الجريمة ومرتكبها

لاشك أن التستر عن جرم يستهدف الإضرار بالوطن مثل جرائم الخيانة والتجسس وغيرها من الأفعال المهددة لأمن الدولة والتي تعتبر بمثابة الجرائم الخطيرة، أما فيما يتعلق بالتستر عن جريمة من بقية الجرائم الأخرى سواء المستهدفة للأشخاص أو الأموال هو أمر إذا كان ليس بالهين فانه لا يرقى لدرجة الخطورة المستهدفة للوطن بكامله.

إن ذلك كان الأساس في أن يخصص المشرع تجريما للحالة الأولى وهو التستر عن الجرائم المستهدفة امن الدولة بنص المادة 91 ق ع والمتضمنة جناية وجنحة ؛ وبشأن الحصانة الأسرية التي أشتمل عليها هذا النص في فقرته الأخيرة يتجلى بوضوح انه جعل منها حصانة جوازية [1] أخذا في الاعتبار بخطورة هذا النوع من الإجرام وهو الأمر الذي اقتضى جعل هذه الحصانة جوازية ويعني ذلك خضوعها للسلطة القضائية بشأن تقدير منح

[1]–الرابطة الأسرية في القانون الجنائي– شريفة قشي – ماجستير – مرجع سابق – ص.89

هذه الحصانة وأنها ليست ملزمة للقاضي، وفي ذات الوقت قلص النص المذكور من الأطراف المستفيدة من هذه الحصانة إلى الدرجة الثالثة[1] بدلا مما هو معتاد عليه في الجرائم الأخرى بتحديد الأطراف بالدرجة الرابعة.

وإذا كانت هذه الحصانة جوازيه بجعلها تخضع للسلطة القضائية فان الحصانة التي تضمنتها النصوص اللاحقة والمتعلقة بالتستر عن مرتكب الجريمة هي حصانة ملزمة للقاضي ولدرجة أن البعض ارتأى أن يكيفها بأنها (حصانة اللامسؤولية) (*immunités irresponsabilités*)[2] اعتبارا أنها تستثني أية متابعة بشأنها للمستفيد منها فالتستر عن الجريمة وعدم التبليغ بها خص بحصانة أسرية (1) وان التستر عن مرتكب الجريمة بالطرق المحددة قصد الحيلولة دون القبض عليه هو الأخر مشمول بهذه الحصانة (2).

1- التستر وعدم التبليغ بالجريمة

لا شك أن التبليغ عن وقوع الجريمة أو محاولة ارتكابها هو أحد عوامل التصدي لها، وعلى أساس ذلك تضمنت التشريعات الجنائية تجريم كل فعل يهدف إلى عدم التبليغ عن الجريمة للسلطات المؤهلة لمتابعتها والمسعى في ذلك عدم إفلات مرتكب الجريمة من العقاب وتحمل المسؤولية.

وإذا كانت غالبية التشريعات تعاقب على عدم التبليغ عن ارتكاب جناية أو محاولة ارتكابها فانه بالنسبة لعدم التبليغ بالجنحة اقتصرت عليه بعض التشريعات دون غيرها.

وفي هذا الصدد إذا كانت المادة 181 ق.ع قد تضمنت النص على عقاب من يعلم بالشروع في جناية أو وقوعها و لم يخبر السلطات فورا وهو النص المماثل لنص المادة 62 من قانون العقوبات الفرنسي القديم ويقابله حاليا نص المادة 1/434 فان المؤكد من هذا النص بقانون العقوبات الفرنسي القديم أو الجديد انه أشتمل على الحصانة الأسرية للأقارب والأصهار لغاية الدرجة الرابعة ؛ في حين نص المادة 181 ق ع رغم أنه في أصله مأخوذ من نص المادة 62 ق ع الفرنسي القديم إلا أنه جاء مبتورا من الفقرة المتعلقة بالحصانة الأسرية رغم أن منطق الأمور ما دام المشرع كرس الحصانة الأسرية بشأن عدم التبليغ عن مرتكب الجريمة فكان الأولى به أن ينص على عدم التبليغ بالجريمة ؛ مثلما فعل ذلك المشرع المغربي من خلال الفصل299 والمتعلق بعدم التبليغ عن محاولة ارتكاب جناية أو وقوعها إذ أشتمل النص على الحصانة للأقارب والأصهار لغاية الدرجة

[1]- الفقرة الأخيرة من المادة 91 (يجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب وأصهار الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقاب).

[2] -Famille et droit pénal – Olivia MAURY-thèse doctorat – op.cit.p.86

الرابعة باستثناء فقط الجناية المرتكبة على شخص قاصر دون 18 سنة[1]. وإذا كان نص المادة 181 ق ع يتعلق بعدم الإخبار بارتكاب أو محاولة ارتكاب الجناية، فان الأمر بشأن الجنحة لم يتعرض له شأنه في ذلك شأن المادة1/434 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي

(La non-dénonciation d'un délit n'est pas visée par le texte)[2]

2- التستر عن مرتكب الجريمة

انه لا جدل في أن استبعاد العقاب كحصانة أسرية في جريمة التستر عن مرتكب الجريمة يحمل في ظاهره المساس بمبدأ المساواة ومبدأ ضرورة العقاب، اعتبارا أن تجريم هذا الفعل يدخل ضمن التزام الكافة به تحقيقا لمبدأ المساواة أمام القانون الجنائي وأن الإخلال بهذا الالتزام يقتضي بالضرورة العقاب ؛ وعلى هذا الأساس كانت نظرة منتقدي الحصانة الأسرية بخصوص هذا الشأن واعتبارها تؤدي إلى عرقلة السير الحسن للعدالة.

لكن وخلاف هذه النظرة، إذا كان الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطورة إجرامية فان إخضاع أعضاء الأسرة لهذا الالتزام من شأنه أن يخلق خطورة أشد وتتمثل في تصدع الأسرة وانهيار بنائها علما أن بقاءها ككيان منسجم هو أساس استقرار المجتمع[3] ومن ثم فالحصانة الأسرية بشأن هذه الجريمة ذات نفع مزدوج، الأول الحفاظ على الأسرة من الانشقاق والثاني أن استقرارها وانسجامها يحقق منفعة المجتمع بكامله، بالنظر لكون هذه الحصانة المؤكدة على استثناء أعضاء الأسرة من هذا الالتزام والذي من شأنه الإبقاء على التكاتف الأسري والاحتفاظ بوشائج المحبة والمودة وبعيدا عن كل ما من شأنه أن يخلق نفورا بين أعضاء الأسرة الواحدة وهي لا تعدو سوى أن تكون المأوى الوحيد لأعضائها[4]

من هذا المنظور كانت معالجة المادة 180 ق ع التي تنص على عقاب التستر عن مرتكب الجناية وبالصور المذكورة بها وهي الإخفاء العمدي للجاني والحيلولة دون القبض عليه أو مساعدته على الإخفاء والهرب ؛ في حين الفقرة الثانية من المادة المذكورة تضمنت النص على الحصانة الأسرية بعدم تطبيق أحكام

---

[1]- الفصل 299 (يعاقب بالحبس من شهر إلى سنتين والغرامة من مئاتي إلى ألف درهم أو إحدى العقوبتين، من علم بوقوع جناية أو شرع فيها و لم يشعر السلطات فورا ويستثنى من تطبيق الفقرتين السابقتين أقارب الجاني وأصهاره لغاية الدرجة الرابعة ولا يسري هذا الاستثناء إذا كان ضحية الجناية أو محاولة ارتكاب الجناية طفلا تقل سنه عن 18 سنة)

[2] -Patrice GATTEGNO – cours de doit pénal spécial- op.cit p.385
- les liens de famille et le droit pénal- GUECHI Cherifa-Thèse doctorat- op.cit –p.281

[3]- الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه – مرجع سابق- ص.541

[4]- الرابطة الأسرية في القانون الجنائي – شريفة قشي-ماجستير- مرجع سابق-ص.86

الفقرة الأولى منها على الأقارب وأصهار الجاني ولغاية الدرجة الرابعة ومستثنية في هذا الشأن الجنايات المرتكبة على القصر دون 13 سنة.

في هذا الصدد إذا كانت هذه الفقرة خصت أعضاء الأسرة أقاربا وأصهارا فان وجه المفارقة يكمن في إغفال ذكر الأزواج وما إذا يمكن إدراجهم ضمن الأقارب أو الأصهار ورغم الاختلاف في هذا الشأن، فان المؤكد أن الزوج أو الزوجة أولى بهذه الحصانة إذ من غير المنطق أن يستفيد أعضاء أسرة الزوج أو أسرة الزوجة ولا يكون من بينهم الزوج والزوجة وهما اقرب الناس للجاني، بل إن ما يؤكد منطق هذه الفكرة أن بعض التشريعات وبصدد التستر عن جريمة الفار من الخدمة العسكرية خصت الحصانة بشأنها لزوجة الفار وحدها ودون غيرها[1].

هذا جانب أما الجانب الثاني هو ما يطلق عليه البعض استثناء الاستثناء (*exception de l'exception*) ويتمثل في استثناء الحصانة الأسرية إذا ما تعلق الأمر بالجنايات المرتكبة على القصر دون 13 سنة، إذ الغاية من ذلك تتجلى في الخطورة الإجرامية التي يتعرض لها القاصر والذي لا حول ولا قوة له ومن ثم فضل المشرع حماية القاصر على حماية بقية أعضاء الأسر[2] ، وإذا كان المشرع حصر استثناء الاستثناء في القصر دون 13 سنة فإننا نرى أن بسط هذه الحماية ينبغي أن تكون لكافة القصر دون 18 عشر مثلما فعل المشرع المغربي بنص الفصل 299 السابق الذكر.

ب- الامتناع عن الشهادة لفائدة بريء

إن الفقرة الثالثة من المادة 182 ق.ع تنص على عقاب كل من يعلم بدليل براءة شخص محبوس مؤقتا أو محكوم عليه في جناية أو جنحة ويمتنع عمدا عن الإدلاء بهذا الدليل فورا أمام سلطات القضاء والشرطة، وتنص الفقرة الرابعة من نفس النص باستثناء الأقارب والأصهار لغاية الدرجة الرابعة من أحكام هذه الفقرة الثالثة المذكورة.

إن هذا النص مماثل لنص المادة 63 من ق.ع.الفرنسي القديم والذي أصبح حاليا بنص المادة 434-11.

[1]-انظر المادة 146 من ق ع المصري التي تنص (كل من أخفى بنفسه أو بواسطة غيره أحد الفارين من الخدمة العسكرية أو ساعد مع علمه بذلك عل الفرار من وجه القضاء يعاقب....ولا تسري هذه الأحكام على زوجة الفار من الخدمة العسكرية)

[2]- الرابطة الأسرية في القانون الجنائي – شريفة قشي-ماجستير- مرجع سابق-ص.89

من ظاهر النص يتجلى بوضوح أنه يخص الوقائع ذات تكييف جناية أو جنحة دون المخالفة، هذه الأخيرة غير معنية بهذا التجريم[1]، ومرد ذلك كون المخالفة ليس لها خطورة مع أن المنطق في رأينا يقتضي أن الشهادة لفائدة بريء لا تنحصر في الجناية أو الجنحة لخطورتها بقدر ما يجب أن تنصب على أي جرم إذ أي شخص بريء لا يقبل أن يدان حتى ولو بمخالفة بسيطة بالإضافة إلى ذلك أن هذه الإدانة تقتضي في غالب الأحيان أن تكون لها تبعات مدنية ومن ثم فإن تحديد هذا التجريم في الجناية أو الجنحة دون المخالفة أمر لا يستقيم ومبدأ قرينة البراءة والذي لا يستثني أي جرم مهما كان التكييف الجنائي.

هذا من جهة ومن جهة أخرى النص ركز على عدم الإدلاء بالشهادة لفائدة بريء وفي حالتين محددتين الأولى أن يكون محبوسا مؤقتا وهو ما يفيد تحريك الدعوى العمومية وقيام إجراءاتها سواء أمام جهة التحقيق أو أمام جهة الحكم و لم يفصل بعد في هذه الدعوى العمومية أما الحالة الثانية أن يكون الشخص محكوما عليه في جناية أو جنحة.

إن النص بما هو عليه يطرح تساؤلات جمة أولها تحديد وقت الإدلاء بهذه الشهادة اعتبار أن النص يذكر الإدلاء بها فورا أمام سلطة القضاء أو الشرطة وأن هذا التعبير الأخير سلطة القضاء أو الشرطة يفيد أن هذه الشهادة هي تصريح بما يعلمه الشخص كدليل براءة وهو مجرد تصريح لا يرقى للشهادة بمفهومها القانوني اعتبارا أن الشهادة قانونا هي تلك التي يدلى بها أمام القاضي وباليمين القانونية في حين أمام الشرطة يبقى مجرد تصريح ولا يرقى للشهادة بالإضافة إلى ذلك فإن عبارة الإدلاء بالشهادة فورا يقتضي العلم بهذا الدليل وأن هذا العلم يمكن أن يكون في أي مرحلة عليها الدعوى العمومية بل وحتى بعد الحكم والفصل النهائي إذ المحكوم عليه نهائيا يمكنه طلب مراجعة هذا الحكم من خلال الالتماس المبني على ثبوت البراءة وهي حالة من حالات ألتماس إعادة النظر في المادة الجنائية طبقا للأحكام المادة 531 ق.إ.ج.

وثانيها أن النص يطرح تساؤلات أخرى في هذا الشأن باعتباره منصبا على الشهادة وبالأخص عندما يدلى بهذا الدليل أثناء مرحلة التحقيق أو المحاكمة ويخضع فيها الشخص لإجراءات أداء اليمين المبينة وفقا لأحكام المواد 97 وما يليها من ق.إ.ج وأنه في حالة ثبوت تزوير هذه الشهادة يتعرض من أدلى بها إلى المتابعة اعتبارا أن هذه النصوص سالفة الذكر لم تتضمن أي حصانة وهو ما يطرح التساؤل فيما إذا كانت هذه

[1] الحماية الجنائية للأسرة لنكار محمود _دكتوراه – مرجع سابق ص.151

- الرابطة الأسرية في القانون الجنائي – شريفة قشي – ماجستير – مرجع سابق ص.75

الشهادة التي أدلي بها والتي تشكل شهادة زور طبقا لأحكام المواد 228، 232، 233 ق.ع فهل تكون محل الحصانة المنصوص عليها في المادة 182 وهو التساؤل الذي طرحه البعض في هذا الشأن.[1]

إنه بالفعل إذا كانت المادة 182 فقرتها الثالثة تعاقب كل من يعلم دليل براءة شخص ويمتنع عن الإدلاء بها[2]، وأن قصد المشرع من خلال هذا النص يتمثل في السعي لتفادي عقاب البريء وإفلات المرتكب الحقيقي للجرم وهنا يمكننا تصور حالتين الأولى أن مرتكب هذا الجرم يملك بحوزته دليل براءة الشخص المتابع دون أن يعرف المرتكب الحقيقي للجرم والحالة الثانية عكسية إذ يعلم ببراءة الشخص المتابع ويعلم أيضا مرتكب الجرم وتحليلا على ضوء النص ومقارنة بالنصوص المتعلقة بالشهادة سواء في قانون الإجراءات الجزائية أو قانون العقوبات السالفة الذكر والتي فسحت المجال لبعض الغموض في تفسير النص وما إذا كانت النصوص اللاحقة للمادة 182 ق.ع والمتعلقة بالشهادة سواء لصالح أو ضد المتهم المتابع معنية بهذا الجانب المتعلق بالحصانة الأسرية.

إن هذا التحليل يقتضي بالنسبة لأعضاء الأسرة القول بأن امتناعهم عن الشهادة لفائدة بريء يدخل أساسا في باب التستر عن مرتكب الجرم الحقيقي وهو أحد الأقارب إذ تصور خلاف ذلك يبقى أمرا غير وارد إذ لا يعقل أن يمتنع القريب عن تقديم دليل لفائدة قريبه المتابع سواء كان محبوسا أو محكوما عليه.

من هذا المنطلق إذا كان صحيحا أن مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي التفسير الضيق وهو الأساس الذي اعتمده البعض للقول أن استدعاء القريب وامتناعه عن تقديم الشهادة بخصوص براءة شخص وبأداء اليمين القانونية يشكل جرما مستقلا ولا يخضع للحصانة المنصوص عليها بالمادة 182 ق.ع اعتمادا في ذلك على ظاهر النصوص الأخرى التي تجرم شهادة الزور طبقا لأحكام المواد 228 ق.ع وما يليها وكذا المادة 97 ق.إ.ج وما يليها، والتي لم تتضمن أية حصانة.

لكن خلاف ذلك نرى أن المادة 182 ق.ع بالنسبة لبقية النصوص التي تلتها تعتبر نصا خاصا وطبقا للقاعدة الجنائية أن الخاص يقيد العام وأن هذه النصوص التي تلت المادة 182 ق.ع تخاطب الكافة فإن الاستثناء الوارد بالمادة 182 ق.ع المتعلق بالحصانة ينطبق بشأنها اعتبارا أنه نص مقيد وإلا ما جدوى هذه

[1] Les liens de Famille et le droit pénal -GUECHI Cherifa Op.cit p.306 et S.

[2] يلاحظ أن النص باللغة العربية يذكر من يمتنع عمدا أن يشهد في حين الصياغة باللغة الفرنسية (celui qui connaissait la preuve) وفي رأينا أن هذه الصياغة هي الأصل حتى لا يقع الخلط بينها وبين الشهادة هذه الأخيرة التي لا تكون إلا أمام جهات القضاء.

الحصانة المنصوص عليها في المادة 182 ق.ع والتي تشكل أحد صور الشهادة أمام القضاء أو تصريح أمام الشرطة وأكثر من ذلك خلافا للقول أن هناك شهادة يدلى بها تلقائيا وشهادة يدلى بها بعد الاستدعاء إذ الأمر في النهاية واحد ويكفي أن الفقرة الثالثة من المادة 182 ق.ع تذكر "ومع ذلك فلا يقضى بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه وإن تأخر بالإدلاء بها" وهو ما يفيد أنه في حالة تحريك الدعوى العمومية فإن التأخر في الشهادة هو ظرف مخفف للعقوبة ومن باب أولى أن المستفيد بالحصانة هو الآخر يكون معنيا في أي مرحلة كانت عليها هذه الدعوى وتأسيسا على ذلك نرى أنه حتى في حالة إجراءات التحقيق ورغم أن الأقارب لغاية الدرجة الرابعة معفون من اليمين وحتى في حالة تأديتها فإن الحصانة تبقى قائمة إذا ما توافرت شروطها في أي جرم من الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات والمتعلقة بالشهادة سواء لصالح المتهم أو ضده اعتبارا أن تصرف المستفيد من الحصانة سلبا أو إيجابا هدفه هو المقاصد المحددة في الحصانة الأسرية وهي حماية الأسرة، إذ تدعيما لهذه الفكرة نجد أن بعض التشريعات تعفي أفراد الأسرة من أداء الشهادة في حالة رفضهم لها طبعا عندما يكون أحد أقربائهم معني بهذه الشهادة مثلما هو حال نص المادة 52 من قانون العقوبات الألماني[1]، في حين المشرع الإيطالي نص على العذر المعفي للشاهد المظلل للعدالة تفاديا لمغبة المساس بشرفه أو حرمته أو شرف أسرته[2].

ثانيا: أعضاء الأسرة المعنية بالحصانة في جرائم عرقلة سير العدالة

إذا كان تجريم فعل التستر عن الجريمة ومرتكبها المدرج بنص المادتين 91-180 من قانون العقوبات تضمن حصانة أسرية فأن النص الأول مثلما تم الذكر خص الأسرة بحصانة أولا جوازية وثانيا ضيق من نطاق مجالها باقتصارها على الأقارب والأصهار لغاية الدرجة الثالثة، ولعل الأمر الذي ارتآه المشرع مرده الخطورة الجرمية وتعلق الأفعال بأمن الدولة والدفاع عن الوطن اعتبارا أن محل الجريمتين هو الخيانة والتجسس في حين خلاف ذلك فإن النص الثاني وسع من نطاق مجال الحصانة الأسرية مثلما هو مبين بالمادة 180 ق.ع المحدد بالدرجة الرابعة أقاربا وأصهارا.

إذا كانت الحصانة من حيث نطاقها الموضوعي في قانون العقوبات لم تكن بشكل واسع خلافا لتشريعات أخرى فإن المؤكد أن هذا النطاق الموضوعي انصب فقط على جرائم التستر عن الجريمة ومرتكبها وكذلك

[1] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي- ماجستير – مرجع سابق ص.78

[2] نفس المرجع ص.81

جرائم الأموال، في حين خلاف ذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي والذي وسع هذا النطاق الموضوعي ليشمل الجرائم الإرهابية[1]، وكذلك الجرائم المتعلقة بالإقامة غير الشرعية.

ومادام الأمر في هذا الشأن متعلق بنطاق الحصانة من حيث الأشخاص الأمر الذي يقتضي معالجته من خلال التشريعات الجنائية المقارنة (أ) ثم تحديد مجال الأشخاص المستفيدين من الحصانة في هذه الجرائم على ضوء أحكام قانون العقوبات (**ب**).

أ- النطاق الشخصي للحصانة في جرائم التستر على الجريمة ومرتكبها في التشريعات المقارنة

إن هذا النطاق يتسع ويضيق وفقا للرؤية المخصصة من طرف المشرع لهذه الحصانة، أخذا في ذلك بالمصلحة العامة والذي يقتضي تضييق المجال الشخصي لها من جهة ومن جهة أخرى أخذا بالمصلحة الخاصة وتحديد المصلحة الأسرية والذي يقتضي توسيع هذا المجال فبالنسبة لتوسيع هذا النطاق فقانون العقوبات التركي والذي اعتبر في ذات الوقت هذه الحصانة بمثابة عذر معفي أحيانا ومخفف أحيانا أخرى بالنسبة فقط لجريمة إخفاء المجرم وإتلاف أدوات الجريمة ومخفف بالنسبة لتسهيل فرار المحكوم عليه أو الموقوف مؤقتا وأعفى بذلك بالنسبة لإخفاء المجرم الأصل والفرع والزوج والأخ والأخت في حين خفف العقوبة لهؤلاء في جرم تسهيل الفرار.

في حين المشرع الفرنسي من خلال المادة 434-11 وسع النطاق الشخصي للحصانة ليمتد إلى الأصول والفروع وأزواجهم والإخوة والأخوات وأزواجهم إلى جانب مرتكب الجريمة.

والمشرع البلجيكي مدد هذه الحصانة حتى للمطلق والمطلقة وأكثر من ذلك المشرع السويدي في الجرائم المتعلقة بعرقلة سير العدالة مدد الحصانة إلى الخطيب والمخطوبة وإلى الأبناء بالتبني والمكفولين رغم عدم ذكره للإخوة والأخوات.[2]

أما بالنسبة لتضييق هذا النطاق فالمشرع الكندي خصص الحصانة للزوجين فقط في جرائم الأموال دون جرائم الاعتداء على سلطة الدولة[3].

[1] V. l'art. 434 N.C.P.Francais

[2] محمد اللجمي – نفس المرجع ص.215

[3] نفس المرجع ص.231 إلى 236

وإذا كان هذا هو الأمر بالنسبة لهذه التشريعات الأوربية والتي بالرغم من المعارضين للحصانة الأسرية واستبدالها ببدائل تقييد المتابعة بالنسبة للجرائم ذات الصلة بالأسرة بالشكوى المسبقة إلا أن هذه التشريعات ظلت ولا تزال مصممة على هذه الحصانة وبشكل موسع سواء من حيث موضوعها أو من حيث الأطراف المستفيدة منها.

في حين ما نراه بالنسبة لقانون العقوبات أنه تميز بنوع من التضييق سواء بالنسبة للنطاق الموضوعي[1]، أو النطاق الشخصي إذ مجال الأطراف المعنية بالحصانة يتأرجح بين الدرجة الثالثة والرابعة.

ب- نطاق الأشخاص المعنيون بالحصانة الأسرية في قانون العقوبات

إذا كانت المادة 91 ق.ع ضيقت مجال المستفيدين من الحصانة بجعلها تنحصر في الأقارب والأصهار لغاية الدرجة الثالثة فإنه من خلال المادتين 180 و182 تم تمديد الحصانة للأقارب والأصهار لغاية الدرجة الرابعة، وأن الوقوف على هذه الأطراف قرابة وأصهارا محدد بنصوص القانون المدني بالمادة 32 المعرفة للأقارب وبالنسبة للأصهار المادة 35 [2].

إذا كان تحديد هذا النطاق يبدو أمرا سهلا من خلال نصوص القانون المدني المذكور إلا أنه يثير معضلتين الأولى متعلقة بإغفال ذكر الأزواج كأطراف معنية بالحصانة (**1**) في حين أن النطاق يتحدد بالأساس خصوصا بشأن قرابة المصاهرة اعتبارا أنها ثابت متغير ليطرح بدوره تساؤلات متعلقة بقيام أو سقوط الحصانة (**2**).

1- استفادة الأزواج بالحصانة الأسرية

إن المعضلة التي تعترض القضاء في هذا الشأن أثناء الممارسة العملية هو أن الزوجة أو الزوج هما الأقرب للجاني والأولى بالحصانة تسترا على زوجه الآخر ومع ذلك لم يرد ذكرهما بالنص وكان ذلك مدعاة لمحاولة تفسير النص إذ يرى البعض أن الأزواج ليسوا من الأقارب ولا من الأصهار مما يتعين استبعادهم من الحصانة تطبيقا في ذلك للتفسير الضيق الذي يقتضيه مبدأ الشرعية الجنائية في حين يرى البعض أمام هذه الثغرة وجوب تجاوزها اعتبارا أن الأزواج هم من الأقارب وهو أمر مستبعد بالنظر لنص المادة 32 ق.م ويرى آخرون

[1] لاحظ في هذا الصدد أن النصوص المتعلقة بتجريم الإرهاب لم تتضمن أي نص للحصانة الأسرية خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص على هذه الحصانة في الجرائم الإرهابية.

[2] – المادة 32 ق.م تنص: تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد

– المادة 35 ق.م تنص: يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر

اعتبارهم من الأصهار وهو الآخر يصطدم ونص المادة 35 ق.م ومع ذلك هو رأي يميل إليه الكثير مستندين في ذلك بنص المادة الثانية من قانون الأسرة[1].

وإذا كان المشرع في المادتين 180، 182 ق.ع ساير المشرع الفرنسي في مواده المماثلة 61، 63 ق.ف.ق والذي تسبب في الثغرة السالفة الذكر بعدم ذكر الأزواج فإن المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الحالي الساري المفعول بدءا من جانفي 1994 تدارك الأمر وذكر الأزواج صراحة بنص المادة 434-1 بالاستفادة من الحصانة الأسرية لزوج الفاعل وكذا زوج الشريك وحتى للشخص المعروف بعيشه كزوج بالمادة 434-6.

إن المنطق في هذا الصدد يقتضي تطبيقا لمبدأ الشرعية الجنائية دفع المشرع إلى القيام بتصحيح وإصلاح هذه الثغرة وتأكيد أحقية الأزواج في الحصانة الأسرية[2]، بدلا من التمادي في الإبقاء على هذه الثغرة والذي اعتبره البعض نسيانا إلا أن التمادي في النسيان يشكل ما يراه البعض بالأمر المدهش بل مبعث صدمة[3].

2- نطاق حصانة الأشخاص الثابت المتغير

إذا كان المؤكد بشأن حصانة القرابة أنها لا تثير أي إشكال اعتبارا أنها أمر ثابت غير متغير فإن الأمر بالنسبة لقرابة المصاهرة هو الثابت المتغير، فكلما كانت الرابطة الزوجية قائمة تكون قرابة المصاهرة ثابتة في حين أن حل الرابطة الزوجية هو أساس المتغير اعتبارا أن الطلاق يؤدي إلى التغير بشأن الحصانة على الأقل فوالد الزوجة بعد الطلاق لا يصبح صهرا فما هو المآل بالنسبة للحصانة في هذه الحالات، لقد اختلفت الآراء بشأن الاستفادة من الحصانة ولكنها تكاد تجمع أن الحصانة مرتبطة بزمن وقوع الجرم فارتكاب الجرم قبل قيام رابطة المصاهرة يفقد الحصانة الأسرية حتى بعد كشف ا لجرم أثناء قيام هذه الرابطة.[4]

وإن كان هناك رأي يميل إلى أن الحصانة تقوم بمجرد قيام الرابطة ومن ثم فإذا كان اكتشاف الجرم قبل ذلك فهو أمر منطقي ألا نتحدث عن الحصانة أما في حالة اكتشاف الجرم بعد الرابطة هو أمر يقتضي الاستفادة من الحصانة اعتبارا أن ذلك يخدم مصلحة استمرار الأسرة.

---

[1] المادة الثانية من قانون الأسرة: الأسرة تتكون من أشخاص تجمعهم صلة الزوجية وصلة القرابة.

[2] الجرائم الأسرية – عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.546 وما بعدها.

[3] الحماية الجنائية للأسرة- لنكار محمود- دكتوراه- مرجع سابق ص.252

[4] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي- ماجستير – مرجع سابق ص.84

في حين وقوع الجرم بعد انحلال الرابطة الزوجية فهنا تثار المعضلة بالنسبة للأزواج من جهة والأصهار من جهة أخرى، فإذا كان الأصهار يفقدون هذه الحصانة بمجرد فك الرابطة أساس المصاهرة فإن الأمر بالنسبة للأزواج كأزواج يفقدون هذه الحصانة من دون شك إلا أنه بالنسبة لمن تخلف لهما أبناء فهناك من يرى استفادة الأزواج بعد الطلاق حفاظا على الأبناء خصوصا أن أحد الأبوين يبقى حاضنا والآخر له حق الرقابة.[1]

وهو الرأي الأقرب للمنطق ولاعتبار آخر في حالة انحلال الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين فذلك لا يضع حدا لقرابة المصاهرة بالنسبة لأخوال وأعمام الأبناء ومن ثم فان سريان مفعول الحصانة بالنسبة إليهم في هذه الحالة يحقق مسعى الإبقاء على الانسجام الأسري واستمراريته.

يبقى في الأخير واعتبار أن المشرع من خلال القانون 14-01 المتضمن اصلاحات بشأن قانون العقوبات نص في المادة 337 مكرر المتعلقة بالفواحش بين ذوي المحارم بإضافة تطبيق هذا العقاب المشدد للكافل[2]، وهو من يحل محل الأصول فإنه من باب أولى أيضا مراعاته في الحصانة والنص على استفادته منها في الجرائم المتضمنة الحصانة الأسرية وهذا ما نصبوا أن تتم مراعاته في التعديلات المستقبلية.

الفرع الثاني: الحصانة في جرائم الأموال

إن الأمر المؤكد أن المجتمع يقوم في أساسه على قيم تحفظ النظام الاجتماعي وأن انتهاك هذه القيم من شأنه أن يعرضه إلى الاختلال والذي يتسبب في إحداث اضطراب للمجتمع ومن ثم كان لزاما إيجاد قواعد لحماية هذه القيم الاجتماعية من خلال قواعد تقوم في الأساس على عنصر هام من دونه لا تتحقق الغاية من هذه القواعد وهو عنصر الإلزام أو الجزاء والمتخذ له صورا عديدة أخطرها وأشدها صرامة هو الجزاء الجزائي الموكول الاستئثار به للدولة في توقيع العقاب وهو الذي يمثل رد الفعل الاجتماعي أساس التصدي للجريمة[3].

إن ارتكاب الجريمة وفقا لهذا المفهوم يعد انتهاكا خطيرا لقيم المجتمع يستوجب مواجهته بالوسيلة التي خصها المجتمع والمتمثلة في القواعد المحددة بالقانون الجنائي والمتسمة بالصرامة في معاملة مرتكب الجريمة وبقدر خطورتها على المجتمع إذ قد تنصب على أخذ ماله أو الحد من حريته وقد تصل إلى وضع حد لحياته إلى جانب

[1] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي- ماجستير – مرجع سابق ص.84.

[2] المادة 337 مكرر تنص تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم... ويطبق... بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع والأصول.

[3] الجرائم الاسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.497

ما ينجم عن هذه العقوبة من مساس بسمعته وشرفه وما يتكبده من معاناة نظرة المجتمع له وهي كلها عوامل مبررة للعقوبة والمخصصة لحماية هذه القيم ذات الأهمية للحفاظ على استقرار المجتمع مع أن المؤكد بشأن صرامة هذه القواعد والمتميزة كغيرها من القواعد بخاصية الإلزام فإنها تخاطب كافة أفراد المجتمع دون تمييز وهي خاصية أساسية تقتضي تحقيق فكرة العدل بين الجميع والتي أساسها مبدأ مساواة الكافة أمام القانون وبالأخص القواعد الجنائية التي تقتضي التطبيق على الجميع[1].

لكن في ذات الوقت إذا كان هدف القانون الجنائي هو التصدي للجريمة المهددة للمجتمع فإن العقوبة من خلال تطورها لم تعد بمثابة الانتقام من الجاني بقدر ما أصبحت تسعى إلى إعادة إدماجه في المجتمع وفي الحالتين تحقيق الاستقرار الاجتماعي.

في هذا الصدد اقتضت السياسة الجنائية من خلال الأهداف المرسومة لها والتي كرسها المشرع فكانت القواعد الجنائية الخاصة بالأسرة سعيا للحفاظ على استقرارها حتى ولو كان ذلك بتنازل المجتمع بشأنها عن حق العقاب إذ أن ما هو ثابت أن الأسرة وهي الخلية الأساسية في المجتمع لها مجالها الخاص بأعضائها وأن ارتكاب أحدهم لجريمة في حق بقية الأعضاء يستوجب معاملة خاصة سعيا لتفادي القطيعة بين أفراد الأسرة والتي حتما ينجم عنها الشقاق المهدد لاستقرار الأسرة ولدرجة يصعب إعادة بنائها وهو الأمر الذي أدى بالمشرع إلى التنازل أحيانا عن العقاب وأحيانا أخرى تقييد الدعوى العمومية الهادفة للعقاب رغبة منه حفظ الأسرة وهو المسعى الذي وإن كان يصطدم بأحد أهم مبادئ القانون وهو مبدأ المساواة مثلما سبق الذكر إلا أنه يحقق هدفا أسمى من ذلك وهو حفظ الروابط الأسرية وبقاءها في منأى من التفكك[2] والتنازل عن العقوبة في بعض الجرائم لفائدة الأسرة باعتبار أنها تخص محيطها لتعالجها وفقا لمشيئة أفرادها (اعتبارا أن ذلك غسيلا يخصها) *(Laver son linge sale en famille)*[3]

من هذا المنظور كانت الرؤية للأسرة وإبعاد القانون الجنائي عن مجالها وفقا لقواعد محددة ذات صبغة خاصة بها كيفت بالحصانة الأسرية وبإطار مميز لها منذ القدم خصوصا بالجرائم المتعلقة بالأموال بجعل بعض أفراد الأسرة يتمتعون بحصانة مطلقة ويعفون كلية من العقاب في حين البعض الآخر منهم تخضع متابعتهم لقيود محددة.

[1] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.192 et 193
[2] Ibid p.194
[3] Famille et droit pénal Olivia MAURY- thèse de doctorat –op.cit P.76

إن هذه الحصانة في جرائم الأموال دعت البعض أن يطلق عليها بالنظام المطبق في جرائم الأموال[1]، والتي يسعى المشرع من خلاله إلى تعزيز الأسرة بإجراءات مانعة للعقاب أو مقيدة له[2].

وهذه الحصانة الأسرية في مجال جرائم الاعتداء على الأموال منصوص عليها بالمادة 368 وما يليها من قانون العقوبات والمتعلقة بأربعة جرائم وهي: السرقة، النصب والاحتيال، خيانة الأمانة، وإخفاء المسروقات وباعتبار أن هذه الجرائم يجمعها عنصر الاعتداء على الأموال فإن معالجتها جميعا تقتضي تحديد الحصانة التي حددها المشرع في هذا الشأن وبنوعيها المطلقة المانعة للعقاب (**أولا**) وتلك المتعلقة بتقييد الدعوى العمومية بشأنها (**ثانيا**).

أولا: الحصانة المطلقة في جرائم الأموال

إن جرائم الأموال أدرجها المشرع في قانون العقوبات في الكتاب الثالث في بابه الثاني تحت عنوان الجنايات والجنح ضد الأفراد، وفي الفصل الثالث منه في قسمه الأول تحت عنوان السرقات وابتزاز الأموال *(vols et extorsion)* والمشتمل على الأحكام المتعلقة بجريمة السرقة ثم القسم الثاني المتضمن النصب والقسم الثالث خيانة الأمانة والقسم السادس إخفاء الأشياء المسروقة مثلما هو مبين بالمواد 350 وما يليها بخصوص جريمة السرقة والمادة 372 وما يليها والمتعلقة بالنصب والمادة 376 وما يليها والمتعلقة بخيانة الأمانة والمادة 387 وما يليها والمتعلقة بإخفاء الأشياء المختلسة أو المبددة أو المتحصلة من جناية أو جنحة.

لا شك انه من خلال تصفح مضمون هذه المواد فإنها أساسا تستهدف الإضرار بملكية الغير ومن ثم نجد أن المادة 350 ق.ع تنص على أن السرقة هي اختلاس شيء مملوك للغير في حين النصب بدوره طبقا للمادة 372 يهدف إلى سلب ثروة الغير أما خيانة الأمانة فإن الإخلال بأحد العقود الواردة بنص المادة 376 يشكل الاستيلاء على أموال الغير وإضرارا بمالكيه.

وأما إخفاء الأشياء المسروقة فإن نص المادة 387 ق.ع صريح في لفظه بالتأكيد على إخفاء الأشياء المسروقة أو المبددة وذلك يعني الإضرار بملكية الغير.

من خلال هذه الجرائم المنصبة على الأموال فإن ارتكاب أي من الكافة المخاطبين بها يعرضهم للعقوبات المخصصة بشأنها وفقا للتكييف المقرر بأحكام النصوص المتعلقة بها، إلا أنه استثناءً من هذه الأحكام فإن

[1] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.198

[2] الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.513 و514

المشرع ومراعاة لمصلحة الأسرة نص بالمادة 368 ق.ع على الحصانة الأسرية والتي اتخذت نوعين لها الأول حصانة مطلقة يعفى المعني بها مطلقا من العقاب والثاني حصانة مقيدة للدعوى العمومية.

في هذا الصدد سواء بالنسبة للنوع الأول أو الثاني فإن نص المادة 368 السابق الذكر حدد الأطراف المستفيدة من الحصانة المطلقة على سبيل الحصر في ثلاث فئات الأولى السرقات الواقعة من الأصول إضرارا بالفروع والثانية الفروع إضرارا بالأصول والثالثة أحد الزوجين إضرارا بالآخر.

وإذا كان هذا النص تضمن عدم العقاب على السرقات المرتكبة من طرف هذه الفئات الثلاث وفقط لا تخول الأضرار الناجمة عنها سوى الحق في التعويض عن طريق المطالبة أمام القضاء المدني فإنه بالنسبة لجرائم الأموال الأخرى وهي النصب وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المسروقة تخضع لنفس الحصانة بناء على المواد 373، 377، 389 ق.ع التي تحيل إلى تطبيق أحكام الحصانة المنصوص عليها بالمادة 368 السابقة الذكر ومن ثم فإن أحكام الحصانة وشروطها والتي سنتناولها إجمالا تخص وتنطبق على الجرائم الأربعة المذكورة المنصوص عليها حصرا.

وعلى أساس ذلك فإن قيام أحد أفراد الأسرة بالاعتداء على أموال الفئات الأسرية المبينة بنص المادة 368 ق.ع والذي يشكل جرما معاقبا عليه إلا أن الجاني المذكور يبقى في منأى عن العقاب وهو الأساس القانوني لما أطلق عليه بالحصانة الأسرية.

إن مرد هذه الحصانة يرجع إلى أسس تأصيلها ومنها تاريخيا عند الرومان بسبب ملكية الأسرة المشاعة وما ذهب إليه تفسير المادة 380 ق.ع الفرنسي القديم والذي يؤسس هذه الحصانة على ارتباطها بمواضيع مدنية أو بوكالة ضمنية بين الزوجين وهي نظريات عرف عنها أنها ذات طابع قانوني وأخيرا التأصيل المبني عن النظرية الأخلاقية لحماية الأسرة والذي أطلق عليه باللياقة الأسرية والتي تهدف إلى حماية الأسرة من الفضيحة[1] بالرغم من النقد الموجه لهذه النظريات ولحد المطالبة بإلغاء الحصانة فإن التشريع الجنائي أبقى على هذه الحصانة[2]، رغم بعض الاختلاف في تضييق أو توسيع المستفيدين منها بل وأن غالبية الكتاب من رجال القانون أكدوا طابع وتأصيل هذه الحصانة.

[1] الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.507 وما يليها

[2] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.200

(En fait, nous sommes en présence d'une dérogation ayant une nature juridique bien originale, comme l'avait justement vu une grande partie des auteurs)[1]

إن هذه الرؤية لمفهوم الحصانة الأسرية وبدرجة أساسية تهدف إلى حفظ الروابط الأسرية من خلال إبعاد القانون الجنائي عن التدخل في مجالها اعتبارا أن هذا التدخل من شأنه أن يحدث القطيعة الكاملة بين أعضائها بل ويمكن أن يتسبب في فك الأسرة وحلها بالطلاق مثلا، وهو الأمر الذي أدى بالمشرع إلى تفادي مثل هذه الوضعيات وهي أشد وقعا على الأسرة والمجتمع وأخطر من وقع الجريمة ذاتها[2].

من هذا المنطلق فالحصانة الأسرية في جرائم الأموال هي ذات طبيعة خاصة لمنع العقاب بحيث أن نص المادة 368 ق.ع في هذا الشأن أنشأ سببا لعدم قبول الدعوى العمومية وبصفة مطلقة مهما كان سبب ارتكاب هذه الجرائم وذلك بسبب الرابطة الأسرية التي هي بمثابة الحاجز الذي يحول دون حق النيابة في المتابعة، فالتعبير (لا يعاقب على السرقات) وحده كاف لمنع النيابة من تحريك الدعوى العمومية وتصبح ملزمة بحفظ الملف المتضمن مثل هذه الوقائع وأكثر من ذلك فحتى إذا كانت الوقائع تتضمن أطراف أخرى أجنبية عن الأسرة مع أعضاء من الأسرة فإن جهات الحكم الجزائية وهي تفصل في الدعوى العمومية تصبح غير مؤهلة بشأن الأطراف المعنية بالحصانة وهو ما أكده الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية تفسيرا لنص المادة 380 ق.ع.ف.ق

(l'article 380 C.P, en disposant que les soustractions entre époux ne pouvaient donner lieu qu'à des réparations civiles, édicte un principe d'irrecevabilité de l'action pénale qui s'impose aux juridictions et que celles-ci ne sauraient enfreindre sans violer les règles de leur compétence. Cass.Crim 30 décembre 1932, D.H.1933, 54)[3]

وأكدت نفس محكمة النقض في قرارات حديثة للتأكيد على أن هذه الحصانة تشكل استثناء يحول دون المتابعة[4]، بل هي سبب لعدم قبول الدعوى الجزائية أمام جهات التحقيق وجهات الحكم[5]، كما يمكن للمستفيد التمسك بهذه الحصانة ولو لأول مرة أمام محكمة النقض[6].

[1] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.199
[2] Ibid p.198
[3] Ibid p.200
[4] Cass.crim 21 mars 1984 Bull.crim n°124
[5] Cass.crim 24 janvier 1994
[6] Cass.crim 22 décembre 1986 Bull.crim n°381

وإذا كانت الحصانة الأسرية في جرائم الأموال بهذه الدرجة من الأهمية لتعزيز الأسرة وإبعادها عن كل ما من شأنه أن يهدد كيانها فإن هذه الحصانة تخضع لشروط محددة حتى لا تترك دون تحديد خصوصا وأن الشرعية الجنائية تقتضي هذا التحديد الدقيق لتطبيقها.

فنص المادة 368 ق.ع حدد حصرا فئات ثلاث معنية بهذه الحصانة إذ من خلالها يتجلى بوضوح أن جرائم الأموال الخاضعة لأحكام الحصانة تقتضي قيام شرطين أساسيين الأول أن تكون الأموال محل الاعتداء أسرية يعني ذلك أن يكون عضو الأسرة المذكور في الفئات الثلاث السالفة الذكر مالكا لهذه الأموال (أ) أما الشرط الثاني أن يكون المعتدي على هذه الأموال بدوره أحد الفئات الثلاث المذكورة (**ب**).

أ- الأموال ملك لعضو الأسرة

لا شك أن الجرائم الأربعة المعنية بالحصانة منصبة على الاعتداء على الأموال، وأن المتضرر مباشرة من خلالها هو أحد الفئات الثلاث المذكورة بنص المادة 368 ق.ع، يعني ذلك أن عضو الأسرة المتضرر مباشرة يقتضي وجوبا أن يكون مالكا للأموال محل الاعتداء فالأموال التي يحوزها في شكل وديعة أو أنها مثقلة بتصرف لفائدة الغير تؤدي إلى استبعاد الحصانة الأسرية عنها وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في عدة قرارات[1]، فالأموال المشاعة مع الغير وأموال التركة تفتقر لشرط الملكية الكاملة[2]، ونفس الأمر بالنسبة لسرقة أموال الشركة من طرف عضو الأسرة الشريك

(Le vol et l'abus des biens sociaux)

إذ رفضت محكمة النقض حصانة الزوجة المسيرة للشركة محدودة المسؤولية من خلال سرقة حصة زوجها[3]، ونفس الشئ إذا كان الزوج مسيرا للشركة فلا حصانة لزوجته في سرقة حصتها وحصته في هذه الشركة[4]، بل وأكثر من ذلك حتى ولو أن الشركة أسرية فإن سرقة أموالها من طرف أعضاء هذه الشركة يستبعد الحصانة اعتبارا أن الاعتداء لا يمس مصالح الشركة وأعضائها بقدر ما يشكل اعتداء على مصالح الغير المتعاقد مع هذه الشركة[5].

[1] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.213
[2] Cass.crim 21 mars 1984 Bull.crim n°124
[3] Cass.crim 3 avril 1967 Bull.crim n°119
[4] Cass.crim 04 décembre 1974 Bull.crim n°361
[5] Cass.crim 26 mai 1994 Dr.pénal 1994.comm. n°218 note M.Véron

كل هذه الحالات تفيد استبعاد الحصانة الأسرية لكون محل الاعتداء ليس ملكا خالصا لعضو الأسرة المتضرر بل هو ضرر متعدي للمساس بالمصالح الخاصة أو العامة، هذه الأخيرة التي تتمثل في عدم الامتثال للقرارات القضائية كتبديد الأموال تحت الحراسة وسرقة الأموال المحجوزة، وأموال التفليسة[1].

إذا كان هذا هو حال الحصانة من خلال الاجتهاد القضائي في فرنسا والمستبعد للأموال التي تتجاوز حدود الأسرة وهو ما عبر عنه البعض بالخطر المتعدي فإن جرائم الإضرار بملك الغير كتغيير أرسام الحدود وجرائم الاستيلاء على التركة وجرائم الشيك وجريمة خيانة الأوراق المؤتمن عليها والموقعة على بياض وجريمة تنظيم الإفلاس والجرائم المتعلقة بالتخريب وإتلاف الأموال جميعها مستثناة من الحصانة الأسرية، وأكثر من ذلك حتى الجرائم المعنية بالحصانة فإن الظروف المشددة كالعنف مثلا الممارس بمناسبة القيام بها يحول دون الاستفادة من الحصانة بالنسبة لهذه الظروف المشددة فالسرقة المقترنة بالعنف مثلا الذي يؤدي إلى القتل ينجر عنه الحصانة بالنسبة للسرقة لكن جريمة القتل تظل قائمة.[2]

إلى جانب ذلك فإن المشرع الفرنسي وتعزيزا للوقاية من العنف وحماية الزوجين من خلال القانون 2006-399 المؤرخ في 2006/04/04 عدل المادة 311-12 ق.ع الفرنسي الحالي المتعلقة بالحصانة ليضيف فقرة تستثني من الحصانة سرقة أحد الزوجين للوثائق الضرورية للحياة اليومية كوثائق الهوية وبطاقة الإقامة بالنسبة للأجنبي ووسائل الدفع *(moyens de payement)*[3]

ب- المرتكب للجرم عضو في الأسرة

إن المادة 368 ق.ع حددت الأطراف المعنية بالحصانة الأسرية حصرا وهم الأصول إضرارا بالفروع، والفروع إضرارا بالأصول، وأحد الزوجين إضرارا بالآخر وهو ما يفيد بصفة قطعية ومؤكدة أن الجاني يجب أن يكون أحد هؤلاء وتكون صفة القرابة هذه ناجمة عن القرابة الشرعية وتكون قائمة وقت ارتكاب الجرم (**1**) وأن لا تتعدى هذه الحصانة مرتكب الجريمة للغير كالمساهم أو الشريك (**2**).

[1] محمد اللجمي- الحصانة العئلية في القانون التونسي والمقارن- مرجع سابق ص.396 وما بعدها.
[2] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.220
[3] Famille et droit pénal. Olivia MAURY- thèse Doctorat- op.cit P.81

1- ثبوت صفة الجاني

إن المشرع في هذا الشأن حدد الأطراف المعنية بالحصانة في جرائم الأموال وبشكل أوسع مقارنة ببعض التشريعات فذكر الأصول والفروع بشكل عام إلى جانب الزوجين في حين مثلا المشرع التونسي حصر هذه الحصانة فقط في الأصول إضرارا بفروعهم. [1]

إنه من دون شك طبقا للمادة 368 ق.ع أن الحصانة تتعلق بالأصول والفروع الشرعيين إذ لا مجال لغير هؤلاء سواء الطبيعيين أو بالتبني من جهة ومن جهة أخرى فإن إسقاط الأبوة عن الأصول تحول دون التمتع بالحصانة لمن أسقطت عليه الأبوة.

أما بالنسبة لجرائم الأموال بين الأزواج فإن شرط قيام العلاقة الزوجية وقت ارتكاب الجرم أمر مؤكد وأن الطلاق بين الطرفين الواقع قبل ارتكاب الجريمة لا يعفي الجاني من العقوبة[2]، وأنه بغض النظر عما إذا كان الزوجان يعيشان في مسكن واحد أو كلاهما مالك لمسكنه إذ العبرة هي في قيام الزوجية خلافا لما يشترطه المشرع الفرنسي للعيش في مسكن واحد إذ حالة الانفصال الجسدي للزوجين هي سبب يحول دون التمتع بالحصانة وفقط أن يكون هذا الانفصال الجسدي بأمر القضاء أما الانفصال بتراضي الطرفين فانه لا يحول دون التمتع بالحصانة.[3]

2- عدم استفادة الغير من الحصانة الأسرية

إذا كان الثابت أن عضو الأسرة هو المعني بالاستفادة من الحصانة الأسرية سواء كان فاعلا أو شريكا فإن هذه الحصانة لا تتعدى لغيره سواء كان فاعلا أصليا أم شريكا، اعتبارا أن الحصانة تخص من ذكروا على سبيل الحصر فقط، فالأخ سواء كان مساهما أو شريكا والذي يسرق أخاه بالرغم من الرابطة الأسرية لا يستفيد من الحصانة الأسرية المطلقة المنصوص عليها في المادة 368 ق.ع[4].

وإذا كان الأمر بالنسبة للمساهم والذي يعتبر قانونا بمثابة فاعل أصلي لا تمتد إليه الحصانة فإن الأمر بالنسبة للشريك يثير إشكالا إذ لا يعاقب الشريك على أساس أن الاشتراك يقتضي فعلا رئيسيا معاقب عليه[5]

---

[1] الفصل 266- قانون العقوبات التونسي (لا تعد من السرقة الاختلاسات الواقعة من الوالدين فما فوقهما لأمتعة أبنائهم)

[2] قرار المحكمة العليا 20 جوان 95- غرفة الجنح والمخالفات- طعن 117561- م.ق 1996 عدد1 ص.216

[3] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.210

[4] قرار المحكمة العليا الصادر في 16 جانفي المشار إليه في جيلالي بغدادي -* الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ج.2- مرجع سابق ص.156

[5] د.أحسن بوسقيعة- الوجيز في القانون الجزائي الخاص- ج.1 – مرجع سابق ص.310

وأن هذا الفعل الرئيسي بحكم الحصانة أصبح غير معاقب عليه وفقا لنظرية الاستعارة التي من خلالها يفلت الشريك من العقاب لعدم معاقبة الفاعل الأصلي وهو المؤكد بالاجتهاد القضائي الفرنسي[1].

وفي رأينا ما دام نص المادة 44 ق.ع تضمن عقاب الشريك مثل الفاعل الأصلي وأن الظروف الشخصية عن الجرم سواء مخففة أم مشددة أم معفية فلا تأثير لها ما عدا بالنسبة لمن تتصل به هذه الظروف، فإعفاء مرتكب الجرم بسبب ظرف شخصي ناجم عن القرابة هو أمر لا يعفي الشريك إذا كان أجنبيا. ومن ثم إذا كان الفرع السارق لوالده يعفى من العقاب فإن شريكه لا يستفيد من الحصانة خصوصا بعد التراجع عن نظرية الاستعارة التي أقرها الاجتهاد سابقا، ومن ثم يحسن بالمشرع التدخل لإزالة هذا الغموض والنص صراحة على عدم استفادة المساهم والشريك من هذه الحصانة مثلما فعله المشرع المغربي بصريح نص الفصل 536 من القانون الجنائي المغربي[2].

ثانيا: الحصانة المقيدة في جرائم الأموال

إذا كان قد سبق التأكيد على الحماية الأسرية المنبثقة عن الحصانة المطلقة في جرائم الأموال من خلال منع العقاب وفقط ترك المجال للدعوى المدنية فإن المشرع وسعيا لتمديد الحماية الأسرية لباقي أعضاء الأسرة ولغاية الدرجة الرابعة نص بالمادة 369 ق.ع على تقييد الدعوى العمومية لهذه الجرائم وهي بمثابة حصانة لأعضاء الأسرة إلا أنها حصانة معلقة بترك الأمر لأعضاء الأسرة، فالمتضرر من هذه الجرائم وبشأن مرتكبها لغاية الدرجة الرابعة (أقارب وحواشي وأصهار) هو من يملك الحق في تحريك الدعوى العمومية وذلك استثناءً من القاعدة الأصلية التي تجعل تحريك الدعوى العمومية بيد النيابة طبقا للمادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية.

وأكثر من ذلك إذا كانت هذه الأخيرة تحرك الدعوى العمومية وتباشرها ولا تملك حق التنازل عنها فإن الأمر بشأن جرائم الأموال المعنية بهذه الحصانة المقيدة جعل تحريك الدعوى العمومية بيد المتضرر منها مع حقه في التنازل عنها والذي يضع حدا لها؛ ذلك يفيد أن تقدير صلاحية الدعوى العمومية واستمرارها أو وقفها هو رهن إشارة المتضرر اعتبارا أنه الوحيد من يقدر مصلحة أسرته.

[1] Cass.crim 06 fév 1920 D.P 1921 code pénal N et A 1995 – 1996 Op.cit p.1952

[2] الفصل 536 ق.ع المغربي (المشاركون أو المساهمون مع السارقين الذين تنطبق عليهم أحكام الفصلين السابقين وكذلك مرتكب جريمة غخفاء تلك المسروقات لا تسري عليهم أحكام هذين الفصلين طالما انهم لا تتوافر فيهم الصفات المشار إليها فيهما)

إن هذا الاستثناء المقرر بالنسبة لجرائم الأموال المرتكبة في المجال الأسري من خلال القيد المتمثل في غل يد النيابة عنها خلافا للمبدأ الإجرائي العام وذلك من خلال اشتراط الشكوى المسبقة من طرف المتضرر (أ) من جهة ومن جهة أخرى فإن للطرف المتضرر وخلال كافة مراحل هذه الدعوى حق التنازل عنها (ب) الأمر الذي يعني أن هذه الحماية الأسرية ذات طابع خصوصي وهو ما يعبر عنه بالحصانة الإجرائية، مع الملاحظ أن بعض التشريعات تذهب أكثر من ذلك بشان أثر التنازل حتى بعد الحكم في الدعوى الذي ينجم عنه وقف تنفيذ الحكم الجزائي.[1]

أ- الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية في جرائم الأموال الأسرية

إذا كان البعض ينتقد التشريعات التي تضع الدعوى العمومية بيد الطرف المتضرر بالرغم من أن أصل الأمور أنها الأساس في استئثار الدولة بحق العقاب، ويعللون انتقادهم على أساس جعل الدعوى العمومية وتحريكها بيد الضحية هو عودة لعصر الانتقام الفردي الخاص خصوصا وأن ذلك لا يحمي الأسرة، وإن كان هناك من يرى في ذلك حماية فإنها لا تطال المجتمع اعتبارا أن السرقة هي جريمة اجتماعية[2]، لكن وخلاف هذه النظرة المعادية في أساسها للحصانة الأسرية فإن هناك من يرى بأقل حده أن الحصانة الأسرية في أساسها من خلال منع العقاب تؤدي إلى الإفلات منه والذي يمكن أن يدفع بعض الأعضاء في الأسرة إلى الانتقام كما هو الشأن بالنسبة لنزاع الأزواج والشعور بالكراهية والتخوف من الطلاق فيلجأ أحدهما إلى الانتقام من الآخر بسرقة أمواله ومن ثم يرى هؤلاء أن الحل الأنجع والذي يخدم مصلحة الأسرة يكمن في الحصانة الإجرائية أي تقييد الدعوى العمومية بالشكوى المسبقة إذ في هذه الحالة توصد الأبواب أمام عضو الأسرة للإضرار ببقية أعضاء أسرته

(nous recommandons que notre législateur puisse remplacer le régime de l'immunité par le système de la plainte préalable qui peut permettre d'atteindre les objectifs qu'il a visé en instaurant l'immunité sans priver la victime voir la famille de la possibilité d'apprécier l'éventualité de poursuites pénales ceci renforcerait la protection de propriété familiale par le droit pénal sans pour autant semer des troubles au sein de la famille et permettre d'éviter les percussions de l'immunité que nous avons évoquée)[3]

[1] انظر المادة 312 ق.ع المصري التي تضمنت إعطاء الحق للمجني عليه للتنازل عن الدعوى في أي مرحلة كانت علها الدعوى وأجاز له تنفيذ الحكم النهائي في أي وقت (مشار إليه في مرجع سابق د.عبد الرحيم صدقي – الأسرة والجريمة- ص.17)

[2] د.عبد الرحيم صدقي – الأسرة والجريمة في القانون الجنائي المصري- مرجع سابق- ص.69

[3] De l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais-Richard KAYIBANDA-Op.cit p.3/3

بل ويذهب البعض أن تقييد الدعوى العمومية بالشكوى المسبقة في جرائم الأموال الأسرية هو بمثابة البديل الأحسن لنظام الحصانة الأسرية لأنه يحقق أهداف المشرع بتفادي مساوئ الحصانة المتمثلة في التشجيع على ارتكاب هذه الجرائم الأسرية وإفلات مرتكبيها من العقاب من جهة ومن جهة ثانية تفادي حرمان المتضرر من اللجوء للقضاء والتصدي للتجاوز الخطير لعضو الأسرة في الاعتداء على بقية أعضاء أسرته.[1]

وإذا كانت الرؤى مختلفة، فان المشرع من خلال المادتين 368، 369 ق ع قد جمع بين الرأيين فأقر الحصانة المطلقة للأقارب المباشرين في حين اقر الحصانة الإجرائية للأقارب غير المباشرين لغاية الدرجة الرابعة وبذلك تتحقق الحماية الأسرية وفي ذات الوقت حماية الملكية الأسرية في حالة التمسك بالشكوى كقيد ليس فقط في جرائم الأموال بل وفي جرائم أخرى كجريمة الزنا مثلما بينا سابقا الأمر الذي جعل المشرع ينص على هذا القيد بقانون العقوبات ويدرج بقانون الإجراءات من بين أسباب انقضاء الدعوى العمومية سحب الشكوى إذا كانت لازمة للمتابعة.[2]

وإذا كانت شكوى المتضرر في جرائم الأموال المرتكبة في المجال الأسري بهذه الأهمية، فان الأمر يقتضي بدءا تحديد شروط الشكوى (**1**) ثم انقضاء الحق في هذه الشكوى(**2**)

1- شروط الشكوى الهادفة إلى تحريك الدعوى العمومية

إذا كان تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها يتم من طرف رجال القضاء أو الموظفين المعهود إليهم بها وفقا للقانون، فان المؤكد أن هذه الدعوى العمومية تحرك في الغالب بناء على شكوى أو بلاغ وان كان ذلك لا يمنع النيابة من تحريكها حتى من دون شكوى أو بلاغ.

لكن ما يهمنا في هذا الصدد وهو شروط الشكوى من طرف المتضرر في جرائم الأموال الأسرية ؛ والحال أن قانون الإجراءات الجزائية لم يتضمن النص صراحة بشأن شكل هذه الشكوى والكيفية التي تقدم بها، عدا المادة 17 منه نصت على أن ضباط الشرطة القضائية يتلقون الشكاوى والبلاغات وأن المادة 36 من نفس القانون تنص على اختصاص وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر والشكاوي والبلاغات. وما دام الأمر كذلك وللتوضيح بشأن الشكوى وشروطها فالمشرع أيضا لم يحدد ما إذا كان يقتضي أن تكون مكتوبة أو شفوية، كما لم يحدد الجهة التي تقدم إليها بالأولوية للضبطية القضائية أم النيابة ومن ثم فإنها تكون مقبولة كتابية كانت

[1] محمد اللجمي – الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن- مرجع سابق ص.328 وما يليها

[2] المادة السادسة فقرتها الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية.

أم شفوية وسواء قدمت للنيابة أم للضبطية القضائية ولكن في كل الحالات فالشكوى ليست بلاغا عن ارتكاب جريمة بقدر ما هي تصرف يفصح من خلاله الضحية المتضرر عن إرادته لإحداث أثر قانوني وهو الرغبة في متابعة مرتكب جريمة الأموال الأسرية وبذلك يتحقق شرط الشكوى [1]المنصوص عليه بالمادة 369 ق.ع ؛ وألا تكون هذه الشكوى معلقة على شرط انعقاد مجلس صلح عائلي مثلا وفشله في استرجاع الأموال المسروقة وان تقدم الدعوى بعد وقوع الجرم وليس عن جرم مزمع ارتكابه وأخيرا أن لا تقدم بعد تقادم الجريمة المحدد بثلاث سنوات في الجنحة وعشر سنوات في الجناية ما عدا حالة تحديد مدة أقل من ذلك محددة بنص لتقديم هذه الشكوى[2].

إن هذه الشكوى بشروطها السالفة الذكر تقتضي أن تكون مسبقة لتحريك الدعوى العمومية وهو ما يفيد بمفهوم المخالفة أن تحريك الدعوى العمومية من دون الشكوى المسبقة يؤدي إلى عدم قبولها لبطلان إجراءاتها.

يضاف إلى ذلك وهو تحصيل حاصل أن يكون مقدم الشكوى المتضرر مباشرة بنفسه أو بواسطة وكيله قانونا وأن تنصب الشكوى على أحد جرائم الأموال المعنية بالحصانة.

2- انقضاء التمسك بحق الشكوى

لا شك أن الشكوى المتعلقة بضرر ناجم عن جرم تخضع في الأساس وبشكل عام للمدة المقررة للتقادم في المادة الجنائية والمحددة قانونا بالنسبة للجناية والجنحة [3]وأن ذلك يفيد انه لا يمكن تحريك الدعوى العمومية في جرائم الأموال الأسرية بعد تقادم المتابعة وانه في حالة تحريكها ومباشرتها من طرف النيابة فان مآلها هو انتفاء وجه الدعوى أمام جهات التحقيق لثبوت التقادم والحكم بانقضائها لنفس السبب أمام جهات الحكم وهي القاعدة العامة إجرائيا بالنسبة لكافة الجرائم عدا ما استثني منها بنص خاص.

والى جانب هذه القاعدة العامة إجرائيا فان بعض التشريعات حددت للشكوى المسبقة أجلا محددا لتقديمها ولا تقبل بعده وبالتبعية يتعذر تحريك الدعوى العمومية في هذه الجرائم الأسرية مثلما هو حال المشرع

---

[1] محاورا لمصالحة والوساطة في الدعوى العمومية في التشريع المصري- د. محمود محمد شعبان- الملتقى الدولي المنظم من طرف منظمة المحامين لناحية سطيف بالتعاون مع مجلس قضاء المسيلة ببوسعادة 4و5 مارس 2009 –ص.17

[2] نفس المرجع والذي يشير أن الشكوى المسبقة في القانون المصري محدد لها مدة ثلاثة أشهر من تاريخ ارتكاب الجرم.

[3]- انظر مقتضيات المواد 6، 7، 8 ق ا ج

المصري وتحديده ذلك بمدة ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة بنص المادة الثالثة فقرتها الثانية من قانون الإجراءات الجزائية[1].

و الاجتهاد القضائي في هذا الشأن اعتبر أن عدم استعمال حق الشكوى في هذه الجرائم الأسرية يعد بمثابة قرينة قانونية قاطعة للتنازل عن هذه الشكوى. [2]

ونرى في تحديد هذه المدة مصلحة تخدم الحفاظ على استمرارية الروابط الأسرية بدلا من إبقاء الأمر غير محدد طوال مدة التقادم، ومن ثم كان يحسن بالمشرع أن يحدد مهلة لهذه الشكوى بدءا من وقوع الجرم وفي الأخير فحق الشكوى يسقط تلقائيا بالوفاة إذ انه لا ينتقل كحق للورثة وذلك لكونه حقا شخصيا اقره المشرع للمتضرر مباشرة دون غيره.

ب- التنازل عن الشكوى

مثلما قرر المشرع بنص المادة 369 ق ع تقييد الدعوى العمومية بالشكوى فانه بنفس النص أكد أن التنازل عن الشكوى يضع حدا لإجراءاتها وهو ما كرس بنص المادة 6 ق.ا.ج كقاعدة عامة لانقضاء الدعوى العمومية بسحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة.

إن هذا الأمر منطقي اعتبارا أن المتضرر المالك لتحريك الدعوى العمومية هو في ذات الوقت المالك لسحبها وأنه لا فرق بين سحب الشكوى والتنازل عنها إذ أن المشرع في قانون العقوبات ذكر مصطلح التنازل، في حين في قانون الإجراءات الجزائية ذكر مصطلح سحب الشكوى وما يؤكد ذلك أن الاجتهاد القضائي من خلال قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1970/12/20 تضمن وجوب الأخذ في الاعتبار أن سحب الشكوى من طرف الضحية في قضية سرقة الأقارب يضع حدا للمتابعة الجزائية لانقضاء الدعوى العمومية طبقا للفقرة الثالثة من المادة 6 ق.ا.ج. [3]

[1]- د.عبد الرحيم صدقي – الأسرة والجريمة- مرجع سابق ص.73

[2]- نقض 1970/04/06 مجموعة أحكام النقض س.21 رقم 131 ص 552 (المشار إليه في محاضرة الدكتور محمود محمد شعبان بعنوان المصالحة والوساطة في الدعوى العمومية في التشريع المصري –مرع سابق ص.22)

[3]- قرار المجلس الأعلى(حاليا المحكمة العليا) الصادر بتاريخ 1970/12/20 الغرفة الجنائية – نشرة القضاة 1971 عدد1 ص.82 (المشار إليه في جيلا لي بغدادي- الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية – ج 1 مرجع سابق ص.105

والمؤكد أيضا استخلاصا من المادة 369 ق ع أن التنازل عن الشكوى يتعلق فقط بإجراءات الدعوى العمومية إذ بمجرد صدور الحكم وبصيرورته نهائيا يفقد التنازل أثره خلافا لبعض التشريعات والتي تمدد أثر التنازل عن الشكوى للحكم بوقف تنفيذه كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري (للمجني عليه أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء).[1]

وإذا كان هذا هو الأمر بالنسبة للحصانة الأسرية في جرائم الأموال بشقيها المطلق والمقيد، فإن هذه الحصانة الأسرية لم تقتصر على جرائم الأموال الأسرية بقدر ما مست جرائم أسرية أخرى ذات صلة بالأسرة مثلما هو الأمر بشأن العنف الخفيف أو كما يطلق عليه (حق التأديب) والذي تضمنته المادة 269 ق.ع والمتعلقة استثناء بعدم العقاب عن العنف الخفيف ضد القصر ؛ وكذا تقييد الدعوى العمومية في جريمة خطف القاصرة دون 18 سنة بزواجها من خاطفها، وهي جرائم ذات طابع أسري فضلنا أن نخصص لها الفرع الثالث لما تتسم به من خصوصية الحصانة المشروطة.

الفرع الثالث: جرائم الحصانة الأسرية المشروطة

مثلما بينا في الفرع الأول بخصوص مفهوم الحصانة فإن الحصانة الأسرية المشروطة هي تلك التي يتوقف الانتفاع بها وفقا لشروط واجبة القيام وأنه بانتفاء هذه الشروط تنتفي الحصانة.

من هذا المنطلق ارتأينا معالجة ما أطلق عليه بحق التأديب والذي يبرر عدم تجريم العنف الخفيف والذي عبر عليه المشرع بالمادة 269 ق.ع بالإيذاء الخفيف بصدد تجريمه للعنف المرتكب على القصر، والذي اختلف في أمره وما إذا كان فعلا مباحا أم أنه يدخل ضمن إجازة قانونية وبالأخص لارتباطه أساسا بحق التأديب للأولياء بصفة خاصة وللمربيين بصفة عامة، إلا أن هذا العنف الخفيف في كل الحالات محصن على شرط واقف وهو ألا يتجاوز حدا معينا ويبقى في إطاره كإيذاء خفيف وأنه بمجرد تجاوز هذا الحد فإنه يفتح المجال لتحريك الدعوى العمومية (**أولا**)، في حين من جهة أخرى ودائما في إطار الحماية الجنائية المقررة للقصر فإن جرم اختطاف قاصرة دون 18 سنة من دون عنف أو تهديد أو تحايل هو فعل مجرم ويخول النيابة سلطة تحريك الدعوى العمومية مثله كمثل كافة الجرائم الأخرى إلا أن زواج الخاطف من المخطوفة يحول دون تحريك الدعوى العمومية إلا بناءً على شكوى ممن لهم الصفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز تحريك الدعوى

[1]– محمد عبد الحميد الألفي – الجرائم العائلية– الحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام النقض والمحكمة الدستورية والصيغ القانونية1999 – ص.184

العمومية ومعاقبة الخاطف لارتكابه الجرم المذكور إلا بعد إبطال الزواج وهو ما يفيد تقييد المتابعة أولا بالزواج ثم استمرار هذا القيد لحين إبطال الزواج (**ثانيا**).

أولا: حق التأديب كحصانة أسرية مشروطة

إذا كان حق التأديب بمفهوم واسع عرفته الحضارات القديمة والتي تعطي الحق لرب الأسرة تأديب كل من يقع تحت سلطته (الزوجات والأبناء والعبيد) وبسلطة مطلقة قد تصل إلى حد القتل فإنه مع التطور شيئا فشيئا تحولت هذه السلطة المطلقة إلى سلطة ولاية أسرية واقتصرت على التأديب وبشكل لا يتجاوز الغرض منه وهو التربية والطاعة التي تخدم مصلحة الأسرة وألا يتجاوز هذا التأديب حدود الجانب التربوي[1].

إن مشروعية حق التأديب- المبني في أساسه على الطاعة الوالدية بالنسبة للأبناء والطاعة الزوجية بالنسبة للزوجات- مصدرها أحكام الشريعة الإسلامية سواء في القرآن الكريم أو في السنة النبوية أو في الأثر وبشروط محددة ومقيدة.

فبالنسبة للزوجة في حالة نشوزها لقوله سبحانه "**والتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن**" [2] ولقوله صلى الله عليه وسلم (**استوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح**)[3]. إنه التأديب الذي يشترط فيه أن يهدف إلى الفائدة المقصودة من تشريعه لإصلاح حال الزوجة وأن يكون غير مبرح.[4]

وبالنسبة لتأديب الأبناء فإن أساسه يقوم على واجب التربية لقوله سبحانه "**يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة**" [5]وفي السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم (**مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع**)[6].

---

[1] – الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.563 وما بعدها

– الروابط الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي – ماجستير – مرجع سابق ص.91 وما بعدها

[2] الآية 34 من سورة النساء

[3] رواه احمد وابن ماجة مشار اليه في (د.سامي جميل الفياض الكبيسس-رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة مرج سابق ص.274)

[4] د.سامي جميل الفياض الكبيسي – رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة- دار الكتاب العلمية- بيروت ط.1 2005 ص.272 وما يليها

[5] الآية 6 من سورة التحريم الآية 6

[6]- مسند احمد، مشار إليه في د. سامي جميل الفياض الكبيسي ، رفع المسؤولية الجنائية في اسباب الاباحة، مرجع سابق، ص255

مع أن الفقه اختلف في شأن التأديب بين من يراه حقا لا واجبا كما هو الشأن عند المالكية والشافعية والحنابلة بينما المذهب الحنفي يرى فيه واجبا.[1]

أما بالنسبة للتشريعات الوضعية فإن كثيرا من الدول العربية نصت في تشريعاتها الجنائية على حق التأديب للزوجة والأطفال.[2]

في حين المشرع من خلال المادة 269 ق.ع وفي إطار تكريس الحماية للقصر بصفة عامة مشددا العقاب بخصوص العنف وسوء المعاملة للقصر إذا كان ذلك مرتكبا في حقهم من الغير وبعقاب أكثر تشديدا إذا كانت هذه الأفعال مرتكبة من طرف الأصول وكل من له سلطة على القاصر مثلما هو مبين بالمادة 272 ق.ع.

لكن وفي نفس نص المادة 269 ق.ع السالفة الذكر فإنه استثنى الإيذاء الخفيف وهو ما يفيد أن هذا الإيذاء الخفيف المرتكب على شخص القصر غير معاقب عليه ومن طرف الكافة المخاطبين بهذا النص بشكل عام وبالأولوية عدم عقاب أولياء القاصر وكل من لهم سلطة عليه إذا كان الأمر لا يتعدى الإيذاء الخفيف وهو ما يشكل حصانة من العقاب شريطة أن يكون العنف خفيفا والذي يدخل في إطار التسمية التي اتخذها الفقه وهي حق تأديب الأبناء الصغار (أ) في حين المشرع لم يتعرض لحق التأديب بالنسبة للزوجة بالرغم أن موروثنا الحضاري هو الشريعة الإسلامية وأنها المصدر الاحتياطي الأول للتشريع طبقا للمادة الأولى من القانون المدني. فهل يمكن أن نتحدث في هذا المجال عن حق تأديب الزوجة (ب).

أ- حصانة تأديب الأبناء الصغار

إذا كان نص المادة 269 ق.ع استثنى العنف الخفيف المرتكب على الصغار لا يجد أي تبرير له سوى أنه يهدف إلى تقويم الصغير وتربيته فإن مصدر النص على ما يبدو (رغم أنه مكرس كحق في الشريعة الإسلامية السمحة) له مرجعيته المرتبطة بقانون العقوبات الفرنسي القديم الذي تضمن نفس المحتوى في نص المادة 312 والتي بدورها استثنت العنف الخفيف الذي يهدف إلى تقويم انحراف الأطفال

(L'expression « à l'exclusion des violences légères » qui avait été interprété unanimement, comme légitimation ou une justification implicite du droit de correction admis

[1] الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص.577

[2] المادة 41 ق.ع العراقي – المادة 186 ق.ع اللبناني- المادة 185 ق.ع السوري – المادة 62 ق.ع الأردني – المواد 29 إلى 31 ق.ع الكويتي – المادة 60 ق.ع المصري- المادة 35 ق.ع الإماراتي.

pour les parents ainsi pour les éducateurs par délégation, à l'égard de l'inconduite des enfants)[1]

وإذا كان قانون العقوبات الفرنسي الحالي ومنذ تعديله خلال التسعينات من القرن الماضي تخلى عن هذا الاستثناء المتعلق بعدم تجريم العنف الخفيف الواقع على القصر[2]. فانه خلافا لذلك ظل المشرع في المادة 269 ق.ع مثله مثل المشرع المغربي بالفصل 408 من القانون الجنائي متمسكا بهذا الاستثناء.

وإذا كان النص بما هو عليه تضمن عدم عقاب العنف الخفيف ضد القاصر دون 16 ويعتبر هذا الاستثناء بمثابة إجازة قانونية متوقفة على شروط أولها عدم تجاوز العنف الخفيف والذي يستشف من خلال حسن النية من ارتكابه من جهة ومن جهة أخرى أن يكون هدفه التأديب إذ لا يقبل إذا كان بهدف الإيذاء والغضب أو لمجرد الإيذاء[3]، وثانيها ارتكاب الطفل لخطأ مسبقا وعقابه بما يتناسب وهذا الخطأ وعدم تجاوز حد معين من العنف الخفيف.[4] وان كان التساؤل حتما يطرح بشأن كيفية تحديد هذا العنف الخفيف، وفي غياب تحديده نصا تبقى السلطة التقديرية متروكة للقضاء، ولعل الشريعة الإسلامية من خلال تحديده بالضرب غير المبرح من شأنه أن يساعد على تحديده بأنه العنف الذي لا ينجم عنه عجزا أو يترك علامات ظاهرة ؛ كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي بشأن تطبيق المادة 312 ق ع الفرنسي القديم ذهب إلى تضييق في هذا المجال ليكاد أن يصل إلى استبعاد هذا الإعفاء.[5]

ب – بخصوص حصانة التأديب للزوجة

في هذا الشق حتى وان كان البعض من فقهاء القانون الجنائي استبعدوا هذه الحصانة، اعتبارا أن تأديب الزوجة ما دام انه لم يرد بشأنه أي استثناء فان تعنيفها يخضع لأحكام النصوص المجرمة للعنف وعليه فحتى لو أن هذا العنف كان خفيفا من طرف الزوج فانه لا يفلت من العقاب اعتبارا ان قانون العقوبات هو قانون وضعي.[6]

---

[1] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.136

[2] V.art. 222-14 N.C.P.Francais

[3] د.سامي جميل الفياض الكبيسي – رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة– مرجع سابق ص.291

– محمد عبد الرؤوف محمد أحمد – أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي – مرجع سابق ص.386

– د.خلود سامي عزارة آل معجون – النظرية العامة للإباحة – دار الفكر العربي ص.217

[4]– الرابطة الأسرية في القانون الجنائي – شريفة قشي– ماجستير – مرجع سابق ص.104

[5] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.132

[6]– د. أحسن بوسقيعة – الوجيز في القانون الجزائي العام – دار هومة– 2003– ص. 116

فإن البعض الآخر يرى أحقية الزوج في تأديب زوجته ويبرر أن المادة 39 ق ع تبيح ما أذن به القانون، وتعليلهم في ذلك انه ما دامت الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون المدني وأن عبارة القانون الواردة بالمادة 39 ق ع لها مفهوم واسع ومن ثم فالشريعة الإسلامية ما دامت تتضمن حق تأديب الزوجة ومن باب القياس يمكن اعتبار حق التأديب بمثابة الحق الذي أذن به القانون.[1]

لكن في هذا الشأن إذا كان الاجتهاد القضائي يفتقر لوجود قضايا خاصة بتأديب الزوجة ويرد ذلك ربما إلى قلة ما يعرض في هذا الشأن من منازعات في موضوع تأديب الزوجة والذي هو أصلا أمر غير مطروح لانعدام نص صريح بشأنه من جهة ومن جهة ثانية تقبل فئات اجتماعية كثيرة لموضوع التأديب وبالأخص عندما يبقى في حدوده الشرعية وفقا لما تضمنته الشريعة الإسلامية؛ مع أن المجلس الأعلى خلال السبعينات أصدر قرارا بتاريخ 1970/03/24 في هذا الشأن نقض من خلاله القرار الصادر عن الغرفة الجزائية والذي برأ الزوج بدعوى أنه استعمل حقه في تأديب زوجته معتبرا أن ما تعرضت له الزوجة من عنف يخضع لمقتضيات المادة 442 ق.ع وبذلك استبعد فكرة حق التأديب مع انه دعم تأسيس نقضه باعتبارات أيديولوجية ولكن في ذات الوقت أبرز الاعتبارات القانونية المتمثلة في سوء تفسير نص المادة 39 ق.ع المؤسس عليه القرار محل النقض.[2]

في هذا الشأن نرى استبعاد الحديث عن حق التأديب للزوجة وبغض النظر عن النقاش بشأن هذا الحق ولسبب بسيط أن قانون العقوبات لم يتضمن النص عليه خلافا لبعض التشريعات العربية والتي نصت صراحة على حق تأديب الزوجة، هذا من جانب ومن جانب أخر فان الشرعية الجنائية تقتضي إبعاد القياس في المجال الجنائي لجعل العنف ضد الزوجة فعلا مباحا، وهو الأمر الكافي في المجال القانوني المبني على مبادئ وأسس قانونية لا يمكن تجاوزها، والتي تقتضي وجوب احترام مبدأ احترام الشرعية الجنائية إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

[1]- الجرائم الأسرية- عبد الحليم بن مشري- دكتوراه- مرجع سابق ص565 وما بعدها

[2] قرار 24 مارس 1970 المنشور في المجلة الجزائرية رقم: 2 لسنة 1971 المشار إليه في (الرابطة الأسرية) في القانون الجنائي – شريفة قشي- مرجع سابق ص.101

ثانيا: زواج الخاطف من القاصرة المخطوفة بمثابة حصانة معلقة

إنه من خلال مقتضيات المادة 326 ق.ع والمتعلقة بجريمة الخطف والإبعاد أو التحويل لقاصرة أنها أدرجت ضمن الفصل الثاني المتعلق بالجرائم ضد الأسرة، بالرغم من أن الفعل في حد ذاته وهو الخطف هو فعل مجرم متعلق بالاعتداء الواقع على الحريات الفردية والمدرج بالقسم الرابع من الفصل الأول المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأشخاص وهو ما يفيد أن الخطف محل التجريم بنص المادة 326 السالف الذكر يهدف بالأساس إلى حماية القصر وفي ذات الوقت حماية للأسرة اعتبارا أن القاصر هو أحد أعضاء الأسرة وكطرف مستضعف يتطلب الحماية من قبل المجتمع عموما ومن طرف الأسرة التي تسهر على حمايته أكثر بوجه الخصوص.

إن هذه الحماية المزدوجة التي تضمنها هذا النص تنبئ عن نية المشرع ورغبته بالعمل على استقرار الأسرة فبالرغم من أن فعل الخطف أساسا يشكل جرما معاقبا عليه مثلما هو مبين بالفقرة الأولى من المادة 326 ق.ع إلا أن الفقرة الثانية من نفس النص تعبر عن مسعى المشرع لحماية الأسرة والتشجيع على إنشاء رابطة الزواج واستمراره وذلك من خلال تفضيله للمصلحة الخاصة للأسرة على حساب المصلحة العامة للمجتمع فالزواج المستحدث بعد الخطف يقيد الدعوى العمومية ويصبح بمثابة حصانة أسرية تحول دون المتابعة والعقاب اعتبارا أن هذا الزواج المستحدث هو بمثابة إصلاح وضع غير شرعي كونه ناجم عن جرم وذلك لتفادي الاضطراب الأسري والحد منه والقضاء الفرنسي ومن خلال اجتهاده بخصوص المادة 356 ق.ع الفرنسي القديم[1] والتي تتعلق باختطاف قاصرة والزواج بها من مختطفها اعتبر أن المشرع من خلال هذا النص لا يهدف إلى حماية الخاطف بإعفائه من العقاب بل هو حماية للزواج الذي تم بعد الخطف مضحيا في ذلك بضرورة العقاب لفائدة استقرار الأسرة[2].

بل وأكثر من ذلك فإن هذا الزواج إذا كان استمراره يخدم إنشاء الأسرة المتكونة من الخاطف ومخطوفته فإنه يخدم وبشكل أكثر أسرة كل من الخاطف وبالأخص أسرة المخطوفة من خلال تجنيب هذه الأسر جميعا عواقب الجرم المرتكب وكذا ستر الفضيحة.

ومن مضمون نص المادة 326 ق.ع في الشق المتعلق بالحصانة فإنه من الأفيد أن نتناول تحديد هذا الجرم كفعل مجرم ومعاقب عليه ومن حيث نطاق تطبيقه سواء بالنسبة لمرتكبه وهو الخاطف وبالنسبة لضحيته وهو

[1] نص المادة 326 ق.ع يتضمن نفس محتوى نص المادة 356 ق.ع الفرنسي القديم

[2] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي- ماجستير – مرجع سابق ص.187

المخطوفة (أ) في حين الحصانة المعلقة بشأنه والمقيدة للدعوى العمومية وما يثار بهذا الصدد بسبب غموض النص نتناوله من خلال شروط هذه الحصانة المعلقة (**ب**).

أ – تحديد جرم اختطاف قاصر بمفهوم المادة 326 ق.ع

مثلما سبق الذكر يتعلق هذا النص باختطاف أو تحويل قاصر دون 18 عشرة سنة دون عنف أو تهديد أو تحايل وهو بصيغته يتضمن نفس صيغة المادة 356 ق.ع الفرنسي، وإذا كان المشرع الفرنسي قد تراجع عن هذا النص القديم فيما يتعلق بالحصانة الناجمة عن الزواج مبقيا النص المجرم بتسميته التقليدية مع تغيير فقط التعبير المتعلق بالفعل المادي فبعد أن كان النص القديم خطف وتحويل أصبح في النص الجديد 227-8 *soustraire* ولم يورد لا العنف ولا الغش *(ni fraude ni violence)*[1] إلى جانب أن النص القديم يحدد سن المخطوفة دون 18 سنة في حين النص الجديد اكتفى بذكر القاصر المختطف من بين يدي من له الحق في ممارسة السلطة الوالدية أو الذي عهد بالإقامة عنده ومن ثم نرى أن النص الجديد يتعلق بتجريم عدم تسليم طفل ولا علاقة له بالنص المتعلق باختطاف قاصر المنصوص عليه في المادة 356 السالفة الذكر ومن ثم يبدو أن المشرع الفرنسي تخلى عن هذا التجريم مثلما فعل في جريمة الزنا وكذا ترك الحامل[2] مع أن المؤكد في هذا الشأن أن القاصر دون 18 ما لم يرشد بالزواج أو بحكم قضائي

(la victime du détournement doit avoir moins de 18 et ne doit pas être émancipée ni par le mariage ni judiciairement) [3]

وإذا كان ظاهر نص المادة 326 ق.ع يبين أن المشرع يشترط في جرم تحويل أو إبعاد قاصر أن لا يتم بعنف أو تهديد أو تحايل الأمر الذي يفيد أن رضا الضحية مفترض بالرغم من أن رضا القاصر لا يعتد به اعتبارا أنه حتى بعدم استعمال العنف المادي فإنه بإمكان العنف المعنوي أن يحدث أثره بالنسبة للقاصر وفي هذا الصدد إذا كان نص المادة 326 ق.ع يجرم خطف وإبعاد قاصر دون 18 سنة بغير عنف أو تهديد أو تحايل وهو الأمر الذي يؤكد أنه يختلف عن تجريم الخطف بالعنف والتهديد أو التحايل المنصوص عليه بالمادة 291 ق.ع وما يليها وبالأخص المادة 293 مكرر ق.ع التي تذكر خطف الشخص مهما بلغ سنه بالعنف أو التهديد أو الغش.

[1] Patrice GATTEGNO- droit pénal spécial- op.cit P.196
[2] Famille et droit pénal- Olivia MAURY- thèse de doctorat –op.cit P.102
[3] Sylvain JACOPIN- doit pénal spécial op.cit P.152 et 153

لكن إذا كان هذا النص متعلق بالخطف بالعنف أو التهديد أو الغش لشخص مهما بلغ سنه ويعني ذلك إمكانية أن يكون الشخص قاصرا إلا أن التعديل الأخير لقانون العقوبات بقانون 01/14 أضاف نصا جديدا وهو نص المادة 293 مكرر 1 والذي يشدد فيه عقاب الخطف لقاصر دون 18 سنة عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج أو غيرها من الوسائل وأن عبارة أية وسيلة تفيد الخطف أو الإبعاد أو التحويل والتي يمكن أن تندرج ضمن وسائل الاستدراج غير العنف والتهديد كالإغراء مثلا وهذا الأخير عمليا هو أساس المادة 326 ق.ع إذ يستغل الخاطف صغر سن الضحية وبوسائل معنوية يجعل القاصر يقبل ويرضى لإتباعه إذ هو غير قادر على حماية نفسه من أهوائه.

إن تحديد جرم اختطاف قاصر دون 18 بغير عنف أو تهديد أو تحايل يقتضي أولا تحديد ركنه المادي (1) من خلال تحديد أطراف الجرم ونوع النشاط المادي في حين ثانيا الركن المعنوي يتطلب تبيان القصد من الاختطاف واتجاه الإرادة إلى إحداث هذا الاختطاف (2).

1- الركن المادي لاختطاف قاصر دون 18 سنة

لكن مادام الأمر يتعلق بالاختطاف المنصوص عليه بالمادة 326 ق.ع الذي لم يرد بشأنه أي تعديل، فإن المؤكد أن النص يخاطب كل أجنبي يقوم بفعل الخطف لقاصر، معنى ذلك استبعاد أقارب القاصر من ذوي المحارم في حين القاصر يقتضي وجوبا أن يكون أقل من 18 سنة وأن النشاط المادي الذي يتحقق به الجرم يتمثل في إبعاد وتحويل القاصر من الأماكن التي يقتضي تواجده فيها والمحددة بالشكل المعتاد من طرف ولي أمره وليس مهما أن يكون القاصر موافقا على ذلك مثلما أكد ذلك اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 05 جانفي 1971 وكذا القرار الصادر عنها أيضا في 19 نوفمبر 1995[1].

في حين هروب القاصرة من تلقاء نفسها من مسكن ذويها دون تدخل المتهم أو بتأثير منه ينتفي معه الجرم مثلما أكد ذلك قرار المحكمة العليا في 15 جانفي 1988[2]، فالمؤكد إذا أن الجرم يتأتى قيامه بكل فعل من شأنه أن يبعد القاصر عن الوسط الذي يعيش فيه وبتأثير وحتى بتظليل للقاصر معنويا وبغض النظر عن المدة التي استغرقها هذا الإبعاد طالت أم قصرت.

[1] قرار المحكمة العليا 05 جانفي 1971 – نشرة القضاء 1971-1 – ص.45
– قرار 19 نوفمبر 1995 غير منشور المشار إليه في-د.احسن بوسقيعة- قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية ص.134

[2] قرار المحكمة العليا الصادر في 15 جانفي 1988 – ملف طعن رقم 49521- المجلة القضائية لسنة 1991- عدد2 ص.214

2- الركن المعنوي

أما بشأن القصد الذي يمثل الركن المعنوي للجرم فيتمثل في اتجاه إرادة الخاطف إلى تحقيق مبتغاه من خلال الأفعال التي يقوم بها وهي إبعاد القاصر وأن يكون على علم بأن ضحيته قاصرة وفي هذا الشأن يثار التساؤل بشأن علم الجاني بسن الضحية وهو أمر من الصعوبة بمكان، إذ العبرة في ثبوت أن الضحية قاصرا دون 18 سنة بغض النظر عن دفع الجاني بعدم علمه بهذه السن سعيا للإفلات من العقاب إلا أن الاجتهاد القضائي في فرنسا تميز بنوع من المرونة في هذا الشأن وبرأ ساحة الخاطف لعدم علمه بسن المجني عليها[1].

أما بشان الدافع للخطف أيضا ليس له أهمية بشأن تطبيق المادة 326 ق.ع رغم أن التطبيقات العملية تفيد في جلها تقريبا أن الغاية من الإبعاد أو الخطف ذات صلة بالعلاقات الجنسية بين الخاطف والمخطوفة؛ في حين بعض التشريعات في الولايات المتحدة وحتى تميز بين هذا الجرم عن غيره من الجرائم الشبيهة تشترط أن يكون الخطف أو الإبعاد متضمنا الاتصال الجنسي بين الخاطف والمخطوفة وبرضاها.[2]

وانه بتوافر أركان هذا الجرم يقتضي تطبيق العقاب المحدد بنص المادة 326 فقرتها الأولى؛ إلا أن وقوع الزواج بين الخاطف والمخطوفة يغير الأمر كلية وينجم عنه أثرا بالغ الأهمية يحول دون المتابعة والعقاب ولكن بشروط معينة.

ب – زواج الخاطف من القاصر المخطوفة بمثابة حصانة أسرية مقيدة

إن الفقرة الثانية من المادة 326 ق ع هي الأساس المحدد للحصانة الأسرية المعلقة، على اعتبار أن زواج القاصر المخطوفة من خاطفها أمر يؤدي تلقائيا إلى تقييد الدعوى العمومية الأمر الذي يقتضي تخصيص فقرة لهذا الزواج والمتمسك به إذ في حالة عدم منازعته فانه يصبح بمثابة حصانة أسرية للخاطف تحول دون متابعته وعقابه (**1**) ؛ في حين في الحالة العكسية والمتمثلة في وقوع زواج بين الخاطف والمخطوفة ومنازعته ممن لهم الصفة للمطالبة بإبطاله من شأنه خلق وضع آخر يؤدي إلى استبعاد الحصانة الأسرية وتبعا لذلك تحريك الدعوى العمومية بشكوى مسبقة لعقاب الخاطف(**2**)

[1] الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي- ماجستير – مرجع سابق ص.143

[2]- الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- شريفة قشي- ماجستير – مرجع سابق ص. 142

1- زواج الخاطف من القاصر المخطوفة

يحدث في كثير من الأحيان أن العلاقة التي تربط الخاطف بالقاصر المخطوفة أو المبعدة من طرفه هي علاقة سابقة وكما يحدث في كثير من الأحيان أن أساس هذه العلاقة ارتباط الطرفين بعلاقات عاطفية سابقة ولا يكشف أمرها ويحدث أن يكتشف الأمر ولا يبقى من سبيل سوى إصلاح الوضع سترا للفضيحة بالنسبة لأسرة القاصر المخطوفة وإفلاتا من العقاب ربما بالنسبة للخاطف، وإن كان أمر حسن أو سوء النية للإقبال عل هذا الزواج يبقى أمرا خفيا ليس من الهين إدراك حقيقته.

إن هذا الأمر أدى ببعض التشريعات أن تشترط لهذا الزواج شروطا أخرى تضاف لما بعد الزواج للأخذ بالحصانة الناجمة عنه، فمثلا المشرع التونسي ينص بالفصل 227 مكرر وان كان غير متعلق بجرم الخطف والإبعاد ولكن بالفعل المخل بالحياء بدون عنف باشتراط انه في حالة الزواج توقف المتابعات أو أثر الحكم إلا انه إذا وقع حل هذا الزواج خلال سنتين من إبرامه فان المتابعة أو اثر الحكم يجدد من جديد.[1] وأكثر من ذلك فان المشرع العراقي يضيف شروطا لمثل هذا الزواج يتمثل في استئناف إجراءات المتابعة أو تنفيذ الحكم في حالة الطلاق بسبب غير مشروع أو بسبب خطإ من الزوج في حالة ما إذا تم هذا الطلاق قبل انقضاء ثلاث سنوات من إجراءات المتابعة أو الحكم. [2]

إن مثل هذه الإجراءات ترمي إلى حماية الأسرة وبالأخص حماية الزواج الناجم عن هذا الجرم وحتى لا يكون مطية للتخلص والإفلات من العقاب على حساب الإضرار بالقاصر المخطوفة.

أما بالنسبة لنص المادة 326 ق ع فان المشرع لم يشترط سوى إبرام الزواج بين الخاطف والقاصر المخطوفة كسبب يحول دون اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية.

ومن خلال هذا النص يمكن التصور الأول وهو إبرام الزواج قبل تحريك الدعوى العمومية وهو أمر يمنع النيابة أساسا من تحريك الدعوى العمومية، وأما التصور الثاني أن تحرك الدعوى العمومية ولا تنتهي إلى حكم نهائي ويقع إبرام الزواج، فهذا الزواج يوقف إجراءات المتابعة وأنه في الحالتين فالأمر يتعلق بإجراءات الدعوى العمومية فقط. أما إذا تم الحكم بالإدانة وأصبح الحكم نهائيا فان هذا الزواج المحتج به والمبرم بعد الحكم فلا أثر

[1]-انظر الفصل 227 مكرر من المجلة التونسية.

[2]-انظر المادة 427 ق ع العراقي.

له، اعتبارا أن المشرع لم يقر الحصانة لتوقيف تنفيذ الحم النهائي مثلما هو الشأن في تشريعات أخرى كالتشريع اللبناني الذي تضمن قانون العقوبات به وقف إجراءات المتابعة وكذا وقف تنفيذ الحكم في حالة الزواج.[1]

وإذا كان الزواج له هذا الأثر المترتب عنه الحصانة الأسرية، فان مسالة إثباته يمكن أن تكون محلا للتساؤل فيما إذا كان يتوجب الأمر إثبات هذا الزواج بعقد رسمي أم يكفي أن يكون عرفيا، وإذا كان النص ذكر فقط وقوع زواج فانه عمليا يقتضي أن يكون زواجا رسميا مسجلا بالحالة المدنية خصوصا عند الاحتجاج به بعد تحريك الدعوى العمومية، وفي هذا الصدد نرى أن الاحتجاج أو الدفع بالزواج العرفي ومن دون اعتراض من لهم الحق في إبطاله هو أمر يمكن أن يحدث أثره ما دام أن هؤلاء مخول لهم الحق حتى للمطالبة بإبطال عقد الزواج الرسمي؛ خصوصا وان الزواج وفقا لأحكام قانون الأسرة يشترط أهلية الزواج وان السن المقررة له هي 19 سنة وإذا كان الجرم يتعلق بالقاصرة دون 18 سنة فان زواج هذه الأخيرة يتطلب ترشيدها وفقا لإجراءات معني بها ولي أمرها والمفترض في هذا الشأن أن يسعى الولي إلى المطالبة بترشيدها لدى الجهة القضائية المختصة وهو الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى إتمام إجراءات الزواج ومن دون اعتراض وبالتبعية لذلك يتحقق شرط الحصانة الأسرية المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة 326 ق ع، لكن نفس النص يشترط لتقييد هذه الحصانة في الحالة المتعلقة بمنازعة هذا الزواج وطلب إبطاله ممن له الصفة.

2- تقييد الحصانة الأسرية بإبطال الزواج

إن المؤكد من خلال التطبيقات العملية لنص المادة 326 ق ع أن المتابعة بجرم اختطاف قاصر دون 18 سنة لا تتأتى إلا في حالتين: الأولى وهى أن هذا الاختطاف والذي لم يتوج بزواج فالمتابعة من طرف النيابة تتم بشكل عادي ولا تقتضي الشكوى المسبقة، في حين الحالة الثانية وهي أساس الحصانة الأسرية والتي تحدث أثرها بمجرد ثبوت زواج الخاطف من القاصر المخطوفة قبل تحريك الدعوى العمومية اعتبارا أن النص صريح وملزم للنيابة بل وحتى في فرضية إتمام الزواج بعد تحريك الدعوى العمومية فان جهة التحقيق أو الحكم تصبح ملزمة بوقف إجراءات المتابعة لانقضاء الدعوى العمومية بالزواج وهو ما اقره قرار المحكمة العليا الصادر في 2006/04/26 بتأكيده أن القضاة بإدانتهم المتهم من أجل جنحة إبعاد قاصرة دون عنف رغم معاينتهم لواقعة الزواج قبل المحاكمة وتنازل الطرف المدني قد خالفوا القانون.[2] بل أكثر من ذلك فان اجتهاد المحكمة

[1]- المادة 522 ق ع اللبناني والتي تنص: توقف إجراءات المتابعة وتنفيذ الحكم في كل الجرائم الجنسية التي تنتهي بالزواج.

[2]- قرار المحكمة العليا الصادر في 2006/04/26 غرفة الجنح والمخالفات طعن -313712- المجلة القضائية-عدد1 لسنة2006 ص.597

العليا وتطبيقا للفقرة الثانية من المادة 326 المذكورة أكد أن قيام الجرم لا يتأتى إلا بعد إتمام شروط إبطال الزواج في حالة منازعة هذا الزواج وصدور حكم يقضي بإبطال عقد الزواج حتى يتسنى متابعة وعقاب الخاطف إذ في هذا الصدد تم نقض القرار الذي أدان الخاطف بدعوى إبرام عقد زواج بالقاصر المخطوفة في غيبة هذه الأخيرة وكذا في غياب وليها وتعليلا لوجه النقض أكد أن الطعن في صحة الزواج يقتضي إصدار حكم بإبطاله وان خلاف ذلك، يبقى معه هذا الزواج صحيحا ومن ثم يكون مانعا للمتابعة الجزائية.[1]

من خلال ذلك يتجلى بشكل واضح أن استبعاد الحصانة الأسرية بالنسبة لاختطاف قاصر يقتضي قيام شرطين أساسين أولهما إبطال الزواج وثانيهما تقديم شكوى مسبقة ؛ وأن الشرطين يستوجبان التحليل لإزالة نقاط الغموض بشأنهما.

فبالنسبة لإبطال الزواج:

المؤكد أن عقد الزواج يخضع لأركان وشروط محددة مسبقا بقانون الأسرة إذ المادة التاسعة منه حددت أركان الزواج بركن وحيد وهو الرضا [2] ؛ في حين شروطه محددة بالمادة 9 مكرر(المعدلة) وهي أهلية الزواج (19 سنة للرجل والمرأة) وذلك طبقا لتحديد سن الزواج بالمادة 7 من نفس القانون، إلى جانب شرط الصداق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج. وأن زواج القصر طبقا للمادة 11 من قانون الأسرة بعد تعديله يعود للأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له. والتساؤل الذي يطرح بهذا الصدد من له الحق في إبطال الزواج إذا ما كان مخالفا لهذه الأركان والشروط. علما أن إبطال الزواج تم تحديده من خلال المادة 33 من قانون الأسرة بعد تعديلها والمنحصر فقط في اختلال ركن الرضا وان باقي الشروط الأخرى لا ينجر عنها الإبطال وفقط ينجر عنها فسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعده.

وبناء على ما تضمنته هذه النصوص يمكننا القول أنه بالنسبة لجنحة الاختطاف فان الوحيد من له حق إبطال الزواج في حالة انعقاده هو الولي ولكن هذا الأخير إذا كان ركنا في الزواج في ظل قانون الأسرة القديم قبل تعديله فانه في ظل قانون الأسرة الحالي أصبح شرطا ولا ينجر عنه الإبطال بعد الدخول. ومن ثم إذا كان تحريك الدعوى العمومية في هذا الجرم يقتضي إبطال الزواج فانه في ظل أحكام قانون الأسرة الحالي والذي اقتصر فقط على الرضا كركن في الزواج والذي أصبح الوحيد لإبطال الزواج في حالة اختلاله، مما يعني أن

[1]–قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/01/03 –طعن–128928–المجلة القضائية لسنة 1995 العدد الأول ص.249

[2]– تعديل المادة التاسعة من قانون الأسرة بالأمر 02/05– بتاريخ2005/02/27

الزواج بالمخطوفة والدخول بها لا يجد سبيلا قانونيا لإبطاله من طرف الولي والذي لم يصبح ركنا بل شرطا لا ينجر عنه سوى الفسخ ولكن قبل الدخول فقط، ومنه يقتضي القول باستحالة إبطال الزواج من طرف من لهم الصفة في إبطاله عدا حالة وحيدة وهي اختلال ركن الرضا وهذا الأخير يخص المخطوفة.

وأما بالنسبة للشكوى المسبقة:

إن نص المادة 326 ق ع الفقرة الثانية تشترط لاتخاذ إجراءات المتابعة وجوب الشكوى المسبقة ممن لهم الحق في إبطال الزواج وهو الشرط الذي يثير غموضا بشأن تطبيقه وبالأخص أن من له الحق في الشكوى المسبقة مرتبط بمن يملك الحق للمطالبة بإبطال الزواج وهو ما دفع البعض إلى القول بان القواعد العامة تعطي صلاحية الشكوى لعديد الإطراف بناء على قيام مصلحتهم، فأحد الزوجين له مصلحة لإبطال هذا الزواج كما لأولياء طرفي الزواج خاصة القصر منهم مصلحة في إبطال الزواج، وللنيابة العامة هي الأخرى الحق في إبطال الزواج في حالة إخلاله بالنظام العام والآداب كما هو الشأن مثلا في زواج المحارم، وأيضا الزوج السابق له الصفة للمطالبة بإبطال الزواج الثاني قبل حل الأول. وكل ذلك أمر يستوجب التفرقة بين الشكوى المسبقة لمن له الحق في إبطال الزواج وبين حالات الإبطال لهذا الزواج والتي لا تعني ولا تكفي وحدها للقول بأنها شكوى مسبقة لتحريك الدعوى العمومية في حالة اختطاف قاصر.[1]

هذا إلى جانب التساؤل فيما إذا كانت الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية تقتضي وجوبا الحكم بإبطال الزواج الذي يسبق هذه الشكوى أم مجرد الاعتراض على الزواج بدعوى ترفع أمام الجهة القضائية المختصة وتقديم إثرها مباشرة الشكوى للنيابة.

في هذا الصدد وبغض النظر عن اختلاف الرؤى بشأن من له الصفة في الشكوى المسبقة، فان المؤكد عمليا أمام القضاء أن الوحيد من له الصفة لتقديم الشكوى المسبقة في جرم اختطاف القاصر دون 18 سنة دون عنف هو الولي المعهود إليه تولي القاصر، ومن ثم لا يملك أحد الصفة للشكوى المسبقة غيره ؛ في حين قيام صفة هذا الأخير لا تكفي وحدها لتحريك الدعوى العمومية إلا بعد إبطال الزواج،والمتصور في هذا الشأن عمليا أن الخاطف يدفع بالزواج والذي يشكل مانعا لمتابعته، إلا أن تقديم الشكوى المسبقة إذا كان يفترض أن يرفق بها حكما بإبطال الزواج فانه قد يحصل أن تحرك الدعوى العمومية قبل إبطال الزواج وهو أمر ينجم عنه إبطال إجراءات المتابعة؛ ومع ذلك نرى أنه في حالة تحريك الدعوى العمومية وبثبوت تقديم ما يؤكد رفع

[1]- الرابطة الاسرية في القانون الجنائي – شريفة قشي – **ماجستير** – مرجع سابق- ص.154

دعوى لإبطال الزواج وبالأخص إذا كانت الدعوى العمومية حركت قبل إبرام الزواج المحتج به فان ذلك لا يمنع من إرجاء الفصل في الدعوى العمومية لحين الفصل في دعوى إبطال الزواج باعتبارها مسألة فرعية تعرقل الفصل في الدعوى العمومية مؤقتا ؛ ومن دون الحكم بإبطال هذا الزواج لا يمكن إدانة المتهم المتابع بجرم خطف قاصرة دون 18 سنة دون عنف.

وإذا كان هذا هو الشأن المتبع من طرف المشرع في مسعاه لحماية الأسرة؛ إما بالعقاب عن أفعال تهدد كيانها أو بالإعفاء من العقاب في حالة ما إذا كان ذلك يخدم مصلحة الأسرة فانه في كلتا الحالتين سواء حالة تدخل القانون الجنائي في المجال الأسري أو ابعاده عنه ؛ فان السياسة الجنائية المعاصرة تسعى إلي إيجاد السبل الكفيلة للحفاظ على الأسرة وبقائها في منأى عن الاضطراب الذي يهددها، وهو الأمر الذي جعل المشرع تطبيقا لهذه السياسة إما أن يكيف العقوبات الصادرة في حق أعضاء الأسرة وفقا لما يحقق الهدف المنشود للحفاظ على بقاء التواصل واستمرارية هذه الأسرة وذلك في حالة حتمية ضرورة تدخل القانون الجنائي في المجال الأسري ؛ في حين التحولات الاجتماعية وما أحدثته من تطورات بمختلف المناحي كانت مدعاة لمراجعة كل ما يتعلق بالمصلحة الأسرية من خلال تطبيق سياسة جنائية ذات أبعاد مطلقة، تتمثل في الإبعاد الكلي للأسرة عن القانون الجنائي وآلياته التقليدية، وأصبح هو المسعى الحالي الذي يتجه نحو اللجوء إلى البدائل المتمثلة في العدالة التصالحية وبآليات خاصة بالأسرة وهو موضوع المبحث الثاني من الفصل الثاني.

المبحث الثاني:

آليات المعالجة الجنائية الخاصة بالأسرة

انطلاقا من المتفق عليه من طرف الكافة أن الجريمة وجدت مع وجود الإنسان[1] بل وكما أشرنا في بداية هذه الدراسة أن الجريمة في بدايتها أسرية، واعتبارا أن الجريمة تحدث أثرها والمتمثل في الضرر الخاص المباشر بالنسبة للضحية والضرر العام بالنسبة للمجتمع فكان لزاما التصدي لها بالعقاب الذي كان في بدايته ردعيا وبغض النظر عما أحدثه هذا الردع والذي كان له جانبه الإيجابي إلا أنه مع مرور الزمن برزت جوانبه السلبية الأمر الذي أدى إلى وضع سياسة للجريمة والعقوبة وبالأخص مساعي استثمار العقاب لجعله في خدمة واستقرار المجتمع وهو ما أدى إلى ظهور ما أطلق عليه تسمية السياسة الجنائية وهي التسمية التي يعود الفضل فيها للفقيه الألماني فيورباخ *(FEURBAGH)* في بداية القرن التاسع عشر[2].

وإذا كانت السياسة الجنائية عبر حقبها المتتالية أسفرت نتائج أبحاثها عن بروز علوم جنائية مختلفة منها علم الإجرام[3] ثم تلاه علم العقاب[4] ومصاحبة لتطور هذين الفرعين برز علم ضحايا الإجرام منذ ستينيات القرن الماضي[5].

وأنه لا جدال في أن تطور هذه العلوم في نهاية المطاف هو المسعى إلى إيجاد سبل التصدي للإجرام الذي يهدد استقرار المجتمع، إذ من خلال هذه العلوم الجنائية وخلال مراحل تطورها أوجدت آلية العدالة الجنائية كجهاز موكول له تنفيذ هذه السياسة الجنائية سواء من حيث التجريم أو العقاب وهي الآلية التي ظلت مصاحبة لهذه السياسة الجنائية وكانت بمثابة الثابت المتغير، إذ في بدايتها اتخذت مصطلح العدالة العقابية[6] والتي كان همها التصدي للإجرام من خلال العقاب المتناسب مع هذا الإجرام لكن مع مرور الزمن ثبت عجز هذه السياسة وحلت محلها العدالة التأهيلية[7] التي ارتكزت على سبل علاجية للجاني وإعادة تأهيله وإدماجه وهو النظام الذي لا يزال متبعا في كثير من الدول، لكن إثر التحولات التي عرفتها كثير من الدول بدأت تظهر معالم

[1]–د.منصور رحماني–علم الإجرام والسياسة الجنائية–دار العلوم لنشر والتوزيع–عنابة ص328.

[2]– نفس المرجع –ص162

[3] -la criminologie

[4] – la pénologie

[5] - la victimologie

[6] –Justice rétributive ou punitive

[7] –Justice rehabilitative

إخفاقات هذه العدالة التأهيلية التي نجم عنها مع بداية الألفية الثالثة بروز ما أطلق علية بأزمة العدالة الجنائية[1] وهي الأزمة التي انتهت إليها العدالة التأهيلية من خلال تزايد الإجرام واتساع خطورته وبالأخص الإجرام الأسري وفشلها في التصدي لهذا الإجرام، الأمر الذي كان وراء بروز العدالة البديلة أو ما أطلق عليه بالعدالة التصالحية[2] كأسلوب أو نموذج جديد للعدالة الجنائية

(un paradigme ou un nouveau model de la justice pénale)[3]

إنه وفقا لهذه المعطيات الناجمة عن تطور القانون الجنائي من خلال السياسة الجنائية والتي تتغير بحسب التحولات الاجتماعية وضرورة إعطاء الأولوية لكل سياسة جنائية تخدم مصلحة المجتمع بما في ذلك مصلحة الأسرة بالأساس اعتبارا أن هذه الأخيرة هي الخلية الأساسية، وهي التحولات التي أثمرت العدالة التأهيلية من خلال تكييف العقاب في إطار السياسة التي تسعى إلى خدمة مصلحة الأسرة وفي ذات الوقت مصلحة المجتمع والذي نتناوله في (**المطلب الأول**)، في حين أن أزمة العدالة الجنائية كانت سببا في بروز البدائل المتعددة والتي عرفت بتسمية العدالة التصالحية وهو محل (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: العدالة التأهيلية وتكييف العقوبات

إذا كانت الغاية من القانون الجنائي في الأساس تكمن في التصدي لمكافحة الإجرام من خلال قواعد تتضمن عقاب كل السلوكيات التي من شأنها الإخلال بالنظام الاجتماعي وهو الأمر الذي أدى بالفقهاء إلى تعريف القانون الجنائي بأنه ذلك الفرع من القانون الوضعي الهادف إلى العقاب عن السلوكيات التي من شأنها خلق الاختلال والاضطراب الاجتماعي.

(Le droit pénal, est une branche du droit positif ayant pour objet l'étude de la répression par l'état des agissements de nature à créer un trouble dans la société)[4]

إنه الأمر الذي يفيد أن الهدف النهائي من العقاب هو حماية المجتمع من شرور الإجرام، ومن ثم كان العقاب في بدايته كرد فعل ذو طبيعة انتقامية فردية ثم مع التطور أصبح ذو طبيعة جماعية الهدف منه الردع العام

[1] – La crise de la justice pénale

[2] –Justice restaurative ou réparatrice

[3] -Mylène Jaccoud-Justice Réparatrice et Médiation Pénale-Convergence ou divergence-L'hrmattan 2003 p7, 8

[4] G.LEVASSEUR - A. CHAVANNE - Droit pénal et procédure pénale 3ème édition SIREY-1972P.1

بقصد الترهيب وهي النظرة التي لم تدم طويلا واتجه المختصون إلى العمل على أن يكون غرض العقاب أساسا إصلاح الجاني وتأهيله للاندماج في الحياة الاجتماعية[1].

من هذا المنظور كان اتجاه السياسة الجنائية بالرغم من الرؤى المختلفة للمدارس الفقهية بشأن هذا العقاب ورغم الاختلاف فإن المسعى في الأخير هو السياسة الجنائية التي أساسها العمل على إصلاح المرتكب للجريمة وتهيئته للعودة من جديد للاندماج في المجتمع بشكل عام وفي أسرته بشكل خاص على أن تكون النظرة له كعضو صالح بدلا من بقائه مهمشا، هذا التهميش الذي من شأنه توسيع الهوة التي تربطه بهذه الأسرة والمجتمع وهي غاية العدالة الجنائية التأهيلية والتي ترتكز في الأساس على المفهوم الحديث للعقوبة القائم على خمسة مبادئ [2]منها مبدأ شخصية العقوبة ومبدأ تفريدها، بحيث إذا كان مرتكب الجريمة مسؤول عن فعله فان رد الفعل الاجتماعي إزاءه هو أمر طبيعي ولكن يجب ألا يتعداه لغيره ليطال باقي أسرته[3] إلى جانب الأخذ في الاعتبار تكييف العقوبة كأساس لتفريدها.

إن هذه النظرة الحديثة للعقوبة وإعادة تكييفها بما يحقق مصلحة الأسرة والمجتمع، والتي تختلف عن النظرة القديمة لأنظمة العقاب بالمفهوم الردعي كانت مدعاة لعديد التشريعات الجنائية لتغيير نظرتها بشأن مفهوم العقوبة وبالأخص تلك السالبة للحرية ؛ فبعد أن كانت الأنظمة القديمة ترى في هذه الأخيرة الحل الأمثل للعقاب من خلال سلب حرية المرتكب للجريمة وإبقائه في مؤسسة مغلقة مخصصة لهذا الغرض فان الأنظمة الحديثة خلافا لما كان عليه الأمر سابقا أصبحت تعتمد على الحلول المثلى لإصلاح الجاني وتبعا لذلك بدأ التوجه الحالي يميل إلى تقليص عقوبة الحبس إلا للضرورة ثم التوجه تدريجيا نحو اللاتجريم، إذ في هذا الصدد على سبيل المثال فان المشرع الفرنسي في تعديله لقانون العقوبات الساري المفعول منذ 1994/03/01 ألغى عقوبات الحبس في مادة المخالفات[4] إلى جانب التعديل المشتمل على وجوب التعليل الخاص المتعلق بعقوبة الحبس في مادة الجنح[5] ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل إن التشريعات الجنائية الحديثة تتجه إلى تكييف

[1]–د.عبد القادر القهوجي –د.فتوح عبدالله الشاذلي– علم الإجرام وعلم العقاب–دار المطبوعات الجامعية–الإسكندرية 2003 ص46.

[2]– نفس المرجع –ص.94 (والذي يشير إلى المبادئ الأساسية الخمسة وهي شرعية العقوبة وقضائية العقوبة وشخصية العقوبة وعدالة القوبة وأخيرا مبدأ احترام الكرامة البشرية).

[3] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.233

[4] V. l art. 131-12 N.C.P- Français

[5] V. l art. 132-19-al.2. N.C.P- Français

العقوبات وتطويرها سعيا للحد من العقوبات السالبة للحرية وهو ما تصبوا إليه العدالة الجنائية التأهيلية وذلك من خلال ميكانيزمات أنشئت لهذا الغرض وبجعل هذا التكييف يتوافق ومبدأ تفريد هذه العقوبات.

وإذا كان مبدأ تفريد العقوبات حاليا يتصدر كافة التشريعات الحديثة فان ما انبثق عنه من التدابير الرامية لتكييف العقوبات وبالأخص السالبة للحرية منها والمتخذة لمصطلح يشوبه نوع من الغموض وعدم الوضوح فقد ذكر مصطلح تكييف أو تطوير العقوبة السالبة للحرية (*Les aménagements de peine privative de liberté*) وهو المصطلح الوارد بالقانون الفرنسي والمتضمن تلك الإجراءات المغيرة لثباتية العقوبات ومراعاة التفريد بشان تطبيقها وتنفيذها وهو نفس المصطلح الوارد بالقانون الألماني ولكن بتسمية الإجراءات الميسرة (*Assouplissement de l'application de la peine*)

ولكن مهما تباينت المصطلحات فإنها جميعا تتضمن مكانز مات تهدف إلى تعليق العقوبات السالبة للحرية سواء كانت مصاحبة لإجراء الاختبار أو استبدالها بعقوبات بديلة.[1]

وإذا كان أمر الاعتناء بالعقوبات السالبة للحرية كان ولا يزال موضوع سياسات كثير من الحكومات والتي لم تتوقف عن تفعيل تجديد بناء المؤسسات العقابية لتحسين ظروف الاحتباس وبالأخص العمل على زيادة قدرة الاستيعاب، فانه موازاة لذلك يدرك الجميع أن ذلك ليس هو الحل الوحيد بعد ثبوت أن العقوبة السالبة للحرية لم تعد هي سيدة الحل الأمثل لما لها من تداعيات كارثية على المحكوم عليه [2] ؛ وهو الأمر الذي أدى إلى التفكير في تكييف للعقوبات السالبة للحرية والتي يسترجع من خلالها المحكوم عليه لحقوقه كانسان ومواطن وذلك بعد أن تغيرت النظرة القديمة للعقوبة وأصبح المفهوم الحالي لتنفيذ العقوبات يقوم بالأساس على فكرة إعادة الإدماج الاجتماعي

(le concept d'application des peines ou d'exécutions des peines est né et avec lui l'idée d'une réinsertion nécessaire du condamné qui passe par l'aménagement de sa peine)[3]

إن هذه المرحلة التي عرفت المعالم الأولى لتكريس فكرة إعادة الإدماج الاجتماعي برز معها مصطلح قضائي جديد أطلق عليه "قاضي تطبيق العقوبات" وشيئا فشيئا برزت للوجود النماذج المؤسسة لتكييف العقوبات وحاليا تعددت ما بين الحرية المشروطة والحرية النصفية وإجازات الخروج والوضع تحت الرقابة

[1] - les aménagements de peine privative de liberté en droit comparé-Delphine Agoguet (criminocropus-reviees.org.2150)
[2] - La juridictionnalisation de l'exécution des peines- Virginie LECOINTE- DEA- université de LILLE II- droit et santé – école doctorale n°74-2001-2002-p.4
[3] La juridictionnalisation de l'exécution des peines- Virginie LECOINTE-DEA- op.cit p.5

الالكترونية، وهي كلها بمثابة إجراءات ذات مكانة هامة هي ثمرة التطور العقابي والذي قدم وجها جديدا للعقوبة من خلال جعل المحكوم عليه في الصدارة إذ أصبح هو الفاعل الرئيسي في حياته فهو المقرر لمصير مساراته من خلال سلوكياته والتي تكون سببا في منحه الحق في العمل أو التكوين أو خفض العقوبة أو الاستفادة من الحرية النصفية أو الحرية المشروطة

(pour trouver un emploi ou un stage de formation ou de sa bonne conduite, il pourra espérer obtenir une réduction de peine, la semi-liberté ou libération conditionnelle)[1]

في هذا الإطار المعزز لمبدأ تفريد العقوبات والذي أثمر خلق مؤسسة قاضي تطبيق العقوبات ولجنة تنفيذ وتطبيق العقوبات الموكول لها صلاحيات كرست الطابع القضائي لها كجهة قضائية مكتملة الصلاحية (*juridictionnalisation*) أنيط بها لقاضي تطبيق العقوبات وللجنة تنفيذ وتطبيق العقوبات وذلك للقيام بإجراءات تكييف العقوبات بعد سحبها من اختصاص النيابة ووزير العدل.

(La juridictionnalisation selon le doyen CORNU: ce néologisme désigne un « procédé consistant à attribuer à des actes qui ne la comporteraient normalement pas la qualification d'acte juridictionnel, afin de leur étendre le régime de ce dernier)[2]

انه الاتجاه المتبع من طرف المشرع الفرنسي المكرس في القانون 516/2000 المؤرخ في 2000/06/15.

وعلى نفس الدرب كانت خطوات المشرع في بلادنا ومسايرة للتطورات التي عرفتها التشريعات الجنائية بخصوص تكييف العقوبات وكيفية تنفيذها أورد بقانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين رقم 04/05[3] قواعد تهدف في أساسها إلى تكييف العقوبات وفقا لسياسة عقابية تجعل من العقوبة وسيلة لحماية المجتمع من خلال التربية والإدماج الاجتماعي[4] وبتطبيق هذه العقوبة وفقا لمبدأ التفريد بشأن معاملة المحكوم عليه وعدم حرمانه من ممارسة حقوقه وبالحد الضروري بغية إدماجه اجتماعيا.[5]

ومن هذا المنطلق يكون لزاما دراسة وتحليل هذه الإجراءات الهادفة إلى تكييف العقوبات والمنصوص عليها بالقانون 04/05 السالف الذكر.

[1] - La juridictionnalisation de l'exécution des peines- Virginie LECOINTE-DEA- op.cit p.5.

[2] -La juridictionnalisation de l'application des peines issue de la loi du 15juin2000-Patrick Wardenski-ENAP (Ecole Nationale d'administration pénitentiaire) n°4.nov2001

[3]– القانون رقم 04/05 الصادر بتاريخ 2005/02/06 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

[4]– انظر المادة الأولى من القانون 04/05

[5]– انظر المادتين 3 و4 من القانون 04/05

علما أن بعض التشريعات أدرجت هذه الإجراءات المتعلقة بتكييف العقوبات الجزائية وتنفيذها بإلحاقها ضمن قانون العقوبات وقانون الإجراءات مثلما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي[1] في حين المشرع المغربي أدرجها في قانون القانون الجنائي.[2]

إن تكييف العقوبات يهدف بالأساس إلى العمل على إصلاح وتربية وتأهيل المحكوم عليه سعيا لتسهيل عملية إدماجه بل وإعادة إدماجه من جديد في المجتمع من خلال الاحتفاظ والإبقاء على علاقته بأسرته؛ وهو التكييف الذي يتخذ أشكالا عديدة محددة وفقا لأحكام وشروط خاصة بكل شكل من هذه الأشكال.

فإذا كانت العقوبات الجزائية وبمجرد صيرورة الحكم القاضي بها نهائيا تخضع لمبادئ أساسية ثلاث الأول سرعة تنفيذ العقوبة والثاني العمل على إعادة إدماج المحكوم عليه بهذه العقوبة والثالث تفريد العقوبة[3]؛ فان مبدأ تفريد العقوبة اقتضى أن توضع الأسرة في الاعتبار والذي يراع فيه الروابط الأسرية من جهة والعمل على إبعاد كل ما من شأنه أن يحدث القطيعة الأسرية وهو ما استوجب معالجة خاصة بتنفيذ العقوبات وبالأخص السالبة للحرية قبل البدء في تنفيذها أو أثناء تطبيقها بوقفها مؤقتا وطبعا في الحالتين يكون ذلك وفقا لسبب أسري مشروع وجدي(**الفرع الأول**)، في حين تنفيذ العقوبة السالبة للحرية إذا كان من دون شك يعد بمثابة مؤشر لبدء القطيعة الأسرية بين المحكوم عليه وأسرته، وهو الأمر الذي تحتم معه إيجاد سبل للتخفيف من تداعيات هذه القطيعة ومن منطلق أن الأسرة بدورها لها دور فعال في إعادة إدماج المحكوم عليه من جهة ومن جهة أخرى إبقاء حق التواصل الأسري يعد بمثابة الضرورة للحفاظ على كيان الأسرة ومن ثم كان لزاما الحفاظ علي استمرارية هذا الحق بتكريسه بين المحكوم عليه وأسرته بما يعرف بحق الاتصال سواء بوسائل الاتصال عن بعد مثل الرسائل والهاتف أو عن قرب مثلما هو الشأن المتعلق بحق الزيارة .

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد لتدعيم التواصل الأسري والذي يساعد دون أدنى شك نفسيا في تقويم سلوك المحكوم عليه أثناء فترة تنفيذ العقوبة والذي بدوره يكون مدعاة لاسترجاع الثقة والتي تكون عاملا مشجعا قصد تهيئته للعودة من جديد كعضو صالح في الأسرة والمجتمع وبتجسيد هذه الثقة من خلال أحكام

[1]–v. les arts.132-24 à 132-70

[2]– انظر الفصلين 32، 33 من القانون الجنائي المغربي والمتعلقين بتأجيل العقوبات للمرأة الحامل ولأحد الزوجين إذا كان الآخر محبوسا.

[3] – Famille et droit pénal- Olivia MAURY- thèse de doctorat –Op.cit P.106

نظام الحرية النصفية، ومنح الإجازات الدورية بل وتتجسد الثقة الكاملة من خلال نظام الإفراج المشروط كإعلان لبدء عودة المحكوم عليه للمشاركة في الحياة العادية وهو ما نتناوله في (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: آلية المعالجة الخاصة بالتأجيل المؤقت لتنفيذ وتطبيق العقوبة السالبة للحرية

إذا كانت المادة الأولى من القانون 04/05 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين تؤكد أن السياسة العقابية تقوم على فكرة الدفاع الاجتماعي ومن ثم فالعقوبة هي وسيلة لحماية المجتمع من جهة في حين إعادة التربية والإدماج الاجتماعي هو الغاية الأساسية من جهة أخرى، وعلى أساس ذلك فالمؤكد في هذا الشأن أن العقوبة السالبة للحرية إما أن تخص شخصا غير محبوس وقت صدور الحكم بها وبصيرورة هذا الحكم نهائيا ولأسباب أسرية مشروعة وجدية يمكن تأجيل تنفيذ هذه العقوبة (**أولا**) في حين تنفيذ العقوبة السالبة للحرية بتواجد المحكوم عليه محبوسا وقت صدور الحكم بها وبعد صيرورته نهائيا يمكن في حالة قيام السبب المشروع والجدي التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة مراعاة في ذلك مصلحة الأسرة إذ من شأن التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة السالبة للحرية تفادي مغبة التداعيات السلبية التي يمكن أن تلحق بباقي أعضاء الأسرة وبالأخص عندما يكون المعني بهذه العقوبة أحد ركائز الأسرة كالأب أو الأم لما لهما من مسؤولية ملقاة على عاتقهما وأن اختلال هذه المسؤولية من شأنه أن يؤدي إلى تفكك الأسرة (*la famille risque de désagréger*)[1] ومن ثم فالتوقيف المؤقت للعقوبة السالبة للحرية تبرره الأسباب الأسرية (**ثانيا**).

من هذا المنظور فانه سواء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية لغير المحبوس أو تطبيقها بالنسبة للمحبوس ودون مراعاة لمصلحة الأسرة فان ذلك يسبب اختلالا في بنية الأسرة بل ومن دون مبالغة تصبح هذه الأسرة ضحية تنفيذ العقوبة السالبة للحرية لما ينجر عن ذلك من صعوبات تعترض الأسرة سواء المادية منها أو المعنوية والتي قد تؤدي إلى القطيعة الأبدية خصوصا عندما تكون العقوبة طويلة الأمد ويكفي في هذا الصدد أن قانون الأسرة يجعل من العقوبة الشائنة سببا للطلاق [2] إلى جانب الاستجابة له في حالة الغياب الطويل بسبب العقوبة والذي من شأنه إحداث أسباب أخرى لهذه القطيعة، وفي نفس المنحى كان المشرع الفرنسي أكثر صراحة بجعل العقوبة طويلة الأمد سببا للطلاق وذلك من خلال نص المادة 243 ق م والتي تنص على أحقية الزوج في الطلاق للضرر (الخطأ) في حالة الحكم على الزوج الآخر بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها بالمادة 131-

[1] Les liens de famille et le droit pénal- thèse doctorat- GUECHI Cherifa Op.cit p.233

[2]- انظر المادة 53 /4 من قانون الأسرة.

1 ق ع الفرنسي الحالي.[1] ومن ثم كان تدخل المشرع لإيجاد حلول ولو أنها تبقى نسبية إلا أنها تقلص على الأقل من حجم التداعيات السلبية للعقوبات السالبة للحرية تفاديا لمغبة تفكك الأسرة، وسعيا لتعزيز الإبقاء على استمرارية روابطها.

أولا: التأجيل المؤقت لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية

بداية إذا كانت نماذج تكييف العقوبة نظمها المشرع بالقانون 04/05 والتي أساسا تهدف إلى حماية الأسرة بالدرجة الأولى سواء تعلق الأمر بالأسباب المبررة للتأجيل المؤقت لتنفيذ العقوبة أو لتطبيقها، أو تعلق الأمر بالمساعي لإعادة إدماج المحكوم عليه والتي في نهاية المطاف تخدم الأسرة بالدرجة الأولى.

وتحقيقا لهذه الغاية أولا حددت المادة 20 من هذا القانون مفهوم الأسرة والذي يبدو أنه فضل المفهوم الواسع للأسرة فأكد أن العائلة هي **الزوج والأولاد والأب والأم والإخوة والأخوات والمكفولين**، في حين يتجلى من الأسباب المبررة للتأجيل أنها في جلها ذات العلاقة الوطيدة بالأسرة، الأمر الذي يقتضي في الأساس تحديد هذه الحالات اعتبارا أنها ذكرت حصرا (أ) ثم تحديد مدة التأجيل المؤقت وما إذا كان هذا التأجيل المؤقت لتنفيذ العقوبة وجوبي أم أنه جوازي والإجراءات المتعلقة بشأنه (**ب**).

أ- حالات الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية

إن المادة 16 من القانون 04/05 الصادر في 2005/02/06 المتضمن قانون تنظيم السجون ذكرت حالات التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية بعشرة حالات منها ما يتعلق بالمحكوم عليه ذاته ومنها ما يتعلق بالأسرة وبتفحصها يتأكد منها أنها أسباب إلى جانب مشروعيتها فإنها جدية.

إذ حالة المرض سواء بالنسبة للمحكوم عليه إذا كان مرضه خطيرا يتنافى مع وجوده في الحبس أو مرض أحد أفراد عائلته شريطة أن يثبت أنه هو المتكفل بالعائلة أو في حالة وفاة أحد أفراد العائلة (الحالات 1، 2، 3) وحالة إتمام أشغال أو المشاركة في امتحان يخص مصير مستقبله (الحالتان 4، 5) أو حالة فيما إذا كان زوجا محبوسا وأن حبسه يضر بالأولاد القصر أو أي من أفراد الأسرة المرضى والعجزة (الحالة 6) في حين الحالة السابعة تخص المرأة الحامل أو الأم لطفل يقل سنه عن 24 شهرا في حين الحالات الثلاث الأخيرة فتتعلق

[1] –v. L'art. 243 du C.Civ français: (il peut être, demandé par un époux lorsque l'autre à été condamné à l'une des peines prévues par l'article 131-1 du code pénal.

بالمحكوم عليه بخصوص العقوبة التي تقل عن 06 أشهر والمقدم بشأنها طلب العفو، أو أنه محل إجراءات الإكراه البدني ومقدم بشأنه طلب العفو وأخيرا إذا كان المحكوم عليه محل استدعاء لأداء واجب الخدمة الوطنية.

ب- مدة التأجيل والإجراءات واجبة الإتباع

أما التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية طبقا للمادة 15 من القانون 04/05 السالف الذكر فهو إجراء جوازي مقرر فقط بشأن الأحكام السالبة للحرية وضد أشخاص لم يكونوا محبوسين وهو إجراء لا تتأتى المطالبة به إلا بعد صيرورة الحكم أو القرار القاضي بالعقوبة السالبة للحرية نهائيا من جهة ومن جهة أخرى أن لا يكون محلا للاستفادة به سوى من كان غير مسبوق قضائيا، كما أن النص استثنى من الاستفادة بهذا الإجراء مرتكبي الجرائم الماسة بأملاك الدولة والأفعال الإرهابية أو التخريبية.

وأن مدة التأجيل محددة بفترة لا تزيد عن 06 أشهر ما عدا حالة الحمل فإلى ما بعد وضعه بشهرين كاملين إن ولد ميتا وإلى أربعة وعشرين شهرا حال ولادته حيا وفي حالة المرض الخطير إلى حين زواله وفي الحالات الأخرى المتعلقة بطلب العفو فلحين الفصل في الطلب أما الخدمة الوطنية فبانتهاء مدتها المقررة.

بقي التوضيح أن الجهة المختصة للفصل في طلب التأجيل والذي أساسا يقدم من المحكوم عليه هي النائب العام بالنسبة للعقوبة التي لا تتجاوز 06 أشهر ولوزير العدل بالنسبة لتلك التي تفوق 06 أشهر وتقل عن 24 شهرا يفهم من نص المادة 18 من القانون 04/05 أن تأجيل تنفيذ الأحكام الجزائية لا يتعلق سوى بعقوبات الحبس التي تقل عن 24 شهرا وهو ما يعني أنها فقط متعلقة بالجنح البسيطة والتي لا يتجاوز حدها الأقصى السنتين وبمفهوم المخالفة أن تلك التي يفوق حدها الأقصى السنتين مستثناة بعدم النص عليها ومع ذلك ورغم أن هذا الإجراء هو جوازي متروك للسلطة التقديرية للجهة المختصة بالفصل في الطلب فإننا نرى أن حصر هذا الإجراء فقط في العقوبات التي يقل حدها الأقصى عن السنتين فيه إجحاف بالمحكوم عليه وبالأخص في الحالات المتضمنة السبب المشروع والجدي مثلما هو الشأن في حالة المرض الخطير الذي يتنافى والوجود في الحبس وكذا حالة الحمل ووجود الزوج الآخر محبوسا مع وجود القصر أو العجزة.

ثانيا: التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة السالبة للحرية

إذا كانت فرضية تأجيل تنفيذ العقوبات للمحكوم عليه غير المحبوس بجميع حالاتها المبينة في المادة 16 من القانون 04/05 مؤسسة على السبب الأسري فإن التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة محدد بحالات خمسة

مذكورة حصرا بالمادة 130 من نفس القانون وهي حالات سبق ذكرها كسبب أسري بالمادة 16 سالفة الذكر إذ من خلالها تبرز معاملة المحكوم عليه كعضو في الأسرة رغم تقييد هذه المعاملة إذ بشكل أو بآخر فإنها تخدم المصلحة الأسرية باعتبارها حالات للتوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة (أ) تمنح بموجب قرار يصدر عن الجهة المختصة بناءً على طلب المحكوم عليه المحبوس ووفقا لإجراءات محددة قانونا (ب).

أ- حالات التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة السالبة للحرية

إن المادة 130 من القانون 04/05 حددت 05 حالات على سبيل الحصر تكون سببا يستفيد من خلاله المدان المحبوس بالتوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة ولمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وهذه الحالات الخمسة ثلاثة منها لفائدة الأسرة في حين ما تبقى منها يتعلق بمصلحة المحبوس، فوفاة أحد أفراد الأسرة أو الإصابة بمرض خطير أو وجود الزوج الآخر محبوسا والذي من شأنه الإضرار بالقصر أو باقي أفراد الأسرة بمرض أو عجز هي حالات مبررة لوقف تطبيق العقوبة، في حين ما يخص المحبوس للمشاركة في امتحان أو الخضوع لعلاج طبي هو الآخر سببا مقبولا لتوقيف العقوبة مؤقتا.

يبدوا من ذكر هذه الحالات أن المشرع ذكرها على سبيل الحصر وكان يحسن أن تذكر على سبيل المثال اعتبارا أن ما قد يحدث من الأسباب يتسم بالمشروعية والجدية يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار ما دام الأمر في كل هذه الأسباب التي ذكرها المشرع حصرا متروك للسلطة التقديرية لإقرار هذا التوقيف من عدمه.

ب- إجراءات توقيف تطبيق العقوبات المؤقت

إذا كانت المادة 130 من القانون 04/05 تشترط بشان مقرر توقيف تطبيق العقوبة السالبة للحرية أن يكون مسببا فان نفس النص يجعل من قاضي تطبيق العقوبات هو الجهة المختصة لإصدار هذا المقرر بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات المنشأة على مستوى كافة المؤسسات العقابية طبقا للمادة 24 من نفس القانون 04/05 وإعمالا بالمرسوم التنفيذي رقم 180/05 المحدد لتشكيلة هذه اللجنة وكيفية سيرها والتي يترأسها قاضي تطبيق العقوبات وتصدر قراراتها بأغلبية الأصوات مع قبول الطعن فيها أمام لجنة تكييف العقوبات.

إن التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبات هو الآخر له طابع جوازي من جهة ومن جهة أخرى يحدد مدة التوقيف بثلاثة أشهر شريطة أن يستفيد منها فقط من بقي من عقوبته سنة فأقل وأن فترة التوقيف لا تتعدى ثلاثة أشهر ولا تحتسب ضمن الفترة المحددة لتنفيذ العقوبة مثلما هو مبين بالمادة 131 من نفس القانون.

ويصدر مقرر التوقيف بناءً على طلب المحبوس أو ممثله القانوني أو احد أفراد عائلته وأن قاضي تطبيق العقوبات ملزم للبت بهذا الطلب خلال مدة 10 أيام من تاريخ إخطاره وفقا لنص المادة 132.

في هذا الصدد إذا كانت الحالات الخمسة لتبرير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة تتسم بالطابع الأسري وكذا مشروعية وجدية السبب فإننا نرى أن تعليق الاستفادة من هذا التوقيف فقط لباقي العقوبة المحدد بسنة فأقل هو أمر غير منطقي مادام أن هذه الأسباب قررت في أصلها لتخدم مصلحة الأسرة ومن ثم فإنها تحدث في أي مرحلة من مراحل تنفيذ تطبيق العقوبة ويكفي مثلا إذا كان أحد الزوجين محكوم عليه بثلاث سنوات نافذا قضى منها سنة ويحكم على زوجته بعد ذلك بثلاث سنوات فكيف يكون مصير الأبناء القصر وثبوت أنه ليس لهم سوى والديهما ومن ثم فالفقرة الرابعة المنصوص عليها في المادة 130 لا تجد مجالا للأخذ بها كسبب أسري مبرر لوقف تطبيق العقوبة أضف إلى ذلك أن تحديد التوقيف لتطبيق العقوبة بمدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر فإنه لا يخدم ولا يفيد حماية الأسرة وكان يحسن تمديد هذا التوقيف لغاية استنفاذ أحد الوالدين للعقوبة مراعاة في ذلك للسبب الشرعي والجدي المتعلق بالأطفال القصر ونفس الأمر بالنسبة لحالة المرض الخطير ذلك ما يدفعنا في هذا الصدد إلى التأكيد أن مبدأ تفريد العقوبة من خلال تكييفها يقتضي مراجعة المشرع لهذا النص وجعله يتماشى وما تقتضيه مصلحة الأسرة وحمايتها.

الفرع الثاني: آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية

إن المفهوم الحديث للعقوبة الجنائية يختلف عن المفهوم التقليدي الذي كان ينظر به للعقوبة بمنظار انتقامي تجاه مرتكب الجريمة وذلك من خلال حرمانه من حق الحرية بوضعه في مؤسسة ذات بيئة مغلقة ومعاملته أحيانا معاملة غير إنسانية وكل ذلك في إطار العقاب من أجل العقاب ولا شيء سواه.

إن الهدف من العقاب في الوقت الراهن سواء أكان في بيئة مغلقة أو بيئة مفتوحة يتمثل أساسا في إعادة الإدماج اجتماعيا وذلك من خلال التكوين والتعليم وإعادة التربية للمحكوم عليه والعمل على إبقاء الروابط الأسرية متواصلة من خلال الإجراءات المتبعة سواء في مكان الاحتباس من خلال الحق في الزيارة والمحادثة وكذا المراسلات والاتصالات عن بعد (**أولا**)، هذا بالنسبة للاحتباس في البيئة المغلقة في حين من خلال استعادة الثقة في المحكوم عليه من خلال سلوكه أثناء قضائه للعقوبة يفتح المجال لتمكينه تدريجيا من البيئة المفتوحة إما بالعمل في الورشات الخارجية أو من خلال الحرية النصفية وأكثر من ذلك وتهيئة المحكوم عليه للعودة العادية لأسرته وللمجتمع يمنح إجازات خروج محددة، بل وأكثر من كل ذلك في إطار توسيع نطاق الثقة في المحكوم عليه

تتوج فترة الاختبار بالإفراج المشروط (**ثانيا**). إلا أن هذه الآليات إذا كانت تخص المحكوم عليهم البالغين، فهل الأمر بالنسبة للأحداث يتضمن خصوصيات خاصة بهم ومميزة لهذه الفئة ذات الأهمية في الأسرة والتي تقتضي الاهتمام بها وإعطائها الأولوية (**ثالثا**).

أولا: حقوق المحبوس في البيئة المغلقة

إذا كان قانون تنظيم السجون 04/05 وضع تنظيما للمؤسسات العقابية المغلقة وتحديد واجبات وحقوق من تطبق بشأنهم العقوبات وإنشاء وتنصيب آليات أعدت لهذا الغرض من خلال وجود مؤسسة قاضي تطبيق العقوبات وكذلك اللجان المختصة في كل مؤسسة للسهر على متابعة تطبيق العقوبات السالبة للحرية بما فيها البديلة، فإن نظام الاحتباس في هذه المؤسسات المغلقة تضمن واجبات تقع على كاهل المحبوس طوال فترة احتباسه[1]، من جهة ومن جهة أخرى بين حدود وصلاحية حقوق المحبوس وفي مقدمتها حقه في الاتصال غير المباشر (أ) وكذا حقه في الاتصال المباشر (**ب**).

أ- حق الاتصال غير المباشر *le droit de communiquer* وبهدف الحفاظ على التواصل الأسري وحتى لا يبقى المحبوس في عزلة كلية مبعدا عن محيطه الأسري ومن خلال تكييف العقوبة منح المحكوم عليه الحق في الاتصال غير المباشر أو ما يطلق عليه الاتصال عن بعد[2]، والذي يتحقق في حالتين الأولى عن طريق الكتابة (المراسلات)(**1**) والثانية عن طريق المكالمة الهاتفية (**2**) وطبعا مع تقييد للوسيلتين بما يحقق نظام وأمن المؤسسة وكذا ما يحقق إعادة تربية المحبوس ذاته.

1- حق المراسلة

إنه إعمالا بأحكام قانون تنظيم السجون04/05[3] فإن للمحبوس بشكل عام- سواء كان محبوسا تنفيذا لحكم نهائي أم كان محبوسا حبسا مؤقتا - الحق لمراسلة أي شخص بما في ذلك أقاربه شريطة أن لا يتسبب في الإخلال بالأمن وحفظ النظام في المؤسسة المحبوس بها أو يخل بالشأن المتعلق بإعادة التربية والإدماج وأن هذه المراسلة تخضع للرقابة ماعدا تلك الموجهة للمحامي أو للسلطات القضائية والإدارية الوطنية في حين تلك الموجهة من المحبوس للمحامي بالخارج فتخضع للسلطة التقديرية للنائب العام.

[1] انظر المواد 44، وما يليها من القانون 04/05.

[2] الحماية الجنائية للأسرة- لنكار محمود- دكتوراه – مرجع سابق ص.317

[3] انظر أحكام المواد 73، 74، 75 ق.ت.س.أ.م

2- وسائل الاتصال الأخرى

مما لا شك فيه أن حق اتصال المحبوس بأسرته يعزز التواصل الأسري ويعمل على تخفيف وطأة القطيعة الناجمة عن العقوبة السالبة للحرية سواء كان هذا الاتصال عن بعد من خلال المراسلة كما سبق الذكر أو من خلال وسائل الاتصال الأخرى خصوصا مع التطور الحاصل بشان هذه الأخيرة لما تتميز به من السرعة في تحقيق هذا الاتصال أو من خلال التقارب أكثر باستعمال الصوت بالنسبة لوسيلة الهاتف أو الصوت والصورة معا كما هو الشأن في وسائل الاتصال الحديثة التي تجعل طرفي هذه الوسيلة متقابلين وكأنهما بمكان واحد.

في هذا الصدد يبدوا أن المشرع وإحساسا منه بمدى أهمية هذه الوسيلة فإنه نص عليها تحت عنوان الزيارات والمحادثة وكأنه يعتبر وسيلة المحادثة كوسيلة اتصال عن بعد ولا تختلف عن الاتصال المباشر المتمثل في الزيارة إذ أجاز الترخيص للمحبوس بالاتصال عن بعد باستعمال الوسائل التي توفرها المؤسسة ومشيرا في ذات الوقت بترك الأمر بخصوص كيفية تطبيق هذه الوسيلة عن طريق التنظيم[1].

ولعل الأفيد التوضيح أن وسائل الاتصال عن بعد مع تطورها لم تعد تقتصر على الاتصال الهاتفي وبشكله العادي بل أن هذه الوسيلة تطورت وأصبحت لا تقتصر على الصوت وحده بقدر ما أصبحت تتضمن الصورة إلى جانب تعدد وسائل الاتصال الأخرى عن طريق وسائل الاتصال المتطورة المنتشرة ليس فقط في حدود معينة بل في كافة القارات إلا أن الأمر بشأن هذه الوسائل يبقى محدودا بالنسبة للمعاقب بعقوبة سالبة للحرية ولعل ترك الأمر بنص المادة 72 السالفة الذكر إلى التنظيم الخاص بشأنها مرده أساسا مراعاة الجانب الأمني من جهة ومن جهة أخرى مراعاة إعادة التربية والإدماج للمحكوم عليه ذاته ومن ثم فما هو محقق عمليا بشأن هذه الوسيلة تمكين المحبوس الاتصال هاتفيا بأقاربه لغاية الدرجة الرابعة وزوجه ومكفوله وأقاربه بالمصاهرة لغاية الدرجة الثالثة وهي الأطراف المسموح بها المذكورة بالمادة 66 ق ت س ا ا م وبالرغم من أن المادة72 من نفس القانون تنص على الاتصال عن بعد لم تذكر الأطراف المسموح الاتصال بهم إلا أن المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 430/05[2] تحيل إلى ذكر الأطراف المشار إليهم بالمادة 66 المذكورة، وأن تحديد وقت الاتصال بهذه الوسيلة وعدد مرات هذا الاتصال متروك لإدارة المؤسسة العقابية [3]. في حين إذا كان المرسوم

[1]-انظر المادة 72 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين 04/05

[2]- المادة 4 من المرسوم التنفيذي 430/05 المؤرخ في 2005/11/08 المحدد لوسائل الاتصال عن بعد وكيفية استعمالها من طرف المحبوسين

[3]- انظر مقتضيات المواد 6، 7، 8، 9 من المرسوم 430/05 المشار إليه أعلاه.

التنفيذي 430/05 المذكور حدد وسيلة الاتصال عن بعد في وسيلة واحدة وهي الهاتف وذلك في مادته الثانية فإن باقي وسائل الاتصال الأخرى تبقى غير مرخص بها وربما مع الوقت تتاح إمكانية استعمالها في حالة التحكم بشأن مراقبتها.

وإلى جانب الاتصال عن بعد فإن التواصل الأسري يقتضي إيجاد سبل تضع حدا للقطيعة الأسرية فكان ذلك مدعاة لإقرار الاتصال المباشر ما بين المحبوس وأعضاء أسرته كسبيل يعزز إعادة الإدماج الاجتماعي.

ب- حق الاتصال المباشر

يقينا أن العقوبة السالبة للحرية تفرض القطيعة ما بين المحكوم عليه وأسرته باعتبار تواجده بين أسوار المؤسسة العقابية الموكول لها التكفل به في إطار تنفيذ وتطبيق هذه العقوبة، إذ المؤكد في هذا الصدد أن ذلك ليس بالأمر الهين بالنسبة للمؤسسة العقابية والتي تتأرجح بين أمرين أساسيين العقوبة وإعادة الإدماج وهما غاية المجتمع التي يسعى إليها من خلال العقاب.

(La prison n'est pas, ne sera jamais une institution simple, car elle pose à chaque fois la question de la sanction et de la réinsertion. C'est en naviguant constamment entre ces deux impératifs que la prison doit trouver le bon équilibre et qu'elle a reçu ces deux mandats de la société)[1]

وأنه من منظور مستلزمات التوفيق بين تنفيذ وتطبيق العقوبة وإعادة الإدماج الاجتماعي وبالأخص مراعاة كل ما من شأنه أن يفيد التزام إعادة الإدماج كان لزاما وضع قواعد تحد من القطيعة الكلية ما بين المحكوم عليه وأسرته من خلال آليات تخفف من وطأة القطيعة وتعمل على إتاحة فرصة التواصل بين المحكوم عليه وأسرته والذي يخدم الجانب النفسي للمحكوم عليه وكذا كافة أفراد أسرته، إن هذا التواصل يتحقق من خلال الاتصال المباشر وفقا لقواعد تنظم الزيارات المرخص بها في غرف المحادثة المخصصة لهذا الغرض سواء كانت بفاصل أو بدونه حسب ما يقتضيه النظام الداخلي للمؤسسة.

إن الإطار المحدد وفقا للسياسة الجنائية في هذا الصدد يتمثل في إعداد سبل إنجاح التواصل الأسري من خلال تهيئة المناخ الذي يحقق هذه الغاية، فالكثير من التشريعات بادرت إلى تحسين إطار التواصل ما بين المحكوم عليه وأسرته وبالأخص في حالة العقوبات طويلة الأمد فبعد أن كان هذا التواصل يتمثل في زيارات للمحادثة وبفاصل أصبح اليوم يتحقق في إطار زيارات للمحادثة دون فاصل بل وأكثر من ذلك تم إنشاء

[1] Alain BOURAGBA les liens familiaux à l'épreuve du pénal (Elisabeth GUIGORE…) Eres.2002 p.13 et 14.

وحدات عيش أسرية داخل نطاق المؤسسات العقابية تضمن لقاءات مباشرة بين المحكوم عليه وأسرته ومن دون مراقبة مباشرة. ففي فرنسا سنة 2003 بدأت تجربة الوحدات التجريبية للزيارة الأسرية *(UEVF)*[1]، وذلك في المؤسسات العقابية الكبرى التي بنيت بها شقق بعيدة عن منطقة فضاء الاحتباس خاصة بالزيارات الأسرية ودون مراقبة مباشرة وتخص المحكوم عليه نهائيا ولفترات زيارة محددة ما بين 6 إلى 48 ساعة وبالنظر لأهمية إبقاء التواصل الأسري فإن النصوص التشريعية في هذا الشأن في كندا تعطي الحق للمحكوم عليه لمدة تقل عن السنتين الحق في الاستفادة من هذه الزيارة شهريا وبشقق مؤثثة متواجدة خارج فضاء الاحتباس يلتقي ويعيش خلالها المحبوس مع أسرته (الزوجة والأبناء ولمدة أقصاها 72 ساعة) بل وأكثر من ذلك كما هو الشأن في بعض الأقطار الأوروبية يمكن الترخيص بالزيارات الأسرية الحميمية الخاصة[2]، وإذا كان تطوير تكييف العقوبة في هذه الأقطار التي سبقت للعمل على كل ما من شأنه خدمة التواصل الأسري وإعادة الإدماج الاجتماعي فإن المشرع في هذا الشأن وفي إطار إصلاح العدالة التأهيلية نص في المواد 66 وما يليها من قانون تنظيم السجون على تنظيم الزيارات والمحادثات التي خص بها أقارب المحبوس لغاية الدرجة الرابعة وكذا زوجه ومكفوله والأقارب بالمصاهرة لغاية الدرجة الثالثة واستثناءً رخص له بزيارة الجمعيات الإنسانية والخيرية وكذا بزيارة رجال الدين، وتنظيما لهذه الزيارات تم السماح بها دون فاصل سعيا لتوطيد أواصل العلاقات الأسرية[3].

إن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي الصادر سنة 2005 يعتبر ثمرة تحول في إطار العدالة التأهيلية والمرتكزة أساسا على مبدأ تفريد العقوبة إلا أن هذه النصوص في رأينا لا تزال بعد لم تحقق الأهداف المستوحاة من مبدأ تفريد العقوبة هذا المبدأ الذي خطى خطوات معتبرة في العديد من الأقطار وبالأخص الدول الأنجلوسكسونية وكذا الأوروبية من خلال ربط هذا المبدأ بحقوق الإنسان إذ يكفي على سبيل الذكر أن النظرة الحديثة للعقوبة لم تعد تقتصر على العقوبة في حد ذاتها المحكوم بها على الجاني بقدر ما أصبح يراعى من خلال تطبيقها شخصية العقوبة وتطويرها بما يتماشى وحقوق الإنسان إذ في هذا الإطار اعتبر أن كل ما يلحق أفراد الأسرة من أضرار بسبب استعمال حق الاتصال للمحبوس والذي يفرضه التواصل الأسري يكلف الأسرة أعباء تثقل كاهلها كمصاريف التنقل ومن ثم اعتبر ذلك بمثابة إرهاصات تشكل عقوبات تكميلية للأسرة الأمر

[1] UEVF: unités expérimentales de visites familiales
[2] Etude de législation comparé n° 163- mai 2006. Le maintien des liens familiaux en prison (www.sénat.fr)
[3] انظر المادة 69 ق.ت.س.ا.ا.م

الذي اقتضى إيجاد سبل لتفادي ما اعتبر عقوبات تكميلية إما بتقريب أماكن الاحتباس من مسكن الأسرة أو تعويض هذه الأخيرة عن مصاريف التنقل الناجمة عن زيارة المحبوس.[1]

من هذا المنظور إذا كانت التشريعات الحديثة تسعى من خلال تنفيذ العقوبات سواء في الوسط المغلق أو المفتوح إلى إيجاد سبل تخدم بالدرجة الأولى إعادة الإدماج الاجتماعي فإن الواقع القانوني والميداني بشأن تنفيذ العقوبات من خلال القانون 04/05 يبقى في منأى عن تحقيق مبدأ تفريد العقوبة الذي توصلت إليه التشريعات الغربية فإذا كانت هذه التشريعات في أوروبا وأمريكا وبالأخص كندا والتي حققت أشواطا متقدمة في هذا الشأن لتسهيل كل ما من شأنه أن يعزز التواصل الأسري والذي أصبح دون شك سبيلا لإصلاح المحكوم عليه بتقريبه من العيش الأسري حتى ولو كان ذلك لفترات متقطعة (مثلما هو شأن تنظيم الزيارات الأسرية وبالشكل الأقرب لما هو طبيعي وفي شقق أسرية داخل أسوار المؤسسة) في حين هذا التواصل الأسري من خلال النصوص المنظمة لحق الزيارة والمحادثة اقتصر على زيارات غير كافية ومن دون المناخ الطبيعي لها بالأخص فيما يتعلق بزيارات الأطفال لذويهم المحبوسين إذ إلى جانب افتقار تنظيمها فهي بما عليه لا تخدم مصلحة الأطفال بل ونرى فيها أنها ذات أثر سلبي عليهم، إذ تبقى صورة الزيارة في أذهان الأطفال خصوصا تلك التي تكون بفاصل وحتى تلك التي تكون بدون فاصل فإن وقوف الحراس بأماكن الزيارة وبالزي الخاص بهم فيه إحراج للمحبوس وأطفاله وهو الأمر الذي يقتضي مراجعته سعيا لجعل التواصل الأسري ناجعا.

ومع ذلك كانت للمشرع خطوات إيجابية بنفس القانون 04/05 وذلك بجعل إجراءات تنفيذ العقوبة السالبة للحرية تأخذ منحى آخر لخدمة تفريد العقوبة من خلال تنفيذها في الوسط المفتوح سواء كان في ورشات خارجية أو وفقا لنظام الحرية النصفية ثم الإفراج المشروط.

[1] Les frais engendrés par la détention qui présente sur les familles montre que celles-ci sont mises à contribution pour l'exécution d'une sanction pénale. On peut alors qualifier les conséquences familiales de « sanctions accessoires ». (prison-eu.org)

ثانيا: آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية في الوسط المفتوح

إن مفهوم تكييف العقوبات السالبة للحرية مرتبط أساسا بتطور آليات تنفيذ العقوبات فبعد أن كانت هذه الأخيرة منوط توليها للجهات الإدارية التابعة للمؤسسات العقابية والعاملة وفقا لتوجيهات النيابة ومن ثم كان لها طابعا إداريا في إدارة تنفيذ العقوبة، إلا أن السياسات الجنائية المنبثقة عن مبدأ تفريد العقوبة من خلال إعادة إدماج المحكوم عليه وتغير النظرة القديمة نحو هذا الأخير واعتباره مواطنا حتى ولو سلبت حريته ليبقى محتفظا بحقه كإنسان هو الأمر الذي أدى إلى جعل نظام تنفيذ العقوبة وتطبيقها من صلاحيات جهة قضائية أو ما يعبر عنه بقضائية تنفيذ العقوبات[1]، أي خلق جهة قضائية تتمثل في قاضي تطبيق العقوبات *(JAP)* وكذا جهات تقاضي إقليمية *(JRLC)* ووطنية *(JNLC)* وهي المؤسسات التي أنشاها التشريع الفرنسي[2]، ذات الطابع القضائي منوط بها تكييف العقوبات وتنفيذها من خلال قراراتها القابلة للطعن فيها من طرف النيابة وكذا من طرف المحكوم عليه.

إن هذا التطور الحاصل بشأن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية وتطبيقها بما يخدم التواصل الأسري وإعادة إدماج المحكوم عليه أثمر عن آليات لتكييف العقوبات السالبة للحرية سواء من خلال إبعاد القطيعة الكاملة وفسح المجال لإجازات الخروج، أو تجزئة العقوبة أو العمل في ورشات خارجية تحت الحراسة (أ) وهي سبل تعد بمثابة وسائل للاختبار والتي بإمكانها أن تفسح المجال إلى توسيع نطاق الثقة في المحكوم عليه واللجوء إلى آليات تكييف أكثر تطورا والمتمثلة في الحرية النصفية ونظام الإفراج المشروط (ب) وهو ما عبر عنه البعض بشأن الثقة التي يمنحها المجتمع للمحكوم عليه من خلال الإفراج المشروط أنها تعد بمثابة عقد بين المحكوم عليه والمجتمع[3].

أ-آلية تكييف العقوبة لإبعاد القطيعة

إذا كان تنفيذ العقوبات ومتابعة تطبيقها أصبح أمره موكول لجهة قضائية تتمثل في قاضي تنفيذ العقوبات واللجان المنشأة بهذا الصدد فإن قضاء المحكوم عليه لعقوبته واعتبارا أن العقوبة أساسا تهدف إلى تأهيله بالدرجة الأولى فكان لزاما مراعاة مقتضيات هذا التأهيل والذي يأتي في مقدمته فتح مجال تواصل علاقة المحكوم عليه

[1] La juridictionnalisation des aménagements de peines (criminocropus.revue.org 2510)
[2] JAP: juge d'application des peines- JRLC: juridiction régionale de libération conditionnelle – JNLC: juridiction nationale de libération conditionnelle –op.cit (ENAP n°4 novembre 2001)
[3] (un détenu en libération conditionnelle est lié par **un contrat avec la société** www.éleves.ens.fr p.6-7)

بأسرته من خلال آلية تواصله مع الوسط الخارجي سواء بمنحه رخصا للخروج لمدة محددة (1) أو أن يرخص له بالعمل في الورش الخارجية تحت الحراسة لتهيئته الاستفادة بإجراءات أخرى تصب بدورها في مجال التكييف للعقوبة (2).

1- **إجازات الخروج:** بداية فإن هذه الإجازات هي بمثابة رخصة وليست حقا للمحكوم عليه من خلالها تمنح رخصة الخروج إما تحت الحراسة ولمدة جد محددة حسب ظروف الحالة من طرف القاضي المختص بعد إخطار النائب العام[1]، وهي إجازة استثنائية متعلقة بالأخص بحالة مرض خطير أو وفاة أحد أقارب المحكوم عليه سواء كان محبوسا حبسا مؤقتا أو نهائيا[2]، وأن التطبيق العملي يثبت أن هذه الرخصة الاستثنائية تمنح لساعات محددة في حالة الوفاة، أو مرض الموت.

في حين إجازات الخروج التي تمنح للمحكوم عليه كمكافأة لحسن سيرته وسلوكه فتخص المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية وبحكم نهائي ويتولى اختصاص منح هذه الإجازة قاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات بحيث تكون الاستفادة منها للمحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية المساوية أو الأقل من 3 سنوات ولمدة 10 أيام دون أية حراسة[3]، وأن المحكوم عليهم الأحداث فتكون إجازتهم شهرا واحدا خلال العطلة الصيفية و10 أيام في مجموعها خلال العطل الاستثنائية والأعياد الوطنية والدينية خلال 3 اشهر[4].

2- الورش الخارجية: إن الأمر يتعلق بالمحكوم عليهم نهائيا سواء كانوا من صنف المبتدئين وقضائهم ثلث العقوبة المحكوم بها عليهم أو من صنف المسبوقين الذين قضوا نصف العقوبة، وسعيا لتهيئتهم تدريجيا للحياة العادية يرخص لهم بالعمل في ورشات خارجية وتحت الحراسة منذ خروجهم من المؤسسة العقابية نحو مقر العمل ولغاية عودتهم للمؤسسة[5]، ويضمن هذه الحراسة أثناء النقل وأثناء العمل بالورشة المحددة مسبقا حراس المؤسسة العقابية.

---

[1] انظر المادة 56 ق.ت.س.أ.أ.م

[2] تمنح هذه الرخصة من طرف قاضي التحقيق أو قاضي الحكم إذا كان المحبوس محبوسا في وضعية الحبس المؤقت، ومن طرف قاضي تطبيق العقوبات إذا كان المحكوم عليه محبوسا وفقا لحكم نهائي.

[3] انظر المادة 29 ق.ت.س.أ.أ.م

[4] انظر المادة 125 ق.ت.س.أ.أ.م

[5] انظر المواد 100 ولغاية 103 ق.ت.س.أ.أ.م

إن الفائدة من هذه الورش الخارجية أنها إلى جانب كونها تمهد للمحكوم عليه سبل الخروج من البيئة المغلقة للعمل في بيئة مفتوحة بهدف تهيئة عودته ورؤيته لنور الحياة العادية فإنها من جانب آخر تسهم في إنجاز المشاريع ذات المنفعة العامة ويكفي أن المحكوم عليه يشعر بأنه موجود وباستطاعته أن يفعل شيئا بدلا من أن لا يفعل شيئا بين أسوار المؤسسة العقابية.

إن مثل هذا التكييف للعقوبة إذا كان يتسم بطابع ضيق فانه بداية لاختبار الثقة في المحكوم عليه والذي يمكن أن يفسح المجال لتكييف أوسع وذلك باستبدال ما بقي من العقوبة ووفقا لشروط محددة قانونا والاستفادة من الانتقال من الوسط المغلق إلى الوسط المفتوح ودون حراسة من خلال ما أطلق عليه ببدائل العقوبات السالبة للحرية ذات الأهداف العديدة.

ب – آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية من خلال البدائل

إذا كانت تشريعات عديدة كرست بدائل للعقوبات السالبة للحرية سواء قبل تنفيذها، وذلك بجعل بديل لها تقضي به جهات الحكم الجزائية وفقا لمقتضيات نصوص منظمة لكيفيتها، أو اللجوء للبدائل أثناء تطبيق العقوبات السالبة للحرية من خلال جهات قضائية مخصصة لهذا الغرض مثلما سبق الذكر.

إن هذه البدائل التي تحل محل العقوبة السالبة للحرية باللجوء إليها قبل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، أو بعد تطبيق جزء منها واستبدال الباقي منها ببدائل يعد من قبيل الإجراءات المستحدثة الهادفة إلى تكييف العقوبة وفقا لغايات مقررة لها تخص بالدرجة الأولى إعادة إدماج المحكوم عليه وفي ذات الوقت لا تستبعد وضع حد للاضطراب الناجم عن الجرم وكذا ضمان جبر الضرر اللاحق بالضحية المتضرر من الجرم[1]

ورغم أن هذه البدائل في حد ذاتها تعد من بمثابة عقوبات لكنها تختلف عن العقوبات الأصلية السالبة للحرية كونها عقوبات مكيفة بشكل يحد من القطيعة بين المحكوم عليه وأسرته من جهة ومن جهة أكثر سموا وتتمثل في الغاية المثلى للعقوبة وهي إدماج المحكوم عليه وتفادي عودته للإجرام، ومن ثم يرى المختصون في هذا الشأن أن العقوبات البديلة هي من قبيل الاستثناء للعقوبات السالبة للحرية وهذه الأخيرة تبقى دائما هي الأصل بدليل أن إخلال المحكوم عليه بالتزامات العقوبة البديلة يعرضه إلى وجوب تنفيذ العقوبة السالبة للحرية[2].

[1] (d'assurer la réparation du dommage causé à la victime- de mettre fin au trouble résultant de l'infraction- de contribuer au reclassement de l'auteur des faits) VOSdroit.service.public.fr 14 novembre 2012.

[2] Les peines alternatives à la prison et l'aménagement des peines une solution pour vider les prisons. www.éleves.ens.fr Op.cit p.7/7.

في هذا الإطار وما دام الأمر يتعلق ببدائل العقوبات السالبة للحرية وإدراكا من أن بعضها يتم اللجوء إليه قبل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية وبعضها أثناء تطبيقها، فيحسن بدءا تناول البدائل المتبعة قبل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية (**1**)، في حين تلك التي يلجأ إليها أثناء مرحلة تطبيق العقوبة السالبة للحرية نبين نماذجها وما وصلت إليه من تطور (**2**).

1- بدائل العقوبة السالبة للحرية قبل تنفيذها

إنه يقينا أن ما وصل إليه تطور تكييف العقوبات السالبة للحرية واتساع دائرة نماذجها التي تصب جميعا في إطار الأهداف المسطرة لتكييف العقوبة وذلك من خلال تسييجها بمبادئ أساسية وإمكانية القول أن تنفيذ العقوبات أصبح فرعا مستقلا كبقية فروع القانون الجنائي.

وأنه من خلال ما تضمنه هذا الفرع والذي توجت إجراءاته ولو نسبيا في كافة التشريعات بإضفاء الطابع القضائي وكيفيات تطبيق هذه الإجراءات الأمر الذي أتاح تكييف العقوبات قصيرة المدى قبل تنفيذ هذه العقوبات

(Les aménagement des peines courtes peuvent s'effectuer ab-initio, c'est-à-dire avant la mise à exécution de peine)[1]

إن بدائل العقوبة السالبة للحرية قبل تنفيذها عرفت عدة نماذج وأقدمها كانت العقوبة موقوفة التنفيذ سواء تعلق الأمر بالعقوبة السالبة للحرية أو العقوبات المالية المتمثلة في الغرامات وأن هذا النظام أدرجته غالبية التشريعات في نصوصها إذ أن وقف التنفيذ واعتبارا أنه يدخل في إطار الاختبار عرف بدوره نوعين الأول وهو وقف التنفيذ البسيط مثلما هو مبين بقانون الإجراءات الجزائية في الباب الأول من الكتاب السادس[2]، في حين بعض التشريعات أضافت نوعا ثانيا ويتعلق الأمر بوقف تنفيذ للعقوبة والمقترن بالاختبار بوضع التزامات للمحكوم عليه أو تذهب إلى الإعفاء من العقوبة وتأجيل النطق بها بإجراء بسيط أو مع الاختبار وفقا لنظام التأجيل المحدد بالأمر الجنائي لالتزامات واجبة المراعاة من طرف المحكوم عليه[3]، إلا أن بدائل العقوبة السالبة

[1] Les aménagement de peine avant la mise à l'exécution – Juliette DAUDI- 4 octobre 2013- www.village-justice.com

[2] انظر المواد 592 إلى 595 ق.أ.ج والمخصص لوقف التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقوبة الأصلية.

[3] التطبيقات المعاصرة لبدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة- د.أحمد لطفي السيد مرعي – إصدارات الجمعية الوطنية لحقوق الإنسان – الرياض 1422/02/01 هـ

للحرية قبل تنفيذها عرف نماذج أكثر تطورا تم من خلالها مراعاة معايير التفريد خصوصا تلك المتعلقة بحالة المحكوم عليه وسلوكه وشخصيته.

من هذا المنطلق نتناول بعضا من هذه النماذج والمتمثلة في عقوبة العمل للنفع العام[1] وعقوبة الرقابة الالكترونية[2] وأخيرا المتابعة السوسيو-قضائية[3].

1-1 فبخصوص عقوبة العمل للنفع العام

من دون ادني شك أن هذه العقوبة كبديل للعقوبة السالبة للحرية تعد بمثابة البديل الأكثر فعالية بالنسبة لعقوبات الحبس القصيرة المدى أدرجها المشرع الفرنسي بقانون 10 جوان 1983 يلتزم من خلالها المحكوم عليه بعد موافقته على هذا الإجراء المتمثل في العمل لفائدة شخص معنوي عام أو جمعيات مؤهلة لذلك[4].

إن هذا الإجراء كبديل للعقوبة السالبة للحرية(المعزز للسياسة الجنائية والعقابية والمرتكزة أساسا على احترام حقوق الإنسان وتحقيق إعادة الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليهم وهو المبتغى الذي لم يعد يرتكز على حبس الأشخاص فقط بل أضحي تحقيقه يتوقف من جهة على مدى احترام مبدأ تشخيص العقوبة عند النطق بها ومن جهة أخرى على إمكانية مساهمة العقوبة في إصلاح المحكوم عليه نهائيا دون اللجوء المفرط لوسائل الإكراه التي قد تنجر عنها آثار سلبية على مختلف جوانب حياتهم)[5] لا يتأتى إلا بعد تحريك الدعوى العمومية وإحالتها على جهة الحكم من خلال شروط معينة منصوص عليها قانونا تقضي به هذه الأخيرة بعد النطق بالعقوبة الأصلية المحكوم بها وهو ما تضمنه تعديل قانون العقوبات خلال سنة 2009 بحيث أدرج المشرع فصلا مكررا بعنوان النفع العام متمم لقانون العقوبات بالمواد 5 مكرر1 ولغاية 5مكرر6 من خلاله يمكن استبدال عقوبة الحبس النافذ بالعمل للنفع العام دون أجر لمدة تتراوح ما بين 40 ساعة ولغاية 600 ساعة والقصر من 20 إلى 300 ساعة وبحساب ساعتين عن كل يوم حبس في أجل أقصاه 18 شهرا ويكون هذا العمل لحساب شخص معنوي عام[6].

---

[1] Le travail à l'intérêt général
[2] Le bracelet magnétique ou arrêt domiciliaire sous surveillance électronique
[3] Le suivi socio-judiciaire
[4] V. l'art. 131-8 N.C.P.Français
[5]- فقرة واردة بالمنشور رقم 2 المؤرخ في21 افريل2009 الموجه من طرف وزير العدل إلى السادة الرؤساء والنواب العامين لدى المجالس القضائية والمتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام.
[6] قانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات رقم 66-156

ويستفيد من عقوبة العمل للنفع العام كل شخص محكوم عليه غير المسبوق قضائيا البالغ وكذا القاصر البالغ سن 16 سنة فأكثر ويشمل الجرائم التي لا تتجاوز عقوبتها 3 سنوات وأن يصدر الحكم بعقوبة لا تتجاوز السنة وبشرط قبول المحكوم عليه بهذه العقوبة البديلة هذه الأخيرة التي لا تنفذ إلا بعد صيرورة الحكم نهائيا وأن إخلال المحكوم عليه بالتزاماته الناجمة عن هذه العقوبة موكول أمره لقاضي تطبيق العقوبات الذي يسهر على تنفيذ هذه العقوبات في حالة الإخلال بها وله أيضا لأسباب صحية أو عائلية أو اجتماعية أن يأمر بوقفها[1].

وأخيرا بخصوص عقوبة العمل للنفع العام كعقوبة بديلة للعقوبة السالبة فإنها تدون في صحيفة السوابق القضائية بالقسيمة رقم1 ويذكر بهذه الأخيرة العقوبة الأصلية والبديلة، في حين لا تدون في صحيفة السوابق بالقسيمة رقم3 والتي لا يذكر فيها العقوبة الأصلية وكذا البديلة[2]

1-2 وبخصوص الرقابة الالكترونية

بدءا رغم أهمية هذه العقوبة البديلة في الإبقاء على التواصل الأسري وما أثبته تطبيقها بشأن إعادة إدماج المحكوم عليه اجتماعيا وانتشارها بنجاح في عديد الأقطار منذ عديد السنين وهي المعروفة بعقوبة السوار الالكتروني إلا أن المشرع في بلادنا رغم أنه بدأ في تعزيز العقوبات البديلة مثلما ذكر بشأن عقوبة العمل للنفع العام إلا أنه لم يحرك ساكنا بالنسبة لغيرها من البدائل رغم مسايرة هذه الأخيرة للتطور.

إن هذا التدبير لعقوبة السوار الالكتروني يسمح للمحكوم عليه تنفيذ العقوبة الأصلية خارج أسوار المؤسسة العقابية وإخضاعه للرقابة عن بعد وبوسيلة الكترونية خاصة تتمثل في السوار الالكتروني[3]، وهو الإجراء أو العقوبة البديلة التي عرفت أصلا بأمريكا الشمالية وبتجارب تمت بشأنها منذ 1946 بكندا وإثر انتشارها في الدول الأنجلوساكسونسة واللاتينية تم تكريسها في فرنسا من خلال قانون 19 فيفري 1997 بحيث أدرجت بقانون الإجراءات الجزائية في مادته 723-7 ثم من خلال تعديل هذا القانون في 10 أوت

[1] انظر مقتضيات المواد 5 مكرر3 و5 مكرر4 ق.ع.

[2] -المنشور التطبيقي رقم 2 المؤرخ في2009/4/21 المشار إليه في مرجع سابق

[3] Un bracelet comportant un émetteur

2011 شمل الإجراء الأحداث أيضا ما بين 16 إلى 18 سنة[1]، علما في هذا الصدد أن بدء تجربة هذه العقوبة الجديدة انطلق ببداية سنة 2000[2].

1-3 وبخصوص المراقبة السوسيو-قضائية

إن هذه العقوبة البديلة تهدف في الأساس إلى الرقابة والاختبار سعيا للوقاية من العود لارتكاب جرائم محددة حصرا وعلى سبيل المثال الجرائم الجنسية ويحكم بهذه العقوبة البديلة جهة تقاضي الحكم (محكمة أو مجلس) ويمكن أن تكون بديلة إلى الحبس أو كعقوبة مكملة له إذ يخضع المحكوم عليه من خلالها إلى التزامات من شأنها إبعاده عن الوسط الذي يساعد على عودته لاقتراف مثل هذه الجرائم وأن هذه المراقبة تخص الجنح على ألا تتجاوز 10 سنوات و20 سنة بالنسبة للجنايات[3].

ورغم أن هذه العقوبة كبديل ذات أهمية لما لها من جدوى ذات طابع وقائي ولنوع خاص من الجرائم المنصوص عليها حصرا فإنه في الغالب يشتمل أيضا على الأمر بالرعاية الصحية التي من شأنها حماية المحكوم عليه وحماية أسرته ومع ذلك رغم العمل بها في تشريعات أجنبية فإن المشرع في بلادنا لم يبد أية التفاتة لها رغم تزايد وتنامي ظاهرة الإجرام الجنسي والذي في كثير من الأحيان تكون له عواقب وخيمة لا تتوقف عند حد الجريمة الجنسية في حد ذاتها بقدر ما تتعداها إلى جرائم أخطر قد تنتهي إلى قتل ضحاياها وغالبا أن هؤلاء الضحايا من فئة المستضعفين الأطفال والنساء[4].

2- بدائل العقوبة السالبة للحرية بعد تنفيذها

إن تكييف العقوبات السالبة للحرية عرف تطورا مذهلا بخصوص النماذج التي تسعى إلى الحد من مساوئ العقوبة السالبة للحرية من جهة ومن جهة أخرى ومن خلالها توفير كل ما من شأنه العمل على إعادة إدماج المحكوم عليه اجتماعيا وإبعاده عن العود. فكانت البدائل تتمثل في تجزئة العقوبات السالبة للحرية[5] وذلك من خلال تقسيط عقوبة الحبس لمدة سنة وفي فترة لا تتجاوز 3 سنوات ولا تقل الأقساط في كل مرة

[1] Les alternatifs en procédure pénale- Dian Floréancig – mémoire master 2 – université Paris 2 Panthéon-ASSAS 2012/2013 p.96

[2] Les peines alternatives à la prison (www.éleves.ens.fr) Op.cit P.2/7

[3] V. les arts 131-36-1 à 131-36-7 et 221-9-1, 222-48-1 et 227-31 N.C.P.F

[4] قتلة الأطفال في الجزائر - ياسر عمره 3 سنوات بعد اغتصابه تم قتله ذبحا وخنقا –والطفلين صهيب 5 سنوات وشقيقه 8 سنوات يغرقان في برميل.–جريدة الشروق اليومية عدد 3875 في 25 ديسمبر 2012

[5] Fractionnement de la peine.

عن يومين [1] وهذا النظام يقترب من النظام ألتأهيلي المعروف بنظام الحبس آخر الأسبوع[2] واعتبارا أن المشرع في هذا الشأن فضل تكريس نموذجين كبدائل للعقوبة النافذة أثناء تطبيقها والمتمثلين في نموذج الحرية النصفية ونموذج الإفراج المشروط الأمر الذي يقتضي الاكتفاء بتناولهما وتبيان محتوى كل نموذج والغاية المتوخاة منه.

2-1 الحرية النصفية

إذا كان المشرع أورد هذا البديل بقانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين بمصطلح الحرية النصفية[3] فان بعض التشريعات تطلق عليه مصطلح شبه الحرية وهو إجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية ولكن بعد تنفيذ جزء منها وإخضاع باقي العقوبة لهذا الإجراء البديل وفقا لنظام محدد، يرى فيه البعض انه يقسم حياة المحكوم عليه إلى قسمين أثناء تنفيذ العقوبة فالقسم الأول يمضيه خارج أسوار المؤسسة العقابية والعيش كمواطن عادي ينعم بنهاره في حين القسم الثاني وهو الليل فيقضيه داخل المؤسسة العقابية يخضع لما يخضع له سائر المساجين بالمؤسسة[4].

إن نظام الحرية النصفية يمنح من خلاله المحكوم عليه نهائيا الخروج من المؤسسة العقابية نهارا والعودة إليها مساء من دون رقابة أو حراسة وتمكينه وفقا لهذا النظام من مزاولة عمل أو مزاولة الدراسة ويستفيد منه المحكوم عليه المبتدئ ولحد 24 شهرا والمسبوق الذي يقضي نصف عقوبته ويبقى منها 24 شهرا، وذلك بمقرر خاص من طرف قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات، وان إخلال المحكوم عليه المستفيد بهذا النظام بالتزاماته المحددة مسبقا يؤدي إلى الإلغاء لهذا النظام أو إبقائه بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات [5].

إن هذا النظام البديل المحددة شروطه مسبقا يمنح في الغالب لمن يتحلى بسلوك مقبول أثناء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية وانه بهذا السلوك يكون المستفيد محل ثقة حتى ولو أنها ليست كاملة خلافا لما هو عليه الأمر بالنسبة لنظام الإفراج المشروط.

---

[1] V. l art. 132-27 C. P. Français

[2] اشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة- الحنين زين الاسم – جامعة الملك السعدي كلية العلوم القانونية – طنجة 2005-2006 (www.droit et entreprise.org)

[3] La semi-liberté.

[4] أنواع العقوبات البديلة المطبقة على الكبار – د.محمد عبد الله محمدن الشنقيطي- ملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة 17، 1432/11/19- جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية –ص 28

[5]- أنظر المواد 104 ولغاية 108 ق ت س ا ا م

2-2 الإفراج المشروط

إن هذا النظام يرتكز في أساسه على مبدأ تفريد العقوبة اعتبارا أنه يراعي حالة المحكوم عليه من جهة وأسرته والمجتمع من جهة ثانية وهو ما جعله بحق تنطبق عليه تسمية الإفراج المشروط الأسري

(libération conditionnelle parentale)

إن الإفراج المشروط يعتمد في أساسه على الثقة الكاملة في المحكوم عليه من خلال المراحل التي تسبقه سواء أكانت إجراءات اختبار أو من خلال الاستقامة وحسن السلوك أثناء تنفيذ الجزء الأول من العقوبة السالبة للحرية إذ تحدد فترة الاختبار بالنسبة للمبتدئ بنصف العقوبة في حين المسبوق بثلثي العقوبة على أن لا تقل في جميع الحالات عن السنة وفترة الاختبار بالنسبة للمحكوم عليه بالمؤبد محددة بخمسة عشر سنة، كما يمكن استثناء عدم الأخذ في الاعتبار هذه الشروط بالنسبة لمن يبلغ السلطات المختصة عن حادث خطير قبل وقوعه من شأنه المساس بأمن المؤسسة العقابية أو يقدم معلومات عن مدبريه والكشف عنهم وإيقافهم وكل ذلك كمكافأة وتشجيع للعمل على حفظ النظام والأمن والذي يعود بالفائدة على كافة النزلاء بهذه المؤسسات العقابية.

إن الإفراج المشروط كبديل لما بقي من العقوبة السالبة للحرية يكون إما بطلب من المحكوم عليه أو ممثله القانوني أو باقتراح من قاضي تطبيق العقوبات أو من مدير المؤسسة العقابية، ويعرض الطلب مرفقا بكافة الوثائق المطلوبة والمحددة قانونا على لجنة تطبيق العقوبات التي يرأسها قاضي تطبيق العقوبات بالجهة المختصة محليا أي تلك المتواجد به المؤسسة العقابية حيث يقضي المحكوم عليه عقوبته، وأن هذه اللجنة تفصل في الطلب المذكور بمقرر قابل للطعن فيه أمام لجنة تكييف العقوبات خلال ثمانية أيام هذه الأخيرة الموكول لها الفصل في هذا الطعن في اجل خمسة وأربعين يوما من تاريخ الطعن [1].

والمؤكد بصدد الشروط التي تقتضيها الاستفادة من هذا النظام أن يثبت المحكوم عليه أنه سدد كافة المصاريف المالية (المصاريف القضائية، والغرامات وتمكين الطرف المتضرر من التعويضات المحكوم بها له أو إثبات تنازله عنها)[2]

[1]-أنظر المواد 134 ولغاية 150 ق ت س ا ا م

[2]-أنظر المادة 136 ق ت س ا ا م

وبالرغم من أن الإفراج المشروط في أساسه يراع فيه الجانب الأسري وفق لمبدأ التفريد فان المشرع اكتفى فقط بذكر اشتراط الضمانات الجدية للاستقامة[1]. والمؤكد في هذا الشأن من خلال الاجتهاد القضائي الفرنسي أن الإفراج المشروط يقتضي وجوبا الأخذ في الاعتبار كسبب جدي أن يكون المحكوم عليه ممارسا للسلطة الوالدية للأطفال دون العشر سنوات إلا أن الغرفة الجنائية في هذا الشأن ذهبت ابعد من ذلك مشترطة قيام المساهمة في الحياة الأسرية[2].

وبالرغم من أن تجربة الإفراج المشروط في فرنسا وخلال ثلاثين سنة الفارطة لم تحقق ما كان مرجوا منها بحيث انخفض مستوى قرارات منحها إلى النصف، وهو الأمر الذي يعني أن هذا النظام لم يؤت أكله وأنه آيل للزوال[3].

في حين تجربة نظام الإفراج المشروط في بلادنا ورغم انعدام وجود وتوافر إحصائيات دقيقة في هذا الشأن فانه بين الفينة والأخرى على الأقل تتعرض لهزات خطيرة وعلى سبيل المثال محكوم عليه مستفيد من الإفراج المشروط وخلال مرحلة هذا الإفراج المشروط ارتكب جناية اخطر من جنايته الأولى [4].

ومهما يكن من الأمر فان تكييف العقوبات السالبة للحرية في مجمله اثبت ولو نسبيا نجاح الأهداف المرجوة منه وبدرجة أولى إعادة الإدماج الاجتماعي من خلال التواصل الأسري كهدف أساسي والذي يعد بمثابة الضامن لاستمرار الأسرة واستقرارها وبالتبعية استقرار المجتمع.

وإذا كان كل ما سبق التعرض إليه يخص تكييف العقوبات السالبة للحرية بالنسبة للمحكوم عليهم البالغين فهل الأمر بالنسبة للمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية من فئة الأحداث وما خصص لهم من إجراءات قد حقق الغاية المرجوة منه خصوصا وان فشل الرعاية الكافية من شانه أن يؤدي إلى اتساع رقعة الإجرام الأسري والذي أصبح يهدد بانفجار يتكبد عواقبه ليس فقط الأسرة ولكن تمتد آثار هذا الانفجار للمجتمع بكامله.

---

[1]- أنظر المادة134 ق ت س ا ا م

[2] Crim 3 fév. 2010 (Alternatives en procédure pénale-Diane Floréancig-mémoire Master- op. cite p.94

[3] Les Peines Alternatives à la prison(www.eleves.ens.fr) op.cit.7/7

[4] حكم محكمة الجنايات لمجلس قضاء باتنة الصادر في 2010/06/16 والذي أدان المتهم بالقتل العمدي مع سبق الإصرار والسرقة الموصوفة وعقابه بالإعدام واثر طعنه بالنقض تم رفض طعنه بقرار المحكمة العليا الصادر في 2012/02/16.

ثالثا: آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية بشأن الأحداث

إذا أدركنا من خلال ما سبق ذكره بشأن مدى أهمية المعالجة الجنائية الخاصة بالأسرة وما حددته التشريعات الجنائية بالنسبة لأعضاء الأسرة المحكوم عليهم بالعقوبات السالبة للحرية من تدابير تهدف في الأساس بجعلها سبيلا لبقاء التواصل الأسري ويأتي في مقدمة أسباب ذلك مصلحة الأطفال بالدرجة الأولى إلا أن الأمر يصبح أكثر أهمية في هذا الشأن عندما تكون العقوبات السالبة للحرية تخص هؤلاء الأطفال ممن تم تصنيفهم قانونا بالقصر أو الأحداث (بعدم بلوغهم سن الرشد الجزائي المحدد بثمانية عشر سنة).

في هذا الإطار فإن المشرع خص فئة الأحداث باهتمام خاص سعيا في ذلك توفير حماية أكثر لهذه الفئة ويتجلى هذا الاهتمام في ترسانة النصوص القانونية المتعلقة بها سواء بقانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية أو حتى تلك النصوص الخاصة بالأحداث المذكورة بقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج مع أن هذا الاهتمام إذا كان له أهميته مبدئيا فإنه كان ومازال محل انتقاد رجال القانون بل وموضوع تأسف كثير من الباحثين بشأن مؤاخذة المشرع إدراج هذه النصوص المتعلقة بفئة القصر ضمن أحكام القانون العام *(droit commun)* بدلا من تكريس قانون خاص بالأحداث على غرار ما حدث ببلدان أخرى[1]، ومع ذلك فإن الأمر يقتضي توضيح هذا الجانب القانوني المتعلق بفئة القصر (أ) ثم تحديد إجراءات تكييف العقوبات السالبة للحرية بفئة القصر (**ب**).

أ- الجانب القانوني الخاص بفئة القصر

إن التشريع خص فئة القصر بنصوص خاصة بقانون العقوبات وهي المواد من 49 إلى 50 في حين قانون الإجراءات تضمن ستة أبواب من الكتاب الثالث (بدءا من المادة 442 ولغاية 494 ق.أ.ج) أما قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين أدرج عدة نصوص خاصة بالقصر بالأخص تلك المتعلقة بالعقوبة السالبة للحرية إذ ميز من خلالها بين احتباس البالغين والقصر بجعل مراكز خاصة وأجنحة خاصة بفئة الأحداث إلى جانب تكييف خاص بهم يهدف إلى إعادة تربيتهم وذلك بالمواد 28، 29، 116 ولغاية 128.

[1] Aspects fondamentaux de la protection judiciaire des mineurs en Algérie – Dr. ZERGUIN Ramadhan – revue Algérienne des sciences juridiques et politique Vol. XXII n°.1 mars 1985 publié par l'institut de droit et sciences administratifs. Université d'Alger p.43

فبالنسبة لقانون العقوبات وتحديدا ما يتعلق بالمسؤولية فبعد أن كان نص المادة 49 قبل تعديله لا يحمل القاصر دون 13 سنة إلا تدابير الحماية والتربية فإن القانون 01/14 عدل المادة السالفة الذكر بإبعاد المسؤولية الجزائية كلية عن القاصر دون 10 سنوات.

أما المادة 50 من قانون العقوبات تنص على تخفيف العقوبات للقاصر ما بين 13 إلى 18 سنة فعقوبة الإعدام والمؤبد تستبدل بالسجن من 10 إلى 20 سنة وباقيها سجنا أو حبسا تحدد دائما بنصف العقوبة التي يتعين الحكم بها على البالغ.

وأما بخصوص الإجراءات والمتابعة فلا شك أن تخصيص جهة قضائية للأحداث تحقيقا ومحاكمة إلى جانب وضع تدابير لفائدة الأحداث وجعلها هي الأصل في حين العقاب الجزائي هو الاستثناء (رغم أن الواقع العملي يثبت عكس ذلك) كل ذلك يفيد إعطاء أهمية لحماية القصر[1].

أما بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية لدى القصر فيكفي أن المشرع خصص مراكز احتباس خاصة بالأحداث سواء كانت مراكز متخصصة أو أجنحة بمؤسسات الوقاية ومؤسسات إعادة التربية خاصة بالأحداث[2]، وفي ذات الوقت أنشأ لجنة إعادة التربية وإدماج خاصة بالأحداث[3]، والتأكيد على تكييف هذه العقوبات الخاصة بالأحداث يفيد بصفة قطعية مدى الاهتمام بهذه الفئة وبالأخص جعل مراكز خاصة بهم أو فضاءات بعيدة عن البالغين وقاية لهم من زيادة انحرافهم خصوصا وأن الواقع الميداني أثبت على سبيل المثال أن اختلاط هذه الفئة بالبالغين هو عامل مساعد على الانحراف وبدرجات أكثر حدة بل من شأنه أن يخلق منهم أخطر الجناة على المجتمع (على سبيل المثال وقع تحويل قاصر من جناح مخصص بالأحداث بمؤسسة إعادة التربية بباتنة بسبب الاكتضاض وتحويله إلى مؤسسة إعادة التأهيل بتازولت المنعدم أساسا لمثل هذا الجناح الخاص بالأحداث ليقضي القاصر المحول باقي فترة حبسه المحددة ببلوغه سن الرشد الجزائي وكانت العواقب أكثر مما كان يتصور إذ بمجرد خروجه من هذه المؤسسة في وقت قصير جدا ارتكب 3 جنايات قتل ومحاولة قتل على شخص أطفال تقل أعمارهم عن 6 سنوات اثنان منهما تمت جريمة القتل بشأنهما في حين الثالث نجى بأعجوبة وكان سببا في كشف الفاعل هذا الأخير الذي نفذ إجرامه وبنفس شكل وصورة الوقائع

[1] Aspects fondamentaux de la protection judiciaire des mineurs en Algérie – Dr. ZERGUIN Ramadhan – revue Algérienne des sciences juridiques et politique –op.cit p.44

[2] المادة 28 ق.ت.س.أ.أ.م

[3] المادة 126 ق.ت.س.أ.أ.م

بالاعتداء عليهم وشنقهم بسلك معدني وتبين من ملف الدعوى أنه خلال فترة تواجده بالمؤسسة التي نقل إليها المفتقرة لجناح خاص بالإحداث تعرض لاعتداءات جنسية بالعنف).[1]

ب- تكييف العقوبات السالبة للحرية لفئة الأحداث

إذا كان المؤكد اهتمام المشرع الجنائي بفئة القصر من خلال التأكيد على إعادة تربيتهم وإدماجهم بتنصيب آليات خاصة بهم فإلى جانب أماكن بيئة مغلقة مخصصة للعقوبات السالبة للحرية بشأنهم من خلال المراكز المتخصصة والأجنحة الخاصة بهم فان الجانب المتعلق بتأطير هذه المراكز أنيط بموظفين مؤهلين لهذا الغرض[2]، إلى جانب تنصيب لجنة إعادة التربية والإدماج للأحداث في كل مركز أو مؤسسة عقابية يرأسها قاضي الأحداث وأن كل التدابير المتعلقة بتفريد العقوبات وبالأخص تلك التدابير الواردة بالبابين الثالث والرابع من قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج المحبوسين يستفيد منها الأحداث[3]. ومن ثم فكل الآليات المتعلقة بالعقوبات السالبة للحرية السالف ذكرها بالنسبة للبالغين يستفيد منها القصر وفي حدود ما يحقق مصلحة الحدث بالدرجة الأولى.

ومع ذلك يبقى مؤكدا أن كل هذه التدابير لا تزال لم ترق إلى تحقيق أهدافها المرجوة خصوصا وان الجانب العملي مفتقر لشروط تنفيذ هذه التدابير، وان الواقع العملي يثبت تغليب التدابير العقابية رغم أنها الاستثناء وليس الأصل.

هذا إلى جانب القصور الملحوظ في إعداد الهيئات المنوط بها التكفل بمسار الحدث الجانح على مستوى المراكز والأجنحة الخاصة وبالأخص الهيئة الأساسية المعهود إليها التكفل بالإحداث متابعة وتحقيقا وحكما ؛ إذ الواقع الميداني يثبت أن هذه المهمة الأساسية والحساسة تسند لحديثي العهد بالقضاء وكان الأجدر أن يناط بها لمن اكتسبوا خبرات في مجال القضاء بل الأحسن من ذلك أن يعهد به للتخصص من خلال تكوين متخصص لقضاء الاحداث على غرار ما تم بالنسبة لبعض الفروع الأخرى والتي تقتضي تكوينا معينا خصوصا وأن الأمر يتعلق بفئة الأطفال القصر وهي الفئة الأولى من غيرها بالرعاية من طرف الكافة الأسرة والمجتمع والدولة.

[1] حكم محكمة الجنايات بمجلس قضاء باتنة الصادر بتاريخ 1980/11/30 والقاضي بالإعدام.

[2] انظر المادة 123 ق ت س ا ا م

[3] انظر المادة 118 ق ت س ا ا م

ولعل الفشل الذي تعانيه العدالة الرسمية ذات الطابع العقابي وبآليات تأهيلية لم تحقق المبتغى المطلوب سواء بالنسبة للبالغين أو بالنسبة للأحداث مما أدى إلى معاناة الأسرة والمجتمع بكامله من هذا الفشل الذي كان سببا في تزايد وتيرة الانتقادات، الأمر الذي دفع إلى البحث والتوجه للأخذ بسبل أخرى بديلة قصد معالجة الجريمة بآليات خاصة والتي تسعى إلى الحفاظ على الآصرة الأسرية باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع.

انه انطلاقا من مبدأ الحوار وما توصل إليه المجتمع المدني من ضرورة إعادة هيكلة العلاقة بين أعضاء المجتمع المدني والدولة بدا واضحا الانفتاح على البدائل في كافة الميادين الاجتماعية وبالأخص ميدان العدالة الجنائية لما له من تداعيات على الأسرة، فما هي ترى معالم هذه البدائل التي بدأت تبرز شيئا فشيئا ؟ متخذة أشكالا عديدة مستقاة في مجملها من الطرق البديلة المصطلح المعروف قديما ولكنه برز للوجود كظاهرة اتخذت تسمية العدالة التصالحية والتي تضع مرتكب الجريمة وضحيتها في الصدارة يتحملان مسؤولية إيجاد الحل المناسب للنزاع بينهما والمتولد عن الجريمة.

المطلب الثاني: بدائل العدالة الجنائية

إذا كانت العدالة التأهيلية في أوج تطورها وبالارتكاز على مبدأ تفريد العقوبة حققت تقدما معتبرا وكرست الكثير من البدائل للعقوبة السالبة للحرية سعيا في ذلك تفادي مثالبها فإنها على الأقل كانت سببا للتخفيف من الاكتظاظ الذي عرفته المؤسسات العقابية والذي كان أساسا أحد أسباب أزمة العدالة الجنائية، وأنه بالرغم من هذه البدائل الجنائية وبالأخص تلك المتعلقة بالعقوبة السالبة للحرية إلا أن أزمة العدالة الجنائية ظلت قائمة، ويكفي أن هذه العدالة الجنائية التي كانت في بدايتها تقوم على الردع وكان همها الأساسي حماية السلم الاجتماعي فإن العدالة التأهيلية بدورها والتي كانت تهدف إلى إعادة إدماج المرتكب للجريمة هي الأخرى لم تجد سبيلا للتخفيف من وطأة الأزمة الأمر الذي أدى إلى التفكير في سياسة جنائية جديدة دفعت إليها الحركات التي ظهرت مع تطور مفهوم القانون الجنائي فحركات الدفاع عن ضحايا الإجرام أدت إلى بروز الفرع الجديد وهو علم ضحايا الإجرام والذي بدوره يعزز بقية الفروع التي سبقته.

وضمن هذا الإطار بدأ انتشار العدالة التصالحية كنموذج جديد والمنبثق ترتيبا عن علم العقاب وما وصلت إليه أزمة العقوبة وعن علم ضحايا الإجرام من خلال وجوب الاهتمام بالضحية المتضرر من الجريمة وأخيرا جانب الأنتروبولوجيا الذي ساعد على اكتشاف نماذج تصلح لتسوية النزاعات ذات الطابع الجنائي[1].

إن العدالة الجنائية الرسمية المنوط التكفل بها للدولة المحتكرة للعقاب وفشلها في معالجة الجريمة من حيث عواقبها بالنسبة للمتضرر منها، وما نجم عن ذلك من خلل الانسجام الاجتماعي كان بمثابة إعلان فشل هذه العدالة الجنائية بمفهومها التقليدي وأن بوادر هذا الفشل برزت من خلال الممارسات القضائية التي طفح الكيل بشأنها من خلال تضخم جدول الملفات الجنائية المعروضة على جهات التقاضي الجزائية وعجز هذه الأخيرة عن استيعابها مما أدى إلى ارتفاع نسب الحفظ دون متابعة[2]، وذلك يعني بالطبع الإفلات من العقاب على حساب معاناة الضحايا الذين يتكبدون آلام الأذية وأكثر من ذلك وصل حال العدالة الجنائية التقليدية إلى الفشل في التصدي للجريمة فلا العقوبات الصارمة وضعت حدا لها ولا المؤسسات العقابية الممتلئة بنزلائها قلصت من عبء هذه الجريمة بل عكس ذلك ارتفعت معدلات العود بشأنها وهو الفشل الذي أدى بالبعض إلى (نعتها بذلك المرفق الذي كان ينصف الناس فأصبح هو في حاجة إلى من ينصفه)[3].

وأمام هذا الفشل برز للوجود ما أطلق عليه أزمة العدالة الجنائية والتي كانت مدعاة إلى ضرورة تغيير السياسة الجنائية مثلها مثل التغيرات والتحولات الاجتماعية الأخرى وكان لزاما الاهتمام بشخص الضحية خصوصا وأن علم ضحايا الإجرام المصاحب لهذه الأزمة بل هو أحد مؤشراتها أثبت أن الجرائم الأكثر خطورة هي تلك التي ترتكب في الوسط الذي تبرز فيه هيمنة المؤذين المؤذون *(entre victimiseurs et victimisés)* إنه الأمر الذي يفيد قطعا أن الأسرة معنية بالدرجة الأولى من خلال الروابط المولدة للأحاسيس المتضادة (الحب والحقد) وهي عامل يزيد من حدة الصراع وتزداد معاناة الضحية مع جلاده لتبلغ أوجها وتولد فكرة الثأر وبشكل أخطر (المثل على ذلك يتكرر من خلال الجرائم المرتكبة من جناة كانوا ضحايا أثناء طفولتهم و لم يخضعوا لمتابعة بسيكولوجية واجتماعية من شأنها التخفيف من وطأة معاناتهم)

[1] Robert CARIO – la justice restaurative – principe et promesse – l'Harmattan Col 8 traité des sciences criminelles Vol.8 - 2005 p.9 et 10 (www.justicerestaurative.org)

[2] النظرية العامة للصلح في المواد الجنائية– دراسة مقارنة – محمد حكيم حسين حكيم – دكتوراه– منشورة – دار الكتب القانونية القاهرة 2005 ص.181

[3] د.عمر سالم– نحو تسيير الإجراءات الجنائية– دراسة مقارنة– دار النهضة العربية القاهرة 1997– ص.29

(Les auteurs d'infraction les plus graves contre les personnes ont eux même et fréquemment victimes durant leurs enfances ou adolescences sans bénéficier d'accompagnement affectif psychologique et social de nature à apaiser leur souffrance)[1]

وأمام هذا التطور المنصب على الضحية المتضرر أعيد اكتشاف ممارسات تقليدية لفض النزاعات من خلال برامج مشتقة في أساسها من الموروث القديم ولكن بتطبيقات حديثة تعتمد على توزيع الأدوار، فالدولة مسؤولة عن استتباب الأمن والمجتمع مسؤول عن السلم الاجتماعي، والأسرة تسعى إلى تفادي التهميش من خلال التواصل وجميعها كانت سببا ساعد على بروز بدائل العدالة الجنائية للتصدي للإجرام من خلال عقلنة العلاقات بين الجاني والضحية من جهة والتصالح مع المجتمع بإعادة بناء ما تم قطعه من جراء الجريمة وبشكل آخر وضع حد للاضطراب الناجم عنها[2].

إن مثالب العدالة الجنائية التقليدية ولدت همة البحث عن البدائل فكان انتشار العدالة التصالحية مذهلا خلال سنة 2005 إذ وصل عدد البرامج التصالحية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى 800 برنامج وفي كندا 300 برنامج وفي باقي أنحاء العالة 700 برنامج عمت كل من استراليا، زيلندا الجديدة، انجلترا، ألمانيا، فرنسا وبلدان أوروبا الوسطى[3].

من هذا المنظور وبعد أن أصبحت العدالة الجنائية للدولة تنعت بالعدالة الجنائية الكلاسيكية المنتقدة ببطء الفصل والناجم عن تضخم حجم الجرائم وما يصاحبه من الإجراءات ذات الشكلية التي تزيد من عبء تعقيداتها كان لزاما توجيه السياسة الجنائية إلى البدائل وبإجراءات بسيطة وذلك من خلال ميكانزمات ذات فعالية كبيرة لخدمة الاستجابة الجنائية وفي وقت قياسي وباختصار الإجراءات المتضمنة مرونة كبيرة.

إن هذه البدائل في مجملها كانت فكرة قديمة وأصبحت ظاهرة حديثة وليس في ذلك غرابة باعتبارها ظاهرة حديثة كانت قبل ذلك في منشئها وجدت لخدمة الأطراف فأصبحت اليوم في خدمة المؤسسة القضائية وفي خدمة الأطراف المتقاضين في ذات الوقت.

(Il est donc étonnant de constater un renversement entre les deux types d'alternatives: les alternatives pensées au service de l'institution judiciaire semblent en réalité devenir au service de justiciable alors que les alternatives tournées à l'origine vers le justiciable, deviennent au service de l'institution judiciaire)[4]

[1] Robert CARIO – la justice restaurative – principe et promesse – Op.cit p.15 et 16
[2] Robert CARIO – la justice restaurative – principe et promesse – Op.cit p.21
[3] Ibid p.9 et 10
[4] Alternatives en procédure pénale-Diane Floréancig-mémoire Master- op. cite p.121

إذا كانت هذه البدائل تعتمد في مجملها على التفاوض والرضائية فإنها أثمرت نماذج منها تلك المحافظة على عدم الابتعاد عن الطابع القضائي باتخاذ سبل بديلة للدعوى الجزائية (*alternatives aux poursuites pénales*)

وهو ما نتناوله في (**الفرع الأول**) في حين تطور ميدان العدالة الجنائية بمفهومها الحديث نجم عنه هيكلة جديدة للعدالة والتي عرفت بمصطلح العدالة التصالحية والتي أضحت معالمها بادية للعيان من خلال اتساع رقعة انتشارها وهو موضوع (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: بدائل المتابعات الجزائية

ما لا يختلف بشأنه أن العدالة الجنائية بمفهومها الكلاسيكي هي ذلك الجهاز الذي تم تنصيبه سعيا للتصدي للجريمة من خلال متابعة مرتكبها وعقابه كأساس وبالتبعية لذلك ثبوت الجرم في حق مرتكبه يلزمه جبر الأضرار التي ألحقها بضحية هذا الجرم وهي الوظيفة التي نصت عليها كل القوانين المتعلقة بالإجراءات الجزائية[1]، إذ أوكل الحق في تحريك الدعوى العمومية للنيابة هذه الأخيرة وحدها من تملك حق الاتهام والمتابعة من خلال مباشرة إجراءات هذه الدعوى العمومية كأصل، وكاستثناء أعطى هذا الحق وبشكل محدود وفقا لإجراءات معينة للمتضرر لتحريك الدعوى العمومية[2] فقط دون إمكانية مباشرتها والذي معهود به للنيابة وحدها، وعلى أساس ذلك يمكن للطرف المتضرر أن يحرك الدعوى العمومية بإدعاء مدني أمام قاضي التحقيق بشكل عام أو بتكليف مباشر في جنح محددة حصرا[3] إلى جانب بعض الجرائم التي نص بشأنها صراحة على تحريك الدعوى بشأنها من طرف المتضرر وحده وتنازله يضع حدا لها[4].

لكن إذا كانت هذه الإجراءات الكلاسيكية محددة للمتابعة الجزائية والتي استبعدت دور المتضرر من الجريمة ماعدا حالات خاصة لبعض الجرائم التي روعي فيها حماية مصالح خاصة مثلما هو الشأن في الجرائم الأسرية والتي لا يمكن بأية حال اعتبارها بدائل، فإن السياسة الجنائية الحالية اتخذت منحى جديدا يتمثل في البدائل المرتكزة على توزيع الأدوار وإسهام كافة الأطراف للتصدي للجريمة (الجاني والضحية والمجتمع) وذلك

[1] لاحظ في هذا الشأن المواد 1 و2 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 66، 156

[2] انظر الفقرة الثانية من المادة الأولى ق.أ.ج: كما يجوز للطرف المتضرر أن يحرك الدعوى العمومية طبقا للشروط المحددة في هذا القانون

[3] انظر المادة 72 وما يليها ق.أ.ج وكذا المادة 337 مكرر

[4] انظر على سبيل المثال جنحة الزنا 339 ق.ع – عدم تسليم قاصر 329، 329 مكرر – ترك الأسرة 330 – وعدم تسديد النفقة 331- جرائم الأموال (369، 373، 377) والخاصة بالأقارب والحواشي لغاية الدرجة الرابعة – ومخالفة الجروح غير العمدية 442 فقرة 2

من خلال آليات لمواجهة الأزمة الجنائية وهي آليات ترتكز على أسلوب الرضائية وفض النزاعات بشكل ودي وبأساليب ذات فعالية اعتبارا أنها تتميز باختصار الطريق الإجرائي خلافا للإجراءات التقليدية التي تخضع وجوبا للمرور عبر مراحل الدعوى العمومية (اتهام- تحقيق- محاكمة)[1].

إن الإجراءات البديلة للدعوى الجزائية تنصب على الجرائم المتعارف عليها بالبسيطة والقليلة الأهمية واستبدالها بإجراءات بسيطة ومرنة كالصلح الجنائي والوساطة الجنائية والتسوية الجنائية وهي نماذج تضمن سرعة الفصل بمقتضى إجراءات بسيطة وغير مكلفة وتعمل على تخفيف الضغط على المحاكم الجزائية [2]، إلى جانب ذلك فهذه النماذج تسمح بإسهام كافة الأطراف المعنية بالجريمة في السعي لإيجاد حلول يتم قبولها من طرفهم الأمر الذي تعززت به العدالة التفاوضية والتي ترتكز في أساسها على تواصل العلاقات ما بين الجاني والضحية والمجتمع[3].

إذا كانت هذه البدائل في الوقت الراهن متعددة الأشكال وقابلة للتطور بظهور بدائل أخرى فان البعض يرى من خلال إسهام كافة الأطراف وتحديدا المتضرر في الدعوى العمومية هو بمثابة خصخصة للدعوى العمومية وبمعنى آخر خصخصة حق الدولة في العقاب[4].

ومهما كان النقاش بشأن هذه البدائل فالمؤكد أنها منصبة في مجملها على بدائل للدعوى العمومية والتي تكون إما سبيلا لعدم تحريكها من أساسها أو أنها تضع حدا لها بعد تحريكها وفي الحالتين فإنها تسعى إلى تحقيق أهداف هذه البدائل الجنائية.

من هذا المنظور كان لزاما التعرض لإشكال هذه البدائل وهي عديدة، منها ما جعل منه المشرع قيدا للدعوى العمومية مثلما هو أمر نظام الشكوى المسبقة والتنازل عنها وكذا الأمر الجنائي، وان كانت هذه البدائل من شانها اختصار الإجراءات المتبعة في المجال الجنائي إلا أنها تفتقر إلى تحقيق كافة أهداف البدائل والتي تتجلى معالمها أكثر من خلال عرض النماذج الأخرى، ومهما يكن فان الشكوى المسبقة والأمر الجنائي هي استثناءات لما هو أصل إذ الشكوى المسبقة ترك أمرها للمتضرر بشان تحريك الدعوى العمومية هذه الأخيرة في

---

[1] بدائل إجراءات الدعوى الجزائية – دراسة مقارنة- علي عدنان الفيل – ماجستير قانون- كلية الحقوق جامعة الموصل العراق – ص.75-77 (www.lasportal.org)

[2] أصول التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة-محمود طه جلال- دكتوراه منشورة- دار النهضة العربية طبعة أولى 2005 القاهرة –ص.453

[3] بدائل إجراءات الدعوى الجزائية – دراسة مقارنة- علي عدنان الفيل – ماجيستير قانون-مرجع سابق ص.79

[4] خصخصة حق الدولة في العقاب -د.أحمد براك - الموقع الالكتروني(http. Ahmedbarak.com)

أصلها منوط بها للنيابة ولكن استثناء في جرائم معينة بذاتها ترك أمر تحريكها للمتضرر وأن التنازل عنها يضع حدا لها، في حين الأمر الجنائي يتعلق أساسا بفئة من المخالفات المنصبة على غرامات وهو في حد ذاته يهدف إلى التخفيف من جدول القضايا المعروضة على العدالة الجنائية وأنه لا يحقق أهم أهداف البدائل الجنائية للتصدي للجريمة والمتمثلة في وضع حد للاضطراب الناجم عنها ومن هذا الجانب فإن الأمر الجنائي لم يرق بعد لاعتباره بديلا للمتابعات الجزائية؛ في حين النماذج الأخرى كالصلح الجنائي والوساطة الجنائية والتسوية الجنائية هي الموضوع الذي ينبغي دراسته اعتبارا أن هذه النماذج أصبحت بحق بدائل للمتابعات الجزائية ومن ثم نتناول الصلح الجنائي (**أولا**) ثم الوساطة الجنائية (**ثانيا**) ثم أخيرا التسوية الجنائية (**ثالثا**) ونحاول أن نستجلي منها ما تحقق بشان التصدي للإجرام الأسري وهو أحد ميادين تجربة هذه البدائل وذلك من خلال تطبيقاتها المقارنة، وموقف المشرع بشأن كل نموذج منها وما إذا كان يساير التطورات الحاصلة بشأنها.

أولا: الصلح الجنائي *LA TRANSACTION PENALE*

إن مجرد ربط الصلح بالقانون الجنائي فانه يثير إشكالات عديدة بشأنه كمصطلح، ولعل هذه الإشكالات هي التي دفعت إلى بروز عدة مصطلحات متعلقة بهذا الصلح الجنائي؛ فهل أن هذه المصطلحات تفيد نفس الغاية التي يسعى إليها مفهوم الصلح؟

انه بالرجوع للشريعة العامة فان المادة 459 ق م عرفت الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه[1].

وإذا كان الأمر بالنسبة للصلح في أية منازعة ذات طبيعة مدنية أمر يسير الفهم اعتبارا أن إرادة أطرافه تتجه نحو تنازل كل طرف عن حقه وبوجه التبادل والذي ينهي الدعوى المدنية ؛ فهل الصلح الجنائي يتطلب نفس الشروط أي تنازل كافة أطراف الدعوى العمومية عن حقهم لوضع حد للمنازعة الجنائية وهي المعضلة الأولى وأكثر من ذلك فالشريعة العامة نفسها تمنع الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام مع جواز الصلح بشأن المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية [2]، هذا يعني أن الشريعة العامة تثير المعضلة الثانية فالصلح الجنائي يعني الصلح بشأن الجرائم المرتكبة وهي أصلا من النظام العام.

[1] لاحظ النص بالعربية يذكر الصلح ويقابله النص بالفرنسية La Transaction

[2] انظر المادة 461 ق م

إن الصلح الجنائي وفقا لهذا المفهوم يقتضي فحصه من كافة جوانبه وتحديدا بالنسبة للنصوص التشريعية المختلفة والمتعلقة به في منظومتنا اعتبارا أن التشريعات المقارنة أزالت الكثير من اللبس لتجعل من الصلح الجنائي احد بدائل الدعوى العمومية من خلال تنازل أطرافها بتحقيق أهداف هذا التنازل وبشكل تبادلي، فالصلح يحقق مصلحة المتهم من خلال تجنيبه الآثار السلبية للمتابعة الجزائية من جهة والمساهمة في إصلاحه وإعادة إدماجه من جهة أخرى، كما انه يحقق مصلحة الضحية من خلال إسهامه في الإجراءات الجنائية بعد أن ظل من قبل مهمشا إلى جانب ضمان حقوقه الناجمة الأضرار المادية والمعنوية بما في ذلك علاجه نفسيا وأخيرا الصلح يحقق المصلحة العامة من خلال وضع حد لخطر الجريمة وهو الغاية المثلى والتي يهدف إليها القانون الجنائي لإرساء الأمن والسلم في المجتمع[1].

إذا كان الصلح الجنائي حتى وان لم يتسع نطاقه لكافة الجرائم فانه انصب على المخالفات وبعض الجنح بل وفي بعض التشريعات لفئة من الجنايات في حدود مسطرة[2]، وبمصطلح في غاية الوضوح *(Transaction Pénale)*

في حين بالرجوع للتشريعات الجنائية العربية نجدها أوردت عديد المصطلحات كالصلح والتصالح مثلما ورد في التشريع المصري[3] ومنها ما أورد الصفح أو العفو وتبعا لذلك يطرح التساؤل فيما إذا كانت هذه المصطلحات تفيد الصلح الجنائي، وبمعنى آخر انصراف إرادة أطرافه إلى إسقاط الحق في العقاب الجنائي[4]، وهو ما حدا بالبعض إلى اعتبار كل المصطلحات الشبيهة التي تصب في نفس المنحى بمثابة صلح جنائي بما في ذلك الصفح والعفو والأمر الجنائي والتنازل عن الشكوى[5].

وأكثر من ذلك رغم تعدد تسميات الصلح فان ما هو مؤكد أنه أشتمل على مصطلحات ظهرت مواكبة للتطور والتي تعتمد الرضائية مثلما هو أمر الوساطة الجنائية [6].

---

[1] الصلح في جرائم الاعتداء على الأفراد- ليلى قايد –ماجستير قانون – كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية – منشورة-دار الجامعة الجديدة 2011 ص.179 وما يليها.

[2] V. l'art. 216 bis-du code d'instruction criminelle Belge.

[3] انظر المادة 18 مكرر" أ " من قانون الإجراءات الجزائية المصري.

[4] د. جمال شديد علي الخربا وي- حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية – المركز القومي للإصدارات القومية – طبعة أولى 2011 ص.345 وما يليها.

[5] د. أنيس حسيب السيد المحلاوي – الصلح وأثره في العقوبة الجنائية- دار الفكر الجامعي – الإسكندرية 2011 ص. 55 وما يليها.

[6] الصلح في جرائم الاعتداء على الأفراد- ليلى قايد –ماجستير قانون-مرجع سابق ص.24

انه بالرجوع للنصوص التشريعية بشكل عام والجنائية بشكل خاص نجد المشرع في القانون 09/08 والمتضمن الإجراءات المدنية والإدارية يورد مصطلح الصلح والتصالح ويقابلها بالفرنسية *(de la conciliation)*[1].

في حين التشريعات ذات الطابع الجنائي مثلما هو الشأن في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وكذا القوانين المكملة للقانون الجنائي فان المشرع استعمل مصطلحات عديدة فالمادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية تنص على انقضاء الدعوى العمومية بسحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للشكوى وكذا بالمصالحة[2] وفي المادة 381 من نفس القانون وما يليها يذكر غرامة الصلح[3] أما قانون العقوبات فتضمن مصطلحات الصفح والتنازل وسحب الشكوى [4]. في حين بقية القوانين المكملة لقانون العقوبات أوردت مصطلح الصلح (*la transaction*)[5]

والنصوص المتضمنة ميثاق السلم والمصالحة الوطنية والمتعلق بالجرائم الإرهابية يذكر مصطلح المصالحة *(Réconciliation)*[6]

انه من خلال تفحص كل النصوص المتعلقة بالصلح سواء كان صلحا أو مصالحة أو صفحا أو غرامات صلح فهي جميعا تهدف إلى جعلها بديلا للدعوى العمومية سواء قبل تحريكها بالنسبة لبعضها أو بعد تحريكها بالنسبة للبعض الآخر، وبغض النظر عن كون المشرع لازال متحفظا بشأن نظام الصلح الجنائي فان النهج الذي انتهجه وعلى مر سنين طويلة يشوبه الغموض وأحيانا يفسح المجال للتناقض، وإلا كيف يفسر الأخذ بالصفح في جنحة السب في حين يتم السكوت بشان مخالفة السب وكان الأولى أنها أحق بالصفح ونفس الأمر بالنسبة لجنحة الاعتداء على الحياة الخاصة وإفشاء الأسرار إذ لم يتم النص على الصفح في جنحة فض الرسائل والمراسلات رغم تعديلها بنفس تاريخ تجريم التقاط وتسجيل صور أو نقل مكالمات والتي ضمنها الصفح[7]

---

[1] انظر المواد 493، 504، 970، 990 إلى 993

[2] انظر النص بالفرنسية (par transaction)

[3] انظر المادة 381 ق ا ج بالفرنسية (de l'amende de composition)

[4] المادة 369 ق ع ذكرت التنازل وبالفرنسية (le retrait) والمواد 303 مكرر، 339، 442من ق ع ذكرت الصفح وبالفرنسية (Le pardon)

[5] المادة 265 من قانون الجمارك، والمادة 21 من قانون مكافحة التهريب بالأمر 06/05 المعدل والمتمم في 2005/08/23، والمادة 86 من قانون حماية المستهلك والمادة 60 من قانون02/04 الصادر في 2004/06/23 والمتعلق بالممارسة التجارية.

[6] الأمر رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

[7] انظر المادتين 303، 303مكرر ق. ع

ناهيك عن عدم التوسع في مجال الصفح خلافا لبعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والذي وسع المجال إلى جرائم الاعتداء على الأفراد[1].

لكن يبدو في هذا الشأن أن المشرع ركز بالنسبة للصلح على الجرائم ذات الطابع المالي وجعل منها استثناء وهو ما تجلى في المجالات الاقتصادية كما هو الشأن في المادة الجمركية، والمبادلات المصرفية، والممارسات التجارية.[2]

وإذا كان يبدو أن المشرع بشان تكريسه لنظام الصلح في بعض الحالات كالأسرة مثلا وسعيا منه للحفاظ على تواصلها كما هو الشأن بالنسبة لجنح الإهمال العائلي وعدم تسليم الطفل واختطاف قاصر دون 18 سنة[3] فانه بالنسبة للصلح الذي كرسه في جرائم الأموال ذات الطابع الاقتصادي ناجم أساسا عن مواكبة التحولات الاجتماعية من جهة ومن جهة أخرى أزمة المحاكم وما تعانيه من تزايد حجم ملفاتها وبشكل اظهر فشلها في تناولها

(les juridictions Etatique sont devenues submergées par une multitude de contentieux)[4]

الأمر الذي كان مدعاة للبدائل مثلما هو الشأن في جرائم المنافسة والبورصة والبنوك والملكية الصناعية وباعتبارات تسوية لهذه النزاعات بالشكل السلمي بعيدا عن الشكل التنازعي، رغم أن مثل هذه البدائل في بعض الدول الآسيوية كالصين واليابان ومنذ زمن طويل تعد بمثابة نماذج عادية[5].

ولو تأملنا أكثر في نظام غرامات الصلح التي تم النص عليها بالمواد 381 ق.أ.ج وما يليها وكذا الغرامات الجزافية كتلك المنصوص عليها بقانون المرور[6] وكذا غرامات الصلح المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك[7] وغيرها من القوانين والتعديلات التي بدأت منذ الثمانينات فانه يتجلى بوضوح أنها وان كانت

[1] الصلح في جرائم الاعتداء على الأفراد– ليلى قايد –ماجستير قانون– مرجع سابق ص.278 و279.

[2] La transaction Pénale –matière Economique-NAAR Fatiha – thèse doctorat- université Mouloud MAAMRI-Tizi-Ouzou– 21/02/2013 p.14

[3] انظر مقتضيات المواد 330، 331، 329 ق. ع

[4] La transaction Pénale –matière Economique-NAAR Fatiha – thèse- doctorat- op.cit p.22

[5] Ibid. p.23

[6] المادة 18 من القانون 14/2001 المؤرخ في 2001/08/19 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها.

[7] القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك

شبيهة بالأمر الجنائي المعمول به في فرنسا والذي تم إبطال العمل به لعدم دستوريته بقرار المجلس الدستوري المؤرخ في 02/02/ 1995[1].

إن المشرع الفرنسي تدارك الأمر واستبدله بنظام التسوية الجنائية والذي يخضع لرقابة قضاة الحكم من خلال التصديق على هذه التسوية خلافا لما كان عليه الأمر الجنائي الذي استأثرت به النيابة وحدها.

إلا أن المشرع بالرغم من أهمية مثل هذا النوع من الصلح الجنائي في غرامات الصلح والتي لها دورها في إنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة وما تتسم به من السرعة في الإجراءات[2] إلى جانب ما تحققه من نفع للخزينة العامة فانه ترك أمرها للنيابة وحدها ودون رقيب وذلك فيه إخلال بالمبادئ الأساسية للمحاكمة العادلة ولمبدأ الحضورية ومبدأ الفصل بين المتابعة والحكم وهي أساس عدم دستورية مثل هذا الإجراء والمثار من طرف المجلس الدستوري في فرنسا مثلما سبق الذكر.

وإذا كان الصلح بهذا المفهوم الذي تعرضنا له ينصب على مجرد وضع حد للدعوى العمومية ويقوم من طرف واحد دون أن يكون للنيابة حق الاعتراض عليه، ففي جرائم الأشخاص يكفي صفح الضحية وفي جرائم الأموال يكفي أن يمتثل المتهم بدفع المبلغ المقرر للمصالحة وهو الأمر الذي جعل مثل هذا الصلح لا يحقق الأهداف المرجوة من فكرة الصلح في حد ذاتها والتي تقتضي إرضاء كافة الإطراف.

ومن هذا المنطلق كان الاتجاه نحو البحث عن بدائل تعتمد تحقيق الأهداف الثلاثة لفكرة الصلح أولها تعويض المتضرر من الجريمة وثانيها إزالة الاضطراب الناجم عنها وثالثها المساهمة في إعادة إدماج المرتكب للجرم[3].

ثانيا: الوساطة الجنائية

إذا كانت الوساطة الجنائية ظهرت من خلال تجاربها الأولى خلال سنة 1970 (بأوتاوا) ثم انتشرت في الولايات المتحدة الأمريكية خلال سنة 1978 وعرفت بتسمية *(Victim- Offender-médiation)* وفي أساسها تجمع كلا من الجاني والضحية إراديا وفي إطار مهيكل بمساعدة وسيط محايد وعادة ما يكون محترفا

[1] www.legifrance.gouv.fr

[2] السرعة في الإجراءات الجزائية – جديدي طلال- ماجستير-علوم جنائية جامعة الجزائر1- 2011-2012 ص.84

[3] الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي – عامر بورورو- اليومين الدراسيين بالمحكمة العليا16/15 جوان 2008 مجلة المحكمة العليا عدد خاص ج.1- ص.342

سعيا لإيجاد حل يرضي الطرفين[1]، وأن هذا الأسلوب هو أحد سبل العدالة التصالحية التي دفعت إلى ظهورها أزمة العدالة الجنائية فكان لها صدى في باقي أنحاء العالم مع شيء من الاختلاف في كيفية استخدامها وفقا لما تقتضيه الظروف الخاصة بكل مجتمع.

ومن هذا المنظور فالوساطة الجنائية في فرنسا أصبحت تتخذ لها نموذجا خاصا بها *(le modèle français de médiation pénale)* بالرغم أن الفكرة في أساسها مستوردة من كندا والولايات المتحدة الأمريكية[2]، وأنه من خلال حركات مساعدة الضحايا والتي واكبت بدايات ظهور العدالة التصالحية كان دور المعهد الوطني لمساعدة الضحايا والوساطة *(l'I.N.V.E.M)*[3] الذي أنشئ في فرنسا سنة 1986 يتمثل في إرساء الوساطة التي تقوم في أساسها على إصلاح الضرر الذي يلحق الضحية وإذكاء شعور المرتكب للجريمة بالمسؤولية، وإعادة إدماجه سعيا لإعادة بناء العلاقة الاجتماعية المتصدعة من جراء الجريمة[4].

إن الوساطة الجنائية في فرنسا تم العمل بها كتجربة قبل النص عليها في قانون الإجراءات الجزائية إثر التعديل بقانون 1993/01/04بالمادة 07/41 إذ المؤكد أن قضاة النيابة في بعض المحاكم لجأوا إلى هذه الوساطة ضمن تدابير الطريق الثالث للمتابعة الجزائية *(la troisième voie des poursuites)* وذلك بتطبيق الممارسة التي أصبح متعارف عليها *(la pratique parquetière)*[5].

إن قضاة النيابة في فرنسا وخلال أواخر الثمانينات وأمام أزمة العدالة الجنائية الناجمة عن الاختناق وعدم فعالية العقوبات في معالجة الإجرام وببادرة منهم شرعوا في إيجاد طريق ثالث للمتابعة الجزائية بعد أن كان لهم من قبل خيارين فقط إما الحفظ دون متابعة أو اتخاذ قرار بمتابعة للإحالة إلى التحقيق أو الحكم إلا أن هذا الطريق الثالث للمتابعة فسح المجال لمعالجة الإجرام البسيط أو ما يطلق عليه إجرام الأحياء أو إجرام المناطق الحضرية المتوترة في المدن الكبرى خصوصا تلك التي ازدادت فيها نسبة جنوح الأحداث والمراهقين[6].

[1] Justice restaurative- rapport du groupe de travail- conseil national de l'aide aux victimes mai 2007 p.10 et S.(www.justicerestaurative.org)
[2] Robert CARIO- La médiation pénale entre répression et réparation – 2 le cadre juridique et éthique de médiation pénale- par Jacque FAGET l'harmattan 1997 p.34
[3] L'institution nationale d'aide aux victimes et de médiation
[4] Robert CARIO- La médiation pénale entre répression et réparation- 11 médiation pénale et aide aux victimes Danielle JULLION p.161
[5] Ibid – 8 les enjeux de la médiation pénale pour l'avocat- par Maitre Farida HADIDI p.127
[6] Appréhension systématique des phénomènes de délinquance et troisiéme voie: le dilemme d'un parquet divisé- Laura Aubert (champ pénale revue.org) 7613. Vol.VI 2009

إن هذا الطريق الثالث كإجراء بديل للمتابعة الجزائية والذي يتوسط المتابعة الكلاسيكية أو التخلي عنها، أصبح مؤسساتيا منذ 1990 ويشكل آلية تحديث للمؤسسة القضائية قصد التصدي للاعقاب الناجم من قبل عن الحفظ دون المتابعة.

إنه النموذج الجديد للمتابعة الجزائية في شكل مبسط يحقق ترشيد وتفعيل دور المحاكم

(de rationalisation et de l'amélioration de l' « efficience » des tribunaux)[1]

وذلك للفصل في النزاعات المتولدة عن الجريمة من خلال الإطار القانوني لهذه الوساطة الجنائية المحدد بقانون 1993/01/04 وأعيد تحديده بقانون 01/09/ 2004 وأصبحت هذه الوساطة الجنائية بمثابة الحل المستقبلي من خلال ازدياد وتيرة اللجوء إليها بواسطة هذا الطريق الثالث للمتابعة الجزائية

(la médiation pénale est soulignée par plusieurs procureurs comme solution d'avenir, la fréquence de plus en plus élevée du recours à cette « troisième voie » le confirme)[2]

إن هذه الوساطة الجنائية التي ارتبط نظامها بطابع خاص بالتشريع الفرنسي في إطار سياسة جنائية خاصة لمواجهة ما أطلق عليه بإجرام الأحياء المتوترة والذي اقتضى معالجة ذات طابع اجتماعي للفصل في القضايا عن طريق وسطاء ومفوضي وكلاء الجمهورية لمعالجة هذه الجرائم الخاصة بهذه المناطق الحضرية المكتظة ببعض المدن وذلك بتنصيب ما أطلق عليه بالدور القضائية أو الفروع القضائية

(les maison de justice et de droit « M.J.D »ou les antennes de justice)[3]

والمحدد دورها في مساعي التهدئة للعلاقات الاجتماعية ضمن هذه الأحياء إذ يعتبر ذلك بمثابة تقريب العدالة من المواطن [4]، وبهدف معالجة الإجرام البسيط والحفظ بشروط وإصلاح الأضرار الناجمة بواسطة هذه الوساطة التي يفوض بها قضاة النيابة مندوبين لهم للقيام بهذه المهام وفي الغالب هؤلاء الوسطاء يختارون من الجمعيات الشبه قضائية[5].

[1] Ville et violence- Revel –Unice.fr vol.27 n°1
[2] Paul MBANZOULOU – la médiation pénale-2eme édition l'Harmattan 2004 p.11 et 53
[3] Mylène JACCOUD- justice réparatrice et médiation pénale- 1 justice réparatrice et médiation pénale vers un nouveau de régulation sociale par Jean- Pierre bonafé-schmitt- l'Harmattan 2003 p.32
[4] Les mesures alternatives aux poursuites pénales – Juliette Daudé (www.vilagejustice.com) 08 novembre 2013
[5] Mylène Jaccoud- justice réparatrice Op.cit p.30 (AIV- aide information aux victimes – accord association conviviale de coordination pour réinsertion des détenus- l'AAVI- association d'aide aux victimes d'infraction)

إن هذه الوساطة الجنائية اشتملت على تولي القضايا ذات الطابع الجنحي وفي غالبها بسيطة كالسرقات في المتاجر وجرائم الشيك وخيانة الأمانة وفي القضايا المتعلقة بالجوار كما تضمن في الأساس الجنح الأسرية حتى أصبحت تتخذ تسمية لها بالوساطة الجنائية الأسرية والتي يعهد بها إلى أخصائيين اجتماعيين

(l'essentiel de la médiation pénale familiale est délégué à des travailleur sociaux spécialisés dans ce domaine)[1]

وإذا كان أمر الوساطة الجنائية في فرنسا اتخذ هذه الأبعاد إلا أن نطاقها ظل محدودا خلافا للمشرع البلجيكي الذي كان أكثر قبولا لها بحيث لا تقتصر الوساطة على المخالفات والجنح بل حتى الجنايات المعاقب عليها بحد أقصى لا يتجاوز 20 سنة إذا ما تبين للنيابة أن منح الظروف المخففة من شأنه تنزيل العقوبة إلى سنتين حبسا هذا من جهة ومن جهة أخرى عرفت المقاطعات البلجيكية ثلاثة أنواع من الوساطة أولا وساطة التعويض معهود بها للضبطية القضائية تحت رقابة النيابة وثانيا وساطة الحي عهد بها لوسطاء الحي وثالثا وساطة الإصلاح والتي يلجأ إليها بعد عرض القضايا على المحاكم أي لا وجود لها إلا بعد تحريك الدعوى العمومية[2].

وبالرغم من الخطوات التي أنجزت بشأن الوساطة الجنائية في كثير من الدول الأوروبية فإن الدول العربية ظلت في منأى عنها عدا البعض كما هو الحال في المغرب بشأن الوساطة الجنائية وتونس أيضا في مجال حماية الطفل وكذا الوساطة بالصلح للبالغين في ظل التعديل بقانون 93 لسنة 2002[3].

أما في بلادنا إذا كان المشرع قد بادر إلى تبني الطرق البديلة من صلح ووساطة وتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لأول مرة بالقانون رقم 08/09[4]، فإنه بالنسبة للمادة الجزائية ورغم الأهمية لمثل هذه البدائل الجزائية اعتبارا للمعاناة الناجمة عن أزمة العدالة الجنائية بسبب تزايد الإجرام والعجز لمواجهة هذا الحجم من القضايا المعروضة على القضاء الجزائي ومع ذلك ظل المشرع في منأى عن التوجه لسياسة البدائل الجنائية مع أنه لا سبيل لوضع حد لاختناق العدالة الجنائية من جهة ولا سبيل إلى معالجة الإجرام بما يحقق الأهداف الحقيقية لهذه العدالة الجنائية إلا بالأهداف التي تبنتها البدائل لإصلاح وإعادة إدماج مرتكب الجريمة

---

[1] Robert CARIO – la justice restaurative – principe et promesse- 3 les maisons de justice: sous la médiation, quelle troisième voie par Anne Wyvekens – Op.cit p.71

[2] بدائل إجراءات الدعوى الجزائية– علي عدنان الفيل– مرجع سابق ص.89

[3]– الفصل 41-1 من قانون المسطرة الجنائية المغربي

– الفصل 113 إلى 117 من مجلة حماية الطفل الصادرة بالقانون عدد 92 لسنة 95 المؤرخ في 09 نوفمبر 95

– وكذا الفصل 335 مكرر من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية

[4] انظر المواد 990 وغاية 1061 ق. ا.م. ا

والاهتمام بضحايا هذه الجريمة وهي أهداف لا يختلف في مدى أهميتها ونفعها الاجتماعي خصوصا أنه ثبت تحقيقها للتواصل الأسري والحفاظ على انسجامه وهو أساس الاستقرار الاجتماعي.

إن بدائل المتابعات الجزائية وما تحقق بشأنها من خلال الطريق الثالث من نتائج مقبولة إلا أنه كان محلا لانتقادات كثيرة من رجال القانون في فرنسا اعتبارا أن التدابير المتخذة تتعارض مع أهم المبادئ الأساسية في القانون الجنائي من خلال استئثار قضاة النيابة لهذه الإجراءات من دون رقابة قضاة الحكم وهو الأمر الذي كان سببا في بروز الطريق الرابع لبدائل المتابعة الجزائية والذي أخضع لرقابة قضاة الحكم من خلال التصديق على المقترحات التي تتم بشأنها من طرف النيابة، إن هذا الطريق الرابع يتمثل في نظام التسوية الجنائية.

ثالثا: نظام التسوية الجنائية

دون أدنى شك يمكن القول بالنسبة لبدائل المتابعات الجزائية واعتبارا أن الأصل فيها منوط بقضاة النيابة ومن ثم هذه النيابة بمبادرات قضاتها كانت سببا وعاملا في تحديث العدالة الجنائية، إذ خلال نهاية الثمانينات كان البديل الأول للمتابعات الجزائية بمثابة الطريق الثالث والذي أثمر إدراج الوساطة الجنائية بقانون الإجراءات الجزائية الفرنسي سنة 1993 والإصلاح الجنائي بالنسبة للأحداث وهي البدائل التي سمحت باللجوء إلى الحفظ المشروط والذي أعطى خيارات عديدة كالأوامر الموجهة لعلاج مستهلكي المخدرات والتي تم تعزيزها بعد أن كانت موجودة من قبل منذ 1971، ثم أضيف إليها تدابير فيها أوامر الدعوة والامتثال للقانون *(les rappels à la loi)*

ثم تلتها تدابير عديدة تصب جميعها لاستبدال المتابعة الجزائية ببدائل لها تحقق نفس الغرض ولكن بطرق بسيطة وسريعة ومع تعدد هذه التدابير التي صاحبها تطور من خلال خلق إجراءات جديدة مقررة وفقا للسياسة الجنائية فكان الإطار الجديد مخصصا ضمن برنامجي (*perben1 et perben2*) إذ الأول يتعلق ببرنامج التسوية الجنائية (*la composition pénale*) والثاني برنامج المثول بالاعتراف المسبق (*plaider coupable*)[1].

فعلا وبناءً على هذه البرامج أدرج المشرع الفرنسي نظام التسوية الجنائية في القانون رقم 515/99 الصادر في 23 جوان 1999 وعدله لاحقا بالقانون 204/2004 المؤرخ في 2004/03/09، وهو القانون الذي يعطي للنيابة صلاحية الاقتراح لمرتكب الجنحة المعاقب عليها بالغرامة أو الحبس الذي لا تزيد مدته 5 سنوات على أن يكون شخصا طبيعيا وبالغا (باستثناء القتل الخطأ وجرائم الصحافة والجرائم السياسية)

[1] Le parquet operateur d'une modernisation de la justice – Philip Milburn -publié -droit et société n° 74 éditeur juridique associés (www.cairn.info) p.73 à 90

وذلك بعرض أحد التدابير المقترحة، وفي حالة قبول وتنفيذ التدبير ينجر عنه انقضاء ا الدعوى العمومية شريطة عرض مقترح التدبير مسبقا على القاضي المختص للتصديق عليه وهو الجديد في التسوية الجنائية كطريق رابع لبدائل المتابعة الجزائية والمختلف عن تدابير الطريق الثالث المستأثر به من طرف النيابة وحدها.

ومن بين هذه التدابير:

- دفع غرامة التسوية للخزينة
- التنازل لفائدة الدولة عن الأدوات المستعملة في الجريمة
- تسليم السيارة لتوقيفها لمدة أقصاها 6 أشهر
- تسليم رخصة القيادة وحجزها لمدة لا تزيد عن 6 اشهر
- الخضوع للعلاج أو التدريب في مصحة أو مؤسسة أو مركز مختص اجتماعيا
- المنع من إصدار الشيكات
- عدم الظهور في مكان الجريمة المرتكبة والتي تحدد من طرف النيابة
- حضر مقابلة المجني عليه أو استقبال المساهمين في الجريمة وكذا الشركاء
- أمر القيام بفترة تدريبية للمواطنة أو السلامة المرورية وعلى نفقة مرتكب الجرم

طبعا هذه التدابير ومثيلاتها تحدد من طرف النيابة تبعا لنوعية الجنح والمخالفات المرتكبة محل هذه التسوية الجنائية[1].

أما البرنامج الثاني لمشروع *perben2* فهو يسعى لمسايرة تطور الإجرام وتكيف العدالة الجنائية معه بإدخال إجراء المثول مع الاعتراف بالإدانة مسبقا وهو أساسا مستوردا من انجلترا (*guilty plea - plaider coupable*) إذ في هذه الحالة فان قبول المتهم بهذا النظام يمكنه من تخفيض العقوبة المقررة قانونا إلى ثلثها[2].

انه من خلال هذه البدائل للمتابعات الجزائية والتي يبدو من خلالها أنها في حقيقتها لا تختلف كثيرا عن بدائل للعقوبات الجزائية ولكنها بإجراءات مستحدثة مختلفة عن الإجراءات الكلاسيكية وأنها لحد ما بدأت تقترب من بدائل العدالة الجنائية التصالحية التي تعتمد على التفاوض والرضائية ذات الجذور القديمة إلا أن ما وصلت إليه أزمة العدالة الجنائية الحالية برزت كظاهرة مواكبة للحداثة ومسايرة للعولمة كان تأثيرها واضحا

[1] Christine Lazerges- revue de science criminelle-2003 Editions Dalloz 2011–p.644

[2] Ibid.

بالنسبة للدول الغربية بما فيها فرنسا والتي استلهمت بعضا من نماذج العدالة التصالحية وتحديدا الوساطة الجنائية كبديل يتخذ مظهره بمثابة بدائل للعدالة الجنائية الأمر الذي يدعو إلى دراسة هذا المصدر الأصلي لهذه البدائل وهو العدالة التصالحية المصطلح الانجلوسكسوني (*restorative justice*) الذي اتخذ تسميته في فرنسا بمصطلح مرادف والمتمثل في (*justice réparatrice*) ؛ بالرغم من أن هذه الأخيرة لم ترق بعد لتكون في مستوى البرامج العديدة التي عرفت في الأقطار الانجلوسكسونية واقتصرت فقط على نموذج الوساطة الجنائية وبطابع خاص بقي مرتبطا بالعدالة الرسمية في جوانبه الشكلية، ومن ثم أصبحت إجراء قضائيا كون النيابة تعهد به لجمعيات معتمدة[1]

الفرع الثاني: العدالة التصالحية

إن العدالة التصالحية *(la justice réstaurative)* ظهرت كبديل للعدالة الجنائية قبل أزيد من 40 سنة مضت في القارة الأمريكية وتحديدا في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، وأسهم في ظهورها الحركات الناشطة لمعارضة الغايات والممارسات الشمولية للمؤسسات التحكمية وقتها وما كانت تعانيه الشعوب في هذه القارة خصوصا السكان الأهالي الأصليين *les autochtones* في الأوساط الأكثر فقرا والأكثر اكتواء وبالأخص في كل من الولايات المتحدة الأمريكية واستراليا وزيلندا الجديدة[2].

إلى جانب هذه العوامل كان لحركة جمعيات ضحايا الإجرام الفضل لاكتشاف مكانة الضحية في الخصومة الجنائية.

وبانتقال مفهوم العدالة التصالحية للدول الغربية فإنها أثارت جدلا كبيرا بشأن مفهومها، حيث يرى البعض أنها فرعا مستقلا للقانون الجنائي وهناك من يرى فيها أنها بمثابة قانون جنائي إنساني[3].

إلا أن المؤكد في هذا الشأن بالنسبة للدول الغربية التي اقتبست هذا المصطلح وفضلت إعطاءه تسمية *la justice réparatrice* وهي الترجمة الأكثر تداولا والتي أثير بشأنها نقاش احتل الصدارة بخصوص سياسات وممارسات عملية تتضمن بعضا من مفاهيم هذه العدالة التصالحية (كما هو الشأن في فرنسا والتي لم تستخدم

[1] La médiation familiale pénale –Paul Mbanzoulou et Nicle Tercq L'Hamarttan, 2004(mhtmlfile: // F: Recension de livre-la médiation familiale pénale- ACJP.mht)

[2] Robert CARIO – la justice restaurative – principe et promesse – Op.cit (www.justice-restaurative.org)

[3] العدالة التصالحية في الجرائم الإرهابية – د.محمد حلم حسن– الندوة العلمية– استشراق التهديدات الإرهابية – الرياض 20-2007/12/22 ص.5

مصطلح العدالة البديلة إلا نادرا من طرف بعض الباحثين) في حين الجهات القضائية الرسمية تطلق عليها الوساطة الجنائية[1].

ان مصطلح العدالة التصالحية من خلال ألفاظه الدالة يتضمن بالأساس بحث سبل الصلح والتصالح ما بين الجاني والضحية وذلك من خلال البرامج التي أعدت بهذا الشأن بعد ثبوت الفشل والعجز الذريع للعدالة الجنائية (عدالة الدولة *la justice étatique*) في التوصل إلى الحلول التي من شأنها التصدي للجريمة وهو ما عرف بأزمة العدالة الجنائية وهي الأزمة التي أرجع فشلها (مؤسس العدالة التصالحية "*Howard Zehr*" في كتابه": *lenes changing*) إلى كونها تتميز بشكلياتها العقيمة من جهة ومن جهة ثانية احتكار الدولة لحق العقاب[2]، وما نجم عنه من بطء الفصل والفشل في التصدي للإجرام فكان ذلك دافعا لبروز البدائل (*les modes alternatifs*) كنموذج مختلف عن النموذجين السابقين للعدالة الجنائية وهما النموذج العقابي والنموذج العلاجي أو التأهيلي وأصبح بذلك من أشد المعارضين والمنادين بإعلان فشلها وداعيا إلى استبدالها بالعدالة التصالحية[3].

إن هذه العدالة البديلة للعدالة الجنائية التي عرفت في الولايات المتحدة الأمريكية بمصطلح البدائل لحل المنازعات (*ADR*) *Alternative Dispute Résolution* وفي الدول الغربية وبالأخص فرنسا اتخذت تسمية شبيهة *Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC)* وأحيانا (*MARL*) *Modes Alternatifs de Résolution de Litiges* [4]، وكانت محل التباس بشان اقتباسها السالف الذكر اعتبارا أن نطاق العدالة التصالحية في القارة الأمريكية نطاق واسع شمل إلى جانب الوساطة والتوفيق(الصلح) والتحكيم مفاهيم لبدائل أخرى شبيهة مثل التحكيم الصوري وغيرها[5]:

Les Mini-Trials, Les Moderated settlement conferences, Les Summary jury Trials, Les Court annexed arbitrations

بل وأكثر من ذلك فان الوساطة الجنائية في الولايات المتحدة الأمريكية اتخذت تسمية لها (*Victim /Offender-Mediation*) وهو النموذج الذي كان محل تجربة أولى سنة 1970 بأوتاوا (*Kichner Otario*) وتعمم في الولايات المتحدة الأمريكية وفي باقي أنحاء العالم ثم ظهور نموذج ملتقى المجموعات الأسرية

[1] Mylène Jaccoud– justice réparatrice et médiation pénale- convergence ou divergence- l'Harmattan 2003 p.7 et S.
[2] Howard Zehr- changing lenes A new focus for crime and justice- 1990 p.177 (http: //www2.crcna.org)
[3] Mylène Jaccoud - justice réparatrice et médiation pénale- convergence ou divergence- l'Harmattan2003 p.8 et 9
[4] Ibid- la justice réparatrice et médiation pénale vers de nouveaux modèles.
[5] Ibid- p.19

(la conférence du groupe familiale) في التشريع الجنائي لزيلندا الجديدة، ونموذج حلقة القرار أو تحديد العقوبة *(le cercle de sentence ou détermination de la peine)* المطبق في كندا وشمال الولايات المتحدة الأمريكية المعروف بالمصطلح *(sentencing cercles)*[1]، وإذا كان هذا الأمر في القارة الأمريكية التي ظهرت فيها العدالة التصالحية للوجود منذ ستينيات القرن الماضي وانتقالها لباقي أنحاء العالم (وفي فرنسا التي اتخذت صورة لها في الوساطة الجنائية ضمن تطبيقات الطريق الثالث والرابع للمتابعات الجزائية والتي لم تتخلص بعد من التبعية للعدالة الرسمية) فإن تساؤلات كثيرة وبمدلولات عدة تلوح فيما إذا كانت هذه العدالة التصالحية كما هو شأنها في الفروع الأخرى المدنية والتجارية كالتحكيم التجاري والوساطة والصلح المدني تعتبر كقضاء بديل وأنه في يوم ما يحل محل العدالة الرسمية أم أنه قضاء موازي لهذه الأخيرة وهي تساؤلات لا يزال البحث والاختلاف بشأنها قائما.

وإذا كانت هذه التساؤلات لها مبرراتها فان ما يعنينا منها تحديدا قبل معرفة الإجابة هو تحديد الأسس التي ترتكز عليها العدالة التصالحية والأهداف المنوطة بها(**أولا**) وعلى ضوء ذلك استخلاص مزايا وفوائد العدالة التصالحية وبالأخص في المجال الجنائي الأسري وما إذا كانت هذه العدالة التصالحية ذات فاعلية للتصدي للإجرام والوقاية منه وهل أنها ملائمة لكل حالات الأفعال المجرمة(**ثانيا**)؛ علما في هذا المجال أن السياسات الجنائية المعاصرة بدأت تدرج شيئا فشيئا مفاهيم العدالة التصالحية من أجل التصدي بفعالية للإجرام [2]

أولا: مرتكزات وأهداف العدالة التصالحية

إذا كانت العدالة الجنائية من خلال السياسة الجنائية المتبعة بشأنها سواء كانت عقابية في بدئها أم تأهيلية لاحقا تهدف في الأساس إلى التصدي للإجرام أو على الأقل التقليل من تناميه وانتشار رقعته فان العدالة التصالحية بدورها تهدف إلى تحقيق نفس الغرض ولكن بسبل مختلفة عن سبل العدالة الجنائية الأمر الذي أثمر تعاريف عديدة لهذه العدالة التصالحية وكان أفضلها تعريف *Tony MARSHAL* :

(La justice réparatrice est le processus par lequel toutes les parties intéressées se rencontrent pour déterminer ensemble le suivi immédiat et futur à donner à l'acte criminel qui a été commis)[3]

[1] La justice restaurative- rapport du groupe de travail, conseil national de l'aide aux victimes 2007 p.10 à 13
[2] Expérience, atteintes et perceptions des victimes à l'égard de la justice réparatrice-jo ANNE wemmere-Marisa Canuto- centre international de criminologie comparée- université de Montréal-mars 2002 p.1
[3] Expérience, atteintes et perceptions des victimes à l'égard de la justice réparatrice -op.cit p1

فالعدالة التصالحية هي ذلك المسار الذي يجمع كافة المعنيين بالجريمة قصد التحديد الفوري والمستقبلي لما يتخذ بشأنها وهو ما يفيد أنها ترتكز بشأن التصدي للإجرام على التأكيد أن السلوك الإجرامي لا يطال ضرره الضحية فقط بقدر ما ينطلي هذا الضرر كافة المجتمع بما في ذلك المرتكب للأفعال الإجرامية ومن ثم فالعدالة التصالحية تسعى أساسا إلى إصلاح هذا الضرر بكامله ولأطرافه الثلاثة من خلال جبر الضرر الذي لحق الضحية من طرف الجاني وبتحمل هذا الأخير مسؤولية إجرامه يتأتى منه إصلاح علاقته بالمجتمع بتخليه عن السلوك الإجرامي بعدم العود لاقترافه.

إن العدالة التصالحية من هذا المنظور تجعل من العلاقة ما بين الضحايا والجناة وحتى المجتمع علاقة تفاعلية وتضعها في الصدارة وذلك من خلال إشراك كافة الإطراف المعنية من أجل إصلاح ما أفسده السلوك الإجرامي وجبر كافة الأضرار الناجمة عنه

(La justice réparatrice met l'accent sur la relation interactive entre les victimes d'actes criminels, les auteurs du crime et la communauté. Elle insiste sur l'implication des trois parties pour réparer le préjudice causé par l'acte criminel).[1]

إن إسهام كافة الإطراف المعنية بالجريمة من شأنه تحقيق أهداف العدالة التصالحية من خلال مساعدة مرتكبي الجرائم إدراك عواقب أفعالهم الإجرامية وفسح المجال لهم تحمل مسؤولياتهم عنها ، وأن هذا الهدف يؤدي حتما إلى تقليص خطر العود من خلال أعادة الاندماج الاجتماعي وفي نفس المسعى يتحقق الهدف الثالث وهو الأساس في رد الفعل الاجتماعي والذي كان في ظل العدالة الجنائية يرتكز عل العقاب فأصبح في ظل العدالة التصالحية يرتكز في الاهتمام بتقويض دائرة الإجرام وفي ذات الوقت تقديم الحل الاجتماعي والمتمثل في تدعيم الضحايا والجناة إقامة علاقات تفاعلية بالنقاش والتفاوض قصد التوصل للحلول الملائمة والمرضية لكافة الاطراف.

إن العدالة التصالحية بهذا المفهوم تتميز بالطابع الإنساني بالدرجة الأولى كونها تتبنى أرضية ودية لإصلاح الضرر وعلاجه خلافا لما عرفته العدالة الجنائية من قبل والتي تتبنى العقاب وهو أحد أشكال الطابع الانتقامي

(La justice réparatrice est une autre façon de réagir à un crime, Elle fondée sur la réparation et la guérison plutôt que sur la justice vengeresse et la pétition) [2]

[1] La justice réparatrice dans le contexte criminel-OJEN-ROEJ(Ontario justice Education NET WORK-réseau ontarien d'éducation juridique)

[2] La justice réparatrice dans le cas de crime grave- recherche en bref vol.10 n°4 juillet 2005(www.sécurité publiaque.gc.ca)

وإذا كان هذا هو أمر العدالة التصالحية فهي بحق تتميز عن العدالة الجنائية التقليدية .

ثانيا: مزايا العدالة التصالحية:

إن العدالة التصالحية تتناول السلوك الإجرامي وبشكل شامل وهذا في حد ذاته ينطوي فوائد لكافة الأطراف المعنية.

فبالنسبة لضحايا الإجرام:

إن العدالة التصالحية تفسح المجال للضحايا لمواجهة الجناة بشأن الضرر الذي لحق بهم من جراء الفعل الإجرامي وبذلك أصبح للضحايا دورا أساسيا ضمن المسار القضائي *(les victimes jouent un role clé dans le processus judiciaire)*[1]، إلى جانب الدور الذي لا يقل أهمية والمتمثل في تمتين العلاقات مع المجتمع من خلال دعم هذا الأخير للضحايا وكذا أسرهم والذي يتجلى في معرفة مرتكبي الجريمة الناجم عنها الضرر وتحمل المسؤولية من طرف مرتكبيها بما في ذلك إصلاح وجبر الضرر.

وبالنسبة لمرتكبي الإجرام:

المؤكد بشان العدالة التصالحية استحالة اللجوء إليها من دون اعتراف مرتكبي الأفعال الإجرامية بهذه الجرائم والضرر الناجم عنها وهو الأمر الذي يفسح المجال أمام الجاني للتصالح مع الضحية واتخاذ إجراءات إصلاح وجبر الضرر وتفادي عقوبات العدالة العقابية[2] .

وبالنسبة للمجتمع:

العدالة التصالحية تضمن التقليل من حجم الإجرام من خلال إشراك أعضاء المجتمع وذلك بدمج هؤلاء في الجهاز القضائي لإدراكهم وضعية الجاني والسعي لمساعدته على إعادة إدماجه في المجتمع اعتبارا أن الشعور بالأمن الداخلي للمجتمع من شانه أن يعزز البرامج الإصلاحية والوقائية أكثر من اللجوء للأسلوب العقابي.

[1] La justice réparatrice dans le contexte criminel-OJEN-ROEJ(Ontario justice Education NET WORK-réseau ontarien d'éducation juridique)
[2] Ibid.

وبالنسبة الجهاز القضائي :

إن العدالة التصالحية من خلال برامجها المرتكزة عل الضحايا والجناة وأفراد المجتمع تحقق حلولا جماعية للنزاعات وهو الأمر الذي يسهم في تقليص الضغط على الجهاز القضائي وأكثر من ذلك فان العدالة التصالحية اقل تكلفة [1].

إلا أن العدالة التصالحية وما حققته من مزايا لأطراف الجريمة والتي تسعى إلى التصدي لوضع حد للإجرام تبقى في منأى عن بعض الوضعيات غير الملائمة وتتمثل إما في رفض مرتكب الجريمة تحمل المسؤولية أو أن المتابعة غير كافية لفرض عقوبة من خلال العدالة التصالحية ا وان ضحية الجريمة ظل مجهولا أو رافضا للإسهام في مسار العدالة التصالحية أو أن حقوق مرتكب الجرم مهددة بالخطر [2].

يبقى في الأخير التساؤل فيما إذا كانت برمج العدالة التصالحية يمكن أن تحل محل العدالة الجنائية الكلاسيكية وأنها ستزيحها كلية في يوم ما ؟

بغض النظر بشان اختيار الضحايا والجناة والذين منهم من يفضل العدالة الجنائية الكلاسيكية ويرفض برامج العدالة التصالحية فان ما عرف في هذا الشأن من جدال بخصوص العدالة التصالحية وما إذا كانت مكملة للعدالة الجنائية الكلاسيكية وفي شكل عدالة تعاونية (كما هو الحال في كندا) أم أنها تسعى إلى فرض استقلالية لها بفضاء مستقل تماما عن العدالة الجنائية هو تساؤل لم يجد الحسم النهائي اعتبارا أن العدالة التصالحية رغم ما حققته من نجاحات عديدة فإنها لا تزال حقلا للتجارب من خلال البرامج المتعددة وانه ما بين المقاربة بينها وبين العدالة الجنائية الكلاسيكية بشكل تكاملي مثلما هو الشأن بالنسبة للوساطة بنموذجها الفرنسي وما بين المفارقة كما هو محل تكثيف لبرامجها في كندا ونيوزلندا والولايات المتحدة الأمريكية تبقى التساؤلات قائمة بالنسبة للمجتمع الذي ننتمي إليه فمن حق الكافة به التساؤل فيما إذا كان مجتمعنا معني بنماذج العدالة التصالحية اعتبارا أن العدالة الجنائية الحالية تعاني هي الأخرى أوج أزمتها من خلال الاختناق الناجم عن الكم الهائل لحجم القضايا وبطء الفصل بشأنها والذي يعبر عن الفشل في تناول هذه القضايا وبالشكل الذي يتحقق معه العدل والإنصاف.

[1] Programme de justice réparatrice-GRC surrey.rc.mp-grc-gc-ca (gendarmerie royale du Canada).
[2] Expérience, atteintes et perceptions des victimes à l'égard de la justice réparatrice-Joanne Wemmere-Marisa Canuto- centre international de criminologie comparée- université de Montréal-mars 2002 p.39ets.

إن ما يلاحظ بهذا الشأن التنويه بما بادر إليه المشرع من نصوص مكرسة للطرق البديلة والمتمثلة في الصلح والوساطة والتحكيم من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 إلا أن التزامه الصمت بخصوص اللجوء لهذه الطرق البديلة في التشريع الجنائي -بالرغم من أن التشريعات الجنائية للدول المجاورة مثلما هو الشأن في تونس والمغرب والتي كانت سباقة في هذا الاتجاه بالنص على الوساطة الجنائية[1] - يبقى مفتقرا للمبرر.

إن هذا الصمت من طرف المشرع الجنائي لا مبرر له خصوصا أن الموروث الحضاري لمجتمعنا مكرس لهذه البدائل فقبل أزيد من 14 قرن من خلال تأكيد الشريعة الإسلامية على الصلح والتصالح كأساس لقيام المجتمع بدءا من الأسرة لقوله سبحانه وتعالى (**وإن خفتم شقاق بينها فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**)[2] وفي قوله جلت قدرته (**فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما**)[3] وفي قوله سبحانه (**وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فان بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فان فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا إن الله يحب المقسطين**)[4] وفي قوله جلت قدرته (**إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون**)[5] ويحث الرسول الأعظم في الحديث الشريف "**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما** "[6] وفي قوله صل الله عليه وسلم "**ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: إصلاح ذات البين**"[7].

وعلى هذا الأساس نرى ضرورة الإسراع في التوجه للأخذ بالسياسة الجنائية المرتكزة على هذه البدائل مثل الوساطة الجنائية وغيرها مادام أنه ثبت نجاح تجاربها في الدول التي سبقت إليها خصوصا وأن هذه

---

[1] لاحظ نص المادة 41-1من قانون المسطرة الجنائية المغربي والمتعلق بالوساطة الجنائية

وكذا نص الفصل 335 مكرر المتعلق بالوساطة الجنائية للبالغين وقبله الفصل 113 من مجلة حماية الطفولة والمتعلق بدوره بالوساطة الجنائية التي تخص القصر

[2] الآية 35 من سورة النساء

[3] الآية 65 من سورة النساء

[4] الآية 9 من سورة الحجرات

[5] الآية 10 من سورة الحجرات

[6] الحديث رواه أهل السنن- المكتبة الشاملة-www.shamela.ws/browe.php/book-31304/page.90

[7] رواه أبو داود والترمذي – مشار إليه في الصحيح المنتقى من فضائل الأعمال تصنيف الحافظ ضياء الدين المقدسي – مرجع سابق ص.218

التجارب تعتمد في أساسها الحوار والتفاوض ما بين أطراف الدعوى العمومية وبالأخص الجاني والضحية وهي الأسس التي تقوم عليها العدالة التصالحية بأبعادها الثلاثة والهادفة إلى الاهتمام بالضحية المتضرر من الجرم وتعويضه أولا والاهتمام بالمتهم وإعادة إدماجه ثانيا ثم الاهتمام بالمجتمع من خلال تعزيز السلم ووضع حد لخطر الاضطراب الناجم عن الجرم ثالثا .

إنها بالفعل عدالة تصالحية تضع كافة أطراف الجريمة في الصدارة سعيا لتحقيق عدالة ترضي الجميع الضحايا والجناة والمجتمع.

الخاتمة

إنه من خلال هذه الدراسة لموضوع الأسرة والقانون الجنائي وهو موضوع ذو أهمية بالغة في شقيه إذ الشق الأول وهو الأسرة باعتبارها الخلية في كل المجتمع ومن ثم لا يمكن تصور المجتمع من دون الأسرة، حتى وإن كانت حداثة بعض المجتمعات تسعى إلى طمس معالمها ومع ذلك ثبت جليا أن هذا المسعى هو غاية لا تدرك ولسبب بسيط أن الفطرة التي ارتآها الخالق تقتضي وجود هذه الأسرة والتي لا يصلح أي مجتمع إلا بصلاحها.

في حين الشق الثاني وهو القانون الجنائي لا تقل أهميته هو الآخر اعتبارا أنه الحامي الرئيسي للمقومات الأساسية لكل مجتمع إذ لا يتصور وجود مجتمع من دون مقومات تحفظ بقاءه ومن ثم لم تخل كافة الشرائع السماوية وكذا التشريعات الوضعية من القواعد ذات الطابع الجزائي والتي ليس لها من هدف سوى تحقيق غايات الحماية اللازمة للمجتمع.

من هذا المنظور وباعتبار أن وجود الأسرة والقانون الجنائي أساسا متلازمين وهو ما كان موضوعا للإشكالية الأساسية لهذه الدراسة والتساؤل حول ما إذا كانت الأسرة مدعاة لتدخل القانون الجنائي لضمان حماية قيمها أم أنها مدعاة لاستبعاده تحقيقا لنفس الغاية وبشكل آخر هل من مصلحة بقاء الأسرة واستقرارها وجوب تدخل القانون الجنائي لحمايتها أم أن هذا الأخير من شأنه أن يؤدي إلى اختلال استقرارها الأمر الذي يجعل من الأسرة أن تكون سببا يعيق تطبيق القواعد الجنائية والتي هي أساسا وجدت لمخاطبة الكافة.

إنه من خلال تقفي مراحل الفصل الأول المتعلق بتدخل القانون الجنائي في الأسرة المتضمن مبحثين الأول منصب على حماية كيان الأسرة في حين الثاني متعلق بالتصدي للعنف الأسري إذ تم استعراض الجرائم المهددة لكيان الأسرة والتي حددها المشرع في الجرائم سواء تلك المزلزلة للترابط الأسري وتتمثل في جريمتي الزنا والفاحشة بين ذوي المحارم وتعتبران بمثابة التجريم ذو الطابع الخاص اعتبارا للضرر الناجم عنهما والمدمر لعرى الأسرة وأسسها ما يعني معه استحالة بقائها إذ يكفي إذا كان ضررها المباشر يطال القطيعة الأبدية لأطرافها فإن ضررها يمتد إلى كافة الأسرة بل كافة المجتمع وهو ما عبر عنه الإمام ابن قيم الجوزية بأن هذا النوع من الإجرام هو من أعظم المفاسد المنافي لمصلحة نظام العالم.

في حين الجرائم المتعلقة باختلال التكافل الأسري هي الأخرى لا تقل أهمية لما ينجر عنها من القطيعة التي يمكن أن تحدث إنهاء المسار الأسري فالإهمال الأسري في مختلف صوره الناجم عن التخلي عن الواجبات

الأساسية تجاه الأطفال والمستضعفين من الأسرة اقتضى التصدي له من خلال قواعد سواء كانت ردعية أو علاجية لتحقيق الحفاظ على التواصل الأسري الذي يقوم في أساسه على مبدأ التضامن الأسري.

وإذا كان ما سبق ذكره في هذا الشق يتعلق بكيان الأسرة فإن هذا الكيان لا تقوم له قائمة إلا في ظل الاستقرار ومن دونه فإنه يظل عرضة لخطر نسف الأسرة في أية لحظة، إنه العنف الأسري بدءا من تلك الجرائم ذات الخصوصية كقتل الأصول والفروع والأزواج إلى بقية أعمال العنف الأخرى الجسدية والنفسية والجنسية والتي ما من شك أن المشرع قد خصها بعقوبات صارمة اعتبارا أنها مفجرة لاستقرار الأسرة بل فأحد أهم عوامل تشتيتها والذي يمكن أن يكون سببا في إعدام وجودها اعتبارا لصعوبة محو آثارها، وبالرغم من تشديد العقوبات بشأنها إلا أن مؤشرات خطرها في تزايد مستمر حتى أصبحت ذات مفهوم عالمي إذ لا يخلو أي مجتمع في العالم قاطبة من العنف الأسري وهو ما دعا علماء القانون وكذا علماء النفس المختصون توسيع نطاق البحث عن أسباب هذا العنف والدواعي إليه إذ يأتي في الصدارة الأمراض النفسية والعقلية الناجمة عن المخدرات وعوامل عديدة أخرى بدءا من سوء التنشئة وغياب الوازع الديني وصولا إلى الجوانب السلبية للتطور العلمي والتي كان بإمكان الأسرة تفاديها من خلال تحصينها بما يستلزم تحقيق الحماية الشاملة لها.

إن المشرع بصدد الجرائم المتعلقة بهذا الفصل الأول والمهددة لكيان الأسرة سعى إلى التصدي لها من خلال التجريم الخاص بها باعتبارها جرائم تخص أعضاء الأسرة دون غيرهم وتشديد العقوبات المخصصة لمرتكبيها سعيا لبسط الحماية للأسرة من اجل بقائها وتواصلها ويتجلى حرص المشرع مواكبته لتجريم كل الأفعال المصاحبة للتحولات الاجتماعية ليمنع كل ما من شأنه المساس بالقيم الأسرية.

في حين بمنظور مخالف تماما لما جاء بالفصل الأول فإن مراحل الفصل الثاني اشتملت على إبعاد القانون الجنائي عن الأسرة إما إبعادا كليا كما هو الحال في الحصانة الأسرية لبعض الجرائم مثل جرائم التستر وعدم التبليغ المتعلقة بأحد أفراد الأسرة أو جرائم الأموال الأسرية أو تلك الجرائم ذات الحصانة المشروطة كحالة الزواج بالقاصر المخطوفة وحق التأديب الأسري إذ يستشف من عرضها إبعاد القانون الجنائي عن المجال الأسري بهدف حماية الأسرة واستقرارها اعتبارا لما لهذه الأخيرة من خصوصيات قائمة في أساسها على الوئام والمودة والتكافل والخاضعة لمبدأ العصبية التي هي أساس الآصرة الأسرية، إذ أن تدخل القانون الجنائي من شأنه أن يحدث تشتيتا للأسرة من خلال ما يحدثه القانون الجنائي من حقد وكراهية بين أعضاء الأسرة ومن ثم لا تتحقق الغاية التي يهدف إليها القانون الجنائي، لذلك فإن إبعاد القانون الجنائي عن المجال الأسري وترك أمر

فض المنازعة الأسرية الناجمة عن هذه الجرائم للأسرة من خلال إيجاد حلول لها بطرق غير الطرق الجنائية وهو الاتجاه الحالي والمستقبلي للأسرة والذي يميل إلى اللجوء للطرق البديلة لحل الخلافات الأسرية الناجمة عن بعض الأفعال المجرمة إذ ثبت أن التشريعات المعاصرة تعززت ببدائل للمتابعات الجزائية خصوصا في الجرائم الأسرية باللجوء لآليات بديلة مثل الوساطة الجنائية بعيدا عن إجراءات القانون الجنائي التي تتسم بالطابع التنازعي في حين الأسرة تقتضي الطابع التفاوضي الذي يضمن استمرار الروابط الأسرية خلافا للطابع الجنائي الذي يمكن أن يتسبب في القطيعة الأسرية النهائية، وهو الأمر الذي أدى إلى الكثير من التشريعات المقارنة تغيير سياساتها الجنائية بتكريس بدائل المتابعات الجزائية وكذا تكييف العقوبات خاصة السالبة للحرية في حين بعض التشريعات ذهبت أبعد من ذلك من خلال تكريس بدائل للعدالة الجنائية في حد ذاتها وصولا إلى تنصيب ما أطلق عليه العدالة التصالحية وبتجارب لنماذج أثبتت نجاح هذه الأخيرة على الأقل في التصدي للإجرام بأساليب ممنهجة من شأنها الحفاظ على بقاء الأسرة وتواصل استمرارها وهو الهدف المنشود للأسرة والمجتمع.

واعتبارا أن هذه الدراسة كانت في أساسها تستند لأحكام القانون الجنائي المخصصة من طرف المشرع لمجتمعنا من خلال أحكام قانون العقوبات وكذا القواعد المكملة له ذات الصلة بالأسرة فهل يا ترى قد تحقق من خلالها المبتغى المنشود لحماية الأسرة أم أنه لا يزال بعيدا عن نقطة الوصول إلى هذه الغاية.

إنه بالرغم من المساعي التي رصدها المشرع في هذا الشأن تصديا للإجرام الأسري سواء كان ذلك من خلال تدخل القانون الجنائي بصرامة في مجال الأسرة أو من خلال إحجامه إذ في الحالتين هو الحامي والخادم للأسرة فإن المؤكد أنه ظل بعيدا عن تحقيق الأهداف المرجوة ولأسباب عديدة مردها أولا تقليده لتشريعات مقارنة وبالأخص التشريع الفرنسي رغم الاختلاف الجوهري بين مجتمعنا وغيره من المجتمعات الأخرى إلى جانب أن هذه القواعد المستوحاة في بعض الأحيان تصطدم بأسس الموروث التراثي للمجتمع وثانيا الصياغة القانونية لهذه القواعد الجنائية والمختلة بل والمتناقضة في بعض الأحيان مثلما أشير في مناحي كثيرة من هذه الدراسة والناجمة عن الاستنساخ الحرفي للنصوص بلغتها الأصلية وتضمينها أخطاء أحيانا فادحة في ترجمتها إلى اللغة العربية مع أن هذه الأخيرة كان يجب أن تكون أساسا لأصل النصوص القانونية تطبيقا لأحكام الدستور واستنتاجا من معطيات هذه الدراسة يتعين وجوبا:

- مراجعة النصوص ذات الصلة بالإجرام الأسري وإعادة صياغتها وتكييفها بشكل تراع فيه مصلحة الأسرة بالدرجة الأولى وفقا للقيم الأسرية والاجتماعية المنبثقة من الموروث الأصلي لتراث مجتمعنا.

– مراجعة النصوص المفتقرة لآليات مراقبة تنفيذها مثلما هو الشأن بخصوص النصوص المتعلقة بالإهمال الناجم عن الإخلال بواجب تعليم الأطفال باعتبار أن المشرع وضع النص المجرم دون تحديد آلية مراقبة تنفيذ النص.

– مراجعة صياغة النصوص التشريعية خصوصا الجنائية وبالشكل الذي يحقق عدم المساس بمبدأ المشروعية الذي يقوم في أساسه على وضوح التجريم والعقاب.

في حين الآفاق المتوخاة من هذه الدراسة تقتضي من المشرع لتحقيق مصلحة الأسرة وهي الهدف المنشود أن يسرع من وتيرة التشريعات بدلا من الخطوات البطيئة كمشروع إنشاء صندوق النفقة والذي يحل محل المحكوم عليهم في تسديد مبالغ النفقة لمستحقيها، إذ لا فائدة يجنيها هؤلاء في حبس أقرب الناس إليهم. وهو المشروع الذي رأى النور بمقتضى القانون 15-01 إلا أنه لا يزال يكابد انتظار النصوص التطبيقية لتنفيذه هذا من جهة ومن جهة أخرى فان تسريع وتيرة التطور التشريعي في مجال القانون الجنائي ومواكبة ما توصلت إليه السياسات الجنائية في هذا المجال على المستوى العالمي من خلال بدائل المتابعات الجزائية وبالخصوص ما حققته الوساطة الجنائية في التشريعات المقارنة والتي خطت بشأنها أشواطا معتبرة يتطلب من المشرع الإسراع بتكريس هذه البدائل والتي ظل ملتزما السكوت بشأنها بالرغم من أنها أساليب تتماشى وتراثنا الحضاري بل كانت ولا تزال بمثابة السبيل المفضل لفظ النزاعات الأسرية المختلفة من خلال الحلول الودية.

أما بشأن الآفاق المستقبلية لمواجهة معضلة العصر موضوع معاناة الكافة في أقطار المعمورة فيتجلى في كيفية التصدي للعنف الأسري المدمر للأسرة بعد أن ثبت عدم كفاية العقاب الصارم وتشديد العقوبات الأمر الذي دفع إلى تكثيف البحث عن أسباب هذا العنف للوقاية من حدوثه اعتبارا أن الوقاية خير من العلاج وهو ما حدا بالكثير من الدول الغربية فسح المجال للمختصين من رجال القانون وأطباء الإمراض النفسية والعقلية وعلماء الاجتماع للبحث ودراسة الأسباب الكامنة وراء العنف الأسري وتشخيصها سعيا للتوصل للحلول التي من شأنها وضع حد له ولأجل ذلك أنشئت مراصد لتشخيص الأمراض الاجتماعية والنفسية بما فيها العقلية حتى يسهل علاجها والقضاء بذلك على هذه الأمراض في عمق جذورها وبالتبعية تجنيب الأسرة للأسباب الدافعة لكابوس العنف الأسري.

إن مجتمعنا لا يزال في منأى من هذه الرؤى المتطورة الأمر الذي يقتضى فسح المجال للباحثين والمختصين لمثل هذه الدراسات قصد التوقف على الأسباب الكامنة وراء العنف الأسري وتوفير كل الإمكانيات والتي بالأساس تقع على كاهل الدولة، خصوصا وان الأسرة في مجتمعنا وخلال السنوات الأخيرة عرفت جرائم عنف أسرية غريبة عن تقاليدها بل ومنافية لتسامح معتقداتها ويكفي ما يقع من قتل للأصول والأطفال والأزواج وبأشكال مروعة لا يبررها عدا من به مس من الجنون هذا الأخير وجد مرتعا له من خلال آفة المخدرات وما تبعها من انحلال الأخلاق والابتعاد عن الوازع الديني، إلى جانب الآثار السلبية للحداثة ومدى قوة تأثيره على الأسرة.

إن هذا الأمر وما وصل إليه من خطورة تستهدف الأسرة ومن خلالها المجتمع يتطلب تكاتف الجميع والعمل على التصدي للجريمة الأسرية بكافة الوسائل التي من شأنها حماية الأسرة لمواجهة عواقب ما تعانيه من ويلاتها المدمرة لكيانها والمشتتة لأعضائها والمقوضة لاستقرارها وأمنها، وهو الجواب الكافي والدواء الشافي لصون اللبنة الأساسية في المجتمع.

من كل سبق أرجوا أ ن تكون الدراسة لبنة جهد يضاف إلى الدراسات السابقة وما سيضاف تكملة لما نقص وبجهود أخرى وبالجديد في البحث ينجز البنيان المرصوص سعيا لتحقق الأهداف المنشودة للدراسات والأبحاث المضنية والشيقة في ذات الوقت. والحمد لله رب العالمين .

قائمة المصادر والمراجع

I – باللغة العربية

أولا: المصادر

- **القرآن الكريم**
- **الجامع الصحيح للإمام مسلم**، مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطبع والنشر- القاهرة 1383 ه
- **صحيح البخاري- للإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن بردزبه الجعفي البخاري** مكتبة الصفا ط.أولى 2003
- **لسان العرب للعلامة بن منظور**، دار إحياء التراث العربي- بيروت المجلد الأول (أ.ب) 1988

ثانيا: الدساتير والمواثيق الدولية والقوانين والمراسيم واللوائح

-دستور1963/09/10–دستور1976/11/22–دستور1989/02/23–دستور1996/11/28

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المصادق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 فيفري 1948

-المؤتمر الدولي التاسع للقانون الجنائي المنعقد بلاهاي سنة 1964.

-اتفاقية حقوق الطفل المبرمة في 20 نوفمبر 89 والنافذة وفقا للمادة 49 منها بدءا من تاريخ 02 سبتمبر 90

- قانون العقوبات الصادر بالأمر56/66 بتاريخ 08 جوان 1966
- قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالأمر 66-155 بتاريخ 08 جوان 66
- قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970
- القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975
- القانون رقم 04/05 الصادر بتاريخ 2005/02/06 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

- قانون الأسرة الصادر في 09 جوان 1984 رقم 01/84 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005
- الأمر رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/27 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية
- قانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- قانون 08-04 الصادر في 02 جانفي 2008 المتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية
- قانون رقم 09/08 الصادر في 25 فيفري 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية
- القانون 09-01 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات رقم 66-156
- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك
- القانون 12/10 الصادر بتاريخ 2010/12/29 والمتعلق بحماية المسنين – الجريدة الرسمية عدد79 المؤرخة في 29/ 12/ 2010
- قانون 01/14 المؤرخ في 2014/02/04 المعدل والمتمم للأمر 56/66 المتضمن قانون العقوبات.
- القانون 16-01 الصادر في 2014/02/04 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات.
- قانون 15-01 الصادر في 04 فيفري 2015 المتضمن انشاء صندوق النفقة
- المجلة الجنائية- المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1993
- مجلة الاحوال الشخصية المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1993
- القانون الجنائي المغربي الصادر بالظهير الشريف رقم 1.59.413
- قانون العقوبات المصري الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937
- قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960

المراسيم

- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 1992/12/19 المصادق على اتفاقية حقوق الطفل الموافق عليها بالجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20
- المرسوم الرئاسي 06-299 المؤرخ في 2006/12/02 المصادق على البروتوكول الاختباري الملحق باتفاقية حقوق الطفل المنعقد بنيويورك في 2000/05/25 بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية

اللوائح

- منشور رقم2 مؤرخ في2009/04/21

ثالثا: المراجع العامة

1. **أبو بكر جابر الجزائري،** منهاج المسلم- دار الكتب السلفية- القاهرة
2. **أبو محمد عبد الغني بن عبد الواحد المقدسي،** زبدة الإفهام بفوائد عمدة الأحكام- دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع- الطبعة الأولى - 2007-
3. **أحسن بوسقيعة،** الوجيز في القانون الجزائي العام- دار هومة- الطبعة الرابعة- 2006
4. **أحسن بوسقيعة،** الوجيز في القانون الجنائي الخاص. ج.1 دار هومة - الطبعة السادسة - 2006
5. **أحسن بوسقيعة،** قانون العقوبات على ضوء الممارسة القضائية - منشورات بيرتي الطبعة - 2006/2005
6. **أحمد أبو الروس،** الموسوعة الجنائية الحديثة- الكتاب الرابع- جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية- المكتب الجامعي الحديث-الأزاريطة/ الإسكندرية
7. **أحمد الحصري،** علم القضاء- أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي- دار الكتاب العربي- بيروت- طبعة أولى 1986
8. **أحمد فتحي بهنسي،** الجرائم في الفقه الإسلامي- دار الشروق- الطبعة الخامسة - 1983

9. **بن شيخ لحسين**، مبادئ القانون الجزائي العام- -دار هومة- الطبعة الثانية

10. **جيلالي بغدادي**، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية – الجزء الاول-

11. **جيلالي بغدادي**، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية- جزء 2 (ط) الديوان الوطني للأشغال التربوية طبعة أولى- 2001

12. **الحافظ شمس الدين بن حجر العسقلاني**، بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تحقيق وتخريج أحمد ابراهيم زهوة، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 2004.

13. **خالد بن حامد ألحازمي**، مساوئ الأخلاق وآثارها على الأمة- وكالة المطبوعات والبحث العلمي- وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد- المملكة العربية السعودية

14. **سامية حسن الساعاتي**، الجريمة والمجتمع – دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت- 1983.

15. **سيد سابق**، فقه السنة- المجلد الثاني- المكتبة العصرية صيدا بيروت 2004

16. **شمس الدين أبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية**، الجواب الكافي لمن سال عن الدواء الشافي- دار الكتاب-القاهرة 2004

17. **شمس الدين أبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية**، زاد المعاد في هدي خير العباد - مكتبة الصفا- طبعة أولى- 2004

18. **ضياء الدين المقدسي**، الصحيح المنتقى من فضائل الأعمال –دار بن حزم– بيروت -الطبعة الاولى2004

19. **عائض القرني** ، التفسير الميسر- العابيكان الطبعة الثانية 2007

20. **عبد الرحمان الصابوني**، نظام الأسرة ومشكلاتها في ضوء الإسلام- دار الفكر- الطبعة الرابعة- 1972

21. **عبد القادر عودة**، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي-المجلد الثاني- مكتب دار التراث- القاهرة- 2005

22. **عبيدي الشافعي**، قانون العقوبات المذيل بالاجتهاد القضائي- دار الهدى عين مليلة – 2008

23. **علاء الدين عبد الفتاح عبد الحميد علي**، قانون الأحوال الشخصية وأثره على استقرار الأسرة- جامعة النيلين السودان،

24. **كامل السعيد**، شرح قانون العقوبات- الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة- مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع- عمان الأردن الطبعة الأولى 1995

25. مالك بن أنس، الموطأ – الجزء الأول- المكتبة التوفيقية

26. **محمد أحمد المشهداني**، شرح قانون العقوبات في القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية-الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الأردن- الطبعة الأولى-2001

27. **محمد البشير الإبراهيمي**، عيون البصائر- الشركة الوطنية للنشر والتوزيع- الجزائر

28. **محمد الغزالي**، حقوق الإنسان بين تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة- دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع- برج الكيفان

29. **محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري**، مختصر الفقه الإسلامي- بيت الأفكار الدولية –لبنان 2005

30. **محمد خالد ثابت**، وبالوالدين احسانا- دار المقطم للنشر والتوزيع – القاهرة 1997

31. **محمد سعيد نمور**، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص – الجرائم الواقعة على الأشخاص- الجزء الاول- دار الثقافة والنشر والتوزيع 2005

32. **محمد متولي الشعراوي**، أحكام الأسرة والبيت المسلم- مكتبة التراث الإسلامي القاهرة- الطبعة الثالثة 2001

33. **مقدمة العلامة عبد الرحمن ابن خلدون**، ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم ذوي الشأن الأكبر-دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت 2010

34. **نواصر العايش**، تقنين العقوبات- مطبعة قرفي – باتنة -1991

35. **يوسف القرضاوي،** كيف نتعامل مع الناس- دار الشروق- الطبعة الخامسة–القاهرة- 2006

رابعا: المراجع المتخصصة والأبحاث الجامعية والاجتهاد القضائي

أ- الكتب

1. **أحمد محمود خلف،** الصلح وأثره في انقضاء الدعوى الجنائية وأحوال بطلانه- دار الجامعة الجديدة

2. **أشرف رمضان عبد الحميد،** نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائيا - دار النهضة العربية – القاهرة–الطبعة الأولى 2006

3. **أنيس حسيب السيد المحلاوي،** الصلح وأثره في العقوبة الجنائية- دار الفكر الجامعي – الإسكندرية 2011

4. **جمال شديد علي الخرباوي،** حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية – المركز القومي للإصدارات القومية – طبعة أولى 2011

5. **خالد بن سعود الحريري،** العنف الأسري أسبابه ومظاهره- مركز التنمية الأسرية بالإحساد والدمام- ط.1- 2009

6. **خلود سامي عزارة آل معجون،** النظرية العامة للإباحة – دار الفكر العربي

7. **رمضان علي السيد الشرنباصي– جابر عبد الهادي سالم الشافعي،** أحكام الأسرة- منشورات الحلبي الحقوقية 2008

8. **سامي جميل الفياض الكبيسي،** رفع المسؤولية الجنائية في أسباب الإباحة- دار الكتاب العلمية- بيروت ط.1 2005

9. **سعيد عبد اللطيف حسن،** الحماية الجنائية للعرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- دار النهضة العربية- القاهرة 2004

10. **شريف سعيد كامل،** الحماية الجنائية للأطفال – دار النهضة العربية –ط-2 لسنة 2000

11. **عامر شماخ،** العنف الأسري – جاهلية العصر- ط.1- الصحوة للنشر والتوزيع 2010

12. **عباس أبو شامة عبد المحمود– محمد الأمين البشري،** العنف الأسري في ظل العولمة– طبعة 1– الرياض– 2005– جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

13. **عبد الحميد زروال،** المسائل الفرعية أمام المحاكم الجزائية– دار المطبوعات الجامعية الجزائر

14. **عبد الرحيم صدقي،** الأسرة والجريمة في القانون الجنائي المصري – الهيئة المصرية العامة للكتاب 1988

15. **عبد العزيز سعد،** الجرائم الواقعة على نظام الأسرة– الديوان الوطني للأشغال التربوية– الطبعة– الثانية 2002

16. **عبد العزيز سليمان الحوشان،** القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة – منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1 2006

17. **عبد القادر القهوجي –فتوح عبدالله الشاذلي،** علم الإجرام وعلم العقاب–دار المطبوعات الجامعية– الإسكندرية 2003

18. **عبد الوهاب البطراوي،** جريمة الزنا بين اليهودية والمسيحية والإسلام ط.3–2005

19. **علي عدنان الفيل،** دراسات في القانون الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي–المكتبة القانونية دار اليازدي العلمية للنشر والتوزيع–الأردن 2010.

20. **عمر سالم،** نحو تسيير الإجراءات الجنائية– دراسة مقارنة– دار النهضة العربية القاهرة 1997

21. **محمد اللجمي،** الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن–تونس2005

22. **محمد عبد الحميد الألفي،** الجرائم العائلية– الحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض 1999

23. **محمود احمد طه،** الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية– منشأة المعارف– الإسكندرية– 2008

24. **محمود رشاد متولي،** جرائم الاعتداء على العرض

25. **منصف المحواشي،** الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح-المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية-الثابت والمتحول-دار الكتاب الحامد للنشر والتوزيع طبعة أولى.

26. **منصور رحماني،** علم الإجرام والسياسة الجنائية-دار العلوم لنشر والتوزيع-عنابة

27. **هلالي عبد اللاه أحمد،** الإجهاض وقتل الأطفال حديثي الولادة- أهم مظاهر إجرام النساء

ب- الرسائل المذكرات

28. الحماية الجنائية للأسرة – **لنكار محمود** –دكتوراه – كلية الحقوق جامعة منتوري – قسنطينة – 2010

29. أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي في الانظمة القانونية المقارنة- **محمد عبد الرءوف محمد أحمد**- دكتوراه – منشورة- المركز القومي للمنشورات القانونية – الطبعة الاولى- القاهرة

30. الجرائم الأسرية- **عبد الحليم بن مشري**- دكتوراه- جامعة محمد خيضر بسكرة 2008/2007

31. العنف الزوجي الممارس ضد المرأة بتلمسان - **نعيمة رحماني** – دكتوراه- كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية- جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان 2011/2010

32. النظرية العامة للصلح في المواد الجنائية- دراسة مقارنة – **محمد حكيم حسين حكيم** – دكتوراه- منشورة – دار الكتب القانونية القاهرة 2005

33. أصول التجريم والعقاب في السياسة المعاصرة-**محمود طه جلال**- دكتوراه منشورة- دار النهضة العربية طبعة أولى 2005 القاهرة

34. أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي- **محمد عبد الرؤوف محمد أحمد** –دكتوراه منشورة-المركز القومي للإصدارات القانونية- مصر – الطبعة الأولى-2009

ج- المذكرات

35. الحماية الجنائية للأسرة- **بلخير سديد**-ماجستير-كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية-جامعة الحاج لخضر باتنة 2006/2005

36. مكافحة زنا المحارم- **محمد مرزوق العصيمي**- ماجستير- جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- 02 ماي 2010

37. جرائم الشذوذ وعقوبتها في الشريعة والقانون- **عبد الحليم بن محمد بن عبد اللطيف آل الشيخ**- ماجستير جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية- الرياض 2003

38. الرابطة الأسرية في القانون الجنائي- **شريفة قشي** - ماجستير

39. الصلح في جرائم الاعتداء على الأفراد- **ليلى قايد** –ماجستير قانون – كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية – منشورة-دار الجامعة الجديدة ة2011

40. السرعة في الإجراءات الجزائية – **جديدي طلال**- ماجستير-علوم جنائية جامعة الجزائر1- 2012-2011

41. بدائل إجراءات الدعوى الجزائية – دراسة مقارنة- **علي عدنان الفيل** – ماجستير قانون- كلية الحقوق جامعة الموصل العراق

42. المكانة الاجتماعية للمسن في الأسرة الجزائرية- **لعبيدي نادية**- ماجستير – علم الاجتماع – جامعة الحاج لخضر – باتنة 2009/2008

د- الاجتهاد القضائي

1- القرارات المنشورة بالمجلة القضائية ونشرة القضاة ونشرة العدالة

- المجلـــــة القضـــــائية: 1989، 1990، 1991، 1992، 1993، 1994، 1995، 1996 1997، 1998، 2000، 2001، 2002، 2006، 2007، 2008، 2009، 2012
- نشـــــرة القضاة 1967، 1968، 1969، 1971، 1983، 1987

- مجلة المحكمة العليا 2007 - 2008

2- قرارات المحكمة العليا غير المنشورة

- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 444948- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 29 جويلية 2009 – طعن رقم 475686- غ.ج.م- قسم4
- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 483756- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 484300- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 433415- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 448168- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 25 مارس 2009 – طعن رقم 421723- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 483490- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 27 ماي 2000 – طعن رقم 14477- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 27 ماي 2009 – طعن رقم 83239- غ.ج.م- قسم 4
- قرار 29 أكتوبر 2009 – طعن رقم 501699- غ.ج.م
- قرار 29 جويلية 2000 – طعن رقم 511403- غ.ج.م
- قرار 16 جوان 1996 – طعن رقم 132607- غ.ج.م- قسم 3

3- الأحكام والقرارات

- حكم محكمة عين التوتة 20 نوفمبر 2012 – رقم الملف 12/1514
- قرار الغرفة الجزائية بمجلس قضاء باتنة 09 جانفي 2013 – رقم الملف 12/10524
- قرار الغرفة الجزائية باتنة 18 جوان 2012- رقم الملف 12/1333
- حكم محكمة الجنايات باتنة 30 نوفمبر 1980(ملف م.خ)

- حكم محكمة الجنايات باتنة 31 أكتوبر 2012- رقم الملف 12/09
- حكم محكمة الجنايات باتنة 19 جوان 2012- رقم الملف 12/22
- حكم محكمة الجنايات باتنة 11 مارس 2007- رقم الملف 07/11
- حكم محكمة الجنايات باتنة 26 مارس 2012- رقم الملف 12/54

سادسا: المقالات

43. الأسرة النواتية، القرابة والواقع الاجتماعي الحضري، أ.د. إكرام هاروني، مقال منشور ضمن فعاليات الملتقى الرابع لقسم علم الاجتماع، الروابط الاجتماعية في المجتمع الجزائري المنعقد يومي 6 و7 نوفمبر 2006، منشورات كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة الجزائر 2007، 2008.

44. مداخلة د.الغوثي بن ملحة لتقديم الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010، القطب الجامعي جيجل.

45. جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، أ.عبد الحليم بن مشري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 10.

46. مدى شرعية النص المجرم للزنا في التشريع الجزائري وأثره على حماية الأسرة، حسين بلحرش، الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010، القطب الجامعي جيجل.

47. عقود الزواج العرفي بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، بدوي علي، المجلة القضائية، عدد 2 لسنة 2002.

48. جريمة الإهمال المعنوي للأولاد، مراد كاملي، الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010، القطب الجامعي جيجل.

49. جريمة الإهمال المادي والمعنوي للزوجة الحامل، بوجادي صليحة، الملتقى الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010، القطب الجامعي جيجل.

50. د.طالبي حليمة، الملتقى *La protection pénale de l'enfant liée au droit de garde* الوطني حول الحماية الجزائية للأسرة في التشريع الجزائري 3، 4 نوفمبر 2010، القطب الجامعي جيجل.

51. ندوة المنع وحقوق الإنسان، يحي الجمل، المجلة العربية لحقوق الإنسان، عدد 3 لسنة 1996.

52. قتل الأصول والفروع، حمدي تايه القرة غولي، قايد الشمري، مجلة الفتح 2008، كلية الحقوق، جامعة ديالي، العراق.

53. جريدة النهار اليومية، عدد 2103 بتاريخ 27 أوت 2014،

54. قتلة الأطفال في الجزائر، جريدة الشروق اليومية، عدد 3875 بتاريخ 25 ديسمبر 2012.

55. إشكالية العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة والبدائل المقترحة، الحنين زين الاسم، جامعة الملك السعدي، كلية العلوم القانونية، طنجة، المغرب، 2006/2005

(www.droitetentreprise.org)

56. أنواع العقوبات البديلة المطبقة على الكبار، د.محمد عبد الله محمدن الشنقيطي، ملتقى الاتجاهات الحديثة في العقوبات البديلة، 17، 19 نوفمبر 1432هـ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية.

57. خصخصة حق الدولة في العقاب، د.أحمد باراك، الموقع الالكتروني

(http: //ahmedbarak.com)

58. العدالة التصالحية في الجرائم الإرهابية، د.محمد حلم حسن، الندوة العلمية، استشراق التهديدات الإرهابية، الرياض، 22 ديسمبر 2007.

II- باللغة الفرنسية

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES GENERAUX:

87. *Code civil français édition Dalloz 97/98*
88. *Code pénal français- nouveau code pénal ancien code pénal édition Dalloz 95/96*
89. *Code d'instruction criminel Belge 19/11/1808-modifier28/06/1984*

90. *G. LEVASSEUR. A. CHAVANNE -Droit pénal et procédure pénale. 3eme ed.1972*

91. *Patrice GATTEGNO – cours de doit pénal spécial 7eme édition 2007 Dalloz*

92. *JEAN LAGADEK- le nouveau guide pratique du droit- SOPER 1995*

93. *Michel VERON- Droit pénal spécial 12 édition -SERY université Juin 2008*

94. *SYLVAIN Jacopin- droit pénal spécial deuxième édition Hachette supérieur 2013*

95. *Michel- LAURE RASSAT. D.P.S infraction contre les particuliers DALLOZ-Delta 1997*

96. *Valérie MALABAT- droit pénal spécial Dalloz- 3eme édition*

97. *MBAVOUX - leçon préliminaire sur le code pénal – examen de la législation criminelle 1821 (books.google.dz)*

98. *D. Pierre AKele ADAU, D. Angélique SITA-AKELE MUIL - Théodore NGOY, Pasteur- cours de droit pénal spécial*

99. *Mémento de droit pénal 2008 «http//books.google »*

100. *Dictionnaire le Robert-1995 Paris*

B. OUVRAGES SPECIAUX

101. *Dr. Ali KOUAOUCI – Familles, Femmes et Contraception - Alger 1992*

102. *BOUTEFNOUCHET Mustafa- la Famille Algérienne évolution et caractéristique récente Alger SNED 1983*

103. *Histoire de famille à la convergence du droit pénale et de lien de parenté*

104. *Alain BOURAGBA les liens familiaux à l'épreuve du pénal*

105. *Mylène Jaccoud – justice réparatrice et médiation pénale- convergence ou divergence- l'Harmattan 2003*

106. *Robert CARIO- La médiation pénale entre répression et réparation*

107. *l'Harmattan1997*

108. *Paul MBANZOULOU – la médiation pénale-2eme édition l'Harmattan 2004*

109. *Le meurtre est l'homicide volontaire, sans circonstances aggravantes (nouveau répertoire D-L-1948 p.720).*

110. *Slimane MEDHAHER- la violence sociale en Algérie- Thala Edition 1999*

C. THESES ET MEMOIRES:

111. *Droit européen et droit de la Famille- contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement - Angélique THURILLET-BERSOLLE- thèse doctorat en droit- Université de Bourgogne 05/12/2011*

112. *Essai sur les infractions Familiales- Delors GERMAIN (résumé de thèse Doctorat 08 Décembre 2011)- www.univ-paris1.fr*

113. *Les liens de Famille et le droit pénal- GUECHI-Cherifa- thèse de Doctorat – université de Paris1. PANTHEON- SORBONNE- Janvier 1998*

114. *Famille et droit pénal- Olivia MAURY- thèse de doctorat en droit- université PANTHEON- ASSAS Pris 2 Novembre 2006*

115. *L'intimité piégée- Jacqueline de PUY- thèse de doctorat- université de Fribourg – Suisse- 27 Juin 2000*

116. *- Uxoricide et violence conjugale: comparaison de deux groupes d' hommes à partir de variables situationnelles et psychologique- Julie LFBVRE- thèse présentée à l'université de Québec à trois- rivières comme exigence partielle du doctorat en psychologie octobre 2006*

117. *Vers une typologie du parricide adulte psychotique- Patrick Bissonnette- thèse doctorat université du Québec à trois rivières- Décembre 2007*

118. *Au-delà des causes: le parricide et sa réaction social- Josiane Désaulniers - thèse présenté au département de criminologie- université d'Ottawa en complément des exigences de la métrise es arts 1998*

119. *Infanticide: une actualisation conjugale de problématique de mort d'enfant- analyse du parcours de vie de femme- Virginie PRUD'HOMME- thèse doctorat université Renne2- 2012*

120. *Le sort de la femme, auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais- Rola TARHINI – thèse de doctorat- université de Nancy – 2011*

121. *La transaction Pénale –matière Economique-NAAR Fatiha – thèse doctorat- université Mouloud MAAMRI- Tizi-Ouzou- 21/02/2013*

122. *La place et le rôle de la famille dans l'institution. Hélène DEBIEVE- Mémoire de l'école nationale de la santé publique 1999*

123. *L'impératif en droit de la Famille- mémoire DEA de droit privé –par M^e. VINCENT EGEA- Faculté de droit et sciences politiques 2001-2010 université d'Aix Marseille3*

124. *La protection de l'enfant en droit international pénal- état des lieus – Aurélie LAROSA- mémoire master- école doctorale 74 – université de Lille -2003/2004*

125. *Les alternatifs en procédure pénale- Dian Floréancig – mémoire master 2 – université Paris 2 Panthéon-ASSAS 2012/2013*

126. *de l'immunité pénale des vols commis entre parents et alliés en droit Rwandais- Richard KAYIBANDA-Licence en droit 2008-université nationale de Rwanda- (www.mémoireonline.com)*

***D.ARTICLES**:*

127. *FAMILLE –Le droit de la famille Françoise HERITIER - www.universalis/fr.*

128. *La Famille- Bernard BELGNIER-Université Toulouse.1 Capitole- Cours.Unif.fr - droit civil*

129. *La vision de la famille dans la Bible – La Famille dans l'ancien testament- Conférencier métropolite- Mr. Pol YAZIGI - Milan – Italie 2004 (www.aleporthodx.org).*

130. *Faut il considérer Famille comme un problème ? Andy Wong TAITAK- Mosaïque- revue de jeunes chercheurs en science humaine 07 décembre 2011*

131. *La Famille Algérienne: situation actuelle et perspectives d'évolution – Rachida BENKHALIL (http: \\horison.documentation.ird.fr 15502pdf).*

132. *Mariage, Famille, transition démographique en Algérie -Tayeb LAOUDI revue de recherches – étude scientifique N°02/2008 Université Dr.Yahia Farés Médéa (http: \\www.univ.médéa.dz).*

133. *La Famille. www.radiocanada.ca/paru/soc/famille.httm*

134. *BONNFOY Christine – de l'exercice du pouvoir entre parent et professionnels dans le cadre de la protection de l'enfant- collège coopératif Rhône Alpe 2007*

135. *Nicol Gallus-approche juridique nouvelle des parentés et parentalité en droit Belge- colloque en Mai 2009 Bruxelles – les enjeux du droit de la Famille*

136. *Comprendre l'homicide conjugal: l'exemple Canadien et les apports Français- Valérie RAFIN- étude et travaux de l'ORDCS (observatoire régional de la délinquance et de contexte sociaux) n°3 avril 2012-m msh Aix- Marseille université.*

137. *La Famille postmoderne- Georges EID- université catholique de Lion – la Revue du redif 2008 vol.1 (www.redif.org)*

138. *L'attaque contre la Famille- la création de Chaos pour créer nouvel homme- Danielle Perron. - actualité chrétienne- Word press -com. 02/01/2012*

139. *La Famille et droit pénal- Annal 2003 groupe ISP institut supérieur de préparation (www.prépa-ISP.fr)*

140. *La Famille et le droit pénal -Aboulo.com 2010.*

141. *La médiation familiale pénale par Paul – Mbanzoulou et Nicole Théry- l'Harmattan 2004 (html: file: //F: \Recension de livre. La médiation familiale pénale-AGJP.mht)*

142. *violence au sein du couple et de la famille- Christiane MARGAIREZ- Jaque GIRARD- Daniel S.HALPERIN- www.medicalforum. 2006-15-117. Pdf*

143. *violence homicide intrafamilial- Frederic MILLAUD-Jaques.D.MARLEAU- France PROULX- Jocelyne BRAULT (université de Montréal) www.rechercheisidore.fr - revue/pu/2008/V.8/n°1*

144. *DOMINIQUE Khalifa- venez voir- parricide – un essai sur «le crime des crimes » au XIX siècle (www.liberation.fr)- livre- 2005-03-25*

145. *Violence – homicide intrafamilial – Fréderic MILLAU – Jack DMAREAU- France Proux- Joceline BROLT- université de Montréal (www.rechercheisidor.fr revue/PU/2008/n°1)*

146. *autour d'un tabou – l'infanticide- ouvrage collectif paru en juillet 2009 (infokiosque.net)*

147. *L'infanticide devant la cour d'assises de la Haute-Marne au XIX siècle- Simone Geoffroy-Poisson – http: //ccrch.revues.org*

148. *http: // www.france info.fr jeudi 29 juillet 2010- l'infanticide: notion inconnue du code pénal.*

149. *http: // www.tous-les docs. Com*

150. *protection de l'enfant contre la violence, l'exploitation et les abus- violence sexuelle contre l'enfant (www.unicef.org)*

151. *rapport de la rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, causes et conséquences par Mme Yakin Ertùrk – additif / Mission en Algérie- Nation Unies – Assemblée générale- conseil des droits de l'homme septième session – point 3 de l'ordre du jour – distr: 13/ février/2008*

152. *violence à l égard des femmes –l Etat s implique enfin! -EL Watan - jeudi 04 septembre2014.*

153. *le couple et droit pénal (www.balandine. Le foyer de costil.fr)*

154. *L'art.311-12 du C.P. indique clairement que l'immunité fait obstacle aux poursuites pénales. Elle s'apprécie objectivement au regard du lien de parenté - You- darafrée.fr – P.4 et 5 – juin 2011*

155. *les aménagements de peine privative de liberté en droit comparé-Delphine Agoguet (criminocropus-reviees.org.2150)*

156. *La juridictionnalisation de l'application des peines issue de la loi du 15juin2000- Patrick Wardenski-ENAP (Ecole Nationale d'administration pénitentiaire) n°4.nov2001*

157. *Etude de législation comparé n° 163- mai 2006. Le maintien des liens familiaux en prison (www.sénat.fr)*

158. *Les frais engendrés par la détention qui présente sur les familles montre que celles-ci sont mises à contribution pour l'exécution d'une sanction pénale. On peut alors qualifier les conséquences familiales de « sanctions accessoires ». (prison-eu.org)*

159. *Les aménagement de peine avant la mise à l'exécution – Juliette DAUDI- 4 octobre 2013- www.village-justice.com*

160. Les peines alternatives à la prison (www.éleves.ens.fr)

161. Aspects fondamentaux de la protection judiciaire des mineurs en Algérie – Dr. ZERGUIN Ramadhan – revue Algérienne des sciences juridiques et politique Vol. XXII n°.1 mars 1985 publié par l'institut de droit et sciences administratifs. Université d'Alger

162. Robert CARIO – la justice restaurative – principe et promesse – l'Harmattan Col 8 traité des sciences criminelles Vol.8 - 2005 p.9 et 10 (www.justicerestaurative.org)

163. Justice restaurative- rapport du groupe de travail- conseil national de l'aide aux victimes mai 2007 p.10 et S.(www.justicerestaurative.org)

164. Appréhension systématique des phénomènes de délinquance et troisiéme voie: le dilemme d'un parquet divisé- Laura Aubert (champ pénale revue.org) 7613. Vol.VI 2009

165. Les mesures alternatives aux poursuites pénales – Juliette Daudé (www.vilagejustice.com) 08 novembre 2013

166. Le parquet operateur d'une modernisation de la justice – Philip Milburn -publié - droit et société n° 74 éditeur juridique associés (www.cairn.info)

167. Christine Lazerges- revue de science criminelle-2003 Editions Dalloz 2011

168. Howard Zehr - changing lenes A new focus for crime and justice- 1990 p.177 (http: //www2.crcna.org)

169. La justice restaurative- rapport du groupe de travail, conseil national de l'aide aux victimes 2007

170. L'appel des lauréats du prix Nobel de la paix pour les enfants du monde, juillet 1997 (éducation-nvp.org)

171. La protection des enfants contre les violences physique émanant de leurs parents- Didier KOYA MATENDO 2010 www.memoireline.com 01/13

172. La justice réparatrice dans le contexte criminel-OJEN-ROEJ(Ontario justice Education NET WORK-réseau ontarien d'éducation juridique)

173. La justice réparatrice dans le cas de crime grave- recherche en bref vol.10 n°4 juillet 2005(www.sécurité publiaque.gc.ca)

174. Expérience, atteintes et perceptions des victimes à l'égard de la justice réparatrice-jo ANNE wemmere-Marisa Canuto- centre international de criminologie comparée- université de Montréal-mars 2002 p.39ets.

الفهرس المفصل:

الفهرس:

مقدمة.....أ

الفصل التمهيدي: تقاطع الأسرة والقانون الجنائي

المبحث الأول: مفهوم وأهمية الأسرة 8

المطلب الأول: مفهوم الأسرة.....9

الفرع الأول: الأسرة لغة 10

الفرع الثاني: الأسرة اصطلاحا.....11

الفرع الثالث: الأسرة قانونا.....12

المطلب الثاني: النماذج الأسرية والأسرة الجزائرية.....14

الفرع الأول: النماذج الأسرية 15

أولا: الأسرة العشيرة.....15

ثانيا: الأسرة البسيطة.....15

ثالثا: الأسرة المركبة.....15

رابعا: الأسرة الشرعية.....15

خامسا: الأسرة الطبيعية.....15

سادسا: الأسرة بالتبني.....15

الفرع الثاني: الأسرة الجزائرية 16

المطلب الثالث: أهمية الأسرة في المجتمع والتحديات.....18

الفرع الأول: أهمية الأسرة في المجتمع.....19

أولا: على المستوى الفردي.....19

ثانيا: على المستوى الاجتماعي.....19

ثالثا: على المستوى الثقافي والاقتصادي 20

الفرع الثاني: الأسرة والتحديات 20

أولا: الأسرة في الدول المتحضرة 20

ثانيا: الأسرة في الدول المتخلفة.....22
المبحث الثاني: التأثير المتبادل بين الأسرة والقانون الجنائي 24
المطلب الأول: الأسرة والقانون الجنائي ماضيا وحاضرا.....24
الفرع الأول: الأسرة والقانون الجنائي ماضيا 25
أولا: النظام الفرعوني 25
ثانيا: النظام الروماني 25
ثالثا: الديانات السماوية.....26
أ/ في الشريعة اليهودية 26
ب/ في الشريعة المسيحية 26
ج/ في الشريعة الإسلامية.....26
الفرع الثاني: الأسرة والقانون الجنائي حاضرا.....26
المطلب الثاني: الأسرة والسياسة الجنائية 28
الفرع الأول: الأسرة والتجريم 30
أولا: بخصوص الاعتداء على الكيان الأسري.....31
ثانيا: بخصوص الاعتداء على الصلاحيات الأسرية 31
الفرع الثاني: الأسرة والعقاب.....31
أولا: الحيلولة دون العقاب 32
ثانيا: تكييف العقاب.....32
الفرع الثالث: الأسرة والبدائل الجنائية.....33
الفصل الأول: الأسرة مدعاة لتدخل القانون الجنائي
المبحث الأول: حماية كيان الأسرة.....38
المطلب الأول: الإخلال بالترابط الأسري.....39
الفرع الأول: جريمة الزنا 39
أولا: الأساس الفلسفي للزنا.....41
أ/ في الشريعة الإسلامية.....41

ب/ في التشريعات الوضعية.....42
ثانيا: الأساس القانوني لجريمة الزنا في التشريعات الوضعية.....45
أ/ تحديد مفهوم الزنا فقها وقضاء 46
ب/ معالجة جريمة الزنا في قانون العقوبات.....46
1/ الجانب الموضوعي لجريمة الزنا.....47
1.1/الركن الشرعي.....47
2.1/الركن المادي.....49
3.1/ ركن قيام الزوجية 51
3.1. 1/ العلاقة الزوجية 53
3.1. 2/ منازعة قيام الزوجية 55
4.1/ الركن المعنوي.....57
2/ الجانب الشكلي لجريمة الزنا.....59
1.2/ بالنسبة للدليل الأول محضر التلبس بالزنا 61
2.2/ الإقرار الوارد في الرسائل والمستندات.....63
3.2/ الإقرار القضائي 63
الفرع الثاني: جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم.....65
أولا/ زنا المحارم في الشريعة الإسلامية 66
ثانيا/ زنا المحارم في التشريعات الوضعية.....68
أ/ الأشخاص المعنيون بجرم فاحشة ذوي المحارم.....70
ب/ تحديد العلاقة الجنسية المعتبرة فاحشة ذوي المحارم 70
ج/ العقوبة المقررة لفاحشة ذوي المحارم 72
المطلب الثاني: الإخلال بالتكافل الأسري.....75
الفرع الأول: الإهمال الأسري.....79
أولا: إهمال الأسرة.....80
أ/ ترك الأسرة.....81

1/ عنصر الابتعاد عن مقر الأسرة 81
2/ عنصر التخلي عن الالتزامات الأدبية والمادية 83
ب/ إهمال الزوجة الحامل 86
ج/ الإهمال المعنوي للأسرة..... 87
1/ مفهوم الإهمال المعنوي 89
2/ تحديد أركان جرم الإهمال المعنوي 90
ثانيا: عدم تسديد النفقة..... 92
أ/ العنصر المادي لجنحة عدم تسديد النفقة..... 95
1/ طبيعة الدين والحكم القاضي به 96
1.1/ بخصوص الدين..... 96
2.1/بخصوص الحكم القاضي بالنفقة..... 98
2/ الامتناع عن تسديد النفقة لأزيد من شهرين 99
ب/ العنصر المعنوي لجنحة عدم تسديد النفقة..... 100
الفرع الثاني: جريمة الامتناع عن تسليم الطفل 102
أولا: أركان جنحة عدم تسليم الطفل 104
أ/ الركن المادي 105
ب/ الركن المعنوي 106
ثانيا: إشكالات تسليم الطفل وموقف الاجتهاد 106
المبحث الثاني: التصدي للعنف الأسري..... 110
المطلب الأول: التصدي للعنف على الأصول 114
الفرع الأول: قتل الأصول..... 116
أولا: خصوصية تجريم الأصول..... 119
أ/ مفهوم عنصر النسب الركن المفترض في جريمة قتل الأصول..... 121
ب/الركن المعنوي لجريمة قتل الأصول 123
ثانيا: خصوصية عقاب جريمة قتل الأصول..... 124

أ/ جريمة قتل الأصول والأعذار القانونية 125
ب/ إشكالية عقاب المساهم الشريك في جريمة قتل الأصول 126
الفرع الثاني: أعمال العنف الأخرى على الأصول..... 128
المطلب الثاني: التصدي للعنف على الفروع..... 132
الفرع الأول: جريمة الإجهاض..... 134
أولا: تجريم الإجهاض 135
أ/ الأطراف المعنية بجريمة الإجهاض..... 136
1/ المرأة الحامل..... 136
2/ أطراف الإجهاض الأخرى 137
ب/ وسائل وطرق الإجهاض..... 137
ثانيا: عقاب الإجهاض 138
الفرع الثاني: جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة 139
أولا: خصوصية قتل الطفل حديث العهد بالولادة 142
أ/ تحديد مفهوم الطفل حديث العهد بالولادة..... 144
ب/ اشتراط ولادة المولود حيا..... 146
ثانيا: خصوصية عقاب قتل الطفل حديث العهد بالولادة..... 148
الفرع الثالث: قتل الفروع غير حديثي العهد بالولادة 150
الفرع الرابع: أعمال العنف الأخرى على الفروع..... 151
أولا: العنف الجسدي على الفروع 154
أ/ التجريم الخاص بالضرب والجرح العمدي المرتكب على الفروع..... 154
ب/ التجريم الخاص بإعطاء مواد ضارة بالصحة..... 155
ج/تعريض الأطفال للخطر..... 155
ثانيا: العنف الجنسي والمعنوي المرتكب على الفروع 156
أ/ مفهوم العنف الجنسي..... 157
ب/ معالجة قانون العقوبات لحماية الفروع من العنف الجنسي 158

1/ بخصوص المصطلحات التي تضمنتها الجرائم الجنسية 159
2/ حماية الفروع من العنف الجنسي بقانون العقوبات 161
1.2/ الاعتداءات الجنسية المرتكبة بعنف على الفروع..... 162
2.2/ الاعتداءات الجنسية المرتكبة بغير عنف..... 163
المطلب الثالث: التصدي للعنف الزوجي..... 166
الفرع الأول: القتل بين الأزواج..... 170
الفرع الثاني: أنواع العنف الأخرى على الأزواج 172

الفصل الثاني: الأسرة مدعاة لإبعاد القانون الجنائي

المبحث الأول: الحصانة الأسرية والجرائم المعنية 180
المطلب الأول: مفهوم الحصانة الأسرية..... 180
الفرع الأول: الحصانة الأسرية والأفعال المبررة..... 181
الفرع الثاني: الحصانة الأسرية والأعذار القانونية..... 183
الفرع الثالث: الحصانة الأسرية وعدم المساءلة..... 184
الفرع الرابع: الحصانة الأسرية نموذج خاص..... 185
المطلب الثاني: الجرائم المعنية بالحصانة الأسرية 185
الفرع الأول: جرائم عرقلة سير العدالة..... 186
أولا: الجرائم المعرقلة لسير العدالة والحصانة الأسرية في قانون العقوبات..... 187
أ/ جريمة التستر عن الجريمة ومرتكبها..... 187
1/ عدم التبليغ بالجريمة 188
2/التستر عن مرتكب الجريمة..... 198
ب/ الامتناع عن الشهادة لفائدة برئ 190
ثانيا: أعضاء الأسرة المعنية بالحصانة في جرائم عرقلة سير العدالة 193
أ/ النطاق الشخصي للحصانة في جرائم التستر في التشريعات المقارنة..... 194
ب/ نطاق الأشخاص المعنيون بالحصانة الأسرية في قانون العقوبات 195
1/استفادة الأزواج بالحصانة الأسرية 195

2/نطاق حصانة الأشخاص الثابت المتغير..... 196
الفرع الثاني: الحصانة في جرائم الأموال الأسرية 197
أولا: الحصانة المطلقة في جرائم الأموال..... 199
أ/ الأموال ملك لعضو الأسرة 202
ب/ المرتكب للجرم عضو في الأسرة 203
1/ ثبوت صفة الجاني..... 204
2/عدم استفادة الغير من الحصانة الأسرية 204
ثانيا: الحصانة المقيد في جرائم الأموال 205
أ/ الشكوى المسبقة لتحريك الدعوى العمومية في جرائم الأموال الأسرية..... 206
1/ شروط الشكوى الهادفة إلى تحريك الدعوى العمومية 207
2/ انقضاء التمسك بحق الشكوى..... 208
ب/ التنازل عن الشكوى 209
الفرع الثالث: جرائم الحصانة المشروطة..... 210
أولا: حق التأديب..... 211
أ/ حصانة تأديب الأبناء الصغار..... 212
ب/ حصانة التأديب للزوجة..... 213
ثانيا: زواج الخاطف من القاصر المخطوفة..... 215
أ/ تحديد جرم اختطاف قاصر..... 216
1/ الركن المادي لاختطاف قاصر 217
2/ الركن المعنوي 218
ب/ زواج الخاطف من القاصر المخطوفة بمثابة حصانة أسرية مقيدة 218
1/ زواج الخاطف من القاصر المخطوفة..... 219
2/ تقييد الحصانة أسرية بإبطال الزواج 220
المبحث الثاني: آليات المعالجة الجنائية الخاصة بالأسرة 224
المطلب الأول: العدالة التأهيلية وتكييف العقوبات..... 225

الفرع الأول: آلية المعالجة الخاصة بالتأجيل المؤقت وتطبيق العقوبة السالبة للحرية..... 230
أولا: التأجيل المؤقت لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية..... 231
أ/ حالات الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية..... 231
ب/ مدة التأجيل والإجراءات الواجبة الإتباع..... 232
ثانيا: التوقيف المؤقت للعقوبات السالبة للحرية..... 232
أ/ حالات التوقيف المؤقت لتطبيق الأحكام السالبة للحرية 233
ب/ إجراءات توقيف العقوبات المؤقت 233
الفرع الثاني: آلية تكييف العقوبة السالبة للحرية..... 234
أولا: حقوق المحبوس في البيئة المغلقة..... 235
أ/ حق الاتصال غير المباشر..... 235
1/ حق المراسلة..... 235
2/ وسائل الاتصال الأخرى 236
ب/ حق الاتصال المباشر..... 237
ثانيا: آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية في الوسط المفتوح..... 240
أ/ آلية تكييف العقوبة لإبعاد القطيعة..... 240
1/ إجازات الخروج..... 241
2/الورش الخارجية..... 241
ب/ آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية من خلال البدائل..... 242
1/ بدائل العقوبة السالبة للحرية قبل تنفيذها..... 243
1.1/ عقوبة العمل للنفع العام..... 244
2.1/ الرقابة الالكترونية 245
3.1/ المراقبة السوسيو-قضائية..... 246
2/ بدائل العقوبة السالبة للحرية بعد تنفيذها 246
1.2/ الحرية النصفية..... 247
2.2/ الافراج المشروط..... 248

ثالثا: آلية تكييف العقوبات السالبة للحرية للأحداث 250
أ/الجانب القانوني الخاص بفئة القصر 250
ب/تكييف العقوبات السالبة للحرية للأحداث 252
المطلب الثاني: بدائل العدالة الجنائية 253
الفرع الأول: بدائل المتابعات الجزائية 256
أولا: الصلح الجنائي 258
ثانيا: الوساطة الجنائية 262
ثالثا: نظام التسوية الجنائية 266
الفرع الثاني: العدالة التصالحية 268
أولا: مرتكزات وأهداف العدالة التصالحية 270
ثانيا : مزايا العدالة التصالحية 272
الخاتمة 277
قائمة المصادر والمراجع 283
الفهرس المفصل 302