



خلفي عبد الرحمن

الحماية الجنائية لأحكام الحضانة (دراسة مقارنة)

227-5 والجرائم الأخرى في المادتين 227-7 و 227-8 قانون العقوبات الفرنسي.

ولا بأس أن نشير أن المشرع الجزائري عند قيامه بضم جميع هذه الأفعال ضمن جريمة واحدة يكون قد قسّر في ذلك لأنها في الحقيقة تتضمن ثلاثة نماذج، سوف يجري شرحها فيما بعد، وكان الأجدر به أن ينظمها في نصوص منفصلة خاصة وأن مراكز الأطراف من مهم إلى ضحية تختلف من واقعة إلى أخرى.

وقبل الحديث عن أركان هذه الجريمة نود أن نقول أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى أقر هذه الجريمة بغرض تأمين مصلحة المحضون والحفاظ على استقراره، كما أنه وفي نفس الوقت حاول إعطاء ضمانات فعالة للحفظ على مصداقية أحكام القضاء وعلى تنفيذها.

إلا أن المشرع قيد هذه الجريمة بشكوى حافظة على الرباط الأسرية خاصة ما تعلق منها بعلاقة الطفل المحضون مع والديه، وحتى لا يتم التشويش عليهم.

أولاً أركان الجريمة

بالرجوع إلى نص المادة 328 من قانون العقوبات يمكن استخلاص الأركان المادية والمعنوية الخاصة بهذه الجريمة ووضعها على النحو التالي:

- 1/- فعل عدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده.
- 2/- أن يكون المحضون قاصراً.
- 3/- ضرورة توفر أواف حكم قضائي نافذ.
- 4/- التصد الجنائي.

الركن الأول

فعل عدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده
يتضمن الركن المادي لهذه الجريمة ثلاثة صور أولها عدم التسليم وثانيها خطف القاصر وثالثها إبعاد قاصر.

الصورة الأولى: عدم تسليم محضون. ونقصد به أن يمتنع الممهم الذي كان المحضون القاصر موضوعاً تحت رعاية عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضنته بحكم قضائي³ وعدم التسليم بهذا الوصف عبارة عن امتناع، أي هو موقف سلبي، والجرائم بصفة عامة إذا كانت تقوم على الفعل الإيجابي فإنها تقوم كذلك على الفعل السلبي.

وتجدر الإشارة أنه بإمكان المتضرر من عدم التسليم أن يبشّر إجراءات الحصول على الولد المحضون بالطريق المدني، أي يلجأ إلى العقوبات المدنية الواردة

la justice, et c'est ce qu'ont va essayer de débattre à travers les différentes législations comparées.

تقديم:

سوف نتناول بالتحليل النماذج الإجرامية الواردة في نص المادة 328 من قانون العقوبات والتي تتضمن أساساً بأحكام الحضانة، تلك المتعلقة بعدم تسليم المحضون أو خطفه أو إبعاده.

والمرشور الفرنسي قد عدل عن هذه الفكرة وقرر ضمها إلى الجرائم الماسة بالسلطة الأبوية، ومن الفقه من يراها أساساً بقوة الأحكام القضائية من خلال الاعتراض على تنفيذها، ولكننا نراها أساساً بكل هذه الأمور، إلا أن المشرع الجزائري قد قرر جعلها تحت باب الجرائم الواقعة على الأسرة.

وسوف نتناول في هذا الموضوع تحديد أركان الجريمة بصورها الثلاثة في نقطة أولى وفي نقطة ثانية إبراز خصوصية إجراءات المتابعة فيما يتعلق بهذه الوقائع، مع إعطاء رأينا في جميع المسائل الخلافية. تنص المادة 328 من قانون العقوبات " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضائي في شأن حضنته بحكم مشمول بالنافذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به.

وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضنته أو الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عتف.

وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني". ويتضمن نص المادة المذكورة أعلاه ثلاث فئات من الجرائم الأولى تتعلق بعدم تسليم محضون، والثانية إبعاد المحضون عن المكان الموجود فيه، والثالثة اختطاف المحضون من حاضنته، ولكن كما نرى فإن النص جعلها ضمن مادة واحدة أي ضمن جريمة واحدة إقتداء بالنص الفرنسي القديم الذي نظم هذه

الوقائع في نص المادة 357 من قانون العقوبات، التي أضيفت بمناسبة التشريع الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1901، وعُدلت فيما بعد بالتشريع الصادر في 23 مارس 1928 وأخرها التعديل الوارد على الشكل الحالي في 19 سبتمبر 2000، و فرّق بين جريمة عدم تسليم محضون ونظمها في نص المادة

الملخص:

لقد خص التشريع العقابي الجزائري أحكام الحضانة بحماية جزائية خاصة إلى جانب الحماية المقررة لها في إطار قانون الأسرة والقانون المدني، ونظم ذلك من خلال نص المادة 328 من قانون العقوبات، التي جمع فيها النماذج الإجرامية لمجمل الوقائع التي يرغب في حمايتها، والتي تشمل جريمة عدم تسليم محضون إلى من له الحق في المطالبة به بموجب حكم شخصي نافذ أو جرمي خطف وإبعاد محضون والتي تقتضي أخذ القاصر من مكان إقامته أو المكان الذي وضعه فيه من يمارس الحضانة ونقله إلى أي مكان آخر. ولقد ضم المشرع هذه النماذج الإجرامية الثلاثة في نص واحد رغم تميزها واختلاف مراكز الأطراف فيها، كما يفيد بشكوى.

وقد قرر المشرع الجزائري وضع هذا النص حماية لتطبيق أحكام الحضانة وصونا لقوة الأحكام القضائية، وهو ما سوف نحاول توضيحه بالمقارنة مع التشريعات الأخرى.

Résumé:

En plus des dispositions de la prévention de la garde des mineurs édictées par le code de la famille, la législation pénale algérienne a instauré une prévention plus spécifique à ce sujet, cette dite prévention se concrétise par l'article 328 du code pénal qui stipule trois formes de faits incriminés l'infraction de non représentation du mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer par décision de justice exécutoire, et les deux infractions relatives à l'enlèvement ou le détournement du mineur des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée, ou des lieux où ces derniers l'ont placé.

Le législateur a versé ces trois formes d'infraction dans un seul texte nonobstant les dissemblances entre elles. Ce texte a été légiféré en vue de préserver l'application des dispositions de la garde des mineurs proclamée par

القانون المدني، وذلك إما عن طريق استعمال القوة العمومية أو عن طريق استعمال الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير إلى غاية التسليم الفعلي للطفل. ولكن تبقى هذه الإجراءات مذبذبة، غير كافية، وليست رادعة بالقدر الكافي، خاصة إذا كان الطفل المحضون مقيماً بالخارج أو إقامته غير معروفة، لهذا تبقى العقوبة الجزائية في الحبل الأملل لأنها رادعة¹¹.

و يعد فعل عدم التسليم أهم عناصر هذه الجريمة، بل يجب أن يحصل في شكل متعمد بعد أن يكون الممتنع قد علم فعلاً بوجود الحكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون¹²، وعلى القاضي قبل الحكم على المتهم التأكد من أن فعل عدم التسليم قد تم إثباته بواسطة محضر إثبات حالة بعده المحضر القضائي بعد اتباع إجراءات التنفيذ¹³، ويجب أن يتضمن هذا المحضر اسم الشخص الذي رفض التسليم سواء كان الأب أو الأم أو أي شخص آخر، حتى تتم المتابعة الجزائية في مواجهته.

وتفهم من نص المادة أنه ليس بالضرورة أن يكون الممتنع هو الشخص الذي أسندت له الحضانة، أي أنه قد تستند الحضانة إلى الأم ولكنها تكون غير موجودة بالبيت فيرفض الجد تسليم الولد، فبالتالي تقوم فيه جريمة عدم تسليم المحضون وليس في حق الأم، لأن الجريمة شخصية يسأل عنها من قام بها. كما أن نص المادة 228 من قانون العقوبات يتضمن - ولو على سبيل الاستنتاج - على حق الزيارة، هذا الحق الذي يكون بسبب طلب التنفيذ، وهو من كان ضحية عدم تسليم محضون. وبالتبعية لذلك يجب على الضحية أن يثبت صفته في الدعوى عن طريق إثبات ملكيته لحق الزيارة بناء على حكم قضائي نهائي أو مؤقت، ولكنه نافذ، وإذا افتقد لهذه الحكم فلا يمكن للمحضر القضائي أن ينتقل معه للإثبات وإقعة عدم التسليم، ولا يمكن للنيابة العامة أن تحرك الدعوى العمومية قبيل التأكد من الحكم القضائي الذي أعطاه حق الزيارة.

و يتم إعادة إعطاء حق الزيارة في حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع على يدن الشخص الحضانة ليربط ويطي حق الزيارة للطلاق الآخر، كما يمكن أن يعطى حق الزيارة بناء على حكم أو أمر مؤقت طبقاً لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، وذلك عندما تكون الدعوى منشورة أمام قسم شؤون الأسرة و لم يفصل فيها بعد بحكم نهائي، كما يمكن أن يتقرر حق الزيارة بعد الحكم بالطلاق عندما يتم انتقال الحضانة من طرف إلى طرف بعد سقوطها بانتهاء المدة أو قبل ذلك إذا أمكن إثبات عارضها.

وهناك إشكالية يطرحها الفقه تتمثل في لو كان الوالدین غير مقررین، وما يفيد أن الحضانة مسندة إليهما اللتين ما بقوة القانون ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، ولكن شخص آخر ولكن الجدة مثلاً رفضت تسليم الولد إلى والديه، فهل هذه الحالة تدخل

ضمن الصورة الواردة في نص المادة 328 قانون عقوبات؟

و يطرح هذا الإشكال بسبب نص المادة الذي جاء عاماً عندما نص على الأب أو الأم أو أي شخص آخر، والأصل أن هذه المادة مخصصة للأب والأم، في حالة وجود نزاع قضائي وحكم بشأن الحضانة وحق الزيارة، أما الغير فتحكمه المادة التي قبلها في المادة 327 من قانون عقوبات التي تنص "كل من لم يسلم طفلاً موضوعاً تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالسجن من سنتين إلى خمس سنوات" وكذلك المادة 329 المتعلقة بالإخفاء والإبعاد. وكان الأجدر بالمشرع الجزائي عدم التكرار بإضافة الغير إلى نص المادة 328 لأن الغير في هذه الحالة يدخل في نطاق المادتين معاً، وكان يجب الاكتفاء بذكر الأب أو الأم حتى لا توسع مجال المسؤولية، وحتى لا نخرج عن قصد المشرع وهو حماية حق الحضانة وحق الزيارة المقررين بموجب حكم قضائي لغائده الولد القاصر المحضون¹⁴.

كما أن الآثار المترتبة عن تطبيق المادة 327 و 328 مختلفة فالثانية لا تتحرك الدعوى العمومية بشأنها إلا بموجب شكوى، وسحب الشكوى بشأنها يضع حد للمتابعة، عكس المادة الأولى التي يمكن للنيابة العامة أن تتدخل بشأنها دون حاجة لوجود شكوى. هذا يعني أن الجدة أو الجد أو الخال أو الخالة أو أي شخص آخر يدخل ضمن أحكام نص المادة 328 من قانون العقوبات.

ففي إشكال آخر يطرح من الناحية العملية؛ وذلك إذا كان فعل عدم التسليم مرجعه إلى أن صاحب الحق في الحضانة قد غير مكان إقامته رفقة المحضون، رغم المحاولات المتعددة من طرف صاحب الحق في الزيارة من زيارة المحضون في مكان ممارسة الحضانة إلا أنه لا يجد المحضون بسبب تغيير مكان الإقامة.

و المشرع الجزائي لم يتصدى لهذا الإشكال، كما أننا نعتبر على اجتهاد قضائي ينظم هذه المسألة، المشرع الفرنسي فقد وضع حداً في غاية الأهمية بحيث أن الأم صاحب الحق في حضانة المحضون تبليغ صاحب الحق في الزيارة عن كل تغيير لمكان الإقامة خلال مدة شهر من تاريخ التغيير و إلا كان من تكليف لجنة تعاقب على عدم التبليغ وقساً لنص المادة 227/6 من قانون العقوبات الفرنسي.

وهو النص الذي نطمح أن يضيفه المشرع الجزائي إلى قانون العقوبات حتى يمنع السبيل لاستعمال الحيل، كما نحث قضاة الحكم الشخصي

بمكان التسليم، وهذا المكان يتم تحديده في الحكم الفاصل في حق الحضانة وحق الزيارة، فإن لم يتم تحديده فيكون بحسب الأصل في المقر الذي يقطن فيه الشخص الممارس للحضانة¹⁵.

الصورة الثالثة: خلع القاصر المحضون.

وهذه الحالة تتمثل في قيام الأب أو الأم أي شخص آخر بأخذ القاصر أو دون تحاليل من الشخص الذي أوكلت إليه حضانته، أو في أي مكان كسكان ذوي الحاضن قد وضعه فيها مثل المدرسة أو دار الحضانة¹⁶.

و يظهر من هذه الصورة أنها تتضمن فعل إيجابي عكس الصورة الأولى، فهي تتضمن ذهاب المتهم إلى مكان ممارسة الحضانة أو المكان الذي وضع فيه المحضون وأخذ من هناك دون علم وموافقة الحاضن إلى مكان آخر سواء كان هذا المكان معلوم أو مجهول.

والضحية في هذه الصورة عكس الضحية في الصورة الأولى، وكأنها عملية تبادل أدوار، فمثلاً يحمي المشرع صاحب حق الزيارة يحمي بالمقابل صاحب حق الحضانة، وكلاهما يتقرران بحكم قضائي سواء كان مؤقتاً أو نهائياً المهم أن يكون نافذاً. إن يقع على عاتق الضحية إثبات حقه في الحضانة سواء كانت الأم أو الأب أو أي شخص آخر على الترتيب الوارد في نص المادة 64 من قانون الأسرة، ولا يمكن إثباتها إلا بموجب حكم قضائي.

ولا تكتمل هذه الصورة بالخطف فحسب، بل تدخل فيها تكاليف الغير بحمل المحضون وخطفه من المكان الموجود فيه حتى ولو وقع التغيير تحاليل أو عنف، ويكون في هذه الحالة كل من المحرض بالكسر والمحرض بالفتح فاعل أصلي، باعتبار أن المحرض بالكسر يخضع لنص المادة 41 من قانون العقوبات التي تجعل من المحرض بالفصح فاعل مباشر لكونه ساهم مساهمة مباشرة في الفعل، إلا أن بعض الفقه في الجزائر¹⁷ يرى عكس ذلك، ويجعل من المحرض بالفتح شريكاً في الجريمة لأن الشخص الذي وقع حمله على الاختلاف جعل من نفسه أداة وسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر بمقابل أو دون مقابل.

الصورة الثالثة: إبعاد القاصر المحضون.

يقضي الإبعاد نقل القاصر من مكان إقامته العادية أو المكان الذي وضعه فيه من يمارس السلطة الأبوية سواء كان مدرسة أو حضانة أو مكان تربية... كما ينطبق حتى في شأن من استأجر من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتظر فرصة وجود القاصر معه لاحتجازه¹⁸.

و يصلح الإبعاد سواء قام به الشخص صاحب حق الزيارة أو الشخص المستفيد من الحضانة المؤقتة، وينطبق كذلك عندما يتعلق الأمر بتحريض شخص ليقوم بإبعاد القاصر عن مكان إقامته.

و يطرح إشكال يتعلق بصاحب حق الزيارة الذي أخذ

الزيارة، فكلما الحقين يدخل ضمن الحضانة الجزائية التي أقرها المشرع من أجل رعاية الطفل³⁴.

ج- تحديد سن القاصر المحضون:

لم يحدد المشرع الجزائي سن القاصر المحضون الذي يربط حمايته ونقطة لنص المادة 328 قانون العقوبات، وهذا الإشكال تقر يسا وجدها في جل التشريعات المقارنة التي تتناول نفس الموضوع. إلا أنه يزيد حدة في التشريع الجزائي طالما أنه لم يعتمد سن رشد موحد على مستوى جميع القوانين، فالشريعة العامة تحدد سن الرشد بـ 19 سنة وفقاً لنص المادة 40/2 من القانون المدني، إلا أن الأمر يتعلق بمسألة الحضانة فهل من زج في ذلك إلى قانون الأسرة أم إلى قانون العقوبات باعتبار أن المسألة كذلك يتضمنها هذا الأخير؟ ورجو عا إلى الفقه في الجزائر نجد أن يرى بأن الأمر يتعلق بالحضانة، والمرجع في ذلك إذن يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استناداً إلى انقضاء مدة الحضانة.

ولما نرجع إلى قانون الأسرة بالمادة 65 منه، فنجد أن مدة الحضانة بالنسبة للرجل قد تصل إلى 16 سنة وبالنسبة للمرأة أن يبلغها سن الزواج، وهو المحدد في نص المادة 07 من قانون الأسرة بـ 19 سنة. بعد تعديل 2005-

ومنه يرى الفقه بأن السن الذي يقصده المشرع في نص المادة 328 قانون العقوبات والذي يتناول جريمة عدم تسليم محضون هو 16 سنة بالنسبة للذكور و 19 سنة بالنسبة للإناث³⁵.

و الإشكال الذي وضعه المشرع في نص المادة 328 قانون العقوبات، هو اشتراطه في الطفل القاصر أن يكون محضوناً، بمعنى يجب أن تثبت أنه لم يبلغ سن الرشد أو أن حضانته مسندة لأحد الودين أو الأقربين بموجب حكم.

وقد يبدو من أول وهلة أن الحضانة لا تكون إلا لقاصر، إلا أن الجواب ليس دائماً كذلك، لأن سن الرشد يحدد بـ 19 سنة و سن حضانة الذكر بـ 16 سنة وبالتالي قد يكون القاصر غير محضون هذا لا شك فيه.

وهو ما يدعونا للرد على الرأي السابق الذي حدد سن القاصر المحضون في التشريع الجزائي -رغم كونه منطقياً و جيه- ولكن يضعنا أمام الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين المكرس بموجب الدستور؛ إذ لا يعقل أن نص المادة 328 من قانون العقوبات يحمي الذكر في حده 16 سنة أما الأنثى فتصل حمايتها إلى غاية 19 سنة.

و الملاحظة المسجلة من نفس الإشكالية تتمثل في ماذا لو تزوجت الأنثى في أقل من سن 19 سنة فهل تسقط حضانتها أم لا؟ الأكيد أنها تسقط لأنه من غير المعقول كذلك أن تكون مرتبطة بقد زواج مع زوجها وحضانتها غير منتهية مع أبيها أو أمها أو أي شخص آخر، وهو ما يدعونا إلى القول أنه كان على المشرع في نص المادة 64 من قانون الأسرة

ولقد عرفت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1989 والتي صوّتت عليها الجزائر في 19 ديسمبر 1992 "...يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه"

والحدث في التشريع الأردني وقلنا لنص المادة الثانية من قانون الأحداث "هو كل شخص أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر ذكراً أو أنثى"

أما في التشريع السوري فالتحذو "الصغير في الفترة منذ ولادته وحتى يبلغه السن التي حددها القانون للرشد"

والحدث في التشريع المصري حسب نص المادة الثانية من قانون الطفل "يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ ثمانى عشر سنة ميلادية"

أما التشريع الجزائي وبعد المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل يكون بلا شك قد أقر بأن القاصر هو من لم يبلغ سن 18 سنة، إلا أنه لم يعتمد سياسة توحيد سن الرشد في القوانين المختلفة، فقد جعل من الرشد المدني بـ 19 سنة و سن الرشد الجزائي بـ 18 سنة و سن الرشد في قانون الأسرة بـ 19 سنة بعد تعديل 2005.

ب- تعريف المحضون:

الحضانة في اللغة؛ هي الضم إلى الجنب، ويقال حضنته واحتضنته، إذ ضمنتها إلى جنبك والضم الجنب، فحضانة الأم ولها هي ضمها إياه إلى جنبها ليكون عندها يقوم بحفظه وإسكاه وغسل ثيابه.

و شرعاً بالحضانة؛ هي حفظ الصغير أو المعتوه أو المعاق عما يضره، و تربيته و رعاية مصالحه إلى أن يكبر أو يصح³⁶.

وتنص المادة 62 قانون الأسرة على أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحةً و خلقاً". و يظهر أن الحضانة شرعاً أوسع مجالاً من القانون، ذلك أنها في الشريعة الإسلامية تشمل بالإضافة إلى ذلك القاصر الشخص المعتوه والمعاق، في حين أن الحضانة قانوناً لا تشمل إلا الولد القاصر، إذن العبرة من الحضانة في القانون بحسب السن دون العقل، فإذا وصل الولد في السن إلى 18 سنة فذلك فريضة على نضج عقله.

وتنص الحضانة للأمر وقلنا لنص المادة 64 من قانون الأسرة ثم للاب، ثم جدة الأم، ثم جدة الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون بدرجة³⁷ مع مراعاة مصلحة المحضون.

وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة إلى أحد بحق الزيارة لطرف من الأخر.

ونص المادة 328 من قانون عقوبات ينطبق في حالة الإخلال بحكم الحضانة وكذلك الإخلال بحق

الطفل المحضون من صاحب حق الحضانة و لم يتم بإرجاعه إليه فهل يعد مرتكباً لفعل عدم التسليم أو فعل الإبعاد؟ وبالرجوع إلى النص الوارد في قانون العقوبات الفرنسي بالمادة 227-5³⁸، التي تحدثت فقط على واقعة عدم التسليم فنجد أنها تشمل حتى هذه الحالة التي تتمثل في رفض صاحب الحق في الزيارة في إرجاع المحضون³⁹ في حين أن المشرع الجزائي كان غير واضح في هذا الأمر مما جعل الفقه في الجزائر⁴⁰ يفسر هذه الحالة بالإبعاد، رغم أننا لا نشاطره الرأي لأن الإبعاد يتم دون رضا و علم صاحب الحق في الحضانة في حين أن عدم التسليم تم بعلمه و رضاه مما يجعل هذه الحالة أقرب إلى فعل عدم التسليم منها إلى فعل الإبعاد.

حيث أنه و الأكثر من ذلك أن فعل الإبعاد الأصل فيه أنه لا ينسب إلى الودين لأنه بإمكانهما نقل ولدهما من الوسط الذي يعيش فيه إلى أي وسط يحسن فيه و لا حرج في ذلك، بل نجد أن هذا النص فيه مبالغة بعض الشيء، ذلك أن النص من المقرر أن أغلبها لا تجرم هذا الفعل في مواجهة الودين، بل تتحدث فحسب عن فعل عدم التسليم والخطف وهو ما تنص عليه المواد 292 من قانون العقوبات المصري و المادة 328 من قانون العقوبات الاتحادى الإماراتى و المادة 179 من قانون العقوبات الكويتى.

الركن الثاني

أن يكون المحضون قاصراً

بالرجوع إلى نص المادة 328 قانون عقوبات نجد أنها تشمل بالحمية القاصر الذي قضى في شأن حاضنته، بمعنى أن هذا الطفل يجب أن يشمل على صفات القاصر و صفة الحضانة معاً حتى تكتمل أركان الجريمة في مواجهة المتهم، وهو ما يدعونا إلى تعريف القاصر و إشكالية تحديد سنه، ثم تعريف المحضون و لمن تسند الحضانة؟ هل كل محضون قاصر؟ ثم الجواب على سؤال من هو الشخص المحضون القاصر الذي يقصده المشرع الجزائي؟

أ- تعريف القاصر:

القاصر هو الطفل الذي لم يبلغ من الرشد وفقاً للقانون المخاطب به⁴¹، و لا يختلف مصطلح القاصر عن مصطلح الطفل أو عن مصطلح الحدث، فغريباً لهم نفس المعنى، و لكن يختلفون فقط في مجال التطبيق، بحيث نجد أن لفظ الطفل مقبوس لا في الدراسات الاجتماعية و النفسية بينما لفظ القاصر نجده دارجاً في مجال الدراسات القانونية⁴²، و لفظ الحدث هو أقرب إلى القانون الجنائي من أي قانون آخر. أما الطفل في اللغة؛ فهو المولود حتى البلوغ و الطفولة هي المرحلة من الميلاد إلى البلوغ⁴³ و لفظ الطفل يطلق على الحدث أو الصبي أو النشء أو صغير السن، و الحدث مفرد أحداث و الأحداث في اللغة حديثون، و يقال رجل حدث أي شاب فإذا ذكرت السن قلت حديث السن، و حداثة السن كناية على الشباب و أول العمر⁴⁴.

المذكورة أعلاه، وبشأن حضانة الأثني أن ينص ببلوغها من الزواج أو بزواجها، وهي الحالة التي لم يجب عليها الزوجة السابق لثقله الجزائي من تحديده السن المطلوب في نص المادة 328 من قانون العقوبات.

ثم لماذا إهمال من الرشد الوارد في قانون العقوبات والمحدد بـ 18 سنة، طالما أن المسألة واردة ضمن مواده، ما يميز هذا الطرح أننا نجد المشرع الجزائي في التشريع العقابي عادة عند استعماله لفظ القاصر يضيف إليه الأقل من 18 سنة، وأنه يؤكد على أن هذا السن هو المرجع المأخوذ به في جميع نصوص قانون العقوبات.

ولهذا نرى بأن أحد مبادئ الرشد الوارد في قانون العقوبات وهو 18 سنة حتى يتم المساواة بين الجنسين في مجال الحماية الجنائية الواردة بنص المادة 328 قانون عقوبات، أما التفرقة الواردة في قانون الأسرة فلها ما يبررها باعتبار أن الأثني تبقى مصنوعة إلى غاية بلوغها سن الزواج عكس الذكر ببلوغه سن 16 سنة، وذلك بالنظر إلى طبيعة المجتمعات الإسلامية.

الركن الثالث

توافر حكم قضائي نافذ

أما الركن الثالث لهذه الجريمة هو ضرورة توافر حكم صادر عن جهة قضائية يتضمن إسناد الحضانة إلى أحد الأشخاص المذكورين في نص المادة 64 من قانون الأسرة، وبشرط في هذا الحكم أن يكون حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أي نهائي أو مشمول بالفناء المعجل³⁸.

و يكون الحكم نهائياً إذا استنفذ طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف، ويكون بعدها الحكم جاهزاً للتطبيق، كما قد يكون نافذاً إذا نطقت به المحكمة مع الأمر بالنفاذ المعجل حتى ولو كان أمام المحكمة الاستئنافية فقط طبقاً لنص المادة (40) من القانون المدني، كما قد يكون نافذاً مباشرة بموجب أمر على ذيل العريضة أمام القاضي الفاضل في الأمور المستعجلة وفقاً لتعديل الأخير في قانون الأسرة - بموجب نص المادة 57 مكرر، ورغم الاختلاف في الحق وقع طبيعة هذا الأمر إلا أن بعض الفقه يعتبره من الأحكام التي تلتزم بهم الجريمة.

ويشترط في الحكم أن يكون صادر عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادراً عن القضاء الأجنبي فلا يجوز الأخذ به إلا إذا قد كسب بالصلحية القضائية وفقاً لنص المادة 325 من قانون الإجراءات المدنية³⁹.

كما قد يكون الحكم صادراً عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة وحدها سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة بصفة نهائية أو مؤقتة⁴⁰.

وبالرجوع إلى النص 328 من قانون العقوبات فإنه يشمل جنحة عدم التسليم والإبعاد والخطف، الحكم الذي بموجبه تقوم الجريمة لا يمكن في هذه الحالة أن يكون فقط حكم بإسناد الحضانة فقد يكون

حكم بإسناد حق الزيارة للطرف الآخر، وتلما يصح أن يصدر الحقيين معا بموجب حكم واحد، فقد يكون حق الزيارة صادراً بموجب حكم أو أمر مستقل، كما قد يكون هذا الأخير حائز القوة الشيء المقضي فيه بعد صيرورته نهائياً أو بإسنامه النفاذ المعجل، المهم أن يكون نافذاً.

الركن الرابع

القصد الجنائي

الجريمة المشار إليها في نص المادة 328 من قانون العقوبات، والمتعلقة بعدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه هي جريمة عمدية، فيجب أن يعلم المتهم بوجود حكم قضائي نافذ يسند الحضانة - للمجني عليه، ونتجته نيته - ثم ذلك إلى عدم الاستجابة لهذا الحكم⁴¹، بمعنى آخر أن يعلم أن هناك حكم أسند حق الحضانة لطرف كما أسند حق الزيارة للطرف الآخر، و قام المحضر القضائي بتبليغه بالحكم وإبعاده مدة 20 يوم من أجل الألتزام - بما جاء في منطوقه، و رغم ذلك يعلن صراحة أو ضمنياً أنه لا يرغب في تنفيذ الحكم.

كما قد يقوم المتهم بإبعاد القاصر عن المكان المتواجد فيه أو خطفه سواء بنفسه أو بواسطة غيره وهو يعلم بأن هذا الفعل محظور ومعاقد عليه، ورغم ذلك

أنه بكل حرية في كامل قواه العقلية. وتبقى سوء النية في هذه الجريمة مفترضة في المتهم، وعليه إثباتات عكس ذلك طالما ثبت لدى المحكمة أنه لم يقم بتسليم الطفل أو قام بإبعاده أو خطفه، باعتبار أن الولد المحضون وجد بحوزته ما دعا متعلق الأمر بإبعاد أو الخطف وبسبب الخير، فلا تصح في هذه الحالة أن تكون سوء النية مفترضة بل على النيابة أن تثبت أن المتهم قام بحريض الغير على الإبعاد أو الخطف، وأن هذين الفعلين قد تما لصاحبه.

ويطرح الفقه إشكالية أخرى في جريمة عدم تسليم الطفل؛ عندما يكون فعل عدم التسليم ليس راجع إلى رغبة المتهم نفسه، ولكن نظراً لعناد الطفل ورفضه الرجوع إلى والده أو الذات.

وقد استقر القصد الجنائي الفرنسي في هذه المسألة إلى عدم قبول هذا العذر، وقد قضى بقيام الجريمة في حق الأم الحاضنة التي لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم وتنفيذاً لحكم قضائي يقضي بحق الزيارة⁴².

إن على الأم أن تثبت أنها قامت بكل ما في وسعها من مساهمة على إلزام الأطفال بالسذاهب مع والدهم حتى تقلت من العقوبة، أو على الأقل تثبت وجود قوة قاهرة حالت دون تنفيذ هذا الحكم مثل وجود الطفل في حالة مرض، وأن من شأن تنقله أو خروجه من المنزل أن يغير حالته الصحية⁴³.

ثانياً إجراءات الحماية

لقد استحدثت التعديل الجديد لقانون العقوبات لسنة 2006 نص مادة جديدة تحسنت رقم 329 مكرر و

تضمن أحكام جديدة تتعلق بإجراءات المتابعة بجريمة عدم تسليم أو إبعاد أو خطف محضون طبقاً لنص المادة 328 قانون عقوبات.

وتنص المادة 329 مكرر الجديدة على ما يلي " لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بقاء على شكوى الضحية.

إن صفح الضحية يضع هذا المتابعة الجزائية ". و يبدو أن النص أن المشرع الجزائري قد قيد هذه الجريمة بشكوى مثلما فعل المشرع المصري في نص المادة 292 قانون عقوبات مصري وذلك على خلاف المشرع الكويتي والإماراتي والمغربي ... وغيرهم، أما المشرع الفرنسي فقد حذف هذا التقيد بعد مراجعته لقانون العقوبات لسنة 1992⁴⁴.

وباعتبار أن جريمة عدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه أصبحت جريمة مقيدة بشكوى، فإن النيابة العامة لا تملك أن تتصرف من تلقاء نفسها إذا وصل إلى علمها أن المتهم أفسر في الجريمة المذكورة أعلاه، بل عليها أن تنتظر أن يتقدم الضحية بشكوى أمامها أو أمام الضبطية القضائية أو أمام قاضي التحقيق طبقاً لإجراءات الادعاء المدني أو أمام قاضي الحكم طبقاً لإجراءات التكليف المباشر بالحضور.

والضحية الواردة في نص المادة تفصده من تتوافر فيه صفة المجني عليه، وليس شخصاً آخر، ولو كان قد تضمن من الجريمة، بمعنى آخر لا يمكن للجد إذا لم يكن مالكا لحق الزيارة أن يتقدم نيابة عن ابنه بشكوى أمام النيابة العامة لأن شكواه سوف تكون غير مقبولة.

كما أن الإجراءات السابقة والتي قامت بها النيابة العامة قبل الحصول على رفع التقيد تعد إجراءات باطلة، ولا تقبل الإجازة حتى من طرف المجني عليه نفسه، بل يتعين إعادة الإجراءات من جديد بعد التقدم بشكوى. أما العمل الاستدلالي الذي تقوم به الضبطية القضائية مثل استرجاع الطفل إذا كان محل إبعاد أو خطف، و سماع المشتبه فيه على محضر رسمي كلها إجراءات تبقى صحيحة طالما لم يتم بشأنها ممارسة الأوامر القسرية مثل التوقيف للنظر والقبض وغير ذلك مادام أن النيابة العامة لم تقم بتحريك الدعوى العمومية بصدها.

وإذا حدثت أو أن حركت النيابة العامة الدعوى العمومية قبل رفع القيد فعلى قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام إذا كان الملف على مستوى أن تأمر باستئناف وجهه الدعوى لانعدام الشكوى، وإذا كان الملف على مستوى قاضي الحكم فعليه أن يفصل شكلاً بفساد إجراءات المتابعة من النظام العام

كما أن الدفع بفساد إجراءات المتابعة من النظام العام يجوز رفعه من طرف المتهم كما يجوز للمقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه دون أن يطلبه الخصوم، كما يجوز إثارتها أمام المجلس القضائي أو أمام المحكمة العليا ولو لأول مرة. وبمجرد أن يتقدم المجني عليه

- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة بجامعة عين شمس، القاهرة، مصر، الهامش 02، ص 145.
- 19- القاموس الجديد للطلاب، تأليف علي بن هادية وبلحسين البليش والجيلالي بن الحاج يحيى، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الطبعة السابعة، سنة 1991، ص 611.
- 20- لسان العرب لابن منظور، مطبعة دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 796.
- 21- قانون الأحداث الأردني، يحمل رقم 24 لسنة 1968.
- 22- قانون الأحداث السوري، يحمل رقم 18 لسنة 1974.
- 23- قانون الطفل المصري، يحمل رقم 12 لسنة 1996.
- 24- الموقع الإلكتروني يحمل اسم الإسلام سؤال وجواب www.islamqa.com
- 25- وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 04-05 كانت الحضانة تبدأ بالأب ثم أمهات الحالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون.
- 26- د. دروس المكي، المرجع السابق، ص 150.
- 27- هذا رأي كل من د. أحسن بوسقيعة ودرؤس المكي بنفس التحليل والتعليل (د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 176، د. درؤس المكي، المرجع السابق، ص 149).
- 28- د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.
- 29- د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 154.
- 30- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.
- 31- E.GARCON, op.cit, N° 173, p392.
- 32- قرار جنائي فرنسي صادر بتاريخ 17 جانفي 1929 مشار إليه عند د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 180.
- 33- E.GARCON, op.cit, N° 175, p392.
- 34- قرار جنائي فرنسي صادر بتاريخ 30 جوان 1937 مشار إليه عند د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 180.
- 35- قرار جنائي فرنسي صادر بتاريخ 19 فيفري 1963 مشار إليه في نفس المرجع والصفحة.

الهوامش:

- 1- د. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار القومية للنشر، تونس، والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون ذكر السنة والطبعة، ص 153.
- 2- R.GARRAUD, Traité Théorique et - Pratique du Droit Pénal, T5, Librairie du recueil sirey, paris, France, année N° 2269, p 720, 1953.
- 3- د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة للنشر، الجزائر، الجزء الأول، الطبعة السابعة، سنة 2007، ص 177.
- 4- يطلق على السلوك السلبى المتمثل في التردد أو الامتناع اسم الفعل السلبى وذلك من باب المقابلة والمغايرة للسلوك الإيجابى، فالامتناع ليس عدما وإنما هو سلوك أو نشاط يتم عن شخصية صاحبه، لأنه يعبر عن إرادة تتخذ موقفا محددا إزاء أمر معين (أدعوى محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون ذكر الطبعة والسنة، ص 57).
- 5- E.GARCON, Code Pénal Annoté, T2, Librairie du recueil sirey, paris, France, année 1956, N° 119, p386.
- 6- د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 154.
- 7- د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.
- 8- R.GARRAUD, op.cit, N° 2271, p. 722.
- 9- E.GARCON, op.cit, N° 119, p386.
- 10- د. درؤس المكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء الثاني، دون طبعة، سنة 2007، ص 151.
- 11- نجد هذا الرأي كذلك E.GARCON, op.cit, n 387, 124.
- 12- د. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 156.
- 13- المرجع نفسه والصفحة نفسها.
- 14- د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.
- 15- L'article 227 -5 du code pénal français " Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer يتضمن هذا الموقع استشارات قانونية يقدمها مجموعة من المحامين الفرنسيين
- 16- د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 177.
- 17- المنجد في اللغة والإعلام، دار الشرق ببيروت، لبنان، الطبعة الحادية والثلاثون سنة 1991، ص 467.
- 18- د. بهاء زريقي، الحماية الجنائية للأسرة،

يشكو أهـ فإن النيابة العامة تسترد حررتها في المتابعة وتكون بعدها حرة بشأن تحريك الدعوى من عنده، بل تلك حفظ الدعوى إذا رأت أن كان الجريمة غير متوفرة، بمعنى آخر هي غير ملازمة بالتحريك. ويمكن للمجني عليه أن يسحب شكواه من تراء له ذلك حفاظا على الروابط الأسرية وصحة المحضون بالذات، وإذا ما تم طرح القضية قبل تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة فعلى هذه الأخيرة أن تأمر بحفظ الملف، وإذا كان الملف مطروح على مستوى قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام فيصدر أمر أو قرار باستئناف وجه الدعوى، وإذا كان الملف أمام قاضي الحكم فيقتضى بانتقضاء الدعوى العمومية.

إلا أن الصلح الصادر من المجني عليه يمنع من إعادة رفع الدعوى على نفس الموضوع حتى لا يتم التلاعب بأحكام القضاء.

غير أنه إذا أقام المتهم من جديد بفرضه تسليم المحضون أو أبعده أو خطفه فيكون مرتكباً الجريمة المنصوص عليها بنص المادة 328 من قانون العقوبات، وبحق للمجني عليه من جديد تقديم شكوى أخرى على الوقائع الجديدة، وهو ما أخذه القضاء الفرنسي بالقرول أن صدور حكم سابق بالإدانة لا يحول دون النطق بعقوبة عن كل امتناع لانتصايع³⁴.

إلا أنه وبعد صيرورة الحكم نهائياً وجاهزاً للتنفيذ فلا يملك المجني عليه التنازل عن الشكوى ومنه توقيف تنفيذ العقوبة حتى ولو لم يشرع بعد في تنفيذها.

وقد قيد المشرع الجزائي لهذه الجريمة عقوبة الحبس والغرامة معاً، أما الحبس فيكون من شهر إلى سنة، أما الغرامة فتكون من 20.000 دج إلى غاية 100.000 دج هذا بالإضافة إلى العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح.

وقد تصل عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كان المتهم قد أقطعت عنه السلطة الأبوية طبقاً لنص المادة 9 مكرر 1/ فقرة 6 من قانون العقوبات.

لا يعاقب المشرع الجزائي والفرنسي والمصري على الشرع في ارتكاب جريمة عدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه طبقاً للمواد التي أتت على 328 من قانون العقوبات الجزائي 227 -5 من قانون العقوبات الفرنسي و 292 من قانون العقوبات المصري.

أما بالنسبة للإشتراك؛ فإذا توافرت أركانه فيعاقب عليه القانون طبقاً لنص المادة 42 من قانون العقوبات إذا ثبت أنه ساعد أوعاون الفاعل على ارتكاب الفعل، وقد قضى في فرنسا بأن الأب الذي شجع ابنه الممزوج على عدم تسليم ولده لأمه واعتزض مع المحضر القضائي، ودفع ثمن سفر الولد إلى الخارج يعد شريكاً في الجريمة³⁵.

* محام بمنظمة سطيف