الجرائم الماسة بأحكام الحضانة

"دراسة مقارنة"

عبدالرحمن خلفي*

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 ٣٢٨ 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 ، وجريمتي 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 قيدها بشكوى .

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

سنتناول بالتحليل النماذج الإجرامية الواردة في نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات ، والتي تتضمن مساسا بأحكام الحضانة ، تلك المتعلقة بعدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده .

والمشرع الفرنسي قد عدل عن هذه الفكرة و قرر ضمها إلى الجرائم الماسة بالسلطة الأبوية ، ومن الفقه من يراها مساسا بقوة الأحكام القضائية

* أستاذ محاضر في القانون الجنائي بكلية الحقوق بجامعة بجاية ، وبجامعة سطيف ، دولة الجزائر.

من خلال الاعتراض على تنفيذها، ولكننا نراها مساسا بكل هذه الأمور ، إلا أن المشرع الجزائرى قد قرر جعلها تحت باب الجرائم الواقعة على الأسرة .

وسنتناول فى هذا الموضوع تحديد أركان الجريمة بصورها الثلاث فى نقطة أولى ، وفى نقطة ثانية إبراز خصوصية إجراءات المتابعة فيما يتعلق بهذه الوقائع ، مع إعطاء رأينا فى جميع المسائل الخلافية .

تنص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من ٢٠٫٠٠٠ د ج إلى ١٠٠٫٠٠٠ د ج الأب أو الأم أو أى شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى فى شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائى إلى من له الحق فى المطالبة به" .

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

وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجانى" .

ويتضمن نص المادة المذكورة أعلاه ثلاث فئات من الجرائم ؛ الأولى تتعلق بعدم تسليم محضون ، والثانية إبعاد المخضون عن المكان الموجود فيه ، والثالثة اختطاف المحضون من حاضنه ، ولكن كما نرى فإن النص جعلها ضمن مادة واحدة ، أى ضمن جريمة واحدة اقتداء بالنص الفرنسى القديم الذى نظم هذه الوقائع فى نص المادة ٣٥٧ من قانون العقوبات ، التى أضيفت بمناسبة التشريع الصادر بتاريخ ٥ ديسمبر ١٩٠١، وعدلها فيما بعد بالتشريع الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٢٨ وآخرها التعديل الوارد على الشكل الحالى فى ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠، و فرق بين جريمة عدم تسليم محضون ونظمها فى نص المادة ٢٢٧-٥ والجرائم الأخرى فى المادتين ٢٢٧-٧ و ٢٢٧-٨ من قانون العقوبات الفرنسى .

ولا بأس أن نشير إلى أن المشرع الجزائرى عند قيامه بضم جميع هذه الأفعال ضمن جريمة واحدة يكون قد قصر فى ذلك ؛ لأنها فى الحقيقة تتضمن ثلاثة نماذج ، سيجرى شرحها فيما بعد ، وكان الأجدر به أن ينظمها فى نصوص متفرقة ، خاصة و أن مراكز الأطراف من متهم إلى ضحية تختلف من واقعة إلى أخرى .

وقبل الحديث عن أركان هذه الجريمة ، نود أن نقول إن المشرع الجزائرى - كغيره من التشريعات الأخرى - أقر هذه الجريمة بغرض تأمين مصلحة المحضون والحفاظ على استقراره ، كما أنه وفى نفس الوقت حاول إعطاء ضمانة فعالة للحفاظ على مصداقية أحكام القضاء و على تنفيذها [1].

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

أولا : أركان الجريمة

بالرجوع إلى نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات يمكن استخلاص الأركان المادية و المعنوية الخاصة بهذه الجريمة و وضعها على النحو التالى :

١- فعل عدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده [2] .

٢- أن يكون المحضون قاصرا .

٣- ضرورة توافر حكم قضائى نافذ .

٤- القصد الجنائى .

الركن الأول: فعل عدم تسليم محضون أو خطفه أو إبعاده

يتضمن الركن المادى لهذه الجريمة ثلاث صور : أولاها عدم التسليم ، وثانيتها خطف القاصر ، وثالثتها إبعاد قاصر .

الصورة الأولى: عدم تسليم محضون

ونقصد به أن يمتنع المتهم الذى كان المحضون القاصر موضوعا تحت رعايته عن تسليمه إلى من وكلت إليه حضانته بحكم قضائى [٣] .

وعدم التسليم بهذا الوصف عبارة عن امتناع ، أى هو موقف سلبى ، والجرائم بصفة عامة إن كانت تقوم على الفعل الإيجابى فإنها تقوم كذلك على الفعل السلبى[٤] .

وتجدر الإشارة إلى أنه بإمكان المتضرر من عدم التسليم أن يباشر إجراءات الحصول على الولد المحضون بالطريق المدنى ، أى يلجأ إلى العقوبات المدنية الواردة فى القانون المدنى ، وذلك إما عن طريق استعمال القوة العمومية ، أو عن طريق استعمال الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير إلى غاية التسليم الفعلى للطفل .

ولكن تبقى هذه الإجراءات مدنية بحتة ، غير كافية ، وليست رادعة بالقدر الكافى ، خاصة إذا كان الطفل المحضون مقيما بالخارج أو إقامته غير معروفة ، ولهذا تبقى العقوبة الجزائية هى الحل الأمثل لأنها رادعة [٥].

ويعد فعل عدم التسليم أهم عناصر هذه الجريمة ، بل يجب أن يحصل فى شكل متعمد بعد أن يكون الممتنع قد علم فعلا بوجود الحكم الذى يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون [٦]، وعلى القاضى قبل الحكم على المتهم التأكد من أن فعل عدم التسليم قد تم إثباته بواسطة محضر إثبات حالة يعده المحضر

القضائى بعد اتباع إجراءات التنفيذ [٧] ، ويجب أن يتضمن هذا المحضر اسم الشخص الذى رفض التسليم ، سواء كان الأب أو الأم أو أى شخص آخر ، حتى تتم المتابعة الجزائية فى مواجهته .

ونفهم من نص المادة أنه ليس بالضرورة أن يكون الممتنع هو الشخص الذى أسندت له الحضانة ، أى أنه قد تسند الحضانة إلى الأم ولكنها تكون غير موجودة بالبيت فيرفض الجد تسليم الولد، فإنها تقوم فى حقه جريمة عدم تسليم المحضون وليس فى حق الأم ؛ لأن الجريمة شخصية يسأل عنها من قام بها .

كما أن نص المادة ٢٢٨ من قانون العقوبات تتضمن – ولو على سبيل الاستنتاج – حق الزيارة ، هذا الحق الذى يكون بيد طالب التنفيذ ، وهو من كان ضحية عدم تسليم محضون .

وبالتبعية لذلك يجب على الضحية أن يثبت صفته فى الدعوى عن طريق إثبات ملكيته لحق الزيارة بناء على حكم قضائى نهائى أو مؤقت ولكنه نافذ ، وإذا افتقد لهذه الحكم فلا يمكن للمحضر القضائى أن ينتقل معه لإثبات واقعة عدم التسليم ، ولا يمكن للنيابة العامة أن تحرك الدعوى العمومية قبل التأكد من الحكم القضائى الذى أعطاه حق الزيارة .

ويتم عادة إعطاء حق الزيارة فى حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع الذى يسند الحضانة لطرف ويعطى حق الزيارة للطرف الآخر ، كما يمكن أن يعطى حق الزيارة بناء على حكم أو أمر مؤقت طبقا لنص المادة ٥٧ مكرر من قانون الأسرة ، وذلك عندما تكون الدعوى منشورة أمام قسم شئون الأسرة ولم يفصل فيها بعد بحكم نهائى ، 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 فى لو كان الوالدين غير مفترقين ، مما يفيد وأن الحضانة مسندة إليهما الاثنين معا بقوة القانون ما دامت العلاقة الزوجية قائمة ، ولكن شخصا آخر ولتكن الجدة مثلا رفضت تسليم الولد إلى والديه ، فهل هذه الحالة تدخل ضمن الصورة الواردة فى نص المادة ٣٢٨ قانون عقوبات ؟

ويطرح هذا الإشكال بسبب نص المادة الذى جاء عاما عندما نص على الأب أو الأم أو أى شخص آخر، والأصل أن هذه المادة مخصصة للأب والأم [٨]، فى حالة وجود نزاع قضائى وحكم بشأن الحضانة وحق الزيارة ، أما الغير فتحكمه المادة التى قبلها وهى المادة ٣٢٧ من قانون العقوبات التى تنص على أن "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق فى المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات" وكذلك المادة ٣٢٩ المتعلقة بالإخفاء والإبعاد .

وكان الأجدر بالمشرع الجزائرى عدم التكرار بإضافة الغير إلى نص المادة ٣٢٨ ؛ لأن الغير فى هذه الحالة يدخل فى نطاق المادتين معا، وكان يجب الاكتفاء بذكر الأب أو الأم حتى لا نوسع مجال المسئولية ، و حتى لا نخرج عن قصد المشرع وهو حماية حق الحضانة و حق الزيارة المقررتين بموجب حكم قضائى لفائدة الولد القاصر المحضون [٩].

كما أن الآثار المترتبة عن تطبيق المادة ٣٢٧ والمادة ٣٢٨ مختلفة ، فالثانية لاتتحرك الدعوى العمومية بشأنها إلا بموجب شكوى ، وسحب الشكوى بشأنها يضع حدا للمتابعة ، عكس المادة الأولى التى يمكن للنيابة العامة أن تتدخل بشأنها دون حاجة لوجود شكوى .

هذا يعنى أن الجدة أو الجد أو الخال أو الخالة أو أى شخص آخر يدخل ضمن أحكام نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات .

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

والمشرع الجزائرى لم يتصدى لهذا الإشكال ، كما أننا لم نعثر على اجتهاد قضائى ينظم هذه المسألة ، أما المشرع الفرنسى فقد وضع حلا فى غاية الأهمية ، بحيث ألزم صاحب الحق فى الحضانة بضرورة تبليغ صاحب الحق فى الزيارة عن كل تغيير لمكان الإقامة خلال مدة شهر من تاريخ التغيير ، وإلا كان مرتكبا لجنحة تعاقب على عدم التبليغ وفقا لنص المادة ٦/٢٢٧ من قانون العقوبات الفرنسى .

وهو النص الذى نطمح أن يضيفه المشرع الجزائرى إلى قانون العقوبات ؛ حتى يمنع السبيل لاستعمال الحيل ، كما نحث قضاة الحكم الشخصى عند إقرار حق الحضانة الإشارة إلى الحاضن بأنه ملزم بإبلاغ صاحب حق الزيارة عن كل تغيير لمكان الإقامة ؛ حتى لا يحرمه من ممارسة حقه المقرر بموجب حكم قضائى .

أما فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمى للمحكمة فيتحدد بمكان التسليم ، وهذا المكان يتم تحديده فى الحكم الفاصل فى حق الحضانة وحق الزيارة ، فإن لم يتم تحديده فيكون بحسب الأصل فى المقر الذى يقطن فيه الشخص الممارس للحضانة [١٠] .

وهذه الحالة تتمثل فى قيام الأب أو الأم أو أى شخص آخر بأخذ القاصر ولو بدون تحايل من الشخص الذى أوكلت إليه حضانته ، أو فى أى مكان كان يكون الحاضن قد وضعه فيها ، مثل المدرسة أو دار الحضانة [١١] .

ويظهر من هذه الصورة أنها تتضمن فعلا إيجابيا عكس الصورة الأولى، فهى تتضمن ذهاب المتهم إلى مكان ممارسة الحضانة أو المكان الذى وضع فيه المحضون وأخذه من هناك دون علم و موافقة الحاضن إلى مكان آخر ، سواء كان هذا المكان معلوما أو مجهولا .

والضحية فى هذه الصورة عكس الضحية فى الصورة الأولى ، وكأنها عملية تبادل أدوار ، فمثلما يحمى المشرع صاحب حق الزيارة يحمى بالمقابل صاحب حق الحضانة ، و كلاهما يتقرران بحكم قضائى ، سواء كان مؤقتا أو نهائيا ، المهم أن يكون نافذا .

إذن يقع على عاتق الضحية إثبات حقه فى الحضانة ، سواء كانت الأم أو الأب أو أى شخص آخر على الترتيب الوارد فى نص المادة ٦٤ من قانون الأسرة ، ولا يمكن إثباتها إلا بموجب حكم قضائى .

ولا تكتمل هذه الصورة بالخطف فحسب ، بل تدخل فيها تكليف الغير بحمل المحضون وخطفه من المكان الموجود فيه حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ، ويكون فى هذه الحالة كل من المحرض بالكسر والمحرض بالفتح فاعلا أصليا ، باعتبار أن المحرض بالكسر يخضع لنص المادة ٤١ من قانون العقوبات التى تجعل من المحرض بالفتح فاعلا مباشرا لكونه ساهم مساهمة مباشرة فى الفعل ، إلا أن بعض الفقه فى الجزائر[١٢] يرى عكس ذلك ، ويجعل من المحرض بالفتح شريكا فى الجريمة ؛ لأن الشخص الذى وقع حمله على

الاختطاف جعل من نفسه أداة و وسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر بمقابل أو بدون مقابل .

الصورة الثالثة : إبعاد القاصر المحضون

يقتضى الإبعاد نقل القاصر من مكان إقامته العادية أو من المكان الذى وضعه فيه من يمارس السلطة الأبوية ، سواء كان مدرسة أو حضانة أو مكان تسلية ....، كما ينطبق حتى فى شأن من استفاد من حق الزيارة أو من حضانة مؤقتة فينتهز فرصة وجود القاصر معه لاحتجازه [١٣] .

ويصلح 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 .

ويطرح إشكال يتعلق بصاحب حق الزيارة الذى أخذ الطفل المحضون من صاحب حق الحضانة ولم يقم بإرجاعه إليه ، فهل يعد مرتكبا لفعل عدم التسليم أو فعل الإبعاد ؟ وبالرجوع إلى النص الوارد فى قانون العقوبات الفرنسى بالمادة ٢٢٧-٥ [١٤] ، الذى يتحدث فقط عن واقعة عدم التسليم ، فنجدها تشمل حتى هذه الحالة التى تتمثل فى رفض صاحب الحق فى الزيارة فى إرجاع المحضون [١٥] ، فى حين أن المشرع الجزائرى كان غير واضح فى هذا الأمر ؛ مما جعل الفقه فى الجزائر[١٦] يفسر هذه الحالة بالإبعاد ، رغم أننا لا نشاطره الرأى ؛ لأن الإبعاد يتم دون رضا وعلم صاحب الحق فى الحضانة ، فى حين أن عدم التسليم تم بعلمه ورضاه ، مما يجعل هذه الحالة أقرب إلى فعل عدم التسليم منها إلى فعل الإبعاد .

حيث إنه والأكثر من ذلك أن فعل الإبعاد الأصل فيه أنه لا ينسب إلى الوالدين ، لأنه بإمكانهما نقل ولدهما من الوسط الذى يعيش فيه إلى أى وسط يمرح فيه ولا حرج فى ذلك ، بل نجد أن هذا النص فيه مبالغة بعض الشىء ، ذلك أن النصوص المقارنة أغلبها لا تجرم هذا الفعل فى مواجهة الوالدين، بل تتحدث فحسب عن فعل عدم التسليم والخطف ، وهو ما تنص عليه المواد ٢٩٢ من قانون العقوبات المصرى والمادة ٣٢٨ من قانون العقوبات الاتحادى الإماراتى والمادة ١٧٩ من قانون العقوبات الكويتى .

الركن الثانى : أن يكون المحضون قاصرا

بالرجوع إلى نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات نجدها تشمل بالحماية القاصر الذى قضى فى شأن حضانته ، بمعنى أن هذا الطفل يجب أن يشمل على صفة القصر وصفة الحضانة معا حتى تكتمل أركان الجريمة فى مواجهة المتهم ، وهو ما يدعونا إلى تعريف القاصر وإشكالية تحديد سنه ، ثم تعريف المحضون ولمن تسند الحضانة ، وهل كل محضون قاصر؟ ثم الجواب على سؤال من هو الشخص المحضون القاصر الذى يقصده المشرع الجزائرى ؟

أ- تعريف القاصر

القاصر هو الطفل الذى لم يبلغ سن الرشد وفقا للقانون المخاطب به [١٧] ، ولا يختلف مصطلح القاصر عن مصطلح الطفل أو عن مصطلح الحدث ، فتقريبا لهم نفس المعنى ، ولكن يختلفون فقط فى مجال التطبيق ، بحيث نجد أن لفظ الطفل مقبول فى الدراسات الاجتماعية والنفسية ، بينما لفظ القاصر نجده دارجا فى مجال الدراسات القانونية [١٨] ، ولفظ الحدث هو أقرب إلى القانون الجنائى من أى قانون آخر .

أما الطفل فى اللغة ؛ فهو المولود حتى البلوغ ، والطفولة هى المرحلة من الميلاد إلى البلوغ [١٩] ، ولفظ الطفل يطلق على الحدث أو الصبى أو النشء أو صغير السن ، والحدث مفرد أحداث ، والأحداث فى اللغة حديثو السن ، ويقال رجل حدث أى شاب فإذا ذكرت السن قلت حديث السن ، وحداثة السن كناية عن الشباب وأول العمر [٢٠] .

ولقد عرفت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة ١٩٨٩ والتى صدقت عليها الجزائر فى ١٩ ديسمبر ١٩٩٢"... يعنى الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه" .

والحدث فى التشريع الأردنى وفقا لنص المادة الثانية من قانون الأحداث "هو كل شخص أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة ذكرا أو أنثى"[٢١] .

أما فى التشريع السورى ، فالحدث هو "الصغير فى الفترة منذ ولادته وحتى بلوغه السن التى حددها القانون للرشد" [٢٢] .

والحدث فى التشريع المصرى حسب نص المادة الثانية من قانون الطفل "يقصد بالطفل فى مجال الرعاية المنصوص عليها فى هذا القانون كل من لم يتجاوز سنة الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة" [٢٣] .

أما التشريع الجزائرى ، وبعد المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل يكون – بلاشك – قد أقر بأن القاصر هو من لم يبلغ سن ١٨ سنة ، إلا أنه لم يعتمد سياسة توحيد سن الرشد فى القوانين المختلفة ، فقد جعل سن الرشد المدنى بـ ١٩ سنة ، وسن الرشد الجزائى بـ ١٨ سنة ، وسن الرشد فى قانون الأسرة بـ ١٩ سنة بعد تعديل ٢٠٠٥ .

ب- تعريف المحضون

الحضانة فى اللغة هى الضم إلى الجنب ، و يقال حضنته واحتضنته ، إذا ضممته إلى جنبك والحضن الجنب ، فحضانة الأم ولدها هى ضمها إياه إلى جنبها ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه .

وشرعا الحضانة هى حفظ الصغير أو المعتوه أو المعاق عما يضره ، وتربيته ورعاية مصالحه إلى أن يكبر أو يصح [٢٤] .

وتنص المادة ٦٢ من قانون الأسرة على أن "الحضانة هى رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

ويظهر أن الحضانة شرعا أوسع مجالا من القانون ، ذلك أنها فى الشريعة الإسلامية تشمل بالإضافة إلى الولد القاصر الشخص المعتوه والمعاق ، فى حين أن الحضانة قانونا لا تشمل إلا الولد القاصر ، إذن العبرة من الحضانة فى القانون بحسب السن دون العقل ، فإذا وصل الولد فى السن إلى ١٨ سنة فذلك قرينة على نضج عقله .

وتسند الحضانة للأم وفقا لنص المادة ٦٤ من قانون الأسرة ثم للأب ، ثم جدة الأم ، ثم جدة الأب ، ثم الخالة ، ثم العمة ، ثم الأقربين درجة [٢٥] ، مع مراعاة مصلحة المحضون .

وعلى القاضى عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة للطرف الآخر .

ونص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات ينطبق فى حالة الإخلال بحكم الحضانة وكذلك الإخلال بحق الزيارة ، فكلا الحقين يدخل ضمن الحماية الجزائية التى أقرها المشرع من أجل رعاية الطفل [٢٦] .

ج- تحديد سن القاصر المحضون

لم يحدد المشرع الجزائري سن القاصر المحضون الذي يريد حمايته وفقا لنص المادة ٣٢٨ قانون العقوبات ، وهذا الإشكال تقريبا وجدناه في جل التشريعات المقارنة التي تناولت نفس الموضوع .

إلا أنه يزيد حده في التشريع الجزائري طالما أنه لم يعتمد سن رشد موحد على مستوى جميع القوانين، فالشريعة العامة تحدد سن الرشد بـ ١٩ سنة وفقا لنص المادة ٢/٤٠ من القانون المدني ، إلا أن الأمر يتعلق بمسألة الحضانة ، فهل نرجع في ذلك إلى قانون الأسرة ، أم إلى قانون العقوبات باعتبار أن المسألة كذلك يتضمنها هذا الأخير ؟

ورجوعا إلى الفقه في الجزائر ، نجد أنه يرى أن الأمر يتعلق بالحضانة ، والمرجع في ذلك إذن يكون لقانون الأسرة لتحديد مفهوم القاصر استنادا إلى انقضاء مدة الحضانة .

ولما نرجع إلى قانون الأسرة بالمادة ٦٥ منه ، فنجد أن مدة الحضانة بالنسبة للرجل قد تصل إلى ١٦ سنة ، وبالنسبة للمرأة ببلوغها سن الزواج ، وهو المحدد في نص المادة ٧ من قانون الأسرة بـ ١٩ سنة – بعد تعديل ٢٠٠٥- .

ومنه يرى الفقه بأن السن التي يقصدها المشرع في نص المادة ٣٢٨ قانون العقوبات والذي يتناول جريمة عدم تسليم محضون هي ١٦ سنة بالنسبة للذكور و١٩ سنة بالنسبة للأنثى [٢٧] .

والإشكال الذي وضعه المشرع في نص المادة ٣٢٨ قانون عقوبات هو اشتراطه في الطفل القاصر أن يكون محضونا ، بمعنى يجب أن نثبت وأنه لم يبلغ سن الرشد وأن حضانته مسندة لأحد الوالدين أو الأقربين بموجب حكم .

وقد يبدو من أول وهلة أن الحضانة لا تكون إلا لقاصر ، إلا أن الجواب ليس دائما كذلك ، لأن سن الرشد تحدد بـ ١٩ سنة ، وسن حضانة الذكر بـ ١٦ سنة ، وبالتالي قد يكون القاصر غير محضون هذا لا شك فيه إ

وهو ما يدعونا للرد على الرأى السابق الذى حدد سن القاصر المحضون في التشريع الجزائرى - رغم كونه منطقيا ووجيها - ولكن يضعنا أمام الإخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين المكرس بموجب الدستور ؛ إذ لا يعقل أن نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات يحمى الذكر فى حدود ١٦ سنة أما الأنثى فتتصل حمايتها إلى غاية ١٩ سنة .

والملاحظة المسجلة من نفس الإشكالية تتمثل فى ماذا لو تزوجت الأنثى فى أقل من سن ١٩ سنة فهل تسقط حضانتها أم لا ؟ والأكيد أنها تسقط ؛ لأنه من غير المعقول كذلك أن تكون مرتبطة بعقد زواج مع زوجها و حضانتها غير منتهية مع أبيها أو أمها أو أى شخص آخر، وهو ما يدعونا إلى القول إنه كان على المشرع فى نص المادة ٦٤ من قانون الأسرة المذكورة أعلاه وبشأن حضانة الأنثى أن ينص ببلوغها سن الزواج أو بزواجها، وهى الحالة التى لم يجب عنها الرأى السابق للفقه الجزائرى عند تحديده السن المطلوبة فى نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات .

ثم لماذا إهمال سن الرشد الواردة فى قانون العقوبات و المحددة بـ ١٨ سنة ، طالما أن المسألة واردة ضمن مواده ، وما يعزز هذا الطرح أننا نجد المشرع الجزائرى فى التشريع العقابى عادة عند استعماله لفظ القاصر يضيف إليه الأقل من ١٨ سنة ، وكأنه يؤكد على أن هذه السن هى المرجع المأخوذ به فى جميع نصوص قانون العقوبات .

ولهذا نرى بأخذ سن الرشد الواردة فى قانون العقوبات وهى ١٨ سنة حتى تتم المساواة بين الجنسين فى مجال الحماية الجنائية الواردة بنص المادة ٣٢٨ قانون عقوبات ، أما التفرقة الواردة فى قانون الأسرة فلها ما يبررها ؛ باعتبار أن الأنثى تبقى محضونة إلى غاية بلوغها سن الزواج عكس الذكر ببلوغه سن ١٦ سنة ، وذلك بالنظر إلى طبيعة المجتمعات الإسلامية .

الركن الثالث، توافر حكم قضائى نافذ

أما الركن الثالث لهذه الجريمة هو ضرورة توافر حكم صادر عن جهة قضائية يتضمن إسناد الحضانة إلى أحد الأشخاص المذكورين فى نص المادة ٦٤ من قانون الأسرة، و يشترط فى هذا الحكم أن يكون حائزا لقوة الشىء المقضى فيه، أى نهائيا أو مشمولا بالنفاذ المعجل[٢٨] .

ويكون الحكم نهائيا إذا استنفذ طرق الطعن العادية وهى المعارضة والاستئناف ، ويكون بعدها الحكم جاهزا للتنفيذ ، كما قد يكون نافذا إذا نطقت به المحكمة مع الأمر بالنفاذ المعجل حتى ولو كان أمام المحكمة الابتدائية فقط طبقا لنص المادة ٤٠ من القانون المدنى ، كما قد يكون نافذا مباشرة بموجب أمر على ذيل العريضة أمام القاضى الفاصل فى الأمور المستعجلة وفقا للتعديل الأخير فى قانون الأسرة بموجب نص المادة ٥٧ مكرر ، رغم الاختلاف الواقع حول طبيعة هذا الأمر ، فإن بعض الفقه يعتبره من الأحكام التى تكتمل بهم الجريمة .

ويشترط فى الحكم أن يكون صادرا عن القضاء الوطنى ، أما إذا كان صادرا عن القضاء الأجنبى فلا يجوز الأخذ به إلا إذا قد حاز الصيغة التنفيذية وفقا لنص المادة ٣٢٥ من قانون الإجراءات المدنية [٢٩] .

كما قد يكون الحكم صادرا عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة وحدها ، سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة بصفة نهائية أو مؤقتة [٣٠] .

وبالرجوع إلى النص ٣٢٨ من قانون العقوبات فإنه يشمل جنحة عدم التسليم والإبعاد والخطف ، والحكم الذى بموجبه تقوم الجريمة لا يمكن فى هذه الحالة أن يكون فقط حكما بإسناد الحضانة فقد يكون حكما بإسناد حق الزيارة للطرف الآخر ، ومثلما يصح أن يصدر الحقان معا بموجب حكم واحد ، فقد يكون حق الزيارة صادرا بموجب حكم أو أمر مستقل ، كما قد يكون هذا الأخير حائزا لقوة الشىء المقضى فيه بعد صيرورته نهائيا أو بإشماله النفاذ المعجل ، المهم أن يكون نافذا .

الركن الرابع : القصد الجنائى

الجريمة المشار إليها فى نص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات ، والمتعلقة بعدم تسليم محضون أو بإبعاده أو خطفه هى جريمة عمدية ، فيجب أن يعلم المتهم بوجود حكم قضائى نافذ يسند الحضانة للمجنى عليه ، وتتجه نيته رغم ذلك إلى عدم الاستجابة لهذا الحكم [٣١] ، بمعنى آخر أن يعلم أن هناك حكما أسند حق الحضانة لطرف كما أسند حق الزيارة للطرف الآخر، وقام المحضر القضائى بتبليغه بالحكم وإمهاله مدة ٢٠ يوما من أجل الالتزام بما جاء فى منطوقه ، ورغم ذلك يعلن صراحة أو ضمنيا أنه لا يرغب فى 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 ومعاقب عليه ، ورغم ذلك أتاه بكل حرية وفى كامل قواه العقلية .

ويبقى سوء النية فى هذه الجريمة مفترضا فى المتهم ، وعليه إثبات عكس ذلك طالما ثبت لدى المحكمة أنه لم يقم بتسليم الطفل أو قام بإبعاده أو خطفه ، باعتبار أن الولد المحضون وجد بحوزته ما عدا ما تعلق الأمر بالإبعاد أو الخطف بواسطة الغير ، فلا تصح فى هذه الحالة أن يكون سوء النية مفترضا ، بل على النيابة أن تثبت أن المتهم قام بتحريض الغير على الإبعاد أو الخطف ، وأن هذين الفعلين قد تما لحسابه .

ويطرح الفقه إشكالية أخرى فى جريمة عدم تسليم الطفل ؛ عندما يكون فعل عدم التسليم ليس راجعا إلى رغبة المتهم نفسه ، ولكن نظرا لعناد الطفل ورفضه الرجوع إلى والده أو والدته .

وقد استقر القضاء الفرنسى فى هذه المسألة إلى عدم قبول هذا العذر ، وقد قضى بقيام الجريمة فى حق الأم الحاضنة التى لم تستعمل نفوذها على أطفالها لحملهم على قبول زيارة والدهم تنفيذا لحكم قضائى يقضى بحق الزيارة [٣٢] .

إذن على الأم أن تثبت أنها قامت بكل ما فى وسعها من سلطة على إلزام الأطفال بالذهاب مع والدهم حتى تفلت من العقوبة ، أو على الأقل تثبت وجود قوة قاهرة حالت دون تنفيذ هذا الحكم ، مثل وجود الطفل فى حالة مرض، وأن من شأن تنقله أو خروجه من المنزل أن يعقد حالته الصحية [٣٣] .

ثانيا : إجـــراءات المتابعـــة

لقد استحدث التعديل الجديد لقانون العقوبات لسنة ٢٠٠٦ نص مادة جديد تحت رقم ٣٢٩ مكرر ، وتضمن أحكاما جديدة تتعلق بإجراءات المتابعة بجريمة عدم تسليم أو إبعاد أو خطف محضون طبقا لنص المادة ٣٢٨ قانون عقوبات .

وتنص المادة ٣٢٩ مكرر الجديدة على ما يلى : "لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة ٣٢٨ إلا بناء على شكوى الضحية . إن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية" .

ويبدو من النص أن المشرع الجزائرى قد قيد هذه الجريمة بشكوى مثلما فعل المشرع المصرى فى نص المادة ٢٩٢ قانون عقوبات مصرى ، وذلك على خلاف المشرع الكويتى والإماراتى والمغربى ... وغيرهم ، أما المشرع الفرنسى فقد حذف هذا التقييد بعد مراجعته لقانون العقوبات سنة ١٩٩٢ .

وباعتبار أن جريمة عدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه أضحت جريمة مقيدة بشكوى ، فإن النيابة العامة لا تملك أن تتصرف من تلقاء نفسها إذا وصل إلى علمها وأن المتهم اقترف الجريمة المذكورة أعلاه ، بل عليها أن تنتظر أن يتقدم الضحية بشكوى أمامها أو أمام الضبطية القضائية أو أمام قاضى التحقيق طبقا لإجراءات الادعاء المدنى ، أو أمام قاضى الحكم طبقا لإجراءات التكليف المباشر بالحضور .

والضحية الوارد فى نص المادة نقصد به من تتوافر فيه صفة المجنى عليه، وليس شخصا آخر ، ولو كان قد تضرر 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 والتى قامت بها النيابة العامة قبل الحصول على رفع القيد تعد إجراءات باطلة ، ولا تقبل الإجازة حتى من طرف المجنى عليه نفسه ، بل يتعين إعادة الإجراءات من جديد بعد التقدم بشكوى .

أما العمل الاستدلالى الذى تقوم به الضبطية القضائية ، مثل استرجاع الطفل إذا كان محل إبعاد أو خطف، وسماع المشتبه فيه على محضر رسمى

كلها إجراءات تبقى صحيحة طالما لم يتم بشأنها ممارسة الأوامر القصرية ، مثل التوقيف للنظر والقبض وغير ذلك ، مادام أن النيابة العامة لم تقم بتحريك الدعوى العمومية بصددها .

وإذا حدث و أن حركت النيابة العامة الدعوى العمومية قبل رفع القيد فعلى قاضى التحقيق أو غرفة الاتهام إذا كان الملف على مستواها أن تأمر بانتفاء وجه الدعوى لانعدام الشكوى ، وإذا كان الملف على مستوى قاضى الحكم فعليه أن يفصل شكلا بفساد إجراءات المتابعة .

كما أن الدفع بفساد إجراءات المتابعة من النظام العام يجوز رفعه من طرف المتهم كما يجوز للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه دون أن يطلبه الخصوم ، كما يجوز إثارته أمام المجلس القضائى أو أمام المحكمة العليا ولو لأول مرة .

وبمجرد أن يتقدم المجنى عليه بشكواه فإن النيابة العامة تسترد حريتها فى المتابعة وتكون بعدها حرة بشأن تحريك الدعوى من عدمه ، بل تملك حفظ الدعوى إذا رأت أن أركان الجريمة غير متوافرة ، بمعنى آخر هى غير ملزمة بالتحريك .

ويمكن للمجنى عليه أن يسحب شكواه متى تراء ى له ذلك حفاظا على الروابط الأسرية ومصلحة المحضون بالذات ، وإذا ما تم صفح الضحية قبل تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة فعلى هذه الأخيرة أن تأمر بحفظ الملف ، وإذا كان الملف مطروحا على مستوى قاضى التحقيق أو غرفة الاتهام فيصدر أمرا أو قرارا بانتفاء وجه الدعوى ، وإذا كان الملف أمام قاضى الحكم فيقضى بانقضاء الدعوى العمومية .

إلا أن الصفح الصادر من المجنى عليه يمنعه من إعادة رفع الدعوى على نفس الموضوع ؛ حتى لا يتم التلاعب بأحكام القضاء .

غير أنه وإذا قام المتهم من جديد برفضه تسليم المحضون أو أبعده أو خطفه فيكون مرتكبا الجريمة المنصوص عليها بنص المادة ٣٢٨ من قانون العقوبات ، ويحق للمجنى عليه من جديد تقديم شكوى أخرى على الوقائع الجديدة ، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسى بالقول وأن صدور حكم سابق بالإدانة لا يحول دون النطق بعقوبة عن كل امتناع للانصياع[٣٤] .

إلا انه وبعد صيرورة الحكم نهائيا وجاهزا التنفيذ فلا يملك المجنى عليه التنازل عن الشكوى ومنه توقيف تنفيذ العقوبة حتى ولو لم يشرع بعد فى تنفيذها.

وقد قيد المشرع الجزائرى لهذه الجريمة عقوبة الحبس والغرامة معا ، أما الحبس فيكون من شهر إلى سنة ، أما الغرامة فتكون من ٢٠٠٠ر٠٠ د ج إلى غاية ١٠٠٠ر٠٠ د ج ، هذا بالإضافة إلى العقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح.

وقد تصل عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كان المتهم قد أسقطت عنه السلطة الأبوية طبقا لنص المادة ٩ مكرر ١/ فقرة ٦ من قانون العقوبات .

ولا يعاقب المشرع الجزائرى والفرنسى والمصرى على الشروع فى ارتكاب جريمة عدم تسليم محضون أو إبعاده أو خطفه طبقا للمواد على التوالى ٣٢٨ من قانون العقوبات الجزائرى ٢٢٧- ٥ من قانون العقوبات الفرنسى و ٢٩٢ من قانون العقوبات المصرى .

أما بالنسبة للاشتراك ، فإذا توافرت أركانه فيعاقب عليه القانون طبقا لنص المادة ٤٢ من قانون العقوبات إذا ثبت أنه ساعد أو عاون الفاعل على ارتكاب الفعل ، و قد قضى فى فرنسا بأن الأب الذى شجع ابنه المتزوج على عدم تسليم ولده لأمه واعترض معه المحضر القضائى، ودفع ثمن سفر الولد إلى الخارج يعد شريكا فى الجريمة [٣٥] .

المراجـــع

١ – سعد ، عبد العزيز ، *الجرائم الواقعة على نظام الأسرة* ، تونس ، الدار التونسية للنشر ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، دون ذكر السنة والطبعة ، ص ١٥٣ .

٢ – Garraud, R., *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal,* T5, Librairie du Recueil Sirey, Paris, France, année 1953, N° 2269, p. 720.

٣ – بوسقيعة ، أحسن ، *الوجيز فى القانون الجزائى الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال* ، الجزائر ، دار هومة للنشر ، الجزء الأول ، الطبعة السابعة ، ٢٠٠٧، ص ١٧٧ .

٤ – يطلق على السلوك السلبى المتمثل فى الترك أو الامتناع اسم الفعل السلبى وذلك من باب المقابلة والمغايرة للسلوك الايجابى ، فالامتناع ليس عدما وإنما هو سلوك أو نشاط ينم عن شخصية صاحبه ، لأنه يعبر عن إرادة تتخذ موقفا محددا إزاء أمر معين . محمد ، عوض ، قانون *العقوبات ، القسم العام* ، مصر ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، دون ذكر الطبعة والسنة ، ص ٥٧ .

٥ – Garcon, E., Code Pénal Annoté, T2, Librairie du Recueil Sirey, Paris, France, année 1956, N° 119, p. 386.

٦ – سعد ، عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ .

٧ – بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

٨ – Garraud, R., op. cit., N° p. 722.

٩ – Garcon, E., op. cit., N° 119, p. 386.

١٠– المكى ، دردوس ، *القانون الجنائى الخاص فى التشريع الجزائرى* ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزء الثانى ، ٢٠٠٧، ص ١٥١ .

ونجد هذا الرأى كذلك Garcon, E., op. cit., N° 124, p. 387

١١– سعد ، عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ١٥٦ .

١٢ – المرجع السابق ، ص ١٥٦ .

١٣ – بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

١٤ – L'article 227 -5 du code pénal fraçnais "Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni... ".

١٥– يتضمن هذا الموقع استشارات قانونية يقدمها مجموعة من المحامين الفرنسيين www.avocats.fr.

١٦ – بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

١٧- *المنجد فى اللغة والإعلام* ، لبنان ، بيروت ، دار الشرق ، الطبعة الحادية والثلاثون ، ١٩٩١، ص ٤٦٧ .

١٨- على ، بهاء رزيقى ، *الحماية الجنائية للأسرة ، دراسة مقارنة* ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، مصر ، الهامش ٢، ص ١٤٥ .

١٩ - *القاموس الجديد للطلاب* ، على بن هادية وبلحسين البليش والجيلالى بن الحاج يحى ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٩١، ص ٦١١ .

٢٠- لسان العرب لابن منظور ، مصر ، الإسكندرية ، مطبعة دار المعارف ، ص ٧٩٦ .

٢١- قانون الأحداث الأردنى ، رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٨.

٢٢- قانون الأحداث السورى ، رقم ١٨ سنة ١٩٧٤.

٢٣- قانون الطفل المصرى ، رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ ، وعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ .

٢٤- الموقع الإلكترونى يحمل اسم الإسلام سؤال و جواب *www.islamqa.com*

٢٥- تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائرى قبل تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم ٥-٤ كانت الحضانة تبدأ بالأم ثم أمها ثم الخالة ، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربين .

٢٦- المكى ، دردوس ، مرجع سابق ، ص ١٥٠ .

٢٧- هذا رأى كل من بوسقيعة ، أحسن ، والمكى ، دردوس بنفس التحليل والتعليل (بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ص ١٧٦، المكى ، دردوس ، المرجع السابق ، ص ١٤٩) .

٢٨- بوسقيعة ، أحسن ، المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

٢٩- سعد ، عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ .

٣٠- بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ١٧٧ .

٣١- Garcon, E., op. cit., N° 173, p. 392.

٣٢- قرار جنائى فرنسى صادر بتاريخ ١٧ يناير ١٩٢٩ مشار إليه فى ، بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .

٣٣- Garcon, E., op. cit., N° 175, p. 392.

٣٤- قرار جنائى فرنسى صادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٣٧ مشار إليه فى : بوسقيعة ، أحسن ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

٣٥- قرار جنائى فرنسى صادر بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٦٢ مشار إليه فى المرجع السابق ، ص ١٨٠ .

Résumé

CRIMES RELATIFS AUX DISPOSITIONS DE GARDE

"ÉTUDE COMPARATIVE"

Abdel Rahman Khelfi

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'enlévement ou le détournement du mineur des mains de ceux auxquels sa garde à été confiée ou des lieux ou 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 vu de préserver l'application des dispositions de la garde des mineurs proclamée par la justice, et c'est ce qu'on va essayer de débattre à travers les différentes législations comparées.