

جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على ضوء المادة 328

من قانون العقوبات الجزائري

The crime of refusing to extradite a minor as a contravention to a court order in light of article 328 of the Algerian penal code



الدكتورة/ ناديتة رواحتة^{2,1}

¹ جامعة جيجل، (الجزائر)

² المؤلف المراسل: rouahnanadia@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2019/05/14 تاريخ القبول للنشر: 2019/10/12 تاريخ النشر: 2019/12/28



مراجعة المقال: اللغة العربية: د. / نور الدين مهري (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: أ. / أنوار الناصر (الاردن)

ملخص:

يعد الطلاق في الإسلام أبغض الحلال إلى الله، لما يترتب عنه من آثار سلبية ونتائج وخيمة، خصوصا بالنسبة للأبناء، فرغم مراعاة مصالحهم في الحكم القاضي بإسناد حضانتهم لمستحقها، إلا أنه كثيرا ما تقع مخالفة تلك الأحكام القضائية، خاصة من طرف الوالدين المنفصلين، وذلك بامتناع أحدهم عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضنته انتقاما منه.

هذا الواقع فرض على المشرع الإقرار بحماية جزائية للمحضون، وذلك حتى في مواجهة والديه وأقاربه، حين يمتنع أحدهم عن تسليمه لمن حكم له بحضنته، ومن أجل ذلك أورد جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون من جهة، وضمانا لاحترام الأحكام القضائية من جهة أخرى، وهذا المقال يوضح كيف عالج المشرع هذه الجريمة على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات.

الكلمات المفتاحية: الامتناع عن تسليم قاصر؛ مخالفة حكم قضائي؛ الحضانة؛ المحضون؛ حق الزيارة؛ الحماية الجزائية.

Abstract:

Divorce in Islam is an abomination due to the devastating repercussions it has, particularly on children. Although the court ruling entrust their custody to the worthy persons, it is often violated by parents who abstain from extraditing the child to the eligible party for the custody as a sort of revenge.

By virtue of what precedes, the Algerian legislator has granted a criminal protection to the child subject to custody, even in the face of his parents and relatives, when one of them refuses to extradite him to a custodian. For this

reason, the crime of refusing to extradite a minor contravenes a court ruling, which reinforces the principle of protecting the interests of the child subject to custody on one hand, and ensures the respect of court rulings on another hand. This article explains how the legislator dealt with this crime in light of Article 328 of the Penal Code.

Keys words: Abstaining from extraditing minor; violating a court ruling; custody; child subject to custody; visiting right; criminal protection.

مقدمة:

تعد شريحة الأطفال جزء من حاضر الأمة وكل مستقبلها، لذلك ينبغي الاهتمام بها ورعايتها من الجميع، الأسرة، والمجتمع، والدولة، والمهمة منوطة أساسا بالوالدين (الزوجين) معا حال قيام العلاقة الزوجية، فيقع على عاتقهم واجب الرعاية والمحافظة عليهم ماديا ومعنويا، وتربيتهم وتعليمهم والمحافظة على نموهم وصحتهم، وأي إخلال بهذه الواجبات يعرض الوالدين للجزاءات التي تقررها النصوص العقابية المتعلقة بإهمال الأبناء.

لكن قد تتصدع الحياة الزوجية وتنفك أواصرها، ويلجأ الزوجان إلى حل الميثاق الغليظ بالطلاق، فيحدد القاضي مصير الأولاد، من حيث من يتولى حضانتهم والقيام بشؤونهم، استنادا إلى الترتيب المقرر قانونا، ووفقا لما يتمتع به من سلطة في تقدير الأجدر بحضانتهم، عملا بمبدأ المصلحة الفضلى للمحضون، لأن مدار الحضانة على نفع المحضون وتحقيق مصلحته.

يظهر الواقع أنه بعد انفصال الزوجين وإسناد حضانة الأولاد لأحدهما بحكم قضائي، ومنح حق الزيارة للطرف الآخر، بروز المشاكل العالقة بين الزوجين من جديد لتؤثر على الأولاد، باستعمالهم كسلاح ووسيلة انتقام بين الطرفين، فيلجأ من كان الحكم ضده بالامتناع عن تسليم الطفل المحضون، وتجاهل الحكم القضائي القاضي بإسناد الحضانة إلى غيره، كما يقوم بخطفه أو إبعاده أو حمل الغير على ذلك، مما دفع بالمشرع إلى إقرار الحماية الجزائية للطفل المحضون من جهة، وضمن تنفيذ الحكم القضائي من جهة أخرى، من خلال تجريم هذه الأفعال في المادة 328 من قانون العقوبات⁽¹⁾.

وانطلاقا مما سبق ذكره، يمكن طرح الإشكال الآتي: ما مدى الحماية التي يكفلها المشرع للمحضون من خلال جريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات؟

تقتضي دراسة هذا الموضوع اتباع المنهج التحليلي، وذلك بتحليل نص المادة 328 من قانون العقوبات، والوقوف على أوجه القصور أو الغموض الذي يكتنفها، كما تم الاستعانة بالمنهج الوصفي عند التطرق إلى بعض المفاهيم المتعلقة بالموضوع.

ولقد انطلقنا في دراسة هذا الموضوع من الفرضيات الآتية:

- توسيع تجريم الامتناع عن تسليم المحضون ليشمل كذلك الامتناع عن تمكين غير الحاضن من ممارسة حقه في الزيارة.

- تجريم الامتناع عن تسليم المحضون يساهم بشكل كبير في توفير الحماية الجزائية لأحكام الحضانة.

- عدم توضيح المشرع لعبارة "أو أي شخص آخر" الواردة في المادة 328 من قانون العقوبات، والتي تفسر على أنها أصحاب الحق في الحضانة.

وتهدف هذه الدراسة إلى بيان الشروط الأولية، وأركان جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، ومن خلالها توضيح المقصود بمصطلح القاصر، وتوضيح صفة الجاني في الجريمة، وصور الركن المادي، كما تهدف إلى إبراز الخصوصية في بعض الاجراءات المتبعة في هذه الجريمة والجزاء المقرر لها.

وقد حاولنا الإجابة عن الإشكالية السابق طرحها من خلال التطرق إلى أركان هذه الجريمة (المبحث الأول)، وقمعها (المبحث الثاني) على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات.

المبحث الأول

أركان جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

تتطلب جريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات، لاكتمال بنائها القانوني، توفر شروط أولية (المطلب الأول)، وركن مادي (المطلب الثاني)، وركن معنوي (المطلب الثالث)، بالإضافة إلى الركن الشرعي، هذا الأخير يتمثل في النص القانوني والذي تضمنته المادة 328 من قانون العقوبات.

المطلب الأول: الشروط الأولية لقيام جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي
يشترط المشرع لقيام جريمة عدم تسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم قضائي، أن تتوفر صفة في المجني عليه وهو القاصر المحضون (الفرع الأول)، وصفة في الجاني وهو أحد الوالدين أو الأقارب أصحاب الحق في الحضانة (الفرع الثاني)، كما يشترط أن يصدر حكم قضائي نافذ يقضي بإسناد حضانة الطفل إلى من له الحق في ذلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: صفة القاصر المحضون في المجني عليه

تنص المادة 328 من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 د.ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه، أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

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

من خلال المادة أعلاه، فإن المجني عليه في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي هو القاصر، ويقصد به المحضون وهو الطفل الذي انفصل والداه، وحكم قضائياً بأن يتولى رعايته والاهتمام به وتربيته وتعليمه أحد والديه، أو أحد أقاربه ممن له حق الحضانة شرعاً وقانوناً، وتوفرت فيه الأهلية اللازمة في الحاضر.

والمحضون مأخوذ من الحضانة⁽²⁾، والتي تعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه وتنظيف ثيابه"⁽³⁾ وهو تعريف فقهاء المالكية، أما الحنفية فيعرفونها بأنها "تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها"⁽⁴⁾. وعرفها الأستاذ بلحاج العربي بأنها "القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدير طعامه وشرابه ولباسه وتنظيفه وقيامه ونومه"⁽⁵⁾.

والملاحظ على هذه التعاريف أنها تدور في معنى واحد، وهو رعاية الصغير والاهتمام بشؤونه وتربيته ممن له حق الحضانة شرعاً، وهذا المعنى هو الذي ركز عليه المشرع الجزائري في المادة 62 من قانون الأسرة⁽⁶⁾، حيث جاء فيها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهرة على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

لقد شرعت الحضانة أساساً لمصلحة الطفل الذي انفصل والداه، وذلك بتسليمه لمن له حق الحضانة ويستطيع رعايته والاهتمام بكل شؤونه، لتنشئته في جو يساعده على اكتساب الأخلاق الحسنة والمحافظة على دينه⁽⁷⁾، كما تكفل للطفل الحماية من جراء تفكك أسرته، وتهدف إلى حمايته من الانحراف، ففي سن الحضانة تتشكل مفاهيم الطفل وترسخ لديه الكثير من القيم والمبادئ. إن مدار الحضانة حفظ المحضون وإمساكه عما يؤديه، وتربيته لينمو، وذلك بعمل ما يصلحه، وتعهده بطعامه وشرابه، وغسله وغسل ثيابه، وتعهده نومه ويقظته⁽⁸⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يستعمل مصطلح المحضون في المادة 328 من قانون العقوبات، بل استعمل مصطلح قاصر، ولم يحدد سن القاصر المحضون، وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن سن القاصر هو 19 سنة، وهو سن الرشد المدني كما تنص عليه المادة 40 من القانون المدني⁽⁹⁾.

ومادامت المسألة متعلقة بالمحضون، فينبغي الرجوع إلى أحكام الحضانة الواردة في قانون الأسرة لمعرفة سن القاصر، استناداً إلى انقضاء مدة الحضانة، وذلك من خلال المادة 65 قانون الأسرة التي تنص على أنه "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، على أن يراعى في الحكم بانتهاها مصلحة المحضون".

وبناء على ذلك فإن السن الأقصى لحضانة الذكر هو 10 سنوات، وقد يمدد إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمّاً لم تتزوج بعد، أما بالنسبة للأنثى فإن الحد الأقصى للسن هو بلوغها سن الزواج، أي 19 سنة حسب نص المادة 7 من قانون الأسرة⁽¹⁰⁾.

وعليه فإن القاصر الذي يقصده المشرع في هذه الجريمة هو من دون 16 سنة بالنسبة للذكور في حالة التمديد، ودون 19 سنة بالنسبة للإناث، وعليه إذا كان الطفل في غير سن الحضانه فلا تقوم الجريمة.

والإشكال الذي يُطرح في هذه الحالة بالنسبة لمن تزوجت دون السن القانونية بتريخيص من القاضي، ثم طلقت بعد ذلك، هل تعتبر قاصرا أم لا؟ باعتبار أن ترشيدها قد تم للزواج فقط، وهل تثار مسألة حضانتها من جديد؟ وهل يمكن أن تكون ضحية لجريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي؟ فهنا الإجابة مرتبطة بصدور حكم قضائي، فمتى صدر حكم قضائي يقضي بإسناد حضانتها من جديد لسبب ما، فهنا يمكن اعتبارها قاصرا، ويمكن أن تقع ضحية جريمة عدم تسليم قاصر.

الفرع الثاني: صفة الجاني في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

نصت المادة 328 من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 د.ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر..." فهذا النص ذكر أن الجاني يمكن أن يكون الأب أو الأم أو أي شخص آخر، وإذا كانت عبارة الأب والأم واضحة ولا تحتاج إلى شرح، فإن عبارة أي شخص آخر تثير التساؤل عن المقصود منها؛ هل أقارب المحضون من الجدة والعممة والخالة الذين لهم الحق في الحضانه أيضا، أم أي شخص آخر من الغير؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقارن بين هذه المادة والتي تسبقها أي المادة 327، التي تنص على أن "كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب..."، فهذا النص جاء عاما ليشمل كل من يقوم برعاية الطفل، كالمربية والمعلمة، ولا يقوم بتسليم الطفل إلى من لهم الحق في المطالبة به يعد مرتكبا لجريمة عدم تسليم الطفل، وفي هذه الجريمة لم يشترط المشرع صدور حكم قضائي يقضي بإسناد الحضانه، ذلك أن من الأقارب الذين لهم الحق الطبيعي في الحضانه هم المطالبون به، من الغرباء عنه⁽¹¹⁾.

إذن بالاعتماد على نص المادة 327، نستبعد الغير الذين ليس لهم الحق في حضانه الطفل من الجناة المنصوص عليهم في المادة 328 من قانون العقوبات، فالفرق بين المادتين، هو أن المادة 327 تنطبق على كل من وضع الطفل عنده من أجل رعايته وامتنع عن تسليمه إلى من له الحق في المطالبة به، دون اشتراط وجود حكم يقضي بإسناد الحضانه إليه، بينما المادة 328 فتطبق فقط على الوالدين والأقارب، الذين لهم حق الحضانه شرعا في حالة امتناعهم عن التسليم، مع اشتراط صدور حكم قضائي يقضي بإسناد حضانه الطفل إلى من يطالب بتسليمه له⁽¹²⁾.

ونلاحظ أن المشرع ذكر الأب والأم باعتبار أن الطلاق يحدث بينهما، وتسنده الحضانه لطرف ويمنح للثاني حق الزيارة، والأصل أن هذه الجريمة في الواقع كثيرا ما تحدث من أحدهما، حين يحتفظ بالطفل متجاهلا الحكم القضائي القاضي بإسناد الحضانه إلى الطرف الآخر.

وما يؤكد أيضا أن المقصود بعبارة "أو أي شخص آخر" الواردة في المادة 328 من قانون العقوبات هم أقارب المحضون الذين لهم الحق في حضانتها، العبارة الواردة في المادة نفسها "...وكذلك كل من

خطفه.. " فالخطف يعد صورة من صور الركن المادي لهذه الجريمة، فلو قلنا إن الجريمة تنطبق على الغير من غير الأقارب لوقعنا في تكرار النص المجرم للخطف، حيث أورد المشرع جريمة اختطاف الأطفال في المادة 326 من قانون العقوبات، وهي تقع من أي شخص ليس له حق الحضانة، والنص على تجريم الفعل مرتين أمر لا يتصور منطوقا وقوعه.

جدير بالذكر أن المشرع الجزائري أورد أصحاب الحق في الحضانة في المادة 64 من قانون الأسرة، وهم على التوالي: الأم، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون دائما⁽¹³⁾، والحاضن هو الذي يقوم بشؤون الصغير سواء بإرادته أو بأمر القاضي أنثى أو ذكر، حيث يتساوى الجنسان في أهليتهم للحضانة، فقط مع اختلاف الترتيب حسب ما ورد في القانون⁽¹⁴⁾.

الفرع الثالث: صدور حكم قضائي نافذ بالحضانة للمطالب بالتسليم

يشترط المشرع في جريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، من خلال نص المادة 328 من قانون العقوبات، توفر حكم قضائي يتضمن إسناد حق الحضانة إلى من يطالب بتسليم الطفل إليه، وقد يكون هذا الحكم مؤقتا أو نهائيا، بشرط أن يكون مشمولاً بالنفذ المعجل أو حائزا لقوة الشيء المقضي فيه⁽¹⁵⁾، وبذا قضت المحكمة العليا بعدم قيام الجريمة لكون الحكم القاضي بإسناد حضانة الولدين لأمه غير مشمول بالنفذ المعجل، وغير نهائي لأنه محل دعوى استئناف⁽¹⁶⁾.

يستوي أن يصدر الحكم بإسناد الحضانة عقب دعوى طلاق، أو صدر بصدد دعوى مستقلة يرفعها كل من يرى بأن له الحق في الحضانة⁽¹⁷⁾.

وينبغي الإشارة إلى أن الطعن بالنقض لا يبرر رفض تسليم الطفل لمن قررت له الحضانة، إذ ليس للطعن بالنقض أثر موقف⁽¹⁸⁾، حسب ما ورد في المادة 238 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁹⁾.

كما ينبغي أن يكون هذا الحكم صادرا عن القضاء الوطني، أو صادرا عن القضاء الأجنبي، لكنه ممهور بالصيغة التنفيذية، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلا يمكن لصاحب حق الحضانة أن يزعم أن لديه الحق في حضانة ذلك الطفل، أو يطلب استرداده ممن اختطفه منه إلا إذا استند في طلبه إلى أساس قانوني، يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ في الحال⁽²⁰⁾.

ومن الشروط السابق ذكرها فإن الجريمة تنتفي في الحالات التالية⁽²¹⁾:

- عندما لا يحل الحكم القضائي مسألة حضانة الطفل،
- عندما يكون هذا الحكم غير قابل للتنفيذ، مستأنف عليه أو معترض عليه،
- عندما يكون الطفل في غير سن الحضانة،
- عندما ينتهي مفعول الإجراءات التي أمرت بها المحكمة.

وقد اعتبر الأستاذ عبد العزيز سعد أن الامتناع عن تنفيذ حكم الزيارة يشكل جريمة مستقلة مستنبطة من نص المادة 328 من قانون العقوبات، وكذا نص المادة 64 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه "على القاضي الذي يحكم بإسناد الحضانة إلى مستحقيها أن يحكم في الحكم نفسه بحق الزيارة

للزوج الآخر"⁽²²⁾، ومن خلال نص المادة يتعين على القاضي عندما يحكم بالطلاق وإسناد الحضانة إلى من يستحقها، سواء أحد الوالدين أو أحد الأقارب الذين منحهم القانون هذا الحق، فإنه يجب أن يمنح في الحكم نفسه حق الزيارة للزوج الآخر حتى وإن لم يطلبه، ويحدد فيه مكان وزمان وكيفية ممارسة هذا الحق.

وإذا امتنع الطرف المحكوم له بحق الحضانة عن تمكين الطرف المحكوم له بحق الزيارة من ممارسة حقه بالشكل المحدد في الحكم، يمكن أن يتابع على أساس جنحة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات، بشرط أن يكون الامتناع ثابتا بموجب محضر يحرره القائم بالتنفيذ، أو ثابت بواسطة شهادات الشهود أو باعتراف الممتنع نفسه⁽²³⁾.

ويستدل كذلك على شمول حق الحضانة على حق الزيارة، ما جاء في المادة 7 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الزواج المختلط⁽²⁴⁾، "يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائرية الخاصة بعدم تسليم الأطفال، التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائرية في كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة"، فيفهم من هذه المادة أنه عند امتناع الطرف الحاضن من تمكين الطرف المحكوم له بزيارة المحضون من ممارسة حقه، يكون مرتكبا لجريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي ويتابع على أساسها.

ويؤيد هذا التفسير أي الذي يسوي حق الزيارة بحق الحضانة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حيث جاء في إحدى قراراتها أن "عدم تمكين الأم من زيارة ابنها يؤدي إلى ترتيب المسؤولية الجزائرية"⁽²⁵⁾، إذ لا فرق من حيث مضمون الحكم بين الحضانة وحق الزيارة، فالهدف في كلتا الحالتين هو ضمان الرعاية للطفل ومعاقبة من يخل بها أو يعتدي عليها⁽²⁶⁾، والإخلال بحق الزيارة فيه اعتداء على مصلحة الطفل المحضون التي هي محل اعتبار، فليس من العدل أن يتمتع أحد الوالدين بابنه طيلة سنوات الحضانة ويحرم الثاني من رؤيته في أوقات قليلة، بالإضافة إلى أن عدم التمكين من حق الزيارة فيه انتهاك للحكم القضائي المتضمن إسناد الحضانة ومنح الزيارة⁽²⁷⁾.

ومع وجاهة هذه التفسيرات، إلا أنه ينبغي على المشرع تدارك النقص ورفع الغموض بإضافة حق الزيارة إلى المادة 328 من قانون العقوبات، وهذا حتى لا يعتدى على مبدأ الشرعية الذي يحكم التجريم والجزاء تحت مسمى تفسير النص الجنائي.

إذا كان هذا الاتجاه هو الموجود عندنا، فإن القضاء والفقهاء في مصر له رأي مخالف، تماشيا مع حرفية النص الجنائي والتزاما بمبدأ الشرعية، الذي يجرم الامتناع عن التسليم دون تجريم عدم التمكين من الرؤية⁽²⁸⁾.

المطلب الثاني: الركن المادي في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

يعد الركن المادي ركنا أساسيا في كل جريمة، والذي يتكون من السلوك الإجرامي والنتيجة وعلاقة السببية، وبخصوص جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، فإنه يشتمل على عدة صور

حسب ما أوضحتها المادة 328 من قانون العقوبات، وكل صورة من هذه الصور كافية وحدها لتكوين العنصر المادي للجريمة، حتى لو وقعت دون تحايل ولا عنف، وهذه الصور تتمثل في:

- امتناع من كان الطفل موضوعا تحت رعايته عن تسليمه إلى من أوكلت إليه حضنته بحكم قضائي، أي من له الحق في المطالبة به⁽²⁹⁾، وهو سلوك إجرامي سلبي، يتمثل في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي يفصل في إسناد حضنة القاصر إلى من حكم لصالحه، سواء الأب أو الأم أو غيرهم من أصحاب الحق في الحضنة، ورغم أنه موقف سلبي إلا أنه من أهم عناصر الجريمة، وهو أساس التجريم في المادة 328 من قانون العقوبات،

- امتناع الحاضن الذي يوجد لديه المحضون عن السماح للوالد غير الحاضن أو أقارب المحضون الذين حكم لهم بحق الزيارة بزيارة المحضون⁽³⁰⁾،

- إبعاد القاصر، ويتحقق بشأن من استفاد من حق الزيارة أو حضنة مؤقتة فينتهز فرصة وجود القاصر معه لاحتجازه⁽³¹⁾، وقد لا يقف الأمر عند إخفاء الطفل أو احتجازه في البلد الذي يقيم فيه حاضنه، بل قد يقوم الأب أو الأم بتهريب الطفل خارج البلاد، وبهذا تصعب عملية إعادة الطفل وتسليمه إلى من يطالب به إذا كان لا يعرف له محل،

- خطف القاصر، فعل الخطف هو السلوك أو النشاط المادي الذي يصدر عن الجاني لتحقيق النتيجة الإجرامية، ويتمثل غالبا في القبض على الضحية ونقلها إلى مكان مجهول، وقطع الصلة بينها وبين ذويها⁽³²⁾، وفي جريمة الحال يتمثل في أخذ القاصر ممن أوكلت إليه حضنته أو من الأماكن التي وضعه فيها⁽³³⁾، كما لو انتزع الجاني القاصر المخطوف من منزل أهله، أو من مدرسته أو من المحل الذي يتدرب فيه على حرفة معينة، أو من الطريق العام أو من منزل صديق أو قريب يزوره أو أي مكان آخر⁽³⁴⁾، إذ لا يشترط أن تتم واقعة الخطف في مكان معين طالما أدى الخطف إلى انتزاع المخطوف من بيئته وقطع صلته بحاضنه، لأن الخطف يتحقق بنقل المخطوف من موقعه كما يتحقق بمنعه من العودة إليه⁽³⁵⁾.

وتقوم جريمة عدم التسليم كذلك، إذا كان الطفل بعد خطفه قد اختفى، بحيث لا يمكن الوقوف على محل وجوده ولا العثور عليه، وهذه أشد حالات عدم التسليم خطورة، لأن التنفيذ بالقوة لا يفيد في رد الطفل إلى من حكم له بحضنته وحفظه⁽³⁶⁾.

- حمل الغير على خطف القاصر أو إبعاده، وهو دفع شخص أجنبي على خطف المحضون من المكان الموجود فيه⁽³⁷⁾، حيث يقوم الجاني الذي يكون عادة الأب أو الأم أو الجدة بالاستعانة بشخص آخر، ليقوم بالاختطاف أو الإبعاد لصالحه، وهنا جعل الشخص المنفذ للجريمة من نفسه أداة ووسيلة لتنفيذ الجريمة لصالح شخص آخر مجانا أو مقابل أجر⁽³⁸⁾، وفي هذه الصورة نكون بصدد مساهمة جنائية أصلية، فمن يحمل الغير يعد فاعلا أصليا بنص القانون باعتباره محرضا، والمنفذ لفعل الخطف أو الإبعاد باعتباره الفاعل المباشر، لأنه مرتكب الركن المادي في جريمة الخطف، ولا يمكن اعتباره شريكا، لأن الشريك هو من يقوم بمساعدة الفاعل الأصلي بأفعال ليست في أصلها جريمة وليست من الركن المادي كذلك، بل هي أعمال تحضيرية فقط.

وتتحقق صورتان الأخيرتان حتى لو وقع الفعل بغير تحايل أو عنف أو تهديد، أي تتحقق هذه الجريمة برضا الطفل القاصر مرافقة الجاني عندما يطلب منه، لأن المقصود بالحماية هنا هي الأسرة ككل وليس الطفل فقط، لذلك لم يشترط المشرع التحايل أو العنف أو التهديد، ثم إنه لا معنى لرضا الطفل لأن رضاه ليست له أي قيمة قانونية.

إضافة إلى ذلك يجب أن يُثبت أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضون يوجد في منزل الأسرة التي هو أحد ساكنيه، ولكن المحضون يوجد تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن يسكنون بنفس المنزل، فإنه لا يمكن اعتبار هذا المتهم الممتنع مسؤولا عن عدم تسليم الطفل⁽³⁹⁾.

وعليه إذا كان الطفل محل الحضانة موجودا عند شخص معين وتحت سلطته كأن يكون أبوه أو جده، وأنه قد صدر قرار أو حكم قضائي يمنح حق حضانة هذا الطفل إلى شخص ثانٍ هو أمّه مثلا أو خالته أو جدته، وعند القيام بإجراءات التنفيذ اعتراض الأب أو الجد مثلا على تنفيذ هذا الحكم، وامتنع عن تسليم الطفل إلى من له الحق في حضنته، دون أن يبزر امتناعه بمبّر شرعي أو قانوني، فإنه يقع تحت طائلة هذه الجريمة.

وتصنف جريمة عدم تسليم القاصر لمن حكم له بالحضانة ضمن الجرائم المستمرة استمرارا متتابعا أو متجددا، وعليه يمكن متابعة الجاني كلما أعاد الأفعال نفسها، ولا يجوز له التمسك بسبق الحكم عليه⁽⁴⁰⁾.

المطلب الثالث: الركن المعنوي في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

يتجلى الركن المعنوي في القصد الجنائي الذي يقوم على عنصرين أساسيين العلم والإرادة، العنصر الأول هو أن يكون الجاني على علم بالأمر أو القرار القضائي الذي بت نهائيا حول مسألة حضانة الطفل، بمعنى أن يعلم بأن الطفل الموجود لديه أو في المكان الذي وضعه فيه، أو لدى الشخص الذي عهد به إليه، وامتنع عن تسليمه قد صدر قرار واجب النفاذ من جهة القضاء بشأن حضنته أو حفظه لصالح من يطلب استلامه⁽⁴¹⁾.

العنصر الثاني يتمثل في انصراف إرادة الجاني الممتنع الأب أو الأم أو غيرهما من أصحاب الحق في الحضانة، إلى عصيان الحكم القضائي الصادر بحضانة الطفل إلى شخص غيره. ونشير إلى أنه في حالة ما إذا كانت صورة الركن المادي للجريمة متمثلة في الخطف، فينبغي اتجاه إرادته إلى خطفه من الشخص الحاضر، مع العلم بتضارب الخطف مع الحكم الصادر لفائدة الشخص الحاضر.

والقصد الجنائي في هذه الجريمة يثير إشكالين؛ يتمثل الأول في تمسك الجاني بعناد المحضون، ورفضه الالتحاق بصاحب الحق في حضنته، مما يؤدي إلى براءة المتهم⁽⁴²⁾، وفي هذا الشأن جاء قرار المحكمة العليا: "متى ثبت أن المتهم لم يعلن صراحة عن رفض تسليم البنيتين، ولم يلجأ إلى أي مناورة لمنع الوالدة من حقها في الزيارة، بل إن البنيتين هما اللتان رفضتا الذهاب إلى والدتهما كما يشهد بذلك تصريح

المحضر القضائي، فإن إدانة المتهم بجنحة عدم تسليم البنيتين يعد خرقا للقانون⁽⁴³⁾، وفي حكم آخر قضى ببراءة أم كانت النيابة العامة قد تابعتها بجنحة عدم تسليم أولادها إلى مطلقها، بعد أن قضى له بحضانتهم لما ثبت أنها لم تمتنع عن التسليم، ولكن الأولاد هم الذين رفضوا الالتحاق بأبيهم⁽⁴⁴⁾، والقضاء الفرنسي استقر على رفض هذه الحجة مبررا أو عذرا قانونيا، ومع ذلك كثيرا ما يأخذ به القضاة كظرف مخفف للعقوبة⁽⁴⁵⁾.

ويتمثل الإشكال الثاني في تغيير المتهم لمحل إقامته رفقة المحضون، كحيلة يلجأ إليها المتهم لعرقلة تنفيذ حكم الزيارة، والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة، فيستحسن لو أن المشرع يتدخل لفرض عقوبات ردعية ضد المتهم الذي يتقاعس عن تبليغ صاحب الحق في الزيارة عن أي تغيير لمكان إقامته مع الطفل المحضون⁽⁴⁶⁾.

المبحث الثاني

قمع جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

لقمع جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي نص المشرع الجزائري على بعض الأحكام الإجرائية الخاصة بالمتابعة (المطلب الأول)، وقرر لها جزاءات (المطلب الثاني) ضمانا لحماية كل من مصلحة المحضون وحق الحاضن من جهة، وحماية للأحكام القضائية من جهة ثانية.

المطلب الأول: خصوصية إجراءات المتابعة في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم

قضائي

أورد المشرع بعض الأحكام الإجرائية الخاصة بهذه الجريمة، والمتمثلة في تقييدها بشكوى الضحية (الفرع الأول)، وتحريك الدعوى من المضرور عن طريق التكليف المباشر بالحضور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييد المتابعة في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

بشكوى الضحية

تعد جريمة عدم تسليم الطفل المحضون من جرائم الشكوى، التي يشترط فيها المشرع تقديم شكوى من الضحية، حتى تستعيد النيابة العامة حريتها في تحريك الدعوى العمومية بناء على سلطة الملاءمة التي تتمتع بها، ونص المشرع على هذا القيد في المادة 329 مكرر المستحدثة إثر تعديل قانون العقوبات في 2006م، حيث جاءت بشروط جديدة تخص شروط المتابعة وانقضاء الدعوى العمومية، حيث تنص على أنه:

"لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناء على شكوى الضحية.

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

قبل هذا التعديل كان المشرع المصري الوحيد الذي قيد هذه الجريمة بشكوى من له حق حضانة

الولد ضد أحد الوالدين أو أحد الجدين، الذين امتنعوا عن تسليم هذا الولد بناء على حكم قضائي⁽⁴⁷⁾.

تعرف الشكوى بأنها ذلك العمل الإجرائي الذي يطلب بواسطته المجني عليه من الجريمة التي تقيّد بشأنها أو من وكيله الخاص، يطلب فيه تحريك الدعوى العمومية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب على المشكومنه⁽⁴⁸⁾.

وقد حدد المشرع الجزائري مجموعة من الجرائم المقيدة بشكوى، سواء في قانون العقوبات أم في قانون الإجراءات الجزائية، ومنها جريمة الامتناع عن تسليم المحضون، حيث لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بشأنها إلا بعد حصولها على شكوى من الضحية أو وكيله الخاص، أين ترك تقدير أمر الملاءمة لهذا الأخير في تحريكها، لأنها تشكل وضعا خاصا للمجني عليه⁽⁴⁹⁾.

والحكمة من تقرير قيد الشكوى في هذه الجرائم هو حرص المشرع الجزائري على الحفاظ على كيان الأسرة وسمعتها واستبقاء للصلة بين أفرادها⁽⁵⁰⁾، وبالتالي جعل مصلحة هذه الأسرة فوق المصلحة الاجتماعية، على أساس أن مصلحة العائلة والأسرة هي نفسها من مصلحة المجتمع.

أما عن صاحب الحق في الشكوى فهو المجني عليه دون غيره من الأشخاص مهما كانت علاقتهم وقرباتهم بالمجني عليه، وهو شرط محدد وواضح في نصوص القانون، فالشخص المضروب هو صاحب الحق المحمي قانونا والذي وقع الاعتداء عليه فأهدره أو عرضه للخطر، وللمجني عليه أن يوكل غيره لتقديم الشكوى توكيلا خاصا، وأن تكون لاحقا لارتكاب الجريمة التي تخضع فيها النيابة لقيد الشكوى، لأن الحق في الشكوى ينشأ بعد وقوع الجريمة، فلا يتصور نشوء الحق في التوكيل قبل ارتكاب الجريمة⁽⁵¹⁾.

إن الحق في الشكوى في جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، لصاحب الحق في الحضانة والذي صدر الحكم القضائي لصالحه، والذي يطالب بتسليم المحضون، لأن الاعتداء وقع على حقه والضرر أصابه هو دون غيره، ويمكن له أن يوكل غيره بتوكيل خاص لتقديم الشكوى.

ويشترط في الشاكي أن تتوفر فيه أهلية التقاضي، لأن الشكوى عمل قانوني يرتب آثارا إجرائية، تتمثل في إطلاق يد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، ومن ثم لا بد أن يكون الشاكي قد بلغ سن الرشد المدني، وهو 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني⁽⁵²⁾.

وبما أن الشاكي هنا قد يكون أحد الوالدين الذي أسندت له الحضانة، فماذا لو لم يبلغ سن 19 سنة باعتبار أنه قد تم أبرام زواجه بترخيص قضائي، ويتصور هذا في الأم التي تتزوج دون السن القانونية ثم تطلق بولد وتسند لها الحضانة بعد ذلك، فحسب المادة 7 ف2 من قانون الأسرة فإن هذه الزوجة تكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات⁽⁵³⁾.

وإذا لحق المجني عليه عارض ينقص أو يعدم أهليته، فإن وليه أو وصيه أو القيم عليه يحل محله، وفي جريمة الامتناع عن تسليم المحضون سوف ينتقل الحق في الحضانة إلى من يليه في الترتيب، ويكون هو صاحب الحق في الشكوى.

وباعتبار جريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي من جرائم الشكوى، فإن سحب الشكوى يوقف المتابعة ويؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية، ومع ذلك نجد أن المشرع نص في المادة 329 مكرر الفقرة الأخيرة على أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية.

ويقصد بالصفح هنا التنازل عن الشكوى أو سحب الشكوى، والنص على الصفح في جرائم الشكوى ليس له أي إضافة عملية، فهو تكرر في غير محله، ولا يفيد في شيء، باعتبار أن المشرع قد نص في المادة 6 ف3 من قانون الإجراءات الجزائية⁽⁵⁴⁾ على أنه "تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة"، فهذه المادة كافية لإقرار الحكم القاضي بإيقاف المتابعة، وبناء عليه، على المشرع أن يحذف عبارة "ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

جدير بالذكر أن انقضاء الدعوى العمومية بالتنازل عن الشكوى أو الصفح يكون في حالة ما إذا لم يصدر حكم نهائي، أما إذا صدر الحكم البات فإن الدعوى تنقضي به ولا مجال للحديث عن الصفح.

الفرع الثاني: حق طالب تسليم المحضون في تحريك الدعوى العمومية عن طريق التكليف

المباشر بالحضور

التكليف المباشر بالحضور هو "عمل إجرائي بمقتضاه يستطيع المدعي بالحق المدني تحريك الدعوى الجنائية بالطريق المباشر أمام المحكمة"⁽⁵⁵⁾، فهو إجراء مخول قانونا للمتضرر من الجريمة، ويكون له بمقتضاه الحق في أن يكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة، مطالبا إياه بتعويض الضرر الذي ألحقته به إحدى الجرائم المحددة قانونا، فتتحرك تبعا لذلك الدعوى العمومية ضد المتهم⁽⁵⁶⁾.

حسب الفقرة الأولى من نص المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، فإن الجرائم التي يجوز فيها التكليف المباشر بالحضور هي ترك الأسرة، عدم تسليم الطفل، انتهاك حرمة المنزل، القذف، وإصدار شيك بدون رصيد، وهذه الجرائم أوردها المشرع على سبيل الحصر، أما بالنسبة للجنح والمخالفات الأخرى إذا ما أراد المجني عليه سلوك هذا الطريق فلا يمكنه ذلك إلا بترخيص من وكيل الجمهورية حسب ما نصت عليه المادة 337 مكرر ف2 قانون إجراءات جزائية.

وعليه فمن حق المتضرر من جريمة عدم تسليم المحضون مخالفة لحكم قضائي، أن يحرك الدعوى العمومية عن طريق التكليف المباشر بالحضور للمتهم، ومطالبته بالتعويض عن الضرر الناجم عن الجريمة سواء كان الضرر ماديا أو معنويا.

الهدف من إقرار حق المضرور من الجريمة في التكليف المباشر بالحضور، هو تمكينه من مراقبة النيابة العامة في تصرفاتها، عند ممارستها حقها في تقدير ملائمة تحريك الدعوى العمومية، ومن ثم تدارك أي إهمال تقع فيه النيابة العامة في أداء وظيفتها فيما يتعلق بتحريك الدعوى العمومية، وكذلك تحقيق التوازن بين حق المجتمع وحق الضحية، بالإضافة إلى إرضاء الضحية وتعويضه بصفة عاجلة⁽⁵⁷⁾، مع توفير الجهد والوقت والنفقات⁽⁵⁸⁾، ونجد أن مختلف التشريعات المقررة لهذا الحق قد حرصت على

إبقائه للمتضرر من الجريمة، حماية للمصالح الفردية، والتي قد لا تجد اهتماما من النيابة العامة، لأنها لا تراعي إلا الصالح العام عند تحريكها ومباشرتها للدعوى العمومية باعتبارها المثلة للمجتمع⁽⁵⁹⁾.

المطلب الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي

رتب المشرع المسؤولية الجزائية عن جريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، وتتمثل في إقرار عقوبات أصلية (الفرع الأول)، وعقوبات تكميلية (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى النص على ظرف مشدد للعقوبة من خلال المادة 328 من قانون العقوبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: العقوبات الأصلية المقررة لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم

قضائي

تنص المادة 328 من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 20000 إلى 100000 د.ج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف..."

وتكفي جريمة الامتناع عن تسليم قاصر على أنها جنحة، والمشرع أقر نوعين من العقوبات على سبيل الإلزام وليس على سبيل الاختيار بينهما، العقوبة الأولى تتمثل في الحبس حده الأدنى شهر والأقصى سنة، مع العلم أن العقوبة الأصلية في الجنح حدها الأدنى هو شهران، والعقوبة الثانية تتمثل في الغرامة حدها الأدنى 20000 د.ج وحدها الأقصى 100000 د.ج.

وهي عقوبة مقررة للممتنع عن تسليم قاصر، وكذلك لكل من خطفه أو أبعده، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، وفي كل هذه الحالات يعد الفاعل فاعلا أصليا، أي مساهمته في الجريمة مساهمة أصلية، وبالنسبة للصورة الأخيرة للركن المادي للجريمة التي هي حمل الغير على الخطف أو الإبعاد، فإن المحرض هنا يعد فاعلا أصليا بنص القانون، وكذلك من قام بفعل الخطف لصالح الأب أو الأم أو غيرهم من الأقارب، لأن فعله يدخل ضمن الركن المادي للجريمة.

وبخصوص الشروع في هذه الجريمة، يشترط المشرع للعقاب نصا خاصا بالنسبة للجنح⁽⁶⁰⁾، ومن ثم فلا عقاب على الشروع في جريمة عدم تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي، باعتبار أن الجريمة من الجنح، ولا يوجد نص خاص يعاقب على الشروع فيها.

والأصل أنه لا عقاب على الشروع في جرائم الامتناع، وجريمة الحال من جرائم الامتناع، لكن الملاحظ أن من صورها الخطف أو الإبعاد أو حمل الغير على الخطف أو الإبعاد وهي جرائم ذات نشاط إيجابي يتصور فيها الشروع، لذلك كان حريا بالمشرع الجزائري أن يفصل بين هذه الصور حتى يرتب الأحكام المناسبة حسب كل صورة.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية المقررة لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم

قضائي

إضافة إلى العقوبات الأصلية الواردة في المادة 328 من قانون العقوبات، يمكن للقاضي أن يحكم على الجاني بالعقوبات التكميلية الاختيارية المقررة للجنح، والمتمثلة حسب نص المادة 9 من قانون العقوبات في:

- الحجر القانوني،
- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية،
- تحديد الإقامة،
- المنع من الإقامة،
- المصادرة الجزئية للأموال،
- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط،
- إغلاق المؤسسة،
- الإقصاء من الصفقات العمومية،
- الحضر من استعمال الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع،
- تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة،
- سحب جواز السفر،
- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.

الفرع الثالث: الظروف المشددة المقررة لجريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم

قضائي

نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة 328 من قانون العقوبات على أنه "وتزاد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"، وهذا الظرف المشدد خاص بالأب فقط دون بقية أصحاب الحق في الحضانة.

الخاتمة:

يتضح من خلال ما سبق ذكره، أن المشرع الجزائري كرس إلى حد ما حماية جزائية لكل من الطفل المحضون وصاحب الحق في الحضانة، وأقر ضمانات لتنفيذ الحكم القضائي القاضي بإسناد الحضانة، من خلال تجريم فعل الامتناع عن تسليم الطفل المحضون إلى من حكم لصالحه. وتوسيعا لمجال الحماية، أورد المشرع صورا مختلفة للركن المادي لهذه الجريمة، من الخطف أو الابعاد أو حمل الغير على فعل ذلك، غير أنه يمكن تسجيل بعض النقائص ووجود بعض الغموض في نص المادة 328 من قانون العقوبات، نوردها مع الاقتراح المناسب في ما يأتي:

- 1- أن المشرع أورد صور الركن المادي في جريمة الامتناع عن تسليم المحضون في مادة واحدة، مع الاختلاف بين هذه الصور، فالجريمة الأصلية جريمة امتناع، بينما الصور الأخرى من الخطف أو الابعاد أو حمل الغير على فعل ذلك، سلوكات إيجابية، وجرائم الامتناع مختلفة عن الجرائم الإيجابية من حيث الأحكام، فكان على المشرع أن يفرد لكل صورة نصا خاصا حتى يرتب الأحكام المناسبة لكل جريمة، من حيث الشروع ومن حيث المساهمة، بالإضافة إلى أن عدم تسليم المحضون يختلف عن اختطافه، من حيث أن الطرف الآخر في الامتناع عن التسليم يكون على علم بمكان وجود القاصر، بينما في الصورة الثانية لا يعلم، والصورة هنا أشد خطورة وأشد ضررا.
- 2- إدراج المشرع لجريمة خطف الطفل من طرف أحد أبويه أو أحد أقاربه ضمن جريمة الامتناع عن تسليم المحضون، مع أن جريمة خطف الطفل منصوص عليها في المادة 326 من قانون العقوبات، فالأفضل لو أن المشرع نص على صورة خطف الطفل من طرف أحد أبويه ضمن جريمة خطف الأطفال في المادة 326 من قانون العقوبات، واعتبار صفة الأبوة في الجاني كظرف مخفف في العقاب.
- 3- أورد المشرع مصطلح القاصر في المادة 328 بدلا عن المحضون مع الاختلاف بينهما في المعنى، لذلك ينبغي على المشرع التزام الدقة في ضبط المصطلحات، واستعمال مصطلح المحضون لأنه الأنسب بدلا من القاصر.
- 4- عدم نص المشرع على جريمة عدم تمكين الطرف المحكوم له بحق الزيارة في صلب المادة، مع أن تفسير المادة يقضي بتجريم الامتناع عن ذلك، فيحسن لو أن المشرع ينص عليها مستقبلا كجريمة مستقلة عن جريمة عدم تسليم طفل، أو إدراجها صراحة ضمن نص المادة 328 من قانون العقوبات، وهذا تفاديا للتفسير الموسع للنص الجنائي، وضمانا لاحترام مبدأ الشرعية.
- 5- تفاديا للإشكالات التي تثار في القصد الجنائي، كتغيير المتهم لمكان إقامته مع المحضون، ينبغي على المشرع التدخل لفرض عقوبات ردعية ضد المتهم، الذي يتقاعس عن تبليغ صاحب الحق في الزيارة عن أي تغيير لمكان إقامته مع الطفل المحضون.
- 6- ينبغي على المشرع أن ينص على الأعذار المخففة في هذه الجريمة إذا كان المتهم أحد الأبوين، وطالب التسليم غيرهما، ورفض الطفل المحضون الانتقال إلى من حكم له بالحضانة من الأقارب.

الهوامش:

- (1) الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، مؤرخ في 29 ذي القعدة 1427 هـ الموافق لـ 20 ديسمبر سنة 2006 م، الجريدة الرسمية، العدد 84، مؤرخة في 4 ذي الحجة 1427 هـ الموافق لـ 24 ديسمبر 2006 م.
- (2) الحضانة في اللغة مأخوذة من الحضن بكسر الحاء، وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل الصدر والعضدان وما بينهما، والجمع أحضان، وهو احتمال الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة طفلها، فتحمله في أحد شقيها، وحضن الطائر بيضه، أي ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها فإنها تضمه إلى جوانبها، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه. أبي الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 13، دار صادر، بيروت، د. ط، 2003 م، ص 122-123.
- (3) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، القاهرة، طبعة الحلبي، د. ط، د. ت، ص 526.
- (4) زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم، البحر الرائق، بيروت، دار الكتب العلمية، د. ط، د. ت، ص 179.
- (5) العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، د. ط، 2000 م، ص 112.
- (6) القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 م، الجريدة الرسمية، العدد 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005 م.
- (7) حمو ابراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 م-2015 م، ص 155.
- (8) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج 17، الكويت، 1980 م، ص 301.
- (9) الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، مؤرخة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005 م، الجريدة الرسمية، العدد 43، مؤرخة في 21 جمادى الأولى 1426 هـ الموافق لـ 28 يونيو 2005 م.
- (10) تنص المادة 7 على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، مع العلم أنه قبل تعديل هذه المادة سنة 2005 م كانت سن الزواج 18 سنة بالنسبة للمرأة.
- (11) محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائري، القسم الخاص، دار هومة، الجزائر، ط 1، 2003 م، ص 164-165.
- (12) حسينة شرون، جريمة الامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، العدد 7، ص 24.
- (13) تنص المادة 64 من قانون الأسرة "الأم أولى بحضانه ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمه، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون..."
- (14) محمد كمال الدين إمام، وآخرون، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج، الفرقة، وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، سوريا، منشورات الحلبي، د. ط، 2013 م، ص 49.
- (15) احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم ضد الأشخاص، جرائم ضد الأموال، بعض الجرائم الخاصة، منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة، ج 1، الجزائر، دار هومة، ط 15، 2012 م-2013 م، ص 196.
- (16) المحكمة العليا، ملف رقم 132607، قرار بتاريخ 16/06/1996، غير منشور، نقلا عن احسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الجزائر، بيرتي، ط 2007 م-2008 م، ص 147.
- (17) حسينة شرون، مرجع سابق، ص 25.
- (18) مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، قسنطينة، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية، د. ط، 2005 م، ص 149-150.
- (19) القانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فيفري 2008 م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، مؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق لـ 23 أفريل 2008 م.
- (20) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 2، 2002 م، ص 125.

- (21) نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص: شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09، عين امليلة، دار الهدى، ط1، 2009م، ص217.
- (22) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص128 وما بعدها.
- (23) المرجع نفسه، ص129-130.
- (24) مرسوم 144-88 المؤرخ في 26 جويلية 1988م، المتضمن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالزواج المختلط، الجريدة الرسمية، العدد1، سنة 1988م.
- (25) المحكمة العليا، ملف رقم 239135، بتاريخ 2001/03/27م، المجلة القضائية، العدد2، الجزائر، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001م، ص378-377.
- (26) احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ...، مرجع سابق، ص225. مكي دردوس، مرجع سابق، ص150.
- (27) حسينة شرون، مرجع سابق، ص26.
- (28) رمسيس بهنام، قانون العقوبات، جرائم القسم الخاص، الإسكندرية، منشأة المعارف، د. ط، 2005م، ص1026-1025.
- (29) نبيل صقر، مرجع سابق، ص219.
- (30) احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص197.
- (31) نبيل صقر، مرجع سابق، ص219.
- (32) philippe conte, Driot pénal spécial , lexisnexis ,litec, 3 em éd, P 176.
- (33) لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء الجزائري، الجزائر، دار هومة، د. ط، د. ت، ص20.
- (34) محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ج1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2005م، ص296.
- (35) عبد الرزاق فخري الحديثي، خالد حميدي الزغبى، شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الأشخاص، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2009م، ص165.
- (36) فاطمة الزهراء جزار، جريمة اختطاف الأشخاص، مذكرة ماجستير في علم الإجرام وعلم العقاب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2013-2014، ص82.
- (37) نبيل صقر، مرجع سابق، ص219. احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص...، مرجع سابق، ص184.
- (38) عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص126.
- (39) المرجع نفسه، ص125.
- (40) نبيل صقر، مرجع سابق، ص215.
- (41) المرجع نفسه، ص221.
- (42) احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص...، مرجع سابق، ص184.
- (43) المحكمة العليا، ملف 1306911، قرار بتاريخ 1996/07/19، المجلة القضائية، العدد1، سنة 1997م، ص153.
- (44) قضية رقم 01/3347، بتاريخ 2002/01/07م، غير منشور. نقلا عن: محمد (بن وارث)، مرجع سابق، ص165.
- (45) احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص...، مرجع سابق، ص198.
- (46) عبد الرحمن خلفي، الجرائم الماسة بأحكام الحضانة: دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد2، 2008م، ص45.
- (47) علي شمالل، السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية: دراسة مقارنة، الجزائر، دار هومة، ط1، 2009م، ص126.
- (48) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: التحري والتحقيق، الجزائر، دار هومة، ط2، 2011م، ص100.
- (49) DELMAS (M), Les grands systèmes de Politique Criminelle, 1er éd, Paris, s. n. é, 1992, p25.
- (50) سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري: شرعية التجريم، ج1، الجزائر، مطبعة عمار قرفي، ط1، 1992م، ص84. عبد الله أوهايبية، مرجع سابق، ص110.
- (51) عبد الله أوهايبية، مرجع سابق، ص101.
- (52) المرجع نفسه، ص102.
- (53) المادة 7 ف2 من قانون الأسرة "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

- (54) الأمر رقم 66-155، مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966م، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 48، مؤرخة في 20 صفر 1386 هـ الموافق ل 10 يونيو 1966م.
- (55) نظام المجالي، القرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية، ط1، عمان، دار الثقافة، ط1. 2002م، ص90.
- (56) أحمد محمد عبد اللطيف الفقي، الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1421هـ-2001م، ص274.
- (57) محمد معي الدين عوض، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، مقال منشور ضمن أعمال المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد بالقاهرة في 12-14 مارس 1989م، بعنوان حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990م، ص58. الردايدة (عبد الكريم)، دور أجهزة العدالة الجنائية في حماية حقوق ضحايا الجريمة: دراسة مقارنة ما بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الأردن، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 1433هـ-2012م، ص182.
- (58) محمد معي الدين عوض، مرجع سابق، ص58.
- (59) عبد الكريم الردايدة، مرجع سابق، ص182.
- (60) تنص المادة 31 من ق. ع على أنه "المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون".