



جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



جريمة عدم تسليم الطفل في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الجنائي وعلوم إجرامية (مهني)

تحت إشراف الأستاذة:

د/قنيفة غنيمية

من إعداد الطالبان:

- بوزيان سعيد

- الحداد عادل

لجنة المناقشة

- د/ براهيم صفيان، أستاذ محاضر "أ" جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا
- د/ قنيفة غنيمية، أستاذة محاضرة "أ" جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا ومقرر
- د/ ادرنموش امال، أستاذ محاضر "أ" جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2023/10/03

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

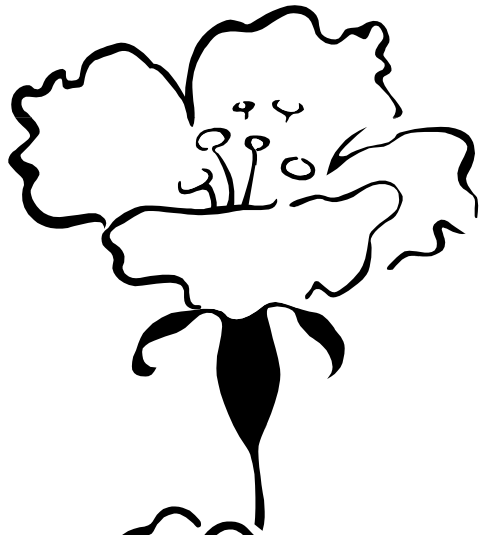
شكر وحرمان

بسم الله الرحمن الرحيم

أشكر الله سبحانه وتعالى على بلوغ هذا المقام كما نتوجه بالشكر
الجزيل إلى أستاذتنا المشرفة فنية غنيمه التي أطرت على هذا
العمل وتتبعنا بالنصائح والإرشادات لإنجازه و إتمامه.
كما لا يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة على تقبلهم مناقشة
مذكرتنا، وممتين لهم مسبقا على كل الملاحظات و التوجيهات التي
ما من شك أن فيها إثراء وتصويب للموضوع .

* سعيد وعادل *





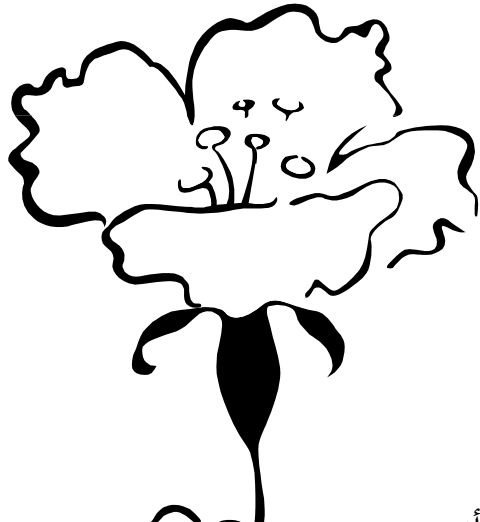
إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم وعلى أهله وأصحابه.

الحمد لله الذي وفقني لوصول إلى هذه المحطة في مسيرتي الدراسية كما يعود الفضل في المقام الثاني لعائتي الكريمة التي ساندتني ماديا و معنويا حفظهم الله و رعاهم وأطال في أعمارهم

* سعيد *





إهداء

ما أجمل أن يحوء المرء بأعلى ما لديه والأجمل أنه يهدي
الغالي للأغلى

أهدي ثمرة جهدي التي اجنيها اليوم إلى أمي وأبي حفظهما
الله لي

إلى جدتي أطال الله في عمرها.

إلى إخوتي وأخواتي وجميع أصدقائي

إلى كل من ساندني طول مسيرتي.

إلى كل الأساتذة الذين درسوني طوال حياتي الدراسية

إلى كل من طلب العلم واجتهد في الوصول إليه.

* عادل *



قائمة باهم المختصرات

- ج.ر.ج.ج: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- ص: صفحة رقم.

- ص ص: من صفحة إلى صفحة.

- ط: طبعة.

مقدمة

إعتبر الإسلام الزواج الوسيلة الصحيحة لتكوين الأسرة و الحفاظ على النسب و الأعراض والتقليل من الفاحشة، فالزواج رابطة شرعية تربط بين الرجل والمرأة، يحفظ بها النوع البشري. ولقد إجازتها الشرائع السماوية المتقدمة بأجمعها، وأكد الإسلام عليها وندب إليها الشارع هكذا في كل تشريعاته. وبناء على ما للزواج من خطورة و مكانة مهمة في النظام الاجتماعي، تولى الشارع رعايته بدقة وتفصيل، حيث فصل قواعده و حدد أحكامه مند اللحظات الأولى للتفكير فيه حتى إتمامه.

لقد نظمت الشريعة الإسلامية الأسرة وإحاطتها بجملة من الأحكام التي تشرع الحقوق المتبادلة و تحافظ على استمرارها، سواء ما يتعلق بالزواج او الطلاق ولا يبقى بينهم سوى فك هذه الرابطة ولكن وفق ظوابط شرعية.

إلى جانب ما ورد في الشريعة الإسلامية نجد أن المشرع قد اقر الطلاق و نظمه بمجموعة من الإحكام الواردة في قانون الأسرة¹ لأنه يحدث اثار تؤثر على المجتمع ويمس فئة حساسة جدا ويتمثل هذا في الطفل .

الحضانة هي حق تمنح لأحد الوالدين وذلك بعد فك الرابطة الزوجية حيث يحق له الاحتفاظ بأولاده ورعايتهم وتربيتهم تربية حسنة، أما الطرف الأخر المحروم من حق الحضانة خصص له المشرع حق الزيارة بهدف الاطمئنان على أولاده و الحفاظ على الروابط بين الطفل وأبويه المنفصلين، وتكمن أهمية الحضانة أن ينعم المحضون برعاية حقيقية لاتشعره بفراق والديه وعليهما أن يتفهموا حالة المحضون ، وإلا تدخل القانون لتقرير أصحاب الحقوق وكيفية ممارستها لان هذه الحقوق مقررة لحماية المصالح الاجتماعية للمحضون، والتي منها زيارة المحضون ،وما قد يترتب عليه من تعسفات التي قد تحدث بين الحاضن و صاحب الحق في الزيارة.

¹- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1954، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24 صادر في 12 يونيو

1984، معدل ومتمم.

بالرغم من الجهود التي بذلها المشرع الجزائري بخصوص تنظيم الطلاق و آثاره خصوصا بما يتعلق بالطفل المحضون وتكريس حقي الحضانة و الزيارة إلا انه في بعض الأحيان يكون احد الأبوين الذي حكم عليه بحكم الزيارة و المحروم من حق الحضانة غير راض عن هذا الحق، كونه يريد تربية أولاده والاحتفاظ بهم ، وهذا ما يدفعه إلى اخذ المحضون والاحتفاظ به وعدم إرجاعه وهذا ما يسمى في القانون بجريمة عدم تسليم الطفل وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في قانون العقوبات الجزائري¹.

اخرنا البحث في موضوع جريمة عدم تسليم الطفل لما يثيره من إشكاليات عملية كثيرة وصعوبات يواجهها الضحية تحول دون قدرته على المتابعة القضائية للممتنع عن التسليم، ضف إلى ذلك فهو موضوع كثير التداول في أروقة المحاكم أردنا الإثراء من خلال البحث في النظام القانوني لجريمة عدم تسليم الطفل في القانون الجزائري .

وللإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي الذي يعتمد على سرد المعلومات القانونية التي لها صلة بالموضوع مع اللجوء إلى أسلوب التحليل.

تعد الحضانة و الزيارة من توابع الطلاق التي تضع الطفل المحضون عند احد الأبوين تارة وعند الأخر تارة أخرى (الفصل أول) يتعسف احدهما او كلاهما في استعمال حقهما ما ينجر عنه قيام جريمة عدم تسليم الطفل، الفعل المنصوص و المعاقب عليه في القانون الجزائري(الفصل ثاني).

¹ أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، ج، ر، ج، ج، عدد49، الصادر بتاريخ 11 يونيو 1966، معدل ومتمم.

الفصل الأول

وجوب تسليم الطفل إلى

من له الحق في ذلك

الفصل الأول

وجوب تسليم الطفل إلى من له الحق في ذلك

من الآثار القانونية لانحلال الرابطة الزوجية وانتهاءها جملة من الآثار والإجراءات ومن بينها الحضانة وهي من أهم الآثار التي يخلفها الطلاق، والحضانة هي حق يكرس لأحد الوالدين والبحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه، وتنفيذ حكم المقرر بالحضانة ما هو إلا تسليم الطفل إلى حاضنه أو زائره، فحتى لو كرس المشرع حق الحضانة لأحد الطرفين فإنه كرس حق الزيارة للطرف الآخر وبهدف الاطلاع والاطمئنان على الطفل. على القاضي عندما ينص على حكم الحضانة أن يرى مصلحة المحضون قبل كل شيء فهي بمثابة عمود فقري ينشئ على أساسه كل الاحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، وهذا كمبدأ عام و ان يقوم قرار الحضانة إلى من له الحق فيه سواء من الناحية القانونية او من الناحية الاجتماعية(المبحث الأول)، صحيح ان القانون قد كرس حق الحضانة لأحد الأطراف إلى انه لا يقيم بحرمان الطرف الآخر من رؤية أطفاله بل كرس له حق طرف آخر حيث كان هذا الحق يتحقق من طرف المشرع الجزائري و لم يعطي له أهمية كبيرة من الناحية القانونية والذي يتمثل في وجوب تسليم الطفل إلى زائره(المبحث الثاني).

المبحث الأول

التنظيم القانوني للحق في الحضانة

يعتبر الطفل عنصر جوهري وضعيف في نفس الوقت، فهو لا يستطيع التكفل بنفسه، وحماية له خصص المشرع الجزائري آليات تضمن التكفل به، خصوصا في حالة انحلال الرابطة الزوجية وأيضا كرس حماية لمن لهم الحق في الحضانة.

إن مختلف الجرائم التي تمس حقوق الأطفال هي عبارة عن حلقة متسلسلة، فكل الجرائم تنتج من الأثر جريمة أخرى، فنجد أن جريمة عدم تسليم الطفل ما هي أو أثر ناتج من عدم تنفيذ الحكم القضائي للحضانة، كما تعتبر من الجرائم الواقعة على الأسرة والمشرع الجزائري لم يحددها بمفهوم واسع وشامل، وإنما حددها ضمن قانون العقوبات، لهذا قبل التطرق إلى جريمة عدم تسليم الطفل في الجزائري سنقوم بالتطرق إلى مفهوم الحضانة(المطلب الأول)، وأحكام ممارسة الحضانة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الحضانة

تعد الحضانة من آثار انحلال الرابطة الزوجية، وهي أيضا من أهم المسائل التي أعطت لها مختلف التشريعات أهمية كبيرة، والتي تدخل ضمن قواعد قانون الأسرة، خصوصا من اجل توفير الحماية والرعاية للأطفال بعد طلاق الزوجين، وذلك من اجل المحافظة على الأطفال من الانحراف والانحلال الخلقي، فنجد أن القانون قد نص على أن يترك الطفل عند من هو مؤهل لحمايته من كل النواحي لكي يكون صالحا في المجتمع، لذلك وجب الوقوف على أهم النقاط التي تبين لنا المعنى الصحيح والدقيق للحضانة(الفرع الأول ثم الحديث عن شروط ممارستها(الفرع الثاني)).

الفرع الأول

تعريف الحضانة

الحضانة في المبدأ من عوامل الإنحراف والجنوح، بحيث يكون أهلا لخلافة الله في الأرض وأهلا حينذاك لخدمة الوطن والمجتمع، فلهذا قد منحت تعاريف مختلفة سواء من الناحية اللغوية (أولا)، ومن الناحية الفقهية (ثانيا)، ومن الناحية القانونية (ثالثا).

أولا: التعريف اللغوي للحضانة

الحضانة هي ضم الشيء إلى الحضن أو الصدر، وهي أسس من معنى الضم فنقول حضن الطائر بيضته أي ضمها إليه، أو جلس عليها وغطاها، لهذا يطلق عند الإحسان على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها فيعني تعاقبه فهو بذل على ضم الشيء وحفظه¹.

ثانيا: التعريف القانوني للحضانة

بما أن الحضانة هي ناتجة من آثار إنحلال الرابطة الزوجية بين الزوجين فهي تخل ضمن أحكام الأحوال الشخصية التي تدخل ضمن أحكام وقواعد قانون الأسرة والمشرع قد عرف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحتا وخلقا".

من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع إستعمل كلمة الولد فالتعريف القانوني وركز في تعريفه للحضانة على أسباب الحضانة أهدافها، فالتعريف القانوني للحضانة قد توقف على بعض نقاط أساسية التي يجب على الحاضن أن يوفرها للمحزون² وهي:

1- حيرش الزهراء، الجرائم المتعلقة بمخالفة احكام الحضانة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق،

تخصص الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017، ص 05.

2- دبابي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 80.

ان تعليم الولد والتدريس الرسمي يعد حقا لكل طفل ويضمنه له القانون مجانا وإجباريا إلى غاية إستطاعته تجديد مستواه بناء على كفاءته.

حسب ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة أنه يمكن أن لكون الأمر ظاهرة ولذلك أوجب عليها القانون تربية المحضون على مبادئ وقيم الدين الإسلامي الذي يكون دين أبيه، والمشرع في هذه الحالة قد ساند رأى الفقهاء حول زواج المسلم بغير مسلمة¹ وذلك في نص المادة 30 الفقرة الأخيرة.

من أهم المسؤوليات التي تقع على عاتق الحاضن هي الإعتناء بالوضع الصحي للطفل المحضون لأن العافية البدنية هي أساس نشأة الطفل جيدة سواء من الناحية الخلقية أو الناحية الدراسية، فيجب على الحاضن أن يتقيد كل التعليمات الدورية التي يتلقاها من الطبيب وفي وقتها خصوصا في حالة الحاجة².

يجب توفير الحماية من كل الجوانب المعنوية والمادية وأن لا يتعرض المحضون لأي عنف جسدي كالضرب والتعذيب والإستغلال، ويجب أن يؤدي في حدود ما يسمح به المشرع ويجبره تانبا له عن أي خطأ أو سوء معاملة يسببها إتجاه الغير³.

ثالثا: التعريف الفقهي للحضانة

عرف الكساني الحضانة بقوله "حضانة الأم ولدها، ضمها إياه إلى جنبها وإعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه"⁴.
عرف الدشوقي الحضانة على أنها: "حفظ الولد والقيام بمصالحه"⁵.

1- أنظر المادة 30، قانون الأسرة ، التقنين نفسه.

2- دبابي باديس، مرجع سابق، ص 52.

3- دبابي باديس، مرجع نفسه، ص 53.

4- حيرش الزهراء، مرجع سابق، ص 09.

5- ترفاس نوال، التنظيم القانوني لعقد رؤية وزيارة المحضون، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2015، ص 6.

كما عرف الشافعية الحضانة أنها "عبارة عن القيام بحفظ من لا يميز ولا ينتقل بأمره وتربيته ما يصلحه ووقايته عما يؤذيه"¹.

أما الباهوتي عرفها بأنها: "حفظ الصغير فنحوه، كمجنون ومعتوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحة"².

من خلال مختلف التعاريف الفقهية التي نتطرقنا إليها نجد أن مفهوم الحضانة فقها هو القيام بالإعتناء وتربية من لا يستطيع الإعتناء بنفسه سواء لكونه صغيراً أو بسبب مرض بعجزه عن رعاية نفسه، وذلك برعاية شؤونه سواء من حيث طعامه أو ملبسه أو نظافته.

الفرع الثاني

شروط الحضانة

إن الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن لم يدقق المشرع الجزائري فيها ولم يفصلها بل يتطرق إليها بإختصار في مضمون المادة 62 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك".

والأهلية المقصودة في محتوى المادة 62 هي تلك المتعلقة القدرة والإستطاعة على تربية الصغير والقيام بشؤونه، ولهما ولفهم الدقيق والمعنى المقصود بالأهلية المشرع إشتراط من الحاضن أن يكون عاقلاً (أولاً) وبالغا (ثانياً) وقادراً على التربية(ثالثاً).

أولاً-العقل:

إن ميزة العقل هي ميزة سخرها الله تعالى للإنسان وذلك لتمييزه عن الكائنات الأخر فبالعقل يستطيع أن يميز بين الأشياء و بين الصحيح والخطأ لكي يستطيع الحاضن أن يدرك حجم المسؤولية الملقاة على عاتقه، ويستطيع أن يكون مدركاً للمخاطر والتحديات التي يواجهها من خلال أداء مهمته³. بما أن الحضانة تدور حول مضمون واحد وهو الولاية

1- ترفاس نوال، مرجع سابق، ص 7.

2- حيرش الزهراء، مرجع سابق، ص 09.

3- دبابي باديس، صور آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2012، ص 128.

المناسبة للمحضون وقد أكد المشرع على أن الحضانة هي الولاية في نفس الوقت، حسب المادة 87 من قانون الأسرة في الفقرة الأخيرة والتي تنص على أنه: "...وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن إستندت له حضانة الأولاد".

والمشرع قد أكد على عدم منح الحضانة لغير العاقل والمعتوه والسفيه، لأن الحاضن ينبغي أن يكون تصرفاته غير نافذة، وهذا حسب المادة 85 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

ثانيا- البلوغ:

يقصد بالبلوغ أن يصبح الشخص أهلا وتحمل المسؤولية عن كل الأفعال التي تصدر منه أن يكون مسؤولا عن تصرفاته، والأهلية إذا هي قدرة الشخص عن تولي شؤونه بنفسه وشؤون غيره، لهذا هو شرط في الحضانة لأنه يشترط في الحاضن أن يكون بالغاً¹ والمقصود بالبلوغ في قانون الأسرة، وذلك في المادة 07 التي على: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام سن 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج".

والمقصود من هذه المادة أنه يمكن للقاضي أن يحكم والمرأة بالزواج وفي ذلك إذا كانت هناك مصلحة أو ضرورة لذلك وهذا يعتبر كإستثناء أهليتهما إلى بعد بلوغ 19 سنة. وأيضا سن البلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد هو المنصوص عليه في القانون المدني من خلال المادة 40 التي تنص على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمعا بقواه العقلية، ولم يحضر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة"².

1- عبار فاطمة ومساوي ليديّة، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو، 2012، ص12
2- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 الصادر في 30 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

ثالثا - القدرة على التربية:

الحضانة لمن عجز عن القيام بها لكيف في السن أو مرضه ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والإستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا، خلقيا، وإجتماعيا¹، أي أنه من بلغت سن لا يمكنها أن يتعهد محضونها وتحفظه، وكذلك المريضة التي يعجزها مرضها عن رعاية محضونها، فيجب على الحاضن أن يكون صحيح البدن فلا حضانة لعاجز لا يقدر على القيام بمصالح نفسه فأخرى أن لا يقدر على القيام بأمر غيره، خاصة إذا كان الغير صغير في السن ويحتاج رعاية².

المطلب الثاني

أحكام ممارسة الحضانة

إن الحضانة هي التي تحدد مستقبل الطفل المحضون وهي مسألة أساسية لا يمكن تجاهلها، فالمشرع لم يقدم ولم يخصص حق الحضانة بصفة عشوائية بل قام بترتيبها وتصنيفها حسب تسلسل قانوني منصوص عليها في أحكام قانون الأسرة (الفرع الأول) وإضافة إلى ترتيب أصحاب الحق في الحضانة قام أيضا بتحديد مدة زمنية وقام أيضا بتحديد مستحقيها خصوصا إتجاه الأب (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أصحاب الحق في الحضانة ومدتها

سار المشرع الجزائري في ترتيب أحكام أصحاب الحق في الحضانة في نفس مسار الفقهاء، وذلك وفق أولويات مصلحة المحضون، وقد حددتهم المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري ، و لتوضيح ذلك قسمنا هذا الفرع الى مستحقي الحضانة (أولا) ومدة الحضانة (ثانيا).

1- باديس دبابي، مرجع سابق، ص 130.

2- حيرش الزهرة، مرجع سابق، ص 14.

أولاً: مستحقي الحضانة

حسب قانون الأسرة الجزائري فكانت المادة 64¹ قبل التعديل تنص على: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

من خلال نص المادة المذكور أعلاه نستخلص أن المشرع قد منح أولوية الحضانة للأم على الأب وأيضا الثبات من جهة الأم على جهة الأب. إلا أن المشرع الجزائري قد قام بتعديل محتوى المادة 64 من قانون الأسرة وذلك في سنة 2005 بالأمر رقم 05-02² التي أصبحت تنص على: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

هذا التعديل المشرع أعاد ترتيب من لهم الحق في حضانة الطفل المحضون وأيضا قد أضاف مصطلح في آخر هذه المادة الذي هو: "مع مراعاة مصلحة المحضون" الذي أدى إلى تغير المعنى لهذه المادة لأنه إذا فسرنا معنى هذه العبارة فنجد أنه الترتيب المنصوص عليه في هذه هو ترتيب حصري يمكن مخالفته لفائدة مصلحة هذه المادة لكن في حدود مصلحة المحضون³.

ثانياً: مدة الحضانة

إلى جانب شروط الحضانة أو أصحابها فقد حدد المشرع الجزائري أيضا مدة الحضانة فقد حددها ضمن نص المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص

2- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 15، الصادر في 27 فيفري 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11.

3- عبد السلام نور الدين، "إستحقاق الحضانة في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص 200.

على: "تقتضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أمًا لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بإنتهائها مصلحة المحضون".

من خلال هذه المادة نجد أن مدة الحضانة تختلف إذا كان المحضون ولد كانت أو بنت فإذا كان المحضون ذكرا فهذه الحضانة هي حتى يبلغ 10 سنوات، أما إذا كانت المحضونة طفلة فحتى بلوغها سن الزواج المحدد في قانون الأسرة بن 19 سنة. تسري مدة الحضانة على أصحاب الحضانة للذكور في المادة 64 كما أن المشرع قد سمح بتمديد مدة الحضانة الذكر بشرط أن لا تكون قد تزوجت مرة ثانية، غير أن على القاضي أن يراعى دائما وفوق كل شيء مصلحة المحضون. أما بالنسبة لإنهاء مدة الحضانة فهي تنتهي بمجرد إنتهاء دور الحاضن في رعاية الصغير بتقل الدور الى المحضون لإكمال هذه المهمة¹.

الفرع الثاني

النفقة في الحضانة

الحضانة هي إسناد حضانة الأطفال لأحد الزوجين أو غيرها ممن هو الحق بها شرعا وقانونا، وكثيرا ما تكون الأم هي الحاضنة كونها هي الأنسب والأجدر بها، وينتج عن ذلك أثر عن ممارسة الحضانة، فتربية المحضون ونشأته تستوجب مسؤولية شاقة ومجهودات كبيرة سواء من الجانب المادي لأن كل طفل يتطلب حتما تغطية حاجاته الضرورية والتكاليف اللازمة لذلك (أولا)، وسواء من الجانب الآخر الذي يكون من بين الأساسيات التي يجب توفرها وهو الماوى والمسكن الذي ينمو فيه الطفل المحضون (ثانيا)².

1- تيطراوي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019، ص 16.

2- عبد الكريم نذير، " الحضانة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم السياسية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الرابع، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021، ص 476.

أولاً: نفقة الحضانة وأجرتها

من بين التكاليف التي تنتج كأثر عن ممارسة الحضانة هي ما يسمى بالنفقة الحضانة وهي تنقسم إلى شقين الشق الأول وهو في حالة وجود حضانة وتكون الأم هي الحاضنة(1) والحالة الثانية هي عبارة عن دفع تكاليف لشخص آخر يقوم بالإعتناء بالمحضون(2).

1- نفقة الحضانة:

إن النفقة مشتقة من الإتفاق وهي الإخراج و تستعمل في الخير، وجمع النفقات، وهي ما ينفقه الإنسان على عياله وهي الأصل تكون من الأموال¹.

والمشرع قد نص على النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة والتي تنص على: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرتها، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

فحسب نص هذه المادة ينتج أن المشرع لم يحصر النفقة بل تركها لتشمل كل ما من شأنه أن يحقق مصلحة المحضون.

في حالة ما كان المحضون القاصر ما يكفي لمعيشته فهذا يؤدي إلى هدم إتفاق الأب عليهما سواء كان ولداً أو بنتاً.

وفي ما إذا كان المحضون مصاب بإعاقة جسدية لو عملية وكان يتصل على منحة مصلحة إجتماعية هذا لا يعفى الأب من النفقة لأن هذه المنحة مجرد إعانة لا تغطي كل الإحتياجات².

وقد نص المشرع الجزائري أيضا في حالة عدم قدرة الأب على النفقة على الأولاد وذلك في نص المادة 76 التي تنص على: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم

1- بن داود حنان، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04،

العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2020، ص 237.

2- مشطب صبرينة، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2022، ص 56.

إذا كانت قادرة على ذلك" أي أنه قد يعفى الأب من النفقة وذلك في حالة عجزه عن دفعها سواء لعدم قدرته أو أعسر بسبب عاهة أو مرض أفعده الفراش أو تم فصله من عمل، ففي هذه الحالة إذا كانت الأم عاملة والأب عاجز وأن النفقة تعود على الأجر، أما إذا كانت عاجزة أيضا فيؤول النفقة إلى الأقارب بسبب الترتيب المنصوص عليه في المادة 64 سالفه الذكر¹.

ونفقات المحضون شملها المشرع وفق مجموعة نص عليها في المادة 78 من قانون الأسرة وهي:

- على الأب أن يوفر للمحضون لقمة عيش.
- أن يوفر له لباس يحمي من البرد والحر
- أن يوفر لهم العلاج في حالة المرض.
- أو يوفر لهم مسكن يقيهم من إخطار المياه.

تقدير نفقة المحضون:

إن مسألة تقدير نفقة المحضون تركها المشرع الجزائري للقاضي، على أن يراعي حالة الأب من حيث السير وإتباع مستوى المعيشة وعلى الأسعار ومراعاة الحاجة²، وهذا حسب نص المادة 79 التي تنص على: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"

2-أجرة الحضانة:

الحضانة هي عبارة عن تغطية حاجيات المحضون، أما أجرة الحضانة فهي عبارة عن أجرة تقدم للحاضنة مقابل خدمتها إذا طالبتها، سواء كانت الأم، أو غيرها.

1- مشطب صبرينة، مرجع سابق، ص 57.

2- مشطب صبرينة، مرجع نفسه، ص ص 57-58.

بما أن الحضانة هي عبارة عن خدمة للطفل للمحضون، القيام بشؤونه، فهي عبارة عن عمل مشروع ويمكن أن يكون ذلك بمقابل من مال لأن الحاضنة تقوم، برعاية وحفظ صيانة المحضون خلال فترة الحضانة فهي تستحق أجرا والتي عرفتها بأجرة الحضانة¹.
والمشرع لم ينص على أجرة الحضانة ولم يتطرق إليها بل قام بإحالتها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني.

ثانيا: سكن الحاضنة

هو المأوى الذي يقيم فيه الإنسان وهو مستودع أسراره ومكان راحته أو هو كل مكان يتخذه الشخص لنفسه على وجه الدوام بحيث يكون حرما آمنا لإيداع لغيره دخوله إلا بإذنه².
أما المشرع لم يتطرق إلى تعريف سكن المحضون بل أشار إليه فقط في المادة 72 التي تنص على: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإذا تعذر ذلك عليه فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".
من خلال نص المادة 72 نجد أن المشرع قد ألزم الأب بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة سواء بتوفير مسكن أو بالإيجار.

وأیضا المشرع لم يتطرق إلى الموصفات التي يجب أن تكون في المسكن بل إكتفى بالقول: "مسكنا ملائما للحضانة، لكن حتى تقوم الحاضنة بكامل مسؤولياتها يجب أن تتوفر في المسكن شروط معينة منها:

أ- أن يكون المسكن مناسباً ويجب أن يكون مزوداً بالمنقولات اللازمة للمعيشة.

ب- أن يكون مسكنا مستقلا أي مسكن لا يشترك فيه آخرون³.

1- عبد الكريم نذير، مرجع سابق، ص 477.

2- بن داود حنان، مرجع سابق، ص 241.

3- بن داود حنان، مرجع نفسه، ص 242.

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للحق في الزيارة

فك الرابطة الزوجية تحدث آثار كثيرة ومن بينها حق الزيارة، ففك الرابطة الزوجية يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالحضانة التي هي إسناد المحضون إما إلى الأب أو الأم أو غيرهما وهذا حسب ما حدده القانون، ولكن إسناد المحضون إلى أحد الحاضنين هذا لا يمنع الطرف الآخر من رؤية واستطلاع على شؤون أولاده وتلبية حاجاتهم.

بالرغم من أن هذا الحق مجحف من طرف القانون وهو بمثابة فراغ قانوني لا ينص عليه المشرع الجزائري ولم يقدم له الاهتمام اللازم بالرغم من أنه موضوع حساس جداً، لهذا حاول الفقهاء تقديم تعريف يشمل كل النقاط التي يدور حولها هذا الموضوع **(المطلب الأول)**، إن عدم وجود نصوص قانونية عن حق الزيارة إلا أن المشرع قد جعل النزاعات التي تثار في هذا الموضوع من صلاحيات السلطة التقديرية للقاضي **(المطلب الثاني)** شرط أن يكون الحكم الذي توصل إليه القاضي لمصلحة المحضون.

المطلب الأول

مفهوم حق الزيارة

تعد الزيارة من أهم الحقوق التي تضمن للطفل استقرار روابطه بالمحيط العائلي والحفاظ على هويته وإشباع حاجاته العاطفية والمعنوية التي هو في أمس الحاجة إليها وحرصاً على ضمان هذا الحق، والمشرع الجزائري بالرغم من أنه لم يقدم تعريفاً دقيقاً لحق الزيارة إلا أنه اعتمد على التعريفات التي قدمت من طرف الفقهاء ومختلف التعريفات **(الفرع الأول)**، إن حق الزيارة بما أنه عنصر حساس لدى المحضون فهناك الكثير من العناصر يمكنها أن تؤثر على هذا الحق وغير فيها إشكالات عديدة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف حق الزيارة

لإعطاء تعريف دقيق لحق الزيارة قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى ثلاث أقسام التعريف اللغوي، والاصطلاحي لحق الزيارة (أولاً)، التعريف الفقهي (ثانياً) والتعريف القانوني (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لحق الزيارة

1- التعريف اللغوي:

الزيارة لغة جاء من زار يزور وزراً وزيارة وزورة، وإزاره، بمعنى أتاه فقص الإلتقاء به فهو زائر وعلى هذا الأساس جاءت كلمة الزائر، إن من زار أحد قد مال إليه وعدل من غيره، فالزيارة مصدر الزور بمعنى الميل والرغبة إلى طرق العدول عن غيره¹.

2- التعريف الاصطلاحي لحق الزيارة:

هو ذلك الحق الذي ينتج لمن لم يستدل له حق الحضانة في إقامة علاقات شخصية أو أن يبقى على علاقة مع المحضون بالمراسلة أو الاتصال الشخصي دورياً، أو السكن المؤقت وهو حق معترف بهت بقا لمصلحة المحضون للوالدين والأجداد وبمنح إستثنائياً الأشخاص الآخرين.

وقد ميز عنها الزيارة بمختلف العبارات وعدة ألفاظ تدل معانيها على الزيارة والمشاهدة والرؤية وهو النظر في أمور المحضون وتربيته وتعليمه ومراعاة أحواله وتوجيهه ومعايشته لممارسة الأم أو الوالي ولاية كاملة على ولده لشد أوتير التعاطف والتأليف السرية وصلة الرحم وتخليص المحضون بواسطة هذه المتابعة مما يخلق بنفسيته من شوائب، كما يُعرف أيضاً على أنها رؤية المحضون والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به المحضون².

1- بوزيتونة لينة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائرية، دراسة بين القانون والواقع"، المجلة الأكاديمية للبحوث

القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2019، ص 285.

2- بتوقور فاضل، "حق زيارة الطفل المحضون دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد9، العدد2، جامعة تلمسان، الجزائر، 2021، ص55.

ثانيا: التعريف الفقهي لحق الزيارة

اتفق الفقهاء على أنه لكل من أبوين المحضون حق رؤيته وزيارته إذا افترقا ولهم في ذلك وتعهدده إذا أراد ذلك.

ويرى الحنيفة: أنه متى كان الولد عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من رؤيته وزيارته وتعهدده إن أراد ذلك.

ويرى المالكية: إن كان المحضون عند أمه فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه لكي يقوم بتعليمه وتعهدده ثم يأوى إلى أمه ليبيت عندها، أما إذا كان المحضون عند الأب فلائم الحق في رؤيته كل يوم ويتم ذلك ببيتها لتنفيذ حاله¹.

ويرى الشافعية: أنه إذا كان المحضون ذكر فإنه يكون عند أبيه ليلا ونهارا ولا يمنعه الأب من زيارة أمه لأن في ذلك إغراء له للحقوق وقطع الرحم وتكف الأم بالخروج لزيارة الإبن، والأجدر خروج الولد إليها أن ذلك ليس عورة ولو أرادت الأم زيارته فإنها لا تُمنع عن ذلك إلا اتهام تظليل في الزيارة فلا تمكث طويلا وإذا امتنع الأب عند دخولها إلى منزله أخرج المحضون إليها لتتمكن من رؤيته².

ويرى الإمام أبو زهرة أنه: " ليس للحضانة أن تمتع الأب من رؤية ولده ولا يجبر على إرساله إما ليس له أن يسقط حق الأم في الحضانة أن يمنعه من رؤية ولدها ولا يجبر على إرساله إليها"³.

ثالثا: تعريف حق الزيارة قانوناً

لم يعرف المشرع الجزائري مفهوم الزيارة المحضون كما أنه لم يحدد غايته بل ألزم القاضي عند الحكم بالحضانة أن يحكم بحق الزيارة طبقاً لأحكام المادة 64.

1- ترفاس نوال، التنظيم القانوني لحق رؤية وزيارة المحضون، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، قانون أحوال

الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص29.

2- المرجع نفسه، ص29.

3- المرجع نفسه، ص 30.

قد أطلق على مفهوم الزيارة عدّة مصطلحات فهناك من يطلق عليها حق الرؤية أو حق المشاهدة، إلا أن المشرع الجزائري قدم لها معنا آخر من خلال المادة 64 من قانون الأسرة التي عبر عنها بمصطلح الزيارة التي تعتبر أوسع من حيث المعنى مقارنة بالمشاهدة والرؤية.¹

تنص المادة 64 في فقرتها الثانية على "وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة" وعليه فإن القاضي عند الحكم بالطلاق يتوجب عليه إسناد حكم الحضانة إما إلى الأم أو الأب أو غيرهما، وأيضا يجب عليه الحكم بحق زيارة المحضون وذلك في أوقات وأماكن محددة، وهذا يعني أنه على القاضي عندما يقضي الطلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو والي غيرهما أن يقضي حتما لأحد الوالدين أو لهما معاً في حق الزيارة.²

ما يلفت الانتباه خلال المادة 64 أن المشرع الجزائري عندما أوجب إسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو غيرهما كما يجب عليه أيضا أن يحكم بحق الزيارة من تلقاء نفسه ولم يطلب منه أحد الطرفين ذلك، فالمشرع في هذا الحكم قد أخرج القاضي من دائرة القاعدة القانونية التي مفادها أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم وكان على القانون عندما يلتزم القاضي أن يحكم بحق الزيارة بناءً على طلب الحاضنة،³ وهذا ما نجد تكريسه في عدّة قرارات في المحكمة العليا، إذ جاء في قرارها المؤرخ في 16/08/1990 أنه يجب على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة فإنه من الواجب أن يكون يترتب هذا الحق ترتيباً مرناً وفقاً لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبناءه

1- بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دار البحوث والدراسات القانونية

السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السادس، جامعة الجزائر، 2019، ص ص 154-155.

2- ترفاس نوال ، مرجع سابق، ص 35.

3- خيرش الزهرة، مرجع سابق، ص 33.

على الأقل مرة في الأسبوع ليتعهدهم بما يحتاجون إليه، ويتعاطف معهم، ومن ثم جاء القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر ويكون قد خرق القانون¹.

الفرع الثاني

العناصر المؤثرة في حق الزيارة وإشكالاتها

في هذا الفرع سنحاول التطرق إلى العناصر المؤثرة في حق الزيارة (أولاً) وإشكالات حق الزيارة (ثانياً).

أولاً: العناصر المؤثرة في حق الزيارة

قد يتلقى المحضون في فترة الزيارة تصرفاً أو كلمة تؤثر فيه إيجابياً، وتساهم في تربيته وكثيراً ما يستغل المحضون عدم وجود الأب فيقوم بعمل ما يريد فتعجز الأم عن ضبطه فتكون مجرد كلمة واحدة من الأب أثناء الزيارة كافية لضبط المحضون، لكن في وقتنا الحالي نجد أنه كثيراً ما يسعى الحاضن إلى منح الطرف الآخر من زيارة المحضون وهذا بسبب الخلط بين المشاكل الشخصية والأمور الأخرى بالرغم من تأثير ذلك على الطفل المحضون، وكل هذا راجع إلى ظلم النصوص القانونية صرامة تطبيقها وأيضاً تقصير القانون في حق الزيارة التي حددها بوقت قصير، وأيضاً نجد أن غالب القوانين تمنع حق المبيت مما يؤدي إلى وجود عائق كبير لدى الطرف الآخر الذي لا يجد الوقت الكافي للاهتمام بالمحضون.

1- التغيير في رؤية المحضون:

الأصل هو أن للوالدين حق زيارة المحضون ورؤيته والاطمئنان عليه، وإذا كان المحضون لدى الحاضنة وليس على الأب أن يقوم بمطالبة إنتقالها إليه بل على الحاضنة أن تمكن الأب من رؤية ابنه في مكان معين، أما إذا كان المحضون في يد أمه وأراد والده

1- ونوعي أمينة، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 88.

رؤيته فعلى الأم أن لا تمنعه من ذلك، أما إذا العكس أي يكون عند أبيه فليس للأب أن يمنع الأم من رؤية ابنها¹.

ونجد أن الفقهاء قد فرغوا في مسألة رؤية المحضون فيما إذا كان ذكرا أو أنثى.

إذا كان المحضون ذكرا وإن كان المحضون قد اختار البقاء عند أمه في سن التمييز فيكون المحضون عند أبيه طيلة النهار وعند الأم في الليل، أما إذا كان المحضون عند تغييره إختار البقاء مع والده فيكون مع والد نهارا وليلا ولا يمنع الأم من زيارته. أما إذا كان المحضون أنثى سواء بقيت مع أمها أو أبيها فيكون تعليمها وتأديبها داخل البيت ولا يمنع الطرف الآخر من زيارتها، وإن مرضت المحضونة فأمرها الأولى بتمريضها في بيتها.

وقد أخذ القانون بحق الأم والأب والجدّة في رؤية المحضون إذا كان بيد أحدهم فلاّخرين حق الرؤية².

2- صاحب الحق في الزيارة:

الحاضن سواء كان الأب والأم أو غيرهما يكون دائما مسؤولة مدنية عن تعويض كل ضرر سيلحق المحضون بالغير طيلة مدة وجوده عنده، فإذا كانت الحاضنة من حق الأم ثم جاء الأب وأخذ المحضون في وقت الزيارة إلى مكان آخر، وفي ذلك الوقت ألحق المحضون ضررا بالغير فهناك لا تكون الأم هي المسؤولة عن تعويض الضرر بل على الأب لأنه في ذلك الوقت استعمل حق الزيارة وكان المحضون في ذلك الوقت تحت رقابته وسلطته، وهذا حسب المادة 134 من القانون المدني التي تنص على كل من يجب عليه القانون.

أو إتفاقيا رقابة شخص في حاجة إلى الوقاية بسبب حالته العقلية والجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحد له ذلك الشخص للغير بفعله الضار، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير مميز.

1- ترفاس نوال، مرجع سابق، ص ص 36-37.

2- ترفاس نوال، مرجع نفسه، ص 38.

ثانياً: إشكالات حق الزيارة

إن عدم تنظيم المشرع الجزائري لحق الزيارة أدى إلى ظهور عدّة إشكالات سواء إن كان من طرف أصحاب حق الزيارة أو من خلال أوقات الزيارة.

1- عدم تنظيم أصحاب الحق في الزيارة:

إن عدم تنظيم حق الزيارة من طرف المشرع الجزائري تنظيماً شاملاً فتح عدة إشكالات خصوصاً أن هناك مادة واحدة نصّت على حق الزيارة، وترك المشرع الأمر مفتوحاً أمام القضاة وذلك من أجل مصلحة المحضون بالرجوع إلى نص المادة 64 من قانون الأسرة المذكورة سابقاً نجدها أنها ليست صريحة تخص أصحاب الزيارة وأنها نجدها تنص على الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، وبحسب الزيارة لكل شخص يرى أن من مصلحة المحضون لقائه بما يملكه من سلطة واسعة في هذا المجال أي أنه حق الزيارة لا يقتصر على طرفي النزاع فقط بل يتحدى ويتجاوز هذه الأطراف على حساب مصلحة المحضون¹.

2- عدم تنظيم أوقات الزيارة:

إن مسألة أوقات ممارسة حق الزيارة نجده حق مجحف من خلال المشرع فلم يتم بتنظيمه ولم ينص فيما إذا كان يومياً أو أسبوعياً أو شهرياً، لساعة أو أكثر وقد أعطى كذلك هذا الحق للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يحدد سواء كانت الزيارة بساعات أو الأيام أو أشهر وجعله حق يرتبط مصلحة المحضون وإن السؤال الذي يطرح دائماً إن كان مصطلح الذي يستعمله المشرع في هذا المجال الذي هو مصلحة المحضون نجد أنه لم يعطى له تعريفاً شأنه شأن القواعد الأخرى كالنظام العام مثلاً².

1- بوزيتونه لينة، مرجع سابق، ص 289.

2- المرجع نفسه، ص 290.

المطلب الثاني

أحكام ممارسة حق الزيارة

إن حق الزيارة هو حق لم ينظمه المشرع الجزائري بدقة وهو حق مجحف من طرف النصوص القانونية، جعل جوهر هذا الحق يتمحور حول مصلحة المحضون وأعطى هذه الصلاحية للقاضي، فالمشرع رمى ثقل كبير على عاتق القاضي ولم يقدم له المعايير التي تساعد في اتخاذ القرارات التي تكون في مصلحة المحضون، فالقاضي قد وجد صعوبة كبيرة بسبب غياب النصوص القانونية التي تنظم حق الزيارة بصفة دقيقة، أو نصوص قانونية تفسر المقصود من مصطلح مصلحة المحضون.

سنتطرق في هذا المطلب إلى سلطة القاضي في الحكم بالزيارة (الفرع الأول)، وسلطة القاضي في تنظيم حكم الحق في الزيارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنظيم الزيارة

إن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نصب على منح هذا الحق بالتوازي مع حق الحضانة وعليه يمكن استنتاج هذا بتقسيم الفرع إلى تنظيم حق الزيارة وديا (أولا) وتنظيم حق الزيارة قضائيا (ثانيا).

أولا-تنظيم حق الزيارة وديا:

عندما يتفق صاحب حق الزيارة مع الحاضن على تنظيم حق الزيارة بطريقة ودية مراعاة لمصلحة المحضون فإنه لا يبقى سوى تنفيذ هذا الاتفاق وبالتأكيد هذا الأمر يتم تحت رقابة قاضي شؤون الأسرة¹.

1- بوزيتونه لينة، مرجع سابق، ص 287.

ثانيا-تنظيم حق الزيارة قضائياً:

متى لم يتفق الحاضن وصاحب الزيارة في الأمور المتعلقة بحق الزيارة وديا فإنه قاضي شؤون الأسرة يتدخل وينظمها بنفسه وفقا لسلطته التقديرية التي تتم بناءً على مراعاة مصلحة المحضون والمشرع لم يعرف مصلحة المحضون بل تركها في يد القاضي فلا يوجد نص صريح يتناول كيفية حق الزيارة وإنما توجد بعض القرارات للمحكمة العليا¹.

الفرع الثاني**سلطة في حكم الزيارة تحقيقا لمصلحة المحضون**

ينبغي على القاضي وفقا للسلطة أن يحكم بالزيارة التي تعتبر حقا موازيا للحضانة، لأن المحضون يحتاج لزيارة الطرف الآخر حتى لا يحس المحضون بنقص عاطفي وحفاظا على مصلحته² ، (أولا) سلطة القاضي في وجوبية الحكم بالزيارة (ثانيا) التنظيم القضائي لحق الزيارة.

أولا- سلطة القاضي في وجوبية الحكم بالزيارة:

حسب نص المادة 64 من قانون الأسرة فإن أمر الزيارة أمر وجوبي على الأقل يوم واحد في الأسبوع مراعاة لعاطفته تجاه أبنائه وتحقيقاً لمصلحة المحضون، وإن الحكم بأقل من ذلك يعد تعسف وذلك حسب القرار الذي نص على "متى أو حين أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون الترتيب هذا الحق وفقا لما تقتضيه حالة الصغار ومن حق الأب أن يرى أبنائه³، كما يحرص القاضي على توجيه الأطراف بما يخدم مصلحة المحضون فيما يخص حق الزيارة تحت طائلة العقوبة الجزائية.

1- بوزيتونه لينة، مرجع سابق، ص287.

2- عيساوي عادل، السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون على ضوء الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، المجلد 34، العدد04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، الجزائر، 2020، ص193

3- المرجع نفسه، ص 173.

فعلى متولي الحضانة أن يسهل مهمة الطرف الآخر في الزيارة ويجب أن لا تكون الزيارة محصورة فقط على الوالدين، وإنما على المعنيين بالحضانة وفقا للقرار "من المقرر شرعا أنه كما تجب النفقة على الجد لإبن لإبن يكون له حق الزيارة أيضا، ومن.....فإن قضاة الموضوع بما قضوا يحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد وهو في منزلة والده المتوفي كما تجب عليه النفقة بكون له أيضا حق الزيارة".

وينبغي أيضا عدم ربط حق الزيارة بسببين معينين حفاظا على مصلحة المحضون.¹

ثانيا- التنظيم القضائي لحق الزيارة:

يمكن أن يتعرض حق الزيارة إلى بعض العقبات التي يمكن أن تؤثر فيه، فتدخل القضاء لحل هذه العقبات خصوصا فيما يخص مسألة البعد بين الحضانة، وصاحب الحق في الزيارة وهو ما تبناه قرار المحكمة الذي نص على "بعد مسافة الحضانة وصاحب حق الزيارة الرقابة بمسافة البنود الستة المقررة عند الفقهاء الأقدميين لا يمنع استعمال ذلك الحق بفضل الوسائل الحديثة للمواصلات والنقل.

كما ينبغي أن لا تتم الزيارة في بيت الحاضنة على أساس أنها أصبحت أجنبية عن الأب بعد فك الرابطة الزوجية بينهما كونه لا يصح شرعا.²

1- عيساوي عادل، مرجع سابق، ص 174.

2- المرجع نفسه، ص 174.

الفصل الثاني

آثار الامتتاع عن تسليم

الطفل

الفصل الثاني

آثار الامتناع عن تسليم الطفل

لقد أقر المشرع الجزائري جملة من الإجراءات الخاصة بمجموعة من الجرائم الواردة على سبيل الحصر والتي من بينها نحد جريمة عدم تسليم الطفل، والتي أبرزت مكانتها نظرا لموضوعها الحساس الذي يتمحور حول حقوق الطفل الذي هو حق مكرس في مختلف التشريعات، وذلك من أجل حماية مصالح المعني عليه أولا ومصالحة الطفل المحضون ثانيا، حيث منح المجني عليه سلطة تحريك الدعوى العمومية، والذي هو حق يمارس من طرف النيابة العامة كون الممثلة الحق العام وذلك وفقا للمادة الأولى من ق.إ.ج التي تنص على: "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون..."

والمشرع قد أرجح جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنه و إلى ذي الحق فيه ضمن الجرح حيث حددها كباقي الجرائم من مختلف النواحي (المبحث الأول)، وكما تطرق أيضا إلى إجراءات متابعة كل من يرق بمخالفة الحكم بالتسليم ومتابعة قضائيا سواء على المستوى الوطني أو الدولي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

قيام جريمة عدم تسليم الطفل

ينتج عن تفكك الرابطة الزوجية حقوق لكلا الطرفين سواء الزوج أو الزوجة في الحصول على الحضانة ، الذي يكون موضوعه الطفل المحضون وأي مساس بهذا الحق يشكل فعل مجرم قانونا والذي نشأ عنه جريمة عدم تسليم الطفل المحضون .

يعتبر فعل الامتناع عن تسليم الطفل المحضون إلى حاضنه من الجرائم الواقعة على آثار انحلال الزوجية، وهي عدم تنفيذ حكم قضائي صدر من طرف القاضي بصفة نهائية بتنفيذ المعجل، وقد حددها المشرع في قانون العقوبات في نص قانوني، وفي هذا الصدد سيتطرق إلى مفهوم جريمة عدم تسليم الطفل المحضون (المطلب الأول)، وإلى أركان جريمة عدم تسليم الطفل المحضون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم جريمة عدم تسليم الطفل

للإلمام بموضوع جريمة عدم تسليم الطفل المحضون ، قمنا بتحديد مفهوم الجريمة لكون اختلاف كل جريمة عن أخرى بحسب نوعها ، سنتطرق إلى مختلف التعريفات التي قدمت لهذه الجريمة (الفرع الأول) ، وإلى شروطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف جريمة عدم تسليم الطفل

تتمثل هذه الجريمة في معارضة حكم قضائي نهائي، قضي بإسناد الحضانة إلى من له الحق فيها، وبالتالي كل من يمتنع عن تسليم الطفل المحضون يعد مرتكب لفعل جزائي المتمثل في الامتناع عن تسليمه، ولهذا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف جريمة الامتناع (أولا) ثم جريمة عدم تسليم الطفل (ثانيا).

أولاً: تعريف جريمة الامتناع

للتعرف على المقصود بجريمة الامتناع في الإطار الجنائي سنقوم بالتطرق إلى التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي.

1- تعريف الامتناع لغة:

مصدر الفعل الثلاثي امتنع المزيد بحرفين يُقال إمتنع الشيء تعذر وحصوله، وعن شيء كف عنه، ويُقال إمتنع من الأمر - وبه تقوى واحتمى به. وعُرف الامتناع أيضا في اللغة بأنه "المنع" ومعناه أن تحول بين الرجل والشيء الذي يريده، ويُقال هو تحجير الشيء منعه، يمنعه، منعا ويمنعه فامتنع منه وتنع.¹

2- التعريف الاصطلاحي لجرائم الامتناع:

أورد تعريف جرائم الامتناع في الاصطلاح عدّة تعاريف في حين غاب تعريفها في قانون العقوبات وسنقوم بذكر بعض التعاريف:

عرفت على أنها: "الامتناع عن فعل ما أمر به كإمتناع الشاهد على أداء الشهادة وامتناع الأم عن إرضاع ولدها، وإمتناع الطبيب عن معالجه مريضه وغير ذلك مما هو مكلف"².

كما عرفها البعض: " هي الجريمة التي يمنع فيها الجاني عن القيام بأمر أوجبه القانون عليه تحت طائلة العقاب"³

وأيضا عرفت على أن الامتناع هو إحكام شخص على اتيان فعل إيجابي معين كان المشرع ينتظره منه في ظروف معينة شرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل وأن يكون في استطاعة الممتنع عن إرادته"¹.

1- مناصريه لينا، جرائم الامتناع في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص: جنائي وعلوم الجنائي، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2022، ص7.

2- مناصرية لينا، المرجع نفسه، ص 8.

3- محمد علي السالم عياد الحاجي، شرح قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص299.

ثانيا: تعريف جريمة عدم تسليم الطفل

1- التعريف القانوني:

جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنه عبارة عن جنحة تتمثل في معارضة حكم قضائي، قد فصل فيه القاضي بصفة قضائية لمن له الحق في الحضانة، ولقد أوردها المشرع الجزائري في قانون العقوبات.

حسب المادة 327 من قانون العقوبات والتي تنص: " كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعاية شؤونه إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات"

كما أضافت المادة 328 من نفس القانون والتي تنص على: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار، الأب والأم وأي شخص آخر لا يقوم بتسليم القاصر في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاد المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في مطالبته به وكذلك من خطفه ممن وُكِّلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعت فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف.

وتزداد عقوبة 3 سنوات إذا كانت قد سقطت السلطة الأبوية عن الجاني"².

2- التعريف الاصطلاحي:

جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنه أو زائرته تطرقت إلى عدة تعريفات منها:
عرفها الأستاذ عبد الرحمن خلفي على أنها: "جريمة ذات علاقة بسبب الأب والأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي بشأن حضانته بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به"¹

1- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، النظرية العامة للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة، ط6، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1984، ص269.

2- الأمر رقم 66-156، سالف الذكر.

أما الأستاذ عبد العزيز سعد فقد عرفها على أنها من الجرائم الواقعة على نظام الأسرة لذا جرمها المشرع ووضع لها عقوبة لضمان الحفاظ على مصداقية أحكام القضاة وعلى تنفيذها وفي نفس الوقت تعتبر الأداة اللازمة لتأمين مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون²

الفرع الثاني

شروط جريمة عدم تسليم الطفل

إن جريمة عدم تسليم الطفل هي كباقي الجرائم التي تعرفنا إليها فمما لا شك أن كل جريمة تتوفر لديها شروط لقيامها، ولهذه الجريمة تتوفر على ثلاثة شروط وهي أن يكون هناك طفل محضون قاصر(أولاً)، وجود حكم قضائي (ثانياً) قد صدر لمن له الحق في الحضانة وأن يكون هناك حضانة(ثالثاً) .

أولاً- أن يكون المحضون قاصر

حسب المادة 328 من قانون العقوبات فإن المحضون القاصر المقصود من خلال هذه المادة هو كل طفل لم يكمل سن الرشد أي لم يصل سن 19 سنة، وهذا حسب نص المادة 40 من قانون المدني التي تنص على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوق المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة"³

أما بالرجوع إلى قانون الأسرة وبالأخص الأحكام المتعلقة بالحضانة فيكون السن المقصود بالمحضون القاصر حسب المادة 65 من قانون الأسرة والتي تنص على: " تنقضي مدة الحضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم ثانية.

1- عبد الرحمن خلفي، "الجرائم الماسة بأحكام الحضانة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد2، 2008، ص175.

2- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص174

3- الأمر رقم 75-15، مرجع سابق

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"¹

من خلال مضمون المادة 65 من قانون الأسرة نستنتج أن المحضون قاصر لابد أن يكون سنه أقل من 16 سنة بالنسبة للذكر أما الأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج.²

ثانيا: صدور حكم قضائي

إن جريمة عدم تسليم الطفل المحضون إلى حاضنه هي بمثابة عدم تنفيذ حكم قضائي الذي هو من بين الأحكام المتعلقة بالحضانة، فوجود هذه الجريمة يجب أن يكون هناك حكم سابق يقضي بتسليم الطفل إلى حاضنه أو حاضنته ويكون صادر عن القضاء أي الجهات القضائية، ويكون هذا الحكم إما حائز قوة الشيء مقضي فيه أي صدر بصفة نهائية أو بالنفاذ المعجل.³

ثالثا: الحضانة

حسب المادة 62 من قانون الأسرة والتي تعرف الحضانة بطريقة مختصرة وواضحة والتي تنص على أنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحته وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"⁴ والمقصود من هذه المادة أنه على الحاضن أن يتولى مسؤولية المحضون ويتحمل عبئ رعايته وتربيته من حيث ملبسه ومشربه ودراسته، وأن يقوم بتربيته أحسن تربية. كما أضافت إلى جانب ذلك المادة 64 التي عدلت بالامر رقم 05-02 والتي تنص على: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة

1- الأمر رقم 05-09، المؤرخ في 04 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الذي يعدل ويتم الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 43، الصادر في 22 يونيو 2005.

2- شرون حسينة، "جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص25.

3- حيرش الزهراء، مرجع سابق، ص43.

مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

والمشرع من نص هذه المادة قد قام بتحديد أصحاب الحق في الحضانة بالترتيب وكانت الأم هي المرتبة الأولى التي يمنح لها القاضي حق الحضانة كونها هي الأحق والأرق على أولادها، وكما خصص المشرع للطرف المحروم من الحضانة حق الزيارة الذي يكون حسب ما نص عليه القانون.

المطلب الثاني

أركان جريمة عدم تسليم الطفل

تتمثل أركان الجريمة في العناصر التي يشترطها القانون لقيامها، وتنقسم إلى أركان عامة والمشكلات أي جريمة مهما كان تصنيفها، وغالبا ما ترى أحكامها في القسم العام، إضافة للأركان الخاصة التي تتمثل في العناصر التي يشترطها القانون في جريمة معينة، وتعتبر هذه الأركان المعيار الفاصل بين مختلف الجرائم، ونحن في صدد جريمة عدم تسليم الطفل المحضون، يتوجب القانون لقيامها توفر أركانها الثلاثة المقسمة ، الركن الشرعي (الفرع الأول)، الركن المادي (الفرع الثاني)، الركن المعنوي (الفرع ثالث).

الفرع الأول

الركن الشرعي لجريمة عدم تسليم الطفل

لقيام أو لقول أن السلوك الذي قام به الشخص أنه سلوك إجرامي فأول ركن يجب أن يتوفر هو الركن الشرعي والذي يسمى أيضا بمبدأ الشرعية الجزائية، وقد استمد شرعيته طبقا لنص المادة 1 من ق.ع " لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن إلا بنص "

ويعتبر هذا المبدأ من بين المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون العقوبات في مختلف تشريعات العالم، ويعتبر أهم الضمانات التي تحقق المحاكمة العادلة.

أما جريمة عدم تسليم الطفل المحضون أخذ ركنه الشرعي من النص القانوني الذي يجرم فعل عدم تسليم الطفل المحضون حسب المادة 325 ق.ع. التي تنص على ما يلي:

" يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة بغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج الأب والأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضائته بحكم مشمول بالإنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به كذلك كل من خطفه ممن أوكله إليه حضائته أو من الأماكن التي رفعه فيها أو بعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع بغير تحايل أو عنف وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوين عن الجاني".

جمعت هذه المادة بين ثلاثة حالات وهي إما عدم تسليم الطفل إلى المحضون أو بإبعاده أو خطفه وهي جريمة عمدية فيجب أن يعلم المتهم بوجود حكم قضائي نافذ بسند الحضانة المجني عليه، بمعنى آخر أن يعلم أن هناك حكم أسند حق الحضانة لطرف كما أسند حق الزيارة للطرف الآخر.

الفرع الثاني

الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل

يتمثل الركن المادي في مجموعة الأفعال المادية التي يقوم بها الجاني، وتتطابق مع نص التجريم التي تكون ماديات الجريمة، لأن العقاب لا يكون على نوايا أو النية السيئة مهما كانت، وإنما يكون على الأفعال المادية الملموسة المنتجة للآثار الخارجية، والركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل تقوم على عدة عناصر أساسية وهي عناصر الركن المادي.

تتمثل هذه العناصر في السلوك والنتيجة التي تحققت والعلاقة السببية التي تربط بينهما وعناصر الركن المادي في هذه الجريمة تتمثل في:

- الامتناع عن التسليم:

يتمثل الامتناع شرط لقيام جريمة عدم تسليم الطفل، وينبغي أن يكون الامتناع متعمد وواضح ومقصود، ويكون المتهم على علم بوجود حكم الذي يمنح الطالب حق المطالبة بالمحضون، وعلى قضاة الحكم أن يتأكدوا من فعل التسليم الذي تم إثباته بواسطة المحضر القضائي بعد إتباع إجراءات التنفيذ¹.

- وجود حكم قضائي:

يجب أن يكون قد صدر حكم قضائي عن جهة قضائية يتضمن إسناد الحضانة إلى أحد الأشخاص المذكورين في المادة 64 مكرر من قانون الأسرة وأن يكون هذا الحكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه أي نهائي، ويكون قد استنفذ طرق الطعن العادية وهي المعارضة والاستئناف ويكون جاهزا للتنفيذ، كما قد يكون نافذا إذا نطقت به المحكمة مع الأمر بالإنفاذ المعجل، كما قد يكون نافذا مباشرة بموجب أمر على نيل العريضة أمام القاضي الفاصل في الأمور المستعجلة ويشترط في الحكم أن يكون صادر عن القضاء الوطني، أما إذا كان صادر عن القضاء الأجنبي فلا يجوز الأخذ به إلا إذا قد عسى بالصيغة التنفيذية، ويجب أن يكون هذا الحكم صادر عقب دعوى طلاق أو إثر دعوى مستقلة خاصة بمسألة الحضانة وحدها سواء تعلق الأمر بإسناد الحضانة بصفة نهائية أو مؤقتة².

- وجود الطفل تحت سلطة المتهم:

ويتحقق هذا العنصر بإثبات أن الطفل المطلوب تسليمه موجود فعلا وحقيقة تحت سلطة المتهم الممتنع، أما إذا كان المحضون موجود في منزل الأسرة التي يوجد فيها من له الحق في المطالبة به وأن المحضون موجود تحت السلطة الفعلية لشخص غيره ممن

1- أفوير نعيمة، جريمة اختطاف القاصر، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص: القانون ولعام الداخلي، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص37.

2- خلفي عبد الرحمان، الحماية الجنائية لحضانة الطفل، ملتقى دولي حول الحماية الجنائية للطفل، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، يومي الأحد والاثنين 10 و11 نوفمبر 2013، ص13.

يسكنون معه في نفس المنزل، فإنه لا يعتبر هذا المتهم الممتنع مسؤولاً عن تسليم الطفل ولا يمكن بالتالي متابعة ولا تسليط العقاب عليه¹.

الفرع الثالث

الركن المعنوي لجريمة عدم تسليم الطفل

لا تتوقف مسألة إتمام الجريمة على الركنين الشرعي والمادي فقط، بل لابد من توفر ركن آخر، يتمثل في نية ارتكاب الجريمة، من للشخص الجاني والركن المعنوي يقوم على عنصرين القصد الجنائي والخطأ غير العمدية، والعنصر الأول وهو أن يكون الجاني على علم بالأمر أو القرار القضائي الذي بت نهائياً في مسألة حضانة الطفل، بمعنى أن يعلم بأن الطفل الموجود لديه أو في مكان وضعه فيه، أو لدى الشخص الذي عهد به إليه، وامتنع عن تسليمه قد صدر قرار واجب النفاذ من جهة القضاء بشأن حضانته، وحفظه لصالح من يطلب استلامه².

أما العنصر الثاني يتمثل في انصراف إرادة الجاني الممتنع الأب أو الأم أو غيرها من أصحاب الحق في الحضانة إلى عصيان الحكم القضائي الصادر بحضانة الطفل إلى شخص غيره³.

تعتبر جريمة عدم تسليم الطفل من الجرائم العمدية أي أن الجاني قد أصدر هذا السلوك المتمثل في الامتناع عن تسليم طفل محكوم بحضانة لشخص آخر بعلمه وبكامل إرادته فهذا الركن يقوم على القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة⁴.

يجب أن يكون الممتنع على علم بأن الطفل الموجود لديه وفي المكان الذي وضعه فيه أو لدى شخص الذي عهد به إليه أنه قد أصدر قرار بشأن حضانته أو حفظه واجب من

1- أكوين نعيمة، مرجع سابق، ص 35.

2- روضة نادية، جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 632.

3- روضة نادية، المرجع نفسه، ص 632.

4- مناصرية لينا، مرجع سابق، ص 59.

جهة القضاء لصالح من يطلب استلامه، فالجاني يجب أن يكون على علم بماهية امتناعه فلا عبء بالبواعث التي دفعت الجاني إلى الامتناع في نظر القانون سواء كانت نبيلة أو موقوتة¹.

لكي يقوم الركن المعنوي لهذه الجريمة لابد من انصراف إرادة الجاني المتكفل بالطفل إلى عدم تسليمه لصاحب الحق في حضانته، أي إرادة الجاني تتجه لعمل عدم تسليم الطفل الذي صدر قرار قضائي بشأن حضانته وبالتالي فهو ينصرف إلى معارضة الحكم القضائي وهذا الإرادة يجب أن تتجه إلى فعل عدم تسليم حقيقة فإذا كان الطفل مفقودا أو حصل سبب آخر أدى إلى عدم تسليمه عند حلول الوقت هنا تقوم استحالة التسليم بسبب خارج عن إرادة الجاني².

المبحث الثاني

إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل

لقد أقر المشرع الجزائري جملة من الإجراءات الخاصة بكل الجرائم من أجل حماية الطرق الصعبة من أجل انتفاء كل ذي حقه بطريقة قانونية ومن بين هذه الجرائم نذكر جريمة عدم تسليم الطفل المحضون، وذلك من أجل حماية مصالح المعني عليه لهذا فقد أقام المشرع عدة إجراءات تقيد بها هذه الجريمة وذلك من أجل مباشرة الدعوى أمام الجهات القضائية وهذه الإجراءات تختلف باختلاف جنسية الرابطة الزوجية بين الوالدين فإن كان الزوجين أو المطلقين من بلد واحد فيخضع إلى إجراءات وطنية (المطلب الأول)، أما إذا كان أحد الزوجين من بلد آخر أي ما يسمى بزواج مختلط فهي تخضع إلى إجراءات دولية (المطلب الثاني).

1-مناصرية لينا، مرجع سابق، ص 60.

2-مناصرية لينا، مرجع نفسه، ص 60.

المطلب الأول

إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل على المستوى الداخلي والخارجي

لقد أدى الإنفتاح الاقتصادي والسياسي إلى الارتباط التاريخي والاقتصادي بين كل من البلدان وهذا ما أدى بطبيعة الحال إلى إنتشار عقود الزواج المختلط بين المواطنين ونتيجة لإختلاف العادات والتقاليد وحتى الأفكار بين مختلف البلدان العالم أصبح هذا الاختلاف يؤثر على العلاقات الزوجية التي تبنى على أساس الزواج المختلط وكثيرا ما تنتهي بالطلاق، وفي حالة حدوث الطلاق يؤدي هذا إلى عدة إشكالات ونزاعات سواء حول الحضانة أو حق الزيارة بسبب رغبة كل من الأبوين الاحتفاظ بالأولاد في بلده مما أدى إلى إنتشار جريمة عدم تسليم الطفل وإبعاد ممن له الحق في ذلك، وأدى ذلك بطبيعة الحال إلى إنتشار إجراءات متابعة هذه الجريمة سواء على المستوى الوطني (الفرع الأول)، أو على المستوى الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل على المستوى الوطني

لقد أقر المشرع الجزائري عدة إجراءات وكان الهدف من هذه الاجراءات هو الحد من الجرائم التي تقع في المجتمع ومن بين هذه الجرائم نجد جريمة عدم تسليم الطفل المحضون وذلك من أجل حماية المجني عليه الذي منح له المشرع سلطة تحريك الدعوى العمومية وذلك من خلال تقييد جريمة عدم تسليم الطفل بشكوى (أولا)، والاستدعاء المباشر في جريمة عدم تسليم الطفل (ثانيا).

أولا: تقييد جريمة عدم تسليم الطفل بشكوى

في جريمة عدم تسليم الطفل في القانون الجزائري نجد أن المشرع لم يقم بتعريفها بصفة خاصة لهذه الجريمة بل اكتفى فقط بالإشارة إليها في المادة 329 ق.ع.ج التي تنص

على ما يلي: " لا يمكن مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق المادة 328 إلا بناءا على شكوى من الضحية.

ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

فنلاحظ أن المشرع لم يحدد القواعد التي يجب أن تتضمنها شكوى المجني عليه بل نص فقط على انه لا يمكن الدعوى العمومية بشكوى منه ومن المعلوم أن كل شكوى يقوم بها أي شخص فهي تنتج آثارها القانونية.

تقديم الشكوى

إن الشكوى التي يجب على المجني عليه أن يحررها لابد من توفر مجموعة من الشروط فمنها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يخص المضمون والجهة التي تقدم إليها الشكوى، أو هي ذلك العمل الإجرائي الذي يطلب بواسطة المجني عليه من الجريمة التي تقيد بشأنها أو من وكيله الخاص حيث يطلب فيه تحريك الدعوى العمومية لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب على المشكو منه¹.

وقد حدد المشرع مجموعة من الجرائم بشكوى سواء في قانون العقوبات أم في قانون الإجراءات الجزائية، والتي من بينها جريمة الامتناع عن تسليم الطفل حيث لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية بشأنها إلا بعد حصولها على شكوى من الضحية أو وكيله الخاص والحق في الشكوى في هذه الجريمة هو من حق الشخص الذي صدر الحكم القضائي لصالحه وهو صاحب الحق في الحضانة².

ويشترط في الشاكي أن تتوفر فيه أهلية التقاضي أن الشكوى عمل قانوني يرتب آثارا جزائية و التي هي تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة و يجب أن يكون الثاني قد بلغ سن الرشد المحدد بـ 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني، وإذا لحق المجني عليه عارض ينقص أو يعدم أهليته فيقوم محله وليته.

1- رواحة نادية، مرجع سابق، ص 463.

2- رواحة نادية، مرجع نفسه، ص 563.

ولاعتبار أن جريمة عدم تسليم الطفل من جرائم الشكوى، فإن سحب الشكوى يؤدي حتما إلى توقيف المتابعة حسب ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 329 مكرر: "..... ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

كما أقر المشرع الجزائري في التعديل المقرر في 23/06 لقانون العقوبات حيث نص في المادة 329 مكرر¹، انه لا يمكن مباشرة المتابعة من أجل الجنحة المنصوص عليها في المادة 328 من قانون العقوبات إلا بناءا على شكوى الضحية أن يجب عليه أن يصفح عن نيته في المتابعة الجاني جزائيا بسبب عدم تسليم القاصر.

- ومادامت المتابعة الجزائية معلقة على شكوى فإن سحب الشكوى يضع حدا للمتابعة وهذا حسب ما هو منصوص في المادة 329 مكرر الفقرة 2، سبقت مع هذا الحكم مع القواعد العامة التي تحكم الدعوى العمومية²، حيث جاء في المادة 06-03 من قانون الإجراءات الجزائية.

"تنقض الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة".

باعتبار أن جريمة عدم تسليم الطفل المحضون أو إبعاده أو خطفه أصبحت جريمة مقيدة شكوى فإن السياسة العامة لا يملك أي حق أن متضرر من تلقاء نفسها إذا وصل إلى عملها وان المتهم افترق الجريمة، بل عليها أن تنظم أن تقدم شكوى الضحية أمامها وأمام الضبطية القضائية وأمام قاضي التحقيق طبقا لإجراءات الإدعاء المدني، كما أن كل الإجراءات التي قامت بها النيابة العامة قبل الحصول على رفع القيد تعد إجراءات باطلة يتعين إعادتها من جديد³.

1- القانون رقم 06-23، سالف الذكر.

2- حيرش الزهرا، مرجع سابق، ص 43.

3- خلفي عبد الرحمان، الحماية الجنائية لحضانة الطفل، مرجع سابق، ص 14.

ثانيا: الاستدعاء المباشر في جريمة عدم تسليم الطفل

حسب المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية والتي تنص على ما يلي:
 " يمكن للمدعي المدني أم يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الحالات التالية:

- ترك الأسرة.
- عدم تسليم الطفل.
- انتهاك حرمة منزل.
- القذف.
- اصدار صك بدون رصيد.

وفي الحالات الأخرى ينبغي الحصول على ترخيص النيابة العامة للقيام بالتكليف المباشر بالحضور.

ينبغي على المدعي الذي يكلف متهما تكليفا مباشرا بالحضور أمام المحكمة أن يودع مقدما لدى كاتب الضبط مبلغا الذي يقدره وكيل الجمهورية.
 وان ينوه في ورقة التكليف بالحضور عن اختيار موطن له بدائرة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى ما لم يكن متوطنا بدائرتها، ويترتب البطلان مخالفة شيء من ذلك".

من خلال نص المادة 337 مكرر نستنتج أن التكليف بالحضور شخصي ضمن 5 جرائم وهي المنصوص عليها في هذه المادة والتكليف يتم تقديمه أمام وكيل الجمهورية بخلاف الجرائم الأخرى التي يجب أن يكون هناك ترخيص من النيابة العامة.

وأیضا نجد انه إلى جانب رعاية مصلحة المحضون في تلقي رعاية من طرف الشخص المعمول له قانونا حق الحضانة أو الزيارة، فإنه رعى أيضا مصلحة المدعية باستفادته من إجراءات الاستدعاء المباشر والتي تتم بمجرد أن تقدم الشكوى يقوم وكيل الجمهورية بدراسة الملف وتسجيله بسجلات المحكمة وتحدد جلسة محاكمة المتهم عن عمله وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إدانته.

التكليف بالحضور يجب أن يحتوي على بيانات و التي نص عليها المشرع في المادة 440 من ق.إ.ج: "يسلم التكليف بالحضور بناءً على طلب النيابة العامة ومن كل إدارة مرخص لها قانوناً بذلك، كما يجب على المكلف بالتبليغ أن يحيل الطلبات المقدمة إليه دون تأخير ويذكر في التكليف بالحضور الواقعة التي قامت عليها الدعوى مع الإشارة إلى النص القانوني الذي يعاقب عليها.

كما يذكر في التكليف بالحضور المحكمة التي رفع أمامها النزاع ومكان و زمان وتاريخ الجلسة ويتعين فيه صفة المتهم، والمسؤول مدنياً أو صفة الشاهد على الشخص المذكور.

كما يجب أن ينص التكليف بالحضور المسلم إلى الشاهد أن عدم الحضور أو رفض الإدلاء بالشهادة أو الشهادة المزورة يعاقب عليها القانون".

من خلال استقراء نصي المادتين 337 مكرر و 440 من ق.إ.ج نستنتج أنه التكليف بالحضور هو عمل إجرائي بمقتضاه يستطيع المدعي تحريك الدعوى الجنائية بطريقة مباشرة أمام المحكمة، فيتمكن أن يكلف المتهم بالحضور أمام المحكمة المختصة مطالباً إياه بالتعويض الضرر الذي لحقه، وعليه فمن حق المتضرر من جريمة عدم تسليم المحضون مخالفة لحكم قضائي أن يحرك الدعوة العمومية عن طريق التكليف بالحضور للمتهم ومطالبته بالتعويض عن الضرر الناجم¹.

إن 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 ثن 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 عاجلة².

1- حيرش الزهرا، مرجع سابق، ص 48.

2- رواحة نادية، مرجع سابق، ص 635.

الفرع الثاني

إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل على المستوى الدولي

لقد أدى الانفتاح والتأقباد والاقتصادى والسياسى إلى الارتباط التاريخى و الاقتصادى بين كل من البلدان وهذا ما أدى بطبيعة الحال إلى إثارة عقود الزواج المختلط بين المواطنين، ونتيجة لاختلاف العادات والتقاليد وحتى الأفكار بين مختلف الميدان العام أصبح هذا الاختلاف يؤثر على العلاقات الزوجية التي تبنى على أساس الزواج المختلط وكثيرا ما ينهي بالطلاق، وفي حالة حدوث الطلاق هذا يؤدي إلى حدوث عدة إشكالات ونزاعات سواء حول الحضانة أو حق الزيادة، وهذا الأمر دفع بكل من الجزائر وفرنسا إلى توقيع اتفاقية ثنائية والتي تهتف بخصوص الأطفال المولودون لأزواج مختلطين (أولا)، وخصوصا في حالة إبعاد المحضون وعدم تسليمه للحاضن (ثانيا).

أولا: إشكالية الزواج المختلط

يسعى المهاجرون لتوطيد أركانهم في الدول التي استقبلتهم من خلال إثبات اندماجهم في تلك المجتمعات بعدة طرق ومن بينها إقامة علاقات زوجية على أساس بناء أسرة والاستقرار لكن هذه العلاقات كثيرا ما تنتهي بانفصال الطرفين، وهذا الانفصال يؤدي إلى تأثير يمتد إلى النظم القانونية المقررة لتنظيم آثار انفصال الزوجين لاسيما تلك المتعلقة بالأطفال وهذا ما يؤدي إلى حدوث خلافات عويصة بين الأزواج¹.

من بين أهم الإشكالات التي يطرحها الزواج المختلط هو امتناع الحاضن عن تسليم المحضون وفي بعض الأحيان قد يصل إلى درجة الاختطاف من طرف الأبوين ويسافر به إلى خارج إقامة الحاضن، كل هذه التصرفات الناتجة عن بقية كلا من الأبوين أن يكون إلى

1- بن زيطة عبد الهادي، حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، مجلة جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، المجلد 35، العدد 02، الجزائر، 2021، ص 262.

جانب أطفاله، لكن ذلك يؤثر سلبا على استقرار الطفل ومصالحته الفضلى التي تنتسبها مختلف التشريعات الداخلية والدولية الحمائية للطفل¹.

ونظرا لتكرار حالات التنازع حول الحضانة و آثار انحلال الزواج، وتنامي ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال سعت بعض الدول إلى توحيد حلول لهذه النزاعات التي تثار حول العلاقات الأسرية الدولية، بإفراجها في اتفاقيات عدة من بينها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال الموقفة بتاريخ 21 جوان 1988.

نتيجة الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين وبغية كل من الدولتين الحفاظ على أبناء الزواج المختلط أبرمت اتفاقية بين الدولتين تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، وهذا من أجل تحقيق أحسن حماية لهم²، ومن بين أهم الأسباب التي أدت إلى إنشاء هذه الاتفاقية هي أنه كان القضاء الفرنسي يمنح الحضانة للأم الفرنسية، ولا يمنح حق الزيارة الأب الجزائري خارج الإقليم بسبب غياب ضمانات عودة المحضون، أو التشدد في منح حق الزيارة وتقييده بضرورة إقامة الأب في حدود التراب الفرنسي و إعلام السلطات الفرنسية بل حتى الوصول لسحب جواز سفره.

ثانيا: مدى مساهمة الاتفاقية الجزائرية والفرنسية في قمع جريمة عدم تسليم الطفل :

لقد نصت المادة الأولى من الاتفاقية على " تعيين وزارة العدل سلطتين مركزيتين مكلفتان بالوفاء بالالتزامات المحددة في هذه الاتفاقية ولهذا الغرض تتعامل هاتان السلطان المركزيتان مباشرة، وتكون تدخلاتهما مجانا كما تتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية العصر "

من خلال هذه المادة نجد أن الاتفاقية تسعى لتحقيق التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية من أجل البدء في الإجراءات اللازمة، ويتم ذلك عن طريق طلب السلطة

1- بن زيطة عبد الهادي، مرجع نفسه، ص 262.

2- نوال ترفاس، مرجع سابق، ص 52.

المركزية في إحدى الدولتين إلى السلطة المركزية في الدولة الأخرى وهو الوسيلة الاتصال الرسمية في الإجراءات لإعادة في النزاعات الأسرية عبر الحدود¹.

وفي حالة فشل السلطة المركزية في تحقيق الأهداف ذلك، فإنه يبدأ دور السلطة القضائية على " يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة من أجل تطبيق المادة 8.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره"².

أي أنه إذا ما تحرك القضية من طرف السلطة المركزية، فإنها تحرك بواسطة وكيل الجمهورية المختص إقليميا، وذلك بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر خص المتابعة الجزائرية على أساس النقل غير المشروع للطفل عبر الحدود الدولية وذلك حسب ما نصت عليه المادة 7" يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائرية الخاصة بعدم تسليم الأطفال التي تنص وتعاقب عليها التشريعات الجزائرية في كلتا الدولتان، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلا داخل حدود أحد البلدان أو فيما بين حدودهما الذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد آخر يباشر وكيل الجمهورية المختص إقليميا بمجرد تسليمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائرية ضد مرتكب المخالفة"³.

1- حاج شريف خديجة، الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2021، ص 181.

2- مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الحكومة الجمهورية الفرنسية، المتعلقة باطفال الازواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال ، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988.

3- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سابق.

المطلب الثاني

المسؤولية المقررة لجريمة الممتنع عن تسليم المحضون

المسؤولية الجزائية تقع على أساس الضرر الذي يصيب المجتمع، ويترتب في صدها جزاء مقرر والذي يتمثل في العقوبة المقررة الذي تطالب به النيابة العامة وفي حالة المسؤولية الجزائية لا يجب التنازل عنها يعكس المسؤولية المدنية، ولهذا تحاول إبراز المسؤولية المقررة لجريمة عدم تسليم الطفل سواء من حيث المساءلة الجزائية (الفرع الأول)، أو من حيث المساءلة المدنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المساءلة الجزائية

عندما تثبت المسؤولية على من ارتكب الجريمة، فإنه يقوم القاضي بتوقيع العقوبة التي يراها مناسبة بحسب الجريمة المرتكبة والتي قررها المشرع والعقوبات تنقسم في القانون الجزائري إلى عقوبات بحسب الموضوع (أولا) والعقوبات التكميلية (ثانيا).

أولا: العقوبات الأصلية المقررة لجريمة عدم تسليم الطفل :

تعرف العقوبات الأصلية بأنها عقوبات كافية بذاتها يوقعها القاضي على الجاني بعد تكييف الجريمة دون الحاجة لأن يكون معلقة على عقوبات أخرى وتختلف بحسب اختلاف الجريمة والعقوبات الأصلية في القانون الجزائري أدرجها المشرع في المادة 5 من قانون العقوبات والتي تنص على ما يلي:

"العقوبات الأصلية في مادة الجنايات هي:

(1) - الإعدام.

(2) - السجن المؤبد.

(3) - السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمسة (5) سنوات وعشرين (20) سنة ما عدا في الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى قصوى.

العقوبات الأصلية في مادة الجرح هي:

(1) - الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى.

(2) - الغرامة التي تتجاوز 20000 دج.

العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي:

(1) - الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

(2) - الغرامة من 2000 دج إلى 20.000 دج.

- وبالنظر إلى جريمة عدم تسليم الطفل فقد نص عليها المشرع في المادة 328 من نفس القانون والتي تنص على: "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 قضي في شأن حضائته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به وكذلك كل من خطفه ممن وكله إليه حضائته أو من الأماكن التي وضعت فيها أو أبعده عنه أو تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إخفائه حتى ولو وقع ذلك يغير تحايل أو عنف.

وتراد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد اسقطت السلطة الأحقية عن الجاني".

فإذا طبقا للمادة 325 من ق.ع على المادة 5 من نفس القانون فإنه نجد أن المشرع نظم هذه الجريمة ضمن العقوبات الأصلية للجرح.

والقاضي عند تحديده للعقوبات المقررة لحل جريمة فإنه لا يطبقها على الفاعل فقط

بل تتعدى ذلك إلى كل من له علاقة في ارتكاب الجريمة ففي الجريمة التي لحق في صدد

دراستها فالفاعل يعاقب بعقوبة سالبة للحرية وهي الحبس من شهرين إلى سنة إضافة إلى

غرامة مالية ما بين 20.000 دج إلى 100000 دج¹، أما عقوبة الشريك في الجريمة فيطبق عليها نص المادة 42 من ق.ع والتي تنص على: "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنقذة لها مع علمه بذلك".

من خلال استقراء نص هذه المادة نستنتج أنه كل من يقوم بتقديم مساعدة أو يسهل بتنفيذ الجريمة عن طريق الأعمال التحضيرية يعتبر شريك في الجريمة نظر القانون في العقوبة المقررة للشريك نص عليها المشرع في المادة 440 من نفس القانون و التي تنص: "يعاقب الشريك في جناية أو جنحة العقوبة المقررة للجناية أو الجنحة..."².

نستنتج من الفقرة الأولى من المادة 440 أنه المشرع لم يميز ولم تفرق بين العقوبة المقررة للفاعل الاصيل والشريك أي أنه في جريمة عدم تسليم الطفل فإن الشريك و الفاعل الاصيل يخصصان لنفس العقوبة و المنصوص عليها في المادة 328 من ق.ع.

ثانيا: العقوبات التكميلية

هي عبارة عن عقوبات مكملة للعقوبات الأصلية، تتميز بأنها غير كافية لوحدها لتحقيق الجزاءات المقررة أو أنها جوازية بالنسبة للقاضي وتتمثل هذه العقوبات في المادة 09 من ق.ع التي تنص على:

"العقوبات التكميلية هي:

1- الحجز القانوني.

2- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية والعائلية.

3- تحديد الإقامة.

4- المنع من الإقامة.

1- لخضر صونيا، جريمة عدم تسليم الطفل المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق، بجاية، 2015، ص56.

2- لخضر صونيا، مرجع نفسه، ص57.

- 5- المصادرة الجزئية للاموال.
- 6- المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.
- 7- إغلاق المؤسسة.
- 8- الإقصاء من الصفقات العمومية.
- 9- الحضر من اصدار الشيكات أو استعمال بطاقات الدفع.
- 10- تعليق أو سحب رخصة سياقة أو إلغاؤها مع المنع مع استصدار رخصة جديدة.
- 11- سحب جواز السفر.
- 12- نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة".

الفرع الثاني

المساءلة المدنية

حسب نص المادة 124 من القانون المدني فالمسؤولية تعرف كما يلي: " كل فعل إما كان يرتكبه بخطأه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض"¹.
يتبين من نص هذه المادة أنه لقيام المسؤولية يجب أن يكون هناك خطأ وهذا الخطأ أدى إلى حدوث ضرر للغير بصفة مباشرة مما يؤدي إلى نشوء على عاتق مرتكب الخطأ والذي هو التعويض.

أولاً: أركان قيام المسؤولية

لقيام المسؤولية في جريمة عدم تسليم الطفل يجب قيام أركانها الثلاثة المتمثلة في:
- **الخطأ:** وهو العمل الذي يقوم به الشخص ويسبب أذى للغير وبالتالي لا يمكن القول أن هناك مسؤولية على جريمة عدم تسليم الطفل المحضون إلا إذا توفر الخطأ وهو يتمثل في العمل السلبي الذي يكون في الامتناع عن التسليم الذي يقع على الطفل المحضون وأيضا إخلال الجاني بالتزامه².

1- لخضر صونية، مرجع سابق، ص 60.

2- لخضر صونية، مرجع نفسه، ص 60.

- **الضرر:** وهو الأذى الذي يمس الشخص يحق من حقوقه لذا قبل مسؤولية دون ضرر فالضرر الذي يلحقه الجاني بالمجني عليه، إقناعه بتسليم الطفل هو اعتذار على حق مكتسب قضائياً أو الضرر إما يكون مادي أو معنوي.

- **العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:** لقيام المسؤولية لا يكفي وقوع الضرر المضرور من شخص بل يجب توفر العلاقة السببية وهي التي تربط بين الخطأ والضرر، أي أن العلاقة السببية ركن مستقل حيث أنه وجب على طالب التعويض أن يثبت أن الضرر الذي أصابه ينشأ من خطأ الجاني، والمجني عليه إثبات الأذى الذي يسبب له الجاني والمتمثل في الضرر المادي والضرر المعنوي مع إثبات الأذى الذي والخطأ الذي وقع من نفس الجاني وهو فعل عدم التسليم.

- **ثانياً: التعويض بعد قيام المسؤولية.**

- **التعويض هو جبر الضرر الذي لحق المصاب وهو الحكم الذي يترتب على تحقق مسؤولية ويكون التعويض في الأصل على شكل تعويض نقدي أو عيني ويعتبر هذا الأخير خير وسيلة لجبر الضرر، حيث أن المضرور من جريمة عدم تسليم الطفل المحضون يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من فعل عدم التسليم الذي صدر من طرف الجاني.**

ثالثاً: تقدير التعويض

تنص المادة 131 من القانون المدني على: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرراً مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة النظر من جديد في التقدير".

من خلال هذه المادة نفهم أن التعويض يقدره القاضي بقدر الضرر الناجم عن الجريمة ويكون الضرر الذي أحدثه سواء متوقع أو غير متوقع، حالاً أو مستقبلاً مادياً أو

معنويا، والتعويض يطلبه المضرور من جريمة عدم تسليم الطفل المحضون ويقدره قاضي الموضوع ويكون التعويض في غالب الأحيان تعدي الذي يقوم القاضي بتحديد مبلغ من النقود لصالح المضرور من جريمة عدم تسليم الطفل المحضون.

خاتمة:

من خلال دراسة لموضوع جريمة عدم تسليم الطفل إلى حاضنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد كرس كل الحقوق والواجبات لطرفي العلاقة الزوجية بعد انحلال هذه الرابطة وذلك بتكريس حق الحضانة من خلال قانون الأسرة الجزائري وذلك بمنح حق الحضانة بأحد الطرفين والذي يكون مؤهلا لهذه المسؤولية وفقا لما حدده القانون الجزائري. أما بالنسبة للطرف الآخر الذي لم يكن له الحق في الحضانة فقد منح له حق الزيارة وهذا الحق الذي غفل المشرع في تنظيمه تنظيميا مفصلا إذ تغيب فيه كل آليات ممارسة هذا الحق، ومن أجل سد هذه الثغرة القانونية أصبحت كل النزاعات في حق الزيارة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما فتح المجال للحاضن بالتعسف وعدم تسليم الطفل لغياب نص قانوني يقيده.

- صحيح ان المشرع نص على جريمة عدم تسليم الطفل ضمن مجموعة من مواد قانونية أهمها المادة 328 من قانون العقوبات إلا أنه نجد أن المشرع لم يضع لهذه الجريمة مفهوما واسعا، أما من حيث الإجراءات نجد أن قد كرس إجراءات عدة تنقيد من هذه الجريمة من بينها هذه الجريمة شكوى من طرف المجنى عليه وهذا كان بمثابة طرف للمبدأ العام الذي ينص على أن الدعوى تحرك من النيابة العامة وهذا ما جعل هذه الجريمة تكتسي طابع خاص بها إضافة إلى الإجراءات والعقوبات التي حدد المشرع سواء على المستوى الوطني أو الدولي إلا ان بالرغم من كل هذه الجهود إلا أنها غير كافية ونشوبها العديد من النقائص في شقها الإجرائي والموضوعي والتي تتمثل في:

- انعدام التعريف القانوني لجريمة عدم تسليم الطفل.
- عدم وجود نصوص قانونية وطنية لتحديد هذه الأبعاد أو السفر إلى الخارج بالمحضون والتي هي أساس جريمة عدم تسليم الطفل المحضون.

ولهذا نقدم بعض الاقتراحات.

1- إعادة النظر في حق الزيارة وجعل تخضع لقواعد قانونية وليس السلطة التقديرية للقاضي.

2- تحديد الإطار المفاهيمي لجريمة عدم تسليم الطفل لتفادي الغموض.

3- تحديد نصوص خاصة بالنسبة لحق الزيارة الحائز للعدوى من أجل الحد من جريمة عدم تسليم الطفل.

قائمة المراجع

اولا: الكتب

- 1-باديس دبابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 2-باديس دبابي، صور آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2012،
- 3-عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2013.
- 4-محمد علي السالم عياد الحاجي، شرح قانون العقوبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 5-محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، النظرية العامة للجريمة، والنظرية العامة للعقوبة، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1984.

ثانيا: الأطروحات والمذكرات الجامعية

I-أطروحة الدكتوراه :

- 1-حاج شريف خديجة ، الحماية القانونية للمحضون في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل أطروحة الدكتوراه، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة حسية بن بوعلي، الشلف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2021.

II-مذكرات الماستر :

- 1-أقوير نعيمة، جريمة اختطاف القاصر، مذكرة ماستر، تخصص: القانون العام الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.
- 2-ونوعي أمينة ، حماية الطفل المحضون في قانون الأسرة، مذكرة ماستر، تخصص: الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
- 3-حيرش الزهراء، الجرائم المتعلقة بمخالفة احكام الحضانة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017،

- 4-مشطب صبرينة ، أحكام الحضانة بين الفقه والتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2022.
- 5-عبار فاطمة ومساوي ليديّة، أحكام الحضانة في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي-وزو، 2012،
- 6-مناصرية لينا ، جرائم الامتاع في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص: جنائي وعلوم الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2022.
- 7-ترفاس نوال ، التنظيم القانوني لحق رؤية وزيارة المحضون، مذكرة ماستر في الحقوق، قانون أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
- 8-تيطراوي منير، الحضانة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019.

ثالثا: المقالات والمدخلات

I_المقالات:

- 1-بتوقور فاضل، "حق زيارة الطفل المحضون دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي"، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 9، العدد 2، جامعة تلمسان، الجزائر، 2021، ص ص 51-90.
- 2-بن داود حنان، "الحضانة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأستاذ الباحث الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2020، ص ص 227-253.
- 3-بن عامر يزيد، زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة دار البحوث والدراسات القانونية السياسية، مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية، العدد السادس، جامعة الجزائر، 2019، ص ص 151-174.

4-لينة بوزيتونة، "حق زيارة المحضون في قانون الأسرة الجزائرية، دراسة بين القانون والواقع"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2019، ص ص 283-299.

5-شرون حسينة، "جريمة الامتناع عن تسليم الطفل إلى حاضنه"، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص ص 20-31.

6-عيساوي عادل، السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مصلحة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد04، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدي، الجزائر، 2020، ص ص 162-189.

7-عبد الرحمن خلفي، "الجرائم الماسة بأحكام الحضانة"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد2، 2008، ص ص 175-199.

8-عبد السلام نور الدين، "إستحقاق الحضانة في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الأول، 2022، ص ص 263-276.

9-عبد الكريم نذير، " الحضانة في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم السياسية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الرابع، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021، ص ص 468-483.

10- بن زيطة عبد الهادي، حق الزيارة في الاتفاقية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، مجلة جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، المجلد35، العدد02، الجزائر، 2021، ص ص 261-275.

11- رواحنة نادية ، جريمة الامتناع عن تسليم قاصر مخالفة لحكم قضائي على ضوء المادة 328 من قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص ص 624-641

II-المدخلات:

خلفي عبد الرحمان، الحماية الجنائية لحضانة الطفل، ملتقى دولي حول الحماية الجنائية للطفل، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، يومي الأحد والاثنين 10 و 11 نوفمبر 2013.

رابعاً: النصوص القانونية

- 1-أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، ج، ر، ج، ج، عدد49، الصادر بتاريخ 11 يونيو 1966، معدل ومتمم.
- 2-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، عدد 78 الصادر في 30 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
- 3-قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1954، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24 صادر في 12 يونيو 1984، معدل ومتمم.
- 4- مرسوم رقم 88-144 مؤرخ في 26 يونيو سنة 1988 يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الحكومة الجمهورية الفرنسية،المتعلقة باطفال الازواج المختلطين الجزائريين و الفرنسيين في حالة الانفصال ، الموقعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988 ، ج، ر، ج، ج ، عدد 30 الصادر بتاريخ 27 يوليو 1988.

01.....مقدمة

:

04.....

05.....المبحث الأول: التنظيم القانوني للحق في الحضانة

05.....المطلب الأول: مفهوم الحضانة

06.....الفرع الأول: تعريف الحضانة

06.....أولاً: التعريف اللغوي للحضانة

06.....ثانياً: التعريف القانوني للحضانة

07.....ثالثاً: التعريف الفقهي للحضانة

08.....الفرع الثاني: شروط الحضانة

10...المطلب الثاني: أحكام ممارسة الحضانة

10.....الفرع الأول: أصحاب الحق في الحضانة ومدتها

11.....أولاً: مستحقي الحضانة

11.....ثانياً: مدة الحضانة

12.....الفرع الثاني: النفقة في الحضانة

13.....أولاً: نفقة الحضانة وأجرتها

15.....ثانياً: سكن الحاضنة

16.....المبحث الثاني: التنظيم القانوني للحق في الزيارة

16.....المطلب الأول: مفهوم حق الزيارة

17.....الفرع الأول: التعريف حق الزيارة

- أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي لحق الزيارة.....17
- ثانياً: التعريف الفقهي لحق الزيارة.....18
- ثالثاً: تعريف حق الزيارة قانوناً.....18
- الفرع الثاني: العناصر المؤثرة في حق الزيارة وإشكالاتها.....20
- أولاً: العناصر المؤثرة في حق الزيارة.....20
- ثانياً: إشكالات حق الزيارة.....22
- المطلب الثاني: أحكام ممارسة حق الزيارة.....23
- الفرع الأول: تنظيم الزيارة.....23
- الفرع الثاني: سلطة في حكم الزيارة تحقيقاً لمصلحة المحضون.....24

:

27.....

- المبحث الأول: قيام جريمة عدم تسليم الطفل.....28
- المطلب الأول: مفهوم جريمة عدم تسليم الطفل.....28
- الفرع الأول: تعريف جريمة عدم تسليم الطفل.....28
- أولاً: تعريف جريمة الامتناع.....29
- ثانياً: تعريف جريمة عدم تسليم الطفل.....30
- الفرع الثاني: شروط جريمة عدم تسليم الطفل.....31
- أولاً: أن يكون المحضون قاصر.....31
- ثانياً: صدور حكم قضائي.....32
- ثالثاً: الحضانة.....32
- المطلب الثاني: أركان جريمة عدم تسليم الطفل.....33
- الفرع الأول: الركن الشرعي لجريمة عدم تسليم الطفل.....33

34.....	الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة عدم تسليم الطفل
36.....	الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة عدم تسليم الطفل
37.....	المبحث الثاني: إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل
	المطلب الأول: إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل على المستوى الداخلي و
38.....	الخارجي
38.....	الفرع الأول: إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل على المستوى الوطني
38.....	أولاً: تقييد جريمة عدم تسليم الطفل بشكوى
41.....	ثانياً: الاستدعاء المباشر في جريمة عدم تسليم الطفل
43.....	الفرع الثاني: إجراءات متابعة الممتنع عن تسليم الطفل على المستوى الدولي
43.....	أولاً: إشكالية الزواج المختلط
44.....	ثانياً: مدى مساهمة الاتفاقية الجزائرية والفرنسية في قمع جريمة عدم تسليم الطفل
46.....	المطلب الثاني: المسؤولية المقررة لجريمة الممتنع عن تسليم المحضون
46.....	الفرع الأول: المساءلة الجزائرية
46.....	أولاً: العقوبات الأصلية المقررة لجريمة عدم تسليم الطفل
48.....	ثانياً: العقوبات التكميلية
49.....	الفرع الثاني: المساءلة المدنية
49.....	أولاً: اركان قيام المسؤولية
50.....	ثانياً: التعويض بعد قيام المسؤولية
50.....	ثالثاً: تقدير التعويض
52.....	خاتمة
54.....	قائمة المراجع
59.....	الفهرس

ملخص:

لقد نظمت الشريعة الإسلامية الأسرة و أحاطتها بجملة من الأحكام التي تشرع الحقوق المتبادلة وتحافظ على استمرارها سواء ما يتعلق بالزواج أو الطلاق ولا يبقى بينهم سوى فك هذه الرابطة ولكن وفق ضوابط شرعية.إلى جانب ما ورد نجد أن المشرع قد اقر الطلاق ونظمه بمجموعة من الأحكام الواردة في قانون الأسرة لأنه يحدث اثار تؤثر على المجتمع ويمس فئة حساسة جدا ويتمثل هذا في الطفل،لهذا قد كرس كل الحقوق و الواجبات لطرفي العلاقة الزوجية بعد انحلال هذه الرابطة وذلك بتكريس حق الحضانة بأحد الطرفين و الذي يكون مؤهلا لهذه المسؤولية وفقا لما حدده القانون الجزائري .أما الطرف الآخر الذي لم يكن له الحق في الحضانة فقد منح له حق الزيارة وهذا الحق الذي غفل المشرع في تنظيمه تنظيما مفصلا إذ تغيب فيه كل آليات ممارسة هذا الحق، ومن اجل سد هذه الثغرة القانونية أصبحت كل النزاعات في حق الزيارة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي،وهذا ما فتح المجال للحاضن بالتعسف وعدم تسليم الطفل لغياب نص قانوني يقيدده.

الكلمات الدالة:

الأسرة، الطلاق، الطفل، الحضانة، الرابطة الزوجية، حق الزيارة، السلطة التقديرية للقاضي.