وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
كلّية الحقوق والعلوم السّياسية
قسم القانون الخاص

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه

الشّعبة: حقوق
التّخصّص: قانون الأسرة المقارن

العنوان

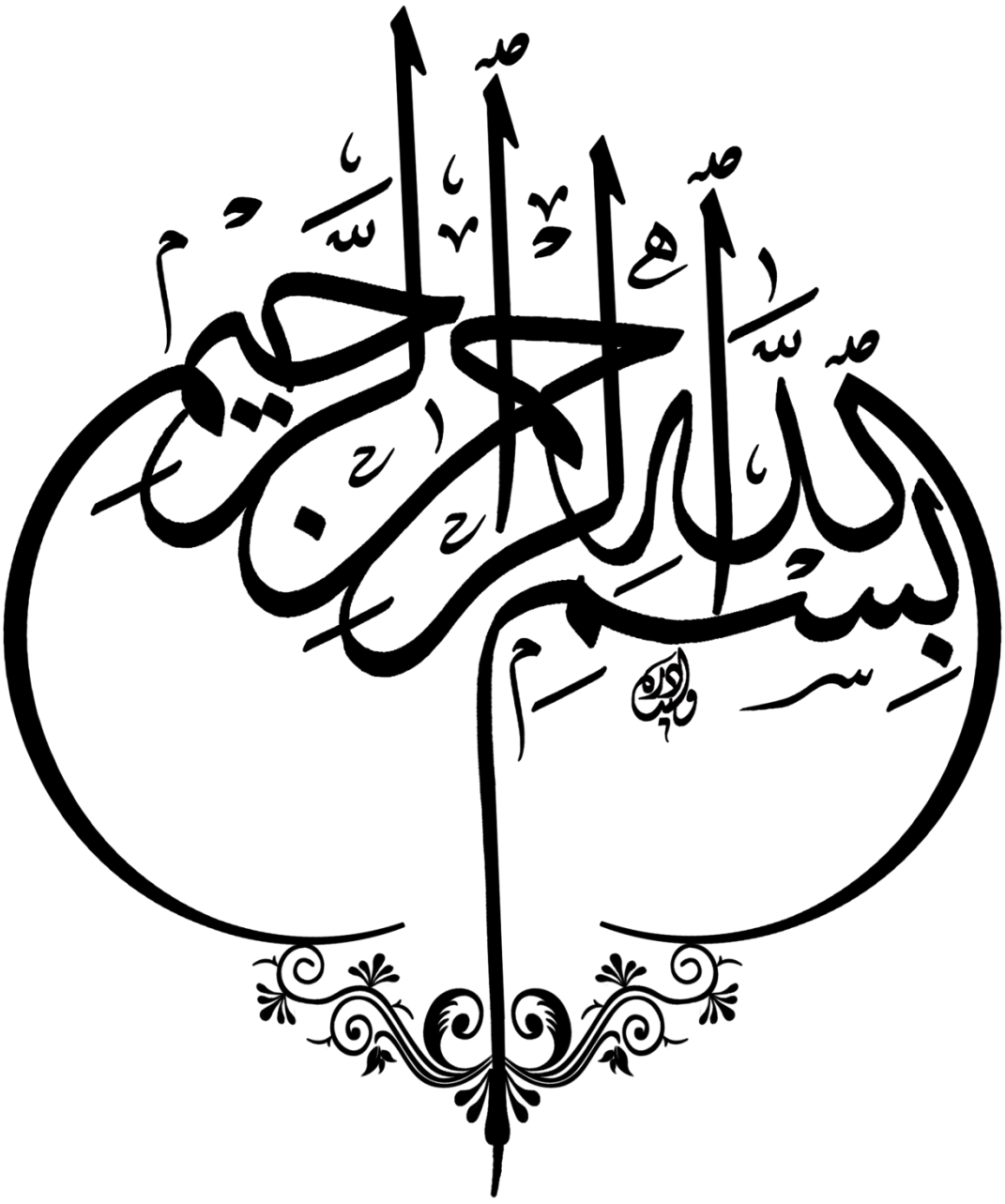
الحماية القانونية للمحضون
في القانون الدّولي الخاص

من إعـداد
خديجة حاج شريف

أعضاء لجنة المناقشة

أ. د. براهيم عماري	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	رئيس
أ. د. محمد حاج بن علي	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	مقرّر
أ. د. أحمد رباحي	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	ممتحن
د. رقية سكيل	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	ممتحن
د. يمينة برابح	أستاذة محاضرة (أ)	المركز الجامعي – غليزان	ممتحن
د. رشيد بن فريحة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة مستغانم	ممتحن

الموسم الجامعي: 2021/2020


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

قال الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز:

بسم الله الرحمن الرحيم:

﴿... وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ... (١٢)﴾ سورة لقمان، الآية 12

وقال الرّسول الكريم محمد ﷺ: ﴿من لا يشكر النّاس لا يشكر الله﴾ حديث صحيح

نحمد الله سبحانه وتعالى حمدًا كثيرًا طيّبًا مباركًا فيه على ما أكرمنا به من إتمام هذه الأطروحة الّتي نرجو أن تنال رضاه ...

كما نبارك عملنا هذا بالصّلاة على سيّدنا محمد صلى الله عليه وسلّم

ثمّ نتوجّه بجزيل الشّكر والامتنان العظيم والتّقدير العميق إلى كلّ من:

* البروفيسور المشرف "محمد حاج بن علي" على تفضّله الكريم بالإشراف على هذه الأطروحة وتكرّمه بنصحنا وتوجيهنا وإرشادنا ... حتى إتمامها.

* أعضاء لجنة المناقشة الكرام على تفضّلهم بقبول مناقشة أطروحتنا وتقويمها وبيان هفواتها.

* الأستاذ "حسن إبراهيمي" بدولة المغرب الشّقيق على ما بذله معنا من مجهود.

* أساتذتنا الأفاضل جزاهم الله خير الجزاء، على مجهوداتهم العلمية خلال مشوارنا التّعليمي

* عمّال مكتبة الحقوق بجامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف، وعمّال محكمة ومجلس قضاء الشلف.

* كلّ من ساعدنا من قريب أو من بعيد ولو بكلمة طيّبة أو حتى دعوة صالحة.

فجزى الله عزّ شأنه الجميع خير الجزاء.

خديجة حاج شريف

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

- أعزّ شخص على قلبي ومدرستي الأولى والأخيرة "أمي الحبيبة"... وأبي المُوقَّر وسندي في الحياة، حفظهما الله عزّ وجلّ وأطال في عمريهما.
- إخوتي "محمد الأمين" وزوجته "خديجة"، "جمال الدين" وزوجته "حورية"، "عبد الرحيم"، "كرم".
- النّسيبين المحترمين "بشير مولاي، جمال بختاوي".
- أخواتي "سمية، راضية، هاجر".
- رياحين القلب "محمد، مروة، سيرين، محسن، أمير".
- صديقتي "فاطمة الزّهراء" الّتي أشرفت على كتابة هذه الأطروحة.
- زملائي وزميلاتي بالمخبر، وأخصّ بالذّكر "أمين سعدي"، "هاجر عمير" "فتيحة يعقوبي"، "محمد حاج عمارة"، "حسين فرج"، "حميدة مراح".

خديجة حاج شريف

قائمة المختصرات باللّغة العربية:

ق. أ. ج	:	قانون الأسرة الجزائري.
ق. ع. ج	:	قانون العقوبات الجزائري.
ق. م. ج	:	القانون المدني الجزائري.
ق. إ. م. إ	:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
م. أ. م	:	مدوّنة الأسرة المغربية.
ق. ج. م	:	القانون الجنائي المغربي.
ق. د. خ. ت	:	القانون الدّولي الخاص التّونسي.
ق. م. ف	:	القانون المدني الفرنسي.
م. ن. ف	:	محكمة النّقض الفرنسية.
م. أ	:	المجلس الأعلى.
م. ع	:	المحكمة العليا.
غ. أ. ش	:	غرفة الأحوال الشّخصية.
غ. ش. أ. م	:	غرفة شؤون الأسرة والمواريث.
غ. ج	:	الغرفة الجنائية.
إ. ق.	:	الاجتهاد القضائي.
إ. ق. غ. أ. ش	:	الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشّخصية.
م. ت	:	محكمة التّعقيب التّونسية.
ن. م. ت	:	نشرية محكمة التّعقيب.

ن. ق : نشرة القضاة.

م. أ. ش : مجلّة الأحوال الشّخصية.

م. م. ع : مجلّة المحكمة العليا.

م. ق : المجلّة القضائية.

م. ق. ت : مجلّة القضاة والتّشريع.

م. أ. ش. ت : مجلّة الأحوال الشّخصية التّونسية.

م. ق. د. خ. ت : مجلّة القانون الدّولي الخاص التّونسية.

ج. ر. ج. ج. د. ش : الجريدة الرّسمية للجمهورية الجزائرية الدّيمقراطية الشّعبية.

ج. ر. ج. م. م : الجريدة الرّسمية للمملكة المغربية.

ر. ر. ج. ت : الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية.

ق. ت. م : قرار تعقيبي مدني.

ق. ت. ج : قرار تعقيبي جزائي.

م : مادة.

ف : فقرة.

ج : جزء.

ط : طبعة.

د. د. ن : دون دار نشر.

د. س. ن : دون سنة نشر.

د. ب. ن : دون بلد نشر.

ع	:	عدد.
ص	:	صفحة.
ص. ص	:	من الصّفحة إلى الصّفحة.

La liste des abréviations en Français :

Art	**:**	Article.
Ed	**:**	Edition.
Op. cit	**:**	Ouvrage précité.
P	**:**	Page.
P. P.	**:**	Du page au page.
N°	**:**	Numéro.

مقدّمة

شهد العالم بعد الحرب العالمية الثّانية تغيّرات وتحوّلات سوسيو حضارية، أبرزها موجة الهجرة نحو البلدان الأوروبية للبحث عن فرص الشّغل وعيش أفضل عمّا كان يعيشه هذا المهاجر داخل وطنه، والسّبب في ذلك راجع إلى ما وصلت إليه وسائل الاتصال الحديثة والمواصلات الأمر الّذي أدّى إلى ظهور عقود زواج من جنسيات مختلفة تحمل في طيّاتها اختلافا فكريا وعقائديا لكلا الطّرفين، وبالتّالي ينشأ الأطفال في كنف مزيج من تلاقح في الحضارات.

فالأسرة هي الوعاء الأساسي الّذي سينشأ فيه الطّفل على اختلاف جنسية الأبوين فهي تساهم بقدر كبير من الإشراف على نموّه ورعايته في جوّ أسريّ يسوده الأمن والاستقرار كي يكون مستعدّا للقاء العالم الخارجي، لكّن قد يحدث وأن تعصف بالحياة الزّوجية مشاكل تؤدّي إلى اختلال العلاقة الزّوجية، فتتعمّق فجوة الخلاف ويعمّ الصّراع ويتزعزع الاستقرار بينهما، ولا يكون الحلّ أمامهما إلاّ فكّ الرّابطة الزّوجية[1]. غير أنّ هذا الانحلال لا يضع حدّا للنّزاعات القائمة بينهما، بل تمتد أحيانا تداعياته إلى الأبناء. فتصبح مسألة رعايتهم وتربيتهم موزّعة ومشتّتة بينهما خلال مراحل نموّهم، أو أن يصبح الأبناء وسيلة للضّغط والابتزاز بين الأبوين، وتصبح أكثر شدّة في الزّواج المختلط[2] والّتي تؤثّر سلبا على شخصية الطّفل[3].

---

[1] تتفكّك الرّابطة الزّوجية في التّشريع الجزائري بثلاث طرق: طلاق، تطليق، خلع. **ينظر**: المواد 48، 53، 57 من ق. أ. ج. قانون رقم 11/84 المؤرّخ في 09 يونيو 1984 المتضمّن ق. أ. ج، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 24، الصّادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2] سعاد قاسمي، **إشكالية الحضانة في الزّواج المختلط**، بحث نهاية التّمرين بالمعهد العالي للقضاء، وزارة العدل والحرّيات الرّباط– المغرب، 2013–2015، ص. 4. "ولا شكّ أنّ التّزايد المطرد لحالات الطّلاق والانفصال الواقعي أو القانوني، الّذي تتعرّض له الرّوابط العائلية وما ينتج عنها من نزاعات تتعلّق أساسا بحقّ الحضانة والزّيارة، أضحى واقعا مشتركا تنعكس آثاره على الأولاد بشكل مباشر؛ بحيث يحرمون من عطف الأبوّة وحنان الأمومة". حسن إبراهيمي، **الجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال: دراسة في إطار القانون الدّولي الخاصّ الاتفاقي على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلّية العلوم القانونية والاقتصادية، فاس– المغرب، 2017–2018، ص. 2.

[3] "وقد أظهرت الكثير من الدّراسات أنّ الحرمان من الأب لا يكاد يقلّ خطورة عن الحرمان من الأمّ؛ إذ كثير من الأطفال الّذين حرموا من آبائهم ساءت حالتهم النّفسية وفقدوا السّيطرة على أنفسهم، فمنهم من يعاني حالات الانطواء والاكتئاب النّفسي، ومنهم من انحرف إلى عالم المخدّرات والهلاوس...". رشدى شحاتة أبو زيد، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية –دراسة مقارنة–**، ط. الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية– مصر، 2011، ص. ص. 11، 12، 46.

ولا شكّ في أنّ مسألة حماية المحضون حظيت باهتمام بالغ من قبل الشّريعة الإسلامية[1] والمشرّع الجزائري اللّذين حاولا حمايته من عدّة جوانب[2]، وهو ما دفعنا في هذه الدّراسة لذكر بعض منها، أبرزها حماية مصلحة الفضلى للمحضون[3] سواء بإسناد الحضانة أو إسقاطها عند البتّ في النّزاع.

كما كان لمسألة تحديد القانون الواجب التّطبيق[4] على الحضانة، نصيب من هذه الدراسة لما تثيره مسألة تنازع القوانين؛ لأنّ هذه العلاقة مشتملة على عنصر أجنبي، إذ يقوم القاضي باختيار القانون الأصلح لحكم هذه العلاقة، واختيار القانون الواجب التّطبيق للفصل في النّزاع في ظلّ غياب قاعدة الإسناد الوطنية.

[1] "فقد دعا الإسلام إلى حسن تربية الطّفل وتعليمه؛ إذ أنّ للطّفل الحقّ تجاه والديه في أن يقوما بمسؤوليتهما المشتركة عن حسن تربيته تربية قوّية ومتوازنة وعن نموّه العقلي والبدني، وينصرف هذا الحقّ إلى كلّ من يحلّ محلّ الوالدين من المسؤولين عن رعايته والقيام على مصالحه، وتكون مصالح الطّفل الفضلى موضع اهتمامها الأساسي". فؤاد يونس، **مصالح الطّفل الفضلى**، ط. الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2019، ص. ص. 31، 32.

[2] ولأجل حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، لابد من الحفاظ على حقوقه المنوطة به، سواء كانت المادية منها (الحقّ في السّكن، النّفقة، أجرة الحضانة، أجرة الرّضاع)، أو المعنوية (الاستقرار والأمن، حقّ الصّحة، الزّيارة، مدّة الحضانة، القانون الواجب التّطبيق على المحضون، تطبيق القانون الأجنبي، ...).

[3] "إنّ المصالح الفضلى للطّفل كانت ولا تزال موضوع بحث واسع النّقاط في الميادين الأكاديمية الدّولية والمحلّية". فؤاد يونس، المرجع السّابق، ص. 06.

[4] "لما كانت مسألة الحضانة تتداخل ضمن أفكار متعدّدة، تارةً ضمن فكرة الزّواج باعتبارها أثراً من آثاره، وتارةً ضمن فكرة الطّلاق، وتارةً أخرى ضمن علاقة الأولاد بالآباء، فإنّ التّشريعات المختلفة للدّول تباينت فيما بينهما من تبني موقف موحّد إزاء ذلك.

وهذا الأمر انعكس على مسألة تحديد القانون الواجب التّطبيق على مسألة الحضانة، فبدلاً من أن يكون هناك قانون واحد واضح ينعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة، نجد أنّ هناك عدّة قوانين قد تتزاحم فيما بينها". فراس كريم شيعان ونعمة نغميش، **تنازع القوانين في الحضانة –دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة–**، مجلّة المحقّق الحلى للعلوم القانونية والسّياسية، كلّية الحقوق والعلوم السيّاسية، جامعة بابل، العراق، المجلّد 05، ع 01، 2013، ص. ص. 156، 157.

أضف إلى ذلك أنّ حقّ الزّيارة[1] من الحقوق الأساسية للمحضون بعد انفصال الزّوجين، لذا قام المشرّع الجزائري بإبرام اتفاقية مع فرنسا –اتفاقية ثنائية–[2]؛ على اعتبار أنّ غالبية الجالية الجزائرية متواجدة في فرنسا[3]، حاول فيها الطّرفان إيجاد حلول ودّية للحدّ من الخلافات بين الأبوين، لحماية حقوق المحضون ومصالحه في العلاقات الدّولية الخاصة قبل الولوج لأروقة المحاكم[4].

[1] **ينظر**: م 64 من الأمر 02/05.

[2] المرسوم رقم 144/88 المؤرّخ في 12 ذو الحجّة 1408هـ الموافق لـ 26 يوليو 1988، يتضمّن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطية الشّعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، متعلّقة بأطفال الزّواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقّعة في مدينة الجزائر يوم 21 يوليو سنة 1988. ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 1097، المؤرّخة في 13 ذو الحجّة 1408هـ.

[3] "ينبغي الإشارة إلى أنّ فلسفة واضعي الاتفاقية متعلّقة أساسا بحماية الطّفل ذاته وتحديد ضمانات ممارسة حقّ الحضانة وزيارة المحضون وحرّية تنقّله بين البلدين، إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القاصر بالدّرجة الأولى دون الاهتمام بشروط الحاضن خلافا للقانون الدّاخلي". مصطفى معوان، **الحضانة وحماية الطّفل في الاتّفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988**، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسّياسية، ع 01، 2000، ص. 134.

[4] "استبعدت هذه الاتفاقية ما كان سائرا عليه القضاء الفرنسي في التّشدّد في منح حقّ الزّيارة للأب الجزائري وتقيّده بضرورة إقامته في التّراب الفرنسي، وإخبار السّلطات الفرنسية بتواجده في فرنسا وإيداع جواز سفره". **ينظر**: مصطفى معوان، المرجع نفسه، ص. 135. "وما يزيد من عرقلة ممارسة حقّ الزّيارة، تعسّف وتشدّد الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية في منح حقّ الزّيارة، وذلك بوضعها مجموعة من القيود والشّروط لممارسة هذا الحقّ متعلّلة بالمصلحة الفضلى للمحضون، ومن ذلك القرار الصّادر عن م. ن. ف بتاريخ 3 فيفري 1989، الّذي قيّد ممارسة الأب لحقّ الزّيارة في حدود الإقليم الفرنسي وإخبار السّلطات الفرنسية بتواجده في فرنسا، وإيداع جواز سفره ومنع السّفر بالمحضون خارج الحدود الفرنسية دون موافقة الحاضن، وفي حالة ممارسة حقّ الزّيارة خارج التّراب الفرنسي، فإنّه يمكن للقاضي الفرنسي تحديد العقوبات الزّجرية الّتي يمكن الحكم بها على الأب في حالة عدم عودته بالمحضون في المدّة المحدّدة للزّيارة". حياة عفرة، **إشكالات الحضانة في الزّواج المختلط**، مذكّرة ماجستير، فرع القانون الخاص، تخصّص عقود ومسؤولية، كلّية الحقوق –بودواو–، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس– الجزائر، 01–02–2016، ص. 91.

وأمام هذا الوضع، قام المشرّع المغربي بتوسيع نطاق الحماية للمحضون من خلال مصادقته على الاتفاقيات الجماعية[1] والعديد من الاتفاقيات الثّنائية[2]، لما فيها من مكسب في حلّ نزاعات الحضانة[3] عبر الحدود الدّولية وإيجاد أرضية آمنة له؛ كون أنّ مواضيع الطّفل

---

[1] **أهمّ هذه الاتفاقيات:**

– اتفاقية لاهاي لـ 25 أكتوبر 1980 المتعلّقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال.

– نظام بروكسل 2 مكرّر رقم 2201/2003 لـ 27 نوفمبر 2003، المتعلّق بالاختصاص والقانون المطبّق والاعتراف وتنفيذ القرارات في المادة الأسرّية والمسؤولية الأبوية، وقد عوّض النّظام السّابق رقم 2000/1347 الصّادر بتاريخ 29 ماي 2000.

– اتفاقية لاهاي لـ 19 نوفمبر 1996، المتعلّقة بالاختصاص والقانون المطبّق والاعتراف والتّنفيذ والتّعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال.

[2] **نذكر من هذه الاتفاقيات:**

– صادقت دولة المغرب على العديد من الاتفاقيات مع بعض الدّول الأجنبية –كفرنسا، إسبانيا، بلجيكا، تونس، السّودان وغيرها– لحماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، نذكر أبرزها:

* ظهير شريف رقم 1.83.197، صادر في 11 ربيع الأوّل 1407هـ الموافق لـ 14 نوفمبر 1986، المتعلّق بنشر الاتفاقية المتعلّقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتّعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الموقّعة بالرّباط في 10 أوت 1981، ج. ر. م. م، ع 3910، الصّادرة يوم 12 صفر 1408هـ الموافق لـ 07 أكتوبر 1987.

* ظهير شريف رقم 01–11–99، صادر في 26 محرّم 1420هـ الموافق لـ 13 ماي 1999، المتعلّق بالاتّفاقية المغربية الإسبانية الخاصة بالتّعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقرّرات القضائية في مادة الحضانة وحقّ الزّيارة وإرجاع الأطفال، ج. ر. م. م، ع 4700، الصّادرة يوم 03 ربيع الأوّل 1420هـ الموافق لـ 17 جوان 1999، ص. 1544.

– الاتفاقية التّونسية الفرنسية المبرمة في 18 مارس 1982، المتعلّقة بالتّعاون القضائي في مواد الحضانة وحقّ الزّيارة والنّفقة، منشورة بـ ر. ر. ج. ت، ع 77، الصّادر بتاريخ 29 نوفمبر 1983، ص. 4183.

[3] "وقد كان لغياب الإلمام بهذه الخصوصية أن أصدرت محكمة الاستئناف بالدّار البيضاء بتاريخ 2011/12/12، (قرار رقم 2292، في الملف رقم 11/1786، غير منشور)، قرارا بتأييد الحكم القضائي بإرجاع الطّفل لوالدته في الولايات المتحدة الأمريكية، بناءً على مقتضيات اتفاقية لاهاي، وذلك في الوقت الّذي لم تكن فيه الاتفاقية سارية المفعول بين كلّ من المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية؛ حيث لم تكن هذه الدّولة الأخيرة وقتئذ قد قبلت بلادنا كطرف منظّم للاتفاقية ولم تفعل ذلك إلاّ لاحقا، عندما أصبحت الاتفاقية سارية المفعول بين البلدين ابتداءً من تاريخ 2012/12/01.

ويجدر التّنبيه إلى أنّه طبقا لـ م 35 ف 01 من نفس الاتفاقية، فإنّها تطبّق بين الدّول المتعاقدة فقط في حالات النّقل أو الاحتجاز، الّتي تتمّ بعد دخول الاتفاقية حيّز التّنفيذ في تلك الدّول". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 27، 28.

من المسائل الحسّاسة والشّائكة بصفته أضعف شريحة في المجتمع، كما أنّه يشكّل نصف الحاضر وكلّ المستقبل، خصوصا في العلاقات الدّولية الخاصة.

كلّ هذه المواضيع الّتي أشرنا إليها كانت الدّافع الأساسي لاختيار الموضوع، نظرا لما يتعرّض له الطّفل المحضون بعد فكّ الرّابطة الزّوجية خصوصا في العلاقات الدّولية الخاصة؛ بحيث أنّه لم يحظ من النّاحية العلمية والأكاديمية بالأهمّية الّتي يستحقّها، لأنّ تشريعات حماية المحضون كانت ضعيفة على المستوى الدّاخلي، كما كانت الدّراسات الأكاديمية جدّ قليلة في هذا الشّأن، والّتي حاولنا الاستعانة بها لإماطة اللّثام عن بعض الجوانب الّتي سبق التّطرّق إليها، وجوانب لم تسبق الإشارة إليها من قبل بعض الباحثين في هذا المجال.

وتبرز أهمّية هذا الموضوع في كونه من المواضيع الحسّاسة والهامّة؛ لأنّه يمسّ أضعف شريحة في المجتمع وهم الأطفال، وما يتعرضون له من تمزّق عائلي وعدم الاستقرار في بيئتهم، ما يجعلهم يعيشون وضعًا صعبًا وحادًا يحرمهم من أبسط حقوقهم. لذا يتوجّب على كلّ الجهات الفاعلة أن تولي عناية بالغة بهم كونهم رجال ونساء الغد.

كما حاولنا إبراز أهمّية الحلول الودّية[1]، من بينها الوساطة الّتي لعبت دورا مهمّا في حلّ المسائل العويصة للحضانة، في ظلّ نقص الاتفاقيات الثّنائية الّتي تحمي حقوق المحضون مقارنة بباقي الدّول.

وعليه، فإنّ معالجة موضوع حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة اتخذ عدّة سبل وآليات، سواء على الصّعيد الدّولي أو الدّاخلي، ما دفعنا لطرح الإشكالية الرّئيسية على النّحو التّالي:

[1] "إبراز مدى قدرة الحلول المرصودة لمواجهة ظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال، ولاسيما الاتفاقية منها على الحدّ من الإشكال ومحاصرة التّبعات النّفسية والاجتماعية المترتّبة عنها، وذلك بالتّطرّق للتّطبيقات الإدارية والقضائية واستعراض التّجارب الدّولية المقارنة، في أفق رسم آفاق أفضل لتطوير الجهود الدّولية بغية توفير حماية تحصّن الأطفال من مثل هذه المخاطر". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 17.

- ✓ **ما هي الآليات القانونية الّتي اعتمدها المشرّع الجزائري لحماية المحضون في القانون الدّولي الخاص؟ وما مدى كفايتها في حلّ الصّعوبات في الواقع؟**

ولتوضيح هذه الإشكالية والإجابة عنها، نطرح الإشكالات الفرعية الآتية:

– ما هي المعايير الّتي يعتمدها القاضي في تحديد مصلحة المحضون وإسناد الحضانة؟

– ما هو القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في القانون الدّولي الخاص؟

– كيف راع الاجتهاد القضائي مبدأ مصلحة المحضون في مسألة زيارته ورؤيته؟

– ما هي الآليات القانونية الّتي اعتمدها المشرّع الجزائري لمعالجة ظاهرة النّقل غير المشروع في القانون الدّولي الخاص؟ وهل كانت كفيلة بحمايته؟.

ولاستيعاب أبعاد هذا الموضوع وبيان جوانبه القانونية، استعنا في هذه الدّراسة بجملة من المناهج، أبرزها المنهج التّحليلي؛ وذلك بتحليل النّصوص التّشريعية سواء على الصّعيد الدّاخلي أو الدّولي الخاص، والاتفاقيات الثّنائية بين الطّرفين الخاصة بحماية المحضون بعد فكّ الرّابطة الزّوجية في العلاقات الدّولية الخاصة، وهو ما قادنا إلى المنهج الاستقرائي. بالإضافة إلى الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال المقارنة بين مختلف التّشريعات (الجزائر المغرب، تونس)، وكذلك الاجتهادات القضائية الّتي اخترناها في هذه الدّراسة.

ولإعطاء رؤية واضحة لمتصور الإشكالية هذا الموضوع والإحاطة بأبعاده، ارتأينا أن نتطرّق إلى بابين؛ حيث خصّصنا الباب الأوّل للجانب النّظري لهذا الموضوع، وذلك بالتّعرّف على نطاق حماية المحضون في القانون الدّولي الخاص، بتحديد المصلحة الفضلى للمحضون، وتبيان القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في ظلّ غياب قاعدة الإسناد الوطنية، وحماية حقّ زيارة المحضون، ومنع نقله خارج الحدود الدّولية.

أمّا الباب الثّاني فكان تجسيد للآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في القانون الدّولي الخاص، وإبراز دور الحلول الودية لحلّ الصّعوبات الّتي تحول دون تحقيق حماية المحضون بعد فكّ الرّابطة الزّوجية في القانون الدّولي الخاص.

الباب الأوّل:

نطاق حماية حقوق المحضون في القانون الدّولي الخاص

لاشكّ أنّ مسألة حماية حقوق المحضون حظيت باهتمام واسع في الشّريعة الإسلامية[1]، الّتي حثّت على رعايته وتنشئته دينا وخلقا وعدم المساس بحقوقه، بدءً من أبسط وحدة وهي الأسرة في القوانين الوضعية –قوانين داخلية كانت أو خارجية–؛ فأطفال اليوم هم رجال ونساء الغد، ويتوجّب على كلّ الأطراف الفاعلة (قطاعات، مؤسّسات، منظّمات) السّهر على تكريس هذه الحماية.

هذا، وقد أولى المشرّع الجزائري اهتماما بليغ الأثر بفئة المحضونين وحماية حقوقهم سواء على المستوى الدّاخلي أو الخارجي؛ إذ نجد ذلك في نصوص التّشريع الدّاخلي ومصادقته على الاتفاقيات الجماعية والثّنائية، لإحلال هذه الحماية الّتي انعكست على الجهاز القضائي، فجسّد كلّ الرّعاية اللاّزمة للمحضون ومسّ جوانب الحضانة وأثرها، محاولا في ذلك مراعاة الاختلاف بين التّشريعات المبرمة للاتفاقية.

وعلى هذا النّحو، يمكن تجسيد حقوق المحضون في مسألتين هامّتين هما: المصلحة الفضلى للمحضون أساس لإسناد الحضانة في القانون الدّولي الخاص (الفصل الأوّل)، أمّا المسألة الثّانية فتتمثّل في الحقوق المرتبطة بالحضانة في القانون الدّولي الخاص (الفصل الثّاني).

[1] خالد عبد العظيم أبو غابة، **حقوق المحضون –دراسة في الشّريعة الإسلامية–**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية–مصر، 2013، ص. 9.

الفصل الأوّل:

المصلحة الفضلى للمحضون أساس لإسناد الحضانة في القانون الدّولي الخاص

هناك حقيقة لا يختلف فيها اثنان، وهي أنّ الإنسان يولد ضعيفا وبحاجة إلى رعاية مادية ومعنوية، كي ينشأ سليما ويصبح فردا صالحا في المجتمع، لذا سنّ المشرّع الجزائري نصوصا خاصّة لحماية الطّفل خصوصا بعد انفصال والديه؛ لأنّه بحاجة ماسة إلى رعاية وحماية كي يشتدّ عوده، وهذا لا يتأتّى إلاّ بأوامر من القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية.

هذا، وقد منح المشرّع الجزائري صلاحيات واسعة لقضاة الأحوال الشّخصية في مسألة حماية حقوق المحضون، من خلال فتح مجال للسّلطة التّقديرية للقاضي للبتّ في بعض المسائل الّتي لم ينص عليها المشرّع بنصّ قانوني خاص، وذلك حسب حاجة كلّ طفل على حدى.

ومن هذا المنطلق، سنحاول توضيح المصلحة الفضلى للمحضون في القانون الدّولي الخاص (المبحث الأوّل)، وكذا تبيان اختيار القانون الواجب التّطبيق بالنّظر لتكييف الحضانة في القانون الدّولي الخاص (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: المصلحة الفضلى للمحضون في القانون الدّولي الخاص

اعتبر المشرّع الجزائري مسألة الحضانة على المستوى الدّاخلي أو الخارجي من مسائل النّظام العام، فجعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون منفذا يستطيع من خلالها القاضي حماية الطّفل ورعاية مصلحته، وقد لقيت هذه القاعدة اهتماما كبيرا من طرف المشرّعين؛ إذ أصبحت القاعدة الوحيدة لدى المشرّع الجزائري والتّشريعات العربية والأجنبية الّتي يستطيع القاضي من خلالها الفصل في موضوع الحضانة.

وعليه، يتطلّب منا الأمر في هذه الدّراسة تحديد مفهوم المصلحة الفضلى للمحضون (المطلب الأوّل)، ثمّ الحديث عن دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: مفهوم المصلحة الفضلى للمحضون

حظي مبدأ مصلحة المحضون بعناية بالغة في التّشريع والفقه والقضاء، على اعتبار أنّه الأساس الّذي يستند إليه القاضي في إسناد الحضانة، والمنفذ الّذي يستطيع من خلاله حماية الطّفل ورعاية مصالحه عند انفصال الزّوجين في الزّواج المختلط.

والملاحظ عليه، أنّ هذا المبدأ تباينت فكرته من تشريع إلى آخر، لذا سنعرّف هذا المبدأ الّذي اعتمدته بعض التّشريعات (الفرع الأوّل)، وإبرازه كقاعدة ومبدأ لتكريس حماية المحضون (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعريف مصلحة المحضون

حاول المشرّع الجزائري إعطاء قدر كبير من الأهمّية لمبدأ مصلحة المحضون في نصوص عديدة من ق. أ. ج[1]، لكّن لم يفردها بنصّ تعريفي خاص تاركا المجال للفقه، وهذا ما سنتعرّف عليه من خلال تعريف المصلحة (أوّلا)، والحضانة (ثانيا).

أوّلا- تعريف المصلحة:

عرّف العديد من الفقهاء لفظ المصلحة في مواضع متفرّقة، وعلى وجه الخصوص فقهاء الشّريعة الإسلامية، وفيما يلي سنحاول إيراد بعض التّعريفات الخاصّة بهذا المصطلح من النّاحية اللّغوية والاصطلاحية والشّرعية وكذا الفقه والقانون.

أ) التّعريف اللّغوي للمصلحة:

يقصد بها: (صَلَحَ) الشّيء- صلاحا: كان نافعا أو مناسبا. (صَلُحَ)- صلاحا: زال عنه الفساد. (أصلح) الشّيء: أزال فساده. (المصلحة): المنفعة. و- هيئة إدارية فرعية من الوزارة، تتولّى مرفقا عامّا، مثل مصلحة الضّرائب[2].

ويقصد بها: ص ل ح (صلح) ضدّ الفساد وبابه دخل. ونقل الفرّاء صَلُحَ أيضا بالضّم وهذا يصلح لك؛ أي هو من بابتك. و(الصِّلاح) بالكسر هو مصدر المصالحة والاسم (الصُّلْحُ) يُذَكَّر أو يؤنّث. وقد (اصطلحا) و(تصالحا) و(أصَّالحا) بتشديد الصّاد. (والإصلاح) ضدّ الإفساد. والمصلحة واحدة (المصالح). (والاستصلاح) ضدّ الاستفساد[3]. والمصلحة: واحدة المصالح. واستصلح: نقيض استفسد[4].

---

[1] **ينظر**: م من 64 إلى 67 و69 من ق. أ. ج رقم 02/05.

[2] **المعجم الوجيز**، مجمع اللّغة العربية، مطابع شركة الإعلانات الشّرقية، دار التّحرير، مصر، 1989، ص. 368.

[3] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصّحاح**، طبعة مدقّقة، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصّلح، بيروت- لبنان، 1986، ص. 154.

[4] مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط. الثّامنة، **مؤسّسة الرّسالة**، بيروت- لبنان، 2005، ص. 229.

وقد عرّفتها بعض القواميس الفرنسية بأنّها كلّ ما يجلب الخير والنّفع للشّخص في أيّ مجال كان[1].

هذا فيما يتعلّق بتعريف المصلحة لغة، أمّا اصطلاحا فقد كثرت تعاريفها وهذا ما سنحاول توضيحه في النّقطة الموالية.

ب) تعريف المصلحة اصطلاحا:

إنّ لفظ المصلحة ورد في تعريفات مختلفة في الألفاظ مقتربة في المعنى؛ لأنّها نظرية تسيطر على الفقه الإسلامي في مجموعه[2]، واصطلح عليها علماء الشّريعة الإسلامية بـ "من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم، طبق ترتيب معيّن فيما بينها"[3].

وقد أورد **الشاطبي** تعريفا للمصلحة بقوله: "وأعني بالمصالح ما يرجع على قيام حياة الإنسان، وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشّهوانية والعقلية على الإطلاق، حتى يكون منعما على الإطلاق"[4]. أمّا الإمام **الغزالي** فعرّفها بأنّها: "جلب المنفعة ودفع المضرّة"[5].

---

[1] تترجم المصلحة باللّغة الفرنسية « *L'intérêt*».

L'intérêt : *ce qui importe, ce qui est utile avantageux. Agir dans l'intérêt d'un ami. Attachement exclusif à ce qui est avantageux pour soi ; en pratique. Le petit la rousse, grand format, Dictionnaire encyclopédique, Paris, 1995, p. p. 557, 558.*

[2] حسن حامد حسان، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، مكتبة المتنبي، القاهرة، 1981، ص. ص. 06-08. منشور على الرّابط الآتي:

https://archive.org/details/m-islamic_F101/page/n5/mode/2up

[3] محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلامية**، مؤسّسة الرّسالة، سوريا، 1973، ص. 23.

[4] أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، **الموافقات في أصول الشّريعة**، المجلّد الثّاني، ط. الأولى، دار بن عفان، المملكة العربية السّعودية، 1997، ص. 44.

[5] أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى في علم الأصول**، المجلّد الثّاني، شركة المدينة المنورة للطّباعة والنّشر، د. س. ن، ص. 441.

وقد حلّلها الأستاذ **مجيد حميد العنبكي** إلى ثلاث عناصر، هي المنفعة والهدف وحالة الموافقة بينهما؛ فالمصلحة عنده تتوافد عند موافقة المنفعة للهدف[1].

فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بمفاهيم الاحتياجات والحقوق الأساسية للطّفل[2].

ج) أدلة المصلحة في الشّريعة الإسلامية:

لقد كان للشّريعة الإسلامية دور هامّ في توجيه ورعاية مصالح العباد، وذلك بتسيير أمورهم الدّنياوية، وهذا ما نلمسه في الكتاب والسّنة:

فمن أدلّة الكتاب، نجد قول الله جلّ في علاه: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ (90)﴾[3]. في هذه الآية الكريمة يأمرنا المولى عزّ وجلّ بالعدل والإحسان لتحقيق مصالح النّاس، وينهانا عن الفحشاء والمنكر والبغي وهو ما يعتبر مفسدة. كذلك قول الله جلّ شأنه: ﴿... يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ...(185)﴾[4].

وآيات أخرى كثيرة ذات دلالة ضمنية على أنّ أحكام الله سبحانه وتعالى قد جاءت لتيسير مصالح العباد ، ولإسعادهم في معاشهم الدّنياوي وميعادهم الأخروي.

---

[1] **نقلا عن:** زكية حميدو، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية –دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة–**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2004–2005، ص. 68.

[2] *Guide pratique de l'enfance danger-information préoccupante et signalement-, à destination professionnels de Deux-Sèvres, pole des solidarités direction enfance famille, 2015, p. 10. Se trouve sur le site web suivant :*

https://www.deux-sevres.fr/sites/default/files/2018-09/guide-pratique-de-l-enfance-en-danger.pdf.

[3] سورة النّحل، الآية 90.

[4] سورة البقرة، الآية 185.

أمّا من السّنة النّبوية المطهّرة، نجد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾[1]. والضّرر هو محاولة إلحاق المفسدة.

أمّا المصلحة بالنّسبة **للإمام الطوفي** –رحمه الله تعالى–، فقد عبّر عنها برعاية المصالح إثباتا ونفيا؛ إذ الضّرر هو المفسدة، فإذا نفاها لزم إثبات النّفع الّذي هو المصلحة لأنّهما نقيضان لا واسطة بينهما[2].

وهي على ثلاثة خصائص[3] كما أوضحها الفقهاء.

[1] رواه البيهقي في السّنن الكبرى، ج. السّادس، كتاب الصّلح، باب لا ضرر ولا ضرار، رقم الحديث: 11384، ط. الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003، ص. ص. 114، 115.

[2] الطوفي، **رسالة في رعاية المصالح، تحقيق:** الدّكتور أحمد عبد الرحيم السايح، ط. الأولى، أهرام المصرية اللّبنانية، مصر، 1993، ص. 23.

[3] يمكن حصر المصلحة في ثلاث خصائص:

– **الخاصّية الأولى:** أنّ الزّمن الذّي يظهر فيه أثر كلّ من المصلحة والمفسدة ليس محصورا في الدّنيا وحدها، بل مكوّن من الدّنيا والآخرة معا. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السّابق، ص. 45. وهذا الارتباط فعل الإنسان بالدّارين معا كارتباط السّبب بالمسبّب، لقول الله جلّ شأنه: ﴿وَابْتَغِ فِيمَا أَتَاكَ اللهُ الدَّارَ الآخِرَةَ ... (77)﴾ سورة القصص، الآية 77. وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ أَرَادَ الآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُومِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُم مَّشْكُورًا (19)﴾ سورة الإسراء، الآية 19.

– **الخاصّية الثّانية:** قيمة المصلحة الشّرعية لا تنحصر فيما تنطوي عليه من لذّة مادية، كما آلت إلى ذلك المصلحة لدى علماء الأخلاق، بل هي نابعة من حاجتي كلّ من الجسم والرّوح في الإنسان. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السّابق، ص. 52.

– **الخاصّية الثّالثة:** مصلحة الدّين أساس المصالح الأخرى ومقدّمة عليها، ويجب التّضحية بما سواها ممّا قد يعارضها من المصالح الأخرى، إبقاءً لها ومحافظة عليها. نسرين إيناس بن عصمان، **مصلحة الطّفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكّرة ماجستير، قانون الأسرة المقارن، كلّية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2008–2009، ص. 29.

ولتحقيق مصالح العباد بالمعنى الكلّي، كان لابد من تقييدها بضوابط تحدّد معناها الكلّي من ناحية، وتربطها بالأدلّة التّفصيلية من ناحية أخرى[1].

وحوصلة لما تقدّم وتيسيرا للحديث عن المصلحة، يمكن القول بأنّ المصلحة في التّشريع الإسلامي تعمل على تحقيق المصالح فردية كانت أو جماعية، بل يرعاهما معا. وإذا تعارضت مصلحة الفرد مع الجماعة قدّمت الثّانية على الأولى[2]. غير أنّ ما يهمّنا في هذا الحديث هي مصلحة الفرد.

هذا بالنّسبة لتعريف المصلحة عند فقهاء الشّريعة الإسلامية، أمّا بالنّسبة للتّعريف القانوني لها فسنوضّحه في النّقطة الموالية.

---

[1] للمصلحة عدّة ضوابط نذكر منها:

– **اندراجها في مقاصد الشّرع:** والمقاصد الشّرعية عند فقهاء الشّريعة الإسلامية تنحصر في حفظ خمسة أمور: الدّين، النّفس، العقل، النّسل، المال. "فكلّ ما يتضمّن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكلّ ما يفوّت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة"، محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السّابق، ص. 119.

– **عدم معارضتها للكتاب:** فالمصلحة ليست بذاتها دليلا مستقلاّ، بل هي مجموع جزئيات الأدلّة التّفصيلية من القراءات الّتي تقوم على حفظ الكلّيات الخمس، فيستحيل عقلا أن تخالف المصلحة مدلولها أو تعارضه. نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السّابق، ص. 33. **للمزيد راجع:** محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص. 131 وما يليها.

وقد دلّ على ذلك قول الله سبحانه تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُم وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللهُ إِلَيْكَ ... (49)﴾ سورة المائدة، الآية 49. وقوله أيضا جلّ شأنه: ﴿... وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ (44)﴾ سورة المائدة، الآية 44. وعليه، فإنّ الحكم بما يخالف ما ثبت في كتاب الله سبحانه وتعالى يعتبر كفرا.

– **عدم معارضتها للسّنة:** ويتعلّق ذلك بمسألتين: الأولى تتعلّق بالتّحقيق في معنى السّنة. محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السّابق، ص. 161. والثّانية تتعلّق بالكشف عن حقيقة نوع المصلحة الّتي تعارضها السّنة، والمقصود بالسّنة هنا ما ثبت سنده متّصلا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، سواء ورد متواترا؛ أي قطعي الثّبوت، أو أحاد؛ أي ظنّي الثّبوت. نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السّابق، ص. 33.

– **عدم معارضتها للقياس:** "والقياس إنّما هو مراعاة مصلحة في فرع، بناءً على مساواته لأصل في علّة حكمه المنصوص عليه". **للمزيد راجع:** محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السّابق، ص. 216.

– **عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهمّ منها أو مساوية لها:** وهذا الضّابط معتبر عند تعارض المصالح في أيّهما يقدّم، ولا شكّ أنّ الذّي يقدّم هو الأهمّ والأولى في الاعتبار، وميزان الأهمّية يرجع إلى ثلاث أمور كما ذكرها البوطي. نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السّابق، ص. 34.

[2] حميدو زكية، المرجع السّابق، ص. ص. 71، 72.

د) التّعريف القانوني للمصلحة:

عملت بعض التّشريعات العربية (الجزائر، تونس، المغرب) على توظيف المصلحة تارة كلفظ وتارة أخرى كمعنى، منها المصلحة في م 07 من ق. أ. ج والفصل 05 من م. أ. ش. ت وكذلك م 20 من م. أ. م. كما اتّفق المشرّعون الثّلاث على حماية مصلحة الأسرة بصفة ضمنية لا صريحة، كما هو موضّح في المادة 04 من ق. أ. ج، وكذا م 51 ف 02 من م. أ. م، والفصل 23 الفقرة 03 من م. أ. ش. ت.

والجدير بالذّكر، أنّه على الرّغم من طغيان مصطلح "المصلحة" على قوانين الأسرة المغاربية، إلاّ أنّ المشرّعين لم يجدوا مانعا من التّعبير عنها بألفاظ أخرى كلفظ "الفائدة" الوارد في م 48 من م. أ. م، ولفظ "النّفع" في م 83 من ق. أ. ج، وكذا الفصل 156 من م. أ. ش. ت[1].

هذا ما يمكن قوله عن تعريف المصلحة من النّاحية اللّغوية والاصطلاحية وكذا عند فقهاء الشّريعة والقانون، وفيما يلي سنحاول التّعرّف على معنى الحضانة بكافّة جوانبها في النّقطة الموالية.

ثانيا- تعريف الحضانة:

لتوضيح مصطلح الحضانة لابد من تحديد المفاهيم الخاصّة بها، من خلال تعريفها لغة واصطلاحا وكذا شرعا وقانونا، للوصول إلى المعنى الحقيقي لها.

أ) التّعريف اللّغوي للحضانة:

حَضَنَ: الطّائر بيضه (حَضْنًا)، من باب قَتَلَ، و(حِضانا) بالكسر أيضا ضَمَّه تحت جناحه؛ فالحمامة (حَاضِنٌ) لأنّه وصف مختصّ، وحُكِيَ (حَاضِنَةٌ) ... ورجل (حَاضِنٌ)

[1] أمر مؤرّخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار م. أ. ش. ت، ر. ر. ج. ت، ع 66، الصّادر في 17 أوت 1956.

وامرأة (حَاضِنَةٌ)، لأنّه وصف مشترك، و(الحِضَانَة) بالفتح والكسر اسم منه، والحِضْنُ ما دون الإبِطِ إلى الكَشْحِ، و(احْتَضَنْتُ) الشّيء جَعَلْتُه في حِضْنِي، والجمع أحضان[1].

ويقال: الحضن، بالكسر: ما دون الإبط إلى الكشح أو الصّدر أو العضدان وما بينهما، وجانب الشّيء وناحيته ج: أحضان، ووجار الضّبع ... وحضن الصّبي حضنا وحضانة، جعله في حضنه أو ربّاه كاحتضانه[2]. عرّفت أيضا: ح ض ن: الحضن–بالكسر– الصّدر والعضدان وما بينهما، جمع أحضان وحضن الصّبي حضنا وحضانة –بالكسر–: جعله في حضنه، أو رّباه، والحضانة: الدّاية[3].

وقال **ابن فارس**: "الحاء والضّاد والنّون أصل واحد يقاس، وهو حفظ الشّيء وصيانته فالحضن ما دون الإبط إلى الكشح"؛ يقال: احتضنت الشّيء: جعلته في حضني[4]. وقال **ابن منظور**: "الاحتضان هو احتمالك الشّيء وجعله في حضنك، كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقّيها... والحِضْنُ الجَنْبُ، وهما حِضْنَانِ ... وحُضَّانٌ جمع حاضن لأنّ المربّي والكافِلَ يضمّ الطّفل إلى حِضنِه، وبه سمّيت الحاضِنة، وهي الّتي تربّي الطّفل"[5].

فالحضانة في اللّغة تستعمل في معنيين: الأوّل جعل الشّيء من ناحية، يقال: حضن الرّجل الشّيء؛ أي اعتزله فجعله في ناحية منه، والثّاني الضّم إلى الجنب، يقال حضنته إذ ضممته إلى جنبك[6].

---

[1] أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشّرح الكبير للرافعي**، ط. الثّانية، دار المعارف، القاهرة– مصر، د. س. ن، ص. 140.

[2] مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، المرجع السّابق، ص. 1190.

[3] الطاهر أحمد الزاوي، **مختار القاموس**، الدّار العربية للكتاب، ليبيا– تونس، د. س. ن، ص. 144.

[4] أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقايس اللّغة، تحقيق**: عبد السلام محمد هارون، ج. الثّاني، دار الفكر، د. ب. ن، 1979، ص. 73.

[5] أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، المجلّد الثّالث عشر، ط. الأولى، دار الفكر– دار صادر، بيروت– لبنان، د. س. ن، ص. ص. 122، 123.

[6] التواتي بن التوالي، **المبسّط في الفقه المالكي بالأدلّة: كتاب الأحوال الشّخصية**، المجلّد الرّابع، ط. الأولى، دار الوعي للنّشر والتّوزيع، 2009، ص. 859.

وعرّفت في المعجم الفرنسي على أنّها الحماية والحراسة[1]. كما عرّفها الباحثان البريطانيان ***Vivenne Harpwood*** و***Peter Aldridge*** على أنّها حراسة الطّفل واتخاذ القرارات بشأنه[2].

ب) التّعريف الاصطلاحي للحضانة:

أمّا عن تعريف الحضانة اصطلاحا، فنجد أنّ الفقهاء قد أوجدوا تعريفين لها: أحدهما يقتصر على حضانة الصّغير، والآخر موسّع ليشمل كلّ من لا يستطيع أن يقوم بنفسه لإعاقة أو جنون أو خرق أو نحو ذلك.

وعليه، وفيما يلي سنذكر الاتّجاهين وننوّه لسبب الاختلاف.

✍ **الاتّجاه الأوّل:** قصر هذا الاتجاه الحضانة على رعاية الصّغير، ويظهر ذلك من تعريف الحنفية؛ فقد عرّفها **الرومي** في أنيس الفقهاء بقوله: الحضانة تربية الولد، من حضن الطّائر بيضه: ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه[3].

وهو ما يلمح من عبارات بعض متقدّميهم في التّبويب للحضانة. كما قال **السرخسي:** "**باب الولد عند من يكون**"؛ "لأنّ الأمّ إنّما تكون أحقّ بالولد لحقّ الولد، فإنّ كون الولد عندها أنفع له"[4]. وهو مدلول قول **الكاساني** عن الحضانة، والأصل في النّساء لأنّهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصّغار[5].

---

[1] *Gard: N.F. Action de garde:1 Action de surveiller un être pour le protéger, le défendre droit le garde: l'un des attributs essentiels de l'autorité paternel, qui confère au(x) parent(s) gardien (s) un devoir de surveillance et d'éducation sur leur enfant mineur, tenu d'habiter cher eux,…, Le petit la rosse, op. cit, p. 470.*

[2] *«Custody is the legal right to take decisions about the child's upbringing», Vivenne Harpwood, Peter Aldrige GCSE law, 1st ed printed in Grand Britain by Red Wood Burn lid, Trowbridge, 1987, p. p. 237, 238.*

[3] قاسم بن عبد الله القونوي الرومي الحنفي، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق:** يحي مراد، ط. الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2004، ص. 59.

[4] السرخسي محمد بن أحمد، **المبسوط**، ج. السّادس، دار المعرفية، بيروت– لبنان، د. س. ن، ص. 169.

[5] أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني علاء الدين، **بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع**، ج. الخامس، ط. الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003، ص. 205.

وعرّفها **ابن عابدين** بأنّها: "تربية الولد لمن له حقّ الحضانة"[1].

وهو أيضا ظاهر كلام فقهاء المالكية الّذين عرّفوا الحضانة، قال **ابن عرفة:** "هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤونته وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"[2].

✍ **الاتّجاه الثّاني:** التّوسّع في الإطلاق، وهو توجّه أكثر علماء الشّافعية والحنابلة؛ فقد جعلوها شاملة لكلّ من يحتاج للرّعاية ولا يستقلّ بخدمة نفسه، كالمجنون والمشلول. ولذا عرّفها **الحصني الشافعي** بأنّها: "عبارة عن القيام بحفظ من لا يميّز ولا يستقلّ بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عمّا يؤذيه"[3].

وقريب منه قول **المرداوي** من الحنابلة في الحضانة، وقيل: حفظه عمّا يضره، وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحيله، وربطه في المهد وتحريكه لينام، ونحو ذلك[4].

وقال **ابن قدامة:** "الزّوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو المعتوه، فأمّه أولى النّاس بكفالته"[5].

ونقل **الشّيخ زكريا الأنصاري** خلافا في تسمية رعاية المجنون والمعتوه البالغين بحضانة أو كفالة، فقال: "وتنتهي في الصّغير بالتّميّز وأمّا بعده فتسمّى كفالة. كذا قاله

---

[1] ابن عابدين محمد أمين بن عمر، **ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار**، المجلّد الخامس، عالم الكتب، الرّياض– السعودية، 2003، ص. 252.

[2] التواتي بن التوالي، المرجع السّابق، ص. 860.

[3] تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني الحسني الدمشقي، **كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار في الفقه الشّافعي، تحقيق:** عبد القادر الأرناؤوط وساعده طالب عواد، ط. التّاسعة، دار البشائر، دمشق– سوريا، 2001، ص. 531.

[4] علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجّل أحمد بن حنبل، حقّقه:** محمد حامد الفقي، ج. التّاسع، ط. الأولى، مطبعة السّنة المحمدية، القاهرة– مصر، 1956، ص. 416.

[5] موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، **المغني**، ج. الحادي عشر، ط. الثّالثة، دار عالم الكتب، الرّياض– السعودية، 1997، ص. 413.

الماوردي، وقال غيره تسمّى حضانة أيضا، وهي كما يعلم ممّا سيأتي حفظ من لا يستقلّ بأموره وتربيته بما يصلحه"[1].

فإطلاق اسم الحضانة على رعاية الكبير المجنون، يشير إلى خلاف في المذاهب وهو خلاف لفظي لا معنوي، مردّه للاصطلاح.

"وأمّا اختلاف الشّافعية والحنابلة مع الحنفية والمالكية، في إدخال المجنون والمعتوه ومن لا يستقلّ بأموره في تعريف الحضانة، فالظّاهر أنّه ناشئ عن أنّ الفريق الأوّل رأوا أنّ الصّغير ليس هو المعنى الّذي لأجله وجبت الحضانة للطّفل، بل المعنى هو الحاجة للرّعاية والحماية وهي متحقّقة في المعتوه والمجنون. وأمّا الذّين قصروها على الطّفل الصّغير فلعلّهم لاحظوا أنّ المعنى اللّغوي للحضانة واشتقاقها من الحضن يناسب الصّغير أكثر؛ لأنّه يتحقّق فيه ذلك حقيقة ومجازا، أمّا الكبير المجنون فاحتضانه مجازي فقط"[2].

وما يهمّنا في هذا الصّدد، معنى الحضانة عند الاتّجاه الأوّل الّذي عبّر عنه **الباجي** بقوله: "حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده، إذا كان الابن في حضانة أمّه لم يمنع من الاختلاف لأبيه يعلّمه ويأوي لأمّه؛ لأنّ للأب تعليمه وتأديبه وإسلامه في المكتب والصّنائع. ونصّ المدوّنة للأب تعاهد ولده عند أمّه وأدبه وبعثه للمكتب ولا يبيت إلاّ مع أمّه"[3].

"ونقل المُتَيْطِيُّ الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصّغار؛ لأنّهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربّي حتى يقوم، فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقي لا يتعيّن إلاّ

[1] زكريا محمد الأنصاري، **الغرر البهيّة في شرح منظومة البهجة الورديّة**، ج. الثّامن، ط. الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1997، ص. 583.

[2] ندوة أثر متغيّرات العصر في أحكام الحضانة، بعنوان: الحضانة تعريفها ومقاصدها، الّتي نظّمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرّابطة، بالتّعاون مع كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1436هـ، ص. 8.

[3] التواتي بن التوالي، المرجع السّابق، ص. 861.

على الأب ويتعيّن على الأمّ في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان لا يقبل ثديي سواها"[1].

ج) تعريف الحضانة عند الفقهاء المحدثين:

اقتبس الفقهاء المحدثون تعريف الحضانة من تعريفات الفقهاء القدامى، وإن طالت بعض تعريفاتهم أو بإضافة كلمات مرادفة تؤدّي إلى نفس المعنى، ومن بين هذه التّعريفات نذكر:

عرّفها **الإمام أبو زهرة** بأنّها: "تربية الولد في المدّة الّتي لا يستغني فيها عن النّساء ممّن لهنّ الحقّ في تربيته شرعا"[2].

هذا التّعريف وإن طال، إلاّ أنّه يتوافق مع تعريف الحنفية.

وعرّفها **الجزيري** بأنّها: "حفظ الصّغير والعاجز والمجنون والمعتوه ممّا يضرّه بقدر المستطاع، والقيام بتربيته من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته"[3].

ما يلاحظ على هذا التّعريف أنّه يتّفق مع تعريف المالكية والشّافعية والحنابلة، وإن أطنب بعض الشّيء في تعريفه.

وعليه، فالعلماء اتّفقوا في تعريفاتهم على أنّ الحضانة تشمل المحضون صراحة، أمّا بخصوص الحاضن فقد ذكره الحنفية صراحة، أمّا بقية المذاهب الأخرى فقد أشاروا إليه ضمنيا، من حيث بيان بعض المهامّ الّتي ينبغي أن يوفّرها للمحضون، والّذي يقوم بهذه الأشياء الحاضن وهذا واضح، ولكّن كي لا تتبادر إلى الذّهن معانٍ أخرى كان من الأفضل الإشارة إلى ذلك صراحة كي تتلاشى كلّ الاحتمالات.

---

[1] التواتي بن التوالي، المرجع السّابق، ص. 862.

[2] أبو زهرة، **الأحوال الشّخصية**، ط. الثّانية، دار الفكر العربي، بيروت– لبنان، 1950، ص. 406.

[3] عبد الرحمن الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، ج. الرّابع، ط. الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003، ص. 520.

والرّأي الرّاجح هو تعريف الحنفية القائل بـ: "تربية الولد لمن له الحقّ في الحضانة". إذا استبدلنا كلمة الحضانة بكلمة (فيها)، بحيث يصبح التّعريف كما يلي: "تربية الولد لمن له حقّ فيها"؛ لأنّه تعريف عامّ شامل لمعنى الحضانة؛ حيث تضمّن طرفي الحضانة وهما الحاضن والمحضون، إضافة إلى أنّه يتّفق مع المعنى اللّغوي[1].

د) التّعريف التّشريعي للحضانة والتّشريعات المقارنة:

حظي مصطلح الحضانة باهتمام بالغ لدى المشرّع الجزائري، وحتى التّشريعات المغاربية (تونس والمغرب)، بالإضافة إلى التّشريع الفرنسي أيضا؛ لأنّها ترمي إلى الاعتناء بالأطفال الصّغار؛ باعتبارهم من المراكز القانونية المهمّة في الدّولة والمجتمع، وهذا ما سنحاول توضيحه في النّقاط التّالية.

1- مصطلح الحضانة عند المشرّع الجزائري:

لم يفرد المشرّع الجزائري تعريفا خاصا بالمحضون، بخلاف الفقه الّذي كان سبّاقا له حيث نجد **الأستاذ أحمد محمد أحمد** قد عرّف المحضون بأنّه: "من لا يستقلّ بأموره فيما يصلحه ولا يتوقّى ما يضرّه حقيقة أو تقريرا ..."[2]. أمّا **ابن رشد البكري** فقد عرّفه بأنّه: "من لا يستقلّ بأمور نفسه بسبب صغر سنّه أو عدم سلامة عقله أو بسبب عزوبته (بالنّسبة للفتاة البكر)[3].

حيث اكتفى المشّرع الجزائري بذكر سنّ انتهاء الحضانة في م 65 من ق. أ. ج بالتّمييز بين الذّكر والأنثى[4]، بخلاف المشرّع المغربي الذّي لم يفرّق في سنّ انتهاء حضانة

---

[1] عايدة سليمان أبو سالم، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية الفلسطيني**، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلّية الشّريعة، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزّة- فلسطين، 2003، ص. 12.

[2] أحمد محمد أحمد بخيت، **إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتّقنيات العربية -المشكلة والتّطورّات في الحلّ-**، ط. الأولى، دار النّهضة العربية، القاهرة- مصر، 2001، ص. 56.

[3] *Si Messaoud Chiguer, «la Hadana », tradition de M. Grimaldi, revue marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifiennes, 1935-1936, N°1-4, p. 42*

[4] "تنقضي مدّة حضانة الذّكر ببلوغه (10) سنوات والأنثى ببلوغ سنّ الزّواج، وللقاضي أن يمدّد الحضانة بالنّسبة للذّكر إلى (16) سنة".

الطّفل المحضون بين الجنسين، وذلك بحسب ما جاء في نصّ م 166 من م. أ. م كما يلي: "تستمرّ الحضانة إلى بلوغ سنّ الرّشد القانوني للذّكر والأنثى على حدّ سواء.

بعد انتهاء العلاقة الزّوجية، يحقّ للمحضون الّذي أتمّ الخامسة عشر سنة أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمّه"[1].

ويرى الأستاذ **باديس ديابي** أنّ: "المشرّع الجزائري لم يخرج إجمالا عن التّعريف الفقهي سوى أنّه استعمل لفظ الولد بدلا عن الصّغير، ويبدو أنّ اختيار لفظ الولد هو خروج عن دائرة الصّغير والصّغيرة اللّذين لم يبلغا بعد"[2].

أمّا **الأستاذ عبد العزيز سعد** فيرى أنّ التّعريف الوارد في م 62 من ق. أ. ج، يعتبر أحسن تعريف على الرّغم من احتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها، وذلك لشموله على أفكار لم تشملها غيره من القوانين العربية؛ حيث أنّه تعريف جمع في عمومياته كلّ ما يتعلّق بحاجيات الطّفل الدّينية والصّحية والخلقية والتّربوية والمادية[3]. وهو بذلك قد حذا حذو المذهب المالكي في تعريف الحضانة.

وما يلاحظ على هذا التّعريف، أنّ المشرّع الجزائري ذهب إلى توضيح أهداف الحضانة، كما أنّه عرّفها من الجانب الرّوحي والعقائدي للطّفل، محاولة منه تقوية الجانب العقلي على الجانب الجسدي، وأراد أن يلفت الحاضن إلى رعاية المحضون لضعفه وعدم قدرته على رعاية شؤونه.

---

[1] طارق المغربي، **الحضانة ومراعاة المصلحة الفضلى للطّفل**، مجلّة القانون المغربي، ع 36 مكرّر، المغرب، ديسمبر 2017، ص. 125.

[2] "ذلك أنّ قانون الأسرة في مادته 65 أجاز للقاضي أن يحدّد الحضانة إلى سنّ 16 سنة بالنّسبة للذّكر، والأنثى ببلوغها سنّ الزّواج المحدّد بـ 19 سنة حسب المادة 07 من نفس القانون، والمعقول أنّ الولد في سنّ 16 سنة والبنت في سنّ 18 سنة يكونا بالغين من النّاحية الشّرعية". باديس ديابي، **صور وآثار فكّ الرّابطة الزّوجية**، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، 2012، ص. 124.

[3] عبد العزيز سعد، **الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط. الثّالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص. 293.

2- مصطلح الحضانة وفق التّشريعات المغاربية (المغرب - تونس):

عرّفها المشرّع المغربي في م. أ. م[1] من خلال م 163 الّتي تنصّ على أنّ: "الحضانة حفظ الولد ممّا قد يضرّه والقيام بتربيته ومصالحه.

على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكلّ الإجراءات اللاّزمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه والقيام بمصالحه في حالة غيبة النّائب الشّرعي وفي حالة الضّرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".

والحضانة بهذا المفهوم، هي حفظ الولد القاصر الّذي لم يبلغ بعد سنّ الرّشد القانوني ممّا قد يضرّه عموما، والقيام بكلّ ما يتعلّق بحماية ذاته وحاجياته ومصالحه المادية والمعنوية، ورعايته إلى حين بلوغه بلوغا كاملا في عقله وجسمه[2].

كما نصّ الفصل 54 من م. أ. ش. ت على أنّ: "الحضانة هي حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"[3]. "وضع المشرّع التّونسي أمرين يكوّنان الحضانة وهما أن يبيت المحضون عند حاضنه، وأن يتولّى هذا الأخير تربيته وتعليمه والحرص على تنشئته تنشئة سليمة"[4].

وخلافا للقانونين المغربي والتّونسي، فإنّ المشرّع الجزائري -في قانون الأسرة- ركّز في تعريفه للحضانة على تربية المحضون على دين أبيه، وهذا ما لم نلمسه في التّشريعين المغربي التّونسي.

---

[1] ظهير شريف رقم 22-04-1، صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004، المتعلّق بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدوّنة الأسرة، ج. ر م. م، ع 5184، الصّادرة يوم 05 فبراير 2004.

[2] عبد المجيد العزوزي، **الحضانة وحقّ المحضون من خلال التّطبيق العملي لمقتضيات مدوّنة الأسرة**، الذّكرى الخمسين لتأسيس المجلس الأعلى، مكناس- المغرب، 2007، ص. 02.

[3] أمر مؤرّخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار م. أ. ش. ت، المرجع السّابق.

[4] عائدة اليرماني غربال، **مصلحة الطّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية -تونس مثلا-**، مذكّرة ماجستير المتخصّص في حقوق الطّفل، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، الجامعة اللّبنانية، لبنان، 2005-2006، ص. 28.

هذا فيما يتعلّق بتعريف الحضانة في التّشريعات المغاربية–الجزائر، المغرب، تونس– أمّا عن التّشريع الغربي، فسنحاول توضيح ذلك من خلال ما جاء به المشرّع الفرنسي في النّقطة الموالية.

3- مصطلح الحضانة وفق القانون الفرنسي:

قد عرّفها المشرّع الفرنسي في ق. م. ف بـ "سلطة الأبوين"؛ فالحضانة وفق ما تضمّنته م 371 من ذات القانون[1] فإنّها: "عبارة عن مجموعة الحقوق والواجبات الّتي تهدف إلى تحقيق المصالح الفضلى للطّفل، لضمان تعلّمه والسّماح بتنميته وربطه بالقرارات الّتي تهمّه حسب عمره".

وبعد هذا الإيضاح لمصطلحي المصلحة والحضانة كلّ منهما على حدا سنحاول فيما يأتي توضيح كليهما معا تحت عبارة مصلحة المحضون والغرض الّذي استخدمت لأجله، وذلك في الفرع الثّاني.

الفرع الثّاني: مبدأ مصلحة المحضون

كانت ولا تزال مصلحة الطّفل أولى الاعتبارات في القوانين الدّاخلية والخارجية؛ إذ برزت في العديد من النّصوص التّشريعية تماشيا مع الاتفاقيات الدّولية، الّتي سعت إلى تكريس هذا المبدأ وخاصّة في مجال الحضانة.

لذا كان لابد من البحث في مبدأ المصلحة الفضلى للطّفل (أوّلا)؛ لأنّه النّواة الأولى والأرضية الخصبة الّتي ترعرع فيها المحضون، ثمّ نبيّن مبدأ مصلحة المحضون (ثانيا).

---

[1] ***Art N° 371 :*** *«l'autorité parentèle est ensemble de droits et devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect du a sa personne.

Les parents associent l'enfant aux âges son degré de maturité». Code civil, dernière modification, 03/01/2018, éd 11/01/2018, loi N° 2013-404 du 17 Mai 2013, Art 13, p. 97.

أوّلا- مبدأ المصلحة الفضلى للطّفل:

إنّ مصطلح مصالح الطّفل الفضلى ليس حديث النّشأة، وإنّما استخدم قبل اتفاقية حقوق الطّفل لسنة 1989؛ فهو مكرّس في عدّة مواثيق دولية[1] كالإعلان العالمي لحقوق الطّفل[2] الّذي أقرّته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1959؛ إذ نجد في المبدأ السّادس منه أنّ الطّفل بحاجة إلى الأمن المعنوي والمادي تحت رعاية والديه ومسؤوليتهما، كي تنمو شخصيته بصورة متوازنة؛ حيث نجد في هذا المبدأ ما يشير ضمنيا إلى تحقيق المصلحة الفضلى للطّفل، وذلك لاستعانة المشرّعين بألفاظ دالة على ذلك.

ولكّن استخدم مصطلح "المصالح الفضلى" في اتّفاقية حقوق الطّفل للدّلالة على رفاه الطّفل، ويحدّد هذه الرّفاه بموجب مجموعة متنوّعة من الظّروف الخاصّة، مثل: العمر ومستوى نضج الطّفل ووجود أو عدم وجود الوالدين وبيئة الطّفل وتجاربه[3]. وهو ما أكّدته المادة 18 من ذات الاتفاقية[4]، والّتي وضعت على عاتق الوالدين مسؤولية تربية الطّفل ونموّه، كما اشترطت وضع مصلحة الطّفل الفضلى موضع الاهتمام الأساسي.

---

[1] فؤاد يونس، المرجع السّابق، ص. 70.

[2] تنصّ م 06 من الإعلان العالمي لحقوق الطّفل على ما يلي: "يحتاج الطّفل لكي ينعم بشخصية منسجمة النّمو مكتملة التّفتح، إلى الحبّ والتّفهّم. ولذلك يراعى أن تتمّ تنشئته إلى أبعد مدى ممكن، برعاية والديه وفي ظلّ مسؤوليتهما، وعلى أيّ حال، في جوّ يسوده الحنان والأمن المعنوي والمادي، ...". الإعلان العالمي لحقوق الطّفل، قرار الجمعية العامة، بتاريخ 1959/11/20. منشور على الرّابط التّالي:

http://apcpedagogie.com/les-ressources-pedagogiques/niveau-2/declaration-universelle-des-droits-de-homme/droits_enfants/#vie

[3] المبادئ التّوجيهية لمفوّضية الأمم المتحدة لشؤون اللاّجئين بشأن تحديد المصالح الفضلى، مفوّضية الأمم المتحدة لشؤون اللاّجئين، أيار/ مايو، 2008، ص. 14.

[4] تنصّ م 18 من اتفاقية حقوق الطّفل على أنّه: "تبذل الدّول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أنّ كلا الوالدين يتحمّلان مسؤوليات مشتركة في تربية الطّفل ونموّه. وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطّفل ونموّه. وتكون مصالح الطّفل الفضلى موضع اهتمامهم الأساسي". اعتمدت وعرضت للتّوقيع والتّصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44، المؤرّخ في 20 تشرين الثّاني / نوفمبر 1989، تاريخ بدء النّفاذ في أيلول / سبتمبر 1990، وفقا لـ م 49. منشورة على الرّابط التّالي:

https://www.arij.org/files/arijadmin/international_conventions/conventionenfants.pdf

إنّ مبدأ المصالح الفضلى للطّفل هو من أهمّ المبادئ الّتي أرستها اتّفاقية[1] 1989 في م 18 بالتزامن مع م 03 من ذات الاتفاقية[2]، لكّن هاتين المادتين لم توضّحا مضمون المصلحة الفضلى للطّفل، إلاّ أنّهما أرفقتا بنشرات توضيحية لإظهار أسباب توظيف هذا المصطلح، على النّحو التّالي: "هي المبدأ الّذي يجب الاستناد إليه في كلّ إجراء يتّخذ بشأن الطّفل، بهدف إيجاد أحسن الحلول وأنسبها للمشاكل الّتي يعاني منها الأطفال كمجموعة أو بصفة فردية"[3]. وأكّدت ذلك في العديد من النّصوص في مواد أخرى ومتفرّقة من هذه الاتّفاقية، نذكر منها:

1- م 09 ف 01 تنصّ على إمكانية فصل الطّفل عن والديه بقرار من السّلطة المختصّة، بشرط أن يكون هذا الفصل في صالح الطّفل وأن يكون القرار متماشيا مع مصلحة الطّفل الفضلى، كما نصّت في ف 03 على حقّ الطّفل في أن تكون له

[1] قد تمّ تبنّي الاتّفاقية الدّولية لحقوق الطّفل بتاريخ 1989/11/20 عن طريق الجمعية العامة للأمم المتحدة، ودخلت حيّز التّنفيذ بتاريخ 1990/09/02. خليل فاروق، **الطّفل في ظلّ الاتّفاقيات الدّولية الخاصّة بحقوق الطّفل**، مذكّرة ماجستير، فرع القانون الدّولي والعلاقات الدّولية، كلّية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون- الجزائر، 2006-2007، ص. ص. 09، 10.

* انضمت الجزائر إلى اتفاقية حقوق الطّفل بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 92-461، المؤرّخ في 1992/12/19، ج. ر ج. ج. د. ش، ع 92، المؤرّخ في 1992/12/23، مع بعض التّحفّظات. زهية رابطي، **الحماية القانونية للطّفل عند الطّلاق في اتّفاقية حقوق الطّفل وقانون الأسرة الجزائري**، مذكّرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون دبلوماسي، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص. 04.

* كما تضمّنت هذه الاتّفاقية عدّة مواد تخصّ المحضون، أهمّها: من م 09 إلى م 12. عماد أشوي، **تنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة-**، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية، المنعقدة بكلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية- الجزائر، يومي 23 و24 أفريل 2004، ص. 210.

[2] فجاء نصّ م 03 من اتفاقية حقوق الطّفل كالآتي: "في جميع الإجراءات الّتي تتعلّق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسّسات الرّعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السّلطات الإدارية أو الهيئات التّشريعية، يولى الاعتبار لمصالح الطّفل الفضلى ...".

[3] ليلى جمعي، **حماية الطّفل**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة وهران- الجزائر، 2005-2006، ص. 13.

علاقات شخصية ومباشرة مع والديه، إذا لم يكن ذلك منافيا ومتعارضا مع مصلحته وإلاّ منعته السّلطات المختصّة من الاتّصال بهما[1].

2- نجد كذلك م 18 الّتي تضع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين تربية الطّفل ونموّه، وجعلت من مصالحه الفضلى موضوع اهتمامهم الأساسي، كما ألزمت في ف 02 على تقديم المساعدة الملائمة للوالدين والأوصياء القانونيين في الاطلاع بمسؤوليات الطّفل.

3- وهناك أيضا م 20 الّتي تنصّ على أنّ الطّفل المحروم من بيئته العائلية، له الحقّ في التّمتّع بحماية ومساعدة الدّولة، والمتمثّلة خاصة في توفير رعاية بديلة له؛ حيث راعت في ف 01 حالة الطّفل الّذي يكون من مصلحته عدم تركه في أسرته، وخوّلت له حقّ الحماية والمساعدة من قبل دولته.

4- بالإضافة إلى ما جاء في م 21 الّتي تلزم الدّول الّتي تجبر نظام التّبني كوسيط بديل، أن تحترم وتراعي أوّلا وقبل كلّ شيء مصلحة الطّفل عند القيام بإجراءات التّبني.

من خلال كلّ ما جاء في هذه المواد، يمكن ملاحظة أنّ الاتّفاقية الدّولية لحقوق الطّفل لسنة 1989، راعت مصالح الطّفل العليا أوّلا قبل مصلحة الدّولة أو والديه أو أوصيائه.

أمّا المصالح الفضلى للطّفل في المبادئ التّوجيهية لمفوّضية الأمم المتحدة لشؤون اللاّجئين بشأن تحديد المصالح الفضلى للطّفل، فهي: "عبارة عن عملية رسمية تنطوي على ضمانات إجرائية صارمة لتحديد مصالح الطّفل الفضلى، في سياق اتّخاذ القرارات ذات الأهمّية الخاصة الّتي تؤثّر في الطّفل. ينبغي لهذه العملية تيسير مشاركة الطّفل بالشّكل الملائمة ومن دون تمييز، وإشراك صانعي القرار من ذوي الخبرة في المجالات ذات الصّلة.

[1] نصّ م 09 ف 03 من اتّفاقية حقوق الطّفل لسنة 1989 جاء كما يلي: "تحترم الدّول الأطراف حقّ الطّفل المنفصل عن والديه أو أحدهما، في الاحتفاظ بصورة منظّمة بعلاقات شخصية واتصالات بكلا والديه، إلاّ إذا تعارض ذلك مع مصالح الطّفل".

والموازنة بين مختلف العوامل ذات الصّلة من أجل تحديد أفضل خيار ممكن"[1]. على أن يتمّ تعيين موظّفين ومسؤولين يهتمون بتقييم سير هذا المبدأ.

هذا بالنّسبة للاتفاقيات الدّولية، أمّا بالنّسبة للتّشريعين الدّاخليين لكل من الجزائر وفرنسا، فإنّنا نجد أنّ المشرّع الجزائري عرّف المصلحة الفضلى للطّفل في قانون حماية الطّفل 12/15 في م 02 بصفة ضمنية[2]، كما نصّت م 04 صراحة على وجوب مراعاة المصلحة الفضلى له، وعرّفها المشرّع الفرنسي في م 112 ف 04 على أنّها الاحتياجات الأساسية البدنية والفكرية والعاطفية، واحترام حقوقه وقراراته[3]. وإشراك الأبوين لأطفالهم في اتخاذ القرارات [4].

وعلى هذا القدر من التّوضيح لفكرة المصلحة الفضلى للطّفل، الّتي كرّستها الاتفاقيات الدّولية لحماية ورعاية الطّفل، يمكن القول أنّ المبادئ الّتي جاءت بها هذه الاتفاقيات كانت بمثابة الدّعامة الأساسية لوجود مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون، في النّصوص التّشريعية الدّاخلية والاجتهادات القضائية.

---

[1] المبادئ التّوجيهية لمفوّضية الأمم المتحدة لشؤون اللاّجئين بشأن تحديد المصالح الفضلى، المرجع السّابق، ص. 08.

[2] قانون رقم 15-12، المؤرّخ في 28 رمضان 1436هـ الموافق لـ 15 يوليو 2015، يتعلّق بحماية الطّفل، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 39، المؤرّخ في الأحد 03 شوال 1436هـ الموافق لـ 19 يونيو 2015.

[3] ***Article 371-1*** *: L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.*

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. Code civil Française dernière modification, 2021/01/01, éd 2021/01/01.

[4] *Jacques Marquet & Laura Merlan, l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mosaïque familiale: ce que cela signifie enfants, rapport final, p. p. 6-8.*

ثانيا- مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون:

تسعى كلّ التّشريعات الحديثة إلى ضمان حقوق الطّفل المحضون والتّكفّل به، وإن كان الفقه يحصرها في الرّعاية الجسدية والعاطفية[1]. لكّن المشرّع الجزائري توسّع من حيث مجال الرّعاية[2]. فقيّد هذه الوظائف بمصلحة المحضون، واعتبرها الضّابط الأساسي لاستحقاق الحضانة، وهذا ما سنحاول توضيحه.

فخصّص المشرّع الجزائري لحماية مصلحة المحضون، عددا لا بأس به من النّصوص في ق. أ، كرّس بموجبها مجموعة من الحقوق الأساسية له، حيث اعتبرها الرّكيزة الأساسية الّتي يعتمد عليها القاضي عند البتّ في مسائل الحضانة، وذلك باختيار أفضل الحلول بالنّسبة للمحضون وترجيحها على بقية المصالح[3]، نوضّحها أكثر في مسألة سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون.

أمّا بالنّسبة للمشرّع التّونسي، وتماشيا مع الاتفاقيات الدّولية للحفاظ على المصلحة الفضلى للطّفل، نجد أنّه أخذ بهذا المبدأ في الفصل الأوّل من م. أ. ش. ت في ف 06 الّتي تنصّ على: "تشريك الطّفل بالطّرق الملائمة في كلّ ما يعنيه واحترام حقوقه وتعزيزها باعتبار مصلحته الفضلى، ..."، والفصل الرّابع من ذات المجلّة على أنّه: "يجب اعتبار مصلحة الطّفل الفضلى في جميع الإجراءات الّتي تتخذ في شأنه".

---

[1] قد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأرضاه أنّه طلّق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصب، فرآه في الطّريق فأخذه، فذهبت جدّته أمّ أمّه وراءه وتنازعا بين يدي أبي بكر الصّديق رضي الله عنه، فأعطاها إيّاه وقال لعمر رضي الله عنهما: "ريحها وشمّها ولطفها خير له منك". رواه سعيد بن منصور في السّنن، كتاب الطّلاق، باب الغلام بين الأبوين أيّهما أحقّ به، **تحقيق وتعليق:** الأعظمي، المجلّد الثّالث، القسم الثّاني، ج. الثّاني، رقم الحديث: 2272، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، د. س. ن، ص. 109.

[2] حيث أنّ م 62 من ق. أ. ج قد عرّفت الحضانة بأنّها رعاية المحضون من تربية وتعليم والسّهر على حمايته وحفظه صحّة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر سابقة الذّكر. م. ع، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1997/09/30، ا. ق. غ. أ. ش، ع خاص، 2001، ص. 169.

[3] سناء عماري، **التّطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكّرة ماجستير، تخصّص قانون الأحوال الشّخصية، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة الشّهيد حمّه لخضر، الوادي- الجزائر، 2014-2015، ص. ص. 180، 181.

والمقصود بالمصلحة الفضلى عند المشرّع التّونسي، أنّه "إذا تسنى الخيار بين وضعين مطابقين لمصلحة الطّفل ولكّن أحدهما أفضل من الآخر، فإنّه يقع اعتماد الحلّ الأفضل تحقيقا للمصلحة الفضلى للطّفل"[1]. كما أنّه راعى تلك المصلحة في إسناد الحضانة معتبرًا أنّ الحقّ في الحضانة مرتبط أشدّ الارتباط بمصلحة المحضون[2].

ويبرز في هذا الإطار، أنّ مصلحة القاصر لا تكمن بالضّرورة في تطبيق القانون الأفضل إليه، بل في انتهاء النّزاع واستقرار حالته القانونية والمادية، لذا أصدر المشرّع التّونسي م. ق. د. خ. ت في نوفمبر 1998، للحفاظ على هذه المصلحة[3].

هذا وإنّ المشرّع المغربي، كان ولا يزال موضوع الحضانة محلّ اهتمام له في المنظومة التّشريعية نظرا لحساسية الموضوع، والأكيد أنّ المشرّع المغربي وفّر حماية خاصة للمحضون، فقيّد الحاضن بشروط لإسناد الحضانة إليه، وإذا اختلّ أحدّ شروطها كان لمن له الحقّ في الحضانة أن يطلب إسقاطها عن الحاضن[4]، وعلى المحكمة أن تبتّ فيها كما جاء في م 186 بنصّها: "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب".

وفي هذا الصّدد، جاء في قرار م. أ ما يلي: "... إنّ المادة 186 من مدوّنة الأسرة الغربية أوجبت على المحكمة مراعاة مصلحة المحضون أثناء طرح مسألة حضانته أمامه والطّاعن أثار في دفوعه أنّ ابنه جاوز عمره سبع سنوات وهو صحيح الجسم والعقل، وأنّ أمّه تزوّجت بغير قريب محرم من المحضون، وأنّها لم تزره منذ أزيد من أربع سنوات، وأنّه يعيش معه حياة مطمئنة وهادئة ويرفض مرافقة أمّه، كما يفيد المحضر الإخباري المؤرّخ في

---

[1] محمد الحبيب الشريف، **حقوق الطّفل في تونس بين الاتفاقية الأممية لحقوق الطّفل ومجلّة حماية الطّفل**، م. ق. ت، ع 01، تونس، جانفي 2002 ، ص. 17.

[2] "إنّ إسناد حضانة الصّغير لوالدته ليس فيه ما يتأذى به النّظام العام أو يخالف السّياسة التّشريعية للبلاد التّونسية، سيما وأنّ الأمر من مشمولات علاقة قانونية ذات طابع دولي يتعلّق بحضانة طفل قاصر، مصلحته تكون هي الأولى في الاعتبار دون غيرها من الاعتبارات الأخرى". (ق. ت. م ع 7286، صادر بتاريخ 2 مارس 2000، غير منشور). أحمد الورفلي، **الزّواج المختلط ومصلحة المحضون: لمحة عامة**، م. ق. ت، ع 01، السّنة 44، جانفي 2002، ص. 106.

[3] المرجع نفسه، ص. ص 100-102.

[4] وفاء جوهر، **الإشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي**، المجلّة المغربية للاقتصاد والقانون، ع 55، المغرب، 2016، ص. 145.

28 يناير 2006 المحرّر من طرف مأمور الإجراءات، أنّ الابن المذكور امتنع امتناعا كلّيا عن الذّهاب مع أمّه وبدأ في البكاء والصّراخ، وقد أرفق الطّاعن عريضة النّقض بصورة منه والمحكمة لمّا اكتفت بتعليل قرارها بأنّ الطّاعن لم يدل بما يثبت استصداره لحكم قضائي بإسقاط حضانة المطلوبة بسبب زوجها، وأنّه بقي محتفظا بولده مانعا أمّه من حضانته بإرادته المنفردة، وقضت تبعا لذلك بإرجاع الابن المذكور للمطلوبة لحضانته دون إبراز العناصر الّتي تفيد مصلحة المحضون والّتي يحدّد على أساسها المحقّ بحضانته، تكون قد علّلت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه، ممّا يعرّضه للنّقض"[1].

وممّا سبق تناوله عن مبدأ مصلحة المحضون، يمكن القول أنّ هذه الأخيرة تتميّز بعدّة خصائص، هي:

– **مصلحة المحضون ذاتيّة وشخصية:** بمعنى أنّ القاضي ينظر إلى كلّ طفل بمنظار خاصّ به، فما يصلح لطفل لا يصلح لطفل آخر؛ أي تتعلّق بكلّ طفل على حدا[2]. لاختلاف العوامل الّتي تحيط بكلّ طفل.

– **مصلحة المحضون نسبية ومتطوّرة:** تختلف بحسب المكان والزّمان[3]. فما يصلح للطّفل في هذا الزّمن لا يصلح له في زمن آخر.

– **مصلحة المحضون مسألة فقهية:** نجد ذلك في من خلال نصوص ق. أ. ج؛ حيث أنّ المشرّع أوردها كمصطلح من دون أن يعرّفها أو يبيّن وظائفها، تاركا المسألة للفقهاء.

– **مصلحة المحضون مرنة تخضع للسّلطة التّقديرية للقاضي:** لم ينصّ عليها المشرّع الجزائري صراحة، بل التمسنا ذلك في الاجتهادات القضائية المتمثّلة في دور القاضي في

---

[1] قرار شرعي بتاريخ 9 ماي 2007، منشور بمجلّة قضاء م. أ، ع 68، ص. 104 وما يليها. محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة –انحلال ميثاق الزّواج–**، ط. الثّالثة، مطبعة النّجاح، الدّار البيضاء– المغرب، 2015، ص. 518.

[2] صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النّسب والحضانة على ضوء التّعديلات الجدّية في قانون الأسرة**، مذكّرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلّية الحقوق، بن عكنون– الجزائر، 2006–2007، ص. 109.

[3] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 84.

تقديرها، بناءً على الأبحاث والتّحريات الّتي يقوم بها قبل الفصل في النّزاع، وهي النّقطة الّتي سنوضّحها في المطلب الثّاني.

المطلب الثّاني: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون

توصّلنا ممّا سبق، إلى أنّ كلّ من المشرّع الجزائري وكذا المشرّعين التّونسي والمغربي يضعون مصلحة المحضون فوق كلّ اعتبار؛ لأنّها الأساس في إسناد الحضانة، وعلى إثر ذلك منحت للقاضي صلاحيات واسعة في تقديرها.

إذ أنّ القاضي المعروض عليه النّزاع، يدرك تمام الإدراك أنّ ما هو أصلح لهذا الطّفل لا يصلح لطفل آخر، وما كان صالحا له في زمن مضى لا يصلح له في زمن لاحق، وهي من سمات قاعدة مصلحة المحضون الّتي لابد على القاضي أن يلتزم بها (الفرع الأوّل)، ولتقدير هذه المصلحة يستند القاضي إلى وسائل وأدوات (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: خضوع القاضي لقاعدة مصلحة المحضون

نظّم المشرّع الجزائري أحكام الحضانة في الفصل الثّاني من الباب الثّاني من ق. أ. ج، في المواد من 62 إلى 72 تحت عنوان انحلال الزّواج، وقد وجدنا أنّ أحكام هذه المواد تخضع للإشراف القضائي بما جاء في نصوصها من جهة، ولسلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون من جهة أخرى[1].

كلّ تطبيق للنّصوص أو إعمال للسّلطة التّقديرية في مجال الحضانة، يجب أن تراعى فيه المصلحة الفضلى للمحضون، وذلك بالتزام القاضي بالنّص التّشريعي (أوّلا) والسّلطة التّقديرية له في تحديد مصلحة المحضون (ثانيا).

[1] "يهيمن على هذه الأحكام مبدآن مترابطان:

– الإشراف القضائي الصّارم، وبموازاة النّيابة العامّة، على حسن تطبيق تلك الأحكام.

– كلّ تطبيق للنّصوص أو إعمال للسّلطة التّقديرية في مجال الحضانة، يجب أن يراعي المصلحة الفضلى للمحضون ...". محمد الكشبور، المرجع السّابق، ص. 493.

أوّلا- وجود النّص التّشريعي:

بالرّغم من الصّلاحيات الواسعة الّتي خوّلها المشرّع الجزائري للقاضي عند الفصل في الحضانة[1]، إلاّ أنّ هذه الفكرة لا تنفي مبدأ خضوع القاضي للنّص القانوني في مادة الحضانة، وما يثبت ذلك الاجتهادات القضائية.

فعندما نرى القاضي قد أقرّ الحضانة للأب دون الأمّ المقيمة في بلد أجنبي[2]، وذلك في القرار الصّادر عن م. أ كما يلي: "من المقرّر قضاءً أنّ المجلس قد سبق له وأن أصدر عدّة قرارات في مسألة الحضانة، واتّخذ فيها مبدأ وهو أنّه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد في الجزائر، فإنّه من يكون بها يكون أحقّ بهم ولو كانت الأمّ غير مسلمة ...، بقاء البنتين بفرنسا يغيّر من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعادات قومهما، فضلا عن ذلك أنّ الأب له الحقّ في الرّقابة والزّيارة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحقّ، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار بما ورد في السّبب غير مقبول"، وهذا ما يؤكّد الصّلة الوثيقة بين م 62 وكذا م 69 من ق. أ. ج، اللّتان تؤكّدان وتضمنان شرط تربية الابن على دين أبيه، نجده قد طبّق أحكام م 62 من ق. أ. ج، وبإسقاط الحضانة عن الأمّ لتزوّجها بغير قريب محرم[3]، فإنّه كذلك قد طبّق أحكام م 66 وكذا م 67 من ذات القانون والاجتهادات القضائية الّتي تشير بلا شكّ إلى دور القاضي المعروض عليه النّزاع في تطبيق المادة القانونية، عديدة في هذا المجال.

---

[1] "تراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وليس التّرتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة.

يخضع تقدير مصلحة المحضون للسّلطة التّقديرية لقضاة الموضوع". م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 613469، قرار بتاريخ 2011/03/10، م. م. ع، ع 01، 2012، ص. 282.

[2] م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 52207، قرار مؤرّخ في 1989/01/02، م. ق، ع 04، 1990، ص. ص. 74-76.

[3] "يشترط في المرأة الحاضنة أن تكون خالية من الزّواج، أمّا إذا كانت متزوّجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، ولذلك يستوجب نقض القرار الّذي خالف هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدّتها لأمّ المتزوّجة بأجنبي عن المحضون". م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 40438، قرار بتاريخ 1986/05/05، م. ق، ع 02، 1989، ص. 75. جمال سايس، **الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشّخصية: قرارات المحكمة العليا**، ج. الأوّل، ط. الأولى، 2013، ص. ص. 257-259.

وأيضا: غ. أ. ش، ملف رقم 331058، قرار بتاريخ 2005/05/18، م. ق، ع 02، 2005، ص. 383.

وفي هذا الصّدد، نشير إلى أنّ القاضي بمخالفته لنصّ تشريعي ما بحجّة تحقيق مصلحة الطّفل الفضلى[1]، فهو أيضا يطبّق المواد الّتي تشير إلى مراعاة مصلحة المحضون ولو كان في ذلك مخالفة لنصوص أخرى، معلّلا في ذلك الأسباب الّتي دفعته إلى اتخاذ ذلك القرار، وهي الحجّة الّتي سيواجه بها قضاة م. ع عند الطّعن بالنّقض.

إذ نجد أنّ قضاة م. ع يراقبون قرارات قضاة الموضوع من حيث التّسبيب[2]. وأنّها مسألة بالغة الأهمّية[3]، كما هو الحال في القضيّة الّتي تقدّمت بها الخالة ضدّ الأخت لأب حيث جاء في القضيّة أنّه: "من المقرّر قانونا أنّه لا يجوز مخالفة التّرتيب المنصوص عليه في المادة 64 من قانون الأسرة، إلاّ إذا ثبت بالدّليل من هو أجدر بالقيام بدور الحضانة.

ولمّا ثبت –في قضيّة الحال– أنّ قضاة الموضوع أسندوا الحضانة لأخت الأب رغم وجود الخالة المطالبة بها، إضافة إلى عدم استعانتهم بمرشدة اجتماعية لمعرفة الطّرف الّذي يكون أقدر على تربية الأولاد ورعايتهم.

فإنّه بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرّضوا قرارهم للقصور في التّسبيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[4].

وعليه، فإنّ أحكام وقرارات قضاة الموضوع في مسائل الحضانة خاضعة لرقابة م. ع بالرّغم من تمتّعهم بالسّلطة التّقديرية في تقدير مصلحة المحضون من عدمها، وهي سلطة

---

[1] ففي قضية الحال، نجد أنّ القاضي قد خالف نصّ م 62، م 67: "بإسناد الحضانة للأمّ المدانة بجريمة الزّنا، متى تحقّقت مصلحة المحضون". م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 564787، قرار بتاريخ 2010/07/15، م. م. ع، ع 02، 2010، ص. 262.

[2] "... ولما تبيّن من القرار المطعون فيه أنّه أسندت حضانة الأبناء الثّلاثة لجدّتهم من الأمّ، دون تبيان المعايير الّتي اعتمدوا عليها وأين تكمن مصلحتهم، يكون قضاة الموضوع بفعلهم هكذا لم يعطوا لقضائهم الأساس القانوني، ممّا يعرّض قرارهم للنّقض". م. ع، ملف رقم: 424292، قرار بتاريخ 2008/02/13، م. م. ع، ع 01، 2008، ص. 267.

[3] عزيزة حسيني، **مصلحة الطّفل**، أطروحة دكتوراه، فرع قانون خاص، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر –01– بن يوسف بن خدة، 7 ماي 2014، ص. 116.

[4] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 179471، قرار بتاريخ 1998/03/17. باديس ديابي، المرجع السّابق، ص. ص. 144، 145.

مخوّلة لهم قانونا، والنّصوص القانونية تثبت ذلك بلا منازع، وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي.

ثانيا- سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون:

يراعي القاضي في تقدير المصلحة الفضلى للمحضون عدّة جوانب أساسية، نوضّحها كالتّالي:

أ) تقييد الحضانة بأهلية الحاضن:

قيّد المشرّع الجزائري مسألة الحضانة بالمصلحة الفضلى للمحضون؛ حيث نجد م 62 ف 02 من ق. أ. ج اشترطت أن يكون الحاضن أهلا للقيام بالحضانة[1]. كما يرى الفقه أنّ شروط تحقيق أهلية الحاضن تتمثّل في العقل والقدرة والأمانة، ويشترك فيها الرّجال والنّساء معا[2]. فلا حضانة لغير العاقل بسبب مرض كالجنون والعته؛ لأنّه هو نفسه بحاجة لمن يرعاه ويقوم على شؤونه، وتكون حالة فقد العقل بتقرير طبّي[3].

بالإضافة إلى أنّه يجب أن يكون الحاضن قادرا على الاعتناء بشؤون المحضون والحفاظ عليه ورعايته وصيانته، فلا حضانة لمريض أو عاجز لعدم قدرته على القيام

[1] م 62 ف 02 من ق. أ. ج تنصّ على ما يلي: "... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

[2] محمد سمارة، **أحكام وآثار الزّوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشّخصية**، ط. الأولى، الدّار العلمية الدّولية للنّشر والتّوزيع ودار الثّقافة، الأردن، 2002، ص. 391.

[3] حيث أنّ مجرّد إدخال الزّوج زوجته قبل الطّلاق إلى مستشفى عين عباسة قسم الأمراض العقلية للتّشخيص، بتاريخ 1996/09/24 وخروجها منه بتاريخ 1996/10/16، دون البقاء به كما يتجلّى من تقرير الخبير المعيّن في الدّعوى، لا يعتبر دليلا في حدّ ذاته على أنّها متأخّرة عقليا، ... وإسناد حضانة الأولاد إلى الأمّ ما دام أنّه لم يظهر من ملف الدّعوى أنّ التّقرير الطّبي الصّادر عن المستشفى قد أثبت ذلك الأمر، وهو ما يؤكّد تأكيدا كبيرا على أنّها مالكة لقواها العقلية وقادرة على الحضانة لثبوت أهليتها". م. ع، ملف رقم 265727، قرار بتاريخ 2002/02/13، م. ق، ع 02، 2002، ص. 432.

بشؤونه[1]، كما يستوجب على الحاضن أن يكون أمينا؛ فلا يكون فاجرا ولا فاسقا كي يؤمّن على أخلاق المحضون[2].

ولا تكفي أخلاق الحاضنة بل يمتد إلى محيط الطّفل[3]، ما ينجرّ عنه انعدام الثّقة والأمانة في الأمّ الحاضنة إذا عرّضت أخلاق الطّفل للخطر.

لكّن في بعض الحالات قد يحدث وأن يتجاوز القضاة هذا الشّرط، إذا كان في ذلك مراعاة لمصلحة الطّفل؛ لاعتبار أنّ بقاءه مع أمّه أصلح، كما ثبت ذلك في القضّية رقم 26225[4]، ذلك أنّ الزّوج أثبت سوء أخلاق الزّوجة غير أنّه عفى عنها واستمرّت زوجيتها مدّة من الزّمن قبل الطّلاق، وراعى في ذلك القاضي مصلحة الطّفل المحضون في عفو الزّوج بالرّغم من سوء أخلاق الأمّ. "غير أنّ قضاة المحكمة العليا في اجتهادهم الأخير حادوا عن هذا الموقف، عندما وازنوا بين سلوك الحاضنة غير السّوي وبين حالة الطّفلة

[1] "إنّ عدم إيصار الأمّ مانع لها من حضانة الأولاد الأربع، لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسّهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة، كتلك الّتي قام بها أخ المطلّقة الّذي هتك عرض أختهم من أبيهم، خاصة وأنّ المحضونتين بينتين إن تركت حضانتهما لأمّهما فلا يؤمن عليهما". م. ع، ملف رقم 33921، قرار بتاريخ 1984/07/09، م. ق، ع 04، 1989، ص. 76.

[2] "إنّ المجلس عندما أسند حضانة البنات الثّلاث للأمّ على اعتبار عاطفي بالرّغم من سوء خلقها، يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". م. أ، ملف رقم 53578، قرار بتاريخ 1989/05/22، م. ق، ع 04، 1991، ص. 99. جمال سايس، ج. الأول، المرجع السّابق، ص. ص. 519-521.

"متى تبيّن في قضّية الحال، أنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثّلاث للأمّ المحكوم عليها من أجل جريمة الزّنا، فإنّه بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصّة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة". م. ع، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1997/09/30، إ. ق. غ. أ. ش، ع خاص، 2001، ص. 169.

[3] "إنّ سقوط الحضانة عن الأمّ لفساد أخلاقها وسوء تصرّفاتها، يسقط أيضا حقّ أمّها في ممارسة الحضانة لفقد الثّقة فيهما معا، ذلك أنّ الأمّ الّتي لا تقدر على كبح جماح ابنتها، لا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النّظيفة". م. ع، ملف رقم 31997، قرار بتاريخ 1984/01/09، م. ق، ع 01، 1989، ص. 73.

[4] "بالرّجوع إلى القرار المنتقد وعناصر القضية، يظهر من تحرّيات قضاة الموضوع ومن تقديراتهم أنّ الحضانة تبقى حقّا للزّوجة، مع مراعاة السّماح للزّوج واستئنافه للزّوجية فترة من الزّمن ...، فإنّهم اعتمدوا في تأسيس قرارهم على الفقه الإسلامي وعلى مصلحة الأولاد أنفسهم، ممّا يجعل الوجه غير سديد". م. أ، ملف رقم 26225، قرار بتاريخ 1981/12/14، غير منشور. زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 181.

المحضونة"[1]؛ فهي بنت ولا تستغني عن خدمة النّساء[2]، وقرار القاضي خرج عن النّصوص والقواعد الشّرعية إعمالا للسّلطة التّقديرية له، من خلال بحثه عن مصلحة المحضونة ومراعاته لها.

ب) مراعاة مصلحة المحضون في مكان الحضانة:

ويقصد بالمكان مقرّ إقامة المحضون حيث يقيم أبواه مع الزّوجية، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة والانفصال، ومناط مراعاة مصلحة المحضون في المكان تتعلّق بأحد الأمرين؛ أوّلهما: رعايته بمشاهدته ومتابعة أحواله، وثانيهما: الخوف عليه من التّخلّق بأخلاق أهل البلد الّذي سينقل إليه، وأن تلحقه الضّيعة[3].

وإذا كانت الحضانة للنّساء –وهي في الغالب كذلك–، فإنّ الفقه يضيف لها شرطين آخرين وهما: عدم الانتقال بالطّفل بعيدا عن ولّيه، وعدم الزّواج بأجنبي عن المحضون[4].

---

[1] عزيزة حسيني، **الحضانة في قانون الأسرة: قضاء الأحوال الشّخصية والفقه الإسلامي**، مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص. 106.

[2] "حيث أنّ الطّاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك بقضائهم إسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدّها، بالرّغم من ارتكابها لجريمة الزّنا.

لكّن، من حيث أنّ الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، باختلال أحد الشّروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلاّ أنّ المادة 67 سالفة الذّكر قد نصّت في فقرتها الأخيرة على أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون الّتي هي أحقّ بها، ذلك أنّها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النّساء، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، يكونون قد طبّقوا القانون تطبيقا سليما". م. ع، ملف رقم 564787، قرار بتاريخ 2010/07/15، م. م. ع، ع 02، 2010، ص. 262.

[3] براهيم عماري، أحمد رباحي، **مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتّشريعات العربية المقارنة**، مجلّة الحقوق والعلوم السّياسية، دورية متخصّصة ومحكمة تصدر عن كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت– الجزائر، ع 03، مارس 2016، ص. 178.

[4] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلّته: الأحوال الشّخصية**، ج. السّابع، ط. الثّانية، دار الفكر، دمشق– سوريا، 1985 ص. ص. 728، 729.

وقد حدّدت م 64[1] من ق. أ. ج حقّ الولّي في الاطّلاع على شؤونه ومراقبته وتربيته[2].

كما حدّد الفقه مسافة ستّة برد كحدّ أقصى لتنقّل الحاضنة بالمحضون[3]. غير أنّ نصّ م 69[4] من ق. أ. ج لا يقيّد القاضي بهذه المسافة، والمنع يطال حالة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي إن لم تكن فيه مصلحة المحضون، أمّا داخل الوطن فهو مسموح[5].

وعليه، فإنّ الإقامة بالمحضون في بلد أجنبي أصبحت مسألة تخضع للسّلطة التّقديرية للقاضي تحت ذريعة مصلحته؛ حيث أنّ الحضانة يسندها القاضي للمقيمين من الأبوين حتى ولو لم تكن الأمّ مسلمة، وفي هذا الصّدد صدرت عدّة قرارات في هذا الشّأن منها: قرار سنة 1989 الذّي جاء فيه ما يلي: "من المقرّر قضاءً في مسألة الحضانة أنّه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإنّه من يوجد بها يكون أحقّ بهم ولو كانت الأمّ غير مسلمة، ومن المقرّر أنّ الأحكام والقرارات الصّادرة من الجهة القضائية الأجنبية، الّتي تصطدم وتخالف النّظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مبرّر ويستوجب رفضه"[6]. كما راعى المشرّع مصلحة المحضون في حالة ما إذا أراد الشّخص

---

[1] تنصّ م 64 من ق. أ. ج على ما يلي: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة".

[2] "متى كان شرعا وقانونا أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، فإنّ القضاة بإسنادهم حضانة الصّغار للأمّ الّتي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب، كما هو حاصل في قضّية الحال يعدّ قضاءً مخالفا للشّرع والقانون". م. ع، ملف رقم 59013، قرار بتاريخ 1990/02/19، م. ق، ع 04، 1991، ص. 117.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ص. 730.

[4] تنصّ م 69 من ق. أ. ج على أنّه: "إذا أراد الشّخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

[5] "تمنح قواعد الشّريعة الإسلامية لجهة الأمّ الأولوية في الحقّ في الحضانة، ومن ثمّ فإنّه لا يحول بعد موطن الأب المزعوم دون تطبيق هذا المبدأ الشّرعي، إذا كان هذا البعد لا يتجاوز ستّة برد، فضلا عن سهولة المواصلات في الوقت الحاضر". م. أ، غ. ا. ش، قرار بتاريخ 1970/11/18، ن. ق، ع 01، 1972، ص. 67.

[6] م. أ، ملف رقم 52202، قرار بتاريخ 1989/01/2، م. ق، ع 04، 1990، ص. 74. جمال سايس، ج. الأوّل، المرجع السّابق، ص. ص. 433-435.

الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي؛ حيث أعطى للقاضي السّلطة التّقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه[1]. وقضت م. ع بتاريخ 2008/03/12 بأنّه: "يمكن إسناد حضانة الأبناء للأمّ المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"[2].

وبحسب الصّلاحيات الممنوحة للقاضي في تقدير مصلحة المحضون، يكون قد خالف شرط م 66 من ق. أ. ج، إذا كان الطّفل بحاجة إلى عناية خاصّة لا تقدر عليها إلاّ الأمّ، في حالة ما إذا تزوّجت الأمّ بغير محرم للطّفل[3].

وهو موقف سبق إليه ابن عابدين بقوله: "... فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعي الأصلح للولد، فإنّه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمّه مشفقا عليه يعزّ عليه فراقه ...، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك لا يحلّ له نزعه من أمّه؛ لأنّه مدار أمر الحضانة على نفع الولد"[4].

ج) مراعاة مصلحة المحضون في الزّيارة:

أعطى المشرّع الجزائري الحضانة للأمّ، كونها في حاجة إليها للقيام بشؤون الطّفل وتربيته، ومنح حقّ الزّيارة للوالد لحاجة الطّرفين لذلك –المحضون والوالد–، للمحافظة على توازن الطّفل من جهة وعدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في م 64 من ق. أ؛ حيث جاء النّص كالتّالي: "... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة". كما يعتبر هذا الحقّ من الحقوق الّتي حماها القانون، نظرا لأهمّيته البالغة ورعاية مصالحه؛ إذ رتّب عقوبات جزائية لمن يخلّ بهذا الحقّ

[1] سناء عماري، المرجع السّابق، ص. 42.

[2] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 426431، قرار بتاريخ 2008/03/12، م. م. ع، ع 01، 2008، ص. 271.

[3] "حيث أنّ الشّهادة الطّبية تثبت أنّ البنت مريضة مرضا مزمنا وتحتاج إلى رعاية أكثر، ولا توفّر هذه العناية إلاّ الأمّ فقط، وذلك حسب المادة 66 من قانون الأسرة ...". م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 54353، قرار بتاريخ 1989/07/03، م. ق، ع 01، 1992، ص. 92.

[4] ابن عابدين محمد أمين بن عمر، المرجع السّابق، ص. 266.

ويعبث به[1]، ويمكن للقاضي أن يثيرها من تلقائه لأهمّيتها ولو غفل عنها المعني بالأمر بنصّ ذات المادة، تكريسا لمصلحة المحضون وحماية لتوازنه النّفسي.

وبالتّالي، نجد أنّ الحكمة من تقرير حقّ الزّيارة تتجلّى من النّاحية التّطبيقية في هدفين يبرّران وجودها، أوّلهما خلق علاقات عاطفية وتوطيد روابط الأسرة، وثانيهما في اعتبارها وسيلة لرقابة الطّفل من حيث صحّته وتربيته وسلوكه الأخلاقي[2].

كما جعل القاضي الجزائري الأجداد من ضمن الأشخاص الّذين لهم حقّ استقبال أو زيارة أحفادهم، وهذا ما قضت به م. ع في إحدى قراراتها كما يلي: "من المقرّر شرعا أنّه كما تجب النّفقة على الجدّ لابن الابن فإنّه يكون له حقّ الزّيارة أيضا، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بحقّ الزّيارة للجدّ الّذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والد المتوفي، كما تجب عليه النّفقة يكون له حقّ الزّيارة أيضا طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن"[3].

د) مراعاة مصلحة المحضون في المدّة:

مدّة الحضانة هي المدّة الّتي يتعيّن على الحاضن التّفرّغ فيها من أجل رعاية وتربية المحضون والقيام بمسؤولياته، وتحديد السّن المرتبطة بها مصلحة المحضون قد تختلف من عصر لآخر[4].

---

[1] نصّت م 328 من ق. ع. ج على أنّه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة 20.000 دج إلى 100.000 دج، الأب أو الأمّ أو أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنّفاذ المعجّل أو بحكم نهائي إلى من له الحقّ في المطالبة به، وكذلك كلّ من خطفه ممّن وكّلت إليه حضانته أو من الأماكن الّتي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده، حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف ...". القانون رقم 156/66 المتضمّن ق. ع. ج المؤرّخ في 08 يونيو 1966، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 44، الصّادرة بتاريخ 11 يونيو 1966.

[2] نسرين إيناس بن عصمان، المرجع السّابق، ص. 123.

[3] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 189181، قرار بتاريخ 1998/04/21، م. ق، ع خاص، 2001، ص. 192.

[4] براهيم عماري، أحمد رباحي، المرجع السّابق، ص. 176.

وقد نصّ المشرّع الجزائري عليها في م 65 من ق. أ كما يلي: "تراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون"؛ إذ جاء في قرار م. ع بتاريخ 1995/10/24 ما يلي: "تأييد الحكم القاضي بالطّلاق والحضانة للأمّ –طعن بالنّقض– لأنّ الأبناء المحضونين تجاوزوا سنّ 10 سنوات، وهم تحت رعاية الأب –رفض الطّعن– لأنّ لقضاة الموضوع الحقّ في تمديد الحضانة بالنّسبة للذّكر إلى سنّ السّادسة عشر (16) إذا كانت الحاضنة لم تتزوّج ثانية، مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة"[1].

أمّا عن تنازل الحاضنة عن المحضون بشرط عدم الإضرار به، وهو ما نصّت عليه م 66 من ق. أ. ج، فإنّه إذا تنازلت الأمّ عن طفلها لفائدة الأب فلا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها، لأنّه يضرّ بمصلحته[2].

وعليه، يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري وضع قاعدة مصلحة المحضون فوق كلّ اعتبار، والقاعدة الأساسية الّتي يعتمد عليها القاضي عند تسبيب أحكامه يحكمها عنصران أساسيان هما:

– تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.

– تحقيق الأمن والاستقرار النّفسي والعاطفي للطّفل؛ فهي غير ثابتة وقابلة للتّغيّر ومرنة تتأقلم مع الظّروف الزّمانية والمكانية، كما أنّها تختلف من قاضٍ لآخر حسب قناعته الفكرية ومعتقداته الدّينية[3].

ومن هنا، يمكن القول أنّ مسألة مراعاة مصلحة المحضون من قبل القاضي تخضع لعدّة ضوابط أثناء تقديرها، باستعمال أدوات تعينه على ذلك سنوضّحها في الفرع الثّاني.

---

[1] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 123889، قرار بتاريخ 1995/10/24، ن. ق، ع 52، 1997، ص. 111.

[2] . ع، غ. أ. ش، ملف رقم 581222، قرار بتاريخ 2010/10/14، م. م. ع، ع 01، 2011، ص. 248. جمال سايس، ج. الثّالث، المرجع السّابق، ص. 581.

[3] دليلة سلامي، **حماية الطّفل في قانون الأسرة**، مذكّرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلّية الحقوق، جامعة بن عكنون الجزائر، 2008، ص. 49.

الفرع الثّاني: أدوات القاضي في تقدير مصلحة المحضون

في سبيل وصول القاضي إلى تقدير مصلحة المحضون، يستعين بآليات وأدوات تمكّنه من ذلك، وهذه الآليات هي:

أوّلا- الخبرة أو التّحقيق:

جاء في م 144 من ق. إ. م. إ[1]، أنّ القاضي يمكن له الاستعانة برأي الخبراء في تقدير مصلحة المحضون[2].

وعلى سبيل الاستئناس "فالقاضي غير ملزم باللّجوء إلى الاستعانة بمساعدة اجتماعية لتقدير مصلحة المحضون"[3].

وفي هذا الصّدد، يجب التّمييز بين التّحقيق الاجتماعي والخبرة.

ثانيا- التّحقيق الاجتماعي:

هو الصّورة الّتي يقدّمها المساعد الاجتماعي عن ظروف وأحوال الطّفل داخل أسرته ومحيطه الاجتماعي، ودوره فعّال في توجيه قناعة القاضي[4]، ولا يتأتّى ذلك إلاّ بخبير اجتماعي.

---

[1] يمكن للقاضي أن يؤسّس حكمه على نتائج الخبرة، إذ تنصّ م 144 من ق. إ. م. إ على أنّ: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنّه عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة". القانون رقم 08-09، يتضمّن ق. إ. م. إ، مؤرّخ في 23 فيفري 2008، ج. ر. ج. ج. د. ش ، ع 21.

[2] "في فرنسا تستعين المحكمة بأهل الخبرة من الأخصّائيين المدرّبين لدى إجراء تقييمات الحضانة، لجمع المعطيات الاجتماعية والنّفسية حول الوالدين، قبل البتّ في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة إليه، هذه المهمّة يقوم بها الوسيط العائلي وهو صاحب الاختصاص، يتطلّب الدّراسة في العلوم الاجتماعية والنّفسية والقانونية، ويتوجّب على المحاكم الاستعانة به في قضايا الطّلاق ...". فؤاد يونس، المرجع السّابق، ص. ص. 222، 223.

[3] م. ع، غ. ش. أ. م، ملف رقم 650014، قرار بتاريخ 2011/10/13، م. م. ع، ع 01، 2012، ص. 313.

[4] عزيزة حسيني، **مصلحة الطّفل**، المرجع السّابق، ص. ص. 117، 118.

ثالثا- الخبرة:

تنازل القاضي عن صلاحياته لفائدة أهل الفن[1]؛ أي استعانة القضاة بأشخاص ذوي كفاءة علمية معيّنة للاستشارة بآرائهم في مسألة حلّ أيّ نزاع معروض أمامهم، يحتاج إلى مدركات غير قانونية[2]. كما أوضحت ذلك م 125 من ق. إ. م. إ في نصّها: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"؛ كأن يستعين القاضي بتقرير الطّبيب الّذي يؤكّد أنّ علاج البنت المريضة يكون في دولة أجنبية، فيسند الحضانة للأمّ الّتي تقيم بالبلد الأجنبي.

رابعا- الانتقال للمعاينة:

تعتبر المعاينة والانتقال إلى الأماكن من وسائل التّحقيق الّتي أقرّها المشرّع الجزائري لتمكين القاضي من معرفة الوقائع المدّعى بها وإظهار الحقيقة[3]، كما حدّدتها م 146 من ق. إ. م. إ. ونلمس ذلك من الانتقال إلى مكان ممارسة الحضانة ومعاينة الوسط الّذي يعيش فيه المحضون[4]. حتى يتمكّن القاضي من إسناد الحضانة للشّخص المناسب.

---

[1] بربارة عبد الرحمن، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ط. الرّابعة، منشورات البغدادي، الجزائر، 2013، ص. 133.

[2] عزيزة حسيني، **مصلحة الطّفل**، المرجع السّابق، ص. 121.

[3] بربارة عبد الرحمن، المرجع السّابق، ص. 145.

[4] محمد بجاق، **مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسات القضائية**، مجلّة البحوث والدّراسات، ع 17، 2014، ص. 191.

خامسا- الاستماع إلى أقوال أفراد العائلة:

بناءً على م 459 من ق. إ. م. إ[1]، فإنّه يجوز للقاضي أن يطلب حضور أقارب الخصوم أو أصهارهم ... وكلّ هذا من أجل جمع أكبر قدر من المعلومات الّتي يستطيع بها ترجيح رأيه[2].

وعليه، فإنّ تقدير مصلحة المحضون عند قاضي الموضوع تكون بعد استعانة هذا الأخير بالأدوات المشار إليها سابقا، وهي آليات تسهّل عليه مراعاة المصلحة الفضلى للطّفل عند إسناد الحضانة لأحد الأبوين بعد انفصالهما.

وبما أنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف المصلحة الفضلى للمحضون، فإنّ الفقه أخضعها لمعايير وضوابط تحكمها، من بينها القانون الواجب التّطبيق في تحديدها، وهو محور دراستنا في المبحث الثّاني.

[1] تنصّ م 459 من ق. إ. م. إ على أنّه: "يجمع القاضي المعلومات الّتي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين". قانون رقم 08-09.

[2] صالح بوغرارة، المرجع السّابق، ص. 113.

المبحث الثّاني: اختيار القانون الواجب التّطبيق بالنّظر لتكييف الحضانة في القانون الدّولي الخاص

صادقت الجزائر على جملة من الاتفاقيات الجماعية والثّنائية، لضمان حماية كافية للمحضون بعد انفصال الزّوجين خصوصا في الزّواج المختلط، وقد انعكست آثار هذه الاتفاقيات على التّشريع الدّاخلي للبلاد؛ حيث قام المشرّع الجزائري بسنّ نصوص قانونية تهدف للحفاظ على مصلحة المحضون، تجسّد أثرها في الصّلاحيات الواسعة الممنوحة للقاضي في تقدير هذه المصلحة.

هذا، وإنّ الفقه وضع معايير وضوابط تساعد القاضي في تقدير المصلحة الفضلى للمحضون (المطلب الأوّل)، كما تسهّل عليه إسناد الحضانة لمن هو أهلا لها (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون

لقد سبق وأن أشرنا إلى أنّ المشرّع الجزائري سكت عن التّعريف الدّقيق لمصلحة المحضون، شأنه في ذلك شأن الفقه، إلاّ أنّ ذلك لم يحُلْ دون وضع معايير وضوابط يستعين بها القاضي في تقديره لها.

كما أدلت الشّريعة الإسلامية السّمحاء أيضا بدلوها في مسألة تحقيق مصلحة المحضون، وجعلت مسائل تنظيم أحكام الحضانة من صميم معايير وضوابط هذه المصلحة كما أنّ م 62 من ق. أ. ج جاءت في عمومياتها، فحصرت كلّ ما يتعلّق بحاجيات الطّفل الدّينية والصّحية والخلقية والتّربوية والمادية، ومع ذلك فإنّ الطّفل بحاجة إلى رعاية أكبر واهتمام أكثر.

وعلى العموم، فإنّ الفقه قد حصرها في معيارين أساسيين سنتطرّق إليهما بالتّفصيل في هذا المطلب، من خلال المعيار المعنوي لمصلحة المحضون (الفرع الأوّل) والمعيار المادي لها (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: المعيار المعنوي لمصلحة المحضون

إنّ أوّل معيار يلجأ إليه القاضي لتحديد مصلحة المحضون، هو المعيار المعنوي الرّوحي الّذي يشكّل حجر الزّاوية لتلك المصلحة، مستندا في ذلك إلى المتخصّصين في علم النّفس لرفع اللّبس عن النّصوص القانونية، ولا شكّ في أنّ الطّفل بحاجة كافية إلى الرّعاية والاهتمام اللّذان يتأكّدان من خلال ضعفه، ما يجعله في تبعية لأبويه داخل الأسرة.

فالعطف والحنان اللّذان يمدّهما الوالدان للأبناء لا بديل لهما، واللّذان يعتبران عنصرين مهمّين في تكوين بنية الطّفل العقلية والجسمية[1].

ونظرا لأهمّية المعيار المعنوي في تحديد مصلحة المحضون، فإنّنا سنوضّحه في ثلاث نقاط على النّحو التّالي:

أوّلا- معيار الرّعاية النّفسية للمحضون:

ذكر المشرّع الجزائري في م 62 من ق. أ ما يلي: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته وحفظه صحّة وخلقا".

وقد أكّد الفقه الإسلامي على هذا المعيار؛ إذ نجد قول الله جلّ شأنه: ﴿وَالذِّينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ (08)﴾[2]. وقوله أيضا سبحانه وتعالى: ﴿... فَمَا رَعَوْهَا حَقَّ رِعَايَتِهَا... (27)﴾[3].

[1] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 105.

[2] سورة المؤمنون، الآية 08.

[3] سورة الحديد، الآية 27.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَا مِنْ مَوْلُودٍ إِلَّا يُولَدُ عَلَى الفِطْرَة، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ، كَمَا تُنْتَجُ البَهِيمَةُ بَهِيمَةً جَمْعَاءَ، هَلْ تُحِسُّونَ فِيهَا مِنْ جَدْعَاءَ»[1].

ويرى علماء النّفس أنّ الطّفل يتأثّر بالجوّ الأسري خاصّة في حياته الأولى، كما أثبتت الدّراسات أنّ الطّفل يشعر بالحديث وهزّ السّرير والحنان والاهتمام من طرف الأمّ فيزيل الانفعالات للطّفل، وأبعد من ذلك إذ أنّ الطّفل يشعر داخل بطن أمّه[2]، كما أنّ الحرمان العاطفي المبكّر له ومفارقته لأمّه وافتقاره للرّعاية الأولى، سواء بوفاتها أو بتركه لمربّية أو خادمة في الأسابيع الأولى، يجعل شخصيته تصاب بالضّرر البالغ، ويؤثّر ذلك على نموّه البدني والعقلي واللّغوي والاجتماعي، ونفس الحال بالنّسبة للأمّ العاملة وزوجة الأب وتأثيره على العلاقات الأسرية[3].

فكلّ سلوك سلبي تجاه الطّفل من شأنه أن يلوّث فطرته ويفسد خلقه، لذا يقتضي الأمر أن يهتمّ الحاضن بالمحضون، ويعوّضه قدر الإمكان عن الجوّ العائلي الّذي فقده، بأن يرعاه ويعتني به.

إذ أشارت الإحصائيات المسجّلة ما بين شهر أكتوبر 1997 إلى غاية شهر مارس 1998، إلى إحصاء 149 حدث من بينهم 08 فتيات تورّطوا في قضايا السّرقة، وتمّ اكتشاف 27 جريمة متعلّقة بتكوين جماعة أشرار؛ حيث تمّ القبض على 17 جانحا من بينهم 09 فتيات بحوزتهم أسلحة بيضاء، و05 آخرون تمّ توقيفهم بسبب الضّرب والجرح العمدي

---

[1] رواه البخاري في الصّحيح، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصّبي فمات فهل يصلّى عليه، وهل يعرض على الصّبي الإسلام، رقم الحديث: 1358، ط. الأولى، ابن كثير للطّباعة والنّشر والتّوزيع، دمشق- سوريا، بيروت- لبنان، 2002، ص. 327. رواه مسلم في الصّحيح، كتاب القدر، باب معنى كلّ مولود يولد على فطرة وحكم موت الأطفال الكفّار وأطفال المسلمين، رقم الحديث: 2658، ط. الثّانية، دار الإسلام للنّشر والتّوزيع، السّعودية، 2000، ص. ص. 1157، 1158.

[2] ي. إكولتشيتسكايا، **تربية مشاعر الأطفال في الأسرة، ترجمة:** عبد المطلب أبو يوسف، ط. الأولى، منشورات علاء الدّين، دمشق- سوريا، 1997، ص. ص. 28-30.

[3] عبد المجيد سيد منصور، زكريا أحمد الشربيني، **الأسرة على مشارف القرن 21: الأدوار- المرض النّفسي- المسؤوليات**، ط. الأولى، دار الفكر العربي، الكويت، 1420هـ-2000، ص. 144.

كما أنّه تمّ توقيف خلال نفس الفترة 19 جانحا بسبب حيازة وتناول المخدّرات، بالإضافة إلى القبض على 10 جانحين بسبب تأسيس أماكن للدّعارة وارتكاب الجرائم المخلّة بالحياء[1].

كما أشارت الإحصائيات المسجّلة لدى مصلحة الشّرطة القضائية، إلى أنّه في سنة 2002 تمّ إحصاء 3181 حدث في خطر معنوي من بينهم 975 فتاة، كما تمّ في سنة 2003 إحصاء 3937 حدث في حالة خطر معنوي من بينهم 1086 فتاه[2]. هذا وتمّ إحصاء سنة 2005 ما يقارب 5091 طفل تعرّض للعنف في المجتمع، في مقدّمتهم 3038 طفل ضحّية عنف جسدي[3].

فضلا عن ذلك، يجب على القاضي أن يراعي في تقدير مصلحة المحضون معيار الاستقرار والأمن، وهو من قبيل الرّعاية المعنوية، والّذي سوف نوضّحه في النّقطة الموالية.

ثانيا- معيار الاستقرار والأمن:

يجمع الفقه المعاصر في كافّة آرائه على الاعتراف بمعيار الاستقرار والأمن الواجب توافره لتقدير مصلحة المحضون، لذا يرى المستشار **معوض عبد التواب** أنّ مصلحة الصّغير تقتضي العمل على استقراره، حتى يتوفّر له الأمان والاطمئنان وتهدأ نفسه[4]. كما يشير علماء النّفس إلى أنّ ضعف الرّوابط والعلاقات داخل الأسرة، يؤدّي إلى اختلال التّوازن بين

[1] *CF. F. I, Bilan de la délinquance juvénile ces six derniers mois, des chiffres enfants, in le quotidien d'Oran, du 14/06/1998, p. 03.*

[2] علي قصير، **الحماية الجنائية للطّفل في التّشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلّية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة- الجزائر، 2008، ص. 09.

[3] بدر الدين حاج علي، **الحماية الجنائية للطّفل في القانون الجزائري**، مذكّرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدّولي والعلاقات الدّولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2008-2009، ص. 10.

[4] معوض عبد التواب، **موسوعة الأحوال الشّخصية**، ج. الثّاني، ط. السّادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، ص. 60.

الأفراد؛ فالهجرة والخصام ووفاة أحد الوالدين يعرّضون الأسرة للتّفكّك الجزئي، وزعزعة الحياة الأسرية أو عدم استقرارها يؤثّر على نفسية الطّفل[1].

كما أجمع علماء الاجتماع على أنّ الانحلال البنيوي للأسرة، يجعل الطّفل يعيش مرحلة اللاّإستقرار والتّوتر والانفعال، نتيجة حرمانه من أحد أبويه أو كليهما؛ لأنّ الصّغار هم الأكثر ضررا في هذه الوضعية الّتي تعيشها الأسرة، وعلى هذا الأساس هم ضحّية حالة اللاّمسوؤلية للوالدين[2].

ومن هنا، فإنّ الاحترام المتبادل بين أفراد الأسرة وخاصّة بين الوالدين، هو من أهمّ مقوّمات الاستقرار والثّبات في حياتهما، ومتى كانت الأسرة يسودها الاستقرار والثّبات فإنّ تأثير ذلك سينعكس بكلّ تأكيد بشكل إيجابي على تربية الأطفال ونشأتهم[3].

وعليه، فمعيار الاستقرار والأمن هو عامل مهمّ في تقدير مصلحة المحضون، ومن الأجدر أن يوفّره الحاضن للمحضون، ولا يتأتّى ذلك إلاّ إذا كان الحاضن ذاته مستقرّا حتى يتمكّن من الاستمرار في العيش داخل الإطار الاعتيادي، –مهمّة تقع على عاتق القاضي– وهذا ما يأخذه بعين الاعتبار كذلك عند تعرّضه للمعيار الصّحي.

---

[1] خثير هراو، **التّفكّك الأسري وأثره على جنوح الأحداث –دراسة ميدانية لعيّنة من الأحداث الجانحين بمركز إعادة التّربية بولايات تيبازة، الجلفة، الأغواط–**، مذكّرة ماجستير في علم الاجتماع الجنائي، كلّية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008–2009، ص. ص. 80–84.

[2] صالح بن سليمان بن عبد الله شقير، **الطّلاق وأثره في الجريمة –دراسة تحليلية تطبيقية–**، مذكّرة ماجستير، تخصّص السّياسة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، كلّية الدّراسات العليا، جامعة نايف العربية، الرّياض– السّعودية، 2008، ص. 103.

[3] حامد الحمداني، **واقع الأسر وتأثيره على تربية الأطفال**، 2002/11/28، ساعة الدّخول: 14:15ساا. منشور على الرّابط الآتي:

http://www.ahewar.org/bebat/show.art.asp?aid=4097

ثالثا- معيار الصّحة:

لقد شرّعت الحضانة لحماية المحضون، ولا تتأتّى تلك الحماية إلاّ من خلال مراعاة حالته الصّحية بالتّغذية السّليمة ووقايته من الأمراض، وهو حقّ مكفول دستوريا[1]. ويقصد بالعنصر الصّحي في ق. أ. ج النّفقة الغذائية[2]. والعلاج وكلّ ما يعتبر من الضّروريات في العرف أو العادة[3]. واشترطت م. أ. ش. ت في الفصل 58 أن يكون مستحقّ الحضانة سالما من الأمراض المعدية، كما تضمّنت م 173 من م. أ. م أنّ تدهور الحالة الصّحية للحاضن وتفاقمها يعدّ مبرّرا لإسقاط الحضانة عنه.

وعليه، فالعنصر الصّحي -كما تقدّم- هو ألاّ يكون الحاضن عاجزا عن القيام برعاية المحضون، وعلى هذا الأساس سارع التّشريع والفقه إلى وجوب سلامة الحاضن من أيّ مرض سواء مسّ جسمه أو عقله، وذلك لتجنيب انتقال ذلك إلى المحضون أو تفاقم صحّته أو ضياعه، وعدم تمكّن الحاضن من ممارسة الحضانة على الشّكل الّذي تقتضيه مصلحته[4]. وقد فرض القانون عقوبة الغرامة المالية والحبس[5] في حال إخلال أحد الوالدين بصحّة الأولاد أو خلقهم أو تعريض أمنهم للخطر أو إساءة معاملتهم، والقاضي من يقدّر مصلحة المحضون وإهدار الوالدين لهذه المصلحة.

وبالرّغم من أنّ الطّفل في فترة الحضانة يكون بحاجة ماسّة للجانب المعنوي، من عطف وحنان وتوفير الأمن والاستقراء بعد انفصال الأبوين، إلاّ أنّ هذا الجانب يكون غير

---

[1] جاء في نصّ م 71 من الدّستور: " تحظى الأسرة بحماية الدّولة.

حقوق الطّفل محمية من طرف الدّولة والأسرية مع مراعاة المصلحة العليا ...". الدّستور الجزائري المؤرّخ في 15 سبتمبر 2020، بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 20-251، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 54، الصّادرة بتاريخ 16 سبتمبر 2020.

[2] *CF. M. AKKACHA, les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le divorce, R.A.S.J.E.P, N° 01, 2000, p. 261.*

[3] **ينظر**: م 78 من ق. أ. ج.

[4] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 116.

[5] **ينظر**: المواد من 314 إلى 329 من ق. ع. ج، الّتي جاءت لحماية الطّفل من كلّ ما قد يعرّض صحّته وسلامة أمنه للخطر.

كافٍ له لاكتمال نموّه النّفسي والجسدي؛ لأنّه بحاجة إلى الدّعم المادي كي يعيش في أمن واستقرار، وهذا ما سنراه في الفرع التّالي.

الفرع الثّاني: المعيار المادي لمصلحة المحضون

بالرّغم من أنّ الفقهاء قد غلّبوا المعيار المعنوي في إسناد حضانة الطّفل على المعيار المادي، إلاّ أنّ ذلك لا يعني إنكارهم لهذا العنصر المهمّ –عنصر واضح وجلّي–؛ لأنّ العناية بالمحضون لا تتمثّل في تغطية الحاجات المعنوية فقط، وإنّما تتطلّب حتما الحاجات المادية الّتي لابد منها.

كما وأنّ العنصر المادي يساهم في إحياء العنصر المعنوي؛ فالشّعور بالحماية والأمن وتوفير الصّحة، لا يتأتّى إلاّ بتوفير المسكن والنّفقة عليه وتوفير الخدمات الصّحية الضّرورية.

وقد عالج الفقه تلك الجوانب المادية للمحضون في مجال النّفقة، وهو ما تطرّق إليه المشرّع الجزائري (أوّلا)، أمّا بخصوص مسألة أجرة الحضانة فالمشرّع لم يتطرّق إليها بخلاف المشرعين المغربي والتّونسي (ثانيا)، لذا سنحاول دراسة كلّ جزئية على حدا.

أوّلا– معيار نفقة المحضون:

ورد مصطلح النّفقة في م 78 من ق. أ. ج، وكذا م 189 من م. أ. م، والفصل 56 من م. أ. ش. ت، واتّفقت التّشريعات الثّلاث على اعتبار الغذاء والكسوة إحدى مشتملاتها واختلفوا في بعضها كالمسكن والعلاج؛ حيث جعل المشرّعين الجزائري والمغربي الغذاء والكسوة والعلاج من مشتملات النّفقة، وذلك في م 78، م 189 على التّوالي؛ أي قدّم هذان الأخيران العلاج على السّكن، مقارنة بالمشرّع التّونسي في الفصل 56 على أنّه: "تشتمل النّفقة الطّعام والكسوة والمسكن والتّعليم ...".

والجدير بالذّكر أنّ مسألة السّكن عند المشرّع المغربي لم يرد ذكرها صراحة في المادة المشار إليها أعلاه، كما نصّ عليه المشرّعان الجزائري والتّونسي، وإنّما اعتبرها في تقدير النّفقة في م 168 من م. أ. م.

لذا ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أنّ السّكن من مشتملات النّفقة، استنادا لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في ردّه على سؤال هشام: "أنّها الطّعام والكسوة والسّكن"[1]. وهو التّعريف الّذي تمسّك به العديد من الفقهاء.

وقد ذهب الفقهاء المحدثون ومن بينهم **بدران أبو العنين بدران** إلى اعتبار أنّها: "اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه، من طعام وكسوة ومسكن وخدمة"[2].

كما عرّفها **الأستاذ وهبة الزحيلي** بأنّها: "شرعا كفاية من يمونه من الطّعام والكسوة والسّكنى، وعرفا هي الطّعام. والطّعام: يشمل الخبز والأدم والشّرب. والكسوة: السّترة والغطاء. والسّكنى: تشمل البيت ومتاعه ومرافقه من ثمن الماء ودهن المصباح وآلة التّنظيف والخدمة ونحوها بحسب العرف"[3].

هذا، وإنّ القاضي في تقديره للنّفقة يستند إلى معيار مدى يسار المنفق وقدرته على الإنفاق في مقابل إعساره وعجزه عن الكسب، وليس هناك حدّ لمقدار النّفقة كحدّ أقصى وحدّ أدنى[4]، وللقاضي كافّة الصّلاحيات في تقدير النّفقة، ولن يخضع لرقابة م. ع إلاّ من حيث ذكرها الأسباب[5].

---

[1] محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين بن همام، **شرح فتح القدير: على الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق:** عبد الرزاق غالب المهدي، المجلّد الرّابع، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003، ص. 372. ابن عابدين محمد أمين بن عمر، المرجع السّابق، ص. 278.

[2] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 120.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ص. 765.

[4] عزيزة حسيني، **مصلحة الطّفل**، المرجع السّابق، ص. 149.

[5] حيث أنّ الطّاعنة تعيب على القرار المنتقد، من حيث تخفيضه للنّفقة المحكوم بها لصالحها ولابنتها دون مبرّر، لكّن موضوع تقدير هذه النّفقات يعود الاختصاص فيه لقضاة الموضوع. م. ع، ملف رقم 276760، قرار بتاريخ 2002/03/13، م. ق، ع 01، 2004، ص. 267.

فالقاضي يحدّد مبلغا شهريا على حسب قدرة المنفق[1]؛ فنفقة الأب على ابنته المريضة لن تكون مثل نفقة الأب صاحب الدّخل البسيط على الطّفل السّليم –فالمرض يحتاج إلى مصاريف إضافية للعلاج–، وعلى القاضي أن يرفع مقدار النّفقة مستندا إلى هذه الأسباب[2].

ويقتضي تقدير النّفقة اضطلاع القاضي على الوضعية المادية والاجتماعية للمنفق وذلك بالاضطلاع على المرتّب الشّهري للمدين بالنّفقة[3].

وعلى القاضي أن يراجع تقديره للنّفقة إذا ظهرت أسباب كافية للمراجعة[4]؛ إذ من أسباب مراجعة النّفقة تحسّن الظّروف المادية للمدين، بعد أن صدر عليه الحكم بالنّفقة في ظروف كان فيها أقلّ دخلا أو حاله أقرب للإعسار، وكلّ ما من شأنه أن يدّر عليه بعائد

---

[1] "حيث أنّه فيما يرجع لما قضى به القرار المنتقد من النّفقات والتّعويضات، فذلك يدخل في باب تقدير المدخول للقضاة، ولا يسوغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك ...". م. أ، ملف رقم 41703، قرار بتاريخ 1986/05/05. عزيزة حسيني، **مصلحة الطّفل**، المرجع السّابق، ص. 149.

[2] "حيث متى كان تقدير النّفقات يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع، فإنّ القرار المنتقد جاء متماشيا والقانون، ممّا يجعل مبلغ النّفقة الغذائية الشّهرية للبنت المحضونة والمحدّد بـ 6000 دج ضمن القرار محلّ الطّعن، لا يعتبر قصورا في التّسبيب –حسب زعم الطّاعن–؛ باعتبار أنّ الطّاعن وحسب حيثيات القرار المنتقد يوجد في وضعية مالية ميسورة، لكونه صناعي يملك شركة لصناعة الأحذية بوهران كما هو ثابت في سجّله التّجاري، وكذلك امتلاكه لنشاطات صناعية تجارية أخرى بالدّار البيضاء في المغرب.

حيث أنّه من جانب آخر، حينما ذهب قضاة الموضوع المنتقد إلى الحكم على الطّاعن بمصاريف علاج البنت المحضونة (أ)، فإنّهم لم يخالفوا القانون في شيء؛ باعتبار أنّ ما حكم به يستند إلى شهادات طبّية أثبتت تعرّض البنت المحضونة لأمراض مختلفة". م. ع، ملف رقم 372292، قرار بتاريخ 2006/11/15، م. م. ع، ع 01، 2007، ص. 493.

[3] "من المقرّر قانونا أنّ عدم الاضطلاع على الوضعية المادية والاجتماعية للزّوج وعلى مرتّبه الشّهري، وإغفال ذكر السّندات الّتي اعتمد عليها في تقدير مبلغ النّفقة، يستوجب النّقض". م. أ، ملف رقم 21823، قرار بتاريخ 1980/12/15، ن. ق، ع 02، 1981، ص. 105.

"إنّ المجلس لمّا قضى بتحديد النّفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدّعوى القضائية، دون أن يقدّر ظروف الزّوج ومدخوله ووسعه والمدّة الزّمنية الّتي مرّت بها القضيّة وطول المرافعات، يكون قد خالف القانون وأحكام الشّريعة الإسلامية". م. أ، ملف رقم 51715، قرار بتاريخ 1989/01/16، ن. ق، ع 02، 1992، ص. 55.

[4] "ذلك أنّ الزّيادة في النّفقة مرهونة بتحسّن أحوال المنفق المادية، والطّاعن لم تتحسّن أجرته، ومن ثمّ فرفع النّفقة عليه لم يُبْنَ على أسباب كافية، ممّا يعيب القرار ويعرّضه للنّقض". م. أ، ملف رقم 44507، قرار بتاريخ 1987/02/23، م. ق، ع 02، 1991، ص. 47.

مالي وتحسّن وضعيته المالية عمّا كان عليه في السّابق، والمراجعة لا تكون بالزّيادة فقط بل تكون بالإنقاص أو الإعفاء –فالوضع مرهون بكلتا الحالتين إعسار أو يسار–، طبقا لما جاءت به م 79 من ق. أ. ج، وذلك بعد مضّي سنة.

وعليه، فالإنفاق ليس مقصورا على ما ينفقه الأب من مأكل ومشرب وعلاج، بل حتى إيواء الطّفل يعتبر نوعا من النّفقة حتى يُبعد عن التّسوّل والتّشرّد[1]. وذلك لضمان كرامته وسلامته.

فالسّكن أي سَكَنًا، وسكن الدّار وفي الدّار: أقام بها، والسّكن الاسم من سَكَنَ، ما سكن فيه، واحد الأسكان للأقوات والأغذية، النّار كلّ ما يستأنس به، الرّحمة، البركة[2]. وسَكَنَ الرَّجُلُ: سكت، وقيل سكن في معنى سكت، وسكنت الرّيح وسكن المطر وسكن الغضب[3].

وقد ورد مصطلح السّكن في سياقات مختلفة؛ إذ نجد قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّن أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ... (21)﴾[4]. وقوله جلّ في علاه: ﴿وَلَنُسْكِنَنَّكُمُ الْأَرْضَ مِنْ بَعْدِهِمْ ... (14)﴾[5]. وفي قوله أيضا سبحانه وتعالى: ﴿وَمِن رَّحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ ... (73)﴾[6].

[1] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 122.

[2] **المنجد الأبجدي**، ط. الثّامنة، المؤسّسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دار المشرق، بيروت– لبنان، 1989، ص. 556.

[3] أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، طبعة جديدة ومحقّقة، دار المعارف، القاهرة، د. س. ن، ص. 2052.

[4] سورة الرّوم، الآية 21.

[5] سورة إبراهيم، الآية 14.

[6] سورة القصص، الآية 73.

والسّكن: السّكون وما يسكن إليه، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا ... (80)﴾[1]. والسّكن: ثبوت الشّيء بعد تحرُّكٍ، ويستعمل في الاستيطان نحو: سكن فلان مكان كذا؛ أي استوطنه، واسم المكان مسكنٌ، ... والسّكن سكان الدّار[2].

أمّا في نصوص القوانين الأسرية المغاربية –المغرب وتونس–، نجد أنّ المشرّع المغربي قد خصّص م 168 من م. أ. لذلك؛ فاحتوت أربع فقرات عكست رغبة المشرّع في تقدير سكن المحضون مستقلاّ عن النّفقة، بخلاف المشرّع التّونسي في الفصل 32 من م. أ. ش. ت، والمشرّع الجزائري في المواد من 57 مكرّر، 72، 75 و78 من الأمر رقم 02/05، الّذي اعتبر سكن المحضون تارة من مشتملات النّفقة، وتارة أخرى ليس من مشتملاتها[3].

باختصار، هذا ما يمكن قوله في مسألة نفقة المحضون، ويبقى علينا الآن توضيح أجرة الحضانة في النّقطة الموالية.

ثانيا– معيار أجرة الحضانة:

يقوم الحاضن برعاية وصيانة شؤون المحضون خلال فترة الحضانة، الأمر الّذي جعل الشّرع والقانون يحقّان لها أجرة تسمّى "أجرة الحضانة"، تختلف عن نفقة المحضون فهي تسلّم للحاضنة عوضا عن خدمتها إذا طالبت بها، وذلك طبقا لما جاء في نصّ م 167 من م. أ. م كما يلي: "أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلّف بنفقة المحضون، وهي غير أجرة الرّضاعة والنّفقة".

[1] سورة النّحل، الآية 80.

[2] الراغب الأصفهاني، **مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق:** صفوان عدنان داوودي، ط. الرّابعة، دار القلم، دمشق– سوريا، دار الشّامية، بيروت– لبنان، 2009، ص. 417.

[3] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. ص. 118، 119.

غير أنّ المشرّع الجزائري وبخلاف المشرّعين التّونسي والمغربي[1]، لم يعالج مسألة أجرة الحضانة، وسكوته عن هذه المسألة فتح المجال لـ م 222 من ق. أ الّتي تحيلنا للشّريعة الإسلامية لسدّ هذه العثرة.

أمّا بالنّسبة للفقه الإسلامي، فليس للحاضن أجرة على الحضانة –في رأي الجمهور غير الحنفية–، سواء كانت الحاضن أما أو غير أم؛ لأنّ الأمّ تستحق النّفقة إذا كانت زوجة وغير الأم نفقتها على غيرها وهو الأب. لكن إن احتاج المحضون إلى خدمة كطبخ طعامه وغسل ثيابه فللحاضن الأجرة.

وقال الحنفية بأنّه لا تستحق الحاضنة أجرة على الحضانة إذا كانت زوجة أو معتدة لأبِ المحضون أثناء العدّة، سواء عدّة من طلاق رجعي أو بائن في الأوجه، كما لا تستحقّ أجرا على الرّضاع[2].

وقد أخذ المشرّع المغربي بالحلّ الثّاني حسب عبارات م 167 من م. أ، معتمدا في ذلك على المذهب الحنفي[3]. أمّا المشرّع التّونسي فقد سار حسب م. ت في 13 جانفي 1987؛ فالحاضنة سواء كانت أمّا أو غيرها لا تأخذ أجرا إلاّ على الطّبخ وغسل الثّياب وذلك بحسب العرف بقولها كما يلي: "اقتضى القانون أنّ الحاضنة لا تستحقّ أجرا على حضانتها، وإنّما الأجر يستحقّ عن القيام بشؤون المحضون من طبخ وغسيل ثياب ونحو

[1] نصّت م 65 من م. أ. ش. ت على ما يلي: "لا تأخذ الحاضنة أجرة إلاّ على خدمة شؤون المحضون، من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف".

ونصّت م 167 ف 02 من م. أ. م على أنّه: "... لا تستحقّ الأمّ أجرة الحضانة في حال قيام العلاقة الزّوجية أو في عدّة من طلاق رجعي".

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ص. 734.

[3] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 124.

ذلك"[1]؛ أي أنّه لم يأخذ لا بالرّأي المالكي ولا الحنفي كما هو موضّح في ق. ت السّابق[2]. وليس هناك من النّاحية القانونية ما يمنع القيام بها على سبيل التّبرع بكيفية مطلقة[3].

إنّ غياب مفهوم المصلحة الفضلى للمحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، جعل الفقهاء يضعون معايير معنوية وأخرى مادية يستند عليها القاضي الوطني عند إسناد الحضانة في النّزاع المعروض أمامه، هذا في حالة ما إذا كان القانون الواجب التّطبيق هو القانون الجزائري. أمّا إذا كان القانون الواجب التّطبيق هو القانون الأجنبي، فإنّ هذه المعايير تختلف من دولة لأخرى بحسب الدّين والعادات والتّقاليد ... السّائدة في كلّ بلد وهو ما سنراه في المطلب الموالي.

المطلب الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاجتهادات الفقهية

إنّ مسألة حضانة الأبناء في الزّواج المختلط عند انفصال الزّوجين، تتداخل ضمن أفكار متعدّدة؛ فلم يتّفق لا الفقه ولا القضاء على تحديد مصدر الالتزام بالحضانة.

وأمام هذا الاختلاف في تكييف حقّ الحضانة، ظهرت بعض الآراء الفقهية والقضائية الّتي اعتبرت الحضانة أثرا من آثار الزّواج أو الطّلاق، وبالتّالي إسنادها يكون بحسب القانون الّذي يحكم آثار الزّواج أو الطّلاق كما سنرى في (الفرع الأوّل)، وهناك آراء أخرى رأت بخلاف ذلك، إذ كيّفتها وفق القانون الّذي يحكم آثار النّسب أو القانون الأصلح للطّفل وهذا هو موضوع دراستنا في (الفرع الثّاني).

[1] م. ت، 1987/01/13، ق. م، ع 16475، ن. م. ت، 1987، ص. 209.

[2] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 124.

[3] محمد الكشبور، **الوسيط في قانون الأحوال الشّخصية**، ط. الخامسة، مطبعة النّجاح الجديدة، الدّار البيضاء، 2003، ص. 601.

الفرع الأوّل: إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار الزّواج أو الطّلاق

اختلف الفقه والقضاء في تكييف[1] حقّ الحضانة؛ إذ اعتبرها البعض أثرا من آثار الزّواج، وبالتّالي تخضع للقانون الّذي تخضع له هذه الآثار (أوّلا)، والبعض الآخر رأى بخلاف ذلك معتبرا إيّاها من آثار الطّلاق، وبالتّالي يطبّق عليها نفس القانون الّذي يحكم هذه الآثار (ثانيا).

أوّلا- إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار الزّواج:

يرى جانب من الفقه أنّ الحضانة من آثار الزّواج، وأساس قولهم في ذلك أنّ الحضانة تتعلّق بالبنوّة، وأنّ هذه الأخيرة في حقيقتها ما هي إلاّ أثر من آثار الزّواج، ممّا يتعيّن معه إخضاع الحضانة للقانون الّذي يطبّق على هذه الآثار، وهو قانون جنسية الزّوج وقت انعقاد الزّواج[2]، وبالتّالي فمصدر الالتزام بها هو عقد الزّواج، بحسب أنّ الولد ناتج عن علاقة الزّوجية[3]، فإذا كان هناك نزاع بشأن الحضانة لا يرتبط بدعوى انحلال الرّابطة الزّوجية؛ أي حال قيام العلاقة الزّوجية بين والدي الطّفل، فإنّ الحضانة تكون من واجبات الأبوين معا[4].

ويرجع الأصل في هذا الاتجاه إلى ما أثارته قضية الصّغيرة (*Emma-harr*)، حين عرضت على القضاء الإيطالي سنة 1890، من تساؤلات بشأن القانون الواجب التّطبيق

---

[1] **التّكييف في القانون الدّولي الخاصّ:** وضع المسألة محلّ النّزاع ضمن طائفة من طوائف النّظم القانونية المقرّرة في قانون القاضي، تمهيدا لإسنادها إلى القانون المختصّ. الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 -دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي**، مطبعة الفسيلة، الدّويرة- الجزائر، 2008، ص. 100.

[2] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 09.

[3] صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب -دراسة مقارنة-**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية- مصر، 2004، ص. 32.

[4] جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزّواج المختلط**، ط. الأولى، دار القلم للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الرّباط- المغرب، 2010، ص. ص. 24، 25.

على القاضي الإيطالي لإلزامها بإطاعة والديها[1]، وقد لاقى هذا الاستنتاج قبولا كبيرا لدى الفقه والقضاء، على ضرورة الإعمال بهذا التّكييف الجديد كاتّجاه معظم الفقهاء الفرنسيين[2].

إنّ إخضاع الحضانة كأثر من آثار الزّواج لقانون الزّوج، يجد سنده –حسب أحد الفقه– في أنّه لا يمكن أن يطبّق عليها قانون مختلف، وعلى هذا لا يعتدّ بجنسية الزّوجة إذا اختلفت عن جنسية الزّوج إلاّ إذا كانت هذه الزّوجة وطنية، وفي هذه الحالة يتعيّن إخضاعها للقانون الوطني[3].

وقد صدر عن محكمة مدينة (*Laval*) حكم الدّعوى الأولى في 12 أبريل 1902 حيث أخضعت النّزاع بشأن الحضانة إلى القانون الوطني لكلا الطّرفين، أمّا الحكم الثّاني[4] الّذي صدر في باريس بتاريخ 16 أبريل 1953، فقد خضع لقانون الجنسية المشتركة للأطراف؛ أي القانون الّذي يحكم آثار الزّواج.

والحقيقة أنّ القول بأنّ الحضانة من آثار الزّواج قول منتقد؛ لأنّه يركّز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزّوجية، بينما تأخذ علاقة الوالدين بالأبناء منحنى مستقلّ، سواء كان ذلك أثناء قيام الزّواج أو بعد انحلاله.

---

[1] وقائع قصّة الفتاة الصّغيرة *Emma-harr*. صلاح الدّين جمال الدّين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب – دراسة مقارنة**، المرجع السّابق، ص. ص. 94، 95.

[2] المرجع نفسه، ص. 96.

[3] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 25.

[4] عزّت محمد علي البحيري، **القانون الواجب التّطبيق على الحضانة –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–**، مجلّة كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلامية، قطر، ع 25، 2007، ص. 463.

كما يتضّح ذلك في حكم محكمة القاهرة[1]؛ إذ من خلال هذا الحكم لا تعتبر الحضانة من آثار الزّواج ولا شأن لها بهذا العقد بتاتا، وعلى إثر ذلك لابد من أخذ مجموعة من الاعتبارات عند تكييف الحضانة، كسنّ الطّفل ومصلحته ومدى ارتباطه بطالب الحضانة وبمن ينازع عليها، وبالتّالي الابتعاد عن القانون الشّخصي للزّوج في حكم هذه الحضانة.

والقائل بأنّ الحضانة أثر من آثار الزّواج يخضع لقانون جنسية الأب، من قبل بعض الفقه وبعض الاجتهادات القضائية، أمر منتقد فيه لوجود رأي آخر ينفي الرّأي الأوّل ويقضي بخضوع الحضانة للقانون الّذي يطبّق على آثار الطّلاق.

ثانيا- إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار الطّلاق:

يرى جانب آخر من الفقه أنّ الحضانة تخضع للقانون الّذي يحكم آثار انحلال الزّواج بمختلف صوره[2]؛ فهو لا يجد سنده إلاّ بانتهاء العلاقة الزّوجية، وبالتّالي فإنّ الحضانة ستخضع في تنظيمها للقانون الّذي يحكم آثار الطّلاق[3]. ممّا يتعيّن إخضاعها للقانون المطبّق على هذه الآثار، وأنّ التّنازع حول الحضانة لا يثور إلاّ بمناسبة انحلال العلاقة الزّوجية[4]. وفقا لهذا التّكييف، تخضع الحضانة لقانون جنسية الزّوج وقت الطّلاق أو التّطليق أو الانفصال الجسماني.

---

[1] حيث أنّه لا شأن لعقد الزّواج فيما يتعلّق بالحضانة حتى تعتبر أثرا من الآثار المترتّبة عليه، ذلك أنّه يرجع عند البحث في أمر الحضانة وصاحب الحقّ فيها إلى أمور أخرى متعدّدة بعيدة كلّ البعد عن عقد الزّواج نفسه، من هذه الأمور سنّ الصّغير ومصلحته وعلاقته بطالب الحضانة وبمن ينازع عليها، وعلى ذلك فإنّه لا يصلح أن ينظر إلى الحضانة باعتبارها أثرا من الآثار الّتي يرتّبها عقد الزّواج، وبالتّالي لا يصلح أن تطبّق في خصوصها وفي خصوص صاحب الحقّ فيها قاعدة الإسناد الواردة في ف 01 من م 13 من القانون المدني المصري، المنصوص فيها على أنّه: "يسري قانون الدّولة الّتي ينتمي إليها الزّوج وقت انعقاد الزّواج على الآثار الّتي يرتّبها عقد الزّواج، بما في ذلك من أثر بالنّسبة إلى المال". جابر جاد عبد الرحمن، **تنازع القوانين**، دار النّهضة العربية، القاهرة- مصر، 1969، ص. ص. 383، 384.

[2] **الطّلاق، التّطليق، الانفصال الجسماني:** ويقصد بهذه الأخيرة المباعدة المادية بين أطراف العلاقة الزّوجية، وهو نظام تنقطع بسببه المعيشة المشتركة بينهما دون حلّ عقدة النّكاح في الحال، ولكّنه قد يكون سببا للطّلاق إذا استمرّ لمدّة معيّنة، والّتي تختلف من قانون لآخر، وهو مخالف للنّظام العام الجزائري. الطيب زيروتي، المرجع السّابق، ص. 178.

[3] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 27.

[4] أمين دربة، **تنازع القوانين في مجال الزّواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، دفاتر السّياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة- الجزائر، ع 04، جانفي 2011، ص. 247.

وبحسب أنصار هذا الاتجاه، فإنّ قاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزّواج هي الّتي تحكم آثار هذا الانحلال[1]. ومن بينهما الحضانة، وإعمال القانون المختصّ في هذه الحالة حسب بعض الفقه[2] مقيّد بشرطين، هما:

– **الشّرط الأوّل:** إذا كان أحد الزّوجين عربيا وقت الزّواج، فإنّ القانون العربي هو وحده الواجب التّطبيق، حتى ولو تحصّل العربي على جنسية دولة أخرى في الفترة ما بين إبرام عقد الزّواج وبين حصول الطّلاق أو رفع الدّعوى[3].

– **الشّرط الثّاني**[4]: قد يحصل حوله اتّفاق؛ إذ من الضّروري مراعاة عدم منافاة القانون الأجنبي لقواعد النّظام المعمول بها داخليا، وبالتّالي فإنّ الشّرط الأوّل يبقى مع ذلك قابلا للنّقاش؛ إذ أنّ إعطاء الأولوية للقانون العربي على حساب القانون الأجنبي الّذي ينافسه، فيه مخالفة لمبادئ القانون الدّولي الخاص وفيه تكريس لامتياز العروبة.

وقد لاقى هذا الاتّجاه قبولا من طرف القضاء الفرنسي، منذ حكم م. ن. ف في قضية "*Riviére C. Roumiantzeff*" الصّادر في 17 أبريل 1953، لاسيما فيما يتعلّق بحضانة الأبناء الشّرعيين[5]. وقضى القضاء المصري في دعوى عرضت عليه كان قد رفعها زوج بريطاني ضدّ زوجته البريطانية الجنسية، طلب فيها ضمّ ولديه إلى حضانته؛ بتطبيق القانون البريطاني على الحضانة[6].

---

[1] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 11.

[2] بدر الدين عبد المنعم شوقي، **دراسات في القانون الدّولي الخاص المصري: تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدّولي**، دار النّهضة العربية، القاهرة– مصر، 1990، ص. 336.

[3] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 12.

[4] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 28.

[5] فارسي يعيش، **الحضانة والقانون الواجب التّطبيق، القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين**، منشورات كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ط. الأولى، سلسلة النّدوات والأيام الدّراسية، مراكش– المغرب، ع 54، 2017، ص. 217.

[6] صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 98.

وتجدر الإشارة إلى أنّ **الأستاذ خالد برجاوي** سار أيضا في نفس النّهج؛ إذ أكّد على أنّه متى ثار النّزاع بخصوص الحضانة عند انحلال الرّابطة الزّوجية، فإنّ القاضي سيطبّق القانون المطبّق على آثار الطّلاق[1]. وقد استند المشرّع الجزائري على مقتضيات هذا الرّأي في م 12 ف 02، كما تأثّر بهذا التّوجّه معتبرا الحضانة من آثار انحلال الرّابطة الزّوجية[2] لذا فهي تخضع لقانون جنسية الزّوج وقت رفع الدّعوى.

كما أعطت م. ق. د. خ. ت[3] للقاضي إمكانية إخضاع الحضانة للقانون الّذي وقع بمقتضاه حلّ الرّابطة الزّوجية، وذلك في الفصل 50 منها والّذي جاء فيه ما يلي: "تخضع الحضانة للقانون الّذي وقع بمقتضاه حلّ الرّابطة الزّوجية أو القانون الشّخصي للطّفل أو قانون مقرّه، ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطّفل"؛ أي أنّ المشرّع التّونسي أعطى للقاضي الحقّ في تطبيق القانون الّذي وقع بموجبه انحلال الرّابطة الزّوجية على الحضانة، متى كان هذا الأخير أفضل للمحضون.

غير أنّ هذا الاتّجاه الفقهي قد انتقد؛ لأنّ الأخذ بهذا الرّأي معناه تغيير التّنظيم القانوني لحضانة الأبناء، بتغيير القانون الواجب التّطبيق على انقضاء الزّواج أو بتغيير الجنسية أو موطن الزّوج –الأب–، وهذا ما يهدّد الاستقرار المطلوب لتنشئة الصّغار وبالتّالي تظهر المصلحة في عدم الرّبط بين آثار الطّلاق والانفصال والحضانة[4].

هذا فيما يتعلّق بالرّأيين القائلين بإخضاع الحضانة للقانون المطبّق على آثار الزّواج والطّلاق، وعلى خلافهما سنحاول في الفرع الموالي التّعرّف على رأيين آخرين يريان بضرورة إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب أو القانون الأصلح للطّفل.

---

[1] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 29.

[2] ذكرت م 12 ف 02 من ق. م. ج رقم 10/05 أنّه: "يسري على انحلال الزّواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الّذي ينتمي إليه الزّوج وقت رفع الدّعوى". القانون رقم 58/75 المتعلّق بـ ق. م المؤرّخ في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 78، الصّادرة بتاريخ 2005/06/26.

[3] قانون ع 97 لسنة 1998، يتعلّق بإصدار م. ق. د. خ. ت، مؤرّخ في 27 نوفمبر 1998.

[4] صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 99.

الفرع الثّاني: إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب أو القانون الأصلح للطّفل

إذا كانت أغلب التّشريعات تميل إلى إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار الطّلاق، فإنّ هناك آراء فقهية أخرى ظهرت بشأن تحديد القانون الواجب التّطبيق، من حيث إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب (أوّلا)، والقانون الأصلح للطّفل (ثانيا).

أوّلا- إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب:

أكّد غالبية الفقه أنّ الحضانة أثر من آثار النّسب، وبالتّالي خضوعها يكون للقانون المطبّق على هذه الآثار، باعتبار أنّها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه بصرف النّظر عن العلاقات بين الوالدين؛ فقد اتّجهت آرائهم إلى إخضاع تنظيم الحضانة للقانون الشّخصي للأب وقت ميلاد الولد[1].

فالحضانة حسب أنصار هذا الاتّجاه، هي حقّ من الحقوق الّتي تدخل في إطار الولاية على النّفس[2]؛ فهي لا تعدّ لا أثرا من آثار الطّلاق ولا من آثار الزّواج، كما أنّهم يرون بأنّ تكييف الحضانة يجب أن يخضع للشّريعة الإسلامية[3]. ويرجع ذلك للاعتبارات التّالية:

- أنّها القانون العام للأحوال الشّخصية في جلّ الدّول الإسلامية.

- أنّ الرّجوع إلى الشّريعة الإسلامية أيسر للقاضي، بالنّظر إلى ما يبذله فقهاء الشّريعة الإسلامية من جهد في تبسيط وإيضاح مبادئ وأحكام الحضانة.

- أنّ الرّجوع إلى الشّرائع غير الإسلامية في التّكييف، يقودنا غالبا إلى نتائج لا تتّفق مع أحكام الشّريعة الإسلامية.

---

[1] صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب -دراسة مقارنة-**، المرجع السّابق، ص. 99.

[2] "يصعب في العديد من الأحوال وضع حدّ فاصل بين الحضانة والولاية على النّفس؛ فهذان النّظامان يقتربان من بعضهما، بل ويتداخلان بشكل غريب إلاّ أنّهما يختلفان في أوجه عدّة ...". محمد الكشبور، **الوسيط في قانون الأحوال الشّخصية**، المرجع السّابق، ص. 578.

[3] هشام علي صادق، **تنازع القوانين -دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرّرة في التّشريع المصري**، ط. الثّالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 1974، ص. ص. 564، 565.

– أنّ الاستناد إلى الشّريعة الإسلامية في التّكييف، أمر تفرضه السّياسة التّشريعية الّتي تستلزم إتباع مسلك موحّد تجاه تكييف المسائل ذات الطّابع الدّولي، منها حضانة أبناء الزّواج المختلط؛ إذ لا يكون مقبولا وجود تكييفات مختلفة لذات المسألة[1].

وبناءً على هذا، فإنّ الحضانة لا تخضع لقاعدة الإسناد الخاصّة بآثار انعقاد الزّواج أو تلك المتعلّقة بآثار انحلاله، بل تخضع لقانون جنسية الأب باعتباره ربّ الأسرة والقائم على شؤونها قانونا، والمنوط به تأمين الأولاد ورعاية شؤونهم[2]، وخضوع الحضانة لقانون جنسية الأب، يرجع أساسا إلى أنّ الأب هو الّذي أوجد الابن وأنّ إثبات البنوّة يهمّ الأب أكثر من الابن[3].

حيث نجد التّشريع المدني الكويتي[4] أخضع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب في م 43 على أنّه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النّفس والحضانة"، يدلّ هذا على أنّ التّشريع الكويتي يعتبر الحضانة من الحقوق الّتي تدخل في إطار الولاية على النّفس، وبالتّالي إخضاعها لنفس القانون الّذي تخضع له الولاية ألا وهو قانون جنسية الأب.

أمّا فيما يتعلّق بالوقت الّذي يعتدّ بجنسية الأب فهو وقت ميلاد الابن؛ لأنّه الوقت الّذي تكون فيه رابطة النّسب[5].

ولو سلّمنا بخضوع الحضانة للقانون الّذي يحكم العلاقات والحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأبناء، وهو قانون جنسية الأب حسب رأي الفقه الرّاجح، فإنّه يثار التّساؤل عن الوقت الّذي يعتدّ به بقانون جنسية الأب؟. غير أنّ خضوع الحضانة لقانون جنسية الأب

---

[1] صلاح الدّين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. ص. 16، 17.

[2] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 15.

[3] صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون–** ط. الثّانية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية– مصر، 2006، ص. 355.

[4] قانون رقم 05 لسنة 1961، المتعلّق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

[5] هشام علي صادق، المرجع السّابق، ص. 565.

وقت ميلاد الابن، قد يؤدّي إلى تعدّد القوانين الواجبة التّطبيق عليها لتعدّد الأبناء الّذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غيّر الأب جنسيته[1].

ويرى البعض أنّه من الأفضل الاعتداد بجنسية الأب وقت انعقاد الزّواج؛ لأنّه الوقت الّذي أصبح فيه الأب ربًّا للأسرة حتى قبل وجود الأبناء[2]. وهذا ما يحيلنا لقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزّواج الّذي سبق وأن فنّد. وعليه، من المستحسن تطبيق قانون جنسية الأب دون تحديد الوقت، معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التّقديرية أفضل من إعمال وقت معيّن، بتقدير كلّ حالة على حدا[3].

ومن هنا، يمكن القول أنّ تكييف الحضانة كأثر من آثار النّسب هو قول منتقد؛ لأنّ النّسب مسألة أوّلية تتعلّق بشرعية الأبناء وثبوت نسبهم ولا علاقة له برعايتهم، لذلك تعتبر الحضانة أثرا مستقّلا بذاته[4].

وبعد عرضنا للآراء الفقهية الثّلاثة سالفة الذّكر، المتعلّقة بالقانون الواجب التّطبيق على الحضانة، سنقوم الآن بعرض آخر رأي ألا وهو الرّأي القائل بإخضاع الحضانة للقانون الأصلح للطّفل في النّقطة الموالية.

ثانيا- إخضاع الحضانة للقانون الأصلح للطّفل:

بعكس الآراء السّابقة الّتي اعتمدت على ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة رغم الاختلاف في تكييفها، نجد أنّ جانبا من الفقه اعتمد على ضوابط إسناد أخرى كضابط القانون الأصلح للطّفل، من خلال تركيزه على المحضون في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة، خلافا للاتّجاهات الفقهية الّتي سبقت الإشارة إليها.

---

[1] فراس كريم شيعان ونعمة نغميش، المرجع السّابق، ص. 165.

[2] عزت محمد علي البحيري، المرجع السّابق، ص. 471.

[3] فراس كريم شيعان ونعمة نغميش، المرجع السّابق، ص. 165.

[4] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

إذ يرى أنصار هذا الاتّجاه بأنّ القانون الواجب التّطبيق على الحضانة هو القانون الأصلح لحماية الطّفل وتأمين رعايته؛ فهو يغلّب حقّ المحضون على حقّ الحاضن في النّزاع، ويقضي بتطبيق القانون الّذي يحقّق أفضل مصلحة له[1].

ويبدو أنّ هذا الرّأي يسري في جزء منه مع الرّأي القائل بإخضاع الحضانة للقانون الّذي يطبّق على آثار الطّلاق متى كان هذا الأخير أصلح للطّفل، ولكّن الصّعوبة تكمن في كيفية التّحقّق من تواجد مصلحة المحضون من عدمها، في القانون الّذي يحكم آثار الطّلاق أو في القانون الشّخصي للطّفل[2].

وقد ساعدت الاتّفاقيات الدّولية[3] على بروز فكرة المصلحة الفضلى للطّفل، ومعالجة الإشكالات القانونية الخاصّة بالمحضون في إطار تنازع القوانين.

كما أقرّت العديد من التّشريعات بضرورة مراعاة مصلحة الطّفل، كـ م. أ. م[4] في م 186 الّتي جاء فيها: "تراعي المحكمة مصلحة المحضون في تطبيق مواد هذا الباب"، وعلى نهج التّشريع المغربي سار التّشريعين الجزائري والتّونسي؛ إذ تنصّ م 64 من ق. أ. ج[5] على أنّ: "الأمّ أولى بحضانة ولدها ثمّ الأب ثمّ الجدّة لأمّ ثمّ الجدّة لأب ثمّ الخالة ثمّ العمّة ثمّ الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك ..."[6].

---

[1] عزت محمد علي البحيري، المرجع السّابق، ص. 467.

[2] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 34.

[3] اتّفاقية حقوق الطّفل 1989.

[4] ظهير شريف رقم 22-04-1.

[5] ق. أ. ج رقم 11/84.

[6] إنّ ق. أ. ج في مواده المنظّمة للحضانة أعطى الأولوية لمصلحة المحضون؛ إذ على القاضي مراعاتها في جميع أحكام هذه المواد، حتى الاتّفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988 أكّدت على ذلك؛ إذ تسيطر عليها فكرة مصلحة المحضون وحماية القصّر بالدّرجة الأولى دون الاهتمام بشروط الحاضن، خلافا للقانون الدّاخلي. مصطفى معوان، المرجع السّابق، ص. 134.

كما أشار ق. د. خ. ت إلى نفس الأمر، وذلك في الفصل 50 كما يلي: "تخضع الحضانة للقانون الّذي وقع بمقتضاه حلّ الرّابطة الزّوجية أو القانون الشّخصي للطّفل أو قانون مقرّه، ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطّفل". وهو ما سار عليه القضاء التّونسي في قرار م. ت. ت، على أنّ مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة[1].

وقد حرصت م. ت. ت في جلّ القرارات الصّادرة في مادة الحضانة عامة، على التّأكيد على مصلحة المحضون واعتبارها الأساس والمعيار الجوهري في إسناد الحضانة.

وفي هذا الصّدد، صدر عن م. ن. ف قرار تمّ التّأكيد في إحدى حيثياته على أنّ إسناد الحضانة بعد الطّلاق بالاعتماد على معايير محدّدة مسبقا، وليس انطلاقا من معايير موضوعية تخدم مصلحة الطّفل، يعدّ مخالفا للنّظام العام الفرنسي[2].

وعلى الرّغم من أنّ التّشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) لم تعط تعريفا دقيقا وواضحا لمصلحة المحضون، إلاّ أنّ الفقه ضبطها بمعايير وأخضعت في تحديدها للسّلطة التّقديرية للقاضي، بحسب كلّ قضيّة من القضايا المعروضة عليه.

وحسب اعتقادنا، فإنّ الاتّجاه القائل بإخضاع الحضانة للقانون الأصلح للطّفل لا يتماشى مع المرجعية الإسلامية للجزائر، ولا يمكن الاستناد إليه كمرجع بالنّسبة للمشرّع الجزائري.

وبعد الحديث عن المصلحة الفضلى للمحضون، يمكن القول أنّها الرّكيزة الأساسية الّتي بفضلها تتمّ حماية حقوق المحضون مادية كانت أو معنوية، بعد انفصال الأبوين في العلاقات الدّولية الخاصة، وعلى أساسها يحدّد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في

[1] ق. ت. م ع 1875 مؤرّخ في 24 غشت 1966، وهو نفس ما سار عليه قرار تعقيبي آخر ع 2717 مؤرّخ في 02 يناير 1979، الّذي نصّ على أنّه: "المعتبر في إسناد الحضانة مصلحة المحضون لا مصلحة الحاضن". محمد الحبيب الشريف، **مجلّة الأحوال الشّخصية: جمع وتعليق**، ط. الثّانية، دار المعارف للطّباعة والنّشر، سوسة– الجمهورية التّونسية، 1994، ص. ص. 148، 149.

[2] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 38.

Arrêt de la cour de la cassation chambre civile 01, N° de la pouvoir 78-11568 de 13/01/1979. www.legefrance.gouv.fr. Consulté le 16/1/2008.

القانون الدّولي الخاص، لذا كان بالأحرى على المشرّع الجزائري توضيح معالمها بدقّة وتحديد معاييرها، باعتبارها فكرة مرنة ومطّاطة لتشمل المحضونين النّاتجين عن الزّواج المختلط[1].

هذا ما تعلّق بالفصل الأوّل، أمّا بخصوص الفصل الموالي فسنتطرق فيه للحديث عن حقّ الزّيارة ومسألة النّقل غير المشروع للمحضون، باعتبارهما من الحقوق الجوهرية له أيضا.

[1] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 02.

الفصل الثّاني:

الحقوق المرتبطة بالحضانة في القانون الدّولي الخاص

من الثّابت شرعا وقانونا أنّ الانفصال الحاصل بين الزّوجين، لا يعني انفراد الحاضن بالمحضون وحرمان الطّرف غير الحاضن من حقّه في الزيارة؛ لأنّ هذا الأخير يحتفظ بهذا الحقّ طالما أنّ المحضون يقيم مع الطّرف الآخر– الحاضن–، وبالتّالي فإنّه لا يجوز للأمّ الحاضنة أن تمنع الأب غير الحاضن من رؤية ولده المحضون.

إلاّ أنّ حقّ المحضون في التّمتّع بالجوّ الأسري الهادئ والمستقرّ، يتعرّض لبعض المخاطر كعرقلة ممارسة حقّ الزّيارة؛ أي بمجرد حصول الحاضن على الحقّ في الحضانة يسعى جاهدا لحرمان الطّرف الآخر من رؤية المحضون، ظنًّا منه أنّه يملك وسيله ضغط وبإمكانه الانتقام بواسطتها، الأمر الّذي يجعل الطّرف غير الحاضن يشعر بالتّعسّف وأنّ حقّه في الزّيارة مهضوم، فيقوم هو الآخر بنقل المحضون خارج حدود إقليم الوطن المقرّر له قضائيا.

وعليه، سنحاول في هذا الفصل التّعرّف على حقّ زيارة المحضون في القانون الدّولي الخاص (المبحث الأوّل)، وكذا تبيان معالم نقل الطّفل المحضون عبر الحدود الدّولية في العلاقات الدّولية الخاصة (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: حقّ زيارة المحضون في القانون الدّولي الخاص

تزايدت في السّنوات الأخيرة هجرة الشّباب نحو الدّول الأوروبية وبالأخصّ فرنسا ومن بينهم الشّباب الجزائري، ولا تزال هذه الحركة مستمرة إلى يومنا هذا ممّا أدى إلى انتشار ظاهرة الزّواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات، غير أنّ غالبية هذه الرّوابط الزّوجية لا تتسم بالدّوام والاستقرار، فينفصلان ويبقى مصير الأولاد معلّقا بين أب مقيم في الجزائر يودّ الاحتفاظ بهم، وأمّ تقيم في فرنسا وتريد أن يلتحقوا بها.

هذا وإنّ تمزّق العائلة بفعل الطّلاق، يقتضي إعادة تنظيم الهيكل الجديد والتّوازن العائلي لها، بشكل يضمن بقاء الرّابط الأسري والتّربوي للطّفل بوالديه بعد الطّلاق، عن طريق الزّيارة الّتي تهدف إلى تمديد الرّوابط العاطفية بين المحضون وزائره، من خلال الأساس الّذي يقوم عليه هذا الحقّ (المطلب الأوّل)، وكيفية تنظيمه (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: أساس حقّ الزّيارة

للحاضن دور هامّ في حياة المحضون؛ فهو القدوة والأسوة بالنّسبة له، لذا عليه أن يبعده عن كلّ أنانية وضغينة منه تجاه الطّرف غير الحاضن، وأن يمكّنه من حقّ الزّيارة والاتصال ورؤية رحمه لضمان الاستقرار النّفسي له؛ إذ يعتبر حقّ زيارة المحضون من الحقوق الثّابتة للطّرف غير الحاضن، كما أنّه متّفق عليه شرعا وقانونا، الأمر الّذي جعل المشرّع الإماراتي يخصّص م 154 لذلك[1]، إيمانا منه بأهمّية هذا الحقّ بالنّسبة للمحضون

[1] تنصّ م 154 من قانون الأصول الشّخصية الإماراتي على أنّه: "

1) إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فيحقّ للآخر زيارته واستزارته واصطحابه حسبما يقرّر القاضي، على أن يحدّد المكان والزّمان والمكلّف بإحضار المحضون.

2) إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائب، يحقّ لأقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرّر القاضي.

3) إذا كان المحضون لدى غير أبويه، يعيّن القاضي مستحقّ الزّيارة من أقاربه المحارم.

4) ينفّذ الحكم جبرا إذا امتنع عن تنفيذه من عنده المحضون.

5) يصدر وزير العدل والشّؤون الإسلامية والأوقاف لائحة تحدّد إجراءات رؤية المحضون وتسليمه وزيارته، على ألاّ تكون في مراكز الشّرطة أو السّجون".

وما يحقّقه له من حفاظ على هوّيته، بخلاف المشرّع الجزائري الّذي نصّ عليه في م 64 من ق. أ. ج كلفظ، تاركًا مسألة تنظيمه للقضاء.

ومن هذا المنطلق، سنحاول تبيان مفهوم حقّ الزّيارة (الفرع الأوّل)، ثمّ من هم أصحاب الحقّ في الزّيارة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: مفهوم حقّ الزّيارة

من مصلحة المحضون الفضلى بعد انفصال والديه أن يبقى على اتصال بهما بسبب الآثار السّلبية الّتي يتركها الانحلال في نفسيته، فبعد أن ألف هذا الطّفل بيئة سويّة يسودها الأمن والاستقرار بين أفراد الأسرة الواحدة، يجد نفسه منقسما بين هذا وذاك.

وقبل التّوغّل في مجريات تنظيم حقّ الزّيارة، سنقوم بتوضيح المقصود بحقّ الزّيارة (أوّلا)، ثمّ تبيان طبيعة هذا الحقّ (ثانيا).

أوّلا- تعريف حقّ الزّيارة:

بعد الاطلاع على مختلف النّظم القانونية للتّشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب وتونس)، نجد أنّها اصطلحت على رؤية المحضون من قبل غير الحاضن وصلة رحمه بمصطلح "حقّ الزّيارة"، بخلاف المشرّع المصري الّذي عبّر عنها بالرّؤية[1]. أمّا المشرّع العراقي فقد عبّر عنها بالمشاهدة[2]. وكلّها تفيد الاتصال[3] والزّيارة.

---

[1] رشدى شحاتة أبوزيد، المرجع السّابق، ص. 07.

[2] نواف حازم خالد، **مشاهدة المحضون -دراسة مقارنة-**، مجلّة كلّية القانون للعلوم القانونية والسّياسية، د. ب. ن، ص. 374. منشور على الرّابط الآتي:

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=107956

[3] وهو ما عبّرت عنه الاتفاقيات الدّولية من بينها اتفاقية لاهاي للقانون الدّولي الخاصّ. الاتصال عبر الحدود فيما يتعلّق بالأطفال: مبادئ عامّة ودليل الممارسة السّليمة، مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاصّ، 2008، ص. 10. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/1930dba8-80fb-441f-8fc5-cca599578543.pdf.

وقبل التّعرّف على ما احتوته التّشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) في شأن الزّيارة، لابدّ من تعريفها من النّاحية اللّغوية والاصطلاحية والشّرعية والقانونية، وذلك على النّحو الآتي:

أ) تعريف الزّيارة لغة:

قال بعضهم: زَارَ فلانٌ فلانًا أي مال إليه؛ ومنه تزاورَ عنه أي مال عنه. وقد زوَّر القوم صاحبهم تزويرا إذ أحسنوا إليه. وأزاره: حمله على الزّيارة. وفي حديث طلحة: حتى أزرته شعوب أي أوردته المنية فزارها؛ شعوب من أسماء المنية. واستزاره: سأل أن يزوره. والمزار الزّيارة[1].

والزّيارة من الزّور: الزّاء والواء والرّاء أصل واحد يدلّ على الميل والعدول. ومن ذلك الزّور: الكذب؛ لأنّه مائل عن طريقة الحقّ. ويقال زوّر فلان الشّيء تزويرا. حتى يقولون: زوَّر الشّيء في نفسه: هيّأه؛ لأنّه يعدل به عن طريقة تكون أقرب إلى قبول السّامع. فأمّا قولهم بالضّم زور فهو القياس الصّحيح. قال:

جاءوا بزوريهم وجئنا بالأصمّ

والزّور: الميل. يقال أزور عن كذا أي مال عنه ومن الباب: الزّائرّ؛ لأنّه إذا زارك فقد عدل عن غيرك[2].

ب) تعريف الزّيارة اصطلاحا:

زيارة المحضون حقّ يتيح لمن لم تسند إليه الحضانة إقامة علاقات شخصية مع المحضون، إمّا بالمراسلة أو الاتصال الشّخصي دوريا (خروج، سفر، ... الخ) أو السّكن

[1] أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، المجلّد الرّابع، دار صادر، بيروت– لبنان، د. س. ن، ص. ص. 335، 336.

[2] أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقايس اللّغة، تحقيق وضبط:** عبد السلام محمد هارون، ج. الثّالث، دار الفكر، د. ب. ن، 1979، ص. 36.

المؤقّت، وهو حقّ معترف –تبعا لمصلحة المحضون– للوالدين الشّرعيين الطّبيعيين أو بالتّبني والأجداد والجدّات، ويمنح استثنائيا لأشخاص آخرين[1].

وقد عرّفها **الأستاذ رشدى شحاتة أبو زيد** بأنّها: "قيام من بيده المحضون بتمكين صاحب الحقّ في رويّة من رؤيته والجلوس معه والتّحدّث إليه"[2]. ويصدق بمفهوم الرّؤيا المشاهدة والزّيارة.

ج) تعريف زيارة المحضون في الشّريعة الإسلامية:

1. من القرآن الكريم:

إن حقّ الزّيارة من المسائل المقرّرة شرعا، وهي من باب صلة الرّحم لقول الله عزّ شأنه: ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ ۚ أُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ (27)﴾[3]. وقوله أيضا تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَٰئِكَ مِنْكُمْ ۚ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (75)﴾[4]. وقوله جلّ جلاله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا (01)﴾[5].

2. من السّنة النّبويّة المطهّرة:

كما دلّت عليه السّنة النّبويّة الشّريفة، لما رويّ عن عائشة رضي الله عنها في جزاء قطع الرّحم، أنّ الرّسول صلى الله عليه وسلم قال: «الرّحم معلّقة بالعرش تقول من وصلني

[1] *Cornu (G), vocabulaire juridique, presse universitaire de France, Paris, 2ème éd, 1985, p. 844.*

[2] رشدى شحاتة أبو زيد، المرجع السّابق، ص. 31.

[3] سورة البقرة، الآية 27.

[4] سورة الأنفال، الآية 75.

[5] سورة النّساء، الآية 01.

وصله الله ومن قطعني قطعه الله»[1]. وفي حديث آخر عن النّبي صلى الله عليه وسلم قال: «إنّ الله خلق الخلق، حتى إذا فرغ من خلقه قالت الرّحم: هذا مقام العائذ بك من القطيعة قال: نعم، أما ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ قالت: بلى يا ربّ. قال: فهو لكِ. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فاقرؤوا إن شئتم: فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ»[2].

وعرّف في مجمع الفقه الإسلامي تنفيذ الأحكام القضائية المتعلّقة بالحضانة والزّيارة على النّحو الآتي: "تخليص الحقّ المحكوم به في حضانة الصّغير ونحوه، أو زيارته وإيصاله لمستحقّيه طوعا أو جبرا"[3].

وقسّم حقّ الزّيارة من حيث الحقوق إلى أربعة أقسام[4]:

1. حقّ الله سبحانه وتعالى خالص.
2. حقّ العبد خالص.
3. حقّ مشرك وحقّ الله فيه غالب.
4. حقّ مشرك وحقّ العبد فيه غالب.

ومن هنا، يمكن القول أنّ القرآن الكريم والسّنة النّبوية الشّريفة حثّا في آيات عديدة وأحاديث كثيرة –لا يسعنا ذكرها في هذا المقام–، على صلة الرّحم وأهمّية الزّيارة في تقريب الرّوابط والتّراحم بين الأفراد، فما بالك بين الوالدين والأطفال الّذين لابد من الإحسان إليهم والمودّة والشّفقة فيما بينهم.

---

[1] أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البرّ وصلة الآداب، باب صلة الرّحم وتحريم قطيعتها، ج. الرّابع، حديث رقم 3555، ص. 1981.

[2] رواه البخاري في الصّحيح، كتاب الأدب، باب من وصل وصله الله، رقم حديث: 5640، ط. الأولى، دار ابن كثير، دمشق– سوريا، بيروت– لبنان، 2002، ص. 2232.

[3] ندوة أثر متغيّرات العصر في أحكام الحضانة، بعنوان: **تنفيذ أحكام الحضانة والزّيارة**، المرجع السّابق، ص. 07.

[4] رشدى شحاتة أبو زيد، المرجع السّابق، ص. ص. 1503، 1504.

د) تعريف زيارة المحضون قانونا:

لقيت مادة الزّيارة لدى بعض التّشريعات العربية اهتماما كبيرا من طرفهم؛ نظرا لأهمّيتها ووقعها الكبير في نفسية المحضون، كالتّشريع السّعودي الّذي أصدر نظام التّنفيذ الخاص بمسائل الأحوال الشّخصية، الصّادر بـ 1433/08/13هـ –تخصيص قاضٍ للتّنفيذ اسمه: قاضي التّنفيذ–، وكذا القانون المصري الّذي خصّص قاضٍ خاص لتيسير إجراءات التّنفيذ[1]. أمّا بالنّسبة للمشرّع الجزائري فلم تحظ هذه المادة باهتمام كبير من طرفه، ولم يقم سوى بإفراد مادة وحيدة لها وهي م 64 من ق. أ. ج، الّتي تنصّ على أنّه: "... عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزّيارة".

بخلاف المشرّع التّونسي الّذي نصّ في الفصل 66 من ق. أ. ش. ت على أنّ: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهّده"؛ حيث يظهر الارتباط الواضح بين زيارة المحضون وتعهّده، باعتبار النّظر في شؤونه وتأديبه وتعليمه لا يتمّ عمليا إلاّ بزيارته بصفة دورية، فنظر إلى مسألة الزّيارة من حيث الغاية والأساس. أمّا المشرّع المغربي فنصّ في م 180 من م. أ. م على ما يلي: "لغير الحاضن من الأبوين حقّ زيارة واستزارة المحضون"؛ حيث بيّنت هذه المادة أنّ مسائل الزّيارة من النّظام العام، ولا يمكن الاتفاق على منع هذا الحقّ أو إسقاطه[2].

ثانيا– طبيعة الحقّ في الزّيارة:

تتراوح طبيعة الحقّ في زيارة المحضون بين الحقّ والواجب؛ فهو حقّ للطّرف غير الحاضن والمحضون على حدّ سواء، وهو حقّ طبيعي تضمّنته كلّ الشّرائع السّماوية[3]. ذلك أنّ المشرّع الجزائري أناط بعهدة الحاضن واجب حفظ المحضون في مبيته، والسّهر على

---

[1] تريكي بن ثنيان مناحي البقمي، **أحكام التّنفيذ في مسائل الأحوال الشّخصية في النّظام السّعودي –دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية–**، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم الشّريعة والقانون، السعّودية، 2015، ص. 62.

[2] محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة–انحلال ميثاق الزّواج–**، المرجع السّابق، ص. 351.

[3] عيسى طعيبة، **حقّ زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي**، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلّد الحادي عشر، ع 01، الجزائر، ص. 270.

تربيته خشية وقوعه في الإهمال والضّياع، وجعل له في المقابل واجب تمكين الطّرف غير الحاضن من زيارته، حتى ينشأ نشأة متوازنة تجمعه بكلا أبويه، لكّن يحدث في الواقع أن يعمد الحاضن إلى منع المستفيد من حقّ الزّيارة من رؤية والاتصال بابنه أو أبنائه، مرتكبا بذلك جريمة عدم إحضار المحضون أو نقله إلى الخارج، ممّا يقتضي تسليط عقاب جزائي عليه جرّاء تصرّفه هذا[1].

كما حملت جلّ التّشريعات القانونية على غير الحاضن واجب احترام حقّ الزّيارة أثناء ممارسته لها؛ فالأب يمثّل القانون والنّظام في حياة الطّفل، وهو المسؤول عن تنمية الجزء الأكبر من المسئولية الاجتماعية فيه[2]. إلاّ أنّه يحدث وأن يخلّ هذا الأب بواجبه تجاه المحضون، فيحدث مضرّة به سواء في نفسيته أو في جسده؛ كأن يعمد إلى إهمال المحضون، أو تعوّد سوء معاملته، أو الامتناع عن زيارته في الأوقات المحدّدة انتقاما من الحاضن، أو الفرار به عبر الحدود الدّولية[3].

أمّا بالنّسبة لكون طبيعة الزّيارة حقّ، فإنّ للأب حقّ زيارة المحضون دون أن تمنعه الحاضنة من ذلك، للحفاظ على صلة الرّحم وللإبقاء على توازن علاقة الطّفل بكلّ من أمّه وأبيه؛ فهي خير أداة لتنشئته على محبّتهما والبرّ بهما، وهي إضافة إلى ذلك وسيلة في يد من لم تسند إليه الحضانة من الأبوين، لمواصلة إعمال رقابته على حسن تربية ابنه وللاطمئنان على مستوى العناية الّتي يحظى بها من لدن حاضنه، ومن مدى قيام الحاضن بعامة شؤونه وفقا لما تقتضيه مهامّ الحضانة[4].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو حقّ للمحضون؛ لأنّه في حاجة شديدة لرؤية والده ورعايته، فغياب أحد الأبويين بالنّسبة له يحدث شرخا في جدران التّماسك العائلي، ممّا يفقده

---

[1] وسام بوعبان، **زيارة المحضون**، مذكّرة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة المنار، تونس، 2006-2007، ص. 66.

[2] "**المسؤولية الاجتماعية**: هي إلزام اجتماعي فضلا عن كونها إلزام نحو فعل اجتماعي، يترتّب عليه فعل أو أثر من آثاره الاجتماعية"، وهي ثلاثة أنواع. رشدى شحاتة أبو زيد، المرجع السّابق، ص. ص. 91-93.

[3] وسام بوعبان، المرجع السّابق، ص. 93.

[4] محمد اللجمي، **قانون الأسرة**، ط. الأولى، الشّركة التّونسية للنّشر وتنمية فنون الرّسم، تونس، 2008، ص. 485.

الشّعور بالطّمأنينة والاستقرار عند الخصام المتكرّر الّذي يعيشه الأبوان؛ حيث أثبتت الدّراسات أنّ نسبة 55% من الأحداث الجانحين ينتمون إلى أسر مفكّكة[1]. لذلك حرصت الشّريعة الإسلامية والتّشريعات على إعطاء قدر كبير من الاهتمام لمسألة الزّيارة، والدّور الّذي تلعبه في نفسية المحضون إيجابا أو سلبا.

لذا ونظرا لأهمّية هذا الموضوع، حاولنا في الفرع الموالي تحديد الأشخاص الّذين تجب في حقّهم الزّيارة.

الفرع الثّاني: أصحاب الحقّ في الزّيارة

تباينت مواقف التّشريعات حول زيارة غير الحاضن للمحضون ورؤيته، فالمشرّع الجزائري نصّ على مسألة زيارة المحضون الّتي تعدّ أثرا من آثار الحضانة في م 64 من ق. أ. ج كمصطلح، دون الإشارة إلى من هم الأشخاص الّذين لهم الحقّ في الزّيارة[2]، تاركا ذلك للسّلطة التّقديرية للقاضي.

حيث جاء في قرار م. أ أنّه: "من حقّ الأجداد استقبال أحفادهم خلال مدّة لزمن محدّد من السّنة، دون المساس بحقوق الشّخص القائم على السّلطة الأبوية بما يتفق مع

[1] رشدى شحاته أبو زيد، المرجع السّابق، ص. ص. 45، 46.

[2] من خلال دراسة بعض القوانين المقارنة، نلاحظ وجود ثلاث اتجاهات في خصوص مسألة زيارة الأجداد لأحفادهم: **الاتجاه الأوّل:** يقرّ سواء للأجداد أو للأحفاد حقّا أصيلا في المحافظة على علاقات شخصيّة بين الطّرفين، دون تحديد صور معيّنة لممارسة هذا الحقّ، وهذا الاتجاه نجده مكرّسا من قبل القانون الفرنسي في م 371 ف 04، وكذا القانون الكويتي الّذي يقرّ من جهته بحقّ الأجداد كحقّ أصيل مثله مثل الأبوين؛ إذ نصّت م 196 من قانون الأحوال الشّخصية الكويتي على: "حقّ الرّؤية للأبوين والأجداد فقط". أمّا **الاتجاه الثّاني:** فلا يقرّ بحقّ الأجداد في زيارة الأحفاد إلاّ عند فقد الأبوين، من ذلك م 20 من قانون الأحوال الشّخصية المصري: "لكلّ من الأبوين الحقّ في رؤية الصّغير أو الصّغيرة، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين"، وقد يكون عدم وجود الأبوين ناتج في الواقع عن وفاة أو فقدان أو غياب أو سفر بالخارج .... في حين نجد **الاتجاه الثّالث** لم يتعرّض صراحة إلى حقّ الأجداد في زيارة الأحفاد سواء بالإقرار أو بالنّفي، مثل: القانون الجزائري أو القانون التّونسي –قبل التّنقيح–؛ إذ لم يجعل المشرّع التّونسي حقّ الأجداد حقّا أصيلا كما هو الحال في القانونين الفرنسي والكويتي، واعتبره حقّا استثنائيا مشروطا بوفاة أحد والدي المحضون، مختلفا بذلك عن القانون المصري الّذي وضع عبارة عامة، ليشمل حقّ الأجداد في زيارة الأحفاد الصّورة الّتي يفقد فيها المحضون أحد أبويه والّتي قد تكون ناتجة عن وفاة أو غياب أو سفر بالخارج. وسام بوعبان، المرجع السّابق، ص. 45.

مصلحة الطّفل"[1]. وفي إ. ق آخر يفيد أنّه: "من المقرّر شرعا متى تتمّ نفقة الجدّ على ابن الابن يكون له حقّ الزّيارة أيضا، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بحقّ الزّيارة للجدّ الّذي يعتبر أصلا للولد وهو بمنزلة والد المتوفي، كما تجب عليه النّفقة يكون له أيضا حقّ الزّيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن"[2].

وبناءً على قرار م. ع القاضي بـ: "للخالة حقّ الزّيارة لأنّ القانون رتّبها في المرتبة الثّالثة بالنّسبة لمن يستحقّون الحضانة، ومتى كان كذلك فإنّه لها الحقّ في الزّيارة، ممّا يجعل القرار المطعون فيه موافقا لما قضى"[3]، فإنّه يمكن القول أنّ أصحاب الحقّ في زيارة المحضون، وإن لم يخصّصهم المشرّع الجزائري بنصٍ قانونيٍ في ق. أ. ج، إلاّ أنّه يمكن استخلاصهم عن طريق م 64 من ذات القانون، الّتي تنصّ على أصحاب الحقّ في الحضانة وفق ما جاء في إ. ق، ويكون تقدير القاضي للأشخاص الّذين تحقّ لهم زيارة المحضون حسب ما تقتضيه مصلحته.

أمّا بالنّسبة للتّشريع التّونسي، فنجد أنّه قد عدل في الفصل 66 من ق. أ. ش. ت[4] بموجب ق عدد 10 لسنة 2006 المؤرّخ في 6 مارس 2006، الّذي أقرّ بحقّ الأجداد في زيارة الأحفاد للإبقاء على صلة الرّحم وضمان تواصل المحضون مع أسلافه[5]. وهو ذات الأمر الّذي جاء به المشرّع المغربي في م 185 من م. أ. م في نصّها: "إذا توفّي أحد والدي

[1] م. أ، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1969/10/08، م. ق، 1969، ص. 327.

[2] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 59784، قرار بتاريخ 1998/04/21، م. ق، ع خاص، 2001، ص. 192.

[3] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 258479، قرار بتاريخ 2001/01/23، م. ق، ع 02، 2001، ص. 300.

[4] قبل التّنقيح، لم يتناول المشرّع التّونسي بالتّنظيم بمقتضى الفصل 66 من م. أ. ش. ت سوى حقّ الزّيارة لفائدة أحد الأبوين الّذي لم تسند له الحضانة؛ حيث لم يقرّ هذا الحقّ لفائدة الأجداد، ممّا ترتّب عن هذا الفراغ التّشريعي عدم استجابة بعض المحاكم أحيانا للمطالب المقدّمة من قبل الأجداد قصد زيارة أحفادهم.

[5] ق عدد 10 لسنة 2006، المتعلّق بإتمام م. أ. ش المؤرّخ في 6 مارس 2006، ر. ر. ج. ت، ع 20، الصّادر بتاريخ 10 مارس 2006، ص. 1013. وسام بوعبان، المرجع السّابق، ص.09.

المحضون يحلّ محلّه أبواه في حقّ الزّيارة المنظّمة بالأحكام السّابقة"؛ فبمجرد وفاة طرف غير حاضن يحلّ محلّه أبواه ذو الصّفة للاستفادة من الزّيارة[1].

وما يسعنا قوله هنا، هو أنّ المشرّع الجزائري وبالرّغم من أنّه لم يوضّح أصحاب الحقّ في الحضانة، وترك المجال للسّلطة التّقديرية للقاضي للبتّ فيها حسب ما يرى فيه مصلحة المحضون، إلاّ أنّه وفّق بعض الشّيء مقارنه بالمشرّعين المغربي والتّونسي اللّذان حدّدا وضيّقا دائرة صلة الرّحم؛ وجعلاها فقط تقتصر على تخصيص حقّ الزّيارة للوالدين وفي حالة وفاة طرف غير حاضن يحل محلّه الجدّ، دون مراعاة باقي الأرحام وخاصّة الخالة الّتي تعدّ بمنزلة الأمّ.

غير أنّ موضوع زيارة المحضون من قبل الأجداد يطرح مشاكله على المستوى العملي؛ كأن يرفض الحاضن زيارة المحضون بعد الطّلاق، وقطع كلّ الاتصالات بينهما وتحميل الأجداد نتائج هذا الطّلاق[2]، وحرمانهم من زيارة أحفادهم، على الرّغم من الرّوابط الجيّدة الّتي تربط الأبناء بالأجداد، ولا يوجد أحسن من المثل الشّعبي القائل: "أغلى من الولد ولد الولد"، كما هو الحال بالنّسبة للحكومة الفرنسية الّتي تشدّدت وتعسّفت في منح حقّ زيارة الآباء للأبناء، كما سبقت لنا الاشارة في نقاط عديدة من هذا الموضوع، فما بالك بالأجداد وهنا تستوقفنا قضية صفية ونتائج م 05 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على هذا القرار ورفض الدّعوى لانتفاء الصّفة وإهدار حقّ الجدّة في زيارة حفيدتها صفية[3]. وعليه فما مصير مثل هذه الخروقات في ظلّ غياب تنظيم تشريعي لها؟.

هذا فيما يخصّ الأشخاص الّذين تحقّ لهم زيارة المحضون، وفيما يلي سنتحدّث عن الإجراءات التّنظيمية لهذا الحقّ.

---

[1] محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة–انحلال ميثاق الزّواج–**، المرجع السّابق، ص. 533.

[2] *Les grands-parents ont-ils le droit de voir leurs petits-enfants même en cas de conflit aigu avec les parents ? Se trouve sur le site web suivant:*

http://www.lazard-avocat.com/pdf/05-infos-pratiques-les-droits-des-grands-parents.pdf.

[3] غ. أ. ش، ملف رقم 091842، قرار بتاريخ: 14 مارس 2010، محكمة أرزيو، غير منشور. حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 92.

المطلب الثّاني: تنظيم حقّ الزّيارة

الأصل أن يربى المحضون تحت رعاية والديه، فإذا انفصلا يكون للوالد غير الحاضن حقّ زيارة المحضون دوريا؛ لأنّ الزّيارة المنتظمة تصبّ في مصلحة المحضون وتضمن له تنشئة سليمة في جوّ عائلي مستقرّ.

ونظرا لأهمّية هذا الحقّ وضع المشرّع الجزائري ضوابط قانونية لتنظيمها، كما حرص القضاة على تنفيذ أحكامها، وأحينا يتفق الأطراف على إيجاد حلّ وديّ يلاءم الطّرفين.

كلّ هذه النّقاط سنحاول توضيحها من خلال تنظيم حقّ الزّيارة اتفاقا (الفرع الأوّل) وتنظيم حقّ الزّيارة قضائيا (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: كيفية تنظيم حقّ الزّيارة في التّشريع الدّاخلي (الجزائر، المغرب، تونس)

من مصلحة الطّفل الفضلى والأولى أن ينشأ في كنف والديه ورعايتهما، لكّن إن حدث وانفصلا وأسندت المحكمة حضانة الطّفل لأحدهما، فإنّه من حقّ الطّرف غير الحاضن زيارته، ولا يجوز لأحدهما التّعسّف في منع غير الحاضن من استزارة المحضون للاطلاع على أحواله وعنايته.

وعلى الرّغم من أهمّية هذا الحقّ للأبوين والطّفل معا، إلاّ أنّ المشرّعين الجزائري والتونسي لم يبيّنا تنظيم أحكام هذه المسألة، كالمشرّع المغربي الّذي بيّن أنّ تنظيم زيارة المحضون يكون إمّا اتفاقا وهو رضا الطّرفين (أوّلا)، أو بتدخل الجهات القضائية في حالة تنازع الأبوين للبتّ في هذه المسألة (ثانيا).

أوّلا- تنظيم أحكام الزّيارة اتفاقا:

لم يوضّح المشرّعين الجزائري والتّونسي[1] سبل تنظيم زيارة المحضون باتفاق الطّرفين بخلاف المشرّع المغربي الّذي نظّم ذلك من خلال مقتضيات م 181 من م. أ. م الّتي تنصّ على أنّه: "يمكن للأبوين تنظيم هذه الزّيارة باتفاق بينهما يبلّغانه إلى المحكمة الّذي يسجل مضمونه في مقرّر إسناد الحضانة". وهو الأصل في ذلك؛ لأنّ الزّيارة من المسائل الحسّاسة في موضوعات الطّفل.

حيث يقوم الطّرفان بتحديد مكان وزمان الزّيارة بالتّراضي والمفاهمة بينهما، تفاديا لكلّ خلاف واختلاف محتمل بينهما، وألزم المشرّع الأبوين بضرورة تبليغ هذا الاتفاق إلى المحكمة وتسجيل هذا المضمون[2]. ومن ذلك الاتفاق بين الزّوجين المغربين اللّذين تقدّما به أمام محكمة دينبوش الهولندية، في دعوى التّطليق الاتفاقي بتاريخ 1 أبريل 2005 "باصطحاب الطّفلة كلّ يوم أحد من بيت أمّها ابتداءً من السّاعة التّاسعة صباحا، على أن يرجعها إليها بمحلّها المذكور على السّابعة مساءً، ويحقّ للزّوج بعد المشاورة في أيّام العطلة الصّيفية قبل أبريل من كلّ سنة والأعياد الدّينية لمدّة يوم واحد. وقد تبنّت المحكمة الهولندية اتفاقهما في حكم القاضي بالتّطليق"[3].

هذا، وإنّ التّنظيم الاتفاقي للزّيارة يتميّز بالدّقة في تحديد مكان وزمان الزّيارة، الأمر الّذي يجعل تنفيذها سهلا على الأبوين ولا يحرم المحضون من رؤية أحدهما، وبذلك تستقرّ

---

[1] هو من اختصاص قاضي الأسرة، وهو ما أكّده أيضا القرار الاستئنافي الّذي ورد به ما يلي: "عند إسناد الحضانة فإنّ القاضي يقدّر مصلحة المحضون، كما أنّ تقدير مدّة الزّيارة والكيفيّة الّتي تتمّ بها من اختصاص قاضي الموضوع". قرار استئنافي مؤرّخ في 24 ماي 2006، ع 32974، مأخوذ من دراسة "دور فقه القضاء في تدعيم مبادئ مجلّة الأحوال الشّخصية، ملتقى وطني بدائرة محكمة الاستئناف بتونس، يوم 17 جوان 2006، ص. 227. منية التومي، **حماية الأمّ الحاضنة في القانون التّونسي**، مذكّرة ماجستير في الحقوق، تخصّص قانون خاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة المنار، تونس، 2009-2010، ص. 121.

[2] إدريس الفاخوري، **انحلال الرّابطة الزّوجية في مدوّنة الأسرة المغربية مع أحدث الاجتهادات القضائية**، ط. الأولى، دار أبي رقراق، الرّباط- المغرب، 2012، ص. ص. 333، 334.

[3] يحي بكاي، **زيارة المحضون بين طموح التّشريع وعوائق التّطبيق**، مدوّنة الأسرة بعد ثلاث سنوات من تطبيق الحصيلة والمعوّقات، أشغال النّدوة الدّولية المنظّمة من طرف مجموعة البحث في قانون الأسرة، يومي 15 و16 مارس 2007، كلّية الحقوق، مطبعة الجسور، وجدة- المغرب، سلسلة 02، 2008، ص. 158.

حياته. وتجد الإشارة هنا إلى أنّ مثل هذا التّنظيم يطبّق بشكل واسع بالنّسبة للمغاربة المقيمين بالخارج، كالحكم الصّادر بمحكمة تريخث الهولندية القاضي بما يلي: "اتفق الطّرفان على أن تكون هناك زيارة بين الأب وابنه القاصر، وذلك مرّة كلّ أسبوعين من مساء يوم الخميس من السّاعة السّادسة والنّصف مساءً، إلى غاية مساء يوم الأحد على تمام السّاعة الخامسة والنّصف مساءً"[1].

لكّن المشرّع المغربي لم يحدّد في المدوّنة مكانا وزمانا خاصّين بالزّيارة، وإنّما ترك مسألتها لاتفاق الأبوين، شريطة تبليغ المحكمة بذلك لتثبيته في قرار إسناد الحضانة؛ فترك المشرّع مسألة زمان ومكان المحضون بما يتواءم مع كافّة الأطراف، وللأطراف صلاحية الطّعن في قرار المحكمة –أحدهما أو كلاهما–، لطلب تعديل أوقات الزّيارة إذا ما استحدثت أمور جعلت تطبيق الاتفاق المبرم أمرا مستحيلا[2]. وذلك وفق ما يتماشى مع مصلحة المحضون وظروف الطّرفين.

كما تضمّنت م 184 من م. أ. م، إقرار جزاءات ردعية في حالة الإخلال بشروط الحضانة، أو قيام أحدهما بالتّحايل على الآخر في تنفيذ ما تمّ الاتفاق عليه[3]، كأن يقوم أحد الطّرفين بتعديل ميعاد الزّيارة أو مكانها المتفق عليهما دون علم الطّرف الآخر، فإذا ثبت سوء نيّة أحدهما تسقط عنه الحضانة[4].

هذا في حالة اتفاق الطّرفان، أمّا في حالة ما لم يتفقا على تحديد مكان وزمان الرّؤية فإنّ مسألتهما تحلّ قضائيا، وهو ما سنبيّنه في الفرع الثّاني.

---

[1] إدريس الفاخوري، المرجع السّابق، ص. ص. 334، 335.

[2] يحي بكاي، المرجع السّابق، ص. ص 160، 161.

[3] "تتخذّ المحكمة ما تراه مناسبا من إجراءات، بما في ذلك تعديل نظام الزّيارة وإسقاط حقّ الحضانة، في حالة الإخلال أو التّحايل في تنفيذ الاتفاق أو المقرّر المنظّم للزّيارة". م 184 من م. أ. م.

[4] يحي بكاي، المرجع السّابق، ص. ص. 160، 161.

ثانيا- تنظم حقّ زيارة المحضون قضائيا:

أعطى كلّ من المشرّعين الجزائري والتّونسي حقّ زيارة المحضون لكلا الأبوين، غير أنّهما في المقابل لم يتعرّضا لكيفية إجراء تلك الزّيارة، وذلك التّعهّد لم يضبطها بزمان ولا مكان سوى أنّهما تركا ترتيب هذا الحقّ للاجتهاد القاضي[1]. بخلاف المشرّع المغربي الّذي سمح بتدخّل المحكمة في تنظيم شؤون أحكام الزّيارة، في حالة ما إذا لم يتفق الأبوين على ذلك[2] سواء من حيث الزّمان أو المكان، مع مراعاة ظروف الطّرفين.

حيث يتولى قاضي الأسرة تنظيم حقّ زيارة المحضون، اعتمادا على ما يتجمّع لديه من معطيات متّصلة بسنّ المحضون وحالة الطّرف الممنوح له حقّ الزّيارة، ومقرّ إقامته المعتادة ومدى بعده عن مقرّ سكنى الحاضنة، مع الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون في هذا الشّأن، ولا توجد قاعدة عامة يمكن الاعتماد عليها خلال تنظيم حقّ الزّيارة باختلاف وضعية المحضونين والمعطيات المتعلّقة بسنهّم وبظروفهم الصّحية والتّعليمية والنّفسية من حالة إلى أخرى، والّتي من شأنها أن تحول دون وضع معيار عام وموحّد في تنظيم ممارسة هذا الحقّ[3].

وقد استقرّ إ. ق على استحقاق الأب للزّيارة مرّة كلّ أسبوع[4]. "وتختلف القرارات المتعلّقة بالزّيارة والاستصحاب من وضعيّة لأخرى، من حيث مدّة الزّيارة وتواترها واقترانها بالاستصحاب من عدمه، فمن ذلك مثلا إذا كان المحضون رضيعا، فإنّ وقت الزّيارة يكون محدودا أكثر من الصّورة الّتي يكون فيها في سنّ متقدّمة، إضافة إلى أنّ من له حقّ الزّيارة لا يمكنه الاستصحاب؛ لأنّ ذلك يضرّ به من النّاحية الصّحية، وتتمّ زيارته بمقرّ والدته

[1] وسام بوعبان، المرجع السّابق، ص. 57.

[2] "في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدّد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزّيارة، وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التّحايل في التّنفيذ، تراعي المحكمة في كلّ ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصّة بكلّ قضية، ويكون قرارها قابلا للطّعن". م 182 من م. أ. م.

[3] محمد اللجمي، المرجع السّابق، ص. 487.

[4] "... فمن حقّ الأب أن يرى أبناءه على الأقلّ مرةّ كلّ أسبوع...". م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 59784، قرار بتاريخ 1990/04/16م، م. ق، ع 04، 1991، ص. 126.

الحاضنة له دون استصحاب في ساعات محدّدة ومحدودة من النّهار"[1]. كما جاء في قرار م. ع: "... ولمّا كان من الثّابت –في قضية الحال– أنّ البنت المحضونة قد تجاوز عمرها عامين يوم رفع الدّعوى، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطّاعنة الرّامي إلى ممارسة الأب لحقّ الزّيارة في بيتها وبحضورها بحجة إرضاع البنت كلّ ساعتين، قد طبّقوا صحيح القانون..."[2]. ولقاضي الأسرة أن يجمع أيّام الزّيارة في فترات محدّدة يضبطها بشكل يحقّق الملائمة الضّرورية بين مصلحة المحضون وظروف الأب المقيم خارج أرض الوطن، مع أخذ كلّ الاحتياطات الضّرورية لتفادي الفرار به خارج الحدود الدّولية والتّسبّب في حرمان الأمّ الحاضنة من حقّها في ممارسة الحضانة[3].

وفي ذات السّياق، نجد أنّ الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 قد نصّت في ف02 وف 03 من م 06 على ما يلي: "... كلّ حكم قضائي تصدره الجهة القضائية التّابعة للطّرفين المتعاقدين وينصّ على حضانة الطّفل، يمنح في نفس الوقت الوالد الآخر حقّ الزّيارة بما في ذلك بين الحدود.

وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرّض صحّة الطّفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيّف طرق ممارسة هذا الحقّ وفقا لمصلحة الطّفل". بحسب نصّ هذه المادة، يمكن القول أنّ مسألة تنظيم حقّ الزّيارة في العلاقات الدّولية الخاصة، يكون وفقا لما تقرّره المحكمة المختصّة للفصل في النّزاع[4]. وأنّ أغلب المحاكم الفاصلة في مثل هذه القضايا–المحاكم الفرنسية المعروض عليها النزاع–، تكون في مكان مسكن الزّوجية المشتركة ألاّ هو البلد الأجنبي، بالمقابل نجد ما يعارض نصّ م 05 من الاتفاقية الجزائرية

[1] منية التومي، المرجع السّابق، ص. 122.

[2] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 71727، قرار بتاريخ 1991/04/23، م. ق، ع 02، 1993، ص. 47.

[3] منية التومي، المرجع السّابق، ص. 122.

[4] تنصّ م 05 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على ما يلي: "يقصد بالجهة القضائية المختصّة في هذه الاتفاقية، الجهة القضائية الّتي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزّوجي، باعتبارها مكان الحياة العائلية المشتركة". وهو ما ذهب إليه الفصل الرّابع والعشرون من الاتفاقية المغربية الفرنسية، والفصل العاشر من الاتفاقية التّونسية الفرنسية.

الفرنسية لسنة 1988 في القانون الدّاخلي، وذلك في م 12، م 13 من قواعد الإسناد[1] الّتي تعطي الاختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كان أحد الأبوين جزائريين، وحتى م 62 ق. أ. ج الّتي تنصّ على أن يربى الولد على دين أبيه.

وأنّ المطالبة بإسقاط الحضانة لعدم احترام الحكم القضائي، هو الجزاء الّذي أقرّه التّشريع المغربي، وذلك بالاستعانة بجميع وسائل الإثبات المبيّنة للتّحايل في التّنفيذ أو الإخلال بالالتزام، ومحضر الامتناع الّذي يحرّره العون القضائي في حقّ الحاضن الممتنع عن تسليم المحضون لغير الحاضن، وسيلة هامّة لإسقاط حقّ الحضانة عنه، من خلال حكم المحكمة الابتدائية بالقنيطرة الّذي ينصّ على أنّ: "... المدعى عليها امتنعت عن الامتثال بمقتضيات الأمر ... لهذه الأسباب حكمت المحكمة بإسقاط الحضانة عن المدعى عليها ... وتسليمه لوالده لحضانته"[2]. أمّا بالنّسبة للمشرّع الجزائري فقد نصّ في م 328 من ق. ع. ج بأنّه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج كلّ من لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنّفاذ المعجّل أو بحكم نهائي لمن له الحقّ في المطالبة به[3].

ومن هنا، يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري لم يفرد نصوصا خاصة لتنظيم مسألة حقّ زيارة المحضون، سواء على المستوى الدّاخلي أو في الاتفاقيات الثّنائية، وإنّما ترك مسألتها للقاضي المختصّ بالفصل في النّزاع، على الرّغم من أهمّية هذا الحقّ بالنّسبة للمحضون والأب غير الحاضن على حدّ سواء، كما يعدّ نقل المحضون عبر الحدود الدّولية من المواضيع ذات الأهمّية البالغة في حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصّة، وهو موضوع نقاشنا في المبحث الموالي.

---

[1] سبقت لنا الإشارة لـ م 12 من ق. م. ج، أمّا م 13 منه فتنصّ على ما يلي: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزّوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج، إلاّ فيما يخصّ أهلية الزّواج". ق. م رقم 10/05.

[2] حكم صادر عن قسم قضاة الأسرة بالقنيطرة– المغرب، رقم 1133، ملف ع 07/1008، قرار بتاريخ 2007/04/30 (غير منشور). إدريس الفاخوري، المرجع السّابق، ص. 345.

[3] م 328 سالفة الذّكر من ق. ع. ج.

المبحث الثّاني: نقل المحضون عبر الحدود الدّولية في العلاقات الدّولية الخاصة

إنّ انحلال الرّابطة الزّوجية بين الزّوجين، لا يعني بالضّرورة فقد المحضون لحقّه في أن تكون له أسرة؛ إذ لا ينبغي أن يؤثّر هذا الأمر على حقوق الأطفال المعنوية، فهو محلّ اتّفاق بين مختلف القوانين المنصوص عليها داخلية كانت أو خارجية، ما يضمن ارتباطهم بمحيطهم العائلي والحفاظ على هويتهم.

فتنظيم حقّ الزّيارة في الزّواج غير المختلط، لا يثير إشكالات كبرى كما هو الحال بالنّسبة للزّواج المختلط، هذا ما أثبته واقعنا المعاش الّذي أفرز العديد من المشاكل أهمّها النّقل غير المشروع للمحضون والسّفر به خارج بلد غير الحاضن، بفعل قيام هذا الأخير بالتّعسّف في استعمال حقّه في الحضانة، ما يدفع الشّخص المحروم من حقّه في ذلك –في الغالب– إلى استغلال حقّ الزّيارة، من أجل ترحيل المحضون ونقله نقلا غير مشروع عبر الحدود الدّولية.

وقصد الحديث أكثر عن هذا موضوع، سنتطرّق إلى أحكام الانتقال بالمحضون (المطلب الأوّل)، ثمّ نتعرّف على مفهوم النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية (مطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: أحكام الانتقال بالمحضون عبر الحدود الدّولية

أولت الشّريعة الإسلامية والتّشريع الوضعي عناية كبيرة بالطّفل، فشرّعت الكثير من الأحكام للمحافظة على قيام المجتمع على أتمّ وجه وصيانة أفراده من الفساد؛ فالطّفل بعد انفصال والديه يحتاج إلى سقف بيت يتلقى فيه كلّ ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية أثناء ممارسة الحضانة، كما أنّ مسألة بقاء الزّوجة في بيت الزّوجية أمر غير إلزامي، ولها أن تنتقل بالمحضون إلى مكان آخر، سواء كان ذلك في نفس البلد الّذي بدأت فيه الحضانة أو بلد آخر، وهذا الانتقال يعتبر من المسائل الجوهرية المتعلّقة بالحضانة على المستوى العملي.

وهو ما سنتعرّف عليه من حيث أنّنا سنتناول موضوع الانتقال بالمحضون داخل بلد غير الحاضن (الفرع الأوّل)، ثمّ نتناول الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: الانتقال بالمحضون داخل بلد غير الحاضن

لقي موضوع الانتقال بالمحضون داخل التّراب الوطني اهتماما واسعا في الشّريعة الإسلامية والتّشريعات المغاربية، فبعد إسناد الحضانة للأمّ تقوم بالانتقال بالمحضون داخل نفس بلد غير الحاضن، لكّنه بعيد عن مقرّ إقامة هذا الأخير، وأصبح هذا الانتقال يشكّل مساسا بمصلحة المحضون وزعزعة الاستقرار النّفسي له.

وللشّريعة الإسلامية موقف من الانتقال بالمحضون داخل التّراب الوطني (أوّلا) وكذلك القانون أيضا (ثانيا).

أوّلا- أحكام السّفر بالمحضون عند فقهاء الشّريعة الإسلامية:

أجمع الفقهاء على أنّه لا يحقّ للحاضن غير الأمّ أن تنتقل بالمحضون إلى غير البلد الّذي يقيم فيه والده إلاّ برضاه (الأب)؛ فلو انتقلت به إلى بلد آخر من دون رضا والده كان له أو لمن يقوم مقامه أن يمنعها من ذلك، ولو كان ذلك البلد وطنا لها؛ لأنّ جواز الانتقال للأمّ إلى بلدها كان بحكم العقد، ولا عقد بين الأب وغيرها من سائر الحاضنات[1]. فإذا كانت الزّوجية قائمة أو مطلّقة طلاقا رجعيا أو بائنا ولا تزال في العدّة، فإنّه ليس لأيّ منهما أن يغادر البلد الّذي هو محلّ عقد الزّواج، قبل أن يستغني الصّغير عن الحضانة[2].

أمّا إذا كانت الأمّ الحاضنة مطلّقة منقضية العدّة، وأرادت أن تخرج بولدها إلى بلدها الأصلي الّذي تزوّجها فيه أبو الولد، فإنّه يجوز لها أن تنتقل به إليه؛ لأنّ هذا الانتقال فيه مصلحتها من حيث أنّها توجد بين أهلها وذويها وتكون تحت رعايتهم ورقابتهم، وكذا مصلحة الصّغير أيضا؛ وذلك لوجوده مع أشفق النّاس عليه[3]. أمّا إذا كانت الحاضنة غير الأمّ فليس لها الحقّ في السّفر إلاّ بإذن أبيه[4].

---

[1] ممدوح عزمي، **أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 1998، ص. 61.

[2] خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السّابق، ص. 191.

[3] ممدوح عزمي، المرجع السّابق، ص. 59.

[4] خالد عبد العظيم أبو غابة، المرجع السّابق، ص. 191.

ثانيا- أحكام السّفر بالمحضون قانونا:

بخلاف المشرّع الجزائري الّذي لم يتطرّق لمسألة الانتقال بالمحضون داخل ولايات الوطن، نجد المشرّع المغربي أثار هذه المسألة داخل أرجاء المملكة؛ إذ أنّه لا يعتبر ذلك سببا من الأسباب المبرّرة لسقوط الحضانة، حسب م 178 من م. أ. م الّتي تنصّ على أنّه: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النّائب الشّرعي للإقامة في مكان ما داخل المغرب إلاّ إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السّقوط، مع مراعاة مصلحة المحضون والظّروف الخاصة بالأب أو النّائب الشّرعي، والمسافة الّتي تفصل المحضون عن نائبه".

من هذه المادة يتضّح أنّ انتقال المحضون داخل أرجاء المملكة، ليس مبرّرا لسقوط الحضانة ما لم يثبت للمحكمة خلاف ذلك، مع مراعاة مصلحة المحضون[1]. ولعلّ السّبب في ذلك تطوّر وسائل النّقل والمواصلات عبر مختلف مناطق المغرب؛ حيث أسهم في تسهيل زيارة وتفقّد أحوال المحضون، ما لم تكن هناك ظروف استثنائية تتعارض ومصلحة هذا الأخير.

وهذا ما سار عليه إ. ق من خلال القرار الصّادر عن م. أ بتاريخ 1994/02/02 ملف شرعي رقم 452/92، ع 5289، جاء فيه ما يلي: "حيث أنّ الاستيطان في أيّة منطقة من مناطق المغرب لم يبق فيه عسر على أب المحضون؛ بمعنى أنّ عنصر العسر في المراقبة في جميع مناطق المغرب قد أصبح سهلا، نظرا للمسافات القريبة بين القرى والمدن بفضل انتشار وسائل النّقل به ..."[2].

بما أنّ المشرّع المغربي أباح انتقال الحاضنة بالمحضون إلى بلد آخر، فإنّ هذا الانتقال يصعّب أو يحول دون رعاية المصالح، إذ لم يراعِ إ. ق الأحوال المنصوص عليها في م 169 من م. أ. م في ف 01، الّتي نصّت على أنّه: "على الأب أو النّائب الشّرعي والأمّ الحاضنة واجب العناية بشؤون المحضون في التّأديب والتّوجيه الدّراسي، ...".

[1] محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة-انحلال ميثاق الزّواج-**، المرجع السّابق، ص. 256.

[2] عبد المجيد العزوزي، المرجع السّابق، ص. 06.

أمّا بخصوص المشرّع التّونسي، فقد نصّ في الفصل 61 من م. أ. ش. ت على ما يلي: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة لمسافة يعسر معها على الولّي القيام بواجباته نحو منظوره، سقطت حضانتها"، تماشيا مع الفصل 60 من ذات القانون الّتي نصّت على أنّ: "للأب ولغيره من الأولياء وللأمّ النّظر في شأن المحضون وتأديبه وإرساله إلى مكان التّعليم ...". من هنا يتبيّن لنا أنّ المشرع التّونسي قد غلّب حقّ الولاية على الحضانة، ومن ذلك إ. ق الّذي أسند الحضانة للأمّ الّتي كانت تقطن بالعاصمة- تونس- وانتقلت بعد الحكم إلى صفاقس حيث مسكن أهلها، فقام الأب برفع دعوى لإسقاط الحضانة متمسّكا بأحكام الفصل 61 من م. أ. ش. ت، فرأت م. ت. ت أنّه: "ولو أنّ الأمر كان من أنظار قضاة الأصل فإنّه كان من المتوجّه في مثل هذه الصّورة الحكم بإسقاط الحضانة". وفي قضية أخرى صدر فيها حكم بالطّلاق وإسناد الحضانة للأمّ الّتي كانت تسكن مع زوجها في قابس وانتقلت للعيش مع أهلها في بورقيبة، اعتبرت م. ت. ت أنّ: "تلك النّقلة من شأنها أن ينجرّ عنها إسقاط الحضانة"[1].

لكّن المشرّع الجزائري لم ينصّ صراحة على المكان الّذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصّغير في م 69 من ق. أ. ج، وبمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرّع يريد من الحاضن أن يمارس حقّه في الحضانة في بلد المحضون والّذي يعتبر محلّ إقامة أبيه، حتى يتمكّن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته[2]. واعتبره من مسقطات الحضانة للأم الّتي تقطن في الخارج[3]. كما هو مبيّن في القرار التّالي: "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأمّ في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر"[4].

[1] ساسي بن حليمة، **قانون الأحوال الشّخصية**، محاضرات في القانون المدني، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة المنار، تونس، د. س. ن، ص. ص. 102، 103.

[2] خالد داودي، **الحضانة**، ط. الأولى، دار الإعصار العلمي، عمّان- الأردن، 2018، ص. 66.

[3] قرار المحكمة رقم 273526، بتاريخ 2001/12/26، م. ق، ع 01، 2004، ص. 264.

[4] قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 59013، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 40 من ذات الباب.

وعلى هذا، فإنّ مسألة الانتقال بالمحضون تعتبر من أهمّ المسائل المتعلّقة بالحضانة كما يمكن للحاضن التّعسّف في استعمال حقّه، ما يدفع الطّرف غير الحاضن للانتقال به خارج أرض الوطن، وهذا ما سنحاول التّعرّف عليه شرعا وقانونا في الفرع الثّاني.

الفرع الثّاني: الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي

حقّ التّنقّل هو حقّ معترف به وطنيا ودوليا؛ حيث جاء في م 49 من الدّستور الجزائري: "يحقّ لكلّ مواطن أن يتمتّع بحقوقه المدنية والسّياسية، وأن يختار بحرّية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التّراب الوطني. لكل مواطن حقّ الدّخول إلى التّراب الوطني والخروج منه"[1].

غير أنّ هذه الحرّية ليست مطلقة في مسألة الحضانة؛ لأنّ تغيّر الحاضن والانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي عن موطن غير الحاضن، يفتح الباب للتّعسّف في استعمال حقّ الحضانة؛ بسبب استحالة ممارسة الأب لحقّه في الرّقابة ورعاية شؤون المحضون، خصوصا في بلد تختلف فيه الدّيانة عن دين أبيه. ومن هنا، توجّب البحث في أحكام السّفر عند الفقهاء (أوّلا)، وأحكام السّفر قانونا (ثانيا).

أوّلا- أحكام السّفر بالمحضون عند فقهاء الشّريعة الإسلامية:

اختلف الفقه في حكم الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي كالآتي:

على رأي قول المالكية، ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون إلى بلدة أخرى ليس فيها أب المحضون أو ولّيه، إلاّ بشروط[2]:

- أن يكون السّفر للإقامة والاستيطان.

[1] الدّستور الجزائري المؤرّخ في 15 سبتمبر 2020.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السّابق، ص. ص. 525، 526. زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. ص. 553، 554.

– أن تكون المسافة أقل من ستة برود[1].

أمّا الحنفية ففرّقوا بين الحاضنة الأمّ وغير الأمّ؛ فبالنّسبة لهذه الأخيرة لا يجوز لها الانتقال بالمحضون من بلدها إلاّ بإذن أبيه وإلاّ سقطت عنها الحضانة، أمّا الحاضنة الأمّ فإنّه إذا كانت تريد الخروج به سواء إلى بلدها أو البلد الّذي وقع فيه النّكاح أو بلد آخر، فلا يكون ذلك إلاّ برضى الأب حتى لا يلحقه ضرر[2].

كما فرّق الشّافعية والحنابلة بين السّفر لحاجة أو لتجارة، بقي الولد بيد المقيم حتى يعود المسافر من سفره؛ وذلك لما في السّفر من خطورة على المحضون، أمّا إذا كان السّفر للتّنقّل فالأب أولى بحضانة الصّغير، بشرط وجود الأمن في الطّريق وأمن البلد المقصود فإن لم يكن هناك أمن بقي الصّغير في حضانة أمّه[3].

وعليه، وممّا سبق عرضه في هذه النّقطة، رأينا اختلاف آراء الفقهاء في مسألة انتقال الحاضن بالمحضون وعدم اتّفاقهم على رأي محدّد، وذلك لعدم وجود أدلّة صريحة في هذا الشّأن؛ إذ كلّ منهم علّل قوله في ذلك بأنّ مصلحة المحضون تكمن في رأيه، وأنّه الأفضل لحفظ حقوقه والأنسب لرعايته، وقد دعّمت هذه الآراء الفقهية باجتهادات قانونية.

ثانيا– أحكام السّفر بالمحضون قانونا:

بالرّجوع لـ ق. أ. ج، نجد أنّ م 69 منه سالفة الذّكر تنصّ على أنّ القاضي إذا رأى في مصلحة المحضون الانتقال للخارج فإنّه لا يوجب الإسقاط، كما يجوز له إثبات حقّ الحضانة للحاضن ولو خرج إلى بلد أجنبي، أمّا إذا انتقل المحضون داخل إحدى ولايات الوطن، فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة؛ لأنّ الأصل في القواعد الإباحة، والمشرّع الجزائري لم يعاقب الفاعل على هذا الفعل.

---

[1] **عند المالكية:** ليس للحاضنة السّفر سفر نقلة وانقطاع من بلد إلى بلد ستة برود (133 كلم). وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ص. 738.

ويقول عبد الرحمن الجزيري: والبريد: أربع فراسخ، والفرسخ ثلاث أميال: فالمجموع –72 ميلا–، وقدّر الميل بأربعة آلاف ذراع، لذراع الإنسان المعتدل. عبد الرحمن الجزيري، المرجع السّابق، ص. 225، 226.

[2] أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني علاء الدين، المرجع السّابق، ص. ص. 219، 220.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السّابق، ص. 526.

لكّن، ما يدعو هنا للتّساؤل هو أنّ عبارة "البلد الأجنبي" لم توضّح في نصّ هذه المادة، وبالتّالي: هل يستوي في ذلك أن يكون البلد مسلما أو غير مسلم؟.

وبالرّجوع إلى الاجتهادات القضائية، وجدنا تفسيرا لهذه العبارة بصورة ضمنية وغير مباشرة، من خلال قرار م. أ الّذي قضى بأنّه: "من المقرّر قضاءً في مسألة الحضانة أنّه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة ..."[1]. لذا استقرّ إ. ق في أغلب قراراته على منح حقّ الحضانة للأمّ الأجنبية غير المسلمة، طبقا لـ م 64[2] من ق. أ. ج شرط إقامتها في الجزائر[3]. لأنّ الأمّ الأجنبية غير المسلمة غالبا ما تسعى للعودة إلى بلدها الأمر الّذي يؤدّي إلى تنشئة المحضون على غير الدّين الإسلامي، كما يرجع إقرار هذا المبدأ إلى اعتبارات أخرى منها تمكين الأب من ممارسة حقّه في الزّيارة والرّقابة وتربية ابنه وبالتّالي بعد المسافة يؤدّي إلى سقوط الحضانة عن الأمّ[4]. حيث قضى م. أ في الجزائر بإسناد حضانة الطّفلين الجزائريين لأمّهما الفرنسية شريطة أن تمارس الحضانة في الجزائر وبعد طعن الزّوج بالنّقض في هذا القرار أمام م. ع، نقضت هذه الأخيرة قرار م. أ على أساس أنّ قضاة الموضوع لم يتأكّدوا من أنّ المعنية بالحضانة لها إقامة فعلية بالجزائر، في حين أنّ ملف القضيّة يثبت أنّ الأمّ تقيم بفرنسا، ممّا قد يحرم الأب من ممارسة سلطته الأبوية في مراقبة وتربية ولديه[5].

لذا، فإنّ مسألة تربية الأبناء خارج وطنهم وفي بيئة غريبة عنهم ومن طرف أمّ أجنبية غير مسلمة، يؤدّي حتما إلى انسلاخهم عن بيئتهم واندماجهم في البيئة الّتي يعيشون فيها

[1] قرار م. أ، ملف رقم 52202، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 40 من هذا الباب.

[2] تنصّ م 64 من ق. أ. ج على أنّ: "الأم أولى بحضانة ولدها ...".

[3] كمال عليوش قربوع، **القانون الدّولي الخاص: تنازع القوانين**، ج. الأوّل، ط. الأولى، دار هومة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2005، ص. 240.

[4] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 75.

[5] *Abderrahmane Hernane, la HADANA dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit Algérien, O.P.U Alger, 1996, p. p. 177, 178.*

الأمر الّذي يشكّل خطرا على المحضون ومجتمعنا ككلّ؛ إذ أنّ التّقاليد والدّين يختلفان اختلافا بينيا[1].

وفي قرار آخر لـ م. أ الّذي يمنح الحضانة للأب دون الأمّ المقيمة بالخارج[2]، يؤكّد الصّلة الوثيقة بين م 62 وكذا م 69 من ق. أ. ج، اللّتان تؤكّدان وتضمنان شرط تربية الابن على دين أبيه.

وفي ذات السّياق، أكّدت م 178 من م. أ. م على أنّه يمكن للحاضن أن يسافر بالمحضون خارج المغرب بعد موافقة النّائب الشّرعي، وفي حالة غياب هذه الموافقة، فإنّ لهذا الأخير أو النّيابة العامة اللّجوء إلى المحكمة قصد استصدار قرار لمنع الحاضن من ذلك، سواء أثناء النّظر في طلب إسناد الحضانة أو بواسطة قرار لاحق[3].

ونظرا لبعض الظّروف الّتي قد تفرض ضرورة سفر المحضون رفقة حاضنه خارج أرض الوطن، سمح المشرّع المغربي لهذا الأخير أن يتقدّم بطلب إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك، بعد التّأكّد من الصّفة العرضية للسّفر ومن عودة المحضون إلى وطنه[4].

لكّن، يحدث وأن يكون هذا الانتقال مجرّد ذريعة من الحاضن لمنع غير الحاضن من رؤية المحضون، وهو تعسّف منه في استعمال حقّ الحضانة الممنوح له، فيضطر الأب لخطف الابن من أمّه، وتقوم بذلك جريمة النّقل غير المشروع له عبر الحدود الدّولية ويكون معها إهدار للمصلحة الفضلى له.

---

[1] عبد الرحمن هرنان، **الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثيرها في القانون الأجنبي**، بحث مقدّم لنيل دبلوم الدّراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السّياسية والإدارية، الجزائر، 1978، ص. 55.

[2] م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 52207، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 35 من هذا الباب.

[3] دليل عملي لمدوّنة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشّروح والدّلائل، ع 01، 2004، ص. 13. محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة-انحلال ميثاق الزّواج-**، المرجع السّابق، ص. ص. 528، 529.

[4] عبد المجيد عزوزي، المرجع السّابق، ص. 04.

وعليه، سنتعرف في المطلب الموالي على هذه الظّاهرة، من خلال دراسة الإطار القانوني لها.

المطلب الثّاني: مفهوم النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية

من أهمّ المشاكل الّتي تطرح على صعيد الرّوابط الدّولية الخاصة، نقل المحضون عبر الحدود نقلا غير مشروع؛ حيث يقوم الأب بهذه الخطوة الجغرافية اضطراريا، بسبب تعسّف الحاضنة في استعمال حقّها في الحضانة وحرمانه من زيارة ورؤية ولده، أو لبعد المسافة بسبب انتقاله للعيش خارج أرض الوطن.

وعليه، سنعرّف في هذا المطلب النّقل غير المشروع للمحضون (الفرع الأوّل)، ثمّ نبيّن الأساس القانوني لهذا الظّاهرة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعريف النّقل غير المشروع للمحضون

إنّ ضمان سلامة المحضون جسديا ونفسيا يقتضي تواصله الدّائم بوالديه، وهو ما سعت إليه التّشريعات الدّاخلية والاتّفاقيات الدّولية (جماعية أو ثنائية)، لحماية المحضون من ظاهرة النّقل غير المشروع له عبر الحدود الدّولية.

لهذا الغرض، سنقوم بتوضّيح الغموض والالتباس الّذي يشوب هذه الظّاهرة قصد التّصدي لها، من خلال تعريفها على مستوى الاتفاقيات الدّولية والتّشريعات الدّاخلية (أوّلا) وكذلك من النّاحية الفقهية والقضائية (ثانيا).

أوّلا- تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في الاتفاقيات الدّولية والتّشريع الدّاخلي:

كان ولا يزال موضوع الطّفل في العلاقات الدّولية الخاصة محلّ اهتمام الدّول؛ نظرا لما يعانيه هذا الأخير من أنانية أحد الأبوين وجهله بحقيقة أفعاله تجاهه، من حيث قيام الطّرف الحاضن بحرمان من له الحقّ في زيارة من رؤية المحضون، ما يجعل هذا الأخير يعمد إلى إبعاده عن الحاضن، غير آبهٍ لعواقب هذا الفعل الّذي قد ينعكس سلبا على حياة المحضون، بفعل التّغيّر المفاجئ في بيئته وفي شخصية الحاضن الّتي أقرّها القاضي بما

يفيد مصلحته، هذا الأمر أفرز العديد من الاتفاقيات الدّولية الجماعية والثّنائية الّتي تعنى بقضايا النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية في القانون الدّولي الخاص.

أ) تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في الاتفاقيات الدّولية متعدّدة الأطراف:

حاولت العديد من الاتفاقيات الدّولية تعريف ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون في القانون الدّولي الخاص، نجد من بينها اتفاقية لاهاي لسنة 1980 وكذلك اتفاقية بروكسل 2 مكرّر، اللّتان تعتبران كأبرز نموذجين للحدّ من هذه الظّاهرة الّتي يكون فيها الطّفل المتضرّر الأوّل والأساسي في هذه العلاقة، وقد جاء مفهوم النّقل غير المشروع للطفل في هاتين الاتفاقيتين على النّحو التّالي:

1- تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في اتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1980:

جاءت اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980 بالعديد من النّصوص القانونية الّتي تهدف إلى حماية المحضون بصفة عامة ونقله واختطافه من حاضنه بصفة خاص[1] كما هو موضّح في م 03 منها في ف 01 وف 02، والّتي حاولت تعريف هذه الظّاهرة عن طريق صورتين كي نكون أمام نقل غير المشروع للطّفل:

"يعتبر نقل الطّفل أو احتجازه عملا غير مشروع في الأحوال التّالية:

- إذا كان في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسّسة أو هيئة ما سواء بشكل مشترك أو فردي، والّتي ينصّ عليها قانون الدّولة الّتي كان الطّفل يقيم فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو احتجازه؛

[1] اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980، الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال، دخلت حيّز التّنفيذ في 01 ديسمبر 1983، يتمثّل دورها في تحقيق مصلحة المحضون من أمور الاختطاف الدّولي بهذه الفئة. والأطفال المعنيون بهذه الاتّفاقية هم الّذين يسكنون بصورة معتادة على أراضي إحدى الدّول المتعاقدة ولم يتجاوزوا 16 عاما، كما جاء في م 04 في نصّها:

"تطبّق هذه الاتفاقية على أيّ طفل كان مقيما بصفة اعتيادية بأيّة دولة متعاقدة مباشرة قبل حدوث أيّ انتهاك لحدود الحضانة أو الزّيارة والاتصال. وينتهي تطبيق هذه الاتفاقية عند بلوغ الطّفل سن السّادسة عشر".

– إذا كانت هذه الحقوق قد مورست فعليا وقت النّقل أو الاحتجاز، سواء بشكل مشترك أو فردي، أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقله أو احتجازه".

فالنّقل غير المشروع للمحضون حسب هذا التّعريف، يحصل عندما يكون هناك خرق لحقوق الحضانة[1] الّتي ينصّ عليها قانون الدّولة الّتي يستقرّ بها الطّفل بشكل اعتيادي قبل نقله، أو إذا رفض الطّرف غير الحاضن إرجاع الطّفل عبر الحدود الدّولية بعد انتهاء مدّة ممارسة حقّ الزّيارة عليه، أو أيّ مدة أخرى مؤقّتة قضاها هذا الطّفل خارج الدّولة الّتي يمارس عليه فيها هذا الحقّ[2].

2– تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في اتفاقية بروكسل 2 مكرّر:

جاء نظام بروكسل 2 مكرّر[3] كأحد الرّكائز الأساسية لبناء فضاء أوروبي مشترك في مادة قانون الأسرة، ووسيلة لتأمين الإرجاع الفوري والمباشر للطّفل المحضون في حال نقله أو احتجازه أثناء القيام بحقّ الزّيارة[4].

[1] يقصد بحقوق الحضانة حسب م 05 من اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980 ما يلي: "تتضمن حقوق الحضانة كلّ الحقوق المتعلّقة برعاية شخص الطّفل، وبوجه خاص الحقّ في تحديد مكان إقامته ...".

[2] صفاء البوعناني، **الاختطاف الدّولي للأطفال –دراسة على ضوء الاتفاقيات الدّولية الّتي تعنى بحقوق الطّفل**، دار الأفاق المغربية للنّشر والتّوزيع، المغرب، 2016، ص. 22.

[3] "إنّ الرّغبة في حماية الأطفال من أشكال الاختطاف الدّولي، هي الّتي دفعت الجمعية البرلمانية لمجلس أوروبا لتؤكّد مبدأ عاما أوّليا، من خلال التّوصية الصّادرة عنها تحت رقم 1979/874 والّتي أكّدت على أنّه: "لا يمكن اعتبار الأطفال كملكية لأبويهم، ولكّن الاعتراف بهم كأشخاص لهم حقوق وواجبات خاصة بهم". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 39. الهامش رقم 46.

[4] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

حيث تمّ تعريف النّقل غير المشروع في م 02 ف 11 منه، على أنّ نقل الطّفل أو عدم عودته يكون بطريقتين هما[1]:

– إذا حدث انتهاك لحقوق الحضانة[2] النّاتج عن قرار القاضي لقانون دولة الإقامة الاعتيادية للطّفل قبل نقله أو عدم إرجاعه.

– أن تكون الممارسة الفعلية لحقّ الحضانة.

وفقا لما تمّ ذكره، فإنّ تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في اتفاقية بروكسل، لا يختلف عمّا جاء في م 03 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وإن اختلف في المرادفات لم يختلف في المضمون.

ومن هنا يمكن القول، أنّ التّعريف الّذي جاءت به اتفاقية لاهاي لسنة 1980 ونظام بروكسل 2 مكرّر وما أكّدته بعض الاتفاقيات الدّولية[3]، ما هو إلاّ وصف لصور الواقع الّذي

---

[1] *Article 02 règlement (CE) N° 2201/2003 du conseil du 27 Novembre 2003, journal officiel de l'Union Européenne, 23/12/2003, fr, l338/1: … « 11- déplacement ou non-retour illicites d'enfant » le déplacement ou le non-retour d'un enfant lorsque :*

a) *Il a eu lieu en violation d'un droit de garde résultant d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'u accord en vigueur en vertu du droit de l'Eta membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour.*

Et

b) *Sous réserve que le droit de garde était exercé effectivement seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eut été si de tels événements n'étaient survenus. La garde est considérée comme étant exercée conjointement lorsque l'un des titulaire de la responsabilité parentale ne peut, conformément à une décision ou par attribution de plein droit, décider du lieu de résidence de l'enfant sans le consentement d'un autre titulaire de la responsabilité parentale ». Se trouve sur le site suivant:*

https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:FR:PDF

[2] *Article 02 CE) N° 2201/2003 du conseil du 27 Novembre 2003, journal officiel de l'Union Européenne, 23/12/2003, fr, l338/1 :…09- « droit de la garde » les droit et les l'obligation portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décide de son lieu de résidence ;*

[3] وفي ذات السّياق، عرّفت الاتّفاقية الأوروبية للوكسمبورغ المؤرّخة في 20 ماي 1980، النّقل غير المشروع للمحضون في م 01 وتحديدا في ف 04 بشقّيها، على أنّه: "... نقل طفل عبر الحدود الدّولية خرق لقرار بشأن حضانته صادر في إحدى الدّول المتعاقدة وقابل للتّنفيذ فيه، أو عدم إرجاع طفل عبر الحدود الدّولية بعد انتهاء مدّة ممارسة حقّ الزّيارة على هذا الطّفل، أو أيّة مدّة أخرى مؤقّتة قضاها الطّفل خارج الدّولة حيث يمارس فيها عليه حقّ الحضانة، أو أن يعلن أنّه تنقّل غير قانوني بالمعنى الفنّي ...".

أفرزته المنازعات الدّولية في الرّوابط الدّولية الخاصة[1]. لكّنه لا يفيد المعنى الدّقيق والواضح لظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون، بالرّغم من أنّهما يسعيان لمحاربتها.

هذا ما تضمّنته الاتفاقيات الدّولية متعدّدة الأطراف، وفي النّقطة الموالية سنعرّج على الاتفاقيات الثّنائية لتوضيح معنى النّقل غير المشروع للمحضون، وما تضمّنته من نصوص قانونية في هذا الشّأن.

ب) تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في الاتفاقيات الدّولية الثّنائية:

إلى جانب الاتفاقيات الدّولية متعدّدة الأطراف الّتي حاولت تعريف النّقل غير المشروع للمحضون، نجد أيضا الاتفاقيات الثّنائية هي الأخرى أدلت بدلوها في هذا الأمر، وذلك على النّحو التّالي:

إذ نجد م 07 من الاتفاقية المغربية الإسبانية[2] قد عرّفت النّقل غير المشروع على أنّه: "يعتبر نقل الطّفل من تراب دولة متعاقدة (الدّولة الطّالبة) إلى تراب الدّولة المتعاقدة الأخرى (الدّولة المطلوبة) غير مشروع وتأمر السّلطة القضائية عندئذ بإرجاعه فورا، وذلك في حالة ما:

1. إذا وقع النّقل خرقا لمقرّر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتّنفيذ فوق تراب الدّولة الطّالبة، وكان الطّفل عند تقديم طلب الإرجاع:

- له محلّ إقامة اعتيادية فوق تراب هذه الدّولة.
- إذا كان أبوا الطّفل وقت النّقل يحملان جنسية الدّولة الطّالبة وحدها.

2. إذا وقع خرق لحقّ الحضانة الممنوح للأب وحده أو للأمّ وحدها، بمقتضى قانون الدّولة الّتي ينتمي إليها الحاضن أو الحاضنة.

[1] صفاء البوعناني، المرجع السّابق، ص. 23.

[2] ظهير شريف رقم 01-11-99.

3. إذا كان النّقل مخالفا لاتّفاق مبرم بين الطّرفين المعنيين، ومصادق عليه من طرف سلطة قضائية تابعة لإحدى الدّولتين المتعاقدتين".

وهنا يتضّح جلّيا أنّ م 07 من الاتفاقية المغربية الإسبانية، فصلت في مفهوم النّقل غير المشروع، والّذي يتمّ على أساسه تحريك آلية الإرجاع[1] الفوري للمحضون، بخلاف الاتفاقية المغربية الفرنسية[2] الّتي لم نلمس فيها تعريفا واضحا لهذه الظّاهرة.

أمّا بالنّسبة للاتفاقية التّونسية الفرنسية، المتعلّقة بمواد الحضانة وحقّ الزّيارة والنّفقة فلم تعط تعريفا للنّقل غير المشروع للمحضون، غير أنّها أقّرت صراحة أنّه إذا تمّ تقديم طلبين متزامنين، يرمي أحدهما إلى تعديل الأحقّية في حضانة الطّفل الّذي تمّ نقله والثّاني يهدف إلى استرجاع الحضانة، وجب البتّ أوّلا في طلب الاسترجاع قبل الطّلب الآخر[3].

أمّا في الفصل 237 من المجلّة الجنائية في القانون ع 93 لسنة 1995 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1995، حاول تعريف هذه الظّاهرة بنصّه كالآتي: "يعاقب بالسّجن مدّة عشرة أعوام كلّ من يختطف أو يعمل على اختطاف شخص أو يجرّه أو يحوّل وجهته أو ينقله أو يعمل على جرّه أو على تحويل وجهته أو نقله من المكان الّذي كان به، وذلك باستعمال

---

[1] حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 62.

[2] ظهير شريف رقم 1.83.197.

[3] نّص الفصل 11 من الاتفاقية التّونسية الفرنسية المتعلّقة بالتّعاون القضائي في مواد الحضانة وحقّ الزّيارة والنّفقة في 18 مارس 1982 على أنّه: "يأمر القاضي في الدّولة الّتي نقل إليها الطّفل أو احتفظ به فيها بتسليمه فورا بصفة وقتية، ما لم يثبت من نقل الطّفل أو احتفظ به إحدى الحالتين ... يتعيّن على المحكمة الّتي أحيل إليها طلب تعديل الأحقّية في حضانة طفل نقل أو احتفظ به خرقا، لحكم صادر في الموضوع عن محكمة إحدى الدّولتين المختصّتين تطبيقا لمقتضيات الفصل العاشر أعلاه وطلب تسليم الطّفل من طرف الحاضن، أن تعطى الأسبقية في البتّ لهذا الطّلب الأخير ضمن الشّروط المشار إليها في هذا الفصل". ر. ر للجمهورية التّونسية، المؤرّخ في 29 نوفمبر 1983، ع 77، ص. 4185.

راجع أيضا: وسام بوعبان، المرجع السّابق، ص. ص. 106، 107.

الحيلة أو العنف أو التّهديد"، وهو ما أكّده ممثّل دولة تونس في المشروع المموّل من الاتحاد الأوروبي لحلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود[1].

ج) تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في القانون الدّاخلي للتّشريعات المغاربية:

هذا ما جاءت به الاتفاقيات الثّنائية الّتي أبرمتهما كلّ من المغرب وتونس، أمّا بخصوص الاتفاقية الثّنائية الجزائرية الفرنسية، فإنّها لم توضّح فكرة النّقل غير المشروع إلاّ ما كان رمزيا في م 08 ف 01 كما يلي: "... إذا لم يردّ الطّفل الذّي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزّيارة فيما بين حدود البلدين الّتي حدّدتها السّلطة القضائية ...".

وفي ذات السّياق، نجد في المشروع المموّل من الاتّحاد الأوروبي[2] أنّ النّقل غير المشروع للمحضون حسب ما أدلى به ممثّل دولة الجزائر، يتمثّل في: "يعتبر النّقل أو الاحتجاز فعلا غير مشروع عندما يتمّ خرق حقوق الحضانة الممنوحة إلى الشّخص إمّا بصورة مشتركة أو منفردة، وأيضا عندما تمارس في الواقع تلك الحقوق عند وقت النّقل أو الاحتجاز إمّا بصورة مشتركة أو منفردة، وأيضا عندما تكون لتلك الحقوق أن تمارس أو كانت ممارسة بالفعل عندما تمّ ذلك النّقل أو الاحتجاز".

من خلال هذا التّعريف، وبالرّجوع إلى م 327 وكذا م 328 من ق. ع. ج[3]، يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري لم يذكر فكرة النّقل غير المشروع، وإنّما اكتفى بتبيان طرقه واعتبره من قبيل الاختطاف.

---

[1] جيانلوكاب بارولين، **حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود، صورة عامة عن الوضع الرّاهن في منطقة الجوار الجنوبي ودراسة مقارنة للأوضاع القطرية في مجال حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود**، مشروع مموّل من الاتّحاد الأوروبي (المكوّن 2): حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود، ص. 83. منشور على الرّابط الآتي:

https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/B-AR%20-%20RR2-Parolin%20-%20EMJ-III%202-RR%20v.2.12%20post-RC%20Algeria%20edits.AR_.pdf

[2] جيانلوكاب بارولين، المرجع السّابق، ص. 82.

[3] تنصّ م 327 وكذا م 328 من ق. ع. ج على التّوالي: "كلّ من لم يسلّم طفلا موضوع تحت رعايته إلى الأشخاص الّذين لهم الحقّ في المطالبة به ..."، "... أيّ شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنّفاذ المعجّل أو بحكم نهائي إلى من له الحقّ في المطالبة به وكذلك كلّ من خطفه...".

لكّن من وجهة نظرنا، فإنّ المشرّع الجزائري قد أخطأ حينما عبّر عليه بلفظ الاختطاف؛ لأنّ هذا الفعل يكون من قبل شخص أجنبي، أمّا ما قام به غير الحاضن فيعدّ بمثابة نقل غير مشروع.

والملاحظ عليه في الاتفاقيات الّتي أبرمتها كلّ من الجزائر والمغرب وتونس، أنّها لم توضّح المعنى الدّقيق للنّقل غير المشروع للمحضون، إلاّ ما جاء في الاتفاقية المغربية الإسبانية، لذلك سنعرّج على التّعريفات الّتي جاء بها كلّ من الفقه والقضاء.

ثانيا- تعريف النّقل غير المشروع للمحضون من النّاحية الفقهية والقضائية:

نظرا لغياب تعريف دقيق لظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال[1] في التّشريعات الدّاخلية، فإنّ ذلك سيشكّل لا محالة صعوبة في فهم هذه الظّاهرة، الأمر الّذي دفع بالفقه والقضاء إلى البحث عن معايير معيّنة تحدّد معناه؛ حيث نجد في القرار الّذي اعتمدت عليه **الأستاذة جليلة دريسي** صادر عن م. ع لـ "كيبك"، أنّه طبقا للقانون الخاص بالإجراءات المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال، فإنّ الإقامة الاعتيادية ليست لها خاصية الدّيمومة بل قد تكون لفترة محدّدة[2].

وفي قرار آخر[3] صادر عن نفس المحكمة، تمّ التّأكيد على أنّه على الرّغم من أنّ الإقامة الاعتيادية غير محدّدة المعالم، إلاّ أنّه لا يجب اعتبارها مجرّدة وأنّه من اللاّزم

[1] لا يزال هذا التّعريف يكتنفه الغموض والالتباس، بسبب أحد عناصره الأساسية وهي محلّ الإقامة الاعتيادية؛ حيث وردت هذه العبارة في العديد من التّعريفات سالفة الذّكر، باعتباره وضع أساسي لأحد مكوّنات هذا المفهوم. "فالاعتماد على ضابط الإقامة الاعتيادية له أهمّية خاصة من حيث بقاء الطّفل في بيئته العائلية والاجتماعية، على خلاف ضابط الموطن الّذي يمكن أن ينتج عنه إسناد غير طبيعي لقانون الموطن، هذا الأخير الّذي ليست له أيّة رابطة حقيقية مع شخص الحدث". جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 73.

[2] *Arrêt de la cour supérieur de Québec N° 2002-911, daté en 18 Avril 2002. Se trouve sur le site suivant : www.cba.org. Consulté le 05/01/2008.*

[3] *Arrêt de la cour supérieur de Québec N° 2002-1904, daté en 01 Octobre 2002. Se trouve sur le site suivant : www.cba.org. Consulté le 05/01/2008.*

إعطاءها مفهوما واسعا، وبالتّالي إلغاء كلّ مقاربة مختزلة حتى لا يتأتّى حصول خلط فيما بينها وبين الإقامة الحقيقية[1].

كما عبّر عنها الفقه بأنّه لا يمكن القول تلقائيا بأنّ بلد الإقامة الاعتيادية للطّفل هو البلد الّذي تمّ اختطافه منه، على أساس أنّ الأب الوصّي والّذي له حقّ الحضانة مؤهّل لتغيير مكان الإقامة الاعتيادية قبل أن يتحقّق رجوع الطّفل، بالإضافة إلى ذلك فإنّ الاتّفاقيات والأحكام الخاصة بالحضانة المشتركة والإقامة التّناوبية الّتي تحدّد الفترات الزّمنية الّتي يقضيها الطّفل مع أحد والديه، تجعل من الصّعب كذلك إعطاء تحديد للإقامة الاعتيادية للطّفل عندما يغفل الاتّفاق أو الحكم عن تحديدها[2].

وهذا يظهر أنّ عدم تحديد مفهوم معيّن للإقامة الاعتيادية، وغموضه داخل النّصوص المنظّمة للنّقل غير المشروع للأطفال، يؤدّي إلى الاشتباه في مفهوم النّقل وكذا إلى أخطاء داخل أروقة القضاء عند تحديد مكان هذه الإقامة، لذا سنحاول في الفرع الموالي توضيح الأساس القانوني للنّقل غير المشروع للأطفال المحضونين.

الفرع الثّاني: الأساس القانوني للنّقل غير المشروع للمحضون

تمّ التّأسيس لظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية في م 03 من اتّفاقية لاهاي لسنة 1980، الّتي تبنّت فكرة نقل المحضون بصورة غير مشروعة عبر الحدود الدّولية، وهذا الأساس تمثّل في خرق حقّ الحضانة الممنوحة لأحد الأبوين وفقا لقانون الدّولة محلّ الإقامة الاعتيادية للمحضون؛ أي توافر السّند القانوني لذلك (أوّلا) بالإضافة إلى أنّ هذا الحقّ يمارس بصفة فعلية قبل حصول هذا النّقل (ثانيا).

[1] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 72

[2] المرجع نفسه، ص. ص. 71، 72.

أوّلا- خرق حقّ الحضانة الممنوحة لأحد الأبوين وفقا لقانون الدّولة محلّ الإقامة الاعتيادية للمحضون -توفّر سند-:

إنّ التّصرّفات والوقائع المادية غير كافيتين للقول بأنّ الطّفل المحضون قد تعرّض إلى النّقل غير المشروع، إلاّ بتوفّر سند صحيح لحقّ الحضانة يكون موافقا في مظهره لقانون الدّولة محلّ الإقامة الاعتيادية للمحضون[1]، كما أكّدته م 03 في ف (أ) من اتّفاقية لاهاي في نصّها كما يلي: "... إذا كان في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسّسة أو هيئة ما سواء بشكل مشترك أو فردي، والّتي ينصّ عليها قانون الدّولة الّتي كان الطّفل يقيم فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو احتجازه؛ ...".

يلاحظ من هذا التّعريف، أنّه يشترط لتحقيق النّقل غير المشروع للأطفال خرق حقّ الحضانة الممنوح لأحد الأبوين بمقتضى سند، تطبيقا لقانون الدّولة محلّ الإقامة الاعتيادية للطّفل، سواء كان هذا السّند صحيحا قضائيا أو إداريا أو اتّفاقيا[2].

وما تجدر الإشارة إليه، هو أنّ حقّ الحضانة قد يستند إلى حكم قضائي أو إداري أو إلى اتّفاق بين الأبوين أو إلى القانون، كما أقرّت ذلك اتّفاقية لوكسمبورغ[3] في 20 ماي 1980. واشترطت أن يكون القرار قابلا للتّنفيذ فوق تراب الدّولة الطّالبة.

بخلاف ما تضمّنته اتّفاقية لاهاي لسنة 1980، من توافر سند الحضانة قبل نقل الطّفل[4]؛ أي أن يكون القرار المتعلّق بحقّ الحضانة صادر قبل نقل الطّفل، نجد أنّ اتّفاقية

[1] "ازدادت أهمّية الإقامة الاعتيادية مع تنامي حالات انفصال العلاقات الأسرية، خاصة بالنّسبة للأطفال اللّذين يوجدون بحكم هذا الوضع في صلب هذا النّزاع؛ فالانفصال الأسري الدّولي يعمل على تشتيت الأسر جغرافيا، ممّا يطرح إشكالات بالنّسبة للقاضي المختصّ باتخاذ إجراءات حمائية للطّفل، أو الّذي يبتّ في الآثار المرتبطة بالحضانة أو الزّيارة أو السّلطة الأبوية، ... وفي ظلّ غياب تعريف للإقامة الاعتيادية في نصوص الاتفاقية ذات الصّلة، فإنّ تحديد الاختصاص القضائي الدّولي للمحاكم والقانون المطبّق يصبح أمرا عسيرا". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 123.

[2] عبد العزيز سلاوي حسناوي، **الزّواج المختلط والإشكالات المتعلّقة به**، ط. الأولى، دائرة القضاء، مركز البحوث والدّراسات الفقهية والتّشريعية والقضائية، 2013، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، ص. ص. 43، 44.

[3] *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, 20 Mai 1980.*

***Art**.1/(d), op. cit, p. 2*

[4] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 75.

لكسمبورغ سارت وفق منحنى معاكس، ذلك ما وجدناه في م 12 منها والّتي تنصّ على أنّه يمكن للحاضن الاستناد إلى قرار لاحق بشأن حقّ الحضانة، يتضمّن إعلان سلطات الدّولة الّتي أصدرت عدم مشروعية نقل الطّفل المحضون[1].

وحماية للسّند القانوني بشأن الحضانة في التّشريع الجزائري، نجد في القانون الجنائي هذا الحقّ وقد اعتبر جنحة معاقب عليها[2]، ولابد من وجود حكم سابق صادر عن القضاء يتضمّن إسناد حضانة الطّفل إلى من يطالب بتسليمه إليه. وهذا الحكم إمّا أن يكون قد حاز على قوّة القضية المنقضية، وإمّا أن يكون مشمولا بالنّفاذ المعجّل، وإمّا أن يكون قابلا للتّنفيذ فورا بقوّة القانون أو بقوّة مضمون الحكم[3].

كما نجد أيضا أنّ م 477 من ق. ج. م، قد جرّمت الاعتداء على هذا الحقّ في نصّها: "إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقّتة فإنّ الأب أو الأمّ أو أيّ شخص آخر يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحقّ في المطالبة بذلك، إذا اختطفه أو غرّر به ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التّغرير به أو اختطافه ممّن عمد إليه بحضانته أو من المكان الّذي وضع فيه، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من مائتي درهم إلى ألف درهم"[4].

---

[1] *L'article N° 12 stipule que : « Lorsqu'à la date à laquelle l'enfant est déplacé à travers une frontière internationale il n'existe pas décision exécutoire sur sa garde rendue dans un état contractant les dispositions de la présente convention s'appliquent à toute décision ultérieure relative à la garde de cet enfant et déclarant le déplacement illicite, rendue dans un état contractant à la demande de toute personne intéressé ». Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, op. cit, p. 6.*

[2] م 328 من ق. ع. ج.

[3] عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، ط. الثّانية، دار هومة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2014، ص. 177.

[4] "فالرّكن المادي لهذه الجريمة يستلزم توافر عنصرين اثنين، وهما:

أوّلهما: صدور حكم قضائي بخصوص استحقاق الحضانة ....

وثانيهما: أن يمتنع الأب أو الأمّ الّذي كان له حقّ الزّيارة من إرجاع المحضون عند انتهاء فترة هذه الزّيارة". جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 77.

يتضّح ممّا سبق، أنّ نقل الطّفل خارج محلّ إقامته الاعتيادية، لا يمكن اعتباره نقلا غير مشروع إلاّ إذا كانت الحضانة مخوّلة للطّرف الآخر –أي طالب الإرجاع–، ومقرّر بسند صحيح سواء كان قضائيا أو إداريا أو تلقائيا، مع اختلاف طفيف كما أوضحنا في الاتفاقيات الدّولية الّتي نصّت على ذلك، أمّا عن ضرورة الممارسة الفعلية لحقّ الحضانة فسنحاول التّعرّف عليها في النّقطة الموالية.

ثانيا– الممارسة الفعلية لحقّ الحضانة:

إنّ احترام توازن واستقرار المحضون لا يتحقّق فقط بوجود الشّرط القانوني المتمثّل في توفّر السّند الصّحيح، بل لابد من توفّر الشّرط الواقعي المتمثّل في إثبات الممارسة الفعلية لهذا الحقّ، ذلك أنّ المفهوم الّذي استقرّ عليه واضعو الاتّفاقيات الدّولية للنّقل غير المشروع للمحضون، لا يهدف فقط إلى حماية حقّ الحضانة الّذي تمّ الإضرار به بفعل هذا العمل المادي، وإنّما يتعلّق باعتبارات أخرى تتعلّق أساسًا بحماية الطّفل وبوضعيته الواقعية والقانونية[1].

وهو ما أكّدته م 03 البند (ب) من اتّفاقية لاهاي[2] في 25 أكتوبر 1980، الّتي نصّت على أن تكون هناك ممارسة فعلية لحقّ الحضانة قبل أن يقع النّقل؛ إذ لا يمكن للحاضن أن يدّعي بخرق حقّه في الحضانة وهو لم يكن يمارسها وقت النّقل؛ أي أن يمارس حقّ الحضانة بصفة فعلية قبل حصول النّقل، ومؤدّى ذلك أنّ السّلطة القضائية للدّولة المطلوبة يمكنها أن ترفض الأمر بإرجاع الطّفل، إذا تمكّن الشّخص أو المؤسّسة أو الهيئة الأخرى الّتي تعارض إعادته، من إثبات أنّ الشّخص أو المؤسّسة أو الهيئة الأخرى الّتي ترعى شخص الطّفل، لم تكن في الواقع تمارس حقوق الحضانة وقت النّقل أو الاحتجاز[3].

---

[1] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 78.

[2] تنصّ م 03 البند "ب" من اتّفاقية لاهاي لسنة 1980 على أنّه: "إذا كانت هذه الحقوق تمارس فعليا وقت النّقل أو الاحتجاز بصورة مشتركة أو فردية، أو كان بالإمكان ممارستها لو لا حدوث هذا النّقل أو الاحتجاز".

[3] عبد العزيز سلاوي حسناوي، المرجع السّابق، ص. 44.

وفي ذات السّياق، نجد القرار الصّادر عن محكمة استئناف أكسس أون بروفانس ينصّ على أنّه ما دامت للأمّ سلطة القرار وحقّ الاعتراض عن نقل الطّفلين من إنجلترا مكان إقامتها إلى فرنسا، فإنّ ذلك نابع من ممارستها الفعلية لحقّ الحضانة[1].

وهو ما أكّدته مقتضيات م 13 من اتّفاقية لاهاي في 25 أكتوبر 1980، من أنّ عدم توفّر هذا الشّرط يعتبر أحد الأسباب الّتي يمكن الاستناد إليها من قبل السّلطات القضائية للدّولة المطلوبة، لأجل رفض أمر إرجاع الطّفل[2].

وعليه، فالممارسة الفعلية للحضانة بين الحاضن والمحضون، ذات أهمّية لإقرار مشروعية النّقل من عدمها، وعبء الإثبات يقع على الحاضن والمحضون معا، كما بيّنه البند (أ) من م 13 من اتّفاقية لاهاي لسنة 1980.

[1] جليلة دريسي، المرجع السّابق، ص. 78.

[2] تنصّ م 13 من اتّفاقية لاهاي لسنة 1980 على أنّه: "على الرّغم من الأحكام الواردة في المادة السّابقة، يتحتّم على السّلطة القضائية أو الإدارية للدّولة المقدّم إليها إصدار أمر بإعادة الطّفل، إذا تمكّن الشّخص أو المؤسّسة أو الهيئة الأخرى التّي تعارض إعادته في إثبات أنّ:

أ) الشّخص أو المؤسّسة أو الهيئة الأخرى الّتي ترعى شخص الطّفل، لم تكن في الواقع تمارس حقوق الحضانة في وقت النّقل أو الاحتجاز ...".

الباب الثّاني:

الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في القانون الدّولي الخاص

تثير مسألة تنازع القوانين في مادة الحضانة بعد انحلال الرّابطة الزّوجية في الزّواج المختلط، صعوبات عديدة بسب الاختلاف الدّيني والعقائدي؛ ذلك أنّ الدّول الإسلامية ترفض الامتثال لتطبيق هذه القاعدة –قوانين الدّولي الخاص والاتفاقيات الدّولية–، لما فيها من تعارض مع مبادئها في ظلّ غياب قاعدة الإسناد الوطنية.

فالتّحليل التّنازعي لقاعدة الإسناد هو الأساس لتحديد القانون الواجب التّطبيق، هذا الأخير أحدث جدلا فقهيا واسعا؛ حيث تعدّدت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بشأنه وذلك لعدم وجود نصّ صريح يقضي بإسناد الحضانة لقانون معيّن، وهو أحد الخروقات والمشاكل الّتي تحول دون التّوصّل للقانون الواجب التّطبيق، لذا حاولت الاتفاقيات الدّولية إيجاد حلّ يقضي بإسناد الحضانة للقانون المختصّ دون أن تعترضه صعوبات.

كما كان لحرمان الطّفل المحضون النّاتج عن الزّواج المختلط، من حقّ الزّيارة أو نقله من طرف أحد الأبوين إلى الخارج لإبعاده عن حاضنه، نصيب من الخروقات والانتهاكات الّتي طالت ومسّت حقوقه، لذا كان لزاما على المجتمع الدّولي إيجاد آليات قانونية بغية حمايته.

وعليه، فإنّ معالجة أبعاد هذا الباب وإبراز موقف المشرّع الجزائري منه، تقتضي منا تقسيمه إلى فصلين؛ حيث سنتناول اختيار القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الجماعية والثّنائية (الفصل الأوّل)، ثمّ فضّ نزاعات الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون في القانون الدّولي الخاص (الفصل الثّاني).

الفصل الأوّل:

اختيار القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الجماعية والثّنائية

إنّ تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في القانون الدّولي الخاص للأفراد المنتمين لجنسيات مختلفة، كان محلّ اختلاف فقهي وقانوني بين الدّول، ما انعكس ذلك على غياب قاعدة الإسناد الوطنية عند غالبية الدّول.

فالاختلاف في التّكييف القانوني للحضانة، أدّى بدوره إلى اختلاف القانون الواجب التّطبيق عليها؛ إذ نجد أنّ أغلب التّشريعات العربية سكتت عن وضع قاعدة إسناد صريحة لها، تاركة الأمر لاجتهاد القضاء والاستدلال بالآراء الفقهية[1] ونصوص الاتفاقيات الّتي قيلت في ذلك الشّأن.

وعليه، سنقوم بتوضيح القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدّولية (المبحث الأوّل)، ثمّ العراقيل والصّعوبات الّتي تحول دون تنفيذ هذا (المبحث الثّاني).

[1] فراس كريم شيعان ونعمة نغميش، المرجع السّابق، ص. 162.

المبحث الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدّولية

من الأمور الهامّة الّتي سبق وأن أثرناها، هي عدم اتّفاق الفقه على رأي موحّد لتحديد القانون الواجب التّطبيق على مسألة الحضانة في القانون الدّولي الخاص، ما انعكس ذلك على تحديد قاعدة الإسناد، وبما أنّ حماية مصالح المحضون وصيانة حقوقه في العلاقات الدّولية الخاصة أصبحت هاجسا لدى الدّول، فإنّ هذه الأخيرة اضطرت لإبرام العديد من الاتفاقيات في هذا الشّأن.

ويمكن تصوّر هذه الاتفاقيات في الاتفاقيات الجماعية وهو ما سنراه (المطلب الأوّل) وكذا الاتفاقيات الثّنائية (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الجماعية

نظرا للمشاكل الّتي تثيرها مسألة الحضانة في الزّواج المختلط على المستوى الدّولي كان لزاما على كلّ دول العالم –ومن بينها الجزائر– إيجاد اتفاقيات جماعية تسهم في حلّ هذه النّزاعات الأسرية عبر الحدود، والحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون خصوصا في ظلّ غياب الاتفاقيات الثّنائية.

فهي تلعب دورًا هامّا في معرفة القانون الواجب التّطبيق في مثل هذه الحالات لتسهّل على القاضي المعروض عليه النّزاع معرفة القانون الّذي يحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

ومن بين هذه الاتفاقيات، نجد اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 05 أكتوبر 1961 المتعلّقة بحماية القصر (الفرع الأوّل)، وكذلك اتفاقية لاهاي لسنة 1996 الّتي راجعت الاتفاقية السّابقة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: اتفاقية لاهاي لسنة 1961

أخضعت اتفاقية لاهاي لسنة 1961 المتعلّقة بحماية القصر، مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة الاعتيادية للطّفل[1]، على أساس أنّ ذلك المكان هو الّذي تتركّز فيه حياته وعلاقته بغيره؛ لأنّ هذه الاتفاقية جاءت لتعتني بشخص الطّفل أكثر من الشّخص الحاضن. وهو ما ذهب إليه القانون الإنجليزي؛ حيث أخضع الحضانة لقانون موطن الطّفل[2] لحلّ ذلك التّنازع.

ففي حالة عدم وجود اتفاقية ثنائية مع الجزائر، يرجع الأمر لاتفاقية لاهاي لسنة 1961 لحلّ نزاعات حضانة الطّفل النّاتج عن الزّواج المختلط؛ حيث حدّدت هذه الاتفاقية[3] مسألة حضانة الأولاد النّاجمين عن الزّواج المختلط مع أجنبيات في م 01، حسب الإقامة الاعتيادية للقصّر كما أوضحنا سابقا، من أجل اتخاذ كافّة التّدابير اللاّزمة لحماية القاصر كما حدّدت م 02 من ذات الاتفاقية[4] من جهة أخرى الاختصاص التّشريعي للسّلطة القضائية والإدارية للدّولة المتعاقدة الّتي يوجد بها مقرّ الإقامة الاعتيادية للقاصر؛ حيث

---

[1] ***Article 01:*** *«Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat sous réserve des despotisons des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présent convention, compétentes pour prendre mesures tendant à la protection de sa personne de ses biens ». Convention LA HAY 5 Octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi application en matière de la protection des mineurs, sur ce site:*

https://assets.hcch.net/docs/fd683a46-3cf1-4460-ad90-29398b80d5c7.pdf

[2] أمين دربة، **تنازع القوانين في مجال الزّواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، المرجع السّابق، ص. 247.

[3] اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 05 أكتوبر 1961، دخلت حيّز التّنفيذ في 24 جانفي 1965، المتعلّقة باختصاصات السّلطات والقانون المطبّق على مادة حماية القاصرين، وتحتوي هذه الاتفاقية على 25 مادة، وتهدف إلى اتخاذ تدابير لحماية القاصر في ماله وشخصه من جميع الأخطار الّتي تعترضه، وذلك كما نصّت عليها م 13 منها.

ويرجع الفضل في تجسيد هذه الاتفاقية إلى قضية *Boll* في 1958/11/28 الّتي أثارت جملة من الإشكالات؛ حيث تعود وقائع هذه القضية إلى قاصرة من جنسية هولندية مقيمة بالسّويد طبّق عليها القانون السّويدي باعتباره مكان الإقامة، فأقرّت بهذا الشّأن محكمة العدل الدّولية بأنّ السّويد لم تخل بالتزاماتها المترتّبة على معاهدة لاهاي المبرمة في 1902، والمتعلّقة بالوصايا على القصر. **راجع:** سعاد يوبي، **الحضانة في القانون الدّولي الخاص**، أطروحة دكتوراه، تخصّص القانون الخاصّ، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2018–2019، ص. 125.

[4] ***Article 02*** *: « Les autistes compétentes les termes de l'article premier prennent les mesures prévues par leur loi interne… », Convention LA HAY 5 Octobre 1961, op. cit.*

تختصّ باتخاذ كافّة التّدابير اللاّزمة وفقا للقانون الدّاخلي لهذه الدّولة، لتحقيق مصلحة الطّفل.

أمّا الاستثناء فقد حدّدته م 03 وأيضا م 04 من ذات الاتفاقية[1]، على أنّ القانون الواجب التّطبيق هو قانون جنسية القاصر إذا اقتضت مصلحته ذلك، وإن كان تطبيق سلطات الدّولة الّتي يحمل الطّفل جنسيتها مرهون بإخطار دولة الإقامة الاعتيادية له[2]. تفاديا لصدور أحكام قضائية متعارضة بشأن حماية الطّفل[3].

غير أنّ مضمون هذه الاتفاقية ينصبّ على الأطفال الطّبيعيين والمتبنّين على حدّ سواء بحسب ما جاء في نصّ م 16 منها، وهذا مخالف للنّظام العام الجزائري[4]، وربّما هذا ما جعلها على غرار الدّول العربية تمتنع عن الانضمام لهذه الاتفاقية[5].

وبعد استعراض جملة من المواد الّتي جاءت في صلب هذه الاتفاقية، لتوضيح القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في حالة غياب اتفاقية ثنائية بين البلدين، يمكن القول أنّ أحكام بنودها جاءت عامّة وغير واضحة؛ باعتبارها اللّبنة الأولى في إرساء حماية دولية للأطفال النّاجمين عن الزّواج المختلط، والّتي مهّدت لإنشاء اتفاقية لاهاي سنه 1996 كما سنرى في الفرع الثّاني.

---

[1] تنصّ م 03 من اتفاقية لاهاي لسنة 1961 على أنّ: "التّقرير النّاشئ عن سلطة القانون الدّاخلي للدّولة الّتي يكون القاصر من مواطنيها، معترف به في جميع الدّول المتعاقدة". وكذلك م 04 من ذات الاتفاقية نصّت على أنّه: "... يمكن لسلطات الدّولة الّتي يحمل القاصر جنسيتها، اتخاذ إجراءات حماية شخصه أو أمواله بموجب قانونه الدّاخلي إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك، وذلك بعد إخطار سلطة الإقامة الاعتيادية للقاصر...".

[2] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 126.

[3] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 48.

[4] ***Article 16****: « Les dispositions de la présente convention ne peuvent être écartées dans les Etats contractant que si leur application est manifestement incompatible avec l'ordre public », Convention LA HAY 5 Octobre 1961, op.cit.*

[5] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 49.

الفرع الثّاني: اتفاقية لاهاي لسنة 1996

جاءت هذه الاتفاقية[1] بعدّة أهداف، من بينها القانون الواجب التّطبيق على نزاعات الحضانة في القانون الدّولي الخاص؛ حيث سعت لحماية مصالح الطّفل الّذي يعدّ المحور الأساسي في العلاقات الدّولية الخاصة[2]، وذلك بإيجاد آلية فعّالة لحماية قضايا الطّفل. كما توفّر فرصًا فريدة لمدّ جسور التّفاهم بين مختلف النّظم القانونية ذات الخلفيات الثّنائية والدّينية المتنوّعة[3].

حيث اختصّت هذه الاتفاقية في حلّ قضايا واسعة من أجل حماية الطّفل، من بينها نزاعات الحضانة والاتصال به[4]، لتحلّ[5] بذلك محلّ اتفاقية لاهاي لسنة 1961، مستندة في ذلك على اتفاقية حقوق الطّفل[6] لسنة 1989، الّتي راعت مصلحة الطّفل في جلّ أحكامها[7].

---

[1] اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 19 نوفمبر 1996، المتعلّقة بالاختصاص والقانون الواجب التّطبيق والاعتراف والتّنفيذ والتّعاون في مادة السّلطة الأبوية وإجراءات حماية الأطفال.

[2] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 50.

[3] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 127.

[4] حيث نصّت م 03 ف (ب) من اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 19 نوفمبر 1996 على ما يلي: "حقّ الحضانة الّذي يشمل حقّ العناية بشخص الطّفل وخاصة تحديد مكان إقامته، وحقّ الزّيارة الّذي يشمل نقله خلال فترة معيّنة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية".

[5] جاء في م 51 من اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 19 نوفمبر 1996 ما يلي: "تحلّ هذه الاتفاقية في إطار العلاقات بين الدّول المتعاقدة، محلّ اتفاقية 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السّلطات ...".

[6] حيث جاء في ديباجة اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 19 نوفمبر 1996 ما يلي: "ورغبة في وضع مقتضيات مشتركة لهذا الغرض، وأخذا بعين الاعتبار اتفاقية الأمم المتحدة المتعلّقة بحقوق الطّفل في 20 نوفمبر 1989م". اتفاقية حقوق الطّفل، الجمعية العامّة للأمم المتحدة رقم 52/44، المؤرّخة في 1989/11/20، دخلت حيز النّفاذ سنة 1991.

[7] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 50.

إذ جعلت القانون الواجب التّطبيق على المسائل المتعلّقة بالطّفل شخصية كانت أو مالية، هو قانون مقرّ الإقامة الاعتيادية[1] وذلك في م 05 منها. أمّا في حالة تغيير محلّ الإقامة تكون سلطات دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة[2]، مختصّة في النّظر في مثل هذه النّزاعات.

كما أوردت م 15 من ذات الاتفاقية استثناءً على القاعدة العامة، والمتمثّل في إمكانية تطبيق قانون دولة أخرى لها صلة وثيقة بالمسألة المعروضة إذا اقتضت حماية الطّفل ذلك، وفي حالة تغيير الإقامة الاعتيادية للطّفل في الدّولة المتعاقدة الأخرى، فإنّ قانون هذه الدّولة هو الّذي ينظّم شروط تنفيذ الإجراءات المتخذة في دولة الإقامة الاعتيادية سالفة الذّكر، وذلك ابتداءً من وقت التّغيير[3]. كما ابتدعت هذه الاتفاقية حلولا أخرى لم نعهدها في اتفاقية 1961 بشأن تغيير الإقامة المعتادة[4]، بشيء من الوضوح والتّفصيل.

والملاحظ في هذا الصّدد، أنّ الجزائر لم تصادق على اتفاقية لاهاي لسنة 1996 كما جاء في المشروع المموّل من الاتحاد الأوروبي بشأن حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود[5]، لقصور المعيار الّذي اعتمد في هذه الاتفاقية؛ إذ نجد أنّها في م 15 ف 02 لم

---

[1] تنصّ م 05 ف 01 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على ما يلي: "تختصّ كلّ من السّلطة القضائية والإدارية للدّول المتعاقدة الّتي توجد بها الإقامة الاعتيادية للطّفل، باتخاذ الإجراءات الرّامية إلى حماية شخصه أو أمواله".

والإقامة الاعتيادية هي: "أقرب الرّوابط القانونية للسّماح بتعيين القانون الواجب التّطبيق؛ فهو عنصر رئيسي في الدّعاوى في النّظام الدّولي"؛ بحيث أنّه لا يمكن تعريف مصطلح الإقامة الاعتيادية على أنّها فكرة الموطن، وعبّرت عنها محكمة النّقض الفرنسية بـ "المسكن المشترك" و"المقرّ الفعلي".

Anne Richer-Pons, la résidence en droit international privé (conflits de juridiction et conflits de lois), thèse pour le doctorat en droit, arrêté du 30 Mars 1992, Université Jean-Moulin, Lion 3, p. p. 15, 16.

[2] تنصّ م 05 ف 02 من نفس الاتفاقية على ما يلي: "مع مراعاة المادة 07، يكون الاختصاص لسلطات دولة الإقامة الاعتيادية الجديدة للطّفل في حالة تغيير مكان إقامته الاعتيادية إلى دولة أخرى متعاقدة".

[3] تنصّ م 15 ف 03 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على ما يلي: "... في حالة تغيّر إقامة الطّفل الاعتيادية في الدّولة المتعاقدة الأخرى، ينظّم قانون هذه الدّولة شروط تنفيذ الإجراءات المتخذة في دولة الإقامة الاعتيادية السّابقة، وذلك ابتداءً من تاريخ التّغير".

[4] *Anne Richer-Pons, la résidence en droit international privé (conflits de juridiction et conflits de lois), op.cit, p. p. 236, 237.*

[5] جيالوكابارولين، المرجع السّابق، ص. 80.

تبيّن ما إذا كانت الدّولة الأخرى متعاقدة أو لا، وأنّ هذا المعيار بعيد كلّ البعد عن القانون الشّخصي للطّفل[1] هذا من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة توحيد نظامين أحدهما إسلامي[2] والآخر علماني، بخلاف المشرّع المغربي الّذي أدرك أهمّيتها في العلاقات الدّولية الخاصة بين المغاربة والأجانب وصادق عليها[3]، خصوصا في ظلّ غياب الاتفاقيات الثّنائية بين البلدين. وهنا، يثار التّساؤل حول مصير العلاقة ذات العنصر الأجنبي في الزّواج المختلط حين نشوء نزاع بين الزّوجين بخصوص مسألة الحضانة وتوابعها.

ومنه، يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري لم يصادق على اتفاقيتي لاهاي لا الأولى ولا الثّانية، لحلّ نزاعات المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة بعد انفصال الزّوجين بسبب المرجعية الدّينية، بخلاف المشرّع المغربي الّذي صادق على اتفاقية لاهاي لسنة 1996 لتوفير حماية أكبر للمحضون وتغليب مصلحته وجعلها فوق كلّ اعتبار.

وبعد الاطلاع على الاتفاقيات الجماعية في تحديد القانون الواجب التّطبيق، وعلى رأي وموقف المشرّع الجزائري من ذلك، سنعرّج الآن لمعرفة دور الاتفاقيات الثّنائية في تحديد القانون الواجب التّطبيق، وذلك في المطلب الثّاني.

المطلب الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الثّنائية

سبق لنا وأن أوضحنا بأنّ المشرّع الجزائري لم ينصّ على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، معتبرا إيّاها أثرًا من آثار الزّواج طبقا لنصّ م 12 في ف 01[4] من ق. م. ج وبذلك يكون قد فسح المجال للاجتهاد القضائي للوصول إلى قاعدة الإسناد الّتي تشير إلى

[1] حياة عفرة ، المرجع السّابق، ص. 52.

[2] تنصّ م 02 من الدّستور الجزائري على أنّ: "الإسلام دين الدّولة"، المؤرّخ في 15 سبتمبر 2020.

[3] ظهير شريف رقم 136.02.1، الاتفاقية المتعلّقة بالاختصاص والقانون المطبّق والاعتراف والتّنفيذ والتّعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الأطفال، الموقّعة بـ لاهاي في 19 أكتوبر 1996، صادر في 19 من ذي القعدة 1423هـ الموافق لـ 22 جانفي 2003، ج. ر. م. م، ع 8105، الصّادرة بتاريخ 13 ربيع الأوّل 1424هـ الموافق لـ 15 ماي 2003.

[4] م 12 من ق. م. ج 10/05.

القانون الواجب التّطبيق في حالة وجود أيّ نزاع، متماشيا في ذلك مع المشرّع المغربي بخلاف ما جاء في الفصل 50 من م. ق. د. خ. ت.

ومن هنا، سنوضّح القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (الفرع الأوّل)، ثمّ نعرّج على القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقية التّونسية الفرنسية، لتوضيح الاختلاف بينهما (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

نظرا لتفاقم مشاكل المحضون النّاتج عن الزّواج المختلط، توحّدت جهود الدّول وقامت بإبرام اتفاقيات ثنائية لضمان حماية حقوقه[1]، وإيجاد أرضية هادئة بينه وبين والديه في حالة الانفصال، ولضمان عنصر الاتصال وحرّية تنقل الأطراف المتنازعة بين البلدين.

وعليه، فالقانون الواجب التّطبيق على مسألة الحضانة في مضامين هذه الاتفاقية بناءً على نصّ م 05 منها، يكون وفق الاختصاص القضائي بالنّسبة لمكان مسكن الزّوجين[2]؛ وأغلب الزّيجات الجزائرية الفرنسية مقرّ إقامتها يكون في فرنسا[3]، وبالتّالي فإنّ القاضي المختصّ بمثل هذه القضايا هو القاضي الفرنسي.

وإذا كانت قواعد الإسناد الفرنسية تشير إلى أنّ القانون الفرنسي هو القانون الواجب التّطبيق، بناءً على ما تمّ ذكره في م 05 سالفة الذّكر، فما محلّ م 62 من ق. أ. ج[4] الّتي تنصّ على أنّ المحضون يدين بدين أبيه؟ بالإضافة إلى م 154 من الدّستور الجزائري الّتي تنصّ على سموّ المعاهدة على القانون، وهنا وفي هذه الحالة تكون قد منحت كامل السّلطة والأفضلية لقواعد الإسناد الفرنسية في إسناد الحضانة للأم الفرنسية، بعيدا عن الضّوابط

[1] المرسوم رقم 144/88، المتعلّق بأطفال الزّواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، المرجع السّابق.

[2] تنصّ م 05 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على أنّه: "يقصد بالجهة القضائية المختصّة في هذه الاتفاقية، الجهة القضائية الّتي يوجد بدائرة اختصاصها المسكن الزّوجي، باعتباره مكان الحياة العائلية المشتركة".

[3] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 132.

[4] تنصّ م 62 من ق. أ. ج على أنّ: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ...". ق. أ. ج، المرجع السّابق. قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 59013، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 40 من الباب الأوّل.

الشّرعية الّتي نصّت عليها المادة الأخيرة من ق. أ. ج، الّتي تراعى فيها مصلحة المحضون دينا وخلقا.

وبذلك يفتح المشرّع الفرنسي نفقًا آخر للتّصادم بين والدي المحضون، هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أنّ المشرّع الجزائري من خلال إبرامه لاتفاقية 1988، قد تناسى بذلك أطرافا أخرى، مثلا: في حالة ما إذا كان والدا المحضون جزائريان يقيمان في فرنسا أو فرنسيان يقيمان في الجزائر[1].

هذا في حالة ما إذا كانت الدّولة الأجنبية قد وقّعت اتفاقية ثنائية مع الجزائر، وفي حالة عدم توفّر اتفاقية ثنائية أو لم يلتزم الطّرفان بتطبيق بنود الاتفاقية، يؤدّي ذلك إلى الرّجوع لتطبيق أحكام القانون الدّولي الخاص؛ إذ نجد أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد قاعدة إسناد صريحة، واكتفى بالإشارة إليها ضمنيا في م 12 ف 02 وأيضا م 13 من ق. م. ج أي أنّ الحضانة أثر من آثار انحلال الزّواج[2].

وعليه، إذا حدث طلاق بين زوجين يحملان جنسيتين مختلفتين، ولم تبرم دولة الزّوج الآخر اتفاقية ثنائية مع الجزائر، فإنّه في هذه الحالة تطبّق قواعد إسناد القانون الّذي ينتمي إليه الزّوج وقت رفع الدّعوى، كما أوضحت ذلك م 12 ف 02 من ق. م. ج، أو القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزّوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج، مثلما نصّت عليه م 13 من ذات القانون.

هذا ما أمكننا قوله عن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، أمّا بخصوص ما جاء في الاتفاقية التّونسية الفرنسية، فهذا ما سنراه في الفرع الثّاني.

---

[1] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 133.

[2] أمين دربة، المرجع السّابق، ص. 248. "ولقد نظرت المحكمة العليا في طلاق جزائرية وإيطالي؛ بحيث أنّ المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12 الفقرة 02؛ أي لقانون جنسية الزّوج، وطعنت الزّوجة في حكم المحكمة لدى المحكمة العليا على أساس أنّها كانت تتمتّع بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزّواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية.

وقرّرت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزّواج وتخضع كذلك للقانون الجزائري إذا كان أحد الزّوجين جزائريا وقت انعقاد الزّواج، ..."، م. ع، ملف رقم 170082، قرار بتاريخ 1998/02/17، م. ق، ع 01، 2000، ص. ص. 167-170.

الفرع الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقية التّونسية الفرنسية

عمدت حكومات الدّول إلى حماية أبناء جاليتها في المهجر كالجزائر والمغرب وتونس ...، من خلال إقامة اتفاقيات ثنائية لإيجاد حلول عملية وسريعة في بلد الإقامة، وذلك بإيجاد القواعد المشتركة في ميدان تنازع القوانين، من أجل تقوية علاقات التّعاون القضائي بينها لحلّ نزاعات الحضانة في الزّواج المختلط.

وما هو غير متوقّع للمشرّع التّونسي مقارنة بالمشرّع الجزائري، أنّه خصّص قاعدة إسناد صريحة للحضانة في الزّواج المختلط؛ إذ نصّت م. ق. د. خ. ت في الفصل 50 بقولها: "تخضع الحضانة للقانون الّذي وقع بمقتضاه حلّ الرّابطة الزّوجية أو القانون الشّخصي للطّفل أو قانون مقرّه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطّفل"[1]؛ أي أنّ الحضانة أثر من آثار انحلال الزّواج، وبالتّالي تخضع للقانون الّذي يحكم انحلال الزّواج ويعتبر هذا الحلّ ضابط إسناد أصلي، وفي حالة عدمه يطبّق القاضي القانون الشّخصي للطّفل أو موطنه، مع منح القاضي مجالات واسعة لتّطبيق القانون الأفضل للطّفل[2].

وبذلك يكون المشرّع التّونسي قد نصّ على قاعدة الإسناد الخاصة بالحضانة، ليس فقط بضابط أصلي وحيد وإنّما بضوابط عديدة، بخلاف المشرّعين الجزائري والمغربي[3]، وهذا حتى لا يلتبس الأمر على القاضي أثناء عملية التّكييف وتحديد القانون الواجب التّطبيق.

هذا في حالة عدم وجود اتفاقية ثنائية بين البلدين تنظّم مسائل الحضانة للجاليات في المهجر، أمّا إن وجدت اتفاقية فيتمّ اللّجوء لبنودها كما هو موضّح في الفصل العاشر[4] من الاتفاقية التّونسية الفرنسية، من خلال النّص التّالي: "يحقّ لإحدى الدّولتين في مادة الحضانة حسب مفهوم مقتضيات الفصلين 15، 16 من اتفاقية 28 جوان 1972، أن ترفض إقرار أو تنفيذ حكم صادر عن الدّولة الأخرى إذا كانت محكمة الدّولة الّتي أصدرت الحكم هي:

---

[1] قانون ع 97 لسنة 1998.

[2] أمين دربة، المرجع السّابق، ص. 284.

[3] الفصل الثّالث، والفصل التّاسع. ظهير شريف، يتعلّق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، مؤرّخ في 9 رمضان 1331هـ الموافق لـ 12 أوت 1913، ج. ر. م. م، ع 46، صادرة بتاريخ 12 سبتمبر 1913.

[4] ر. ر. ج. ت، الثلاثاء 29 نوفمبر 1983، ع 73، السّنة 126، المتعلّق بالاتفاقية التّونسية الفرنسية.

- محكمة الإقامة المشتركة للأبوين.
- أو محكمة إقامة أحدهما الّذي يعيش معه الطّفل بصفة اعتيادية ...".

وعليه، بما أنّ المشرّع الجزائري لم يصادق على اتفاقيتي لاهاي لسنتي 1961 و1996، لتحديد القانون الواجب التّطبيق على مسألة الحضانة والإشكالات الّتي تشوبها بسبب الخلفية الدّينية للتّشريع الجزائري، فإنّه كان بالأحرى عليه أن يصادق على العديد من الاتفاقيات الثّنائية بين بلدي أطراف النّزاع خاصة الدّول العلمانية، مخافة إهدار المصلحة الفضلى للمحضون كما فعلت المغرب.

لكّن يحدث أن يكيّف القاضي العلاقة محلّ النّزاع المعروضة أمامه، وبالتّالي يصل إلى القانون الواجب التّطبيق على الحضانة وآثارها، إلاّ أنّه قد تحدث عراقيل وصعوبات تحول دون تطبيق هذا القانون، وهو ما سنوضّحه في المبحث الثّاني.

المبحث الثّاني: العراقيل والصّعوبات الّتي تحول دون تنفيذ القانون الواجب التّطبيق

من خصائص قاعدة الإسناد الوطنية أنّها قاعدة مزدوجة[1]؛ فهي تشير إلى تطبيق أحد القانونين إمّا الوطني أو الأجنبي، فإذا ما أشارت إلى تطبيق القانون الوطني فليس في الأمر مشكلة، بل الإشكال يكون حينما يشير القاضي الوطني إلى تطبيق القانون الأجنبي؛ حيث أنّه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون دولة القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي فإنّه يتعيّن على القاضي التّقيّد بأمرين أساسيين أثناء تطبيق هذا القانون، والمتمثّل في كونه قانون غير معروف بالنّسبة للقاضي الوطني وكيف له أن يطبّقه.

وما هو ملاحظ عليه، أنّ المشرّع الجزائري أتاح للقاضي السّلطة التّقديرية عند تطبيق القانون الأجنبي من عدمه؛ إذا رأى أن تطبيق القانون الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، يتعارض تعارضا صارخا مع المبادئ الجوهرية والأساسية الّتي يقوم عليها كيان مجتمعه[2]، أو أنّ الأطراف قد تحايلوا على القانون الواجب التّطبيق.

كما منح المشرّع الجزائري للقاضي الوطني السّلطة التّقديرية للامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المحدّد بقاعدة الإسناد[3]، في حالة ما إذا اتضّح له أنّ هذا القانون يتعارض مع المبادئ الأساسية الّتي يقوم عليها النّظام القانوني لدولته، فيستبعد تطبيقه في مسألة الحضانة على أساس الدّفع بالنّظام العام، وهذا ما سنتطرّق إليه في (المطلب الأوّل) أو أنّ الأطراف قد تحايلوا لتغيير القانون المختصّ إعمالا للدّفع بالغشّ نحو القانون، كما سنرى في (المطلب الثّاني).

---

[1] "إذا كانت قاعدة الإسناد من حيث مضمونها قاعدة غير مباشرة، فإنّه من حيث آثار تطبيقها تعتبر مزدوجة؛ بمعنى أنّها إتاحة الفرصة للقانون الأجنبي للتّطبيق، إذا قدّر القاضي عدم اختصاص قانونه على اعتبار أنّ العلاقة القانونية ترتبط بنظام قانون أجنبي". الطيب زيروتي، المرجع السّابق، ص. 95.

[2] بختة زيدون، **التّطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدّولية**، مذكّرة ماجستير، تخصّص القانون الدّولي الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2010–2011، ص. 133.

[3] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 209.

المطلب الأوّل: الدّفع بالنّظام العام في مسألة الحضانة

إنّ سماح المشرّع الجزائري للقاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي بناءً على قواعد الإسناد، لا يكون على إطلاقه؛ حيث يكون ساري التّنفيذ شريطة أن لا يخالف هذا القانون الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، المبادئ الأساسية المعمول بها في دولة القاضي.

ولهذا السّبب، سنقوم بدراسة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مادة الحضانة لمخالفته النّظام العام الجزائري (الفرع الأوّل)، وبعدها ندرس تطبيقات الدّفع بالنّظام العام في مسألة الحضانة في (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مادة الحضانة لمخالفته النّظام العام الجزائري

تعتبر مسائل الأحوال الشّخصية ميدانا خصبا لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، في حالة مخالفته للمبادئ والأسس الّتي ينبني عليها كلّ مجتمع. حيث أنّ لمسألة الحضانة نصيب في ذلك؛ كون أنّ الرّوابط الأسرية تقوم وفق مفاهيم خاصّة[1] بكلّ نظام قانوني لأيّ دولة.

فالأسس والمبادئ الأخلاقية والاجتماعية وحتى الدّينية، لها دور كبير في وضع الإطار العام والنّظام القانوني لكلّ دولة بما يوافق أو يخالف دولة أخرى، الأمر الّذي يسمح باستبعاد القانون الأجنبي للحقوق الّتي نشأت في ظلّه، خاصة في مادة الحضانة داخل المجتمع الجزائري.

لذلك، سنحاول من خلال النّقطتين الآتيتين تبيان مفهوم النّظام العام في التّشريع الجزائري (أوّلا)، وكذا أثار الدّفع بهذا النظّام العام (ثانيا).

[1] "فالقواعد القانونية ترتكز على أسس ومبادئ أخلاقية ودينية، بما يحقّق مصلحة المجتمع ويحافظ على النّظام العام". صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون–**، المرجع السّابق، ص. 325.

أوّلا- مفهوم النّظام العام في القانون الدّولي الخاص عند المشرّع الجزائري:

تكون إثارة فكرة النّظام العام[1] في الجزائر، إذا خالفت الأحكام القضائية المبادئ الجوهرية للبلاد، لذا يقتضي التّعريف به ثمّ تبيان خصائصه، وأخيرا توضيح شروط الدّفع به في النّقاط التّالية.

أ) تعريف النّظام العام:

تأسّست فكرة النّظام العام في القانون الدّولي الخاص عند المشرّع الجزائري لأوّل مرّة في م 24 من الأمر رقم 58/75، لتعدّل فيما بعد بموجب القانون رقم 10/05 في نصّها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النّصوص السّابقة إذا كان مخالفا للنّظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت الاختصاص له بواسطة الغشّ نحو القانون.

يطبّق القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبي المخالف للنّظام العام أو الآداب العامة".

من خلال هذا النّص، نجد أنّ المشرّع الجزائري لم يعرفّ فكرة النّظام العام لصعوبة إيجاد تعريف جامع مانع؛ كون أنّ النّظام العام فكرة وطنية مرنة آنية تختلف باختلاف الدّول وتتغيّر في الدّولة بتعاقب الزّمان[2]. لذا ترك مسألة تعريفه للفقهاء؛ حيث عرّفه الفقه على أنّه: "الدّفع الّذي يتمّ بمقتضاه استبعاد تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي بحكم العلاقة وفقا لقواعد الإسناد الوطنية، إذا كان حكم هذه القاعدة يتعارض مع المبادئ والأسس الّتي يقوم عليها النّظام القانوني في مجتمع دولة القاضي"[3].

يتضّح لنا من خلال هذا النّص، أنّ المشرّع الجزائري ألزم القاضي باستبعاد القانون طالما تعارضت نصوصه مع مقوّمات النّظام العام الجزائري؛ أي أنّه بمثابة نقطة تفتيش

---

[1] **النّظام العام:** هو المبادئ والتّقاليد المعنية الّتي تخصّ كلّ مجتمع. كمال عليوش قربوع، المرجع السّابق، ص. 162.

[2] الطيب زيروتي، المرجع السّابق، ص. 271.

[3] حسن الهداوي، **القانون الدّولي الخاص: (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني) -دراسة مقارنة-**، مكتبة الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان- الأردن، 1997، ص. 178.

جمركية لمضامين القوانين الأجنبية، ووسيلة لتقييمها قبل منح تأشيرة دخولها لبلد القاضي[1]. فترك مهمّة تحديد مفهومه للقاضي المعروض أمامه النّزاع، ومدى ملائمة القانون الأجنبي مع مقتضيات النّظام القانوني لموضوع الحضانة[2]، من خلال سلطاته الواسعة الّتي منحه إياها القانون لتحديد أسس النّظام العام حسب ما تقتضيه مادة الحضانة.

عموما، ومن خلال هذا التّعريف يتضّح لنا أنّ النّظام العام في العلاقات الدّولية الخاصة يتميّز بعدّة خصائص، سنورد أهمّها في البند الموالي.

ب) خصائص النّظام العام:

للنّظام العام عدّة خصائص تتجلّى في:

- **فكرة النّظام العام وطنية:** فهي تنبع من كيان ذلك المجتمع؛ فالمبادئ الجوهرية الّتي تنبني عليها كلّ دولة بالرّغم من كونها عالمية كرقّ البشر والاتجار بهم، هي جزء من النّظام الدّاخلي لتلك الدّولة[3].
- **نسبية فكرة النّظام العام:** إنّ نسبية فكرة النّظام العام تقودنا إلى عدّة مفاهيم، أولاها هي أنّ هذه الخاصّية تتغيّر في مفهومها ومحتواها من مجتمع لآخر[4]. وذلك بحسب الدّيانة السّائدة والنّظام الاقتصادي والاجتماعي، كلّها أنظمة من شأنها أن تخلق مجتمعا متغيّرا عن الآخر، وبالتّالي ما يعتبر مخالفا للنّظام العام في دولة معيّنة، قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى[5]. ما يفسّر فكرة المرونة؛ ونعني بها اختلاف القانون الواحد في

[1] الطيب زيروتي، المرجع السّابق، ص. 275.

[2] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 246.

[3] بختة زيدون، المرجع السّابق، ص. 138.

[4] الطيب زيروتي، المرجع السّابق، ص. 277.

[5] بلقاسم أعراب، **القانون الدّولي الخاص الجزائري –تنازع القوانين–**، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 173.

ذات الدّولة حسب الزّمان والمكان[1]، وبالتّالي يصبح ما كان مخالفا للنّظام العام السّابق غير مخالفا للنّظام العام الحاضر، والعكس صحيح[2].

- **فكرة النّظام العام وقتية:** استقرّ الرّأي الفقهي على تقدير مقتضيات النّظام العام لحظة الفصل في الدّعوى، وليس وقت إنشاء المراكز القانونية[3]. ويقدّر وفق أسس موضوعية خاضعة لرقابة م. ع.

نظرا للخصائص الّتي يتميّز بها النّظام العام في القانون الدّولي الخاص، وما أبداه من طبيعة استثنائية في تقييد قواعد الإسناد، لحماية المبادئ الجوهرية الّتي يتمتّع بها كلّ مجتمع، حتّم علينا البحث في الشّروط الواجب توافرها في هذا المبدأ كي يستبعد تطبيق القانون الأجنبي، وهو ما سنراه في النّقطة التّالية.

ج) شروط الدّفع بالنّظام العام:

لإعمال الدّفع بالنّظام العام لابد من توافر شروط تتمثّل في:

- **ثبوت الاختصاص التّشريعي للقانون الأجنبي:** فإذا أقرّت قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص إلى القانون الأجنبي لحلّ النّزاع المعروض على القاضي، فإنّه لا يمكن إثارة الدّفع بالنّظام العام إذا كان القانون يشير صراحة إلى تطبيق قانون القاضي[4].

وتأسيسا على ذلك، لا يثار الدّفع بالنّظام العام ضدّ القانون الأجنبي إذا كان هذا الأخير يمكن استبعاده بموجب نصوص خاصة، كـ م 13، م 22 من ق. م. ج[5].

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري علما وعملا**، ط. الأولى، د. د. ن، 2010، ص. 13.

[2] بختة زيدون، المرجع السّابق، ص. 139.

[3] كمال عليوش قربوع، المرجع السّابق، ص. 178.

[4] فاطمة الزّهراء جندولي، **انحلال الرّابطة الزّوجية في القانون الدّولي الخاص**، مذكّرة ماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2010-2011، ص. 77.

[5] تنصّ م 22 من ق. م. ج على أنّه: "في حالة تعدّد الجنسيات، يطبّق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أنّ القانون الجزائري هو الّذي يطبّق إذا كانت للشّخص في وقت واحد، بالنّسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية ...". ق. م رقم 10/05.

- **مقتضيات القانون الأجنبي تخالف النّظام العام لدولة القاضي:** وهو أن يكون القانون الأجنبي المراد تطبيقه في حدّ ذاته متعارضا مع النّظام العام[1] لدولة القاضي، بعد تقديره وفحص القانون الأجنبي[2]. "ويقتضي أن يكون هذا الأخير مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي اختلافا جذريا بصفة كلّية أو جزئية"[3].

وقنّنه المشرّع الجزائري في م 24 من ق. م[4]، على أن تبقى مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنّظام العام، تخضع للسّلطة التّقديرية للقاضي ولرقابة م. ع[5] بصفته متطوّر ومتغيّر زمانا ومكانا.

- **آنية الدّفع بالنّظام العام:** والمقصود بالآنية هو أن تكون مخالفة للنّظام العام وقت رفع الدّعوى[6]، لا بنشوء المركز القانوني.

إذا كانت هذه هي الشّروط الواجب توافرها للدّفع بالنّظام العام، فما هي آثار الدّفع به؟ سؤال سنحاول الإجابة عليه من خلال النّقطة الموالية.

---

[1] أمين دربة، **قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج وانحلاله –دراسة مقارنة–**، مذكّرة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان– الجزائر، 2007–2008، ص. 105.

[2] بختة زيدون، المرجع السّابق، ص. 142.

[3] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 279.

[4] كما قنّنه المشرّع المصري في م 28 من ق. م الّتي تقرّ بأنّه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النّصوص السّابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنّظام العام أو للآداب في مصر". صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين – دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون–**، المرجع السّابق، ص. 103. وما يلاحظ أنّ هناك تقارب في المادتين (النّصين– الجزائري والمصري–)، فلربّما المشرّع الجزائري قد اقتبس هذا النصّ من حكم محكمة النّقض المصرية لسنة 1977.

[5] حسن الهداوي، المرجع السّابق، ص. 187.

[6] أمين دربة، **قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج وانحلاله –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 105. **راجع:** الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 – دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. ص. 279، 280.

ثانيا- أثار الدّفع بالنّظام العام:

يثير الدّفع بالنّظام العام على الصّعيد العملي عدّة مشاكّل معقّدة، نظرا لتباين المواقف الفقهية والقضائية في هذا الصّدد.

فإذا أقرّ القاضي المطروح أمامه النّزاع تطبيق القانون الأجنبي، وأثيرت مسألة النّظام العام في الجزائر، فهل يستبعد القانون الأجنبي برمّته أم جزء منه؟ للإجابة على هذا السّؤال أقرّ الفقهاء على أنّه يجب التّصدّي لهذا الموضوع من مسألتين هامّتين، تتمثّل المسألة الأولى في إنشاء مراكز قانونية في دولة القاضي، أمّا المسألة الثّانية فتتمثّل في حالة التّمسّك بالحقوق المكتسبة.

أ) أثر الدّفع بالنّظام العام من خلال إنشاء المراكز القانونية:

يرى بعض الفقهاء أنّ إعمال النّظام العام يؤدّي إلى استبعاد القانون الأجنبي وإحلال قانون القاضي بطريقة سلبية أو إيجابية.

أمّا الطّريقة السّلبية فتكون عندما يكون دور القاضي سلبيا؛ حيث يستبعد القانون الأجنبي ويرفض الطّلب؛ أي بطلان العلاقة بطلانا مطلقا ورفض الطّلب لعدم التّأسيس[1].

وقد ظهرت في هذا الصّدد عدّة آراء فقهية للتّوصّل إلى حلّ حتى لا تبقى العلاقة بدون قانون يحكمها[2]. ولما كان استبعاد القانون الأجنبي يقتضي إيجاد حلّ بديل؛ أي قانون فرعي يحلّ محلّه، ظهر مصطلح الأثر الإيجابي للدّفع بالنّظام العام[3].

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 -دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي-**، المرجع السّابق، ص. ص. 281، 282.

[2] أمين دربة، **قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج وانحلاله -دراسة مقارنة-**، المرجع السّابق، ص. ص. 106-108.

[3] فاطمة الزّهراء جندولي، المرجع السّابق، ص. 78.

أمّا الطّريقة الإيجابية فتكون عندما تكون قاعدة النّظام العام آمرة؛ حيث يستبعد تطبيق القانون الأجنبي ويطبّق محلّه قانون القاضي صراحة بصفة كلّية أو جزئية، أو تطبيق مبادئ عامة مشتركة[1].

وقد أخذ بهذا الحلّ التّشريع الجزائري في م 24 من ق. م، وذلك بإحلال القانون الجزائري محلّ القانون الأجنبي، وهو نفس ما سار عليه المشرّع التّونسي في الفصل 36 ف 05 من م. ق. د. خ. ت الّتي تنصّ على أنّه: "يطبّق القاضي التّونسي أحكام القانون التّونسي مكان أحكام القانون الأجنبي المستبعد".

وبعدما تعرّضنا لرأي الفقهاء بشأن إنشاء المراكز القانونية وموقف المشرّع الجزائري منه، سنحاول توضيح أثر الدّفع بالنّظام العام في حالة نشوء حقّ مكتسب في دولة أجنبية ويكون مخالفا للنّظام العام الجزائري.

ب) أثر الدّفع بالنّظام العام عند نشوء الحقّ المكتسب:

يتدخّل النّظام العام إذا تعلّق الأمر أيضا بحقّ مكتسب؛ أي ينشأ حقّ في دولة ما وينتقل إلى دولة أخرى للاعتراف به، ويسمّى في هذه الحالة بالأثر المخفّف للنّظام العام[2]. "فالنّظام العام يشكّل ذريعة لعدم الاعتراف بآثاره وعدم السّماح بسريانه في بلد القاضي، إذا كانت على الدّرجة نفسها من الاستهجان والشّذوذ لحقوق ومراكز تودّ أن تنشأ في بلد القاضي، أمّا إذا لم تصل لهذه الدّرجة فلا مانع لها ولا داعي لتحريك الدّفع بالنّظام العام ويشكّل في هذه الحالة أثرا مخفّفا له"[3].

وقد أخذت م. ن. ف بهذا الأثر، شريطة أن يكون هذا الحقّ مكتسبا عن طريق التّحايل على أحكام القانون الأجنبي المختصّ عند إنشائه؛ لأنّ في ذلك مساس بالنّظام

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 282.

[2] أمين دربة، **قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج وانحلاله –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 109.

[3] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 285.

العام[1]. وساير هذا الموقف المشرّع التّونسي في الفصل 37 كما يلي: "يتمّ الاعتراف في البلاد التّونسية بآثار وضعيات نشأت بالخارج وفق القانون الّذي عيّنته قاعدة التّنازع التّونسية، ما لم تكن هذه الآثار متعارضة مع النّظام الدّولي التّونسي".

أمّا المشرّع الجزائري فسار بخلاف ذلك؛ حيث عمد إلى عدم الاعتراف بأثر الحقوق المكتسبة في الخارج حسب القانون الأجنبي إعمالا لأثر الدّفع بالنّظام العام، ومثل ذلك ما قضى به م. أ في قراره[2] بتاريخ 23 جوان 1984.

وبعد أن تطرّقنا لفكرة النّظام العام وأثرها في دفع تطبيق القانون الأجنبي بصفة كلّية أو جزئية، سنحاول فيما يلي إسقاطها بشكل أدقّ على موضوع الحضانة، وما مدى مساهمتها في إلغاء تطبيق القانون الأجنبي الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

الفرع الثّاني: تطبيقات الدّفع بالنّظام العام في مسألة الحضانة

لقد أثارت مسألة الدّفع بالنّظام العام عدّة مشاكل على المستوى العملي،–الزّيارة والنّقل غير المشروع– ولا زالت تثيرها إلى يومنا هذا، نظرا للاختلاف بين الأنظمة القانونية[3] الّتي تؤدّي في أغلب الأحيان إلى منع تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية، الّتي أشار إليها قانون دولة القاضي.

وفي هذا المجال، تعدّ مسألة الحضانة في الزّواج المختلط مجالا خصبا لإعمال فكرة النّظام العام في الجزائر واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، نظرا لتعلّق هذه الأخيرة بالنّظم

[1] أمين دربة، **قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج وانحلاله –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 110.

[2] م. أ، ملف رقم 32463، قرار بتاريخ 23 جوان 1984، منشور في المجلة القضائية، ع 01، 1989، ص. 149. الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 286.

[3] "إلاّ أنّ الحضانة قد تكون سببا للخلاف والتّقاضي أثناء الحياة الزّوجية، لأسباب مثل: ...، وتزداد المشكلة صعوبة إذا ما اختلفت مواطن الأطراف أو جنسيتهم؛ كأن يكون أحدهم مصري والآخر أجنبي أو كلّ الأطراف أجانب، لاسيما إذا صاحب ذلك اختلاف ديانتهم". صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 11.

الدّينية[1]، خصوصا وأنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد القانون الواجب التّطبيق عليها معتبرا إيّاها أثرا من آثار الطّلاق؛ ممّا يعني أنّ الحضانة تخضع للقانون الّذي يحكم الطّلاق، سواء في الأصل العام أو الاستثناء[2]، شريطة أن يكون القانون الأجنبي الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية مخالفا للنّظام العام في دولة القاضي.

ومن ضمن هذه التّطبيقات، سنحاول تسليط الضّوء على مسألة الدّفع بالنّظام العام في التّشريع الجزائري (أوّلا)، وكيف تعامل التّشريع المغاربي مع هذه المسألة بغية تحقيق مصلحة المحضون (ثانيا).

أوّلا- الدّفع بالنّظام العام في التّشريع الجزائري:

اعتبرت تشريعات بعض الدّول أنّ مسألة النّظام العام يحكمها الدّين؛ لتعلّق موضوع الأحوال الشّخصية بالشّريعة الإسلامية[3]، ولهذا السّبب منح المشرّع الجزائري السّلطة التّقديرية للقاضي في مسائل الحضانة، لتقدير مصلحة المحضون.

وما هو ملاحظ في الاجتهادات القضائية، أنّ القاضي قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية لمخالفته للنّظام العام الجزائري، ومن ضمن هذه المسائل نجد:

أ) أثر الدّين في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي:

اختلف الفقهاء حول مسألة أثر الدّين على حضانة الطّفل؛ حيث تباينت آراءهم في حكم قيام أحد الوالدين بتغيير دينه أو الارتداد عن الدّين الإسلامي، وهو ما سنحاول

[1] م 62 ف 02 من ق. أ. ج.

[2] م 12، م 13 من ق. م. ج.

[3] تنصّ م 222 من ق. أ. ج سالف الذّكر على أنّ: "كلّ ما لم يرد النّص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشّريعة الإسلامية". ويقول **الأستاذ صلاح الدين جمال الدين:** "إنّ الشّريعة الإسلامية هي الشّريعة العامة في مسائل الأحوال الشّخصية". صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب –دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. 15.

توضيحه من خلال النّقطتين الآتيتين، والمتمثّلتين في أثر تغيير الدّين وكذا أثر الرّدة على استحقاق الحضانة على التّوالي.

1. تغيير الدّين:

اختلف الفقهاء في مسألة الدّين على ثلاثة أقوال، وهي[1]:

– **القول الأوّل:** يشترط في الحاضن أو الحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة، وهو قول الشّافعية والحنابلة ومالك في أحد قوليه.

– **القول الثّاني:** لا يشترط في الحاضن ولا في الحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة، ومن باب أولى غير أمّ، وهو قول الحنفية والإمام مالك.

– **القول الثّالث:** يشترط الإسلام في الحاضن الذّكر فقط دون الأنثى، فالأمّ الكافرة أحقّ بحضانة ولدها المسلم حتى يبلغ، وهو قول بعض الحنفية وابن حزم.

ومن هنا، يتبيّن لنا أنّ قول المالكية والأحناف –القول الثّاني– لا يرون أنّ الإسلام شرط لممارسة الحضانة، وبالتّالي يجوز أن تكون الحاضنة كتابية[2].

وقد ساير المشرّع الجزائري هذا الرّأي في نصّ م 62 من ق. أ. ج. ولم يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة، "وقد أصاب القانون في ذلك عندما راعَ وجوب عدم اختلاف العقيدة بين المحضون وحاضنته غير المسلمة"[3].

وقد أكّدت م. ع ذلك في العديد من قراءاتها، نذكر القرار رقم 979 الّذي جاء فيه ما يلي: لقد ثبت من أوراق ملف القضية أنّ الأمّ الّتي هي مسيحية عمدت إلى تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك في سجلّ الكنيسة والشّهادات على التّمسيح في الملف، لكّن المجلس أقرّ للأمّ

---

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، **شروط ثبوت حقّ الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية –دراسة مقارنة–**، ط. الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية– مصر، 2012، ص. 177.

[2] باديس ديابي، **صور وآثار فكّ الرّابطة الزّوجية في قانون الأسرة**، المرجع السّابق، ص. 134.

[3] العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، إعادة ط. الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص. 138.

الحضانة رغم وجود هذا المبطل، مع أنّ الطّاعن تقدّم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك، لهذا استوجب النّقض[1].

وكذلك ما جاء في القرار المؤرّخ في 13 مارس 1989 تحت رقم 52221: "من المقرّر شرعا وقانونا أنّ الأمّ أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلاّ إذا خيف على دينه وأنّ حضانة الذّكر حتى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سنّ الزّواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشّرعية والقانونية. ولمّا قام قضاة الاستئناف –في قضية الحال– بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثّلاثة ومن جديد إسنادها للأب، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين؛ باعتبار أنّهما أصبحا يافعين، إلاّ أنّهم أخطأوا بخصوص البنت، خارقين بذلك أحكام الشّريعة الإسلامية والمادة 64 من قانون الأسرة الجزائري. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخصّ حضانة البنت دون إحالة"[2].

2. أثر الرّدة على استحقاق الحضانة:

لا تستحقّ المرتدّة[3] الحضانة؛ لأنّه مستحق للقتل، وعقابه بالقتل. لا يمكّنه من القيام بمهامّ الحضانة، وذلك للأسباب التّالية:

- المرتدّة لا ولاية لها على المحضون إذا كان مسلما؛ لأنّها ميّتة حكما.

---

[1] م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 19287، قرار بتاريخ 1979/04/16، م. ق، ع 02، 1981، ص. 108. جمال سايس، ج. الأول، المرجع السّابق، ص. 137.

[2] باديس ديابي، **صور وآثار فكّ الرّابطة الزّوجية في قانون الأسرة**، المرجع السّابق، ص. 135.

[3] **ارتدّ:** رجع على أثره، وارتدّ إليه، وارتد عن طريقه، وارتدّ عن دينه، إذا كفر بعد الإسلام، والشّيء استرجعه، يقال: ارتدّ هيبته ونحوها. **المعجم الوسيط**، مجمع اللّغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التّراث، ط. الرّابعة، مكتبة الشّروق الدّولية، مصر، 2004، ص. 338.

وفي القرآن الكريم، يقول الله جلّ شأنه: ﴿... وَلاَ تَرْتَدُّوا عَلَى أَدْبَارِكُمْ فَتَنْقَلِبُوا خَاسِرِينَ (21)﴾ سورة المائدة، الآية 21. **وقوله عزّ وجلّ:** ﴿... وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَت أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيا وَالآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (217)﴾ سورة البقرة، الآية 217.

– المرتدة تحبس عقوبة لها على الرّدة حتى تعود للإسلام؛ لأنّها لا تكون قادرة على الحضانة، كما أنّه يخشى على الصّغير من أن تغيّر دينه؛ فهي ليست أهلا للحضانة. (في فتوى دار الإفتاء المصرية).

– الحضانة ثقة بالحاضنة وتكريم لها، والمرتدّة لا تستحقّ أيّ ثقة أو التّكريم؛ لأنّه يخشى أن تؤثّر على عقيدة المحضون وتزرع فيه بذور الإلحاد والزّيغ[1].

كما جاء في قرار م. ع المؤرّخ في 2008/09/10، بأنّ الرّدة مخالفة للنّظام العام وتستوجب إلغاء تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت ذلك، وذلك كما يلي: "بما أنّ قضاة الموضوع أسندوا حضانة الأبناء الخمسة لأمّهم رغم الإثبات من طرف الطّاعن اكتسابها الجنسية الفرنسية؛ لأنّ المطعون ضدّها غيّرت جنسيتها دون أن ترتدّ عن دين الإسلام، ولا يوجد أمام الجهة القضائية ما يفيد تخلّيها عن الدّين الإسلامي، فإنّ ذلك لا يسقط حقّها كونها أولى بحضانة أطفالها، وتبعا لذلك رفض الطّعن"[2].

وبهذا، نكون قد أشرنا ولو بشكل موجز إلى أثر الدّين كسبب أوّل في إثارة الدّفع بالنّظام العام في مسائل الحضانة، ودوره في منع تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا لذلك، وفيما يلي سننتقل للسّبب الثّاني المتمثّل في السّكن في بلد أجنبي ودوره في إثارة مسألة الدّفع بالنّظام العام.

[1] رشدى شحاتة أو زيد، **شروط ثبوت حقّ الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية–دراسة مقارنة–**، ط. الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية– مصر، 2012، ص. 202.

[2] حيث جاء في المبدأ: لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقّها في الحضانة، طالما لم تثبت ردّتها عن الدّين الإسلامي. م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 457038، قرار بتاريخ 2008/09/10، م. م. ع، ع 02، 2008، ص. ص. 313–316. أي: إذا ثبتت ردّة الحاضنة عن الدّين الإسلامي تسقط الحضانة عنها كما هو مبيّن في إ. ق.

ب) السّكن خارج التّراب الوطني كأثر للدّفع بالنّظام العام:

تعدّ مصلحة المحضون معيارا أساسيا في إسناد الحضانة، غير أنّ المجتمع الدّولي لم يتّفق على تحديد معيار موحّد ومحدّد[1] لضبط فكرة النّظام العام. وهو ما حصل مع المشرّع الجزائري من تغيير في فكرة النّظام العام لمراعاة مصلحة المحضون.

إذ نجد في م 64 من ق. أ. ج أنّ الحضانة تمنح للأمّ وهو حقّ أصيل لها، لكّن قد يحدث أن تسند حضانة المحضون لغير الأمّ إذا ما تعارضت مع مسألة النّظام العام كمعارضتها لـ م 62 وكذا م 64[2] من ق. أ. ج؛ فإذا كانت الأمّ الأجنبية مقيمة بالخارج فالقاضي يسقط حقّها في الحضانة لمخالفة أحكام م 62 من ق. أ. ج الّتي تنصّ على أن يربّى الولد على دين أبيه؛ لأنّه قد يمنع كلا من المحضون وغير الحاضن من حقّ الاتصال والزّيارة.

وبمفهوم المخالفة نجد أنّ الحضانة "تسند لأحد الأبوين الّذي يسكن بالجزائر سواء كان أمّا أو أبا"[3]، لاستفاء حقّ الزّيارة مثلما جاء في قرار م. أ على أنّه: "من المستقرّ عليه فقها وقضاءً أنّ بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزّيارة والرّقابة على الأطفال المحضونين، لا يكون أكثر من ستة برود"[4].

وكذلك القرار الّذي يقضي بأنّه: "من أسباب سقوط الحضانة عن الأمّ وإسنادها للأب وفقا لأحكام الشّريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، هي إقامة الأمّ بفرنسا والأب

[1] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 247.

[2] تنصّ م 64 من ق. أ. ج على أنّ: "الأم أولى بحضانة ولدها، ...".

[3] م. أ، ملف رقم 56597، قرار بتاريخ 1989/12/25، م. ق، ع 03، 1991، ص. ص. 61-64. كمال عليوش قربوع، المرجع السّابق، ص. 240.

[4] م. أ، ملف رقم 43594، قرار بتاريخ 1986/03/22، ن. ق، ع 44، 1988، ص. 175. جمال سايس، ج. الأول، المرجع السّابق، ص. ص. 196-198.

بالجزائر، فيتعذّر في هذه الحالة على الأب الإشراف على أولاده المقيمين مع أمّهم، وكذا يحرمه من حقّه في الزّيارة لبعد المسافة"[1].

وعليه، فإنّ الإشكال لا يطرح إذا كان الأبوان يقيمان في بلد أجنبي معا[2]، إنّما يطرح عندما لا يقيمان في بلد واحد؛ حيث جاء في حيثيات م. أ ما يأتي: "وحيث أنّ المجلس الأعلى قد سبق له وأن أصدر قراراته في مسألة الحضانة، واتخذ مبدأ وهو أنّه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإنّ من يوجد منهما بها يكون أحقّ بهم ولو كانت الأمّ غير مسلمة، ويتأكد كلّ هذا أكثر إذا كان كلّ من الأبوين مسلمين، وكلّ حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزّاوية ويحول بينه وبين تنفيذه.

وعليه، فإنّ ما ذهب إليه المجلس للموافقة على الحكم الرّافض لطلب وضع الصّيغة التّنفيذية على الحكم أو القرار الأجنبي المستدلّ بمقتضاه حضانة البنتين لأمّهما المقيمة بفرنسا، كان على صواب؛ لأنّ إبقاء البنتين بفرنسا يغيّر من اعتقادهما ويبعدهما عن دينهما وعن عادات قومهما ويمسّ بقواعد النّظام العام، فضلا عن ذلك أنّ الأب له الحقّ في الرّقابة وإبعادهما عنه يحرمه من هذا الحقّ، ومن ثمّ فإنّ النّعي عن القرار بما ورد في السّبب غير معقول"[3].

بالمقابل أصبح القضاء الأوروبي يتخذ من فكرة النّظام العام ذريعة لاستبعاد القانون المختصّ الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي، إذا كان القانون المختصّ يتعلّق بدولة إسلامية[4]. كما هو مبرّر عند أصحاب هذه النّزعة في قولهم: "ليس من السّهل إقناع القاضي الألماني بأنّ الطّفل المولود في ألمانيا من أب مغربي وأمّ ألمانية، والّذي أقام بألمانيا وترعرع فيها وأتقن لغتها، أنّ تربيته وتكوينه وكذا وضعيته الاجتماعية والنّفسية

[1] م. ع، ملف رقم 111048، قرار بتاريخ 1995/11/21، ن. ق، ع 52، 1997، ص. ص. 102-104 175. جمال سايس، ج. الثّاني، المرجع السّابق، ، ص. ص. 860-862.

[2] م. أ، ملف رقم 52202، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 40 من الباب الأوّل.

[3] م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 52207، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 35 من الباب الأوّل.

[4]- حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 44.

ستكون أفضل إذا منحت الحضانة لأبيه في المغرب، الّذي لم يزره إلاّ مرات قليلة ولفترات قصيرة ..."[1].

لكّن في قرار آخر، نجد أنّ فكرة البلد الأجنبي عند القاضي الوطني قد ألغيت بسبب مصلحة المحضون؛ أي أنّ مقتضيات النّظام العام للسّكن في البلد الأجنبي في حقبة معيّنة ألغيت من قبل القاضي، لما فيه من مصلحة المحضون في عيشه في بلد أجنبي، من ذلك نجد القرار التّالي: "يمكن إسناد حضانة الأبناء للأمّ المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"؛ لأنّ قضاة المجلس قد أسّسوا القرار المطعون فيه بناءً على أنّ مصلحة الأبناء تقتضي بقاءهم عندها بفرنسا لأنّهم يدرسون هناك، وهو سبب كافٍ في نظر قضاة المجلس، ما دامت مراعاة مصلحة المحضونين تكون في المقام الأوّل عند إسناد حضانتهم[2].

وأكّدوا على ذلك في قرار م. ع لسنة 1993 القاضي بـ: "... غير أنّه فيما يخص شرط ممارسة الحضانة بالجزائر الّذي قضى به الحكم المستأنف وأيّده القرار المطعون فيه لم يراعِ فيه قضاة الموضوع أحكام المادة 69 من قانون الأسرة، أيضا أنّ شرط الإقامة بالمحضون في الجزائر لا يقرّره القاضي تلقائيا، بل بناءً على طلب ممّن له مصلحة في ذلك، كما أنّ إثبات الحضانة أو إسقاطها عن الشّخص الموكل به إذا أراد أن يستوطن بالمحضون في بلد أجنبي، يستدعي طلب ذلك من الحاضن مراعاة مصلحة المحضون ذاته"[3].

وما يلاحظ عليه من خلال هذين الاجتهادين القضائيين، هو أنّ القاضي قد تراجع عن فكرة الدّفع بالنّظام العام في حالة الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي، تطبيقا لـ م 69 من

[1] عبد القادر بوعصيبة، **حقّ الحضانة وإشكالات التّطبيق في المهجر**، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، جامعة محمد الأوّل، تطبيق مدوّنة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية يومي 9 و10 أبريل 2010، ص. 385.

[2] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 426431، سبق التّطرّق إليه في الصّفحة 41 من الباب الأوّل.

[3] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 91671، قرار بتاريخ 1993/06/23، م. ق، ع 01، 1994، ص. ص. 77-78.

ق. أ. ج الّتي تنصّ على مراعاة مصلحة المحضون في ذلك الانتقال، وهو ذات الأمر الّذي نلمسه من خلال فساد أخلاق الحاضنة والزّواج بغير محرم.

ج) فساد أخلاق الحاضنة أو الزّواج بغير محرم للمحضون:

اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال[1]:

– **القول الأوّل لجمهور الفقهاء (المالكية، الشّافعية والحنابلة):** إنّ الفسق مانع للحضانة مطلقا، مع تفصيل بسيط عند بعضهم.

– **القول الثّاني وهو لابن القيم من الحنابلة:** لا تأثير للفسق على استحقاق الحضانة.

– **القول الثّالث وهو لبعض الحنفية:** قد فرّقوا بين أنواع الفسق من حيث الأثر المترتّب عليه؛ فإن ترتّب على فسق الحاضن أو الحاضنة ضياع الولد، فهو فسق مسقط للحضانة وإذا لم يترتّب عليه ذلك فهو ليس فسقا.

ولم يبيّن هؤلاء الفقهاء الأحوال الّتي يضيع فيها المحضون عند الحاضنة، وتركوا ذلك لتقدير القاضي.

– **القول الرّابع وهو للحنفية ومعهم ابن حزم الظاهري:** قد فرّقوا بين مرحلتين:

إذا كان الطّفل لم يبلغ سنّ الفهم والتّعقّل فإنّ الفسق ليس بمانع للحضانة، أمّا إذا كان قد بلغ السّن الّتي يفهم فيها معنى الفسق، فهنا لا يستحقّ الحاضن الحضانة إذا اتّصف بالفسق.

"والفقهاء لم يبيّنوا أحوال الفسق الّتي يضيع فيها المحضون، وإنّما تركوا ذلك للسّلطة التّقديرية للقاضي الّذي عليه أن يقوّم مصلحة الصّغير على أساس حالة الحاضنة"[2].

---

[1] رشدى شحاتة أو زيد، **شروط ثبوت حقّ الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية–دراسة مقارنة–**، المرجع السّابق، ص. ص. 222–224.

[2] أحمد نصر الجندي، **حضانة النّساء والمجلس القومي للمرأة**، دار الكتب القانونية، دار شتات للنّشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013، ص. 29.

وقد استقرّ القضاء بداية حكمه على القول الأوّل؛ حيث نجد في إحدى القرارات القضائية أنّه: "متى كان من المقرّر شرعا سقوط حقّ الحضانة عن الأمّ لفساد أخلاقها وسوء تصرّفاتها، فإنّه يسقط حقّ أمّهما في ممارسة الحضانة لفقد الثّقة فيهما معا.

وللحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الّذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدّتهما للأمّ، بعد إسقاط هذا الحقّ عن الأمّ لفساد أخلاقها وإقرارها باتخاذ وسائل غير شريفة لترغم زوجها على طلاقها"[1].

وفي قرار آخر قضى بـ: "إنّ جريمة الزّنا من أهمّ المسقطات للحضانة مراعاة لمصلحة المحضون، وأنّ قضاة الموضوع عندما قضوا بإسناد حضانة الأبناء للأمّ المحكوم عليها من أجل جريمة الزّنا، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون"[2]؛ لأنّ واجب الأمّ هو رعاية الابن وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن شروط الحضانة أمانة الحاضن[3].

لكن، وكما أشرنا سابقا إلى أنّ المشرّع الجزائري تراجع عن الدّفع بالنّظام العام للأمّ المدانة بجريمة الزّنا، إذا ما تحقّقت مصلحة المحضون على رأي القضاة كما يلي: "يمكن إسناد الحضانة للأمّ المدانة بجريمة الزّنا متى تحقّقت مصلحة المحضون"[4].

وكذلك ما نجده وما يلاحظ في مسألة زواج الحاضنة بغير محرم، أنّ المشرّع عدل عن هذا الأمر لصالح المحضون؛ حيث نجد في قرار مضى يقضي بـ: "يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أمّا أن تكون خالية من الزّواج، أمّا إذا كانت متزوّجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنّه من المتعيّن تطبيق هذا الحكم الشّرعي عند القضاء في مسائل الحضانة، لذلك يستوجب نقض القرار الّذي خالف أحكام هذا المبدأ وأسند حضانة البنت لجدّتها للأمّ المتزوّجة بأجنبي عن المحضونة"؛ أي أنّ القاضي قد أسقط حضانة الأمّ

---

[1] م. أ، ملف رقم 31997، قرار بتاريخ 1984/01/09، م. ق، ع 01، 1989، ص. 73. جمال سايس، ج. الأوّل، المرجع السّابق، ص. ص. 208-210. تمّ التّطرّق إليه في الصّفحة 38 من الباب الأوّل.

[2] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1997/09/30، إ. ق، ص. 169. باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص. 60.

[3] **ينظر**: م 62 ف 02 من ق. أ. ج من الباب الأوّل، ص. 42.

[4] م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 564787، تمّ التّطرّق إليه في الصّفحتين التّاليتين 36، 39 من الباب الأوّل.

لكونها تزوّجت بغير محرم، فكيف تستحّقها الجدّة المتزوّجة بغير محرم، مستدلّين في ذلك بقول الشّيخ خليل في باب الحضانة: "والأنثى الخلو من زوج دخل"؛ بمعنى أنّه يشترط في المرأة الحاضنة ولو أمّا فالأحرى أن تكون خالية من الزّواج، فإذا كان لها زوج فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون بزوجها[1].

ثمّ عدل المشرّع عن هذا القرار في قرار آخر صادر عن م. أ، الّذي خالف مسألة النّظام العام لصالح المحضون؛ حيث جاء في المبدأ ما يلي: "من المقرّر قانونا أنّه يسقط حقّ الحضانة بالزّواج بغير قريب محرم وبالتّنازل ما لم يضرّ بمصلحة المحضون ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا –في قضية الحال– أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمّها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها، رغم الشّهادات الطّبية الّتي تثبت أنّ البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأمّ أكثر من رعاية الأب، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشّرعية الخاصة بالحضانة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

وفي الأخير، يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري لم يخص مسألة النّظام العام بقاعدة خاصة، فتارة يحكمها بحسب ما هو معمول به في أعراف مجتمعنا، وتارة أخرى يلغي فكرة النّظام العام بسبب مصلحة المحضون، ما يثبت تذبذبا وعدم استقرار في قراراته؛ إذ الأصل في فكرة النّظام العام أنّها تختلف من زمن لآخر، وبالتّالي كان من الأحرى أن يضع لها المشرّع معايير تضبطها، وهذه المعايير تتغيّر بتغيّر مقتضيات المجتمع شريطة ألاّ تخالف مسائلا في الشّريعة الإسلامية؛ لأنّ هذه الأخيرة صالحة لكلّ زمان ومكان.

[1] م. ع، غ. أ. ش، الملف رقم 40438، والملف رقم 331058، تمّ التّطرّق إليهما في الصّفحة 35 من الباب الأول.

[2] م. أ، ملف رقم 54353، م. ق، ع 01، 1992، ص. 45. جمال سايس، ج. الثّاني، المرجع السّابق، ص. ص. 565-567.

هذا عن رأي المشرّع الجزائري من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته النّظام العام الوطني، أمّا في النّقطة الموالي فسنحاول من خلالها وبإيجاز عرض التّشريع المغربي كنموذج آخر استبعد أيضا تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام.

ثانيا- الدّفع بالنّظام العام في التّشريع المغربي:

تعتبر مصلحة المحضون الشّرط الأساسي في إسناد الحضانة؛ حيث جعلها المشرّعون فوق كلّ اعتبار، واستبعدوا تطبيق كلّ قانون أجنبي مفاده مخالفة المصلحة الفضلى للمحضون باسم الدّفع بالنّظام العام.

حيث جاء في الاجتهادات القضائية الخاصة بدولة المغرب، أنّ كلّ ما يمسّ بمصلحة النّظام العام المغربي هو مخالف له، ومن ضمن هذه القرارات نجد: "حيث أنّ هذه المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف على الصّعيدين الابتدائي والاستئنائي، ودراستها لعلل الحكم المستأنف وما أثير بشأنها من أسباب، تبيّن لها أنّ ما نعاه المستأنف على الحكم غير مؤسّس، ذلك أنّ الثّابت من أوراق الملف أنّ سنّ المحضون لا يتجاوز 5 سنوات وأنّه ظلّ بعد طلاق والدته تحت حضانتها ورعايتها، كما أنّ مقتضيات الفصل 175 من مدوّنة الأسرة صريحة في أنّ الأمّ لا تسقط حضانتها ولو تزوّجت بأجنبي، ما دام سنّ المحضون لم يتجاوز 7 سنوات، وأنّها مقتضيات جاءت لمراعاة مصلحة المحضون وحفاظا على نفسه في هذا السّن المبكّر، لتعلّقه بأمّه أكثر من أيّ كان ولأنّها هي الأقرب لحضانته من غيرها.

وحيث أنّ انتقال الحاضنة عرضيا أو السّفر به داخل المغرب أو خارجه، لا يشكّل سببا يعتمد عليه لإسقاط حضانتها مادامت أن مصلحة المحضون لم تمسّ، وعليه فإنّ الحكم المستأنف لمّا راعَ ذلك، إنّما قدّر مصلحة المحضون في هذا السّن أحسن تقدير، خاصة وأنّ الطّالب لم يثبت مساس مصلحة المحضون أو الإضرار به. لذا وجب تأييد الحكم المستأنف وإبقاء الصائر على المستأنف"[1].

وفي قرار آخر يؤيّد تغليب مصلحة المحضون، ينصّ على: "... واستنادا إلى السّلطة التّقديرية لهذه المحكمة، وإعمالا لمقتضيات المادة 186 من مدوّنة الأسرة الّتي تنصّ على

[1] محكمة الاستئناف بوجدة- المغرب، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 239، قرار بتاريخ 2006/03/22، ع 52-05.

ضرورة مراعاة مصلحة المحضون في تطبيق مواد باب الحضانة، ارتأت المحكمة أنّ سفر الحاضنة رفقة المحضونين إلى فرنسا حيث كان يقيم الطّرفان معا، لن يسقط حضانتها عنها خاصة أمام عدم ثبوت ما يؤدّي إلى سقوطها من أسباب أخرى، ممّا يتعيّن معه التّصريح بتأييد الحكم المستأنف عندما قضى برفض الطّلب بهذا الخصوص ..."[1].

وعليه، أضحى موقف المشرّع المغربي يقف على مصلحة المحضون الّتي تعدّ الرّكيزة الأساسية، الّتي يمنع على أساسها تطبيق القانون الأجنبي الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية إذا ما خالفت النّظام العام المغربي.

وبعد هذا التّوضيح، ننتقل إلى مسألة الغشّ نحو القانون كآلية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مادة الحضانة، الّتي لا تقلّ أهمّية عن النّظام العام في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الثّاني: الغشّ نحو القانون كآلية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي

وضعت قاعدة الإسناد الوطنية لإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق في المسائل المشتملة على عنصر أجنبي، فكانت تحتوي على الفئة المسندة والقانون المسند إليه ويربط بينهما ضابط الإسناد[2].

لكن، قد يحدث وأن يقوم أحد الأطراف أو كليهما بتغيير هذا الضّابط؛ فبدل أن يخضع لسلطان قاعدة الإسناد يخضع لسلطان إرادة الأطراف، بهدف التّهرّب من أحكام قانون معيّن نحو قانون آخر يفيد مصالحهم.

---

[1] محكمة الاستئناف بأكادير – المغرب، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 413، قرار بتاريخ 2007/12/04، ع 40-07.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السّابق، ص. 186.

ويعرّف **ضابط الإسناد** على أنّه: "أداة الإسناد بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، وكلّ فئة مسندة تتخّذ ضابط إسناد قدّر المشرّع ملائمته، مثلا: المشرّع الجزائري أخذ في الأحوال الشّخصية بضابط الجنسية، بينما مشرّع آخر أخذ بقانون الموطن، وقد يمنح المشرّع لأطراف العلاقة فرصة الاختيار بين عدّة ضوابط، كما قد يعتمد أحيانا ضابطا أصليا وآخر احتياطيا". الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 97.

وللتّوضيح أكثر، وقبل التّطرّق إلى الغشّ نحو القانون كآلية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، لابد من التّطرّق أوّلا إلى مفهوم الغشّ نحو القانون (الفرع الأوّل)، وكذلك آثاره وتطبيقاته (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: مفهوم الغشّ نحو القانون

إنّ من موانع تطبيق القانون الأجنبي الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في م24 ف 01 من ق. م. ج، الغشّ نحو القانون الّذي سنحاول توضيح فكرته في هذا الفرع من خلال تعريفه وتبيان بوادر نشأته (أوّلا) ثمّ تبيان شروطه (ثّانيا).

أوّلا- تعريف الغشّ نحو القانون وبوادر نشأته:

تعتبر مسألة الغشّ نحو القانون مسألة في غاية الخطورة، ورغم ذلك لم تخصّص الدّول العربية قانونا ينصّ عليه، باستثناء دولتين عربيتين فقط؛ حيث نجد كلّ من القانون الجزائري والتّونسي قد نصّا عليه، والأساس القانوني[1] في ذلك هو أنّ مصلحة الطّفل الفضلى هي المعيار الأساسي لاتخاذ القرارات القضائية والإدارية[2]. فعند الفصل في قضايا الحضانة يجب على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون الّتي نصّ عليها الفصل 67 من م. أ. ش. ت[3].

وبناءً على هذا، ذهب القضاء إلى أنّه: "يكون قابلا للنّقض لضعف تسبّب الحكم الّذي قضى بالحضانة دون مراعاة مصلحة المحضون، مع أنّها أساسية في الموضوع"[4]. فكلّ حكم أو قرار يقضي بعدم مراعاة مصلحة المحضون، يكون قابلا للنّقض.

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 -دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي-**، المرجع السّابق، ص. 290.

[2] عائدة اليرماني غربال، المرجع السّابق، ص. 30.

[3] الفصل 67 من م. أ. ش. ت.

[4] ق. ت. م ع 4812، مؤرّخ في 24 أوت 1966، م. ق، ص. ص. 27-31. عائدة اليرماني غربال، المرجع السّابق، ص. 31.

وفي قرار آخر جعل من مسائل الحضانة تتعلّق بالنّظام العام في العديد من الأحكام نجده نصّ على أنّ: "الأحكام المتعلّقة بالحضانة لها ارتباط بالنّظام العام، وعلى محكمة التّعقيب السّهر على حسن تطبيقها، بصرف النّظر عن المطاعن الّتي يثيرها طالب التّعقيب"[1]. ولمّا كان كذلك، فإنّ في الفصل 67 من م. أ. ش. ت كلمة الغير: "يمكن أن تثير خلافا في الرّأي والمواقف؛ بحيث قد يرى البعض أنّها لا تفيد الحصر وأنّه يجوز بناءً على ذلك أن تنصرف إلى القريب والأجنبي في آن واحد"[2].

تعدّ مسائل الأحوال الشّخصية مرتبطة بالشّريعة الإسلامية[3]؛ إذ نجد أنّ المشرّع الجزائري نصّ في م 24 من ق. م على أنّه: "لا يجوز ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغشّ نحو القانون"، وكذلك الفصل 30 ف 02 من م. أ. ش. ت: "إذا توافرت شروط التّحايل على القانون فلا عبرة بتغيّر عنصر الإسناد".

هذا، ونشير إلى أنّ المشرّع الجزائري كعادته لم يعرّف فكرة الغشّ نحو القانون في م24 من ق. م، وترك المسألة للفقه والقضاء في تعريفه وتحديد ضوابطه، وهو ما سنحاول توضيحه في النّقاط التّالية.

أ) تعريف الغشّ نحو القانون:

بالرّغم من كلّ محاولات التّشريع والقضاء في محاربة الغشّ بكافّة أشكاله، إلاّ أنّهما لم يقدّما لنا أيّ تعريف له، في حين نجد أنّ الفقه قد قدّم تعريفات مختلفة له تتجلّى في[4]:

---

[1] قرار مدني ع 5431، مؤرّخ في 26 جوان 1967، م. ق، ص. 49. عائدة اليرماني غربال، المرجع السّابق، ص. 34.

[2] زكية حميدو، المرجع السّابق، ص. 371.

[3] قال رسول الله صلى الله عليه وسلّم: ﴿**من غشّنا فليس منا**﴾، رواه مسلم في الصّحيح، كتاب الإيمان، باب قول النّبي صلى الله عليه وسلّم من غشّنا فليس منا، رقم الحديث: 102، ط. الثّانية، دار السّلام للنّشر والتّوزيع، الرّياض- السّعودية، 2000، ص. ص. 57، 58. رواه التّرمذي في السّنن، كتاب البيوع، باب ما جاء في الكراهية، الغشّ في البيوع، رقم الحديث: 1315، **تحقيق:** رائد بن صبري بن أبي علفة، ط. الثّانية، دار الحضارة للنّشر والتّوزيع، الرّياض- السّعودية، 2015، ص. 274.

[4] نادية فضيل، **الغشّ نحو القانون**، دار هومة، الجزائر، 2005، ص. 35.

عرّفه **الأستاذ حسن الهداوي** بأنّه: "تدبير إرادي لوسائل تؤدّي إلى الخلاص من قانون دولة مختصّ عادة بحكم علاقة قانونية، وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنّتائج المتوخّاة"[1].

كما عرّف **الأستاذ الطيب زيروتي** الغشّ نحو القانون بأنّه: "مناقضة قصد الشّارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد، للوصول إلى نتائج غير مشروعة"؛ أي أن يقوم ذوو الشّأن عمدا بتغيير ضابط الإسناد قصد الإفلات من أحكام القانون المختصّ أصلا بحكم المركز القانوني[2].

أمّا **الدّكتورة نادية فضيل** فقد عرّفته على أنّه: "إرادة تغيير ضابط الإسناد للوصول إلى نتيجة مشروعة في حدّ ذاتها، ومحظورة في نظر القانون الواجب التّطبيق على العلاقة القانونية"[3].

هذه بعض التّعريفات الّتي أوردها الفقه فيما يخصّ الغشّ نحو القانون، وفيما يلي ننتقل إلى النّقطة الموالية لتبيان بوادر نشأة هذا الأخير.

ب) بوادر نشأة الغشّ نحو القانون:

تعود البوادر الأولى لفكرة الدّفع بالغشّ نحو القانون إلى القضاء الفرنسي الصّادر في 18 مارس 1878، المتعلّق بقضيّة "*Bauffremont*"[4]؛ حيث كانت أوّل قضيّة تطبّق في القضاء الفرنسي، وتتلخّص وقائعها في أنّ الأميرة الفرنسية بوفرمون أرادت التّطليق من زوجها للزّواج بالأمير الرّوماني "ببسكو *Bibesco*"، ولمّا كان القانون الفرنسي –الّذي هو القانون الواجب التّطبيق بوصفه قانون الجنسية– يمنع آنذاك الطّلاق، تجنّست الأميرة

---

[1] حسن الهداوي، **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدّولي الخاص العراقي**، ط. الثّانية، الإرساء، بغداد، 1972، ص. 09.

[2] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 289. **راجع أيضا:** سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 24.

[3] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 56.

[4] فاطمة الزّهراء جندولي، المرجع السّابق، ص. 82.

المذكورة بجنسية إحدى الدّويلات الألمانية الّتي يسمح قانونها بالتّطليق، فتحصّلت عليه فيها وفقا لقانون جنسيتها الجديدة، وتزوّجت في برلين الأمير الرّوماني ببسكو ثمّ رجعت إلى فرنسا، فرفع الزّوج الأوّل دعوى أمام القضاء الفرنسي طالبا إبطال طلاقها منه وبالتّالي بطلان الزّواج المترتّب عليه، فقضت م. ن. ف لصالحه وأبطلت طلاقها الأوّل وما ترتّب عنه من زواج، واستندت في قضائها على فكرة الغشّ نحو القانون[1]. وقد طبّقها القضاء الفرنسي في العديد من القضايا[2].

ج) الغشّ نحو القانون والنّظام العام:

يعدّ الغشّ نحو القانون وظيفة أساسية للدّفاع عن قانون القاضي ضدّ تطبيق القانون الأجنبي، ما يجعله من هذه النّاحية يقترب من الدّفع بالنّظام العام[3]. لذا حاول بعض الفقهاء وعلى رأسهم "**بارتان**" جعل الغشّ نحو القانون من أسس مخالفة النّظام العام؛ حيث أنّه اعتبر الحيلة الّتي يتمّ بها الغشّ نحو القانون ما هي إلاّ إحدى تطبيقات الدّفع بالنّظام العام[4] "لأنّه إذا كان القصد من تغيير ضابط الإسناد هو التّهرّب من الأحكام الآمرة في قانون القاضي، فإنّ تطبيق القانون الأجنبي يشكّل في هذه الحالة خرقا للنّظام العام، ممّا يستوجب استبعاده عن طريق الدّفع بالنّظام العام وتطبيق قانون القاضي"[5]. هي نظرية لا تُرجى منها أيّة فائدة، فالغشّ نحو القانون ما هو إلاّ صورة من صور النّظام العام[6].

في حين ظهر اتجاه آخر يقرّ باختلاف النّظامين على أساس أنّ:

---

[1] بلقاسم أعراب، المرجع السّابق، ص. 188.

[2] فاطمة الزّهراء جندولي، المرجع السّابق، ص. 82.

[3] علي علي سليمان، **مذكّرات في القانون الدّولي الخاص الجزائري**، ط. الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، 2008، ص. 166.

[4] غالب علي الداودي، **القانون الدّولي الخاص: (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدّولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية) –دراسة مقارنة–**، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، 2011، ص. 257.

[5] محمد المبروك اللافي، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدّولي –دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرّرة في التّشريع اللّيبي–**، منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، 1994، ص. 93.

[6] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. ص. 105، 106.

نظرية الدّفع بالنّظام العام تهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، أمّا الغشّ نحو القانون فينصرف نحو نيّة صاحب المصلحة[1]، وهو الّذي يبحث في فكرة النّظام فلا يهتمّ للنّوايا والبواعث.

وفي هذا الصّدد، ترى **الدّكتورة نادية فضيل** أنّ ما يميّز نظرية الغشّ نحو القانون عن فكرة النّظام العام، هو أنّ: "الأولى ترمي إلى حماية القانون الوطني والأجنبي في آن واحد، بينما الدّفع بالنّظام العام ينحصر هدفه في حماية القانون الوطني فقط"[2].

وللتّمسّك بالغش نحو القانون كأحد مسبّبات موانع تطبيق القانون الأجنبي، لابد من توافر شروطه الّتي سنبيّنها في النّقطة الثّانية.

ثانيا- شروط التّمسّك بالدّفع بالغشّ نحو القانون:

أجمع فقهاء القانون الدّولي الخاص على ضرورة توافر شرطين أساسيين للتّمسّك بفكرة الغشّ نحو القانون؛ وهي أن يقوم ذوو مصلحة بمناورات مادية خاضعة لإرادتهم، تهدف إلى عدم تطبيق القانون المختصّ أصلا وهو الرّكن المادي[3]. أمّا الشّرط الثّاني فلابد أن يكون القصد من وراء ذلك مصحوبا بسوء النّية وهو الرّكن المعنوي، كما أنّ هناك شروطا مختلف فيها عند الفقهاء سنحاول توضيحها.

أ) الشّروط المتّفق عليها:

أجمع الفقهاء على أنّ للغش نحو القانون شرطان يتمثّلان في الرّكن المادي والرّكن المعنوي:

1. الرّكن المادي للغشّ نحو القانون:

للغشّ المادّي عدّة مظاهر تتمثّل في:

[1] غالب علي الداودي، المرجع السّابق، ص. 258.

[2] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 107.

[3] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 -دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي-**، المرجع السّابق، ص. 291.

- **سكوت الأطراف عن القانون غير المختصّ:**

كما نعلم أنّ القاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي، وبالتّالي إذا ما فضّل الأطراف تطبيق قانون القاضي حين الفصل في الدّعوى، فإنّهم يتحاشون قصدا الاعتداد بالقانون الأجنبي، ويحصل عادة في مادة الطّلاق لحصول الطّرفان على الطّلاق بالرّضا المتبادل الضّمني لامتناع تلك الواقعة أساسا في قانون دولتهم، وهذه الحالة لا تشكّل تحايلا فقط إزاء القانون الأجنبي وإنّما تمسّ أيضا بالقاعدة التّنازعية بالذّات، خصوصا وأنّ من مبادئ مخالفة النّظام العام في مسائل الأحوال الشّخصية، عدم تطبيق القانون الأجنبي وهو مخالفة صريحة للنّظام العام[1].

- **تغيير ضابط الإسناد:**

نجد هذه الحالة في تغيير الموطن أو الجنسية أو الدّيانة؛ حيث يعتبر تغيير الموطن أيسر من تغيير الجنسية، ويكاد ينعقد اجتماع كلّي بين المحاكم الإنجليزية على عدم الاعتراف بأحكام الطّلاق الصّادرة في الخارج، إذا كان الهدف منها تغيير الموطن للحصول على الطّلاق، كما حدث في م. ن. ف الّتي أخذت بتطبيق قانون الموطن في قضية ريفيير لكّنها تفطّنت ضمنيا إلى حالة الغشّ نحو القانون[2]. أو كأن يقوم الغاش بتغيير ضابط الإسناد الّذي يتحدّد به القانون الواجب التّطبيق[3]؛ كأن يغيّر في الجنسية فيؤدّي ذلك إلى تغيير قاعدة التّنازع، وبالتّالي يتغيّر القانون الواجب التّطبيق. فيتهرّب صاحب العلاقة من المحرّمات[4] الّتي فرضها عليه قانونه الوطني، والحالة الأكثر شهرة لهذه المسألة قضية الأميرة بوفرمون سالفة الذّكر.

---

[1] إسعاد محند، **القانون الدّولي الخاص: قواعد التّنازع**، ج. الأوّل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. ص. 257، 258.

[2] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 292.

[3] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 75.

[4] إسعاد محند، المرجع السّابق، ص. 258.

أمّا مسألة تغيير الدّيانة، فنلمس ذلك في التّشريعات الّتي تسند مسائل الأحوال الشّخصية إلى الدّين؛ إذ يحدث أن يقوم الشّخص بتغيير دينه قصد التّخلّص من الأحكام الشّديدة فيه إلى أحكام أيسر في الدّين الجديد، ومن ذلك محكمة التّنازع السّورية الّتي رفضت في 12 جوان 1925 الاعتراف بحقّ وقف التّنفيذ لمسيحي قام بتغيير دينه إلى الإسلام للتّخلّص من دفع النّفقة لزوجته[1].

2. نيّة الغشّ نحو القانون (الرّكن المعنوي):

تعرّفنا سابقا بأنّ التّغيير في ظرف الإسناد –سواء كان في تغيير الموطن أو الجنسية أو الدّين–، نتيجة حتمية لتغيير القانون الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ولا يتأتّى ذلك إلاّ بتوافر نيّة التّحايل، وهي عنصر أساسي ثاني لتكون فكرة الغشّ نحو القانون وبالتّالي فإنّ التّحايل يقع إذا أصبح تغيير القانون هدفا، كما حدث في قضية الأميرة بوفرمون الّتي غيّرت وبمحض إرادتها قاعدة التّنازع عن طريق تجنّسها، بهدف التّهرّب من المحرّمات الّتي فرضها القانون الفرنسي[2].

ولا تتحقّق نيّة التّحايل في ضابط الإسناد الاختياري؛ لأنّه يمكن تفاديه بمنح الاختصاص للقانون المختصّ، كما يقتضي عند الحسم في مسألة التّحايل إثباتا كافيا؛ لأنّ مسألة النّية تنطوي على صعوبات، كونها من المسائل الخفية الباطنية الّتي تدخل في دائرة الأخلاق[3]. وهو ما دفع بالبعض إلى نقض هذه النّظرية كـ: ليجيروبولو وكانت *Kant*[4].

لكّن قد تبرز نيّة الغشّ وتكون واضحة، إذا كان الهدف من هذا التّصرّف لا تبرّره ظروف أخرى، كقضية الأميرة بوفرمون الّتي طلبت الطّلاق عقب التّجنّس، ويمكن

---

[1] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. ص. 75، 76.

[2] إسعاد محند، المرجع السّابق، ص. 372.

[3] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 295.

[4] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 79.

استخلاص نيّة الغشّ عند قضاة الموضوع، وهذا لا يتعارض مع القانون[1]. كما أنّه يمكن إثباته بواسطة قرائن[2]:

✓ **التّلازم الزّمني بين الإجراءين:** وهو أن يحدث تغيّر في ضابط الإسناد والقيام بالتّصرّف المراد إخضاعه للقانون الجديد.

✓ إيجاد تسهيلات في القانون الّذي غيّر لأجله ضابط الإسناد قصد اجتذابهم إليها.

ومن هنا، يمكن القول أنّ القيام بالفعل أو الامتناع عنه بنيّة التّحايل هما شرطان أساسيان لقيام العنصر الثّاني لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

هذا فيما يتعلّق بالشّروط المتّفق عليها، وهناك شروط أخرى غير متّفق عليها؛ حيث يشترط بعض الفقهاء شرطين آخرين، سنوردهما في النّقطة الموالية.

ب) الشّروط غير المتّفق عليها:

إلى جانب الشّروط المتّفق عليها، هناك شروط أخرى غير متّفق عليها تتمثّل في:

– **أن يكون الغشّ ضدّ القواعد الآمرة:** ذلك أنّه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها أو استبعاد تطبيقها فتكثر محاولات الغشّ والتّحايل نحوها، بهدف نقل الاختصاص منها إلى قانون آخر أنفع لصاحب المصلحة[3]. بعكس القواعد المكمّلة الّتي لا يمكن تصوّر التّهرّب من أحكامها، ذلك لأنّ المشرّع قد خوّل للأفراد حرّية الخروج عليها[4].

– **أن يحصل الغشّ نحو قانون القاضي:** حيث قصر إعمال الغشّ على الأحوال الّتي يتهرّب فيها الشّخص من أحكام القانون الفرنسي[5]. لكّن القضاء الفرنسي بدأ يميل إلى فكرة

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 295.

[2] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. ص. 80، 81.

[3] غالب علي الداودي، المرجع السّابق، ص. 259.

[4] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 82.

[5] بلقاسم أعراب، المرجع السّابق، ص. 192.

أنّ الغشّ بهدف التّحايل على القانون الأجنبي أو القانون الوطني هو غشّ في جميع الحالات، وبالتّالي يجب على الدّول أن تتعاون في هذا الميدان، كما يجب على القضاء ألاّ يحمي مرتكبي الغشّ مهما كانت نواياهم، وأنّه لا يسمح لهم بالتّلاعب بقواعد الإسناد[1] في قانون القاضي الّتي أسندت الاختصاص للقانون الأجنبي.

هذا، ناهيك عن شروط أخرى لا يسعنا ذكرها في هذا المقام[2]، وبذلك نكون قد بيّنا الشّروط الّتي لابد من توافرها لإعمال الدّفع بالغشّ نحو القانون، سواء كان متفقّ عليها أو مختلف فيها؛ قصد تحديد آثار الغشّ نحو القانون وتطبيقاته.

الفرع الثّاني: آثار وتطبيقات الغشّ نحو القانون في مسألة الحضانة

سبق وأن رأينا أنّ الشّخص المتحايل على القانون، يهدف من وراء تحايله إلى الحصول على مصلحة معيّنة، وذلك من خلال تغيير ضابط الإسناد قصد الوصول إلى النّتيجة المرجوّة.

وفي حال ما إذا اكتشف القاضي أنّه قد حصل غشّ في نزاع ما، فإنّه يرتّب الجزاء الّذي يكون إمّا بطلان النّتيجة؛ أي يقتصر على النّتيجة دون الوسيلة ويكون ذلك بإلغاء المصلحة المرجوّة من التّحايل، أو أن يكون في صورة البطلان الكلّي؛ إذ أنّ جزاء المتحايل بطلان النّتيجة والوسيلة معا، وبالتّالي تميّز هذا الجزاء بالشّمولية[3].

ونظرا للاختلاف الفقهي الحاصل حول أثر التّحايل على القانون، فإنّنا ارتأينا أن نوضّحه بشكل أدقّ في مجال الحضانة (أوّلا)، وكذا بالنّسبة للتّشريع الفرنسي والتّشريعات المغاربية (تونس، الجزائر) (ثانيا).

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 296.

[2] المرجع نفسه، ص. 297.

[3] بلقاسم أعراب، المرجع السّابق، ص. ص. 197–199.

أوّلا- أثر الغشّ نحو القانون في مسألة الحضانة:

إنّ فكرة التّحايل على القانون هي اتجاه إرادة أحد الطّرفين أو كليهما، إلى تغيير ضابط الإسناد للوصول إلى نتيجة غير مشروعة وتحقيق أهداف ومصالح شخصية، سواء كان هذا الضّابط دينيا كما سيتبيّن معنا في النّقطة الأولى، أو وضعيا كثاني نقطة والمتمثّل في الجنسية والموطن، والّذي يرتّب آثارا جسيمة تغيّر من منحنى القانون الّذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ممّا يرتّب كافّة الآثار القانونية، وهذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

أ) أثر تغيير الدّين في التّحايل على القانون:

إنّ حرّية العقيدة مبدأ عالمي معترف به في المواثيق الدّولية، وعليه إذا كان تغيير الدّيانة صادر عن قناعة شخصية ونيّة صادقة فإنّه من الجائز أحيانا، أمّا أحيانا أخرى فإنّه يكون بهدف ودافع غير مشروع؛ إذ أنّ أحد الطّرفين يستعمله كوسيلة لتحقيق مصلحة أو للتّخلّص من أعباء والتزامات[1] فرضتها عليه ديانته السّابقة أو قانونه الشّخصي.

وبما أنّ المشرّع الجزائري اعتبر الحضانة أثرا من آثار انحلال الرّابطة الزّوجية، فإنّ ذلك يعني أنّ الغشّ والتّحايل الحاصل في مسائل الطّلاق يمسّ مسألة الحضانة، كما أنّه أخضعها لمبادئ الشّريعة الإسلامية.

وهنا، يثار جدل فقهي حول ما إذا كان لتغيير الدّين أثر على القانون الواجب التّطبيق من عدمه، وذلك في اتجاهين[2]:

---

[1] الطيب زيروتي، **دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 36.

ينقسم الفقه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأوّل: يذهب إلى تعطيل الوسيلة والنّتيجة معا؛ أي إذا غيّر الشّخص جنسيته من دولة تحضر الطّلاق إلى دولة تبيحه، فإنّ القاضي لا يعترف بالجنسية الجديدة وأثرها؛ لأنّ الغشّ يفسد كلّ شيء ولا يترتّب عليه أيّ أثر.

أمّا **الاتجاه الثّاني:** فيذهب إلى تعطيل النّتيجة الّتي قصدها الأفراد دون الوسيلة؛ فإذا غيّر شخص جنسيته من دولة تحضر الطّلاق باكتساب جنسية دولة أخرى تبيحه، فهنا يعتد فقط بالجنسية الجديدة ويتعطّل الاختصاص القانوني لقانون الجنسية الجديدة، ويبقى الاختصاص للقانون القديم. علاء كاظم المرشدي، **التّحايل على القانون (الغشّ نحو القانون)**، الكلّية الإسلامية للجامعة، قسم القانون، العراق، 1438هـ، ص. 06.

[2] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 222.

➢ **الاتجاه الأوّل:** حيث يرى جانب من الفقه أنّ الدّين له أثر في تغيير قواعد الإسناد الدّولية، فيعلّق آثارا على هذا الجانب في الدّول الّتي تعرف تعدّدا طائفيا، وتغيير أحد الزّوجين لديانته سبب كافي لفكّ الرّابطة الزّوجية[1]، والحكم بالطّلاق يشمل المسائل الأخرى المتعلّقة به من حضانة ونفقة وغيرهما، فيصبح تغيير الدّيانة ضابطا إراديا؛ أي أن يقوم أحد الزّوجين بتغيير الدّيانة للحصول على الطّلاق بالإرادة المنفردة له.

وهذا ما قضى به القضاء السّوري في قضيّة النّفقة سنة 1925، الّذي قضى فيها بأنّه: "لا يحقّ للشّخص المسيحي رفض دفع النّفقة لمطلّقته المسيحية بعد أن أسلم ..." واعتبر تغيير ديانته تهرّبا لعدم دفع النّفقة، على اعتبار أنّ الشّريعة الإسلامية لا تقرّ بدفع النّفقة للمطلّقة، وهو ذات القرار الّذي سارت عليه محكمة التّمييز العراقية في قرار لها تحت رقم 1951/07 الصّادر في 1951/12/31، بأنّ اعتناقه الدّين الإسلامي لا يخلو من احتمال قصد التّهرّب من النّفقة[2].

➢ **الاتجاه الثّاني:** يرفض تغيير الدّين كضابط إسناد في العلاقات المتضمّنة العنصر الأجنبي[3]. "ولا يمكن الاحتجاج بفكرة التّحايل على القانون، ولا يقبل الشّك في نيّة من أشهر إسلامه، فلا يجوز حرمان الشّخص من تطبيق الشّريعة الإسلامية في حالة اعتناقه الإسلام بغضّ النّظر عن الدّافع وراء هذا الاعتناق؛ ولأنّ هذه المسألة تتعلّق بالعقيدة والضّمير والسّرائر"[4].

---

[1] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاصّ الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، المرجع السّابق، ص. 294.

[2] غالب علي الداودي، المرجع السّابق، ص. ص. 256، 257.

[3] صلاح الدين جمال الدين، **تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون–**، المرجع السّابق، ص. 147.

[4] غالب علي الداودي، المرجع السّابق، ص. 257.

وهو ذات الاتجاه الّذي انتهجه المشرّع الجزائري؛ حيث اعتبر تغيير الدّيانة من غير الإسلام إلى الإسلام لا يشكّل تحايلا على القانون، ولو كان يهدف من خلاله إلى تحقيق مكاسب معيّنة؛ لأنّه من مسائل النّظام العام ولا يجوز للقضاء البحث في قناعة الشّخص[1].

ب) أثر تغيير الجنسية والموطن في التّحايل على القانون:

إنّ التّغيير في الجنسية أو الموطن؛ بحيث تتصرف نيّة الغاش إلى التّهرّب والتّحايل على القانون الشّخصي، من شأنه أن يغيّر من قواعد الإسناد الدّولية الّتي تحكم المركز القانوني، كما لو سكت الأطراف عن إبراز العنصر الأجنبي في النّزاع، أو عدم التّمسّك بتطبيق القانون المختصّ، أو بتطبيق قانون الموطن المشترك بدلا من تطبيق القانون الوطني المختصّ[2]. كما أنّ تغيير الجنسية والموطن يفسح مجالا واسعا للغشّ نحو القانون في القوانين الغربية الّتي كانت تمنع الطّلاق في وقت قريب، كالقوانين الإيطالية والإسبانية[3] للتّهرّب من القانون المختصّ.

وفيما يلي، وكتوضيح أكثر لما تمّ ذكره من أثر تغيير الدّين والجنسية والموطن في التّحايل على القانون والتّهرّب منه، سنقوم بإدراج بعض المسائل التّطبيقية المتعلّقة به وذلك في التّشريع الفرنسي والتّشريعات المغاربية كأنموذجين في النّقطة الموالية.

ثانيا- تطبيقات الغشّ نحو القانون في التّشريع الفرنسي والتّشريعات المغاربية:

تتحقّق فكرة التّحايل على القانون بكثرة في مجال الأحوال الشّخصية؛ حيث أنّ بعض التّشريعات كانت تعتبره من المسائل الدّينية ولا يجوز فكّ الرّابطة الزّوجية، بخلاف الزّواج المدني الّذي يمكن للأفراد فيه فكّ الرّابطة الزّوجية متى شاءوا، ودون الحاجة إلى تغيير الجنسية أو الموطن.

---

[1] فاطمية موسعال، **انحلال الزّواج في القانون الدّولي الخاص**، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السّياسية، ع 04، 2016، ص. 324.

[2] الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 -دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي-**، المرجع السّابق، ص. 289.

[3] الطيب زيروتي، **دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري**، المرجع السّابق، ص. 49.

ولمّا كانت المسائل الشّخصية للفرد تخضع لقانون الجنسية والموطن (التّشريع الفرنسي، التّونسي، الجزائري)، وتمثّل مجالا خصبا للتّهرّب من القانون الشّخصي في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، من خلال القيام بمناورات احتيالية على ذات القانون نحو قانون آخر للاستفادة منه، فإنّ هذا الأمر أجبرنا على التّعرّف على طيّاته أكثر وبصورة أدقّ.

وعليه، سنقوم في أوّل نقطة بدراسة الغشّ نحو القانون في التّشريع الفرنسي، بما أنّ بذوره الأولى تفتّحت وترعرعت في فرنسا، ثمّ نخلص إلى دراسته في البلدان المغاربية (تونس، الجزائر).

أ) الغشّ نحو القانون في التّشريع الفرنسي:

كان ولا زال موضوع الطّلاق وآثاره النّاجمة عنه من أكثر المواضيع الّتي يحدث فيها التّحايل؛ ذلك لأنّ المشرّع الفرنسي اعتبر مسائل الطّلاق محرّمة ولا يجوز فكّ الرّابطة الزّوجية حتى سنة 1884، لكّن سرعان ما أخذ هذا المشرّع يتقبّل أكثر فأكثر فكرة الطّلاق حتى بدأت فكرة الغشّ تقلّ نوعا ما، ولم يعدّ الفرنسيون بحاجة إلى الانتقال خارجا[1] أو تغيير جنسيتهم للحصول على الطّلاق.

هذا، وقد كان غالبا ما يؤدّي عدم الاعتراف بالطّلاق الذّي يتمّ في الخارج إلى نتائج غير مرضية، كفكرة تعدّد الزّوجات والأبناء غير الشّرعيين[2]، ما يؤدّي إلى إخضاع الحضانة لقانون غير القانون الشّخصي.

وقد ميّز الفقه والقضاء الفرنسيين في حالة التّحايل على القانون، من حيث ما إذا كان هذا الغشّ هو غشّ نحو قانون القاضي أو نحو القانون الأجنبي[3]. فقد كان المشرّع الفرنسي قبل حادثة "مانزر *Munzer*" لا يعترف بالغشّ نحو القانون، وبموجب هذه الحادثة أصبح

[1] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 126.

[2] المرجع نفسه، ص. 127.

[3] سعاد يوبي، المرجع السّابق، ص. 224.

يعترف به في مارس 1961؛ حيث "أعطى الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية بشرط أن تكون خالية من الغشّ نحو القانون"[1].

وبذلك، يمكن القول أنّ المشرّع الفرنسي قد استعمل نظرية الغشّ نحو القانون في مجال الطّلاق، الّذي ينعكس أثره على الحضانة وتوابعها من خلال حكم القاضي. هذا فيما يخصّ ويتعلّق بالتّشريع الفرنسي حول هذه المسألة، أمّا من وجهة نظر التّشريعات المغاربية المتمثّلة في تونس والجزائر، فهذا ما سنراه ونحاول توضيحه في النّقطة الموالية.

ب) الغشّ نحو القانون في التّشريعات المغاربية (تونس، الجزائر):

عرفت التّشريعات المغاربية –تونس، الجزائر– فكرة التّحايل نحو القانون الدّولي الخاص على غرار التّشريعات العربية الأخرى، وهذا ما سنوضّحه في النّقاط الآتية:

1. الغشّ نحو القانون في التّشريع التّونسي:

نصّ المشرّع التّونسي في الفصل 30 من م. ق. د. خ، على أنّ كلّ تغيير مصطنع وغير حقيقي لعنصر الإسناد من قبل أحد الأطراف، والّذي من شأنه إخضاع العلاقة القانونية إلى قانون آخر غير القانون الّذي أشارت إليه قاعدة التّنازع، سواء أدى هذا التّغيير إلى تطبيق القانون التّونسي أو القانون الأجنبي، يعدّ غير مقبول قانونيا متى توفّرت شروطه[2].

واستعملت فكرة التّحايل على القانون في مجالات عديدة، من بينها مسائل الأحوال الشّخصية، غير أنّ المشرّع التّونسي قد خالف القضاء الفرنسي وبعض القوانين المقارنة من حيث رفض استبعاد نتيجة التّحايل على القانون، إذا أدّت إلى تطبيق القانون الوطني

[1] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 87.

[2] ينصّ الفصل 30 على أنّه: "يتكون التّحايل على القانون بالتّغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعة بنيّة تجنّب تطبيق القانون التّونسي أو الأجنبي الّذي تعيّنه قاعدة التّنازع المختصّة.
وإذا توافرت شروط التّحايل على القانون، فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد". مبروك بنموسى، **شرح المجلّة التّونسية للقانون الدّولي الخاص: شرح فقهي تأصيلي لسائر أحكام المجلّة معزّز بنصوص التّشريع المقارن والأعمال التّحضيرية**، ط. الأولى، المغاربية للطّباعة والنّشر والإشهار، تونس، نوفمبر 2003، ص. 289.

(الفرنسي)[1]، ومن ضمنها حضانة الأطفال؛ حيث أنّ مسألة الحضانة مرتبطة بالطّلاق وهي من المسائل نادرة الحدوث، ويصعب على الأطراف القيام بالتّحايل للحصول على الحضانة ما دام أنّ القاضي لم يمنح الطّلاق بفعل التّحايل؛ لأنّ الدّعوتين مرتبطتين ببعض.

2. الغشّ نحو القانون في التّشريع الجزائري:

برزت فكرة الغشّ نحو القانون في القانون الدّولي الخاص عند المشرّع الجزائري سنة 2005 مع تعديل ق. م؛ حيث أنّه وقبل هذه السّنة لم ينصّ المشرّع الجزائري على مسألة التّحايل نحو القانون، وكان الأمر متروكا للقضاء بناءً على المبدأ العام والسّائد أنّ الغشّ يبطل كلّ شيء[2].

وما يلاحظ عليه في القانون الدّولي الخاص، أنّ الطّلاق من أكثر المجالات الّتي يرتكب فيها الغشّ والتّحايل على القانون[3]. فالأفراد يعمدون إلى تغيير الجنسية والموطن للتّهرّب من قانونهم الشّخصي وللحصول على الطّلاق في دولة أخرى، وهذا ما ينعكس بطريقة أو بأخرى على قضيّة الحضانة؛ لأنّها أثر من آثار الطّلاق وكلّ أثر كلّي أو جزئي يمسّ الطّلاق، هو بالضّرورة يمسّ بالحضانة.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أنّنا لمسنا غموضا من جانبين في نصّ م 24 من ق. م. ج:

- **أوّلهما:** أنّ المشرّع الجزائري لم يحدّد آثار الغشّ نحو القانون، "كما فعل بالنّسبة للدّفع بالنّظام العام"[4]. وبذلك يمكن تبنّي فكرة أنّه ما يبنى على باطل فهو باطل، بالإضافة إلى ترك السّلطة التّقديرية للقاضي في تحديد الأثر الكلّي أو الجزئي.

---

[1] مبروك بنموسى، المرجع السّابق، ص. 291.

[2] بلقاسم أعراب، المرجع السّابق، ص. 189.

[3] نادية فضيل، المرجع السّابق، ص. 149. بالرّجوع إلى قضيّة بوفرمون، نجد قضيّة السّيدة ليديا رومينتزيف، ص. 130، وقضيّة الزّوجان الإيطاليان فيرو، ص. 133، وقضيّة ماسيمون أدامس ص. 134، وقضيّة فيراري ص. 136، وغيرها من قضايا التّحايل نحو القانون.

[4] فاطمة الزّهراء جندولي، المرجع السّابق، ص. 92.

➢ **ثانيهما:** لم يحدّد المشرّع الجزائري في م 358 ف 06 من ق. إ. م. إ ما إذا كان الغشّ موجّها نحو القانون الوطني أو الأجنبي، لذا فإنّ تطبيق نظرية الغشّ نحو القانون في مواجهة التّحايل، جاء على حدّ سواء وطنيا كان أو أجنبيا؛ لأنّ مسائل الأحوال الشّخصية تنظر إليها محكمة النّقض على أساس أنّها قانون لا وقائع.

هذا، وتعدّ الجزائر من ضمن الدّول الّتي تعترف بفكرة الغشّ نحو القانون منذ تعديل القانون رقم 10/05 ق. م، لكّن ومنذ ذلك الوقت إلى يومنا هذا هناك ندرة كبيرة في الاجتهادات القضائية في هذا الشّأن، والسّبب راجع إلى قصور القاعدة التّشريعية وتوظيف قضاة ليسوا بذوي خبرة كافية في مسائل الأحوال الشّخصية، وهو ما لم نلمسه في الدّراسة التّطبيقية لهذا الجانب.

وعليه، فإنّه كان للاتفاقيات الجماعية والثّنائية دور مهمّ في مسألة تحديد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في القانون الدّولي الخاص، خصوصا إذا لم يحدّد المشرّع الوطني قاعدة إسناد وطنية، غير أنّ هذه القاعدة لا تكون مجدية في جميع الأحوال وخاصة إذا كان أحد أطراف العلاقة مسلما، فالخلفية الدّينية للشّخص لها دور مهمّ في إبقاء ذلك القانون أو استبعاده.

وبعد ما تقدّم ذكره من القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في التّشريعات المقارنة وموانع تطبيقه، سنتطرّق في الفصل الثّاني لكيفية فضّ نزاعات الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون في القانون الدّولي الخاص.

الفصل الثّاني:

فضّ نزاعات الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون في القانون الدّولي الخاص

على الرّغم من أنّ حقّ الزّيارة يعتبر من الحقوق الثّابتة والأصلية لغير الحاضن في حالة انفصال الأبوين، إلاّ أنّها من أكثر المشاكل تعقيدا في الرّوابط الدّولية الخاصّة؛ بسبب التّعقيدات الّتي فرضتها السّلطات الفرنسية من خلال قرار م. ن. ف[1] بتاريخ 1982/02/03، ما يجعلها تلقي بآثارها السّلبية على كافّة الأطراف وخاصة فئة الأطفال المحضونين، باعتبارهم الفئة الأكثر ضعفا.

وما هو ملاحظ، أنّ ظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال قد تفاقمت في السّاحة الدّولية، ما حتّم على المجتمع الدّولي البحث عن حلول ناجعة للتّخفيف من حدّة هذه الظّاهرة والتّصدي لها، وذلك من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددّة.

حيث ركّزت السّياسة الجنائية الحديثة على الحلول الودّية الوقائية قبل الرّدعية، لحلّ مشاكل المحضون عبر الحدود الدّولية، لتفادي جلّ الصّراعات ممكنة الحدوث في مثل هذه القضايا، من خلال خلق أجهزة خاصة وطنية ودولية تعتني بمثل هذه المسائل.

وعليه، سنركّز في هذا الفصل بالشّرح والتّوضيح على الحلول الودّية المقترحة في مسألتي الزّيارة والنّقل غير المشروع (المبحث الأوّل)، وإذا لم تجدِ هذه الحلول نفعا يتمّ اللّجوء إلى الأروقة القضائية لفضّ هذه النّزاعات (المبحث الثّاني).

[1] مصطفى معوان، المرجع السّابق، ص. 135.

المبحث الأوّل: الحلول الودّية المقترحة في مسألتي الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون

إنّ تزايد نسب الطّلاق في الزّواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات، أدى إلى إبرام اتفاقيات ثنائية وجماعية بين البلدين لتحقيق حماية أفضل للأطفال النّاجمين عنه، وتعتمد في ذلك على تدخّل الجهات الدّبلوماسية لكلا البلدين، والّتي من واجبها ضمان التّعاون بين الوالدين لتسهيل حقّ زيارة الأطفال (المطلب الأوّل)، وتدخّل الآليات الودّية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع عبر حدود الدّولتين (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: الإجراءات الوقائية لتسهيل حقّي الاتصال والزّيارة

يعتبر حقّ زيارة المحضون من الحقوق الثّابتة له، وقد أوكل المشرّع مسألة تنظيمها للقضاء. ولضمان حماية تنفيذ هذا الحقّ عبر الحدود الدّولية في الزّواج المختلط، لابد من توافر شروط للقيام بهذا الحقّ (الفرع الأوّل)؛ حيث يكون هذا التّنفيذ عن طريق السّلك الدّبلوماسي لتسهيل إجراءات تمكّن المحضون من رؤية الوالد غير الحاضن، كما حدّدتها الاتفاقية الثّنائية بين الجزائر وفرنسا عن طريق السّلطة المركزية (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تنفيذ حكم الزّيارة والإشكالات المرتبطة بها

حظيت الأمّ بعد انفصالها عن الزّوج بحضانة الطّفل، وبالمقابل للأب حقّ زيارته والبقاء على اتصال معه للتّخفيف من حدّة اللاّاستقرار الأسري الّذي يعيشه الطّفل، ويكون هذا الاتصال بتنفيذ وممارسة حقّ الزّيارة بالكيفية الّتي حدّدها القانون، من خلال توافر عناصر جوهرية (أوّلا)، وقد يمنع الحاضن الطّرف غير الحاضن من رؤية المحضون بتعسّف منه، فتحدث إشكالات وصعوبات تحول دون تنفيذ حكم الزّيارة الّتي سنحاول توضيحها (ثانيا).

أوّلا- كيفية تنفيذ حكم الزّيارة:

لتنفيذ أحكام رؤية الصّغير لابد من وجود حكم قضائي قد يكون مؤقّتا أو نهائيا، ولكّن يجب أن يكون نافذا كما هو الشّأن بالنّسبة للأوامر القضائية. كما قضت م. ع بإسناد حضانة الأولاد للحاضن مشمولة بالنّفاذ المعجّل وغير النّهائي؛ كونه محلّ استئناف[1].

وعليه، لتنفيذ حكم الرّؤية لابد من توافر العناصر التّالية:

- وجود حكم قضائي مشمول بالنّفاذ المعجّل أو حائز لقوّة الشّيء المقضي فيه.

- أن يكون هذا الحكم قد قضى بالطّلاق وإسناد الحضانة إلى أحد الزّوجين، ويمنح حقّ الزّيارة إلى الزّوج الآخر.

- أن يكون الامتناع عن تسليم المحضون إلى من له حقّ الزّيارة ثابت بموجب محضر.

- يجب أن يكون صادرا عن القضاء الوطني، أمّا إذا كان صادرا عن جهة من جهات القضاء الأجنبي، فإنّه لا يجوز الاستناد إليه إلاّ إذا كان مصادقا عليه وممهور بالصّيغة التّنفيذية، وفقا لـ م 325 من ق. إ. م. إ، أو وفقا للاتفاقيات الدّولية الثّنائية والجماعية.

وبعد توفّر كلّ هذه العناصر، ينتقل الزّائر -غير الحاضن- بمعيّة المحضر القضائي لمكان التّنفيذ سواء بتّسليم أو زيارة المحضون، وقد يصاحب التّنفيذ عدّة إشكالات إذا امتنع الحاضن عن تنفيذ الحكم القضائي، وهو ما سنحاول التّطرّق إليه في النّقطة الثّانية.

ثانيا- الصّعوبات الّتي تحول دون تنفيذ أحكام الزّيارة:

توصّلنا سابقا إلى أنّ رؤية المحضون حقّ لكلّ من الوالدين، وليس لمن له حقّ الحضانة منع غير الحاضن من رؤية وزيارة المحضون؛ لأنّ المنع فيه قطيعة للرّحم وما ينجرّ عنها من آثار وخيمة على نفسية هذا الأخير.

[1] أحسن بوسقيعة، **قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية**، ط. الثّانية، الدّيوان الوطني للأشغال التّربوية، الجزائر، 2001، ص. 117.

غير أنّ الشّائع في الواقع يظهر التّعسّف الصّارخ من قبل الحاضن في وجه الزّائر وبيده حكم واجب التّنفيذ برؤية المحضون، ما يخلق صعوبات على المستوى العملي سنوضّحها على النّحو الآتي:

أ) الإشكالات الّتي تتعلّق بزيارة المحضون:

بالرّغم من وضع آليات اتفاقية وأخرى قضائية لتنفيذ حكم الزّيارة، إلاّ أنّ هذه الأخيرة تطرح عدّة إشكالات ذات صلة وثيقة بمصلحة المحضون، من الجانب الواقعي والتّطبيقي أثناء تنفيذها كما يلي:

1. رفض التّنفيذ من طرف من له حقّ الحضانة:

وهي الصّورة الشّائعة، تتمثّل في منع الأمّهات الآباء من ممارسة حقّهم في الزّيارة وتنفيذ الحكم لأسباب مختلفة، وهذه الصّورة تتمّ بإخفاء الطّفل أو إبعاده عن مكان إقامته المعتادة، أو بتعمّد الغياب يوم الزّيارة[1]. فيقع على المطلّقة واجب تسليم الأولاد لأبيهم امتثالا لحقّ الزّيارة تحت طائلة المتابعة الجزائية[2]. ولإثبات ذلك من طرف الزّوج المطلّق لابد عليه من الاستعانة بمحضر قضائي من أجل إثبات الواقعة، أمّا في أيام العطل يتعيّن على المطلّق إحضار أمر قضائي؛ لأنّ المسألة تتعلّق بالعمل خارج أوقات العمل وهذا قبل يوم العطلة، والمطلّقة تلتزم لأنّه أمر قضائي إلاّ أنّها تعيد الكرّة في حالة عدم وجود أمر، ما ينجرّ عنه إرهاق للمطلّق، ناهيك عن عدم ذهاب الأولاد مع أبيهم بإعسار من الأمّ، وهو ما يتسبّب في حدوث نزاعات بين المطلّقين وتمتد أحيانا إلى الأطفال[3].

---

[1] سناء عماري، المرجع السّابق، ص. 82.

[2] عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، المرجع السّابق، ص. 174.

[3] فواز لجلط، **إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة**، مداخلة مقدّمة ضمن فعليات الملتقى الوطني الّذي نظّمته كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الموسوم بعنوان: **حماية الأسرة في التّشريع الجزائري**، يومي: 04 و05 نوفمبر 2015، ص. ص. 14، 15.

2. امتناع الولّي غير الحاضن عن الامتثال لحكم القاضي في مادة الزّيارة:

من بين الإشكالات الّتي يتعرّض لها الأبناء من زوجين مطلّقين، امتناع الأب عن ممارسة حقّه في الزّيارة لقطع الصلّة بينه وبين أبنائه أو عدم الالتزام بالمواعيد، ما يولّد عقد نفسية لدى المحضون، كالإحساس بالذنّب والإحباط والشّعور بأنّه متخلّى عنه.

ويبرّر بعض الآباء عدم ممارسة حقّهم في الزّيارة بالتّوتّر الشّديد مع الحاضنة، ممّا يجعل كلّ موعد للزّيارة مناسبة للخصام وتبادل الشّتائم، فيتعرّض المحضون إلى مواقف صعبة تصل أحيانا إلى تسليمه لمراكز الشّرطة، ممّا يدخل عليه الشّعور بالخوف والتّمزّق بين الأبوين اللّذين لا يعيان بتاتا حجم الضّرر الّذي ألحقاه به، وهو من دون شكّ أمر يتنافى مع مصلحته الفضلى ويجعله رهين الصّراعات بينهما، وقد تصدّت البلدان الغربية مثل: فرنسا، كندا والولايات المتحدة الأمريكية لهذا الإشكال، من خلال إعداد مراكز للزّيارة والمراقبة، تشرف عليها جمعيات تكلّف من طرف القضاء بتنفيذ حكم الزّيارة[1].

ب) الإشكالات الّتي تتعلّق بتسليم المحضون:

إنّ تنفيذ حكم التّسليم هو أحد الأمور الّتي يقضي بها القاضي في حكم الطّلاق إلى حاضنه المقرّر قانونا والّذي ربطه المشرّع بالأجل القانوني، مراعاة لخصوصية التّنفيذ الّذي يقتضي التّعجيل في ذلك وتسليمه لحاضنه[2]. وتسلك في تسليم الطّفل المحضون للزّيارة الطّريقة الّتي يسلّم فيها للحضانة، لكّن قد تصاحب هذا التّسليم إشكالات من شأنها أن تعوّق عملية التّنفيذ، والّتي سنحاول توضيحها وفق ما يلي:

---

[1] عائدة اليرماني غربال، **مصلحة الطّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية –تونس مثلا–**، المرجع السّابق، ص. 45.

[2] عبد اللّطيف والي، **حقّ الطّفل في الحضانة**، مداخلة مقدّمة ضمن فعليات الملتقى الوطني الّذي نظّمته كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة يحي فارس، المدية، الموسوم بعنوان: **حماية الأسرة في التّشريع الجزائري**، يومي 04 و05 نوفمبر 2015، ص. 6.

1. تمسّك الأولاد بالبقاء مع الأب:

وهي الحالة الّتي يكون فيها الأولاد عند أبيهم بعد حكم الطّلاق، فيقضي القاضي بحكم تسليمهم لأمّهم، والإشكال الّذي يواجه المحضر القضائي هنا، هو عدم ذهاب الأولاد مع أمّهم وإثارتهم لحالة من الصّراخ والبكاء الّتي تمنعه من القيام بمهامّه؛ لأنّه يمنع عليه قانونا تسليمهم بالقوة؛ إذ لا يوجد نصّ قانوني ينظّم ويشرح هذه الحالة وإنّما تراعى فيه مصلحة المحضون، كما أنّ الإشكال يشتدّ أكثر في الإجراء الّذي يجب على المحضر القضائي القيام به، فلا يمكن تحرير امتناع ضدّ الزّوج المطلّق؛ لأنّه من النّاحية القانونية التزم بالتّسليم، ولا يمكن طلب القوّة العمومية من أجل التّنفيذ على الأولاد، والحلّ القانوني هو قيام المحضر القضائي بتحرير محضر معاينة، يصف فيه بدقّة الوضعية والمشاكل الّتي واجهته في تنفيذ الحكم بواسطة شهادة الشّهود[1]، ويسلّم نسخة منه للمعنيين. وغالبا ما يتدخّل السّيد وكيل الجمهورية لحلّ مثل هذه المسائل ودّيا وبشكل هادئ بين الطّليقين[2].

كما أنّ هذه المسائل تحتاج لتعيين مرشد اجتماعي[3] يكون ذا دور فعّال في إنارة ذهن القاضي وتشكيل قناعته؛ ذلك بنزوله للواقع واحتكاكه بالمحيط واطلاعه على مراكز الخصوم المادية وأوضاعهم الاجتماعية المحيطة بالطّفل والّتي من المحتمل أن تحيط به؛ أي أنّ القاضي يستعين بأهل الاختصاص والخبرة من الأطباء النّفسانيين، لاطلاعه على الأطفال محلّ النّزاع في حالة رفضهم رؤية أحد أبويهم؛ بسبب ضغط نفسي مسلّط من طرف المكلف بالرّعاية في حالة الامتناع.

2. استغلال الأمّ لعدم استصدار الأمر القضائي بسبب العطلة:

وهذه الحالة نجد في ثناياها مسألة تنفيذ حقّ الزّيارة والإشكالات الّتي تشوبه في حكم الطّلاق، فخيوط التّسليم تتشابك مع خيوط حكم التّنفيذ بالزّيارة؛ فالأمّ الحاضنة ترفض تسليم

---

[1] سناء عماري، المرجع السّابق، ص. 82.

[2] **ينظر**: المواد من 62 إلى 72 من ق. أ. ج.

[3] بوجمعة قبقوب، إلقاء محاضرة في اليوم الدّراسي بعنوان: **تنفيذ الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعات الأسرية**، تحت عنوان: "الإشكالات الّتي تحول دون تنفيذ حكم الزّيارة"، بكلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة الشلف، يوم 5 مارس 2018.

المحضون للوالد غير الحاضن في أيّام العطل، بالرّغم من أحقّيته في ذلك كما سبق وأن أشرنا إليه أعلاه، فيقوم المحضر بتحرير محضر الامتناع بواسطة شهادة الشّهود أو باعتراف الممتنع نفسه.

وعليه، فإنّ تنفيذ الأحكام القضائية في مسألة زيارة المحضون وتسليمه على المستوى الدّاخلي تشوبها عدّة إشكالات على أرض الواقع، وبالتّالي قمنا بانتقاء أهمّ الحالات في هذه الدّراسة والّتي يتعرّض لها الطّرفان في أغلب الحالات وتمسّ بحقّ المحضون، أمّا بالنّسبة للعلاقات الدّولية الخاصة فسنوضّحها في الفرع الثّاني.

الفرع الثّاني: تدخّل الجهات الدّبلوماسية في مسألتي الاتّصال والزّيارة

إنّ تمزّق العائلة إلى نصفين بعد انفصال الأبوين، يؤدّي في أغلب الأحيان إلى عواقب وخيمة على الأطفال، فكان لزاما على كلّ الهيئات الفاعلة إعادة تنظيم هيكل جديد بشكل يضمن فيه بقاء الرّابط العاطفي بوسائل الاتصال الممكنة؛ واعتبارا لما يقتضيه تدعيم الرّوابط المعنوية بين الطّفل والطّرف غير الحاضن، تكاثفت الجهود الدّولية وأثمر عنها إنشاء اتفاقيات دولية جماعية وأخرى ثنائية، من أجل تحسين وضعية الطّفل النّاتج عن الطّلاق في الزّواج المختلط، كما أنّها تكفل الرّعاية والحماية اللاّزمتين والكافيتين لضمان أمنه واستقراره.

إنّ لكلّ دولة مصالح في الخارج تحرص دبلوماسيتها على رعايتها وحمايتها، ومن ضمن هذه المصالح تحسين الأوضاع الخاصة بمواطنيها، من حماية مصالحهم وضمان وضع ملائم وجيّد لهم[1]. إذ نصّت م 25 من القانون الأساسي الخاصّ بالأعوان الدّبلوماسيين والقنصلين على أنّه[2]: "يتعيّن على العون الدّبلوماسي والقنصلي أن يوسّع باستمرار معرفته وتحكّمه في المحيط الّذي يعمل فيه. كما يتعيّن عليه أن يطوّر كلّ علاقة مهنية واجتماعية وكلّ اتصال من شأنه أن يساهم في تحقيق الأهداف الموكلة للمركز الدّبلوماسي والقنصلي

[1] **ينظر**: م 03 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدّبلوماسية لسنة 1961.

[2] المرسوم الرّئاسي رقم 221/09، المتضمّن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الدّبلوماسيين والقنصلين، المؤرّخ في 24 يونيو 2009، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 38.

الّذي يمارس فيه نشاطه ..."، وكذلك م 26 من ذات المرسوم الّتي نصّت على أنّه: "يولي العون الدّبلوماسي والقنصلي العامل في الخارج اهتماما خاصا بالجالية الجزائرية المقيمة بالبلد الّذي اعتمد لديه، ويساهم في تنمية روح التّضامن في أوساطها، كما يعمل على دعم الصّلات الّتي تربطها بالوطن".

ولأجل المحافظة على علاقة الطّفل بوالديه، يتطلّب تدخّل الجهات الدّبلوماسية لضمان حقّ الاتصال[1]. فالبعثات الدّبلوماسية تتدخّل لحماية حقوق المواطن المتضرّر عن طريق إعلامها، لتقوم بعرضها على السّلطة المركزية المسؤولة، أمّا في حالة عدم وجود بعثه دبلوماسية، فيمكن للقنصل الاتصال مباشرة بالسّلطة المركزية للدّولة المضيفة.

وفي ذات السّياق، جاء في م 01 من الاتفاقية الثّنائية –الجزائرية الفرنسية– على ضرورة إنشاء سلطتين مركزتين تابعتين لوزارة العدل في كلتا الدّولتين، وهذا بغرض تنفيذ الالتزامات الّتي تعهّدتا بها. وعليه يتعيّن على هاتين السّلطتين المركزيتين أن تتعاونا فيما بينها مباشرة، وعليهما اتخاذ التّرتيبات المناسبة من أجل تنفيذ الإجراءات الحمائية المتخذة تطبيقيا لهذه الاتفاقية، خاصة في مجال ضمان فقدان الطّفل لصلته بأبويه وتهيئة الظّروف المناسبة لإحاطته بجوّ من الاستقرار والأمان[2]. وللسّلطة المركزية دور حيوي[3] يتمثّل في:

– إذ أنّها أوّل نقطة اتصال بالنّسبة للآباء والأمّهات الّذين يحتاجون إلى الحصول على معلومات أو نصائح أو مساعدة في المسائل المتعلّقة بالمنازعات عبر الحدود.

---

[1] يستخدم لفظ "الاتصال" في أوسع مفهوم، وذلك للدّلالة على أيّة وسيلة. بدءً بسبل الاتصال ووصولا إلى فترات الزّيارة. يمكن بواسطتها الحفاظ على العلاقة بين الطّفل وأحد والديه. المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة، الّذي يستضيفه المجلس الأعلى بالمملكة المغربية بالتّعاون مع مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص *TAIEX*، نتائج وتوصيات، – الهامش–، ص. 6. منشور على الرّابط التّالي:

https://assets.hcch.net/docs/335e5bc8-cbf2-49a5-b131-ac7283113a54.pdf

[2] تعتبر السّلطة الإدارية "السّلطة المركزية" جهازا ضروريا يجب إيجاده في كلّ الدّول، والّذي يسمح من خلاله للآباء والأمّهات والأطفال الوصول الفعّال إلى الإجراءات القانونية والإدارية في المنازعات الأسرية عبر الحدودية. المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة، المرجع نفسه، ص. 7.

[3] زهية رابطي، المرجع السّابق، ص. 67.

– إذ أنّها أوّل نقطة اتصال للتّعاون وتبادل المعلومات فيما بين الدّول وبين السّلطات والوكالات الحكومية.

– إذ أنّها الهيئة الوطنية ذات الخبرة والكفاءة في إدارة القضايا عبر الحدودية المتعلّقة بقانون الأسرة.

وفي ذات الصّدد، أقرّ ممثّل الجمهورية الجزائرية في المشروع المموّل من الاتحاد الأوروبي[1] أنّ: "هناك اعتراف بحقوق الاتصال في القانون المحلّي. يسمح ذلك الحقّ للوالد بأن يأخذ الطّفل لفترة محدودة من الزّمن إلى مكان آخر غير مقرّ إقامة الطّفل المعتادة. يعني الاتصال عن بعد أنّه عندما يسمح للوالد أن يحافظ على علاقته بطفله عن طريق التّراسل البريدي، الهاتفي أو بطرق أخرى. بالرّغم من أنّ التّشريع لا ينظّم أو يفصل الأساليب المتبعة للاتصال، يقبل القاضي بعدّة شروط لممارسة ذلك الحقّ بعد أن تعطى مصالح الطّفل والوالد".

كما أضافت اللّجنة الاستشارية المشتركة أنّه لا توجد سلطة مركزية للآباء والأمّهات والأطفال المتضرّرين من النّزاعات الأسرية عبر الحدود. ومع ذلك ففي إطار تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بتاريخ 21 يونيو / حزيران 1988، بالنّسبة للأطفال الّذين نتجوا عن زواج مواطنين من الجزائر وفرنسا، فإنّ هذا سيوفّر خدمة من خلال الحكومة المركزية الّتي تعمل كإطار إداري مهني، لديها موارد كافية وتعمل باستمرارية ...[2]؛ أي أنّها من مهام السّلطة المركزية لكّن بمساعدة القنصلية في التّنفيذ، خصوصا أنّ هذه السّلطة كما سبقت لنا الإشارة ليس لها كيان واقعي.

[1] جيا نلوكاب بارووليين، المرجع السّابق، ص. 70.

[2] المرجع نفسه، ص. ص. 104، 105.

وعلى صعيد الاتفاقيات الثّنائية، نجد الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 144/88 الّتي حاولت تحقيق حماية أحسن للطّفل في مسألة الزّيارة؛ إذ نجد م 02[1]، م 06[2] حاولتا تنظيم مسألة الزّيارة وتسهيلها لكلّ الأطراف.

لكّن، يحدث وأن يعمد الحاضن إلى عدم إحضار المحضون إلى من له الحقّ في المطالبة به، أو بسبب قيود تفرضها المحكمة[3]. فالاتفاقية الجزائرية الفرنسية لم تعن بحماية جدّية لصاحب الحقّ في الزّيارة، ولا بالإشكالات المرتبطة بها في العلاقات الدّولية الخاصة

[1] تنصّ م 02 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 144/88 على ما يلي: "يجب على السّلطة المركزية في إحدى الدّولتين أن تتخذّ بناء على طلب السّلطة المركزية في الدّولة الأخرى، جميع الإجراءات الملائمة لما يأتي:

أ/ البحث عن مكان وجود الطّفل المعني بالأمر،

ب/ تقديم المعلومات المتعلّقة بحالة الطّفل الاجتماعية أو المتعلّقة بإجراء قضائي يخصّه، لاسيما إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصّادرة في شأنه،

ج/ تسهيل إيجاد أيّ حلّ ودّي يضمن تسليم الطّفل أو قيامه بزيارة،

د/ تيسير تنظيم حقّ الزّيارة أو ممارسته فعلا،

هـ/ ضمان تسليم الطّفل للطّالب عندما يمنح حقّ تنفيذ الحكم،

و/ إطلاع السّلطة المركزية الملتمسة على التّدابير المتخذة والنّتائج المخصّصة لها،

ز/ تسهيل ممارسة حقّ الزّيارة الفعلية الممنوحة لأحدّ رعايا الدّول الأخرى في ترابها أو انطلاقا منه،"

[2] نصّت م 06 من ذات الاتفاقية على أنّه: "يتعهد المتعاقدان بضمان عودة الطّفل الفعلية إلى البلد الّذي غادره بعد انتهاء الزّيارة فيها بين حدودهما.

كلّ حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التّابعة للطّرفين المتعاقدين وينصّ على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حقّ الزّيارة، بما في ذلك بين حدود البلدين.

وإذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرّض صحة الطّفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيّف طرق ممارسة هذا الحقّ وفقا لمصلحة هذا الطّفل".

[3] القرار الصّادر عن المحكمة الفرنسية الّذي قضى برفض السّماح للأب المغربي اصطحاب ابنه المقيم في فرنسا إلى المغرب من أجل ممارسة حقّ الزّيارة، على أساس وجود تخوّف من عدم إرجاعه إلى أمّه صاحبة حقّ الحضانة والمقيمة في فرنسا"، وغيرها من القيود. صفاء البوعناني، المرجع السّابق، ص. ص. 66، 67.

إلاّ ما جاء في م 07 من هذه الاتفاقية[1]، كما مهّدت له اتفاقية لاهاي لسنة 1980 في م21 ف 01 بنصّها: "يمكن تقديم طلب اتخاذ التّرتيبات اللاّزمة لتنظيم أو ضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزّيارة والاتصال، لدى السّلطة المركزية للدّول المتعاقدة وبنفس طريقة تقديم طلب إعادة الطفل ..."، وتداركته اتفاقية لاهاي[2] لسنة 1996 في العديد من النّصوص نذكر منها المواد 08، 22، 35.

وما هو ملاحظ، أنّ الجهاز الدّبلوماسي عبارة عن همزة وصل بين أطراف القضية تساهم إلى حدّ كبير في حماية المحضون من ممارسة حقّ الزّيارة، غير أنّ عملها يبقى من النّاحية النّظرية فقط؛ أي الغياب التّام لهذه الآلية، لأنّه في أغلب الأحيان يمتنع الحاضن عن تسليم المحضون. أو كما هو معروف تشدّد السّلطات الأجنبية في منح هذا الحقّ كالقرار الصّادر عن م. ن. ف بتاريخ 3 فيفري 1982؛ إذ قيّد هذا الأخير حقّ الأب في ممارسته لحقّ الزّيارة داخل الإقليم الفرنسي دون موافقة الحاضن، وإيداع جواز سفره وإلاّ تعرّض لعقوبة زجرية[3].

وإزاء الوضع الصّعب الّذي يمرّ به الآباء والأبناء أثناء قيامهم بحقّهم الطّبيعي في التّواصل والزّيارة، في محاولة منهم لمحو مخلّفات الانفصال؛ بسبب اقتضاب نصوص الاتفاقية الجزائرية الفرنسية وجمودها، كغياب الآليات الّتي تنصّ على دور القنصليات لمدّ جسور التّواصل، اضطر بعض الآباء إلى البحث عن حلول أخرى وإن كانت غير قانونية والمتمثّلة في نقل المحضون خارج حدود دولة الحاضن، الأمر الّذي استلزم تدخّل المجتمع

[1] نصّت م 07 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على: "يتعرّض الوالد الحاضن للمتابعة الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال الّتي تنصّ وتعاقب عليها التّشريعات الجزائية في كلتا الدّولتين، عندما يرفض ممارسة حقّ الزّيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما الّذي منح بمقتضى حكم قضائي للولد الآخر".

[2] اتفاقية لاهاي المتعلّقة بالاختصاص، والقانون المطبّق، والاعتراف والتّنفيذ، والتّعاون في مجال المسؤولية الأبوية، وإجراءات حماية الأطفال، المؤرّخة في 19 أكتوبر 1996. منشورة على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/a4268112-bcfd-475c-ba48-0bfd2f8b305e.pdf

[3] حياة عفرة، المرجع السّابق، ص. 91.

Jurisprudence Français le 03/02/1982, Revue critique de droit international privé, 1982, p. 558. Pierre Mayer, Droit international privé ,5ème éd, éd Montchrestien, Paris, 1994, N° 623, p. 405.

الدّولي بتوظيف آليات ودّية قبل اللّجوء إلى الأروقة القضائية، لمدّ جسور التّعاون بين الأبوين وتحقيق مصلحة فضلى لهذا الطّفل.

المطلب الثّاني: الحلول الودّية لحلّ ظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين عبر الحدود الدّولية

ممّا لاشك فيه، أنّ التّمزّق الّذي يحدث داخل الأسرة يؤثّر بشكل سلبي على الطّرفين ويجعلهما في خلاف مستمرّ حتى بعد الطّلاق، فيسعى كلّ طرف للانتقام من الآخر عن طريق الأطفال الّذين يصبحون ضحية أنانية الأبوين للمرة الثّانية بعد الطّلاق، ناهيك عن الأمراض النّفسية الّتي تصيبهم لاحقا، جرّاء حرمانهم من أحد الأبوين ونقلهم خارج الإقامة الاعتيادية لهم.

وأمام هذا الوضع، ساهمت الاتفاقيات الدّولية الثّنائية ومتعدّدة الأطراف إلى حدّ كبير في حماية المحضون ممّا قد يمسّه من الضّرر النّاتج عن الأبوين، ولإرجاعه بالطّرق الودّية دون اللّجوء إلى القضاء، وذلك بإيجاد جهاز السّلطة المركزية (الفرع الأوّل) والوساطة الأسرية (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: السّلطة المركزية كآلية لحلّ مشاكل النّقل غير المشروع للمحضون

لقد أثمر عن التّعاون الدّولي في مجال حماية ورعاية الطّفل المحضون ونقله غير المشروع عبر الحدود الدّولية، إبرام اتّفاقيات ثنائية ومتعدّدة فيما بين الدّول لمعالجة هذه المشكلة.

حيث جاءت هذه الاتفاقيات متعدّدة الأطراف، لتدعيم علاقات التّعاون القضائي بين الدّول من أجل التّصدي لهذه الظّاهرة، وذلك بتشكيل سلطة مركزية دورها الأساسي يتمثّل في حماية المحضون عبر الحدود الدّولية.

وعليه، سنبرز دورها في إيجاد حلّ لهذه الظّاهرة (أوّلا) وتوضيح الصّعوبات الّتي تعترض أداء مهامّها (ثانيا).

أوّلا- الاتفاقيات متعدّدة الأطراف لإيجاد حلّ لظاهرة نقل الأطفال غير المشروع عبر الحدود الدّولية:

عرفت الرّوابط العائلية في السّنوات الأخيرة تمزّقا في النّسيج الأسري، ما انجرّت عنه مشاكل كبيرة مسّت بحقوق الطّفل، ولكي ينعم هذا الأخير بالاستقرار النّفسي والاجتماعي أوجد المجتمع الدّولي نظام السّلطة المركزية، كآلية لحمايته من خطر النّقل غير المشروع عبر الحدود الدّولية، ورغبة منه في تنظيم مسألة الزّيارة وتحقيق التّواصل الدّائم بينه وبين الوالد غير حاضن.

ووعيا من المجتمع الدّولي بمختلف الأضرار الّتي من الممكن أن تصيب البنية النّفسية للمحضون، وضع إطارا قانونيا للتّصدي لهذه الظّاهرة يتمثّل أساسا في الاتفاقيات الدّولية (المتعدّدة والثّنائية)، الّتي أبرمت منذ بداية ثمانينات القرن الماضي[1].

حيث جاءت هذه الاتفاقيات لدعم علاقات التّعاون القضائي بين الدّول الأعضاء كآلية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للطّفل المحضون عبر الحدود الدّولية، والسّهر على حمايته وإرجاعه الفوري في حالة نقله، وذلك عن طريق جهاز السّلطة المركزية من خلال اتّفاقية لاهاي لسنة 1980، وكذا الاتفاقيات الثّنائية.

[1] إدريس الفاخوري، **السّفر بالمحضون أيّة حماية؟ دراسة في ظلّ قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي**، مجلّة الحقوق، ع 13، ماي 2012، ص. 28.

1- دور السّلطة المركزية في اتفاقية لاهاي لسنة 1980 كآلية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون:

لقد جاء جهاز السّلطة المركزية[1] كإجراء ودّي لتسوية قضايا النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية، وذلك من خلال بعض الاتفاقيات الّتي أبرمت خصّيصا لذلك[2] ومن بينها اتفاقية لاهاي[3] لسنة 1980 الّتي ألزمت في م 06 الدّول المتعاقدة بتعيين سلطة مركزية توكل لها المهامّ الّتي جاءت بها، وذلك على النّحو الآتي: "تعيّن الدّول المتعاقدة سلطة مركزية لإنجاز المهامّ الّتي تلقي بها الاتفاقية على عاتق مثل تلك السّلطات.

للدّول الفدرالية أو الدّول ذات النّظم القانونية المتعدّدة أو الدّول ذات المنظّمات الإقليمية الّتي تتمتّع بحكم ذاتي، حرّية تعيين أكثر من سلطة مركزية وتحديد المدى الإقليمي

---

[1] **السّلطة المركزية:** هي عبارة عن مؤسّسة للرّبط عامة، تضمن مساعدة قضائية وتعاونا فعّالا من أجل ضمان ممارسة حقّ الحضانة وأيضا حقّ الزّيارة داخل حدودها، كما تعمل أيضا على تحقيق التّواصل فيما بينها بطريقة مباشرة وبشكل دائم، كما تساعد السّلطات القضائية على ضمان التّطبيق الفعّال للاتفاقية (اتفاقية لاهاي عامة والاتفاقيات الثّنائية خاصة). صفاء البوعناني، المرجع السّابق، ص. 78.

[2] حاولت العديد من الاتفاقيات متعدّدة الأطراف إيجاد آليات قانونية تضمن حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، نذكر منها:

– نظام بروكسل 2 مكرّر، المرجع السّابق. "كآلية لعودة الأطفال إلى بلدان إقامتهم المعتادة. وتنصّ هذه الاتفاقية على أن تعيّن الدّول الأطراف سلطة مركزية مسؤولة عن تنفيذ عودة الطّفل إلى مقرّ إقامته المعتادة".

Catherine Hochart, La médiation, un remède aux ruptures familiales -Médiation, a Cure for Family Breaks-, Revue internationale interdisciplinaire, Droit et cultures, 73/2007-01, p. 22. Se trouve sur le site: https://journals.openedition.org/droitcultures/4193.

– اتفاقية لاهاي لـ 19 أكتوبر 1996م، المتعلّقة بالاختصاص والقانون المطبّق والاعتراف والتّنفيذ والتّعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الطّفل. "ترتكز على نظام واسع من التّدابير المدنية لحماية الأطفال، خاصة تلك المتعلّقة باتخاذ قرارات تهمّ المسؤولية الأبوية وحقّ الاتصال والتّدابير العمومية لحماية الطّفل، وكذا التّمثيل القانوني لحماية أموال الطّفل.

وأسّست الاتفاقية مجموعة من الآليات المنتظمة الّتي تحدّد السّلطات المختصّة من أجل اتخاذ التّدابير المناسبة للحماية". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 47، 48.

[3] اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980، المرجع السّابق، –لم يصادق عليها المشرّع الجزائري–. منشورة على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/201a7bd7-c092-4108-a21d-e9c3db1790c0.pdf

لسلطاتها. إذا عيّنت دولة ما أكثر من سلطة مركزية واحدة، فيجب أن يحدّد من بينها تلك الّتي يجب أن تلقى الطّلبات، لتوجيهها بعد ذلك إلى السّلطة المركزية المعنية داخل هذه الدّول".

فالتّسوية الودّية لقضايا الاختطاف الدّولي لأطفال، تستدعي حصول التّعاون بين السّلطات المركزية فيما بينها، وذلك بالمساعدة في إيجاد الطّفل المختطف"[1]. وتحقيق جملة من الأهداف الّتي نصّت عليها م 07 من ذات الاتفاقية[2].

"ووفقا للتّقرير الإيضاحي الّذي قامت به الباحثة *Elisa Pérez Véro* بخصوص اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980، أبرزت الدّور الّذي تقوم به السّلطة المركزية لتسوية النّزاعات المتعلّقة بالاختطاف الدّولي للأطفال؛ حيث تقييم هذه السّلطة علاقات

---

[1] جليلة دريسي، **الحلول الودّية للتّخفيف من النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية**، سلسلة الدّراسات الدّستورية والسّياسية، ع 09، ص. 134.

[2] تنصّ م 07 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ما يلي: "تتعاون السّلطات المركزية فيما بينها وتعزّز سبل التّعاون بين السّلطات المختصّة في دولها، لضمان الإعادة الفورية للأطفال ولتحقيق الأهداف الأخرى لهذه الاتفاقية.

تتخذ السّلطات المركزية سواء بشكل مباشر أو عبر وسيط، جميع الإجراءات الملائمة من أجل:

أ) تحديد مكان وجود الطّفل الّذي نقل أو احتجز بصورة غير مشروعة.

ب) منع إلحاق أيّ ضرر إضافي بالطّفل أو الإضرار بالأطراف المعنية، نتيجة اتخاذ إجراءات أو التّسبّب في اتخاذها.

ج) ضمان الإعادة الطّوعية للطّفل أو التّوصّل إلى حلّ ودّي.

د) تبادل المعلومات المتعلّقة بالخلفية الاجتماعية للطّفل عند الاقتضاء.

ه) توفير المعلومات ذات الطّابع العام المتعلّقة بقانون دولها والمرتبطة بتطبيق الاتفاقية.

و) البدء في القيام بالإجراءات القضائية أو الإدارية أو تسهيلها، بهدف إعادة الطّفل ووضع التّرتيبات اللاّزمة لتنظيم أو ضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزّيارة والاتصال أو ضمانها.

ز) توفير المساعدة والاستشارة القانونية أو تسهيلها –عند الاقتضاء– ، بما في ذلك الاستعانة بمحامين ومستشارين قانونيين.

ح) توفير التّرتيبات الإدارية الّتي قد تكون ضرورية ومناسبة لضمان الإعادة الآمنة للطّفل.

ط) تبادل المعلومات المتعلّقة بشأن تطبيق هذه الاتفاقية وإزالة أيّ عقبات تعيق ذلك".

واسعة مع السّلطات المركزية للدّول المتعاقدة الأخرى، من أجل تحقيق مناقشة جيّدة للملفات كلّ هذا في إطار احترام القواعد المنصوص عليها في الاتفاقيات"[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّه وبحسب ما جاء في دليل الممارسة السّليمة الصّادر عن مؤتمر لاهاي في 25 أكتوبر 1980، فإنّ السّلطة المركزية يجب أن تكون لها صلات قوّية بإدارات العدل ونظام الرّعاية الاجتماعية في الدّول المعنية، كما يجب أن تتوفّر لدى موظّفي هذه السّلطة الكفاية العددية للاطلاع بأعباء العمل، وكذا المؤهّلات والتّدريبات اللاّزمة لتفهّم كيفية عمل الاتفاقية[2]، لتحسين أداء الاتفاقية في دولها ومساعدة الأطفال والآباء الّذين يمرّون بأوقات عصيبة.

ولأجل إعادة الطّفل المحضون إلى حاضنه بعد تعرّضه للنّقل غير المشروع عبر الحدود الدّولية، فإنّ م 08 من اتفاقية أكتوبر 1980 خوّلت لكلّ من يهمّه الأمر أن يرفع طلبه إلى السّلطة المركزية، وعند تلقّيها الطلب[3] الّذي يبيّن أنّ الطّفل قد تمّ نقله إلى دولة

---

[1] جليلة دريسي، **الحلول الودّية للتّخفيف من النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية**، المرجع السّابق، ص. 134.

[2] دليل الممارسة السّليمة: بمقتضى اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980، الخاصة بالجوانب المدنية لاختطاف الدّولي للطّفل، ج. الثّالث، 2005، ص. ص. 21، 22. منشور على الموقع الإلكتروني التّالي:

https://assets.hcch.net/docs/d2b000c8-b442-4f7c-bc29-60b922f91853.pdf.

[3] تنصّ م 08 من اتفاقية لاهاي 1980م على أنّه: "يحقّ لأيّ شخص أو هيئة أو مؤسّسة تدّعي أنّ طفلا ما نقل أو احتجز بأسلوب يعتبر انتهاكا لحقوق الحضانة، التّقدّم بطلب سواء إلى السّلطة المركزية في مكان إقامة الطّفل الاعتيادية أو إلى السّلطة المركزية التّابعة لأيّ دولة أخرى متعاقدة، للمساعدة في ضمان إعادة الطّفل. يتضمّن هذا الطّلب ما يلي:

أ) المعلومات الخاصة بهويّة كلّ من مقدّم الطّلب والطّفل والشّخص المحتمل أنّه قام بنقل الطّفل أو احتجازه.

ب) تاريخ ازدياد الطّفل إن توفّر.

ج) الأسس الّتي يقوم عليها ادعاء مقدّم الطّلب.

د) كافّة المعلومات المتوفّرة حول مكان الطّفل وهويّة الشّخص المفترض وجوده معه.

يمكن أن يرفق الطّلب أو يلحق بما يلي:

هـ) نسخة موثّقة من أيّ قرار أو أيّ اتفاق ذو علاقة بالموضوع.

و) شهادة صادرة عن سلطة مركزية أو سلطة مختصّة تابعة للدّولة الّتي يقيم بها الطّفل بصفة اعتيادية أو من أيّ شخص مؤهّل، بخصوص القانون ذو الصّلة بالموضوع في تلك الدّولة.

ز) أيّ وثائق أخرى ذات علاقة بالموضوع".

أخرى متعاقدة، عليها اتخاذ كافّة الإجراءات الملائمة للتّوصّل إلى الإعادة الطّوعية له بحسب ما نصّت عليه م 09 وكذلك م 10 من ذات الاتفاقية[1]؛ أي أنّ هذه الاتفاقية تطبّق على الدّول المتعاقدة فقط وبعد دخولها حيّز التّنفيذ، كما أوضحته م 35 من ذات الاتفاقية.

فعلى الرّغم من الأهمّية الكبرى للسّلطات المركزية، إلاّ أنّها تقف عاجزة عن تحقيق الأهداف المنوطة بها؛ بسبب افتقارها لعنصر الإلزام[2]. حيث نجد أنّ غالبية الدّول الأعضاء تلجأ إلى الجانب القضائي لوضع حلّ لهذه المشكلة؛ وذلك بحسب ما بيّنته م 11 من ذات الاتفاقية في ف 01[3]، وقد عزّز دور السّلطة القضائية من خلال تخصيص لجنة خاصة تسهر على تنفيذ إجراءات هذه الاتفاقية.

وقد حدّدت م 11 في ف 02 من نفس الاتفاقية، أجلاً مدّته ستة أسابيع[4] من تاريخ بدء الإجراءات القضائية لكي تصدر السّلطات القضائية قراراتها، وفي حالة أيّ تأخير في إصدار القرار، فإنّه يعطى الحقّ لمقدم الطّلب أو السّلطة المركزية للمطالبة ببيان أسباب التّأخير.

وهذا إن دلّ على شيء، فإنّه يدلّ على أنّ قضايا اختطاف الأطفال المحضونين أو النّقل غير المشروع لهم بين الحدود الدّولية، هو من قبيل القضايا الاستعجالية الّتي تقتضي التّدخّل السّريع من أجل إرجاعهم في أقرب الآجال حفاظا على حقوقهم.

---

[1] تنصّ م 09، م 10 على التّوالي من اتفاقية لاهاي 1980 على ما يلي: "إذا توفّر لدى السّلطة المركزية الّتي تتلقى طلبا كالمشار إليه في المادة 08 ما يحملها على الاعتقاد بأنّ الطّفل موجود في دولة متعاقدة أخرى، تقوم مباشرة ودون أيّ تأخير بإرسال الطّلب إلى السّلطة المركزية التّابعة لتلك الدّولة المتعاقدة، وإفادة السّلطة المركزية المقدّمة للطّلب أو مقدّم الطّلب وفق الحالة". "تتخذ السّلطة المركزية التّابعة للدّولة الّتي يوجد بها الطّفل أو تعمل على اتخاذ كافّة الإجراءات الملائمة للتّوصّل إلى الإعادة الطّوعية للطّفل".

[2] جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزّواج المختلط**، المرجع السّابق، ص. 85.

[3] تنصّ م 11 ف 01 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ما يلي: "تتخذ السّلطات القضائية والإدارية التّابعة للدّول المتعاقدة إجراءات عادلة لإعادة الأطفال".

[4] نصّت م 11 ف 02 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ما يلي: "إذا لم تتوصّل السّلطة القضائية أو الإدارية المعنية إلى قرار في ظرف ستة أسابيع من تاريخ بدء الإجراءات، يحقّ لمقدّم الطّلب أو السّلطة المركزية التّابعة للدّولة المقدّم إليها الطّلب، سواء بناءً على مبادرة منها أو طلب من السّلطة المركزية التّابعة للدّولة المقدّمة للطّلب، المطّالبة ببيان يتضمّن أسباب التّأخير".

هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومن خلال بحث ميداني أجري في فرنسا تمثّل في دراسة 453 ملف والعشرات من اللّقاءات، لوحظ أنّ تطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1980 قد أجدى نفعًا، والمعطى الإيجابي راجع للدّور الفعّال الّذي تقوم به السّلطات المركزية[1]. كما تمّ إنشاء اللّجنة الخاصة بمتابعة وتقييم عمل هذه الاتفاقية، تجتمع كلّ بضع سنوات لمناقشة التّطوّرات، كما أصدر مؤتمر لاهاي العديد من أدلّة الممارسة السّليمة لتنفيذ بنود هذه الاتفاقية، كما يوفّر مراجع أخرى لضمان حماية الأطفال واحترام حقوقهم[2].

ومتى كانت الدّولة الّتي نقل منها الطّفل المحضون طرفا في هذه الاتفاقية، فإنّ المحامي يقوم بالاتصال بالسّلطة المركزية لتلك الدّولة، من أجل تعجيل الإرجاع الفوري له هذا من جهة، ومن جهة أخرى الاتصال بمحامي الطّرف الآخر لتزويده بكافّة المعلومات المفيدة لتسهيل إرجاع المحضون[3].

ومن هنا، يمكن القول أنّ السّلطة المركزية وصلاحيتها الّتي خوّلتها لها هذه الاتفاقية ساهمت في تسوية آلاف حالات الاختطاف[4] بالشّكل الودّي، من أجل تحقيق التّعاون بينها وبين السّلطات المركزية والسّلطات القضائية، الّتي من شأنها التّسليم الفوري للمحضون وفي حالة الاستعجال، وعلى الرّغم من مختلف المهامّ المنوطة بالسّلطات المركزية كضمان حقّ الزّيارة والاتصال بين الأبوين، إلاّ أنّها لا تخلو من عراقيل ومثبّطات تعيق أداء مهامّها وبالتّالي يصعّب من عملها، وهو ما اضطرنا لتوضيحه في النّقطة الآتية.

---

[1] جليلة دريسي، **الحلول الودّية للتّخفيف من النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية**، المرجع السّابق، ص. 139.

[2] حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 35.

[3] "إنّ السّلطات المركزية بإنجلترا هي الّتي تقوم بالاتصال بالمحامي مباشرة كي يعيّن هو الطّرف الطّالب، أمّا بألمانيا فالسّلطات المركزية لا تقوم بتحديد محامي بالنّسبة للطّرف الطّالب إلاّ بتحقّق شرط وضع جزء من الأتعاب وهي 1100 أورو، باستثناء الحالة الّتي يستفيد فيها الطّرف الطّالب من المساعدة القضائية، أمّا بفرنسا وبولونيا فلا يعيّن المحامي من قبل السّلطات المركزية إلاّ في حالة الاستفادة من المساعدة القضائية". جليلة دريسي، **الحلول الودّية للتّخفيف من النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية**، المرجع السّابق، ص. 140.

[4] "ويمكن اعتبار هذه الاتفاقية الّتي تبلغ الدّول المتعاقدة فيها حاليا 99 دولة، من بين أنجح آليات قانون الأسرة المنجزة تحت إشراف مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 36.

2- مثبّطات عمل السّلطة المركزية:

على الرّغم من أنّ السّلطة المركزية أقرّتها اتفاقية لاهاي لسنة 1980، بهدف مكافحة ظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين عبر الحدود الدّولية؛ نظرا لتضخّمها وتفاقمها، إلاّ أنّها لا تخلو من عراقيل ومثبّطات تجعلها غير قادرة على تحقيق الأهداف المتوخاة منها، كما جاء في أحد التّقارير[1]:

- التّأخير أو الجمود في الإجراءات المطلوب منها اتخاذها.

- صعوبة الحصول على الاتصال في وقت معقول بشكل يتماشى وسير المساطر (تاريخ الحكم، والتّواصل البطيء جدا بشأن الأحكام الصّادرة).

- صعوبة الحصول على النّسخ الكاملة والواضحة من وثائق رسمية (الأحكام، القرارات التّقارير).

- غياب التّعاون الفعّال لتحديد المكان الّذي نقل إليه الطّفل.

- التّأخير في الالتزام بالمساطر القضائية.

الملاحظ فيما جاء به هذا التّقرير، هو البطء والتّأخير في اتخاذ الإجراءات الّتي تتطلّب السّرعة والاستعجال لحماية المحضون، قبل إبعاده كلّ البعد عن الحاضن والمكلّف قانونا بحمايته، أضف إلى ذلك انعدام أو قلّة الفاعلين المهتمّين بهذه الآلية من بين الصّعوبات الّتي تعترضها في عملها، فالتّطبيق الفعّال لها يبقى رهين الأشخاص المتخصّصين كالمحامين والمستشارين القانونين[2].

---

[1] جليلة دريسي، **الحلول الودّية للتّخفيف من النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية**، المرجع السّابق، ص. 142. **راجع أيضا:** صفاء البوعناني، المرجع السّابق، ص. 79.

[2] المرجع نفسه، ص. 143.

ومن المشاكل التّي تعترض مهامّ السّلطة المركزية أيضا، بقاء الدّول الإسلامية بعيدة عن الانخراط في اتفاقية لاهاي لتعارضها مع المرجعية الإسلامية[1]. في حين جاءت هذه الاتفاقية لتترجم مقصد من مقاصد الشّريعة الإسلامية في رعاية مصلحة الطّفل[2] .

وبعد الاطلاع على الدّور الفعّال الّذي تقوم به السّلطة المركزية في اتفاقية لاهاي لسنة 1980، لتدعيم العلاقات بين الدّول قصد السّهر على حماية المحضون في القانون الدّولي الخاصّ، بالرّغم من المعوّقات الّتي ذكرناها سابقا، سنحاول في النّقطة الموالية توضيح ما في جعبة الاتفاقيات الثّنائية من إجراءات للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية.

ثانيا- الاتفاقيات الثّنائية آلية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون:

لم تصادق الجزائر على اتفاقية لاهاي لسنة 1980؛ لأنّها من وجهة نظرها مخالفة للمرجعية الدّينية الّتي يقوم عليها قانون الأسرة الجزائري، على الرّغم من أنّها تهدف إلى حماية مصالح الطّفل النّاتج عن الزّواج المختلط.

لكّنها أبرمت اتفاقية ثنائية تمثّلت في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية؛ على اعتبار أن غالبية الجالية الجزائرية تقيم في فرنسا[3]، للحدّ من ظاهرة الاختطاف والنّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية من قبل أحد أبويه.

---

[1] جاءت هذه الاتفاقية لحماية مصلحة الطّفل على حدّ سواء –الأطفال الشّرعيين وغير الشّرعيين–، وتركه يقيم في محيطه الاجتماعي بصفة اعتيادية بغضّ النّظر عن طبيعة علاقة أبويه، كما قضت محكمة النّقض المغربية في القرار ع 196، في ملف ع 2016/1/2/660 غير منشور، بين مواطنة مغربية ومواطن إيطالي الجنسية، الصّادر بتاريخ 27 مارس 2018، "أن الاتفاقية لا تشترط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطّفل للحكم بالإرجاع"، وذلك للرّد على أحد أسباب النّقض الّتي أثارتها الطّالبة، وهي كون أنّ الطّفلين المطالب بهما من علاقة غير شرعية، "ولا يشترط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطّفل". حسن إبراهيمي، المرجع السابق، ص. ص. 36، 37.

[2] المرجع نفسه، ص. 8. **ينظر**: الهامش رقم 16.

[3] جاءت هذه الاتفاقية لحلّ الإشكالات العويصة عقب انفصال الزّوجين من الزّواج المختلط، لحماية مصلحة المحضون والرّفع من الإجراءات التّعسّفية وضمانا لحرّية التّنقل بين البلدين، وإمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والدي المحضون في حالة الانفصال. مصطفى معوان، المرجع السّابق، ص. 134.

ينبغي الإشارة هنا، إلى أنّ هذه الاتفاقية الثّنائية الموقّعة بين الجمهورية الجزائرية وجمهورية فرنسا، قد احتوت على 14 مادة ترجم البعض منها ما جاء في اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980؛ فهي تعتبر بمثابة رخصة لخروج الطّفل وممارسة حقّ الزّيارة، بعدما كان هذا الأمر متشدّد فيه في منح حقّ الزّيارة لغير الحاضن قبل إبرامها[1]. حيث أنشأت بموجب م 01 منها سلطتين مركزيتين[2] في كلتا الدّولتين تابعتين لوزارة العدل وهذا للسّهر على تطبيق ما جاء في بنودها.

ولهذا الغرض، نجدها –الاتفاقية– قد نصّت على نصوص قانونية من أجل المتابعة الجزائية، في حالة عدم إعادة الطّفل إلى الوالد الحاضن بعد انتهاء فترة الزّيارة فيما بين حدود البلدين[3]، وعلى وكيل الجمهورية وفقا لنصّ م 11 منها وبدون تأخير اتخاذ كافّة الإجراءات اللاّزمة، وهذا بالاستعانة بالقوّة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطّفل إلى التّراب الوطني الّذي غادره[4].

---

[1] مصطفى معوان، المرجع السّابق، ص. 135.

[2] تنصّ م 01 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على ما يلي: "تعيّن وزارة العدل سلطتين مركزيتين مكلّفتين بالوفاء بالالتزامات المحدّدة في هذه الاتفاقية. ولهذا الغرض تتعامل هاتين السّلطتين المركزيتين مباشرة وتكون تدخّلاتهما مجانا، كما تتعهّدان بترقية السّلطات المختصّة في مجال حماية القصر".

كما اعتبرت "أوّل جهاز اتصال للتّعاون وتبادل المعلومات بين البلدان وبين السّلطة الوطنية والوكالات، في حالة النّقل أو الاحتجاز غير المشروع للأطفال في النّزاعات الأسرية عبر الحدود، وهي وزارة العدل والمحاكم وكذلك القنوات الدّبلوماسية". جيا نلوكاب بارووليين، المرجع السّابق، ص. 84.

[3] تنصّ م 08 من ذات الاتفاقية على أنّه: "يتعهّد الطّرفان المتعاقدان بضمان عودة الطّفل الفعلية إلى البلد الّذي غادره بعد انتهاء الزّيارة فيما بين حدودهما:

1- إذا لم يرد الطّفل الّذي أخذ إلى البلد الآخر إلى الوالد الحاضن عند انتهاء فترة الزّيارة فيما بين حدود البلدين الّتي حدّدتها السّلطة المركزية المختصّة حسب مفهوم المادة 05، فلا يمكن رفض الاعتراف بالتّدابير القضائية القابلة للتّنفيذ المتضمّنة حقّ الزّيارة فيما بين حدود بلديهما ولا رفض تنفيذها الفوري، وهذا رغم حكم صادر أو دعوى مباشرة فيما يخصّ حضانة الطّفل.

2- تطبّق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تمّ نقل الطّفل خارج الفترات الّتي حدّدتها السّلطة القضائية المختصّة".

[4] نصّت م 11 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 على أنّه: "يعرض الوالد الحاضن للطّفل المسألة على السّلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الّذي يتبعه المكان الّذي تمارس فيه الحضانة، من أجل تطبيق المادة 8 ...".

يكون ذلك عبر السّلطة المركزية الّتي تلعب دور الممثّل القانوني من خلال النّيابة العامة، وذلك باقتراح أيّ حلّ ودّي يوفّر تسليم أو الوصول إلى المحضون[1]. وقد ذهبت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية إلى أبعد من ذلك، عن طريق السّلطة المركزية –كما بيّنته هذه الاتفاقية–، من خلال اتخاذ جميع التّدابير القانونية لمنع النّقل أو الاحتجاز غير الشّرعي للمحضون إذا اشتبه في أحد الوالدين[2]. وهو إجراء وقائي استثنائي لتفادي حدوث مثل هذه التّجاوزات في حقّ المحضونين.

لقد جاءت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لتحقيق التّعاون بين السّلطات المركزية والسّلطات القضائية من أجل البدء في إجراءات الإعادة، ويتمّ ذلك عن طريق طلب[3] من السّلطة المركزية في إحدى الدّولتين إلى السّلطة المركزية في الدّولة الأخرى، وهو وسيلة الاتصال الرّسمية في إجراءات الإعادة في النّزاعات الأسرية عبر الحدود، على أن يشارك مقدّم الطّلب شخصيا في إجراءات الإعادة أثناء عملية إرجاعه، ويمكن أيضا أن يمثّله محامي أو ممثّله القانوني[4] بعد استشارة القنصلية المختصّة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية أو الإدارية[5].

هذه الإجراءات تتطلّب تكاليف لتغطية مجريات سير إجراءات الإعادة؛ حيث يكون للأطراف كامل الحقّ في المساعدة القانونية على أراضي كلّ دولة[6].

---

[1] جيا نلوكاب بارووليين، المرجع السّابق، ص. 91.

[2] المرجع نفسه، ص. 89.

[3] تنصّ م 02 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988 على ما يلي: "يجب على السّلطة المركزية في إحدى الدّولتين أن تتخذ –بناءً على طلب السّلطة المركزية في الدّولة الأخرى– جميع الإجراءات الملائمة ...".

[4] جيا نلوكاب بارووليين، المرجع السّابق، ص. 93.

[5] تنصّ م 04 من ذات الاتفاقية على: "

1– تتخذ إجراءات الحماية القضائية أو الإدارية الخاصة بشخص الطّفل القاصر من رعايا إحدى الدّولتين، فقط بعد استشارة القنصلية المختصّة لهذه الدّولة.

2– تعلم القنصلية المختصّة إقليميا بإجراءات الحماية القضائية والإدارية الخاصة بشخص الطّفل القاصر المولود من أحد رعايا الدّولتين فقط بمجرّد اتخاذها".

[6] جيا نلوكاب بارووليين، المرجع السّابق، ص. 94.

وللوالد المتضرّر رفع دعوى قضائية للحصول على التّعويضات ومصاريف السّفر[1].

أمّا في حالة فشل السّلطة المركزية في تحقيق الأهداف المنوطة بها، والّتي سبق وأن أشرنا إليها، فإنّه يبدأ دور السّلطة القضائية من خلال تسريع اتخاذ الإجراءات الكفيلة لحماية الطّفل[2].

وهو ما حاول المشرّع الجزائري الإشارة إليه بصفة ضمنية في م 11 من الاتفاقية- سالفة الذّكر-، بخلاف المشرّع المغربي الّذي نصّ عليه صراحة في م 22 من الاتفاقية المغربية الفرنسية[3] والاستعانة بعنصر الاستعجال، وهو ما لم نجده في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية.

حيث حدّدت الاتفاقية المغربية الفرنسية أجل ستة أسابيع ابتداءً من تاريخ الإحالة، إذا لم يتم البتّ في خلال هذا الأجل، فإنّه على السّلطة المركزية للدّولة المطلوبة أن تشعر السّلطة المركزية للدّولة الطّالبة بالمرحلة الّتي وصلت إليها القضية[4].

---

[1] جيا نلوكاب بارووليين، المرجع السّابق، ص. 95.

[2] إدريس الفاخوري، **النّقل غير المشروع للأطفال في الرّوابط الدّولية الخاصّة**، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، قضايا الأحوال الشّخصية والميراث، الدّلالات الوطنية والأبعاد الدّولية، ج. الأوّل، ط. الأولى، منشورات مجلّة الحقوق، دار نشر المعرفة، مطبعة النّجاح الجديدة، 2016، ص. 16.

[3] تنصّ م 22 من الاتفاقية المغربية الفرنسية على أنّه: "يجب على السّلطة المركزية أن ترفع في أقصر الآجال إلى السّلطة القضائية المختصّة عن طريق النّيابة العامة لدى هذه المحاكم. وهي تبتّ في المادة المدنية، طلبا يتعلّق إمّا بمنح القوّة التّنفيذية في الدّولة المطلوبة للأحكام القابلة للتّنفيذ من الدّولة الطّالبة أو للبتّ في تسليم الطّفل.

ترفع السّلطة المركزية أيضا إلى السّلطة القضائية الطّلبات الرّامية إلى تحديد أو حماية حقّ الزّيارة وإيواء الطّفل في إحدى الدّولتين، لفائدة أحد الأبوين الّذي ليس له الحقّ في الحضانة". ظهير شريف رقم 1.83.197.

[4] تنصّ م 23 من الاتفاقية المغربية الفرنسية على ما يلي: "يجب على السّلطة القضائية للدّولتين الّتي أحيل إليها الطّلب أن تبتّ فيه باستعجال، ويجب على السّلطة المركزية للدّولة المطلوبة إذا لم يقع البتّ داخل أجل ستة أسابيع من تاريخ الإحالة أن تشعر السّلطة المركزية للدّولة الطّالبة بالمرحلة الّتي وصلت إليها القضية ...".

وبعدها تحرّك القضية بواسطة وكيل الجمهورية المختصّ إقليميا[1]، بمجرّد تسلّمه شكوى الوالد الآخر قصد المتابعة الجزائية ضدّ مرتكب المخالفة، للحدّ من المشكلة العويصة الّتي يتعرّض لها الأطفال المحضونين النّاتجين عن الزّواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين، والمتمثّلة في النّقل غير المشروع لهم عبر الحدود الدّولية حسب م 07 سالفة الذّكر؛ حيث يقوم وكيل الجمهورية المختصّ بعد تسلّم الشّكوى وبدون تأخير باتخاذ الإجراءات اللاّزمة، وهذا بتسخير القوّة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطّفل إلى التّراب الوطني الّذي غادره[2].

غير أنّ هذه الاتفاقية لم تبيّن عقوبة الجاني الّذي أدى إلى خطف وإبعاد المحضون عن حاضنه، فقط اكتفت بالإشارة إليها في م 07 المذكورة سلفا، وهنا يمكن الرّجوع إلى القوانين الدّاخلية وبالضّبط إلى ق. ع. ج.

وهذا الأمر يعدّ جريمة كباقي الجرائم قائمة بأركانها؛ بدليل أنّ المشرّع الجزائري قد خصّص لها نصّين قانونيين في ق. ع. من خلال م 327، م 328، وما يلاحظ من هاتين المادتين أنّ المشرّع الجزائري ميّز بين من تحته رعاية المحضون أو أحد الأبوين؛ حيث أقرّ لهذين الأخيرين عقوبة أكبر للمكلّف بالرّعاية في حالة ما إذا تمّ خطف المحضون.

كما أنّه ميّز بين حالتين من الخطف في ق. ع. ج، وهما:

– **حمل الغير على خطف المحضون**، وهو ما أشارت إليه م 328 من ذات القانون؛ أي دفع مقابل للشّخص الأجنبي لإبعاد المحضون عن حاضنه.

– **غير الحاضن يقوم بخطف المحضون:** تتمثّل في قيام غير الحاضن بأخذ القاصر بعيدا ولو بدون تحايل أو خداع من الشّخص الّذي أوكلت له حضانته.

---

[1] تنصّ م 07 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية على ما يلي: "يتعرّض الوالد الحاضن للمتابعة الجزائية الخاصة بعد تسليم الأطفال الّتي تنصّ وتعاقب عليها التّشريعات الجزائية في كلتا الدّولتين، عندما يرفض ممارسة حقّ الزّيارة فعلا داخل حدود أحد البلدين أو فيهما أو فيما بين حدودهما، الّذي منح بمقتضى حكم قضائي للوالد الآخر.

يباشر وكيل الجمهورية المختصّ إقليميا بمجرّد تسلّمه شكوى الوالد الآخر المتابعات الجزائية ضدّ مرتكب المخالفة".

[2] نصّت م 11 ف 02 على أنّه: "يلتمس وكيل الجمهورية المختصّ بدون تأخير استعمال القوّة العمومية لتنفيذ إجباري يضمن رجوع الطّفل فعلا إلى التّراب الّذي غادره".

ومن هذا المنطلق، يمكن القول أنّ جهاز السّلطة المركزية ساهم بشكل كبير في حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، سواء في الاتفاقيات المتعدّدة أو الاتفاقية الجزائرية الفرنسية 144/88 على الرّغم من كلّ المعوّقات الّتي تعترضه.

وسعيا من الدّول لتوفير حماية أكبر للمحضون تمّت الإشارة لآلية الوساطة في العديد من الاتفاقيات، والّتي لا تقلّ أهمّية عن السّلطة المركزية كما سنرى في الفرع الثّاني.

الفرع الثّاني: آلية الوساطة الأسرية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون

إنّ تفاقم ظاهرة النّقل غير المشروع للطّفل المحضون في الزّواج المختلط على السّاحة الدّولية، زعزع من فكرة الاتصال وديمومة الاستقرار في علاقة المحضون بوالديه بعد انفصالهما؛ ما شكّل أرضية غير مستقرّة له، الأمر الّذي حتّم على المجتمع الدّولي خلق إطار قانوني كفيل بالتّصدي لهذه الظّاهرة أو التّخفيف من حدّتها.

ومثلما ركّزت الاتفاقيات متعدّدة الأطراف على دور السّلطات المركزية والقضائية في الحدّ من هذه الظّاهرة، ركّزت كذلك على آلية أخرى لتسوية هذه النّزاعات عن طريق الوساطة الأسرية[1] الدّولية[2]، الّتي قد تغني عن الاتجاه القضائي لحلّ هذا الإشكال بشكل ودّي وسريع.

وللحديث أكثر عن هذه الآلية الدّولية في حلّ نزاعات النّقل غير المشروع للمحضون قسّمنا هذا الفرع إلى جزئيين؛ حيث تناولنا خدمات الوساطة الأسرية في الاتفاقيات الدّولية (أوّلا)، ثمّ تقييم الوساطة الأسرية الدّولية (ثانيا).

---

[1] **الوساطة الأسرية:** هي عملية بناء أو إعادة بناء رابطة الأسرة الّتي ترتكز على استقلالية ومسؤولية المتضرّرين من حالات الانهيار أو الانفصال، الّتي يكون فيها الوسيط الأسري طرفا ثالثا محايدا ومستقلّا ومؤهّلا وغير صانع للقرار من خلال تنظيم مقابلات سرّية وتواصلهم وإدارة الصّراع في مجال الأسرة.

Conseil national consultatif de la médiation familiale, travaux et recommandations, siège provisoire : UNAF-28, place Sainte Georges, Paris, Décembre 2004, p. 08. Sur ce site web: https://www.unaf.fr/IMG/pdf/Livret_MediationDecembre_2004_.pdf

[2] "يجدر التّأكيد بداية على وجود اختلاف بين الوساطة الأسرية الوطنية والوساطة الأسرية الدّولية. فالوساطة في النّزاعات الأسرية الدّولية تتّسم بطابع أكثر تعقيدا وتستلزم من الوسطاء تلقي تدريب إضافي، فالتّفاعل بين نظامين قانونين مختلفين وثقافات ولغات مختلفة يجعل من الوساطة أمرا أكثر صعوبة". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 287، 288.

أوّلا- خدمات الوساطة الأسرية في الاتفاقيات الدّولية:

ظهرت آلية الوساطة الأسرية الدّولية في المجتمعات المعاصرة، لتلغي التّصوّر الّذي تعوّد عليه المتنازعون داخل الأروقة القضائية بإبراز طرف رابح والآخر خاسر، كبديل سلمي يعطي الأولوية للحوار والنّقاش[1] بينهما لأجل حماية المحضون من مخلّفات آثار الطّلاق. فأثمرت هذه الآلية الودّية تجارب مهمّة[2] لا يسعنا ذكرها كلّها.

ولعلّ أحسن نموذجين في الاتفاقيات الدّولية اللّذين اهتمّا بحماية المحضون وإرجاعه بالطّرق الودّية، لتفادي المآسي النّاجمة عن نقله من بيئته الاجتماعية بصورة غير قانونية والحفاظ على جوّ سليم بينه وبين أبويه، يتمثّلان في اتفاقية لاهاي لسنة 1980 واتفاقية بروكسل، وذلك على النّحو الآتي:

[1] حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 285.

[2] حيث جاء في نظام بروكسل 2 مكرّر: "على تسهيل تعاون السّلطة المركزية عبر الحدود بإجراء اتفاقات بين الأبوين، وذلك باللّجوء إلى الوساطة في الفقرة الأخيرة من المادة 55".

Article 55: *« ...e) Faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation ou à d'autres moyens, et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière ».*

وفي سبيل إيجاد حلول أوروبية لتسوية المنازعات الدّولية العابرة للحدود النّاتجة عن نقل الأطفال، يمكن الحديث عن تجربتين في هذا الإطار: أوّلهما اللّجنة البرلمانية الفرنسية الألمانية للوساطة الّتي تأسّست سنة 1999، من طرف ثلاث برلمانيين من كلا البلدين بمساعدة وزارتي عدل البلدين.

وبعد انطلاق عمل هذه اللّجنة، قامت وزارة العدل الفرنسية خلال سنة 2001 بتأسيس بعثة المساعدة على الوساطة الدّولية للأسر، والمسمّاة « *La Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles* » واختصارا (*MAMIF*)، وذلك لمحاولة إيجاد حلول عن طريق الوساطة للنّزاعات الأسرية في العلاقات الدّولية. حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 286، 287.

أ) الوساطة الأسرية في اتفاقية لاهاي لسنة 1980:

جاءت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلّقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال، بنصوص تقضي بإيجاد حلول ودّية بين الأبوين وتضمن الإرجاع الفوري للأطفال. إلاّ أنّ لفظ "الوساطة" لم يكن واضحا وصريحا في هذه الاتفاقية، واكتفت فقط بالإشارة إليها[1].

وخلال اجتماع مؤتمر مالطا القضائي الثّاني للمسائل القانونية الأسرية عبر الحدود الّذي استضافته حكومة مالطا بالتّعاون مع مؤتمر لاهاي خلال الفترة الممتدة من 19 إلى 22 مارس 2006 في سانت جوليانس، لقيت فكرة إنشاء هذه الآلية ترحيبا كبيرا من قبل مجموعة من القضاة والخبراء التّابعين لعدد من الدّول[2]، هذا لأنّ اتفاقية لاهاي لسنة 1980 لم تنص عليها بشكل واضح وصريح كما أوضحنا سابقا.

وقد عقد الفريق العامل اجتماعين هاتفيين، كان الأوّل في 30 جويلية / يوليو 2009، أمّا الاجتماع الثّاني فعقد في 29 أكتوبر/ تشرين الأوّل 2009، بالإضافة إلى اجتماع واحد حضره الوفود بأنفسهم يومي 11 و12 مايو 2010 بمدينة أوتاوا الكندية حيث تمّ تعميم استبيانين[1] حول آلية الوساطة الحالية، وقابلية تنفيذ الاتفاقات الّتي يتمّ

---

[1] تنصّ م 02 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلّقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال، على ما يلي: "تتخذ الدّول المتعاقدة كافّة الإجراءات اللاّزمة لضمان تنفيذ أهداف الاتفاقية داخل حدودها، وتستخدم لهذه الغاية أسرع الإجراءات المتاحة"، فالسّرعة من خصائص الوساطة. وكذلك م 07 من ذات الاتفاقية نصّت على أن: "تتعاون السّلطات المركزية فيما بينها وتعزّز سبل التّعاون بين السّلطات المختصّة في دولها، لضمان الإعادة الفورية للأطفال ولتحقيق الأهداف الأخرى لهذه الاتفاقية.

تتخذ السّلطات المركزية سواء بشكل مباشر أو عبر وسيط، جميع الإجراءات الملائمة من أجل: ...". ونجد أيضا م 10 الّتي نصّت على: "تتخذ السّلطة المركزية التّابعة للدّول الّتي يوجد بها الطّفل أو تعمل على اتخاذ كافّة الإجراءات الملائمة للتّوصّل إلى الإعادة الطّوعية للطّفل". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 282.

[2] **من بين هذه الدّول:** أستراليا، ألمانيا، إندونيسيا، بلجيكا، تركيا، تونس، الجزائر، السّويد، فرنسا، كندا، لبنان، مالطا، ماليزيا، مصر، المغرب، المملكة المتحدة، هولندا، الولايات المتحدة الأمريكية. جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، مجلّة العلوم القانونية "التّحكيم والقضاء"، المغرب، ع 01، 2017، ص. 69.

[1] مذكّرة إيضاحية حول **مبادئ إنشاء آليات وساطة في سياق عملية مالطا**، إعداد الفريق العامل بمساعدة المكتب الدّائم، نوفمبر 2010، ص. 02. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/dd2e1258-d158-4998-8558-ce0f9b918e9d.pdf

الوصول إليها عن طريق هذه الوساطة، فخلص الفريق العامل إلى أهمّية إنشاء نقاط اتصال مركزية في كلّ بلد؛ حيث تعمل على تسهيل الحصول على المعلومات المتعلّقة بخدمات الوساطة المتوفّرة في الدّول المعنية.

وفي تاريخ 31 مارس إلى 2 أبريل 2010، عقد اجتماع يوافق فيه المجلس المعني بالشّؤون والسّياسيات لمؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص، على التّوصية الّتي قدّمها المؤتمر القضائي الثّالث حول القضايا عبر الحدود المتعلّقة بقضايا الأسرة، الّذي عقد هو الآخر في سانت جوليانس في الفترة ما بين 23 إلى 26 مارس/ أذار بمالطا 2009 ومفادها تشكيل فريق عامل معني بالوساطة للمساعدة على حلّ قضايا الحضانة ونقل الأطفال عبر الحدود.

وعقب الاجتماع الهاتفي الثّاني، بدأ الفريق العامل في إعداد مشروع المبادئ من أجل إنشاء آليات وهياكل الوساطة وتعزيز دورها، وبعد المناقشة المتعمّقة في الاجتماع الّذي حضره الوفود شخصيا بكندا[1] يومي 11 و12 مايو 2010، تمّ وضع مبادئ وشروط تساهم في تطوير آلية الوساطة الأسرية الدّولية؛ باعتبارها أداة لحلّ النّزاعات العابرة للحدود والنّاجمة عن النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أنّ إنشاء الوساطة في سياق عملية مالطا كان كحل بديلّ للنّزعات الأسرية عبر الحدود بالتّراضي، كما أنّها (الوساطة) قد تكون مفيدة لتكمل الإطار القانوني الدّولي[2] –ما جاء في اتفاقيتي لاهاي–.

وأهمّ ما دعت إليه مبادئ الوساطة هو إنشاء نقطة اتصال مركزية في كلّ دولة لتسهيل توفير معلومات حول خدمات الوساطة والاطلاع على المعلومات المتعلّقة بالقضايا الهامّة[1]، فقسّمت هذه المبادئ إلى ثلاثة أجزاء:

---

[1] مذكّرة إيضاحية حول **مبادئ إنشاء آليات وساطة في سياق عملية مالطا**، المرجع السّابق، ص. 02.

[2] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 74.

[1] ملخّص موجز حول ندوة دولية: **وجهات نظر دولية قانونية إسلامية حول النّزاعات الأسرية العابرة للحدود الّتي تمسّ بالأطفال**، الإثنين 07 أبريل 2014، ص. 02. منشور على الرّابط التّالي:

https://assets.hcch.net/docs/9fe40f7c-6d6d-4126-86dc-78784e916cbe.pdf.

حيث اقتصر الجزء الأوّل على توفير المعلومات المتعلّقة بخدمات الوساطة في القانون الّدولي الأسري[1]، وكيفية إقامتها عن طريق نقاط الاتصال المركزية[2]. أمّا الجزء الثّاني من هذه المبادئ فقد اقتصر على ثلاث نقاط أساسية: نصّت النّقطة الأولى على معايير معيّنة بخصوص تحديد خدمات الوساطة الدّولية، بواسطة نقاط اتصال مركزية[3]، أمّا

[1] بالنّسبة للمعلومات حول خدمات الوساطة في قانون الأسرة الدّولي، فإنّه ينبغي أن يشمل أوّلا وقبل كلّ شيء قوائم بأسماء الوسطاء أو منظّمات الوساطة الّذين يقدّمون مثل هذه الخدمات، على أن تضمن هذه القوائم معلومات عن تدريب الوسيط ومهارته اللّغوية وخبرته، وكذلك التّفاصيل اللاّزمة للاتصال به. المذكّرة الإيضاحية **حول مبادئ إنشاء الوساطة في سياق عملية مالطا**، إعداد الفريق العامل بمساعدة المكتب الدّائم، المرجع السّابق، ص. 03.

[2] "– ينبغي أن تكون المعلومات الّتي تقدّمها نقطة الاتصال المركزية مفصّلة إلى أكبر درجة ممكنة.

– ينبغي على نقطة الاتصال المركزية تقديم معلومات للمساعدة على تحديد مكان الوالد(ة).

– توفير معلومات عن الأماكن الّتي يمكن الحصول منها على المشورة بخصوص قانون الأسرة والإجراءات القانونية وكيفية جعل الاتفاق الّذي يتمّ الوصول إليه عن طريق الوساطة اتفاقا ملزما وكيفية تنفيذه.

– وفي ضوء محدودية الموارد في الكثير من الأحيان لدى أطراف المنازعة الأسرية، يجب توفير تفاصيل عن التّكلفة.

– كما يجب على نقطة الاتصال توفير معلومات عن الدّعم الّذي يمكن أن يكون متوفّرا، لضمان استمرار الاتفاق الّذي يتمّ الوصول إليه عن طريق الوساطة على المدى الطّويل.

– يجب أن تعمل نقطة الاتصال المركزية على تحسين وتعزيز التّعاون عبر الحدودي، فيما يتعلّق بالتّسوية الودّية للمنازعات الأسرية الدّولية، بتنشيط التّعاون بين الخبراء المختلفين عن طريق إيجاد شبكات للتّواصل فيما بينهم وبرامج تدريبية.

– جمع إحصاءات تفصيلية عن القضايا وتعميمها بما يتوافق مع مبدأ السّرية". المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[3] "تسرد المبادئ عددا من الوسطاء أو منظّمات الوساطة الّتي ينبغي أن تأخذها نقاط الاتصال المركزية في الاعتبار عند تحديد وإدراج الخدمات، دون أن تغفل هذه المبادئ أنّ دولا عديدة لا تزال في مرحلة مبكّرة من عملية تطوير خدمات الوساطة الدّولية في المسائل الأسرية، وأنّ بعض الخصائص هي فقط طموحية". المرجع نفسه، ص. 04.

النّقطة الثّانية فتبيّن عملية الوساطة[1]، في حين تبيّن الثّالثة الاتفاق الّذي يتمّ الوصول إليه عن طريق هذه الوساطة[2].

وبخصوص الجزء الثّالث فهو يركز على أهمّية جعل أيّ اتفاق يتمّ الوصول إليه عن طريق الوساطة، اتفاقا ملزما أو قابلا للتّنفيذ في كافّة النّظم القانونية المعنية قبل تنفيذه بالإضافة إلى أنّه يبرز الحاجة إلى تحقيق تعاون وثيق فيما بين ممثّلي الأطراف، وفي ذات الوقت يطلب من نقطة الاتصال المركزية دعم الأطراف من خلال تزويدهم بالمعلومات عن الإجراءات ذات الصّلة[3].

وعليه، فإنّ المبادئ الّتي جاءت بها المذكّرة الإيضاحية ما هي إلاّ أساليب لتطوير جهاز الوساطة الأسرية الدّولية[4]، والّتي من شأنها إنهاء مختلف النّزاعات الأسرية الدّولية ومن بينها نقل المحضون غير المشروع عبر الحدود الدّولية بشكل ودّي، والّتي حثّ عليها

---

[1] قد أدرج في عملية الوساطة عدد من المبادئ العامة العريضة الواجب الالتزام بها في الوساطة الأسرية الدّولية، بما يتناسب والقوانين المعمول بها بخصوص عملية الوساطة، وإدراكا بأنّ هذه المبادئ قد تخضع لتفسير مختلف قليلا في النّظم القانونية المختلفة وبنظرة إلى إفساح المجال لتطوير ممارسات سلمية، تمتنع الوثيقة عن إلصاق تعاريف محدّدة بهذه المبادئ العامة". مذكّرة إيضاحية **حول مبادئ إنشاء الوساطة في سياق عملية مالطا**، المرجع السّابق، ص. 04.

[2] "إنّ الاتفاق الّذي يتمّ الوصول إليه عن طريق الوساطة، يبرز بعض الجوانب المهمّة؛ وذلك بجعله اتفاقا ملزما في النّظم القانونية المعنية". المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[3] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[4] "ولتطوير هذا الجهاز لابد من توافر عدّة شروط وأساليب متمثّلة في:

- أن تكون متوافقة مع النّظم القانونية الإدارية المختلفة.
- أن تكون قادرة على الاستفادة من الموارد الحالية والمتوفّرة لدى القطاعين العام والخاص.
- أن تحترم حقوق الأطراف المتنازعة بما في ذلك حقوق الطّفل.
- أن تضمن العدل والإنصاف لجميع الأطراف أثناء عملية الوساطة، وتحترم الاختلافات الثّقافية.
- أن تعمل في إطار الإجراءات القانونية القائمة أو بالاقتران معها.
- أن تتّسم بعدم المساس بحقوق الأطراف في اللّجوء إلى القضاء.
- أن تتجنّب التّأخير أو الإساءة في استخدام الوساطة بهدف تعطيل سير الإجراءات القانونية". جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 72.

مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص، وكذلك مؤتمر مالطا القضائي للمسائل القانونية الّذي انبثق عنه ميثاق سنحاول توضيحه في النّقطة الموالية.

وفي ذات السّياق، صدر ميثاق لحماية الأطفال الّذين يعيشون منفصلين أو بعيدين عن أحد والديهم، بعد توحيد رغبة مجموعة من الأخصّائيين في الوساطة الّذين ينتمون إلى شتى الثّقافات والأمم في العالم، من أجل تحديد 10 مبادئ أساسية يتقيّد بها الوسطاء ويحترمونها عند ممارستهم للوساطة الأسرية الدّولية، قصد مساعدة الأطفال المحضونين على الاحتفاظ بعلاقتهم وروابطهم بكلا الوالدين؛ وهذه المبادئ العشر هي من المتطلّبات الأساسية والجوهرية في هذه الآلية الّتي ينبغي على الوسطاء الامتثال لها[1]. والّتي سنحاول توضيحها في أوّل نقطة، ثمّ البحث في مميّزات الوساطة الأسرية الدّولية بعد دراسة مبادئها وتقييمها كونها آلية بديلة عن القضاء في حلّ نزاعات النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين عبر الحدود الدّولية، والّتي تتمثّل في:

- **المشاركة الطّوعية:**

إنّ عملية الوسيط في النّزاعات الأسرية هي عملية تطوّعية مقارنة مع الوسطاء في مجالات مختلفة يتلقون مقابلا لقاء خدماتهم. حيث يسعى فيها أطراف النّزاع الأسري عبر الحدود مجتمعين إلى التّوصّل لاتفاق بشأن نزاعهم[2].

- **صلاحية الوساطة وملائمتها:**

حيث يبيّن هذا العنصر أنّ الوسيط في بادئ الأمر يقوم بالتّحدّث إلى كلّ طرف على حدا؛ حيث يطلعهما بإجراءات الوساطة وبالتّالي يبحثان فيما إذا كانت الوساطة ملائمة

[1] ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية –عملية تشاركية: وقّع هذا الميثاق من قبل مجموعة من الوسطاء الدّوليين الوارد ذكرهم في نهاية الوثيقة، بعد توافقهم على بنوده الأساسية لتستخدم في عملية الوساطة الأسرية الدّولية، وسيتمّ نشره بغية استخدامه في جميع أنحاء العالم، ص. 04. منشور على الرّابط الآتي:

http://iFm-mFi.org/sites/dfault/Files/Charter/other-languages/iFm_chaeter%28How_touse_Ardoc_protected.dicx

[2] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

لحالتهما وما إذا كان الطّرفان يرغبان فيها، أو أنّ هناك إجراءات أخرى لتسوية النّزاع أكثر ملائمة[1].

- **السّرية:**

لا يجوز للوسيط العائلي الكشف عن محتوى المقابلات أو أيّ معلومات يتمّ جمعها في سياق الوساطة أو إرسالها إلى أيّ شخص، وفي نهاية الوساطة يمكن أن تكون الاتفاقات الّتي أبرمها الأشخاص موضوع وثيقة مكتوبة وموقّعة من قبلهم وحدهم[2].

- **اتخاذ القرار من قبل المشاركين:**

لا يملك الوسطاء سلطة اتخاذ القرار في المسائل المتعلّقة بالنّزاعات بين الأطراف ولا يجب عليهم أن يؤثّروا على نتائجها، ولكّن من حيث أنّهم يرون أنّ بعض القرارات المتخذة قد تكون مخالفة للقانون أو لا تصبّ في مصلحة أحد الأطراف أو الأطفال، فإنّه يجوز لهم أن يلفتوا انتباه المشاركين أو يقترحوا عليهم الاستعانة برأي متخصّص، كما يتعيّن عليهم

---

[1] الوساطة، دليل الممارسة الجيّدة بموجب اتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1980، الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للطّفل، مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاصّ، الطّباعة بلجيكا، 2012، ص. 49. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/upload/mediation_ar.pdf

ويقوم هذا المبدأ على ثلاث أمور رئيسية:

– **السّلامة الشّخصية للمشاركين:** وفيها يتخذ الوسطاء كافّة الإجراءات اللاّزمة لتمكين المشاركين من حضور عملية الوساطة ومغادرتهم دون خوف أو قلق.

– **القدرة على المشاركة في الوساطة:** وفيها يشعر المشاركون أنّهم قادرون على التّحدّث والتّصرّف بحرّية خلال عملية الوساطة، ولذا ينبغي على الوسطاء عند إجراء اللّقاء التّقييمي البحث عن وجود أيّة عوامل قد تعرقل قدرة المشاركين على المشاركة الفاعلة أو اتخاذ القرار أو احترام النّقاش، كوجود اختلال في موازين القوى أو القلق من إبداء الآراء أو إدمان أو توتّر أو وجود ضعف في الإدراك أو ما شابه.

– **احترام الإجراءات القضائية والإدارية:** لابد على الوسطاء أن يوضّحوا للمشاركين الإجراءات القانونية والإدارية الّتي تجرى بالتّوازي مع عملية الوساطة قبل انطلاقها أو عند البدء فيها. ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية، المرجع السّابق، ص. ص. 05، 06.

[2] *Conseil national consultatif de la médiation familiale, op. cit, p. 10.*

مساعدة المشاركين في الوصول إلى اتفاق مدروس وواقعي يحظى بقبول كافّة المعنيين ويضع في عين الاعتبار مصلحة الأطفال العليا ورفاههم[1].

- **الحياد:**

على الوسيط الأسري الدّولي ألاّ يتدخّل في الوساطة الّتي تنطوي على أشخاص تربطهم به علاقات شخصية أو اقتصادية، وألاّ ينحاز لجهة دون أخرى وألاّ يقيم تحالفات مع طرف دون آخر، بل يجب عليه أن يبقى طرفا محايدا ونزيها[2].

- **تمكين كلّ طرف من الحصول على استشارة قانونية مستقلّة:**

تجرى عملية الوساطة في سياق قانوني، لذا يتوجّب جعل القرارات والاتفاقات الّتي يتوصّل إليها الأطراف معترف بها، وقابلة للتّنفيذ في جميع الهيئات القضائية المتعلّقة بالنّزاع، وعلى الوسطاء حثّ المشاركين على الحصول على استشارة قانونية لضمان توصّلهم إلى قرارات مدروسة[3].

- **مراعاة حقوق ومصالح الأطفال:**

وذلك بالاعتراف بحقوق الطّفل ومراعاة احتياجاته والسّماح له بالتّعبير عن آرائه[4].

- **الاستقلالية:**

على الوسطاء إبعاد المصالح الشّخصية عن نتائج المصالحة؛ فلا يجوز للوسيط أن يعمل تحت أيّ صفة مهنية أخرى أثناء قيامه بمهمّة الوساطة[5].

---

[1] ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية، المرجع السّابق، ص. 06.

[2] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 76.

[3] ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية، المرجع السّابق، ص. 06.

[4] الوساطة، دليل الممارسة الجيّدة بموجبّ اتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1980، المرجع السّابق، ص. 61.

[5] ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية، المرجع السّابق، ص. 07.

➢ **مؤهّلات الوسطاء الأسريين الدّوليين:**

لابد أن يتمتّع الوسطاء بقدرات إضافية، ومن ضمنها التّمتّع بالمعرفة والخبرة المتخصّصة في الأطر القانونية الدّولية، الّتي تحكم النّزاعات الأسرية عبر الحدود الدّولية والوعي بالثّقافات المختلفة والأخذ بمنظور حقوق الطّفل[1].

➢ **الوعي بالثّقافات ومراعاتها:**

على الوسطاء الدّوليين احترام الثّقافات المختلفة الّتي تنتمي إليها الأطراف المتنازعة. لذا يجب عليهم أن يكونوا على وعي قوّي بالمسائل القانونية والدّينية الّتي قد تتضمّنها قضية النّزاع[2].

ب) الوساطة الأسرية الدّولية في اتفاقية بروكسل 2 مكرّر:

أيقنت المجتمعات الحديثة أنّ الطّرق الودّية تلعب دورا مهّما في تسوية نزاعات الحضانة بين الطّرفين، خاصة في مجال نقل الأطفال المحضونين عبر الحدود الدّولية، ما من شأنها أن تغنيهم عن اللّجوء إلى الجانب القضائي خلال تسوية نزاعاتهم.

حيث أفضى التّعاون الدّولي إلى إنشاء اتفاقية بروكسل 2 مكرّر[3]، المؤرّخة في 27 تشرين / نوفمبر 2003، ليضمن آلية عودة الأطفال إلى بلدان إقامتهم. وبالرّجوع إلى مقتضيات هذا النّظام، نجد في م 55 الفقرة الأخيرة منه[4] ضرورة الاعتماد على الوساطة

---

[1] ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية، المرجع السّابق، ص. 07.

[2] الوساطة، دليل الممارسة الجيّدة بموجبّ اتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1980، المرجع السّابق، ص. 62.

[3] مجلس الاتحاد الأوروبي المتعلّق بالاختصاص والاعتراف وتنفيذ القرارات المتعلّقة بالمادة الأسرية والمسؤولية الأبوية، نصّ على النّظام رقم 2000/1347 ثمّ حلّ محلّه النّظام رقم 2003/2201 المسمّى بنظام بروكسل 02 مكرّر. حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 286.

[4] ***Article 55*** *:" ... e) faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation ou à d'autres moyens, et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière". op.cit.*

الأسرية[1] أو أيّ وسيلة أخرى، لتسهيل التّعاون بين الأبوين عبر الحدود والإرجاع الفوري للطّفل إلى الإقامة الاعتيادية له، ولا يتأتّى ذلك إلاّ بتعاون السّلطات المركزية وتسهيل إبرام الاتفاقات بين الآباء عن طريق اللّجوء إلى الوساطة.

ومن أجل تحقيق الأهداف الّتي جاءت بها هذه الاتفاقية، كوّنت لجنة تسهر على حلّ المسائل الأسرية عن طريق الوساطة، من بينها اللّجنة البرلمانية الفرنسية الألمانية[2] الّتي تأسّست سنة 1999. "بهدف إيجاد حلول للنّزاعات بين الأزواج الفرنسيين والألمان"[3].

أمّا في فرنسا فقد قامت وزارة العدل الفرنسية سنة 2001 "بتأسيس بعثة المساعدة على الوساطة الدّولية للأسرة والمسمّاة اختصارا (*MAMIF*)؛ وذلك لمحاولة إيجاد حلول عن طريق الوساطة للنّزاعات الأسرية في إطار العلاقات الدّولية"[4]. كلّفت بالنّظر في المشاكل الفردية الخاصة باختطاف الأطفال والخلافات المتعلّقة بحقّ الزّيارة والاتصال، وتراقب السّلطة المركزية هذه المسائل بشكل منتظم.

---

[1] تأسّست أوّل جمعية للوساطة في إيطاليا عام 1987، وعلى الرّغم من عدم وجود القانون فقد اعترف القضاة دائما بمزايا الوساطة الأسرية، وهكذا، في قرار عام 2000 أذنت محكمة باري المدنية بتدخّل الوسيط من أجل استعادة العلاقة بين الأب والابن ....

« La première association de médiation familiale a vu le jour en Italie en 1987. Malgré l'absence de loi, les juges ont toujours reconnu le bien-fondé de la médiation familiale. Ainsi, dans une décision de 2000, le tribunal civil de Bari autorisait l'intervention du médiateur pour rétablir les relations entre un père et son fils ». Catherine Hochart, La médiation, un remède aux ruptures familiales,- Médiation, a Cure for Family Breaks-, Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire, op. cit, p. 177. Se trouve sur le site suivant:

https://journals.openedtition.org/droitculture/4193

[2] **نقلا عن:** حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 286.

[3] صفاء البوعناني، المرجع السّابق، ص. 115.

[4] **نقلا عن:** حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. 287.

والملاحظ هنا، هو أنّ جهاز الوساطة الأسرية يعتبر إحدى الطّرق البديلة الّتي اعتمدتها اتفاقية لاهاي للقانون الدّولي الخاص، لفضّ النّزاعات المتعلّقة بالزّواج المختلط والّتي عرفت انتشارا واسعا بعد اتفاقية لاهاي[1] لسنة 1980. فالوساطة الأسرية الدّولية في نظر هذه الاتفاقية، ما هي إلاّ طريقة طوعية لحلّ النّزاعات الأسرية وإعادة بناء الرّوابط العائلية؛ حيث يتفق الطّرفان على وساطة طرف ثالث محايد يتميّز بالكفاءة في التّعامل مع الثّقافات المختلفة، وهو شرط ضروري يجب أن يتحقّق كلّما تعلّق الأمر بنزاع أسري دولي تكون نتيجته ملزمة للطّرفين فقط على عكس الوساطة الأسرية العامة[2].

ويتمّ اللّجوء إلى هذه الآلية عن طريق السّلطات المركزية لا من قبل السّلطات القضائية، من أجل ضمان الإعادة الفورية للمحضون[3]؛ أي على السّلطة المركزية أن تتخذ مختلف التّدابير اللاّزمة بطريقة مباشرة أو عن طريق وسيط، من أجل تسهيل إيجاد الحلول الودّية بين الطّرفين في ظروف بعيدة عن القضاء.

وممّا يجب الإشارة إليه، هو أنّه خلال المباحثات الثّانية لمؤتمر لاهاي لسنة 1980 تمّ الاتفاق على ضرورة مراعاة الاختلافات الثّقافية عند القيام بالوساطة الأسرية الدّولية. ورغبة في النّهوض بالوساطة الأسرية حتى تصير أكثر فاعلية، أوصى المشاركون في المؤتمر القضائي الثّالث –سالف الذّكر– بضرورة صياغة خطّة عمل لتطوير خدمات

---

[1] يتّسم جهاز الوساطة الأسرة في قضايا النّقل غير المشروع للأطفال بخصوصيات متفردة عن الوساطة الأسرية الوطنية منها: "

– أنّها ترتبط بوجود نزاع عابر للحدود يضمّ طرفان ينتميان في الغالب لدولتين مختلفتين؛ حيث يقع في الغالب نقل الطّفل من طرف أحد الأبوين في اتجاه بلده الأصلي، وقد يعود السّبب في هذه الحالة إلى اختلاف رغبة الأبوين في العيش في نفس البلد.

– وترتبط الخصوصية الثّانية بوجود عنصر أجنبي في هذا النّوع من الوساطة، يتجسّد بالأساس في كون الوساطة تتمّ على مستوى دولتين ذات سيادة وذات نظامين قانونيين مختلفين، وبين طرفين مختلفي الجنسية في الغالب وينتميان لثقافتين مختلفتين، وفي بعض الأحيان مختلفي اللّغة". وممّا لاشكّ فيه، أن اختلاف الأنظمة القانونية يعدّ أحد أبرز الخصوصيات الّتي تتّسم بها قضايا الاختطاف الدّولي. حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 288، 289.

[2] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 69.

[3] **يُنظر**: نصّ م 07 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

الوساطة[1] تحت إشراف فرقة من الخبراء[2]، فهل حقّقت هذه الآلية الأهداف الّتي أنشأت من أجلها؟ للإجابة على هذه الإشكالية سنقوم بتقييم هذه الآلية في النّقطة الموالية.

ثانيا- تقييم الوساطة الأسرية الدّولية:

مع بداية الثّمانينات من القرن الماضي، أخذت هجرة الجزائريين نحو أوروبا وبالأخصّ إلى فرنسا في تزايد لأجل العمل أو البحث عن زواج مختلط، لكّن مع مرور الوقت اتضح أن هناك فروقا دينية وعقائدية وحتى قانونية بين المهاجر والطّرف الآخر في البلد المهاجر إليه أثّرت سلبا على حياته الخاصة، ممّا اضطره لوضع حد لها من خلال تفكيك العلاقة الزّوجية الّتي نتج عنها أطفال يرغب كلّ طرف في الاحتفاظ والانفراد بهم وفق تقاليده وشريعته، الأمر الّذي يجعل الصّراع يحتدم بينهما ويشبّ الخلاف، فيتحوّل جوّ الطّفل إلى جحيم ويصير عرضة للاختطاف من قبل أحد أبويه.

ولمحو آثار التّصدع وتأمين بيئة سليمة لهذا الكائن الضّعيف، وحمايته من مخلّفات الطّلاق ونقله عبر الحدود الدّولية، قام المجتمع الدّولي بوضع اتفاقيات ثنائية وأخرى جماعية لأجل إيجاد حلول مناسبة للحدّ من هذه الظّاهرة، وبطريقة ودّية تعفيهم عن الجهات القضائية وآثارها الوخيمة على نفسية الطّفل.

فكانت الوساطة الحلّ الأمثل الّذي اهتدى إليه المجتمع المدني، لحلّ مثل هذه القضايا ولمعالجة وتسوية الخصومات العائلية؛ حيث اعتمدت كبديل عن الدّعاوى القضائية وهو ما أهّلها لأن تكون وسيلة متميّزة عن باقي الوسائل والطّرق لحلّ مثل هذه النّزاعات بفضل الخصائص الّتي تميزت بها.

ومن ضمن هذه الخصائص الّتي أهّلتها لأن تكون آلية ذات قدرٍ عالٍ من الاحتراف والمهارة، عنصر الحياد الّذي سبقت لنا الإشارة إليه؛ إذ أنّ هذه الميزة تمنح للطّرفين عنصر

[1] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 71.

[2] مذكّرة إيضاحية حول **مبادئ إنشاء آليات وساطة في سياق عملية مالطا**، المرجع السّابق، ص. 02.

الثّقة في الوسيط، لإدراكهما بأنّه بعيد عن أيّ مصلحة تخصّ أحدهما؛ بمعنى أن أحد الأطراف ليس مفضّلا على الآخر[1]. والّتي من شأنها أن تغيّر مجرى حكم الوساطة.

بالإضافة إلى عنصر الحياد يوجد عنصر آخر يميّز هذا الجهاز، وهو السّرعة[2] في إيجاد الحلول؛ حيث أنّ مصلحة الطّفل المحضون المختطف تقتضي إيجاد حلّ سريع وفي أقرب الآجال، وهذا راجع للمهارات والقدرات العلمية والعملية[3] الّتي لابد على الوسيط التّقيّد بها لحلّ القضايا المعروضة أمامه، والتّأخير من شأنه أن يضرّ بمصلحة المحضون.

إلى جانب عنصري الحياد والسّرعة كميزتين أساسيتين ومهمّتين في عملية الوساطة هناك عنصر آخر لا يقلّ أهمّية عنهما وهو السّرية، فهي ضمانة هامّة من ضمانات الوساطة الّتي تدفع بالأطراف إلى حرّية الحوار والتّعبير والإدلاء بما لديهم من أقوال ووثائق فهي ميزة تهدف إلى صيانة خصوصيات الأطراف[4] أثناء عملية الوساطة، ولا يجب على الوسيط الإفصاح عنها والإدلاء بالمعلومات إلاّ في حالة ثبوت أنّ الطّفل في خطر[5].

وحسب رأينا وبعد التّحليل والنّظر في ميثاق الوساطة الأسرية الدّولية، يمكن استخلاص ميزة أخرى جديرة بأن تجعل هذه الآلية من أنجع الآليات، ألا وهي عنصر الحلّ الودّي؛ فالحلول الممكنة الأخرى الّتي من شأنها أن تحلّ النّزاع عن طريق السّلطة المركزية أو السّلطة القضائية لا تقودنا إلى الحلول الودّية، كما أنّه من شأنها أن تأزّم العلاقات بين الطّرفين والطّفل المحضون، بعكس الوساطة الّتي تهدف إلى تصحيح العلاقات الأسرية حتى بعد النّزاع.

---

[1] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 76.

[2] "بالإضافة إلى عنصر السّرعة المشار إليها، يتعيّن على الوسطاء والهيئات المقدّمة للوساطة في قضايا الاختطاف الدّولي للأطفال، التّعاون بشكل وثيق مع السّلطات المركزية والمحاكم، وذلك على المستوى التّنظيمي لضمان السّرعة والكفاءة في تسوية الأمور. كما يتعيّن أن يبذل الوسطاء أقصى جهدهم لإضفاء أكبر قدر ممكن من الشّفافية على الجوانب التّنظيمية لإجراءات الوساطة، مع الحرص في الوقت ذاته على ضمان سرّية الوساطة". حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 293، 294.

[3] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. 77.

[4] المرجع نفسه، ص. ص. 76، 77.

[5] الاتصال عبر الحدود فيما يتعلّق بالأطفال: مبادئ عامة ودليل الممارسة السّليمة، المرجع السّابق، ص. 35.

ومن ضمن النّتائج المحقّقة نجد مشروع الوساطة التّجريبي[1]، الّذي عرضت عليه 20 قضية على الأقلّ في مسائل النّزاعات الأسرية عبر الجدود؛ حيث قام بالتّوسّط في 8 حالات اختطف فيها الأطفال من إنجلترا، وايلز، إرلندا، ألمانيا، فرنسا، إسبانيا، كرواتيا، وتوصّل الوالدين في 75% من هذه الحالات إلى اتفاق ودّي[2].

كما كان للمجتمع المدني دور فعّال في مجال نقل الأطفال عبر الحدود الدّولية[3] وكذا الوصول إلى حلّ يرضي الطّرفين ويخدم مصلحة المحضون. وفي سنة 2003 عالجت شالد فوكس[4] 471 قضية متعلّقة بالاختطاف الدّولي للأطفال من وإلى بلجيكا، من بينها 88 قضية خاصة بالاختطاف إلى الدّول الإسلامية[5].

[1] "تعتبر جمعية ريونايت لاختطاف الأطفال الدّولي من أبرز الجمعيات الخيرية البريطانية المتخصّصة في معالجة قضايا الخطف الدّولي. وتمّ إنشاء ريونايت سنة 1986 وسجّلت كجمعية خيرية سنة 1990، تتولى ريونايت تقديم المشورة والمعلومات والدّعم للأولياء وأفراد العائلة الّذين أختطف منهم الأطفال أو الّذين يخشون الخطف. كما تقدّم ريونايت النّصح للأشخاص الّذين اختطفوا الأطفال. هذا وتبذل الجهود في إطار تمكين الوالدين من الاتصال الدّولي بأطفالهم". رسالة القضاة الإخبارية، منشور مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاصّ، سجل خاص، ج. الثّامن، تقارير وطنية أعدّتها 14 دولة واستنتاجات المؤتمر القضائي، 2014، ص. 35. منشور على الرابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/040772c4-5ebf-4362-af0e-64cc6c7d7ddc.pdf

[2] المرجع نفسه، ص. 37.

[3] "وفي ذات الصّدد، يمكن أن نشير إلى التّجربتين اللّتين قامت بهما جمعية (*Reunite*) الّتي تهتمّ بالاختطاف الدّولي للأطفال؛ حيث سجّلت حوالي 20% حالة اختطاف بين الأبوين ما بين سنتي 1995 و2009.

أمّا في فرنسا فهناك جمعية (*SOS*) للاختطاف الدّولي للأطفال، الّتي تعمل على إيجاد الحلول النّاجعة لحماية الطّفل من الاختطاف". صفاء البوعناني، المرجع السّابق، ص. ص. 117، 118.

[4] **شالد فوكس:** تساعد على البحث عن الأطفال المفقودين والمخطوفين ببلجيكا والخارج، ولا تتدخّل إلاّ في الحالات الّتي يقوم فيها أحد الوالدين بخطف الطّفل من بلجيكا إلى الخارج أو من دولة أخرى إلى بلجيكا. رسالة القضاة الإخبارية، المرجع السابق، ص. 37.

[5] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

هذا، وتعمل جمعية ريونايت على مبدأ الوقاية خير من العلاج، وذلك بوضع دليل خاص بالوقاية الّذي يشمل معلومات حول الإجراءات القانونية الفعلية، الّتي يمكن اللّجوء إليها قبل الوقوع في فعل الخطف[1].

هذا باختصار ما يمكن إيضاحه عن الميّزات الّتي تحلّت بها آلية الوساطة الأسرية الدّولية والنّتائج المتوصّل إليها، وما حملته في طيّاتها من وسائل فعّالة للتّقليل من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون في العلاقات الدّولية الخاصة. غير أنّ هذه الآلية قد تفشل أحيانا في تأدية وظيفتها الحقيقية إذا ما قابلتها بعض الصّعوبات، الّتي نذكر منها[2]:

- صعوبات ناجمة عن القضايا المتعلّقة بالتّأشيرة والهجرة.
- نزاع عابر للحدود يضمّ إقليمين مختلفين.
- وجود عنصر أجنبي في هذا النّوع من الوساطة.
- البعد الجغرافي.
- اختلاف الأنظمة القانونية.
- عامل الوقت.

[1] عدد القضايا الوقائية

		عدد الأطفال بالقضايا الوقائية
1995	141	209
1996	146	217
1997	217	309
1998	209	280
1999	259	355
2000	239	239
2001	220	311
2002	276	390
2003	186	252

رسالة القضاة الإخبارية، المرجع السّابق، ص.36. وتضيف أيضا السيدة كريستال فان قوثم في مقالها المقدّم: من بين 88 قضية توجد 22 منها متعلّقة بالخطف، أمّا الباقي فيتعلّق بالوقاية من النّقل غير المشروع. المرجع نفسه، ص. 37.

[2] حسن إبراهيمي، المرجع السّابق، ص. ص. 288-290.

أمّا الانتقادات فيمكن أن توجّه للقضاء، والّتي تتّسم بالبطء والتّعقيد في مسألة تنفيذ الأحكام والقرارات على المستوى القضائي؛ لأنّ اتفاق الأطراف في الوساطة غالبا ما يكون في يوم واحد[1]، كما يجب أن تكون ملزمة قانونا أو تفقد أهمّتها[2]. وهذا ما أكّده المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة، في توصيته بأهمّية جعل الاتفاقات الّتي يتمّ التّوصّل إليها عبر الوساطة، ملزمة ونافذة بتناغم مع القانون الوطني في كافّة النّظم القانونية المعنية[3].

وما تجدر الإشارة إليه، هو أنّ الاعتماد على الوساطة الأسرية الدّولية في مجال النّقل غير المشروع للمحضون سيحقّق نتائج إيجابية للدّول الّتي تنتهج هذه الآلية، وبالتّالي سيساهم في تفادي أغلب العراقيل والمشاكل الّتي يصطدم بها الطّرفين، بعد فكّ الرّابطة الزّوجية في الزّواج المختلط؛ وذلك بوسائل ودّية كالحوار الهادف على الرّغم من الصّعوبات الّتي قد تعترضها والانتقادات الموجّهة إليها، فهي آلية حضارية على المستوى الدّولي يُستوجب النّظر فيها والارتقاء بها كجهاز ودّي لحلّ النّزاعات الأسرية[4]، للحدّ من مشكل النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين.

وفي حالة فشل هذه اللّجنة في الوصول إلى حلّ ودي بين الوالدين تحال المسألة إلى المحاكم، ويتمّ رفع دعوى قضائية لإعادة الطّفل بشكل سريع، وهو ما سنوضّحه في المبحث الثّاني.

[1] الاتصال عبر الحدود فيما يتعلّق بالأطفال: مبادئ عامّة ودليل الممارسة السّليمة، المرجع السّابق، ص. ص. 77، 78.

[2] المرجع نفسه، ص. 37.

[3] المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة، المرجع السّابق، ص. 03.

[4] جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، المرجع السّابق، ص. ص. 79، 80.

المبحث الثّاني: دور الجهات القضائية في مسألتي الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون

سبقت لنا الإشارة إلى أنّه في حال انفصال والدي المحضون، لابدّ لكليهما أن يحافظا على ضمان بيئة مستقرّة وهادئة لأطفالهم، بعيدا عن أنانيتهما الّتي تحول دون تحقيق المصلحة الفضلى لهم، غير أنّ الواقع الّذي نعيشه ينفي ما هو مقرّر للوالدين العمل به ووضع الطّفل محلّ صراع بينهما، ليجد هذا الأخير نفسه وسط مخلّفات وأحقاد تؤثّر سلبا على شخصيته.

ولإيجاد هذه البيئة المستقرّة للمحضون، حاولت الاتفاقيات الدّولية إخراجه من دائرة صراعات الأبوين بإيجاد حلول ودّية سبق لنا توضيحها، غير أنّ هذه الحلول لا تكون مجدية في جميع الأحوال، مقارنة بما خلّفه الطّلاق من آثار على نفسية الطّرفين، ممّا يحتّم تدخّل الجهات القضائية لوضع حدّ للانتهاكات الّتي تطال الطّفل في حقّ الزّيارة (المطلب الأوّل) وفي حالة نقله من قبل الوالد غير الحاضن خارج حدود دولة الحاضن (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: دور القضاء في حلّ النّزاعات المتعلّقة بالزّيارة

مّا يتوجب على القاضي القيام به عند الفصل في دعوى الطّلاق بعد انفصال الزّوجين سواء في المحاكم الوطنية أو الأجنبية، هو ضبط مواعيد الزّيارة للمحافظة على الرّابط الأسري للطّفل حتى يبلغ سنا معيّنة، غير أنّ حقّ غير الحاضن في زيارة المحضون لا يكون متاحا في جميع الأحوال؛ لأنّ الحاضنة أحيانا تتعسّف وتمنع تنفيذه.

ولحماية حقّ الزّيارة في الأروقة القضائية، قام المشرّع الجزائري بسنّ نصوص تشريعية لضمان احترام هذا الحق؛ حيث سنوضّح الأساس القانوني وأركان جريمة عدم تنفيذ حكم الزّيارة (الفرع الأوّل)، ثمّ دور القضاء في توقيع الجزاء على المخلّ بالتّنفيذ (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: الأساس القانوني وأركان جريمة عدم تنفيذ حكم الزّيارة

يقوم القاضي المعروض عليه النّزاع بعد انفصال الزّوجين، بإسناد الحضانة لأحد الوالدين[1] والزّيارة للوالد الآخر للقيام بواجب الرّعاية والإشراف، لكّن يحدث وأن يسعى الطّرف الحاضن بكلّ السّبل لمنع الطّفل من لقاءه بالطّرف غير الحاضن، الأمر الّذي يجبر هذا الأخير على اللّجوء إلى المحاكم للفصل في هذه المعضلة، وذلك بعد استنفاذه لكلّ المساعي الودّية –السّلطة المركزية، الوساطة– للحدّ من هذا السّلوك الّذي يضرّ بالطّفل.

وبما أنّ الجزائر صادقت مع فرنسا على الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، لحماية مصالح المحضون بعد انفصال الأبوين في العلاقات الدّولية الخاصة، فإنّنا نجد م 07 أشارت إلى الامتناع، وهو فعل سلبي يقوم به الحاضن. وما هو ملاحظ عليه أنّ وكيل الجمهورية عند تلقّيه شكوى مفادها عدم تسليم المحضون لغير الحاضن، واستفاء حقّ الزّيارة بحسب ما أقرّه القاضي، هنا يلتمس وكيل الجمهورية دون أيّ تأخير استعمال القوّة العمومية للتّنفيذ الجبري ضدّ مرتكب الجريمة، لكّن م 08 من ذات الاتفاقية لم تبيّن الجزاء المترتّب على الإخلال بهذا الفعل، بيد أنّه موضّح في القانون الدّاخلي في م 328 من ق. ع. ج سالفة الذّكر.

وهذه الجريمة تقوم على ثلاث عناصر كغيرها من الجرائم، وهي:

أوّلا– الرّكن الشّرعي:

المتمثّل في نصّ م 328 من ق. ع. ج؛ كما جاء في م 01 من ذات القانون: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون". حيث كيّف المشرّع الجزائري هذا الفعل على أنّه جنحة يعاقب عليها كلّ من قام بها أو امتنع عن أداءها. وعند قيام الجريمة بكافّة أركانها على الطّرف المتضرّر أن يحرّك الدّعوى المدنية ويكلّف خصمه بالحضور أمام المحكمة بعد دفع مبلغ الكفالة الّذي حدّده وكيل الجمهورية في م 337 من ق. إ. م. إ[2].

---

[1] يراعي القاضي في تقدير المصلحة الفضلى للمحضون عدّة شروط. كما جاء في م 62، م 65 من الأمر 02/05 من ق. أ. ج.

[2] خالد داودي، المرجع السّابق، ص. 111.

ثانيا- الرّكن المادي:

يقوم الرّكن المادي على ثلاث شروط هي[1]:

1) أن يكون قد صدر حكم قضائي مشمول بالنّفاذ المعجل أو حائز لقوّة الشّيء المقضي فيه.

2) أن يكون هذا الحكم قد قضى بإسناد الحضانة لأحد الوالدين والزّيارة للوالد الآخر.

3) امتناع الحاضن عن تسليم المحضون لغير الحاضن بموجب محرّر يحرّره المحضر[2].

ثالثا- الرّكن المعنوي:

إقدام الوالد الحاضن على الامتناع قصدا وعمدا عن تسليم المحضون لغير الحاضن بعدما قضت المحكمة بتنفيذ ذلك الحقّ.

بعد توفّر الأركان الثّلاثة المكوّنة للجريمة، يرفع المضرور أمره إلى القضاء لاستفاء حقه وتوقيع الجزاء ضدّ الممتنع عن تنفيذ حقّ الزّيارة، وهذا ما سنوضّحه في الفرع الثّاني.

[1] خالد داودي، المرجع السّابق، ص. 109.

[2] "إنّ إعطاء المتّهم مهلة لتمكين الوالدة من زيارة أبنائها ومجيئها إلى منزله وامتناعه بعد ذلك عن تلبية رغبتها، فإنّ هذا الفعل يدلّ على توافر عنصر الامتناع عن تسليم الأولاد". م. أ، غ. ج، ملف رقم 54930، قرار بتاريخ 1989/12/14، م. ق، 1995، ع 02، ص. 181.

الفرع الثّاني: دور القضاء في توقيع الجزاء في حالة عدم تنفيذ حكم الزّيارة

أوكل المشرّع الجزائري للنّيابة العامة مهمّة حماية الطّرف الضّعيف أثناء المحاكمة وفكّ الرّابطة الزّوجية؛ حيث جاء في م 03 مكرّر من ق. أ. ج: "تعدّ النّيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرّامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"[1]، فيكون لها تارة دور وقائي وحمائي وتارة أخرى دور مساعد للقضاء في قضايا الحضانة[2].

ويبرز دور النّيابة العامة في حماية مصلحة المحضون في حال ما إذا أصدرت المحكمة إسناد الحضانة لأحد الأبوين، وحقّ الزّيارة للوالد الآخر تحت طائلة العقوبة المنصوص[3] عليها في م 328 من ق. ع. ج الّتي سبق لنا توضيحها؛ فإذا امتنع من بيده رعاية الطّفل المحضون عن تسليمه لمن له الحقّ في زيارته، يقوم من به الحقّ في ذلك بتحريك دعوى قضائية للمتابعة الجنائية، كما بيّنه الفصل 476 من القانون الجنائي المغربي بالحبس من شهر إلى سنة[4].

---

[1] "إنّ دور النّيابة العامة كما ورد في نصّ المادة 03 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري، جوهري يجعل منها طرفا في دعاوى منازعات شؤون الأسرة والمواريث، إذ يجب على قاضي الأسرة أن يقوم بالتّبليغ عن جميع القضايا الّتي يفصل فيها إلى ممثّل النّيابة العامة (وكيل الجمهورية)، لإبداء رأيه حتى يكون حكم القاضي صحيحا ...". كما هو موضّح في الاجتهاد القضائي التّالي: "يجب إطلاع النّيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا على قضايا الأحوال الشّخصية". غ. أ. ش. م، ملف رقم 401317، قرار بتاريخ 2006/10/11، م. م. ع، ع 02، 2007، ص. 489. قانون الأسرة مدعّم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية 2018، الطّبعة الجديدة محسنة، برتي للنّشر، 2008-2009، ص. ص. 5، 6.

[2] إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي: أحكام الزّواج -دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائية لمحكمة النّقض أو محاكم الموضوع-**، ج. الأوّل، منشورات مجلّة الحقوق، دار النّشر المعرفة، المغرب، 2006، ص. 58.

[3] محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة -انحلال ميثاق الزّواج-**، المرجع السّابق، ص. 550.

[4] إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي: أحكام الزّواج -دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائية لمحكمة النّقض أو محاكم الموضوع-**، المرجع السّابق، ص. 63.

وهو ما أقرّه المشرّع التّونسي في قانون 24 ماي 1962، المتعلّق بإحداث جريمة عدم إحضار المحضون بناءً على حكم قضائي يقضي بالزّيارة، ومع توفّر أركان جريمة منع حقّ الزّيارة الثّلاث (المادي والمعنوي والشّرعي)[1]، فهذا يعني أنّنا بصدد جريمة مكتملة العناصر تدفع المتضرّر (الوالد غير الحاضن) لرفع دعوى أمام الجهات المختصّة للبتّ في القضية بغية إنصافه. وبما أنّنا بصدد الزّواج المختلط فإنّ معظم الأحكام الصّادرة من الخارج لابد أن تكون ممهورة بالصّيغة التّنفيذية[2].

هذا كلّ ما يمكننا قوله في مسألة الزّيارة، وفيما يلي سنوضّح دور القضاء في مسألة النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية.

المطلب الثّاني: دور الجهات القضائية في الحدّ من النّقل غير المشروع للمحضون

إلى جانب المشاكل الّتي تثيرها مسألة الزّيارة والعقوبات المقرّرة لها للتّخفيف منها أو القضاء عليها، نجد مشكلة نقل الأطفال عبر الحدود الدّولية ساهمت إلى حدّ كبير في

[1] ينصّ ق سنة 1962 على ما يلي: "في صورة حكم وقتي أو باتّ بالحضانة، فإنّ الأب أو الأمّ أو كلّ شخص آخر لا يحضر المحضون لمن له الحقّ في طلب إحضاره، أو يتعمّد ولو بدون حيلة أو قوّة اختطاف ذلك المحضون أو اختلاسه أو يكلّف من يتولّى اختطافه أو اختلاسه من أيدي من هو في حضانتهم أو من المكان الّذي وضعوه به، يعاقب بالسّجن من ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من أربعة وعشرون دينار إلى مائتين وأربعين دينارا أو بإحدى العقوبتين فقط". قانون ع 2 لسنة 1962، المتعلّق بإحداث جريمة عدم إحضار المحضون، المؤرّخ في 24 ماي 1962، ر. ر. ج. ت، ع 02، الصّادر بتاريخ 22-25 ماي 1962، ص. 757. منية التومي، المرجع السّابق، ص. 92.

"فالجريمة على أساس هذا القانون، هي الفعل الّذي يهدف من خلاله مرتكبها إلى الامتناع عن إحضار المحضون إلى من له الحقّ في طلبه، وهي تفترض توفّر شرط أوّلي يتمثّل في صدور حكم قضائي وقتي أو باتّ يمنح حقّ الزّيارة لمن لم تسند إليه الحضانة من الأبوين. ويصدر الحكم الوقتي إمّا من طرف قاضي الأسرة من خلال القرارات الفورية الّتي يتخذها على إثر فشل المحاولة الصلحية، أو من طرف دائرة الأحوال الشّخصية لدى المحكمة الابتدائية بمناسبة نشر قضية الطّلاق أين تعتبر الحضانة والزّيارة من المسائل الفرعية، في حين يصبح الحكم باتًّا إذا أصبح غير قابل للطّعن بأيّ وجه من الوجوه". هذا واعتبرت م. ت في إحدى قراراتها أنّ: "عدم إحضار محضون لا تتكوّن منه جريمة إلاّ عند صدور حكم وقتي أو باتّ بالحضانة، فعدم الامتثال لحكم استعجالي قاضٍ بزيارة الأب المفارق لأحد أبنائه لا تتكوّن منه هذه الجريمة". ق. ت. ج ع 1747، بتاريخ 15 جوان 1977، نشرية 1977، قسم جزائي، ج. الثّاني، ص. 23. وسام بوعبان، المرجع السّابق، ص. 81.

[2] المرجع نفسه، ص. 83.

اختلال توازن هذه العلاقات؛ فهي من أكثر الظّواهر خطرا على شخصية الطّفل، وهي لا تختلف عن الفعل الّذي تقوم به الحاضنة من حرمان الأب غير الحاضن من رؤية صغيره.

لذا، فإنّ هذه الظّاهرة تهدف بالأساس إلى قطع الصّلة بين الأرحام وتزيد من حدّة ومعاناة الأطفال المحضونين. وللحدّ من هذه الاشكالات يستوجب توظيف آليات فعّالة وإن كانت قضائية، لضمان الرّجوع السّريع للمحضون وإصلاح ما أفسدته أنانية الأبوين.

وقد جرّم المشرّع الجزائري هذا الفعل، سواء في التّشريع الدّاخلي أو الاتفاقية الثّنائية لذلك سنوضّح العناصر المكوّنة لجريمة النّقل غير المشروع للمحضون (الفرع الأوّل)، ثمّ نوضّح دور القضاء في الحدّ من هذه الظّاهرة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: العناصر المكوّنة لجريمة النّقل غير المشروع للمحضون

إنّ تنامي ظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين في العلاقات الدّولية الخاصة، كان نتيجة عوامل عديدة؛ كالضّغوطات الّتي يتعرّض لها الأب خلال ممارسته لحقّ الزّيارة[1]؛ حيث لم يجد سبيلا آخر غير خطف الطّفل ونقله خارج حدود دولة الحاضنة ما جعل منه مجرما في نظر القانون.

فهذا التّصرّف الّذي قام به الأب غير الحاضن، أسّس لقيام جريمة بكافّة أركانها في نظر القانون، وهذه الأركان هي:

أوّلا- الرّكن الشّرعي:

لا تخلو أيّ جريمة من الرّكن الشّرعي، بحسب ما ورد في نصّ م 328 من ق. ع. ج، كما أشرنا إليه سابقا.

ثانيا- الرّكن المادي:

لا تختلف جريمة النّقل غير المشروع عن باقي الجرائم؛ فهي تحتوي على الرّكن المادي والأساسي لهذه الجريمة، وهذا الفعل مكوّن من عدّة صور وكلّ صورة كافية لتكوين

[1] **ينظر**: الصّفحة 03 – الهامش 04 من مقدّمة هذه الأطروحة.

العنصر المادي للجريمة، ولا يمكن توفّر هذا العنصر إلاّ بتحقيق النّتيجة وهي إتمام خطف المحضون سواء كانت مباشرة أو بواسطة الغير، وسواء وقع من شخص أو عدّة أشخاص لصالح شخص معيّن وهو الأب، سواء كان ذلك بالمجان أو بمقابل أجر[1].

ثالثا- عنصر القصد أو النّية الجرمية:

عنصر النّية في ارتكاب الجرم هو أحد العناصر الواجب توافرها في كلّ سلوك إجرامي[2]. غير أنّ نصّ م 328 من ق. ع. ج لم يذكر هذا العنصر صراحة في تكوين هذه الجريمة، وإنّما يمكن استخلاصها من الظّروف المحيطة بالوقائع الجرمية[3]. فيتحقق هذا القصد بقطع الصّلة بينه وبين الحاضن، أو بإبعاده عن الأماكن الّتي من المفروض التّواجد فيها بغضّ النّظر عن الوسيلة الّتي استعملت، وما يهمنا هنا النّتيجة المتحقّقة من الفعل.

رابعا- وجود حكم قضائي:

يقتضي هذا الرّكن توفّر حكم قضائي سواء كان مؤقّتا أو نهائيا، شريطة أن يكون قابلا للتّنفيذ حالا[4] أو مشمولا بالنّفاذ المعجّل، أو صادر عن قضاء أجنبي وحائز للصّيغة التّنفيذية. وهو عنصر لابد من توافره؛ لأنّه لا يمكن للحاضن أن يرفع دعوى الخطف ضدّ الخاطف وهو لا يملك سندا قانونيا يقضي بإسناد الحضانة له[5].

وعليه، إذا توافرت الأركان المنصوص عليها في م 328 من ق. ع. ج، سُمح للحاضن أن يرفع دعوى قضائية ضدّ الأب غير الحاضن إذا قام باختطاف المحضون ولو بغير تحايل أو عنف، ومتابعته متابعة جزائية وتسليط العقوبة المنصوص عليها في م 328

---

[1] عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، المرجع السّابق، ص. ص. 178، 179.

[2] خالد داودي، المرجع السّابق، ص. 108.

[3] عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، المرجع السّابق، ص. 179.

[4] سناء عماري، المرجع السّابق، ص. 101. "يجب أن يكون قرار القاضي في شأن الحضانة مشمولا بالنّفاذ المعجّل أو نهائيا، وهذا الشّرط غير متوفّر مادام الحكم الصّادر عن قسم الأحوال الشّخصية القاضي بإسناد البنتين إلى الوالدة غير مشمول بالنّفاذ المعجّل وغير نهائي، لكونه محلّ استئناف". غ. ج، ملف رقم 132607، قرار بتاريخ 1996/06/16، م. ق. غير منشور. قانون الأسرة مدعّم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية 2018، المرجع السّابق، ص. 129.

[5] عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، المرجع السّابق، ص. 179.

من ذات القانون. "وتزداد هذه العقوبة حيث تصل إلى الحبس ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السّلطة الأبوية عن الجاني"[1].

ولا شكّ في أنّ التّصرّف الّذي قام به الوالد غير الحاضن والشّكوى المرفوعة من قبل الحاضن، من شأنهما أن يخلقا آثار سلبية وخيمة على نفسية المحضون يصعب إصلاحها لاحقا، ومن هنا يظهر دور النّيابة العامة في حماية الطّرف الضّعيف إذا بلغ إلى علمها أنّ حقوقه مهدّدة بالخطر، وهذا ما سنحاول توضيحه في الفرع الثّاني.

الفرع الثّاني: دور القضاء في منع السّفر بالمحضون

سبق لنا وأن أوضحنا بأنّ النّيابة العامة تتدخّل في المسائل الأسرية؛ حيث يتسع دورها ويضيق حسب النّزاع المعروض أمامها. فيتدخل النّائب العام إن رأى أو بلغه أنّ مصلحة الطّفل الفضلى مهدّدة، ويكون بإخطاره بجميع وسائل الإشعار الكتابية منها والشّفوية[2].

حيث تتولى النّيابة العامة مهمّة حماية المحضون، من خلال منعه من السّفر خارج موطن الإقامة الاعتيادية الّتي أقرّها له القاضي[3]، أو في الصّورة العكسية والشّائعة حين يقوم أحد الأبوين بزيارة ابنه، واستغلال فترة الزّيارة لخطفه من حاضنه داخل الدّولة الأجنبية نحو موطنه[4]، فيكون بذلك الطّفل في موضعٍ خطرٍ يهدّد مصلحته الفضلى، ممّا يستوجب التّدخّل العاجل واتخاذ التّدابير اللاّزمة لحمايته.

---

[1] **ينظر**: م 328 الفقرة الأخيرة من ق. ع. ج.

[2] إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي: أحكام الزّواج –دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائية لمحكمة النّقض أو محاكم الموضوع–**، المرجع السّابق، ص. 61.

[3] "يمكن للمحكمة بناءً على طلب من النّيابة العامة أو النّائب الشّرعي للمحضون أن تضمن في قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق، منع السّفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشّرعي.
تتولّى النّيابة العامة تبليغ الجهات المختصّة مقرّر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللاّزمة لضمان تنفيذ ذلك ...". المرجع نفسه، ص. 63.

[4] "بدأت المشاكل تبرز في الثّمانينات بتغيّر صيغة الهجرة وتزايد الزّواج المختلط وتزايد المهاجرين أنفسهم، وبالتّالي تؤثّر الفروق التّقليدية والقانونية والدّينية على الخلافات الزّوجية الّتي يكون موضوعها الأطفال.
وقّعت فرنسا على الاتفاقية الثّنائية مع الدّول الإسلامية القريبة إليها جغرافيا والّتي لها جالية مهاجرين هامّة بها. وتخصّ هذه الاتفاقيات الأحوال الشّخصية والاعتراف بالقرارات القضائية؛ فقد اكتسبت اليوم الخصومات العائلية طابعا دوليا أدّى إلى تفاقم مشكلة خطف الأطفال الدّولي". رسالة القضاة الإخبارية، المرجع السّابق، ص. 38.

غير أنّ ما هو ملاحظ في التّعديل الأخير لق. أ. ج[1] لسنة 2005 في م 87 ف 03، وما جاء به إ. ق[2] لسنة 2009، أنّ المشرّع الجزائري أحدث فراغا قانونيا[3] فيما يخصّ رقابة الولّي على المحضون، وبذلك يفلت المحضون من رقابة النّائب الشّرعي بعدما منح الولاية لمن تسند له الحضانة، ويكون الحاضن وليا ونائبا شرعيا على المحضون؛ فيمكن لهذا الأخير الانتقال به أينما يشاء ووقتما يشاء.

بخلاف ما جاء به المشرّع المغربي في م 179 من م. أ.م بمنح النّيابة العامة دورا مهمّا في منع السّفر بالمحضون إلى خارج المغرب، وذلك بتقديم طلب إلى المحكمة يقضي بمنع السّفر بالمحضون إلى خارج المغرب دون نائبه الشّرعي[1].

---

[1] من نتائج تعديل ق 11/84 بالأمر 02/05 في م 87 ف 03، إسناد الحضانة لمن أسندت له الولاية. وهي رخصة للحاضنة بنقل المحضون إلى دولتها الأمّ دون إذن الأب، كما هو مبين في نصها: "... وفي حالة الطّلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". الأمر 02/05.

[2] نجد ذلك في إ. ق لسنة 2009: "إسناد الحضانة للأمّ بعد الطّلاق بدون منح الولاية لها خرق للقانون؛ حيث أنّ القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف وجاء في تسبيبه أنّ الولاية تكون للأب ما دام على قيد الحياة ولم يثبت حصول مانع له؛ حيث لمّا قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطّفل (ع) للأمّ دون منحها الولاية عليه، يكونوا قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الّذي يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يتعلّق بالولاية". غ. أ. ش، ملف رقم 476515، قرار بتاريخ 2009/01/14، م. م. ع، ع 01، 2009، ص. 265.

[3] "لكّن المشرّع الجزائري لم يتطرّق في قانون الأسرة إلى أحكام الولاية، وإزاء هذا الفراغ الّذي يشهده قانون الأسرة الجزائري وحيال هذا الأمر، أمكن لنا الاحتكام إلى نصّ المادة 222 من قانون الأسرة عند عدم ورود نصّ في القانون، والّتي تُحيلنا إلى أحكام الشّريعة الإسلامية. حيث نجد أنّ الشّريعة الإسلامية قد عالجت هذه المسألة ضمن أحكام الولاية، هذه الأخيرة مقسّمة إلى ثلاثة أقسام سبقت لنا الإشارة إليها. وبالتّالي فإنّه حسب هذه الأحكام لا مسؤولية للأمّ على أفعال ابنها المحضون الضّارة في حياة والده؛ لأنّ الحضانة بهذا المفهوم لا تعطي للحاضنة أيّة سلطة على الولد، ويبقى الطّفل خاضعا لولاية والده وهو تحت مسؤوليته ويمارسها عن طريق الزّيارة". حاج شريف خديجة، **مسؤولية متولّي الرّقابة على الأفعال الضّارة بالمحضون في التّشريع الجزائري**، مجلّة الدّراسات القانونية المقارنة، الجزائر، المجلّد 06، ع 01، 2020/06/29، ص. 79.

"إنّ الولاية الّتي كانت تقوم على قوامة الأب مصدرها السّلطة الأبوية؛ أي الصّلاحيات الّتي يمارسها الأب على أولاده القصّر يقوم بموجبها برعايتهم وحفظهم. نجد أنّ المشرّع الجزائري قد منحها للأمّ على الأولاد القصّر في المادة 87 الفقرة 03 من قانون الأسرة، بخلاف الشّريعة الإسلامية الّتي قدّمت الأب والجدّ". العربي بختي، المرجع السّابق، ص. 190.

[1] إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي: أحكام الزّواج –دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائية لمحكمة النّقض أو محاكم الموضوع–**، المرجع السّابق، ص. 62.

وهو ذات الأمر الّذي سار عليه المشرّع التّونسي للوقاية من هذه الظّاهرة، باستعمال العديد من الوسائل القانونية، كفرض ترخيص من الأب للأمّ غير التّونسية الّتي تودّ السّفر بأبنائها للخارج[1]. وتغافل عن ذكره المشرّع الجزائري بترك هذه الفقرة مفتوحة على مصرعيها دون قيد أو شرط.

ممّا سبق ذكره، يمكن القول أنّه على الرّغم من أنّ منع زيارة المحضون والنّقل غير المشروع له يعتبران جريمتين في نظر القانون، تترتّب عليهما عقوبات وجزاءات ردعية في حقّ مرتكبهما، إلاّ أنّ الواقع الأسري لا يخلو من هذه الممارسات الّتي يقع الطّفل ضحيّتها مهما كان الجهاز القضائي رادعا لها، لتبقى توعية الأطراف وتحسيسهم بخطورة الأمر عن طريق الوسائل الودّية أفضل الحلول.

[1] منية التومي، المرجع السّابق، ص. 96. **ينظر**: وسام بوعبان، المرجع السابق، ص. ص. 107، 108.

الخاتمة

إنّ مسألة حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، ترتبط أساسا بالحقوق الثّابتة له؛ لذا سعت التّشريعات الدّولية لحماية هذه الحقوق من خلال سنّ اتفاقيات جماعية وأخرى ثنائية، وحتى القوانين الدّاخلية لضمان هذه الحماية الّتي ترتكز على عدّة جوانب من بينها مصلحة المحضون، القانون الواجب التّطبيق على الحضانة، حقّ الزّيارة ومسألة النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية.

وعلى الرّغم من حساسية هذا الموضوع وتعقيده في العلاقات الدّولية الخاصة، إلاّ أنه لم يحظ بالحماية الكافية سواء على المستوى الدّاخلي أو الخارجي من خلال الاتفاقيات الجماعية والثّنائية.

إذ أنّ المصلحة الفضلى للمحضون هي الأساس الّذي يعتمد عليه القاضي عند البتّ في نزاعات الحضانة، ورغم ذلك لم يعرّفها المشرّع الجزائري ولم يضع لها معايير تضبطها تاركا مسألتها للفقه، وهو ما يصعّب الأمر على القاضي في العلاقة المشتملة على العنصر الأجنبي عند تطبيقه للقانون الملائم؛ لأنّ فكرة المصلحة مرنة ومطّاطة تختلف باختلاف الحالات المعروضة أمام القاضي.

كما أن المشرّع الجزائري لم ينص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، بل ترك الأمر لتكييف القاضي، مسترشدًا في ذلك بالآراء الفقهية الّتي قيلت في هذا الشّأن؛ حيث كيّفها البعض من الفقه على أنّها أثر من آثار الزّواج، وأرجعها البعض الآخر إلى آثار الطّلاق وهو الرّأي الّذي أخذ به المشرّع الجزائري، ما أدى إلى تنوّع الأحكام القضائية في قضايا الحضانة، وهذا الأمر خلق تعارضًا بين النّصوص الدّاخلية –م 62 من ق. أ. ج، م 12 م13 من قواعد الإسناد– بالإضافة م 05 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية رقم 144/88 المتعلّقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة انفصال الأبوين.

أضف إلى ذلك ما جاء في نص م 05 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الّتي تنصّ على إسناد حقّ الحضانة لمسكن الزّوجية، بناءً على مبدأ سموّ المعاهدة على القانون الدّاخلي كما جاء في م 154 من الدّستور، وأنّ غالبية الاختصاص يكون للقاضي الفرنسي الّذي يسند الاختصاص للأمّ الأجنبية في ديار المهجر، وهذا ما يتعارض مع ما أقرّه المشرّع الجزائري في م 62 من ق. أ. ج الّتي تقضي بتربية الولد على دين أبيه، هذا في حال وجود

اتفاقية بين الدّولتين، أمّا في حالة عدم وجود اتفاقية بينهما تطبّق قواعد الإسناد الخاصة بدولة القاضي عندما يعرض عليه النّزاع.

هذا، وإن حقّ الزّيارة الّذي لا يقلّ أهمّية عن حماية المصلحة الفضلى للمحضون هو حقّ شرعي مكفول لكلا الطّرفين لضمان حقّ الاتصال والاستقرار للمحضون، وإعادة لملمة أشلائه في عالم سويّ وآمن بعدما خرّبه انفصال الأبوين وما خلّفته أنانيتهما، غير أنّ إيصال هذا الحقّ لم يوضّحه المشرّع الجزائري كباقي التّشريعات –اتفاقي أو قضائي–، بل ترك الأمر للسّلطة التّقديرية للقاضي في تحديد مكان وزمان الزّيارة.

ومن ضمن الصّعوبات الّتي تحول دون حماية حقّ المحضون، قيام الحاضن في غالبية الأحيان بمنع حقّ الزّيارة وقطع الاتصال بين الابن وأبيه، ناهيك عن الشّروط التّعسفية الّتي فرضتها الدّول الأجنبية من أجل تحقيق هذا الحقّ، وهو ما يدفع غير الحاضن إلى اقتناص الفرصة المتاحة أمامه ونقل المحضون عبر الحدود الدّولية.

ومن المؤكّد أنّ إقدام غير الحاضن على نقل الطّفل المحضون بصورة غير مشروعة من مكان إقامته الاعتيادية، واجتثاثه من بيئته الّتي ألف العيش فيها نحو بيئة أخرى يجهلها يجعله عرضة للاّستقرار والتّلاعب بأبسط حقوقه، ممّا يؤثّر سلبا على شخصيته السّوية الأمر الّذي أدّى إلى وجود آلية السّلطة المركزية، كما وضّحتها الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للحدّ من هذه الظّاهرة، وأيّ تأخير في تطبيق أحكام هذه الاتفاقية يتعرّض الجاني لعقوبات جزائية.

ومن خلال مناقشة وتحليل ومقارنة نصوص حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة لضمان أمنه وسلامته، نجد أنّ المشرع الجزائري وضع ترسانة قانونية لحماية حقوق هذا المحضون، غير أنّ هذه الحماية اكتنفها اللّبس والغموض في تطبيق القواعد الّتي جاءت بها جلّ التّشريعات الوطنية والدّولية، كما أنّ المشرّع الجزائري لم يسعَ لإيجاد حلول بديلة عن القضاء طوال كلّ هذه السّنوات، لمواجهة الصّعوبات الّتي تثيرها نزاعات الحضانة في القانون الدّولي الخاص.

لذا حاولنا اقتراح بعض التّوصيات الّتي تصبّ في هذا الشّأن، لتدارك اللّبس في تطبيق النّصوص القانونية الّتي خلّفت صعوبات في تحقيق هذه الحماية، بناءً على ما تمّت دراسته، تتمثّل في:

✓ أشرنا سابقا إلى أنّ مصلحة المحضون هي المعيار الأساسي لحمايته في العلاقات الدّولية الخاصة، لذا كان لزاما على المشرّع الجزائري أن يبيّن معالم هذه المصلحة وبدقّة من أجل تعزيز هذه الحماية، لتفادي التّضارب في الاجتهادات القضائية ولكي لا يلتبس على القاضي تحديد هذا الحقّ –هذه المصلحة–، وكذا توسيع نطاق الحماية بما أنّنا بصدد حضانة المحضون في القانون الدّولي الخاص.

✓ من الملاحظ عليه، أنّ المشرّع الجزائري لم يفرد نصّا خاصا في قواعد الإسناد لمسألة الحضانة، وأنّ الفقه اعتبرها أثرًا من أثار الزّواج وبالتّالي تطبّق عليها أحكام م 12 وكذا م13 من ق. م. ج، لذا يتوجّب على المشرّع الجزائري إعادة النّظر فيها بتخصيص مادة صريحة تحدّد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة، في حال ما لم توجد اتفاقية بين بلدي طرفي النّزاع، كما فعل المشرّع التّونسي.

✓ إعادة صياغة نصّ م 62 من ق. أ. ج، آخذا بعين الاعتبار الإشكالات الّتي تحول دون تحقيق المراد من هذه المادة، كرِدَّة الأب مثلا، أو سفر الحاضنة بالمحضون إلى دولة أجنبية مراعاة لمصلحته ومخالفة للنّظام العام الجزائري، أو إسلام هذه الأخيرة.

✓ إعادة النّظر في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988، المتعلّقة بأطفال الزّواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حال الانفصال، من جانب صياغة نصوص بنودها الّتي تحمل في طيّاتها حلولاً تتماشى والقانون الفرنسي دون الجزائري، غير أبهين لتعارضها مع الشّريعة الإسلامية الّتي ينبني عليها قانون الأسرة الجزائري، خاصة م 05 منها الّتي تتعارض مع م 62 من ق. أ. ج.

✓ السّعي إلى إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدّول الّتي تضمّ جالية جزائرية أكبر لتوسيع نطاق الحماية، وكذا المصادقة على اتفاقيتي لاهاي لسنتي 1980 و1996 بغية توفير قدرٍ

كافٍ من الحماية كما فعلت دولة المغرب، في حال ما لم تكن اتفاقية ثنائية بين البلدين تحتكم لاتفاقية لاهاي.

✓ ضبط نصوص ق. أ. ج في مادة الحضانة والابتعاد عن العمومية في سنّ نصوصه وحسم الأمر في عدّة مسائل كتقرير حقّ مصلحة المحضون والنّظام العام في مادة الحضانة وتغيير الدّيانة، وبالأخصّ حقّ الزّيارة الّذي لم يلقَ الاهتمام الكافي من قبل المشرّع الجزائري.

✓ ولا نخرج عن إطار الاتفاقيات الثّنائية وما حملته في طيّاتها من نقص كبير في تعزيز حماية المحضون بعد انفصال الأبوين؛ إذ أنّ زيارة المحضون حقّ أغفله المشرّع الجزائري في القانون الدّاخلي وانعكس ذلك على الاتفاقيات الثّنائية، لذا كان لزاما عليه إعادة النّظر في حماية هذا الحقّ، والسّعي إلى إلغاء الشّروط التّعسفية الّتي فرضها التّشريع الفرنسي، وإعطاء فرصة أكبر للمحضون وغير الحاضن لإيصال هذا الحقّ دون التّشديد فيه.

✓ الأخذ بالحلول الودّية –الوساطة– في مسألة النّقل غير المشروع للمحضون؛ أي إيجاد جهة جديدة بعيدة عن الأروقة القضائية، وذات مستوى عالي من الكفاءة والتّكوين مهمّتها الوصول إلى حلول وقائية وودّية، وكذلك الاستفادة من التّجارب العربية والغربية كألمانيا وفرنسا.

✓ توعية الوالدين بمخاطر حرمان المحضون من حقوقه، وخاصة حقّي الزّيارة والنّقل غير المشروع، باستعمال الإجراء الوقائي الّذي تستعين به الدّول الرّائدة في الوساطة، كنشر كتيّبات ومنشورات في هذا الشّأن.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- **المراجع باللّغة العربية:**

أوّلا- المصادر:

أ- القرآن الكريم برواية حفص.

ب- الأحاديث النّبوية الشّريفة:

1) البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصّبي فمات فهل يصلّى عليه وهل يعرض على الصّبي الإسلام، ط. الأولى، ابن كثير للطّباعة والنّشر والتّوزيع، دمشق- بيروت، 2002.

2) البخاري، كتاب الأدب، باب من وصل وصله الله، ط. الأولى، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، 2002.

3) البيهقي، كتاب الصّلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ج. السّادس، ط. الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2003.

4) التّرمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في الكراهية، الغشّ في البيوع، **تحقيق:** رائد بن صبري بن أبي علفة، ط. الثّانية، دار الحضارة للنّشر والتّوزيع الرّياض- السّعودية.

5) سعيد بن منصور، كتاب الطّلاق، باب الغلام بين الأبوين أيّهما أحقّ به، **تحقيق وتعليق:** الأعظمي، المجلّد الثّالث، القسم الثّاني، ج. الثّاني، دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، د. س. ن.

6) مسلم، كتاب البرّ وصلة الآداب، باب صلة الرّحم وتحريم قطيعتها، ج. الرّابع.

7) مسلم، كتاب القدر، باب معنى كلّ مولود يولد على فطرة وحكم موت الأطفال الكفّار وأطفال المسلمين، ط. الثّانية، دار الإسلام للنّشر والتّوزيع، السّعودية، 2000.

8) مسلم، كتاب الإيمان، باب قول النّبي صلى الله عليه وسلم "من غشّنا فليس منا" ط. الثّانية، دار السّلام للنّشر والتّوزيع، الرّياض- السّعودية، 2000.

9) سعيد بن منصور، المجلّد الثّالث، القسم الثّاني، ج. الثّاني، كتاب الطّلاق، باب الغلام بين الأبوين أيّهما أحقّ به؟، **تحقيق وتعليق:** الأعظمي، دار الكتب العلمية بيروت– لبنان.

ج– المعاجم والقواميس:

1) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقايس اللّغة، تحقيق:** عبد السلام محمد هارون، ج. الثّاني، دار الفكر، د. ب. ن، 1979.

2) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقايس اللّغة، تحقيق وضبط:** عبد السلام محمد هارون، ج. الثّالث، دار الفكر، د. ب. ن، 1979.

3) أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشّرح الكبير للرافعي**، ط. الثّانية، دار المعارف، القاهرة– مصر، د. س. ن.

4) الراغب الأصفهاني، **مفردات ألفاظ القرآن، تحقيق:** صفوان عدنان داوودي، ط. الرّابعة، دار القلم، دمشق– سوريا، دار الشّامية، بيروت– لبنان، 2009.

5) أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، المجلّد الرّابع، دار صادر بيروت، د. س. ن.

6) أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، المجلّد الثّالث عشر، ط. الأولى، دار الفكر، دار صادر، بيروت– لبنان، د. س. ن.

7) أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**، طبعة جديدة ومحقّقة دار المعارف، القاهرة– مصر.

8) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، **مختار الصّحاح**، طبعة مدقّقة، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصّلح، بيروت– لبنان، 1986.

9) الطاهر أحمد الزاوي، **مختار القاموس**، الدّار العربية للكتاب، ليبيا– تونس، د. س. ن.

10) مجد الدّين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ط. الثّامنة مؤسّسة الرّسالة، بيروت– لبنان، 2005.

11) **المعجم الوجيز**، مجمع اللّغة العربية، مطابع شركة الإعلانات الشّرقية، دار التّحرير، مصر، 1989.

12) **المعجم الوسيط**، مجمع اللّغة العربية، الإدارة العامّة للمعجمات وإحياء التّراث، ط. الرّابعة، مكتبة الشّروق الدّولية، جمهورية مصر العربية، 1425هـ– 2004م.

13) **المنجد الأبجدي**، ط. الثّامنة، المؤسّسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دار المشرق بيروت– لبنان، 1989.

د– كتب الفقه:

1) ابن عابدين محمد أمين بن عمر، **ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار** المجلّد الخامس، عالم الكتب، الرّياض– السعودية، 2003.

2) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي الكاساني علاء الدين، **بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع**، ج. الخامس، ط. الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003.

3) أبو زهرة، **الأحوال الشّخصية**، ط. الثّانية، دار الفكر العربي، بيروت– لبنان، 1950.

4) أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، **الموافقات في أصول الشّريعة**، المجلّد الثّاني، ط. الأولى، دار بن عفان، المملكة العربية السّعودية 1997.

5) أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى في علم الأصول**، المجلد الثّاني شركة المدينة المنوّرة للطّباعة والنّشر، د. س. ن.

6) الطوفي، **رسالة في رعاية المصالح، تحقيق:** أحمد عبد الرحيم السايح، ط. الأولى أهرام المصرية اللّبنانية، مصر، 1993م.

7) التواتي بن التوالي، **المبسّط في الفقه المالكي بالأدلّة: كتاب الأحوال الشّخصية** المجلّد الرّابع، ط. الأولى، دار الوعي للنّشر والتّوزيع، 2009.

8) السرخسي محمد بن أحمد، **المبسوط**، ج. السّادس، دار المعرفية، بيروت– لبنان، د. س. ن.

9) تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصني الحسني الدمشقي، **كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار في الفقه الشّافعي، تحقيق:** عبد القادر الأرناؤوط وساعده طالب عواد، ط. التّاسعة، دار البشائر، دمشق– سوريا، 2001.

10) زكريا محمد الأنصاري، **الغرر البهيّة في شرح منظومة البهجة الورديّة**، ج. الثّامن، ط. الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1997.

11) عبد الرحمن الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، كتاب الطّلاق: هل للحاضن أن يسافر بالمحضون؟، ج. الرّابع، ط. الثّانية، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003.

12) علاء الدين بن الحسن علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الامام المبجّل أحمد بن حنبل، حقّقه:** محمد حامد الفقي، ج. التّاسع، ط. الأولى، مطبعة السّنة المحمدية، مصر، 1956.

13) قاسم بن عبد الله القونوي الرومي الحنفي، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق:** يحي مراد، ط. الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2004.

14) محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن همام، **شرح فتح القدير: على الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق:** عبد الرزاق غالب المهدي، المجلّد الرّابع دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003.

15) محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشّريعة الإسلامية**، مؤسّسة الرّسالة، سوريا، 1973.

16) موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، **المغني**، ج. الحادي عشر، ط. الثّالثة، دار عالم الكتب، الرّياض– السّعودية، 1997.

17) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلّته: الأحوال الشّخصية**، ج. السّابع، ط. الأولى، دار الفكر، دمشق، 1984، دار الفكر، الجزائر، 1992.

ثانيا- المراجع:

أ- الكتب المتخصّصة:

1) إدريس الفاخوري، **النّقل غير المشروع للأطفال في الرّوابط الدّولية الخاصة**، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، قضايا الأحوال الشّخصية والميراث، الدّلالات الوطنية والأبعاد الدّولية، ج. الأوّل، ط. الأولى، منشورات مجلّة الحقوق، دار نشر المعرفة مطبعة النّجاح الجديدة، 2016.

2) جليلة دريسي، **إشكالية الحضانة في الزّواج المختلط**، ط. الأولى، دار القلم للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الرّباط، 2010.

3) صلاح الدين جمال الدين، **مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب -دراسة مقارنة-**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2004.

4) صفاء البوعناني، **الاختطاف الدّولي للأطفال -دراسة على ضوء الاتفاقيات الدّولية الّتي تعنى بحقوق الطّفل-**، دار الآفاق المغربية للنّشر والتّوزيع، 2016.

ب- الكتب العامة:

1) أحسن بوسقيعة، **قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية**، ط. الثّانية، الدّيوان الوطني للأشغال التّربوية، الجزائر، 2001.

2) أحمد محمد أحمد بخيت، **إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتّقنيات العربية - المشكلة والتّطورّات في الحلّ-**، ط. الأولى، دار النّهضة العربية، القاهرة- مصر 2001.

3) أحمد نصر الجندي، **حضانة النّساء والمجلس القومي للمرأة**، دار الكتب القانونية دار شتات للنّشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2013.

4) إدريس الفاخوري، **انحلال الرّابطة الزّوجية في مدوّنة الأسرة المغربية مع أحدث الاجتهادات القضائية**، ط. الأولى، دار أبي رقراق، الرّباط- المغرب، 2012.

5) إدريس الفاخوري، **قانون الأسرة المغربي: أحكام الزّواج –دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائية لمحكمة النّقض أو محاكم الموضوع–**، ج. الأوّل، منشورات مجلّة الحقوق، دار النّشر المعرفة، المغرب، 2006.

6) إسعاد محند، **القانون الدّولي الخاص: قواعد التّنازع**، ج. الأوّل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

7) الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري: تنازع القوانين في ضوء القانون 10/05 المؤرّخ في 20 جوان 2005 –دراسة مقارنة بين القوانين العربية والقانون الفرنسي–**، مطبعة الفسيلة، الدويرة– الجزائر، 2008.

8) الطيب زيروتي، **القانون الدّولي الخاص الجزائري علما وعملا**، ط. الأولى، د. د. ن، 2010.

9) الطيب زيروتي، **دراسات في القانون الدّولي الخاص الجزائري**، دار هومة، الجزائر 2011.

10) العربي بختي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، إعادة الطّبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

11) باديس ديابي، **صور وآثار فكّ الرّابطة الزّوجية**، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر 2012.

12) باديس ديابي، **قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية**، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، 2012.

13) بدر الدين عبد المنعم شوقي، **دراسات في القانون الدّولي الخاص المصري: تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدّولي**، دار النّهضة العربية، القاهرة، 1990.

14) بلقاسم أعراب، **القانون الدّولي الخاص الجزائري –تنازع القوانين–**، دار هومة الجزائر، 2002.

15) جمال سايس، **الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشّخصية: قرارات المحكمة العليا**، ج. الأوّل، ط. الأولى، منشورات، 2013.

16) جمال سايس، **الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشّخصية: قرارات المحكمة العليا**، ج. الثّاني، ط. الأولى، منشورات، 2013.

17) جمال سايس، **الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشّخصية: قرارات المحكمة العليا**، ج. الثّالث، ط. الأولى، منشورات، 2013.

18) حسن الهداوي، **تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدّولي الخاص العراقي**، ط. الثّانية، الإرساء، بغداد– العراق، 1972.

19) حسن الهداوي، **القانون الدّولي الخاص: (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني)** **–دراسة مقارنة–**، مكتبة الثّقافة للنّشر والتّوزيع عمّان– الأردن، 1997.

20) حسن علام، **موجز القانون القضائي الجزائري**، الشّركة الوطنية للنّشر والتّوزيع الجزائر، 1972.

21) خالد داودي، **الحضانة**، ط. الأولى، دار الإعصار العلمي، عمّان– الأردن 2018.

22) خالد عبد العظيم أبو غابة، **حقوق المحضون –دراسة في الشّريعة الإسلامية–** دار الفكر الجامعي، الإسكندرية– مصر، 2013.

23) جابر جاد عبد الرحمن، **تنازع القوانين**، دار النّهضة العربية، القاهرة، 1969.

24) رشدى شحاتة أبو زيد، **رؤية المحضون في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية –دراسة مقارنة–**، ط. الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية– مصر 2011.

25) رشدى شحاتة أبو زيد، **شروط ثبوت حقّ الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية –دراسة مقارنة–**، ط. الأولى، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية– مصر، 2012.

26) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون، ط. الثّانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية– مصر، 2006.

27) عبد الرحمن بربارة، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ط. الرّابعة منشورات البغدادي، الجزائر، 2013.

28) عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، الطّبعة الثّانية، دار هومة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2014.

29) عبد العزيز سعد، **الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط. الثّالثة، دار هومة، الجزائر، 1416هـ–1996.

30) عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية الحقّ**، ط. الثّانية، مطبعة النّهضة الجديدة، القاهرة 1965.

31) عبد المجيد سيد منصور، زكريا أحمد الشربيني، **الأسرة على مشارف القرن 21: الأدوار– المرض النّفسي– المسؤوليات**، ط. الأولى، دار الفكر العربي، الكويت 1420هـ–2000.

32) علاء كاظم المرشدي، **التّحايل على القانون (الغشّ نحو القانون)**، الكلّية الإسلامية للجامعة، قسم القانون، العراق، 1438هـ.

33) علي علي سليمان، **مذكّرات في القانون الدّولي الخاص الجزائري**، ط. الخامسة ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون– الجزائر، 2008.

34) غالب علي الداودي، **القانون الدّولي الخاص: (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدّولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية) –دراسة مقارنة–**، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، 1432هـ–2011.

35) فؤاد يونس، **مصالح الطّفل الفضلى**، ط. الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2019.

36) كمال عليوش قربوع، **القانون الدّولي الخاص: تنازع القوانين**، ج. الأوّل، ط. الأولى، دار هومة للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2005.

37) مبروك بنموسى، **شرح المجلّة التّونسية للقانون الدّولي الخاص: شرح فقهي تأصيلي لسائر أحكام المجلّة معزّز بنصوص التّشريع المقارن والأعمال التّحضيرية** ط. الأولى، المغاربية للطّباعة والنّشر والإشهار، تونس، نوفمبر 2003.

38) محمد الحبيب الشريف، **مجلّة الأحوال الشّخصية: جمع وتعليق**، ط. الثّانية، دار المعارف للطّباعة والنّشر، سوسة– الجمهورية التّونسية، 1994.

39) محمد الكشبور، **الواضح في شرح مدوّنة الأسرة –انحلال ميثاق الزّواج–**، ط. الثّالثة، مطبعة النّجاح، الدّار البيضاء– المغرب، 2015.

40) محمد الكشبور، **الوسيط في قانون الأحوال الشّخصية**، ط. الخامسة، مطبعة النّجاح الجديدة، الدّار البيضاء، 2003.

41) محمد اللجمي، **قانون الأسرة**، ط. الأولى، الشّركة التّونسية للنّشر وتنمية فنون الرّسم، تونس، 2008.

42) محمد المبروك اللافي، **تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدّولي – دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرّرة في التّشريع اللّيبي–** منشورات الجامعة المفتوحة، بنغازي، 1994.

43) محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الحقّ بوجه عام –الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري–**، المؤسّسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

44) محمد سمارة، **أحكام وآثار الزّوجية: شرح مقارن لقانون الأحوال الشّخصية**، ط. الأولى، الدّار العلمية الدّولية للنّشر والتّوزيع ودار الثّقافة، الأردن، 2002.

45) معوض عبد التواب، **موسوعة الأحوال الشّخصية**، ج. الثّاني، ط. السّادسة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر.

46) ممدوح عزمي، **أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء**، دار الفكر الجامعي الإسكندرية- مصر، 1998.

47) نادية فضيل، **الغشّ نحو القانون**، دار هومة، الجزائر، 2005.

48) هشام علي صادق، **تنازع القوانين -دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقرّرة في التّشريع المصري-**، ط. الثّالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 1974.

49) هنري باتيفول، **فلسفة القانون، ترجمة:** سموحي فوق العادة، ط. الأولى، الشّركة الوطنية للنّشر والتّوزيع، الجزائر، 1972.

50) ي. إكولتشيتسكايا، **تربية مشاعر الأطفال في الأسرة، ترجمة:** عبد المطلب أبو يوسف، ط. الأولى، منشورات علاء الدّين، دمشق- سوريا، 1997.

ثالثا- الرّسائل والمذكّرات:

أ- أطروحات الدّكتوراه:

1) حسن إبراهيمي، **الجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للأطفال: دراسة في إطار القانون الدّولي الخاص الاتفاقي على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن** أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلّية العلوم القانونية والاقتصادية، فاس- المغرب، 2017-2018.

2) زكية حميدو، **مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة-**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2004-2005.

3) سعاد يوبي، **الحضانة في القانون الدّولي الخاص**، أطروحة دكتوراه، تخصّص القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2018-2019.

4) عزيزة حسيني، **مصلحة الطّفل**، أطروحة دكتوراه، فرع قانون خاص، كلّية الحقوق جامعة الجزائر 01- بن يوسف بن خدة، 7 ماي 2014.

5) علي قصير، **الحماية الجنائية للطّفل في التّشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلّية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة- الجزائر، 2008.

6) ليلى جمعي، **حماية الطّفل**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق جامعة وهران- الجزائر، 2005-2006.

7) محمد شوقي السيد، **معيار التّعسف في استعمال الحقّ**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر، 1970.

ب- رسائل الماجستير:

1) أمين دربة، **قواعد التّنازع المتعلّقة بالزّواج وانحلاله -دراسة مقارنة-**، مذكّرة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر 2007-2008.

2) بختة زيدون، **التّطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدّولية** مذكّرة ماجيستير، تخصّص القانون الدّولي الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2010-2011.

3) بدر الدين حاج علي، **الحماية الجنائية للطّفل في القانون الجزائري**، مذكّرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدّولي والعلاقات الدّولية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2008-2009.

4) تريكي بن ثنيان مناحي البقمي، **أحكام التّنفيذ في مسائل الأحوال الشّخصية في النّظام السّعودي –دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية–**، مذكّرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم الشّريعة والقانون، السّعودية، 2015.

5) حياة عفرة، **إشكالات الحضانة في الزّواج المختلط**، مذكّرة ماجستير، فرع القانون الخاص، تخصّص عقود ومسؤولية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس– الجزائر، 01–02–2016.

6) خثير هراو، **التّفكّك الأسري وأثره على جنوح الأحداث –دراسة ميدانية لعيّنة من الأحداث الجانحين بمركز إعادة التّربية بولايات تيبازة، الجلفة، الأغواط–**، مذكّرة ماجستير في علم الاجتماع الجنائي، كلّية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008–2009.

7) خليل فاروق، **الطّفل في ظلّ الاتّفاقيات الدّولية الخاصة بحقوق الطّفل**، مذكّرة ماجستير، فرع القانون الدّولي والعلاقات الدّولية، كلّية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون– الجزائر، 2006–2007.

8) دليلة سلامي، **حماية الطّفل في قانون الأسرة**، مذكّرة ماجستير، فرع قانون خاص كلّية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2008.

9) زهية رابطي، **الحماية القانونية للطّفل عند الطّلاق في اتّفاقية حقوق الطّفل وقانون الأسرة الجزائري**، مذكّرة ماجستير في الحقوق، فرع قانون دبلوماسي، كليّة الحقوق جامعة الجزائر، 2007–2008.

10) سناء عماري، **التّطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري**، مذكّرة ماجستير، تخصّص قانون الأحوال الشّخصية، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة الشّهيد حمّه لخضر، الوادي– الجزائر، 2014–2015.

11) صالح بن سليمان بن عبد الله شقير، **الطّلاق وأثره في الجريمة –دراسة تحليلية تطبيقية–**، مذكّرة ماجستير، تخصّص السّياسة الجنائية، قسم العدالة الجنائية، كلّية الدّراسات العليا، جامعة نايف العربية، الرّياض– السّعودية، 2008.

12) صالح بوغرارة، **حقوق الأولاد في النّسب والحضانة على ضوء التّعديلات الجدّية في قانون الأسرة**، مذكّرة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاصّ، كلّية الحقوق بن عكنون- الجزائر، 2006-2007.

13) عائدة اليرماني غربال، **مصلحة الطّفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية -تونس مثلا-**، مذكّرة ماجستير المتخصّص في حقوق الطّفل، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، لبنان، 2005-2006.

14) عايدة سليمان أبو سالم، **الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشّخصية الفلسطيني**، مذكّرة ماجستير في الفقه المقارن، كلّية الشّريعة، قسم الفقه المقارن الجامعة الإسلامية، غزّة- فلسطين، 2003.

15) عزيزة حسيني، **الحضانة في قانون الأسرة: قضاء الأحوال الشّخصية والفقه الإسلامي**، مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

16) فاطمة الزّهراء جندولي، **انحلال الرّابطة الزّوجية في القانون الدّولي الخاص** مذكّرة ماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2010-2011.

17) مجيد حميد العنبكي، **أثر المصلحة في تشريع الأحكام بين النّظام الإسلامي والإنجليزي**، مذكّرة ماجستير، كلّية الحقوق، جامعة بغداد- العراق، 1971.

18) منية التومي، **حماية الأمّ الحاضنة في القانون التّونسي**، مذكّرة ماجستير في الحقوق، تخصّص قانون خاص، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار تونس، 2009-2010.

19) نسرين إيناس بن عصمان، **مصلحة الطّفل في قانون الأسرة الجزائري**، مذكّرة ماجستير، قانون الأسرة المقارن، كلّية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، 2008-2009.

20) وسام بوعبان، **زيارة المحضون**، مذكّرة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة المنار، تونس، 2006-2007.

ج- مذكّرات القضاء:

1) سعاد قاسمي، **إشكالية الحضانة في الزّواج المختلط**، بحث نهاية التّمرين بالمعهد العالي للقضاء، وزارة العدل والحرّيات الرّباط- المغرب، 2013-2015.

2) عبد العزيز سلاوي حسناوي، **الزّواج المختلط والإشكالات المتعلّقة به**، ط. الأولى دائرة القضاء، مركز البحوث والدّراسات الفقهية والتّشريعية والقضائية، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، 2013.

رابعا- الدّوريات والمجلاّت:

1) أحمد الورفلي، **الزّواج المختلط ومصلحة المحضون: لمحة عامة**، م. ق. ت المغرب، ع 01، السّنة 44، جانفي 2002.

2) أمين دربة، **تنازع القوانين في مجال الزّواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**، دفاتر السّياسة والقانون، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة- الجزائر، ع 04 جانفي 2011.

3) إدريس الفاخوري، **السّفر بالمحضون أيّة حماية؟ دراسة في ظلّ قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي**، مجلّة الحقوق، المغرب، ع 13، ماي 2012.

4) براهيم عماري، أحمد رباحي، **مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي والتّشريعات العربية المقارنة**، مجلّة الحقوق والعلوم السّياسية، دورية متخصّصة ومحكمة تصدر عن كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت- الجزائر، ع 03، مارس 2016.

5) جليلة دريسي، **دور الوساطة الأسرية الدّولية في حلّ النّزاعات العابرة للحدود**، مجلة العلوم القانونية "التّحكيم والقضاء"، المغرب، ع 01، 2017.

6) جليلة دريسي، **الحلول الودّية للتّخفيف من النّقل غير المشروع للأطفال عبر الحدود الدّولية**، سلسلة الدّراسات الدّستورية والسّياسية، المغرب، ع 09.

7) حاج شريف خديجة، **مسؤولية متولّي الرّقابة على الأفعال الضّارة بالمحضون في التّشريع الجزائري**، مجلّة الدّراسات القانونية المقارنة، جامعة الشلف، المجلّد 06 ع01، 2020/06/29.

8) طارق المغربي، **الحضانة ومراعاة المصلحة الفضلى للطفل**، مجلّة القانون المغربي ع 36 مكرّر، المغرب، ديسمبر 2017.

9) عزّت محمدّ علي البحيري، **القانون الواجب التّطبيق على الحضانة –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–**، مجلّة كلية الشّريعة والدّراسات الإسلامية، جامعة قطر، ع 25 2007.

10) عبد المجيد العزوزي، **الحضانة وحقّ المحضون من خلال التّطبيق العملي لمقتضيات مدوّنة الأسرة**، الذّكرى الخمسين لتأسيس م. أ، مكناس–المغرب، 2007.

11) عبد الرحمن هرنان، **الحضانة في القانون الجزائري ومدى تأثيرها في القانون الأجنبي**، بحث مقدّم لنيل دبلوم الدّراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السّياسية والإدارية، جامعة الجزائر، 1978.

12) عيسى طعيبة، **حقّ زيارة المحضون وضمانات إقراره وتنفيذه على ضوء قانون الأسرة والاجتهاد القضائي**، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر المجلّد الحادي عشر، ع 01.

13) فارسي يعيش، **الحضانة والقانون الواجب التّطبيق: القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين**، ط. الأولى، منشورات كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلسلة النّدوات والأيام الدّراسية، مراكش– المغرب، ع 54، 2017.

14) فاطمية موشعال، **انحلال الزّواج في القانون الدّولي الخاص**، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت– الجزائر، ع 04، 2016.

15) فراس كريم شيعان ونعمة نغميش، **تنازع القوانين في الحضانة –دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة–**، مجلّة المحقّق الحلى للعلوم القانونية والسّياسية، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة بابل، العراق، المجلّد 05، ع 01، 2013.

16) محمد الحبيب الشريف، **حقوق الطّفل في تونس بين الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل ومجلّة حماية الطفل**، م. ق. ت، ع 01، سنة 44، جانفي 2002.

17) محمد بجاق، **مراعاة مصلحة المحضون بين مقتضيات الأحكام الفقهية والممارسات القضائية**، مجلّة البحوث والدّراسات، الجزائر، ع 17، السّنة 11، شتاء 2014.

18) مصطفى معوان، **الحضانة وحماية الطّفل في الاتّفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988**، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسّياسية، ع 01، 2000.

19) نواف بن رحيل بن محارب الشراري، **المصلحة المرسلة تحقيق شروط ودفع اعتراضات**، المجلّد الثّالث، حولية كلّية الدّراسات الإسلامية والعربية للبنات، ع 32.

20) وفاء جوهر، **الإشكالات العملية للحضانة على ضوء العمل القضائي**، المجلّة المغربية للاقتصاد والقانون، المغرب، ع 55، 2016.

21) دليل عملي لمدوّنة الأسرة، وزارة العدل، المملكة المغربية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشّروح والدلائل، ع 01، 2004.

خامسا- الملتقيات والأعمال الدّراسية:

أ- الملتقيات:

1) عبد اللطيف والي، **حقّ الطّفل في الحضانة**، مداخلة مقدّمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الّذي نظّمته كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة يحي فارس، المدية- الجزائر، الموسوم بعنوان: **حماية الأسرة في التّشريع الجزائري**، يومي 04 و05 نوفمبر 2015.

2) عماد أشوي، **تنازع القوانين في الحضانة-دراسة مقارنة-**، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشّخصية، المنعقدة بكلّية الحقوق والعلوم السّياسية جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية- الجزائر، يومي 23 و24 أفريل 2004.

3) فواز لجلط، **إشكالات تنفيذ الأحكام القضائية في مادة شؤون الأسرة**، مداخلة مقدّمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الّذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة يحي فارس، المدية– الجزائر، الموسوم بعنوان: **حماية الأسرة في التّشريع الجزائري** يومي 04 و05 نوفمبر 2015.

ب– النّدوات والأيام الدّراسية:

1) بوجمعة قبقوب، إلقاء محاضرة في اليوم الدّراسي تحت عنوان: تنفيذ الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعات الأسرية، تحت عنوان: "**الإشكالات الّتي تحول دون تنفيذ حكم الزّيارة**"، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة الشلف، يوم 5 مارس 2018.

2) عبد القادر بوعصيبة، **حقّ الحضانة وإشكالات التّطبيق في المهجر**، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلّية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، جامعة محمد الأوّل، تطبيق مدوّنة الأسرة في المهجر، أشغال ندوة دولية يومي 9 و10 أبريل 2010.

3) ندوة أثر متغيّرات العصر في أحكام الحضانة، بعنوان: **الحضانة تعريفها ومقاصدها** الّتي ينظّمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرّابطة، بالتّعاون مع كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلامية، جامعة أمّ القرى، 1436هـ.

4) ندوة أثر متغيّرات العصر في أحكام الحضانة، بعنوان: **تنفيذ أحكام الحضانة والزّيارة**، الّتي ينظّمها المجمع الفقهي الإسلامي بالرّابطة، بالتّعاون مع كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلامية، جامعة أمّ القرى، 1436هـ.

5) يحي بكاي، **زيارة المحضون بين طموح التّشريع وعوائق التّطبيق**، مدوّنة الأسرة بعد ثلاث سنوات من تطبيق الحصيلة والمعوّقات، أشغال النّدوة الدّولية المنظّمة من طرف مجموعة البحث في قانون الأسرة، يومي 15 و16 مارس 2007، كلّية الحقوق، مطبعة الجسور، وجدة، سلسلة 02، 2008.

ج- المحاضرات:

1) ساسي بن حليمة، قانون الأحوال الشّخصية، **محاضرات في القانون المدني**، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة المنار، تونس، د. س. ن.

سادسا- النّصوص القانونية:

أ- القوانين:

*** القوانين الجزائرية:**

- الدّساتير:

1) الدّستور الجزائري المؤرّخ في 15 سبتمبر 2020، بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 20-251، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 54، الصّادرة بتاريخ 16 سبتمبر 2020.

- المراسيم:

1) المرسوم رقم 144/88، يتضمّن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الدّيمقراطية الشّعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، متعلّقة بأطفال الزّواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الموقّعة في مدينة الجزائر يوم 21 يونيو سنة 1988، المؤرّخ في 12 ذي الحجّة 1408هـ الموافق لـ 26 يوليو 1988، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 30، المؤرّخة في 26 يوليو 1988.

2) المرسوم الرّئاسي رقم 221/09 المتضمّن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الدّبلوماسيين والقنصلين، المؤرّخ في 24 يونيو 2009، ج. ر. ج. ج. د. د، ع 38.

- القوانين:

1) قانون رقم 05 لسنة 1961 المتعلّق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

2) قانون رقم 156/66 المتضمّن ق. ع. ج، المؤرّخ في 08 يونيو 1966، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 44 الصّادرة بتاريخ 11 يونيو 1966.

3) قانون رقم 58/75 المتعلّق بـ: ق. م المؤرّخ في 30 سبتمبر 1975، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 10/05 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 78 الصّادرة بتاريخ 2005/06/26.

4) قانون رقم 11/84 المتضمّن ق. أ. ج المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 02/05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، المؤرّخ في 09 يونيو 1984، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 24 الصّادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

5) قانون رقم 08-09 يتضمّن ق. إ. م. إ، المؤرّخ في 23 فيفري 2008، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 21.

* **القوانين المغربية:**

1) ظهير شريف، يتعلّق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، مؤرّخ في 9 رمضان 1331هـ الموافق لـ 12 غشت 1913، ج. ر. م. م، ع 46، صادرة بتاريخ 12 سبتمبر 1913.

2) ظهير شريف رقم 1.83.197، المتعلّق بنشر الاتفاقية المتعلّقة بحالة الأشخاص والأسرة، وبالتّعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الموقّعة بالرّباط في 10 أغسطس 1981، صادر في 11 ربيع الأوّل 1407هـ الموافق لـ 14 نوفمبر 1986، ج. ر. م. م، ع 3910، الصّادرة يوم 12 صفر 1408هـ الموافق لـ 07 أكتوبر 1987.

3) ظهير شريف رقم 01-11-99، المتعلّق بالاتّفاقية المغربية الإسبانية الخاصة بالتّعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقرّرات القضائية في مادة الحضانة وحقّ الزّيارة وإرجاع الأطفال، صادر في 26 محرّم 1420هـ الموافق لـ 13 ماي 1999، ج. ر. م. م، ع 4700، الصّادرة يوم 03 ربيع الأوّل 1420هـ الموافق لـ 17 يونيو 1999.

4) ظهير شريف رقم 136.02.1، الاتفاقية المتعلّقة بالاختصاص والقانون المطبّق والاعتراف والتّنفيذ والتّعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الأطفال الموقّعة بـ لاهاي في 19 أكتوبر 1996، صادر في 19 من ذي القعدة 1423هـ

الموافق لـ 22 يناير 2003، ج. ر. م. م، ع 8105، الصّادرة بتاريخ 13 ربيع الأوّل 1424هـ الموافق لـ 15 ماي 2003.

5) ظهير شريف رقم 22-04-1، المتعلّق بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة م. أ صادر في 12 ذي الحجّة 1424هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004، ج. ر. م. م، ع 5184 الصّادرة يوم 05 فبراير 2004.

*** القوانين التّونسية:**

- الأمر:

1) أمر مؤرّخ في 13 أوت 1956، يتعلّق بإصدار م. أ. ش. ت. ر. ر. ج. ت، ع 66، الصّادر في 17 أوت 1956.

- القوانين:

1) قانون ع 2 لسنة 1962 المتعلّق بإحداث جريمة عدم إحضار المحضون المؤرّخ في 24 ماي 1962، ر. ر. ج. ت، ع 02، الصّادر بتاريخ 22-25 ماي 1962.

2) قانون ع 97 لسنة 1998 يتعلّق بإصدار م. ق. د. خ. ت، مؤرّخ في 27 نوفمبر 1998.

3) قانون ع 10 لسنة 2006 المتعلّق بإتمام م. أ. ش المؤرّخ في 6 مارس 2006، ر. ر. ج. ت، ع 20، الصّادر بتاريخ 10 مارس 2006.

4) قانون رقم 15-12 المؤرّخ في 28 رمضان 1436هـ الموافق لـ 15 يوليو 2015 يتعلّق بحماية الطّفل، ر. ر. ج. ت، ع 39، المؤرّخ في الأحد 03 شوال 1436هـ الموافق لـ 19 يونيو 2015.

5) ر. ر. ج. ت، الثّلاثاء 29 نوفمبر 1983، ع 73، السّنة 126، المتعلّق بالاتفاقية التّونسية الفرنسية.

د- الاتفاقيات الدّولية:

1) الإعلان العالمي لحقوق الطّفل، قرار الجمعية العامة بتاريخ 1959/11/20.

2) اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 05 أكتوبر 1961، المتعلّقة باختصاصات السّلطات والقانون المطبّق على مادة حماية القاصرين، دخلت حيّز التّنفيذ في 24 جانفي 1965.

3) اتفاقية فيينا للعلاقات الدّبلوماسية لسنة 1961.

4) الاتّفاقية الأوروبية للوكسمبورغ المؤرّخة في 20 ماي 1980.

5) الاتفاقية التّونسية الفرنسية المبرمة في 18 مارس 1982، والمتعلّقة بالتّعاون القضائي في مواد الحضانة وحقّ الزّيارة والنّفقة، منشورة بـ ر. ر. ج. ت، ع 77، الصّادر بتاريخ 29 نوفمبر 1983.

6) اتفاقية حقوق الطّفل، الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 52/44، المؤرّخة في 1989/11/20، دخلت حيّز النّفاذ سنة 1991.

7) اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 19 نوفمبر 1996، المتعلّقة بالاختصاص والقانون الواجب التّطبيق والاعتراف والتّنفيذ والتّعاون في مادة السّلطة الأبوية وإجراءات حماية الأطفال.

8) نظام بروكسل 2 مكرّر، المتعلّق بالاختصاص والقانون المطبّق والاعتراف وتنفيذ القرارات في المادة الأسرية والمسؤولية الأبوية، الصّادر في 27 نوفمبر 2003، رقم 2003/2201، وقد عوّض النّظام السّابق رقم 2000/1347، الصّادر بتاريخ 29 ماي 2000.

هـ- الأحكام القضائية:

*** الأحكام القضائية الجزائرية:**

1) م. أ، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1970/11/18، ن. ق، ع 01، 1972.

2) م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 19287، قرار بتاريخ 1979/04/16، م. ق، ع 02 1981.

3) م. أ، ملف رقم 21823، قرار بتاريخ 1980/12/15، ن. ق، ع 02، 1981.

4) م. أ، ملف رقم 26225، قرار بتاريخ 1981/12/14، غير منشور.

5) م. ع، ملف رقم 33921، قرار بتاريخ 1984/07/09، م. ق، ع 04، 1989.

6) م. أ، ملف رقم 31997، قرار بتاريخ 1984/01/09، م. ق، ع 01، 1989.

7) م. أ، ملف رقم 43594، قرار بتاريخ 1986/03/22، ن. ق، ع 44، 1988.

8) غ. أ. ش، ملف رقم 40438، قرار بتاريخ 1986/05/05، م. ق، ع 02 1989.

9) م. أ، ملف رقم 41703، قرار بتاريخ 1986/05/05.

10) م. أ، ملف رقم 44507، قرار بتاريخ 1987/02/23، م. ق، ع 02، 1991.

11) م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 52207، قرار مؤرّخ في 1989/01/02، م. ق، ع 04، 1990.

12) م. أ، ملف رقم 51715، قرار بتاريخ 1989/01/16، ن. ق، ع 02، 1992.

13) م. أ، ملف رقم 52202، قرار بتاريخ 1989/01/2، م. ق، ع 04، 1990.

14) م. أ، ملف رقم 53578، قرار بتاريخ 1989/05/22، م. ق، ع 04، 1991.

15) م. أ، غ. أ. ش، ملف رقم 54353، قرار بتاريخ 1989/07/03، م. ق، ع 01 1992.

16) م. أ، غ. ج، ملف رقم 54930، قرار بتاريخ 1989/12/14، م. ق، ع 02 1995.

17) م. أ، ملف رقم 56597، قرار بتاريخ 1989/12/25، م. ق، ع 03، 1991.

18) م. ع، ملف رقم 59013، قرار بتاريخ 1990/02/19، م. ق، ع 04، 1991.

19) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 59784، قرار بتاريخ 1990/04/16، م. ق، ع 04، 1991.

20) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 59784، قرار بتاريخ 1998/04/21، م. ق، ع خاص، 2001.

21) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 71727، قرار بتاريخ 1991/04/23، م. ق، ع 02، 1993.

22) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 91671، قرار بتاريخ 1993/06/23، م. ق، ع 01، 1994.

23) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 123889، قرار بتاريخ 1995/10/24م، ن. ق، ع 52، 1997.

24) م. ع، ملف رقم 111048، قرار بتاريخ 1995/11/21، ن. ق، ع 52.

25) غ. ج، ملف رقم 132607، قرار بتاريخ 1996/06/16، م. ق، غير منشور.

26) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1997/09/30، إ. ق.

27) م. ع، ملف رقم 171684، قرار بتاريخ 1997/09/30، إ. ق. غ. أ. ش، ع خاص، 2001.

28) م. ع، ملف رقم 170082، قرار بتاريخ 1998/02/17، م. ق، ع 01، 2000.

29) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 179471، قرار بتاريخ 1998/03/17.

30) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 189181، قرار بتاريخ 1998/04/21، م. ق، ع خاص، 2001.

31) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 258479، قرار بتاريخ 2001/01/23، م. ق، ع 02، 2001.

32) م. ع، ملف رقم 273526، قرار بتاريخ 2001/12/26، م. ق، ع 01، 2004.

33) م. ع، ملف رقم 265727، قرار بتاريخ 2002/02/13، م. ق، ع 02، 2002.

34) م. ع، ملف رقم 276760، قرار بتاريخ 2002/03/13، م. ق، ع 01، 2004.

35) غ. أ. ش، ملف رقم 331058، قرار بتاريخ 2005/05/18، م. ق، ع 02 2005.

36) غ. أ. ش. م، ملف رقم 401317، قرار بتاريخ 2006/10/11م، م. م. ع، ع 02، 2007.

37) م. ع، ملف رقم 372292، قرار بتاريخ 2006/11/15، م. م. ع، ع 01 2007.

38) قرار شرعي بتاريخ 9 ماي 2007، منشور بمجلّة قضاء المجلس الأعلى، ع 68.

39) م. ع، ملف رقم 424292، قرار بتاريخ 2008/02/13، م. م. ع، ع 01 2008.

40) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 426431، قرار بتاريخ 2008/03/12، م. م. ع، ع 01، 2008.

41) ملف رقم 457038، قرار بتاريخ 2008/09/10، م. م. ع، ع 02، 2008.

42) غ. أ. ش، ملف رقم 476515، قرار بتاريخ 2009/01/14، م. م. ع، ع 01 2009.

43) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 564787، قرار بتاريخ 2010/07/15، م. م. ع، ع 02، 2010.

44) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 581222، قرار بتاريخ 2010/10/14، م. م. ع، ع 01، 2011.

45) م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم 613469، قرار بتاريخ 2011/03/10، م. م. ع، ع 01، 2012.

46) م. ع، غ. ش. أ. م، ملف رقم 650014، قرار بتاريخ 2011/10/13، م. م. ع، ع 01، 2012.

47) م. أ، غ. أ. ش، قرار بتاريخ 1969/10/08، م. ق، 1969.

*** الأحكام القضائية المغربية:**

1) محكمة الاستئناف بوجدة- المغرب، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 239، قرار بتاريخ 2006/03/22، ع 52-05.

2) حكم صادر عن قسم قضاة الأسرة بالقنيطرة- المغرب، رقم 1133، ملف ع 07/1008، قرار بتاريخ 2007/04/30 (غير منشور).

3) محكمة الاستئناف بأكادير- المغرب، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 413، قرار بتاريخ 2007/12/04، ع 40-07.

*** الأحكام القضائية التّونسية:**

1) ق. ت. م ع 1875، بتاريخ 24 غشت 1966.

2) ق. ت. م ع 4812، مؤرّخ في 24 أوت 1966، م. ق.

3) ق. م ع 5431، مؤرّخ في 26 جوان 1967، م. ق.

4) ق. ت. ج ع 1747، بتاريخ 15 جوان 1977، نشرية 1977، قسم جزائي ج. الثّاني.

5) م. ت، 1987/01/13، قرار مدني، ع 16475، ن. م. ت، 1987.

6) قرار استئنافي ع 32974، المؤرّخ في 24 ماي 2006، مأخوذ عن دراسة "دور فقه القضاء في تدعيم مبادئ مجلّة الأحوال الشّخصية، ملتقى وطني بدائرة محكمة الاستئناف بتونس، يوم 17 جوان 2006.

سابعا- الوثائق:

1) الاتصال عبر الحدود فيما يتعلّق بالأطفال: مبادئ عامّة ودليل الممارسة السّليمة مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص، 2008. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/1930dba8-80fb-441f-8fc5-cca599578543.pdf

2) المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة، الّذي يستضيفه المجلس الأعلى بالمملكة المغربية بالتّعاون مع مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص *TAIEX*، نتائج وتوصيات. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/335e5bc8-cbf2-49a5-b131-ac7283113a54.pdf

3) الوساطة، دليل الممارسة الجيّدة بموجب اتفاقية لاهاي 25 أكتوبر 1980، الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للطّفل، مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص الطّباعة بلجيكا، 2012. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/upload/mediation_ar.pdf

4) حامد الحمداني، **واقع الأسر وتأثيره على تربية الأطفال**، 2002/11/28، ساعة الدّخول: 14:15 سا. منشور على الرّابط الآتي:

http://www.ahewar.org/bebat/show.art.asp?aid=4097.

5) حسن حامد حسان، **نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي**، مكتبة المتنبي، القاهرة 1981. منشور على الرّابط الآتي:

https://archive.org/details/m-islamic_F101/page/n5/mode/2up

6) جيانلوكاب بارولين، **حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود، صورة عامة عن الوضع الرّاهن في منطقة الجوار الجنوبي ودراسة مقارنة للأوضاع القطرية في مجال حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود**، مشروع مموّل من الاتّحاد الأوروبي (المكوّن 2): حلّ النّزاعات الأسرية عبر الحدود. منشور على الرّابط الآتي:

https://www.euromed-justice.eu/en/system/files/B-AR%20-%20RR2-Parolin%20-%20EMJ-III%202-RR%20v.2.12%20post-RC%20Algeria%20edits.AR_.pdf

7) دليل الممارسة السّليمة: بمقتضى اتفاقية لاهاي المؤرّخة في 25 أكتوبر 1980 الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدّولي للطّفل، ج. الثّالث، 2005. منشور على الموقع الإلكتروني التّالي:

https://assets.hcch.net/docs/d2b000c8-b442-4f7c-bc29-60b922f91853.pdf

8) رسالة القضاة الإخبارية، منشور مؤتمر لاهاي للقانون الدّولي الخاص، سجل خاص ج. الثّامن، تقارير وطنية أعدّتها 14 دولة واستنتاجات المؤتمر القضائي 2014. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/040772c4-5ebf-4362-af0e-64cc6c7d7ddc.pdf

9) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44، المؤرّخ في 20 تشرين الثّاني/ نوفمبر 1989، تاريخ بدء النّفاذ في أيلول / سبتمبر 1990. منشور على الرّابط الآتي:

https://www.arij.org/files/arijadmin/international_conventions/conventionenfants.pdf

10) مذكّرة إيضاحية حول **مبادئ إنشاء آليات وساطة في سياق عملية مالطا**، إعداد الفريق العامل بمساعدة المكتب الدّائم، نوفمبر 2010. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/dd2e1258-d158-4998-8558-ce0f9b918e9d.pdf

11) ملخّص موجز حول ندوة دولية بعنوان: **وجهات نظر دولية قانونية إسلامية حول النّزاعات الأسرية العابرة للحدود الّتي تمسّ الأطفال**، الإثنين 07 أبريل 2014 لاهاي– هولندا. منشور على الرّابط الآتي:

https://assets.hcch.net/docs/9fe40f7c-6d6d-4126-86dc-78784e916cbe.pdf

12) ميثاق للوساطة الأسرية الدّولية – عملية تشاركية. منشور على الرّابط الآتي:

http://iFm-mFi.org/sites/dfault/Files/Charter/other-languages/iFm_chaeter%28How_touse_Ardoc_protected.dicx

13) نواف حازم خالد، **مشاهدة المحضون –دراسة مقارنة–**، مجلّة كلّية القانون للعلوم القانونية والسّياسية. منشور على الرّابط الآتي:

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=107956

- **المراجع الأجنبية:**

* ***Les Ouvrages*:**

1) *Abderrahmane Hernane,* ***La HADANA dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit Algérien****, O.P.U Alger, 1996.*
2) *Pierre Mayer,* ***Droit international privé****, 5ème éd, Ed Montchrestien, Paris, 1994, N° 623.*
3) *Cornu (G),* ***vocabulaire juridique****, presse universitaire de France, Paris 2ème éd, 1985.*
4) *Vivenne Harpwood, Peter Aldrige,* ***GCSE law****, 1st ed printed in Grand Britain by Red Wood Burn lid, Trowbridge, 1987.*
5) ***Le petit la rosse****, grand format, Dictionnaire encyclopédique, Paris, 1995.*

* ***Les Thèses:***

1) *Anne Richer-Pons,* ***La résidence en droit international privé (conflits de juridiction et conflits de lois)****, thèse pour le doctorat en droit, arrêté du 30 Mars 1992, Université Jean-Moulin, Lion 3.*

* ***Les Articles:***

1) *CF. F. I,* ***Bilan de la délinquance juvénile ces six derniers mois****,* ***des chiffres enfants****, le quotidien d'Oran, du 14/06/1998.*
2) *CF. M. AKKACHA,* ***les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le divorce****, R. A. S. J. E. P, N° 01, 2000.*
3) *Jacques Marquet & Laura Merlan,* ***l'intérêt supérieur de l'enfant dans la mosaïque familiale : ce que cela signifie enfants****, rapport final.*

* ***Les Lois :***

1) *Code civil, dernière modification, 03/01/2018, éd 11/01/2018, loi N°2013-404 du 17 Mai 2013, art 13.*
2) *Code civil Française dernière modification, 2021/01/01, éd 2021/01/01.*

* ***Les Conventions :***

1) *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, 20 Mai 1980.*

* ***Les Jurisprudence:***

1) *Jurisprudence Français le 03/02/1982, Revue critique de droit international privé, 1982.*
2) *Si Messaoud Chiguer, «****La Hadana****», tradition de M. Grimaldi, revue Marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifiennes, 1935-1936, N°1-4.*

* ***Les sites web:***

1) *Arrêt de la cour de la cassation chambre civile 01, N° de la pouvoir 78-11568 de 13/01/1979. www.legefrance.gouv.fr. Consulté le 16/1/2008.*

2) *Arrêt de la cour supérieur de Québec N° 2002-911, daté en 18 Avril 2002. Se trouve sur le site suivant : www.cba.org. Consulté le 05/01/2008.*

3) *Arrêt de la cour supérieur de Québec N° 2002-1904, daté en 01 Octobre 2002. Se trouve sur le site suivant : www.cba.org. Consulté le 05/01/2008.*

4) *Catherine Hochart, **La médiation, un remède aux ruptures familiales : -Mediation, a Cure for Family Breaks-**, Revue internationale interdisciplinaire, Droit et cultures, 73/2007-01. Se trouve sur le site suivant: https://journals.openedition.org/droitcultures/4193.*

5) *Conseil national consultatif de la médiation familiale, travaux et recommandations, siège provisoire : UNAF-28, place Sainte Georges Paris, Décembre 2004. Se trouve sur le site web suivant:*

https://www.unaf.fr/IMG/pdf/Livret_MediationDecembre_2004_.pdf

6) *Convention LA HAY 5 Octobre 1961, concernant la compétence des autorités et la loi application en matière de la protection des mineurs. Se trouve sur le site web suivant:*

https://assets.hcch.net/docs/fd683a46-3cf1-4460-ad90-29398b80d5c7.pdf

7) ***Guide pratique de l'enfance danger-information préoccupante et signalement-** à destination professionnels de Deux-Sèvres, pole des solidarités direction enfance famille, 2015. Se trouve sur le site web suivant :*

https://www.deux-sevres.fr/sites/default/files/2018-09/guide-pratique-de-l-enfance-en-danger.pdf.

8) *Les grands-parents ont-ils le droit de voir leurs petits-enfants même en cas de conflit aigu avec les parents ? Se trouve sur le site web suivant:*

http://www.lazard-avocat.com/pdf/05-infos-pratiques-les-droits-des-grands-parents.pdf.

9) *Règlement (CE) N° 2201/2003 du conseil du 27 Novembre 2003, journal officiel de l'Union Européenne, 23/12/2003, FR. Se trouve sur le site web suivant:*

https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:FR:PDF

الفهرس

فهرس الموضوعات

العنوان **الصّفحة**

شكر

إهداء

قائمة المختصرات

مقدّمة **01**

الباب الأوّل: نطاق حماية حقوق المحضون في القانون الدّولي الخاص

الفصل الأوّل: المصلحة الفضلى للمحضون أساس لإسناد الحضانة في القانون الدّولي الخاص

المبحث الأوّل: المصلحة الفضلى للمحضون في القانون الدّولي الخاص **11**

المطلب الأوّل: مفهوم المصلحة الفضلى للمحضون **11**

الفرع الأوّل: تعريف مصلحة المحضون **12**

أوّلا- تعريف المصلحة **12**

ثانيا- تعريف الحضانة **17**

الفرع الثّاني: مبدأ مصلحة المحضون **26**

أوّلا- مبدأ المصلحة الفضلى للطّفل **27**

ثانيا- مبدأ المصلحة الفضلى للمحضون **31**

المطلب الثّاني: دور القاضي في تقدير مصلحة المحضون **34**

الفرع الأوّل: خضوع القاضي لقاعدة مصلحة المحضون **34**

أوّلا- وجود النّص التّشريعي **35**

ثانيا- سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون **37**

الفرع الثّاني: أدوات القاضي في تقدير مصلحة المحضون **44**

أوّلا- الخبرة أو التّحقيق **44**

ثانيا- التّحقيق الاجتماعي **44**

ثالثا- الخبرة **45**

رابعا- الانتقال للمعاينة **45**

خامسا- الاستماع إلى أقوال أفراد العائلة **46**

المبحث الثّاني: اختيار القانون الواجب التّطبيق بالنّظر لتكييف الحضانة في القانون الدّولي الخاص **47**

المطلب الأوّل: ضوابط ومعايير مصلحة المحضون **47**

الفرع الأوّل: المعيار المعنوي لمصلحة المحضون **48**

أوّلا- معيار الرّعاية النّفسية للمحضون **48**

ثانيا- معيار الاستقرار والأمن **50**

ثالثا- معيار الصّحة **52**

الفرع الثّاني: المعيار المادي لمصلحة المحضون **53**

أوّلا- معيار نفقة المحضون **53**

ثانيا- معيار أجرة الحضانة **57**

المطلب الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاجتهادات الفقهية **59**

الفرع الأوّل: إخضاع الحضانة للقانون الذّي يحكم آثار الزّواج أو الطّلاق **60**

أوّلا- إخضاع الحضانة للقانون الذّي يحكم آثار الزّواج **60**

ثانيا- إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار الطّلاق **62**

الفرع الثّاني: إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب أو القانون الأصلح للطّفل **65**

أوّلا- إخضاع الحضانة للقانون الّذي يحكم آثار النّسب **65**

ثانيا- إخضاع الحضانة للقانون الأصلح للطّفل **67**

الفصل الثّاني: الحقوق المرتبطة بالحضانة في القانون الدّولي الخاص

المبحث الأوّل: حقّ زيارة المحضون في القانون الدّولي الخاص **73**

المطلب الأوّل: أساس حقّ الزّيارة **73**

الفرع الأوّل: مفهوم حقّ الزّيارة **74**

أوّلا- تعريف حقّ الزّيارة **74**

ثانيا- طبيعة الحقّ في الزّيارة **78**

الفرع الثّاني: أصحاب الحقّ في الزّيارة **80**

المطلب الثّاني: تنظيم حقّ الزّيارة **83**

الفرع الأوّل: كيفية تنظيم حقّ الزّيارة في التّشريع الدّاخلي (الجزائر، المغرب، تونس) **83**

أوّلا- تنظيم أحكام الزّيارة اتفاقا **84**

ثانيا- تنظم حقّ زيارة المحضون قضائيا **86**

المبحث الثّاني: نقل المحضون عبر الحدود الدّولية في العلاقات الدّولية الخاصة 89

المطلب الأوّل: أحكام الانتقال بالمحضون عبر الحدود الدّولية 89

الفرع الأوّل: الانتقال بالمحضون داخل بلد غير الحاضن 90

أوّلا– أحكام السّفر بالمحضون عند فقهاء الشّريعة الإسلامية 90

ثانيا– أحكام السّفر بالمحضون قانونا 91

الفرع الثّاني: الانتقال بالمحضون إلى بلد أجنبي 93

أوّلا– أحكام السّفر بالمحضون عند فقهاء الشّريعة الإسلامية 93

ثانيا– أحكام السّفر بالمحضون قانونا 94

المطلب الثّاني: مفهوم النّقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الدّولية 97

الفرع الأوّل: تعريف النّقل غير المشروع للمحضون 97

أوّلا– تعريف النّقل غير المشروع للمحضون في الاتفاقيات الدّولية والتّشريع الدّاخلي 97

ثانيا– تعريف النّقل غير المشروع للمحضون من النّاحية الفقهية والقضائية 104

الفرع الثّاني: الأساس القانوني للنّقل غير المشروع للمحضون 105

أوّلا– خرق حقّ الحضانة الممنوحة لأحد الأبوين وفقا لقانون الدّولة محلّ الإقامة الاعتيادية للمحضون –توفّر سند– 106

ثانيا– الممارسة الفعلية لحقّ الحضانة 108

الباب الثّاني: الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في القانون الدّولي الخاص

الفصل الأوّل: اختيار القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الجماعية والثّنائية

المبحث الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الدّولية **114**

المطلب الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الجماعية **114**

الفرع الأول: اتفاقية لاهاي لسنة 1961 ..... **115**

الفرع الثّاني: اتفاقية لاهاي لسنة 1996 ..... **117**

المطلب الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقيات الثّنائية **119**

الفرع الأوّل: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية **120**

الفرع الثّاني: القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في الاتفاقية التّونسية الفرنسية **122**

المبحث الثّاني: العراقيل والصّعوبات التّي تحول دون تنفيذ القانون الواجب التّطبيق **124**

المطلب الأوّل: الدّفع بالنّظام العام في مسألة الحضانة **125**

الفرع الأوّل: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مادة الحضانة لمخالفته النّظام العام الجزائري **125**

أوّلا– مفهوم النّظام العام في القانون الدّولي الخاص عند المشرّع الجزائري **126**

ثانيا– أثار الدّفع بالنّظام العام **130**

الفرع الثّاني: تطبيقات الدّفع بالنّظام العام في مسألة الحضانة **132**

أوّلا– الدّفع بالنّظام العام في التّشريع الجزائري **133**

ثانيا– الدّفع بالنّظام العام في التّشريع المغربي **143**

المطلب الثّاني: الغشّ نحو القانون كآلية لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي **144**

الفرع الأوّل: مفهوم الغشّ نحو القانون **145**

أوّلا– تعريف الغشّ نحو القانون وبوادر نشأته **145**

ثانيا– شروط التّمسّك بالدّفع بالغشّ نحو القانون **149**

الفرع الثّاني: آثار وتطبيقات الغشّ نحو القانون في مسألة الحضانة **153**

أوّلا– أثر الغشّ نحو القانون في مسألة الحضانة **154**

ثانيا– تطبيقات الغشّ نحو القانون في التّشريع الفرنسي والتّشريعات المغاربية **156**

الفصل الثّاني: فضّ نزاعات الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون في القانون الدّولي الخاص

المبحث الأوّل: الحلول الودّية المقترحة في مسألتي الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون **163**

المطلب الأوّل: الإجراءات الوقائية لتسهيل حقّي الاتصال والزّيارة **163**

الفرع الأوّل: تنفيذ حكم الزّيارة والإشكالات المرتبطة بها **163**

أوّلا– كيفية تنفيذ حكم الزّيارة **164**

ثانيا– الصّعوبات الّتي تحول دون تنفيذ أحكام الزّيارة **165**

الفرع الثّاني: تدخّل الجهات الدّبلوماسية في مسألتي الاتّصال والزّيارة **168**

المطلب الثّاني: الحلول الودّية لحلّ ظاهرة النّقل غير المشروع للأطفال المحضونين عبر الحدود الدّولية **173**

الفرع الأوّل: السّلطة المركزية كآلية لحلّ مشاكل النّقل غير المشروع للمحضون **173**

أوّلا- الاتفاقيات متعدّدة الأطراف لإيجاد حلّ لظاهرة نقل الأطفال غير المشروع عبر الحدود الدّولية **174**

ثانيا- الاتفاقيات الثّنائية آلية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون **181**

الفرع الثّاني: آلية الوساطة الأسرية للحدّ من ظاهرة النّقل غير المشروع للمحضون **186**

أوّلا- خدمات الوساطة الأسرية في الاتفاقيات الدّولية **187**

ثانيا- تقييم الوساطة الأسرية الدّولية **198**

المبحث الثّاني: دور الجهات القضائية في مسألتي الزّيارة والنّقل غير المشروع للمحضون **203**

المطلب الأوّل: دور القضاء في حلّ النّزاعات المتعلّقة بالزّيارة **203**

الفرع الأوّل: الأساس القانوني وأركان جريمة عدم تنفيذ حكم الزّيارة **204**

أوّلا- الرّكن الشّرعي **204**

ثانيا- الرّكن المادي **205**

ثالثا- الرّكن المعنوي **205**

الفرع الثّاني: دور القضاء في توقيع الجزاء في حالة عدم تنفيذ حكم الزّيارة **206**

المطلب الثّاني: دور الجهات القضائية في الحدّ من النّقل غير المشروع للمحضون **207**

الفرع الأوّل: العناصر المكوّنة لجريمة النّقل غير المشروع للمحضون **208**

أوّلا- الرّكن الشّرعي **208**

ثانيا- الرّكن المادي **208**

ثالثا– عنصر القصد أو النّية الجرمية **209**

رابعا– وجود حكم قضائي **209**

الفرع الثّاني: دور القضاء في منع السّفر بالمحضون **210**

الخاتمة **214**

قائمة المصادر والمراجع **219**

فهرس الموضوعات **249**

الملخّص

الملخّص

تعدّ الأسرة الوعاء الأساسي الّذي ينشأ فيه الطّفل على اختلاف جنسية الأبوين؛ فهي تساهم بقدر كبير من الإشراف على نموّه ورعايته في جوّ أسريّ يسوده الأمن والاستقرار، كي يكون مستعدّا للقاء العالم الخارجي. لكّن قد يحدث وأن تعصف بالحياة الزّوجية مشاكل تؤدّي إلى اختلال العلاقة الزّوجية، فتتعمّق فجوة الخلاف ويعمّ الصّراع ويتزعزع الاستقرار بينهما ولا يكون الحلّ أمامهما إلاّ فكّ الرّابطة الزّوجية.

وبما أنّ هذا الطّفل مخلوق ضعيف يحتاج الى رعاية خاصة من قبل أبويه. إلاّ أنّه قد يفقد الجوّ السري الّذي كان ينعم فيه بالرّاحة والطّمأنينة، ليجد نفسه في وسط تتعاظم فيه أنانية الكبار ويهدر فيها حقّه وتتحول حياته إلى كابوس مرعب.

هذا، وإنّ العالم بعد الحرب العالمية الثّانية شهد تغيّرات وتحوّلات سوسيو حضارية أبرزها موجة الهجرة نحو البلدان الأوروبية، للبحث عن فرص الشّغل وعيش أفضل عمّا كان يعيشه هذا المهاجر داخل وطنه، الأمر الّذي أدّى إلى ظهور عقود زواج من جنسيات مختلفة تحمل في طيّاتها اختلافا فكريا وعقائديا لكلا الطّرفين، وبالتّالي ينشأ الأطفال في كنف مزيج من تلاقح في الحضارات.

فإذا ما تعذّرت الحياة بين الزّوجين، أجازت الشّريعة الإسلامية والقانون فكّ الرّابطة الزّوجية بينهما. غير أنّ هذا الانحلال لا يضع حدّا للنّزاعات القائمة بينهما بل تمتد أحيانا تداعياته إلى الأبناء. فتصبح مسألة رعايتهم وتربيتهم موزّعة ومشتّتة بينهما خلال مراحل نموّهم، أو أن يصبح الأبناء وسيلة للضّغط والابتزاز بين الأبوين، وتصبح هذه المشاكل أكثر شدّة في الزّواج المختلط والّتي تؤثّر سلبا على شخصية الطّفل

وقد أثبت الدّراسات أنّ حرمان المحضون من رؤية أحد أبويه تخلق لديه حالة نفسية سيّئة، وتسبّب له مشاكل كثيرة سواء على المدى القريب أو البعيد. ناهيك عن التّشدّد الّذي فرضته بعض الحكومات خلال تنفيذ حقّ الزّيارة. ما أدى إلى تفاقم الوضع عند الآباء وخلق ظاهرة نقل الأطفال عبر الحدود الدّولية نقلا غير مشروع. واجتثاثهم من بيئتهم المعتادة نحو بيئة جديدة، غير مكترثين بما قد يصيبهم من حرمان عاطفي خلال فترة الحضانة.

هذا، وإنّ البتّ في مسألة الحضانة وحماية المحضون بعد انفصال الزّوجين في القانون الدّولي الخاص، تأخذ جوانب عديدة ومتنوّعة. أبرزها مسألة تنازع القوانين؛ إذ يقوم

القاضي باختيار القانون الأصلح لحكم هذه العلاقة في ظلّ غياب قاعدة الإسناد الوطنية وبالتّالي تحديد المصلحة الفضلة للمحضون، سواء في إسناد الحضانة أو إسقاطها. بالإضافة إلى تنظيم مواعيد الزّيارة وحمايته من نقله عبر الحدود الدّولية.

لذا، قامت التّشريعات المغاربية (الجزائر، المغرب، تونس) بإبرام اتفاقيات مع فرنسا – اتفاقيات ثنائية–، على اعتبار أنّ غالبية الجالية المغاربية متواجدة في أراضيها. حاول فيها كلّ الأطراف إيجاد حلول ودّية والعمل على مدّ جسور التّعاون بين بلدي طرفي النّزاع لمجابهة المشاكل الّتي تعصف بالمحضون، للحدّ من الخلافات بين الأبوين وحماية حقوق المحضون ومصالحه في العلاقات الدّولية الخاصة، قبل الولوج لأروقة المحاكم.

وأمام هذا الوضع المزري الّذي يتعرّض له المحضون بعد انفصال أبويه، أبرمت العديد من الدّول اتفاقيات جماعية وأخرى ثنائية للحفاظ على حقوق المحضون. كما تعّهدت الدّول بسنّ تشريعات داخلية قصد حماية المحضون وإيجاد أرضية آمنة له؛ كون أنّ مواضيع الطّفل من المسائل الحسّاسة والشّائكة بصفته أضعف شريحة في المجتمع، وهو يشكّل نصف الحاضر وكلّ المستقبل، خصوصا في العلاقات الدّولية الخاصة.

كلّ هذه المواضيع الّتي أشرنا إليها كانت الدّافع الأساسي لاختيار الموضوع، نظرا لما يتعرّض له الطّفل المحضون بعد فكّ الرّابطة الزّوجية في العلاقات الدّولية الخاصة؛ بحيث أنّه لم يحظ من النّاحية العلمية والأكاديمية بالأهمّية الّتي يستحقّها، لأنّ تشريعات حماية المحضون كانت ضعيفة على المستوى الدّاخلي، كما كانت الدّراسات الأكاديمية جدّ قليلة في هذا الشّأن، والّتي حاولنا الاستعانة بها لإماطة اللّثام عن بعض الجوانب الّتي سبق التّطرّق إليها، وجوانب لم تسبق الإشارة إليها من قبل بعض الباحثين في هذا المجال.

وتبرز أهمّية هذا الموضوع في كونه من المواضيع الحسّاسة والهامّة؛ لأنّه يمسّ أضعف شريحة في المجتمع وهم الأطفال، وما يتعرضون له من تمزّق عائلي وعدم الاستقرار في بيئتهم، ما يجعلهم يعيشون وضعًا صعبًا وحادًا يحرمهم من أبسط حقوقهم. لذا يتوجّب على كلّ الجهات الفاعلة أن تولي عناية بالغة بهم كونهم رجال ونساء الغد.

كما حاولنا إبراز أهمّية الحلول الودّية، من بينها الوساطة الّتي لعبت دورا مهمّا في حلّ المسائل العويصة للحضانة، في ظلّ نقص الاتفاقيات الثّنائية الّتي تحمي حقوق المحضون مقارنة بباقي الدّول كما سبق وأن أشرنا.

وعليه، فإنّ موضوع حماية الطّفل في القانون الدّولي الخاص لم يحظ من النّاحية العلمية والأكاديمية بالأهمّية الّتي يستحقّها؛ لأنّ تشريعات حماية المحضون كانت ضعيفة على المستوى الدّاخلي، بخلاف المشرّع المغربي الذّي لم يكف عن سنّ التّشريعات المتعلّقة بحماية المحضون، وكذا إبرام الاتفاقيات الثّنائية بين الدّول منذ بداية الثّمانينات حتى السّنوات الأخيرة.

وعليه، فإنّ معالجة موضوع حماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة اتخذ عدّة سبل وآليات سواء على الصّعيد الدّولي أو الدّاخلي، ما دفعنا لطرح الإشكالية الرّئيسية على النّحو التّالي:

- **ما هي الآليات القانونية الّتي اعتمدها المشرّع الجزائري لحماية المحضون في القانون الدّولي الخاص؟ وما مدى كفايتها في حلّ الصّعوبات؟**

ولتوضيح هذه الإشكالية والإجابة عنها، نطرح الإشكالات الفرعية الآتية:

- ما هي المعايير الّتي يعتمدها القاضي في تحديد مصلحة المحضون وإسناد الحضانة؟
- ما هو القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في القانون الدّولي الخاص؟
- كيف راع الاجتهاد القضائي مبدأ مصلحة المحضون في مسألة الزّيارة ورؤية المحضون؟
- ما هي الآليات القانونية الّتي اعتمدها المشرّع الجزائري لمعالجة ظاهرة النّقل غير المشروع في القانون الدّولي الخاص؟ وهل كانت كفيلة بحمايته؟.

ولاستيعاب أبعاد هذا الموضوع وبيان جوانبه القانونية، استعنا في هذه الدّراسة بجملة من المناهج، أبرزها المنهج التّحليلي؛ وذلك بتحليل النّصوص التّشريعية سواء على الصّعيد الدّاخلي أو الدّولي الخاص، والاتفاقيات الثّنائية بين الطّرفين الخاصة بحماية المحضون بعد فكّ الرّابطة الزّوجية في العلاقات الدّولية الخاصة، وهو ما قادنا إلى المنهج الاستقرائي. بالإضافة إلى الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال المقارنة بين مختلف التّشريعات (الجزائر المغرب، تونس)، وكذلك الاجتهادات القضائية الّتي اخترناها في هذه الدّراسة.

ولإعطاء رؤية واضحة لمتصور الإشكالية هذا الموضوع والإحاطة بأبعاده، ارتأينا أن نتطرّق إلى بابين؛ حيث خصّصنا الباب الأوّل للجانب النّظري لهذا الموضوع، وذلك بالتّعرّف على نطاق حماية المحضون في القانون الدّولي الخاص، بتحديد المصلحة الفضلى للمحضون، وتبيان القانون الواجب التّطبيق على الحضانة في ظلّ غياب قاعدة الإسناد الوطنية، وحماية حقّ زيارة المحضون، ومنع نقله خارج الحدود الدّولية.

أمّا الباب الثّاني فكان تجسيد للآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في القانون الدّولي الخاص، وإبراز دور الحلول الودية لحلّ الصّعوبات الّتي تحول دون تحقيق حماية المحضون بعد فكّ الرّابطة الزّوجية في القانون الدّولي الخاص.

فمن خلال مناقشة وتحليل ومقارنة الآليات القانونية والقضائية لحماية المحضون في العلاقات الدّولية الخاصة، نجد أنّ المشرّع الجزائري وضع ترسانة قانونية لحماية حقوق هذا المحضون، غير أنّ هذه الحماية اكتنفها اللّبس والغموض في تطبيق هذه القواعد. كما أنّ المشرّع الجزائري لم يسعَ لإيجاد حلول بديلة عن القضاء طوال كلّ هذه السّنوات لمواجهة الصّعوبات الّتي تثيرها نزاعات الحضانة في القانون الدّولي الخاص. لذا حاولنا اقتراح بعض التّوصيات الّتي تصبّ في هذا الشّأن، لتدارك اللّبس في تطبيق النّصوص القانونية الّتي خلّفت صعوبات في تحقيق هذه الحماية، وذلك بناءً على ما تمّت دراسته على النّحو التّالي:

✓ بما أنّ مصلحة المحضون هي المعيار الأساسي لحمايته في العلاقات الدّولية الخاصة، ورغم ذلك لم يعرّفها المشرّع الجزائري، فإنّه كان لزاما عليه أن يبيّن معالم هذه المصلحة وبدقّة من أجل تعزيز هذه الحماية، لتفادي التّضارب في الاجتهادات القضائية ولكي لا يلتبس على القاضي تحديدها.

✓ من الملاحظ عليه، أنّ المشرّع الجزائري لم يفرد نصّا خاصا في قواعد الإسناد لمسألة الحضانة، وأنّ الفقه اعتبرها أثرًا من أثار الزّواج وبالتّالي تطبّق عليها أحكام المادتين 12 و13 من القانون المدني الجزائري، لذا يتوجّب على المشرّع الجزائري إعادة النّظر فيها بتخصيص مادة صريحة تحدّد القانون الواجب التّطبيق على الحضانة، في حال ما لم توجد اتفاقية بين بلدي طرفي النّزاع، كما فعل المشرّع التّونسي.

✓ إعادة النّظر في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1988، المتعلّقة بأطفال الزّواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حال الانفصال، من جانب صياغة نصوص بنودها الّتي تحمل في طيّاتها حلولاً تتماشى والقانون الفرنسي دون الجزائري، غير أبهين لتعارضها مع الشّريعة الإسلامية الّتي ينبني عليها قانون الأسرة الجزائري، خاصة المادة 05 منها.

✓ بما أنّ المشرّع الجزائري لم يصادق على اتفاقيتي لاهاي لسنتي 1980 و1996 فإنّه كان بالأحرى عليه السّعي إلى إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدّول الّتي تضمّ جالية جزائرية أكبر لتوسيع نطاق الحماية، بغية توفير قدرٍ كافٍ من الحماية كما فعلت دولة المغرب مع العديد من الدّول.

✓ ضبط نصوص ق. أ. ج في مادة الحضانة والابتعاد عن العمومية في سنّها وحسم الأمر في عدّة مسائل كتقرير حقّ مصلحة المحضون والنّظام العام في مادة الحضانة وتغيير الدّيانة، وبالأخصّ حقّ الزّيارة الّذي لم يلقَ الاهتمام الكافي من قبل المشرّع الجزائري.

✓ ولا نخرج عن إطار الاتفاقيات الثّنائية وما حملته في طيّاتها من نقص كبير في تعزيز حماية المحضون بعد انفصال الأبوين؛ فزيارة المحضون حقّ أغفله المشرّع الجزائري في القانون الدّاخلي وانعكس ذلك على الاتفاقيات الثّنائية، لذا كان لزاما عليه إعادة النّظر في حماية هذا الحقّ، والسّعي إلى إلغاء الشّروط التّعسفية الّتي فرضها التّشريع الفرنسي وإعطاء فرصة أكبر للمحضون وغير الحاضن لإيصال هذا الحقّ دون التّشديد فيه.

✓ الأخذ بالحلول الودّية –الوساطة– في مسألة النّقل غير المشروع للمحضون؛ أي إيجاد جهة جديدة بعيدة عن الأروقة القضائية، وذات مستوى عالي من الكفاءة والتّكوين مهمّتها الوصول إلى حلول وقائية وودّية، وكذلك الاستفادة من التّجارب العربية والغربية كألمانيا وفرنسا.

✓ توعية الوالدين بمخاطر حرمان المحضون من حقوقه، وخاصة حقّي الزّيارة والنّقل غير المشروع، باستعمال الإجراء الوقائي الّذي تستعين به الدّول الرّائدة في الوساطة، كنشر كتيّبات ومنشورات في هذا الشّأن.

Résumé:

La famille est le principal vaisseau dans lequel grandissent les enfants de différentes nationalités. Ils contribuent beaucoup à surveiller le développement et les soins de l'enfant dans un environnement familial dominé par la sécurité et la stabilité, afin qu'il soit prêt à rencontrer le monde extérieur. Cependant, des problèmes peuvent survenir et la vie conjugale est en proie à des problèmes qui conduisent à la perturbation de la relation conjugale, de sorte que le fossé des désaccords se creuse, que le conflit s'infiltre et que la stabilité se déstabilise entre eux.

Étant donné que l'enfant est une créature vulnérable, il a besoin de soins spéciaux de la part des parents. Il se trouve que cet enfant perd l'ambiance familiale dans laquelle il jouissait, pour se retrouver au milieu de l'égoïsme grandissant des adultes et du gaspillage du droit de cet enfant, et sa vie se transforme en un cauchemar terrifiant. De plus, le monde après la Seconde Guerre mondiale a été témoin de changements et de transformations socioculturelles, notamment la vague d'immigration vers les pays européens, à la recherche d'opportunités d'emploi et d'une vie meilleure que ce que cet immigrant vivait dans son pays d'origine, ce qui a conduit à l'émergence de contrats de mariage de nationalités différentes, porteurs d'une différence intellectuelle. Rituellement pour les deux parties. Par conséquent, les enfants grandissent dans un mélange de fertilisation croisée des civilisations.

Si la vie est difficile entre les époux, alors la charia et la loi permettent la dissolution du lien conjugal entre eux. Cependant, cette dissolution ne met pas fin aux conflits existants entre eux et étend parfois ses répercussions sur les enfants. Ainsi, la question de leurs soins et de leur éducation se répartit et se disperse entre eux au cours de leurs étapes de développement, ou les enfants deviennent un moyen de pression et de chantage entre les parents, et ces problèmes deviennent plus graves dans le mariage mixte, ce qui affecte négativement la personnalité de l'enfant.

Des études ont montré que priver l'enfant en garde à vue de voir l'un de ses parents crée un mauvais état psychologique et lui cause de nombreux problèmes, que ce soit à court ou à long terme. Sans parler de la rigueur imposée par certains gouvernements lors de la mise en œuvre du droit de visite. Cela a aggravé la situation des parents et créé le phénomène du transport des enfants à travers les frontières internationales. Et les déraciner de leur environnement habituel vers un nouvel environnement, indifférents à ce qui peut les affecter de privation émotionnelle pendant la période d'incubation.

En outre, la détermination de la question de la garde et de la protection de l'enfant après la séparation des époux en droit international privé revêt des aspects nombreux et variés. La plus importante est la question du conflit de lois, car le juge choisit la loi la plus appropriée pour régir cette relation en l'absence de base de référence nationale, puis détermine son meilleur intérêt, que ce soit dans l'attribution ou l'abandon de la garde. En plus d'organiser les dates de visite et de le protéger contre le transport à travers les frontières internationales.

Ainsi, la législation maghrébine - Algérie, Maroc, Tunisie - a conclu un accord avec la France - un accord bilatéral -, étant donné que la majorité de la communauté maghrébine est en France. Dans ce document, toutes les parties ont

essayé de trouver des solutions amicales et de travailler pour étendre les ponts de coopération entre les deux pays en conflit pour faire face aux problèmes qui affligent l'enfant, réduire les différences entre les parents et protéger les droits et les intérêts de l'enfant dans le cadre international spécial.relations, avant d'entrer dans les couloirs des tribunaux.

Compte tenu de la situation désastreuse à laquelle est exposé l'enfant en détention après la séparation de ses parents, de nombreux pays ont conclu des accords collectifs et bilatéraux pour préserver les droits de l'enfant. Les pays se sont également engagés à promulguer une législation interne afin de protéger l'enfant détenu et de créer un terrain sûr pour lui, car les problèmes de l'enfant sont des questions délicates et épineuses, car il est le segment le plus faible de la société, et il constitue la moitié du présent et tout l'avenir, en particulier dans les relations internationales privées.

Tous ces sujets auxquels nous avons fait référence ont été la principale motivation du choix du sujet et son importance en raison de ce à quoi les enfants en garde sont exposés après la dissolution du lien conjugal dans les relations internationales privées. La rupture familiale et l'instabilité de son environnement ont fait vivre ce dernier dans une situation difficile et aiguë du fait de l'interruption de l'un des parents, soit en l'empêchant de rendre visite au père non gardien, soit en le déplaçant hors des frontières de son pays en où il réside sans être conscient des dommages psychologiques qui peuvent affecter cet enfant.

Plus précisément, nous avons essayé de souligner l'importance des solutions amicales, parmi lesquelles la médiation qui a joué un rôle important dans la résolution des problèmes difficiles de garde, à la lumière de l'absence d'accords bilatéraux protégeant les droits de l'enfant sous garde par rapport à d'autres pays, comme nous l'avons déjà mentionné.

En outre, la question de la protection de l'enfant en droit international privé n'a pas reçu l'importance scientifique et académique qu'elle mérite. Car la législation de protection de l'enfant en détention était faible au niveau national, et le législateur marocain n'a cessé de promulguer des accords bilatéraux entre pays du début des années quatre-vingt jusqu'à ces dernières années. Les études académiques étaient très peu nombreuses à cet égard, que j'ai essayé d'utiliser pour découvrir certains aspects qui avaient été discutés précédemment et des aspects qui n'avaient pas été mentionnés auparavant par certains chercheurs dans ce domaine.

Afin de comprendre les dimensions de cette question et d'expliquer ses aspects juridiques, j'ai utilisé dans cette étude la méthode d'analyse descriptive, où j'ai décrit la protection dont l'enfant en garde a besoin après la dissolution du lien matrimonial, et l'analyse de la législation textes, que ce soit au niveau national ou international, et les accords bilatéraux entre les parties concernées. Elle s'est également appuyée sur l'approche comparative à travers une comparaison entre les différentes législations - Algérie, Maroc, Tunisie et France - et la jurisprudence judiciaire qui se penche en la matière pour faire la lumière sur les efforts consentis dans ce domaine.

En outre, la question de la protection de l'enfant en famille d'accueil en droit international privé est l'une des questions sensibles et importantes. Parce que cela affecte le segment le plus faible de la société, qui est la catégorie des

enfants, tous les acteurs doivent donc y prêter une attention particulière car ils sont les hommes et les femmes de demain, et j'ai essayé dans cette étude d'éclairer les points clés pour protéger les enfant en garde à vue, en soulignant son intérêt, puis en clarifiant la loi applicable sur la crèche, et nous n'oublions pas de mentionner les questions de visite et de transport illégaux, qui ont donné lieu à des problèmes difficiles au niveau international, et des études à ce sujet les sujets ont été courts et peu nombreux dans ce domaine Par conséquent, traiter de la question de la protection de l'enfant dans les relations internationales spéciales a nécessité plusieurs méthodes et mécanismes, que ce soit au niveau international ou en interne, ce qui nous a amenés à présenter le problème principal comme suit:

- Quels sont les mécanismes juridiques adoptés par le législateur algérien pour protéger l'enfant en famille d'accueil en droit international privé? Dans quelle mesure sa conformité avec les législations modernes en matière d'étude? Pour clarifier et répondre à ce problème, nous proposons les sous-problèmes suivants:

- Quels sont les critères utilisés par le juge pour déterminer l'intérêt de l'enfant et accorder la garde? Quelle est la loi applicable à la garde en droit international privé? - Comment la jurisprudence a-t-elle pris en compte le principe du bien-être de l'enfant en matière de visite et de visite de l'enfant? - Quels sont les mécanismes juridiques adoptés par le législateur algérien pour faire face au phénomène de transfert illégal en droit international privé? Étaient-ils capables de le protéger?

En discutant, analysant et comparant les mécanismes juridiques et judiciaires de protection de l'enfant dans les relations internationales spéciales, nous constatons que le législateur algérien a mis en place un arsenal juridique pour protéger les droits de cet enfant, mais cette protection était entourée d'ambiguïté et d'ambiguïté dans l'application de ces règles.

De même, la législation n'a pas cherché à trouver des solutions alternatives au pouvoir judiciaire pendant toutes ces années pour faire face aux difficultés soulevées par les conflits de garde en droit international privé.

Par conséquent, nous avons essayé de suggérer quelques recommandations qui seraient versées à cet égard afin de remédier à la confusion dans l'application des textes juridiques qui a laissé des difficultés pour obtenir cette protection, sur la base de ce qui a été étudié.

- L'intérêt de l'enfant en garde étant le principal critère de sa protection dans les relations internationales privées, et le législateur algérien ne le savait pas, il a donc dû définir clairement les caractéristiques de cet intérêt afin de renforcer cette protection, pour éviter conflits dans la jurisprudence et pour que le juge ne la confondre pas. Il est à noter que le législateur algérien n'a pas retenu un texte spécial dans les règles d'attribution pour la question de la garde, et que la jurisprudence l'a considéré comme un effet du mariage et donc les dispositions des articles 12 et 13 du droit civil algérien sont appliqué à lui. Dès lors, le législateur algérien doit le reconsidérer, en attribuant un article explicite précisant la loi applicable à la garde, en cas d'absence d'accord entre les deux pays en conflit, comme l'a fait le législateur tunisien.

- Revoir l'accord Algérie-Française de 1988, concernant les enfants des mariages mixtes algérien et français en cas de séparation, en rédigeant les textes

de ses clauses qui portent dans leurs plis des solutions conformes à la loi française sans l'algérien, sans être préoccupé par sa contradiction avec la charia islamique sur laquelle se fonde le droit algérien de la famille, notamment avec son article 05.

- Le législateur algérien n'ayant pas ratifié les Accords de La Haye de 1980 et 1996, il cherchait plutôt à conclure des accords bilatéraux entre des pays comprenant une communauté algérienne plus large afin d'élargir la portée de la protection, et afin d'assurer une protection adéquate, comme l'État du Maroc l'a fait avec de nombreux pays.

- Contrôler les dispositions du droit algérien de la famille en matière de garde, s'éloigner du général en édictant ses textes, et régler la question sur plusieurs points, comme la détermination du droit de l'intérêt de l'enfant et de l'ordre public en la matière de garde, de changement de religion, et en particulier du droit de visite, qui n'a pas reçu une attention suffisante de la part du législateur algérien.

- On ne s'écarte pas du cadre des accords bilatéraux, et ce qu'il a emporté dans ses replis de grande carence dans le renforcement de la protection de l'enfant en garde après la séparation des parents, donc visiter l'enfant est un droit que le législateur algérien a négligé dans le droit interne et cela se reflétait dans les accords bilatéraux, le législateur algérien a donc dû reconsidérer la protection de ce droit, et s'efforcer d'abolir les conditions arbitraires imposées par la législation française, et de donner plus de chances aux enfants incubés et non - enfant de garde pour exercer ce droit sans le souligner.

- Adoption de solutions à l'amiable - médiation - sur la question du transfert illégal d'enfants en garde à vue; En d'autres termes, créer une nouvelle entité loin des palais de justice, avec un haut niveau de compétence et de formation, dont la mission est de parvenir à des solutions préventives et amicales, ainsi que de profiter des expériences arabes occidentales comme l'Allemagne et la France. Éduquer les parents sur les dangers de priver l'enfant nourri de ses droits, en particulier les droits de visite et de transport illégaux, en utilisant la mesure préventive utilisée par les pays pionniers en matière de médiation, telle que la publication de brochures et de dépliants à ce sujet.