مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 08 / العدد: 03 / السنة: 2021 / ص ص: 238- 254

الحماية القانونية للمحضون من النقل غير المشروع عبر الحدود ـ دراسة مقارنة ـ

Thellegal protectionof the child from the illegal transport across the borders - comparative study -

تاريخ الإرسال: 2020/10/01 تاريخ القبول: 2021/06/10.

فريال بن جدي *
مخبر تشريعات في حماية النظام البيئي
جامعة تيارت - الجزائر
Ferial.bendjeddi@univ-tiaret.dz

مختارية طفياني
مخبر تشريعات في حماية النظام البيئي
جامعة تيارت - الجزائر
mokhtaria.tafyani@univ-tiaret.

ملخص:

يعالج هذا البحث أحد أهم المواضيع المتعلقة بشؤون الأسرة حيث يسلط الضوء على سفر أحد الحاضنين بالمحضون عبر الحدود، إذ يمكن أن يخلف هذا الانتقال غير المشروع أضرارا للمحضون، وبالتالي ظهور عدة إشكالات خاصة على الصعيد العملي، مما دفع بالتشريعات الوطنية والدولية إلى المحاولة لاتخاذ تدابير حمائية من أجل المحافظة على مصلحة المحضون.

فظاهرة النقل غير المشروع للمحضون سيؤثر حتما على وضعية المحضون وخاصة عندما يكون هناك خطف للطفل الذي يكون معرضا للخطر وعرقلة إتصال وزيارة الحاضن أو الحاضنة له، لهذا لابد من مواجهة هذه الظاهرة وإيجاد حلول للحد من إنتشارها.

وقد استدللنا في بحثنا بدراسة هذه الظاهرة من خلال بيان الحماية التي وفرها التشريع للمحضون سواء الوطنية أو الدولية ومعرفة التشريعات الأخرى كالمغربية والتونسية التي ساهمت في الحد من تلك الظاهرة.

الكلمات المفتاحية: نقل غير مشروع؛ خطف المحضون؛ حماية؛ عبر الحدود؛ اتفاقيات.

Abstract:

This research addresses one of the most important topics related to family affairs, where it highlights the travel of one of the custodians across the border, as this illegal transfer can cause damage to the child and thus the emergence of several problems, especially in the functional feild which have boosted the national and international legislation to try to take protective measures in order to preserve the interest of the child, the

* - المُؤلِف المُراسل.

phenomenon of illegal transfer of the child will inevitably affect.

His situation, especially when there is a kidnapping of the child and obstruction of communication and visiting of its parent or guardian to him, so it is necessary to face this phenomenon and find solutions to reduce its spread.

We inferred in our research by studying this phenomenon through the statement of protection provided by legislation for the child, whether its national or international besides the knowledge of others legislation, such as Moroccan and Tunisian legislations, that has contributed reducing this phenomenon.

Keywords: *illegal transfer; kindnapping of the child; protection; across the border; agreements*

مقدمة:

بعد انحلال الرابطة الزوجية يكون المحضون معرّضا لأثار هذا الانحلال كما هو الحال بالنسبة لسفر الحاضن بالمحضون وما يمكن أن يخلفه هذا الانتقال، وأمام الإشكالات التي يطرحها النقل غير مشروع للمحضون عبر الحدود تعززت الآليات القانونية التي تهدف إلى حماية الطفل بعد انحلال الرابطة الزوجية، فموضوع دراستنا يركز على ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود الذي نتج عنه إشكالات عديدة تضر بمصلحة المحضون، لهذا عملت التشريعات على وضع قوانين وطنية واتخاذ إجراءات وابرام اتفاقيات دولية من أجل تنظيم هذه الظاهرة وإيجاد حلول لمواجهتها والحد من انتشارها.

إشكالية الدراسة: فبموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي عالج في مادته (69) من قانون الأسرة سفر الحاضن بالمحضون إلى الخارج، تضاف اتفاقيات دولية تسعى إلى حماية الطفل والمحافظة على مصلحته، وبالتالي نطرح الإشكالية التالية: هل استطاعت فعلا تلك القوانين على توفير الحماية الكافية للطفل المحضون ؟ هذا ما يجعلنا نتفرع إلى: كيف ساهمت هذه التشريعات على إعطاء حماية عند تعرض المحضون للانتقال غير المشروع عبر الحدود؟ وهل كانت كافية لمواجهتها والحد من انتشارها؟، وإلى أي مدى استطاعت الاتفاقيات الدولية للتصدي لظاهرة النقل غير المشروع للمحضون؟ وللإجابة على هذه الورقة البحثية، تم الاعتماد على المنهج التحليلي والمقارن من خلال المحورين التاليين:

المحور الأول: الحماية الوطنية للنقل غير مشروع للمحضون عبر الحدود

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

المحور الثاني: الحماية الدولية للنقل غير مشروع للمحضون عبر الحدود

المحور الأول: الحماية الوطنية للنقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود

أولا- انتقال المحضون خارج التراب الوطني:

1- انتقال المحضون خارج الوطن في القانون الجزائري: عالجها المشرع الجزائري في المادة(69) من قانون الأسرة الذي جاء فيه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، ما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قد أفرد نص قانوني خاص بالسفر بالمحضون خارج الجزائر إلا أنه لم يفصل في الموضوع، لكن ميزته مع ذلك أنه ترك للقاضي السلطة التقديرية في إثبات الحضانة أو إسقاطها مع مراعاة مصلحة المحضون[1]، وما يلاحظ على نص المادة السالفة الذكر أنها قد فرقت بطريقة ضمنية بين ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني وبين ممارستها خارج التراب الوطني لكنه اكتفى فقط بحالة ممارستها خارج التراب الوطني [2]، وقد رخص المشرع الجزائري بالخروج بالمحضون خارج التراب الوطني قصد العلاج، نجد قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/11/21 فصلا في الطعن رقم 249196 (منشور بالمجلة القضائية، العدد 1/2004، الصفحة 256) وقد جاء فيه: "المبدأ: يعتبر منح رخصة الخروج بالمحضون قصد العلاج خارج التراب الوطني من توابع الطلاق، ويجب على القاضي الفصل فيه وعدم التصريح بعدم الاختصاص" وجاء في حيثيات القرار أن الأبوين يقيمان في سويسرا وأن معارضة الأب نقل المحضون لهذا البلد قصد العلاج لا يقوم على أي أساس مصلحي أو قانوني[3]، وقد اتخذت المديرية العامة للأمن الوطني إجراءات لخروج القُصّر من التراب الوطني، إذ أن تنقل الأشخاص عبر الحدود حق يكفله القانون، طبقا لأحكام المادة (44) من الدستور الجزائري التي تنص على ما يلي: "يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية بأن يختار بحُرية موطن إقامته وأن ينتقل عبر التراب الوطني". حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له.

غير أن الأطفال القُصّر الذين تقلّ أعمارهم عن 19 سنة، يخضعون لتنظيمات خاصة تقضي بإلزامية تقديمهم لرخصة أبوية للخروج من التراب الوطني، وذلك لعدم أهليتهم

وبالتالي من مسؤولية الدولة الجزائرية حمايتهم من كل أنواع الجرائم، ضف إلى ذلك ضمان مسؤولية وصاية الوالدين على أبنائهم القصر. - خروج الطفل القاصر (سنه أقل من 19) مصحوبا بأحد والديه (الأب والأم): الوثائق الاثباتية الواجب إظهارها أثناء خروج الأطفال القُصّر عبر المراكز الحدودية: -جواز سفر فردي للطفل القاصر قيد الصلاحية، عند الاقتضاء، تسجيله في جواز سفر أحد الأبوين (الأب والأم)، وثيقة تثبت صلة قرابة (الدفتر العائلي)، غير أنه لا يسمح للطفل من مغادرة التراب الوطني إذا كان قد استصدر أحد والديه أمرا قضائيا من إحدى الجهات القضائية المختصة، يقضي بمنعه من السفر إلى الخارج تقوم النيابة العامة فور صدور الأمر القاضي بمنع الطفل القاصر من مغادرة التراب الوطني، بإخطار مصالح الشرطة القضائية الواقعة ضمن دائرة الاختصاص التي تتخذ بدورها الإجراءات اللازمة لمنع الطفل من السفر إلى الخارج[4].

2- انتقال المحضون خارج الوطن في القانون المغربي: هذه الفلسفة التي عالج بها المشرع الجزائري موضوعه لم يتأثر بها المشرع المغربي لاحقا إذ اتفقا في وجوب الحصول على إذن للسفر بالمحضون ولكن على خلاف قانون الأسرة، منحت المدونة للنائب الشرعي حق الاعتراض المسبق أو اللاحق على السفر بالمحضون، إذ له حق مراقبة تنقل المحضون خارج المغرب وليس للقاضي يد في ذلك حسب الفقرة الأولى من المادة (179) من المدونة، بل عزّز المشرّع رغبة النائب الشرعي في المنع بالسفر بالمحضون بضمان تنفيذ ذلك عن طريق تبليغ النيابة العامة الجهات المختصة بهذا المنع، والسفر هنا يتعلق بالانتقال من أجل الاستيطان أي الإقامة الدائمة والمستمرة بنية الاستقرار، وعليه وترتيبا لهذا الشرط فإن السفر خارج الوطن إلى بلد أجنبي من أجل قضاء عطلة أو للعلاج لا يخضع لحكم المادة (69) من قانون الأسرة، ولا للمادة (17) فقرتها الرابعة من المدونة التي يفهم منها أن الصفة العرَضية لسفر المحضون يستجيب لها قاضي المستعجلات إذا تأكد من عودة المحضون إلى المغرب بعد أن رفض النائب الشرعي منح موافقته على سفر المحضون[5]، فبخلاف الانتقال داخل المغرب الذي يسمح بسهولة الاتصال بالمحضون فإن الانتقال خارج المغرب قد يقطع الصلة بين المحضون وأبيه أو نائبه الشرعي، لذلك فإن مدونة الأسرة في المادة(179) منها نصّت

على أنه: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة، أو النائب الشرعي للمحضون أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي، تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك، في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك، لا يستجاب لهذا الطلب إلا بعد التأكد من الصفة العرَضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب"[6].

3- إنتقال المحضون خارج الوطن في القانون التونسي: فنصوصه جاءت عامة ولم يفرّق بين السفر داخل التراب الوطني أو خارجه، وإنما اتخذ معياراً آخر وهو عُسر وتعذر المراقبة، وهنا تبقى للقضاء سلطته التقديرية في السماح بالسفر أو بمنعه[7].

ثانيا- الحماية الجنائية للنقل غير مشروع للمحضون:

1- النقل غير المشروع أو إحتجاز المحضون عبر الحدود: ففي الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية يُعتبر النقل أو احتجاز الطفل فعل غير مشروع عندما يتم خرق حقوق الحضانة الممنوحة إلى شخص، إما بصورة مشتركة أومنفردة، وأيضا عندما كانت تمارس في الواقع تلك الحقوق عند وقت النقل أو الإحتجاز، إما بصورة مشتركة أو فردية وأيضا عندما كان لتلك الحقوق أن تمارس أو كانت ممارسة بالفعل عندما تم ذلك النقل أو الاحتجاز للطفل (انظر المادة (3) (1) الفقرات(أ) و(ب) من إتفاقية لاهاي 1980).

إن فعل النقل غير المشروع يعاقب عليه قانون العقوبات الجزائري (انظر المواد (327) و(328) من قانون العقوبات)، أما في المملكة المغربية المحكمة هي التي تقرر مشروعية أو عدم مشروعيته ولا يعتبر احتجاز الطفل جريمة جنائية، إذا كان الزواج لا يزال قائما فالمحاكم لا تتدخل في مثل هذه الحالة، إذا كان الطفل يبلغ من العمر أقل من 24 شهرا، ويمكن للمحاكم اتخاذ قرارات تنفيذية لإعادة الطفل إلى الأم وإصدار وثائق سفر للطفل للسفر مع الأم، أما الاحتجاز غير المشروع يُعد فعلا جنائيا أو جريمة مستقلة، أما في الجمهورية التونسية يُعتبر غير مشروع عندما يكون قد خرق حقوق الحضانة الممنوحة إلى شخص، مؤسسة أو هيئة أخرى، إما بصورة مشتركة أو منفردة

المادة (3) (1) (أ)، إتفاقية لاهاي 1980، وعندما كان له الحق أن يمارس بالفعل إما بصورة مشتركة أو منفردة في وقت النقل أو الإحتجاز إذا كان له أن يمارس ذلك أو لم تقع تلك الأحداث (المادة 3 (1) (ب) اتفاقية لاهاي 1980) (انظر التعليقان على القانون رقم 62 – 22 بتاريخ 24 مايو 1962 القائمة على جريمة عدم تقديم الأطفال) تحت مادة واحدة، عندما تتقرّر الحضانة لقاصر بأمر من المحكمة – مؤقت أو دائم – الأب أو الأم أو أي أحد لا يقدم القاصر لأولئك الذين لهم الحق في المطالبة أو حتى عن طريق الإحتيال أوإستخدام العنف، نقل أو التسبب بنقل أو صرف أو تحويل انتباه أولئك الذين أوكلت لهم الرعاية أو الأماكن التي وضع فيها يعاقب بالسجن لمدة تتراوح ما بين ثلاثة أشهر وسنة واحدة وبدفع غرامة من 24 إلى 240 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين[8].

بالنسبة لمنع النقل غير المشروع الولايات القضائية ذات التشريعات الخاصة المتعلقة بنقل أو احتجاز الأطفال بصورة غير مشروعة (الجزائر، المغرب، تونس) تميل إلى أن تكون الوحيدة التي لديها نظام عام لمنع النقل غير المشروع أو الاحتجاز أو على الأقل تبسيط إمكانية تحديد مكان الطفل في مثل هذه الحالات، في الجمهورية الجزائرية ليس هناك إطار قانوني بديل لتفعيل الاتفاقيات المعنية بالاتصال عبر الحدود، لا توجد طرق بديلة منصوص عليها لتجنب عمليات النقل غير المشروع أو الاحتجاز في النزاعات عبر الحدود، ولكن إذا كان أحد الوالدين يشتبه بجدية في الوالد الآخر يمكن له أو لها طلب إتخاذ جميع التدابير القانونية من السلطات لمنع نقل أواحتجاز غير شرعي للطفل.

في المملكة المغربية لا يوجد إطار قانوني بديل لتفعيل الاتفاقيات المعنية بالاتصال عبر الحدود تشمل الطرق البديلة لتفادي عمليات النقل غير المشروع أو الاحتجاز في النزاعات عبر الحدود الآتي: إيداع جواز السفر الطفل لدى السلطات، وجواز سفر المختطف المزعوم لتودع لدى السلطات مع وضع الطفل مؤقتا في مؤسسة للرعاية.

في الجمهورية التونسية ليس هناك إطار قانوني بديل لتفعيل الاتفاقيات المعنية بالاتصال عبر الحدود، فالطرق البديلة لتفادي عمليات النقل غير المشروع أو الاحتجاز في النزاعات عبر الحدود تشمل الآتي: إيداع جواز السفر الطفل لدى السلطات، وجواز سفر المختطف المزعوم لتودع لدى السلطات، الحصول على أوامر لمنع نقل الطفل،

إصدار تنبيهات لسلطات الحدود أو الموانئ الطلب من المختطف المزعوم دفع مبلغ مالي أو وديعة ووضع الطفل مؤقتا في مؤسسة من مؤسسات الرعاية[9]، أما عن عواقب النقل غير المشروع في الجزائر فبمجرد معرفة أحد الوالدين الجزائريين تعد جريمة جنائية وتخضع لتدابير مالية والتي تتضمن دفع تعويض مالي والسجن (انظر المواد (327) و(328) من القانون الجنائي)، وفي المغرب يعتبر نقل الطفل من قبل أحد الوالدين المغربيين جريمة جنائية وتخضع لتدابير مالية والتي تشمل دفع تعويض مالي والسجن (انظر المادة(477) من قانون العقوبات) أما في تونس يعتبر من قبل أحد الوالدين التونسيين جريمة جنائية تخضع لتدابير مالية، تشمل دفع تعويض مالي والسجن (انظر القانون رقم 62 – 22/ 1962)[10].

2- حماية الطفل المحضون من الاختطاف: وجدت عدة اتفاقيات دولية تعالج ظاهرة الإختطاف الدولي للطفل ومنها إتفاقية لاهاي 1980، والصورة الواقعية التي تتخذها هذه المشكلة تتلخص في قيام أحد الزوجين بعدإنفصاله بالطلاق عن الزوج الآخر وبناء على ما يكون قد تقرر له من حق زيارة أو إستضافة طفله الذي عهد بحضانته إلى الزوج الآخر فيقوم بتغيير محل إقامة هذا الطفل وعدم السماح بعودته إلى حضانة الزوج المقرر بالحضانة لمصلحته، لاسيما أن هذا النوع من الإختطاف قد يكون دافعه إنتقاميا ويكون بعد الطلاق في حالة الزواج المختلط أو حتى بالنسبة لأبناء الوطن الواحد[11]، وبالرجوع إلى نص المادة (328) من قانون العقوبات الجزائري نجدها نصت على: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 2000 د ج على الأب أو الأم أو أي شخص آخر يمتنع عن تسليم قاصر، وقد قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وكذلك كل من خطفه ووأبعد قاصرا ممن وكلت إليه حضانته أوحمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع بغير تحايل أو عنف" وترفع عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني"، وقد حددت المادة (329) عقوبة "الحبس من سنة الى خمس سنوات وغرامة مالية من 500 الى 2500 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين على الشخص الذي تعمد إخفاء قاصر كان قد خطف أو أبعد أو أهرب أو أخفي عن السلطة التي يخضع إليها قانونا"، وأشارت المادة(329) مكرر

"أن تكون هناك شكوى من الضحية في حالة مباشرة الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق نص المادة (328)، ويوضع حد للمتابعة إذا كان هناك صفح من الضحية"[12] وتجدر الإشارة إليه أن فرض عقوبة على مقترفها يعتبر أداة فعالة ووسيلة لضمان المحافظة على مصداقية أحكام القضاء وعلى تنفيذها، وهي في نفس الوقت الأداة اللازمة لضمان مصلحة المحضون ضمن إطار احترام القانون، وأن نص المادة (328) من قانون العقوبات الجزائري أصلها المادة (357) من قانون العقوبات الفرنسي القديم التي نشأت بموجب قانون 5 ديسمبر1901[13] والتي أضيف عليها:

"عندما يتخذ قرار بشأن حضانة قاصر بعد أخذ أمر محكمة مؤقت أو نهائي أثناء أو بعد انفصال قانوني أو إجراءات الطلاق، حيث في الظروف المذكورة في قوانين 24 يوليو1989 و19 أبريل 1898، الأب أو الأم الذي لا يمثل القاصر بالنسبة للذين لهم الحق في المطالبة بها بدون غش أو انتهاك، إذا تم خطفه أو إبعاده من الذين تم منحهم ثقة الحضانة سيتم معاقبتهم السجن من شهر إلى سنة وبغرامة (16 فهرنهايت) إلى خمسة آلاف فرنك (5000 فرنك)، إذا الجاني تم التبليغ عنه لم يعد في متناول السلطة الأبوية يمكن رفع السجن إلى مدة تصل إلى ثلاث سنوات" [14].

ثم وسع بموجب قانون 23 مارس 1928 والتي تقابلها المادة (292) من قانون العقوبات المدني[15]، كما وضع المشرع الفرنسي ظرفا مشددا آخر وهو الإحتفاظ بالطفل لمدة تفوق 5 أيام، بدون أن يكون للذين لهم الحق في تسليم الطفل علم بمكان وجوده، أو إذا احتفظ بالطفل خارج إقليم الجمهورية طبقا للمادة (227)/9 ومن المناسب الإستفادة من هذا التجديد التشريعي[16].

غير أن هذه النصوص نجدها غير كافية لمعالجة ظاهرة الإختطاف ولا تحد من إنتشارها، مما يتطلب إتخاذ تدابير وقائية علاجية للتصدي للجريمة.

3- صور الخطف بالإمتناع عن تسليم المحضون: في التشريع الجزائري يقصد بها امتناع شخص مهما كانت صفته تسليم الطفل القاصر إلى حاضنته الذي أسند الحكم القضائي النهائي أو المؤقت الحضانة له وفق منطوق المادة(328) من قانون العقوبات، ولا تقوم هذه الجريمة بهذه الصورة إذا لم يتوفر الركن المعنوي لدى المتهم[17]، أما في القانون التونسي نجدأن بعض المطلقين يعمدون عند ممارستهم

لحقهم في الزيارة إلى عدم إحضار المحضون للزوج الحاضن، أو أن يعمد إلى عدم تسليم المحضون للطرف الآخر، وهذا ما دفع بالمشرع التونسي إلى إصدار القانون عدد 22 لسنة 1962م والمؤرخ في 24 ماي 1962م والمتعلق بإحداث "جريمة عدم إحضار محضون"، أكد في فصله الوحيد على أنه: "في صورة حكم وقتي أو بات بالحضانة فإن الأب أو الأم أو كل شخص آخر لا يحضر المحضون لمن له الحق في طلب إحضاره أو يتعمد ولو بدون حيلة أو قوة إختطاف ذلك المحضون وإختلاسه أو يكلف من يتولى إختطافه أو إختلاسه من أيدي من هم في حضانتهم أو من المكان الذي وضعوه به، يعاقب بالسجن ثلاثة أشهر إلى عام وبخطية من أربعة وعشرون دينارا (24د) إلى مائتين وأربعين دينارا (240د) أو بإحدى العقوبتين فقط"[18]، إذا فجنحة عدم إحضار المحضون تقوم من جانب الأم أو الأب المسند له الحضانة وبمقتضى حكم قضائي، سواء بتعمده عدم تسليم المحضون، أو كذلك برفضه تمكين غير الحاضن من الوالدين من حق الزيارة، فيصدر في حقه حكم جزائي، لكن "لوكيل الجمهورية عرض الصلح بالوساطة في المادة الجزائية على الطرفين قبل إثارة الدعوى العمومية، إما من تلقاء نفسه أو بطلب من المشتكي به أو من المتضرر أو من محامي أحدهما وذلك في مادة المخالفات والجنح، وبالقانون عدد22 لسنة 1962م المؤرخ في 24 ماي 1962م المتعلق بجريمة عدم إحضار محضون[19]، أما فيما يخص القانون المغربي فقد نص على هذه الصورة في الفصل (477) من القانون الجنائي المغربي، حيث لا شك أن كلا من الطرفين يرغب في اصطحاب أبنائه ليعيشوا معه عند انحلال الرابطة الزوجية، وبذلك وجب على الأطراف الخضوع لمقتضيات الحكم الصادر بشأن الحضانة طبقا لأحكام القانون وأن أي إخلال بهذا الحكم يعرض صاحبه للعقاب[20].

المحور الثاني: الحماية الدولية للمحضون من النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود

أولا- دور الاتفاقيات الثنائية للحد من ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون عبر الحدود

1- في المغرب: بخصوص الاتفاقيتين الأخيرتين (المغربية الفرنسية والمغربية الإسبانية) نجد الاتفاقية المغربية الفرنسية بتاريخ 10 أغسطس 1981، والإتفاقية المغربية

الإسبانية بتاريخ 30 مايو 1997 بمدريد، فقد جاءتا ببعض المقتضيات التي ترمي إلى تحقيق التعاون بين السلطات المركزية والسلطات القضائية، وذلك من أجل تحقيق الإرجاع الفوري للطفل المنقول نقلا غير مشروع لأحد أبويه المخول له حق حضانته فالسلطات المركزية تقوم بأدوار ودية، إذ تتعاون على البحث فوق ترابها عن مكان إقامة الطفل الذي وقع نقله إليها، مع إتخاذ كل تدبير من شأنه أن يساعد على التسليم الإداري، وفي حالة الإستعجال تأمر بإتخاذ كل تدبير مؤقت يظهر مفيدا لحماية الطفل من أخطار جديدة، وعند فشل السلطات المركزية في تحقيق أهدافها، يبدأ دور السلطات القضائية للدول بالقيام بتسريع الإجراءات الكفيلة لحماية الطفل والأمر بتسليم هذا الأخير بشكل فوري إلى من له الحق في حضانته[21].

و قد كان الهدف من إبرام الإتفاقية المغربية الفرنسية ـ حسب ما جاء في دباجتها ـ هو المحافظة على المبادئ الأساسية للهوية الوطني للأفراد، وإنشاء قواعد مشتركة في ميدان تنازع القوانين وتنازع الإختصاص بالنسبة لحالة الأشخاص والأسرة، فضلا عن تدعيم علاقات التعاون القضائي بين الدولتين خاصة في مجالي النفقة والحضانة، غير أن هذه الإتفاقية إعترضتها مجموعة من الصعوبات على مستوى التطبيق العملي، سواء بالنسبة لمجال تنازع القوانين، أو تنازع الإختصاص القضائي، أو آثار الأحكام القضائية، فضلا عن تلك الصلة بموضوع النقل غير المشروع[22].

أما عن المملكة المغربية والمملكة الاسبانية حرصا منهما على تدعيم علاقة التعاون بين بلديهما من أجل ضمان حماية أفضل للأطفال، واقتناعا منهما بأن مصلحة الأطفال تفرض عدم نقلهم أو الإحتفاظ بهم بصورة غير قانونية وإقرار علاقة هادئة ومنتظمة بينهم وبين أبويهم [23].

2- في تونس: أبرمت إتفاقية مع فرنسا تتعلق بالتعاون القضائي في مادة الحضانة وحق الزيارة والنفقة في 2 ديسمبر 1982 والتي ترمي من خلال مقتضياتها إلى وضع حلول للمشاكل الأسرية التي قد تتعرض لها إحدى الدولتين كمشكل السفر بالمحضون[24]. حيث يأمر القاضي في الدولة التي نقل إليها الطفل أو أحتفظ به فيها بتسليمه فورا بصفة وقتية، ما لم يثبت من نقل الطفل أو احتفظ به إحدى الحالتين التاليتين:

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

1) أن الحاضن وقت الخرق المثار لم يكن يمارس حضانة الطفل فعلا بحسن نية.

2) أن تسليم الطفل إلى الحاضن قد يعرض صحته أو سلامته للضرر نتيجة حادث يكتسي خطورة إستثنائية ظهر منذ تاريخ الحضانة.

تأخذ السلطة القضائية بعين الإعتبار المعلومات المدلى بها من طرف السلطة المركزية لدولة الإقامة العادية للطفل وخاصة ما يتعلق بحالته الإجتماعية والمقتضيات التشريعية المتعلقة بحق الحضانة في هذه الدولة وذلك عند تقديرها للحالتين المشار إليها أعلاه.

لا يمس الأمر القاضي بإرجاع الطفل بجوهر حق الحضانة.

يتعين على المحكمة التي أحيل إليها طلب تعديل الأحقية في حضانة طفل نقل أو احتفظ به خرقا لحكم صادر في موضوع عن محكمة إحدى الدولتين المختصتين تطبيقا لمقتضيات الفصل العاشر أعلاه وطلب تسليم الطفل من طرف الحاضن أن تعطى الأسبقية في البت لهذا الطلب الأخير ضمن الشروط المشار إليها في هذا الفصل[25].

3- في الجزائر: بخصوص القوانين المقارنة نجد أن الجزائر مثلها مثل المغرب تعرف نسب مهمة للجالية الجزائرية بالخارج خاصة أوروبا، لذا بادرت هي أيضا إلى ابرام إتفاقية ثنائية كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الجزائرية الفرنسية رغبة منها في تدعيم التعاون القضائي، وهي اتفاقية بشأن أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الإنفصال بتاريخ 21 يونيو 1988، فالإتفاقية تسيطر عليها حماية الطفل بالدرجة الأولى دون الاهتمام بشروط الحاضن خلافا للقانون الداخلي، فوعيا من البلدين بأن مصلحة الطفل تتطلب أن تكون لديه إمكانية المحافظة على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديه الذين هما في حالة الإنفصال حيثما توجد إقامتهما، وبالإطلاع على نصوص الإتفاقية فقد أعطت أيضا الصلاحية للأم بتسليم الطفل لمن له الحق في حضانته أو زيارته للسلطات المركزية وكذا القضائية[26].

فالاتفاقيات الثنائية كانت لها نسبة في حل مشاكل ظاهرة النقل غير المشروع إلا أنها غير كافية لمواجهتها.

ثانيا- دور الاتفاقيات المتعددة الأطراف للحد من ظاهرة النقل غير مشروع للمحضون

إذا كان للتفاقيات الثنائية دور كبير في حل مختلف المشاكل المتعلقة بالروابط العائلية الدولية ومنها مشكل النقل غير المشروع للأطفال، فإن للتفاقيات المتعددة الأطراف أهمية لا يستهان بها للتصدي لهذه الظاهرة [27].

1- اتفاقية لاهاي 1980: نجد المادة (**3**) من اتفاقية لاهاي 1980 تنص: يعتبر نقل الطفل أو إحتجازه غير مشروع في الحالات التالية:

أ- إذا كان في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة ما، سواء بشكل مشترك أو فردي والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أوإحتجازه،

ب- إذا كانت هذه الحقوق قد مورست فعلا وقت النقل أو الإحتجاز سواء بشكل مشترك أو فردي أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو احتجازه

قد تمنح حقوق الحضانة المذكورة أعلاه في الفقرة (أ) على وجه الخصوص بموجب قانون أو بناء على قرار قضائي أو إداري أو إتفاق ذو أثر قانوني بموجب قانون الدولة المعنية، كما تنص المادة (12) من الإتفاقية إذا كان طفل قد نقل أو إحتجز بطريقة غير مشروعة حسب ما ورد في المادة (3)، وإذا كانت الفترة المنقضية بين تاريخ النقل أو الاحتجاز غير المشروع وتاريخ بدء الإجراءات بواسطة السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة التي يوجد بها نقل عن عام واحد، فيجب على السلطة المعنية إصدار أمر فوري بإعادة الطفل، تصدر السلطة القضائية أو الإدارية أيضا أمرا بإعادة الطفل حتى إذا كانت الإجراءات قد بدأت بعد انقضاء مدة السنة الواحدة المشار إليها في الفقرة السابقة إلا إذا قدمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة، يحق للسلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب، إذا توفر لديها ما يدعو للاعتقاد بأن الطفل قد نقل إلى دولة أخرى، إستئناف الإجراءات أو رفض النظر في طلب إعادة الطفل[28].

2- اتفاقية لاهاي1996: ففي الجزائرلم يتم التوقيع بعد على اتفاقية لاهاي لعام 1996 (الاتفاقية الصادرة بتاريخ 19 تشرين الأول 1996 بشأن الاختصاص والقانون الواجب التنفيذ والإعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والتدابير لحماية الأطفال، أما في المغرب تم التوقيع على إتفاقية لاهاي 1996 (الإتفاقية الصادرة بتاريخ

19 تشرين الأول 1996 بشأن الإختصاص والقانون الواجب التنفيذ والإعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين والمصادق عليها بالمرسوم الملكي في 22 يناير/كانون الثاني 200، أما في تونس لم يتم التوقيع على اتفاقية لاهاي لعام 1996 (الاتفاقية الصادرة بتاريخ 19 تشرين الأول 1996 بشأن الاختصاص والقانون الواجب التنفيذ والإعتراف والتعاون في مجال مسؤولية الوالدين[29]، لتجد الدول الأطراف في اتفاقية لاهاي 1980 التي لم توقع أو تصدق أو تنظم إلى اتفاقية لاهاي لعام 1996 حتى الآن، ما يشجعها على الوضع بعين الإعتبار ما تتضمنه الاتفاقية من ميزات في توفير إطار للاختصاص وكذلك للاعتراف بقرارات الإتصال وتنفيذها، وبالتالي تكون تكميلية لاتفاقية 1980، على أية حال فمن الواجب على الدول الأطراف في إتفاقية 1980 ومن الضروري لأداء العملي للمادة(21) منها، الإشهار عن الظروف التي ستقوم فيها سلطاتها بممارسة إختصاصها في اتخاذ وتحديد قرارات الإتصال وبالاعتراف والتنفيذ للقرارات المتعلقة بالإتصال الصادرة في الدول الأطراف الأخرى، إضافة إلى ذلك فلتجد الدول التي ليست أطرافا في إتفاقية لاهاي لعام 1980 ما يشجعها على الأخذ بعين الإعتبار ما تتيحه إتفاقية لاهاي لعام 1996 من ميزات في توفير الإطار الأساسي للتعاون القانوني بين الدول[30].

فاتفاقية لاهاي رقم 1 لحماية الطفل لعام 1996 لديها القدرة على أن تصبح وسيلة يتم التصديق عليها واستخدامها على نطاق واسع، تتناول مجموعة واسعة جدا من قضايا حماية الطفل الدولية، ولذلك فإن إتساع نطاق الإتفاقية يضمن أنها ذات صلة عالمية، علاوة على ذلك، تستجيب الاتفاقية لحاجة حقيقية دالة وعالمية لإطار دولي أفضل فيما يتعلق بالقضايا العابرة للحدود لحماية الطفل، ويتواصل العمل الدائم لمكتب مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص للكشف عن أوضاع الأطفال المستضعفين والتي يمكن تخفيفها بتطبيق اتفاقية عام 1996، بالإضافة إلى ذلك، تتبع هذه الإتفاقيةالحدث الأخير لعام 1980 و1993 لإتفاقية لاهاي 2 للأطفال من حيث أنها تجمع بين الإطار القانوني الدولي وآليات التعاون، كما أن إدراج هياكل التعاون ضمن الإتفاقية أمر بالغ الأهمية للإتفاقية لتحقيق أهدافها، مثل هذه الهياكل تعزز تبادل المعلومات بشكل أفضل وحدود المساعدة المتبادلة وضمان ذلك عبر مجموعة متنوعة

من الدول، وأن الآليات المعمول بها في وضعية مناسبة لتمكين القواعد القانونية من أن تكون عملية بشكل كامل[31].

3- اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989: فقد نصت في المادة(11) منها على ضرورة إتخاذ الدول الأطراف إجراءات مكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة من خلال إبرام إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الإنضمام إلى إتفاقيات قائمة، وهدف هذه المادة هو مكافحة خطف الأطفال سواء كان ذلك عن طريق أحد الوالدين بعد إنفصالهما بسبب إنحلال عقد الزواج أو كان الاختطاف عن طريق أي شخص آخر، هذا إلى جانب المادة (35) من اتفاقية حقوق الطفل والتي نصت وأكدت على نفس المقتضيات الواردة في المادة (11)[32].

فالاتفاقيات المتعددة الأطراف لها دور لا يستهان به في الحد من إنتشار ظاهرة النقل غير مشروع للمحضون عبر الحدود.

خاتمة:

ختاما لما توصلنا إليه وعلى غرار ما تطرقنا إليه في بحثنا فمن **النتائج** التي توصلنا إليها هو:

عدم قدرة القوانين الوطنية وحتى الجنائية على توفير حماية كافية للمحضون مما دفع بالمشرع إلى إبرام اتفاقيات دولية كسبيل لإيجاد حلول مناسبة لمواجهة هذه الظاهرة.

أن القوانين المدنية المتعلقة بحماية الطفل لا تتعدى الحدود الوطنية، كذلك عند تطرقنا للقوانين الجنائية من خلال جريمة خطف المحضون حيث اتضح فيما بعد أن الاعتماد على تلك القوانين جد محدودة لحل هذه الظاهرة، وعند اللجوء إلى الإتفاقيات الثنائية وجدنا أن لها أهمية كبيرة في حل مشاكل النقل غير المشروع للمحضون، فالانضمام إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة اتفاقية لاهاي هي وسيلة تزيد في حماية المحضون وهذا ما يبرر سعي التشريعات على توفير حماية أكثر للمحضون ومراعاة مصلحته، إذ كما رأينا أن المشرع المغربي بذل مجهودا للحد من استفحال ظاهرة النقل غير المشروع للمحضون، إلا أن ما يمكن ملاحظته أنها في تزايد مستمر مما يدفعنا إلى تفعيل تلك القوانين والإتفاقيات على أرض الواقع تجنبا لتكرار تلك

الجرائم بحيث تشمل جميع الدول، وهذا التفعيل يكون عن طريق إعادة النظر في مختلف الأحكام التشريعية من أجل تحقيق التفعيل الأحسن والأمثل لضمان توفير حماية كافية للمحضون.

وخلاصة القول أنه مهما وفرت التشريعات من حماية للمحضون إلا أنها غير كافية نظرا لعدم وجود التطبيق الفعلي لتلك القوانين والاتفاقيات، فمهما حاولنا توفير مصلحة المحضون إلا أن تلك الظاهرة ما زالت تتفاقم، لذا لابد من التطبيق على أرض الواقع لأنه لا جدوى من إبرامها دون تنفيذها.

كذلك ما يجب المطالبة به هو أنه على المشرع الجزائري أن ينظم بشكل مفصل أحكام السفر بالمحضون سواء داخل الوطن أو خارجه، بمعنى ضرورة إعادة النظر في مختلف الأحكام المتعلقة بانتقال المحضون عبر الحدود من أجل ضمان عدم تعرضه للخطر وهذا لما لإستقرار الطفل دور هام في المجتمع.

ومن النتائج المتوصل إليها أيضا من خلال دراستنا هو ضرورة الانضمام إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف وخاصة اتفاقية لاهاي لسنة 25 أكتوبر 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال الذي يعزز الحماية التشريعية .

الهوامش والمراجع:

(1)- إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية ؟، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، مركز إدريس الفاخوري للدراسات والأبحاث في العلوم القانونية وجدة، 14 يوليوز 2017، ص 8.

(2)- ربيع وفاء، الإشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013 ـ 2014، ص 113.

(3)- نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والإجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 178.

(4)- المديرية العامة للأمن الوطني، إجراءات خروج القصر من التراب الوطني خلية الإتصال والصحافة، 2015.

(5)- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، 2004 ـ 2005، ص 567.

(6)- عيسى كتب، القضاء الإستعجالي في المجال الأسري، سلسلة دراسات وأبحاث قضايا الأسرة، إشكالات راهنة ومقارابات متعددة، العدد 6، الجزء 2، ص 67.

(7)- إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية ؟، المرجع السابق، ص 8.

(8)- جيانلوكاب بارولين، حل النزاعات الاسرية عبر الحدود، دراسة "صور عامة عن الوضع الراهن في منطقة الجوار الجنوبي ودراسة مقارنة للأوضاع القطرية في مجال حل النزاعات الأسرية عبر الحدود"، مشروع ممول من الإتحاد الأوروبي، مشروع يوروميد العدالة الثالثة، آلية سياسة الجوار الأوربي ـ بوروميد ـ العدالة، ص 82 ـ 83.

(9)- جيانلوكاب ـ بارولين، حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، المرجع نفسه، ص 89 ـ 90.

(10)- جيانلوكاب ـ بارولين، حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، المرجع نفسه، ص 95 ـ 96.

(11)- ـ حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014 ـ 2015، ص 153 ـ

(12)- ـ محمد الصالح، جريمة الاختطاف وعقوبة الاعدام اشكالية فظاعة جريمة قتل الطفل المختطف وتجميد تنفيذ عقوبة الاعدام في قانون العقوبات والقانون الدولي لحقوق الانسان، مجلة دساتر السياسة والقانون، العدد 16 جانفي 2017، ص 264

(13)- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 154

(14)- Emile Loubert, Article 357 du code pénal, fait à paris, le 5 décembre 1901, Jornal officiale, des ètablissements français de l'Océanie, n°30, 24 juillet 1902, 51° annèe, page2

(15)- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 154.

(16)- حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص 160.

(17)- أحمد دليبة، جريمة خطف الأطفال القصر، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الجنائية لدول المغرب العربي ـ الجزائر ـ تونس ـ المغرب، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 1437 ه ـ 1438 ه، 2016 م ـ 2017 م، ص 32.

(18)- منظمة Global rights، قائمة باسماء الجمعيات الشريكة في برنامج تطوير ولوج النساء للعدالة بالدول المغاربية، دليل عملي لفائدة المنظمات الغير حكومية المحلية بتونس، المغرب 2010، ص 52

(19)- ثريا بن سعد، أثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي " تونس انموذجا "، سلسلة أطاريح 2، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، المغاربية للطباعة والإشهار، 109 ـ 110.

(20)- أحمد دليبة، جريمة خطف الاطفال القصر، المرجع سابق، ص 45.

(21)- الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، عدد 32، 2016، دار المنظومة جميع الحقوق محفوظة 2020، ص 16.

(22)- الاتفاقية المغربية الفرنسية في مجال الروابط العائلية، المكتبة القانونية الإلكترونية، دراسات وأبحاث قانونية، 21 اغسطس 2020، www.biblojuriste.club

(23)- النقل غير مشروع للأبناء على ضوء الإتفاقية المغربية الاسبانية، المكتبة القانونية الإلكترونية، دراسات وأبحاث قانونية، 17 أبريل 2020، www.bibliojuriste.club

(24)- الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 19.

(25)- إتفاقية بين الجمهورية التونسية والجمهورية الفرنسية تتعلق بالتعاون القضائي في مواد الحضانة وحق الزيارة والنفقة، التعاون الدولي، الجمهورية التونسية وزارة العدل وحقوق الانسان، تاريخ ومكان التوقيع: باريس في 18 مارس 1982، المصادقة بتونس: القانون عدد 82/87 المؤرخ في 2 ديسمبر 1982 والمنشور بالرائد الرسمي عدد 78 الصادر في 7 ديسمبر 1982، المصادقة بالبلد الاخر: القانون عدد 83/319 المؤرخ في 20 افريل 1983، تبادل وثائق المصادقة: تونس 10 جانفي 1983، باريس 20 ماي 1983

(26)- الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 18 ـ 19.

(27)- الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، المرجع نفسه، ص 19.

(28)- المملكة المغربية، إتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للإختطاف الدولي للأطفال 25 أكتوبر 1980، وزارة العدل والحريات، مديرية الشؤون المدنية، ترجمة من إعداد السلطة المركزية المغربية.

(29)- جيانلوكاب ـ بارولين، حل النزاعات الأسرية عبر الحدود، مرجع سابق، ص 80.

(30)- مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، الإتصال عبر الحدود بالنسبة للاطفال مبادئ عامة ودليل الممارسة السليمة، النشر لمؤسسة قانون الأسرة، طبعة للنشر لشركة جوردان للنشر المحدودة، المكتب الدائم لاهاي، هولندا، حقوق التأليف محفوظة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص 2008، ص أ.

(31)- Hague conference on private international law, Practical handbook on the operation of the 1996 hague child protection convention, page 13

(32)- الفاخوري إدريس، النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 21.