Royaume du Maroc
Ministère de l'Education Nationale, de la Formation Professionnelle, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah
Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales-Fès

المملكة المغربية
وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني و التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- فـاس

مركز دراسات الدكتوراه: القانون الخاص
مختبر البحث: الدراسات في الطفل والأسرة والتوثيق
أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص
تحت عنوان:

الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال:
دراسة في إطار القانون الدولي الخاص الاتفاقي على ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن

إعداد الطالب الباحث: حسن إبراهيمي

تحت إشراف: الدكتور محمد ناصر متيوي مشكوري

لجنة المناقشة:

د/ محمد ناصر متيوي مشكوري، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس	رئيسا
د/ عبد الله أونير، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بطنجة	عضوا
د/ محمد ازريول، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس	عضوا
د/ محمد منير ثابت، أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بالدار البيضاء	عضوا
د/ عبد القادر قرموش، أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس	عضوا
د/ عبد الرزاق مولاي ارشيد، خبير دولي في القانون الدولي الخاص	عضوا

السنة الجامعية: 2018/2017

"إن أولادكم ليسوا أولادًا لكم.إنهم أبناء وبنات الحياة
المشتاقة إلى نفسها، بكم يأتون إلى العالم ولكن ليس منكم.
ومع أنهم يعيشون معكم فهم ليسوا ملكًا لكم".

جبران خليل جبران

قائمـة الرمـــوز

1- بالعربية:

- ط : الطبعة
- ع : عـدد
- ص : صفحة
- ج : جزء
- م.س : مرجع سابق
- م.أ : مدونة الأسرة
- فق : فقـرة
- ج.ر.ع : الجريدة الرسمية عدد
- م.أ.ش : مدونة الأحوال الشخصية

2- بالفرنسية:

- P : page
- T: Tome
- N: Numéro
- ED: Edition
- AL : alénia
- AJ. Famille : actualité juridique famille
- ART : article

- S.P : statut personnel
- CASS.CIV : cassation civil
- CA : cour d'appel
- OP.CIT : ouvrage précité
- DIP : Droit international privé
- Dr, famille: Revue Droit de la famille
- CEDH :convention européenne de droit de l'Homme
- OPP : ordre public de proximité
- PACS : pacte civil de solidarité
- TCFDIP : Travaux du comité Français de droit International privé
- RTD : Revue tunisienne de Droit
- JDI : journal de Droit international
- RMD : Revue marocaine de Droit
- RCDIP: Revue critique de Droit international privé
- RDSS: Revue de droit sanitaire et social
- RIDC: Revue international de Droit comparé
- RDE: Revue de Droit et d'économie
- RDC : Revue de Droit Canonique
- RDIDC : Revue de Droit international et de Droit Comparé
-RJPIC : Revue juridique politique indépendance et Coopération

-RMDED: Revue Marocaine de Droit et d'économie Du Développement

-RMEI: Revue Marocaine d'études internationales

- RTDF: Revue trimestrielle de droit familial

-RTDE: Revue trimestrielle de droit européenne.

- RTD.civ : Revue trimestrielle de droit civil

- Rev.trim.dr.h: Revue trimestrielle de droit de l'homme

-REMALD: Revue Marocaine d'administration locale et De développement

-RCADI: Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye

- RFMD: Revue Franco - Maghrébine de droit

- GAZ.PAL : Gazette du palais

- JCP: juris-classeur périodique

- JCPG: juris-classeur périodique Général

مقدمـــــة:

لقد أدت ثورة التنقلات الدولية، وتلاشي الحدود الوطنية إلى إلغاء العراقيل التقليدية في وجه علاقات الزواج العابرة للحدود[1]، وبقدر ما أدت هذه الارتباطات إلى حدوث نوع من التلاقح الفكري والثقافي، والذي يشكل غنى ينعكس على الوعي الاجتماعي للأسرة ككل، بقدر ما ساهمت في تفكيك هذا النوع من الأسر بسبب الخلافات التي يغذيها اختلاف المرجعيات، وتمايز أنماط التفكير التي تعتبر في بعض الأحيان أسيرة للموروث الثقافي، وعنوانا خالصا للهوية الوطنية.

ولا شك أن هذا الوضع كان له بالغ الأثر على صمود تلك العلاقات، إذ سرعان ما تنتهي بالانحلال[2]، ويطفو الصراع محل الوئام، مما ينعكس على الوضعية القانونية لأطرافها، وينذر ببوادر نزاع تكون له تبعات نفسية، واجتماعية لا يستهان بها.

وإذا كان وقع ما سبق قاسيا على طرفي العلاقة الزوجية، فإن المآسي الناجمة عن انحلال الروابط بين الأبوين تكون أعمق عندما يصبح الطفل رهان وضحية للنزاع بين الأم والأب، ووسيلة للضغط والابتزاز بين الأبوين، وضحية لازدواجية انتمائه الثقافي والحضاري، ويزداد المشكل تعقيدا عندما تستعمل الحدود كسلاح من طرف أحد الأبوين، وهو ما يكون في الغالب نتيجة تصرف نابع عن فرض أمر الواقع، أو شطط للسلطة وخرق للحقوق؛ هذا الخرق يترجم من خلال نقل الطفل أو احتجازه بشكل غير مشروع

---

[1]- بسبب انفجار ثورة التنقلات الدولية، والسياحة، والنتائج الاجتماعية والاقتصادية للعولمة، والتي كان من بينهما تلاشي الحدود الوطنية، لم تعد هناك عراقيل تقليدية في وجه علاقات الزواج العابرة للحدود.
للتوسع أكثر حول عوامل وآثار هذا النوع من الروابط، راجع:
-AUGUSTIN (Barbara): « Les mariages mixtes avec les musulmans», In familles islam-Europe. Le droit confronté au changement, sous la direction de M.C Foblets, L'harmattan, 1966, p 254.

[2]- قد يعود سبب هذه الظاهرة في بعض الأحيان للعامل السوسيولوجي المرتبط بشروط العيش الأسري، وخصوصا تنامي حالات الطلاق، وانفصال الروابط الأسرية.

خارج حدود الدولة التي كان يعيش فيها بصفة اعتيادية[3]، وكذا عن طريق الحرمان الكلي والنهائي من حق الزيارة والاتصال.

ولا شك أن التزايد المطرد لحالات الطلاق والانفصال الواقعي أو القانوني الذي تتعرض له الروابط العائلية، وما ينتج عنها من نزاعات تتعلق أساسا بحق الحضانة والزيارة أضحى واقعا مشتركا تنعكس آثاره على الأولاد بشكل مباشر، بحيث يحرمون من عطف الأبوة وحنان الأمومة.

هذا الوضع أدى إلى جعل النقل غير المشروع للأطفال[4] نتيجة حتمية لروح العداء والضغينة التي تثيرها المنازعات الخاصة الدولية، وأصبح معه الطفل في وضع إبعاد جغرافي وعاطفي، نتيجة تعسف في ممارسة حق الحضانة أو الزيارة[5]، أو بالاعتماد على سند قضائي محصل عليه بصورة احتيالية في دولة أجنبية، أو حتى عن طريق إخفاءه خرقا لسند واجب التطبيق.

---

[3]- أوردت جل الاتفاقيات ذات الصلة بمجال النقل غير المشروع للأطفال مصطلحي **النقل** و**الاحتجاز**، ويقصد بالأول الحالة التي يقوم فيها أحد الأبوين (في الغالب) بنقل الطفل من دولة إقامته الاعتيادية إلى دولة أخرى (غالبا البلد الأصلي للمختطف) دون موافقة الطرف الآخر في العلاقة، بينما يهدف المفهوم الثاني إلى شمول الحالات التي يتواجد فيها الطفل في مكان غير مكان إقامته الاعتيادية، وبموافقة الشخص الذي يمارس فعليا حق الحضانة، غير أنه لم يتم إرجاعه من قبل الشخص الذي يقيم معه إلى مكان إقامته الاعتيادية، وتتحقق هذه الصورة في حالة ممارسة حق الزيارة العابر للحدود بشكل تعسفي، إذ يمتنع من يستفيد من هذا الحق عن إرجاع الطفل بعد انقضاء فترة الزيارة، وقد يتم شرعنة هذا الأمر بالحصول على حكم من طرف محاكم بلده يمنح الحضانة المطلقة له.

راجع في هذا الصدد:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 442.

[4]- يقابل هذا المصطلح في اللغة الفرنسية ما يلي:

Légal kidnapping, l'enlèvement international d'enfants, déplacements illicites, soustraction des enfants…

وتعد كلها مصطلحات تستعمل للحديث عن اجتثاث الأطفال من بيئتهم الاعتيادية عندما يكون في ذلك خرق لحق الحضانة، ونقلهم إلى دولة أخرى، والتي تكون في الغالب الدولة الأصل لأحد الأبوين.

[5]- أثناء قيام العلاقة الزوجية يقدم أحد الأبوين بنقل الطفل إلى بلده الأصلي بشكل غير مشروع، حيث يباشر إجراءات التطليق ويطالب بالحضانة إذ يعد من السهل الحصول عليها في هذه الحالة.

وغني عن البيان أن توسع هذه الظاهرة أفضى إلى مآسي إنسانية كان الطفل ضحيتها الحقيقي والمباشر[6]، فهذا الأخير هو من يفقد استقراره الاجتماعي وتوازنه النفسي وعلاقته بأحد أبويه، وهو الذي يتحمل صعوبة الاندماج في بيئة اجتماعية جديدة، والتأقلم مع لغة غريبة عنه، وكذا تحمله للمخاطر والأضرار البدنية التي يتعرض لها بفعل التنقل من دولة إلى أخرى، والاختفاء المستمر من مطاردات الشرطة الذي قد يصل إلى درجة الهجرة السرية[7].

وإذا كانت آثار الاختطاف الدولي تعد كارثية كذلك بالنسبة لأحد الأبوين ضحية الاختطاف[8]، فإن فرض نقل الطفل من بلد لآخر بالقوة في بعض الأحيان يعد أمرا قاسيا بالنسبة إليه، ويدخله بسبب ذلك في دوامة من عدم الإحساس بالأمان بسبب تغيير

---

[6]- انظر في نفس السياق:

- MONÉGER (Françoise): Les enlèvements internationaux d'enfants (ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents), JCP G 1992, I, 3605, p:353.

[7]- لا شك أن آثار الاختطاف تكتسح وتذمر الأطفال، فعلى المدى المتوسط يسبب لهم ذلك جرحا غائرا، لكن يعد الأمر كذلك على المدى البعيد خطيرا للغاية. فبالإضافة إلى المعاناة بسبب بعد وفراق الأطفال عن أحد الأبوين، هناك جروح أخرى ناجمة عن اجتثاثهم من محيطهم الأسري (أجداد، المدرسة، الزملاء...)، هذه التجربة تعد مدمرة للغاية، لكن العديد من الأطفال لا يفهمون ماذا يروج، أو لماذا يتعين أن يتم إخفاءه من الشرطة، أو اتخاذ احتياطات من طرف الوالد الخاطف. مثل هذه الوضعية "الحرب" بين الأبوين تقطع أوصال الأطفال، وتكون نتائجها وخيمة على استقرارهم النفسي.

[8]- الآباء ضحايا الاختطاف بدورهم يجدون أنفسهم في دوامة من الإحساس بالضعف واليأس وعدم التوجيه والتيه، ويتضاعف هذا الدمار العاطفي أمام العراقيل العملية التي تواجه تحديد مكان تواجد الأطفال، أو الحق في رؤيتهم، ويواجهون بعراقيل قانونية وثقافية ولغوية أجنبية عنهم، وتتجاوز في بعض الأحيان طاقتهم العاطفية والمادية، وهو ما قد يغذي الشعور في بعض الأحيان لدى الطفل المختطف بأن الوالد "الضحية" قد تخلى عنه. والنتيجة أن الأطفال يتعرضون لجروح نفسية وعتاب، ولا يرغبون في الاتصال بالوالد الضحية. ومع توالي السنين تتضاءل حظوظ العثور على الأطفال.

حول بعض جوانب الأزمة النفسية لافتراق طرفي العلاقة، انظر:

-DOPCHIE (N): « La crise psychologique du couple : poids du passé, enjeux de l'avenir », Rev.trim.dr.fam, 1994.

الدولة واللغة والعادات[9]، كما يجعله في مواجهة وضع ملتبس، ومقسم بين شعورين: ديمومة اختطافه، والأمل في العثور عليه.

وأمام هذا الوضع، وفي سبيل توفير حماية قانونية لحق الحضانة غالبا ما يتم اللجوء إلى مقتضيات القانون الجنائي عن طريق تحرير أوامر دولية للبحث عن الشخص الذي قام بالنقل غير المشروع للأطفال، واعتقاله على أساس جريمة خطف القاصرين، وعدم تقديمهم لمن لهم الحق فيهم[10]، والمنصوص عليها في جل القوانين الجنائية، إلا أن هذا الإجراء لا يحقق

---

[9]- يعبر علماء النفس عن الوضعية التي يحس بها الطفل في هذه الحالة بما يسمى بمتلازمة ستوكهولم: syndrome de Stockholm وهو إحساس ينتاب الطفل حيث يشعر بكونه شريك لخاطفه،وبأنه هو الوحيد القادر على تأمين أمنه وحمايته، وبدونه سيكون تائها.

وقد عرفت موسوعة ويكيبيديا هذه المتلازمة بكونها "تلك الظاهرة النفسية التي تصيب الفرد عندما يتعاطف أو يتعاون مع عدوه أو من أساء إليه بشكل من الأشكال، أو يظهر بعض علامات الولاء له مثل أن يتعاطف المخطوف مع المُختَطِف. وتسمى أيضاً برابطة الأسر أو الخطف وقد اشتهرت في العام 1973 حيث تظهر فيها الرهينة أو الأسيرة التعاطف والانسجام والمشاعر الإيجابية تجاه الخاطف أو الآسر، تصل لدرجة الدفاع عنه والتضامن معه، هذه المشاعر تعتبر بشكل عام غير منطقية ولا عقلانية في ضوء الخطر والمجازفة التي تتحملها الضحية، إذ أنها تفهم بشكل خاطئ عدم الإساءة من قبل المعتدي إحساناً ورحمة. وقد سجلت ملفات الشرطة وجود متلازمة ستوكهولم لدى 8% من حالات الرهائن".

[10]- تطرق بدوره التشريع الجنائي المغربي لهذا الأمر، ونظمته الفصول التالية:

الفصل 476

"من كان مكلفا برعاية طفل، وامتنع من تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة".

الفصل 477

"إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو اختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم.

فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات".

الفصل 478

"في غير الحالات التي يكون فيها الفعل مشاركة معاقبا عليها، فإن من تعمد إخفاء قاصر مخطوف أو مهرب أو مغرر به أو هارب من سلطة من لهم الولاية القانونية عليه، وكذلك من تعمد تهريبه من البحث عنه، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

وأولى القانون الجنائي الفرنسي بدوره حماية لحق الحضانة، وأفرد لها جريمتين، تتمثل في عدم تقديم الأطفال، وعدم التبليغ عن تغيير الموطن، بالإضافة إلى جريمة نقل قاصر، وذلك في المادتين 5-227، و 6-227. وقد نصتا على ما يلي: ==

دائما نتائج مرضية، خاصة في الحالة التي يتمكن فيها مرتكب فعل الاختطاف من الحصول على حضانة الطفل في الدولة المطلوبة، إضافة إلى وجود مبدأ إقليمية القانون الجنائي، ومبدأ عدم تسليم المواطنين. وبذلك فأثر اعتماد القوانين الجنائية يبقى محدودا.

وللحد من هذه الظاهرة التي أصبحت تؤرق المنتظم الدولي، وأمام عجز القوانين الداخلية عن إيجاد أجوبة كافية للإشكالات التي يطرحها الموضوع، تم الاهتداء إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية[11] سواء المتعددة الأطراف، أو الثنائية، والتي تهدف

==Article 227-5

Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est Puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Article 227-6

Le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident

Habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d'un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement en Vertu d'un jugement, d'une convention judiciairement homologuée ou d'une convention prévue à l'article 229-1 du code civil, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

للتوسع أكثر في الموضوع، راجع:

-GOUTTENOIRE (Adeline)et CECILE GUERIN (Marie): Atteintes à l'autorité parentale : non- représentation d'enfant et soustraction de mineur, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, octobre 2015.

[11]- لأجل ذلك أخذت المجموعة الدولية هذا الأمر بعين الاعتبار لأكثر من قرن. إذ تم إصدار أول اتفاقية لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص حول الوصاية على القاصرين، والتي وقعت بتاريخ 12 يونيو 1902، وحلت محلها اتفاقية 5 أكتوبر 1961 المتعلقة باختصاص السلطات، والقانون المطبق في مادة حماية القاصرين، وقد انبنت هذه الاتفاقية في آن واحد على تنافس اختصاص سلطات الدولة التي يحمل القاصر جنسيتها، ودولة إقامته الاعتيادية، وكذا تلازم الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي (القانوني).

وإذا كانت الاتفاقية الأولى قد كرست اختصاص القانون الوطني في مجال الوصاية على القاصرين، فإن الثانية أخذت بعين الاعتبار التحولات العميقة التي طالت في نفس الوقت الواقع الاجتماعي والقانوني سواء على المستوى الوطني أو الدولي، والذي أصبح متأثرا بمبدأ الإقليمية.

للمزيد من التوسع حول هذين الاتفاقيتين، وسياق حماية القاصرين على المستوى الاتفاقي، يستحسن الاطلاع على المؤلف التالي:

-E.VON STEIGER (Werner): «La protection des mineurs en droit international privé» RCADI, 1964, Tome 112, pp 469-550. **==**

بالأساس إلى تقديم حلول للحد من ظاهرة النقل الدولي للأطفال عن طريق حماية حق الحضانة بإعادة الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، والحفاظ على الروابط الأسرية بين الآباء والأولاد بحماية حق الزيارة، مع إرساء نموذج للتعاون بين الدول.

ولا شك أن غنى القانون الدولي الخاص الاتفاقي[12] في مادة حماية الأطفال القاصرين يشكل عنصر إجابة أساسي على العديد من التساؤلات التي أضحت تسترعي المنظومة الدولية، فمنذ أزيد من ثلاثين سنة تميز القانون الدولي الخاص بصدور اتفاقيات دولية خاصة بحماية القاصرين وبالسلطة الأبوية، منها اتفاقيات متعددة الأطراف وأخرى ثنائية،

== - LEQUETTE (Yves): « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» RCADI, cours général, 2010, Tome 341, pp 54-95.

ولم يكن هذا الاهتمام ليتزايد لولا حركية التقنين الدولي في الموضوع منذ أزيد من خمسة وثلاثين سنة، إذ أصدر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص اتفاقيتين: الأولى سنة 1980 حول الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، والثانية لسنة 1996، المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف،والتنفيذ،والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية،وإجراءات حماية الأطفال، والتي حلت محل اتفاقية 5 أكتوبر 1961.

أما على مستوى مجلس أوربا فقد تم إصدار اتفاقية لوكسمبورغ ل 20 ماي 1980 حول الاعتراف، وتنفيذ المقررات في مادة حضانة الأطفال، وكذا الاتفاقية الصادرة عن الاتحاد الأوربي ل 28 ماي 1998، والتي تم بسرعة إحلال نظام بروكسيل 2 رقم 2000/1347 محلها الصادر بتاريخ 29 ماي 2000، الذي تم تغييره بدوره ابتداء من 5 مارس 2005 بنظام بروكسيل 2 مكرر رقم 2003/2201 بتاريخ 27 نونبر 2003 المتعلق بالاختصاص، والاعتراف، وتنفيذ المقررات في المادة الأسرية، والمسؤولية الأبوية.

وعلى مستوى أمريكا اللاتينية، وجزر الكاريبيب، تم تبني اتفاقية مونتيفيديو بتاريخ 1989/07/15، والتي تعد 14 دولة طرفا فيها (وتتمثل في: الأنتيك وباربودا، والأرجنتين، وبليز، وبوليفيا، والبرازيل، وكولومبيا، وكوستاريكا، والإكوادور، والمكسيك، ونيكاراكوا، والباراكواي، والبيرو، والأوروكواي، وفنزويلا).

وقد جددت هذه الاتفاقيات - دون الحديث عن الاتفاقيات الثنائية المبرمة في هذا الصدد- المشهد القانوني، وشكلت إحدى الآليات الأساسية لحماية الأطفال ضحايا النقل غير المشروع على المستوى الدولي، ويعد هاجس مركزة الاختصاصات وتطوير آليات التعاون بين سلطات الدول المتعاقدة جوهر اتفاقية 1996، بالمقارنة مع اتفاقية 1961.

وبجانب ما ذكر نجد اتفاقية الأمم المتحدة ل 20 نونبر 1989 المتعلقة بحقوق الطفل، والتي عدلت من روح القوانين الوضعية، وبشكل غير مباشر القانون الدولي الخاص، ووضعت في طليعتها مصلحة الطفل الفضلى، وهو ما تمت ترجمته في المصطلحات المستعملة بإحلال عبارة المسؤولية الأبوية عوض السلطة الأبوية، ومفهوم السلطة الأبيسية العتيقة.

[12]- لقد شكلت الاتفاقيات الدولية ولعقود متوالية "المصدر الملكي" للقانون الدولي الخاص، وقد ساهمت في تدبير العلاقات الدولية الخاصة في إطار منهجية تراعي الأمن والتوقع القانوني، وتنسيق الحلول الدولية. راجع في ذات السياق:

-LECUYER (Stanislas): « Appréciation critique du droit international privé conventionnel, pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales », LGDJ, 2007, p: 1 et 2.

حتى أضحى معه الاقتناع راسخا أننا إزاء قانون دولي للطفولة[13]، وقد تجسدت محاوره الأساسية في:تكريس حق الطفل في أسرة، والحق في نقله من طرف أبويه معا، والحفاظ على علاقات شخصية ودائمة ومنتظمة معهما، وضرورة أخذ رأيه بعين الاعتبار في كل المساطر القضائية والإدارية ذات الصلة به...

ومن بين أهم الاتفاقيات المتعددة[14] ذات الأهمية، يمكن رصد ما يلي:

- اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال.[15]

- اتفاقية لوكسمبورغ ل 20 ماي 1980 حول الاعتراف، وممارسة القرارات في مادة حضانة الأطفال، وتأسيس حضانة الأطفال.

- نظام "بروكسيل 2 مكرر" رقم 2003/2201،ل27 نونبر2003 المتعلق بالاختصاص والقانون المطبق، والاعتراف وتنفيذ القرارات في المادة الأسرية، والمسؤولية الأبوية.

---

[13]- بقدر ما اخترقت حماية الطفل جميع فروع القانون الداخلي، وكذلك السياسات العامة لدول المعمور، بقدر ما طرحت فلسفة حقوق الطفل عدة التباسات مرتبطة بمقاربة هذه الحقوق بين اعتبار الطفل كموضوع للحق enfant objet، أو كشخص من أشخاص القانون enfant sujet.

راجع في هذا الصدد:

-MEULDERS-KLEIN (Marie Thérèse): « L'enfant et les conventions internationales, enfant sujet enfant droit, In l'enfant et les relations familiales internationales, actes du 7 colloque de l'association « famille et droit », Louvain- la neuve, 19-20 octobre 2001, Bruylant, 2003, pp : 401-411.

[14]- نظرا لكون النزاعات تأتي سواء بعد صدور قرارات قضائية، أو في خرق لقانون دولة الإقامة الاعتيادية التي كان الطفل يعيش بها قبل نقله تم التركيز على إيجاد حلول لها تتوقف أساسا من خلال إبرام اتفاقيات دولية موجهة لخلق قواعد مشتركة بين الدول لحماية حق الحضانة والزيارة.

[15]- ظهير شريف رقم 11.09.1 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011) بنشر الاتفاقية المتعلقة بالمظاهر المدنية للاختطاف الدولي للأطفال الموقعة بلاهاي في 25 أكتوبر 1980 ج.ر عدد 6026 بتاريخ فاتح مارس 2012 ص 753.

وبجانب ما ذكر، وأمام موقف بعض الدول من الانضمام إلى الاتفاقيات المذكورة،[16] تم إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية لتلافي الفراغ القانوني المرتبط بمواجهة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال على المستوى الدولي.

ولم تشد بلادنا عن هذا الأمر، إذ أقدمت على إبرام عدة اتفاقيات ثنائية[17] تضمنت بعض المقتضيات ذات الصلة بالاختطاف الدولي للأطفال، والتي استلهمت جوهرها من الاتفاقيات المتعددة الأطراف، ولا سيما اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

---

[16]- خاصة الدول الإسلامية، وقد سبق للأستاذ المرحوم محمد الشرفي أن أرجع بقاء دول العالم الإسلامي بعيدة عن الانخراط في الاتفاقيات الصادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص إلى العامل الديني، وقد أبرز أن نتائج هذا الوضع تثير إشكالا ذو طبيعة راهنة تتجاوز كونه مجرد إشكال قانوني ذو طبيعة نظرية، وقدم نموذجا لذلك بوضعية الأطفال الناتجين عن علاقات الزواج المختلط بين طرف مسلم وآخر أوربي في حالة انتهائها بالطلاق.

انظر في هذا الرأي:

-CHARFI (Mohamed) :« L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans» RCADI, 1987, volume 203, p 337.

وإذا كان التسليم بما سبق يعد أمرا واردا بالنظر للعدد القليل للدول الإسلامية المنخرطة في اتفاقيات لاهاي، فإن انضمام بعض هذه الدول ابتداء من العشرية الأخيرة في العديد من الاتفاقيات الصادرة عن المؤتمر، وفي طليعتها المملكة المغربية، والتي كان لها دور بارز في صياغة اتفاقية سنة 1996، كما اعتبرت أول دولة عربية وإسلامية تنضم لاتفاقية 1980، ينبئ عن تحول في المواقف في اتجاه الاقتناع بأن آليات الحماية الدولية للطفل في النزاعات الأسرية العابرة للحدود لا تتعارض مع المرجعية الإسلامية التي تعتبر من مصلحة الطفل أولوية، ومقصدا من مقاصدها.

وقد عبر وزير العدل المغربي منذ سنة 2000 إبان زيارته لنظيره الهولندي عن رغبة المملكة المغربية في الانضمام لهذه الاتفاقية الأخيرة، وألقى تصريحا وقتئذ في هذا الخصوص بالمناسبة.

انظر في ذلك:

-GOSSELAIN(Caroline): « Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et états de tradition islamique», Rapport de recherche pour le bureau permanent du HCCH, 2002, p: 19.

يمكن الاطلاع على هذا التقرير على الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

[17]- تتمثل هذه الاتفاقيات فيما يلي:

الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 أغسطس 1981. ظهير شريف رقم 1.83.197، صادر في 11 من ربيع الأول 1407 (14 نوفمبر 1986)، الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 12 صفر 1408 (7 أكتوبر 1987)، ص: 931.

الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال.ظهير شريف رقم 1.99.113، صادر في 26 من محرم 1420 (13ماي 1999)، الجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 3ربيع الأول 1420 (17 يونيو 1999)، ص: 1544.

وغير خاف أن مشكل التعايش بين الأنظمة اللائيكية والدينية ينعكس على تصور الحلول القانونية للإشكال، وخاصة فيما يتعلق بحضانة الأطفال، حيث تصبح في الغالب مصدرا للنزاعات بين منطقين قانونيين يصعب التنسيق بينهما[18]، ومصلحتين متعارضتين لكل منهما مشروعيته الخالصة.

اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة. تم توقيعها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002، ولم تتم المصادقة عليها بعد.

اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالرباط (5 أكتوبر 2001) بين حكومة المملكة المغربية وحكومة الجمهورية التونسية.ظهير شريف رقم 1.07.121، صادر في 22 من صفر 1430 (18فبراير2009)، الجريدة الرسمية عدد 5742 بتاريخ (12يونيو2009).

اتفاقية التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص الموقعة بالقاهرة في 2 صفر 1419 (27 ماي 1998) بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية.ظهير شريف رقم 1.99.9، صادر في 10 من ربيع الأول 1420 (24 يونيو 1999)، الجريدة الرسمية عدد 4718 بتاريخ 7جمادى الأولى 1420 (19غشت 1999)، ص: 2093.

اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين المملكة المغربية ودولة قطر الموقعة بالدوحة في 05 أبريل 2016، ظهير شريف رقم 1.18.5، صادر في 28 من جمادى الأولى 1439 (15 فبراير2018)، الجريدة الرسمية عدد 6653 بتاريخ 16 جمادى الأخرة 1439 (05مارس2018)، ص: 1287.

اتفاقية التعاون القضائي والقانوني في المواد المدنية والتجارية والجزائية وقضايا الأسرة والأحوال الشخصية وتصفية التركات وتسليم المجرمين ونقل المحكوم عليهم ،الموقعة بالرباط في 15من صفر 1428 (5مارس 2007) بين حكومة المملكة المغربية وحكومة جمهورية السودان.ظهير شريف رقم 1.11.75، صادر في 7 من صفر 1437 (19نونبر2015)، الجريدة الرسمية عدد 6419 بتاريخ 25صفر 1437 (07دجنبر2015)، ص: 9636.

اتفاقية التعاون القضائي في المادة المدنية الموقعة ببرازيليا في 18 سبتمبر 2013 بين المملكة المغربية والجمهورية الفيدرالية للبرازيل.ظهير شريف رقم 1.14.153، صادر في 25 من شوال 1433 (22غشت2014)، الجريدة الرسمية عدد 6292 بتاريخ22 ذوالقعدة 1435 (18سبتمبر2014)، ص: 6915.

[18] - ويتجلى ذلك من خلال تبني قواعد أحادية، وتوجيه النظام العام الدولي في مجال العلاقات الدولية نحو التطبيق المطلق للقوانين ذات المرجعية الإسلامية من جهة، وفي استبعاد بعض المؤسسات الأسرية التي تثير بعض الحساسية في المجتمعات الغربية، بفعل تطور المفاهيم الذي أصبح مدعوما بمبادئ الفردانية المطلقة، والمساواة من جهة أخرى.

وإذا كانت آليات القانون الدولي الخاص، مثل قواعد تنازع القوانين، أو الاختصاص القضائي الدولي تتأسس على معرفة عميقة لهذه الآليات، فإن هذه المعرفة تسمح باستبعاد أي نزعة انعزالية عند إصدار الدول لتلك القواعد، كما تضمن من جهة أخرى استقبال القواعد المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية في نظامها القانوني دون مشاكل.

للتوسع أكثر حول هذا الأمر، يستحسن الرجوع للمؤلفات التالية:

-GANNAGE (Pierre): «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales» RCADI, 1979, Tome 164, pp 339-424.

فاختلاف الأنظمة في إعطاء الأولوية لمستحقي الحضانة من الأبوين يكون له انعكاس مباشر على تصور الحلول القانونية؛ فإذا كانت أغلب الأنظمة ذات المرجعية المستندة على العقيدة في المادة الأسرية تولي الأهمية في منح الحضانة لمعيار الديانة، أو الجنسية، أو الذكورة[19]، فإن تنظيم المسؤولية الأبوية بعد انحلال العلاقة الزوجية في أغلب الدول الغربية مؤطر بمصلحة الطفل الفضلى، هذا المفهوم الذي أضحى غير منته في مضمونه، ويخضع تقديره للمحيط الاجتماعي والأسري للقاضي الذي ينظر في النزاع.

وقد أكدت جل الاتفاقيات المرتبطة بحماية الطفل على ضرورة منح مصلحة هذا الأخير الفضلى مكانة عند تقدير الحلول المتاحة بموجبها، وقد أصبح هذا المصطلح موجها للقضاة عند تطبيقهم لتلك الاتفاقيات[20]، حتى أضحى الاعتقاد راسخا بكونه تحول لمبدأ من مبادئ القانون العام.

فمصلحة الطفل أصبحت مرادفا للإجراءات الرامية إلى تحسين وضعية هذا الأخير، وعاملا مساهما في توحيد القوانين[21]، ما دام أنه يتواجد في جميع التشريعات الوطنية، وكذا الاتفاقيات الدولية.

-DEPREZ (Jean): «Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel» RCADI, 1988, Tome 211, pp 9-372.

[19]- ولا شك أن مثل هذه الاعتبارات التي تنطلق من نزعة وطنية، أو خصوصية دينية، أو جنسية أصبحت منتقدة في حقل القانون الدولي الخاص.

للتوسع أكثر حول تجليات هذا الأمر، راجع:

-MEEUSEN (Johan): «Le droit international privé Droit et le principe de non-discrimination» RCADI, 2011, Tome 353, pp 9-184.

[20]- يتعين على القاضي أن يقدر مصلحة الطفل رغم أنه يتعين تقديرها بمعزل عن مصلحة الأبوين. لذلك فهي تخضع لتقدير قضاة الموضوع الحر، لذا لم يتم تحديد تعريف لها. رغم التسليم بأن المصلحة يتعين أن تستتبع كل ما هو جيد للطفل، إلا أن تكريس هذا الأمر يعد صعبا، حيث يبدو من المتعذر إيجاد مرجع يحدد هذا الأمر.

[21]- تتجلى هذه المصلحة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال في حماية الطفل في محيطه الاجتماعي، وتجنب تعرضه لآثار ضارة جراء نقله من مكان إقامته الاعتيادية، والحفاظ على صلات دائمة ومنتظمة مع أبويه معا. **==**

وإذا كان التنامي المطرد للاتفاقيات الدولية يظهر بما لا يدع مجالا للشك وجود صعوبات فيما يتعلق بحماية القاصرين في حالات الاختطاف الدولي للأطفال، ويشكل تعبيرا يترجم إرادة المنظومة الدولية لحل وتطوير الحلول الراهنة، فإنه يطرح سؤالا جوهريا يرتبط بمدى ملاءمة الحلول المرصودة لمواجهة هذه الظاهرة.

ولا غرو في أن الاتفاقيات تهدف أساسا إلى تحقيق هدف أساسي يرتبط بتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص، مثل هذا التوحيد يتسم باستبعاد المساوئ ذات الارتباط باختلاف قواعد القانون الدولي الخاص بين دولة وأخرى.

فاختلاف قواعد القانون الدولي الخاص، وكذا تنوع التشريعات تشكل أحد أبرز الصعوبات في مادة السلطة الأبوية وحماية الأطفال؛ ذلك أن المفاهيم ذات الارتباط بالتربية وحماية الأطفال تعد انعكاسا لثقافة كل دولة، وتشكل امتدادا للمعطيات الدينية والأخلاقية،كما تعد مواضيع ذات حساسية.

ومهما يكن من أمر ما سبق، فإن الرهان من وراء توحيد قواعد تنازع القوانين، أو الاختصاص القضائي الدولي لا يجب أن ينصرف إلى محو التنوع الثقافي للدول، ولكن إلى جعله كمفهوم ضمن مفاهيم أخرى محددة ومؤطرة لمجال التدخل في هذا الميدان.

إن البحث عن الفعالية في مجال القانون الدولي الخاص الاتفاقي المتعلق بحماية القاصرين هو الذي قاد إلى التخلي عن الاعتماد على جنسية الطفل كضابط للإسناد،

== للتوسع أكثر حول هذا الأمر، انظر:

-BUCHER (Andreas): « La dimension sociale du droit international privé» RCADI, cours général, 2010, Tome 341, pp 488-498.

وتكريس الإقامة الاعتيادية كمعيار لإسناد الاختصاص القانوني والقضائي في المنازعات الدولية الخاصة بالطفل[22].

وعلى الرغم من الأسانيد التي يمكن تقديمها لاعتماد المعيار السابق، والتي تترجمها بشكل أساسي الرغبة في حماية الطفل داخل محيطه الاجتماعي والأسري، فإن صعوبة وضع تحديد دقيق لمفهوم الإقامة الاعتيادية، والتنقل الدائم للأسر يشكل عاملا يقلص من فاعلية اعتماد المفهوم السابق كضابط للإسناد في مجال النزاعات الأسرية الدولية المرتبطة بالطفل.

لقد عبر مناصري الإسناد إلى الجنسية في مادة الأحوال الشخصية[23] عن اعتراضهم بكون أن الاستقرار في هذا الحل يتلاشى، ما دام أن معيار الإقامة الاعتيادية يعد معيارا قابلا للتغيير بشكل مستمر.

ومن المؤكد والحالة هذه أنه إذا كان التسليم بأن معيار الإقامة الاعتيادية قد أصبح قطب الرحى لنظام القانون الدولي الخاص في مادة حماية الأطفال في حالة الاختطاف الدولي، فإنه يتعين أن يرفق بمجموعة من القواعد الأساسية الموجهة لحل مشكل التنازع المتحرك[24]، بما يسمح بتنظيم الآثار المترتبة عن تغيير الإقامة الاعتيادية بغرض تحديد مجال

---

[22]- للتوسع أكثر حول مؤيدات الاعتماد على الإقامة الاعتيادية كضابط للإسناد في مادة الأسرة، يستحسن الرجوع إلى الأطروحة التالية:

-FARGE (Michel) : « Le statut familial des étrangères en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle » l'harmattan, 2003 .

[23]- حول مختلف الأسانيد المعتمدة من طرف الفقه الدولي لتبرير الإسناد للقانون الوطني، راجع الأطروحة التالية:

-**BURUIANA (Monica-Elena)**:L'application de la loi étrangère en droit international privé, Université de Bordeaux, 2016. 726p.

[24]- يقصد بالتنازع المتحرك: هو التزاحم القائم في نظر قانون القاضي بين نظامين قانونيين مختلفين حول رابطة قانونية تخضع لهما على وجه التتابع نتيجة تغيير إرادي طرأ على ظرف من ظروف الإسناد في الرابطة المذكورة"

راجع بخصوص هذا التعريف: **==**

القانون الذي تم تجنبه. كما يتوجب تحديد عناصر تساعد على ضبط مفهوم الإقامة الاعتيادية تلافيا لاختلاف التفسيرات، التي قد تشكل عنصرا يزيد من تعقيد الموضوع.

وعلى الرغم من كل عوامل التقارب، ورغم اعتماد آليات قانونية فعالة كمبدأ الرجوع الفوري للطفل المنصوص عليه في اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والاتفاقيات ذات الصلة، فإن هناك العديد من العراقيل والصعوبات التي برزت على المستوى العملي، وعملت على الحد من فعالية وقدرة الحل الاتفاقي على مواجهة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال.

ويقدم هذا العمل محاولة للإجابة عن مختلف الأسئلة التي يثيرها الموضوع، والتي يعكسها هدفه المزدوج، والمتمثل أولا في: تسليط الضوء على الصعوبات المرتبطة بتفعيل الاتفاقيات ذات الصلة بالموضوع، وذلك بتحليل مصدر وطبيعة هذه العراقيل، وصعوبات التعاون بين مختلف السلطات المعنية، وهو ما لن يتم إلا بضبط المصطلح المرتبط بالاختطاف الدولي للأطفال، باعتباره منطلقا حاسما في دراسة الموضوع،ورصد تجلياته من خلال التجارب الدولية.

ومن جهة أخرى العمل على إبراز آفاق تطوير التعاون الدولي في هذا المجال، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار الممارسات الفضلى على المستوى الدولي لمواجهة الظاهرة، والتركيز على حماية مصلحة الطفل من خلال توظيف الإجراءات الاتفاقية بشكل واع ومسؤول. والتي تعد إحدى أبرز مظانها الحفاظ على تحقيق توازن بين آلية إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، وتفعيل الاستثناءات المرتبطة بذلك، والتي قد تبرر رفض الإرجاع.

== - **زوكاغي (أحمد):** "تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي"، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى 1993، ص: 156.

وللتوسع أكثر حول الموضوع، انظر:

-RIGAUX(François) :« Le conflit mobile en droit international privé », Recueil des cours de l'académie de droit international privé, Tome 117, p 329-444.

إن موضوعا مثل الجوانب[25] المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، ينطوي على أهمية علمية وعملية متعددة الأبعاد من قانونية، واجتماعية، وثقافية، وسياسية...، كما يطرح عدة إشكالات استلزمتها طبيعة البحث، التي تتسم مادته بالتجاذب، والحركية، والتجديد، وهو ما زاد من صعوبته، وحتم معالجته وفق خطة مدروسة، وباستعمال مناهج علمية ملائمة. وهذا ما سنوضحه وفق ما يلي:

أولا: أهمية الموضوع ودوافع اختياره:

عديدة هي الجوانب التي تعكس أهمية الموضوع، والتي ترتبط بالجانب العلمي والعملي، ويمكن إبرازها وفق الآتي:

فمن **الناحية العلمية** فدراسة موضوع الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال ينطوي على أهمية بالغة، باعتباره يشكل في وقتنا الراهن إحدى أهم المواضيع التي تستأثر باهتمام بالغ من طرف المنظومة الدولية، ويكفي للتدليل على هذا الأمر حجم الاتفاقيات الدولية التي أفردت له، وكونه الدافع إلى الإقدام على إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية على المستوى الثنائي.

ومن هذا المنطلق، فإن مقاربة جوانبه المختلفة تسمح بتأصيل الموضوع من الناحية القانونية والفقهية، وتوفير أرضية خصبة لضبط مفاهيمه، ومعالجة إشكالاته، وبسط مختلف التوجهات القانونية، والفقهية، والقضائية التي أبانت عنها التجربة العملية، وتثمين الممارسات الفضلى

---

[25]- على خلاف الترجمة التي استعملت عند نشر الظهير المتعلق باتفاقية لاهاي لسنة 1980 والمعبر عنها ب "المظاهر"، يبدو أن المصطلح الأقرب لغويا هو "الجوانب"، وهو الذي تم اختياره في عنوان الأطروحة، وذلك لأن العبارة الأولى يقصد بها الصورة التي يبدو عليها الشيء، أو الشكل الخارجي له، أما العبارة الثانية فتعكس في مدلولها الشق والنواحي وهو المقصود في الاتفاقيات ذات الصلة بموضوع البحث، حيث تروم دراسة الشق المدني فقط وليس الشق الجنائي الذي يعد مجاله القانون الجنائي.

للمزيد حول البنية اللغوية للمصطلحين، راجع:

ابن منظور: "لسان العرب" دار صادر، لبنان، المجلد الثالث، والمجلد الثالث عشر، دون ذكر تاريخ الطبع.

على المستوى الدولي، واستثمارها في تكريس رؤية، وتصور جديد للموضوع، بما يحقق الغاية المثلى التي يرومها، ألا وهي حماية المصلحة الفضلى للطفل.

هذه الأهمية تزداد إذا ما اعتبرنا أن موضوعا مثل هذا يشكل -فيما نحسب- أول دراسة من نوعها تقارب جوانب الظاهرة بشكل شمولي يستحضر تنوع المصادر الاتفاقية، والتجارب القضائية، والمواقف الفقهية، والممارسات الإدارية للدول، والتي تشكل في مجملها تجارب يمكن استثمارها في الرفع من مستوى الممارسة الإدارية والقضائية لبلادنا في تفعيل الاتفاقيات ذات الصلة بالميدان[26].

وإلى جانب كل ما ذكر، فالموضوع أثار نقاشا وجدلا كبيرين، وتجاوزت أبعاده الجوانب التي تم بسطها، إلى التسبب في بعض الحالات في أزمات سياسية بين الدول.[27]

أما من **الناحية العملية**، فموضوع الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، ينطوي على تنظيم جانب مهم في العلاقات الأسرية، التي يكون محورها الأساس الآباء من جهة (في غالب الأحيان)، والأطفال من جهة أخرى، ويثار عند وجود نقل عبر دولي لهذه الفئة الأخيرة من طرف أحد الأبوين، في خرق لحق الحضانة الممنوح للطرف الآخر، وتكثر حالاته في علاقات الزواج المختلط بالأساس، إذ بمجرد بروز بوادر نزاع أسري، أو في

---

[26]- تطرقت بعض الأبحاث الجامعية للموضوع، غير أنها اتسمت بالاقتضاب أو بالاقتصار على اتفاقية دون الباقي، ومن بين هذه الأبحاث نذكر ما يلي:

- دريسي(جليلة): إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم، 2010.

- البوعناني (صفاء): **"**الاختطاف الدولي للأطفال"، رسالة ماستر، كلية الحقوق مكناس، 2009-2010.

- الجاي (غزلان): "الروابط بين الآباء والأبناء في القانون الدولي الخاص المغربي"، اتفاقية لاهاي لسنة 1996 الخاصة بحماية القاصرين"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، السنة الجامعية 2006-2007.

- أزرقان (عادل): "النقل غير المشروع للأطفال- دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص الاتفاقي (الاتفاقية المغربية الإسبانية نموذجا)"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، السنة الدراسية 2004-2005.

[27]- راجع ما سيأتي بخصوص ظروف إبرام الاتفاقية الفرنسية الجزائرية ل سنة 1988.

حالة حصول انحلال للعلاقة، يعمد أحدهما لمغادرة بلد الإقامة إلى بلده الأصل في غالب الأحيان، مصطحبا معه أطفاله.

إن وضعا مثل هذا يجعل الأسرة تعيش تمزقا ينعكس على استقرارها النفسي والاجتماعي، ويجعلها مهددة بأوخم الآثار. فالطفل يعيش في وضع إبعاد جغرافي، وحرمان من عطف أحد أبويه، واجتثاث من محيطه الاجتماعي الذي اعتاد العيش فيه، ولا شك أن هذا الأمر تكون له تبعات نفسية لا يستهان بها، كما أن ضحية الاختطاف من الأبوين يعيش بدوره وضعا صعبا بحكم انقطاع الاتصال بفلذة كبده، وما يسفر عنه ذلك من ذمار عاطفي يلازمه لوقت غير يسير، ولا يوجد الوالد المختطف في أفضل حال، إذ يكون بدوره معرضا للمساءلة القانونية، سواء في مواجهه المساطر الجنائية، أو الآليات التي تتيحها المقتضيات الاتفاقية في الشق المتعلق بإرجاع الأطفال لمكان إقامتهم الاعتيادية.

وانطلاقا مما ذكر، تبرز بشكل جلي تلك الضرورة الملحة للتعريف بما تضمنته الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع من آليات للتعاون بين الدول، وحلول قانونية لمواجهة هذه الظاهرة، والتحسيس بفائدتها العملية وقدرتها على محاصرة مرتكبي فعل الاختطاف، كما يشكل اللجوء للوساطة في هذا النوع من النزاعات إحدى أهم السبل التي تضمن حماية أفضل للطفل ضحية الاختطاف، وتحافظ على ديمومة صلاته بأبويه معا.

ومن جانب آخر يمكن استثمار التجارب المأساوية الناتجة عن مثل هذه الحالات في اتخاذ إجراءات وقائية تحد من إمكانية نقل الأطفال من مكان إقامتهم الاعتيادية بشكل تعسفي، أو تقلل من آثار ذلك.

وعلى العموم، فإن اختيار الموضوع تحكمت فيه اعتبارات موضوعية وشخصية يمكن إجمالها كالآتي:

- إماطة اللثام عن الجوانب التي ينظمها مجال البحث، والتي انعكس إغفالها-مع كامل الأسف- بشكل سلبي على مستوى الممارسة الإدارية للسلطات الإدارية (السلطات المركزية)، والحلول القضائية المرصودة لمواجهة الإشكال، والتي اتسمت في أغلبها بسوء تقدير كبير، وغياب للإلمام بالمقتضيات الاتفاقية عند تفعيلها على أرض الوقائع، وهو الأمر الذي كان له وقع بالغ الأثر على حماية مصلحة الطفل في مثل هذه النزاعات.

- المساهمة في ضبط المفاهيم الموجهة للموضوع، والتي يشكل التحكم في بنيتها المفاهيمية مدخلا مهما وأساسيا لمعالجة مختلف جوانبه بالشكل الذي يسمح بالتفعيل الجيد والواعي للمقتضيات الاتفاقية، فتحديد المقصود من بعض المصطلحات الواردة في الاتفاقيات المؤطرة للموضوع من قبيل: الإقامة الاعتيادية، والنقل غير المشروع، والمصلحة الفضلى للطفل، والحضانة...يعد من الأمور الأولية التي يتعين اكتسابها، والتي تحتل موقع القطب من الرحى في مسار إشكال الاختطاف الدولي للأطفال، سواء في شقه الإداري، أو القضائي.

- إبراز مدى قدرة الحلول المرصودة لمواجهة ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، ولا سيما الاتفاقية منها على الحد من الإشكال، ومحاصرة التبعات النفسية والاجتماعية المترتبة عنها، وذلك بالتطرق للتطبيقات الإدارية والقضائية، واستعراض التجارب الدولية المقارنة، في أفق رسم آفاق أفضل لتطوير الجهود الوطنية والدولية بغية توفير حماية تحصن الأطفال من مثل هذه المخاطر.

- استثمار وتقاسم التجربة المتواضعة كممثل للسلطة المركزية المغربية المكلفة بتفعيل اتفاقيتي لاهاي لسنة 1980، و1996، ومشرف على سير وتتبع تطبيقها لمدة تزيد عن ست سنوات، هذه التجربة التي تم تثمينها من خلال الاحتكاك اليومي بالملفات ذات الصلة بالموضوع، والاستفادة من التجارب الدولية من خلال المشاركة في الندوات والمؤتمرات المنعقدة في هذا الصدد، أو من خلال الإسهام في أشغال اللجنة الخاصة المكلفة

بتتبع الاتفاقيتين، والتي تنعقد بشكل دوري من قبل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، أو المشاركة في أشغال اللجن الاستشارية المختلطة، حيث تكون المناسبة سانحة لمناقشة الملفات الثنائية المتعلقة بالنقل غير المشروع للأطفال، أو ضمن فريق العمل حول الوساطة الدولية في منازعات النقل غير المشروع للأطفال التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

ثانيا: تحديد نطاق الدراسة:

لا شك أن موضوع الاختطاف الدولي للأطفال ينطوي لدى المتتبع منذ الوهلة الأولى على الجانب الزجري المرتبط بجرائم اختطاف القاصرين واحتجازهم، والجرائم المرتبطة بهذا النوع، كالامتناع عن تقديم الأطفال لمن لهم الحق فيهم، وتعريضهم للخطر، والهجرة السرية... وكلها جرائم منظمة بمقتضى نصوص خاصة في منظومة القانون الجنائي، أو قوانين جنائية خاصة.

غير أن مجال هذه الدراسة يستبعد هذه الجوانب، لاتصاله الوثيق بالجوانب المدنية- فقط- وليس الجنائية للموضوع، وتركيزه على مظاهر ذلك من خلال مقاربة تهدف إلى الحد من النقل غير المشروع للأطفال على المستوى الدولي.

كما يجدر التنبيه إلى أن البحث سيرتكز بالأساس على اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980، المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال لعدة أسباب نجملها في كونها تعد الاتفاقية الأكثر انتشارا على المستوى الدولي (تضم 99 دولة إلى حدود الآن)، ولاعتبارها الأكثر دقة وشمولية بالمقارنة مع باقي الاتفاقيات الأخرى المنظمة للموضوع، ولاستناد الدول عليها في إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية المرتبطة بهذا الميدان.

وليس معنى هذا أن باقي الاتفاقيات الأخرى لن يوجد لها أثر في الدراسة، وإنما سيكون حيزها أقل من اتفاقية لاهاي المذكورة، دون إغفالها في التحليل، والمقارنة، وإبراز

نقط الالتقاء، والاختلاف، بما يسمح بإعطاء رؤية للموضوع تقارب جوانبه المختلفة من عدة زوايا.

وبهذا التحديد يتبدى نطاق الموضوع الذي يستبعد من جهة كل ما يرتبط بالشق الجنائي في الاختطاف الدولي للأطفال، ويركز على جوانبه المدنية فقط، ويجعل من جهة أخرى من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المشار إليها أعلاه أساسا له.

ثالثا: صعوبات البحث في الموضوع:

إن موضوع الدراسة جد واسع ومعقد: فهو يتعلق بدرجة أولى بالقانون الدولي الخاص، هذا الفرع الذي تتميز قواعده بالدقة والصعوبة وعدم الثبات، وبمواضيعه المرتبطة بمحاور شائكة كمشكل تنازع القوانين، والاختصاص القضائي الدولي...وباختلاف مصادره، التي يشكل الفقه والاجتهاد القضائي أحد أبرزها،[28] ولا يقتصر الأمر على هذا النطاق، بل يتعداه إلى القوانين الداخلية التي تتصل بالقانون الدولي الخاص، وبالإشكالات التي تطرحها، والحلول المقترحة في ضوئها.

وفي مجال حماية القاصرين، ليس القانون الخاص هو الذي يهم فقط، ولكن كذلك القانون العام، وبشكل أدق القانون الإداري الذي أصبح دوره في تنامي مطرد في هذا الحقل القانوني الهام (المنع من مغادرة التراب الوطني، سحب جواز السفر، تجاوز بعض

[28]- من بين مظاهر تميز وتفرد القانون الدولي الخاص هو اعتماده للفقه كمصدر أساسي، أو كما عبر عنه البعض ب "القوة المبدعة" للقانون الدولي الخاص.
للتوسع أكثر حول هذا الأمر، راجع:

-OPPETIT (Bruno):«Le droit international privé Droit savant» RCADI, 1992, Tome 234, pp 331-433 et sp, p: 340.

- SCHWIND (Fritz): « Aspects et sens du droit international privé» RCADI, cours général1984, Tome 187, pp 9-144.

الإجراءات المحددة مسبقا ذات الارتباط بحماية القاصرين، الطعن في قرارات السلطات المركزية فيما يتعلق برفض الاستجابة لبعض الطلبات).

وإلى جانب القواعد ذات الارتباط بتفعيل وتطبيق الاتفاقيات الدولية، تحتل القواعد العامة مكانة لا يمكن إغفالها، وتجد مجالها الأساسي في تنظيم وضبط نشاط الدولة التي يقيم فيها الطفل، في علاقتها بهذا الأخير (كقواعد تشغيل القاصرين، والالتزامات المدرسية...).

وعلى المستوى البنيوي، يكتسي الموضوع طابعا مميزا لارتباطه من جهة بمجال القانون الذي تتفاعل فيه مطالب الحياة الاجتماعية بحدة كبيرة، وتتداخل فيه جوانب ذات صلة بالجانب النفسي، والعاطفي، ومن جهة أخرى باعتباره مختبرا تنعكس عليه خصوصية كل نظام قانوني وقضائي عن الآخر، وهو ما يعقد الموضوع، ويجعل من اختلاف الحلول، خاصة في مادة حضانة الأطفال عنصرا من بين أخرى يعكس صعوبة التنسيق في هذا الفرع القانوني الهام.

رابعا: الإشكالية التي يطرحها الموضوع:

إن الرغبة في معالجة موضوع الدراسة من جوانبه المتعددة، يفرض اختبار الجهود الدولية لمواجهة مشكل النقل غير المشروع للأطفال، والتي بلورتها الاتفاقيات الدولية الصادرة في الموضوع،وانطلاقا مما سلف فإن الإشكالية الجوهرية تتمثل في مدى قدرة المقتضيات الاتفاقية الدولية ذات الصلة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال في تحقيق مصلحة الطفل الفضلى؟ وما هي أسباب تعثرها، وسوء الفهم المرتبط بها؟

ولتحليل هذه الإشكالية الجوهرية الرئيسية، فإن الموضوع يطرح عدة تساؤلات فرعية، يمكن رصدها وفق الآتي:

- ما هو دور الاتفاقيات الدولية بشقيها المتعدد الأطراف والثنائي في حماية الأطفال ضحايا النقل غير المشروع؟ وإلى أي حد ساهمت في تقديم حلول لهذه الظاهرة؟

- ما هي مكانة المصلحة الفضلى للطفل في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال؟ وما هي تجلياتها على مستوى التطبيق القضائي؟ وما دور العمل القضائي، وخاصة اجتهاد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تدعيم هذه المصلحة؟

- كيف ساهم الفقه والاجتهاد القضائي في رسم معالم لمفهوم النقل غير المشروع للأطفال؟ ما هي محددات مفهوم الإقامة الاعتيادية؟ وما هي الصعوبات المرتبطة بهذا الأمر؟ وما المقصود بحق الحضانة؟ وما هي عناصره؟

- ما هي مبررات رفض إرجاع الأطفال؟ إلى أي حد يعتد برأي الطفل المختطف في الاعتراض على عودته؟ وما هي شروط الاستماع إلى الطفل في هذا الصدد؟ وإلى أي حد يعبر الطفل عن الحقيقة؟ وهل له إرادة حرة فيما يقول؟ وكيف تم تفعيل الاستثناءات الأخرى المبررة لعدم الإرجاع من طرف القضاء؟

- ما هو دور الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي؟ وإلى أي حد يعد تدعيم الوساطة باعتبارها حلا أمثلا لمواجهة الظاهرة؟ وما هي خصوصياته؟ وآفاقها؟ ومقومات إنجاحها؟

- إلى أي حد يعد تدعيم الفاعلين الأساسيين في مجال حماية الأطفال من سلطات مركزية، وقضاة، ومحامين، ومساعدين اجتماعيين، وأطباء نفسيين.. أحد الرهانات الأساسية من أجل تفعيل جيد للمقتضيات الاتفاقية المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال؟

- ما هو دور الإجراءات الوقائية والمسطرية في مواجهة ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال؟

خامسا: منهجية البحث:

إن محاولة الإجابة عن التساؤل السابق لن تستقيم إلا باعتماد منهج تحليلي قوامه رصد العوامل التي ساهمت في صياغة المفهوم الحالي للنقل غير المشروع للأطفال عبر الدول، واستجلاء مكامن القصور التي أبان عنها التطبيق العملي، وذلك وفق دراسة مقارنةتنهل من مختلف التجارب الدولية في الموضوع، وتجعل من الاجتهاد القضائي أساسا لها، وهو ما يسمح بتبني رؤية تقيمية تسمح باعتماد المنهج الانتقادي باعتباره عاملا مساعدا لتطوير المدارك المعرفية، وتقديم الحلول للإشكالات التي يشملها البحث.

سادسا: خطة البحث:

بناء على ما تقدم تتبدى محاور البحث الأساسية وفق الآتي:

الباب الأول: الاختطاف الدولي للأطفال: الإطار المرجعي والمفهوم

الباب الثاني: الاختطاف الدولي للأطفال: تقدير الاستثناءات وآفاق التطوير

الباب الأول:

الاختطاف الدولي للأطفال: الإطار المرجعي والمفهوم

لا يعتبر مشكل الاختطاف الدولي للأطفال حديث العهد، غير أن نسبة حدوثه في ارتفاع مستمر بحكم سهولة السفر الدولي، وتزايد حالات الزواج الذي يربط أطراف ينتمون لثقافات مختلفة، وارتفاع نسبة الطلاق.

وتترتب عن هذا المشكل آثار وخيمة على الطفل والوالد الذي يحرم من طفله، فالطفل لا يحرم فقط من أي اتصال مع أحد والديه، وإنما ينقل -في غالب الأحيان- كذلك بعيدا عن محيطه إلى بلد آخر مختلف من حيث النظام القانوني والبنية الاجتماعية واللغة، وكذا الثقافة التي لا تربط الطفل بها أي صلة سابقة.

فكل هذه الاختلافات، بالإضافة إلى بعد المسافات الوارد عموما، تجعل تحديد مكان الأطفال المختطفين دوليا وإيجادهم و إعادتهم عملية صعبة ومعقدة.

وبغية إرساء قواعد للعمل المشترك لمواجهة هذه الظاهرة اهتدت دول المعمور إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية في هذا سواء في إطار علاقاتها الثنائية، أو المتعددة (الفصل الأول).

ويعتبر الهدف الرئيسي من أغلب تلك الاتفاقيات، هو حماية الأطفال من الآثار الضارة الناتجة عن الاختطاف العابر للحدود، (وكذا الاحتجاز غير المشروع) وذلك عبر تقديم مسطرة تهدف إلى ضمان الإعادة الفورية لهؤلاء الأطفال إلى دولة إقامتهم الاعتيادية.

وتستند جل تلك الاتفاقيات على افتراض كون النقل أو الاحتجاز غير المشروع للطفل عبر الحدود الدولية لا يخدم مصلحته في شيء.

غير أن نقل الأطفال خارج حدود مكان إقامتهم الاعتيادية لا يوصف في جميع الحالات على أنه غير مشروع، إلا إذا استجمع شروطا أساسية جد دقيقة، مما يجعل مفهومه متفردا (الفصل الثاني).

الفصل الأول: آليات التعاون الدولي: جهود من أجل حماية أفضل

إن المتتبع لمسار انخراط المنظومة الدولية في تدعيم مجال حماية حقوق الطفل لا يسعه إلا أن يسجل وبارتياح كبير ذلك التنامي المطرد للاتفاقيات الرامية إلى تعزيز وصون الحقوق المكتسبة للطفل: إننا إزاء قانون دولي للطفولة.

وأمام هذه الثورة التشريعية حظي موضوع الاختطاف الدولي للأطفال باهتمام بالغ، وأفردت له عدة نصوص اتفاقية، ولعل مبعث ذلك، هو استحضار المآسي الناجمة عن اجتثاث الأطفال من بيئتهم الاجتماعية، حيث يكونون عرضة لمختلف الأخطار التي قد ترهن حاضرهم ومستقبلهم. (المبحث الأول)

وقد كان هاجس الحفاظ على مصالح الطفل من خلال توفير بيئة ملائمة لحماية وممارسة حقوق الحضانة والزيارة في أفضل الظروف، إحدى العوامل المباشرة في إقدام المنظومة الدولية على تبني العديد من الإجراءات الكفيلة بمواجهة المآسي التي قد تنجم عن النقل غير المشروع للأطفال في صلب الاتفاقيات المنظمة، وفي اعتماد مصلحة الطفل الفضلى كمحرك أساسي في الإقدام على هذه المبادرات، وعاملا موجها لصياغة بنود تلك الاتفاقيات، ومرجعا لا محيد عنه للاجتهاد القضائي الصادر في الموضوع، والذي أعطى للمفهوم السابق بعض الخصوصية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مواجهة الاختطاف الدولي للأطفال: الاتفاقيات الدولية في صلب النقاش

أمام تزايد حالات الاختطاف الدولي للأطفال الناتج أساسا عن تلاشي الحدود الجغرافية بين الدول، وانسيابية تحركات الأفراد، وما أسفر عنه ذلك من ارتفاع لحالات الزواج والارتباط المختلط...اهتدت دول المعمور إلى إنشاء وإبرام اتفاقيات دولية بغية إرساء قواعد للتعاون المشترك للحد من الآثار السلبية لظاهرة نقل الأطفال عبر الحدود.

وغني عن البيان أن الاتفاقيات الدولية تعد من أنجع الوسائل الكفيلة بحل المشاكل التي تنشأ بين الأطراف، لا سيما في ميدان يتسم بالتطور المستمر، وبتشابك مجالاته، ألا وهو الميدان الأسري.

وتزداد تلك الأهمية إذا ما تعلق الأمر بحماية الأطفال القاصرين من الأضرار التي قد تواجههم، خاصة في النزاعات التي تتجاوز الحدود الجغرافية للدول.

وبغية إرساء أواصر للتعاون المشترك، وإيجاد الآليات الكفيلة لمواجهة مشكل الاختطاف الدولي للأطفال الذي أضحى موضوعا يؤرق غالبية الدول، عرف القانون الدولي الخاص الاتفاقي حركية بارزة منذ ما يزيد عن ثلاثين سنة.

وقد كان من نتائج ذلك أن عرف المشهد الدولي بروز اتفاقيات دولية تهدف إلى تأطير الموضوع من جوانبه المختلفة، وخلق جسور للتعاون بين الدول تسمح بتظافر جهود المنظومة الدولية، رغبة في تذليل الصعوبات، ومواجهة التحديات التي يفرضها واقع التجربة.

وإذا كانت الاتفاقيات متعددة الأطراف تعد ترجمة للوعي الدولي بأهمية الموضوع، وتعبيرا على الانخراط الجماعي في مواجهة ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال (المطلب الأول)، فإن إبرام الاتفاقيات الثنائية قدم بديلا لبعض الدول الأوربية لتجاوز موقف بعض

الدول ذات المرجعية الإسلامية من الانضمام لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 في ذلك الوقت. (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف ودورها في حماية الطفل المختطف

كان من نتائج سعي المنظومة الدولية الحثيث إلى مواجهة الاختطاف الدولي للأطفال، أن تم إبرام اتفاقيات خاصة تنظم الموضوع بنوع من التفصيل (الفقرة الأولى)، وأخرى ذات طابع عام، أو مكمل للأولى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختطاف الدولي للأطفال من خلال الاتفاقيات المتخصصة

عديدة هي الاتفاقيات التي تطرقت لموضوع الاختطاف الدولي، غير أننا سنقتصر على نموذجين لتلك الاتفاقية، وذلك لأهميتها العملية في التصدي للظاهرة. وهما اتفاقية لاهاي لسنة 1980 (أولا)، ونظام بروكسيل 2 مكرر(ثانيا).

أولا: اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980[29] والحد من الاختطاف الدولي للأطفال

[29] - ظهير شريف رقم 1.09.11 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011)، الجريدة الرسمية عدد 6026 بتاريخ 8 ربيع الاخر 1433 (فاتح مارس 2012).

دخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ ببلادنا بتاريخ 2010/6/1،

وتجدر الإشارة إلى أن دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ بين الدول لا يتوقف على كونها طرف في الاتفاقية فقط، وإنما يستلزم ما يلي:

أولا: مرور مدة ثلاثة أشهر على تاريخ انضمام الدولة المعنية.

ثانيا: يجب أن تقوم الدول الموقعة أو المنضمة سابقا على الموافقة على حالات الانضمام من أجل دخول الاتفاقية حيز التنفيذ بين الدول المنضمة حديثا، وبين الدول الأخرى الموقعة (المادة 38).

ثالثا: تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ فيما يتعلق بالدولة المنضمة، وتلك التي تصرح بقبولها لهذا الانضمام في اليوم الأول من ثالث شهر تقويمي يلي تاريخ القبول.

وقد كان لغياب الإلمام بهذه الخصوصية أن أصدرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 12/ 2011/12، (قرار رقم 2292، في الملف رقم 11/1786، غير منشور) قرارا بتأييد الحكم القاضي بإرجاع طفل لوالدته بالولايات المتحدة الأمريكية، بناء على مقتضيات اتفاقية لاهاي، وذلك في الوقت الذي لم تكن فيه الاتفاقية سارية المفعول بين كل من المملكة المغربية والولايات المتحدة الأمريكية، إذ لم تكن هذه الدولة==

تسعى اتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال المؤرخة في 25 أكتوبر 1980[30]، إلى مكافحة اختطاف الوالدين للأطفال عبر تقديم نظام يقوم على التعاون بين السلطات المركزية، ومسطرة سريعة لإعادة الطفل إلى دولة إقامته الاعتيادية.

وتعد هذه الاتفاقية من بين أنجح الاتفاقيات الصادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، ولا أدل على ذلك عدد الدول الأطراف فيها الذي يصل إلى 99 دولة، كما تشكل الوثيقة الأبرز في مادة النقل غير المشروع للأطفال.

ويعتبر الهدف الرئيسي من الاتفاقية، إلى جانب ضمان حقوق الزيارة والاتصال، هو حماية الأطفال من الآثار الضارة الناتجة عن الاختطاف العابر للحدود (وكذا الاحتجاز غير المشروع)[31] وذلك عبر تقديم مسطرة تهدف إلى ضمان الإعادة الفورية لهؤلاء الأطفال إلى دولة إقامتهم الاعتيادية.

== الأخيرة وقتئذ قد قبلت بلادنا كطرف منضم للاتفاقية، ولم تفعل ذلك إلا لاحقا، حيث أصبحت الاتفاقية سارية بين البلدين ابتداء من تاريخ: 2012/12/01.

ويجدر التنبيه أيضا أنه طبقا للفقرة الأولى من المادة 35 من نفس الاتفاقية، فإنها تطبق بين الدول المتعاقدة فقط في حالات النقل أو الاحتجاز غير المشروع التي تتم بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ في تلك الدول.

[30]- تم تبني هذه الاتفاقية في جلسة عمومية في 24 أكتوبر 1980، خلال انعقاد الدورة الرابعة عشر لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بإجماع الدول الحاضرة، والمتمثلة في كل من: ألمانيا، وأستراليا، والنمسا، وبلجيكا، وكندا، والدانمارك، وإسبانيا، و الولايات المتحدة الأمريكية، وفنلندا، وفرنسا، واليونان، وإيرلندا، واليابان، والليكسمبورك، والنرويج، وهولندا، والبرتغال، والمملكة المتحدة، والسويد، وسويسرا، وتشيكوسلوفاكيا، وفنزويلا، ويوغوسلافيا.

وبحضور ممثلي كل من مصر وإسرائيل وإيطاليا الذين ساهموا في أشغال اللجنة الأولى، ولم يشاركوا في التصويت.

وقد أرسل كل من المغرب، وسان ليبج، والاتحاد السوفياتي ملاحظين.

وقد قد تم توقيع المنتدبين بتاريخ 25 أكتوبر 1980 على أشغال الدورة 14 المتضمن للاتفاقية، وتوصية تتعلق بنموذج استمارة طلب الإرجاع. ودخلت حيز التنفيذ في 1 دجنبر من سنة 1983.

يراجع في ذلك:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Acteset documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 426.

[31]- تتحقق حالة الاحتجاز أو عدم الإرجاع في الحالة التي يمتنع فيها الشخص الذي استفاد من حق الزيارة خارج الحدود عن إرجاع الطفل بعد انقضاء مدة الزيارة.

وتطبق الاتفاقية على الأطفال الذين يتوفرون على إقامة اعتيادية في إحدى الدول الأطراف، والذين يتم نقلهم أو احتجازهم بشكل غير مشروع فوق تراب إحدى الدول الأخرى التي تعد بدورها طرفا في الاتفاقية[32]، وذلك بغض النظر عن جنسيتهم. والنتيجة أنه يتعين لتفعيل الاتفاقية أن تكون الدولتين معا طرفين فيها.

[32]- في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 17 يناير 2019 (ملف رقم 18-23849)، استبعدت هذه الأخيرة تطبيق مقتضيات اتفاقية لاهاي لسنة 1980 (المادة 4)، وبروكسيل 2 مكرر، لكون الإقامة الاعتيادية للطفل تتواجد بدولة الكونغو الديمقراطية، وهي دولة لا تعد طرفا في اتفاقية لاهاي، وتتواجد خارج الاتحاد الأوروبي.

ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

« Attendu que, pour infirmer, sur ce point, l'ordonnance qui avait dit le droit français applicable à raison de l'urgence, l'arrêt se borne à énoncer, dans le dispositif, que la loi congolaise est applicable au litige ;

Qu'en statuant ainsi, sans donner aucun motif à sa décision, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et 11 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, la Convention du 25 octobre 1980 n'est applicable qu'entre Etats contractants ; qu'il résulte du second que les dispositions du règlement relatives au déplacement ou au non-retour illicite d'un enfant ne peuvent être mises en œuvre que dans l'espace européen ;

Attendu que, pour qualifier d'illicite le non-retour des enfants en République démocratique du Congo, l'arrêt retient qu'au sens des articles 3 et 4 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et 11, § 1, du règlement du 27 novembre 2003, est illicite tout déplacement d'un enfant fait en violation d'un droit de garde exercé effectivement et attribué à une personne par le droit ou le juge de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les enfants avaient leur résidence habituelle en République démocratique du Congo, Etat qui n'a pas adhéré à la Convention du 25 octobre 1980 et qui est extérieur à l'Union européenne, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés ; ».

راجع في هذا القرار: www.legifrance.gouv.fr

ومن جانب آخر يتعين ألا يتجاوز سن الطفل الذي يتوفر على إقامة اعتيادية في إحدى الدول المتعاقدة قبل النقل 16 سنة.[33]

وتقوم الاتفاقية على افتراض مفاده أن النقل أو الاحتجاز غير المشروع للطفل عبر الحدود الدولية -ما عدا في الظروف الاستثنائية- ليس من مصلحة الطفل، وأن إعادته إلى دولة إقامته الاعتيادية تخدم مصالحه من حيث حماية حقه في التواصل مع كلا والديه، ودعم الاستمرارية في حياته، وضمان البت في قرار الحضانة أو الزيارة والاتصال من طرف المحكمة الأكثر ملاءمة من حيث إمكانية توفرها على الأدلة ذات الصلة.

ويعتبر مبدأ الإعادة الفورية بمثابة رادع للاختطاف والنقل غير المشروع، وهذا ما تعتبره الاتفاقية من مصلحة الطفل العامة،[34] ويهدف قرار الإعادة إلى إعادة الوضع إلى ما

---

[33]- يختلف سن الطفل المحدد لإعمال هذه الاتفاقية عن ما هو مقرر في اتفاقية حقوق الطفل الذي جعلت منه 18 سنة، وعن التفسير الذي أعطاه العمل القضائي لمجال تطبيق بعض الاتفاقيات الثنائية ذات الصلة بالموضوع، كالاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، حيث تم اعتماد سن 18 سنة لإعمال مقتضياتها، ويشكل هذا الأمر عاملا مهما للتشجيع على اللجوء لهذه الاتفاقيات عوض الاتفاقية المذكورة.

وإذا كان هذا المقتضى يبدو واضحا منذ الوهلة الأولى، ولا يثير أي إشكال، فإن التجربة العملية أثارت بعض التساؤلات، كما في الحالة التي يكون فيها سن الطفل عند تقديم الطلب لسلطات الدولة التي نقل إليها دون سن 16 سنة، غير أنه أثناء سير المسطرة الإدارية أو الإجراءات القضائية، أو في مرحلة تنفيذ قرار الإرجاع يبلغ الطفل السن المذكورة، فما العمل في مثل هذه الحالات، هل يعتد بالسن أثناء تقديم الطلب، أم يتوقف تفعيل الاتفاقية ببلوغ سن 16 سنة أيا كانت وضعية الإجراءات المتخذة؟

الواقع أن الاحتمال الثاني هو الأقرب للصواب، إذ ينبغي حفظ الملف إذا كان في مرحلته الإدارية، وإرجاعه للجهة الطالبة، وإيقاف البت في الدعوى إذا كانت في مرحلتها القضائية، والحكم تبعا لذلك برفض طلب الإرجاع، كما يتعين الامتناع عن تنفيذ القرار الصادر بالإرجاع حال بلوغ الطفل السن المذكورة.

والسند فيما سبق يرتكز على كون الغاية من تحديد سن 16 سنة كحد لتطبيق الاتفاقية كان الغرض منه حماية الأطفال ما دون ذلك من أضرار الاختطاف الدولي، والتي يكون وقعها أكبر على هذه الفئة، بالإضافة إلى أن بلوغ هذا السن يعطي للطفل الحق في اختيار حاضنه، وهذا الأمر مقرر في جل التشريعات الوطنية للدول.

[34]- في قرار لمحكمة النقض المغربية صادر بتاريخ 2015/6/2، ألغت هذه الأخيرة قرار محكمة الاستئناف بوجدة لعدم مراعاته لاتفاقية لاهاي التي تعتبر إرجاع الأطفال إلى مكان إقامتهم الاعتيادي إحدى الأولويات الأساسية، ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن الواجب التطبيق على وقائع النازلة أثناء عرضها على محاكم الموضوع هو نصوص اتفاقية لاهاي المتعلقة بالمظاهر المدنية للاختطاف الدولي للأطفال المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 والتي صادق عليها المغرب بظهير 02 غشت 2011 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 6026 بتاريخ 01 مارس 2012، لأن المطلوبة في النقض وزوجها المشتكي "...." كانا يقيمان وابنهما " ..." المزداد بتاريخ 2009/09/25 بصفة اعتيادية بالدولة الفرنسية قبل أن تلتحق المطلوبة بالمملكة المغربية==

كان عليه قبل حدوث النقل أو الاحتجاز غير المشروع، وحرمان الوالد المختطف من أي امتياز كان ليتمتع به لولا حدوث الاختطاف.

ولا يعتبر قرار الإعادة بمثابة منح للحضانة، بل ليس سوى قرارا يقضي بإعادة الطفل إلى المحكمة المختصة الأكثر ملاءمة للبت في الحق في الحضانة والزيارة والاتصال، وهذا ما توضحه مقتضيات المادة 19[35] بتنصيصها على أن قرار الإعادة لا يؤثر على الجوانب القانونية المرتبطة بالحق في الحضانة، وهو ما يبرر الشرط المذكور في المادة 12 بأن يكون إصدار الأمر بالإعادة "فوريا"، والشرط المذكور في المادة 16 بأن المحكمة لا تبت في

== رفقة الابن المذكور بتاريخ 2012/10/23 حسب الثابت من وثائق الملف وخاصة منها المحضر المنجز معها بولاية أمن وجدة المصلحة الولائية للشرطة القضائية بتاريخ 2012/12/24،ولأن مقتضيات الفقرات الأولى والثانية والثالثة من المادة 371 من القانون المدني الفرنسي – باعتباره قانون بلد الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله إلى التراب المغربي – تعتبر الحضانة حق مشترك للأبوين أثناء قيام العلاقة الزوجية، ولأن المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي حددت الحالات التي يعتبر فيها نقل الطفل أو احتجازه عملا غير مشروع ومن بينها : أ- عندما يكون في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية قبل نقله.....

ب- إذا كانت هذه الحقوق تمارس فعليا وقت النقل بصورة مشتركة أو فردية، أو إن كانت قد جرت ممارستها وإنما قبل النقل..... والمحكمة مصدرة القرار لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي برفض إرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية، اعتمادا على مقتضيات مدونة الأسرة مع استبعاد نصوص الاتفاقية أعلاه، وعلى الحكم الصادر بالتطليق بين الطرفين بتاريخ 2013/07/09 تحت رقم 4599 عن قسم قضاء الأسرة بوجدة، وعلى خلو ملف النازلة مما يفيد أن الطفل وائل تم نقله إلى المملكة المغربية أو احتجازه بطريقة غير مشروعة، رغم اعتراف المطلوبة بالمحضر أعلاه بنقل الطفل من بلد إقامته الاعتيادية، ورغم مصادقة المملكة المغربية على الاتفاقية أعلاه ما يجعلها أولى في التطبيق على التشريع الوطني فور نشرها طبقا للفقرة ما قبل الأخيرة من تصدير دستور المملكة المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 91.11.1 بتاريخ 29 يوليوز 2011 –الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30 يوليوز 2011، ودون التحقق من توفر الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 12 من اتفاقية لاهاي أو ذلك المنصوص عليه في الفقرة "ب" من المادة 13 أو الفقرة الموالية لها من نفس الاتفاقية، لتبرير رد طلب الإعادة الفورية للطفل،فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وخرقت مقتضيات الدستور والاتفاقية أعلاه والتي هي بمثابة قانون داخلي وعرضت قرارها للنقض".

قرار عدد 1/283، ملف عدد 2014/1/2/443. غير منشور.

[35]- نصت هذه المادة على ما يلي:

"لا يؤثر أي قرار يتعلق بإعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية على الجوانب القانونية المرتبطة بالحق في الحضانة".

"الجوانب القانونية لحقوق الحضانة" إلى أن يثبت أن شروط إعادة الطفل غير متوفرة، أو إن لم يتم تقديم الطلب خلال فترة زمنية معقولة[36].

[36]- في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 25 يناير 2005، ألغت هذه الأخيرة القرار الصادر عن محكمة الاستئناف ب "إكس أون بروفانس" الصادر بتاريخ 29 نونبر 2001، بعلة عدم احترام مقتضيات المادة 16 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، لما بتت في تحديد إقامة الطفل لدى أمه بفرنسا، والحال أنه صدر حكم بإرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية لدى والده بإيطاليا، وكان عليها انتظار تنفيذ هذا القرار وذلك بتسليم الطفل لوالده ، وإيقاف البت تبعا لذلك في مجريات الدعوى المرفوع أمامها، والمتعلقة بالحضانة.

ولا شك أن القاعدة التي كرستها المحكمة السابقة في هذا القرار تستأثر بالاهتمام، وذلك بالنظر للتفسير الذي أعطته للمادة 16 من الاتفاقية التي تقضي بمنع محاكم الموضوع من البت في الجوانب المرتبطة بالحضانة، وإيقاف الدعاوى الرائجة بشأنها في حال وجود طلب يهدف إلى رجوع الطفل وفقا لمقتضيات الاتفاقية، حيث اعتبر قضاة محكمة النقض أن هذا المانع يستمر إلى غاية تنفيذ القرار الصادر بإرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية، ولا يقتصر فقط أثناء سريان الدعوى.

ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

« Attendu qu'il résulte de ce texte qu'après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde tant que les conditions prescrites par la Convention pour un retour de l'enfant n'ont pas été satisfaites ;

Attendu que, pour déclarer la demande de Mme Y... recevable et confirmer la décision ayant fixé la résidence de l'enfant chez la mère, l'arrêt attaqué retient d'abord que le juge aux affaires familiales n'a statué sur le fond du droit de garde qu'après que les dispositions de la Convention ont été mises en œuvre, ensuite que le jugement du 25 octobre 1999 ordonnant le retour immédiat de l'enfant au domicile de son père n'a pas eu pour effet de priver Mme Y... de l'autorité parentale et enfin qu'il ne peut lui être reproché de garder l'enfant avec elle alors qu'une décision, exécutoire de droit à titre provisoire, a fixé la résidence habituelle de l'enfant chez elle ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'elle constatait par ailleurs que la décision de retour immédiat de l'enfant au domicile de son père n'avait pas été exécutée de sorte que la juridiction française ne pouvait décider du fond du droit de garde et devait, à tout le moins, surseoir à statuer sur la demande de Mme Y... en l'attente de la remise de l'enfant, la cour d'appel a violé le texte susvisé par refus d'application »

راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-**GALLANT (Estelle)**: « Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé», RCDIP, 2006, pp : 127- 136.

-**BOULANGER (François)**: « note sous cass.civ du 25 janvier 2005, Recueil Dalloz, 2005, p : 2790.

وفي حال صدور قرار يتعلق بالحضانة رغم بدء الإجراءات الهادفة إلى إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية فإن هذا القرار لا يمكن أن يبرر رفض طلب الإرجاع المقدم أمام السلطات المعنية، وإنما يمكن الاعتماد فقط على أسباب منح الحضانة عند البت في طلب الإرجاع (المادة 17).

ويهدف إدراج هذه المقتضيات الأخيرة في صلب الاتفاقية إلى منع التحايل، وفرض أمر الواقع، إذ غالبا ما يلجأ الطرف المختطف للطفل إلى سلطات البلد الذي نقل إليه، والذي يكون في الغالب بلده الأصل قصد الحصول حكم بالحضانة في محاولة لشرعنة الفعل الذي أقدم عليه.

وتتميز شروط تقديم طلب أمر الإعادة[37] بالصرامة،إذ يجب على مقدم الطلب أن يثبت أن الطفل كان مقيما بصفة اعتيادية في دولة أخرى، وأن النقل أو الاحتجاز شكل انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة بموجب قانون تلك الدولة،[38] وأن مقدم الطلب كان يمارس هذه الحقوق فعليا وقت النقل أو الاحتجاز.[39]

---

[37]- يجدر التنبيه إلى أن الاتفاقية، وبالإضافة إلى الالتزام الذي تفرضه على الدول الأطراف عبر سلطاتها المركزية بتيسير مباشرة الإجراءات القضائية أو الإدارية الرامية إلى إرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية، فإن مقتضيات المادة 29 من نفس الاتفاقية تعطي الإمكانية لأي شخص أو مؤسسة بتقديم الطلبات بشكل مباشر إلى السلطات القضائية أو الإدارية في أي دولة متعاقدة.

وقد كرست محكمة الاستئناف بطنجة في قرارها الصادر بتاريخ 2018/09/24 هذا المقتضى بإقرارها أن "للأطراف إمكانية تقديم الطلبات وفقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 مباشرة إلى المحكمة المختصة، ولا يعد تقديم تلك الطلبات عبر السلطات المركزية أمرا ملزما، وإنما إمكانية لصالح الأطراف". (قرار رقم 575، ملف رقم 2018/1620/509، غير منشور).

[38]- حاولت المادة 5 من الاتفاقية إعطاء تعريف لمفهوم حق الحضانة، حيث نصت في ذلك على ما يلي:

" تتضمن "حقوق الحضانة: الحقوق المتعلقة برعاية شخص الطفل وبوجه خاص الحق في تحديد مكان إقامته"

[39]- كرست محكمة النقض هذه الشروط في قرارها الصادر بتاريخ 2016/01/26، حيث اعتبرت أن عدم ثبوت إقامة الأطفال بالخارج، يجعل مقتضيات الاتفاقية غير متوفرة في النازلة، ويبرر بالتالي رفض طلب الإرجاع.

ولأهمية ما ورد في هذا القرار، نذكر ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن تطبيق اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 يكون حينما يتم نقل الطفل أو احتجازه عملا غير==

وبمجرد تقديم الطلب من المعني بالأمر بموجب الفقرة (ب) من المادة 3، تبقى إمكانية رفضه واردة بموجب المادة 13، إذا تم إثبات أن مقدم الطلب قد وافق أو قبل بالنقل، أو أن ثمة مخاطر جسيمة لإعادة الطفل قد تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي، أو وجوده في وضع لا يطاق، كما يمكن بموجب المادة 13 أن يكون اعتراض الطفل، إذا بلغ من العمر والرشد الدرجة الكافية، أساسا لرفض الطلب.

ولا يسمح بموجب المادة 12 بإعادة الطفل إذا قدم الطلب بعد سنة من حدوث النقل أو الاحتجاز، وكان الطفل قد استقر في بيئته الجديدة.

وأخيرا يمكن رفض الطلب بموجب المادة 20 إذا كانت المبادئ الأساسية للدولة المقدم إليها الطلب والمتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية لا تجيز ذلك.

وكما جرت العادة بالنسبة لاتفاقيات لاهاي المتعلقة بالأطفال، يكون للسلطات المركزية في كل الدول المتعاقدة دور أساسي في التركيز على التعاون الإداري لضمان حماية الطفل،[40] وتقدم هذه السلطات في كل دولة مساعدتها في تحديد مكان الطفل وضمان

== مشروع قصد ضمان إعادته فوريا وضمان الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة والزيارة طبقا للمادتين 3 و 2 من هذه الاتفاقية. والمحكمة مصدرة القرار لما أيدت الحكم المستأنف القاضي على الطاعن بتسليم الأبناء المذكورين للمطلوبة من أجل حضانتهم والحال أن الإقامة الاعتيادية للأطفال بالمغرب، وأن المطلوبة كانت قبل بالمغرب لكونها أنجزت بطاقة الإقامة بالمغرب وتحميل عنوانها فيه: ... ، وتفيد عبارة مسموح بالإقامة لغاية 2017/02/19 ولأن الأولاد يتابعون دراستهم بالمغرب حسب الشواهد المدرسية بالملف، ولكون المطلوبة تنازلت بمحض إرادتها عن حضانة أولادها المذكورين للطاعن، حسبما بالتنازل المؤرخ في 2011/06/16 ولما بالواجب المضمن بعدد 422 مختلفة رقم 10 بتاريخ 2011/06/27 الذي صرح شهوده بأن الطاعن هو من يتولى جميع شؤون حياة الأولاد.... من رعاية وتربية وتعليم ونفقة وغير ذلك منذ رجوع والدتهم إلى ألمانيا، وبمحضر المعاينة المؤرخ في 2013/11/21 الذي أفاد فيه المفوض القضائي بأنه انتقل بتاريخ 2013/11/21 إلى حي ... ووجد به كلا من الطاعن والمطلوبة والأولاد، وعاين زيارة الأم لأبنائها ما يزيد على الساعة ، مما تكون معه الإقامة الاعتيادية للأطفال بالمغرب، ومما لا تتوفر معه شروط تطبيق الاتفاقية المومأ في نازلة الحال، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا، وعرضت قرارها للنقض".

[40]- للإلمام بالأدوار الأساسية التي تطلع بها السلطات المركزية في مجال الاختطاف الدولي للأطفال، انظر:

-BIONDI(Béatrice): « Le rôle des autorités centrales en matière d' enlèvements d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 69-75.

العودة الطوعية للطفل، إذا أمكن، والتوصل إلى حل ودي، كما تتعاون أيضا لمنع إلحاق أي ضرر إضافي بالطفل عبر المباشرة في اتخاذ إجراءات أو المساعدة في اتخاذها لضمان إعادة الطفل، وعبر اتخاذ الترتيبات الإدارية اللازمة لضمان العودة الآمنة للطفل. كما تلزم المادة 20 السلطات المركزية بواجبات تهدف إلى ضمان ممارسة حقوق الزيارة والاتصال في جو هادئ، و اتخاذ الخطوات اللازمة- بقدر الإمكان- لإزالة كافة العقبات التي تقف في طريق ممارسة هذه الحقوق.

وقد تم أيضا إنجاز مجموعة من الأعمال المهمة التي تشكل أدوات مساعدة للاتفاقية. فقد تم إنشاء اللجنة الخاصة لتتبع وتقييم عمل اتفاقية 1980 المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال، وتجتمع كل بضع سنوات لمناقشة التطورات،[41] كما أصدر مؤتمر لاهاي العديد من أدلة الممارسة السليمة لتنفيذ الاتفاقية، ويوفر مراجع أخرى كقاعدة بيانات السوابق القضائية (INCADAT) والإحصائيات (INCASTAT)،المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال.

ولضمان حماية الأطفال واحترام حقوقهم بشكل أفضل فقد عمل الاجتهاد القضائي للدول عند تطبيقه لاتفاقية 1980، على الاستناد على مقتضيات بعض المواد من اتفاقية حقوق الطفل، رغم أنها كانت قائمة قبل هذه الأخيرة، مثل المادة 11 والمادة 35. فهي تساعد على إعمال حقوق الطفل الأساسية، كتلك المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة 9، والفقرة الثانية من المادة 10 من اتفاقية حقوق الطفل، كما تبين في عدد من قرارات المحاكم في أنحاء مختلفة من العالم أنها تتماشى والدساتير الوطنية، وكذا الصكوك الإقليمية والدولية لحقوق الإنسان.

-**JENARD(P)**: « Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration », Revue Belge du droit international, 1988, pp: 36-87.

[41]- عقدت هذه اللجنة 9 اجتماعات، وهي على التوالي في سنوات: 1989- 1993-1997-2001-2002-2006-2011-2012-2017.

وتوصي لجنة الأمم المتحدة لحقوق الطفل الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الطفل بأن تنضم إلى اتفاقية 1980 للاختطاف الدولي للأطفال كوسيلة لتطبيق المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل تطبيقا عمليا.

وقد ساهمت اتفاقية 1980 للاختطاف الدولي للأطفال في تسوية آلاف حالات الاختطاف، وكانت بمثابة رادع لحالات أخرى من خلال وضوح رسالتها (بحيث أن الاختطاف ضار بالأطفال الذين يحق لهم التواصل مع كلا والديهما)، ومن خلال بساطة حلها الأساسي (الأمر بالإعادة). ويمكن اعتبار هذه الاتفاقية، التي تبلغ الدول المتعاقدة فيها حاليا 99 دولة، من بين أنجح آليات قانون الأسرة المنجزة تحت إشراف مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

وقد تم تعزيز تنفيذ اتفاقية 1980 للاختطاف الدولي للأطفال بمقتضيات مكملة في اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية، و إجراءات حماية الأطفال، المؤرخة في 19 أكتوبر 1996.

وصلة بمجال تطبيق الاتفاقية أثير التساؤل بخصوص مجال تطبيقها من حيث الأشخاص، وذلك في حالة المطالبة أمام المحاكم المغربية بشكل مباشر، أو بواسطة السلطة المركزية بإرجاع طفل، أو أطفال ناتجين عن علاقة خارج إطار الزوجية،[42] فهل يتعين قبول مثل هذه الطلبات بناء على الاتفاقية، أم يتعين استبعادها لمخالفتها للنظام العام؟

الواقع أن أي استبعاد مثل هذا لهذه الشريحة لا يستقيم باعتبار أن أي مقتضى من مقتضيات الاتفاقية لا يسمح بالارتكان إليه لتبرير هذا الأمر، كما أن الغاية الأساس من الاتفاقية هي حماية مصلحة الطفل، والتي تتمثل في منع اجتثاثه من محيطه الاجتماعي

[42]- كما في حالة الطفل الناتج عن علاقة خلانية، أو نظام المعاشرة الحرة، أو غيرها من أنظمة العيش المشترك التي تعرفها الأنظمة الغربية.

الذي كان يقيم فيه بصفة اعتيادية، وذلك دون تمييز بين الأطفال، وبغض النظر عن طبيعة علاقة أبويهم، بالإضافة إلى أن الاتفاقية لا تنظر في جوهر العلاقة التي نتج عنها الطفل، وإنما في وجود نقل مشروع للطفل من عدمه.

وقد أتيحت الفرصة لمحكمة النقض المغربية للتعبير عن موقفها من هذا الإشكال، حيث اعتبرت في قرار لها صادر بتاريخ 27 مارس 2018[43] في قضية بين مواطنة مغربية ومواطن إيطالي الجنسية "أن الاتفاقية لا تشترط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطفل للحكم بالإرجاع"، وذلك للرد على أحد أسباب النقض التي أثارتها الطالبة، وهي كون الطفلين المطالب بإرجاعهما نتجا عن علاقة غير شرعية، ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

"لكن حيث إنه بمقتضى المواد 3 و12 و14 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980...فإن قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله هو الأولى بالتطبيق، وأن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من أوراق الملف وترجمة الحكم الصادر عن محكمة كولونيا بتاريخ 2015/04/09 بألمانيا أن الولدين نقلا من مكان إقامتها الأصلي بإيطاليا إلى المغرب، مما يعد مخالفة لمقتضيات الاتفاقية المذكورة التي **لا تشترط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطفل**، وقضت بإرجاعهما للمطلوب، فإنها طبقت القانون وعللت قرارها تعليلا سليما، ويبقى ما أثير غير جدير بالاعتبار".

[43]- قرار عدد 196، في الملف عدد 2016/1/2/660، غير منشور.

بقي تساؤل آخر يتعلق بوضعية الطفل المتكفل به، فهل تسري عليه مقتضيات هذه الاتفاقية أم يستثنى منها؟

إن الجواب عن هذا التساؤل يجد أساسه في طبيعة الآثار المترتبة عن إسناد الكفالة، وما دام أن قانون كفالة الأطفال المهملين رقم: 15- 01 يضع على عاتق الكافل نفس الالتزامات والحقوق التي تترتب عن علاقة الطفل بأبويه وفق مدونة الأسرة،[44] خاصة فيما يتعلق بالحضانة، فإن وضعية الطفل المتكفل به تعد من مشتملات مجال تطبيق الاتفاقيات ذات الصلة بالنقل غير المشروع، وعلى رأسها اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المشار إليها أعلاه.

ثانيا: "نظام بروكسيل 2 مكرر": آلية أوربية لمواجهة الاختطاف الدولي

يشكل النظام الأوربي رقم 2003/2201،[45] الصادر في 27 نونبر 2003، المتعلق بالاختصاص، والاعتراف، وتنفيذ القرارات في المادة الأسرية، والمسؤولية الأبوية،

---

[44]- وهو ما نصت عليه المادة 22 من نفس القانون، ومما ورد في فقرتها الأولى، نذكر:
"يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:
تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته وضمان تنشئته في جو سليم، مع الحرص على تلبية حاجياته الأساسية إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، طبقا للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد".

[45]- للإحاطة بمختلف جوانب هذا النظام يستحسن الرجوع إلى ما يلي:

-TENEREIRO(Mario): « L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement «Bruxelles II» », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 19-31.

-**DEVERS(Alain)**: « Les enlèvements d'enfants et le règlement «Bruxelles II Bis» », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 33-49.

-DEVERS(Alain): « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II Bis et Rome III) et des conventions franco- marocaines », Droit de la famille, n 1, 2012, pp : 8-12. **==**

والمعروف اختصارا بنظام "بروكسيل 2 مكرر" إحدى الركائز الأساسية لبناء فضاء أوربي مشترك في مادة قانون الأسرة، وقد عوض النظام السابق رقم 2000/1347، الصادر بتاريخ 29 ماي 2000.

وقد كان من بين الأسباب الداعية لاعتماد هذه الوثيقة، رغبة الدول الأوربية في تأمين الإرجاع الفوري، والمباشر للأطفال في حالة نقلهم، أو احتجازهم بمناسبة ممارسة حق الزيارة[46]، خاصة أمام عدم كفاية الإجراءات المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي لسنة 1980 سالفة الذكر.

وقد تم تعريف النقل غير المشروع أو عدم الإرجاع في المادة الثانية من هذا النظام بنفس الطريقة التي تناولته بها اتفاقية لاهاي من خلال المادة الثالثة، كما تم تعريف حق الحضانة بنفس مضمونه الوارد في نفس الاتفاقية.

وخلافا لهذه الاتفاقية الأخيرة تطرق هذا النظام للاختصاص القضائي للمحاكم في حالات الاختطاف الدولي للأطفال، حيث أفرد في المادة العاشرة قواعد خاصة بشأن ذلك، مؤسسا في البداية للقاعدة التي تقضي بجعل الاختصاص الأصلي في هذه القضايا لمحكمة مكان تواجد الإقامة الاعتيادية للطفل قبل واقعة النقل، أو عدم الإرجاع. حيث لا

== -ANCEL(Bernard) et **MUIR WATT (Horatia)**: « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II Bis», RCDIP, 2005, pp: 569-602.

-FARGE(Michel): « Les réalisations de l'union européenne concernant l'enfant : le règlement Bruxelles II Bis», Informations sociales, n 129, 2006, pp: 70-83.

[46]- إن الرغبة في حماية الأطفال من أشكال الاختطاف الدولي هو الذي دفع الجمعية البرلمانية لمجلس أوربا لتؤكد مبدءا عاما أوليا من خلال التوصية الصادرة عنها تحت رقم 1979/874 والتي أكدن أنه " لا يمكن اعتبار الأطفال كملكية لأبويهم، ولكن الاعتراف بهم كأشخاص لهم حقوق وحاجيات خاصة بهم".

- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. 31ème session ordinaire. Recommandation relative à une Charte européenne des droits de l'enfant. Texte adopté le 4 octobre 1979.

تأثير لواقعة الاختطاف على تغيير قواعد الاختصاص القضائي،[47] هذه القاعدة كان الغرض منها سد أحد أكبر الثغرات التي تعرفها اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والتي تعد من بين أسباب ضعفها.[48]

فبمجرد رفض طلب الإرجاع من طرف قضاء الدولة التي لجأ إليها الطفل تحت غطاء إحدى الاستثناءات التي قد تبرر عدم إرجاع الطفل، (وجود خطر على الطفل مثلا)، تصبح محاكم هذه الدولة مختصة للبت في جوهر حق الحضانة، وتغيير حتى الحكم الذي سبق اتخاذه من طرف محكمة مكان إقامة الطفل الاعتيادية، وهذا يستجيب بطبيعة الحال لمبتغى مرتكب فعل الاختطاف.

ومن جانبها أحدثت المادة 11 من هذا النظام قواعد خاصة في مادة الاختطاف الدولي للأطفال، مشيرة إلى تقيدها كأصل بأحكام اتفاقية لاهاي لسنة 1980، لكن في حالة ما إذا تقدم أحد بطلب إرجاع بناء على مقتضيات هذه الاتفاقية الأخيرة، فإنه يتعين في هذه الحالة استجماع الشروط التالية:

- ألزم هذا النظام بشكل صريح سلطات الدول الأطراف بضرورة الاستماع للطفل خلال مسطرة الإرجاع، إلا إذا تبين أن ذلك غير ملائم بالنظر لسن أو درجة نضج الطفل.

---

[47] - لقد كانت رغبة الدول الأوربية واضحة في هذا الإطار، وكان الغرض منها منع أي تحايل من طرف المختطف يدفعه إلى استغلال الوضع الذي يفرضه بحكم الواقع، ويغير قواعد الاختصاص القضائي من محكمة مكان تواجد الإقامة الاعتيادية للطفل، إلى محكمة الدولة التي انتقل إليها رفقة الطفل.
راجع في ذلك:

-**ANCEL(Bernard)** et **MUIR WATT (Horatia)**: « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II Bis», RCDIP, 2005, pp: 591-593.

[48]- انظر في هذا الأمر:

-TENEREIRO(Mario): « L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement «Bruxelles II» » op.cit, p: 27.

- يتعين على المحاكم المرفوع أمامها طلب الإرجاع أن تبت فيه على وجه السرعة، باستعمالها للمساطر الاستعجالية المنصوص عليها في القانون الداخلي، وإصدار قرارها داخل أجل ستة أسابيع على أبعد تقدير ابتداء من تاريخ تقديم الطلب، ويعتبر القرار المتخذ بناء على ذلك قابلا للتنفيذ، ولا يوقفه أي طعن.

- بالرغم من استجماع شروط إعمال مقتضيات الفقرة ب من المادة 13 اتفاقية لاهاي لسنة 1980، بالشكل الذي قد يعرض الطفل إذا ما تم اتخاذ قرار إرجاعه لخطر جسيم وحال. فإنه يتعين على المحكمة المعروض عليها النزاع أن تصدر أمرا بالإرجاع متى ثبت لها توفر شروط كافية لتأمين الطفل بعد إرجاعه.[49]

- لا يمكن رفض إرجاع الطفل إلا إذا تم الاستماع إلى الشخص الذي يطالب بإرجاعه.

وفي حالة اتخاذ محكمة مكان نقل الطفل لقرار بعدم إرجاعه بالرغم من الشروط التي سبق سردها، فإن مثل هذا القرار لا تكون له إلا قيمة مؤقتة، بحيث تبقى الكلمة الأخيرة للمحكمة المختصة، وهي التي تتواجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل قبل النقل.

ومن بين الأمور الإيجابية في هذا النظام هو إلغاؤه لمسطرة تذييل القرار القاضي بالإرجاع،[50] والاكتفاء في ذلك بتسليم شهادة وفق النموذج المعد لذلك، والتي يسلمها

---

[49]- وبذلك يكون هذا النظام قد أضعف أهم سبب لعدم إرجاع الأطفال.
راجع في هذا الاستنتاج:
-FARGE(Michel): « Les réalisations de l'union européenne concernant l'enfant : le règlement Bruxelles II Bis», Informations sociales, n 129, 2006, p: 81.

[50]- تطبق قواعد الاعتراف والتنفيذ على المقررات الصادرة بالإرجاع طبقا للمادة 42 من هذا النظام، حيث تعفى من الإجراءات السابقة، ويعترف بها بقوة القانون، ويتعلق الأمر فقط بالمقررات الصادرة في دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل.
وقد علق البعض على هذا الأمر بكونه يعد قاصرا، ولا يستوعب الحالات التي يتم فيها نقل الطفل بشكل متكرر داخل دول الاتحاد الأوربي، بحيث إذا كان الهدف من عدم إعطاء قوة تنفيذية للقرار الذي قد يصدر من طرف محاكم دولة الإقامة الجديدة للطفل هو منع المختطف من الانتقال إلى دولة أخرى داخل الاتحاد==

قاضي مكان إقامة الطفل الاعتيادية من تلقاء نفسه. وتضمن هذه الشهادة أن المحكمة مصدرة الحكم قد أخذت بعين الاعتبار الاستماع للطفل والأطراف.

ولم يتم إغفال ممارسة حق الزيارة العابر للحدود من مقتضيات هذا النظام، حيث تم إعفاء الأحكام الصادرة في هذا الخصوص من مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية.

الفقرة الثانية: الحماية الدولية لوضعية الطفل

إلى جانب الاتفاقيتين اللتين تمت الإشارة إليهما أعلاه، لم تغفل باقي الاتفاقيات المتعلقة بحماية الطفل على الإشارة لضرورة التصدي لظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال.

وتتجسد أبرز هذه الاتفاقيات في اتفاقية نيويورك المتعلقة بحقوق الطفل (أولا)، واتفاقية لاهاي لسنة 1996(ثانيا).

أولا: اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1989 المتعلقة بحقوق الطفل[51]

== فإنه في حالة إقدامه على ذلك، فإن الحكم القاضي بالإرجاع لا يستفيد من نظام الاعتراف والتنفيذ المشار إليه في المادة 42 السابقة، وبالتالي يمكن القول إن هناك فراغ في هذا الخصوص. ففعالية هذا النظام كانت تقتضي توسيع أحكام المادة السابقة لتشمل كل الأحكام القاضية بالإرجاع الصادرة عن محاكم الدول الأطراف".

انظر في هذا الانتقاد:

-DEVERS(Alain): « Les enlèvements d'enfants et le règlement «Bruxelles II Bis» », op, cit, p: 49.

[51]- تمت المصادقة على هذه الاتفاقية من طرف المملكة المغربية بمقتضى الظهير الشريف رقم 363.93.1 الصادر في 9 رجب 1417 (21 نوفمبر 1996) الجريدة الرسمية رقم 4440 الصادرة يوم الخميس 8 شعبان 1417 (19 دجنبر 1996) ص 2847.

وتلزم الدول الأطراف بالعمل على ملاءمة تشريعاتها الداخلية مع مقتضيات الاتفاقية، وتقدم بشأن ذلك تقارير دورية، للتوسع أكثر حول هذا الأمر راجع:

- متيوي مشكوري (محمد ناصر): "موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 54-55، 2004. مجلة الإشعاع، العدد28،2004.

- **البالي (نعيمة):** ملاءمة التشريع المغربي لاتفاقية حقوق الطفل، أطروحة لنيل الدكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق وجدة 2002-2003.

على الرغم من عدم تطرق هذه الاتفاقية[52] بشكل مفصل لموضوع الاختطاف الدولي، إلا أنها تشكل مرجعا لا يستهان به في التأسيس لحماية الطفل ضحية الاختطاف.

وقد ازدادت أهميتها بصفة خاصة بالنظر لعدد الدول التي تعد عضوا فيها، والتي بلغت لحدود الآن 193، ولكونها تشكل أساسا لتشجيع الدول الأطراف على إبرام اتفاقيات ذات صلة بمعالجة ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال[53]، خاصة تلك التي لم تنضم لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، أو بإقناعها بالانضمام لهذه الاتفاقية الأخيرة.

وفي هذا الإطار ألزمت المادة 11[54] من هذه الاتفاقية الدول الأطراف باتخاذ تدابير لمواجهة نقل الأطفال إلى الخارج، وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة، وشجعت في نفس الإطار الدول على إبرام اتفاقيات في هذا الشأن، أو الانضمام للاتفاقيات القائمة.

---

[52]- للتوسع أكثر بشأن هذه الاتفاقية، راجع:

-NYSSENS (Clotilde): « La convention des droits de l'enfant : perspectives et prospectives », In l'enfant et les relations familiales internationales, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp: 83-121.

- RIVIER (Marie-Claire): « Eléments de droit de la famille dans La convention sur les droits de l'enfant», In Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, L.G.D.J, 1996, pp: 77-84.

- CORPART (Isabelle): « Cinq ans d'application de La convention des nations unies face au droit de l'enfant a une famille, RDDS, 1995, p : 691.

- BYK (C): « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la cour de cassation relative à la convention des nations unies sur les droits de l'enfant», JDI, 1994, p 967.

[53]- لقد ورد في ديباجة الاتفاقية المغربية البلجيكية المتعلقة بالتعاون القضائي، والاعتراف بالمقررات القضائية، وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة، ما يلي:

"...واقتناعا منهما بأن المصلحة العليا للأطفال تفرض من جهة عدم نقلهم أو الاحتفاظ بهم بصورة غير قانونية، ومن جهة أخرى الحفاظ على علاقات هادئة ومنتظمة بينهم وبين آبائهم، طبقا لمقتضيات اتفاقية الأمم المتحدة المؤرخة في 20 نونبر 1989 المتعلقة بحقوق الطفل".

(تم توقيع هذه الاتفاقية ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002، إلا أنه لم تتم المصادقة عليها بعد).

[54]- تنص هذه المادة على ما يلي:

"1- تتخذ الدول الأطراف تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم بصورة غير مشروعة.

2- وتحقيقا لهذا الغرض، تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة."

وقد تم تأكيده هذا الالتزام مرة أخرى في المادة 35 من نفس الاتفاقية، والتي ألزمت الدول الأطراف باتخاذ "جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال..."[55].

وإيمانا منها بأهمية حفاظ الطفل على صلاته بأبويه، نصت الفقرة الثانية من المادة التاسعة على حق الطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكليهما.

ولا شك أن هذا المقتضى يعكس ما نصت عليه المادة 21 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والتي تطرقت لتنظيم حق الزيارة العابر للحدود.

وبالرغم من أهمية المقتضيات سالفة الذكر، فقد اعتبر البعض بأنه لا يمكن الاعتماد على هذه الاتفاقية بشكل مباشر وتلقائي للمطالبة بتفعيل الإجراءات الرامية إلى إرجاع الأطفال المنقولين بصفة غير مشروعة، وهو ما عبر عنه الفقيه Paul Lagarde[56]، بكونها غير قابلة للتطبيق الذاتي "caractère non auto- exécutoire".

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير في قرارها الصادر بتاريخ 10 مارس 1993[57]، حيث ورد في حيثياته أن: " مقتضيات الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل لا

---

[55]- إذا كانت الملاحظة البارزة عن هاتين المادتين هي كونهما لم تتضمنا إجراءات وآليات مفصلة للبت في قضايا الاختطاف الدولي، فإن هذا الأمر يعتبر مبررا بالنظر إلى طبيعة الاتفاقية المذكورة، والتي تتمثل في كونها إطارا عاما ينظم الحقوق الإنسانية للطفل، وليست اتفاقية ذات طابع إجرائي.

[56]- راجع في هذا الشأن:

-Paul Lagarde : note sous cass du 10 mars 1993, RCDIP, n 3, , 1993, p : 449.

[57]- راجع في شأن هذا القرار والتعليق عليه:

- Cour de cassation, 10 mars 1993, RCDIP, n 3, , 1993, p : 449, note : Paul Lagarde, D, 1993, note : Jaques Massip, JCP, 1993, I, 3688, note : Rubellin Devechi.

-**BYK (C)**: « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la cour de cassation relative à la convention des nations unies sur les droits de l'enfant», JDI, 1994, p 967. **==**

يمكن التمسك بها أمام القضاء، فهذه الاتفاقية تفرض فقط التزامات على عاتق الدول الأطراف، وغير قابلة للتطبيق المباشر في القانون الداخلي".

غير أن هذا التوجه الذي صمد لسنوات سرعان ما تم التراجع عنه، حيث اتخذت محكمة النقض موقفا مغايرا لما سبق في عدة قرارات من بينها القرار الصادر بتاريخ 14 يونيو 2005[58]، وذلك بإقرارها إمكانية التطبيق المباشر أمام القضاء الفرنسي لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة، والتي تنص على إيلاء مصلحة الطفل الفضلى الأولوية في الإجراءات التي تتعلق به، وكذا الفقرة الثانية من المادة الثانية عشرة فيما يتعلق بالحق في الاستماع للطفل بخصوص الإجراءات القضائية أو الإدارية التي تهمه.

وقد ارتبطت معطيات النزاع في القرار السابق بقضية تتعلق باختطاف دولي لطفلة مزدادة بالولايات المتحدة في سنة 2000 من أب أمريكي وأم فرنسية، حيث قامت هذه الأخيرة صحبة ابنتها سنة 2003 بالانتقال لفرنسا لقضاء العطلة، وبعد مرور أيام أخبرت الأم الأب بعدم رغبتها في الرجوع للولايات المتحدة الأمريكية. وعلى إثر ذلك تقدم الأب بطلب

== -**RONDEAU-RIVIER (M.C):** « La convention des nations unies sur les droits de l'enfant devant la cour de cassation : un traité mis hors-jeu», D, 1993, chr.203.

وللتوسع أكثر حول تفعيل هذه الاتفاقية أمام المحاكم الفرنسية، انظر:

-**GOUTTENOIRE (Adeline), BONFILS (Philipe):** « Droits de l'enfants», Dalloz, 2009, p :1918.

-**CORPART (Isabelle):** « Cinq ans d'application de la convention des nations unies face au droit de l'enfant a une famille», RDSS, 1995, p :691.

[58]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-COURBE (Patrick): « L'application directe de la convention des nations unies sur les droits de l'enfant, Recueil Dalloz 2006, pp : 1487- 1491.

-RCDIP, 2005, p: 679, note : D. Bureau. JDI, 2005, p : 1131, note : Christelle Challas. RTD.civ, 2005, p : 556, note : R. Encinas de Munagorri.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التوجه أصبح قارا لمحكمة النقض الفرنسية ، وهو ما كرسته في عدة قرارات أخرى نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 27 يونيو 2019، و 14 فبراير 2019، و 7 نونبر 2019، و 11 يوليوز 2019، و 16 أكتوبر 2019.

للاطلاع على هذه القرارات، يرجى الاطلاع على الموقع التالي: www.legifrance.gouv.fr

عبر السلطة المركزية الأمريكية في إطار اتفاقية لاهاي لسنة1980 يهدف إلى استصدار حكم يقضي بإرجاع البنت لمكان إقامتها الاعتيادية بالولايات المتحدة الأمريكية، حيث قضت المحكمة الابتدائية بعدم الإرجاع، لتلغي محكمة الاستئناف هذا الحكم، وقضت بإرجاع الطفلة. وهو القرار الذي كان موضوع طعن بالنقض من طرف الأم، حيث استندت في طلبها على مقتضيات المادة 13 ب من اتفاقية لاهاي السابقة، مثيرة وجود خطر جسيم إذا ما تم إرجاع الطفلة، وكذا المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، المتعلقة بالحق في احترام الحياة الخاصة والأسرية، والفقرة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل، التي تنص على إيلاء الاعتبار الأول لمصلحة الطفل الفضلى.

غير أن محكمة النقض كان لها موقف آخر واستبعدت ما أثارته الأم مقررة بأنه: "يستنتج من مقتضيات المادة 13 في فقرتها الثانية من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 بأنه لا يمكن أن يشكل استثناء من الإرجاع الفوري للطفل إلا إذا ثبت وجود خطر جسيم، أو التواجد في وضع لا يطاق، وأنه طبقا للفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك التي تعد مقتضياتها ذات تطبيق مباشر أمام المحكمة الفرنسية، فإن الظروف يتعين تقديرها بشكل يعطي الأولوية لمصلحة الطفل الفضلى، والحال أن محكمة الاستئناف التي رفع أمامها النزاع قدرت بشكل مستقل بأنه لم يتم الإدلاء بأي وثيقة تفيد أن تعامل وسلوك الأب يشكل خطرا تجاه ابنته، بل بالعكس فإن هذا الأخير يوفر شروط عيش جيدة لها بالولايات المتحدة الأمريكية...مما يفيد أن مصلحة الطفلة الفضلى تم أخذها بعين الاعتبار من طرف محكمة الاستئناف"[59].

[59]- ومما ورد في هذا القرار، نذكر ما يلي:

"Mais attendu qu'il résulte de l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable ; qu'en vertu de l'article 3, 1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ==

ثانيا: اتفاقية لاهاي ل 19 أكتوبر1996، المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف،والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية،وإجراءات حماية الأطفال.

تعد هذه الاتفاقية[60] ثالث اتفاقية حديثة صادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، والتي تضم مجال تطبيق واسع مقارنة مع اتفاقية سنة 1980 المتعلقة بالاختطاف الدولي، ومع اتفاقية 1993 المتعلق بالتعاون في مادة التبني الدولي للأطفال، إذ أنها ترتكز على نطاق واسع من التدابير المدنية لحماية الأطفال، خاصة تلك المتعلقة باتخاذ قرارات تهم

==ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ;

Attendu que, sans avoir à répondre à un simple argument, la cour d'appel a souverainement relevé, après l'évocation des conditions de vie de l'enfant auprès de sa mère, qu'aucune attestation ne mettait en évidence une attitude dangereuse du père à l'égard de sa fille, que la preuve était établie qu'il n'était ni alcoolique, ni drogué, que l'état psychologique de l'enfant était satisfaisant, et que son père lui offrait, aux Etats-Unis, des conditions de vie favorables, avec l'assistance d'une personne diplômée d'une école d'infirmière ; qu'il résulte de ces énonciations que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération par la cour d'appel, qui en a déduit, sans encourir les griefs du moyen, qu'il convenait d'ordonner le retour immédiat de l'enfant, en application de la Convention de La Haye ;"

[60]- للتوسع أكثر حول هذه الاتفاقية، يستحسن الرجوع إلى:

-LAGARDE (Paul): « La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs», RCDIP, n 2, 1997, pp: 217-237.

الجاي (غزلان): " الروابط بين الآباء والأبناء في القانون الدولي الخاص المغربي، اتفاقية لاهاي لسنة 1996 الخاصة بحماية القاصرين"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، السنة الجامعية 2006-2007.

وتجدر الإشارة إلى أن المملكة المغربية تعد أول دولة توقع على هذه الاتفاقية، باعتبارها أول بلد إسلامي يوقع على اتفاقية متعددة الأطراف تتضمن قواعد محددة ذات صلة بالتعاون في مادة المسؤولية الأبوية، و حماية الأطفال.

وقد اعتبر البعض أن هذا الأمر يعتبر تطورا لافتا للنظر في المادة الأسرية في علاقة الدول الإسلامية بالدول الغربية، وأنه بهذه المصادقة تم "وضع جسر هام" بين القانون المستمد من الشريعة الإسلامية، والمبادئ القانونية الغربية.

راجع في هذا الانطباع:

-GOSSELAIN(Caroline): « Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et états de tradition islamique», Rapport de recherche pour le bureau permanent du HCCH, 2002, p: 19.

يمكن الاطلاع على هذا التقرير على الموقع الرسمي لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.

المسؤولية الأبوية وحق الاتصال، والتدابير العمومية لحماية الطفل، وكذا التمثيل القانوني لحماية أموال الطفل.

وأسست الاتفاقية مجموعة من الآليات المنتظمة،والتي تحدد السلطات المختصة من أجل اتخاذ التدابير المناسبة للحماية. هذه المساطر، التي تمنع احتمال أي نزاع، تمنح المسؤولية الأساسية لسلطات البلد الذي توجد به إقامة الطفل الاعتيادية، وتسمح أيضا لأي بلد يوجد به الطفل من اتخاذ تدابير حمائية وقائية أو استعجالية ضرورية.

كما أن الاتفاقية تحدد القانون المطبق، وتنص على الاعتراف وتنفيذ الإجراءات الحمائية في جميع الدول المتعاقدة. ومن جهة ثانية، فإن تدابير التعاون المنصوص عليها في الاتفاقية تمنح إطارا ملائما لتبادل المعلومات والتعاون الضروري بين السلطات الإدارية في مجال حماية الأطفال بين مختلف الدول المتعاقدة.

كما تمنح هذه الاتفاقية إطارا قانونيا لحل المشاكل المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة والاتصال، والتي يمكن أن تطرح عندما يقيم الوالدين المنفصلين في دول مختلفة.

وتسمح من جانب آخر بتجنب الإشكالات الناجمة عن اختصاص محاكم أكثر من دولة فيما يتعلق بالإجراءات الحمائية المتعلقة بالأطفال.

وبالنظر للشروط المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ، فإن هذه الاتفاقية عملت على إلغاء عرض المشاكل المتعلقة بالحضانة والاتصال من جديد أمام المحاكم، كما تضمنت إعطاء الأولوية للقرار الصادر عن سلطات الدولة المتواجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل.

وقد عملت هذه الاتفاقية على تعزيز اتفاقية 1980 المتعلقة باختطاف الأطفال، ويتجلى ذلك بتخويلها الدور الرئيسي لسلطات محل الإقامة الاعتيادية للأطفال، عندما تصدر تدابير حمائية ضرورية للطفل، ولأجل طويل الأمد.

كما تعزز كذلك فعالية أي تدبير حمائي مؤقت صادر عن القاضي الذي يأمر بإرجاع الطفل إلى البلد الذي انتقل منه، مع جعل هذه القرارات قابلة للتنفيذ في ذلك البلد إلى حين منح السلطات المختصة التدابير الحمائية المناسبة[61].

المطلب الثاني: الاتفاقيات الثنائية ودورها في حماية الطفل المختطف

لقد شكل موقف الدول ذات المرجعية الإسلامية من الانضمام لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 إحدى العوامل الأساسية التي دفعت بعض الدول الأوربية إلى الإقدام على تنظيم موضوع النقل غير المشروع للأطفال من خلال إبرامها لبعض الاتفاقيات الثنائية، خاصة مع دول شمال إفريقيا.

وقد كانت رغبة الدول الأوربية من وراء ذلك هو حماية حقوق الأطفال الناتجين عن علاقات الزواج المختلط بين زوجات أوروبيات وأزواج ينتمون لهذه الدول، من خلال إيجاد حلول للوضعيات الشائكة، حيث أبانت التجربة عن حالات نقل الأطفال من قبل الآباء لبلدانهم الأصلية بعد حدوث انفصال أو نزاع في بلدان الإقامة.

جانب من هذه الاتفاقيات شملت علاقة المملكة المغربية بكل من الجمهورية الفرنسية، والمملكة الإسبانية(الفقرة الأولى) في حين هم الجزء الآخر علاقات الجمهورية الفرنسية ببعض الدول العربية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاختطاف الدولي للأطفال من خلال العلاقات المغربية الأوربية

[61]- لقد دفع هذا الأمر بعض الفقه إلى الاستنتاج بأن فعالية اتفاقية 1980 لا تكتمل إلا بالنظر لما تضمنته اتفاقية سنة 1996.

راجع في هذا الشأن:

- **BUCHER (Andreas)** « La Famille en droit international privé» RCADI, 2000, Tome 283, p:174.

أمام تزايد حالات الزواج المغربية الأوربية، وما نجم عنها من إشكالات ذات صلة بممارسة حق الحضانة والزيارة، اقتنعت بلادنا وبعض الدول الأوربية بقدرة الحل الاتفاقي على تذويب الخلافات.

ومن أبرز الاتفاقيات التي عالجت مشكل النقل غير المشروع للأطفال عبر الدول، نجد الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981 (أولا)، ثم الاتفاقية المغربية الإسبانية لسنة 1997 (ثانيا).

أولا: الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981، المتعلقة بحالة الأشخاص، والأسرة، والتعاون القضائي.

لقد شكل الاختطاف الدولي للأطفال إحدى الدوافع الأساسية[62] التي أدت إلى إبرام الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981،[63] حيث كان هاجس الحكومة

---

[62]- حيث تجسد ذلك في إرادة الحكومة الفرنسية في إيجاد حلول للوضعيات الشائكة المترتبة عن مشكل حضانة الأولاد في الزواج المختلط.
راجع في هذا المعطى:

-MOULAY RCHID Abderrazak: « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans» RCADI, 1997, tome 268, p 216.

- DECROUX (Paul): « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», J.D.I, 1983, p : 54.

[63] - ظهير 1-83 -197 الصادر بتاريخ 14 نونبر1987،ج.ر ع 3910، 7 أكتوبر 1987، ص 300.
حول هذه الاتفاقية، راجع:

- MONEGER (Françoise) et ABIDA (Aouatif) : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», JCP, Fasc. 592, 3, 2017, pp : 1- 45.

-MONEGER (Françoise) : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», R.C.D.I.P. 1984, pp : 29- 69. Et, R.C.D.I.P. 1984, pp : 267- 288.

- DECROUX (Paul) : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», J.D.I, 1983, pp : 49- 101. **==**

الفرنسية في تلك الفترة هو إيجاد حلول للوضعية الواقعية الشائكة، والناجمة عن الحضانة في حالة الزواج المختلط، حيث كان يتم استغلال فترة الزيارة من طرف الآباء المغاربة المرتبطين بزوجات فرنسيات، ويتم نقل الطفل بعد ذلك إلى المغرب. مما نجمت عنه مآسي وصعوبات بالنسبة للأمهات الفرنسيات.

وسيرا على هدي اتفاقية لاهاي لسنة 1980 أحدثت آلية السلطات المركزية[64]، وأناطت بها مهمة البحث عن الأطفال الذين تم نقلهم بشكل غير مشروع بسبب النزاع حول الحضانة، وتقدم في هذا الصدد المعلومات المتعلقة بالحالة المادية والمعنوية للأطفال.

كما يقع على عاتقها عبء اتخاذ التدابير التي من شأنها المساعدة على التسليم الإرادي للأطفال[65]، أو إيجاد حلول حبية لمشاكلهم، كما تتخذ التدابير الضرورية لحمايتهم من الأخطار المحدقة بهم.

وتساهم هذه السلطات من جانب آخر باتخاذ التدابير التي من شأنها تسهيل ممارسة حق الزيارة والاتصال العابر للحدود.

==- MOULAY RCHID (Abderrazak) : «Les grandes lignes du D.I.P marocain en matière de statut personnel », R.D.E, n, 7, 1991, pp : 29-33.

- MOULAY RCHID (Abderrazak) : « Le D.I.P du Maroc indépendant en matière de statut personnel », In le statut personnel des musulmans -Droit compare et DIP-, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp: 164-169.

[64]- حيث تم تعيين وزارتي عدل البلدين بصفتهما سلطتين مركزيتين.

[65]- لقد تعرض مصطلح التسليم الإرادي لانتقاد لاذع من طرف الأستاذ بول دوكرو، حيث أشار إلى أن هذه العبارة تستعمل في مجال الأموال، وليس للإنسان، وأضاف أن لفظ التسليم غير دقيق، ولا يوضح كيفية الاحتفاظ بالطفل، والمدة الزمنية التي يمكن الاحتفاظ فيها به.

وقد أشار إلى أن الأمر بعدم إرجاع الطفل لا يتم إلا بتوفر شروط، تتمثل في انعدام الممارسة الفعلية لحق الحضانة، أو وجود خطر جسيم متعلق بصحته النفسية أو الجسدية.

انظر في هذا الرأي:

- DECROUX (Paul) : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», op.cit, pp : 81- 83.

وقد نص الفصل 22 من هذه الاتفاقية على أنه في حالة تعذر التسليم الإرادي للطفل، يتعين على السلطة المركزية أن ترفع في أقصر الآجال إلى السلطة القضائية المختصة، عن طريق النيابة العامة طلبا يهدف إلى البت في تسليم الطفل، وهو ما يعني التزام سلطتي البلدين على سلوك الإجراءات الاستعجالية بعد تلقيها للطلب .

وفي تطبيق لهذا المقتضى صدر قرار من طرف محكمة النقض (المجلس الأعلى) بتاريخ 2000/11/30،[66] حيث أثار الطاعن انعدام صفة النيابة العامة في رفع مثل هذه الدعاوى، غير أن المحكمة المذكورة اعتبرت أن صفة النيابة العامة ثابتة في إقامة دعوى المطالبة بتسليم الطفل لوالدته المقيمة بفرنسا، وذلك تطبيقا لمقتضيات الاتفاقية أعلاه. وأمرت تبعا لذلك بتسليم الطفل لحاضنته بصفة وقتية.

وفي موقف مخالف لما ذكر، رفضت نفس المحكمة في قرار لها صادر بتاريخ 10/15/ 2003[67] تسليم الأولاد إلى أمهم بفرنسا على اعتبار أن إسناد الحضانة للأم تم بناء على حكم فرنسي قضى بالفصل الجسماني بين الزوجين، وهو ما يتعارض مع النظام العام المغربي.

مضيفا أن استقرار الزوج بالمغرب مع أولاده، يجعل من الحكم القاضي بتسليم الأولاد إلى الزوجة المغربية المقيمة بالخارج اعتمادا على الفصل 25 من الاتفاقية خارقا لمقتضيات الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية.

---

[66]- قرار عدد 1158، ملف شرعي عدد 98/1/2/206. مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 62، ص: 63.

وإذا كان الهدف من خلال هذا المقتضى يرتبط بتجنيب الأطراف العراقيل التي قد تحد من اللجوء للقضاء، فإن تقديم هذا النوع من الطلبات عن طريق النيابة العامة يمكن أن يؤثر على دورها الحيادي، ويجعلها طرفا خصما في النزاع، كما يصعب عليها في هذه الحالة تفعيل دورها في حماية المصلحة الفضلى للطفل في بعض الحالات، خاصة إذا تبين لها أن هناك حالات قد ينتج عنها تعريض صحة أو سلامة الطفل للضرر إذا ما تم تسليمه، وهي إحدى الصور المنصوص عليها في الفصل 25 من نفس الاتفاقية.

ولعل هذا الأمر كان الباعث الأساسي لاختيار بعض الدول الأطراف في اتفاقية لاهاي 1980 نظام يعتمد على تقديم هذه الطلبات من المحامين سواء في إطار المساعدة القضائية أو بدونها. وهو ما يعطي للنيابة العامة مساحة أفضل في تفعيل أدوارها الأساسية في حماية الطفل.

[67]- قرار عدد 451، ملف شرعي عدد 2002/1/2/66. مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، ص: 91.

وفي قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 2015/11/17[68]، اعتبرت هذه الأخيرة أن وجود حكم قاض برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، لا أثر له على القرار القاضي بإرجاع الأولاد بناء على مقتضيات الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

"لكن حيث إنه بمقتضى الفصل 25 من الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية المؤرخة في 1981/8/10، فإن القاضي في الدولة التي نقل إليها الطفل أو احتفظ به فيها يأمر بتسليمه فورا بصفة مؤقتة إلى الحاضن، فتكون المحكمة لما ثبت لها أن مكان إقامة الطرفين الاعتيادي بفرنسا، وأن أولادهم يدرسون بها إلى أن نقلهم والدهم إلى المغرب، حيث استقر دون إذن والدتهم أو رضاها وقضت عليه بإعادتهم إلى مقر إقامتهم الاعتيادي لدى والدتهم كتدبير مؤقت ومستعجل قد طبقت من جهة الاتفاقية المذكورة التي أقرها ظهير 1986/11/14، ونص دستور المملكة لسنة 2011 في تصديره على سموها على التشريعات الوطنية، ولم تمس من جهة أخرى جوهر الحق في الحضانة. وبذلك فلن يكون للحكم القاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بالمغرب تأثير على القرار المنتقد، وتبقى الوسيلة على غير أساس".

والملاحظ من خلال حيثيات هذا القرار أن محكمة النقض كرست من جهة حماية المصلحة الفضلى للأطفال بإشارتها إلى متابعتهم للدراسة بمكان إقامتهم الاعتيادي قبل نقلهم بقرار فردي للأب إلى المغرب، وبتأكيدها من جهة أخرى على سمو الاتفاقية الثنائية على قانون الأسرة المغربي، والذي على أساسه صدر حكم الرجوع لبيت الزوجية، مستنتجة بأن هذا الحكم لا تأثير له على الحكم القاضي بإرجاع الأطفال لفرنسا.

[68]- قرار عدد 1/560، في الملف عدد 2015/1/2/384، غير منشور.

ولا شك أن هذا التوجه يكشف عن إلمام جيد لقضاة محكمة النقض بالهدف من المقتضيات الواردة في الاتفاقية في هذا الصدد، والتي تجعل من حماية مصالح الأطفال إحدى الأولويات الأساسية، كما تعكس إعمالا جيدا لمبدأ تراتبية المعايير، وذلك بإقرار سمو الاتفاقية على القانون الداخلي.

ومن جانبها اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 9 يوليوز 2002[69] بأن قرار محكمة الاستئناف لم يكن مؤسسا من الناحية القانونية عندما حدد الإقامة الرئيسية للأطفال بجانب أمهم في فرنسا، على اعتبار أن في ذلك مخالفة صريحة للفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، ومن تم لم يكن من حقها رفض طلب إرجاع الأبناء إلى المغرب، ما دام أن الأم هي من غادرت بيت الزوجية الموجود بالمغرب في اتجاه فرنسا.

وفي سياق آخر مرتبط بنطاق تطبيق هذه الاتفاقية من حيث الأشخاص أثير النقاش في أوساط الفقه الذي تناولها بالتحليل بخصوص ضابط الإسناد الذي يتعين اعتماده لتطبيق الكتاب الثالث منها، هل هو الإقامة الاعتيادية، أم الجنسية؟

---

[69]- انظر في هذا القرار والتعليق علي:

-Cour de cassation, 9juillet2002, RCDIP, n 3, , 2003, p : 466, note : Estelle Gallant.

ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

"Il résulte de l'article 25 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 que le juge de l'Etat où l'enfant a été déplacé doit ordonner, à titre conservatoire, la remise immédiate de l'enfant, sous réserve de deux exceptions ayant trait au caractère non effectif de la garde ou à l'existence d'un risque grave pour la santé et la sécurité de l'enfant.

Viole ce texte la cour d'appel qui rejette la demande formée par le procureur de la République tendant au retour immédiat des enfants au Maroc auprès de leur père, au motif que l'ordonnance de non-conciliation entre les époux, exécutoire par provision, a fixé leur résidence principale auprès de leur mère, alors que le comportement antérieur de celle-ci avait interrompu l'exercice du droit de garde dévolu au père, resté au Maroc, et que le déplacement des enfants en France était donc illicite".

وإذا كانت الاتفاقيات المتعددة الأطراف مثل اتفاقية لاهاي لسنة 1980، ونظام بروكسيل 2 مكرر لا تعير اهتماما لجنسية الأطراف، ولا لجنسية الطفل، بل تركز بالأساس على تغيير الإقامة الاعتيادية، بحيث يشترط لتفعيلها أن تكون للطفل إقامة اعتيادية بإحدى الدول الأطراف، وأن يتم نقله لدولة طرف هي الأخرى، فإن هذا المعيار يطرح إشكالا بالنسبة للاتفاقيات الثنائية، فمثلا لو تم نقل طفل إلى المغرب لأبوين ألمانيين مستقرين فوق التراب الفرنسي من طرف أحدهما، فهل يمكن للسلطات الفرنسية توجيه طلب بهذا الخصوص في هذه الصورة؟

لقد انقسمت الآراء بين مؤيد لاعتبار معيار الجنسية محددا لتطبيقها، وبين من انتصر للإقامة الاعتيادية للطفل كأساس لذلك.وإذا كانت الأستاذة "فرونسواز مونيجي" قد اعتبرت أن هذه الاتفاقية لا تطبق إلا إذا كان الأطراف من جنسية مغربية وفرنسية، وأن معيار الجنسية يعد حاسما لتطبيقها. فإن الأستاذ "بول دوكرو" قد خالفها في هذا الرأي حيث أشار إلى أنه إذا كان اعتماد معيار الجنسية مرتبطا بتطبيق المقتضيات العامة، والباب الأول والثاني من الاتفاقية المرتبط بالزواج والطلاق، فإن المقتضيات الواردة في الباب الثالث من الاتفاقية ذات الصلة بالحضانة وحق الزيارة لا يشترط فيها ذلك، بحيث تطبق الاتفاقية بغض النظر عن جنسية الأطراف، بشرط أن تكون القرارات المعنية صادرة عن المحاكم الفرنسية أو المغربية[70].

[70]- راجع بخصوص هذين الرأيين:

-MONEGER (Françoise) : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», R.C.D.I.P. 1984, p : 39.

-DECROUX (Paul) : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», J.D.I, 1983, p: 98.

وبخصوص موقف الاجتهاد القضائي من الموضوع انتصرت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2008/02/20[71] للرأي الأول معتبرة أن طلب تسليم البنتين لأمهما المقدم من النيابة العامة في إطار الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981 لا مجال لتفعيله طالما أن الأم برتغالية الجنسية، وتبقى مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية هي الواجبة التطبيق في النازلة.

وقد ارتبطت حيثيات هذا القرار بنزاع بين أم برتغالية الجنسية، والأب الذي يحمل الجنسية المغربية، وذلك بعدما قام هذا الأخير بنقل طفلتيها من فرنسا حيث كانت تعيش الأسرة إلى المغرب، وعلى إثر ذلك تقدمت الأم بطلبها عبر وزارة العدل الفرنسية، حيث تقدمت النيابة العامة -وفق ما تسمح به الاتفاقية-بعد ذلك بطلب أمام المحكمة لتسليم الطفلتين لأمهما طبقا للفصل 22 من الاتفاقية، علما أن علاقة الزواج ظلت مستمرة.

وإذا كان الموقف المعبر عنه في هذا القرار من طرف محكمة النقض قد ركز على عنصر الجنسية كمحدد لمجال تطبيق الاتفاقية، وأسس توجهه وفق ما سلف بيانه، فإن التدقيق في حيثياته يثير العديد من التساؤلات ترتبط أساسا بما ورد من كون أن الاتفاقية لا تطبق إلا على "رعايا الدولتين الموقعتين عليها". فهل الأمر يستوجب تحقق وحدة الجنسية بالنسبة لطرفي النزاع؟ أم يشترط توفر جنسية إحدى البلدين فقط بالنسبة

---

[71]- قرار صادر في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/299. أورده إبراهيم بحماني في مؤلفه التالي:
"العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة"، المجلد الثالث، حماية الأطفال وحقوقهم في الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى 2018، ص: 185- 187.
ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:
"لكن حيث إن مقتضيات الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي الموقع عليها بتاريخ 1981/08/10 لا تطبق إلا على رعايا الدولتين الموقعتين عليها ولا يوجد في بنودها ما يقضي بوجوب تطبيقها على رعايا دولة أجنبية، ولما كان الثابت في النازلة أن زوجة المطلوب في النقض "ب.أ" تحمل الجنسية البرتغالية، فإن مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية التي كانت سارية المفعول وقت صدور القرار المطعون فيه هي الواجبة التطبيق في النازلة، والمحكمة تكون قد طبقت القانون التطبيق الصحيح لما استبعدت الاتفاقية المذكورة، مما يجعل الوسيلتين بدون أساس".

للطالب في الدعوى؟ وترتيبا على ذلك كيف كان سيكون موقف قضاة محكمة النقض لو أن الطلب قدم من طرف الأب في هذا النزاع في حالة ما إذا كانت الأم هي من نقلت الطفلتين للمغرب؟

إن قراءة متمعنة في حيثيات القرار تغذي القناعة بأن مثل هذا الطلب يجب ألا يقبل ما دام أن الاتفاقية لا تطبق إلا على رعايا الدولتين الموقعتين على الاتفاقية، وأي توجه مخالف لذلك لا يمكن تفسيره إلا باعتباره انتصارا لنزعة وطنية في تفسير هذا النص.

إشكال آخر يثيره مضمون هذا القرار يرتبط بموقع جنسية الطفل في هذا النوع من النزاعات التي يعد محورها، ومحركها الأساسي. فالطفلتين في هذه القضية تحملان الجنسية المغربية لكون والدهما مغربيا، والطلب مؤطر وفقا لمقتضيات الباب الثالث من الاتفاقية التي تروم حماية حق الحضانة والزيارة، عبر آلية التسليم، التي تهدف في الأخير إلى حماية الطفل في محيطه الاجتماعي الذي ترعرع فيه وارتبط به قبل نقله أو احتجازه بشكل غير مشروع. وعلى الرغم من ذلك ركزت محكمة النقض على جنسية الأم الطالبة، وتجاهلت جنسية الطفلتين.

ولا شك أن مثل هذه الاعتبارات وغيرها هي التي شكلت دافعا أساسيا لتبني الاجتهاد القضائي الفرنسي لموقف مغاير لما سلف في الموضوع. ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 2007/05/22[72]، أعطت هذه الأخيرة تفسيرا لمجال تطبيق الكتاب

---

[72]- قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت رقم 06.10.892. راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-BOICHE (Alexandre) : «Une double illustration des dispositions de la convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs», AJ Famille, 2007, p: 356.

ومن غريب الصدف أن القاضية المقررة في هذا الملف كانت هي الأستاذة "فرانسواز مونيجي"، التي سبق لها أن تبنت موقفا مخالفا إبان تعليقها على الاتفاقية وفق ما سلف بيانه أعلاه !! فهل يشكل هذا الأمر تحولا في قناعاتها من الموضوع؟ أم أن اختلاف المواقع يفرض منطقا آخر تحتمه طبيعة بعض القضايا التي تحاصر فكر القاضي، وتدفعه للبحث عن العدالة من داخل النصوص الاتفاقية، وهو ما قد يغيب عن الفقيه القانوني.

الثالث من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981، مشيرة إلى أن مقتضيات هذا الباب المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة والنفقة لا تحيل بأي وجه على جنسية أي من الدولتين الموقعتين، وبالتالي فمعيار تطبيق الاتفاقية لا يتعين أن يرتكز على الجنسية كما هو الشأن بخصوص الباب الأول والثاني من نفس الاتفاقية، كما لا يمكن للجنسية أن تشكل قيدا على تفعيل بنودها.

وقد ارتبطت وقائع النزاع في هذا القرار بمواطن من جنسية إسبانية كان على علاقة زواج بمواطنة فرنسية، ويقطنان معا بالمغرب قبل أن تقرر محكمة الاستئناف بمدينة أكادير في قرار لها بتاريخ 28 فبراير 2004 الحكم بالتطليق، وبإسناد حضانة بنتهما للأم، مع إلزام هذه الأخيرة بالإقامة بنفس المدينة، ومنحت في المقابل للأب حق الزيارة. غير أن الأم قامت بمغادرة المغرب رفقة البنت واستقرت بمدينة مونبلييه، وتقدمت بدعوى تهم البت في السلطة الأبوية.

وبتاريخ 31 مارس 2004 أصدرت المحكمة الابتدائية بأكادير حكما بإسقاط الحضانة عن الأم لفائدة الأب، الذي بادر بعدها إلى تقديم طلب إرجاع الطفلة للمغرب وتسليمها له بناء على مقتضيات الفصل 25 من الاتفاقية المشار إليها أعلاه، وقد أثارت الأم في عريضة النقض عدم إمكانية تطبيق الاتفاقية في النزاع، ما دام أن الأب لا يحمل إحدى جنسيتي الدولتين الموقعتين على الاتفاقية، وإنما الجنسية الإسبانية. فما كان لمحكمة النقض إلا أن ردت هذا الدفع بعلة أن الباب الثالث من الاتفاقية موضوع النزاع، الذي يتضمن مقتضيات تتعلق بحضانة الأطفال والنفقة لا يتضمن أي إحالة على جنسية أي من الدولتين المعنيتين بالاتفاقية[73].

[73]- وهو ما أشارت له بالآتي ذكره:

«Mais attendu que le chapitre 3 de la Convention franco-marocaine de 1981 se référant à la Convention franco-marocaine de du 5 octobre 1957 d'aide mutuelle==

وإذا كان هذا التوجه يعد جديرا بالتأييد للاعتبارات السابقة التي سقناها، ولجوانب منهجية أخرى تتمثل في خلو الباب الثالث للاتفاقية من أي إحالة على الجنسية عند تفصيله لحق الحضانة والزيارة، حيث وردت لفظة طفل، وأطفال دون أدنى إشارة أو وصف لجنسيتهم، فإن التسليم بما سبق على إطلاقه قد يؤدي إلى نتائج تخالف فلسفة إبرام الاتفاقيات الثنائية من جهة، ورغبة موقعيها المعبر عنها في ديباجة الاتفاقية بالتذكير ب"أهمية العلاقات الشخصية والعائلية بين رعايا الدولتين"[74].

ونتيجة لذلك يبدو أنه إذا كان من المنطقي عدم التركيز على جنسية الطالب عند إعمال الباب الثالث من الاتفاقية، فإن الأمر مشروط من جهة بأن يكون إحدى طرفي العلاقة على الأقل منتسبا بجنسيته لإحدى البلدين الموقعين، ومن باب أولى الطفل الذي تحتل حمايته موقع القطب من الرحى في إعمال مقتضيات هذا الباب. كما يتعين من جهة أخرى أن يكون جوهر المنازعة مؤسسا على أحكام صادرة عن محاكم البلدين طرفي الاتفاقية.

وعموما فقد ساهمت هذه الاتفاقية في إيجاد مجموعة من الحلول لمواجهة مشكل نقل الأطفال في العلاقات المغربية الفرنسية.

ورغم ما قد يعتقد من أفول دورها بعد انضمام بلادنا سنة 2010 لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، فإن الأمر خلاف ذلك، حيث تتضمن بعض المميزات التي تجعلها ذات

==judiciaire, d'exequatur et d'extradition, contient des dispositions d'entraide judiciaire dans le domaine de la garde des enfants et des obligations alimentaires sans qu'il soit fait référence à la nationalité de l'un des Etats, de sorte que la cour d'appel a pu mettre en œuvre cette Convention en la cause ; que le moyen ne peut être accueilli ».

[74]- وهو ما أشير له بما يلي:
"...بعدما ثبتت لهما أهمية العلاقات الشخصية والعائلية بين رعايا الدولتين وحتمية المحافظة على المبادئ الأساسية للهوية الوطنية للأفراد".

أهمية في معالجة مشكل نقل الأطفال عبر الحدود، وتتمثل أساسا في اتساع نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص، مقارنة مع الاتفاقية سالفة الذكر، حيث تطبق على الأطفال أكثر من 16 سنة وفق ما تقرره الاتفاقية السابقة[75]، أي يمتد تطبيقها إلى غاية بلوغ سن الرشد المنصوص عليه في قانون البلدين الموقعين عليها، وهو 18 سنة، كما تتضمن استثناءات من عدم الإرجاع أقل أهمية، وغير محكومة بآجال معينة في تقديم الطلبات، والتي يكون لها تأثير على حظوظ الأمر بالإرجاع، كما في اتفاقية لاهاي لسنة 1980.[76]

ثانيا: الاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي، والاعتراف، وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة، وحق الزيارة، وإرجاع الأطفال.

بتاريخ 30 ماي 1997 وقعت المملكة المغربية والمملكة الإسبانية هذه الاتفاقية التي تكتسي أهمية بالغة، وذلك بالنظر للروابط التاريخية بين البلدين، وعوامل القرب الجغرافي بين البلدين، والذي كان من نتائجه استقرار جالية مهمة من المغاربة فوق التراب الإسباني.

وتعتبر هذه الاتفاقية ثاني اتفاقية توقعها بلادنا مع دولة أوربية من هذا النوع، وقد تم التنصيص في ديباجتها على حرص الدولتين على تدعيم علاقات التعاون من أجل ضمان حماية أفضل للأطفال، مع التذكير بأن مصلحتهم تفرض عدم نقلهم بصورة غير قانونية وإقرار علاقة هادئة ومنتظمة بينهم وبين أبويهم.

ومن أجل تحقيق هذا المبتغى كرست المادة الأولى مجموعة من المبادئ في هذا الإطار وتتجسد فيما يلي:

---

[76]- انظر في نفس السياق:

-MONEGER (Françoise) et **ABIDA (Aouatif)** : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», op.cit, p: 44.

أ- ضمان رجوع الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصفة غير قانونية في إحدى الدولتين المتعاقدتين؛

ب- الحصول على الاعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقدتين وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى؛

ج- تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين..".

وبدورها عملت على تعيين وزارتي عدل البلدين باعتبارهما سلطتين مركزيتين يعهد إليهما تطبيق الاتفاقية، إما بشكل مباشر أو عن طريق النيابة العامة، بالقيام بالبحث عن مكان تواجد الطفل، وتجنيبه مخاطر إضافية، وتقديم طلبات عن طريق القضاء الاستعجالي قصد الأمر بإرجاع الأطفال إلى مكان إقامتهم الاعتيادية...

وقد فصلت المادة الرابعة[77] في هذا الموضوع، والتي تعد انعكاسا للمادة 7 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 في هذا الأمر.

---

[77]- ورد في هذه المادة ما يلي:

1- توجه طلبات إرجاع الأطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصورة غير قانونية إلى السلطة المركزية التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد للطفل قبل نقله أو عدم إرجاعه. تقوم هذه السلطة بتوجيه الطلبات إلى السلطة المركزية للدولة الأخرى.

2- تتخذ السلطة المركزية مباشرة أو بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة أو تعمل على اتخاذ كل إجراء مناسب من أجل:

أ) تحديد المكان الذي نقل إليه الطفل بصورة غير قانونية؛

ب) تجنيب الطفل مخاطر جديدة وخاصة منها نقله إلى تراب بلد آخر؛

ج) تسهيل حل حبي، وضمان التسليم الإرادي للطفل وممارسة حق الزيارة؛

د) إعطاء معلومات حول وضعية الطفل؛

هـ) ضمان ترحيل الطفل؛

و) إعطاء معلومات حول تشريعات بلد الطفل والمتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية؛

ز) إقامة دعوى قضائية أو إدارية - عند الاقتضاء- بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة أمام المحكمة المختصة ترمي إلى إرجاع الطفل؛

ن) اتخاذ كل التدابير المؤقتة في جميع الأحوال، ولو كانت غير حضورية لتجنيب الطفل مخاطر جديدة أو لدرء الضرر عن الأطراف المعنية.

وفي سبيل تذليل الصعوبات ذات الصلة بالتطبيق العملي لهذه الاتفاقية، تم التنصيص على إحداث لجنة استشارية مختلطة مشتركة بين البلدين بموجب المادة الخامسة.

وعلى غرار جل الاتفاقيات ذات الصلة بالاختطاف الدولي، تم التأكيد على الرجوع الفوري للطفل المختطف، وفصلت المادة السابعة[78] في مفهوم النقل غير المشروع الذي يتعين على أساسه تحريك آلية الإرجاع.

وإلى جانب المبدأ القاضي بإرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادي كلما توفرت شروط إعمال مقتضيات الاتفاقية المذكورة، تضمنت هذه الأخيرة بعض الاستثناءات من خلال المادتين الثامنة والتاسعة، واللتين يمكن من خلالهما رفض طلب الإرجاع إذا توفر أحد المبررات الواردة فيهما، وتتجلى هذه المبررات عموما في:

أ) إذا كان الطفل من رعايا الدولة المطلوبة وحدها وكان أحد أبويه الذي يوجد معه يتوفر وحده على الولاية الشرعية عليه بحكم القانون الداخلي لهذه الدولة؛

ب) إذا تم الاحتجاج بمقرر قضائي قضى بالحضانة قبل نقل الطفل وكان يقبل التنفيذ فوق تراب الدولة المطلوبة.

---

[78]- ومما ورد في هذه المادة نذكر ما يلي:
يعتبر نقل طفل من تراب دولة متعاقدة (الدولة الطالبة) إلى تراب الدولة المتعاقدة الأخرى (الدولة المطلوبة) غير مشروع وتأمر السلطة القضائية عندئذ بإرجاعه فورا وذلك:
أ) إذا وقع النقل خرقا لمقرر قضائي صدر حضوريا وأصبح قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة وكان الطفل عند تقديم طلب الإرجاع :
- له محل إقامة اعتيادية فوق تراب هذه الدولة؛
- إذا كان الطفل وأبواه وقت النقل يحملون جنسية الدولة الطالبة وحدها.
ب) إذا وقع خرق لحق الحضانة الممنوح للأب وحده أو للأم وحدها بمقتضى قانون الدولة التي ينتمي إليها الحاضن أو الحاضنة؛
ج) إذا كان النقل مخالفا لاتفاق مبرم بين الطرفين المعنيين ومصادق عليه من طرف سلطة قضائية تابعة لإحدى الدولتين المتعاقدتين.

وبالإضافة لذلك وعلى غرار المادة 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، فإن اندماج الطفل في وسطه الجديد، قد يشكل أساسا لعدم إرجاعه وفق ما نصت عليه المادة 9 من الاتفاقية السابقة، إلا أن الملاحظ في هذا الصدد أن المدة التي وضعتها هذه المادة لافتراض حصول اندماج الطفل اقتصرت على ذكر مدة ستة أشهر، مختلفة بذلك عن تلك التي نصت عليها اتفاقية لاهاي، والمحددة في أجل سنة بين تاريخ نقل الطفل، أو الامتناع عن إرجاعه، وبين تاريخ البدء في الإجراءات القضائية أو الإدارية.

وسيرا على نفس المنوال الذي تبنته المادة 13 من اتفاقية لاهاي، أشارت المادة التاسعة من الاتفاقية أعلاه على إمكانية رفض الإرجاع أيضا إذا كان سيعرض الطفل لخطر جسدي أو نفساني أو سيجعله في وضعية لا تحتمل.

وإذا كانت الاتفاقية سالفة الذكر قد تضمنت حلولا جد متقدمة لمشكل النقل غير المشروع للأطفال، فإنها لم تسلم من الانتقادات، حيث وجه بعض الباحثين[79] مجموعة من المؤاخذات التي تحد من فاعليتها، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- غياب التناسق على مستوى القواعد المنظمة للإرجاع.

- ضعف تأطيرها لإجراءات الاعتراف بالقرارات القضائية وتنفيذها، خاصة في مادة الحضانة.

- قصورها عن حل الإشكالات التي تواجه تطبيقها بالنظر لاختلاف النظام القانوني لطرفيها.

---

[79]- للإحاطة بمختلف الانتقادات الموجهة لهذه الاتفاقية، راجع:

- أزرقان (عادل): " النقل غير المشروع للأطفال- دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص الاتفاقي (الاتفاقية المغربية الإسبانية نموذجا)"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، السنة الدراسية 2004-2005.

وبخصوص تعامل القضاء المغربي مع الاتفاقية المذكورة، نورد أمرا استعجاليا صدر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح بتاريخ 10 دجنبر 2013[80]، حيث تم التأكيد فيه على أن بلوغ البنت سبع سنوات من العمر، وعدم ثبوت اندماجها في محيطها الجديد يبرر تدخل قاضي المستعجلات، والأمر بإرجاعها إلى والدتها الحاضنة.

وفي أمر آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 2013/04/23[81]، اعتبرت هذه الأخيرة أن صفة النيابة في رفع الدعوى ثابتة بموجب المادة الرابعة من الاتفاقية المذكورة أعلاه، وأمرت تبعا لذلك بإرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية لثبوت وجود نقل غير مشروع وفقا لما حددته الاتفاقية، سيما وأن الطفل موضوع الإرجاع كان رفقة جدته بالمغرب، وليس أحد أبويه.

الفقرة الثانية: الاختطاف الدولي للأطفال من خلال العلاقات الأوربية العربية.

[80]- أمر رقم 320، في الملف رقم 2013/1101/290، غير منشور.

[81]- أمر رقم 343، في الملف رقم 2013/1/111، غير منشور.

ومما ورد في هذا الأمر نذكر ما يلي:

" وحيث إنه بخصوص دفع المدعى عليها بعدم قبول الطلب، فإن المادة الرابعة من الاتفاقية الثنائية الموقعة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بتاريخ 1997/05/30 تخول للنيابة العامة بالدولة المتعاقدة إقامة الدعوى القضائية أمام المحكمة المختصة قصد إرجاع الطفل الذي تم نقله إلى تراب البلد الآخر.

وحيث إن حيازة المدعى عليها لطفل مرحل بصفة غير قانونية يجعلها ذات صفة في الدعوى.

وحيث إن نقل الطفل إسماعيل من تراب دولة متعاقدة إلى التراب الوطني وقع خرقا لمقرر قضائي أصبح قابلا للتنفيذ فوق تراب الدولة الطالبة، و الذي خول للأب حق حضانته عملا بمقتضيات المادة 7 من الاتفاقية الثنائية المشار إليها أعلاه.

وحيث إنه بخصوص دفع المدعية بإجراء بحث اجتماعي قصد التحقق من استقرار الطفل في بيئته الجديدة من عدمه فقد استدلت النيابة العامة بما يفيد إجراء بحث اجتماعي خلص إلى تواجد الطفل في حيازة جدته المدعى عليها التي تكتري شقة رفقة ابنها .....

وحيث إنه بخصوص دفع المدعى عليها بإجراء معاينة لمدى استقرار الطفل في بيئته الجديدة من عدمه عملا بمقتضيات الاتفاقية الثنائية، فإنه دفع سيكون له محل لو تعلق الأمر بحيازة الطفل من طرف أحد الأبوين، و ليس المدعى عليها التي لا يمكنها الاستفادة من مقتضيات الاتفاقية الثنائية التي تتحدث عن الأبوين فقط، والبيئة المقصودة في الاتفاقية هي بيئة أحد الأبوين الحائز للطفل موضوع النزاع بخلاف نازلة الحال، ولا يكفي في ذلك فضاء البلد المرحل إليه،

وحيث لا يسعنا تأسيسا على ما سبق بيانه سوى الاستجابة للطلب".

سيرا على نهج التجربة المغربية الفرنسية من خلال الاتفاقية المومأ إليها أعلاه، أقدمت الجمهورية الفرنسية على إبرام اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول العربية خلال عقد الثمانينيات، والتي استمدت أساسها في مواجهة النقل غير المشروع للأطفال من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، واتفاقية لكسمبورك ل 20 ماي 1980.

وقد تجسدت الملامح المشتركة لهذه الاتفاقيات فيما يلي:

- اعتماد الإقامة الاعتيادية كضابط للإسناد فيما يتعلق بحماية الطفل؛
- اعتماد حق الزيارة بمثابة المقابل لحق الحضانة، والذين يتعين حمايتهما من قبل المؤسسات، وتعاون السلطات المركزية؛
- الإشارة إلى أن مصلحة الطفل تكمن في إعادته الفورية للوضعية التي كان عليها قبل النقل؛
- منح المساعدة القضائية بقوة القانون.

وقد تمثلت هذه الاتفاقيات في كل من الاتفاقية الفرنسية المصرية(أولا)، والاتفاقية الفرنسية التونسية (ثانيا)، والاتفاقية الفرنسية الجزائرية(ثالثا).

أولا: الاتفاقية الفرنسية المصرية ل 15 مارس1982[82]المتعلقة بالتعاون القضائي في المادة المدنية، والاجتماعية، والتجارية، والإدارية.

ارتبط الهدف الأساس من وراء هذه الاتفاقية بإحداث تعاون من أجل حماية الأطفال طيلة فترة الحضانة، غير أن نطاق الحماية المقررة بموجبها يعد ضيقا،[83] وذلك راجع بشكل أساسي لاختلاف مفهوم حق الحضانة بين النظامين الفرنسي والمصري.

وقد نصت بدورها هذه الاتفاقية على إحداث سلطات مركزية يعهد إليها بتفعيل مقتضياتها، وقد حددت مهامها الأساسية في البحث وتحديد مكان إقامة الأطفال الذين تم نقلهم، وإعطاء معلومات حول الوضعية المادية والمعنوية للأطفال، وحول التدابير الحمائية المتخذة لصالحهم، وتأمين ضمان تسليمهم بشكل حبي، والتعاون قصد ضمان ممارسة حق الزيارة لفائدة أحد الأبوين غير الحاضن.

واستلهاما من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، يقع على عاتق نفس السلطات بموجب هذه الاتفاقية، البدء أو التشجيع على فتح المساطر القضائية المستعجلة قصد الحصول على أمر بإرجاع الطفل، ولتحقيق هذه الغاية، يمكن سلوك المساطر الرامية إلى الاعتراف، أو تنفيذ القرارات المتعلقة بالحضانة[84].

وبجانب دور السلطات المركزية، أحدثت الاتفاقية فريق عمل مكلف بتيسير التطبيق العملي لمقتضياتها، وتعميق أواصر التعاون القضائي بين الدولتين.

---

[82]- نشرت في فرنسا بواسطة المرسوم رقم 83-654 الصادر في 8 يوليوز 1983، ج.ر ل 19 يوليوز 1983، ص: 2222.

[83]- حيث تم تحديدها في مصر أثناء فترة الحضانة، أو بمناسبتها، وفي فرنسا أثناء مدة الحضانة.

[84]- وهو ما نصت عليه المادة 8 من الاتفاقية.

وقد تميزت هذه الاتفاقية بتضمنها قاعدة للاختصاص غير مباشرة، وخاصة بالتذييل بالصيغة التنفيذية في مادة الحضانة، وقد نصت في هذا الصدد الفقرة الثامنة من المادة 26[85] بأن الاختصاص الدولي ينعقد لمحكمة الدولة التي أصدرت قرار الحضانة موضوع طلب الاعتراف، إذا كانت إقامة الأسرة، أو إقامة الوالد الذي يقطن معه الطفل، أو الأطفال القاصرين توجد فوق تراب الدولة السابقة.

وإذا كانت مسطرة التسليم القضائي للطفل تهدف في هذه الاتفاقية إلى تحقيق نفس مرامي اتفاقية لاهاي لسنة 1980، المتمثلة في إرجاع الحالة إلى الوضع السابق الذي كان يعيشه الطفل قبل نقله بشكل غير مشروع، فإنها تختلف عنها في حصر نطاقها في الحالات التي يكون فيها خرق لحق الحضانة الممنوح قضاء فقط[86].

---

[85]- نصت هذه المادة على ما يلي:

Article 26

Compétence indirecte

La juridiction de l'Etat d'origine, qui a rendu la décision dont la reconnaissance est demandée, est considérée comme compétente au sens de la présente Convention :

…

8°) Lorsque, en matière de garde d'enfants, la résidence de la famille ou la résidence du parent avec lequel habitent le ou les enfants mineurs se trouvait sur le territoire de l'Etat d'origine.

Lors de l'appréciation de la compétence territoriale du tribunal de l'Etat d'origine, l'autorité requise est liée par les constatations de fait sur lesquelles ce tribunal a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'une décision par défaut.

[86]- وهو ما نصت عليه المادة 37 منها وفق ما يلي:

Article 37

Remise de l'enfant

S'il y a eu déplacement de l'enfant en violation d'une décision judiciaire exécutoire rendue par le tribunal compétent sur la garde, au sens de l'alinéa 8 de l'article 26 de la présente Convention, l'autorité judiciaire de l'Etat de refuge ordonne à titre provisoire la remise en l'état de la situation antérieure au déplacement et le retour immédiat de l'enfant.

وبالتالي فإن اختصاص قاضي الدولة المطلوبة يعد ضيقا، إذ لا يمكنه إصدار أمر بالإرجاع إلا إذا كان قرار الحضانة قابلا للتنفيذ في الدولة الأصل التي كان يقيم فيها الطفل، وصادرا عن محكمة مكان إقامة الأسرة، أو الوالد الذي يعيش معه الطفل.

وبهذا المسلك تكون هذه الاتفاقية قد استثنت من مجالها الحالات التي يكون فيها مصدر حق الحضانة يرجع إلى نصوص القانون بشكل مباشر، أو اتفاق الأطراف.

وفي الحالة التي يتزامن فيها رفع دعوى تسليم الطفل مع وجود دعوى تهدف إلى تعديل في حق الحضانة، فإنه يتعين طبقا للفقرة الثانية من المادة 37 البت أولا في طلب تسليم الطفل، وهو ما ينسجم بشكل غير مباشر مع ما تضمنته المادة 16 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، التي تلزم سلطات الدول الأطراف بإيقاف البت في الجوانب المرتبطة بالحضانة إلى حين إصدار مقرر بعدم الإرجاع[87].

والهدف مما سبق، وكما سلف بيانه يتمثل في منع مرتكب فعل الاختطاف من شرعنة وضعيته بالحصول على سند يخوله حق الحضانة.

وفي سياق مرتبط بالمسطرة القضائية، فرضت المادة 36 من الاتفاقية، وعلى غرار ما هو مقرر في اتفاقية لاهاي على الدولتين المتعاقدتين البت على وجه الاستعجال في طلبات تسليم الأطفال، وفي حالة عدم البت داخل أجل ستة أسابيع من تاريخ تقديم

[87] - طبقا للمادة 16 من اتفاقية لاهاي فإن المنع يرتفع إذا ثبت أن شروط إعادة الطفل بموجب الاتفاقية غير متوفرة، أو إن لم يتم تقديم طلب بموجب الاتفاقية خلال فترة زمنية معقولة. وتتحقق الحالة الأولى، إما لكون النقل لا يعد غير مشروع، أو أن الطرف الآخر وافق على النقل، أو في حالة توفر إحدى الاستثناءات المبررة لعدم الإرجاع، أو في الحالة التي يتوصل فيها الطرفين إلى حل حبي. أما الحالة الثانية فتتحقق عندما لا يتم تقديم طلب لإرجاع الطفل داخل مدة زمنية معقولة. وإذا كانت المادة السابقة لم تحدد هذه المدة، فإن الاستئناس بالمادة 12 من نفس الاتفاقية يسعف في القول إن الأجل المعقول معناه أن لا يقل عن سنة ابتداء من تاريخ نقل الطفل.

راجع في هذا الصدد:

-**GALLANT (Estelle)**: « Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé», RCDIP, 2006, p : 131.

الطلب، فإنه يتعين على السلطة المركزية للدولة المطلوبة إخبار نظيرتها في الدولة الطالبة بأسباب التأخير.

وإذا كانت هذه الاتفاقية تعد من بين أهم الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين إحدى دول الشرق الأوسط، ودولة من أوربا الغربية، والتي تكتسي دلالة رمزية جد مهمة، تتجسد في تقديمها لنموذج يجسد إمكانية التعايش بين نظامين قانونيين مختلفين في مجال يعد انعكاسا للخصوصية الوطنية، ألا وهو ميدان الأسرة؛ فإن نجاحها - كما ذهب إلى ذلك البعض[88] - يعد محدودا، وذلك راجع بالأساس - بالإضافة لتضييق نطاق تطبيقها وفقا لما سلف بيانه- إلى توظيف مفهوم النظام العام كأحد أسباب رفض الاعتراف بالأحكام والأوامر الصادرة في إحدى البلدين[89]، والمؤسس على العقيدة، ومفهوم الأسرة الشرعية من جهة، وعلى قيم الفردانية والمساواة التي أصبحت في تنامي مطرد بالدول الغربية من جهة أخرى.

ثانيا: الاتفاقية الفرنسية التونسية ل 18 مارس 1982 المتعلقة بالتعاون القضائي في مادة حضانة الأطفال، وحق الزيارة، والالتزام بالنفقة.

تعد هذه الاتفاقية[90] بالإضافة إلى الاتفاقيتين اللتين أبرمتهما المملكة المغربية مع كل من فرنسا وإسبانيا الأقرب من حيث مقتضياتها إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وكذا اتفاقية لكسمبورك لنفس السنة.

---

[88]- راجع في هذا السياق:

- **GANNAGE (Pierre)**: Regards sur le droit international privé du pays du Proche-Orient», RIDC, 2000, N2, pp: 417- 427. Et s p: 421.

[89]- تمت الإشارة في المادة 25 من هذه الاتفاقية في معرض التنصيص على شروط الاعتراف بالأحكام والمقررات القضائية الصادرة عن
محاكم إحدى الدولتين على ضرورة عدم تضمن القرار ما يخالف النظام العام أو مصالح أخرى أساسية للدولة التي يراد الاعتراف به فوق ترابها، وهو ما تطرقت له الفقرة الخامسة من المادة المذكورة.

[90] - تمت المصادقة على هذه الاتفاقية في تونس بموجب القانون عدد 82/87 المؤرخ في 2 دجنبر 1982، الصادر في 7 دجنبر 1982، والمنشور بالرائد الرسمي عدد 78.

وبدورها عملت هذه الاتفاقية في مادة الحضانة وحق الزيارة على التأسيس لتعاون قضائي بين الدولتين الموقعتين، وقد ألقي بعبء تيسير هذا الأمر على السلطتين المركزيتين التي تم تعيينهما في الاتفاقية لهذا الغرض(وزارتي العدل بالبلدين)، حيث أنيطت بها نفس المهام التي سبق ذكرها أعلاه[91].

ولتذليل الصعوبات التي قد تعرقل تفعيل الاتفاقية على الوجه الأكمل، أحدثت المادة الثانية لجنة استشارية مختلطة تتكون من ممثلي وزارتي العدل والخارجية للبلدين، والتي تجتمع بشكل دوري للبت في الإشكالات العملية التي تعترض تطبيق الاتفاقية، واقتراح الحلول الملائمة لها.

وفيما يتعلق بالصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في مادة الحضانة وحق الزيارة، تضمنت الاتفاقية[92] مقتضيات شبيهة بتلك التي نصت عليها الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، وذلك بجعل تلك الأحكام موضوع تذييل بالصيغة التنفيذية في الدولة الأخرى إذا كانت قابلة للتنفيذ في الدولة التي صدرت عنها، وتستجيب للشروط التي وضعتها مقتضيات الفصل 15 من الاتفاقية التونسية الفرنسية ل 1972/06/28، والمتعلقة بالتعاون القضائي في المادة المدنية والتجارية وبالاعتراف بالأحكام القضائية وتنفيذها.

[91]- وهي المنصوص عليها في المادة 7 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والمادتين 3 و 5 من اتفاقية لكسمبورغ لسنة 1980، والتي تتمحور بالأساس حول نقطتين جوهريتين تتمثلان في التقديم المتبادل للمساعدة القضائية، والتعاون بخصوص ممارسة حق الحضانة و الزيارة فوق تراب الدولتين المعنيتين، هذا التعاون الذي يهدف إلى ضمان ممارسة الحقوق سالفة الذكر بشكل حر، بما يضمن مصلحة الطفل الفضلى.

[92]- انظر الفصل الرابع من الاتفاقية.

وخلافا للأحكام الواردة في اتفاقية 1972 ذات الصلة بشروط التذييل بالصيغة التنفيذية، اكتفت هذه الاتفاقية في مادة الحضانة وحق الزيارة بالإدلاء فقط بما يفيد كون الحكم قابلا للتنفيذ في الدولة التي صدر عنها.[93]

وعلى غرار ما تضمنته الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 1981من أحكام مرتبطة بالاختصاص القضائي غير المباشر في مادة الحضانة، أشارت الاتفاقية التونسية الفرنسية في مادتها العاشرة بدورها إلى أنه لا يحق لمحاكم إحدى الدولتين رفض تذييل حكم في هذا الصدد إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم المتعلق بالحضانة هي محكمة الإقامة الفعلية المشتركة للأبوين، أو محكمة إقامة أحد الأبوين الذي يعيش معه الطفل بصفة اعتيادية.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الإمكانية التي منحتها هذه الاتفاقية لمواطني البلدين، والمتمثلة في رفع الدعاوى المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة بواسطة النيابة العامة، بناء على طلب من السلطتين المركزيتين للدولتين، وقد ألزمت المادة التاسعة محاكم الدولتين بضرورة البت في هذا النوع من الطلبات على وجه الاستعجال، وألقت على عاتق السلطة المركزية للدولة المطلوبة إذا لم يقع إصدار حكم داخل أجل ستة أسابيع، إشعار الدولة الطالبة بالمرحلة التي وصلت إليها القضية.

وسيرا على نفس منوال اتفاقية لاهاي لسنة 1980 (المادة 13)، نظمت المادة 11 من هذه الاتفاقية دعوى إرجاع الطفل وتسليمه لمن له الحق فيه، هادفة من وراء ذلك إلى الحيلولة دون فرض أمر الواقع، وذلك بإرجاع الطفل لحاضنه من الأبوين، دون أن يمس هذا الأمر بجوهر حق الحضانة.

[93]- ويعد هذا الأمر مقبولا ومنسجما مع طبيعة هذه القضايا التي تتميز بطابع الاستعجال، حيث تكون غالبا مشفوعة بالنفاذ المعجل منذ صدور الحكم الابتدائي دونما حاجة لانتظار مآله.

وقد تم التنصيص في نفس السياق على استثنائين تضمنتهما اتفاقية لاهاي لسنة 1980، يمكن من خلالهما رفض الأمر بتسليم الطفل، ويتمثلان فيما يلي: عدم توفر شرط الممارسة الفعلية للحضانة من طرف طالب التسليم، أو أن يكون من شأن تسليم الطفل أن يعرض صحته أو سلامته للخطر.

ولم تغفل هذه الاتفاقية بدورها عن تنظيم حق الزيارة[94]، حيث أناطت بالسلطة المركزية عبر النيابة العامة مهمة رفع الدعاوى أمام المحاكم المختصة من أجل تذييل الحكم المتعلق بالزيارة بالصيغة التنفيذية في الدولة الأخرى، أو من أجل تحديد أو حماية حق الزيارة.

ثالثا: الاتفاقية الفرنسية الجزائرية ل 21 يونيو 1988 المتعلقة بالأطفال الناتجين عن انحلال الزواج المختلط في العلاقات الفرنسية الجزائرية.[95]

تمثل هذه الاتفاقية[96] الجيل الثاني من الاتفاقيات التي أبرمتها الجمهورية الفرنسية مع بعض الدول العربية، وتترجم بشكل أساسي الحاجة الماسة لإيجاد إطار قانوني بين الدولتين الموقعتين، واللتين تربطهما علاقات تاريخية وثقافية ممتدة في الزمن.

---

[94]- راجع المادة الثامنة من الاتفاقية.

[95]- تم تبني الاتفاقية في فرنسا من طرف الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ بواسطة القانون رقم 88-809 بتاريخ 12 يوليوز 1988، وتم نشرها بالجريدة الرسمية ل 19 غشت 1988 بموجب القرار رقم 88-879.
وتم نشرها بالجزائر بواسطة المرسوم رقم 88-144 الصادر بتاريخ 26 يوليوز 1988، ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 22 يوليوز 1988، رقم 30، ص 828.

[96]- راجع في شأن هذه الاتفاقية:

- **MONEGER (Françoise)**: « La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988», JDI, 1989, pp: 41- 62.

- **MEBROUKINE (Ali)**: « La convention algéro-française du 21 juin 1988relative aux enfants de couples mixtes séparés, le point de vue d'un algérien», RCDIP, 1991, pp: 1- 39.

- **MONIN-HERSANT (P), STURLESE (B)**: « L'entrée en vigueur de la convention franco-algériens du 21 juin 1988, un nouvel espoir pour les enfants déchirés», GAZ.PAL, 1988, 2, Doc, pp : 523-526.

وخلافا لما تم بسطه من اتفاقيات سابقة، فإن هذه الاتفاقية الأخيرة تعد نتاجا لأزمة بين البلدين[97]، وانعكاسا لمعطى واقعي يفيد كون أن أغلب علاقات الزواج المختلط الفرنسية الجزائرية، يكون فيها الأب جزائريا، والأم فرنسية، حيث يتم عموما منح حق الحضانة بعد انحلال العلاقة الزوجية للأم من طرف المحاكم الفرنسية.

ونتيجة لهذا الوضع يتم نقل الأطفال من طرف بعض الآباء للجزائر، وقطع صلاتهم مع والداتهم الفرنسيات، وبغية شرعنة وضعيتهم يتم اللجوء للقضاء الجزائري قصد استصدار حكم بالحضانة فرضا للأمر الواقع.

---

[97]- تعد هذه الاتفاقية وليدة للظروف الصعبة التي عاشها أطفال الزواج المختلط من أمهات فرنسيات وآباء جزائريين، وما صاحبها من دعاية إعلامية حول قضية الطفل "سليم معمري"، فبعدما تم السماح من قبل السلطات الجزائرية ل 44 طفل بزيارة أمهاتهم في فرنسا بمناسبة احتفالات نهاية السنة الميلادية، رفض الطفل المذكور ذي 17 عشر ربيعا آنذاك العودة بعد ذلك للجزائر، وأرسل قولته المشهورة: " أفضل الموت هنا على أن أعود للجزائر".

راجع في هذا السياق:

- Une convention franco-algérienne va régler le sort des enfants de couples mixtes séparés, In hommes et migrations, N, 1110, octobre 1988, pp: 23-26.

وعلى إثر ما سبق قامت خمس أمهات فرنسيات تم نقل أولادهن للجزائر، بمساندة "تحالف الجمعيات المتضامنة" باحتلال السفارة الفرنسية بالجزائر لعدة شهور، قصد الضغط على سلطات البلدين للمضي قدما في إيجاد حل لهذا الإشكال بإبرام اتفاقية في هذا الصدد، وفي ذات السياق عملت "جمعية أمهات الجزائر" في شهر مارس من سنة 1987 على تنظيم مسيرة نحو مدينة جنيف السويسرية، حيث استطاعت النساء المشاركات بسط معاناتهن في جلسة عمومية أمام لجنة حقوق الإنسان التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وقد توج هذا المسار بإبرام الاتفاقية المذكورة.

حول ما واكب هذه الحملة من تغطية إعلامية، انظر المقالات الصحفية المنشورة بجريدة لوموند الفرنسية التالية:

- BOIS (R): « Le drame des enfants retenus en Algérie. Divorce de deux justices», Le monde du 23 octobre 1985.

- CHOMBEAU (C): « L'occupation de l'ambassade de France, les mères séparées de leurs enfants réclament un procès qui garantisse leurs droits», Le monde du 20juin 1985.

- FORTIER (J): « Les retrouvailles entre les mères d'Alger et leurs enfants, querelle autour d'un toit », Le monde du 19 février 1987.

- VICHNIAC (I): « A la commission des droits de l'homme de l' ONU. La persévérance des mères d'Alger», Le monde des 15 et 16mars 1987.

وفي ظل هذا السياق، وأمام ضغط جمعيات المجتمع المدني والطبقة السياسية الفرنسية تم الاهتداء إلى إبرام هذه الاتفاقية كتتويج لخصوصية العلاقات الفرنسية الجزائرية، وتعبير عن الانتماء الثقافي المزدوج للطفل، وقد انعكس هذا الأمر من خلال تبني مقاربة تهدف إلى ضمان حق الطفل في التنقل بحرية بين مكان وجود موطنه، وبين أبويه المفترقين.

ولتحقيق هذا الهدف سعت الاتفاقية إلى ضمان نوع من التوازن في الحماية المقررة لصالح الأبوين، والتي تمت ترجمتها واقعيا من خلال تفعيل آليات خاصة، وجديدة بالمقارنة مع ما هو متعارف عليه في باقي الاتفاقيات المشابهة، تمثلت في إقرار قاعدة أحادية للاختصاص في مادة الحضانة، وقاعدة موضوعية تجعل من حق الزيارة مقابلا لازما لحق الحضانة[98]، حيث تم تبني ضمانات لكلا الأبوين في هذا الصدد.

وبدورها تضمنت هذه الاتفاقية بعض المقتضيات المستمدة من الاتفاقيات متعددة الأطراف التي سبق بسطها أعلاه، وذلك من خلال التطرق لمجال تدخل السلطات المركزية، والتي تضطلع بمهام التنسيق، وتحديد مكان تواجد الأطفال المنقولين، وتبادل المعلومات، ومنح المساعدة القضائية بقوة القانون، وإحداث لجنة مشتركة لتسهيل حل الإشكالات الناجمة عن تطبيق الاتفاقية.

---

[98]- ولتحقيق هذه الغاية اعتبرت المادة التاسعة من الاتفاقية بأن القرارات القضائية القابلة للتنفيذ، أو المذيلة بالصيغة التنفيذية حسب الحالة، تتضمن الإذن بالخروج من التراب الوطني، ولا شك أن هذا المقتضى يهدف بالأساس إلى تجنب تعطيل إرجاع الطفل إلى حاضنه من الأبوين، وذلك كما أشارت إليه الأستاذة "مونيجي" من خلال أنظمة إدارية، أو قواعد القانون الخاص التي تفرض مثلا موافقة الوالد الآخر عند كل سفر للطفل إلى الخارج".

راجع في هذا الصدد:

-MONEGER (Françoise): «La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens du 21 juin 1988», op.cit. p: 57.

وبالرغم من هذه الجوانب المشتركة، تميزت الاتفاقية بتفردها ببعض المقتضيات الخاصة التي ميزتها عن غيرها، خاصة فيما يتعلق بمجال تطبيقها، حيث اقتصرت على الأطفال الشرعيين الناتجين عن العلاقات الفرنسية الجزائرية، وذلك في حالة افتراق، أو طلاق الأبوين.

وبذلك فإن مجال تطبيق هذه الاتفاقية يعد ضيقا، حيث تم من جهة استبعاد فئة من الأطفال من مجال حمايتها، كالأطفال الناتجين عن علاقات خارج إطار الزوجية[99]، والأطفال المتبنين، والأطفال المتكفل بهم ، كما تم إخراج فئة الأطفال مزدوجي الجنسية من نطاق هذه الحماية.

---

[99]- وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 26 يناير 1994، حيث تم رفض طلب النقض المقدم من طرف أب جزائري يهدف إلى منحه حق زيارة وإيواء ولديه في الدعوى المقدمة ضد شريكته، حيث اعتبرت أن الاتفاقية لا تطبق في حالة كون الأطفال غير شرعيين. ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

« Mais attendu, d'abord, que la Convention franco-algérienne du 21 juin 1988, relative aux enfants issus de couples mixtes séparés franco-algériens concerne les seuls enfants légitimes, et se trouve donc sans application en la cause ; »

قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى تحت عدد 10838-92، منشور في نشرة 1994 رقم 31، ص: 23.

وقد سبق لمحكمة الدرجة الكبرى ب Dunkerque أن أقرت هذا الأمر في حكمها الصادر بتاريخ 20 يونيو 1989، وكذا الحكم الصادر بتاريخ 23 مارس 1990، وهو الحكم الذي نم تأييده بموجب القرار الصادر عن محكمة الاستئناف ب Douai بتاريخ 16 مارس 1992.

انظر في هذه الأحكام والتعليق عليها:

-MONEGER (Françoise): «note sous jugement de TGI Dunkerque, 20 juin 1989», JCP, 1989, II, 21379.

-CHOAIN (Christine): «Légitimation d'un enfant naturel dans le but de permettre à son père de nationalité algérienne d'exercer un droit de visite transfrontière en application de la convention franco-algériens du 21 juin 1988», Recueil Dalloz 1993, pp: 124- 126.

غير أن ما قد يثير الجدل في هذا الصدد، هو المقصود بعبارة "شرعيين" فهل المقصود بها فقط الحالات التي ينتج فيها الأطفال عن علاقة زواج بين الأبوين، أم أن الأمر يتعدى ذلك إلى الحالات التي تكون فيها ثابتة بالوسائل المقررة قانونا، كما في حالة الإقرار بالنسب الوارد في قانون الأسرة الجزائري؟

وفي ذات السياق لم تحدد هذه الاتفاقية أي سن معين للأطفال المشمولين بحمايتها، وذلك على غرار ما هو مقرر في باقي الاتفاقيات الثنائية الأخرى المبرمة بين الجمهورية الفرنسية وباقي الدول الأخرى التي تم الحديث عنها سابقا.

وعموما يمكن إجمال الآليات الخاصة التي تضمنتها هذه الاتفاقية فيما يلي:

-إقرار قاعدة أحادية للاختصاص القضائي في مادة الحضانة، وذلك بانعقاد الاختصاص لمحكمة مكان تواجد موطن الزوجية الذي يعتبر مكان عيش الأسرة.[100]

-اعتماد قاعدة موضوعية جديدة تتمثل في الربط الإلزامي بين حق الحضانة، وحق الزيارة العابر للحدود، وذلك بتنصيص الفقرة الثانية من المادة السادسة على ضرورة تضمن الحكم القضائي الصادر عن إحدى محاكم الدولتين المتعاقدتين، والذي بت في الحضانة، حق الطرف الآخر من الأبوين في الزيارة، بما فيها العابرة للحدود[101].

---

[100]- قد يثار في بعض الأحيان الإشكال بخصوص تحديد مفهوم مكان الحياة الزوجية المشتركة في حالة تعدد الأمكنة.

[101]- لقد شكل هذا المقتضى ترجمة لروح التوافق التي طبعت مقتضيات هذه الاتفاقية، حيث استبعدت الاتجاه الذي كرسه القضاء الفرنسي،
والذي تميز بالتشدد في منح حق الزيارة للأب المسلم، وتقييده بضرورة إقامته في حدود التراب الفرنسي، وإخبار السلطات الفرنسية بتواجده في فرنسا، وإيداع جواز سفره، وذلك تحت ذريعة الخوف من خطف الطفل، وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1982/02/03، في قضية تتعلق بأب مغربي وأم فرنسية، ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

« Mais attendu que seules étaient en discussion les modalités du droit de visite et d'hébergement reconnu au père;

qu'en estimant, par une appréciation souveraine de l'ensemble des éléments de la cause, sans présumer le refus par les autorités marocaines d'appliquer la convention du 5 novembre 1957, ni la mauvaise foi de m a., que si l'exercice du droit d'hébergement n'était pas limite au territoire français, il y aurait un risque sérieux, notamment en raison de l'absence de relation d'entraide judiciaire entre les deux états en matière de protection des mineurs, de voir le père soustraire définitivement l'enfant a la garde de la mère, laquelle en était titulaire en considération de l'intérêt exclusif du mineur, la cour d'appel, qui ne s'est pas uniquement fondée sur le sens et la portée de la loi étrangère, n'a fait qu'user du pouvoir dont elle dispose pour fixer, compte tenu des circonstances de la cause et en fonction du plus grand avantage de l'enfant, les modalités d'exercice de ce droit;… » ==

وقد أوجدت الفقرة الثالثة من نفس المادة استثناء وحيدا لهذه القاعدة حينما أعطت للقاضي في حالة وجود ظروف استثنائية من شأنها أن تجعل الصحة الجسدية أو النفسية للطفل في خطر، الإمكانية لملاءمة إجراءات حق الزيارة مع مصلحة الطفل[102].

== قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، تحت عدد 80-16027، انظر بخصوصه والتعليق عليه:

- CHATIN (M.L): « comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger : l'arrêt de la cour de cassation du 3 février 1982 », GAZ.PAL, 1982. P: 342.

وقد سبق لنفس المحكمة أن أسست لهذا التوجه في قرارها الصادر بتاريخ: 1972/01/12 عن الغرفة المدنية الثانية، منشور بالجريدة الرسمية لسنة 1972، رقم 8، الصفحة: 6.

وخلافا لهذا التوجه، وتكريسا لما ورد في الاتفاقية في هذا الصدد، ألغت محكمة النقض السابقة قرار محكمة الاستئناف بإكس أون بروفانس، الذي رفض منح الأب الجزائري حق زيارة عابر للحدود تطبيقا لما نصت عليه الاتفاقية المومأ إليها أعلاه، بعلة أن ما ورد في تعليل محكمة الاستئناف بكون أن تقدير مصلحة الطفل تفرض مثل هذا المنع، لوجود ظروف استثنائية قدرتها في وجود " اعتبارات متعلقة بصعوبات في الماضي"، لا ينبني على أساس قانوني سليم.

ومما ورد في هذا القرار الصادر بتاريخ 16 أبريل 1991 عن الغرفة المدنية الأولى (رقم 89-20284)، نذكر ما يلي:

« Vu l'article 6, alinéas 2 et 3, de la convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative aux enfants issus des couples mixtes séparés franco-algériens ;

Attendu, selon ce texte, que toute décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant doit attribuer un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent ; qu'en cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant, le juge adapte les modalités d'exercice de ce droit en conformité avec l'intérêt de l'enfant ;

Attendu qu'en accordant à M. X..., de nationalité algérienne, le droit de visite et d'hébergement pour ses deux enfants, nés en 1977 et 1979 et confiés à la garde de la mère de nationalité française, l'arrêt attaqué énonce que l'intérêt de ceux-ci exige qu'en " considération des difficultés passées ", il soit fait interdiction de toute sortie des enfants hors du territoire national sans le consentement formel de la mère ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans caractériser les circonstances exceptionnelles exigées par l'article 6 de la convention susvisée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision; »

قرار منشور بالجريدة ر لسنة 1991، رقم 136، ص: 91. راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

- MONEGER (Françoise): « note sous cass.civ I, 16 avril 1991 », D, 1992, p : 25.

[102]- اعتبر الأستاذ علي مبروكين أن إقرار هذا الاستثناء يتعارض مع المبدأ المكرس في الاتفاقية الذي يقر بحق الزيارة العابر للحدود فأخذ هذا الاستثناء بعين الاعتبار، قد يؤدي إلى حصر وتحديد حق الزيارة ترابيا، ولتلافي هذا التعارض يتعين تفسير الخطورة في الحدود التي تسمح بكونها ظاهرة بشكل جلي دون غيرها.

انظر في هذا الصدد: ==

- إقرار ضمانات لصاحب الحق في الحضانة من الأبوين تتمثل في: منح القاضي المختص طبقا للمادة 5 من الاتفاقية لحق زيارة عابر للحدود، وإمكانية متابعة الحاضن من الأبوين طبقا لمقتضيات القانون الجنائي المتعلقة بعدم تقديم طفل المنصوص عليها في تشريع البلدين، وذلك في حالة عدم احترامه لحق الزيارة، وتضمن الحكم المانح لحق الزيارة للموافقة على مغادرة التراب الوطني، بغض النظر عن القانون المطبق على الجوهر[103].

- الأخذ بعين الاعتبار حماية مصالح الحاضن من الأبوين في مواجهة التعسف الناتج عن استعمال حق الزيارة، وذلك بفضل وسائل خاصة تسمح بإعادة الطفل للطرف الحاضن في حالة عدم إرجاعه من قبل من يملك حق الزيارة بعد انتهاء المدة المحددة من طرف السلطة القضائية المختصة طبقا للمادة الخامسة من الاتفاقية، ففي هذه الحالة لا يمكن رفض الاعتراف بالتدابير القضائية القابلة للتنفيذ المتضمنة حق الزيارة فيما بين حدود بلديهما، ولا رفض تنفيذها الفوري[104]، وذلك بصرف النظر عن كل قرار أو دعوى قائمة تتعلق بحق الحضانة في الدولة التي نقل إليها الطفل.

==-MEBROUKINE (Ali): « La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés, le point de vue d'un algérien», op.cit, p: 23.

[103] - لقد اعتبرت الأستاذة لينا كاناجي أن تعميم هذا الحل بين الدول الأوربية والدول الإسلامية بتضمن الاتفاقيات الثنائية لمقتضيات تسمح بمنح حق الزيارة العابر للحدود لغير الحاضن من الأبوين تشكل إجراء مهما يمكنه أن يساهم في الحد من النقل غير المشروع للقاصرين، حيث إن عدم إمكانية الاتصال بشكل فعلي مع الطفل تعد مشجعا على ذلك.

انظر في هذا الصدد:

- GANNAGE (Lena) «Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures» RCADI, 2011, Tome 357, p: 413.

[104]- ألحت الاتفاقية على ضرورة تنفيذ الأحكام بمجرد صدورها، ولو بشكل مؤقت، رغم ممارسة أي طعن، وهي بمثابة رخصة لخروج الطفل من التراب الوطني، وليس هنا مجال لإخضاعها من حيث الرقابة القضائية للدفع بالنظام العام. وهو ما يحقق بدون شك فعالية وضمان أكبر لممارسة حق الحضانة، وحق الزيارة على حد سواء باعتبارهما جانبين متكاملين يهدفان إلى رعاية واحدة هي تحقيق مصلحة الطفل المادية والمعنوية.

ولا شك أن هذا المقتضى يعد مخالفا لما هو مقرر في الاتفاقية الموقعة بين البلدين بتاريخ 1964/08/27، والتي لا تعطي الحق في تنفيذ الحكم القاضي بالحضانة وحق الزيارة إلا إذا كان نهائيا، ويخضع لرقابة المحكمة المختصة التي تراعي مدى تعارضه مع مقتضيات النظام العام.

وبالإضافة لهذه التدابير يباشر وكيل الجمهورية المختص بمجرد تسلمه لشكاية الوالد الآخر المتابعات الجنائية ضد مرتكب فعل النقل، ويكون من حقه تسخير القوة العمومية قصد الإجبار على إرجاع الطفل بشكل فعلي إلى البلد الذي نقل منه[105].

والجدير بالذكر أن عمل وكلاء الجمهورية في البلدين في هذا الخصوص يعد عملا آليا، حيث لا يملكون سلطة الملاءمة في المتابعة القضائية وفقا لاختصاصهم الطبيعي الذي يمنح لهم مثل هذه السلطة.

ومهما يكن من أمر هذه التدابير التي شكلت ضمانات لتحقيق نوع من التوازن بين حق الحضانة، وحق الزيارة، فإن الاتفاقية لم تسلم من انتقاد بعض الفقه الجزائري[106] الذي اعتبر أنها "قائمة على فكرة تمييزية تعطي تفضيلا للأم الحاضنة التي هي في كل الأحوال من جنسية فرنسية، مقيمة مع محضونها في فرنسا في أغلب الأحيان، كما أنها استبعدت المبادئ العامة المستقرة في القانون الدولي وقانون الأسرة الجزائري المتعلقة بممارسة الحضانة"[107]...

---

[105]- وهو ما نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية وفق ما يلي:

« Tout refus opposé par le parent bénéficiaire du droit de garde à L'exercice effectif du droit de visite interne ou transfrontière accordé par décision judiciaire à L'autre parent expose aux poursuites pénales pour non-représentation d'enfants prévues et réprimées par les législations pénales des deux Etats.

Le Procureur de la République territorialement compétent saisi par L'autre parent engage sans délai des poursuites pénales contre l'auteur de l'infraction.»

[106]- كما أنها لم تسلم من انتقاد الفقه الفرنسي، حيث اعتبرت ذة/ "فرنسواز مونيجي" أن إرادة الدولتين المتعاقدتين في صياغة الاتفاقية في قالب بسيط لم تتحقق، لعدم دقة الصياغة، وذلك ما نتج قابلية عدة مواد فيها لتعدد التفسيرات، وعدم وضوح تعابيرها.

راجع في ذلك:

-**MONÉGER (Françoise)**: Les enlèvements internationaux d'enfants (ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents), JCP G 1992, I, 3605, p:356.

[107]- انظر في هذا الرأي:

- معوان (مصطفى): " الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية- الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، 2000، ص: 135 و 136.

مستنتجا أن المشرع الفرنسي قام ضمنيا بإدراج أحكام القانون الوضعي الفرنسي في الاتفاقية، "ما دام أنه لم يراع القواعد التي أخذ بها المشرع الجزائري في قانون الأسرة"[108].

وإذا كانت هذه الانتقادات على جانب من الصحة، فإنه لا يمكن التسليم بما سبق على إطلاقه، دون أخذ السياق التاريخي الذي أبرمت فيه الاتفاقية بعين الاعتبار من جهة، ودون فهم خصوصية الآليات الاتفاقية التي تهدف بالأساس إلى تجاوز بعض الخصوصيات التي تتضمنها القوانين الوطنية. سيما في علاقة الدول الإسلامية بالدول الأوربية، والتي يسمها التعارض والتنافر في بعض الأحيان.

المبحث الثاني: وسائل الحد من الاختطاف الدولي للأطفال

بهدف ضمان احترام حق الحضانة والزيارة باعتبارهما من أوكد الحقوق التي تسمح بتوفير حماية للطفل في النزاعات الأسرية العابرة للحدود، سعت المنظومة الدولية إلى تكريس جهودها بغية إيجاد الآليات الملائمة لتحقيق هذا الهدف.

وقد ترجمت تلك المساعي من جهة باتخاذ إجراءات عملية قانونية كفيلة بتحقيق الغايات المذكورة، وذلك من خلال تضمن الاتفاقيات المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال لمقتضيات متعددة ترنو توفير ضمانات لحماية حق الحضانة والزيارة (المطلب الأول)، وكذلك من خلال جعل المصلحة الفضلى للطفل مبدءا موجها لتدخل السلطات الإدارية والقضائية في الموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمانات ممارسة حق الحضانة والزيارة

باستقراء مختلف الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية منها، أو المتعددة الأطراف، نجدها وضعت عدة آليات قصد حماية كل من حق الحضانة والزيارة.

هذه الآليات تتجسد عموما من خلال دعوى إرجاع الطفل، وحماية حق الزيارة (الفقرة الأولى)، وإقرار نظام للاعتراف بالأحكام المرتبطة بحق الحضانة والزيارة، ومسطرة

---

[108]- **معوان (مصطفى):** " الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية- الفرنسية لعام 1988"، المرجع السابق، ص: 136.

مبسطة لتنفيذها(الفقرة الثانية)، واعتماد نظام المساعدة القضائية في هذا النوع من القضايا تيسيرا لمباشرة المساطر القضائية والإدارية(الفقرة الثالثة)، بالإضافة إلى الآليات المقررة في الاتفاقات القنصلية ودور اللجن الاستشارية المختلطة (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: حماية الطفل بين دعوى الإرجاع والحق في ديمومة اتصاله بوالديه

كيف يمكن تأمين حماية مصالح الطفل العليا في مجال الاختطاف الدولي للأطفال؟

إنها إحدى الأسئلة التي تلقي بظلالها في هذا الحقل القانوني الشائك، الذي يقارب فئة تحتاج إلى جهد كبير لفهم بنيتها النفسية والاجتماعية: إنهم الأطفال.

وفي سبيل بلورة رؤية قادرة على تحقيق الغاية المذكورة، ابتدع الفقه القانوني عدة آليات لمقاربة الموضوع، واستقرت جهود المنتظم الدولي على التركيز على ضرورة حماية الطفل في محيطه وبيئته الاجتماعية، وتجنيبه الأضرار الناجمة عن نقله عبر الحدود، وذلك من خلال آلية الإرجاع التي تروم إعادة الطفل في أسرع وقت إلى مكان إقامته الاعتيادية التي كان يقيم فيها قبل نقله.

بيد أن الغاية من حماية الطفل لن تكتمل إلا بالحفاظ على إقامة روابط دائمة ومستقرة ومباشرة بينه وبين والديه معا، وهو ما حتم البحث عن آليات أخرى لضمان ديمومة هذا الاتصال، كانت إحداها تنظيم حق الزيارة والاتصال العابر للحدود.[109]

ومن هذا المنطلق انبنت فلسفة دعوى الإرجاع على ضرورة إيجاد حل سريع لتفادي شرعنة الوضعية غير القانونية الناجمة عن نقل الطفل من مكان إقامته الاعتيادية، حيث يعمد مرتكب فعل الاختطاف-الذي يكون في الغالب صوب بلده الأصلي- إلى إقامة عنصر ارتباط مصطنع للاختصاص القضائي الدولي، وذلك باللجوء إلى محاكم الدولة

[109] - اعتبر الأستاذ **BARATTA** مصلحة الطفل الفضلى تفرض اتجاه الآباء حقا وواجبا في نفس الآن في إقامة علاقات مباشرة ومنتظمة مع أطفالهم. ==

التي نقل إليها للحصول على حق الحضانة، ومن هنا يمكن القول إن "فلسفة دعوى الإرجاع تقوم على منع مثل هؤلاء الآباء من خلق مثل هذا الامتياز القانوني".[110]

وبذلك تسعى دعوى الإرجاع إلى الحفاظ على الوضعية التي كان عليها الطفل قبل نقله، والتي حاول مرتكب فعل الاختطاف تغييرها بفرض الأمر الواقع، وضمان نوع من الاستقرار في حياة الطفل.

إنها تهدف كما ذهب إلى ذلك البعض[111] إلى "ضمان السلم الاجتماعي"، وذلك بإعادة إدماج الطفل ضحية التحايل أو العنف في وضعيته الأصلية.

ووفقا لهذا المنظور تختلف هذه الدعوى عن الدعوى المتعلقة بالبت في جوهر حق الحضانة، حيث تهدف فقط إلى تصحيح الوضع الذي حاول تغييره الشخص مرتكب فعل الاختطاف، بإعادته كما كان سابقا، وتستبعد كل نقاش متعلق بجوهر حق الحضانة.[112]

== انظر في هذا الأمر:

-BARATTA (Roberto) «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales» RCADI, 2010, Tome 348, p : 352.

-**STURLESE (B)**: « Autorité parentale, soustraction internationale des mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile, 1994, JCL, Dr. inter. Fasc 549, n 44.

[111]- راجع في ذلك:

-**CHATIN (M.L)**: « Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé», TCFDIP. 1981- 1982, p : 116.

[112] - في قرار لمحكمة الاستئناف بالجديدة صادر بتاريخ 2018/02/05 (تحت عدد 32، ملف رقم 17/1221/1020 غير منشور)، ردت هذه الأخيرة على الدفع المقدم من طرف المستأنفة بعدم اختصاص قاضي المستعجلات للبت في موضوع إرجاع الطفل، بكون شروط الاستعجال تتوفر في هذا النوع من النزاعات، ما دام أن الأمر يتعلق بضمان الاحترام الفعلي لحقوق الحضانة...، وليس حسما لنزاع ما أو إسناد للحضانة، ومما ورد في هذا الصدد نذكر ما يلي:

"... وحيث إنه بخصوص ما تمسكت به المستأنفة...غير جدير بالاعتبار، ذلك أن الثابت من وثائق الملف ومستنداته أن الأمر المستأنف تتوافر فيه شروط الاستعجال، ولم يمس جوهر النزاع المنصوص عليها في الفصلين 149 و 154 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن الأمر بإعادة الطفل لمكان إقامته الاعتيادية هو فقط ضمان للاحترام الفعلي لحقوق الحضانة والزيارة والاتصال، وليس حسما لنزاع ما، أو إسناد للحضانة لطرف دون الآخر من الزوجين...".

وعلى سبيل المقارنة، شبه الفقه دعوى الإرجاع بدعوى الاعتراف بالأحكام أو تذييلها بالصيغة التنفيذية، أو مثل دعوى الحيازة في مجال الحقوق العينية،[113] التي تهدف إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

وتكريسا للطبيعة القانونية لهذه الدعوى، نصت المادة 19 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ما يلي: "لا يؤثر أي قرار يتعلق بإعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية على الجوانب القانونية المرتبطة بالحق في الحضانة"، كما ورد في الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981 ما يلي: " لا يمس الأمر القاضي بإرجاع الطفل بجوهر حق الحضانة"، وقد تطرقت المادة العاشرة من الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 لهذا الأمر[114].

وحفاظا على الغاية التي من أجلها أحدثت هذه المسطرة، والتي تتأسس بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه على فكرة مفادها أن محاكم دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله هي المؤهلة والأفضل وضعا للبت في النزاع المرتبط بالحضانة، منعت جل الاتفاقيات ذات الصلة بالموضوع على السلطات القضائية أو الإدارية للدولة التي نقل إليها الطفل من البت في الجوانب المرتبطة بالحضانة، وتوجد في مقدمة هذه النصوص المادة 16 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، التي استثنت من هذا المنع الحالة التيبثبت من خلالها أن شروط إعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية غير متوفرة، أو إذا لم يتم تقديم طلب بموجب هذه الاتفاقية

---

[113]- وهو ما تم التعبير عنه بما يلي:

« En termes de comparaison, l'action en remise de l'enfant est à l'action en reconnaissance et exécution des décisions, ce que sont, dans le domaine des droits réels, les actions possessoires par rapport aux actions pétitoires sur le fond du droit de propriété ».

انظر في ذلك:

- **CHATIN (M.L)**: « Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé», op. cit, p : 116.

- **BATIFFOL (Henri)**: « La quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé », RCDIP, 1981, p : 233.

[114]- وقد نصت في هذا الصدد على الآتي: " إن الحكم الذي يأمر بالإرجاع الفوري للطفل لا يمس بجوهر حق الحضانة.

خلال فترة زمنية معقولة بعد تلقي مذكرة تفيد بنقل أو احتجاز طفل بشكل غير مشروع[115].

ورغبة في تحقيق مرامي هذا المقتضى، أشارت المادة 17 من نفس الاتفاقية[116] إلى عدم إمكانية التمسك بالقرار المتعلق بالحضانة، والذي تم إصداره أو الاعتراف به في الدولة

---

[115]- أبانت التجربة العملية لتطبيق الاتفاقية ببلادنا مع الأسف عن قصور كبير في فهم مغزى هذه المادة، وغالبا ما ووجهت ملتمسات النيابة المقدمة بغرض تفعيل إجراء إيقاف البت في الجوانب المرتبطة بالحضانة عند وجود دعوى سابقة تهدف إلى إرجاع الطفل بالرفض، في خرق واضح للاتفاقية، وبتعليل لا يستند على أساس سليم، وكنموذج لهذه الأحكام، القرار رقم 7039، الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 2017/12/19، في الملف عدد 2017/1609/3857 (غير منشور)، والذي كرس أولوية مدونة الأسرة في التطبيق في علاقتها مع اتفاقية لاهاي في انقلاب تام على المبدأ الدستوري القاضي بسمو الاتفاقيات الدولية، والمبادئ الدولية ذات الصلة بتراتبية المعايير، وحتى توجهات محكمة النقض في الموضوع، ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

" حيث تبين لهذه الغرفة بعد اطلاعها على أسباب الاستئنافين ووثائق الملف أن ما تمسك به كل مستأنف لا يستقيم ومعطيات القضية ذلك أن دعوى التطليق أقيمت بالمغرب، وأن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون الشخص المدعي، والبلد المختار إقامة الدعوى فيه.

وحيث إن مدونة الأسرة هي قانون خاص يطبق على المغاربة، وحتى على غير المغاربة ممن اختاروا اللجوء إليه وقبلوا به، وبما أن المستأنف (المدعى عليه)، ابتدائيا قد أجاب عن مقال الدعوى وناقش القضية فإن اختياره هذا يلزمه، وبالتالي فالدعوى التي يدعي إقامتها ببلد إقامته هو تبقى دعوى مكملة لما حكم به القضاء المغربي وينتظر نتيجتها.

وحيث إن المحكمة الابتدائية ناقشت القضية وفق القانون المنظم لقضايا الأسرة، وأسندت الحضانة وفق ما يقتضيه هذا القانون فبذلك تكون قد أسسته على أسس قانونية سليمة، ما دام أن القاعدة هو أسبقية تطبيق قانون الأسرة في البلد على كل قانون أجنبي ، ما دامت الدعوى مؤطرة وفق ما يقتضيه، واستنادا عليه فإن إسناد الحضانة للأم يعتبر في محله، وأنه لم يظهر لهذه المحكمة أي سبب من أسباب موجبات إسقاط الحضانة عليها، والتي هي محصورة قانونا، وبالتالي فأسباب الاستئنافين في هذا الشق من الدعوى غير مؤسسة ويتعين ردها".

وفي موقف أكثر غرابة مما ذكر، صدر أمر استعجالي عن المحكمة الابتدائية بالجديدة بتاريخ 2018/06/06 (أمر رقم 392، في الملف عدد 2018/366 غير منشور)، قضى في منطوقه بقيام صعوبة في تنفيذ الأمر الاستعجالي الصادر بتاريخ 2017/07/26 (تحت عدد 2017/315 غير منشور)، والقاضي بإعادة الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية بفرنسا (وهو الأمر الذي تم تأييده استئنافيا بموجب القرار الصادر عن استئنافية الجديدة تحت عدد 32، وتاريخ 2018/02/05، ملف عدد 2017/1221/1020 غير منشور). وذلك بعلة صدور حكم قضى بإسناد حضانة الإبن لوالدته بعد الحكم بتطليقها، علما أن هذا الحكم الأخير صدر لاحقا للأمر القاضي بالإرجاع (صدر بتاريخ 2018/01/29، تحت عدد 208، ملف رقم 17/1637، غير منشور)، ومما ورد في هذا الأمر نذكر ما يلي:

"حيث إن الطلب يرمي إلى التصريح بقيام صعوبة في تنفيذ الأمر الاستعجالي أعلاه لصدور حكم في الموضوع قضى بإسناد حضانة الإبن...لوالدته بعد الحكم بتطليقها من والده.

وحيث إن الظاهر من وثائق الملف أنه بناء على الشكاية التي تقدم بها المدعي صدر أمرا استعجاليا بتاريخ 2017/07/26، قضى بأمر المشتكى بها ... بإعادة الطفل... إلى محل إقامته الاعتيادية بفرنسا.

وحيث إن الأمر أعلاه بنى فيما قضى به كون الحضانة حق مشترك للأبوين أثناء قيام العلاقة الزوجية.

وحيث استصدرت المدعية بتاريخ 2018/01/29 حكما تحت عدد 208، ملف تطليق للشقاق عدد 17/1637 قضى بتطليقها من المدعى عليه وبإسناد حضانة الإبن...لها وهو الأمر الذي أصبح يشكل صعوبة في تنفيذ الأمر بتسليم الإبن بعد الحسم بمن له حق الحضانة عليه".

المقدم إليها الطلب كأساس لرفض إعادة الطفل، مكرسة بذلك أولوية دعوى الإرجاع على الحكم الذي قد يصدر بمنح الحضانة للمختطف بعد نقل الطفل من مكان إقامته الاعتيادية.

وإذا كانت دعوى الإرجاع إحدى أبرز الآليات التي أقرتها جل الاتفاقيات ذات الصلة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال، والتي راهنت عليها لمواجهة ظاهرة نقل الأطفال من مكان إقامتهم الاعتيادية، وإرجاعهم في أقصر الآجال حفاظا على مصلحتهم، وحماية لهم من الأضرار الناتجة عن ذلك؛ فإن تجليات حماية الطفل في هذا النوع من القضايا لن تكتمل إلا بضمان ديمومة اتصاله بكلا أبويه في حالة انفصالهما.

وقد شكل هذا المعطى الأخير هاجسا لدى أطراف المنظومة الدولية، وتلقفته قريحة واضعي بعد الاتفاقيات الدولية، فتجلت مقتضياته في تيسير حق الزيارة العابر للحدود تارة، وبإزالة العوائق المرتبطة بتنفيذ هذا الحق تارة أخرى.

وإذا كانت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 قد تضمنت التزاما عاما بتكريس هذا الأمر، بتنصيصها في الفقرة الثانية من المادة التاسعة على حق الطفل الذي يقيم والداه في دولتين مختلفتين في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكليهما، فقد حظي هذا الحق في الاتفاقيات المتخصصة بنوع من التفصيل.

وهكذا فقد أفردت المادة 21 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 مقتضيات تتعلق بحقوق الزيارة والاتصال،[117] ومنحت للأطراف إمكانية تقديم طلب اتخاذ الترتيبات اللازمة

---

[116]- وردت هذه المادة كالآتي:

"لا يعتبر القرار المتعلق بالحضانة والذي تم إصداره أو الاعتراف به في الدولة المقدم إليها الطلب أساسا لرفض إعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية، غير أنه يمكن للسلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب أن تأخذ بعين الاعتبار أسباب إصدار هذا القرار في تطبيقها لهذه الاتفاقية".

[117]- تنص هذه المادة على ما يلي:

"يمكن تقديم طلب اتخاذ الترتيبات اللازمة لتنظيم الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال أو ضمانها، وذلك لدى السلطات المركزية التابعة للدول المتعاقدة بنفس طريقة تقديم طلب إعادة الطفل.

تلتزم السلطات المركزية وفق واجبات التعاون المنصوص عليها في المادة السابعة، بتعزيز ممارسة حقوق الزيارة والاتصال في جو هادئ

وضمان توفير الشروط التي تستوجبها ممارسة هذه الحقوق، كما تتخذ الخطوات اللازمة –بقدر الإمكان- لإزالة كافة العقبات التي تقف في طريق ممارسة هذه الحقوق. ==

قصد الممارسة الفعلية لهذا الحق وفقا لنفس طريقة تقديم طلب الإرجاع، كما ألقت على عاتق السلطات المركزية مهمة تفعيل تلك الإجراءات.

وجدير بالذكر أن مضمون حق الزيارة والاتصال وفقا لنفس الاتفاقية يشمل كما نصت على ذلك المادة الثالثة، الحق في اصطحاب الطفل لفترة زمنية محدودة إلى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية، وهو ما يكرس بصورة مباشرة حق الزيارة العابر للحدود.

ومن جانبه منح النظام الأوربي "بروكسيل 2 مكرر" للحكم المتعلق بحق الزيارة والاتصال قوة الشيء المقضي به، والتي تجعله معترفا به فوق تراب الدول الأطراف دون تطلب أي إجراء آخر لجعله قابلا للتنفيذ، ومن دون شك فإن مقتضى مثل هذا يشجع على إقامة روابط دائمة ومنتظمة، ويجعل من ممارسة حق الزيارة داخل الفضاء الأوربي أمرا ميسرا.

وعلى المستوى الثنائي، تقدم الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ل 21 يونيو 1988 أفضل نموذج لتكريس الحق في الزيارة والاتصال العابر للحدود، حيث التزمت الدولتين الطرف بضمان الممارسة الفعلية لحق الزيارة سواء على المستوى الداخلي، أو العابر للحدود في حالة افتراق الأبوين.

وقد شددت المادة السادسة من هذه الاتفاقية -كما سلفت الإشارة لذلك- على ضرورة تضمن الحكم البات في الحضانة حقا مقابلا للطرف الآخر في الزيارة شاملا لإمكانية ممارستها خارج الحدود، وجعلت من تصرف أحد الأبوين المتمثل في رفض تمكين الطرف الآخر من ممارسة هذا الحق مدعاة لتحريك المتابعات الجنائية المتعلقة بعدم تقديم طفل.

وعموما، ومن خلال ما سبق بسطه، يمكن القول إن كلا من آلية الإرجاع، وضمان حق الزيارة والاتصال تشكلا معا إحدى الضمانات الأساسية للحد من الاختطاف الدولي

== تباشر السلطات المركزية أو تساعد في الإجراءات القضائية، سواء بصورة مباشرة أو عبر وسطاء، بهدف تنظيم هذه الحقوق أو حمايتها، وضمان احترام الشروط التي تستوجبها ممارسة هذه الحقوق".

للأطفال، وإن اختلفت نتائج كلا من الآليتين، فإذا كانت دعوى الإرجاع تهدف إلى معاقبة فعل النقل غير المشروع بإعادة الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية الأولى بشكل فوري، فإن ضمان ممارسة حق الزيارة العابر للحدود يشكل عاملا لتفادي نقل الطفل من أحد أبويه خارج الحدود، طالما أن حقوقه في الاتصال تبقى مضمونة بشكل منتظم ودائم.

الفقرة الثانية: اعتماد نظام الاعتراف بالأحكام ومسطرة مبسطة للتنفيذ

بغرض ضمان إرجاع الأطفال اللذين تم نقلهم بصفة غير مشروعة، وتأمين تنفيذ حق الزيارة على المستوى الدولي، تضمنت الاتفاقيات المبرمة على المستوى الثنائي والمتعدد الأطراف من جهة مقتضيات تسمح بالاعتراف بقوة القانون، ودونما حاجة لإجراءات مسطرية أخرى بالمقررات المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة، وكذا المتعلقة بإرجاع الأطفال، كما أفردت من جهة أخرى نظاما مبسطا للتذييل بالصيغة التنفيذية.

وفي ظل هذا السياق اعتبرت المادة السابعة[118] من اتفاقية لكسمبورك لسنة 1980 بأن القرارات المتعلقة بالحضانة الصادرة في إحدى الدول المتعاقدة يكون معترفا بها في الدولة المتعاقدة الأخرى، وإذا كانت نافذة في الدولة الصادرة عنها فإنها تكون بدورها قابلة للتنفيذ فوق تراب كل الدول المتعاقدة الأخرى[119].

وبشكل أكثر وضوح وتفصيل تطرق نظام بروكسيل 2 مكرر (رقم 2201/2003)، المتعلق بالاختصاص، والاعتراف، وتنفيذ القرارات الصادرة في المادة الأسرية، والمسؤولية

---

[118]- تنص هذه المادة على ما يلي:

"Les décisions relatives à la garde rendues dans un Etat contractant sont reconnues et, lorsqu'elles sont exécutoires dans l'Etat d'origine, elles sont mises à exécution dans tout autre Etat contractant".

[119]- تعد هذه المادة نتاج لتبني مفهوم الحقوق المكتسبة المستعمل في حقل القانون الدولي الخاص، والذي يشكل إجابة عن محاولة التوفيق بين المبدأ الدولي المتعلق بقابلية تطبيق القوانين خارج نطاقها الترابي، مع مبدأ الإقليمية، ودوغمائية مبدأ السيادة الوطنية، حيث اقترح الفقه الأنكلو أمريكي منذ القرن السابع عشر، مفهوم الحقوق المكتسبة باعتباره ضامنا لاستمرارية الوضعيات القانونية.

انظر في ذلك:

-FERRER-CORREIA (Antonio de Arruda) «Les problèmes de codification en droit international privé» RCADI, 1975, Tome 145, p: 180 et 181.

الأبوية للموضوع، حيث أفرد له الجزء الرابع من المحور الثالث، وخصه بنظام خاص للاعتراف والتنفيذ[120].

وقد ميزت مقتضيات هذا النظام بين القرارات المتعلقة بحق الزيارة، والقرارات التي تتضمن الأمر بإرجاع الطفل، وأقرت كمبدأ عام عدم لزوم سلوك أي مسطرة من أجل الاعتراف بتلك القرارات وتنفيذها داخل إحدى الدول الأعضاء مكان التنفيذ.

ويكفي للتسليم بهذا الأمر أن يكون القرار قابلا للتنفيذ في الدولة الصادر عنها، وأن يدلي طالب التنفيذ بنسخة من القرار، وشهادة من المحكمة الصادر عنها، حيث يصبح القرار قابلا للتنفيذ بعد ذلك ووفقا لنفس الشروط في الدولة العضو موضوع طلب التنفيذ، أو الدولة العضو مكان الإقامة الاعتيادية الجديدة للطفل المعني بالقرار، أو الدولة التي يتواجد بها الطفل.

---

[120]- تعود بواعث إقدام الدول الأوربية على تبني هذا الخيار في النظام المذكور إلى الرغبة في حماية الحقوق الشخصية للمواطنين الأوربيين، وتيسير تداول بعض الوضعيات القانونية الأسرية، واستمرار آثارها في الفضاء الأوربي.

للتوسع أكثر حول هذا الأمر، راجع:

-BARATTA (Roberto): «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales» RCADI, 2010, Tome 348, pp 312-328.

وقد تساءل الفقيه Paul Lagarde في الدروس التي ألقاها بأكاديمية لاهاي للقانون الدولي الخاص عن مدى اعتبار منهجية الاعتراف بمثابة مستقبل للقانون الدولي الخاص، وأرجأ أساس اعتماد هذه المنهجية - بعد أن استعرض مختلف المذاهب الفقهية في الموضوع- إلى الرغبة في ديمومة واستمرار الحالة الشخصية للأفراد، وبشكل أوضح الحاجة الاجتماعية لاستمرار واستقرار حالة الأشخاص، مشيرا إلى أنه من غير المقبول عدم الاعتراف بالوضعيات القانونية الناشئة بشكل مطابق للقانون في دولة أخرى، ومما أورده في هذا الصدد نذكر ما يلي:

« On peut estimer choquant que la situation juridique d'une personne, constituée dans un état, soit remise en question dans un autre état ou la même personne viendrait à s'établir ou tout simplement dans lequel elle aurait à se prévaloir de son statut, pour la seule raison que cette situation n'aurait pas été créée selon la loi désignée par le système de droit international privé de l'état de reconnaissance».

راجع في هذا الشأن:

-LAGARDE (Paul): «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé» RCADI, 2015, Tome 371, pp 11-42. et s, p: 26.

ولا يمكن الاعتراض بعد ذلك على الاعتراف بهذه القرارات أو تنفيذها إلا إذا كانت متعارضة مع قرارات قابلة للتنفيذ صدرت في وقت سابق من طرف محاكم الدولة المعنية.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 42 من النظام السابق حددت نطاق القرارات المتعلقة بإرجاع الأطفال، المعفية من إجراءات الاعتراف والتذييل، وحصرتها في تلك الصادرة عن محاكم الدولة العضو التي كانت توجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل مباشرة قبل نقله، ويستشف من هذا الأمر أن باقي القرارات التي قد تصدر في الموضوع عن محاكم الدولة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية الجديدة للطفل غير معنية بهذا الأمر، ومعفاة من هذه الإجراءات[121].

وبذلك يكون نظام "بروكسيل 2 مكرر" قد أعفى القرارات المتعلقة بالإرجاع أو حق الزيارة من أي مسطرة متعلقة بالاعتراف أو التنفيذ، وأخرجها من أي مراقبة لسلامتها من طرف محاكم الدول الأطراف، ليكرس بذلك تفردا، وخطوة أولى نحو إلغاء مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية.

ولا شك أن الباعث الأساسي لتبني نظام للاعتراف والتنفيذ مثل ما ذكر يكمن في مبدأ الثقة السائد بين الدول الأطراف،[122] والرغبة في تجاوز العراقيل التي تواجه القرارات المتعلقة بإرجاع الأطفال، والتي يعد عامل الزمن حاسما فيها بشكل كبير.

---

[121]- وقد انتقدت إحدى الباحثات هذا الأمر واعتبرته يقزم من نطاق تطبيق هذه الإجراءات التفضيلية. راجع في هذا الصدد:

-**KADIRI-IDOUMGHAR (Hajar)**: « Les enlèvements internationaux d'enfants : 25 ans après la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », thèse de droit, université de Metz, 2006, p : 142.

[122]- وهو ما تم التعبير عنه بشكل صريح في النقطة 21 من ديباجة هذا النظام، حيث ورد فيها أن الاعتراف بالقرارات الصادرة في إحدى الدول الأطراف وتنفيذها يتعين أن يكون من منطلق مبدأ الثقة المتبادلة، وبالمقابل يتعين تقليص أسباب عدم الاعتراف إلى حدوده الدنيا. وقد ورد في هذا الصدد ما يلي:

"La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un État membre devraient reposer sur le principe de la confiance mutuelle et les motifs de non-reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire".

وبالمقابل يعد تكريس القوة التداولية للأحكام الصادرة بالإرجاع دون قيود عاملا مهما وحاسما يساعد في ثني أي محاولة لنقل الأطفال داخل تراب باقي الدول الأوربية، طالما أن تلك الأحكام ستجد طريقها للتنفيذ بشكل يسير.

وإذا كانت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 لم تتطرق للموضوع -كما يبدو للوهلة الأولى- بشكل مباشر، فإن قراءة متأنية لمقتضياتها تبدي بما لا يدع مجالا للشك أنها أعطت للأحكام الأجنبية المتعلقة بالحضانة قوة نفاذ، وأولوية على الأحكام التي قد تصدر بعد ذلك عن محاكم الدولة التي نقل إليها الطفل في الموضوع[123].

والشاهد فيما ذكر هو اعتماد حق الحضانة الذي قد يكون ممنوحا قضائيا من طرف سلطات دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل قبل النقل، لتكييف النقل غير المشروع، وبمن تم اتخاذ الإجراءات الكفيلة بإرجاع الطفل، وذلك دونما حاجة للمطالبة بتذييل هذا الحكم حتى يتسنى ترتيب آثاره.

وقد كان هاجس ضمان إرجاع الطفل للحاضن أثناء تنفيذ الزيارة العابرة للحدود، وكذا إعطاء قوة تداولية للأحكام الصادرة في مادة الحضانة، وحق الزيارة حاضرا لدى موقعي بعض الاتفاقيات الثنائية ذات الصلة بميدان الأسرة عموما.

وتقدم الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ل 21 يونيو 1988 نموذجا بارزا في هذا الأمر، حيث أحدثت نظاما مبسطا للتنفيذ، هادفة من ورائه إلى تسهيل حركية الأطفال بكل حرية بين البلدين، بغية تنفيذ مقررات الزيارة والاتصال بآبائهم.

وقد ألزمت المادة الثامنة[124] من الاتفاقية المذكورة الدولتين الطرفين بضمان الإرجاع الفعلي للأطفال إلى الدولة التي نقلوا منها بمناسبة ممارسة حق الزيارة في الدولة الأخرى،

---

[123]- راجع في ذات السياق:

-LECUYER (Stanislas): « Appréciation critique du droit international privé conventionnel, pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales », LGDJ, 2007, p: 402.

[124]- نصت هذه المادة على ما يلي: ==

إذا لم يتم تسليمهم إلى حاضنيهم بعد انتهاء فترة الزيارة العابرة للحدود المحددة من طرف السلطة القضائية المختصة طبقا لأحكام المادة الخامسة من نفس الاتفاقية.

ورتبت على هذا الأمر ضرورة الاعتراف والتنفيذ الفوري للمقررات القضائية والتنفيذية حول حق الزيارة العابر للحدود، وعدم إمكانية رفضها بغض النظر عن وجود أي قرار صادر آخر، أو دعوى رائجة متعلقة بحضانة الطفل.

ومن خلال ما سبق يمكن القول إن هذا المقتضى ساهم بشكل كبير في تبسيط مسطرة التذييل[125]، وذلك بالتخفيف من شروط الصحة المتطلبة في الأحكام في هذه المسطرة، حيث تقتصر مراقبة المحكمة على ثلاث شروط فقط، تتمثل في: الطبيعة التنفيذية للقرار، والاختصاص غير المباشر للمحكمة المصدرة للحكم،[126] وتطبيق القاعدة المادية المنصوص عليها في المادة السادسة[127] من نفس الاتفاقية.

=="Les parties contractantes s'engagent à garantir à l'issue de la visite transfrontière le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti.

1° Lorsque à l'expiration de la période fixée par l'autorité judiciaire compétente au sens de l'article 5 pour la visite transfrontière, L'enfant ayant été emmené dans l'autre pays n'a pas été restitué à la personne qui en avait la garde, la reconnaissance et l'exécution immédiate des dispositions judiciaires exécutoires portant sur le droit de visite transfrontière ne peuvent être refusées et ce nonobstant toute décision rendue ou action exercée relativement à la garde de L'enfant.

2° Les dispositions du paragraphe Io du présent article sont applicables au cas où le déplacement de L'enfant s'est effectué en dehors des périodes fixées par l'autorité judiciaire compétente".

[125]- على الرغم من الإيجابية التي اتسمت بها هذه المقتضيات، فإن البعض اعتبر أنها غير عملية، وغير منسجمة، ذلك أن التسليم بقبول تذييل مقتضيات الحكم المتعلق بممارسة الزيارة العابرة للحدود، وبالتبعية رفض تذييل مقتضيات الحكم المتعلقة بالحضانة، يعد أمرا غير مقبول، وغير منطقي. راجع في هذا الرأي:

-BEN ACHOUR (Souhayma) : « Enfance disputée, les problèmes juridique relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines », centre de publication universitaire, Tunis, 2004, p: 304.

[126] - يتعين تقدير اختصاص المحكمة في هذا الصدد بالنظر لما نصت عليه المادة الخامسة من نفس الاتفاقية، والتي تمنح الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، والذي يعد مكانا للعيش الأسري المشترك.

[127]- والمتمثلة في ضرورة تضمن كل حكم بإسناد الحضانة لحق مواز لغير الحضانة بالزيارة خارج الحدود، وقد نصت هذه المادة في ذلك على ما يلي:

وفي ذات السياق اعتبرت المادة العاشرة من نفس الاتفاقية أن القرار المتعلق بالتذييل ينفذ بشكل فوري رغم ممارسة أي طريق من طرق الطعن.

ولم تخل الاتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف المملكة المغربية من مقتضيات تروم إحداث مسطرة مبسطة للتذييل فيما يتعلق بمادة الحضانة وحق الزيارة، وقد تمثلت عناصر هذا التبسيط في اعتماد قواعد للتنازع خاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي، والقانون المطبق.

وفي هذا الإطار نصت المادة 24 من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981 على عدم إمكانية رفض أو إقرار أو تنفيذ حكم في مادة الحضانة من قبل الدولتين الموقعتين، وذلك في الحالتين الآتيتين:

1- إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم هي محكمة الإقامة المشتركة الفعلية للأبوين، أو محكمة إقامة أحدهما الذي يعيش معه الطفل بصفة عادية.

2- إذا طبقت المحكمة في الحكم الصادر عنها:

أ- القانون الوطني في حالة انتماء الأبوين إلى جنسية واحدة؛

ب- قانون إقامة الأبوين المشتركة الفعلية أو قانون إقامة أحد الأبوين الذي يعيش معه الطفل بصفة عادية، وذلك إذا كانا ينتميان إلى جنسيتين مختلفتين.

ومن جانبها أقرت المادة 18 من نفس الاتفاقية فيما يتعلق بقوة الشيء المقضي به، أو بالتنفيذ المرتبط بأحكام صادرة في مادة الحضانة أو حق الزيارة الاكتفاء بالإدلاء بشهادة من

«Les parties contractantes s'engagent à garantir aux conjoints séparés l'exercice effectif du droit de visite interne et transfrontière.

Toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de L'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent.

En cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de L'enfant le juge adapte les modalités d'exercice de ce droit en conformité avec l'intérêt de L'enfant».

كتابة الضبط تثبت أن الحكم قابل للتنفيذ في الدولة التي صدر عنها[128]، وذلك خروجا عن الأحكام العامة المنظمة للموضوع.

ولا شك أن في إقرار هذه المقتضيات خروجا عن القواعد العامة المنظمة لآثار الأحكام المنصوص عليها في الاتفاقية الثنائية المبرمة بين البلدين بتاريخ 5 أكتوبر 1957.[129]

وبدورها حددت الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 الأسباب التي يمكن بموجبها للسلطات القضائية للدولة المطلوبة أن ترفض الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة، ومن بينها إذا كان المقرر القضائي متعارضا مع مقرر آخر يتعلق بالحضانة أو أصبح قابلا للتنفيذ في البلد المطلوب قبل نقل الطفل[130].

وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد ضيقت من نطاق شروط السلامة الدولية للأحكام الصادرة في البلدين، والمتعلقة بموضوع الحضانة وحق الزيارة، حيث لا يحق تبعا لذلك

---

[128]- تضمنت الفقرة الثالثة من المادة 16 من الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 مقتضى مشابها لهذا الأمر، حيث أوردت من بين المرفقات التي يتعين أن يتضمنها طلب الاعتراف بمقرر قضائي يتعلق بحق الحضانة، أو حق الزيارة أو بتنفيذهما " كل مستند من شأنه أن يثبت أن المقرر القضائي قابل للتنفيذ وفقا لقانون البلد الطالب".

[129]- اتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين.
الجريدة الرسمية (اللغة الرسمية)، عدد 2359، وتاريخ 10 يناير 1958، الصفحة: 49. ==
== وقد تم تنظيم الموضوع في الباب الثاني من هذه الاتفاقية، من الفصل 16 إلى الفصل 26.

[130]- تم التنصيص على هذه المقتضيات في المادة الحادية عشر من الاتفاقية، حيث ورد فيها ما يلي:
" لا يحق للسلطات القضائية للدولة المطلوبة أن ترفض الاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها فوق تراب الدولة الطالبة إن كانت قابلة للتنفيذ إلا لسبب من الأسباب التالية:
أ) إذا تعلق الأمر بمقرر قضائي صادر في غياب المدعى عليه أو ممثله القانوني ولم يتم في الوقت المناسب تبليغ أو تسليم المقال الافتتاحي للدعوى أو ما يماثله إلى المدعى عليه بصورة قانونية لتمكينه من الدفاع عن حقوقه،غير أن انعدام هذا التبليغ أو هذا التسليم لا يعتبر سببا لرفض الاعتراف أو التنفيذ إذا لم يتمكن المدعي في الدولة الطالبة من القيام بالتبليغ أو التسليم نظرا لكون المدعى عليه قد أخفى عنه مكان وجوده؛
ب) إذا تعلق الأمر بمقرر قضائي صدر في غياب المدعى عليه أو ممثله القانوني ولم تستمد السلطة التي أصدرته اختصاصها من محل الإقامة المعتاد المشترك لأبوي الطفل أو في حالة انعدامه من محل الإقامة المعتاد للمدعى عليه؛
ج) إذا كان المقرر القضائي متعارضا مع مقرر آخر يتعلق بالحضانة أو أصبح قابلا للتنفيذ في البلد المطلوب قبل نقل الطفل؛
د) إذا كان طلب الاعتراف وتنفيذ المقرر القضائي المتعلق بحق الحضانة قد قدم بعد مضي مدة ستة أشهر من تاريخ نقل الطفل وثبت أنه نظرا لتغير الظروف بما فيها مرور الزمن أن الطفل قد اندمج في وسطه الجديد بعد نقله لكن مع استثناء مجرد التغيير الذي طرأ على إقامته".

للسلطات القضائية بالبلدين رفض الاعتراف، أو التنفيذ بناء على أسباب أخرى لم يتم ذكرها في الاتفاقية.

وقد اختطت المادة 10 من هذه الاتفاقية منحى جد متقدم لما نصت في فقرتها الأولى على عدم لزوم الحصول على الاعتراف بأي مقرر قضائي في الدولة المطلوبة وتنفيذه فيها، وذلك عند مباشرة دعوى الإرجاع الفوري للطفل.

ولا يفوت التذكير في هذا المقام بالدور الهام الذي بلورته اتفاقية لاهاي لسنة 1996، حيث استحدثت شروطا جديدة متعلقة بالاعتراف والتنفيذ[131]، تقوم على إلغاء عرض القضايا ذات الارتباط بالحضانة والاتصال من جديد أمام محاكم الدول الأطراف، وضمان انسيابية القرارات المتعلقة بالتدابير الحمائية للأطفال، مع إعطاء الأولوية لتلك الصادرة عن سلطات الدول المتواجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للأطفال.

ووفقا للمادة 26 من هذه الاتفاقية فإن الدول الأطراف ملزمة بتطبيق مسطرة سريعة ومبسطة عند التصريح بالصيغة التنفيذية، كما منعت المادة 27 من نفس الاتفاقية على السلطات المختصة القيام بمراجعة جوهر الإجراءات المتخذة، والمتعلقة بحماية الأطفال عند بتها في طلبات التذييل.

الفقرة الثالثة: إقرار المساعدة القضائية

---

[131]- ميزت الاتفاقية بشكل واضح بين ثلاث حالات تتمثل في: الاعتراف، والتذييل بالصيغة التنفيذية، والتنفيذ الفعلي. حيث أقرت مبدأ الاعتراف بقوة القانون بالتدابير الحمائية المتعلقة بالطفل، وحددت بشكل حصري الحالات التي يمكن أن تبرر رفض الاعتراف، كعدم اختصاص سلطات الدولة المصدرة للقرار، والتعرض مع النظام العام، وخرق حقوق الدفاع المرتبط في هذا الصدد بعدم الاستماع للطفل، أو المساس بالمسؤولية الأبوية دون منح الحق في الاستماع للمعني بالأمر...وقد تمت الإحالة على نفس هذه المقتضيات الواردة في المادة 23 من الاتفاقية فيما يتعلق بأسباب رفض التذييل بالصيغة التنفيذية.

أما المادة 28 من نفس الاتفاقية فقد نصت على ضرورة تنفيذ الإجراءات المتخذة في إحدى الدول المتعاقدة، والتي صرح بقابليتها للتنفيذ، أو سجلت قصد التنفيذ في دولة متعاقدة أخرى كما لو اتخذت من طرف سلطات هذه الدولة، وأضافت أن هذه الإجراءات تنفذ وفقا للحدود المنصوص عليها في قانون الدولة المطلوبة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل.

انظر في هذا السياق:

-**LAGARDE (Paul)**: « La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs», RCDIP, n 2, 1997, p: 234-235.

بغية إزالة العراقيل المتعلقة بتحقيق أهداف الاتفاقيات المتعلقة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال، وتسهيل الولوج للعدالة على المستوى الدولي، اتجهت غالبية الاتفاقيات المذكورة إلى إقرار نظام للمساعدة القضائية، يقوم من جهة على إعفاء الأطراف من مصاريف التقاضي في هذا النوع من النزاعات، ومن جهة أخرى على إمكانية تقديم الدعاوى ومتابعتها وتنفيذها من طرف السلطات المركزية المعينة، والتي يقع على عاتقها تفعيل الاتفاقيات المذكورة.

وغني عن البيان أن الهدف من وراء ما سلف يكمن في وعي المنظومة الدولية بأعباء التقاضي في مثل هذه النزاعات، والتي تفرض تنقل الأشخاص، واستقرارهم لمدة غير يسيرة في بعض الأحيان بالدولة التي نقل إليها الطفل، وهو ما قد يشكل مثبطا يحول دون تحقيق المصالح الفضلى للطفل.

ومن هذا المنطلق أقرت الاتفاقيات الدولية هذا الحق، وفرضت على الدول الأطراف تيسير الولوج للعدالة وفقا للشروط المعمول بها داخليا، وهكذا فبعد أن نصت المادة 22 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 في هذا الصدد على أنه: "لا يَلزَم تقديم أي ضمان أو كفالة أو تأمين كيفما كان، لضمان سداد تكلفة ومصاريف الإجراءات القضائية أو الإدارية التي تدخل في مجال هذه الاتفاقية"، أتت المادة 25 من نفس الاتفاقية[132] لتكرس مبدأ المساعدة القضائية بشكل مباشر، إذ خولت لمواطني الدول المتعاقدة والأشخاص المقيمين

---

[132]- نصت هذه المادة على ما يلي:

"يحق لمواطني الدول المتعاقدة والأشخاص المقيمين بهذه الدول بصفة اعتيادية، فيما يتعلق بتطبيق هذه الاتفاقية، الاستفادة من المساعدة القضائية والاستشارة القانونية في أي دولة متعاقدة أخرى بنفس الشروط التي تطبق على مواطني هذه الدولة المقيمين بها بصفة اعتيادية".

وقد ألزمت المادة 26 من نفس الاتفاقية على السلطات المركزية للدول المتعاقدة تحمل مصاريف الاتفاقية، إذ ورد في فقرتها الأولى والثانية ما يلي:

"تتحمل كل سلطة مركزية مصاريفها في تطبيق هذه الاتفاقية.

لا تفرض السلطات المركزية وأي مصالح عمومية أخرى تابعة للدول المتعاقدة أي رسوم على الطلبات المقدمة بموجب هذه الاتفاقية. كما لا يحق لها بصفة خاصة مطالبة مقدم الطلب بسداد أي أتعاب أو مصاريف تتعلق بالإجراءات أو التي تترتب عن الاستعانة بالمحامين والمستشارين القانونيين، إلا أنه يحق لها المطالبة بسداد المصاريف المترتبة أو التي ستترتب عن تنفيذ عملية إعادة الطفل".

بهذه الدول بصفة اعتيادية، الحق في الاستفادة من المساعدة القضائية والاستشارة القانونية في أي دولة متعاقدة أخرى بنفس الشروط التي تطبق على مواطني هذه الدولة المقيمين بها بصفة اعتيادية فيما يتعلق بتطبيق هذه الاتفاقية[133].

وقد تضمن نظام بروكسيل "2 مكرر" مقتضيات مماثلة لما ذكر، فبعد أن أقرت المادة 50 من النظام المذكور[134] مبدأ المساعدة القضائية المتمثل في تقديم المساعدة القضائية بشكل كلي أو جزئي، أو الإعفاء من المصاريف والنفقات، بخصوص مباشرة المساطر المنصوص عليها في بعض مواد الاتفاقية، ذات الارتباط بالاعتراف وتنفيذ المقررات المتعلقة بالحضانة، ومسطرة إرجاع الأطفال وممارسة حق الزيارة وشروط تطبيقها؛ تطرقت المادة 51 من نفس النظام لمسألة الإعفاء من إيداع أي ضمانة أو كفالة فيما يتعلق بتنفيذ القرارات وفقا لشروط حددتها المادة السابقة[135].

---

[133]- إذا كان إقرار مبدأ المساعدة القضائية من بين إحدى عوامل نجاح هذه الاتفاقية، فإن منح الدول الأطراف إمكانية التحفظ بموجب الفقرة الثالثة من المادة 26 على هذا المقتضى، والتصريح بعدم تحملها المصاريف المترتبة عن الإجراءات القضائية أو الاستعانة بالمحامين أو المستشارين القانونيين شكل مع == == كامل الأسف- ومن خلال التجربة العملية- إحدى الثغرات التي تحد من فعالية هذا النظام، حيث غالبا ما تتم معالجة الملفات ذات الارتباط بالإرجاع أو ممارسة حق الزيارة في الدول التي تحفظت بنوع من البطء، وعدم الجدية كإحالتها على محامين قليلي الخبرة، أو على ما يسمى ب "المصحات القانونية".

[134]- ورد في هذه المادة ما يلي:

« Assistance judiciaire

Le requérant qui, dans l'État membre d'origine, a bénéficié en tout ou en partie de l'assistance judiciaire ou d'une exemption de frais et dépens bénéficie, dans la procédure prévue aux articles 21, 28, 41, 42 et 48, de l'assistance la plus favorable ou de l'exemption la plus large prévue par le droit de l'État membre d'exécution ».

[135]- وقد حددت هذه الشروط وفق ما يلي:

«Caution, dépôt

Aucune caution ni aucun dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peuvent être imposés à la partie qui demande l'exécution dans un État membre d'une décision rendue dans un autre État membre en raison:

a) du défaut de résidence habituelle dans l'État membre requis; ou

b) soit de sa qualité d'étranger, soit, lorsque l'exécution est demandée au Royaume-Uni ou en Irlande, du défaut de "domicile" dans l'un de ces États membres».

وفي ذات السياق نصت الفقرة الأولى من المادة 38 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على تحمل السلطات المركزية والسلطات العمومية الأخرى للدولة المتعاقدة المصاريف المترتبة عن تطبيق مقتضيات الاتفاقية المرتبطة بالتعاون بين السلطات، دون الإخلال بإمكانية المطالبة بمصاريف معقولة وموازية للخدمات المقدمة من طرفها.

وعلى مستوى الاتفاقيات الثنائية ذات الارتباط بالموضوع أقرت المادة السادسة من الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 عدم إمكانية فرض أي أداء من أجل الإجراءات المتخذة بالبلد المطلوب بما فيها صوائر ومصاريف الدعوى، كما كرست مجانية الإجراءات، وضمان المساعدة القضائية وفقا للقوانين الجاري بها العمل في البلدين، كما نصت المادة 20 من نفس الاتفاقية على عدم جواز فرض الدولة المطلوبة أي ضمانة على طالب تنفيذ مقرر قضائي في الدولة الطالبة بدعوى أنه أجنبي، أو أنه لا يتوفر على موطن، أو محل إقامة في الدولة المطلوبة.

وإذا كان تأمين الحق في المساعدة القضائية ضمن بنود الاتفاقيات المذكورة أمرا محمودا، فإن فعالية تلك الاتفاقيات في تسهيل الولوج إلى العدالة في هذا النوع الشائك من القضايا ارتبط بشكل كبير في آلية السلطات المركزية، التي تتحمل عبء تفعيل مقتضياتها.

وفي سبيل تحقيق ما ذكر، ألزمت جل الاتفاقيات المرتبطة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال الدول الأطراف بضرورة تعيين سلطة مركزية يعهد إليها بالسهر على حسن تطبيق وتتبع بنودها، بما يحقق المصالح الفضلى للأطفال.

وإلى جانب المهام التي تطلع بها هذه السلطات -والتي سبق تفصيلها- فإن تدخلها يكون مجانيا، ودون أي مقابل.[136]

[136]- نص الفصل السادس عشر(الفقرة الثانية) من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981 على أن تدخل السلطة المركزية يكون مجانا.

ولا شك أن إقرار هذا الأمر كان له وقع مباشر على حسن تفعيل تلك الاتفاقيات للدرجة التي تسمح بالتسليم بأن أحد أبرز عوامل نجاحها يرتبط بشكل كبير بالأدوار الطلائعية التي تقدمها على المستوى العملي.

ومن هذا المنطلق فإن مداخل تجويد عمل المنظومة الدولية في مكافحة الاختطاف الدولي للأطفال تنبثق من الاهتمام بهذه السلطات، ودعم قدراتها وكفاءة العاملين بها.[137]

الفقرة الرابعة: دور الاتفاقات القنصلية واللجن الاستشارية المختلطة

إلى جانب الدور الأساسي الذي تلعبه الاتفاقيات الدولية ذات الصلة المباشرة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال، والتي تشكل أرضية بارزة تمكن الدول الأطراف من إطار قانوني للتصدي للظاهرة، فإن هناك اتفاقيات من نوع خاص لا تقل أهمية عما ذكر، حيث تشكل رافدا إضافيا يسمح للدول والهيئات بالتدخل في هذا الموضوع الشائك. وتتجلى في: الاتفاقات القنصلية، وكذا الاتفاقات المحدثة للجن الاستشارية المختلطة.

وتزداد أهمية دور الاتفاقات المذكورة في حالة غياب وجود اتفاقية تجمع الدول المعنية بالموضوع، إذ تقدم بديلا لتسوية حالات الاختطاف التي تتم فوق تراب إحداها.

وإذا كانت الاتفاقيات الثنائية المتخصصة تستمد أساسها في الغالب من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، أو اتفاقية لكسمبورج لسنة 1980، فإن هذا النوع من الاتفاقات يجد مرجعيته في اتفاقية فيينا ل 24 أبريل 1963 حول العلاقات القنصلية، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل.

وفي هذا الإطار نجد المادة 5 من اتفاقية فيينا[138] المذكورة تؤسس لمبدأ حق تقديم المساعدة من طرف السلطات القنصلية للدول اتجاه مواطنيها، كما تتجلى صلاحيات

---

[137]- راجع ما سيأتي فيما يتعلق بمقترحات تفعيل أدوار السلطات المركزية.

[138]- نصت هذه المادة على أن الوظائف القنصلية تشمل ما يلي:

(أ)- حماية مصالح الدولة الموفدة ومصالح رعاياها (الأشخاص الطبيعيين والمعنويين) في الدولة المضيفة وذلك في الحدود التي يسمح بها القانون الدولي.

...

السلطات الأخيرة طبقا للاتفاقية في تقديم المساعدة والدعم لرعاياها، وحماية مصالح القاصرين في الحدود المرسومة وفقا للقوانين والتنظيمات الجاري بها العمل في دولة الإقامة.

أما المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل فقد ألزمت الدول الأطراف -كما سلف بيانه- على ضرورة اتخاذ الإجراءات الضرورية بغية الحد من نقل الأطفال غير المشروع إلى الخارج، وحثها قصد ذلك على إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف.

واستلهاما مما سبق أقدمت العديد من الدول على إبرام اتفاقات قنصلية[139] بهدف تنمية وتفعيل التعاون فيما بينها في مجال حماية حقوق الطفل، وخاصة في الشق المتعلق بموضوع الحضانة.

وقد انصبت أبرز محاور هذه الاتفاقات على ما يلي:

- التحسيس والتنبيه إلى أن مصلحة الطفل تكمن في احترام الحق في إقامته لعلاقات شخصية مباشرة ومنتظمة مع أبويه معا؛

- تسهيل احترام حق الزيارة لغير الحاضن من الأبوين؛

- إحداث لجن استشارية مكلفة بضمان التسوية الودية للمنازعات الأسرية، وخاصة تلك المتعلقة بحق حضانة وزيارة الأطفال.

(ه)- تقديم المساعدة والإعانة إلى رعايا الدولة الموفدة سواء أ كانوا أشخاصا طبيعيين أم معنويين.

...

(ز)- حماية مصالح رعايا الدولة الموفدة (الأشخاص الطبيعيين و المعنويين (في قضايا التركات في إقليم الدولة المضيفة وفقا لقوانين هذه الأخيرة وأنظمتها.

(ح)- حماية مصالح الرعايا القاصرين أو ناقصي الأهلية من رعايا الدولة الموفدة خصوصا عندما تكون الوصاية أو الولاية مطلوبة، وذلك في حدود قوانين الدولة المضيفة وأنظمتها...

[139]- من بين هذه الاتفاقات نذكر:

- اتفاق 10 نونبر 1997 المبرم بين كندا ومصر، والمتعلق بالتعاون في الجوانب القنصلية في القضايا ذات الطابع الأسري.

- اتفاق 13 أبريل 2000 المبرم بين كندا ولبنان، والمتعلق بالتعاون في بعض المواد القنصلية ذات الطبيعة الإنسانية.

- اتفاق 12 يوليوز 1999 المبرم بين فرنسا ولبنان، والمتعلق بالتعاون في بعض المواد الأسرية.

وتتسم مثل هذه الاتفاقات بطابعها الإداري وبهدفها الذي يروم إلى تسهيل حل النزاعات ذات الصلة باختطاف الأطفال، وبحق الزيارة العابر للحدود، وبحماية حقوق الأطفال بشكل عام، وذلك من خلال آليات التشاور الثنائي المباشر الذي يضم القطاعات المتدخلة في كل دولة على حدا، وإصدار توصيات في الموضوع.

وتقوم اللجن الاستشارية المذكورة باتخاذ الإجراءات الهادفة إلى حماية واحترام حق الحضانة والزيارة، بما فيها مباشرة الترتيبات الضرورية لتسهيل الحصول على التأشيرة، ووسائل تنقل الطفل والآباء، والعمل كذلك على ضمان إقامة الطفل لصلات شخصية ومنتظمة مع والديه، وخلق قنوات للتواصل بين سلطات الدولتين المعنيتين بالموضوع، وتبادل المعلومات والوثائق المتعلقة بالملفات المعروضة، واقتراح توصيات للسلطات المختصة بغية تسهيل تنفيذ الحلول المتفق عليها بين الأبوين، وكل من له علاقة بالنزاع...

وفي هذا الإطار نصت المادة الرابعة من اتفاق 12 يوليوز 1999 المبرم بين فرنسا ولبنان، والمتعلق بالتعاون في بعض المواد الأسرية على أن من بين مهام اللجنة الاستشارية المحدثة بموجب هذا الاتفاق تسهيل رجوع الأطفال الذين تم نقلهم بطريقة غير مشروعة، وكذا ممارسة حق الزيارة بالنسبة لغير الحاضن من الأبوين، وتسهيل سفر الأطفال والآباء وولوجهم تراب الدولتين المتعاقدتين بغرض الممارسة الفعلية لحق كل طفل في إقامة علاقات شخصية ومباشرة ومنتظمة مع كلا والديه المفترقين.

وإلى جانب دور هذه الاتفاقات القنصلية، هناك دور آخر تقوم به اللجن الاستشارية المختلطة التي يتم إحداثها إما بموجب مذكرات تفاهم مستقلة، أو بموجب مواد خاصة مضمنة في صلب الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدول، لا سيما في المادة الأسرية.

ولا شك أن اجتماعات اللجن المذكورة، والتي تتألف في الغالب من ممثلين عن وزارتي العدل بالدولتين المعنيتين بالإضافة إلى ممثلين عن وزارة الخارجية، وتنعقد بالتناوب بين البلدين؛ تكون مناسبة سانحة لمناقشة الإشكالات ذات الصلة بممارسة حق الحضانة،

والزيارة، وفرصة لعرض الملفات المتعلقة بموضوع النقل غير المشروع للأطفال، حيث تتم دراسات الحالات الخاصة العالقة، وتقديم مقترحات حلول لها.

وقد تجسد الهدف من إبرام الاتفاقات المحدثة لهذه اللجن في رغبة الدول المعنية، خاصة الأوربية منها في إيجاد إطار قانوني مع بعض الدول ذات المرجعية الإسلامية لمواجهة ظاهرة نقل الأطفال، سيما في اتجاه هذه البلدان الأخيرة، التي لم تكن تربطها بها اتفاقات ثنائية تنظم الموضوع، ولم تكن أغلبها طرف في اتفاقية لاهاي لسنة 1980 وقتئذ.

وكنموذج لمثل هذه الاتفاقات نجد مذكرة التفاهم الموقعة بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بتاريخ 29 أبريل 1981، والمحدثة للجنة الاستشارية المختلطة في المادة المدنية،[140] وقد ساهمت هذه اللجنة في حل العديد من الإشكالات العالقة بين البلدين في الميدان الأسري،[141] وخصوصا في مجال النقل غير المشروع للأطفال، وشكلت إطارا مناسبا لمعالجة الملفات المرتبطة بالموضوع.

ومما أضفى قيمة نوعية على عمل هذه اللجنة هو كونها كانت تشكل الإطار الوحيد لمعالجة هذا النوع من القضايا بين البلدين في ظل غياب اتفاقية ثنائية في هذا الصدد، وقبل انضمام المملكة المغربية لاتفاقية لاهاي لسنة 1980.

وفي نفس السياق تم توقيع مذكرة تفاهم لإنشاء اللجنة الاستشارية المغربية الهولندية بتاريخ 1995/1/20، حيث شكلت في إبانها الإطار الوحيد المشترك الذي ينظم علاقات

---

[140]- تكلف اللجنة طبقا للفصل الثاني من مذكرة التفاهم بما يلي:

1- بأن تعرض على الحكومتين كل اقتراح من شأنه تسهيل حل المشاكل التي قد تسبب، بين الدولتين، صعوبات في المادة المدنية وخاصة فيما يتعلق بحالة وأهلية الأشخاص وقانون الأسرة.

2- أن تسهم في ميدان الإعلام القانوني في هذه المادة.

3- أن تقدم كل اقتراح من شأنه تسهيل تطبيق الاتفاقات الجاري بها العمل بين الدولتين في المادة المدنية. ويمكن للجنة، علاوة على ذلك، أن تنظر في حالات شخصية لإيجاد حلول ودية لها.

[141]- عقدت هذه اللجنة منذ إحداثها 19 اجتماعا آخره الاجتماع المنعقد بالرباط بتاريخ 25 يونيو 2018. وعلى غرار هذه اللجنة، تم إبرام مذكرة تفاهم بين كل من المملكة البلجيكية، والجمهورية التونسية بتاريخ 29 أبريل 1989، تم بموجبها إحداث لجنة استشارية مختلطة.

التعاون بين البلدين في المادة المدنية، وفي مجال الأحوال الشخصية[142]، وقد عقدت هذه اللجنة 7 اجتماعات، كان آخرها يومي 27 و 28 أبريل 2009 بمدينة لاهاي.

ومن خلال الاطلاع على محاضر اجتماعات اللجنة المذكورة، يتبين أنها أسهمت بدورها في إيجاد حلول لبعض الإشكالات ذات الصلة بممارسة حق الحضانة والزيارة، و في معالجة حالات النقل غير المشروع التي تتم من طرف مواطني البلدين الموقعين.

وإلى جانب ما ذكر تضمنت بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف المملكة المغربية مع بعض الدول الأجنبية في المادة الأسرية، مقتضيات تتعلق بإحداث لجن استشارية مختلطة، يعهد إليها بتفعيل وتتبع تنفيذ تلك الاتفاقيات، كاللجنة الاستشارية المختلطة المغربية الفرنسية المحدثة بمقتضى المادة 16 من الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص، والأسرة، وبالتعاون القضائي ل 10 غشت 1981[143] ، واللجنة الاستشارية المختلطة المغربية الإسبانية المحدثة بمقتضى المادة 5 من الاتفاقية المتعلقة بالحضانة،وحق الزيارة، واسترجاع الأطفال ل 30 ماي 1997[144].

وقد ساهمت اللجنتين المذكورتين في إيجاد حلول لبعض الإشكالات المستعصية المرتبطة بنقل الأطفال، وبحماية حق الحضانة، وتنفيذ زيارات عابرة للحدود.

---

[142]- تتكلف اللجنة من خلال المادة الثانية من مذكرة التفاهم بالمهام التالية:

1)- إعداد قائمة بالمواضيع المتعلقة بقانون الأسرة والأحوال الشخصية التي قد تنتج عنها أوضاع قانونية صعبة.

2)- إبلاغ وزارتي العدل بكل اقتراح من شأنه أن يسهل حل المسائل التي يمكن أن تتسبب في صعوبات في العلاقات القانونية بين البلدين في المادة المدنية وخاصة في مجال الأهلية والأحوال الشخصية وقانون الأسرة.

3)- الإسهام في المعلومة القانونية في هذه المادة، وتبادل المعلومات القانونية في هذا الصدد، وخاصة فيما يتعلق بالحالات الفردية التي يثيرها أحد الطرفين.

4)- تقديم أي مقترحات من شأنها تسهيل تطبيق الاتفاقيات التي تدخل حيز التنفيذ بين البلدين في المواد المذكورة أعلاه.

[143]- عقدت هذه اللجنة منذ إحداثها خمس اجتماعات، آخرها الاجتماع المنعقد بالرباط بتاريخ 19 و20 فبراير 2018.

[144]- عقدت هذه اللجنة منذ إحداثها ثمانية عشر اجتماعا، آخرها الاجتماع المنعقد بمراكش بتاريخ 21 و22 مارس 2017.

المطلب الثاني: المصلحة الفضلى للطفل في صلب قضايا الاختطاف الدولي للأطفال

إن المتتبع لتطور التشريعات ذات الصلة بالأسرة عموما، والطفل على وجه الخصوص لا يسعه إلا أن يسجل باهتمام بالغ ذلك التنامي المتزايد للاهتمام بالمصلحة الفضلى للطفل، حيث أضحى هذا المفهوم ديدنا تنسج على منواله العديد من الاتفاقيات الدولية الصادرة في الميدان[145]، وكذا التشريعات الداخلية للدول، كما أصبح يشكل قاعدة موجهة للاجتهاد القضائي.

وبغض النظر عن الصعوبات التي رافقت بروز هذه القاعدة، والتي تتمثل أساسا في غياب تعريف للمقصود بالمصلحة الفضلى للطفل[146]، وانعكاس هذا الأمر على توحيد

---

[145]- تمت الإشارة للمصلحة الفضلى للطفل في العديد من الاتفاقيات الدولية، ويعد النص الأساسي الذي كرسه ومصدر نجاحه هي اتفاقية حقوق الطفل ل 20 نونبر 1989، وقد سبق التنصيص على هذا المصطلح كذلك في إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 الذي يخلو من طابع الإجبار. وقد ورد التنصيص أساسا على مصلحة الطفل في الفقرة الأولى من المادة 3 من اتفاقية حقوق الطفل التي نصت على ما يلي: "1- في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم، أو السلطات الإدارية، أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى" كما تم التنصيص عليه في مواد أخرى،كالمادة 9 المتعلقة بافتراق الطفل على أسرته، والمادة 18 المتعلقة بالمسؤولية الأبوية، والمادة 20 المتعلقة بالتبني، والمادة 37 المتعلقة بالحالات التي يكون فيها الطفل محروما من حريته.

وبدورها أحالت الاتفاقية الأوربية المتعلقة بممارسة حقوق الطفل لسنة 1996 على المصلحة الفضلى للطفل في العديد من مقتضياتها. كما نجد كذلك إحالة على هذه المصلحة في المادتين 5 و 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمادة 24 في فقرتها 2 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي التي نصت: " في جميع التصرفات المتعلقة بالطفل، سواء تلك التي يتم إنجازها من طرف السلطات العمومية، أو المؤسسات الخاصة، يتعين أن تحتل المصلحة الفضلى للطفل مكانة أساسية".

[146]- أمام هذا الوضع حاول الفقه الإسهام في إعطاء تعريف لمدلول المصلحة الفضلى للطفل، والتركيز على المعايير التي يتوجب اعتمادها لتحديد مصلحة الطفل، وقد تم التسليم بداية بكون أن مصلحة الطفل "تعد مبدئا قانونيا واسعا، يسمح للقاضي بمنح تفسير مغاير لمضمونها حسب اختلاف القضايا التي ينظر فيها"، كما أنه يتعين على المحكمة توظيف مصلحة الطفل بمفهومها الموسع، والمتنوع، وعدم الاقتصار على المصلحة الحاضرة، وإنما كذلك المصلحة المستقبلية. وفي تقدير مصلحة الطفل يمكن للمحاكم الاستعانة في إبراز تجلياتها على المختصين في علم النفس، وعلم الاجتماع، عن طريق الخبرات التي يمكن أن تأمر بها في الموضوع.

ومن بين المعايير التي تم وضعها للكشف عن عناصر مصلحة الطفل، يمكن ذكر ما يلي:

1- علاقات الطفل مع أبويه، وكذلك مع إخوانه، وأخواته.

2- الاتفاقات بين الأبوين المتعلقة بالاعتناء بالطفل، كتلك التي يتم تحريرها بمناسبة الطلاق الاتفاقي.

الاجتهاد القضائي الصادر في الموضوع، والذي ساهم في ظهور بعض التوجهات ذات النزعة الوطنية، التي تبعد المفهوم عن غاياته المثلى، وتلبسه رداء الخصوصية[147]؛ فإن النجاح الباهر الذي عرفه تفعيل مصلحة الطفل كمبدأ موجه للسياسات التشريعية الدولية، والداخلية، وأرضية أساسية للعمل القضائي المرتبط بحماية الطفل، يقدم أكثر من مبرر على صموده في مواجهة كل محاولة للنيل من أهميته.

وفي ذات السياق عملت الاتفاقيات ذات الصلة بميدان الاختطاف الدولي للأطفال على تبني هذا المفهوم،[148] وجعله أساسا لتقدير توجهات السلطات الإدارية

3- المساواة بين الأبوين، حيث يتعين على المحاكم أخذ هذا الأمر بعين الاعتبار، وعدم إحداث نوع من التمييز بينهما مؤسس على الجنس، أو اللغة، أو الديانة، أو الجنسية، أو الانتماء الوطني أو الاجتماعي.

4- وجهة نظر الطفل، حيث يعد من بين المعايير الحاسمة في تقدير مصلحة هذا الأخير.

للتوسع أكثر حول هذا الموضوع، يستحسن الرجوع لما يلي:

-AGALLOPOULOU(Pénélope): « La juste appréciation par le tribunal de l'intérêt de l'enfant : un moyen de prévention des enlèvements d'enfants», In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 265-271.

-DUMORTIER(Thomas): « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion «protectrice» , Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, n 3, 2013, pp : 1-15.

-EUDES(Marina): « La convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant…et passant sous silence les droits des femmes ? »,la Revue du droit de l'Homme, n 3, 2013, pp : 1-12.

-CARBONIER(Jean): « Droit civil, T,2, La famille, L'enfant, Le couple», 21e éd, puf, 2002, p 635.

[147]- لقد وجه جانب من الفقه سهام الانتقاد إلى غياب تحديد مفهوم المصلحة الفضلى للطفل، وانعكاس هذا الأمر على حقوق الطفل، وفي بعض الأحيان إلى الإضرار به.

للاطلاع على بعض من هذه الآراء، يستحسن مراجعة المقالين أدناه:

-LEBRETON (Gilles) : « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur». Critique républicaine de la dérive individualisme du droit civil français», CRDF, n 2, 2003, pp: 77-86.

-KING (Michael) et KRATZ (Catherine) : « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ?». Revue Droit et société, n 22, 1992, pp: 607-638.

[148]- حيث تم التأكيد في ديباجة أغلب الاتفاقيات سواء المتعددة الأطراف أو الثنائية على هذا المعطى، والذي يمكن اعتباره دافعا أساسيا لإبرام تلك الاتفاقيات، وهكذا فقد تم التنصيص في ديباجة اتفاقية لاهاي لسنة

والقضائية المتدخلة في موضوع نقل الأطفال. وقد تنامى هذا الدور من خلال مساهمة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تفعيل المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي تحمي الحق في احترام الحياة الأسرية[149]، وذلك عن طريق الرقابة التي تمارسها على قضاء الدول الأوربية بخصوص تقدير القرارات الصادرة في الموضوع(الفقرة الأولى).

هذا التقدير الذي يتعين أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل الفضلى كمحدد أساسي وحاسم في الحكم بإرجاع الأطفال، أو عدم إرجاعهم إلى مكان إقامتهم الاعتيادي(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مكانة مصلحة الطفل الفضلى في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال

1980، على العبارة التالية: " إذ هي على قناعة تامة بأن لمصالح الأطفال أهمية قصوى في الأمور المتعلقة بحضانتهم"، كما تم التنصيص في ديباجة اتفاقية لاهاي لسنة 1996 على ما يلي:" وتأكيدا لما تستوجبه المصلحة العليا للطفل من أولوية"، وبدورها تضمنت الاتفاقية الأوربية الموقعة بلوكسمبورغ في 20 ماي== == 1980، والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ المقررات في مادة حضانة الأطفال، وإعادة تأسيس حضانة الأطفال، ما يلي: " اعترافا من الدول الأعضاء في مجلس أوربا بما للأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل من أهمية حاسمة في القرارات المتعلقة بالحضانة".

أما بخصوص الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض الدول الأوربية، فقد نصت بدورها على مكانة مصلحة الطفل الفضلى في صلبها، حيث ورد في ديباجة الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي، والاعتراف، وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة، وحق الزيارة، وإرجاع الأطفال الموقعة في 30 ماي 1997 ما يلي: " واقتناعا منهما بأن مصلحة الأطفال تفرض عدم نقلهم أو الاحتفاظ بهم بصورة غير قانونية، وإقرار علاقة هادئة ومنتظمة بينهم وبين أبويهم"، كما نصت الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن التعاون القضائي، والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة، الموقعة في سنة 2002 (لم يتم استكمال إجراءات المصادقة == ==بعد) في ديباجتها على ما يلي: " واقتناعا منهما بأن المصلحة العليا للأطفال تفرض من جهة عدم نقلهم أو الاحتفاظ بهم بصورة غير قانونية، ومن جهة أخرى الحفاظ على علاقات هادئة ومنتظمة بينهم وبين آبائهم، طبقا لمقتضيات اتفاقية الأمم المتحدة المؤرخة في 20 نونبر 1989 المتعلقة بحقوق الطفل".

وإذا كانت الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي لم تنص بشكل مباشر على ذكر مصلحة الطفل، فإنه ورد في ديباجتها ما يلي: " وحرصا منهما على تدعيم علاقات التعاون القضائي بين الدولتين للسهر بصورة أجدى على حماية الأطفال، والمستفيدين من النفقة".

[149]- للتوسع أكثر حول مجالات إعمال المحكمة الأوربية للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والمرتبطة بالحق في احترام الحياة الخاصة والحياة الأسرية، يستحسن الرجوع إلى الأطروحة القيمة التالية:

-TOULIEUX (Fabrice) : « Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Université Jean Moulin Lyon 3, Ecole doctorale : Droit. 2008.

إذا كان تقدير مصلحة الطفل الفضلى في مجال الاختطاف الدولي للأطفال يعد من بين المقومات الأساسية التي يتعين إبرازها عند اتخاذ القرارات ذات الصلة بالموضوع، فإن تحديد المقصود بتلك المصلحة يعد مسألة غاية في الدقة في هذا النوع من القضايا (أولا).

وقد زاد من تعقيد هذا الأمر المسلك الذي انتهجه العمل القضائي، خاصة الصادر عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بمناسبة إعماله لمبدأ أخذ مصلحة الطفل بعين الاعتبار المنصوص عليه في الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان (ثانيا).

أولا: مفهوم مصلحة الطفل الفضلى في الاختطاف الدولي للأطفال

في ظل التنامي المطرد لبروز دور المصلحة الفضلى للطفل في الاتفاقيات الدولية المهتمة بحقوق هذا الأخير، لم تخل جل الاتفاقيات ذات الصلة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال من الإشارة إلى جعل مصلحة الطفل أولوية أساسية في تبني وتفعيل مقتضياتها.

غير أن غياب تحديد للمقصود بتلك المصلحة وبمجالها كان له وقع كبير على اختلاف التفسيرات القضائية عند تقدير المحاكم للحلول المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، والتي تجمع في مجملها على هدف أساسي يتمحور حول الحد من النقل غير المشروع للأطفال ومن الأضرار الناجمة عن ذلك.

وأمام هذا الفراغ التشريعي، يمكن القول إن عناصر تقدير مصلحة الطفل الفضلى في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، يتعين أن تنطلق من أهداف الاتفاقيات المنظمة للموضوع، وانطلاقا من هذه النظرة حاولت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 تحقيق نوع من التوازن بين مفهومين قد يبدوان متعارضين، وهما: أولا، الرغبة في حماية الوضعيات الواقعية الناشئة عن النقل، أو عدم الإرجاع غير المشروع للطفل. وثانيا، هاجس ضمان احترام

الروابط القانونية الممكن تواجدها بحكم هذه الوضعية. هذا التوازن عبرت عنه الأستاذة Elisa بكونه "يبدو هشا"، لأنه لا يمس بجوهر الحضانة[150].

وإذا كانت آلية الإرجاع الفوري للطفل لمكان إقامته الاعتيادي تشكل جوهر اتفاقيات الاختطاف الدولي للأطفال، فإن الغاية من إقرار هذه الآلية ترتبط بالأساس بضرورة حماية الطفل الذي اجتث من بيئته الاجتماعية والأسرية التي كان يعيش فيها قبل النقل، أو الاحتجاز.

ومن الناحية العملية، فإذا كان الغالب أن الشخص مرتكب فعل الاختطاف يقوم باللجوء لقضاء دولته قصد الحصول على قرار يؤكد وضعيته الواقعية ويشرعنها، فإن مثل هذه الشرعنة لهذه الوضعية تعد أمرا لا يرجى تقبله. ولذلك فمن بين ما تهدف إليه الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد هو إفراغ تحايل المختطف من كل نتائج عملية وقانونية يمكن أن تخلقها الوضعية المصطنعة التي يحدثها، فالاختطاف كما ذهب إلى ذلك البعض لا يجب أن يوفر لمرتكبه أي امتياز[151].

ومن أجل ذلك فإن فلسفة الإرجاع الفوري للأطفال المنقولين أو المحتجزين بطريقة غير مشروعة، ينطلق من مسلمة مفادها أن القرار النهائي للبت في الجوانب المرتبطة

---

[150]- راجع في هذا الصدد:

-PEREZ-VERA (Elisa) : « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 428.

[151]- فمصلحة الطفل تبرز في كون الاختطاف يشكل وبدون شك تعديا على حقوقه، وهو ما يقتضي التدخل لإرجاعه إلى حضنه الطبيعي، والحرص على منع المختطف من الاستفادة من تحايله بتغيير عنصر الاختصاص القضائي من محكمة دولة الإقامة الاعتيادية للطفل، إلى محكمة الدولة التي نقل إليها هذا الأخير.

للتوسع أكثر حول هذا الأمر، راجع:

-BUCHER(Andreas): « L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement», In Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Hommage en l'honneur de Helene Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, pp: 683-701.et spécialement, p : 685.

بالحضانة يعود للسلطات القضائية أو الإدارية لمحل الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله أو احتجازه[152].

وإذا كان الهدف الأساس لاتفاقيات الاختطاف الدولي ببعديه المزدوج، والذي يرمي من جهة إلى تحقيق مبتغى وقائي، وآخر يروم إلى إعادة الإدماج الفوري للطفل في محيط عيشه الاعتيادي، يجيب في مجمله على تصور محدد لمصلحة الطفل الفضلى. فإن مما تجدر الإشارة إليه أنه في بعض الأحيان يمكن تعليل نقل الطفل بأسباب موضوعية تمس إما شخص الطفل، أو محيطه الأقرب إليه.

ولأجل ذلك اعترفت الاتفاقيات ببعض الاستثناءات من المبدأ العام الذي يلزم بالإرجاع الفوري للأطفال المنقولين أو المحتجزين بصفة غير مشروعة، هذه الاستثناءات ليست سوى تجسيدا لمصلحة الطفل الفضلى[153].

---

[152]- لقد انتقد الأستاذ Bucher، التشدد المبالغ فيه من طرف بعض المحاكم انطلاقا من هذه الفكرة، معتبرا أن هدف ومضمون الاتفاقية لا يتعين أن يفسر بهذا الشكل، الذي يجعل الطفل يؤدي الثمن غاليا لعلة أن المحكمة التي يتعين عليها البت في الحضانة هي محكمة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، مضيفا أن الاتفاقية يتعين أن تتمحور حول حماية الطفل الذي تم نقله من الأضرار التي قد تلحق به جراء ذلك، وليس عقاب تصرف أحد الأبوين الذي قام بنقله.

راجع في هذا الرأي:

-BUCHER (Andreas): « L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement», In Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Hommage en l'honneur de Helene Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p : 690.

[153]- لقد عبر عن ذلك الأستاذ LOWE بقوله أن اتفاقية لاهاي لسنة 1980، حاولت بذلك أن تحدث نوعا من التوازن في تحقيق مصلحة الطفل، عبر آلية الإرجاع التي تعد الأصل في الاتفاقية، والإقرار من جهة أخرى ببعض الاستثناءات التي تقدم مبررا لرفض الإرجاع في حال تحققها.

ومما ورد في ذلك نذكر ما يلي:

« Weither the Hague convention strikes the right balance can be legitimately debated. There are those that genererally too little attention is paid to the interests of children, while, on the other, there are those that will say too great a latitude is given, principally throught the exeptions provided by article 13 to courts to refuse a return»

راجع في ذلك:

-lOWE (V. Nigel): « In the best of abduction children? Securing their immediate return under the 1980 Hague abduction convention », In les enlèvements d'enfants

وخلاصة القول، فإذا كان الإرجاع الفوري يعد الفكرة الجوهرية التي تعكس جانبا مهما للتجسيد الفعلي لمصلحة الطفل الفضلى في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، فإن هذه المصلحة لا تكتمل صورتها إلا بتقدير الاستثناءات التي قد تبرر عدم إرجاع الطفل.

وبالإضافة لما سبق ذكره، تتجسد تجليات المصلحة الفضلى للطفل كذلك من خلال حق الزيارة العابر للحدود[154] الذي يهدف أساسا إلى الحرص على نمو شخصية الطفل بشكل متوازن، غير أن التسليم بهذا الأمر لا يعد شيئا قطعيا، إذ أن مصلحة الطفل قد تقتضي في بعض الأحيان عدم وجود صلة مع والديه[155].

ثانيا: دور المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تدعيم مصلحة الطفل الفضلى في قضايا الاختطاف الدولي.

بالإضافة إلى دور المحاكم الوطنية البارز المتجسد في حفاظها على تكريس المصالح الفضلى للطفل عند إعمالها للآليات الاتفاقية ذات الصلة بالاختطاف الدولي للأطفال[156]،

à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 245-264.et spécialement, p : 248.

[154]- تندرج مصلحة الطفل الفضلى في قضايا الزيارة العابرة للحدود في سياق الرغبة في حفاظ الطفل على صلاته وروابطه بأبويه معا، وهو ما يعد من الناحية النفسية مهما في الحفاظ على توازنه.

للتوسع أكثر حول ظروف إنجاح الزيارة عبر الحدود، وفوائد ذلك على الطفل، يستحسن الرجوع للمقال التالي:

-SAYNE (Isabelle): « une relation «dans l'intérêt de l'enfant» ? le juge de la famille et les lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite», revue Droit et société, n, 33, 1996, pp : 329-340.

[155]- راجع في هذا الصدد:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 432.

[156]- في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 02 يونيو 2015، عملت هذه الأخيرة على تأكيد قرار محكمة الاستئناف بالرباط القاضي بإرجاع طفل إلى مكان إقامته الاعتيادية بفرنسا، مستندة على مصلحة الطفل الفضلى التي تتجسد في إقامته بصفة اعتيادية رفقة والدته بالديار الفرنسية، ومتابعته لدراسته بهذا البلد. ومن بين ما ورد في حيثيات هذا القرار، نذكر ما يلي:

فقد عملت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على دعم هذا الأمر، وذلك من خلال تفسيرها للحق في احترام الحياة الأسرية المنصوص عليها في المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان،[157] فارضة بذلك رقابة على المحاكم الأوربية في تقديرها لضرورة أخذ مصلحة الطفل بعين الاعتبار في هذا الشأن.

ولتحقيق الغاية سالفة الذكر عملت المحكمة السابقة على دمج اتفاقية لاهاي لسنة 1980 عند إعمالها للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، محدثة بذلك توليفا في التطبيق بين اتفاقيتين دوليتين.[158]

"لكن ردا على ما ورد في أسباب النقض مجتمعة، فإن محكمة الموضوع لما ثبت لها أن .... يقيم بفرنسا مع والدته، ويدرس هناك وأن الطاعن لا ينازع كونه كان يتردد على هذا البلد، ولما تبين لها من مقال الدعوى أن الطاعن يرفض إعادة ولده إلى محل إقامته الاعتيادية بفرنسا، وتبين لها أيضا أن المصلحة الفضلى للطفل المذكور تقتضي إرجاعه إلى فرنسا تطبيقا للمادة 8 من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 1980/10/25، وانسجاما مع المادة 13 من نفس الاتفاقية، وما يقتضيه الأمر الاستعجالي تكون المحكمة قد طبقت الاتفاقية المذكورة تطبيقا صحيحا، وهي الواجبة التطبيق على نازلة الحال عما سواها خلاف ما أثاره الطاعن. فجاء بذلك قرارها معللا تعليلا كافيا. وما بالأسباب غير قائم على أساس".

ومما يجدر التنويه به في هذا القرار هو الإشارة إلى أن تقدير مصلحة الطفل لا ترتكز فقط على إرجاعه بصفة آلية لمكان إقامته الاعتيادية، وإنما أخذا بعين الاعتبار للاستثناءات الواردة في المادة 13 من الاتفاقية، والتي قد تبرر عدم الإرجاع.

قرار عدد 2/256، مؤرخ في 2015/06/02، ملف شرعي عدد 2014/1/2/549. غير منشور.

[157]- تنص هذه المادة على ما يلي:

" 1- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته.

2- لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقا للقانون، وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

[158]- حيث فرضت على المحاكم الوطنية للدول الأوربية عند تفعيلها للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان في شقها المتعلق بحماية الحق في احترام الحياة الأسرية استحضار أهداف اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

راجع في هذا الشأن:

-MOVSISSIAN (Mariam): « l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'Homme », Rapport de recherche pour l'obtention de certificat d'études juridiques internationales», IHEI, Année universitaire 2014-2015. p: 16 et 17.

ففي قرار Ignaccolo-Zendie الصادر في 25 يناير 2000[159] اعتبرت المحكمة المذكورة أن عدم اتخاذ السلطات الوطنية الرومانية للإجراءات الأساسية لاحترام حق الأم الطالبة في إرجاع أطفالها يشكل خرقا للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[160].

هذا الالتزام بالسماح بالإرجاع يلزم الدول باحترام اتفاقية لاهاي لسنة 1980 التي تهدف إلى احترام حقوق الحضانة والزيارة بين الدول المتعاقدة، وتفرض عليها مجموعة من الالتزامات ومن بينها الالتزام بإرجاع الأطفال طبقا للمادة 12 من نفس الاتفاقية، وتسمح كذلك بإحلال المادة 13 محلها استثناء، خاصة عندما يكون في الإرجاع خطر جسيم على الطفل.

وانطلاقا من الاجتهاد القار للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فإنه: "لا يتعين تفسير الاتفاقية بشكل منعزل، بل بالتنسيق مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي، بما فيها المادة 31 (الفقرة 3) من اتفاقية فيينا ل 1969 حول قانون المعاهدات، أخذا بعين الاعتبار" كل قاعدة أساسية للقانون الدولي مطبقة في العلاقات بين الأطراف"، خاصة تلك المتعلقة بالحماية الدولية لحقوق الإنسان[161].

---

[159]- راجع بخصوص هذا القرار:

-CEDH, arret Ignaccolo-Zendie, C, Rommanie, 25 janvier 2000, JCP, 2001,I, p : 291.

[160]- ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

«… que les obligations positives que l'article 8 de la Convention fait peser sur les Etats contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants (« la Convention de La Haye »). Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que l'Etat défendeur est également partie à cet instrument, dont l'article 7 dresse une liste de mesures à prendre par les Etats pour assurer le retour immédiat des enfants ».

[161]- لقد وردت هذه القاعدة في العديد من القرارات من بينها، قرار Neulinger et Shuruk c, suisse, 6 juillet 2010، وقد تم التعبير عن هذه الحيثية وفق ما يلي:

« La convention ne doit pas être interprète isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international, il convient en effet, en vertu de

وقد اعتبرت انطلاقا من هذا التصور، أنه "في مادة الاختطاف الدولي للأطفال، يتعين تفسير الالتزامات التي تفرضها المادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على الدول المتعاقدة أخذا بعين الاعتبار اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال"[162].

وحسب نفس المحكمة فإن كل قرار يتعلق بتطبيق الاتفاقية يتعين أن يحترم ليس فقط الضمانات المرتبطة بهذه الاتفاقية، والمنصوص على مقتضياتها في المادة 8 منها، ولكن كذلك مصلحة الطفل التي تشكل عائقا اتجاه إرجاعه. فالمحكمة الأوربية تتدخل كما أشار إلى ذلك الأستاذ Renucci[163] كحامية لاتفاقية لاهاي، فلا يكفي بالنسبة للدول احترام اتفاقية لاهاي، ولكن كذلك الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطفل الفضلى عند تطبيقها لهذه الاتفاقية، هذه السلطة التقديرية تخضع بدورها لرقابة المحكمة الأوربية.

وتجسيدا لهذا الالتزام دأب اجتهاد المحكمة الأوربية على التذكير في أكثر من مناسبة على أن "مصلحة الطفل الفضلى تعد أولوية عند تطبيق مساطر اتفاقية لاهاي"،

---

l'article 31, 3c de la convention de vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties», en particulier celles relatives à la protection international des droits de l'homme.»

انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-RIETIKER (Daniel) : « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger/shuruk c. Suisse, analysée a la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », Rev. Trim.dr.h, 90, 2012, pp : 377- 413.

JCP, 2011, p : 94, note : Frederik Sudre ; A.J. famille, 2010, p : 484, note, A, Boiché ; Dr.famille, 2011, n4, note : Adeline Gouttenoire.

[162]- وقد كرست هذه القاعدة في العديد من قراراتها، نذكر على الخصوص:

قرار Neulinger et Shuruk c, suisse, 6 juillet 2010، وكذا قرار Ignaccolo- Zenide c, Roumanie, 25 janvier 2000.

[163]- راجع في هذا الرأي:

-RENUCCI (J-F) :« Traité de droit européen des droits de l'homme», LGDJ, 2e édition, 2012, p : 298.

فقد اعتبرت المحكمة المذكورة في هذا الصدد أن الاختطاف الدولي للأطفال يعد متعارضا مع المصلحة الفضلى للطفل، مشيرة إلى أن "نقل الطفل من قبل أحد أبويه يعد متعارضا مع هذه المصلحة"[164].

وفي قرار Neulinger et Shuruk عملت المحكمة الأوربية بشكل أكبر على تدعيم مفهوم المصلحة الفضلى للطفل، أخذا بعين الاعتبار مسألة التذكير بالنصوص الدولية التي تحيل عليها، ثم بعدها الوقوف على تحديد مضمونها عند إعمال رقابتها على تطبيق المساطر الداخلية المتعلقة باتفاقية لاهاي لسنة 1980 من طرف محاكم الدول الأوربية.

لقد قدرت أن رقابتها تهدف بالأساس إلى التأكد من كون أن المصالح الفضلى للطفل المراد حمايتها تدخل في مجال تقدير السلطات القضائية والإدارية لهذه الدول. مذكرة بأن "مصلحة الطفل الفضلى يتعين أن تكون ذات اعتبار محدد" و"يمكن حسب طبيعتها وخطورتها أن تنتقل للأبوين"، مما يعني أن مصلحة الآباء في إقامة اتصال وعلاقة مع الطفل تؤخذ هي كذلك بعين الاعتبار.

إنها تبعا لذلك تتعلق بنوع من التوازن لهذه المصالح، وتتجسد من زاويتين أو جانبين، تتمثل أولا في إقامة علاقات أسرية للطفل، وثانيا في ضمان بيئة هادئة لعيشه.

---

[164]- راجع بهذا الخصوص، قرار Maumousseau- Washington c, France, 6 décembre 2007.

وقد تمت الإشارة في هذا القرار إلى ديباجة اتفاقية لاهاي لسنة 1980، التي ورد فيها التذكير بالمكانة المتميزة لمصلحة الطفل الفضلى في كل ما يتعلق به.ومما ورد في هذه الحيثية نذكر ما يلي:

"... que la notion d'« intérêt supérieur » de l'enfant est également primordiale dans le cadre des procédures relevant de la Convention de La Haye. Parmi ses éléments constitutifs figure le fait, pour le mineur, de ne pas être éloigné d'un de ses parents et retenu par l'autre, c'est-à-dire par celui qui estime, à tort ou à raison, avoir un droit aussi ou plus important sur sa personne".

انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-SUDRE (Fréderic): « Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, 7e édition, PUF, paris, 2015, n 52.

وانطلاقا من المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الطفل، فإن إرجاع الطفل لمكان إقامته لا يتحتم أن يتم بصفة آلية أو ميكانيكية عند تطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1980. وهو ما يقود إلى الاستنتاج بأنه انطلاقا من هذه الاعتبارات، يتعين أن يتم بالضرورة تقدير المصلحة الفضلى للطفل من طرف المحاكم الوطنية، والتي تتوفر لهذا الغرض على سلطة تقديرية خاضعة لرقابة المحكمة الأوربية.

وقد أكدت المحكمة الأخيرة هذا المعطى الثابت في قرار Lettonie الصادر بتاريخ 26 نونبر 2013،[165] حيث أشارت أنه في قضايا الإرجاع المتعلقة بتطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1980، فإن مصطلح المصلحة الفضلى للطفل يتعين أن يتم تقديره على ضوء الاستثناءات الواردة في هذه الاتفاقية التي تبرر عدم الإرجاع، وخاصة ما يتعلق منها بمرور الوقت على نقل الطفل، والذي قد يشكل عاملا لاندماجه في محيطه الاجتماعي الجديد، وكذلك في حالة وجود خطر جسيم على الطفل عند إرجاعه. هذه الاستثناءات يتعين أن تخضع لتفسير ضيق، وقد قدرت المحكمة أن المادة 13 (فقرة ب) من اتفاقية لاهاي لا يتعين إعمالها إلا بالنسبة للوضعيات التي تتجاوز منطقيا تحمل الطفل.

مثل هذه الاستنتاجات تقود إلى خلاصة مفادها أن تقدير مصلحة الطفل الفضلى في قضايا الاختطاف الدولي بقدر ما ينطوي على دقة في تحديد محتواه، وخصوصية ترتبط

[165]- ترتبط وقائع هذه القضية بطلب تقدم به الأب يهدف إلى إرجاع ابنه لأستراليا باعتبارها دولة مكان إقامته الاعتيادية، والتي غادرها رفقة والدته منذ أن كان سنه ثلاث سنوات وخمسة أشهر، حيث عابت الأم على الحكم الصادر عن القضاء الليتوني، والقاضي بإرجاع الطفل خرقه للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. فكان موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بعد أن ذكرت بأنه يتعين تطبيق الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، واتفاقية لاهاي لسنة 1980 بشكل متجانس ومتناغم، واللتين تعد المصلحة الفضلى للطفل مبدءا معتبرا بالنسبة لهما، بأن قضاة لتوانيا لم يكونوا مقنعين بالنظر للمتطلبات المسطرية التي تفرضها المادة 8 من الاتفاقية الأوربية. وذلك لرفضها الأخذ بعين الاعتبار للدفع المثار بوجود خطر جسيم قد ينتج على رجوع الطفل لأستراليا.

راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-CEDH, arrêt X-Lettonie, 26 novembre 2013, A, J, fam, 2014,note : Boiché, p.58

بهذا النوع من القضايا، بقدر ما يغذي الانطباع بتغير الزوايا التي يتم النظر من خلالها إلى هذه المصلحة.

ولا شك أن هذا الأمر كان له الأثر البالغ على العمل القضائي الصادر في الموضوع.

الفقرة الثانية: أخذ مصلحة الطفل الفضلى بعين الاعتبار: تجليات التطبيق القضائي

إن تحليل الاجتهاد القضائي الصادر في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، يجعل الاقتناع راسخا بوجود رؤية قد تختلف لتقدير مصلحة الطفل في هذا النوع من القضايا.

هذه الرؤية قد تفرض انطلاقا من تقدير مصلحة الطفل الفضلى الأمر بإرجاعه لمكان إقامته الاعتيادي (أولا). أو الامتناع عن إرجاعه (ثانيا).

أولا: المصلحة الفضلى للطفل كمبرر لإرجاع الطفل

لا شك أن عدم دقة وتجانس مفهوم المصلحة الفضلى للطفل في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال،- والتي تتطلب بالنظر لخصوصية هذا النوع من القضايا تقديرا يستحضر تجليات هذه المصلحة، والتي تمثل بشكل بارز انعكاسا لمظاهر حماية الطفل- قد يعرض الاتجاهات القضائية، والتي قد تتخذ موقفا يقضي بإرجاع أو عدم إرجاع الطفل لانتقادات ترتبط في الكثير من الأحيان بسوء تقدير المحاكم لمصلحة الطفل بالشكل الكافي.

ففي قرار Maumousseau/Washington الصادر عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 6 دجنبر 2007،[166] اقتنعت هذه الأخيرة بأن "المصلحة الفضلى" للبنت شارلوت المتجسدة في إعادة إدماجها الفوري في محيط عيشها الاعتيادي، قد تم أخذها

[166]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-SUDRE (Fréderic) : « Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, 7e édition, PUF, paris, 2015, n 52.

بعين الاعتبار من طرف المحاكم الوطنية (القضاء الفرنسي) عند تقدير طلب الإرجاع تطبيقا لاتفاقية لاهاي"، مؤكدة بطريقة أكثر توضيحا أن المصلحة الفضلى للطفلة شارلوت تكمن في رجوعها إلى الولايات المتحدة الأمريكية.

هذه الخلاصة التي تبنتها المحكمة سالفة الذكر جعلتها عرضة للانتقاد، ففي هذه القضية التي اتسمت بشهرة إعلامية، قامت الزوجة (مواطنة فرنسية) بترك زوجها، والذهاب في إجازة رفقة ابنتها شارلوت البالغة من العمر 3 سنوات عند عائلتها في الجنوب الفرنسي، حيث قررت عدم الرجوع لموطن الأسرة حيث يتواجد الأب بالولايات المتحدة الأمريكية في خرق لحق حضانة هذا الأخير، ليتم بعد ذلك إيقاع الطلاق، وقام الأب بعد ذلك بتقديم طلب الإرجاع، حيث اعترضت الأم على ذلك.

أمام هذا الوضع اعتبرت المحاكم الفرنسية أن الطفلة يتعين عليها الرجوع إلى الولايات المتحدة الأمريكية رافضة بذلك تفعيل الاستثناء المنصوص عليه في المادة 13 (الفقرة ب) من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المثار من طرف الأم، علما أن المحاكم الأمريكية أقرت بحق الأم في الزيارة بشكل محدود، ووفق شروط جد دقيقة.

ونتيجة لذلك رفضت الأم تنفيذ حكم الإرجاع، ولم ترغب في فراق ابنتها التي عاشت معها على الدوام، وأثارت وجود خطر مرتبط بوجود حكم بالحبس، واستحالة رجوعها تبعا لذلك للولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها مدانة بسبب نقل الطفلة المذكورة. وأنه بالنظر لمرور الوقت لم تر البنت والدها منذ مدة، وقد اندمجت في محيطها الجديد، وتم تقدير علاقتها بوالدتها من طرف الأطباء بكونها جيدة.

وأضافت أن إرجاع الطفلة من شأنه أن يتعارض مع مصلحتها، وسيجعلها في وضعية لا تطاق نظرا لحداثة سنها، كما أن رؤيتها لعناصر الأمن سنة 2004 ترك في أثرا نفسيا غائرا لديها.

كل هذه المعطيات لم تكن لتشفع لها، حيث خلصت المحكمة المرفوع أمامها النزاع إلى النتيجة المذكورة أعلاه.

لقد اعتبرت دون مواربة بأن قرار إرجاع الطفلة ليس فيه أي تعارض مع المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، مشيرة إلى أن المحاكم الفرنسية أخذت بعين الاعتبار مصلحة الطفلة الفضلى، وقامت بتحليل عميق لمجموع الوضعية الأسرية، ولكل عناصر الملف، وعملت على تقدير المصالح الواجب احترامها بشكل متوازن ومنطقي. مؤكدة أنه لا مدعاة للاعتقاد بأن المحاكم الفرنسية بإصدارها قرارا بالإرجاع لم تكن منصفة، أو لم تسمح للطاعنة بممارسة حقوقها[167].

وقد ذكرت في شأن ما أثارته الطالبة بخصوص تفعيل المادة 13 (فقرة ب) من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وضرورة حماية مصلحة الطفل الفضلى لمنع إرجاع البنت

---

[167]- ومما ورد في هذا الصدد نذكر ما يلي:

« Or, en l'espèce, comme la Cour l'a déjà constaté, les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun avec le souci constant de déterminer, comme elles y étaient invitées, quelle était la meilleure solution pour Charlotte dans le cadre d'une demande de retour aux Etats-Unis, sa terre natale (voir en ce sens *Gettliffe et Grant c. France* (déc.), n°23547/06, 24 octobre 2006). Ce faisant, elles n'ont identifié aucun risque de danger physique ou psychique auquel s'exposerait Charlotte en cas de retour, et elles ont souligné la possibilité pour la mère, contrairement à ce qu'elle soutient, d'accompagner son enfant aux États-Unis afin d'y faire valoir ses droits de garde et de visite. Sur ce dernier point, la Cour considère par ailleurs que c'est là un élément essentiel puisque la requérante disposait d'un libre accès au territoire américain ainsi que de la faculté de saisir en temps voulu les juridictions américaines compétentes (paragraphes 100-104 ci-dessous).

Erreur ! Document principal seulement.. La Cour est donc convaincue que « l'intérêt supérieur » de Charlotte, entendu comme sa réintégration immédiate dans son milieu de vie habituel, a été pris en compte par les juridictions internes lors de l'appréciation de la demande de retour en application de la Convention de La Haye. »

المذكورة بأن المحكمة الفرنسية عملت بشكل حاسم بإظهار وأخذ هذه الدفوعات بتذكيرها بأن الأمر قد يفرغ الاتفاقية من محتواها، وفائدتها الأولى، فهدف الاتفاقية هو "منع الوالد المختطف من الوصول إلى شرعنة الوضعية الواقعية التي أحدثها بصفة منفردة، بمرور مدة من الوقت لصالحه، وسمحت بالختم أن المصلحة الفضلى للطفل قد تم أخذها بعين الاعتبار"[168].

لقد تعرض هذا القرار للعديد من الانتقادات، واعتبر أحد القضاة المشاركين في إصداره[169] أن ما جرى في هذا الملف "يعد ببساطة متعارضا مع المصلحة الفضلى للطفل"،

---

[168]- وبخصوص شروط تنفيذ قرار الإرجاع، اعتبرت المحكمة الأوربية أن شروط تنفيذ إجراء الإرجاع قد تم احترامها، حيث لاحظت أن التدخل باستعمال القوة في الحضانة التي تدرس فيها الطفلة تم بعد رفض الأم إرجاع الطفلة اختياريا لوالدها، بناء على قرار قابل للتنفيذ منذ ستة أشهر، وقدرت أنه إذا كان تدخل القوة العمومية في مثل هذه الحالات يعد غير ملائم، ويمكن أن يؤدي إلى نتائج وخيمة نفسيا على الطفلة، فإن هذا الأمر تم في النازلة تحت إشراف وحضور النيابة العامة، ومن طرف قاض ذو تجربة، وله مسؤولية في اتخاذ القرار.

[169]- وهو القاضي Zupancic. حيث انتقد بشدة توجه المحكمة سالف الذكر، ومن بين ما ورد بخصوص رأيه نذكر ما يلي:

« …On ne soulignera jamais assez que ce qui s'est passé dans cette affaire-ci est tout simplement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le critère primordial des conventions de La Haye et de New York – qui en dernière analyse élimine tout autre critère déterminant – c'est précisément et invariablement l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Il en découle logiquement qu'il appartient à toute juridiction, même de dernier ressort, de placer tous les autres faits de la cause dans la perspective de l'ultime appréciation factuelle de ce qui correspond à l'intérêt supérieur de l'enfant.

A première vue, il est impossible dans cette affaire de soutenir qu'il serait en quoi que ce soit préférable que la petite Charlotte Washington, âgée de quatre ans, soit arrachée par la force à sa mère pour être renvoyée dans l'Etat de New York et être remise à son père, avec qui elle n'a pas eu de contact significatif depuis dix-neuf mois. Nulle acrobatie légaliste ne saurait éclipser ce simple fait. L' « intérêt supérieur de l'enfant » constitue le critère déterminant fondamental, véritable *quaestio facti* qui doit être examinée *de novo* par chaque juridiction, y compris la juridiction de dernier ressort. Même la Cour européenne des Droits de l'Homme ne saurait dans une telle affaire échapper à cette nécessaire appréciation des faits.

La façon d'aborder cette affaire consiste donc à se demander quelle est à première vue la nature de la situation. Compte tenu précisément de l'intérêt supérieur de l'enfant, il est impossible de partir du principe qu'il doit incomber ==

مضيفا أن هذا القرار وبرفضه لتفعيل المادة 13 (فقرة ب) رغم مرور مدة من الوقت على نقل الطفلة من الولايات المتحدة الأمريكية إلى فرنسا "يوجد على طرفي نقيض من المفهوم السليم الإنساني، ولا يحتاج إلى أن يكون الإنسان طبيبا نفسيا للأطفال، ليستوعب أن من الصعب قطع صلات طفلة حديثة السن ودائمة العيش مع والدتها من جذورها وبيئتها المستقرة التي تعيشها في قرية صغيرة بفرنسا. وذلك بإرجاعها بالقوة إلى مدينة نيويورك".

ولا شك أن المنحى الذي اختطته المحكمة الأوربية لنفسها في هذا القرار يوجد على طرفي نقيض مع الحق في احترام الحياة الأسرية الذي تروم الاتفاقية الأوربية إلى حمايته، فبتبنيها تحليلا جامدا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 وفق ما تم بيانه، تكون قد ابتعدت عند سعيها إلى حماية المصلحة الفضلى للطفلة، إلى الإضرار بهذه الأخيرة، لعدم استيعابها بشكل جيد للمعطيات الواقعية ذات الصلة بهذا الملف، وبذلك تكون قد ابتعدت في هذه القضية عن حماية عادلة للحياة الأسرية وهو، ما أدى بدون شك لتراجعها على هذا الاجتهاد.

ثانيا: المصلحة الفضلى للطفل كمبرر لرفض إرجاع الطفل

أمام ما أثاره موقف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في القرار المشار إليه أعلاه من انتقادات واسعة في أوساط الفقه والمتتبعين، عادت المحكمة سالفة الذكر إلى تبني موقف مغاير لتقديرها لمصلحة الطفل الفضلى.

==aux requérantes d'établir que l'enlèvement par l'Etat français de l'enfant à la mère est un acte non légitime. La situation fondamentale sur les plans factuel et psychologique était telle que c'est le contraire qui aurait dû être vrai, c'est-à-dire qu'il aurait dû incomber à l'Etat français d'établir qu'en dépit du passage du temps il était légitime de s'emparer de l'enfant en recourant à la force policière brute, de la mettre dans l'avion et de la renvoyer vers l'Etat de New York.»

راجع بخصوص نص القرار كاملا، ووجهة النظر السابقة في نهاية القرار، موقع المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التالي المخصص لقرارات هذه المحكمة . Hudoc .

ففي قرارها الصادر بتاريخ 6 يوليوز 2010، في قضية Shuruk /Neulinger[170] لم تقتنع المحكمة بأن إرجاع الطفلة إلى مكان إقامتها الاعتيادية بإسرائيل سيكون في مصلحتها، مشيرة إلى أن من شأن تنفيذ القرار الصادر عن القضاء السويسري، والقاضي بإرجاع الطفلة إلى مكان إقامتها الاعتيادي بإسرائيل، أن يشكل تدخلا غير ملائم في احترام حياتها الأسرية، والنتيجة أن في ذلك خرق للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وهو ما يمنع تنفيذ القرار القاضي بالإرجاع لإسرائيل. فمصلحة الطفل في هذه الحالة تمنع إرجاعها.

وتتعلق وقائع هذا الملف بأم سويسرية كانت تقيم مع زوجها بإسرائيل، وأمام تخوف الأب من نقل الطفل إلى مجتمع أرثودوكسي، حصل على حكم من محكمة تل أبيب بمنع الطفلة من السفر خارج إسرائيل إلى حين بلوغها سن الرشد، وتم منح الحضانة المؤقتة للأم، وجعل السلطة الأبوية مشتركة، ومنح الحق في الزيارة بالتناوب، مع التصريح بالطلاق بين الطرفين.

وقد قامت الأم بعد ذلك بالسفر بالطفلة إلى سويسرا، وأصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية بناء على طلب الأب قرارا بإرجاع الطفلة إلى إسرائيل.

وبناء على ذلك قامت الأم بالطعن في هذا القرار أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان استنادا على المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. وقد بررت المحكمة الأخيرة موقفها بوجود خرق للمادة السابقة، بكون أنه ليس من مصلحة الطفلة العليا تنفيذ

---

[170]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-RIETIKER (Daniel) : « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger/shuruk c. Suisse,== ==analysée a la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », Rev. Trim.dr.h, 90, 2012, pp : 377- 413.

-JCP, 2011, p : 94, note : Frederik Sudre ; A.J. famille, 2010, p : 484, note, A, Boiché ; Dr.famille, 2011, n4, note : Adeline Gouttenoire.

القرار القاضي بإرجاعها لإسرائيل، معللة ذلك بكون الطفلة المذكورة حاصلة على الجنسية السويسرية، واندمجت بصفة كلية في سويسرا، التي عاشت فيها بدون انقطاع مدة أربع سنوات، وأنه بالرغم من إمكانية اندماجها من جديد في إسرائيل بالنظر لحداثة سنها (7 سنوات)، فإن ذلك سيؤدي لنتائج وخيمة جراء اجتثاثها من محيطها. وبالتالي يتعين الموازنة بين فوائد ومساوئ الإرجاع[171].

مثل هذه الاعتبارات التي جعلت المحكمة السابقة تقر بوجود تعارض مع مصلحة الطفل الفضلى إذا ما تم إرجاعه إلى مكان إقامته الاعتيادي، والتي انبنت على معطيات واقعية تحليلية للظروف المرتبطة بالنزاع، لا يمكن إلا أن تشجع على الإقرار بهذا التوجه، والترحيب بهذا التحول الذي يعد قريبا من حقيقة وواقع هذا النوع من القضايا.

[171]- سيما أن الأب في هذا القضية لم يكن يمارس حقه في الزيارة، وتزوج من جديد لمرتين، وله أطفال آخرين، ولا يؤدي النفقة للطفلة المذكورة.

الفصل الثاني: النقل غير المشروع للأطفال: محاولة في تحديد المفهوم

نصت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال على أن نقل الطفل أو احتجازه يعد غير مشروع عندما يكون هناك انتهاك لحق الحضانة، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية "مباشرة قبل نقله أو احتجازه"، وكون هذا الحق قد تمت ممارسته "بشكل فعلي وقت النقل أو الاحتجاز، أو كان سيمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو احتجازه"[172].

وإذا كان التثبت من وجود حق الحضانة سابق عن واقعة النقل أمرا حاسما في الموضوع، فإنه يتعين قبل ذلك تحديد مكان الإقامة الاعتيادية للطفل مباشرة قبل نقله أو احتجازه، باعتبار ذلك يعد مسألة سابقة عن البحث عمن يستحق الحضانة، ووفقا لأي قانون يعد مستحقا لها.

وبذلك يمكن القول إنه لتحقق النقل غير مشروع للطفل كإطار لممارسة دعوى الإرجاع، يتعين بداية التأكد من توفر إقامة اعتيادية للطفل بالدولة الأصل فور النقل (المبحث الأول)، وبكون النقل قد تم خرقا لحق حضانة الطرف المتضرر(المبحث الثاني).

[172]- تضمن "نظام بروكسيل 2 مكرر" مقتضيات مشابهة، (الفقرة 11 من المادة الثانية)، وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية لاهاي لسنة 1996 (الفقرة الثانية من المادة السابعة).

المبحث الأول: وجود إقامة اعتيادية للطفل في الدولة الأصل

باستقراء الاتفاقيات الدولية ذات الارتباط بحماية حقوق الطفل، يتبين بجلاء الدور البارز الذي أصبحت تحتله الإقامة الاعتيادية كضابط لتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، أو كمحدد للقانون الواجب التطبيق في مادة تنازع القوانين.[173]

وقد ازدادت أهمية الإقامة الاعتيادية مع تنامي حالات انفصال العلاقات الأسرية، خاصة بالنسبة للأطفال اللذين يوجدون بحكم هذا الوضع في صلب النزاع، فالانفصال الأسري الدولي يعمل على تشتيت الأسر جغرافيا، مما يطرح إشكالات بالنسبة للقاضي المختص باتخاذ إجراءات حمائية للطفل، أو الذي يبت في الآثار المرتبطة بالحضانة، أو الزيارة، أو السلطة الأبوية، الأمر الذي يفرض إلماما جيدا بالإشكال قصد تفعيل مقتضيات القانون الدولي الخاص الملائمة في الموضوع، وهو ما لن يتم إلا بتحديد مكان الإقامة الاعتيادية للطفل.

وفي ظل غياب تعريف للإقامة الاعتيادية في النصوص الاتفاقية ذات الصلة، فإن تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، والقانون المطبق يصبح أمرا عسيرا.

هذه الصعوبة ألقت بظلالها على موضوع هذه الدراسة، خاصة في ظل التنامي المطرد للتنقل الدولي للأسر، وبروز دور الإرادة المنفردة في المادة الأسرية.[174]

---

[173] - ولعل مرد الاعتماد على ضابط الإقامة الاعتيادية كعنصر إسناد أساسي لتحديد المحكمة المختصة، أو القانون الواجب التطبيق في الاتفاقيات ذات الصلة بحقوق الطفل، يعود بصفة أساسية للمزايا التي تستفرد بها بالمقارنة مع الجنسية أو الموطن، ويتجلى ذلك في كونها من جهة أصبحت مفهوما دوليا، لكونها لا تحيل على نظام قانوني خاص، ولا وجود لتعريف داخلي محدد لها، كما تعد من جهة أخرى مرآة عاكسة للواقع، كونها تعتمد على مكان العيش الفعلي للشخص.

للتوسع أكثر حول مجالات تدخل الإقامة الاعتيادية، ومزايا اعتمادها كضابط للإسناد يستحسن الرجوع للأطروحة التالية:

-RICHEZ-PONS (Anne): « La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)», thèse Lyon, 2004, p: pp 153-200.

فإلى جانب تركيز الإشكالات المرتبطة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال على مسألة خرق حق الحضانة الذي يعد شرطا أساسيا لتطبيق النصوص ذات الصلة، وكذلك على الاستثناءات المبررة لرفض إرجاع الأطفال، والتي تعد موضوعا لاجتهادات قارة، فقد تم اكتشاف "نقط ضعف"[175] أخرى لنسف الآليات الاتفاقية المؤطرة للموضوع، ارتبطت بضرورة وجود إقامة اعتيادية للطفل في البلد الأصل للقول بعدم مشروعية النقل[176].

---

[174]- بالإضافة إلى التنامي المتزايد للحقوق الأساسية للأطفال، ومرور مدة ليست باليسيرة على صدور اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، والتي تقارب الأربعين سنة. انظر في ذات السياق:

-**GALLANT (Estelle):** « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis », In Mélanges en l'honneur du professeur pierre Mayer, LGDJ, 2015, p 242.

[175]- راجع بخصوص هذا الوصف:

-FARGE(Michel): « L'existence d'une résidence habituelle dans l'état d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'état de refuge: la cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de la Haye », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 193.

[176]- يبرز دور الإقامة الاعتيادية في هذا المستوى في مناسبتين: الأولى عند تحديد القانون الذي على ضوئه تم منح الحضانة، والثانية على مستوى إثبات وجودها قبل نقل الطفل للقول بعدم مشروعية هذا النقل.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه أثير النقاش في فرنسا بخصوص **الجهة المخول لها إثارة هذا الأمر**، أي مدى وجود إقامة اعتيادية للطفل في الدولة التي كان يقيم فيها قبل نقله أو احتجازه، فهل يعد هذا الأمر مقتصرا على السلطة التي تبت في النزاع، وهي المحكمة، أم أنه يمكن للسلطات المركزية المعنية بتطبيق الاتفاقية، والتي تلزم جميع الدول الأطراف بتعيينها عند انضمامها لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، إثارة هذا الأمر؟

لقد اعتبر الأستاذ Michel FARGE أنه يحق للسلطات المركزية إثارة هذا الأمر حيث تستمد سلطاتها في ذلك من المادة 27 من الاتفاقية المذكورة، والتي تنص على أنه "لا يتعين على السلطة المركزية قبول الطلب إذا ثبت عدم تحقق شروط تطبيق هذه الاتفاقية أو أن الطلب لا يقوم على أساس سليم"، وأضاف أن من شأن هذا الأمر أن يشكل سندا لواجهة أي استغلال تعسفي لمقتضيات الاتفاقية، أو لدفع الجهة الطالبة للعدول عن مسطرة الإرجاع عندما يكون مآلها محكوما بالفشل، وتبني مساطر أخرى أكثر ملاءمة كالمنازعة في الحضانة مثلا.

غير أنه قد يتسم الجانب التقديري للسلطة المركزية في بعض الأحيان بالتعسف، فتعمد إلى عدم قبول طلب على أساس عدم استيفائه لشروط تفعيل الاتفاقية، والحال أن الأمر غير ذلك، فما العمل في هذه الوضعية، وهل يمكن الطعن في هذا القرار، وأمام أي جهة؟

لقد سبق أن أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي في قرار له صدر بتاريخ 30 يونيو 1999 بمناسبة قضية رفضت فيها السلطة المركزية الفرنسية الممثلة في وزارة العدل تفعيل اتفاقية لاهاي لسنة 1980، بعلة أن نقل الطفل كان من قبل الأم، التي تعد وحدها صاحبة السلطة الأبوية على الطفل الطبيعي، فمثل هذا الموقف يمكن القياس عليه في حالة الرفض بعلة انعدام الإقامة الاعتيادية للطفل بالدولة الطالبة. فكان ==

وللإلمام بهذا الشرط الذي أعاد معيار الإقامة الاعتيادية للطفل إلى صلب النقاش الراهن، سنتطرق بداية لدور الاجتهاد القضائي الدولي في رسم ملامح مصطلح الإقامة الاعتيادية (المطلب الأول)، قبل الوقوف عند بعض الصعوبات التي قد تحول دون ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: محددات مفهوم الإقامة الاعتيادية

== موقف المجلس المذكور أن اعتبر خلافا لما ذهبت إليه المحكمة الإدارية بباريس أن "قرار وزارة العدل الفرنسية لا يعد من بين التصرفات ذات الصلة بالعلاقات الدولية لفرنسا، والتي بحكم طبيعتها تخرج عن كل رقابة قضائية". ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

«Considérant que la décision contestée du garde des sceaux, ministre de la justice du 7 juin 1993 n'est pas, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Paris, au nombre des actes se rattachant aux relations internationales de la France, qui, en raison de leur nature, échapperaient à tout contrôle juridictionnel ; que, contrairement à ce que soutient le garde des sceaux, ministre de la justice, cette décision n'est liée à aucune procédure judiciaire relative à l'exercice de l'autorité parentale sur le fils de M. X... ; que, par suite, il appartient au juge administratif de se prononcer sur les conclusions de M. X... qui tendent à son annulation ; qu'ainsi, c'est à tort que le tribunal administratif les a rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître ; que son jugement du 21 février 1996 doit, sur ce point, être annulé;»

راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-JDI, 2000, p : 725, note : Isabelle Barriere Brousse.

-FARGE(Michel): « L'existence d'une résidence habituelle dans l'état d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'état de refuge: la cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de la Haye », op.cit, pp: 200- 204.

وخلافا لرأي الأستاذ Michel FARGE المعبر عنه أعلاه، أشارت الأستاذة Lecuyer Stanislas في أطروحتها القيمة أنه يتعين الحذر من أن ينقلب دور السلطات المركزية إلى نواب عن القضاة في تفعيل مقتضيات الاتفاقية، لذا فالسلطات المركزية لا تعدو أن تكون سوى هيئات وسيطة لمساعدة المحاكم في خدمة تنسيق قواعد القانون الدولي الخاص.

راجع في هذا الأمر:

-LECUYER (Stanislas): « Appréciation critique du droit international privé conventionnel, pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales », LGDJ, 2007, p: 136.

أمام خلو الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة من تعريف لمفهوم الإقامة الاعتيادية يمكن الاسترشاد به، كان لزاما على الفقه والقضاء أن ينبري للموضوع قصد تحديد معالم المفهوم السابق.

ومن خلال رصد التوجهات الأساسية للاجتهاد القضائي في الموضوع[177]، يمكن القول بأن المعالم البارزة للإقامة الاعتيادية للطفل تمت مقاربتها من زاويتين شكلتا أرضية نسجت على منوالها تلك الاجتهادات، وقد ارتكزت على إعطاء هذا المفهوم مدلولا يمزج بين الطابع الموضوعي(الفقرة الأولى)، والطابع الشخصي(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المدلول الموضوعي (الوظيفي)

تجدر الإشارة إلى أن معيار الإقامة تم تقديمه من خلال المدافعين عنه كبديل للتعارض الذي أثير بين كل من الموطن والجنسية، ونتيجة للانتقادات الموجهة لضابط الموطن، ووصفه بالجمود، وعدم القدرة على الاستجابة لخصوصيات النزاعات الأسرية ذات الصلة بالطفل على وجه الخصوص[178].

وإذا كان فقدان نية الرجوع غير مشترط للقول بتوفر الإقامة الاعتيادية، فإن هذا الأمر يعد لازما بالنسبة لتحديد الموطن. غير أن التساؤل يثار حول ما إذا كان يشترط في الإقامة وجود تصور للاستقرار؟

---

[177]- الصادرة خاصة عن الاجتهاد المقارن، وكذا محكمة العدل الأوربية.

[178]- للتوسع أكثر حول الانتقادات الموجهة لضابط الموطن، ومزايا اعتماد الإقامة الاعتيادية كضابط للإسناد، راجع:

-MUIR WATT(Horatia) et RICHEZ-PONS(Anne): « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », JCI, International, Fasc, 543-10, 2008.

-LEVASSEUR (Georges): « La détermination du domicile en droit international privé», thèse, paris, 1931.

الأكيد أن الحديث عن وجود الإقامة الاعتيادية لا يمكن إلا في ظل تحقق شرط الاستقرار لمدة معتبرة، وهو ما يترجم بشكل جلي أحد أهم أهداف الاتفاقيات ذات الصلة بالاختطاف الدولي للأطفال، والمتمثل في تلافي عدم استقرار الطفل، الذي يعد متعارضا مع مصلحته حيث يشكل عنصر الاستقرار عاملا مهما في تنشئته. لكن لا يمكن تفسير هذه الاستمرارية بكونها أمرا مطلقا، فقد تتخللها فترات قد يغيب فيها الطفل بشكل مؤقت أو عابر عن محل إقامته[179]، غير أن الإشكال يثور حول المدة الزمنية اللازمة لاكتساب الإقامة الاعتيادية أو لفقدها؟

لقد أقر الاجتهاد القضائي لدول common law أنه يمكن فقدان الإقامة الاعتيادية بشكل فوري، وحتى بعد مرور يوم واحد، وهذا الأمر يعكس الدور المحوري الذي يوليه هذا النظام للإرادة، والذي يتبلور من خلال إثبات نية عدم الرغبة في الرجوع للبلد الأصلي.[180]

وبذلك يظهر أن الوصول إلى هذه النتيجة ارتكز على اكتساب إقامة جديدة، دون النظر إلى مسألة فقدان الإقامة السابقة من عدمها، وهو الأمر الذي يعكس من جانب آخر، وبشكل ضمني الإرادة في التخلي بشكل فوري عن الإقامة السابقة.

---

[179]- على سبيل المثال، أشارت المادة 20 من القانون الدولي الخاص السويسري وربطتها بضرورة الاستقرار لمدة معينة، ومما ورد في هذا الصدد نذكر ما يلي:

Au sens de la présente loi, une personne physique:

a...

b.

a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée;

[180]- هذه الفكرة تنبني على مقاربة تولي أهمية حاسمة للإرادة المستقبلية للشخص، وعلى العكس من ذلك يعد من الصعب الحديث عن الفقدان الفوري للجنسية إذا قمنا بالنظر من زاوية الماضي. للتوسع أكثر في هذا الأمر، راجع:

-CLIVE(E.M) « The cocept of Habitual Résidence », 1997, judicial Review, pp : 137-142.

وفي هذا الصدد اعتبر القضاء البريطاني[181] في إحدى القرارات الصادرة عنه بأن الطفل الذي كان يقيم بأستراليا إلى حين مغادرته إلى إنجلترا فاقدا لإقامته الاعتيادية بأستراليا في اليوم الذي غادر فيه، ما دام أن والدته، التي أخذته رفقتها، قد قررت المغادرة " مع نيتها القطعية بعدم الرجوع".

غير أنه في قضية أخرى، قررت نفس الغرفة مصدرة القرار السابق اعتبار أن الطفل الذي تم أخذه منذ يومين إلى إيرلندا من طرف جديه، والذي كان يقيم قبل ذلك بإنجلترا غير مكتسب للإقامة الاعتيادية، ما دام أن الجدين ليست لهما السلطة الأبوية عليه، وبالتالي الحق في تغيير إقامته ضدا على رغبة الأب الذي يحتفظ بهذه السلطة.[182]

فالمحكمة في هذا القرار ميزت بين الوضعيتين، فإذا كان النقل قد تم من قبل الشخص الذي له السلطة الأبوية على الطفل، ففي هذه الحالة يمكن الحديث عن فقدان

---

[181]- انظر في ذلك:

-Re,J (A, Minor) (Abduction : Custody Rights), C .v .S (Minor) (1990), 2 All.E.R, 961 (Eng.H.L).

وفي نفس الإطار، وفي قضية أخرى صدرت عن محكمة الأسرة بإنجلترا بتاريخ 31 يوليوز 1995، اعتبرت أن الأسرة التي كانت تقطن بإنجلترا بحكم طبيعة عمل الأب كعسكري تم تعيينه بها منذ خمس سنوات، تفقد فورا هذه الإقامة في اللحظة التي تم نقله فيها إلى إيسلندا، رغم أن الأطفال أقاموا بميشيكان الأمريكية لمدة 3 أشهر قل عودتهم لإيسلندا.

-Re A.(Family Div.H.C.J .31 juillet 1995, HC-E-Uke 38.

انظر في هذين الحكمين:

-GOLDSTEIN(Gérald): «Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996», rapport de recherche, septembre 2006, section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la justice-canada.P : 30.

يمكن الاطلاع على هذا التقرير عبر الموقع التالي:

http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/rhro_qc/rhro_qc.pdf

[182]- راجع في هذا الحكم:

(1998), AC 750, (24/07/1997, House of Lords (England), HC/E/Uke 3)

- **GOLDSTEIN (Gérald)**: « Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996 », op.ci,P : 30.

الإقامة الاعتيادية القديمة، إذا ارتبط الأمر بالنية في المغادرة بشكل نهائي، أما إذا تم من طرف شخص آخر (مثل الجدين في هذه الحالة)، فلا يعتد بنيته في هذا الصدد.

هذا المنطق الذي تحكم في توجه المحكمة السابقة يثير بعض الاستغراب، فإذا كان تقدير اكتساب الإقامة الاعتيادية الجديدة، وفقدان الإقامة القديمة يرتبط بنية الشخص الذي له سلطة أبوية على الطفل، فإنه لا يعير أدنى اهتمام لمدى اندماج الطفل من عدمه في بيئته الاجتماعية، والذي يعد مرور مدة معتبرة من الوقت مؤشرا حاسما فيه،[183] ومثل هذا الاندماج لا يرتبط بشكل قطعي بتواجد من له السلطة على الطفل برفقته.

إن تحليلا مثل هذا، وإن كان يجد مبرراته في اعتبارات عملية، إلا أن التقديس المفرط الذي يوليه للنية في عدم الرجوع للإقامة السابقة، ودون اشتراط مرور مدة زمنية معينة للقول باكتساب إقامة جديدة، وبالتالي فقد الإقامة السابقة؛ قد يعتبر مؤشرا يشجع على تحايل الأطراف بتغيير ضابط الإقامة، وبالتالي تعطيل تطبيق مقتضيات الاتفاقية في الاتجاه الذي قد يحقق أهدافها الأساسية، والتي يعد أحد جوانبها البارزة حماية الطفل في محيطه الاجتماعي، وذلك بتشجيع الآباء على تغيير المحكمة من محكمة وجود إقامة الطفل إلى محكمة دولتهم الأصل ظنا منهم أن هذه الأخيرة ستجعل حظوظهم أكبر في الاحتفاظ بالطفل.

---

[183]- في حكم صادر عن محكمة الأسرة بأستراليا بتاريخ 15 مارس 1991، اعتبرت هذه الأخيرة أن عيش الطفل في دولة لمدة سنة لا يكفي وحده لتأسيس اندماج الطفل في محيطه الجديد، حيث قررت أن: "مرور مدة زمنية لا يكفي لوحده لتأسيس اندماج الطفل، في ظل وجود التزام بالرجوع رفقة الطفل، والذي يعد التزاما ممتدا زمنيا، ولا ينتهي بمرور 12 شهرا".

راجع في هذا الحكم:

HC/E/AU 259, Full Court of the Family Court of Australia at Launceston (Australie, 2e instance),15 mars 1991, *Graziano c/ Daniels*, (1991) 14 Famille. LR 697.

يمكن الاطلاع عليه من خلال قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي:

http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0259.htm

وقد كان لمثل هذه الهواجس وقعا لدى المحكمة العليا بكندا، حيث أكدت في قرار لها صادر سنة 2004[184] بكون أنه لا يمكن اعتبار وجود إقامة اعتيادية بالمفهوم القانوني إلا بتوفر شرط الاستقرار لمدة زمنية معينة في الدولة المعنية.

ولا شك أن الفكرة الكامنة وراء هذا التعليل تتجسد في تسهيل عمل القضاة في مادة الاختطاف الدولي للأطفال التي تتميز بسرعة المساطر، وذلك بضرورة إثبات وقائع مادية[185]، وليس البحث عن نيات الأطراف.

غير أن الإشكال الذي قد يطرح في هذا الصدد يرتبط بعدم تحديد مفهوم العناصر الواقعية التي يمكن الاستناد إليها في تحديد ما سبق، وهذا ما يحتم توفير بعض القواعد التي قد تسمح بمعرفة كيفية البحث عن عناصر الإقامة من الناحية العملية.

بعض هذه الوقائع يسهل استخلاصها في هذا الخصوص، مثل التواجد الدائم للطفل في مكان معين، أو وجود عناصر ارتباط بالمكان مثل: الأصدقاء، الأبوين الحاضنين، التصريح الضريبي...

لقد شكل هذا المعطى إحدى الدوافع التي جعلت محكمة العدل الأوربية تصدر إحدى قراراتها المبدئية بتاريخ 02 أبريل2009،[186] والذي أرسل إشارات يمكن الاعتماد عليها

---

[184]- راجع في هذا القرار:

(2004), j.Q, n 13967, (c,s).

-GOLDSTEIN (Gérald): « Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996 », op.cit, P: 07.

- يمكن الاطلاع على هذا التقرير عبر الموقع التالي: http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/rhro_qc/rhro_qc.pdf

[185]- إن تحديد الإقامة الاعتيادية يعد مسألة واقع، يستقل قضاة الموضوع بسلطة تقديرية، لكن يتعين إبراز العناصر التي تم الاستناد عليها في الوصول إلى النتيجة والتي تبقى موضوع رقابة من طرف محكمة النقض.

[186]- قضية رقم 07/ 523 س، للاطلاع على نص القرار، والتعليق عليه، راجع: ==

للحد من التضارب الذي عرفته بعض المحاكم الأوربية في الموضوع. ففي محاولة للمحكمة السابقة لوضع تعريف لها لمفهوم الإقامة الاعتيادية الوارد في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من النظام الأوربي رقم 2003/2201، أكدت على أنه يتعين تحديد هذا المفهوم وفق هدف النظام المذكور، والذي يعتبر أن قواعد الاختصاص يجب أن تنضبط لخدمة مصلحة الطفل الفضلى، وخاصة معيار القرب.

فبعد تذكيرها بأن تقدير الإقامة الاعتيادية يرتبط بمجموعة من المعطيات الواقعية الخاصة بكل حالة على حدا، وهو ما يعكس صعوبة وضع قاعدة ثابتة وعامة في هذا الشأن، أشارت إلى ضرورة وجود مجموعة من الروابط الاجتماعية التي يمكن للمعني أن ينشئها في محل إقامته، وهذا يقتضي ودون إهمال لمدة الإقامة التي يترجمها الحضور البدني للطفل في الدولة، البحث عن عناصر أخرى تبرز أن هذا التواجد ليس ذي طبيعة مؤقتة أو عابرة، وأن إقامة الطفل تترجم باندماج في البيئة الاجتماعية والأسرية.[187]

هذا الاندماج لا يتحقق إلا إذا تم الأخذ بعين الاعتبار المعطيات ذات الصلة بمدة وانتظام الإقامة، وشروطها، وأسباب انتقال الأسرة إلى الدولة المعنية، ثم مكان وظروف التمدرس، والتمكن من اللغة، والعلاقات الأسرية والاجتماعية التي ينسجها الطفل في هذه الدولة...فالأمر لا يقتصر على المدة فقط، ولكن بتمركز المصالح الشخصية بالبلد المعني.[188]

==-GALLANT (Estelle): « De la résidence habituelle au regard des règles de compétence posées par le règlement « Bruxelles II bis », note ss CJCE, 2 avr.2009, aff. C- 523/07, RCDIP, 2009, p : 791.

RTD.civ, 2009, note : jean Hausser, p : 714.

JCP G, 2009, note : François Boulanger, p : 316.

[187]- يميز الفقه بين الأطفال الصغار والبالغين، فبالنسبة للفئة الأولى يمكن لها الاندماج خلال ستة أشهر في حين يحتاج البالغ إلى ثلاث سنوات. انظر في ذلك:

-CHALAS (Christelle): « Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », JDI (clunet), n3, 2012, p948.

[188]- مما ورد في حيثيات هذا القرار، نذكر ما يلي: **==**

ولم تقتصر المحكمة المذكورة على العناصر الموضوعية[189] المرتبطة بالوقائع المذكورة في تحديدها للإقامة الاعتيادية للطفل، بل تعدت هذا الأمر بالإشارة إلى عنصر آخر يرتبط بنية الاستقرار، وهو ما يحيلنا على بحث هذا العامل في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: المدلول الشخصي

لا يقتصر هذا المدلول في تحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية على مدة هذه الإقامة، ومدى اندماج الطفل في الدولة التي نقل إليها، ولكن يتجاوز هذا الأمر إلى ضرورة البحث

==« En conséquence, il convient de répondre à la deuxième question que la notion de « résidence habituelle », au titre de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n 2201/2003 doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. A cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un Etat, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit Etat. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce. »

[189]- لقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 14 دجنبر 2005، أن استلهمت بعض العناصر الموضوعية لتحديد الإقامة الاعتيادية التي اعتمدتها محكمة العدل الأوروبية في النزاعات المتعلقة بالضمان الاجتماعي للعمال المهاجرين، وملاءمة المقتضيات الضريبية، وكذا في النزاعات بين الاتحاد الأوربي وموظفيه، حيث اعتبرت في القرار السابق وهي بصدد تحديد الإقامة الاعتيادية في مادة الطلاق بأنه: " يمكن تعريف الإقامة الاعتيادية باعتبارها مدلولا مستقلا وفق القانون الأوربي المشترك، باعتبارها المكان الذي يحدده المعني بالأمر، مع إرادة منحه طابع الاستقرار، واعتباره المركز الدائم أو الاعتيادي لمصالحه"، وقد استندت بعد ذلك على مجموعة من المعطيات الواقعية لتقرير عدم اختصاص المحكمة الفرنسية في مادة الطلاق، باعتبار أن المعنية بالأمر لا تتوفر في فرنسا إلا على إقامة ثانوية، وأن إقامتها الأصل توجد ببريطانيا، بحكم أنها دائمة التسجيل باللوائح الانتخابية بلندن، التي بها موطنها الشخصي والضريبي، وتحتفظ وتستعمل حسابات بنكية ببريطانيا، وتتابع استشاراتها الطبية لدى أطباء لندنيين...

راجع في هذا القرار، والقرار الاستئنافي موضوع الطعن بالنقض، والتعليق عليهما:

-FARGE (Michel): « Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? A propos de Cass, 1er Civ, 14 déc 2005. Dr. De la famille, Mars 2006, p : 19.

-GUEZ (Philippe): « L'interprétation de la notion de résidence habituelle au sens du règlement « Bruxelles II», Gaz. Pal, 14-15 janvier, 2005. P 20.

JDI, 2005, Note : Anne Richez- Pons, p : 801.

عن مدى وجود النية في العيش والاستقرار لمدة معينة في الدولة، فمرور أو استقرار الأسرة لمدة معينة في مكان معين غير كاف لاكتساب الإقامة الاعتيادية، وبذلك يمكن القول إنه لا يمكن اختزال مفهوم الإقامة الاعتيادية في التواجد الجسدي، ولكن بالإضافة إلى ذلك هناك عنصر غير حسي يتواجد بالتعبير عن الرغبة في العيش لمدة معينة.

وإذا كان تحديد ما سبق قد يبدو للوهلة الأولى أمرا يسيرا، فإن التدقيق في الموضوع من مختلف جوانبه يطرح أكثر من علامة استفهام. وأول إشكال في الموضوع يرتبط بمعرفة هل إرادة أو نية الاستقرار تنصرف للأبوين، أو للطفل، أم أن الأمر يرتبط بنية جماعية للأسرة ككل؟

باستقراء لمختلف توجهات القضاء المقارن، يمكن القول إنه ليس هناك اجتهاد قار في الموضوع، وإن كان هناك اتجاه قوي، خاصة في دول common law يربط الإقامة الاعتيادية للطفل مع إقامة الأبوين أو أحدهما صاحب الحق في الحضانة أو السلطة الأبوية (dependency model).

ففي قرار صادر عن محكمة استكتلندية بتاريخ 24 أكتوبر 1995[190] (قضية cameron Dikson) اعتبرت هذه الأخيرة أن اختيار الإقامة الاعتيادية لطفل قاصر لا إرادة حرة له يعد أمرا مرتبطا بالأبوين، وفي ذات السياق خلصت المحكمة العليا بإنجلترا في قرار لها بتاريخ 1997/08/13[191] إلى أنه لا يتعين فقط التركيز عند تحديد الإقامة الاعتيادية على

---

[190]- راجع في هذا القرار:

Inner House of the Court of Session (Second Division) (Ecosse).
Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights), sub. nom C. v. S.(A Minor) (Abduction) [1990] 2AC 562, [1990] 2.

للاطلاع على القرار، راجع الرابط التابع لمؤتمر لاهاي التالي:
http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0071.htm

[191]- انظر في هذا القرار:

-(1998) 1 FLR 497, (High court (England) ; First instance, HC/E/UK 176). ==

عنصر الوقت الذي قضاه الطفل في دولة اليونان، ولكن كذلك الهدف من زيارته لهذا البلد، والذي يتمثل في تمكين والده وكذا عائلة هذا الأخير من الاتصال به وزيارته.

نفس المعطيات تحكمت في القرار الصادر عن محكمة العدل الأوربية بتاريخ 22 دجنبر 2010،[192] حيث ربطت عناصر التكييف المتعلقة بتحديد الإقامة الاعتيادية لطفل رضيع بالشخص الذي يرعاه، مؤكدة أنه لا يمكن تأسيس إقامة اعتيادية لطفل رضيع حديث الولادة، بالتركيز على هذا الأخير، وإنما يتعين أن يتم تقدير ذلك حتما من زاوية العناصر المرتبطة بالوالد الذي يرعاه، طالما أنه لا يمكن تصور وجود روابط اجتماعية مستقلة بالطفل في هذه الحالة.[193]

وقد سبق لنفس المحكمة أن أشارت في قرارها المبدئي الصادر بتاريخ 02 أبريل 2009 المشار إليه آنفا بأنه وإضافة للمعطيات الموضوعية التي يتعين الاعتماد عليها عند تحديد الإقامة الاعتيادية للطفل، يتعين كذلك البحث عن نية الأبوين في الاستقرار رفقة الطفل في الدولة.

==-GOLDSTEIN (Gérald): «Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996 », op, cit.P: 19.

يمكن الاطلاع على هذا التقرير عبر الموقع التالي: http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/rhro_qc/rhro_qc.pdf

[192]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

Douchy-Oudot. M, RTDE, 2011, p : 481.

[193]- وقد أكد هذا القرار على الأخذ بعين الاعتبار إرادة الأم باعتبارها صاحبة السلطة الأبوية لوحدها بتاريخ نقل الطفل، يشكل عنصرا أساسيا وذو خصوصية.

وفي قرار صادر عن محكمة الاستئناف الفيدرالية بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 2001، في قضية Mozes، اعتبرت هذه الأخيرة أنه للقول باكتساب إقامة اعتيادية جديدة، يتعين التأكد من وجود نية واضحة للتخلي عن الإقامة السابقة، مشيرة إلى أنه في ظل غياب نية الأبوين في ذلك لحظة الانتقال إلى الدولة الجديدة، فإن الإقامة الاعتيادية بالدولة الأولى تظل قائمة، رغم استقرار الطفل لمدة طويلة بالخارج.

للاطلاع على هذا القرار، يراجع:

239, F, 3d, 1067(9th Cir 2001), HC/E/USf 301

يمكن الاطلاع عليه من خلال قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي:

http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0224.htm

وخلافا لهذا المنحى أصدرت المحكمة الإدارية العليا بالسويد قرارا بتاريخ 12 شتنبر2001،[194] اعتبرت فيه أن اندماج الطفل في بيئته الجديدة يعد مؤشرا لاكتسابه إقامة جديدة، وبالتالي فقدانه لإقامته الاعتيادية القديمة، وقد خلصت المحكمة السابقة لهذه النتيجة بعد استنتاجها بكون نية الطفل انصرفت إلى الاستقرار ببيئته الجديدة، وهو الأمر الذي يؤكده اندماجه في محيطها.

ونسجا على نفس المنوال، وبشكل أكثر وضوحا، أكد القضاء الأمريكي من خلال القرار الصادر في قضية Friedrich[195]، أنه لتحديد الإقامة الاعتيادية يتعين التركيز في هذا الأمر على الطفل، وليس الآباء، وتحليل هذا المعطى يجب أن يرتبط بالتجربة الماضية، وليس النوايا المستقبلية، ما دام أن الأمر يتعلق بتحديد الإقامة الاعتيادية قبل اختطاف الطفل. لذا فإنه يتعين النظر نحو الزمن الماضي، وليس إلى الأمام.

وإذا كان من المقبول التسليم بهذا الاستنتاج إذا تعلق الأمر بالأطفال البالغين اللذين لديهم قدرة على التمييز، فإن القاعدة الواردة في هذا القرار يصعب تطبيقها بالنسبة للأطفال حديثي الولادة، أو الصغار، إذ كيف يمكن الحديث عن نية هؤلاء بشكل مستقل عن نية من يحضنهم؟ لذا فالأمر يتطلب تمييزا بين الحالات على هذا النحو[196].

---

[194]- انظر في ذلك:

-Case number, 7624- 2000, HC/E/SE 447.

-GOLDSTEIN (Gérald): «Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996», op, cit.P : 27.

[195]- راجع في ذلك

983 F. 2d, 1396 (6th Cir)- (1993).

-GOLDSTEIN (Gérald): « Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996 », op, cit.P : 27.

[196]- بالإضافة إلى التوجهين المذكورين برز اتجاه ثالث توفيقي يعتبر أنه يتعين البحث عند تحديد الإقامة الاعتيادية عن نية الطفل والأبوين معا، وقد تبنت محكمة استئناف الدائرة الثالثة بالولايات المتحدة الأمريكية هذا الأمر في قرار لها بتاريخ 24 غشت 1995، ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي: "إن الإقامة ==

ومن زاوية أخرى يبدو أن التحليل السابق الذي ذهبت إليه المحكمة في قرارها يطرح سؤالا في غاية الأهمية، وهو كالتالي: هل تغيير الإقامة ينصرف إلى نية التخلي عن الإقامة القديمة، أم إلى نية الاستقرار في مكان جديد؟

فبتركيز القرار على أن البحث عن نية الطفل كأحد المعطيات اللازمة لتحديد إقامته الاعتيادية يرتبط بشكل وثيق بتجربته الماضية، وليس بالمكان الجديد الذي يتواجد فيه، تكون المحكمة قد رجحت الفهم الذي يوحي به الفصل الثالث من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والذي اعتبر أن نقل الطفل أو احتجازه يعد أمرا غير مشروع إذا كان في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة التي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو احتجازه، فالإشارة هنا إلى الإقامة الاعتيادية انصرفت للبلد الذي كان يقيم فيه الطفل مباشرة قبل نقله.

إن تحليلا مثل هذا وإن كان يبدو منسجما مع روح الاتفاقية سالفة الذكر، فإن التسليم به بشكل مطلق دون الأخذ بعين الاعتبار مدة الإقامة قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة عمليا، فإذا كان يعد منطقيا اعتماد هذه المنهجية عندما تكون مدة الإقامة غير طويلة في مكان العيش الجديد، فإنه من الصعب القول بما سلف إذا امتدت هذه الإقامة لمدة معتبرة.

==الاعتيادية للطفل هو المكان الذي يتواجد به جسديا منذ مدة كافية للتأقلم، والذي يعد من زاوية الطفل عنصرا معبرا عن نيته القطعية بالاستقرار فيه... وللتقرير في مدى استيفاء مكان محدد لهذه القاعدة من عدمه، يتعين التركيز على الطفل والعمل على تحليل الظروف المرتبطة به في هذا المكان، وكذا من خلال النية المشتركة للأبوين المتعلقة بتواجد الطفل بهذا المكان.

- Affaire Feder/ Evans-Feder, 63 F, 3 d 217, p. 224, (C.A. third circuit), 24 aout 1995, HC-E-Usf 83.

-GOLDSTEIN (Gérald): « Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996 », op, cit.P : 27.

هذه العلاقة بين مدة الإقامة والنية في الاستقرار يمكن تلخيصها وفق ما يلي: كلما كانت الإقامة بمكان العيش الجديد طويلة نسبيا كلما تعين ربط تفسير عنصر نية الاستقرار بالنظر لمكان العيش الجديد، وكلما كانت هذه المدة قصيرة، كلما تعين تفسير هذا الأمر بالنظر لنية التخلي عن الإقامة القديمة[197].

وقد سارت محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة استوكهولم السويدية[198] إلى التقرير بأنه "بالرغم من كون الأم كانت لها النية في الرجوع للسويد، فإن ابنتها التي أقامت لأكثر

---

[197]- يتم التمييز في هذا الصدد بين حالتين: الأولى: إذا كان الانتقال لدولة أخرى لمدة غير محددة، فإنه يمكن القول إن الطفل يفقد إقامته الاعتيادية القديمة ويكتسب تبعا لذلك الإقامة الاعتيادية في المكان الذي انتقل إليه (نية الذهاب واضحة)، وبالعكس من ذلك إذا كان الانتقال لمدة محددة، ولو أنها طويلة، فإنه يمكن القول هنا أن الطفل يحتفظ بإقامته القديمة طيلة المدة التي أقامها بالخارج(نية الاستقرار محددة أكثر من العناصر الواقعية).

انظر بخصوص بعض القرارات المتعلقة بالمثال الأول ما يلي:

-Affaire, Moran, 12 mars 1997,Ciotola v. Fiocca, 86 Ohio Misc. 2d 24, 684 N.E.2d 763 (Ohio Com. Pl. 1997).

راجع الرابط التالي:http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0099.htm

- Affaire Cameron, 24 october 1995, Inner House of the Court of Session (Second Division) (Ecosse).

- Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights), sub. nom C. v. S (A Minor) (Abduction) [1990] 2 AC 562, [1990] 2.

راجع الرابط التالي:
http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0071.htm

وبخصوص القرارات المتعلقة بالمثال الثاني، انظر ما يلي:

- Affaire, Callaghan v. Thomas, 31 aout 2001, [2001] NZFLR 1105,Family Court at Taupo (Nouvelle-Zélande).=

راجع الرابط التالي:http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0413.htm

- Affaire, Morris v. Morris, 30 aout 1999, 55 F. Supp. 2d 1156,United States District Court for the District of Colorado.

راجع الرابط التالي:http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0306.htm

[198]- قرار صادر بتاريخ 18 دجنبر 1998، في القضية مشار إليه في التقرير التالي:

-GOLDSTEIN (Gérald): « Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996 », op, cit.P : 24.

من سنتين بمدينة تكساس الأمريكية قبل نقلها، تكون قد اكتسبت إقامة اعتيادية بهذه الدولة الأخيرة".

صعوبة أخرى يقودنا إليها استنتاج مثل هذا، وهي المرتبطة بمشكل إثبات وجود نية الأطراف، ولا شك أن هذا الأمر قد يعد مصدر قلق مبعثه الصعوبة التي قد يجدها القاضي في هذا الصدد عند فصله في النزاعات المرتبطة بالاختطاف الدولي للأطفال، هذه الدوامة من القلق تعد أمرا غير مرحب به في مثل هذه المنازعات[199] التي يعد عنصر الزمن واختصار الإجراءات أمرا حاسما فيها.

ولتذليل مثل هذه الصعوبات، ميز الاجتهاد القضائي بين حالتين: الحالة الأولى، وهي التي يوجد اتفاق بين الأبوين أو قرار قضائي يحدد الإقامة الاعتيادية، والحالة الثانية، وهي التي يتخلف فيها هذا المعطى، ففي الحالة الأولى فمسألة تحديد الإقامة الاعتيادية لا يجب أن يطرح، ويتعين تطبيق اتفاقية لاهاي بشكل مباشر في حالة نقل الأطفال من طرف أحد الأبوين من مكان إقامتهما المحدد من طرفهما أو من طرف القضاء.

وتفعيلا لهذا التوجه أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بتاريخ 15 ماي 2002[200] في قضية تتعلق بزوجين يحمل أحدهما الجنسية البريطانية، والآخر الفرنسية، سبق أن أبرما زواجهما بفرنسا، وازدادا لهما ابنين بها (سنتين وثلاث سنوات)، وبسبب الالتزامات المهنية للزوج تنقلت الأسرة عبر مجموعة من المدن الفرنسية، ثم بعدها إلى إنجلترا. وبعد ذلك رجعت الزوجة رفقة الطفلين لفرنسا، ليتقدم الزوج نتيجة ذلك بطلب الإرجاع بعلة أن مكان الإقامة الاعتيادية للطفلين هو إنجلترا، وأن الزوجة هي من اختارت

---

[199]- والتي يكون لها انعكاس غير محمود، ولا يخدم في شيء مبدأ الأمن والتوقع القانوني.
حول الانتقادات الوجيهة في هذا الصدد، يستحسن الرجوع إلى:
-BOULANGER (François): Note sous arrêt du 2 avril 2009, JCP G 2009, p : 316.

[200]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:
-Cass,Civ, 15 mai 2002, Dr, famille, 2003, comm, 21, Note : Michel FARGE.

المغادرة بشكل انفرادي، وقد أجابت هذه الأخيرة بأنه لا مجال لأي نقل غير مشروع، ما دام أنه تم الاتفاق مع زوجها على أن تواجدهم بإنجلترا هو بصفة عرضية، وأن إقامة الطفلين الاعتيادية هي بفرنسا. وقد أيدت محكمة النقض -بعدما أكدت أن مسألة تقدير التعليل يبقى من اختصاص محكمة الموضوع- قرار محكمة الاستئناف الذي اعتبر أن الإقامة الاعتيادية توجد بفرنسا بناء على مجموعة من المعطيات التي تؤكد وجود اتفاق على أن الإقامة بإنجلترا هو بصفة عرضية[201].

وقد أكدت نفس المحكمة هذا التوجه في قرار آخر صادر بتاريخ 26 أكتوبر 2011،[202] حيث اعتبرت أنه لا يمكن تغيير الإقامة الاعتيادية بميشكان الأمريكية بمجرد ازدياد الطفل الثاني بفرنسا، ونية الأم الصادرة بصفة انفرادية للسكن بهذا البلد الأخير، طالما أن المسؤولية الأبوية مشتركة بين الزوجين، وأن الأب لم يوافق لزوجته بالاستقرار بالأطفال فوق التراب الفرنسي، وإنما فقط بنقلهم بصفة عرضية محددة في الزمن.

والواضح أن محكمة النقض الفرنسية تبنت في هذا القرار مقاربة وظيفية في تحديدها للإقامة الاعتيادية، تنسجم مع خصوصية وهدف القاعدة المستعملة في هذا المعيار، وهو ما قادها إلى الاستنتاج من جانب بكون أن ازدياد الطفل لا يكفي للقول باكتساب الإقامة على الرغم من سهولة اندماج الطفل حديث الولادة في محيطه الاجتماعي، ومن جانب آخر

---

[201]- ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

«Mais attendu que la convention de la Haye du 25 octobre 1980 a pour objet d'assurer le retour immédiat dans l'Etat de leur résidence habituelle des enfants retenus illicitement dans tout autre Etat contractant ; que, recherchant donc dans quel Etat, France ou Angleterre, était fixée cette résidence habituelle des enfants Rebecca et Nathan, la cour d'appel, après avoir analysé les circonstances de la cause, a, par une décision motivée, considéré souverainement que les époux Z..., Co titulaires du droit de garde, avaient maintenu en France leur résidence habituelle ; qu'ainsi, aucun des moyens ne peut être accueilli».

[202]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-CHALAS (Christelle): « Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », JDI (clunet), n3, 2012, pp : 939-950.

عدم قدرة الإرادة المنفردة للأم على تأسيس الإقامة الاعتيادية في الحالة التي تكون فيها المسؤولية الأبوية مشتركة.

أما في الحالة الثانية التي لا يوجد فيها اتفاق أو قرار قضائي بتحديد الإقامة الاعتيادية فيتعين تحليل مجموعة من المعطيات الواقعية التي قد تبرز نية الاستقرار وتأسيس إقامة اعتيادية من عدمها. وفي هذا الإطار عملت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث صادر بتاريخ 17 ماي 2017[203] على استخلاص نية الأسرة للاستقرار فوق التراب البلجيكي انطلاقا من الظروف المحيطة بالنازلة، والمتمثلة في اشتغال الزوج الذي يحمل الجنسية البلجيكية ببلجيكا، والتقدم بطلب تأشيرة طويلة الأمد، وبطاقة وطنية للأم والطفل الذي سجل بسجلات الأجانب، وتسجيل الأطفال بمدرسة بلجيكية، وفي الروض وناد رياضي، وجعل المنزل ببلجيكا عنوانا لتلقي المراسلات. وخلصت إلى أن عدم مراعاة محكمة الاستئناف لكل هذه العناصر يجعل قرارها غير مؤسس، وناقص التعليل.

وإذا كانت المحاولات السابقة لوضع معايير مساعدة على تحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية في مادة الاختطاف الدولي للأطفال قد عملت في أغلبها على محاولة التوفيق بين المعيار الموضوعي والشخصي في تحقيق الهدف السابق، وهو ما ساعد على رسم ملامح للمفهوم السابق، فإن القلق بشأن الطبيعة الاعتيادية للإقامة لا زال قائما، وهو ما سنتعرض لبعض جوانبه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بتحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية

إلى جانب الحالات المعتادة التي سلف بسطها أعلاه، والتي يثار فيها الشك حول تحديد الإقامة الاعتيادية للطفل، لوجود ارتباط لهذا الأخير بدولتين يتعين اختيار إحداهما لحسم النزاع المرتبط بوضعيته الناجمة عن نقله من بلد لآخر، والتي يكون لها انعكاس

[203]- للاطلاع على هذا القرار يراجع الموقع التالي: www.legifrance.gouv.fr

مباشر على تكييف مشروعية النقل من عدمه؛ هناك حالات أخرى يصبح معها تحديد الإقامة الاعتيادية في النزاعات الأسرية الدولية أمرا بالغ الصعوبة.

هذه الصعوبة تتجلى من جانب في حالة تعدد أو ازدواجية الإقامة(الفقرة الأولى)، ومن جانب آخر في تحديد الإقامة الاعتيادية في حالة الانتقال أثناء الحمل (الفقرة الثانية)، وكذلك في حالة الإقامة المؤقتة(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: ازدواجية الإقامة الاعتيادية

تتحقق هذه الحالة في الغالب عندما يتم تحديد الإقامة الاعتيادية للطفل بالتناوب résidence alternée [204] في موطن كل طرف من الأبوين القاطنين بدولتين مختلفتين، وخاصة عندما تكون حدود الدولتين متجاورة،وذلك نتيجة طلاقهما، أو افتراقهما، وتكون ممارسة الحضانة بينهما بشكل مشترك وبالتناوب.

فهل يمكن الحديث والحالة ما ذكر عن إقامة اعتيادية مزدوجة بمفهوم القانون الدولي الخاص؟

إن الإشكال المطروح لا يعد من قبيل الترف الفكري بقدر ما يعكس صعوبات عملية في تحديد المفهوم، لارتباط ذلك بجوانب أساسية في القانون الدولي الخاص.

فالتنازع الإيجابي للإقامة يؤثر بشكل مباشر على قواعد الاختصاص القضائي، ذلك أن الإقرار بوجود إقامتين في هذه الحالة قد يؤدي إلى القبول بإسناد الاختصاص لمحكمتي البلدين للبت في الجوانب المرتبطة بالإجراءات الحمائية للطفل، وهو أمر يعد من غير

---

[204]- للتوسع أكثر حول ما تطرحه الإقامة بالتناوب من إشكالات على صعيد القانون الدولي الخاص، خاصة في مجال تنازع القوانين والاختصاص القضائي، وكذلك في مجال الاختطاف الدولي الخاص، يستحسن الرجوع لما يلي:

-DEVERS(V.A): « La résidence alternée en droit international privé», Dr de la famille, mars 2008, étude 9.

-BOICHE(Alexandre): « La résidence alternée en droit international privé», AJ famille, 2011, p 585 - 589.

الملائم، ولا يستجيب لأهداف ومبادئ الإسناد القائمة على معيار الإقامة الاعتيادية، والتي يعتبر في مقدمتها تحقيق الملاءمة، والحد من تنازع الاختصاص القضائي.

كما أن فرضية حصول تنازع سلبي بين محاكم الدولتين المعنيتين يعد واردا، الأمر الذي عملت كل من اتفاقية لاهاي لسنة 1996[205]، وكذا نظام بروكسيل(2 مكرر) على مواجهته، وبلورة حل له من خلال مقتضياتهما، وذلك بالتنصيص على أن الاختصاص ينعقد لمحاكم الدولة التي يتواجد فيها الطفل في حالة عدم تحديد مكان إقامته بصفة اعتيادية.

هذا الوضع يفتح للأبوين إمكانية اللجوء لمحاكم أي من دولتي تواجد إقامة الطفل لطلب تغيير الحضانة الممارسة بشكل مشترك، وفي موطن كل طرف من الأبوين، وهو ما قد يشجع على التحايل في اختيار المحكمة التي قد يعتقد الطرفان أنها تستجيب لطلبهما le forum shopping، ويعمل من جانب على تفعيل القواعد ذات الارتباط بسبقية رفع الدعوى les règles de litispendance.

وفي مادة النقل غير المشروع للأطفال يبرز دور الإقامة المزدوجة بشكل بارز في حالة قيام أحد الأبوين باحتجاز أو نقل الطفل دون موافقة الآخر، ففي هذه الصورة يشكل هذا الفعل اختطافا دوليا[206]، رغم أن الاحتجاز أو النقل تم في إحدى دولتي

---

[205]- تنص المادة السادسة من هذه الاتفاقية على اختصاص سلطات الدولة المتعاقدة التي يوجد فوق ترابها الطفل باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية شخصه أو أمواله ، وذلك في الحالة التي يتعذر فيها تحديد مكان إقامته الاعتيادية.

[206]- رغم أن الأمر قد يبدو للوهلة الأولى واضحا، إلا أنه يطرح عدة إشكالات، فإذا كان المنطق يفرض الحكم بإرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادي،فإلى أي دولة يتعين إرجاع الطفل إليها إذا كان هذا الأخير يعيش بالتناوب بين دولتين؟ ويصبح الإشكال أكثر تعقيدا إذا كانت مدة إقامة الطفل مع كلا والديه تمتد لسنة، أي يقيم سنة مع والده، والسنة الموالية مع والدته، وهكذا دواليك. ويمكن في هذه الحالة إعطاء مثال حالة طرفين إسبانيين انتهت علاقتهما بالطلاق، واستقر الأب ببلجيكا فيما استقرت الأم بألمانيا، واتفقا على تحديد إقامة طفلهما بالتناوب بينهما، وذلك على أساس السنة الدراسية، حيث يقضي سنة لدى والده، وسنة لدى والدته، فإذا قررت الأم بصفة انفرادية أثناء مدة إقامة الطفل معها الاستقرار بدولة هولندا، فارضة بذلك أمر الواقع. فإلى أي دولة يتعين على السلطات القضائية الهولندية الأمر بإرجاع الطفل لها؟

فالطفل لم يكن له أثناء نقله إقامة ببلجيكا، ولكن في ألمانيا. لكن والحالة هذه فالأم استقرت بهولندا، وسيعد من غير المقبول الأمر بإرجاع الطفل لبلد لا يوجد فيه أحد لاستقباله. ==

الإقامة الاعتيادية للطفل، لأن الأمر الذي يهم في هذه الحالة هو خرق حق الحضانة للطرف الآخر.

ففي مثل هذه الفرضية، فإن الذي يهم ليس فقط الإرجاع الفوري للطفل، وإنما احترام حق الحضانة كما تم تحديده بداية بين الطرفين. لذلك لا يجب أن تؤثر الإقامة المزدوجة على تكييف النقل غير المشروع، ولا على دعوى الإرجاع.[207]

فموقف القاضي الناظر في النزاع لا يخلو من احتمالين اثنين: فإما أن يخلص إلى عدم تحديد الإقامة الاعتيادية للطفل، وبالتالي استبعاد المقتضيات المتعلقة بالاختطاف الدولي، وهو ما سارت عليه المحكمة الجهوية العليا بألمانيا التي رفضت طلبا بإرجاع طفل لفرنسا، لأنها لم يظهر لها بشكل واضح أن الطفل كانت له إقامة اعتيادية في فرنسا قبل النقل. وهو ما علق عليه الأستاذ Michel Farge، بكون أن الأمر في هذه القضية يتعلق بإقامة مزدوجة، حيث كان الطفل يعيش مقسما بين والده بفرنسا، ووالدته بألمانيا، وعقب بالقول بأنه يصعب وصف الإقامة الاعتيادية في حالة وجود استقرار للطفل بشكل متناوب ومتساو بين بلدين.[208]

== غير أن تطبيق روح وهدف الاتفاقيات المؤطرة للموضوع يفرض في هذه الصورة على السلطات الهولندية الأمر بإرجاع الطفل إلى والده، رغم أن الإقامة لم تكن محددة لديه، أو بالأحرى في البلد الذي يقيم فيه وقت نقل الطفل.

للتوسع أكثر حول الحالات الناتجة عن ازدواجية الإقامة، أو الإقامة بالتناوب، راجع:

-BOICHE (Alexandre): « La résidence alternée en droit international privé», AJ famille, 2011, p 588 et 589.

[207]- انظر في هذا الأمر:

-GALLANT (Estelle): « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis », In Mélanges en l'honneur du professeur pierre Mayer, LGDJ, 2015, pp 252.

[208]- انظر بخصوص مضمون القرار، والتعليق أعلاه:

-FARGE(Michel): « L'existence d'une résidence habituelle dans l'état d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'état de refuge: la cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de la Haye », op. cit, p: 208.

أما الاحتمال الثاني فهو الإقرار كما تم بسطه أعلاه بوجود إقامة مزدوجة، وعدم اعتبار هذا الأمر عائقا لتطبيق المقتضيات المتعلقة بالاختطاف الدولي، وذلك بالتركيز على العنصر المتعلق بخرق حق الحضانة. وهو اتجاه يعد جديرا بالتأييد كونه يحد من باب التحايل.

وقد يحدث أن يقوم أحد الأبوين باحتجاز الطفل بعد انتهاء مدة إقامته بالبلد الذي يقطن فيه، ويمتنع عن إرجاعه للطرف الآخر، خلافا لما تم الاتفاق عليه، فكيف يمكن تقدير هذا التصرف؟

لقد أتيحت الفرصة لمناقشة هذا الإشكال أمام القضاء الإسكتلندي، فقد صدر حكم بتاريخ 12 يونيو 1996[209]، في قضية تتعلق بأبوين لطفلين من 10، و12 سنة، كانا منفصلين لحظة عدم إرجاع الطفلين، ولهما حضانة مشتركة، وقد عاشا الطفلين بدولة نيوزيلندا من دجنبر 1987 إلى دجنبر 1994 مع والدتهم، وبعدها انتقلا للعيش مع والدهم باسكتلندا، حيث كان من المقرر مكوثها معه لمدة سنتين، وبعدها العودة لنيوزيلندا لقضاء السنتين الموالييتين مع أمهم.

لكن في شهر غشت من سنة 1996 قام الأب بإخبار الأم بأنه لن يرجع الطفلين كما كان متفقا عليه في دجنبر من سنة 1996، لتتقدم الأم على إثر ذلك بطلب يهدف إلى إرجاع الطفلين إلى نيوزيلندا، إلا أنه قوبل بالرفض بعلة أن الطفلين فقدا مكان إقامتهما الاعتيادي بنيوزيلندا، واكتسبا إقامة جديدة باسكتلندا بعد مرور سنتين، بغض النظر

---

[209]- راجع في هذا القرار:

-HC/E/UKs 75, Outer House of the Court of Session (Écosse, 1re instance), 12juin. 1996, *Watson c/Jamieson*, 1998 SLT 180. V.

يمكن الاطلاع عليه من خلال قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي:

http://212.206.44.26/

على أنه كان يتعين عليها الرجوع لنيوزيلندا، وأضافت أن هدف اتفاقية لاهاي لسنة 1980 هو تأمين رجوع الطفل الذي تم نقله أو احتجز في دولة متعاقدة، وما دام أن الطفلين كانت لهما إقامة مشروعة في دولة اسكتلندا لحظة ارتكاب الفعل المخالف لاتفاق الأبوين، فإنه لا يمكن الأمر بإرجاع الطفلين لنيوزيلندا لأنها ليست هي الدولة التي توجد فيها إقامة الطفلين الاعتيادية.

وفي قضية أخرى صادرة عن القضاء الأمريكي، رفض هذا الأخير في قرار صادر بتاريخ 21 أكتوبر 1998[210] طلب إرجاع أطفال تم نقلهم إلى الولايات المتحدة الأمريكية، بعلة أنه لا يهم إن لم يكن منتظرا أن تصبح الولايات المتحدة الأمريكية مكان الإقامة الاعتيادية الدائمة للأطفال، ولكون أنه كان منتظرا عودة الأطفال إلى "إسرائيل" في سنة 2000، مضيفة أنه لا يهم ما سيحصل في المستقبل مقارنة مع السؤال المرتبط بمعرفة مدى اندماج الأطفال في محيطهم الجديد بالشكل الذي يمكن معه تكييفه كمكان إقامتهم الاعتيادية.

---

[210]- انظر في هذا القرار:

HC/E/USf 225, United States District Court for the District of Massachusetts (États-Unis, 1re instance),
21 oct. 1998, *Toren c/ Toren*, 26 F. Supp. 2d 240 (D. Mass. 1998).

يمكن الاطلاع عليه من خلال قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي:

http://212.206.44.26/

للاطلاع أكثر على القرارات الصادرة في نفس المنحى، والتي لا تقيم وزنا للظروف المرتبطة بإقامة الأطفال في المستقبل، يمكن الرجوع إلى قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي: http://212.206.44.26/

HC/E/USf 142, United States Court of Appeals for the Sixth Circuit (États-Unis, 2e instance), 22janv. 1993, *Friedrich c/ Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993). – HC/E/USs 131, Court of Appeals ofKentucky (États-Unis, 2e instance), 11 oct. 1996, *Harsacky c/ Harsacky*, 930, S.W.2d 410 (Ky. App.1996). – HC/E/USs 97, Superior Court of Connecticut, Judicial District of Hartford (États-Unis, 1re instance), 24 sept. 1997, *Panazatou c/ Panazatos*, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997).

إن توجه المحكمتين سالفتي الذكر يطرح أكثر من علامة استفهام، ويعطي الانطباع ببروز موقف ذو نزعة وطنية لا يراعي الاعتبارات المنطقية للظروف المرتبطة بوقائع النازلتين.

فمن جهة لم يتم إيلاء اتفاق الأطراف على تحديد إقامة الأطفال بالتناوب بينهما أي اعتبار يذكر، وهو ما يؤدي إلى إفراغ تلك الاتفاقات من جوهرها، كما يعيد طرح جدوى اعتماد المعيار الشخصي عند تحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية، والتي تشكل فيه نية الأطراف عنصرا أساسيا كما سلف توضيحه في السابق، كما أن مثل هذا الموقف سيساعد على تحايل الأطراف بالإمضاء على اتفاقات يتم تعطيلها لاحقا بفعل الواقع.

مثل هذه الاعتبارات تعد كذلك متعارضة مع أهداف اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وآية ذلك أنه يمكن اعتبار نقل الطفل أو عدم إرجاعه كقيد أمام أي تغيير للإقامة الاعتيادية للطفل، هذا الأخير الذي يظل محتفظا بالإقامة الاعتيادية بالدولة التي كان يعيش فيها قبل فرض أمر الواقع بنقله إلى بلد آخر.[211]

وقد سبق لبعض التوجهات القضائية أن كرست مبادئ من هذا القبيل، حيث اعتبرت أن "الإقامة الاعتيادية المفروضة لا يمكن الاعتداد بها كإقامة اعتيادية بمفهوم اتفاقية لاهاي لسنة 1980،[212] وفي قرار للمحكمة العليا بإنجلترا صدر بتاريخ 21 أكتوبر

---

[211]- راجع بشأن نفس الاستنتاج:

-RICHEZ-PONS (Anne): « La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)», thèse Lyon, 2004, p: 266.

[212]- انظر في ذلك:

-HC/E/USf 144, United States District Court for the District of Utah, Central Division (États-Unis, 1re Instance), 17 août 1993, In re Ponath, 829 F. Supp. 363 (D. Utah 1993).

يمكن الاطلاع عليه من خلال قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي:

http://www.hcch.net/incadat/fullcase/0225.htm

1997، صرحت هذه الأخيرة أن "استقرار الأطفال بإنجلترا كان نتيجة لتواجدهم بطريقة غير مشروعة خرقا لقرار قضائي، ولا يمكن اعتبار هذه الإقامة تبعا لذلك إقامة اعتيادية".[213]

ومن جانب آخر قد يثار التساؤل بخصوص القيمة القانونية لاتفاق الأطراف، ومدى تأثير ذلك على وجود الإقامة من غيرها، وبشكل أدق، هل يمكن الاعتداد باتفاق الأطراف على جعل إقامة الطفل بينهما لفترات محددة بين البلدين؟

لقد أتيحت الفرصة لمحكمة الاستئناف بليون لمناقشة هذه المسألة، ففي قرار صادر عنها بتاريخ 17 يناير 2011،[214] طرح التساؤل بخصوص قيمة الاتفاق المبرم بين الزوجين أمام موثق برومانيا بتاريخ 3 يونيو 2006، والذي وافقت من خلاله الأم على جعل إقامة طفلتهما بشكل مزدوج بين رومانيا وفرنسا لمدة ثلاثة أشهر لكل منهما، لتمتنع بعد انتهاء فترة إقامة البنت معها التي امتدت من 6 يونيو 2006 إلى 7 شتنبر 2006 عن إرجاعها لوالدها لقضاء نفس المدة وفق المتفق بشأنه، مثيرة أن ذلك الاتفاق لا قيمة له باعتبار أنه يخالف مقتضيات المادة 42 من قانون الأسرة الروماني، والتي تعتبر مثل هذا الاتفاق غير صحيح، ما دام أنه لم يخضع لموافقة المحكمة، بهدف التأكد من كونه يضمن حماية مصلحة الطفل بشكل دائم.

---

[213]- راجع في هذا القرار:

HC/E/UKe 39, High Court (Angleterre, 1re instance), 21 oct. 1997, *Re B.* (Abduction : Children's Objections) [1998] 1 FLR 667.

يمكن الاطلاع عليه من خلال قاعدة البيانات INCADAT التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص من خلال الرابط التالي:

http://212.206.44.26/

[214]- قرار عدد 09/05813. انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

- JCP int, fasc 549-30, note : Estelle Gallant.

-MC ELEAVY(p): « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de Common Law», TCFDIP, 2008-2010, p 141.

فكان جواب المحكمة أن اعتبرت أن الإقامة الاعتيادية للطفلة المذكورة تعد قائمة في رومانيا، بغض النظر عن تأكيد القضاء الروماني لصحة اتفاق الطرفين من عدمه، وكذلك لوجود حكم صدر بتاريخ 28 نونبر 2006 عن محكمة الدرجة الأولى برومانيا قضى بتطليق الطرفين، ومنح الحضانة للأب.[215]

وإذا كان توجه المحكمة السابقة يعد صائبا، وذلك بالنظر لترتيبه الأثر القانوني لاتفاق الأطراف، حتى في ظل عدم استيفاء هذا الاتفاق لشروط صحته وملاءمته مع قانون الدولة الصادر عنها، وهو ما يقطع مع نية المتحايلين من الآباء باستغلالهم لمثل هذه الثغرات قصد تعطيل اتفاقية لاهاي، فإنه باعتماده لتبرير نتيجته على الحكم القاضي بمنح الحضانة للأب للقول بوجود إقامة اعتيادية للطفلة برومانيا يكون قد جانب الصواب، طالما أن الحكم المذكور صدر بتاريخ لاحق على اتفاق الأطراف،[216] وفي لحظة لم تكن تتواجد فيها الطفلة فوق التراب الروماني، لامتناع الأم عن إرجاعها بعد انقضاء فترة تواجدها رفقتها في فرنسا خلافا لما تم الاتفاق عليه في هذا الشأن.

الفقرة الثانية: تحديد الإقامة الاعتيادية في حالة الانتقال أثناء الحمل Déplacement in utero:

---

[215]- ومن بين ما ورد في هذا القرار، نذكر ما يلي:

« On notera que quelle que soit l'analyse juridique de la convention du 3 juin 2006 instituant une garde alternée par trimestre, reconnue comme valable ou non, le non-retour illicite de l'enfant est caractérisé puisque soit la résidence habituelle de l'enfant était chez son père (conformément au jugement de divorce), soit elle était alternée (conformément à la convention), ce qui interdisait à la mère de ne pas ramener l'enfant en Roumanie à l'issue de la période du 6 juin 2006 au 7 septembre 2006.

Le non-retour illicite de l'enfant est donc caractérisé à la date du 7 septembre 2006. »

[216]- ذلك أن الحكم القاضي بطلاق الطرفين لم يصدر إلا بتاريخ 28 نونبر 2006، أي بعد مرور ما يزيد عن خمسة أشهر من إبرام الاتفاق على جعل إقامة الطفلة مزدوجة بين الأبوين.

لم يخل الاجتهاد القضائي المرتبط بتطبيق اتفاقية لاهاي المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال من مفاجآت، وقد ارتبط نصيب من هذه المفاجآت بتحديد الإقامة الاعتيادية في حالة انتقال الأم أثناء الحمل من بلد إلى آخر.

ويمكن تصور هذا الأمر في الحالة التي تقوم فيها الأم بالانتقال من مكان إقامة الأسرة الاعتيادي وهي حامل إلى دولة أخرى، وامتناعها عن الرجوع بعد الوضع،فهل يمكن الحديث هنا عن وجود إقامة اعتيادية بالبلد الأصل بخصوص وضعية الطفل المزداد، وهو ما يعد شرطا أساسيا لوصف النقل بغير المشروع؟ أم أن واقعة الولادة بالبلد الثاني تعطل آلية الإرجاع، باعتبار أن الطفل ازداد خارج حدود تراب الدولة التي تعيش بها الأسرة، وبالتبعية لا يمكن الحديث عن وجود لإقامة اعتيادية قبل النقل؟

لقد عرضت أمام القضاء الفرنسي قضية في نفس الموضوع تتعلق بمواطنة فرنسية متزوجة من مواطن أمريكي الجنسية، حيث كانت الأسرة مقيمة بصفة اعتيادية بالولايات المتحدة الأمريكية، ونظرا لوضعية والد الزوجة الصحية الحرجة قررت هذه الأخيرة التي كانت حامل زيارته بفرنسا رفقة ابنهما الأول، وقررت بعد ذلك البقاء في فرنسا حيث وضعت مولودها الثاني هناك. وبعد الولادة تقدم الأب بطلب عبر السلطات الفرنسية يهدف إلى الإرجاع الفوري للطفلين معا، وهو ما استجابت له محكمة الدرجة الكبرى بليون، وأيدته محكمة الاستئناف بنفس المدينة.

وعلى إثر ذلك تقدمت الأم بطلب الطعن بالنقض في القرار السابق مثيرة بصفة أساسية بأن الطفل المزداد في فرنسا لم يقطن فوق تراب الولايات المتحدة الأمريكية، وبالتالي لا يمكن الحديث عن نقل غير مشروع من الولايات المتحدة الأمريكية إلى فرنسا، أو عدم إرجاع من الدولة الأخيرة إلى الولايات المتحدة الأمريكية.

غير أن محكمة النقض كان لها رأي أخر في الموضوع، حيث استبعدت في قرارها الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2011[217] ما أثارته الأم من دفوعات في هذا الشأن، وذلك بتكييفها للنقل الذي تم للطفل المذكور باعتباره نقلا غير مشروع، مستندة في ذلك على كون الأب -والذي يمارس السلطة الأبوية بشكل مشترك مع الأم- لم يوافق من جهة إلا على انتقال محدد في الزمن للأم إلى فرنسا، ومن جهة ثانية فإن الأبوين معا يقيمان بصفة اعتيادية بالولايات المتحدة الأمريكية، وأن هذه الإقامة لا يمكن أن تتغير بمجرد ازدياد الطفل بفرنسا، ولا بالإرادة المنفردة للأم[218].

---

[217]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

- CHALAS (Christelle): « Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », JDI (clunet), n3, 2012, pp : 939-950.

- GALLANT (Estelle): « Du déplacement illicite in utero, Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », RCDIP, 2012, pp : 599-604.

-BOICHE (Alexandre) : « Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », AJ, Famille, p : 616.

[218]- ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

« Mais attendu qu'ayant, par motifs adoptés, retenu que les deux enfants étaient visés dans l'acte introductif d'instance, la cour d'appel, par une décision motivée, a relevé, d'abord, que Mme X... et M. Y... disposaient tous deux du plein et entier exercice de la responsabilité parentale et avaient leur résidence habituelle aux Etats-Unis dans l'Etat du Michigan, ensuite que cette résidence n'avait pas changé du seul fait de la naissance d'Arthur en France et de la volonté unilatérale de sa mère d'y demeurer, enfin, que le père n'avait pas autorisé son épouse à s'installer avec ses enfants sur le territoire français mais avait seulement consenti à un déplacement ponctuel limité dans le temps ; qu'elle en a justement déduit que le non-retour des enfants était illicite, en application de l'article 3 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; qu'ayant en outre relevé que les deux parents étaient en mesure de prodiguer aux enfants une éducation et des conditions de vie décentes, et que la mère ne pouvait se prévaloir d'aucun danger pour ses enfants alors même qu'elle les avait, de son fait, placés en danger affectif et moral en les éloignant de leur père, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire que l'article 13 b de la Convention n'avait pas à recevoir application ; que le moyen qui vise dans sa première branche un motif inopérant, est mal fondé pour le surplus ».

وبإرساء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية لهذا التوجه في القرار السابق، وذلك بتأييد إرجاع طفل حديث الولادة للدولة التي غادرها وهو جنين في بطن أمه، تكون قد أماطت اللثام عن جانب من الإشكالات التي تثيرها اتفاقية لاهاي لسنة 1980، حيث ارتبط بعضها بمجال تطبيقها من حيث الأشخاص، في حين ارتبط بعضها الأخر بتكييف النقل في حالة الحمل، وفي كلتا الحالتين فإن انعكاس ذلك يبدو جليا على تحديد الإقامة الاعتيادية كشرط أولي لتطبيق الاتفاقية.

وبغض النظر عن المسوغات المتحكمة في قناعة قضاة محكمة النقض في النازلة أعلاه، والتي قد يكون وراءها الرغبة في مواجهة التحايل، والحد من الالتفاف على الحماية المقررة لحق الحضانة في مقتضيات اتفاقية لاهاي، وهو أمر لا يخلو من وجاهة، فإن تكريس هذا التوجه يطرح أكثر من علامة استفهام بخصوص المنهجية المتبعة، ومدى انضباطها لأحكام الاتفاقية موضوع النزاع.

وهكذا، فإذا كانت مقتضيات المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 قد حددت مجال تطبيقها على الأطفال أقل من 16 سنة، فإنها لم توضح هذا المقتضى بالشكل الذي يسمح بمعرفة هل الأمر يتعلق بالأطفال المزدادين، أم يشمل حتى الأطفال في وضعية الحمل؟[219] ولا شك أن وضعا مثل هذا يفتح المجال لتأويل صمت الاتفاقية إما باستبعاد وضعية الجنين من مجال تطبيقها، على أساس أن تحريك آليات الاتفاقية يستوجب اشتراط تواجد الطفل في تاريخ النقل، وكذا لحظة تقديم طلب الإرجاع. أو

[219]- لم يتضمن التقرير التفسيري للاتفاقية بدوره أي مقتضى بهذا الشأن، حيث ورد فيه أن بأن الاتفاقية تطبق على الأطفال البالغين أقل من 16 سنة الذين كانت لهم إقامة اعتيادية بدولة متعاقدة فورا قبل خرق حق الحضانة أو الزيارة.

راجع بهذا الخصوص:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 449.

بالعكس من ذلك قبول مثل هذه الفئة باعتبارها تدخل في مفهوم الطفل الذي يستوجب حمايته من الأضرار الناتجة عن نقله، وهو الموقف الذي تبنته محكمة النقض في قرارها أعلاه، وإن لم تبرز بما فيه الكفاية عن وجه الإشكالية.

وأيا كان الأمر فإن انعكاس ما سبق على تكييف النقل غير المشروع يعد أمرا لا محيد عنه للتأسيس لأي توجه قد يسلكه القضاء عند بته في النزاع المعروض عليه بشأن النقل الذي يتم في حالة الحمل. فقبول دعوى الإرجاع الفوري يتوقف على تكييف النقل أو عدم الإرجاع باعتباره غير مشروع، وهو ما يشترط معه توفر عنصرين أساسيين: أولهما يتمثل في خرق حق الحضانة، لكن يتعين قبل ذلك للقول بوجود نقل أن يكون هناك تجاوز لحدود دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل إلى المكان الذي يتواجد فيه، وهو ما يستوجب بدءا وقبل كل شيء تحديد الإقامة الاعتيادية للطفل فورا قبل النقل.

وفي الحالة التي ناقشها القرار سالف الذكر فإن الصورة الأقرب تجعلنا أمام عدم رجوع غير مشروع للطفل[220]، فالانتقال من الولايات المتحدة الأمريكية لفرنسا تم بموافقة الأب لمدة محددة، وذلك قصد زيارة الأم لوالدها المريض، ولوضع الطفل الثاني. فعدم رجوعها رفقة الطفلين بعد الولادة للولايات المتحدة الأمريكية هو الذي حرك دعوى الإرجاع الفوري من طرف الأب. ذلك أن عبور المجال الجغرافي لدولة مكان الإقامة الاعتيادية بالولايات المتحدة الأمريكية إلى فرنسا وإن كان معطى ثابتا، فإن الأمر يتعلق بطفل لم يولد بعد.

[220]- انظر في نفس الاستنتاج:

- **GALLANT (Estelle):** « Du déplacement illicite in utero, Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », RCDIP, 2012, pp : 602.

وبناء عليه وفي ظل هذه المعطيات، فلا الإقامة الاعتيادية للأم بالولايات المتحدة قبل النقل، ولا انتقالها إلى فرنسا يمكن أن يغير في الأمر شيئا، ذلك أن وضعية الطفل هي المحدد الأساس في الموضوع وليس الأم.

ومن هذا المنطلق، فإذا كان وصف النقل أو عدم الإرجاع باعتباره عملا غير مشروع، يستوجب بدءا تحديد مكان الإقامة الاعتيادية السابقة عن النقل، حتى يتسنى بعدها التسليم بأن عدم الإرجاع كان غير مشروع، فإن الأمر يطرح لبسا في القضية التي عرضت على أنظار القضاء الفرنسي.

فكيف يمكن اعتبار طفل مزداد بفرنسا مكتسبا لإقامة اعتيادية بالولايات المتحدة الأمريكية، والحال أن قدميه لم تطئا تربة هذا البلد؟

وبغض النظر عما قد يتبادر إلى الذهن من الاعتداد بكينونة الطفل حتى وهو جنين، وتأثير ذلك على تكييف النقل باعتباره مشروعا من عدمه، فإن الملاحظ أن محكمة النقض في قرارها أعلاه لم تول أهمية لذلك، حيث ركزت نقاشها على أن الذي يهم ليس هو التحقق من وجود إقامة اعتيادية للطفل من عدمه، بل إن الإقامة المبحوث عنها ترتبط بالأبوين[221]، وذلك بإقرارها في حيثيات القرار بأن الأبوين يعيشان بصفة اعتيادية في ولاية ميشيكان الأمريكية، وأن مجرد ولادة الإبن الثاني بفرنسا لا يمكن أن تؤثر على تغيير هذه الإقامة، ولا إرادة الأم المنفردة بجعل هذا البلد مكان سكنها.

[221]- لقد اعتبر البعض أن محكمة النقض الفرنسية تبنت في هذا القرار مفهوما وظيفيا للإقامة الاعتيادية متلائمة مع خصوصية وهدف القاعدة المستعملة في تحديد معيار هذه الإقامة، وهو ما خلصت بناء عليه إلى اعتبار إقامة الطفل مرتبطة بإقامة أبويه، وبالتالي اعتبار النقل غير مشروع مما استتبعه الأمر بإرجاع الطفل لمكان إقامته بالولايات المتحدة الأمريكية حيث يتواجد الأب، والأسرة قبل النقل.

راجع في هذا الخصوص:

- CHALAS (Christelle): « Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », JDI (clunet), n3, 2012, p: 945.

ومحصلة ما سلف وحسب توجه القرار، فالإقامة الاعتيادية للرضيع لا يمكن تحديدها إلا ارتباطا بإقامة والديه أو من يرعاه، ومفاد ذلك أنه لا يمكن الحديث عن وجود إقامة اعتيادية للجنين أثناء الحمل قبل النقل بشكل مستقل، بل بارتباط بإقامة والديه.

وإذا تجاوزنا هذا الإشكال المرتبط بالوجود المسبق للإقامة الاعتيادية كشرط لازم لوصف النقل بغير المشروع، فإن إشكالا آخر يطفو على السطح، ويتعلق الأمر في النازلة موضوع التعليق بخرق حق الحضانة، وهو العنصر الآخر الأساسي في الوصف المذكور...

مثل هذا اللبس المرتبط بتحديد مفهوم الإقامة الاعتيادية هو الذي دفع البعض إلى القول بأن هذا الأمر لا يخدم في شيء الأمن والتوقع القانوني[222]. وهو المعطى الذي يتجلى أيضا في حالة الإقامة المؤقتة.

الفقرة الثالثة: الإقامة المؤقتة:

يجدر التنبيه بداية أن الطبيعة المؤقتة والاعتيادية للإقامة يعتبران أمران متضادان، ومتنافران في نفس الوقت، فالقول بكون الإقامة مؤقتة لا يمكن أن يجعل منها اعتيادية، فالأمر كما سبق بسطه أعلاه يتطلب نوعا من الاستقرار، فالطفل الذي يقضي مثلا عطلته الصيفية التي تمتد لشهرين لدى جديه بفرنسا لا يفقد إقامته الاعتيادية بالمغرب.

ورغم ذلك، فإن الطبيعة المؤقتة للإقامة يمكن في بعض الأحيان أن تختفي بالشكل الذي يجعل التمييز بين صفة الاعتيادية والمؤقتة أمرا دون جدوى. وهو ما يصعب من تفعيل قواعد القانون الدولي الخاص، وخاصة تلك المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال.[223]

---

[222]- راجع في هذا الشأن:

- CHALAS (Christelle): « Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », JDI (clunet), n3, 2012, p: 948.

[223]- للتوسع أكثر بخصوص تجليات هذه الصعوبات يستحسن الرجوع:

- JCP int, fasc 549-30, note : Estelle Gallant. ==

فمثلا عندما تقوم أسرة بالاستقرار بالخارج لأسباب مهنية أو لقضاء عطلة طويلة، فالنية هي الرجوع للبلد الأصل بعد انصرام وقت معين، لذا فالتساؤل الذي يثار يرتبط بمعرفة ما إذا كانت هذه الإقامة المؤقتة المحددة في الزمن، والتي يمكن أن تمتد في بعض الأحيان لسنوات تشكل تغييرا للإقامة؟ فهل إذا قرر أحد الأبوين بصفة منفردة الرجوع رفقة الطفل لمكان الإقامة الأصل يعد مرتكبا لاختطاف دولي للطفل؟ أو إذا بقي رفقة الطفل، وعادت فقط الأم لوحدها، أفلا يشكل هذا الأمر احتجازا للطفل بمفهوم اتفاقية لاهاي لسنة 1980؟

انطلاقا من الاجتهادات القضائية القليلة في الموضوع، يمكن التأكيد على أن التوجه الغالب لا يذهب في الأخذ بتغيير الإقامة سواء كان هناك اتفاق بين الأبوين أو لم يكن، خاصة عندما تكون الإقامة المؤقتة لوقت وجيز[224].

ولتجاوز الإشكالات التي قد تنجم عن الإقامة المؤقتة نادى جانب من الفقه بإبرام اتفاق بين الأبوين إما بعدم تحديد الإقامة الاعتيادية أثناء الإقامة المؤقتة للأسرة، وهو ما قد يحمي الطرف الذي يقرر العودة رفقة الطفل للبلد الأصل، أو الاتفاق عكس ذلك على تحويل الإقامة الاعتيادية أثناء الإقامة المؤقتة، وهو ما قد يشكل حماية للطرف الذي لا يرغب في الرجوع للدولة الأصل.

إن اقتراحا مثل هذا الذي يعطي وزنا كبيرا لسلطان الإرادة في تحويل الإقامة المؤقتة لإقامة اعتيادية أو عكس ذلك، وإن كان من الناحية النظرية يجد له ما يبرره، فإن يغذي

== -MC ELEAVY(p): « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de Common Law», TCFDIP, 2008-2010, p 141.

[224]- راجع بخصوص بعض الاجتهادات الصادرة في هذا الصدد:

-Cass.Civ, 16 déc 1992, Défrinois, art. 35572, p : 751, n 50, note : Jaques Massip; D, 1993, somm. 352, note: Bernard Audit.

-Cass.Civ, 15mai2002, Dr. Famille, 2003, comm 21, note : Michel Farge.

الانطباع بوجود بعض الارتباك في هذا الطرح في بعض الحالات، فكيف يمكن اعتبار إقامة امتدت لثلاث سنوات، رغم كونها مؤقتة، بأنها غير اعتيادية لمجرد وجود اتفاق يحدد الإقامة في البلد الأصل؟ وبالمقابل كيف يمكن تقبل اعتبار الإقامة المؤقتة التي لم تتجاوز الشهر إقامة اعتيادية؟

لذا فالمنطق يقتضي ضرورة التوفيق بين مبدأ سلطان الإرادة في هذه الحالة من جهة، والأخذ بعين الاعتبار مدة الإقامة من جهة أخرى، وذلك بالشكل الذي يمكن معه التسليم بدور الإرادة في تغيير الإقامة المؤقتة إلى إقامة اعتيادية كلما كانت مدة الإقامة طويلة نسبيا، وبصعوبة إعطاء دور للإرادة فيما سبق إذا كانت فترة الإقامة المؤقتة قصيرة.

وإجمالا، وأمام غياب تعريف لمفهوم الإقامة الاعتيادية في ظل اتفاقية لاهاي لسنة 1980، يمكن القول إن الاجتهاد القضائي الصادر في مادة الاختطاف الدولي للأطفال حاول وضع بعض المعالم لتفسير المفهوم السابق، وإذا كانت بعض القواعد أضحت مقبولة، وأصبح الاتفاق عليها قائما من طرف معظم الدول المطبقة للاتفاقية، إلا أن هناك بعض الاختلافات في طريقة تفسير بعض القواعد على الرغم من الإرادة الرامية إلى إيجاد تفسير موحد للإقامة الاعتيادية.

ومن بين القواعد التي استقر عليها الاجتهاد القضائي، والمميزة للإقامة الاعتيادية، يمكن ذكر ما يلي:

أولا: إن تحديد الإقامة الاعتيادية يعد مسألة واقع، وليست مسألة قانون، حيث يرتبط هذا الأمر بتحليل جميع الظروف ذات الارتباط بالنزاع، والتي تستقل محاكم الموضوع بتقديرها، ولا رقابة لمحكمة القانون على ذلك، إلا فيما يتعلق بإبراز عناصر التقدير: كمدة الإقامة، والروابط الاجتماعية، وطبيعة مهنة الأبوين، وتمركز المصالح الاقتصادية، والتمكن من لغة البلد، ومتابعة الدراسة، والاندماج في المحيط الاجتماعي، دون إغفال

لعنصر النية، الذي يترجم بنية الاستقرار، حيث يتعين أن يكون تغيير الإقامة بنية الاستقرار في البلد الجديد، والذي يتعين أن يقترن بمرور مدة معقولة من الزمن.

كما أن وجود اتفاق بين الأبوين على تحديد الإقامة لا يغل يد المحكمة إذا لم يرتبط بعناصر واقعية.ومن جهة أخرى ففي حالة تساوي الأبوين بالنسبة لحقوق الحضانة، فلا يمكن في هذه الحالة لأي تصرف انفرادي لأحدهما أن يغير الإقامة الاعتيادية للأطفال، باستثناء الحالة التي يوافق فيها الطرف الآخر على ذلك، أو باكتسابها بمرور الوقت، أو بقرار للمحكمة يعدل حقوق الحضانة والإقامة.

ثانيا: أن مفهوم الإقامة الاعتيادية مفهوم عاد، وهو ما يقتضي اعتماد تفسير بسيط لعبارة "الإقامة" و"الاعتيادية"، ذلك أن تأويل هذا المصطلح لا يحمل سحرا قانونيا خاصا، وإنما يتعين تفسيره وفق المعنى العادي للكلمة، بالشكل الذي يعطيها مدلولا مرتبطا بالاستمرار، والاستقرار، والديمومة، عكس المدلول الذي يبعده عن هذه الدائرة والذي يعكس كونها وقتية، وعابرة، وغير قارة.

ومهما يكن من أمر ما سبق، فإن تجاوز الإشكالات المرتبطة بتكييف مفهوم الإقامة الاعتيادية في مجال الاختطاف الدولي للأطفال، والذي حاول الاجتهاد القضائي وضع بعض القواعد المساعدة على توضيح وفهم مغزاه، لا يجب أن يحجب الهدف الأسمى للاتفاقيات المبرمة في الموضوع، والتي يشكل هاجسها الأساس تحقيق حماية الطفل في محيطه الاجتماعي، عبر آلية الإرجاع الفوري.

ولا شك أن الحماية المقصودة لا تتحقق إلا إذا كان نقل الطفل نتيجة لخرق حق الحضانة.

المبحث الثاني: وجود خرق لحق الحضانة

تقوم دعوى الإرجاع الفوري للطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية على مسلمة مفادها أن أساس تقرير مشروعية نقل الطفل من دولة إلى أخرى يرتكز على وجود حق الحضانة، الذي يعد بمثابة "حجر الزاوية"،[225] وأي انتهاك لهذا الحق بالقيام بحرمان الحاضن من حضانته عن طريق تغيير مكان إقامة الطفل يجعل النقل غير مشروع، مما يستوجب الحماية بإعمال الآليات الاتفاقية.

وقد أجمعت مختلف النصوص الاتفاقية على تقرير المبدأ السابق، فطبقا لمقتضيات المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980،[226] والفقرة الثانية من المادة 7 من اتفاقية لاهاي لسنة 1996،[227] والفقرة 11 أ من المادة 2 من نظام بروكسيل 2 مكرر 2003/2201،[228]

---

[225]- بحيث يعد المحرك الأساسي لآلية الإرجاع الفوري للطفل. انظر بخصوص المصطلح السابق:
-GALLANT(Estelle): « Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents », note sous cass, 14 décembre 2005, RCDIP, 2006, p 619.

[226]- تنص هذه المادة على ما يلي:
"يعتبر نقل الطفل أو احتجازه 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 أو احتجازه؛
ب- إذا كانت هذه الحقوق قد مُورست فعليا وقت النقل أو الاحتجاز، 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 اتفاق ذو أثر قانوني بموجب قانون الدولة المعنية."

[227]- يعد ما ورد في هذه الفقرة مجرد تكرار للمادة 3 من اتفاقية سنة 1980 المشار إليها أعلاه، وقد نصت على ما يلي:
1- يعتبر نقل الطفل أو عدم إرجاعه غير مشروع:
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 أو عدم إرجاعه؛
ب- إذا كانت هذه الحقوق قد مُورست فعليا وقت النقل أو عدم الإرجاع، سواء بشكل مشترك أو فردي، أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو عدم إرجاعه.
يمكن أن يخول حق الحضانة المشار إليه في الفقرة "أ" بقوة القانون إما بقرار قضائي، أو إداري، أو باتفاق ساري المفعول تبعا لقانون تلك الدولة.

[228]- نصت هذه الفقرة على ما يلي: ==

يعد نقل الطفل غير مشروع إذا كان يشكل انتهاكا لحق الحضانة الممنوح من قبل قانون الدولة التي توجد بها الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله، أو عدم إرجاعه.

هذا العنصر القانوني الذي يفترض توفر الشخص الحاضن ضحية النقل على حق الحضانة ممنوح وفقا لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل، يستوجب تحقق عنصر آخر واقعي يقتضي معه أن تكون الحضانة قد مورست بشكل فعلي قبل حدوث النقل وفقا لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل. (المطلب الثاني).

ووعيا باختلاف وتعدد الأنظمة القانونية الدولية، حاولت الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال وضع بعض التعاريف لمفهوم حق الحضانة لتجاوز السلبيات التي قد تنعكس على تحقيق أهداف تلك الاتفاقيات. إلا أن ذلك لم يمنع من بروز إشكالات عملية ارتبطت بمضمون ذلك الحق ومداه. (المطلب الأول).

المطلب الأول: مفهوم حق الحضانة بين التقييد والتوسيع.

إذا كانت الاتفاقيات ذات الصلة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال قد استثنت خرق حق الزيارة من إطار دعوى إرجاع الطفل، واستندت على ضرورة خرق حق الحضانة كشرط لازم لوصف النقل باعتباره غير مشروع (الفقرة الأولى)، فإن الاجتهاد القضائي حاول تلطيف هذا الأمر من خلال تبني مفهوم موسع لحق الحضانة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المفهوم الضيق لحق الحضانة:

==11) "déplacement ou non-retour illicites d'un 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'un accord en vigueur en vertu du droit de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour."

يتحقق النقل غير المشروع طبقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 عندما يكون هناك نقل أو احتجاز للطفل في خرق لحق الحضانة الممنوح بصفة انفرادية أو مشتركة، وقد أشارت المادة 5 من الاتفاقية المذكورة إلى أن حقوق الحضانة تتضمن: "الحقوق المتعلقة برعاية شخص الطفل وبوجه خاص الحق في تحديد مكان إقامته"[229].

---

[229]- تضمن نظام بروكسيل2 مكرر رقم: 2201/ 2003تعريفا مقاربا للتعريف الذي ورد في اتفاقية لاهاي لسنة 1980، حيث اعتبر أن مفهوم حق الحضانة ينسحب إلى الحقوق والالتزامات المتعلقة بالعناية بشخص الطفل، وخصوصا الحق في تحديد مكان إقامته، وهو ما ورد في المادة 2 (الفقرة 9) كالآتي:

...9) "droit de garde" les droits et obligations portant sur les soins de la personne d'un enfant, et en particulier le droit de décider de son lieu de résidence;"

مثل هذا التعريف لا يجد له مثيل في أغلب الاتفاقيات الثنائية، مثل الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981، المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي. والاتفاقية التونسية الفرنسية ل 18 مارس 1982، المتعلقة بالتعاون القضائي في مادة حضانة الأطفال، وحق الزيارة، والالتزام بالنفقة. وكذا الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ل 21 يونيو 1988، المتعلقة بالأطفال الناتجين عن انحلال علاقات الزواج المختلط في العلاقات الجزائرية الفرنسية.ويفسر هذا الفراغ بكون أن تاريخ الاتفاقيتين الأوليتين كان متزامنا مع اتفاقية لاهاي لسنة 1980، ومع دخول الاتفاقية الأخيرة حيز التنفيذ في فرنسا بالنسبة للاتفاقية الثالثة (الفرنسية الجزائرية)، غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي عمل على ملأ هذا الفراغ بتمديد نفس الحلول التي تبناها عند تطبيقه للاتفاقيات المتعددة الأطراف على علاقاته الثنائية مع الدول المغاربية. انظر بخصوص بعض هذه الاجتهادات:

Cass, civ, 9 juillet 2002, RCDIP, 2003, p 466, note : Estelle Gallant.

Cass, civ, 18avril 2000, RCDIP, 2001, p 341, note : Estelle Gallant.

ويعتبر إقدام واضعي اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على تعريف المقصود بحق الحضانة أمرا محمودا نظرا لإسهامه في الحد من التضارب الذي قد ينتج عن اختلاف التفاسير بين الدول الناتج في بعض الأحيان عن خصوصية بعض الأنظمة، وقد لقي هذا الأمر ترحيبا من طرف بعض الفقه، حيث عبرت عن ذلك الأستاذة "كارين باروت" في أطروحتها القيمة بما يلي:

«…on perçoit clairement que le droit de garde a bien été défini- au sens de la présente convention- : la notion sert en effet à caractériser la catégorie internationale des déplacements illicites, il apparait donc logique d'instituer le droit de déterminer le lieu de résidence comme une prérogative particulièrement importante pour caractériser le droit de garde au sens de la norme internationale. Ce faisant, l'article 5 définit et précise le contenu du droit de garde en fonction de l'objet et du but des règles de droit étatique prescrites par la norme internationale. Autrement dit si, en l'absence de la définition conventionnelle, on avait cherché à interpréter la notion conformément a sa signification internationale, on aurait dû aboutir à la conception du droit de garde telle qu'elle se trouve précisée à l'article 5»

- **PARROT (Karine)** :«L'interprétation des conventions de droit international privé », Dalloz, 2006, p: 216.

وإذا كانت المادة 3 من الاتفاقية قد أفردت تحديدا لمفهوم النقل غير المشروع، وركزت في هذا الصدد على ضرورة وجود انتهاك لحق الحضانة، فإن ما يثير الانتباه هو ما يتعلق بالمكانة الممنوحة لخرق حق الزيارة، وذلك في الحالة التي لا يكون فيها لصاحبها حق الحضانة بصفة مشتركة؟

لقد سبق أن أثير هذا الأمر من لدن واضعي الاتفاقية، أثناء مناقشة بنودها خلال الاجتماع الرابع عشر لمؤتمر لاهاي،[230] حيث نبه بعض المتدخلين إلى المخاطر التي قد تنجم عن خرق حق الزيارة، خاصة عندما يعمد صاحب الحق في الحضانة إلى السفر بالطفل خارج الحدود الترابية لدولة إقامة الطفل الاعتيادية، غير أن الرأي الغالب اتجه إلى عدم الاعتداد بهذه الوضعية، وتم استبعاد اعتبار خرق حق الزيارة كمعيار لتأسيس النقل غير المشروع. واقتصر عند الصياغة النهائية للاتفاقية على الإشارة لصاحب حق الزيارة في المادة 21 من الاتفاقية،[231] التي تلقي على عاتق السلطات المركزية بذل الجهود لتفعيلها.

هذا الحل الذي يعكس إرادة واضعي الاتفاقية، والذي تترجمه فكرة أن إرجاع الطفل يتعين أن يتم إذا كان في ذلك نقل أو اختطاف لهذا الأخير من وسطه ومحيطه الاعتيادي، وهي الصورة التي تتحقق عندما يكون في ذلك انتهاك لحق الحضانة، وتنتفي في حالة نقل

---

[230]- للاطلاع على النقاش الذي صاحب هذا الموضوع، يستحسن الرجوع إلى التقرير التفسيري للاتفاقية الآتي:

- **PEREZ-VERA (Elisa) :** « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 445.

[231]- تنص هذه المادة على ما يلي:

"يمكن تقديم طلب اتخاذ الترتيبات اللازمة لتنظيم الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال أو ضمانها، وذلك لدى السلطات المركزية التابعة للدول المتعاقدة بنفس طريقة تقديم طلب إعادة الطفل.

تلتزم السلطات المركزية وفق واجبات التعاون المنصوص عليها في المادة السابعة، بتعزيز ممارسة حقوق الزيارة والاتصال في جو هادئ وضمان توفير الشروط التي تستوجبها ممارسة هذه الحقوق، كما تتخذ الخطوات اللازمة –بقدر الإمكان- لإزالة كافة العقبات التي تقف في طريق ممارسة هذه الحقوق.

تباشر السلطات المركزية أو تساعد في الإجراءات القضائية، سواء بصورة مباشرة أو عبر وسطاء، بهدف تنظيم هذه الحقوق أو حمايتها، وضمان احترام الشروط التي تستوجبها ممارسة هذه الحقوق".

الطفل أو عدم إرجاعه أثناء ممارسة حق الزيارة - والتي تغذي الانطباع بأن الحاضن يملك سلطة تقديرية تخول له التنقل بالطفل بحرية، بحرمان الوالد غير الحاضن من حقه في الزيارة، دون أن يكون لهذا الأخير الحق في إثارة الطبيعة غير المشروعة للنقل-؛ يطرح أكثر من علامة استفهام؟

إن حرمان صاحب الحق في الزيارة من الحماية المقررة في الاتفاقية،[232] والتي تجسدها دعوى إرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادي، يؤدي إلى إحداث نوع من التمييز بين الوضعيات، ويخل بالمساواة بين صاحب الحق في الحضانة، وصاحب الحق في الزيارة. كما يؤدي إلى انعدام التوازن بين طرفي العلاقة.

فالحديث عن وجود نوع من المساواة بين حق الحضانة وحق الزيارة يعتبر مجرد تقنين أكثر من حقيقة يعكسها الواقع، ولا يظهر ذلك جليا إلا بمناسبة منح أو عدم منح ضمان هذه الحقوق. فإذا كان حق الزيارة يعتبر المقابل لمنح حق الحضانة لأحد طرفي العلاقة، فإن حمايته لا تحظى بنفس الأهمية التي لحق الحضانة.

لذا فإن أخذ خرق حق الزيارة بعين الاعتبار يمكن أن يعمل على إحداث نوع من التنسيق في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال،[233] حيث يمكن اعتبار أن حرمان أحد

---

[232] - لقد عبر الفقيه Paul Lagarde عن أسفه من إعطاء اتفاقية لاهاي لسنة 1980 الامتياز لحق الحضانة على حساب حق الزيارة، خاصة بتعريفها للنقل غير المشروع باعتباره خرقا للأول وليس الثاني، راجع بخصوص هذا الرأي تقديم الأستاذ للأطروحة التالية:

-**GALLANT (Estelle)**: « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », Defrénois, 2004.

[233] - فنقل الطفل من طرف من له الحق في الحضانة إلى الخارج يؤدي إلى حرمان الطرف الآخر صاحب حق الزيارة من الاتصال بالطفل، وهو الأمر الذي قد تكون له نتائج عكسية على الطرفين معا. انظر في نفس الرأي:

-GALLANT (Estelle): « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op. cit, 2004, p: 268.

- BEN ACHOUR (Souhayma): « Enfance disputée, les problèmes juridique relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines », centre de publication universitaire, Tunis, 2004, p: 269.

الأبوين غير الحاضن من ممارسة حق الزيارة، وذلك بقيام الحاضن بنقل الطفل يعد اختطافا كذلك وحرمانا لهذا الأخير من وسطه، وعاداته، وعلاقته مع أحد أبويه...فلا شك أن هذا الأمر يعد كذلك ضروريا لتوازنه ونموه بنفس مقدار أهمية علاقته مع والده الحاضن.

ومن هذا المنطلق لا يمكن التسليم بشكل مطلق بأن آثار اجتثاث الطفل من بيئته لم تعد أقل أهمية من الحالة التي يكون فيها الاختطاف من طرف الوالد غير الحاضن.

وفي ذات السياق تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية الفرنسية الجزائرية ل 21 يونيو 1988 سلكت نفس منحى اتفاقية لاهاي أعلاه، حيث لم تعتد إلا بخرق حق الحضانة بمفهومه الضيق كأساس لتكييف النقل غير المشروع للأطفال، وذلك بالشكل الذي يجعل إرجاع الطفل أمرا لا يتصور إلا إذا كان محتجزا بمناسبة ممارسة حق الزيارة العابر للحدود.[234]

[234]- وهو ما تم التأكيد عليه في المادتين 8 و 11 من هذه الاتفاقية، حيث تم التعبير عن ذلك كالآتي:

Article 8.

Les parties contractantes s'engagent à garantir à l'issue de la visite transfrontière le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti.

1° Lorsque à l'expiration de la période fixée par l'autorité judiciaire compétente au sens de l'article 5 pour la visite transfrontière, L'enfant ayant été emmené dans l'autre pays n'a pas été restitué à la personne qui en avait la garde, la reconnaissance et l'exécution immédiate des dispositions judiciaires exécutoires portant sur le droit de visite transfrontière ne peuvent être refusées et ce nonobstant toute décision rendue ou action exercée relativement à la garde de L'enfant.

2° Les dispositions du paragraphe Io du présent article sont applicables au cas où le déplacement de L'enfant s'est effectué en dehors des périodes fixées par l'autorité judiciaire compétente.

Article11.

Aux fins de la mise en œuvre de l'article 8, le parent qui a la garde de l'enfant saisit l'autorité centrale ou directement le Procureur de la République du lieu où s'exerce habituellement la garde.

Le Procureur de la République compétent requiert sans délai I 'utilisation de la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti.

أما في الفرضية التي تكون فيها الحضانة ممارسة بشكل مشترك من قبل طرفي العلاقة، ولا يخضع فيها الجانب المرتبط بحق الزيارة لأي تنظيم، فإنه يمكن لأي من الطرفين نقل الطفل دون أن يتم تطبيق الاتفاقية، ما دام أن الأمر لا يتعلق بنقل تم بمناسبة ممارسة حق الزيارة.

ولا شك أن الرغبة في تجاوز هذه النظرة الضيقة لمفهوم حق الحضانة كانت الباعث الأساس لبروز توجه آخر يتسم بنوع من المرونة في تحديد المفهوم السابق.

الفقرة الثانية: المفهوم الموسع لحق الحضانة:

يشمل حق الحضانة وفقا لما نصت عليه المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 كذلك الحضانة الممنوحة بشكل مشترك،[235] أي الحالة التي تكون فيها الحضانة ممارسة بشكل مشترك من طرف الأبوين معا.

وقد تكون ممارسة الحضانة المشتركة في إطار قيام العلاقة بين الطرفين، أو بعد الانفصال. ففي هذه الحالة الأخيرة، والتي يخضع فيها حق الزيارة للتنظيم، إذا قرر من يقيم معه الطفل نقله إلى الخارج، فإنه لا يكون إزاء خرق فقط لحق الحضانة للطرف الآخر فقط، وإنما في خرق لحق الزيارة كذلك، ففي هذه الصورة يتم انتهاك حق الزيارة بفعل خرق حق الحضانة المشترك.

---

[235]- في الحالة التي تكون للأبوين معا حقوق حضانة متساوية، لا يحق لأي منهما أن يغير مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، إلا إذا كان ذلك برضا الطرف الآخر سواء كان صريحا أو ضمنيا، أو في حالة وجود ترخيص قضائي بذلك.

راجع في هذا الإطار القرار التالي الذي يمكن الاطلاع عليه في قاعدة البيانات التابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص التالية:

INCADAT ،: http://212.206.44.26/.

HC/E/HK 235, High Court (Hong Kong Spécial Administrative Région, 1re instance), 23 oct. 1998, *N.c/ O.,*
[1999] 1 HKLRD 68.

والنتيجة إذا كان حق الزيارة لا يدخل في تكييف النقل غير المشروع، فإنه يثار في إطار مسطرة الإرجاع عن طريق خرق حق الحضانة الممارس بصفة مشتركة. فخرق حق الحضانة الممنوح بصفة مشتركة يساهم في حماية حق الزيارة.

ومن جانب آخر قد يثار التساؤل بخصوص معرفة ما إذا كان عدم احترام الإجراءات الوقائية المرتبطة بحق الحضانة أو الزيارة، كما في الحالة التي يتم فيها نقل الطفل بالرغم من تحديد نطاق ممارسة حق الحضانة أو الزيارة في حيز جغرافي محدد(Droit ne exeat)، فهل يمكن تحريك دعوى الإرجاع المنظم بموجب الاتفاقية، حسب الدلالة التي يحملها مصطلح "حق الحضانة" الوارد في المادة 3 من الاتفاقية؟

من المؤكد أن الحالة التي يكون فيها نقل الطفل من طرف من له حق الزيارة فقط تشكل دائما نقلا غير مشروع، فعدم احترام التحديد الجغرافي المرتبط بحق الزيارة يعد خرقا لهذا الحق يستتبعه تحريك إجراءات إرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادي.

لكن وبالمقابل، كيف يمكن تكييف قيام الحاضن بنقل الطفل خارج البلد خرقا للتحديد الجغرافي الوارد في قرار إسناد الحضانة؟ إننا لسنا إزاء حالة قيام صاحب الحق في الزيارة بخرق حق الحضانة، وهي الفرضية التي تركز عليها جل الاتفاقيات ذات الصلة بالموضوع، لكننا أمام تصرف من طرف صاحب الحق في الحضانة خلافا للشكل الذي منحت به له، وهو ما يعد مسا بحق الطرف الآخر في الزيارة.

لقد كرس الاجتهاد القضائي الصادر في الموضوع اتجاها أساسيا[236] تبلورت معالمه البارزة في اعتبار أن صاحب الحق في الحضانة يكون مرتكبا لفعل الاختطاف حتى في

[236]- بالرغم من بروز بعض المحاولات من طرف قضاء الموضوع، والمقاومة للتوجه الغالب في هذا الإطار، وكمثال على ذلك حكم محكمة الدرجة الكبرى ل périgueux، الصادر بتاريخ 17 مارس 1992، والتي اعتبرت أن اتفاقية لاهاي لسنة 1980 تسمح بحماية حق الحضانة في مواجهة غير الحاضن من==

الفرضية التي لا يكون فيها للطرف الآخر في العلاقة حق حضانة مشترك، وذلك كلما ثبت أن حق الحضانة مقيد بضرورة ممارسته داخل نطاق جغرافي معين restriction géographique، أو أن تغيير إقامة الطفل متوقفة على موافقة صاحب حق الزيارة، أو إذن المحكمة.

واعتبارا لما سبق يمكن للطرف الذي يملك حق الاعتراض على نقل الطفل أن يستند على خرق حقه في الحضانة بمفهوم الاتفاقية، للمطالبة بإرجاع الطفل، والحال أنه في هذه الصورة لا وجود لأي سند قانوني، أو قضائي، ولا حتى اتفاقي، يؤسس لممارسة الحضانة بشكل مشترك.

ولتوضيح ما سلف سنعمد إلى تحليل مختلف التوجهات القضائية لمعرفة التعليل المعتمد من طرفها في ذلك، وهكذا فقد ذهب اتجاه قضائي إلى اعتبار أن رأي أحد أبوي الطفل غير الحاضن يعد أمرا معتبرا فيما يتعلق بظروف ممارسة حق الزيارة، رغم أن الحضانة (السلطة الأبوية) غير ممنوحة بشكل مشترك للطرفين، ويتعلق هذا الأمر بالفرضية التي يكون فيها لغير الحاضن السلطة في الترخيص بتغيير مكان الإقامة الاعتيادية للطفل أو في رفض ذلك، بغض النظر عن مصدر هذه السلطة هل هو قضائي، أو إداري، أو اتفاقي، أو حتى نص القانون.

== الأبوين، ورفضت على إثر ذلك تكييف نقل الطفل من قبل الأم خلافا للتحديد الجغرافي المحدد قضاء لمجال ممارسة الحضانة، على أساس أنه غير مشروع.

راجع بخصوص هذا القرار والتعليق عليه:

RCDIP, 1993, p 650, note : Bernard Ancel.
JDI (Clunet), 1993, p : 938, note : Helene Gaudemet- Tallon.
JCP, 1993,I, 3688, chron, Hugues Fulchiron.
Gaz. Pal, 1992, 2, 678, note :GC.
Les petites Affiches, 3 septembre, 1993, note : T.Clay.

فنقل الطفل في هذه الحالة دون موافقة صاحب حق الزيارة يمكن أن يعد خرقا لحق الحضانة، وبالتالي اعتباره محددا للنقل غير المشروع. هذا الحل وإن كان يظهر مفاجئا في غياب أي ممارسة مشتركة لحق الحضانة، يعد مبررا بالنظر لمضمون المادة 5 من اتفاقية لاهاي 1980، التي اعتبرت أن حق الحضانة يشمل الحق في تحديد مكان إقامة الطفل.

ففي ظل هذا التوجه ليس هناك مجال للشك بكون أن عدم احترام أحد الأبوين الحاضن لحق الطرف الآخر في الاعتراض على تغيير إقامة الطفل، يمكن أن يعتبر بمثابة خرق لحق الحضانة الممنوح بصفة مشتركة بمفهوم الاتفاقية.

وقد تبنت هذا الاتجاه استئنافية "إكس أون بروفانس" بفرنسا في قرارها الصادر بتاريخ 23 مارس1989،[237] والتي أحالت على المادة 5 سالفة الذكر لتبرير موقفها وصرحت أن:

"منح الأم الحق في رفض نقل إقامة الأطفال خارج بعض الجهات يعد بمثابة منح لحق الحضانة بصفة مشتركة بمفهوم اتفاقية لاهاي لسنة 1980".[238]

فبحسب محكمة الاستئناف، فالصلاحية الممنوحة للطرف الذي ليس له حق الحضانة بالموافقة أو بالاعتراض على نقل الإقامة في إطار حيز جغرافي محدد، يعد بمثابة منح لحق الحضانة بشكل مشترك بمفهوم الاتفاقية.

---

[237]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-RCDIP, 1990, p 529, note : Yves Lequette.

[238]- في هذا الملف تم نقل الطفلين في مخالفة للتحديد الجغرافي الذي تم التنصيص عليه بموجب حكم قضائي في الموضوع، ودون موافقة الأم.

وقد وجه الأستاذ yves lequette انتقادا لموقف المحكمة في هذا القرار، معتبرا أن توجها مثل هذا وإن كان له ما يبرره في بعض الحالات الاستثنائية، إلا أنه يعارض منطق اتفاقية لاهاي، ويعرقل حرية تنقل الأطراف.

للاطلاع على هذه المؤاخذات وغيرها، يستحسن الاطلاع على:

-RCDIP, 1990, p 537 et 538, note : Yves Lequette.

وفي نفس السياق أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بتاريخ 22 أبريل 1997[239] في قضية تتعلق بحق حضانة مقرون بممارستها داخل نطاق جغرافي محدد، وفقا للاتفاق الذي تم بين الأبوين، حيث بموجبه يمنع على الأم أن تغير مكان إقامة الطفل خارج منطقة الكيبك بدولة كندا، إذ تمت الإشارة إلى أن استقرار الأم رفقة الطفل بفرنسا يشكل خرقا لحق الحضانة الذي منحه الاتفاق الحاصل بين الأبوين مجالا محددا ترابيا،[240] مفاده أن الطفل لا يتعين أن يعيش خارج الكيبك.

ولا شك أن بنية هذا القرار تعيد ضمنيا إبراز مكانة الحق في الاعتراض على تغيير إقامة الطفل الممنوح للوالد غير الحاضن من خلال الاتفاق الحاصل بين الأبوين، غير أن ما يمكن ملاحظته هو غياب إشارة قضاة محكمة النقض الفرنسية إلى المادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 عند تكييفها لخرق حق الحضانة من خلال الحق في التقرير حول مكان إقامة الطفل[241].

---

[239]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

RCDIP, 1997, p 746, note : Horatia Muir Watt.

[240]- وجهت الأستاذة Horatia Muir Watt انتقادا لاذعا لهذا القرار، مفيدة في معرض تعليقها عليه أنه وانطلاقا من تعليل محكمة النقض، فإن خرق شكلية بسيطة تتعلق بالحضانة، يعد أمرا غير ضار، ولا يمكنه أن يشكل اختطافا غير مشروع بمفهوم اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والتي يستوجب إعمالها حصول اعتداء جوهري على حق الحضانة.

راجع في هذا الانتقاد:

RCDIP, 1997, p 746, note : Horatia Muir Watt..

[241]- في قرار صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 14 دجنبر 2005، اعتبرت هذه الأخيرة أن اتفاق الأبوين عند الطلاق على جعل السلطة الأبوية مشتركة بينهما، يجعل من قيام الأم بنقل الطفلة التي كانت تقيم معها بألمانيا من هذا البلد لفرنسا بمثابة خرق لحق حضانة الأب، ما دام أنه لا يحق للأم تغيير مكان إقامة الطفلة دون رضا الأب، وبالتالي فإن النقل يعد غير مشروع وفقا لمقتضيات المادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980. مقدرة بذلك أن من له الحق في تحديد مكان إقامة الطفل يعد وفقا للمادة المذكورة صاحب حق في ممارسة الحضانة بشكل مشترك.

راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-GALLANT(Estelle): « Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents », note sous cass, 14 décembre 2005, RCDIP, 2006, pp : 619- 625.

وفي تحليل آخر، اعتبرت بعض التوجهات أن عدم احترام الالتزام بتحديد مكان إقامة الطفل لا يشكل خرقا فقط للمادة 5 من الاتفاقية أعلاه، ولكن كذلك للمادة 3 من نفس الاتفاقية، وهذا هو الاتجاه الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 24 يونيو 2015،[242] حيث ألغت قرار محكمة الاستئناف، التي رفضت الاستجابة لطلب إرجاع طفلة إلى المكسيك بعلة أن الحضانة المؤقتة منحت للأم، وبأن الأب لا يستفيد إلا من حق الزيارة، مشيرة إلى أن المحكمة سالفة الذكر أغفلت كون أن نقل الطفلة من التراب المكسيكي إلى فرنسا تم دون مراعاة للقانون الأجنبي الواجب التطبيق (وهو في هذه الحالة القانون المكسيكي)، الذي يعطي للأبوين الحق في تحديد نمط عيش أولادهم "la patria potestad"، وهو ما تم التعبير عنه بتقييد حق الأم في تحديد مكان إقامة البنت لوحدها.

وبذلك فقيام الأم بنقل هذه الأخيرة إلى فرنسا دون مراعاة لحق الأب في اتخاذ قرار تحديد إقامة ابنته، وفي ظل وجود حكم يمنع الأم من اصطحاب ابنتها إلى الخارج إلى حين انتهاء مسطرة الطلاق الجارية؛ يجعل تصرفها مخالفا لمقتضيات المادتين 3 و5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، ويكيف النقل باعتباره غير مشروع، مما يستوجب معه الأمر بإرجاع الطفلة لمكان إقامتها الاعتيادي بالمكسيك[243].

---

[242]- راجع بخصوص هذا القرار والتعليق عليه:

-ALOUANE(Asma): « La violation du droit de garde par le gardien ravisseur», RCDIP, 2016, pp : 165-173.

[243]- وقد كرست المحكمة السابقة نفس التوجه في قرار آخر صادر بتاريخ 2 دجنبر 2015 في القضية عدد 14- 25015 حيث اعتبرت أن تضمن حكم صادر عن القضاء الروسي حقوقا متساوية للوالدين اتجاه طفلهما- لا سيما الحق في الإعلام بتحديد مكان إقامته يؤسس عنصرا مكونا لحق الحضانة بمفهوم اتفاقية لاهاي.

يمكن الاطلاع على هذا القرار عبر الموقع التالي: www.legifrance.gouv.fr.

وانطلاقا من مثل هذه الاعتبارات التي ساقت محكمة النقض الفرنسية إلى استنتاجها السابق،[244] يمكن القول إن دور حق الزيارة بدأ يتراجع أمام التفسير الموسع لحق الحضانة الذي بدأت تنسج على منواله الاجتهادات الصادرة في الموضوع، والتي تعتبر أن عدم احترام التقييد الجغرافي المحدد لممارسة الحضانة يشكل خرقا لحق الحضانة بمفهوم اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

ولم تشد المحكمة العليا بكندا عن هذا التوجه، ففي قرار لها صادر بتاريخ 26 يناير 1994،[245] في قضية تتعلق أطوارها بوجود حكم صادر عن محكمة اسكتلندية قضى بمنح حضانة طفل بشكل مؤقت للأم، وجعل مسكن الطفل بدولة اسكتلندا إلى غاية صدور حكم نهائي في الموضوع، حيث عملت الأم بعد ذلك على نقل الطفل من اسكتلندا إلى كندا للعيش بصفة نهائية. فتقدم على إثر ذلك الأب الذي كان حاصلا على حق الزيارة أثناء نقل الطفل، ثم بعد ذلك على حق الحضانة بطلب أمام السلطات الكندية يهدف إلى الإرجاع الفوري للطفل طبقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980. فاعتبرت المحكمة العليا الكندية أن محكمة اسكتلندا منحت حق الحضانة بمفهوم المادة 5 من الاتفاقية، وأن هذا الحق تم انتهاكه بنقل الطفل لكندا، واستندت كذلك على خرق الأم الحاضنة لحق الحضانة الممنوح من طرف المحكمة، والتي تملك وحدها صلاحية رفع المنع المرتبط بنقل مكان إقامة الطفل، وبالتالي تحديد مكان هذه الإقامة.

---

[244]- إذا كان توجه محكمة النقض في هذا القرار يعد مبررا في الفرضية التي يكون نقل الطفل فيها قد تم من طرف صاحب حق الزيارة، فإن اعتبار النقل غير مشروع حتى في حالة قيام الحاضن بذلك كما في النازلة موضوع القرار، اعتبر من قبل البعض حلا غير منسجم مع اتفاقية لاهاي، وقد يؤدي لنتائج لا تصب في مصلحة الطفل. للاطلاع على هذا الرأي، انظر:

-ALOUANE(Asma): « La violation du droit de garde par le gardien ravisseur», op. cit, p : 170-173.

[245]- راجع بخصوص هذا القرار والتعليق عليه:

- RCDIP, 1995, p 342, note : Bernard Ancel, et Horatia Muir Watt.

وتكريسا لمكانة الحق في الاعتراض على تغيير مكان إقامة الطفل من طرف الحاضن، وإلى جانب الحالات التي تم سردها، والذي كان مصدر الحق المذكور فيها إما اتفاق الأطراف، أو قرار المحكمة، أصدرت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية قرارا بتاريخ 17 ماي 2010،[246] في نازلة استمدت فيها المحكمة حق الطرف غير الحاضن في تحديد إقامة الطفل انطلاقا مما يقرره القانون في ذلك، حيث اعتبرت فيه هذه الأخيرة أن: "قيام الوالد الحاضن[247] بنقل الطفل من الشيلي إلى تكساس دون موافقة الطرف الآخر الذي يتمتع بحق تحديد مكان إقامة الطفل حسب القانون الشيلي، الذي يعد الواجب التطبيق باعتباره قانون الإقامة الاعتيادية للطفل، يشكل نقلا غير مشروع وفقا لمفهوم المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980".

ورتبت المحكمة سالفة الذكر الآثار الناجمة عن تكييف نقل الطفل في هذه الصورة، مشيرة إلى أن حق اعتراض الوالد غير الحاضن فيما يتعلق بتغيير إقامة الطفل تشكل من منظورها "حقا للحضانة" "right of custody"،[248] يستوجب خرقه تحريك الإجراءات

---

[246]- بخصوص هذا القرار والتعليق عليه، راجع:
RCDIP, 2010, p 519, note : Horatia Muir Watt.

[247]- وهي الأم حسب النازلة.

[248]- في قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 13 يوليوز 2017 (قضية عدد 11927-17) اعتبرت هذه الأخيرة أن الأب يعد بدوره حاضنا بمفهوم اتفاقية لاهاي ما دام أنه طبقا للحكم الصادر عن القضاء الأوكراني لا يحق للأم تعديل إقامة الطفل بصفة منفردة، ودون موافقة الأب، وأن تفسير حق الأبوين المنصوص عليه بموجب حكم قضائي في التنقل بالطفل دون موافقة الطرف الآخر لا يمكن أن يشمل اتخاذ قرار الاستقرار بصفة نهائية في دولة أخرى دون موافقة الوالد الآخر. ومما ورد في هذا الشأن في القرار نذكر ما يلي:

«Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que M.X…s'était vu accorder un droit de garde sur l'enfant par la décision de la cour d'appel de Kiev du 21 septembre 2011, Mme Y…ne pouvant décider, unilatéralement et sans l'accord du père, de modifier la résidence de l'enfant, d'autre part, qu'une décision ukrainienne du 23 avril 2013, confirmée par la cour d'appel de Kiev le 18 juin, accordait à chacun des parents le droit de circuler seul avec l'enfant sans l'autorisation de l'autre , mais non de s'installer définitivement dans un pays tiers sans l'accord de l'autre parent, la cour d'appel , qui ne s'est pas référée au jugement du 27 avril 2016, a caractérisé un droit de garde au sens de la convention de la Haye ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.» ==

المرتبطة بإرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية وفقا لما تنص عليه المادة 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

وفي سياق مرتبط بتطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على العلاقات المغربية الفرنسية، صدر قرار عن محكمة النقض الفرنسية بالغ الأهمية بالنظر للنقاش الذي أثير في النازلة، فقد كانت المناسبة سانحة لقضاة المحكمة السابقة بتاريخ 7 دجنبر 2016[249] (تاريخ صدور القرار) للإدلاء بدلوهم اتجاه المقتضيات المتصلة بالحضانة، والمنصوص عليها في مدونة الأسرة، حيث عاب الأب (مزدوج الجنسية. مغربي/فرنسي) على قرار محكمة الاستئناف استناده على القانون المغربي (مدونة الأسرة) المنظم للحضانة، باعتباره قانون الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله من طرف والدته (الفرنسية الجنسية) إلى فرنسا، وترتيب الآثار المترتبة عن ذلك بإقراره بعدم وجود خرق لحق الحضانة بمفهوم اتفاقية لاهاي، ما دام أن المادة 171 من مدونة الأسرة- وفي ظل عدم بت حكم الطلاق الخلعي الصادر بين الطرفين في المغرب في حضانة الطفل- تعطي الأولوية في الحضانة للأم، بأن مقتضيات هذا القانون تعد مخالفة للمفهوم الفرنسي للنظام العام، الذي يحمي حقوق الآباء في ممارسة السلطة الأبوية، وكذا للمادة 5 من البروتوكول الإضافي رقم 7 الملحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان(التي تتعلق بضرورة احترام مبدأ المساواة في العلاقات الأسرية)، واعتمادا على ما سبق كان يتعين استبعاد القانون المغربي، وإحلال المادة 372 من القانون المدني الفرنسي التي تمنح السلطة الأبوية بصفة مشتركة للأبوين محلها.

وقد كان موقف المحكمة أن اعتبرت أن هدف اتفاقية لاهاي لسنة 1980 الأساسي هو ضمان الإرجاع الفوري للأطفال الذين تم نقلهم بصفة غير مشروعة، واحترام حق

== يمكن الاطلاع على هذا القرار في الموقع التالي: www.Legifrance.gouv.fr

[249] - قرار عدد 16-21760، صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية. يمكن الاطلاع عليه في الموقع التالي:

www.Legifrance.gouv.fr

الحضانة القائم بدولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله، مضيفة أنه يتعين على قضاة محكمة الدولة المطلوبة للتأكد من الطبيعة غير المشروعة للنقل البحث عما إذا كان صاحب حق الحضانة له الحق لوحده في تغيير مكان إقامة الطفل لتحديده في دولة أخرى، وأن عدم مراعاة محكمة الاستئناف لهذا الأمر تكون قد خرقت النصوص المعتمدة، مما يعرض قرارها للنقض.[250]

وإذا كان تعليل محكمة النقض يعد منطقيا فيما يتعلق باستبعاد الدفوع المرتبطة بمضمون القانون المغربي ذات الصلة بالحضانة، والتي لا يتيح تطبيق مقتضيات اتفاقية لاهاي لسنة 1980 إمكانية إثارة ذلك، وإلا كنا أمام تعطيل كبير لمقتضياتها بالاستناد على تفسيرات تعطي أولوية للمنظور الشخصي للدول في توظيفها للنظام العام، والذي قد لا يخلو من نزعة وطنية، علما أن التسليم بالمؤاخذات المثارة بشأن ذلك لا يستقيم بالنظر إلى أن مصلحة الطفل تعد أولوية عند تطبيق مقتضيات الحضانة في ظل مدونة الأسرة،[251] فقد نصت في هذا الصدد الفقرة الثانية من المادة 170 على أنه:" يمكن للمحكمة أن تعيد النظر في الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون"، كما أن الترتيب المتعلق بالحاضنين ليس جامدا، وإنما يعطي لمن يعتبر أنه أولى من غيره في الحضانة إمكانية إثبات عدم صلاحية الطرف الآخر للحضانة؛ إلا أنه بالرغم مما ذكر فإن القرار يثير بعض الملاحظات، تتمثل أولها

---

[250]- وهو ما عبرت عنه بما يلي:

« Qu' en statuant ainsi, alors que la convention de la Haye du 25 octobre 1980 ayant pour seul objet d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés illicitement et de faire respecter le droit de garde existant dans l'Etat du lieu de résidence habituelle de l'enfant, avant son déplacement, le juge de l'Etat requis doit, pour vérifier le caractère illicite de celui-ci, se borner à rechercher si le parent avait le droit de modifier seul le lieu de la résidence de l'enfant pour fixer dans un autre état, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

[251]- كما تعد أولوية في مختلف القوانين العربية والمغاربية خاصة، للتوسع أكثر حول تجليات مصلحة المحضون في هذه القوانين الأخيرة، يستحسن الرجوع للأطروحة التالية:

حميدو (زكية): " مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2004/2005. 575 ص.

في أنه اعتمد على المقتضيات المنظمة للحضانة في مدونة الأسرة بشكل مباشر، واعتبر بناء على ذلك أن الأم تعد حاضنة طبقا للمادة 171 قبل نقل الطفل لفرنسا، وبالتالي فالنقل يعد مشروعا من هذه الزاوية، والحال أنه لا يمكن تصور ما سبق في غياب حكم قضائي بإسناد الحضانة للأم.

وتتجسد الملاحظة الثانية في أنه لا يمكن الحديث عن وجود حق "للحاضنة" وحدها في تغيير مكان إقامة الطفل، وتحديدها في دولة أخرى، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين الطرفين على ذلك، أو بتفعيل مقتضيات المادة 179 من مدونة الأسرة،[252] التي تعطي لغير الحاضن إمكانية طلب منع السفر بالمحضون خارج المغرب دون موافقته، وهو الأمر الذي يعد غير قائم في نازلة الحال.

وعموما، وإذا كانت مثل هذه التفسيرات قد لقيت صدى من قبل البعض[253] باعتبار أن الحل المتبع فيها يعد من جهة متلائما مع روح اتفاقية لاهاي لسنة 1980، حيث يستوعب مجال تطبيق المادتين 3 و5 من الاتفاقية[254]، ويعد منطقيا، فالوالد الذي التزم

---

[252]- تنص هذه المادة على ما يلي:

" يمكن للمحكمة بناء على طلب 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 العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب"

[253]- انظر على سبيل المثال لا الحصر في ذلك:

-**GALLANT (Estelle)** : « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op. cit, 2004, p: 271.

[254]- وذلك بإعطاء المادة الخامسة من الاتفاقية المذكورة دورا واسعا بخصوص تحديد مصطلح الحضانة، وذلك بجعل خرق الحضانة يتأسس بشكل أساسي على وجود ممارسة بشكل مشترك للسلطة الأبوية، واتفاق الأبوين حول مكان إقامة الطفل.

هذا المعطى يقود إلى استنتاج مفاده أن حق الحضانة الذي يكيف خرقه بكونه نقلا غير مشروع لا يقصد به "الحضانة البدنية" للطفل، ولكن المقصود هو السلطة الأبوية التي تمارس بشكل مشترك، ومن جانب ثان فإذا كان الحق في تحديد إقامة الطفل تشكل أساسا لحق الحضانة بمفهوم الاتفاقية. فإن هذا الحق يرتبط في حال وجوده بكل طرف من الأبوين يمارس السلطة الأبوية بشكل مشترك. ==

بعدم ترك تراب إقامة الأسرة يتعين عليه احترام التزامه. وتجاهل هذا الأمر يشكل خرقا لحق الحضانة، ما دام أن صاحب هذا الحق تجاهل الحدود المحاط بها، كما يعد من جهة أخرى متناغما مع التفسير الذي أعطته المادة 2 (الفقرة 11(b)) من نظام بروكسيل 2 مكرر[255] بكون أن الحضانة تعتبر كأنها تمارس بشكل مشترك إذا كان صاحب الحق فيها لا يمكنه أن يحدد مكان إقامة الطفل دون رضا الطرف الآخر؛ فإن التعليل الذي تبناه الموقف القضائي أعلاه لقي جانبا من الانتقاد من طرف الفقه، حيث اعتبرته الأستاذة Horatia Muir Watt من جهة مخالفا لمضمون حق الحضانة كما تقره اتفاقية لاهاي.

فالمقتضيات التي توجب أخذ رأي الطرف غير الحاضن عند الرغبة في تغيير إقامة الطفل لا تعدو أن تكون مجرد تقييد لمنعه من السفر بمعية الطفل، ولا يمكن بأي حال أن تشكل عنصرا من العناصر المكونة لمفهوم حق الحضانة وفقا لما تقره الاتفاقية في هذا الصدد، ولا أن يرقى لحق الحضانة الذي يمنح الحق في تحديد لغة أو ثقافة الطفل.

فاعتراض الطرف غير الحاضن يعد حقا تابعا لحق الزيارة الممنوح له من طرف محكمة دولة إقامة الطفل الاعتيادية، وأي خرق له يؤطر في ظل المادة 21 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، التي تحمي حق الزيارة بمساعدة السلطات المركزية.[256]

== راجع في هذا الاستنتاج الأخير:

-GALLANT(Estelle): « Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents », note sous cass, 14 décembre 2005, RCDIP, 2006, p 622.

[255]- نصت هذه المادة على ما يلي:

"…b) sous réserve que le droit de garde était exercé effectivement, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. La garde est considérée comme étant exercée conjointement lorsque l'un des titulaires 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".

[256]- راجع في هذا الصدد: ==

ومن جانب آخر فإن المنطق الذي قاد إلى تفسير مقتضيات المادة 5 من اتفاقية لاهاي على النحو الذي يجعل الحق في تحديد مكان إقامة الطفل - باعتباره من مشتملات مفهوم حق الحضانة- يمتد إلى الشخص غير الحاضن؛ يعد أمرا غير منسجم مع هدف الاتفاقية الأساسي الرامي إلى الحفاظ على الوضعية التي كان عليها الطفل le statu quo ante، والحد من فرض أمر الواقع la voie de fait الذي قد يمارسه مرتكب الاختطاف، وذلك بإرجاع الطفل إلى الشخص الذي كان يمارس عليه الحضانة.

وبالتالي فالحق في تحديد مكان إقامة الطفل الوارد في المادة 5 أعلاه، يعد حقا حصريا لصاحب الحق في الحضانة بمنظور الاتفاقية سالفة الذكر. فلا يمكن وصف "الحاضن بالمختطف".[257]

كما أن المسار الذي رسمه العمل القضائي المذكور يوجد على طرفي نقيض مع حرية التجوال والسفر كما تنص على ذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان[258]، التي تضمن حرية الأشخاص في التنقل، والحرية في اختيار الإقامة، ويخالف التوجه التقليدي الراسخ لمجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر حرية الذهاب والإياب بمثابة مبدأ قانوني عام ذي قيمة

==Horatia Muir Watt,note sous arrêt de la cour suprême des États-Unis du 17 mai 1997, RCDIP, 2010, p 522.

[257]- انظر في نفس المعنى:

- **ALOUANE(Asma)**: « La violation du droit de garde par le gardien ravisseur», op. cit, pp : 165-173

[258]- لقدت كفلت الفقرة الأولى من المادة الثانية من البروتوكول رقم 4 الملحق بالاتفاقية حرية التنقل واختيار محل الإقامة، وذلك لكل شخص يتواجد بشكل نظامي على إقليم دولة طرف في هذا البروتوكول، كما أكدت الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس البروتوكول على هذا الحق لكل فرد وذلك بمغادرة أي بلد بما فيه بلده. ولا يخضع هذا الأمر لأي قيود سوى تلك المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة الثانية من نفس البروتوكول. للتوسع بشأن هذا الأمر، يستحسن الرجوع للمؤلف الآتي:

محمد أمين الميداني:" النظام الأوروبي لحماية حقوق الإنسان"، منشورات، مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، 2004، ص 6 وما بعدها.

دستورية، والذي يعد غير محدود في التراب الوطني، ولكن يشمل كذلك إمكانية مغادرته.[259]

وبالإضافة لهذه المؤاخذات يمكن القول إن التفسير الموسع لمضمون حق الحضانة وفقا لما ذكر سيساهم في إفراغ الاتفاقية من جوهرها، وقد يعاكس مبدأ حماية مصلحة الطفل الفضلى الذي يحتل في الاتفاقية موقع القطب من الرحى، وهو ما يؤدي إلى نتائج قد لا تخدم الطفل في شيء، فوفقا للقانون الشيلي المحال عليه في النازلة أعلاه فكل الآباء أصحاب حق الزيارة لهم سلطة تقريرية عند تغيير إقامة الطفل،[260] وهو ما قد يشكل قيدا على صاحب حق الحضانة في نقل الطفل خارج البلد- حتى وإن كان في هذا النقل مصلحة للطفل- ما دام أن أي تغيير للإقامة في هذا الاتجاه يعد حسب تعليل المحكمة العليا بمثابة خرق لحق الحضانة بمفهوم المادة 3 من اتفاقية لاهاي.

---

[259]- راجع بشأن هذه المؤاخذات:

-Yves Lequette: note sous arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 mars 1989, RCDIP, 1990, p 537.

وعلى النقيض مما سلف ردت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 8 مارس 2017 دفوعات الأم البريطانية الجنسية التي نازعت في قرار المحكمة الفرنسية في تحديد إقامة أولادها الثلاثة من زوجها الفرنسي بموطن هذا الأخير في فرنسا، وجعل حق الزيارة والإيواء فوق التراب الفرنسي مع المنع من الخروج من التراب الفرنسي إلا بموافقة الأبوين معا، وذلك بكون هذه الإجراءات تتعارض مع بعض المقتضيات القانونية للاتحاد الأوربي، لا سيما الإكراهات المرتبطة بضرورة كون هذه الإجراءات يتعين أن تكون محددة في الزمن، وتقبل للمراجعة من حين لأخر، وكذا لغياب أي خطر يتعلق بمسألة اختطاف هؤلاء الأطفال من طرفها؛ حيث تم استبعاد ما ذكر بعلة أن هذا الإجراء يعد لازما لحماية حقوق وحريات الغير، والتي تروم إلى حماية الروابط بين الأطفال مع أبويهم، وكذا الحد من خطر اختطافهم، مضيفة أن المنع من السفر بالطفل لا يطبق إلا في حالة انعدام الاتفاق مع الطرف الأخر في العلاقة، ويمكن مراجعة ذلك في أي وقت من طرف القاضي، وبالتالي يعد ذلك متوافقا مع مبدأ حرية التنقل. سيما أنه ثبت أن الأم امتنعت عن تسليم أحد الأطفال لمدة أربعة أشهر، وهو ما يشكل خطرا.

راجع في هذا القرار:

-HAUSSER (Jean): « Interdiction de sortie du territoire : autorisation requise des deux parents», note sous cass, 8mars 2017,RTD Civ, 2017, p 370.

[260]- وهذا ما أكدته الأستاذة Horatia Muir Watt في تعليقها على قرار المحكمة العليا بالولايات المتحدة الصادر بتاريخ 17 ماي 2010. راجع بخصوصه:

-Horatia Muir Watt : note sous arrêt du 17 mai 2010, RCDIP, 2010, p 523.

مثل هذا التفسير يقود إلى استنتاج مفاده أن الحالة الوحيدة التي يمكن وصف نقل الطفل فيها من طرف الحاضن نقلا مشروعا، هي الحالة التي يكون فيها للطرف الآخر حق "الزيارة البسيط" دون أي إجراء آخر مواز أو مصاحب لهذا الحق، والذي يدخله في زمرة حق الحضانة بالمفهوم الوارد في اتفاقية لاهاي وفق ما كيفه الموقف القضائي السابق.

وفي سياق آخر، ونتيجة للتطورات التي شهدتها بعض التشريعات الداخلية فيما يتعلق بمضمون حق الحضانة، والسلطة الأبوية[261]، بات لزاما حسب البعض وجوب تقدير مبدأ خرق حق الحضانة بمفهوم المادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ضوء هذه التشريعات.

وكمثال على هذا الأمر يمكن ذكر القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 4 مارس 2002،[262] المتعلق بالسلطة الأبوية، فقد نصت الفقرة 3 من المادة 373-2 من القانون

---

[261]- لقد تميزت أغلب التشريعات الداخلية للدول إبان صدور اتفاقية لاهاي لسنة 1980 باتجاهها نحو عدم منح حق السلطة الأبوية بشكل مشترك بصفة آلية أو مباشرة للأبوين في حال افتراقهما. حيث كان يتم منح أحد الأبوين الذي يقيم الطفل رفقته السلطة الأبوية بصفة منفردة، فيما يتم منح الطرف الآخر حق الزيارة فقط. فمفهوم الوالد الحاضن يسمح بانسحابه بشكل بسيط ويسير على صاحب الحق في السلطة الأبوية الذي يقيم الطفل معه. وبالتالي فمفهوم السلطة الأبوية كان يمتزج بحق الحضانة.

غير أن التطور الحاصل على تشريعات الدول بهذا الخصوص، وذلك في اتجاه السماح بممارسة السلطة الأبوية بشكل مشترك في حالة الافتراق بين الزوجين جعل مصطلحات من قبيل "حق الحضانة" و"الحاضن" تختفي. ووفقا لذلك فغير الحاضن لا يعني بالضرورة المحروم من الحق في السلطة الأبوية، وبالمقابل فتحديد إقامة الطفل لدى أحد الطرفين ليس معناه أن هذا الأخير يملك بصفة حصرية الحق في السلطة الأبوية.

راجع في ذات السياق:

-GALLANT(Estelle): « Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents », note sous cass, 14 décembre 2005, RCDIP, 2006, p 620.

[262]- لقد حل مصطلح السلطة الأبوية محل مفهوم الحضانة، وأصبح يكتسح شيئا فشيئا المشهد القانوني الفرنسي، وقد تطور التنظيم القانوني للسلطة الأبوية، وتجلت أبرز محطاته الأساسية بتبني القانون الذي أطلق عليه قانون Malhuret، بتاريخ 22 يوليوز 1987، والذي بموجبه تم توسيع مجال السلطة الأبوية المشتركة لكل الآباء، حتى غير المتزوجين، والمفترقين، والمطلقين. وأصبح بعدها مفهوم السلطة الأبوية وممارسة السلطة الأبوية مفهومان مكملان لبعضهما، حيث أسند قانون 8 يناير 1993 لقاضي الشؤون الأسرية الاختصاص الحصري فيما يتعلق بممارسة السلطة الأبوية. كما تم تغيير عبارة إسقاط السلطة الأبوية بمصطلح سحب السلطة الأبوية بموجب قانون 5 يوليوز 1996. ليتم تبني قانون 30 دجنبر 1996، الذي اعتبر بموجبه أنه لا يمكن فصل الطفل عن إخوته، إلا إذا كان ذلك غير ممكنا، أو أن مصلحته حتمت غير ذلك. ليكتمل مشهد تعزيز حماية حقوق الطفل بتبني قانون 4 مارس 2002، الذي كرس بشكل نهائي==

المدني الفرنسي على أن: "أي تغيير لإقامة أي طرف من الأبوين، والذي من شأنه تغيير طرق ممارسة السلطة الأبوية، يتعين أن يتم إخبار الطرف الآخر به مسبقا، وفي الوقت المناسب".[263] ومما لا ريب فيه أن مثل هذا الالتزام بالإعلام يتضمن حقا أساسيا يعطي لفائدة الطرف الآخر سلطة تقريرية في تغيير مكان الإقامة، أو في الاعتراض على ذلك.

وقد اعتبر البعض[264] أن هذا النص يعطي الحق للوالد غير الحاضن في الاعتراض، والذي يملك طبقا للمادة 5 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 الحق في تحديد الإقامة

==المساواة بين الأب والأم اتجاه أولادهما، وتم تغيير مصطلح الحضانة والإقامة الاعتيادية بمفهوم إقامة الطفل، ولم يعد بموجبه لحق الزيارة والإيواء أي قيمة تذكر. كما تم التأكيد على أن ممارسة السلطة الأبوية يتعين أن تكون في نطاق مصلحة الطفل، وسمح نفس القانون الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 يناير 2005، للآباء (في مختلف وضعياتهم: متزوجين، علاقات خلانية، عازبين..) بإعطاء أطفالهم أسماء من اختيارهم. وقد عرف هذا القانون من خلال المادة 1-371 من القانون المدني الفرنسي السلطة الأبوية باعتبارها: " مجموع الحقوق والالتزامات التي تحقق مصلحة الطفل".

حول هذا القانون وما أثاره من تعليقات، يستحسن الرجوع للمؤلفات الآتية:

-BOULANGER(François):« Modernisation ou utopie ?: la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », Défrenois, 2002, Chr, 1571, spéc, p. 1572-1573.

-FULCHIRON (Hugues):« l'autorité parentale rénovée», Défrenois, 2002, Art, 37580, spéc, p. 963.

-KESTEMAN (Nadia): « l'actualité du droit civil de la famille : l'autorité parentale (septembre 2002)» In recherches et prévisions, n 70, 2002. La médiation familiale, premiers éléments d'évaluation, pp. 105-108 .

- LEBRUN (Pierre-Brice): « L'essentiel sur l'autorité», Eclipses, 2010, 136p.

[263]- نصت هذه المادة على ما يلي:

«Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de

L'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant […] »

[264]- راجع في هذا الرأي:

-GALLANT (Estelle) : « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op. cit, 2004, p: 271et 272.

وكذلك Anne Richez-Pons، في أطروحته حيث عبر عن ذلك بما يلي:

«…en particulier, les deux parents doivent-ils être d'accord pour que ce changement soit considéré Comme licite alors que la résidence habituelle du mineur se trouve auprès d'un parent et que l'autre s'est vu attribuer un droit de visite et d'hébergement ? La réponse doit en principe être affirmative». ==

الاعتيادية للطفل. فالمادة السابقة من القانون المدني الفرنسي تمنح للأب غير الحاضن التعبير عن عدم موافقته، أو في جميع الحالات فتح النقاش بين الأبوين حول مكان إقامة الطفل. لكن هل يعني هذا الأمر أن ذلك يشكل قيدا على تغيير الإقامة إذا ما عبر الوالد غير الحاضن عن عدم موافقته، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد التزام بالإعلام؟

إن خلو القانون الفرنسي الصادر سنة 2002 من أي جزاء جراء الإخلال بالالتزام بإعلام الطرف الآخر في العلاقة بتغيير الإقامة، يفيد أن الالتزام السابق لا يمكنه بأي حال أن يشكل قيدا على تغيير مكان إقامة الطفل،[265] ولا يمكن بالتالي تفسير الاعتراض على تغيير إقامة الطفل بكونه يرتب حقا للطرف غير الحاضن في تحديد مكان إقامة الطفل الاعتيادي.

ومهما يكن من أمر هذا الجدل المرتبط بتفسير محتوى حق الحضانة، يمكن القول إجمالا أن الاجتهاد القضائي، ورغبة منه في تحقيق نوع من التوازن بين حق الحضانة، وحق الزيارة حاول تفسير مقتضيات اتفاقية لاهاي بالشكل الذي عمل على توسيع قاعدة حق الحضانة، هذا الأخير يشمل بالإضافة إلى الحضانة الممارسة بشكل مشترك، الحق في تحديد مكان إقامة الطفل، والذي يمكن أن يمنح للطرف الآخر في العلاقة بموجب قرار قضائي، أو اتفاقي، أو استنادا لمقتضيات قانونية.

== -RICHEZ-PONS (Anne): « La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)», thèse Lyon, 2004, p 260.

[265]- ورد في التقرير الذي تم إعداده حول هذا القانون بأن "الالتزام بالإعلام القبلي" ولمدة كافية عند الإقدام على تغيير الإقامة الاعتيادية الوارد في هذا القانون يبدوا غير كاف في العلاقات الدولية، ومما ورد في هذا التقرير نذكر ما يلي:

«Il ne s'agit en aucun cas d'interdire à un parent de déménager, mais simplement de permettre aux deux parents d'en discuter, afin de trouver des solutions adaptées».

Rapport de M. DOLEZ, au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, doc. Ass. nat,n° 3117, p. 38.

وبذلك يمكن القول إنه وإلى جانب منح حق الحضانة بشكل حصري لأحد الأبوين، والذي يمكن له لوحده اتخاذ قرار تحديد ونقل إقامة الطفل،[266] والمنح المشترك لهذا الحق، والذي لا يمكن ممارسته إلا باتفاق الأبوين معا، استحدثت الممارسة القضائية صورة ثالثة وسط وهي التي يكون فيها حق الحضانة ممنوحا لأحد الأبوين، في حين يمنح الطرف الآخر حق الزيارة مرفقا بحق التقرير في التغييرات التي قد تطال الإقامة الاعتيادية للطفل.

ويمثل بهذا التفسير الموسع لمفهوم خرق حق الحضانة، اعتبرت الأستاذة Estelle Gallant أن حق الزيارة أصبح بدوره محميا بصفة غير مباشرة.[267]

---

[266]- قد يثار التساؤل في هذا الصدد بما إذا كان قيام الأم الحاضنة بنقل طفلها خارج التراب المغربي يعد بمثابة نقل غير مشروع وفقا لمقتضيات مدونة الأسرة، باعتبار أن الأب طبقا لنفس المدونة يعد نائبا شرعيا بقوة القانون، وبأن نقل الطفل يعد انتهاك لحقه في ممارسة هذه النيابة، وبالتالي وفقا للمفهوم الموسع لحق الحضانة، يعد بمثابة خرق لها؟

لا نعتقد بأن التسليم بما سبق يعد صحيحا لعدة اعتبارات نجملها في الآتي:

أولا: لأن التسليم بذلك سيجعل الأم الحاضنة مقيدة بالعيش فوق التراب المغربي، ما دام أن أي نقل للطفل إلى الخارج سيكيف بمثابة نقل غير مشروع، وسيصبح حق الحضانة غير ذي جدوى، ولا يسعف في التنقل بالطفل إلى خارج الحدود الترابية، إلا إذا سقط عن الأب حق النيابة الشرعية بوفاته أو بفقدان أهليته.

ثانيا: لكون مفهوم المخالفة من مقتضيات المادة 179 من مدونة الأسرة يفيد أن نقل الطفل من طرف الحاضنة إلى خارج الخارج لا يتوقف على إذن مسبق من قبل النائب الشرعي، ما دام أنها ربطت ذلك بتقديم طلب إلى المحكمة من طرف النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون، حتى يتسنى تضمين قرار إسناد الحضانة، أو من خلال قرار لاحق منع السفر بالمحضون خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي.

وقد أضافت نفس المادة على حق الحاضن في حالة رفض الموافقة على السفر خارج المغرب في اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك.

والحاصل مما سبق أن الأصل هو أحقية الحاضنة في السفر بالمحضون إلى الخارج دون قيد أو شرط، إلا إذا استصدر النائب الشرعي حكما يجعل هذا الحق مشروطا بموافقته، ففي هذه الحالة ووفقا للتفسير الموسع لحق الحضانة الذي دأب عليه القضاء يعد كل نقل والحال ما ذكر بمثابة نقل غير مشروع.

[267]- وهو ما عبرت عنه في معرض تعليقها على القرارات التي وسعت من مفهوم حق الحضانة في مجال الاختطاف الدولي بما يلي:

« Ces solutions recueillent entièrement notre approbation. Elles permettent d'étendre légèrement la notion de déplacement illicite tout en restant en accord tant avec l'esprit qu'avec la lettre de la convention de 1980. Cette interprétation extensive de la notion de violation du droit de garde assure dès lors une protection partielle du droit de visite ».

-GALLANT (Estelle) :« Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op. cit, 2004, p: 271.

غير أن تحديد مفهوم حق الحضانة الذي يعتبر خرقه عنصرا أساسيا في تكييف النقل غير المشروع للأطفال لا يعد كافيا لتفعيل الإجراءات الاتفاقية الرامية إلى الإعادة الفورية للطفل لمكان إقامته الاعتيادية، إذ يتعين توفر شروط أخرى سيتم بسطها في الفقرة الموالية.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لحق الحضانة كمحدد لتفعيل آليات إرجاع الطفل

يقتضي الحديث عن الشروط الموضوعية المرتبطة بحق الحضانة، والتي تشكل أساسا لتكييف واقعة النقل بصفة عدم المشروعية، التثبت من كون الحاضن كان يمارس حضانته بشكل فعلي فور نقل الطفل خارج حدود مكان إقامته الاعتيادية (الفقرة الثانية)، غير أن هذا الأمر يقتضي بداية التأكد من صحة السند المنشئ لحق الحضانة، وهو ما يحيل على البحث في مصدر هذا الحق(الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: العنصر القانوني: مصدر حق الحضانة

نصت المادة 3 من اتفاقية لاهاي على أن نقل الطفل يعد غير مشروع عندما يكون في ذلك انتهاك لحقوق الحضانة الممنوحة سواء بشكل فردي أو جماعي، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو احتجازه. وأشارت بعد ذلك بأن حق الحضانة يمكن أن يمنح بقوة القانون، أو بناء على قرار قضائي أو إداري، أو من خلال اتفاق ساري المفعول حسب قانون هذه الدولة.

إذن فالمصدر الأول لحق الحضانة هو مصدر قانوني، والمقصود هنا هو قانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل سواء من خلال القواعد القانونية الداخلية المادية التي تنظم

الحضانة بشكل مباشر، أو بموجب قاعدة تنازع القوانين لهذه الدولة،[268] والتي قد تعطي صلاحية وسلطة تنظيم الحضانة لقانون آخر غير قانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل، فمثلا في حالة نقل طفل فرنسي مقيم في إسبانيا من قبل والده، الذي كان يعيش رفقة أمه الفرنسية، فإن القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بمنح الحضانة هو القانون الفرنسي المحدد بموجب القواعد الإسبانية المتعلقة بالتنازع، والذي قد يتضمن مقتضيات تختلف عن القانون الإسباني في هذه الحالة.

هذا التفسير لمصدر حق الحضانة الذي يتجاوز مدلوله المرتبط بمقتضيات القانون الداخلي لدولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، إلى قواعد تنازع القوانين التي تسمح بتعيين القانون الأجنبي المطبق على الحضانة، كان له صدى من طرف الاجتهاد القضائي.

ففي حكم صدر عن محكمة الدرجة الأولى ل Niort بفرنسا، بتاريخ 9 يناير 1995[269] اعتبرت هذه الأخيرة أن تحديد من له الحق في السلطة الأبوية "الحضانة" يرجع إلى الأحوال الشخصية، وهو القانون البريطاني، ما دام أن الطرفين من جنسية بريطانية، بعد ذلك لاحظت المحكمة أن الإقامة الاعتيادية للطفل أثناء نقله تتواجد ببريطانيا[270].

---

[268]- انظر في هذا التفسير: ==

== -PEREZ-VERA (Elisa): «Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 446.

[269]- انظر في هذا الحكم والتعليق عليه:

JDI (Clunet), 1995, p 361, note : Hélène GAUDEMET- TALLON.

[270]- وهو ما عبرت عنه وفق ما يلي:

«… il y a lieu d'observer qu'au moment des faits, qualifiés d'enlèvement, soit le 31 aout 1993 :

1) M. Yeates n'avait pas l'autorité parentale sur Stéphane.

La détermination du titulaire de l'autorité parentale relève du statut personnel, donc de la loi anglaise puisque les parties sont de nationalité britannique.

Dans le cas d'un enfant naturel, reconnu par les père et mère, le droit anglais interne confère à la mère « la responsabilité parentale de l'enfant», le père peut acquérir cette responsabilité parentale soit par un accord établi par écrit, soit par

ولا شك أن المنحى الذي سلكته المحكمة في هذا الحكم لا يعكس المنهجية التي يتعين التقيد بها عند تطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1980، فالمحكمة قامت بالبحث بداية عن صاحب الحق في الحضانة، وخلصت إلى أن القانون البريطاني يعطي للأم الحق في السلطة الأبوية على الطفل، في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير موضوع اعتراف بنسبه من طرف الأبوين معا الذين كانا في علاقة خلانية concubinage، لتقوم بعدها بتحديد مكان الإقامة الاعتيادية للطفل. والحال أنه كان عليها طبقا للاتفاقية أعلاه عند تحديدها لصاحب الحق في الحضانة، البحث بداية عن مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، ثم بعدها الإحالة على قانون دولة الإقامة الاعتيادية للطفل، والذي يشمل القانون الداخلي، وقواعد تنازع القوانين.

فتحديد الإقامة الاعتيادية يعد أمرا سابقا عن مسألة البحث عن صاحب الحق في الحضانة. لذا فالحكم السابق لم يكن موفقا في هذه النقطة،[271] فلم يتم البحث عن مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، إلا بعد تحديد صاحب الحق في الحضانة.

---

une ordonnance du tribunal, ainsi qu'il résulte de certificat de coutume dont s'est prévalu M. Yeates devant le juge aux affaires familiales de Niort; ==

== 2) Mme pearce, non seulement était l'attributaire « légale » de ce droit, mais avait, de surcroit, obtenu une décision de justice ordonnant que l'enfant vive avec elle a titre provisoire et interdisant de déplacer l'enfant du Royaume-Uni sans autorisation.

M. Yeates avait connaissance de cette décision.

3) la résidence habituelle de l'enfant était devenu, au moment des faits, l'Angleterre.

… »

إن تأكيد المحكمة في هذا الحكم بأن الإقامة الاعتيادية توجد في بريطانيا يعد مسألة محل نظر، فالطفلة حسب النازلة لم تتواجد بالدولة الأخيرة إلا منذ شهر، حيث أخذها والدها من جدتها من جهة الأم بمناسبة ممارسته لحق الزيارة.

[271]- انظر في نفس الاستنتاج:

-GALLANT (Estelle) : « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op. cit, 2004, p: 274.

ومن جهة أخرى يتبين أن الإحالة على الأحوال الشخصية لتحديد صاحب الحق في الحضانة اقتصرت على القواعد المادية الموضوعية المرتبطة بتنظيم الحضانة في القانون البريطاني، ولم تعتمد على ما تقرره قاعدة التنازع البريطانية في هذا الشأن. فتطبيق القانون البريطاني في هذه الحالة لا يعد مبررا إلا إذا كان هو القانون الذي تنص عليه قاعدة التنازع البريطانية.

وغني عن البيان أن الاستناد على ما تقرره المقتضيات القانونية لتحديد صاحب الحق في الحضانة وفقا لما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1980، يعد أمرا بالغ الأهمية، ويشمل الحاضن بحماية موسعة، تجعل آلية إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية المقررة في الاتفاقية واجبة التطبيق حتى في ظل غياب قرار قضائي يتعلق بحق الحضانة،[272] ومثل هذا المقتضى يعد مهما لأنه يملأ كذلك فراغا كبيرا قد ينجم عن غياب قرار قضائي يمنح حق الحضانة، ففي هذه الصورة لا وجود لأي وسيلة سوى مسطرة الإرجاع لمواجهة النقل غير المشروع للطفل.

هذه الوضعية التي توسع من فرضية تحريك دعوى إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، والتي تعد أهم ضمانة لصاحب حق الحضانة في اتفاقية لاهاي لسنة 1980، هي التي دفعت بعض الدول من خلال الاتفاقيات الثنائية المبرمة في هذا الصدد إلى الحد من آلية الإرجاع، وقصرها على الفرضيات التي يكون فيها نقل الطفل قد تم خرقا لحكم حول الحضانة، كما هو الحال من خلال الاتفاقية الفرنسية المصرية ل 15 مارس 1982[273]،

---

[272]- انظر بخصوص بعض القرارات التي اعتمدت على ما ذكر لتبرير إرجاع الطفل لمكان إقامته ما يلي:

-Arrêt de la cour de cassation du 23 octobre 1990, RCDIP, 1991, note : yves lequette.

-Arrêt de la cour de cassation du 16décembre 1992, Defrénois, 1993,Art. 35572, note : Jaques Massip.

[273]- لم نعثر على ترجمة رسمية لهذه الاتفاقية إلى اللغة العربية، وبالمقابل يمكن الاطلاع عليها في الجريدة الرسمية لفرنسا الصادرة بتاريخ 19 يوليوز 1983، الصفحة 2222.

حيث نصت على تسليم الطفل إذا كان هناك نقل لهذا الأخير خرقا لقرار قضائي قابل للتنفيذ صادر عن محكمة مختصة حول الحضانة.

فوفقا لمدلول المادة 37 من هذه الاتفاقية،[274] لا يمكن تصور إعمالها لتسليم الطفل إذا كان مصدر حق الحضانة هو القانون، أو اتفاق الطرفين، كما لا يمكن تصور ذلك في حالة خرق حق الحضانة أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو في حالة وجود حكم مؤقت بالحضانة.

نفس المعطى أشارت له اتفاقية لوكسمبورغ لسنة 1980[275] حيث عرفت المادة الأولى[276] النقل دون حق عندما يتحقق: "نقل الطفل عبر الحدود الدولية في خرق لقرار متعلق بالحضانة صادر عن دولة متعاقدة، وقابل للتنفيذ فيها".

---

[274]- نصت هذه المادة على ما يلي:

« S'il y a eu déplacement de l'enfant en violation d'une décision judiciaire exécutoire rendue par le tribunal compétent sur la garde, au sens de l'alinéa 8 de l'article 26 de la présente Convention, l'autorité judiciaire de l'Etat de refuge ordonne à titre provisoire la remise en l'état de la situation antérieure au déplacement et le retour immédiat de l'enfant.

Lorsqu'elle est saisie d'une demande de remise de l'enfant et d'une action en modification du droit de garde, cette autorité doit statuer en priorité sur la demande de remise de l'enfant aux conditions du présent article».

وفي تطبيق لهذه المادة رفضت محكمة الدرجة ببونتواز في حكم لها بتاريخ 20 أبريل 2000 إرجاع طفل بعلة غياب قرار قضائي سابق بمنح الحضانة صادر عن القضاء المصري.

انظر في هذا الحكم والتعليق عليه:

-Dr.fam, 2000, n 104, note : C. CHAUVEAU.

[275]- الاتفاقية الأوربية المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات في مادة حضانة الأطفال، وتأسيس حضانة الأطفال الموقعة ببروكسيل بتاريخ 20 ماي 1980.

[276]- نصت هذه المادة على ما يلي:

« ... d. *déplacement sans droit:* le déplacement d'un enfant à travers une frontière internationale en violation d'une décision relative à sa garde rendue dans un Etat contractant et exécutoire dans un tel Etat; est aussi considéré comme déplacement sans droit:…».

هذه المقتضيات الاتفاقية تحيلنا مباشرة إلى المصدر الثاني لحق الحضانة الذي تضمنته اتفاقية لاهاي، وهي الحالة التي يكون فيها حق الحضانة محدد بموجب قرار قضائي أو إداري.

إن ملاحظة يمكن إثارتها في هذا الخصوص هي تلك المتعلقة بعدم توضيح الاتفاقية لمضمون هذا الأمر، لذا يتعين استخدام المصطلح في مفهومه الموسع، واستعمال مصطلح قرار في مفهومه الواسع الذي يستوعب أي قرار صادر سواء عن جهات قضائية أو غيرها (جهات إدارية مخول لها ذلك) تتعلق بحق حضانة الطفل.

ومن جهة ثانية لا يعد مهما أن يصدر هذا القرار عن سلطات دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، أو سلطات دولة أخرى، فإذا كان السند المانح للحضانة يصدر في أغلب الحالات عن دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، الذي نقل بطريقة غير مشروعة، فإنه يمكن أن يصدر عن دولة ليست الدولة التي يقيم فيها الطفل، وقد تكون دولة ليست طرفا في الاتفاقية،[277] وهو ما يطرح إشكالا متعلق بمدى الاعتراف بالقرار الصادر عن دولة أجنبية أو صيرورته نافذا بدولة إقامة الطفل؟

لقد تطرقت الاتفاقية لهذا الأمر، ولم تشترط أي إجراء لتنفيذ القرار السابق، بل يتعين بالضرورة الاعتراف به وتسجيله، فالمادة 14 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 تسمح بتحريك الإجراءات المتعلقة بحماية حق الحضانة من آثار النقل، حتى في حالة كون السند الصادر عن دولة طرف غير معترف به أو قابل للتنفيذ داخل دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، وقد نصت المادة السابقة على ما يلي:

[277]- انظر في ذلك:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif…», op. cit, p: 447.

"من أجل التحقق مما إذا كان هناك نقل أو احتجاز غير مشروع حسب ما ورد في المادة الثالثة، تأخذ السلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب بعين الاعتبار وبصورة مباشرة قانون الدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية، والقرارات القضائية والإدارية المعترف بها أو غير المعترف بها رسميا في تلك الدولة، دون الرجوع إلى الإجراءات المحددة الخاصة بصلاحية هذا القانون أو الاعتراف بالقرارات الأجنبية التي قد يمكن تطبيقها".

وأخيرا يمكن أن ينتج حق الحضانة عن اتفاق ساري المفعول (accord en vigueur) حسب قانون دولة إقامة الطفل الاعتيادية، ومما تجدر الإشارة إليه أن عبارة: "ساري المفعول"، أضيفت في الدورة الرابعة عشرة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص أثناء مناقشة الاتفاقية بهدف توضيح شروط الاعتداد بالاتفاق المسند للحضانة، والمقصود بهذه العبارة: "كل اتفاق غير ممنوع بموجب القانون، ومحمي قانونا أمام السلطات المختصة"[278] وقد يكون قانون دولة محل الإقامة الاعتيادية، سواء الداخلي أو المعين بموجب قاعدة تنازع القوانين.

وبإشارة اتفاقية لاهاي[279] إلى أن حق الحضانة يمكن أن ينجم عن اتفاق ساري المفعول حسب قانون دولة الإقامة الاعتيادية للطفل، تكون قد عملت على توسيع مصادر

---

[278]- راجع في هذا الخصوص:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif…», op. cit, p: 447.

[279]- تضمنت الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 في مادتها السابعة يعتبر بموجبه النقل غير مشروع إذا كان مخالفا لاتفاق مبرم بين طرفي العلاقة، وقد نصت على ذلك وفق ما يلي:

"يعتبر نقل الطفل من تراب دولة متعاقدة (الدولة الطالبة) إلى تراب الدولة المتعاقدة الأخرى (الدولة المطلوبة)، غير مشروع وتأمر السلطة القضائية عندئذ بإرجاعه فورا وذلك:

...

ج- إذا كان النقل مخالفا لاتفاق مبرم بين الطرفين المعنيين ومصادق عليه من طرف سلطة قضائية تابعة لإحدى الدولتين المتعاقدتين"

حق الحضانة من جهة، وقامت بالاستجابة للدور المتنامي لإرادة الأطراف في العلاقات الأسرية من جهة أخرى، والذي عرف ارتفاعا ملحوظا ابتداء من ثمانينيات القرن الماضي.

وكمثال على أهمية هذه الاتفاقات، يمكن ذكر القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 4 مارس 2002، والمتعلق بالسلطة الأبوية حيث أولى مكانة بارزة لهذا الأمر، وذلك بفتح المجال للأبوين لتنظيم الآثار المتعلقة بانحلال علاقتهم، وأقر بصحة هذه الاتفاقات، خاصة فيما يتعلق بآثار الطلاق في مواجهة أولادهم، وقد نصت المادة 252-2 على أنه يمكن للأطراف تنظيم نتائج الطلاق بشكل حبي بينهم، خاصة ما يتعلق بالأطفال.

وبدورها تضمنت مقتضيات مدونة الأسرة من خلال المادة 114[280] عند تنظيمها للطلاق الاتفاقي إمكانية اتفاق الأبوين على تنظيم مسألة الحضانة والزيارة، شريطة أن لا يتم الإضرار بالأطفال، وقد عمل القضاء المغربي في السابق في عدة مناسبات على قبول اتفاق الأطراف على تنظيم الحضانة الذي يتم بين الأطراف انطلاقا من مجموعة من الأحكام الصادرة في الموضوع.[281]

الفقرة الثانية: العنصر الواقعي لحق الحضانة.

[280]- تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على ما يلي:
"يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال".

[281]- على سبيل المثال يمكن ذكر ما يلي:
- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 28 يونيو 1988، مجموعة قرارات المجلس الأعلى من 1983 إلى 1995، الصفحة 34 وما يليها، جمع وتنسيق إدريس ملين.
- قرار محكمة الاستئناف بمراكش الصادر بتاريخ 29 أبريل 1997، مجلة المحامي، 1997، العدد 31.
- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرشيدية بتاريخ 13 يوليوز 1987، وكذا قرار محكمة الاستئناف بمكناس الصادر بتاريخ 3 ماي 1988، مجلة الندوة، 1989، العدد 7، الصفحة 59 وما بعدها.

لحماية حق الحضانة من النقل غير المشروع وضعت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 شرطا مفاده أن تكون ممارسة هذا الحق قد تمت بشكل فعلي من قبل الحاضن قبل تعرض الطفل للنقل (أولا)، وأن يكون الحق السابق راهنيا (ثانيا).

أولا: الممارسة الفعلية لحق الحضانة:

شددت المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على كون أن: "النقل أو عدم إرجاع الطفل يعد غير مشروع إذا كانت حقوق الحضانة قد مُورِست فعليا وقت النقل أو الاحتجاز، سواء بشكل مشترك أو فردي، أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو احتجازه"، وقد تم التنصيص على نفس المقتضى في المادة 13 من نفس الاتفاقية عند حديثها عن الاستثناءات التي قد تبرر عدم إرجاع الطفل، حيث نصت على أنه يمكن الحكم بعدم الإرجاع إذا أثبت من قام بنقل الطفل أن الطرف الآخر لم يكن يمارس الحضانة بشكل فعلي.

وغني عن البيان أن فلسفة هذا الشرط المرتبط بالممارسة الفعلية لحق الحضانة تتعلق بشكل واضح بفكرة مفادها أن إرجاع الطفل لا يتعين أن يتم إلا إذا تم نقله من وسطه الذي يعكس بشكل مؤكد توازنا في ظروف عيشه، من خلال الحفاظ على استقرار حياته.[282]

فإذا لم يكن حق الحضانة يمارس فعليا، بالشكل الذي يجعل الطفل لا يستفيد من العناية من طرف الحاضن، فإنه من المنطقي أن لا يتم تفعيل آليات الاتفاقية لتسليم الطفل لهذا الأخير.

[282]- راجع بخصوص هذه الاعتبارات:

-PEREZ-VERA (Elisa):« Rapport explicatif…», op. cit, p: 448.

وأمام غياب تعريف للمقصود بالممارسة الفعلية لحق الحضانة في المادتين سالفتي الذكر، يتعين القول إن ضبط مضمون المصطلح السابق لن يتحقق إلا من خلال فهمه في سياق المادة 5 التي عرفت حق الحضانة باعتباره يحيل على فكرة الاعتناء بشخص الطفل، وهو ما يمكن الاستنتاج معه أن "هناك ممارسة فعلية لحقوق الحضانة عندما يقوم الحاضن بالاعتناء بشخص الطفل".

غير أن التساؤل يثار بخصوص ما إذا كان يشترط لتحقق الممارسة الفعلية بقاء الحاضن رفقة الطفل بشكل دائم، أو الإقامة معه في نفس المسكن؟

إن تفعيل هذا الأمر لا يخلو من بعض الصعوبات العملية، ففي الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الكبرى ب Niort بتاريخ 9 يناير 1995، المشار إليه أعلاه، تم التطرق لهذه الصعوبة، ففي هذه النازلة كان الطرفين يقطنان بشكل اعتيادي بفرنسا، وبعد مرور شهر عن قرار الأم العودة إلى بريطانيا، حيث تركت البنت في فرنسا مع والدها، قرر الأب أخذ البنت معه لبريطانيا دون أن يسلمها لوالدتها، وبعد صدور قرار قضائي منح الأم الحضانة المؤقتة، قامت هذه الأخيرة بأخذ البنت معها، وبعد مرور شهر ببريطانيا، قرر الأب أخذ البنت والرجوع لفرنسا، وعند تحليل المحكمة لكل شروط المادة 3 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، قدرت أن هناك مجال للحكم بإرجاع البنت لأمها ببريطانيا.

لقد أكدت بداية بأن الأم تعد صاحبة الحق في الحضانة، لتلاحظ بعدها أن حق الحضانة المذكور مورس بشكل فعلي، وأشارت المحكمة إلى أن الأم باشرت ممارسة "السلطة الأبوية" بشكل فعلي على الطفلة، وأن بنت عمها لم تكن تمارس عليها سوى نوع من الرقابة المؤقتة وقت نقلها".

إن الموقف الذي اتخذته المحكمة يعد مقبولا بالنظر للمبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية، ومتلائما مع الرأي المعبر عنه في التقرير المتعلق بالاتفاقية، وذلك ليس لكون أن والدة

الطفلة لم تكن بجانب هذه الأخيرة لحظة نقلها، ولكن لكون الأم لم تكن تمارس حق الحضانة بشكل فعلي.

فالوقائع قد توحي بوجود نزاع حول الممارسة الفعلية لحق الحضانة، ذلك أن الأم غادرت فرنسا منذ شهر من قيام الأب بالرجوع لبريطانيا، وأن تسليم البنت لوالدتها تم بعد مرور بضعة أيام من رجوعه، كما أن البنت كانت توجد عند بنت عمها، إلا أن هذا الأمر لم يعرقل الممارسة الفعلية لحق الحضانة كما استنتجت ذلك المحكمة.

فهل يمكن القول في هذا الصدد أن الأم كانت تمارس حق الحضانة بشكل فعلي؟

في الحقيقة يعد من الصعب الإجابة عن هذا التساؤل بشكل مطلق دون القيام بتحليل حقيقي للوقائع، فجوهر دعوى الإرجاع يتعلق بالتأكد من وجود ممارسة فعلية لحق الحضانة من عدمه، وهو الأمر الذي يتعين اعتباره كذلك، باستثناء الحالة التي يظهر فيها أن الأم غير مهتمة بالمرة بالطفل.[283]

فالممارسة الفعلية لحقوق الحضانة يتعين أن يتم تقديرها بشكل مرن، حيث لا ترمز إلى ضرورة بقاء الطفل مع الحاضن بشكل مستمر، أو الإقامة معه بشكل دائم، وهو ما خلص إليه الحكم السابق الذي لقي تأييدا من طرف الأستاذة Hélène Gaudemet-Tallon حيث اعتبرت أن: "النتيجة التي توصلت إليها المحكمة تعد سعيدة، فالوالد الذي يحضن الطفل لا يلزم أن يتواجد بصفة دائمة معه".[284]

---

[283]- انظر في نفس السياق:

-GALLANT (Estelle): « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op. cit, 2004, p: 278.

[284]- راجع بخصوص هذا الاستنتاج:

-Hélène GAUDEMET- TALLON: note sous jugement du Tribunal de grande instance de Niort, du 9 janvier 1995, JDI (Clunet), 1995, p 368.

بقي أن نشير إلى أهمية ما نصت عليه المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي سالفة الذكر، من كون أن عدم قيام الحاضن بممارسة حقوق الحضانة بشكل فعلي، والناتج عن نقل الطفل أو احتجازه، لا يمكن أن يؤثر على عدم مشروعية النقل الموجبة للمطالبة بإرجاع الطفل، وهو ما تعبر عنه عبارة: "أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو احتجازه".

ولا شك أن مقتضى مثل هذا يعد أساسيا لمعاقبة مرتكب فعل الاختطاف، الذي قد يعمد إلى نقل الطفل ضدا على رغبة صاحب الحضانة، وبقصد حرمانه من ممارسة هذا الحق بشكل فعلي، ففي حالة توفر هذا الأمر يصبح صاحب حق الحضانة في حل من إثبات عنصر الممارسة الفعلية.[285]

وإلى جانب الإشكال السابق، يطرح سؤال آخر يرتبط بمن يتحمل عبء إثبات الممارسة الفعلية لحق الحضانة من عدمها؟

إن الإجابة عن هذا الأمر ينطلق من خلال القراءة المركبة للمادتين 3 و13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980. فإذا كانت المادة الأولى تلقي العبء على طالب الإرجاع بالإدلاء بما يفيد ممارسته لحق الحضانة بشكل فعلي، وهو ما يعد من الشروط الأساسية - ذلك أن الفقرة ج من المادة 8 من الاتفاقية اشترطت أن يتضمن طلب الإرجاع: "الأسس التي يقوم عليها ادعاء مقدم الطلب"-. فإن المادة الثانية، وعلى عكس ما ذكر تلقي بالعبء على مرتكب فعل الاختطاف الذي يعترض على إرجاع الطفل.

وبالتالي فليس هناك من تعارض بين المادتين، فإذا كان إثبات الممارسة الفعلية لحق الحضانة يعد شرطا لازما لممارسة دعوى الإرجاع، فإن الأمر يتعلق بقرينة تخول لمرتكب الاختطاف إثبات عكسها إذا أراد تعطيل آلية الإرجاع.

---

[285]- لقد أكدت محكمة الدرجة الكبرى بتولوز هذا التوجه في حكمها الصادر بتاريخ 20 مارس 1987، انظر في هذا الحكم والتعليق عليه:

-Gaz.Pal, 1987, p : 609, note : P. Monin- Hersant et B Sturle. RCDIP, 1988, p : 67.

غير أنه يفترض في صاحب حق الحضانة أنه كان يمارسها بشكل فعلي قبل نقل الطفل، ولا يحتاج إلى إثبات هذا الأمر إلا إذا نازع مرتكب الاختطاف في الطبيعة غير المشروعة للاختطاف، أو بمناسبة تفعيل المادة 13، حيث يتعين على المختطف إثبات أن ممارسة حق الحضانة لم تكن تمارس بشكل فعلي.

وبذلك فالاتفاقية تقوم على قرينة غير صريحة مفادها أنه يفترض في من له حق الحضانة أنه يمارسها فعليا، هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، حيث تنتفي إذا استطاع مختطف الطفل إثبات خلاف ذلك، وبالتالي تفادي إرجاع الطفل[286].

ثانيا: راهنية حق الحضانة:

إن الإشارة في المادة 3 من اتفاقية لاهاي على ضرورة التثبت من وجود حق الحضانة الذي يعد انتهاكه موجبا لإرجاع الطفل، وذلك وفقا لما ينص عليه قانون الدولة التي كان الطفل مقيما فيها بصفة اعتيادية مباشرة قبل نقله أو احتجازه، تهدف بالأساس إلى الحيلولة دون تغليف النقل غير المشروع بحكم جديد يتعلق بالحضانة صادر عن الدولة التي نقل إليها الطفل، والتي في الغالب تكون دولة أصل الطرف "الخاطف".

وإذا كان هذا المقتضى يخدم أهداف الاتفاقية، ويغلق باب التحايل أمام مرتكب فعل الاختطاف، فإن مفهوم "الراهنية" أو "الفورية" التي يرتبط به حق الحضانة يطرح

[286]- ورد حول هذه النقطة في التقرير التفسيري الذي أعدته "إليسا بيريز فيرا" ما يلي:
«…nous pouvons en arriver à la conclusion que l'ensemble de la convention est construit sur la présomption non explicite que celui qui a le soin de la personne de l'enfant en exerce effectivement la garde, cette idée devra être détruite en vertu de l'inversion du fardeau de la preuve qui est le propre de toute présomption (par « l'enleveur» s'il veut éviter que l'enfant ne soit renvoyé).

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif…», op. cit, p: 449.

بعض الصعوبات، خاصة عندما لا تتأسس الإقامة الاعتيادية للطفل بشكل مؤكد، وتصبح رهانا للنزاع بين الأبوين، وهو ما قد يؤثر على وصف مشروعية النقل من عدمه.

فإذا كان من المؤكد أن هدف الاتفاقية يروم حماية الوضعيات التي كانت قائمة قبل النقل، فكيف يمكن تقدير هذا الأمر في الحالة التي يتم فيها تغيير حق الحضانة في دولة الإقامة لفائدة "المختطف" بعد النقل؟

إن أي محاولة للإجابة عن التساؤل السابق لن تحقق مسعاها، إلا إذا تم التركيز على أمرين اثنين: أولهما: أن الاتفاقية لا تهدف إلى تسوية حضانة الأطفال بشكل نهائي،وثانيهما: أن الاتفاقية تقوم على فرضية مفادها أن محاكم دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل قبل النقل هي صاحبة الأولوية للبت في مسألة الحضانة.

والنتيجة المنطقية لهذا التحليل تسعف في القول إنه وإن كان فعل النقل غير المشروع قد تحقق لحظة قيام "المختطف" بنقل الطفل، فإن هذا الأمر لا يمكن اعتباره قائما بعد صدور حكم لاحق من طرف محكمة دولة الإقامة الاعتيادية للطفل بإسناد الحضانة "للمختطف"، ومبرر ذلك أن غاية الاتفاقية هي حماية اختصاص محكمة دولة مكان إقامة الطفل الاعتيادية للنظر في كل ما يتعلق بحضانة الطفل، وذلك باعتبارها المؤهلة دون غيرها لتقدير ذلك استناد لمصلحة وظروف عيش الطفل. ومن المؤكد أن هذه الغاية تم تحقيقها بصدور حكم لاحق بمنح الحضانة للمختطف، ولو بعد نقل الطفل.

وإضافة للصعوبة السابقة يطرح الإشكال كذلك عندما يتم منح قرار بإسناد الحضانة لأحد الأبوين، ويصدر بعدها قرار آخر يمنح نفس الحق للوالد الآخر. حيث يثار التساؤل إذا ما حصل نقل الطفل إلى دولة أخرى، وذلك حول مدى اعتماد القرار الأول أو الثاني في تقدير هذا المعطى؟

لقد سبق أن عرضت مثل هذه الحالة على محكمة الاستئناف بفرساي، ففي قرار صادر عن هذه الأخيرة بتاريخ 12 نونبر 1992[287]، في قضية تتعلق بوجود قرارين متتابعين منح الأول بموجبه الحضانة لأحد الأبوين، في حين منح القرار الآخر بعدها الحضانة للطرف الآخر، فالقرار الأول الذي صدر بألمانيا، تم بموجبه منح حق الحضانة للأم الألمانية على ولديها بتاريخ 1988، بينما حصل الأب ذي الجنسية الجزائرية، والمقيم بفرنسا على قرار صادر عن محكمة بوانتوز بمنح الحضانة على الطفلين المذكورين سنة 1989.

وبعد قيام الأب بنقل الطفلين من فرنسا سنة 1992، لجأت الأم للسلطات الفرنسية مطالبة بتسليم الطفلين بناء على اتفاقية لاهاي. فكان موقف المحكمة أن أخذت بعين الاعتبار الحكم الذي حصلت عليه الأم، بعلة أن الأب لم يطالب بتنفيذ حكم المحكمة الابتدائية ببونتواز، الذي كان موضوع استئناف. ورفضت أخذ هذا الحكم بعين الاعتبار.

إن ما يمكن استنتاجه من هذا القرار هو أن مقاربة النزاع كان سيكون مغايرا لو أن الحكم الفرنسي تم تنفيذه، أي لو مارس الأب بعد الحكم الصادر سنة 1989 الحضانة بشكل فعلي، فوفقا لهذا الأمر يتعين تقدير قيام الأب بنقل الطفلين سنة 1992.[288]

وفي ذات السياق قد يطرح إشكال ثان يتعلق بقيام الوالد الخاطف للطفل بالحصول على حكم لاحق يخوله حق الحضانة على الطفل، فإذا تقدم من كان له حق الحضانة وقت نقل الطفل بطلب لإرجاع هذا الأخير لمكان إقامته الاعتيادي، فهل يتعين الاستجابة للطلب، أم يواجه بالحكم الصادر لاحقا؟

---

[287]- راجع بخصوص هذا القرار والتعليق عليه:

-JDI (Clunet), 1994, p 146, note : Hélène GAUDEMET- TALLON.

[288]- انظر في هذا الأمر:

-**Hélène GAUDEMET- TALLON** : note sous arrêt du cour d'appel de Versailles, du 12 novembre 1992, JDI (Clunet), 1994, p 146.

إن الذي يهم في هذه الصورة هو راهنية حكم الحضانة المقترن بفعل الاختطاف، ولا يمكن في هذه الحالة الاحتجاج بالحكم الصادر لاحقا لتعطيل الإرجاع. لكون أن المختطف حاول صنع وضع آخر بقوة الواقع، وهو ما لا يخول له إمكانية التحايل على إعمال الاتفاقية.[289]

وفي تطبيق للفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، والتي لم تتضمن مقتضى مشابه لما أوردته اتفاقية لاهاي في هذا الخصوص، عملت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 9 يوليوز 2002[290] على إلغاء قرار محكمة الاستئناف ب Colmar، الذي رفض تكييف نقل طفلين من مكان إقامتهما الاعتيادي بالمغرب إلى فرنسا من طرف والدتهما باعتباره نقلا غير مشروع تأسيسا على أمر بعدم الصلح صادر بتاريخ 19 أبريل 2000 عن القضاء الفرنسي، تم بموجبه تحديد الإقامة الأصلية للطفلين لدى والدتهما. وذلك لعدم مراعاة المحكمة السابقة كون هذه الأخيرة سبق لها أن نقلت الطفلين المذكورين قبل صدور هذا الأمر، وهو ما تم في غضون شهر دجنبر من سنة 1999.

ومن خلال حيثيات هذا القرار[291] يتبين أن قضاة محكمة النقض الفرنسية قد عملوا على تمديد الحلول القضائية المستمدة من اتفاقية لاهاي لسنة 1980[292] بخصوص البحث

---

[289]- لقد وضعت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 آلية وقائية لمواجهة مثل هذه الحالات، وذلك من خلال ، التي نصت على ما يلي: ==

==="عقب تلقيها مذكرة تفيد بحدوث نقل أو احتجاز طفل بطريقة غير مشروعة حسب ما ورد في المادة الثالثة، لا يحق للسلطات القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة التي نُقل إليها الطفل أو التي احتجز فيها، إصدار قرار حول الجوانب القانونية لحقوق الحضانة إلى أن يثبت أن شروط إعادة الطفل بموجب هذه الاتفاقية غير متوفرة، أو إن لم يتم تقديم طلب بموجب هذه الاتفاقية خلال فترة زمنية معقولة بعد تلقي المذكرة".

[290]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-RCDIP, 2003, p 464, note : Estelle GALLANT.

[291]- نظرا لأهمية هذا القرار، نورد بعض حيثياته كالآتي:

« viole ce texte (l'article 25 de la convention franco-marocaine du 10 aout 1981) la cour d'appel qui rejette la demande formée par le procureur de la république

عن وجود خرق لحق الحضانة لحظة نقل الطفل وليس بعد ذلك، وذلك بالنسبة للعلاقات الثنائية التي تؤطرها اتفاقية في هذا الشأن كما هو الحال في الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981، والتي لا تتضمن مقتضيات مثل تلك الواردة في اتفاقية لاهاي حول هذه النقطة. وهو ما يعد أمرا إيجابيا، كونه يستجيب لضرورة منع التحايل، وذلك باستفادة "المختطف" من حكم بعد نقل الطفل يشرعن به عملية الاختطاف.

وقد يثار كذلك إشكال في حالة تعاقب حالات نقل الطفل، وذلك بوجود قرار منح الحضانة للوالد ضحية الاختطاف، ثم بعدها صدور قرار آخر منح الحضانة للوالد المختطف، والذي قام بعده ضحية الاختطاف الأول بنقل الطفل، فما العمل في هذه الحالة؟ وأي قرار يؤخذ بعين الاعتبار؟

لقد ذهب الفقه[293] في هذه الفرضية إلى أن مبدأ الراهنية يتعين أن يقود القاضي إلى التموقع في لحظة قيام الاختطاف الأول من أجل تحديد هل هناك اختطاف مشروع أم لا؟ وبعبارة أخرى إذا قام مثلا الأب بنقل الطفل من مقر إقامته الاعتيادية، خلافا لحكم صادر بمنح حق الحضانة للأم، وقامت هذه الأخيرة بعد ذلك بنقل الطفل من الدولة التي نقل

---

tendant au retour immédiat des enfants au Maroc auprès de leur père, au motif que l'ordonnance de non- conciliation entre les époux, exécutoire par provision, a fixé leur résidence principale auprès de leur mère, alors que le comportement antérieur de celle-ci avait interrompu l'exercice du droit de garde dévolu au père, resté au Maroc, et que le déplacement des enfants en France était donc illicite. »

[292] - اعتبرت الأستاذة سهيمة بن عاشور أنه يمكن تمديد نفس المقتضى كذلك عند تطبيق الاتفاقية التونسية الفرنسية ل 18 مارس 1982 المتعلقة بالتعاون القضائي في مادة حضانة الأطفال، وحق الزيارة، والالتزام بالنفقة.

راجع في هذا الأمر: ==

==-**BEN ACHOUR (Souhayma)**: « Enfance disputée, les problèmes juridique relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines », centre de publication universitaire, Tunis, 2004, p: 283.

[293]- انظر بخصوص هذا التوجه:

-Hélène GAUDEMET- TALLON: note sous arrêt du cour de cassation du 16 juillet 1993, JDI (Clunet), 1994, p 134.

-Yves LEQUETTE : Mineur, Répertoire international, Dalloz, 1998, n 151.

إليها في ظل وجود حكم ثان بمنح الحضانة للأب من طرف محاكم هذه الدولة؛ فإنه يتعين على القاضي أن يرجح ويمنح الحق للأم.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية الحل المذكور في قرار لها صادر بتاريخ 16 يوليوز 1993[294]، بمناسبة بثها في نزاع ارتبطت وقائعه بين طرفين غير متزوجين يعيشان في فرنسا مع ولديهما، أحدهما فرنسي والثانية أمريكية، وبسبب عدم تفاهم الطرفين سنة 1991، قام القاضي المكلف بقضايا الأسرة بتحديد إقامة الطفلين بصفة مؤقتة لدى والدتهم بفرنسا، وبعدم مغادرة التراب الفرنسي، ما دام لم يتم تحديد حق الأب في الزيارة.

وبعد أيام من هذا القرار قامت الأم بنقل الطفلين إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وقام الأب بعدها باللجوء لقاضي الشؤون الأسرية الذي أصدر أمرا بتاريخ 20 يونيو 1991 بمنحه السلطة الأبوية، وتحديد الإقامة الاعتيادية للطفلين في فرنسا، وتمكن بعدها الأب من ولوج الولايات المتحدة الأمريكية، واختطف الطفلين وعاد بهما لفرنسا، حيث تقدمت الأم على إثر ذلك بطلب للسلطات الفرنسية يهدف إلى رفع دعوى إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية وفقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، وهو الأمر الذي لم يكن حليف التأييد، وقد عللت محكمة النقض قرارها بما يلي:

"يعد نقل الطفل وفقا لاتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 من طرف أحد أبويه غير مشروع، ما دام أن منح حضانة الطفل لأحد الأبوين تم بصفة مؤقتة إلى غاية انتهاء

---

[294]- راجع بخصوص هذا القرار والتعليق عليه:

-JDI (Clunet), 1994, p 133, note : Hélène GAUDEMET- TALLON.

-RCDIP, 1993, p 650, note : Bernard ANCEL.

وفي نفس التوجه، يراجع كذلك:

-Arrêt de la cour de cassation du 26 septembre 2012, Gaz. Pal, 5 janvier 2013, n 5, p 31, note : M,Eppler.

مسطرة الطلاق، ومنح السلطة الأبوية، وكذا في حالة نقل أحد الأبوين للطفل إلى الخارج إذا كانت ممارسة السلطة الأبوية بشكل مشترك وفي نطاق جغرافي محدد".

وفي تعليق على هذا القرار اعتبرت Hélène Gaudemet-Tallon أن القاضي لم يقم فقط إلا بتقدير الاختطاف الأول الذي تم من طرف الأم. فقرار القاضي الفرنسي الذي منع الأم من مغادرة التراب الفرنسي، وبعدم منحها لوحدها الحق في تحديد إقامة الطفلين، لا يجعل منها صاحبة الحق في الحضانة بصفة منفردة.[295] وقد سبق التعرض إلى كون أن خرق الحق في تحديد إقامة الطفل تشكل نقلا غير مشروع وفقا لاتفاقية لاهاي.

وقد عادت نفس المحكمة لتوضيح موقفها بشكل أكثر من هذا الإشكال، ففي قرار صادر بتاريخ 13 ماي 2015،[296] أتيحت الفرصة من جديد لقضاة محكمة النقض الفرنسية لبسط موقفهم اتجاه مسألة "الاختطاف المزدوج".

وقد ارتبطت وقائع الملف بقيام أم بنقل أطفالها الثلاثة من مكان إقامتهم الاعتيادية بفرنسا إلى فنزويلا بتاريخ 9 شتنبر 2009، وبعد مرور حوالي ثلاثة أشهر من ذلك حصل الأب من خلال أمر بعدم الصلح صادر عن القضاء الفرنسي بتاريخ 18 دجنبر 2009، على حق ممارسة السلطة الأبوية بشكل حصري على أطفاله الثلاثة، وتحديد إقامتهم لديه بفرنسا، ومنحت الأم حق الزيارة والإيواء. وتم تأكيد هذا الأمر بموجب قرار صادر بتاريخ 19 مارس 2010.

---

[295]- انظر بخصوص هذا التعليق:

-Hélène GAUDEMET- TALLON : note sous arrêt du cour de cassation du 16juillet 1993, JDI (Clunet), 1994, p 134.

[296]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-LAVAL(Sarah) : « Le contre- enlèvement est une réponse licite a l'enlèvement illicite d'enfant», RCDIP, 2016, pp : 146-151.

وفي المقابل حصلت الأم من خلال حكم صادر عن إحدى محاكم فينزويلا بتاريخ 19 مارس 2010 على حضانة أطفالها، مع المنع من مغادرة التراب الفنزويلي، كما صدر حكم آخر بتاريخ 2 يونيو 2011 عن محكمة كاراكاس اعتبر أن نقل الأطفال من قبل والدتهم يعد أمرا غير مشروع، لكن تم رفض الأمر بإرجاعهم إلى فرنسا اعتماد على الاستثناء الوارد في المادة 13 (فقرة ب) من اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

وبعد هذه القرارات غادر الأب دولة فنزويلا مصطحبا معه أولاده الثلاثة باتجاه فرنسا، وبعد تقدم الأم بطلب إرجاع الأطفال الثلاثة لفنزويلا للعيش رفقتها، قرر قضاة محكمة الاستئناف بفرساي في القرار الصادر بتاريخ 19 دجنبر 2013 رفض الطلب بعلة أن الأمر الصادر عن القضاء الفرنسي بتاريخ 18 دجنبر 2009 هو القرار الواجب التطبيق فيما يتعلق بالسلطة الأبوية، وهو الوحيد المعتد به لحظة قيام الأب بأخذ الأطفال إلى فرنسا.

وقد ارتكز النقاش بعد تقدم الأم بالطعن بالنقض حول عدم مشروعية النقل الثاني، وهو ما أثار إشكالا يتعلق بمكان تقدير وجود خرق لحق الحضانة، فهل يرتبط بفرنسا باعتبارها الدولة الأصل للاختطاف الأول؟ أم بفنزويلا باعتبارها الدولة التي تم نقل الطفل إليها في الاختطاف الأول، ودولة مصدر الاختطاف الثاني؟

لقد أجابت محكمة النقض بالنفي على السؤال الثاني، وأكدت توجه قضاة الموضوع، بالاستناد حصريا على القرار الصادر عن القضاء الفرنسي، والقاضي بمنح السلطة الأبوية للأب، لتخلص إلى أن النقل الثاني لا يتسم بطابع عدم المشروعية.[297]

[297]- إن المبدأ الذي كرسته محكمة النقض في قرارها يمنع مرتكب الاختطاف الأول من الاستفادة من الاختطاف الثاني، وهو ما يترجم المبدأ الذي تقوم عليه اتفاقية لاهاي من خلال التمييز بين المنازعة المرتبطة بإرجاع الأطفال، والمنازعة التي تهدف إلى البت في جوهر الحضانة، والسلطة الأبوية. فإذا كان اختصاص البت في النزاع الأول يعود لمحاكم الدولة التي نقل إليها الطفل (المادة 12 من الاتفاقية)، فإن الأمر غير ذلك

وإذا كان هذا الموقف يجد له بعض المبررات التي تتمثل في منع التحايل من قبل الشخص "المختطف"، والذي يتجسد في النازلة أعلاه في تحويل الاختصاص القضائي للبت في ما يتعلق بالحضانة من محاكم مكان تواجد الإقامة الاعتيادية للطفل فورا قبل نقله، والذي يعد اختصاصا أصيلا، إلى اختصاص محاكم الدولة التي تم نقل الطفل إليها، وهو ما تسعى اتفاقية لاهاي لسنة 1980 لدرئه؛[298] فإن التسليم بهذا الأمر على إطلاقه، ودون مراعاة للخصوصيات المرتبطة بمثل هذا النوع من القضايا قد يؤدي إلى نتائج عكسية لا تخدم المصلحة الفضلى للطفل في شيء،[299] هته المصلحة التي تعتبر ديدنا أضحت تنسج على منواله كل الاتفاقيات والتشريعات الوطنية ذات الصلة بالطفل.

بالنسبة للحالة الثانية (المادتين 16 و 17). والغاية من إقرار هذه القاعدة في الاتفاقية هو منع مرتكب الاختطاف من شرعنة وضعيته بالحصول على حكم في الدولة التي نقل إليها الطفل يمنحه حق الحضانة.

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث اعتبرت أنه تطبيقا للمادة 16 من اتفاقية لاهاي يمنع على محاكم الدولة التي نقل إليها الطفل البت في الجوانب المرتبطة بالحضانة، ومن بين أبرز هذه القرارات يمكن ذكر: ==

==Arrêt de la cour de cassation du 25janvier 2005, Dalloz, 2005, 2790, note François BOULANGER, JDI(Clunet), 2006, p 141, note : Hélène GAUDEMET-TALLON, RCDIP, 2006, p 127, note : Estelle GALLANT.

[298]- من دون شك أن هدف اتفاقية لاهاي لسنة 1980 يرتبط أساسا بالحد من ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، والبحث عن السبل الكفيلة لمواجهته على المستوى الدولي. ومن بين الآليات التي تروم تحقيق هذا الأمر عدم الاعتراف بالنتائج القانونية المترتبة عن تحويل اختصاص محكمة الإقامة الاعتيادية للطفل باعتبارها تعد المؤهلة والأفضل للبت في كل الجوانب ذات الصلة بالحضانة وحق الزيارة، إلى محكمة الدولة التي نقل إليها الطفل. ويعد أي إحلال للمحكمة التي اختارها "الخاطف" محل محكمة إقامة الطفل بمثابة تقويض للبناء القانوني للاتفاقية. وذلك بإفراغها من روح الثقة المتبادلة التي يتعين أن تسود بين الدول الأطراف.

راجع في مثل هذه الاعتبارات:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif…», op. cit, p: 434 et 435.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية لاهاي لسنة 1996 كرست من خلال مادتها السابعة نفس المبدأ عندما نصت على منح الاختصاص للبت في الجوانب المرتبطة بالحضانة وحق الزيارةلسلطات الدولة المتعاقدة التي كان الطفل مقيما بها بصفة اعتيادية قبيل نقله أو احتجازه، وهو نفس المقتضى الذي نصت عليه المادة 10 من نظام بروكسيل 2 مكرر ل 27 نونبر 2003.

[299]- انظر في نفس الاستنتاج:

-LAVAL(Sarah): « Le contre- enlèvement est une réponse licite a l'enlèvement illicite d'enfant», RCDIP, 2016, p : 151.

وآية ذلك في نازلة الحال أن محكمة النقض الفرنسية لم تراع المدة الفاصلة بين الاختطاف الأول والاختطاف الثاني، والتي تجاوزت الثلاث سنوات، وهي مدة تعد كافية لاندماج الأطفال في محيطهم الاجتماعي الجديد بدولة فنزويلا.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ما فتئت تذكر في العديد من القرارات الصادرة عنها[300] بأهمية الاندماج المرتبط بالمدة التي قضاها الطفل في الدولة التي نقل إليها إثر فعل الاختطاف، مشيرة إلى أن مصلحة الطفل تقتضي الأخذ بعين الاعتبار لهذا المعطى عند البت في طلبات الإرجاع.

[300]- راجع بخصوص هذه القرارات على سبيل المثال:

CEDH 6 juillet 2010, affaire Neulinger et shuruk, c/suisse, JCP 2011, n 4, doctr.p, 94, F. sudre ; JDI (Clunet), 2011, p : 12, note : v.Durand ; RTD civ, 2010, p : 735, note : j .p Marguénaud ; RTD eur, 2010, p : 927, note : M. Douchy-Oudot et E. Guinchard.

خاتمة الباب الأول

لقد ساهمت عدة عوامل في إخراج مشكل حماية الأطفال في النزاعات الأسرية العابرة للحدود من نطاقه الداخلي إلى الفضاء الدولي، وقد كان في مقدمة هذه المواضيع مشكل الاختطاف الدولي للأطفال.

وقد تجسدت هذه الحماية من خلال إرساء نموذج للتعاون على المستوى الدولي قوامه مد الجسور بين السلطات المعنية، وإيجاد الآليات القانونية والإدارية والمؤسساتية المساعدة على تحقيق الغايات المرجوة.

وقد تبلورت جهود المنتظم الدولي في هذا الصدد من خلال الإقدام على إبرام عدة اتفاقيات دولية وإقليمية وثنائية، كان هاجسها الوحيد ضمان حماية أفضل للطفل، وتجنيبه الآثار الضارة به الناجمة عن نقله من بيئته الاجتماعية، وكذا الحفاظ على صلاته بشكل دائم ومنتظم مع كلا والديه.

وبالموازاة مع ذلك تم إحداث آليات إجرائية ومؤسساتية مساعدة على تحقيق ما ذكر، مع جعل مفهوم المصلحة الفضلى للطفل إحدى المرجعيات المحددة لتدخل السلطات الإدارية، والقضائية في الموضوع.

ولمواجهة الصعوبات المرتبطة بتحديد مفهوم النقل غير المشروع للأطفال باعتباره منطلقا حاسما لتدخل السلطات المعنية، انبرت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بتحليل

عناصر هذا المفهوم الذي يتميز بالدقة قصد تحديد عناصره الأساسية المساعدة على رسم ملامح واضحة يمكن الاهتداء إليها لتحقيق عنصر النجاعة في هذا النوع من القضايا، والتي ترتبط ارتباطا وثيقا بضرورة استثمار عامل الزمن بشكل يسمح بتفعيل تدابير الإرجاع وممارسة حقوق الزيارة والاتصال في أقرب الآجال.

وعلى الرغم مما سلف ذكره، فإن تقدير مصلحة الطفل الفضلى لن تكتمل من جهة إلا بمراعاة الاستثناءات التي وردت بالاتفاقيات ذات الصلة بالموضوع، والتي قد تبرر الحكم بعدم إرجاع الطفل لوجود داع لذلك، ومن جهة أخرى بالبحث عن بدائل لحماية أفضل للطفل في مثل هذه النزاعات.

الباب الثاني:

الاختطاف الدولي للأطفال: تقدير الاستثناءات وآفاق التطوير

إذا كانت شروط تقديم طلب الأمر بإعادة الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية تتميز بالصرامة. بحيث يتعين على مقدم الطلب - وكما سلف بيانه- أن يثبت أن الطفل كان مقيما بصفة اعتيادية في دولة أخرى، وأن النقل أو الاحتجاز شكل انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة بموجب قانون تلك الدولة، وأنه كان يمارس هذه الحقوق فعليا وقت النقل أو الاحتجاز. فإن إمكانية رفض هذا الطلب تبقى واردة حتى في ظل تحقق الشروط المذكورة.

ولعل الغاية مما ذكر تتجلى في تحقيق نوع من التوازن في تقدير مصلحة الطفل، فليس كل نقل لهذا الأخير يتعارض مع مصالحه.

غير الاستناد على المبررات الموجبة لرفض إعادة الطفل لا يمكن بأي حال أن تفرغ آلية الإرجاع التي تعد جوهر اتفاقيات الاختطاف الدولي. (الفصل الأول).

وإذا كانت القناعة راسخة بأن المآسي الناجمة عن نقل الأطفال من محيطهم الاجتماعي تعد في غالب الأحيان ذات آثار مؤلمة على الجانب النفسي لهم، فإن البحث عن حلول لهذه المعضلة أصبح اليوم أكثر إلحاحا مما مضى.

و لا شك أن إحدى مداخل تجاوز هذا الوضع تجد أساسها في تعزيز سبل التسوية الودية، فيما يعد تعزيز دور الفاعلين الأساسين رهانا ذا أهمية قصوى (الفصل الثاني).

الفصل الأول: مبررات رفض الأمر بإرجاع الطفل

إذا كان الأصل في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال هو إرجاع الأطفال الذين تم نقلهم بصفة غير مشروعة إلى مكان إقامتهم الاعتيادي، وذلك عن طريق تفعيل آلية الإرجاع المنصوص عليها في جل الاتفاقيات ذات الصلة بالموضوع، فإن هذه الأخيرة قد أفردت استثناءات لهذه القاعدة يمكن رفض طلب الإرجاع على ضوئها حفاظا على مصلحة الطفل.

فإذا اعترض الطفل عند الاستماع إليه على إرجاعه، وكان بالغا من العمر والرشد الدرجة الكافية للإدلاء برأيه في الموضوع، اعتبر ذلك أساسا لرفض الطلب (المبحث الأول).

وإذا تم إثبات أن مقدم الطلب قد وافق أو قبل بالنقل، أو أن ثمة مخاطر جسيمة لإعادة الطفل قد تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي، أو وجوده في وضع لا يطاق. فإن مآل طلب الإرجاع يكون هو الرفض.

ولا يسمح بموجب المادة 12 بإعادة الطفل إذا قدم الطلب بعد سنة من حدوث النقل أو الاحتجاز، وكان الطفل قد استقر في بيئته الجديدة.

وأخيرا، يمكن رفض الطلب بموجب المادة 20 إذا كانت المبادئ الأساسية للدولة المقدم إليها الطلب والمتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية لا تجيز ذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أخذ رأي الطفل بعين الاعتبار في الاعتراض على عودته

لقد أضحى أخذ رأي الطفل بعين الاعتبار في مادة الاختطاف الدولي للأطفال عنصرا لا محيد عنه، وقد تنامى هذا الدور في سياق توجه عام يهدف إلى إشراك القاصر في القرارات التي تهمه، خاصة عند البت في الجوانب التي تنظم حياته الشخصية وعلاقاته مع والديه.

ومن المؤكد أن الاستماع للطفل يسمح بفهم أفضل للعلاقات الأسرية والاجتماعية لهذا الأخير، كما يمكن من معرفة رغبته وتصوره لتنظيم علاقاته مع أبويه، وهو ما قد يكرس مصلحته الفضلى التي تعد الغاية الأساسية لمختلف الاتفاقيات الدولية، والتشريعات الداخلية ذات الصلة بحماية حقوق الطفل.

وهكذا، فبالإضافة إلى تضمن اتفاقية لاهاي لسنة 1980 لمقتضى يهم رأي الطفل في الجانب المرتبط بالاستثناءات التي قد تبرر عدم إرجاعه لمكان إقامته الاعتيادية، فقد عملت بالموازاة مع ذلك مجموعة من الصكوك الدولية والأوربية على الإشارة في مقتضياتها إلى ضرورة أخذ رأي الطفل عند تطبيق المساطر ذات الصلة به، وبوأت هذا الأمر مكانة بارزة.

ومن بين هذه النصوص نذكر: اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وكذا الاتفاقية الأوربية حول ممارسة حقوق الطفل لسنة 1995، والاتفاقية المتعلقة بالعلاقات الشخصية للأطفال لسنة 2003، والميثاق الأوروبي للحقوق الأساسية، وكذا الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، التي وإن لم تتضمن أي مقتضى صريح حول الاستماع للطفل، إلا أن تفعيلها من طرف محكمة ستراسبورغ كرس هذا الأمر في عدة مناسبات.

وإذا كان رأي الطفل يعد عنصرا أساسيا في مسار تسوية الصعوبات المرتبطة باختطافه (المطلب الأول)، فإن ذلك مشروط بضرورة إحاطة تعبيره عن رأيه بضمانات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تكريس رأي الطفل المختطف

إن مبدأ إشراك الطفل في القرارات التي تهمه، سواء تلك التي تحدد علاقاته مع أبويه خاصة في حالة افتراقهما، أو الناتجة عن الاختطاف الدولي تختلف باختلاف النصوص التي أسس عليها هذا الأمر (الفقرة الأولى)، وكذلك بالنظر للوزن المعطى لرأي الطفل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: البحث عن مصلحة الطفل: من الحق في التعبير إلى الحق في الاستماع

إن المتتبع لمسار التحولات التي عرفها تطور المنظومة القانونية ذات الصلة بالطفل، لا يسعه إلا أن يسجل باهتمام بالغ تلك الطفرة التي ميزت هذا الحقل القانوني، والتي تبلورت إرهاصاتها الأساسية ابتداء من ثمانينيات القرن الماضي، وبداية القرن الحالي.

وفي سياق تطور تشريعات القانون الدولي والأوروبي في الموضوع استأثر أخذ رأي الطفل بعين الاعتبار في المساطر التي تخصه بقسط من النقاش، حيث عرف تطورا

ملحوظا وواضحا أخرجه من مجرد حق بسيط للطفل في التعبير إلى حق أصلي في الاستماع إليه.

فبالإضافة إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1980 التي لم تغفل الحديث عن رأي الطفل بإدراج هذا المقتضى ضمن الاستثناءات التي قد تسمح للسلطات القضائية أو الإدارية برفض إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية إذا عبر هذا الأخير عن ذلك- والتي للإشارة لم تنظم طريقة الاستماع إليه، ولم تبرز الأثر المترتب عن رفضه، وذلك بإبراز وزن كلمة أو رأي الطفل خلافا لاتفاقيات حقوق الطفل الدولية والأوربية- ؛ برزت اتفاقيات أخرى أولت الموضوع شيئا من التفصيل.

وهكذا فقد اهتمت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بتسوية علاقات الطفل داخل المجتمع وفي الحياة الاجتماعية للدولة على وجه العموم، كفرد وحامل للحقوق والالتزامات، وألزمت الدول بضمان حق التعبير بشكل حر للأطفال الذين بلغوا من التمييز ما يسمح لهم بذلك، ولتحقيق هذا الأمر تم إعطاء الطفل الحق في الاستماع إليه في كل المساطر القضائية والإدارية التي تهمه، وقد عرفت هذه الاتفاقية الطفل الذي لم يبلغ سن 18 سنة كذات إنسانية،[301] ونصت المادة 13 منها على حريته في التعبير.[302]

---

[301]- يجب التذكير في هذا الصدد بالتوصية رقم 1979/874 للجمعية البرلمانية لمجلس أوربا، والتي أكدت المبدأ العام الأولي المتجسد في كون أنه: " لا يمكن اعتبار الأطفال كملكية لأبويهم، ولكن يتعين الاعتراف بهم كأشخاص لهم حقوق وحاجيات خاصة بهم".

« Les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs besoins propres »

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 31ème session ordinaire, Recommandation relative a une Charte européenne des droits de l'enfant, Texte adopté le 4 octobre 1979.

[302]- ورد في هذه المادة ما يلي:

1. يكون للطفل الحق في حرية التعبير، ويشمل هذا الحق حرية طلب جميع أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها، دون أي اعتبار للحدود، سواء بالقول أو الكتابة أو الطباعة، أو الفن، أو بأية وسيلة أخرى يختارها الطفل.

وقد سارت اتفاقيات مجلس أوربا على هذا النحو حيث كرست بشكل صريح حق الطفل في التعبير عن رأيه، مثل الاتفاقية الأوربية حول ممارسة حقوق الطفل،[303] التي تنص في مادتها الثالثة على حق الطفل في إعلامه، واستشارته، والتعبير عن رأيه في المساطر التي تهمه أمام المحاكم.[304]

نفس الشيء بالنسبة للاتفاقية المتعلقة بالعلاقات الشخصية ذات الصلة بالأطفال ل 15 ماي 2003، والتي نصت في مادتها السادسة على حق الطفل:" في تلقي كل المعلومات المفيدة، واستشارته، والتعبير عن رأيه، إذا كان ذلك لا يتعارض مع مصلحته العليا".[305]

2.يجوز إخضاع ممارسة هذا الحق لبعض القيود، بشرط أن ينص القانون عليها وأن تكون لازمة لتأمين ما يلي:

أ) احترام حقوق الغير أو سمعتهم، أو،

ب) حماية الأمن الوطني أو النظام العام، أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

[303]- تم اعتماد هذه الاتفاقية بتاريخ 25 يناير 1996.

[304]- نصت هذه المادة على ما يلي:

"Un enfant qui est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, se voit conférer les droits suivants, dont il peut lui-même demander à bénéficier:

a. recevoir toute information pertinente;
b. être consulté et exprimer son opinion;
c. être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision".

[305]- ورد في هذه المادة ما يلي:

"1.Un enfant considéré selon le droit interne comme ayant un discernement suffisant a le droit, à moins que ce ne soit manifestement contraire à son intérêt supérieur:

– de recevoir toute information pertinente;
– d'être consulté;
– d'exprimer son opinion.

2. Il doit être dûment tenu compte de cette opinion ainsi que des souhaits et des sentiments constatés chez l'enfant."

وفي ذات السياق كرست المادة 24 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي[306] إمكانية تعبير الأطفال بشكل حر عن رأيهم[307].

وقد أثيرت كذلك بفعل تأثير الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان مسألة الاستماع للطفل من طرف السلطات القضائية والإدارية لدول الاتحاد الأوربي، حيث اعتبرت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن المحاكم لها سلطة تقديرية حرة في تقدير جدوى وملاءمة الاستماع للقاصر،[308] مشددة في نفس الوقت على ضرورة الاستماع للطفل في المساطر التي تخصه.

وقد خلصت المحكمة السابقة لهذا الاستنتاج انطلاقا من تحليلها للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي كرست الحق في احترام الحياة العائلية والحياة الخاصة، بحيث تفرض على السلطات اتخاذ الإجراءات الرامية إلى تشجيع العلاقات بين الآباء و أولادهم.

نفس المعطى الأخير لم يتم إغفاله في "نظام بروكسيل 2 مكرر"، حيث بالإضافة إلى جعله من الاستماع للطفل مبدءا عاما لا يمكن الاستغناء عنه، إلا إذا تبين أن ذلك

---

[306]- تم تبني هذا الميثاق بتاريخ 8 دجنبر 2000، ويرمز له بالرقم التالي: (364/01 س/2000).

[307]- ورد في هذه المادة ما يلي:

"1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.

2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. ==

== 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt".

[308]- انظر في هذا الصدد على سبيل المثال القضية التالية:

-Sahin c/Allemagne 8 juillet 2003, JCP, 2004, I, 107, note : F. Sudre ; RTD civ, 2003, p, 760, note : J-P Marguénaud.

غير مجد بالنظر لسنه أو مستوى نضجه، نجده ذهب أبعد من ذلك فيما يتعلق بالاعتراف بحق الطفل في الاستماع إليه في المساطر القضائية التي تهمه، حيث أعطى للأحكام الصادرة بناء على ذلك من طرف إحدى الدول قوة تنفيذية فوق تراب دول الاتحاد الأوربي الأخرى.[309]

وتأثرا منها بما تضمنته الاتفاقيات سالفة الذكر من مقتضيات في الموضوع، عملت العديد من الدول الأوربية على تكريس هذا الحق في قوانينها الداخلية، وكمثال على ذلك القانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة 1- 331[310] في معرض الحديث عن السلطة الأبوية على ضرورة مشاركة الأبوين في القرارات التي تهم الطفل حسب سن هذا الأخير ودرجة نضجه، مع أخذ رأيه، وكذا أمانيه، ومشاعره بعين الاعتبار.

---

[309]- للتوسع أكثر حول مكانة رأي الطفل في هذا النظام، يستحسن الرجوع إلى:

-RICHEZ-PONS (Anne): «La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe», In enfance et justice, acte de colloque, Droit de la famille, juillet- aout 2006, pp: 15- 18. ==

==وقد ذهب نظام بروكسيل 2 مكرر إلى اعتبار إغفال الاستماع للطفل من بين الأسباب التي يمكن الاعتماد عليها بموجب المادة 23 لرفض الاعتراف بالحكم الصادر في الموضوع، وإضافة لما ذكر تظهر الأهمية البارزة لرأي الطفل في هذا النظام بإفراده لثلاث مواد أخرى للموضوع، وتتمثل في المادة 11، والمادة 41 المتعلقة بالقوة التنفيذية للقرارات ذات الصلة بحق الزيارة. والمادة 42 المتعلقة بإرجاع الطفل نتيجة الاختطاف، بالإضافة إلى الديباجة التي نصت على أن الاستماع للطفل يلعب دورا هاما عند تطبيق هذا النظام.

للتوسع في شأن ما يثيره رأي الطفل في هذا النظام من نقاش، يستحسن الرجوع إلى:

-GOUTTENOIRE(Adeline) et VOLKER(Mallory): « La parole de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis. Regardes croisés», AJ, Famille, 2005, pp : 266- 269.

[310]- كما تم تعديلها بموجب القانون رقم 2013-404 الصادر بتاريخ 17 ماي 2013، وقد نصت على ما يلي:

"....

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

2 -Il doit être dûment tenu compte de cette opinion ainsi que des souhaits et des sentiments constatés chez l'enfant".

وبدوره عمل المشرع السويسري على الاعتراف للطفل بحقه في الاستماع له، حيث أكدت الفقرة الأولى من المادة 314 من القانون المدني السويسري على ضرورة الاستماع للطفل بصفة شخصية، وبشكل كاف من طرف السلطة المكلفة بحمايته، أو من أي جهة ترعاه، كما فتحت نفس المادة في فقرتها الثالثة للطفل إمكانية الطعن في قرار رفض الاستماع له، وذلك متى كان بالغا سن التمييز، وبذلك يكون المشرع السويسري قد ضمن هذا الحق للطفل متى كان سنه أو وجد مبرر آخر لذلك.

وإذا كان التنامي المطرد لحق الطفل في الاستماع إليه قد أصبح معطى ثابتا تكاد لا تخلو منه الاتفاقيات ذات الصلة بحقوق الطفل، وكذا التشريعات الداخلية التي تأثرت بها، فإن تقدير قيمة ووزن ما يعبر عنه الطفل عند الاستماع إليه يطرح العديد من التساؤلات لعل أبرزها تلك المتعلقة بالاعتراف بما يصدر عنه، وترتيب الآثار القانونية عن ذلك.

الفقرة الثانية: إرادة الطفل: مجرد رأي أم حق في الاعتراض؟

سبق أن تمت الإشارة إلى أن معظم النصوص الدولية والأوربية المتعلقة بالطفل تؤكد أن آراء هذا الأخير يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار كيفما كانت، مع مراعاة سنه ونضجه، وهو ما يلزم السلطات القضائية والإدارية بأخذ رأي الطفل خاصة إذا كان سنه متقدم.

فإعلام الطفل وفق المعايير الأوربية الحديثة مثل الاتفاقية الأوربية حول ممارسة حقوق الطفل بحقه في التعبير عن رأيه في المساطر التي تهمه، لا يرتبط فقط حول الحق في الاستماع إليه، ولكن كذلك حول النتائج المحتملة لكل قرار، وتفعيل رأيه عمليا.

ذلك أن الاعتراف بحق الطفل في إعلامه والاستماع إليه، يترجم حاجة هذا الأخير لتوضيح حالته ووضعيته التي تدفعه إلى التعبير،[311] وهو ما يحتم ضرورة إحاطة التعبير عن رأيه بضمانات لتحقيق الوصول إلى الحقيقة.

وقد أكد واضعي اتفاقية 1980 على أن: "رأي الطفل حول النقطة الجوهرية المرتبطة بإرجاعه أو عدم إرجاعه يتعين أن يكون حاسما".[312]

إن المنطق السابق يفرض على السلطات القضائية والإدارية البحث عن مصلحة الطفل من خلال مسطرة الاستماع إليه، وبعبارة أدق، يجب البحث بعد ذلك عن الوزن الذي تمثله إرادة الطفل المعبر عنها، فهل هذه الإرادة لها تأثير على القرار القضائي الذي سيتخذ في النزاع؟ بمعنى هل تغل يد القاضي الناظر في النزاع، وتجعله مقيدا بترتيب الجزاء المرتبط بمضمون إرادة الطفل المعبر عنها في الرجوع أو الاعتراض عليه؟ وهل من حدود لدور هذه الإرادة بالنظر من زاوية حق أحد الأبوين الذي يقيم معه الطفل في مخالفتها؟

لا شك أن مبعث الإشكال السابق هو غياب تنصيص صريح في الاتفاقيات المرتبطة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال على الأثر المترتب عن اعتراض الطفل على الرجوع لمكان إقامته الاعتيادية الذي نقل منه، فبالرغم من تضمن اتفاقية لاهاي لسنة 1980 لمقتضى هام للأخذ بعين الاعتبار لرأي الطفل، وهو ما يشكل حقا في الاعتراض على إرجاعه إلى مكان إقامته بشكل صريح، وكذا "نظام بروكسيل 2 مكرر"، الذي بالرغم من أنه يفرض على الدول الأوربية إعطاء مكانة للاستماع للطفل واضعا رأي هذا الأخير

---

[311]- ووفقا لهذا المنظور على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار إرادة الطفل، لكن ذلك لا يعني الخضوع لها، فالطفل لا يبحث عن إخضاع القاضي ولكن إقناعه، فإما أن الطفل لم يستطع إقناع القاضي، أو يحقق ذلك، وبالتالي فإن القاضي يأخذ بعين الاعتبار إرادة الطفل بغض النظر عن رغبة الأبوين.

[312]- انظر في ذلك التقرير الآتي: ==

==-**PEREZ-VERA (Elisa)** :« Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 433.

ضمنيا في مصاف الراشدين، فإنها لم يحسما بالمقابل في تحديد وزن وقيمة رأي الطفل في الموضوع.

وفي اختبار لما سلف تبنت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرار Raw الصادر بتاريخ 7 مارس 2013[313] موقفا ضيقا من مسألة اعتراض الأطفال على رجوعهم لمكان إقامتهم الاعتيادية،[314] بالرغم من أن أحد الأطفال كان بالغا سن 15 سنة، مشيرة إلى أنه إذا كان يتعين أخذ وجهة نظر الأطفال بعين الاعتبار، فإن اعتراضهم لا يمكن أن يشكل

---

[313]- تتعلق وقائع هذه القضية بعدم تنفيذ القرار القاضي بإرجاع طفلين قاصرين لأمهما ببريطانيا، واللذين كانا موضوع حضانة مشتركة من طرف والديهما المنفصلين، حيث لم يريدا مفارقة أبيهما المقيم في فرنسا، حيث عابت الأم غياب ضمانات لدى السلطات الفرنسية لإرجاع طفليها لبريطانيا خلافا لقرار محكمة الاستئناف القاضي بالإرجاع. حيث خلصت المحكمة في إقرارها لخرق المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان إلى أن السلطات الفرنسية لم تعمل على اتخاذ كافة الإجراءات التي من شأنها الإلزام بتسهيل تنفيذ القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في أبريل من سنة 2009، والقاضي بإرجاع الطفلين لبريطانيا،== == معتبرة أنه إذا كانت وجهة نظر الأطفال يتعين أن تؤخذ بعين الاعتبار تطبيقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، وكذا لنظام بروكسيل 2 مكرر، فإن اعتراضهم لا يشكل بالضرورة عائقا أمام إرجاعهم.

راجع في هذا القرار:

-CEDH 7 mars 2013, n° 10131/11, D. 2013.p : 708 ; Gaz. Pal, 2013, n 101.p : 13, note : E. Viganotti.

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن تبنت نفس التوجه في قرارها الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006، ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

"Mais attendu qu'après avoir relevé que l'audition préalable des enfants par la juridiction était inutile, un avocat, désigné pour rapporter leur sentiment à l'audience, ayant fait état de leur souhait de ne pas être séparés de leur mère, la cour d'appel a souverainement retenu que les éléments de fait évoqués par les mineurs pour s'opposer à leur retour au Canada n'étaient manifestement plus actuels et ne pouvaient caractériser un danger futur de nature à les placer dans une situation intolérable lorsqu'ils sont sous la responsabilité paternelle ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a nécessairement estimé que la seule opposition des enfants ne pouvait justifier le rejet de la demande de retour, que le moyen n'est pas fondé;"

انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

Cass.Civ, 14 février 2006, RCDIP, 2007, p : 96 : Estelle Gallant.

[314]- من خلال الاطلاع على مختلف القرارات الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الموضوع، يمكن القول بصفة عامة أن اجتهاد المحكمة السابقة يميل إلى الامتناع عن قبول رفض الطفل كمبرر لعدم الإرجاع. راجع في نفس الاستنتاج:

-**GOUTTENOIRE(Adeline):** « Les enlèvements internationaux d'enfants devant la cour européenne des droits de l'homme : entre obligation positive et ingérence », Rev.trim.dr.h, n105, 2016, pp: 61-76, s,p : 70.

عائقا على إرجاعهم. وأكدت في قرار Rouiller الصادر بتاريخ 22 يوليوز 2014[315] أنه لا يكفي رفض الطفل الرجوع إلى دولته الأصل لتفعيل الاستثناء الوارد في المادة 13 من اتفاقية لاهاي، مضيفة أنه يتعين تفسير هذه الاستثناءات بشكل ضيق.

وقد سلكت المحكمة السابقة نفس الاتجاه في قرار Gajtani، الصادر بتاريخ 9 شتنبر 2014،[316] حيث أشارت إلى أن الفقرة الثانية من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 لا تفرض على السلطات الوطنية الاستماع للطفل، ولا اتباع رأيه إذا ما تم الاستماع إليه، مضيفة أن تقدير المحكمة بأنه ليس ضروريا ولا ملائما الاستماع مرة ثانية للطفل البالغ من العمر إحدى عشرة سنة، وأن هذا الأمر قد تكون له انعكاسات نفسية على الطفل، ويعمل على تعطيل مسطرة البت في النزاع؛ ليس فيه أي خرق للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.

---

[315]- يتعلق الأمر في هذه النازلة بقيام أم بنقل طفليها من فرنسا لسويسرا، بعد أن منحت لها الحضانة بعد الطلاق، حيث اعتبرت أن الحكم بإرجاع الطفلين لفرنسا طبقا للحكم الصادر عن القضاء السويسري، يشكل خرقا للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، ما دام أن الطفلين يقطنان معها بسويسرا منذ حوالي سنتين، وأنه لم يتم تطبيق اتفاقية لاهاي لسنة 1980 تطبيقا جيدا، مضيفة أن رأي الطفلين لم يتم أخذه بشكل كاف. فخلصت المحكمة الأوربية في إقرارها لعدم خرق المادة الثامنة السابقة إلى أنه واعتبار لتقدير القضاء السويسري من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الفدرالية المؤيد لحكم محكمة المقاطعة، والذي اعتبر كون نقل الطفلين من طرف أمهما إلى سويسرا يعد غير مشروع، ولكون اتفاقية لاهاي لم تمنح للطفل حرية اختيار المكان الذي يريد العيش فيه، فإنه لا يكفي الاعتماد على الأسباب المعبر عنها من طرف أحد الطفلين للبقاء في سويسرا للاعتماد عليه كأحد الاستثناءات الواردة في المادة 13 من الاتفاقية السابقة، علما أن هذه الاستثناءات يتعين أن تفسر تفسيرا ضيقا.

انظر في هذا القرار:

CEDH 22 juill. 2014, n° 3592/08, AJ fam. 2014. 507

[316]- تتعلق وقائع هذه النازلة بطالبة من إقليم كوسوفو كانت تعيش بمقدونيا رفقة زوجها وولديها، إلى أن افترقا في نونبر من سنة 2005، والتحقت إثر ذلك بعائلتها بكوسوفو، وتزوجت من مواطن إيطالي، وانتقلت للعيش معه بسويسرا، وفي سنة 2006 تقدم الأب بطلب الإرجاع لمقدونيا، حيث عابت الطالبة الإرجاع القسري لطفليها للبلد الأخير، وانتقدت المحكمة الفيدرالية لبتها المتأخر في طعنها المقدم داخل الأجل.

خلصت المحكمة الأوربية في إقرارها عدم وجود خرق للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بأن عدم الأخذ برأي الطفل انطلاقا من المعطيات والظروف المحيطة بالنازلة، والتي سمحت بوجود مسطرة داخلية توفي بنفس الغرض يعد أمرا كافيا، ويستجيب لمتطلبات المادة الثامنة سالفة الذكر.

انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

- CEDH 9 sept. 2014, n° 43730/07, AJ fam. 2014. 568, obs. E. Viganotti.

وسيرا على نفس المنوال أكد قرار Blaga الصادر بتاريخ 1 يوليوز 2014[317] هذا النهج، حيث أشار إلى أنه إذا كانت الاتفاقية تعترف للطفل بالحق في التعبير عن رفضه عن الإرجاع، فإنها لم تعتبر هذا الرفض بمثابة حق في الاعتراض droit de veto.

ومن خلال ما تم بسطه من توجهات للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في الموضوع، يمكن القول إن المحكمة سالفة الذكر حاولت التأسيس لمعطى جوهري مفاده أن التفسير الذي يتعين على ضوئه فهم مقتضيات اتفاقية لاهاي لسنة 1980 يتعين أن يخضع الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة 13 من جهة للظروف المرتبطة بكل نازلة على حدا[318]، ومن جهة أخرى للسلطة التقديرية للمحكمة.

وبدورها عملت محكمة العدل الأوربية على تدعيم هذه المقاربة، فبمناسبة تفسيرها لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة الثامنة من نظام "بروكسيل 2 مكرر" على ضوء المادة 24 من ميثاق الحقوق الأساسية الأوروبي، أكدت في قرار Pelz، الصادر بتاريخ 22 دجنبر 2010،[319] على أن القضاة الذين يبتون في دعوى الإرجاع هم من يقدرون جدوى

---

[317]- في هذا القرار خلصت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تقريرها لخرق المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان إلى اعتبار أن اعتماد المحكمة الرومانية على رأي الأطفال فقط للحكم بعدم إرجاعهم لمكان إقامتهم الاعتيادي بالولايات المتحدة الأمريكية يعد غير كاف ومتعارضا مع الحق في احترام الحياة العائلية للأب وفقا لما تنص عليه المادة الثامنة المومأ إليها أعلاه.

راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

- CEDH 1er juill. 2014, n° 54443/10, AJ fam. 2014. 507, obs. E. Viganotti .

-AVASILENCEI (Catalina) : « Enfants déplacés illicitement : précisions de la CEDH sur les obligations procédurales dans le cadre d'une demande de retour en == ==matière d'application de la convention de la Haye de 1980 et de la convention EDH, note sous CEDH 1er juillet 2014, RCDIP, 2015, pp : 420- 432.

[318]- راجع في نفس الاستنتاج:

-**Catalina Avasilencei** : note sous arrêt de la CEDH du 1er juill. 2014, RCDIP, 2015, p: 432.

[319]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-CJUE, 1er ch, 22 décembre 2010, n C-491/10, D, 2011, p : 248, 1374, note : F. Jault-Seseke ; RCDIP, 2012, p : 172, note : Horatia Muir Watt ; RTD eur, 2011, 2011, 482, note : M, Douchy-Oudot.

الاستماع للطفل وفقا لمصلحته الفضلى، والتي قد تبرر الاستماع إليه من عدمه. ووفقا لهذا التوجه لم يتم الاعتداد في الأصل بإلزامية الاستماع للطفل، فأحرى بتأثير رأي الطفل على القرار الذي سيتخذ في حال الاستماع إليه.

وقد أتيحت الفرصة أمام القضاء المغربي للإدلاء بدلوه في الموضوع، حيث أمرت المحكمة الابتدائية بالعرائش في حكم لها بتاريخ 16 نونبر2017[320] بإرجاع طفلة لمكان إقامتها الاعتيادي بفرنسا، بالرغم من تصريحها في جلسة البحث بأنها ترفض العودة لوالدها.

ومما ورد في هذا الحكم نذكر ما يلي:

"وحيث إن المحكمة في إطار تحقيقها للدعوى أجرت بحثا مع القاصر بجلسة 2017/10/26، وأخذت رأيها طبقا للمادة الثالثة عشر من الاتفاقية أعلاه، فصرحت أنها ترفض العودة لوالدها لكونه يعنفها وسبق أن تحرش بها في عمر الحادية عشر، وأنها ترغب في الإقامة بالمغرب، وكذا في فرنسا شرط تواجد والدتها معها.

وحيث إن المحكمة وتقديرا منها لكل الظروف المذكورة، وخاصة إقامة القاصر لوحدها بالمغرب متنقلة بين مدينة طنجة والعرائش بعد توقيف والدتها بإسبانيا، وبالنظر لسنها الذي لم يتجاوز الثانية عشر، وهو ما لم تكن معه قد بلغت من الدرجة ما يسمح بالأخذ برأيها، كما أن تواجدها مع المدعى عليه غير مبرر قانونا بعد إسقاط الحضانة عن والدتها، فضلا عن غياب الروابط الأسرية بينهما، وأخذا بمصلحتها الفضلى باعتبارها أولى بالرعاية والحماية القانونية لحقوقها، وتستدعي التحقق من عدم المساس بها وبهذه الحقوق، وهو ما أكدته مقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة..."

---

[320]- حكم عدد 526، ملف أحوال شخصية عدد 398-17-1620، غير منشور. ==
== وقد تم تأييد الحكم المذكور بموجب القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2018/07/16، في الملف عدد 2018/1620/186. قرار غير منشور.

ومن خلال حيثيات هذا الحكم يمكن إبراز الملاحظات التالية:

- إن الحكم المذكور بإقراره بأن سن القاصر الذي لم يتجاوز 12 سنة لا يسمح بالأخذ برأيها، والحال أنه تم إجراء بحث عبرت فيه عن رفضها بالرجوع لفرنسا، إلا إذا كانت برفقة أمها، من شأنه أن يوحي بنوع التعارض. إذ أن تقدير عدم بلوغها سنا يسمح بأخذ رأيها يغني عن إجراء بحث معها، أما وأن البحث قد أجري فقد كان حريا بالمحكمة أن تخضع رأي الطفلة لسلطتها التقديرية وتستبعده تبعا لذلك إذا تبين لها أنه يتعارض مع مصلحتها.

- إن المحكمة لم توجه البحث مع الطفلة بشكل جيد، حيث يظهر من أقوال هذه الأخيرة أنها خيرت بين البقاء في المغرب أو العودة لوالديها بفرنسا، ذلك أن النقاش كان يتعين أن يتركز على عودتها لمكان إقامتها الاعتيادية بفرنسا، وليس لإحدى والديها، سيما وأن والدتها توجد رهن الاعتقال بعد إلقاء القبض عليها من طرف الشرطة الإسبانية، وأن الجهة الطالبة في الملف هي مركز المساعدة الاجتماعية بفرنسا Ronate.

وعموما ومن خلال ما سبق بسطه، يمكن الجزم بأن الاستماع للطفل لا يعني الإذعان لرأيه بإخضاع القضاء، أو الجهة الإدارية المكلفة بالبت في طلب الإرجاع له، حيث يبقى القاضي سيد نفسه في تقدير الوضعية، فقد يظهر أنه من المفيد من الناحية النفسية الخضوع لحلول قضائية مؤسسة، ومبنية على اعتبارات المصلحة الفضلى للقاصر، على أن يخضع النزاع لحلول قضائية مستمدة من إرادة هذا الأخير، والتي قد لا تكون في صالحه[321].

[321]- أخيرا يمكن أن نلاحظ من خلال الاطلاع على بعض الملفات أن الأطفال خصوصا المراهقين واعون بأهمية رأيهم، وقد يستغلون هذه السلطة، فوفقا دراسة بعض الملفات تظهر وضعيات يعبر فيها المراهقون بوضوح عن رأيهم ويعللونه بكل استقلالية، هم في الحقيقة غير عادلين في أن يروا أنفسهم غالطين في مواجهة أحد والديهم.

ومما قد يشكل مسوغا إضافيا لهذا الأمر هو استعمال اتفاقية لاهاي لسنة 1980 للفظة يجوز عند حديثها عن هذا الاستثناء، حيث ورد ما يلي: "يجوز للسلطة القضائية أو الإدارية رفض إصدار طلب إعادة الطفل إذا رأت أن الطفل يرفض إعادته وأنه قد بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ برأيه". مما يعني أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الاستماع للطفل من عدمه، وفي تقدير رأي الطفل عند الاستماع له[322].

ومهما يكن من أمر هذا التوجه، والذي يعتبر مبررا من الناحية المبدئية، فإنه وبالرغم من ذلك يتعين عدم التسليم بما سبق على إطلاقه، فإذا لاحظت السلطة القضائية أن الطفل يعارض في الرجوع، وكان يتوفر على النضج الكافي الذي يظهر أنه يمكن أن يؤخذ برأيه ، فإنه يتعين رفض الإرجاع، وفي هذه الحالة يمكن القول إنه لا مجال لإعمال السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير مصلحة الطفل.

فلا يمكن للقاضي أن يفرض رجوعا قسريا على طفل قادر على التعبير عن رأيه بشكل حر، حيث إن هذا الأمر يشكل تعديا على حريته الشخصية، وكذا بحقوق الإنسان، وخرقا للمادة 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 نفسها، حيث يعامل الطفل كشيء في نزاع الأبوين دون أخذ رأيه الحر، والحال أن الطفل يعد طرفا في النزاع أيضا.

ولا شك أن هذا المعطى كان حاضرا لدى واضعي الاتفاقية، حيث ورد في التقرير التفسيري بأنه من الصعب تقبل الأمر بإرجاع طفل يبلغ من العمر 15 سنة ضدا على إرادته، وتكريسا لرأي الطفل فإن كل المحاولات الرامية إلى تحديد سن أدنى يمكن أن يؤخذ

---

[322]- انظر في نفس الاستنتاج:
==
==-**NOIR(Lucie)**:« Lavolonté de l'enfant enlevé», travail pour l'obtention de master en droit, université de Genève, 2016, p :16.

فيه بعين الاعتبار لرأي الطفل باءت بالفشل، وتم الاتفاق على أنه من الأفضل ترك تطبيق هذا الشرط لحكمة السلطات المختصة[323].

فسلطة القاضي في مواجهة إرادة الطفل قد تأخذ طابعا نظريا آخر في حالة رفض الطفل لتنفيذ قرار الإرجاع، فهل يملك القاضي السلطة للأمر بالتنفيذ الجبري بتسخير القوة لإرجاع الطفل ضدا على إرادته؟ الأكيد أن الأمر سيكون صعبا، واتخاذ قرار من هذا القبيل قد تكون له عواقب وخيمة على نفسية الطفل، فالقاضي في هذه الحالة لا يتمنى إرجاع الطفل، وبالتالي فإن الحكم الذي قد يأخذ إرادة الطفل بعين الاعتبار يعبر كما وصفه البعض عن "توافق سعيد"[324] بين إرادة القاضي والطفل.

ولا شك أن الخوف من رفض التنفيذ يقدم من طرف بعض القضاة كسند عملي يرجح مصلحة الاستماع لرأي الطفل، فهو يسوغ الاستماع للطفل لأنه في حالة عدم الاستماع له فيمكن أن تحدث عراقيل في الإرجاع عند مرحلة التنفيذ.[325]

ويلاحظ في نفس الإطار أن هناك العديد من الباحثين مثل Andreas Bucher، يؤكدون على أنه إذا كان سن ودرجة نضج الطفل ظاهر، فيتعين على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار اعتراضه، ولا يمكن رفضه، فالقاضي هو من يقدر نضج الطفل،

---

[323]- راجع في هذا الصدد:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », op.cit, p: 433.

[324]- انظر في هذا الوصف:

-KLOTGEN(Paul): « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 346.

[325]- هذا الأمر يعد صحيحا في العديد من الحالات، لكن يجب تقدير ذلك بحذر، ومراعاة لكل حالة على حدا، بحيث لا يتعين أن يفسر بكونه اعتراف ضمني بتنازل القاضي أمام إرادة المراهق. وإلا أفرغ دور القضاء في تفعيل مصلحة الطفل الفضلى.

فإذا تبين له أن اعتراض الطفل ليس في مصلحته، فلا يحاول أن يمحي اعتراضه بالقول بأنه لم يبلغ مرحلة النضج الكافي.[326]

وبالإضافة إلى مواجهة السلطة التقديرية للمحكمة لرأي الطفل، قد تثار هذه المواجهة من زاوية أخرى بين رأي الطفل المعبر عنه من جهة، ورأي أو موقف أحد والديه، فهل يحق لأحد الأبوين الذي يقيم علاقة مع طفله أن يحد من إرادته؟ وهل يمكن أن تكون هناك مصالح متعارضة بين الطفل والوالد في ميدان التعليم مثلا؟

في الواقع لا يمكن النظر إلى طبيعة العلاقة بين أبوي الطفل وهذا الأخير إلا من زاوية حق الحضانة والسلطة الأبوية، وبالتالي فإن مجال مناقشة هذا الأمر يتعين أن يرتبط بموضوع وجوهر ذلك الحق، ولا يتعداه إلى التأثير أو مواجهة رأي الطفل في دعوى الإرجاع،[327] على اعتبار أن هذه الأخيرة لا تمس بأصل حق الحضانة والسلطة الأبوية، وإنما هي دعوى وقتية تهدف إلى مناقشة جدوى إرجاع الطفل إلى مكان إقامته الاعتيادية من عدمه.

وإذا كان رأي الطفل المعبر عنه أثناء سريان مسطرة الإرجاع أمرا مقررا من خلال الاتفاقيات المتعلقة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال، ويهدف بالأساس إلى الاستعانة بموقف الطفل قبل اتخاذ القرار الفاصل في الدعوى، فإن التساؤل قد يثار بخصوص رأي الطفل بعد صدور قرار الإرجاع؟

---

[326]- راجع في هذا الرأي:

-**BUCHER(Andreas)**: « L'audition de l'enfant », In bulletin suisse des droits de l'enfant, vol 7, n 3, septembre 2001, p :3.

[327]- راجع بخصوص هذا الرأي:

-KLOTGEN(Paul): « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 347.

لقد سبق أن أثير هذا النقاش أمام القضاء الدستوري الإيطالي، بمناسبة تقديم أب إيطالي لطعن بعدم دستورية القانون الإيطالي المنفذ لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، بعلة أن هذه الاتفاقية لا تسمح بإمكانية أخذ اعتراض الطفل عند تنفيذ حكم الإرجاع بعين الاعتبار، ففي قرار صادر عن المحكمة الدستورية الإيطالية بتاريخ 6 يوليوز 2001[328]، اعتبرت هذه الأخيرة أن مقتضيات القانون الصادر بتاريخ 15 يناير 1994، والمتعلق بتنفيذ الاتفاقية سالفة الذكر فوق التراب الإيطالي، غير مخالفة للدستور، مشيرة إلى أن تفعيل الاتفاقية على المستوى الداخلي يسمح بملاءمة مقتضياتها للقانون الإيطالي. خاصة وأن القانون السابق لم يفرد أي وسيلة مسطرية يمكن الرجوع إليها للاعتراض على تنفيذ قرار الإرجاع الفوري.

وفي تعليق للأستاذ Bernard Ancel، على هذا القرار، اعتبر أن دعوى الإرجاع يتعين تقديرها من زاوية أهداف اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وليس بتبعيتها لمقتضيات القانون الإيطالي المرتبطة بالتنفيذ.[329]

ولا شك أن إشكالا مثل هذا لا يجب أن يحجب عن أذهاننا أمرين بارزين، أولهما: أن طبيعة دعوى الإرجاع طبقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 هي شبيهة بدعاوى حماية الحيازة، التي تهدف إلى إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، أي أن الحكم بإرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، لا يعني الفصل في جوهر حق الحضانة، والذي تبقى مناقشته مفتوحة أمام القضاء المختص، الذي هو قضاء دولة مكان إقامة الطفل الاعتيادية باعتباره المؤهل لذلك؛ وثانيهما: أن عرقلة تنفيذ الحكم القاضي بالإرجاع من شأنه أن يفرغ الاتفاقية من محتواها، والتي تحتل فيها آلية الإرجاع الفوري موقع القطب من الرحى.

---

[328]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-RCDIP, 2002, p : 346, note : Bernard Ancel.

[329]- انظر في ذلك:

Bernard Ancel, RCDIP, 2002,note pré, p : 353.

إشكال آخر لا يخلو من أهمية تذكر، وهو المتعلق بمعرفة موقف المحكمة في حالة وجود طلب بالاستماع للطفل، فهل يمكن لها رفض هذا الأمر حتى في الحالة التي يكون فيها الطفل قد بلغ من السن والنضج ما يسمح بذلك؟ وهل عدم وجود طلب بهذا الخصوص يعفي المحكمة من مباشرة الاستماع للطفل بشكل تلقائي وبمبادرة منها؟

لقد سمحت الفرصة للقضاء السويسري للإدلاء برأيه في الموضوع، حيث ألغت المحكمة الفدرالية في قرار لها بتاريخ 23 نونبر 2007 الحكم الذي أغفل الاستماع لطفلين بالغين من العمر سن 14 و12 سنة، رغم تقديم طلب في الموضوع. وفي قرار آخر لها بتاريخ 15 ماي 2008، اعتبرت أن عدم الاستماع للطفل، حتى في حالة عدم وجود طلب في الموضوع، يمكنه أن يشكل في بعض الحالات خرقا لالتزام القاضي بالتحقيق فيما يعرض عليه من نوازل[330].

ولا شك أن التوجه السابق يعكس الدور الإيجابي الذي يتعين أن يقوم به القضاء في تفعيل حقوق الطفل، والذي يظهر بشكل بارز في القرار الأخير، إذ يبرز دوره من خلال التفعيل المباشر لتلك الضمانات كلما ارتأى أن هناك ما يوجبها، حتى في غياب طلب من الأطراف أو من الطفل.

وإذا كان رأي الطفل قد حظي وفقا لما سبق بتنظيم واهتمام بالغين، فإن البحث في الضمانات المصاحبة لأخذ رأي الطفل لا تقل أهمية عما ذكر.

المطلب الثاني: الضمانات المحيطة برأي الطفل المختطف

إن مشاركة الطفل في القرارات التي تهمه لا يمكن أن يكون مبدءا مطلقا وغير محاط بشروط، فإذا كان الترحيب بتطور القانون المعاصر نحو الاعتراف بشكل أفضل

[330]- انظر بخصوص هذين القرارين :

-**NOIR(Lucie):** « La volonté de l'enfant enlevé», op.cit. p :6.

لدور الطفل في ممارسة حقوقه، فلا يمكن نكران كون هذا الأخير وبفعل هشاشته يحتاج إلى حماية خاصة، وهذا ما يمكن تكريسه عن طريق تأطير تعبير الطفل. فرأي الطفل يجب أن يستعمل لمصلحته الخاصة لإعمال إرادة حرة وواضحة فقط.

الفقرة الأولى: أهلية الطفل للتعبير عن رأيه

إن الاستماع إلى الطفل وتحقيق مصلحته يعدان أمرين متلازمين، فالاستماع للطفل يسمح بالتعريف بمصلحته، كما يعد خطوة أساسية لنموه وتطوره النفسي، وأمرا مهما لإبراز صوته حول المسائل الأساسية لحياته، والتي لا يمكن استبعادها بأي حال، وفي مجال الاختطاف الدولي يشكل رأي الطفل جزءا من اتخاذ القرار المرتبط بوضعيته.

ولا شك أن هذا المعطى يطرح بإلحاح مسألة الشروط المتطلبة لقبول الاستماع للطفل، وهو حاولت الاتفاقيات ذات الصلة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال، ولا سيما اتفاقية لاهاي لسنة 1980 التعبير عنه بضرورة بلوغ الطفل السن (أولا) والنضج (ثانيا) الذي يسمح بالأخذ برأيه.

أولا: سن الطفل

إذا كان الاعتقاد راسخا بأن الاستماع للطفل، ومعرفة رأيه في قضايا الاختطاف الدولي يفترض بالنظر لطبيعة وفحوى مضمون هذا الرأي اشتراط بلوغ الطفل الدرجة التي تسمح له بإبداء موقفه، وهو ما لن يتأت إلا إذا كان سنه يجيز مثل هذا الأمر، فإن عدم تحديد السن الذي يتوجب فيه الأخذ برأي الطفل في الاعتراض على إرجاعه لمكان إقامته الاعتيادية، يثير العديد من الإشكالات لاختلاف الحلول المعمول بها، والتي قد لا تسمح برسم صورة واضحة للموضوع.

وبالرغم من أن السن يسمح بإعطاء فكرة حول نضج الطفل، فإنه لا يمكن الاعتماد عليه كمؤشر معزول وثابت لتقدير الاستماع للطفل من عدمه، إذ أن عوامل أخرى يكون لها تأثير على نمو وتطور الطفل، كمكان عيشه، وتجربته، ومحيطه، والبيئة التي يتواجد بها[331]... فكل طفل له مسار مختلف، ويتعين تحليل كل حالة على حدا.

ولا شك أن هذه الاعتبارات كان لها صدى لدى واضعي اتفاقية لاهاي لسنة 1980، إذ أن كل المحاولات لتحديد سن أدنى يمكن أن يؤخذ فيها بعين الاعتبار لرأي الطفل باءت بالفشل، وتم الاتفاق على أنه يعد من الأفضل ترك تطبيق هذا الشرط لحكمة السلطات المختصة.[332]

وبالاطلاع على بعض التجارب الدولية في الموضوع يتبين أنها تعرف اختلافا واضحا، بحيث نجد في التجربة الألمانية قبول الاستماع للأطفال حتى ابتداء من سن الثالثة والرابعة،[333] في حين نجد أن القضاء الفرنسي يعتبر أن السن الذي يتعين اعتماده كحد أدنى للقبول بالاستماع للطفل هو 11 سنة. وقد تبنى القضاء السويسري من خلال العديد من القرارات الرأي الأخير، ففي قرار صادر عن المحكمة الفيدرالية بتاريخ 11 يناير 2010،[334]

---

[331]- راجع في ذلك:

-**NOIR(Lucie):** « La volonté de l'enfant enlevé», op.cit. p :14.

[332]- انظر في هذا الصدد:

-**PEREZ-VERA (Elisa)** : « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », op.cit. p: 433.

[333]- راجع في هذا الصدد:

-**KLOTGEN(Paul):** « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 344.

[334]- قرار رقم 553/3/131 مشار إليه في رسالة "لوسي نوار"، ص: 14. وكذا في مقالة بيتشر التالية:

-**BUCHER(Andreas):** « La volonté de l'enfant enlevé » In le droit en question, Mélanges on l'honneur de la professeure Margareta baddeley, Shulthess, Genève, 2017, p 61.

وقد اعتبر الأستاذ Philippe Meier، أن عدم تحديد القانون السويسري المتعلق بالاختطاف الدولي لسن معينة لممارسة حق الطفل في الاستماع إليه، وتنصيص نفس القانون على عبارة الاستماع وليس الملاحظة، يستنتج معه أنه لا يمكن إعطاء هذا الحق لطفل في سن سنتين أو ثلاث سنوات، لكن ليس ضروريا الانتظار إلى بلوغ الطفل سن التمييز حتى يتسنى الاستماع إليه، إذ يمكن القيام بذلك حتى في سن السادسة.

اعتبرت هذه الأخيرة أن: "النضج لفهم ما يروج يكتسب عموما ابتداء من 11 و 12 سنة، وأن النضج طبقا للمادة 13 يكتسب عندما تكون للطفل القدرة لتحديد إرادته بطريقة مستقلة، ويستطيع تكوين رأيه الحر دون تأثير خارجي".

ولمواجهة هذا الإشكال يتعين عند مقاربة الموضوع الأخذ بعين الاعتبار لما يلي:

- أن المطلوب في الطفل في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال هو العلم بأنه يتعين عليه أن يقرر في رجوعه إلى مكان إقامته الاعتيادية، وليس اتخاذ قرار يتعلق بحق الحضانة،[335] وهو ما يفترض معه التمتع بالقدرة على تقدير الوضعية بصدق ودون تأثير من الوالد الخاطف، وأن يعلم أن الأمر يتعلق برجوعه لمكان إقامته وليس البت في حضانته أو السلطة الأبوية.

- أنه إذا كان من الصعب تحديد سن معينة كقاعدة عامة يمكن الاستماع فيها للطفل، فإنه كلما اقتربنا من سن 16 سنة كمجال لتطبيق اتفاقية لاهاي، كلما كان النضج المطلوب في الطفل متوفرا.

راجع في هذا الأمر:

-MEIER (Philippe) : « La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes- quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente », Revue de droit de tutelle de la protection des mineurs et des adultes, Genève, 2008. p: 403.

غير أن الموقف الثابت للقضاء السويسري دأب على استبعاد طلب الاستماع للأطفال في قضايا الاختطاف الدولي الذين يقل سنهم عن 11 سنة، وكمثال على ذلك القرار السابق أعلاه، وهو ما كرسته المحكمة الفدرالية في قرارات أخرى من بينها القرار الصادر بتاريخ 2015/04/30 حيث استبعدت الاستماع لطفلة عمرها 9 سنوات بخصوص رأيها في الرجوع لمكان إقامتها الاعتيادي بالمكسيك.

لمعرفة المزيد بخصوص هذا القرار; والتعليق عليه، انظر:

-BUCHER(Andreas): « La volonté de l'enfant enlevé » In le droit en question, Mélanges on l'honneur de la professeure Margareta baddeley, op.cit, pp : 70- 80.

[335]- راجع في ذلك:

-BUCHER(Andreas): « L'enfant en droit international privé », Bale, Hebing, lichtenhan, 2003, p 486.

- أن الحق في التعبير ينتج عن اجتماع شروط تتمثل في السن والقدرة على التقرير، وهو ما عبرت عنه الاتفاقيات في هذا الصدد بالنضج، ولا يمكن لأحدهما دون الآخر أن يكون كافيا لأخذ اعتراض الطفل عن الرجوع لمكان إقامته الاعتيادية.

-أن رفض الاستماع للطفل إذا كان في سن تسمح بالأخذ برأيه قد يكون له عواقب وخيمة على نفسيته،[336] وتطرح إشكالا عند تنفيذ القرار القاضي بإرجاعه لمكان إقامته الاعتيادية، ضدا على إرادته.

وبخصوص التجربة الاتفاقية للمملكة المغربية في الموضوع، تجدر الإشارة إلى تضمن المادة السابعة من الاتفاقية المغربية البلجيكية لسنة 2002[337] لمقتضى يتعلق بالسن الأدنى المعتمد للاستماع للطفل في مسطرة الإرجاع، حيث حددت هذا الأمر في 12 سنة، ومما ورد في هذا الخصوص نذكر ما يلي:

"...يمكن كذلك للسلطة القضائية أن ترفض الأمر بإرجاع الطفل، إذا تبين لها أنه يمانع في رجوعه، وأنه بلغ سن 12 سنة، وله من النضج ما يسمح بأخذ رأيه بعين الاعتبار".

ولا شك أن هذا الاختيار نابع من اعتماد القواعد المرتبطة بسن التمييز، حيث إن السن المذكور هو المستند عليه في أغلب التشريعات للتمييز بين الصغير المميز وغير المميز.

---

[336]- انظر في ذلك: ==

==-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », op.cit. p: 433.

[337]- اتفاقية بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة.
تم التوقيع على هذه الاتفاقية ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002، ولم تتم المصادقة عليها بعد. ويبدو أن الطرف البلجيكي لم يعد مقتنعا بجدواها بعد انضمام المغرب لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، وهو الموقف الذي عبر عنه أثناء انعقاد اللجنة الاستشارية المغربية البلجيكية سنة 2015.

وإذا كان الموقف المعبر عنه في هذه الاتفاقية يعكس نية طرفيها[338]، فإن تفعيلها على أرض الواقع لم يكتب له النجاح بعدم استكمال إجراءات المصادقة عليها، ولعدم رغبة الطرف البلجيكي في هذا الأمر بعد انضمام المملكة المغربية لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، التي تشكل إطارا عاما لمعالجة الإشكالات الناجمة عن الموضوع.

وبخصوص موقف القضاء المغربي من المسألة، يمكن القول إنه لم يستقر على رأي بعد، ولم تتوضح ملامحه بخصوص السن المعتمدة للاستماع للطفل في دعوى الإرجاع، ففي قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2018/11/14[339]، اعتبرت هذه الأخيرة أن بلوغ البنتين موضوع طلب الإرجاع أثناء الدعوى سن 11 و 6 سنوات لا يعد كافيا للاستماع إليهما.

وفي اتجاه مخالف لما سلف قبلت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها بتاريخ 2015/12/14[340] إجراء بحث بالاستماع لطفل يبلغ عمره 8 سنوات ونصف، وذلك للتأكد من رأيه بالرجوع لمكان إقامته الاعتيادية بفرنسا من عدمه.

وإجمالا، إذا كان بلوغ الطفل سنا معينا يعد مظنة على أهليته لإبداء رأيه في المساطر التي تخصه، فإن هذه الأهلية لا تكتمل إلا بتوفر شرط آخر يرتبط بالقدرة على

---

[338]- وذلك خلافا لباقي الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع باقي البلدان، والتي تضمنت مقتضيات في الموضوع، ولا سيما الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، والاتفاقية المغربية الإسبانية لسنة 1997، حيث خلت من أي تحديد لسن الاستماع للطفل.

[339]- ملف رقم: 2018/1221/779، قرار غير منشور.

ومما ورد في هذا القرار بهذا الشأن نذكر ما يلي:

"... والمادة 13 المذكورة لا تنص على إجراء بحث وإنما تنص فقط على أنه يجوز للسلطة القضائية أو الإدارية رفض طلب تسليم الطفل إذا رأت أن الطفل يرفض إعادته وأنه بلغ من العمر والرشد الدرجة التي تسمح بالأخذ برأيه، وبما أن البنت (غ) مزدادة سنة 2007، أي أن عمرها حاليا 11 سنة، والبنت (م) مزدادة سنة 2012، أي أن عمرها حاليا 6 سنوات فإن سنهما لم يصل إلى الحد الذي يسمح بالأخذ برأيهما، وعلى هذا الأساس فالأمر المستأنف ليس فيه أي خرق للمواد 3و7و13 من اتفاقية لاهاي كما جاء في أسباب الاستئناف..."

[340]- قرار رقم 348، في الملف رقم 2015/1101/205، غير منشور.

التقرير، وهو ما يجسده النضج، بحيث لا يمكن لأحدهما دون الآخر أن يكون كافيا لأخذ اعتراض الطفل على الرجوع بعين الاعتبار.

ثانيا: النضج والتمييز

بالإضافة لم سلف بيانه من اشتراط بلوغ الطفل السن الذي يؤهله للاستماع إليه والأخذ برأيه في اعتراضه على الإرجاع، أضافت الاتفاقيات الدولية الصادرة في الميدان شرطا آخر يعد ملازما للأول، وهو تحقق النضج maturité، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، التي أجازت للسلطة القضائية أو الإدارية رفض إصدار طلب إعادة الطفل إذا "رأت أن الطفل يرفض إعادته، وأنه قد بلغ من العمر والنضج الدرجة التي تسمح بالأخذ برأيه"، وهو نفس المقتضى الذي نصت عليه المادة 24 من الميثاق الأوربي للحقوق الأساسية، وكذا الفقرة الثانية من المادة 11 من "نظام بروكسيل 2 مكرر".

هذا المقتضى ورد كذلك في المادة السابعة من الاتفاقية المغربية البلجيكية لسنة 2002، حيث أضافت إلى شرط بلوغ الطفل 12 سنة، أن يكون له من النضج ما يسمح للأخذ برأيه، ومما ورد في هذه المادة ما يلي: "يمكن كذلك للسلطة القضائية أن ترفض الأمر بإرجاع الطفل، إذا تبين لها أنه يمانع في رجوعه و أنه بلغ سن 12 سنة، وله من النضج ما يسمح بأخذ رأيه بعين الاعتبار".

وقد اعتبر الأستاذ Andreas Bucher، أن تحقق شرط النضج في الطفل يعد أمرا قائما عندما يكون هذا الأخير قادرا على فهم العناصر الأساسية لوضعيته المترتبة عن نقله من مكان إقامته، ومصالح الأطراف المعنية، وكذا قدرته على تقدير وتأسيس إرادته

انطلاقا من هذه المعطيات، مشيرا في الأخير إلى أن الحالات تختلف، وأنه من الصعب إيجاد حالات نموذجية يمكن الاسترشاد بها في هذا الموضوع[341].

وانطلاق من هذه الفكرة الأخيرة يمكن القول إن النضج مسألة نسبية، ويتعين ملاحظته من طرف من له اتصال دائم بالطفل،[342] وهو ما قد يصعب من مهمة الجهة الساهرة على تلقي رأي الطفل في الإرجاع، إذ كيف يمكنها تقدير نضج الطفل انطلاقا من جلسة بحث أو جلستين، لذا يعد من الأفيد الاستعانة بذوي الاختصاص من الأطباء لتحديد درجة نضج الطفل التي قد تسمح بالأخذ برأيه.

سؤال آخر يطرح نفسه بإلحاح، وهو المرتبط بالمعايير التي يتعين اعتمادها لتحديد نضج الطفل، إذ كيف يتحقق هذ النضج؟ وهل بلوغ الطفل لسن معين دليل على نضجه، أم أن الأمر مرتبط بعوامل أخرى؟

يمكن القول إنه من الصعب إيجاد معيار وحيد يمكن الاستناد عليه في الموضوع للقول بتحقق درجة من النضج التي قد تسمح بالأخذ برأي الطفل، فالنضج يشكل انعكاسا لعدة عوامل لا تقتصر على السن فقط، بل تتجاوزه إلى المستوى الثقافي، والعقلي المرتبط بذكاء الطفل[343]...والتي يتعين على السلطات المكلفة بالاستماع لهذا الأخير التأكد منها.

---

[341]- راجع في هذا الخصوص:

-BUCHER(Andreas): « L'enfant en droit international privé », op.cit. p 486 et 487.

[342]- انظر بشأن ذلك:

-PAPAZISSI(Theofano): « La prise en compte de la parole de l'enfant », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 365.

[343]- انظر في ذلك:

-PAPAZISSI(Theofano): « La prise en compte de la parole de l'enfant », op.cit. p: 365.

ولا شك أن هذا المعطى هو ما حدا ببعض الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال إلى الحديث عن التمييز discernement عند القاصر كشرط لتحديد أهليته، التي تخول الأخذ برأيه، وهو مصطلح يحيل بالتأكيد على سن ونضج الطفل، ولكن كذلك يمكن إدخال معايير أخرى، مثل الحالة النفسية للطفل عند الاستماع إليه، أو الضغط الذي يكون تعرض له من طرف محيطه، فشرط التمييز يشكل دون شك معيارا أكثر واقعية، وأكثر ارتباطا من السن والنضج[344].

وقد تبنت ما سبق كل من الاتفاقية الأوربية ممارسة حقوق الطفل ل 25 يناير 1996، وكذا الاتفاقية المرتبطة بالعلاقات الشخصية ذات الصلة بالأطفال ل 15 ماي 2003، حيث أحالتا على شرط التمييز عند الطفل، وركزتا على أن تقديره يتم وفق القانون الداخلي، وذلك بتنصيصهما على ما يلي: "الطفل الذي يعتبر وفق القانون الداخلي على أنه له تمييز كاف"، ولا شك أن مثل هذا التحديد يقوي الطبيعة المتعلقة بالتمييز في اتجاه تقديره وفق خصوصية الدول والثقافات.

وعموما، يمكن القول إن توفر شرطي السن والنضج لدى الطفل يمكن أن يؤثرا على إمكانية الاستماع لهذا الأخير، ويؤثرا بالتبعية كذلك وبشكل كبير على تقدير قوة رأي الطفل من طرف المحكمة.

وإذا كان بلوغ الطفل السن والنضج الذي يسمح بالأخذ برأيه مظنة لاحترام إرادته المعبر عنها، واعتمادها كأساس لعدم الإرجاع، فإن هذه القرينة يجب أن تكون بسيطة يمكن

---

[344]- راجع في هذا الاستنتاج:

-GOUTTENOIRE(Adeline): « La parole de l'enfant enlevé », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 356.

إثبات عكسها، إذا كان في ذلك ضرر.[345] ولا يمكن التحقق من هذا الأمر إلا إذا كان الاستماع للطفل في ظروف هادئة، تسمح بمعرفة حقيقة الإرادة المعبر عنها.

الفقرة الثانية: سياق الاستماع للطفل

قد لا يكون تقدير سن ونضج الطفل كافيا للقبول بوجهة نظره المعبر عنها عند الاستماع إليه، ذلك أن المهم هو التأكد من كون معارضة الطفل ناتجة عن شعور خالص، وتفكير يعكس الرأي الذي يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار.

لذا يتعين أن يكون من أوكل إليهم الاستماع للطفل (موظفين وسلطات) سواء بشكل مباشر أو غير مباشر (خبراء) على قدر من المعرفة والدراية اللازمة والكافية في علم النفس، وعلم الاجتماع... بما يسمح لهم بتقدير رأي الطفل بشكل جدي ومجرد، ودون أي تمييز.

هذه المؤهلات المتطلبة تحقق مصلحة الطفل الفضلى، عن طريق البحث عن الحقيقة في قوله من جهة(أولا)، وهل ما عبر عنه يعكس إرادته الحقيقية من جهة أخرى(ثانيا).

أولا: رأي الطفل والتعبير عن الحقيقة

تسمح الاتفاقيات التي سبقت الإشارة إليها برفض إرجاع الطفل إذا كان هذا الرجوع يتعارض بشكل صارخ مع مصلحته، وبذلك يمكن القول إن الاستماع للطفل يسمح للقاضي بالكشف عن جانب من علاقته مع أبويه ومحيطه الذي يعد فيه سعيدا، ولكن هل مسطرة الإرجاع بعد اختطاف الطفل تعد ملائمة لهذا الاختبار بالشكل الذي تم بسطه؟

---

[345]- راجع في ذلك:

-GOUTTENOIRE(Adeline): « La parole de l'enfant enlevé », op.cit, p: 357.

إن مبعث هذا الإشكال يرتبط بفحوى ما يعبر عنه الطفل، فليس بالأمر الهين معرفة ماذا يريد الطفل أن يقول، والذي يتجسد عمليا بالنسبة للقاضي الذي يبت في النزاع بمعرفة رأي الطفل في العيش بالمكان الذي يتواجد فيه الأب أو الأم.

هذا الأمر يحيلنا على نقطة جوهرية ترتبط بكيفية تفعيل هذا المقتضى، فهل يمكن الاعتماد على الاستماع المباشر للطفل من طرف القاضي، أم أن الفصل في النزاع يفترض تفضيل الاستماع له من طرف وسيط[346] (بحث اجتماعي- خبرة نفسية)؟

إن الحسم في هذا الأمر ليس بالأمر السهل، فالاستماع الشخصي للطفل من طرف القاضي يقلل من المخاطر المرتبطة بتحوير رأي الطفل من طرف الأغيار، لكن القضاة ليست لديهم دائما المؤهلات المكتسبة لذلك[347]. فالكل يعلم جيدا الوقت الذي يلزم الطبيب النفسي للأطفال لفهمهم، علما أنه في حالات الاختطاف يجب أن يتخذ القرار على وجه السرعة، فأي قيمة يوليها القاضي إذن لرأي الطفل؟

يمكن القول أمام الإكراه المرتبط بالتدبير الزمني للنزاع أن الاستماع للطفل مباشرة من طرف القاضي يعد الحل العادي والأمثل، في حين يمكن أن يأتي تفويض ذلك في المرتبة الثانية، فالاستماع المباشر يسمح بإقامة اتصال مباشر بالطفل، وهو ما يعد شيئا إيجابيا قد يسمح للمحكمة بالتقدير الجيد لرأي الطفل، والبحث نتيجة لذلك عن عنصر

---

[346]- في دراسة قام بها فريق عمل فرنسي حول رأي أو كلمة الطفل أمام العدالة، خلص الباحثين إلى توصية تهدف إلى تعزيز شهادة أو رأي الطفل التي يدلي بها أمام العدالة وذلك عن طريق إجراء بحث اجتماعي لتلافي التأثير الذي قد يتعرض له الطفل من طرف محيطه، والذي قد يمارس عليها ضغطا يؤثر على رأيه عند الاستماع إليه، وأشاروا إلى أهمية البحث الاجتماعي في تنوير رأي المحكمة، وفي حماية الطفل من نفسه كذلك. راجع في هذا الصدد:

-YAKOUB (Saadia): « La parole de l'enfant en justice», In Enfance, Tome 46, n3, 1992, pp: 293-301, s, p: 300.

[347]- انظر بهذا الخصوص:

-KLOTGEN(Paul): « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 342.

الحقيقة فيما أدلى به. في حين يمكن الاستعانة بأصحاب الاختصاص، الذين يتوفرون على معرفة أفضل للاستماع للطفل في الحالات الخاصة كما إذا تعلق الأمر بأطفال صغار، أو يعانون من صعوبات نفسية[348]، حيث إن العديد من الأطباء النفسيين يكون لهم رأي باعتبارهم ذوي دراية بعلم النفس، ويجيدون تقنيات المقابلة، والخبرة لتقدير مدى ملاءمة الاستماع للطفل وأهميته، بالإضافة إلى معايير ومهارات أخرى قد لا تتوفر في غيرهم من قبيل سعة صدرهم، ووقتهم المتسع، والاقتناع بأن رأي الطفل يؤخذ بدون أفكار مسبقة، بالإضافة إلى ملاءمة المقابلة مع الأطفال بالنظر لسنهم وجنسهم وأصولهم الثقافية.

ولاقتفاء الحقيقة من خلال ما يعبر عنه الطفل يلزم توفر مهارات معينة، وظروف ملائمة تساعد الطفل على الإدلاء برأيه بتجرد، هذا الأمر جعل القضاة الألمان لا يترددون في الاستماع للطفل أكثر من مرة استجلاء للحقيقة[349]، في حين اعتبر القضاء السويسري أن الاستماع للطفل الذي تم قبل ثلاث سنوات يعد قديما، مما يستوجب إعادة الاستماع إليه[350].

---

[348]- في أمر استعجالي حديث صدر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 21 يونيو 2017، قامت هذه الأخيرة باعتماد تقرير المساعد الاجتماعي لرفض الأمر بإرجاع الطفل لفرنسا، معللة حكمها برفض الطفل المعبر عنه في التقرير، وللصعوبات النفسية التي يعيشها، ومما ورد في هذا الأمر نذكر ما يلي:

"وحيث إنه بالاطلاع على تقرير المساعد الاجتماعي .... بمقتضى الحكم التمهيدي الصادر عن قسم قضاء الأسرة بمناسبة البت في دعوى سقوط حضانة الأم عن الطفل ... الرائجة أمام القسم المذكور، اتضح بأن الطفل... متمسك ببقائه إلى جانب أبيه بالمغرب إلى غاية بلوغه سن الثامنة عشر سنة، وبأن أمه واعية بكون الطفل لا يرغب في العودة إلى فرنسا، وبأنه لا مانع لديها في تمدرسه بالمغرب.

وحيث إنه من جهة أخرى فبالاطلاع على الملفين المدرسي والطبي للطفل ... وبالأخص ظاهر الشهادة الطبية الصادر عن مركز "ألفريد بنيت" اتضح أن الطفل يعيش ظروف نفسية جد معقدة انعكست سلبا على دراسته بسبب بعده عن والده، وبأن تحسن وضع الطفل النفساني متوقف على تواجد والده بجانبه، كلها أسباب تجعل من الطلب المقدم، طلبا يتعارض مع المصلحة الفضلى للطفل، الأمر الذي يتعين معه رفض الطلب".

أمر عدد 2017/775، ملف رقم 2017/1101/553. غير منشور.

[349]- انظر في هذا الأمر:

-**KLOTGEN(Paul):** « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 342.

[350]- راجع في ذلك قرار المحكمة الفدرالية الصادر بتاريخ 2 شتنبر 2005، في الملف عدد 2005/5.51. مشار إليه في الرسالة التالية:

-**NOIR(Lucie)**: « La volonté de l'enfant enlevé», op.cit. p :20.

معطيات أخرى قد ترجح الاستماع للطفل بحضور الأبوين أو في غيابهم، وبشروط قد ترتبط بالفضاء الذي يتعين أن يجرى فيه الاستماع، فقد يكون مفيدا القيام بذلك في مكان معد لهذا الأمر يحتوي على ألعاب حتى يسمح للطفل باللعب والاستماع له بعد ذلك[351].

كل هذه الأمور تفترض في القاضي التمكن من تجربة، وآليات مهارية تسمح له استجلاء للحقيقة بإيجاد أجوبة لعدة تساؤلات قد تثار في سياق البحث مع الطفل من قبيل: هل يعبر الطفل عن حقيقة علاقته الأسرية؟ ألا يهدف إلى حماية أحد الأبوين؟ ألا يحن إلى الماضي؟ هل الطفل مرتاح لوضعيته الحالية؟ وفي حالة وجود صعوبة للطفل مع أحد والديه، هل يقدر القاضي على تقييم الأسباب العميقة والحقيقية للرفض، ومعرفة ما إذا كانت مصلحة الطفل في إبقائه، أو إرجاعه لمكان إقامته الاعتيادية، وهل إرجاع مثل هذا سيكون مرحبا به، أم العكس؟

ومن جانب آخر قد يثار سؤال لا يقل أهمية عما ذكر يرتبط بمدى تعبير الطفل عن رأيه بكل حرية؟

يمكن الجزم أن الحقيقة لا تخرج من فم الطفل إلا إذا كان يعبر بكل حرية، وفي هذا الإطار فوضعية الاختطاف الدولي التي تكون محفوفة بالمخاطر، نظرا لكون الآباء والأمهات يكونون في الغالب في وضعية نفسية هشة، وغير مستقرة، وينتظرون حكما من المحكمة يعبر فيه الطفل من خلال رأيه عن تأثير جد معتبر بالنظر لوضعيتهم المستقبلية.

أمام هذه الوضعية المؤلمة فالرهان قد يصبح بالنسبة للأبوين هو التأثير على رأي الطفل. فكيف نعلم أن اقتراح الطفل غير خاضع للتأثير من طرف الوالد "الخاطف"؟

---

[351]- لمعرفة المزيد حول هذا الأمر، راجع:

-**KLOTGEN(Paul)**: « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 342.

وكيف يمكن للقاضي أن يعلم بأن الطفل غير مؤثر عليه وحرا في التعبير بعيدا عن أي ضغط أسري؟ وفي الحالة المقابلة ما العمل إذا كان رأي الطفل خاضع للتأثير من طرف الوالد الذي كان ضحية للاختطاف؟

أسئلة وغيرها قد تبرز جانبا من الصعوبة التي قد يواجهها القضاء عند بته في الموضوع، والتي لن يكون القرار المتخذ في النزاع موفقا إلا بتفكيكها، والبحث عن الحقيقة من خلالها، وهو ما حاولت التجربة القضائية الفرنسية الإجابة عنه،[352] حيث يطلب القاضي من الطفل أثناء التوقيع على محضر أقواله ما إذا كان مضمون التقرير يتعلق برأيه الذي عبر عنه. لكن هل يعد هذا الأمر ضمانة كافية؟ وهل ليس لدى الطفل شعورا بأن يصبح فاعلا أساسيا في المسطرة؟ فالاستماع للطفل من أجل أخذ معلومة كافية حول المناخ والسياق الأسري شيء، وأخذ إرادته بعين الاعتبار شيء آخر يبدو بدون شك أكثر تعقيدا.

ولفهم الحقيقة انطلاقا من إرادة الطفل المعبر عنها تم التمييز بين ثلاث مراحل، أولا: التعبير عن الإرادة، والذي يرتبط بمعرفة ماذا يريد الطفل أن يقول عند الاستماع إليه، وثانيا: أخذ إرادته بعين الاعتبار، وهو ما لا يعكس بالضرورة اتباعها، حيث يمكن أخذ إرادة الطفل بعين الاعتبار دون أخذ وجهة نظره بالضرورة، فهناك ميزان يتعين إعماله بين الحجج التي يدلي بها الطفل لتبرير رفضه، والحجج التي تدفع بها السلطة للتصريح بالإرجاع. وثالثا، أخذ أو عدم أخذ إرادة الطفل لمعرفة هل يؤمر بالإرجاع أم لا.

ومن أجل تكوين صورة عن رأي الطفل تعكس حقيقة ما يريده، يجب أن تكون للطفل جميع المعلومات، لكون ذلك يحدد درجة الاستقلال والحرية، فالطفل يجب أن يعلم

---

[352]- راجع في هذا الشأن:

-KLOTGEN(Paul): « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 345.

أن الأمر لا يتعلق بمن سيحضنه من أبويه، وإنما بالرجوع للدولة التي كان يقيم فيها قبل اختطافه، كما يتعين كذلك أن يفهم أن رجوعه لا يعني أن يعيش بالضرورة مع والده الآخر،[353] فعليه أن يعلم أنه قد يكون رجوعا وقتيا فقط، فالطفل سيعود لمكان إقامته الاعتيادية حتى يتمكن القاضي من الفصل في النزاع المتعلق بالحضانة، فهذا الأخير هو المؤهل لتقدير من يستحقها من الأبوين، ويتعين العيش معه. إذن يتعين توضيح هذا الأمر من طرف الشخص الذي يستمع للطفل.

فمسطرة الاختطاف الدولي هي مسطرة وقتية، إذ لا يتعين أن تستعمل طريقة الاستماع للتأثير على الطفل، حيث يتعين تزويده بكل المعلومات الضرورية حول النزاع بين الأبوين، وأن يوضح له أن الوالد الآخر بدوره متأثر بسبب افتراقه عنه، ومن شأن هذا الأمر أن يعمل على إحداث نوع من التوازن بين أبوي الطفل، ويجعل الرأي المعبر عنه من طرف هذا الأخير نابع من اقتناع داخلي، وعن بينة واختيار بالمعطيات التي تحيط بالنزاع.

غير أن هذا الأمر لا يكفي إذ يتعين أن يكون رأي الطفل بمنأى عن أي تأثير، ويعبر عن إرادته المستقلة، فكيف ذلك؟

ثانيا: رأي الطفل والتعبير عن الإرادة

لا شك أن نقل الطفل من طرف أحد أبويه من بلد لآخر يعكس أزمة في العلاقة الزوجية، ويستعمل في الغالب للاستفراد بالحضانة، أو لسحب الاختصاص القضائي من محاكم بلد الإقامة الاعتيادية للطفل، إلا أن هناك جوانب أخرى للاختطاف الدولي تستحق التنبيه، إذ يجب أن ينظر إليه في بعض الأحيان كنتيجة للمواجهة بين الزوجين الذين ليست لديهم وسيلة أخرى للإضرار ببعضهم البعض بعد انتهاء علاقاتهم الشخصية

[353]- راجع في هذا الصدد:

-BUCHER(Andreas): « La volonté de l'enfant enlevé », In le droit de la famille, Genève, 2016, p :19.

كزوجين، حيث يستعملون أولادهم كسلاح لإظهار أو تأكيد سلطتهم على بعضها البعض. فالطفل يوجد أمام وضعية فرضها الواقع ولم يصنعها رأيه، وبالمقابل فسنه لا يسمح له دائما بتكوين رأي يأخذ وضعيته في أبعادها الحقيقية، وحتى عندما يكون في سن المراهقة.

هذه الهواجس الواقعية التي ترخي بظلالها على تدبير مسألة الاستماع للطفل في مسطرة الإرجاع هي التي جعلت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عند تطبيقها لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 من خلال هذا الاستثناء تضع شروطا دقيقة لقبول رأي الطفل المعبر عنه، ومن بينها أن يستشف أن الطفل لم يخضع لأي تأثير عند الاستماع إليه.

ففي قرار Sophia Gudrun Hansen، الصادر بتاريخ 23 شتنبر 2003[354]، رفض الأب في هذه القضية إقامة الأم لعلاقات مع ابنتيها ذات 10 سنوات، واللتين قام بنقلهما من إيسلندا إلى تركيا بمناسبة ممارسته لحقه في الزيارة، وقد باءت محاولات الأم لرؤية ابنتيها التي تمارس عليهما السلطة الأبوية، ونقلهما إلى إيسلندا حيث تقيم بالفشل، حيث عابت على السلطات التركية منحها مساعدة محدودة، وبذلك تم رفع دعوى في مواجهة الحكومة التركية أمام المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لعدم اتخاذها كل الإجراءات الضرورية لإرجاع الطفل وفق ما تفرضه اتفاقية لاهاي، وقد أثير رفض الطفلتين المعبر عنه في عدة مرات خلال المسطرة لرؤية أمهم والرجوع للعيش معها.

غير أن المحكمة الأوربية لم تقتنع بهذه العلة وتبنت تحليلا للشروط التي تم فيها الاستماع للطفلتين، حيث قدرت بأن هاتين الأخيرتين لم تكونا في ظروف هادئة من شأنها إقامة علاقة حقيقية مع والدتهما، كما لم تكن لهما إمكانية التعبير عن شعورهما بعيدا عن أي

---

[354]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه: ==

==-**FULCHIRON (Hugues) et GOUTENOIRE (Adeline)**: « Actualité de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvements d'enfants », Dr. Famille, 2003, chron. n 24.

ضغط، مفيدة أن تكرار الطفلتين نفس الخطاب يطرح الشك فيما أدليا به، وعابت كذلك رفض السلطات القضائية التركية الخبرة النفسية التي طلبتها الأم، وعدم استجابتها لطلب إحضار مساعدين اجتماعيين أثناء الاستماع للأم رفقة الطفلتين قصد تسهيل اللقاء.

فعدم إمكانية الاستماع للطفلتين المنقولتين بعيدا عن أي ضغط دفع بالمحكمة إلى رفض تأكيد الحكومة التركية كون السلطات الوطنية غير مسؤولة على رفض الطفلتين رؤية والدتهما، وبذلك تكون المحكمة الأوربية من خلال هذا القرار قد فرضت على الدول ضرورة توفير ظروف هادئة عند الاستماع للطفل، وفي غياب ذلك، فإن رأي الطفل ورفضه الرجوع لوالده الحاضن يفقد قيمته ووزنه ولا يشكل عرقلة لرجوعه طبقا لمقتضيات المادة 13 من اتفاقية لاهاي.

غير أن التساؤل الذي يثار يرتبط بكيفية أخذ القاضي بعين الاعتبار لإرادة الطفل الذي بلغ من التمييز سنا كافيا في عدم رغبته في الرجوع إلى مكان تواجد إقامته الاعتيادية قبل النقل؟ فأي قوة يمكن إعطاؤها لإرادة الطفل؟

الجواب ليس سهلا ومتاحا كما يبدو لأول وهلة، فإذا كانت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 قد نصت على ضرورة الأخذ بإرادة الطفل الذي يقل سنه عن 16 سنة، ففي أي صورة يمكن منح هذه السلطة بين يدي الطفل للاعتراض على السلطة الأبوية، وعلى مبدأ الرجوع الفوري المنصوص عليه في الاتفاقية؟

الأكيد أنه لا يمكن تبرير ذلك بكون الطفل يتعرض لخطر جسمي أو نفسي، حيث إن هذا الأمر يشكل مبررا مستقلا لعدم الإرجاع منصوصا عليه في الفقرة الأولى من المادة 13، والحال أننا نتحدث عن الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من نفس المادة، وإذا تم ربط الأمر باختيار مكان الإقامة، فإن تحديدها من الناحية القانونية مسألة ممنوحة للأبوين في الحالة التي لا يكون فيها صراع أو نزاع بينهما، ولا دور للطفل في اختيار مكان إقامته،

فالأبوين هما من يمتلكان السلطة في ذلك يحددونها لوحدهم دون موافقة أولادهم على ذلك.[355]

هذا الأمر يجرنا إلى التساؤل عن إمكانية أخذ القاضي بوجهة نظر أحد الأبوين بالإضافة إلى رأي الطفل، فقد يكون الاعتماد بشكل مجرد على إرادة الطفل فقط، خاصة في سن المراهقة أعقد بكثير، ورغبة منه في التحرر من أحد أبويه ليس إلا.

فهل يمكن احترام رأي طفل ذي 13 سنة، والذي قرر البقاء مع والده، ولم يرغب في الرجوع لبلده الأصل عند والدته، حيث يجب عليه إنهاء دراسته الثانوية فيها؟ ولنفترض أن الأم في هذه الصورة صارمة معه، في حين أن الأب متسامح بشكل أكبر. فكيف يمكن تقدير إرادة الطفل في هذه الحالة؟

لذا يتعين على المحكمة أو السلطة التي تباشر الاستماع للطفل دراسة عدة عوامل، فالطفل الذي يعارض في الرجوع يقطن مع الوالد الذي قام باختطافه، ويمكن القول إنه عادة ما يقوم هذا الأخير بالتأثير على الطفل أو إغراءه، وقد يتعرض الطفل لضغط حتى يبقى مع "الخاطف"، كما قد يكون خائفا من التعبير عن إرادته من جهة أخرى.[356] فالمحيط الأسري، أو المؤسسة، أو الجهة التي ترعاه إلى حين صدور قرار الإرجاع من عدمه، يمكنها أن تمارس ضغطا نفسيا عليه.

صحيح أن الطفل يمكن أن يكون موضوع إغراء ليس بالضرورة بملابس جيدة، أو الألعاب، لكن قد يكون السبب وراء ذلك هروب أو إفلات من الضغط المدرسي، أو

---

[355]- راجع في هذا الشأن:

-**KLOTGEN(Paul):** « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », op.cit. p: 345.

[356]- راجع في هذا الصدد:

-**NOIR(Lucie)**: « La volonté de l'enfant enlevé», op.cit. p :04.

صرامة والدته ويفضل الحياة دون ضغط يومي. هذا الضغط الذي يعد ضروريا في غالب الأحيان كضغط المدرسة وإرادة النجاح. فالمحكمة يتعين عليها الوقوف على الحقيقة المخبأة وراء هذا الاعتراض، الذي بسبب الإهمال يمكن أن يضر بمستقبله الدراسي والمهني.

وبالمقابل يمكن للسلطات القضائية والإدارية أن تأخذ بعين الاعتبار رأي الطفل القاصر البالغ من العمر 14 سنة في البقاء في الدولة المختطف فيها، إذا قدر أن مستوى الحياة ببلد الإقامة لا يسمح لطفل غير ناطق بلغة تلك الدولة بتأمين عيشه بشكل طبيعي، وهو ما قد يدفعه لتعلم لغة تلك الدولة قصد الحصول على تعليم مساو. وفي نفس الوقت يتعين أخذ رأي طفل مصاب بإعاقة بعين الاعتبار في عدم الرجوع لدولته الأصل، إذا ثبت أن الطفل لا يتوفر على إمكانية للاستشفاء الطبي كتلك المتوفرة في البلد الذي نقل إليه.

ومن زاوية أخرى يقتضي البحث عن الإرادة تحليل نتائج الاستماع للطفل، ذلك أن الاستماع لهذا الأخير يجب أن يسمح بالتعريف بإرادته، هذه الإرادة تشتمل على رأي الطفل، واحتياجاته، وأمنياته (رغباته)، إذ ليس بالضرورة الخروج بنتيجة تعكس تعبير الطفل عن إرادته بشكل مباشر خلال مسطرة الاستماع، فقد يقتصر الطفل على سرد إحساسه كقاصر في وضعية اختطافه الدولي، حيث يتعين البحث في هذه الحالة عن فهم الأسباب التي تدفع الطفل لعدم الرغبة في الرجوع لمقر إقامته الاعتيادية.

غير أنه يجب على الطفل تعليل أمنياته بالشكل الذي يستجيب لتحقيق مصلحته الفضلى، وما يعبر عنه، وليس فقط قول ما يريد.[357]

[357]- هذا هو الموقف الذي تبنته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في قرارها الصادر بتاريخ 5 فبراير 2015، حيث أبرزت بشكل واضح مكانةمصلحة الطفل الفضلى عند تقدير إرجاع الطفل المختطف، انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-CEDH, arret Phostrira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c, Portugal, 5 février 2015, Dr. Famille, n 7, note, Adeline Gouttenoire, GAZ.Pal, 26 mars 2015, n 85, p : 19, note, E.Viganotti.

وبغض النظر عن مثل هذه الصعوبات المرتبطة بالاستماع للطفل، إلا أنه لا يتعين أن يتم إهمالها لمجرد الخوف، فالاستماع للطفل يسمح بالاعتراف بهذا الأخير كعنصر فعال، وبالمقابل فإذا تم التأكد على أن الطفل لم يصل درجة من الفهم، وغير قادر على التعبير بحرية، فلا يمكن أن يمنح له الحق في التعبير.

هذا الأمر هو ما دفع الأستاذ Andreas Bucher،[358] إلى الاعتقاد أن الأطفال يعدون كأشياء لا إرادة لهم في حالة تعرضهم للاختطاف، ويعتبر أن عنصر السن (12 أو 13) غير كاف لوحده، بل يتعين أن تكون للطفل القدرة على التعبير عن رأيه وبطريقة مستقلة (حرة)، وهو ما يقتضي من الطفل فهم واستيعاب الإشكالية المرتبطة بوضعية الاختطاف، فالوضع يتعلق بأن المقصود بالنسبة للطفل هو مكان إقامته وعيشه، وليس مع أي والد سيعيش.

ولمعرفة إرادة الطفل التي يتعين أخذها بعين الاعتبار، يمكن القول إنها يجب أن تكون حرة وتظهر الطفل بالشكل الذي يعكس كونه سيد نفسه واختياراته، وهي ما يعبر عنه بالقدرة على التحكم بتلقائية وعقلانية في الاختيارات الفردية، وتحديد مفهومه وتصوره لمصلحته.

وفي الاختطاف الدولي يعد عدم الرجوع تعبيرا عن رفض الطفل، وانعكاسا لما يحتاجه ويأمله، ولمعرفة إلى أي حد تعد الإرادة المعبر عنها مرآة عاكسة للحقيقة، يتعين تحليل مستوى تجلياتها، وذلك بتركيزها على هدف واحد أو أكثر، والتعبير عنها بقوة/ شدة معينة، وبشكل قار وثابت، يظهر أنها تجسيد لفكر مستقل وحر للطفل. فبقدر ما تظهر هذه المؤشرات بشكل بارز بقدر ما تؤخذ إرادة الطفل في اتخاذ قرارته.

---

[358]- انظر في هذا الرأي:

-BUCHER(Andreas): « L'enfant en droit international privé », op.cit. p 486.

وإذا كان هناك من خلاصات يمكن رصدها في هذا المحور الهام من الدراسة، فإنه يمكن القول إن اتفاقية لاهاي لسنة 1980-وباقي الاتفاقيات التي تطرقت للموضوع- وبغض النظر عن الوزن الذي تمنحه لرفض رأي الطفل في عدم العودة، فإن هذا الأمر يجب تقديره باحتياط بالنظر للظروف التي تم فيها التعبير عن رأيه[359]، هذه الخلاصة تُصوّر مفارقة مشاركة الطفل في القرارات التي تهمه بكونها تسمح طبعا بإعمال رأي الطفل ومنحه حرية (استقلال)، لكن يبقى الخوف كذلك من منح بعض الآباء سيئي النية وسيلة لدعم موقفهم/موقعهم بممارسة ضغط على الطفل بالشكل الذي يؤثر على استقلاله.

فإذا كان مبدأ الاستماع للطفل يبدو أمرا مرحبا به، بل ومرغوبا متى كان ذلك ميسرا، فإن مدى الأخذ برأي الطفل يبقى أمرا دقيقا جدا، فيما يتعلق بالمساهمة في التأسيس للحقيقة، فالأمر يعد صعبا للغاية لمعرفة ما إذا كان الطفل يقول الحقيقة، وهل تعبيره ينم عن إرادته[360]. كما أن الأمر يبدو في بعض الأحيان عسير الاختيار، فكيف

---

[359]- في التقرير المرفوع إلى رئيس الجمهورية الفرنسية بتاريخ 20 نونبر 2013 بمناسبة اليوم العالمي لحقوق الطفل، والمعنون ب " الطفل ورأيه في مجال العدالة"، تم تقديم مجموعة من الاقتراحات بهدف دعم حقوق الطفل في هذا الصدد، وقد تجسدت في المجال المني في ثلاث محاور تتمثل فيما يلي:

أولا: تدعيم معرفة الطفل بحقه في الاستماع إليه: وذلك من خلال إعلامه بهذا الأمر، ذلك أن نظام بروكسيل 2 مكرر فيما يتعلق بالاختطاف الدولي جعل من غياب إمكانية الاستماع للطفل يقع تحت طائلة عدم الاعتراف بالطبيعة التنفيذية للقرار الصادر في الموضوع. وقد اقترح في هذا الصدد التأسيس لآلية للإعلام مستقل عن أبوي الطفل، كمراسلة كتابة الضبط للطفل بهذا الخصوص، وإعداد مطويات، والحق في الاستشارة المجانية في هذا الشأن من طرف المحامين.

ثانيا: إعلام الطفل بمآل رأيه: وذلك من خلال إشعاره بطريقة بيداغوجية بالآثار المترتبة عن إدلاءه بموقفه أمام العدالة، من طرف القاضي، ومحاميه، ونائب الوكيل، أو المصالح التربوية، بألفاظ واضحة، ومتناسبة مع مستوى فهمه. ==

== ثالثا: توحيد الممارسات المتعلقة بنتائج الاستماع للطفل: وذلك بغرض الحد من التعارض الناتج عن هذا الأمر، والذي يساهم في عدم المساواة بين الأطفال في معالجة مختلف وضعياتهم.

لمعرفة المزيد في هذا الصدد، راجع:

-AVENA-ROBARDET(Valérie):« L'enfant et sa parole en justice», AJ, Famille, 2013, p 667.

[360]- إن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد يتعلق بمدى اعتبار الإرادة المعبر عنها من طرف الطفل صادرة عنه وتعبر عنه، أم مجرد اجترار لإرادة شخص آخر، والذي قد يكون في الغالب أحد الأبوين مرتكب فعل الاختطاف، أو نتيجة للظروف المحيطة به، والتي تجعله غير مدرك لموقفه.

انظر في نفس السياق:

يمكن القبول بأن مثل هذه القوة يمكن أن تذهب في تعارض مع إرادة من له السلطة الأبوية على الطفل؟

لذلك فإن مقاربة الموضوع يتعين أن تنبثق من فكرة مفادها أن عدم الإرجاع يشكل الاستثناء من قاعدة أصلية تروم بالأساس إرجاع الطفل لمكان إقامته، والحفاظ على روابطه الاجتماعية، فإذا كانت مصلحة الطفل معطى ثابتا في الاتفاقيات التي اهتمت بالاختطاف الدولي للطفل، ومن بينها اتفاقية لاهاي لسنة 1980، حيث تم التنصيص عليها في ديباجة الاتفاقية، وتم تكريسها بالنسبة لحق الطفل في الاعتراض على إرجاعه إلى مكان إقامته الاعتيادية؛ فإن مقاربة هذا الأمر يتعين أن تستحضر كون أن تلك المصلحة تتجسد بالأساس في إرجاع الطفل، والتي تتأسس على مسلمة مفادها أن قاضي مكان إقامة الطفل الاعتيادية هو المؤهل للاستماع إليه بشكل تفصيلي، لذلك ففي حالة اعتراض الطفل عن الرجوع يتعين أن يتم تقدير هذا الأمر بشكل جيد، وفي حدود.

ذلك أن التسليم ببساطة بقبول اعتراض الطفل دون تدقيق وتقدير لهذا الاعتراض قد يعد مؤشرا يساعد الآباء على اختطاف أطفالهم. كما أن اللجوء بشكل منتظم للاستماع للطفل، قد يفرغ الاتفاقية من جوهرها، ويجعل من حالات رفض الإرجاع المحددة على سبيل الحصر أصلا بدل أن تكون استثناء.

هناك إذن منافسة بين حق الطفل في التعبير عن إرادته، وحق الطفل في حمايته من إرادته أيضا!

المبحث الثاني: الاستثناءات الأخرى المبررة لعدم الإرجاع

-BUCHER(Andreas): « La volonté de l'enfant enlevé » In le droit en question, Mélanges on l'honneur de la professeure Margareta baddeley, Shulthess, Genève, 2017, p 73.

إذا كان رأي الطفل يعد مبررا في بعض الأحيان للحكم بعدم إرجاعه لمكان إقامته الاعتيادية، مراعاة لمصلحته الفضلى، فإن هناك اعتبارات أخرى ترتبط بنفس المصلحة حتمت على واضعي الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالميدان فرضت إقرار استثناءات أخرى.

وعموما، يمكن تقسيم هذه الاستثناءات إلى استثناءات ذات ارتباط بممارسة حق الحضانة (المطلب الأول) أو يفرضها أخذ مصلحة الطفل بعين الاعتبار (المطلب الثاني)، أو يفرضها احترام مبادئ حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: استثناءات مرتبطة بممارسة حق الحضانة

نصت المادة 13 من اتفاقية لاهاي بخصوص هذا الاستثناء على ما يلي:

"على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة، لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر بإعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تعارض إعادة الطفل من إثبات أن:

أ) الشخص أو المؤسسة أو أي هيئة أخرى ترعى شخص الطفل لم تكن تمارس فعلا حقوق الحضانة وقت النقل أو الإعادة بشكل فعلي، أو كانت قد وافقت مسبقا أو فيما بعد على النقل أو على عدم إعادة الطفل[361]؛"

[361]- وردت الصيغة الفرنسية لهذه الفقرة وفق ما يلي:

« Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du

وبدورها تضمنت الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض الدول الإفريقية مقتضيات مشابهة لما سلف، حيث نص الفصل 25[362] من الاتفاقية المغربية الفرنسية على ما يل:

"يأمر القاضي في الدولة التي نقل إليها الطفل أو احتفظ به فيها بتسليمه فورا بصفة وقتية، ما لم يثبت من نقل الطفل أو احتفظ به إحدى الحالتين التاليتين:

1- أن الحاضن وقت الخرق المثار لم يكن يمارس حضانة الطفل فعليا أو بحسن نية؛"

وفي نفس الإطار كرست المادة 7 من الاتفاقية المغربية البلجيكية[363] هذا الاستثناء بتنصيصها على ما يلي:

"لا تكون السلطة القضائية للدولة المطلوبة، بالرغم من مقتضيات المادة 6 أعلاه، ملزمة بالأمر بإرجاع الطفل، إذا اثبت الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تمانع في رجوعه:

1- أن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي كانت تتكفل بالطفل لم تكن تمارس فعليا حق الحضانة وقت النقل أو عدم الرجوع، أو أنها وافقت أو قبلت بعد بهذا النقل أو عدم الرجوع؛"

---

déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour, »

[362]- الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 7 أكتوبر 1987، ص: 931.

[363]- اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة، تم التوقيع عليها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002 ولم تتم المصادقة عليها بعد.

إن قراءة أولية لهذا الاستثناء تفيد أنه يحيل على معطيات يستشف منها غياب أو فقد لممارسة حق الحضانة من طرف صاحبها، ففلسفة هذا المقتضى ترتبط بشكل وثيق بفكرة مفادها أن الشخص الذي لا يبدي اهتماما بممارسة حقه في الحضانة، يعد مفرطا، ولا يحق له بناء على ذلك المطالبة بإرجاع الطفل في حالة نقله إلى دولة أخرى.

ولتفعيل هذا الاستثناء يشترط أن لا يكون لصاحب حق الحضانة أي اتصال مع الطفل، وألا يتواجد في حياته المادية والعاطفية.

أما فيما يتعلق بالصورة الثانية لهذا الاستثناء، فإنها لا تنصرف إلى الممارسة الفعلية لحق الحضانة، ولكن إلى وجود موافقة من الحاضن على نقل الطفل، سيان في ذلك، هل هذه الموافقة كانت قبلية، أو بعدية؟

فالحاضن الذي يعبر بمحض إرادته عن موافقته على نقل الطفل، لا يمكنه بدوره الاحتجاج بعد ذلك على واقعة النقل، والمطالبة بالحماية التي توفرها الاتفاقية عن طريق دعوى الإرجاع.

ومن جانب آخر يشترط أن يتم التعبير عن الموافقة على النقل بشكل صريح، وفي معرفة ودراية كافية بالآثار المترتبة عن ذلك، ولا يهم في ذلك إن تم منح الموافقة من قبل أو بعد النقل.

ولا يمكن طبقا لهذه المادة الأمر بالإرجاع إذا لم يثبت كون الشخص الذي يطالب بإرجاع الطفل قد مارس بشكل فعلي حق الحضانة وقت النقل أو عدم الإرجاع، وقد اعتبر الأستاذ "إيف لوكيت"[364] أن هذا المقتضى يعد تكرارا وإطنابا في الاتفاقية، ما دام

[364]- راجع في ذلك:

-**Yves Lequette** : commentaire sous arrêt de la cour de cassation du 16 juillet 1992, D, p : 570.

أن شرط الممارسة الفعلية لحقوق الحضانة يعد من الشروط الأساسية لقبول دعوى الإرجاع.[365]

وفي تطبيق للفقرة السابقة التي أقرت أنه لا يتعين الأمر بإرجاع الطفل إذا وافق من له حق الحضانة مسبقا أو لاحقا على النقل أو عدم الإرجاع، أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 16 يوليوز 1992[366] إلى أن الموافقة على النقل يمكن أن تكون ضمنيا، لكن يتعين أن تكون فاصلة ولا تدعو إلى الشك.

فالأب في هذه النازلة طالب بإرجاع أولاده للولايات المتحدة الأمريكية، ثم بعدها باشر مع زوجته إجراءات تقديم الطلاق بشكل مشترك، وتم الاتفاق أثناء سريان المسطرة على منح الأم حق حضانة أولادها، لكن تم ربط هذا الاتفاق بالتزامات مادية،

---

[365]- وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من الاتفاقية، والتي ورد فيها ما يلي:

يعتبر نقل الطفل أو احتجازه غير مشروع في الحالات التالية:

ت- 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 أو احتجازه؛

ث- إذا كانت هذه الحقوق قد مُورست فعليا وقت النقل أو الاحتجاز، سواء بشكل مشترك أو فردي، أو كانت ستمارس لو لم يحدث نقل الطفل أو احتجازه.

[366]- ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

« Attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt attaqué retient que les propositions de M. X... relatives à la garde des enfants à l'occasion de la procédure de divorce produisent les effets d'un acquiescement au non-retour et que la demande de suspendre la saisine du Tribunal pendant le temps des pourparlers témoigne d'une tolérance à l'égard du non-retour des enfants propre à faire perdre à cette situation son caractère illicite ;

Attendu qu'en déduisant l'acquiescement au non-retour du seul accord provisoire donné par M. X... en vue de parvenir à une solution amiable qui n'a pas abouti et sans relever aucun acte manifestant sans équivoque et de façon certaine son intention de renoncer au retour des enfants qui demeuraient, sans son accord, hors leur résidence habituelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »

قرار عدد 18117-91 للاطلاع على هذا القرار والتعليق عليه، انظر:

-Defrénois, 1993, art 35572, note : Jaques Massip ; D, 1993, p : 570, note : Yves Lequette.

غير أن الأب تراجع عما صرح به وطالب بإرجاع الأولاد، وقام قضاة الموضوع برفض الطلب، بعلة أن الأب اتفق مع الأم على قبول نقل الأطفال بناء على مفهوم المادة 13 في فقرتها الأولى، غير أن محكمة النقض كان لها رأي أخر حيث اعتبرت أن الموافقة المؤقتة التي منحها الأب بهدف التوصل إلى اتفاق حبي، والذي لم يحدث، لا يمكن اعتبارها بمثابة موافقة، ما دام أنها لم تترجم بأي مقابل يوازيها، أو يعبر على أن الأب لم يعد يرغب في إرجاع أولاده.

وانطلاقا من هذا القرار يمكن القول إن الالتزام البسيط الصادر عن أحد طرفي العلاقة، لا يمكن أن يكيف كموافقة على النقل، ولا يمكن للطرف الآخر استغلال ذلك، وفرض الأمر الواقع بمنع الطفل من الرجوع.

هذا المعطى حاولت محكمة الاستئناف بباريس تجاوزه في قرار صادر عنها بتاريخ 24 ماي 1991،[367] والذي اعتبرت من خلاله أن اتفاق الطرفين من خلال العقد المبرم بينهما يشكل موافقة على النقل، ويرتب آثاره بين الزوجين.

وعموما يمكن القول إن هذا الشرط يشكل مظهرا من مظاهر ممارسة حق الحضانة المنصوص عليها في المادة الثالثة من الاتفاقية، غير أن الأولى أتت في معرض الحديث عن مفهوم النقل غير المشروع، والذي لا يعد كذلك إلا إذا كان حق الحضانة مكرسا بشكل فعلي، أما الاستثناء الأخير فيمكن إعماله لنسف المساعي الهادفة إلى إرجاع الطفل لمكان إقامته.

إلا أن إعمال الصورة الثانية لهذا الاستثناء، والمرتبطة بالموافقة القبلية أو البعدية على النقل، وإن كانت ظاهريا لا تطرح أي إشكال، فإن تفعيلها من الناحية العملية قد

---

[367]- راجع في هذا القرار:

-GAZ.PAL, 1992, p 676.

يثير الإشكال، خاصة عندما لا تكون الإرادة صريحة، أو عندما يتعذر إثبات منح الموافقة على النقل.[368]

المطلب الثاني: استثناءات يفرضها أخذ مصلحة الطفل بعين الاعتبار

تتجلى هذه الاستثناءات في استقرار الطفل في البيئة الجديدة (الفقرة الأولى)، ووجود خطر جسدي أو نفسي في حال إرجاعه(الفقرة الثانية)، ووجوده في وضع لا يطاق(الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: استقرار الطفل في البيئة الجديدة

ورد هذا الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة 12 من الاتفاقية، حيث نصت على ما يلي:

"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 قُدِمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة".

إن الاعتبار المتحكم في هذا الاستثناء ينبع بشكل كبير من الرغبة في حماية الطفل في محيطه الاجتماعي، فإذا كانت الفقرة الأولى من نفس المادة السابقة تضع على عاتق السلطات القضائية والإدارية للدول الأطراف في الاتفاقية التزاما باستصدار أمر فوري بإعادة الطفل إلى مقر إقامته الاعتيادية إذا الفترة المنقضية بين تاريخ النقل أو الاحتجاز غير المشروع وتاريخ بدء الإجراءات بواسطة السلطات المذكورة تقل عن عام واحد، فإن هذا الالتزام يخف في حالة تجاوز أجل السنة.

---

[368]- للتوسع أكثر حول هذه الإشكالات، راجع:

-GALLANT (Estelle): « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », Défrenois, 2004, p: 301- 302.

فمن جهة تم حذف طابع الفورية في هذه الصورة الثانية، حيث تحدثت عن استصدار أمر بالإرجاع، دون الإشارة إلى عبارة "فوري"،[369] ومن جهة أخرى، لا يتعين الأمر بالإرجاع إذا تم تقديم الدلائل على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة.

هذا المعطى الأخير يعكس الرغبة في حماية طابع الاستقرار في حياة الطفل، فمرور أكثر من سنة على نقله إلى بلد آخر تعد مدة كافية من الناحية النظرية لاندماجه في محيطه، وربطه لعلاقات منتظمة مع أفراد عائلته، ومع أطفال الجيران، وبالمدرسة، والحي الذي يقطنه، سيما إذا كان الطفل صغيرا، حيث يسهل اندماجه مقارنة مع الأطفال في سن المراهقة،[370] حيث يكون اندماجهم بطيئا.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن تفعيل الاستثناء المذكور رهين بمرور أجل السنة المنصوص عليه في المادة السابقة، ومعنى ذلك أنه لا يلتفت إلى درجة اندماج الطفل بمحيطه الجديد، ولو قدمت البراهين على ذلك بغاية تفادي استصدار أمر بالإرجاع لمكان إقامته الاعتيادي إذا لم يكن أجل السنة المذكور قد انصرم بعد.

ولا شك أن هذا المقتضى هو ما يميز هذه الحالة عن الاستثناءات الأخرى الواردة في المادة 13، والتي تقوم على أسباب أخرى تبرر عدم إرجاع الطفل، ولا يعد من ضمنها عنصر مرور مدة زمنية معينة على نقل الطفل.

ومن جانب آخر فإن مقتضيات المادة 12 من الاتفاقية تنعكس على طبيعة دعوى الإرجاع بالنظر إلى رفعها قبل أو بعد مرور مدة السنة المنصوص عليها. فإذا قدم طلب

---

[369] - ويترتب عن هذا الأمر الاكتفاء بالمساطر القضائية العادية، دون اللجوء للقضاء الاستعجالي، لأن علة الإرجاع الفوري زالت في هذه الصورة بمرور مدة تزيد عن السنة، وهي مدة كافية للطفل كي ينسى بعض من ذكرياته بمكان إقامته الاعتيادية القديم.

[370] - راجع في هذا الصدد:

-**BUCHER(Andreas)**: « L'enfant en droit international privé », Bale, Hebing, lichtenhan, LGDJ, 2003, p: 158.

الإرجاع داخل أجل السنة، فإنه لا يمكن الاعتراض على إرجاع الطفل إلا بالاستناد على الاستثناءات المنصوص عليها في المادتين 13 و 20 من الاتفاقية، أما إذا قدم الطلب بعد انصرام أجل السنة، فإن حظوظ الإرجاع قد تصطدم بالإدلاء بما يفيد اندماج الطفل في محيطه الاجتماعي الجديد، ذلك أن عامل الوقت يعد حاسما في الموضوع، فكلما انصرمت المدة بشكل أكبر، كلما قلت فرص الإرجاع[371].

وإذا كان مرور مدة السنة المذكورة يعد قرينة على استقرار الطفل في بيئته الجديدة، فإن هذه القرينة تعد بسيطة يلزم لتفادي إرجاع الطفل تقديم الدلائل التي تعضدها، والتي قد يستشف منها أن الطفل مستقر في محيطه الذي انتقل إليه، ويقع عاتق إثبات هذا الأمر على الشخص الذي يعارض في إرجاع الطفل.

ومن بين الدلائل التي يمكن تقديمها في هذا الصدد، الإدلاء بما يفيد متابعة الطفل لدراسته، وتمكنه من لغة البلد الذي يوجد فيه، وممارسته لنشاط رياضي، واعتياده على زيارة أقربائه، واكتسابه لمعارف وصداقات في المدرسة والحي الذي يقطنه...ويمكن تدعيم هذا الأمر ببحث اجتماعي يقوم به ذوي الاختصاص يبرز مدى تعلق واستقرار الطفل في محيطه الجديد. كما يمكن للمحكمة أن تجري بحثا مع الطفل للوقوف على هذا الأمر[372].

---

[371]- إن هذا الوضع يفرض على القضاة الذين ينظرون في النزاع إعمال سلطتهم التقديرية باستحضار إمكانية اكتساب الطفل لإقامة اعتيادية في دولة مكان نقله، واندماجه في بيئته الاجتماعية الجديدة، وذلك في حالة انصرام أجل السنة.

راجع في نفس الصدد:

-**GALLANT (Estelle)**: « Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé», RCDIP, 2006, p: 131.

[372]- لقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 12 دجنبر 2006، قضاة الموضوع الذين اعتمدوا للتحقق من مدى اندماج الطفل في فرنسا بعد انصرام أجل السنة المنصوص عليه في المادة 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، على إجراء بحث تم فيه الاستماع للطفل، حيث تأكد لها اندماجه الدراسي بشكل جيد، وتأقلمه مع محيطه. ومما ورد في هذا القرار، نذكر ما يلي:

« Mais attendu qu'après avoir relevé que l'article 12 de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980, dont l'application n'était contestée ni par le ministère public, ni par M. X..., et qui était invoqué par Mme Y..., prévoyait dans son

غير أن المادة السابقة تثير إشكالا آخر يرتبط بالوقت التي يتعين على أساسه بدء سريان أجل السنة المنصوص عليه، فهل يعتمد على القراءة الحرفية للمادة 12، والقول تبعا لذلك بأن المعتبر هو تاريخ النقل، أو عدم الإرجاع؟ أم أن الأمر خلاف ذلك، حيث يتعين احتسابه من تاريخ اكتشاف المكان الذي نقل إليه الطفل؟

الأكيد أن الحل يختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الإشكال، فإذا كان الغرض هو حماية مصلحة الطفل، والتي تتجسد في هذه الحالة في الحفاظ على استقراره واندماجه في محيطه الجديد، فإن الذي يجب أن يعتد به هو تاريخ النقل، أو عدم الإرجاع. أما إذا تم النظر إلى الموضوع من زاوية الشخص الذي كان حاضنا للطفل قبل النقل أو عدم الإرجاع، والذي يعد ضحية للاختطاف بحرمانه من ممارسة حضانته، وقطع علاقته بالطفل[373]، فإن المنطق يقتضي ترجيح تاريخ العلم بمكان تواجد الطفل.

إن الرجوع إلى التقرير التفسيري للاتفاقية يفيد أن الغاية المتحكمة في إدراج هذا الاستثناء في الاتفاقية هي حماية مصلحة الطفل الفضلى، والتعبير من جهة أخرى على أن طلب الإرجاع يتعين أن يقدم خلال فترة زمنية معقولة.[374]

---

deuxième alinéa, l'hypothèse où, quand la demande de retour est introduite, comme en l'espèce, le parquet ayant saisi la juridiction plus d'un an après le déplacement, l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu devait être examinée, c'est sans violer le principe de la contradiction ni l'objet du litige que la cour d'appel, a estimé souverainement, après audition de l'enfant, que son intégration scolaire était excellente, ainsi que son adaptation à son nouveau==
==milieu et que son intérêt supérieur commandait qu'elle ne retournât pas auprès de son père aux Etats-Unis ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; »

قرار عدد 06-13-177 للاطلاع على القرار كاملا، انظر: www.legifrance.gouv.com

[373]- لقد سبق للمحكمة العليا الألمانية أن اعتبرت في قرار لها بتاريخ 24 أبريل 1992 بأن اندماج القاصر اجتماعيا في ألمانيا، وهو ما يؤكده تسجيله في المدرسة، يجعل تفسير الاتفاقية منصبا على حماية مصلحته، وليس حقوق الآباء.

راجع بخصوص مضمون هذا القرار: JDI, 1993, p : 380.

[374]- راجع في ذلك:

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في قرار صادر بتاريخ 1 يوليوز 2008،[375] مؤكدة أن المعتد في احتساب أجل السنة الوارد في المادة 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، هو تاريخ النقل أو عدم الإرجاع، وليس تاريخ علم الأم الحاضنة بمكان تواجد أطفالها.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية المغربية الإسبانية الموقعة بتاريخ 30 ماي 1997، تضمنت مقتضيات مشابهة في هذا الصدد، غير أن الملاحظ أن المدة المشار إليها في هذه الاتفاقية تقل عن ما سبق ذكره، إذ حددتها في ستة أشهر عوضا عن أجل السنة، وهو ما تطرقت له المادة التاسعة، حيث ورد فيها ما يلي:

"في حال تقديم طلب الإرجاع بعد انتهاء أجل ستة أشهر تأمر السلطة القضائية بإرجاع الطفل بنفس الشروط ما لم يثبت أن الطفل قد اندمج في وسطه الجديد...".

إن أول تساؤل يثار بهذا الخصوص يتعلق بمدى كفاية مدة الستة أشهر المنصوص عليها في هذه الاتفاقية لحصول اندماج الطفل في وسطه الجديد، علما أن لفظة "اندماج" ذات حمولة أكبر من عبارة الاستقرار الواردة في اتفاقية لاهاي.

-PEREZ-VERA (Elisa) : « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 »,op.cit. p: 433.

[375]- قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الأولى تحت عدد 07-15402. ومما ورد فيه نذكر ما يلي:= ==« L'article 12, alinéa 1er, de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dispose que lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat. Viole dès lors ce texte la cour d'appel qui, pour fixer le point de départ de ce délai, retient qu'il s'est écoulé moins d'un an entre le moment où la mère a eu connaissance du lieu où se trouvaient ses enfants et celui où l'autorité judiciaire française a été saisie, alors que le délai d'un an court du jour du déplacement ou du non-retour de l'enfant au jour où la juridiction de l'Etat requis est saisie ».

للاطلاع على هذا القرار، راجع الموقع التالي: www.legifrance.gouv.com

الأكيد أن المدة السابقة لا تعد كافية لحصول استقرار للطفل في بيئته الجديدة، فأحرى حصول اندماج له، خاصة إذا قام المختطف بإخفائه عن العالم الخارجي في الأيام الأولى للاختطاف, لذا يمكن الاستنتاج أن مشرعي هذه الاتفاقية لم يتوفقوا في التنصيص على تلك المدة.

وخلافا لهذا الأمر، عملت الاتفاقية المغربية البلجيكية[376] على التنصيص ضمن مقتضياتها على استثناء يقضي بعدم إرجاع الطفل إذا انصرم أجل سنة بين تاريخ النقل أو الاحتفاظ به بشكل غير مشروع، وبين تقديم الطلب أمام السلطات القضائية، وثبت أن الطفل قد اندمج في وسطه الجديد. وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السادسة وفق ما يلي:

"يجب علي السلطة القضائية المحال عليها الطلب رغم انصرام مدة سنة المنصوص عليها في الفقرة السابقة، أن تأمر كذلك بإرجاع الطفل، ماعدا إذا ثبت أن الطفل قد اندمج في وسطه الجديد".

وفي تطبيق لمحكمة النقض الفرنسية لمقتضيات المادة 12 أعلاه، ألغت هذه الأخيرة في قرار لها صادر بتاريخ 13 يوليوز 2017[377] قرار محكمة الاستئناف بفرساي، الذي

---

[376]- اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة، وحق الزيارة تم التوقيع عليها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002، ولم تتم المصادقة عليها بعد.

[377]- قرار عدد 17-11927، صادر عن الغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

« Attendu que, pour retenir que Paolina ne peut être considérée comme intégrée dans son nouveau milieu, l'arrêt relève que l'enfant, qui réside en France depuis deux ans avec sa mère et ses demi-frères et sœur, est scolarisée depuis septembre 2015, comprend sans difficulté le français et le parle couramment, mais que sa mère, qui ne s'exprime pas en français, est en demande d'asile en France, ne peut y travailler et réside chez un tiers, qui l'héberge avec ses trois enfants ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, dont il résultait que l'enfant s'était intégrée dans son nouveau milieu, a violé les textes susvisés ; »

استبعد القرائن التي تم الإدلاء بها لإثبات اندماج الطفلة فوق التراب الفرنسي، بعلة أن والدتها التي لا تتحدث اللغة الفرنسية، والتي تقدمت بطلب اللجوء، لا يمكنها العمل، ولكونها تقطن لدى الغير، الذي يعيلها رفقة أولادها الثلاثة. والحال أنه تم الإدلاء بما يفيد اندماج الطفلة موضوع طلب الإرجاع في محيطها، والمتمثل في استقرارها في فوق التراب الفرنسي منذ سنتين، ومتابعتها للدراسة منذ شتنبر من سنة 2015، وفهمها وتحدثها بطلاقة للغة الفرنسية.

ومن خلال هذا القرار يتبين أن قضاة محكمة النقض أشاروا إلى نقطة أساسية تتعلق بكون أن مقاربة المادة 12 من اتفاقية لاهاي، يتعين أن تتم بالنظر لمدى استقرار واندماج الطفل في محيطه الجديد، وليس اندماج الشخص الذي يرعاه.

وفي قرار آخر لنفس المحكمة، صادر بتاريخ 8 يوليوز 2010[378]، قامت هذه الأخيرة بإلغاء قرار محكمة الاستئناف برين، الذي أمر بإرجاع طفلة لمكان إقامتها ببريطانيا، دون

للاطلاع على هذا القرار، راجع الموقع التالي: www.legifrance.gouv.com

[378]- قرار عدد 09-65505، صادر عن الغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

« Alors que, lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 de la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat ; qu'en l'espèce, l'enfant Soa, qui avait sa résidence en Angleterre auprès de ses deux parents, a été illicitement déplacée en France par sa mère le 18 septembre 2007, une décision du juge anglais lui ayant interdit ce même jour de faire sortir Soa du territoire anglais ; que le 25 janvier 2008, soit moins d'un an après ce déplacement illicite, Madame Y... a été assignée devant le Juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Rennes aux fins notamment que lui soit ordonné de ramener l'enfant Soa en Angleterre ; qu'en jugeant pourtant qu'il n'apparaissait pas opportun d'ordonner le retour de l'enfant Soa qui réside en France depuis plus d'un an et s'est intégrée dans son nouveau milieu tant sur le plan scolaire que des relations familiales, la Cour d'appel a, par refus d'application, violé l'article 12 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980.»

أدنى اعتبار للدفع المتعلق بكونها اندمجت في محيطها الجديد في فرنسا، سواء على المستوى الدراسي، أو العلاقات الأسرية.

الفقرة الثانية: وجود خطر جسدي أو نفسي

إن الاطلاع على الاتفاقيات الدولية الصادرة في ميدان الاختطاف الدولي للأطفال يسمح بالقول إن هذا الاستثناء يشكل عنصرا مشتركا تكاد لا تخلو منه أي من تلك الاتفاقيات.[379]

للاطلاع على هذا القرار، راجع الموقع التالي: www.legifrance.gouv.com

راجع في نفس الاتجاه حكم محكمة الدرجة الكبرى بباريس الصادر بتاريخ 8 فبراير 1993، والتعليق عليه: ==

==RCDIP, 1993, p : 650, note : Bernard Ancel.

[379]- تم التنصيص على مقتضيات مماثلة في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها المملكة مع العديد من الدول، وقد وردت كما يلي:

المادة 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981:

"يأمر القاضي في الدولة التي نقل إليها الطفل أو احتفظ به فيها بتسليمه فورا بصفة وقتية، ما لم يثبت من نقل الطفل أو احتفظ به إحدى الحالتين التاليتين:

1- ...؛

2- أن تسليم الطفل إلى الحاضن قد **يعرض صحته أو سلامته للضرر** نتيجة حادث يكتسي خطورة استثنائية وظهرت إماراته منذ تاريخ الحضانة."

المادة 9 من الاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال ل 30 ماي 1997:

"في حال تقديم طلب الإرجاع بعد انتهاء أجل ستة أشهر تأمر السلطة القضائية بإرجاع الطفل بنفس الشروط ما لم يثبت أن الطفل قد اندمج في وسطه الجديد أو أن **إرجاعه سيعرضه لخطر جسدي أو نفساني** أو سيجعله في وضعية لا تحتمل."

المادة 7 من الاتفاقية المغربية البلجيكية بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة الموقعة بتاريخ 26 يونيو 2002 (لم تتم المصادقة عليها بعد):

"لا تكون السلطة القضائية للدولة المطلوبة، بالرغم من مقتضيات المادة 6 أعلاه، ملزمة بالأمر بإرجاع الطفل، إذا اثبت الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تمانع في رجوعه :

1- ...

2- أنه يوجد احتمال كبير بأن إرجاع الطفل **سيعرضه لخطر جسدي أو نفساني** أو سيجعله بأي شكل من الأشكال في وضعية غير مقبولة.

ولا شك أن مبعث ذلك هو تحقيق مصلحة الطفل الفضلى، والتي تتجسد في حمايته مما قد يؤثر على سلامته الجسدية والنفسية ببلد إقامته الاعتيادية.

وهكذا فقد نصت اتفاقية لاهاي على هذا الاستثناء كأحد مبادئها الأساسية التي تبرر تعطيل آلية الإرجاع المنصوص عليها في الاتفاقية، حيث ورد في المادة 13 منها ما يلي:

على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة، لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر بإعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تعارض إعادة الطفل من إثبات أن:

أ) ...

ب) ثمة مخاطر جسيمة لإعادة الطفل قد تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي أو وجوده في وضع لا يطاق.

وإذا كان التطبيق العملي المرتبط بتفعيل الاستثناءات الواردة في الاتفاقية سالفة الذكر قد حظي باهتمام كبير، فإن تفعيل هذا الاستثناء شكل قطب الرحى في اجتهادات المحاكم، وذلك بالنظر لأهميته العملية في الحفاظ على مصلحة الطفل، وفي حساسيته كذلك لارتباطه بالسلامة الجسدية والنفسية للطفل.

ولم يخل التكريس العملي لهذا الاستثناء من إشكالات ارتبطت بمضمون الخطر، وآليات تقديره، كما عرف المفهوم السابق تطورا ملموسا وبارزا عند تفعيله عمليا.

وانطلاقا من مقتضيات المادة 13 سالفة الذكر يمكن القول إن العبارة المرتبطة بالخطر الذي قد يعرض سلامة الطفل الجسدية والنفسية للضرر تفتح الباب على مصراعيه للاجتهاد القضائي، وذلك بإدخال كل الاعتداءات التي قد تطال أو تهدد الطفل.

وباستقراء الاجتهاد القضائي الصادر في الموضوع نلاحظ بشكل بارز أن أغلب الآباء مرتكبي فعل الاختطاف يلجؤون لهذا الاستثناء بغية تعطيل إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية.

هذا التنامي المتزايد المرتبط بإثارة الاستثناء المذكور دفع بالقضاء إلى محاولة وضع قواعد عمل مشتركة بغية توحيد التفسيرات المرتبطة بمضمون الخطر الجسيم، وذلك بالاستعانة في تحديده في بعض الأحيان بمعايير قانونية، وأخرى مستمدة من مصطلحات علم النفس، وعلم الاجتماع. غير أن استعمال مصطلحات مجردة مثل "خطر جسدي أو نفسي"، أو "ضرر أو خطر جسيم"، سمح بترك مجال أو هامش مريح للقضاة للاجتهاد في الموضوع وفق ما يناسب.

هذا الأمر يجعل من العسير وضع لائحة بالوضعيات التي يمكن أن تشكل خطرا على الطفل، وهو ما يفرض على القضاة تقدير كل حالة على حدا.

ومن المؤكد أن تقدير حالة الخطر يخضع لسلطة التفسير التي يستقل بها قضاة الموضوع، والتي لا رقابة لمحكمة القانون عليها إلا فيما يتعلق بإبراز عناصر التقدير، والتعليل[380]. وهو ما يسمح ببسط رقابة المحكمة العليا على قضاة الموضوع من هذه الزاوية.

---

[380]- في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 23 أكتوبر 1990، اعتبرت هذه الأخيرة أن استنتاج محكمة الاستئناف من خلال تحليلها

لعدة عوامل بغياب أي خطر على الأطفال في إرجاعهم، مبرزة أنهم يتابعون دراستهم بشكل طبيعي، ويعيشون بشكل متوازن ومرح، ولا يتأثرون بأي مخلفات من ماضيهم.

ومما ورد في هذا القرار نذكر ما يلي:

« Mais attendu que pour soutenir qu'il existait un risque grave de nature à mettre obstacle, selon l'article 13 de la convention, au retour des enfants auprès de leur mère, M. X... se fondait essentiellement sur l'attitude irresponsable de celle-ci et les violences dont elle se serait antérieurement rendue coupable, indiquant seulement, de façon incidente, qu'elle avait maintenu pendant plusieurs mois, en 1986, un des enfants en Chine où se trouve sa famille contre la volonté du père et que ses dénégations au sujet d'un nouveau départ éventuel ne pouvaient==

وتفعيلا لذلك يتعين تعليل القرارات الصادرة في هذا الإطار بإبراز مضمون وعناصر الخطر الذي يتهدد سلامة الطفل البدنية والنفسية، وهو ما قد يسمح بإحداث نوع من التوازن بين مبدأ الإرجاع الفوري، ومبدأ الحفاظ على مصلحة الطفل الفضلى. فقاضي النقض يمارس صلاحيته من خلال مراقبته للعلل المستند عليها لتبني هذا الاتجاه أو ذاك من طرف قضاة الموضوع.

ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 12 دجنبر2006،[381] وبعد تذكيرها بأن محكمة الموضوع تستقل بسلطة تقدير وجود الخطر المحدق بالطفل من عدمه، عادت لتؤكد بضرورة التزام المحكمة السابقة ببسط رقابتها على الجانب المرتبط بإبراز العناصر التي أسست عليها السلطة التقديرية، واستنتجت تبعا لذلك بأن محكمة الاستئناف التي استندت على عدة معطيات للحكم بعدم إرجاع الطفل لألمانيا بناء على احتمال وجود خطر

==emporter la conviction ; que la cour d'appel qui n'était pas tenue de suivre M. X... dans le détail de son argumentation et de répondre à ses allégations a, après avoir analysé les preuves produites de part et d'autre, estimé qu'à l'heure actuelle les enfants suivaient une scolarité normale et vivaient dans une ambiance équilibrée et qu'il ne convenait pas de s'attacher à des faits passés pour y trouver un risque grave actuel pour les enfants ; qu'elle a ainsi suffisamment répondu aux conclusions invoquées ; que le moyen ne peut donc être accueilli ; »

للاطلاع على هذا القرار (رقم 87-16873) ، راجع الموقع التالي: www.legifrance.gouv.com

[381]- قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، تحت عدد 05-22119. ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

« Mais attendu que la cour d'appel, par une appréciation souveraine et indépendante des choix religieux de M. Y... et de son appartenance à l'Eglise de Scientologie, a retenu que le risque grave, mentionné à l'article 13 alinéa 1er b de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, résultait du manque de disponibilité du père pour son fils, incompatible avec sa prise en charge effective et quotidienne, de la propension de M. Y... à effectuer inconsidérément des dons d'argent de nature à mettre en péril sa situation financière, ainsi que du risque encouru par l'enfant quant à la prise en charge de ses soins médicaux, de sorte que, sans méconnaître les textes précités, la cour d'appel a estimé que la demande de retour immédiat de l'enfant en Allemagne devait être rejetée ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; »

للاطلاع على هذا القرار، راجع الموقع التالي:www.legifrance.gouv.com

نفسي وجسدي إذا ما تم ذلك، والذي يتجسد في غياب تواجد الأب مع ابنه، مما يتعارض مع ضرورة الاعتناء اليومي به، والاهتمام بعلاجاته الطبية...يكون قرارها مبنيا على أساس.

ولاتخاذ قرار الإرجاع من عدمه تفعيلا للاستثناء المذكور، يمكن للمحكمة أن تفعل الوسائل والآليات المتوفرة للتحقيق في النزاع، حيث يمكنها إجراء بحث اجتماعي، أو خبرة نفسية على الطفل للتأكد من وجود خطر على الطفل إذا ما تم إرجاعه لمكان إقامته الاعتيادية. وفي بعض الحالات يعد الاعتماد على الخبرة أمرا لا محيد عنه، خاصة عندما يتعلق الأمر باحتمال تعرض الطفل لصعوبات نفسية. وهذا هو المسلك الذي جعل محكمة النقض الفرنسية تعمل في قرارها الصادر بتاريخ 12 يوليوز 1994[382] على تأييد قرار محكمة الاستئناف الذي اعتمد في الحكم بعدم إرجاع الطفل على تقارير الخبرات الطبية التي أكدت أن افتراق الطفل عن والدته يدخله في دوامة من الحزن.

---

[382]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-Les petites affiches, 15-03-1995, n 32, p : 27, note : Jaques Massip.

-RCDIP , 1995, p : 96, note : Horatia Muir Watt.

ومما ورد في هذا القرار، نذكر ما يلي:

« Mais attendu, d'abord, qu'aux termes de l'article 13, alinéa 1er, b, de la convention de La Haye du 25 octobre 1980, le retour de l'enfant déplacé illicitement de sa résidence habituelle peut ne pas être ordonné lorsqu'il existe un risque grave que le retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ; que le danger ou la situation intolérable, au sens de ce texte, résulte aussi bien du nouveau changement des conditions de vie actuelles de l'enfant déplacé que des conditions nouvelles ou retrouvées dans l'Etat de sa résidence habituelle ;

Et attendu, ensuite, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'après avoir relevé, au vu de l'expertise, que la séparation de Fareed d'avec sa mère, compte tenu du très jeune âge de l'enfant et des circonstances qui l'ont amené à vivre en sa seule présence depuis plus d'un an, " serait vécue comme un deuil par l'enfant ", la cour d'appel a jugé que, dans l'immédiat, le retour de celui-ci aux Etats-Unis l'exposait à un danger psychique caractérisé ; qu'elle a, ainsi, légalement justifié sa décision ; »

ومن أجل مساعدة محاكم الموضوع في إيجاد مفهوم قانوني لعبارة الخطر الواردة في المادة السابقة، حاولت محكمة النقض الفرنسية في قرارها السابق إرسال إشارات لتحديد المقصود بالخطر الذي يبرر استثناء عدم الإرجاع، وذلك بتنصيصها على أن: " الخطر في مفهوم الاتفاقية، ينتج كذلك عن تغيير شروط عيش الطفل الحالية بعد النقل بالمقارنة مع الظروف الموجودة بمقر الإقامة الاعتيادية"

نفس هذا التوجه نحته المحكمة السابقة في قرارها الصادر بتاريخ 21 نونبر 1995[383] بتقديرها للخطر انطلاقا من الاعتبارات الناجمة عن تغيير شروط عيش الطفل المختطف مع الشروط السابقة التي كان يعيشها في بلد الإقامة الاعتيادية.

وفي قرار للمحكمة العليا الكندية، صادر بتاريخ 26 يناير 1994[384]، حاولت هذه الأخيرة إعطاء تعريف قانوني لمفهوم الخطر، مؤكدة أن خطر وجود ضرر قد يرتبط بإرجاع الطفل للوالد الآخر، أو بإبعاد الطفل عن الوالد الذي يرعاه. مشيرة إلى أن اندماج الطفل في بيئته الجديدة لا يصل إلى درجة من الخطورة التي قد تهدد الطفل. مما يجعل الاستثناء الوارد في المادة 13 غير وارد التطبيق.

الفقرة الثالثة: وجود الطفل في وضع لا يطاق

ورد هذا الاستثناء في الفقرة الثالثة من المادة الثالثة عشرة،[385] حيث نصت على ما يلي:

---

[383]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:
D, 1996, p : 468, note : Jaques Massip ; JCP, 1996, IV, 98.

[384]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:
Défrenois, 1994,art, 35892, note : Jaques Massip ; D 1995, 226, note : Choain, RCDIP, 1995, somm 806 ; JCP, 1994, IV, 836 ; GAZ. PAL, 1994. Panor. 108 et somm 668, note : Jaques Massip .

[385]- وردت الصيغة الفرنسية وفق الآتي: ==

على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة، لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر بإعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تعارض إعادة الطفل من إثبات أن:

أ) ...؛

ب) ثمة مخاطر جسيمة لإعادة الطفل قد تعرضه للأذى الجسدي أو النفسي أو وجوده في وضع لا يطاق.

وقد تضمنت الاتفاقية المغربية البلجيكية[386] مقتضى يماثل ما ورد في المادة سالفة الذكر، حيث نصت المادة السابعة منها على ما يلي:

لا تكون السلطة القضائية للدولة المطلوبة، بالرغم من مقتضيات المادة 6 أعلاه، ملزمة بالأمر بإرجاع الطفل، إذا اثبت الشخص أو المؤسسة أو الهيئة التي تمانع في رجوعه:

1- ...

2- أنه يوجد احتمال كبير بأن إرجاع الطفل سيعرضه لخطر جسدي أو نفساني أو سيجعله بأي شكل من الأشكال في وضعية غير مقبولة.

==« Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :

a) ...

b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. »

[386]- اتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة، تم التوقيع عليها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002 ولم تتم المصادقة عليها بعد.

وبدورها تطرقت المادة 9 من الاتفاقية المغربية الإسبانية[387] إلى هذا الأمر، حيث نصت في هذا الخصوص على ما يلي:

في حال تقديم طلب الإرجاع بعد انتهاء أجل ستة أشهر تأمر السلطة القضائية بإرجاع الطفل بنفس الشروط ما لم يثبت أن الطفل قد اندمج في وسطه الجديد أو أن إرجاعه سيعرضه لخطر جسدي أو نفساني أو سيجعله في وضعية لا تحتمل.

وكملاحظة أولى يمكن تسجيلها في هذا الصدد، يمكن القول إن عدم دقة المصطلح كما ورد في الاتفاقيتين الثنائيتين قد يطرح بعض الإشكالات على مستوى التطبيق، ذلك أن عبارة "وضعية لا تحتمل"، وفي "وضعية غير مقبولة"، قد تثير المقصود بالمصطلحين، والفرق بينهما، ما دام أن المشرع واحد.

وقد كان من الأفضل استعمال العبارة الواردة في اتفاقية لاهاي أعلاه، أولا باعتبارها شكلت مصدرا لباقي الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها بلادنا، ومن ثانيا باعتبارها تعكس الترجمة السليمة لمصطلح une situation intolérable الوارد في اللغة الفرنسية.

وبعيدا عن هذا الإشكال اللغوي، يمكن القول إن تطبيق هذا الاستثناء عمليا يعد أمرا صعبا، حيث يقتضي في البداية تحديد مضمون ما يعتبر غير مطاق بالنسبة للطفل، بالشكل الذي يحقق هذا مصلحته الفضلى في عدم الإرجاع.

وعموما، ومن خلال رصد العمل القضائي في الموضوع، يمكن القول إن هذا السبب الذي يبرر عدم الإرجاع يتحقق إذا كان من شأن رجوع الطفل أن يعرضه لسوء المعاملة، أو للحرمان من العناية المادية والمعنوية اللازمة.

---

[387]- الاتفاقية الموقعة في 30 ماي 1997 بمدريد بين المملكة المغربية والمملكة الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال. الجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 17 يونيو 1999.

كذلك إذا كان من شأن رجوع الأم مثلا إلى دولة الإقامة الاعتيادية تعريضها لصعوبات نفسية حادة، أو للسجن[388]، فإن هذا الأمر يؤسس لوضع لا يطاق بالنسبة للطفل. كذلك يمكن اعتبار أن السبب المرتبط بالوضعية العامة لدولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل، وكمثال على ذلك الوضعية الاجتماعية للمرأة والأطفال، التي قد تتميز بالهشاشة، مبررا لتفعيل المقتضى السابق. وتتحقق نفس الغاية إذا كان من شأن إرجاع الطفل أن يفرقه على إخوته.

وقد يثار التساؤل حول وجود مانع لرجوع مختطف الطفل، فهل يمكن اعتبار رجوع الطفل لوحده تجسيدا لما سلف؟

إن المنطق يقتضي عدم التسليم بما سبق على إطلاقه، إذ لا يمكن القبول بمثل هذا الأمر إلا إذا كان الطفل حديث الولادة أو في سن صغيرة، أما إذا كان بالغا، فلا يمكن تكييف الوضع الذي سيكون عليه وضعا لا يطاق.

وقد يكون لعامل ودرجة اندماج الطفل في دولة محل الاختطاف دورا مهما لتفعيل هذا الاستثناء من عدمه، فكلما كان الطفل مندمجا في محيطه الجديد ومستقرا فيه كلما كان من شأنه إرجاعه أن يجعله في وضع لا يطاق. وكلما كان العكس كلما زادت حظوظ الحكم بالإرجاع.

---

[388]- تتحقق هذه الصورة كثيرا في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، ذلك أنه وبالإضافة للجوانب المدنية التي تحاول الاتفاقيات المبرمة بشأنها معالجتها، فهناك مقتضيات في القوانين الجنائية لغالبية الدول تجرم فعل نقل الطفل من دولة لأخرى باعتباره يؤدي إلى حرمان من له الحق في الحضانة من ممارسة حضانته، وغالبا ما يلجأ الوالد ضحية الاختطاف إلى سلوك المساطر الجنائية بالموازاة مع إجراءات دعوى الإرجاع. ==

== ففي حالة صدور حكم في دولة الإقامة الاعتيادية سالب للحرية في مواجهة الخاطف، فإن تنفيذ حكم الإرجاع يعني بالضرورة إلقاء القبض على مرتكب الفعل لقضاء العقوبة، وهو ما يجعل الطفل وحيدا، خاصة إذا كان سنه صغيرا، وكان الخاطف هو الأم، فهذه الصورة تشكل تجسيدا واضحا للاستثناء المرتبط باحتمال وجود الطفل في وضع لا يطاق، وهو ما قد يبرر عدم إرجاعه تفاديا لهذا الأمر.

ومن بين المظاهر الأخرى للاستثناء السابق، عدم وجود إمكانية للأب "الخاطف" تخوله مراجعة المقتضيات المتعلقة بالحضانة بالمنازعة فيها في دولة إقامة الطفل، أو إذا كان الطفل سيودع عند الغير في حالة رجوعه، أو في دار للحضانة، أو مؤسسات الرعاية والاستقبال بعيدا عن حاضنيه الطبيعيين.

وقد كانت المناسبة سانحة للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لتفعيل مقتضيات الاستثناء السابق، ففي قرارها الشهير Neulinger/shuruk، الصادر بتاريخ 6 يوليوز 2010،[389] في قضية تتعلق بأم سويسرية كانت تقيم في إسرائيل مع زوجها الإسرائيلي، وأمام تخوف هذا الأخير من نقل طفلتهما إلى مجتمع أرثودوكسي، استصدر حكما عن محكمة تل أبيب يقضي بمنع الطفلة من السفر خارج إسرائيل إلى حين بلوغها سن الرشد، مع منح الحضانة المؤقتة للأم ، وجعل السلطة الأبوية مشتركة بينهما، مع منح الزيارة بينهما بالتناوب، والتصريح بطلاقهما.

وبعد ذلك قامت الأم بالسفر إلى سويسرا. وأصدرت المحكمة الفيدرالية السويسرية على إثر ذلك أمرا بإرجاع الطفلة إلى إسرائيل.

أمام هذا الوضع لجأت الأم إلى المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، حيث خلصت هذه الأخيرة في قرارها إلى أن هناك خرق المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان إذا ما تم تنفيذ قرار الإرجاع لإسرائيل، مشيرة إلى أنه ليست من مصلحة الطفلة العليا، باعتبارها حاصلة على الجنسية السويسرية، واندمجت كليا في هذا البلد الذي

---

[389]- انظر في هذا القرار والتعليق عليه:

-**RIETIKER (Daniel):** « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger/shuruk c. Suisse, analysée a la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », Rev. Trim.dr.h, 90, 2012, pp : 377- 413.

-JCP, 2011, p : 94, note : Frederik Sudre ; A.J. famille, 2010, p : 484, note, A, Boiché ; Dr.famille, 2011, n4, note : Adeline Gouttenoire.

عاشت فيه لأربع سنوات بدون انقطاع، وأنه بالرغم من إمكانية اندماجها من جديد بإسرائيل نظرا لسنها البالغ سبع سنوات، فإن ذلك سيؤدي لنتائج وخيمة ناتجة عن اجتثاثها من محيطها. وبالتالي يتعين الموازنة بين فوائد ومساوئ الإرجاع، خاصة وأن الأب لم يكن يمارس حقه في الزيارة، وتزوج من جديد، وله أطفال آخرين، ولا يؤدي نفقة طفلته.

وغني عن البيان أن مبررات المحكمة السابقة تعكس في تماه أحد أبرز مظاهر تفعيل الاستثناء السابق، والتي تتمثل في عدة عناصر كالآتي: النتائج الوخيمة لاجتثاثها من محيطها الجديد، إقامتها بسويسرا وارتباطها بها منذ أربع سنوات، ثم انشغال الأب بزواجه من أخرى، واعتنائه بأبنائها منه، ثم إهماله (عدم ممارسته في السابق لزيارة ابنته)، والصعوبات المالية التي قد توجد فيها الطفلة (ثبوت عدم أداء النفقة المحكوم بها في السابق).

وبدورها حاولت محكمة النقض الفرنسية رسم بعض معالم الاستثناء السابق، معتبرة في قرار يكتسي أهمية بالغة صادر بتاريخ 7 دجنبر 2016[390] بأن عدم مناقشة محكمة الاستئناف للدفع المتعلق بالقدرات التربوية المحدودة للأب، وانشغاله المهني الدائم، وصغر سن الطفل، وعدم مفارقته لأمه التي لا يعرف غيرها، والإذن بإرجاع الطفل رغم ذلك

[390]- قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، تحت عدد 16-20858. ومما ورد فيه ما يلي:

« Il résulte de l'article 13, b, de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable. Selon l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 20 novembre 1989, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors, prive sa décision de base légale une cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour au Canada d'un enfant illicitement déplacé, retient que, bien que les capacités éducatives du père ne soient pas sérieusement contestées, il est très pris par son activité professionnelle, et que l'enfant, très jeune, n'a jamais quitté sa mère et ne connaît pas son père.»

للاطلاع على القرار كاملا، انظر: www.legifrance.gouv.com

لكندا عند والده سيجعله في وضع لا يطاق، مما يجعل قرارها غير مبني على أساس، ويعرضه للنقض.

وفي قرار آخر لا يقل أهمية عما ذكر عادت نفس الغرفة بتاريخ 13 فبراير2013[391]، في قضية تتعلق بقيام أم فرنسية بنقل ابنتها من الولايات المتحدة الأمريكية إلى فرنسا، حيث قضت محكمة الاستئناف بغرونوبل بإرجاع البنت إلى مكان إقامتها الاعتيادية، دون تقدير منها للدفوعات التي أدلت بها الأم، والتي تتجسد في كون أن إرجاع طفلة صغيرة السن سيعمل على الإخلال بتوازنها، وأن من شأنه أيضا أن يصعب من تنظيم علاقتها مع والدتها، التي تعد حاملا، ويتعذر عليها بحكم ذلك التنقل ولو لمسافة قصيرة، وهو ما قد يدخل الطفلة في صعوبات ناجمة عن الإحساس بالضياع نتيجة فراق أمها. كل هذه المعطيات أدت بمحكمة النقض إلى إلغاء القرار الاستئنافي لعدم مراعاة ما ذكر.

معطيات أخرى ترتبط أساسا بتجنب افتراق طفل ذي ثلاث سنوات لوالدته، وكذلك لإخوته، جعلت محكمة النقض الفرنسية تؤيد في قرارها الصادر بتاريخ 22 يونيو 1999[392]

---

[391]- قرار رقم 11-28424، صادر عن الغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية. ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

« Dès lors, prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour aux Etats-Unis d'un enfant illicitement déplacé, relève que si les défaillances éducatives alléguées par la mère à l'encontre du père ne sont pas caractérisées, d'une part, il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, d'autre part, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un traumatisme de séparation et un sentiment d'abandon.»

للاطلاع على القرار كاملا، انظر: www.legifrance.gouv.com

[392]- قرار صادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية تحت عدد 98-17902. ومما ورد فيه نذكر ما يلي:

«Mais attendu que la cour d'appel, qui a justement retenu, par motifs propres et adoptés, que le risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable, mentionnés par l'article 13, alinéa 1er, b, de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 pour justifier le non-retour des enfants déplacés pouvaient résulter d'un nouveau changement dans les conditions de vie des enfants, a

قرار محكمة الاستئناف بأورليان الذي اعتبر أن من شأن إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية بألمانيا أن يجعله في وضع لا يطاق.

وعموما يمكن القول إن تفسير هذا الاستثناء من طرف المحاكم أبان عن جوانب من مظاهره التي يمكن الاقتداء بها، غير أن هذا الأمر يتعين أن يأخذ بعين الاعتبار شيئين اثنين، أولهما أن تقدير الاستثناء المذكور يؤخذ من زاوية مصلحة الطفل الفضلى، وثانيهما أن كل حالة يتعين التعامل معها بشكل مستقل عن الحالات الأخرى، وهو ما يسمح باستيعاب كل نازلة على حدا.

المطلب الثالث: احترام مبادئ حقوق الإنسان والحريات الأساسية

نصت المادة 20 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على ما يلي:

"يمكن رفض أمر إعادة الطفل الصادر بموجب أحكام المادة 12، إذا كانت المبادئ الأساسية للدولة المقدم إليها الطلب والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لا تُجيز ذلك".

وبإقرار الاتفاقية سالفة الذكر لهذا الاستثناء في صلبها، تكون قد أقحمت مقتضى غير معتاد في الاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، والذي يعد صعب التحديد بالنظر لمحتواه.

---

souverainement décidé que la séparation de sa mère d'un enfant de trois ans, ainsi que la rupture de la fratrie, comportaient un danger psychologique immédiat, et que le retour brutal des enfants en Allemagne les placerait, compte tenu de leur jeune âge, dans une situation intolérable ; ==

==Que l'arrêt est ainsi légalement justifié sur ce point ; »

للاطلاع على القرار كاملا، انظر: www.legifrance.gouv.com

لقد شكلت هذه المادة في الأصل نتاجا للتوافق بين الوفود الموافقة والمعارضة لإدماج بنود ممتازة للنظام العام clauses spéciales d'ordre public في صلب الاتفاقية، والتي شاركت في الدورة الرابعة عشر لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص.[393]

وقد تمت مناقشة هذه الإمكانية بشكل مستفيض في اللجنة الأولى بصياغات مختلفة، وفي الأخير وبعد أربع اقتراعات سلبية، وصوت واحد مخالف، وافقت اللجنة على قبول إمكانية رفض طلب الإرجاع مع الإشارة إلى تحفظ باسم النظام العام وفق صياغة ضيقة تتعلق بقانون الأسرة والطفل للدولة المطلوبة.

وقد وردت الصياغة الأولى بالإنجليزية على الشكل التالي:

« contracting states may reserve the right not to return the child when such return would be manifestly incompatible with the fundamental principles of the law relating to the family and children in the state adressed »

وقد أثار تبني هذه الصياغة عدة ملاحظات ارتبطت أساسا بكونها ستعمل على فتح ثغرة خطيرة في التوافق حول الاتفاقية، لهذا اقتنعت الدول الحاضرة في المؤتمر بضرورة البحث عن حل مقبول على نطاق واسع، والتزمت جل الدول بهذا النهج الذي يؤسس منهجا أكثر يقينا لضمان نجاح الاتفاقية.[394]

---

[393]- انظر في هذا الأمر:

-PEREZ-VERA (Elisa) : « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 433 et 434.

[394]- انظر في ذلك:

-PEREZ-VERA (Elisa): « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 »,op.cit, p: 434.

وقد تم تبني هذا الاتجاه لإيجاد استثناء ذي أساس قانوني داخلي لتفادي التحايل على الاختصاص الأصلي لسلطات دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل.

وفق هذا التصور تم تبني صياغة المادة 20 سالفة الذكر بالأغلبية،[395] وقد شكل ذلك مجهودا جديرا بالثناء بالنظر للتوافق الحاصل بين مختلف التوجهات، حيث تم التقليل من الدور الممنوح للقانون الداخلي للدولة محل الاختطاف.

فمن جهة تمت الإحالة على المبادئ الأساسية لحقوف الإنسان والحريات الأساسية، وهو أمر يتعلق بمجال قانوني يعرف إجماعا دوليا. ومن جهة أخرى ذهبت القاعدة المكرسة في المادة 20 أبعد من الصياغات التقليدية لبند النظام العام فيما يتعلق بمدى التعارض بين القانون الواجب التطبيق والدعوى المقامة. والنتيجة أنه لرفض الإرجاع بناء على هذا المقتضى، يتعين على السلطة التي تنظر في النزاع ليس فقط رصد التعارض بين إرجاع الطفل، والمبادئ المكرسة في المادة السابقة، ولكن كذلك كون المبادئ المتعلقة بحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية تمنع مثل هذا الإرجاع.

وفي أول اختبار حقيقي لهذه القاعدة من طرف المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، أصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 6 دجنبر 2005،[396] تتعلق وقائعه بقيام الطالبة بالعودة إلى تركيا رفقة ابنتها البالغة من العمر 4 سنوات لقضاء فترة العطلة، غير أنها قررت بعدها البقاء مع طفلتها بالرغم من معارضة الأب، وتقدمت بطلب يهدف إلى الطلاق، ومنحها

---

[395]- تم تبني هذه الصياغة من طرف 14 دولة، واعتراض 6 دول، وامتناع 4.

[396]- راجع في هذا القرار والتعليق عليه:

-Arret Eskinazi et chelouche c . turquie, 6 décembre 2005, Dr. Famille, 2006, comm, n 44, note : Fréderic Sudre.

-BEAUMONT (Paul R) :«the jurisprudence of the european court of human rights and european court of justice on the hague convention on international child abduction » RCADI, 2008, Tome 335, p:68.

الحضانة المؤقتة بعد أن كانت مشتركة مع الأب. وتقدم هذا الأخير من طرفه بطلب الطلاق أمام "السلطات الإسرائيلية"، مرفقا بملتمس إرجاع الطفلة لمكان إقامتها الاعتيادي، باعتبار أن نقل الطفلة إلى تركيا يعد اختطافا غير مشروع.

وقد اعتبرت الأم أن الحكم بإرجاع الطفلة إلى تل أبيب يشكل خرقا للحق في احترام الحياة الخاصة والأسرية، وأن من شأن تفريق الطفلة عن أمها خلق تعارض مع مصلحتها المتمثلة في عيشها في دولة لا ترتبط بها، ولا تعرف لغتها، وأن من شأن مقاضاة الطفلة أمام المحاكم العبرية أن يحرمها من الحق في مسطرة تواجهية ومنصفة مثل تلك المتاحة أمام القضاء التركي. هذا الأخير الذي يتعين عليه حماية تلك الحقوق، وأن إغفال كل ما ذكر يشكل خرقا كذلك للمادة 20 من اتفاقية لاهاي.

غير أن المحكمة الأوربية لم تقبل هذه الدفوعات، واعتبرت أنه في تاريخ تقديم طلب الإرجاع أمام "السلطات الإسرائيلية" كانت الطفلة في وضعية نقل غير مشروع وفقا لمفهوم اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وأن السلطات التركية لم تقدم أي عناصر جدية لرفض الإرجاع سواء تطبيقا لاتفاقية لاهاي المشار إليها، أو بناء على ما أثير من فراغ مسطري محتمل يمكن أن يشكل إنكارا ظاهرا للعدالة. مشيرة إلى أن السلطات التركية تجاهلت التزاماتها وفقا للاتفاقية، والتي تضمن الحق في مسطرة عادلة ومنصفة (المادة 6)، وكذا الحق في احترام الحياة الأسرية (المادة الثامنة).

ومن خلال هذا القرار يتبين أن المحكمة الأوربية، استبعدت التوسع في تفسير المادة 20 من اتفاقية لاهاي، وأعطت الانطباع بكون أن تفسير مفهوم احترام مبادئ حقوق الإنسان والحريات الأساسية يجب أن يكون في أضيق الحدود،[397] ويبقى في نطاق ما

[397]- راجع في هذا الاستنتاج: ==

يفرضه هذا الاستثناء، والذي لا يمكن بأي حال أن يعطل آلية الإرجاع التي تشكل جوهر مادة الاختطاف الدولي.

وفي قضية أخرى عرضت على القضاء الألماني[398] تتعلق بطفل مزداد بالولايات المتحدة الأمريكية من أب أمريكي وأم ألمانية يعيشان منفصلين عن بعضهما، ويقيم الطفل مع والدته، هته الأخيرة قررت العودة مع الطفل إلى ألمانيا ضدا على إرادة الأب. وأثارت بعد ذلك للاعتراض على القرار الصادر بإرجاع الطفل، كون مقتضيات اتفاقية لاهاي لسنة 1980 تخالف الدستور الألماني، وأن الحكم بالإرجاع في النازلة يعد خرقا الحقوق الأساسية.

وقد ردت المحكمة هذه الدفوعات بتأكيدها على أن الاتفاقية موضوع النقاش تهدف إلى حماية ضحية الاختطاف من الأبوين، كما تهدف إلى منع اختطاف الأطفال، واستبعدت كون أن إرجاع الطفل إلى الولايات المتحدة الأمريكية يعد بمثابة ترحيل له كما هو منصوص عليه في الدستور الألماني، وبالتالي فإن الاتفاقية تتعارض معه، مؤكدة أن تسليم الطفل لصاحب الحق في الحضانة من الأبوين لا يعد ترحيلا ولا يمكن مقارنته به.

وبدورها عملت المحكمة العليا للكبيك بكندا في قرار لها صادر سنة 1992[399] على رد دفوعات أم كندية قامت بنقل طفليها من بنسلفانيا بالولايات المتحدة الأمريكية إلى إقليم

==-MARCHADIER (Fabien): « La contribution de la cour européenne des droits de l'homme a l'efficacité des conventions de la Haye de coopération judiciaire et administrative », RCDIP, 2007, p: 699 et 700.

[398]- قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1995، مشار إليه في المؤلف التالي:

-SUMAMPOUW (Mathilde): « Les nouvelles conventions de la Haye, leur application par les juges nationaux », tome v, martinus nijhoff publishers, 1996, pp : 240-250.

[399]- للمزيد حول مضمون هذا القرار، يستحسن الرجوع إلى:

-SUMAMPOUW (Mathilde): « Les nouvelles conventions de la Haye, leur application par les juges nationaux », tome v, martinus nijhoff publishers, 1996, p: 253.

الكبيك للحم بعدم إرجاعها، مؤكدة أنه طبقا للقانون الساري المفعول بولاية بنسلفانيا فإن حق الحضانة يعد مشتركا للأبوين، وتبعا لذلك فإن تصرف الأم يعد غير مشروع بمفهوم الاتفاقية، وأن استناد الأم على كون إرجاع الطفلتين يتعارض مع حقوق الإنسان، والحريات المقررة في الكبيك، والمؤسسة على الحق الدستوري للمواطن الكندي في الدخول والإقامة ومغادرة كندا لا يستند على أساس سليم طالما أن هذا الأمر مقيد بما تفرضه اتفاقية لاهاي على الدول الأطراف من التزام بإرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، وهو ما لا يتعارض مع الحق السابق.

وبالرغم من مثل هذه الحالات التي شكلت اختبارا حقيقيا لتطبيق المادة 20 سالفة الذكر من طرف القضاء، فإنه خلافا لباقي الاستثناءات التي قد تبرر عدم إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، لم يكتب لهذا الاستثناء النجاح، حيث عرف محدودية في التطبيق، ولعل مرد ذلك كما ذهب البعض يرجع إلى كون أن أي اعتداء على مبادئ حقوق الإنسان، أو على الحريات الأساسية، يمكن أن يضع الطفل في حالة إرجاعه في وضع لا يطاق، مما يشكل استثناء مؤسسا وفقا للفقرة الأولى من المادة 13 من نفس الاتفاقية.

هذا الوضع دفع جانب من الفقه[400] إلى محاولة إيجاد تفسير للمادة السابقة يسمح بإبراز مجال تطبيقها، وهو ما قد ينطبق على وضعية الطفل اللاجئ، أو طالب اللجوء، حيث لا يمكن في هذه الحالة إرجاعه إلى دولته الأصل بحكم وضعيته. نفس الأمر ينطبق على الفرضية التي يمنع فيها قانون دولة مكان الإقامة الاعتيادية للطفل على المختطف مشاركته في المسطرة القضائية المتعلقة بإسناد الحضانة، حيث يعد هذا الأمر اعتداء كذلك

[400]- انظر في ذلك:

-BUCHER(Andreas): « L'enfant en droit international privé », Bale, Hebing, lichtenhan, LGDJ, 2003, p: 170 et 171.

على الحق في الحياة الأسرية المنصوص عليه في المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. وبنفس الدرجة يشكل منع المختطف من مغادرة بلده الأصل رفقة الطفل اعتداء على حق من حقوق الإنسان، مما قد يؤسس لاستثناء من عدم إرجاع الطفل بمفهوم المادة السابقة.

ومن جانب آخر اعتبر البعض[401] أن قوة المادة 20 من اتفاقية لاهاي تتجلى في كونها تشكل أرضية مهمة للدفاع عن بعض الأمهات ضحايا العنف المنزلي، حيث توجدن أمام مساومة من طرف الأب بين حياتهن أو التخلي عن أطفالهن لهذا الأخير.

وبذلك فالوسيلة الوحيدة للدفاع عن هذه الفئة هي استعمال الاستثناء الوارد في المادة السابقة قصد الاستقرار بعيدا عن تسلط الأب، هذا التسلط يشكل بدون شك تهديدا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

[401]- راجع في هذا الرأي:

-**WEINER (Merle H)**: « Xiomara's choice (your life or your child) : reinvigorating article 20 of the Hague convention on the civil aspects of international child abduction», In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 243.

الفصل الثاني: آفاق الاختطاف الدولي للأطفال

أبان التطبيق العملي لاتفاقيات التعاون ذات الصلة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال عن بعض الاختلالات التي ساهمت في الحد من تفعيل الآليات الدولية الهادفة إلى حماية الطفل في محيطه وبيئته الاجتماعية، والحرص على نموه النفسي والجسمي بعيدا عن كل ما يعكر صفوه.

وأمام هذا الوضع بات لزاما البحث عن عناصر الإجابة عن مثبطات التفعيل الجيد للآليات السابقة بما يكفل مصالح الطفل الفضلى.

ولا شك أن بعض عناصر الإجابة تجد أساسها في تفعيل الوساطة الأسرية الدولية، والتي تتميز بخصائص في هذا الميدان تميزها عن باقي أدوارها الأخرى(المبحث الأول).

كما أن التفعيل الجيد للمقتضيات الاتفاقية يفرض إلماما جيدا من طرف جميع المتدخلين الأساسيين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الوساطة الأسرية في صلب قضايا الاختطاف الدولي للأطفال.

إذا كانت المجتمعات المعاصرة قد اهتدت إلى استعمال الآليات البديلة لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد والمؤسسات إيمانا منها بالمزايا التي يحققها اللجوء إلى التسوية الودية للخلافات، والتي توجد على رأسها الوساطة الأسرية. فإن هذه الأهمية تزداد كلما تعلق الأمر بنزاعات أسرية عابرة للحدود، حيث يبدو المجال أكثر ملاءمة ودقة لاستعمال تقنيات الوساطة، وذلك بهدف دفع الأطراف إلى التوصل إلى اتفاق دائم ومقبول من الجميع، ويأخذ بعين الاعتبار احتياجات كل طرف، وخاصة ما يتعلق بالأطفال في جو من المسؤولية المشتركة.

هذه الأهمية تزداد بشكل كبير في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال لارتباطها بجانب يتميز بدرجة عالية من الدقة والصعوبة في نفس الوقت، ولمساسها بفئة هشة تحتاج إلى تظافر جهود الجميع للحد من الآثار النفسية والجسمية التي قد تكون عرضة لها جراء نقلها من بلد مكان تواجد إقامتها الاعتيادية إلى دولة أخرى.

ولا شك أن هذا الوضع كان له بالغ التأثير على المنظومة الدولية، حيث اهتمت بهذا النوع من الوساطة، وتم التنصيص على أهميته في إيجاد الحلول المستعصية الناتجة عن اختطاف الأطفال على المستوى الدولي (المطلب الأول).

غير أن المآسي الناجمة عن نقل الأطفال واجتثاثهم من بيئتهم الاجتماعية، وعجز الحلول القضائية والإدارية على التصدي لها، يفرض بذل المزيد من الجهود لكسب هذا الرهان(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدعيم التسوية الودية: الحل الأمثل لمواجهة الاختطاف الدولي

اقتناعا منها بأهمية الوساطة الأسرية على المستوى الدولي، تطرقت أغلب الاتفاقيات ذات الصلة بحقوق الطفل على وجه العموم، وتلك المرتبطة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال على وجه الخصوص إلى الدور الذي يمكن أن تلعبه التسوية الودية[402] في مثل هذه المنازعات (الفقرة الأولى).

ونظرا لدقة وتشعب مجال الاختطاف الدولي للأطفال، والذي تتداخل فيه عدة جوانب ترتبط بما هو قانوني، واجتماعي، وثقافي، وعاطفي...فإن إعمال الوساطة في ظل ما ذكر يتعين أن يستوعب هذه الخصوصية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مكانة الوساطة الأسرية في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالاختطاف الدولي للأطفال.

عديدة هي الاتفاقيات الدولية التي جعلت من بين أهدافها الأساسية الحفاظ على وجود علاقات شخصية بين الطفل وأبويه، كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان (المادة 8)،[403] والميثاق الأوربي للحقوق الأساسية (المادة 24)،[404] وكذا اتفاقية

---

[402]- لمعرفة المزيد حول السياق التاريخي لتطور وسائل تسوية المنازعات الأسرية، يستحسن الرجوع إلى:
-MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse): « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative », RIDC, n2, 1997, pp: 383-407.

[403]- نصت هذه المادة على ما يلي:
"1- لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته.
2- لا يجوز للسلطة العامة أن تتعرض لممارسة هذا الحق إلا وفقا للقانون، وبما تمليه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي وسلامة الجمهور أو الرخاء الاقتصادي للمجتمع، أو حفظ النظام ومنع الجريمة، أو حماية الصحة العامة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحرياتهم".

[404]- نصت هذه المادة على ما يلي:
"1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. ==

نيويورك لحقوق الطفل (المواد: 9، و10، و11) والتي تضمنت في مقتضياتها إشارات تهدف إلى تشجيع الدول الأطراف على انتهاج الحلول الودية للحفاظ على العلاقات السابقة.

وسنركز اهتمامنا على نموذجين[405] لهذين الاتفاقيات، وهما اتفاقية لاهاي لسنة 1980، المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، ونظام بروكسيل 2 مكرر، رقم 2003/2201.

أولا: الوساطة الأسرية في ظل اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980، المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال

== 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt ".

[405]- تضمنت بدورها الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض الدول الأوربية، والتي تطرقت لموضوع الاختطاف الدولي للأطفال بعض المقتضيات التي تشجع على انتهاج سبل الحلول الودية لمشاكل النقل غير المشروع للأطفال. على المستوى الدولي.

وهكذا فقد ورد في المادة 20 من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981 ما يلي" ...تقوم السلطات المركزية باتخاذ كل تدبير من شأنه أن يساعد على التسليم الإرادي للأطفال، أو على إيجاد حل حبي لمشاكلهم، أو تأمر باتخاذ هذه التدابير". وقد أشارت المادة الرابعة من الاتفاقية المغربية الإسبانية لسنة 1997 بدورها إلى ما يلي: "2- تتخذ السلطة المركزية مباشرة أو بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة أو تعمل على اتخاذ كل إجراء مناسب من أجل:....ج) تسهيل حل حبي، وضمان التسليم الإرادي للطفل وممارسة حق الزيارة، في حين نصت الاتفاقية المغربية البلجيكية الموقعة سنة 2002 على ما يلي: " تقوم السلطة المركزية للدولة المطلوبة مباشرة أو بواسطة النيابة العامة باتخاذ كل إجراء مناسب من أجل:...3- المساعدة على إيجاد حل ودي من شأنه أن يؤمن التسليم الإرادي للطفل".

والجدير بالذكر أن اللجن الاستشارية المختلطة المحدثة بموجب الاتفاقيتين الثنائيتين أعلاه المبرمتين مع كل من فرنسا وإسبانيا، وكذا بلجيكا بموجب البروتوكول الموقع سنة 1981، تلعب دورا بارزا في المساهمة في حل بعض الملفات العالقة عن طريق الوساطة، ومن خلال التجربة العملية لهذه اللجن يمكن القول أنه بالرغم من الصعوبات التي تواجه عملها، فإنها تمكنت من إيجاد حلول لبعض الحالات المستعصية للاختطاف الدولي للأطفال.

لقد شجعت هذه الاتفاقية الدول الأطراف على ضرورة البحث عن حلول حبية، حيث أشارت في هذا الخصوص في مادتها السابعة على أنه يتعين على السلطات المركزية "اتخاذ الإجراءات المناسبة...ج) قصد ضمان الإعادة الطوعية للطفل أو التوصل إلى حل ودي".

وقد تم التأكيد على هذا الأمر من خلال المادة العاشرة من نفس الاتفاقية حيث نصت على ما يلي:

"تتخذ السلطة المركزية التابعة للدولة التي يوجد بها الطفل، أو تعمل على اتخاذ كافة الإجراءات الملائمة للتوصل إلى الإعادة الطوعية للطفل".

وبدورها أشارت المادة الثانية بشكل غير مباشر إلى إمكانية اعتماد الحلول الحبية لتحقيق أهداف الاتفاقية المذكورة، حيث نصت في هذا الصدد على ما يلي:

"تتخذ الدول المتعاقدة كافة الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ أهداف الاتفاقية داخل حدودها، وتستخدم لهذه الغاية أسرع الإجراءات المتاحة".

وإذا كان الملاحظ أن المواد السابقة لم تشر إلى عبارة "الوساطة" بشكل واضح، فإن فهم هذا الأمر في سياقه التاريخي المرتبط بتبني هذه الاتفاقية يمكن أن يرفع اللبس عن الموضوع، وآية ذلك أن مصطلح الوساطة وإن كانت إرهاصاته الأولى قد ظهرت في الولايات المتحدة في سنوات 1965 إلى 1960، فإن بلورته في أوربا لم تنطلق إلا في تسعينيات القرن الماضي.[406]

[406]- راجع في هذا الاستنتاج:

-MONEGER (Françoise): « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 317-323 et spécialement p: 319.

وغني عن البيان أن تنصيص الاتفاقية سالفة الذكر في أكثر من موقع على أهمية إيجاد حلول ودية للنزاعات ذات الصلة بالنقل غير المشروع للأطفال، وممارسة حق الزيارة العابر للحدود، لم يكن محض صدفة، وإنما ناتج عن إيمان راسخ بأن التسوية الودية لمثل هذه النزاعات يمكن أن يخفف من حدة الصراع بين الأطراف، ويضمن من جانب آخر الحفاظ على مصلحة الطفل الفضلى باعتبارها من أوكد الأهداف التي تروم الاتفاقية إلى تحقيقه.

فإلى جانب الآليات القضائية والإدارية التي وضعتها اتفاقية لاهاي للتصدي لظاهرة النقل غير المشروع للأطفال على المستوى الدولي، والتي تخول للجهات القضائية للدول الأطراف تحقيق غاياتها وأهدافها الأساسية، تبقى التسوية الودية لمثل هذه النزاعات أفضل حل يمكن اعتماده بالنظر لمزاياه المتعددة[407].

فمن الوهم الاعتقاد أن أفضل حل يأتي عن طريق بت القضاء في مثل هذه النزاعات، والذي تؤدي نتائجه إلى الإعلان عن طرف منتصر، وآخر خاسر، لكن بينهما مع الأسف، طرف تائه: إنه الطفل.[408]

---

[407]- تتجلى بعض ميزاتها في الحفاظ على علاقة الطفل بوالديه معا، وإيجاد حلول لأسباب نقل الطفل عبر الحدود، والحد من المخاطر الناجمة عن تفاقم الصراع بين الأبوين.
للتوسع أكثر حول هذا الأمر، يستحسن الرجوع إلى:

-ALLES (Sonia): « Danièle Ganancia, La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants », In Recherches et prévisions, n 92, 2008, pp: 129-130.

[408]- انظر في هذا الاستنتاج:

-GANANCIA (Danièle): « La médiation familiale internationale : une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 325-335 et spécialement p: 326.

فالمساطر القضائية تؤدي في غالب الأحيان إلى تحويل الأطراف إلى أعداء، حيث يستعمل الطفل في هذه الدوامة كورقة لتصفية الحسابات بين أبويه، وقد يحرم بسبب ذلك من الاتصال بأحدهما.

وبذلك فوراء تصور الأطراف للمنطق القضائي الذي ينطلق من علاقة رابح/ خاسر، تبرز الوساطة كبديل سلمي، يعطي أولوية للحوار والنقاش، ويأخذ بعين الاعتبار احتياجات الأطراف والأطفال على حد سواء.

ومما لاشك فيه أن وراء كل اختطاف للأطفال، هناك مشكل مستعص بين الأبوين يتعين حله، وذلك بمساعدة الأطراف على تخطي خلافاتهما الثنائية، وتجاوز المسببات التي كانت الدافع لنقل الطفل، حيث يمكن بفضل الوساطة خفض مستوى الحقد بينهما، والرفع من الثقة المتبادلة.

ونظرا لاقتناع الدول الأطراف في الاتفاقية بأهمية الوساطة[409] في مادة الاختطاف الدولي، فقد تم تبني توصيات في هذا الشأن بمناسبة انعقاد اللجنة الخاصة المكلفة بتتبع الاتفاقية على مستوى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، حيث تم الترحيب أثناء اجتماع سنة 2006[410] بمبادرات الدول الأطراف في اللجوء للوساطة، فيما تم التأكيد أثناء انعقاد

---

[409]- وموازاة مع ذلك تم العمل تنفيذا لتوصيات الدورة الثالثة لمؤتم مالطا على تكوين فريق عمل خلال اجتماع اللجنة سنة 2009، مكون من خبراء من مجموع الدول المشاركة في مؤتمر مالطا، والتي تعد طرفا في اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وغير العضو بها، وذلك بهدف إعداد دليل
عملي يساعد على حل النزاعات العابرة للحدود المتعلقة بحضانة الأطفال، والاتصال بين الآباء والأطفال، وكان من نتائج ذلك إعداد دليلين، الأول: حول الوساطة، والثاني دليل للممارسات الفضلى في إطار اتفاقية لاهاي لسنة 1980 المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال.
يمكن الاطلاع على الدليلين معا عبر موقع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص التالي: HCCH

[410]- ورد في هذه التوصية ما يلي:

«La Commission spéciale accueille favorablement les initiatives et projets de médiation développés dans les États contractants dans le cadre de la Convention de La Haye de 1980 »

يمكن الاطلاع على التقرير بمراجعة الموقع الإلكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص التالي: HCCH.

اللجنة في سنة 2001، على إرشاد أطراف النزاع إلى اللجوء للهيئات المتخصصة القادرة على بلورة حلول تعتمد على الوساطة اللازمة.[411]

ثانيا: الوساطة الأسرية في ظل نظام بروكسيل 2 مكرر

في سياق جهود الدول الأوربية لمواجهة الاختطاف الدولي للأطفال تم تبني النظام رقم 2003/2201 على مستوى مجلس الاتحاد الأوربي، المسمى اختصارا "نظام بروكسيل 2 مكرر"، المتعلق بالاختصاص، والاعتراف، وتنفيذ القرارات المتعلقة بالمادة الأسرية، والمسؤولية الأبوية، والذي حل محل النظام رقم 2000/1347، حيث تم التنصيص من خلاله على ضرورة تعاون السلطات المركزية فيما بينها على تشجيع التسوية الودية للمنازعات ذات الصلة بالمسؤولية الأبوية، (المادة 54)، كما تطرقت المادة 55[412] إلى ضرورة تعاون السلطات المركزية كذلك على تسهيل إبرام اتفاقات بين الآباء عن طريق اللجوء للوساطة.

وفي سبيل إيجاد حلول أوربية لتسوية المنازعات الدولية العابرة للحدود الناتجة عن نقل الأطفال، يمكن الحديث على تجربتين في هذا الإطار: أولهما اللجنة البرلمانية الفرنسية الألمانية للوساطة، والتي تأسست سنة 1999 من طرف ثلاثة برلمانيين من كلا البلدين، على إثر انعقاد لقاء في هذا الإطار بمساعدة وزارتي عدل البلدين.

---

[411]- وهو ما تم التعبير عنه ضمن التوصيات بما يلي:

«Les Etats contractants devraient encourager le retour volontaire de l'enfant lorsque cela est possible. Il est proposé que les Autorités centrales devraient toujours essayer d'obtenir le retour volontaire de l'enfant tel que prévu à l'article 7 *c* de la Convention, dans la mesure du possible et lorsque cela s'avère approprié en instruisant à cette intention les juristes impliqués, que ce soit le Ministère public (*State attorneys*) ou les praticiens privés, ou en renvoyant les parties devant une organisation spécialisée susceptible de fournir les services de médiation nécessaires. A cet égard, le rôle des tribunaux est également important ».

[412]- ورد في هذه المادة ما يلي:

« …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».

وقد أسفر عمل هذه اللجنة التي تم تعزيزها بوسطاء مهنيين فرنسيين وألمان، ومنذ السنة الأولى من اشتغالها على نتائج محمودة.[413]

وبعد انطلاقة عمل هذه اللجنة قامت وزارة العدل الفرنسية خلال سنة 2001 على تأسيس بعثة المساعدة على الوساطة الدولية للأسر، والمسماة اختصارا (MAMIF)،[414] وذلك على لمحاولة إيجاد حلول عن طريق الوساطة للنزاعات الأسرية في إطار العلاقات الدولية.

وقد تكونت من قطب قانوني يضم قضاة، وقطب نفسي اجتماعي، يضم مساعدين اجتماعيين، وموظفين مختصين في مهام الاستقبال والإنصات.

ومن خلال رصد التجربة العملية لهذه البعثة، يمكن القول إنها أبانت عن جهود كبيرة كان لها الفضل في تحقيق نتائج ملموسة[415]، خاصة في المنازعات المرتبطة بقضايا الاختطاف الدولي للأطفال، والتي تتميز ببعض الخصوصيات.

الفقرة الثانية: خصوصية الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال

يجدر التأكيد بداية على وجود اختلاف بين الوساطة الأسرية الوطنية والوساطة الأسرية الدولية. فالوساطة في النزاعات الأسرية الدولية تتسم بطابع أكثر تعقيدا، وتستلزم

---

[413]- انظر في هذا الاستنتاج:

-GANANCIA (Danièle): « La médiation familiale internationale : une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? », op, cit, p: 327.

[414]- والتي تشكل اختصارا لما يلي:

La Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles.

[415]- بخصوص هذا الاستنتاج، وظروف نشأة وعمل هذه البعثة، راجع:

-GANANCIA (Danièle): « La médiation familiale internationale : une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? »,op, cit, p: 328- 333.

-MONEGER (Françoise): « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », op, cit, pp: 319-320.

من الوسطاء تلقي تدريب إضافي، فالتفاعل بين نظامين قانونيين مختلفين، وثقافات ولغات مختلفة يجعل من الوساطة أمرا أكثر صعوبة.

ففي مثل هذه الحالات تنطوي قضايا الاختطاف الدولي للأطفال في العادة على مستويات مرتفعة من التوتر بين الأطراف. فغالبا ما نجد الوالد المتروك يعاني حالة من الصدمة نتيجة الاختطاف المفاجئ لولده، وقد تملكه المخاوف من عدم رؤية ابنه أو ابنته مرة أخرى، فيما نجد أن الأب (أوالأم) يعاني بدوره –عند إدراكه للتبعات الناجمة عن فعلته- من الخوف من الإجراءات القانونية، والإعادة الإجبارية للطفل وما يترتب على ذلك من آثار سلبية على إجراءات الحضانة.

وإلى جانب الصعوبات العملية التي ينطوي عليها إشراك الأبوين في عملية الوساطة في هذا النوع من القضايا، نجد هناك الحاجة الملحة للاستعجال في الإجراءات. كما قد تنشأ صعوبات إضافية ناجمة عن الدعاوى الجنائية المرفوعة ضد الطرف المختطف في بلد الإقامة الاعتيادية للطفل، والتي قد تشكل عائقا أمام الوصول إلى نتائج إيجابية،كما قد تثار في بعض الأحيان بعض الصعوبات الناجمة عن القضايا المتعلقة بالتأشيرة والهجرة.[416]

كل هذه المعطيات تؤكد أن مجال الوساطة الأسرية في قضايا النقل غير المشروع للأطفال تتسم بخصوصيات متفردة يعد عدم الإلمام الجيد بها، إحدى العوامل التي قد تنبئ بفشل أي محاولة في هذا الإطار.

أولى هذه الخصوصيات[417] ترتبط بوجود نزاع عابر للحدود، يضم طرفين ينتميان في الغالب لدولتين مختلفتين، حيث يقع في الغالب نقل الطفل من طرف أحد الأبوين في اتجاه

---

[416]- للإلمام بشكل أكبر بمختلف هذه الجوانب، يستحسن الرجوع إلى دليل الممارسات الفضلى للوساطة في إطار اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، الصادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، والمتوفر في الموقع الإلكتروني للمؤتمر: HCCH.

[417]- لمعرفة المزيد حول هذه الخصوصيات، انظر: ==

بلده الأصلي، وقد يعود السبب في هذه الحالة إلى اختلاف رغبة الأبوين في العيش في نفس البلد.

وترتبط الخصوصية الثانية بوجود عنصر أجنبي في هذا النوع من الوساطة، يتجسد بالأساس في كون الوساطة تتم على مستوى دولتين ذات سيادة، وذات نظامين قانونيين مختلفين، وبين طرفين مختلفي الجنسية في الغالب، وينتميان لثقافتين مختلفتين، وفي بعض الأحيان مختلفي اللغة.

ويشكل كذلك عامل البعد الجغرافي معطى أساسيا قد يكون له تأثير سلبي على هذا النوع من الوساطة،[418] حيث يتعذر تنظيم لقاءات بين الأبوين، ويحتم اللجوء إلى وسائل التواصل عن بعد، والتواصل غير المباشر عبر الهاتف، أو البريد الإلكتروني...كما أن بعد الطفل عن والده الآخر يؤدي إلى قطع علاقاته به، وهو ما قد يحمل الطفل في بعض الأحيان إلى رفض أي لقاء أو تواصل معه.

ومما لا شك فيه أن اختلاف الأنظمة القانونية يعد أحد أبرز الخصوصيات التي تتسم بها قضايا الاختطاف الدولي، والذي قد يؤثر في بعض الأحيان على نجاح الوساطة، خاصة بالنسبة للأنظمة القانونية التي تنهل في ميدان الأسرة من مرجعيات مختلفة، مما

== -TITARENKO (Sabina): « La médiation familiale internationale », Mémoire de maitrise, université de Genève, Faculté de droit, 2015, p: 5-7.

[418]- يجب أن تؤخذ المسافة الجغرافية بين أطراف النزاع في الاعتبار عند الترتيب لاجتماعات الوساطة، وكذلك فيما يتعلق بالشكليات المتفق عليها في اتفاق الوساطة.

وتتمثل أحد التحديات الأخرى التي تواجه الوساطة في قضايا اختطاف الأطفال من بلد لآخر في المسافة الجغرافية الفاصلة بين الأطراف.

فمن جهة، قد تؤثر المسافة على الترتيبات العملية الخاصة بعقد جلسات الوساطة، ومن جهة أخرى، قد تلعب المسافة دورا فيما يتعلق بمضمون الحل الذي تم التوصل إليه بالوساطة نفسها، والذي قد يأخذ في الاعتبار احتمال بقاء نفس المسافة الجغرافية الكبيرة الفاصلة بين الطرفين. وقد يكون هذا الأخير هو الحال مثلا إذا وافق الوالد المتروك، مثلا، على انتقال الطفل مع الوالد المختطف، أو في حالة إعادة الطفل إلى دولة إقامته الاعتيادية، واتخاذ الوالد المختطف لقرار البقاء في الخارج.

يساهم في تعقيد دور الوسيط أمام هذا المعطى، الذي يجعل كل طرف يحيل على قانونه الوطني الداخلي، حيث يصعب في بعض الأحيان التنسيق بين تلك القوانين لتعارضها.

هذا الوضع يفرض على الوسيط ضرورة الإلمام بالمعارف القانونية الدولية، والعمل في نفس الوقت بشراكة مع محاميي الطرفين.

ويبقى العامل الأهم الذي يميز هذا النوع من القضايا هو الوقت، وهو ما يمكن تجسيده من زاويتين، تتمثل أولاهما في كون أن اللجوء إلى الوساطة لا يمكن له أن يكون عاملا لتعطيل الآليات التي وضعتها الاتفاقيات ذات الصلة بالاختطاف الدولي، بالشكل الذي يجعل منها مدعاة لربح الوقت، والاستفادة من اندماج الطفل في محيطه الاجتماعي الجديد، والذي قد يكون مؤشرا قد تستند عليه المحاكم في رفضها إرجاع الطفل بعد ذلك.[419]

كما أن مسطرة الوساطة يتعين أن لا تكون طويلة، حيث إن طول إجراءاتها قد يرهق الأطراف ماديا، ومعنويا، بحيث تفرض على أحد الأطراف الانتقال إلى بلد تواجد الطفل للمساهمة في إيجاد حلول مناسبة للوضعية.[420]

مثل هذه الخصوصيات وغيرها، تساءل مستقبل الوساطة الأسرية الدولية في هذا النوع من القضايا الذي يتطلب مزيدا من الاهتمام، وتظافر جهود الجميع لتحقيق الطمأنينة، والتوازن النفسي للطفل.

---

[419]- وذلك بالاستناد على المقتضيات التي تجعل من اندماج الطفل في محيطه الاجتماعي الجديد إحدى الاستثناءات التي يمكن الاستناد عليها لرفض طلب الإرجاع، كما أشارت إلى ذلك المادة 12 من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980.

[420]- راجع في هذا الشأن: دليل الممارسات الفضلى للوساطة الصادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص: 36.

المطلب الثاني: آفاق الوساطة الأسرية في نزاعات الاختطاف الدولي للأطفال

إن الانطلاق من الفكرة التي تجعل من التسوية الودية حلا أمثلا للصعوبات الناجمة عن وجود نزاعات أسرية عابرة للحدود، والاقتناع بأن الهدف الأساس من الوساطة هو تذويب الخلافات بشكل حضاري، وليس إظهار أحد الأطراف بمظهر المنتصر، والآخر بمظهر المنهزم، هو الكفيل وحده بترسيخ الاعتقاد بأن تدعيم الوساطة الأسرية الدولية في قضايا الاختطاف الدولي يشكل رهانا لا محيد عنه، غير أنه رهان صعب.

ولتجاوز الصعوبات التي قد تحد من دور الوساطة في هذا الإطار، يتعين من جهة استحضار مقومات إنجاحها (الفقرة الأولى)، والاعتراف للطفل بدوره الأساسي في مسار هذه التسوية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مقومات نجاح الوساطة الأسرية في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال

إلى جانب المبادئ الأساسية التي تعد إطارا أساسيا، ومرجعا موجها للوساطة على المستوى الدولي،[421] فإن هناك عناصر أخرى تشكل موقع القطب من الرحى في مسار إنجاح وتطوير الوساطة الأسرية الدولية في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال.

[421]- تتمثل هذه المبادئ المشتركة عموما في: 1- المشاركة الاختيارية والحرة للأطراف في مسلسل الوساطة، بحيث لا يمكن فرض اللجوء إليها، غير أن هذا الأمر لا يتعارض مع تشجيع القاضي أو الوسيط للأطراف قصد اعتماد التسوية الودية للنزاع. وكذلك 2- حياد واستقلال الوسيط، حيث ينحصر دور هذا الأخير في بتدبير مسار الوسطاء بشكل متوازن، 3- تمكن الوسيط من مؤهلات ، واحترام ميثاق الأخلاقيات، بحيث يشترط في هذا الصدد حصول الوسيط على مدارك علمية ومهنية تساعده على حل النزاع، 4- احترام الأشخاص بغض النظر عن اختلاف ثقافاتهم، حيث يتقيد الوسيط بمعاملة الأطراف بنفس الاحترام رغم اختلافاتهم الثقافية، وانتماءاتهم العقدية. 5- احترام الوسيط لطابع السرية، 6- اتخاذ القرارات من قبل الأطراف، 7- ضرورة الاعتراف بحقوق الطفل، وذلك من خلال منحه الحق في التعبير عن رأيه...

أول هذه العناصر يتجلى في التعامل مع الوساطة في هذا النوع من القضايا بالقدر المناسب من السرعة والإنجاز.

بحيث لا يجب أن ينتج عن الوساطة أي تأخير في إجراءات الإعادة بمقتضى الاتفاقيات المؤطرة للموضوع، وهو ما يحتم في المقام الأول تعريف الأطراف بتوافر خدمات الوساطة في بداية النزاع بقدر الإمكان،[422] لارتفاع حظوظ نجاحها في هذه المرحلة، ويفرض من جهة أخرى تقييم ملاءمة الوساطة على ضوء ظروف كل قضية على حدى، ففي بعض الحالات المستعصية قد يكون اللجوء للوساطة مجرد هدر للوقت، لا يأتي بأي نتائج تذكر.[423]

كما يتعين أن تتضمن خدمات الوساطة المقدمة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال جدولا زمنيا بمواعيد جلسات الوساطة.

فتدبير الوقت يعد عاملا حاسما في مثل هذه النزاعات، وفي هذا الإطار تسعى اتفاقية لاهاي لسنة 1980 إلى ضمان الإعادة الفورية للطفل إلى دولة إقامته الاعتيادية كإحدى أهدافها الأساسية. والذي ينطلق من غاية أساسية تتمثل في إعادة الأحوال إلى ما

---

[422]- لقد أثيرت إشكالية غاية في الدقة ترتبط باللحظة المناسبة التي يمكن خلالها إجراء الوساطة في منازعات الاختطاف الدولي للأطفال، وإذا كان هناك من يحبذ الدعوة إليها قبل بدأ المساطر القضائية، فإن الاتجاه الغالب يقترح بالنظر لخصوصية هذا النوع من النزاعات، والتي يعد عنصر الزمن فيها معطى حاسما قد يضعف من حظوظ إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادي، اقتراح إجراءها بعد رفع دعوى الإرجاع أمام المحاكم لمنع سيئ النية من الأبوين من تمطيط النزاع لكسب عنصر الوقت.

وقد خلصت الأستاذة "فرونسواز مونيجي" إلى إمكانية إجراء الوساطة على مستويين، المستوى الأول أثناء جريان المسطرة القضائية المتعلقة بالإرجاع، والثانية بعد صدور الحكم القضائي، وقد يبرز دور الوساطة في هذه الحالة الأخيرة في ضمان عودة الطفل بشكل حبي دون مقاومة أو تدخل للقوة العمومية، وهو ما قد يؤثر سلبا على نفسيته.

راجع في هذا الصدد:

-MONEGER (Françoise): « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », op, cit, p: 322.

[423] - كما في حالة وجود ضرر في بقاء الطفل مع والده الذي قام بنقله، لإدمان هذا الأخير على تنازل المخدرات، واستهلاك الكحول، وتمركز المصالح المهنية والدراسية للأم والطفل معا.

كانت عليه قبل عملية الاختطاف وبأسرع وقت ممكن لتقليل الآثار الضارة للنقل أو الاحتجاز غير المشروع للطفل.

وتحمي اتفاقية لاهاي لسنة 1980 مصلحة الطفل، من خلال منع أي من أبويه من اكتساب أي مزية عن طريق إنشاء "روابط مصطنعة للاختصاص القضائي على المستوى الدولي بقصد الحصول على حق الحضانة الحصرية على الطفل في البلد الآخر".

فعامل الوقت في حالات الاختطاف يخدم مصالح الطرف المختطف، فكلما طالت المدة التي يمكثها الطفل في البلد الذي نقل إليه بدون أي حل للنزاع الأسري القائم، كلما زادت صعوبة استعادة العلاقة بين الطفل وبين الوالد ضحية الاختطاف.

وتقديرا لدور العنصر الزمني في تدبير نزاعات الاختطاف الدولي للأطفال، منحت اتفاقية لاهاي لسنة 1980 للمحكمة عند البدء في إجراءات الإعادة أمامها بعد مضي أكثر من سنة على نقل الطفل أو احتجازه، الحق في ممارسة سلطتها التقديرية الخاصة في رفض الإعادة، شريطة ثبوت استقرار الطفل في بيئته الجديدة.[424]

والخلاصة مما سبق أنه يتعين إجراء الوساطة في قضايا اختطاف الطفل بشكل يتسم بالسرعة، فأي تأخير في ذلك قد يضر بمصلحة الأطفال المعنيين، وهو ما يعد أحد أبرز الإشكالات التي يتعين إرساء ضمانات بشأنها عند استخدام الوساطة.

---

[424]- وهو ما عبرت عنه المادة 12 من هذه الاتفاقية وفق الآتي:

"إذا كان طفل قد نُقل أو احتجز بطريقة غير مشروعة حسب ما ورد في المادة الثالثة، وإذا كانت الفترة المنقضية بين تاريخ النقل أو الاحتجاز غير المشروع و تاريخ بدء الإجراءات بواسطة السلطة القضائية أو الإدارية التابعة للدولة المتعاقدة التي يوجد بها تقل 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 قُدِمت البراهين على أن الطفل مستقر في بيئته الجديدة".

وبالإضافة إلى عنصر السرعة المشار إليه، يتعين على الوسطاء والهيئات المقدمة للوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال التعاون بشكل وثيق مع السلطات المركزية والمحاكم، وذلك على المستوى التنظيمي لضمان السرعة والكفاءة في تسوية الأمور. كما يتعين أن يبذل الوسطاء أقصى جهدهم لإضفاء أكبر قدر ممكن من الشفافية على الجوانب التنظيمية لإجراءات الوساطة،مع الحرص في الوقت ذاته على ضمان سرية الوساطة.

وقد يكون لتعدد الأنظمة القانونية انعكاس سلبي على الإنفاذ القانوني للاتفاق فوق تراب إحدى النظم القضائية المعنية،[425] ومن أجل ذلك يتعين على الوسطاء أن يكونوا على علم بأن الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال تتم تحت مظلة نظامين قانونيين أو أكثر، وهو ما يحتم ضمان حصول الأطراف المعنية على المعلومات القانونية ذات الصلة بقضيتهم.

فقد تواجه عملية الوساطة نفسها بعض الصعوبات التي من شأنها ارتباط القضية بنظامين أو أكثر من الأنظمة القانونية،[426] ومن ثم فإن التوصل لتسوية مستدامة بين الأطراف يكون لها الأثر القانوني، يتطلب أن يأخذ قوانين كل الأنظمة القانونية المعنية في الحسبان، وكذلك القانون المعمول به في القضية.

---

[425]- راجع في هذا الشأن:

-**TITARENKO (Sabina)**: « La médiation familiale internationale », Mémoire de maitrise, université de Genève, Faculté de droit, 2015, p: 6.

[426]- وقد ينعكس هذا المعطى على القيمة القانونية لاتفاقات الأطراف، بحيث تواجه في بعض الأحيان بتجريدها من أي طابع إلزامي بمجرد العودة إلى مكان إقامة الطفل الاعتيادية، خاصة في حالة وجود أحكام قضائية مخالفة لمضمن اتفاق الأطراف بموجب الوساطة، وهو ما قد يدعو في الكثير من الأحيان إلى التشكيك في قدرتها على تقديم عناصر إجابة كافية للنزاع المرتبط بها.

للتوسع أكثر حول هواجس واختلالات نظام الوساطة الأسرية، راجع:

-**BELLEAU (Marie- Claire) et Talbot-Lachance(Guillaume)**: « La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale : présentation des mésententes doctrinales et jurisprudentielles», les cahiers de droit, V 49, n 4, décembre 2008, pp: 607-653.

كما يجب توعية الأطراف باحتمال حاجتهم لاستشارة قانونية متخصصة، حيث يجب وبقدر الإمكان ضمان حصولهم على المعلومات القانونية ذات الصلة بقضيتهم خلال مراحل عملية الوساطة، ولهذا السبب يرجع قيام الكثير من الوسطاء العاملين في مجال الاختطاف الدولي للطفل بتشجيع الأطراف على طلب خدمات ممثلين قانونيين متخصصين خلال كافة مراحل عملية الوساطة، وقد تتولى توفير هذه المعلومات السلطة المركزية أو نقاط الاتصال المركزية للوساطة الأسرية الدولية.

جانب آخر لا يقل أهمية عما ذكر يتعين أخذه بعين الاعتبار، ويشكل أحد التحديات التي تواجه الوساطة الأسرية الدولية بصفة عامة، وهو المرتبط بالتفاوت في الخلفيات الثقافية والدينية للأطراف، وهو ما يفرض على الوسطاء في مثل هذه القضايا أن يكونوا على وعي تام وإلمام جيد بالخلفيات الثقافية والدينية للأطراف، وهو ما يستلزم خضوعهم لتدريب كاف في هذا الخصوص.

ويمكن في هذا الإطار الاستعانة بالوسطاء الملمين بالخلفيات الثقافية والدينية للأطراف، أو الذين يشاركون أحد الأطراف ثقافته أو ديانته، وفي نفس الوقت يتسمون بالتمكن من ثقافة وديانة الطرف الآخر. غير أن ما يجدر التنبيه إليه في هذا الصدد هو أن الوسطاء يتسمون بالحياد والنزاهة، ولا يمثلون أيا من الأطراف.[427]

وإلى جانب الخلفية الثقافية والدينية للأطراف، يشكل العامل اللغوي عنصرا أساسيا في نجاح الوساطة الأسرية الدولية بشكل عام، وفي قضايا الاختطاف الدولي للأطفال بشكل خاص، بحيث يتعين أن يتاح لكل طرف في الوساطة وبقدر الإمكان فرصة التحدث باللغة التي يرتاح في التعبير بها.

[427]-راجع في ذلك، دليل الممارسات الفضلى للوساطة في إطار اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، الصادر عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، ص 34 والمتوفر في الموقع الإلكتروني للمؤتمر: HCCH.

ومن هذا المنطلق يجب احترام رغبة الأطراف فيما يتعلق باللغة أو اللغات المستخدمة في الوساطة بقدر الإمكان. ويستحسن في الجانب المقابل أن يكون الوسيط أو الوسطاء أنفسهم قادرين على فهم هذه اللغات والتحدث بها.

وإلى جانب ما ذكر أعلاه تحتل الجوانب الإدارية المرتبطة بمنح التأشيرة والهجرة عاملا حاسما في نجاح أو فشل الوساطة في الكثير من الأحيان، وهو ما يقتضي اتخاذ كافة التدابير المناسبة لتسهيل توفير مستندات السفر الضرورية، كالتأشيرة للوالد الراغب في الحضور بشخصه إلى اجتماع الوساطة في دولة أخرى، أو في الدخول لدولة أخرى لممارسة حقوقه في الحضانة أو الزيارة مع طفله.[428]

هذا الأمر يلقي على السلطات المركزية عبء اتخاذ كافة الخطوات المناسبة لمساعدة الأبوين على الحصول على أي مستندات ضرورية من خلال توفير المعلومات والاستشارات، أو من خلال تسهيل خدمات معينة.

وقد يكون توفير مستندات السفر كذلك أمرا مهما وحاسما في النتيجة التي تمخضت عنها الإجراءات القانونية أو الوساطة في النزاعات الأسرية الدولية فمثلا عندما يصدر أمر بإعادة الطفل بمقتضى اتفاقية لاهاي لسنة 1980، فقد يحتاج الوالد المختطف لمستندات سفر لمعاودة دخول دولة الإقامة الاعتيادية مع الطفل. وفي هذه الحالة يجب على الدول تسهيل توفير مستندات السفر الضرورية في مثل هذه الحالات.

[428]- في قضايا النزاعات الأسرية الدولية، تتسبب المسائل الخاصة بالتأشيرة والهجرة في زيادة الصعوبات الخاصة بالقضية .ومن أجل تحقيق التسوية الودية للنزاعات الأسرية الدولية، يجب على الدول اتخاذ ما إجراءات لضمان قدرة الوالد ضحية الاختطاف على الحصول على مستندات السفر الضرورية لحضور جلسات الوساطة في الدولة التي تم إليها اختطاف الطفل، أو للمشاركة في الإجراءات القانونية وفي نفس الوقت، أو لمعاودة الدخول إلى دولة الإقامة الاعتيادية للطفل لحضور جلسة الوساطة والإجراءات القانونية.

نفس الأمر ينطبق على القضايا التي يقرر فيها الوالد المختطف إعادة الطفل طوعيا، خاصة في الحالة التي يتم فيها الاتفاق في الوساطة على عودة الطفل رفقة أبيه.

وبالرغم من كون الاتفاقيات التي تعرضت لمشكل الاختطاف الدولي للأطفال لم تعالج إلا الشق المدني في النزاع،[429] فإنه يجد التأكيد أن للموضوع جوانب أخرى جنائية، فنقل الطفل من مكان إقامته الاعتيادية إلى دولة أخرى خرقا لحق الحضانة، يشكل في أغلب التشريعات المقارنة فعلا جرميا يعاقب عليه القانون الجنائي.[430]

وقد يحدث في بعض حالات الاختطاف الدولي تحريك الإجراءات الجنائية ضد مرتكب فعل الاختطاف بالموازاة مع مباشرة الإجراءات الرامية إلى إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية.

---

[429]-على الرغم من أن اتفاقية لاهاي لسنة 1980 تتناول فقط الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل، إلا أن الدعوى الجنائية المقامة ضد الوالد المختطف في دولة الإقامة الاعتيادية للطفل قد تؤثر على إجراءات الإعادة بموجب اتفاقية 1980، وقد تشمل الاتهامات الجنائية تهمة اختطاف الطفل وتحقير مقررات قضائية، والجرائم المرتبطة بالتأشيرات، وقد تؤدي الإجراءات الجنائية المنظورة في دولة إقامة الطفل قبل الاختطاف –وفي ظروف معينة–إلى قيام المحكمة التي تنظر في طلب الإعادة برفض إعادة الطفل، وقد يحدث هذا بصفة خاصة إذا تم اختطاف الطفل على يد من يتولى رعايته، وكان أمر الإعادة سينجم عنه فصل الطفل عمن يتولى رعايته، وكان هذا الفصل – وبسبب عمر الطفل وظروف أخرى – سيترتب عليه أذى بدني أو نفسي جسيم للطفل أو أنه سيجعله في وضع لا يطاق (حسبما نصت عليه المادة 13 من اتفاقية لاهاي 1980).

[430]- لقد عاقب المشرع الجنائي المغربي هذا الفعل، حيث أفرد له الفصلين 476 و 477 من القانون الجنائي، وقد نصا على ما يلي:

الفصل 476:

"من كان مكلفا برعاية طفل، وامتنع من تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة".

الفصل 477:

"إذا صدر حكم قضائي بالحضانة وكان نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، فإن الأب أو الأم أو أي شخص يمتنع عن تقديم القاصر إلى من له الحق في المطالبة بذلك، وكذلك إذا اختطفه أو غرر به، ولو دون تدليس أو عنف أو حمل غيره على التغرير به أو اختطافه ممن عهد إليه بحضانته أو من المكان الذي وضعه فيه، فإنه يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وغرامة من مائتين إلى ألف درهم.

فإذا كان مرتكب الجريمة قد حرم من الولاية الأبوية على القاصر، فإن الحبس يمكن أن يصل إلى ثلاث سنوات".

وانطلاقا من هذا الاعتبار يتعين أن تأخذ إجراءات الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال في الحسبان وجود إجراءات متعلقة بالدعوى الجنائية، أو أحكام صادرة في مواجهة مرتكب الاختطاف من طرف السلطات القضائية لدولة إقامة الطفل الاعتيادية.

فإذا تم تحريك الدعوى الجنائية، يجب مناقشة هذه المسألة في عملية الوساطة. فقد يتطلب الأمر التعاون المشترك والوثيق بين السلطات القضائية والإدارية بما يضمن عدم تأثير الإجراءات الجنائية الجارية على أي اتفاق تم التوصل إليه في الوساطة.

ومن المهم أن يؤخذ في الاعتبار أن الإجراءات الجنائية، خاصة إذا كانت تهدد بحبس الوالد المختطف قد تكون لها تداعيات على إجراءات الوساطة، خاصة في الحالة التي لا تكون فيها للطرف الذي تقدم بها أو وافق عليها أي تأثير على وقف الإجراءات، وإنما يعود ذلك للنيابة العامة أو المحكمة.

واعتبارا لكل ما سبق، يجب على السلطات المركزية والمحاكم الانخراط في مساعدة الأطراف –بقدر الإمكان-في الحصول على المعلومات العامة الضرورية حول القوانين المعنية التي تحكم تحريك وإنهاء الإجراءات الجنائية، وحول المعطيات الخاصة بالإجراءات الجنائية المتعلقة بأطراف الوساطة، وقد يتطلب الأمر تعاونا وثيقا بين السلطات القضائية والإدارية ذات الصلة لضمان عدم وجود إجراءات جنائية عالقة قبل تطبيق أي اتفاق بالوساطة.[431]

[431]- بالإضافة إلى ما تم بسطه من مقومات بالغة الأهمية لإنجاح مسلسل الوساطة في مثل هذه النزاعات، هناك جانب لا يقل أهمية على ما تم ذكره، وهو المرتبط بالجانب المهني للوسيط في مثل هذه القضايا، حيث يتعين أن يقتصر إجراء الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال على الوسطاء الأسريين من ذوي الخبرة ممن خضعوا لتدريب خاص في الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، كما يحتاج الوسطاء العاملون في هذا المجال إلى تدريب مستمر للحفاظ على مستوى كفاءتهم المهنية. وأن يكونوا –بصفة عامة- على إلمام كاف بالعلوم الاجتماعية والنفسية والقانونية اللازمة لإجراء الوساطة في القضايا الأسرية عالية النزاع. ==

هذه الضمانات التي ترهن بشكل كبير مؤشر نجاح الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، تحتاج إلى عامل نجاح آخر يرتبط بالطفل الذي يعد جوهر ومحور الاختطاف.

الفقرة الثانية: الوساطة الأسرية ودور الطفل المختطف

إذا كان الهدف المعلن للوساطة الأسرية في مجال الاختطاف الدولي للأطفال هو ضمان حفاظ الطفل على صلاته وعلاقته بأبويه معا، باعتبار أن هذا الأمر يعد عاملا مهما في استقراره النفسي والعاطفي، فإن عدم إشراك الطفل في مسار الإجراءات المرتبطة بالوساطة قد لا يعكس في الغالب تصوره، وأحلامه... ولا يكشف في بعض الأحيان عن بعض الجوانب التي قد تكون حاسمة في تبني بعض الخيارات التي يتيحها مجال الوساطة.

ولا شك أن فلسفة الوساطة الأسرية في هذا المجال تجد أصولها من خلال اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وبعض الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة بالموضوع، والتي تهدف في مجملها إلى ضمان استمرارية علاقة الطفل بأبويه.

وفي هذا الإطار نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية سالفة الذكر على إيلاء مصلحة الطفل الفضلى الاعتبار في جميع الإجراءات المتعلقة بحقوقه، ومن دون شك يعد إشراكه في مسار التسوية الودية الناتجة عن نقله بطريقة غير مشروعة إحدى مظاهر تكريس مصلحته الفضلى.

وتأسيسا على ما سلف، فالتعامل مع الطفل كفاعل أساسي في مسطرة الوساطة الدولية، تعد واجهة لتكريس وضعيته كأحد أشخاص القانون، وليس كموضوع للحق.

== وهو ما يلقي على الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات عبء دعم إنشاء برامج ومعايير تدريب للوساطة الأسرية عبر الحدود والوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال.

غير أنه إذا كان التسليم بأن للطفل دور محوري في عملية الوساطة الأسرية الدولية، باعتباره يعد في قضايا الاختطاف المبتدأ والمنتهى في الإشكال القائم، ومحورا أساسيا في النزاع، فإن تكريس الدور المذكور يتعين أن يستحضر مجموعة من الضمانات المرتبطة بشكل وثيق بفهم الواقع والظروف المحيطة بالطفل، كالجانب المرتبط بالسن الذي يمكن فيه الاستعانة بموقفه، وآرائه، ووضعيته النفسية، ومدى تأثره بالصورة التي قد يرسمها في ذهنه الأب أو الأم المختطف عن الطرف الآخر، والتي قد تجعل موقفه منبثقا من أفكار مسبقة قد لا تعكس حقيقة واقع الحال.

المبحث الثاني: مواجهة الاختطاف الدولي للأطفال: البحث عن تأمين أفضل

أمام الحاجة الملحة التي يفرضها تقييم الوضع الحالي لمجال التدخل في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، والتي تتسم معالمه الأساسية بوجود العديد من الصعوبات التي تحد من الجهود الوطنية والدولية المبذولة في هذا المضمار، بات لزاما البحث عن عناصر الخلل من خلال تشخيص حقيقي يعكس مكامن الداء، حتى يتسنى إيجاد اقتراحات منبثقة من فهم عميق وواع لجوهر هذه الإشكالات.

وتتجسد إحدى مكامن الخلل في ضعف الجانب المرتبط بتأهيل الفاعلين في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال، وخاصة الفاعلين الأساسيين(المطلب الأول).

كما أن غياب مواكبة على مستوى الجانب الإجرائي والمسطري لتفعيل المقتضيات الاتفاقية على المستوى الداخلي كان له الوقع السلبي على حسن تدبير هذا النوع من القضايا(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدعيم الفاعلين الأساسيين في حماية الطفل المختطف

تحظى قضايا الاختطاف الدولي باهتمام عدة فاعلين في الميدان من مهنيين، وإدارات عمومية، وفاعلين من المجتمع المدني، والجمعيات النشيطة[432] في مجال حماية حقوق الأطفال في النزاعات الدولية.

غير أن تركيزنا في هذا المقام سينصب فقط على الفاعلين الأساسيين المباشرين، ونقصد بذلك كل من السلطات المركزية (الفقرة الأولى)، والقضاة (الفقرة الثانية)، والمحامون (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: السلطات المركزية

لقد سبقت الإشارة أن جل الاتفاقيات ذات الصلة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال، سواء المتعددة الأطراف أو الثنائية تلزم الدول الأعضاء بتعيين سلطة[433] (أو سلطات) مركزية يعهد إليها تفعيل تلك الاتفاقيات.

ولم يكن هذا الأمر مجرد صدفة أو أمر اعتباطي، وإنما إيمانا بما تستوجبه مثل هذه القضايا من تسهيل للتواصل، ومد لجسور التعاون بين سلطات الدول المعنية قصد تحقيق

---

[432]- للاطلاع على طبيعة ودور المجتمع المدني، والمنظمات غير الحكومية في مجال الاختطاف الدولي، انظر:

-HUTCHINSON(Ane Marie): « The nature and role of voluntary and non-governmental organisations », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 93-96.

[433]- على سبيل المثال المادة السادسة من اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

وقد اعتبر جانب من الفقه أن إحدى عوامل نجاح هذه الاتفاقية يكمن بشكل كبير في التفسير الضيق للاستثناءات المبررة لعدم الإرجاع، وفي التعاون بين السلطات المركزية.

راجع في ذلك:

-BUCHER (Andreas) « La Famille en droit international privé» RCADI, , 2000, Tome 283, p : 168.

الأهداف المرجوة من إبرام هذه الاتفاقيات، والذي يمكن اختصاره في حماية الطفل ضحية الاختطاف.

هذا الرهان الملقى على عاتق السلطات المركزية[434] يفترض توفر عدة شروط للقيام بأدوارها على أحسن وجه، فأي نقص أو ضعف في تلك المقومات يمكن أن ينعكس سلبا على حسن أدائها، ويؤدي لاختلال في تدبير مثل هذه القضايا.

وإجمالا يمكن القول إن إحدى أهم مداخل إنجاح دور هذه السلطات يرتبط بتوفرها على الوسائل المادية الكافية،[435] بالشكل الذي يسمح بممارسة وظيفتها بشكل أكثر فاعلية، لا سيما الوسائل المتعلقة بتيسير التواصل مع السلطات المركزية والهيئات المتدخلة في الميدان.

ومن جانب آخر يتعين أن تحتوي السلطة المركزية على موارد بشرية كافية ومؤهلة، وذات تكوين يساعدها على الإلمام بالجوانب التطبيقية المتعلقة بالاتفاقية، مع ضرورة خضوع هذه الموارد لدورات تكوينية للاطلاع على التجارب المستجدة في الميدان، كما يتعين أن تكون هذه الكفاءات ذات مستوى في التواصل بلغات أخرى خاصة اللغة الفرنسية والإنجليزية بالشكل الذي قد يساعدها على التواصل مع العالم الخارجي.

---

[434]- يمكن التذكير بأدوار السلطة المركزية في قضايا الاختطاف الدولي وفق ما يلي: تلقي طلبات إرجاع الأطفال وممارسة حق الزيارة العابر للحدود-دراسة هذه الطلبات وإشعار الجهة الطالبة بالمآل- القيام بالتحريات اللازمة للكشف عن مكان تواجد الأطفال- تيسير الاستفادة منالمساعدة القانونية والقضائية للأطراف- العمل على منع إلحاق أي ضرر بالأطفال- مساعدة الأطراف أمام الإدارات والمحاكم- تيسير الوصول إلى حلول حبية بين الأطراف- تقديم العون عند تنفيذ الأحكام القاضية بالإرجاع...

للاطلاع أكثر حول هذه الأدوار، راجع:

-JENARD(P): « Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration », Revue Belge du droit international, 1988, pp: 36-87.

[435]- يمكن إجمالا حصر هذه الوسائل فيما يلي: خط هاتفي وطني ودولي، جهاز فاكس- التوفر على الربط بالأنترنيت- الأدوات المكتبية الضرورية، حواسيب، ترجمة للاتفاقية باللغة الوطنية، نسخ من المساطر الداخلية المطبقة بخصوص تفعيل الاتفاقيات المرتبطة بالاختطاف- لائحة بأسماء المحامين والمساعدين الإداريين المؤهلين لتمثيل الأطراف في مثل هذه النزاعات- لائحة المترجمين المؤهلين لترجمة الطلبات- دليل الممارسات الفضلى في المجال- المعلومات الكافية وعناوين السلطات المركزية للدول الأطراف- نظام معلوماتي لتدبير الملفات...

ويمكن تعزيز الموارد البشرية بالإضافة إلى متخصصين في المجال القانوني بأطر مؤهلة في علم النفس، وعلم الاجتماع، ومتخصصين في الوساطة الأسرية الدولية.

وتجدر الإشارة إلى أن من مقومات النجاح الإضافية في هذا المجال، هو الحفاظ على الموارد البشرية لمدة أطول، بالنظر للإلمام الجيد بالقضايا التي تباشرها، وكذلك للتجربة العملية التي راكمتها في الميدان.

كل هذه المقومات يتعين توفيرها قصد الرفع من أداء السلطات المركزية وكسبها رهان التفعيل الجيد والأمثل للاتفاقيات الدولية الصادرة في الميدان، وكذا تعزيز أدوارها في تحقيق تعاون وثيق بين كافة المتدخلين، خاصة السلطات المركزية للدول الأجنبية، وذلك عن طريق تيسير التواصل معها، وعقد لقاءات لتبادل المعلومات والتجارب، وتجنب العراقيل ذات الصلة بتفعيل الاتفاقية.

فنجاح دور السلطات المركزية يعد مرآة عاكسة لمدى وفاء الدول الأطراف بالتزاماتها التي تلقيها على عاتقها الاتفاقيات المبرمة في الميدان،[436] كما أن تعزيز أدوار هذه السلطات بتوفير ما سبق ذكره يعد مدخلا لتجاوز جانب مهم من الإشكالات التي تقف عائقا أمام حماية حقوق الطفل ضحية الاختطاف.

الفقرة الثانية: القضاة

إن ارتباط تفعيل الآليات الاتفاقية في مجال الاختطاف الدولي للأطفال بضرورة الإلمام الجيد من جانب بخصوصيات تلك الاتفاقيات، وجوانبها الإجرائية الدقيقة،

[436]- انظر في نفس الرأي:

-BIONDI(Béatrice): « Le rôle des autorités centrales en matière d' enlèvements d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 69-75.Et spécialement p : 71.

والممارسات الفضلى على مستوى الاجتهاد القضائي المقارن، يفرض دونما منازع على الهيئات القضائية[437] المخول لها صلاحية البت في هذا النوع من النزاعات تكوينا متينا يرقى إلى التحديات التي يفرضها تحقيق الأهداف المثلى لتلك الاتفاقيات، والتي توجد في طليعتها أخذ مصلحة الطفل الفضلى بعين الاعتبار عند البت في الطلبات المقدمة في هذا الشأن.

ولا شك أن هذا الأمر يفرض بشكل ملح نوعا من التخصص في مثل هذه القضايا، للتمكن من الإلمام الجيد بميكانيزمات القانون الدولي الخاص الاتفاقي،[438] وبالتالي التحكم في الزمن الإجرائي المرتبط بالبت في الملفات المعروضة على المحاكم، والذي يعد في هذا النوع من القضايا عاملا حاسما.

وفي هذا الإطار تم اعتماد تجربة التخصص على مستوى محاكم العديد من الدول، خاصة دول common law، كما هو الحال بالنسبة لإنجلترا. وقد كان لنجاح هذه التجربة انعكاس على مستوى الدول الأوربية، حيث تم اعتمادها بكل من ألمانيا، وبلجيكا التي حصرتها في 5 محاكم.

---

[437]- إلى جانب الأدوار البارزة التي يقوم بها القضاة في هذا المجال، نجد أن هناك نوع آخر من القضاة لهم أدوار لا تقل أهمية عمن ذكر، إنهم

قضاة الاتصال، فهذه الفئة تطلع بدور بارز خاصة على مستوى تنفيذ القرارات القضائية، والمساعدة في تدبير إجراءات العودة، وتمكين الأطراف من ممارسة حق الزيارة. وتجدر الإشارة إلى أن بلادنا لديها قضاة اتصال في علاقتها مع أربع دول أوربية، وهي: فرنسا، وإسبانيا، وبلجيكا، وإيطاليا.

للتوسع بشكل أكبر في الموضوع، راجع:

-PELTIER(Jean Michel): « Le rôle des magistrats de liaison », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 77-83.Et spécialement p : 71.

[438]- راجع في هذا الصدد:

-***KADIRI-IDOUMGHAR*** *(Hajar):* « Les enlèvements internationaux d'enfants : 25 ans après la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », thèse de droit, université de Metz, 2006, p :168.

هذا النوع من التخصص على مستوى المحاكم، يفرض من جانب اعتماد تكوين معمق للقضاة، خاصة على مستوى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، والقانون الدولي الاتفاقي، والقانون المقارن، كما يستوجب عقد دورات تكوينية وطنية ودولية في الموضوع، وإمداد القضاة بالوثائق اللازمة، والمراجع المساعدة على القيام بوظيفتهم على أفضل وجه.

الفقرة الثالثة: المحامون

على الرغم من أن أغلب طلبات الإرجاع وممارسة حق الزيارة العابرة للحدود تستفيد من إمكانية منح المساعدة القضائية،[439]أو تقدم بشكل مباشر من طرف النيابات العامة، فإن هناك عوامل ناتجة إما عن تحفظات بعض الدول عن هذا المقتضى، حيث يصبح تعيين محام لتمثيل الأطراف أمرا إلزاميا في جميع مراحل النزاع، أو على الأقل في المرحلة الاستئنافية، أو عن اختيار طوعي لبعض الآباء، وهو الأمر الذي يسمح بتموقع المحامي في مثل هذه النزاعات.

ومن دون شك فدور المحامي في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال يعد أمرا أساسيا، وحاسما في الكثير من الحالات.[440] ويمكن أن يؤثر إيجابا أو سلبا على مجريات النزاع.

ففي خضم نيابته عن أحد أطراف النزاع قد يحدث أن يتماهى مع مطالبه، والتي قد تتعارض مع مصلحة الطفل الفضلى.

---

[439]- تم التنصيص في هذا الإطار من خلال المادة 7 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980 على أنه يقع على عاتق السلطات المركزية ما يلي:

ز) توفير المساعدة والاستشارة القانونية أو تسهيلها-عند الاقتضاء- بما في ذلك الاستعانة بالمحامين والمستشارين القانونيين.

[440]- للإلمام أكثر بهذه الأدوار، يستحسن الرجوع إلى المقال الآتي:

- VOMBERG(Wolfgang): « Le rôle des avocats en matière d' enlèvements d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 85-91.

وعموما يمكن تلخيص مجال تدخله على ثلاث مستويات:

المستوى الأول: في حالة تخوف أو خشية أحد الطرفين من احتمال وقوع نقل للطفل:

يتمحور دور المحامي في هذه الصورة في اتخاذ عدة إجراءات -حسب الحالات- تتمثل على وجه الخصوص فيما يلي:

- إجراءات للحيلولة دون اختطاف الطفل؛

- إجراءات تؤطر العلاقات الشخصية بين الآباء والطفل، وتتجسد بالأساس في الحد من حقوق الحضانة أو الزيارة؛

- إجراءات رادعة مصحوبة بالتهديد بعقوبات؛

- إجراءات لمراقبة الحدود(نظام استشعار- سحب جواز السفر للطفل...).[441]

وبالرغم من أهمية كل هذه الإجراءات والتي تكتسي طابعا وقائيا، فإنها لا يمكن أن تكون حائلا في بعض الأحيان أمام رغبة بعض الآباء، وإصرارهم على التصرف بشكل انفرادي، وفرض أمر الواقع في مثل هذه الحالات، خاصة أمام انسيابية التنقل على مستوى الحدود الجغرافية للدول، وتنوع وسائل الاتصال.

وأمام مثل هذا الوضع، يمكن أن يتجسد دور المحامي كذلك من خلال سهره على إجراء وساطة بين الأطراف، وتشجيعهم على إبرام اتفاقات تسمح بتجاوز الخلافات الناشئة بينهما. أو توجيههم للجوء إلى وسيط مختص في المجال الأسري. كما يمكنه تحسيس

---

[441] - انظر في ذلك:

-VOMBERG(Wolfgang): « Le rôle des avocats en matière d'enlèvements d'enfants », op, cit, p: 87 .

الأطراف بالنتائج الوخيمة جراء الإقدام على اختطاف الطفل إلى الخارج، والتي تنعكس عليهما معا (الطفل والمختطف).

المستوى الثاني: في حالة وقوع نقل للطفل:

يبرز في هذه الصورة دور المحامي بشكل بارز من خلال إشراكه في مراحل تدبير الملف سواء الإدارية أو القضائية، وبغض النظر عن كونه ينوب عن الطرف المختطف أو ضحية الاختطاف، فإنه يتعين عليه لعب دور المستشار القانوني عن طريق توضيح مختلف جوانب الملف،[442] وهو ما يستوجب فهما جيدا للملف، وخبرة مهنية.

كما يمكنه إخبار الجهة القضائية التي تنظر في طلب الإرجاع بوجود دعوى رائجة حول الطلاق أو الحضانة لتلافي صدور أحكام متعارضة.

المستوى الثالث: في حالة صدور الحكم بالإرجاع:

يختلف دور المحامي في هذه المرحلة باختلاف موقعه من تمثيل الأطراف، فإذا كان ينوب على الطرف ضحية الاختطاف، فإنه يتعين عليه في مثل هذه الحالات تيسير الإرجاع الآمن للطفل لمكان إقامته الاعتيادية باتخاذ جميع التدابير الإدارية والقضائية لتنفيذ الحكم. أما إذا كان يمثل الطرف المختطف، فإنه يتعين عليه العمل على ضمان الحفاظ على صلات هذا الأخير بالطفل، خاصة في الحالة التي يعود فيها الطفل بصفة منفردة.

وغني عن البيان أن الرهان الأساسي لتفعيل الأدوار سالفة الذكر من طرف المحامي يرتبط وجودا وعدما بضرورة امتلاك هذا الأخير لتكوين متين يساعده على التمكن من

---

[442]- حيث يتعين عليه في هذه الحالة إخبار موكله بإجراءات الدعوى، والجواب عن مختلف الأسئلة الموجهة إليه في هذا الإطار، كما يقتضي الأمر منه الأخذ بعين الاعتبار العائق اللغوي الذي قد يكون لدى موكله، وهو ما يصعب معه فهم المساطر الداخلية للدولة المطلوبة، بالإضافة إلى عنصر انعدام الثقة الذي قد يتولد بفعل ذلك.

جزئيات هذه القضايا، كما يفرض نوعا من التخصص في مثل هذه القضايا باعتباره السبيل الأوحد لتحقيق التميز الوظيفي للمحامي في هذا المجال.

المطلب الثاني: تقوية الجانب الوقائي والمسطري

أبان التطبيق العملي للاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالاختطاف الدولي للأطفال عن وجود جوانب قصور ترتبط في شق كبير منها بغياب اعتماد إجراءات وقائية واستباقية تعالج المشاكل التي تثار بين الزوجين قبل الإقدام على نقل الطفل خارج الحدود، وهو ما تكون فائدته كبيرة، وذات انعكاس إيجابي على نفسية الطفل الذي يبقى محافظا على صلاته بأبويه (الفقرة الأولى)، كما أن غياب اعتماد مساطر داخلية لتفعيل المقتضيات الاتفاقية على المستوى الداخلي ساهم في الحد من تفعيل آليات حماية الطفل المختطف. (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إقرار إجراءات وقائية

إذا كان تركيز جل الاتفاقيات المتعلقة بمجال الاختطاف الدولي للأطفال منصبا بشكل كبير على آلية إرجاع الطفل المختطف، والذي تم نقله بشكل غير مشروع من مكان إقامته الاعتيادية إلى دولة أجنبية أخرى، فإن إغفال اعتماد إجراءات وقائية[443] لمواجهة الأسباب الداعية إلى إقدام الشخص المختطف على نقل الطفل يساهم في إضاعة الجهود، وتعميق الأزمات الناتجة عن فعل الاختطاف.

[443]- للاطلاع بشكل أكبر على مختلف هذه التدابير يستحسن الرجوع إلى دليل الممارسات الفضلى لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، الجزء الثالث المتعلق بالتدابير الوقائية. متوفر باللغة الفرنسية عبر الموقع الإلكتروني لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الآتي: HCCH.

فاتخاذ إجراءات ملموسة والإقدام على مبادرات عند وجود خطر واضح ومتزايد باحتمال وقوع اختطاف للأطفال يعد أمرا مرغوبا، ومتطلبا تلافيا للدخول في متاهات المساطر القضائية والإدارية الناجمة عن نقل الطفل.

ومن هذا المنطلق قد يساعد تشجيع الأطراف على إبرام اتفاقات حبية، وتسهيل عملية الوساطة فيما يتعلق بمسائل الحضانة، وحق الزيارة، في الحيلولة دون حدوث الاختطاف لاحقا، ولأجل ذلك يتعين الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المتحققة من توفير خدمات الوساطة المتخصصة للزوجين في حالة الزواج المختلط.

وعلى المستوى التشريعي يتعين تضمين القوانين المحلية المنظمة لمسائل الطلاق والحضانة[444] وحقوق الاتصال والزيارة أحكاما تسعى إلى منع الاختطاف أو تقييده، حيث ينبغي على الدول التأكد من أن الإجراءات الوقائية المنصوص عليها في القوانين المحلية تقوم على أساس تشريعي متين.

وفي هذا الصدد يتعين تعزيز مراقبة الحدود، خاصة في حال وجود قرارات بالمنع من مغادرة التراب الوطني،[445] إذ يتعين من جهة الإسراع في تعميمها على النقط الحدودية، ومن جهة أخرى تعزيز الرقابة على مستوى هذه النقط.

---

[444]- لقد تطرق المشرع المغربي لهذا الأمر في مدونة الأسرة من خلال المادة 179 التي أعطت إمكانية توقف السفر بالمحضون خارج المغرب على موافقة نائبه الشرعي. وقد ورد في هذه المادة ما يلي:

" 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 العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب".

[445]- يعتبر قرار منع مغادرة التراب آلية قانونية ذات قيمة كبيرة لمنع الطفل من مغادرة دولته، ويكون ذلك مفيدا إذا تيسر الحصول على أمر الإيقاف بصورة عاجلة، ويجب أن يكون قرار منع مغادرة التراب مكتوبا بشكل واضح ودقيق، مع الأخذ بعين الاعتبار احتمال كون الطفل أو الشخص البالغ الذي يحمل أكثر من جنسية واحدة قد يكون مسافرا باستخدام جواز سفر لدولة أخرى.

وينبغي كذلك أن تتضمن النصوص القانونية والممارسات الإدارية المحلية ما هو ضروري لتمكين سلطات الدولة من الاستجابة بسرعة وفعالية في الحالات التي توجد مخاطر حقيقية بحدوث اختطاف للأطفال، خاصة ما يتعلق بجواز السفر والتأشيرة وبطائق الهوية الشخصية.[446]

كما تعد التوعية بمخاطر اختطاف الأطفال من العوامل الهامة التي تعتمد عليه فعالية الكثير من الإجراءات الوقائية، حيث ينبغي في هذا الصدد تزويد العموم بالمعلومات التي تبرز أثر وفعالية وسائل منع الاختطاف.[447]

وعلى مستوى المقاربة الدولية لهذه التدابير، أفرزت التجربة العملية تبني مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى تقييد القرارات المرتبطة بحق الحضانة والزيارة، عن طريق فرض بعض الضمانات في الحالات التي يظهر فيها وجود خطر يتمثل في اختطاف الطفل.

ومن بين هذه الإجراءات اعتماد التذييل المسبق بالصيغة التنفيذية للقرارات المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة في بلد إقامة غير الحاضن من الأبوين، أو البلد الذي ينوي الحاضن

---

[446]- وتتجلى هذه الإجراءات التي تساعد في الاستجابة لأي خطر حقيقي بحدوث اختطاف فيما يلي:
- وضع نظام للتنبيه ومراقبة جوازات السفر يقوم بإبلاغ شخص معين عند تقديم أي طلب لاستصدار جواز سفر الطفل.
- رفض إصدار جواز سفر لطفل معين أو رفض إدراج اسم الطفل في جواز سفر والده أو والدته، في الحالات التي يوجد فيها خطر الاختطاف.
- التأكد من أن الأوامر الصادرة بمنع نقل الطفل إلى خارج دولته تُنقَل فوريا إلى السلطات المختصة بجوازات السفر.
- تمكين سلطات جوازات السفر من إدراج تحذيرات أو شروط في جوازات السفر الصادرة للأطفال.

[447]- يمكن للآباء والأمهات المقبلين على الانفصال أو الطلاق، أو الذين يناقشون مسائل الحضانة أو حقوق الاتصال/الزيارة، الاستفادة من المعلومات عن الإجراءات الوقائية الموجودة، والسلطات القادرة على تقديم المساعدة إليهم.

الاستقرار فيه رفقة الطفل، وذلك قصد ضمان ممارسة غير الحاضن من الأبوين لحقه في الزيارة ببلد إقامة الطفل.[448]

كما اتجهت بعض الأحكام القضائية إلى فرض غرامة مرتبطة بممارسة حق الزيارة العابر للحدود من قبل صاحب هذا الحق، وذلك كضمانة للحيلولة دون اختطاف الطفل من قبله، وقد أقرنت فعلا محكمة الدرجة الكبرى بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 25 يونيو 1982،[449] القاضي بممارسة حق الزيارة والإيواء خارج فرنسا بفرض غرامة بمبلغ مالي مرتفع، عبارة عن ممتلكات عقارية للزوج بفرنسا، وعللت هذا الأمر بعدم وجود أي علاقة للتعاون القضائي وقتئذ بين فرنسا وإسبانيا يمكنها أن تغني عن البحث عن ضمانات أخرى مثل ما ذهبت إليه في حكمها.

وفي محاولة لتلافي أي نقل محتمل للأطفال، تم اعتماد بعض الإجراءات الهادفة إلى الحد من حق الزيارة أو الحضانة على المستوى الجغرافي، وذلك بحصر ممارسة حق الزيارة في موطن الحاضن، أو لدى أحد أفراد أسرته، أو منزل أحد الأغيار، أو في مؤسسة عمومية معدة لهذا الغرض، واستبعاد أي اصطحاب للطفل إلى الخارج. أما بخصوص الحد من حق الحضانة، فيتجسد في تقييد حرية الحاضن في تغيير مكان إقامة الطفل، وتحديدها في بلد أجنبي.

---

[448]- وهو التوجه الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 8 دجنبر 1993. مشار إليه في المؤلف التالي:

- GALLANT (Estelle) : « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op.cit, p: 282.

[449] - راجع في هذا الحكم:

GAZ.PAL, 1982,2, p : 396.

ونظرا لما تقدمه هذه التدابير الأخيرة من ضمانات فقد استقت بعض التشريعات، والتوجهات القضائية هذه الحلول في محاولة للحد من مشكل الاختطاف الدولي، رغم ما وجه لها من انتقادات.[450]

الفقرة الثانية: اعتماد إجراءات داخلية خاصة

ألقت مختلف الاتفاقيات ذات الصلة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال على عاتق الدول الأطراف التزامات بتبني إجراءات داخلية تتسم بطابع البساطة والسرعة، وتستجيب لخصوصية هذا النوع من القضايا، كما تمكن السلطات القضائية والإدارية من القيام بالمهام المنوطة بها على أفضل وجه.

وقد كان لهذا الأمر بالغ الأثر في إقدام العديد من الدول على اعتماد قوانين تروم إدماج أحكام الاتفاقيات في قانونها الداخلي، حيث أفردت من خلال ذلك إجراءات خاصة مرتبطة بالجانب المسطري، والموضوعي[451]...

ولا غرو في أن تحقيق ما سلف سيكون له الأثر الإيجابي على حسن تطبيق الاتفاقيات المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال، حيث يسمح هذا الأمر بحسن استيعاب مقتضياتها،

---

[450]- لخصت الأستاذة Gallant Estelle الانتقادات الموجهة لمثل هذه التدابير في تعارضها مع مبدأ حرية الذهاب والإياب، وعدم ملاءمتها في حال وجود ضمانات، وتعارضها مع حق الزيارة العابر للحدود.
للتوسع أكثر حول هذا الأمر، راجع:

- GALLANT (Estelle) : « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », op.cit, pp: 289- 298.

[451]- كنموذج لهذه التجارب يمكن ذكر القانون الفيدرالي السويسري حول الاختطاف الدولي للأطفال، واتفاقيات لاهاي المتعلقة بحماية الأطفال والراشدين، الصادر بتاريخ 21 دجنبر 2007، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 يوليوز 2009. حيث يعد نموذجا رائدا في هذا الصدد بتضمنه لقواعد تنظم التعاون بين السلطات بشكل دقيق، وتعمل على توصيف عمل السلطات المركزية، وتدخل الخبراء، ومسطرة الصلح والوساطة، والإجراءات الحمائية للأطفال، وتحديد المحكمة المختصة في مجال الاختطاف، وتحديد الجهة المكلفة بالتنفيذ، مع تضمنه لمقتضيات تسمح بإمكانية تغيير القرار المتخذ إذا ظهرت ظروف حاسمة في الموضوع.

ويحد من اختلاف التفسيرات والرؤى بالشكل الذي يوحد العمل القضائي، وييسر في الأخير حماية المصالح الفضلى للطفل ضحية الاختطاف.

ولا شك أن غياب مقتضيات من هذا القبيل في التشريع المغربي انعكس سلبا على العمل القضائي بخصوص تفعيل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالموضوع، كما أفرز توجهات قضائية متباينة.

والغريب في الأمر أن النقاش تركز في بعض الأحيان على بعض الأمور التي تعد من البديهيات في هذا الموضوع، مثل صفة النيابة العامة في رفع مثل هذه الدعاوى، واختصاص القضاء الاستعجالي من غيره، وهو ما ساهم في رسم صورة سلبية عن واقع التطبيق القضائي المغربي في علاقته بهذه الاتفاقيات.

ففي قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 2014/12/9،[452] اعتبرت هذه الأخيرة أن قاضي المستعجلات لا يختص بالنظر في الدعوى الرامية للإرجاع طبقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980 لوجود منازعة في الجوهر تتعلق بحكم أجنبي بالحضانة، ولوجود حكم مغربي قضى بإسقاطها عن الأم الأجنبية.

[452]- قرار عدد 847، ملف شرعي عدد 2013/1/2/372، غير منشور. ومما ورد فيه نذكر ما يلي:
"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه، ذلك أنه بموجب الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية، فالاختصاص يكون لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات في الإجراءات الوقتية والتي لا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر. والطاعن تمسك أمام المحكمة مصدرة القرار بخرق قاعدة الاختصاص هذه، ودفع بأن ما بررت به محكمة أول درجة فيه مساس بجوهر الحق، وبمراكز الأطراف القانونية لكونه رجح في التطبيق الحكم الأجنبي بإسناد الحضانة على الحكم المغربي القاضي بإسناد الحضانة على الحكم المغربي القاضي بإسناد الحضانة، وأدلى بنسخة تنفيذية لهذا الحكم الصادر في 2009/02/10 وبصورة لشهادة عدم الطعن بالاستئناف مؤرخة في 2010/05/12 وتضمنت أن المطلوبة بلغت بالحكم بواسطة السفارة المغربية بهلسنكي في 2009/06/26 وبلغ وكيل الملك في 2010/04/27. والمحكمة لما خلصت إلى ما انتهى إليه في منطوق قرارها، واستبعدت الحكم المغربي بعلة أنه غير حائز لقوة الشيء المقضي به، ولم ينفذ بواسطة الطرق القانونية تكون قد بنت قضاءها على غير أساس، وخرقت مقتضيات الفصل المحتج به وعرضت قرارها للنقض".

وغني عن البيان أن هذا الموقف يوجد على طرفي نقيض مع ما تقره الاتفاقية سالفة الذكر من أحكام في الموضوع، حيث إن المعتد فيها هو التأكد من خرق حق الحضانة أثناء النقل، وهو الأمر المتوفر في النازلة، كما أن وجود منازعة في الحضانة لا يؤثر على دعوى الإرجاع، باعتبار أنها تهدف إلى إرجاع الحال إلى ما كان عليه، زيادة على أن وجود حكم بإسقاط الحضانة، وبغض النظر عن مدى تعارضه مع أحكام المادة 16 من نفس الاتفاقية، فإنه لا يؤثر في دعوى الإرجاع إلا فيما يتعلق باعتماد أسباب إسناد الحضانة، وهو ما يتوافق مع مقتضيات المادة 17 من الاتفاقية.

ونظرا لمثل هذه الاعتبارات يمكن القول أنه أصبح من الضروري اعتماد قانون إجرائي يتعلق بقضايا الاختطاف الدولي للأطفال، وهو ما سيساهم بشكل فعال في الحد من تضارب الاجتهاد القضائي في الموضوع، وسيشكل دليلا للعمل القضائي في الموضوع.

خاتمة الباب الثاني

لقد ساهمت الاجتهادات القضائية الوطنية والدولية في رسم ملامح وتجليات المصلحة الفضلى للطفل في النزاعات المتعلقة بالاختطاف الدولي للأطفال، وذلك من خلال تقدير تلك المصلحة من زاوية الاستثناءات المبررة لعدم إرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، باعتبار أن إرجاعه قد ينطوي على وضع يمس باستقراره النفسي والاجتماعي.

غير أن تحليل هذا المعطى لا ينبغي أن يحجب عن بالنا أن الأمر يتعلق باستثناء يتعين تفسيره في أضيق الحدود حتى لا يؤثر بشكل أساسي على جوهر الاتفاقيات الصادرة في هذا الشأن، والتي تجعل من آلية الإرجاع الوسيلة المثلى للحفاظ على روابط الطفل، ولحمايته بإرجاعه إلى محيطه الاجتماعي المعتاد.

ومن هذا المنطلق يتعين على السلطات القضائية والإدارية المعنية بتفعيل مقتضيات الاتفاقيات ذات الصلة بموضوع الدراسة السعي إلى البحث عن مصلحة الطفل الفضلى وفق نوع من التوازن بين إعمال آلية الإرجاع، وتقدير الاستثناءات التي قد تمنع من الإرجاع، بيد أن كفة هذا التوازن لا ينبغي أن تميل إلى توظيف تلك الاستثناءات بالشكل الذي قد يعطل أو يقزم من تكريس المبدأ المتمثل في الإرجاع.

وإذا كانت الجهود الدولية والوطنية المرصودة لمواجهة النقل الدولي غير المشروع للأطفال قد حققت نتائج لا يستهان بها، فإن الإشكالات التي أفرزها الواقع العملي المرتبط بتدبير هذا النوع من القضايا، والتي تنتج عنها مآسي جمة يستلزم بذل المزيد من الجهد، خاصة فيما يتعلق بتطوير آليات وأساليب مقاربة الموضوع، وكذا تعزيز آليات التعاون والتنسيق على المستوى الدولي، دون إفال لتأهيل المتدخلين في الميدان.

الخاتمـــــة

كيف يمكن تحسين وظيفة الاتفاقيات الدولية في مجال الاختطاف الدولي للأطفال؟

إن تطبيق الاتفاقيات الدولية لا يتوقف فقط على جودة آلياتها فقط، ولكن كذلك وبشكل كبير على الساهرين على تفعيلها، بالإضافة إلى الإرادة المشتركة للدول التي تعد المحرك الأساسي للحد من الاختطاف الدولي للأطفال.[453]

وعموما تسمح التجربة العملية المرتبطة بتدبير موضوع كهذا باستخراج بعض مسارات التفكير التي يمكن اعتبارها بمثابة توصيات في الموضوع والتي يمكن إجمالها في الآتي:

تأمين (ضمان) التكوين:

يعد تكوين الفاعلين في مجال الحماية الدولية للأطفال عموما، وفي مجال الاختطاف الدولي للأطفال على وجه التحديد إحدى أوكد الرهانات التي تفرض ذاتها بشكل ملح وآني، فتكوين القضاة، والمحامين، والمساعدين الاجتماعيين، وبشكل أشمل كل الفاعلين في ميدان الحماية الدولية للأطفال، أصبح يفرض نفسه، خاصة في ظل تنامي الاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وأمام الالتزامات التي أضحت تلقي بها هذه الاتفاقيات على الدول الأطراف، سيما

---

[453]- إلى جانب المبادئ التي تحكم الدول عند تفعيلها للمقتضيات الاتفاقية، والتي نصت على جزء كبير منها اتفاقية فيينا لسنة 1963، هناك مبدأ المعاملة بالمثل الذي يعد إحدى المبادئ التي تحكم الدول في علاقاتها الثنائية.

للتوسع أكثر حول هذا المفهوم، راجع:

- **LAGARDE (Paul):** «La réciprocité en droit international privé» RCADI, 1977, Tome 154, pp 103-214.

وأن جانبا من هذه الالتزامات يتجسد في التعاون بين السلطات المركزية، وكذلك عبر الاتصال المباشر بين ممثليها.

ومن المحاور التي يتعين التركيز عليها في التكوين نجد القانون الدولي الخاص، والقانون المقارن، فانسيابية القرارات القضائية بحرية في الفضاء الدولي، ودقة بعض الإجراءات الواردة في هذا النوع من الاتفاقيات،كآلية العودة الفورية للطفل (الذي يتطلب منسوبا مضاعفا من الثقة بالنسبة للهيئات القضائية والإدارية الأجنبية) يفترض معرفة أفضل بالأنظمة القانونية الأجنبية، حيث يظهر أن جزءا كبيرا من الصعوبات المرتبطة بالتعاون الدولي، إما مرتبطة بالجهل بالقوانين والمؤسسات الأجنبية (خاصة بسبب الصور النمطية والأفكار الخاطئة)، وسوء الفهم الناتج عن ذلك، وهو الأمر الذي يجعل من انفتاح التكوين على القانون المقارن أمرا بالغ الأهمية.

ولا شك أن بلورة مرجعية للاهتمام بتكوين الفاعلين على المستوى الوطني لا تكتمل إلا عبر الانفتاح على التجارب المقارنة بالمشاركة في اللقاءات الدولية عن طريق الدورات، والندوات، والأيام الدراسية، والتي تعرف مشاركة جامعيين وممارسين من مختلف الدول.

مثل هذه اللقاءات ستكون حتما مفيدة، ومناسبة سانحة لتلاقح الأفكار، والاستفادة من التجارب المقارنة، والممارسات الفضلى.

تدعيم المعلومة:

كشفت التجربة المرتبطة بتفعيل الاتفاقيات ذات الصلة بموضوع الاختطاف الدولي للأطفال، أن جانبا كبيرا من محدوديتها يرتبط بشكل وثيق بجهل العديد من الآباء والفاعلين بوجودها، وبما تتيحه من إمكانيات وآليات تساعد على حماية الأطفال بإعادتهم إلى مكان إقامتهم الاعتيادية.

ومن هذا المنطلق فالرهان معقود على تحسيس وإعلام الفاعلين في مجال حماية الأطفال عبر الدول، وإعلام الآباء ضحايا الاختطاف عن طريق الجمعيات، والسلطات المركزية، واستغلال المساحات التي تتيحها وسائل الإعلام، ووسائط التواصل...

تدعيم التخصص:

إن دقة وصعوبة موضوع الاختطاف الدولي للأطفال، والذي يتداخل فيه الوطني بالدولي يفرض اعتماد التخصص لدى مختلف الفاعلين في الميدان بغية الإلمام بجوانبه المتعددة، وتوظيف أهداف ومرامي الاتفاقيات الدولية على أفضل وجه.

ويعد هذا التخصص ذو جدوى من خلال ثلاث مستويات:

أولا: على مستوى المحاكم والهيئات الإدارية المكلفة بمعالجة المنازعات الأسرية الدولية بشكل عام، ومنازعات النقل غير المشروع بشكل خاص، حيث إن الاتجاه الحالي لأغلب الدول هو تخصيص هيئات قضائية أو إدارية على مستوى المحاكم أو المدن الكبرى التي تنشط فيها مثل هذه القضايا، وبالموازاة مع ذلك تخضع تلك الهيئات لتكوين مستمر في الموضوع، ويتم توفير كافة الوسائل المساعدة على الاطلاع بأدوارها على أحسن وجه.

وتعد التجربة الإنجليزية، والاسكتلندية والألمانية فيما يتعلق بتخصص القضاة خير نموذج بالنظر للنتائج المحققة من خلال هذه التجارب.

ثانيا: على مستوى المصالح الاجتماعية التي تساعد هذه السلطات في إطار الأبحاث الاجتماعية للتكفل وتتبع الأطفال ضحايا النقل غير المشروع، فالموضوع كما نعلم له امتدادات، وتتداخل فيه عدة عوامل يرتبط جانب مهم فيها بالتكفل بالطفل ضحية الاختطاف، وتتبع وضعه النفسي والأسري، لتجنب المخاطر التي قد تنعكس سلبا على حياته المستقبلية. وانطلاقا من هذا الأمر فاعتماد التخصص لدى القائمين على تقديم الدعم

الاجتماعي والأسري، وأطر الجمعيات المكلفة بحماية الطفولة، وإخضاع هذه الفئة لتكوين تخصصي، يعد السبيل الأسلم لفهم أفضل لوضعية الطفل في مثل هذه الحالات، التي تتطلب معاملة خاصة، ومواكبة دائمة.

ثالثا: على مستوى مجموع الفاعلين في مجال الحماية، خاصة المساعدين الاجتماعيين، والنفسيين، وعناصر الشرطة المكلفين بالبحث عن مكان تواجد هؤلاء الأطفال في حالة نقلهم بشكل غير مشروع، وتنفيذ المقررات الصادرة بالإرجاع، واتخاذ الإجراءات الحماية لمنع إلحاق أضرار إضافية بهم...

تشجيع الاتصال المباشر:

لا شك أن تبادل الأفكار، وتقاسم التجارب بين الفاعلين في مجال الاختطاف الدولي للأطفال تكون له نتائج مرضية في الغالب تسمح للممارسين بإيجاد حلول ملائمة للإشكالات التي تعترضهم بمناسبة البت في القضايا ذات الصلة، والتي تتسم في بعض الأحيان بطابع الاستعجال.

ويعد اللقاء المسبق بين القضاة المكلفين بالنظر في ملفات الاختطاف الدولي للأطفال من مختلف الدول، والاتفاق على وضع آليات للاتصال في كل دولة على حدا، إحدى المرتكزات المساعدة على بلورة الاتصال المباشر بين هذه الهيئات القضائية، للتصدي للإشكالات التي قد تثار أثناء بتهم في الملفات المعروضة عليهم، أو بمناسبتها لإغناء تجاربهم في الموضوع.

وتفعيل هذه الآلية يمكن أن يتم من خلال دور قضاة الاتصال، واللقاءات العلمية، وبرامج التكوين الدولية، التي من شأنها تدعيم فعالية هذه الممارسات.

ويجدر التذكير في هذا الصدد بالدور الذي تقدمه شبكة القضاة الدوليين المنبثقة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في التواصل، والتي تشكل إطارا يتعين الاستفادة من خلاله من تجارب وخبرة القضاة الأعضاء في الشبكة.

تشجيع الوسائل الحبية لحل المنازعات:

يتعلق الأمر هنا بتدعيم الوساطة على المستويين الوطني والدولي في مثل هذه النزاعات. وتعد في هذا الصدد تجربة البعثة الفرنسية الألمانية جديرة بالاقتداء، ليس لكونها ساهمت في حل العديد من الإشكالات في هذا الخصوص، ولكن لأنها سمحت بتوفير إطار مهم عمل إلى حد كبير على تقريب الرؤى، وتجاوز سوء الفهم.

وترتكز بنية الوساطة الدولية على عنصرين أساسيين، يرتبط أولهما بالعنصر البشري، حيث يتعين أن يشرف عليها متخصصين وقضاة وعاملين في الحقل الاجتماعي(كما حاولت ذلك التجربة الفرنسية MAMIF). ويرتبط ثانيهما بقيمة اتفاق الوساطة، إذ يتعين أن يعطى لاتفاق الأبوين مكانة كبرى في حل النزاع، وفي تدبير الوضعية سواء في حالة الإرجاع أو عدم الإرجاع.

ويتعين في نفس السياق، تشجيع الاتفاقات والتسويات القضائية من خلال اعتماد نماذج معينة أو ما يصطلح عليه باللغة الإنجليزية ب: ORDONNANCES MIROIRS/UNDERTAKINGS ET DES SAFEHARBOUR ORDERS)،والتي يسمح من خلالها بالحصول على التزامات من قبل أحد الطرفين أو كلاهما تحت مراقبة المحكمة، وتسجل من طرف القاضي في حكمه.

وكمثال لذلك، يمكن أن تهدف مثل هذه الاتفاقات إلى الحصول على التزام من قبل أحد الأبوين الذي يطالب بالإرجاع بعدم سلوك المساطر الجنائية ضد الطرف الآخر في

دولة الإقامة الاعتيادية للطفل، أو بالتخلي عن المساطر الرائجة في الموضوع، كما يمكن أن تنصب على ترك الطفل حديث الولادة عند الأم إلى غاية بت محكمة إقامته الاعتيادية في ممارسة السلطة الأبوية، أو بعدم تنفيذ القرارات الصادرة بعد نقل الطفل من طرف محاكم أو سلطات دولة الإقامة الاعتيادية، أو بمنح حق الزيارة والإيواء خارج الحدود للوالد الآخر وفق الشروط المحددة في الحكم....

وفي المقابل يمكن أن ترد هذه الاتفاقات في شكل التزامات تقع على عاتق الطرف الذي قام بنقل للطفل، أو الذي احتفظ به بصفة غير مشروعة، كالالتزام بعدم المعارضة عند مغادرة الطفل، والمساهمة في العناية بالطفل، أو تحمل جزء من أعباء المسطرة القضائية المرتبطة بحق الزيارة والإيواء التي سترفع في دولة الإقامة الاعتيادية، أو التخلي عن المساطر الرائجة في دولة مكان نقل الطفل، والمشاركة في الوساطة.

ولا شك أن مثل هذه الالتزامات يمكن لها أن تسهل إرجاع الطفل، وتطمئن القاضي حول نتائج قراره، وتقلل من نسبة الشك بالنسبة للأبوين. غير أن فعالية مثل هذه الاتفاقات لا تتحقق إلا إذا تم التنسيق بين ما قد يصدر من حكم في هذا الإطار، وبين الأحكام الصادرة أو التي ستصدر في دولة الإقامة الاعتيادية للطفل، فلا محيد عن المرور عبر الاتصال المباشر بين القضاة، والسلطات بشكل أوسع. والتنسيق في القرارات يمكن الحصول عليه خاصة باللجوء لتقنيات الأحكام والقرارات المرجعية.

ترتيب آليات (إجراءات) عودة (إرجاع) الطفل:

لا يكتسي مبدأ الرجوع الفوري دوره وجوهره إلا إذا تم تحقيقه في إطار مصلحة الطفل. ويظهر هذا الإجراء أكثر وضوحا في حالات الاختطاف التي تتم بين دول شمال البحر الأبيض المتوسط وجنوبه، والتي تتم غالبا من طرف الأب مع الطفل الذي لا يعيش بصفة معتادة في مكان نقله، وقد تكون الأم معنية كذلك.

فإرجاع الطفل لمكان إقامته الاعتيادية، والحال أن الأم لا تتوفر على سكن، ولا عمل، ولا بطاقة إقامة، وقد تكون موضوع متابعات جنائية قد تزج بها في السجن، كما قد يكون الأب غير قادر بالشكل الكافي على الاعتناء بالطفل، يجعل الأمر دراماتيكيا بالنسبة للطفل، خاصة إذا لم يعتمد القضاء على الاستثناءات المبررة للحكم بعدم الإرجاع كما نصت عليه المادة 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980.

وفي هذا الإطار، يعد التعاون بين السلطات القضائية والإدارية في الدول المعنية أمرا لا محيد عنه، فاتخاذ إجراءات على شكل أوامر أو قرارات مرجعية ORDONNANCES MIROIRS/UNDERTAKINGS ET DES SAFE HARBOUR ORDERS)، من طرف سلطات الدولة التي سيتم فيها الإرجاع أو ممارسة الزيارة عبر الحدود، بهدف السماح لمرتكب النقل غير المشروع أو الاحتجاز بإرجاع الطفل بنفسه، ومرافقته للاستقرار على الأقل بشكل مؤقت للحضور للجلسات القضائية أو لحصص الوساطة...دون الوقوع في فخ المساطر الجنائية أو المدنية المقامة ضده، أو السماح للمعني بالأمر بالدخول إلى تراب الدولة المعنية إذا ما تم على سبيل المثال سحب بطاقة إقامته بسبب الاختطاف. يفرض تعاونا وثيقا بين القضاة، وبين القضاة والمحامون، كما يتطلب أيضا تنسيق الإجراءات المرتبطة بالأنظمة القانونية بعضها ببعض.

لذلك فمن شأن اللقاءات والندوات بين المهنيين من مختلف الدول أن تسمح بوضع إجراءات متشابهة داخل مختلف الأنظمة القانونية.

كما يتعين العمل على إعطاء الاتفاقات(التسويات) التي تتم بين الآباء، أو الالتزامات التي تقع على كليهما نفس القيمة بالنسبة لجميع الدول، مع العمل على إقامة نظام يجعل الإجراءات ذات نفس الوزن والقيمة بالرغم من صعوبة هذا الأمر.

ضمان الروابط الخاصة بين الطفل وكلا أبويه:

إن تحقيق هذا الهدف يمر عبر الاعتراف بمبدأ حق الزيارة، بما فيها العابرة للحدود- باستثناء بعض الظروف الاستثنائية-وذلك قبل النقل، وبعد النقل، وأثناء سريان المسطرة المتعلقة بإرجاع الطفل.

فالاعتراف بحق الزيارة بعد النقل يمكن أن يسهل حل الإشكال، ويذيب من جدة الخصومة، كما يشجع على الحصول على اتفاقات حبية.

احترام أفضل لحقوق الطفل:

إن الأمر في هذا المقام لا يتعلق بمجرد قاعدة مبدئية تتعلق بالاستماع للطفل في المساطر القضائية والإدارية التي تتعلق به، وإنما بتفعيل نص اتفاقي يعطي لرأي الطفل مكانة مهمة.

لذا يكتسي احترام حقوق الطفل، وخاصة الحق في الاستماع إليه في كل المساطر المتعلقة به أهمية قصوى، ويحظى هذا الحق بمكانة بارزة في بعض التجارب المقارنة، خاصة في ألمانيا، حيث يتم قبول الاستماع للأطفال حتى في السنين الأولى.

إلغاء العراقيل المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ للقرارات ذات الصلة بالمسؤولية الأبوية:

لا شك أن إحدى عوامل نجاح اتفاقيات الاختطاف الدولي للأطفال، ولا سيما اتفاقية لاهاي لسنة 1980 يتوقف إلى حد كبير على نظام الاعتراف المباشر، الذي يخول ترتيب آثار قانونية للأحكام والقرارات الصادرة في مادة الحضانة والمسؤولية الأبوية، باعتبارها تشكل حجر الزاوية في تكييف النقل بكونه غير مشروع من عدمه.

لذلك يتعين عند إبرام أو الانضمام للاتفاقيات الدولية ذات الصلة، العمل بالموازاة مع ذلك على إيجاد قواعد داخلية تضمن تنفيذ القرارات الوطنية والدولية المتعلقة بالحضانة والمسؤولية الأبوية. وتذليل الصعوبات التي تثار على المستوى الداخلي في الحالة التي لا يقطن فيها أحد الطرفين بصفة اعتيادية في الدولة المطلوبة.

تحمل تكلفة المصاريف ذات الصلة بالنقل غير المشروع:

إن تكلفة المساطر المتعلقة بالنقل تعد مسألة ذات اعتبار، وهو الأمر الذي يلزم في بعض الأحيان الوالد ضحية الاختطاف إلى التراجع عن المطالبة بطفله، وتختلف هذه الوضعية من بلد لآخر حسب نظام المساعدة القضائية السائد. علما أنه وبالرغم من إقرار هذا النظام الأخير في جل الاتفاقيات موضوع الدراسة، إلا أن السماح للدول بالتحفظ على المواد التي نظمته قلل بشكل كبير من فعاليته.

وفي سبيل تذليل هذا العائق، يتعين التفكير في إيجاد نظام دولي للتكفل بتحمل مصاريف الاختطاف الدولي.

قائمـة المراجـــع

أولا: باللغة العربية:

أ: الأطروحات والرسائل:

- **حميدو (زكية):**"مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2005/2004. 575 ص.

- **البالي (نعيمة):** "ملاءمة التشريع المغربي لاتفاقية حقوق الطفل"، أطروحة لنيل الدكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق وجدة 2002-2003.

- **الجاي (غزلان):** "الروابط بين الآباء والأبناء في القانون الدولي الخاص المغربي"، اتفاقية لاهاي لسنة 1996 الخاصة بحماية القاصرين"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، السنة الجامعية 2006-2007.

- **أزرقان (عادل):** " النقل غير المشروع للأطفال- دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص الاتفاقي(الاتفاقية المغربية الإسبانية نموذجا)"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكدال، السنة الدراسية 2004-2005.

- **دريسي(جليلة):** "إشكالية الحضانة في الزواج المختلط"، الطبعة الأولى، دار القلم، 2010.

- **البوعناني(صفاء):** "الاختطاف الدولي للأطفال"، رسالة ماستر، كلية الحقوق مكناس، 2009-2010.

ب:المؤلفات:

- **بحماني (إبراهيم):** "العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة"، المجلد الثالث، حماية الأطفال وحقوقهم في الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى 2018، 403 ص.

- **زوكاغي (أحمد):** "تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي"، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى 1993، 370 ص.

ج: المقالات:

- **متيوي مشكوري(محمد ناصر):** "موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 54-55، 2004. مجلة الإشعاع، العدد28،2004.

- **مخيمر عبد الهادي (عبد العزيز):** "حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دراسة مقارنة"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى 1997.

- **معوان (مصطفى):** "الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية- الفرنسية لعام 1988"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، 2000، ص: 133 - 141.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

1- **Ouvrages Généraux:**

-**BUCHER(Andreas):** « L'enfant en droit international privé », Bale, Hebing, lichtenhan, 2003,486p.

-**CARBONIER(Jean):** « Droit civil, T,2, La famille, L'enfant, Le couple», 21e éd, puf, 2002, 635p.

-**FULCHIRON (Hugues):** « l'autorité parentale rénovée», Défrenois, 2002, Art, 37580, spéc, 963p.

-**LEBRUN (Pierre-Brice):** « L'essentiel sur l'autorité», Eclipses, 2010, 136p.

-**RENUCCI (J-F):** « Traité de droit européen des droits de l'homme», LGDJ, 2e édition, 2012, 298p.

-**SUMAMPOUW (Mathilde)**: « Les nouvelles conventions de la Haye, leur application par les juges nationaux », tome v, martinus nijhoff publishers, 1996, 399 p.

-**SUDRE (Fréderic)**: « Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l'homme, 7e édition, PUF, paris, 2015, n 52.

2- RCADI (Recueil des cours de l'académie de la Haye):

-**BUCHER (Andreas)** « La dimension sociale du droit international privé» RCADI, cours général, 2010, Tome 341, pp 9-526.

-**BUCHER (Andreas)** « La Famille en droit international privé» RCADI, , 2000, Tome 283, pp 9-186.

-**BARATTA (Roberto)** «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales» RCADI, 2010, Tome 348, pp 253-499.

-**CHARFI (Mohamed)** « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans» RCADI, 1987, volume 203, p 321-454.

-**DEPREZ (Jean)** «Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel» RCADI, 1988, Tome 211, pp 9-372.

-**E.VON STEIGER (Werner)** «La protection des mineurs en droit international privé» RCADI, 1964, Tome 112, pp 469-550.

-**FERRER-CORREIA (Antonio de Arruda)** «Les problèmes de codification en droit international privé» RCADI, 1975, Tome 145, pp 57-203.

-**LEQUETTE (Yves)** « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» RCADI, cours général, 2010, Tome 341, pp 9-526.

-**LAGARDE (Paul)** «La réciprocité en droit international privé» RCADI, 1977, Tome 154, pp 103-214.

-**LAGARDE (Paul)** «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé» RCADI, 2015, Tome 371, pp 11-42.

-**MOULAY RCHID (Abderrazak)** « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans» RCADI, 1997, tome 268, p 9-290.

-**MEEUSEN (Johan)** «Le droit international privé Droit et le principe de non- discrimination» RCADI, 2011, Tome 353, pp 9-184.

-**GANNAGE (Lena)** «Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures» RCADI, 2011, Tome 357, pp 323-490.

-**GANNAGE (Pierre)** «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales» RCADI, 1979, Tome 164, pp 339-424.

-**OPPETIT (Bruno)** «Le droit international privé Droit savant» RCADI, 1992, Tome 234, pp 331-433.

-**RIGAUX (François)** :« Le conflit mobile en droit international privé », Recueil des cours de l'académie de droit international privé, Tome 117, p 329-444.

-**SCHWIND (Fritz)** « Aspects et sens du droit international privé» RCADI, cours général1984, Tome 187, pp 9-144.

3- thèses et mémoires :

-**BEN ACHOUR (Souhayma)**:« Enfance disputée, les problèmes juridique relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines », centre de publication universitaire, Tunis, 2004, 416p.

-**BURUIANA (Monica-Elena)**:L'application de la loi étrangère en droit international privé, Université de Bordeaux, 2016. 726p.

-**Farge (Michel)** : « Le statut familial des étrangères en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle » l'harmattan, 2003.

-GALLANT (Estelle) : « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », Defrénois, LGDJ, 2004.441p

-JORGE (Manuel): « Les rattachements alternatifs en droit international privé», thèse, paris 1, 1988, 257p.

-KADIRI-IDOUMGHAR (Hajar): « Les enlèvements internationaux d'enfants : 25 ans après la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », thèse de droit, université de Metz, 2006, 244 p.

-LECUYER (Stanislas): « Appréciation critique du droit international privé conventionnel, pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales », LGDJ, 2007, 594p.

-LEVASSEUR (Georges): « La détermination du domicile en droit international privé», thèse, paris, 1931.

-LEVASSEUR (Georges): « La détermination du domicile en droit international privé», thèse, paris, 1931.

-MOVSISSIAN (Mariam): « l'intérêt supérieur de l'enfant dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'Homme », Rapport de recherche pour l'obtention de certificat

d'études juridiques internationales», IHEI, Année universitaire 2014-2015.

-**NOIR(Lucie)**: « La volonté de l'enfant enlevé», travail pour l'obtention de master en droit, université de Genève, 2016.

-**PARROT (Karine)** : «L'interprétation des conventions de droit international privé », Dalloz, 2006, 589p.

-**RICHEZ-PONS (Anne):** « La résidence en droit international privé (conflits de juridictions et conflits de lois)», thèse Lyon, 2004, 552p.

-**TOULIEUX (Fabrice)**: « Le droit au respect de la vie familiale des étrangers et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Université Jean Moulin Lyon 3, Ecole doctorale, thèse : Droit. 2008.

-**TITARENKO (Sabina)**: « La médiation familiale internationale », Mémoire de maitrise, université de Genève, Faculté de droit, 2015, p: 5-7.

4- Articles:

-**ALLES (Sonia)**: « Danièle Ganancia, La médiation familiale internationale. La diplomatie du cœur dans les enlèvements d'enfants », In Recherches et prévisions, n 92, 2008, pp: 129-130.

-**AGALLOPOULOU(Pénélope)**: « La juste appréciation par le tribunal de l'intérêt de l'enfant : un moyen de prévention des enlèvements d'enfants», In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 265-271.

-**ANCEL(Bernard) et MUIR WATT (Horatia)**: « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II Bis», RCDIP, 2005, pp: 569-602.

-**ALOUANE(Asma)** : « La violation du droit de garde par le gardien ravisseur», RCDIP, 2016, pp : 165-173.

-**AUGUSTIN (Barbara)**: « Les mariages mixtes avec les musulmans», In familles islam-Europe. Le droit confronté au changement, sous la direction de M.C Foblets, L'harmattan, 1966, p 254.

-**AVENA-ROBARDET(Valérie):** « L'enfant et sa parole en justice», AJ, Famille, 2013, p 667.

-**BATIFFOL (Henri)**: « Réflexions sur une préface », In études juridiques offerts à Léon julliot de la marandière, paris, Dalloz, 1964, p 37 et s, spés, p, 38.

-**BATIFFOL (Henri)**: « La quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé », RCDIP, 1981, p : 231.

-**BOULANGER (François):** « Modernisation ou utopie ?: la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 », Défrenois, 2002, Chr, 1571, spéc, p. 1572-1573.

-**BELLEAU (Marie- Claire) et Talbot-Lachance(Guillaume)**: « La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale : présentation des mésententes doctrinales et jurisprudentielles», les cahiers de droit, V 49, n 4, décembre 2008, pp: 607-653.

-**BIONDI(Béatrice)**: « Le rôle des autorités centrales en matière d' enlèvements d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 69-75.

-**BOICHE(A):** « La résidence alternée en droit international privé», AJ famille, 2011, 585.

-**BOIS (R)**: « Le drame des enfants retenus en Algérie. Divorce de deux justices», Le monde du 23 octobre 1985.

-**BUCHER (Andreas):** « La volonté de l'enfant enlevé » In le droit en question, Mélanges on l'honneur de la professeure Margareta baddeley, Shulthess, Genève, 2017, pp : 61- 80.

-**BUCHER(Andreas):** « La volonté de l'enfant enlevé », In le droit de la famille, Genève, 2016, p :19.

-**BUCHER (Andreas):** « L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement», In Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques, Hommage en l'honneur de Helene Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, pp: 683-701.et spécialement, p : 685.

-**BUCHER(Andreas):** « L'audition de l'enfant », In bulletin suisse des droits de l'enfant, vol 7, n 3, septembre 2001, p :3.

-**BYK (C):** « La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la cour de cassation relative à la convention des nations unies sur les droits de l'enfant», JDI, 1994, p 967.

-**CHATIN (M.L)**: « Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé», TCFDIP. 1981-1982, pp : 107- 138.

-**CHATIN (M.L)**: « comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger : l'arrêt de la cour de cassation du 3 février 1982», GAZ.PAL, 1982. P: 342.

-**CHOMBEAU (C)**: « L'occupation de l'ambassade de France, les mères séparées de leurs enfants réclament un procès qui garantisse leurs droits», Le monde du 20 juin 1985.

-**CORPART (Isabelle):** « Cinq ans d'application de la convention des nations unies face au droit de l'enfant a une famille», RDSS, 1995, p :691.

-**DEVERS(V.A)**: « La résidence alternée en droit international privé», Dr de la famille, mars 2008, étude 9.

-**DEVERS(Alain):** « Les enlèvements d'enfants et le règlement «Bruxelles II Bis» », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 33-49.

-**DEVERS(Alain):** « L'articulation des règlements européens (Bruxelles II Bis et Rome III) et des conventions franco-marocaines », Droit de la famille, n 1, 2012, pp : 8-12.

-**DECROUX (Paul)** : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», J.D.I, 1983, pp : 49- 101.

-**DOPCHIE (N)**: « La crise psychologique du couple : poids du passé, enjeux de l'avenir », Rev.trim.dr.fam, 1994.

-**DUMORTIER(Thomas)**: « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion «protectrice» , Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, n 3, 2013, pp : 1-15.

-**EUDES(Marina):** « La convention sur les droits de l'enfant, texte emblématique reconnaissant l'intérêt de l'enfant…et passant sous silence les droits des femmes ? » ,la Revue du droit de l'Homme, n 3, 2013, pp : 1-12

-**FARGE(Michel)**: « Les réalisations de l'union européenne concernant l'enfant : le règlement Bruxelles II Bis», Informations sociales, n 129, 2006, pp: 70-83

-**FARGE (Michel):** « Etait-il opportun de définir la notion de résidence en droit international privé communautaire? A propos de cass 1 civ, 14 déc.2005 », Gaz-Pal, Mars 2006, n 56, pp19-20.

-**FARGE(Michel):** « L'existence d'une résidence habituelle dans l'état d'origine et l'illicéité de la résidence dans l'état de refuge: la cour de cassation française confrontée à de nouvelles difficultés dans la mise en œuvre de la convention de la Haye », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 193-224.

-**FORTIER (J)**: « Les retrouvailles entre les mères d'Alger et leurs enfants, querelle autour d'un toit », Le monde du 19 février 1987.

-**FULCHIRON (Hugues) et GOUTENOIRE (Adeline)** : « Actualité de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants », Dr. Famille, 2003, chron.n 24.

-**GALLANT (Estelle):** « Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis», In Mélanges en l'honneur du professeur pierre Mayer, LGDJ, 2015, pp 241-253.

-**GALLANT (Estelle)**: « De la résidence habituelle au regard des régles de compétence posées par le règlement « Bruxelles II bis », note ss CJCE, 2 avr.2009, aff. C- 523/07, RCDIP, 2009, p : 791.

-**GANNAGE (Pierre)**: Regards sur le droit international privé du pays du Proche-Orient», RIDC, 2000, N2, pp: 417- 427.

-**GANANCIA (Danièle):** « La médiation familiale internationale : une solution d'avenir aux conflits familiaux transfrontaliers ? », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 325-335.

-**GOLDSTEIN(Gérald):** «Les notions de résidence habituelle et de la résidence ordinaire à la lueur du droit civil québécois, de la loi sur le divorce de 1985 et des conventions de la Haye de 1980 et 1996», rapport de recherche, septembre 2006, section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la justice-canada.

-**GOUTTENOIRE (Adeline), BONFILS (Philipe):** « Droits de l'enfants», Dalloz, 2009, p :1918.

-GOUTTENOIRE(Adeline) et VOLKER(Mallory) : « La parole de l'enfant dans le règlement de Bruxelles II bis. Regardes croisés», AJ, Famille, 2005, pp : 266- 269

-GOUTTENOIRE(Adeline): « La parole de l'enfant enlevé », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 356.

-GOUTTENOIRE(Adeline): « Les enlèvements internationaux d'enfants devant la cour européenne des droits de l'homme : entre obligation positive et ingérence », Rev.trim.dr.h, n105, 2016, pp: 61-76, s,p : 70.

-GOUTTENOIRE (Adeline)et CECILE GUERIN (Marie) : Atteintes à l'autorité parentale : non- représentation d'enfant et soustraction de mineur, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, octobre 2015.

-GUEZ (Philippe): « L'interprétation de la notion de résidence habituelle au sens du règlement « Bruxelles II», Gaz. Pal, 14-15 janvier, 2005. P 20.

-JENARD(P): « Les enlèvements internationaux d'enfants et l'administration », Revue Belge du droit international, 1988, pp: 36-87.

-KING (Michael) et KRATZ (Catherine) : « La notion d'intérêt de l'enfant en droit : vecteur de coopération ou d'interférence ?». Revue Droit et société, n 22, 1992, pp: 607-638.

-KESTEMAN (Nadia): « l'actualité du droit civil de la famille : l'autorité parentale (septembre 2002)» In recherches et prévisions, n 70, 2002. La médiation familiale, premiers éléments d'évaluation, pp. 105-108 .

-KLOTGEN(Paul): « La portée juridique donnée à la parole de l'enfant », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 346.

-KESTEMAN (Nadia): « l'actualité du droit civil de la famille : l'autorité parentale (septembre 2002)» In recherches et prévisions, n 70, 2002. La médiation familiale, premiers éléments d'évaluation, pp. 105-108.

-LAGARDE (Paul): « La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs», RCDIP, n 2, 1997, pp: 217-237.

-**LEBRETON (Gilles)** : « Le droit de l'enfant au respect de son « intérêt supérieur». Critique républicaine de la dérive individualisme du droit civil français», CRDF, n 2, 2003, pp: 77-86.

-**MEBROUKINE (Ali)**: « La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés, le point de vue d'un algérien», RCDIP, 1991, pp: 1- 39.

-**MONEGER (Françoise)**: « La médiation dans le cadre des enlèvements internationaux d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 317-323.

-**MONEGER (Françoise) et ABIDA (Aouatif)** : « La convention franco-marocaine du 10aout 1981relative au statut des personnes et de la famille, et de la coopération judiciaire», JCP, Fasc. 592, 3, 2017, pp : 1- 45.

-**MONÉGER (Françoise)**: Les enlèvements internationaux d'enfants (ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents), JCP G 1992, I, 3605, pp. 353-358.

-**MONÉGER (Françoise)**: La convention relative aux enfants issus de couples mixtes séparés Franco-Algériens du 21 juin 1988, JDI 1989, pp. 41-62

-**MONÉGER (Françoise):** La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et la coopération judiciaire, 1re partie, Rev. crit. DIP 1984, pp. 29-69, 2e partie, Rev. crit. DIP 1984, pp. 267-288.

-**MONIN-HERSANT (P), STURLESE (B):** « L'entrée en vigueur de la convention franco-algériens du 21 juin 1988, un nouvel espoir pour les enfants déchirés», GAZ.PAL, 1988, 2, Doc, pp : 523-526.

-**MOULAY RCHID (Abderrazak)**: «Les grandes lignes du D.I.P marocain en matière de statut personnel », R.D.E, n, 7, 1991, pp : 29-33.

-**MOULAY RCHID (Abderrazak)**: « Le D.I.P du Maroc indépendant en matière de statut personnel », In le statut personnel des musulmans -Droit compare et DIP-, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp: 164-169.

-**MC ELEAVY(p)**: « La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de Common Law», TCFDIP, 2008-2010, p 149.

-**MARCHADIER (Fabien):** « La contribution de la cour européenne des droits de l'homme a l'efficacité des conventions de la Haye de coopération judiciaire et administrative », RCDIP, 2007, p: 699 et 700.

-**MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse):** « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative », RIDC, n2, 1997, pp: 383-407.

-**MEULDERS-KLEIN (Marie Thérèse)**: « L'enfant et les conventions internationales, enfant sujet enfant droit, In l'enfant et les relations familiales internationales, actes du 7 colloque de l'association « famille et droit », Louvain- la neuve, 19-20 octobre 2001, Bruylant, 2003, pp : 401-411.

-**MUIR WATT(Horatia) et RICHEZ-PONS(Anne)**: « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », JCI, International, Fasc, 543-10, 2008

-MUIR-WATT (Horatia): « Le domicile dans les rapports internationaux», jurisclasseur, Droit international, Fac. 543-10 n 7 et s.

-MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse): « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative », RIDC, n2, 1997, pp: 383-407.

-MEIER (Philippe): « La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes- quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente », Revue de droit de tutelle de la protection des mineurs et des adultes, Genève, 2008. p: 403.

-NYSSENS (Clotilde): « La convention des droits de l'enfant : perspectives et prospectives », In l'enfant et les relations familiales internationales, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp: 83-121

-PHOCION (Francescakis): « Les avatars du concept de domicile de droit international privé actuel», TCFDIP, 1962-1964, p 291- 323.

-PELTIER (Jean Michel): « Le rôle des magistrats de liaison », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20

et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 77-83.Et spécialement p : 71.

-**PEREZ-VERA (Elisa)**: « Rapport explicatif de la 14e session de la conférence du 25 octobre 1980 », Actes et documents de la quatorzième session de la conférence de la Haye de droit international privé», p: 428.

-**PAPAZISSI(Theofano):** « La prise en compte de la parole de l'enfant », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 365.

-**PELTIER(Jean Michel)**: « Le rôle des magistrats de liaison », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 77-83.Et spécialement p : 71.

-**RICHEZ-PONS (Anne)** : « La parole de l'enfant et la circulation des décisions judiciaires en Europe», In enfance et justice, acte de colloque, Droit de la famille, juillet- aout 2006, pp: 15- 18.

-**RIETIKER (Daniel)** : « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger/shuruk c. Suisse, analysée a la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », Rev. Trim.dr.h, 90, 2012, pp : 377- 413.

-**RIVIER (Marie-Claire)**: « Eléments de droit de la famille dans La convention sur les droits de l'enfant», In Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, L.G.D.J, 1996, pp: 77-84.

-**RONDEAU-RIVIER (M.C)**: « La convention des nations unies sur les droits de l'enfant devant la cour de cassation : un traité mis hors-jeu», D, 1993, chr.203.

-**SAYNE (Isabelle)** : « une relation «dans l'intérêt de l'enfant» ? le juge de la famille et les lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite», revue Droit et société, n, 33, 1996, pp : 329-340.

-**STURLESE (B)**: « Autorité parentale, soustraction internationale des mineurs et droit conventionnel de l'entraide judiciaire civile, 1994, JCL, Dr.inter. Fasc 549, n 44

-**TENEREIRO(Mario):** « L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement «Bruxelles II» », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 19-31.

-**TITARENKO (Sabina):** « La médiation familiale internationale », Mémoire de maitrise, université de Genève, Faculté de droit, 2015, 27p.

-**Une convention franco-algérienne** va régler le sort des enfants de couples mixtes séparés, In hommes et migrations, N, 1110, octobre 1988, pp: 23-26.

-**VICHNIAC (I)**: « A la commission des droits de l'homme de l' ONU. La persévérance des mères d'Alger», Le monde des 15 et 16 mars 1987.

-**VOMBERG(Wolfgang)**: « Le rôle des avocats en matière d' enlèvements d'enfants », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 85-91.

-YAKOUB (Saadia): « La parole de l'enfant en justice», In Enfance, Tome 46, n3, 1992, pp: 293-301, s, p: 300.

5- Commentaires (Notes) sous arrêts:

-ANCEL (Bernard):

- note sous arrêt de la cour constitutionnelle italienne du 6 juillet 2001 , RCDIP, 2002, p : 346.

- note sous arrêt de la haute cour canadienne du 26 janvier du 1994, RCDIP, 1995, p 342.

- note sous jugement du tribunal de grande instance du périgueux du 17 mars 1992, RCDIP, 1993, p 650.

- note sous cass du 16 juillet 1992, RCDIP, 1993, p : 650.

-AUDIT (Bernard) : note sous cass du 16 décembre 1992, D, 1993, somm. 352.

-AVASILENCEI (Catalina) : « Enfants déplacés illicitement : précisions de la CEDH sur les obligations procédurales dans le cadre d'une demande de retour en matière d'application de la convention de la Haye de 1980 et de la convention EDH, note sous CEDH 1 juillet 2014, RCDIP, 2015, pp: 420- 432.

-**BARRIERE BROUSSE (Isabelle)**: note sous arrêt du conseil d'état, 30 juin 1999, JDI, N3, 2000 pp: 725-737.

-**BOICHE (Alexandre)**:

- note sous arrêt de la CEDH du 6 juillet 2010 (l'affaire Neulinger /shuruk), A.J. famille, 2010, p : 484.

- note sous arrêt X-Lettonie CEDH, , 26 novembre 2013, A, J, fam, 2014, p : 58.

-note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », AJ, Famille, p : 616.

-Une double illustration des dispositions de la convention franco-marocaine en matière de protection des mineurs», note sous arrêt de la cour de cassation française du 22-5-2007, AJ Famille, 2007, p: 356.

-**BOULANGER (François):**

- note sous arrêt de la CJUE du 2 avril 2009, JCP G, 2009,p : 316.
- note sous cass du 25 janvier 2005, RecuielDalloz, 2005, 2790.

- **Bureau(D)**: note sous cass du 14 juin 2005, RCDIP, 2005, p: 679.

-CHALAS (Christelle):

- note sous cass du 26 octobre 2011, JDI, n3, 2012, pp : 939-951.

- note sous cass du 14 juin 2005, JDI, 2005, p: 1131.

-CHATIN (M.L): « comment prévenir les déplacements ou les rétentions illicites d'enfants à l'étranger : l'arrêt de la cour de cassation du 3 février 1982», GAZ.PAL, 1982. P: 342.

-CHAUVEAU (C) : note sous jugement du Tribunal de grande instance de pontoise du 20 avril 2000, Dr.fam, 2000, n 104.

-CLAY (T) : note sous jugement du tribunal de grande instance du périgueux du 17 mars 1992, Les petites Affiches, 3 septembre, 1993.

-CHOAIN(Christine):

- note sous arrêt de la haute cour canadienne du 26 janvier du 1994, RCDIP, 1995.

- «Légitimation d'un enfant naturel dans le but de permettre à son père de nationalité algérienne d'exercer un droit de visite

transfrontière en application de la convention franco-algériens du 21 juin 1988», note sous jugement du TGI du Dunkerque, 20 juin 1989, et du 23 mars 1990, Recueil Dalloz 1993, pp: 124- 126.

-**COURBE (Patrick)**: « L'application directe de la convention des nations unies sur les droits de l'enfant, note sous arrêt de la cour de cassation française du 14 juin 2005, Recueil Dalloz 2006, pp : 1487- 1491.

-**DOUCHY-OUDOT (M)**: note sous arrêt de la CJUE, 1er ch, 22 décembre 2010, RTD eur, 2011, p: 482.

-**ENCINAS DE MUNAGORRI (R)**, note sous cass du 14juin 2005, RTD.civ 2005, p : 556.

-**EPPLER (M)**: note sous cass du 26 septembre 2012, Gaz. Pal, 5 janvier 2013, n 5, p 31.

-**FARGE (Michel)**:

- «Etait-il opportun de définir la notion de résidence habituelle en droit international privé communautaire ? », A propos de Cass, 1er Civ, 14 déc 2005. Dr. De la famille, Mars 2006, p : 19.

- note sous cass du15 mai 2002, Dr, famille, 2003, comm, 21.

-MONEGER (Françoise):

- note sous cass.civ I, 16 avril 1991, D, 1992, p : 25.

-note sous jugement de TGI Dunkerque, 20 juin 1989, JCP, 1989, II, 21379.

-FULCHIRON (Hugues) : note sous jugement du tribunal de grande instance du périgueux du 17 mars 1992, JCP, 1993,I, 3688, chron.

-GALLANT (Estelle):

- « Du déplacement illicite in utero, Note sous arrêt de la cour de cassation française du 26 octobre 2011 », RCDIP, 2012, pp : 599-604.

- « Le déménagement à l'étranger d'un enfant suppose le consentement des deux parents », note sous cass, 14 décembre 2005, RCDIP, 2006, p 619- 625.

- « Il ne peut être décidé de la garde avant le retour de l'enfant illicitement déplacé»,note sous Cass du 25janvier 2005, RCDIP, 2006, pp : 127- 136.

- note sous Cass du 14 février 2006, RCDIP, 2007, p: 96.

- note sous cass du 9 juillet 2002, RCDIP, n 3, 2003, p : 466.

- note sous cass du15 mai 2002, JCP int, fasc 549-30.

- note sous cass du 18 avril 2000, RCDIP, 2001, p 341.

-GAUDEMET- TALLON (Hélène):

- note sous cass du 25 janvier 2005, JDI (Clunet), 2006, p 141.

- note sous jugement du Tribunal de grande instance de Niort, du 9 janvier 1995, JDI (Clunet), 1995, p 361.

- note sous arrêt du cour d'appel de Versailles, du 12 novembre 1992, JDI (Clunet), 1994, p 146.

- note sous cass du 16 juillet 1993, JDI (Clunet), 1994, p 133.

- note sous jugement du tribunal de grande instance du périgueux du 17 mars 1992, JDI (Clunet), 1993, p : 938.

-GC : note sous jugement du tribunal de grande instance du périgueux du 17 mars 1992, Gaz. Pal, 1992, 2, 678.

-GOUTTENOIRE (Adeline):

- note sous arrêt de la CEDH, du 5 février 2015 (Phostrira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c, Portugal) , Dr. Famille, n 7.

- note sous arrêt de la CEDH du 6 juillet 2010 (l'affaire Neulinger /shuruk), Dr. famille, 2011, n4.

-HAUSSER (jean):

- note sous arrêt de la CJUE du 2 avril 2009, RTD.civ, 2009, p: 714.

- « Interdiction de sortie du territoire : autorisation requise des deux parents», note sous cass, 8 mars 2017,RTD Civ, 2017, p 370.

-JAULT-SESEKE (F): note sous arrêt de la CJUE, 1er ch, 22 décembre 2010, n C-491/10, D, 2011, p : 248, 1374.

-LAGARDE(Paul): note sous cass du 10 mars 1993, RCDIP, n 3, 1993, p : 449.

-LAVAL (Sarah): « Le contre- enlèvement est une réponse licite a l'enlèvement illicite d'enfant», RCDIP, 2016, pp : 146-151.

-LEQUETTE(Yves):

- note sous cass du 16 juillet 1992, D, p : 570.

- note sous cass du 23 octobre 1990, RCDIP, 1991.

- note sous arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 23 mars 1989, RCDIP, 1990, p 537.

-**MARGUENAUD (Jean-Pierre)**: note sous arrêt Sahin c/Allemagne 8 juillet 2003, RTD civ, 2003, p, 760.

-**MASSIP (Jaques):**

- note sous cass du 10 mars 1993,D, 1993 p : 361.
- note sous cass du 16 juillet 1992, Defrénois, 1993, art 35572.
- note sous cass du 15 mars 1995, Les petites affiches, , n 32, p : 27.
- note sous cass du 15 mars 1995, D, 1996, p : 468.
- note sous cass du 15 mars 1995; JCP, 1996, IV, 98.
- note sous arrêt de la haute cour canadienne du 26 janvier du 1994, Défrenois, 1994,art, 35892.
- note sous arrêt de la haute cour canadienne du 26 janvier du 1994, JCP, 1994, IV, p 836.
- note sous arrêt de la haute cour canadienne du 26 janvier du 1994, GAZ. PAL, 1994. Panor. 108 et somm 668 .p : 751, n 50.

-**Muir Watt (Horatia):**

- note sous arrêt du 17 mai 2010, RCDIP, 2010, p 523.

- note sous arrêt de la cour suprême des États-Unis du 17 mai 1997, RCDIP, 2010, p 522.

- note sous arrêt de la CJUE, 1er ch, 22 décembre 2010 RCDIP , 2012, p : 172.

- note sous cass du 22 avril 1997, RCDIP, 1997, p 746.

- note sous arrêt de la haute cour canadienne du 26 janvier du 1994, RCDIP, 1995, p 342.

-RIETIKER (Daniel): « Un enlèvement d'enfant devant la grande chambre de la cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Neulinger/shuruk c. Suisse, analysée a la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », Rev. Trim.dr.h, 90, 2012, pp : 377- 413.

-Richez- Pons (Anne): note sous cass du 14 déc 2005, JDI, 2005, p: 801.

-Rubellin (Devechi):note sous cass du 10 mars 1993,JCP, 1993, I, 3688.

-Sudre (Frederik):

- note sous arrêt de la CEDH du 6 juillet 2010 (l'affaire Neulinger/shuruk), JCP, 2011, p : 94.

- note sous arrêt de la CEDH du 6 décembre 2005 (Arrêt Eskinazi et chelouche c . Turquie) , Dr. Famille, 2006, comm, n 44.

- note sous arrêtSahin c/Allemagne 8 juillet 2003, JCP, 2004,I, 107.

-Viganotti (E):

- note sous arrêt de la CEDH du 7 mars 2013, n° 10131/11, D. 2013.p: 708 ; Gaz. Pal, 2013, n 101.p : 13.

- note sous arrêt de la CEDH du 9 sept. 2014, n° 43730/07, AJ fam. 2014. 568.

- note sous arrêt de la CEDH du 1er juill. 2014, n° 54443/10, AJ fam. 2014. 507.

- note sous arrêt du 26 mars 2015,GAZ. Pal, n 85, p: 19.

5- Guides pratiques:

- Guide de bonnes Pratiques en vertu de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants:

- Première partie:pratique des autorités centrales.

- Deuxième partie: mise en œuvre.

- Troisième partie: mesures préventives.

- Quatrième partie: exécution.

- Contacts transfrontières relatifs aux enfants.

- Médiation.

ثالثا: باللغة الإنجليزية:

-**BEAUMONT Paul R**: «the jurisprudence of the european court of human rights and european court of justice on the hague convention on international child abduction » RCADI, 2008, Tome 335, pp 9-104.

-**CLIVE(E.M)**: « The cocept of Habitual Résidence », 1997, judicial Review, pp : 137-142.

-**lOWE (V. Nigel)**: « In the best of abduction children? Securing their immediate return under the 1980 Hague abduction convention », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 245-264.et spécialement, p : 248.

-**HUTCHINSON(Ane Marie):** « The nature and role of voluntary and non- governmental organisations », In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque

organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp: 93-96.

-WEINER (Merle H): « Xiomara's choice (your life or your child) : reinvigorating article 20 of the Hague convention on the civil aspects of international child abduction», In les enlèvements d'enfants à travers les frontières, actes du colloque organisé par le centre de droit de la famille, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p: 243.

رابعا: أهم المواقع الإلكترونية:

www.courdecassation.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.INCADAT.com

www.justice.gc.ca

www.HCCH.net

www.Hudoc.echr.coe.int/eng-press

الفهـــــرس:

قائمة الرموز:

المقدمة:.....
1

الباب الأول: الاختطاف الدولي للأطفال: الإطار المرجعي والمفهوم.....23

الفصل الأول: آليات التعاون الدولي: جهود من أجل حماية أفضل للطفل.....25

المبحث الأول: مواجهة الاختطاف الدولي للأطفال: الاتفاقيات الدولية في صلب النقاش.....26

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف ودورها في حماية الطفل المختلط....27

الفقرة الأولى: الاختطاف الدولي للأطفال من خلال الاتفاقيات المتخصصة.....27

أولا: اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 والحد من الاختطاف الدولي للأطفال.....27

ثانيا: "نظام بروكسيل 2 مكرر": آلية أوربية لمواجهة الاختطاف الدولي.....38

الفقرة الثانية: الحماية الدولية لوضعية الطفل.....42

أولا: اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1989 المتعلقة بحقوق الطفل.....42

ثانيا: اتفاقية لاهاي ل 19 أكتوبر1996، المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق،والاعتراف،والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية،وإجراءات حماية الأطفال.....47

المطلب الثاني: الاتفاقيات الثنائية ودورها في حماية الطفل المختطف.....49

الفقرة الأولى: الاختطاف الدولي للأطفال من خلال العلاقات المغربية الأوربية.....49

أولا: الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981، المتعلقة بحالة الأشخاص، والأسرة، والتعاون القضائي.....50

ثانيا : الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 بشأن التعاون القضائي، والاعتراف، وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة، وحق الزيارة، وإرجاع الأطفال.....60

الفقرة الثانية: الاختطاف الدولي للأطفال من خلال العلاقات الأوربية العربية.....64

أولا: الاتفاقية الفرنسية المصرية ل 15 مارس1982 المتعلقة بالتعاون القضائي في المادة المدنية، والاجتماعية، والتجارية، والإدارية.....66

ثانيا: الاتفاقية الفرنسية التونسية ل 18 مارس 1982 المتعلقة بالتعاون القضائي في مادة حضانة الأطفال، وحق الزيارة، والالتزام بالنفقة.....69

ثالثا: الاتفاقية الفرنسية الجزائرية ل 21 يونيو 1988 المتعلقة بالأطفال الناتجين عن انحلال الزواج المختلط في العلاقات الفرنسية الجزائرية.....72

المبحث الثاني: وسائل الحد من الاختطاف الدولي للأطفال.....80

المطلب الأول: ضمانات ممارسة حق الحضانة والزيارة.....80

الفقرة الأولى: حماية الطفل بين دعوى الإرجاع والحق في ديمومة اتصاله بوالديه.....81

الفقرة الثانية: اعتماد نظام الاعتراف بالأحكام ومسطرة مبسطة
للتنفيذ.....87

الفقرة الثالثة: إقرار المساعدة القضائية.....94

الفقرة الرابعة:دور الاتفاقات القنصلية واللجن الاستشارية المختلطة.....98

المطلب الثاني: المصلحة الفضلى للطفل في صلب قضايا الاختطاف الدولي
للأطفال...103

الفقرة الأولى: مكانة مصلحة الطفل الفضلى في قضايا الاختطاف الدولي
للأطفال.....105

أولا:مفهوم مصلحة الطفل الفضلى في الاختطاف الدولي
للأطفال.....106

ثانيا: دور المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في تدعيم مصلحة الطفل الفضلى في قضايا
الاختطاف
الدولي.....109

الفقرة الثانية: أخذ مصلحة الطفل الفضلى بعين الاعتبار: تجليات التطبيق
القضائي.....115

أولا: المصلحة الفضلى للطفل كمبرر لإرجاع
الطفل.....115

ثانيا: المصلحة الفضلى للطفل كمبرر لرفض إرجاع
الطفل.....119

الفصل الثاني: النقل غير المشروع للأطفال: محاولة في تحديد
المفهوم.....122

المبحث الأول: وجود إقامة اعتيادية للطفل في الدولة
الأصل.....123

المطلب الأول: محددات مفهوم الإقامة
الاعتيادية.....125

الفقرة الأولى: المدلول الموضوعي
(الوظيفي).....126

الفقرة الثانية: المدلول
الشخصي.....132

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بتحديد مفهوم الإقامة
الاعتيادية.....140

الفقرة الأولى: ازدواجية الإقامة
الاعتيادية.....141

الفقرة الثانية: تحديد الإقامة الاعتيادية في حالة الانتقال أثناء الحمل Déplacement in
utero:.....148

الفقرة الثالثة: الإقامة المؤقتة.....154

المبحث الثاني: وجود خرق لحق الحضانة.....158

المطلب الأول: مفهوم حق الحضانة بين التقييد والتوسيع.....159

الفقرة الأولى: المفهوم الضيق لحق الحضانة.....159

الفقرة الثانية: المفهوم الموسع لحق الحضانة.....164

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لحق الحضانة كمحدد لتفعيل آليات إرجاع الطفل...182

الفقرة الأولى: العنصر القانوني: مصدر حق الحضانة.....182

الفقرة الثانية: العنصر الواقعي لحق الحضانة.....189

أولا: الممارسة الفعلية لحق الحضانة:.....189

ثانيا: راهنية حق الحضانة:.....194

خاتمة الباب الأول:.....204

الباب الثاني: الاختطاف الدولي للأطفال: تقدير الاستثناءات وآفاق التطوير.....206

الفصل الأول: مبررات رفض الأمر بإرجاع الطفل.....208

المبحث الأول: أخذ رأي الطفل بعين الاعتبار في الاعتراض على عودته.....209

المطلب الأول: تكريس رأي الطفل المختطف.....210

الفقرة الأولى: البحث عن مصلحة الطفل: من الحق في التعبير إلى الحق في الاستماع.210

الفقرة الثانية: إرادة الطفل: مجرد رأي أم حق في الاعتراض؟.....215

المطلب الثاني: الضمانات المحيطة برأي الطفل المختطف.....226

الفقرة الأولى: أهلية الطفل للتعبير عن رأيه.....226

أولا: سن الطفل.....227

ثانيا: النضج والتمييز.....231

الفقرة الثانية: سياق الاستماع للطفل.....234

أولا: رأي الطفل والتعبير عن الحقيقة.....235

ثانيا: رأي الطفل والتعبير عن الإرادة.....240

المبحث الثاني: الاستثناءات الأخرى المبررة لعدم الإرجاع.....247

المطلب الأول: استثناءات مرتبطة بممارسة حق الحضانة.....247

المطلب الثاني: استثناءات يفرضها أخذ مصلحة الطفل بعين الاعتبار.....252

الفقرة الأولى: استقرار الطفل في البيئة الجديدة.....253

الفقرة الثانية: وجود خطر جسدي أو نفسي.....260

الفقرة الثالثة: وجود الطفل في وضع لا يطاق.....265

المطلب الثالث: احترام مبادئ حقوق الإنسان والحريات الأساسية.....272

الفصل الثاني: آفاق الاختطاف الدولي للأطفال.....279

المبحث الأول: الوساطة الأسرية في صلب قضايا الاختطاف الدولي للأطفال.....280

المطلب الأول: تدعيم التسوية الودية: الحل الأمثل لمواجهة الاختطاف الدولي.....281

الفقرة الأولى: مكانة الوساطة الأسرية في الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالاختطاف الدولي للأطفال.....281

أولا: الوساطة الأسرية في ظل اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980، المتعلقة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال.....282

ثانيا: الوساطة الأسرية في ظل نظام بروكسيل 2 مكرر.....286

الفقرة الثانية: خصوصية الوساطة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال.....287

المطلب الثاني: آفاق الوساطة الأسرية في نزاعات الاختطاف الدولي للأطفال.....291

الفقرة الأولى: مقومات نجاح الوساطة الأسرية في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال...291

الفقرة الثانية: الوساطة الأسرية ودور الطفل المختطف.....299

المبحث الثاني: مواجهة الاختطاف الدولي للأطفال: البحث عن تأمين أفضل.....300

المطلب الأول: تدعيم الفاعلين الأساسيين في حماية الطفل المختطف.....301

الفقرة الأولى: السلطات المركزية.....301

الفقرة الثانية: القضاة.....303

الفقرة الثالثة: المحامون.....305

المطلب الثاني: تقوية الجانب الوقائي والمسطري.....308

الفقرة الأولى: إقرار إجراءات وقائية.....308

الفقرة الثانية: اعتماد إجراءات داخلية خاصة.....312

خاتمة الباب الثاني:.....315

الخاتمة:.....316

قائمة المراجع:.....325

الفهرس:.....361