اختطاف الأطفال في إطار الروابط الدولية الخاصة

حنان سعيدي
استاذة التعليم العالي بكلية العلوم القانونية والسياسية
جامعة ابن طفيل القنيطرة

صفاء البوعناني
باحثة بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والسياسية جامعة ابن طفيل القنيطرة

الملخص:

يعد الزواج المختلط من الخيارات التي قد يواجهها المهاجر، إذ يجسد اختلاف الأنظمة القانونية والثقافية، وقد تترتب عليه مشكلات اجتماعية وقانونية معقدة، خاصة عند انفصال الزوجين وإقامة كل منهما في دولة مختلفة ورغبة كل طرف في اصطحاب الأبناء وتربيتهم وفق تقاليده وشريعته. وقد يتطور النزاع إلى المحاكم، ليس فقط في مسائل الأحوال الشخصية والحضانة والرؤية، بل أيضا في حالات خطف الأطفال أو الامتناع عن تنفيذ أحكام الرؤية، نتيجة اختلاف القوانين المنظمة للحضانة وحقوق الزيارة بين الدول، ولا سيما عندما تتباين المرجعيات القانونية والدينية والثقافية التي تستند إليها هذه القوانين.

ويزداد تعقيد النزاع عندما يحصل كل طرف على حكم قضائي في دولته يتعارض مع الحكم الصادر في دولة الطرف الآخر، مما قد يؤدي إلى اللجوء إلى وسائل أحادية الجانب، كالاختطاف أو منع الزيارة خشية عدم إعادة الأطفال. ونظرا إلى تنامي ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال بين الأبوين، باعتبارها من أبرز الإشكالات التي تثيرها المنازعات الدولية الخاصة المتعلقة بالحضانة، عمل المجتمع الدولي على إبرام عدد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، وإنشاء آليات إدارية وقضائية للتعاون بين الدول، بهدف تسوية هذه المنازعات والحد من تفاقمها.

Abstract :

Mixed marriage is one of the choices that migrants may face, as it reflects differences between legal and cultural systems and may give rise to complex social and legal problems, particularly when the spouses separate and reside in different countries, with each seeking to take the children with them and raise them according to their own traditions and religious principles. Such disputes may reach the courts, involving not only matters of personal status, custody, and visitation, but also cases of child abduction or failure to comply with visitation orders, as a result of differences between national laws governing custody and parental access, especially where the legal, religious, and cultural frameworks underlying these laws differ.

The situation becomes even more complex when each parent obtains a judicial decision in their country that conflicts with the decision issued in the other parent's country. This may lead either party to resort to unilateral measures, such as abducting the children or preventing visitation for fear that the children will not be returned. Given the growing phenomenon of international parental child abduction, which constitutes one of the most significant problems arising from international custody disputes, the international community has adopted a number of bilateral and multilateral conventions and established administrative and judicial mechanisms for cooperation between states, with the aim of resolving such disputes and limiting their escalation.

مقدمة

يشكل انفصام عرى الزوجية في غالب الأحيان إيذانا بتمخض نزاعات بين أطراف العلاقات وتخص هذه النزاعات بالدرجة الأولى حق حضانة الأطفال وحق زيارتهم واستزارتهم غير أنه عندما تكتسي الروابط العائلية بعدا دوليا، بوجود عنصر أجنبي في هذه العلاقة كاختلاف جنسية الأطراف أو محل إقامتهم الاعتيادية، فإن النزاعات القائمة أو التي من المحتمل قيامها بين أطراف هذه العلاقة حول حق الحضانة وحق الزيارة تأخذ بعدا دوليا وتصبح من قبيل المنازعات الدولية الخاصة الخاضعة لقواعد القانون الدولي الخاص[1].

فالطفل يصبح في إطار هذه الروابط وسيلة للضغط والابتزاز بين الأبوين، الشيء الذي قد يدفع أحدهما في إطار سعيه إلى الاستئثار بالطفل وحرمان الطرف الآخر منه، إلى استغلال ظاهرة الحدود الدولية من أجل نقل الطفل بطريقة غير مشروعة خارج مقر إقامته الاعتيادية[2].

ووعيا بهذه الأضرار تم بذل جملة من الجهود على المستوى الدولي والتي انتهت إلى وضع إطار قانوني للمعالجة، وللحد من ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال، ويظهر ذلك أساسا في مجموعة من الاتفاقيات الدولية المتعددة والثنائية التي أبرمت منذ بداية الثمانينات من القرن الماضي، والتي كرست بشكل واضح إجراءات من شأنها تأمين إرجاع الأطفال الذين نقلوا أو تم الإحتفاظ بطريقة غير مشروعة في إحدى الدول المتعاقدة[3]. أخذا بعين الاعتبار الأسس القانونية والواقعية، كمحددات رئيسية لقيام هذه الظاهرة.

لأجل دراسة هذا الفصل سأحاول تقسيمه إلى مبحثين: أخصص الأول للحديث عن الإطار القانوني الذي يتم من خلاله حماية الأطفال من الاختطاف من قبل أحد الأبوين (المبحث الأول) على أن أترك الحديث عن الأسس القانونية والواقعية التي من شأن قيامها تحقق واقعة الاختطاف وذلك من خلال (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإطار القانوني لحماية الأطفال من الاختطاف الأبوي

إن ما هو ثابت من خلال الاتفاقيات الدولية الخاصة بالطفل، هو أن هذا الأخير لا يمكن أن ينعم بنمو جسدي وفكري متوازن، دونما أسرة تتمتع بالاستقرار الذي قد لا يستمر نتيجة لمجموعة من العوامل المتضافرة فيما بينها كالتفكك الأسري بسبب الطلاق وما ينتج عنه من آثار في إطار الروابط الدولية الخاصة قد تصل إلى حد اختطاف الطفل

---

[1]- كما هو الشأن بالنسبة لقضية العداء المغربي خالد السكاح. الذي انتهت قصة زواجه بأزمة دبلوماسية بين المغرب والنرويج على إثر اختطاف ابنيه من منزله بالرباط للمزيد من التفصيل يراجع مقال لخديجة عليموسى جريدة المساء، العدد 891 ل 2 غشت 2009 ص 5. والموقع الالكتروني http://www.hcch.net/index fr.php

[2]- صلاح الدين الطاوس: "زيارة المحضون - دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2007/2008، ص 46.

[3]- جليلة دريسي: "إشكالية الحضانة في الزواج المختلط"، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2010، ص 81.

من الطرف الذي له حق الحضانة أو حق الزيارة. مما يتحول معه الصراع العائلي إلى صراع بين نظامين قانونيين، قد يؤثر بشكل تبعي على الطفل وحقه في ربط صلاته المباشرة مع أبويه.

وللحد من هذه الصراعات عمد المنتظم الدولي إلى وضع إطار قانوني يتمحور حول إيجاد حلول كفيلة للتخفيف من نسبة الاختطافات الدولية للأطفال بين الوالدين.

لذلك يحق لنا التساؤل عن الجهود المبذولة في سبيل الحد من هذه الظاهرة؟ وهل مقتضيات الاتفاقيات المتعددة الأطراف كفيلة بذلك؟ أم يبقى اللجوء إلى إبرام اتفاقيات ثنائية أمرا لا محيد عنه ؟

إن الجواب عن هذه التساؤلات سيتم وفق تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في الأول الاتفاقيات المتعددة الأطراف ودورها في التصدي لهذه الظاهرة (المطلب الأول) على أن أتطرق في (المطلب الثاني) إلى الاتفاقيات الثنائية والتدابير التي اتخذتها الدول للحيلولة دون تفاقم الوضع.

المطلب الأول: التصدي لظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال من خلال الاتفاقيات المتعددة الأطراف

إن اختطاف الأبناء الناتجين عن زواج مختلط من قبل الآباء، ظل ولا يزال محور اهتمام المجتمع الدولي، حيث تزايد هذا الاهتمام بإبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف ذات الصلة والتي تولي عناية خاصة بالأطفال في هذا الإطار.

وتعد اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 ترجمة حقيقية لذلك (الفقرة الأولى) لتبقى العناية موصولة أيضا بالنسبة لاتفاقية حقوق الطفل وما تضمنته من مقتضيات تنم عن تكريس واضح لربط الطفل لصلاته بعائلته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 وحماية الأطفال من الاختطاف

لقد عرفت ظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال بين الأبوين تزايدا مستمرا منذ سبعينيات القرن الماضي في عدد كبير من دول العالم، وهذا ما أكدته بعض الإحصائيات التي تم إجراؤها على مجموعة من الدول، والتي أفادت أنه في فرنسا تتم حوالي 1500 حالة اختطاف في السنة، أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فهناك 350.000 حالة طفل مختطف في السنة، وفي هذا الصدد صرحت النرويج أن هناك 40 حالة اختطاف في السنة[1]، مع العلم أن هذه الأعداد هي مرشحة للارتفاع خاصة مع تنامي ظاهرة الهجرة[2].

---

[1] - M.Michael hancok : « rapport de comissio, des questions sociales de la santé et de la famille » sur l'enlévement international d'un enfant par l'un des parents

منشور على الموقع الالكتروني:.http://assembly.coe.int/documents/workingdocs.doc -

-consulté le : 02-05-2010.

[2]- حيث أشار في هذا الإطار الأستاذ محمد الولادي على أن واقع الأطفال غير المرافقين الموجودين في كل من إسبانيا وإيطاليا لا يكونون وحدة ومجموعة متجانسة بل يمكن تصنيفهم إلى ثلاث فئات:

الفئة الأولى: تضم القاصرين الذين سلمهم آباؤهم إلى شبكات تهريب الأطفال مقابل مبالغ مالية.

الفئة الثانية: تتكون من الأطفال القاصرين الذين اجتازوا سريا مضيق جبل طارق مقابل مبالغ مالية.

الفئة الثالثة: تشمل الأطفال الفارين من بيوت ذويهم نتيجة المشاكل التي تعصف بالعلاقات الأسرية داخل البيت.

وأمام هذه الحركة الدؤوبة لقضايا الاختطاف الأبوي للأطفال وأمام عجز القوانين الوطنية للدول سواء أكانت مدنية أو جنائية عن مجابهة هذه الظاهرة[1]، يبقى اللجوء إلى الاتفاقيات الدولية أمرا ضروريا لتوطيد أواصر التعاون بين السلطات القضائية والإدارية، وتكتيل الجهود بين البلدان للحد من استفحالها.

لهذا الأساس، فطن المجتمع الدولي إلى سن مجموعة من الاتفاقيات الدولية الجماعية[2]، وكانت أولاها تلك الصادرة عن مجلس أوربا في 20 ماي 1980، وهي الاتفاقية الأوربية المتعلقة بالاعتراف بالقرارات في مادة حضانة الأطفال وتنفيذها، وإعادة تثبيت هذه الحضانة وهي ما يطلق عليها اسم "اتفاقية لوكسمبورغ"[3]. وفي نفس السنة صادق مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص[4] على اتفاقية بتاريخ 25 أكتوبر 1980 وهي اتفاقية لاهاي بشأن "الجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال[5].

عن أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية بمراكش يومي 19 و 20 دجنبر 2003 تحت عنوان "إشكالية الهجرة على ضوء القانون رقم 03-02 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير الشرعية"، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 1 الطبعة الأولى 2004، ص 124.

[1]- هناك بعض الدول تضمنت في تشريعاتها قوانين أعدت خصيصا لمواجهة هذه الظاهرة على المستوى الوطني، كما هو الشأن بالنسبة لقانون الولايات المتحدة الأمريكية الذي يدعى Uniform child custody juridiction) والصادر بتاريخ 1968، وكذا القانون الياباني Habeas Corpus الصادر بتاريخ 1948، هذه الأخيرة تبقى جد محدودة لأن تطبيقها على الصعيد الدولي يتوقف على مجموعة من الشروط من بينها مبدأ المعاملة بالمثل.

أما مقتضيات القوانين الجنائية التي يتم اللجوء إليها عن طريق تحرير أوامر دولية للبحث عن الشخص الذي قام بعملية النقل غير المشروع للأطفال واعتقاله على أساس جريمة خطف القاصرين وعدم تقديمهم المنصوص عليها في جل القوانين الجنائية. إلا أن هذا الإجراء لا يحقق نتائج مرضية خاصة إذا تمكن الخاطف من الحصول على حضانة الطفل في الدولة المطلوبة، إضافة إلى وجود مبدأ إقليمية القانون الجنائي ومبدأ عدم تسليم المواطنين، لهذا فاعتماد القوانين الجنائية لحل هذه الظاهرة يبقى محدودا جدا.

أورده عادل أزرقان، مرجع سابق ص4.

[2]- في سنة 1989، عملت منظمة الدول الأمريكية على عرض اتفاقية للمصادقة عليها من قبل الدول والأمر يتعلق بالاتفاقية الأمريكية "للإرجاع الدولي للأطفال" وقعت بمونتفيديو بتاريخ 15 يوليوز 1989.

« La convention interaméricane sur le retour international d'enfants » (Montévidéo).

-Caroline Gosselain: «enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et Etats de traditions islamique,

Aout 2002. sur le site eléctronique :

-www.hcch.net/ ftpDoc/2002-pd7p.doc consulté le 29/01/2010

[3]- وافق عليها مجلس أوربا بتاريخ 20 ماي 1980 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1983

- يمكن الاطلاع عليها من خلال الموقع الالكتروني التالي: -

http://pastel.diplomatic.gouv.fr

[4]- إن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص هو عبارة عن منظمة دولية مقرها بالأراضي المنخفضة تهدف إلى حماية الأطفال الذين يوجدون في وضعية نزاعات دولية، بحيث هناك العديد من الاتفاقيات الصادرة عن هذا المؤتمر منها اتفاقية لاهاي ل 29 ماي 1993 المتعلقة "بحماية الأطفال والتعاون في مادة التبني الدولي" واتفاقية لاهاي ل 19 أكتوبر 1996 حول "الاختصاص والقانون الواجب التطبيق، الاعتراف، والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال".

- la convention de la Hay du 29 mai 1993 sur "la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale" et la convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant "la compétence la loi applicable, la reconnaissance l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants".

يمكن الاطلاع على هذه الاتفاقيات من خلال الموقع الالكتروني التالي:

http://www.hcch.net/f/convention/index.html-

[5]- تم إقرارها في 25 أكتوبر 1980، ولم تدخل حيز التطبيق إلا في فاتح دجنبر 1983 والمغرب صادق عليها في 9 مارس 2010 ودخلت حيز التنفيذ في 1 يونيو 2010.

convention: conférence de la Hay de droit international privé, convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur" les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants".

يمكن الاطلاع على مضمون هذه الاتفاقية من خلال الموقع الالكتروني التالي: http://www.hcch.net

فهاتين الآليتين الدوليتين عملت على وضع ميكانيزمات للتعاون وضمان الحفاظ على الروابط الشخصية للطفل بأبويه، مما يضمن للأب الحاضن ممارسة حقه، وتمكين الأب الآخر من ربط صلاته بابنه في ظل ممارسة حق الزيارة[1].

فحسب دراسة أجريت حول حصيلة تطبيق اتفاقية لوكسمبورغ ل 20 ماي 1980، تم التأكيد على أن التطبيق الجغرافي لاتفاقية لاهاي يتم على نطاق واسع أكثر من اتفاقية لوكسمبورغ وهذا مرده بالدرجة الأولى إلى عدد الدول المصادقة على اتفاقية لاهاي مقارنة مع اتفاقية لوكسمبورغ، وأيضا نظرا للنطاق الإقليمي لاتفاقية مجلس أوربا[2].

وعليه، ومن خلال هذا الصدى الذي حققته اتفاقية لاهاي فإنها تهدف في محتواها إلى حماية الأطفال على المستوى الدولي، ضد الآثار السلبية لنقلهم الغير المشروع وعدم إرجاعهم، وذلك بسن مساطر وإجراءات تضمن رجوعهم الفوري إلى محل إقامتهم الاعتيادية، مع احترام حق الحضانة، وحق الزيارة المعمول به داخل الدول المتعاقدة[3]، والحق في الحضانة حسب مفهوم هذه الاتفاقية، يعني الحق المتعلق بالعناية بشخص الطفل، وخاصة الحق في تعيين مكان إقامته، في حين يعني الحق في الزيارة أخذ الطفل لمدة محددة إلى مكان غير الذي يقيم فيه بصفة اعتيادية[4].

فالطفل الذي شملته هذه الاتفاقية بعنايتها، هو كل طفل لا يتجاوز سنه 16 سنة، ويقيم بصفة اعتيادية بدولة متعاقدة، قبل خرق حقوق الحضانة أو الزيارة[5]، ومحاولة منها - الاتفاقية - إلى وضع تعريف للظاهرة، حددت حالتين من خلالهما يعتبر نقل أو عدم إرجاع الطفل عملا غير مشروع وهما :

أ/ عندما يكون في ذلك انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة.

ب/ إذا كانت هذه الحقوق تمارس فعليا وقت النقل أو الاحتجاز بصورة مشتركة أو فردية أو كان بالإمكان ممارستها لولا حدوث هذا النقل أو الاحتجاز[6].

---

[1] -Fabrice Toulieux «conflit familial déplacements d'enfants et coopération judicaire en Europe, «les enlèvements d'enfants à travers les frontières acte du colloque organisé par le centre de droit de la famille (Lyon 20 et 21 novembre 2003), Brulant Bruxelles, 2004, p136.

[2] - Estelle Gallant: "la convention de Luxembourg du 20 mai 1980 (Bilan) "«les enlèvements d'enfants a travers les frontières » op cit, p127.

[3]- حيث جاء في ديباجة هذه الاتفاقية ما يلي: "إن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية إذ هي على قناعة تامة بأن لمصالح الأطفال أهمية قصوى في الأمور المتعلقة بحضانتهم، ورغبة منها في حماية الأطفال دوليا من التأثيرات الضارة لنقلهم أو احتجازهم بطريقة غير مشروعة، واتخاذ الإجراءات التي تضمن عودتهم الفورية إلى الدولة مقر إقامتهم الاعتيادية بالإضافة إلى ضمان حماية حقوق الزيارة والاتصال ...

[4] - l'article 5 de la convention de la haye stipule que:" a/ le droit de garde: comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, b/ le droit de visite, comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre celui de sa résidence habituelle".

[5] - l'article 4 de la convention de la haye stipule que:" la convention s'applique à tout enfant qui avait sa résidence habituelle dans un état contractant immédiatement avant l'atteinte aux droit de garde ou de visite, l'application de la convention cesse lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16ans".

[6]- الفقرتين الأولى والثانية من المادة الثالثة من الاتفاقية.

ومن هنا، فنقل الطفل يعتبر غير مشروعا، عندما يكون هناك خرقا لحقوق الحضانة، وفقا لقانون البلد الذي كان يقيم فيه الطفل بصفة اعتيادية سواء وقت نقله أو قبله شرط ممارسة هذه الحضانة بشكل فعلي أو كان بالإمكان ممارستها لولا هذا النقل[1].

كما يمكن اعتبار نقل الطفل عملا غير مشروعا، إذا رفض الطرف الذي له حق الزيارة إرجاع الطفل عبر الحدود الدولية بعد انتهاء مدة ممارسة حق الزيارة أو أية مدة أخرى مؤقتة قضاها خارج الدولة التي يمارس عليه فيها حق الحضانة.

وهذا ما أكدته اتفاقية لوكسمبورغ ل 20 ماي 1980، حينما عرفت النقل غير المشروع للأطفال على أنه " يقصد بالنقل دون وجه حق، نقل طفل عبر الحدود الدولية خرقا لقرار بشأن حضانة صادر في إحدى الدول المتعاقدة وقابل للتنفيذ فيها، ويعتبر كذلك نقلا دون وجه حق عدم إرجاع طفل عبر الحدود الدولية بعد انتهاء مدة ممارسة حق الزيارة على هذا الطفل أو أية مدة أخرى مؤقتة قضاها الطفل خارج الدولة حيث يمارس فيها عليه حق الحضانة..".

ومن هنا، يمكن أن نستشف أن الهدف الذي رسمته اتفاقية لوكسمبورغ هو بمثابة تكميل أو إضافة لاتفاقية لاهاي، إذ أن كلاهما يسعيان إلى محاربة نقل الأطفال بطريقة غير مشروعة[2].

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على التعاريف التي أوردتها كل منهما، بغية تقريب الصورة من الحالات التي من خلالها يمكن اعتبار نقل الطفل إلى دولة أخرى عملا غير مشروع. غير أن الواقع الذي أفرزته المنازعات الدولية بشأن الروابط العائلية أدى إلى بروز أشكال أخرى من النقل غير المشروع للأطفال تتجاوز التعداد السابق، وتختلف عنه سواء من حيث وسائلها أو أسبابها القانونية والسوسيولوجية، ومن هذه الصور مثلا قيام الأب الحاضن بنقل الطفل خارج محل إقامته الاعتيادية إلى دولة أخرى من أجل عرقلة ممارسة حق الزيارة الممنوح للأب الآخر، أو بهدف الإلغاء النهائي العلاقة الطفل مع باقي أفراد أسرته، وكذا الحالة التي يقوم فيها أحد المشاركين في ممارسة حق الحضانة بنقل الطفل دون علم أو موافقة الطرف الآخر[3].

ومن هذا المنطلق، فرغم تعدد الحالات التي من خلالها يعتبر نقل الطفل من دولة إلى أخرى عملا غير مشروعا، فإن الهدف الرئيسي والذي تصبوا اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 إلى تحقيقه، هو حماية الطفل من الآثار المجحفة

---

[1]- إن القانون الأوربي رقم 2201/2003 ل 27 نونبر 2003 والذي دخل حيز التنفيذ في 01 مارس 2005، عمل على تحديد مفهوم النقل غير المشروع للطفل من خلال المادة 2 الفقرة 11 منه، حيث عرف نقل أو عدم إرجاع الطفل بنفس الطريقة التي جاءت بها اتفاقية لاهاي مع اعتبار خرق حق الحضانة المقررة بمقتضى قانون دولة الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله أو عدم إرجاعه وأيضا حق الحضانة تم تعريفه حسب المادة 2 الفقرة 9 منه، كما هو في اتفاقية لاهاي، أي الحقوق والالتزامات التي تهدف إلى حماية شخص الطفل والمحددة حسب محل إقامة الطفل.

يمكن الاطلاع على مضمون هذا القانون من خلال الموقع الالكتروني التالي: www.hcch.net/f/conventions/index-html.

[2] -Bertand Ancel et yves Lequette:" les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé", Revue critique de droit international privé, tome 77 n°1 janvier -mars 1988, p 68.

[3]- عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 11.

لنقله أو عدم إرجاعه إلى دولة محل إقامته الاعتيادية هذا من جهة، ومن جهة ثانية، العمل على سن مساطر وإجراءات يتم من خلالها ضمان الإرجاع الفوري للطفل[1]، وكل هذا يتم دون المساس بجوهر حق الحضانة[2].

نفس المقتضى الذي أكدته محكمة الاستئناف ب Poitiers عندما أقرت أن مصلحة الطفل تقتضي إرجاعه إلى دولة محل إقامته الاعتيادية قبل النظر في جوهر النزاع[3].

وأكده أيضا العميد باتيفول[4]، حيث أقر أن هذه الاتفاقية - : اتفاقية لاهاي - ضمنت تسليم الطفل إلى من كان يمارس حق الحضانة، دون أن يكون من الممكن أن يفتح في هذه المرحلة باب النقاش حول صفة هذه الحضانة أو وجاهتها من الناحية القانونية.

ومن أجل تحقيق الأهداف التي رسمها واضعو هذه الاتفاقية، والمتمثلة أساسا في ضمان الإرجاع الفوري للأطفال الذين تم نقلهم أو احتجازهم داخل أي دولة متعاقدة بطريقة غير شرعية، ألزمت هذه الاتفاقية جميع الدول المتعاقدة فيها على تعيين سلطات مركزية[5] تسعى إلى التعاون فيما بينها[6] وذلك عبر اتخاذ إجراءات تمكنها بداية من تحديد مكان تواجد الطفل الذي تم نقله أو احتجازه بكيفية غير مشروعة، ومنع إلحاق أي ضرر إضافي قد يصيبه، عبر اتخاذ إجراءات وقتية، وصولا إلى ضمان الإعادة الآمنة لهذا الطفل وذلك وفقا لتدابير ضرورية ومناسبة[7].

وعليه فمسطرة إرجاع الطفل الذي حصل نقله بصورة غير مشروعة، تبتدئ بمجرد تقديم طلب من قبل أي شخص أو مؤسسة أو هيئة تدعي أن طفلا قد نقل أو احتجز بأسلوب يعد انتهاكا لحقوق الحضانة وذلك أمام السلطة المركزية لمكان إقامة الطفل الاعتيادية أو أمام السلطة المركزية بأي دولة متعاقدة، ويتعين أن يتضمن هذا الطلب مجموعة من الوثائق الضرورية[8].

---

[1] - Mohamed Zerouali et Abdelhak janati idrissi: "enlèvement parentaux internationaux d'enfant" revue marocaine d'études internationales, le mariage mixte dans les relations euro-maghrébine, actes du colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002 a oujda, numéro spécial, octobre 2003 p220.

[2] - l'article 19 de la convention de la haye stipule que «une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la convention n'affecte pas le fond du droit de garde».

[3] -la cour d'appel de poitiers chambre civile 4 N° de R.G: 09/00356 Arret N° 214 date en 16 avril 2009, site électronique, www.legifrance.gouv.fr consulté le 09-05-2010

[4]- تعليق العميد باتيفول على اتفاقية لاهاي ل 1980 أحمد الورفلي "الزواج المختلط ومصلحة المحضون لمحة عامة مجلة القضاء والتشريع، عدد 1 يناير 2002، ص90.

[5] -l'article 6 de la convention de la haye stipule que: « chaque Etat contractant désigne une autorité centrale chargée de satisfaire aux obligations qui lui sont imposées par la convention »

[6]- من أجل توطيد هذا التعاون، فإن وزارة العدل بالمغرب التي تعد بمثابة السلطة المركزية، حيث تقوم بتسوية ملفات الأطفال المنقولين بطريقة غير مشروعة، وداخل هذه الوزارة هناك مصلحة التعاون القضائي المتبادل في المادة المدنية، أنيطت بها مهمة القيام بالإجراءات القانونية اللازمة المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي ل 34 أكتوبر 1980.

[7]- المادة 7 من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980.

[8]- حسب المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي هناك مجموعة من الوثائق الضرورية التي
يتعين أن يتضمنها هذا الطلب وهي:
أ المعلومات الخاصة بهوية كل من مقدم الطلب والطفل والشخص المدعى عليه بنقل أو احتجاز الطفل.
ب / تاريخ ميلاد الطفل إذا كان ذلك متوفرا.

فمتى تبين للسلطات المركزية أن الطفل يتواجد في دولة متعاقدة أخرى، تقوم مباشرة بإرسال الطلب إلى السلطة المركزية لتلك الدولة لتقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل ضمان الإرجاع الطوعي للطفل[1]، إلا أن هذه الإجراءات تتميز بطابعها الودي نظرا لافتقار السلطة المركزية لسلطة الإلزام[2]، مما جعل من تدخل السلطات القضائية أمرا لا محيد عنه، وذلك من أجل إرجاع الطفل المختطف. ولعل هذا ما أكدته اتفاقية لاهاي لسنة 1980 عندما منحت الدول المتعاقدة صلاحية تنظيم إجراءات قضائية عاجلة لإعادة الطفل[3].

وتكريسا لدور السلطات القضائية في هذا المجال، خلصت الندوة الدولية التي انعقدت "بواشنطن" إلى مجموعة من التوصيات منها: "... ضرورة تقوية التعاون القضائي الدولي في مجال اختطاف الأطفال كما في مجالات معينة، وضرورة تعزيز الحوار المباشر والفعال ما بين القضاة في مختلف الجهات القضائية، مع مساعدة قضاة الربط والاتصال في هذا الإطار ...

2 ضرورة إصدار القرارات بشكل سريع، تطبيقا لاتفاقية لاهاي لسنة 1980، سواء تعلق الأمر بمحاكم الدرجة الأولى أو محاكم الدرجة الثانية، مع العمل على المعالجة الفعالة لقضايا إرجاع الأطفال، طبقا لمقتضيات الاتفاقية وتحت مسؤولية القضاة، كما يتعين على المحاكم الابتدائية وكذا الاستئنافية، احترام الآجال المنصوص عليه، وضمان المعالجة السريعة لطلبات عودة الأطفال[4].

فهذه الآجال حددتها الاتفاقية في ستة أسابيع[5] من تاريخ بدء الإجراءات القضائية، حيث يتعين على السلطات القضائية احترامها وإصدار قراراتها تحت طائلة إعطاء الحق لمقدم الطلب أو السلطة المركزية للدولة المقدم إليها الطلب بناء على مبادرتها الخاصة أو طلب السلطة المركزية للدولة مقدمة الطلب المطالبة ببيان أسباب التأخير.

ج / الأسس التي يقوم عليها ادعاء مقدم الطلب.

د / كافة المعلومات المتوفرة حول مكان وجود الطفل وهوية الشخص المفترض

وجوده معه، ويمكن أن يرفق بالطلب أو يلحق به ما يلي:

هـ / صورة موثقة من أي قرار أو اتفاق ذو علاقة بالموضوع.

وشهادة صادرة عن السلطة المركزية أو أية جهة مختصة أخرى في الدولة التي يقيم بها الطفل بصفة اعتيادية، أو من أي شخص مؤهل، بخصوص القانون ذو الصلة بالموضوع في تلك الدولة.

ز/ أي وثائق أخرى ذات علاقة بالموضوع.

[1]- المادتين 9 و 10 من اتفاقية لاهاي.

[2]- صلاح الدين الطاوس "زيارة المحضون"، مرجع سابق، ص 83.

[3]- تنص الفقرة الأولى من المادة 11 من اتفاقية لاهاي على أنه: "تتخذ السلطات القضائية أو الإدارية في الدولة المتعاقدة إجراءات قضائية عاجلة لإعادة الطفل".

[4] -la conférence judicaire de «Common Law» sur l'enlèvement international d'un enfant par l'un de ses parents « wa shington » D.C 17-21 septembre 2000, dans le but d'améliorer la compréhension et l'interprétation de la convention, les juges représentant six délégations (l'Australie, le canada, l'Irlande, la nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et les Etats-Unis) sur le site électronique.

-http: www.hcch.netuploadde.pdf consulté le 10-05-2010.

[5]- إن مدة الستة أسابيع اعتبرت قصيرة وغير كافية من قبل القضاة والمحامون الألمان، وهي آجال يصعب احترامها نظرا لعدم كفايتها لتحقيق مصلحة الطفل.

- Nicolas Bouche: "L'Allemagne et les enlèvements internationaux d'enfants" les enlèvements d'enfants à travers les frontières, op cit, p159.

والرأي فيما نعتقد وراء تحديد هذه الآجال، هو تسريع وتيرة النظر في قضايا إرجاع الأطفال، وبالتالي ضمان احترام حق الحضانة وحق الزيارة على نطاق واسع. فالتطبيق السليم لاتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 يمكن من إرجاع الطفل داخل آجال يتراوح ما بين 30 و45 يوما[1].

ولعل هذا ما دفع الولايات المتحدة الأمريكية، إثر تفعيلها المقتضيات اتفاقية لاهاي أن تنجح في إرجاع أزيد من 2000 طفل مختطف في غضون العشر سنوات الموالية لمصادقتها على هذه الاتفاقية[2].

فرغم أهمية هذه الأخيرة تبقى فعاليتها محدودة، وذلك راجع إلى مجموعة من العوائق، كقلة الدول الموقعة عليها، إذ لم يتعدى ثلث أعضاء دول العالم من جهة، كما أن أغلب الدول الإسلامية لم تعبر عن رغبتها في الانضمام إلى الاتفاقية بسبب تعارضها مع القيم الإسلامية للإنسان عامة والطفل خاصة[3].

فهناك ما يقارب 40% من الاختطافات تتم من قبل الآباء الذين ينتمون للدول غير المصادقة على الاتفاقية[4] مما يجعلها مجالات خصبة لاستقبال حالات الأطفال المنقولين بطريقة غير مشروعة.

هذه الحقائق وغيرها، لم تؤثر على دور القضاء الأوربي في تفعيل مقتضيات الاتفاقيات الدولية، وخاصة منها اتفاقية لاهاي[5]، حيث لعب دورا مهما في حل الإشكالات العالقة وإنصاف الأطراف المتضررة من قضايا نقل الأبناء بطريقة غير مشروعة.

ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف ببارس، جاء فيه " ... أنه تطبيقا لمقتضيات اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980، المتعلقة " بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال"، فإن نقل الطفل من فرنسا إلى Burbank بالولايات المتحدة الأمريكية يعتبر غير مشروعا. ولهذا قررت المحكمة إرجاعه إلى إيطاليا مكان إقامته الاعتيادية..."[6]

فهذا التقدم المحرز من جانب القضاء الأوربي، لا نجده في صفوف القضاء المغربي الذي يعرف نذرة إن لم نقل غياب اجتهادات قضائية في هذا الصدد[7] مما يجعلنا نطرح سؤالا عريضا حول السبب الذي يحول دون اللجوء إلى القضاء

---

[1] -Mohamed Zerouali et Abdelhak Janati Idrissi, op cit, p. 221.

[2] - le site électronique: http://assembly.coe.int.consulté le 10-05-2010.

[3]- غميظ فتيحة: "تطبيق أحكام مدونة الأسرة المغربية أمام القضاء الفرنسي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2007/2008، 56.

[4] -Michel Hancock «Rapport de l'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe sur l'enlèvement d'enfants>> sur le site électronique - http://wwww.assembely.col consulté le 02-04-2010.

[5]- الجدير بالذكر أن السلطات المركزية تتحمل النفقات المتعلقة بتطبيق بنود الاتفاقيات، حيث أن الإجراءات أمام المحكمة تكون مجانية، ولا يجوز مطالبة مقدم طلب إرجاع الطفل بسداد أي مبلغ يتعلق بنفقات الإجراءات القضائية أو ما يترتب عن الاستعانة بمحامين أو مستشارين قانونيين باستثناء المصاريف المترتبة عن تنفيذ عملية إرجاع الطفل.

[6] -La cour d'appel de Paris; R.G :06/17206 Audience publique de jeudi; 15 février 2007 sur le site électronique : www.legifrance.Gouv.fr consulté le 02/05/2010.

[7]- فبزيارة عدد من المحاكم، تم التأكيد لنا بأنه لم يسبق لها أن نظرت في مثل هذه القضايا.

؟ فهل هذا ينم عن الوعي القانوني للمواطن الأوربي وتمسكه بحقه مقارنة مع نظيره المغربي الذي يرى في الحلول الودية ملاذا له وكونها تفي بالمراد في نظره ؟!!

لهذا يبقى الأمل كبيرا في تفعيل مقتضيات" اتفاقية لاهاي " من قبل القضاء المغربي خاصة بعد مصادقة المغرب عليها.

الفقرة الثانية: اتفاقية حقوق الطفل وحق الحفاظ على صلاته العائلية

تعد اتفاقية حقوق الطفل المصادق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في نونبر 1989، أول اتفاقية في هذا المجال[1]، فهي تعطينا أساسا معقولا للدفاع عن قضية حقوق الطفل[2].

ففي مجال اختطاف الأطفال، تعد هذه الاتفاقية ذات صبغة عالمية نظرا لعدد الدول المصادقة عليها من جهة، وكونها تظم دولا غير مرتبطة باتفاقية لاهاي ل 1980 من جهة ثانية[3].

وفي هذا الإطار، تضمنت اتفاقية حقوق الطفل قاعدة عامة مؤداها عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، إلا عندما تقرر السلطات المختصة بأن هذا الفصل فيه مصلحة للطفل[4]، على أن يحتفظ هذا الأخير بصورة منتظمة على علاقاته الشخصية واتصالاته المباشرة خاصة عندما يختلف مقر إقامته ووالداه[5].

هذا المقتضى تم تكريسه في اتفاقية "ستراسبورغ" الصادرة عن مجلس أوربا في 15 ماي 2003 والمتعلقة "بالعلاقات الشخصية للأطفال" والتي تهدف في محتواها إلى تقوية الصلات العائلية بين الطفل ووالديه، كما تعمل على توطيد صلاته مع أشخاص آخرين كالجدين[6].

لأجل ذلك، تعهدت الدول الأطراف في الاتفاقية بأن تكفل احترام هذا الحق بما يضمن للطفل مصالحه الفضلى[7] كما تعهدت أيضا باتخاذ جميع التدابير التي من شأنها مكافحة نقل الأطفال إلى الخارج بصورة غير مشروعة[8].

---

[1]- ذ. ناصر متيوي : "ملاءمة النصوص الوطنية مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل" مجلة القانون والاقتصاد، العدد 20 السنة 2003 ص 25.

[2]- نعيمة البالي : "ملاءمة التشريع المغربي لاتفاقية حقوق الطفل" أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2002/2003، ص 41.

[3] -Mohammed Zerouali et Abdelhak Janati Idrissi, op cit, p222.

[4]- الفقرة الأولى من المادة التاسعة من اتفاقية حقوق الطفل.

[5]- كوثر كيزي: "الحماية الدولية للطفل"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2002/2003 ، ص 35.

[6] -Alexey Kojemiakov, «le conseil de l'Europe et la protection de l'enfant» les enlèvement d'enfants à travers les frontières op.cit, p.16.

[7]- الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من اتفاقية حقوق الطفل.

[8]- الفقرة الأولى من المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل.

فمصادقة المغرب على اتفاقية حقوق الطفل[1] تعكس بجلاء حسن نيته في الالتزام بها، وإرادته القوية في تنميتها وإدماجها في تشريعه الداخلي[2]. وهذا ما يتضح من خلال مقتضيات مدونة الأسرة التي تضمنت في طياتها مقتضى جديد يحمي الطفل من النقل بطريقة غير مشروعة إلى الخارج [3]، فلأول مرة في تاريخ التشريع القانوني للأحوال الشخصية عملت هذه المدونة على تنظيم أحكام الانتقال بالمحضون خارج المغرب، بحيث يجب على كل من له الحق في الحضانة إذا أراد أحد مستحقيها السفر بالمحضون سلوك مسطرة الإذن بالسفر في مقابل طلب مقرر المنع من السفر[4] وهذا ما تم تفعيله على مستوى العمل القضائي، حيث اعتبر المجلس الأعلى في إحدى قراراته أن انتقال الحاضنة بالمحضون خارج المغرب في اتجاه الديار الفرنسية، لا يتم إلا بموافقة نائبه الشرعي[5] .

وفي نفس السياق وتجسيدا لروح التعاون الذي نادت به اتفاقية حقوق الطفل[6] من أجل مكافحة نقل الأطفال بصورة غير مشروعة إلى الخارج وعدم عودتهم، بادر المغرب إلى إبرام اتفاقية ثنائية تتعلق بالتعاون القضائي في المادة الجنائية وتسليم المجرمين[7] بغية تسهيل المتابعة الجنائية لمرتكبي جرائم الاختطاف والمتواجدين بدولة أخرى غير التي تم الحكم عليهم فيها...

فإذا كانت كل من المادة 11 والمادة 35[8] من اتفاقية حقوق الطفل، تحث الدول الأطراف على إبرام اتفاقات ثنائية ومتعددة الأطراف من أجل مكافحة ظاهرة اختطاف الأطفال، سواء تعلق الأمر بالاختطاف من طرف أحد الوالدين بعد انفصام العلاقة الزوجية، أو الاختطاف بهدف الاتجار والاستغلال، فإن ما يمكن ملاحظته على هذه الاتفاقية أنه لا يمكن الاستناد إليها بشكل مباشر وتلقائي للمطالبة بإرجاع طفل تم نقله بصورة غير مشروعة إلى أحد البلدان المصادقة عليها،

---

[1]- صادق المغرب على اتفاقية حقوق الطفل سنة 1989 بمقتضى ظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في 21 نونبر 1996، تم نشرها في الجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 ديسمبر 1996.

[2]- علي الكاسمي : "المغرب" والالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان (حقوق الطفل نموذجا) " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانوني الدولي والعلاقات الدولية شعبة القانون العام وحدة التكوين المغرب في النظم الإقليمية والدولية - كلية الحقوق جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2004/2005، ص5.

[3]- تنص المادة 179 من مدونة الأسرة على أنه يمكن للمحكمة بناءا 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...".

[4]- سهام تيزاوي: "السفر بالمحضون" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008/2009، ص30.

[5]- قرار المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والميراث عدد 472 بتاريخ 15 أكتوبر 2008 في الملف عدد 31/2/1/2007 منشور مجلة نشر قرارات المجلس الأعلى، نشرة متخصصة الجزء الأول 2009، ص 88.

[6]- تنص الفقرة الثانية من المادة 11 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه "... وتحقيقا لهذا الغرض تشجع الدول الأطراف عقد اتفاقات ثنائية أو متعددة الأطراف أو الانضمام إلى اتفاقات قائمة".

[7]- كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية التعاون القضائي المتبادل وتنفيذ الأحكام القضائية وتسليم المجرمين المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الإيطالية بروما يوم 12 فبراير 1971 ظهير شريف رقم 1.75.242 بتاريخ 12 ربيع الثاني 1396 (12) أبريل (1976) للاطلاع على هذه الاتفاقية وغيرها يراجع مرجع ل ذ. عبد السلام بوهوش وذ عبد المجيد الشفيق "المرجع في الاتفاقيات التعاون القضائي والأمني" الطبعة الأولى 2006 ص250.

[8]- تنص المادة 35 من اتفاقية حقوق الطفل على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال".

لأنها غير قابلة للتطبيق الذاتي وفي هذا المعنى جاء في إحدى "caractère nom auto exécutoire" "حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 10 مارس 1993 أن "مقتضيات الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل لا يمكن التمسك بها أمام القضاء، فهذه الاتفاقية تفرض فقط الالتزامات على عاتق الدول الأطراف وغير قابلة للتطبيق المباشر في القانون الداخلي "[1]. لكن رغم هذا المقتضى، فاتفاقية حقوق الطفل تضمنت في طياتها آلية للرقابة والمتمثلة في " لجنة حقوق الطفل "[2] تعنى بدراسة ما أحرزته الدول الأطراف من تقدم للوفاء بتعهداتها والتزاماتها ببنود هذه الاتفاقية انطلاقا من فحص دوري للتقارير المرفوعة إليها من قبل هذه الدول[3] خاصة وأن هذه التقارير يتم نشرها وتوزيعها على نطاق واسع داخل تراب كل دولة طرف حتى يتسنى للعموم الاطلاع عليها[4]، مما يكسب هذه المعطيات قيمة معنوية تحفز الدول المصادقة على الاتفاقية على السير قدما نحو توفير حماية شاملة للأطفال من كل الانتهاكات عامة، والحد من ظاهرة الاختطاف الدولي على وجه الخصوص من جهة ثانية، لكن ما يؤسف له في هذا المجال أن اتفاقية حقوق الطفل تفتقر إلى عنصر الإلزام مما يجعل تحقيق الردع لمخالفي أحكامها أمرا عسيرا، ليبقى اللجوء إلى إبرام اتفاقيات ثنائية سيد الموقف في هذا المجال.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الثنائية كآلية لحماية الطفل من الاختطاف الأبوي

نظرا لما وفرته الاتفاقيات المتعددة الأطراف من حماية للأطفال من الاختطاف، عمد المغرب إلى إبرام اتفاقيات ثنائية، تصب في نفس الاتجاه وذلك مع مجموعة من الدول العربية[5] وكذا الأوربية[6] نجد في مقدمتها الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981 (الفقرة الأولى) وأيضا الاتفاقية المغربية الإسبانية ل 30 ماي 1997 (الفقرة الثانية).

---

[1]- عادل أزرقان مرجع سابق، ص7.

[2]- المادة 43 من اتفاقية حقوق الطفل تشير إلى طريقة تشكيل هذه اللجنة وكيفية انتخاب أعضائها ومدة انتخابهم.

[3] - Abdelhak Ben Hamou: "l'applicabilité de la convention relative aux droit de l'enfant" revue Algérienne des sciences juridique économiques et politique N°1-'année 2000 p 249.

[4]- الفقرة السادسة من المادة 44 من اتفاقية حقوق الطفل.

[5]- من بين هذه الاتفاقيات نجد الاتفاقية بين المملكة المغربية والجمهورية العربية السورية حول التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية" ظهير شريف رقم 1.96.185 صادر في 12 من جمادى الأولى 1423 (23 يوليو 2002) الجريدة عدد 5066 بتاريخ 19 دجنبر 2002 (14 شوال 1423) ص3708. وأيضا الاتفاقية بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة البحرين حول التعاون القانوني والقضائي في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة البحرين ظهير شريف رقم 1.00.309 صادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2000) الجريدة الرسمية عدد 4956 بتاريخ 13 رمضان 1422.29 نوفمبر 2001 ص3970.

[6]- كالاتفاقية بين المملكة المغربية والمملكة البلجيكية بشأن "التعاون القضائي والاعتراف بالمقررات القضائية وتنفيذها في مادة الحضانة وحق الزيارة" التي تم توقيعها ببروكسيل بتاريخ 26 يونيو 2002، ولم تتم المصادقة عليها بعد، أما هولندا فلم تعقد مع المغرب لحد الآن إلا بروتوكول إحداث لجنة استشارية في فاتح يناير 1995 "للتعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية والأسرة".

الفقرة الأولى: معالجة الاتفاقية المغربية الفرنسية للاختطاف الدولي للأطفال

تعزيزا لروح التعاون القضائي في مجال حماية الأطفال، دخلت كل من فرنسا[1] والمغرب في اتفاقية تعاون، تجسدت في الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981[2]، تفاديا لمجموعة من المشاكل الناتجة عن الزواج المختلط، خاصة مشكل الاختطاف الدولي للأطفال.

لهذا الغرض التزمت الدولتان وفي إطار المعاملة بالمثل بأن تضمن فوق ترابهما، وتحت مراقبة سلطتهما القضائية حرية ممارسة حق الحضانة وحق الزيارة مع التقيد بمصلحة المحضون دون أي اعتبار آخر[3].

وسيرا على نهج اتفاقية لاهاي لسنة 1980، وضعت الاتفاقية آليات إدارية وقضائية، تتعاون فيما بينهما من أجل ضمان الإرجاع الفوري للأطفال الذين وقع اختطافهم.

فبالنسبة للسلطات الإدارية أي المركزية[4] فإنها تتعاون على البحث فوق ترابها عن مكان إقامة الأطفال الذين وقع نقلهم إليها بسبب النزاع في حق الحضانة أو جحدها [5]، وتتخذ لذلك كل تدبير من شأنه أن يساعد على التسليم الإرادي للأطفال أو إيجاد حل حبي لمشاكلهم وفي حالة الاستعجال فإنها تتخذ كل تدبير مؤقت يظهر مفيدا لحماية الطفل من أخطار وأضرار أخرى[6].

فعند فشل الحلول الودية التي تقوم بها السلطات المركزية وعدم توفقها في الإرجاع الإرادي للطفل، فإنها تعمد إلى رفع طلب إلى السلطات القضائية عن طريق النيابة العامة لدى هذه المحاكم لتبث في تسليم الطفل[7]، وذلك داخل أجل ستة أسابيع من تاريخ الإحالة، وإذا لم يقع البث داخل هذا الآجال يتعين على السلطة المركزية للدولة المطلوبة أن تشعر السلطة المركزية للدولة الطالبة بما آلت إليه القضية[8].

ونظرا للأهمية القصوى التي تحظى بها النيابة العامة، كسلطة قضائية تعمل على إرجاع الأطفال المختطفين وتسليمهم إلى من له الحق في حضانتهم، فهذا يخول لها الصفة القانونية لرفع دعوى المطالبة بتسليم طفل لمن له الحق

---

[1]- أبرمت فرنسا عدة اتفاقيات ثنائية مع مجموعة من الدول منها الاتفاقية الفرنسية الجيبوتية ل 27 سبتمبر 1986، وكذا الاتفاقية الفرنسية المصرية ل 15 مارس 1982، وأيضا الاتفاقية الفرنسية البرتغالية ل 20 يوليوز 1983.

[2]- تتعلق بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية، ظهير شريف رقم 1.83.197 صادر في 11 من ربيع الأول (14 نوفمبر (1986) الجريدة الرسمية عدد 3910 بتاريخ 12 صفر 1408 (7 أكتوبر 1987 (ص 931).

- منشورة بمجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، العدد الثاني، فبراير 2006 ص 13 وما يليها.

[3]- الفصل 19 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

[4]- حسب الفصل السادس عشر من الاتفاقية فإن السلطات المركزية تتكون من وزارتا العدل بالدولتين وكذا من لجنة مختلطة استشارية تتكون من ممثلي عن وزارة الخارجية والعدل تجتمع دوريا بطلب من إحدى الدولتين.

[5]- الفقرة الأولى من الفصل 20 من الاتفاقية المغربية الفرنسية .

[6]- الفقرة الثانية من الفصل 20 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

[7]- الفقرة الأولى من الفصل 22 من الاتفاقية المغربية الفرنسية .

[8]- الفقرة الأولى من الفصل 23 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

في طلبه، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة[1] حيث جاء في حيثياته و"حيث أن للسيد وكيل الملك الحق في رفع مثل هذه الدعوى باعتبار أن موضوعها منظم بمقتضى اتفاقية ثنائية فرنسية مغربية مصادق عليها بمقتضى ظهير شريف " هذا المقتضى كان محل تأييد من طرف المجلس الأعلى[2] حيث جاء في قراره "... وبالتالي فإن المحكمة التي عللت قبول الدعوى بأحقية النيابة العامة في رفعها باعتبار موضوعها منظما بمقتضى الاتفاقية المشار إليها أعلاه تكون قد ركزت قرارها على أساس قانوني وعللته تعليلا كافيا وتكون الوسيلة بدون أثر... ."

وعلى هذا الأساس فتدخل قاضي الدولة التي نقل إليها الطفل أو احتفظ به فيها، يتمثل في إصدار أمر يقضي بتسليمه فورا وبصفة وقتية[3]، على أن لا يمس هذا الأمر بجوهر حق الحضانة[4]

وهذا ما سعت إليه أيضا الاتفاقية التونسية - الفرنسية ل 18 مارس 1982، والتي نصت على أنه يجب النظر في مسألة استرجاع الحضانة قبل النظر في تعديل الأحقية في حضانة طفل تم نقله أو الاحتفاظ به خرقا لحكم قضائي صادر في الموضوع، وذلك حتى لا يتحول القانون إلى أداة للحث على الاختطاف وإقرار منطق الأمر الواقع[5].

أما القضاء المغربي وفي إطار تعامله مع ما جاءت به الاتفاقية المغربية الفرنسية، اعتبر أن تسليم الأطفال تسليمها مؤقتا لأمهما ليس هو الحضانة، فالتسليم المؤقت أساسه الفصل 25 من الاتفاقية السابقة الذكر[6]

هذا التعامل مع ما جاءت به الاتفاقية ليس مطلقا، إذ يتم استبعادها من حظيرة التطبيق القضائي في بعض الأحيان، خاصة عندما تتعارض مع مقتضيات نظام الأحوال الشخصية. ففي قرار للمجلس الأعلى[7] جاء فيه "إن محكمة نانتير" الفرنسية لما استبعدت تطبيق مقتضيات الفصل 99 من قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربي المحتج به من طرف الطالب بعلة أن طلب النيابة العامة هو تدبير مؤقت لحماية الأولاد تكون قد خرقت مقتضيات الفصل المذكور، مما يجعل قرارها معرضا للنقض". فالرأي فيما نعتقد هنا أن القضاء المغربي، كان وجيها عندما استبعد تطبيق الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، طالما أن الحضانة هي من واجبات الأبوين مادامت الزوجية قائمة بينهما (حسب

---

[1]- قرار محكمة الاستئناف بوجدة، ملف شرعي 324/97 بتاريخ 18/02/1998 منشور بمجلة الاشعاع، العدد 17 سنة 1998، ص 169.

[2]- قرار المجلس الأعلى عدد 1158 في الملف الشرعي عدد 206/2/1/98 بتاريخ 30/11/2000، أورده الدكتور محمد الشافعي "الأجانب بالمغرب" سلسلة البحوث القانونية، الجزء الأول، الطبعة 2006، ص 109 وما يليها.

[3]- حسب الفقرة الأولى من الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981" لا يمكن تسليم الطفل فورا وبصفة وقتية في حالتين:

1- إذا كان الحاضن وقت الخرق المثار لم يكن يمارس حضانة الطفل فعليا أو بحسن نية.

2- إذا كان تسليم الطفل إلى الحاضن قد يعرض صحته أو سلامته للضرر نتيجة حادث يكتسي خطورة استثنائية وظهرت إماراته منذ تاريخ الحضانة".

[4]- الفقرة الثالثة من الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

[5]- أحمد الورفلي ، مرجع سابق، ص 97.

[6]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة ملف مدني 3540/96 بتاريخ . 10/4/1997، منشور بمجلة الاشعاع العدد 17 سنة 1998، ص222

[7]- قرار عدد 451 في الملف الشرعي عدد 66/2/1/2002 بتاريخ 15/10/2003 أوردهابراهيم بحماني : "العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة"، المجلد الثاني، طبعة 2009، ص121 وما يليها.

الفقرة الأولى من الفصل 99 من قانون مدونة الأحوال الشخصية) وكل قول بإرجاع الحضانة إلى الأم بصفة مؤقتة في هذه الحالة يظل مجانبا للصواب.

فبالرغم من التطبيق القضائي للاتفاقية المغربية الفرنسية إلا أنها لم تحقق بعد الغايات المنشودة من عقدها، وهذا راجع إما لاختلاف سلطات البلدين حول تفسير وتطبيق بعض أحكامها وإما للإمكانية المتاحة للمحاكم في كلا الدولتين من أجل استبعاد قانون الدولة الأخرى[1].

ولعل هذا ما دفع جانبا من الفقه إلى القول بأن هذه الاتفاقية لا يتم احترامها من جانب الدول المعنية وخاصة من قبل الطرف الفرنسي الذي يستبعد القانون المغربي المختص[2]، كما اعتبر جانب آخر من الفقه أن الخاسر الأكبر في الاتفاقية هم المواطنون المغاربة، بحيث ظلت المحاكم الفرنسية في الأغلب الأعم من الأحوال، تتعامل مع الاتفاقية وكأنها غير موجودة جودة.

الأمر الذي يحمل على القول بأنه لا يكفي إبرام اتفاقية ثنائية بل لابد من وجود إرادة سياسية نابعة من داخل الدول ذاتها لتفعيل هذه الاتفاقية من جهة والحفاظ على علوية مصلحة الطفل من جهة ثانية.

الفقرة الثانية: سعي الاتفاقية المغربية الإسبانية لوضع حلول للاختطاف الدولي للأطفال

نظرا للطرح الاتفاقي الذي نهجه المغرب مع فرنسا، في مجال حماية الأطفال من الاختطاف في ظل الزيجات المختلطة، عمد إلى إبرام اتفاقية ثنائية مع إسبانيا [3]، اعتبرت هي الأولى من نوعها في هذا المجال، والتي تربط هذه الأخيرة مع دولة عربية إسلامية، . وذلك بتاريخ 30 ماي 1997[4].

وباستقراء بنود هذه الاتفاقية، يلاحظ أنها تضمنت حلولا تشكل امتدادا لما هو مقرر في كل من اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980، واتفاقية لوكسمبورغ ل 20 ماي 1980، لتقتصر على حالات الاختطاف الأبوي للأطفال الحاصلة بين البلدين.

لهذا الغرض فإن الاتفاقية المغربية الاسبانية كفلت من خلال مادتها الأولى:

أ/ ضمان رجوع الأطفال المنقولين أو المحتفظ قانونية في إحدى الدولتين المتعاقدتين. بهم بصفة غير

---

[1]- صلاح الدين الطاوس، مرجع سابق، ص 62.

[2]- أحمد زوكاغي حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة في 10 غشت 1981 المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي مجلة المناهج، العدد 02 ،.2002، ص 61 وما يلها.

[3]- توجد بين المغرب وإسبانيا أربع اتفاقيات كلها تحمل تاريخ 30/5/1997 وهي اتفاقية التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية والإدارية المنشورة بظهير 150/98/1، واتفاقية في ميدان تسليم المجرمين المنشورة بظهير 152/98/1، والاتفاقية المتعلقة بالمعتقلين ونقل المحكوم عليهم إلى وطنهم المنشورة بظهير 153/98/1 واتفاقية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال المنشورة بظهير 113/98/1.

[4]- بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال بمقتضى ظهير شريف رقم 1.99.113 صادر في 26 من محرم 1420 (13 ماي 1999) الجريدة الرسمية عدد 4700 بتاريخ 03 ربيع الأول 1420 (17 يونيو 1999)، ص 1544.

ب/ الحصول على الاعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادر فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقدتين وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى.

ج / تسهيل حرية ممارسة حق الزيارة فوق تراب الدولتين.

ومن أجل ضمان تحقيق الإرجاع الفوري للأطفال المنقولين بطريقة غير قانونية تتولى السلطات المركزية[1] الموجه إليها الطلب اتخاذ مجموعة من الإجراءات[2]، والمتمثلة أساسا حسب ما نصت عليه المادة الرابعة من الاتفاقية المغربية الاسبانية فيما يلي:

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.

ولتقرير حماية أكثر للأطفال في ظل هذه الاتفاقية تم إحداث لجنة مختلطة استشارية تتكون من ممثلين عن وزارتي الخارجية والعدل، تعمل على حل المشاكل التي تطرح عند تفعيل بنود هذه الاتفاقية[3].

فإذا كانت السلطات المركزية تتميز بدورها الودي في إرجاع الأطفال الذين تم نقلهم بطريقة غير مشروعة، فإن الاتفاقية المغربية الاسبانية كفلت من خلال مقتضياتها[4] حق اللجوء إلى السلطات القضائية وذلك في أية مرحلة من مراحل المسطرة[5]. فهذه الأخيرة تكون ملزمة بإصدار أمر بالإرجاع الفوري للطفل، متى توافرت الشروط[6] (التي يعتبر من

---

[1]- تعتبر وزارة العدل في كل من البلدين كسلطة مركزية حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 3 من الاتفاقية.

[2]- إما بطريقة مباشرة أو بواسطة النيابة العامة أو محامي الدولة، وذلك حسب ما جاءت به المادة 4 من الاتفاقية المغربية الاسبانية في فقرتها الثانية.

[3]- المادة الخامسة من الاتفاقية المغربية الاسبانية.

[4]- تنص الفقرة الثالثة من المادة 3 من الاتفاقية على أنه "لا تحول هذه الاتفاقية دون حق كل شخص يهمه الأمر في الالتجاء مباشرة إلى السلطات القضائية بالبلدين المتعاقدين في أية مرحلة من مراحل المسطرة".

[5]- حيث أن الإجراءات المتخذة في الدولة المطلوبة تكون مجانية، بما فيها مصاريف الدعوى (باستثناء مصاريف الترحيل) مع ضمان حق المساعدة القضائية، وهذا ما أكدته المادة السادسة من الاتفاقية.

[6]- تتمثل هذه الشروط حسب المادة السابعة من الاتفاقية المغربية الاسبانية في:

خلالها نقل طفل من دولة إلى أخرى غير مشروع)، وتم تقديم الطلب داخل أجل ستة أشهر إلى السلطة المركزية لإحدى الدولتين[1].

فإذا كان هذا هو المبدأ الذي تبنته الاتفاقية، فإن هناك استثناءات تبيح لهذه السلطات إمكانية رفض هذا الإرجاع، وذلك وفقا لمقتضيات المادتين 8 و 9 من الاتفاقية.

فبالنسبة للاستثناءات التي أوردتها المادة 8 من الاتفاقية تتمثل فيما يلي:

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.

أما بالنسبة للاستثناء الذي جاءت به المادة 9 من الاتفاقية، فإنها اعتبرت فوات تقديم الطلب داخل أجل ستة أشهر، يعطي الصلاحية للسلطة القضائية لإصدار أمر بإرجاع الطفل ما لم يثبت أن هذا الأخير قد اندمج في وسطه الجديد أو أن إرجاعه سيعرضه لخطر جسدي أو نفسي أو سيجعله في وضعية لا تحتمل.

فما يلاحظ من خلال هاتين المادتين أن سبب رفض الإرجاع الفوري للطفل مقرون بتاريخ تقديم الطلب (مدة ستة أشهر) وهي نفس المدة التي أوردتها اتفاقية لوكسمبورغ ل 20 ماي 1980 في مادتها الثامنة.

فإيراد هذه الآجال حسب اعتقادنا لا يفيد في شيء الاستثناءات الواردة في المادتين 8 و 9 من الاتفاقية، بل الأولى هو وضع آجال محددة تلزم السلطات القضائية على البث في دعوى الإرجاع الفوري للطفل، مع تقديم تبريرات وإيضاحات عن كل تأخير، وذلك سيرا على نهج المادة 11 من اتفاقية لاهاي لسنة 1980، والتي وضعت أجل ستة أسابيع للبث في طلب هذا الإرجاع.

فإذا كانت دعوى الإرجاع الفوري للطفل، تقوم على فكرة أساسها إرجاعه إلى دولة محل إقامته الاعتيادية واستعادت الحاضن لحقوقه عليه، فإنها لا تمس في شيء جوهر حق الحضانة وذلك على حد تعبير الفقرة الثانية من المادة 10[2]، وكذا محكمة الدرجة الكبرى بتولوز[3] حيث اعتبرت أن هذه الدعوى تهدف إلى "ضمان الإرجاع السريع للطفل إلى محل

أ) إذا وقع النقل خرقا المقرر 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.

[1]- الفقرة الأولى من المادة 8 من الاتفاقية المغربية الاسبانية.

[2]- حيث نصت على أن "الحكم الذي يأمر بالإرجاع الفوري للطفل لا يمس بجوهر حق الحضانة. "

[3]- قرار محكمة الدرجة الكبرى بتولوز الصادر بتاريخ 20 مارس 1987، أورده عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 60.

إقامته... فالفكرة الأساسية هي إعادة الوضعية السابقة التي تم خرقها بفعل الأعمال المادية التي تفتقد إلى المشروعية وفقا للمبدأ القائل بأن ضحية الغش أو الإكراه يجب قبل كل شيء إعادته إلى حالته الأصلية".

فإذا كان المبدأ المعمول به في الاتفاقية المغربية الإسبانية، هو إلزام السلطات القضائية للدولة المطلوبة بأولوية البث في طلب الإرجاع الفوري، قبل البث في أي طلب آخر يتعلق بحق الحضانة[1]، فإنه مع ذلك لا يوجد ما يلزم هذه السلطات بإصدار قرار بشأن حق الحضانة، بعد إصدار أمر بالإرجاع الفوري للطفل، مما يفرز وجود قرارين متعارضين الأول يأمر بالإرجاع الفوري للطفل والثاني يمنح الحضانة للشخص الذي قام بعملية الخطف.

وتفاديا لهذا الوضع، كان على واضعي الاتفاقية المغربية الاسبانية نهج قاعدة الاختصاص القضائي السلبي، فبموجبها يتم تفادي صدور حكمين متعارضين عن سلطات الدولة المطلوبة، كما يمكن تجنب قيام الخاطف بخلق ضوابط مصطنعة للاختصاص القضائي قد تمكنه من التسوية القانونية لوضعية غير مشروعة في الأصل أو الحصول على امتيازات قضائية أثناء البث في دعوى الحضانة[2].

ولعل هذا ما دفع واضعي الاتفاقية الفرنسية الجزائرية إلى اعتماد آلية أكثر نجاعة تتمثل في إسناد الاختصاص لقاضي واحد وهو "القاضي المتعهد[3]".

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 10 فإذا افترضنا أن طفلا إسبانيا كانت ترعاه جدته، بعد وفاة أمه، ولكن أباه انتقل إلى المغرب وصحبه معه، فإنه سيكون لجدته بمقتضى هذه المادة أن تطلب إرجاعه لها، ولو كان أبوه مسلما رغم أن المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية تعطي للأب حق الحضانة مباشرة بعد الأم.

فمن هذا المنطلق، فرغم فشل الاتفاقية المغربية الاسبانية في تنظيمها لدعوى الإرجاع الفوري للطفل كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية لاهاي ل 1980[4]، وأيضا عدم اكتراثها للأحكام المقررة في القوانين الداخلية[5]، فإنها رغم ذلك لقيت استحسانا عند تطبيقها من جانب القضاء المغربي، وهذا ما يتضح من خلال حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا[6]، أعلنت فيه عدم مشروعية نقل طفلة من طرف الأب المغربي الجنسية، وقد جاء في إحدى حيثياته وحيث تأسيسا على مقتضيات الفصل 7 من اتفاقية التعاون القضائي المذكورة، على اعتبار نقل الطفلة دنيا من جانب والدها

---

[1]- تنص الفقرة الثالثة من المادة 10 من الاتفاقية على أنه "يتعين على محاكم الدولة المطلوبة أن تبث في طلب الإرجاع الفوري قبل البث في أي طلب آخر يحال عليها في شأن الطفل".

[2]- عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 62.

[3]- حسب مقتضيات الفصل السادس من الاتفاقية الفرنسية الجزائرية المبرمة في 21 يونيو 1988، مع العلم أن بعض الفقه اعتبرها الأكثر تقدمية في هذا المجال.

[4]- حيث نظمتها من خلال المادتين 16 و 17 منها.

[5]- كما هو الشأن بالنسبة لإيراد مصطلح الولاية الشرعية والتي لا تتوافق مع مقتضيات القانون الاسباني، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 8 من الاتفاقية المغربية الاسبانية.

[6]- حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أنفا، عدد 5743 بتاريخ 23 يونيو 1998، أورده عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 68.

بالمغرب قد تم خرقا لمقرر قضائي ولاختلاف جنسيتي الأب والأم ولكون الحضانة مقررة لفائدة الأم وهي إسبانية الجنسية، فإن نقل البنت إلى المغرب يعتبر غير مشروع ويتعين القضاء بإرجاعها فورا إلى والدتها الاسبانية."

فمن هذا المنطلق، وما دامت الاتفاقية المغربية الاسبانية تعكس بجلاء مضمون اتفاقية لاهاي ل 1980، فان هذه الأخيرة يرجع لها الفضل في تحديد بعض الأسس التي بتوفرها تتحقق واقعة الاختطاف.

المبحث الثاني: الأساس القانوني والو اقعي للاختطاف الدولي للأطفال وتداعياته السلبية

في إطار الاهتمام الدولي باختطاف الأطفال المنحدرين من زواج مختلط، وما يخلفه من مآسي إنسانية بليغة الأثر على الأسرة عامة، والطفل على وجه الخصوص عمدت جل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي للظاهرة، ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1980، إلى تبني عنصر قانوني وآخر واقعي واعتمادهما كأساس لتقرير عدم مشروعية نقل طفل من دولة إلى أخرى (المطلب الأول) الشيء الذي كان له تداعيات سلبية على أطراف الروابط العائلية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأساس القانوني والواقعي للاختطاف الدولي للأطفال

رغبة من واضعي الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتصدي لظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال، في تحديد الحالات التي يكون فيها نقل طفل من دولة إلى أخرى عملا غير مشروعا، وتمييزها عن باقي الحالات المشابهة لها، ثم تأسيس المفهوم القانوني لهذه الظاهرة على فكرة خرق حق الحضانة الثابت بمقتضى سند صحيح وفقا لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل (الفقرة الأولى)، مع اشتراط ضرورة الممارسة الفعلية لحق الحضانة قبل وقوع النقل (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: موافقة السند المنشئ لحق الحضانة لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل

إذا كانت أهلية إبرام التصرفات القانونية تخضع في جميع الدول الأوروبية للقانون الوطني للمعني بالأمر فإن أحكام حماية القاصرين تخضع بالأساس لقانون الإقامة الاعتيادية[1].

فمسايرة لهذا التوجه الدولي ومواكبة للتطورات الحاصلة في ميدان تنازع القوانين، انضم المغرب لاتفاقية لاهاي الخاصة بحماية القاصرين المبرمة في 19 أكتوبر 1996[2]، وهو توجه ينم عن رغبة المغرب في تجاوز المعايير التقليدية لفائدة حقوق الطفل وما تقتضيه مصلحته[3].

---

[1]- العربي محمدي: "القاضي الأوروبي ومؤسسات مدونة الأسرة المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية،2006-2007، ص 81.

[2]- بمقتضى ظهير شريف رقم 1-021-136 صادر في 19 ذي القعدة 1423 (22 يناير 2003) بنشر الاتفاقية المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال مسؤولية الأبوين وإجراءات حماية الأطفال الموقعة بلاهاي في 19 أكتوبر1996، الجريدة الرسمية عدد 5108 بتاريخ 15 ماي2003، ص 375.

[3]- غزلان الجاي: "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، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص 17.

وعلى هذا الأساس ثم اعتماد محل الإقامة الاعتيادية كأحد العناصر الأساسية التي يقوم عليها المفهوم القانوني لظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال، وكقانون للمراقبة الشكلية بمدى مشروعية السند الذي كانت تمارس به الحضانة قبل النقل[1].

وهذا ما تترجمه مقتضيات المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المتعلقة "بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال" في فقرتها (أ)، إذ أن النقل غير المشروع يتحقق: "عندما يكون في ذلك انتهاكا لحقوق الحضانة الممنوحة لشخص أو مؤسسة أو هيئة سواء بصورة مشتركة أو فردية، والتي ينص عليها قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله أو احتجازه مباشرة .

فنظرا لكون محل الإقامة الاعتيادية للطفل غير محدد من قبل الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالظاهرة، فإن بعض الفقه[2] أكد على أنه لا يمكن الجزم على أن بلد الإقامة الاعتيادية للطفل هو البلد الذي تم اختطافه منه، على أساس أن الأب الوصي والذي له حق الحضانة مؤهل لتغيير مكان إقامته الاعتيادية، قبل أن يتحقق رجوع الطفل، بالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقيات والأحكام الخاصة المشتركة وكذلك الإقامة التناوبية التي تحدد الفترات الزمنية التي يقضيها الطفل مع أحد والديه تجعل من الصعب كذلك إعطاء تحديد للإقامة الاعتيادية للطفل عندما يغفل الاتفاق أو الحكم تحديدها .

وما دام حق الحضانة يمنح - بصفة خاصة - بمقتضى قانون أو بناء على قرار قضائي أو إداري أو اتفاق بين الأبوين بموجب قانون الدولة المعنية[3]، فإن ما تجمع عليه جل الاتفاقيات الدولية، وهو أن حق الحضانة الذي يتم خرقه، يقتضي توفر الحاضن على قرار قضائي أو إداري .

ليبقى الشرط الأساسي، حسب اتفاقية لوكسمبورغ ل20 ماي 1980، وكذا الاتفاقية المغربية الإسبانية لسنة 1997، هو ضرورة قابلية هذا القرار للتنفيذ في الدولة الطالبة، عكس اتفاقية لاهاي سنة 1980، والتي لم تشترط قابليته للتنفيذ، كما يتعين أيضا أن يكون القرار المتعلق بحق الحضانة صادرا قبل نقل الطفل، إذ لا يمكن للشخص الاحتجاج بحكم صادر بعد نقله لادعاء خرق حقه في الحضانة[4].

---

[1]- عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 26 .

[2] -Mohammed Zerouali et Abdelhak Janati Idrissi, Op Cit p 227.

[3] -L'Article 3 de la Convention de la Haye de 1980, alinéa 3 stipule que : «Le Droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon de l'Etat...».

[4] -Léna Gannagé: "les déplacements illicites d'enfants entre la France et les Etats arabes du pour tout méditerranéens", actes du colloque sur l'enfant en droit privé, Tunis les 12,13 et 14 décembre 2002, actualités juridiques tunisiennes, N° 16; 2003, P 192.

فمن أجل حماية السند القانوني المنشئ لحق الحضانة، ثم تجريم الاعتداء على هذا الحق وذلك من قبل جل التشريعات الجنائية الداخلية لمختلف الدول[1] .

فالمشرع المغربي اعتبره جنحة معاقب عليها، حيث نص في الفصل 477 منه على أنه "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، 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".

فالركن المادي لهذه الجريمة حسب هذا الفصل يتجلى في:

أولا: صدور حكم قضائي يتعلق بالحضانة، وأن يكون نهائيا أو نافذا بصفة مؤقتة، وهذا ما يدفعنا للقول بأن المشرع المغربي قد أبعد أي سند آخر بشأن الحضانة .

[1]- فالقانون الفرنسي اعتبر أن أخذ الولد ممن له حق حفظه والهرب به، فعدها جريمة يعاقب عليها القانون فجاء:" كان في السابق من الصعوبة إظهار جريمة عدم إحضار الولد، وكانت هذه الحالة تتكرر عندما يوجد طلاق أو انفصال جسماني، ويرفض أحد الأبوين إحضار الولد إلى الزوج الآخر الذي له حق حفظه بقرار من المحكمة ولهذا تدخل المشرع واعتبر عدم إحضار الولد جنحة يعاقب عليها القانون" - محمد عليوي ناصر: "الحضانة بين الشريعة والقانون"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى،2002، ص 144.

ثانيا: امتناع الأب أو الأم عن تقديم الطفل إلى من له الحق في المطالبة به

فحسب بعض الفقه[1] فالركن المادي في هذه الجريمة يستلزم وجوبا أن يكون هناك امتناع صريح ورفض ثابت من خلال رسم يعد خصوصا لهذا الغرض، ويستمع فيه للحاضنة التي ترفض تسليم المحضون لمن يطلبه من والديه خلال الفترة المحددة للزيارة، أو بالنسبة لمن تسلم المحضون قصد الزيارة وامتنع عن إرجاعه لحاضنته .

وعلى العموم، فمقتضيات الفصل 477 كفيلة بزجر كل اعتداء على المقررات والاتفاقات المتعلقة بالحضانة، بل حتى ولو صدرت عن القضاء الأجنبي في إطار الاتفاقيات الثنائية بين المغرب وبعض الدول المتعلقة بإرجاع الأطفال[2].

أما بالنسبة للقانون المقارن فنلاحظ أن المشرع المصري عاقب على هذه الجريمة وذلك وفقا لمقتضيات المادة 292[3] من قانون العقوبات، فمناط تطبيق هذا النص، أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أي من الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق في طلبه بناء على هذا القرار[4].

وما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع المصري قد عاقب على صورة أخرى للامتناع عن تسليم الطفل لمن له الحق في طلبه وذلك في المادة 284[5] من قانون العقوبات .

فحسب بعض الفقه[6] فالجريمة المنصوص عليها في المواد 292 و 284 عقوبات من الجرائم المستمرة وليست من الجرائم الوقتية، وذلك لأن شأن تنفيذها قابل بطبيعته للامتداد فترة من الزمن كلما أراد فاعلها ذلك، ولكون الالتزام بالتسليم لا ينقضي في لحظة محددة وإنما يظل قائما طيلة الوقت الذي يبقى فيه الطفل محبوسا عن صاحب الحق في تسلمه .

من خلال ما سبق، يتضح أن توفر سند صحيح بشأن حق الحضانة سواء كان قضائيا أو قانونيا أو اتفاقيا، يظل غير كافيا لاعتبار نقل طفل خارج محل إقامته الاعتيادية غير مشروعا، لذا فالأمر يقتضي توفر عنصر آخر يتمثل في الممارسة الفعلية لحق الحضانة على الطفل .

---

[1]- ذ خالد بنيس: "قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع"، أورده في الإحالة، جمال الخمار: "جريمة خطف القاصرين وعدم تقديمهم"، مجلة الملف، العدد11، أكتوبر 2007، ص 170.

[2]- ذ عبد العالي الدليمي: "الحماية القانونية للطفل" الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2007 ، ص 38 .

[3]- تنص على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا أي من الوالدين أو الجدين الذي لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه " .

[4]- ذ محمد عبد الحميد الألفي: "الجرائم العائلية الحماية الجنائية للروابط الأسرية "وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية، دون ذكر دار النشر ومكان النشر، طبعة 1999، ص 63.

[5]- تنص على أنه "يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه كل من كان متكفل بطفل وطلبه منه من له الحق في طلبه ولم يسلمه إليه"، هذه المادة يقابلها المادة 227-5 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، ذ شريف سيد كامل" :الحماية الجنائية للأطفال"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،2001 ، ص 156.

[6]- ذ محمد شتا: "الحضانة والرؤية"، في ضوء القانون رقم 4 لسنة 2005، دار المجد للنشر والتوزيع، دون ذكر مكان النشر، الطبعة الثانية 2008، ص 84 .

الفقرة الثانية: الممارسة الفعلية لحق الحضانة

من أجل ضمان حماية الطفل، واحترام توازنه النفسي، واستقراره الاجتماعي، اشترط واضعو الاتفاقيات الدولية، ضرورة ممارسة حق الحضانة بصورة فعلية قبل حدوث النقل .

فتوفر الأب على سند صحيح لحق الحضانة لا يعني بالضرورة وجود روابط فعلية بينه وبين الطفل تم خرقها بفعل عملية النقل غير المشروع[1]، بل لابد أن يكون هذا الحق يمارس بصورة فعلية قبل هذا النقل .

لذلك، نجد اتفاقية لاهاي ل 25 أكتوبر 1980 تنص في مادتها 3 في بندها (ب) على "أن يكون هذا الحق ممارسا بطريقة فعلية سواء كان انفراديا أو مشتركا أثناء النقل أو عدم الإرجاع، أو كان بالإمكان ممارسته لولا حدوث هذه الوقائع ".

فأهمية هذا الشرط الذي أوردته اتفاقية لاهاي، تبرز بالأساس في حالة وجود حكمين متضاربين بشأن حق الحضانة، فلا يمكن ترجيح أحدهما عن الآخر إلا عن طريق إعمال شرط الممارسة الفعلية لهذا الحق وفقا لقانون محل الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله[2] فالأب الذي يتوفر على سند بشأن هذا الحق ويمارسه فعلا، هو الذي يتمتع بالحماية المقررة في هذه الاتفاقية .

لكن هذا الأمر ليس بالهين، خاصة في حالة صدور حكم قضائي من قبل سلطات دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل، يقضي بمنح الحضانة لطرف وإسقاطها عن الطرف الآخر، فالحاضن الجديد رغم توفره على سند قانوني بشأن الحضانة، إلا أنه لا يمكن الجزم بوجود علاقة واقعية وفعلية بينه وبين الطفل، لكون النقل غير المشروع لهذا الأخير حال دون قيامها .

ولعل هذا المقتضى هو الذي أملى على واضعي اتفاقية لاهاي إيراد عبارة " ... أو كان بالإمكان ممارستها لولا حدوث هذه التصرفات"[3]. فلا شك أن هذه الفرضية ستعفي صاحب حق الحضانة الجديد من عبء إثبات ممارسته الفعلية لهذا الحق .

فتقدير الممارسة الفعلية لحق الحضانة من عدمه، يتم وفقا لقانون دولة محل الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله. وهذا ما أكده بعض الفقه[4]، حيث اعتبر "أن المحكمة التي لها الكلمة الأخيرة، هي محكمة محل الإقامة الاعتيادية للطفل قبل نقله ".

---

[1]- عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 30.

[2]- صلاح الدين الطاوس، مرجع سابق، ص 71 .

[3]- البند (ب) من المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي .

[4] -Mario, Tenereiro: «L'enlèvement d'enfant à travers les frontières» Op. Cit, P 26.

وهذا ما قضت به محكمة استئناف الدائرة السادسة للولايات المتحدة الأمريكية في قرارها الصادر بتاريخ 22 يناير1993، حيث ألغت بمقتضاه قرارا صادرا عن المحكمة الفدرالية للجهة الجنوبية لولاية OHIO الذي سبق أن أعلن مشروعية نقل طفل من ألمانيا إلى الولايات المتحدة الأمريكية على أساس أن الطفل له محل إقامة اعتيادية بهذه الولاية وأن الأب لم يمارس بشكل فعلي حق الحضانة، وعللت محكمة الاستئناف قرارها بأن محل الإقامة الاعتيادية للطفل كان في ألمانيا وليس في الولايات المتحدة الأمريكية، لهذا كان يجب على المحكمة الابتدائية أن تقدر الممارسة الفعلية لحق الحضانة وفقا للقانون الألماني[1].

ومن خلال ما سبق، فإن كانت الممارسة الفعلية لحق الحضانة تشكل أساسا واقعيا لوضعية قانونية أجدر بالحماية، فإن عدم ثبوت الممارسة الفعلية للحضانة، يعتبر أحد الأسباب المخولة للدولة المقدم إليها طلب الإرجاع من أجل رفض طلب إعادة الطفل[2] .

فالملاحظ من خلال المادة 13 من الاتفاقية، أن عبء الإثبات يقع على عاتق الخاطف الذي قد يخفق في إثبات ذلك خاصة في حالة الحضانة المشتركة للأبوين، والتي تضمن للطفل الخضوع لسلطة أبويه رغم انفصالهما .

وهذا ما تم تأكيده فعلا، من خلال حكم[3] صادر عن محكمة الدرجة الأولى ل Thnon بفرنسا، حيث اعتبرت "أن الأب لا يتوفر بمفرده على الحضانة بل هي ممنوحة أيضا للأم، لهذا فقيامها بتغيير محل إقامة الطفل إلى فرنسا هو من قبيل الصلاحيات التي يكفلها القانون لصاحب حق الحضانة" .

وعموما، فإذا كانت اتفاقية لاهاي، وغيرها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي للظاهرة عمدت إلى تحديد الأساس القانوني والواقعي الذي من خلاله يمكن اعتبار نقل طفل من دولة إلى أخرى غير مشروع، فإنها قد كشفت عن ما يسمى بأزمة الطفل في القانون الدولي الخاص، والتي ستؤدي لا محالة إلى فقدان علاقته مع أحد أبويه، وعرقلة ممارسة حق الزيارة بالنسبة لأحدهما .

---

[1]- هذا القرار منشور في"تقرير الجلسة الثانية للجنة الخاصة بمراقبة تطبيق اتفاقية لاهاي الؤرخة ب 25 أكتوبر1980 (18 إلى 21 يناير 1993) أورده عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 30 و 31 .

[2]- هذا ما أكدته المادة 13 من "اتفاقية لاهاي" حيث نصت على ما يلي :

"على الرغم من الأحكام الواردة في المادة السابقة، إلا أنه لا يتحتم على السلطة القضائية أو الإدارية في الدولة المقدم إليها الطلب إصدار أمر بإعادة الطفل إذا تمكن الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي تعارض إعادته في إثبات أن :الشخص أو المؤسسة أو الهيئة الأخرى التي ترعى شخص الطفل لم تكن في الواقع تمارس حقوق الحضانة في وقت النقل أو الاحتجاز ... ".

[3]- قرار محكمة الدرجة الكبرى "بتنون"، 19 يونيو 1987، أورده عادل أزرقان، مرجع سابق ص 36.

المطلب الثاني: التداعيات السلبية للأساس القانوني والواقعي على أطراف الروابط العائلية الدولية

إن ازدواجية الأساس القانوني والواقعي للمفهوم الذي تبنته مختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي لظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال، قد أبانت عن قصور عناصره خاصة في حماية مصلحة الطفل المحضون (الفقرة الأولى)، وكذا سمو الحماية المقررة لصاحب حق الحضانة على حساب صاحب حق الزيارة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قصور الحماية المقررة لصالح الطفل

إن الأولى بالرعاية فيما يخص أحكام الحضانة هو حق المحضون، ذلك أن هذا المبدأ أصبح عالميا حيث نصت عليه مختلف الاتفاقيات الدولية سواء تلك المتعلقة بحماية الطفل بصفة خاصة أو غيرها، ولذلك فالحضانة سواء عند إقرارها أو في حالة إسقاطها تتعلق أساسا بمصلحة المحضون[1] .

وهكذا، إذا كان واضعو الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي لظاهرة الاختطاف الدولي للأطفال حاولوا تأسيس المفهوم الحالي للظاهرة انطلاقا من مبدأ المصلحة العليا للطفل من جهة، وانطلاقا من طبيعة العناصر القانونية والواقعية من جهة ثانية .

فإن هذه العناصر وخاصة منها السند المنشئ لحق الحضانة والممارسات الفعلية لهذا الحق، تظل غير كافية لإحاطة الطفل بالحماية اللازمة لمصالحه في إطار الروابط الدولية الخاصة، حيث عملت على تكريس تبعيته للمصالح الشخصية للحاضن، وجعلت السند المنشئ لحق الحضانة هو المتحكم في تحديد مصلحة من المحضون، ليصبح هذا الأخير مجرد رهان عنيف بين الأبوين من أجل الاستئثار بالطفل الشيء الذي يعرض نموه الفكري والجسدي للخطر .

ففي هذا الصدد اعتبر الطبيب النفسي الفرنسي"هيرفي شابليه " بأن اختطاف الطفل يعد فعلا احتجاز رهينة، مما يدخل الطفل في حالة من الهشاشة النفسية وقت حدوث المشكلة وكذلك مستقبلا "[2] .

ويبدو أن قصور عناصر هذا المفهوم عن حماية استقرار الطفل هو الذي دفع واضعي الاتفاقية "الفرنسية الجيبوتية" المبرمة بتاريخ 27 سبتمبر 1986 و"المتعلقة بالتعاون القضائي في المادة المدنية والتجارية والإدارية" إلى إضافة عنصر ثالث لمفهوم ظاهرة النقل غير المشروع للأطفال ورد في المادة 49 منها حيث جاء فيها "إن ممارسة حق الحضانة يجب أن تكون بحسن نية"[3] ولعل هذا المقتضى كفيل بردع أي من الأبوين الذي يعمد إلى اختطاف الطفل،

---

[1]- سهام تيزاوي: "السفر بالمحضون"، مرجع سابق، ص 17 .

[2]- عاليه سي أحمد "أوروبا تكافح اختطاف الأبناء" منشور على الموقع الإلكتروني:

www.islamonline.net consulté le 19-01-2010.

[3]- عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 49 .

ويخلق ضوابط مصطنعة للاختصاص القضائي الدولي، بأن يلجأ إلى محكمة الدولة التي تخدم مصالحه وتمنحه حق حضانة الطفل .

كما أن تقييد ممارسة الحضانة جغرافيا من شأنه أن يقلص من حرية الطفل في التنقل عبر الحدود .

ولهذا اعتبرت محكمة "Périgueux" الفرنسية في حكم[1] لها "أن التقييد الجغرافي لممارسة حق الحضانة مجرد شرط تبعي لها، وأنه يشكل خرقا لمقتضيات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذا معاهدة روما بشأن رفع الحدود عن البضائع والأشخاص في الاتحاد الأوروبي" .

ومما يزيد من تقييد ممارسة حق الحضانة جغرافيا هو اعتماد إمكانية "وصاية المحكمة" "Word of the court" " من قبل المؤسسة القانونية البريطانية، فانطلاقا من هذه الوصاية يتم منح الحضانة لأحد الأبوين مع إبقائه تحت إشراف أو تبعية المحكمة، فما يمكن قوله في هذا الإطار أن حماية مصلحة الطفل هي مطلوبة من قبل الأبوين وليس من قبل المحكمة التي لا يمكن اعتبارها صاحبة حق الحضانة .

كما أن عدم تحديد مضمون وعناصر مبدأ المصلحة العليا للطفل الذي اعتمدته الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي للظاهرة، كانت له آثار سلبية سواء بالنسبة لحقوق الطفل، وكذا صاحب حق الزيارة عندما يستعمل كذريعة لمواجهة مصالحه .

الفقرة الثانية: عرقلة ممارسة حق الزيارة عبر الحدود

من المقرر أن من المسائل التي تخضع للقانون واجب التطبيق لتنظيم الحضانة حق والد المحضون أو الولي على النفس في رؤية المحضون وزيارته، إذ يتفرع عن الالتزام بالحضانة أن تمكن الحاضن للأب أو من ينوب عنه رؤية المحضون باعتباره حقا طبيعيا له وباعتباره أمرا ضروريا لمتابعة المحضون[2].

ولهذا فخطف الطفل يمنع من له الحق في الزيارة من أبسط حقوقه الطبيعية التي تتجلى في صلة الرحم[3] .

ومن هذا المنطلق، فإن النص في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتصدي للظاهرة، وكذا القوانين الداخلية الصادرة لتطبيقها على فرضية الاحتفاظ غير المشروع بالأطفال أو عدم إرجاع الطفل إلى محل إقامته بعد انتهاء ممارسة حق الزيارة

---

[1]-Tribunal de Grande Instance de Périgueux du 19 mars 1999, revue critique de droit international privé, N° 4, 1999, P 650.

[2]- ذ صلاح الدين جمال الدين: "مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب"، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة2004 ، ص 115 .

[3]- نظرا لأهمية صلة الرحم، خصصت مدونة الأسرة لموضوع صلة الرحم مع الأولاد سبعة مواد من المادة 180 إلى المادة 186 بينما كان فصل واحد فقط في مدونة الأحوال الشخصية، هو الفصل 111 حيث جاء فيه :

"إذا كان الولد محضونا لأحد الوالدين، فلا يمنع الآخر من زيارته".

في دولة أجنبية كأحد أبرز صور هذه الظاهرة[1]، أدى إلى استعماله كمسوغ من قبل صاحب حق الحضانة لحرمان صاحب حق الزيارة من حقوقه .

ولعل هذا ما نستشفه من خلال قرار[2] صادر عن محكمة النقض الفرنسية قضى "برفض السماح للأب المغربي باصطحاب ابنه المقيم في فرنسا إلى المغرب من أجل ممارسة حق الزيارة، على أساس وجود تخوف من عدم إرجاعه إلى أمه صاحبة حق الحضانة والمقيمة في فرنسا" .

فالملاحظ هنا أن القضاء قد يتردد في منح حق الزيارة، الشيء الذي دفعه إلى تبني إجراءات تحد من ممارسة هذا الحق، تفاديا لتوالي الاختطافات الدولية للأطفال، ومن ذلك ضرورة التذييل المسبق للحكم القضائي المتعلق بحق الزيارة بالصيغة التنفيذية في الدولة التي سيتم فيها ممارسة هذا الحق، أو تقييد ذلك داخل الحدود الإقليمية لموطن الحاضن، وكذا إمكانية إجبار الأجنبي صاحب حق الزيارة على تسليم جواز سفره للطرف الآخر أثناء ممارسة الحق المقرر له أو إيداع كفالة بنكية[3].

وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى قرار صادر عن محكمة تولوز بتاريخ 20 يونيو 1985[4]، حيث رفضت هذه الأخيرة طلب الأم ممارسة حق الزيارة في إسبانيا إلا بعد إلحاقها الحكم الفرنسي المتعلق بالحضانة بالصيغة التنفيذية لدى المحاكم الإسبانية، وقد برزت المحكمة قضاءها استنادا إلى غياب اتفاقية للتعاون القضائي بين فرنسا وإسبانيا .

فهذه القيود الممارسة على صاحب حق الزيارة، يمكن إرجاؤها إلى كون اتفاقية لاهاي لسنة 1980، لم تتعرض بشكل جذري إلى معالجة الإشكالات التي تعترض حق الزيارة في الروابط الدولية الخاصة، مقتصرة بذلك على حماية صاحب حق الحضانة .

والرأي فيما نعتقد، أن التصدي الحقيقي والفعال لهذه الظاهرة، ينطلق من موازنة الحقوق والالتزامات الممنوحة لكل من الحاضن وصاحب حق الزيارة .

فهذه الاعتبارات كان لها صدى جيد بالنسبة لصياغة اتفاقية لاهاي لسنة 1996 حيث نصت في مادتها 21 على أنه: "يمكن تقديم طلب اتخاذ الترتيبات اللازمة لتنظيم أو ضمان الممارسة الفعلية لحقوق الزيارة والاتصال لدى السلطات المركزية للدول المتعاقدة وبنفس طريقة تقديم طلب إعادة الطفل ...".

---

[1]- عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 51 .

[2] -Arrêt de la Cour de Cassation, ler chambre civile, du 3 Février 1982, revue critique de droit international privé, N° 2, 1982, P 558.

[3]- صلاح الدين الطاوس، مرجع سابق، ص79 .

[4]- قرار أورده عادل أزرقان، مرجع سابق، ص 53 .

لائحة المراجع:

❖ **الكتب:**

- جليلة دريسي: "إشكالية الحضانة في الزواج المختلط"، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2010.
- محمد عليوي ناصر: "الحضانة بين الشريعة والقانون"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى،2002.
- عبد العالي الدليمي: "الحماية القانونية للطفل" الجزء الثاني، الطبعة الأولى2007 .
- محمد عبد الحميد الألفى: "الجرائم العائلية الحماية الجنائية للروابط الأسرية "وفقا لأحدث أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية، دون ذكر دار النشر ومكان النشر، طبعة 1999.
- محمد شتا: "الحضانة والرؤية"، في ضوء القانون رقم 4 لسنة 2005، دار المجد للنشر والتوزيع، دون ذكر مكان النشر، الطبعة الثانية 2008.
- صلاح الدين جمال الدين: "مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب"، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الإسكندرية طبعة2004 .

❖ **الأطروحات:**

- نعيمة البالي : "ملاءمة التشريع المغربي لاتفاقية حقوق الطفل" أطروحة لنيل دكتوراه في الحقوق شعبة القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2002/2003.

❖ **الرسائل:**

- عادل أزرقان: النقل غير المشروع للأطفال دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص الاتفاقي- الاتفاقية المغربية الإسبانية نموذجا – " بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط، السنة الجامعية 2005/2004.
- صلاح الدين الطاوس: "زيارة المحضون - دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2007/2008.

- غميظ فتيحة: "تطبيق أحكام مدونة الأسرة المغربية أمام القضاء الفرنسي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2007/2008.
- كوثر كيزي: "الحماية الدولية للطفل"، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2002/2003.
- علي الكاسمي : "المغرب" والالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان (حقوق الطفل نموذجا) " رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانوني الدولي والعلاقات الدولية شعبة القانون العام وحدة التكوين المغرب في النظم الإقليمية والدولية - كلية الحقوق جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس، السنة الجامعية 2004/2005.
- سهام تيزاوي: "السفر بالمحضون" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008/2009.
- العربي محمدي: "القاضي الأوروبي ومؤسسات مدونة الأسرة المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية،2006-2007.
- غزلان الجاي: "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، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.

❖ **المقالات:**

- ناصر متيوي : "ملاءمة النصوص الوطنية مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل" مجلة القانون والاقتصاد، العدد 20 السنة 2003.

❖ **المجالات:**

- خالد بنيس: "قوانين الأسرة بين الواقع والتشريع"، أورده في الإحالة، جمال الخمار: "جريمة خطف القاصرين وعدم تقديمهم"، مجلة الملف، العدد11، أكتوبر 2007.

❖ **المو اقع الالكترونية:**

- http://www.hcch.net/index fr.php
- http://assembly.coe.int/documents/workingdocs.doc.
- -www.hcch.net/ ftpDoc/2002-pd7p.doc
- http://pastel.diplomatic.gouv.fr
- http://www.hcch.net/f/convention/index.html
- http://www.hcch.net
- www.hcch.net/f/conventions/index-html.
- www.legifrance.gouv.fr consulté le 09-05-2010
- http: www.hcch.netuploadde.pdf.
- http://assembly.coe.int.
- http://assembly.coe.int.consulté le 10-05 -2010.
- www.islamonline.net consulté le 19-01-2010.

❖ **المراجع باللغة الفرنسية:**

- M.Michael hancok : « rapport de comissio, des questions sociales de la santé et de la famille » sur l'enlévement international d'un enfant par l'un des parents
- -Caroline Gosselain: «enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et Etats de traditions islamique,
- Fabrice Toulieux «conflit familial déplacements d'enfants et coopération judicaire en Europe, «les enlèvements d'enfants à travers les frontières acte du colloque organisé par le centre de droit de la famille (Lyon 20 et 21 novembre 2003), Brulant Bruxelles, 2004.

- Estelle Gallant: "la convention de Luxembourg du 20 mai 1980 (Bilan) "«les enlèvements d'enfants a travers les frontières » op cit.
- Bertand Ancel et yves Lequette:" les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé", Revue critique de droit international privé, tome 77 n°1 janvier -mars 1988.
- Mohamed Zerouali et Abdelhak janati idrissi: "enlèvement parentaux internationaux d'enfant" revue marocaine d'études internationales, le mariage mixte dans les relations euro-maghrébine, actes du colloque international des 13, 14 et 15 mars 2002 a oujda, numéro spécial, octobre 2003 .
- Nicolas Bouche: "L'Allemagne et les enlèvements internationaux d'enfants" les enlèvements d'enfants à travers les frontières, op cit.
- Abdelhak Ben Hamou: "l'applicabilité de la convention relative aux droit de l'enfant" revue Algérienne des sciences juridique économiques et politique N°1-'année 2000.Léna Gannagé: "les déplacements illicites d'enfants entre la France et les Etats arabes du pour tout méditerranéens", actes du colloque sur l'enfant en droit privé, Tunis les 12,13 et 14 décembre 2002, actualités juridiques tunisiennes, N° 16; 2003.
- -Tribunal de Grande Instance de Périgueux du 19 mars 1999, revue critique de droit international privé, N° 4, 1999,

الحماية القانونية للأجير الملتزم بعقد العمل عن بعد

أحمد شرقي
دكتور في القانون الخاص
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة محمد الأول وجدة

ملخص:

يعد عقد العمل عن بعد، نتاجا لظهور وبروز العمل بوسائل التواصل الحديثة التي أنتجتها التكنولوجيا وتطور العلوم، هذه الأخيرة التي فرضت نفسها لتغير من نمط العمل الكلاسيكي الذي نعرفه منذ زمن، حيث صار الأجير يعمل وهو في مكان بعيد عن المقر الأساسي للمقاولة أو المؤسسة المشغلة.

وفي المغرب نشهد تزايدا ملحوظا لهذا النمط من العمل في الوقت الحاضر، ولعل البداية الحقيقية له كانت في ظل زمن جائحة كورونا (كوفيد 19). وبالنظر لما يخوله هذا العمل من ميزات وما يتميز به من خصائص، فإنه يخضع للعديد من القواعد القانونية التي تأطره، والتي تبين وتوضح بالخصوص تلك الحماية المخولة للأجير، الطريف الضعيف كما هو معلوم داخل العلاقة الشغلية.

الكلمات المفتاحية: الأجير، العمل عن بعد، عقد الشغل عن بعد، الرقمنة والتشغيل.

Absract :

The remote work contract has emerged as a result of the development and increasing use of modern communication technologies, driven by advances in technology and science. These developments have transformed the traditional working model that had long been familiar, allowing employees to work from a location away from the main premises of the company or employing institution.

In Morocco, this form of work has witnessed a significant increase in recent years, with its actual expansion largely taking place during the COVID-19 pandemic. Given the advantages and distinctive

features of remote work, it is governed by a range of legal rules designed to regulate it, particularly those aimed at ensuring the protection of employees, who are generally regarded as the weaker party in the employment relationship.

Keywords: Employee, remote work, remote work contract, digitalization and employment.

مقدمة:

ساهمت التطورات التكنولوجيا والعلمية في بروز نوع جديد من أنواع عقد الشغل أو إجارة الخدمة[1]، حيث باتت العقود التي تبرم بين طرفي العلاقة الشغلية (الأجير والمشغل) لا تقتصر على عقد العمل التقليدي الذي ينتقل فيه الأجير لدى المشغل شخصيا لأداء عمله في المكان والزمن المتفق عليه أو المحدد سلفا من قبل المشغل والذي يكون غالبا مقر مقاولة أو مؤسسة معينة.

فقد أصبحنا أمام إمكانية لإبرام عقد بين هذين الطرفين، يتولى فيها الأجير أداء العمل المتفق عليه عبر واسطة معينة قد تكون حاسوبا أو هاتفا أو أي وسيلة أخرى متفق عليها أو محددة من قبل المشغل، حيث لا يكون الأجير والحالة هذه ملزما بتأدية العمل في مكان محدد بذاته وإنما يؤديه في أي مكان يتواجد به، حيث يفصل بينه وبين المقر الأساسي للمشغل حواجز مكانية وزمنية معينة.

ويتسم هذا العقد المعروف بعقد الشغل عن بعد بعدة خصوصيات، تميزه عن غيره من العقود الأخرى، حيث يكون الأجير ملزما بالتقيد بالعديد من الالتزامات في مقابل استفادته من العديد من الحقوق، هذه الالتزامات والحقوق نجد من بينها ما يتضمنه عقد الشغل ذاته، ومنها ما هو مقرر بموجب القانون أو الاتفاقيات الأخرى كالاتفاقيات الجماعية. ونحن في هذه المقالة العلمية سنخصص الدراسة لبحث موضوع الحماية القانونية المقررة بموجب القانون للأجير الذي يبرم عقدا مع مشغله على طبيعة عقد العمل عن بعد[2].

---

(1) - مصطلح إجارة الخدمة استعمله مشرع ظهير الالتزامات والعقود لسنة 1913 (المواد 723 وما يلها)، بينما مدونة الشغل لسنة 2004 اعتمدت مصطلح عقد الشغل (المادة 15 مثلا). ولكن للمصطلحين معا نفس المعنى.

وعقد الشغل أو إجارة الخدمة حسب منطوق الفصل 723 من ظ ل ع هو: "عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للأخر خدماته الشخصية لأجل محدد، أو من أجل عمل معين، في نظير أجر يلتزم هذا الآخر بدفعه له".

(2) - نجد تعريفات لعقد العمل عن بعد، حيث عرفه التشريع الفرنسي في **مدونة الشغل الفرنسية** في مادتها 9-1222 التي جاء فيها: "هو كل شكل من أشكال تنظيم العمل من خلاله يتم تنفيذ كل عمل ممكن التنفيذ في المؤسسة خارج أسوار هذه الأخيرة من طرف الأجير بشكل إرادي مستعملا تكنولوجيات الاعلام والاتصال".

وجاء في تعريف له من قبل **منظمة العمل الدولية**: "هو نظام عمل قائم في مكان بعيد عن المقر الرئيسي أو مواقع الإنتاج، إذ يكون الأجير في معزل عن الاتصال الشخصي مع باقي الأجراء الأخرين، وتقوم التكنولوجيا الحديثة بتسهيل عملية الاتصال".

وبما أن الحماية القانونية للأجير في عقد الشغل عن بعد ذو الطبيعة الخاصة تتجاوز ما هو مقرر من القواعد القانونية المضمنة في ظل مدونة الشغل[1] وحتى تلك المقررة في الشريعة العامة -ظهير الالتزامات والعقود- نظرا لطبيعة هذه القواعد التقليدية، فإن الأمر يستلزم تجاوز ذلك باستظهار الحماية المقررة في ظل باقي النصوص المتعلقة أساسا بالمعاملات الالكترونية[2] التي تنظم العديد من المقتضيات المرتبطة بعقد العمل عن بعد.

ويمكننا أن نبحث هذا الموضوع من خلال دراسته في مطلبين أساسيتين، نتناول في الأول التزامات المشغل تجاه الأجير في عقد العمل عن بعد، بينما نناقش في الثاني الحماية المقررة لحقوق لأجير في عقد العمل عن بعد.

المطلب الأول: التزامات المشغل بحماية خصوصية الأجير في عقد العمل عن بعد

بما أن المشغل هو صاحب المؤسسة أو المشروع أو المقاولة، التي يعمل بها الأجير فقد خولت له العديد من الامتيازات بموجب القانون على غرار سلطة التأديب والمراقبة[3]، في مقابل ذلك يحمل على العديد من الالتزامات، خاصة عندما نتحدث عن عقد العمل عن بعد الذي يربطه بهذا الأجير.

ففي هذا الشأن يحتكم المشغل لمجموعة من الالتزامات التي تقيده، حيث تعتبر بمثابة حماية قانونية للأجير الطرف الضعيف داخل العلاقة الشغلية عن بعد.

وسنحاول أن نتحدث في هذا الخصوص عن التزام المشغل بحماية الخصوصية الرقمية للأجير (**الفقرة الأولى**)، حماية خصوصية الأجير أثناء إبرام عقد الشغل عن بعد (**الفقرة الثانية**)، حماية خصوصية الأجير أثناء تنفيذ عقد الشغل عن بعد (**الفقرة الثالثة**)، حماية خصوصية الأجير عند انتهاء عقد الشغل عن بعد (**الفقرة الرابعة**).

أما في المغرب فلا نجد في مدونة الشغل ولو إشارة لحد الآن لهذا النوع من عقد الشغل، رغم انتشاره وحاجته للتنظيم.

اللهم ما يشير إليه **الدليل الصادر عن وزارة الاقتصاد والمالية وإصلاح الإدارة المغربية، بتاريخ 15 أبريل 2020** الذي عرف العمل الإداري عن بعد بأنه: "نظام العمل عن بعد يتأسس على منح الموظف أو المستخدم إمكانية تأدية واجباته الوظيفية سواء بشكل جزئي أو كامل. من مواقع مختلفة وبعيدة عن مقرات عملهم المعتادة، وهو بذلك يعتبر أحد خيارات العمل البديلة التي تضمن استمرارية المرفق العام من خلال تأدية الأعمال والمهام المرتبطة بتقديم الخدمات العمومية، ويمكن اعتماده من طرف الإدارة في الحالات التي تتطلب تأدية الأعمال وإنجاز المهام من خارج مقر العمل عوضا عن التواجد كليا أو جزئيا في مقرات العمل دون أن يعتبر ذلك نوعا من أنواع الإجازات".

(1) - ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 من رجب 1424 (11 سبتمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل. الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 13 شوال 1424 (8 ديسمبر 2003)، ص 3969.

(2) - حيث يجب مراعاة المقتضيات التي تحملها هذه القوانين ذات الصلة من بينها القانون رقم 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، والقانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، القانون رقم 05.20 المتعلق بالأمن السيبراني.

(3) - هذه السلطة التي هي في أصلها ملك للسلطة العامة (الدولة)، إلا أن طبيعة عقد الشغل وما يستلزمه من أمور جعلت الدولة تتنازل لتمنحها له في علاقته بالأجير، لكن هذه السلطة يجب أن لا تفهم بطريقة مفتوحة وإنما يجب فهمها في شكل جد مغلق (ما يتعلق بعقد الشغل) حيث أنها تهم نقط محددة أطرها المشرع بموجب مواد وقاعد قانونية صارمة، كما أن المشغل أخضعها لرقابة قضائية صارمة، حتى يتبين مدى احترامه لتلك القواعد المرسومة والموضوعة.

الفقرة الأولى: التزام المشغل بحماية الخصوصية الرقمية للأجير

ترتبط الخصوصية الرقمية بالعالم الرقمي والويب، حيث تجاوزنا الحديث في ظل هذا العالم عن الخصوصية التقليدية المتمثلة في كل ما يرتبط بحياة الشخص الخاصة المادية منها أو المعنوية، إلى الحديث عن خصوصية رقمية تستلزم حماية كل ما يرتبط بحياة الفرد الخاصة داخل العالم الرقمي.

عندما نتحدث عن الخصوصية فإننا نتحدث عن حق الفرد (الأجير) في أن يكون حرا مع أدنى حد للتدخل الخارجي[1]، كما أنه هو حق الشخص بأن يعيش في سلام وسكينة[2].

ويعد الحق في حماية الحياة الخاصة من أهم حقوق الانسان، لجمعه بين الجوانب المادية والمعنوية لشخصية الانسان، ولعلاقته الوثيقة وتداخله الشديد بالحقوق والحريات الأخرى. لأجل ذلك، فقد تم تضمينه ضمن مجموعة من المواثيق الدولية، ناهيك عن الارتقاء به إلى مصاف الحقوق الدستورية. كما هو الحال مع دستور المملكة المغربية لسنة 2011 الذي نص في البند الأول من الفصل 24 على ما يلي: "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة"[3].

فبموجب الحق في حماية الحياة الخاصة يشعر الفرد بأنه غير مراقب مادام هناك حاجز مادي يطوق به نفسه، ليعيش خصوصيته في معزل عن كل تطفل غير مرغوب فيه، ويفصل بالتالي بين الحياة العامة والخاصة بكل سهولة[4]، غير أنه مع بروز الثورة العلمية وظهور تلك الطفرة الحاصلة في العصر الرقمي، أصبح الفاصل بين ما هو عام وخاص عديم الجدوى، وبات من السهل كشف خصوصية وأسرار الأفراد وكذا تعريضها إلى الإعلان والنشر، أو التهديد والمساومة، أو إلى الابتزاز والضغط، كما تحولت تلك الأسرار في ظل الانتشار السريع لوسائل الاتصال المتطورة إلى بضاعة أو سلعة متداولة لدى العامة، بحيث يستطيع الغير الحصول عليها دون الحاجة إلى إذن مسبق، مما أثر على الحقوق والحريات الفردية للإنسان.

ليفرز بذلك العصر الرقمي مفهوما جديدا للحياة الخاصة ينطلق بالأساس من الوسائل والبرامج التقنية التي أصبح يستخدمها الأفراد لمصلحتهم، إلا أنها بالموازاة مع ذلك فقد أصبحت تستغل ضدهم عبر نوعية جديدة من الاعتداءات

---

(1) - هذا تعريف لمؤتمر رجال القانون المنعقد بستوكهولم سنة 1967.

(2) - أورده محمود عبد الرحمن: **نطاق الحق في الحياة الخاصة**، دار النهضة القاهرة 1994، ص 123.

(3) - نص دستور المملكة المغربية لسنة 2011، الصادر بتنفيذه الظهير شريف رقم 1.11.91 في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج رعدد: 5964 مكرر بتاريخ 28 شعبان 1432(30 يوليو 2011)، ص 3600.

(4) - هارولد ج لاسكي: **الحرية في الدولة الحديثة**، ترجمة أحمد رضوان عز الدين، الطبعة الأولى، منشورات دار الطليعة، بيروت، 1966، ص 87 و88.

تكون إما واقعة على مكونات حياتهم الخاصة وفق المفهوم التقليدي[1]، والمتشكلة من الخصوصية المادية والمعنوية لكن بواسطة وسائل تكنولوجية (هواتف ذكية، لوائح رقمية، الحاسوب، البرامج التقنية...) أو تقع على مكونات حياتهم الخاصة الموجودة بشكل كامل في الفضاء الرقمي -وهي ما يعرف وفق مدلول القانون 09.08[2] بالمعطيات الشخصية[3] -(مواقع التواصل الاجتماعي، المواقع الالكترونية الأخرى، التطبيقات الالكترونية،...) والمعروفة بخصوصية المعلومات أو الخصوصية المعلوماتية[4].

ليعرَف بذلك الحق في الحياة الخاصة في نطاق العصر الرقمي بأنه: "حق الأفراد أو المجموعات أو المؤسسات أن يحددوا لأنفسهم، متى وكيف أو إلى أي مدى يمكن للمعلومات الخاصة بهم أن تصل للآخرين"، أو بأنه "حق الفرد أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه، وعملية معاملتها آليا وحفظها، وتوزيعها واستخدامها في صنع القرار الخاص به أو المؤثر فيه"[5].

---

(1) - اتفق رجال القانون على أن وضع تعريف شمولي للحق في الحياة الخاصة يبقى أمرا غير يسير، ذلك لأن فكرته تتسم بالمرونة والتطور، كما تختلف من مجتمع لآخر، لتترك مسألة تحديد المفهوم للفقه الذي انقسم إلى ثلاثة اتجاهات يأخذ الأول فيها بالمعيار الإيجابي الذي يقول بأن الحق في الخصوصية يعني العزلة، وهو التوجه الذي أكده الفقه الأمريكي عن طريق "آلان ويستن"، وكذلك الفقه الفرنسي من خلال نيرسون رودجر" لكل انسان نطاقا من الحياة يجب أن يكون شخصيا له ومقصورا عليه بحيث لا يجوز للغير أن يدخل عليه بدون إذن، والعزلة قد تكون بأن يبتعد الفرد عن المجتمع ويعيش وحده فترة من الوقت أو قد تكون بأن يختلي الإنسان ببعض الناس الذين يألفهم. إلا أن هذا الاتجاه عرف مجموعة من الانتقادات أبرزها عدم تحديده للعناصر التي يقع عليها هذا الالتزام وعجزه عن تقديم معيار قانوني حاسم يحدد المقصود بالحياة الخاصة، وما هي الأحوال التي يجب فيها ترك الشخص والأحوال التي تلزم التدخل حتى تصلح التفرقة.

أما الثاني فيأخذ بالمعيار السلبي الذي يحدد الحق في الخصوصية انطلاقا من المكان، حيث فسرها بأنها عكس الحياة العامة، وكذا "الحياة العملية التي تجري وقائعها دون خفاء أمام الناس"، كما عمد أنصار هذا الاتجاه إلى تحليل عناصر الحياة العامة عبر مظاهرها من أجل الفصل بين ما هو عام وما هو خاص، وخلصوا في نهاية الأمر إلى أن الحياة العامة تتمحور في ثلاثة عناصر وهي النشاط المهني، وقضاء أوقات الفراغ والترفيه في الأماكن العامة، ثم أنشطة السلطات العامة لتكون العبرة بالمكان في حد ذاته وليس الأشخاص، فمتى كان عاما اعتبر كل ما يدور فيه عاما وكل ما يقع فيه من أحداث يعتبر علنيا. إلا أن هذا الاتجاه بدوره تعرض للنقد نظرا لعجزه عن تحديد تعريف دقيق لحق الفرد في الخصوصية على اعتبار أن الحياة المهنية يتخللها جانب خاص يرتبط بالسر المهني، وأوقات الترفيه تعد حياة خاصة لفئة المشهورين داخل المجتمع وبالتالي فهم لا يرغبون في نشرها عبر الصحف، كما أن مجموعة من أنشطة السلطات العامة يحث القانون على سريتها ويتابع من ينتهكها كما هو الحال مع التصويت في الانتخابات.

ثم الثالث الذي يعرف الحق في الخصوصية عبر تعداد مظاهرها وهو الاتجاه الذي اتصف بالعملية أكثر من غيره كما تم اعتماده من طرف مؤتمر رجال القانون المنعقد في استكهولم سنة 1967"، وكذا الجمعية الاستشارية للمجلس الأوروبي في المادتين الثانية والثالثة من التوصية رقم 428 الصادرة بتاريخ 23 يناير 1970، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع المغربي حيث لم يتضمن أي نص يحدد تعريف الحق في الحياة الخاصة، وإنما استند على إقرار الحماية لبعض مظاهره سواء المرتبطة بالجانب المادي، أو المرتبطة بالجانب المعنوي، وحتى حينما أصدر القانون 88.13 المتعلق بالصحافة والنشر، فهو لم يعرف مفهوم الحياة الخاصة وإنما بين الحالات التي تعد بمثابة تدخل فيها متى تحققت.

للاطلاع أكثر حول هذا الاختلاف راجع: علي أحمد عبد الزعبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص: 119 وما بعدها.

(2) - الظهير الشريف رقم 1.09.15 الصادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، بتنفيذ القنون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير (2009)، ص:552.

(3) - تعرف المعطيات الشخصية ضمن البند الأول من المادة الأولى من القانون 09.08 على أنها: "كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده بالشخص المعني".

(4) - عبد المجيد غميجة: **الحماية القضائية للمعطيات الشخصية**، المعهد العالي للقضاء، بدون ذكر سنة النشر، ص 5.

(5) - محمد عبد المحسن المقاطع: **حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي**، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1992، ص 45.

الفقرة الثانية: حماية خصوصية الأجير أثناء إبرام عقد الشغل عن بعد

لا بد من الإشارة في أول وهلة هنا أن عقد الشغل عن بعد، يتم بتراضي الطرفين ولا يحتاج إلى أي شكل محدد قانونا، موازاة مع ضرورة توفر شرط الأهلية ومحل وسبب كما هو منصوص عليها في ظل ظهير الالتزامات والعقود[1].

اللهم ما يشير إليه ظهير الالتزامات والعقود والذي مفاده أن عقد الشغل إذا كان ثابتا بالكتابة فإنه يعفى من رسوم التمبر والتسجيل[2]. كما أن عقد الشغل المكتوب يسعف في إثبات وجود هذا الأخير حالة المنازعة في ذلك.

وعند قيام هذا العقد والذي اتضح أعلاه بأنه لا يمتاز بأي خصوصية في إبرامه، ينتج عنه العديد من الحقوق مقابل التحمل بالعديد من الالتزامات في مواجهة طرفيه.

ولعل أهم نقطة تهمنا هنا هي ما ينتجه هذا العقد عن بعد من حقوق لحماية خصوصية الأجير. فمن المعلوم أن عقد الشغل عن بعد يتم عبر واسطة وسائل الاتصال الحديثة والتي تحمل المعلومات ذات الطابع الخاص للأجير، والتي تهم خصوصيته الرقمية.

ويتميز إبرام عقد الشغل عن بعد بخصوصية واضحة تتمثل في اعتماده على الدعامة الإلكترونية، وذلك وفقا لأحكام القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[3]، والقانون 43.20 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الالكترونية[4].

وتثير مرحلة إبرام هذا العقد إشكالية قانونية ترتبط بمدى حماية الحق في الخصوصية، إذ يعمد المشغل عادة إلى تجميع واستقصاء البيانات والمعلومات الخاصة بالمترشح للعمل، بهدف تقييم مؤهلاته ومدى ملاءمته للمنصب المعروض[5]، غير أن هذا الإجراء قد يتجاوز حدوده المهنية ليصل إلى تفاصيل وثيقة الصلة بالحياة الخاصة للأجير المفترض.

---

(1) - المادة 15 من مدونة الشغل.

(2) - الفقرة الثانية من الفصل 723 من ظهير الالتزامات والعقود.

(3) - القانون رقم 53.05 يتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.129 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 من ذي القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007) ص 3879.

(4) - القانون رقم 20-43 المتعلق بخدمات الثقة بشأن المعاملات الإلكترونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 100-20-1 صادر في 16 من جمادى الأولى 1442 (31 ديسمبر 2020)، ج ر ع 6951، بتاريخ 27 جمادى الأولى 1442 (11 يناير 2021)، ص 271.

(5) - امنة سميع: **عقد العمل عن بعد والحماية القانونية لحق الأجير في الخصوصية**، المؤتمر العلمي الدولي تحت عنوان الرقمنة والقانون تطلعات المستقبل في الدولة العربية -المنعقد يومي الجمعة والسبت 15 و 16 يوليوز 2022، بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض مراكش، منشورات مجلة القانون والأعمال الدولية، ص 538.

تأسيسا على ذلك، فإن لجوء المشغل إلى تجميع البيانات الشخصية للمترشح والاطلاع عليها عبر الوسائل الرقمية يشكل معالجة لمعطيات ذات طابع شخصي خاضعة لمقتضيات المادة الأولى من القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[1].

وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون، فإن حماية خصوصية الأجير المستقبلي تترجم عبر إلزام المشغل بالتقيد بالواجبات والضوابط التالية:

1) **الالتزام بالرضا المسبق**: يلزم المشغل بالحصول على الموافقة الصريحة والحرّة للأجير المفترض قبل البدء في تجميع معطياته الشخصية، تفعيلاً للمادة 4 من القانون رقم 09.08.

2) **الالتزام بالإعلام المسبق**: يجب على المشغل إخطار المترشح بشكل كاف وبشفافية تامة بطبيعة البيانات المراد تجميعها رقميا، عملا بالمادة 5 من القانون رقم 09.08.

3) **الالتزام ببيان الغرض والتسجيل**: يتوجب على المشغل إعلام الأجير المفترض بأن بياناته ستخضع للتسجيل والمعالجة الرقمية، مع تحديد الغاية الأساسية من هذه العملية بكل دقة.

4) **الالتزام بمبدأ التخصيص والملاءمة:** ينبغي للمشغل أن يصرف تجميع البيانات في حدود ما يخدم مصلحة العمل المعروض فقط، وفقا للمادة 3 من القانون رقم 09.08، بحيث يقتصر البحث على البيانات المرتبطة بكفاءة الأجير المهنية ومدى قدرته على أداء المهام المنوطة به.

الالتزام بتوضيح مآل البيانات :يُلزم المشغل بتعريف الأجير بكيفية وطرق استخدام البيانات التي تم تجميعها، والجهات التي قد تطلع عليها.

الفقرة الثالثة: حماية خصوصية الأجير أثناء تنفيذ عقد الشغل عن بعد

عندما يتم إبرام عقد العمل عن بعد باحترام كل تلك القواعد المرتبطة بالقوانين المرتبطة به لا سيمتا التنظيمية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، تأتي مرحلة تنفيذه.

---

[1] - انظر المادة الأولى من القانون 09.08.

وتجدر الإشارة أن تنفيذ هذا العقد يتميز بعنصر التبعية التي تميز عقد العمل ككل عن باقي العقود الأخرى[1]، حيث يكون الأجير تابعا لمشغله لأن هذا الأخير يدفع له مقابلا لما ينجزه من عمل. ولعل من سمات التبعية كعنصر من عناصر عقد الشغل انقسامها لقسين أساسيين، تبعية قانونية وتبعية اقتصادية.

تبعا لذلك فإن عقد العمل عن بعد يتميز باعتباره يحمل بين طياته بعضا من خصوصيات التبيعة القانونية حيث يتبع الأجير لمشغله في المراقبة والاشراف والتوجيه، ذلك من خلال المراقبة الإلكترونية للأجير من لدن رب العمل وهي تبعية حديثة تقوم على المراقبة إما عبر شبكة الإنترنيت بواسطة برامج مدمجة في الحاسوب المركزي للمقاولة مرتبطة بالحاسوب الشخصي للأجير أو بالفيديو أو بتسجيل المكالمات الهاتفية أو الاطلاع على البريد الإلكتروني أو مراقبة مضمون العلبة الصوتية الخ[2].

أما التبعية الاقتصادية التي تفيد انصياع وخضوع الأجير للمشغل، فمن الصعب الاعتراف بها كلية في ظل هذا النوع من العقود.

تبعا لهذا وذاك فإن البعض في ظل عقد العمل عن بعد يستحضر ويضع مفهوما أو مصطلحا أخر للتبعية وهي التبعية التكنولوجيا أو ما يمكن أن نسميها التبعية التقنية المرتبطة بوسائل الاتصال الحديثة، حيث يكون الأجير خاضعا لرقابة مشغله من خلال تلك الوسائل حيث يراقبه ويتواصل معه وقد يوجهه ويشرف عليه من خلالها.

لكن في نهاية المطاف يمكن أن نقول بأن الأجير الذي يعمل عن بعد، يتميز بخصوصيات تميزه عن الأجير العادي فهو يكون غالبا أجيرا ذو ملكات وخبرات ومؤهلات تجعله لا يحتاج في العادة إلى توجيهات المشغل لا سواء من الناحية الفنية أو التقنية بل إن لجوء المشغل إلى هذا النوع من الأجراء يكون من وراء فقدانهم وعدم تمكنهم لما يتقنه هذا الأجير، بالتالي فهو يطلب ما يملكه هذا الأخير من ملكات تمكنه من انجاز العمل الذي يحتاج إليه المشغل في أخر المطاف، رغم وكما قلنا أنه لا يمكن أن نغطي تلك الرقابة التوجيهية التي يمتلكها المشغل دائما حيث يوجه الأجير إلى ما يريده من صفات أو مميزات أو خصوصيات في العمل المراد القيام به.

---

(1) - فمن عناصر عقد الشغل: عنصر العمل، وعنصر الأجر، وعنصر التبعية.

(2) - مليكة العراسي: **تكنولوجيا الاعلام والاتصال و أثارها على علاقات الشغل الفردية**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا الجديدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص 10 وما يليها.

إن التبعية التكنولوجيا كما يسميها البعض هنا قوامها هو بقاء الأجير خاضعا للمشغل خلال إنجازه لعمله وذلك بفضل التكنولوجيا الحديثة التي ساهمت في تطوير آليات المراقبة المباشرة لتنفيذ العمل دون أن يستلزم الأمر التواجد المادي لطرفي عقد الشغل في مكان واحد.

الفقرة الرابعة: حماية خصوصية الأجير عند انتهاء عقد الشغل عن بعد

إن عقد العمل يتميز باعتباره من العقود التي قد يتم إنهاءها أو انتهاءها لعدة أسباب، ولعلنا نذكر هنا أن هذا العقد يتم إنهاءه إما إنهاء عادلا باتفاق الطرفين على ذلك أو يكون ذلك مكيفا بالإنهاء التعسفي إذا كان من طرف واحد دون وجود مبرر مما يقع موقع الانهاء غير المبرر لعقد الشغل، أما بخصوص انتهاء العقد فإنه ينتهي بانتهاء مدته المحددة في حالة العقد محدد المدة أو بإرادة الطرفين كذلك باتفاقهما معا أو لاستحالة التنفيذ أو لاي سبب محدد قانونا[1].

وكيفما كان الحال فإن ما يهمنا والحالة هذه البحث في مدى إلزام المشغل في حماية المعلومات السرية ذات الطابع الشخصي للأجير، عند نهاية العقد.

وفي هذا الخصوص نقول بأن المشغل يكون محكوما بالضوابط القانونية التي نص عليها المشرع في خضم القوانين التنظيمية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، فهو يكون مسؤولا عن كل ما يثبته الأجير من تجاوز في معلوماته الشخصية التي تكون من وراء فعل المشغل أو بإهماله أو عند تدليسه أو غشه[2].

فنفترض مثلا أن المشغل يحوز معلومة ذات طبيعة شخصية قد تكون مثلا صورة شخصية لأجيرة كانت تعمل لديه، او مقطع فيديو صور نتيجة أو بسبب العمل، وخرج للعلن ونتج عنه ضرر لهذه الأجيرة فإن المشغل سيسأل عن هذا الأمر طبقا للقواعد المعمول بها والتي من الممكن أن تتجاوز ما هو مدني إلى ما هو ذو طابع زجري.

بالتالي فإن المشغل هنا يكون مسؤولا عن كل ما يتعلق بالأجير من معلومات شخصية حازها أو يحوزها بحكم العمل عن بعد أو نتيجته، بالتالي فإنه سيكون ملزما بإتلافها أو بعدم نشرها وكل ما يلحق عنه ضرر للأجير.

---

(1) - انظر في ما يخص إنهاء وانتهاء عقد الشغل: المادة 33 وما يليها من الفرع الثاني من مدونة الشغل المعنون ب "كيفيات إنهاء عقد الشغل".
+ عبد اللطيف خالفي: **الوسيط في شرح مدونة الشغل** الجزء الأول علاقات الشغل الفردية الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش 2004.

(2) - هذا تبعا للمقتضيات القانونية للمسؤولية المدنية المحكومة بالقواعد العامة لظهير الالتزامات والعقود.

وما نريد قوله كنتيجة هنا هو أن المشغل ملزم بأن يحفظ كل ما له علاقة بالمعلومات الشخصية للأجير بعد انتهاء عقد الشغل المبرم عن بعد.

المطلب الثاني: الحماية المقررة لحقوق الأجير الجماعية في عقد العمل عن بعد

باستقراء مدونة الشغل نجد مجموعة الحقوق التي يتمتع بها الأجير داخل عقد الشغل، تشمل صنفين من الحقوق أو على أفصح العبارة يمكن تصنيفها إلى حقوق ذات طابع فردي، وحقوق أخرى ذات طابع جماعي.

كما تجب الإشارة أن الفقه عند تناولها أنواع الحقوق يعتمد على تقسيمها تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها وبحجم التداخل الحاصل بينها. إلا أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته أكثر التقنيات هو تقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية[1]، إضافة لطائفة أخرى من الحقوق المصنفة في خانة الحقوق المختلطة[2] والتي ظهرت نتيجة تطور الأوضاع الاقتصادية والتقدم التكنولوجي، وهي ما تسمى بالحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية أو بحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة.

وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية، أما الحقوق غير المالية فيتم تقسيمها إلى حقوق سياسية، وحقوق الأسرة، ثم الحقوق اللصيقة بالشخصية، هذه الأخيرة وانطلاقا من تسميتها فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بمقومات وعناصر الشخصية ويتفرع عنها الحقوق المتعلقة بنشاط الشخص (حرية العمل، الزواج، التنقل، الإقامة...)، وحقه في الحياة وسلامة جسده، وحقه في احترام كيانه المادي (كالحق في حرمة المسكن، والحق في الصورة والحق في الأقوال...) والمعنوي (كالحق في الشرف والاعتبار والحق في أوقات الفراغ...)، ثم حقه في حماية حياته الخاصة في ارتباطها بالعصر الرقمي.

---

(1) - نبيل إبراهيم سعد، **المدخل إلى القانون نظرية الحق**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص: 41.

(2) - استقر الاختلاف الفقهي منذ مدة على كون حق المؤلف والمخترع هو حق مختلط يشتمل حق معنوي يتمثل في حق المؤلف في أبويته لمؤلفه، والمخترع في أبوته لاختراعه، وحقه في سلامة أفكاره وكتاباته من أن تغير أو تزيف مما يلحق ضررا جسيما بمصالحه الأدبية، فكما أن للشخص حقا في سلامة كيانه الجسدي، كذلك له الحق في سلامة كيانه الفكري والأدبي، ليكون هذا الحق بدون شك من حقوق الشخصية، غير أن هذا لا يمنع اشتمال حق المؤلف والمخترع على جانب أو حق مالي يتمثل في استثماره فكره واستغلاله له استغلالا ماليا، وهذا الحق المالي لا يعد من حقوق الشخصية وبالتالي يخضع لما تخضع له الحقوق المالية من قواعد، رمضان أبو السعود، **النظرية العامة للحق**، دار الجامعة الجديدة، 2005، الأزاريطة، 2005، ص 282.

كيفما كان الحال فلا يهمنا هنا بالأساس إلا الحقوق المرتبطة بالأجير في حقل عمله والتي تعد من صميم الحقوق التي يلتزم المشغل باحترامها وتوفيرها داخل بيئة العمل. وسنتحدث بالخصوص عن الحقوق الجماعية[1] للأجير.

الفقرة الأولى: حق الأجير في التمثيلية داخل المقاولة

كرست غالبية التشريعات المقارنة حق الأجراء في التمثيلية المهنية داخل المقاولة، وهي الآلية القانونية التي تجسدها مؤسستا مندوبي الأجراء ولجنة المقاولة[2].

وتضطلع هذه الأخيرة بأدوار ذات طابع اجتماعي صرف، وفق ما تقضي به المادة 432 من مدونة الشغل المغربية[3].

وفي هذا السياق، يبدو جليا أن المشرع المغربي لم يساير نظيره الفرنسي، الذي آثر تخويل مندوبي الأجراء صلاحيات ذات أبعاد اقتصادية واجتماعية مزدوجة داخل البنية المقاولاتية.

وتفعيلا للمقتضيات الحمائية، ألزمت المادة 430 من مدونة الشغل المقاولات التي تشغل اعتياديا ما لا يقل عن عشرة أجراء دائمين، بوجوب تنظيم انتخابات لاختيار مندوبيهم.

وفي مقابل هذا المقتضى الإلزامي، أتاح المشرع للمؤسسات التي لم تبلغ هذا النصاب القانوني (أقل من عشرة أجراء) إمكانية اعتماد نظام مندوبي الأجراء، شريطة وجود اتفاق كتابي يبرم لهذا الغرض.

وتثور في هذا الإطار إشكالية قانونية حول مدى إمكانية احتساب الأجراء المشتغلين عن بعد ضمن الحد الأدنى العددي اللازم لإحداث هذه الهيئات التمثيلية. وأمام غياب تنظيم تشريعي صريح لهذه المسألة، واكتفاء المشرع باشتراط صفة الأجير الدائم، فإن الراجح فقها يتجه نحو إمكانية الاعتداد بالأجراء عن بُعد عند احتساب هذا السقف القانوني[4].

---

(1) - الحقوق الجماعية توحي إلى تلك الحقوق التي يتمتع بها الأجراء والمخولة له بمقتضى القانون أو الاتفاق (كاتفاقية الشغل الجماعية مثلا أو بمقتضى عقد الشغل)، والتي يمكن أن نضرب لها مثالا بالحق في التنظيم النقابي، والمفاوضة الجماعية لإبرام اتفاقيات الشغل، والتمثيل المهني داخل المقاولة، وحق الإضراب والدفاع المشترك عن المطالب الاقتصادية والاجتماعية...

(2) - صفاء شامخ: الشغل عن بعد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2020-2021، ص 116.

(3) - تنص المادة 430 من م ش على ما يلي: "تتمثل مهمة مندوبي الأجراء في:

- تقديم جميع الشكايات الفردية، المتعلقة بظروف الشغل الناتجة عن تطبيق تشريع الشغل أو عقد الشغل، أو اتفاقية الشغل الجماعية أو النظام الداخلي، إلى المشغل، إذا لم تقع الاستجابة لها مباشرة؛

- إحالة تلك الشكايات إلى العون المكلف بتفتيش الشغل، إذا استمر الخلاف بشأنها".

(4) - فاطمة حداد: **العمل عن بعد أي تنظيم**، مجلة فضاء المعرفة القانونية ع الثاني 2019، ص 159.

وتأسيسا على ذلك، ومادام الأجير عن بُعد يمارس نشاطه المهني لحساب المقاولة وتحت إشرافها، فإنه يستفيد بقوة القانون من كافة الحقوق المخولة للأجراء المستقرين، وفي مقدمتها الحق في التمثيلية النقابية والمهنية.

وبالقراءة التحليلية للمادة 466 من مدونة الشغل، يتضح أن المشرع المغربي حصر مهام لجنة المقاولة في أدوار استشارية تهم الجانبين الاقتصادي والاجتماعي، مجرداً إياها من أي سلطة تقريرية أو حق في الاعتراض على قرارات المشغل، فضلاً عن عدم تفصيل هذه الصلاحيات تشريعيا[1].

وبخلاف هذا التوجه المحدود، تبنى الاتفاق الأوروبي المتعلق بالشغل عن بُعد مقاربة أكثر حماية، حيث نص في البند 11 منه على إلزامية إعلام واستشارة ممثلي الأجراء من طرف المشغل قبل اتخاذ أي قرار يتعلق بالتحول إلى نظام العمل عن بُعد.

يستفيد الأجير المشتغل عن بُعد من كفالة مبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات مع الأجراء المستقرين داخل المقاولة؛ وتبعا لذلك، يظل حقه قائماً وثابتاً في التواصل مع الأجهزة التمثيلية العمالية.

وهو المقتضى الذي أسس له الاتفاق الإطار الأوروبي المتعلق بالشغل عن بُعد في بنده الحادي عشر، حيث حظر إقامة أي حواجز مادية أو معنوية من شأنها عرقلة اتصال الأجير بممثليه، بما يضمن له حق الارتباط الدائم والمباشر بمندوبي الأجراء ولجنة المقاولة.

إن الطبيعة الخاصة للعمل عن بعد، وما تفرضه على الأجير من عزلة واستقلالية واقعية في تنفيذ التزاماته التعاقدية، هي التي أملت ضرورة بلورة حقه في الاتصال بالهياكل التمثيلية داخل المقاولة.

ومن ثم، يُحظر على المشغل استغلال هذا النمط المستحدث كآلية لتكريس عزلة الأجراء، أو لإقصائهم من ممارسة حقوقهم الجماعية عبر فك ارتباطهم بمؤسساتهم التمثيلية؛ وهو ما يستوجب مراعاة التداعيات اللوجستيكية والقانونية للشغل عن بُعد على تنظيم العلاقة المهنية بين الأجير، وممثليه، وباقي زملائه في العمل[2].

---

(1) - عبد اللطيف خالفي: **الوسيط في مدونة الشغل**، الجزء الثاني علاقات الشغل الجماعية، ط الأولى، 2009، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص 380.

(2) - مصطفى المنصوري: **العمل عن بعد دراسة مقارنة**، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2010-2011، ص 93.

ويرتب التنصيص على حق الأجراء في التواصل مع مؤسسة مندوبي الأجراء التزاماً متبادلاً يقضي بإشراكهم في التدبير الجماعي لشؤون المقاولة، واطلاعهم على المستجدات المهنية الداخلية كافة.

وعلاوة على ذلك، يتولد عن حق الاتصال هذا مكنة قانونية لفائدة المؤسسات التمثيلية تبسط بموجبها رقابتها على مدى احترام المشغل للمقتضيات الحمائية للأجير، بما في ذلك إمكانية زيارة وتفتيش أماكن الشغل، أسوة بما كرسه تشريع العمل الفرنسي في هذا الباب.

وتفعيلا للحق في الإعلام والاطلاع المستمر على حركية المقاولة، يقع على عاتق المشغل التزام توفير وتيسير الوسائل التكنولوجية الكفيلة بتمكين الأجير من ممارسة حقه الجماعي.

ويتحقق ذلك عبر آليات متعددة، منها: التحديث الدوري للموقع الإلكتروني أو المنصة الرقمية للمقاولة، أو الالتزام بعقد اجتماعات دورية مع الأجهزة التمثيلية، سواء بآلية الحضور المادي أو عبر تقنية المحاضرة المرئية عن بُعد (Visioconférence).

الفقرة الثانية: حماية الانتماء النقابي للأجير

تتسم الوضعية القانونية والواقعية للأجراء المشتغلين عن بُعد بهشاشة بالغة، تفاقمها حدة غياب الدعم المادي واللوجستي، فضلا عن اضطرارهم لإنفاذ التزاماتهم التعاقدية في عزلة تامة عن محيطهم المهني (زملاء العمل والمشغل)[1].

ويسهم التباعد الجغرافي، وطبيعة الأداء المهني المستغرق في البيئة الرقمية والافتراضية، في حجب الرؤية عن هذه الفئة وتصعيب حصرها؛ الأمر الذي يؤدي قسرا إلى إضعاف مركزهم التفاوضي واختلال التوازن العقدي أمام القوة الاقتصادية لأصحاب العمل عند المطالبة بحقوقهم المهنية.

وإذا كان الاعتراف بالروابط التعاقدية لعمال المنازل قد أثار جملة من الإشكالات لدى المنظمات النقابية، فإن الدول المصدقة على اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 87 لسنة 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم قد أجمعت على كفالة الحق النقابي للأجراء المنزليين[2].

---

(1) - خالد السيد محمد عبد المجيد موسى: **ابرام عقد العمل الالكتروني دراسة مقارنة**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط الأولى 2018، ص 229.

(2) - اتفاقية (رقم (87) الخاصة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابي اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 9 تموز/يوليه 1948، في دورته الحادية والثلاثين تاريخ بدء النفاذ: 4 تموز/يوليه 1950، خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، م س، ص 230.

بيد أن جوهر الإشكال يكمن في البنية الإجرائية لممارسة هذا الحق، إذ لم ترقَ الآليات الواقعية للعمل النقابي في هذا النطاق إلى التنظيم والفاعلية المطلوبة داخل الدول النامية حتى الآن.

ولمواجهة هذه التحديات الهيكلية، استهدفت البرامج والخطط الصادرة عن منظمة العمل الدولية تأطير هذه الفئة العمالية، عبر تجميع قواهم المهنية وتوحيد جبهتهم التفاوضية، وذلك بهدف الذود عن مكتسباتهم القانونية، ومجابهة الممارسات التعسفية والأنماط الاستغلالية التي قد يعمد إليها بعض المشغلين لإهدار حقوقهم أو تقويض الاعتراف بها.

وفي سياق متصل، شكل موضوع الدعوة للعدالة الاجتماعية في الاقتصاد الرقمي[1] أحد أبرز المحاور الحديثة التي تبنتها منظمة العمل الدولية. ورغم أن منصات العمل الرقمية تتيح لبعض الفئات (كالنساء، والأشخاص في وضعية إعاقة، والشباب، والعمال المهاجرين) فرصا لولوج سوق الشغل والاستفادة من مرونة تنظيم الوقت، إلا أنها تفرز تحديات قانونية جمة تهم دورية الدخل، وتوفير شروط العمل العادل، والحماية الاجتماعية، وضمان مستوى معيشي لائق، فضلاً عن الحق في التنظيم النقابي.

ويزداد هذا الوضع تعقيدا مع تنامي الاعتماد على خوارزميات المراقبة الرقمية، والتي باتت تتجاوز في بعض الأحيان حدود الرقابة المادية التقليدية داخل المقاولة، مبرزة مصدرا قلقا تشريعيا وحقوقيا متزايدا للأجراء.

وإذا كان العمل النقابي في نمطه التقليدي لا يثير إشكالات قانونية كبرى، فإن تنفيذه في بيئة الشغل عن بعد بات يفرز جملة من التحديات الهيكلية، ترتبط أساسا بآليات التواصل بين الأجراء وممثليهم النقابيين.

وفي هذا الصدد، أبدت المنظمات النقابية الفرنسية توجسها من مآل الممارسة النقابية في ظل هذا النمط المستحدث، إذ إن استغراق الفضاء الرقمي للمجال الافتراضي للمقاولة قد يؤدي إلى تفتيت وحدة الصف النقابي، وبالتالي إضعاف القوة التفاوضية للأجراء في الدفاع عن مصالحهم الاقتصادية والمهنية.

وتأسيسا على ذلك، غدا من الضروري بسط الحماية القانونية لتمكين النقابات المهنية من استيعاب الطفرة التكنولوجية الحديثة للإعلام والتواصل، عبر عولمة ورقمنة العمل النقابي ليتلاءم والأنماط الشغلية المعاصرة.

---

(1) - موقع https://www.un.org اطلع عليه يومه 01/10/2026 على الساعة 11:33 م

خلاصة:

تعد مسألة حماية الأجراء من الناحية القانونية من الأمور التي دعت المشرع المغربي ولو بعد عشرين سنة من الآن (سنة 2004) لإيجاد قانون خاص بالأجراء، عوض البقاء والاعتماد على المبادئ العامة التي كانت مضمنة في ظل ظهير الالتزامات والعقود.

حيث كانت تلك القواعد لا تلاءم كل المستجدات والتطورات التي شهدها ويشهدها العالم الذي صار يعرف الاعتماد الكلي على الرقمنة والتطور الهائل في التكنولوجيا التي جعل العديد من المؤسسات المشغلة (المشغلين) يعتمدون على نمط العمل عن بعد.

ونحن في اللحظة ندعو إلى ضرورة إيجاد فرصة لتغيير العديد من المقتضيات في مدونة الشغل االتي تعود للتاريخ السالف الذكر، ولعل أهم ما يضعنا أمام الحاجة الملحة لذلك هو مرور أزيد من عشرين عام على العمل بهذا القانون، ونحن نعيش تغيرات وتطورات ومستجدات والعديد من الأمور التي يلزم إدخالها في حسبان هذا القانون وتضمينها داخل مقتضياته لعل أهمها هو إيجاد حيز خاص لعقد الشغل عن بعد في إطار مقتضيات مدون الشغل وإعطاءه مكانته التي يستحقها من القواعد القانونية والتي ستضمن حماية الحقوق وتقرر الالتزامات في مواجهة كل من المشغل والأجير هذا الطرف الضعيف داخل العلاقة الشغلية بالأساس.

المراجع المعتمدة

الكتب:

- عبد اللطيف خالفي: **الوسيط في شرح مدونة الشغل** الجزء الأول علاقات الشغل الفردية الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش 2004.
- نبيل إبراهيم سعد: **المدخل إلى القانون نظرية الحق**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.
- رمضان أبو السعود: **النظرية العامة للحق**، دار الجامعة الجديدة، 2005، الأزاريطة، 2005.
- محمود عبد الرحمن: **نطاق الحق في الحياة الخاصة**، دار النهضة القاهرة 1994.
- هارولد ج لاسكي: **الحرية في الدولة الحديثة**، ترجمة أحمد رضوان عز الدين، الطبعة الأولى، منشورات دار الطليعة، بيروت، 1966.
- محمد عبد المحسن المقاطع: **حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي**، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1992.

الأطروحات والرسائل الجامعية:

الأطروحات:

- مليكة العراسي: **تكنولوجيا الاعلام والاتصال و أثارها على علاقات الشغل الفردية**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا الجديدة، السنة الجامعية 2015-2016.

الرسائل الجامعية:

- صفاء شامخ: **الشغل عن بعد**، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2020-2021.
- مصطفى المنصوري: **العمل عن بعد دراسة مقارنة**، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش السنة الجامعية 2010-2011.

المقالات:

- فاطمة حداد: **العمل عن بعد أي تنظيم**، مجلة فضاء المعرفة القانونية ع الثاني 2019.
- خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، ابرام عقد العمل الالكتروني دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2018.

المؤتمرات العلمية:

- امنة سميع: **عقد العمل عن بعد والحماية القانونية لحق الأجير في الخصوصية**، المؤتمر العلمي الدولي تحث عنوان الرقمنة والقانون تطلعات المستقبل في الدولة العربية -المنعقد يومي الجمعة والسبت 15 و16 يوليوز 2022، بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض مراكش، منشورات مجلة القانون والأعمال الدولية.