

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريعات العربية

(دراسة مقارنة بين التشريعات المشرقية والمغربية)

Rulings for travel and the movement of children in custody in Arab
legislation

(A comparative study between the Eastern and Maghreb legislations)

سلوغة عبد الرحمان^{1*}، فليغة نورالدين²

¹جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة (الجزائر)، ichanselougha15@gmail.com

²جامعة باجي مختار عنابة (الجزائر)، dr.flighanouredine@gmail.com

تاريخ النشر: 2022/03/01

تاريخ القبول: 2020/01/15

تاريخ ارسال المقال: 2021/15/10

* المؤلف المرسل

الملخص:

يعد الحق في السفر والتنقل من أهم الحقوق والحريات الأساسية التي تكفلها القوانين والدساتير لجميع الأفراد على قدم المساواة، ما لم يرد منع خاص على هذا الحق، والمشرع الجزائري لم يخالف هذا المبدأ والأساس الخاص في حرية تنقل وسفر الأفراد سواء داخل وخارج التراب الوطني في نصوص ومواد قوانينه، وهذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية في دساتيرها وقوانينها الخاصة. لكن قد يكون هذا الحق مقيدا في حال تعارضه مع بعض الحقوق الأكثر قوة منه والتي تؤدي إلى إلغاءه في بعض الحالات وتقييده في بعضها الآخر، ومثال ذلك سفر الحاضنة بالمحزون الذي يخضع لأحكام خاصة تحد من حرية التنقل والسفر به بصفة عشوائية، لأن المحدد الرئيسي لإمكانية السفر والانتقال بالمحزون داخل وخارج التراب الوطني هو مصلحة المحزون، وهذا ما سنقوم بتبينه في هذه الورقة البحثية.

الكلمات المفتاحية: سفر المحزون؛ مصلحة المحزون حق الحضانة؛ حق الزيارة؛ السفر بالمحزون خارج التراب الوطني.

Abstract:

One of the most important fundamental rights and freedoms guaranteed by laws and constitutions to all individuals equally, is the right to travel and move, except when this right is specifically prohibited, and the Algerian legislator has not violated this principle and the basis of the freedom of movement and movement of individual, whether inside and outside the national territory in the texts and articles of its laws, and this is what the most admirable legislations have gone into their own constitutions and laws, but this right can be restricted in case it conflicts with some of the rights which are more powerful than it and which leads to its abolition in some cases and restriction in some of them, for example, the movement of the incubator with the child, which is subject to special provisions which limit the freedom of movement and circulate therein randomly, since the main determinant of the possibility of displacement and displacement of the child within and outside the national territory is the best interests of the child, and this is what we will clarify in this research paper.

Keywords: travel of the cared for child؛ The interest of the child kept؛ Custody right ؛The right to visit ؛ Traveling with a baby outside the national territory.

مقدمة:

يعتبر حق التنقل والسفر من الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد المكفول في كل الدساتير والإتفاقيات الدولية ما لم يرد منع خاص على هذا الحق، و المشرع الجزائري لم يخالف هذا المبدأ و الأساس الخاص بحرية التنقل والسفر للأفراد من خلال ما أورده في نص المادة 55 من الدستور الجزائري بقوله: يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته وأن ينتقل عبر التراب الوطني وله حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له¹، و هذا ما ذهب إليه باقي المشرعين في الدساتير العربية، غير أن هذه الإباحة ليست على إطلاقها إذا تعلقت هذه الحقوق بحقوق ومصالح أخرى أكثر قوة منها والمقصود هنا مصلحة المحزون، فإن كان من يريد السفر والانتقال بالمحزون من أصحاب الحق في ذلك كالأب أو الأم أو من له حق رعايته والقيام بمجموعة من الأسس والمعايير التي أوردها المشرع العربي في نصوص ومواد قوانين الأسرة والقوانين المرتبطة بها والممارسات القضائية الخاصة بهذه المسائل، وهذا ما دفعنا إلى طرح السؤال التالي: كيف عاجلت التشريعات العربية والمغربية مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني وخارجه؟

هذا ما سنبينه خلال هذا الورقة البحثية وذلك من خلال تقسيمها إلى مبحثين:

المبحث الأول نتناول فيه أحكام السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني.

أما المبحث الثاني فتعرض فيه لأحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني.

المبحث الأول: أحكام السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني:

سنستعرض في هذا المحور أحكام السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني في كل من التشريعات العربية المشرقية (التشريع القطري- التشريع الأردني- التشريع السوري-) والتشريعات العربية المغاربية (التشريع الجزائري- التشريع التونسي- التشريع المغربي-) من خلال تبين موقف هذه التشريعات من مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني وتأثيره على الحقوق المرتبطة به.

المطلب الأول: أحكام سفر المحزون في التشريعات المشرقية:

تعريف مكان ممارسة الحضانة: لا يقصد بمكان ممارسة الحضانة في هذه الحالة المنزل الذي يقيم فيه الحاضن بالمحزون، بل يقصد به البلد أو البلدة التي يريد الحاضن سواء كان الأم أو الأب أو من له حق الحضانة أن ينتقل إليها، إلا أن مكان ممارسة الحضانة في هذه الحالة مقيد وليس مطلق ويقتصر على الأب أو الأم فقط دون غيرهم من أصحاب حق الحضانة، لأن الحق في الانتقال والسفر بالمحزون من بلد إلى بلد آخر مقيد بعدة أسس ومعايير ترتبط بالمحزون والأم والأب فقط دون غيرهم.²

حكم انتقال المحزون: الأصل في مكان الحضانة أن يكون في بلد الأبوين الذي يقيم فيه عادة، لكن قد يرغب أحدهما في السفر والانتقال من البلد الذي يقيم فيه إلى بلد آخر، لأي سبب من الأسباب. فيقوم بنقل المحزون معه والسفر به إلى البلد الذي يريد الانتقال إليه، مما قد يؤدي إلى فقدان المقيم حقه في ممارسة الرقابة والقيام بأمور الصغير التي يمارسها من خلال حق الزيارة، ومرد ذلك لعدة أسباب: كبعد المسافة ومشقة السفر من جهة، وتأثيره على مصلحة المحزون من جهة أخرى.³

الفرع الأول: أحكام السفر والانتقال بالمحزون في التشريع الأردني:

لقد فرق المشرع الأردني في نصوص مدونة الأحوال الشخصية بين مسألة الانتقال والسفر بالمحضون داخل تراب المملكة والسفر به خارج حدود المملكة فقد نص في المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالمحضون إلى بلد داخل المملكة على حقه إمساك المحضون، ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة المحضون، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة المحضون يمنع سفره وتنتقل حضنته مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب حق الحضانة"⁴.

التحليل: من خلال نص المادة 175 من قانون الأسرة الأردني نخلص إلى أن المشرع الأردني أجاز السفر والانتقال بالمحضون داخل تراب المملكة الأردنية وفق ما يلي:

1- أن يكون الشخص المسافر بالمحضون إما حاضنته أو وليه.

2- ألا يكون في السفر والانتقال تأثيراً على مصلحة المحضون.

3- لم يفرق المشرع الأردني بين نوعي السفر والانتقال بالمحضون إن كان سفر إقامة أو سفر مؤقت.

التعليق: من خلال استقراء و تحليل ما أورده المشرع الأردني في مسألة الانتقال والسفر بالمحضون داخل تراب المملكة نتبين أنه قد أجاز ذلك داخل المملكة كأصل عام غير أنه قيد هذه الإجازة بشرط عدم مساس هذا الأخير بمصلحة المحضون، سواء كان المنتقل بالمحضون الولي أو الأم فالمشرع الأردني قد ساوى بين الأم والولي في الإجازة والمنع من السفر والانتقال إذ ما كانت مصلحة المحضون عرضة للخطر، وهذا يعطي دلالة على أن المشرع الأردني أدرج مصلحة المحضون كشرط أساسي في الإجازة و المنع من السفر باعتبارها من الأولويات التي يجب مراعاتها في أي ممارسة تخص المحضون، والأمر الملاحظ الثاني أن سقوط الحضانة بسبب السفر في حالة ما إذ كان السفر فيه إضرار بمصلحة المحضون هو سقوط مؤقت، وهذا بصريح العبارة "... وتنقل حضنته مؤقتاً..." ووجه الدلالة أن سبب السقوط هو احتمالية كون سفر الولي أو الأم الحاضنة سفر حاجة و ليس سفر إقامة.

الفرع الثاني: أحكام السفر والانتقال بالمحضون في التشريع القطري:

على عكس نظيره الأردني الذي فرق وميز بين السفر داخل المملكة وخارجها جاء موقف المشرع القطري في هذه المسألة عام من دون تفصيل، حيث فضل المشرع القطري معالجة المسألة من وجهة نظر مغايرة تماماً وهي مسألة تعسف الولي في استعمال حقه بمنعه الأم الحاضنة من السفر والانتقال بالمحضون مع احتفاظه بجواز سفر المحضون من جهة، ومن جهة أخرى منع الأم الحاضنة من التعسف في استعمال حقها في السفر والانتقال بالمحضون إلى أي جهة تختارها وهذا ما نص عليه في نص المادة 185 من قانون الأسرة القطري لسنة 2006 بقوله: "يجوز للأم أن تسافر بالمحضون لسبب معقول إلى أي جهة إن لم يكن في السفر ضرراً بالمحضون، فإن منعها الولي من السفر، فيجوز للقاضي أن يمكنها من السفر، إذا تبين له أن من له الحق بالإذن قد تعسف في إستعمال الحق"⁵، ليأتي في نص المادة 176 من نفس القانون بواحد من الإجراءات التي تقلل من تعسف الولي في منع الأم الحاضنة من السفر بالمحضون بقوله: " للقاضي أن يأمر بإبقاء جواز السفر في يد الحاضنة إذا رأى تعسفاً من الولي في تسليمه للحاضنة وقت الحاجة"⁶.

أما الصورة الثانية لتسعف والذي يكون صادرا من الأم في استعمال حقها بالانتقال والسفر بالمحزون إلى أي جهة على شرط أن يكون هذا السفر لسبب معقول غير مضر بمصلحة المحزون، وهذا ما سبق بيانه في المادة 185 من قانون الأسرة القطري السابقة الذكر.

لقد أعطى المشرع القطري للولي حق اللجوء إلى المحكمة لمنع الأم من السفر بالمحزون في حالة خشية أنها لن تعود إلى التراب القطري مرة أخرى (حالة سفر الأم الحاضنة سفر إقامة خارج التراب الوطني القطري) وهذا ما أكده المشرع القطري في نص المادة 185 فقرة 02 من قانون الأسرة لسنة 2006⁷.

التعليق: الملاحظ على ما أورده المشرع القطري في نصوص قانون الأسرة لسنة 2006 أنه قد خالف المشرع الأردني في عدم التفصيل في مسألة السفر والانتقال بالمحزون فيما إذا كان هذا السفر والانتقال داخل التراب الوطني أو خارجه واكتفى بإجازة انتقال وسفر الأم بالمحزون إلى أي جهة تختارها على اعتبارين رئيسيين هما:

1- وجوب تقديم الأم الحاضنة سبب معقول للسفر والانتقال بالمحزون ويرجع تقديره إلى السلطة التقديرية للقاضي.

2- أما الأمر الثاني فهو الأمر المشترك ما بين كل التشريعات العربية، وحتى آراء المذاهب الفقهية الأربعة الكبرى، وهو عدم إضرار هذا السفر والانتقال بمصلحة المحزون.

أما في حالة التعسف: فإن استعمال حق المنع من السفر الذي يمارسه الولي ضد الأم الحاضنة عن طريق منع منح الإذن لها بالسفر وحبس جواز سفر المحزون، فيعتبر تعسفا لحرمانها من السفر والانتقال به كونه دون مبرر وأسباب معقولة. في مقابل هذا فإن مبالغة الأم الحاضنة في استعمال حقها في السفر والانتقال بالطفل المحزون إلى أي وجهة تختارها يعد تعسفا في استعمال الحق، ما لم تقدم سبب معقولا لسفرها، مع ضرورة انعدام الإضرار بمصلحة المحزون وحق الولي في ممارسة أمور الرقابة والإشراف على أمور المحزون.

الملاحظ لنص المادة السالفة الذكر من قانون الأسرة القطري يتبين أن المشرع القطري عمد إلى استعمال مصطلح الحاضنة الأجنبية للدلالة على أن تعسف الحاضنة الأجنبية في هذه الحالة قد يكون بسبب إمكانية عدم رجوعها من السفر، لاحتمالية كون سفرها بالمحزون هنا هو سفر إقامة، وليس سفرا مؤقتا، لذلك فقد أجاز المشرع القطري لولي المحزون التقدم بطلب منع الحاضنة الأجنبية من السفر بالمحزون، مؤسس طلبه على أسباب معقولة، منها خشية عدم عودة الأم الأجنبية من السفر، وعدم إرجاعها المحزون إلى التراب القطري. وهذا ما قد يترتب إضرارا بمصلحة المحزون ومقاصد الحضنة، بالإضافة إلى الإضرار بمصلحة الولي في القيام بأمور الرقابة والإشراف على المحزون.

الفرع الثالث: أحكام السفر والانتقال بالمحزون في التشريع السوري:

لقد خالف المشرع السوري كلا من نظيره المشرع الأردني والقطري في تعاطيه مع مسألة سفر المحزون والانتقال به داخل القطر الوطني السوري، وهذا من خلال ما جاء به في نص المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقوله:

- ليس للأم السفر بالولد أثناء فترة الزوجية إلا بإذن أبيه.

- للأم الحاضنة أن تسافر بالمحزون بعد انقضاء عدتها دون إذن وليه إلى البلدة التي جرى فيها عقد النكاح.
- للأم أن تسافر به داخل القطر إلى البلدة التي تقيم فيها أو البلدة التي تعمل فيها لدى أي جهة من الجهات العليا، شريطة أن يكون أحد أقاربها المحارم مقيما في تلك البلدة.
- تمتلك الجدة لأم نفس الحق المعطى للأم بالفقرتين السابقتين.⁸

التعليق: من الملاحظ أن المشرع السوري أخذ بمبادئ المذهب الحنفي في مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل القطر السوري، وقد قسمه الأحناف إلى قسمين هما:

- 1- السفر في حالة قيام الزوجية: وهذا ممنوع إلا بإذن الزوج لكونه صاحب الولاية والعصمة وهذا ما أكدته المشرع السوري في الفقرة الأولى من المادة 148 من قانون الأسرة السوري.
- 2- السفر بعد انقضاء العدة: فالأحناف قد أجازوا للأم الانتقال والسفر بالمحزون دون الحاجة إلى إذن الولي سواء كان سفرها بالرجوع إلى بلدتها أو البلد الذي جرى فيه عقد النكاح وهذا ما أكدته المشرع السوري في نص المادة 148 من قانون الأسرة السوري، غير أن هذا الانتقال ليس مطلقا، إنما يخضع إلى عدة شروط واعتبارات منها: مراعاة مصلحة المحزون مع ضرورة وجود أحد من أقارب الأم الحاضنة في البلدة التي تريد الانتقال إليها، وذلك مراعاة من المشرع السوري للأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع السوري.

المطلب الثاني: أحكام انتقال المحزون داخل التراب الوطني في التشريعات المغاربية

الفرع الأول: أحكام السفر والانتقال بالمحزون في التشريع الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الجزائري، سواء في حالة الإجازة أو المنع من السفر واكتفى بإلحاق حق الزيارة بالحضانة من خلال ما أورده في نص المادة 64 من قانون الأسرة، تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في معالجة حق الزيارة والمسائل المرتبطة به، ومعيار السلطة التقديرية للقاضي في كل هذه المسائل هي مصلحة المحزون⁹، والتي تعد المعيار الأساسي والمقياس الرئيسي لأي حكم من الأحكام التي يصدرها القاضي الجزائري في أي مسألة تتعلق بالمحزون، وهذا ما أكدته المادة 2/65 من قانون الأسرة الجزائري. إن مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني لا تخرج عن قاعدة السلطة التقديرية للقاضي ومعيار مصلحة المحزون، سواء كان من يريد السفر والانتقال بالمحزون هو الأب أو الأم أو من يقوما مقامها، أو أي شخص من أصحاب حق الحضانة.

✓ أما بالرجوع إلى الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن المحاكم الجزائرية في هذه المسألة سواء كانت المسافة مسافة قصر أو مسافة طول لا يعد السفر والانتقال بالمحزون ممنوعا، ولا سببا من أسباب سقوط الحضانة، إذا ما كان هذا السفر غير ضار بمصلحة المحزون، ولا يمنع الأب من ممارسة حق الزيارة. وهذا ما أكدته المجلس الأعلى من خلال قراره: "من المقرر شرعا بأن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الحق في الزيارة لا يعد سبب أو موجبا لسقوط حق الحضانة عن الأم ولا يمنع استعمال حق الزيارة"¹⁰، وسكوت المشرع الجزائري عن مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني راجع في الأساس إلى أمرين

أساسيين و هما: مصلحة المحزون وهي الأولى بالرعاية والحفظ ثم تأتي بعدها بقية الروابط الأخرى كحق الأب في الزيارة.

أما مسألة قصر مسافة السفر أو طولها فقد ترك الأمر في يد السلطة التقديرية للقاضي، بالإضافة إلى إحالته لما أوردته الشريعة الإسلامية في هذا المجال من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري¹¹.

الفرع الثاني: أحكام السفر والانتقال بالمحزون في التشريع المغربي:

على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري في معالجته مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني عن طريق تركه الفصل في المسألة لسلطة التقديرية للقاضي، فالمشرع المغربي لم يترك الباب مفتوحا للاجتهاد القضائي على إطلاقه وإنما قيده من خلال ما أورده في نص المادة 178 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية: " لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل التراب المغربي، إلا إذا تبث للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحزون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي والمسافة التي تفصل المحزون عن نائبه الشرعي".¹²

التحليل: الملاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع المغربي ربط بإباحة إنتقال الأم الحاضنة أو الولي الشرعي بالمحزون من مكان إلى آخر داخل التراب المغربي على ثلاثة أسس وهي:

1- مصلحة المحزون

2- مراعاة الظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي في القيام الرقابة والإشراف على المحزون

3- بعد المسافة بين النائب الشرعي ومحضونه.

أولاً: مصلحة المحزون: المشرع المغربي كغيره من المشرعين العرب منح الأولوية لمصلحة المحزون دون غيرها من المصالح الأخرى، على اعتبار أن رعاية وحفظ المحزون أهم من أي مصلحة أخرى، وهذا ما أكده القضاء المغربي في إحدى قراراته المستأنفة بالرباط: " إذا كانت الوضعية الدراسية للمحزون لا تسمح بالانتقال به إلى غير مكان الذي يتواجد فيه سقطت الحضانة عن الحاضن فمصلحة المحزون في هذا الشأن أصبحت هي الأولى وتقدم على مصلحة الأبوين".¹³

ثانياً: مراعاة ظروف الأب أو الولي الشرعي في القيام بأمور الرقابة: وهذا راجع إلى حرص المشرع المغربي على مصلحة المحزون بالدرجة الأولى فمصلحة الأب أو الولي الشرعي في مراقبة أمور المحزون، يرجع بالأساس إلى مصلحة المحزون، لذلك أدرج المشرع المغربي هذا الشرط في إباحة السفر والانتقال بالمحزون داخل تراب المملكة سواء كان هذا الانتقال بعيداً أو قريباً فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.¹⁴

ثالثاً: مسألة بعد وقصر المسافة: خالف المشرع المغربي كلا من التشريع الجزائري والتشريعات العربية بتفصيله فيما إذا كانت مسافة السفر مسافة طول أو قصر، وهذا لتمكين الولي الشرعي من ممارسة حق الرعاية على المحزون من جهة وعدم قطع صلة المحزون بأبيه من جهة أخرى.

✓ أما بالرجوع إلى تطبيقات القضاء المغربي في هذه الحالة: فقد حكمت المحكمة الابتدائية بمراكش في إحدى قراراتها بأن: " سهولة المواصلات بين الدار البيضاء والبلدة التي انتقلت إليها الحاضنة بمراكش

تسمح بمراقبة المحزون وتجعل طلب إسقاط الحضانة في غير محله".¹⁵، إن هذا الحكم يجعلنا إلى الحالة العكسية والتي يكون فيها انتقال الأم الحاضنة بالمحزون والسفر به داخل التراب المغربي فيه ما يشكل عسرا على الولي في مراقبة أحوال الصغير والقيام بشؤون مراقبته، فإن على الولي إثبات عسر المراقبة بكافة وسائل الإثبات، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في قبول أو رفض طلبه¹⁶.

التعليق: لقد فصل المشرع المغربي في مسألة الانتقال والسفر بالمحزون داخل التراب الوطني تفصيلا دقيقا، على عكس نظيره التونسي والجزائري الذي ترك الأمر لسلطة التقديرية للقاضي في إجازة أو منع الانتقال والسفر به أخذا بمعيار مصلحة المحزون بالدرجة الأولى، وهذا من خلال ما أورده في نصوص مدونة الأسرة حيث أجاز سفر الأم الحاضنة بالمحزون داخل التراب المغربي مع ضرورة مراعاة ثلاثة أسس وهي: مصلحة المحزون ومراعاة ظروف الأب أو النائب الشرعي في القيام بأمور الرقابة، وأخيرا المسافة الفاصلة بين الأب أو الولي الشرعي ليأتي القضاء المغربي أكثر تفصيلا في أحكامه القضائية الخاصة بمسائل السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب المغربي، حيث أجاز للأم الحاضنة الانتقال بالمحزون بمطلق الحرية داخل التراب المغربي مرجعا ذلك إلى سببين أساسيين وهما:

1. انتشار وسائل النقل الحديثة.

2. تحسن ظروف ومتطلبات الحياة المعيشية للمواطن بصفة عامة، وهذا إلغاء صريح لسقوط الحضانة والمنع من السفر على أساس بعد المسافة.

أما حالة يسر أو عسر الأب المادية فقد أبقى عليها القضاء المغربي في إجازة ومنع الأم الحاضنة من الانتقال والسفر بالمحزون داخل التراب المغربي، إعمالا لمصلحة الأب في القيام بأمور الرقابة على محضونه، وقد أصاب المشرع المغربي في معالجة مسألة سفر المحزون داخل التراب المغربي من جميع نواحيها، سواء فيما يتعلق بمصلحة المحزون، أو ما يتعلق بظروف الأب في ممارسة حق الرقابة، أو فيما يخص قصر المسافة أو طولها.

الفرع الثالث: أحكام السفر والانتقال بالمحزون في التشريع التونسي:

خالف المشرع التونسي كل من المشرع المغربي والجزائري في معالجته مسألة سفر المحزون من خلال ما نص عليه في فصول مدونة الأحوال الشخصية التونسية بعدم تفريقه بين الانتقال والسفر بالمحزون داخل التراب التونسي وخارجه، واكتفى في نص الفصل 69 من مدونة مجلة الأحوال الشخصية: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو محضونه سقطت حضانتها"¹⁷.

التعليق: إن المشرع التونسي ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير ما إن كان سفر الأم معسرا بالنسبة للولي في القيام بأمور الإشراف و الرقابة، سواء كان هذا السفر سفر إقامة أو سفر مؤقت وهذا ما يقرأ من خلال خفايا سطور الفصل 69 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي اعتمد فيها المشرع التونسي معيارين في الإجازة و المنع من السفر والانتقال بالمحزون، وهو أن يكون السفر سفر إقامة و ليس سفر مؤقتا، والمفهوم ضمنا أنه لا مانع عند المشرع التونسي من السفر بالمحزون إن كان السفر مؤقتا كالسفر للعلاج مثلا، والمعيار الثاني هو معيار عسر الأب في القيام بأمور مراقبة المحزون، تاركا تقدير هذا المعيار في الحكم بإجازة، أو منع الحاضنة من السفر والانتقال بالمحزون للسلطة التقديرية للقاضي.

المبحث الثاني: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني:

إن مسألة السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني هي مسألة حساسة جدا لدى مختلف التشريعات العربية لما توليه هذه الأخيرة من عناية كبيرة لمصلحة المحزون والتي يندرج ضمنها مبدأ تنشآت الطفل على دين أبيه الإسلام خاصة إذا كان البلد الأجنبي المقصود هنا هو البلد الذي لا يدين بالدين الإسلامي بالإضافة إلى مسألة إرتباط مسألة السفر والانتقال بالمحزون مع حقوق أخرى وعلى رأسها حق الزيارة و الإشراف على أمور المحزون وهذا ما دفعنا إلى طرح السؤال الأتي : كيف عالج المشرع العربي أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني.؟

المطلب الأول: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريعات المشرقية:

سنتعرض في هذا المطلب موقف التشريعات المشرقية (التشريع الأردني - التشريع القطري - التشريع السوري-) حول مسألة السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني مع تبيان مختلف الأحكام التي تطال هذه وتأثيرها على الحقوق المرتبطة بها.

الفرع الأول: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريع الأردني:

عالج المشرع الأردني مسألة سفر وانتقال الحاضنة بالمحزون خارج حدود المملكة من خلال نص المادتين 176 و 177 من قانون الأسرة الأردني إذا جاء في نص المادة 176 على أنه: " إذا كان المحزون يحمل الجنسية الأردنية فليس للحاضنة الإقامة به خارج المملكة لغاية الإقامة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحة المحزون.¹⁸

أما المادة 177 من نفس القانون فقد نصت: " إذا كان للسفر بالمحزون خارج المملكة لغاية مشروعة ومؤقتة ولم يوافق الولي على سفره فللقاضي أن يأذن للحاضن بالسفر بالمحزون بعد أن يتحقق من مصلحة (المحزون)، وبيان مدة الزيارة وأخذ الضمانات الكافية لعودته بعد الزيارة على أن تتضمن تقديم كفالة يستعد فيها الكفيل بالحس حتى إذعان الحاضن بعودة المحزون مع منع سفر الكفيل حتى عودة المحزون إلى المملكة".

ب: إذا رغب الأب الحاضن في الإقامة بالمحزون خارج المملكة وامتنعت مستحقة الحضانة عنها، أو سقط حقها فيها لأي سبب، فلأب السفر بالمحزون والإقامة به، وفق أحكام المادة 181 من هذا القانون وبعد تقديم الضمانات التي توافق عليها المحكمة.¹⁹

التحليل: الملاحظ لما أورده المشرع الأردني في نص المادتين السالفتين الذكر أن المشرع الأردني ميز بين نوعين من السفر خارج المملكة وهما: السفر بقصد الإقامة والسفر المؤقت و سنفصل فيهما حسب ما أورده المشرع الأردني في نص المادتين:

أولاً: السفر بقصد الإقامة: من النضرة الأولى على نص المادة 176 من قانون الأسرة الأردني قد ميز المشرع الأردني في سفر الإقامة بين المحزون الذي يحمل الجنسية الأردنية وبين المحزون الذي لا يحملها فبالنسبة للمحزون الذي يحمل الجنسية الأردنية فقد إشتراط المشرع الأردني على الأم الراغبة بالسفر والانتقال بالمحزون (الحامل للجنسية الأردنية) وهما:

1- موافقة الولي.

2- التحقق من تأمين مصلحة المحضون.

فمن خلال ما سبق إن المشرع الأردني أسقط الحضانة عن الأم الراغبة بالسفر بالمحضون سفر إقامة في حالة عدم توافر الشروط الواردة في نص المادة 176.20

أما بالنسبة لحالة سفر الأب بالمحضون خارج المملكة للإقامة الواردة كما في نص المادة 177 فقرة ب فإن المشرع الأردني أجاز له السفر في هذه الحالة مع اشتراط توافر شرطين أساسيين وهما:

1- ألا يتعارض هذا مع نص المادة 181 بالتي تنظم حق الزيارة

2- تقديم الضمانات التي توافق عليها المحكمة.

وهذا في حالتين وهما:

الحالة الأولى: امتناع مسحقة الحضانة عنها.

الحالة الثانية: سقوط مسحقة حق الحضانة في الحضانة لأي سبب²¹.

ثانيا: السفر المؤقت: من خلال المنصوص عليه في المواد السابقة الذكر بشأن مسألة السفر المؤقت بالمحضون خارج المملكة فالمشرع الأردني لم يسقط الحضانة عن الحاضنة في هذه الحالة واكتفى بوضع مجموعة من الشروط وهي:

1- أن تكون الغاية من السفر المؤقت مشروعة.

2- موافقة الولي.

أما في حالة رفض هذا الأخير سفر الحاضنة وكانت الغاية من سفرها المؤقت مشروعة أذن لها القاضي بالسفر بشروط وهي:

1- التحقق من تأمين مصلحة المحضون

2- بيان مدة الزيارة (السفر)

3- تقديم ضمانات كافية لعودة الحاضن بعد انتهاء مدة الزيارة ومن بين هذه الضمانات

4- تقديم كفيل يستعد فيها بالحبس في حالة عدم عودة المحضون.

5- والكفالة الأخرى، منع الكفيل من السفر حتى عودة المحضون إلى تراب المملكة.²²

التعليق: من خلال ما سبق بيانه في موقف التشريع الأردني بخصوص السفر والانتقال بالمحضون خارج التراب الأردني، فإن المشرع الأردني قد ميز بين عديد الحالات التي يمكن أن تطال مسألة السفر بالمحضون، وأولها تمييز المشرع الأردني بين حالة سفر الإقامة أو سفر مؤقت، ليأتي في سفر الإقامة ليعطي تفصيلا آخر بين إن كانت الأم الحاضنة هي الراغبة بالسفر والانتقال بالمحضون خارج المملكة الأردنية، فقد أشترط المشرع في هذه الحالة موافقة الولي بالدرجة الأولى، والتحقق من مصلحة المحضون. هذه الشروط خاصة بالنسبة للمحضون الذي يحمل الجنسية الأردنية، ويبقى قصد المشرع الأردني من وراء هذه الخطوة مجهول الأسباب، ولا يفهم منه إن كان هو امتياز أعطاه المشرع الأردني للحاملين الجنسية الأردنية، أو هو هروب وتحايل من المشرع الأردني من القوانين والاتفاقيات الدولية

لحماية المحزون وتنشئته في ظل الشريعة الإسلامية من خلال منع الأم من السفر بالمحزون الحامل للجنسية إلى خارج المملكة، في حين تفسر التطبيقات والممارسات القضائية لما ذهب إليه المشرع الأردني في هذا التوجه. أما في باقي الحالات التي تم ذكرها في هذا العنصر، فقد أصاب المشرع الأردني من خلال الشروط التي وضعها من أجل السماح بالسفر بالمحزون، وهذا إعمالاً لمصلحة المحزون الفضلى، التي تتطلب الحفظ والحماية من الدرجة الأولى.

الفرع الثاني: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريع القطري

لقد سبق وبيننا موقف التشريع القطري من مسألة الانتقال والسفر بالمحزون فقد أجاز لمشرع القطري للأم السفر بالمحزون إلى أي وجهة تختارها، سواء كانت الوجهة داخل التراب القطري أو خارجه لكنه إشتراط على الأم الحاضنة الراغبة بالسفر شرطين وهما:

- أن يكون سبب السفر معقولاً.

- ألا يكون في سفرها إضرار بمصلحة المحزون.

وهذا ما أكدته المادة 185 من قانون الأسرة القطري في تعاطيها مع مسألة سفر الأم الحاضنة بالمحزون، حيث أجاز للأم الحاضنة السفر بالمحزون وفق الشروط التي سبق بيانها.

الملاحظ من خلال نص المادة 185 السابقة الذكر أن المشرع القطري جاء بلفظ الأم الحاضنة في الفقرة الأولى، ليأتي بلفظ الأم الأجنبية في الفقرة الثانية، وفي ذلك دلالة على أن الأم الحاضنة الوارد ذكرها في الفقرة الأولى من المادة 185 هي الأم القطرية، وما يؤكد هذه الفكرة هو عدم اشتراط المشرع القطري موافقة الأب على الأم الحاضنة التي تريد السفر بالمحزون الوارد ذكرها في نص المادة 185 السابقة الذكر.

ليأتي في الفقرة 02 من نص المادة 185 من قانون الأسرة القطري بقوله: " إذا كانت الحاضنة الأجنبية وكان سفرها عرضياً لغير إقامة في وطنها، فللقاضي طلب إحضار كفيل، يضمن عودتها بالمحزون".²³

التحليل: الملاحظ في معالجة المشرع القطري لمسألة السفر بالمحزون والانتقال به، يدرك أن المشرع القطري قد عالج المسألة على أساس الحاضنة، فيجيز للأم الحاضنة القطرية السفر والانتقال بالمحزون سواء كان السفر بقصد الإقامة أو كان سفر مؤقتاً، وهذا بشرط أن يكون سبب السفر معقولاً وألا يكون فيه إضرار بمصلحة المحزون. والمفهوم المخالف لهذا الموقف هو إجازته للأم الأجنبية السفر بالمحزون سفر مؤقتاً مع ضرورة توفر شرط إذن الولي وأن يكون السفر مؤقتاً لا دائماً أما في حالة رفض الولي منح الإذن لها فقد ألغى المشرع القطري تقديم كفيل يضمن عودتها بالمحزون إلى التراب القطري،²⁴ ومرد هذا هو الخوف على أن يألف الطفل المحزون دين غير الإسلام لكون الحاضنة الأجنبية المقصودة في نص المادة 185 هي الحاضنة التي لا تدين بالدين الإسلامي. إن ما يؤكد هذا هو ما ذهب إليه المشرع القطري في نص المادة 175 من قانون الأسرة بقوله: " تستحق الأم الغير مسلمة - ما لم ترند- الحضانة حتى يعقل الصغير الأديان أو حتى يخشى عليه أن يألف دين غير الإسلام، إلا أنه لا يجوز إبقاء المحزون معها بعد بلوغه السابعة من العمر"²⁵، ولعل هذا هو سبب المنع الوارد في نص المادة 185 الصادر في حق الأم الأجنبية من السفر والانتقال بالمحزون إلى الخارج سفر دائماً.

التعليق: إن معالجة المشرع القطري لمسألة السفر والانتقال بالمحزون جاءت مختلفة عن نظرة ومعالجة نظيره المشرع الأردني، ويرجع ذلك إلى الاعتبارات التي عالج بها المشرع القطري المسألة، من خلال تفريقه بين فيما إذا كانت الحاضنة هي الأم القطرية أو الأم الأجنبية التي تدين بالدين الإسلامي، وذلك حسب ما يفهم من نص المادة 175 من قانون الأسرة القطري، وحالة كون الحاضنة أجنبية (غير مسلمة)، فإن كانت الأم الحاضنة (التي تدين بالدين الإسلامي) هي التي تريد الانتقال بالمحزون والسفر به فالأصل في سفرها الإجازة، وإن كان سفرها سفراً دائماً مع مراعاة الشروط الواردة ذكرها في نص المادة 185 من قانون الأسرة القطري.

أما في حالة الحاضنة الأجنبية (التي لا تدين بالدين الإسلامي) فقد حصر المشرع القطري حقها في الانتقال والسفر بالمحزون في السفر المؤقت فقط، مع ضرورة مراعاة الأحكام الواردة في نصوص قانون الأسرة القطري التي تعالج هذه المسألة، وهذا حماية ومراعاة لمصلحة المحزون وفق ما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريع السوري:

ذهب المشرع السوري في معالجته سفر المحزون إلى معيار مختلف عن المعايير التي ذهب إليها نظيره المشرع الأردني والقطري في هذه المسألة، باعتماده التقسيم الذي أورده المذهب الحنفي، وهو التفريق بين السفر بالمحزون حالة قيام الزوجية، والسفر بالمحزون أثناء فترة حضانته، وهذا ما جاء به في نص المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقوله: "ليس لأحد الأبوين أن يسافر بالولد خارج الجمهورية العربية السورية أثناء الزوجية إلا بإذن الآخر... ما لم تقتض المصلحة الفضلى للمحزون خلاف ذلك... ويعود تقديرها للقاضي في قرار معلل"، ليأتي في الفقرة الثانية من نفس المادة بقوله: "ليس لأحد الأبوين أن يسافر بالولد خارج الجمهورية العربية السورية خلال فترة حضانته إلا بإذن الآخر... ما لم تقتض المصلحة الفضلى للمحزون خلاف ذلك ويعود تقديرها للقاضي في قرار معلل".²⁶

التحليل: لقد فرق المشرع السوري بين السفر أثناء قيام الزوجية، والسفر أثناء فترة الحضانة. وسنقوم بتحليل المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية السوري لتبيان كل حالة من الحالات علحدي:

الحالة الأولى: السفر أثناء قيام الزوجية:

من خلال نص المادة يتبين أن المشرع السوري قد وضع عدة نقاط لمعالجة مسألة السفر والانتقال بالمحزون أثناء قيام الزوجية وهي:

- 1- السفر بالولد مقصوراً على الأم والأب دون غيرهم.
 - 2- إلزامية موافقة الطرف الآخر في حالة السفر والانتقال بالولد من أحد الأبوين.
 - 3- الإجازة بالسفر أو المنع منه يخضع لمعيار مصلحة المحزون.
 - 4- تقدير مصلحة المحزون من السفر ترجع إلى السلطة التقديرية للقاضي.
 - 5- على القاضي في تقدير مصلحة المحزون من المنع أو الإجازة بالسفر تقديم قرار معلل.
- الحالة الثانية: السفر أثناء فترة الحضانة:**

من خلال عرضنا السابق لنص المادة 150 فقرة 02 من قانون الأحوال الشخصية السوري نلاحظ أن المشرع السوري قد أبقى على نفس الأحكام التي سبق ذكرها في الحالة الأولى سواء كان السفر دائما أو مؤقتا²⁷.

التعليق: من خلال ما سبق عرضه وبيانه في معالجة المشرع السوري لمسألة السفر بالمحزون والانتقال به إلى خارج التراب الوطني السوري، نلخص إلى أن المشرع السوري قد اعتمد نفس ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي في تقسيم المسألة إلى حالتين وهي: حالة قيام الزوجية وحالة إنقضاء فترة الحضانة. لكن ما يأخذ على المشرع السوري في هذه المسألة، هو ترك نفس الأحكام التي تعالج مسألة السفر والانتقال بالمحزون إلى خارج الجمهورية السورية في حالة قيام الزوجية، أو في فترة الحضانة. ومن جهة أخرى يعد أمرا إيجابيا للمشرع السوري مساواته في الدرجة بين الأم والأب، وذلك من خلال وجوبية الإذن بالسفر من الطرف الآخر في حالة رغبة أي طرف منهما السفر، وأيضا حصره حق السفر بالمحزون في الأب والأم دون غيرهم، وهذا مراعاة منه لمصلحة المحزون.

المطلب الثاني: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريعات المغاربية:

نتناول بالدراسة في هذا المطلب موقف التشريعات المغاربية في مسألة السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني (البلد الأجنبي) وتأثيرها على الحقوق المرتبطة بها كحق الزيارة والحق الرعاية والإشراف كما نشير إلى مسألة معنى البلد الأجنبي عند التشريعات المغاربية وكذا طريقة معالجة الإشكالات التي تطرحها المسألة في التطبيقات القضائية

الفرع الأول: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريع الجزائري:

المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية عالج مسألة سفر المحزون وانتقاله إلى الخارج، وذلك على أساس مدى تأثير هذا السفر على مصلحة المحزون من جوانبها المختلفة. لقد جعل السفر بالمحزون إلى الخارج من أسباب سقوط الحضانة والتنازل الضمني عنها، إذا ما كان هذا السفر والانتقال فيه إضرار بمصلحة المحزون. أما بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 69: " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحزون في ذلك"²⁸.

التحليل: من خلال استقراء نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري عالج مسألة سفر المحزون على عدة اعتبارات وهي:

1. ساوى المشرع الجزائري في حق السفر والانتقال بالمحزون إلى الخارج بين جميع أصحاب الحق في الحضانة.
2. المنع والإجازة بالسفر والانتقال بالمحزون يرجع للسلطة التقديرية للقاضي.
3. مراعاة مصلحة المحزون في منع السفر أو إجازته.
4. المقصود بالسفر في نص المادة هو سفر الإقامة وليس السفر المؤقت.

أورد المشرع الجزائري في نص المادة السابقة الذكر مصطلح البلد الأجنبي في حالة رغبة صاحب الحق في الحضانة الاستيطان فيه، فذلك قد يفقده حق الحضانة ويسقطها عنه. وهذا المنع من السفر إلى البلد الأجنبي بالمحزون إن كان هذا السفر والانتقال إلى بلد أجنبي فيه إضرار بمصلحة المحزون. ولبيان القصد من دلالة البلد الأجنبي الوارد ذكره في نص المادة 69 من قانون الأسرة، وجب علينا الرجوع إلى تطبيقات وممارسات القضاء الجزائري في

هذه المسألة.²⁹ فقد ورد في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر في 19/02/1990: " من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب كما في قضية الحال، يعد قضاء مخالفا لشرع والقانون يستوجب نقض القرار المطعون فيه"³⁰، ليأتي قرار آخر من قرارات المحكمة العليا تحت رقم 273526 بتاريخ 26/12/2001 ليقضي بسقوط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر. وقد أسس قضاة المحكمة العليا قرارهم هذا على أن: " قضاة الموضوع قد أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة. ومرد ذلك إلى أن أي مسألة تخص المحضون من سفر وغيره، وجب ردها إلى أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص قانون الأسرة الجزائري"³¹.

من خلال ما سبق عرضه نخلص إلى أن مصطلح البلد الأجنبي الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري هو البلد الذي لا يدين بالدين الإسلامي، ويخاف فيه على أن يتربى المحضون على دين غير دين أبيه وهو الإسلام. وهذا ما أكدته القضاء الجزائري في العديد من الأحكام والقرارات الخاصة بهذه المسألة. أما في القراءة العكسية لما سبق ذكره فإن السفر بالمحضون والانتقال به إلى الخارج سفرا مؤقتا لا يعد مانعا مسقطا للحضانة عن الحاضن، حتى لو كان هذا البلد الاجنبي لا يدين بالدين الإسلامي.³²

التعليق: لم يفصل المشرع الجزائري حالة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون إلى خارج التراب الوطني في نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري، كما فعل نظراؤه المشاركة، وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المسألة من جهة، إذ لا يقتصر الأمر على ترك مسألة السفر بالمحضون إلى الخارج مبهمة، وإنما بمساواته بين كل من له الحق في الحضانة السفر والانتقال بالمحضون إلى الخارج، ومن جهة أخرى فقد وضع المشرع الجزائري كل الثقل على كاهل القاضي في تقدير ما إن كان السفر في مصلحة المحضون من عدمه، ولعل ما يحسب إيجابيا للمشرع الجزائري هو حرصه على مصلحة المحضون من ناحيتين: أولها منع السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي لا يدين بالدين الإسلامي سفر إقامة، ومن جهة ثانية المنع من السفر في حالة كون البلد الذي يريد الحاضن السفر إليه هو بلد بعيد عن الأب، بحيث لا يمكنه من ممارسة الرقابة على المحضون.

الفرع الثاني: أحكام السفر والانتقال بالمحضون خارج التراب الوطني في التشريع المغربي:

من خلال دراسة موقف المشرع المغربي في معالجته مسألة سفر المحضون داخل التراب المغربي، فقد كان حريصا على حماية مصلحة المحضون من جهة، وحماية ظروف الأب والولي الشرعي في مراقبة أحوال الصغير من جهة أخرى. لقد حرص المشرع المغربي على ذلك من خلال تكراره في معالجته مسألة انتقال المحضون إلى الخارج، حسب ما أورده في نص المادة 179 من مدونة الأسرة المغربية بقوله: " يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون، أن تضمن في قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب، دون موافقة نائبه الشرعي.

تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات القضائية المختصة مقرر المنع قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك.

في حالة رفض الموافقة على السفر بالمحزون خارج المغرب يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك.³³

التحليل: من خلال ما أورده المشرع المغربي في نص المادة 179 من قانون الأسرة يمكننا ملاحظة واستخلاص الآتي:

1- الأصل في السفر بالمحزون إلى خارج المملكة المغربية هو المنع، والاستثناء إجازة ذلك، ولكن على شرط موافقة النائب الشرعي أو النيابة العامة.

2- لقاضي المستعجلات الإذن للحاضنة بالسفر بالمحزون، وذلك في حالة رفض النائب الشرعي، مع مراعاة مصلحة المحزون.

3- أعطى المشرع المغربي الحق للولي الشرعي والنيابة العامة طلب المنع في قرار سابق أو لاحق لقرار إسناد الحضانة.

4- أدرج المشرع المغربي مسألة السفر بالمحزون إلى الخارج ضمن الأمور الاستعجالية لما في ذلك من حساسية بالغة، وحرصاً منه على حماية مصلحة المحزون.

5- في حالة صدور قرار المنع من السفر بالمحزون إلى خارج المغرب، تتولى النيابة العامة تبليغ القرار إلى الجهات المختصة لتنفيذه. وفي ذلك إشارة واضحة إلى إعطاء المشرع المغربي الحق للنيابة العامة للتدخل في مسائل الأحوال الشخصية.

6- إجازة السفر بالمحزون خارج المغرب تكون في حالة السفر المؤقت فقط، وأن يكون هذا السفر لغاية واضحة يتأكد منها القاضي، بالإضافة إلى تقديم ضمان عودة المحزون إلى المغرب.³⁴

أما بخصوص تطبيقات القضاء المغربي للأحكام الوارد ذكرها في نص المادة 179، فنجد أن القضاء المغربي أجاز سفر المحزون إلى خارج المغرب في إحدى القرارات الاستعجالية إذ جاء فيه: "السماح للحاضنة بالسفر خارج المملكة المغربية، لأن الغرض من السفر صلة الرحم بينتيها المتواجدتين بفرنسا، وتعهدت بإرجاع المحزون إلى الوطن قبل الدخول المدرسي المقبل. وحيث أنه بغض النظر عن شروط أعمال القاضي لأحكام المادة 179 من قانون الأسرة المتوفرة في النازلة، فإن قبول الطلب محتمة أيضا مصلحة العائلة كلها، بما فيها مصلحة أب المحزون الذي لا يمكن أن يستسيغه بدوره أو يمنع ابنه من صلة الرحم بأخته. فالطلب يجد سنده في القانون الطبيعي في حد ذاته".³⁵، لكنه في قرار إستعجالي آخر صادر عن القضاء المغربي يرفض الإذن وطلب السماح بسفر المحزون إلى الخارج حيث جاء في حيثيات القرار: "حيث أنه لما كان السفر المطلوب لا يكتسي صفة عرضية كما هو ثابت في المقال، فإن الشرط اللازم لاختصاص قاضي المستعجلات يكون غير قائم"³⁶.

التعليق: لقد حرص المشرع المغربي في معالجة سفر المحزون إلى الخارج بالغ الحرص على حماية مصلحة المحزون من جميع الجوانب، مع بيان دقيق للأحكام التي تعالج مسألة السفر والانتقال بالمحزون إلى الخارج، وذلك عكس ما ذهب إليه نظيره الجزائري الذي ذهب في أحكامه وممارساته القضائية إلى التركيز على مصلحة المحزون في الجانب

الديني فقط، دون التفصيل في أحكام أخرى، كما أدرج المشرع المغربي مادة في قانون الأسرة المغربي تعالج مسألة السفر والانتقال بالمحزون إلى بلد أجنبي، ولم يفرق المشرع المغربي باحتمالية كون البلد الأجنبي مسلم أم لا، وما يحسب للمشرع المغربي هو إدراجه مسألة السفر والانتقال بالمحزون في إختصاصات النيابة العامة، فقد خولها الحق في طلب المنع من السفر على قدم المساواة مع النائب الشرعي، إضافة إلى كون مسألة السفر بالمحزون من المسائل التي تعالج على وجه الاستعجال.

الفرع الثالث: أحكام السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني في التشريع التونسي:

نص المشرع التونسي على مسألة السفر بالمحزون في الفصلين 61 و62 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، لينص في الفصل 61 منها بقوله: " إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها".³⁷، ليأتي في نص الفصل 62 من ذات المجلة: " يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها، مادامت حضانتها قائمة، ما لم تقتض مصلحة المحزون خلاف ذلك"³⁸، وفي نص الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفقرة الثانية: " تتمتع الأم في صورة إسناد الحضانة إليها بصلاحيات الولاية، فيما يتعلق بسفر المحزون ودراسته والتصرف في حساباته المالية"³⁹

التحليل: من خلال ما سبق عرضه في الفصول المتعلقة بمسألة السفر بالمحزون والانتقال به، نجد أن المشرع التونسي قد اعتمد معايير مختلفة تتعارض مع بعضها البعض أحيانا وهذه المعايير:

1- عدم بيان القصد من مصطلح السفر الوارد ذكره في الفصل 61 إذا كان سفر داخل التراب التونسي أو خارجه.

2- المقصود بالسفر في الفصل 61 هو سفر مؤقت وليس دائما.

3- مراعاة مصلحة الأب في مراقبة المحزون.

4- عدم إدراج مصلحة المحزون في نص الفصل 61 وإنما ترك الأمر بيد السلطة التقديرية للقاضي.

5- للأُم الحاضنة ولاية على المحزون في مسألة السفر ولا يمكن للأب منعها من السفر ولا تحتاج إلى موافقته، على عكس ما أورده المشرع المغربي والأردني والقطري في هذه المسألة.⁴⁰

إلا أن الممارسات القضائية في القضاء التونسي قد أعطت توضيحا أكثر من الذي أورده المشرع التونسي في الفصول السابقة الذكر، إذ جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية: " اقتضى الفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية أن للولي النظر في شؤون المحزون وتأديبه وإرساله إلى المدرسة، ومن البديهي أن الولي لا يتمكن من القيام بهذا الواجب إلا إذا كان المحزون بالقرب منه وعلى مسافة معقولة، وتفرعا على ذلك يكون غير قائم على قاعدة قانونية الحكم الذي قضى برفض مطلب إسقاط الحضانة على أساس أن الولي أصبح غير قادر على مراقبة المحزون بعد إنتقال الحاضنة ببلد بعيد عن مسقط رأس الولي".⁴¹

الملاحظ من خلال القرار التعقيبي أن المشرع التونسي لم يعارض نفسه من خلال ما أورده في نص الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية وما أورده في الفصل 67 فقرة 03 من نفس المجلة وإنما قدم مصلحة الولي في القيام بأمر

مراقبة محضونه على صلاحية السفر الممنوحة للأمم الوارد ذكرها في الفصل 67 فقرة 03. وهذا يعطينا نظرة واضحة على قصد المشرع التونسي من (يسر وعسر) ظروف الولي في القيام بمراقبة أمور محضونه المنصوص عليها في الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية، والتي يدرجها المشرع التونسي ضمناً في حفظ وحماية مصلحة المحزون الوارد ذكرها في الفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية.

التعليق: قد كان المشرع التونسي ذكياً في التعامل مع مسألة سفر المحزون إلى الخارج من خلال ما أورده في نصوص وأحكام مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث أدرج مصلحة الولي في مراقبة أحوال المحزون، هي أساس الإجازة والمنع من السفر والانتقال بالمحزون على شرط أن يكون السفر مؤقتاً لا دائماً، مع إعطائه للأمم الحاضنة ولاية السفر بالمحزون والذي يعد إجراء شكلياً فقط لا محل له من الاعتبار، وهو تحايل وهروب من نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذه المسائل، وذلك سعي من المشرع التونسي لحماية وحفظ الطفل المحزون و تنشئته على الدين الإسلامي في حالة كون الأم الحاضنة غير مسلمة، أو أرادت الأم الحاضنة السفر بالمحزون إلى بلد غير مسلم و هذا ما ذهب إليه نظيره الجزائري.

خاتمة:

إن موضوع الحضانة من الموضوعات التي تكتسي أهمية بالغة في التشريعات المختلفة، لما في ذلك من تأثير على مصلحة المحزون والمصالح المتعلقة به، ومنها خاصة الحفاظ على الروابط الأسرية بين أطراف العلاقة الأسرية سواء أثناء سريانها أو بعد انقضائها. وقد حرص المشرع العربي بصفة عامة سواء أكان المشرع المشرقي أو المغربي على الاهتمام بالتفاصيل المتعلقة بمسائل المحزون ومن بين هذه المسائل، مسألة السفر والانتقال بالمحزون - كما سبق بيانها في هذه الورقة البحثية - إذا لجأ كل مشرع إلى معالجة مسألة السفر والانتقال بالمحزون من وجهة نظر مؤسسة، معتمداً في ذلك على عدة اعتبارات فمثلاً نجد أن المشرع الأردني فرق بين السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني وخارجه، على عكس نظيره الجزائري الذي ترك الأمر في للسلطة التقديرية للقاضي لعلاج كل مسألة حسب مقتضاياتها، لكن ما اتفق عليه كل المشرعين سواء المشاركة أو المغاربة حول مسألة سفر وانتقال المحزون هو تقديم مصلحة المحزون (تربيته وفق ما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية)، وتحت رقابة وليه وهذا ما لاحظناه من خلال نصوص قوانين الأحوال الشخصية والتطبيقات القضائية في هذه المسألة. والأمر الثاني المتفق عليه من بين المشرعين العرب هو تقييد السفر بالمحزون إلى الخارج في حالة سفر الإقامة، خاصة إذا كان البلد الأجنبي لا يدين بالدين الإسلامي، فالحكم في هذه الحالة سقوط الحضانة عن الحاضنة والمنع من السفر. أما في حالة كون السفر مؤقتاً، ولا يضر بمصلحة المحزون فقد أجاز المشرع العربي للحاضنة السفر بالمحزون بشروط معينة وهي عدم إضرار السفر بمصلحة المحزون بالإضافة إلى موافقة الولي، وتقديم الضمانات بعودة الحاضنة بالمحزون إلى التراب الوطني والقصد من ذلك هو حرص المشرع العربي على حماية مصلحة المحزون قبل أي مصلحة أخرى.

النتائج والتوصيات:

النتائج:

- 1- حرص المشرع العربي المشرقي على بيان أحكام الحضانة في جميع جوانبها، ومنها مسألة السفر بالمحزون، سواء أكان السفر سفر إقامة أو سفر مؤقتا، وسواء أكان السفر داخل التراب الوطني أو خارجه.
 - 2- تمييز المشرع العربي المشرقي بين حالة السفر والانتقال داخل التراب الوطني والسفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني، فأجاز السفر داخل التراب الوطني بكل حرية، على شرط ألا يكون فيه إضرار بمصلحة المحزون.
 - 3- تشدد المشرع العربي المشرقي في مسألة السفر والانتقال بالمحزون إلى خارج التراب الوطني، حاصرا إياه في السفر المؤقت، مع ضرورة تقديم كفالة وضمانة بعودة المحزون إلى التراب الوطني.
 - 4- الأساس التشريعي في مسائل الحضانة عند المشرع المشرقي هي مصلحة المحزون المستمدة من أحكام وأراء فقهاء الشريعة الإسلامية.
 - 5- حصر المشرع العربي المشرقي حق السفر والانتقال بالمحزون داخل وخارج التراب الوطني في يد الأب والأم دون غيرهم، إعمالا لمبدأ مصلحة المحزون.
 - 6- لجأ المشرع الأردني إلى معيار الجنسية الأردنية للمحزون في معالجة مسألة السفر والانتقال به إلى الخارج، وهذا حرصا على مصلحة المحزون الفضلى، في حين لجأ نظيره المشرع القطري إلى معيار الأم (القطرية - المسلمة) والحاضنة الأجنبية (غير المسلمة) في الإجازة والمنع من السفر، في حين خالف المشرع السوري باعتماده معيار قيام الزوجية وانقضائها.
- أما بالنسبة للتشريعات المغاربية:

- 1- لم يفصل المشرع المغاربي في مسألة السفر والانتقال بالمحزون في حالة السفر والانتقال داخل التراب الوطني في نصوص ومواد تشريعات قوانين الأسرة.
- 2- ترك المشرع المغاربي مسألة سفر المحزون والانتقال به مبهمة، فيما يتعلق بحالة السفر الدائم أو السفر المؤقت ما عدا المشرع المغربي في نصوص قانون الأسرة المغربي.
- 3- أعطى المشرع المغاربي السلطة التقديرية الواسعة للقاضي للفصل والبت في مسألة منع وإباحة السفر والانتقال بالمحزون داخل وخارج التراب الوطني.
- 4- خالف المشرع المغربي كلا من المشرع الجزائري والمشرع التونسي في معالجة مسألة السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني، وذلك بنصه على كل من حالة السفر والانتقال داخل وخارج التراب الوطني في نصوص مواد الأسرة.
- 5- لجأ المشرع التونسي والجزائري إلى فكرة البلد الأجنبي (غير المسلم) تهربا من أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحضانة والتي تتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، لمنع الأم الحاضنة من السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني
- 6- وكذلك لإسقاط الحضانة عنها حماية لمصلحة المحزون (تربيته على الدين الإسلامي).

- 7- لم يفرق المشرع الجزائري في مسألة حق السفر والانتقال بالمحزون بين الأب والأم وباقي أصحاب الحق في الحضانة، إنما ساوى بينهم. وهذا ما لم يقض به فقهاء المذاهب الأربعة وباقي التشريعات التي تناولتها بالدراسة على عكس نظيره المشرع المغربي والتونسي.
- التوصيات:** بناء على النتائج المتوصل إليها نوصي بما يلي:
- 1- إعطاء مفهوم واضح وشامل لمصطلح مصلحة المحزون أو تحديد معايير لها (معياري مادي- معياري معنوي).
 - 2- إدراج مواد خاصة لمعالجة مسألة السفر والانتقال بالمحزون داخل التراب الوطني وخارجه، مع مراعاة مصلحة المحزون وأصحاب الحقوق المتعلقة به.
 - 3- إعداد دراسة علمية دقيقة حول مسألة السفر والانتقال بالمحزون في ظل تغير معطيات الحياة المعاصرة، لما في ذلك من حساسية بالغة وذلك لاختلاف حالات أطراف العلاقة (الحاضنة الأجنبية- غير المسلمة) لسد الثغرات الموجودة.
 - 4- إدراج مواد تفصيلية تعالج مسألة السفر والانتقال بالمحزون (السفر المؤقت- سفر الإقامة)، مع مراعاة أصحاب الحقوق الأخرى كحق الزيارة والمراقبة والإشراف.
 - 5- تحديد أصحاب الحق في السفر والانتقال بالمحزون خاصة في حالة السفر والانتقال إلى خارج التراب الوطني وحصرها في الأبوين دون غيرهم.
 - 6- إخضاع السفر والانتقال بالمحزون إلى موافقة الأب، مع ضرورة تقديم ضمانات تكفل تأمين مصلحة المحزون وضمان عودته إلى التراب الوطني، خاصة في حالة رغبة الأم الحاضنة السفر والانتقال بالمحزون إلى الخارج.
 - 7- ضرورة تحديد سن معينة يمنع فيها السفر والانتقال بالمحزون خارج التراب الوطني مع وضع حالات استثنائية لها كحالة العلاج مثلاً.
 - 8- إدراج مسألة السفر والانتقال بالمحزون ضمن المسائل المستعجلة مع تدخل النيابة العامة في مسألة السفر والانتقال بالمحزون.

الهوامش:

- 1- المادة 55 من المرسوم الرئاسي رقم 20-251، مؤرخ في 27 محرم عام 1442 الموافق 15 سبتمبر سنة 2020، المتضمن استدعاء الهيئة الناخبة لتعديل الدستور، الجريدة الرسمية، عدد 54، الأربعاء 28 محرم عام 1442 هجري، الموافق 16 سبتمبر سنة 2020.
- 2- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1990، دون طبعة، ص 153.
- 3- نوال بنت عبد العزيز العبد، حقوق المحزون، ج01، جامعة أم القرى، مكة، السعودية، 1436 هجري، ص 44.
- 4- المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، لعام 2010، الصادر عن دائرة قاضي القضاة، عمان، الأردن.
- 5- المادة 185 من قانون رقم 22 لسنة 2006 المتعلق بإصدار قانون الأسرة القطري رقم 2006/22 مأخوذ من الموقع الإلكتروني: <http://www.almeezan.qa>
- 6- المادة 176 من قانون الأسرة القطري. 2006.

- 7- المادة 185 من قانون الأسرة القطري 2006.
- 8- المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59، بتاريخ 1953/09/07، الجمهورية العربية السورية.
- 9- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق، ص 55.
- 10- باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 32.
- 11- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة لطباعة والنشر، الجزائر، ط 04، 2010، ص 142.
- 12- المادة 178 من ظهير شريف رقم 22.04.1، الصادر في 12 من ذي الحجة 1424، الموافق ل 3 فبراير سنة 2004، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 03.70، الجريدة الرسمية، رقم 5184، الصادرة يوم الخميس. 05 فبراير، 2004.
- 13- إدريس الفاخوري، السفر بالمحضون أية حماية، دراسة في ظل قوانين الأسرة لبلدان المغرب العربي، مجلة الحقوق، عدد 13، 2012، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ص 42.
- 14- المادة 178 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- 15- مجلة المحامي، تصدر عن هيئة المحامين بمدينة مراكش، المغرب، عدد 25-26، 2005.01.01، ص 283.
- 16- حميدو زكية، حماية الطفل عبر مكان ممارسة الحضانة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، ج 04، رقم 01، سنة 2002، جامعة الجزائر، ص 46.
- 17- الفصل 69 من أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376، الموافق ل 13 أوت 1956، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.
- 18- المادة 176 من قانون الأسرة الأردني.
- 19- المادة 177 من قانون الأسرة الأردني.
- 20- قراءة تحليلية لنص المادة 176 من قانون الأسرة الأردني.
- 21- قراءة تحليلية لنص المادة 177 من قانون الأسرة الأردني.
- 22- قراءة تحليلية لنص المادة 177 من قانون الأسرة الأردني.
- 23- المادة 185 من قانون الأسرة القطري لسنة 2006.
- 24- قراءة تحليلية لنص المادة 185 من قانون الأسرة القطري لسنة 2006.
- 25- المادة 175 من قانون الأسرة القطري لسنة 2006.
- 26- المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية السوري.
- 27- قراءة تحليلية لنص المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية السوري.
- 28- المادة 69 من الأمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 02-05، المؤرخ في 18 محرم عام 1426، الموافق ل 27 فبراير، سنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005.
- 29- كمال صمامة، مسقطات الحضانة في التشريعات المغربية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق، بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
- 30- باديس دياي، مرجع سابق، ص 93.
- 31- المجلة القضائية، تصدر عن المحكمة العليا الجزائرية، عدد 01، سنة 2004، ص 246.
- 32- فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانون، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، عدد 01، جامعة الوادي، الجزائر، رمضان 1439، جوان 2012، ص 171.
- 33- المادة 179 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- 34- قراءة تحليلية لنص المادة 179 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
- 35- إدريس فاخوري، مرجع سابق، ص 26.
- 36- إدريس فاخوري، مرجع سابق، ص 26-27.
- 37- الفصل 61 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

38- الفصل 62 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

39- الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

40- قراءة تحليلية للفصل 61 من قانون الأحوال الشخصية التونسي.

41- عائدة اليرمانغريال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية- تونس مثالا- رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصص في حقوق الطفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005-2006.