https://doi.org/10.26682/chjuod.2023.26.1.18
مجلة جامعة دهوك، المجلد: 26، العدد: 1 (العلوم الانسانية والاجتماعية)، ص 257-270، 2023 (عدد خاص)
المؤتمر العلمي الرابع الموسوم "دور القانون والعلوم الإنسانية في حماية المرأة وتمكينها 1444 هـ – 2023م " ، جامعة دهوك 6 اذار 2023

# النظام القانوني لحضانة الطفل دراسة على ضوء قواعد تناع القوانين

(دراسة مقارنة)

مصطفى عطية ابراهيم
قسم القانون،كلية الاسراء الجامعة،بغداد– العراق

***(تاريخ القبول بالنشر:27 تموز، 2023)***

**الخلاصة**

**أدى التطور في وسائل الاتصال وحركة المواصلات ، وسهولة انتقال الأفراد من أي مكان في العالم إلى الآخر ، إلى احتمال أن يكون الطفل ضحية للاختلافات الناتجة عن انفصال الزوجين في حالة الزواج المختلط والتي بدورها يمكن أن تؤدي إلى خلافات على الحضانة ، وكأن أحد الأزواج بناء على ما تقرر له حق الزيارة أو استضافة الطفل الذي عهد بحدانته إلى الزوج الآخر, إن الحضانة من المسائل الحيوية و الهامة في مجال مسائل الأسرة لاسيما بعد انحلال الزواج و من ثمة لا إشكال يطرح حينما يكون انحلال الزواج بين زوجين يحملان نفس الجنسية و يقيمان بصفة دائمة داخل الوطن الذي ينتميان إليه بجنسيتهما لكن الإشكال يطرح في حالة الزواج المختلط و التنازع حول القانون الواجب التطبيق على حضانة الأولاد الناتجين عن ذلك الزواج أي أن يكون أحد الزوجين أجنبيا أو كلا الزوجين من جنسيتين مختلفتين أو كل من الزوجين عديم الجنسية و هذا ما يضعنا أمام تنازع القوانين مما يستوجب اختيار القانون الأنسب من بين القوانين المتزاحمة في هذه الحالة يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على مسألة حضانة الطفل بناء على أحكام التشريعات العربية و التشريع الجزائري و الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.**

**أن الاهتمام المتزايد للدول بحقوق الاطفال لما للطفل من مكانه في صدراه الخطط التنموية للدولة ، وما يرتبه بالضرورة من نطاق رحب من القواعد الملزمة عميقة الاهمية في توجيه الادوات الرسمية للدولة سواءاً كانت قواعد قانونية او كانت توجهاً عاماً لكافة مرافق الدولة الخدمية المتصلة بالطفل ، لا ينبغي أن يحجب أهمية الدور المتعاظم للوالدين وخاصة الأم في الحفاظ على الطفل ورعاية مصالحة وتدبير شؤونه .**

***الكلمات الدالة***:النظام القانوني, حضانة, الطفل, تنازع القوانين

## المقدمة

أن الاهتمام المتزايد للدول بحقوق الأم لما لها من مكانه في صدراه الخطط التنموية للدولة، وما يرتبه بالضرورة من نطاق رحب من القواعد الملزمة عميقة الاهمية في توجيه الادوات الرسمية للدولة سوآءا كانت قواعد قانونية او كانت توجهاً عاماً لكافة مرافق الدولة الخدمية المتصلة بالمرأة، لا ينبغي أن يحجب أهمية الدور المتعاظم للوالدين وخاصة الأم في الحفاظ على الطفل ورعاية مصالحة وتدبير شؤونه .

تحتاج الدول إلى نفس متجدد تتطور به أنظمتها التشريعية حتى تتمكن من مسايرة المتغيرات الحاصلة في مجال الفكر الإنساني، ذلك أن الجمود هو وسيلة يسيرة لتهميش سياستها على طريق التطورات التي يشهدها العالم كل يوم، فقد عرف العالم منذ الحرب العالمية الثانية ثورة فكرية شملت في أساسها الجوانب الاجتماعية للبشرية وظهرت مفاهيم حديثة متطورة تناولت الأسرة مؤسسة وأفراداً، فبدأت بالاهتمام بالنواة الأولى للمجتمعات المعاهدات الدولية أعقبها اهتمام تشريعي من أجل من منظومة كاملة قادرة على الارتقاء بمستوى الأسرة والمحافظة على حقوقها وصيانتها، ولكن مع ارتفاع مستوى الانفتاح

وتنمى العلاقات الدولية بشكل ملحوظ وفتح الحدود بين الدول ظهر ما يسمى بالزواج المختلط نتيجة تخالط الجنسيات ولم يعد الزواج قاصراً على أصحاب الجنسية الواحدة، وأصبحت ظاهرة الزواج المختلط أحد الظواهر التي تثير إشكالات على صعيد العلاقات الخاصة الدولية، ولم تعد القواعد الوطنية ملائمة وقادرةً على إيجاد حلول للمنازعات الناشئة عن هذه العلاقات وأصبحت الحاجة ملحة لقانون دولي خاص يحكم هذه العلاقات، ويضع حلولاً للمنازعات الناشئة عنها.

ونتيجة لما سبق تجلى القانون الدولي الخاص وزادت أهميته واصبح حقيقة لا يمكن إنكارها في بعض المجالات، الأمر الذي دعا إلى ضرورة تحقيق نوع من الانسجام بين القواعد القانونية في مختلف الدول، وإن كان ذلك قد حدث في العلاقات الخاصة بمسائل الأموال إلا أنه قد استعصى حدوثه بمسائل الأحوال الشخصية التي ترتبط بوجه عام بالتقاليد والعقائد والتعاليم الدينية والنظام العام الاجتماعي والثقافي السائد في كل دولة والتي يستحيل توحيدها بين كل الدول وزاد من تلك الصعوبة تزايد الروابط الأسرية وتشابكها نتيجة الاختلاط بين البشر.

أن الاهتمام المتزايد للدول بحقوق الاطفال لما للطفل من مكانه في صدراه الخطط التنموية للدولة، وما يرتبه بالضرورة من نطاق رحب من القواعد الملزمة عميقة الاهمية في توجيه الادوات الرسمية للدولة سوآءا كانت قواعد قانونية او كانت توجهاً عاماً لكافة مرافق الدولة الخدمية المتصلة بالطفل، لا ينبغي أن يحجب أهمية الدور المتعاظم للوالدين وخاصة الأم في الحفاظ على الطفل ورعاية مصالحة وتدبير شؤونه.

**أهمية البحث**

تبرز أهمية الموضوع بأنه يتعلق بالحياة العلمية ويعتبر من القضايا المهمة في كل زمان ومكان. إذ تعد الحضانة من أهم الآثار التي تترتب على الزواج المختلط و التي من الممكن أن تمتد إلى مابعد الزواج في حالة الانفصال بين الزوجين أذا حصل نزاع على حضانة الأطفال أما عن أسباب اختيار الموضوع فتكمن في أن المشرع العراقي في القانون المدني النافذ اعتبر الحضانة احد الحقوق والواجبات المتبادلة ما بين الإباء والأولاد وأسندها لقانون جنسية الأب دون تحديد الوقت في ذلك , هل هو وقت انعقاد الزواج أو وقت ميلاد الولد ام وقت رفع الدعوى , مما أثار صعوبة في تطبيق القانون الشخصي في حالة اختلاف جنسية الولد عن جنسية أبيه .

**هدف البحث**

مناقشة النصوص التشريعية والآراء الفقهية والإحكام القضائية التي قيلت بصدد تحديد القانون التطبيق على الحضانة .

**منهجية البحث:**

لاستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية , ستكون دراستنا لهذا البحث, دراسة مقارنة وذلك من خلال الاستعانة بعدد من القوانين العربية (المصري والكويتي والأردني ) وبعض القوانين الأوربية ( فرنسا وبريطانيا) مع الإشارة إلى القانون السوفيتي السابق , ومقارنتها بموقف القانون العراقي , فضلاً عن تعزيز البحث ببعض نصوص اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال ذات الصلة بالموضوع .

**مشكلة البحث**

لما كانت مسالة الحضانة تتداخل ضمن أفكار متعددة , تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها اثراً من آثاره . ومرةً أخرى ضمن فكرة الطلاق ، وتارةً أخرى ضمن علاقة الأولاد بالإباء ، لذا نجد أن التشريعات المختلفة للدول قد تباينت فيما بينهما من تبني موقف موحد إزاء ذلك وهذا الأمر أنعكس على مسألة تحديد القانون لواجب التطبيق على مسالة الحضانة فبدلاً من أن يكون هناك قانون واحد واضح ينعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة , نجد أن هناك عدة قوانين قد تتزاحم فيما بينها .

**خطة الدراسة:**

لأحاطه بإبعاد الموضوع ، فإننا ارتأينا أن نتطرق إليه في مبحثين وعلى النحو الاتي:

المبحث الاول: ماهية حضانة الطفل في القانون الدولي الخاص.

المطلب الاول: مفهوم حضانة الطفل.

المطلب الثاني: شروط حضانة الطفل.

المبحث الثاني: تنازع القوانين في حضانة الطفل.

المطلب الاول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية.

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات الاجنبية.

## المبحث الاول

## ماهية حضانة الطفل في القانون الدولي الخاص

**تمهيد وتقسيم:**

أن التطور الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات وسهولة انتقال الأفراد من دولة إلى أخرى في جميع أنحاء العالم جعل الطفل ضحية للخلافات الناتجة عن انفصال الزوجين في حالة الزواج المختلط التي بدورها قد تؤدى إلى نزاعات بشأن الحضانة، كما لو قام أحد الزوجين واستناداً بما تقرر له من حق زيارة أو استضافة طفله الذى عهد بحضانته إلى الزوج الآخر بتغيير محل إقامة الطفل وعدم السماح بعودته إلى حضانة الزوج الآخر المقرر الحضانة لمصلحته، ولذا فقد حرصت بعض الدول على تنظيم مسألة حضانة الأطفال ومعالجة القانون الواجب التطبيق على الحضانة واعتبرتها تشريعات دول أخرى ضمن العلاقات المتبادلة بين الآباء والأولاد وجمعتها بقاعدة إسناد واحدة، في حين أغفلت التشريعات التطرق إليها، وهذا هو حال معظم التشريعات العربية، ومن أجل اكتمال جناحي الحماية فإنه لابد من تنظيم المشرع لقواعد الاختصاص القضائي الدولي بالمنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بمسائل الحضانة تنظيماً يتحقق عن طريقه ضمان استقرار الأسر المصرية والمحافظة على كيان المجتمع الوطني وضمان المحافظة على بعض حق الفرد الوطني في التمتع بحماية دولته القضائية وتبرز أهمية الموضوع بأنه يتعلق بالحياة العلمية ويعتبر من القضايا المتشابكة؛ إذ تُعد الحضانة من أهم الآثار التي تترتب على الزواج المختلط والتي من الممكن أن تمتد إلى ما بعد الزواج في حالة الانفصال بين الزوجين إذا حصل نزاع على حضانة الأطفال، كما أن معظم التشريعات العربية لم تُعالج القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، كما هو الحال في القانون المصري، وهو ما أدى بدوره إلى تنوع الأحكام القضائية التي تناولت موضوع الاختلاف في تكييف الحضانة, ولقد كانت الدول في السابق لا تقبل بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، على اعتبار أن هذا العمل يتعارض مع مبدأ سيادة الدول لكن بتطور التشريعات وظهور حركة تنقل الأشخاص والأموال وعلى أساس منطق العدالة الاجتماعية، وعلى أساس المعاملة بالمثل أصبحت الدول تقبل بذلك، وعلى إثر هذا التبادل القانوني بين الدول بلغ التنازع ذروته خاصةً في المسائل الأسرية ذات العنصر الأجنبي كوسيلة لفض التنازع الحاصل بين قوانين الدول المختلفة، لذلك وجدت قواعد الإسناد، والجدير بالذكر أن المجال الخصب لتنازع القوانين يكون خاصةً في المسائل الأسرية نظراً لاختلاف عقائد وخصوصيات الأفراد، وأمام هذا الوضع يثير الزواج مشاكل عدة من حيث انعقاده، والأمر كذلك بالنسبة لانحلال الزواج والآثار الناجمة عنه.. سنتناول هذا المبحث على النحو الاتي:

المطلب الاول: مفهوم حضانة الطفل.

المطلب الثاني: شروط حضانة الطفل.

### المطلب الاول

### مفهوم حضانة الطفل

من المعلوم أن الحضانة من الوسائل المهمة لحفظ الطفل والقيام بشؤونه ، من طرف الحاضن الذي يكون أهلا لهذه المهمة الشاقة والصعبة ، إلا أن إسناد الحضانة إلى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بالتزاماته تجاه المحضون من أكثر المسائل صعوبة وتزداد تعقيدا في حالة الزواج المختلط حيث تؤثر الاختلافات بين الزوجين على علاقة كل منهما بالمحضون لذلك من الضروري وقبل دراسة هذه الإشكالية وما تثيرها الحضانة من إشكالات في مجال القانون الدولي الخاص ، يجدر بنا تحديد مضمون فكرة الحضانة في القانون العراقي, تعد الحضانة من الحقوق المهمة التي أولاه الفقه والتشريع أهمية كبيرة ، كما أنها كانت ولا تزال من المسائل المعقدة التي تثار أمام القضاء(1) ، مما يدفع بنا في البداية التطرق إلى تعريفها بحسب ما أورده الفقهاء وعلى النحو الاتي:

**اولا: تعريف الحضانة لغوياً:**

كلمة الحضانة مأخوذة من الحضن وهي الضم الى الجنب ، وهي مصدر ، حضنت الصغير حضانته ، أي تحملت مؤنته وتربيته وهي مأخوذة من الحضن أي الجنب، وهما حضنان ، الجمع احضان، ومنه الاحتضان ، وهي احتمالك الشيء وجعله في حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها فتجعله في احد شقيها ، ويقال حضن الصبي حضنا وحضانة أي جعله في حضنه ، وحضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها وتسمى حاضنه . يقال أيضا حضنت المرأة ولدها اذا ضمته لنفسها وقامت بتربيته ، كذلك يقال حضن الرجل الصبي أي رعاه وتولى تربيته فهو حاضن له ، وأحق الناس بحضانة وتربية الطفل الصغير الذي لا يقوى على تدبر أموره الأم(2) .

ثانيا: في الاصطلاح الشرعي:

فتعرف الحضانة -:- بانها تربية الولد الصغير ( ذكر أم أنثى ( ورعاية شؤونه التي لا يقوى بنفسه على القيام بها في سن معينة تكون ما دون السابعة من عمره أو أكثر حسب الأحوال من قبل ممن له الحق في الحضانة . او هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يحقق مصلحته . الحضانة تعني تربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة ممن له الحق في ذلك من قبل محارمه(3).

**ثالثاً:** تعريف الحضانة في كتب السلف:

من فقهاء الأمة الإسلامية على مختلف مذاهبهم يختلف باختلاف نطاق الحضانة هل يشمل فقط حضانة الطفل الصغير أم يشمل أيضا من هو في حكمه كالمجنون الكبير الذي حكمه حكم الصغير غير المميز ما دون السابعة من العمر ، لكن الرأي الراجح هو خصوصية الصغير دون غيرة بالحضانة وهذا ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية المعاصرة . وبالتعريج الى الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية نجد قول الحنفية بالحضانة بانها تربية الولد لمن له حق الحضانة هـ . اما الشيعة الأمامية ( مذهب الأمام جعفر الصادق ( عليه السلام) ، فان قولهم بهذا الخصوص الحضانة بأنها ولاية الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته ومن حفظة وجعله في سريره ورفعه وتنظيفه وغسل خرقة وثيابه ونحوه . في حين أختص المالكية بالقول بأنها تربية الولد لمن له حق في ذلك بالحفظ ورعاية مصالحه(4) .

**رابعاً: التعريف القانوني للحضانة:**

لم يورد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ مادته (٥٧) تعريفاً للحضانة تاركاً الأمر للقضاء معالجة ذلك بتوظيف الآراء الفقهية الأكثر ملائمة لمبادئ الشريعة الإسلامية ولروح العصر باعتبارها المرجع الأساس في تكييف الوقائع والمسائل العالقة في . الزواج وما يترتب عليه من آثار قد يكون القضاء الملاذ الأمن لفض المنازعات الخاصة به . اما بقية قوانين الأحوال الشخصية العربية فقد خلت بعضها من تعريف الحضانة في حين أوردت غيرها تعريفاً مبسطاً للحضانة على انه " يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية : تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانونا ، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه ، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره"(5).

نجد قانون الأحوال الشخصية المغربي رقم ٢٣٥٤ لسنة ١٩٥٧ في مادته (٩٧) عرف الحضانة بأنها حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته وتعليمه . كذلك قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٤٣) عرف الحضانة بأنها حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس . أذن الحضانة تعني وجود علاقة بين شخصين الأول : المحضون (الطفل الصغير) بحاجة لرعاية خاصة ، والثاني: الحاضن (امرأة) الأم ، الجدة ، أحد المحارم ، الرجل (الأب) ، الجد فما دون اذا تعذر وجود الأب او الجد أي (الأعمام والأخوال). (5)

اذا كانت تعريفات الحضانة تتفق في مدلولها على حفظ المحضون من الهلاك و الضياع، فهي حق للصغير في أن يكون له من يتولها ويقوم بشؤونه ، وواجب لما في ذلك من أعباء القيام. لذلك تباينت الآراء حول تحديد طبيعة الحضانة من حيث كونه الحق أو الواجب ، وما يترتب على ذلك من مدى

إمكانية صاحب الحق في التنازل عنه وبين من اعتبرها واجب وعليه لا يمكن التنازل عنها.[6]

**المطلب الثاني**

**شروط حضانة الطفل**

♥

ان قوانين الأحوال الشخصية العربية هي استنباط وتوظيف لأحكام الشريعة الإسلامية التي نفا الأسرة ، وان مال بعضها للأخذ بقواعد قانونية مخالفة للشريعة الإسلامية كالقانون التونسي ، لذا رأيت . 7 من 21 الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية مع نصوص قوانين الأحوال الشخصية بما يخص شروط الحاضن ثم بالأحكام القضائية التي تظهر توافر هذه الشروط سواء كان الحاضن الأم ، الأب او طرف ثالث في حال تعذر وجود احدهما ، قاصداً بذلك الخروج بآراء ومقترحات قد تفيد في ايجاد الحلول الآنية او المستقبلية دون الدخول في تفصيلات الآراء التي قد تحتاج الى موسوعات فكرية شاملة لغزارتها . لذا من هذا المنطلق اجمع فقهاء الأمة الإسلامية على ضرورة توافر عدة شروط في الحاضن أو الحاضنة مع وجود الاختلاف في بعضها وفي مقدمة هذه الشروط التي لم يبقى لها أثر في الوقت الحاضر شرط الحرية أي عدم عبودية الإنسان ( نظام الرق ( لإلغاء الرق عالمياً باعتباره منافي الأدمية الإنسان وحفظ كرامته من منطلق الإنسان ولد حراً ، يضاف لذلك عدم كون الإنسان الحاضن مرتد عن دين الإسلام لم يبقى له مكان الحصول التبليغ بالرسالة المحمدية لعامة بني البشر وان حصل يستتاب المرتد او يسجن او يقتل(7), اما بقية الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن هي :-

**1-** البلوغ : أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية ضرورة ان يكون الحاضن أو الحاضنة بالغاً ، لأنه اذا لم يكن كذلك قد يكون هو أحوج الناس بالرعاية من المحضون ، وهذا الحال ينطبق على الحاضن المرأة أو الرجل اذا عهد اليهما بالمحضون ولم يكن أماً أو أباً لأنه لا يعقل ان يكونا غير بالغين في سن انجاب المحضون ، ودلالة بلوغ الحاضن الرجل هو ظهور علامات الرجولة بانبات شعر الوجه والاحتلام او بلوغه سن الخامسة عشر فأكثر ، اما المرأة فدخولها سن الحيض والقدرة على الإنجاب . ويلخص الهدف من البلوغ ان الحضانة تعني الرعاية والحفظ ويجب ان تعهد إلى من هو أهلا لذلك ، فمن لا ولاية له على نفسه في سن معينة لا ولاية له على الغير كالصغير غير المميز ما دون السابعة او مميز في سن العاشرة ، أو تجاوز هذا السن لكنه مصاب بعارض في الاهلية كالمجنون او المعتوه كون حكمهما حكم الصغير غير المميز محجوران لذاتهما وهم بحاجة للرعاية والاهتمام قبل غيرهما ، وهذا ما أشارت اليه المادة (٥٧) فقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ، ويتطابق نص المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة مع قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقول (يشترط في الحاضنة ان تكون بالغة ، عاقلة ، أمنية ، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانته وان لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه في بيت مبغضيه )(8).

٢ - العقل: يشترط في الحاضن ان يكون بالغاً عاقلاً غير مصاب بعاهة الجنون او معتوهاً لان كلاهما . عندها لا يصلحان لحضانة من هو بحاجتهم. اذن ارشاد الغير وتوجيهه وتقويمه لا ينعكس سلباً على ذات الحاضن من حيث التوجيه والإرشاد ، وهذا ما اتفق عليه فقهاء الأمة الاسلامية بأنه لا حضانة لمجنون او مجنونه سواء كان جنونهما مستمر او متقطع نوبات متقطعة بين الحين والحين لتعذر ادارة المجنون او المجنونة شؤونه الخاصة فكيف يمكن له من ادارة شؤون غيره كالطفل الصغير الذي يكون بأمس الحاجة للرعاية والاهتمام . وهذا الشرط ما أكدته محكمة تمييز العراق في قراراتها بالقول بأنه اذا كانت أم الصغير مصابة بنوبات الصرع تنتقل حضانة الطفل الصغير لأبيه ترد دعوى الأب ضد مطلقته بضم ابنته المتجاوزة سن الحضانة اليه ، اذا كان مصاباً ومدمناً على الخمر، اذا دفع المدعي عليه بأن المدعية تصاب بنوبات عصبية فتمزق ثوبها وتشتم وتنصرع أو تهرب ، فيجب التأكد من دفعه باحالة المدعية الى اللجنة الطبية قبل الحكم لها بالحضانة(9) .

**3-** الأمانة: هذا الشرط يختص بضرورة تمتع الحاضن بالأخلاق الحميدة التي تنعكس ايجاباً أو سلباً عل سلوك المحضون ، فالحاضن أمين ومن تعذر عليه حفظ أمانته تعذر عليه حفظ محضونة ، وبهذا تجاذبت الآراء الفقهية الإسلامية بهذا الخصوص فبعضهم أوضح بان الأمانة تعني الفسق الذي يتعذر معه الحفاظ على المحضون او ترك المحضون وحيداً في بيت الحاضن بالخروج بلا عذر مقبول(10) . اذن هنالك رأيان بهذا الخصوص :-

الرأي الأول: يرى الأمانة ( الفسق ) المانع في الحضانة .

الرأي الثاني: يرى الأمانة بصفة عامة ( مطلق ) أي كل ما يؤثر على أمور المحضون.

هذا الشرط أكدته محكمة تمييز العراق في قراراتها الصادرة بالقول بان الأمانة في الأم مفترضة ، وعلى الخصم اثبات عكس ذلك لان الأمانة هي الأصل في الأم كونها أمينة وقادرة على تربية ولديها ، ما لم يقدم دليلاً شرعياً وقانونياً يثبت خلاف ذلك كممارستها سلوكاً يقدح في أمانتها واقتدارها على حضانة الصغيرين، واذا شاركت الأم في قتل والـد المحضون فلا تؤمن على حضانته، اما اذا تزوجت الأم بأجنبي أدين سابقاً بجريمة قتل سقطت عنها حضانة الصغير وان لم يتجاوز سن الرابعة والنصف من عمره اذا يراعى في هذا الجانب مصلحة المحضون ، هذا الاجتهاد الفقهي ، القانوني ، القضائي يعطينا فرصة القول للأخذ بالرأي الذي يرى في الامانة كل ما يؤثر في مصلحة وامور المحضون.

**4-** القدرة على الحضانة: قدرة الحاضن تتطلب القدرة البدنية والنفسية ، الصحية ، أي قابلية الحاضن على احتضان المحضون من حيث سلامة بدنه ونفسيته وخلوه من الأمراض المعدية كالسل، الجذام البرص او النفسية كانفصام الشخصية وبدنية كإصابته بشلل الأطراف او فقدانه احد اطرافه العليا او السفلى او حتى اصابته بعاهة مزدوجة أصم أبكم ، أعمى أبكم ، هذا الحال يتدرج من الأم الحاضنة ، الأب ، الحاضن الأجنبي وان كان جد أو جده واذا ظهر من وقائع الدعوى أن جده الصغير مكفوفة ، فتعتبر غير قادرة على تربية الصغير وحمايته ، ولا يحق لها حضانته وبذلك فانها فاقدة احد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٥٧) أحوال شخصية عراقي . ان الحاضنة التي فقدت قدرتها على الحضانة بسبب ما ، لها ان تقيم الدعوى لاستعادة حضانتها اذا عادت لها قدرتها ثانية ، لأن القدرة على الحضانة متغيرة ، ولذا فان اقرار المدعية بدعوى أخرى بانها غير قادرة على حضانة ابنها ، لا يوجب رد دعوى الحضانة التي اقامتها ثانية والتي ذكرت فيها بانها قادرة الان على الحضانة بل يلزم تكليفها بأثبات ذلك ، وان مجرد ادعاء الزوج بان المدعي عليها غير قادرة على حضانة طفله والقيام بواجباتها لأصابتها بمرض وراثي ضعف الأعصاب لا يسقط عنها حضانة ولدها الصغير الذي لا يزال في سن الحضانة ما لم يثبت ذلك للمحكمة بالتقارير الطبية بعد عرضها على لجنة طبية رسمية مختصة لاسيما ان الباحثة الاجتماعية أعطت تقريرها بان الأم أصلح للحضانة . وان حضانة الصغير تنتقل الى أبيه اذا كانت أمه مصابه بالصرع . اما اذا أصيبت الأم بالتدرن الرئوي بحيث اصبحت غير قادرة على رعاية شؤون الصغير كانت جدته أحق بحضانته من عمته(11) .

**5-** اتحاد الدين ( الإسلام ): هنا يتطلب الامر ان الطفل اذا كان مسلماً فبعضهم من الفقهاء المسلمون لم يشترط ان يكون الحاضن مسلماً ، وبهذا أخذ الحنفية مع الخشية ان يألف الطفل الكفر مع مرور الوقت بالتلقين او سقيه الخمر أو أكل ما هو محرم شرعاً ، وبهذا القول قال المالكية ايضاً ، اما الشافعية فقد اشترطوا ان تكون الحاضنة مسلمة اذا كان المحضون مسلماً ، بينما اشترط الأمامية والظاهرية ، والزيدية ذلك في فترة الرضاع ، لما تفتضيه مصلحة الصغير وهي الأساس في اصل التشريع أو إصدار حكم شرعي او قانوني ترجح فيه مصلحة المحضون على من سواها من المصالح . وبهذا الاتجاه اخذت محكمة التمييز في قراراتها الصادرة بالقول : ( بانه اذا ظهر ان الصغيرة بحاجة ماسة الى من يرعاها من النساء فانه لا يوجد هنالك ما يبرر اخذها من أمها طالما قد ثبت إسلامها وانها قائمة برعاية ابنتها ومعالجتها وإدخالها المدارس التي ارتضاها والدها في حياته. واذا كان دين الحاضنة غير دين المحضون فتكون غير أمنية على دينه وتفقد بذلك احد شروط الحضانة . وبهذا الخصوص يمكن

الأخذ برأي فقهاء الشافعية في اشتراط الحاضن أو الحاضنة ان يكون مسلماً حفاظاً على دين المحضون المسلم(12) .

**6-** عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: اتفق فقهاء مذاهب الأمة الإسلامية عدا مذهب الظاهرية في ان الأم المطلقة المنقضية عدتها في الطلاق تسقط حضانتها لولدها الصغير اذا تزوجت بأجنبي واشترطت المذاهب الأربعة ، الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة ، المالكية ان يكون الزوج أجنبيا غير محرم للمحضون ، اما الزواج بالرحم المحرم مثل عم المحضون أوجده ، فاذا كانت جدته هي الحاضنة فلا تسقط الحضانة ، في حين اطلق فقهاء الجعفرية الأمامية فاسقطوا عن الأم حضانة ولدها الصغير سواء كان الزوج محرم ام غير محرم غير محرم أي تحل له شرعاً بالزواج منها اذا كانت بنت، واشترط فقهاء الشافعية دخول الأجنبي بالزوجة الحاضنة دخولاً صحيحاً في حين لم يشترط بقية المذاهب ذلك واختلفوا في الأرملة المنتهية عدتها من الوفاة فأسقطت المذاهب الأربعة حضانة الارملة لولدها اذا تزوجت بأجنبي ولم يسقطها مذهب الأمامية فالأم عنده أحق بحضانة ولدها اذا مات ابوه وان تزوجت . اما مذهب الظاهرية فلا يرى سقوط حضانتها سواء تزوجت بمحرم ام بغيره حياً كان والد المحضون أم متوفي، وان قوانين الأحوال الشخصية أوضحت ان زواج الأم بغير قريب محرم من المحضون يسقط عنها حضانة المحضون عندها . ان سبب تعليل سقوط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي غير محرم من اجل دفع الضرر عن الصغير ، مما يتطلب اظهار الوقائع ببصيرة القاضي المجتهد بمراعاة الأصلح للولد ، فانه قد يكون له قريب مبغض له ولوالدته طامع بأملاكه مقابل زوج أم مشفق ، أو العكس ضرورة قيام الزوجة بأداء واجباتها تجاه الزوج الأجنبي قد تهمل من خلاله واجبها تجاه حضانة ولدها ، وهذا ما أكدته المادة (٥٧) فقرة (٨) (ب) قانون الاحوال الشخصية العراقي(13) – اذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وان تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط :-

**1-** ان تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة ان تقنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم .

**2-** ان يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به.

**3-** ان تقنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الام.

(ج) اذا اخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً بطلب التفريق من قبل الزوجة . وبهذا حكمت محكمة التمييز بالقول بانه اذا تزوجت أم الصغير بابن عمها او بابن خالها سقطت حضانتها عن ولدها لتزوجها بأجنبي عنه . واذا كانت الصغيرة في دور الرضاع وفي حاجة لرعاية أمها المطلقة فلا تسلم لأبيها وان تزوجت أمها بأجنبي لان مصلحة الصغيرة هي الأساس في إصدار أي حكم شرعي . وليس لابن عم الصغار المتوفي والدهم حق مخاصمة أمهم في حضانتهم ولو تزوجت بأجنبي عنهم واذا تزوجت أم الصغير بأجنبي عنه انتقلت الحضانة الى أبي المحضون ( الفقرتان ٢ و ٧ ) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. واذا قدم الطعن التمييزي ضمن المدة القانونية وقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن المحكمة لم تستكمل التحقيقات المطلوبة في الدعوى بإحالة الطرفين مع الطفل الى اللجنة الطبية المختصة للتثبت عما اذا كان يتضرر من مفارقة والدته المدعي عليها / المميزة لان الأم أحق بحضانة الولد وتربيته ولا تسقط حضانتها بالزواج وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية أي منهما أحق في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون (م ٥٧) أحوال شخصية عر اقي(14).

## المبحث الثاني

## تنازع القوانين في حضانة الطفل

تعد الحضانة من الوسائل المهمة في رعاية الطفل والحفاظ عليه من المخاطر ، وتثير هذه المسألة إشكالات عويصة في القانون الدولي الخاص ففي مجال تنازع القوانين أثار القانون الواجب التطبيق جدلا فقهيا وقضائيا واسعا في ظل غياب قاعدة الإسناد عند معظم الدول ، كما أن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني كان مجالا خصبا لاستبعاد القوانين الأجنبية

المخالفة لأحكام قانون دولة القاضي. من جانب آخر يعد الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية من الإشكالات المهمة في مجال الحضانة من خلال البحث عن المحكمة المختصة والاعتراف بالأحكام الأجنبية ،وان كان النزاع في الحضانة لا ينتهي بتنفيذ الأحكام سواء الوطنية أو الأجنبية ، بل قد تطفو مسالة أخرى ترتبط بالشق الجزائي تتعلق بالاختطاف الدولي للمحضون مما تؤثر على العلاقات بين الدول, لتحديد القانون المطبق عند حصول تنازع بين القوانين حول الحضانة، نجد أن أغلب قوانين الدول العربية ومن بينها العراق لم تتضمن قاعدة إسناد صريحة، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة في العلاقات المختلطة، مما أوجد انقساما في آراء الفقهاء وأحكام القضاء حول ترجيح القانون الشخصي لأحد الأطراف على غيره من القوانين ذات الصلة بالنزاع، كما وتختلف تطبيق قاعدة الإسناد على الحضانة بحسب ما إذا كان أحد أطراف النزاع وطني الجنسية أم عديم الجنسية، أو أن يكون جميع أطرافها أجانب عن القاضي الذي ينظر في النزاع.

تعد مسائل الأحوال الشخصية مجالا خصبا لتنازع القوانين ، وكانت الحضانة من أكثر المسائل المثيرة للجدل، وحل النزاع في هذا المجال يتطلب المرور بعدة مسائل مهمة بداية بالبحث عن القانون الواجب التطبيق والذي يعتبر مسألة أولية إجرائية ؛ يفترض فيه وجود تنازع بين قانونين أو عدة قوانين لحكم العلاقة محل النزاع ، كل قانون منهما يرجح أن يكون الأنسب لحكم العلاقة من خلال قواعد الإسناد, أن اختلاف التكييف القانوني للحضانة أدى بدوره الى اختلاف القانون الواجب التطبيق عليها ، ففي الوقت الذي سكتت فيه اغلب التشريعات العربية عن وضع قاعدة إسناد لها تاركاً ذلك لاجتهاد القضاء الذي يسترشد في ذلك على الآراء الفقهية ، نجد أن هناك تشريعات أخرى خصتها بقاعدة إسناد كالتشريع العراقي والكويتي ، أما القانونين الأوربية كانت وما تزال تنظر للحضانة باعتبارها اثر من أثار الطلاق ، وللإحاطة بالموضوع سنعرضه من خلال مطلبين وعلى النحو الاتي:

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية.

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات الأجنبية.

## المطلب الأول

## تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية

لاستيعاب إبعاد الموضوع وإبراز موقف القانون العراقي، سنستعرض فيه موقف بعض القوانين العربية ، والثاني سنوضح فيه موقف القانون العراقي سنتناول هذا المطلب على النحو الاتي:

اولا: موقف بعض التشريعات العربية:

تأثرت معظم هذه القوانين ، بالقانون المصري والمتمثل بالقانون المدني المصري النافذ ، والذي سكت عن إسناد الحضانة للقانون الذي يحكمها ، مما القى على عاتق الفقه والقضاء تولي هذه المهمة . فذهب البعض من الفقه(30) . إلى أنها اثر من اثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج ، والى ذلك ذهب القضاء المصري في بعض إحكامه(15).

وعدها البعض الأخر من الفقه(32). على أنها اثر من أثار الطلاق ، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على انه (متى ما كان الحكم بالتطليق لم يصدر لمصلحة الزوجة ولا بناء على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً ، فانه طبقاً للقانون المدني الفرنسي الزوج أحق بحضانة ابنه ، وانه لا مصلحه للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدور المادة 302 من ذلك القانون ، والتي تقضي بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذي حُكم له بالطلاق ، بمقوله انه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقاً لهذا النص) (16).

وذهب القضاء المصري في بعض إحكامه الى اعطاء الحضانة حكم الولاية ، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم 89 والصادر في 1954/2/2 ما يلي ( حيث ان واقع الامر وانه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة اسناد معينه بالنسبة للحضانة ومن اجل ذلك فان المحكمة ترى ان تأخذ في شانها بما هو مقرر

من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته قياساً في ذلك على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من انه "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" وعلى هذا الأساس تكون إحكام القانون الانكليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار ان الصغيرين المطلوب اسناد حضانتهما الى المدعية هما انجليزيان متبعاً لوالدهما المدعى الانجليزي الجنسية)(17).

ومن خلال ما تقدم من اراء فقهيه وما كرسه القضاء المصري تستنتج ما يلي:(18)

**1.**ن القضاء المصري ولعدم وجود قاعده اسناد خاصه بالحضانة وارده في القانون المدني المصري , لجأ الى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً استناداً الى المادة (24) من القانون المذكور, لكنه لم يوفق في ذلك من حيث لا يدري والذي ساعد في ذلك اتخاذ جنسيه الاب والام والولد في اغلب احكامه ، مما جعل نفس الحلول تحصل لو كيف الحضانة على أنها اثر أثار الزواج أو كأثر من أثار الطلاق ، مع ان الحضانة لا تعتبر أثر من أثار الزواج والذي يخص علاقة الزوجين فيما بعضهم ، كما ان تكييف الحضانة كاثر من اثار الطلاق هو ما جرى عليه العمل في الفقه والقضاء الاوربي متأثراً بالديانة المسيحية ، مما اثر على بعض اراء الفقه واحكام القضاء المصري .

**2.**اخضع القضاء المصري في بعض احكامه الحضانة لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال , غير انه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال ، اذ ان احكام كل منها تنبني على اعتبارات غير الاعتبارات التي تنبني عليها احكام الاخرى.

**3.**لو ارتضينا بان المشرع ليس مرغماً بالنص على اسناد حالات تفصيليه ، وإنما يكتفي بالإسناد الى علاقة ومنها يستنتج على الاخرى التي ترتبط بها ، وبما ان التكييف القانوني الراجح للحضانة على أنها حق لكل من الحاضنة والمحضون مع تفضيل مصلحته المحضون اذا تعارضت المصالح ، لقادنا الى درج الحضانة تحت طائفة العلاقات المتبادلة ما بين الاباء والابناء والتي بدورها تسند الى القانون الخاص بالبنوة او النسب ، وهذا لم يحصل في التشريع المصري المتمثل بالقانون المدني.

كل ذلك دفع البعض من الفقه المصري(37) . الى القول : (ان مرد الصعوبة التي واجهتها المحاكم المصرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، أن هذه المحاكم لم تبسط البحث كافياً في تكييف الحضانة ، وهو البحث الذي تنحل على اساسه مشكله القانون الواجب التطبيق عليها , وتكييف الحضانة يخضع وفقاً للقاعدة العامة في التكييف للقانون المصري ، وهو هنا الشريعة الإسلامية ، بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية في مصر ، وبالرجوع الى قواعد هذه الشريعة يتضح أن للأولاد ، من حيث هم كذلك حقوق ولهم علاقات بالوالدين لها كيانها واحكامها بصرف النظر عن علاقات هذين الوالدين , وتشمل هذه الحقوق والعلاقات ثبوت النسب وهو حق للولد والاب ، وولاية التربية الاولى ، وهي الحضانة التي يعتبرها البعض حقاً للولد والبعض والاخر حقاً للحاضنة ، والبعض الاخر حقاً للولد والحاضنة معاً ، او بهذا تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، وما دامت كذلك فأننا نفضل اخضاع الحضانة لقانون بلد الأب) .

**ثانيا: موقف القانون العراقي:**

في الوقت الذي لم تنص فيه اغلب التشريعات العربية بقاعدة اسناد خاصة بالحضانة ، بل وحتى بالحقوق والواجبات المتبادلة ما بين الاباء والابناء ، تميز القانون العراقي بموقف متميز ، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالنبوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد بقاعدة اسناد واحده واخضعها لقانون جنسية الاب ، بموجب المادة (4/19) من القانون المدني ، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة(19) .

وعلى هذا يمتد نطاق قانون جنسية الاب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها واجرتها ومراتبها ، الا ان هذا القانون يتعطل اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج بموجب المادة (5/19) من القانون المدني العراقي ، وتطبيقاً لذلك

قضت محكمة التمييز العراقية على ان (الجدة لاب أولى بحضانة الصغيرة من الام الاجنبية غير المقيمة في العراق ) .

كذلك يتعطل تطبيق القانون الاجنبي اذا كانت احكامه تخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي حسب نص المادة (32) من القانون المدني العراقي .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على ان ( الاولاد يلحقون بأمهم المسلمة , حيث يفرق القاضي بين الزوجة المسلمة وزوجها البهائي ,لأن البهائية غير معترف بها في العراق كدين أو مذهب ، ويلحق الاولاد بالأم المسلمة لأنها اشرف الاديان ديناً ).

وقد سنحت للقضاء العراقي تكريس هذا المبدأ ، أي اسناد العلاقة الخاصة بالحضانة الى قانون جنسية الاب ، في قضية تتعلق بزوجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق ، رفعت الزوجة امام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها، واثناء نظر القاضي الدعوى اشهرت الزوجة اسلامها امام القاضي وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة 1042 سجل 576 بتاريخ 1978/10/28 ، اسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري ، وعرضت المحكمة الاسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الاسلام وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال ، ميز الزوج الحكم امام محكمة التمييز والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل ، وقضت بأن ( الاولاد الصغار بموجب الشريعة الاسلامية ، يتبعون من اسلم من الزوجين , لهذا يصح الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الاولاد الى امهم ، صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون )(20) .

ويلاحظ على القرار التمييزي اعلاه ما يلي :-

**1.**أن المحكمة استندت في تكييف العلاقة محل النزاع على القانون العراقي بوصفه المرجع في التكييف بموجب نص المادة (1/17) من القانون المدني العراقي .

**2.**طبقت المحكمة القانون المصري بوصفه القانون الواجب التطبيق بموجب المادة (3/19) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان (يسري في الطلاق والتفريق القانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى) .

**3.**لما كان زوجه المدعى عليه اثناء رفع الدعوى مسلمة بموجب الحجه الشرعية الصادرة من المحكمة الشرعية في الموصل ، لذا يكون القانون المصري الواجب التطبيق ، هو قانون الاحوال الشخصية ، والذي يقضي اذا كان الزوجان غير مسلمين ، وأسلمت الزوجة يعرض الإسلام على الزوج , فأن أبى يفرق القاضي بينهما في الحال ، وهذا ما فعله القاضي العراقي.

**4.**لم يطعن القاضي العراقي بإسلام الزوجة ، بحجه التحايل على القانون ومن ثم تطبيق قانون الأقباط الأرثوذكس الخاص بالحضانة ، والذي يسندها الى الزوج الغير المتسبب في الطلاق ، لان الاعتقاد الديني مسالة نفسانية لا يمكن للجهة القضائية البحث فيها ألاعن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وهي متوفرة في إسلامها .

**5.** بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، طبقت المحكمة الشرعية في الموصل وأيدتها في ذلك محكمة التمييز قانون جنسية الاب المصري ، بموجب المادة (4/19) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان ((المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الأب)) .

**6.**اما بشأن وقت الاعتداد بجنسية الاب ، فنلاحظ ان المحكمة طبقت قانون جنسية الاب وقت رفع الدعوى ، أي اعتدت بقانون الاحوال الشخصية المصري باعتبارها القانون العام ، وذلك بإسلام الزوجة وقت رفع الدعوى ، اما لو اعتدت المحكمة بقانون جنسية الاب وقت ميلاد الولد او وقت الزواج ، لطبقت المحكمة قانون الاحوال الشخصية الخاص بطائفه الأقباط الأرثوذكس المنتميان اليها الزوجان عند عقد الزواج ,وهذا يؤكد على ان المشرع العراقي كان موفقاً عند عدم الاعتداد بوقت معين عند تطبيق قانون جنسية الاب ، وهو ما سبق وان أيدناه .

لما كان القانون الواجب التطبيق على الحضانة يتحدد من خلال قاعدة الإسناد المختصة؛ فان عدم الاتفاق على إدراج

قاعدة إسناد متعلقة بالحضانة من عدمه كان له الأثر البالغ على القانون الواجب التطبيق على الحضانة عند أغلب التشريعات ، مما دفع بالفقه والقضاء للاجتهاد في البحث عن القانون الواجب التطبيق ، أين تأرجحت الحلول بين عدة قوانين مختلفة ، تارة القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج أو القانون الذي يحكم آثار النسب وتارة القانون الذي يحكم آثار الطلاق ، وفي أحيان أخري قانون جنسية أو موطن الطفل وهذا بحسب التكييف المعتمد لتحديد طبيعة حضانة بإمعان النظر في مسألة آثار الزواج نجد أنها تشمل ما يترتب على الزواج من آثار تتعلق بالأشخاص أو الأموال ومنها التزامات الزوج كحسن المعاشرة والنفقة والنظام المالي للزوجين، والتزامات الزوجة من طاعة زوجها والإقامة معه في سكنه ولرعاية وتدبير شؤون منزل الزوجية، على هذا لا يسعنا التسليم بهذا الرأي والذي يرتكز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية، لذلك انتقد هذا الرأي فلا يمكننا أن نتكلم عن آثار عقد الزواج بعد انتهاء هذا العقد بالطلاق أو التطليق ، ثم إن مشكلة الحضانة لا تثار غالبا إلا بعد انتهاء الرابطة الزوجية أو حتى بين طرفين لا تربطهم علاقة زوجية لكن هذا لم يمنع دول أخرى من ضبط المسألة بقاعدة إسناد خاصة وأبعد ذلك هناك من من الدول من حاولت التصدي للمسألة من خلال إبرام اتفاقيات دولية تشير إلى القانون الواجب التطبيق ، وتلتزم الدول المتعاقدة بتنفيذه . أمام هذه الاتجاهات قد يتراء لنا البحث عن موقف المشرع الجزائري والإشكالات التي من الممكن أن تعترضه.

## المطلب الثاني

## تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات الأجنبية

من اجل الاحاطه بالموضوع سنعرضه من خلال فرعين ، سنخصص الفرع الأول إلى موقف بعض القوانين الاوربية اما الفرع الثاني فسنتعرف فيه الى موقف اتفاقية لاهاي لعام 1996 من القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

**اولا:** موقف بعض القوانين الاجنبية:

سبق وان قلنا ان الديانة المسيحية قد ربطت الحضانة بالطلاق ، وان الام احق بحضانة طفلها ، اذا لم تكن سبباً في الطلاق باعتبارها الطرف الاشفق على اولادها ، لذا نجد معظم القوانين الاوربية كالقانون الفرنسي اعتبرت الحضانة اثر من اثار الطلاق ، حيث كان القضاء الفرنسي يعتد في بعض احكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى, ولكن تحت تأثير النقد الموجه اليه من قبل الفقه عاد وعدل عن وجهة نظره وقرر اتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج على الطلاق ,والذي هو نفس القانون المتبع على اثار الطلاق(21) .

ولكن بعد صدور قانون 11 تموز 1975 والذي نص على قاعدة جديدة للنزاع ظهرت في المادة (310) من القانون المدني الفرنسي , والتي نصت على أن الزواج والطلاق يحكم بالقانون الفرنسي اذا كان :

**1.**احد الزوجين من الجنسية الفرنسية .

**2.**إذا كان الزوجان كلاهما لهما موطن في الارض الفرنسية

**3.**اذا لم يعترف أي قانون اجنبي بصلاحيته في حين تكون المحاكم الفرنسية صالحة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسدي .

ونعتقد ان نص لمادة (310) ليس الا قاعدة مادية ذات تطبيق مباشر وضروري.

أما القانون الواجب التطبيق على الحضانة في القانون الانكليزي ، فهو يخضع لسلطة المحكمة التقديرية ، تعهد بها لمن تراه اقدر على رعاية الصغير ، وتسترشد المحكمة فيها بمصلحة الصغير البحتة ، وفي هذا الصدد يقول البعض من الفقه الانكليزي . (أن القانون الانكليزي غير واضح في بعض المسائل التي تعرض على المحاكم وتنشأ في مكان او اخر ، ويتزاحم فيها او لحكمها اكثر من قانون , كقانون موطن الاب وقانون موطن الطفل ، وتظهر الصعوبة في المراحل المتأخرة من الطفولة ، والتي قد يحصل فيها الطفل على موطن مستقل به ، فيبدو ان المحكمة تفضل تطبيق قانون موطن الاب باعتبار الاب اصل الطفل) وبخصوص الاتحاد السوفيتي سابقاً والدول المنبثقة منه ، فانه وبخصوص تكييف الحضانة قد أحال حفظ الولد في حالة نسخ الزواج لما يتقرر من تشريع في هذه الجمهوريات كما ذكرنا سابقاً

. فالجمهوريات التي تدين بالدين الاسلامي ، تكييف الحضانة على ضوء الفقه الاسلامي ، اما الجمهوريات التي تدين بالديانة المسيحية أو على ضوء معالجة تشريع 1968 فإنها تنظر إلى الحضانة على أنها اثر من اثار الطلاق ، على ان الطلاق في الاتحاد السوفيتي قد مر بمراحل الا ان استقر على ان المحكمة لا تحكم به إذا كان خطراً بالأولاد القاصرين ، ومصلحة الزوجين والمجتمع ، وتطبيقاً لذلك قررت المحكمة العليا في هذا الاتحاد على ان ( المحكمة لها ان تتخذ كافة الإجراءات الممكنة لغرض حل النزاعات بين الزوجين والحفاظ على العائلة ، فالزوج ليس من حقه ان يطلب الطلاق عندما تكون الزوجة حاملاً إلا بعد مرور سنه على وضع الحمل ، وفي حالته الحكم بالطلاق لها ان تتخذ كافة الاجراءات الضرورية لحماية مصالح الاطفال غير البالغين(22).

**ثانيا:** موقف اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الابوية والاجراءات الحمائية للأطفال:

بعد أن عقدت هذه الاتفاقية الاختصاص باتخاذ الاجراءات الرامية الى حماية الطفل في شخصه وأمواله الى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل بموجب للمادة (5) منها . فإنها أي الاتفاقية سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها للاختصاص المكون اليها وذلك حسب نص الفقرة (أ) من المادة (15) . وحرصاً من هذه الاتفاقية على توفير اكبر قدر من الحماية للطفل ، وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة (15) على ان (غير انه عندما يقتضي الامر حماية الطفل في شخصية او امواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها اتصال متين بالوضعية حيث يلاحظ من هذا النص ان الاتفاقية وفي سبيل توفير اكبر قدر من الحماية ، يجوز لها وعلى سبيل الاستثناء أن تطبيق قانون أخر قد يكون قانون جنسية الطفل اذا كان مقيم في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها بجنسيته ، أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته أذا كان مختلفين الجنسية ، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون أقامة الشخص المطلوب حماية(23) .

والملاحظ على نصوص هذه الاتفاقية ما يلي :

**1.**أنها اعتدت بالاتجاه السائد في الدولة الانكلو امريكية الذي ينظر الى موضوع حماية القاصرين على انه امر يتعلق بالاختصاص القضائي ، وان هذا الاختصاص هو الذي يجلب الاختصاص التشريعي ، بأن تقوم الجهة التي تختص باتخاذ اجراء الحماية بتطبيق قانونها .

**2.**أن هذه الاتفاقية وتطبيقاً للنظام المعروف في الدول الانكلو امريكية ، من انه يمكن لسلطات الدولة المختصة بأن تتنازل عنه الاختصاص لصالح سلطات دولة أخرى تكون اقدر على رعاية مصلحة القاصر قد تبين هذا الحكم بموجب المادة (8) أنها ، وهذا يعني أن القانون الواجب التطبيق ايضاً سوف ينتقل لصالح قانون السلطات الجديدة .

**3.**أن هذه الاتفاقية قد تؤدي إلى تجزئة العلاقة القانونية وذلك بإخضاعها إلى أكثر من قانون .

## الخاتمة

**اولا: النتائج:**

**1-** لم يحظى موضوع تنازع القوانين في الحضانة الأهمية التي نالتها بقية مواضيع الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص ، فمن خلال مناقشة وتحليل هذه المشكلة لقوانين عربية واجنبية .

**2-**نجد انه بالنسبة للقوانين العربية قد انقسمت تشريعاتها في ذلك الى ثلاثة اقسام ، القسم الاول منها لم ينص على قاعدة اسناد خاصه بالحضانة ، تاركاً ذلك لاجتهاد القضاء وفق ما يتصور اليه من تكييف للحضانة مسترشداً في ذلك بالآراء الفقهية التي قيلت فيها.

**3-**نتيجة لعدم وحدة التكييف بشأن الحضانة ، فلقد كيفها البعض من الفقه على انها اثر من اثار الزواج وأرجعها البعض الى اثار الطلاق ، وان كان الرأي الفقهي الراجح يدعو إلى ربط الحضانة بالعلاقات المتبادلة ما بين الآباء والأبناء.

**ثانيا: التوصيات:**

**1-**ومن اجل تحقيق نوع من التوائم بين هذه التشريعات ، نتيجة لسكوت معظمها عن معالجة الحضانة ، نقترح العمل على توحيد القانون الواجب التطبيق عليها عن طريق اتفاقية تجمع الدول العربية على غرار اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام 1982 .

**2-**لذا والتغلب على الصعوبة الناتجة عن اختلاف النظم القانونية بين الدول العربية والاجنبية نعتقد انه من الافضل اذا كان بالإمكان انضمام الدول العربية ومنها العراق لهذه الاتفاقية , خاصة اذا ما عرفنا ان هذه الاتفاقية اجازت تطبيق قانون اخر اكثر صله بالنزاع من قانون إقامة الطفل ، اضافة الى ان الدول العربية في حالة غياب الاشتراك القانوني بينها وبين الدول الاوربية تستطيع ان تمتنع عن تطبيق نصوص الاتفاقية تضمنت المادة (22) منها .

**3-**تقترح على المشرع العراقي وحسب راينا المتواضع الدخول في اتفاقيات ثنائية مع دول تتبنى نظام مختلف عما هو معمول عندنا في مجال الحضانة .

## الهوامش

**(1)** د. عبد الفتاح ابراهيم البهنسي الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ،ج2 ، دار الاشعاع القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص 62 .

**(2)** د. احمد محمد علي داود ، الاحوال الشخصية ، ج3وج4،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 ، ص40-47.

**(3)** د. محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 ، ص31 .

**(4)** ضاري خليل محمود ، مبدأ مصالح الطفل الفضلى ، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل العراقية ، العدد الأول ، 2002 ، ص280 .

**(5)** شمس الدين الرملي ،نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء السابع ، مطبعة البابي الحلبي ، القاهرة ، 1938 ، ص274 .

**(6)** محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ،بولاق ، مصر ، 1974 ، ص620 .

**(7)** انظر مقدمة التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1958 ، ص17.

**(8)** د. احمد الكبيسي, الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ،ج1 ، بغداد ، 1990 ، ص 213 .

**(9)** محمد جواد مغنيه ، فقه الامام الصادق ،ج5، ط2 ، دار العلم للملايين ، بيروت ،1978 ، ص 382.

**(10)** د. سمير عبد السيد تناغو ، احكام الأسرة للمصرين غير المسلمين ، منشاة المعارف الاسكندرية ، 1968 ، ص356 .

**(11)** د. فؤاد شباط تنظيم الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، معهد الدراسات العربية العالي مصر ، 1966 ، ص 138 .

**(12)** شمس الدين الرملي, مرجع سابق, ص102.

**(13)** د. احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 ، ص228 .

**(14)** د. اشرف وفا محمد ،مرجع سابق, ص399.

**(15)** د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الاحوال الشخصية بحث منشور في مجلة القانون الاقتصاد ، تصدر أساتذة عن كلية الحقوق في الجامعة القاهرة ، العددان الاول والثاني ، السنة الرابعة والعشرون ، 1954 ، ص31-32 .

**(16)** شمس الدين الرملي, مرجع سابق, ص102.

**(17)** د. عبد الواحد كرم الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ط1، مطبعة المعارف ، بغداد 1979 ، ص44 .

**(18)** د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول والوضعية في القانون الأردني) ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ص113-114 .

**(19)** د. عبد الواحد كرم, مرجع سابق, ص88.

**(20)** د. احمد الكبيسي, مرجع سابق, ص99.

**(21)** د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 ، ص145 ، د. عامر محمود الكسواني ، تنازع القوانين ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010 ، ص170 .

**(22)** د. اشرف وفا محمد ، حماية غير ذوي الاهلية على الصعيد الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون ، 2002 ، ص302 .

**(23)** د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969 ، ص382 .

## المراجع

### اولا: الكتب:

د. عبد الفتاح ابراهيم البهنسي الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ،ج2 ، دار الاشعاع القاهرة ، بلا سنة طبع.

د. احمد محمد علي داود ، الاحوال الشخصية ، ج3وج4،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009.

د. محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 .

د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول والوضعية في القانون الأردني) ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

شمس الدين الرملي ،نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء السابع ، مطبعة البابي الحلبي ، القاهرة ، 1938 .

محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ،بولاق ، مصر ، 1974.

د. احمد الكبيسي, الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ،ج1 ، بغداد ، 1990.

محمد جواد مغنيه ، فقه الامام الصادق ،ج5، ط2 ، دار العلم للملايين ، بيروت ،1978.

د. سمير عبد السيد تناغو ، احكام الأسرة للمصرين غير المسلمين ، منشاة المعارف الاسكندرية ، 1968 .

د. فؤاد شباط تنظيم الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، معهد الدراسات العربية العالي مصر ، 1966 .

د. عبد الواحد كرم الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ط1، مطبعة المعارف ، بغداد 1979 .

د. احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1966 .

د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2009 .

د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969.

د. عامر محمود الكسواني ، تنازع القوانين ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2010.

**ثانيا: الابحاث:**

د. اشرف وفا محمد ، حماية غير ذوي الاهلية على الصعيد الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون ، 2002.

د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الاحوال الشخصية بحث منشور في مجلة القانون الاقتصاد ، تصدر أساتذة عن كلية الحقوق في الجامعة القاهرة ، العددان الاول والثاني ، السنة الرابعة والعشرون، 1954.

ضاري خليل محمود ، مبدأ مصالح الطفل الفضلى ، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل العراقية ، العدد الأول ، 2002 .

**ثالثا: القوانين:**

قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1958 .

قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 44 لسنة 1979 المعدل .

قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 لسنة 2005 .

## THE LEGAL SYSTEM FOR CHILD CUSTODY IS A STUDY IN THE LIGHT OF THE RULES OF CONFLICT OF LAWS

**M**USTAFA **A**TIYAH **I**BRAHIM
College of Law, Al-Israa University, Baghdad – Iraq

**ABSTRACT**

**The evolution in the means of communication and movement of Transportation, and the ease of transmission of individuals from anywhere in the world to the other, led to the possibility that the child is a victim of the differences resulting from the separation of the couple in the case of mixed marriages, which in turn could lead to disputes over custody, as if the one couples based on what was decided him of the right to visit or host child who era Bhoudanth to the other spouse.**

***KEY WORDS***: Legal system, custody, child, conflict of laws