

ملخص البحث

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 سواءً كانت قواعد قانونية او كانت توجهاً عاماً لكافة مرافق الدولة الخدمية المتصلة بالطفل ، لا ينبغي أن يحجب أهمية الدور المتعاضم للوالدين وخاصة الأم في الحفاظ على الطفل ورعاية مصالحه وتسيير شؤونه .

المقدمة

مع التطور الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات وسهولة انتقال الأفراد من مكان في العالم الى غيره أدى الى امكان ان يقع الطفل ضحية للخلافات الناتجة عن انفصال الزوجين في حالة الزواج المختلط التي بدورها قد تؤدي الى نزاعات بشأن الحضانة , كما لو قام احد الأزواج واستناداً بما تقرر له من حق زيارة او استضافة طفله الذي عهد بحضانته إلى الزوج الأخر بتغيير محل إقامة الطفل وعدم السماح بعودته الى حضانة الزوج الاخر ، المقرر الحضانة لمصلحته .

لذا حرصت بعض الدول الى تنظيم مسالة حضانة الاطفال ومعالجة القانون الواجب التطبيق على الحضانة وأعتبرتها تشريعات دول أخرى ضمن العلاقات المتبادلة بين الاباء والاولاد وجمعتها بقاعدة اسناد واحدة في حين اغفلت بعض التشريعات التطرق اليها وهذا هو ديدن معظم التشريعات العربية .

أهمية البحث وأسباب اختياره

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 ما بعد الزواج في حالة الانفصال بين الزوجين إذا 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 .
كما أن احد الأسباب التي دعنتنا للبحث في هذا الموضوع , أن معظم التشريعات العربية لم تعالج القانون الواجب التطبيق على الحضانة , كما هو الحال في القانون المصري .
مما أدى إلى تنوع الأحكام القضائية التي تناولت الموضوع لاختلاف في تكيف الحضانه .

هدف البحث

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

منهجية البحث

لاستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية , ستكون دراستنا لهذا البحث :

١. دراسة تحليلية :- وذلك من خلال ثلاثة محاور
المحور التشريعي :- والذي سوف نتناول فيه المعالجة التشريعية لموضوعنا محل البحث على صعيد القوانين الداخلية (الوطنية) والاتفاقيات الدولية ذات الصلة
المحور الفقهي :- ومن خلاله سنبين الآراء الفقهية التي تطرقت للموضوع وتحليل هذه الآراء
المحور القضائي :- والذي سنحاول فيه تتبع اتجاهات القضاء وقراراته , وصولاً إلى تحديد الاتجاه الذي يوفر اكبر قدر من الحماية
٢. دراسة مقارنة

وذلك من خلال الاستعانة بعدد من القوانين العربية (المصري والكويتي والأردني) وبعض القوانين الأوروبية (فرنسا وبريطانيا) مع الإشارة إلى القانون السوفيتي السابق , ومقارنتها بموقف القانون العراقي , فضلاً عن تعزيز البحث ببعض نصوص اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال ذات الصلة بالموضوع .

مشكلة البحث

لما كانت مسألة الحضانة تتداخل ضمن أفكار متعددة ، تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها اثرًا 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 مسألة الحضانة فبدلاً من أن يكون هناك قانون واحد واضح يعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة ، نجد أن هناك عدة قوانين قد تتزاحم فيما بينها .

خطة البحث

لأحاطه بإبعاد الموضوع ، فإننا أرتأينا أن نتطرق إليه في بحثين ، سنخصص الأول للتعرف على مفهوم الحضانة ، أما الثاني فسنبحث فيه تحديد القانون التطبيق على الحضانة .

المبحث الأول

اختلاف فكرة الحضانة في التشريعات واثرها في تحريك التنازع الدولي للقوانين

من اجل الإلمام بمفهوم الحضانة ، سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين سنبيين في الاول اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة وسنعرض في الثاني تأثير الاختلاف بين التشريعات في تنازع القوانين .

المطلب الأول

اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة

لم يعرف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٨ النافذ الحضانة ، وانما جاء في مقدمة التعديل الثاني لهذا القانون بانه ((يُقصد بإصلاح الحضانة في قانون الاحوال الشخصية ، تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له حق في ذلك قانوناً ، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير اموره

بنفسه ، وتربيته بما يصلحه يقيه مما يضره^(١) ، ولم يبتعد الفقه العراقي^(٢) . والقضاء العراقي^(٣) . عن هذه التعريف .

اما لو اطلعنا على بعض القوانين العربية ، نجد ان التشريع المصري والمتمثل بقانون الاحوال الشخصية رقم (٤٤) لسنة ١٩٧٩ المعدل لم يرد فيه تعريف للحضانة ، تاركاً للقضاء معالجة ما يثار أمامه من نزاعات ، مسترشداً في تعريفها من المصادر الفقهية والتي تناولتها بالتفصيل^(٤) . أما عن القانون الأردني والمتمثل بقانون الاحوال الشخصية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ النافذ أنه أيضاً لم يتطرق الى تعريف الحضانة ، وانما ذكر شروط وترتيب من له الحق بالحضانة ، ومدتها وسقوطها وأجرة الحاضنة بموجب المواد (١٥٤-١٦٦) من القانون اعلاه ، والظاهر انه ترك ذلك لاجتهاد القضاء مستتيراً في ذلك على الآراء الفقهية^(٥) .

وبخصوص القانون الكويتي ، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشأن المادة (١٨٩) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي (٥١) لسنة ١٩٨٤ النافذ مايلى (يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيته شرعاً^(٦) .

وقد عرف الحضانة قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ النافذ في المادة (١٤٣) منه والتي تنص على أنها ((حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس^(٧) . ويتطابق هذا التعريف مع تعريف المادة (١٣٢) من مشروع القانون العربي الموحد^(٨) .

المطلب الثاني

تأثير الاختلاف بين التشريعات في تنازع القوانين

لما كانت الحضانة تجمع بين ثلاثة حقوق (حق الصغير ، حق الام ، حق الاب) لذا نجد ان الفقه والقانون قد اختلف على من الذي يملك الحق فيها ، وللتعرف على ذلك سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ، سنخصص الاول الى تأثير الاختلاف الفقهي في التشريعات ، أما الثاني فسنبحث فيه موقف التشريعات سنتعرف في الثالث على موقف بعض الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول :- تأثير اختلاف الفقهي في التشريعات :

سوف نتطرق إلى الفقه الاسلامي والديانة المسيحية وكالاتي

اولاً :- الشريعة الاسلامية

أجمع الفقهاء المسلمون ان في الحضانه حقوق ثلاثة ، حق الصغير ، حق الام ، حق الاب ، وان التوفيق بين هذه الحقوق واجب اذا امكن ، اما اذا تعذر ذلك ، فيذهب البعض من الفقه^(٩) إلى القول بأن الحضانه حق للصغير على امه وليس حقاً للأم فيه ، ويترتب على ذلك ان الام تجبر على حضانهه ولاخيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك ، بينما ذهب فريق اخر من الفقه^(١٠) إلى أن الحضانه حق للأم ويترتب على هذا ، إنها لا تجبر على حضانه الصغير ولها ان تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها ، ويرى فريق آخر^(١١) . إلى أنها حقاً للأم والصغير ، فأن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم ، وان تعين فليس الامتناع ، وحق الصغير فيها أقوى .

ثانياً :- الديانة المسيحية

لم يختلف المسيحيون بأن الام صاحبه الحق في الحضانه ، ولكن يقيد حقها اذا كانت المتسببة في الطلاق ، اذا انه بموجب المادة (٣٧) من الاحكام والقواعد عند طائفة السريان الارثوذكس أن الأم هي الحاضنة ألا اذا كانت متعديّة وطُلق^(١٢) . أما عند الأقباط الارثوذكس فهي حقاً للأم وللصغير معاً بموجب المادة (١٣٤) من القواعد المعمول بها عندهم^(١٣) . أما الكاثوليك فيشترط عندهم أن تكون الأم كاثوليكية ، وألا سقطت عنها الحضانه حتى لو لم تكن متعديّة حسب نص المادة (١٢١) من الارادة الرسولية^(١٤) . وقد دأب القضاء العراقي على تطبيق نصوص قانون الاحوال الشخصية ومبادئ ، الشريعة الاسلامية ، فيما يتعلق بمواد الاحوال الشخصية التي لا تمس العقيدة الدينية لأبناء الطوائف الدينية غير الاسلامية المعترف بها رسمياً في العراق ، كما هو الحال في امور النفقة والحضانه و تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز على انه (لدى عطف النظر على الحكم المميز قد وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك لان المدعى عليه أقرا بالزوجية والدخول وبنوة الصغيرين دونالد وكاترين من فراش الزوجية وتطبيق المدعية ، وحيث ان الصغيرين لازالوا في سن الحضانه ، وان التقارير الطبية الصادر من اللجنة الطبية الأولية والاستئنافية قد أيدت صلاحية الأبوين للحضانه ، وحيث أن الأم أحق بحضانه الصغير حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ، عملاً بأحكام المادة (١/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية ، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية)^(١٥) .

الفرع الثاني:- موقف التشريعات**أولاً :- التشريع العراقي**

تقضي الفقرة الأولى من المادة السابعة والخمسين من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ على ان (الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) ويفهم من هذا النص على عدة أمور

الأمر الأول :- ان الحضانة حق للصغير والام معاً ، الا انها تجبر على الحضانة ان لم يوجد غيرها ، حتى لو اسقط حقها فيها وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز على ان (الحاضنة إلام لا تجبر على حضانة ولدها شرعاً الا اذا تعينت لها ، فان وجدت حاضنه غير أمه من المحارم تقوم بحضانتها فلا تتعين أمه لحضانتها ولا تجبر عليها ، اما اذا لم يوجد حاضنه من محارمه او وجدت فامتعت فتعين امه المدعى عليها بحضانتها وتلزم بها) (١٦) .

الأمر الثاني :- لو أختلعت الأم من زوجها على ترك حضانة ولدها ، كان الخلع صحيحاً والشرط باطلاً ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز على انه (إذا تمت المخالعة بناءً على تنازل الزوجة عن حضانة ابنتها ونفقتها لزوجها ، ثم قامت المدعى عليها بعد الطلاق بانتزاع ابنتها منه ، فان الحكم يرد دعوى المدعي بطلبة تسليمه ابنته اليه ، موافق للشرع والقانون حيث ان الحضانة حق الام وحق الصغير وان التنازل عنها مخالف للنظام العام) (١٧) .

الأمر الثالث : أن حق المحضون أقوى من حق الوالدين ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على انه (يترتب على المحكمة في دعاوى الحضانة مراعاة مصلحة الصغار قبل مصلحة المتداعين طالبي الحضانة) (١٨) .

ثانياً :- موقف بعض التشريعات العربية

تخلو نصوص قانون الأحوال الشخصية المصري والاردني والأمارتي من اشاره الى كون الحضانة حقاً خالصاً للام أو الصغير ، ألا ان القضاء هناك ساير الاتجاهات الفقهية التي اعتبرها حقاً مشتركاً مع تفضيل مصلحة الصغير في حاله تعارض المصالح (١٩) . ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ على ان حق الحضانة لايسقط بالإسقاط وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها بموجب المادة (١٩٣) منه ، في حين ان قانون الأحوال الشخصية اليمني نص في المادة (١٢٠) منه على ان الحضانة حق للصغير فلا يجوز التزول عنها ، وذهب القانون التونسي موقفاً مغايراً ، اذ انه بموجب المادة (٥٥) منه اذا امتعت الحاضنه عن الحضانة لا تجبر عليها ((أما مشروع القانون العربي

الموحد ، اعتبر الحضانه واجباً على الابوين ما دامت الزوجية قائمة ، اما بعد الفرقة فان كان الصغير رضيعاً فالام ملزمة بالحضانه وليس لها تركها^(٢٠).

ثالثاً :- موقف بعض التشريعات الاوربية :-

ذكرنا سابقاً أن الديانة المسيحية تنظر الى الحضانه على انها حق للام مادام الطلاق صدر لصالحها ، والا انتقل الحق الى الاب ، وعلى هذا النهج سارت معظم القوانين الاوربية كالقانون الفرنسي .^(٢١)

أما القانون الانكليزي ، فقد كان ينظر الى الامر على ان هناك سلطه يتمتع بها الاب على اولاده القصر دون ان يكون هناك حديث عن واجبات الوالدين تجاه الاولاد ، الى ان صدر قانون الطفل في ١٩٨٩ والذي بين هذه الواجبات ، مع احتفاظه بالصيغة المسيحية التي تعطي الحق للام اذا لم تتسبب في الطلاق^(٢٢) . وتميل المحاكم الانكليزية بصورة عامة الى اعطاء حق الرعاية الى الام عندما يكون الطفل رضيعاً ، اما في غير مدة الرضاعة فستنتقل الحضانه إلى الأب إذا كانت ينظر الام متسببة في الطلاق^(٢٣) . ولم ينظر قانون الاتحاد السوفيتي سابقاً الى مسالة الحضانه ، وانما احوال مسالة حفظ الولد بعد فسخ الزواج الى ما يتقرر من تشريع الجمهوريات المتحدة ، بموجب المادة (١٨) من القانون الصادر ١٩٦٨/٦/٢٧^(٢٤) .

الفرع الثالث :- موقف بعض الاتفاقيات الدولية

وسنخص بالذكر اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ واتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦
اولاً :- اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩^(٢٥) . نصت الفقرة الاولى من المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على انه ((في جميع الاجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة او الخاصة او المحاكم او السلطات الادارية او الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الاول لمصالح الطفل الفضلى))^(٢٦) . كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على ان ((تتعهد الدول الاطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمين لرفاهه ، مراعية حقوق وواجبات والديه او أوصيائه او غيرهم من الافراد المسؤولين قانوناً عنه ، وتتخذ ، تحقيقاً لهذا الغرض ، جميع التدابير التشريعية والادارية الملائمة))

ثانياً :- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الابوية والاجراءات الحماية للأطفال^(٢٧) .

تختص هذه الاتفاقية التي تم اقرارها في ١٩٩٦/١١/١٩ بنطاق واسع من قضايا الحماية الدولية للطفل ، بدأ من النزاعات الابوية حول حضانة للطفل او الاتصال بها ، حسب نص المادة (٣) من هذه المعاهدة ، حيث جاء في الفقرة (ب) من هذه المادة ، حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل ، وخاصة فيما يتعلق بتجديد مكان اقامته ، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فتره معينة الى مكان غير مكان اقامته الاعتيادية . وبذلك تعكس هذه الاتفاقية مبدأ (بمصلحة الطفل الفضلى) الذي نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل في مادتها الثالثة سالف الذكر^(٢٨) .

وفي ما سبق عرضه من موقف الفقه والقانون والاتفاقيات الدولية ، نستنتج ما يلي :-
بخصوص موقف الفقه الاسلامي والقوانين العربية، بخصوص من له الحق بالحضانة ، هناك ثلاثة آراء

١. (الرأي الضعيف) انها حق للام لها التنازل عنها واسقاطها ، وهذا ما ذهب اليه البعض من الفقه والقانون التونسي

٢. (الرأي المرجوح) انها حق للصغير وعلى هذا فلا يجوز اسقاطه ، والى هذا ذهب بعض الفقه ، والقانون اليمني

٣. (الرأي الراجح) انه حق للام والصغير معاً ، فلو وجد من يقوم بها غير الام فلها اسقاطها والتنازل عنها ، والامتناع عن القيام بها ، واذا تعينت فلا حق لها في تركها وإسقاطها لان حق الصغير اقوى من حقها، وهذا رأي البعض من الفقه ، ومعظم قوانين الاحوال الشخصية العربية ، كالقانون العراقي والمصري والاردني والكويتي .

أما بخصوص موقف الديانة المسيحية والقوانين الاوربية ، وكما بينا سابقاً انها تنظر الى الحضانة كآثر من اثار الطلاق ، فالرأي الراجح انها حق مشترك ما بين الابوين والصغير ، ولكن حق الصغير فيها اقوى ، بدليل انه وبالرغم منه ان حق الحضانة سيسقط عن الوالد المتسبب في الطلاق الا انه يجوز ان يحتفظ بالحضانة إذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك^(٢٩) . وبخصوص اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ ، فأنا نجد أن أكثر من طرف يشترك في هذا الحق كمؤسسات الدولة اضافة الى الوالدين والصغير ، الا ان مصلحة الصغير هي الاقوى لأنها الأساس الذي عقدت عليها هذه الاتفاقية .

من كل ما تقدم يظهر أن الاختلاف في تكليف الحضانة هو الذي ادى الى اختلاف القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، وهذا ما سوف نتعرف عليه في المطلب الثاني من البحث .

المبحث الثاني

حلول تنازع القوانين في الحضانة

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 الأوربيين كانت وما تزال تنظر للحضانة باعتبارها اثر من آثار الطلاق ، وللاحاطه بالموضوع سنعرضه من خلال مطلبين ، الأول سنبين فيه تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات العربية ، أما الثاني فنخصصه لتحديد 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 ، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول سنستعرض فيه موقف بعض القوانين العربية ، والثاني سنوضح فيه موقف القانون العراقي .

الفرع الاول :- موقف بعض التشريعات العربية

تأثرت معظم هذه القوانين ، بالقانون المصري والمتمثل بالقانون المدني المصري النافذ ، والذي سكت عن إسناد الحضانة للقانون الذي يحكمها ، مما لقي على عاتق الفقه والقضاء تولي هذه المهمة . فذهب البعض من الفقه^(٣٠) . إلى أنها اثر من اثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج ، وإلى ذلك ذهب القضاء المصري في بعض أحكامه^(٣١) .

وعدها البعض الآخر من الفقه^(٣٢) . على أنها اثر من أثار الطلاق ، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على انه (متى ما كان الحكم بالتطبيق لم يصدر لمصلحة الزوجة ولا بناء على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً ، فانه طبقاً للقانون المدني الفرنسي الزوج أحق بحضانه ابنه ، وانه لا مصلحة للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدور المادة ٣٠٢ من ذلك القانون ، والتي تقضي بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذي حكم له بالطلاق ، بمقوله انه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقاً لهذا النص)^(٣٣) .

وذهب القضاء المصري في بعض أحكامه الى اعطاء الحضانه حكم الولاية ، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم ٨٩ والصادر في ١٩٥٤/٢/٢ 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 شأنها 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 أحكام القانون الانكليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار ان الصغيرين المطلوب اسناد حضانتهم الى المدعية هما انجليزيان متبعاً لوالدهما المدعى الانكليزي الجنسية^(٣٤) .

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

١. ان 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 (٢٤) 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 آثار الزواج أو كأثر من آثار الطلاق , مع ان الحضانة لا تعتبر أثر من آثار الزواج والذي يخص علاقة الزوجين فيما بعضهم , كما ان تكييف الحضانة كأثر من آثار الطلاق هو ما جرى عليه العمل في الفقه والقضاء الاوربي متأثراً بالديانة المسيحية , مما اثر على بعض اراء الفقه واحكام القضاء المصري .
 ٢. 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 تتبني على اعتبارات غير الاعترافات التي تتبني عليها احكام الاخرى^(٣٥) .
 ٣. 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 المرجح للحضانة على أنها حق لكل من الحاضنة والمحضون مع تفضيل مصلحته المحضون اذا تعارضت المصالح , لقادنا الى درج الحضانة تحت طائفة العلاقات المتبادلة مابين الاباء والابناء والتي بدورها تسند الى القانون الخاص بالبنوه او النسب , وهذا لم يحصل في التشريع المصري المتمثل بالقانون المدني^(٣٦) .
- كل ذلك دفع البعض من الفقه المصري^(٣٧) . الى القول : (ان مرد الصعوبة التي واجهتها المحاكم المصرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة , أن هذه المحاكم لم تبسط البحث كافيّاً في تكييف الحضانة , وهو البحث الذي تتحل على اساسه مشكله القانون الواجب التطبيق عليها ,

وتكليف الحضانة يخضع وفقاً للقاعدة العامة في التكليف 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^(٣٨) ، وما دامت كذلك فأئنا نفضل اخضاع الحضانة لقانون بلد الأب) .

وهذا هو الاتجاه الفقهي الراجح حالياً في مصر . وما استقرت عليه احكام القضاء المصري لاحقاً^(٣٩) . على ان هناك اتجاه فقهي حديث^(٤٠) ، ينتقد هذا الرأي الاخير حيث يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان عد الحضانة من آثار النسب منتقد لأن النسب يتعلق بشرعية الأولاد ولا شأن له برعايتهم ، لذا فان الحضانة اثر مستقل بذاته . يتولى القانون تحديده من حيث مصدر الالتزام بها واثارها .

وقد سلكت معظم التشريعات العربية ، مسالك التشريع المصري بعدم النص على قاعدة اسناد خاصة بالحضانة ، بل وحتى على الواجبات والحقوق المتبادلة ما بين الاباء والاولاد ، لذا يفضل الفقه هناك ما توصل اليه الفقه الراجح في مصر من تطبيق قانون جنسية الأب^(٤١) .

وحسناً فعل المشرع الكويتي ، حيث اخضع الحضانة إلى قاعدة اسناد خاصة بها ، بموجب المادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي رقم ٥ لسنة (١٩٦١) النافذ ، والتي تنص على ان ((يسري قانون جنسية الاب في الولاية على النفس وفي الحضانة)) وعالج ايضاً وبصورة تفصيلية المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة وتصحيح النسب والتبني بموجب المواد (٤١) و(٤٢) و(٤٣) من القانون أعلاه ، والجدير بالذكر أن المشرع اليمني في القانون المدني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ النافذ ، قد حصر الاختصاص التشريعي في القانون اليمني بالزواج والطلاق واغلب مسائل الأحوال الجنسية ، حيث نصت المادة (٢٦) منه على ((أن يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات الى القانون اليمني عند المرافعة برضاء الطرفين)) أي انه جعل تطبيق القانوني اليمن مرهون برضاء الطرفين اذا كان الزوجين أجنبيين .

ولو سلمنا بخضوع الحضانة إلى القانون الذي يحكم العلاقات والحقوق المتبادلة وما بين الاباء والابناء ، وهو قانون جنسية الاب حسب رأي الفقه الراجح يثار التساؤل عن الوقت الذي يعتد به بقانون جنسية الاب ؟

لو قلنا الاعتراف بقانون جنسية الاب وقت انعقاد الزواج ، باعتبار النسب اثر من اثار الزواج لكننا بذلك قد امنا بان الحضانة تعتبر كذلك ، وهذا ما سبق وان فنده الفقه الراجح .

ولو عملنا بقانون الاب وقت ميلاد الولد ، فانه قد يؤدي الى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الابناء الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غير الاب جنسيته^(٤٢) . أضافه الى ان الاب قد يتوفى قبل ولادة الولد ، فأى القانونين اصلح ، قانون وفاة الاب او قانون وقت الزواج واذا فضلنا قانون جنسية الاب وقت رفع الدعوى ، فانه قد يحصل تحايل على القانون ، وذلك بتغيير الاب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينه لا علاقة له بالنسب^(٤٣) .

ويبدو وحسب رأينا المتواضع ان اعمال قانون جنسية الاب دون تحديد الوقت معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية ، افضل من اعمال وقت معين ، وذلك بتقدير كل حالة على حده .

الفرع الثاني :- 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 بالنبوه الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد بقاعدة اسناد واحده واخضعها لقانون جنسية الاب ، بموجب المادة (٤/١٩) من القانون المدني ، وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

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 (٥/١٩) من القانون المدني العراقي ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على ان (الجدد لاب أولى بحضانه الصغيره من الام الاجنبية غير المقيمة في العراق)^(٤٤) .

كذلك يتعطل تطبيق القانون الاجنبي اذا كانت احكامه تخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي حسب نص المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على ان (الاولاد يلحقون بأهمهم 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)^(٤٥) .

وقد سنحت للقضاء العراقي تكريس هذا المبدأ ، أي اسناد العلاقة الخاصة بالحضانة الى قانون جنسية الاب ، في قضية تتعلق بزوجة مصريين مسيحيين يعملان في العراق ، رفعت الزوجة امام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها ، واثاء نظر القاضي الدعوى اشهرت

الزوجة اسلامها امام القاضي وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة ١٠٤٢ سجل ٥٧٦ بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢٨ ، 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) (٤٦) .

ويلاحظ على القرار التمييزي اعلاه ما يلي :-

١. أن المحكمة استندت في تكييف العلاقة محل النزاع على القانون العراقي بوصفه المرجع في التكييف بموجب نص المادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي .
٢. طبقت المحكمة القانون المصري بوصفه القانون الواجب التطبيق بموجب المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان (يسري في الطلاق والتفريق القانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى) .
٣. لما كان زوجه المدعى عليه اثناء رفع الدعوى مسلمة بموجب الحجة 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 ، فإن أبى يفرق القاضي بينهما في الحال ، وهذا ما فعله القاضي العراقي (٤٧) .
٤. لم يطعن القاضي العراقي بإسلام الزوجة ، بحجة التحايل على القانون ومن ثم تطبيق قانون الأقباط الأرثوذكس الخاص بالحضانة ، والذي يسندها الى الزوج الغير المتسبب في الطلاق ، لأن الاعتقاد الديني مسالة نفسانية لا يمكن للجهة القضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وهي متوفرة في إسلامها (٤٨) .
٥. بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، طبقت المحكمة الشرعية في الموصل وأيدتها في ذلك محكمة التمييز قانون جنسية الاب المصري ، بموجب المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ان ((المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الأب)) .
٦. 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 ، تطبقت المحكمة قانون الاحوال الشخصية الخاص بطائفة الأقباط الأرثوذكس المنتميان اليها الزوجان عند عقد الزواج , وهذا يؤكد على ان المشرع العراقي كان موقفاً عند عدم الاعتراف بوقت معين عند تطبيق قانون جنسية الاب ، وهو ما سبق وان أيدناه .

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة في التشريعات الاجنبية

من اجل الاحاظه بالموضوع سنعرضه من خلال فرعين ، سنخصص الفرع الأول إلى موقف بعض القوانين الاوربية اما الفرع الثاني فسنتعرف فيه الى موقف اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ من القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

الفرع الاول : 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^(٤٩) .

ولكن بعد صدور قانون ١١ تموز ١٩٧٥ والذي نص على قاعدة جديدة للنزاع ظهرت في المادة (٣١٠) من القانون المدني الفرنسي , والتي نصت على أن ((الزواج والطلاق يحكم بالقانون الفرنسي اذا كان :

١. احد الزوجين من الجنسية الفرنسية .
٢. إذا كان الزوجان كلاهما لهما موطن في الارض الفرنسية
٣. اذا لم يعترف أي قانون اجنبي بصلاحيته في حين تكون المحاكم الفرنسية صالحة للنظر في الطلاق أو الانفصال الجسدي))^(٥٠) .

ونعتقد ان نص لمادة (٣١٠) ليس الا قاعدة مادية ذات تطبيق مباشر وضروري^(٥١) .

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^(٥٢) . (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 ١٩٦٨ 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 سنة على وضع الحمل ، وفي حالته الحكم بالطلاق لها ان تتخذ كافة الاجراءات الضرورية لحماية مصالح الاطفال غير البالغين)^(٥٣) .

الفرع الثاني : موقف اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الابوية والاجراءات الحمائية للاطفال

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 المادة (٥) منها . فإنها أي الاتفاقية سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها للاختصاص المكون اليها وذلك حسب نص الفقرة (أ) من المادة (١٥) . وحرصاً من هذه الاتفاقية على توفير اكبر قدر من الحماية للطفل ، وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة (١٥) 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 آخر قد يكون قانون جنسية الطفل اذا كان مقيم في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها بجنسيته ، أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته اذا كان مختلفين الجنسية ، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حماية .

والملاحظ على نصوص هذه الاتفاقية ما يلي :

- ١ . 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 (٥٤).
- ٢ . 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 (٨) أنها ، وهذا يعني أن القانون الواجب التطبيق ايضاً سوف ينتقل لصالح قانون السلطات الجديدة .
- ٣ . أن هذه الاتفاقية قد تؤدي إلى تجزئة العلاقة القانونية وذلك بإخضاعها إلى أكثر من قانون .

الخاتمة

لم يحظى موضوع تنازع القوانين في الحضانة الأهمية التي نالتها بقية مواضيع الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص ، فمن خلال مناقشة وتحليل هذه المشكلة لقوانين عربية واجنبية . وكذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ ، 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 تكليف للحضانة مسترشداً في ذلك بالأراء الفقهية التي قيلت فيها ، مما أدى إلى تنوع الأحكام القضائية في الدولة الواحدة اضافة الى التنوع الحاصل بين دولة واخرى في الدول التي لم تنص تشريعاتها على قاعدة اسناد خاصة بالحضانة ، نتيجة لعدم وحدة التكليف بشأن الحضانة ، فلقد فيها 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 ، وانها المرحلة الاولى من مراحل الولاية على النفس ، وهذا سبق وان توصل إليه الفقه الجعفري لذا يجب اخضاعها الى قانون جنسية الاب ، على ان هناك اتجاه فقهي حديث يرى بانها اثر مستقل يتولى القانون تحديده من حيث مصدر الالتزام .

وما يزيد الطين بله في هذه التشريعات انها اعتبرت الحضانة تعالج مسألة تفصيلية فلا داعي لإخضاعها لقاعدة اسناد ، وإنما يترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء ، وإذا كان الفقه الراجح وتبعه القضاء كما بينا اعتبرها إحدى المسائل المتعلقة بالواجبات والحقوق المتبادلة ما بين الآباء والأبناء ، ما يستلزم معه اسناد هذه العلاقات الى قانون واجب التطبيق عليها ، وهذا بدوره لم يحصل ، مما أدى الى وجود خلل تشريعي نعتقد وحسب رأينا المتواضع يجب معالجته ، كما بينا ذلك في متن البحث .

اما القسم الثاني من القوانين ، قد نصت تشريعاتها على قاعدة اسناد خاصة بالحضانة ، كما هو الحال بالتشريع العراقي بموجب المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي الكويتي ، واللذان نصتا على خضوعها لقانون جنسية الأب دون تحديد وقت معين ، هل هو وقت انعقاد الزواج أو وقت ميلاد الولد او وقت رفع الدعوى .

ونعتقد أن المشرع العراقي كان موقفاً في ذلك ، بترك كل حال الى سلطة القاضي التقديرية يفحصها وفقاً لما يحيط الدعوى من ظروف وملابسات ، فإسلام الزوجة او الزوج الاجنبي اثناء نظر الدعوى ، يجعل من القانون الواجب التطبيق على الحضانة يختلف في حالته الاعتماد بجنسية الاب وقت رفع الدعوى عنه في حالة انعقاد الزواج او ميلاد الابن وذلك بانتقاله من قانون احوال شخصية معين الى قانون احوال شخصية أسلامي .

أما القسم الثالث من القوانين ، فيتمثل بالتشريع اليمني ، الذي حجز الاختصاص بالحضانة وبالزواج والطلاق عموماً الى القانون اليمني برضاء الطرفين أي انه نزع الصفة الأمر والمتعلقة بالنظام العام من مواد الاحوال الشخصية الاجنبية وذلك في حالة اتفاق طرفي العلاقة على ذلك واسناده الى القانون اليمني .

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 ١٩٨٢ .

أما عن موقف القوانين الأوروبية ، فلتأثرها بالديانة المسيحية والتي تعد الحضانة اثر من اثار الطلاق سارت هذه التشريعات على هذا المنوال ، وأن كان التشريع الفرنسي جاء بقاعدة ذات تطبيق ضروري بخصوص الطلاق تتمثل بالمادة (٣١٠) من القانون المدني بموجب القانون الصادر في ١٩٧٥/٧/١١ والتي حجزت الاختصاص التشريعي للقانون الفرنسي بمجرد الإقامة فيها بغض النظر عن حملة الجنسية الفرنسية من عداها ، مما يجعل صعوبة في اسناد الحضانة إلى القانون الأنسب لحكمها ، نتيجة لتزاحم اكثر من قانون في ذلك ، كما في الحالة التي تختلف فيها النظم القانونية ما بين فرنسا باعتبارها بلد الإقامة وبلد آخر فينتهي اليه اطراف العلاقة متمثل في بلد اسلامي . ففي الوقت الذي يعتد به البلد الإسلامي بقانونه لحكم العلاقة ، تعتبر فرنسا محجوزاً لقانونها نتيجة للإقامة فيها ، مما قد يساهم في تحويل العلاقة من قانون الاحوال الشخصية الإسلامي الى القانون المدني الفرنسي والذي يكيّف العلاقة باعتبارها اثر من اثار الطلاق وبالتالي تخضع لقانونه .

وبخصوص موقف القانون الانكليزي فانه وان عدا الحضانة كأثر من آثار الطلاق لا انه اعطى سلطه تقديرية واسعة للمحكمة لا عطاء الاختصاص لقانون الأب ام الطفل وفقاً لمصلحة الطفل في ذلك .

وعن موقف القانون السوفيتي السابق ، فأن تشريع ١٩٦٨ عالج ذلك بما يتراءى للجمهوريات المنبثقة عن هذا الاتحاد ، فالجمهوريات ذات الأغلبية الاسلامية تكيفها وفقاً للتصوير الاسلامي والاخرى المسيحية عدتها اثر من اثار الطلاق .

ولغرض حل المشكلات المتعلقة بالأطفال ومنها الحضانة ، عقدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ والتي اعطت الاختصاص التشريعي لدولة اقامة الطفل المعقود الاختصاص القضائي امامها ، أي انها جعلت الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي ، وان كان بالإمكان أن يتم تطبيق قانون اخر كقانون جنسية الاب او الابن بناءً على تنازل دولة الإقامة والتي تعتبر ان هناك قانون اكثر صلة بالنزاع قادر على توفير حماية اكبر للطفل .

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 صلة 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 (٢٢) منها .

وفي حالة صعوبة في ذلك ، نقترح على المشرع العراقي وحسب راينا المتواضع الدخول في اتفاقيات ثنائية مع دول تتبنى نظام مختلف عما هو معمول عندنا في مجال الحضانة .

الهوامش

١. انظر مقدمة التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ ، ص ١٧
٢. انظر د. احمد الكبيسي الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج ١ ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٢١٣ .
٣. انظر القرار رقم ٢٨٣ / شخصية / ١٩٧٧ في ١٩ / ٢ / ١٩٧٧ ، والذي ينص على انه (اذا وجد ان الصغيرة بحاجة ماسه الى من يرعاها من النساء ، فانه لا يوجد هناك ما يبرر أخذها من أمها طالما قد ثبت اسلامها وانها قائمة برعاية ابنتها ومعالجتها وادخالها المدارس التي ارتضاها لها والدها في حياته) منشور في مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان الثالث والرابع ، السنة الثانية والثلاثون ، ١٩٧٧ ، ص ٢٩٢ .
٤. انظر د. عبد الفتاح ابراهيم البهنسي الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ، ج ٢ ، دار الاشعاع القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٦٢ .
٥. انظر في الاجتهاد القضائي الاردني بخصوص الحضانة د. احمد محمد علي داود ، الاحوال الشخصية ، ج ٣ ، ط ٤ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٠-٤٧
٦. نقلاً عن د. محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ٣١ .
٧. انظر ضاري خليل محمود ، مبدأ مصالح الطفل الفضلى ، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر عن وزارة العدل العراقية ، العدد الأول ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٨٠ .
٨. انظر مواد هذا المشروع منشوره في المجلة العربية للفقه والقضاء ، تصدر عن الامانه العامة لمجلس وزارة العدل العرب ، العدد الثاني ، السنة الثانية ، تشرين الاول ، ١٩٨٥ ، ص ٢٨ .
٩. انظر شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء السابع ، مطبعة البابي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨ ، ص ٢٧٤ .
١٠. انظر محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، بولاق ، مصر ، ١٩٧٤ ، ص ٦٢٠ .
١١. انظر محمد جواد مغنيه ، فقه الامام الصادق ، ج ٥ ، ط ٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٣٨٢
١٢. نشرت الاحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارثوذكس في جريدة الوقائع العراقية ، العدد ٢٨٥٥ بتاريخ ١٦ / ٧ / ١٩٥٠ واحتوت على (٤٨) مادة .
١٣. انظر د. سمير عبد السيد تتاغو ، احكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ٣٥٦ .
١٤. انظر د. فؤاد شباط تنظيم الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، معهد الدراسات العربية العالي مصر ، ١٩٦٦ ، ص ١٣٨ .

١٥. القرار رقم ٨٧٦ شخصية اولى / ٢٠٠٦ في ٢٩/١/٢٠٠٦ اشار اليه القاضي بشار احمد الجبوري الوجيز في شرح مواد الاحوال الشخصية لغير المسلمين في القانون العراقي ، ط١، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٩ ، ص ٧٤ .
١٦. القرار رقم ٣٥ / شرعية / ١٩٧٣ في ٤/١١/١٩٧٣ ، النشرة القضائية تصدر عن وزارة العدل العراقية العدد الرابع ، السنة الرابعة ، ١٩٧٣ ، ص ١٧٦ .
١٧. القرار رقم ٣٢٣٨ / شرعية / ١٩٧٠ في ٢٠/٢/١٩٧٠ النشرة القضائية ، العدد الاول / السنة الثانية ، ١٩٧٠ ، ص ١٠٦ .
١٨. قرار محكمة التمييز رقم ٧٧/ هيئة عامة / ١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٧/٥/٧ ، مجموعة الاحكام العدلية تصدر من وزارة العدل العراقية العدد الثاني ، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ ، ص ٦٣ .
١٩. انظر في اجتهاد القضاء الاردني القرار رقم ١٨٠١٢ بتاريخ ١٤/٤/١٩٧٤ والذي ينص على ان (التوفيق في الحقوق الثلاثة واجب اذا امكن ، واذا تعذر فتقدم مصلحة الصغير لان مدار الحضانة على نفع الولد ، فمتى تحقق مصلحته في شيء وجب المصير اليه ، دون الالتفات الى حق الاب والام ، لان مصلحته اقوى من مصلحتها ، وعلى القاضي التحري عن الجهة التي تتحقق فيها مصلحة الصغير) أشار إليه د. احمد محمد علي داود ، مصدر سابق ، ص ٤١ .
٢٠. م (١٣٧) من مشروع القانون العربي الموحد .
٢١. انظر د. محمد عليوي ناصر ، مصدر سابق ، ص ٤٩ .
٢٢. انظر ، 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 ، ٢٠٠٢ ، ص ٣٠٢ .
23. Dicey and morris , conflict of laws , 9ed ., Stevens and sons limited , London , 1974
٢٤. انظر د. محمد عليوي ناصر مصدر سابق ، ص ٤٩ .
٢٥. صدرت هذه الاتفاقية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٢٥/٤٤) بتاريخ ٢٠/١١/١٩٨٩ ، ودخلت حيز النفاذ اعتباراً من ٢/٦/١٩٩٠ ، او تضمنت ديباجه و (٥٤) مادة ، وقد صادق عليها جميع الدول الاعضاء بالأمم المتحدة ، ومنها العراق بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٤ باستثناء الولايات المتحدة والصومال . لمزيد من التفاصيل حول ظروف وملابسات عقد هذه الاتفاقية انظر د. ماهر جميل ابو خوات ، الحماية الدولية لحقوق الطفل ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٤ وما بعدها .
٢٦. تطبيقاً لنص هذه المادة ، قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٢/٩/١٩٩٧ بتطبيق هذا النص تطبيق مباشر وتعليبه على نص القانون الداخلي الذي يمنع الطلب المتعلق بحق التجمع العائلي . أشار إليه د. اشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .
٢٧. لأكثر من مائة وعشرة اعوام ، دأب مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص ، وهو منظمة دولية حكومية يبلغ عدد الدول الاعضاء فيها نحو سبعين دولة من مختلف القارات ، على توفير الامن والحماية للإفراد الذين تتخطى حركتهم وأنشطتهم حدودهم الوطنية . وتقع على عاتق هذا المؤتمر مسؤولية الموازنة بين قواعد

القانون الدولي الخاص على المستوى العالمي ، وذلك من خلال اعداد ودراسة وتبني اتفاقية لاهاي متعددة الاطراف يبلغ عدد الدول الاطراف بها حالياً اكثر من (١٢٠) دولة من مختلف انحاء العالم ،وقد تم منذ الحرب العالمية الثانية اقرار ٣٧ اتفاقية . لمزيد المعلومات حول هذه الاتفاقيات نظرا الموقع الالكتروني لمؤتمر لاهاي www.hcch.net .

٢٨. انظر الموقع الالكتروني للاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية

<http://www.hcch.net/vpload/arab.html>

٢٩. انظر د محمد عليوي ناصر ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .

٣٠. د. احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٢٢٨ .

٣١. راجع أحكام محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الاحوال الشخصية للأجانب) الصادر في مايو ١٩٥١ في القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠ ، وفي ١٢ يونيو ١٩٥١ في القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٠ ، وفي ١٥ يناير ١٩٥٢ في القضية رقم ٧٩ لسنة ١٩٥١ ، وفي ٤ مارس ١٩٥٢ في القضية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥١ ، اشار اليها د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط٦ ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص ٣٢٣ هامش رقم (٢) . وانظر كذلك حكم محكمة الإسكندرية الصادر في ٣ نوفمبر ١٩٥٢ في القضية رقم ٤٣ لسنة ١٩٥١ ، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن ، السنة ١٩٥٢ ، ص ١٦٥ ،

٣٢. د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص ٣٨٢ .

٣٣. القرار رقم ٣٨ سنة ٢٦ ق ، احوال الشخصية ، بتاريخ ١٩٥٨/٣/٢٧ ، منشور في مجله المحاماة ، تصدر عن نقابة المحامين المصريين ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ، اكتوبر ١٩٥٨ ، ص ١٤١-١٤٤ .

٣٤. أشار إليه د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٣٨٤ .

٣٥. انظر د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٣٢٤ .

٣٦. تضمن مشروع القانون المدني المصري نصاً ، م (٣١) يقضي بأن ((يسري قانون الاب على الخاصة بالبنوه الشرعية وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوه وإنكارها)) لكنه حذف باعتبار انه يعالج مسألة تفصيلية يحنى ان يكون نطاق الاجتهاد فيها رحباً ، ولان هذه المسائل تعده من اثار الزواج وتسري عليه قواعد الزواج وفقاً للقواعد العامة ، نقلاً عن دبدر الدين عبد المنعم شرقي ، من احكام الصغير في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجله ادارة قضايا الحكومة ، تصدر عن مجلس الدولة المصري ، العدد الاول السنة الثالثة والعشرون ، ١٩٧٩ ، ص ٤٠ .

٣٧. د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الاحوال الشخصية بحث منشور في مجلة القانون الاقتصاد ، تصدر اساتذته عن كلية الحقوق في الجامعة القاهرة ، العددان الاول والثاني ، السنة الرابعة والعشرون ، ١٩٥٤ ، ص ٣١-٣٢ .

٣٨. راجع في تعريفات الفقه الجعفري للحضانة د. محمد عليوي ناصر ، مصدر سابق ، ص ٢٦-٢٩ .

٣٩. انظر القرار الصادر من محكمة استئناف القاهرة المرقم ٦٧٥ في ١٦ مايو ١٩٥٦ اشار اليه د. عز الدين عبد الله ، مصدر سابق ، ص ٣٢٤ .

٤٠. انظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلة حضانة الأطفال في زواج الاجانب ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٥ .
٤١. انظر على سبيل المثال د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٤٥ ، د. عامر محمود الكسواني ، تنازع القوانين ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٠ ، ص ١٧٠ .
٤٢. انظر د. عبد الواحد كرم الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ط١، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ٤٤ .
٤٣. انظر د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول والوضعية في القانون الأردني) ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ ص ١١٣-١١٤ .
٤٤. القرار رقم ١٩٩٠ / شرعية / ١٩٧٠ الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١١/٣٠ ، النشرة القضائية ، العدد الرابع ، السنة الاولى ص ٢٣ . وكان مجلس قيادة الثورة المنحل قد اصدر قراره المرقم ١٦١ في ١٩٧٣/١٢/٢٣ والذي ينص على ان (للعراقية أن تتولى حضانة أولادها ورعايتهم حتى بلوغهم سن الرشد في حالة الطلاق او الفراق من زوجها غير العراقي ، اذا ابدت الزوجة رغبتها في ذلك امام القضاء) . وانظر في القضاء المصري بهذا الشأن حكم محكمة استئناف القاهرة ، والتي الغت القرار الصادر من محكمة جنوب القاهرة بتاريخ ١٩٨٢ ، حيث جاء في حيثيات الحكم (ومن الثابت ان الام لا تقيم في مصر بل تقيم في النمسا وهي بعيدة عن موطن الاب ومن ثم تقوت عليه حقه في رؤيه الصغيرة والاشراف على ترتيبها وهو امر ليس في صالح طفل يقتضي الامر ان تكون عن حضانة جدتها لأبيها حتى يتم ترتيبها في وطن الاب وعلى بيانته اشار اليه فوزي كاظم المياحي ، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٦-٥٧ .
٤٥. القرار رقم ٣٩٣٣/شخصية ١٩٧١ في ١٩٧١/١٢/٤ ، ابراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الاحوال الشخصية ، مطبعة جعفر ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ٥٠ .
٤٦. القرار رقم ٢٠ / هيئة عامة / ١٩٧٩ بتاريخ ١٩٧٩/٤/٧ ، مجله القضاء تصدر نقابه المحامين العراقيين العددان الثالث والرابع ، السنة الرابعة والثلاثون ، ١٩٧٩ ص ٢٠٧ ، انظر هذا الحكم ايضاً منشور في الاحكام العدلية ، تصدر عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ ، ص ٦١ .
٤٧. اتجهت محكمة التمييز في كثير من قراراتها الى القول بوجوب عرض الاسلام على الزوج قبل الحكم بالتفريق ، اذ قضت في هذا الشأن بأنه (إذا اعتنقت الزوجة الدين الإسلامي وبقي زوجها على دينه المسيحي ، وطلبت الحكم بالتفريق فليس للمحكمة ان تقضي بالتفريق قبل عرض الاسلام على الزوج وفي حالته تعذر تبليغه ، عليها ان تعرض الاسلام عليه بموجب كتاب ينشر في الصحف المحلية ، تحدد فيه مده مناسبة للإجابة عليه سلباً او ايجاباً ، ثم تصدر المحكمة حكمها على ضوء ذلك) القرار المرقم ٣٢٤٦ / شخصية / ١٩٨٦ في ١٩٨٦/٨/٢٦ ، مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن وزارة العدل ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٨٦ ، ص ١٠١ .
٤٨. القرار المرقم ١٠٠٩ / شرعية / ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٦ ، أشار إليه القاضي ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ ص ١٥٢ ، هامش رقم (١) .

49. Henri Batffol , Droit International Privé , 4éd. , paris.1967,p.491
وانظر في تطبيق القانون الفرنسي على الحضانة ، حكم محكمة بور سعيد في ١٩٥١/٥/٢٩ ، اشار اليه د.جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سابق ص ٣٨٤ .
٥٠. انظر في النقد الموجه لهذه المادة كل من
Henri batiffol and paul lagarde ,droit international privé , séptième édition ,tomell ,
Paris ,1983 , P.75
Bernard audit , droit international privé ,3éd.,economica ,paris , 2000,P.583-584
كذلك انظر بيار ماير وفانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة د.علي محمود مقلد ، ط١ ، مجد المؤسسة
الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٨ ، ص ٥٣٠-٥٣١ .
٥١. لمزيد من التفاصيل حول هذه القواعد انظر د. احمد عبد الكريم سلامة ، القواعد ذات التطبيق للضروري
وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة / ١٩٨٦ .
52. Martin wolf , prvate international law ,second edition , oxford,London ,1950,p389-
390 .
وانظر أيضاً بخصوص الحضانة الجزء الثالث الفصل (١٦) الطلاق القاعدة (٣٤) من كتاب :
- Dicey and Morris , The Conflict of Law , 9ed. , Butterworth's , London , 1974 , P. 348 .
٥٣. القرار الصادر في ١٩٨٠/١١/٢٨ والمنشور في وقائع (بوليتين) ، المحكمة العليا للاقتصاد السوفيتي العدد
الاول ، ١٩٨١ ، ص ١٢-١٧ اشار اليه بنجافيه ، الزواج - العائلة - للقانون دار العلم للطباعة ،
موسكو ، ١٩٨٤ ، ص ٥٨ نقلا عن د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، مدى سلطان الارادة في الطلاق، ط١ ،
بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٢٧-٤٢٨ .
٥٤. انظر د. أشرف وفا محمد ، مصدر سابق ، ص ٣٧١ .

المصادر

أولاً :- المصادر العربية

- الكتب الفقهية

- ١- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء السابع ، مطبعة الباوي الحلبي ، القاهرة ، ١٩٣٨ ، ص ٢٧٤ .
- ٢- ٢- انظر محمد جواد مغنیه ، فقه الامام الصادق ، ج٥ ، ط٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص ٣٨٢ .
- ٣- انظر محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية ، بولاق ، مصر ، ١٩٧٤ ، ص ٦٢٠ .

- الكتب القانونية

١. د . احمد عبد الكريم سلامه ، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص ، ط ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٨٦ .
٢. د. احمد عبيد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، ج ، بغداد ، ١٩٩٠ .
٣. د. احمد محمد علي داود ، الاحوال الشخصية ، ج٣ و ج٤ ، ط١ ، دار الثقافة للنشر دار والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٤. د. احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦ .
٥. القاضي بشار احمد الجبوري ، الوجيز في شرح مواد الاحوال الشخصية لغير المسلمين في القانون العراقي ، ط١ ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٩ .
٦. بيارماير وفانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة د. علي محمود مقلد ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
٧. د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .
٨. د. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ((المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني)) ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .

٩. د. سمير عبد السيد التتاغو ، أحكام الاسره للمصريين غير المسلمين ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ .
١٠. صالح جمعة حسن الجبوري ، الولاية على النفس في الشريعة الاسلامية والقانون ط١ . بيروت ١٩٧٦ .
١١. د. صلاح الدين جمال الدين ، مشكلة حضانة الاطفال في زواج الاجانب ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
١٢. القاضي ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣ .
١٣. د. عامر محمود الكسواني ، تنازع القوانين ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
١٤. د. عبد الفتاح ابراهيم البهنسي ، الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ، ج٢ ، دار الاشعاع ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
١٥. د. عبد الواحد كرم ، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٩ .
١٦. د. فؤاد شباط ، تنظيم الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، معهد الدراسات العربية العالية ، مصر ، ١٩٦٦ .
١٧. فوزي كاظم المياحي ، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
١٨. د. محمد عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
١٩. د. محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٢٠. د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج٢ ، القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، ط٦ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .
٢١. د. مصطفى ابراهيم الزلمي احدى سلطات الادارة في الطلاق ، ط١ ، بغداد ، ٢٠٠٨ .

- البحوث

٢٢. 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 ، ٢٠٠٤ .
٢٣. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي ، من احكام الصغير في القانون الدولي الخاص دراسة
مقارنه ، بحث منشور في مجله ادارة قضايا الحكومة ، تصدر عن مجلة الدولة المصرية ،
العدد الاول ، السنة الثالثة والعشرون ، ١٩٧٩ .
٢٤. ضاري خليل محمود ، مبدأ مصالح الطفل الفضلى ، بحث منشور في مجلة العدالة ، تصدر
عن وزارة العدل العراقية ، العدد الاول ، ٢٠٠٤ .
٢٥. د. عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الاحوال الشخصية
، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، تصدر عن اساتذة كلية الحقوق في جامعة القاهرة
، العددان الاول والثاني ، والسنة الرابعة والعشرون ، ١٩٥٤ .

- المجموعات والموسوعات القضائية

٢٦. مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان الثالث والرابع ، السنة الثانية
والثلاثون ، ١٩٧٧ .
٢٧. مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان الثالث والرابع ، السنة الرابعة
والثلاثون ، ١٩٧٩ .
٢٨. مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن القسم الاعلامي في وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني
، السنة الثامنة ، ١٩٧٧ .
٢٩. مجموعة الاحكام العدلية ، تصدر عن القسم الاعلامي في وزارة العدل العراقية ، العدد الثاني
، السنة العاشرة ، ١٩٧٩ .
٣٠. النشرة القضائية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية ، العدد الاول ، السنة الثانية ، ١٩٧٠ ،
والعدد الرابع السنة الرابعة ١٩٧٣ .
٣١. إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، الاحوال الشخصية مطبعة جعفر ،
بغداد ، بدون سنة طبع .

٣٢. مجلة المحاماة تصدر عن نقابه المحامين المصريين ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ، ١٩٥٨ .
٣٣. المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن ، ١٩٥٢ .

- أخرى

٣٤. المجلة العربية للفقهاء والقضاء ، تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، العدد الثاني ، السنة الثانية ، ١٩٨٥ .
٣٥. الوقائع العراقية ، العدد ٢٨٥٥ ، بتاريخ ١٦/٧/١٩٥٠ .
٣٦. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٦١ بتاريخ ٢٣/١٢/١٩٨٣ .

- القوانين

٤٢. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته .
٤٣. قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٤٤. قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ المعدل .
٤٥. قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ .
٤٦. قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ .
٤٧. مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية .
٤٨. قانون الزواج والاسرة السوفيتي الصادر في ٢٧/٦/١٩٦٨ .
٤٩. الاحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الارثوذكس العراقيين .
٥٠. القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١ .
٥١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٥٢. القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ .
٥٣. قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

٥٤. القانون المدني الفرنسي الصادر في ١٢/٦/١٨٠٤ .

- الاتفاقيات

٥٥. اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ .

٥٦. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٩٦ المتعلقة بالاختصاص والقانون والمطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات والحمايه للأطفال .

- الموقع الالكتروني

٥٧ - <http://www.hcch.net/vpload/arab.html>

- المصادر الأجنبية

الكتب الانكليزية

58-Cheshire ,Private Inter national law, 9edition , butterwothers , London ,1974 .

59-Dicey and Morris , the Conflict of law ,qedition , stevenes and sons limited , London , 1973

60-marten Wolff, Private International law ,second edition oxford ,London ,1950 .

الكتب الفرنسية

61-Bernard Audit , Droit International privé , 3édition, economica , paris ,2000 .

62- Henri Batiffol , Droit Inter national privé , 4édition,Paris ,1967 .

63- Henri Batiffol and Paul lagarde ,Droit International Privé , séptiémc édition ,Tomell , Paris , 1983 .

Summery

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.

Conflict of Laws In Custody

(Legislative, judicial, jurisprudential & Comparative study)

BY

A.P.Dr.Firas Kareem Sheaan

Hussain Nimaa Nighmish