مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية
مجلة علمية دورية محكمة
السنة/6 العدد/21
اذار 2014 – جمادي الاولى 1435
ISSN: 2073 1140

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

((دراسة مقارنة))

م.د. وسام توفيق
جامعة الموصل – كلية الحقوق

وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان

جامعة تكريت
كلية القانون
College of law - University of Tikrit

القانون الواجب التطبيق على الحضانة
((دراسة مقارنة))

م.د. وسام توفيق
جامعة الموصل – كلية الحقوق

المقدمة :

إذا كان لموضوع الحضانة كأحد مواضيع قانون الاحوال الشخصية اهمية كبيرة في نطاق المنازعات الوطنية البحتة فان هذه الاهمية تزداد في نطاق العلاقات ذات العنصر الاجنبي ، اذ ان غياب التنظيم الدقيق لهذه المسالة يمكن ان يؤدي الى مشاكل انسانية كبيرة بالنسبة للاطفال الذي يمثلون ثمرة الزواج المختلط في هذا المجال وبشكل خاص عندما ينفصل الزوجين ويعيش كل واحد منهما في دولة مختلفة عن التي يعيش فيها الاخر ، وليس للاطفال فحسب بل ايضا لمن هو في حكمهم من معدومي الاهلية وفاقدي الادراك من الكبار .

وتبرز في موضوع الحضانة مسائل كثيرة من اهمها تحديد الحاضن من بين الام او الاب او الاقارب واهلية الحاضن للحضانة ومدة الحضانة ومسالة اختلاف الدين بين الابوين كذلك مسالة السفر بالمحضون بعد انتهاء العلاقة الزوجية وخاصة اذا كان هذا السفر الى دولة اخرى غير الدولة التي كان يقيم فيها المحضون مع ذويه قبل ذلك .

واذا كان موضوع الحضانة قد لاقا اهتماما وتنظيما في نطاق العلاقات الوطنية البحتة من قبل المشرع العراقي اذ خصص لها المادة 57 بفقراتها الثمانية من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 فضلا عن الرجوع الى احكام

الشريعة الاسلامية من خلال المادة الاولى من نفس القانون اذ ان الفقه الاسلامي قد فصل في مسائل الحضانة فان الحال غير ذلك في نطا العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي ، اذ لم يضع المشرع العراقي قاعدة اسناد خاصة بالحضانة . وقد اتجهت محكمة تمييز العراق كما سنبين في البحث الى ادراجها ضمن قاعدة الاسناد الخاصة بالوصاية والقوامة وهي المادة 20 من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الاهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها)) كما انه بالعودة الى الفقه نجد ان الاراء قد تعددت وتشعبت في هذا الشان وقد اثار موضوع الحضانة خلافا فقهيا كبيرا . الى جانب ذلك نجد ان بعض الدول قد بدات تتجه الى عقد اتفاقيات خاصة بمسائل الاحوال الشخصية ومن بين اهمها الحضانة لتنظيم بعض المسائل التي قد لا يكفي ايجاد قاعدة اسناد لحلها بل ربما تحتاج في بعض الاحيان الى تنظيم اتفاقي بين الدول لحلها .

وبناء على ماسبق يمكن ان نحدد اسباب اختيار الموضوع بالنقاط الاتية :

1. عدم وجود قاعدة اسناد خاصة بالحضانة في القانون العراقي .
2. الصعوبات والمشاكل العملية المتصلة بالحضانة في العلاقات ذات العنصر الاجنبي ، كنقل الطفل من دولة الى اخرى واقامة كل واحد من الابوين في دولة مستقلة .
3. قلة الكتابات الفقهية وبشكل خاص في الفقه العراقي عن هذه المسالة .

منهجية البحث

سنعتمد خلال هذا البحث على الدراسة المقارنة بين القوانين العراقي المصري والتونسي والاماراتي والجزائري والانكليزي والسويسري فضلا عن الاشارة الى بعض الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة .

خطة البحث

المبحث الاول : تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

المطلب الاول : التحديد من خلال الطبيعة القانونية للحضانة .

الاتجاه الاول : الحضانة من اثار الزواج

الاتجاه الثاني : الحضانة من اثار انتهاء الزواج

الاتجاه الثالث : الحضانة من اثار النسب

الاتجاه الرابع : الحضانة ولاية على المحضون

الاتجاه الخامس : الحضانة عقد غير مسمى

الاتجاه السادس : الحضانة التزام مستقل مصدره نص القانون .

المطلب الثاني : تحديد القانون بغّض النظر عن طبيعة الحضانة

الاتجاه الاول : تطبيق قانون مكان الاقامة المعتادة للطفل

الاتجاه الثاني : تطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها طالب الحضانة

الاتجاه الثالث : تطبيق القانون الاصلح للمحضون

المبحث الثاني : خصوصية بعض مسائل الحضانة والقانون الواجب التطبيق بشانها

المطلب الاول : السفر بالمحضون الى غير الدولة التي كان يقيم فيها

المطلب الثاني : الحضانة المؤقتة

المطلب الثالث : اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون

المطلب الرابع : مدة الحضانة

المبحث الاول

تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

لم يعرف المشرع العراقي واغلب التشريعات المقارنة الحضانة ، باستثناء قانون الاحوال الشخصية الجزائري في المادة 62 بأنها : ((رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا)) .

كما تعرف الحضانة في جانب من الفقه الاسلامي بانها((تربية الولد ممن له حق الحضانة)). [1]

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكم لها صادر عام 1993 الحضانة بانها : ((ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الاولى من حياته)). [2]

الحضانة هي قيام من له الحق بكفالة الصغير او من هو في بحكمه لاجل تعهده وتدبير شؤونه والاهتمام به بما يوفر له العناية والنصح ويبعده عن الضرر والهلاك حتى يصبح قادرا على القيام بشؤونه بنفسه وقد عرفت المادة 132 مشروع القانون العربي الموحد : الحضانة هي حفظ الولد وتربيته وتعليمه ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس. [3]

1- رد المحتار ، ج2 ، ص871 ، نقلا عن عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستامنين في دار الاسلام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1982 ،ص450

2- حكم المحكمة الدسنورية العليا المصرية في القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية دستورية الصادر بتاريخ 15 /ايار / 1993 ج 5 مجلد 2 ، ص260 نقلا عن : صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، ط2 ، دار الفكر الجامعي ، 2007 ، ص284.

3 -نقلا عن محمد عليوي ناصر ،الحضانة بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة بغداد 1989 غير منشورة ص20

ويعرف جانب من الفقه الحضانة بانها : ((سلطة يجعلها الشارع لانسان معين على الطفل للقيام بما يلزمه من مؤنة المعيشة وحمايته مما يؤذيه وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه تماما)) . [1]

ان الحضانة حق للام مقرر لمصلحة الطفل اي انه حق للام والطفل معا الا ان مصلحة الطفل مغلبه على حق الام. [2]

ان الحضانة تمثل علاقة قانونية وشرعية بين الحاضن والمحضون غايتها مصلحة المحضون من جهة ومن جهة اخرى فهي تمثل نزاعا بين الزوجين سواء اثناء قيام الزوجية ام بشكل اوضح بعد انتهائها ، او بين والدي المحضون او بعض اقاربه في بعض الاحوال الاستثنائية ومن جانب اخير فهي تمثل مصلحة للمجتمع باعتبار ان المحضون هو جزء من هذا المجتمع ومن واجب الدولة الحفاظ عليه وحمايته وتنشئته التنشأة السليمة التي لاتضر به او بهذا المجتمع .

لذلك فقد ظهر عدد كبير من الاراء حول طبيعة الحضانة وحول تحديد القانون الذي يحكمها في المسائل المشوبة بعنصر اجنبي وذلك لاختلاف زاوية النظر الى الحضانة ، وهذا ماسوف نبينه في هذا المبحث ، حيث سنتناول في المطلب الاول منه الإتجاهات الفقهية التي حددت القانون الواجب التطبيق على الحضانة من خلال تحديد طبيعتها ، ثم نتناول في المطلب الثاني الإتجاهات الفقهية التي حددت القانون الواجب التطبيق بناء على معايير مادية تتمثل بتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون او تطبيق قانون الدولة التي يرتبط بها المحضون اكثر من غيرها ، كما سنتناول في هذا المبحث موقف القانون العراقي والمقارن من تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، وفي هذا الصدد فان بعض القوانين

1- د سمير محمد محمود عقبي . الحضانة في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة دار المنار للنشر الجامعي 1986 ص11 الجامعي ،2007 ، ص284

2- د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ط9 ، مطابع الهيئة المصرية ، القاهرة ، 1986 ، ص331. ، د . فايز الظفيري ، الطفل والقانون –معاملته وحمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي ،بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الاول ، السنة الخامسة والعشرون ، 2001 ص139

قد اشارت الى هذه المسالة بنص صريح مثل القانون التونسي والقانون الكويتي ، في حين غابت مثل تلك الاشارة الصريحة عن قوانين اخرى مثل القانون العراقي والمصري والإماراتي مما دفع القضاء والفقه الى الاجتهاد في تلك المسالة وتحديدا في ادراج مسالة الحضانة في نطاق قواعد الاسناد الخاصة باثار الزواج او الطلاق او الولاية على نحو ماسنرى من خلال الاتجاهات الاتية :

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق بالاستناد الى طبيعة الحضانة

لقد اختلفت الاراء في تحديد طبيعة الحضانة وبالتالي في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها : فمن اعتبرها من من اثار الزواج اخضعها للقانون الذي يحكم تلك الاثار ، ومن اعتبرها من اثار انتهاء الزواج اخضعها للقانون الذي يحكم تلك الاثار، كما ان هناك من رأى انها من قبيل الولاية على النفس وبالتالي تخضع للقانون الذي يحكم الولاية :

الإتجاه الاول : الحضانة من اثار الزواج :

يذهب هذا الاتجاه الى ان الولد ناتج عن العلاقة الزوجية وهو ثمرة الزواج وبالتالي فان حضانته تخضع للقانون الذي تخضع له الاثار الشخصية الاخرى للزواج [1] وهذا القانون عادة هو قانون دولة الزوج (الاب) وقت انعقاد الزواج [2].

ويذهب جانب من الفقه العراقي الى القول بان المشرع العراقي قد ذهب الى الاخذ بهذا الاتجاه من خلال القول ان اثار الزواج كالنسب والحضانة تخضع للفقرة 4 من م 19 من القانون المدني العراقي واذا كانت جنسية الزوج الاب قد

1-د فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية 1987ص313

2- ينص البند الثاني من المادة 19 من القانون المدني العراقي على انه ((ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة الى المال))

تغيرت فانه يطبق قانون جنسيته وقت رفع الدعوى باعتبار الحق لم يكن موجودا قبل ذلك الوقت. [1]

لقد انتقد هذا الاتجاه على اساس ان مشكلة الحضانة لاتثار الا بعد انتهاء العلاقة الزوجية وهذا ماقاله اصحاب الاتجاه الثاني . ومع ذلك فان دعوى الحضانة قد تكوون مستقلة عن دعوى الطلاق وذلك اذا مانشأ نزاع حول حضانة الطفل اثناء قيام الزوجية [2] وهناك نقد اخر يمكن ان يوجه الى هذا الإتجاه وهو ان الحضانة بالدرجة الاساس هي علاقة بين الحاضن والمحضون ، وان الغاية من تنظيمها هي حماية مصلحة الصغير ورعايته ، في حين ان اثار الزواج تتمثل بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين . كما ان التزام الحاضن بالحضانة ينشأ حتى في حالة الولد غير الشرعي مع العلم انه ليس هناك عقد زواج صحيح فاسا الحضانة هو انه لايمكن ترك طفل دون رعاية لان ذلك يؤدي الى هلاكه وهو امر تاباه الانسانية [3] .

الإتجاه الثاني : الحضانة من اثار انتهاء الزواج :

ينتهي الزواج بوفاة احد الزوجين او بالطلاق او التفريق او غيره من اسباب انتهاء الرابطة الزوجية . وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه ان مشكلة الحضانة لا تثور الا بعد انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق او التفريق او الانفصال

1-ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977، ص284

2-ينظر د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص351

3- ص273 تكون حضانة الولد غير الشرعي لام مصرية الجنسية للام ومن يدلى بها لعدم وجود العصبة من الرجال لثبوت النسب منها بواقعة الميلاد في الشريعة الاسلامية والقانون المصري كما لاتثور مشكلة بشان حضانة اللقيط اذ تتكفل الدولة بحضانته بصفتها ولي من لاولي له في المؤسسات والملاجئ التي يسلم اليها بمجرد العثور عليه .

الجسماني[1] لذلك فانه لابد من ان يكون القانون الذي حكم الطلاق هو ذاته الذي يحكم الحضانة باعتبارها اثرا من اثار انتهاء الزواج [2].

ويمكن ان يوجه النقد الى هذا الاتجاه على اساس ان مشكلة الحضانة يمكن ان تثار بدون ان ينفصل الزوجين كما اشرنا قبل قليل كما، ومن جانب اخر فان اثار انتهاء الزواج تتمثل بانهاء الحقوق والواجبات المترتبة على عقد الزواج واعادة الحالة القانونية للزوجين الى ماكانا عليه قبل الزواج وبهذا الشان نجد ان وصف الحضانة بانها اثر من اثار انتهاء الزواج هو امر بعيد عن الواقع لان الحضانة هي علاقة بين الحاضن والمحضون بالدرجة الاساس .

كما اخذت بهذا الاتجاه اتفاقية الزواج المختلط المبرمة بين فرنسا والجزائر في عام 1988 والتي سنعود للاشار اليها في المطلب الاول من المبحث الثاني .

الإتجاه الثالث : الحضانة من اثار النسب :

يرى غالبية الفقه المصري بان الحضانة مستقلة عن عقد الزواج وهي علاقة بين الاباء والابناء قائمة على اساس ثبوت النسب ، فإذا ثبت نسب الأبن للاب والام فإن له حقوق تجاههما تتمثل بالحضانة والنفقة والولاية. [3]

وينتقد جانب من الفقه [4] هذا الاتجاه على اساس ان ثبوت نسب الاولاد لاعلاقة له برعايتهم فقد تكون الحضانة لغير الام والاب في حالة نقص اهليتهما او عدم امانتهما على المحضون ، كما ان النسب لايترتب الا على عقد زواج شرعي

1- د.جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ج3 ، المطبعة العالمية، ص213

2- نص البند الثالث من المادة 19 من القانون المدني العراقي على ان : ((يسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى)) .

3- د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، ط9، مطابع الهيئة المصرية للكتاب ،1986، ص332 ، د محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ،مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية ، 1982 ،ص556 ، د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1974، ص565

4- احمد عبدالكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج اصولا ومنهجا ،مكتبة الجلاء ، الاسكندرية ، 1996 ، ص878

وبالتالي فان النسب من اثار الزواج الشرعي وبالتالي فان الحضانة ايضا من اثار الزواج .

وقريب من هذا الاتجاه ظهر اتجاه اخر يرى بان الحضانة شكل من اشكال الولاية او انها اقرب ماتكون في طبيعتها الى الولاية وهو ماسنبينه في الاتجاه الرابع .

وياخذ القانون الاردني بهذا الحكم اذ تخضع الحضانة والولاية باعتبارها من الاثار المترتبة على ثبوت النسب تطبيقا للمادة 15 من القانون المدني الاردني. [1]

الاتجاه الرابع : الحضانة ولاية على المحضون

تعرف الولاية بانها سلطة قانونية مقررة شرعاً لشخص على آخر يكون بمقتضاها على الأول واجب رعاية الثاني، وحقه في إمضاء التصرفات النافعة له جبراً عنه.[2] وهذا التعريف المطلق يشمل الولاية على النفس وعلى المال ، الا ان الإتجاه القائل باخضاع الحضانة الى القانون الذي يحكم الولاية قد انقس في ذاته الى اتجاهين ايضا : يرى الاول يرى بان الحضانة هي ولاية على المال اما الثاني فيرى بان الحضانة هي ولاية على النفس .

اولا : اخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على المال .

لقد ذهب القضاء المصري في بعض احكامه مثل حكم محكمه جنوب القاهرة الإبتدائية 7/21 /1976 قضية رقم 50 لعام 1975 لأعتبارها متعلقة بالولايه على المال فتخضع للمادة 16 من القانون المدني المصري بالرجوع لجنسية الشخص الواجب حمايته ومن هنا يكون قانون جنسية الأبن واجبه التطبيق، ثم مالبثت نفس المحكمة في أحكام اخرى ان غيرت اتجاهها في القضية رقم 5 لعام 1976

1- محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، دار الثقافة ، عمان ، 2009 ، ص150

2- ساهرة حسين كاظم ال ربيعة ، التزامات الاولياء وحقوقهم على النفس دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ،2004 ، ص13

فأرجعتها نص مادة 24 مدنى بأتباع مبادئ القانون الدولى فى هذا الخصوص وان كان الحكم قد أنتهى أيضاً الى تطبيق قانون جنسية الطفل ولكن بأسناد مختلف. [1]

ان الولاية على المال هدفها حفظ اموال الصغير ان كانت له اموال وتنميتها والانفاق عليها منها بالقدر المعقول ووفق ضوابط شرعية وقانونية ، اما الحضانة فانها تتمثل بالرعاية الجسدية والنفسية والخلقية للمحضون وبهذا فان الحضانة قد تكون اقرب الى الولاية على النفس منها الى الولاية على المال .

ثانيا : اخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم الولاية على النفس

يذهب جانب من الفقه الى ان قانون جنسية الاب هو الذي يحكم الولاية على النفس والتي تعد الحضانة صورة منها ، فهذا القانون هو الذي يحكم ثبوت النسب والولاية على النفس والحضانة وهي مسائل وثيقة الصلة من الافضل ان يكون القانون الواجب التطبيق بشانها واحدا .[2]

وقد اخذ المشرع الكويتي بهذا الراي صراحة فقد نصت المادة 43 من القانون الكويتي بشان العلاقات ذات العنصر الاجنبي رقم 5 لسنة 1961 ((يسري قانون جنسية الاب في الولاية على النفس وفي الحضانة)) .

ان الرعاية وهي الغاية الأساسية من الولاية على النفس وهدفها الاول. تشمل الرعاية كل ما يتعلق بشخص من هو تحت الولاية من تعليمه وتربيته وعلاجه وغير ذلك من الرعاية الواجبة على الولي تجاه من هو تحت ولايته ، فاذا لم يكن ذلك الطفل مقيما مع الولي في حالة الحضانة لغير الولي وبالتالي فان الارتباط وثيق جدا بين الولاية على النفس والحضانة .

1- قرارات منشورة في موقع مركز الدراسات- أمان - مركز حقوق الطفل المصري
http://www.amanjordan.org/aman_studies
- دراسات بتاريخ 2- كانون ثاني 2003 - 19: 0

2- عزالدين عبدالله القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص331

إذا فالاساس الذي يقوم عليه هذا الاتجاه هو الارتباط الوثيق بين الحضانة والولاية وضرورة ان يكون القانون الذي يحكمهما واحدا وليس تكييف الحضانة على انها صورة من صور الولاية . وهي اساس جدير بالتاييد لان الحاضنة والولي غالبا ماتتقاطع حقوقهما بشان المحضون فاذا كان المحضون يقيم مع الحاضنة فان الولي له حق الزيارة وله حق منع الحاضنة من السفر بالمحضون كما له حق اسقاط الحضانة اذا فقد الحاضنة شروطها وغير ذلك من الامور التي تتقاطع فيها حقوق الطرفين لذلك لابد من ان يحكم هاتين المسالتين قانونا واحدا .

ويبدو ان هذا هو اتجاه القضاء العراقي فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية انه : ((لدى الرجوع الى احكام القانون المدني وجد ان المادة 20 من القانون المدني قد نصت على ان المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الاهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها ومؤدى ذلك ان قانون الاحوال الشخصية السوري هو الواجب التطبيق في هذه الدعوى عند ثبوت كون اطراف الدعوى من اتباع الجمهورية السورية لانه قانون الدولة التي ينتمون اليها اما اذا كان والد الصغيرة (ن) عراقي الجنسية والمصحح عليه سوري الجنسية فان قانون الاب ان كان عراقي الجنسية وهو قانون الاحوال الشخصية العراقي هو الواجب التطبيق بموجب الفقرة 4 من المادة 19 من القانون المدني العراقي كما ان على المحكمة الشرعية ان تلاحظ احكام الفقرة 5 من المادة 19 من القانون المدني العراقي من انه اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده هذا من جهة ومن جهة اخرى فانه في حالة كون اطراف الدعوى هم عراقيوا الجنسية فانه يسري عليهم قانون الجنسية العراقي واحكام الشريعة الاسلامية ويكون بلوغ (ن) المتنازع على حضانتها من العمر تمام الخامسة عشرة سنة ميلادية كافيا لصحة خصومتها في هذه الدعوى الشرعية . [1]

1- 32 / هيئة عامة /1972 تاريخ القرار 1972/4/29 ، النشرة القضائية ،

وقد واجه القضاء المصري صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وذلك لعدم وضع المشرع المصري قاعدة اسناد خاصة بالحضانة ، فقد اعطى القضاء المصري في بعض قراراته الحضانة حكم الولاية وبذلك يكون قانون جنسية الصغير هو القانون الواجب التطبيق – وفي احكام اخرى كان هذا القضاء يعد الحضانة من اثار الزواج فتطبق قانون جنسية الزوج (الاب) ولكن بما أن الصغير غالبا مايحمل جنسية الاب فان هذا الاختلاف في تكييف الحضانة لم يغير كثيرا من القانون الواجب التطبيق ، وكذلك الحال عندما تعد المحكمة الحضانة اثر من اثار الطلاق ، لان قانون لان قانون جنسية الزوج (الاب) قد لاتكون قد تغيرت وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى .[1]

الاتجاه الخامس : الحضانة عقد غير مسمى

اتجهت بعض المحاكم في مصر الى ان الحضانة التزام مصدره عقد منفصل عن عقد الزواج وهو عقد اجارة يبرمه الاب لصالح المحضون حيث قضت المحاكم بان الحضانة عقد بين الاب والام الحاضنة كسائر عقود الإجارة وانها عقد معاوضة وقد التزمه المتعاقدان باختيارهما فلا يقبل قول من يريد فسخ هذا العقد.[2]

وواضح ان هذا الاتجاه بعيد تماما عن طبيعة الحضانة اذ ان حق الحضانة مقرر للطفل منذ ولادته ولايتوقف على ابرام عقد ما لان القول بذلك فيه ضرر كبير للمحضون وهلاك له ، اما تحديد الحاضن وكل المسائل الاخرى المتعلقة بالحضانة فانها تحسم عند النزاع بشانها الا حق الحضانة ف فالام تاخذ ذاته مقرر للطفل منذ ولادته . فالام مثلا تاخذ حضانة طفلها بحكم القانون بعد انتهاء الزواج مالم يمنع ذلك مانع قانوني او شرعي دون ان تكون بحاجة الى ابرام عقد مع الاب .

1- د عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، مصدر سابق ، ص30

2- حكم محكمة المنصورة الكلية القضية رقم 110 لسنة 1933 منشور بمجلة المحاماة الشرعية عدد 5 ص560 والقضية رقم 910 لسنة 1932 والقضية رقم 346 لسنة 1933 مجلة المحاماة الشرعية العدد السادس ،ص770 نقلا عن ، صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص296

ورغم ماسبق فانه تجدر الاشارة الى القانون لم يمنع من ابرام عقد الحضانة في الاحوال التي يكون هناك حاجة الى ابرام مثل هذا العقد . فهذا العقد يكون مشروعا اذا كان يصب في مصلحة الطفل وليس فيه مايضره او يعرضه للخطر.

وقد عرف عقد الحضانة بأنه : ((عقد يبرم بين ولي الصغير وشخص طبيعي لحضانة الصغير يكون بمثابة الام البديلة . او بين ولي الصغير وشخص معنوي يتمثل بالمؤسسة الاجتماعية التي تسمى بدور الحضانة ، اما الصورة الاخرى فهي حفظ المحضون في دور الحضانة الملحقة بالوزارات المختلفة)) .او انه :((عقد يتعهد بمقتضاه الطرف الحاضن سواء كان شخصا طبيعيا ام معنويا ، القيام بالمحافظة على سلامة الصغير وتنشئته لمدة معينة لقاء اجر يتعهد ولي الصغير بدفعه ورد الصغير الى وليه او ذويه كما تسلمته منهم)) .[1] وعقد الحضانة هو عقد غير مسمى من عقود المعاوضة وهو ملزم للجانبين من العقود الممتدة وهو عقد رضائي في الاصل كما انه من العقود العينية .[2] اما المحل في هذا العقد فهو المحافظة على سلامة الصغير الصحية والبدنية والاجتماعية والنفسية .

والتزام الحاضنة هو التزام بنتيجة تتمثل برد الطفل معافا سليما الى اهله [3] وحتى مع الاقرار بامكانية ابرام عقد للحضانة فانه لايمكن تطبيق احكام العقد الدولي على مثل هذا العقد لان العقود التي تبرم في اطار مسائل الاحوال الشخصية تستثنى جميعها من احكام العقد الدولي . وبالتالي يبقى البحث عن قاعدة اسناد خاصة بالحضانة قائما .

1- نرمين ابو بكر محمد ، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2013 ، ص27 -28
2- نرمين ابو بكر محمد ، المصدر نفسه ، ص54، 55
3- نرمين ابو بكر محمد ، المصدر نفسه ، ص 84 -97

الاتجاه السادس : الحضانة التزام مستقل مصدره نص القانون

ينطلق صاحب هذا الاتجاه [1] من فكرة مفادها هو ان الحضانة هي التزام مستقل مصدره نص القانون مثل النفقة لذلك فان القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قانون القاضي ، وقد استند الى ان مصادر الالتزام الاربعة العقد والارادة المنفردة والكسب دون سبب والمسؤولية التقصيرية لا تصلح لإنشاء الالتزام بالحضانة .وان الالتزام بالحضانة هو التزام لاينشأ عن طريق الارادة لذلك فانه مصدره بكل تاكيد هو نص القانون ، على ان لهذا الوصف اثره في تحديد شروط تولي هذه الولاية ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الوطني للقاضي . فالحضانة التزام مستقل مصدره نص القانون مثل النفقة لذلك فان القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو قانون القاضي وهو يوضح ذلك من خلال النقاط الآتية :

1. ان لتعلق الحضانة بالشرع والقانون يضفي عليها الطابع الامر ومن ثم تعلقها بالنظام العام في قانون القاضي الذي يعرض عليه النزاع بما لذلك من اثاره المحتملة لتغيير الاختصاص التشريعي وتطبيق القاضي لقانونه الوطني للفصل في النزاع .
2. يبرر التزام الحاضن سواء كان الطفل ابنا سرعيا ام غير شرعيا او حتى ابنا بالتبني في النظام القانوني الاجنبي الذي يجيز التبني .
3. يبرر التزام غير الام بحضانة المحضون على خلاف من راى ان الحضانة من اثار الزواج اذ ان الاثار الشخصية للزواج لاتمتد الى غير والد المحضون ولاتشمل اصوله من ام الام وام الاب .
4. التزام الحاضن بالحضانة وقد انقضت الزوجية بانفصال والد الطفل وانقضاء عدة امه من ابيه ذلك ان الالتزام القانوني لايتوقف على وجود عقد ولايرتبط بوجود اثار عقد بل ينشأ بمجرد تحرك سببه .

1- د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ص299-300

5. يبرر التزام الحاضن سواء كان الطفل ابنا شرعيا ام غير شرعيا او حتى ابنا بالتبني في النظام القانوني الاجنبي الذي يجيز التبني .
6. يبرر التزام غير الام بحضانة المحضون على خلاف من راى ان الحضانة من اثار الزواج اذ ان الاثار الشخصية للزواج لاتمتد الى غير والد المحضون ولاتشمل اصوله من ام الام وام الاب .
7. التزام الحاضن بالحضانة وقد انقضت الزوجية بانفصال والد الطفل وانقضاء عدة امه من ابيه ذلك ان الالتزام القانوني لايتوقف على وجود عقد ولايرتبط بوجود اثار عقد بل ينشأ بمجرد تحرك سببه .

وقريب من هذا المعنى يرى البعض ان الحضانة هي اثر يتولى القانون تحديده لان الحضانة تتحقق فور ميلاد الطفل . [1]

وفي الحقيقة فان هذا الإتجاه يبدو للوهلة الاولى قد تلافى الانتقادات الموجهة الى الاتجاهات التي سبق عرضها وهو في الحقيقة قد حاول بناء اتجاه جديد يتلافى تلك الانتقادات ومع ذلك فانه يمكن القول بان هذا الاتجاه لايسلم هو الاخر من النقد، فهو ينطلق من ان الالتزام بالحضانة ينشأ بنص القانون يعني ان الحق في الحضانة قد نشأ قبل رفع النزاع الى القضاء وبذلك تكون دولة القاضي الذي سينظر النزاع مجهولة وبالتالي يكون قانون القاضي ايضا مجهولا فكيف ينشأ الحق في الحضانة في ظله وهو لم يعرف بعد ، فالحضانة قد نشأت اذا في ظل قانون اخر غير قانون القاضي ، كما ان صاحب هذا الاتجاه يشبه الحضانة بالنفقة في حين ان النفقة لايسري عليها قانون القاضي باستثناء النفقة المؤقتة بل القانون الذي نشأت في ظله العلاقة التي ترتب عليها الالتزام بالنفقة فيما اذا كانت تلك العلاقة هي

1-عبدالرسول عبدالرضا جابر ، الجنسية والعلاقات الدولية ، منشورات زين الحقوقية ، ط2، 2011 ، ص199

علاقة النسب او علاقة الزوجية ، ومن جانب اخر فان القول بان مسالة الحضانة من النظام العام لايعني السريان المطلق لقانون القاضي بشانها ، فعقد الزواج والنسب والميراث والوصية وكل مسائل الاحوال الشخصية من النظام العام ولايجوز الاتفاق على خلاف احكامها في القانون الداخلي ، ومع ذلك فقد اثيرت مسالة تنازع القوانين بشانها ولم يقل احد بتطبيق قانون القاضي بشأنها تطبيقا مطلقا .

المطلب الثاني
تحديد القانون الواجب دون النظر الى طبيعة الحضانة

ابتعد بعض الاتجاهات التي تبنتها بعض القوانين وبعض الاحكام القضائية للقضاء المقارن عن متاهة الدخول في الاستناد الى طبيعة الحضانة من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها واتجهت عوضا عن ذلك الى البحث عن القانون الواجب التطبيق على وفق معايير عملية من وجهة نظهر اصحاب هذه الاتجاهات بغية تحديد القانون الاكثر ارتباطا والاكثر تحقيقا للعدالة في مسألة الحضانة ، وفيما يأتي نستعرض اهم هذه الاتجاهات :

الاتجاه الأول : تطبيق قانون مكان الاقامة الاعتيادية للطفل

يرى اصحاب هذا الاتجاه ان مصلحة المحضون وهي الغاية الاساسية من تنظيم قواعد الحضانة في قوانين الدول هي مسالة ترتبط بالنظام العام في تلك الدول وان قانون مكان الاقامة المعتادة للطفل هو الاقرب لتلك المسألة ، وهذا الاتجاه يأخذ به القانون الانكليزي .[1]

وكذلك فقد اخذ القانون الدولي الخاص السويسري الصادر عام 1987 بهذا الاتجاه اذ اشارت المادة 68 من هذا القانون في الفقرة الاولى منها الى القانون الذي يحكم العلاقات بين الاباء والابناء هو قانون محل الاقامة المعتاد للطفل ، في حين

1 - Marten Wolff , private international law, 2 edition, Oxford 1960.p390

اشارت الفقرة الثانية من نفس المادة الى انه في اختلاف موطن الاب أو الام عن موطن الطفل وكونهما يحملان جنسية نفس الدولة فان قانون تلك الدولة هو الذي سوف يطبق .كما اشارت المادة 69 من نفس القانون ان الوقت الذي يعتد به في هذا الشأن هو وقت ولادة الطفل .

ويبدو ان هذا الحل مقارب لما اشارت اليه اتفاقية لاهاي لعام 1961 المتعلقة بتحديد السلطة المختصة والقانون الواجب التطبيق في مجال حماية القاصرين اذا اشارت مادتها الاولى الى اختصاص قانون مكان الاقامة المعتادة للطفل ، ثم اشارت المادة الرابعة الى ان بامكان سلطات الدولة التي يتبعها الصغير(اي دولة جنسيته) ان تتخذ الاجراءات اللازمة لحماية مصالح الصغير وفق قانونها الداخلي ولكن بعد اخطار دولة محل اقامته المعتادة .

ان الانتقاد الذي يمكن ان يوجه الى قانون مكان اقامة الطفل هو ان مكان الاقامة يمكن ان يتغير بسهولة وبالتالي يؤثر ذلك في الاستقرار العائلي للطفل .

الاتجاه الثاني : تطبيق قانون الدولة التي ينتمي اليها طالب الحضانة

حكم محكمة تمييز دبي 21 كانون الثاني 1996 الذي صدر في دعوى تتلخص وقائعها في ان زوج لبناني رفع امام محكمة دبي الابتدائية دعوى طالبا اسقاط حضانة المدعى عليها لابنته منها لبلوغ المحضونة 9 سنوات طبقا للمادة 391 من قانون الأحوال الشخصية المعمول به في لبنان وهو ماأجابته اليه المحكمة رفعت الام اسستئنافا ضد ذلك الحكم حيث رفض طلبها وتايد الحكم المطعون عليه.

رفعت الام طعنا بالنقض على حكم الاستئناف ناعيه عليه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة قواعد الاختصاص حيث انه اعتبر الحضانة اثرا من اثار الزواج وتخضع لقانون دولة الزوج عملا للمادة 13 من قانون المعاملات الاماراتي في حين الامر يتعلق بإحدى مسائل الولاية التي يحكمها قانون دولة من تجب حمايته عملا بالمادة 16 من قانون المعاملات المدنية وبما ان المحضون تحمل الجنسيتين

الامريكية واللبنانية ومقيمة بدولة الامارات العربية اقامة دائمة ومن ثم كان واجب التطبيق القانون الإماراتي اجتنابا للتنازع بين القانونين اللبناني والأمريكي .

قضت محكمة التمييز باستبعاد تطبيق نص المادة 13 والمادة 16 من قانون المعاملات المدنية مقررة انه لا شأن لهذين النصين بالقواعد التي تحكم حضانة الاولاد وبالتالي فانه يتعين الرجوع الى القواعد العامة في هذا الشأن ومقتضاها الرجوع الى قانون الدولة التي ينتمي اليها طالب الحضانة لان هذا القانون هو الذي يحكم البنوة الشرعية والولاية على النفس واذا كان الثابت الاوراق ان المطعون ضده طالب الحضانة ينتمي الى لبنان فان القانون اللبناني يكون واجب التطبيق وقد عللت المحكمة استبعاد نص المادة 13الخاصة بآثار الزواج بان حكمها قاصر على اثار علاقة الزواج بين الزوجين ولا ينسحب على القواعد التي تحكم علاقتهما بأولادهما ومنها حق الحضانة كما بررت استبعاد نص المادة 16 معاملات بان حكمه قاصر على الامور المالية المتعلقة بعديمي الاهلية وناقصيها والغائبين ولا شان لها بالقواعد التي تحكم الحق في حضانة الاولاد . وتعليقا على هذا القرار يرى جانب من الفقه[1] ان هذا القرار قد جاء باتجاه غريب لم يقل به احد من الفقه او القضاء المقارن وينتقد هذا الاتجاه على اساس ان ابناي لاتجاه على اساس ان المحكمة اغفلت المحضون نفسه وهو الطرف الاهم في العلاقة والاولى بالرعاية واخذت بنظر الاعتبار طالب الحضانة كما ان هذا القرار لم ياخذ بنظر الاعتبار العلاقة الوثيقة بين الحضانة والنسب ، الا ان هذا القرار انتهى الى نتيجة كان سيصل اليها فيما لو اخذ بقاعدة الاسناد الخاصة بالنسب (المادة 1/13) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي وهو تطبيقه للقانون اللبناني قانون دولة الاب .

1- أ.د احمد عبد الكريم سلامة القانون الدولي الخاص الاماراتي ، مصدر سابق ، ص299

ويبدو ان محكمة تمييز دبي مالبثت ان تراجعت عن اتجاهها السابق فقد قضت في نزاع بخصوص حضانة الاولاد بين ام مصرية واب عماني الجنسية بتاريخ 20 نيسان 1996 بانه : ((وحيث ان هذا النعي مردود ذلك انه لما كان الطاعن عماني الجنسية والمطعون ضدها مصرية فان مقتضى ذلك تطبيق القانون العماني وفقا للمادتين 13،16 من قانون المعاملات المدنية الاماراتي)) فان المحكمة قد عادت واعتبرت ان الحضانة اما ان تعتبر من اثار الزواج ويحكمها قانون دولة الاب (الزوج) واما ان تعتبر من مسائل الولاية على المال التي يحكمها قانون من تجب حمايته عملا بالمادة 16 من قانون المعاملات وعلى كل حال فصيغة الحكم غامضة وتدع المجال لكل تفسير.[1]

الاتجاه الثالث : تطبيق القانون الاصلح للمحضون

بموجب هذا الاتجاه تطبق المحكمة القانون الذي تجد ان احكامه اصلح للمحضون ، ويتم اختيار هذا القانون من بين القوانين المتنازعة ، مثلا القانون الذي يتطلب شروطا اكثر تشددا بالنسبة للحاضن او الذي توفر احكامه رعاية اكبر للمحضون .

ويرى انصار هذا الاتجاه ان البحث عن هذا القانون ينحصر بين القانون الواجب التطبيق على اثار الطلاق ليس باعتبار ان الحضانة هي اثر للطلاق ولكن لان الواقع القضائي والعملي يشير الى مشكلة الحضانة لاتثور الا عند انتهاء الرابطة الزوجية ،اما القانون الاخر فهو القانون الشخصي للطفل وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون التونسي فقد نصت المادة 50 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لعام 1998على انه ((تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة

1- د احمد عبدالكريم سلامة ، المصدر نفسه ، ص300

أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطفل)).

ومن صياغة هذا النص يتضح ان المشرع التونسي قد الزم القاضي التونسي بتطبيق القانون الافضل من بين القوانين الثلاثة وهي :

1. القانون الذي حلت بمقتضاه الرابطة الزوجية : وبالعودة الى نص المادة 49 من القانون الدولي الخاص التونسي نجد انها قد نصت : ((الطلاق والتفريق الجسدي ينظّمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلاّ تطبّق المحكمة قانونها .
2. القانون الشخصي للطفل اي قانون الدولة التي ينتمي اليها الطفل بجنسيته

ونعتقد ان هذا الاتجاه جدير بالتاييد اذ ان الغاية من تنظيم مسالة الحضانة سواء في نطاق العلاقات الداخلية ام في ميدان العلاقات الخاصة الدولية هي مصلحة المحضون ، الا ان تطبيق هذا الاتجاه قد يواجه القاضي في شانه صعوبة واضحة في تقدير القوانين المتنازعة واختيار الاصلح من بينها ، لذلك نقترح ان يورد المشرع العراقي قاعدة اسناد خاصة بالحضانة تتمثل بالنص الاتي :((**يسري على الحضانة القانون الاصلح للمحضون من بين قانون الدولة التي ينتمي اليها الصغير بجنسيته او قانون الدولة التي يقيم فيها المحضون او القانون العراقي**))

المبحث الثاني

خصوصية بعض مسائل الحضانة والقانون الواجب التطبيق بشأنها

ان مسائل الحضانة كثيرة ومعقدة فابتداء لابد من تحديد الطرف الاحق بالحضانة وتعيين الحاضن على المحضون وفق ترتيب معين لمستحقي الحضانة ، وهذا الحاضن بطبيعة الحال لابد ان يتمتع بشروط معينة وبخلاف ذلك يمكن اسقاط الحضانة عنه ، بعد ذلك تاتي مسالة مدة الحضانة او تحديد الفترة التي تنتهي عندها الحضانة بمعناها الشرعي والقانوني ويصبح المحضون مقيما مع من يشاء بارادته وبذلك تنهتي الحضانة ، وخلال ذلك تثار العديد من المسائل المتعلقة بالحضانة منها اجرة الحاضنة وزيارة غير الحاضن للمحضون ، وفقدان الحاضن لشروط الحضانة او وفاته ووجوب تعيين غيره من الحاضنين ، كذلك تثار مسالة الحضانة المؤقتة التي قد تستدعي ظروف معينة اقامتها على المحضون لحين البت في تعيين الحاضن بشكل نهائي ، كذلك مسالة سفر الحاضن بالمحضون او سفره مع غير الحاضن خلال فترة رؤيته او زيارته له .

ان اغلب تلك المسائل يحكمها في الاساس القانون الواجب تطبيقه على الحضانة على وفق ماعيناه في المبحث السابق ، وذلك تحقيقا لوحدة القانون الذي يحكم هذه المسالة منعا للتناقضات التي يمكن ان تحصل عند تعدد القوانين بشأن الحضانة ولكن بعض تلك المسائل لها خصوصية معينة تقتضي مراعاتها عند تطبيق القانون الواجب التطبيق بشانها ، ومن اهم هذه المسائل مسالة سفر المحضون مع حاضنته او مع وليه الى خارج الدولة وهي مسالة ترتبط بقانون القاضي كما سنبين ، اما المسالة الاخرى فهي اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون فهي مسالة ترتبط بالنظام العام على مايرى البعض ويجب ان تخضع لقانون القاضي ايضا ، اما المسالة الثالثة الحضانة المؤقتة وهي مسالة يغلب عليها طابع الاستعجال وتخضع لقانون القاضي ايضا ، اما المسالة الاخيرة فهي مسالة

مدة الحضانة وتأثرها بقواعد الاهلية التي تخضع عادة للقانون الشخصي وسنتناول تلك المسائل الاربعة كل في مطلب مستقل .

المطلب الأول

السفر بالمحضون الى غير الدولة التي كان يقيم فيها

الأصل ان مكان الحضانة هو ذلك المكان الذي يقيم فيه المحضون قبل انفصال الابوين أي موطن الزوجية الذي يقيم فيه المحضون مع ذويه. الا ان انتهاء الزواج المختلط قد يعقبه سفر الام الاجنبية الى بلدها الاصلي مثلا او الى بلد اخر بعد ان تكون قد حصلت على حضانة الاولاد . وهذا السفر بالمحضون قد ينطوي على مساس بحقوق ولي المحضون الذي له حقوق كثيرة تتعلق بالمحضون . فالولي حتى يتسنى له ممارسة حقوق الولاية على المولى عليه، لابد ان يكون هذا الأخير قريباً منه وتحت أنظاره. بناءً على ذلك فلا يجوز للحاضنة في الأصل السفر بالمحضون إلا بإذن من له حق الولاية عليه. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية : (ليس للحاضنة السفر بالمحضون الى بلد آخر لغرض الاستيطان بحيث يتعذر على أبي المحضون النظر في شؤونه وتربيته وتعليمه طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 57 المعدلة من قانون الأحوال الشخصية ومبادىء الشريعة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)[1] وقد نص البند أ من الفقرة ثانيا من المادة الثانية من قانون جوازات السفر رقم 32 لسنة 1999 على انه : ((كل شخص لم يكمل خمس عشرة سنة من عمره وكان مسافرا بصحبة احد والديه ، بشرط ان يكون اسمه مسجلا في جواز سفر احدهما وصورته ملصقة فيه ، وبالامكان اصدار جواز سفر مستقل له في حالة رغبة احد والديه وبموافقة ولي امره الشرعي))

1- مجموعة الأحكام العدلية– س11- ع3– 1980– القرار: 2026/ شخصية/80– تاريخه: 9/9/1980– ص27.

و قد قضت محكمة تمييز العراق بهذا الخصوص في قرارها المرقم 2029/شخصية/1980 في 1980/9/29 بان (المدعية قد صادقت المدعى عليه بان الصغيرين (د) و (أ) هما عندها فتكون الفقرة الحكمية المتضمنة الحكم على المدعى عليه بتسليم ولديه المذكورين إلى المدعية (وهما عندها فعلا) غير صحيحة كما ان الفقرة الحكمية الأخرى القاضية بتخيير المدعية بالسفر إلى القاهرة فقط مع الصغيرين المذكورين للاستيطان فيها غير صحيحة لمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية وكان على محكمة الأحوال الشخصية رد دعوى المدعية وعليه قرر نقض الحكم المميز وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه وهي تستوجب الرد وفقا لما ذكر أعلاه واستنادا للمادة 214 من قانون المرافعات المدنية قرر الحكم برد دعوى المدعية وتحميلها المصاريف) .[1]

وكذلك نصت المادة 166 من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 61 لسنة 1976 التي جاء فيها ((لايسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة الا بموافقة الولي)).

ان مسالة منح الموافقة على السفر بالمحضون هي من مسائل القضاء المستعجل التي يرتبط فيها الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي ويصدر قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية (امرا على عريضة) يتعلق بسفر الحاضن بالمحضون من عدمه حتى اذا كان السفر خارج الدولة وليس فقط المدينة . [2]

---

[1]- الوقائع العدلية – العدد 39 نيسان لسنة 1981 ص 183 نقلا عن عبد الرحمن سليمان احمد ، احكام الحضانة في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ، بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى في اقليم كوردستان كجوء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث ، 2011 ، منشور على الموقع الالكتروني : http://www.krjc.org/Default.aspx?page=article&id=632&l=3

[2]- احمد نصر الجندي ، حضانة النساء والمجلس القومي للمرأة ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ،2013 ص38

وقد جاء في الفصل 13 فقرة 1 جديدة (بعد تعديل عام 2004) لقانون الاحوال الشخصية التونسي : " لكل تونسي الحق في الحصول على جواز سفر وتجديده مع مراعاة الإستثنائات التالية : أ – إذا كان قاصرا أو محجورا عليه ولم يدل برخصة من وليه أو أمه المتمتعة بحضانته أو مقدمه الشرعي و وتراعى في ذلك أحكام الفصل 23 من م ا ش.." وبذلك صار بإمكان الأم الحاضنة الترخيص لطفلها للحصول على جواز سفر أو تجديده كما تبقي صلاحية السحب أيضا من اختصاص الأم الحاضنة بمقتضي إذن على عريضة إذ ينص الفصل 15 فقرة فرعية أ جديدة من القانون الصادر عام 2004 " أ – إذا كان حامله قاصرا أو محجورا عليه وتراجع الولي أو الأم الحاضنة أو المقدم الشرعي في الرخصة التي كان منحها إليه ويكون السحب بمقتضي إذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها محل إقامة حامل الجواز". ويشير جانب من الفقه التونسي الى ان مصلحة الطفل التونسي الجنسية الذي نشأ وترعرع في تونس تقتضي رفض الإذن بتنفيذ الحكم الأجنبي الذي يقضي بإسناد حضانة الطفل لأمه التي اختارت الإقامة بالخارج بعد طلاقها من زوجها التونسي لأن في ذلك اقتلاع للطفل من المحيط الذي تعود عليه ونشأ على ثقافته وتقاليده وإضرار بمصلحته وبالتالي تعارض مع النظام العام في حين أن الحكم الأجنبي الذي يقضي بإسناد طفل تونسي نما خارج البلاد التونسية أين كان يعيش مع والديه إلى والدته الأجنبية الجنسية والمقيمة بالخارج لا يتعارض مع النظام العام التونسي في مفهوم القانون الدولي الخاص وبالتالي يؤذن تنفيذه ولو تمسك الأب بأنه رجع إلى تونس وأستقر بها لان العبرة في تقدير مساس الحكم الأجنبي القاضي بالحضانة بالنظام العام هي مصلحة الطفل . وقد قرر القضاء التونسي ذلك في اكثر من مناسبة ومنها القرار رقم59013 تاريخ 1990/2/19 الذي جاء فيه ((ان اسناد الحضانة الى الام التي

تسكن في بلد اجنبي بعيد عن رقابة الاب هو مخالفة للقانون ويستوجب النقض)) وكذلك القرار رقم 56597 بتاريخ 25 / 12/ 1989 الذي جاء فيه ((متى كان من المقرر شرعا وقانونا ان الحضانة تسند لاحد الابوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان ابا ام اما فان سكن الوالدين معا في بلد اجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة)) وكذلك القرار رقم 111048 بتاريخ 11/21 /1995 الذي جاء فيه : ((ان اقامة الام بالخارج سببا من اسباب سقوط الحضانة عنها واسنادها للاب ، لانه يتعذر على الاب الاشراف على ابنائه المقيمين مع الحاضنة بالخارج وكذا حق الزيارة وذلك لبعد المسافة)). [1]

ولاهمية هذه المسالة فان دولتي فرنسا والجزائر قد أبرمتا إتفاقية الزواج المختلط في 21 يونيو 1988 م ، تتعلق بأطفال الأزواج الجزائريين و الفرنسيين في حالة الإنفصال ، و ذلك من أجل تحقيق أحسن حماية لهم و كذلك العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى ، و سعيا لتطبيق هذه الإتفاقية تعيِّن وزارتا العدل لكلا البلدين ، سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالإلتزامات المحددة في الإتفاقية و من بين الإلتزامات ما ورد في المادة : 6 من الإتفاقية التي تنص في فقرتها الأولى : ((يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة فعلا للأزواج الذين هم في حالة الإنفصال ، داخل حدود البلدين و فيما بين حدودهما)) . وتعتبر الحضانة مما يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وهذا من خلال آثار انحلال الزواج. وعند الرجوع الى قواعد الاسناد خاصة المادة 2/12التي تنص:"أنه يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".أي أنه في حالة ما اذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة ،وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته إتفاقية مع الدولة الجزائرية ،ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق

1- يوسف دلاندة ، قانون الاسرة ، دار هومة للطباعة ، الجزائر ، 2005 ، ص95

القانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى .وبالتالي إذا كان الزوج جزائريا فإنه يطبق قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه.بل أنه حتى ولو كان أحد الزوجين جزائريا فإنه يطبق القانون الجزائري ، و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

وقد قرر القضاء الاردني في هذا الشأن أن لوالدة الطفلين المطالبة بالزيارة والرؤية، كما أن لها حق المطالبة بالحضانة إذا عاد الأب لمكان إقامتها وقد ورد في الصك، أن الوالد مسلم أردني الجنسية، وصدر له حكم من محكمة أردنية، والأم روسية الجنسية مسيحية الديانة، وقد أقامت الدعوة عليه بعد مغادرته السعودية إلى بلده الاردن، وصدر الحكم مع حفظ حقها بالمطالبة كما تقدم[1] ونخلص مما سبق الى ان مسالة اقامة الحاضنة في مع المحضون هو شرط موضوعي لاستمرار الحضانة وان السفر الى خارج الدولة يتطلب اذن الولي ، اذا فمسالة السماح او عدم السماح للمحضون بالسفر هي ليست مسالة اجرائية تتعلق بالقضاء المستعجل او الولائي ولاتمس باصل الحق ، بل ان ان السفر بالمحضون الى الخارج يسقط الحضانة ، الا ان وجود اتفاقية تنظم زيارة الولي للمحضون ورؤيته له بتعاون وتنسيق بين البلد الذي يقيم فيه المحضون والبلد الذي يقيم فيه الولي ، يمكن ان يقلل من اهمية المبرر الذي يؤدي الى سقوط الحضانة في حلة السفر بالمحضون الى الخارج كون حقوق الولي على المحضون ستكون مكفولة في هذه الحالة .

المطلب الثاني
الحضانـــة المؤقتـــــة

في الوضع العادي للامور لاتتعلق الحضانة بمسالة بوليس او امن ويجب ان تخضع للقانون الذي يحكمها حسب المبادئ العامة بتنازع القوانين لكن في حالات الطلاق او الانفصال النهائي بين الابوين يكون الاولاد الصغار الذين يتنازعهم هذان

[1] - http://www.justice-lawhome.com/vb//showthread.php?t=13286

الاخيران يكون في وضع يتضمن اضطرابا وخطرا على نحو يكون من الملائم اتخاذ تدبير وقتي وعاجل بتقرير الحضانة لاحد الابوين او لشخص من الغير وهذا التدبير يكون في تلك الحالة فقط من تدابير الامن المدني وقانون القاضي المتعلق بالحضانة اذا يطبق هنا لا يعتبر من قوانين البوليس والامن من حيث موضوعه فظروف تطبيق ذلك القانون واعمال احكامه في تقديم حل وعلاج للاضطراب الاجتماعي الذي خلقته ظروف المنازعة هي فقط التي بررت التطبيق الاستثنائي لقانون القاضي المتعلق بالحضانة ومن المؤكد انه ليست كل التدابير الخاصة بحماية القصّر وحماية الأمن الاجتماعي تتعلق في جانب كبير منها بقواعد البوليس والامن وتطبيقا لذلك فان الصغير الذي يساء معاملته من قبل من له الابوية او الصغير الذي توفى والده وتركه دون من يرعى شؤونه واذ يتم تعيين وصي مؤقت عليه من اجل حمايته وتصريف شؤونه وفقا لقانون القاضي فليس ذلك لان احكام هذا الاخير بشان الوصاية من قواعد البوليس والامن لان وضع الطفل والخطر الذي يحيط به بعد اسقاط السلطة الابوية عمن يملكها من الابوين او بعد وفاة هؤلاء يشكل اضطرابا اجتماعيا لايستهان به يستدعي تطبيق احكام قانون القاضي والتدبير الوقتي الذي يتم اتخاذه هنا هو تدبير بوليس وامن بالنظر الى هدفه وهو توقي حدوث اضطراب اجتماعي ولكن احكام قانون القاضي ذاتها التي تم اتخاذ التدبير الوقتي وفقا لها ليست من قواعد البوليس والامن.[1]

وبعبارة اخرى فان تبرير تطبيق قانون القاضي على الحضانة المؤقتة ليس على اساس انه تطبيق استثنائي قائم على اساس استبعاد القانون الواجب ا لتطبيق اصلا على الحضانة لاضراره بالطفل وتطبيق قانون القاضي بدلا عنه ، بل ان التبرير هو

1- احمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنية الدولية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2000 ،ص240

اعتبار تدابير الحضانة من مسائل الاجراءات والتي تخضع لقانون القاضي ، او انها تتعلق بالبوليس والامن المدني وحفظ النظام الاجتماعي .

وقد اشارت اتفاقية لاهاي بشان الحضانة لسنة 1980 والتي كرست بشكل واضح مبدأ يقتضى أن المحضون يجب أن يضل في عهدة من أسندت إليه الحضانة قبل سواه وذلك إلى أن ينتهي النزاع في الأصل دون أن يكون من الممكن أن يناقش الطرف الآخر في صفة القرار الوقتي الذي قضى بإسناد الحضانة بأي وجه من الوجوه وأن يقع انتزاع الحضانة منه قبل البت في النزاع الأصلي بحكم نهائي. وقد علق العميد "باتيفول" على هذه الاتفاقية مؤكدا أنه ضمنت تسليم الطفل إلى من كان يمارس حق الحضانة دون أن يكون من الممكن أن يفتح في هذه المرحلة باب النقاش حول صحة هذه الحضانة أو وجاهتها من الناحية القانونية و بذلك تكون هذه الاتفاقية قد ضمنت استقرار الوضع المادي والقانوني للطفل إلى حين البت في مسألة حضانته بشكل نهائي وهو ما تمت ترجمته من خلال أحكامها التي تقر وجوب إرجاع الطفل إلى حاضنه فورا إن تم أخذه منه خلافا لما تقرر من إسناد الحضانة إليه في بلد الإقامة الاعتيادية للطفل بشرط أن يكون صاحب الحضانة قد مارس صلاحياته بشكل فعلي سواء أسندت الحضانة إليه بشكل آلي أو بمقتضى حكم قضائي أو قرار إداري أو أتفاق مبرم طبقا لقوانين ذلك البلد على أن الاتفاقية المذكورة تبيح رفض طلب استجابة الحضانة إن كان في ذلك خطر غلى حرمته الجسدية أو مساس بحقوق الإنسان والحريات الأساسية المعترف له بها (الفصل 20). [1]

1- اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن اتفاقية لاهاي لا توجب الحكم برجوع طفلة محكوم بإسناد حضانتها لوالدها الكندي إذا تبين أن الحكم الأجنبي تقضي تمكين والدتها الفرنسية من أصحابها لمدة قصيرة رفضت بعدها البنت العودة إلى كندا
Cass civ 1ère ,22 avril ,recueil Dallo 3 1998 22 ème cahier jurisprudence
1 p 289 note Jacques Massip نقلا عن بحث مصلحة المحضون بين التشريع وفقه القضاء، منشور على الموقع الالكتروني :
www.emloffice.com/bibliotheque_collegue/2011/143/143.docx

المطلب الثالث

اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون

ان مشكلة اختلاف الدين بين طالب الحضانة والمحضون ليست محصورة في نطاق القانون الدولي الخاص بل هي مطروحة قبل ذلك في اطار القانون الداخلي وقد كان للفقه الاسلامي في هذه المسالة رايان : الراي الاول : وهو راي الحنفية والمالكية تجوز الحضانة مع اختلاف الدين الا اذا خيف ان يالف الكفر اي انه يعقل الاديان الراي الثاني : الشافعية والحنابلة والشيعة الامامية وابن قيم الجوزية : يشترط اتحاد الدين في جميع الاحوال الراي الثالث : الظاهرية لا يشترط اتحاد الدين في فترة الرضاعة وانما يشترط بعدها . [1]

ص74 ان نص المادة 57 من اقنون الاحوال الشخصية لم يعرض ولم يذكر مسالة اختلاف الدين ، ولكن القضاء العراقي اخذ بضرورة اتحاد الدين اذا كان دين الحاضنة يختلف عن دين المحضون فتكون غير امينة على دينه وتفقد بذلك احدى شروط الحضانة.

قضت الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق بقرارها رقم 635/هيئة عامة/1979 في 1980/2/16 بان (اختلاف الدين يسقط حق الحضانة) حيث (وجد ان الحكم المميز مخالف لأحكام الشرع و القانون ذلك ان المدعى عليها مطلقة المدعي و في حضانتها الصغيرين و حيث ان المدعى عليها غير أمينة على دين الصغيرين نظرا لاختلاف دينها عن دينهما و بذلك فقد فقدت احد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة (2) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل) . [2]

1- عبدالكريم زيدان ، مصدر سابق ، ص454- 455 ، جمعة سعدون الربيعي ،احكام الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية في العراق ، دراسة مقارنة ، بغداد مطبعة الحافظ ، 1995 ، ص72-73

2- مجموعة الأحكام العدلية / العدد الأول / السنة الحادية عشر – لسنة 1980 وزارة العدل ص 33

وقد قضت ايضا بانه : ((اذا اسلم ابو الصغار دون امهم فتكون حضانتهم لابيهم ولكن تعود هذه الحضانة للام اذا اشهرت اسلامها ايضا)) . [1]

في حين قرر القضاء التونسي ((ان الام اولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة الا اذا خيف على دينه)). [2]

ليس هناك ولاية لغير المسلم على المسلم وان الحاق الولد المسلم بالحاضنة المسلمة هي قاعدة متعلقة بالنظام العام . [3]

وفي نطاق الحضانة يشير جانب من الفقه الى ان من المسائل المرتبطة بالنظام العام مسالة اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون فإذا كان الاب مسلم والام غير مسلمة فان المحضون سيكون مسلم تبعا لابيه مما يثير التساؤل عن امكانية حضانة الام غير المسلمة للطفل المسلم وهذه المسالة ليست خاصة بالقانون الدولي الخاص فقد اثيرت في الفقه الاسلامي والذي تبعه في ذلك فقه القانون ايضا .

كما إستقر القضاء الجزائري في مسألة الحضانة على : أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة غير مسلمة وتخاصما-على الأولاد في الجزائر فإنّ من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة . وأنّه من المقرر قانونا أن الأحكام و القرارات الصادرة من الجهات القضائية الأجنبية التي تصطدم وتخالف النظام العام الجزائري لا يجوز تنفيذها . [4]

1- 1982/5/29 294 /هيئة موسعة / 82 مجموعة الاحكام العدلية ، العدد 12/4 لسنة 1983 ص56

2- قرار رقم 5221 في 1989/3/13 نقلا عن يوسف دلاندة ، قانون الاسرة ، دار هومة للطباعة ، الجزائر ، 2005

3- د . عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى الحقوق بجامعة الاسكندرية (منشورة) ، الناشر المكتب الاسلامي ، 2005 ، ص453

4- مجموعة الاحكام العدلية العدد الاول السنة الحادية عشر ص32 رقم القرار 635 هيئة عامة /79 ، 1980/2/16

وإذا رجعنا إلى نص المادة 12 من القانون المدني في فقرتها الثانية نجدها قد اخضعت إنحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى . في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على إنحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرامه ، بمعنى أنه ربطها بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري . لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لايطبق القانون الجزائري ، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي . وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي ، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه ،كما نص على ذلك القانون الجزائري ، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي.(*)

المطلب الرابع

مـــدة الحضـــانـــة

المقصود بمدة الحضانة هي الفترة التي يبقى فيها المحضون تحت الحضانة سواء مع الام ام مع غيرها ، ويصف بعض الشراح ذلك باهلية المحضون للحضانة ويربط هذه المسالة باهلية الوجوب معللا ذلك بان الاهلية اما ان تكون للوجوب او للاداء وبما ان اهلية الاداء يكتسبها الانسان بالبلوغ وبالتالي يكون في غنا عن الحضانة فان اهلية المحضون على حد قوله هي اهلية وجوب .

---

* - المحكمة العليا - المجلة الجزائرية – سنة 1993 – العدد الرابع ص 952 .
- المحكمة العليا – قرار رقم 59013 بتاريخ 1990/02/19 م . ق لسنة 1991 . العدد الرابع نقلا عن يوسف دلاندة ، مصدر سابق ، ص 116 .

ونعتقد انه لامجال للربط بين الحضانة واهلية الوجوب كما يرى البعض [1] لغياب التشابه في الاساس الذي تقوم عليه كلا الفكرتين كما ان اهلية الوجوب لاعلاقة لها بالتمييز والادراك بينما الحضانة لابد وان تنتهي عند بلوغ سن معينة يخير فيها المحضون الاقامة مع من يشاء ولابد ان تنتهي ببلوغ سن الرشد في جميع الاحوال اللهم اذا كان المقصود هو ان الانسان بولادته حيا يكتسب اهلية الوجوب ومن ثم يصبح بذلك اهلا لاكتساب جميع الحقوق ومنها الحق في الحضانة .

وفترة الحضانة في القانون العراقي تمتد لفترتين الاولى تبدا بالولادة حتى السن الخامسة عشرة بعد وفي هذه الفترة لايعتد بارادة المحضون بل تقرر المحكمة ماهو اصلح له وفق القانون ، والفترة الثانية تبدا بالسن الخامسة عشرة وفيها يختار المحضون مع من يقيم ولكن تستمر الحضانة الى حين بلوغ المحضون سن الثامنة عشرة وعندها تنتهي الحضانة وبقاء المحضون مع الحاضن بعد ذلك يكون على سبيل الإقامة وليس الحضانة . الا اذا كان المحضون بحاجة الى اضافة فترة اخرى للحضانة لمرض او عاهة او ماشابه ذلك .

فإذا اكتملت الاهلية وانتهت الحضانة بموجب قانون جنسية الصغير فانه اذا اكتسب جنسية دولة اخرى تعتبره قاصرا فانه يبقى بالغا سن الرشد بموجب نظرية الحقوق المكتسبة . [2]

وان اختيار الصغير الإقامة مع احد أبويه بعد إكماله الخامسة عشر حيث يرجع إلى اللجان الشعبية والطبية في تقدير مصلحة المحضون بشأن تمديد فترة الحضانة فقد ورد في المادة 57 الفقرة الرابعة (للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر , وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير ، حتى إكماله الخامسة عشر ، اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك .

1- صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق ، ص 313
2- محمد الامين محمد العلوي ، تنازع القوانين في مسائل الاهلية دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل ، 1998 ، ص69

وهذه الاحكام في الواقع تشير الى مظاهر الحماية الواسعة للطفولة بتمديد الحضانة الى سن الخامسة عشر أي الى ما بعد تجاوزه مرحلة الطفولة بل ذهب القانون الى ابعد من ذلك في الحماية وهو ان يكون للمحضون الذي أتم الخامسة عشر من العمر حق الاختيار في الإقامة مع من يشأ من أبويه او احد اقاربه لحين إكماله الثامنة عشر ، اذا آنست منه الرشد في هذا الاختيار.[1]

[1]- الحماية القانونية للطفل بحث تقدمت به القاضية رجاء عبد الزهرة الجبوري ، بغداد 1991 بلا مكان نشر ص38 ، عبد المجيد محمد حمودي الجبوري سلطة القاضي التقديرية في الزواج واثاره (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، جامعة الموصل كلية الحقوق ، 2010 ، (غير منشورة) ، ص169

الخاتمة

في ختام هذا البحث المتواضع توصلنا الى جملة من النتائج اعقبناها بجملة من التوصيات استندت اليها وتاسست عليها وهي كما ياتي :

اولا النتائج :

1. لم تضع اغلب قوانين الدول العربية قاعدة اسناد خاصة بالحضانة . وقد اختلف الفقه والقضاء في هذه الدول في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق بسبب اختلافهم في تحديد الطبيعة القانونية للحضانة : فمن اعتبر الحضانة من اثار الزواج قال بخضوعها للقانون الذي يحكم اثار الزواج ، ومن اعتبرها من اثار انتهاء الزواج قال بخضوعها للقانون الذي يحكم انتهاء الزواج ، وهناك يعتبرها من مسائل الولاية والوصاية فاخضعها للقانون الذي يحكم هذه المسائل .
2. الراي الراجح في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو الراي القائل بتطبيق القانون الافضل لمصلحة المحضون . وقد اخذ بهذا الراي القانون الدولي الخاص التونسي .غير ان اختيار ذلك القانون يجب ان ينحصر بين قوانين محددة حتى لاتتوسع السلطة التقديرية للقاضي دون مبرر .
3. لايمكن للحاضنة ان تسافر بالمحضون دون موافقة وليه لان ابعاد المحضون عنه فيه اهدار لحقوقه تجاه المحضون .وان السفر بالمحضون يعد من مسقطات الحضانة .
4. الحضانة المؤقتة تخضع لقانون القاضي الذي ينظر بها على اساس الارتباط بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في المسائل المستعجلة .

5. اختلاف الدين بين الحاضنة والمحضون يسقط الحضانة اذا خيف على الصغير المسلم ان يالف دينا غير الاسلام ، واذا كان القانون الواجب التطبيق على الحضانة يقرر غير ذلك فان للقاضي عدم تطبيقه استنادا لدفع بالنظام العام .
6. ان تحديد السن التي يبقى فيها المحضون تحت الحضانة لايرتبط بموضوع الاهلية او بالتحديد اهلية الوجوب لان هذه الاهلية تبدا بولادة الانسان حيا وتنتهي بوفاته وهذا ليس منطقيا بالنسبة للحضانة بل ان هذه السن ترتبط بالحاجة الفعلية للحضانة وهذه الفترة تبدا بالولادة وتنتهي قبل بلوغ سن الرشد في مرحلة عمرية مختلف فيها بين الفقه وكذلك القوانين ويرجع فيها الى القانون الواجب التطبيق على الحضانة مع مراعاة بلوغ الصغير سن الرشد وفق القانون الذي يحكم اهليته .

ثانيا : التوصيات :

نقترح على المشرع العراقي ايراد نص يعالج مسالة القانون الواجب التطبيق على الحضانة يتماشى مع الاتجاه القائل بتطبيق القانون الافضل للمحضون من خلال قاعدة اسناد تخييرية وفي هذا الشان نقترح النص الاتي : ((يسري على الحضانة القانون الاصلح للمحضون من بين قانون الدولة التي ينتمي اليها الصغير بجنسيته او قانون الدولة التي يقيم فيها المحضون او القانون العراقي))

قائمة المصادر

1. د . احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج اصولا ومنهجا مكتبة الجلاء الجديدة ،مصر ، 1996
2. ----------، القانون الدولي الخاص الإماراتي ،مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 2002
3. احمد عبد الكريم سلامة ، فقه المرافعات المدنية الدولية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2000
4. د جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ج3
5. حسن الهداوي ، غالب علي الداؤودي ، القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، ط1 ، 1982 .
6. عبدالرسول عبدالرضا جابر ، الجنسية والعلاقات الدولية ، منشورات زين الحقوقية ، ط2، 2011
7. عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستامنين في دار الاسلام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1982
8. عز الدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، ج2 ، ط9 ، مطابع الهيئة المصرية ، القاهرة ، 1986 .
9. د . عماد طارق البشري ، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى الحقوق بجامعة الاسكندرية (منشورة) ، الناشر المكتب الاسلامي ، 2005
10. . صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، ط2 ،دار الفكر الجامعي ،2007
11. فؤاد عبد المنعم رياض ، وسامية راشد ، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987 .
12. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، ط2 ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، 1982 .

13. سامي الميداني ، موجز في الحقوق الدولية الخاصة ، الطبعة الرابعة ، مطبعة الجامعة السورية ، 1951

14. د . فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ،ط5 ، منشورات جامعة دمشق ، 1995

15. د . ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانوني العراقي والمقارن ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977 .

16. . نرمين ابو بكر محمد ، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2013

17. . د . هشام علي صادق: تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974

18. . يوسف دلاندة ، قانون الاسرة ، دار هومة للطباعة ، الجزائر ، 2005 .

الرسائل والبحوث :

1. القاضية رجاء عبد الزهرة الجبوري الحماية القانونية للطفل بحث تقدمت به الى رئاسة استئناف بغداد ، بلا دار نشر ، 1991

2. ساهرة حسين كاظم ال ربيعة ، التزامات الاولياء وحقوقهم على النفس دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد ،2004

3. عبدالمجيد محمد حمودي الجبوري ، سلطة القاضي التقديرية في الزواج واثاره (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، جامعة الموصل كلية الحقوق ، 2010 ، (غير منشورة)

4. محمد الامين محمد العلوي ، تنازع القوانين في مسائل الاهلية دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل ، 1998

5. د . فايز الظفيري ، الطفل والقانون _ معاملته ، وحمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي 1999-2000بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الاول ، السنة الخامسة والعشرون اذار 2001
6. د . محمد سليمان الاحمد ، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الموصل ، العدد 20 ، سنة 2004

ثالثا : القوانين

1. القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل .
2. القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1987 .
3. قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 المعدل
4. القانون الدولي الخاص التونسي المرقم 27 لعام 1998
7. القانون الكويتي بشان العلاقات ذات العنصر الأجنبي المرقم 5 لسنة 1961
8. القانون المدني المصري المرقم 131 لسنة 1948
9. القانون المدني الاردني المرقم 43 لسنة 1976 المعدل
10. القانون المدني السوري المرقم 84 لسنة 1949

رابعا : المواقع الالكترونية

http://www.justice- :
lawhome.com/vb//showthread.php?t=13286
- http://www.amanjordan.org/aman_studies
http://www1.umn.edu/humanrts/Arabic.html
http://www.krjc.org/Default.aspx?page=article&id=632&l=3
www.emloffice.com/bibliotheque_collegue/2011/143/143.docx

المصادر باللغة الانكليزية :

1. Martin Wolff, private international law, 2 edition, Oxford 1960.