اختلاف التشريعات وأثرها في تحريك تنازع القوانين في موضوع الحضانة
(دراسة مقارنة على بعض التشريعات العربية)

سنوسي عـــــلي؛ أستاذ مساعد"أ"؛ كلية الحقوق والعلوم السياسية ؛جامعة ابن خلدون/تيارت

الملخص :

تعد مسألة الحضانة من أبرز الآثار الناتجة عن انحلال الزواج لاسيما في صورته الأولى المتمثلة في الطلاق، والغاية منها هو البحث عن وضع الطفل الذي لا يستطيع التكفل بنفسه، ومن هنا عدت الحضانة مظهرا من مظاهر الرعاية حيث حضي مفهوم مصلحة المحضون بعناية الفقه و التشريع و القضاء ووقع الإجماع على وجوب اعتبارها مطلقا، فإذا كانت الحياة الزوجية قائمة فإن ذلك لا يطرح إشكالا كون الوالدين يباشران معا تربية الطفل، ولكن الإشكال يقوم في حالة الطلاق وعند التنازع على حضانة الأولاد، لمن تكون أولوية رعايتهم حيث يدعي كل طرف صلاحيته لذلك.

الكلمات المفتاحية : تنازع القوانين، الحضانة، مصلحة المحضون، اختلاف التشريعات.

Abstract :

The right to custody is one of the most important consequences of the dissolution of the marriage by divorce. Its objective is to determine the conditions of taking the child into care, considering his inability. Thus, the custody forms one of the aspects of the assistance where the interest of the child in custody is taken into account by jurisprudence, the legislation and the judicial power and constitutes a consensus to achieve it, as an absolute duty. If the marital life is founded, the problem of assistance does not arise, since the parents are jointly responsible for the child's education. However, in cases of divorce or issues, relating to the right to custody of children, it is essential to determine who of the parents will be allotted this right that each one claims. Meanwhile.

Keywords: Difference of legislation - right of custody.-

مقدمة :

لما كانت مسالة الحضانة تتداخل ضمن أفكار متعددة، تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها أثرا من آثاره ومرةً أخرى ضمن فكرة الطلاق، وتارةً أخرى ضمن علاقة الأولاد بالآباء، لذا نجد أن التشريعات المختلفة للدول قد تباينت فيما بينها من تبني موقف موحد إزاء ذلك، هذا الأمر الذي انعكس على مسألة تحديد القانون الواجب

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

التطبيق على مسالة الحضانة، فبدلاً من أن يكون هناك قانون واحد واضح ينعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة، نجد أن هناك عدة قوانين قد تتزاحم فيما بينها.

وحينها يثور التساؤل عن القانون الذي يفصل في هذا النزاع، وعلى أي أساس يقدر القاضي أهلية كل طرف للقيام بهذه المهمة الجسيمة، وما سبب تصادم أو تنازع القوانين الدولية في هذا المجال، وماهو التأسيس القانوني لكل هذا، وما هي المخارج الأنسب للفصل في مثل هكذا نزاعات؟ .

ومن أجل الإلمام بنطاق هذه المسألة، سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين، نبيّن في الأول اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة، ونتعرض في الثاني لتأثير الاختلاف بين التشريعات في تنازع القوانين.

المبحث الأول:أثر اختلاف التشريعات في فكرة الحضانة.

يبقى موضوع الحضانة وما تختص به من مسائل وأحكام خصوصا على ضوء التعديلات التي أدخلت على موادها بموجب الأمر 05-02 مجالا للاختلاف الفقهي فيها، إلى أنه لا يخرج عن الأصول والقواعد العامة للشريعة الاسلامية، إذ أنه لا يعدو أن يكون خلاف في التكييف وتطبيق لبعض الجزئيات، والسبب في هذا يرجع لاختلاف الفقهاء، إلا أن المشرع الجزائري قد خرج في بعض المواقع عمّا نص عليه الفقهاء سابقا، مما يوجب التوقف عندها- بالبحث والتمحيص- لأنها تمس أحد أهم القضايا المطروحة على مستوى المحاكم وبصفة تكاد تكون مستمرة.

المطلب الأول: موقف التشريعات العربية.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري:

تناول قانون الأسرة الجزائري[1] أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 بموجب الأمر 05-02 الذي ألغى المادة 63، وأخضع بعضا من موادها للتعديل[2]، وبالرغم من هذا يبقى هذا التعديل محلا للنقاش إذا ما قورن بما قرره الفقه الإسلامي، وقد تناول المشرع الجزائري تعريف الحضانة في المادة 62 بقوله:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخُلُقا..."، وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد ركز على أهداف الحضانة محددا بذلك نطاقها ووظائفها الأساسية، مما يوجب على القاضي عند حكمه بالطلاق وإسناد الحضانة أن يراعي كل هذه الجوانب المتضمنة في التعريف[3]. والمقصد العام للحضانة إنما

---

[1] : القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

[2] خصوصا ما نص عليه التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري من خلال محاولته الموازنة في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة وهو الأمر الغالب على كل المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02.

[3] : العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط 4، (2009)،ص 390.

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

هو حفظ الطفل من الهلاك وإنجاؤه من المهالك، وبالتمعن ندرك أن الحق في الحضانة ثابت لكل من الحاضن والمحضون معا، فهي حق للحاضن بمعنى أنه لو امتنع عن الحضانة لا يُجبر عليها، لأنها غير واجبة عليه، ولو أسقط حقه فيه لسقط[1]، وإذا أراده مرة ثانية وكان أهلا لها عاد إليه حقه عند جمهور الفقهاء[2].

وتأصيلا لما ذهب إليه المشرع الجزائري في مراعاة مصلحة المحضون التي جعلها الأصل في إسناد الحضانة ولو تعارضت مع الترتيب الوارد في المادة 64، فإنه يمكن القول:

أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا، حق للحاضنة[3]، وحق للمحضون[4]، وحق للأب[5]، فإن أمكن التوفيق بين هذه الثلاثة وجب المصير إليها، وإن تعارضت وجب تقديم حق المحضون أبدا، حيث لا يسقط حق الأم في الحضانة إذا كان في سقوطها ضررٌ يلحق المحضون، كما لا يجوز للأب أن ينزع المحضون من صاحبة الحق في الحضانة إلا بمبرر شرعي، وكل هذا نابع من السعي إلى ضمان حقوق الطفل والتكفل به، وهو ما يسعى إليه القاضي كذلك، حيث يجعل مصلحة المحضون المنفذ الوحيد الذي على ضوئه يفصل في نزاع الحضانة حسب سلطته التقديرية، و لأن المشرع الجزائري إستقى أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية بصريح المادة 222 التي تحيل إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النص القانوني ، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لمصلحة المحضون غير أنه يمكن تحديدها بميزاتها وخصائصها المقصودة كمايلي:

1- أن قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ذاتية وشخصية، بمعنى أنها تتعلق بكل طفل على حدى، وعلى فإن القاضي ينظر لكل طفل على حدى ويحدد مصلحته اللآئقة به

2- قاعدة مراعاة مصلحة المحضون ليست قاعدة ثابتة بل متغيرة حسب الزمانوالمكان والملابسان وعمر الطفل و...، لكن رغم كل هذا فإن القاضي لابد من أن يتمسك بأساسين لا يمكن تجاوزهما أبدا هما:

- تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية.
- تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل.

---

[1] : هذا ما ورد في المادة 66:" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

[2] : لأنه حق يتجدد بتجدد الزمان، وهي حق للمحضون بمعنى أنه لو لم يقبل المحضون غير أمه او لم يجد غيرها، أو لم يكن للأب ولا للصغير مالٌ، تُجبر الأم على الحضانة، لذك لو اختلعت الزوجة على ترك ولدها لدى الزوج صح الخلع وبطل الشرط ، غير أن المالكية في غير مشهور المذهب يرون أن الحاضن إذا سقط حقه لا يعود إليه بعد ذلك، أما مشهور المذهب فإن هذا الحق يعود إليه بناء على أن الحضانة حق للمحضون مع الأخذ دائما بالمبدأ العام ألا وهو مصلحة المحضون أولى وأسبق .

[3] :وهو ما أشار إليه المشرع في ضدر المادة 64 بقوله: " الأم أولى بحضانة ولدها".

[4] : وهو ما أكده المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 67 بقوله:"... غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"

[5] : وهو ما أشار إليه المشرع بقوله "...الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب..." حيث جعل حق الأب مباشرة بعد الأم .

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

وإلى هذا ذهبت المحكمة العليا في اجتهادها :" المبدأ: يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة اجتماعية"[1].

وهي العناصر التي احتكم إليها القضاء الجزائري في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/07/03 تحت رقم 54353 حيث جاء في حيثياته: " أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن امها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرقوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة" [2].

كما ورد في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1997/02/18ـ تحت رقم 153640:" أنه من المستقر عليه قضاء أن الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون اعتمادا على التقرير المرشدة الاجتماعية التي تؤكد ذلك، فإن قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون."[3]

وعليه يتبين من القرارات السالفة الذكر أن القضاء الجزائري متمسك بقاعدة مصلحة المحضون دون الخروج عن قواعد وأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية الأخرى.

لو اطلعنا على بعض أشهر القوانين العربية ، نجد أن التشريع المصري والمتمثل بقانون الأحوال الشخصية رقم (44) لسنة 1979 المعدل لم يرد فيه تعريف للحضانة، تاركاً للقضاء معالجة ما يثار أمامه من نزاعات، مسترشداً في تعريفها بالمصادر الفقهية والتي تناولتها بالتفصيل[(4)]، أما عن القانون الأردني والمتمثل بقانون الأحوال الشخصية رقم (61) لسنة 1976 النافذ أنه أيضاً لم يتطرق إلى تعريف الحضانة، وإنما ذكر شروط وترتيب من له الحق بالحضانة، ومدتها وسقوطها وأجرة الحاضنة بموجب المواد (154-166) من نفس القانون، والظاهر أنه ترك ذلك لاجتهاد القضاء مستنيراً في ذلك على الآراء الفقهية[(5)] .

---

[1] : ملف رقم 330566 قرار بتاريخ 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، عدد1/2005، غرفة الأحوال الشخصية، ص 301.

[2] : المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 18، الصادرة في سبتمبر 1997، ص 198.

[3] : نشرة القضاة، العدد 56، سنة 1997، 33.

[4] : عبد الفتاح ابراهيم البهنسي الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ،ج2 ، دار الاشعاع القاهرة ، (د س ط) ، ص 62 .

[5] : الاجتهاد القضائي الاردني بخوص الحضانة ، احمد محمد علي داود ، الاحوال الشخصية ، ج3وج4، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2009 ، ص40-47.

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

أما بخصوص القانون الكويتي، فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشان المادة (189) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي (51) لسنة 1984 النافذ ما يلي (يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيه شرعاً[(1)] .

وقد عرف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لسنة 2005 النافذ في المادة (143) منه الحضانة كما يلي : ((حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس[(2)]. ويتطابق هذا التعريف مع تعريف المادة (132) من مشروع القانون العربي الموحد[(3)] .

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1958 النافذ فإنه لم يعرف الحضانة, وإنما جاء في مقدمة التعديل الثاني لهذا القانون بأنه ((يُقصد بإصلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية، تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل مَنْ له حق في ذلك قانوناً، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره[(4)] ، ولم يبتعد الفقه العراقي[(5)] ، والقضاء العراقي[(6)] عن هذه التعريف.

المطلب الثاني : موقف بعض التشريعات الأوروبية والاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: موقف بعض التشريعات الأوروبية:

يذكّر أن الديانة المسيحية تعد الأصل للكثير من القوانين الأوروبية حيث أن هذه الديانة تنظر إلى الحضانة كأثر من اثأر الطلاق من جهة، ومن جهة أخرى تنظر إليها على أنها حقٌّ للأم مادام الطلاق صدر لصالحها، وإلا انتقل الحق إلى الأب، وعلى هذا النهج سارت معظم القوانين الأوربية كالقانون الفرنسي.[(7)]

أما القانون الانكليزي ، فقد كان ينظر إلى الأمر على أن هناك سلطه يتمتع بها الأب على أولاده القصر- دون أن يكون هناك حديث عن واجبات الوالدين تجاه الأولاد ، إلى أن صدر قانون الطفل في 1989 والذي بين

---

(1) : نقلاً عن د. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون ، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2010 ، ص31.

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

(3) : مواد هذا المشروع منشوره في المجلة العربية للفقه والقضاء ، تصدر عن الامانه العامة لمجلس وزارة العدل العرب ، العدد الثاني ، السنة الثانية ، تشرين الاول ، 1985 ، ص28 .

(4) : مقدمة التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1958 ، ص17.

(5) : احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ،ج1 ،(د ر ط)، بغداد ، 1990 ، ص 213 .

(6) : مثلا القرار رقم 283 / شخصية / 1977 في 1977/2/19 ، والذي ينص على انه (اذا وجد ان الصغيرة بحاجه 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 3 و4 ، السنة الثانية والثلاثون ، 1977 ، ص 292 .

(7) القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804/6/12

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

هذه الواجبات ، مع احتفاظه بالصبغة المسيحية التي تعطي الحق للام إذا لم تتسبب في الطلاق[1] . وتميل المحاكم الانكليزية بصورة عامة إلى إعطاء حق الرعاية إلى الأم عندما يكون الطفل رضيعاً ، أما في غير مدة الرضاعة فستنتقل الحضانة إلى الأب إذا كانت ينظر الأم متسببة في الطلاق[2] ، ولم ينظر قانون الاتحاد السوفيتي سابقاً الى مسالة الحضانة، وإنما أحال مسالة حفظ الولد بعد فسخ الزواج إلى ما يتقرر من تشريع الجمهوريات المتحدة، بموجب المادة (18) من القانون الصادر 1968/6/27[3]

الفرع الثاني: موقف بعض الاتفاقيات الدولية.

وسنخص بالذكر اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 واتفاقية لاهاي لعام 1996

أولا :- اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 [4]. نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على انه ((في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى "[5] .كما نصت الفقرة 02 من نفس المادة على أن" تتعهد الدول الأطراف بأن تضمن للطفل الحماية والرعاية اللازمتين لرفاهة، مراعية حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ تحقيقاً لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة "

ثانياً :- اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحماية للأطفال[6].

---

[1] اشرف وفا محمد ، حماية غير ذوي الاهلية على الصعيد الدولي ، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي ، تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن والخمسون ، 2002 ، ص302 .

[2] Dicey and morris , conflict of laws , 9ed ., Stevens and sons limited , London , 1974

[3] محمد عليوي ناصر مرجع سابق ، ص49.

[4] صدرت هذه الاتفاقية بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (25/44) بتاريخ 1989/11/20 ، ودخلت حيز النفاذ اعتباراً من 1990/6/2، وتضمنت ديباجه و (54) مادة ، وقد صادقت عليها جميع الدول الاعضاء بالأمم المتحدة ، باستثناء الولايات المتحدة والصومال.

[5] : تطبيقاً لنص هذه المادة ، قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1997/9/22 بتطبيق هذا النص تطبيقا مباشر وتغليبه على نص القانون الداخلي الذي يمنع الطلب المتعلق بحق التجمع العائلي.

[6] : لأكثر من مائه 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 المواءمة بين قواعد القانون الدولي الخاص على المستوى العالمي ، وذلك من خلال اعداد ودراسة وتبني اتفاقية لاهاي متعددة الاطراف يبلغ عدد الدول الاطراف بها حالياً أكثر من 120 دولة من مختلف انحاء العالم ،وقد تم منذ الحرب العالمية الثانية اقرار 37 اتفاقية . نقلا عن الموقع: www.hcch.net

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

تختص هذه الاتفاقية التي تم إقرارها في 1996/11/19 بنطاق واسع من قضايا الحماية الدولية للطفل ، بدأ من النزاعات الأبوية حول حضانة للطفل أو الاتصال بها ، حسب نص المادة (3) من هذه المعاهدة ، حيث جاء في الفقرة (ب) من هذه المادة ، حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل ، وخاصة فيما يتعلق بتجديد مكان إقامته ، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فتره معينة الى مكان غير مكان إقامته الاعتيادية . وبذلك تعكس هذه الاتفاقية مبدأ (مصلحة الطفل الفُضلى) الذي نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل في مادتها الثالثة سالفة الذكر[1] .

المبحث الثاني:تأثير اختلاف التشريعات الفقهية في إثارة تنازع القوانين في الحضانة.

لما كانت الحضانة تجمع بين ثلاثة حقوق (حق الصغير ، حق الأم ، حق الأب) لذا نجد أن الفقه والقانون قد اختلف على من الذي يملك الحق فيها، وللتعرف على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة مطالب ، سنخصص الأول إلى تأثير الفقه الإسلامي في اختلاف التشريعات ، أما الثاني فسنبحث فيه مذاهب المشرع العربي في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع ، وسنتعرف في الثالث على مزايا إسناد الحضانة لقانون جنسية الأب.

المطلب الأول : تأثير الفقه الإسلامي في اختلاف التشريعات:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أن في الحضانة حقوق ثلاثة، حق الصغير، حق الأم، حق الأب، وان التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن، أما إذا تعذر ذلك، فيذهب البعض من الفقه[2]. إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حقاً للأم فيه، ويترتب على ذلك أن الأم تجبر على حضانته والخيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك، بينما ذهب فريق آخر من الفقه[3] إلى أن الحضانة حق للأم ويترتب على هذا, إنها لا تجبر على حضانة الصغير ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها، ويرى فريق أخر[4] إلى أنها حقاً للأم والصغير، فأن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وان تعين فليس الامتناع، وحق الصغير فيها أقوى.

وتأسيسا على هذه الاتجاهات الفقهية إنبنت الاختلافات التشريعية في الدول العربية كما يلي:

حيث تخلو نصوص قانون الأحوال الشخصية المصري والأردني والإماراتي من أي إشارة إلى كون الحضانة حقاً خالصاً للام أو الصغير، إلاّ أن القضاء هناك ساير الاتجاهات الفقهية التي اعتبرها حقاً مشتركاً مع تفضيل

---

[1] : نقلا عن الموقع الالكتروني على شبكة المعلومات الدولية http://www.hcch,net/vpload/arab.html

[2] : شمس الدين الرملي ،نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج7 ، مطبعة البابي الحلبي ، (د ر ط)، القاهرة ، 1938 ، ص274 .

[3] : محمد عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي ، الجزء 02، (د ر ط)، دار احياء الكتب العربية ،بولاق ، مصر ، 1974 ، ص620 .

[4] : محمد جواد مغنيه ، فقه الامام الصادق ،ج5، ط2 ، دار العلم للملايين ، بيروت ،1978 ، ص 382

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

مصلحة الصغير في حاله تعارض المصالح[1]. ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتي النافذ على أن حق الحضانة لا يسقط بالإسقاط وإنما يمتنع بموانعه ويعود بزوالها بموجب المادة (193) منه ، في حين أن قانون الأحوال الشخصية اليمني نص في المادة (120) منه على أن الحضانة حق للصغير فلا يجوز النزول عنها، وذهب القانون التونسي موقفاً مغايراً، إذ انه بموجب المادة (55) منه ((إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تجبر عليها)) أما مشروع القانون العربي الموحد فإنه اعتبر الحضانة واجباً على الأبوين ما دامت الزوجية قائمة، أما بعد الفرقة فان كان الصغير رضيعاً فالأم ملزمة بالحضانة وليس لها تركها[2].

الفرع الأول :أثر الفقه الإسلامي على اتجاه المشرع العربي:

تقضي معظم النصوص القانونية من قوانين الأحوال الشخصية العربية النافذة على أن الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك، ويفهم من هذا :

إن الحضانة حق للصغير والأم معاً ، إلا أنها تجبر على الحضانة إن لم يوجد غيرها ، حتى لو اسقط حقها فيها وتطبيقاً لذلك قرر المشرع العراقي مثلا أن الأم لا تجبر على حضانة ولدها شرعاً إلا إذا تعينت لها، فان وجدت حاضنه غير أمه من المحارم تقوم بحضانته فلا تتعين أمه لحضانته ولا تجبر عليها، أما إذا لم يوجد حاضنه من محارمه أو وجدت فامتنعت فتعين أمه المدعى عليها بحضانته وتلزم بها)[3] .

الفرع الثان :- خيار المشرع العربي.

1- لو اختلعت الأم من زوجها على ترك حضانة ولدها ،كان الخلع صحيحاً والشرط باطلاً، وتطبيقاً لذلك تقضي معظم التشريعات العربية أنه إذا تمت المخالعة بناءاً 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 إليه ، موافق للشرع والقانون حيث إن الحضانة حق الأم وحق الصغير وان التنازل عنها مخالف للنظام العام[4].

---

[1] : اجتهاد القضاء الاردني القرار رقم 18012 بتاريخ 1974/4/14 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)نقلاعن: د. احمد محمد علي داود ، مصدر سابق ، ص41

[2] : المادة(137) من مشروع القانون العربي الموحد.

[3] : القرار رقم 35 المؤرخ في 1973/11/4 ، النشرة القضائية تصدر عن وزارة العدل العراقية العدد الرابع ، السنة الرابعة ، 1973 ، ص 176

[4] : القرار رقم 3238 / شرعية / 1970 في 1970/2/20 النشرة القضائية ، العدد الاول / السنة الثانية ، 1970 ، ص106

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

2- أن حق المحضون أقوى من حق الوالدين، وتطبيقاً لذلك تقضي معظم التشريعات على أنه يترتب على المحاكم في دعاوى الحضانة مراعاة مصلحة الصغار قبل مصلحة المتداعين طالبي الحضانة)[1].

المطلب الثاني : مذاهب المشرع العربي في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع .

تأثرت معظم هذه القوانين العربية ، بالقانون المصري والمتمثل بالقانون المدني المصري النافذ، والذي سكت عن إسناد الحضانة للقانون الذي يحكمها، مما ألقى على عاتق الفقه والقضاء تولي هذه المهمة. فذهب البعض من الفقه[2] إلى أنها اثر من أثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، والى ذلك ذهب القضاء المصري في بعض إحكامه[3].

وعدها البعض الأخر من الفقه[4] على أنها اثر من أثار الطلاق، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على انه (متى ما كان الحكم بالتطليق لم يصدر لمصلحة الزوجة ولا بناء على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً ، فانه طبقاً للقانون المدني الفرنسي الزوج أحق بحضانة ابنه ، وانه لا مصلحه للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدور المادة 302 من ذلك القانون ، والتي تقضي- بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذي حُكم له بالطلاق ، بمقولة انه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقاً لهذا النص)[5]وذهب القضاء المصري في بعض إحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة المرقم 89 والصادر في 1954/2/2 ما يلي (حيث إن واقع الأمر وانه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينه بالنسبة للحضانة ومن اجل ذلك فان المحكمة ترى أن تأخذ في شانها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته قياساً في ذلك على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من انه "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" وعلى هذا الأساس تكون إحكام القانون

---

[1] : قرار محكمة التمييز رقم 77/ هيئة عامة /1977 بتاريخ 1977/5/7 ، مجموعة الاحكام العدلية تصدر من وزارة العدل العراقية العدد الثاني ، السنة الثامنة ، 1977 ، ص63 .

[2] : احمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان ، دار النهضة العربية ،(د ر ط)، القاهرة ، 1966 ، ص228 .

[3] : راجع أحكام محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الاحوال الشخصية للأجانب) الصادر في مايو 1951 في القضية رقم 75 لسنة 1950 ، وفي 12يونيو 1951 في القضية رقم 121 لسنة 1950 ، وفي 15 يناير 1952 في القضية رقم 79 لسنة 1951 ، وفي 4 مارس 1952 في القضية رقم 57 لسنة 1951 ، اشار اليها د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج2،،ط6، دار النهضة العربية القاهرة ، 1969 ،ص323 هامش رقم (2) . وانظر كذلك حكم محكمة الإسكندرية الصادر في 3 نوفمبر 1952 في القضية رقم 43 لسنة 1951 ، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن ، السنة 1952، ص165.

[4] : جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، (د ر ط)، القاهرة ، 1969 ، ص382 .

[5] : القرار رقم 38 سنة 26 ق ، احوال الشخصية ، بتاريخ 1958/3/27 ، منشور في مجله المحاماة ، تصدر عن نقابه المحامين المصريين ، العدد الثاني ، السنة التاسعة والثلاثون ، أكتوبر 1958 ، ص141-144 .

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

الانكليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتهما إلى المدعية هما انجليزيان متبعاً لوالدهما المدعى الانجليزي الجنسية)[1] .

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

1. إن القضاء المصري ولعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة وارده في القانون المدني المصري لجأ إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً استناداً إلى المادة (24) من القانون المذكور, لكنه لم يوفق في ذلك من حيث لا يدري والذي ساعد في ذلك اتخاذ جنسيه الأب والأم والولد في أغلب أحكامه، مما جعل نفس الحلول تحصل لو كيف الحضانة على أنها اثر أثار الزواج أو كأثر من أثار الطلاق ، مع أن الحضانة لا تعتبر أثر من أثار الزواج والذي يخص علاقة الزوجين فيما بعضهم، كما أن تكييف الحضانة كأثر من أثار الطلاق هو ما جرى عليه العمل في الفقه والقضاء الأوربي متأثراً بالديانة المسيحية، مما اثر على بعض آراء الفقه وأحكام القضاء المصري .

2. اخضع القضاء المصري في بعض أحكامه الحضانة لقاعدة الإسناد الخاصة بالولاية على المال , غير انه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال، إذ أن أحكام كل منها تنبني على اعتبارات غير الاعتبارات التي تنبني عليها أحكام الأخرى[2].

3. لو ارتضينا بان المشرع ليس مرغماً بالنص على إسناد حالات تفصيلية، وإنما يكتفي بالإسناد إلى علاقة ومنها يستنتج على الأخرى التي ترتبط بها، وبما أن التكييف القانوني الراجح للحضانة على أنها حق لكل من الحاضنة والمحضون مع تفضيل مصلحته المحضون إذا تعارضت المصالح، لقادنا إلى إدراج الحضانة تحت طائفة العلاقات المتبادلة مابين الآباء والأبناء والتي بدورها تسند إلى القانون الخاص بالبنوة أو النسب،

4. وهذا لم يحصل في التشريع المصري المتمثل بالقانون المدني[3].

كل ذلك دفع البعض من الفقه المصري[37] إلى القول : (إن مرد الصعوبة التي واجهتها المحاكم المصرية في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة، أن هذه المحاكم لم تبسط البحث كافياً في تكييف الحضانة، وهو البحث

---

[1] : جابر جاد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص384 .

[2] : عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص324 .

[3] تضمن مشروع القانون المدني المصري نصاً ، م (31) يقضي بأن ((يسري قانون الاب على الخاصة بالنبوه الشرعية وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوه وإنكارها)) لكنه حذف باعتبار انه يعالج مسالة تفصيلية يحنى ان يكون نطاق الاجتهاد فيها رحباً ، ولان هذه المسائل تعده من اثار الزواج وتسري عليه قواعد الزواج وفقاً للقواعد العامة ، نقلاً عن د.بدر 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 ، 1979 ، ص40

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

الذي تنحل على أساسه مشكله القانون الواجب التطبيق عليها, وتكييف الحضانة يخضع وفقاً للقاعدة العامة في التكييف للقانون المصري، وهو هنا الشريعة الإسلامية، بوصفها القانون العام للأحوال الشخصية في مصر، وبالرجوع إلى قواعد هذه الشريعة يتضح أن للأولاد، من حيث هم كذلك حقوق ولهم علاقات بالوالدين لها كيانها وأحكامها بصرف النظر عن علاقات هذين الوالدين , وتشمل هذه الحقوق والعلاقات ثبوت النسب وهو حق للولد والأب، وولاية التربية الأولى ، وهي الحضانة التي يعتبرها البعض حقاً للولد والبعض والآخر حقاً للحاضنة ، والبعض الآخر حقاً للولد والحاضنة معاً، أو بهذا تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس[1]، وما دامت كذلك فإننا نفضل إخضاع الحضانة لقانون بلد الأب .

وهذا هو الاتجاه الفقهي الراجح حالياً في مصر وما استقرت عليه أحكام القضاء المصري لاحقاً، على أن هناك اتجاه فقهي حديث[2] ينتقد هذا الرأي الأخير حيث يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عد الحضانة من أثار 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 وآثارها.

وقد سلكت معظم التشريعات العربية، مسالك التشريع المصري بعدم النص على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، بل وحتى على الواجبات والحقوق المتبادلة مابين الآباء والأولاد، لذا يفضل الفقه هناك ما توصل إليه الفقه الراجح في مصر من تطبيق قانون جنسية الأب.

وحسناً فعل المشرع الكويتي، حيث أخضع الحضانة إلى قاعدة إسناد خاصة بها، بموجب المادة (43) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة (1961) النافذ، والتي تنص على أن " يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة "، وعالج أيضا وبصورة تفصيلية المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة وتصحيح النسب والتبني بموجب المواد (41) و(42) و (43) من القانون المذكور سالفا.

أما المشرع اليمني في القانون المدني رقم 19 لسنة 1992 النافذ، قد حصر الاختصاص التشريعي في القانون اليمني بالزواج والطلاق واغلب مسائل الأحوال الجنسية، حيث نصت المادة (26) منه على ((أن يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني عند المرافعة برضاء الطرفين))، أي انه جعل تطبيق القانوني اليمن مرهون برضاء الطرفين إذا كان الزوجين أجنبين .

---

[1] : عز الدين عبد الله ، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الاسناد في مواد الاحوال الشخصية بحث منشور في مجلة القانون الاقتصاد ، تصدر عن كلية الحقوق في الجامعة القاهرة ، العدد1-2 ، السنة 24 ، 1954 ، ص31-32 .

[2] : صلاح الدين جمال الدين ، مشكلة حضانة الأطفال في زواج الاجانب ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2004 ، ص35

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

ولو سلمنا بخضوع الحضانة إلى القانون الذي يحكم العلاقات والحقوق المتبادلة ومابين الآباء والأبناء، وهو قانون جنسية الأب حسب رأي الفقه الراجح يثار التساؤل عن الوقت الذي يعتد به بقانون جنسية الأب ؟

لو قلنا الاعتداد بقانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج، باعتبار النسب اثر من أثار الزواج لكنا بذلك قد آمنا بان الحضانة تعتبر كذلك، وهذا ما سبق وان فنده الفقه الراجح.

ولو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد، فانه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد يحصلون على جنسيات مختلفة إذا ما غير الأب جنسيته ، إضافة إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد، فأي القانونين أصلح، قانون وفاة الأب؟، أو قانون وقت الزواج؟، وإذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، فانه قد يحصل تحايل على القانون, وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الإسفادة من قانون دولة معينه لا علاقة له بالنسب .

ويبدو وحسب رأينا إن إعمال قانون جنسية الأب دون تحديد الوقت معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية، أفضل من إعمال وقت معين، وذلك بتقدير كل حالة لوحدها.

المطلب الثالث : مزايا إسناد الحضانة لقانون جنسية الأب.

في الوقت الذي لم تنص فيه أغلب التشريعات العربية بقاعدة إسناد خاصة بالحضانة، بل وحتى بالحقوق والواجبات المتبادلة مابين الآباء والأبناء، تميزت بعض القوانين العربية بموقف متميز، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحده وأخضعها لقانون جنسية الأب،[1] وبذلك تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

وعلى هذا يمتد نطاق قانون جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرتها ومراتبها، إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كانت أحكامه تخالف النظام العام والآداب العامة في دولة القاضي.

*** نموذج عملي في إخضاع الحضانة لقانون جنسية الأب.**

كرس القضاء العراقي هذا المبدأ، أي إسناد العلاقة الخاصة بالحضانة إلى قانون جنسية الأب، في قضية تتعلق بزوجين مصريين مسيحيين يعملان في العراق، رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها، وأثناء نظر القاضي الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمام القاضي وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة 1042 سجل 576 بتاريخ 1978/10/28، أسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري، وعرضت المحكمة الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام وحكمت المحكمة لصالح

[1] : كالقانون العراقي مثلا بموجب المادة (4/19) من القانون المدني .

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

الزوجة بحضانة الأطفال، ميز الزوج الحكم أمام محكمة التمييز والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في الموصل، وقضت بأن (الأولاد الصغار بموجب الشريعة الإسلامية، يتبعون من أسلم من الزوجين, لهذا يصح الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الأولاد إلى أمهم، صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون) [1].

ويلاحظ على القرار التمييزي أعلاه ما يلي :-

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

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

3. لما كانت زوجة المدعى عليه أثناء رفع الدعوى مسلمة بموجب الحجة الشرعية الصادرة من المحكمة الشرعية في الموصل، لذا يكون القانون المصري الواجب التطبيق هو قانون الأحوال الشخصية، والذي يقضي- إذا كان الزوجان غير مسلمين، وأسلمت الزوجة يعرض الإسلام على الزوج, فأن أبى يفرق القاضي بينهما في الحال، وهذا ما فعله القاضي العراقي .

4. لم يطعن القاضي العراقي بإسلام الزوجة، بحجه التحايل على القانون ومن ثم تطبيق قانون الأقباط الأرثوذكس الخاص بالحضانة، والذي يسندها إلى الزوج الغير المتسبب في الطلاق، لان الاعتقاد الديني مسالة نفسانية لا يمكن للجهة القضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية وهي متوفرة في إسلامها[2].

5. بخصوص القانون الواجب التطبيق على الحضانة، طبقت المحكمة الشرعية في الموصل وأيدتها في ذلك محكمة التمييز قانون جنسية الأب المصري، بموجب المادة (4/19) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن ((المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب))

---

[1] : القرار رقم 20/ هيئة عامة / 1979 بتاريخ 1979/4/7 ، مجله القضاء تصدر نقابه المحامين العراقيين العددان الثالث والرابع ، السنة الرابعة والثلاثون ، 1979 ص207 ، انظر هذا الحكم ايضاً منشور في الاحكام العدلية ، تصدر عن قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة العاشرة ، 1979 ، ص61 .

[2] : القرار المرقم 1009 / شرعية / 1969 في 1969/12/6 ، نقلا عن: القاضي ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1973 ص152 ، هامش رقم (1) .

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

6. أما بشأن وقت الاعتداد بجنسية الأب، فنلاحظ أن المحكمة طبقت قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، أي اعتدت بقانون الأحوال الشخصية المصري باعتبارها القانون العام، وذلك بإسلام الزوجة وقت رفع الدعوى، أما لو اعتدت المحكمة بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الولد أو وقت الزواج، لطبقت المحكمة قانون الأحوال الشخصية الخاص بطائفة الأقباط الأرثوذكس المنتميان إليها الزوجان عند عقد الزواج, وهذا يؤكد على إن المشرع العراقي كان موفقاً عند عدم الاعتداد بوقت معين عند تطبيق قانون جنسية الأب.

خاتمة:

لم يحظ موضوع تنازع القوانين في الحضانة بالأهمية التي نالتها بقية مواضيع الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، فمن خلال مناقشة وتحليل هذه المشكلة على ضوء قوانين عربية وأجنبية . وكذلك اتفاقية لاهاي لعام 1996 نجد انه بالنسبة للقوانين العربية قد انقسمت تشريعاتها في ذلك إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول: لم ينصّ على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، تاركاً ذلك لاجتهاد القضاء وفق ما يتصور إليه من تكييف للحضانة، مسترشداً في ذلك بالآراء الفقهية التي قيلت فيها، مما أدى إلى تنوع الأحكام القضائية في الدولة الواحدة إضافة إلى التنوع الحاصل بين دولة وأخرى في الدول التي لم تنص تشريعاتها على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، نتيجة لعدم وحدة التكييف بشأن الحضانة، فلقد كيفها البعض من الفقه على أنها أثر من أثار الزواج، وأرجعها البعض إلى أثار الطلاق، وإن كان الرأي الفقهي الراجح يدعو إلى ربط الحضانة بالعلاقات المتبادلة ما بين الآباء والأبناء، وإنها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، لذا يجب إخضاعها إلى قانون جنسية الأب، على أن هناك اتجاه فقهي حديث يرى بأنها أثر مستقل يتولى القانون تحديده من حيث مصدر الالتزام .

واعتبر البعض أن الحضانة تعالج مسالة تفصيلية فلا داعي لإخضاعها لقاعدة إسناد، وإنما يترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

أما القسم الثاني من القوانين، قد نصت تشريعاتها على قاعدة إسناد خاصة بالحضانة[1]، وترك ذلك إلى سلطة القاضي التقديرية يفحصها وفقاً لما يحيط الدعوى من ظروف وملابسات، فإسلام الزوجة أو الزوج

[1] : كما هو الحال في التشريع العراقي بموجب المادة (4/19) من القانون المدني العراقي ، والمادة (43) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي ، واللتان نصتا على خضوعها لقانون جنسية الأب دون تحديد وقت معين، هل هو وقت انعقاد الزواج أو وقت ميلاد الولد أو وقت رفع الدعوى .

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

الأجنبي أثناء نظر الدعوى، يجعل من القانون الواجب التطبيق على الحضانة يختلف في حالته الاعتداد بجنسية الأب وقت رفع الدعوى عنه في حالة انعقاد الزواج أو ميلاد الإبن، وذلك بانتقاله من قانون أحوال شخصية معين إلى قانون أحوال شخصية إسلامي .

أما القسم الثالث من القوانين، الذي حجز الاختصاص بالحضانة وبالزواج والطلاق عموماً إلى القانون الوطني برضاء الطرفين أي أنه نزع صفة الأمر والمتعلقة بالنظام العام من مواد الأحوال الشخصية الأجنبية وذلك في حالة اتفاق طرفي العلاقة على ذلك وإسناده إلى القانون الوطني .

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

أما عن موقف القوانين الأوربية ، فلتأثرها بالديانة المسيحية والتي تعد الحضانة اثر من أثار الطلاق سارت هذه التشريعات على هذا المنوال، وإن كان التشريع الفرنسي- جاء بقاعدة ذات تطبيق ضروري بخصوص الطلاق تتمثل بالمادة (310) من القانون المدني بموجب القانون الصادر في 1975/7/11 والتي حجزت الاختصاص التشريعي للقانون الفرنسي بمجرد الإقامة فيها بغض النظر عن حمل الجنسية الفرنسية من عداها، مما يجعل صعوبة في إسناد الحضانة إلى القانون الأنسب لحكمها ، نتيجة لتزاحم أكثر من قانون في ذلك، كما في الحالة التي تختلف فيها النظم القانونية ما بين فرنسا باعتبارها بلد الإقامة وبلد آخر فينتمي إليه أطراف العلاقة متمثل في بلد إسلامي، ففي الوقت الذي يعتد به البلد الإسلامي بقانونه لحكم العلاقة، تقيم فرنسا الاختصاص لقانونها نتيجة للإقامة فيها، مما قد يساهم في تحويل العلاقة من قانون أحوال شخصية إسلامي إلى القانون المدني الفرنسي والذي يكيف العلاقة باعتبارها أثر من أثار الطلاق وبالتالي تخضع لقانونه .

وبخصوص موقف القانون الانكليزي فانه وان عدا الحضانة كأثر من أثار الطلاق لا انه أعطى سلطه تقديرية واسعة للمحكمة لا عطاء الاختصاص لقانون الأب أم الطفل وفقاً لمصلحة الطفل في ذلك

ولغرض حل المشكلات المتعلقة بالأطفال ومنها الحضانة، عقدت اتفاقية لاهاي لعام 1996 والتي أعطت الاختصاص التشريعي لدولة إقامة الطفل المعقود الاختصاص القضائي أمامها، أي أنها جعلت الاختصاص القضائي يجلب الاختصاص التشريعي، وإن كان بالإمكان أن يتم تطبيق قانون آخر كقانون جنسية الأب أو الابن بناءاً على تنازل دولة الإقامة والتي تعتبر أن هناك قانون أكثر صلة بالنزاع قادر على توفير حماية أكبر للطفل .

لذا والتغلب على الصعوبة الناتجة عن اختلاف النظم القانونية بين الدول العربية والأجنبية نعتقد انه من الأفضل إذا كان بالإمكان انضمام الدول العربية لهذه الاتفاقية، خاصة إذا ما عرفنا أن هذه الاتفاقية أجازت تطبيق قانون

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

آخر أكثر صله بالنزاع من قانون إقامة الطفل، إضافة إلى أن الدول العربية في حالة غياب الاشتراك القانوني بينها وبين الدول الأوربية تستطيع أن تمتنع عن تطبيق نصوص الاتفاقية خاصة المادة (22) منها، وفي حالة صعوبة في ذلك، نقترح على المشرع الجزائري الدخول في اتفاقيات ثنائية مع الدول التي تتبنى نظام مختلف عما هو معمول به عندنا في مجال الحضانة . أما الأستاذ علي سليمان فيرى العكس بضرورة الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية بحجة أن الجزائر مستوردة للسكان و كثير من الأجانب من أصل أنجلو أمريكي، ويلاحظ بعض الفقه أن هذا الرأي يجهل الواقع الجزائري لأن الحقيقة أنها ليست مستوردة للسكان بل العكس هي مصدرة لرعاياها كما أنه غير صحيح أن الأجانب المقيمين فيها من أصل أنجلو أمريكي، ويذهب الرأي السابق إلى عدم قبول الإحالة في الأحوال الشخصية لأن أحكامها مستمدة في غالبية الدول من ديانتها وأن الأشخاص يريدون دائما الخضوع بشأنها إلى ما تمليه أحكام الديانة التي يعتنقونها.

مصادر البحث ومراجعه:

أولا: الكتب

1) البهنسي- عبد الفتاح ابراهيم ، الأحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ، ج2، (د ر ط)، القاهرة، دار الاشعاع . (د س ط) .

2) الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 ،(د ر ط)، مصر، دار احياء الكتب العربية. (1974).

3) الرملي شمس الدين ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج7 ،(د ر ط)،القاهرة، مطبعة البابي الحلبي ،(1938) .

4) الكبيسي احمد عبيد، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، ج2 ، (د.ر.ط)، بغداد، دار الحكمة . (1990)

5) جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين، (د ر ط)، القاهرة، دار النهضة العربية . (1969)،

6) خطاب القاضي ضياء شيت ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، (د ر ط)،بغداد، مطبعة العاني، (1973)،.

7) داود احمد محمد علي، الاحوال الشخصية ، ج3و ج4 ، (ط1) ، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر- والتوزيع ،(2009).

8) صلاح الدين جمال الدين ، مشكلة حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، (د ر ط)، الإسكندرية، دار الفكر، (2004).

9) عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، " القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين"،ج2، (ط6)، القاهرة، دار النهضة العربية (1969).

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

10) مسلم أحمد، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر- ولبنان، (ط3)، القاهرة، دار النهضة العربية ، (1966)،
11) ناصر محمد عليوي ،، الحضانة بين الشريعة والقانون، (ط1) ،عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر- التوزيع (2009).

ثانيا: المجلات

1) المجلة العربية للفقه والقضاء ، تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، العدد 02 ، السنة الثانية ، 1985 .

2) مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان 04/03 ، السنة الثانية والثلاثون ، 1977 .

3) مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقيين ، العددان 04/03 ، السنة الرابعة والثلاثون ، 1979 .

4) مجلة المحاماة تصدر عن نقابه المحامين المصريين ، العدد 02 ، السنة التاسعة والثلاثون ، 1958 .

ثالثا: الاتفاقيات

1) اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات والحمائيه للأطفال

2) اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 .

رابعا: -القوانين

1) القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75-58 بتعديلاته وتتميماته إلى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.
2) القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804/6/12 ./ قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر- الاجنبي رقم 5 لسنة 1961 .
3) القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 ./ قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 44 لسنة 1979 المعدل .
4) القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992 ./ القانون المدني العراقي رقم 41 لسنة 1951 .

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04

5) قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 61 لسنة 1976 المعدل بموجب القانون رقم 26- 10- لسنة 2010.

6) قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 لسنة 2005 .المطبوع سنة 2009.

7) قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996، والقانون 29 لسنة 2004، والقانون 66 لسنة 2007، وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء الصادر عن وزارة العدل في فبراير ط1.

8) قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 02/27 /2005.

تاريخ الإرسال: 2018/02/17 تاريخ القبول: 2018/05/28 تاريخ النشر: 2018/06/04