مركز المرأة في نزاعات دعوى الحضانة

م. د. رجاء حسين عبدالامير
rajaa@hilla-unc.edu.iq
قسم القانون، كلية الحلة الجامعة، بابل، العراق

Women's location in incubation case Disputes

Dr. Rajaa Hussein Abdulameer
Law Department, Hilla university college, Babylon, Iraq

الملخص

تعدُ الحضانة من الوسائل المهمة لحفظ الطفل والقيام بشؤونه من طرف الحاضن، الذي يكون مؤهلاً لهذه المهمة، إلا أن إسناد الحضانة إلى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بالتزاماته المحضون من أكثر المسائل صعوبة، وتزداد تعقيداً في حالة الزواج المختلط، إذ تؤثر الخلافات بين الزوجين على علاقة كل منهما بالمحضون، ولدراسة هذه الإشكالية وما تثيرها الحضانة من إشكاليات في مجال القانون الدولي الخاص على المركز القانوني للمرأة، وقد وضع المشرع العراقي قاعدة إسناد بشأن الحضانة، ومن خلال أستقراء هذه القاعدة نجد أن المشرع لم يراعي مركز المرأة، لذلك لا بد وضع قواعد تعزز مركز المرأة وتراعي وجودها من ناحيتين، ناحية الأمومة وناحية كونها كائن حي لها حقوق كما للرجل حقوقٍ، ولا بد من القول أن جل الدراسات في أطار القانون الدولي الخاص ركزت على القانون الواجب التطبيق وإشكالياته تحديده على مصلحة المحضون، دون أن تولي أهتماماً ملموساً بمركز المرأة في مسالة الحضانة.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، المحضون، المصلحة الفضلى للطفل، زواج، مختلط.

Abstract

Incubation is one of the important means of preserving the child and carrying out his affairs by the custodian, who is qualified for this task. However, assigning custody to the person who is most qualified and able to carry out his obligations under the custody of the child is one of the most difficult issues, and becomes more complicated in the case of a mixed marriage, as the differences between spouses affect the The relationship of each of them with the child, and to study this problem and the problems that custody raises in the field of private international law on the legal status of women, the Iraqi legislator has established a rule of attribution regarding custody, and by extrapolating this rule, we find that the legislator did not take into account the status of women, so it is necessary to establish rules It strengthens the status of women and takes into account their existence in two respects, in terms of motherhood and in terms of being a living being that has rights as men have rights. It must be said that most studies within the framework of private international law focused on the applicable law and its problematic limitation on the interests of the child, without paying tangible attention to the status of women. In the matter of custody.

Keywords: custody, custody, the best interest of the child, marriage, mixed.

المقدمة

أهمية البحث:

من المعلوم أن الحضانة من الوسائل المهمة لحفظ الطفل والقيام بشؤونه من طرف الحاضن، الذي يكون مؤهلاً لهذه المهمة الشاقة والصعبة، إلا أن إسناد الحضانة إلى الشخص الأكثر كفاءة وقدرة على القيام بالتزاماته المحضون من أكثر المسائل صعوبة، وتزداد تعقيداً في حالة الزواج المختلط، إذ تؤثر الخلافات بين الزوجين على علاقة كل منهما بالمحضون، ولدراسة هذه الإشكالية وما تثيرها الحضانة من إشكاليات في مجال القانون الدولي الخاص على المركز القانوني للمرأة، والمقصود بالمركز القانوني الحالة التي توجد فيها المرأة إزاء القانون، هل المشرع منحها مركز متميز أم مساوي أم اقل من الرجل.

لذلك لابد من أن نبين الحق في الحضانة وتكييف الحضانة لتحديد أي قاعدة إسناد تحكمها، على الرغم من المشرع العراقي وضع قاعدة إسناد بشأن الحضانة، ومن ثم نبين طبيعتها هل هي حق للمرأة أم حق للمحضون، لأننا لا يمكن أن نستظهر مركز المرأة القانوني من دون تحديد من له الحق في الحضانة وتكييفها القانوني، وأستقراء قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع ومدى مراعاتها لمركز المرأة ومن ثم وضع الحلول، التي تعزز مركز المرأة وتراعي وجودها من ناحيتين، ناحية الأمومة وناحية كونها كائن حي لها حقوق كما للرجل حقوقٍ، ولا بد من القول أن جل الدراسات في أطار القانون الدولي الخاص ركزت على القانون الواجب التطبيق وإشكالياته تحديده على مصلحة المحضون، دون أن تولي أهتماماً ملموساً بمركز المرأة في مسالة الحضانة.

اشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في المركز القانوني للمرأة نزاعات دعوى الحضانة، أن المشرع العراقي بموجب قواعد الإسناد الواردة في الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، إذ وسع من تبني ضابط إسناد جنسية الرجل في المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد كالحضانة وغيرها من الواجبات يسري عليها قانون الاب، وهذا بلا شك يشكل تمييزاً ضد المرأة، إذ يخرق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ويمس بحقوقها المكتسبة، فضلاً عن ذلك أن الفقرة الخامسة التي تقضي بسريان القانون العراقي على كل ما يتعلق بالزواج المختلط، لا يمكن الركون إليها، لأن لو كانت المرأة عراقية، ليس بالضرورة قانون جنسيتها يحقق مصالحها ويحمي حقوقها، لذلك لا بد من البحث عن ضوابط إسناد تكون محايدة ولا تشكل تمييزاً ضد المرأة، وتحقق الهدف والغاية من قواعد الإسناد المتمثلة بالمحافظة على توقعات الأطراف وتحقيق العدالة.

منهجية البحث:

خير منهج نراه جديراً في بحث موضوع المركز القانوني للمرأة في منازعات دعاوى الحضانة، هو المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، من خلال أستعراض النصوص وتحليلها، ومدى نجاعة تلك النصوص والأخذ بها، وهل تعد كافية أم نحن بحاجة لإيجاد نصوص جديدة؟، كذلك الأستعانة بالدراسة المقارنة، نظراً لما تتطلبه طبيعة الموضوع من متابعة التطورات التي لحقت المركز القانوني للمرأة في ظل قواعد الإسناد، لا سيما في القانون الأمريكي والقانون الألماني، فضلاً عن موقف الفقه الإسلامي.

خطة البحث:

وسوف نقسم البحث على اربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول الحق في الحضانة ونتناول في المطلب الثاني التكييف القانوني للحضانة، ونتناول في المطلب الثالث تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة ، ونتناول في المطلب الرابع الحلول التشريعية المقترحة، وينتهي البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها.

المطلب الأول

الحق في الحضانة

فيما يتعلق بالمقصود بالحضانة وضع الفقه[١]، عدد تعريفات للحضانة وقد ركزت تلك التعريفات على مصلحة الصغير (المحضون)، ويبدو ذلك من عبارات الفقهاء وتعبيراتهم عند وضعهم تعريف للحضانة، فكانت جل عباراتهم تتمحور حول التربية والحفاظ والعناية والقيام بمصالح الصغير، مع إعطاء الأولية لمن يقوم بذلك للمرأة (الأم) فهي الأحق بحضانة الصغير سواء كان ذلك الصغير ذكر أم أنثى.

سوف نحاول أولاً تتبع آراء الفقهاء المسلمين، لكي يتسنى لنا الوقوف على مدى تعزيز الشريعة الإسلامية لمركز المرأة في الحضانة وحتى يتركز في الأذهان أن الشريعة الإسلامية ما كانت تفضل وتميز بين الرجل والمرأة بل كانت توظف وتنصف، كما مر ذلك بيانه في كلامنا عن حقيقة مبدأ القوامة، وسوف يبدو ذلك واضحاً من خلال تتبع آراء الفقهاء المسلمين.

يرى الفقهاء المسلمون من الأمامية[٢]، أن الحضانة حق للحاضنة، والحاضنة هي الأم، فهي أحق بحضانة الصغير من الأب عندما تقع الفرقة بينهما، وهو ما عليه البعض من الشافعية والحنابلة والحنفية والأمام مالك[٣]، كون الحضانة هي من الأمور الطبيعية التي جعلها الله تعالى بين الأم وأولادها لحنانها وللحاجة بين الولد والأم من ناحية الارتباط الروحي والإنشداد العاطفي والحاجة النفسية بينهما وهي ليست من مختصات الإنسان بل لدى الكائنات الحية أجمعها، فهي حق طبيعي خاص للأم لمدة خاصة لحكم ومصالح تتعلق بها حياة الطفل وبناء مستقبله الإنساني والاجتماعي.

ويذهب البعض من الفقه الحنفي[٤] إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حقاً للأم فيه، وبالتالي الأم تجبر على حضانته ولا خيار لها في التنازل أو الأمتناع عن ذلك، ويرى البعض من الفقه الأمامي وبعض من الشافعية[٥] إلى أنها حقٌ للأم والصغير، فأن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وأنَّ تعينت فليس لها الأمتناع، وحق الصغير فيها أقوى لأن مصلحته مقدمةً على مصلحة الحاضنة، ويجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير، فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الصغير، وهذا يترتب عليه أن الأم تجبر على الحضانة في حالة عدم وجود غيرها، كما ليس للأم أن تصالح زوجها على ترك حضانة صغيرها منه، كأن تتنازل عن دين أو نفقة مقابل ذلك، لكن التصالح على أجرة الحضانة جائز لأن أجرة الحضانة حق خالص لها[٦].

ولم تبتعد آراء الفقه القانوني في العراق عما أدلت بها الشريعة الإسلامية، كون الحضانة حق للمرأة (الأم) دون الرجل سواءً كانت المرأة (الأم) في عصمة زوجها الذي هو والد الصغير أو كانت مفترقه عنه[٧].

---

(١) محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٢٥٢، شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٢٢٥، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٠، ص١٩٤.

(٢) العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، مسائل الخلاف، الجزء الثاني، دار المعارف الإسلامية، بيروت، ١٤٠٧ه، ص١٣١، السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات دار التفسير، قم، ١٤٢٩ه، المسألة (١٥٦٤)، ص٢٨٥.

(٣) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، دار أحياء الكتب العربية، بولاق، مصر، ١٩٧٤، ص٦٢٠، الإمام مالك أبن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٣ه، ص٣٦٥، شمس الدين أبو بكرمحمد السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، =١٣٢٤ه، ص٢٩٧، الشيخ موفق الدين قدامة المقدسي، المغني، المغني، الجزء الحادي عشر، الطبعة الأولى، عالم الكتب، الرياض، ١٩٩٧، ص٤١٤، عبد الوهاب خلاف، مصدر سابق، ص١٩٤.

(٤) كمال الدين محمد أبن الهمام الحنفي، فتح القدير في شرح الهداية، الجزء الثالث، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦ هـ، ص٣١٦، شمس الدين الرملي، مصدر سابق، ص٢٢٨.

(٥) محمد جواد مغنيه، فقه الأمام الصادق، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨، ص٣٨٢، محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص٢٥٣، أحمد شهاب الدين بن محمد الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الجزء الرابع، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، ٢٩٧٢، ص٢١٦، أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٤١٣.

(٦) أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٤١٣، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٣٤٦.

(٧) د. فاروق عبد الكريم، مصدر سابق، ص٢٦٤، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٣٤٧.

ويرى البعض من الفقه الأمريكي[١] إن الحضانة حقاً خالص للطفل بعد أن كانت حق للأم، في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين في الولايات المتحدة الأمريكية، إزدادت معدلات الطلاق بشكل كبير، وأصبح من الصعب تحديد القواعد التي تحكم حضانة الصغير في الوقت الذي بدأ الطعن في القرارات، التي تمنح الأم حق الحضانة عند إنحلال الرابطة الزوجية، كون الأم لا تملك في حد ذاتها القدرة على تربية ورعاية الصغير فالرعاية التي يقدمها الأب تكون أفضل بكثير، وهذا ما جاءت به محكمة نيويورك في عام ١٩٧٣، ومن هذا الوقت تم تغيير الأساس الذي يستند عليه القضاء لمنح الحق في الحضانة على أساس المصلحة الفضلى للصغير، إذ أن القاضي يحدد ما هو الأفضل للصغير، من خلال النظر في العديد من العوامل بما في ذلك رغبات الطفل، والروابط العاطفية بين الطفل والآباء والأمهات، إذ يختار القاضي أحد الأبوين، يعهد إليه بالطفل ويسمح لمن تؤول إليه الحضانة من الأم أو الأب باتخاذ قرارات طويلة الأجل بشأن تربية الطفل ورفاهه، ويبقى الطفل لدى أحد الأبوين الذي يتم تعينه من قبل المحكمة حسب المصلحة الفضلى للطفل، والغاية من ذلك تعزيز مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وأعتماد حلول أكثر حيادية، ففي أي طلاق تحرص المحكمة على ضمان معاملة الزوجين على قدم المساواة والإنصاف.

فيما تبنى البعض من الفقه الأمريكي الحديث[٢] مبدأ ما يعرف بالحضانة المشتركة كمعيارٍ جديدٍ لما كان يعتبر في المصلحة الفضلى للطفل، حيث يقسم الطفل وقته بين مقر إقامة الوالدين، أي أن الحضانة تعد حقاً مشتركاً للأب والأم على أن ترعى في ذلك مصلحة الطفل.

وقد أرسى القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام ١٩٧٣، مبدأ الحضانة المشتركة كمعيار للمصلحة الفضلى للطفل، دون الأخذ بنظر الأعتبار مدى حق الأم أو الأب بحضانة الطفل بعد إنحلال الرابطة الزوجية، فقد أشارت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية إلى حق الآباء والأمهات في حضانة أطفالهما، ويعد ذلك من المبادئ الدستورية، التي نص عليها دستور الولايات المتحدة الأمريكي المتمثل بالمساواة بين الرجل والمرأة[٣]، وفي مناسبات عدة قضت المحاكم الأمريكية، بالحق بالحضانة للأب أو الأم تماشياً مع المصلحة الفضلى للطفل، إذ أصدرت محكمة استئناف إنديانا الأمريكية قرارها المرقم (49A02-2017-DR-235 | October 25, 2017)، يقضي بأحقية الأب بحضانة الطفل كون المصلحة الفضلى للطفل عندما يكون الطفل مع الأب[٤].

وقد أنتقد البعض من الفقه الأمريكي[٥]، مبدأ الحضانة المشتركة الذي تبنته قوانين الولايات المتحدة الأمريكية، بالقول أن نظام الحضانة المشتركة يعطل نظاماً أوجد من أجل مساعدة المرأة، فعندما تكون الحضانة حق للمرأة وتمنح حضانة الصغير لها، فأنها سوف تستحق أجرة على تلك الحضانة، فإقرار الحضانة المشتركة يمس بحقوق المرأة ومكانتها كأم، وأن كان يحقق المساواة بين الأبوة والأمومة إلا أنه يضر بمصلحة المرأة.

وفي ألمانيا نجدُ الاتجاهات الفقيه الحديثة[٦]، تنادي بضرورة جعل الحضانة مشتركة بين الآباء والأمهات، دون تمييز خاصة بالنسبة للآباء والأمهات غير المتزوجين من بعضهما البعض، مع الأخذ بنظر الأعتبار المصلحة الفضلى للطفل في الحالتين، وقد أنتقد موقف المشرع الألماني الذي كان يمنح الأمهات فقط حق الحضانة عندما لا يكون الأب والأم متزوجين من بعضهما البعض، وقضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بأن قانون الحضانة الألماني يميز ضد الآباء غير المتزوجين بحرمانهم من الحضانة دون موافقة الأم، وإزاء ذلك عدلت المانيا القواعد الخاصة بالحضانة في قانون الأسرة الألماني لسنة ١٩٧٦ المعدل، إذ نصت المادة (١٦٢٦) منه على انه، (١- **الآباء والأمهات** لديهم حضانة مشتركة لأطفالهم، وتبقى هذه الحضانة مستمرة بعد الأنفصال الجسماني أو الطلاق)، (٢- إلا إذ، تقدم أحد الوالدين للمحكمة بطلب إنهاء الحضانة المشتركة وانفراده بحضانة الطفل على أن تكون هناك أسباب لتقديم الطلب ولا يعد معيشة الأب والأم في مكانيين مختلفين سبباً كافياً لأنهاء الحضانة المشتركة)[٧]، والمقصود بالحضانة المشتركة، هي أن يتقاسم الوالدان سلطة إتخاذ القرار وتربية الطفل، ويقيم الطفل في كلا المنزلين، يشار أحياناً إلى هذا الترتيب بأسم الإقامة المزدوجة، ويقسم الوقت الذي يقضيه الطفل بالتساوي بين دار الوالدين، أو قد يقضي الطفل معظم الوقت مع أحد الوالدين ووقت أقل مع الوالد الآخر[٨]، ويلاحظ أن الأصل تكون الحضانة مشتركة بين الأب والأم معاً، إلا أذا وجدت أسباب قوية من شأنها تفضل أحد الوالدين على الآخر حسب مصلحة الطفل.

---

(1) Mary Ann, Divorce and guard Encyclopedia of Children and Childhood in History and Society, Second Edition, library of congress, Printed in the United States of America, 2004, p 276-279.

(2) Mary Ann Mason, Child Custody Law (Law over the Last Half Century), Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 24, 2012, p435, Lynne Marie Kohm, Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, Journal of law & family studies, Regent University - Faculty of Law , Vol. 10, 2008, p33.

(3) Supreme Court decision of the United States of America No. 530 US 57 (2000) in the case of Troxel v. Granville, https://supreme.justia.com, Date of visit 11/12/2019. 5pm.

(4) Indiana Court of Appeals decision numbered 49A02-1702-DR-235 | October 25/ 2017, Case Law of the Court of Appeal of the Eleventh Circuit United States of America2017, Available on the official website of the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit https://law.justia.com/ Date of visit 13 / 11/2019 at 8 pm

(5) Michael Allison Chandler, More than 20 states in 2017 considered laws to promote joint custody of children after divorce, (Astrid Ricken / The Washington Post), p23, An article is available on the website www.washingtonpost.com, published on 11/12/2017, Date of visit 11/11/2019, 6,55pm.

(6) Prof. Dr. Nina Dethloff & Prof. Dr. Dieter Martiny, Parental Responsibilities – Germany, National report: Germany, University of Bonn, p8, Article available on the website www.jura.uni-bonn.do, Date of visit 11/11/2019, 3,40pm

(٧) - قانون الأسرة الالماني لسنة ١٩٧٦ المعدل.

(8) Pradip Mighty, The effect of joint custody laws on the future outcomes of the labor market for children, International Review of Law and Economics, USA, Volume 43, 2015,p25.

أما المشرع العراقي، فلم يبتعد عما جاءت به الشريعة الاسلامية، إذ جعل الحضانة حقاً خالصاً للأم من حيث الأصل، إذ نصت المادة (١/٥٧) من أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه، (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، .....).

وإذا كانت الحضانة حقاً للمرأة (للأم) دون الرجل (الأب)، فيقتضي أنَّ يكون الحق للمرأة أولاً دون الرجل، وتكون قرابة المرأة (الأم) مقدمة على قرابة الرجل (الأب)، وتعزيزاً لمركز المرأة، نجد أن الشريعة الإسلامية عندما وضعت ترتيباً لمن له الحق في الحضانة، جعلت المرأة في صدارة ذلك الترتيب، إذ بدأ الترتيب بالنساء ومن ثم الرجال، فيبدأ الترتيب بالنساء على الوجه التالي (الأم ثم أم الأم ثم أم الأب مروراً بأخوات المحضون من الخالات والعمات وبنات الأخوات والأخوة)، وبالنسبة للرجال يخضع لقاعدة العصبة وفق ترتيب الميراث، فيبدأ الترتيب (بالأب ثم الجد لأب ثم الأخ الشقيق ثم الأب ثم أبن الأخ الشقيق)، ولا تنتقل الحضانة إلى الرجل وفق الترتيب أعلاه، إلا في حالة أنعدام وجود أحدى النساء اللواتي هن أحق بالحضانة من الرجل وفق ما ذكره الفقهاء المسلمون[١].

ويرى الفقهاء من الأمامية والحنابلة[٢]، أن الأم أحق بحضانة الصغير ثم الأب، فإذا مات أو جن بعد أن أنتقلت إليه الحضانة وكانت على قيد الحياة عادت إليها الحضانة، وكانت أحق بها من جميع الأقارب، بما فيهم الجد للأب حتى لو كانت متزوجة من أجنبي، وإذا توفى الأبوان تنتقل الحضانة إلى الجد لأب وإذا توفى تنتقل الحضانة إلى أقارب الصغير حسب الميراث والأقرب يمنع الأبعد.

ومن ذلك نستنتج أن الشريعة الإسلامية لقد منحت الأولوية في الحضانة للمرأة في الدرجة الأولى سواءً كانت أماً أم جدة لأم أو جدة للأب أو خالة أو عمة، تقديراً لها واعترافاً بدورها وقدرتها على حماية المحضون، لأنها أشفق وأهدى إلى تربيته والصبر على القيام بشؤونه وهي معترفة لها منذ الولادة، ولم يكن حنان وعطف المرأة السبب الوحيد لمنحها الحق بالحضانة الصغير، فليس بالضرورة أن تكون تلك المرأة تحمل من العطف والحنان ما يجعلها أهلاً لأن تكون حاضنة لذلك الصغير، وإنما الشريعة الإسلامية شريعة العدل والمساواة والواقعية، أرادت أن توازن بين مركز الرجل ومركز المرأة في ما يتعلق بأحوالهم الشخصية، دون أن تكون هناك كفةً راجحةً على أخرى، فتمثلت تلك المساواة بما يعرف بالتوظيف، فلكل منهما له وظيفة ويعاملان على درجة من المساواة، ومن جهة أخرى تبدو الحضانة تسند بالمساواة ما بين المرأة والرجل، لكن تقدم المرأة على الرجل بمرتبة لأنها أولى وأقدر وأصبر على تربية الصغير والسهر على رعايته، لذلك تكون الحضانة للأبوين في حالة قيام الزوجية وفي حالة إنحلال الرابطة الزوجية تكون للمرأة.

وقد أستقر القضاء العراقي في أحكامه على أن الحضانة حق للأم، إذ قضت محكمة التمييز، (أن الأم أحق بالحضانة مادامت محتفظة بشروط الحضانة)[٣]، كما أصدرت محكمة التمييز الأتحادية قراراً يقضي بأحقية الأم بحضانة وتربية ولدها بعد الفرقة مالم يتضرر المحضون، وتعد تلك القرارات تكريس لما نص عليه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في المادة (١/٥٧)، إذ نصت على أنه، (الأم أحق بتربية وحضانة ولدها، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة...)[٤].

كما أن الشريعة الإسلامية من جانب أخر راعت مصلحة المحضون، أي المصلحة الفضلى للمحضون، التي ينادي بها الأن الفقه الغربي، والتي تعد من الأفكار الحديثة لديهم، وتجسدت تلك المصلحة من خلال عبارات الفقهاء المسلمين حول الشروط الواجب توفرها في الحاضنة، إذ كان الغرض منها مصلحة المحضون.

كما أن المشرع العراقي راعى مصلحة المحضون، ويبدو ذلك من خلال تتبع نصوص القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، على الرغم من أنه منح الأم الحق في الحضانة للأم، فقد قضت المادة (١/٥٧) على أنه، (الأم أحق بحضانة الولد .....ما لم يتضرر المحضون من ذلك)، أذ جعلت الحضانة حقاً للأم بشرط عدم تضرر المحضون، يبدو تركيز المشرع على مصلحة المحضون وتغليبها على حق الأم بالحضانة، فضلاً عن الشروط التي وضعها المشرع، فماهي إلا لمراعاة مصلحة المحضون، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أعلاه على أنه، (يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون)، كما نصت الفقرة السابعة من المادة ذاتها على أنه، (في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير)، فالمشرع راعى مصلحة المحضون قبل كل أعتبار، كما أن القضاء كرس في أحكامة روح النص وتمسك بحكمة التشريع، ويبدو ذلك واضحاً من خلال الأحكام التي يصدرها بشأن حضانة الصغير، أذ قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (١٧٢٠/ شخصية/ ٢٠٠٦) بأنه (الأصل في الحضانة مراعاة مصلحة الصغير قبل أي أعتبار آخر...)[٥]، كما قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق بقرارها المرقم (٢٠٣/ شخصية/ ٢٠٠٩) بأن، (الأم أحق بحضانة المحضونيين طالما ثبت لمحكمة الموضوع أمتناع المدعى عليه عن التعاون مع المحكمة وعرض المحضونيين على اللجنة الطبية، ولم يصدر قرار من اللجنة الطبية بخلاف ذلك ولا تحرم الأم من حضانة المحضونيين، إلا إذا إقتضت مصلحة المحضونيين ذلك أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة)[٦]، وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا مؤخراً بصورة صريحة مبدأ المصلحة الفضلى للطفل بقرارها المرقم (١٢/ اتحادية/ ٢٠١٩)، إذ نص على أنه، (أن المادة (١/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بأحقية الأم بحضانة الولد لا تخالف أحكام الدستور، لأنها جاءت ضمن الأحكام المتكاملة لقانون الأحوال الشخصية في موضوع الحضانة، ومتوافقة مع الأحاديث الشريفة وآراء الفقهاء، ومع التشريعات المماثلة في الدول الإسلامية، التي جاءت لصالح الأنسان ولدفع الضرر عنه،

---

(١) أحمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٤٠٧، محمد أمين أبن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الخامس، مصدر سابق، ص٢٦٣، الإمام مالك أبن أنس الأصبحي، مصدر سابق، ص٣٥٧، د. محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، الطبعة الأولى، منشاة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٣، ص٢٧٣، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٣٤٨.

(٢) محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، مصدر سابق، ص٣٧٨، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مصدر سابق، ص١٩٥.

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم (١١٢٦/ شخصية/ ٢٠٠٠)، القرار متوفر على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقيwww.hjc.iq/index-ar.php ، تاريخ الزيارة ١/ ١١/ ٢٠١٩ الساعة ٤,٥٠ مساءً.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٠١٢/٨٥١٧)، القرار متوفر على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقيwww.hjc.iq/index-ar.php ، تاريخ الزيارة ٩/ ١١/ ٢٠١٩ الساعة ١٠,١٩ صباحاً.

(٥) القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٢٠/ شخصية /٢٠٠٦ و المؤرخ في ٢٠٠٦/٥/٢٨ – قرار غير منشور.

(٦) القاضي كيلان سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محمة تمييز اقليم كردستان العراق- مقررات الهيئة- الأحوال الشخصية للسنوات ١٩٩٩- ٢٠٠٩، الطبعة الأولى، أربيل، كردستان العراق، ٢٠١٠، ص٢١٢.

سيما إذا كانت تخص الصغار منهم، لأنهم الأولى بالرعاية من مصالح الخصوم، كما أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الحضانة تتحرى أين تكمن مصلحة المحضون، وأن الأصل في أحكام الحضانة أنها تدور مع مصلحة المحضون ودرء الضرر عنه، وقد فصل قانون الأحوال الشخصية أحكام الحضانة وجعلها متكاملة، وذلك أن التشريعات توضع لصالح البشرية ودفع الضرر عنها، سيما إذا كانت تخص الصغار منهم، لأنهم الأولى بالرعاية من مصالح الخصوم، كما أن المحكمة المختصة بنظر دعوى الحضانة تتحرى أين تكمن مصلحة المحضون)[١].
ويبدو جلياً أن مركز المرأة في مسائل الحضانة، التي نص عليها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، والتي اقتبسها من الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، منحت المرأة مركز متميزاً مقارنة بالقوانين محل المقارنة، إذ أن الحق بالحضانة من حيث الأصل للأم وحدها لا يشاطرها أحد فيه، وتستحق على تلك الحضانة أجرة، وهذا ما قضت به نصوص قانون الأحوال الشخصية الراقي، الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مع مراعاة مصلحة المحضون، في حين القوانين محل المقارنة جعلت الحضانة حق مشترك بين الأب والأم مراعية بذلك مصلحة المحضون.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للحضانة

أن أختلاف التكييف القانوني للحضانة أدى بدوره إلى أختلاف القانون الواجب التطبيق عليها، والتكييف يعد عملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانون للمسألة التي ثيرها وقائع منازعة في أطار العلاقات القانونية الدولية الخاصة بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية، التي وضع لها القانون قاعدة إسناد[٢]، وعرفه البعض[٣]، بأنه عملية فنية أولية تسبق الإسناد، بمقتضاه يتم تحديد طبيعة العلاقة الدولية الخاصة، بهدف إعطائها الوصف القانوني المناسب لأحد الأفكار المسندة تمهيداً لإسنادها للقانون الواجب التطبيق، ولا بد من القول أن التكييف هو البداية لأعمال قواعد الإسناد، فإذا تم التكييف بالشكل الصحيح، هذا سوف ينسحب على الإسناد، وإذا تم التكييف بصورة خاطئة يترتب على ذلك أختيار خاطئ للفكرة المسندة وبالتالي أختار خاطئ لقواعد الإسناد، مما ينتج عنه عدم ملائمة القانون المختار لحكم العلاقة القانونية محل النزاع.
الهدف من دراسة مسألة تكييف الحضانة، هو محاولة بيان هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، أين يمكن أن تصنف هل هي من آثار الزواج، أم من آثار إنحلال الرابطة الزوجية؟، ومدى ملائمة قاعدة الإسناد التي وضعها المشرع العراقي؟، محاولين أيجاد قاعدة إسناد تتناسب مع ما نتوصل إليه من تكييف.
لقد أختلف الفقه في تكييف الحضانة إلى عدة آراء فضلاً عن أختلاف التشريعات في تبنى ما جاد به الفقه، بما أنَ عملية التكييف من صنع القاضي، فتكييف قاضي لعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يختلف عن تكييف قاضي آخر للعلاقة القانونية نفسها ذات العنصر الأجنبي في دولةٍ أخرى، وذلك لاختلاف المفاهيم القانونية والأجتماعية في كل دولة من الدول مما يؤدي إلى أختلاف التكييفات[٤].
لا خلاف بين الفقهاء على أن الحضانة تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي مرتبطة بعلاقة الأبوين مع الأولاد، إلا أن الفقه والتشريعات أختلفت حول ردها إلى علاقة معينة، فيمكن تكييفها على أنها أثر من آثار الزواج كون الأولاد هم ثمرة ذلك الزواج، أو أعتبارها أثر من آثار إنحلال الربطة الزوجية أو من آثار النسب.
يرى جانب من الفقه[٥]، أن الحضانة تعد أثراً من آثار عقد الزواج، لأنها من متعلقات البنوة، والبنوة من الناحية الواقعية تعدُّ أثراً من آثار الزواج، فيما يرى البعض من الفقه[٦]، أن التدقيق في آثار عقد الزواج نجد أنها تشمل حقوقاً والتزامات، تتمثل بحقوق تخص الرجل (الزوج) وهي ذاتها التزامات تقع على عاتق المرأة (الزوجة)، وحقوق تخص الزوجة وهي التزامات تقع على عاتق الرجل (الزوج) أتجاه المرأة (الزوجة) وحقوق مشتركة بينهما، فضلاً عن ذلك العلاقة بين الأولاد وأبويهما لها نطاق مختلف تماماً عن علاقتهما ببعضهما.
ويرى جانب أخر من الفقه[٧]، أنَّ الحضانة تعدُّ أثراً من آثار إنحلال الرابطة الزوجية، سواءً بالطلاق أو بالتفريق أو بالانفصال الجسماني، الذي يؤدي بالنهاية إلى التفريق القضائي، كون النزاع بين الزوجين حول الحضانة لا يثار إلا بعد إنحلال الرابطة الزوجية وحدوث خلافات بين الزوجين، ففي حال قيام الزوجية تكون الحضانة مشتركة بين الزوجين ولا يثار بشأنها خلاف، لكن بعد وقوع الفرقة بين الزوجين تبدأ مشكلة الحضانة، وهي بذلك تعدَّ من آثار الإنحلال الرابطة الزوجية، وهو ما ذهب إليه البعض من الفقه الأمريكي[٨]، إذ عدها من آثار الطلاق، لان مشكلة الحضانة لا تثور إلا وقت إنحلال الرابطة الزوجية.

---

[١] قرار المحكمة الأتحادية العليا بالمرقم (١٢/ اتحادية/ ٢٠١٩) في ٢٠١٩/٣/٥، القرار متوفر على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقي www.hjc.iq/index-ar.php، تاريخ الزيارة ٢٠/ ١٢/ ٢٠١٩، الساعة ١٠،١٩ مساءً.
[٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٣٧٦.
[٣] د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٧٠.
[٤] د. أحمد محمود الفضلي، القانون الدولي الخاص في الإسلام، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، الأردن، المجلد (١٣)، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص٤٠.
[٥] د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٣١٣، د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص٢٢٨، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (وفق القانونين العراقي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣، ص٢٨٢.
[٦] د. عزت محمد علي البحري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، لسنة ٢٠٠٧، ص٤٦٢.
[٧] د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠، ص٢١٣، د. جليلة دريسري، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٠، ص٢٧، د. يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد (٣)، ٢٠٠٥، ص١٩٢.
[8] Michael Allison Chandler, The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law- German and Swiss experience in laws coding conflicts, Chinese yearbook of Private international law and comparative law, German, 2001, p15.

لكننا نرى أن مسألة النزاع بشأن الحضانة قد تحدث حال قيام الزوجية، فليس بالضرورة أن يحدث النزاع على الحضانة بعد إنحلال الرابطة الزوجية، لذلك لا يمكن القول أن الحضانة أثر من آثار إنحلال الرابطة الزوجية، والدليل على ذلك ما جاءت به المادة (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، إذ نصت على أنه، (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة..)، كما أن الواقع العملي يؤكد ذلك الكثير من دعوى الحضانة التي تقام أمام المحاكم العراقية مع استمرار الزوجية.

ويرى البعض من الفقه[١]، أن الحضانة أثر من آثار النسب، كون الحضانة هي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، كما أن آثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والأبن، لكن بالرجوع إلى مسألة الحضانة في الفقه الإسلامي، لا نجد الفقهاء المسلمين يشيرون إلى أن الحضانة أثر من آثار النسب، كون النسب يتعلق بشرعية الأولاد أي يتعلق بإثبات النبوة أو الأمومة ولا يتعلق بالحضانة، وكما رأينا أن ليس بالضرورة أن تعهد الحضانة للأم أو الأب فقد تعهد إلى طرفٍ ثالثٍ، حسب الترتيب الذي يضعه الفقه الإسلامي، كما أن الحضانة لا تعد المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، وإنما هي ولاية التربية وهي المرحلة الأولى من مراحل الولاية[٢]، فضلا عن ذلك أن الحضانة كما بينا تعهد من حيث الأصل للمرأة أولاً باتفاق الفقه سواءً كانت من باب الحقوق أو من باب الواجبات أتجاه المحضون.

والحضانة بموجب أحكام القانون العراقي أدرجت تحت الباب الخاص بالولادة ونتائجها، وبالتالي لا يمكن عدها من آثار الطلاق أو آثار الزواج، لا سيما لدينا في العراق يمكن أن يثار النزاع بشأن الحضانة سواءً كانت الزوجية قائمةً أو بعد إنحلال الرابطة الزوجية، ولا يمكن عدها من آثار النسب لأن المشرع أفرد للنسب فصلاً خاص تحت الباب الخاص بالولادة ونتائجها، وهذا يعني أن الحضانة هي من آثار العلاقة بين الوالدين والطفل، وليست من قبيل آثار العلاقة بين الزوجين سواءً وقت قيام الزوجية أو بعد الفرقة، وما يؤكد ذلك أن المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، وضع قاعدة إسناد خاصة بكل ما يتعلق بالعلاقة بين الطفل والآباء سواءً ما يتعلق بالبنوة الشرعية والولاية وكل الواجبات التي تنشأ بين الطفل والآباء كأثر من آثار الولادة، إذ نصت المادة (٤/١٩) على أنه، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب).

المطلب الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

ذكرنا أن التكييف له دورٌ مهم في تعيين القانون الواجب التطبيق على الحضانة، وقد أختلفت القوانين في القانون الذي يسري على الحضانة، تبعاً للتكييف الذي يقوم به القاضي، أستناداً إلى قانونه الوطني في أعتبار علاقة قانونية تنطوي طائفة معينة من العلاقات القانونية، وبالتالي تنتمي لنظام قانوني معين، وبالمقابل هناك قوانين[٣] سكتت عن وضع قاعدة إسناد خاصة بتعيين القانون الذي يحكم الحضانة.

تتداخل مسألة الحضانة ضمن أفكار متعددة، تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها أثراً من آثاره، وتارةً أخرى ضمن فكرة الطلاق، وتارةً أخرى ضمن علاقة الأولاد بالآباء، لذا نجد أن التشريعات المختلفة للدول قد تباينت فيما بينهما من تبني موقف موحداً إزاء ذلك، الأمر الذي ينعكس على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة الحضانة فبدلاً من أن يكون هناك قانون واحد واضح ينعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة، نجد أن هناك عدة قوانين قد تتزاحم فيما بينها، ويعد تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة أهمية كبيرة نظراً لعدم النص عليه في جل القوانين العربية والأجنبية، ويمكن رد هذه الأختلافات إلى مجموعة من الاتجاهات.

أتجاه يخضع الحضانة للقانون الذي يراعي المصلحة الفضلى للمحضون، وقد أخذت به المدرسة الأنجلو أمريكي، إذ قضت قواعد تنازع القوانين الأمريكية لسنة ١٩٧١ بصيغتها الثانية المعدلة، إلى أنه يسري على الحضانة القانون الأصلح للطفل، إذ تغلب حق الطفل على حق الحاضن فيطبق القانون الذي يحقق المصلحة الفضلى للطفل.

وقد أكد القضاء الأمريكي هذا الأتجاه في منازعات الحضانة في أطار العلاقات الدولية الخاصة، ففي نزاع نشأ بين رجل فلسطيني وأمرأة أمريكية، سبق وأن تزوجا في فلسطين ثم أنتقل الزوجين للإقامة في الولايات المتحدة الأمريكية، وقد أنجبا طفلاً لكن الحياة الزوجية لم تستمر لوجود خلافات بين الزوجين، مما أدت إلى انفصال الزوجين وعودة الزوج إلى فلسطين، وحصوله على حكم من المحكمة الشرعية في غزة في سنة ١٩٩٣ يقضي بحقه بحضانة الصغير، وفي الوقت نفسهِ لجأت الزوجة لمحكمة نيوجيرسي الأمريكية مطالبة بحقها في الحضانة، إذ أصدرت حكمها على أساس تحقيق أفضل حماية لمصلحة الطفل وهو ما أكدته السوابق القضائية، كما أنها رفضت تنفيذ الحكم الصادر من محكمة غزة، كونه يستند إلى السن الذي أعتبرته أساساً تلقائياً أو تحكمياً، الذي يختلف عن قانون ولاية نيوجيرسي الذي يؤسس الحضانة على أساس المصلحة الفضلى للطفل، وأنتهت المحكمة إلى القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المفهوم المعمول به في الولاية[٤].

وأتجاه أخر يتمثل بالقانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، فقد أخضع الحضانة لقانون الإقامة المعتادة للطفل، ولم يعطي تعريفاً للمقصود بالإقامة المعتادة، وقد أتخذت محكمة العدل الأوروبية عدة قرارات بشأن مصطلح الإقامة المعتادة في قضايا متعددة منها (Case C - 497/10 PPU/2010)، إذ قضت بأنه، (محل الإقامة المعتادة هو المكان الذي يمكن فيه تحديد درجة اندماج الطفل في

---

[١] د. عنايت عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص٢٩١، د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، ١٩٨٦، ص٣٣٣، د.هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٣٥٥.

[٢] تثبت على الطفل حين الولادة ثلاثة ولايات، الولاية الأولى ولاية تربية ورعاية وهي الحضانة، الولاية الثانية الولاية على النفس، والولاية الثالثة الولاية على أمواله، الامام محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧، ص٤٠٥.

[٣] القانون المصري والقانون الجزائري والقانون الفرنسي، هذه القوانين لم تضع قاعدة إسناد بموجبها يتحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

[٤] نقلاً عن د. عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، ٢٠٠٧، ص٤٦٨.

البيئة الاجتماعية والعائلية، ويجب على المحكمة أن تحدد الإقامة المعتادة للطفل على أساس كل الظروف، حسب ظروف كل حالة على حده، بالإضافة إلى ولادة الطفل وتواجده بصورة تعكس الاندماج في الدولة التي يتواجد فيها)[١].

وقد أرسى القضاء الألماني هذا المبدأ في مناسبات عدة، ففي قضية بين زوج ألماني وزوجة سنغافورية تزوجا في ألمانيا في عام ٢٠٠٩ وُلد الطفل الأول للزوجين في ألمانيا في عام ٢٠١٠، وجدت الزوجة الحياة صعبة في ألمانيا، لأنها لم تستطع التحدث باللغة الألمانية، كما أنها لم تستطع التغلب على الاختلافات الثقافية بينها وبين عائلة زوجها، وفي عام ٢٠١٢ عادت العائلة إلى سنغافورة للاحتفال بالسنة الجديدة مع أقارب الزوجة، عاد الزوج فقط إلى ألمانيا، ورفضت الزوجة العودة إلى ألمانيا مع طفلها، بعد عودة الزوج إلى ألمانيا، حصل على أمر من المحكمة الألمانية لإعادة الزوجة والطفل إلى ألمانيا، إلا أن الزوجة رفضت إعادة الطفل إلى ألمانيا، وبدأت بدلاً من ذلك إجراءات الحضانة الوحيدة لرعاية الطفل والسيطرة عليه في سنغافورة، وبما أن سنغافورة من الدول المصادقة على اتفاقية ١٩٨٠، المتعلقة بالجوانب المدنية للأختطاف الدولي للأطفال، إذ تتفق الدول الموقعة عمومًا على أن تكون محاكم بلد الإقامة المعتادة للطفل هي المحفل لتقرير جميع القضايا المتعلقة بحضانة الطفل ورعايته في هذه الحالة، ونظرًا لأن الطفل كان يعيش في ألمانيا منذ ولادته واستقرت الأسرة في ألمانيا لجميع النوايا والأغراض قبل سفرهم إلى سنغافورة، وعلى ذلك يسري على الحضانة القانون الألماني، كون الحضانة يسري عليها قانون محل الإقامة المعتادة للطفل، وبالعودة لقانون الأسرة الألماني حكمت المحكمة بالحضانة المشتركة لكل من الزوج والزوجة، وكون الزوج طلب من المحكمة إنفراده بحضانة الطفل كون الأم تعاني من أمراض نفسية، فقضت المحكمة بالحضانة المنفردة للأب وعودة الطفل إلى ألمانيا مع أبيه أستناداً لأحكام المادة (١٦٢٦) من قانون الأسرة الألماني، إذ نصت على انه، (١- **الآباء والأمهات** لديهم حضانة مشتركة لأطفالهم، وتبقى هذه الحضانة مستمرة بعد الانفصال الجسماني أو الطلاق)، (٢- إلا إذا تقدم أحد الوالدين للمحكمة بطلب إنهاء الحضانة المشتركة على أن تكون هناك أسباب لتقديم الطلب ولا يعد معيشة الأب والأم في مكانيين مختلفين سبباً كافياً لأنهاء الحضانة المشتركة)، إلا أنَ الزوجة طعنت بالقرار أمام محكمة الاستئناف السنغافورية وذكرت أن هناك خطرًا من عودة الطفل إلى ألمانيا، إذ سيتعرض لضررٍ نفسي بسبب انفصاله عن والدته، إذ أدعت الزوجة بأنها غير قادرة على العودة إلى المانيا لأسباب طبية، كما أدعى الزوج أن الأسباب الطبية للزوجة كانت في معظمها نفسية وأنها غير راغبة (وغير قادرة) على العودة إلى المانيا مع الطفل، عينت محكمة الاستئناف خبيراً طبياً مستقلاً وجد في النهاية أن الزوجة تعاني من أمراض عقلية تتطلب علاجاً مكثفاً، أخذت محكمة الاستئناف رأي الخبير بشأن الحالة العقلية للزوجة في الاعتبار في قرارها، وأيدت قرار المحكمة بعودة الطفل إلى ألمانيا ومنح الزوج الحضانة المنفردة[٢].

ويرى البعض من الفقه العراقي[٣]، إن القانون العراقي أتخذ موقفاً متميزاً، وذلك بجمع المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة، وأخضع كل تلك المسائل لقانون جنسية الأب، لغرض تلافى الجدل الحاصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ونحن نرى وأن كان المشرع يجمع ما يتعلق بالنبوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات بين الآباء والأولاد وأخضعها لقاعدة إسناد واحدة، لتلافي الجدل حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا أن ذلك لا يتلائم مع طبيعة الحضانة التي نصت عليها المادة (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، كونها حق للأم مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل، فإذا كانت حق للأم كان من باب أولى خضوع مسائل الحضانة لقانون الأم، إنصافاً للمرأة وتكريساً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن أغلب قواعد الإسناد الخاصة بمسائل الأسرة أسندت لقانون الرجل، أو بما أن المشرع راعا مصلحة الطفل فيكون من باب أولى أيضاً إسناد الحضانة لقانون جنسية الطفل، فإذا قانون الأحوال الشخصية أنصف المرأة فلا بد أن تأتي قاعدة الإسناد متلائمة معها، كما أن قاعدة الإسناد المار ذكرها لا تتلائم مع تكييف الحضانة من كونها من نتائج الولادة، وهذه ليست من مختصات الأب فقط يشترك فيها الأبوين معاً، فلا بد من أن يكون القانون متلائم ومنسجماً مع التكييف، لكي لا يثير هذه الإشكاليات.

المطلب الثالث

الحلول التشريعية المقترحة

لابد من القول أن ما نص علية المشرع العراقي، فيما يتعلق بالقانون الذي يسري على الحضانة في المادة (٤/١٩) التي نصت على أنه، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد يسري عليها قانون الأب)، يقدم نموذجاً يعتمد على تفضيل قانون الرجل على قانون المرأة، وهذا يشكل أنتهاكاً للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة[٤]، وبذلك تعد هذه الفقرة غير دستورية مما يقتضي تعديلها من ناحيتين، الأولى يجب أن تكون موافقه للنص الدستوري، وثانيا أن تأتي معززة لمركز المرأة أو تتسم بالحيادية دون تفضيل قانون جنسية الرجل على قانون جنسية المرأة، فضلا عن ذلك أعتماد قواعد إسناد تكون أكثر مرونة وواقعية، مع الأخذ بنظر الأعتبار في كل ذلك مصلحة المحضون.

من الحلول المقترحة، أخضاع الحضانة لقانون جنسية المحضون، كون قانون جنسية المحضون يعدُ قانوناً حيادياً لا يفضل قانون جنسية الأب على قانون جنسية ألام، كما يرى البعض من الفقه[٥]، أن الطفل هو محور العلاقة القانونية ومركز الثقل فيها، وقد نصت أتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦١ المتعلقة باختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في مجال حماية القصَّر، على أعتماد قانون الدولة التي ينتمي اليها

---

(1) (C - 497/10 PPU/2010),Judgment of the Court (First Chamber) of 22 December 2010, Details of the decision are available at http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf, Date of visit 23/11/2019 at 2.30 pm.

(2) Jun Lim, Case study: Cross-border custody of children and the Hague Convention on International Child Abduction, Published on 2 April 2016, Available at https://singaporelegaladvice.com, Date of visit 11/12/2019 at 4:40 pm

(٣) د. فراس كريم شيعان، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، المجلد الخامس، العدد الاول، ٢٠١٣، ص١٦٦.

(٤) نصت المادة (١٤) من دستور جمهورية لسنة ٢٠٠٥ على أنه، (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس..).

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٤٩.

الصغير على مسائل الحضانة وما يتعلق بحمايته الصغير بصورة عامة، إذ نصت المادة (٤) منها على أنه، (أ- إذا قدرت سلطات الدولة التي ينتمي إليها الصغير بجنسية أن مصالح الصغير تتطلب أتخاذ تدابير وفقًا لقانونها لحماية شخصه أو أمواله فيجوز لها بعد إبلاغ سلطات دولة محل إقامته المعتادة، ب- يحدد هذا القانون شروط بدء وتعديل وإنهاء التدابير المذكورة، كما يجب أن تحكم آثارها سواء فيما يتعلق بالعلاقات بين الصغير والأشخاص أو المؤسسات المسؤولة عن رعايته، وفيما يتعلق بالأشخاص الآخرين، ج- يجب ضمان تطبيق التدابير المتخذة من قبل سلطات دولة جنسية الطفل، د- تحل التدابير المتخذة بموجب الفقرات السابقة من هذه المادة محل أي تدابير قد تكون اتخذتها سلطات دولة محل الإقامة المعتادة للصغير)[١].

إلا أن إخضاع الحضانة لقانون جنسية المحضون، يثير إشكاليات تتعلق بكون المحضون متعدد الجنسية أو عديم الجنسية، نتيجة اختلاف أسس فرض الجنسية فيما بين قوانين الدول التي ينتمي إليها كل من الأب والأم، ويمكن تلافي هذه الإشكالية من خلال إعمال فكرة الحل الوظيفي التي تعد من الأتجاهات الحديثة، دون الأعتماد على المناهج التقليدية التي طرحت بشأن التنازع الايجابي للجنسيات[٢]، لأن هذه المناهج كثيراً ما يفضي تطبيقها إلى رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الخاصة بالحضانة، وعليه إذ كان المحضون يحمل جنسية عراقية وجنسية أجنبية، وأردنا تعيين القانون الواجب التطبيق على مسائل الحضانة، فيتم إخضاعها للقانون الذي يحقق مصلحة الطفل ولو كان ذلك القانون أجنبياً، فمصلحة الطفل هي الغاية المبتغاة، وبعبارة أخرى تعيين القانون الواجب التطبيق يتم وفق وظيفة قاعدة الإسناد، دون الأخذ بنظر الأعتبار الرابطة التي تربط المحضون بالقانون العراقي عن طريق الجنسية العراقية، إلا في حالة القانون المختار وفق منهج الحل الوظيفي يتعارض مع النظام العام والآداب، ففي هذه الحالة يستبعد ذلك القانون وإن كان يحقق مصلحة المحضون، إذ يعد النظام العام في كل دولة بمثابة صمام أمان في الحالات التي يتعارض فيها القانون الأجنبي المختار مع النظام العام للدولة المراد تطبيق القانون الأجنبي فيها، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على أنه، (لا يجوز تطبيق قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الإحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق).

وقد أولى القضاء الألماني أهتماماً كبيراً بمنهج الحل الوظيفي، بالرغم أن من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل، ينص في المادة (١/٥) على وجوب تطبيق القانون الألماني في الحالات التي تثبت فيها للشخص جنسيات متعددة من بينها الجنسية الألمانية، إلا أن محكمة استئناف (Hamm) الألمانية ذهبت إلى تطبيق القانون الأوكراني بوصفه قانون الجنسية التي يحملها الشخص، وأستبعاد القانون الألماني رغم أن الشخص يحمل الجنسية الألمانية، على أثر قضية تتلخص وقائعها بشأن نزاع يتعلق بحضانة طفل يحمل الجنسيتين الألمانية والأوكرانية من أبوين أوكراني وألمانية، وكانت العائلة قبل الانفصال تقيم في أوكرانية، صدر حكم من المحكمة العليا الأوكرانية، يقضي بمنح الحضانة إلى الأب، وعلى الرغم من ذلك فقد أعتادت الأم على أصطحاب الصغير إلى ألمانيا لأكثر من مرة دون علم والد الطفل، وعلى أثر ذلك تقدم الأب إلى المحاكم الألمانية طالباً الأعتراف وتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الأوكرانية العليا والقاضي بحضانتهِ للصغير، فأجابت المحكمة الألمانية طلب الأب وأصدرت قرارها بالاعتراف بالحكم الاجنبي وتنفيذه في المانيا، بالرغم من أن القانون الألماني هو صاحب الأختصاص بالنزاع كون الصغير يحمل الجنسية الألمانية استناداً لنص المادة (١/٥) من القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل[٣]، التي نصت على أنه، (إذا كان تعيين القانون الواجب التطبيق وفقًا لأحكام هذا التشريع يقوم على الجنسية وجب تطبيقه، بالنسبة للأشخاص الذين لهم جنسيات متعددة ولهم في الوقت ذاته الجنسية الألمانية)، إلا أنها أعتبرت الصغير يرتبط بالجنسية الأوكرانية أكثر مما يرتبط بالجنسية الألمانية، فولادة الصغير تمت في أوكرانية، وأقام مع عائلته فيها لحين انفصال أبويه وحصول النزاع بشأن الحضانة، وبالتالي يكون القانون والقضاء الأوكراني، الأكثر ملائمة للفصل في النزاع من القانون الألماني والمحكمة الألمانية بالنسبة لمصلحة الصغير[٤].

لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تبني فكرة الحل الوظيفي فيما يتعلق بالتنازع الإيجابي للجنسيات، لا سيما أن المادة (١/٣٣)، منحت المحكمة سلطة تقديرية في تحديد القانون الذي يخضع له الأشخاص الذي تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، بما أن المشرع لم يصرح بأعتماد الجنسية الفعلية كما فعلت بعض قوانين الدول، فهذا أضفى على النص بعض المرونة، التي من خلالها يستطيع إعمال منهج الحل الوظيفي في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، على أن فكرة الحل الوظيفي يمكن إعمالها سواءً كان مزدوج الجنسية حضر أمام قضاء دولة لها علاقة بالنزاع أم لم يكن لها علاقة، إذ أن المحكمة تعتمد قانون جنسية الدولة الذي يحقق مصلحة المتنازع في جنسيته، والتي من خلالها يتحقق الهدف والغاية والوظيفة من القواعد القانونية، لذلك نقترح إلغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٣)، وتعديل نص الفقرة الأولى بالصيغة الأتية، **(تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة أو تثبت لهم في الوقت ذاته الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)**، وإلغاء نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ الذي ينص على أنه، (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية)، أو يعدل النص بالصيغة الأتية، **(تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية فيما يتعلق بالمسائل الواردة بهذا القانون)**، أذ يسري القانون العراقي على من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية، بما ورد بهذا القانون من أحكام تتعلق بمنح الجنسية واكتسابها واستردادها، وما يتعلق بذلك من مسائل أخرى، وردت بهذا القانون، لتلافي التعارض بين نص المادة(٣٣) من القانون المدني العراقي والنص الوارد في المادة (٢/١٠) من قانون الجنسية العراقي أعلاه.

---

(1) The Hague Convention of 1961 regarding the jurisdiction of the authorities and the applicable law in the field of protection of minors, www.hcch.net, Date of the visit / 27/12/2019, at 10.55 am.

(٢) الحلول التقليدية، (قانون القاضي، الطريق الدبلوماسي، الجنسية اللاحقة، الجنسية السابقة، جنسية الدولة التي بها محل الاقامة المعتادة، الجنسية الفعلية)، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص٤٩-٥٠.

(٣) القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

(4) Court of appeal decision W 413/16-15, in 26.09.2017, Available on the link, https://openjur.de, date of visit 8/2/2020, 11:42 pm.

ومن الحلول التي نقترحها، لتحقيق التوازن والحيادية والأبتعاد عن التمييز بين الرجل والمرأة، فضلاً عن أضفاء المرونة على قواعد الإسناد، دون خضوعها لقانون معين بالذات سواءً كان قانون جنسية الصغير أو قانون محل أقامته أو قانون جنسية الأب أو الأم، إخضاع الحضانة وما يتعلق بها للقانون الأصلح للطفل، دون التقييد بقانون معين، أي القانون الذي يوفر المصلحة الفضلى للطفل، إذ تخضع الحضانة وما يتعلق بها لذلك القانون، والذي يعرف في القانون الدولي الخاص بمبدأ المصلحة الفضلى للطفل، وقد تبنت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ هذا المبدأ، إذ نصت المادة(١/٣) من هذه الاتفاقية على أنه، (في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواءً قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى)[١].
ويمكن اعتماد قانون محل الإقامة المعتادة للطفل كضابط إسناد، كونه المكان الذي تتركز فيه حياة الصغير وعلاقته بغيره، كما أن قانون محل الإقامة المعتادة يعد أكثر حيادية من اعتماد قانون جنسية الاب أو الأم ليحكم مسائل الحضانة، مع إعطاء حرية للقاضي في تحديد ذلك وفقاً لوظيفة قاعدة الإسناد.
وهذا ما قضت به اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٩٦، إذ أخضعت الأختصاص بإتخاذ الإجراءات، التي من شأنها توفر الحماية للطفل، سواءً في شخصه أو أمواله إلى السلطة الإدارية أو القضائية للدولة المتعاقدة، التي يكون فيها محل الإقامة المعتادة للطفل، حتى في الحالات التي يتغير فيها محل الإقامة عندئذ يكون الأختصاص لسلطات محل الإقامة الجديد، إذ نصت المادة (٥) منها على أنه، (١- للسلطات القضائية أو الإدارية في الدولة المتعاقدة التي تقع في محل الإقامة المعتادة للطفل، الاختصاص في أتخاذ تدابير موجهة لحماية شخص الطفل أو ممتلكاته، ٢- مع مراعاة المادة (٧) في حالة تغيير الإقامة المعتادة للطفل إلى دولة متعاقدة أخرى، يكون لسلطات دولة الإقامة المعتادة الجديدة اختصاص)، ومنحت هذه الأتفاقية السلطات المذكرة في المادة أعلاه بأن تطبق قانونها عند ممارسة أختصاصها المذكور، وهذا ما نصت عليه المادة (١٥) بقولها، (١- عند ممارسة اختصاصها .... ، تطبق سلطات الدولتين المتعاقدتين قانونها الخاص، ٣- إذا تغيرت إقامة الطفل المعتادة إلى دولة متعاقدة أخرى، فإن قانون تلك الدولة الأخرى يحكم من وقت التغيير شروط تطبيق التدابير المتخذة في دولة الإقامة المعتادة السابقة)، وفي سبيل توفير حماية أكثر للطفل سمحت الأتفاقية للسطات القضائية والادارية، وعلى سبيل الاستثناء أن تطبق قانون دولة أخرى متى ما ارتبطت بها الحالة أرتباط وثيق، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة أعلاه على أنه، (٢- ومع ذلك وبقدر ما تتطلب حماية الطفل أو ممتلكات، يجوز لهما أن تطبق أو تأخذ في الاعتبار بشكل استثنائي قانون دولة أخرى ترتبط الحالة فيها ارتباطًا كبيرًا)[٢].
وأن الحلول التي طرحناها قد أتجهت لها القوانين محل المقارنة، والتي تعرضنا لها عن بحث للقانون الواجب التطبيق على الحضانة، فضلاً عن الاتفاقيات الدولية التي منها ما أخذ بمعيار أو مبدأ المصلحة الفضلى للطفل، ومنها ما أخذ بضابط محل الإقامة المعتادة للطفل، وبما أن العراق أنضم وصادق على الاتفاقية التي تعني بشؤون الأطفال وحضانتهم وحمايتهم وما يتعلق بالحضانة من حقوق الزيارة والانتقال، بات من اللازم تعديل قواعد الإسناد الخاصة بحضانة الأطفال وما يتعلق بها بما يتلائم مع ما جاءت به الاتفاقيات التي أنضم اليها العراق، بهدف القضاء على التمييز بين الرجل والمرأة، ووضع ضابط إسناد محايد لا يفضل قانون جنسية الرجل على قانون جنسية المرأة.
كما يمكن أعتماد قانون جنسية الطفل على أعتبار أن العراق من الدول ذات الأتجاه اللاتيني الذي يعتمد على ضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، ونقترح أن يكون النص بالصيغة التالية، **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون جنسية الأولاد)**، على أن يتم تعديل نص المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بالصيغة تمت اقتراحها، وإلغاء نص المادة الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، أو الأستناد إلى معيار المصلحة الفضلى للطفل، ويكون بالصيغة المقترحة التالية، **(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأكثر رعاية لمصلحة الأولاد)**، وبذلك يكون المشرع تبنى قواعد إسناد، لا تشكل خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة.

الخاتمة

توصلنا في هذه الدراسة إلى عدد من النتائج تتبعها جملة من المقترحات، نتمنى على المشرّع العراقي أن يأخذها بنظر الاعتبار، لحظة إعادة النظر بقواعد الإسناد وخاصة القواعد المتعلقة بالزواج والطلاق وما ينشئ عن ذلك من آثار.

أولاً/ النتائـــــــج:-

١- إنّ اعتماد المنهج التقليدي لقواعد الإسناد، يشكلُ خرقاً واضحاً للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الرجل والمرأة، وهذا يعدُ تعدياً على حقوق المرأة الدستورية.
٢- خضوع الحضانة لقانون الدولة التي ينتمي إليها الأب، يعد خرقاً لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، لا سيما الحضانة حق للأم وتراعى فيه مصلحة المحضون، فكان الأولى بالمشرع أن يراعي هذا الأعتبار في تحديد قانون يتناسب مع طبيعة الحضانة، دون أن يفضل قانون الرجل على قانون المرأة.
٣- يعد منهج الحل الوظيفي، وسيلة من خلالها يتم تصحيح مسار قواعد الإسناد في الحالات التي لا يُراعى فيها التنسيق بين النظم القانونية ومخالفة المبدأ الدستوري الخاص بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذ أن كل مشرع عندما يضع قواعد الإسناد الخاصة بالزواج

---

[١] اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩، متوفرة على الموقع الإلكتروني، www.arij.org، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٧، الساعة ٩,٣٠ مساءً، صادقت جمهورية العراق على الأتفاقية بموجب قانون تصديق اتفاقية الطفل (٣) لسنة ١٩٩٤.

[٢] اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال لسنة ١٩٩٦ المنقحة سنة ٢٠١٦، متوفرة الاتفاقية على الموقع الالكتروني https://assets.hcch.net تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/٢٧، الساعة ٩,٣٠ مساءً، وقد انضمت جمهورية العراق بموجب قانون انضمام جمهورية العراق إلى اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل رقم (٤٨) لسنة ٢٠١٣، منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٠٥ في تاريخ ٢٠١٤/١/٧.

والطلاق، يريد اختيار أنسب القوانين، وهذه العملية بلا شك تتم دون سابق تنسيق مع غيره من المشرعين، مما يؤدي إلى الأخلال بوظيفة هذه القواعد، فهنا يظهر منهج الحل الوظيفي في تجاوز هذا الإشكال.

ثانياً/ المقترحات

١- ونقترح تعديل الفقرة الربعة من المادة (١٩) من القانون المدني بالصيغة التالية، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون جنسية الأولاد)، أو يكون بالصيغة التالية، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأكثر رعاية لمصلحة الأولاد).

٢- أو الأستناد إلى معيار المصلحة الفضلى للطفل، ويكون بالصيغة المقترحة التالية، (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأكثر رعاية لمصلحة الأولاد).

٣- نقترح إلغاء الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي، وتعديل نص الفقرة الأولى بالصيغة الأتية، (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة أو تثبت لهم في الوقت ذاته الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية).

٤- وإلغاء نص المادة الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦

المصادر

١- العلامة أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، مسائل الخلاف، الجزء الثاني، دار المعارف الإسلامية، بيروت، ١٤٠٧ه.

٢- د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٣- أحمد شهاب الدين بن محمد الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، الجزء الرابع، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، ١٩٧٢.

٤- د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص المقارن، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦.

٥- د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠.

٦- د. جليلة دريسري، إشكالية الحضانة في الزواج المختلط، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر، دمشق، ٢٠١٠.

٧- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

٨- شمس الدين أبو بكرمحمد السرخسي، المبسوط، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٤ه.

٩- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٠.

١٠- عبد الأعلى الموسوي السبزواري، منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، منشورات دار التفسير، قم، ١٤٢٩ه.

١١-د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

١٢-- د. عنايت عبد الحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

١٣-د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، ١٩٨٦.

١٤-د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.

١٥-كمال الدين محمد أبن الهمام الحنفي، فتح القدير في شرح الهداية، الجزء الثالث، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦ هـ.

١٦-د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص(وفق القانونين العراقي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٣.

١٧-محمد جواد مغنيه، فقه الأمام الصادق، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٨.

١٨-الامام محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٧.

١٩-د.هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

ب/ الدوريات

١- د. أحمد محمود الفضلي، القانون الدولي الخاص في الإسلام، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية الخاصة، الأردن، المجلد (١٣)، العدد (١)، ٢٠٠٩.

٢- د. عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد (٢٥)، ٢٠٠٧.

٣- د. فراس كريم شيعان، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، العراق، المجلد الخامس، العدد الاول، ٢٠١٣.

٤- د. يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد (٣)، ٢٠٠٥.

ج/ الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦١ بشأن اختصاص السلطات والقانون الواجب التطبيق في مجال حماية القاصرين.

٢- اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩.

٣- اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال لسنة ١٩٩٦ المنقحة سنة ٢٠١٦.

ح/ القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٣- القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ المعدل.

٤- قواعد تنازع القوانين الأمريكية لسنة ١٩٧١ بصيغتها الثانية المعدلة.

٥- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٦- قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦.

ثانياً/ المصادر الاجنبية

1- Michael Allison Chandler, The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law- German and Swiss experience in laws coding conflicts, Chinese yearbook of Private international law and comparative law, German, 2001.

2- Jun Lim, Case study: Cross-border custody of children and the Hague Convention on International Child Abduction, Published on 2 April 2016.

3- Mary Ann, Divorce and guard Encyclopedia of Children and Childhood in History and Society, Second Edition, library of congress, Printed in the United States of America, 2004.

4- Mary Ann Mason, Child Custody Law (Law over the Last Half Century), Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol. 24, 2012.

5- Lynne Marie Kohm, Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, Journal of law & family studies, Regent University - Faculty of Law, Vol. 10, 2008.