مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. العدد (٢٥)١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م. مجلة علمية محكمة. جامعة قطر

القانون الواجب التطبيق على الحضانة

:: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ::

بحث مقدم من

د. عزت محمد علي البحيري

المدرس بكلية الشريعة والقانون بطنطا

قسم القانون الخاص "دولي خاص"

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ (المائدة/٤٨)

مقدمة :

تزايدت أهمية القانون الدولي الخاص Private International law في العصر الحالي بشكل لم يحدث من قبل في التاريخ الحديث لعوامل عديدة أهمها تزيد وتنامي الاتصال بين الأفراد عبر الدول وما أدى إلى تشعب وتعدد العلاقات والروابط الدولية الخاصة.

وصاحب ذلك تطور فيما يعرف بالقانون الخاص الدولي والذي أضحى حقيقة لا مراء فيها في بعض المجالات ، الأمر الذي يعني توحيد تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية في مختلف الدول وهذا بالطبع إن كان يصدق أحياناً بالنسبة للعلاقات ذات الطابع المالي فإن مسائل الأحوال الشخصية تستعصي على مثل هذا التطور وذلك لارتباطها بوجه عام بالعقائد والتعاليم الدينية والمبادئ الاجتماعية والثقافية التي يتعذر التوحيد بشأنها.

ومن هنا يمكن استخلاص أن تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية يبقى مع قوته وازدهاره إن صح القول، وقد أذكى ذلك ما سبق ذكره من تزايد انتقال الأفراد عبر الدول وتزايد الروابط بينها ومن ضمنها الروابط الأسرية التي تعد أمراً طبيعياً لاختلاط البشر عبر العصور.

وبالتالي زادت أهمية الآثار القانونية الناشئة عن الزواج المختلط وهو الذي يتم بين أفراد ينتمون إلى جنسيات مختلفة. فالمشاكل التي تنتج عن الزواج المختلط بدءاً من انعقاده إلى انقضاءه وآثار ذلك.

ومن نافلة القول أن الاختلافات التشريعية تبلغ مداها في كل هذه المسائل القانونية التي تخضع لقواعد تنازع القوانين اعتمادا علي ضوابط إستاد وفقا لطبيعة العلاقة أو النزاع .

ولعل الحضانة تعد من أهم وأخطر الآثار التي تترتب على الزواج المختلط، وخصوصاً في حالة النزاع على حضانة الأطفال ، حيث أن رعاية الطفل تعتبر التزاماً أساسياً على الدولة بالإضافة إلى الوالدين أو المسئولين شرعاً عن الطفل .

ولقد قرر الدستور المصري (م١٠) أن :

" تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة ، وترعى النشء والشباب ، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم ".

إذن فالدولة ملزمة دستورياً كذلك بحماية الطفولة وتوفير أسباب رعايتهم.

ولقد صدر عام ١٩٨٩م إعلان يعتبر العشر سنوات (١٩٨٩-١٩٩٩) عقد لحماية الطفل المصري ، ثم صدر قانون الطفل (قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م) ونص في مادته الأولى على أن :

" تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة ، وترعى الأطفال ، وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لتنشئتهم التنشئة الصحيحة من كافة النواحي في إطار من الحرية والكرامة الإنسانية (م١ من القانون المذكور)".

كما قرر أنه : " ..... تكون لحماية الطفل ومصالحة الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة ، أيا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها (م٣) . وقرر أيضا أنه " يتمتع كل طفل بجميع الحقوق الشرعية وعلى الأخص حقه في الحضانة والمأكل والملبس والمسكن ورؤية والديه ورعاية أمواله وفقا للقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية[١].

والواقع أنه يمكن النظر إلى هذه المسألة من زاويتين :

الأولي : حق الطفل في الحضانة ، وهو حق كفلته القوانين و الشرائع المختلفة ومنها أحكام الفقه الإسلامي[٢] باعتباره حقا أساسياً لا يمكن إنكاره بل يمكن اعتباره حقاً للمجتمع ككل لمراعاة حسن تربية الطفل واستقامة سلوكه وتقويمه نفسياً . ويمكن أيضاً النظر إلى هذه المسألة كقضية متفرعة عن الدراسات المتصلة بحقوق الإنسان .

الثانية : (وهي موضوع هذا البحث) وهو النزاع على الحق في حضانة الطفل الذي هو ثمرة عقد الزواج ، ولا يمكن إغفال أن الزاوية الأولي لهذه المسألة قد ألقت بظلالها على الجانب الثاني منها وهو الحق في الحضانة عند التنازع وهو ربما القضايا حدة في نزاعات الطلاق .

---

(١) انظر: د. أحمد محمد أحمد نجيب ، إسكان المحضون في الفقه الإسلامي والتقنينات العربية (المشكلة وتصورات في الحل) الطبعة الأولى ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية، ، ص ٩٤ وما بعدها.

(٢) أنظر : د/ الشحات إبراهيم منصور : حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ،٢٠٠١ . صـ١-٣ .

وبالتالي فإن البحث يثير أهمية الحضانة وتكييفها في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ثم الأهلية للحضانة ووجود عنصر أجنبي في العلاقة ، ومدي اهتمام التشريعات في مختلف الدول بهذه المسألة ليس علي صعيد القانون الواجب التطبيق بل على مستوي الاختصاص القضائي وذلك في كثير من دول العالم وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية[1] نظراً لكونها الآن رأس النظام القانوني الأنجلو أمريكي[2] بالإضافة إلى قلة وقصور الدراسات المقارنة مع هذا النظام القانوني الذي أخذت أهميته تتزايد يوماً بعد يوم .

وبالنسبة للمشرع المصري فرغم عدم وجود نص تشريعي ضمن قواعد تنازع القوانين (والمواد من ١٠-٢٨ من القانون المدني المصري) فقد تجلى اهتمامه بهذه المسألة منذ القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٢٩م (م٢٠) ، وكذلك قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦م (قانون الطفل مادة ٧) ، والمادتين ٢٨ و ٢٩ من قانون المرافعات (وغيرها) (٦/٣) المادة (٢٣).

(م٢٠) وكذلك قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ (قانون الطفل مادة ٧) والمادتين ٢٨، ٢٩ من قانون المرافقات (وغيرها) ٦/٣ والمادة ٢٣ ، بالإضافة إلى اهتمام القانون الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م) ، ومن ذلك المادة ٦٥ التي قررت أن الأحكام والقرارات الصادرة

---

(١) د. صلاح الدين جمال الدين ، حضانة الأطفال في زواج الأجانب ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٤ صـ٤ . ونلاحظ ما قاله بشأن " مجموعات قوانين العائلة في الولايات المتحدة " والواقع أن للحضانة قانون موحد uniform act أخذت به كل الولايات بالاضافة إلي قانون الاختصاص القضائي في مسائل الحضانة والمعروف اختصارا بـ uccja وسنتعرض لذلك فيما بعد .

(٢) انظر بوجه عام :

E. Bodenheimer, J.B. Oakley, y.c. Love, An introduction To The Anglo-American Legal System, Third Edition, American case book series-west group, ٢٠٠١. p.٩ etc.

بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور والمصروفات وما في حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبدون كفالة.

كما قررت المادة ٦٧ من نفس القانون تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير في أحد الأماكن التي يحددها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم (بالرؤية) على مكان آخر.

كما أبرمت مصر العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي تتعلق بمسائل الحضانة وتنفيذ الأحكام فيها ، كما تجلى هذا الاهتمام بإنشاء لجنة التعاون الدولي في المنازعات المتعلقة بحضانة الأطفال المولودين من زيجات مختلطة (قرار وزير العدل رقم ٦١٣ لسنة ٢٠٠٠).

ذلك رغم عدم وجود نص تشريعي يحدد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، ولعل ذلك ما يعطي هذا البحث مبرره القانوني والعملي لتحديد التكيف القانوني للحضانة والقانون الواجب التطبيق عليها.

وسندرس موقف الفقه الإسلامي في هذه المسائل لما لذلك من أهمية كبيرة ، فللشريعة الإسلامية نظرة هامة تجاه مسألة الحضانة تعطيها بُعداً إنسانياً واجتماعياً بجانب البعد القانوني .

المبحث الأول

معني الحضانة والمقصود بها

في القانون والفقه الإسلامي

الحضانة في اللغة:

الحضانة مصدر الحاضن والحاضنة ، وحضن الطفل يحضن حضناً أي رباه ، والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه ، والحاضنة هي التي تربي الطفل[1]

وحضن الطفل حضنا وحضانة (بالكسر) جعله في حضنه أو رباه كاحتضنه[2] ، وذلك بالإضافة إلى المعاني اللغوية الأخرى للكلمة ، ولكننا نرى أن استعمالها اللغوي يقترب كثيراً من استعمالها الاصطلاحي والقانوني .

ويقصد بالحضانة قانونا في مجال بحثنا أنها القيام على تربية الطفل ورعاية شئونه ممن لهم الحق شرعاً في ذلك بالإضافة إلي كون الحضانة حقا للحاضن والمحضون[3].

وقد تفرع عن هذا المفهوم العام معاني عديدة لفكرة الحضانة بما يشمل الرعاية النفسية والمادية والتربية بكل معانيها والعمل على تأقلم الطفل اجتماعياً وثقافياً وروحياً ، بل وحتى إعداده للمستقبل كفرد صالح لنفسه ولمجتمعه .

---

(1) لسان العرب لابن منظور، الجزء ١٣ ، صـ١٢٣ (مادة حضن) .

(2) ترتيب القاموس المحيط ، الظاهر أحمد الزاوي ، صـ٦٦٣ (مادة حضن).

(3) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ ، صـ٢٧٣ .

ودائما ما يختفي البعد الاجتماعي الخطير لهذه المسالة إذ أن العنصر الغالب في كثير من حالات النزاع بين الزوجين على حضانة الأطفال أن أحد الوالدين صالح والآخر غير صالح ، فالواقع كما يرى البعض[١]أن الطفل بحاجة إلى والديه معـاً. ولذا فإن اللغز المحير لقضاة الأحوال الشخصية في قضايا النزاع على الحضانة هو أنه بينما يريد الطفل والديه معاً ، فإنه أيضا بحاجة إلـى حمايتـه مـن الخلافـات الزوجية لأن مجرد إبراز الخلاف بين والديه هو أمر حاد وقاسي في حد ذاته علـى الطفل.

ورغم هذا فإن حضانة الأطفال تتحقق أثناء العلاقة الزوجية ، كما أنهـا قـد تكون من غير الوالدين (كما نرى) إلا أن الوضع الغالب هو النزاع على الحـضانة بين الزوجين بعد انتهاء رابطة الزوجية ، وفي حالة وجود عنصر أجنبي في العلاقة وهو ما يثير الخلاف حول تكييف الحضانة دون المساس بمفهومها السابق الإشارة إليه من أنها حق لكل من الحاضن والمحضون يقوم به الحاضن بواجـب الرعايـة والتربية للمحضون[٢].

---

(١) District of New Meico. All. Law, Anne Kass, Judge, The second Judicil p.٢. ٢٠٠٥

وتكون بذلك من آثار الزواج ، ويشابه ذلك النص العام الموجود في الولايات المتحدة Common statutory proviston حيث يقرر أن الزوجين يعدان حارسان بالتضامن Joint guardans للطفل أثناء الزواج ، كما أن لكل منهما حق متساو في حضانة الأطفال عند الانفصال.

(٢) هناك تعريف عام مختصر للحضانة في الفقه والقضاء الأمريكي من أنها care of children . كما أنه يمكن الأخذ بما يعرف بالحضانة المشتركة joint custody والتي بمفهومها يشترك الوالدان في اتخاذ القرارات والمسئوليات تجاه الطفل وأحيانا بعض الأمور الخاصة برعاية الطفل فعليا وذلك كله مع بقاء أحد الوالدين عادة مسئول عن دعم ورعاية الطفل .. انظر : Defirition, Missouri Bar center, R٢.

- **مفهوم الحضانة في الشريعة الإسلامية :**

إن نظرة الشريعة الإسلامية للحضانة تتخذ بعداً إنسانياً واجتماعياً بالإضافة إلى البعد القانوني ، فبداية تنظر الشريعة الإسلامية إلى الحضانة باعتبارها حقا أساسياً لا يمكن إنكاره لارتباطه بحسن التربية واستقامة السلوك والصحة النفسية للطفل بشكل عام .

والحضانة شرعا هي القيام بشئون الأولاد في سن يحدد فقهاً أو قضاء ممن لهم الحق من أقاربه المحارم ، ويشمل ذلك تربية الطفل ورعايته ، حيث أن الحضانة في الشرع هي القيام بحفظ ما لا يميز ولا يستقل بأمره ، وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه وهي نوع من الولاية والسلطنة[1].

- **حكمة مشروعية الحضانة :**

إن حاجة الطفل في صغره إلى التربية والرعاية والتنشئة الصالحة تعد مصلحة ثابتة لكون الطفل غير قادر على إدراك مصالحه في هذه السن. لذا فقد سن الشرع ولاية الوالدين بهذا الشأن باعتبار أنهما أقرب الناس إلى الطفل وأكثرهم عطفاً عليه، وأعطى الأولوية فيها للنساء في السن المبكر للطفل لكونهن أقدر على الرعاية في هذه المرحلة حتى إذا بلغ الطفل مبلغاً يستطيع الاستغناء عن خدمة النساء جُعلت الحضانة للأب تكملة لمقومات التربية والتقويم والإشراف[2] ولعل

---

(1) انظر : روضة الطالبين وعمدة المفتيين ، الجزء ٨ ، ص ٥٥ ، حاشية القليوبي على المنهاج ، الجزء ٤ ، ص ٨٨ ، بدائع الصنائع ، ص ٤.

(2) انظر: د. الشحات ابراهيم منصور ، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١م ص ٤٦.

النزاع على حضانة الأطفال منذ زمن بعيد يدور حول مَنْ الأولى ، فالأب يرى أنه الأحق به، والأم ترى أنها أحق ، لأن تعبها أعظم وهذا حق بالفعل ، يقول الله تعالى: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (الأحقاف/١٥) [١]

وكذلك تكاد تجمع الشرائع الأخرى على الحضانة تكون في الأصل للأم ثم لمن يليها في النساء على ترتيب يختلف من طائفة لأخرى[٢].

وبناء على ذلك فإن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي[٣] فيما يتعلق بترتيب من لهم الحق في الحضانة أنها تثبت للنساء أولا ثم للرجال وفق ترتيب يبدأ بالأم ثم أم الأم ثم أم الأب مرورا بأخوات المحضون من الخالات والعمات وبنات الأخوات بنات الأخوة ، وبالنسبة للرجال فإن ترتيبهم يخضع لقاعدة العصبة وفقا لترتيب الميراث (الأب ثم الجد لأب ثم الأخ الشقيق ثم الأب ثم أبن الأخ الشقيق.)[٤].

ويروى أن رجلا طلق زوجته وكان له منها ولد فتنازعاه ، فاختصما إلى القاضي فقال للرجل ما تقول؟ قال: أنا أحق به منها، قال لماذا؟ حملته قبل لأن تحمله ، ووضعته قبل أن تضعه ، فقال للأم ما تقولين ؟ قالت : أنا أحق به منه ، قال : لماذا ؟ قالت : حمله خفا وحملته ثقلا ، ووضعه شهوة ووضعته كرهاً ، ثم كان بطني له وعاء ، وثديي له شفاء ، وحجري له حواء فقال القاضي : اذهبي فأنت أحق به وأولى.

(١) ويستدل أيضا على أحقية الأم ما ردى أن أبا بكر رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه ذلك أحد منهم.

(٢) انظر في ذلك : د. محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ١٩٨٣م ، ص ٢٧٣.

(٣) ويستدل أيضا على أحقية الأم ، ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه مالم يشب أو تتزوج أمه ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم .

(٤) راجع : منار السبيل ، ص ٢٨٠ ، كشاف القناع ، الجزء ٥ ، ص ٤٩٦ – تكملة المجموع شرح المهذب، ص ٢٢٤ – المغني على مختصر الحرقي ، الجزء ٩ ، ص ٩٦ – كشاف القناع عن متن اقناع ، الجزء ٤ ، ص ٤٣١ – المدونة الكبرى (مالك ابن أنس) ، الجزء ٢ ، ص ٣٥٧، بدائع الصنائع للكاساني ، الجزء ٥ ، ص ٤٨ – حاشية رد المحتار على الرد المختار ، الجزء ٣ ، ص ٤٢٥ .

وفي حالة عدم وجود أحد ممن شملهم الترتيب في الحضانة أو كان غيـر صالح لها فللقاضي السلطة التقديرية في وضع الطفل تحت حضانة ورعاية من يراه أحق بها سواء كان رجلا أم امرأة.

❁❁❁

مع ملاحظة عدم جواز أن يكون المحرم حاضنا (كابن العم مثلا) وذلك بالنسبة للمحضونة الأنثى حتى ولو كانت صغيرة لا تشتهي – راجع .. بدائع الصنائع للكاساني ، الجزء ٥ ، ص ٤٦.

المبحث الثاني

تكييف الحضانة

إن الحاجة إلى التكيف القانوني في العلاقات ذات الطابع الدولي هي ذاتها الحاجة إلى تكيف العلاقات الوطنية . ويقصد به اعطاء الوصف القانوني لها legal rules Applicable . ولكن الواقع أن الغرض من تكييف العلاقات الوطنية هو تحديد القواعد القانونية الواجبة عليها بينما الغرض من التكييف في إطار العلاقات الدولية الخاصة هو التوصل إلى قاعدة الإسناد[١]. أولا كخطوة أولية للوصول إلى القواعد الموضوعية لحل النزاع أو لحكم العلاقة المعنية.

وتثور مسألة التكيف (بمعناه في القانون الدولي الخاص) عندما يوجد عنصر أجنبي في النزاع على الحضانة كاختلاف جنسيات أو مواطن الوالدين.

ويبدو التكييف في إطار هذه الدراسة دوراً أساسياً نظرا لعدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة ، وذلك بغية إدراج هذه المسألة تحت مجموعة معينة من العلاقات وإسباغ الوصف القانوني الملائم لها حتى يتسنى للقاضي تحديد القانون الواجب التطبيق.

نخلص من ذلك أن مثار الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة يرجع إلى الاختلاف في التكييف القانوني لها[٢]، ولهذا السبب فقد ارتأيت ألا أخوض هنا في التفصيلات المتعلقة بالتكييف القانوني للحضانة وعلى هذا النحو سنعرض لتحديد الطبيعة القانونية للحضانة ، وخاصة في الفقه القانوني باعتبار أنها مسألة تتصل اتصالاً وثيقاً ومباشراً بالقانون الواجب التطبيق ، وآثرت أن ألقى الضوء

---

(١) د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٧٨.
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٧٥.

بشكل عام على الخلاف حول طبيعتها القانونية وقواعد التكييف الواجب إعمالها في القانون والفقه الإسلامي.

أولاً : التكييف القانوني والشرعي للحضانة (والخلاف حوله)

أن الاختلاف في التكييف يؤدي إلى الاختلاف في تحديد قاعدة الإسناد وبالتالي في القواعد القانونية الواجبة التطبيق لحكم العلاقة القانونية ، أو النزاع .

ولما كان متصورا الاختلاف حول تكييف مسألة من قانون لآخر وبالتالي من قاضي لآخر، فإن الاتجاه السائد في فقه القانون الدولي الخاص وهو إخضاع التكييف لقانون القاضي Lex Fori [1].

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه (م ١٠ مدني) حيث أن القاضي الوطني يجب عليه إسباغ الوصف القانوني الصحيح على الحضانة أو بالأحرى بمحاولة تصنيفها Classification تحت روابط لها بالفعل قواعد إسناد منصوص عليها.

وقد جاء نص المادة المذكورة على أن " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها"[2].

وهنا لابد من الإشارة إلى ثلاث نقاط مهمة [3]:

---

(١) انظر في الاتجاهات المختلفة حول القانون الواجب التطبيق على التكييف : د. إبراهيم احمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٨٨ وما بعدها.

(٢) انظر نقد ذلك ، د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، ط ٣ ص ١٤٩، ١٥٠

(٣) د. إبراهيم احمد ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

الأولى : أن إلزام القاضي بالرجوع إلى القانون المصري لإجراء التكييف إنما يعني الرجوع إليه في جملته بما يشمله من قواعد تتعلق بالأشخاص أو الأموال أيا كان المصدر الذي اشتق منه المشرع هذه القواعد .

الثانية : إن رجوع القاضي إلى القانون المصري لإجراء التكييف يكون هدفه فقط معرفة قاعدة الإسناد (التكييف السابق) دون التكييفات اللاحقة التي يجب إجراءها وفقا للقانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

الثالثة : أن القاضي الوطني وهو بصدد تكييف علاقات ذات طابع دولي أن يتحلى بمرونة كافية لمراعاة طبيعة علاقات القانون الدولي الخاص.

وتظهر مشكلة أخرى في التكييف وهي أكثر اتصالا بمسائل الأحوال الشخصية وهي الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع سواء كان ذلك تعدداً تشريعياً من مكان إلى آخر في الدولة أو تعدد تشريعياً شخصياً باختلاف التشريعات المطبقة باختلاف الطائفة[١].

وقد ثار الخلاف حول أساس التكييف في هذه الحالة ، فهناك رأي يرى أن التكييف في هذه الحالة يخضع لقانون القاضي Lex Fori ، بينما اتجاه أغلب الفقه والقضاء إلى أن تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق يجب أن تتم وفقا لما تمليه قواعد الإسناد في الدولة متعددة الشرائع التي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانونها[٢].

---

(١) د. إبراهيم احمد ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

(٢) د. إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ص ٤١ ، د. عكاشة عبد العال ، ص ٢٦٩ و ص ٢٨٥ ، د. مدحت علي صادق ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ ما بعدها.

ولعل الاتجاه الثاني يتفق مع الطابع الوظيفي لقاعدة الإسناد التي يقتصر دورها على الإسناد لقانون دولة معينة دون أن يمتد إلى تحديد أية شريعة داخلية في القانون الأجنبي.

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الاتجاه بنصه (م٢٦ مدني) على أنه : "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها ".

ولا شك لدينا في أي مسألة تدخل الحضانة في إطار العلاقات المندرجة تحت الأحوال الشخصية، ولا يقصد بتعبير الأحوال الشخصية كافة العلاقات التي ينخرط فيها الأشخاص، فهذا المفهوم يعد واسعا جدا يدخل العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية التي يكون الأشخاص أطراف فيها.

ويختلف مفهوم الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى، ولكن يجب أن نسأل كيف يقوم القاضي الوطني بعملية تكييف للعلاقات الدولية الخاصة مع التسليم بأن التكييف يخضع لقانون القاضي؟ الواقع أن القاضي الوطني عليه أساساً أن يأخذ بتقسيمات وتصنيفات النظم القانونية الواردة في قانونه هو، وهو يقوم بعملية تحديد طبيعة العلاقات القانونية ، ولكنه يجب أن يوسع من مدلولها، بأن يدخل فيها الأفكار التي تقوم عليها مختلف النظم في القوانين الأجنبية، التي تقضي قواعد الإسناد بتطبيقها بمعنى آخر عليه أن يجعل تكييفه للمسألة متقبلا للأفكار التي تقوم

عليها القوانين الأجنبية[١]، بما لا يتعارض بالطبع مع الأفكار التي تعد جزءاً من النظام العام في دولته .

إن طبيعة العلاقات الدولية قد تتطلب في حالات كثيرة إعطاء فكرة معينة معنى يختلف في مفهوم القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي[٢] .

ولا شك لدينا أن مصطلح الأحوال الشخصية هو مصطلح واسع ، ولما كان المشرع عادة لا يعير اهتماما بالتعريفات والمصطلحات ، فإن أيا من قوانين الأحوال الشخصية الحالية لا تورد تعريفا جامعا للمسائل التي تندرج تحت هذا المصطلح ، إلا أنه يمكن القول في إطار القانون المصري أنها المسائل التي تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم والنسب والمصاهرة والولاية والمواريث والوصايا ... الخ .

ولا شك لدينا أيضا في انتظام الحضانة في مسائل الأحوال الشخصية أيا كان التكييف الذي يمكن سبغه عليها ، أي سواء تم تكييفها على أنها متعلقة بآثار الزواج أو آثار الطلاق والانفصال أو بالولاية على النفس أو الولاية على المال . ذلك أن الحضانة قد اختلف حول ردها إلى علاقة معينة فيمكن النظر إليها أنها من آثار الزواج باعتبار الأولاد هم ثمرته وخصوصا أثناء قيام رابطة الزوجية ، ويمكن اعتبارها أيضاً من آثار انحلال رابطة الزوجية ، إذ من هذه الآثار ما يتعلق بالنزاع على الأحقية في حضانة الأولاد، وكذلك يمكن النظر إلى الحضانة باعتبارها من الولاية على مال الصغير، أو حتى من آثار النسب، وأخيراً يمكن النظر إلى الحضانة باعتبار من قبيل الولاية على النفس، ولم يقتصر هذا الخلاف حول الطبيعة القانونية

---

(١) د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني (تنازع القوانين) وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، الطبعة التاسعة ١٩٨٦م ص ١٢٥.

(٢) انظر : د. عكاشة عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٢م ، دار المطبوعات الجامعية، ص ١٣٩ .
وانظر :د. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ، ٢٠٠٢م، منشورات الحلبي الحقوقية ، ص ١٠٣.

للحضانة على الفقه بل امتد إلى أحكام القضاء الذي تردد بين أوجه مختلفة لتكييفها وهو ما سيكون موضعا للدراسة والتحليل في المبحث التالي، وكما سيأتي فإن الحضانة قد اختلف حول ردها إلى علاقة معينة فيمكن النظر إليها أنها من آثار الزواج باعتبار الأولاد هم ثمرته وخصوصاً أثناء قيام رابطة الزوجية ، ويمكن اعتبارها من آثار انحلال رابطة الزوجية إذ من هذه الآثار ما يتعلق بالنزاع على الأحقية في حضانة الأولاد ،وكذلك يمكن النظر إلى الحضانة باعتبارها من الولاية على مال الصغير أو حتى من آثار النسب.

وأخيراً يجدر النظر إلى الحضانة باعتبار من قبيل الولاية على النفس ، ولم يقتصر هذا الخلاف حول الطبيعة القانونية للحضانة على الفقه بل أمتد إلى أحكام القضاء الذي تردد بين أوجه مختلفة لتكييفها وهو ما سيكون موضعاً للدراسة والتحليل في المبحث التالي، ولأنها تثبت للأم بداءة فلا تنتهي إلا بالبلوغ قياسا على ولاية الأب في المال[1]، ويظهر ذلك من المصطلحات التي استخدمها الفقهاء من تعبير (ولا يتولى الحضانة بنفسه) [2].

ولعل هذا التكييف الفقهي الحضانة على أنها نوع من الولاية هو الذي جعل أغلب الفقه لا يجيز حضانة الكافر للمسلم باعتبار أنه لا ولاية لكافة على مسلم . ويمكن استخلاص أن من أجاز حضانة الكافر للمسلم[3]، اعتبر الحضانة من آثار الزواج رغم استخدام تعبير الولاية .

---

(1) بدائع الصنائع ، الجزء ٥ ، ص ٤٧ ، روضة الطالبين جزء ٨ ص ٥٥ ، كشاف القناع على متن الاقناع ، جزء ٤ ص ٤٣١.

(2) المغني على مختصر الخرقي ، جزء ٩ ص ٩٦ وينقل عن بعض أصحاب الشافعي أنه لا حضانة لغير الأب والأجداد لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم تكن لهم حضانة كالأجانب ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

(3) حاشية رد المحتار على الدر المختار ، جزء ٣ ، ص ٤٢٥ (وسيأتي تفصيل ذلك في موضعة المهذب، ... جزء (٢) ص ٢٢٤.

ولذا فإن الغالب في آراء الفقهاء هو النظر إلى الحضانة باعتبارها نوع من الولاية على الصغير ، ولعل هذا هو السبب في الاهتمام الكبير من قبل الفقه الإسلامي بوضع التفصيلات حول شروط وضوابط الحضانة وتسلسل من لهم الحق في الحضانة والقواعد التي يجب على القاضي إعمالها عند النزاع. حتى أنه يمكن القول أن الفقه الإسلامي لم يهتم بمسألة التكييف كاهتمامه بوضع القواعد التفصيلية للحضانة للتقليل قدر الإمكان من العنت والتصلب في النزاعات الزوجية حول الحضانة.

ولقد وجدت أوجه شبه بين هذا المفهوم الراسخ وبين ما وجدته حديثا في آراء قضاء المحاكم الأمريكية والتي وصل بها الأمر إلى التقرير بأن الطفل في حاجة إلى حمايته من الخلافات الزوجية، لأن مجرد وجودها هو أمر قاسي بالنسبة له، وأنه لا يمكن النظر في قضايا نزاع الزوجين على الحضانة على مجرد صلاحية أحد الوالدين وعدم صلاحية الآخر(١).

وقد تساءل الفقهاء حول طبيعة الحضانة من حيث كونها حقا للحاضن أم التزام عليه ، وما يترتب على ذلك من إمكانية التنازل عنها أم لا .

والواقع أننا سبق وأن أشرنا إلى الحضانة ينظر إليها من ناحيتين ناحية كونها حق للطفل ، وحق أيضا لأحد من له الحق في الحضانة . ووفقا للتسلسل المنطقي فإن حق المحضون هو سابق في ثبوته ، وعند التنازع يظهر حق الحاضن ثم إذا ثبت له الحق فيقع عليه الالتزام بها .

(١) Anne Kass (judge), custody cases not as simple as good vs bad. All Law. Collection, ٢٠٠٥. p.١

ولكن لا يمكننا فصل الأمرين أي الفصل بين الالتزام بالحضانة وصاحب الحق فيها[1] لأن هذا التمييز يكون عند توضيح الأحكام الفقهية المترتبة على الحضانة ، ولكننا في مجال التكييف يجب علينا الحكم على مسألة الحضانة وتصنيفها ، إذا من البديهي اعتبار نظام قانوني معين التزام على طرف وحق لطرف آخر في نفس الوقت ، وإلا لما أمكن إجراء عملية التكييف نفسها . وسيتضح ذلك عند بحث تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة باعتبار أن التكييف يعد مسألة أولية .

❁❁❁

(1) ذهب إلى ذلك د. صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص ٣٠ ، ويرى أن ذلك يؤثر على تكييف الحضانة وبالتالي على القانون واجب التطبيق ... ويتضح رجوعه عن هذا الاتجاه في موضع آخر حيث أن تكييف الحضانة لا يختلف باختلاف النظم القانونية ذلك أنه لا يوجد اختلاف في الفكر القانوني بشأن هذه المسألة إذ لا يتصور أن تراعى القوانين المختلفة مصالح متباينة من ذات المركز القانوني المتعلق بالحضانة المرجع السابق ص ٤٠..

المبحث الثالث

تحديد القانون الواجب على الحضانة

من الأمور الهامة التي سبق الإشارة إليها أن عدم وجود قاعدة إسناد خاصة بالحضانة في القانون المصري أفسح المجال للاجتهاد للوصول إلى قاعدة الإسناد التي ستشير إلى القانون الواجب التطبيق .

ولما كان ذلك يتوقف على مسألة تكييف الحضانة ذاتها، فإننا سنعرض للاتجاهات المختلفة والتي ربطت ربطاً لا ينفك بين التكييف والقانون الواجب التطبيق، ثم نعرض لنطاق القانون الواجب التطبيق مع مسائل الحضانة المختلفة، من سن الحضانة ومدتها ونفقة المحضون وسكنه وحق الرؤية والتنازل عن الحضانة إلى غير ذلك من المسائل التي تثيرها الحضانة . ثم نعرض لفكرة النظام العام التي تقف عائقا أمام تطبيق قانون أجنبي في مسائل الحضانة وذلك على النحو التالي :

أولاً : القانون الواجب التطبيق على الحضانة .

ثانيا : نطاق القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

ثالثا : استبعاد القانون الأجنبي المطبق على الحضانة.

أولاً : الخلاف حول القانون الواجب التطبيق :

ذكرنا أنه لا خلاف حول اعتبار الحضانة من الأحوال الشخصية ، وبالتالي فهي مرتبطة بعلاقة الوالدين مع الأولاد ، ونظراً لدقة وصعوبة التكييف في بعض الحالات فقد اختلفت اتجاهات الفقه والقضاء حول رد الحضانة إلى عدة نظم تدور في إطار هذه العلاقة ، وذلك على النحو التالي :

الاتجاه الأول :

أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الذي يرى أنصار هذا الاتجاه[1] أن يطبق على آثار الزواج ، مما يترتب عليه خضوعها لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج تطبيقا للمادة ١/١٣ من القانون المدني التي تقرر :

" يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال "

وبإمعان النظر في مسألة آثار الزواج نجد أنها تشمل ما يترتب على الزواج من آثار تتعلق بالأشخاص أو بالأموال ومنها التزامات الزوج كحسن المعاشرة والنفقة والنظام المالي للزوجية[2] والتزامات الزوجة من طاعة زوجها والإقامة معه في سكنه ورعايته وتدبير شئون منزل الزوجية.

---

(١) ويرجع البعض هذه الاتجاه إلى القضية الموروثة Emma-Harr والتي تتعلق برفض طفلة إنجليزية العودة إلى أبويها وطاعتها وثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق .. انظر – صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص ٩٤ وما بعدها.وهو يشير إلى الأستاذ Peirr Antoni.
ونحن نرى أن هذه القضية لا تدل بشكل نهائي على الاتجاه نحو اعتبار الحضانة من آثار الزواج لأنه بدون صدور حكم فيها ، فإنها لا تعد سابقة ، وإنما تعد من قبيل الاجتهاد الفقهي بالإضافة إلى أن القانون الإيطالي يخضع هذه الحالات في كل الأحوال إلى قانون الجنسية Diritto di nationdito .. انظر أيضاً محكمة القاهرة الابتدائية ، أول مايو ١٩٥١م ، قضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠م ، حكم ٢٦ فبراير ، ١٩٥٢م ، قضية رقم ١٥١ لعام ١٩٥١م .. وانظر الأحكام الأخرى المشار إليها في هامش ص ٣٣١..

(٢) وبالتالي فإن نفقة الزوجية تعد من آثار الزواج وتخضع لأحكام المادة ١/١٣ مدني ، ويطبق فيها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وليس أحكام المادة ١٥ مدني والمتعلقة بالنفقة فيما بين الأقارب ويطبق عليها قانون جنسية المدين بالنفقة .

وعلى هذا فلا يسعنا التسليم بهذا التكييف والذي أرى أنه يركز على الحضانة في مرحلة قيام العلاقة الزوجية[١] . وكما سنرى فإن علاقة الوالدين بالأولاد تأخذ منحى استقلاليا سواء كان ذلك أثناء الزواج أو بعد انحلاله .

وقد أيد هذا الاتجاه بعض أحكام القضاء[٢] بل يمكن القول أن الاتجاه الذي غلب على القضاء هو اعتبار الحضانة من آثار الزواج .

الاتجاه الثاني :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على آثار انحلال عقد الزواج سواء كان بالطلاق وقت الطلاق Repudiation أو بالتطليق Divorce أو بالانفصال الجسماني Separation prom bed and board .

ووفقا لهذا التكييف تخضع الحضانة لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق إذا كان الأمر متعلقا به ووقت رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بالتطليق أو الانفصال الجسماني وفقا للتفصيل الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من القانون المدني المصري على أنه " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى.

---

(١) انظر: د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٠١ وما بعدها – د. إبراهيم أحمد، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ وقبلها ص ٢٣٤ وما بعدها .
انظر: حكم محكمة القاهرة الابتدائية أول مايو ١٩٥١م ، قضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠ ، وأيضا حكم لنفس المحكمة في ٢٦ فبراير ١٩٥٢م ، قضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٥١.
وانظر : الأحكام الأخرى المشار إليها في : د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص٣٣١.

(٢) Tribunal civil, Laval, ١٢ April, ١٩٠٢, clunet, ١٩٠٢. ١٠٤٤ – cour di'Appell de paris, ١٦ Avril, ١٩٥٣ Riv. Crit. Dr. int. pr. ١٩٥٦, ٦٥٥

وإذا نظرنا إلى تحديد الفقه المصري لمجال تطبيق القانون المشار إليه في المادة السابقة نجد أن آثار انقضاء الزواج تشمل أسباب الانقضاء سواء تعلق بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني، والآثار المترتبة على ذلك من نفقة وسكن وأثر ذلك على اسم الزوجة في التشريعات التي ترتب مثل هذا الأثر، ولعل أهم الآثار التي يحكمها هذا القانون هي التي تتعلق بالأسباب المسوغة لانقضاء عقد الزواج[1]، أما إجراءات التطليق أو الانفصال الجسماني فلا تخضع لهذا القانون وإنما تخضع لقانون القاضي Lex Fori وهذا ما أخذ به المشرع المصري (م٢٢ مدني) عندما أخضع قواعد الاختصاص وجميع المسائل المتعلقة بالإجراءات لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو البلد الذي تباشر فيه الإجراءات .

وبناء على ذلك لا نرى تأييد هذا الاتجاه[2] حيث أن آثار انقضاء عقد الزواج لا تشمل إلا آثار الانقضاء فيما يتعلق بعلاقات الزوجين كأسباب الطلاق أو الانفصال، وآثار ذلك بالنسبة للأشخاص فيما يتعلق بعلاقات المطلق والمطلقة كالنفقة بعد انحلال الزوجية باعتباره من آثار الانحلال ، وكذلك القيود التي ترد حقوق الطرفين في انقضاء الزواج إلى غير ذلك من الآثار والتي تتركز حول أثر الانقضاء أو الانحلال على العلاقة بين الزوجين[3].

---

(1) انظر: د. ابراهيم أحمد، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ وما بعدها .

(2) راجع في ذلك : د. ابراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٤٨ وما بعدها ، د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣١٧.

(3) حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٣ نوفمبر عام ١٩٥٢م ، قضية رقم ٤٣ لسنة ١٩٥٣، وحكم أحدث لمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية في ٢٩ يوليو ١٩٧٦م ، قضية رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٥م (غير منشور) ومشار إليه في د. ابراهيم أحمد، المرجع السابق ، هامش ص ٢٧٣.

الاتجاه الثالث :

أن الحضانة تخضع للقانون المطبق على الولاية على مال الصغير[١] وبالتالي تخضع لقانون جنسية الصغير تطبقا للمادة ١٦/مدني مصري.

وقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية على المال وأخضعتها لقانون جنسية الصغير ففي حكم عام ١٩٧٦م[٢] [٢] كانت المحكمة حاسمة في تكييف الحضانة على أنها من الولاية على المال وكانت الدعوى تتعلق بطلب جدة (مصرية الجنسية) حضانة حفيدتها (كويتية) من ابنتها المصرية المطلقة من كويتي باعتبار صغر سن الطفلة ، وأنها لم تستغن بعد عن خدمة النساء ، وقد طبقت المحكمة القانون الكويتي والذي يطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، ولما كان هذا القانون يخلو من قاعدة إسناد خاصة بالحضانة. وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص وهي تقضي بإعطاء الحضانة حكم الولاية ، وبالتالي تطبيق قانون جنسية الصغير.

ونرى أنه يصعب التسليم بهذا الاتجاه إذ أن هناك فروقا بين الولاية على المال والتي خصها المشرع المصري بنص خاص (م١٦ مدني) وهي تخضع لقانون جنسية الصغير وبين الولاية على النفس والتي تقترب الحضانة من طبيعتها.

---

(١) أنظر : المرجع السابق ، ص ٢٥٥.

(٢) انظر : B. Batin مشار إليه د. صلاح جمال الدين ، المرجع السابق ، هامش ص ١٠٠ ، ونحن نرى أن هذا الاتجاه هو اتجاه قضائي ولم أجد تدعيما له في آراء الفقهاء .

وهذا ما تداركته أحكام أخرى[1] حيث ذهبت إلى أن الحضانة من صميم الأحوال الشخصية وأن حقوق الصغار في علاقاتهم بوالديهم لها كيانها المستقل عن علاقات الزوجين معاً سواء كان ذلك أثناء علاقة الزواج أو بعد انحلالها وبالتالي رفض إخضاع الحضانة لقاعدتي الإسناد الخاصتين بآثار وانحلال الزواج ، كما أنه لا يمكن اعتبارها من قبيل الولاية على المال (عكس الحكم السابق) والواردة في المادة ١٦/ مدني ، إذا لا يمكن قياس الولاية على النفس على الولاية على المال ، ثم انتهت المحكمة إلى أن الحضانة حق للصغير .. وبالتالي تطبيق قانون جنسيته.

وأرى أن هذا الاتجاه منتقد ، إذ كيف يمكن رفض اعتبار الحضانة من الولاية على المال وتطبيق قانون الصغير مع كونه القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العلاقة ، وأرى أنه لا يكفي القول أن الحضانة حق للصغير ، وبالتالي تطبيق قانون جنسيته ، فالحضانة كما هي حق للصغير ، هي حق للحاضن أيضاً.

الاتجاه الرابع :

يذهب هذا الاتجاه إلى أن القانون الذي يجب تطبيقه على الحضانة هو القانون المطبق على آثار النسب باعتبار الحضانة أحد هذه الآثار[2]، وبالتالي يطبق عليها قانون جنسية الأب وباعتبار أن آثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن بما فيها الولاية على النفس .

---

(1) حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ، ١ يونيو ١٩٧٦م – قضية رقم ٥ لسنة ١٩٧٦م (دائرة الأحوال الشخصية – أجانب)

(2) د. هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص ٥٦٢.
د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين – دار المعارف ١٩٥٧م ص ٢٣٩ وما بعدها .

ولكن يدق الأمر هنا فيما يتعلق بالوقت الذي يعقد فيه بجنسية الأب هل هو وقت الميلاد باعتبار أن النسب يبدأ من هذه اللحظة أم بوقت الزواج. يرى بعض الفقه المؤيد لذلك القانون الذي يحكم آثار النسب هو قانون جنسية الأب وقت الميلاد لأنه الوقت الذي تتكون فيه رابطة النسب[١] ، وأن هذا القانون بهذا الوصف يسري على الولاية على النفس وعلى الحضانة .

الاتجاه الخامس :

يذهب اتجاه قوي في الفقه والقضاء إلى أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو القانون الأصلح للطفل Best interest of the child ويعد هذا الاتجاه مؤكدا في قضاء محاكم الدول التابعة للنظام الانجلو أمريكي وهو ما أكدته السوابق القضائية على أنه من خصاص الـ common law .

إن هذا الاتجاه يستند إلى أن تطبيق قواعد معينة من قانون معين بشكل تلقائي لا يتفق مع طبيعة النزاع على الحضانة ويغلبون حق الطفل المحضون على حق الحاضن في هذا النزاع وتطبيق القانون الذي يحقق أفضل مصلحة للطفل ، وأنه بحاجة إلى حمايته من الخلافات الزوجية وأيهما أصلح بالحضانة[٢]، وأن الاتجاه القضائي السائد هو حماية هذه الفئة وهم الأطفال.

وقد أكد القضاء الأمريكي هذا المنهج في أحكامه الخاصة بمنازعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي أيضا وخاصة في إطار قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي تؤسس الحق في الحضانة بناء على تحقيق أفضل مصلحة للطفل إلى الحد التي

---

(١) د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٥٦٤ ، والمرجع المشار إليها في هامش (١) بنفس الصفحة .

(٢) Superior court of New Jersy, Chancery Division, Family Part union county, ٢٧٩N.J. super. ١٥٤،٦٥٢ A.٢d .

استخدمت الدفع بالنظام العام لمنع تطبيق قوانين أجنبية لا تقيم الحضانة على هذا الأساس ورفض تنفيذ الأحكام الصادرة وفقا لذلك[1]، وبالتالي فإن الأخذ بهذا الاتجاه يوجب القول بأن كل قضية متعلقة بالحضانة يجب أن يتقرر فيها الحق في الحضانة حسب وقائعها وظروفها الخاصة .

رأينا في القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

يبدو جلياً من عرض الاتجاهات السابقة أن مرجع الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة عندما ينطوي النزاع على عنصر أجنبي هو الخلاف في تكييف الحضانة ، ولما كان التكييف يخضع لقانون القاضي وهو حكم القانون المصري (م١٠ – مدني) بأن " القانون المصري هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها " ، فمن نظر إلى الحضانة ضمن علاقة الزوجين كأثر ناشيء عن الزواج طبق عليها القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج (مادة

(1) ففي قضية تتلخص وقائعها أن مواطنا فلسطينيا تزوج من مواطنة أمريكية وكان ذلك بغزة عام ١٩٨٣م واستمر بالإقامة بها حتى عام ١٩٩١م وفي تلك الفترة أنجبا طفلا ثم انتقلت الأسرة إلى الإقامة بالولايات المتحدة ، ولكن حدث بين الزوجين انفصال الأمر الذي دعي الزوج الفلسطيني للعودة إلى غزة ورفع دعوى أمام المحكمة الشرعية بغزة وحصل على حكم منها بحقه في حضانة الطفل .

وفي نفس الوقت لجأت الزوجة إلى محكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة مطالبة بحقها في الحضانة حيث لا يقوم اختصاصها على أساس موطن الوالدين وإنما على أساس تحقيق أفضل حماية لمصالح الطفل وأن ذلك متفق عليه في الفقه الأمريكي دار Commom Law وأكدته السوابق القضائية . ولكن الزوج استند إلى الحكم الصادر لصالحه من المحكمة الشرعية بغزة (عام١٩٩٣م) . ولكن المحكمة رفضت تنفيذ هذا الحكم الصادر بحضانة الزوج للطفل واستندت إلى عدة أسباب منها ما هو إجرائي ، أما ما يتعلق بالناحية الموضوعية فقد وجدت المحكمة الأمريكية أن القانون الذي طبقته المحكمة الشرعية بغزة والذي يؤسس الحق في الحضانة على أساس السن الذي اعتبرته أساسا تحكميا أو أساس تلقائي Some mechanical formula وأنه يخالف قانون ولاية نيوجرسي الذي يؤسس الحضانة على تحقيق أفضل مصلحة للطفل وأن هذا الأساس هو الذي يحقق للطفل الأمر والسعادة والعيش الطيب والتقارب النفسي ، وانتهت المحكمة إلى القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المفهوم المعمول به في الولاية .

١/١٣) ، ومن نظر إلى الحضانة باعتبارها في الغالب نزاع ينشأ عند انقضاء رابطة الزواج ، قال بتطبيق القانون الواجب التطبيق على آثار انقضاء الزواج (م٢/١٣) ، وكذلك من نظر إلى الحضانة باعتبارها من الولاية على المال طبق عليها القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وهو قانون الشخص الذي يجب حمايته (م١٦ مدني) ثم هناك من نظر إليها كنوع من الولاية على النفس ومن ثم إعمال القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

ومن جماع هذه الآراء تستطيع القول أنه لا يسعنا التسليم بأن الحضانة من آثار الزواج حيث أن العلاقات بين الزوجين والأولاد لها نطاق مختلف عن علاقتها ببعضها، بالإضافة إلى أن الولاية على المال تختلف عن الولاية على النفس ولا يجوز القياس بينها.

ونخلص من ذلك أن التكييف الراجح لدينا هو تكييف الحضانة على أنها ولاية على النفس، وتخضع بالتالي لقانون جنسية الأب باعتباره رب الأسرة والقائم على شئونها قانونا والمنوط به تأمين حياة الصغار ورعاية شئونهم[١].

ويمكن سرد الحجج التالية لتاكيد هذا الرأي ، وهي :

أولاً : أن تكييف الحضانة يخضع وفقا للقاعدة العامة في التكييف للقانون المصري ولما كانت الشريعة الإسلامية هي القانون العام للأحوال الشخصية في مصر، وهي تُظهر أن العلاقات بين الزوجين لها كيانها والأحكام التي تسرى عليها بصرف النظر عن علاقة هذين الزوجين بأولادهما[٢]، سواء

(١) يؤيدنا في ذلك : د. إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥
د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢
(٢) د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٣١.

كان ذلك أثناء الزواج أو بعد انحلاله. (وقد سبق أن أشرنا إلى أن الفقهاء قد وصفوا الحضانة بأنها نوع من الولاية)

ثانياً : أن الحضانة ليست حقا للصغير فقط ، فهي بالإضافة إلى ذلك حق للحاضن أيضا[1]، [2]، وبالتالي فليس من المستساغ تركيز النظر عند تكييفها على أنها حق للمحضون (كما ذهبت بعض أحكام القضاء والتي سبق التعرض لها[3]، بل أننا نلاحظ أن العنصر الغالب عند النزاع على الحضانة هو الحق فيها من قبل حاضنه محتمل وهو العنصر الذي يحرك النزاع ، وفي نفس الوقت يبرز حق المحضون والذي يتحدد بعد الفصل في النزاع على الحضانة والذي قد يؤدي إلى الحكم فيها لغير طالبيها وفقا لتطبيق شروط لحضانة وضوابطها بما فيها تحقيق أفضل مصلحة للطفل وهذا أمر معترف به سواء في القوانين المقارنة أم الشريعة الإسلامية .

ثالثاً : أن قياس الولاية على النفس على الولاية على المال ، هو قياس مع الفارق وبالتالي تطبيق قانون الصغير المطلوب حضانته هو قياس مع الفارق إذا أن الاعتبارات التي يبنى عليها كل نوع تختلف عن الأخرى وبالتالي اختلاف التكييف ومن ثم القانون الواجب التطبيق.

رابعاً : أن الأخذ بقانون الأب للتطبيق على تنظيم الحضانة يؤدي إلى تحقيق وحده القانون الواجب التطبيق في جملة من المسائل المتصلة بشئون الصغار

---

(1) د. إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥.

(2) انظر ما سبق ، ص.

(3) وانظر أيضا حكم محكمة استئناف الاسكندرية ، الدائرة ١٧ أحوال شخصية أجانب في ٣ يناير ١٩٧٨ ، حيث قرر المحكمة أنه من المستقر عليه فقها أن الحضانة حق للصغير مراعيا فيه حق الحاضنة .

ومتصلة بعضها اتصالا وثيقا وهي البنوة الشرعية والولاية على النفس ومن ثم الحضانة[١].

ووفقا للتكييف الذي رجحناه للحضانة على أنها من الولاية على النفس فإنها تخضع لقانون جنسية الأب، ولكن ما هو الوقت الذي يعتد فيه بذلك، أرى أن يجب الاعتداد بجنسية الأب وقت الزواج ، وذلك لسببين :

أولهما : أنه الوقت الذي أصبح فيه الأب ربا ورأسا للأسرة حتى قبل وجود أولاد .

وثانيهما: أنه من النادر أو ربما القليل أن يغير الزوج من جنسيته في الوقت مابين الزواج وبين النزاع على الحضانة.

ثانيا : نطاق تطبيق القانون المطبق على الحضانة :

يسري هذا القانون على تنظيم الحضانة من حيث شروط الحاضن والأحكام المنظمة للحضانة ومدة الحضانة، وشروط استمرار الحضانة ... إلى ذلك من المسائل الموضوعية المتصلة بالحضانة ، بيد أنه يصعب في بعض الحالات إدخال مسائل ، معينة في نطاق تنظيم الحضانة التي تخضع للقانون الواجب التطبيق مثل أهلية الحاضنة.

أهلية الحاضن :

لما كان البديهي وجوب أهلية الحاضن فلا يعقل تسليم الصغير إلى مجنون أو معتوه ، وقد جرى الفقه الإسلامي على ذلك ، فقد اشترط الفقهاء البلوغ والعقل[١]،

(١) د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ ، وهو يشير إلى تأييد محكمة استئناف القاهرة لرأيه في حكمها الصادر في ١٦ مايو عام ١٩٥٦م استئناف رقم ٦٧٥ سنة ٧١ قضائية.

أما فيما يتعلق بإسلام الحاضن فقد ذهب بعض الفقهاء[٢]إلى أنه لا يشترط إسلام الحاضن ويقرر هذا الفقه أن اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق ، وأن هذا الحق يثبت للصغير وأنه لا يختلف بالإسلام ، ولأن الشفقه لا تختلف باختلاف الدين ورأي البعض أي أن الأم غير المسلمة أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإن عقلا سقط حقها[٣]، وقد استدل أنصار هذا الاتجاه إلى ما رواه عبدالحميد بن سلمة عن أبيه أنه قال: «أسلم أبي وأبت أمي أن تسلم وأنا غلام فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: يا غلام ، اذهب إلى أيهما شئت ، إن شئت إلى أبيك وإن شئت إلى أمك فتوجهت إلى أمي فلما رآني النبي – صلى الله عليه وسلم– سمعته يقول:" اللهم أهده" وعدت إلى أبي فقعدت في حجره[٤]».[٥].

ورد البعض الآخر من الفقهاء على ذلك بأن الحضانة جعلت وشرعت لمصلحة الولد ولا مصلحة له في البقاء في حضانة الكافر لأنه يفتنه عن دينه وذلك أعظم الضرر وأن الحديث المذكور منسوخ وأن الفقهاء على ألا يسلَّم الصبي إلى الكافر[٦].

---

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار ، الجزء ٣ ص ٤٢٥ ، بدائع الصنائع الجزء ٥ ، ص ٤٧ ، روضة الطالبين ، الجزء ٨ ، ص ٥٥ ، ٦٥.

(٢) بدائع الصنائع المرجع السابق ، جزء ٥ص ٤٦ ، تحفة الفقهاء ، المرجع السابق ، جزء ٢ ، ص ٢٤١ ، حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، جزء ٣ ص ٤٢٥. وانظر ما نقل من أقوال الفقهاء خ : روضة الطالبين ، المرجع السابق ، الجزء ٨ ص ٥٥ ..

(٣) بدائع الصنائع المرجع السابق ، جزء ٥ص ٤٦ ، تحفة الفقهاء ، المرجع السابق ، جزء ٢ ، ص ٢٤١ ، حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، جزء ٣ ص ٤٢٥. وانظر ما نقل من أقوال الفقهاء في : روضة الطالبين ، المرجع السابق ، الجزء ٨ ص ٥٥ .

(٤) ورد في مشكل الآثار للطحاوي، جزء ٧ ص١١٧ بلفظه ، وورد في سنن النسائي ، ومسند أحمد ، وسنن ابن ماجه ، والسنن الكبرى بالمعنى .

(٥) لأن الأم الكافرة في هذه الحالة قد تعود أولادها أخلاق الكفر أما المرتدة فلا حق لها في الولد لأنها تحبس في الحبس ضرر بالصبي . انظر حاشية رد المحتار ، المرجع السابق ، جزء ٣ ص ٤٢٥.

(٦) انظر في عرض ذلك ، المهذب ، المرجع السابق ، الجزء ٢ ص ٢٢٤ ، ورأي البعض أن الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلا أن يبلغ الولد سبع سنين ثم تعود الحضانة إلى الأب – روضة الطالبين ، الجزء ٨ ص ٥٥ .

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية (فتوى رقم ١٧٩-وفتوى رقم ٣٤١٠) أن اختلاف الدين لا يؤثر على حق الحاضنة إلا إذا خيف على الولد أن يألف ديناً غير الإسلام .

ولكن هل الأهلية المطلوبة للحضانة هي الأهلية العادية أم الأهلية للزواج ؟.

إذا تم النظر إليها على أنها أهلية عادية أو عامة فإنها تخضع للقانون الواجب التطبيق والمحدد بالمادة ١/١١ مدني والتي تقر أن " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ....".

وإذا اعتبرت من الأهلية الواجبة للزواج فأنها تخضع لقانون كل من الزوجين وفقا لأحكام المادة ١٢/مدني باعتبارها شرطاً موضوعياً لصحة الزواج .

وهذه التفرقة مأخوذ بها في القانون المصري ، أي أن هناك فارق بين الأهلية العامة والأهلية للزواج[١] ، وبالتالي فقد يكون الشخص أهلا للزواج دون أن يكون متمتعا بالأهلية الكاملة .

وبالتالي فيطبق على الأهلية العامة قانون جنسية الشخص ، أما الأهلية للحضانة فنرى أنها تخضع لنفس أحكام الأهلية للزواج أي يطبق عليها قانون كل من الزوجين ، نظراً لارتباط الحضانة بالحياة الأسرية ، ويؤيد ذلك الفقه الإسلامي حيث أن البلوغ هو مناط التكليف[٢]، ولذا اشترطوا في الحاضن البلوغ .

(١) سن الزواج في مصر للزوج وهو ثماني عشر سنة وللزوجة ستة عشر عاما .
(٢) انظر ما سبق عرضه من مراجع ص .....

ويحكم القانون الواجب التطبيق على الحضانة (قانون جنسية الأب) على مدة الحضانة وعلى السن الذي يتحدد به تمييز الطفل[1].

ويسرى نفس القانون على نفقة المحضون باعتبارها من المسائل الموضوعية للحضانة وباعتباره التزاما على الحاضن وفقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي[2] ، وان إسكان المحضون من جملة نفقته ، مع الأخذ في الاعتبار أن نفقة الصغير أثناء قيام الزوجية يسرى عليها القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج .

ويسرى قانون جنسية الأب على حالة ما إذا كانت الحاضنة تستحق أجراً عن الحضانة أم لا واعتبار نفقة السكن في هذه الحالة جزءاً من نفقة الصغير والتي يسرى عليها نفس القانون .

يسرى هذا القانون أيضا على سن الحاضنة أي السن الذي يصله الصغير ويتحدد بناء على حق لحاضن في ولاية الحضانة قبله. فوفقا لأحكام الشريعة

---

(١) وقد حدد الفقهاء بسبع سنين ، وفي القانون الأمريكي يوجد في قوانين بعض الولايات (كقانون ولاية نيومكسيكو) ١٤ عاما ما يشابه سن التمييز المعروف بل أن القاضي وفقا لأحكام القانون يأخذ في اعتباره " Shall consider " رغبة الطفل بالالتحاق بأي من الوالدين دون أن يكون ملزما باختيار الطفل ١٤٨،٦٧ New Jersy supreme cont (Appeal Division)

(٢) وقد حدد الفقهاء بسبع سنين ، وفي القانون الأمريكي يوجد في قوانين بعض الولايات (كقانون ولاية نيومكسيكو) ١٤ عاما ما يشابه سن التمييز المعروف بل أن القاضي وفقا لأحكام القانون يأخذ في اعتباره " Shall consider " رغبة الطفل بالالتحاق بأي من الوالدين دون أن يكون ملزما باختيار الطفل ١٤٨،٦٧ New Jersy supreme cont (Appeal Division)

أنظر كذلك : يقضي القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م (م٢٠) والمعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م على أن حضانة النساء تنتهي ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة أثنا عشر عاما . وأجاز للقاضي إبقاء الصغير في حضانة أمه حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين مصلحتها في ذلك .

وقد قررت محكمة النقض المصرية أنه وإن كان هناك سن تنتهي عنده حضانة النساء ، إلا أن ذلك ليس أمراً ضمنيا لأن القاضي سلطة تقديرية بما يحقق مصلحة الصغير في إبقاء حضانة النساء حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تزوج .Anne Kass, Not Kids, deide custody. All Law p.١.

الإسلامية وهي القانون العام في مسائل الأحوال الشخصية تكون حضانة الطفل لأمه إلى السن الذي يستغنى عن خدمة النساء ، وتنتهي حضانة الأم عندما يبلغ الطفل سن التمييز ، أو ما يسمى سن التخيير وهو عند الجمهور[١]. وقد قرر أكثر الفقهاء أن سن التمييز يتحدد بناء عليه اختيار الطفل لأي من والديه للالتحاق به في الحضانة[٢].

ويثير سن الطفل في الحضانة مشكلة في إطار النظم القانونية التي تأخذ بقاعدة أفضل مصلحة للطفل Child best interst كالولايات المتحدة ففي حكم لمحكمة نيوجيرسي[٣]. والسابق الإشارة إليه .

" قررت المحكمة أن القانون الذي يقيم الحق في الحضانة على أساس بلوغ الطفل سن معين لا يمكن قبوله إذ أنه يقوم على أساس آلي وليس تحقيق أفضل مصلحة للطفل".

وقد وجد في الفقه الإسلامي رأي يشابه هذا الاتجاه[٤]، ويرى أن الأصل في الحضانة هو اعتبار مصلحة الصغير دون التقيد بسن معينة.

كما يسرى القانون الواجب التطبيق على الحضانة على حق الرؤية ، فعند وجود الطفل عند حضانة الأم مثلا فإن للأب حق في رؤية الطفل، وكذلك قد يكون الطفل في حضانة الأم فيثبت للأب الحق في رؤية هذا الطفل وهذا الحق أي التمكين

---

(١) حكم محكمة النقض ، طعن رقم ١١ لسنة ٦٤ق أحوال شخصية في ٢٨ يونيو ١٩٩٩م
مشار إليه د. الشحات منصور ، المرجع السابق ص ٦٥ ، ٧٥ ..

(٢) د. أحمد بخيت ، إسكان المحضون ، المرجع السابق ، ص ٩٨ وما بعدها .

(٣) Superior count of New Jersy, Chancery Division, Family part Union county, ٢٧٩ N.J.super. ١٥٤, ٦٥٢A. zd.

(٤) وهو رأي ابن القيم . انظر : إعلام الموقعين ، ابن القيم ، الجزء ٥٠ ، ص ٤٧٥ .
وانظر في عرض هذا الرأي ومناقشته د. عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها .

من الرؤية هو ثابت باتفاق أقوال الفقهاء، وكذلك قرر القانون لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير، ويكون ذلك اتفاقا وإلا نظمه القاضي (م٢٠من قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م)، كما أن قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (قانون رقم (١) لسنة٢٠٠٠ مواد منها مادة ٦٥، ٦٧) قد أكد على حق الرؤية وأناط بوزير العدل إصدار قرار يحدد الأماكن التي يمكن أن تحدث الرؤية فيها) (قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠) .

كما يسرى هذا القانون أيضا على استحقاق الزوجة الحاضنة لأجر الحضانة وقد أكد القضاء أنه من المقرر شرعا أن الحاضنة تستحق أجراً نظير حضانتها للصغير مادامت ليست زوجة ولا معتدة ، كما تستحق أجر مسكن الحضانة في حالة عدم امتلاكها لمنزل وسكنها بالأجرة[١].

كما أرى أن يسرى هذا القانون على مسألة التنازل عن الحضانة إذ أن الحضانة هي حق للصغير كما هي حق للحاضن وبالتالي فليس للزوجة أن تسقط هذا الحق عن غيرها كأن تطلب الطلاق على شرط بقاء الصغير في حضانتها في حالة زواجها من الغير ففي هذه الحالة لا تستطيع الزوجة إسقاط حق لا تملكه تماما وهو حق الحضانة لمن يليها شرعاً[٢].

ويسري هذا القانون أيضا على مسألة انتقال الحاضن بالمحضون من مكان إلى آخر، إذ قد ينقل بقصد الإضرار بالطرف الآخر مما يعد من مسائل الحضانة،

(١) انظر : حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية – جزئي أحوال شخصية قضية رقم ٣ لسنة ١٩٨٦م في ٢٨ يونيو ١٩٨٧م .

(٢) انظر ما سبق ص ، وانظر حكم محكمة استئناف الأسكندرية الدائرة ١٧(أحوال شخصية أجانب) سنة ٣٣ ق مشار إليه في : د. هشام خالد ، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكمة العربية ، منشأة المعارف بالاسكندرية ٢٠٠٣م و ص ٢٤٥ وما بعدها

وهي أكثر المسائل إثارة في مسائل تنظيم الحضانة بل قد يصل الأمر إلى اختطاف الطفل.

وقد تعرض الفقه الإسلامي ، لمسألة الانتقال بالطفل.

أما في القانون الأمريكي فقد نص القانون الموحد للاختصاص القضائي في مسائل الحضانة Uniform child custody Jurisdiction act والمعروف اختصاراً بـ UCCJA على أحكام تهدف إلى الحد من حالات نقل الأطفال أو خطفهم من ولاية إلى أخرى بالنص على ما يعرف بـ Home state وهي الولاية التي كان يعيش فيها الطفل لمدة ستة شهور على الأقل قبل نشوء النزاع على الحضانة ، وبالتالي فقد ركز هذا القانون الاختصاص لمحاكم هذه الولاية بالنظر في حضانة الأطفال وأوجب على محاكم الولايات الأخرى الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها .

وقد كان الوضع قبل صدور هذا القانون مختلفاً إذ كان بإمكان أحد الوالدين أن يرفع دعوى بحضانة الطفل في أية ولاية ، بمعنى أنه في حالة عدم رضاه بحكم محاكم ولاية معينة يمكنه اللجوء إلى محاكمة ولاية أو ولايات أخرى وهكذا [١].

استبعاد القانون الواجب التطبيق على الحضانة :

قد تشير قاعدة الإسناد وفق ما سبق إلى تطبيق قانون أجنبي لتنظيم الحضانة، ومع ذلك فالقاضي الوطني يستبعده إذا كان مخالفاً النظام العام في دولته كما أن هناك مسائل أخرى متصلة بالحضانة ولكنها لا تخضع للقانون الواجب التطبيق والمشار إليه ومن أمثلتها النفقة الوقتية والإجراءات التحفظية .

---

(١) قانون : article Uniform child custody Juoisdiction act ١٩٦٨.

فبالنسبة للحالة الأولى فإن فكرة النظام العام والآداب العامة[1]، في القانون الدولي الخاص تلعب دوراً رئيسياً لاشك فيه، إذ أن تطبيق القانون الأجنبي مشروط بعدم مخالفته للنظام العام لدولة القاضي المنوط به تطبيق ذلك القانون .

إذا كان من نافلة القول أن النظام العام فكرة مرنة ويصعب تحديدها بشكل دقيق فهي تختلف باختلاف المكان والزمان، إلا أنه في مجال الأحوال الشخصية نجد للنظام العام دوراً أساسياً لارتباط هذه القواعد المتعلقة غالبا بالمبادئ الدينية، وهو أمر واقع في التشريعات العربية إذ أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام لمسائل الأحوال الشخصية ومن أحكام الفقه الإسلامي استمدت القواعد المنظمة لهذه المسائل.

وتتحقق مخالفة النظام العام في الأحكام المنظمة للحضانة في حالات عديدة منها ما إذا أسس القانون الأجنبي الحق في الحضانة على أسس تمييزية ، أو بما يضر بمصلحة الطفل إضراراً واضحاً، وقد سبق الإشارة إلى رفض محكمة أمريكية تطبيق القانون الإسلامي لتأسيسه الحضانة على أساس سن الطفل[2]، واعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام بالمفهوم المأخوذ به في الولاية، وأرى أن عدم قبول ذلك استناداً إلى تحقيق أفضل مصلحة للطفل هذا أمر معترف به أيضا في الفقه الإسلامي بالإضافة إلى أن مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن قانون القاضي في مسألة الحضانة يجعل الأول مخالفاً للنظام العام بدولة الثاني وهو ما أكدته أيضا المحاكم الأمريكية في أحكام عديدة[3]، وان عدم عدالة القاعدة القانونية الموجودة

---

(1) إن تصير الأداب العامة " يدخل في مفهوم النظام العام بمعناه الواسع " د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٢٩٧

(2) انظر ما سبق.

(3) United states supreme court, June ١٧،١٩٧٤ year book. Com. Arb. Vol. ١ (١٩٧٦) p. ٢٠٣.

بالقانون الأجنبي في نظر القاضي لا تقوم سببا لرفض تطبيق هذا القانون ، وذلك لأن القاضي يجب عليه وهو في سبيل بحث مدى مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولته ، أن يراعى أنه ليس في مجال نزاع وطني بحت وإنما في إطار علاقات القانون الدولي الخاص[١].

ويعد اتفاق الوالدين على التنازل عن الحضانة بما يضر بمصلحة الطفل[٢]. مخالفا للنظام العام و ويعد هذا في رأيي تجسيدا لطبيعة الحضانة من أنها تنطوي على حق الحاضن والمحضون معاً مما يجعل التنازل المضر بمصلحة المحضون من قبل الحاضن ممنوعاً .

كما تطبق أيضا فكرة النظام العام المخفف والذي يؤدي إلى التمييز بين نشوء الحق وإرادة الاحتجاج به ، فالحق الذي نشأ واكتسب في دولة أخرى كالطلاق أو الانفصال والذي قد يؤدي إلى قيام النزاع حول حضانة الأطفال[٣].

United states sourt of appeals for the second circuit, decen ber ٢٣, ١٩٧٤, yearbook com. Arb. (١٩٧٦)

وانظر بحثنا : بعض نماذج لتناول المحاكم الامريكية للقانون الإسلامي ، ص ٢٣ ، ٢٤.

(١) انظر: د. ابراهيم أحمد ابراهيم ، المرجع لسابق ، ص ٣٨٧، ود. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ٥٣٥ وكلا الاستاذين مع غيرهما لايراد الأخذ بفكرة النظام العام الدولي . انظر أيضا : د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص ٢٦٧، ود. هشام صادق و المرجع السابق ، ص ٣١٠. راجع : النفقة الوقتية - التدابير التحفظية - الاجراءات عموما .

(٢) انظر : احكم محكمة الإسكندرية الابتدائية – جزئي أحوال شخصية ، قضية رقم ٣ لسنة ١٩٨٦م في ٢٨ يونيو ١٩٨٧م .

انظر ما سبق ص ، وانظر حكم محكمة استئناف الإسكندرية ، الدائرة ١٧ (أحوال شخصية أجانب) سنة ٣٣ ق . مشار إليه في : د. هشام خالد ، الجنسية المرجع السابق ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣م ص ٢٤٥ وما بعدها .

وانظر أيضا : د. صلاح الدين جمال الدين ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ .

(٣) انظر في مفهوم وتطبيق الأثر العام المخفف في اطار العلاقات الدولية الخاصة :

وبالإضافة إلى النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق في تنظيم الحضانة فإن هناك مسائل متصلة بالحضانة ولكنها لا تخضع لهذا القانون. وهي الإجراءات والتدابير التحفظية مثل الأمر مؤقتا بالحضانة أو النفقة الوقتية ، فإن هذه التدابير الوقتية يحكمها قانون القاضي حتى ولو لم يكن مختصا بالنزاع . ويمكن تأسيس ذلك إما باعتبار هذه التدابير من ضمن مسائل الإجراءات وإما باعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي لا تخضع لقواعد تنازع القوانين بالإضافة إلى إمكانية عدها في المسائل المتصلة بالنظام العام ، وأرجح الاتجاه الذي يري أن هذه التدابير تدخل في إطار القواعد ذات التطبيق الضروري ، إذ أنها تتعلق بقواعد الأمن المدني والتي تهدف إلى تحقيق الحماية اللازمة بصرف النظرعن الحق الموضوعي في النزاع[1]، كما أن هذه التدابير تعتبر بهذا المعنى من النظام العام بمفهومه الإيجابي[2].

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٥٥١ ، د. ابراهيم أحمد ، المرجع السابق ص ٣٩٧ ، د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٣٣٥ ، د. حفيظة الحداد المرجع السابق ، ص ٢٧٨.

(1) أنظر تفاصيل ذلك :د. ابراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٤٠ ..

(2) انظر: د. حفيظة السيد الحداد و المرجع السابق ، ص ٣٠٦ وما بعدها .

خاتمة

مما سبق يتضح لنا مدى أهمية موضوع هذا البحث والذي تناول الحضانة والقانون الواجب التطبيق عليها . وقد تبين أن مفهوم الحضانة هو مفهوم اجتماعي قبل أن يكون قانونيا ولا خلاف حول مفهومها بين التشريعات المختلفة وبين الفقه الإسلامي .

وقد بدا واضحا اهتمام القوانين المنظمة للأحوال الشخصية بمسألة الحضانة باعتبارها مرتبطة بتكوين المجتمع وبتأثيرها المباشر على أفراده الأمر الذي يمكن معه القول أن رعاية النشء بشكل عام يعد واجبا دستورياً في كثير من الدول ومنها مصر.

وكذلك اهتم الفقه الإسلامي أيما اهتمام بالحضانة وبشروطها واحكامها وكان هدفه فيها هو نفس هدف كل التشريعات هو تحقيق مصلحة الصغير وضمان حق الحاضن وكفالة حماية المجتمع ككل تبعا لذلك .

ولكن رغم هذا الاهتمام الموضوعي بالحضانة إلا كثيرا من التشريعات وخصوصا العربية (ومنها مصر) قد خلت من تحديد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة. الأمر الذي فتح باب الاجتهاد أمام الفقه والقضاء لتكييف الحضانة وإدراجها تحت النظم القانونية التي تناسبها وقد وجدنا خلاف كبيرا في الفقه وترددا واسعاً في أحكام القضاء حول التكييف القانوني للحضانة والذي بدوره انعكس على القانون الواجب التطبيق ووجدنا آراء مختلفة في هذا ولكننا خلصنا إلى تأييد أن الحضانة تعد ولاية على النفس ورجحنا تطبيق قانون جنسية الأب باعتباره رب الأسرة والمهيمن على شئونها واعتبرنا ذلك استخلاصاً سائغاً حيث أن لعلاقة الوالدين بالأولاد نطاقا يختلف عن العلاقة فيما بين الوالدين .. ولأن ذلك يضمن تحقيق

وحدة القانون المطبق في مسائل مرتبطة ارتباطا وثيقا وبالتالي ندعو المشرع إلى وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة تضع في اعتبارها أن الحضانة كما هي حق للصغير فهي حق للحاضن أيضا. وأنه لا يمكن الفصل بينهما عند إجراء التكييف وإلا لما أمكن القيام به على وجهه الصحيح .

وقد خلصنا إلى تحديد نطاق هذا القانون بالمسائل الموضوعية الخاصة بتنظيم الحضانة دون تلك التي تتعلق بالإجراءات أمام القاضي أو المتصلة بالنفقة الوقتية أو الإجراءات التحفظية.

كما تعرضنا لفكرة النظام العام في مجال القانون الواجب التطبيق وهذا أمر له أهمية لأن الاتجاه الحديث في مسائل الحضانة يعطي الأهمية القصوى والأولوية للقواعد التي تحقق مصالح الطفل ورغم تسليمنا بصحة ومشروعية القصد إلا أن تطبيقه قد يمسي في بعض الأحوال المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للقاضي الموكول إليه تطبيق القانوني الأجنبي ، مما يجعل للنظام العام دوراً حمائياً يمنع أي تطبيق ينتهك هذه المبادئ بشكل صارخ مع الأخذ في الاعتبار دائماً أن هناك تمييز بين إعمال فكرة النظام العام في المنازعات الوطنية الخالصة وبين إعمالها عند النظر في منازعات تخضع لقواعد الإسناد وتنازع القوانين (أي في إطار العلاقات الدولية الخاصة) مع تسليمنا بعدم إمكانية الأخذ بالنظام العام الدولي في هذا المجال .

كما أننا نخلص بالإضافة إلى تحديد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة إلى ضرورة وضع قواعد وإجراءات تمنع الانتقال غير المشروع بالطفل من مكان إلى آخر، وقد رأينا أن بعض الدول وفيها الولايات المتحدة قد وضعت قانونا موحداً للاختصاص القضائي بخصوص مسائل الحضانة فقط ، الأمر الذي يعطينا إشارة إلى ضرورة وضع تشريع خاص بالمسائل والأحكام والإجراءات الحاكمة للحضانة .