القانون الأصلح للمحضون في التشريع العراقي

(دراسة مقارنة)

م. د. كاظم فخري علي

كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة

https://doi.org/10.61353/ma.0100497

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٣/٨ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/٤/٢٥ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٢/٩/٣٠

تعد الحضانة من الموضوعات المهمة في نطاق الاحوال الشخصية ، لأنها تمثل محلاً تُثار حوله المشاكل داخل الأسرة الواحدة ، الأمر الذي يدفع المشرع الى إحاطة مركز الثقل في الحضانة المتمثل بالصغير المحضون، بقواعد حمائية توفر له الأسوار الواقية من آثار تلك المشاكل بحيث تكون مصلحته تمثل المصلحة الفضلى بين المصالح المتعارضة المرتبطة بأركان الأسرة ، وقد ظهرت أهمية الحضانة ووجوب اخضاعها الى القانون الأصلح للمحضون في إطار العلاقات الدولية الخاصة الناشئة عن الزواج المختلط.

The nursery is one of the important topics in the field of personal status, as it represents a place around which problems arise within the same family, which motivates the legislator to surround the center of gravity in the nursery represented by the child in custody with protective rules that provide him with protective walls from the effects of those problems so that his interest represents the best interest among interests The conflicting relations related to the family pillars, and the importance of custody and the necessity of submitting it to the law that is best for the child in the context of special international relations arising from mixed marriage has emerged .

الكلمات المفتاحية: الحضانة، المحضون، القانون الاصلح، التباين، الفلسفة التشريعية، القانون الواجب التطبيق، تنازع القوانين.

المقدمة

أولاً ـ موضوع البحث وأهميته

عالجت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المواضيع المتعلقة بمصالح الطفل ومنها موضوع الحضانة ، إذ أن قواعد الحضانة لاقت الكثير من الاهتمام عبر الفقه والتشريع والقضاء كونها تنظم المراحل الاولى في حياة الطفل، لاسيما إذا كانت في بيئة تعكر صفوها المشاكل العائلية ، وقد ظهرت في الآونة الأخيرة مشاكل الحضانة المرتبطة بالزواج المختلط ، اذا ازدادت حالات الزواج المختلط بشكل ملحوظ بسبب انفتاح دول العالم على بعضها من خلال اتساع نطاق العمالة الاجنبية، وتطور الجانبين السياحي والاستثماري وازدياد حجم التبادل التجاري والعلمي، وكذلك ادى تطور طرق الاتصال بين مواطني الدول عبر وسائل التواصل الاجتماعي ذات الطابع الالكتروني الى تكوين علاقات زوجية مختلطة ينتمي أطرافها الى دول مختلفة.

وتباينت التشريعات في معالجة اشكاليات الحضانة المتعلقة بالزواج المختلط من خلال تبني اتجاهات مختلفة في تحديد القانون الذي يحكم موضوع الحضانة مما قاد الى اختلاف ذلك القانون، فالقانون الذي يطبق على مسائل الحضانة من حيث تحديد مفهومها وسن الحضانة وشروط الحاضنة او الحاضن وكذلك فقدانها واستردادها وأجرتها، يكون محدداً بموجب قواعد الاسناد الخاصة بالحضانة التي تتغير من تشريع لآخر.

ثانياً ـ أسباب اختيار البحث

أدى الغموض التشريعي في قواعد حل تنازع القوانين في موضوع الحضانة الى ظهور تباين الآراء الفقهية والاحكام القضائية بهذا الصدد ، وهي من الاشكاليات والاسباب التي دفعتنا الى البحث في هذا الموضوع ، كذلك عندما دققنا في موقف المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية وموقفه في قاعدة الاسناد التي تحدد القانون المختص بفض منازعات الحضانة في العلاقات الدولية الخاصة والواردة في القانون المدني ، وجدنا اختلاف فلسفة المشرع في الحالتين ، الأمر الذي دفعنا الى الغوص في أعماق الفلسفتين للوصول الى الافضل منهما في حل تنازع القوانين بخصوص موضوع الحضانة .

ثالثاً ـ منهجية البحث

سنعتمد الأسلوب التحليلي عن طريق تحليل النصوص التشريعية والآراء الفقهية وكذلك الأحكام القضائية ذات الصلة بموضوع الدراسة كما سنتبع اسلوب الدراسة المقارنة من خلال التطرق الى الاحكام الواردة في كل من القوانين : العراقي ، المصري ، الفرنسي وغيرها من القوانين العربية والاجنبية .

رابعاً ـ هيكلية البحث

سنتناول موضوع الدراسة من خلال خطة علمية مكونة من مبحثين، الأول يكون بعنوان التباين في القانون الواجب التطبيق على الحضانة، والثاني يكون مخصصاً لبيان اختلاف الفلسفة التشريعية في موقف

المشرع العراقي بخصوص الحضانة على ان يتكون كل مبحث من ثلاثة مطالب، ويتم التقديم للبحث بمقدمة ويختم بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات الخاصة بالبحث.

المبحث الأول

التباين في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

لعل الاختلاف الفكري لدى شراح القانون وأساتذته قد دفع الفقه الى اتخاذ اتجاهات عديدة بخصوص تفضيل قانون معين للفصل في نزاعات الحضانة القائمة في اطار العلاقات الدولية الخاصة ، من جانب آخر من الطبيعي أن يتأثر المشرع الوطني بالأحكام الدينية والتقاليد الاجتماعية السائدة في مجتمعه عندما يضع النصوص التشريعية المنظمة لقواعد الاختصاص التشريعي في مسألة الحضانة مما يقود الى اختلاف المواقف التشريعية لمشرعي الدول تبعاً لإختلاف تلك الأحكام والتقاليد ، على أن القضاء يمثل الميدان الخصب للاختلاف والاجتهاد في اصدار أحكام الحضانة طالما لم تنظم بنصوص صريحة وواضحة لاسيما ان القاضي يتمتع في الغالب بسلطة تقديرية في الكثير من مسائل الحضانة .

وللوقوف على التباين في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة لابد من تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

التباين الفقهي

اختلف الفقه في تحديد القانون المختص بنزاعات الحضانة بسبب الاختلاف في تحديد أوصاف الحضانة من الناحية القانونية، وللإحاطة بالتباين الفقهي لابد من تحديد مفهوم الحضانة من خلال الفرع الأول وتحديد القانون الواجب التطبيق في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تحديد مفهوم الحضانة

تعرف الحضانة بأنها القدرة على تربية الصغير والاهتمام بشؤونه[١]، كما تعرف بأنها حفظ الصغير مما يضر بأمنه وأخلاقه من قبل شخص قادر على تربيته ورعايته[٢]، ويشير كل من التعريفين المذكورين الى أن الحضانة ترد على صغير لا يستطيع ادارة شؤونه الخاصة بسبب عدم ادراكه للأشياء والأمور المحيطة به.

وعلى صعيد التشريعات، لم يضع المشرع العراقي تعريفاً للحضانة وكذلك الحال بالنسبة للمشرعين المصري ، لكن عرفها المشرع الجزائري في المادة (٦٢) من قانون الاسرة الى انها (رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً) في حين عرفها المشرع التونسي في المادة (٥٤) من مجلة الأحوال الشخصية بأنها(حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته) . الجدير بالذكر ان بعض التشريعات الاجنبية أطلقت على الحضانة تسمية السلطة الوالدية ، وعرف المشرع الفرنسي هذه السلطة في المادة (٣٧١/

١) من القانون المدني بأنها (مجموعة من الحقوق والواجبات تستهدف بالنتيجة مصلحة الولد وانها تعود للاب والام حتى رشد الولد او حصوله على الاذن ، لحمايته في أمنه وصحته وأخلاقه ، لتأمين تربيته وتنشئته في الاحترام الواجب لشخصه ، وان الوالدين يشركان الولد في القرارات التي تعنيه تبعاً لسنه ودرجة نضجه) .

يبدو من خلال التعريفات التشريعية المتقدمة ان الحضانة علاقة قانونية ترتب حقوقاً والتزامات على طرفيها المتمثلين بالحاضن والمحضون ، وبالرغم من الاختلاف بالتسمية الا ان القوانين العربية والاجنبية المذكورة اتفقت على ان الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون دون النظر الى مصالح الابوين مع ملاحظة وجاهة ما ذهب اليه المشرع الفرنسي بخصوص اشتراك الابوين في حضانة الصغير على اعتبار ان ذلك من مقتضيات المصلحة الفضلى للطفل المحضون في حين فضل كل من المشرعين العراقي والمصري انفراد الام في حضانة الصغير لا سيما في المراحل الاولى من عمره ، وتجدر الاشارة الى ان المشرع حرص على توفير الحماية الكافية من خلال تحديد الطرف الحاضن وشروطه كما حدد سن الحضانة وكذلك حالات اسقاطها واستردادها، وقد نظمت التشريعات ومنها التشريع العراقي المسائل المذكورة وغيرها[٣] .

الفرع الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

اختلف الفقه في تكييف الحضانة، إذ يذهب اتجاه الى انها أثر من آثار الزواج ومن ثم تخضع الى قانون الزوج وقت الزواج على اعتبار أن الصغير هو نتاج العلاقة الزوجية ويحتاج الى حضانة الابوين في جميع الأحوال، ومن الطبيعي ان يحصل نزاع بشأن الحضانة مع قيام الزوجية كأن يكون عمل الزوج بعيداً عن مسكنه ويستمر هذا البعد لفترة ليست بالقليلة[٤].

من جانب آخر يذهب البعض الى ان الحضانة تخضع الى القانون الذي يحكم آثار الطلاق باعتبار ان التنازع على الحضانة لا يثور إلا بعد حصول مشاكل بين الزوجين يؤدي الى انحلال الرابطة الزوجية، وإن اخضاع الحضانة الى القانون المختص بآثار الطلاق سوف يؤدي الى وحدة التشريع الحاكم لهذه الاثار ومنها الحضانة مع ملاحظة ان القانون الاقرب الى حكم اثار الطلاق او انحلال الزواج هو قانون الزوج وقت انحلال الزواج او وقت رفع الدعوى[٥].

يعارض البعض الاتجاهين السابقين بالقول إن القانون المختص بالحضانة هو القانون الذي يحكم النسب باعتبارها حقاً من الحقوق التي تدخل في نطاق الولاية على النفس، ومن ثم يلتزم من يثبت نسب المحضون اليه بالاهتمام بالمحضون ورعايته ويطبق قانونه الشخصي وقت ميلاد الصغير على اعتبار أن الأب هو من أوجد الابن كما ان اثبات البنوة يهم الاب أكثر من الابن[٦].

ويذهب اتجاه رابع الى ان القانون الذي يطبق على الحضانة هو قانون موطن المحضون او قانون محل اقامته على اعتبار أن الحضانة تؤثر على الحالة الشخصية للمحضون وإن المعتاد خضوع الأخيرة الى قانون المكان الذي يتوطن أو يقيم فيه الشخص(٧).

يبدو أن اختلاف الفقه بخصوص القانون الذي يطبق على الحضانة يأتي من الاختلاف في ربط الحضانة بفكرة محددة من حيث تكييفها كونها من آثار الزواج أو من آثار الطلاق او من آثار النسب او غير ذلك من الأفكار المطروحة في أوساط الفقه المختص.

ولكن برز في الآونة الاخيرة الاتجاه المنادي بإخضاع الحضانة الى القانون الذي يحقق مصلحة المحضون على اعتبار أن الاخيرة هي المصلحة الفضلى التي تهدف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الى تحقيقها(٨).

المطلب الثاني

التباين التشريعي

يؤدي النص التشريعي دوراً تنظيمياً لمسألة من مسائل الحياة ، لكن قد يختلف هذا التنظيم من دولة لأخرى بالرغم من وحدة الموضوع، ولعل الاختلاف المذكور يعود الى الاختلاف في الرؤيا التشريعية والحكمة من التشريع التي يستند اليها المشرع بحسب ظروف مجتمع دولته.

ومن الطبيعي أن تكون هناك أسباب عدة وراء الاختلاف المذكور، كما انه سيرتب آثاراً مختلفة ايضاً، ومن أجل بيان التباين التشريعي في الموقف من التنازع على الحضانة يتطلب الامر الوقوف على اسباب هذا التباين وكذلك على آثاره.

الفرع الأول

أسباب التباين التشريعي

يضع المشرع المبادئ والمفاهيم العامة، ويأتي دور القاضي في تكييف الافكار الفرعية وفقاً لتلك المفاهيم التشريعية وقد يحصل الاختلاف في الوصف القانوني الذي يمنحه المشرع من دولة لأخرى لمسألة من المسائل كما ان الاختلاف التشريعي قد يقوم على تمييز المشرع لشخص دون آخر على أساس جدير بالرعاية والتفضيل، عليه فأن اهم اسباب التباين التشريعي تتمثل:.

اولاً: اختلاف فكرة التكييف

تعددت الاتجاهات الداعية الى إسناد التكييف الى قانون معين يكون جديراً بإضفاء الوصف القانوني للواقعة او الفعل او الفكرة القانونية وصولاً الى القانون الواجب التطبيق المحدد بموجب قاعدة الاسناد الواردة في قانون القاضي.

لكن الاتجاه السائد فقهاً وتشريعاً في اختصاص التكييف هو قانون القاضي(٩) ، باعتبار ان الاخير هو الاقرب لأدراك الافكار القانونية المنظورة من قبله، بالمقابل قد يختلف الوصف التشريعي بخصوص الحضانة

من قانون لآخر، اذ قد تعد الحضانة من اثار الزواج او من اثار انحلاله او من مسائل البنوة او غيرها من الاوصاف[١٠].

ان الاختلاف الواقع بين التشريعات في تحديد وصف الحضانة يؤدي الى عدم خضوعها الى قانون موحد لاسيما إذا لم يكن هناك تنظيماً تشريعياً صريحاً لأحكام الحضانة من حيث خضوعها الى قانون دون آخر.

فعلى صعيد التشريعات العربية هناك من اعتمد قانون جنسية الاب ليكون القانون الذي يحكم الحضانة وهناك من اعتمد قانون جنسية الابن لهذا الغرض، كما ذهب اتجاه ثالث الى اعتماد القانون الذي يحقق مصلحة المحضون فضلاً عن اتجاهات تشريعية اخرى[١١]، من جانب اخر اخذت التشريعات الاجنبية ايضاً أكثر من اتجاه بخصوص القانون المذكور[١٢].

ثانياً: ظهور مبدأ الامتيازات

يضع المشرع قاعدة اسناد محايدة لتعيين القانون المختص بفض منازعة دولية خاصة، وإذا كانت هذه المنازعة في إطار الاحوال الشخصية سيكون القانون الشخصي هو الحاكم سواء كان قانوناً وطنياً ام اجنبياً، لكن يتغير في بعض الحالات الاختصاص الوارد في تلك القاعدة لاعتبارات معينة يراها المشرع جديرة بالرعاية والتفضيل ويحصل امتياز لطرف على حساب طرف آخر من أطراف العلاقة الدولية المختلطة وهذه الامتيازات تشمل:

١-امتياز الجنسية

يطبق القاضي قانونه الوطني على أحكام الزواج المختلط في حال كون أحد طرفي العلاقة الزوجية يحمل جنسية دولة القاضي استناداً الى مبدأ تفضيل الجنسية الوطنية على الجنسية الاجنبية وخضوع الوطني الى قانون دولته إذا كان النزاع معروضاً امام قضاء تلك الدولة تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على وطنييها واقليمها[١٣].

ويظهر ما تقدم جلياً في مسائل الاحوال الشخصية على اعتبار ان المشرع يهدف من وراء منح الوطني امتيازاً على حساب الطرف الاخر للمحافظة على ارتباط الوطني بدينه وتقاليده الاجتماعية ومن ثم حماية كيان الاسرة والمجتمع وكذلك زرع الثقة والاطمئنان لدى الوطنيين من خلال التطبيق الحصري لأحكامهم الشرعية في العلاقات المختلطة المنظورة من القضاء الوطني[١٤] ، لكن ما مدى تطبيق القانون الوطني في الفرض المذكور اذا كان أحد اطراف العلاقة المختلطة وطنياً لكنه غير مسلم ، كأن تكون ام المحضون عراقية مسيحية واب المحضون اجنبياً مسلماً، اذ سيكون هناك تصادم بين امتياز الجنسية وامتياز الديانة والحل الذي نؤيده لهذا التصادم هو الذهاب باتجاه مصلحة المحضون اينما ذهبت .

٢-امتياز الديانة

تنظر الدولة الى الدين السائد فيها على انه من المقدسات التي لا يجوز المساس بها باعتباره حافظاً للنظام العام فيها، أذ أن التشريعات التي تتخذ من الشريعة الاسلامية مصدراً أساساً للتشريع لا تجيز العلاقات الزوجية التي تمس بعلوية الدين الاسلامي فمثلاً المشرع العراقي اعتبر عقد الزواج المبرم بين مسلم وكافرة او بين غير مسلم ومسلمة في عداد البطلان[١٥]، كما انه اعتبر الاولاد مسلمين تبعاً لدين أبيهم، وفي حال ارتداد الاخير يبقون مسلمين تبعاً لدين والدتهم المسلمة[١٦]، اما في حال كون الام كتابية فلا حل في تحديد ديانة الصغار سوى اعتبارهم كتابيين تبعاً لدين الأم على أن يكون لهم الخيار في تبديل دينهم الى الاسلام بعد بلوغهم سن الرشد وفقاً للمادة (٢٦/ أولا) من قانون البطاقة الوطنية .

وكذلك اعتبر المشرع المذكور القانون الاجنبي الواجب التطبيق على العلاقة الدولية الخاصة بموجب قاعدة الاسناد العراقية غير قابل للتطبيق في حالة مخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية[١٧] ، وقد سارت بالاتجاه ذاته التشريعات التي تتخذ من الدين الاسلامي مصدراً لها لاسيما التشريعات العربية ، عليه فأن قاضي النزاع لا يحكم للأم غير المسلمة بالحضانة وان كان القانون المختص يقضي بذلك حماية لدين الصغير ، اذ يكون في هذا الفرض امتيازٌ للأب المسلم وذلك حفاظاً على مصلحة المحضون من جانب، وتطبيقاً لمبدأ ان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه من جانب آخر .

٣-امتياز الذكورة

يجد هذا الامتياز اساسه في تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج حينما يكون التنازع يدور حول الاثار في الزواج المختلط[١٨]، كذلك يطبق قانون الاب في مسائل النسب والواجبات بين الاباء والابناء[١٩]، وفي حال انحلال الزواج يتم تطبيق قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى[٢٠].

نرى أن قانون الاب هو القانون الواجب التطبيق على نزاعات الحضانة باعتبارها من الالتزامات التي تقع على الابوين لمصلحة المحضون، وهذا القانون جاء بناءً على الطريقة التقليدية في المجتمعات الذكورية التي تفضل الذكر على الأنثى في غالب الحالات، لكن المجتمعات المتحضرة بدأت تدعو الى المساواة بين الرجل والمرأة منذ عقود من الزمن وامتدت هذه المساواة لتشمل تطبيق قانون الام على الحضانة في العلاقات المختلطة متى كان ذلك يحقق مصلحة الطفل المحضون.

الفرع الثاني

آثار التباين التشريعي

حينما يكون هناك تباين تشريعي في تكييف الحضانة من حيث عدها أثراً من اثار الزواج فإن القانون الذي يطبق على هذه الفكرة هو قانون الزوج وقت الزواج[٢١] ، بينما سيكون القانون الواجب التطبيق في حال عدها اثراً من آثار الطلاق هو قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى[٢٢] ، وسيكون لقانون

الاب نصيب في التطبيق على تنازع الحضانة لو تم اعتبارها اثراً من اثار النسب او من الواجبات بين الاباء والاولاد[٢٣] ، وكذلك سيطبق قانون جنسية المحضون اذا تم النظر للحضانة على انها وسيلة من وسائل حماية الصغير المحضون ويطبق هنا قانون موطن أو إقامة المحضون باعتباره قانون المكان الذي ترتكز فيه حياته وعلاقاته ، أي سيطبق القانون الشخصي للمحضون في الحالتين الاخيرتين[٢٤] .

إن اختلاف التشريعات في تكييف فكرة الحضانة بالصورة المتقدمة سيؤدي حتماً الى اختلاف القانون الواجب التطبيق على الحضانة كما ان مبدأ الامتيازات الذي أخذت به بعض التشريعات الى استئثار القانون الوطني، على العكس من التشريعات التي لم تأخذ بتلك الامتيازات سواء على سبيل الكل او الجزء التي سوف تشير الى تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني في حالات معينة .

وقد تجسد التباين التشريعي في التشريعات محل المقارنة ، إذ أن موقف التشريع العراقي ذهب باتجاه اعتماد قانون الاب بصورة ضمنية دون تحديد وقت معين ، في حين سكت التشريع المصري بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الحضانة تاركاً الامر لإجهاد الفقه والقضاء اللذين رجحا تطبيق قانون الزوج وقت الزواج باعتبار ان الحضانة من آثار الزواج ، اما التشريع الفرنسي فقد تعامل بعد صدور قانون ١١ تموز ١٩٧٥ مع المادة (٣١٠) من القانون المدني عل انها قاعدة مادية ذات تطبيق ضروري تقضي بتطبيق القانون الفرنسي على منازعات الحضانة في حال كون أحد الزوجين يحمل الجنسية الفرنسية او كلا الزوجين لهما موطن في فرنسا أو عدم اختصاص قانون اجنبي اخر بفض النزاع مع صلاحية المحاكم الفرنسية للنظر بالنزاع .

المطلب الثالث

التباين القضائي

يؤدي الاجتهاد القضائي دوراً كبيراً في تنازع القوانين، اذ ربما لم يضع المشرع قاعدة اسناد ترشد القاضي الى القانون المختص او شاب هذه القاعدة عدم الوضوح مما يتطلب تدخل قضائي بالطريق الاجتهادي للوصول الى القانون الملائم لحكم العلاقة الدولية الخاصة، ومن أجل بيان الاجتهاد القضائي في حل تنازع القوانين بخصوص الحضانة لابد من تقسيم هذا المطلب على فرعين نبين في الأول الاجتهاد القضائي التقليدي وفي الثاني الاجتهاد القضائي الحديث.

الفرع الأول

الاجتهاد القضائي التقليدي

ذهب القضاء الفرنسي ابتداءً الى تطبيق قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى على الحضانة على اعتبارها من آثار الطلاق، وبعد تعرض هذا الاتجاه الى الانتقاد سار القضاء الفرنسي باتجاه حكم الحضانة وفقاً لقانون الزوج وقت الزواج أي أن ذلك القضاء عد الحضانة اثراً من اثار الزواج[٢٥].

وفي اتجاه قضائي آخر اعتبر القضاء في مصر قانون جنسية الصغير هو القانون الواجب التطبيق على الحضانة باعتبار ان ذلك من آثار النسب[٢٦]، كما ذهب القضاء الالماني باعتبار قانون موطن المحضون لما له من إثر على تربية المحضون[٢٧].

وعلى صعيد القضاء العراقي فقد ذهب الى تبني قانون الاب لحكم موضوع الحضانة على اعتبار ان الحضانة تدخل ضمن نطاق الحقوق والالتزامات بين الاباء والاولاد[٢٨].

الفرع الثاني

الاجتهاد القضائي الحديث

ادى تبني الاتجاهات القضائية التقليدية الى حصول التباين بين هذه الاتجاهات بسبب عدم تنظيم المشرع موضوع الحضانة في إطار العلاقات الدولية الخاصة بنصوص صريحة وواضحة مما جعل القضاء يجتهد باتجاهات مختلفة.

ونظراً لكون مصلحة الصغير المحضون تمثل مركز الثقل في موضوع الحضانة فقد بادر القضاء في الآونة الاخيرة خاصة في الدول الانكلوامريكية الى اعتماد معيار مصلحة المحضون الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة وبدأ هذا المعيار يأخذ مساحة واسعة في الاحكام القضائية الصادرة من المحاكم الامريكية والبريطانية وكذلك بعض المحاكم العربية[٢٩].

المبحث الثاني

تباين الفلسفة التشريعية في موقف المشرع العراقي بخصوص الحضانة

اختلفت الفلسفة التشريعية في موقف المشرع العراقي بخصوص موضوع الحضانة، اذ وضع قواعد موضوعية في قانون الاحوال الشخصية النافذ تنظم موضوع الحضانة بشكل تفصيلي على ان ذلك التنظيم يدور وجوداً وعدماً مع مصلحة الطفل المحضون، فعلى الرغم من تفضيل المشرع الأم في حضانة الصغير على غيرها الا انه ربط ذلك بمصلحة المحضون مما يقود الى ان فلسفة المشرع تقوم على تحقيق مصلحة المحضون بصرف النظر عن صفة الطرف الحاضن له.

لكن موقف المشرع العراقي كان مختلفاً بعض الشيء عندما جعل القانون الذي يحكم الحضانة في العلاقات الناشئة عن الزواج المختلط هو قانون جنسية الأب، فهذا القانون قد يحقق مصلحة المحضون وقد لا يحققها وبذلك انحرف المشرع عن فلسفته الواردة في قانون الاحوال الشخصية. ولبيان ما تقدم سنعرض الفلسفة التشريعية في نطاق العلاقات الوطنية من خلال المطلب الاول، اما المطلب الثاني فسيكون بخصوص الفلسفة التشريعية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، على ان يكون المطلب الثالث متضمناً المقارنة بين الفلسفتين.

المطلب الأول

الفلسفة التشريعية في نطاق العلاقات الوطنية

المقصود بالعلاقات الوطنية هو التصرفات والوقائع التي يكون طرفيها وطنياً، ويطبق القانون الوطني على هذه العلاقات دون ان ينازعه قانون اخر في حال حصولها داخل الدولة وينظر قضاء هذه الدولة في النزاع المتعلق فيها، ونتناول فلسفة المشرع العراقي بخصوص نزاعات الحضانة ذات الطابع الوطني من خلال الاتي:.

الفرع الأول

مراعاة مصلحة المحضون

اهتم المشرع العراقي بمصلحة المحضون واعتبرها القاعدة الواجبة التطبيق من قبل قاضي النزاع، والقاعدة المذكورة لها أساس شرعي قبل ان يكون لها أساس قانوني(٣٠).

الملاحظ ان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ لم يضع تعريفاً لمصلحة المحضون وربما يعود سبب ذلك الى انها تتعلق بمادة وثيقة الصلة بالحياة ، والحياة تتألف من ملامح وذاتيات لا يمكن وضعها في إطار محدد مسبقاً، ولكن يمكن القول بأن مصلحة المحضون هي كل فائدة تعود على المحضون وتحسن من وضعه الصحي والنفسي والعقلي والاخلاقي.

تتميز قاعدة مصلحة المحضون كونها ذاتية وشخصية اي انها تتعلق بكل صغير على حدة ، كما انها تكون قاعدة قابلة للتغيير أي غير ثابتة على اعتبار ان ما يصلح للمحضون في وقت معين قد لا يصلح له في وقت آخر(٣١).

وتقوم القاعدة المذكورة على عنصرين اساسيين اولهما تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية اما ثانيهما فيتمثل بتحقيق الامن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل المحضون(٣٢).

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

ذهب المشرع العراقي في المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية النافذ باتجاه تفضيل الام على غيرها من اجل تربية المحضون ورعايته على اعتبار انها الاقرب له والاقدر على مد المحضون بكفايته الغذائية والمعنوية لاسيما في السنتين الاوليتين من عمره(٣٣).

لكن هذا التفضيل والاولوية التي منحها المشرع للأم جعله مرتبطاً بمصلحة المحضون، اذ اشترط بقاء الصغير بحضانة الام الا بتضرر المحضون من ذلك؛ وإلا تنتقل الحضانة الى حاضن آخر تتوافر معه مصلحة المحضون(٣٤).

على ان تلك المصلحة تستقل المحكمة بتقديرها ، فربما تحكم المحكمة بالحضانة للأم تارة وتحكم للأب تارة أخرى ، كما ان القاضي قد يرى ان مصلحة الصغير في أيامه الاوائل مع الأم في قضية معينة، وقد لا يرى

ذلك في دعوى او قضية اخرى ، كما انه قد يفضل ام الأم اي جدة المحضون في حضانة الصغير بالرغم من وجود الأم على قيد الحياة وقد يفضل الجد للأب ليحتضن الصغير بالرغم من وجود الأب ، لذلك فإن القاضي لا يتقيد بشيء أو مبدأ في تقديره لمصلحة المحضون سوى تقيده بمبدأ مصلحة المحضون ، فأينما وجدت تلك المصلحة سواء مع الأم او مع الأب او مع أحد الأقارب أو مع دار الحضانة التابعة للدولة وجدت الحضانة[٣٥].

المطلب الثاني

الفلسفة التشريعية في نطاق العلاقات الدولية الخاصة

تخضع العلاقة الزوجية من حيث نشوئها وآثارها وانحلالها الى أحكام قواعد القانون الدولي الخاص إذا كان الزواج مختلطاً، ويحصل الاخير في حالة اختلاف جنسية الزوجين اي انتماء كل طرف اي دولة معينة، وباعتبار ان الحضانة من متعلقات الزواج فأنها من الطبيعي أن تتصل بأكثر من قانون، كونها نتاج زواجٍ مختلط، ومن اجل بيان موقف المشرع العراقي في إخضاع الحضانة الى قانون معين، نعرض هذا الموقف من خلال فرعين.

الفرع الأول

اعتماد قانون جنسية الأب

أشار المشرع العراقي الى اعتماد قانون جنسية الأب فيما يخص الواجبات المتبادلة بين الآباء والاولاد، باعتبار ان الحضانة تمثل التزاماً على الوالدين، عليه فإن قانون جنسية الاب هو الواجب التطبيق في حال التنازع بين القوانين على حكم مسائل الحضانة[٣٦].

الملاحظ أن المادة (١٩/٤) من القانون المدني العراقي لم تنظم موضوع الحضانة بشكل صريح، وانما أشارت ضمناً الى القانون المختص بفض النزاع الدائر بخصوص الحضانة بين أطراف الزواج المختلط او بين من يقرر القانون أحقيتهم بحضانة الصغير[٣٧].

الفرع الثاني

تقييم اعتماد قانون جنسية الأب

يذهب جانب من الفقه الى أن اعتماد قانون جنسية الاب في حكم الحضانة يؤدي في غالب الاحيان الى وحدة التشريع في الحضانة، اذ لو تم اعتماد قانون جنسية الابناء فربما تختلف جنسية الابناء تارةً أو أن الابن الواحد ربما يحمل أكثر من جنسية تارةً اخرى مما يقود الى تعدد التشريع المتصل بالحضانة، يضاف الى ذلك أن الاب هو صاحب الولاية على الابناء ومن الاولى تطبيق قانونه الشخصي[٣٨].

وبالرغم من صراحة موقف المشرع العراقي في اعتماد قانون جنسية الاب في الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الآباء والاولاد ، غير انه لم يكن كذلك في تحديد الوقت الذي يطبق فيه قانون جنسية الأب على تلك الحقوق والالتزامات ومنها موضوع الحضانة ، لكن الفقه المؤيد للاتجاه الاخير يرى ان عدم تحديد وقت

معين لتطبيق قانون جنسية الاب يعد ميزة لهذا الاتجاه كونه يعطي سلطة تقديرية واسعة لقاضي النزاع للبحث عن أي القوانين الافضل، لكي يطبق على الحضانة من بين القوانين المتصلة بهذا الموضوع كقانون الاب وقت الزواج او قانون الاب وقت انحلال الزواج او قانون الاب وقت الميلاد اي وقت ولادة الصغير المحضون[٣٩] .

ومن الجدير بالذكر ان المشرع الكويتي اخذ بالاتجاه الذي سار عليه المشرع العراقي، اذ انه اعتمد قانون جنسية الأب في حكم الحضانة لكنه كان تنظيمه لذلك صراحةً بينما كان المشرع العراقي قد أشار ضمناً الى ذلك ، أما فيما يخص الوقت المعتمد في التطبيق فقد اتفق المشرعان على عدم تحديده[٤٠].

المطلب الثالث

المقارنة بين فلسفتي المشرع العراقي بخصوص الحضانة

تبين أن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ اعتمد معيار مصلحة المحضون لتحديد الشخص الذي توكل له مهمة الحضانة بصرف النظر عن صفته، في حين اعتمد هذا المشرع قانون الدولة الذي يحمل جنسيتها الأب ليحكم منازعات الحضانة ذات العنصر الاجنبي دون ان يشترط على قاضي النزاع البحث عن المصلحة المذكورة ، عليه لتوضيح ما تقدم لا بد من تناوله من خلال فرعين:

الفرع الأول

الاتفاق بين فلسفتي المشرع العراقي

أشارت المادة (١٩/٥) من القانون المدني العراقي ضمناً الى تطبيق القانون العراقي على منازعات الحضانة ذات الطابع الدولي، إذا كان أحد طرفي النزاع يحمل الجنسية العراقية وقت الزواج[٤١].

تتحقق فلسفة المشرع القائمة على رعاية مصلحة المحضون في الفرض الذي يكون فيه الزوج أجنبياً والزوجة عراقية ، إذ سيطبق القاضي العراقي قانونه الوطني طبقاً للمادة المذكورة اعلاه ، وسبقت الاشارة الى ان قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ باعتباره القانون المختص في الفرض المذكور يقوم على مبدأ رعاية مصلحة المحضون ومنح القاضي سلطة واسعة في البحث عن هذه المصلحة وتقدير وجودها في جانب معين ، لذلك ستتوحد كل من الفلسفة التشريعية الواردة في حكم العلاقات الوطنية والفلسفة التشريعية التي ظهرت في العلاقات الدولية الخاصة بخصوص الحضانة في الفرض المشار اليه آنفاً .

الفرع الثاني

الاختلاف بين فلسفتي المشرع العراقي

تختلف فلسفة المشرع العراقي في إطار العلاقات الدولية الخاصة عنها في إطار العلاقات الوطنية فيما يتعلق بمنازعات الحضانة ، وذلك في الفرض الذي يكون فيه هناك زواج مختلط مكوناً من زوج عراقي وزوجة اجنبية ، إذ في حال عرض نزاع الحضانة على القاضي العراقي فإنه سيطبق قانون الاحوال الشخصية العراقي باعتباره قانون جنسية الاب وفقاً للمادة (١٩/٤) من القانون المدني العراقي ، وستكون الحضانة لمصلحة الام

الاجنبية التي تتحلى بشروط الحضانة تنفيذاً لأحكام المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي تجيز أن تستمر حضانة الأم للصغير منذ الولادة وليحن بلوغه سن الرشد ، اذ تحتضن الام وليدها خلال العشرة أعوام الاولى من عمره بحكم القانون وتستمر حضانتها بقرار من المحكمة لحين اتمام المحضون الخامسة عشرة وبالإمكان ان يختار الصغير الاستمرار والبقاء مع الأم كحاضنة له لحين اكتمال أهليته(٤٢) .

إن الأفضلية التي منحها المشرع في الفرض المتقدم للأم الاجنبية في حضانة الصغير تكون في حال قيام الزوجية وفي حال الفرقة بين الزوجين ، وفي الحال الاخيرة في غالب الأحيان تغادر الأم الأجنبية بصحبة المحضون الى بلدها الاجنبي الذي تحمل جنسيته ، مما يقود الى اختلاف الاجواء والبيئة الاخلاقية والاجتماعية لدى المحضون بالشكل الذي يؤثر سلباً على طباعه وعاداته التي تربى عليها في العراق لاسيما إن كانت دولة الام تختلف بصورة جوهرية من حيث الدين والتقاليد والمعتقدات السائدة في بلد الولادة المتمثل بالعراق ، الأمر الذي ينتج عنه فقدان مصلحة المحضون، واهدار فلسفة المشرع المبتغاة في قانون الاحوال الشخصية العراقي من جانب، والاخلال بالتزامات العراق الدولية من جانب اخر(٤٣) .

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث نعرض أهم النتائج التي توصل اليها البحث وكذلك أهم المقترحات التي نراها كفيلة بحل اشكالياته وذلك من خلال فقرتين:.

أولاً: النتائج

١- تباينت المواقف التشريعية بخصوص تنظيمها لموضوع الحضانة في إطار المنازعات ذات الطابع الدولي، وهذا التباين يقوم على اختلاف قواعد الاسناد الدالة على القانون الواجب التطبيق على الحضانة من جانب، وعلى غموض وعدم صراحة تلك القواعد من جانب آخر.

٢- تباينت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بشأن اسناد الحضانة الى قانون معين بسبب الاختلاف في فكرة التكييف فهناك من يذهب الى ان الحضانة اثر من آثار الزواج وتخضع الى قانون الزوج وقت الزواج ، في حين يرى الاتجاه الثاني أنها أثر من آثار الاطلاق او انحلال الرابطة الزوجية، وبالتالي تخضع الى قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى ، ويذهب اتجاه ثالث الى ان الحضانة هي من آثار النسب او من الحقوق المتبادلة بين الاباء والاولاد ومن ثم تخضع الى قانون جنسية الاب ، لكن الاتجاه الراجح فقهاً وقضاءً في الوقت الحالي هو اخضاع الحضانة الى القانون الذي يحقق مصلحة الصغير المحضون على ان يتم تحديده بموجب السلطة التقديرية لقاضي النزاع .

٣-تعد الجنسية والديانة والذكورة من الامتيازات التي تعطل أو تميز العمل بقاعدة الاسناد المرشدة الى القانون المختص بفض منازعات الحضانة.

٤- تبنى المشرّع العراقي فلسفتين مختلفتين في موضوع الحضانة الاولى تقوم على تفعيل مبدأ رعاية مصلحة المحضون من قبل قاضي النزاع وكانت هذه الفلسفة على درجة عالية من الوضوح في نطاق قانون الاحوال الشخصية ، في حين كانت الثانية تقوم على اخضاع الحضانة الى قانون جنسية الأب بصرف النظر عن تحقيق القانون المذكور لمصلحة المحضون ومن ثم جاءت هذه الفلسفة على درجة من الغموض وعدم الاكتراث لتلك المصلحة التي تمثل مركز الثقل في موضوع الحضانة، وكان الموقف المذكور قد جاء في القانون المدني باعتباره التشريع الذي نظم قواعد حل تنازع القوانين .

ثانياً: المقترحات

١-نوصي المشرع العراقي بتوحيد فلسفته التشريعية من خلال اعتماد مبدأ رعاية مصلحة المحضون في إطار العلاقات الداخلية والدولية على السواء لاسيما ان الصغير الناشئ من العلاقات الزوجية المختلطة بحاجة الى قواعد حمائية تحفظ الاسس التربوية والدينية التي نشأ عليها اكثر من حاجة الصغير الناتج من علاقة وطنية بالنظر الى الظروف التي سيمر بها الاول وفقدانه لإشراف وتوجيه والده وحرمانه من مشاهدته بسبب الهجرة الى دولة الأم فيما لو منحت الحضانة للأخيرة ، على أن تلك القواعد يقدر اختيارها قاضي النزاع مستنداً الى ما يحقق مصلحة المحضون ، وتأتي رعاية المشرع لما تقدم تنفيذاً لالتزامات العراق الدولية باعتباره من الدول التي صادقت على اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩.

٢-نقترح على المشرع العراقي اضافة فقرة الى المادة (١٩) من القانون المدني تنظم احكام الحضانة بصورة صريحة وواضحة في إطار تنازع القوانين، تنص على: (يسري القانون الاصلح للمحضون في مسائل الحضانة، ويعود تحديد ذلك القانون للسلطة التقديرية للمحكمة على ان يخضع ذلك التحديد لرقابة محكمة التمييز الاتحادية).

المصادر والمراجع:

(١) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، الوجيز في شرح القانون الاحوال الشخصية العراقي، دار السلام القانونية، النجف الاشرف ،٢٠١٥، ص٢٤٦.

(٢) د. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم، ج٢، مؤسسة الرسالة، بيروت ،١٩٩٣، ص٦.

(٣) ينظر: المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل، والمادة (٢٠) من قانون الاحوال الشخصية المصري والمواد (١٨٩-١٩٩) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي والمواد (٥٤-٦٧) من مجلة الاحوال التونسية والمواد (٦٢-٧٢) من قانون الاسرة الجزائري.

(٤) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٣١٣، د. احمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، بلا ناشر، بيروت، ١٩٦٦، ص٢٢٨.

(٥) د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٣٨٢.

(٦) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص٥٦٢، د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥، ص٢٣٩وما بعدها، د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ، ١٩٩٦، ص٨٤٧.

(٧) د. فارسي يعيش، الحضانة والقانون الواجب التطبيق، بحث مقدم الى المؤتمر الذي اقامته كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش عام ٢٠١٧ تحت عنوان (القانون المغربي في مطلع القرن الحادي والعشرين).

(٨) د. عزت البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الاسلامية بجامعة قطر، العدد ٢٥ ،٢٠٠٧، ص٤٦٧.

(٩) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٧٤، وعلى صعيد التشريعات ذهبت بهذا الاتجاه المادة (١/١٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٠) من القانون المدني المصري.

(١٠) د. احمد عبد الموجود محمد، حق الطفل في الحضانة في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، العدد ٤٦، ٢٠١٩، ص٦٠ وما بعدها.

(١١) القوانين العربية التي اعتمدت قانون جنسية الاب : القانون المدني العراقي بالمادة (٤/١٩) منه وقانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الاجنبي الكويتي بالمادة (٤٣) منه ، في حين اعتمد قانون المرافعات البحريني قانون جنسية الابن بالمادة (٥/٢١) منه ، اما مجلة القانون الدولي الخاص التونسية فقد اعتمدت قانون مصلحة المحضون بالمادة (٥٠) منها ، وقد ذهب ضمناً كل من التشريعيين المصري والجزائري الى اعتماد قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى باعتبار الحضانة من اثار انحلال الرابطة الزوجية وذلك بالمادتين (٢/١٣) و (١٢) على التوالي من القانون المدني .

(١٢) تنص المادة (٣١٠) من القانون المدني الفرنسي على ان الزواج والطلاق يحكم بالقانون الفرنسي إذا كان: ١-أحد الزوجين من الجنسية الفرنسية. ٢-إذا كان الزوجان كلاهما لهما موطن في الاراضي الفرنسية. ٣-إذا لم يعترف اي قانون أجنبي بصلاحيته في حين تكون المحاكم الفرنسية صالحة للنظر في الطلاق او الانفصال (الجسدي). اما القانون الانكليزي فقد ذهب باتجاه القانون الاصلح للمحضون وترك تقدير هذه المصلحة للمحكمة ، ينظر هذا الموقف في :

Martin wolf,prvate international law,second edition.oxford,London,1950,p389-390.

(١٣) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص٤١١-٤١٢.

(١٤) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٨٦٣-٨٦٤.

(١٥) تنص المادة (١٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ على انه: (يصح للمسلم ان يتزوج كتابية ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم).

(١٦) تنص المادة (٢٦/ ثانياً) من قانون البطاقة الوطنية العراقي على انه: (يتبع الاولاد القاصرين في الدين من اعتنق الدين الاسلامي من الابوين).

(١٧) ينظر المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي.

(١٨) ينظر المادة (٢/١٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٢) من القانون المدني الجزائري، والمادة (١/١٣) من القانون المدني المصري.

(١٩) ينظر المادة (٤/١٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١٣) من القانون المدني الجزائري، ولم يكن موقف المشرع المصري واضحاً من ذلك.

(٢٠) ينظر المادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٢) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري.

(٢١) د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الاطفال في زواج الاجانب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٩٤ وما بعدها.

(٢٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص٨٤٤.

(٢٣) د. احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٨٨٢.

(٢٤) د. احمد عبد الموجود محمد، مصدر سابق، ص٧١.

(25) Henri Batiffol, Droit International Prive, 4 Ed, Paris, 1967, p. 491.

(٢٦) قرار محكمة القاهرة رقم ٨٩ الصادر في ١٩٥٤/٢/٢، اشار اليه د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٣٨٤.

(٢٧) قرار محكمة برلين الصادر في عام ١٩٧٣، اشار اليه: د. فارسي يعيش، مصدر سابق، ص٢١٩.

(٢٨) قرار محكمة التمييز في العراق رقم ٢٠ / هيئة عامة /١٩٧٩ الصادر في ١٩٧٩/٤/٧، مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقيين، العدد الثالث، ١٩٧٩، ص٢٠٧.

(٢٩) اشار الى هذه الاتجاهات القضائية : د. احمد عبد الموجود محمد، مصدر سابق، ص٧٧-٨٠.

(٣٠) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مصدر سابق، ص٢٤٣ وما بعدها.

(٣١) المحامي احمد الرجوب، احكام الحضانة في القوانين العربية والاجنبية، دار العماد، حلب، ٢٠١٩، ص٣٣.

(٣٢) المصدر نفسه، ص٥٨.

(٣٣) القاضي محمد حسن كشكول، شرح قانون الاحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص٢٤٢.

(٣٤) المصدر نفسه، ص٢٤٣.

(٣٥) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، مصدر سابق، ص٢٤٧.

(٣٦) د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص١١٢.

(٣٧) تنص هذه المادة على انه: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والاولاد يسري عليها قانون الاب).

(٣٨) د. احمد عبد الموجود محمد، مصدر سابق، ص٧٤.

(٣٩) د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص١١٣-١١٤.

(٤٠) تنص المادة (٤٣) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي الكويتي على انه: (يسري قانون جنسية الاب في الولاية على النفس وفي الحضانة).

(٤١) تنص هذه المادة على انه: (في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

(٤٢) ينظر الفقرتان (٤،٥) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٤٣) تنص المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ على انه: (في جميع الاجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة او الخاصة او المحاكم او السلطات الادارية او الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الاول لمصالح الطفل الفضلى).

ومن الجدير بالذكر ان العراق قد صادق على الاتفاقية المذكورة بموجب القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٤ مع تحفظه على (حرية الدين لدى الطفل) الوارد في الفقرة الاولى من لمادة (١٤) على اعتبار ان تغيير الطفل لدينه يخالف احكام الشريعة الاسلامية.