الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ا.د اسراء محمد علي سالم
  ابراهيم صالح كاظم
- أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري
  م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي
- أ.د. منصور حاتم محسن
- أ.د. ايمان طارق الشكري
  وليد طعمه مفتن

- جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة.
- دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة).
- التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)
- مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع

السنة الثالثة عشر ٢٠٢١ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Labour offences provided for by special laws — Prof. Dr. Asra Muhammad Ali, Ibrahim Saleh Kadhm
- The role of administrative sanctions in protecting drug security — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Hawraa Haidar Ibraheim Altaie
- The Monetary Mortgage, Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence — Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin
- A concept of principle of full refund of benefits — Prof. Dr. Eman Tarek Makki, waleed Tuma Maften

Fourth Issue 2021 Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٩-٤٢
٢.	المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأجور العمال(دراسة مقارنة)	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٤٣-٨٤
٣.	الأحكام الموضوعية لجريمة الاعتداء عمداً على الموجودات الخاصة بمرافق المياه والغاز (دراســة مقارنــة)	ا.د. إسراء محمد علي سالم عباس محمد علي محمد	٨٥-١١٩
٤.	الأحكام الموضوعية لجرائم التخريب في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي -دراسة مقارنة-	ا.د إسراء محمد علي سالم أحمد صباح محيسن سبتي	١٢٠-١٥٣
٥.	دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي	١٥٤-١٧٨
٦.	طرق اختيار تعيين رجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان حمزة غالب مكمل الميالي	١٧٩-٢٠٨
٧.	الضمانات القانونية لعدالة تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة مقارنة)	أ.د اسماعيل صعصاع أ .د علاء عبد الحسن حيدر عزيز صالح	٢٠٩-٢٥٧
٨.	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السياقة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان حامد عبيد مرزة العلواني	٢٥٨-٣٠٦
٩.	التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)	أ.د. منصور حاتم محسن	٣٠٧-٣٤٣
١٠.	(مفهوم حق الإمكان القانوني) "دراسة مقارنة"	أ.د. منصور حاتم محسن نجوان محمد راضي	٣٤٣-٣٦٥
١١.	وسائــل اثــبــات التــوقيــع الالكتروني	ا.د منصور حاتم محسن م.د بان سيف الدين محمود م.م خوالفية رضا	٣٦٦-٣٨٤
١٢.	مفهوم التصرف في المال المغصوب (دراسة مقارنة)	ا.د منصور حاتم محسن م. عباس سهيل جيجان	٣٨٥-٤٥٦
١٣.	مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع	أ.د. ايمان طارق الشكري وليد طعمه مفتن	٤٥٧-٤٩٠
١٤.	المصدر الموضوعي لترابط الاتفاقات (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٤٩١-٥٣٨
١٥.	اثر ترابط الاتفاقات على انقضاء المجموعة العقدية (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٥٣٩-٥٨٨
١٦.	المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني	أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله ياسر محمد فوزان الحساني	٥٨٩-٦٣٤
١٧.	المفهوم القانوني لبنوك التجميد (دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبد الزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين بدر	٦٣٥-٦٧١
١٨.	موقف القانون العراقي من الحجز التنفيذي على حقوق الملكية الفكرية	أ.د سلام عبد الزهرة عبد الله غسان شهيد كريم جبار	٦٧٢-٧٠٤
١٩.	استنفاد ولاية القاضي في الدعوى المدنية (دراسة مُقارنة)	أ.د. هادي حسين الكعبي حسين صبري هادي	٧٠٥-٧٥٠
٢٠.	المركز القانوني للمستهلك الالكتروني في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا حسين عمران جرمط العبيدي	٧٥١-٧٨٤

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
٢١.	الحماية الاجرائية للسائح الاجنبي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا وسام عبد العظيم عبيد	٧٨٥-٨١٣
٢٢.	دور تقنية التأمين لمواجهة المخاطر والأضرار في ظل انتشار جائحة كورونا	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	٨١٤-٨٤٣
٢٣.	جنسية السفينة وأثرها على الولادات التي تحصل على متنها	ا.د.عبد الرسول عبد الرضا جواد كاظم جاسم خنجر الطفيلي	٨٤٤-٨٨٤
٢٤.	جريمة الاعتداء على المنشآت العسكرية - دراسة مقارنة	أ. د. حسون عبيد هجيج سالم حسين حبيب	٨٨٥-٩٢٣
٢٥.	جريمة استعمال المحرر الصحيح من قبل الغير(دراسة مقارنة)	أ.د . حسون عبيد هجيج كرار علاوي خضير المساري	٩٢٤-٩٥٨
٢٦.	الاطار المفاهيمي لجريمة انشاء موقع على الشبكة المعلوماتية بقصد الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني احمد ضمد جاسم	٩٥٩-٩٨٨
٢٧.	حرية الملاحة في أعالي البحار	أ.د. صدام حسين وادي علي لفتة جودة	٩٨٩-١٠٢٢
٢٨.	علاقة رئيس الجمهورية بالقضاء في الدستور العراقي مقارنة بالدستورين الامريكي والفرنسي (دراسة مقارنة)	ا.د علاء عبد الحسن كريم م.د.اركان عباس حمزة	١٠٢٣-١٠٦٤
٢٩.	الفئات المشمولة بالحصانة الدبلوماسية	أ.د. طيبة جواد حمد المختار سلام عيسى صكبان الصليخي	١٠٦٥-١٠٨٥
٣٠.	انقضاء استخلاف حقوق الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١٠٨٦-١١١٧
٣١.	استخلاف الحقوق المعنوية واشكالية الانتقال (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١١١٨-١١٤٨
٣٢.	هلاك المعلومات الالكترونية والاثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد علاء حسين حمد	١١٤٩-١١٨٤
٣٣.	انتقاض الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني م.م. احمد خضير عباس	١١٨٥-١٢٠٦
٣٤.	الاساس القانوني للحكم القضائي المشروط (دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني سامي حسين ثامر	١٢٠٧-١٢٤٢
٣٥.	القوة الملزمة للحكم القضائي الاجنبي المشروط(دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم سامي حسين ثامر	١٢٤٣-١٢٧٩
٣٦.	عقد المشورة الوراثية	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي علي رشيد رحم القريشي	١٢٨٠-١٣٢٨
٣٧.	الرقابة القضائية على قرارات منح سمة الدخول والإقامة	أ.د. فراس كريم شيعان عقيل حمود حمزه	١٣٢٩-١٣٦٢
٣٨.	اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصي	ا.د.فراس كريم شعيان خضير مخيف فارس	١٣٦٣-١٣٩٦
٣٩.	التنظيم القانوني لعقد القرض الدولي متعدد الأطراف	أ . د فراس كريم شيعان ابتهال حميد غريب	١٣٩٧-١٤٢٦
٤٠.	أساليب بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية (دراسة مقارنة)	أ. د. ذكرى محمد حسين الياسين م.م عبدالخالق غالي مهدي	١٤٢٧-١٥٠٦
٤١.	دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي	أ.د. خير الدين كاظم الامين	١٥٠٧-١٥٣٩

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
	الخاص (دراسة مقارنة)	نور حسين جواد	
٤٢.	الحماية الموضوعية للمال الاجنبي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين علي عبد الكريم خلف	١٥٤٠-١٥٧٠
٤٣.	الحلول الوطنية لتنازع القوانين في استرداد الاموال	أ.د. خير الدين كاظم الامين بسام صبيح سلمان	١٥٧١-١٦٠٦
٤٤.	ولاية القضاء إزاء الإدارة ضمن نطاق العقد الإداري (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٠٧-١٦٢٩
٤٥.	جهات الرقابة الإدارية ووسائل تحريكها / دراسة مقارنة	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٣٠-١٦٥٣
٤٦.	ضمانة التحقيق الانضباطي لرجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.صادق محمد علي الحسيني خالد وهاب حسن العكايشي	١٦٥٤-١٧٠٢
٤٧.	الجزاءات المالية المترتبة على النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية	ا.د.صادق محمد علي الحسني عماد محمد شاطي	١٧٠٣-١٧٣٤
٤٨.	جريمة حيازة المتفجرات والمفرقعات (دراسة مقارنه)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ساره عبد الرضا حلبوص	١٧٣٥-١٧٧٩
٤٩.	أركان جريمة أدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية -دراسة مقارنة-	ا.د. محمد إسماعيل المعموري علاء حسين علي لافي	١٧٨٠-١٨٠٩
٥٠.	جريمة تحرير وصفة طبية وهمية او مبالغ فيها في القانون العراقي	ا.د. محمد إسماعيل المعموري م.احمد هادي عبد الواحد	١٨١٠-١٨٤٤
٥١.	عقوبة جريمة امتناع متكفل الطفل عن تسليمه لمستحقه (دراسة مقارنة)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ايناس عباس كحار	١٨٤٥-١٨٨١
٥٢.	جريمة تغاضي رجل الشرطة عن منع ارتكاب جريمة (دراسة مقا رنة)	أ.د. اسماعيل نعمة عبود مسلم محمد طالب	١٨٨٢-١٩١٤
٥٣.	تنظيم اختصاصات المجلسين التشريعيين في المجال التشريعي	ا.د.حسين جبار عبد كرار نجم عبد	١٩١٥-١٩٤١
٥٤.	الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الافراد في الضرورة الاجرائية الجزائية	أ. د. آدم سميان ذياب زهير محمد هاشم	١٩٤٢-١٩٦٦
٥٥.	رد الاعتبار التجاري للتاجر المفلس (دراسة مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي محمد عبدالواحد حميد	١٩٦٧-٢٠٠٩
٥٦.	التنظيم القانوني لاستنفاد الحقوق في أطار براءات الاختراع ونطاق تطبيقه الجغرافي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي عدي حسين طعمه	٢٠١٠-٢٠٤٧
٥٧.	آليات التعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر	أ.م.د. سرمد عامر عباس اثير حسن عبيد	٢٠٤٨-٢٠٧٠
٥٨.	الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد عذراء محمد سكر صالح	٢٠٧١-٢٠٩٢
٥٩.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي-دراسة في المفهوم والاساس القانوني	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد	٢٠٩٣-٢١٣٠
٦٠.	التنظيم القانوني لتداول شهادات الايداع في سوق الاوراق المالية " دراسة مقارنة "	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي أمير حسين عبد الامير ابراهيم	٢١٣١-٢١٧٢
٦١.	الاحكام الجزائية للطرح الخاص للاسم في الشركة المساهمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي زهراء كاظم مجيد	٢١٧٣-٢٢١٥
٦٢.	جريمة تعطيل أوامر الحكومة – دراسة مقارنة	أ.م. د. منى عبد العالي موسى	٢٢١٦-٢٢٤٦

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
		مصطفى محمد علي	
٦٣.	جريمة التنقيب عن الأثار دون موافقة	أ.د. م منى عبد العالي موسى هيثم احمد سلمان	٢٢٤٧-٢٢٧٩
٦٤.	جريمة التأثير على القضاء في اصدار القرارات والأحكام الجزائية - دراسة مقارنة	أ.م.د منى عبد العالي موسى علي رزاق محمد	٢٢٨٠-٢٣١٦
٦٥.	جريمة انتماء رجل الشرطة لحزب او جمعية سياسية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد عباس بردان حبيب	٢٣١٧-٢٣٥٠
٦٦.	تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥	أ . م. د. ليلى حنتوش ناجي زينب علي طه	٢٣٥١-٢٣٦٩
٦٧.	النيابة القانونية عن الغير امام القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.حبيب عبيد مرزة	٢٣٧٠-٢٣٩٥
٦٨.	ماهية الحق الاستئثاري للمؤلف	أ.م.د ماهر محسن عبود أيثم عبدالحسين محمد	٢٣٩٦-٢٤٢٥
٦٩.	دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر	أ.م.د.اسامة صبري محمد خالد جواد كاظم	٢٤٢٦-٢٤٤٣
٧٠.	فكرة بطلان النص الدستوري- دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥	ا.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي	٢٤٤٤-٢٤٨٠
٧١.	المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"	ا.م.دعبد الرازق وهبه سيد احمد محمد	٢٤٨١-٢٥٠١
٧٢.	جريمة انتهاك الحق في سرية عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	م.د عمار غالي عبد الكاظم صفا علي رشيد باقر	٢٥٠٢-٢٥٣٤
٧٣.	المبادئ الحاكمة للجرائم في ضوء القانون الدولي الجنائي	م.د. ياسر حسين علي م.م. رافد علي لفتة	٢٥٣٥-٢٥٦٧
٧٤.	الجزاء الإجرائي في القضاء المدني (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. مروى عبد الجليل شنابة	٢٥٦٨-٢٦٠٣
٧٥.	الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التصرفات غير المشروعة (دراسة مقارنة)	م. د. فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي	٢٦٠٤-٢٦٢٠
٧٦.	مدى دستورية سياسة التطعيم الالزامي	م.د. انس غنام جبارة	٢٦٢١-٢٦٤٩
٧٧.	تولي الوظائف العامة اثر تعاطي المخدرات عليها (دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري)	م.عبد الحسين عبد نور هادي	٢٦٥٠-٢٦٦٧
٧٨.	التأثيرالمتعدي لظاهرة الفساد والاليات القانونية لمكافحته	م.م. كاظم خضير السويدي	٢٦٦٨-٢٦٩٥
٧٩.	الحماية الجنائية للحق في خصوصية الجينوم البشري (دراسة مقارنة)	م. احمد حسين سلمان	٢٦٩٦-٢٧٣٣
٨٠.	الحصانة القضائية للدول الأجنبية في المعاملات المالية	م.م طه كاظم المولى	٢٧٣٤-٢٧٧١
٨١.	جريمة إخفاء حيوان مصاب بمرض وبائي أو مُعدي في التشريع العراقي	م.م زينب كاظم مطلك محمد عباس عبد العابدي	٢٧٧٢-٢٧٩٣
٨٢.	المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العقد	م.م. عدالة عبد الغني محمود	٢٧٩٤-٢٨١٣

اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصية

خضير مخيف فارس

جامعة بابل / كلية القانون

الأستاذ الدكتور فراس كريم شيعان

جامعة بابل / كلية القانون

ملخص البحث

بديهيا إن يكون لمصلحة الطفل الفضلى كمعيار تبنته الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وله الاعتبار الأول في اتخاذ كافة الإجراءات الإدارية والتشريعية والإجرائية التي تخص الطفل، تأثير في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصية في العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

إذ يتطلب وفق معيار المصلحة الفضلى إن لا يتقيد القاضي في تعين القانون الواجب التطبيق وفق ضوابط إسناد جامدة تحدد القانون مسبقا ومن دون الاهتمام بمعرفة مضمونه وان كان يحقق حماية أفضل للطفل أم لا، إنما هو يمنح القاضي سلطة تقديرية في اختيار القانون الأفضل لتحقيق الحماية الموضوعية والإجرائية لحقوق الطفل الشخصية في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لما يتسم به من سمات وخصائص تتجاوز من خلالها أزمة ضوابط الإسناد التقليدية كالجنسية والموطن التي تتصف بالحياد والتجرد وبالتالي تتعدى حالة الجمود التي تتسم فيها تلك الضوابط.

وبذلك يظهر اثر معيار مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصية من خلال تجاوز الانتقادات الموجه لضوابط الإسناد التقليدية ومواكبة التطورات في ميدان العلاقات الخاصة الدولية وتحقيق حماية أفضل لحقوق الطفل في معرفة مضمون القانون قبل اختياره ليطبق على العلاقة القانونية ذات البعد الدولي المتعلقة بالطفل.

المقدمة

للطفل كمخلوق بشري ضعيف حقوق أساسية وضرورية بما توفره له من حماية في حياته نتيجة تمتعها بسمات متميزة تجعلها تختلف عن حقوق الإنسان البالغ، إذ تتميز بأنها(حقوق غريزية ولا يقابلها على الأغلب التزامات ولا يمكن التنازل عنها وطبيعتها متغيرة تبعا لمرحلته العمرية بالإضافة لتعلقها بالنظام العام وغير ذلك)[١]، ومن تلك الحقوق ما هو شخصي سواء نصت عليها التشريعات الوطنية في قوانين الأحوال الشخصية[٢]، أو قوانين الأسرة وقوانين الطفل[٣] أم الاتفاقيات الدولية[٤]، والتي من

١- إبراهيم حسن محمد، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٧، ص٦٥.

٢ - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل تناول تلك الحقوق في الباب السادس تحت عنوان الولادة ونتائجها.

٣ - إذ قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ ينص عليها، فالمادة (٤) تنص (للطفل الحق في نسبه إلي والديه الشرعيين والتمتع برعايتهما، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي اليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة، وعلى الوالدين أن يوفرا الرعاية و الحماية الضرورية للطفل وعلى الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته ويحظر التبني)، إما المادة (٦) فتذكر(لكل طفل الحق في أن

شانها توفير تربية ملائمة للطفل في ظل رعاية سلوكية وفكرية سليمة، إذ غيابها يضيع شخصية الطفل ويؤثر على وجوده، ولاتساع نطاق تلك الحقوق ولا يمكن الإلمام بجميعها هنا، لذا سيقتصر بحثنا على التطرق لأهمها لإظهار الضمانات الحمائية للطفل ببيان اثر معيار مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يثار نزاع يتعلق بإحكام تلك الحقوق لحماية حقوق الطفل وضمان مصلحته.

٢- أهمية الموضوع وأسباب اختياره.

تظهر أهمية معيار مصلحة الطفل الفضلى في اتخاذه الاعتبار الأول بكافة الإجراءات الإدارية والتشريعية والإجرائية التي تخص الطفل، وبهذا يوفر اكبر قدر من الحماية لحقوق الطفل في اختيار أفضل القوانين ليطبق على الحق موضوع المنازعة، لذا فإن اختيار موضوع اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصية ليكون عنوانا لهذا البحث يعود لعدة أسباب نجملها بما يلي :-

أ- عمومية لفظ المصلحة الفضلى للطفل الوارد في اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩، والمشاكل المترتبة عليه، جعل عدم وضوح رؤية هذا المصطلح الذي انفتحت عليه التشريعات الوطنية، مما تعطي حافزا نحو دراسته والبحث فيه في نطاق العلاقات الخاصة الدولية.

ب- إن أزمة ضوابط الإسناد التقليدية جعلت المصلحة الفضلى للطفل سببا في الحديث عنها كضابط إسناد جديد له انعكاساته في تنازع القوانين واختصاصات المحاكم وتنفيذ إحكامها المتعلقة بالطفل لما يتمتع فيه سمات تتجاوز معها تلك الازمة.

٣- منهجية البحث

سنعتمد على المنهج التعددي في موضوع الدراسة، كون إن عنوان البحث يتضمن متغيرات متعددة ومختلفة، يتطلب مناقشتها بالاعتماد على معطيات زمانية ومكانية، وإذا كان الاقتصار على منهج واحد قد يخل بعناصر البحث، فأننا سنستعين في تحليل العناصر المشار إليها أعلاه على تعددية منهجية تجمع بين المنهج التحليلي الوصفي المقارن.

٤- **خطة البحث**. انطلاقا من كل ما سبق، وتقيدا بعنوان الرسالة الذي يفرض الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الموضوع محل الدراسة وهي المصلحة الفضلى للطفل، ارتأينا أن نعتمد في هذه الدراسة على خطة تقوم ببيان اثر معيار مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما يثار نزاع يتعلق بإحكام نسب الطفل وحضانته(المبحث الأول)، إلا إن الأمر لا يقتصر على ذلك، فالتشريعات التي تتبنى المبادئ الإسلامية عملت على إقرار مؤسسة الكفالة والمقابلة لنظام التبني في الأنظمة الغربية، وبالتأكيد ذلك في إطار حماية الطفل وضمان مصلحته، مما يتعين علينا إظهار اثر معيار مصلحة الطفل الفضلى في القانون الواجب التطبيق على تلك المؤسسات (المبحث

تكون له جنسية وفقا لأحكام القانون الخاص بالجنسية المصرية)، في حين مادة (٧) (يتمتع كل طفل بجميع الحقوق الشرعية، وعلي الأخص حقه في الرضاعة والحضانة والمأكل والملبس والمسكن ورؤية والديه ورعاية أمواله، وفقا للقوانين الخاصة بالأحوال الشخصية).

٤- ومنها على سبيل المثال الفقرة (٣) من المادة(٢٠) من اتفاقية حقوق الطفل والتي تنص (يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال .وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية).

الثاني)، إلا إن ذلك يتطلب منا التمهيد للموضوع بمطلب نتناول فيه تعريف المصلحة الفضلى للطفل.

المطلب التمهيدي
تعريف المصلحة الفضلى للطفل

تستخدم دائما القوانين والاتفاقيات الدولية والتوجهات العامة في حماية الطفولة بشكل عام عبارة مصلحة الطفل الفضلى والتي في طياتها الكثير مما يضمن حق الطفل واحترامه وتنشئته نشأة صحيحة وتربية أصيلة.

إلا إن مبدأ المصلحة الفضلى للطفل كمفهوم قانوني ما زال يعاني من القصور على مستوى التعريف، خصوصا وأن المفاهيم ذات الدلالة الإنسانية كمصلحة الطفل لا تستمد جوهر مضمونها من المجال المطلق خارج أطار الزمان والمكان، وإنما يرتبط بإطار أنثروبولوجي[٥]ثقافي يختلف من مجتمع إلى أخر ومن زمان إلى أخر، بمعنى إذا كان الطفل طفلا من الناحية البيولوجية في كل الأزمنة، فان مصلحته الفضلى ليست ذاتها كما هي، مما يضفي عليها مفهوما يجعله تحت تأثير جوانب عدة سواء كانت دينية، اجتماعية، حضارية أم سياسية واقتصادية.

ومصطلح المصلحة الفضلى للطفل رغم تعقيد مفهومه، إلا أنه يتسم بالمرونة وقابليته للتكييف على أساس كل حالة على حده[٦]، بمعنى لم يكن هناك تفسيرا واضحا لهذا العبارة سوى أنها تركت لكل ذي اختصاص في مجال اختصاصه حتى يتوخى ويحاط الطفل بأكبر قدر من الحماية مراعاة لمصلحته، لذا نجد المحاولات قد تعددت لإيجاد تعريف قانوني يرتقي بمفهوم المصلحة الفضلى للطفل إلى المستوى العلمي والموضوعي له، خاصة في ظل القصور التشريعي في تحديد مفهومه، إذ لم تتضمن الاتفاقيات والمواثيق الدولية أي تعريف لهذا المبدأ، والحال ذاته في التشريعات الوطنية[٧].

ومن المحاولات في تعريف مصلحة الطفل الفضلى، نجد البعض يعرفها بأنها(اختيار أفضل الحلول وأصلح الوضعيات لتمتع الطفل بها)[٨] وبحسب ذلك قد لا ينسجم أطلاق صيغة الجمع على تلك المصلحة، إذ لا تكون صيغة التفضيل إلا مفرداً.

وذهب أخر في تعريف المصلحة الفضلى للطفل(بأن تحظى مصلحة الطفل الأولوية والرعاية في كل الأوقات سواء العادية أو الاستثنائية)[٩] فالملاحظ على هذا التعريف أنه لم يعرف

---

٥ - الأنثروبولوجيا تعني :- علم الإنسان المختص بالبحث في اصل الجنس البشري وتطوره وعاداته وتقاليده وخصائصه، ومميزات المجتمعات البشرية اجتماعيا وثقافيا. انظر في ذلك قاموس المعجم الوسيط، وكذلك اللغة العربية المعاصر، قاموس عربي عربي، منشور على الموقع الالكتروني الأتي الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٨ :-

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/

٦ - لجنة حقوق الطفل – التعليق العام رقم ١٤(٢٠١٣) المتعلق بحق الطفل في ايلاء الاعتبار الأول لمصلحته الفضلى، الدورة الثانية والستون،١٤كانون الثاني ٢٠١٣، الفقرة ٧، ص٧. وللمزيد انظر الموقع الالكتروني الأتي الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٨ :-

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=369&Lang=ar

٧- كما أن الفقه الإسلامي لم يرد فيه تعريف لمفهوم مصلحة الطفل الفضلى لصعوبة ضبط هذا المعيار لان المصلحة فيه متغيرة من وضعية إلى أخرى، ولكن بعضهم حاول تعريفها بأنها(المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم وعقولهم ونسبهم وأموالهم طبق ترتيب معين بينهم)، انظر في ذلك محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢٧.

٨- علي الشواربي، الحماية القانونية لمصالح الطفل، مجلة القضاء والتشريع، عدد(١) لسنة ١٩٩٩، ص٥٢.

المصلحة الفضلى وإنما يدعو لمراعاتها ليؤمن حماية الطفل في جميع الظروف سواء العادية منها أم الاستثنائية، لان القول بتطبيق مصلحة الطفل الفضلى في الظروف الاستثنائية فقط يذهب بنا نحو أفراغ الحماية المفروضة لصالح الطفل من مضمونها.

وعرف أخر المصلحة الفضلى للطفل بأنها(الأداة القانونية التي تسمح بتحقيق رفاه الطفل على المستوى البدني والنفسي والاجتماعي، ويفرض الواجب على المؤسسات العامة والخاصة في تطبيق هذا المعيار وفي التحقق من أخذه بعين الاعتبار عند أخذ قرار في شأن الطفل وانه يضمن أن تكون مصلحة الطفل على المدى القريب والبعيد، كما يجب إن تكون وحدة القياس عندما يكون هناك تنافس بين عدة مصالح)[١٠]، مما يمكن استنتاجه من هذا التعريف بأنه يضع معياراً أو ضابطاً للإسناد في اختيار أفضل القوانين التي تحقق أكثر حماية للطفل سواء على المدى البعيد أي على المستوى الدولي أو القريب أي المستوى الوطني .

في حين هناك من يحاول إن يجعل المواثيق الدولية أساسا يستند عليه في تعريف المصلحة الفضلى للطفل[١١] إذ يذهب في ذلك باتجاهين، الاتجاه الأول هو التعريف الضيق إذ يحصر تعريف مصلحة الطفل الفضلى بالمبادئ العامة الواردة في المواد (٢، ٣، ٦، ١٢) من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ والتي له ثلاث أبعاد .

أ - حق أساسي: وهو حق الطفل سواء أكان ذكرا أم أنثى في تقديم مصالحه الفضلى وأيلاء الاعتبار الأول لها عندما تبحث المصالح المختلفة للتوصل إلى قرار بشأن المسألة المطروحة، وضمان أقرار هذا الحق كلما أتخذ قرار بشأن الطفل أو الأطفال بوجه عام سواء كانوا محددي الهوية أو لا، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ والتي تنص على أنه (في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية،

---

٩ - د. منتصر سعيد حمودة، الحماية القانونية لمصالح الطفل دراسة مقارنة، بين القانون الدولي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية،٢٠١٠،ص٧١.

10 -Jean Zermatten,L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique. Working report 3-2003,p15.

انظر في ذلك ورقة العمل المنشورة على الموقع الالكتروني الأتي الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٣٠ الساعة٢٠٣٠ مساءا :-

www:hptt\\childernright .org

إذ كان نصه الفرنسي كما يلي :-

((L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence)).

١١ - د. محمد ثامر، المفهوم الدولي الاستغلال الجنسي للأطفال، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد الحادي عشر، لسنة ٢٠١٥، ص٤٢. منشور على الموقع الالكتروني.

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=132012

يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى)[١٢]، وبذلك يفرض على الدول التزاما جوهريا ويمكن الاحتجاج به أمام المحاكم الداخلية للدول الأطراف فيها.

ب ـ مبدأ قانوني تفسيري: وهذا المبدأ يعني عندما يكون هناك أكثر من تفسير للحكم القانوني المراد تطبيقه فيجب أن يأخذ بالتفسير الذي يخدم مصالح الطفل الفضلى بشكل أكثر فعالية. وتوفر الحقوق المكرسة في الاتفاقية وفي بروتوكولها الاختياري الإطار اللازم للتفسير .

ج ـ قاعدة إجرائية: وهنا يعني أن اتخاذ أي قرار يكون له تأثير على طفل أو مجموعة أطفال محددي الهوية أو الأطفال بوجه عام، فيجب أن تشمل عملية اتخاذ القرار تقييما للتأثير المحتمل (الايجابي أو السلبي) المترتب للقرار على الطفل أو على الأطفال المعنيين، ويقتضي تقييم مصالح الطفل الفضلى وتحديدها ضمانات إجرائية، وأضف إلى ذلك، فان مبرر اتخاذ القرار يجب أن يثبت أن حق الطفل قد روعي بشكل صحيح، وفي هذا الخصوص يجب أن توضح الدول الأطراف كيفية احترام الحق في القرار المتخذ، أي أن تبين العناصر التي عُدتّ أنها تخدم مصالح الطفل الفضلى، والمعايير التي استندت إليها في ذلك، وكيفية ترجيح مصالح الطفل على الاعتبارات الأخرى سواء أكانت قضايا واسعة تخص السياسات العامة أم حالات فردية.

والملاحظ على هذا الاتجاه أنه يتسم بالتعقيد في تحديد تعريف مبدأ المصالح الفضلى للطفل على أساس اعتماد كل حالة على حده.

بينما يذهب **الاتجاه الثاني** إلى توسيع تعريف مبدأ مصلحة الطفل الفضلى حيث يستند أصحاب هذا الرأي إلى المبدأ التاسع من الإعلان العالمي لحقوق الطفل لسنة ١٩٥٩، وفقا له فان مبدأ مصالح الطفل الفضلى يتضمن عدة معاني أو حقوق أو حريات للطفل يجب إدماجها بطريقة ملائمة وتطبيقها بطريقة منسقة في جميع الإجراءات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفي السياسات والبرامج والمشاريع كافة ذات الصلة بالطفولة والتي لها أثر على الأطفال مما يستوجب نشرها بين مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة والخاصة والمحاكم والسلطات التنفيذية والهيئات التشريعية كما ينبغي أن يرتكز التعليل القانوني لجميع الأحكام القضائية والإدارية على هذا المبدأ ومنها احترام أراء الطفل.

ونجد بعض الأبحاث القانونية الأكاديمية اتبعت النهج ذاته في تعريف مصلحة الطفل الفضلى إذ جاء لديها تعريف مصلحة الطفل الفضلى سواء كان ذكراً أم أنثى لها مفهوماً ثلاثي الأبعاد، بعدها الأول بأنه حق أساسي للطفل وكذلك مبدأ قانونيا تفسيريا بالإضافة إلى كونه قاعدة إجرائية[١٣].

ومما يلاحظ على التعريفات السابق ذكرها بأنها لا تقدم تعريفا واضحا جامعا لمبدأ المصلحة الفضلى للطفل، إذ يؤكد الفقه بأن تقرير مصلحة الطفل مسألة واقع يصعب تحديده وهي من الاختصاص السيادي للقضاء وبالتالي رتب بان هذا المفهوم ذات مضمون متغير[١٤].

---

١٢ ـ الفقرة الاولى من المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ إذ ورد نصها الانكليزي كما يلي :-
((1). In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration).

13 -Amani k.sultan:child best interest principle: a review on the Jordanian juvenile justice system, master thesis in human rights and human development, the university of Jordan, 2013,p30.

14 -jacqueline rubellin devich ((le principe de l'intérêt de l'enfant dans ha hoi et la jurisprudence francaise)) revue francaise des affaires, a propos des manifestations internationales, population et famille. NO 4 OCTOBRE 1994,p163.

ولكل ما تقدم يمكن للباحث إن يضع تعريفاً للمصلحة الفضلى للطفل، وأن كان ليس جامع ولا مانع، لصعوبة الإلمام الكامل بهذا المبدأ كونه شاملا لحقوق الطفل كافة، باعتباره العمود الفقري الذي تقوم عليه تلك الحقوق، مما يقتضي مراعاته في كل مسألة تتعلق بالطفل سواء على مستوى العلاقات الوطنية أو العلاقات الخاصة الدولية. لذا نقترح إن تعرف المصلحة الفضلى للطفل في نطاق القانون الدولي الخاص بأنه(معيار أو ضابط إسناد يمكن القاضي الذي يعرض إمامه نزاع ذو عنصر أجنبي ومتعلق بمسألة من مسائل حقوق الطفل الشخصية أو ذات الصبغة المادية من اختيار أفضل القوانين المتنازعة بشأنها ليكون واجب التطبيق ويضمن اختصاص قضائي دولي ملائم بتحقيق أوسع حماية قانونية للطفل بحصوله على حكم له قابلية التنفيذ بما يحقق للطفل أعلى قدر من الحق المتنازع فيه). وبالتالي يعتقد الباحث بأن هذا التعريف يعطي أفضل معنى لمصلحة الطفل الفضلى في مجال العلاقات الدولية الخاصة، من خلال اختيار الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الأصلح للعلاقات القانونية التي يكون الطفل طرفا فيها خصوصا إذ كانت عابره للحدود .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الحضانة والنسب وفق معيار مصلحة الطفل الفضلى

تمثل حضانة الطفل المرحلة الأولى من الولاية على النفس لما لها من اثر كبير في حمايته، لكونه لا يزال ضعيفا يحتاج إلى من يحميه ويدير شؤونه، لا سيما فيما إذا حصل طلاق لزواج مختلط يصدع أسرة الطفل، إذ انه يرتبط أو يترتب عن حق ثبوت النسب حاله حال غيره من حقوق الطفل الأخرى، مما يظهر حساسية حق الحضانة بحياة الطفل وشدة ارتباطه بحق النسب لوالديه، مما يطرح التساؤل عن مدى استجابة ضوابط الإسناد التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة والنسب لمعيار مصلحة الطفل الفضلى لتوفير أفضل حماية لحقوقه، لذا وللإجابة عن ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، ليكون دور مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حق الحضانة موضوع (المطلب الأول)، بينما دور مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حق النسب(المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة

لاختلاف التكييف القانوني للحضانة أثر في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، كما إن تشريعات الدول قد تباينت من تبني موقف موحد إزاء ذلك، حيث تشريعات أخضعتها لقاعدة إسناد خاصة[١٥]، في حين تشريعات أخرى، ليس لديها قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، فالمشرع الفرنسي سكت عن قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، مما جعل الفقه يبحث عن الحلول الواجبة التطبيق، بينما القضاء الفرنسي فضل اعتبار الحضانة اثر من آثار الطلاق متأثراً بالمعتقدات الدينية التي يرتبط بها ، وهو ما نجده بقرار مجلس قضاء باريس بتاريخ ١٩٥٤/١١/٢٣ الذي يشر بان(القانون الواجب التطبيق

---

١٥ - فالمشرع العراقي اخضع سائر الواجبات بين الإباء والأبناء بقاعدة إسناد واحدة هي قانون جنسية الأب بموجب المادة(٤/١٩) مدني عراقي، كما إن المشرع التونسي بالمادة(٥٠) من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص اخضع الحصانة لقاعدة إسناد خاصة عندما نص(تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره ويطبق القاضي الأفضل للطفل)، والحال ذاته في قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بالمادة(٤٣) إذ تنص(يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة).

على الحضانة هو قاعدة الإسناد المتعلقة بالطلاق)[١٦]، مما يفسح المجال للاجتهاد للوصول لقاعدة الإسناد التي تشير للقانون الواجب التطبيق على الحضانة، إذ ترد الاتجاهات الفقهية والقضائية الحضانة إلى عدة نظم تدور في إطار تلك العلاقة، حيث مسألة الحضانة تتداخل مع أفكار متعددة، تارةً ضمن فكره الزواج باعتبارها أثراً من آثاره، وأخرى مع فكرة الطلاق، بالإضافة لعلاقة الأولاد بالإباء[١٧]، وبالتالي أنعكس هذا الأمر على تحديد القانون الواجب التطبيق على الحضانة، فبدلاً من أن يكون قانون واحد واضح ينعقد له الاختصاص في مسائل الحضانة، نجد عدة قوانين تتزاحم هذا الاختصاص يرجح إن يكون كل منها الأنسب لحكم العلاقة التي تشير إليها قواعد الإسناد.

فعلى مستوى الاجتهادات الفقهية نجد الخلاف حول القانون الواجب التطبيق على الحضانة ترد إلى عدة اتجاهات، فالاتجاه الأول[١٨]يرى أنصاره إن القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج هو الذي يطبق على الحضانة، ومن ثم خضوعها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، ولعل هذا الاتجاه لا يتوافق ومعيار المصلحة الفضلى للطفل في تحقيق حمايته، لا سيما من خصائص معيار المصلحة الفضلى النسبية، أي لا يمكن ضبطه في وقت معين لكونه ليس ثابتا وقابلا للتغير في كل حالة على حده، بما يعطيه من سلطة تقديرية للقاضي في اختيار الأفضل، وكما نعتقد بإن هذا التغيير لا يتعارض وفكرة الأمن القانوني، إذ إن الأمن القانوني كما يتطلب مناخا قانونيا سليما واستقرارا للقاعدة القانونية وللمعاملات، أيضا يحتاج إن يتوافق مع حاجة أخرى هي مواكبة التحولات التي يعرفها المجتمع المعاصر وتعد المصلحة الفضلى من التحولات المستحدثة[١٩] أضف إلى ذلك وحسب ما نلمسه من الواقع بان منازعات الحضانة لا تثور إلا عند وقوع الفرقة بين الزوجين وانهدام الحياة المشتركة بينهما بأحد أسباب انتهائها، وبالتالي ليس من المعقول إن يحقق القانون الذي يحكم إنشاء العلاقة الزوجية مصلحة الطفل بعد انحلالها.

في حين الاتجاه الثاني وهو الاتجاه الرائج في القضاء والفقه المصري والفرنسي والانكليزي والأمريكي [٢٠] ذهب نحو تكييف الحضانة اثر من آثار انحلال الزواج، وبالتالي تطبيق قانون تلك الآثار على حق الحضانة بحسبان مشكلة الحضانة لا تثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية، وبذلك يكون قانون جنسية الزوج هو المختص حسب

١٦- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بلقايد تلسمان، الجزائر، ٢٠١٨/٢٠١٩،ص١٢٢.

١٧ - دكتور فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص١٥٧.

١٨ - د.عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)،بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،جامعة قطر،العدد(٢٥) لسنة ١٤٢٨ ه/٢٠٠٧م، ص٤٦١.

١٩- عبد المجيد غميجة، مبدأ الامن القانوني وضرورة المبدأ القضائي، الدار البيضاء، ٢٠٠٨، بحث منشور على الموقع الالكتروني.

http://www.ism.ma/basic/web/pdf/docetude/autre/autre9.pdf

٢٠ - د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً. ط١. مكتبة الجلاء الجديدة. المنصورة. ١٩٩٦، ص٣٦٥.

حالة انحلالها[٢١]، وبناءا على ذلك نرى الاتجاه الثاني لا يحقق التوافق المطلق مع معيار مصلحة الطفل الفضلى، فبالإضافة لما سبق قوله من تبرير في معارضة الاتجاه الأول، نقول إن الحضانة ليست المسألة الأولية للقانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة، وإنما نتيجة تبعية للخلافات بين الوالدين، وبالتالي قد يتعارض حق الطفل في حضانته مع حقوق الوالدين الأخرى التي أساسها إنهاء رابطة الزوجية، ومن ثم يكون ذلك القانون غير ملائم لحكم الحضانة،خصوصا من سمات معيار مصلحة الطفل الفضلى التفضيل.

بينما الاتجاه الثالث يخضع الحضانة للقانون المطبق على ولاية مال الصغير، وهو بذلك قانون جنسية الصغير مستندين في ذلك على نصوص تشريعية قانونية[٢٢]، ويرى أنصاره[٢٣]بأنه اتجاه قضائي وليس فقهي، إذ لم يجد له تدعيما في آراء الفقهاء ولكن تبنته المحاكم، ففي قرار حكم يتعلق بطلب جده (مصرية الجنسية) حضانة حفيدتها (كويتية الجنسية) من ابنتها المصرية المطلقة من كويتي لصغر سن الطفلة وإنها لم تستغن بعد عن خدمة النساء، والمحكمة قد طبقت القانون الكويتي الذي يطبق إحكام الشريعة الإسلامية، وعندما 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 [٢٤]

إلا إن هذا الاتجاه لا يمكن التسليم به ولا يمكن إن يحقق ما يرمي له معيار مصلحة الطفل الفضلى، وبالتالي لا يتوافق معه، خصوصا وان هناك فروقا بين الولاية على المال والمنصوص عليها تشريعيا كما سبق القول والتي تخضع لقانون جنسية الصغير، وبين الولاية على النفس والتي تقترب طبيعتها من الحضانة، وأشارت إليه إحكام قضائية[٢٥]، أضف إلى ذلك نجد في مشروع القانون المدني المصري يضم نصا تحت رقم(٣٥) والذي يقضي(بان يسري قانون الأب على الحقوق والواجبات ما بين الأباء والأبناء، فإذا لم يكن الأب معروفا فيسري قانون الولد)[٢٦]، فما يستوحى من ذلك النص انه يميز بين الولاية على النفس والولاية على المال وبالتالي ما أشار إليه المشرع المصري في المادة(١٦)منه هو لحماية أموال الطفل وليس حضانته التي تعني حفظ الطفل ورعايته، كما وتعتبر من ضمن الحقوق المتبادلة بين الأب والابن وبذلك يكون

---

٢١ - أي وقت الطلاق إذا كان الانحلال عن طريق الطلاق، ووقت رفع الدعوى إذا كان الانحلال عن طريق التطليق أو الانفصال الجسماني، وهو تطبيقا لنص الفقرة الثاني من المادة(١٣) مدني مصري والتي تنص على انه (أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الدعوى).

٢٢- فالمادة (١٦) مدني مصري تنص (يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته).

٢٣ - د.عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة...، مصدر سابق، ص٤٦٥.

٢٤ - د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،ص١٠٠.

٢٥ -ومنها قرار محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في (١) يونيو ١٩٧٦ في القضية رقم(٥) لسنة ١٩٧٦(دائرة الأحوال الشخصية/ أجانب) حين قررت بان الحضانة من صميم الأحوال الشخصية، وان حقوق الصغار في علاقاتهم بوالديهم لها كيانها المستقل عن علاقات الزوجين معاً سواء كان ذلك إثناء علاقة الزواج أم بعد انحلالها

٢٦ - د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الحماية القانونية لتصرفات القاصر المالية في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، ١٤٠٩ه/١٩٨٨, ص٦٣.

قانون جنسية الأب هو الواجب التطبيق(*)على اعتبار الأب هو رب الأسرة، ومع ذلك نرى بان هذا القانون قد لا يحقق دائما حماية أفضل للطفل لا سيما في أي وقت يعتد بالقانون الشخصي للأب والذي قد يتغير في المراحل الزمنية لعمر الطفل والتي تتصف حقوقه ذات طبيعة متغيرة تبعا لسنه، أي حقوق تتصف بأنها متحركة دوما مما يحتم تغيير القانون المطبق والذي يحقق حمايتها بأكبر قدر ممكن، اذ في أعقاب الولادة نتحدث عن حق الطفل في الاسم والجنسية والرضاعة وهي حقوق تنتهي عند انتقاله لمرحلة عمرية معينة فيصبح من غير المنطقي الحديث عن قانون يؤمن حق الطفل وهو في عمر عشر سنوات، مما يعني إن حقوق الطفل المقررة له في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية على حد سواء يتم حمايتها بالتدرج المناسب لسنه، ويوجد من التشريعات التي توفر حماية لحقوق الطفل بشكل يستند إلى المراحل العمرية للطفل(٢٧).

ولعل هناك اتجاه رابع(٢٨)يرى الحضانة بأنها من أثار النسب، ومن ثم لابد من انطباق القانون الواجب التطبيق على أثار النسب على الحضانة، وهو بالتالي قانون جنسية الأب باعتبار أثار النسب تمتد إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأب والابن (الطفل) كما هو حال الولاية على النفس والتي تعتبر الحضانة المرحلة الأولى منها.

ولكن ما يقدح بهذا الاتجاه بالإضافة لوقت إعمال هذا القانون اهو وقت الميلاد أم وقت الزواج، كون الحضانة ليس كآثار النسب، فالأخيرة مسألة أولية مفروغ منها وجوهرها شرعية الطفل أو ثبوت نسبه لا بيان من له الحق في رعايته أو تربيته(٢٩)، إذ قد يعهد بالحضانة لغير من يثبت نسبه إليه لنقص أهليته أو عدم أمانته على الطفل، زد على ذلك ما يؤخذ على هذا الاتجاه انه يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على الحضانة فيما إذا تعدد الأبناء وتغير قانون الأب(٣٠).

وبهذه المثابة لا يكون لهذا الاتجاه أفضلية عن بقية الاتجاهات السابقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على الحضانة، إلا انه لو أردنا إن يكون له الأفضلية، نجد إن يتم إعمال قانون جنسية الأب دون تحديد الوقت معتمدين في ذلك على سلطة القاضي التقديرية أفضل من إعمال وقت معين، وذلك بتقدير كل حالة على حده، وبالتالي سيتوافق مع معيار مصلحة الطفل الفضلى في منحه سلطة التقدير للقاضي في اختيار القانون الأصلح لحكم الحضانة.

---

* - أذ تؤكد ذلك إن قوانين دول الانكلو أمريكية يخضعون الولاية على النفس لقانون موطن الأب مع إمكانية تطبيق قانون القاضي على بعض المسائل، إلا إنهم يطبقون قانون موقع المال على الولاية على المال، في حين قوانين الدول اللاتينية ومن اقتفى أثرها تخضع السلطة الأبوية والتي تضم الولاية على النفس والولاية على المال للقانون الشخصي للأب غالبا.انظر في ذلك دكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧، ص٢٤٣ .

27-zuker marvin & roderick flynn:Children's law Handbook,(Toronto:Thomson Carswell, 2005), p1-11.

٢٨ - د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة، ص٥٦٢.

٢٩ - د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً، مصدر سابق، ص٣٦٦.

٣٠ - يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق،ص١٠٣.

إما الاتجاه الخامس[*] يرى مؤيدو إن القانون الواجب التطبيق على الحضانة يجب إن يكون هو القانون الأصلح للطفل[٣١]، ويستند أنصاره بان تطبيق قواعد معينة من قانون معين بشكل تلقائي لا يتفق مع طبيعة النزاع على الحضانة، ويغلبون حق المحضون على الحاضن والذي من سمات معيار مصلحة الطفل ككونه معيار تفضيلي، وبالتالي تطبيق القانون الذي يحقق أفضل مصلحة للطفل بحمايته من الخلافات الزوجية وتحديد أيهما أصلح للقيام بواجب الحضانة[٣٢].

ونجد من أحكام القضاء وخاصة الأمريكي منها تؤكد هذا المنهج بمنازعات الحضانة ذات العنصر الأجنبي ففي أطار قوانين دول النظم الانكلو أمريكية ومنها قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي تؤسس الحضانة على تحقيق مصلحة الطفل الفضلى إلى الحد الذي تعتبره نظام عام لتدفع به القوانين الأجنبية والوطنية التي لا تقيم الحضانة على هذا الاتجاه، كما ترفض تنفيذ الأحكام الصادرة وفقا لذلك[**].

ويتضح من كل الاتجاهات المتقدمة إن الاتجاه الأخير أي تطبيق القانون الأصلح للطفل هو الأفضل من بينها، وبالتالي الأخذ به يوجب القول بأن كل قضية ذات عنصر أجنبي ومتعلقة بالحضانة يجب إن يتقرر الحق بها حسب وقائعها وظروفها الخاصة، ومن ثم تطبيق القانون الذي يحقق ذلك وفقا لمعيار مصلحة الطفل الفضلى الذي هو معيار ذاتي وليس موضوعي، أضف لذلك بان حق المحضون(الطفل) في الحضانة يمثل مركز الثقل مع علاقته بمن يقوم بواجب الحضانة مما يتوجب تطبيق القانون الذي يحقق مصلحته.

---

* -وهذا الاتجاه تأكد في قضاء محاكم الدول التابعة للنظام الأنكلو أمريكي(انظر الهامش رقم ٣ ادناه)، كما اعتبرته السوابق القضائية على انه من خصائص (common Law)، إذ دول العالم تنقسم إلى مجموعتين من النظم، تتمثل الأولى بنظم القانون العام (common Law) ، المتأثرة بالقانون الأنكلوسكسوني (الانكلو أمريكي)حالياً، كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانية وكندا، بينما الثانية تتمثل بنظم القانون المدني (Civil Law) المتأثرة بالقانون الروماني كفرنسا والدول العربية ومنها العراق ومصر.

٣١ - د.عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)،مصدر سابق، ص٤٦٧.

٣٢ - د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨،الطبعة الأولى، ص٦٥٢.

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

وبذات الوقت لجأت الزوجة إلى محكمة نيوجرسي بالولايات المتحدة الأمريكية مطالبة بحقها في الحضانة، إذ أختصاص هذه المحكمة يقوم على أساس تحقيق أفضل حماية لمصالح الطفل، وليس أساس موطن الوالدين، ولكن الزوج استند على الحكم الصادر لصالحه من المحكمة الشرعية بغزة عام ١٩٩٣ م ، إلا إن محكمة نيوجرسي رفضت تنفيذ هذا الحكم الصادر بحضانة الزوج للطفل، مستندة بذلك لعدة أسباب منها أجرائي وأخر موضوعي، حيث وجدت محكمة نيوجرسي إن القانون الذي طبقته المحكمة الشرعية يؤسس الحق بالحضانة على أساس السن اعتبرته المحكمة الأمريكية أساسا تحكميا أو تلقائيا وانه يخالف قانون ولاية نيوجرسي الذي يؤسس الحضانة على تحقيق أفضل مصلحة للطفل والذي يحقق للطفل السعادة والعيش الرغيد ، وثم انتهت المحكمة إلى إن القانون الذي طبقته محكمة غزة يخالف النظام العام وفق المنهج المعمول به في الولاية.

المطلب الثاني

دور مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

النسب يمثل العمود الفقري في تشكيل التوازن داخل الأسرة وخارجها اتجاه المجتمع، بحيث يكون أي خلل يمسه يؤدي لا محال إلى انهيار المجتمع، وبالتالي سيتعدى موضوع تحديد النسب إلى طرق إثباته أو الكشف عن وجوده إلى جانب طرق نفيه عند الشك في انتساب الولد إلى الوالد أو عند إنكار البنوة.

وإذا كان النسب يعني نسبة الطفل إلى أبويه نتيجة لعقد زواجهما الشرعي(٣٣) أو هو البنوة الناشئة عن عقد زواج شرعي(٣٤)، ومع ذلك يتحقق بطريقتين أولهما الأصلية وتعتمد على صلة الدم وثانيهما المصطنعة والتي تعتمد صلة الاسم إي التبني، وقد أشارت إليها اتفاقية حقوق الطفل[*] لعام ١٩٨٩، والتي سنتناولها في المطلب الثاني.

وحيث إن الطريقة الأصلية لها صورتين هما البنوة الشرعية والتي تعني انتساب الابن إلى أبويه نتيجة علاقة زواج شرعية، والبنوة غير الشرعية وهي انتساب الابن إلى أبويه نتيجة علاقة زواج غير شرعية، مما يثير منازعات في شأنهما، لذا يستدعي البحث عن كيفية حلها من خلال تحديد القانون الواجب التطبيق عليهما، ومن ثم يطرح التساؤل عن مدى ملائمة القانون الواجب التطبيق والمحدد وفق ضوابط الإسناد التقليدية لمعيار مصلحة الطفل الفضلى، وللإجابة نتناوله فيما يلي:-

المقصد الأول

القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي

اختلفت الآراء الفقهية والنصوص التشريعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية، إذ لم تأخذ بحل واحد وإنما تباينت حلولها، فتأرجحت بين عدة اتجاهات، فأولها والذي أخذت به بعض التشريعات[**]، يرى تطبيق القانون الشخصي للطفل المراد أثبات نسبه يوم ولادته بغض النظر عن إي تغيير لاحق في هذا القانون، مستندين في ذلك على أساس البنوة تمثل صفة في الطفل وتشكل جزءا من حالته علاوة على إن الطفل هو الطرف الضعيف في العلاقة، كما إن جميع دعاوى النسب يكون مركز ثقلها هو الطفل(٣٥)، لذا يكون من مصلحة الطفل إن يخضع النسب لقانونه

---

٣٣ - د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٣٣.

٣٤ - يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥٨.

* - المادة (٢٠) من اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩.

** - القانون الدولي الخاص السويسري الذي اخذ بقانون دولة الإقامة للطفل في مادته(٦٨)والصادر عام ١٩٨٧، إذ تنص (١- يخضع ثبوت وتحقيق ونقض النسب لقانون دولة الإقامة العادية للطفل ٢- ومع ذلك إذا لم يكن أي من الوالدين متوطنا في دولة محل الإقامة العادية للطفل وكان للوالدين جنسية نفس الدولة فيسري قانون تلك الدولة). وكذلك القانون الألماني في مادته(١٨) والصادر في عام ١٩٦٥.

٣٥ - د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً. مصدر سابق، ص٣٧٤.

الشخصي[٣٦] [٣٧]، بشرط إن يكون القانون الشخصي غير مخالف للنظام العام لدولة القاضي[٣٨]، إلا إننا نعتقد بان هذا الاتجاه والذي يعتمد القانون الشخصي للطفل لا يلائم معيار مصلحة الطفل الفضلى دائما، فهو على الرغم انه يستلزم إن لا يخالف النظام العام ومعيار المصلحة الفضلى يعد من مقتضيات النظام العام، نجده لا يعتد بالسلطة التقديرية للقاضي التي تعد المرتكز الأساسي في معيار المصلحة الفضلى عند تحديد القانون الأفضل ليطبق على البنوة الشرعية بما يضمن حماية اكبر للطفل.

في حين اتجاه أخر يعتمد القانون الشخصي للأم كقانون واجب التطبيق على البنوة الشرعية، معللين ذلك لأهمية دور الأم في العلاقات الأسرية، وبالتالي يعد قانونها في الغالب محور أساسي للدعاوي المتعلقة بالنسب، إذ من النادر إن تكون الأم مجهولة باعتبارها واقعة مادية هي واقعة الولادة بخلاف وضع الأب الذي يحتمل فيه ذلك، أضف لذلك اعتماد هذا القانون يؤدي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق إذا تعدد الأطفال واختلفت جنسياتهم عن جنسية أمهم[٣٩].

واخذ بهذا الاتجاه المشرع الفرنسي[*]بصفة أصلية بالمادة (٣١١ف ١٤) من القانون المدني بالتعديل الصادر في (٣) يناير(كانون الثاني) عام ١٩٧٢، ومن ثم تم تعديله بموجب المرسوم رقم ٧٥٩-٢٠٠٥ المؤرخ ٤ يوليو(تموز) ٢٠٠٥ والنافذ اعتباراً من ١ يوليو٢٠٠٦ عندما رأى أن تطبيق القانون الشخصي للأم يضمن تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات المعروضة على القضاء[٤٠]، حيث نصت على أنه (تخضع البنوه القانون الشخصي للأم يوم ميلاد الطفل، فإذا لم تكن الأم معروفة فالقانون الشخصي للطفل)[**]، فالملاحظ هنا العبرة بقانون الدولة التي تنتمي لها الأم وقت ميلاد الطفل، كما انه لم يفرق بين حالتي النسب الشرعي والطبيعي.

وحسب ما نعتقد بان هذا الاتجاه لا يتوافق دائما مع معيار مصلحة الطفل الفضلى، إذ إن القانون الشخصي للام وخصوصا في القوانين محل المقارنة هو قانون الجنسية، والجنسية كضابط إسناد تقليدي واجه عدة إشكالات مما ادخله في ازمه وقد بينا ذلك، لا سيما في حالة تعدد أو انعدام الجنسية، فأي القوانين يطبق في تلك الحالة، أضف لذلك بأن معيار المصلحة الفضلى يتجاوز جمود وصفة عدم الحياد في ضوابط الإسناد

---

٣٦ - د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٤٣٣.

37-L. HARRIS, the Basis for Legal parentage and clash bettween custody and child support,p611, see https://makinneylaw.iu.ed/ilr/pdf/vol42.pdf.

٣٨ - يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٥٩.

39-K.SAARLOOS, European private international Law on Legal parentage, Thoughts on a European instrument implementing,The priciple of mutual Recognition in Legal parentage, Degree of Doctor, maastricht university, 2010.p129.

* - وبذات الاتجاه ذهب القانون الألماني عند تطبيق قانون الأم على نسب الطفل ولم يميز الطفل من الزواج الشرعي عن الطفل من خارج إطار الزواج، والحال ذاته في القانون الايطالي.

٤٠ - ذ تكشف الإحصائيات أن المرأة المتزوجة من فرنسي في الغالب تكتسب الجنسية الفرنسية، بينما المرأة الفرنسية المتزوجة من أجنبي تبقى محتفظة بجنسيتها الفرنسية. انظر في ذلك د.رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على النسب، ص٩٣. بحث منشور على الموقع الالكتروني.

https://www.academia.edu/15368645

** - حيث ورد نصها الفرنسي كما يلي:-

(La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant).

التقليدية والتي ينادي الفقه الحديث بتجاوزها، كما إن المشرع الفرنسي عند أخذه بهذا الاتجاه لم يكن هناك إلزام دولي عالمي نحو معيار مصلحة الفضلى، الذي أحدثته اتفاقية حقوق الطفل لعام١٩٨٩.

بينما تتجه اغلب التشريعات نحو الاتجاه الثالث الذي يقرر الاعتداد بالقانون الشخصي للأب ــ سواء كان قانون الجنسية أم قانون الموطن ــ في تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة الشرعية، على اعتبار إن الأب يتأثر بذلك النسب ويترتب عليه التزامات من جراء ثبوته، لكونه رب الأسرة والسبب في وجود الابن فيتعين العمل بقانونه، بالإضافة إلى ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الأبناء، وهذا الاتجاه هو الراجح فقها[٤١] وتشريعا، إذ أخذ به التشريع العراقي[*] في المادة (١٩) الفقرة (٤) من القانون المدني والتي تنص على أنه (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات مابين الإباء والأولاد يسري عليها قانون الأب)، فالملاحظ على المشرع العراقي لم يحدد وقت تطبيق قانون الأب، كما أشارت إليه التشريعات الأخرى بوقت ميلاد الطفل أو وقت وفاة الأب، إلا انه مع ذلك ولكون البنوة في حقيقتها اثر من آثار الزواج فيتعين إن يحكمها القانون الذي يحكم هذه الآثار وقت انعقاد الزواج، وهو ما يؤيده جانب من الفقه، إذ بين الفقيه(Batiffol) إن تطبيق قانون الأب على النسب هو قانون واجب التطبيق على رابطة لا على شخص ، ولكون النسب رابطه من روابط الأسرة فالمتعين إن يحكمها القانون الذي يحكم تلك الروابط وهو القانون الذي يحكم آثار الزواج. [٤٢].

وإذا كان المشرع المصري لم يأخذ بهذا الاتجاه في القانون المدني لأنه قد حذف ما تضمنه مشروع قانونه المدني لبعض قواعد الإسناد التي تحكم النسب وتحدد القانون الواجب التطبيق عليه[٤٣]، إلا انه كان يتبنى هذا الاتجاه من خلال قانون لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة رقم (٤٩) لسنة١٩٣٧ في المادة (٢٩)منه[**]، وكذلك في قانون رقم (٩١) لسنة١٩٣٧ بشأن اختصاص محاكم الأحوال الشخصية المصرية في المادة (٣)[***] منه، وبالتالي يكون المشرع المصري لم يخرج عن هذا الاتجاه .

---

٤١ - د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، ص ٣٢٣.ويقول في هذا المجال ((إذا ما تخيرنا الآراء الفقهية لفضلنا الرأي القائل بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب، ويبرر تفضيله أن البنوة الشرعية تتصل بمصلحة الأسرة ليس بمصلحة الطفل)).

* - والحال نفسه في قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم(٥) لسنة١٩٦١ إذ نصت المادة(٤١) منه (يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالنبوة وإنكارها، وإذا مات سرى قانون جنسيته وقت الوفاة). كذلك الحال في القانون المدني القطري في المادة (١٩) والجزائري في المادة (١٣مكرر) والانكليزي والأمريكي والألماني وغيرها.

٤٢ - د. اشرف محمد وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية.ص٣٥٧.

٤٣ - د. صاحب الفتلاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني(دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث(العلوم الإنسانية)، المجلد ١٩(٤) سنة٢٠٠٥.ص١٢٨٦.

** - إذ تنص (... وفي المسائل المتعلقة بالبنوة وتصحيح النسب والإقرار بالأبوة وإنكارها إلى قانون بلد الأب...)

*** - ونصها(...وفي المسائل المتعلقة بالبنوة وتصحيح النسب والإقرار بالأبوة وإنكارها إلى قانون بلد الأب ...)

وبتلك المثابة نجد هذا الاتجاه على الرغم من إنه هو السائد فقها وقضاء وتشريعا إلا انه لا يتوافق دائما مع معيار المصلحة الفضلى، إذ بالإضافة لما يترتب عليه من إشكالات ضوابط الإسناد الكلاسيكية، نتصور أنه لا يعطي القاضي السلطة التقديرية لتقدير مصلحة الطفل التي تعتبر من ضمن خصائص ذلك المعيار، ومن ثم اختيار القانون الأفضل لتأمين حمايته من إنكار نسبه وتسهيل طرق اثباته.

إما الاتجاه الرابع فيخضع البنوة الشرعية للقانون الشخصي للوالدين معا إي تطبيقا جامعا، معلقا على ذلك بان الطفل موضوع النسب هو نتاج علاقة زوجية صحيحة ومشروعة، لذا فالأمر يتصل بتلك العلاقة ووجودها وبتنظيم الأسرة، ومن ثم هذا الاتجاه يميز بين حالتين للقانون الشخصي للوالدين، الأولى إذا كانا متحدا الجنسية والعلاقة الزوجية مازالت قائمة فيطبق قانونهما الشخصي لحظة ميلاد الطفل، إما إذا اتحدا الجنسية وعرى الزوجية قد انقضت فيطبق قانونهما الشخصي وقت انحلال هذه الرابطة[*]، إما الثانية اختلاف جنسية الوالدين فيطبق قانون الدولة التي يتوطنون بها[**].

ووفقا لاتجاه خامس وجد له أساس في بعض أحكام القضاء الفرنسي[***]، الذي يخضع البنوة الشرعية للتطبيق الجامع إي الإحكام المتفقة لقانون الأب وقانون الابن، حملا على اعتبار تلك البنوة عنصر من عناصر حالة الابن والأبوة عنصر من عناصر الأب(٤٤)[٢٧، ص٣٦٢]. وانتقاد الفقه لهذا الاتجاه لم يجعل أن يكتب له النجاح لكون قيمته نظرية فقط بعيدا عن التطبيق العملي، لا سيما وان ثبوت النسب هنا لابد من توافق إحكام القانونين جميعا وهو أمر صعب المنال، لان الغالب لابد إن يوجد فيه تعارض في الإحكام بين قانون الأب وقانون الابن، والتي يتعين الخروج منها.

وإذا كان الفقه ذاته الذي يذهب لذلك الاتجاه يوجه له من الانتقادات كما سبق لنا بيانها، يجعله غير ملائما في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب وفق ضوابط الإسناد التقليدية التي تحكم الأحوال الشخصية ــ الجنسية والموطن ــ يكفي للقول بعدم تلائمه

---

* - وقد اخذ بهذا الاتجاه بصفة أصلية القانون الدولي الخاص النمساوي في المادة (٢١)منه والتي تنص على انه(تخضع شروط شرعية النسب الطفل ونقضه للقانون الشخصي للزوجين وقت ميلاد الطفل أو وقت انحلال الزواج إن كان قد انحل قبل هذا التاريخ ....) ، واخذ به بصفة احتياطية القانون الدولي الخاص السويسري في الفقرة (٢) من المادة(٦٨)منه والتي تنص()اذ ورد نصها الأجنبي كما يلي:

(If, however, neither the father nor the mother is domiciled in the State of habitual residence of the child and if the child and the parents are citizens of the same State, the law of that State shall be applicable).

** - وقد اخذ القانون الهولندي بقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت ولادة الطفل، فأن كانا مختلفا الجنسية فمكان إقامتهما المعتاد، فان لم يكن لهما مكان إقامة معتادة فقانون إقامة الطفل.

*** - ففي حكم لمحكمة أكس(Aix) الفرنسية بتاريخ (٢٢) كانون الأول(ديسمبر) ١٩٢٤، والذي أكدت به إن البنوة علاقة ذات طرفين، وتخلق رابطة بين والابن، رابطة تؤثر في حالتهما معا، فكان من الطبيعي أن يحكمهما قانون واحد يؤدي تطبيقه إلى نفس النتائج ولا يمكن إن يتحقق إلا بالجمع بين القانونين معا إي قانون الأب وقانون الابن، إذ لو أعملنا احدهما فقط لضحينا بمصلحة الطرف الأخر، بان نفرض على الأب بنوة شرعية في حين أن قانونه يرفضها، أو نجابه الطفل بدعوى إنكار في حين أن قانونه لا يعرفها. نقلا عن الدكتور جابر جاد عبد الرحمن، المصدر السابق، ص٣٩٠.

٤٤ - د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي)، مصدر سابق، ص٣٢٣.

مع معيار مصلحة الطفل الفضلى كضابط إسناد حديث الذي يعطي السلطة التقديرية للقاضي في تحديد القانون الأفضل للطفل عندما يتعلق الأمر بنزاع يتعلق بحقوقه.

بينما رجحت بعض التشريعات[****] الاتجاه المدعوم بتأييد قضائي متنامي، إذ نجد حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٥ في الطعن رقم ١٣٨٩ السنة ١٢٣ ق، والطعن رقم ١٥٠٣ لسنة١٢٣ ق والطعن ١٦٠٥ السنة١٢٣ق، عام ٢٠٠٦، الذي يعتبر حكم تاريخي كسابقة هي الأولى من نوعها في القضاء المصري بشأن مصلحة الطفل، أسسته المحكمة على ركيزة تحقيق مصلحة الطفل الفضلى، مقررا بذلك بأن الأصل إن النسب يحتال في إثباته بما هو جائز عقلا وقبوله شرعا إحياء للولد ومراعاة لمصلحة. وللإطلاع على تفاصيل الحكم(٤٥) الذي يدعو إلى الأخذ بما هو في صالح الطفل أي الاعتداد بمصلحة الطفل الفضلى كاعتبار أسمى، إي تطبيق القانون الأكثر صلاحية لمصلحة الطفل بما يحقق ثبوت نسبه لا نفيه أو إنكاره أيا كان هذا القانون من القوانين في الاتجاهات السابق ذكرها(٤٦).

ومما نرى في هذا الاتجاه أنه يساير معيار مصلحة الطفل الفضلى والتي تقابل القانون الأفضل أو الأصلح للطفل، لا سيما وأنه يصب في دعم وحماية الطفل في شأن الخلافات الدولية الخاصة بالنسب، ولكون النسب يشكل حجر الزاوية لضمان حقوقه مما يتعين معه الركون دائما إلى القانون الأفضل لمصلحة الطفل مجانبا بذلك الإعمال الحرفي لنصوص القانون المتعلقة بحل منازعات البنوة الشرعية ذات العنصر الأجنبي التي يجب إن تكون محور غايتها تحقيق مصلحة الطفل، ومن ثم مدى تأثير مصلحة الطفل الفضلى كضابط إسناد حديث تبنى بصورة أساسية القضاء الأوربي في تنازع القوانين لأجل اختيار الأفضل من القوانين المتنازعة ليطبق على منازعات النسب الشرعي.

المقصد الثاني

القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي

موضوع البنوة غير الشرعية أو كما يطلق عليها البنوة الطبيعية، وهي التي تكون ثمرة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، والتي تثير تناقضات كبيرة في مجال تنازع القوانين، خصوصا وان الشريعة الإسلامية لا تعترف بها أيا كان مصدرها، إذ يفرق بشأن هذه العلاقة بين ثلاث فروض الأول وهو بنوة غير شرعية عادية ويسمى الولد فيها ولدا طبيعيا وهو ناتج عن علاقة رجل بامرأة كلاهما غير متزوجين أو كان زواجهما باطلا بطلانا مطلقا على سبيل المثال، بينما الثاني ولد الزنا وهو ناتج من علاقة رجل وامرأة يرتبط كلاهما أو احدهما بعلاقة زوجية بشخص من الغير، إما

**** - فالقانون الدولي الخاص التونسي ذي الرقم (١٩٩٧) والصادر بتاريخ ١٩٩٨/١١/٢٧ والذي ينص الفصل (٥٢) منه على انه (يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره والقانون الشخصي للطفل أو قانون مقره وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأة بمقتضاه)،وللمزيد لاحظ الموقع الالكتروني الأتي:-
http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-1998-97-du----jort-1998-096__1998096000971

٤٥ - إبراهيم حسن محمد، المركز القانوني للطفل...، مصدر سابق، ص٤٠٩.

٤٦ - د.عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.ص٨٠٩

الفرض الثالث وهو الطفل الناتج عن تلقيح اصطناعي لامرأة غير متزوجة[٤٧]، وبالتالي كان له انعكاس على قوانين الدول ذات المرجعية الإسلامية، من خلال عدم تنظيمها لها، كما هو الحال في القانون المدني العراقي، إلا إن هذا الحال لا ينطبق على القوانين الأجنبية التي تعترف بها وترتب عليها آثارها مثل الميراث والنفقة، مما يحتم البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، ومدى تأثره بمعيار مصلحة الطفل الفضلى خصوصا ويتنازع القضاء والفقه عدة اتجاهات، وهو ما جعل القوانين بصفة عامة وموضوع المقارنة منها بصفة خاصة بعدم اتفاقها على حل موحد.

فاتجاه أول يذهب نحو اختصاص القانون الشخصي للطفل وذلك لاعتبارات عده، منها إن الطفل هو محل الموضوع وبالتالي سيتعلق الأمر بتحديد حالته وتحقيق حمايته، والقاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص هو القانون الشخصي، أضف إلى ذلك افتراض عدم وجود عائلة طبيعية للطفل يمكن تطبيق قانون إطرافها[٤٨]،إلا إن ما نعتقده بأن هذا الاتجاه لا يلائم معيار المصلحة الفضلى، وذلك لصعوبة تحديد القانون الشخصي للطفل كون لا نسب له حتى يتحقق ذلك، كما إن التشريعات اختلفت في ذلك بين محل الإقامة وقانون الجنسية، وتبنى هذا الاتجاه القانون الفرنسي بصفة ضابط احتياطي في حالة غياب الأم أو عدم معرفتها.

إما الاتجاه الأخر يمنح الصلاحية في التطبيق للقانون الشخصي لمن يطلب الانتساب إليه سواء كان الأب أم الأم، والحجة التي يتكئ عليها بأن هذا الانتساب يربط الولد بوالده قانونا، كما المقصود بالبنوة الطبيعية يفترض قصر الانتساب بأحد الوالدين دون الأخر منهم، مما يرتب آثارا على المراد الانتساب إليه اتجاه الطفل سواء كانت بمجال الحقوق الشخصية أو المالية، فضلا عن إن الانتساب يمس مركز الأسرة التي سينتمي إليها الطفل[٤٩]. يبقى لنا القول بان هذا القانون وان كان هو الغالب في التشريعات[٥٠]، إلا انه نعتقد لا يتوائم مع معيار مصلحة الطفل الفضلى كونه يدور ضمن توجيه قواعد الإسناد التقليدية التي لا تتوافق مع النظرة القانونية الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فضلا عن إن تلك التشريعات قد صدرت قبل ظهور هذا المعيار بصفة إلزامية عالمية باتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩، كما إن قانون من يراد الانتساب إليه قد لا يعترف أو لا يأخذ بالبنوة غير الشرعية كما في القوانين ذات المرجعية الإسلامية مما لا يحقق مصلحة الطفل.

في حين اتجاه يذهب بمنح الاختصاص للقانون الوطني للأم، الجنسية أو الموطن، وسندهم في ذلك سهولة إثبات نسب الطفل من أمه، ومن ثم سيكون إلحاق نسبه بها وفق إجراءات قانونها[٥١]. وتبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه[*]بصفة أصلية في المادة (١٤/٣١١) مدني فرنسي بموجب التعديل ٣يناير(كانون الثاني) ١٩٧٢ الذي يعتبر حد

٤٧ - د.رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على النسب، مصدر سابق، ص١٥٥.

٤٨ - د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.ص٨٩١

٤٩ - يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٦٢.

٥٠ - د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين،مصدر سابق، ص٨٩٣.

٥١ - د.رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على النسب، مصدر سابق، ص١٢١.

* - والحال ذاته في القانون المدني الألماني بالمادة (١/٢٠) والتي تنص (يحكم نسب الولد الطبيعي قانون الدولة التي تنتمي إليها الأم وقت ميلاد الولد، ...)، بينما نجد القانون المدني الاسباني بالمادة (٤/٩) يأخذ به بصفة احتياطية إذ تنص (.... أو عندما تثبت الأمومة بالاعتراف أو بالإعلان فيسري قانون الأم ...)

فاصل بين مرحلة التمييز وعدم التمييز بتعيين القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي والطبيعي[٥٢]. وهو حل تواجهه كثير من الإشكاليات منها إذا كانت الأم مجهولة، جعله لم يستقر عليه القضاء الفرنسي فيما بعد، إذ ذهب في مواجهة القانون الشخصي للام بتطبيق القانون الأصلح للطفل وهو كما قلنا يقابل مصلحة الطفل الفضلى، فقرار محكمة النقض الفرنسية في (١٨)نوفمبر ١٩٨٠ استبعد قانون الأم المعروفة ذات الجنسية الجزائرية لكونه لا يقر بالبنوة الغير الشرعية واقر قانون الطفل ذو الجنسية الفرنسية الذي يعترف بالبنوة الغير الشرعية ويحقق مصلحة الطفل[٥٣].

وأخيرا نقول إذا كان موقف المشرع الفرنسي من القانون الواجب التطبيق على النسب الطبيعي هو تحقيق مصلحة الطفل الفضلى كما في النسب الشرعي، نجد موقف المشرع المصري قد خلى من إي قاعدة إسناد خاصة تعالج مشكلة تنازع القوانين في خصوص النسب غير الشرعي وذلك على غرار موقفه من النسب الشرعي، إلا إن المتفحص للإعمال التحضيرية للقانون المدني يجد المادة (٣٢) من المشروع التمهيدي تنص (يسري قانون الولد على المسائل الخاصة بإثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من آثار) إلا إن النص قد حذف في النهاية.

إما فيما يتعلق بالمشرع العراقي بخصوص البنوة الطبيعية حيث لم تحضى بقواعد إسناد منظمة لها، إذ النسب رابطة لها أسس خلقية ودينية قبل إن تكون قانونية، مما يجعل الطابع الديني الذي يمنع الاعتراف البنوة غير الشرعية إن يؤثر بالقوانين ذات المرجعية الإسلامية والقانون العراقي منها من تبني قاعدة إسناد خاصة بها بالبنوة الطبيعية[٥٤]، وبالتالي لا يمكن أطلاق نص المادة (٤/١٩) مدني كما يرى البعض لتشمل نوعي البنوة الشرعية والطبيعية لتعين القانون الواجب التطبيق على النزاعات ذات البعد الدولي عندما تعرض على القاضي العراقي[٥٥]، إذ يجب عند وضع قاعدة الإسناد الخاصة بالبنوة الطبيعية لتشير للقانون الواجب التطبيق تراعي مصلحته بما يضمن له عدم إنكار العدالة بتخلي القاضي عن النزاع المنظور إمامه بحجة اختلاف المرجعية الدينية للقوانين المتنازعة، خصوصا وان الطفل لا يد له فيما ارتكبه أصوله من جرائر، وبالتالي يجب ضمان مصالحهم وحفظ حقوقهم ولو لم يثبت نسبهم، مثلما اعترفت التشريعات لمجهولي الأبوين واللقطاء بحق الجنسية دون البحث عن نسبهم تحقيقا لمصلحتهم[*]، لذا نقترح إضافة مادة قانونية أو فقره ضمن المادة(١٩) للقانون المدني العراقي يكون نصها(المسائل المتعلقة بالبنوة الطبيعية يسري عليها القانون الأصلح للطفل بما يضمن له حقوق مساوية للابن الشرعي وان لم يعترف بثبوت نسبه في قانون القاضي تحقيقا للعدالة)،إذ نعتقد إن هذا النص يحقق الهدف من المصادقة على

---

٥٢ - بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د.علي محمود مقلد، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص٥٦٠.

٥٣ - يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص،مصدر سابق، ص١٠.

٥٤ - د.عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة القانون الاقتصاد، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، العددان/١، ٢ السنة الرابعة والعشرون،١٩٥٤، ص٣٤

٥٥ - أسيل سليم عبد الكريم عليوي، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٧، ص٣٤.

* - فالمادة (٣) من قانون الجنسية العراقية (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ تنص (يعتبر عراقيا... ب - من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ التي جعلت مصلحة الطفل الفضلى بالاعتبار الأول من دون تمييز بين الأطفال، وبالتالي يظهر تأثير معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب بنوعيه الشرعي والطبيعي وعدم الاعتماد بتطبيق قواعد الإسناد التقليدية.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني وفق معيار المصلحة الفضلى للطفل

يعتبر نظاما الكفالة والتبني من بين الأنظمة البديلة للوسط العائلي الأصلي للطفل التي حددتها المرجعيات سواء كانت الإسلامية[**] أم الأممية[***]، لأجل ضمان حق الطفل في الأسرة ورعاية مصالحه الفضلى لا سيما الفئة المحرومة من الجو العائلي، ولحداثة موضوع الكفالة والذي يعتبر البديل عن نظام التبني لدى التشريعات ذات المرجعية الإسلامية، مما يجعل هناك تباين بين التشريعات في تطبيق ما يلائمها من هذين النظامين، وبالتالي تناول هذين النظامين يؤدي لمعرفة مدى تحقيقهما حماية الطفل من خلال رعاية مصلحته في توفير وسط عائلي بديل له خصوصا في نطاق العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومن ثم تعد مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة والتبني من ضمن نطاق المسائل القانونية المهمة في مجال تنازع القوانين والتي مجالها الخصب الأحوال الشخصية، إذ إن تحديد قانون معين يقوم بتطبيقه عليهما، يكون له الفصل في مشروعية وصحة هذين التصرفين القانونيين أو عدم صحتهما، كما ترتكز عليه حقوق والتزامات أطرافهما، وليس مجرد تفضيل نظري، لذا يقتضي بيان دور معيار مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذين النظامين، ليكون تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني وفق مصلحة الطفل الفضلى (المطلب الأول)، وتحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة وفق مصلحة الطفل الفضلى (المطلب الثاني).

** - ومن الأدلة على مشروعية الكفالة في الشريعة الإسلامية:-

أ- قال تعالى في سورة إل عمران الآية (٤٤)(ذَٰلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ) صدق الله العلي العظيم).وهنا تعتبر مستندا في مشروعية الكفالة.

ب- قال تعالى في سورة طه الآية (٤٠) (إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ فَرَجَعْنَاكَ إِلَىٰ أُمِّكَ كَيْ تَقَرَّ عَيْنُهَا وَلَا تَحْزَنَ وَقَتَلْتَ نَفْسًا فَنَجَّيْنَاكَ مِنَ الْغَمِّ وَفَتَنَّاكَ فُتُونًا فَلَبِثْتَ سِنِينَ فِي أَهْلِ مَدْيَنَ ثُمَّ جِئْتَ عَلَىٰ قَدَرٍ يَا مُوسَىٰ). في الحديث عن موسى عليه السلام والرجوع به إلى أمه لتكفله أي لتكمل رضاعه .

ج - كذلك ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال (أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنّة إذا اتقى الله عزّ وجلّ وأشار بالسبابة والوسطى، نقلا عن منتدى الكفيل منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت الزيارة يوم الثلاثاء ٢٠١٩/٣/٢٦ الساعة ٢٣٠٢مساءا.

https://forums.alkafeel.net/showthread.php?t=48979

*** - أبرزت اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ في العديد من موادها الحق في الوسط العائلي البديل وأشكال رعايته كما في المادة (٢٠)الفقرة (٣) وكان نصها(يمكن أن تشمل هذه الرعاية، في جملة أمور، الحضانة، أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي، أو التبني، أو، عند الضرورة، الإقامة في مؤسسات مناسبة لرعاية الأطفال، وعند النظر في الحلول، ينبغي إيلاء الاعتبار الواجب لاستصواب الاستمرارية في تربية الطفل ولخلفية الطفل الإثنية والدينية والثقافية واللغوية).مما يعني إن الاتفاقية جاءت لتوفق بين النظامين لتأخذ به الدول حسب مرجعياتها لتضمن بذلك حقوق الأطفال في الرعاية الواجبة.

المطلب الأول

دور مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على التبني

التبني كنظام قانوني معروف منذ العصور القديمة ومقنن في بعض التشريعات وخصوصا ذات المرجعية الأممية، إذ فيعرف بأنه (تصرف قانوني يؤدي إلى خلق بنوة مصطنعة بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة دم)[٥٦]، وبالتالي تباينت التشريعات حول نظام التبني، فنجد القانون المدني الفرنسي القديم قبل قانون نابليون لسنة ١٨٠٤ لا يعرف ولم ينظم نظام التبني، كما هو حال نظام الكفالة، كونه متأثرا بالكنيسة وتنظيم هكذا مواضيع من اختصاصها ولا دخل للقانون فيها، إذ كانت الديانة المسيحية لا تعتبر النسب إلا عن طريق الزواج.

إلا إن بعد صدور القانون الفرنسي الجديد المسمى قانون نابليون لسنة ١٨٠٤ والتعديلات اللاحقة عليه بموجب قوانين عده[*]، قد نظم إحكام التبني في الباب الثامن من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان(البنوة المتبنية) ضمن مواده (٣٤٣ إلى ٣٧٠)، ومن ثم يكون قد أقر نوعين للتبني، إذ أولهما التبني البسيط وتشير إليه المادة (٣٦٤) مدني فرنسي والذي يستلزم فيه شروط معينة، لا سيما بقاء الطفل محتفظا بلقبه وبصلة قرابته بأسرته الأصلية وبالتالي حقه بالإرث، وبذلك يشبه نظام الكفالة من حيث الآثار، وثانهما التبني التام والذي نظمه المشرع الفرنسي بالمواد(من٣٤٣ إلى ٣٥٩) مدني فرنسي، وهو يتعلق بأطفال لا يتجاوز سنهم(١٥) سنة، وموجودين على الأقل لمدة ستة أشهر في مراكز التبني وأكدت ذلك المادة (٣٤٥)، ومن أثار هذا التبني ينشئ نسب لطفل غير معروف النسب وبالتالي يحرمه من كل علاقة مع عائلته الأصلية، كما إن الطفل المتبنى كالطفل الشرعي من حيث الحقوق والالتزامات وهو مأكدته المادة(٣٥٦)[٥٧][٥٨]، مما يعني أن القانون الفرنسي أجاز التبني كنظام من الأنظمة البديلة لرعاية الطفل في توفير الحماية له وضمان مصلحته الفضلى ضمن إجراءات وشروط نص عليها.

في حين نجد موقف المشرع العراقي من نظام التبني غير واضح، فهو لم يتطرق لمنع التبني صراحة ليتوافق مع الشريعة الإسلامية التي تعتبر مرجعيته الأولى خصوصا في مجال الأحوال الشخصية، إلا انه لم يجعل منه درجة من درجات القرابة ولا مانع من موانع الزواج سواء كان ذلك في قانون الأحوال الشخصية[*]، أو القانون المدني[**]، إما قانون الإحداث العراقي رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ وما تضمنه في الفصل

٥٦- د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية،ص٣٥٨.

* - وتلك القوانين هي المؤرخة في ١٩٦٦/٧/١١ و١٩٧٦/١٢/٢٢ و ١٩٩٣/١/٨ و ١٩٩٦/٧/٥ و ٢٠٠٢/٢/٦ و ٢٠٠٥/٧/٤.

٥٧ - منيرة حريزي، التبني والكفالة (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف ــ المسيلة ــ كلية الحقوق،ص٣٣.

58-Yamina Houhou, These La Kafala En Droit Algerien Et Ses Eeffets En Droit FRANÇAIS, Université De PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR,2014.p169.

* - قانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل إذ تنص المادة (١٢) على انه (يشترط لصحة الزواج ان تكون المرأة غير محرمة شرعا على من يريد التزوج بها).

** - فهو بالمادة (١/٣٩) تطرق إلى القرابة الطبيعية (الأصول والفروع) وكذلك قرابة الحواشي ولم يتطرق للقرابة العقدية (التبني).

الخامس تحت عنوان الضم فهو لا يشير بأجازة نظام التبني كونه يرتب آثار تختلف عما يرتبه التبني من حيث عدم جواز الإرث أو الإلزام بالنسب، وان كان يسمح بالايصاء للطفل [***]، فالملاحظ على النصوص القانونية إن المشرع العراقي أراد تحريم التبني وان لم ينص عليه بصورة مباشرة، وهو ما أكده القضاء العراقي في قرار لمجلس شورى الدولة إذ جاء فيه((إذا كان المقصود بالتبني إلحاق الطفل بنسب من تولاه فلا يجوز ذلك باعتباره ثابت النسب، إما إذا كان المقصود منه كفالة الطفل الذي فقد من كان يعيله بتربية والقيام بشؤونه دون إلحاق في نسب من تولاه فهو لا يحرمه الشرع والقانون))(٥٩).

بينما المشرع المصري كان واضحا من نظام التبني عندما حضره في المادة الرابعة من قانون الطفل رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨[****]، إلا انه مقابل ذلك وكما هو واضح من نص تلك المادة وغيرها من المواد الزم بتوفير الرعاية البديلة للطفل المحروم من رعاية أسرته، وهو بذلك جاء متوافق ومبادئ الشريعة الإسلامية واتفاقية حقوق الطفل.

وبتلك المثابة تعارض القوانين الوطنية فيما بينها من نظام التبني فمنها من يرفضه ويجعل نظام الكفالة بديلا عنه، وهناك من يتبنى لاعتقاده بان يحقق مصلحة الطفل الفضلى، لما يتمتع به من خصائص، ومنها نسب الطفل للمتبني واعتباره أباً شرعيا له، كما انه يساوي بين الابن الصلبي والمتبنى من حيث الحقوق، بالإضافة أن التبني لا يكون تام إلا بموجب حكم قضائي رعاية لمصلحة الطفل الفضلى[*****]، ولما كان التبني يفيد إنشاء رابطة غير حقيقية بين شخصين لا يوجد بينهما أبوة أو بنوة أصلية إلا انه يرتب آثار علاقة حقيقية، واختلاف إحكام تلك العلاقة بين قوانين الدول التي تتبنها سواء من حيث صحتها أو أثارها يخلق تنازع بينها حول أحقية التطبيق، خصوصا وان بنوة التبني كغيرها من أنواع البنوة تخلق تنافس أو تنازع في تطبيق القوانين، ومن ثم تثير مشكلة تنازع القوانين، مما يتطلب تحديد القانون الأفضل منها وفق مصلحة الطفل الفضلى، ليكون بيان مدى دور معيار مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على صحة التبني أولا، وآثاره ثانيا.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على صحة التبني

كما معلوم أن صحة أي تصرف قانوني تنصب على توافر شروطه سواء كانت موضوعية أم شكلية والحال لا يختلف في التبني، لا سيما وان قوانين الدول التي أقرته تشترط لصحته شروط موضوعية وأخرى شكلية، إذ إن من الشروط الموضوعية المطلوبة في الطرفين بأن لا يقل عمر المتبني عن سن معينة، ومن كان له أبوان أن يحصل على رضاهما وموافقتهما وأن يكون المتبني أهل للقيام بشؤون المتبنى و قادر على رعايته و أن يكون معروفا بحسن أخلاق، و إذا كان المتبنيان زوجين مختلفين الجنسية فيشترط أن تتوافر فيهما الشروط المقررة في قانونيهما. إما الشكلية إذ يستلزم له

*** - فالمادة (٤٣/ف٢) نصت(الايصاء للصغير بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها).

٥٩ - د. فراس كريم شيعان، تنازع القوانين في التبني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع/ السنة التاسعة ٢٠١٧،ص٢٦٤.

**** - في حين القانون التونسي رقم ٢٧-٥٨ المؤرخ في ٠٤ مارس ١٩٥٨ والمتعلق بقانون الأحوال الشخصية التونسي أجاز التبني في الفصل الثمن وما بعدها ضمن شروط وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية.

***** - انظر الفصل ٠١/١٣ من قانون المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي.

الإشهار والتوثيق ضمانا لحقوق إطرافه والغير [٢١، ص٩٠٣-٩٠٤]، إلا انه إذا كانت القوانين وجريا مع القواعد العامة في التنازع بإخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون البلد الذي تتم فيه[*]فأن القوانين التي تأخذ بالتبني أخضعت شروطه الشكلية لقانون مكان الإبرام[**]، ومما نلاحظه على الأخذ بقانون الإبرام للوهلة الأولى بأنه لا يتعارض ومعيار مصلحة الطفل الفضلى، باعتبار ما تستلزمه تلك الشروط هو لتوثيق وتصديق عقد التبني وإصدار حكم قضائي به غير نهائي وقابل للطعن بمعنى ممكن رفضه إن لم يحقق حماية أفضل للطفل، إذ أن من إجراءات إصدار حكم التبني في التشريعات التي تجيزه[***]مراعاة مصلحة الطفل الفضلى(٦٠)إلا إننا نرى لا يحقق التوافق التام مع معيار المصلحة الفضلى، إذ إن تحديد هذا القانون لم يكن وفق سلطة القاضي التقديرية التي هي أساس تعين القانون الواجب التطبيق وفق معيار المصلحة الفضلى وإنما يتحدد مسبقا ولربما لم يضع شروطا أيسر واخف في عملية إجراءات تحرير وتصديق التبني يتحقق معها حماية أفضل للطفل.

بينما نجد الحلول قد اختلفت بين عدة اتجاهات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لنشأة نظام التبني الذي يعد كما بينا من مسائل الأحوال الشخصية الذي يعتمد فيها ضابط الجنسية بالمرتبة الأولى في تحديد القانون، ولكن السؤال الذي يطرح بأي جنسية يعتد، أي جنسية الشخص الذي يريد التبني أم جنسية الطفل المراد تبنيه أم كلاهما؟ وهل لمعيار المصلحة الفضلى تأثير في ذلك؟

فالاتجاه الأول(٦١)[*]يقرر الاختصاص لقانون الدولة التي يتم فيها التبني، ويستندون بحجة تحقق وحدة القانون المطبق على الشروط الشكلية والموضوعية، أضف لذلك الشخص الذي يريد التبني له ارتباط وثيق بالدولة التي يتبنى بها إما يحمل جنسيتها أو له محل إقامة بها[٦٢].

---

* - إذ تنص المادة (٢٦)مدني عراقي على انه (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)، والحال ذاته في القانون المدني المصري فالمادة (٢٠) تنص (العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، آما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك) .

** - فالمادة(٥/٩) مدني اسباني تنص على انه(يجب أن تكون أشكال التصرف متفقة مع قانون مكان إتمام التبني).وكذلك القانون اليوغوسلافي سابقا في المادة (٤/٤٤) (يخضع شكل التبني لقانون دولة المكان الذي يتم فيه التبني).

*** - فما جاء بالقانون رقم ٢٧ سنة ١٩٥٨ التونسي من إحكام قانونية تجيز تعديل حكم التبني لمراعاة لمصلحة الطفل المتبنى إذا تعرضت حقوقه للخطر ، إذ يمكن سحبه من طالب التبني وضمه إلى شخص أخر جدير بالرعاية والحماية.

٦٠ - طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، ٢٠٠٣/٢٠٠٦،ص١٠.....

٦١ - د. اشرف محمد وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص٣٧٠.

* - وبهذا الاتجاه أخذ القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧، إذ ينص في المادة ١/٧٧ على أنه (شروط التبني الذي يتم في سويسرا يخضع للقانون السويسري).

٦٢ - د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق،ص٩٠٠.

بينما الاتجاه الثاني[**] يذهب نحو قانون من يريد التبني بصورة أصلية واستثناءا قانون الطفل المتبنى فيما يخص رضا أو موافقة على التبني، وبذلك يكون هذا الاتجاه يتعلق بحالة الراغب بالتبني، بحجة انه يحقق وحدة القانون المطبق في حالة تبني أكثر من طفل من قبل ذات المتبني، كما يحققها في إنشاء التبني وأثاره(٦٣).

إلا إن اتجاه ثالث(٦٤) يرى منح الاختصاص لقانون جنسية الطفل المتبنى بحجة إن التبني علاقته بحالة الطفل أكثر منه بالشخص المتبني، وبالتالي يعتقد مؤيدو هذا الاتجاه بأن هذا القانون سيحقق الأفضلية للطفل.

بينما الاتجاه رابع(٦٥) لم يكتب له الانتشار ومن ثم لا يمكن إن يعول عليه، إذ يذهب نحو تطبيق القانون الشخصي لأي من الطرفين إذا كان أي منهما وطنياً، بمعنى تطبيق قانون القاضي، وهذا الرأي بالتأكيد يتعارض مع مصلحة الطفل الفضلى لأنه يقوم على استبعاد القوانين الأجنبية وتحديد نطاقها والتي قد تكون أكثر تحقيقا لحماية الطفل.

في حين نجد أخر الاتجاهات[***] يعطي الصلاحية في التطبيق لقانون كل من الشخص الراغب بالتبني والطفل المتبنى، بمعنى انه إذا كان الراغب بالتبني زوجان فان الذي يسري هو القانون الذي يحكم أثار الزواج بالإضافة لقانون المراد تبنيه، أي التطبيق الجامع لكلا القانونين، على اعتبار التبني لا يقتصر بحالة طرف دون أخر من أطراف التبني، وحسب ما نعتقد بان هذا فيه صعوبة نظراً لاختلاف مضمون القوانين، وبالتالي لا يحقق مصلحة الطفل كونه يبتعد عن خصائص هذا المعيار بالإضافة لا ينفي صفة الحياد في ضوابط الإسناد التقليدية التي يحققها معيار المصلحة الفضلى.

والذي يتضح من كل الاتجاهات السابقة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة التبني، في إن كل منها بأسلوب تحديده للقانون يبقي على عيوب ضوابط الإسناد التقليدية وهو السبب الذي دفع المؤسسات الدولية لعقد اتفاقيات دولية في إقرار معايير جديدة تتجاوز تلك العيوب وهو ما حصل كما بينا ذلك في اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية لاهاي لسنة ١٩٩٣ المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون في موضوع التبني الدولي فالمبدأ الثالث منها ينص(وضع معايير لضمان إن التبني الدولي قد تم حقا من أجل تحقيق مصلحة الطفل الفضلى)، ومن ثم لابد إن يكون الاعتبار الأول لمصلحة الطفل، ويتحقق ذلك في اختيار القانون الأفضل في وضع شروط موضوعية اخف وأيسر في إنشاء واثبات التبني لجانب الطفل المتبنى وليس الطرف المتبني ليكون الواجب التطبيق على نظام التبني، ومن هنا يظهر تأثير معيار مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لصحة التبني.

** - اخذ بهذا الاتجاه القانون المدني الألماني في المادة(٢٢) والتي تنص(يحكم التبني قانون الدولة التي ينتمي اليها الراغب في التبني وقت تمام التبني ...) وكذلك القانون النمساوي في المادة(١/٢٦) وأيضا القانون المدني الايطالي في المادة(٢٠)وغيرها.

٦٣ - د.عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري،مصدر سابق، ص٨٢١.

٦٤ - د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠١٦، ص٣٧٦.

٦٥ - د. صلاح الدين جمال الدين، مبادئ القانون الدولي الخاص، ص٤٠٨.

*** - اخذ به القانون الدولي الخاص التركي في المادة(١/١٨) والتي تنص (يحكم القانون الوطني لكل طرف وقت التبني أهلية وشروط التبني) أيضا القانون المدني البلجيكي في المادة(٣٤٤)، وغيرها.

الفرع الثاني
القانون الواجب التطبيق على آثار التبني

لكي يتحقق الغرض من التبني في مراعاة مصلحة الطفل الفضلى باعتباره تصرف قانوني، بديهي إن يترتب عليه بعض الآثار والتي هي عبارة عن واجبات تقع على المتبني وحقوق للطفل المتبنى، ومنها على سبيل المثال انتقال السلطة الأبوية للمتبني بالإضافة للآثار المالية كالنفقة والميراث وغيرها. ولكن السؤال الذي يطرح هل تخضع تلك الآثار لذات القانون الذي يطبق على صحة تكوينه؟ وهل لمعيار مصلحة الطفل الفضلى دور في تحديده أم هناك تطبيق أخر، وهو ما نلاحظه فيما يلي:-

ففي اتجاه قانوني أول[**]ووجد له صدى فقهي(٦٦)يخضع آثار التبني لذات القانون الذي يحكم صحة وجوده، معللين ذلك بانعدام علة الفصل بين هذين الموضوعين، وبذلك سيكون تطبيق القانون الشخصي هو المختص سواء كان للمتبني أو المتبنى أو كلاهما معا، وبذلك يكون ما تناولناه بخصوص القانون الواجب التطبيق على شروط صحة التبني ينطبق على آثار التبني ولا ضرورة للتكرار.

ويظهر إن موقف المشرع الفرنسي أراد تبني ذات الحل أي إخضاع آثار التبني لذات القانون المطبق على صحة التبني عندما كان عمله منصب في قانون ٦ شباط ٢٠٠١ وهو قانون تعديل القانون المدني الفرنسي، نحو الجمع بين الشروط الموضوعية للتبني وآثاره، ومن ثم تطبيق ذات القانون عليهما، لا سيما كان قد صدر قرار من معهد القانون الدولي سنة ١٩٧٣ يتقرر فيه تطبيق قانون المتبني إذا كان وحيدا أما إذا كان المتبنين متزوجين فقانون آثار الزواج هو المختص بالتطبيق على آثار التبني وذلك كل حسب أحواله(٦٧).

لكن الملاحظ إن هذه الحلول لم تعتمد في قانون رقم ٢٠٠١/١١١في ٦ شباط٢٠٠١ إذ انه يميز بين حالتي التبني المقررة في داخل فرنسا وخارجها، حيث اخضع آثار التبني في داخلها للقانون الفرنسي إذ تنص المادة (٤/٣٧٠) مدني فرنسي على انه(آثار التبني المترتبة في فرنسا تخضع للقانون الفرنسي)[*]، بينما بالحالة الثانية يخضع آثار التبني للقانون الدولة الذي عقد فيها، وهو كما جاء في المادة (٥/٣٧٠) والتي تنص على انه(ينتج في فرنسا آثار تبني كامل أو تبني بسيط بحسب نوع التبني في الدولة التي عقد فيها)[**]، وما يفسر موقف المشرع الفرنسي هذا هو تحقيقا لمصلحة الطفل المتبنى، إذ نتصور إن رسم مسار القاضي نحو تطبيق قانون محدد يشل سلطته التقديرية في اختيار القانون الأفضل للطفل المتبنى، ومن ثم يظهر لنا إن لمعيار مصلحة الطفل الفضلى تأثير في اختيار الأفضل من القوانين المتنازعة.

** - انظر المادة (٥/٩) فقرة أخيرة مدني اسباني.

٦٦ - د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، ص٩٠٥.

٦٧ - بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ص٥٨٥.

* - اذ كان نصها الأجنبي كما يلي:

(Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française).

** -اذ ورد نصها الاجنبي كما يلي:-

(L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause)

وإذا كان موقف المشرع المصري وفقا لنص المادة (٩١١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ لم تعطي الاختصاص لقانون المتبني والمتبنى صراحة ليطبق على آثار التبني، إلا إن مذكرته الإيضاحية في تعليقها علية بينت القانون الواجب التطبيق على الآثار إذ أوضحت((من المسلم إن التبني يخضع من حيث الشروط الواجب توافرها لانعقاده وصحته والآثار التي تترتب عليه لإحكام قانون بلد الطرفين))[٦٨]، بينما كان يطبق قانون بلد الطفل المتبنى على آثار التبني وهذا وفق المادة(٢٩) من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة[٦٩]، والملاحظ على موقف المشرع المصري هذا انه لم يستقر على قاعدة إسناد خاصة وثابتة لتطبق على آثار التبني.

إلا انه بعد صدور قانون الطفل رقم (١٢) لسنة١٩٩٦ والمعدل بالقانون (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ قد حظر التبني فيه صراحة بالمادة (٤) منه والمشار إليها سابقا، وبالتالي لا يكون إمام القاضي إلا تطبق مبادئ القانون الأكثر شيوعا وفق المادة (٢٤)[***].

إما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي من تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار بنوة التبني، نقول إذا كان هو لم ينص على قاعدة إسناد خاصة به، ومن ثم ليس بالإمكان الوصول للقانون الواجب التطبيق عليه، إلا من خلال تطبيق المبادئ الأكثر شيوعا في القانون الدولي الخاص وفق المادة (٣٠)[٧٠]، إلا إن ذلك لا ينسجم ومصلحة الطفل الفضلى ـــ وبذات إذا كان أطراف التبني كلاهما أو الطفل المتبنى غير مسلمين، لكون المسلمين يطبق عليهم نظام الكفالة ـــ خصوصا وان العراق قد صادق على اتفاقية حقوق الطفل، لذا لابد على القاضي إن يحدد قانون ليطبق على آثار التبني تحقيقا لمصلحة الطفل التي تعتبر نظام عام كما أسسنا لذلك سابقا، كما إن المبادئ الأكثر شيوعا قد تشير لقانون لا يكون هو الأفضل بالنسبة للطفل المتبنى، لذا يفضل الاعتماد على معيار المصلحة الفضلى للطفل في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار التبني الذي يبنى على سلطة القاضي التقديرية في الاختيار.

المطلب الثاني

دور مصلحة الطفل الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على نظام الكفالة

عقد الكفالة كمصطلح قانوني وان كان يدل على عدة معاني إلا إن محله قد يكون تربية ورعاية طفل قاصر معلوم أو مجهول النسب وحمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه، وهذا مجاله الأحوال الشخصية[*]، لذا تعرف الكفالة بأنها(أن يقوم

---

٦٨ - د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية.ص٢٣٥.

٦٩ - د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، مصدر سابق، ص٩٠١.

*** – إذ تنص المادة(٢٤) مدني مصري(تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص).

٧٠ - د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (وفق القانون العراقي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الحرية، ١٩٧٣.ص٣٢١.

* - خصوصا في تشريعات الدول التي استحدثت قوانين خاصة للأسرة، كما هو الحال في المغرب إذ إن المادة الثانية من قانون رقم (١٥-٠١) الخاص بكفالة الأطفال المهملين عرفت الكفالة (كفالة طفل مهمل في مفهوم هذا القانون هي الالتزام برعايته وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة الحق في النسب ولا في الإرث) منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارته يوم الخميس المصادف ٢٠١٩/٤/٤ الساعة ٦٣٠ صباحا:-

شخص راشد أو أسره برعاية طفل دون أن يحمل الطفل أسم الشخص أو اسم الأسرة كأن يكون الطفل معلوم النسب مسبقاً أو أن الكفيل لا يرغب في التبني)[٧١].

ومع ذلك لم يورد له المشرع العراقي تعريف، لكون لم ينظمه في قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل والقوانين المنظمة لإحكام الأطفال ومنها قوانين الإحداث، إلا إن بمصادقة العراق على اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ يعد قد اخذ بنظام الكفالة[**]، كما إن نص المادة (٢٩) مدني العراقي[***]تعطي فسحة في المنظومة القانونية العراقية في إعمال الاتفاقيات الدولية، لذا ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم ذلك الحق لما فيه رعاية للطفل بصفة عامة بغض النظر عن وضعه القانوني، وذلك لما يتمتع به نظام الكفالة من خصائص ومنها الكفالة التزام تبرعي من طرف الكفيل دون مقابل من الطفل المكفول، كما إنها لا تؤدي إلى إحداث نسب جديد لكون غاية الكفالة حماية الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة، أيضا الكفالة عقد مؤقت لا أبدي إذ هي تنتهي بأسباب عده يؤثر قيامها على حماية الطفل ورعايته[٧٢] [٧٣] [٧٤]وذلك بإضافة نص لقانون الأحوال الشخصية يتضمن الاعتراف

---

https://www.cour constitutionnelle.ma/sites/default/files/documents/kfl_ltfl_lmhmlyn.pdf

أيضا تونس جاء عندها بالفصل (٣) من قانون الولاية العمومية والكفالة والتبني التونسي ذي العدد(٢٧) لعام ١٩٥٨ المؤرّخ في ٤ مارس ١٩٥٨ الذي يعرف (الكفالة هي العقد الذي يقوم بمقتضاه شخص رشيد يتمتع بحقوقه المدنية أو هيئة بكفالة طفل قاصر)، والحال ذاته في المادة (١١٦) من قانون الأسرة الجزائري رقم ٤٨-١١ تعرف الكفالة (التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي) منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارته يوم الثلاثاء المصادف ٢٠١٩/٤/٢ الساعة ٢١٤٧:-

https://www.joradp.dz/trv/afam.pdf

في حين نجد القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين عرف الكفالة في الفصل الثاني في المادة(٧):- الكفالة عقد يقوم بمقتضاه شخص طبيعي يتمتع بكامل الحقوق المدنية أو شخص اعتباري كهيئة، بإعالة القاصر ورعايته والإنفاق عليه. منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارته يوم السبت المصادف ٢٠١٩/٤/٦ الساعة ٢٣٥٠ مساءا:-

https://carjj.org/node/4590

٧١ - د. محمد المهدي، سيكولوجية التبني.. الكفالة.. الأسرة البديلة، منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارته يوم الأربعاء المصادف ٢٠١٩/٤/٣ الساعة ٢١٥٥مساءا:-

http://www.maganin.com/articles/articlesview.asp?key=134

** - بما إن العراق يأخذ بمبدأ ثنائية القانون بالنسبة لنفاذ المعاهدات الدولية لذا لا تعد أي اتفاقية نافذة في العراق ولا يسمح للقاضي إن يؤسس عليها حكم أو يطبقها إلا بعد أن يصادق عليها بقانون، وهذا ما أكدته المادة(١٩) من قانون عقد المعاهدات رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٥. كما إن قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٦/اتحادية/٢٠١٥الذي أوجد نموذجا القضاء الاعتيادي في العراق باعتبار النصوص الاتفاقيات الدولية تعد نصوص وطنية بعد المصادقة عليها بموجب قانون تصدره السلطة التشريعية .قرار منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارة في يوم الأحد ٢٠١٩/٤/٢٨ الساعة ٢٣٢٠ مساءا:-

https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2015/16_fed_2015.pdf

*** - إذ تنص (لا تطبق إحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق).

٧٢ - انظر في خصائص الكفالة علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠١٤/٢٠١٥.ص٢٣٧.

٧٣ - أمال علال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.ص٣٢.

بحق الكفالة للطفل ونقترح إن يكون كالأتي(الكفالة عقد يلتزم بموجبه شخص كامل الأهلية على سبيل التبرع للقيام برعاية وتربية طفل والإنفاق عليه مهما كان وضعه القانوني على إن لا يترتب عليه أثبات نسب أو ترتيب آثاره كالإرث) أو إن تعديل إجراءات وشروط الضم التي نص عليها المشرع العراقي بالمواد(٣٩-٤٣) من قانون الإحداث النافذ رقم ٧٦ لسنة١٩٨٣سواء من حيث عدم حصرها بالزوجين فقط أم غيرها، وغاية ذلك حماية الطفل خصوصا مجهول الأبوين أو عديم النسب أو اليتيم بتحقيق مصلحته بتوفير وسط عائلي بديل.

بينما لا وجود لنظام الكفالة في القانون المدني الفرنسي بمجال الأحوال الشخصية للأسرة، لكونه التشريع الفرنسي يأخذ بنظام التبني كوسيلة بديلة عن الوسط العائلي الأصلي، وإن كنا قد بينا بان احد أنواع التبني وهو البسيط تقترب آثاره من آثار الكفالة، وبالتالي هذا الاختلاف والتباين من تنظيم الكفالة يؤدى لتنازع القوانين فيما بينها مما يتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يؤمن حماية أفضل للطفل.

ولما كانت الكفالة تعد وتكييف من مسائل الأحوال الشخصية، لذا يبدأ البحث عن القانون الواجب التطبيق على الكفالة من هذا التكييف، ولما كانت القوانين محل المقارنة وغيرها قد اعتدت بالقانون الشخصي ـــ سواء الجنسية أو المواطن ـــ في بناء قواعد التنازع الخاصة بتلك المسائل، وبالتالي سيكون القانون الواجب التطبيق ضمن القانون الشخصي لإطراف الكفالة.

وحيث إن المشرع الفرنسي اخذ كما بينا بنظام التبني ونظم إحكامه، ومن ثم لا يتضمن إحكاما تتعلق بالكفالة، مما يعني بأنه لا توجد قاعدة إسناد خاصة بالكفالة في القانون الفرنسي.

وبملاحظة قواعد الإسناد في الدول الأوربية يظهر رغم التضييق على القوانين الأجنبية وحق الشخص في الخضوع لقانونه الشخصي، بأنها مازالت تبقي ولو بشكل ضيق بالجنسية كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية[٧٥]، إذ القانون المدني الفرنسي في المادة الثالثة يؤكد على إخضاع الحالة للقانون الوطني، مما يعني إخضاع الطفل المتكفل به في الخارج لقانونه الشخصي، إلا إن الواقع العملي في فرنسا يعكس إن مبدأ شخصية القوانين لم يكن بذات الاهتمام السابق، بانتهاجها منهجا اقصائيا لنظام الكفالة، بالاعتماد على ضوابط إسناد جديدة كضابط المصلحة الفضلى من قبل القضاء تسند إليها مختلف مسائل الأحوال الشخصية وخصوصا المسائل الخاصة بالطفل.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١ يونيو ١٩٩٤ والذي منعت فيه تبني طفل مغربي من طرف زوجين فرنسيين على أساس إن العقود المنجزة في المغرب لا يمكن تفسيرها وإعطاءها مفهوما يخالف القانون المغربي، فالطفل المسلم للزوجين من اجل تربيته والاعتناء به ليس إلا، ومن ثم هذا التسليم لا يعتبر قاطعا للعلاقة الدموية للطفل مع أسرته الأصلية[٧٦]، مما يعني من ذلك إن القانون الفرنسي اخذ بالقانون الشخصي للطفل على الكفالة عندما منع التبني وبين آثار هذا التسليم تشبه آثار الكفالة.

---

٧٤ - جمال عماره، الكفالة وسبل تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، رسالة ماجستير، جامعة د. الطاهر مولاي ـــ سعيدة ـــ كلية الحقوق، ٢٠١٨/٢٠١٧.ص١٢.

٧٥ - مونيه بنعله، الكفالة في إطار الروابط الدولية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة المولى إسماعيل، ٢٠١١/٢٠١٠.ص٤٢.

٧٦ - إبراهيم بو ريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثبات والتطور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الاول كلية العلوم القانونية والاجتماعية، ٢٠٠٩/٢٠٠٨،ص١٠٢.

بينما في قرار أخر صدر بتاريخ ١٠ماي(أيار) ١٩٩٥ الذي قضت فيه نقض حكم المحكمة الابتدائية بليموج الرافض تخويل الزوجين الحق في التبني(٧٧)[٤٦، ص٦٢]، مما يعني محكمة النقض في هذا القرار استندت ضابط إسناد المصلحة الفضلى في اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال الامتيازات التي يحققها للطفل بمنحه نظام التبني ومنعه نظام الكفالة على اعتبار يتعارض مع النظام العام الفرنسي خاصة والأوربي عامة. وبهذا يظهر تأثير مصلحة الطفل الفضلى على اختيار القانون الواجب التطبيق على الكفالة.

في حين موقف المشرع المصري من القانون الواجب التطبيق على الكفالة، فهو إذا يسمح بنظام الكفالة في قانون الطفل كما ذكرنا ذلك، إلا انه لا توجد قاعدة إسناد خاصة بها كما هو حال التبني، وبالتالي تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، إلا إن مصادقة مصر على اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ وصدور قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المعدل، مما يعني مراعاة مصلحة الطفل في اختيار القانون الواجب التطبيق على الكفالة عند تطبيق مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعا.

والحال لا يختلف في القانون العراقي حيث لا توجد قاعدة إسناد خاصة بكفالة إلا إن مصادقة العراق على اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ وعدم صدور قانون للطفل، مما يعني لا بد من مراعاة مصلحة الطفل في اختيار القانون الواجب التطبيق على الكفالة وان كانت نصوص القانون المدني العراقي تشير لتطبيق مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعا عند عدم وجود قاعدة إسناد.

صفوة القول من كل ما تقدم يظهر لعد وجود قاعدة إسناد خاصة بكفالة خصوصا في التشريعات ذات المرجعية الإسلامية مما يستلزم معه مراعاة مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا، أو الأخذ بتلطيف مفعول النظام العام ليظهر بذلك تأثير المصلحة الفضلى في اختيار القانون الواجب التطبيق على الكفالة كنظام بديل عن الوسيط العائلي الأصلي للطفل كونها تعتبر مبدأ دوليا عاما ومن مقتضيات النظام العام الدولي.

الخاتمة:

١- يعد مصطلح مصلحة الطفل الفضلى ضمن المنظومة القانونية لحقوق الطفل، بل يعتبر من أهم المعايير التشريعية والقضائية والإدارية المعتمدة دوليا في نطاق حماية حقوق الطفل ولها الاعتبار الأول في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال.

٢- يتمتع معيار المصلحة الفضلى للطفل بمرونة وقابليته للتغير في كل حالة على حده تجعل منه غير محدد المفهوم سواء بالتشريعات الوطنية أم بالمواثيق الدولية وبهذا لا يوجد له تعريف جامع مانع.

٣- يظهر بان معيار المصلحة الفضلى للطفل لا يتلائم ومبدأ السيادة الإقليمية للدولة، ولا سيما وان مواضيع القانون الدولي الخاص ومنها تنازع القوانين وفق تعتمد وفق ضوابط الإسناد التقليدية تعتمد السيادة الاقليمية، وبالتالي لابد من تلطيف مبدأ السيادة لحاجة المعاملات الدولية إليها، خصوصا وإن التوجه الحديث يذهب نحو السيادة لكونيه وهجر السيادة الإقليمية.

٤- إن اختلاف التكييف القانوني لحق الطفل في الحضانة جعل التشريعات تتباين في تحديد القانون الواجب التطبيق، نتيجة عدم اتفاقها على قاعدة إسناد موحدة، مما جعل الاجتهادات الفقهية والقضائية تدور في إسناد الحضانة بين عدة اتجاهات ومن ضمنها

٧٧ - مونيه بنعله، الكفالة في إطار الروابط الدولية الخاصة،مصدر سابق، ص٦٢.

تطبيق القانون الأصلح للطفل، الذي يعتمد معيار مصلحة الطفل الفضلى، إذ يعد معيارا ذاتيا وليس موضوعي، لكون تطبيقه يستوجب إن ينظر لكل قضية حسب وقائعها وظروفها الخاصة لتحقيق حماية موضوعية وإجرائية أفضل للطفل.

٥- اختلفت التشريعات حول تنظيم البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية مما جعلها لم تستقر على قاعدة إسناد موحدة، والذي ظهر عدم تلائمها مع معيار مصلحة الطفل الفضلى كونها تدور ضمن توجيه قواعد الإسناد التقليدية التي لا تتوافق مع النظرة القانونية الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فضلا عن إن تلك التشريعات قد صدرت قبل ظهور معيار مصلحة الطفل الفضلى الذي يتمتع بصفة إلزامية عالمية باتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩.

٦- إن اختلاف مرجعيات التشريعات جعلها تختلف في تبني نظام الرعاية البديلة للطفل، مما اختلفت معة قاعدة الإسناد الخاصة لكل منهما، بحيث التشريعات التي تبنت نظام التبني وان كانت قد أخضعت شكل التبني لمحل الإبرام وهو ما نعتقده عدم تلائمه ومعيار المصلحة الفضلى، بينما نجدها قد اختلفت بين عدة اتجاهات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية وكلها تدور حول ضوابط إسناد تقليدية تعجز معه تحقيق حماية كافية لحقوق الطفل مما يستلزم هجرها واعتماد معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق.

٧- لا توجد في القانون العراقي قاعدة إسناد خاصة بنظام الكفالة إلا إن مصادقة العراق على اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ وعدم صدور قانون للطفل، يستدعي مراعاة مصلحة الطفل الفضلى في اختيار القانون الواجب التطبيق على الكفالة وان كانت نصوص القانون المدني العراقي تشير لتطبيق مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعا عند عدم وجود قاعدة إسناد.

المصادر:

١- إبراهيم حسن محمد، المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٧.

٢- لجنة حقوق الطفل – التعليق العام رقم ١٤(٢٠١٣) المتعلق بحق الطفل في ايلاء الاعتبار الأول لمصلحته الفضلى، الدورة الثانية والستون،١٤كانون الثاني ٢٠١٣، الفقرة ٧. وللمزيد انظر الموقع الالكتروني الأتي الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٨ :-

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=369&Lang=ar

٣-كما أن الفقه الإسلامي لم يرد فيه تعريف لمفهوم مصلحة الطفل الفضلى لصعوبة ضبط هذا المعيار لان المصلحة فيه متغيرة من وضعية إلى أخرى، ولكن بعضهم حاول تعريفها بأنها(المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم وعقولهم ونسبهم وأموالهم طبق ترتيب معين بينهم)، انظر في ذلك محمد سعيد رمضان، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، بيروت، ٢٠٠٠.

٤- علي الشواربي، الحماية القانونية لمصالح الطفل، مجلة القضاء والتشريع، عدد(١) لسنة ١٩٩٩.

٥-د. منتصر سعيد حمودة، الحماية القانونية لمصالح الطفل دراسة مقارنة، بين القانون الدولي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية،٢٠١٠.

6- Jean Zermatten,L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à

la Portée Philosophique. Working report 3-2003

انظر في ذلك ورقة العمل المنشورة على الموقع الالكتروني الأتي الذي تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٣٠ الساعة٢٠٣٠ مساءا :-

www:hptt\\childernright .org

إذ كان نصه الفرنسي كما يلي :-

((L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur les plans physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence)).

٧- د. محمد ثامر، المفهوم الدولي الاستغلال الجنسي للأطفال، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد الحادي عشر، لسنة ٢٠١٥، منشور على الموقع الالكتروني.

https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=132012

8- Amani k.sultan:child best interest principle: a review on the Jordanian juvenile justice system, master thesis in human rights and human development, the university of Jordan, 2013.

9- jacqueline rubellin devich ((le principe de l'intérêt de l'enfant dans ha hoi et la jurisprudence francaise)) revue francaise des affaires, a propos des manifestations internationales, population et famille. NO 4 OCTOBRE 1994.

١٠- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بلقايد تلسمان، الجزائر، ٢٠١٨/٢٠١٩.

١١-دكتور فراس كريم شيعان وحسين نعمة نغيمش، تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة.

١٢- د.عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على الحضانة(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)،بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،جامعة قطر،العدد(٢٥) لسنة ١٤٢٨ ه/٢٠٠٧م.

١٣- عبد المجيد غميجة، مبدأ الامن القانوني وضرورة المبدأ القضائي، الدار البيضاء، ٢٠٠٨بحث منشور على الموقع الالكتروني.

http://www.ism.ma/basic/web/pdf/docetude/autre/autre9.pdf

١٤-د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً. ط١. مكتبة الجلاء الجديدة. المنصورة. ١٩٩٦.

١٥- د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

١٦- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الحماية القانونية لتصرفات القاصر المالية في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، ١٤٠٩هـ/١٩٨٨.

١٧- دكتور عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٧.

18- zuker marvin & roderick flynn:Children's law Handbook,(Toronto:Thomson Carswell, 2005).

١٩- د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الطبعة الثالثة.

٢٠- د. صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨،الطبعة الأولى.

21- L. HARRIS, the Basis for Legal parentage and clash bettween custody and child support, see https://makinneylaw.iu.ed/ilr/pdf/vol42.pdf.

22- K.SAARLOOS, European private international Law on Legal parentage, Thoughts on a European instrument implementing,The priciple of mutual Recognition in Legal parentage, Degree of Doctor, maastricht university, 2010.

٢٣- إذ تكشف الإحصائيات أن المرأة المتزوجة من فرنسي في الغالب تكتسب الجنسية الفرنسية، بينما المرأة الفرنسية المتزوجة من أجنبي تبقى محتفظة بجنسيتها الفرنسية. انظر في ذلك د.رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على النسب، بحث منشور على الموقع الالكتروني.

https://www.academia.edu/15368645

٢٤-د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، ويقول في هذا المجال ((إذا ما تخيرنا الآراء الفقهية لفضلنا الرأي القائل بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب، ويبرر تفضيله أن البنوة الشرعية تتصل بمصلحة الأسرة ليس بمصلحة الطفل)).

٢٥- د. اشرف محمد وفا، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية.

٢٦- د. صاحب الفتلاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني(دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة النجاح للأبحاث(العلوم الإنسانية)، المجلد ١٩(٤) سنة٢٠٠٥.

٢٧- د.هشام علي صادق و د.عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية،الجزء الأول،تنازع القوانين،دار الفتح للطباعة والنشر، ٢٠١١.

٢٨-د.عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢.

٢٩-د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

٣٠-بيار ماير وفانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة د.علي محمود مقلد، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.

٣١- د.عز الدين عبد الله، اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة القانون الاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان/١، ٢ السنة الرابعة والعشرون،١٩٥٤.
٣٢- أسيل سليم عبد الكريم عليوي، القانون الواجب التطبيق على النسب والتبني، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٧.
٣٣- د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية.
٣٤- منيرة حريزي، التبني والكفالة (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة ــ كلية الحقوق.
35- Yamina Houhou, These La Kafala En Droit Algerien Et Ses Eeffets En Droit FRANÇAIS, Université De PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR,2014.
منشورة على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارة بتاريخ ٢٠٢٠/٢/١ الساعة ١١٢٠ صباحا
http://www.theses.fr/2014PAUU2001.pdf
٣٦- د. فراس كريم شيعان، تنازع القوانين في التبني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع/ السنة التاسعة ٢٠١٧.
٣٧- طلبة مالك، التبني والكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر وزارة العدل،المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، ٢٠٠٣/٢٠٠٦.
٣٨- د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠١٦.
٣٩- د. صلاح الدين جمال الدين، مبادئ القانون الدولي الخاص.
٤٠- د. فؤاد عبد المنعم رياض و د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية.
٤١- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص (وفق القانون العراقي والمقارن)، الطبعة الأولى، دار الحرية، ١٩٧٣.
٤٢- د. محمد المهدي، سيكولوجية التبني.. الكفالة.. الأسرة البديلة، منشور على الموقع الالكتروني الذي تمت زيارته يوم الأربعاء المصادف ٢٠١٩/٤/٣ الساعة ٢١٥٥مساءا:-
http://www.maganin.com/articles/articlesview.asp?key=134
٤٣- انظر في خصائص الكفالة علال برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠١٤/٢٠١٥.
٤٤- أمال علال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.
٤٥- - جمال عماره، الكفالة وسبل تحقيق المصلحة الفضلى للطفل، رسالة ماجستير، جامعة د. الطاهر مولاي ــ سعيدة ــ كلية الحقوق، ٢٠١٧/٢٠١٨.
٤٦- مونيه بنعله، الكفالة في إطار الروابط الدولية الخاصة، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة المولى إسماعيل، ٢٠١٠/٢٠١١.

٤٧- إبراهيم بو ريش، محددات النظام العام في العلاقات الأسرية بين الثبات والتطور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الاول كلية العلوم القانونية والاجتماعية، ٢٠٠٨/٢٠٠٩.

القوانين

١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل
٢- قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المعدل.
٣- القانون المدني العراقي
٤- المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص
٥- قانون العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١
٦- القانون المدني المصري

الاتفاقيات

١- اتفاقية حقوق الطفل **لسنة ١٩٨٩**

٢- لجنة حقوق الطفل – التعليق العام رقم ١٤(٢٠١٣) المتعلق بحق الطفل في ايلاء الاعتبار الأول لمصلحته الفضلى، الدورة الثانية والستون،١٤كانون الثاني ٢٠١٣، الفقرة ٧. منشور على الموقع الالكتروني الأتي :
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SesionID=369&Lang=ar

القرارات القضائية
١-قرار محكمة جنوب القاهرة الابتدائية في (١) يونيو ١٩٧٦ في القضية رقم(٥) لسنة ١٩٧٦

المواقع الالكترونية

1- https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/

Abstract:

It is evident that the best interest of the child, as a criterion adopted by international conventions and national legislation, and has the primary consideration in taking all administrative, legislative and procedural measures concerning the child, has an impact on determining the law applicable to the child's personal rights in relationships of a foreign element.

It requires, according to the best interest criterion, that the judge does not adhere to determining the applicable law in accordance with rigid attribution controls that determine the law in advance and without interest in knowing its content and whether or not it achieves better protection for the child. The child's personal rights in relations with a foreign component, because of its features and characteristics that go beyond the crisis of the traditional controls of attribution, such as nationality and domicile, which are characterized by neutrality and impartiality, and thus beyond the stalemate in which these controls are characterized.

Thus, the effect of the best interest criterion appears in determining the law applicable to the personal rights of the child by going beyond criticism of the traditional controls of attribution, keeping abreast of developments in the field of international private relations and achieving better protection of the rights of the child in knowing the content of the law before choosing it to be applied to the legal relationship of an international dimension related to By child.

The effect of the criterion of best interests in determining the applicable law on children's personal rights

Khidir Mokeif Faris

University of Babylon / College of Law

Prof. Dr. Firas Karim Shian

University of Babylon / College of Law