حقوق الطفل

دراسة علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية

(النسب ـ النفقة ـ الحضانة)

إعداد

د./ رشا على الدين أحمد

أستاذ مساعد بقسم القانون الدولى الخاص

بكلية الحقوق ـ جامعة المنصورة

مقدمة

حظيت حماية حقوق الطفل باهتمام عالمي، فالطفل هو مستقبل أي أمة وأساس استمرارها وتطورها، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلانًا لحقوق الطفل، في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٩[١]، أكدت إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقيمته، وبينت ضرورة التقدم الاجتماعي والارتقاء بمستوى الحياة والاعتراف بحقوق الإنسان، وبأن لكل إنسان أن يتمتع بجميع الحقوق والحريات المقررة فيه، ويشمل ذلك بطبيعة الحال الطفل، دون أي تمييز بين أي طفل في العالم بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو أي سبب من أسباب التمييز

وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة إعلان حقوق الطفل عام ١٩٥٩، بهدف جعل الطفل ينعم بطفولة سليمة، ويتمتع بالحقوق والحريات الواردة في الإعلان. ويقصد بهذه الحقوق تلك المرتبطة بشخصية الطفل باعتباره إنسان.

وشهد عام ١٩٨٩ إقرار زعماء العالم بحاجة أطفال العالم إلى اتفاقية خاصة بهم، لأنه غالبًا ما يحتاج الأشخاص دون الثامنة عشر إلى رعاية خاصة وحماية لا يحتاجها الكبار، كما أراد الزعماء أيضًا ضمان وجود اعتراف عالمي بحقوق الأطفال، وتعتبر اتفاقية حقوق الطفل الموقعة في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩ الصك القانوني الدولي الأول لحماية حقوق الطفل علي الصعيد العالمي.

---

(١) تأسست منظمة الأمم المتحدة للطفولة في ١١ ديسمبر ١٩٤٦، وهي المفوضة من قبل حكومات العالم لتعزيز وحماية حقوق الأطفال ورفاهيتهم. وتشترك منظمات المجتمع المدني، بما فيها الشركاء من المنظمات الدولية غير الحكومية، بشكل كبير في أعمال اليونيسف في ١٥٨ دولة تمارس فيها اليونيسف نشاطها، كما يتم التشاور مع المنظمات غير الحكومية في المقر الرئيس حول صياغة السياسة الدولية في شأن حماية الأطفال. لمزيد من التفصيل:

https://www.unicef.org/ar, 3-1-2017.

وقد اهتمت الاتفاقية بوضع الأطر العامة لحقوق الطفل الاقتصادية والاجتماعية ومن أهمها: حق كل طفل في اسم وفي اكتساب جنسية منذ ولادته، وتمتع كل طفل بكامل حقوقه دون التعرض للتمييز أو التفرقة أيًا كان نوعها، وعدم جواز فصل الأطفال عن أباءهم إلا إذا قررت السلطات المختصة ذلك حفاظًا على مصالحهم، وحماية الطفل من الضرر والإهمال البدني أو العقلي بما في ذلك الإساءة الجنسية أو الاستغلال الجنسي، ولا جدال في تمتع الطفل بحقوقه علي الصعيد الدولي وفقًا لما كفلته المواثيق الدولية علي الصعيد الدولي والإقليمي للبشر كافة.

وقد أكدت المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل على ضرورة احترام الدول الأطراف للحقوق الموضحة فيها، وضمان تمتع كل طفل يخضع لولايتها بتلك الحقوق دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن جنس الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه.

وعلي خلاف الوضع علي الصعيد الدولي فما زالت حقوق الأطفال تشهد الكثير من الجدل وتواجه العديد من المشكلات علي الصعيد الوطني، وليس بخاف علي أحد المشكلات التي يواجهها الطفل المولود لأبوين مختلفي الجنسية ـ طفل من زواج مختلط ـ، وتثور الصعوبة أكثر مع انفصام عري الزوجية، وتعرض الطفل لمشكلات هذا الانفصال. ولا نكون مبالغين إن قلنا إن حق الطفل الرئيس هو في نسبته لأبويه فمن هذا الحق تظهر كافة حقوقه، وتنبع شخصيته القانونية، ولما كانت تنشئة الطفل تحتاج لرعاية مالية ومعنوية، فنجد حقه في النفقة من الحقوق المهمة التي تكفل له حياة كريمة، وتهيئ له السبيل لتعليم جيد ومأوي ورعاية صحية سليمة. ولا يتأتى هذا إلا بوجوده في كنف أبويه في ظل علاقة زوجية أو بانتقاله لحضانة أحد أبويه والذي يكون كفء لحضانته. ومن هنا تأتي أهمية حقه في الحضانة، وإذا كانت هذه الحقوق تثير جدلاً قانونيًا في حالة الزواج بين وطنيين، فالأمر يزداد صعوبة في علاقات الزوجية بين مختلفي الجنسية، والبحث عن القانون الواجب التطبيق، وقبل البحث عن حقوق الطفل علي ضوء قواعد تنازع القوانين، والتعرف علي أهم هذه الحقوق

بوصفها أساس وجود الإنسان واستمراره في الحياة، يتعين علينا أن نعرض للمقصود بالطفل.

أولاً: تعريف الطفل:

يمكن تعريف الطفل لغة بأنه مشتق من الفعل الثلاثي طفَلَ، وطِفلٌ بكسر الطاءِ وتسكينُ الفاء، كلمة مفرد جمعها أطفال، وهي الجزء من الشيء، والمولودُ ما دامَ ناعِمًا دونَ البلوغ، والطّفل أول الشيء، والطفل أولُ حياة المولودِ حتى بلوغه، ويطلق للذكر والأنثى وهي طفْلة، ويقال: امرأة طفْلَةٌ الأنامل: ناعمتُها[١]. يقول تعالي "الطِّفْل الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاء"[٢]، وقال عز من قائل "واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا"[٣]، والطفل مفرد منه أطفال، وهو يعني الوليد ويعني الصغير وهناك مترادفات لمصطلح (طفل) مثل: الصبي والحدث والغلام، وهو لفظ يشمل الذكر والأنثى معًا.

وقد عرفت اتفاقية الطفل الصادرة عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٩ في مادتها الأولي الطفل بأنه ".....الإنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

ولم يفرد المشرع المصري قبل قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ تعريفًا محددًا للطفل، وعندما عرفه في هذا القانون والتشريعات التالية التزم بتعريف اتفاقية حقوق الطفل فعرفه من خلال المرحلة فورد في المادة الثانية من قانون الطفل أنه "يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة، وتثبت

(١) لمزيد من التفصيل حول المعني اللغوي راجع:
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/طفل, 2-3-2017.

(٢) سورة النور، الآية ٣١.

(٣) سورة النور، الآية ٥٩.

السن بموجب شهادة الميلاد أو بطاقة الرقم القومي أو أي مستند رسمي آخر، فإذا لم يوجد المستند الرسمي أصلاً قدرت السن بمعرفة احدي الجهات التي يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة"

وعرف قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ في مادته ٩٨ الطفل بأنه "يعتبر طفلاً - في تطبيق أحكام القانون - كل من بلغ الرابعة عشرة سنة أو تجاوز سن إتمام التعليم الأساسي ولم يبلغ سبع عشرة سنة كاملة، ويلتزم كل صاحب عمل يستخدم طفلاً دون سن السادسة عشرة بمنحه بطاقة تثبت أنه يعمل لديه وتلصق عليها صورة الطفل وتعتمد من مكتب القوي العاملة المختص"، ثم جاء الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ بالنص على سن الطفل المحدد في قانون الطفل وذلك في المادة ٨٠ فنص علي أنه "يعد طفلاً كل من لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره...". وقد كان قبل صدور التشريعات السابقة يطلق على الطفل في التشريعات المختلفة اسم الحدث، والتي أغلبها كان يتعلق بالجرائم المرتكبة من قبل من هم دون الثامنة عشر.

وقد حرصت التشريعات العربية علي بيان المقصود بالطفل، فعرفته المادة الرابعة من قانون الطفل البحريني الصادر عام ٢٠١٢ بأنه "يقصد بالطفل في هذا القانون كل من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وذلك مع مراعاة القوانين النافذة الخاصة المنظمة لمن هم دون هذا السن"، وعرفته المادة الأولي من قانون حقوق الطفل الإماراتي الصادر عام ٢٠١٦ بأنه "كل إنسان ولد حيًا ولم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره".

كل المحاولات السابقة لتعريف الطفل اهتمت بتحديد الطفل من خلال التزامها بالمعيار الدولي، وهو من لم يبلغ ثمانية عشر عامًا، وتسعي كل هذه التعريفات لهدف واحد هو تحديد نطاق الحقوق التي يتمتع بها الطفل، وتهيئة المناخ الاقتصادي والاجتماعي المناسب لحمايته وتنشئته فردًا صالحًا في المجتمع.

ثانياً: إشكالية الدراسة:

عكفت الدراسات القانونية الحديثة علي دراسة حقوق الطفل من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية وقوانين الطفل، ولكن هذا لا يحول دون اتصال حقوق الطفل بقوانين وتشريعات عدة من أهمها قوانين الأسرة والأحوال الشخصية التي تعد في حقيقة الأمر أساس تمتعه بكافة حقوقه الأخرى التي وردت في الاتفاقيات الدولية وقوانين الطفل(١).

ونظرًا لانتشار ظاهرة الزواج المختلط كنتيجة لسهولة الاتصال بين شعوب العالم وحرية الحركة وزوال الكثير من الحواجز الجغرافية من خلال وسائل الاتصال الحديث، من هنا ظهر جيل جديد من الأطفال من أباء يحملون جنسيات مختلفة، وصار هناك ضرورة ملحة لدراسة حقوق هؤلاء الصغار في ظل هذا الزواج المختلط كحقهم في نسبتهم لأباءهم، وكذلك حقهم في النفقة والحضانة بوصفها من أهم الحقوق التي تكفل لهم حياة كريمة وتنشئة قانونية واجتماعية سليمة.

ثالثاً: أهمية الدراسة:

تعمل الدراسة علي البحث عن القانون الواجب التطبيق علي أهم الحقوق المتصلة بالطفل المولود من أبوين من جنسيتين مختلفتين (الزواج المختلط)، باعتبار أن هذه الطفل هو نتاج لعلاقة زوجية قد تستمر وقد تنتهي مهددة حقوق هذا الطفل في النشأة السليمة للخطر، ويأتي في مقدمة هذه الحقوق الحق في النسب بوصف النسب

(١) الملاحظ أن المسائل المتعلقة بالأسرة عامة، والطفل بصفة خاصة قد وردت في التشريعات العربية في نصوص القوانين التي حملت إما عنوان "قانون الأسرة" أو "قانون الأحوال الشخصية"، كما سنري خلال دراستنا. وقد حرصت محكمة النقض المصرية علي وضع تعريف للمقصود بالأحوال الشخصية فبينت أن المقصود بها "هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثارًا قانونية في حياته الاجتماعية، كون الإنسان ذكرًا أو أنثى، وكونه زوجًا أو أرملاً، أو مطلقًا، أو أبًا، أو ابنًا شرعيًا، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدًا بسبب من الأسباب القانونية"، الطعن رقم ٠٠٤٠ لسنة ٣ قضائية، مجموعة عمر، الطبعة الأولي، ص ٤٥٤.

هو السبيل الحقيقي لتمتعه بكافة الحقوق التي تنتج عن انتمائه لأب أو أم من جنسية معينة، والذي يكفل له الحق في اكتساب الجنسية وتمتعه بكافة حقوقه الأخرى المترتبة علي كونه ينتمي لدولة بعينها، ثم الحق في النفقة بوصفها الطريق لتوفير حياة كريمة له، ويأتي الحق في الحضانة وهي الوسيلة لتمتعه بالرعاية وكفالة نشأته وتهذيبه.

وسوف نقصر دراستنا علي هذه الحقوق بوصفها الأهم بالنسبة للطفل المولود من زواج مختلط والتي تثير الكثير من المشكلات عند التطبيق وخلال النزاعات المعروضة أمام القاضي الوطني الذي يقع علي عاتقه البحث عن القانون الواجب التطبيق علي النزاع، وقد استبعدنا من نطاق دراستنا الحق في الإرث نظرًا لعدم وجود جدل في شأنه ووجود قواعد مستقرة في شأنه علي صعيد قواعد تنازع القوانين، بالإضافة لعدم إفراد المشرع العربي قواعد خاصة للطفل في هذا الشأن.

ولا يمكن لأحد أن ينكر ازدياد حالات الزواج المختلط في عالمنا العربي، وقد أثرنا أن نعكف علي دراسة حقوق الأطفال علي ضوء قواعد تنازع القوانين في تشريعاتنا العربية، في محاولة منا لبيان موقف التشريعات العربية من حماية الطفل المولود من زواج مختلط، فليس بخاف علي أحد ازدياد حالات الزواج المختلط بين أبناء الأمة العربية.

رابعاً: منهج الدراسة:

تقوم الدراسة علي منهج تحليلي لنصوص قواعد تنازع القوانين في التشريعات العربية[1]، وكذلك دراسة وتأصيل الآراء الفقهية وأحكام القضاء في حالة غياب النص

(١) كل النصوص القانونية التي استعانت بها الدراسة علي صعيد التشريعات العربية تم الوصول إليها من خلال بوابات وزارة العدل العربية والمواقع التشريعية الحكومية المتخصصة، وشبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي، وقد أفردنا في قائمة المراجع في نهاية البحث قائمة بكافة المواقع الإلكترونية التشريعية، وكذلك موسوعة قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، الصادرة عن جامعة الدول العربية، ٢٠١١.

التشريعي بغية الوصول لحلول قانونية للمشاكل المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق علي نسب الطفل ونفقته وحضانته.

خامساً: خطة الدراسة:

يستوجب البحث عن حقوق الطفل علي ضوء قواعد تنازع القوانين أن نعرض لحق الطفل[1] في النسب ثم نبين حقه في النفقة وفي النهاية حقه في الحضانة، وعلي هذا الأساس نقسم الدراسة إلي ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حق الطفل في النسب علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية.

المبحث الثاني: حق الطفل في النفقة علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية.

المبحث الثالث: حق الطفل في الحضانة علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية.

(١) وقد فضلنا استخدام لفظ الطفل بدلاً من الصغير طوال دراستنا، فهي تعني بالشخص المولود لأبوين من جنسيتين مختلفتين (زواج مختلط) دون الثامنة عشر من عمره، فهو المقصود بالطفل وفقًا لأحكام القانون المصري، والذي جاء متفقًا مع القواعد الدولية والتشريعات العربية.

المبحث الأول
حق الطفل في النسب علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية

تمهيد وتقسيم:

يعد نسبة الطفل لأبويه أهم حق يتمتع به الطفل من لحظة ميلاده، وجاءت شريعتنا الإسلامية الغراء لتعتبر النسب من الحقوق المهمة التي أثبتتها للولد وللوالدين، فهو حق للطفل في انتسابه لأبويه، وحق للأبوين في التمتع بحق الأبوة والأمومة. وقد أكد الإسلام على تقرير هذا الحق وإثباته، وتأكيد وجوده بالنسبة لهذا الطفل، وقد كان لهذا أثر عظيم في حماية المجتمع الإسلامي وتماسكه والحفاظ على قوته.

ولهذا فقد شرع الله الزواج لغايات سامية، وأول هذه الغايات بقاء النوع الإنساني عن طريق شرعي، كما جاء في شريعتنا الغراء، والنسب هو رابطة سامية، وصلة عظيمة بين الأبناء والآباء، ولهذا عكفت التشريعات الوطنية علي وضع قواعد حاكمة له بوصفه البنيان الحقيقي لوجود الأسرة التي تعد عماد أي مجتمع.

والحديث عن حق الطفل في النسب علي ضوء قواعد تنازع القوانين العربية يوجب علينا أن نعرض بداءة لماهية النسب ثم نبين بعد ذلك وسائل إثبات النسب ثم نعرض في النهاية للقانون الواجب التطبيق عليه، وعلي هذا الأساس نقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية النسب.

المطلب الثاني: وسائل إثبات النسب.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق علي حق الطفل في النسب.

المطلب الأول

ماهية النسب

يستوجب علينا للتعرف علي ماهية النسب أن نعرض بداءة لتعريفه لغة واصطلاحًا، ثم نعرض لأنواع النسب.

أولاً: تعريف النسب لغة:

يعرف النسب لغة بأنه مشتق من مصدر الانتساب، وقيل يقصد به الانتساب للآباء، وتنسب أي ادعى أنه نسيب، ويقال القريب من تقرب لا من تنسب[١]. والنسب: القرابة؛ والنسبة مصدر الانتساب؛ والنسبة: الاسم. والنسب يكون بالآباء، ويكون إلى البلاد، ويكون في الصناعة، وجمع النسب أنساب. وانتسب واستنسب: ذكر نسبه. يقال للرجل إذا سئل عن نسبه: استنسب لنا أي انتسب لنا حتى نعرفك. ونسبه ينسبه وينسبه نسبا: عزاه ونسبه: سأله أن ينتسب. وناسبه: شركه في نسبه. والنسيب: المناسب، والجمع نسباء وأنسباء، وفلان يناسب فلانا، فهو نسيبه أي قريبه. وتنسب أي ادعى أنه نسيبك. وفي المثل: القريب من تقرب، لا من تنسب. ورجل نسيب منسوب: ذو حسب ونسب. والنساب: العالم بالنسب، وجمعه نسابون[٢].

ثانياً: تعريف النسب اصطلاحاً:

حاول الفقهاء وضع تعريف للمقصود بالنسب فعرفه ابن العربي بأنه "عبارة عن مزج الماء بين الذكر والأنثى على وجه الشرع، فإن كان بمعصية كان خلقًا مطلقًا، ولم يكن نسبا محققًا"[٣].

(١) لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤، ص ٧٥٠.

(٢) لسان العرب، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

(٣) أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣، ص ٤٤٧.

وعرفه المعاصرون بأنه "سلالة الدم أو رابطة سلالة الدم، وهي التي تربط الشخص بأصوله وفروعه وحواشيه[١]. والنسب هو أهم حق للأولاد على أبيهم، لأنهم ثمرة الزواج بين أبويهم.

ثالثاً: أنواع النسب:

لابد من التفرقة هنا بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول هو ناتج علاقة جنسية شرعية بين الرجل والمرأة، والثاني هو نتاج علاقة جنسية غير شرعية بين الرجل والمرأة.

ولابد وأن نوضح هنا أنه يقصد بالنسب غير الشرعي ميلاد الطفل خارج الإطار الشرعي أي خارج الرابطة الزوجية، إذ هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، أو تلقيح صناعي لامرأة دون أن تكون متزوجة، أو متزوجة بأخرى - كما في زواج المثليين -[٢].

وقد فرق الفقهاء بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي، فالأول يضمنه المشرع المصري ضمن مسائل الأحوال الشخصية وينظمه بقواعد تتمثل في أسس شرعية يثبت من خلالها، حتى يكون صحيح خاليًا من العيوب التي تحول دون تحقيقه.

ولم يضع المشرع المصري قواعد خاصة بإثبات النسب، ولم يرد النص علي مسائل النسب إلا في نص المادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ولم يرد في هذا النص أي إشارة خاصة بنسب الطفل غير الشرعي، ويتفق هذا مع نص المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، والتي نصت علي أنه "تصدر

(١) د/ أحمد محمد، النسب في الشريعة والقانون، دار العلوم، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣، ص٨٣.

(٢) هو زواج يعقد بين شخصين من نفس الجنس أو من نفس الهوية الجنسية .

الأحكام طبقًا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

ولما كانت الشريعة الإسلامية هي أساس مسائل الأحوال الشخصية في القانون المصري، فإننا نجد أن مسألة النسب توجب على القاضي الارتكان إلى قواعد إثبات النسب في الفقه الإسلامي، وذلك إعمالاً لنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني "فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ولهذا يتعين علينا أن نعرض لوسائل إثبات النسب في القانون المصري مرتكنين في هذا لقواعد الشريعة الإسلامية الغراء بوصفها المصدر الرئيس لمسائل الأحوال الشخصية في القانون المصري، والأمر لا يختلف عما هو معمول به في التشريعات العربية المستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني

وسائل إثبات النسب

نقصد بإثبات النسب هنا بيان طرق ثبوت النسب، بالفراش أو بالإقرار، أو بالبينة أو حيازة الحالة، وكذلك محل الإثبات، ومن يلقي عليه عبء الإثبات.

وسوف نحاول هنا أن نعرض لموقف القانون المصري بوصفه نموذجًا لتشريع عربي استقت منه غالبية التشريعات العربية قواعدها. ولهذا نجد طرق إثبات النسب في القانون المصري هي ذات الوسائل التي نصت عليها التشريعات العربية كما هو الحال في التشريع الإماراتي الذي نص في المادة ٨٩ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨

لسنة ٢٠٠٨ علي أنه "يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش"، ويتفق هذا مع نص المادة ٧٤ من قانون الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ حيث نصت علي أنه "طرق ثبوت النسب: أ- عقد الزوجية الصحيح، أو الدخول بشبهة وذلك مع مراعاة حكم المادة (٧٣) من هذا القانون. ب - الإقرار بشروطه المعتبرة شرعًا. ج - البينة الشرعية".

أولاً: إثبات النسب بالزواج:

يقصد بالفراش لغة هو ما يفرش، يقال: الأرض فراش الأنام، قال الله عز وجل "الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الأَرْضَ فِرَاشاً"[١]. أي وطأه، لم يجعلها حزنة غليظة، لا يمكن الاستقرار عليها، ومن المجاز: الفراش: زوجة الرجل، يقال لامرأة الرجل: هي فراشه وإزاره ولحافه، لأن الرجل يفترشها[٢]. وقيل الفراش: اسم للزوج، فكل واحد من الزوجين يسمى فراشًا للآخر، كما سمي كل واحد منهما لباسًا للآخر[٣]، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، افترشها، أي وطئها[٤].

ويقصد بالفراش اصطلاحًا "كون المرأة معنية للولادة لشخص واحد"[٥]، ومعناه أن تكون هناك علاقة زوجية شرعية، قائمة بين رجل وامرأة، ينتج عنها حمل، ثم ولادة، فيكون المولود ابنًا لهذا الرجل بالفراش، والمعتبر هو قيام الزوجية عند ابتداء الحمل، لا عند حصول الولادة[٦].

---

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢.

(٢) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت، ٢٠١٠، ص٣٣٨٢.

(٣) أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الجزء الرابع، دار الفكر، ١٩٧٩، ص٤٨٦.

(٤) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، مرجع سابق، ص٣٣٨٢.

(٥) كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص ٣٤٨.

(٦) د/ منصور حسن منصور، الولد للفراش والبصمة الوراثية، مجلة الأزهر، الجزء ١١، السنة ٧٩، ٢٠٠٦، ص ١٧٥٤.

ومعنى الفراش هنا هو النكاح الحقيقي وهو تعبير مهذب عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة، حيث تكون المرأة كالفراش لزوجها. والأصل في معنى الفراش هو الزواج الحقيقي الذي منه الولد، وهو لفظ يعبر عن حالة اجتماع الرجل بالمرأة، ولما كان التحقق من حالة الجماع أم صعب التحقق منه، فالأصل فيه السترة والخفاء، فاكتفى بمظنته، وهو قيام حالة الزوجية الممكنة، ومن ثم يحكم بثبوت النسب بمقتضاها. وهو الأمر الثابت بالقرآن والسنة، يقول تعالى "واللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ"(١).

ويقصد بعلاقة الزوجية وجود علاقة بين رجل وامرأة، كلاهما زوجًا للآخر وفقًا لعقد شرعي، وقد يكون الإنجاب في هذه الحالة من خلال علاقة زوجية عادية أو حتى من خلال ما يُطلق عليه التلقيح الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي(٢)، وقد تحدث واقعة الميلاد أثناء قيام العلاقة الزوجية، وقد تكون بعد الانفصال أو وفاة الزوج، فالزواج هو عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر علي الوجه المشروع، فهو عقد يتضمن إباحة الوطء(٣).

وتعد الزوجية الصحيحة السبب الرئيس لثبوت نسب المولود الذي وضعته المرأة أثناء العلاقة الزوجية، دون الحاجة إلي اعتراف صريح من الزوج، يعني هذا أن

(١) سورة النحل، الآية، ٧٢.

(٢) التلقيح الصناعي هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي للرجل في رحمها. فهذه العملية تقوم على عدم القدرة على الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة كوسيلة للإنجاب ليحل محله الحقن وفي هذه العملية يحصل الطبيب على الحيوانات المنوية وقت الإباضة للزوجة ثم يقوم بمعالجة الحيوانات المنوية في المعمل بحيث يمكن الحصول على الحيوانات النشطة ويضيف إليها من المواد ما يساعدها على ازدياد نشاطها ثم يقوم بحقن هذه الحيوانات المنوية داخل الرحم بواسطة قسطرة رفيعة.

(٣) د/ أحمد نصر الدين الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣، ص ٧.

الولد الذي تأتي به المرأة يلحق نسبه بمن يحل لها شرعًا جماعها، وهو الزوج. ويُطلق على إثبات النسب في إطار العلاقة الزوجية، لفظ "إثبات النسب بالفراش" [١].

وقد اتفقت الأمة على ثبوت النسب بالفراش على جهة القطع، قال الإمام ابن الهيثم "وقد أجمعت الأمة على أن النسب يثبت بالفراش"[٢]، ومن ثم فإن النسب يثبت بقيام الزواج، دون حاجة إلى إقرار من الزوج أو بينة تقيمها الزوجة. وهو ذات ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث جاء في حكم لها ".....من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن "الولد للفراش" و قد فرع الفقهاء على هذا الأصل أن النسب يثبت بالفراش الصحيح و هو الزواج الصحيح ولك اليمين و ما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبيهه، كما فرعوا"[٣].

أ - النكاح الصحيح:

يُقصد به عقد الزواج المعتبر شرعًا، حيث توافرت أركانه وشروطه، وانتفت موانعه[٤]، واتفق الفقهاء على ثبوت نسب الولد الذي يأتي ثمرة لزواج صحيح ينسب إلى فراشه، ولو نازع فيه منازع فلا يقبل منه[٥]، وذلك لقوله ﷺ "الولد للفراش

(١) د/ منصور حسن منصور، مرجع سابق، ص١٧٥٤.

(٢) محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨، ص ٤٦٨.

(٣) الطعن رقم ١٠ لسنة ٢٩ قضائية، جلسة ١٧ يناير ١٩٦٢، منشور علي موقع المحكمة علي الإنترنت:

http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation_court_all_cases.aspx, 4-2-2017.

(٤) د/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ١٤٦.

(٥) اختلف القائلون بهذا فيما تصير به الأمة فراشاً، فالجمهور على أنها لا تصير فراشاً إلا بالوطء، وذهب بعضُ المتأخرين من المالكية إلى أن الأمة التي تشترى للوطء دونَ الخِدمة، كالمرتفعة التي يُفهم من قرائن الأحوال أنها إنما تُراد للتسري، فتصير فِراشاً بنفس الشراء، والصحيح أن الأمة والحرة لا تصيران فِراشاً إلا بالدخول. راجع لمزيد من التفصيل، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، الجزء الثالث، القاهرة، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣، ص ٢٣٤.

وللعاهر الحجر"[١]، والحديث واضح الدلالة في إثباته للنسب بالنكاح، وإنكاره في حالة السفاح، فليس للزاني حق في دعوى النسب.

ويثبت الطفل بالزواج في القانون المصري وفقاً للشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الزواج صحيحًا وفقًا لأحكام القانون المصري، ولهذا يلزم ثبوته بوثيقة رسمية. فقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المستبدلة بقانون الطفل المصري رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ على أن "للطفل الحق في نسبه إلى والدية الشرعيين والتمتع برعايتهما، وله الحق في إثبات نسبه الشرعي إليهما بكافة وسائل الإثبات بما فيها الوسائل العلمية المشروعة. وعلى الوالدين أن يوفرا الرعاية والحماية الضرورية للطفل، وعلى الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته ويحظر التبني". ومن الوسائل العلمية الآن في إثبات النسب، البصمة الوراثية أو ما يُعرف بـ DNA (الحمض النووي)[٢].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش الصحيح وهو الزواج الصحيح وما يلحق به وهو المخالطة بناءً على عقد فاسد أو شبهه كما أن

---

(١) روته السيدة عائشة أم المؤمنين، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، دار المعرفة، ١٩٩٤، ص ١٨٣١.

(٢) لم تُعرَف البصمة الوراثية حتى كان عام ١٩٨٤ حينما نشر د. "آليك جيفريز" عالم الوراثة بجامعة ليستر بإنجلترا بحثًا أوضح فيه أن المادة الوراثية قد تتكرر عدة مرات، وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة. وواصل أبحاثه حتى توصل بعد عام واحد إلى أن هذه التتابعات مميّزة لكل فرد، ولا يمكن أن تتشابه بين اثنين إلا في حالات التوائم المتماثلة فقط؛ بل إن احتمال تشابه بصمتين وراثيتين بين شخص وآخر هو واحد في الترليون، مما يجعل التشابه مستحيلاً؛ لأن سكان الأرض لا يتعدون المليارات الستة، وسجل الدكتور «آليك» براءة اكتشافه عام ١٩٨٥، وأطلق على هذه التتابعات اسم (البصمة الوراثية للإنسان)، ويطلق عليها بالإنجليزية DNA.

المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره شهود هو زواج فاسد يترتب عليه أثار الزواج الصحيح ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقي"[١].

ولا عبرة لإثبات النسب ببقاء علاقة الزوجية أو انتهائها، فالعبرة بوجود العلاقة الزوجية الشرعية عند حدوث الحمل وليس ولادة الطفل.

ففي حكم حديث قضت محكمة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية بأنه: "وحيث أنه لا يشترط في إثبات عقد الزواج تقديم هذا العقد بل يكفى أن يثبت بالبينة وقرائن الأحوال حصوله وحصول المعاشرة الزوجية تنفيذاً له، كما أنه ليس باللازم أن يشهد الشهود مجلس ذلك العقد بل يكفى أن يشهدوا بعلمهم بحصوله لأن الشهادة بالتسامع جائزة. كما أن المقرر شرعاً أن النسب هو حق الله تعالى وهو من النظام العام وقد جرى الشارع على إثباته حتى إذا دار الأمر بين ثبوته ونفيه وترجح جانب الإثبات وتقبل فيه الشهادة حسبة ويغتفر فيه التناقض لما قد يصاحبه من لبس أو إخفاء وتجوز فيه الشهادة بالشائع ويترتب النسب فى نكاح فاسد إذ الأصل أن النسب يحتال في إثباته بما هو جائز عقلاً وقبوله شرعاً لحمل المرأة على الصلاح صيانة لشرفها وشرف عشيرتها وللتستر على الأعراض وإحياء للولد مراعاة لمصلحته"[٢].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه "أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية وأن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المقابلة للفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية من قيد على

(١) الحكم الصادر في الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ٢٧مايو ١٩٨٦، منشور على الإنترنت:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx, 4-3-2017.

(٢) الاستئناف رقم ١٥٠٣ لسنة ١٢٣ قضائية، بتاريخ ٢٤ مايو ٢٠٠٦، استئناف القاهرة، غير منشور.

سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها مما مفاده أنه لا يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية، كما أنه ولئن كان من المقرر أنه لا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية إلا أن دعوى النسب مستثناة من هذه الدعاوى، ولا تخضع ـ وفقا لما سلف بيانه ـ من قيد على سماع دعوى الزوجية ولا تأثير على ذلك في دعوى النسب"[١].

ومن المقرر في القانون المصري وما استقر عليه القضاء المصري أن العقد الباطل لانتفاء شروط الانعقاد لا يترتب أي أثر من أثار الزواج الصحيح فلا يحل به دخول، ولا يجب به مهر، ولا يستحق بمقتضاه نفقة ولا طاعة ولا يثبت توارث ولا نسب لمولود.

الشرط الثاني: أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة: بأن يكون الزوج يمكن أن يحدث منه الحمل للزوجة، فإن لم يكن الزوج أهلاً للإنجاب، فلا يتم ثبوت نسب المولود له، وذلك كالصغير، ومن كان لديه عاهة تجعله غير قادر على الإنجاب[٢]. ومن ذلك أيضًا عدم إمكانية التلاقي بين الوالدة والوالد، وقد ورد في المادة ١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حيث العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

والمقصود هنا المخالطة الجنسية بين الزوجين بعد إبرام عقد الزواج الصحيح ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لابد من الدخول الحقيقي والتلاقي بين الزوجين. فالوليد

---

(١) جلسة ٦ فبراير ٢٠٠٦، الطعنان رقم ٥٨٥، ٦٢٦ لسنة ٧٣ قضائية، منشور علي الإنترنت:
http://www.cc.gov.eg/Images/Madany/2006/2/585-73/585-73.pdf, 8-1-2017.

(٢) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر، ص٧٩.

يتخلق بتلاقي ماء الرجل وماء المرأة، والزوجية هي مظنة ذلك، وهي الطريق الشرعي له. لذا فإن المشرع قد جعل الولد للفراش، وأنكره في السفاح، ولهذا اشترط الفقهاء التلاقي بين الزوجين بعد العقد، لإثبات النسب بينهما، إلا أنهم اختلفوا في تفصيل هذا الشرط(١).

الشرط الثالث: أن يولد الولد بعد ستة أشهر فأكثر من الزواج: وتلك أقل مدة للحمل، فإن ولد الولد لأقل من ستة أشهر واستمرت حياته - دون مساعدة طبية - كما يحدث الآن طبيًا في الولادات المبكرة داخل الحضانات، فلا يثبت نسبه من الزوج بإجماع الفقهاء، لأن ذلك دليل على أنها أتت بالحمل قبل الزواج(٢).

كما اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، والدليل على رأيهم: قوله تعالى "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْرًا"(٣)، وفهمه مع قوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ"(٤). فوفقًا للنص القرآني فإن مجموع الحمل والإرضاع ثلاثين شهراً وكانت مدة الرضاع منه سنتين كان الباقي في المدة وهو ستة أشهر متعينًا للحمل. وهو ما يتفق مع ما روي عن أن عمر رضي الله عنه قال أن امرأة ولدت لستة أشهر، فهم عمر برجمها، فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه: ليس لك ذلك. قال الله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين"، وقال تعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرًا" فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرًا، لا رجم عليها، فخلى عمر سبيلها، وولدت مرة أخرى لذلك الحد". ومن هنا ذهب الاتجاه أن المرأة إذا

(١) د/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ١٤٨.

(٢) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩١، الجزء السادس، ص٣٠٦.

(٣) سورة الأحقاف، الآية ١٥.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

ولدت حال قيام الزواج الصحيح ولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد عليها لا يثبت نسب هذا الولد من زوجها، لأنها حملت به لم تكن زوجته إلا إذا ادعاه وأقر أنه ابنه، ولم يقل أنه ابنه من الزنا فيثبت نسبه[١]. ورغم وقوع الاتفاق بالإجماع علي أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، إلا أن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لأقصي مدة الحمل، وهذا لسبب وحيد مرجعه أن أقصي مدة للحمل لا دليل عليه من الكتاب والسنة. ولهذا اختلفت الآراء الفقهية في هذا الشأن.

فذهب الظاهرية إلي أن أقصي مدة حمل هي تسعة أشهر، وهو أقرب إلي المعتاد، والحكم يكون بالمعتاد لا بالنادر[٢]. وهناك قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل بأن أقصي مدة للحمل هي أربع سنين، وسندهم في ذلك ما رواه الدار قطني، عن مالك بن أنس أنه كان يقول جارتنا امرأة محمد عجلان، امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين[٣]، وذهب رأي ثالث إلي أن أقصي مدة للحمل هي سنتان، واستدل هذا الرأي بقول السيدة عائشة رضي الله عنها "ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل أي مقدارًا يسيرًا". وحاول هذا الرأي التأكيد علي أن قول السيدة عائشة من الراجح أنها سمعنه من المصطفي صلي الله عليه وسلم[٤].

(١) د/ رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٥٧.

(٢) د/ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها علي الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١١٨.

(٣) د/ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولي، ١٩٨٤، ص ٣٨٤.

(٤) د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولي، ١٩٩٩، ص ٢٠١٣

وقد أخذ المشرع المصري خروجًا على المذهب الحنفي في المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأقصى مدة الحمل سنة شمسية أي ٣٦٥ يومًا بالنسبة لسماع دعوى نفقة العدة، ودعوى النسب حسبما يفهم من نص المادة ٢٣ من القانون سالف الذكر المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ويلاحظ هنا أنه لا يعتد بأي ولادة بعد أكثر من عام ميلادي من انتهاء الفراش الصحيح بوفاة أو طلاق أو بعد انتهاء فراش الشبهة. وقد أكدت محكمة النقض المصرية علي أن أقسي مدة حمل يمكن الاعتداد بها هي سنة ميلادية كاملة، فقد جاء في حكم لها علي أنه "النص في المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يدل على أن المشرع رأى درءًا للاحتيال أن ينهي عن سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد المطلقة إذا أتت به بعد سنة من انقضاء فراش الزوجية باعتبار أن أقصى مدة للحمل وفقا لما أفاد به الطب الشرعي وما ورد بالمذكرة الإيضاحية هي سنة حتى تشمل جميع الحالات النادرة"[(١)].

ب- النكاح الفاسد:

يعتبر النكاح الفاسد كالنكاح الصحيح في ثبوت النسب إذا اتصل به الدخول الحقيقي نتج عنه الولد، فإنه يترتب عليه إلحاق النسب احتياطيًا لإحياء الولد. ويعرف النكاح الفاسد بأنه النكاح الذي فقد شرطًا من شروط الصحة مثل ذلك كالعقد بغير شهود[(٢)]، والزواج المؤقت (زواج المتعة)، الزواج بلا شهود، زواج المعتدة دون علم

(١) الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٦٣ قضائية جلسة ٢٤ يونيو ١٩٩٧، منشور علي موقع المحكمة الإلكتروني:

http://www.cc.gov.eg/Images/H/111119710.pdf, 4-3-2017.

(٢) د/ وهبة الزحيلي، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠، ص ٤٧٣.

بالحرمة[١]، وأيضًا كما في زواج المرأة الخامسة باتفاق الفقهاء[٢]، والنكاح بدون ولي عند البعض منهم[٣].

والزواج الفاسد شأنه شأن الزواج الصحيح، إذ يشترط فيه مدة الحمل، إلي جانب الدخول الحقيقي، ويترتب على هذا الزواج الفاسد التفرقة بين الزوجين، مع ثبوت النسب حماية لمصلحة الولد خشية من ضياع نسبه، مع ضرورة توافر بقية شروط ثبوت النسب في الزواج الصحيح من دخول حقيقي بالمرأة، ومضي أقل مدة حمل.

ج- الوطء بالشبهة:

يُقصد به كل معاشرة بين رجل وامرأته، ليس بناءً على عقد زواج صحيح أو فاسد وليست زنا حتى لا توجب الحد، أو هو الوطء المحظور الذي لا يوجب حدًا، لقيام شبهة ترتب عليه انتفاء قصد الزنا[٤]. فهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص. وهو يختلف عن الزنا في حسن النية، فحسن النية هي التي تلعب الدور الفاصل، فالزنا لا يثبت به النسب لأنه آثم ولا يعطي الله نعمته بمعصية[٥].

ويثبت النسب من الوطء بالشبهة عند جمهور الفقهاء[٦]، إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة حمل وبين أكثرها. فالنكاح بشبهة علي أنواع ثلاثة هي: أولها شبهة الملك، وفيه يشتبه الدليل الشرعي علي الرجل فيفهم الإباحة، كما في مواقعة رجل

(١) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، ص٩.
(٢) د/ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠، ص٤٧٣.
(٣) د/ رمضان علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص١٦٠.
(٤) د/ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص١٠.
(٥) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠١١، ص٩.
(٦) د/ رمضان علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص١٥٨.

لامرأته التي طلقها طلاقًا بائنًا، وهي في عدتها ظنًا منه أن هذا يعد مراجعة منه لها، كما في المطلقة طلاقًا رجعيًا. وثانيها شبهة العقد، فحاصلها أن يعقد الرجل علي امرأة، ويدخل بها دخول حقيقي، وهو يعتقد أنها تحل له ثم يتبين له بعد ذلك أنها لم تكن تحل له، كما لو تبين أنها أخته في الرضاع. وثالثها شبهة الفعل، فحاصلها أن يواقع رجل امرأة علي أنها زوجته ثم يتبين بعد ذلك أنها ليست زوجته[١].

تلك كانت أسس وشروط اكتساب النسب بناء علي عقد الزواج (الفراش) بوصفه الأساس الأول لاكتساب النسب. ولكن السؤال المهم هل هناك طرق وأسس أخري لاكتساب النسب؟

ثانياً: إثبات النسب الإقرار:

يقصد بالإقرار إخبار الشخص عن ثبوت حق عليه لشخص آخر، وهو أيضًا الاعتراف بالشيء أي الإقرار به، وهو إعلان الشخص صراحةً أن شخصًا معينًا هو ابنه سواء كان المقر رجلاً أو امرأة، وسواء كان المقر له ذكرًا أو أنثي[٢].

ومن المقرر شرعًا أنه إذا صدر إقرار من الزوج في عقد الزواج الصحيح نسب الطفل إليه مستوفيًا لشروطه، فإنه لا يتحمل النفي، وذلك سواء أكان المقر صادقًا في الواقع أم كاذبًا. ونفي النسب بعد الإقرار لا أثر له، كذلك لا تقبل دعوي الإقرار بالنسب عند الإنكار بعد وفاة الأب. ولهذا نصت المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية لسنة ٢٠٠٠ على أنه "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى، وعليها توقيعه، أو أدلة قطعية حازمة تدل على صحة هذا الادعاء".

---

(١) د/ محمد محي عبد المجيد، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

(٢) د/ حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين الآراء الفقهية وأحكام القضاء، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولي، ١٩٨٧، ص ٢٩٢.

فوفقًا لنص المادة السابقة لا تقبل دعوي الإقرار بالنسب أو الشهادة علي الإقرار بعد إنكاره بعد وفاة المورث إلا بوجود أوراق رسمية أو مكتوبة بالكامل بخط المتوفي وتحمل توقيعه أو بوجود أدلة حازمة لصحة هذا الادعاء.

ويلاحظ هنا أن النسب يثبت في حالة الزواج بالبينة كذلك، ويُقصد بها هنا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وتكون شهادتهما على توافر الزواج والفراش بمعناه الصحيح.

ويمكننا القول بأن هناك نوعان للإقرار في إثبات النسب:

أ ـ الإقرار المتعلق بذات المقر[١]، هو إقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، والنسب المقرر به هذا قاصر على نفس المقر لا غيره. ويشترط في الإقرار لثبوت النسب أن يكون المقر بالغًا عاقلاً ورشيدًا ليصح إقراره. وكذلك أن يكون المقر له مجهول النسب، أي لا يكون معروف النسب من أب غير المقر، وأيضًا أن تكون الأبوة أو الأمومة أو البنوة مما يشهد بها الواقع فلا يتصور أن يكون الفارق العمري بين المقر والمقر له ثلاثة أعوام مثلاً. ويلزم بجانب هذا أن يكون المقر حيًا، وألا يصرح أن المقر له ابنا من زنا أو بطريق التبني[٢].

ب ـ الإقرار بالنسب المحمول على الغير، يقصد به إقرار الغير بنسب غيره، فكما في إقرار شقيقين بنسب آخر إلى أبيهم. والراجح هو عدم ثبوت النسب بمثل هذا الإقرار[٣]. ويستند هذا الرأي إلى أن هذا الإقرار لا يثبت به نسب، لأنه لا يملك إنسان أن يلحق نسب شخص لآخر بمجرد اللفظ، بل إنه لا أثر لهذا الإقرار حتى

(١) د/ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص٢٩٠.
(٢) د/ أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة واختصاصها، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥، ص ٢٩٠.
(٣) د/ رمضان علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص١٦٢.

ولو صدقه المقر له، ولا يثبت به النسب من المقر عليه، لأنه قد يكون للمقر له مصلحة من هذا التصديق، فهو إذًا من من يجلب النفع لنفسه[١].

ثالثاً: إثبات النسب بالبينة:

يُقصد بالبينة الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودًا حقيقيًا بواسطة الشم أو البصر أو غيرها من وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونًا. فهي كل دليل يمكن استعماله لإثبات النسب كالكتابة واليمين والقرائن وشهادة الشهود، وتلك الأخيرة، دون غيرها من الأدلة كانت أقوى وأغلب الأدلة وجودًا أمام المحاكم في إثبات النسب.

وتعد البينة من الطرق والأدلة العامة في النسب وفي غيره، وهي مأخوذة من البيان والوضوح، ويقال: استبان الصبح: وضح، وهو على بينة من أمره؛ أي: على وضوح وعدم خفاء، فالبينة عبارة عن شهادة شاهدين؛ رجلين، أو رجل وامرأتين، أن هذا الولد هو ابن فلان، وأنه ولد على فراشه من زوجته أو أمته [٢].

والبينة أقوي من الإقرار من حيث ثبوت النسب، وإن كان قد ثبت بالإقرار فهو غير مؤكد يحتمل البطلان، لأنها أقوي منه. فتمتاز البينة علي الإقرار بأنها حجة متعدية لا يقتصر الحكم الثابت بها علي المدعي عليه وحده، بل قد تثبت في حقه وحق غيره، أما الإقرار فهو حجة قاصرة علي المقر لا تتعداه إلي غيره.

---

(١) وقد أثبت الطب الحديث جواز بقاء الأجنة في عمر ٢٢ أسبوع من الحمل، ولكن هذا يتطلب المزيد من العناية الفائقة بهذا المولود.

(٢) البينة في اللغة هي البيان والوضوح، فيقال استبان الصبح أي أصبح واضحًا، كما يُقال أنه على بينة من أمره أي على وضوح وعدم الخفاء، والبينة في المعجم الوسيط يُقصد بها الحجة الواضحة، والتماس البينة أي طلبها والبحث عنها والقضاء بالبينة أي الحكم من خلالها الأدلة، انظر:

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/بينة, 2-3-2017.

وقد قضت أحكام محكمة النقض المصرية بصحة الشهادة على وجود عقد الزواج وقيام العلاقة الزوجية حتى ولو لم يعاين الشاهد العقد متى اشتهر عند الشاهد ذلك طبقاً للمذهب الحنفي المعمول به في مصر في دعاوى الأحوال الشخصية عند عدم وجود نص فقد جاء في أحد أحكامها: "العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعيًا على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح ولو لم يعاينه متى اشتهر عنده بأحد نوعى الشهادة الشرعية الحقيقية أو الحكمية فمتى شهد أن رجلاً وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، وهذا عند الصاحبين أما عند أبى حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر"(١).

كما قضت في حكم آخر لها "أن المقرر ـ في فقه الأحناف ـ أن النسب كما يثبت في جانب الرجل بالفراش فإنه يثبت بالبينة الشرعية ذلك بأن ثبوت النسب من حق الله ويقبل فيه ما لا يقبل في غيره حتى لو قالت لا شهود لي ثم أحضرت شهوداً قبل ذلك منها فأولى إذا لم تقل ذلك وتقدمت بالإثبات فإنه يكون مقبولاً بالأولى فضلاً عن ذلك فإن النسب مما يخفى ويقبل فيه ما لم يقبل في غيره"(٢).

(١) الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٧٢ قضائية، جلسة ٨ يونيو ٢٠١٠، منشور علي الإنترنت:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx, 3-3-2017.

(٢) الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٧٣ قضائية، جلسة ١٤ ديسمبر ٢٠١٠، منشور علي الإنترنت:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx, 3-1-2017.

رابعاً: إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة:

أفسح التطور التكنولوجي والعلمي المجال أمام استحداث وسائل جديدة للكشف عن الأبوة أو الأمومة من خلال طرق علمية متطورة أهمها ما عُرف بالبصمة الوراثية.

ويُقصد بالبصمة الوراثية البنية الشخصية نسبة إلى الجينات أو المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة تمتاز بالدقة، حيث إنها لا تكاد تخطئ في التحقق من الأبوة البيولوجية والتحقق من الشخصية(١).

ورغم الدراسات الطبية التي تؤكد دور البصمة الوراثية DNA في إثبات ونفي النسب، فمازال المشرع المصري يقف صامتًا حيال الأخذ بها، ومازالت المحاكم المصرية تستند إليها على سبيل الطمأنينة وليس على سبيل القطع، ويرتكن إليها القضاء كدليل لإثبات النسب في حالات الزواج الفاسد، ولكن لا يمكن القول بإمكانية الأخذ بها في إثبات نسب أطفال الزنا (الأطفال غير الشرعيين).

ويجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ولكن الحال على غير ذلك في نفي النسب، فلا يجوز شرعًا الارتكان إلي البصمة الوراثية، حيث إن التحاليل البشرية قد يعتريها الخطأ البشري. أما إثبات النسب بهذه البصمة فلا يكون إلا في عقد صحيح لا يتم اللعان فيه بين الزوجين فإن تم اللعان فاللعان أقوى من البصمة الوراثية(٢).

---

(١) د/ حافظ محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، دار القبة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص٦٨.

(٢) الطلب رقم ٦٠٥ لسنة ٢٠٠٥ المقدم لدار الإفتاء والمرتبط بدعوى قضائية تتخلص وقائعها في أن المستأنف تزوج زوجته المستأنف ضدها بتاريخ ١٩٩٠/٣/٨، وأثناء استمرار المياه الزوجة أنجبت الزوجة طفلين الأول بتاريخ ١٩٩٠/١/٣، والثاني بتاريخ ٢٠٠٠/٤/١، وأن هذا الزوج احتفل بمولد الطفلين كل في حينه، كما أنه قام بقيدهما لدى الجهات المختصة شخصيًا واستخراج شهادتي ميلادهما بنفسه، ثم بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢٧، وبعد ميلاد الطفل الأول بسنة وعشر أشهر و٢٤ يومًا، والطفل الثاني سبعة أشهر و٢٦ يومًا تقدم الزوج إلى الشرطة بشكوى يتهم فيها زوجته بالزنا ونفى نسب الطفلين، وتقدمت المحكمة بسؤالين لهيئة الإفتاء المصرية، الأول هو =

يعني هذا أنه يشترط لإثبات النسب عن طريق التلقيح الصناعي توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون الزواج شرعيًا.

٢- أن يتم التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

٣- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

عرضنا هنا لأكثر طرق إثبات النسب شيوعًا، والسؤال المهم الآن هل يجوز إثبات طفل الزنا (الطفل غير الشرعي) في القانون المصري؟

إثبات النسب غير الشرعي:

يُقصد بالنسب غير الشرعي، ميلاد الطفل خارج الإطار الشرعي أي خارج العلاقة الزوجية، إذ هو ناتج عن علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة، أو تلقيح صناعي للمرأة دون أن تكون متزوجة أو متزوجة بأخرى- كما في زواج المثليين.

وقد يتخلى الآباء عن هؤلاء الأطفال، ويظهر الطفل اللقيط، فهو المولود الذي تركه أهله بعد ولادته خوفًا من عار أو تخلصًا من نفقة أو فرار من ظروف قاهرة أجبروا فيها على التخلي عن وليدهم دون ترك ما يدل على هويته أو معرفة ذويه[١].

=

مدى جواز الاستناد إلى أقوال الأطباء والتحاليل الطبية وتحليل الحمض النووي لإثبات الزنا ونفي النسب شرعًا، والثاني هو المدة التي يجوز للرجل نفي الولد خلالها. راجع على موقع دار الإفتاء المصرية على الإنترنت:

www.dar-alifta.gov.eg, 5-3-2017.

(١) د/ عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة للأمام أم إلى الوراء، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد، ١٩٩٣، ص ١٣٩.

ولما كانت الشريعة الإسلامية هي أساس مسائل الأحوال الشخصية في القانون المصري، فإننا نجد أن مسألة النسب لم يرد فيها إلا نص المادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ولم يرد في هذا النص أي إشارة خاصة بنسب الطفل غير الشرعي أو اللقيط، ولما كانت أحكام الفقه الإسلامي هي أساس قواعد الأحوال الشخصية في القانون المصري فيتعين علينا أن نعرض لموقف الفقه الإسلامي.

وقد اتفق الفقه الإسلامي ـ كما بينا سابقًا ـ على أن الولد الذي يولد على فراش الزوجية ينسب لأبيه لقول المصطفى صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، أي أنه لا يجوز نسبة ابن الزنا للأب. فإثبات نسب الولد الناتج من علاقة غير شرعية غير وارد باتفاق الفقهاء، حتى لو أثبتت فحوصات البصمة الوراثية نسبه إليه؛ لأن الزنا لا يصلح سببًا لثبوت النسب؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الوَلَدُ لِلفِراش وَلِلعاهِر الحَجَرُ"، والمراد بـ(الفِراش): أن تحمل الزوجة من عقد زواج صحيح، فيكون ولدها ابنًا لهذا الزوج، والمراد بـ(العاهر): الزاني. لكن يجب أن يُنسب ولد الزنا لأمه فقط، فيجب تعريفه بأمه؛ لما بينهما من الحقوق المتبادلة كحق الميراث والحضانة وحرمة المصاهرة وغيرها من الحقوق.

عرضنا في هذا المطلب لأسس إثبات النسب في القانون المصري، سواء أكانت من خلال فراش الزوجية أم وسائل إثبات النسب بغير فراش الزوجية، ويتعين علينا أن نبين هنا أننا لم نعرض لوسائل نفي النسب نظرًا لكون دراستنا قاصرة علي القانون الواجب التطبيق علي إثبات النسب.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق على حق الطفل في النسب

تعد مشكلة إثبات نسب بعض الأبناء لآبائهم من أهم المشكلات التي ظهرت في مجتمعنا المصري نتيجة لانتشار الزواج العرفي أو الزواج السري وما على شاكلته، بالإضافة للحديث عن إمكانية نسب بعض الأطفال إلى غير ذويهم، فيما يعرف بالتبني.

وإذا كانت مسألة إثبات النسب تثير الكثير من المشكلات على الصعيد المحلي فالأمور تزداد صعوبة في مجال تنازع القوانين، فقد يجد القاضي نفسه أمام عائق قانوني وهو خلو قانونه من قاعدة إسناد خاصة بالنسب، أو أمام قانون مختص أشارت له قاعدة الإسناد لكنه يتعارض في أحكامه تعارضًا صريحًا مع النظام العام في دولته، مما يستوجب استبعاد هذا القانون.

إن المشكلة الأساسية في علم تنازع القوانين هو الوصول للقانون الواجب التطبيق، فالعلاقة ترتبط بأكثر من دولة، والصعوبة تظهر في تحديد أنسب القوانين ليحكم هذه العلاقة.

ولكي يتسنى لنا تحديد القانون الواجب التطبيق، لابد من تحديد الضابط الذي سيرتكن إليه المشرع عند تحديد هذا القانون. ورغم كون مشكلة النسب من مسائل الأحوال الشخصية المهمة، إلا أن المشرع المصري لم يورد قاعدة إسناد خاصة بها، مما جعل الأمر يخضع لاجتهاد الفقهاء، ومن ثم كان لزامًا علينا أن نعرض لموقف التشريعات المقارنة لتكون نصب عيني المشرع المصري عند تعديل قواعده، ووضع قاعدة إسناد حاكمة لمسألة إثبات النسب.

أوضحنا سابقًا بأن المقصود بالنسب الشرعي، النسب المنبثق عن علاقة زوجية صحيحة، أي نسبة الولد لأبويه المتزوجين، ولابد وأن نبين هنا أن المشرع المصري لم

يورد أي قاعدة تنازع تحدد القانون الواجب التطبيق على النسب. ومن ثم، يتوجب علينا البحث عن القانون الواجب التطبيق في ضوء النصوص الخاصة بتنازع القوانين في القانون المصري، ويمكننا القول بأن البنوة الشرعية هي نتاج الزواج، ومن ثم تعد من مسائل الأحوال الشخصية، وإذا كان قانون الجنسية هو أساس قواعد الإسناد في شتى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فالسؤال هل نعتد بجنسية الأب أم الأم أم الوليد؟ والسؤال المهم هل يختلف القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي عن القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي. ولابد وأن نشير هنا إلي أن اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، و الاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسئولية الأبوية، وإجراءات حماية الأطفال الصادرة عام ١٩٩٦ قد استبعدت مسائل إثبات النسب ونفيه من نطاق قواعدها فقد نصت المادة ٤/أ علي أنه "يستثنى من مجال تطبيق هذه الاتفاقية ما يتعلق: أ- إثبات النسب أو نفيه".

وعلى هذا الأساس فإننا نعرض في هذا المطلب لثلاث نقاط الأولي القانون الواجب التطبيق علي النسب الشرعي، والثانية نبين فيها القانون الواجب التطبيق علي النسب غير الشرعي وفي الثالثة نوضح نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على النسب، وسنحاول هنا أن نعرض لمجموعة من التشريعات المقارنة غير العربية في محاولة منا لرسم الخطي أمام المشرع العربي في مسائل النسب الناجم عن الزواج المختلط، فلم تعرف التشريعات العربية قواعد إسناد لإثبات النسب إلا في التشريع الكويتي والتشريع التونسي والتشريع القطري كما سنري لاحقًا.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي:

حاول الفقه البحث عن أنسب القوانين للتطبيق على النسب الشرعي، ويمكن القول بأن الأمر لا يخرج عن فرضين، الفرض الأول: هو اتحاد جنسية الطفل مع المراد الانتساب إليه من الأبوين (الأب أو الأم). وهنا لا خلاف في أنه سيطبق قانون جنسيتهما المشتركة.

أما الفرض الثاني فيتمثل في اختلاف جنسيتهما، ولكن قبل الحديث عن هذا الفرض نجد أن التشريعات المقارنة اتخذت عدة حلول يمكن إجمالها في الآتي:

١- تطبيق القانون الشخصي للطفل:

يذهب هذا الرأي إلى تطبيق القانون الشخصي للطفل المراد إثبات نسبه، دون النظر لجنسه ذكر أم أنثى. فالبنوة هي من مسائل الحالة، فهي بالذات من مسائل حالة الطفل فتخضع لقانونه الشخصي، فهي تتصل بمصلحة الطفل أولاً لأنه الطرف الضعيف في هذه العلاقة[١]. ولكن في المقابل نجد رأي آخر يرد علي هذه الحجة بقوله بأن أبوة الطفل هي أيضًا من مسائل حالة الأب، فالبنوة رابطة قانونية بين الطفل وأبيه وأمه وتنجم عنها حقوق والتزامات متبادلة، ولكل من الطرفين مصلحة فيها لذا لا تصح التضحية بمصلحة شخص لحساب شخص آخر[٢].

ولا محل هنا للاعتداد بجنسية الوالدين، لأن اعتبارات حماية الولد بدنيًا وروحيًا، تعلو على حجة الرأي القائل بضرورة تنظيم الروابط العائلية واتصال ذلك بدورها في الأسرة، وهذا كان لترجيح اختيار القانون الشخصي بوصفه قادرًا على تحقيق هذه الاعتبارات[٣]. وهو ما أخذ به المشرع التونسي فجعل القانون الشخصي للطفل من القوانين الاختيارية للقاضي عند مفاضلته للقانون الأصلح له فقد نص الفصل ٥١ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية الصادرة عام ١٩٩٨ علي أنه "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين: القانون الشخصي للمطلوب أو

---

(1) L.HARRIS, The Basis for Legal Parentage and The Clash between Custody and Child Support, See at, https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol42p611.pdf, 10-8-2014.

(٢) د/ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، ص ٣٢٣.

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أصولاً ومنهجًا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٨٧٣.

قانون مقره، القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه". ويراد بالقانون الشخصي للطفل هنا قانون الدولة التي يكون بها محل الإقامة العادية للطفل(١).

٢ ـ تطبيق القانون الشخصي للأم:

ذهب هذا الرأي إلى إخضاع البنوة الشرعية لقانون جنسية الأم على اعتبار أنها في غالب الأحيان المحور الأساسي لكل الدعاوى المتعلقة بالنسب(٢)، كما إنه من النادر أن تكون مجهولة بخلاف الوضع في حالة الأب. وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الفرنسي بعد تعديل عام ١٩٧٣(٣).

فقد اعتد المشرع الفرنسي بقانون جنسية الأم وقت الميلاد، علي أساس أهمية دور الأم في العلاقات الأسرية، بالإضافة لكون الأم معروفة بخلاف الأب. كذلك تطبيق قانون الأم يضمن تطبيق القانون الفرنسي في أغلب الحالات المعروضة علي القضاء، فالإحصائيات تكشف عن أن المرأة المتزوجة من فرنسي ـ في الغالب ـ تكتسب الجنسية الفرنسية، في حين أن الفرنسية المتزوجة من أجنبي تبقي محتفظة بجنسيتها الفرنسية(٤).

---

(1) L.SILBERMAN, The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents, A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, See at, https://www.law.ou.edu/sites/default/files/files/OU_LAW_ADMIN/07%20silberman%20article%20blu4.pdf, 8-10-2014.

(2) K.SAARLOOS, P.R., P.129.

(3) H.WISE & L.AMON, Paternity Suits under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-10-2014.

(4) BOUREL(P.) et les autres, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 10e édition, 2013, P.262.

والعبرة هنا بقانون جنسية الدولة التي تنتمي لها الأم وقت ميلاد الطفل[١]، ويستند هذا الرأي إلى حجة مؤداها أن هذا الحل يؤدي إلى توحيد القانون الواجب التطبيق إذا تعدد الأبناء، واختلفت جنسياتهم عن جنسية أمهم، وهو ذات ما يحدث عند حدوث تنازع قوانين في مجال إثبات النسب غير الشرعي، ففي الحالتين يسري قانون دولة الأم[٢].

ويُضاف إلى هذه الحجج حجة أخرى هي أن هوية الأم مؤكدة بوصفها واقعة مادية، كما يكفل تطبيق قانون القاضي على كافة حالات النسب الناشئة عن العلاقات التي يكون أحد أطرافها وطنيًا. وقد أخذ بهذا الاتجاه بصفة أصلية القانون الفرنسي في مادته ٤/٣١١ من القانون المدني من خلال التعديل الصادر في ٣ يناير ١٩٧٢ حيث نصت المادة على "يحكم النسب القانون الشخصي للأم يوم ميلاد الطفل، فإذا لم تكن الأم معروفة، فالقانون الشخصي للطفل[٣]، ويلاحظ أن النص هنا لم يفرق بين إثبات النسب الشرعي والنسب غير الشرعي.

وقد آثر القانون المدني الألماني الصادر في ٢٠٠٢ في مادته ١١ تطبيق قانون الأم على نسب الطفل ولم يميز بين الطفل من الزواج الشرعي والطفل من خارج إطار الزواج[٤]. والحال كذلك في القانون المدني الإيطالي الصادر في ١٩٤٦ فلم تميز المادة ٣٤ منه بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، ومن ثم ينطبق القانون الوطني للأبوين أو لأي منها لحظة الميلاد[٥]، مما يعني أنه جعل الخيار للقاضي فله أن يطبق

---

(1) L.SILBERMAN, P.R., P.12.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٨٧٦.

(3) H.WISE & L.AMON, Paternity Suits under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-10-2014.

(4) K.SAARLOOS, P.R., P.165.

(5) K.SAARLOOS, P.R., P.165.

القانون الوطني لهما إن اتحدا في الجنسية أو لقانون الأب أو لقانون الأم[١]. وقد عرضنا هنا للتشريعات المقارنة، فقد خلت التشريعات العربية من أي إشارة لتطبيق قانون جنسية الأم علي ثبوت النسب.

٣ ـ تطبيق القانون الشخصي للأب:

يخضع هذا الاتجاه النسب الشرعي، لقانون دولة الأب باعتباره هو السبب في وجود الطفل، والأب هو رب الأسرة، بالإضافة إلى أن تطبيق هذا القانون يضمن وحده القانون واجب التطبيق إذا تعدد الأبناء وفقًا لهذا الرأي. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الكويتي حيث نصت المادة ٤١ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي علي أنه "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها. وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة"، كما صار علي ذات النسق المشرع القطري فقد نصت المادة ١٩ من القانون المدني القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ علي أنه "يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها، وإذا مات الأب قبل الميلاد سرى قانون جنسيته وقت الوفاة".

ولكن السؤال ما هو المقصود بقانون دولة الأب؟

نصت المادة ٤/٩ من القانون المدني الإسباني الصادر في عام ١٨٨٩ علي أن المقصود به هو قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل[١]، وذهب جانب من الفقه الأمريكي إلي أن المقصود به قانون الدولة التي يتوطن بها الأب وقت ميلاد الطفل[٢].

---

(١) انظر:

F.PESCE, Diversity in a United World of Child Support, Country reports, Italy, See at, http://www.heidelberg-conference2013.de/tl_files/downloads-abstracts/abstracts-ab-3-3-2013/Abstract_PESCE.pdf, 12-10-2014.

٤ـ تطبيق القانون الشخصي للوالدين:

يخضع هذا الاتجاه البنوة الشرعية للقانون الشخصي للوالدين، باعتبار أن الطفل المراد إثبات نسبه الشرعي هو نتاج علاقة الزوجية الصحيحة، والأمر يتصل بذلك العلاقة ووجودها، وتنظيم الأسرة.

ويقصد بقانون الدولة التي ينتمي إليها الوالدان بجنسيتهما إذا كانا متحدا الجنسية، القانون الذي كان يحملا جنسيته لحظة ميلاد الطفل إذا كانت علاقة الزوجية مازالت قائمة بينهما، أو وقت انحلال هذه الرابطة إذا كانت عرى الزوجية قد انفصمت. وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٩٧٨ في مادته ٢١ بصفة أصلية[٣]، وبصفة احتياطية المادة ٢/٦٨ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في ١٩٨٧[٤].

وهو قانون الدولة التي يتوطن بها الوالدان، إن اختلفت جنسيتهما، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص اليوغسلافي الصادر في ١٩٨٥ في مادته ٤٠[٥]، وقد أخذ القانون الهولندي الصادر في ٢٠٠٩ في مادته ١٠ـ١٠٥ بقانون الجنسية المشتركة

=

(1) P.MOZOS, Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood, Yearbook of Private International Law, Volume 12, 2010, P.622.

(2) J.ESTER, Illegitimate Children and Conflict of Laws, Indiana Law Journal, Volume 36, Issue 2, 1961, P.164.

(3) K.SAARLOOS, P.R., P.282.

(4) C.SUMNER, Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report, See at, http://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf, 12-11-2014.

(5) A Study of Legal Parentage and the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements, See at, http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf, 3-6-2014.

للزوجين وقت ولادة الطفل، فإن كانا مختلفا الجنسية فمكان إقامتهما المعتاد، فإن لم يكن لهما مكان إقامة معتادة فقانون محل إقامة الطفل(١).

وذات الأمر جاء به نص المادة ٢٣ من القانون المدني اليوناني الصادر في عام ١٩٤٦ فقد نصت على أن القانون الشخصي للأب والأم عند ولادة الطفل هو الواجب التطبيق على نسبه، ولكنه عاد ليضع ضابطًا اختياريًا آخر وهو قانون الدولة التي تنظم العلاقة الخاصة بين أم الطفل وزوجها، إذا كان الزواج قد انتهى، نظرًا لاعتبار النسب أثرًا من أثار هذا الزواج(٢).

٥ ـ تطبيق جنسية الأب والطفل معاً:

ذهب هذا الاتجاه إلى القول بإخضاع البنوة لقانون جنسية الأب وقانون جنسية الطفل معًا تطبيقًا جامعًا(٣). ويعاب علي هذا الرأي أنه يؤدي إلى تطبيق الأحكام المتفقة في القانون دون تلك المتعارضة مع أن المشكلة التي يتعين الخروج منها هي الأحكام المتعارضة(٤).

٦ ـ تطبيق القانون الأصلح للطفل:

وفقًا لهذا الاتجاه يتعين إخضاع البنوة الشرعية إلى القانون الأكثر رعاية لمصلحة طالب ثبوت نسبه، أي الذي يؤدي تطبيقه إلى تقرير ثبوت نسبه وشرعيته، لا

(1) Book 10 Private International Law, Section 10.6.2 Adoption decreed in the Netherlands, Article 10.105, Applicable law, See at, J.ESTER, P.R., P.167.

(2) I.SUMNER & M.VONK, National and International Surrogacy, An Odyssey, See at,
https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/29180/ISFL%202011%20-%20Final.pdf?sequence=1, 5-7-2014.

(3) K.SAARLOOS, P.R., P.70.

(4) J.ESTER, P.R., P. 160.

نفيه أو إنكاره، سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة التي ينتمي لها الطفل أم الأب أم الأم أم القانون الذي يحكم أثار الزواج[١]، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه التشريع التونسي في المادة ٥٢ من القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٩٨، فقد نصت علي أنه "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين: القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره، القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه".

٧ ـ تطبيق القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج:

يري هذا الاتجاه أن النسب الشرعي يعد أثرًا من أثار الزواج، فيخضع لذات القانون الذي يحكم هذه الآثار، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص التركي الصادر في ٢٠٠٧ في المادة ١٥ منه[٢]، ومادام النسب الشرعي أثرًا للزواج تعين أن يحكمه القانون الذي يحكم هذه الروابط[٣].

وعلي ضوء ما سبق يظهر سؤال مهم ما القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي في ضوء أحكام القانون المصري؟

في ضوء غياب النص التشريعي، اختلفت الآراء حول القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي، فذهب الرأي الأول إلى خضوع النسب الشرعي لقانون طالب

(1) J.CHIANCONE and Others, Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents, See at, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/190105.pdf, 12-3-2014.

(2) A.CANYAŞ, An Analysis of Public Policy Intervention in the Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgments under Turkish Private International Law, International Journal of Humanities and Social Science, Volume 2, Number 17, 2012, P.7.

(٣) د/ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

الانتساب إليه[١]، من الوالدين (الأب أو الأم). ويستند هذا الرأي إلى نص المادة ١/٩٠٥ من قانون المرافعات المصري الصادر عام ١٩٤٩، وقد نصت المادة على أنه "ترفع الدعاوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط في المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور، ويقدم الطلب إلى المحكمة الابتدائية التابع لها موطن المدعي".

يعني هذا أنه في حالة طلب ثبوت النسب الشرعي لولد من أبيه، فيسري قانون دولة الأب أو يسري قانون دولة الأم إن كان المطلوب هو تقرير ثبوت النسب من الأم.

ويرى جانب آخر من الفقه - وبحق - أنه يتعين تطبيق القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج وهو قانون دولة الأب أو الزوج، ويستند هذا الرأي للحجج الآتية[٢]:

١- رابطة الزوجية هي البداية الحقيقية لتكوين الأسرة، ولبناء هذه الأسرة لابد من ثبوت النسب، ويستند النسب الشرعي إلى وجود عقد زواج، ومن ثم يكون النسب أثرًا من أثار هذا الزواج[٣].

٢- هذا التحديد للقانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي، يتفق مع النظرة الشرقية لرب الأسرة المتمثل في الأب. ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى قانون الأم أو قانون الطفل المراد ثبوت نسبه، فالبنوة الشرعية تمس مصلحة الأسرة التي تخضع لحماية الأب، فالأمر لا يتعلق فقط بمصلحة الأم أو الطفل.

---

(١) د/ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٧٨.

(٣) د/ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

٣ـ تطبيق قانون دولة الأب يضمن وحده القانون الواجب التطبيق على النسب الشرعي لكافة الأبناء داخل الأسرة الواحدة.

٤ـ يتفق هذا الرأي مع المادة ٣١ من المشروع التمهيدي للقانون المدني. وهو ما يؤكد اتجاه المشرع المصري إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج وهو قانون جنسية الزوج.

ولابد من التأكيد هنا أننا بإقرارنا للقانون الواجب التطبيق على أثار الزواج على النسب الشرعي، فإنه يعني تطبيق قانون جنسية الزوج (الأب) وقت إبرام عقد الزواج. فقد نصت المادة ١٣ من القانون المدني المصري علي أنه "يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. ٢ـ أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى". مما يعني في النهاية أنه في غيبة النص الخاص بالقانون الواجب التطبيق علي النسب كما هو الحال في القانون المصري، فعلي القاضي تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج بوصف النسب من أثار الزواج، وهو ذات الوضع في التشريعات العربية التي خلت من نص خاص بالقانون الواجب التطبيق علي مسائل إثبات النسب. مع الأخذ في الاعتبار إعمال نص المادة ١٤ من القانون المدني من حيث تطبيق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج.

وفي جميع الأحوال يتعين علينا أن نؤكد هنا علي قاعدة مهمة فأيًا كان القانون الواجب التطبيق، فقد وضع المشرع المصري قاعدة قانونية لا يجوز مخالفتها بوصفها من القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث نصت المادة ٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ علي أنه "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء". مما يعني استبعاد أي قانون أجنبي يخالف هذه القاعدة دفعًا بالنظام العام.

وإذا كان هذا هو الحال في إثبات النسب الشرعي، فما هو الوضع في النسب الغير شرعي؟

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على النسب غير الشرعي:

يُقصد به الطفل الناتج من علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة، وهنا لابد وأن نفرق بين فروض: الأول، الطفل الناتج عن بنوة غير شرعية عادية، أي الناشئ عن علاقة بين رجل وامرأة ليسا زوجين، كان زواجهما باطلاً بطلانًا مطلقًا على سبيل المثال، وسُمي الولد في هذه الحالة ولدًا طبيعيًا. وثانيها إذا كان الولد ناتج عن الزنا، الذي وقع بين امرأة ورجل، ويسمى هذا الطفل هنا طفل زنا، وثالثها الطفل الناتج عن تلقيح صناعي لامرأة دون زواج.

ولا تفرق الشريعة الإسلامية الغراء بين طفل الزنا والطفل الطبيعي، فكلاهما طفل زنا، فهي بنوة غير شرعية أيًا كان مصدرها، ورغم ذلك فالقوانين الأجنبية تعترف بها، وترتب عليها أثار قانونية من بينها النسب والإرث وغيرها ـ كما بينا سابقًا ـ.

ولابد وأن نوضح هنا أن بيان القانون الواجب التطبيق قاصر على العلاقات التي تشتمل على عنصر أجنبي، واختلفت جنسية الأطراف. وقد تباينت التشريعات المقارنة حول تحديد القانون الواجب على النسب غير الشرعي، فمن بينها ما أقرت بتطبيق قانون من يراد الانتساب إليه، بينما ذهب جانب آخر إلى تطبيق قانون الطفل طالب الانتساب، ورأى البعض تطبيق القانون الأصلح للطفل.

١ـ تطبيق القانون الشخصي للطفل:

ذهب هذا الرأي إلى ترجيح تطبيق القانون الشخصي للطفل، واستند هذا الرأي إلى حجج عدة من بينها، أن البغية الأساسية لتحديد القانون الواجب التطبيق هو حماية الولد وإثبات مدى حقه في النفقة اللازمة لاستمرار حياته، كما أن إثبات نسبه يتعلق بتحديد مركزه وحالته القانونية، وتوفير الحماية القانونية له. بالإضافة إلى أن هذا الولد

لديه صعوبة في استحالة المفاضلة أو الاختيار بين القانون الشخصي لأي من الوالدين[١].

ومن أهم التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، القانون الدولي الخاص السويسري في مادته ٦٨ الصادر عام ١٩٨٧ إلا أنه أقر هنا بقانون دولة محل الإقامة العادية للطفل، بينما اعتبر القانون الدولي الخاص النمساوي أن المقصود هو قانون جنسية الولد في مادته ١/٢٥ الصادر عام ١٩٧٩. كذلك أخذ به القانون الفرنسي بوصفه ضابط احتياطي في حالة غياب الأم أو كونها غير مجهولة[٢].

٢- تطبيق القانون الشخصي للأم:

وقد أخذ بهذا الرأي القانون المدني الألماني الصادر في عام ٢٠٠٢ في مادته ١/٢٠[٣]، وكذا بصفة احتياطية القانون الإسباني الصادر في ١٨٨٩ في مادته ٤/٩، ويستند هذا الرأي إلي سهولة إثبات نسب الطفل من أمه، ومن ثم التعرف علي جنسيتها، وإلحاق نسب الطفل بها بناءً علي قانونها الوطني. والمقصود بقانون الأم الوطني هو قانون جنسيتها[٤].

٣- تطبيق قانون الموطن المشترك للوالدين والطفل:

وهو ما أخذ به القانون المدني البيروني الصادر عام ١٩٨٤ في مادة ٢٠٨٤، إلا أن هذا القانون يواجه صعوبة في حالة اختلاف موطنهم المشترك، وهو ما يتصور

---

(1) J.RIBA, Principles and Prospects for a European System of Child Protection, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, 2010, P.13.

(٢) انظر:

J.RIBA, P.R., P.18:22.

(3) Overview of German Adoption Law, See at, http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf, 2-6-2013.

(4) J.RIBA, P.R, P.14.

حدوثه عملاً. وهو ذات ما أقرته القواعد القانونية في العديد من الدول الأوربية، وكذلك برتوكول لاهاي الصادر في ٢ أكتوبر ١٩٧١[١].

٤- قانون جنسية من يراد الانتساب إليه:

ذهب هذا الرأي - بحق - إلى تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب إليه سواء أكان الأب أم الأم، ذلك أن طبيعة البنوة غير الشرعية تفترض قصر الانتساب إلى أحد الوالدين دون الآخر من جهة، ومن جهة أخرى أن المقصود بالبنوة الطبيعية أولاً وأخيرًا إلحاق الولد بوالده قانونًا، وهو ما يرتب آثارًا على عاتق المنتسب إليه، فهي تفرض عليه واجبات من أهمها رعاية الولد. بالإضافة إلى أن الأمر يمس بمركز الأسرة التي ينتمي إليها الولد[٢].

يبقى أن نبين هنا أننا نميل إلى تطبيق قانون الأم، فإذا سلمنا سابقًا بأن القانون الواجب التطبيق على البنوة (النسب الشرعي)، هو قانون أثار الزواج، وقد ذهبت غالبية التشريعات إلى تطبيق قانون جنسية الزوج بوصفه القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج، إلا أننا نرى أن نعتد بقانون جنسية الأم، فبالنسبة للأم مسألة واقع، فالأم في الغالب معروفة بخلاف الأب وفي حالة غياب الأم أو عدم معرفتها فالأنسب هو تطبيق قانون الطفل، وهو الأمر الذي أخذ به القانون الفرنسي.

ولابد وأن نؤكد هنا أن القانون المصري قد خلي من أي قاعدة إسناد خاصة بالنسب غير الشرعي كما في النسب الشرعي، إلا أن القارئ لنصوص الأعمال

---

(1) A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF, 12-3-2013.

(2) A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF, 12-3-2013.

التحضيرية للقانون المدني، يجد أنها قد ألقت الاختصاص على عاتق القانون الوطني للطفل، فقد نصت المادة ٣٢ من المشروع التمهيدي على أنه "يسري قانون الولد على المسائل الخاصة بإثبات البنوة الطبيعية وبما يترتب عليها من أثار". واستند هذا الرأي إلى اعتبارات عدة، ومن بينها أن هذه البنوة غير الشرعية تفرض الاعتبارات العملية وهي اختصاص قانون الأم بها، وأهم جانب في هذه البنوة هو علاقة الأم بالولد الطبيعي، إلا أنه في حالة عدم وجود الأم فالأنسب هو تطبيق قانون الطفل(١).

ورغم هذا فإن المتأمل لنصوص قانون المرافعات الخاصة بمسائل الإجراءات في مواد الأحوال الشخصية للأجانب، يجد أنها نصت على اختصاص قانون من يطلب ثبوت النسب نحوه، الأب أو الأم، وهو ما يظهر من نص المادة ١/٩٠٥، حيث نصت على أنه "ترفع الدعاوى بإثبات النسب وفقا للأحكام والشروط في المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين وتتبع في إثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور". هذا النص لا يتضمن في الحقيقة قاعدة إسناد بالمعنى الفني، إلا أنه أخرج من اختصاص قانون القاضي، المسائل المتعلقة بقواعد وأحكام إثبات البنوة أو النسب، فهي من مسائل الموضوع وليس من مسائل الإجراءات، ومن ثم لا تخضع لقانون القاضي، بل تخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع. ولهذا إذا كان الأمر يتعلق بثبوت البنوة الطبيعية من جهة الأم، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي تنتمي إليها الأم، وإذا كان المراد ثبوت تلك البنوة من جهة الأب، فيكون القانون المختص هو قانون دولة الأب(٢).

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٩٣.

(٢) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٣٢٦.

٥- تطبيق القانون الأصلح للطفل:

أقر هذا الاتجاه إلى تطبيق القانون الأكثر رعاية لمصلحة الطفل، ولا يحول تطبيق هذا القانون إلا تعارضه مع فكرة النظام العام. فتطبيق قانون الطفل على سبيل المثال يمكن أن يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الطفل باعتباره لا يعترف سوى بالبنوة الشرعية، والواقع أن عددًا من التشريعات الأجنبية تفسح مجالاً واسعًا للبنوة غير الشرعية، وهناك تشريعات لم تعد تفرق بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية كما في التشريع الفرنسي(١)، وهو ما أخذت به المحاكم الفرنسية في بعض أحكامها عندما استبعدت القانون الجزائري رغم كونه القانون الواجب التطبيق بوصفه قانون الأم، استنادًا إلي أن القانون الجزائري لا يقر بالبنوة الغير شرعية. ومن ثم فإن المحكمة اتجهت إلي تطبيق القانون الأصلح للولد(٢).

وإذا كان الحال هكذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إثبات النسب غير الشرعي، ولكن السؤال المهم ما هو القانون الواجب التطبيق على أثار النسب غير الشرعي؟

نرى أنه من الأفضل تطبيق قانون الأم علي إثبات النسب غير الشرعي وأثاره، ويبقى أن نبين هنا أنه يقصد به قانون دولة الأم عند رفع دعوى إثبات النسب أو إنكاره أو تصحيحه.

ورغم هذا يتعين علينا أن نبين هنا أن النسب غير الشرعي نظام لا يعرفه القانون المصري، فالشريعة الإسلامية تحرم العلاقات الجنسية خارج نطاق علاقة الزوجية، ولا ترتب عليها أي أثر، بل تجرمها، ولا يثبت بها نسب. إلا أن القاضي المصري لا يتعين عليه استبعاد القانون الأجنبي إلا إذا ترتب على تطبيقه مساس

(1) BOUREL(P.) Op.Cit., P.263.

(2) ROQUES (L.), La politisation du droit de la nationalité, Voir à, http://www.gisti.org/spip.php?article4426, 2-12-2010.

بحقوق الوالدين والأبناء المسلمين. ومن هذا عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان يجيز إثبات النسب غير الشرعي لولد من أمه التي أتت به من رجل محرم عليها كابنها مثلاً، حتى ولو كانت الأم غير مسلمة، وكذلك استبعاده في حالة جواز إثبات النسب غير الشرعي بين المسلمين.

ولكن إذا كنا قد آثرنا تطبيق القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج على النسب الشرعي بوصفه أهم أثر من أثار الزواج. فيبقى أن نؤكد أن قانون دولة القاضي يظل حاكمًا لكافة المسائل الأخرى، ومن بينها تحديد المحكمة المختصة بدعوى النسب، وإجراءات رفعها وغيرها من الأمور الإجرائية الخاصة بسير الدعوى أمام القضاء الوطني.

ويتفق هذا مع نص المادة ٩٠٦ من قانون المرافعات المصري التي نصت على أنه "يتبع في قبول دعوى إنكار النسب وإثباتها والمواعيد التي ترفع فيها والآثار التي تترتب عليها القواعد والأحكام التي يقررها قانون البلد الواجب التطبيق".

والسؤال الآن ما هي أهم القضايا التي يثيرها النسب الشرعي، وهل يقتصر الأمر على ثبوته فقط، أم أن هناك أمور أخرى لابد من البحث فيها في أثناء البحث عن بنوته؟ وما هو نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق علي النسب الشرعي؟

ثالثاً: نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق

أثرنا عند عرضنا للقانون الواجب التطبيق اختيار قانون جنسية الزوج (الأب) بوصفه القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج، وذلك وفقًا للقانون المصري. ولابد من التنويه هنا أنه في ضوء قواعد وتوجيهات الاتحاد الأوربي الصادرة عام ٢٠٠٣، والتي جعلت من حق طرفي عقد الزواج اختيار القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره، ومن ثم سيمتد هذا القانون إلى النسب الشرعي خاصة في ظل غياب النص

التشريعي في بعض التشريعات الأوروبية المقارنة[١].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى قصر نطاق تطبيق قانون جنسية الأب (القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج)، على مسألة ثبوت النسب[٢]، وهو ما مال إليه جانب من الفقه الفرنسي في تفسيره للمادة ١٤/٣١١ مدني، والذي ينص على أن القانون الذي يحكم ثبوت النسب (قانون الأم) لا يمتد إلى أثار النسب، الذي يظل خاضعًا للقاعدة التقليدية، وهو القانون الذي يحكم أثار الزواج[٣]. أي أن هذا الرأي يفرق بين القانون الذي يحكم إثبات النسب الشرعي والقانون الذي يحكم أثار النسب، ويتفق هذا الرأي مع ما أخذت به المادة ٢٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في عام ١٩٧٩.

أ- القانون الواجب التطبيق على تصحيح النسب:

يُقصد بتصحيح النسب استخدام وسيلة قانونية بغية تصحيح نسب الولد غير الشرعي ليصبح ولدًا شرعيًا، وهو ما أقرته بعض الاتفاقيات الدولية، وما نصت عليه اتفاقية روما المبرمة في عام ١٩٧٠ المتعلقة بتصحيح النسب بالزواج[٤]، ويكون

(1) E.RITAINE, Harmonising European Private International Law, A Replay of Hannibal's Crossing of the Alps?, International Journal of Legal Information the Official Journal of the International Association of Law Libraries, Volume 34, Issue 2, 2006, P.420.

(2) M.PARKE, Are Married Parents Really Better for Children?, What Research Says About the Effects of Family Structure on Child Well-Being, See at, http://www.clasp.org/resources-and-publications/states/0086.pdf, 2-9-2013.

(3) H.WISE & L.AMON, Paternity Suits Under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-5-2014.

(4) Convention on Legitimation by Marriage, Rome Convention 1970, See at, http://ciec1.org/Conventions/Conv12Angl.pdf.

تصحيح النسب بعدة طرق من بينها الاعتراف، الإقرار بالبنوة، أو بالزواج اللاحق لحمل أو ميلاد الولد بين والديه [١].

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الواجب التطبيق علي تصحيح النسب، وسوف نقصر حديثنا هنا علي القانون الواجب التطبيق علي تصحيح النسب بالزواج اللاحق.

١ـ تطبيق القانون الشخصي للطفل:

يذهب هذا الاتجاه إلى تطبيق القانون الشخصي للطفل بوصفه أكثر اتصالاً به، ولا يثير أي مشاكل عملية في مجال تطبيقه كما هو الحال في القانون الدولي الخاص التركي الصادر في ٢٠٠٧، حيث نصت المادة ١٦ عليه بوصفه القانون صاحب الاختصاص الاحتياطي. وكذلك نصت عليه المادة ١٦/٣١١ من القانون المدني الفرنسي بوصفه من ضوابط الإسناد الاختيارية[٢].

٢ـ تطبيق القانون الشخصي للأب:

يذهب هذا الاتجاه إلى إخضاع تصحيح النسب بالزواج اللاحق للقانون الشخصي للأب. ويُقصد به قانون الدولة التي ينتمي إليها الأب لجنسيته وقت رفع دعوى التصحيح، كما هو الحال في المادة ١٦ من القانون الدولي الخاص التركي الصادر في عام ٢٠٠٧[٣]. ولكن الفقه الأمريكي ذهب إلى أن المقصود به هو قانون دولة موطن الأب[٤].

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، مرجع سابق، ص ٨٨٣.

(2) M.SCOTT, P.R., P.3.

(3) J.RIBA, P.R., P.15.

(4) E.RITAINE, P.R., P.422..

٣- تطبيق القانون الشخصي للوالدين:

يخضع تصحيح النسب وفقًا لهذا الاتجاه بالزواج اللاحق للقانون الوطني للوالدين. وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر في ١٩٧٨ فنصت المادة ٢٢ على أنه يحكم شروط تصحيح نسب الولد غير الشرعي بالزواج اللاحق القانون الشخصي للوالدين، وفي حالة اختلاف جنسية الوالدين، يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الأكثر صلاحية لتصحيح نسب الطفل، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي في مادته ١٦/٣١١ من القانون المدني على سبيل التخيير(١).

٤- تطبيق القانون الأصلح للطفل:

حاول هذا الاتجاه مراعاة مصلحة طالب الانتساب، ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص النمساوي على سبيل الاحتياط، وكذلك القانون الدولي الخاص اليوغسلافي الصادر في ١٩٨٥ في مادته ٤٠(٢).

٥- تطبيق القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج:

ذهب هذا الاتجاه إلى إخضاع تصحيح النسب بالزواج اللاحق لذات القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج، وهو ما أخذ به القانون الدولي الخاص الألماني الصادر في ٢٠٠٢ في مادته ١/٢١(٣).

وقد أيد جانب من الفقه المصري هذا الاتجاه، مستندًا إلى أن مصدر صيرورة الطفل شرعيًا هو الزواج الذي تم بين والديه بعد الحمل فيه أو بعد ولادته، فالتحول في

---

(1) H.WISE & L.AMON, Paternity Suits Under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf, 2-5-2014.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٩٣.

(3) K.SAARLOOS, P.R., P.25.

حالة الطفل هو أثر من أثار الزواج، وكانت البغية الحقيقية من وراء هذا الزواج هو إصلاح وضع الطفل ووضعه في المكان الصحيح الذي كان سيتحقق له لو أنه قد ولد في ضوء هذا الزواج. بالإضافة إلى أن تطبيق القانون الذي يحكم أثار الزواج يضمن عدم تعدد القوانين في حالة تعدد الأبناء المراد تصحيح نسبهم بالزواج اللاحق لوالديهم، وهو الأمر الذي يؤكده نص المادة ١٥ من المشروع الثاني للقانون المدني المصري[١].

ولكن السؤال المهم ما هو الوضع في القانون المصري؟ هل سيقبل القاضي المصري دعوى تصحيح نسب وقبوله لتحول صفة الطفل من ابن غير شرعي لابن شرعي؟

يمكننا القول بأنه إذا كان طرفي العلاقة غير مصريين فلا مشكلة في هذا فيسري في خصوص تصحيح النسب بالزواج القانون الذي يحكم أثار الزواج للأسباب المبينة آنفًا، فسيسري هذا القانون على الشروط الموضوعية للتصحيح بالزواج، ومنها قيام زواج صحيح، ومنها الإقرار أو الاعتراف ببنوة الطفل قبل الزواج وبعده.

ولكن إذا كان أحد أطراف العلاقة مصري فهنا تبزغ فكرة النظام العام فهذا الطفل نتاج علاقة آثمة، ومن ثم ما بني على باطل يبقى باطلاً، ولا يجوز نسبته لأبويه لتعارض هذا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ب ـ القانون الواجب التطبيق على أثار النسب:

يختص القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج على ثبوت النسب، ولكن السؤال هل يمتد هذا القانون ليحكم كذلك أثار النسب؟

يعد من أهم هذه الآثار فكرة الولاية على الصغير، وغيرها من الحقوق والواجبات المتبادلة في نطاق الأسرة والناتجة من إثبات نسب الطفل لأبويه. وهذه

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٨٥ وما بعدها.

الآثار بطبيعة الحال تدخل في نطاق ذات القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب، مع مراعاة خروج غيرها من الآثار التي أورد لها المشرع نصوصًا خاصة في نطاق قواعد تنازع القوانين، ومنها على سبيل المثال لا الحصر حضانة الطفل، والنفقة والإرث وغيرها.

من العرض السابق نجد أننا قد أثرنا تطبيق القانون الواجب التطبيق على أثار الزواج على النسب الشرعي، وهو في غالبية التشريعات قانون جنسية الزوج (الأب)، ولكن السؤال حول الوقت الذي يتعين فيه الاعتداد بجنسية الأب، وهنا يتعين التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: لا تثار مشكلة إذا لم يطرأ تغيير على جنسية الأب حتى رفع دعوى ثبوت النسب أو تصحيحه.

الفرض الثاني: حالة تغيير جنسية الأب، فهل يعتد بجنسيته عند الزواج أم عند رفع دعوى إثبات النسب. ذهب جانب من الفقهاء ـ وبحق ـ إلى الاعتداد بقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، ويستند هذا الرأي إلى عدة حجج يمكن إجمالها في الآتي[١]:

١ـ أن النسب من حيث الواقع يعتمد على جنسية الوالدين وقت الميلاد، وهو الأمر ذاته في حالة نقل الجنسية للأبناء.

٢ـ مشكلة النسب من حيث الواقع لا تثور إلا بحدوث الميلاد، ويتفق هذا ما الراجح في الفقه المقارن فقد أخذ بهذا الرأي القانون الألماني والسويسري[٢].

٣ـ كما أنه في حالة انفصام عرى الزوجية أو وفاة الأب أثناء حمل الأم وقبل ميلاده، فالعبرة بقانون جنسية الأب وقت انحلال الزواج أو وقت الوفاة وهو ما أخذ به

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٨٨.

(٢) انظر:

K.SAARLOOS, P.R., P.22.

القانون النمساوي[١]. وفي حالة دعوى تصحيح النسب بالزواج اللاحق، يسري قانون جنسية الأب، والعبرة بجنسية ذلك الأب وقت التصحيح، أي وقت إبرام الزواج.

ج ـ الدفع بالنظام العام وإثبات النسب:

تنص المادة ٢٨ من القانون المدني المصري على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر"، يعد النص السابق تطبيقًا لمبدأ استقرت عليه الأنظمة القانونية المقارنة فنجد ذات النص يلقى بظلاله على التشريعات المقارنة[٢].

وقد حرصت قواعد تنازع القوانين المقارنة على اختيار القانون الأنسب لفض المنازعات، ولهذا سمحت التشريعات المقارنة بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمها، إلا أن هذا لا يعني أن يتم التطبيق دون قيود أو شروط[٣]، ويعد تطبيق النظام العام في مجال الأحوال الشخصية من أكثر المجالات أهمية، والنسب يعد من أهمها، فالنسب من المسائل الحساسة في هذا المجال، ولهذا تزداد أهمية النظام العام في إثبات النسب، لأنها رابطة لها أسس أخلاقية ودينية، قبل أن تكون قانونية، ومن ثم فإن الطابع الديني أو العلماني للنسب في قانون ما يشكل وسيلة لاستبعاد القانون المنافي له، ويوسع من دائرة إعمال النظام العام.

---

(1) K.SAARLOOS, P.R., P.282.

(2) R.LANGE, The European Public Order, constitutional Principles and Fundamental Rights, Erasmus Law Review, Volume 1, Issue 1, 2007, P.3.

(٣) د/ هشام صادق ود/ حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٩٥.

وقد عرضنا في الصفحات القليلة القادمة للقانون المصري، وبينا أنه لا يعرف سوي النسب الشرعي، ومن ثم لا يعترف بالنسب غير الشرعي ونظام التبني، فمسائل الأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية التي ترفض جميع العلاقات الخارجة عن الإطار الشرعي، منعًا لاختلاط الأنساب والحفاظ عليه من الفساد.

ومسألة النسب الطبيعي هي التي تخلق نوعًا من التناقض بين الأنظمة القانونية، فمصر علي سبيل المثال دولة لها طابع ديني، ومن ثم سيرفض قضائها أي طلب بإثبات نسب طفل غير شرعي، ولا عبرة هنا لكونه نتاج علاقة جنسية بين امرأة ورجل أو حتى من زواج بين مثليين (امرأتان تم تلقيح إحداهما بمني رجل من أحد بنوك الإخصاب) [1]. فالقاضي المصري سوف يرفض بالطبع أي طلب لإثبات نسب ابن نتج

(١) لابد وان نوضح هنا أن زواج المثليين أصبح له طابع الشرعية، فمع فرنسا أصبح زواج مثلي الجنس مشروعًا في ١٤ دولة معظمها تسمح أيضًا للمثليين بتبني أطفال.

هولندا: بعد أن اعتمدت شراكة مفتوحة للمثليين عام ١٩٩٨ كانت هولندا أول بلد يقر الزواج المدني لمثليي الجنس في ٢٠٠١. ولمثليي الجنس في هذا البلد نفس التزامات وحقوق الأزواج العاديين ومن بينها الحق في تبني أطفال. بلجيكا: زواج المثليين مسموح به في هذا البلد منذ ٢٠٠٣. وللزوجين المثليين نفس حقوق الزوجين المختلفي الجنس إلا في مجال التناسل. وفي عام ٢٠٠٦ حصلوا على حق التبني. إسبانيا: تم تشريع زواج المثليين في ٢٠٠٥. ويمكن أيضًا لهؤلاء سواء كانوا متزوجين أم لا تبني أطفال. كندا: دخل قانون زواج المثليين والتبني حيز التنفيذ في ٢٠٠٥. وكانت معظم الأقاليم الكندية تسمح بالفعل بزواج مثليي الجنس. جنوب أفريقيا: أصبحت جنوب أفريقيا في ٢٠٠٦ أول بلد أفريقي يسمح لشخصين من الجنس نفسه بـ"الزواج" أو "المشاركة المدنية". ويمكن أيضًا لهؤلاء تبني الأطفال. النرويج: صدر في ٢٠٠٩ قانون يساوي بين المثليين والمغايرين جنسيا في الزواج والتبني وأيضًا في المساعدة على الإنجاب. وكان هذا البلد يسمح بالشراكة المدنية منذ ١٩٩٣. أسوج: يسمح هذا البلد منذ ٢٠٠٩ للمثليين بالزواج المدني أو الديني. وكان مسموح لهم منذ عام ١٩٩٥ بالارتباط بـ"شراكة". ويسمح للجميع بالتبني منذ ٢٠٠٣. البرتغال: عدل قانون صدر في ٢٠١٠ تعريف الزواج ملغيًا الإشارة إلى "اختلاف الجنس". لكنه لا يسمح للمثليين بالتبني. أأيسلندا: دخل القانون الذي يشرع زواج المثليين حيز التنفيذ في ٢٠١٠. وكان مسموحًا منذ عام ١٩٩٦ بارتباط المثليين لكن لم يكن يسمى زواجًا. ويسمح لهؤلاء بالتبني منذ ٢٠٠٦. الأرجنتين: في ٢٠١٠ أصبحت الأرجنتين أول دولة في أميركا اللاتينية تسمح بزواج المثليين الذين يتمتعون بنفس حقوق الأزواج العاديين ومنها التبني. الدنمارك: أول بلد في العالم سمح بالارتباط المدني للمثليين عام ١٩٨٩ وفي =

من علاقة جنسية خارج إطار الزواج، كما أنه سيرفض أي تطبيق لقانون يقر مثل هذه العلاقات كما هو الحال في استبعاد القانون البلجيكي الذي يقر زواج المثليين أو القانون الفرنسي الذي يقر نسب الأطفال غير الشرعيين. ولهذا نجد مسألة البنوة غير الشرعية من المسائل التي تشكل المساحة الأكبر للدفع بالنظام العام في مسائل إثبات النسب.

وإذا كان الحال كذلك في القوانين التي تستند لمرجعية دينية كما هو الحال في القانون المصري والتشريعات العربية، فما هو الحال في القوانين العلمانية، وهل تجيز تطبيق القوانين التي تستند لأصل ديني؟

المتأمل للوضع في القانون الفرنسي يجد القضاء الفرنسي استبعد تطبيق القوانين الإسلامية حتى لو كانت هي الواجبة التطبيق لمخالفتها للنظام العام الفرنسي تطبيقًا لمبدأ المساواة بين الطفل الشرعي وغير الشرعي في الحقوق. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية باستبعاد القانون المغربي الواجب التطبيق لأنه يمنع إثبات النسب خارج الزواج، وإحلال القانون الفرنسي محله الذي يجيز هذا الإثبات للطفل المقيم بصورة معتادة في فرنسا، والذي له جنسية فرنسية متمتعًا بها عن طريق أمه، وذلك كي يتمكن الطفل من إثبات نسبه تجاه والده الطبيعي. ويبرر جانب من الفقه هذا الاتجاه من القضاء الفرنسي بأنه سعي نحو حماية الطفل وإعلاء مصلحته[1].

=

٢٠١٢ سمح لهم بالزواج في كنيسة الدولة اللوثرية. الأوروجواي: أصبحت الأوروجواي في ٢٠١٣ ثاني بلد في أميركا اللاتينية يسمح بزواج المثليين. نيوزيلاند: أقر النواب في نيسان ٢٠١٣ زواج المثليين بعد أكثر من ربع قرن على عدم تجريم المثلية الجنسية عام ١٩٨٦. وتسمح نيوزيلاند للمثليين بالارتباط المدني منذ ٢٠٠٥.

وفي البرازيل سمح مجلس القضاء الوطني عمليًا بزواج المثليين مستبقًا البرلمان الذي يتلكأ منذ سنوات في اتخاذ موقف في هذا الشأن. وتسمح بلدان أخرى بزواج المثليين في أجزاء فقط من أراضيها مثل المكسيك في العاصمة الفدرالية مكسيكو والولايات المتحدة.

(1)http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030229, 10-2-2012.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية رغم هذا ما لبث أن أكدت علي أن الدفع بالنظام العام لاستبعاد القوانين الإسلامية له ضابط موضوعي وضابط إجرائي، فاشترطت لاستبعاد قانون الأم المتمتعة بالجنسية الجزائرية، والذي لا يعرف نسب الطفل الشرعي أن تكون الطفلة (طالبة الانتساب) متمتعة بالجنسية الفرنسية أو مقيمة علي الأراضي الفرنسية. ومن ثم ونتيجة لذلك رفضت المحكمة طلب الأم باستبعاد تطبيق القانون الجزائري[1].

يبقى أن نؤكد في النهاية على فكرة النظام العام، وحق القاضي في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا وجد تعارض بينه وبين النظام العام الداخلي، كما لو حرم الطفل من إثبات نسبه أو أعفي الأب من النفقة أو رعاية الأبناء.

وإذا كان حق الطفل في النسب حق أولي لتمتعه بكافة الحقوق في مواجهة والديه، فحقوقه الأخرى لا تقل أهمية، ومن هنا يأتي الحديث عن حقه في نفقة مناسبة تكفل له الحياة الكريمة سواء أكان في كنف والديه الذين ما زالا يقيما علاقة الزوجة، أم انتهت علاقة الزوجية بينهما بالطلاق أو التطليق أو الخلع.

(1)https://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8476.html, 13-4-2012.

المبحث الثاني

حق الطفل في النفقة علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية

تمهيد وتقسيم:

يستوجب الحديث عن القانون الواجب التطبيق علي نفقة الطفل أن نتعرف بداءة علي المقصود بالنفقة عامة، ثم نبين بعد ذلك ماهية نفقة الطفل بوصفها محل دراستنا للبحث عن القانون الواجب التطبيق علي حق الطفل في النفقة.

وعلي هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلي ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ماهية النفقة.

المطلب الثاني: نفقة الطفل.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق علي حق الطفل في النفقة.

المطلب الأول

ماهية نفقة الطفل

يتعين علينا في البداية أن نعرض لتعريف النفقة عامة لغة واصطلاحًا، حتي يتسنى لنا معرفة الغاية منها والهدف من إقرارها للطفل.

تعريف النفقة لغة:

اسم من المصدر نَفَق، يقال: نفقت الدراهم نَفَقاً: نَفِدت، وجمع النفقة نِفَاق، مثل رقبة ورقاب، وتجمع على نفقات، ويقال: نفق الشيء نفقاً: فَنِي، وأنفقته: أفنيته،

ونفقت السلعة والمرأة نفاقًا: كثر طلابها وخطابها، ويقال أيضًا النفقة هي: إما من النفوق، أي الهلاك، يقال نفقت الدابة، إذا هلكت، أو هي من النفق، أي الرواج، فيقال نفقت السلعة، أي راجت، والنفقة بمعنى الصرف، فيقال: أنفق ماله، أي صرفه، وما ينفقه الإنسان على غيره من نقود ونحوه، ويمكن أن يراعى في النفقة، كل من معنى الهلاك والرواج، إذ أنه بها يكون هلاك المال ورواج الحال[١]. وقد ورد مصطلح "الإنفاق" في القرآن الكريم، يقول تعالى: "وَأَنفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ"[٢]، وقوله تعالى: "وما لَكُمْ أَلَّا تُنفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَا يَسْتَوِي مِنكُم مَّنْ أَنفَقَ مِن قَبْلِ الْفَتْحِ"[٣].

تعريف النفقة اصطلاحاً:

يقصد بالنفقة في الاصطلاح هي ما يصرفه الرجل على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وغير ذلك مما جرت العادة به في الإنفاق[٤]، وقد حرصت التشريعات الوطنية علي تعريف النفقة في معرض حديثها عن نفقة الزوجية فقد عرفتها المادة الأولي من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأنها "....تشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقتضي به الشرع.... ".

(١) لمزيد من التفصيل حول المعني اللغوي للنفقة، انظر:
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar, 3-3-2017.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٥.

(٣) سورة الحديد، الآية ١٠.

(٤) د/ عبد الله محمد سعيد، النفقة في الشريعة الإسلامية ومدي كفايتها لتحقيق الرعاية الاجتماعية، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، العدد ٤، ١٩٨٦، ص ٢٦٢.

كما عرفها الفصل ٥٦ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة عام ١٩٥٦ بأنها "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، كما عرفتها المادة ٧٥ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر عام ١٩٨٤ بأنها "تشمل النفقة الطعام، والكسوة، والسكن، وما يتبع ذلك من تطبيب، وخدمة وغيرهما حسب العرف".

ويمكننا القول بأن هذه التعريفات ترتكن علي بيان عناصر النفقة وتوضيح مصارفها، ومن ثم يمكننا تعريف النفقة بأنها كل ما يحتاج إليه الإنسان لقيام حياته من طعام وكسوة وعلاج، وسكن وخدمة وكل ما يلزم بحسب العرف والعادة. وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها حيث جاء فيه ".....وحيث إن النفقة شرعًا هي الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه، وهى في أصل اشتقاقها تعد هلاكاً لمال من جهة المنفق، ورواجًا لحال من جهة المنفق عليه، ويشمل مصطلحها كل صورها من إنفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع، لأن فيها معنى إخراج مال لإيفائهم حاجتهم، وصونها. ولا ينال من ذلك قول أهل اللغة أيضاً، بأنها ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم، فإنه بيان لحقيقة مدلولها، وعلى تقدير أن مسكن الصغير من مشمولاتها....."[1].

ويتعين علينا أن نبين هنا أن الأسباب التي توجب النفقة علي الإنسان لغيره ثلاث هي: الزوجية، والقرابة والملك، فالزوجية سبب فى وجوب نفقة الزوجة على زوجها، والقرابة سبب في وجوب النفقة على الشخص لأقاربه من الأصول والفروع،

(١) الطعن رقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية، جلسة ٦ يناير ١٩٩٦، راجع علي موقع المحكمة الإلكتروني:

http://sccourt.gov.eg/SCC/faces/Portal_Pages/PortalHome.jspx?_adf.ctrl-state=mygi5n4tg_4, 2-3-2017.

والملك في وجوب النفقة على المالك لملوكه، ومن ثم يمكننا القول بأن المستفيد من النفقة في عصرنا الحديث هم الزوجة والأقارب ومن أهمهم الأبناء[١].

وقبل أن نترك تعريف النفقة للبحث في أنواعها، نجد أنه لزامًا علينا أن نبين عناصر النفقة كما جاء في التعريفات السابقة، بوصف هذه العناصر هي الغاية من فرضها:

العنصر الأول: **الغذاء**:

يقصد بالغذاء هنا كل ما يقتات به الإنسان من طعام و شراب وذلك على حسب عادة كل بلد، أو ما هو متعارف عليه عادةً، ويكفل له سد حاجاته وإشباعه، ويعد الغذاء من الأمور الحيوية في حياة كل شخص، وبالنسبة للطفل أمر مهم لاكتمال بنائه ونموه، ويجب أن تكون تغذيته سليمة ومتوازنة للحفاظ علي صحته ونموه بصورة صحيحة.

العنصر الثاني: **الكسوة**:

ويأتي العنصر الثاني متمثلاً في الكسوة فتشمل الملابس والفراش والأغطية و غيرها من الحاجات الأخرى اللازمة لكساء الإنسان وفقًا للعادات والمعروف في مجتمعه.

العنصر الثالث: **العلاج**:

يضمن العلاج سلامة صحة الإنسان، فهو ضرورة لا تقل في الأهمية عن الكساء والطعام، والأمر أكثر أهمية في حالة الطفل الذي يكون عرضة أكثر للمرض، وفي حاجة لرعاية صحية خاصة وتطعيمات منتظمة.

---

(١) محسن بن محمود قضائي نفقة الأقارب، بحث مقارن في الفقه الإسلامي وتشريعات الأحوال الشخصية المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠٠٢، ص ٢٦.

العنصر الرابع: **السكن**:

يعد السكن وإيجاد مأوي مناسب للإنسان من أهم الأمور التي تضمن له استمرارية الحياة بصورة سليمة، وتحصنه من الانحراف بانتمائه لمكان بعينه وبقاؤه فيه. ويضاف للعناصر السابقة التعليم بوصفه من العناصر المهمة لاكتمال شخصية المستحق للنفقة إذا كان في سن التعليم.

حاولنا في هذا المطلب أن نعرض لماهية النفقة بصفة عامة، والسؤال الآن ما هو المقصود بنفقة الطفل بوصفها محل دراستنا باعتبارها حق للطفل؟ هذا ما نجيب عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني

نفقة الطفل

لا خلاف بين التشريعات العربية في وجوب نفقة الأطفال الصغار على الآباء فقد ثبت وجوب هذه النفقة بنصوص قانونية صريحة، مستندة في هذا لما استقر عليه الفقه الإسلامي، وما هو منصوص عليه في القرآن الكريم والسنة النبوية يقول تعالي "...وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف...."[1]. فالمقصود بالمولود له هو الأب ووجب عليه نفقة ولده وكسوته. وما روى في السنة النبوية عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

وولدي إلا ما أخذته من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك "[١].

وقد نصت المادة ١٨ مكرر ثانيا من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ علي أنه "إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه، وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها والى أن يتم الابن الخامسة عشر من عمره قادرًا على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزًا عن الكسب لأفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه. ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم. وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم". كما نصت المادة ٢٠٢ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ "يجب على الأب الموسر وإن علا نفقة ولده الفقير، العاجز عن الكسب وإن نزل، حتى يستغني".

ويتفق هذا النص مع ما نصت عليه المادة ٧٨ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ من أنه تستمر نفقة الأولاد الصغار على أبيهم إلى أن تتزوج الفتاة ويصل الطفل إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم ويواصل دراسته بنجاح معتاد. وكذلك نصت المادة ٦١ من قانون أحكام الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ علي أن تستمر المحاكم الشرعية السنية في إقرار النفقة بالنسبة للفتاة حتى تتزوج وبالنسبة للفتى حتى يصل إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله وبالنسبة للمحاكم الشرعية الجعفرية طيلة فترة بقاء الأولاد لدى أمهم كحاضنة لهم البنت ببلوغها سن التاسعة والولد ببلوغه سن السابعة ما لم يتفق الوالدان على خلاف ذلك.

---

(١) محسن بن محمود قضائي، مرجع سابق، ص ٦٢.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل إعمالاً لحكم المادة ١٨ مكرر ثانيًا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بشأن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، أن نفقة الطفل على أبيه، وأن الأنوثة في حد ذاتها عجزًا حكميًا عن التكسب، أيًا كان عمر الأنثى، فتظل نفقتها على أبيها حتى تتزوج أو تكسب رزقها"(١).

ووفقًا للنصوص القانونية السابقة، نجد أن النفقة تجب للصغير الذي لا مال له فنفقته علي أبيه، فبمجرد ثبوت نسب الطفل لأبيه يجب نفقته عليه، وتظل نفقة الطفلة علي أبيها حتي تتزوج أو تكسب رزقها ما دام تم نسبها لأبيها. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائما فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائما فيها وملازما لها وتتبعه وجودا وعدما أخذا بأن سبب وجوب نفقة الأولاد هي ا لجزئية التابعة من كون الفرع من صلب الأصل، إلا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة في موضوع النسب أن يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام"(٢).

كما قضت في حكم آخر لها بأن "نفقة الولد الصغير الفقير علي والده لا يشاركه فيها غيره،..... وكان من المقرر شرعًا وفقًا للراجح في مذهب ابن حنيفة الواجب الاتباع عملاً بنص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء المحاكم الشرعية والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب تلك المحاكم، أن الصغير ـ ابنًا كان أم بنتًا ـ إذا كان ذا

(١) الطعن رقم ١٢٧٨٩ لسنة ٨٠ قضائية جلسة ٢٥ أكتوبر ٢٠١١، منشور علي موقع المحكمة الإلكتروني:

http://www.cc.gov.eg/courts/cassation_court/all/cassation_court_all_cases.aspx, 2-4-2017.

(٢) الطعن رقم ٤١٢ لسنة ٦٥ قضائية جلسة ٤ فبراير ٢٠٠٢، منشور علي موقع المحكمة الإلكتروني:

http://www.cc.gov.eg/Images/H/111141099.pdf, 2-4-2017.

مال حاضر فإن نفقته تقع في ماله ولا تجب علي أبيه..."[1]. ولا تسقط نفقة أولاد الفقراء بفقر الأب بل تجب عليه مع إعساره، فالنفقة مقررة للطفل الصغير سواء أكان الأب غنيًا أم فقيرًا.

وخلافًا لهذا فقد جاء نص المادة ١٩٩ من مدونة الأسرة المغربية الصادرة عام ٢٠٠٤ بنص يلزم الأم الموسرة بالنفقة في حالة إعسار الأب، فقد نصت المادة علي أنه "إذا عجز الأب كليًا أو جزئيًا عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"، كما نصت المادة ٧٨ من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢ علي أنه "يجب نفقة الولد على أمه الموسرة، إذا فقد الأب أو الجد لأب ولا مال لهما، أو كانا معسرين".

ويلاحظ أن هذين النصين لم يجعلا مما قامت به الأم دينًا في ذمة الأب، وهو ذات ما نصت عليه المادة ٦٢ من قانون أحكام الأسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩، وذلك علي خلاف الحال في القانون الإماراتي، فقد نصت المادة ٨٠ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر في ٢٠٠٤ علي أنه "تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر وكان الإنفاق بإذنه أو إذن القاضي" كما نص المشرع الكويتي في المادة ٢٠٣/أ من قانون الأحوال الشخصية الصادر في ١٩٨٤ علي أنه "إذا كان الأب معسرًا، والأم موسرة، تجب عليها نفقة ولدها، وتكون دينًا على الأب، ترجع به عليه، إذا أيسر، وكذلك إذا كان الأب غائبًا، ولا يمكن استيفاء النفقة منه".

يعني هذا أن ما تنفقه الأم الموسرة في حالة إعسار الزوج يعد دينًا في ذمته، ترجع به عليه، والحال كذلك في حالة غيبته، وحرصًا من المشرع الكويتي علي مصلحة الطفل وضمان وجود مصدر لنفقته فقد عاد ونص في الفقرة ب من ذات المادة

(١) الطعن رقم ٥٣٥ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، الجزء الثاني، ص ١٧٥٣.

علي أنه "إذا كان الأب والأم معسرين، وجبت النفقة على من تلزمه، لولا الأبوان، وتكون دينا على الأب، يرجع به المنفق على الأب إذا أيسر"، ففي حالة إعسار الأب والأم ينتقل دين النفقة لمن يليهم في الوفاء به علي أن يكون دينًا في ذمة الأب لحين يساره.

وكذلك جاء نص المادة ٣/٧٨ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ بحكم خاص بوجوب عودة نفقة البنت علي أبيها مهما بلغ عمرها في حالة طلاقها أو موت زوجها، ولم يكن لها مال، فقد نصت علي أنه "تعود نفقة الأنثى على أبيها إذا طلقت أو مات عنها زوجها ما لم يكن لها مال أو من تجب عليه نفقتها غيره".

وتشمل نفقة الطفل الطعام والكسوة والسكنى وكذلك أجرتي الحضانة والرضاعة وبدل الفرش والغطاء وكل ما تحكم به المحكمة من أنواع النفقات مثل نفقة التعليم وأجرة الحضانة والرضاعة حكمهم حكم نفقة الزوجة. فقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية والإجراءات المتعلقة بها (الملغى) أنه تشمل نفقة الزوجية نفقة الطعام وبدل الكسوة وأجرتي المسكن والخادم وشمول نفقة الطفل لذلك ولأجرتي الحضانة والرضاع.

وعلى ذلك تكون أقسام نفقة الطفل كالآتي:

الطعام: جري العمل علي قضاء المحكمة بمبلغ محدد شهريًا لنفقة طعام الطفل لمن يكون الطفل في حضانته، وإن كان الطفل في سن الرضاعة، فإنه يستحق نفقة طعام تفرض له بجانب أجر الرضاعة. وقد أكدت المحكمة الجزئية الشرعية المصرية في حكم لها علي أن "..ما قدر للصغير هو نفقة له بجميع مشتملاتها دخل في ذلك أجر

الرضاع"[١]، مما يعني أن أجر الرضاع جزء من نفقته، وفي هذا نصت المادة ٧٧ من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢ علي أنه "تجب على الأب تكاليف إرضاع ولده، إذا تعذر على الأم إرضاعه، ويعتبر ذلك من قبيل النفقة"، ولا غبار في زيادة نفقة الطفل بكبر سنه وحاجاته. وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه "أن الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها تقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، إلا أن هذه الحجية تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير"[٢].

الملبس: ويقصد به - كما بينا سابقًا - ما يحتاج له الطفل من ملبس مناسب، يكفل له الكساء الجيد المتعارف عليه، مع مراعاة طبيعة جو بلد إقامة الطفل من حر وبرد، والأساس المعتبر في تقدير الكسوة بحسب اليسار والإعسار[٣].

أجر خادم: إذا احتاج الطفل إلى خادم للقيام بشئونه فإن أجر الخادم يكون من بين نفقته، ويلتزم به الأب إذا كان مثله ممن يخدم أولاد.

العلاج: لم تنص المادة ١٨ مكرر ثانيًا من قانون الأحوال الشخصية المصري على التزام الأب بمصاريف علاج الطفل، كما نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بالنسبة لمصاريف علاج الزوجة على التزام الزوج بها ومن ثم يتعين

---

(١) المحكمة الجزئية الشرعية، الطعن رقم ٨١٠ لسنة ١٩٤٦ قضائية، جلسة ٨ يناير ١٩٤٧، غير منشور.

(٢) الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٦٧ قضائية، جلسة ١٨ يونيو ٢٠٠٧، منشور علي موقع المحكمة الإلكتروني:

http://www.cc.gov.eg/Images/H/111226868.pdf, 4-5-2017.

(٣) د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ١٩٨.

القول بأنه لا يوجد ما يحول بين تطبيق ذات الالتزام علي نفقة الطفل، فمصاريف العلاج لا غنى عنها للصغير.

السكن: نصت المادة ١٨ مكرر ثانيًا من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه "على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يحوز المسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداءً الاحتفاظ به قانونًا، وللنيابة العامة أن تصدر قرارًا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيه".

يعني هذا أن الأب ملزم بتوفير مسكن مناسب لحياة الطفل سواء أكان هذا من خلال توفير سكن له أم دفع أجر مسكن لحاضنته حتي تستطيع توفير سكن لها وللطفل المحضون[١]. وفي هذا قضت المحكمة الشرعية المصرية في الكثير من أحكامها بأن أجر مسكن الحضانة من نفقة الطفل وليس للحاضنة، ولا تسقط أجرة المسكن إلا في حالة واحدة إذا ملكت الحاضنة مسكنًا أو سكنت بالفعل في مسكن الزوجية، مع مراعاة أنه لا يمكن شرعًا تعدد مسكن الحضانة بتعدد الصغار من الأم الواحدة، كذلك أجر المسكن والخادم المفروض لهم جملة[٢].

التعليم: لا جدال في أن نفقة التعليم يجب أن تكون علي الأب، فيكون دفع أجر التعليم واجبًا عليه ما دام لا يمكن التعليم بغير أجر ولا يكون للحاضنة دور إلا استلام

(١) د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٢) المحكمة الجزئية الشرعية، الطعن رقم ٣١٠٢ لسنة ١٩٥١ قضائية، جلسة ١٥ يناير ١٩٥٢، غير منشور، والطعن رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٧ قضائية، جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٦٣، غير منشور.

أجر تعليم الطفل ودفعه حيث يتعلم الطفل، وتعليم الولد ذكرًا كان أم أنثى يقدر بسعة أبيه وبما يليق بمثله والتعليم يشمل ما هو ضروري لتنشئة الشخص وإعداده لمواجهة الحياة فهو بمنزلة الطعام والعلاج والكسوة في حياة الطفل. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "فإذا كان الثابت من شهادة شهود المدعية أن التعليم المناسب للصغيرة - مدرسة لغات لقربها من مسكن الحاضنة وغير مغالى في مصاريفها وتتناسب مع حالة المدعى عليه فضلاً أن تحريات المباحث أفادت أن حالة المدعى عليه المالية ميسورة جداً، الأمر الذى يتناسب بإلحاق الصغيرة ولا ينال مما تقدم ما أثاره المدعى عليه وشاهديه بأن التعليم العام أفضل من التعليم الخاص، فالمجال هنا ليس بيان أفضلية التعليم العام من الخاص ولكن بحث التعليم الملائم لأمثال الصغيرة بالنسبة لحالة المدعى عليه المالية والاجتماعية"(١).

يبقي أن نبين هنا أن التشريعات العربية كانت حريصة علي تقرير حق الطفل في النفقة سواء أكانت من الأب، أم حتي الأم في حالة إعسار الأب، أو من يقوم مقامهما عند الإعسار أو الوفاة، ولكن هذا يستلزم في جميع الأحوال نسبة الطفل لأبيه، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذ كان الأصل في الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائمًا فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائمًا فيها وملازمًا لها وتتبعه وجودًا وعدمًا أخذًا بأن سبب وجوب نفقة الأولاد هي الجزئية التابعة من كون الفرع من صلب الأصل"(٢).

ورغم هذا فقد أفرد المشرع القطري في المادة ٨٥ من قانون الأسرة رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢ حكمًا لنفقة مجهول الأبوين، فقد نصت المادة علي أنه "تكون نفقة اللقيط

(١) الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ١٧ قضائية، جلسة ٢٠ ديسمبر ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفني، سنة ١٧ قضائية، ص ١٩٥٥.

(٢) الطعن رقم ٤١٢ لسنة ٦٥ قضائية، جلسة ٤ فبراير ٢٠٠٢، منشور علي موقع المحكمة الإلكتروني:

http://www.cc.gov.eg/Images/H/111141099.pdf, 4-5-2017.

مجهول الأبوين من ماله إن وجد له مال، فإذا لم يوجد له مال ولا متبرع بالإنفاق، كانت نفقته على الدولة"، فوفقًا لهذا النص تكون نفقة اللقيط من ماله إن وجد له مال، أو من أي متبرع بالإنفاق عليه، فإن لم يوجد فمن مال الدولة.

في النهاية يمكننا القول بأننا حاولنا خلال عرضنا هذا أن نرسم صورة لماهية النفقة بصفة عامة ونفقة الطفل بصفة خاصة بوصف الحق في النفقة للطفل من أهم الحقوق خاصة أنها تكفل له عيشًا كريمًا بغية نشأته نشأة سليمة وصالحة.

وقبل أن نترك الحديث عن نفقة الطفل لابد من أن نوضح هنا أن هذا الطفل له الحق في نوعين من النفقة الأولي هي النفقة الوقتية ويقصد بها تلك النفقة التي يطلبها الحاضن للصغير من الأب إلى حين الفصل في الدعوى الأصلية الخاصة بالنفقة، والثانية النفقة في صورتها العادية بوصفها حق للطفل من أبيه. والسؤال المهم الآن ما هو القانون الواجب التطبيق علي الحق في النفقة؟ هذا ما نجيب عليه في المطلب التالي.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق علي حق الطفل في النفقة

أوضحنا أن نفقة الطفل المقررة له من المكلف بها هي النفقة التي تمنح لتوفير الحماية والرعاية للطفل بما يضمن له حياة كريمة، وعلى هذا الأساس فهي تشمل ما يحتاج إليه من غذاء، وكسوة، وعلاج، إضافة إلى أجرة مسكن، وعلى الرغم من أهميتها لم تحدد لها التشريعات العربية ـ بما فيها المشرع المصري ـ قاعدة إسناد صريحة.

ولا جدال في أن النفقة تعد من مسائل الأحوال الشخصية، فالأحوال الشخصية هي مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة وبعلاقته بأسرته، وهي الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية، ولهذا يعد الالتزام بنفقة الطفل، من مسائل الأحوال الشخصية، وهذا التكييف يتفق مع كونها من بين النفقات بين الأقارب من خلال رابطة الدم بين الطفل والأب.

والنفقة المقررة للطفل تأتي من بين أفرع نفقة الأقارب ـ وفقًا للراجح فقهًا ـ، فالمستحق لنفقة الأقارب إما أن يكون من فروع المكلف بها أب لأولاده وإن نزلوا أو من أصوله أي أبويه وإن علو، أو من حواشيه أي أقاربه الذين يتفرعون من أبويه وأجداده، ومن ثم فالنفقة المقررة للطفل هنا تكون بوصفه فرع من الأب منسوب به برابطة الدم والنسب الصحيح. ومع ذلك يري جانب من الفقه أن نفقة الطفل هي أثر من أثار الزواج، ومن ثم تخضع للقانون الواجب التطبيق علي أثار الزواج، وعلي هذا يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج (الأب) علي النفقة وفقًا لما هو سائد في التشريعات العربية والمقارنة[١].

وقد نصت المادة ١٥ من القانون المدني المصري "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها". ويري جانب من الفقه ـ وبحق ـ أن نفقة الصغير يسري عليها نص المادة السابقة، بوصف الأصول والفروع من المخاطبين بأحكام هذه المادة[٢]. وهو ذات ما نصت عليه المادة ٤/٢١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ نصت علي أنه "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين

(1) J.DRAY, International Conflicts in Child Custody: United States v. Saudi Arabia, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 7, Issue 9, 1987, P.436.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٩١٩.

الأقارب قانون المدين بها "، وكذلك المادة ٤٥ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي نصت علي أنه "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها، أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون الكويتي".

ويتضح من النصوص السابقة أن المشرع المصري والمشرع الكويتي والمشرع البحريني قد نصوا علي أن القانون الواجب التطبيق علي نفقة الطفل هو قانون المدين بها، وإن كنا نري صياغة المشرع الإماراتي أقرب للفهم القانوني الصحيح حيث نصت المادة ١٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي الصادر في عام ١٩٨٥ علي أنه "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المكلف بها"، وحسنًا فعل المشرع الإماراتي عندما استخدم لفظ "المكلف" بدلاً من "المدين". فوفقًا لرأي جانب من الفقهاء فإن مصطلح "المدين" مصطلح معيب لأنه يتعين لمعرفة ما إذا كان الشخص مدين بالنفقة أم لا الرجوع إلي أحكام قانون معين، وهو قانون جنسيته، وقانون جنسيته قد لا يعتبره مدينًا بالنفقة[1]. بالإضافة إلي أن قاعدة الإسناد تشير إلي القانون الواجب التطبيق، وهذا القانون هو الذي يعين المدين بالنفقة. ومن ثم فإن قاعدة الإسناد وفقًا لهذا قد ألقت علي عاتق القاضي الوطني التزامًا بتحديد المدين بالنفقة حتي يتسنى تطبيق قانونه بوصفه القانون الواجب التطبيق علي نفقة الطفل.

وعلي خلاف المشرع المصري والمشرع الإماراتي، والمشرع البحريني فقد فرق المشرع الكويتي بين القانون الواجب التطبيق علي النفقة العادية والنفقة الوقتية، وهو الأمر الذي سنعرض له لاحقًا.

والسؤال الذي يثور الآن ما هو المقصود بقانون "المدين بها"؟ وهل هو قانون جنسيته أم قانون محل إقامته؟ وفي هذا جاء نص المادة ٢١ من القانون المدني

(١) د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، ١٩٧٨، ص ٥٥٧.

القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤ واضحًا لا يثير أي لبس فقد نصت علي أنه "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون جنسية الملتزم بها".

وقد ذهب جانب من الفقهاء إلي أن العبرة بجنسية المكلف بالنفقة وقت نشأة العلاقة القانونية مصدر الحق في النفقة، لأن النفقة حق مكتسب لمستحقها من وقت نشوء الحق، وتغيير الجنسية لا يؤثر فيه، ومن ثم فالعبرة بجنسية الأب عند ثبوت نسب الطفل له وفقًا لهذا الرأي(١).

ويري جانب آخر علي خلاف هذا أن العبرة بوقت المطالبة بالنفقة، لأن الالتزام بأداء النفقة هو أثر من أثار العلاقات الأسرية، وهي جزء من أثار الحالة الشخصية للفرد، ومن ثم تخضع لقانون الجنسية الحالية للشخص وقت المطالبة بالنفقة(٢). وهو ما يتفق مع نص المادة ٢/٤ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٣ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علي النفقة فقد نصت علي أنه "في حالة تغيير الإقامة العادية للدائن، فإن القانون الداخلي لبلد الإقامة العادية الجديدة ينطبق ابتداءً من اللحظة التي حدث فيها التغيير"، مع ملاحظة أن الاتفاقية قد نصت علي تطبيق قانون محل إقامة الدائن بالنفقة لا المدين بها. وقد سار علي هذا النسق القانون الدولي الخاص لإمارة موناكو الصادر عام ٢٠١٧ في مادته ٥٣(٣).

---

(١) د/ محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص ٥٥٨.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٩٢٦.

(3) New Code on Private International Law passed by Law No 1,448 of 28 June 2017 on private international law, Ch.CIULLA, Family law in Monaco: overview, See at,
https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-616-4538?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1, 23-10-2017.

ولابد وأن نشير هنا أنه رغم عدم تصديق فرنسا علي اتفاقية لاهاي ١٩٧٣ إلا أنها مازالت ملتزمة بقواعد اتفاقية ولا تزال اتفاقية لاهاي المبرمة في ٢٤ أكتوبر ١٩٥٦ بشأن القانون المنطبق على التزامات النفقة تجاه الأطفال سارية بين فرنسا والدول الأطراف في هذه الاتفاقية، والتي تنص على أن قانون الإقامة المعتادة للطفل يحدد إلى أي مدى يمكن للطفل المطالبة بالنفقة. ومن ثم فقد ذهب الفقه الفرنسي إلي تطبيق القانون الفرنسي في الحالتين الآتيتين: إذا كان الطفل مقيم بفرنسا، وفي حالة اختصاص القضاء الفرنسي بالدعوي ولا يسمح قانون إقامة الطفل أو قانون الجنسية المشتركة للطفل والمكلف بالنفقة بالحصول على النفقة[١]. وذات الحكم هو ما صار عليه القانون الإيطالي[٢].

ولهذا يري جانب من الفقهاء وهو أقرب للاعتبارات الإنسانية أنه كان أولي بالمشرع العربي الأخذ بالاتجاه العالمي الذي أخذ بقانون دولة محل الإقامة العادية للصغير طالب النفقة، بوصف قانون تلك الدولة هو الأنسب لأنه به يعيش وينفق، وكذلك بوصفه الطرف الأولي بالرعاية[٣]. ويأتي هذا الرأي متسقًا مع نص المادة ٢/١ من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٦ الخاصة بالالتزام بالنفقة نحو الأولاد، والتي نصت على إخضاعها لقانون الموطن المعتاد للولد، وهو ما أخذ به القانون اليوناني[٤]، وكذلك

---

(1)Ch.CARDEW, Family law in France: overview, See at, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-615-3545?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1, 23-10-2017.

(٢) دراسة حول النظام الإيطالي علي موقع الاتحاد الأوربي:

Maintenance claims – Italy, See at,

http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_ita_en.htm, 23-10-2017.

(٣) د/ فؤاد عبد المنعم رياض & د/ سامية راشد، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٤) لمزيد من التفصيل حول موقف التشريعات الأوربية، راجع علي الإنترنت، موقع الاتحاد الأوربي فيما يتعلق بموقف دول الاتحاد في مسائل القانون واجب التطبيق، حول موقف القانون اليوناني، انظر:

=

الحال في القانون الألماني فقد نصت المادة ٢٠ من القانون المدني الألماني الصادر في عام ٢٠٠٢ علي أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة إقامة الطفل المعتادة(١)، وكذلك قانون حماية الطفل الصادر في إنجلترا عام ١٩٩١ والذي ذهب إلي انطباق قواعده علي كل طفل علي الأراضي الإنجليزية، حتي ولو كان غير إنجليزي(٢)، ولكن يتعين علينا هنا أن نبين في أنه في حالة عدم تنظيم قانون دولة إقامة الطفل لمسائل النفقة، فإن الاختصاص ينعقد للقانون الذي تعينه قواعد الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع(٣).

وعلي خلاف الآراء السابقة يري جانب من الفقهاء تطبيق قانون دولة القاضي لأنه في الغالب يكون موطن أو محل إقامة أحد طرفي منازعة النفقة(٤)، كما أن هذا

=

Czech Private and Procedural International Law, Act No 191/1950, See at, http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_cze_en.htm# III.5, 3-4-2017.

(١) دراسة حول النظام الألماني علي موقع الاتحاد الأوربي:

Under section 20 "Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche", challenges to parentage are governed generally by the law under which the circumstances of the parentage arose and, where a challenge is brought by the child, by the law applying in the place where the child is habitually resident, See at,

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ger_en.htm, 4-3-2017.

(٢) دراسة حول النظام الإنجليزي علي موقع الاتحاد الأوربي:

Maintenance claims - England and Wales, See at,

http://ec.europa.eu/civiljustice/maintenance_claim/maintenance_claim_eng_en.htm, 3-11-2016.

(3) J.DRAY, P.R., P.439.

(٤) د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٢٣.

القانون يكفل سهولة تنفيذ الحكم الصادر في منازعة النفقة بيسر، وهو ما أخذ به النظام الأمريكي في بعض أحكامه[١].

وحسنًا فعل المشرع التونسي حيث نص في الفصل ٥١ من مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة في عام ١٩٩٨ علي أنه "تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو قانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو قانون مقره. ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن". فوفقًا لهذا النص ترك المشرع للقاضي أن يختار القانون الأصلح للطفل من بين قانونه الشخصي أو قانون دولة إقامته أو قانون المكلف بالنفقة تجاهه، ويعد هذا حرصًا علي حماية مستحق النفقة، بوصفه الطرف الضعيف صاحب الحاجة للنفقة.

ونري أن الرأي القائل بتطبيق قانون دولة إقامة الطفل طالب النفقة وقت رفع الدعوي هو الأولي بالأخذ به لأسباب عدة منها[٢]:

١- أن الطفل هو الأولي بالرعاية فهو المستحق للنفقة، ومن هنا تأتي أهمية قانون دولة إقامته بوصفه قانون الدولة المتواجد علي إقليمها والخاضع لحمايتها.

٢- توحيد القانون الواجب التطبيق علي النفقة بشقيها العادي والوقتي - كما سنري لاحقًا - وكذلك القانون الواجب التطبيق علي إجراءات الدعوي فالغالب أن محاكم دولة الإقامة هي المختصة بدعاوي النفقة لهذا الطفل، واختصاص محاكمها وقانونها بالدعوي يجعل من السهل تنفيذ الحكم الصادر من قضائها[٣].

---

(1) P.HAY, The American "Covenant Marriage" in the Conflict of Laws, Louisiana Law Review, Volume 64, Number 1, Fall 2003, P.52.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامه، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٩٢٦.

(3) P.HAY, P.R., P.52.

٣- سهولة إعمال قانون محل الإقامة في حالة تعدد جنسية الطفل، كما لو ولد علي إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم من أب تأخذ دولته بحق الدم في اكتساب الجنسية.

ورغم هذا فإنه لا يوجد ما يحول دول وضع المشرع لضوابط عدة منها محل إقامة الطفل أو محل إقامة المكلف بها أو جنسية المكلف بها ويختار القاضي القانون الأصلح للطفل كما فعل المشرع التونسي، وهو ذات ما أخذ به القانون الأمريكي[١].

يبقي أن نؤكد هنا علي أن القانون الواجب التطبيق علي النفقة هو الذي يبين شروط وجوبها وأسباب سقوطها وغير ذلك من الجوانب الموضوعية، أما إجراءات تحصيل النفقة، فتخضع لإجراءات قانون مكان استحقاقها، وقد يتطلب ذلك طبقًا لهذا القانون استيفاء إجراءات منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي القاضي بالنفقة. وإذا كان الحال كذلك بالنسبة للنفقة العادية للطفل، فهل يختلف الأمر في حالة طلبه لنفقة وقتية؟

النفقة الوقتية:

يقصد بالنفقة الوقتية تلك التي قد تطلبها الأم للإنفاق علي الطفل، تحت ضغط الضرورة والاستعجال والخشية من خطر التأخير، أثناء نظر الدعوى الأصلية ولحين الفصل فيها[٢]، أو قد يطلبها القائم علي رعاية الطفل لحين تمام الفصل في الدعوي الأصلية. والنفقة الوقتية هي نفقة يحكم بها القاضي كتدبير مؤقت استعجالي ريثما

(١) ففي دعوي تتلخص وقائعها زواج لبنانية مقيمة علي الأراضي الأمريكية من سعودي، ثم طلقت بعد إنجاب طفلة ولدت علي الأراضي الأمريكية، وعند مطالبة الأم الحاضنة بنفقة للطفلة قضت المحكمة بتطبيق القانون السعودي (قانون جنسية الأب)، علي أساس أنه الأصلح للطفلة، وليس القانون الأمريكي قانون جنسية الطفلة، وقانون محل إقامتها، لمزيد من التفصيل، راجع:

J.DRAY, P.R., P.441.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٩٢٠.

يفصل في دعوى الموضوع سواء بالنسبة للزوجة أم الأبناء القصر، وقد يفصل القاضي في دعوى النفقة الوقتية بصفة مستقلة عن الدعوى الأصلية، ولو كان القضاء الوطني غير مختص بالدعوى الأصلية ما دام المطلوب منه النفقة له أموال يجوز التنفيذ عليها في بلد القاضي، ومن باب أولى يجوز للجهة القضائية التي تنظر الدعوى الأصلية أن تفصل في طلب النفقة الوقتية طبقًا لقانون القاضي، بينما تخضع الدعوى الأصلية للقانون المختص بها بحسب موضوعها.

وقد نصت المادة ٩٢١ من قانون المرافعات المصري على أنه "لمستحق النفقة أن يستصدر أمرًا من المحكمة المنظور أمامها الدعوى بتقدير نفقة وقتية له"، والسؤال الذي يثور هل تخضع النفقة الوقتية للقانون ذاته الذي يحكم النفقة العادية - كما بينا سابقًا -، أم تخضع لقانون آخر؟

يتعين علينا في البداية أن نشير إلي أن قواعد التنازع في التشريعات العربية خلت من قاعدة إسناد خاصة بالنفقة الوقتية ما عدا التشريع الكويتي - كما سنري لاحقًا - وهو ما دفع الفقه للبحث عن القانون الواجب التطبيق علي ضوء السياسة التشريعية للقوانين الوطنية.

فقد ذهب جانب من الفقهاء إلي تطبيق ذات القانون الواجب التطبيق علي نفقة الطفل علي النفقة الوقتية، فتخضع كقاعدة عامة لذات القانون الذي تخضع له النفقة العادية، وليس لقانون القاضي. فالقانون الذي يحكم النسب وآثاره هو المختص بحكم النفقة الوقتية التي يرفعها الأولاد أو الأقارب حتى يفصل في دعوى ثبوت البنوة والأبوة. فالأصل هو خضوع النفقة الوقتية للقانون الذي يحكم الدعوي الأصلية[1].

ويرى جانب أخر من الفقهاء أن النفقة الوقتية تعد مسألة مستقلة عن النزاع الأصلي ذاته، فالنفقة الوقتية لا صلة لها بعلاقة النسب المطلوب إثباتها مثلاً لثبوت نفقة

(١) د/ السيد خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٤٠، المجلد ١١، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

الطفل، إذ قد يحكم بها القاضي كإجراء تحفظي لحماية حقوق المتقاضين لحين الفصل في النزاع، على الرغم من أن النزاع قد يكون قائمًا حول صحة النسب ذاته[١]. ولهذا يذهب هذا الجانب من الفقهاء إلي تطبيق قانون القاضي على النفقة الوقتية بوصف كونها من قواعد البوليس أو الأمن المدني (ذات التطبيق المباشر) فيري أن النفقة الوقتية من التدابير الضرورية التي يطلب من القضاء اتخاذها بغض النظر عن النزاع الأصلي نفسه، ولا فرق في ذلك بين كون النزاع الأصلي مشتملاً على عنصر أجنبي أم كونه وطنياً في جميع عناصره[٢]، فالقاضي عندما يقرر مثل هذه التدابير الضرورية إنما يلجأ إلى القواعد المقررة لهذه التدابير في قانونه، وليس من شأن اتخاذ هذه التدابير إثارة مشكلة تنازع القوانين، فتطبيق القاضي للقواعد المقررة في قانونه بصدد التدابير الوقتية إنما يتم بشكل مباشر وليس إعمالاً لقواعد الإسناد[٣]. فالنفقة وفقًا لهذا الرأي تهدف إلي درء الضرر الذي قد يلحق الطفل في فترة معينة قد تطول بسبب إجراءات رفع الدعوى وبطء إجراءات التقاضي، بالإضافة إلي الاعتبارات الإنسانية التي تقضي فرض هذه النفقة من قبل القاضي استنادًا إلى قانونه، دون الأخذ بعين الاعتبار فيما إذا كان قانونه الوطني هو القانون الواجب التطبيق علي أصل النزاع من عدمه.

---

(١) د/ فؤاد عبد المنعم رياض & د/ سامية راشد، مرجع سابق، ص ٣٠١.

(٢) د/ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٦، ص ١٢٩.

(٣) د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤، ص ٥١٤. حيث يذهب إلى القول أن تطبيق قانون القاضي يقوم على أساس وجوب تطبيق النصوص المصرية المقررة لحق الزوجة في النفقة الوقتية تطبيقًا إقليميًا على كل من يقطن الإقليم، نظرًا لخطورة الاعتبارات التي يقوم عليها حق الزوجة في هذا الشأن واتصالها بالسكينة العامة في الدولة، فالقواعد المقررة لحق الزوجة في النفقة الوقتية تعد من القواعد التي درج الفقه الحديث على تسميتها (بالقواعد ذات التطبيق المباشر)، والتي تخرج من دائرة إعمال قواعد الإسناد التقليدية، فتحدد بذاتها مجال تطبيقها المكاني، وهو ذات الأمر في نفقة الصغير المقررة له في مواجهة أبيه أو المكلف بها وفقًا لأحكام القانون.

ويري أنصار هذا الرأي بأن الحجة في تطبيق قانون دولة القاضي هو أن النفقة الوقتية مسألة من مسائل الإجراءات الوقتية التي يطلب إلى القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بحاجة الخصم ومصلحة الدولة في تدبير حل سريع لحالة من حالات الضرورة الإنسانية، ومن ثم تخضع لقانون القاضي تطبيقًا لنص المادة ٢٢ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

وقد حرص المشرع الكويتي علي النص صراحة علي خضوع النفقة الوقتية لقانون دولة القاضي، وهو ما يتفق مع الرأي الفقهي الغالب، فقد نصت المادة ٤٥ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ علي أنه "يسري على الالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون الكويتي". وهو ذات ما أخذ به القانون الإيطالي فقد نصت المادة ٧٣٧ من قانون الإجراءات المدنية الصادر في عام ١٩٩٥ علي اختصاص القانون الإيطالي بدعوي النفقة الوقتية المعروضة أمام القاضي الإيطالي(١).

وحسنًا فعل المشرع الكويتي بالنص صراحة علي إعمال قانون القاضي علي النفقة الوقتية، ورغم أننا نميل لتطبيق قانون دولة القاضي، إلا أننا نري أن ما استند إليه أصحاب هذا الرأي محل للنقد فالقول بأن النفقة الوقتية تعد من قواعد البوليس والأمن المدني، يعد خلطًا بين طبيعة القانون وطبيعة النفقة الوقتية، فالنفقة الوقتية يمكن تنظيمها من قبل قانون معين، هو في موضوعه ومادته، ليس من قوانين البوليس، ولكن يطبق في ظرف استعجال بهدف يتعلق بالأمن الاجتماعي، أي لو طبق في الظروف العادية لا يكون من قوانين البوليس، ولهذا فإن تطبيق قانون القاضي على النفقة الوقتية لا يعني أنه يتعلق بقوانين البوليس والقواعد ذات التطبيق الضروري،

(1) A.RUSSO and others, Family law in Italy: overview, See at, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com, 1-12-2016.

وإنما لأن وضع طالب النفقة الوقتية يستدعي الإسراع بالأمر بتلك النفقة، ويكون قانون القاضي هو أقرب القوانين في التطبيق والمعرفة من قبل القاضي الذي ينظر النزاع[١].

كما أن القول بأن النفقة الوقتية تعد مسألة من مسائل الإجراءات الوقتية، مردود عليه بأنه يخلط بين الإجراءات والموضوع، فالاستعجال أو الوقتية تفرض وسيلة معينة وهي السرعة في اتخاذ تدبير النفقة لوقف الخطر المحدق، وتلك مسالة إجرائية تمس صميم دور القاضي، أما التدبير المستعجل والوقتي، كالنفقة، وهو غاية تلك المسألة الإجرائية، فهو أمر موضوعي لا تتطرق إليه الطبيعة الإجرائية، ثم أن الإجراءات بشكل عام هي كل ما يتصل برفع الدعوى وقيدها، وإعلان الأوراق القضائية، وتنظيم حضور الخصوم، وسير الدعوى وتحقيقها وكيفية إصدار الأحكام....الخ، أما التدبير الوقتي كالنفقة، فهو أمر موضوعي ينظر فيه إلى ظروف الخصوم، وحالة الاستعجال[٢].

في النهاية يمكننا القول بأنه لا يوجد ما يحول دون إعمال قانون دولة القاضي علي النفقة الوقتية للصغير بوصفه أنسب القوانين للفصل في تلك المسألة، ولا يحول دون هذا أن يكون القانون الواجب التطبيق علي منازعة النفقة قانون آخر. وإذا كان الطفل لا يتحقق له الحق في النفقة إلا بثبوت نسبه لأبيه، وأن هذه النفقة تكون له سواء أكانت علاقة الزوجية قائمة بين أبويه أم انحلت إلا أن حق الطفل في حضانته من قبل الشخص القادر علي رعايته وتنشئته بطريقة صحيحة تثور في حالة انفصال أبويه، ومن هنا يظهر التساؤل حول القانون الواجب التطبيق علي الحضانة، وهو الأمر الذي نعرض له بالتفصيل في المبحث التالي.

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مرجع سابق، ص ٩٢٣.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص ٩٢٣.

المبحث الثالث

حق الطفل في الحضانة علي ضوء قواعد تنازع التشريعات العربية

تمهيد وتقسيم:

تعد الحضانة من المسائل الشائكة في حالة انفصال الزوجين في الزواج المختلط، ولعل الحضانة - وبحق - من أهم الآثار التي تترتب عن الزواج المختلط والتي تمس بمصلحة الطفل، خاصة في حالة انفصام عري الزوجية. ولا ننكر هنا أنها رعاية الطفل من الالتزامات الأساسية في أي نظام قانوني، فوفقًا لنص المادة ١١ من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ "..... وتلتزم الدولة بحماية المرأة ضد كل أشكال العنف، وتكفل تمكين المرأة من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل. كما تلتزم بتوفير الرعاية والحماية للأمومة والطفولة والمرأة المعيلة والمسنة والنساء الأشد احتياجًا"، مما يعني أن الدولة ملتزمة دستوريًا بحماية الطفولة ورعايتها. ويشهد عام ٢٠١٨ ميلاد الإطار الاستراتيجي لخطة القضاء على العنف والتطرف ضد الأطفال بمصر[١].

لذا حرصت التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع المصري على تنظيم حضانة الأطفال بجوانبها القانونية، وأفردت لها بعض التشريعات نصًا خاصًا حول القانون الواجب التطبيق عليها، في حين أغفلت تشريعات أخري النص علي القانون الواجب التطبيق علي الحضانة كما هو الحال في التشريع المصري.

---

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه الاستراتيجية، انظر:
الصحة-تنتهى-من-إعداد-خطة-للقضاء-على-/http://www.youm7.com/story/2017/12/19
٣٥٦٢٢٦٨/العنف-والتطرف-ضد, 19-12-2017.

وفي غياب النص التشريعي وأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق علي الحضانة بوصفها من الحقوق المهمة للطفل فإننا سنحاول أن نعرض هنا للقانون الواجب التطبيق، وهو ما يستلزم منا أن نعرض بداءة لتعريف الحضانة ثم نبين التكييف القانوني لها قبل بيان القانون الواجب التطبيق عليها، وعلي هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلي ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: ماهية الحضانة.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للحضانة.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق علي حق الطفل في الحضانة.

المطلب الأول
ماهية الحضانة

تعد الحضانة من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج، فهي وسيلة لمكوث الطفل لدي الأجدر برعايته من الأبوين والقادر علي القيام بشئونه والعناية به، والحضانة هي ضرب من ضروب رعاية الطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والسليمة. ومن ثم يتعين علينا لبيان ماهيتها أن نعرض لتعريفها لغة واصطلاحًا

تعريف الحضانة لغة:

الحضانة بفتح الحاء هي ضم الشيء إلى الحضن، وهو الجنب أو الصدر والعضدان وما بينهما. يقال: حضن الطائر أفراخه واحتضنها: إذا ضمها إلى جناحه، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، ومن معانيها: النصر، والإيواء، يقال: حضنه واحتضنه، أي أواه ونصره. وهي كذلك جانب الشيء فنطلقها على جانب الجبل أو بطنه في قولنا "تعيش الذئاب في حضن الجبل" أي عمقه ونقول "حضن

الطائر بيضه" إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه، وعند الإنسان يطلق على عملية الحنان حين تضم الأم ابنها إلى صدرها وهي تعنقه وتلتصق به فتعطي هذه الكلمة معاني ضم الشيء وحفظه والحنان عليه(١).

والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة، وحضن الطفل أي رباه والحاضن والحاضنة هما الموكل لهما برعاية الطفل وحفظه وتربيته، والحاضنة هي القائمة علي تربية الطفل(٢).

وهذه المعاني اللغوية السابقة تقترب من المعني الاصطلاحي والقانوني للحضانة.

تعريف الحضانة اصطلاحاً:

يمكن تعريف الحضانة قانونًا بأنها القيام بتربية الطفل ورعايته والقيام علي شئونه ممن لهم الحق شرعًا في ذلك، مع اعتبار الحق في الحضانة حقًا للحاضن والمحضون(٣).

ولم يرد تعريف للحضانة في القانون المصري في قانون الأحوال الشخصية رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وما لبث أن عرفتها المادة ٢٠ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن "الحضانة هي حق الصغير في أن يكون في رعاية أمه حتى سن الاستغناء عن خدمة النساء ببلوغه سناً معينة، و هي ١٥ سنة، أما الولاية، فهي حق الوالد في الإشراف على تربية الصغير و رعاية حقوقه المالية".

---

(١) تعريف و معنى الحضانة في معجم المعاني الجامع، انظر:
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/الحضانة/, 3-2-2017.

(٢) تعريف و معنى الحضانة في قاموس المعجم الوسيط ،اللغة العربية المعاصر، انظر:
https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/الحضانة/, 3-2-2017.

(٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٧٣.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بشأن المادة ١٨٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ بأنه "يراد بحضانة الصغير تربيته ورعايته والتعهد بتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيمه وجميع شؤونه التي بها صلاح أمره ممن له حق تربيه شرعًا". وقد نصت المادة ٦٢ من قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤- ١١ الصادر عام ١٩٨٤ علي أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقًا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك". وعرفتها المادة ٩٧ من المدونة المغربية للأحوال الشخصية (ظهير شريف رقم ٧٠-٣ الصادر عام ٢٠٠٤) بأنها "حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه"، كما عرفتها المادة ٥٤ من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة عام ١٩٥٤ بأنها "حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته".

وقد عرف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لعام ٢٠٠٥ في المادة ١٤٣ منه الحضانة بأنها "حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس"، ويتطابق هذا التعريف مع تعريف المادة ١٢٧ من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية حيث نصت علي أن "الحضانة حفظ الولد، وتربيته وتعليمه، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية علي النفس".

كما عرفتها المادة ١٢٧ من قانون أحكام الأسرة البحريني الصادر عام ٢٠٠٩ بأنها "الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس".

وقد اهتمت اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختصاص، والقانون المطبق، والاعتراف، والتنفيذ، والتعاون في مجال المسؤولية الأبوية، وإجراءات حماية الأطفال الصادرة عام ١٩٩٦ بحق الحضانة، فقد نصت المادة ٣/ب علي أن "حق الحضانة الذي يشمل حق العناية بشخص الطفل، وخاصة تحديد مكان إقامته، وحق الزيارة الذي يشمل نقله خلال فترة معينة إلي مكان غير مكان إقامته الاعتيادية".

وعرفها الفقه الإيطالي بأنها جميع الحقوق والالتزامات التي يمنحها القانون للآباء فيما يتعلق بالطفل من رعاية وتربية[١]. وهو ذات ما ذهب إليه الفقه الإنجليزي من أن البغية الحقيقية للحضانة هي حماية الطفل والحفاظ عليه وتربيته بطريقة صحيحة من خلال الأبوين، واعتبر الحضانة من الالتزامات الخاصة بالوالدين[٢].

ولكي تكتمل ماهية الحضانة يتعين علينا أن نعرض لأهم أهداف الحضانة، فتظهر أهمية الحضانة من خلال الأهداف التي ترنو إلي تحقيقها من خلال خضوع الطفل للتربية من قبل أحد الأبوين بعد انفصام عري الزوجية، وهو ما يمكن إجماله في الآتي:

١- تعليم الطفل:

ويقصد به التعليم الرسمي، وما دام التعليم إجباريًا ومجانيًا فكل طفل له الحق أن ينال قدرًا من التعليم حسب استطاعته وإمكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي، والحضانة تضمن لمتولي الحضانة الوصاية التعليمية وانتقاء التعليم المناسب للطفل والذي يتناسب مع إمكانياته العقلية والفكرية.

٢- التربية الدينية:

يقصد هنا تربية الطفل تربية دينية سليمة ارتكانًا لدين والده، ولما كان زواج المسلم من ذمية جائزًا، فللقاضي مع ذلك منح حضانة الطفل للأم غير المسلمة، مع مراعاة ضرورة التزامها بالتربية الدينية الإسلامية للطفل في هذه الحالة.

---

(1) G.BLASIO & D.VURI, Joint Custody in the Italian Courts, Discussion Paper Series, Number 7472 June 2013, P.5.

(2) N.LOWE, National Report: England & Wales, http://ceflonline.net/wp-content/uploads/England-Parental-Responsibilities.pdf, 2-3-2017.

٣ـ الرعاية النفسية والصحية للطفل:

يقصد بها رعاية وحماية الطفل من أي أذي أو اعتداء مادي أو معنوي بغية تنشئة طفل سليم بدنيًا ونفسيًا، وكذلك الاهتمام بتنشئته على حسن الخلق و تهذيبه وإعداده لأن يكون فردًا صالحًا سويًا قادرًا علي التواصل مع أقرانه والمجتمع المحيط به، ويجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، بوصفها السنوات المهمة في تنشئته صحيحًا(١).

يتضح من الأهداف السابقة أن الحضانة تسعي إلي تنشئة الطفل وتربيته اجتماعيًا وثقافيًا، وإعداده كفرد صالح للانخراط في المجتمع. ولا يخفى أن الحضانة تنطوي علي نوع من السلطة والولاية، حيث أن الولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الرجال، لأنهم أقوم بتحصيل مصلحة الطفل والاحتياط له، لذلك يقدم الأب على الأم كالولاية في المال والمعاملات، ونوع تقدم فيه النساء، لأنهن أقدر على القيام بها ولذلك تقدم الأم على الأب كالولاية في الحضانة والتربية والرضاع، وعندما يكون الطفل تحت رعاية والديه فإنهما أحق الناس بالحضانة ولا ينازعهما في ذلك أحد، ويتعاون الوالدان في تربية أولادهما، فإذا تفرق الزوجان لسبب من الأسباب كانت الأم هي الأولى بحضانة الطفل ورعايته حتي سن محددة(٢).

وهو ما أكدته المادة ٥/٢٠ من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه "....يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدمًا فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت.....الخ" مما مفاده أن أحق النساء بحضانة الطفل أمه مادامت أهلاً للحضانة، وإذا لم توجد الأم أو

---

(1) G.BLASIO & D.VURI, P.R., P.11.

(٢) د/ سري زيد الكيلاني، حق المطلقة في حضانة ولدها في الشريعة والقانون، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد ٢٤، العدد ٥، ٢٠٠٩، ص ٢٨٧.

كانت غير أهل للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى الأم وإن علت، ثم إلى أم الأب وإن علت، وقدمت أم الأم على أم الأب في الحضانة مع تساويهما في درجة القرابة، لأن قرابة الأولى من جهة الأم، وقرابة الثانية من جهة الأب، وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم فالمنتسبة بها تكون أولى من المنتسبة بالأب.

وقد حرصت المواثيق الدولية علي التأكيد علي أهمية الحضانة، كما في ميثاق حقوق الطفل العربي الذي اعتبر حق الطفل في الرعاية والتنشئة الأسرية من الحقوق الأساسية(١).

وقبل أن نترك الحديث عن الحضانة لابد وأن نشير هنا لأمر مهم متعلق بالطفل ووجوده ضمن سن الحضانة، وهو الحد الأقصى لعمر الطفل المحضون.

سن الحضانة:

تباينت التشريعات العربية في تحديد سن حضانة الطفل من خلال الحد الأقصى وفرقت بين سن الحضانة للطفل وسن الحضانة للطفلة، فقد نصت المادة ١/٢٠ من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ علي أنه "ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر، ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن في البقاء في يد الحاضنة وذلك حتى يبلغ سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة". فوفقًا للنص السابق ساوي المشرع المصري بين الطفل والطفلة في سن الحضانة بخمسة عشر سنة، ثم ترك لهم الخيار بعد ذلك في اختيار المحضون. وعلي خلاف هذا فرق المشرع الإماراتي بين الطفل والطفلة، فحددت المادة ١٥٦/ ١ من قانون الأحوال الشخصية الصادر عام ٢٠٠٥ سن الحضانة بإحدى عشرة سنة للذكر، وثلاث عشرة سنة للأنثى، وأعطى المشرع للمحكمة مد هذه السن إلى أن يبلغ

(١) لمزيد من التفصيل حول ميثاق حقوق الطفل العربي، انظر:
http://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/arab-charter-rights-child, 4-3-2017.

الذكر أو تتزوج الأنثى إذا كان في ذلك مصلحة للصغير. والحال ذاته وفقًا لقانون أحكام الأسرة البحريني الصادر عام ٢٠٠٩، فقد ورد في المادة ١٢٩ منه أنه طبقاً للمحاكم الشرعية السنية تنتهي حضانة النساء ببلوغ الذكر خمس عشرة سنة وبالنسبة للأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج، أما المحاكم الشرعية الجعفرية تنتهي حضانة الذكر في سن السابعة والأنثى في سن التاسعة وذلك كله ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك بموجب اتفاق مبرم مثبت بينهما موقع عليه من الطرفان.

وتتفق النصوص السابقة جميعها في أنها كانت حريصة علي تحديد سن الحضانة، مع الأخذ في الاعتبار الاعتبارات الإنسانية لحماية الطفل وبقائه في كنف من يصلح لرعايته.

في النهاية لا ينكر أحد استقرار الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية علي أهمية حق الطفل في الحضانة، ولكن المشكلة تثور حول التكييف القانوني للحضانة، وأهمية التكييف في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهو الأمر الذي نعرض له في المطلب التالي.

المطلب الثاني

التكييف القانوني للحضانة

تعد مسألة التكييف من المسائل المهمة في مجال تنازع القوانين، فهي تهدف إلي إعطاء الوصف القانوني الصحيح للعلاقة القانونية، بغية تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها، فالغرض من التكييف القانوني في مجال العلاقات الخاصة الدولية الوصول للقانون الواجب التطبيق عليها. وتزداد أهمية تكييف الحضانة في عدم

وجود قاعدة إسناد خاصة بها، ومن ثم لابد من البحث في إمكانية إدراجها ضمن إطار لعلاقة قانونية حتي يتسنى للقاضي الوطني تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

في البداية لابد وأن ندرك أنه لا يوجد اختلاف حول إدراج مسألة الحضانة ضمن مسائل الأحوال الشخصية، ويختلف مفهوم الأحوال الشخصية من نظام قانوني لآخر، ويتعين علي القاضي الوطني عند نظره النزاع التوسع في المفاهيم القانونية عند تكييفه للنزاع، لإدخال علاقات جديدة من أنظمة قانونية أجنبية مع مراعاة احترامه للنظام العام لدولته[١]. ولا جدال في اعتبار الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية في النظام القانوني المصري فقد أكدت محكمة النقض المصرية علي أنه "إذ كانت المنازعة المطروحة في الدعوى إنما تنصب على مسألة حضانة الطفل والولاية التعليمية عليه ومن تكون له ولاية تعليمية و تثقيفية، وهى من مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محكمة الأسرة بوصفها محكمة ابتدائية روعي في تشكيلها اعتبارات خاصة فتختص دون غيرها بنظرها"[٢].

واختلف الفقه في التكييف القانوني للحضانة فذهب اتجاه إلي القول بأنها من أثار الزواج[٣]، فالأطفال هم ثمرة هذا الزواج، وأثره الحقيقي[٤]، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في بعض أحكامها فقد قضت بأن "الحضانة باعتبارها من الآثار

(١) د/ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢٥.

(٢) الطعن رقم ٨٦٨٧ لسنة ٨٢ جلسة ٢٠ مارس ٢٠١٣، منشور علي موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Images/H/111162289.pdf, 4-4-2017.

(٣) د/ أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٢٨.

(4) B.JOSEPH, The Status of The Child and The Conflict of Laws, The University of Chicago Law Review, See at, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=uclrev, 4-3-2016.

المترتبة على الزواج يسري عليها القانون المصري وحده إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاده"[١]. ويمكننا القول بأن هذا الرأي أرتكن إلي سبب واقعي هو أن دعوي الحضانة قد لا تكون مرتبطة بدعوي تطليق أو خلع[٢].

وذهب جانب آخر من الفقهاء إلي أنها أثر من أثار الطلاق[٣]، ويرتكن هذا الرأي إلي أن مشكلة الحضانة تنشأ مع انفصال عري الزوجية[٤]، وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "متى كان الحكم لم يصدر بالتطليق لمصلحة الزوجة وبناء على خطأ الزوج وحده و إنما صدر لخطأ الزوجين معا طبقًا للقانون المدني الفرنسي كما قضى بكفالة الزوج لابنه، فإنه لا مصلحة للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدر المادة ٣٠٢ من ذلك القانون والتي تقضى بأن تكون كفالة الأولاد حقًا للزوج الذى حكم له بالطلاق بمقولة إنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقًا لهذا النص"[٥].

ويري جانب أخر من الفقهاء أن الحضانة التزام ناشئ عن النسب، باعتبار أنها التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه بصرف النظر عن العلاقات القائمة ما بين

(١) الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ جلسة ٢٨ يونيو ١٩٩٩، منشور علي موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Images/H/111144277.pdf, 4-4-2017.

(٢) د/ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٩٩.

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

(4) G.LUPSAN, Guide in International Private Law in Family Matters, Programme of the European Union, Ministry of Justice, 2004, P.20.

(٥) الطعن رقم ٣٨ لسنة ٢٦ جلسة ٢٧ مارس ١٩٥٨، منشور علي موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Images/H/111115513.pdf, 4-4-2017.

الوالـدين[١]، بالإضـافة إلـي أن الحـضانة لا تثبـت إلـي لمـن اقتـرن بـه الطفـل بالنـسب الصحيح[٢].

وذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى إعطاء الحضانة حكم الولاية علـي المـال، حيث جـاء فـي حيثيـات حكم محكمـة استئناف القـاهرة رقم ٨٩ والـصادر فـي ٢ فبراير ١٩٥٤ ما يلي "حيث أن واقع الأمر وأنـه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينه بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فإن المحكمـة ترى أن تأخذ فـي شـأنها بمـا هو مقرر من جواز تطبيق قانون الطفل الذي يجب حمايتـه قياسًا فـي ذلك علـى مـا هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القـانون المـدني المـصري من أنـه "يسري علـى المـسائل الموضـوعية الخاصـة بالولايـة والوصـاية والقوامـة وغيرهـا مـن الـنظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

ويمكننا القول بأنه لا يمكن التسليم بـأن الحضانة أثر من أثـار الـزواج حيث أن العلاقات بين الزوجين والأولاد نطاقها يختلـف عن علاقتهمـا ببعضهما البعض، كمـا أن الولاية علي المال تختلف عن الولاية عن النفس.

ولهذا فإننا نري أن التكييف الراجح للحضانة هو اعتبارهـا ولايـة علـي الـنفس، وهذا للأسباب الآتية[٣]:

ـ الحضانة حقيقة لا تعد حقًا خالصًا للصغير، فهي كذلك حق للحاضن نفسه، ولهذا ليس من المنطقية القول بأنها أثر من أثار الزواج أو انحلاله، فالغالب في نزاع

---

(1)L.TEITZ, Children Crossing Borders: Internationalizing the Restatement of The Conflict of Laws, Duke Journal of Comparative & International Law, Volume 27, 2017, P.525.

(٢) د/ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

(٣) د/ عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق علي الحضانة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد ٣٥، ٢٠٠٧، ص ٤٦٩.

الحضانة هو المساس بحق الحاضن المحتمل وهو الطرف المحرك للنزاع، وحق المحضون يتحدد بعد الفصل في النزاع علي الحضانة، والذي قد يصل إلي الحكم في الحضانة لغير طالبيها إذا كان هذا في مصلحة الطفل.

- القول بأن الحضانة أثر من أثار الزواج أو الطلاق قول يخالف حقيقة أن هذه الأثار متصلة بالزوجين وعلاقتهما خلال علاقة الزواج أو بعد انحلالها[1].

- تختلف الحضانة في المفهوم والدلالة عن الولاية فالحضانة هي حفظ الولد، وتربيته، ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس، أما الولاية فهي إما ولاية على النفس (كولاية الأب في تزويج ابنته) أو المال (كإدارة أموال القاصر حتى إتمامه سن الواحد والعشرين سنة ما لم يقم به مانع أو عارض من عوارض الأهلية). وتختلف في أحكامها كذلك فيمن يثبت لهم هذا الحق وتختلف شروط الحاضن عن شروط الولي وما هي صلاحيته.

وتكون الحضانة بموجب حكم قضائي أو باتفاق الأطراف أصحاب الحق في الحضانة، أما الولاية فهي مثبتة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وبالترتيب للأشخاص الذين يثبت فيه من له الحق بالولاية، كما ينظم القانون الجهة التي تشرف على مباشرة الولي لصلاحياته ويجوز التدخل القضائي في حال ثبوت عدم أهلية أو صلاحية الولي، وتحديد السن الذي يستمر الصغار فيه تحت الولاية حتى ينقضي هذا الحق ويخضع تنظيمها للقوانين الخاصة بها، كما أن نطاق الحضانة أضيق من نطاق الولاية.

- قياس الولاية علي النفس علي الولاية علي المال قياس مع الفارق، فالاعتبارات التي تبني عليها مختلفة، والولاية على النفس هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر لتنشئته ورعايته، أما الولاية على المال فهي العناية بكل ما له علاقة بمال القاصر.

---

(1) P.HAY, P.R, P.53.

وربما كان الاختلاف حول التكييف القانوني للحضانة هو المدخل الحقيقي للبحث عن القانون الواجب التطبيق علي الحضانة علي ضوء غياب قاعدة إسناد خاصة بالقانون الواجب التطبيق عليها.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق علي حق الطفل في الحضانة

خلي التشريع المصري من نص خاص بالقانون الواجب التطبيق علي الحضانة، وقد تأثرت معظم هذه القوانين العربية بالقانون المصري، والذي خلي من نص خاص بالقانون الواجب التطبيق علي الحضانة، مما أدي لحدوث جدل حول القانون الواجب التطبيق علي الحضانة، والأمر لا يختلف في التشريعات المقارنة فقد خلي القانون الفرنسي من نص خاص بالقانون الواجب التطبيق علي الحضانة[١]، وكذلك الحال في القانون الإنجليزي[٢]، وعلي خلاف ذلك نجد مجلة القانون الدولي الخاص التونسية تفرد نصًا خاصًا للحضانة في فصلها الخمسين حيث نصت علي أنه "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للطفل"، وكذلك الحال في القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي فقد نصت المادة ٤٣

(١) دراسة حول حضانة الأطفال في القانون الفرنسي من خلال الاتحاد الأوربي، انظر:
http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_fra_en.htm, 2-4-2017.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع موقع الاتحاد الأوربي:
http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_uni_en.htm,31-12-2016.

من "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة"، ولهذا سنحاول أن نعرض للاتجاهات الفقهية في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق علي الحضانة.

أولاً: القانون الواجب التطبيق علي الحضانة:

اختلفت الاتجاهات حول القانون الواجب التطبيق علي الحضانة نظرًا لاختلاف الفقهي في شأن تكييفها، وسنحاول أن نعرض لكل اتجاه من الاتجاهات الآتية:

١- القانون الواجب التطبيق علي الحضانة هو القانون الواجب التطبيق علي أثار الزواج:

يطبق علي الحضانة القانون الواجب التطبيق علي أثار الزواج وفقًا لهذا الرأي، مما يعني خضوعه لقانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج[1]. فقد نصت المادة ١/١٣ من القانون المدني المصري علي أنه "يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال"

وهو ذات ما نصت عليه المادة ١/١٦ من القانون المدني القطري الصادر عام ٢٠٠٤ من أنه "يرجع في الآثار الشخصية والآثار المالية للزواج، كحل المعاشرة والطاعة والعدة والنفقة والمهر، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج"، والحال كذلك في القانون الكويتي فقد نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي علي أنه "يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل المعاشرة الطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ويرجع كذلك إلى هذا القانون في الأثر الذي يرتبه الزواج بالنسبة إلى المال"، وكذلك المادة ١/١٣ من القانون المدني الإماراتي الصادر عام ١٩٨٥ حيث نصت علي أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على

(1) P.HAY, P.R., P.55.

الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج"، وهو ذات ما نصت عليه المادة ١٦ من القانون المدنس القطري الصادر عام ٢٠٠٤، وهو ذات ما نصت عليه المادة ٣/٢١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر عام ١٩٧١.

ووفقًا لهذا الرأي نجد أن أثار الزواج تشمل أثار شخصية متمثلة في التزام الزوج بحسن معاشرة زوجته[١]، وفي المقابل التزامات الزوجة بطاعة زوجها ورعايته، وأثار موضوعية كالتزام الزوج بالإنفاق علي الزوجة، ويمد الفقه الحضانة إلي هذه الأثار[٢].

ويأتي هذا الرأي متفقًا مع بعض أحكام محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه ""نص القانون المدني في المادة ١٣ منه على أن "يسرى قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الأثار التي يرتبها عقد الزواج"، إلا أنه استثنى من ذلك حالة ما إذا كان أحد الزوجين مصريًا وقت انعقاد الزواج، فنص في المادة ١٤ منه على سريان القانون المصري وحده في هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية للزواج مما مفاده أن الحضانة باعتبارها من الأثار المترتبة على الزواج يسرى عليها القانون المصري وحده إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده"[٣].

ولكن يعاب علي هذا الرأي ربطه للحضانة بقيام علاقة الزوجية، ومن ثم لا يعالج حالة حضانة الطفل في حالة انفصال الزوجين.

---

(١) د/ أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٢٢٨.

(٢) د/ صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص ٩٤.

(٣) الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ جلسة ٢٨ يونيو ١٩٩٩، منشور علي موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Images/H/111144277.pdf, 4-4-2017.

٢- القانون الواجب التطبيق علي الحضانة هو القانون الواجب التطبيق علي أثار انحلال رابطة الزوجية:

يري هذا الجانب من الفقهاء أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الواجب التطبيق علي أثار الطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسدي أو الخلع[١]، ويعود هذا لأن أنصار هذا الرأي قد رأت أن الحضانة تعد أثر من أثار انحلال الزواج[٢]. ومن ثم يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت الطلاق فقد نصت المادة ٢/١٣ من القانون المدني المصري علي أنه ".....ب - أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى"، فوفقًا لهذا النص نجد القانون الواجب التطبيق علي أثار الانفصال من نفقة للزوجة وغيرها قانون جنسية الزوج وقت وقوع الطلاق، أما إجراءات التطليق والانفصال الجسدي فيسري عليها قانون دولة القاضي وهو ما أخذ به القانون المدني المصري في مادته ٢٢ حيث نصت المادة علي أنه "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

ونؤكد هنا علي أنه لا يوجد أي اختلاف حول هذا في التشريعات العربية في شأن القانون الواجب التطبيق علي انحلال علاقة الزوجية، وهو ذات ما أخذ به القانون الكويتي حيث نص في المادة رقم ٤٠ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي "يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج".

---

(1) G.LUPSAN, P.R., P.22.

(٢) د/ إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٨.

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل ٤٩ من مجلة القانون الدولي الخاص الصادرة في ١٩٩٨ علي أن "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزوجين إن وجد وإلاّ تطبّق المحكمة قانونها. وينظّم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى".

ورغم محاولة الفقه إلحاق حضانة الطفل بأثار انقضاء الزواج، إلا أنه يمكننا القول بأن هذه الأثار لا تشمل سوي الأثار المتعلقة بعلاقات الزوجين كأسباب الطلاق أو الانفصال الجسدي، وهي قاصرة علي العلاقات بين المطلق والمطلقة كالنفقة الواجبة لها بعد انحلال الزواج، وكذلك القيود التي ترد علي حقوق الطرفين فيما يتعلق بالانقضاء والانحلال بين الزوجين، ومن ثم لا يمكن إلحاق الحضانة بهذه الأثار.

٣- القانون الواجب التطبيق علي الحضانة هو القانون الواجب التطبيق علي الولاية علي مال الطفل:

وفقًا لهذا الرأي تخضع الحضانة للقانون الواجب التطبيق علي الولاية علي مال الطفل[1]. ووفقًا لنص المادة ١٦ من القانون المدني يكون القانون الواجب التطبيق علي الحضانة قانون جنسية الطفل فقد نصت علي أنه "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته". ولم تخرج التشريعات العربية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق علي الولاية علي الطفل عما نصت عليه قواعد التشريع المصري من خضوعها لقانون جنسية الطفل، وهو ذات ما نصت عليه ٥/٢١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر في عام ١٩٧١ من أنه "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من

(1) L.TEITZ, P.R., P.527.

النظم الموضوعة لحماية الصغير والمحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". وهو ذات ما نص عليه القانون الإماراتي في المادة ١٦ من قانون المعاملات المدنية الصادر في عام ١٩٨٥.

ويمكننا القول بأنه من الصعب الأخذ بهذا الاتجاه، فالحضانة لا تعني بمال الطفل بل هي عناية واهتمام بشخص الطفل.

٤- القانون الواجب التطبيق علي الحضانة هو القانون الواجب التطبيق علي أثار النسب:

يذهب هذا الاتجاه إلي أن القانون الواجب التطبيق علي الحضانة هو القانون الواجب التطبيق علي أثار النسب بوصف الحضانة أهم هذه الأثار(١)، فأثار النسب هي مجموعة من الحقوق والواجبات بين الأب والطفل متضمنة الولاية علي النفس(٢)، والراجح هو تطبيق قانون جنسية الأب عند الميلاد - كما بينا سابقًا.

عرضنا في المطلب السابق لتكييف الحضانة ثم بينا الاتجاهات الفقهية المختلفة في شأن القانون الواجب التطبيق علي الحضانة، وإذا كنا قد آثرنا تكييف الحضانة بوصفها ولاية علي النفس، فيكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون جنسية الأب بوصفه رب الأسرة والقائم علي شئونها، ويتفق هذا مع الاتجاه القائل بتطبيق قانون جنسية الأب علي كل مسائل الأسرة لتوحيد القانون الواجب التطبيق داخل الأسرة(٣). ويتفق هذا الرأي مع ما نصت عليه المادة ٤٣ من القانون الكويتي رقم ٥

---

(١) د/ منصور مصطفي منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٧٥، ص ٢٣٩.

(2) J.MCLAUGHLIN, Premarital Agreements and Choice of Law: One, Two, Three, Baby, You and Me, Missouri Law Review, Volume 72, 2007, P.802.

(3) J.MCLAUGHLIN, P.R., P.803.

لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات الأجنبية ذات العنصر الأجنبي حيث نصت علي أنه "يسري قانون جنسية الأب في الولاية علي النفس والحضانة".

ولابد من الإشارة هنا لحكم الفصل ٥٠ من المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص التي نصت علي أنه "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجيّة أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطفل". فقد جاء هذا النص بحكم خاص فقد جعل الخيار للقاضي في اختيار القانون الأفضل لمصلحة الطفل من بين قوانين ثلاث هو القانون الواجب التطبيق علي انحلال الزواج أو القانون الشخصي للطفل أو قانون إقامته.

ثانياً: نطاق القانون الواجب التطبيق علي الحضانة:

يتعين علينا بداءة أن نوضح أن القانون الواجب التطبيق علي الحضانة يسري علي المسائل الموضوعية المتعلقة بها فيحكم مدة الحضانة والسن الخاص بها، وكذا شروطها، ونفقة المحضون باعتبارها من المسائل اللصيقة بها، مع مراعاة التفرقة بين نفقة الطفل في حالة قيام الزوجية التي تعد من أثار الزواج ، وليست من نفقة الحضانة بعد انحلال علاقة الزوجية، كما يدخل كذلك في القانون الواجب التطبيق نفقة المسكن للمحضون ، وأيضًا تحديد سن الحضانة.

كما يسري القانون الواجب التطبيق علي الحضانة علي حق الرؤية، والذي يتمثل في حق الطرف الذي لا يكون الطفل في حضانته في رؤيته، فيثبت للأب في حالة حضانة الأم للطفل والعكس، وهذا الحق أكدت عليه التشريعات العربية فقد نصت المادة ١٥٤ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ علي أنه "١- إذا كان المحضون في حضانة أحد الأبوين فيحق للآخر زيارته واستزارته واستصحابه حسبما يقرر القاضي على أن يحدد المكان والزمان والمكلف بإحضار المحضون. ٢- إذا كان أحد أبوي المحضون متوفى أو غائبًا يحق لأقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرر القاضي"، وكذلك نصت عليه المادة ١/٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥

لسنة ١٩٢٩ الخاص بالأحوال الشخصية المصري المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ علي أنه "لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين".

ويثور الحديث حول الحق في الاستضافة، خاصة في حالة خلو القانون المصري والتشريعات العربية من هذا الحق، وقد وجد هذا الحق في العديد من التشريعات المقارنة، ويمتد القانون الواجب التطبيق علي الحضانة للحق في الاستضافة، كذلك يسري علي استحقاق الأم الحاضنة لأجر الحضانة، وأيضًا تنظيم التنازل عن الحضانة، وغيرها من مسائل الحضانة كتغيير إقامة الحاضن.

وتبقي مسألة مهمة وهي القانون الواجب التطبيق علي أهلية الحاضن، فليس من المتصور تسليم الطفل لناقص أهلية، فالغرض من الحضانة مصلحة الطفل من خلال حاضن سليم عاقل قادر بمهام الحضانة، والسؤال ما هي الأهلية اللازمة للحاضن هل هي أهلية عادية أم أهلية الزواج؟

فرقت بعض التشريعات الوطنية ومن بينها القانون المصري بين أهلية الشخص القانونية وأهليته الزواج فقد نصت المادة ١/١١ من القانون المدني المصري علي أنه "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، ثم نصت المادة ١٢ من القانون المدني المصري علي أنه "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"، وفقًا للنصين السابقين تخضع أهلية الشخص لقانون جنسية الشخص، ولكن الأهلية الواجبة للزواج فتخضع لقانون كل من الزوجين باعتبارها من الشروط الموضوعية للزواج. ويري جانب من الفقهاء[1] خضوع أهلية الحاضن لذات القانون الواجب التطبيق علي الشروط الموضوعية للزواج، نظرًا لاتصالها بالحياة الأسرية. ونري علي خلاف هذا الرأي أنه

(١) د/ عزت محمد علي البحيري، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

من الأنسب خضوعها للقانون الواجب التطبيق علي أهلية الشخص، فمن الطبيعي تمتع الحاضن بالضرورة بأهلية الزواج وفقًا للقانون الواجب التطبيق علي الشروط الموضوعية للزواج، ولكننا هنا أمام مسألة متصلة برعاية الطفل، ومن ثم تحتاج إلي أهلية كاملة للحاضن الذي قد يكون أهلاً للزواج ولكنه غير متمتع بأهلية كاملة.

ولابد من الإشارة إلي أنه يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق علي الحضانة المسائل الإجرائية وكذلك الإجراءات التحفظية والنفقة الوقتية إذ تخضع لقانون دولة القاضي. ويؤسس هذا علي اعتبار أن هذه المسائل من ضمن مسائل الإجراءات، وكذلك باعتبارها من القواعد ذات التطبيق الضروري(١).

ثالثاً: استبعاد القانون الواجب التطبيق علي الحضانة:

لا خلاف في حق القاضي الوطني في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المتعارض مع النظام العام في دولته، ويتصور هذا في مسائل الحضانة كما لو أسس القانون الحق في الحضانة علي أسس تمييزية كحظر حق الأم الكتابية من حضانة طفلها المسلم، فقد قضت محكمة النقض الصرية بحق الأم الكتابية في حضانة الطفل، فقد جاء في حكم لها "إن في استحقاق حضانة الولد المسلم تستوى الأم الكتابية مع الأم المسلمة لاستوائهما فيما يوجب هذا الحق وهو الشفقة على الصغير التي مردها فطرة النفس البشرية أيًا كان دين صاحبها"(٢).

في النهاية يمكن القول بأن الحق في الحضانة يعد من أهم الحقوق التي تمس بحياة الطفل، والتي تشكل في الحقيقة أساسًا لنشأته مواطنًا صالحًا في المجتمع.

---

(١) د/ إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) الطعن رقم ١٥٢٧٧ لسنة ٧٤ جلسة ١٥ يونيو ٢٠٠٩، حكم منشور علي موقع المحكمة:
http://www.cc.gov.eg/Images/H/111233251.pdf, 3-3-2017.

الخاتمة

حاولنا خلال صفحات الدراسة أن نعرض بالبحث لأهم حقوق الطفل المولود عن زواج مختلط (أبوين مختلفي الجنسية)، من خلال القانون الواجب التطبيق علي النسب بوصفه الأساس في تمتعه بالحقوق في مواجهة والديه، وكذلك بوصفه سبيله للتمتع بحقوقه بصفة عامة. ثم عرضنا بعد ذلك لحق هذا الطفل الصغير في النفقة علي اعتبار أنها وسيلته لاستكمال حياته بما توفره له من ملبس ومأكل ومسكن وتعليم وعلاج، وإذا كان الطفل يتمتع بالحق في النسب والنفقة وهو في إطار علاقة زوجية قائمة، فإنه لا يحول هذا دون حقه في النفقة كذلك بعد انتهاء علاقة الزوجية بين الأبوين، ومن هنا يظهر حقه في الحضانة والتي تعد ـ وبحق ـ من أهم المشكلات التي تواجه الطفل عند انفصام عري الزوجية. وقد حرصنا طوال الدراسة أن نتعرض للتشريعات العربية نظرًا لكثرة المشكلات التي يواجهها الطفل العربي علي صعيد الأسرة، نتيجة ازدياد حالات الزواج المختلط منذ النصف الثاني من القرن الماضي وحتي الآن، وعكفنا علي دراسة قواعد تنازع القوانين العربية بحثًا عن القانون الواجب التطبيق علي نسب الطفل، وكذلك القانون الواجب التطبيق علي نفقته وحضانته.

وسنحاول أن نعرض هنا لأهم النتائج والتوصيات التي خلصت لها الدراسة:

أولاً: النتائج:

١ـ المتأمل للتشريعات العربية يجد أنها قد حرصت جميعًا، ومن بينها التشريع المصري علي إثبات الطفل الشرعي لأبيه من خلال وضع قواعد لذلك، وفي المقابل لم تعرف التشريعات العربية إثبات النسب بالنسبة للطفل غير الشرعي.

٢ـ خلي التشريع المصري من قاعدة إسناد خاصة بالنسب والمسائل الخاصة به، وكذلك بالنسبة للقانون الواجب التطبيق علي مسائل الحضانة علي خلاف التشريع الكويتي والتشريع القطري والتشريع التونسي الذين أفردوا نصًا خاصًا للقانون الواجب التطبيق علي مسائل النسب وأيضًا الحضانة.

٣ـ أفردت النصوص العربية جميعها نصًا خاصًا بالقانون الواجب التطبيق علي النفقة، ولكن غالبيتها ومن بينها التشريع المصري لم تفرد نصًا خاصًا للنفقة الخاصة بالطفل.

٤ـ اختلف الفقه العربي في التكييف القانوني للنسب ما بين كونه أثر من أثار الزواج أم حق لطالب النسب علي استقلال، وهو ما انعكس علي تحديدهم للقانون الواجب التطبيق عليه.

٥ـ لم نجد إجماعًا عامًا بين الفقهاء والتشريعات العربية، فيما يخص تكييف الحضانة وهل هي ولاية علي النفس أم ولاية علي المال، خاصة مع غياب نص حاكم لتلك المسألة.

ثانياً التوصيات:

١ـ علي ضوء غياب قاعدة إسناد خاصة بالنسب في غالبية التشريعات العربية ومنها التشريع المصري، فإننا لا نجد غضاضة في تطبيق قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بوصف النسب أثرًا من أثار الزواج. وفي حالة كون أحد الزوجين مصريًا يطبق القانون المصري.

٢ـ يتعين علي المشرع في البلدان العربية ومصر إفراد نص خاص بالقانون الواجب التطبيق علي نفقة الطفل الصغير، بوصفه من الأمور المهمة للطفل، والتي تكفل له حياة كريمة، وإن كنا نهيب هنا بالمشرع الارتكان لقانون دولة إقامة الطفل، نظرًا لاتساق هذا مع الاتجاه العالمي، وكذلك لما يكفله من أوجه حماية أفضل للصغير.

٤ـ يتوجب علي المشرع المصري النظر بعين الاعتبار لمسائل الحضانة من خلال وضع نص خاص بالقانون الواجب التطبيق عليها، وإن كنا نجد أن قانون جنسية الأب قد يكون أنسب القوانين نظرًا لأن الحضانة تعد من مسائل الولاية علي النفس.

في النهاية يمكننا القول بأنه آن الأوان لجامعة الدول العربية أن تقوم بدورها علي الصعيد التشريعي فيما يخص مسائل الأسرة، من خلال الدعوة لقانون موحد للأحوال الشخصية يتم من خلاله وضع قواعد إسناد موحدة فيما يتعلق بمسائل الأسرة وحقوق الطفل العربي.

قائمة المختصرات

ICC	**International Commercial Chamber**
Op.Cit.	**Opere Citato**
P.	**Page**
P.R.	**Previous Reference**
WIPO	**World Intellectual Property Organization**
WTO	**World Trade Organization**
L.G.D.J	**Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence**

قائمة المراجع

أولاً: المراجع القانونية:

أ- المراجع العامة:

د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٧٣.

د/ أحمد عبد الكريم سلامة: أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، ١٩٨٤.

علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجًا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولي، ١٩٩٦.

د/ أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

د/ أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

د/ جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

د/ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

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

د/ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للطباعة، بيروت، ١٩٨٦.

د/ فؤاد عبد المنعم رياض & د/ سامية راشد، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، ١٩٧٨.

د/ منصور مصطفي منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار المعارف، ١٩٧٥.

د/ هشام صادق ود/ حفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٩.

د/ هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤.

ب ـ المراجع المتخصصة:

د/ إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر، عمان، الطبعة الأولي، ١٩٩٩.

د/ أحمد محمد، النسب في الشريعة والقانون، دار العلوم، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣.

د/ أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة واختصاصها، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥.

د/ أحمد نصر الدين الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣.

د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

د/ حافظ محمود، دور البصمة الوراثية في تحديد النسب، دار القبة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٣.

د/ حسن حسن منصور، المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج بين الآراء الفقهية وأحكام القضاء، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولي، ١٩٨٧.

د/ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وآثارها علي الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

د/ رمضان علي الشرنباصى، أحكام الأسرة في الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠١.

د/ صلاح الدين جمال الدين، مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

د/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.

د/ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولي، ١٩٨٤.

د/ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية حسب آخر التعديلات، الجزء الأول، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٠.

د/ وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، ٢٠١١.

ج ـ الأبحاث وأوراق العمل:

د/ السيد خليل إبراهيم محمد، تنازع القوانين في مسألة النفقة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٤٠، المجلد ١١، ٢٠٠٩.

د/ سري زيد الكيلاني، حق المطلقة في حضانة ولدها في الشريعة والقانون، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد ٢٤، العدد ٥، ٢٠٠٩.

د/ عبد العزيز مخيمر، اتفاقية حقوق الطفل خطوة للأمام أم إلى الوراء، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة المنصورة، العدد، ١٩٩٣.

د/ عبد الله محمد سعيد، النفقة في الشريعة الإسلامية ومدي كفايتها لتحقيق الرعاية الاجتماعية، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الأزهر، العدد ٤، ١٩٨٦.

د/ عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق علي الحضانة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد ٣٥، ٢٠٠٧.

د/ منصور حسن منصور، الولد للفراش والبصمة الوراثية، مجلة الأزهر، الجزء ١١، السنة ٧٩، ٢٠٠٦.

د- رسائل الماجستير:

محسن بن محمود قضائي، نفقة الأقارب، بحث مقارن في الفقه الإسلامي وتشريعات الأحوال الشخصية المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، ٢٠٠٢.

ثانياً: **المراجع الشرعية**:

أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بدون سنة نشر.

أبو بكر بن العربي المالكي، أحكام القرآن، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٣.

أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، الجزء السادس، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩١.

كمال الدين بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، الجزء الثالث، دار الفكر، بدون سنة نشر.

محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨.

محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مكتبة الثقافة الدينية، الجزء الثالث، القاهرة، الطبعة الأولي، ٢٠٠٣.

ثالثاً: **المراجع اللغوية**:

أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الجزء الرابع، دار الفكر، ١٩٧٩.

محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الخامس، دار صادر، بيروت، ٢٠١٠.

لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٤.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

أ ـ المراجع الإنجليزية:

General References:

G.LUPSAN, Guide in International Private Law in Family Matters, Programme of the European Union, Ministry of Justice, 2004.

J.ESTER, Illegitimate Children and Conflict of Laws, Indiana Law Journal, Volume 36, Issue 2, 1961.

J.RIBA, Principles and Prospects for a European System of Child Protection, Facultat de Dret, Universitat Pompeu Fabra, 2010.

Articles and Researches:

A.CANYAŞ, An Analysis of Public Policy Intervention in the Recognition and Enforcement of Foreign Family Law Judgments under Turkish Private International Law, International Journal of Humanities and Social Science, Volume 2, Number 17, 2012.

E.RITAINE, Harmonising European Private International Law, A Replay of Hannibal's Crossing of the Alps?, International Journal of Legal Information the Official Journal of the International Association of Law Libraries, Volume 34, Issue 2, 2006.

G.BLASIO & D.VURI, Joint Custody in the Italian Courts, Discussion Paper Series, Number 7472 June 2013.

G.LUPSAN, Guide in International Private Law in Family Matters, Programme of the European Union, Ministry of Justice, 2004.

J.DRAY, International Conflicts in Child Custody: United States v. Saudi Arabia, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 7, Issue 9, 1987.

J.MCLAUGHLIN, Premarital Agreements and Choice of Law: One, Two, Three, Baby, You and Me, Missouri Law Review, Volume 72, 2007.

K.SAARLOOS, European Private International Law on Legal Parentage, Thoughts on a European Instrument Implementing, The Principle Of Mutual Recognition in Legal Parentage, Degree of Doctor, Maastricht University, 2010.

L.TEITZ, Children Crossing Borders: Internationalizing the Restatement of The Conflict of Laws, Duke Journal of Comparative & International Law, Volume 27, 2017.

P.HAY, The American "Covenant Marriage" in the Conflict of Laws, Louisiana Law Review, Volume 64, Number 1, Fall 2003.

P.MOZOS, Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood, Yearbook of Private International Law, Volume 12, 2010.

R.LANGE, The European Public Order, constitutional Principles and Fundamental Rights, Erasmus Law Review, Volume 1, Issue 1, 2007.

Articles on Internet:

A.DOUGA & V.KOUMPLI, Cross-border maintenance obligations in Europe: the EU Maintenance Regulation, See at, http://www.hiifl.gr/wp-content/uploads/DOUGKA.PDF.

A.RUSSO and others, Family law in Italy: overview, See at, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com.

B.JOSEPH, The Status of The Child and The Conflict of Laws, The University of Chicago Law Review, See at,

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=uclrev.

C.SUMNER, Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report, See at,

http://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf.

Ch.CARDEW, Family law in France: overview, See at, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-615-3545?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1.

Ch.CIULLA, Family law in Monaco: overview, See at, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-616-4538?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1.

F.PESCE, Diversity in a United World of Child Support, Country reports, Italy, See at, http://www.heidelberg-conference2013.de/tl_files/downloads-abstracts/abstracts-ab-3-3-2013/Abstract_PESCE.pdf.

H.WISE & L.AMON, Paternity Suits under French Law, See at, http://www.immigration-france-usa.com/gifs/pdf/paternity.pdf.

I.SUMNER & M.VONK, National and International Surrogacy, An Odyssey, See at,

https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/29180/ISFL%202011%20-%20Final.pdf?sequence=1.

J.CHIANCONE and Others, Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents, See at,

https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/190105.pdf.

L.HARRIS, The Basis for Legal Parentage and The Clash between Custody and Child Support, See at,

https://mckinneylaw.iu.edu/ilr/pdf/vol42p611.pdf.

L.SILBERMAN, The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents, A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, See at, https://www.law.ou.edu/sites/default/files/files/OU_LAW_ADMIN/07%

M.PARKE, Are Married Parents Really Better for Children?, What Research Says About the Effects of Family Structure on Child Well-Being, See at, http://www.clasp.org/resources-and-publications/states/0086.pdf.

N.LOWE, National Report: England & Wales, http://ceflonline.net/wp-content/uploads/England-Parental-Responsibilities.pdf.

ب ـ المراجع الفرنسية:

BOUREL(P.) et les autres, Droit International Privé, Dalloz, Paris, 10e édition, 2013.

ROQUES (L.), La politisation du droit de la nationalité, Voir à, http://www.gisti.org/spip.php?article4426.

خامساً: مواقع الإنترنت:

المواقع العامة:

http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf.

http://www.alukah.net/sharia/0/40912.

http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20в%20ред.%202007%20%28англ.%29.pdf.

http://haqqi.info/ar/haqqi/legislation/arab-charter-rights-child.

موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg

بوابات وزارات العدل:

http://www.jp.gov.eg/ar/Default.aspx

http://www.moj.gov.bh

http://www.moj.gov.qa

https://moj.gov.ae

http://www.e-justice.tn

http://www.e-justice.tn

http://www.justice.gov.ma

https://www.justice.gov

http://www.justice.gov.uk

http://www.justice.gov.tr

http://www.justice.gouv.fr

مواقع التشريعات العربية:

http://www.gcc-legal.org

http://www.eastlaws.com/TashSearch.aspx?tab=divSearchCusto