



منهج القواعد المادية في تحديد القانون واجب التطبيق على المسؤولية الابوية

عمار جاسم حميد أ.م.د. محمد خيري كصير

كلية القانون - جامعة ذي قار

legalur@yahoo.com

alfreegeammar@gmail.com

مستخلص البحث:

في القانون الدولي الخاص أصبح تحديد المناهج أمراً واقعياً وإيجابياً للاستفادة من هذا التعدد لحل مشكلات تنازع القوانين، وبسبب القصور الذي اعترى منهج قواعد الإسناد لتنظيم بعض جوانب العلاقات الخاصة الدولية، أوجد منهجاً آخر وهو منهج القواعد الموضوعية، والذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الدولية إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية وجود تنظيم للقواعد الموضوعية في مجالات أخرى كالمسؤولية التقصيرية والأحوال الشخصية وغيرها، كما أن هناك منهج آخر إلى جانب هذين المنهجين هو منهج القواعد ذات تطبيق ضروري.

إن الهدف من هذا المنهج هو حماية الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية لدولة القاضي؛ إذ أريد من هذه القواعد أن تنطبق مباشرة على العلاقات محل النزاع بغض النظر عما إذا كانت العلاقات داخلية أم تتضمن عنصراً أجنبياً. المسؤولية الابوية مصلح شاع في الدول الأوروبية، والاتفاقيات الدولية، على سبيل المثال اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون واجب التطبيق في مجال المسؤولية الابوية، إذ تعرفه بأنه: "السلطة الابوية، أو أي علاقة سلطة مشابهة، تحدد حقوق وصلاحيات والتزامات الابوين، أو الوصي، أو أي ممثل قانوني آخر، اتجاه شخص الطفل أو أمواله"، وبهذا الوصف فإنه صار واضحاً أن مسار الاتفاقية إنما يُمضي باتجاه حماية وحضانة وضمان مصلحة الطفل الفضلى من كل جوانبها الشخصية والتربوية والمالية. فعقدت عدة اتفاقيات دولية تتمحور موضوعاتها حول الأحوال الشخصية منها الاتفاقية سالف الذكر، وهي مزيج من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية، كما جرت بعض المحاولات من قبل الدول العربية لوضع قواعد مادية لتحكم مسائل الأحوال الشخصية، لتقليل اللجوء إلى قواعد الإسناد ومن هذه المحاولات وثيقة مسقط للنظام (القانون) في مجال الأحوال الشخصية، إلا أنه بعد أن وضعت هذه النصوص تركت هامشاً عريضاً، لكل دولة في أن تمارس على وفق الاعراف والتقاليد، وبذلك فتح الباب للرجوع لقواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية.

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

لم تعد قواعد الإسناد المنهج الوحيد في مجال تنازع القوانين؛ ونتيجةً لقصور هذه القواعد عن تنظيم بعض جوانب العلاقات الخاصة الدولية، وجد منهج القواعد الموضوعية لتنسجم مع العلاقات الدولية وتستجيب لمتطلباتها بشكل أتم، فكان وجود قواعد موضوعية تتلاءم مع هذه العلاقات أمراً ضرورياً. فعقدت عدة اتفاقيات دولية - إضافةً للتشريعات الداخلية - وضعت قواعد موضوعية تنظم مختلف جوانب العلاقات التجارية الدولية، فضلاً عن تنظيم بعض الجوانب الأخرى كالمسؤولية التقصيرية والأحوال الشخصية، وكان الغرض من هذه القواعد أن تنطبق مباشرة على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، لتجنب بعض سلبات قواعد الإسناد ولكونها تتلاءم مع هذه العلاقات.



الى جانب هذه المناهج وجد منهج آخر هو منهج القواعد ذات التطبيق الضروي؛ كان الغرض منه حماية الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية لدولة القاضي، وتطبيق هذا القواعد مباشرة على العلاقات ذات العنصر الأجنبي بغض النظر عن القانون واجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد.

ثانياً: أهمية البحث

اغلب الاتفاقيات التي عالجت هذا الموضوع، تنص على الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق الابوين، فأنها تدخل ضمن أطار التنظيم القانوني للأحوال الشخصية في العراق، والمتمثلة في الولاية، والصاايا، والنسب، والحضانة؛ والسبب في هذا أن سياق التنظيم القانوني يدخل ضمن التعامل الشخصي في اطار مسؤولية الابوين عن ابنائهم القاصرين، فيما يتعلق بواجب التربية، الطاعة الاحترام، والنسب، واحياناً يرتبط بالتعامل المادي في إدارة او التصرف بالأموال، والنفقة. كما أن مفردة المسؤولية الأبوية ترتبط بالأحوال الشخصية من حيث المبدأ، والموضوع الأخير من المفردات المهمة والاساس في التنظيم القانوني العراقي والمقارن، وأنه موضوع متحرك؛ لأن المسؤولية الأبوية تكون دائماً محل لاهتمام القوانين والاتفاقيات الدولية؛ ولاسيما المعاصرة منها.

ثالثاً: مشكلة البحث

حادثة الموضوع، على مستوى المصطلح (المسؤولية الأبوية) وعلى مستوى التنظيم القانوني. الذي لم يحظ الى الآن بالمعالجات القانونية - العراقية والمقارن - على الصعيد المهم لتقنين هذه المفردات. كما ان المشكلة تمتد الى تحديد تلك المسائل التي قد تتعارض مع المفاهيم الاساس من دولة لأخرى؛ خاصة مع اختلاف البنى الاجتماعية للدول، وهو الامر الذي تستدعي الحاجة فيه إلى إيجاد الحلول الموضوعية لتلك المسائل انطلاقاً من توجهات الاتفاقية نفسها مرة، ومرة أخرى من أحكام وتشريعات الدولة المعروض امامها النزاع.

منهجية البحث

بما ان اساس بحثنا يستند الى الاتفاقيات الخاصة بحماية الطفل، فإن الدراسة ستكون دراسة تحليلية مقارنة، فالتحليل فيها يعتمد على نصوص الاتفاقيات واحكامها، وهي دراسة مقارنة بين اللوائح والانظمة المتبعة في دول الاتحاد الاوربي والتي صدرت لأغراض تنفيذ الاتفاقية وبين قوانين الدول التي تعتمد نصوصاً متفرقة (كالقانون العراقي) في القانون المدني والاحوال الشخصية وغيرها من النصوص .

- هيكلية البحث

ستكون هيكلية البحث مقسمة على الى مطلبين، المطلب الاول بعنوان القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق، اما المطلب الثاني القواعد ذات التطبيق الضروي في تحديد القانون واجب التطبيق.

المطلب الأول: القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق:

إن القصور الذي اعترى منهج قواعد الإسناد لتنظيم بعض جوانب العلاقات الخاصة الدولية، أوجد منهجاً آخر وهو منهج القواعد الموضوعية، والذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الدولية إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية وجود تنظيم للقواعد الموضوعية في مجالات أخرى كالمسؤولية التقصيرية والأحوال الشخصية وغيرها⁽¹⁾. عليه ولغرض الإلمام بجوانب المنهج الموضوعي لتحديد القانون واجب التطبيق على المسؤولية الأبوية، يقتضي علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين، تخصص الفرع الأول للتعريف بالقواعد الموضوعية، ويكون الفرع الثاني من نصيب القواعد الموضوعية الواردة في الاتفاقيات فضلاً عن ذلك المبادئ القانونية الدولية الأكثر شيوعاً، المتمثلة بالمصالح الفضلى للطفل، وعلى وفق الصيغة الآتية:-



الفرع الاول:- تعريف القواعد الموضوعية⁽²⁾:-

عرف جانب من الفقه القواعد الموضوعية، بأنها "تلك القواعد التي تضع حلاً موضوعياً للعلاقات الخاصة الدولية تحديداً دون أن تختلط بالقواعد التي تحكم العلاقات الوطنية المطبقة من خلال منهج التنازع، أو تلك التي تقرر لحماية المصالح الوطنية بغض النظر عن طبيعة العلاقة محل التنظيم وإن أسند تطبيقها على قاعدة من قواعد تنازع القوانين"⁽³⁾. يتضح من هذا التعريف أن هدف هذه القواعد يتمثل في إيجاد الحل للموضوعي المتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية ولم يقتصر على العلاقات التجارية فقط، ويفرق بذلك بين بعض القواعد الموضوعية للقانون الداخلي التي تطبق بموجب قاعدة الإسناد عن القواعد ذات التطبيق الضروري. في حين يتجه فريق آخر لتعريف القواعد الموضوعية، "بأنها القواعد التي عن طريقها نجد طريقة مباشرة لتنظيمات مادية بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي محل النزاع"⁽⁴⁾. يتضح من التعريف أن القواعد الموضوعية الموجودة في التشريعات الوطنية لتحكم العلاقات الدولية، فضلاً عن القواعد التي توضع في الاتفاقيات الدولية التي تنظم موضوعاً مسألة من مسائل العلاقات الدولية الخاصة، تدخل في إطار الطابع المباشر للقواعد الموضوعية، وإن كان الفرق بين الاثنين أن الأولى تحتاج إلى قواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي، في حين أن الثانية تستقل عن قواعد الإسناد ولا تحتاج إلى آلية قواعد تنازع القوانين حتى يتم تطبيقها⁽⁵⁾.

ويعرف جانب آخر من الفقه أيضاً القواعد الموضوعية، بأنها "مجموعة من القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي النزاع أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي"⁽⁶⁾. يتبين من هذا التعريف أنه يوضح العناصر الرئيسية له، من خلال أنه يعد القواعد الموضوعية قواعد قانونية ولها خصائص عامة؛ وذلك أنه معظم مصادرها صادرة من السلطات الدول الوطنية كالتشريع والقضاء أو من مصادر دولية مثل الاتفاقيات، كما أن هذه القواعد تعطي الحل الموضوعي المباشر للتسهيل على القاضي تطبيقها لعلمه بها سلفاً لصلتها المباشرة به⁽⁷⁾. يمكن أن نعرف القواعد الموضوعية، بتلك القواعد التي خلقت في التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية لتحكم مباشرة العلاقات ذات العنصر الاجنبي سواء في ميدان التجارة الدولية أو العلاقات الدولية الأخرى. من هذا التعريف يمكن أن تكون هناك إمكانية وجود تنظيم للقاعدة الموضوعية في مجال تنازع القوانين كالمسؤولية التقصيرية⁽⁸⁾، كذلك في مجال محدود كالقواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية⁽⁹⁾.

الفرع الثاني: إعمال القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية:

عقدت عدة اتفاقيات دولية تتمحور موضوعاتها حول الأحوال الشخصية، وكانت هذه الاتفاقيات تتعلق بقواعد الإسناد وليس بالقواعد الموضوعية؛ إلا أن البعض منها يجمع بين القواعد الإسناد والقواعد الموضوعية لسد القصور الذي يعترى قواعد الإسناد؛ فليس من السهولة إيجاد اتفاقيات دولية تقرر قواعد موضوعية في مجال الأحوال الشخصية وتجمع هذه الاتفاقية بين الدول العربية والإسلامية والأوروبية؛ للاختلاف الفكري والعقائدي والحضاري بين هذه الدول، إلا أن هذا لا يمنع من أن هناك محاولة لتقريب وجهات النظر بين هذه الدول، فكانت اتفاقية لاهاي لعام 1996، قد إشارة للكفالة في المادة 3 منها؛ وذلك لتقرير حماية أكبر لوضع الطفل، وهذه علامة مهمة على القيمة المحتملة للاتفاقية في الدول التي تتأثر قوانينها بالشرعية الإسلامية، أما على المستوى الإقليمي فقد اقرت وثيقة من قبل مجلس وزراء العدل في دول مجلس التعاون الخليجي في مسقط لسنة 1996، تحت اسم وثيقة مسقط للنظام القانوني الموحد للأحوال الشخصية، والتي تتضمن بعضاً من القواعد الموضوعية، وعليه سوف نشرع في بيانها، وعلى النحو الآتي:-

أولاً: اتفاقية لاهاي في عام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون واجب التطبيق:

إن وظيفة هذه الاتفاقية تجنب النزاعات القانونية والادارية وبناء اطار قانوني للتعاون الدولي الفعال بين مختلف النظم في مجال حماية الاطفال، وفي هذا الصدد تبني الاتفاقية جسوراً بين النظم القانونية النابعة عن خلفيات ثقافية ودينية متنوعة، ومما له دلالة كبيرة ان اول دولة توقع على الاتفاقية وأحدى الدول الاوائل التي صادقت عليها كانت هي مملكة المغرب، والذي يقوم نظامها القانوني على التقاليد الاسلامية، كما ان الاساس المثالي للتعاون القانوني الدولي في مسائل حماية الاطفال هو وجود الاعتراف المتبادل بالقرارات المتخذة، التي تقوم على اسس مشتركة للاختصاص والاعتراف المنصوص عليها في الاتفاقية، فبناء قواعد الاختصاص التي تتفادى احتمال التضارب في القرارات تعطي المسؤولية الاساس لسلطات الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة الاعتيادية للطفل، ولكن تسمح في نفس الوقت لأي دولة يكون الطفل متواجداً فيها ان تتخذ الاجراءات الاحترازية او الاطار الاساس لتبادل المعلومات والتعاون المطلوب بين السلطات الادارية في مجال حماية الاطفال في الدول المتعاقدة المختلفة⁽¹⁰⁾.

حيث يتعلق موضوع هذه الاتفاقية بموجب المادة 1/أ منها بما يلي :-

" تحديد الدولة التي تكون سلطاتها مختصة لاتخاذ الاجراءات الكفيلة بحماية شخص الطفل وامواله. ب: تحديد القانون واجب التطبيق من أطراف هذه السلطات عند ممارسة اختصاصها. ج : تحديد القانون واجب التطبيق بخصوص المسؤولية الأبوية. د: الاعتراف وتنفيذ الإجراءات الحمائية في جميع الدول المتعاقدة⁽¹¹⁾. كما تضمنت الاتفاقية قواعد الإسناد في المواد 15- 22 والتي تحدد القانون واجب التطبيق في مجال المسؤولية الابوية. واختص الباب الرابع من هذه الاتفاقية بالاعتراف والتنفيذ؛ إذ بموجب المادة 23 يتم الاعتراف بالإجراءات المتخذة من طرف سلطات دول متعاقدة بقوة القانون في الدول المتعاقدة الأخرى، ولا يجوز رفض الاعتراف إلا في حالات معينة⁽¹²⁾.

إن هذه الاتفاقية هي مزيج من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية؛ إذ يمكن اعتبار القاعدة التي جاءت بها الاتفاقية الخاصة بالاعتراف والتنفيذ من القواعد الموضوعية وليس من قبيل قواعد الإسناد، إلا أن المنهج الموضوعي لا يمكن أن يؤدي دوراً كبيراً في مجال الأحوال الشخصية؛ ذلك أن المجال الرحب لهذه القواعد يكون في مجال التجارة الدولية، في حين ان مسائل الأحوال الشخصية تجد مجالها الرحب في قواعد الاسناد، هذا المنهج يمكن ان يكون ملائماً لتحديد القانون واجب التطبيق مع وجود قيد النظام العام في حماية مجتمع القاضي⁽¹³⁾.

ثانياً: وثيقة مسقط النظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية⁽¹⁴⁾:-

جرت بعض المحاولات من الفقه الغربي لتوحيد قواعد موضوعية للأحوال الشخصية فحاولوا ايجاد قانون اوروبي موحد للأحوال الشخصية للمسلمين المتواجدين في الاتحاد الأوروبي نتيجةً للمشاكل التي تثار عند البحث عن حلول التنازع في هذه المسائل⁽¹⁵⁾؛ إذ يستخدم هذا الاقتراح أسلوب القواعد الموضوعية لتطبيق مباشرة دون تطبيق القوانين الشخصية لأطراف النزاع، كل علاقة على حدة، إلا أن هذا الاقتراح لم يلاقى قبولاً من جانباً من الفقه؛ وحجتهم أنه يتجاوز القواعد والمبادئ الثابتة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في كثير من نقاطه⁽¹⁶⁾. وإذا كانت هذه القواعد الموضوعية المقترحة المار ذكرها لم تلق القبول فإن إيجاد اتفاقية من هذا القبيل تبدو مستحيلة، اللهم إلا اذا كانت هذه الاتفاقيات تبرم بين دول تجمعهم وحدة الدين واللغة والاصل المشترك، كما في وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية⁽¹⁷⁾. تم انعقاد المؤتمر الأول لوزارة العدل والشؤون الإسلامية في دول مجلس التعاون في



الرياض في 12/12/1982؛ للنظر في توحيد تشريعات دول المجلس وتتكون الوثيقة من 282 مادة تعالج جميع عناصر الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وولاية ووصاية وأهلية وارث⁽¹⁸⁾. وقد التزمت هذه الوثيقة بأن تكون الشريعة الإسلامية مصدر التشريع الأوحد، ولم تتقيد بمذهب فقهي محدد، وفي هذا الصدد نصت المادة 282 من الوثيقة على أن:-

"أ تنطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها. ب. إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية"⁽¹⁹⁾ كما عالجت هذه الوثيقة مسائل الخطبة في الباب الأول الخاص بالزواج⁽²⁰⁾.

بالإضافة إلى معالجتها للحضانة في الباب الثاني ضمن الفرقة بين الزوجين وعرضت أحكامها في المواد 124-135 وهي تتلاءم مع الأحكام الفقهية المطبقة في دول المجلس، إلا أنها لم تنطرق لانتهاء حق الحضانة، والذي أشارت إليه المادة 136 من مشروع القانون الموحد⁽²¹⁾، وهو بلوغ القاصر، والدخول بالأنثى، وبذلك وضعت حداً لاختلاف الفقهاء حول هذه المدة، ومن ثم تركت تحديد ما جرت عليه قوانين كل دولة من دول المجلس⁽²²⁾. أما عن مسائل الأهلية والولاية، فقد نظم بعض دول مجلس التعاون الخليجي أحكام الأهلية والولاية ضمن القانون المدني، في حين عدته دول خليجية أخرى من موضوعات الأحوال الشخصية، وقد تبني النظام (القانون) وجهة النظر الثانية لمعالجة أحكام الأهلية في المواد 136-155، وأحكام الولاية فيها المواد 156-195، ومهما يكن من أمر فإن الأحكام التي وردت في هذه المواد لا تختلف عن نظائرها في القوانين المدنية أو في مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية⁽²³⁾. وعلى الرغم من الجهود المبذولة من قبل مجلس التعاون الخليجي لتوحيد التشريعات في هذه الدول في مجال الأحوال الشخصية، وتجنب الاختلاف فيما بينهما مما يقلل اللجوء الى قواعد الاسناد، إلا انه ترك هامشاً عريضاً لكل دولة في ان تمارس اجتهاداً على وفق الاعراف والتقاليد؛ وبذلك فتح الباب للرجوع لقواعد الاسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التي لم تنظمها الوثيقة.

ثالثاً: مبدأ المصلحة الفضلى للطفل:

تعد مصلحة الطفل الفضلى من المبادئ المهمة التي جاءت بها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989⁽²⁴⁾. إذا عرف هذا المبدأ على نطاق واسع في التشريعات الداخلية للدول كمبدأ تفسيري وتوجيهي يجب الرجوع والاسترشاد إليه عند تطبيق النصوص المتعلقة بحماية القاصر. ويمكن تحديد المصالح الفضلى للطفل على أنها المبدأ الشامل والأساس لاتفاقية حقوق الطفل، وتظهر أصولها في القانون الدولي كمبدأ من إعلان الأمم المتحدة لحقوق الطفل الصادرة في 20 تشرين الثاني 1959، وينص الإعلان العالمي على ما يلي:-

"يجب أن يتمتع الطفل بحماية خاصة، ويجب أن تمنح الفرص والتسهيلات بموجب القانون وبوسائل أخرى؛ لتمكنه من التطور البدني والعقلي والأخلاقي والروحي والاجتماعي بطريقة صحيحة وطبيعية في ظروف من الحرية والكرامة، في سن القوانين لهذا الغرض ويجب أن تكون مصالح الطفل الفضلى هي الاعتبار الأول"⁽²⁵⁾. كان المبدأ الأساس خطوة بارزة في صنع القانون الدولي؛ لكن بسبب الطبيعة القانونية غير الملزمة لإعلان الأمم المتحدة كقرار للجمعية العامة، لم يكن قابلاً للتنفيذ، ولكونه صكاً قانونياً غير ملزم، فإن التمسك بالمبدأ يعتمد فقط على استعداد الدول، وفي الوقت نفسه لا يزال الطفل يظهر ككائن يحتاج الى المساعدة، فقد اعلن عن هذا المبدأ في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وكانت النقلة النوعية، حيث اصبح الطفل هو نفسه صاحب حق قائماً بذاته⁽²⁶⁾. أما في ما يتعلق بطبيعة مبدأ مصالح الفضلى للطفل، كحق موضوعي له طابع التنفيذ الذاتي، فهو قابل للتطبيق مباشرة، يمكن



الاحتجاج به أمام المحكمة، وإن هذه الطبيعة تجعل الحق الموضوعي أداة قوية بشكل خاص؛ لأنه من أجل الاحتجاج به أمام المحكمة الوطنية فإنه لا يتطلب إجراء تحويل إلى قانون محلي، ولا في الحالة التي تطبق فيها الدول نظاماً مزدوجاً في ما يتعلق بالعلاقة بين القانون الدولي والوطني⁽²⁷⁾.

وقد نص على هذا المبدأ أيضاً في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989، في كل من المواد (1/3، 3/9، 1/18، 21، 37/ج، 40/ب/3) منها وقد تبنت الاتفاقية هذا المبدأ وعملت على تكريسها على المستوى الدولي والوطني. وصار هذه المبدأ معياراً قانونياً وقد تبنته الدول في قوانينها على المستوى الجزائي والمدني والأحوال الشخصية، وقد اعتبر مبدأ قانونياً وحقاً أساس تستعين به في كافة الإجراءات القضائية والقانونية، والتي تؤثر أو تمس بشكل أو بآخر بمصلحة الطفل، التي يجب على الجهات المختصة احترامها عند اتخاذ تدابير أو جراء بحق الطفل، وينبغي أن تكون ذات افضلية وأولية في كافة الظروف⁽²⁸⁾. وقد أولت أغلب التشريعات اهتماماً كبيراً بمصلحة الطفل، أما من خلال المصادقة على هذه الاتفاقية، أو بطريق خلق نصوص قانونية متعلقة بحماية حقوق الطفل المالية والشخصية.

إلا أن هذه التشريعات لم تضع تعريفاً محدداً لمصالح الطفل الفضلى، بل اكتفت بالنص على هذا المبدأ دون أن تحدده بشكل دقيق وواضح، فأعطت سلطة تقديرية للقاضي عند النظر في الدعوى المقامة امامه؛ سبب ذلك كون مصلحة القاصر شخصية وذاتية تتغير من وقت لآخر بحسب بعض الظروف التي قد أولاً، وقد تتغير من وقت لآخر، فهي غير ثابتة ممكن ان تتغير فقد تكون في وقت معين صالحة للطفل، وفي زمان اخر لا تصلح له⁽²⁹⁾. لقد اعطى المشرع العراقي لهذا المبدأ أهمية كبيرة، وأشار الى ذلك في عدة مواطن مراعاةً لمصلحة الطفل، وأولى له اهتماماً خاصاً في القانون، ولا سيما في قانون الاحوال الشخصية النافذ والمعدل رقم 188 سنة 1959، ومن خلال استقراء نصوص هذا القانون يبرز ذلك اكثر في المسائل المتعلقة بالحضانة، فقد منح القاضي سلطة تقديرية في تحديد هذه المصلحة، مثلاً في اسناد حضانة الطفل، والتنازل عنها، وترتيب من لهم الحق فيها، وقد نصت المادة 57 منه على ان:-

1. "الام احق بحضانة الولد وتربيته حاله قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك". 2. "يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امنية قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون". 4. "لاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكمال الخامسة عشر اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك على ان لا يبيت الا عند الحاضنة"⁽³⁰⁾.

كذلك القضاء العراقي لم يغفل عن هذا المبدأ واصدر عدة قرارات بهذا الشأن ومن ضمنها القرار الذي يقضي بأحقية حضانة الاب لطفله وفقاً للمادة 57 من قانون الاحوال الشخصية فقط، لان الام تركت الطفلة وتزوجت دون المطالبة بضمها الى حضانتها لفترة من الزمن، واسندت القرار القضائي على ان مصلحة المحضون كون الوضع العام للطفلة مستقر نفسياً واجتماعياً دراسياً⁽³¹⁾.

نجد في هذا القرار وعلى الرغم من وجود نصوص تشريعية تنص على احقية الام بالحضانة، إلا ان السلطة التقديرية ومبدأ مصلحة الطفل جعل من القاضي يتجه صوب مخالفة هذه النصوص والحكم مباشرة بمصلحة الطفل. وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية؛ نقضت قراراً صادراً من محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية الذي يقضي بزيادة عدد المشاهدات للاب للطفل، بواقع اربع مرات في الشهر ومدة تسع ساعات، حيث اسست حكمها على أن مشاهدة المحضون لأربع مرات في كل مرة تسع ساعات هذا ارهاق وضرر للمحضون ولا سيما ان مصلحة المحضون هي أولى بالرعاية⁽³²⁾.



أما على الصعيد الدولي، فقد أشارت إلى هذا المبدأ اتفاقية لاهاي لعام 1996، حيث جاء في مقدمتها أن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية واعتباراً لما يقتضي تدعيماً لحماية الطفل في الأوضاع ذات الطابع الدولي، ورغبةً منها في تلافي تلك النزاعات بين أنظمتها القانونيين في قواعد الاختصاص والقانون واجب التطبيق، وتذكيراً بأهمية التعاون الدولي من أجل حماية الأطفال، وتأكيداً لما تستوجبه المصلحة العليا للطفل. فضلاً عن ذلك نصت في المادة 22 منها على أنه، لا يجوز للدول المتعاقدة أن ترفض تطبيق المواد التي نصت عليها في باب التنازع إلا إذا كان تطبيق هذه المواد يتعارض ومصلحة الطفل⁽³³⁾. نفهم من هذا النص أنه وعلى الرغم من كون نصوص هذه الاتفاقية ملزمة للدول المصادقة عليها، إلا أنها قد استثنيت في الشطر الأخير من النص حالة تطبيق مقتضيات تتعارض مع مصلحة الطفل الفضلى، فعلى الدول اتخاذ قرار يصب في مصلحة الطفل حتى إذا يخالف النص.

كما نجد في التشريعات الأوروبية أيضاً اهتماماً كبيراً بهذا المبدأ، على سبيل المثال التشريع الفرنسي، فهذا المبدأ ليس بجديد عليه فكان يعمل فيه من وقت طويل قبل المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل؛ إذ ورد النص عليه في أغلب مواد القانون المدني المتعلقة بالأسرة، وبالأخص في مجال السلطة الأبوية، إلا أن هذه القوانين لم تعطي مفهوماً دقيقاً لهذا المبدأ حتى بعد صدور قانون رقم 293 لسنة 2007 الذي تضمن في طياته إصلاحات لحماية الطفل، حيث عدل المادة 7/375 من القانون المدني الفرنسي، فأضاف وجوب الأخذ في الاعتبار مصلحة الجانح من طرف القاضي عند اتخاذ القرار المناسب⁽³⁴⁾. ومن المواد القانونية الفرنسية التي نصت على مبدأ مصلحة الطفل الفضلى أيضاً هي المادة 1/371 الذي اشرنا لها سابقاً والتي تنص على السلطة الأبوية هي مجموعة من الحقوق والواجبات التي تهدف إلى تحقيق مصلحة الطفل. وكذلك جاء في حكم المادة 6/2/371 من القانون المدني الفرنسي التي أعطت السلطة التقديرية للقاضي في منح السلطة الأبوية إلى أحد الأبوين إذا وجد في ذلك مصلحة للطفل مع أنه من حق الوالد الآخر حق المشاهدة والزيارة⁽³⁵⁾. عند تبني هذا المبدأ في القانون الفرنسي، فإنه وفي العادة يضع المشرع قاعدة لافتراض صالح الطفل، ويخول القاضي ويعطي المساحة الواسعة من السلطة التقديرية لمخالفة القاعدة القانونية إذا وجد في المسألة المعروضة أمامه ما تتطلب مصلحة الطفل⁽³⁶⁾. وكذلك يرجع الفضل لتبني هذا المبدأ إلى الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية الذي كان لها دوراً في تفعيله، حيث طبقة هذه المحكمة المادة 1/3 تطبيقاً مباشراً من اتفاقية حقوق الطفل، التي نصت على أنه:

1. "جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أم الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولي اعتباراً أولاً لمصالح الطفل الفضلى". حيث أعطت الأولوية في جميع القرارات لمصلحة الطفل المتعلقة به، إذ قررت في حكمها ما يلي:

"في جميع القرارات التي تؤثر على الأطفال، يجب أن تكون مصالح الطفل الفضلى الاعتبار الأساس"⁽³⁷⁾. ونعتقد أن القواعد المادية لا يمكنها أن تؤدي دوراً هاماً في مجال الأحوال الشخصية، وإن منهج الاسناد يكون ملائماً لتحديد القانون واجب التطبيق في هذه المسائل، مع وجود النظام العام في حماية المجتمع والنظام في دولة القاضي.

المطلب الثاني: القواعد ذات تطبيق ضروري في تحديد القانون واجب التطبيق على المسؤولية الابوية:

تعمل قواعد الإسناد في القانون الوطني على وضع الحلول المناسبة للنزاع الذي يشتمل على عنصر أجنبي، مفترضة ابتداءً أن هنالك اشتراك قانوني بين القوانين التي تشير إليها تلك القواعد، إلا أن الأمر ليس مطلقاً؛ إذ توجد هناك من القوانين لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بين مختلف الدول، بهذه الحالة يكون القاضي ملتزماً بتطبيق قانونه الوطني فقط، وإن كانت قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون آخر، ولغرض الإلمام بهذا الموضوع بشكل أكبر سوف نقسم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الأول تعريف وطبيعة القواعد ذات التطبيق، أما الفرع الثاني سنعالج فيه معيار تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري.

الفرع الأول: تعريف وطبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري

عرف جانب من الفقه القواعد ذات التطبيق بأنها: "الأسس التي يضعها المشرع الوطني لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، بما يستلزم تطبيقها بأسلوب أمر وفوري على جميع العلاقات التي تدخل في مجال تطبيقها سواء كانت هذه العلاقات وطنية أم كانت علاقات ذات طابع دولي خاص، وبغض النظر عن القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع الوطنية"⁽³⁸⁾.

وعرفها جانب آخر على بأنها: "قواعد تسند الاختصاص مباشرة لقانون القاضي لحل النزاع دون المرور بقاعدة الأسناد، إذ تمنع من البداية قيام أي تنازع بين القوانين بصدد مسألة محل نزاع وتستبعد كل إمكانية لتطبيق القانون الأجنبي على المسألة المطروحة قبل اثاره اي نزاع بشأنها امام القاضي"⁽³⁹⁾. في حين مال فريق آخر لتعريفها بأنها: "مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني، والتي تبلغ اهميتها لمجتمع الدولة حتى يحول دون دخولها في منافسة القوانين الاجنبية، ويتعين من ثم تطبيقها تطبيقاً مباشراً على كافة العلاقات الداخلة في مجال تطبيقها كالقوانين المتعلقة بالتسعير الجبري والقوانين الضابطة المنافسة، والقواعد المتعلقة بحماية الائتمان العام والرقابة على النفط والقوانين الجمركية"⁽⁴⁰⁾.

كما فضل جانبٌ تعريفها: "بأنها تلك القواعد التي تلازم التدخل الاقتصادي والاجتماعي للدولة، والتي يقصد من ورائها حماية الأسس الاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها مجتمع القاضي"⁽⁴¹⁾.

يلاحظ من التعاريف أعلاه إنها لا تختلف من حيث المضمون، لكنها جاءت بصياغات مختلفة، كليهما يعتبرون أن هذه القواعد وضعت من أجل حماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي في دولة القاضي، يتعين عليه أن يطبق هذه القواعد بصورة مباشرة دون المرور بقواعد بالإسناد.

إلا أن التساؤل المطروح في هذا المقام، كيف نميز بين القواعد ذات التطبيق الضروري ولقواعد الموضوعية، على اعتبار أن المنهجين يطبقان بصورة مباشرة دون الاستعانة بقواعد التنازع الوطنية؟

اجاب الفقه على ذلك، بأن القواعد الموضوعية تختلف عن القواعد ذات تطبيق ضروري في مصدرها، إذ أن الاولى تتعدد مصادرها، فهناك مصادر داخلية تتمثل بالتشريع والقضاء فضلاً عن مصادر مستمدة من الاتفاقيات، وكذلك المبادئ العامة المشتركة وقواعد العدالة، في حين ان الثانية تكون من مصدر واحد وهو القانون الوطني⁽⁴²⁾. أما من حيث تطبيقها المباشر، فإن الأعمال المباشر للقواعد ذات تطبيق ضروري انها تحدد بذاتها نطاق سريانها المكاني، وهو يختلف عن التطبيق المباشر في القواعد الموضوعية التي نشأت خصيصاً لحكم عقود التجارة وبعض العلاقات القانونية الاخرى⁽⁴³⁾.



وكذلك يمكن ان نميز الاختلاف بينهما من حيث الهدف؛ إذ ان هدف القواعد الموضوعية حماية المصالح والعلاقات الدولية الخاصة التي لا يعطى فيها القانون الداخلي حلاً ملائماً بشأنها، بينما تهدف القواعد ذات التطبيق المباشر الى حماية المجتمع او حماية النظام العام، وتسري على كل العلاقات التي تمس مصالح تلك الدول دون ان يراعي أي قدر للعلاقات الدولية، حتى لو أدى ذلك الى الاضرار بها⁽⁴⁴⁾.
الا ان القواعد تطبيق الضروري تواجه مشكله في تحديد طبيعتها الخاصة؛ إذ احتدم الخلاف بين الفقهاء بشأن ذلك. فقد ذهب جانب منهم الى تسميتها بقواعد الامن والبوليس، لأنها جاءت لحماية المجتمع والصالح العام، ومن اطلق هذه التسمية الفقيه (بوييه)، ويرى اصحاب هذا الرأي، بأنه إذا وجدت قاعدة من قواعد التوجيه الاجتماعية او الاقتصادية، فينبغي على القاضي ان يطبقها على كافة العلاقات القانونية التي اثير بشأنها النزاع سواء كانت وطنية أم يشوبها عنصر اجنبي، فأن وجدت هذه القواعد المتمثلة بقواعد الامن والبوليس فإنها تطبق على اقليم الدولة على كل شخص سواء كان وطني ام اجنبي⁽⁴⁵⁾.

لقد واجه هذا الرأي انتقاداً من قبل الفقه الحديث؛ إذ يرون ان الجمع بين قوانين الامن والبوليس يثير نوعاً من الخلط، وأن من خصائص قوانين الامن الاقليمية وانها تشمل قواعد القانون الاداري والجنائي، وأن قواعد القانون العام لا يمكن ينشأ بشأنها تنازع في القوانين مطلقاً، أما قوانين البوليس فهي تتصل بالقانون الخاص وتحمي المصلحة العليا للدولة كقوانين الانتماء الاقتصادي وبعض القوانين الاجتماعية كقانون الاحوال الشخصية وقانون العمل⁽⁴⁶⁾. لذلك لم يرق لهذا الاتجاه من الفقه، هذه التسمية؛ لأنها تتم من تطبيق مبدأ اقليمية القوانين ولا يمكن ان يتم تطبيقها خارج اقليم الدولة، واطلقوا مصطلحاً جديداً عليه هو قواعد فورية التطبيق، ويرى اصحاب هذا الرأي أن هذا الاصطلاح يحقق مزايا كثيرة بعكس المصطلح السابق، فانه يسعى الى التطبيق المباشر للقواعد القانونية التي تحمي الاسس الاجتماعية والاقتصادية لدولة القاضي دون الاستعانة بقواعد تنازع القوانين العادية، وكذلك كما اشرنا سابقاً فإن قواعد الامن والبوليس فيها خلط واختلاف فمنهما ما يشمل القواعد الاقليمية ومنها ما يتعلق بقواعد الامن، وهو ما لا يغطي القواعد ذات التطبيق الضروري التي تهدف الى حماية النظام والمجتمع⁽⁴⁷⁾.
يتضح مما تقدم أن اصطلاح قوانين أو قواعد الأمن والبوليس لا تعطي مفهوماً دقيقاً ومحددًا بل يشمل القواعد الإقليمية، أي القوانين أو القواعد الوطنية لدولة القاضي، كذلك القوانين التي تتصل بالمصلحة العامة للدولة.

ومن جانبنا نرجح الاصطلاح الذي سار عليه غالبية الفقه هو القواعد ذات التطبيق الضروري، التي كان الغرض من صياغتها حماية الأسس الاجتماعية والاقتصادية في مجتمع دولة القاضي.

الفرع الثاني: مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في المسؤولية الابوية:

يرى جانب من الفقه أنه لأجل تحديد مجال تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري، ينبغي التمييز بين افصاح المشرع بشكل واضح في تحديد مجال التطبيق، وفي حالة عدم الافصاح عن رغبته في تحديد هذا المجال، فاذا افصح المشرع الوطني في نصوص صريحة لا توجد مشكلة في ذلك، وهو عين ما يطبق بخصوص القواعد الأمرة بضرورة التطبيق، مثال ذلك التشريعات الضريبية والتشريعات التي تمنع الاحتكار وتشريعات العمل والتشريعات الخاصة بحماية القصر غير كاملي الاهلي⁽⁴⁸⁾.

ومن امثلة، ما نصت عليه الفقرة ب من المادة 22 من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها على ان:- " الاجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية ولو وصرح قانون دولته خلاف "، يفهم من هذا النص ينبغي على القاضي العراقي ان يطبق القانون العراقي حتى لو اشارة قاعده الاسناد الى تطبيق قانون اخر .



ومن امثلة ذلك ايضاً الفقرة 4 من المادة 19 من القانون المدني العراقي؛ اذ نصت على ان :-
"المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الاب". الا ان هذا الحكم يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقياً، يتضح هذا من نص الفقرة (5) من المادة نفسها، والذي جاء في حكمها:-

" وفي الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده". ويرى جانباً من الفقه⁽⁴⁹⁾، ان هذه احد تطبيقات قواعد ذات التطبيق الضروري، بوصفها من القواعد المادية ذات تطبيق الضروري؛ بالنظر الى وظيفتها اذ الهدف من اقرارها يكمن في توفير الحماية لمن يتمتع بالجنسية الوطنية بتطبيق قانون دولته دون المرور بقواعد التنازع الخاصة به. الا ان فريق من الفقه ينكرون تبعية هذه المادة لقواعد ذات التطبيق الضروري، ذلك ان هذه القواعد التي تتعلق بأمن الدولة والبوليس وانها تطبق من اجل حماية النظام والامن في دولة القاضي، بغض النظر عن اطرافها سواء كانوا وطنيين ام اجانب، وان هذه المادة شرعت لتنظيم العلاقات الخاصة بين الاسرة ولا علاقه لها بشأن النظام وأمن الدولة⁽⁵⁰⁾. كما ان طبيعة هذه القاعدة تقضي بتطبيق القانون الوطني لأحد الزوجين دون الآخر، فهي قاعدة غير ضرورية ولا يترتب على عدم الأخذ بها أن تسود الفوضى وتعم المجتمع؛ إذ تعد قاعدة مادية ذات طبيعة خاصة وإن الغرض منها حماية النظام وأمن المجتمع، والسبب الرئيس في إقرارها هو رغبة المشرع بحماية من يتمتع بهذه الجنسية والمحافظة على حقوقهم بأكثر الطرق أمناً وإضفاء نوع من الامتياز للوطنيين ما دامت العلاقة محكومة على وفق قانون دولتهم⁽⁵¹⁾. على أي حال ليس بالضرورة أن هناك قواعد تطبيق مباشر في اطار قواعد القانون المدني؛ لأن المشرع عند وضعه للقواعد ما كان ملتفت لهذا المجال، والقواعد التي طرحت ممكن أن تطرح كقواعد ذات تطبيق مباشر بحسب رأي بعض من الفقه، وممكن للقاضي العراقي أن يعتبر أن القواعد الواردة في اطار اتفاقية لاهاي لعام 1996، هي من ضمن القواعد الضرورية والتطبيق المباشر ضمن قاعدة مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً. ومن أمثلة القواعد ذات التطبيق الضروري في التشريعات الأخرى مثلاً نص القانون التونسي فقره 6 من المادة 12 في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 96 لسنة 1998، التي نصت على ما يلي:-

"تطبق مباشرةً ومهما كان القانون المعين من قواعد التنازع أحكام القانون التونسي التي يكون تطبيقها ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود من وضعها، ويطبق القاضي أحكام القانون الأجنبي المعين في قواعد النزاع إذا كان لهذا القانون روابط وثيقة بالوضعية القانونية وكان تطبيق الأحكام المذكورة ضرورياً بالنظر إلى الغرض المقصود منها"

ان كل ما تقدم في اعلاه هو في حالة تصريح المشرع، أما في حالة عدم تصريح المشرع، فيرى جانباً من الفقه "أن القاضي كالمشرع فلا بد أن يعمل كل في نطاق وظيفته على تحقيق الأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع في دولته، ولا شك أن للقاضي سلطه تفسير النص القانوني الغامض مستعيناً بوسائل التفسير المتعارف عليها في قانونه، وبالتالي إذا ساوره شكٌ حول طبيعة النص القانوني واجب التطبيق، كان عليه أن يحدد وحسب المبادئ العامة لقانونه كي يصل إلى النطاق السليم في تطبيقه، ولا تخرج القواعد ذات التطبيق الضروري عن تلك القاعدة، إذا لم تكن أرادة المشرع صريحة في هذا الشأن"⁽⁵²⁾. كما يمكن أن نطرح تساؤلاً في هذا الصدد، عن المعيار الذي يستعين به القاضي لتحديد أوصاف قاعدة في قانونه بكونها قواعد ذات التطبيق الضروري؟ للإجابة على السؤال المطروح، فأنا الفقه وضع عده معايير في هذا الشأن، ولعل اقدم المعايير لتفسير وتشخيص القوانين بصورة عامة، هو



المعيار الشكلي؛ إذ يرى جانب منهم أنه عندما يحرص المشرع عند وضعه للقانون فإنه يحدد مجال تطبيقه من حيث المكان، وهو بذلك يبين الطابع الأمر له والذي يربطه بتطبيق قانون القاضي تحت شكل قاعده انفرادية، وبذلك تتضح ارادته عند عدم ترك تطبيق قانونه بناء على قاعدة الاسناد، وهو بذلك يعبر عن الأهمية التي يوليها عند تطبيق قانونه الوطني، وهذا يعني التحديد الصريح لنطاق تطبيق القاعدة القانونية⁽⁵³⁾. بمعنى آخر أن المشرع يقوم بتحديد النطاق المكاني لسريان القانون أو القاعدة مثال ذلك المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي فإن المشرع قد حدد نطاق تطبيقها المكاني، والمادة 5/19 من القانون المدني العراقي - سألقة الذكر أيضاً - والتي تقضي بسريان القانون العراقي على الحالات التي تذكرها، والمتعلقة بالزواج والتفريق والطلاق والانفصال والمسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج؛ ذلك أن تلك الفقرات كانت تقرر تطبيق قانون جنسية الزوج. إلا أن هذا المعيار قد انتقده جانب من الفقه؛ بحجة أنه علق اكتساب القاعدة القانونية بوصفها مباشرة او ضرورية على الإرادة الصريحة للمشرع في تحديد نطاق تطبيقها، وهذا يخالف ما قصده المشرع نفسه من هذا التحديد⁽⁵⁴⁾. إن هذا المعيار ممكن ان يستعين فيه القاضي العراقي، في ما لو عرضت عليه مسألة من مسائل المسؤولية الأبوية يمكن معالجتها على وفق هذا المنهج لأنه بهذا سوف يجعل من الفقرة 5 من المادة 19 قاعدة ذات تطبيق ضروري وبإمكانه ان يطبق القانون العراقي على المسائل المعروضة أمامه. هناك معيار آخر يطرحه جانباً آخر من الفقه، وهو المعيار الغائي؛ إذ يرى أصحاب هذا المنهج أنه ينظر إلى الهدف والغاية التي يريدها المشرع وهو ما يعرف في مجال تنازع القوانين بالهدف الاجتماعي أو الغاية الاجتماعية للقانون الوطني، والذي يتضمن نوعان من القواعد، القواعد التي تهدف إلى حماية مصلحة الفرد والقواعد التي تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة⁽⁵⁵⁾.

إلا أن هذا المعيار هو الآخر قد أنتقد من جانب من الفقه، وحجتهم بأن هذا المعيار غير محدد وواسع وقد استعمله القضاء مرات عديدة، لكن في كل مرة كان الغرض من استعماله مختلفاً، كما أن غاية القانون بصفة عامة تنظيم المجتمع، عليه فإن الاستناد إلى هذا المنهج يقضي إلى وصف القواعد القانونية في كافة الدول بأنها قواعد ذات تطبيق ضروري⁽⁵⁶⁾. كما طرح فريق من الفقه معيار مادي أو عضوي، يقوم على فكرة تنظيم الدولة للمسألة التي يتعلق بها القانون، حيث يعتبر القانون قانون بوليس اذا كان احترامه ضرورياً لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، كما يربط انصار القوانين ذات التطبيق الضروري مفهوم تنظيم الدولة بقوانين البوليس، مثل قوانين تنظيم الصرف وتدابير المسائل التربوية حيث يتطلب تطبيقها تدخل اجهزة دولة القاضي، او تدخل مرفق عام وسلطة عامة؛ الا ان ما يؤخذ على هذا المعيار أنه واسع النطاق؛ إذ يشمل القوانين بما فيها القانون الجنائي القانون الاداري فضلاً عن ذلك قواعد القانون الخاص، كما ان فكرة تنظيم الدولة غير محددة وغامضة⁽⁵⁷⁾.

اخيراً يوجد من يطرح معيار آخر وهو المعيار التقني، ويقصد به السير العادي للتفكير من اجل فهم ما هو مجهول بطريق فئات او تصورات معروفة، وهكذا يتم تقريب قوانين البوليس من القوانين الاقليمية وقوانين النظام العام، باعتبارها افكار عامة ومعروفة في القانون الدولي الخاص، وانطلاقاً من فكرة ان قوانين البوليس قوانين ذات تطبيق اقليمي فلن يكون تطبيقها الا من طرف الهيئات التي وضعتها، باعتبار ان القانون الاقليمي يطبق من طرف الهيئات المسؤولة عن الاقليم، كما ان اعتبار القواعد ذات تطبيق الضروري من النظام العام تفرض تطبيق قانون القاضي حتى ولو اشارة قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون اجنبي، فالصفة الأمرة لقانون القاضي تؤدي الى تطبيقه بصفة انفرادية حيث يتعلق الامر بنظام عام ايجابي⁽⁵⁸⁾. عليه وبعد ان عرضنا المعايير التي اقترحها الفقهاء، يبدو ان من الصعوبة وضع معيار

محدد للقواعد ذات التطبيق الضروري؛ ذلك أن أغلب المعايير التي طرحها الفقه تتناول جانباً واحداً بتلك القواعد دون النظر الى الجوانب الاخرى فضلاً عن ذلك هناك تقارب كبير بين مفهوم قواعد ذات التطبيق الضروري ومفاهيم اخرى، فهذا يخلق نوعاً من التداخل بين تلك المفاهيم.

الخاتمة:

بعد دراستنا لموضوع منهج القواعد المادية في تحديد القانون واجب التطبيق على المسؤولية الابوية، استطعنا الوصول الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات، نجملها بما يلي:-

اولاً: الاستنتاجات

1. هناك جانب من الفقه يرى أن القواعد المادية او الموضوعية غير مقتصرة على العلاقات التجارية، وبإمكانها أن تحكم علاقات اخرى، كالأحوال الشخصية، والمسؤولية الابوية، من خلال الاتفاق بين التشريعات والتي تجمعها وحدة الدين والثقافة والمشاركات القانونية، الا ان هذا الامر بحسب رأي جانب اخر من الفقه أمرٌ صعب اذا كانت النزاعات بين الدول الاوروبية والدول التي يكون مصدر قوانينها شريعة الاسلامية.

2. جرت بعض المحاولات من الدول العربية لوضع قواعد مادية لتحكم مسائل الاحوال الشخصية، لتقليل اللجوء الى قواعد الاسناد ومن هذه المحاولات وثيقة مسقط للنظام القانون الخاص بالأحوال الشخصية، الا انه بعد ان وضعت هذه النصوص تركت هامشاً عريضاً، لكل دولة في أن تمارس على وفق الاعراف والتقاليد، وبذلك فتح الباب للرجوع لقواعد الاسناد لتحديد القانون واجب التطبيق في مجال الاحوال الشخصية.

3. يرى جانب من الفقه أن المادة ٥/١٩، من القواعد ذات التطبيق المباشر، واذا كان هذا الرأي صائباً يمكن معالجة مسائل المسؤولية الابوية، من خلال تكيف هذه المسائل على انها تدخل ضمن الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد ويسري عليه قانون الاب، وبذلك يكون القانون العراقي هو الذي يحكم مسائل المسؤولية الابوية، الا ان هناك فريق اخر ينكر ان هذه المادة من القواعد المباشرة وحجتهم ان القاعدة المباشرة قد وضعت للأمن والبوليس، وان هذه المادة تنظم العلاقات بين العائلة وليس لها علاقة بأمن الدولة، وانما هي قواعد ذات تطبيق خاص الغرض منها تفضيل من يتمتع بالجنسية العراقية.

4. ممكن معالجة مسائل المسؤولية الابوية من خلال مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً، ومن هذه المبادئ مصالح الطفل الفضلى، استناداً الى المادة 30 من القانون المدني العراقي.

5. وعلى الرغم من الجهود المبذولة من قبل مجلس التعاون الخليجي لتوحيد التشريعات في هذه الدول في مجال الاحوال الشخصية، وتجنب الاختلاف فيما بينهما مما يقلل اللجوء الى قواعد الاسناد، الا انه ترك هامشاً عريضاً لكل دولة في ان تمارس اجتهاداً على وفق الاعراف والتقاليد؛ وبذلك فتح الباب للرجوع لقواعد الاسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على المسائل التي لم تنظمها الوثيقة.

6. مبدأ المصلحة الفضلى للطفل، صار معياراً قانونياً وقد تبنته الدول في قوانينها على المستوى الجزائي والمدني والاحوال الشخصية، وقد اعتبر مبدءاً قانونياً وحقاً اساس تستعين به في كافة الاجراءات القضائية والقانونية.

ثانياً: المقترحات

1. يمكن للمشرع العراقي العمل على تعديل الاحكام المتعلقة بالحضانة والولاية والوصاية، اخذاً بنظر الاعتبار تناغم تلك التعديلات مع ما ورد في احكام اتفاقية لاهاي؛ وذلك لعالميتها على المستوى الدولي.
2. نقترح على المشرع العراقي تشريع قانون مستقل، ويعني بأحكام القانون الدولي الخاص اسوةً بما موجود لدى بعض الدول مثل مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، على ان يتضمن ما تضمنته الاتفاقية من احكام تتعلق بمسائل المسؤولية الابوية، مستأناً في تلك القواعد الواردة في اتفاقية لاهاي موضوع دراستنا.
3. نوصي المشرع العراقي بإعادة النظر في بعض قواعد تنازع القوانين الواردة في القانون المدني، بما ينسجم مع تحقيق مصلحة الطفل الفضلى التي عملت اتفاقية لاهاي على تحقيقها.
4. نوصي القضاء العراقي عند النظر في دعاوى تتعلق بمسائل المسؤولية الابوية، ان يوظف ما ورد من حكم في المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي واتباع القواعد الاكثر شيوعاً لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى.

الهوامش

- (1) خليل ابراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012، ص102.
- (2) الغرض من تعريف القواعد الموضوعية، ليس اعادة ما طرحه بعض من الكتاب من تعاريف، لكن لاثبات ان هذا المنهج بإمكانه ان ينظم علاقات اخرى غير التجارية منها فقط.
- (3) د. احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2004، ص8.
- (4) Bauer, Hubert, Les traités et les règles de droit international privé matériel, Rev. Crit. D.I.P. 1966, P539
- (5) المرجع نفسه. ص539.
- (6) د. محمد عبدالله محمد المؤيد، منهج القواعد المادية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص38.
- (7) خليل ابراهيم محمد، مصدر سابق، ص104.
- (8) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة واحكام القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977، ص10.
- (9) وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لدول التعاون الخليجي العربي، التي تضمنت قواعد موضوعية في مسائل الأحوال الشخصية، ينظر محمد جبر اللافي، مراجعة وتعليق على وثيقة مسقط، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق جامعة الكويت، العدد الاول، السنة السادسة والعشرون، 2002، ص273 وما بعدها.



(10) ينظر المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة الذي يستضيفه المجلس الأعلى بالمحكمة المغربية، منشور على شبكة الانترنت، وقت الدخول 2022/10/7، 7:55 م. على الرابط ادناه:-

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://assets.hcch.net/docs/335e5bc8-cbf2-49a5-b131-ac7283113a54.pdf&ved=2ahUKEwigq7uhuf7AhWVRPEDHUd5CRYQFnoECAgQAQ&usg=AOvVaw164jirVZ02Pu9vTrKJNGX>

(11) انظر المادة 1/ أ، ب، ج، د من اتفاقية لاهاي لعام 1996.
(12) بموجب المادة 2/23 يمكن رفض الاعتراف في حالات معينة هي :- " أ. إذا تم اتخاذ الإجراء من قبل سلطة لم يكن اختصاصها القضائي قائماً على أحد الأسباب المنصوص عليها في الفصل الأول. ب. تم اتخاذ الإجراء ، إلا في حالة الاستعجال ، في سياق إجراء قضائي أو إداري ، دون إتاحة الفرصة للطفل للاستماع إليه ، في انتهاك لمبادئ الإجراءات الأساسية للدولة المطلوب منها. ج. بناءً على طلب أي شخص يدعي أن الإجراء ينتهك مسؤوليته الأبوية ، إذا تم اتخاذ هذا الإجراء ، إلا في حالة الاستعجال ، دون إعطاء هذا الشخص فرصة الاستماع إليه. د. إذا كان هذا الاعتراف يتعارض بشكل واضح مع السياسة العامة للدولة المطلوب منها ، مع مراعاة مصالح الطفل الفضلى. هـ. إذا كان الإجراء غير متوافق مع إجراء لاحق تم اتخاذه في الدولة غير المتعاقدة للإقامة المعتادة للطفل ، حيث يفى هذا الإجراء لاحقاً بمتطلبات الاعتراف في الدولة المطلوب منها. و. إذا لم يتم الامتثال للإجراء المنصوص عليه في المادة 33.

(13) خليل ابراهيم محمد، مصدر سابق، ص236.
(14) انظر وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لسنة 1996، منشور على شبكة الانترنت على الرابط ادناه:-

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://nshr.org.sa/wp-content/uploads/2013/10/%25D9%2588%25D8%25AB%25D9%258A%25D9%2582%25D8%25A9-%25D9%2585%25D8%25B3%25D9%2582%25D8%25B7-%25D9%2584%25D9%2584%25D9%2586%25D8%25B8%25D8%25A7%25D9%2585-%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2582%25D8%25A7%25D9%2586%25D9%2588%25D9%2586-%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2585%25D9%2588%25D8%25AD%25D8%25AF-%25D9%2584%25D9%2584%25D8%25A3%25D8%25AD%25D9%2588%25D8%25A7%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25B4%25D8%25AE%25D8%25B5%25D9%258A%25D8%25A9-%25D9%2584%25D8%25AF%25D9%2588%25D9%2584->

https://www.researchgate.net/publication/352585258AC%25D9%2584%25D8%25B3-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25B9%25D8%25A7%25D9%2588%25D9%2586-%25D8%258C-2001.pdf&ved=2ahUKEwi6n7TYouz7AhVXbvEDHSUBAV8QFnoECA8QAQ&usg=AOvVaw13W_Yzm9YJ2GKL0OR9Heu

(15) للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، ينظر:- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، التركي للكمبيوتر والطباعة، اطنطا، مصر، 2007، ص125.

(16) المصدر نفسه، ص125.

(17) إن مجلس التعاون الخليجي خطا خطوات حثيثة من خلال توحيد تشريعات للدول المنظمة لهذه الوثيقة، حيث فصل في كثير من الاحكام التي كانت موضوع اختلاف بين هذه الدول وتمارس فيه على وفق الاعراف والتقاليد.

(18) د. محمد جبر اللافي، مراجعة وتعليق على وثيقة مسقط للنظام " القانون " الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي العربية، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الكويت، العدد الاول، السنة السادسة والعشرون، 2002، ص273.

(19) نصت المادة 291 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، على نفس الفقرات اعلاه من وثيقة مسقط وجاء في فقرة ج. " تسترشد المحاكم في كل ذلك بالعمل القضائي العربي، والفقه الاسلامي"، وجاء في المذكرة التفسيرية حول هذا النص " ولذا فقد احوالت الفقرة ب من هذه المادة الختامية على تلك القواعد الشرعية، فيحكم القضاة المختصون بمقتضى ما هو اكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون مسترشدين من احكامهم واقيستهم بالعمل القضائي العربي الذي اشار اليه الفقهاء في كتبهم ومؤلفاتهم وفتاواهم" ومن ثم ترك هذا المشروع هامشاً عريضاً لتقدير القاضي في التفسير وفقاً للمصلحة والعرف المستقر والمبادئ القضائية التي تسود الدول العربية. ينظر خليل ابراهيم، مصدر سابق، ص 227 هامش رقم 3.

(20) كذلك التحريم بالرضاع ونصه على ان:- "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" اذا وقع الرضاع في العامين الاولين.

(21) نصت المادة 136 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية على ان " تستمر الحضانة وحتى يتم الفتى الرابعة عشر من عمره، والى ان تتزوج الفتاة ويقع الدخول بها، كل ذلك مالم يقدر القاضي خلافه لمصلحة المحضون".

(22) د. محمد جبر اللافي، مصدر سابق، ص277.

(23) المصدر نفسه، 280.

(24) صادق العراق على هذه الاتفاقية بالقانون رقم 3 لسنة 1994، المنشور في الوقائع العراقية، بالعدد 35 لسنة 1994.

(25) انظر اعلان حقوق الطفل، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 1386 في 20 نوفمبر لسنة 1959، الفقرة 2.

(26) NIKOLETT TAKACS, the threefold concept of the best interests of the child in the immigration case law of the ACTHR, Hungarian journal of legal studies 62-2021, p98.

- (27) المصدر نفسه، ص99.
- (28) د. عبد الحليم بو شكير، مبدأ المصالح الفضلى للطفل، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، مجلة العلوم الانسانية لجامعة ام البواقي، المجلد 7، العدد 3، 2020، ص80.
- (29) نسرين ايناس بن عصان، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، ص80.
- (30) المادة 75 من قانون الاحوال الشخصية النافذ والمعدل رقم 188 لسنة 1959، الفقرة 7. "في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك عندما تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعيه بذلك مصلحة المحضون.
- (31) رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة، محكمة الاحوال الشخصية في بغداد الجديدة، رقم الدعوى/6636/ش/2020، في 2021/2/22.
- (32) قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الاحوال الشخصية رقم 6566/ احوال شخصية/2021، ت6533.
- (33) نصت المادة 22 من اتفاقية لاهاي لعام 1996 على انه: "لا يمكن رفض تطبيق القانون المشار اليه من مقتضيات هذا الباب، الا اذا كان تطبيق مقتضياته يتعارض بصورة واضحة للنظام العام الذي تراعي فيه المصلحة العليا للطفل"
- (34) د. عبد الحكيم ابو شكير، مصدر سابق، ص80-84.
- (35) Article 373/2/6 of the French Civil Code: " judge of the tribunal de grande instance in charge of family causes shall settle issues brought before him in the framework of this Chapter in watching in particular over the safeguarding of the welfare of minor children. The judge may order measures that allow to protect continuity and effectiveness of the keeping of the bonds of the child with each of his parents. He may in particular order an entry on the passports of the parents to prohibit the child's departure from the territory without the authorization of the two parents".
- (36) د. عبد الحكيم ابو شكير، مصدر سابق، ص85.
- (37) Cour de cassation, chambre, civile du 18 mai 2005, n 2-20-613
- نقلا عن د. عبد الحكيم ابو شكير، مصدر سابق، ص85.
- (38) استاذنا: د. اياد مطشر صيهود، اسس القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص177.
- (39) د. جميلة وحيد، اليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، ط1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007، ص31.
- (40) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والاثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي، كليه الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة، بدون سنة، ص170.
- (41) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي، بدون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص40.
- (42) Goldman, B, contemporary problems in international commercial Arbitration, Julian DM. Lewledl, 1986, p113.

- (43) خليل ابراهيم محمد، مصدر سابق، ص136.
- (44) د. محمد عبد الله المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص456.
- (45) د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية، العدد40، 1984، ص133.
- (46) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف الاسكندرية، ط3، 1993، ص300-302.
- (47) د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص141-143.
- (48) د. علي الهادي الاسود، العلاقات بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الاسناد، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون جامعة الزاوية، العدد السابع، 2015، ص32.
- (49) استاذنا: د. اياد مطشر صيهود، الاثيل في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص266.
- (50) د. صادق زغير محسن، القواعد المادية ذات التطبيق الضروري المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1997، ص21 وما بعدها.
- (51) نسرين حسن كوني، اثر القانون الشخصي على قواعد تنازع الاحوال الشخصية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة ذي قار، 2017، ص102.
- (52) د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص152.
- (53) سميرة كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الاجنبية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بالكايد، الجزائر، 2016، ص334.
- (54) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص201.
- (55) د. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري...، مصدر سابق، ص163.
- (56) استاذنا: د. محمد خيرى كصير، مصدر سابق، ص120.
- (57) سميه كمال، مصدر سابق ص 339.
- (58) محمد بلاق. منهج القواعد ذات تطبيق الضروري في اطار العلاقات الخاصة الدولية، مجله البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 1، لسنة 2021، ص 244.

المصادر

اولاً: الكتب

1. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي، بدون طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
2. اياد مطشر صيهود، اسس القانون الدولي الخاص، ط1، دار السنهوري ببيروت، ٢٠١٨.
3. اياد مطشر صيهود، الاثيل في القانون الدولي الخاص، ج5، الطبعة الاولى، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021.
4. جميلة وحيد، اليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، ط1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007.
5. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، التركي للكمبيوتر والطباعة، اطنطا، مصر، 2007.

6. عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والاثار المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئه التحكيم، دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة، بدون سنة.
7. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠١٢.
8. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد المادية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
9. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
10. هشام علي صادق، تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري الواقعة على ظهر السفينة في ضوء المبادئ العامة واحكام القضاء، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1977.
11. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف الاسكندرية، ط 3، 1993.

ثانياً: الاطاريح

1. خليل ابراهيم محمد، تكامل مناهج تنازع القوانين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.
2. سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الاجنبية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بالكايد، الجزائر، 2016.

ثالثاً: الرسائل

1. احمد مهدي صالح، القواعد المادية في العقود الدولية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2004.
2. صادق زغير محسن، القواعد المادية ذات التطبيق الضروري المباشر في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1997.
3. نسرين ايناس بن عصان، مصلحة الطفل في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.
4. نسرين حسن كوني، اثر القانون الشخصي على قواعد تنازع الاحوال الشخصية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة ذي قار، 2017.

رابعاً: البحوث

1. احمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المجلة المصرية، العدد 40، 1984.
2. عبد الحليم بو شكيرة، مبدأ المصالح الفضلى للطفل، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، مجلة العلوم الانسانية لجامعة ام البواقي، المجلد 7، العدد 3، 2020.
3. علي الهادي الاسود، العلاقات بين القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري وقواعد الاسناد، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون جامعة الزاوية، العدد السابع، 2015.
4. محمد بلاق. منهج القواعد ذات تطبيق الضروري في اطار العلاقات الخاصة الدولية، مجله البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 1، لسنة 2021.
5. محمد جبر اللافي، مراجعة وتعليق على وثيقة مسقط للنظام " القانون" الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي العربية، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الكويت، العدد الاول، السنة السادسة والعشرون، 2002.

خامساً: المصادر الأجنبية

1. Bauer, Hubert, Les traités et les règles de droit international privé matériel, Rev. Crit. D.I.P. 1966
2. Goldman, B, contemporary problems in international commercial Arbitration, Julian DM. Lewledl, 1986
3. NIKOLETT TAKACS, the threefold concept of the best interests of the child in the immigration case law of the ACTHR, Hungarian journal of legal studies 62-2021

سادساً: الاتفاقيات

1. اتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة باختصاص والقانون المطبق والاعتراف والتتفيذ والتعاون في مجال المسؤولية الابوية.
2. وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لسنة 1996.

سابعاً: المواقع الالكترونية

3. المؤتمر القضائي المغربي حول الحماية عبر الحدود للأطفال والعائلة الذي يستضيفه المجلس الاعلى بالمحكمة المغربية، منشور على شبكة الانترنت، وقت الدخول 2022/10/7، 7:55 م. على الرابط ادناه:-

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://assets.hcch.net/docs/335e5bc8-cbf2-49a5-b131-ac7283113a54.pdf&ved=2ahUKEwigq7uhruf7AhWVRPEDHUd5CRYQFnoECAgQAQ&usg=AOvVaw164jirVZ02Pu9vTrKJNGX>

1. وثيقة مسقط للنظام (القانون) الموحد للأحوال الشخصية لسنة 1996، منشور على شبكة الانترنت على الرابط ادناه:-

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://nshr.org.sa/wp-content/uploads/2013/10/%25D9%2588%25D8%25AB%25D9%258A%25D9%2582%25D8%25A9-%25D9%2585%25D8%25B3%25D9%2582%25D8%25B7-%25D9%2584%25D9%2584%25D9%2586%25D8%25B8%25D8%25A7%25D9%2585-%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2582%25D8%25A7%25D9%2586%25D9%2588%25D9%2586-%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2585%25D9%2588%25D8%25AD%25D8%25AF-%25D9%2584%25D9%2584%25D8%25A3%25D8%25AD%25D9%2588%25D8%25A7%25D9%2584-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25B4%25D8%25AE%25D8%25B5%2>

[5D9%258A%25D8%25A9-
%25D9%2584%25D8%25AF%25D9%2588%25D9%2584-
%25D9%2585%25D8%25AC%25D9%2584%25D8%25B3-
%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AA%25D8%25B9%25D8%25A7%2
5D9%2588%25D9%2586-%25D8%258C-
2001.pdf&ved=2ahUKEwi6n7TYouz7AhVXbvEDHSUBAV8QFnoECA8QA
Q&usg=AOvVaw13W_Yzm9YJ2GKL0OR9Heu](#)

ثامناً: المجاميع القضائية

أ. القرارات

- رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة، محكمة الاحوال الشخصية في بغداد الجديدة، رقم
الدعوى/6636/ش/2020، في 2021/2/22.
- قرار محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الاحوال الشخصية رقم 6566/ احوال شخصية/2021، ت6533.

The material rules approach in determining the law applicable to parental responsibility

Muhammad Khairy Ghasir

Ammar Jasim Hameed

legalur@yahoo.com

alfreegeammar@gmail.com

Abstract:

In private international law, defining approaches has become realistic and positive to take advantage of this multiplicity to solve problems of conflict of laws, and because of the shortcomings of the approach to the rules of attribution to regulate some aspects of international private relations, another approach has been created, which is the approach of objective rules, which is closely linked to international trade, but this It does not preclude the possibility of organizing objective rules in other areas such as tort liability, personal status, etc., and there is another approach besides these two approaches which is the approach of rules with the necessary application.

The aim of this approach is to protect the political, social and economic foundations of the kadi's state; I want these rules to apply directly to the relations in dispute, regardless of whether the relations are internal or include a foreign element.

Parental responsibility is a popular reformer in European countries and international conventions, for example the Hague Convention of 1996 related to jurisdiction and the applicable law in the field of parental responsibility, as it defines it as: "Parental authority, or any similar authority relationship, that determines the rights, powers and obligations of parents, or The guardian, or any other legal representative, towards the person or money of the child." With this description, it has become clear that the course of the Convention is moving towards protection and immunity and guaranteeing the best interest of the child in all its personal, educational and financial aspects.

Several international agreements were held, the topics of which revolved around personal status, including the aforementioned agreement, which is a combination of the rules of attribution and substantive rules. law) in the field of personal status, but after these texts were drawn up, I left a wide margin for each country to practice in accordance with customs and traditions, thus opening the door to refer to the rules of attribution to determine the applicable law in the field of personal status.