

# Islamic Law, Private International Law & Cross-Border Child Abduction

By Anver M. Emon and Urfan Khaliq<sup>1</sup>

## Executive Summary

This report provides an in-depth analysis of complex legal issues concerning The 1980 Hague Abduction Convention and the fact that most Muslim majority states have not acceded to it. As is often noted, Muslim majority states have not acceded to the 1980 Abduction Convention because of a presumed incompatibility with Islamic law (or *Sharīʿa*), specifically its child custody rules. Those rules are legislated in statutory form across the Muslim majority world. Specific legislation in these countries, variously called family law or personal status law (Arabic, *al-aḥwāl al-shakhṣiyya*), blend historical doctrines from the Islamic legal past with the institutional and administrative processes of the modern state. Studies and commentators on both sides of the divide have framed this diplomatic encounter, in various terms, such as a “clash of civilizations”, universalism or cultural relativism, neo-imperialism versus self-determination, and so on. For some on both sides of the issue, international law is suspected as a pretext for ongoing forms of a European cultural domination of the global south.

This report argues rejects all of the above arguments as misdirection. The common perception that *Sharīʿa* precludes Muslim majority state accession to

---

<sup>1</sup> The authors would like to thank Global Affairs Canada for providing funding for this research project. Views and opinions expressed in this report are those of the authors and does not reflect the views of Global Affairs Canada or the Government of Canada.

the 1980 Hague Abduction Convention, fails to appreciate the complex debates on custody rules in early Islamic history. Moreover, they are mistaken in presuming that the Abduction Convention, as a private international law instrument, necessarily involves a substantive conflict with Islamic law or modern statutory law in Muslim majority countries. On the other hand, those who describe this issue as a site of civilizational conflict neither understand the historical Islamic legal doctrine, nor appreciate the important developments in the Muslim majority world in furtherance of more robust legal regimes that protect the interests of children.

This report shows that a way forward on the issue of international child abduction and Islamic law is to emphasize the need in Muslim majority states of more robust jurisdictional rules that guide judges in cases where foreign elements present themselves in domestic litigation. Such elements may be a foreign court order, or a foreign party claiming that an abduction has occurred from a habitual residence located across jurisdictional borders. The report and this summary offer specific recommendations that explain the above legislative program.

With a view to enhancing the knowledge and capacity of all sides to this debate, the full report provides an overview of private international law, Islamic custody and jurisdictional rules, and the domestic jurisprudence of select Muslim majority countries. Divided into three parts, it offers a frame of analysis for a systemic dialogue between experts of private international law and Islamic law in terms of, the history of each legal tradition, and their place in state legislation and international practice. Written for a diplomatic and policy audience, the full report does not assume the reader will be conversant in either or both legal traditions. Indeed, the aim is to bring both together in a single report in order to highlight how ongoing debates on this issue have been fundamentally misdirecting.

Part I addresses private international law with a specific focus on the drafting history of the 1980 Hague Abduction Convention. In particular, the report emphasizes how the 1980 Abduction Convention was drafted on the assumption

that automatic return was in the best interests of the child. The Convention's drafters purposely did not define "best interests"; instead they asserted that automatic return is *presumptively* in the best interests of the child. The presumptive quality of automatic return can, like most presumptions in law, be defeated. Part I will explore jurisprudence on certain exceptions to the automatic return mechanism for which the Abduction Convention is widely hailed as a success. Part I also addresses the 1996 Hague Convention on Parental Responsibility and the Protection of Children (the Protection Convention), which addressed the limits in the Abduction Convention. As will be suggested in the Conclusion, the Protection Convention offers an important instrument for Muslim majority states to join as they pursue greater international legal cooperation in cases of cross-border child abduction.

Part II introduces the reader to early Islamic legal doctrines and debates on child custody. It offers an overview of the relevant terms of art concerning guardianship (*wilāya*) and custodial authority (*ḥiḍāna*). The review of various custodial rules reveal that the historical doctrines operated as *legal presumptions* that sought to maximize the best interests of the child, or what premodern Muslim jurists called in Arabic the *ḥaẓẓ al-walad*. With this in mind, the premodern rules on child custody operated under a legal logic akin to the Abduction Convention's automatic return provision – they are all legal presumptions that may be defeated if they do not uphold the best interests of the child. The report examines the operation of these presumptions by reference to three examples, (a) the remarriage limitation on a mother's custodial authority, (b) the religious affiliation limitation on a mother's custodial authority, and (c) the significance of the child's age in determining custodial authority.

What follows from this analysis? If both the Abduction Convention and the premodern rules operate as legal presumptions in the service of the child's best interests, do they share similar concerns about whether unilateral removal of a child is ever in the best interests of that child? The report will examine closely a premodern debate on this very issue, where jurists recognized that removal of

children from their residential setting raises fundamental concerns about the interests of the child. That premodern debate parallels the spirit underlying the Abduction Convention, thereby suggesting greater confluence between the premodern Islamic legal regime and the modern international legal establishment. In other words, there is support within the Sharīʿa to develop private international law rules and to promote international cooperation on child abduction issues between Muslim majority states and other state parties, whether Muslim majority or not.

The shared concern on removal suggests that contemporary debates on Islamic law and child custody, which are often framed around human rights or gender equality, misdirect our attention from the real challenge underlying international child abduction and the Muslim majority state.

The real challenge, as Part III shows concerns the absence in early Islamic legal history of a robust private international law doctrine. Pre-modern jurists framed their legal doctrines by reference to an imperial vision of the Islamic polity that divided the world into the abode of Islam (*dar al-Islam*) and the abode of war (*dar al-harb*). Modern commentators often see this Manichean divide as evidence of an Islamic intolerance of religious difference, or an underlying ethic of war and conquest in Islam (i.e. *jihād*). However, the line that separated these two abodes also served jurisdictional purposes. When viewed through the lens of jurisdiction instead of *jihad*, these two abodes are more akin to the *domestic* and the *foreign*. Importantly for the purpose of the report, when premodern Muslim jurists addressed complex cases of jurisdiction over “foreign” matters they opted for two course of action, either to refuse jurisdiction entirely, or assume jurisdiction while imposing “domestic law” (i.e. Sharīʿa) as the rule of decision. Their decision often turned on whether the parties were Muslim before or after the transaction, whether the transaction originated outside the abode of Islam, and so on. At a minimum, the idea that a different, foreign legal system might inform the legal determinations of a “domestic” Islamic court would have been perceived as undermining the imperial dynamic of the Sharīʿa.

In short, the premodern notion of “private international law” was little more than a zero-sum game that applied jurisdictional rules in light of an imperial ethic. This approach contrasts decisively with the history and function of private international law, which presumes a modern state system of equal and distinct sovereign states, each of which exercises sovereignty legitimately. But for premodern Muslim jurists, the notion of a sovereign state did not inform how they saw the world or the borders that divided it into regional parts.

In more recent history, the Muslim majority world had little reason to develop a private international law regime in matters such as child custody because it was not a substantial issue that they dealt with in courts. On the other hand, the 20<sup>th</sup> century witnessed considerable international investment in the region, which created incentives to establish robust jurisdictional rules in areas of commerce, finance, and trade. Indeed, in some cases, in the absence of a private international law statute, they might even yield their jurisdiction to the law of a foreign regime. The Dubai International Financial Center is one example of how the UAE demarcates a physical part of its territory as a separate, independent legal jurisdiction subject to UK law, for purposes of enticing investment and finance in the country.

The turn to private international law offers a slate of options going forward that the report identifies in the Conclusion as recommendations to Muslim majority countries that implement Islamically inspired family law acts and have thus far refused to accede to the Abduction Convention. *Importantly, one thing the report does not recommend is that Muslim majority countries reform their domestic family law.* This absence may surprise those who have come to expect a human rights and/or gender justice framework in any conversation about Islamic family law. **This report argues, instead, that the best chance to secure Muslim majority states’ cooperation in cases of international child abduction involves an accession package of the 1980 Abduction Convention and the 1996 Protection Convention, implemented as domestic law with legislative directives to judges concerning cases in which a “foreign element” is**

**present.** We believe such a narrowly tailored legislative approach, without fundamental change to domestic family law, has the greatest chance of success because it will permit Muslim majority states to accede to the two Hague Children's conventions without expending considerable domestic political capital in doing so.

## Recommendations and Rationale

Legislators in Muslim majority states today must contend with a different political logic than that which animated premodern Muslim jurists when they developed legal doctrines on jurisdiction. Rather, in a global context in which legal issues travel across jurisdictions, the pre-modern zero-sum game approach to jurisdiction and legal analysis runs against principles of cooperation and mutual respect that animate not only international relations but also represent the very core of private international law. With regard to international child abduction, we recommend the following:

- Muslim majority countries that have not already done so should first accede to the 1996 Hague Protection Convention, a more traditional private international law convention that concerns, among other things, foreign orders and awards. There are two virtues of acceding to the 1996 Protection Convention. *First*, Muslim majority states, with limited capacity or expertise to develop private international law statutes of their own in this area of law, will benefit from the model that the 1996 Protection Convention offers. *Second*, acceding to the 1996 Protection Convention will also ensure reciprocity between signatory states. This works to the advantage of nationals of Muslim majority countries who travel with their families abroad for education or work. Muslim majority countries that accede to the Protection Convention effectively uphold the integrity of their

legal system, which in turn protects their citizens' custodial interests when their children travel abroad.

- Muslim majority countries, which have not done so already, should subsequently accede to the 1980 Hague Abduction Convention. The virtue of the Abduction Convention is the importance of the automatic return mechanism for Muslim majority countries whose citizens are vulnerable to the vicissitudes of global migration, trade and development. Families face cross-border disputes that are natural due to migration, resettlement and dual nationalities between Gulf countries and other majority Muslim countries in the broader region, such as Lebanon and Egypt.

Acceding to both conventions can be represented to their domestic constituency as an "Accession Package" that in the aggregate, reflects the responsibility of the state to protect the familial interests of its citizens when they travel abroad, and protect their interests in cases of mixed marriages between nationals of different countries. The 1996 Protection Convention will protect the interests of domestic residents when they are abroad participating in the global economy. The 1980 Hague Abduction Convention, when implemented domestically, signals the state's protection of the choices each citizen makes in an environment of demographic diversity. Moreover, both Conventions are reflective of state obligations to children under the Convention on the Rights of the Child

- Muslim majority states that accede to the 1980 Hague Abduction Convention and the 1996 Protection Convention, and implement them legislatively, should also legislate directions to their domestic judges in custody cases involving "foreign elements" (e.g. foreign enforcement order or factual claims of a foreign habitual residence). That rule should instruct judges adjudicating custody issues with foreign elements that they should not apply the prevailing Personal Status Law, but rather the domestic legislation that implement the Abduction and

Protection Conventions. By adopting this approach, Muslim majority countries do not need to modify or amend their Personal Status Law rules on custody. Rather, they legislatively implement the two conventions with express directives to judges concerning when to decide a custodial issue pursuant to different legislation. The virtue of this model is that Muslim majority states will avoid the internal and no doubt intense political contest that would necessarily arise in any attempt to reform their personal status laws.

By acceding to both the 1980 and 1996 Hague Conventions, implementing both through domestic legislation, and providing legislative directives to judges in custody cases having foreign elements, Muslim majority countries achieve four key outcomes.

- *First*, domestic courts preserve jurisdiction in all cases; the only issue will be which law they must apply and whether the court will refer the case to the state's Central Authority as delineated under the Hague Conventions.
- *Second*, Muslim majority countries retain sovereign control and oversight of their Personal Status Law.

These first two objectives uphold the state's commitment both to Islamic law and international cooperation across a range of legal issues. Legal cooperation in this area requires a robust private international law regime. But as explained in the full report, that cooperation does not require a politically costly domestic process of family law reform. Far from suggesting that Muslim majority countries ought to revise their personal status codes—an internal point of domestic law subject to varying demands among divergent parties and interests—this approach suggests that personal status codes exist *alongside and parallel with* a more robust private international law regime that anticipates the reality of an interstate system of equal sovereigns.



- *Third*, this particular approach will force states in North America, Europe and others of a European cultural heritage to more effectively engage and integrate global legal traditions into the universal application of the 1980 Hague Abduction Convention. The proposal preserves intact the personal status laws of Muslim majority countries. It offers a private international law bypass in limited custody cases where a foreign element is involved. This private international law work-around, which is framed by the domestic incorporation of the Abduction and Protection Conventions, ought to survive an Article 20 challenge under the Abduction Convention.
- *Fourth*, and most importantly, the children whose lives have been ruined by warring parents and competing sovereign states will no longer be pawns in a game that is played on their bodies. Indeed, in the discussions about sovereignty and legal orders, it is easy to forget that the claims of states are shamefully hoisted on the backs of children.

Whether Muslim majority states can anticipate such a legislative move will in part depend on how they come to terms with the Islamic past and its hold on their legislative present. This report reflects on that past for those states that may consider accession to the Abduction and Protection Conventions. In particular, it shows that international legal cooperation in this field—and the mutual responsibility between states that it implies—changes the imagined political space that informs the content of the law. Premodern Muslim jurists imagined a political space of empire as they developed their *fiqh* on a wide range of issues. The absence of a robust private international law regime in early Islamic law is best explained as resulting from an imperial logic that viewed the political other as opponent or soon-to-be-subdued, rather than with the mutuality and respect that characterize the modern inter-state system.

## About the Authors

**Anver M. Emon.** Professor and Canada Research Chair in Religion, Pluralism and the Rule of Law, University of Toronto, Faculty of Law (Canada). Dr. Emon is a scholar of premodern and modern Islamic law, both inside and outside the Muslim majority world. Author of various articles, his books include, *Islamic Natural Law Theories* (Oxford: Oxford University Press, 2010); *Religious Pluralism and Islamic Law: Dhimmis and Others in the Empire of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012); and a co-edited collection, *Islamic Law and International Human Rights Law: Searching for Common Ground?* (Oxford: Oxford University Press, 2012). He is the Editor in Chief of *Middle East Law and Governance*, and the General Editor of the *Oxford Islamic Legal Studies Series*.

*Contact:* [anver.emon@utoronto.ca](mailto:anver.emon@utoronto.ca)

*Website:* <https://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/anver-m-emon>

**Urfan Khaliq.** Professor of Public International and European Laws, Cardiff Law School (UK). Professor Khaliq's research and teaching interests encompass: EU Law, Public International Law, International Human Rights Law, Foreign Policy and aspects of Islamic Law. He is the author of a number of articles in leading law journals, chapters in edited collections as well as the award winning monograph *Ethical Foreign Policies of the European Union: A Legal Appraisal* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008). He is a member of the Cardiff University Jean Monnet Centre of Excellence for European Law and Governance, and Professeur Invité in Public Law at the Université de Picardie-Jules Verne, Amiens. He has acted as an advisor to a number of NGOs and bodies such as the European Commission, and is an Advocate of the Punjab High Court, Pakistan where he provides pro bono legal advice to street children in conflict with the law as well as helping with the training in international human rights law of the Pakistani judiciary and legal profession.

*Contact:* [Khaliq@cardiff.ac.uk](mailto:Khaliq@cardiff.ac.uk)

*Website:* <http://www.law.cf.ac.uk/contactsandpeople/Khaliq>

# القانون الدولي الخاص والشريعة الإسلامية والاختطاف الدولي للأطفال

تأليف أنفر م. إيمون و عرفان خالق<sup>1</sup>

## ملخص تنفيذي

يقدم هذا التقرير تحليلاً معمقاً وشاملاً عن المسائل القانونية المعقدة فيما يتعلق باتفاقية لاهاي المعنية بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للأطفال (أو اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختطاف) لعام ١٩٨٠ في ظل واقع أن معظم الدول ذات الغالبية المسلمة لم تنضم لتلك الاتفاقية. ويتم عادةً إرجاع سبب عدم انضمام الدول ذات الغالبية المسلمة إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بالأطفال (١٩٨٠) إلى التعارض المفترض بين الاتفاقية والشريعة الإسلامية، وخاصة الأحكام المتعلقة بحضانة الطفل. وقد تم إقرار هذه الأحكام في القوانين التشريعية في العالم الإسلامي. يُشار إلى هذه التشريعات المحددة في هذه الدول بقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية، وهي مزيج من المبادئ والأصول التاريخية من المنظور القانوني القديم في الإسلام والعمليات المؤسسية والإدارية للدولة الحديثة. وقد قامت الدراسات والباحثون الممثلون لكلا الجانبين من النقاش بالإشارة إلى هذا المزيج الدبلوماسي باستخدام عدد لا بأس به من المصطلحات مثل "تصادم الحضارات"، أو الشمولية أو النسبية الثقافية أو الاستعمار الحديث مقابل التقرير الذاتي، الخ. يرى البعض على كلا الجانبين من الحوار أن القانون الدولي يعتبر بمثابة حجة أو ذريعة للأشكال المستمرة من الهيمنة الثقافية الأوروبية على جنوب العالم.

هذا التقرير يختلف مع جميع النقاط السابقة ويعتبرها نوع من التضليل. الاعتقاد السائد بأن الشريعة الإسلامية هي ما تمنع الدول ذات الغالبية المسلمة من الانضمام لاتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختطاف لعام ١٩٨٠ لا يضع في الاعتبار حقيقة الطبيعة المعقدة للجدالات السائدة حول أحكام حضانة الأطفال في بدايات التاريخ الإسلامي. بالإضافة لذلك، فهم على خطأ في افتراضهم أن الاتفاقية المتعلقة بالاختطاف باعتبارها أداة للقانون الدولي الخاص تنطوي بالضرورة على الصراع الجوهرية مع الشريعة الإسلامية أو التشريع القانوني الحديث في الدول ذات الغالبية المسلمة. وعلى الجانب الآخر، فهؤلاء الذين يصفون هذه المسألة باعتبارها محل صراع حضاري لا يفقهون المذهب القانوني والإسلامي والتاريخي كما لا يقدرون أو يضعون في الاعتبار التطورات الهامة في العالم الإسلامي لتعزيز أنظمة قانونية أكثر قوة يمكنها حماية مصالح الأطفال.

<sup>1</sup> يود الكاتبان شكر الإدارة الكندية للشؤون العالمية (Global Affairs Canada) على تقديمها التمويل اللازم لمشروعها البحثي. الآراء ووجهات النظر المعرب عنها في هذا التقرير هي الآراء الخاصة بالكاتبين ولا تمثل بالضرورة وجهات نظر الإدارة الكندية للشؤون العالمية أو الحكومة الكندية.

هذا التقرير يوضح ضرورة التأكيد على حاجة الدول ذات الغالبية المسلمة إلى أحكام قضائية أكثر قوة والتي توجه القضاة في الحالات حيث تشتمل القضايا المحلية على عناصر أجنبية وكل ذلك من أجل التطرق لقضية الاختطاف الدولي للأطفال في ظل الشريعة الإسلامية. هذه العناصر الأجنبية قد تكون أمر صادر من محكمة أجنبية أو طرف أجنبي يدعي أن الاختطاف قد وقع من مقر إقامة اعتيادية تقع عبر حدود الولاية القضائية. هذا التقرير وهذا الملخص يقدمان توصيات خاصة ومحددة لشرح هذا البرنامج التشريعي المقترح.

بهدف تعزيز معرفة وقدرات جميع الأطراف المعنية في هذا النقاش، فإن التقرير الكامل يقدم نظرة شاملة عن القانون الدولي الخاص وحضانة الطفل في ظل الشريعة الإسلامية والأحكام القضائية والنظام القضائي المحلي لبعض الدول المختارة ذات الغالبية المسلمة. هذا التقرير المقسم إلى ثلاثة أجزاء يقدم إطار تحليلي لحوار منهجي بين الخبراء في القانون الدولي الخاص والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالخلفية التاريخية لكل من الإطارين القانونيين ووضعهما في تشريع الدولة المعنية والممارسة الدولية. التقرير الكامل موجه إلى فئة القراء من الدبلوماسيين وأصحاب القرارات كما لا يفترض التقرير أن القراء على معرفة تامة بالإطارين القانونيين الرئيسيين اللذين يتم مناقشتهما في هذا التقرير. الهدف الأساسي هو الجمع بين الإطارين تحت مظلة واحدة وهو هذا التقرير حتى يتمكن من توضيح كيف أن النقاشات المستمرة في هذا الموضوع هي بالأساس مضرلة.

الجزء الأول من التقرير يناقش القانون الدولي الخاص مع التركيز على الخلفية التاريخية التي أدت إلى صياغة اتفاقية لاهي المتعلقة بالاختطاف لعام ١٩٨٠. ويؤكد التقرير بصفة خاصة على كيفية صياغة اتفاقية الاختطاف لعام ١٩٨٠ في ظل افتراض أن الإعادة الفورية هي "أفضل مصلحة" للطفل. إن القائمين بتحرير الاتفاقية لم يقوموا بتعريف "أفضل مصلحة" عن قصد، وبدلاً من ذلك، فقد أكدوا على أن الإعادة الفورية هي *افتراضياً* أفضل مصلحة للطفل. إن الطبيعة الافتراضية للإعادة الفورية يمكن دحرها مثلها مثل أغلب الافتراضات في القانون. سوف يعمل الجزء الأول على استكشاف النظام القضائي فيما يتعلق ببعض الاستثناءات المحددة لآلية الإعادة الفورية والتي تعد بالإجماع الواسع إحدى مجالات النجاح في اتفاقية الاختطاف. ويتطرق الجزء الأول أيضاً إلى اتفاقية لاهي المعنية بالمسؤولية الأبوية وحماية الأطفال (أو اتفاقية الحماية) لعام ١٩٩٦، والتي عالجت أوجه القصور والقيود الواردة في اتفاقية الاختطاف. وكما سنرى في الخلاصة، فنحن نرى أن اتفاقية الحماية تقدم أداة هامة للدول ذات الغالبية المسلمة للانضمام بينما يسعون إلى قدر أكبر من التعاون الدولي في المجال القانوني في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال.

أما الجزء الثاني فيقوم بتعريف القارئ بالأصول القانونية الإسلامية القديمة والنقاشات القائمة حول حضانة الأطفال. يقدم الجزء الثاني نظرة شاملة عن العبارات والمصطلحات المتعلقة بالولاية وحضانة الطفل. إن مراجعة مختلف الأحكام المتعلقة بالحضانة توضح أن الأصول التاريخية قد عملت بمثابة *افتراضات قانونية* تسعى إلى تحقيق أفضل مصلحة للطفل أو كما أشار إليها الفقهاء باللغة العربية قبل عصر الدولة الإسلامية الحديثة "حظ الولد". مع وضع هذه الأمور في الاعتبار، فإن القواعد في القرون الوسطى والمتعلقة بحضانة الطفل قد عملت تحت إطار قانوني مماثل للنص المقرر للإعادة الفورية للطفل بموجب اتفاقية الاختطاف إلا أنها جميعاً افتراضات قانونية يمكن دحرها

إذا لم تكن تؤيد وتعزز أفضل مصالح الطفل. يدرس التقرير آلية عمل هذه الافتراضات بالرجوع إلى ثلاثة أمثلة؛ المثال الأول يتعلق بالقيود المفروضة على حضانة الأم بالنسبة للزواج مرة أخرى، والمثال الثاني يتعلق بالقيود المفروضة على حضانة الأم بالنسبة للانتماء الديني أما المثال الثالث فيتعلق بمدى تأثير عمر الطفل على تقرير من له الأحقية في حضانة الطفل.

ما الذي نخرج به من هذا التحليل؟ إذا كانت اتفاقية الاختطاف والقواعد من القرون الوسطى تعمل بمثابة افتراضات قانونية لخدمة أفضل المصالح للطفل، فهل تنطوي كلاهما أيضاً على أفكار مماثلة حول ما إذا كان نقل الطفل من جانب واحد هو لتحقيق أفضل مصلحة للطفل؟ سيقوم التقرير بدراسة الجدل السابق للدولة الحديثة حول هذا الموضوع بالتحديد عن كثب، حيث أدرك الفقهاء أن نقل الأطفال من بيئتهم السكنية (أي إقامتهم الاعتيادية) تثير العديد من التساؤلات والمخاوف الجوهرية حول مصالح الطفل. إن هذا الجدل من القرون الوسطى يوازي المنطق الكامن في اتفاقية الاختطاف، وبالتالي يقترح مزيجاً أكبر بين النظام القانوني الإسلامي من القرون الوسطى ومنظومة القوانين الدولية الحديثة. وبمعنى آخر، هناك دعم داخل الشريعة الإسلامية لتطوير القواعد الخاصة بالقوانين الدولية الخاصة والحث على التعاون الدولي بشأن القضايا والموضوعات المتعلقة باختطاف الأطفال بين الدول ذات الغالبية المسلمة وغيرها من الأطراف المعنية سواء في الدول ذات الغالبية المسلمة أو غيرها.

إن الشاغل المشترك حول نقل الأطفال يبيّن أن النقاشات العصرية حول الشريعة الإسلامية وحضانة الطفل والتي يتم غالباً تفسيرها حول حقوق الإنسان أو المساواة بين الجنسين توجه انتباهنا بعيداً عن التحدي الحقيقي الكامن في الاختطاف الدولي للأطفال والدول ذات الغالبية المسلمة.

وكما يوضح الجزء الثالث، فإن التحدي الحقيقي يتعلق بغياب قاعدة قوية للقانون الدولي الخاص في الفترة المبكرة من التاريخ القانوني الإسلامي. قام الفقهاء في القرون الوسطى بوضع مذاهبهم القانونية بالرجوع إلى رؤية امبراطورية مهيمنة من نظام الحكم الإسلامي الذي قسّم العالم إلى دار الإسلام ودار الحرب. المعلقون في العصر الحديث عادةً ما يرون هذا التقسيم المانوي كدليل على عدم التسامح الإسلامي مع الاختلاف الديني أو يرونه المنطق الرئيسي وراء الحرب والفتوحات في الإسلام (مثل الجهاد). ومع ذلك، الخط الفاصل بين هذين الدارين قد خدم أيضاً الأغراض القضائية. بالنظر إلى هذين الدارين من خلال عدسة النظام القضائي بدلاً من الجهاد، فهذين الدارين بمثابة المحلي والأجنبي. ولأغراض هذا التقرير، فعندما قام الفقهاء المسلمون في القرون الوسطى بالتطرق للقضايا المعقدة في القضاء والمتعلقة بالمسائل "الأجنبية"، فقد اتجهوا إلى مسارين للعمل، إما رفض القضاء برمته ورفض البت في مثل هذه القضايا أو افتراض القضاء مع فرض "القانون المحلي" (مثل الشريعة الإسلامية) كأساس لاتخاذ القرار. وقد اعتمد قرارهم غالباً على ما إذا الأطراف كانوا مسلمين ما قبل أو بعد الحدث أو المعاملة وما إذا وقعت المعاملة خارج دار الإسلام وهكذا. وعلى أقل تقدير، فإن فكرة أن هناك نظام قانوني أجنبي مختلف قد يعمل بمثابة مرجعية لقرارات المحكمة الإسلامية "المحلية" سيتم اعتبارها فكرة مقوضة للحركة الامبراطورية المهيمنة للشريعة الإسلامية.

بإيجاز، مفهوم "القانون الدولي الخاص" في القرون الوسطى كان بمثابة لعبة دون أطراف رابحة أو أكثر من ذلك بشئ ضئيل، حيث يتم تطبيق القواعد القضائية في ضوء المنطق المهيمن. هذا المنهج يتعارض تماماً مع تاريخ ووظيفة القانون الدولي الخاص والذي يفترض نظام للدولة الحديثة يقوم على دول ذات مستويات متساوية ومختلفة من السيادة، وكل منها تمارس السيادة بشكل قانوني ومشروع. ولكن بالنسبة للفقهاء الإسلاميين في القرون الوسطى، فإن مفهوم الدولة ذات السيادة لم يساهم في تشكيل نظرتهم إلى العالم أو الحدود التي تفصل العالم إلى أجزاء إقليمية.

في الحقبة التاريخية الحديثة، لم يكن لدى العالم الإسلامي أسباب كافية لوضع نظام قانوني دولي خاص للبت في المسائل مثل حضانة الطفل لأنها لم تكن مسألة جوهرية يتم تداولها في المحاكم. على الجانب الآخر، شهد القرن العشرون استثماراً دولياً هائلاً في المنطقة، مما أدى إلى خلق الحافز والدوافع لإنشاء قاعدة متينة من اللوائح القضائية في المجالات التجارية والمالية. وبالطبع في بعض الحالات، في ظل غياب قانون تشريعي دولي خاص، قد تلجأ هذه الدول إلى مواءمة نظامها القضائي مع قانون النظام الأجنبي. ويعد مركز دبي المالي العالمي أحد الأمثلة التي توضح كيف تقوم دولة الإمارات العربية المتحدة بترسيم جزء فعلي من أراضيها كنظام قضائي وقانوني مستقل ومنفصل يخضع للقانون البريطاني، وذلك بغرض جذب الاستثمارات والأنظمة المالية إلى البلاد.

إن التحول إلى القانون الدولي الخاص يقدم قائمة من الخيارات للسير إلى الأمام والتي يسردها التقرير في الخلاصة كمجموعة من التوصيات إلى البلدان ذات الغالبية المسلمة والتي تطبق قوانين الأسرة المستوحاه من الشريعة الإسلامية وحتى تاريخه ترفض الانضمام إلى اتفاقية الاختطاف. وهناك شئ واحد لا يوصى به التقرير وهو أن تقوم البلدان ذات الغالبية المسلمة بإصلاح قوانين الأسرة المحلية الخاصة بها. هذا الغياب قد يفاجئ هؤلاء الذين يتوقعون إطار عمل قائم على حقوق الإنسان و/أو العدالة بين الجنسين في أي حوار يتعلق بقانون الأسرة الإسلامي. هذا التقرير يدفع بأن أفضل فرصة لضمان تعاون البلدان ذات الغالبية المسلمة في قضايا الاختطاف الدولي للأطفال تنطوي على الانضمام لكل من اتفاقية الاختطاف لعام ١٩٨٠ واتفاقية الحماية لعام ١٩٩٦، والتي يتم تنفيذها كقانون محلي به توجيهات تشريعية إلى القضاة فيما يتعلق بالقضايا حيث يكون أحد "العناصر الأجنبية" متواجداً. نحن نؤمن بأن هذا المنهج التشريعي والمتوائم إلى حد ما دون تغيير جوهر في قانون الأسرة المحلي سيكون له فرصة كبيرة للنجاح لأنه سيسمح للدول ذات الغالبية المسلمة للانضمام لاتفاقتي لاهي المتعلقين بالأطفال وتحديداً اتفاقية لاهي لحماية الأطفال واتفاقية لاهي المتعلقة باختطاف الأطفال، وذلك دون استهلاك موارد محلية كبيرة للقيام بذلك سواء الموارد السياسية أو الرأسمالية.

## التوصيات والأساس المنطقي (المبررات)

اليوم، ينبغي على المشرعين في الدول ذات الغالبية المسلمة التعامل مع منطق سياسي مختلف عن المنطق الذي اتبعه الفقهاء المسلمون من القرون الوسطى عند وضعهم للمذاهب القانونية في النظام القضائي. في السياق الدولي

حيث المسائل القانونية تعبر الحدود والولايات القضائية، فإن المنهج قبل ظهور الدولة الحديثة (أي في القرون الوسطى) المتبع في الولاية القضائية والتحليل القانوني والقائم على عدم وجود أطراف رابحة هو منهج يسير عكس مبادئ التعاون والاحترام المتبادل والذي يحرك العلاقات الدولية وكذلك يمثل الجوهر الأساسي للقانون الدولي الخاص. بالنسبة للاختطاف الدولي للأطفال، نحن ننصح بالتوصيات التالية:

- ينبغي على البلدان ذات الغالبية المسلمة أن تنضم أولاً إلى اتفاقية لاهاي للحماية لعام ١٩٩٦ إذا لم تقم بذلك بالفعل، وهي اتفاقية خاصة بالقانون الدولي الخاص وتتعلق بالأوامر والقرارات الأجنبية من بين أشياء أخرى وكل ذلك في النطاق التقليدي للقانون الدولي الخاص. هناك ميزتان عائدتان من الانضمام إلى اتفاقية الحماية لعام ١٩٩٦. أولاً، الدول ذات الغالبية المسلمة والتي بها قدرات أو خبرات محدودة لا يمكنها من تطوير تشريعات للقانون الدولي الخاص بالاعتماد على ذاتها في هذا المجال القانوني، سوف تستفيد هذه الدول من النموذج الذي تقدمه اتفاقية الحماية لعام ١٩٩٦. ثانياً، الانضمام لاتفاقية الحماية لعام ١٩٩٦ سوف يضمن أيضاً المعاملة بالمثل بين الدول الموقعة، مما سينعكس إيجابياً على مواطني البلدان ذات الغالبية المسلمة والذين يسافرون مع أسرهم إلى الخارج للدراسة أو العمل. البلدان ذات الغالبية المسلمة التي تنضم إلى اتفاقية الحماية لديها الفرصة للتأكيد على نزاهة أنظمتها القانونية بشكل فعال، مما بدوره يحمي مصالح المواطنين المتعلقة بالحضانة عند سفر أطفالهم إلى الخارج.

- ينبغي على البلدان ذات الغالبية المسلمة أن تنضم ثانياً إلى اتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختطاف لعام ١٩٨٠ إذا لم تقم بذلك بالفعل. الميزة العائدة من الانضمام إلى اتفاقية الاختطاف تكمن في أهمية آلية الإعادة الفورية بالنسبة للبلدان ذات الغالبية المسلمة حيث قد يتعرض مواطنوها إلى تقلبات الهجرة والتجارة والتنمية على المستوى العالمي. تواجه الأسر الخلافات على الصعيد الدولي والذي يعد أمراً طبيعياً بسبب الهجرة وإعادة التوطين والجنسيات المزدوجة بين دول الخليج وغيرها من البلدان ذات الغالبية المسلمة في المنطقة الكبرى مثل لبنان ومصر.

يمكن تبرير الانضمام لكلا الاتفاقيتين على أنها "حزمة انضمام" تعكس في مجملها مسؤولية الدولة عن حماية المصالح الأسرية لمواطنيها عند سفرهم إلى الخارج وكذلك حماية مصالحهم في قضايا الزيجات المختلطة، أي الزيجات بين جنسيات من دول مختلفة. ستقوم اتفاقية الحماية لعام ١٩٩٦ بحماية مصالح المقيمين المحليين عند تواجدهم في الخارج للمشاركة في الاقتصاد العالمي. وعند تنفيذ اتفاقية لاهاي للاختطاف لعام ١٩٨٠ على الصعيد المحلي، سوف تعكس حماية الدولة لخيارات كل مواطن والقرارات التي يتخذها في بيئة ذات تنوع سكاني. بالإضافة لذلك، كلا الاتفاقيتين تعكس التزامات الدولة تجاه الأطفال بموجب اتفاقية حقوق الطفل.

• الدول ذات الغالبية المسلمة التي تنضم إلى كل من اتفاقية لاهاي للاختطاف لعام ١٩٨٠ واتفاقية الحماية لعام ١٩٩٦ وتقوم بتنفيذ الاتفاقيتين ضمن إطار تشريعي ينبغي عليها أيضاً توفير توجيهات تشريعية كافية ومناسبة للقضاة المحليين في القضايا المتعلقة بحضانة الأطفال والتي تنطوي على "عناصر أجنبية" (مثل أمر إنفاذ أجنبي أو ادعاءات متعلقة بالوقائع حول مقر الإقامة الاعتيادية الأجنبية). هذه القواعد أو التعليمات من شأنها توجيه القضاة الذين يفصلون في القضايا المتعلقة بالحضانة والتي تنطوي على عناصر أجنبية بأنه لا ينبغي عليهم تطبيق قانون الأحوال الشخصية السائد ولكن بدلاً من ذلك عليهم تطبيق التشريع المحلي الذي يُنفذ اتفاقيتي الاختطاف والحماية. باتباع هذا المنهج، لن تحتاج البلدان ذات الغالبية المسلمة إلى تغيير أو تعديل الأحكام والقواعد المتعلقة بحضانة الطفل في قوانين الأحوال الشخصية لديها، وإنما، يمكنها تنفيذ الاتفاقيتين في إطار تشريعي مع توفير التوجيهات الواضحة والصريحة للقضاة فيما يتعلق بقرار الفصل في قضية تتعلق بالحضانة بناءً على تشريع مختلف. ميزة هذا النموذج هو أن الدول ذات الغالبية المسلمة سوف تتمكن من تجنب المعارضة السياسية الداخلية والحادة التي سوف تنشأ دون شك في مواجهة أي محاولة لإصلاح قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بهذه الدول.

بالانضمام إلى اتفاقيتي لاهاي لعام ١٩٨٠ و ١٩٩٦ وتنفيذ كلا الاتفاقيتين ضمن نطاق تشريعي محلي وتوفير التوجيهات التشريعية للقضاة بالنسبة للقضايا المتعلقة بحضانة الطفل والتي تنطوي على عناصر أجنبية، يمكن للبلدان ذات الغالبية المسلمة تحقيق أربع نتائج رئيسية.

• أولاً، المحاكم المحلية ستحتفظ بسلطاتها القضائية في جميع القضايا. المسألة الوحيدة التي ستتغير هي تقرير أي قانون ينبغي عليها تطبيقه وما إذا ستقوم المحكمة بإحالة القضية إلى السلطة المركزية للدولة كما هو مقرر بموجب اتفاقيتي لاهاي.

• ثانياً، تحتفظ البلدان ذات الغالبية المسلمة بسلطتها السيادية ورقابتها على قانون الأحوال الشخصية.

إن أول هدفين يؤكدان التزام الدولة إزاء كل من الشريعة الإسلامية والتعاون الدولي بالنسبة لمجموعة كبيرة من القضايا والمسائل القانونية. التعاون القانوني في هذا المجال يتطلب نظام قانون دولي خاص قوي، ولكن كما وضحنا في التقرير الكامل، فإن هذا التعاون لا يتطلب عملية محلية مكلفة على الصعيد السياسي لإصلاح قانون الأسرة. إن هذا المنهج لا يقترح على الإطلاق حاجة البلدان ذات الغالبية المسلمة إلى مراجعة قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بها، وهي مسألة داخلية من القانون المحلي تخضع لمطالب متنوعة بين أطراف ومصالح متباينة. هذا المنهج يقترح أن قوانين الأحوال الشخصية تتواجد بجانب وبموازاة مع نظام قانون دولي خاص أكثر قوة والذي يسعى إلى تحقيق واقع من نظام بين الدول يضمن السيادة المتساوية لكل منها.



● **ثالثاً،** هذا المنهج تحديداً سوف يجبر الدول في أمريكا الشمالية وأوروبا وغيرها من الدول ذات الموروث الثقافي الأوروبي أن تشارك بشكل أكثر فعالية وأن تدمج الثقافات التقليدية القانونية العالمية بشكل أكبر في التطبيق الشامل لاتفاقية لاهاي المتعلقة بالاختطاف لعام ١٩٨٠. هذا المنهج المقترح يحافظ على قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية دون أن يمستها، إنما يقدم تجاوزاً للقانون الدولي الخاص في بعض القضايا المحدودة المتعلقة بحضانة الطفل حيث تكون إحدى العناصر الأجنبية موجودة. هذه الطريقة للتحويل على القانون الدولي الخاص والتي تنطوي على تطبيق اتفاقي الاختطاف والحماية ضمن إطار محلي ينبغي أن تعالج التحدي الذي تفرضه المادة ٢٠ من اتفاقية الاختطاف.

● **رابعاً،** والأهم من ذلك كله، فالأطفال الذين يعانون في حياتهم ويتضررون بسبب نزاع الآباء والدول السيادية المتنافسة لن يكونوا رهائن بعد الآن في تلك اللعبة التي تتخذ من أجسادهم وحياتهم البريئة مجالاً للمنافسة. في ظل النقاش حول السيادة والأوامر القانونية، بالطبع من السهل أن ننسى أن مطالبات الدول تُرفع بشكل مُخزي على أكتاف هؤلاء الأطفال.

إن إمكانية الدول ذات الغالبية المسلمة توقّع هذه الحركة التشريعية سوف يعتمد جزئياً على كيفية تعاملهم مع الماضي الإسلامي وتأثيره على حاضرهم التشريعي. هذا التقرير يضع في الاعتبار ماضي هذه الدول التي يمكن أن تفكر في الانضمام إلى اتفاقيتي الاختطاف والحماية، وتحديداً، يبيّن أن التعاون القانوني الدولي في هذا المجال والمسؤولية المشتركة بين الدول التي يرمي إليها، يغير المجال السياسي المتصور الذي يملأ المحتوى القانوني. كان تصور الفقهاء المسلمين في القرون الوسطى يدور حول مجال سياسي من الامبراطورية المهيمنة أثناء وضعهم للفقهاء حول مجموعة واسعة وكبيرة من الأمور. ويمكن تفسير غياب نظام قوي لقانون دولي خاص في الحقبة المبكرة من الشريعة الإسلامية على أنه ناتج من المنطق المهيمن الذي رأى أن الآخر السياسي ما هو إلا مُعارض أو طرف سيتم إخضاعه لاحقاً أم أجلاً، بدلاً من النظر إلى ذلك الطرف من ناحية التعاون المشترك والاحترام المتبادل وهو ما يميز النظام الحديث بين الدول.

## نبذة عن الكاتبين

**أنفر م. ايمون** هو دكتور ومدير البحوث الكندية في الدين والتعددية وسيادة القانون بكلية الحقوق، جامعة تورونتو. دكتور ايمون هو باحث في الشريعة الإسلامية في القرون الوسطى وفي الدولة الحديثة، داخل وخارج العالم الإسلامي. هو مؤلف عدة مقالات وكتب من ضمنها: "نظريات القانون الطبيعي الإسلامي" (أوكسفورد: مطبعة جامعة أوكسفورد، ٢٠١٠)؛ "التعددية الدينية والشريعة الإسلامية: أهل الذمة وغيرهم في امبراطورية القانون (أوكسفورد: مطبعة جامعة أوكسفورد، ٢٠١٢)، وقد شارك في تحرير مجموعة "الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لحقوق الإنسان: البحث عن أرضية مشتركة؟" (أوكسفورد: مطبعة جامعة أوكسفورد، ٢٠١٠). دكتور ايمون هو رئيس تحرير "قانون الشرق الأوسط والحكومة"، وهو المحرر العام لسلسلة أوكسفورد للدراسات القانونية الإسلامية.

يمكن التواصل مع الدكتور ايمن عبر البريد الإلكتروني: [anver.emon@utoronto.ca](mailto:anver.emon@utoronto.ca)  
موقع إلكتروني: <https://www.law.utoronto.ca/faculty-staff/full-time-faculty/anver-m->

emon

**عرفان خالق** هو دكتور في القانون الدولي العام والأوروبي بكلية القانون، جامعة كارديف، المملكة المتحدة. مجالات أبحاث وتدريس الدكتور خالق تشمل قانون الاتحاد الأوروبي والقانون الدولي العام والقانون الدولي لحقوق الإنسان والسياسة الأجنبية وجوانب الشريعة الإسلامية. هو مؤلف عدد من المقالات في المجالات القانونية الرائدة وفصول في مجموعات محررة وكذلك الدراسة الفائزة بجائزة بعنوان "السياسات الأجنبية الأخلاقية للاتحاد الأوروبي: تقييم قانوني" (كامبريدج: مطبعة جامعة كامبريدج، ٢٠٠٨). هو عضو في مركز امتياز جون موني للقانون الأوروبي والحوكمة بجامعة كارديف وأستاذ زائر في القانون العام بجامعة بيكاردي – جول فيرن، أميان. عمل كمستشار لعدد من المنظمات غير الحكومية وغيرها من الجهات مثل المفوضية الأوروبية وهو محامي في محكمة بنجاب العليا في باكستان حيث يقدم مشورة قانونية مجانية لأطفال الشوارع المخالفين للقانون كما يقدم المساعدة في التدريب حول القانون الدولي لحقوق الإنسان للعاملين في القضاء الباكستاني والمهن القانونية.

يمكن التواصل مع الدكتور خالق عبر البريد الإلكتروني: [Khaliq@cardiff.ac.uk](mailto:Khaliq@cardiff.ac.uk)  
موقع إلكتروني: <http://www.law.cf.ac.uk/contactsandpeople/Khaliq>