

حق الحضانة في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ والتشريعات المقترحة البديله

م.م. هدى نجيب عباس الشامي

رئاسة جامعة كربلاء، قسم الدراسات العليا، العراق

سجاد عبد كاظم جبر الحسيني

باحث، رئاسة جامعة كربلاء، قسم الدراسات العليا، العراق

استلام البحث: 19/09/2022 مراجعة البحث: 22/11/2022 قبول البحث: 28/11/2022

ملخص الدراسة :

حضانة الصغير ن القضايا التي باتت تعصف على المجتمع العراقي مع ازدياد حالات الطلاق والتفريق وما يترتب على ذلك من تبعات مالية وأخرى شخصية، وقد اثارَت التعديلات التي جرت على قانون الأحوال الشخصية فيما مضى من عقود جدلا كبيرا سواء على صعيد الفقه ام المجتمع بين مؤيدا لها ومعارض وما رافق ذلك من بيان للمحكمة الاتحادية العليا بهذا الخصوص والتي حسمت الجدل فكان ذلك مادة لبحثنا الذي يمثل تعليقا على المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ لكي نقف حول مدى ملائمتها لثوابت الإسلام ومقتضيات مصلحة المحضون .

الكلمات المفتاحية: القانون – الحضانة – المحضون – المحكمة الاتحادية العليا- الطلاق

The Right of Nursery in the Light of the Iraqi Personal Status Law in Force and the Proposed Alternative Legislation

Abstract

The nursery is one of the issues that have become ravaged by Iraqi society with the increase in divorce and separation and the consequent financial and personal consequences, and the amendments that took place on the personal status law in the past decades sparked a great controversy, whether in terms of jurisprudence or society between supporters, opponents and etc. This was accompanied by a statement by the Federal Supreme Court in this regard, which resolved the controversy, so this was a subject for our research, which represents our comment on Article 57 of the Iraqi Personal Status Law in order to stand about the extent of its suitability for the principles of Islam and the requirements of the interest of the custody

Keywords: Law - Custody - Child Custodian - Federal Supreme Court - Divorce

مقدمة

التحليل الشكلي : طبيعة النص: النص الذي بين أيدينا هو نص ذو طبيعة قانونية تشريعية كونه عبارة عن مادة مأخوذة من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل وقانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة 1931 المعدل. مصدر النص: النص هو المادة (57)، مأخوذ من الباب السادس المعنون الولادة ونتائجها في الفصل الثاني في الرضاع والحضانة ، الواردة ضمن الاحكام العامة، منشور في الوقائع العراقية بالعدد 280 في 30/12/1959 المعدل.

البناء المطبعي : كتب النص بآلة الحاسوب وهو خال من الاخطاء المطبعية كما انه نص قانوني طويل متكون من تسع فقرات وارادة على شكل نقاط مستقلة ضمن ترقيم وتحتوي الفقرة التاسعة على تفصيل بشكل نقاط تفصل هذه المادة.

الفقرة الأولى : تبدأ من " الام احق بحضانة الولد" وتنتهي عند " من ذلك"

الفقرة الثانية : تبدأ من " يشترط ان تكون الحاضنة" وتنتهي عند " مصلحة المحضون"

الفقرة الثالثة: تبدأ من "اذا اختلفت الحاضنة" وتنتهي عند "طلاق رجعي"

الفقرة الرابعة: تبدأ من "للاب النظر" وتنتهي عند "الا عند حاضنته"

الفقرة الخامسة: تبدأ من "إذا أتم المحضون" وتنتهي عند "في هذا الاختيار"

الفقرة السادسة: تبدأ من "للحاضنة" وتنتهي عند " وجوده معه"

الفقرة السابعة: تبدأ من "في حالة فقدان" وتنتهي عند "مصلحة الصغير"

الفقرة الثامنة: تبدأ من "إذا لم يوجد" وتنتهي عند " عند وجودها"

الفقرة التاسعة: تبدأ بالتسلسل أ- "إذا فقد ابو الصغير" وتنتهي عند "بلوغه سن الرشد"، ب- "إذا مات ابو الصغير" وتنتهي عند " وعدم الاضرار به"، ج- "إذا اخل زوج الام" وتنتهي عند " من قبل الزوجة".

البناء اللغوي والنحوي : جاءت المادة بالفاظ ولغة سهلة وواضحة واستعمل المشرع العراقي مصطلحات قانونية بحتة تظهر أهمية وفحوى المادة كبيان الحاضنة وشروطها، واجرة الحضانة، ونظر الاب في شؤون المحضون، وحق المحضون باختيار الإقامة مع احد والديه عند اتمامه الخامسة عشر، وانتقال الحضانة من الام للاب، وبقاء الصغير مع امه المتزوجة عند وفاة ابيه.

البناء المنطقي : نلاحظ ان المادة بدأت بكلمة "الام احق بحضانة الولد" وهنا نستنتج أن المادة اعتمدت أسلوباً خبرياً .

التحليل الموضوعي : يتضح من هذه المادة ان الاصل ان حضانة الولد تكون للام الا في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل للاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك فتنتقل الى من تختاره المحكمة مع الاخذ بنظر الاعتبار مصلحة الصغير، كان تكون حاضنة او حاضن امين او دور الحضانة المؤسسة من قبل الدولة.

تحديد الإشكالية :

ومن هذه المادة يمكن طرح الاشكال التالي

- 1- مدى انسجام النص القانوني مع واقع الحال وحق الاب ببقاء ضناه معه؟
- 2- مدى توافق النصوص القانونية لكافة التوجهات في العراق وخاصة الاب والام ؟
- 3- مدى توافق النص القانوني مع رؤى المذاهب الاخرى؟

4- ما هو موقف التشريع من المسالة ؟

5- موقف المحكمة الاتحادية العليا من المسالة

خطة البحث :

المطلب الاول- مفهوم الحضانة

الفرع الاول- ماهية الحضانة

الفرع الثاني- المستحقون للحضانة

المطلب الثاني- موقف المشرع العراقي من الحضانة

الفرع الاول- عرض النصوص القانونية

الفرع الثاني- مناقشة النصوص القانونية

المطلب الاول مفهوم الحضانة

إن من أهم الآثار القانونية التي تترتب على انحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي الوعاء الذي يشمل على هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلفية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة و كذا التشريعات الوضعية. وعليه نبين في هذا المطلب الاول نعرف الحضانة ونحدد المستحقون للحضانة وترتيبهم وكالاتي:

الفرع الاول

ماهية الحضانة

إن الحضانة واجبة شرعا وقانوناً للمحضون لان فيها حفظه من الهلاك والضرر فهي واجبة عيناً إذا لم يوجد الا الحاضن او وجد ولكن لم يقبل الصبي غيره والوجوب الكفائي عند تعدد الحاضن .⁽¹⁾ عرفت الحضانة بتعريفات عدة منها قول الحنفية: الحضانة هي تربية الولد لمن له حق الحضانة وحضانة الام ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه⁽²⁾ . يعتبر تعريف الحنفية لمصطلح الحضانة عام وشامل، ويتفق مع المعنى اللغوي حيث تحدث عن طرفي الحضانة، الحاضن والمحضون، وقد بدأ التعريف بكلمة التربية، والتربية بمفهومها مصطلح عام يعني التنمية، يشمل المأكّل والمشرب، وتقديم كافة الخدمات من غسل ودهن وكحل...إلخ ، ولكنه مع ذلك تضمن كلمة الحضانة إذ ذكر المعرف في التعريف وهو خلاف الأولى فلو حذفت لكان التعريف أضبط . وعرفها الأباضية هي حق الله تعالى لأنها شرعت لحفظ النفوس وحفظها من حقوق الله وعليه اذا اراد الحاضن ان يسقطها فلا تسقط ولكنه يجبر عليها حينئذ ما لم يكن هناك عذر شرعي يحول دون الوفاء بها نظرا لانها ولاية شرعية مقدرة بحكم الشارع على جهة الالتزام فلا يجوز التحلل منها الاب اذن الشارع .⁽³⁾ وقد عرفها المالكية بانها حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده⁽⁴⁾. يعد

⁽¹⁾ عز الدين محمد توني، الحضانة، الموسوعة مقالة منشورة الفقهية- الوعي الاسلامي، العدد 321، 1413هـ، ص36.
⁽²⁾ د. اسماء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون، بحث منشور في جامعة الازهر الشريف، مصر- القاهرة، ص1270.
⁽³⁾ د. فارسي يعيش، الحضانة والقانون الواجب التطبيق، المجلد 2، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، 2017، ص213.

تعريف المالكية أقل ضبطاً من تعريف الحنفية لأنه أشار إلى المحضون وفي معنى مضمّن إلى الحاضن، وكان الأولى أن يشير بوضوح إلى الحاضن فيمكن لأي شخص أن يقدم الخدمات للمحضون، ويقوم بمصالحه، أما الحاضن فيجب أن تتوفر فيه شروط وقيود معينة كي يستحق الحضانة . أما الشافعية فقد عرفوا الحضانة بأنها القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يهلكه وتسمى الحضانة الكبرى⁽⁵⁾. أشار التعريف إلى بعض خصائص المحضون، بأنه لا يميز ولا يستقل ويفهم من ذلك ضمناً أنها تشمل كذلك المجنون والمعتوه لعدم استقلالهم بذاتهم وأوضح بعض مهام الحاضن كالتربية بما يصلح الولد، ووقايته من أي أذى قد يلحق به، دون الحديث عنه بشكل عام، فكان من الممكن أن يتم اختصار هذا التعريف ببعض الكلمات المؤدية الشاملة لمعنى الحضانة . أما الحنابلة فقد عرفوها حفظ صغير والمعتوه وهو المختل العقل ومجنون عما يضرهم وتربيته بمصالحهم من غسل بدنهم وثيابهم ودهنهم وتكحيلهم وربط طفل بمهد وتحريكه لينام ونحوه.⁽⁶⁾ وقال الزيدية: هي حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه عند من هو أهل لذلك⁽⁷⁾. فيلاحظ على تعريف الزيدية انه يدور حول حفظ الصبي وصيانته في وقت يعجز فيه عن الأداء بمهامه، ولا يستقل بأمور نفسه من طعام وشراب ونحوهما. اما الامامية فقد عرفوا الحضانة هي الولاية على الطفل الصغير اي تربية الطفل ورعايته حتى يظم ويبلغ السن الذي يتولى فيه رعاية شؤونه .⁽⁸⁾ ومما سبق ذكره من تعاريف للحضانة فهي تدور حول معاني متقاربة من حيث انها كلها تدل على حفظ المولود ورعايته الى ان يصل السن يستطيع ان يدير اموره بنفسه.

الفرع الثاني

المستحقون للحضانة

تُعد الحضانة وما يتعلق بها من أمور من المسائل المهمة التي تواجه الأسرة، بعد وفاة أحد الأبوين أو بعد انفصالهما بالطلاق وهذه المسألة تثار حتى مع وجود العلاقات الزوجية وبسبب نشوب الخلافات بين الزوجين تظهر المطالبات من جانب الأب، ومن جانب الأم حول أحقية حضانة الطفل فيبذل كلا الطرفين ما بوسعهما من أجل أخذ الحضانة مدفوعين بعدة عوامل، ربما تكون واقعية وصحيحة، تتمثل بعدم أهلية أحدهما لحضانة الطفل، وربما تكون غير واقعية بل مجرد اتهام نابع من التشقي والحقد تجاه الطرف الآخر بسبب ترسبات المشاكل والخلافات في فترة الانفصال لكي يستخدمها كورقة ضغط تجاه الطرف المقابل . سنبين في هذا الفرع من لهم الحق بالحضانة وترتيبهم وكالاتي:

أولاً- صاحب حق الحضانة في الفقه الاسلامي

لقد اختلف الفقهاء في حق الحضانة على اربعة اتجاهات:

الاتجاه الاول: وتمثل بقول بعض الحنفية وبعض المالكية وابن قيم من الحنابلة ان الحضانة حق للحاضن والمحضون معا على سبيل الاشتراك وعند تعارض الحقين فان حق المحضون اقوى وأولى بالاعتبار فإذا تعينت الحضانة للحاضنة اجبرت عليها

⁽⁴⁾ مريم الكندري، احكام الحضانة "دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي والقانون الكويتي، بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 47، العدد 4 ، 2020، ص252.

⁽⁵⁾ عابدة سليمان ابو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، فلسطين- غزة، 2003، ص11.

⁽⁶⁾ د. ايمان بنت محمد علي عادل عزام، التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر، ندوة علمية في اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة بين مجمع الفقه الاسلامي وكلية الشريعة والدراسات الاسلامية جامعة ام القرى، 1436، ص7.

⁽⁷⁾ د. اسماء فتحي عبد العزيز شحاته، مصدر سابق، ص1270

⁽⁸⁾ محمد بن الحسن العاملي، وسائل الشريعة، المطبعة الاسلامية، ج7، بلا سنة طبع، ص737.

مراعاة لحق الصغير ومصلحته⁽⁹⁾. الاتجاه الثاني: وهو ما ذهب إليه الامامية وبعض الحنفية والمشهور عند المالكية وهو المعتمد عند الشافعية الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه فهي بهذا حق خاص يسقط بالاسقاط، الا اذا تعينت للحاضنة وهذا هو المشهور عند الحنابلة⁽¹⁰⁾. الاتجاه الثالث: وتجسد بقول الحنفية وقول عند المالكية وبعض الشافعية ان الحضانة حق للمحزون فتجبر الحاضنة عليه ولا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن الا لعذر⁽¹¹⁾. الاتجاه الرابع: وتمخض بقول الاباضية والمالكية الحضانة حق لله تعالى وعليه فلا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن او ارادة المحزون فلا بد من قيام الحضانة لمن هو بحاجة اليها ويجب على المجتمع كفالة الطفل عند عدم وجود الحاضنة او الولي الذي يتولى ذلك⁽¹²⁾.

ثانياً- ترتيب المستحقين للحضانة

فقد تعدد نظرات الفقه في بيان الاولوية لمن تكون:

- 1- ذهب الحنفية: إلى أن أم الأم تلي الأم في الحضانة إذا سقطت حضانة الأم لمانع، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم بنت الأخت لأبوين، ثم لأم، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت لأب (وتأخيرها عن الخالات هو الصحيح). ثم بنات الأخ لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمت لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم خالة الأم، ثم خالة الأب، ثم عمت الأمهات والآباء، ثم العصابات من الرجال بترتيب الإرث، فيقدم الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم بنوه كذلك، ثم العم ثم بنوه وإذا اجتمعوا قدم الأورع ثم الأسن، ثم إذا لم يكن عصة انتقل حق الحضانة لذوي الأرحام الذكور إذا كانوا من المحارم، فيقدم الجد لأم ثم يقدم الأخ لأم ثم لابنه، ثم للعم لأم ثم للخال لأبوين، ثم للخال لأم فإن تساوا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم⁽¹³⁾.
- 2- عند المالكية: يستحق الحضانة عندهم أقارب الصغير من ذكور وإناث على الترتيب الآتي: من النساء الأم ثم أم الأم وإن علت الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب عمه الأم ثم أم الأب ثم أم أمه ثم أم أبيه الأخت ثم إلى عمه الصغير ثم عمه أبيه ثم خالة أبيه. • بنت الأخ الشقيق ثم لأم ثم لأب ثم إلى بنت الأخت. • وإذا اجتمع هؤلاء يقدم الأصلح - وهؤلاء جميعاً يأتون بعد حضانة الأب اما من الرجال: • الأب: تنتقل إليه الحضانة بعد أم أبيه. • الوصي: سواء ذكر أو كان أم أنثى. • الأخ ثم ابنه ويقدم عليه الجد من جهة الأم. • العم ثم ابنه في حالة حضانة الذكر أما الأنثى فلا يصح حضانة ابن عمها لأنها مشتبهة بالنسبة له. • العصة ثم المعتق. فلاحظ أنهم يقدمون الخالة على أخوات المحزون وهذا على خلاف الحنفية وأيضاً يقدمون حضانة الوصي على الأخ وبنيه والعم وبقيّة العصة⁽¹⁴⁾.
- 3- الشافعية: يرون أن الأحق بالحضانة بعد الأم - إذا كان الحواضن إنثاءً فقط -: أمهات الأم الوارثات فتقدم القربى فالقربى. ثم أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، ثم أم أبي الأب، ثم أم أبي الجد، ثم الأخوات، ثم الخالات، هذا على الجديد من مذهب الشافعي، وعلى القديم: تقدم الأخوات والخالات على أمهات الأب والجد. ثم بنات الأخت وبنات الأخ، ثم العمّة. وتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث، على ترتيب الإرث، فيقدم أب ثم جد ثم أخ شقيق وهكذا. وإن اجتمع ذكور وإناث قدمت

⁹ ((أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الليبي، ص4، كتاب منشور على الموقع الالكتروني <https://www.noor-book.com>

تمت الزيارة يوم 2021-6-27، الساعة 6 مساءً.

¹⁰ ((حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة التقني، المجلد 24، العدد 10، 2011، ص146.

¹¹ ((حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، مصدر سابق، ص146.

¹² ((أحكام الحضانة في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الليبي، ص4 وص5، كتاب منشور على الموقع الالكتروني <https://www.noor-book.com>

book.com تمت الزيارة يوم 2021-6-27، الساعة 6 مساءً.

¹³ ((بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://www.al-eman.com> تمت الزيارة يوم 2021-6-26، الساعة 7 مساءً.

¹⁴ ((ستنا ابراهيم الشيخ احمد، حضانة الطفل في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الخرطوم، السودان، 2009، ص32- ص33.

- الأم، ثم أم الأم وإن علت، ثم الأب، وقيل تقدم عليه الخالة، والأخت من الأم أو الأب أو هما. ويقدم الأصل الذكر والأنثى وإن علا على الحاشية من النسب، كأخت وعمة لقوة الأصول، فإن فقد الأصل وهناك حواش، فالأصح أن يقدم من الحواشي الأقرب فالأقرب، ذكرنا كان أو أنثى. وإن استووا في القرب فالأنثى مقدمة على الذكر كاخ وأخت⁽¹⁵⁾.
- 4- الحنابلة: وقد ذهبوا إلى أن الأحق بالحضانة بعد الأم أمهاتها القربى فالقربى، ثم الأب، ثم أمهات الأب، ثم الجد، ثم أمهات الجد، ثم الأخت، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم بنات إخوته وبنات أخواته. تقدم من ذلك من كانت لأبوين، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب، ثم تكون الحضانة لباقي العصبية الأقرب فالأقرب⁽¹⁶⁾.
- 5- الامامية: ترتيبهم أصحاب الحق في الحضانة في المذهب الجعفري عندهم الحضانة تكون للأم ثم الأب وتكون الحضانة مشتركة عندهم للأم والأب في حالة قيام الزوجية فإذا طلقت الأم كانت أحق بالولد مدة الرضاعة وهي حولين ثم بعد ذلك فإن كان المحضون ذكراً كان أبوه أحق بحضانتهم وأن كانت أنثى فالأم أحق بحضانتها حتى تبلغ سن سبع سنوات. وإذا بلغت الأنثى سبع سنين كان الأب أحق بها، وإذا سقطت حضانة الأم لأي سبب كان الأب أحق بحضانة المحضون ذكراً كان أم أنثى وكذلك الأم إذا مات الأب ذكراً كان المحضون أم أنثى فهي أحق به. وعندهم إذا كان أحد الأبوين موجوداً لا حضانة لأحد سواهم ثم بعدهم الجد لأب وبعده يرتب أصحاب الحضانة كترتيب الإرث أي كالاتي: • الأم ثم الأب. • الجدة لأب ثم لأم. • الأخوان والأخوة. • أولاد الأخوة والأخوات. • الخالات والعمات والأعمام. • أولاد الأعمام والأخوات. • خالات الأم والأب. • عمات الأم ثم عمات الأب. وخلاصة القول عندهم أن ترتيب مستحقي الحضانة يكون وفقاً للاتي: أولاً: إذا كانت الحضانة للأب أو الأم ومات أحدهما فالآخر أحق بالولد مطلقاً ذكراً كان أم أنثى إلى أن يبلغ. ثانياً: إذا لم يوجد الأبوين فإن الحضانة تكون وفقاً للترتيب سابقاً الذكر. ثالثاً: وإذا انفرد الآخرين كانت الحضانة له وأن تساوا القرابة أقرع بينهما. • ونلاحظ أيضاً أنهم يأخذون بنظام القرعة فهم كالشافعية في ذلك وأيضاً في تقديم الأخوات وأبنائهم على الخالات وهذا على خلاف المالكية فنجدهم يقدمون الخالة على الأخوات والأخوات⁽¹⁷⁾.

المطلب الثاني

موقف المشرع العراقي من الحضانة

خصص المشرع العراقي لموضوع الحضانة في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م مادة واحدة تضم تسع فقرات، كل فقرة تنظم جانباً للحضانة، وهناك مشروع تعديل لهذه المادة وهو قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية لسنة 2021. وعليه نقسم هذا المطلب على فرعين، نبين في الاول الحضانة في قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م النافذ، ونعرض في الثاني الحضانة في مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية لسنة 2021م.

الفرع الاول

الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959

نبين من خلال هذا الفرع النصوص القانونية الخاصة بموضوع الحضانة اولاً، ومن ثم مناقشة هذه النصوص ثانياً، على النحو الاتي:

⁽¹⁵⁾ بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://honaa.elwatannews.com> تمت الزيارة بتاريخ 2021-6-29، الساعة 10 مساءً.

⁽¹⁶⁾ بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://www.islamweb.net> تمت الزيارة بتاريخ 2021-6-29 الساعة 10:17 مساءً.

⁽¹⁷⁾ ستنا ابراهيم الشيخ احمد، المصدر السابق، ص35.

اولاً- عرض النصوص القانونية:

نصت المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م النافذ على انه:

- 1- الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك.
- 2- يشترط ان تكون الحاضنة بالغه عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون.
- 3- إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة قدرتها المحكمة ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي.
- 4- للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم (العاشرة) من العمر وللمحكمة أن تأذن بتحديد حضانة الصغير حتى إكماله (الخامسة عشرة) إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته.
- 5- إذا أتم المحضون (الخامسة عشرة) من العمر يكون له حق الإختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله (الثامنة عشرة) من العمر إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الإختيار.
- 6- للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم أن تطلب إسترداد المحضون منها إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه.
- 7- في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى الأب إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير.
- 8- إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.
- 9- أ- إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد.
- ب- إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط:
- 1- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة.
- 2- أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقاءه مع الأم.
- 3- أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به.

ج- إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (3) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة.

ثانياً- مناقشة النصوص القانونية:

لم يعرف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1958 النافذ الحضانة ، وانما جاء في مقدمة التعديل الثاني لهذا القانون بانه ((يُقصد بإصلاح الحضانه في قانون الاحوال الشخصية ، تربية الطفل وتدريب شؤونونه من قبل مَنْ له حق في ذلك قانوناً ، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير اموره بنفسه ، وتربيته بما يصلحه يقيه مما يضره ، ولكنه ترك ذلك للقضاء هو يتولى معالجة الامر حسب القضايا. وهذا قصور في نظر المشرع لفكرة الحضانة، لأن النص خلط خلطاً كبيراً بين مصطلحي الحضانة والولاية، ونرى ضرورة التأكيد على الفصل بين الحضانة والتي هي مجرد الضم والحفظ من جهة، وحق الولاية والتي يراد بها رعاية شؤون المحضون وتربيته ومراقبته من جهة اخرى.

وفيه من نص المادة (٥٧) المذكور اعلاه ان قانون الاحوال الشخصية ان الام احق الناس بحضانة الصغير، ولا فرق بين ان تكون الزوجية قائمة او كانت مفترقة عنه، ما دام انها على قيد الحياة وتوافرت فيها شروط الحضانة، وفي حال فقدانها احد شروط الحضانة او وفاتها تكون الحضانة للاب، اذا توفرت فيه شروط الحضانة وكان على قيد الحياة، فاذا توفي او فقد شرط من شروط الحضانة تكون الحضانة لحاضن امين تختاره المحكمة، سواء أكان من اقاربه او لا، إذ العبرة بالأمان والصالح دون قرب الحاضن او جنسه، فاذا لم تجد المحكمة تودع الصغير دور الحضانة المعدة من قبل الدولة الفقرة (٨) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية.

ونستنتج من الفقرة الثانية من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية ان شروط استحقاق الحضانة هي: البلوغ، والعقل، والأمانة، والقدرة على الحضانة. ويلاحظ على المشرع العراقي انه لم ينص على شرط الاسلام في الحاضن، واتحاد الدين بين الحاضن والمحضون. وهذه الشروط امر بديهي، لانه اذا كانت الحاضنة غير مسلمة فانها تعد غير امينة على دين الصغير، ومن ثم تكون قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة.⁽¹⁸⁾

كما يلاحظ ان المشرع العراقي لم يسقط حضانة الام المطلقة اذا تزوجت الا اذا رأت المحكمة ان الولد سوف يتضرر من بقائه معها، مع ملاحظة ان هذا الامر يقتصر على الام، اما اذا كانت الحاضن غير الام فانه لا تستفيد من الحكم المتقدم ويبقى للمحكمة حرية التصرف في مصلحة المحضون، وفي حالة موت ابو الصغير فان قانون الاحوال الشخصية قرر بقاء الحضانة للأم وان تزوجت بأجنبي لكن بشروط ذكرتها الفقرة التاسعة من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية وهي:

1. ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة.
2. ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الام.
3. ان يتعهد زوج الام حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به، حالة الاخلال بالتعهد المنصوص عليه في المنصوص عليه انه يكون ذلك سببا في طلب التفريق من قبل الزوجة.

كما يلاحظ من نص الفقرة الثالثة من نص المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية اذا كانت الحاضنة ان الام لا تستحق اجرة عن حضانة الصغير اذا كانت في عصمة الزوج او معتدة من طلاق رجعي. اما اذا لم تكن في عصمة الزوج ولا في عدة طلاق رجعي فانها تستحق اجرة الحضانة. اما اذا كانت الحاضنة غير الام فانها تستحق مطلقاً. ويبدأ حساب الاجرة ابتداءً من تاريخ المطالبة القضائية في حالة اختلاف الحضانة مع من تجب عليه الحضانة. وتبدأ الحضانة من حين الولادة وتنتهي باستغناء المحضون عن خدمة الحاضنة وقدرته على القيام بحاجاته الضرورية كالطعام والشراب⁽¹⁹⁾. ويلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية جعل مدة الحضانة تستمر الى اكمال السنة العاشرة ولم يفرق بين الذكر والانثى، واعطى للمحكمة سلطة تقديرية في ان تمت مدة الحضانة الى خمس سنوات اخرى تبقى المحضون مع حاضنته لحين اكمال سن الخامسة عشر من عمره وذلك اذا تبين للمحكمة بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية والشعبية ان مصلحة المحضون تقضي بذلك، كأن يتبين من انه بحالة

(18) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي و د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته (عقد الزواج واثاره- الفقرة واثارها- حقوق الاقارب)، مكتبة دار السلام القانونية، النجف، ص250.

(19) د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته (عقد الزواج واثاره، والفرقة واثارها، وحقوق الاقارب)، 2004م، ص268.

سيئة جسميا ونفسيا اذا انفصل عن والدته، فاذا ما اتم السنة الخامسة عشرة من عمره فيكون له حق الاختيار في ان يقيم مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر بشرط ان تتأكد المحكمة من حسن اختياره.⁽²⁰⁾

واجازة القانون للحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم سواء اكانت الام او غيرها ان تطلب استرداد الحضانة ممن حكم له باستلام المحضون منها، لكن طلب الاسترداد مقيد باثبات تضرر المحضون من بقاءه لدى من حكم له باستلام المحضون من الحاضنة الاولى. كما ويتضح مما تقدم من ان المشرع العراقي لم يترك امر حضانة الولد للام انما اشرك معها الاب، فلاب ان يشرف على شؤون ولده وتربيته ولو كان لدى الحاضنة سواء خلال مدة الحضانة الأصلية او الممددة، فله ان يطمئن على سلوكه واخلاقه وكيفية سير دراسته وتعليمه وفي هذا الاشراف متابعة للحاضنة ولتحقيق ذلك يحق للاب مشاهدة ولده واطمئنانه عليه. وان الاصل في حق المشاهدة من حيث المكان والزمان ان يتم بالتراضي بين الابوين وبخلافه تحددها المحكمة على ان تراعي مصلحة المحضون ونفسيته وعدم ارهاق الحاضنة فلا تصح اوقات المشاهدة في ايام الدوام الرسمي ان كان المحضون طالبا او في مراكز الشرطة او دوائر التنفيذ او المحاكم.⁽²¹⁾

الفرع الثاني

الحضانة في مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية لسنة 2021

نبين من خلال هذا الفرع النصوص القانونية الخاصة بموضوع الحضانة اولا، ومن ثم مناقشة هذه النصوص ثانيا، على النحو الاتي:

اولاً- عرض النصوص القانونية:

المادة (1) "

- 1- الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة حتى يتم السابعة من عمره، ما لم يتضرر المحضون من ذلك
- 2- يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته غير متزوجة مطلقاً.
- 3- اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في اجرة الحضانة قدرتها المحكمة في ضوء مصلحة المحضون ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي.
- 4- للاب وغيره من الاولياء النظر في امر المحضون وتربيته وتعليمه ومشاهدته.
- 5- في حالة ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى الجد الصحيح ثم الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة.
- 6- اذا اتم المحضون السابعة من عمره وكان ابوه متوفيا او مفقودا او فقد احد شروط الحضانة تنتقل الحضانة الى الجد الصحيح ثم الى امه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون اني يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها فيه لحين بلوغه سن الرشد.

(20) د. سلام عبد الزهرة ود. نبيل زوين، مصدر سابق، ص 251

(21) الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط1، دار وارث، كربلاء المقدسة، 2020م، ص 227.

- 7- للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلامه منها بعد مرور سنة على اكتساب الحكم الدرجة القطعية اذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه.
- 8- اذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين او الجد الصحيح تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.

المادة (2) "حق المشاهدة ثابت للأبوين ويراعى فيه ادامة الونام والمودة بين الاطفال وابائهم.

المادة (3) "في فترة الرضاعة تكون المشاهدة مرتين في الشهر في المحل الذي يتم الاتفاق عليه وفي حالة عدم الاتفاق تكون في المحل الذي تقرره المحكمة لكنه لا يبيت الا عند حاضنته.

المادة (4) "بعد فترة الرضاعة يكون وقت ومحل الإقامة والمشاهدة وفقاً لاتفاق الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق تكون الإقامة اسبوعياً لمدة (24) ساعة متواصلة في محل يحدده طالب المشاهدة (غير الحاضن) اذا كان يقيم في المحافظة التي فيها المحضون اما اذا كان غير الحاضن يقيم في محافظة اخرى تكون الإقامة اسبوعياً لمدة (48) ساعة متواصلة وبعد انتهاء المشاهدة يلتزم بإعادة المحضون الى الحاضن وبخلافه يحرم من المشاهدة (30) يوماً.

المادة (5) " اذا منع الحاضن مشاهدة المحضون دون عذر مشروع يتم اذاره من قبل منفذ العدل وفي حالة تكراره المنع لمرتين في الشهر تنتقل الحضانة بقرار من المحكمة المختصة لمدة شهر واحد الى الشخص الذي يمنح له هذا الحق بموجب القانون واذا تكرر المنع اكثر من سبع مرات غير متواصلة في السنة يكون ذلك سبباً لاسقاط الحضانة"

المادة (6) "1- ان يكون سفر المحضون الى خارج البلد بموافقة الابوين وفي حالة وفاة احدهما يكون الحق للشخص الحاضن بموجب القانون".

2- للقاضي ان يأذن بسفر المحضون مع احد الابوين او الجد الصحيح خارج البلد اذا تبين ان مصلحة المحضون تقضي بذلك بعد تقديم تعهد بالالتزام بإعادته للبلد مع كفالة مالية تؤمن الالتزام بذلك التعهد".

المادة (7) "اذا تم المحضون الخامسة عشر من العمر يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر اذا انست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار وتنتهي حضانة الانثى بزواجها والدخول بها في كل الاحوال".

ثانياً- مناقشة النصوص القانونية:

اهم الملاحظات العامة التي امكن تأشيرها على مشروع القانون؟

- 1- هذا المشروع حاول ابراز الجانب الذكوري في معادلة الحضانة من خلال جعل الحضانة بعد السابعة او قبلها عند زواج الام هي للاب او ابيه عند انعدامه على حساب الام ودون ذكر للنساء في الحضانة مثل ام الام او ام الاب او اخته او عمته او خالته وهكذا.
- 2- صياغة المشروع ركيكه وهي قالب لأصل م 57 محل التعديل مع بعض الإضافات والتعديلات حسب المقترح وبما يتناسب والوضع الجديد من حيث الحضانة للاب او ابيه. وفيه محاوله اقحام الادعاء العام في

مسائل الحضانة في حين ان قانون الادعاء العام النافذ لسنة 2017 قد الزم جهاز الأداء العام بالحضور في قضايا الاسرة استنادا للمادة 6 منه؟

- 3- الصياغة اللغوية غير دقيقة وفيها لبس وغموض مثل استعمال كلمة ولد تارة وكلمة محضون تارة أخرى .
- 4- الإشارة لمصطلح الجد الصحيح وهو لا يستقيم مع ادبيات الفقه الامامي الذي ينسب التعديل اليه حسب ما يقال فهو يستعمل مصطلح أي الاب او الجد لاب وليس الجد الصحيح.

و يلاحظ من مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية المذكورة اعلاه ان الام هي اولى الناس برعاية وتربية الولد والقيام بشؤونه، لانها منبع الحنان والعاطفة والرقعة في التعامل، حتى ان يتم السابعة من عمره، غير ان احقية الام بالحضانة معلقة على توافر شروط الحضانة، وفي حال فقدانها احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب، ثم حاضن امين تختاره المحكمة، سواء اكان من اقارب المحضون او من غيرهم، مراعية بذلك مصلحة المحضون، فاذا لم تجد المحكمة تودع الصغير لدى دور الحضانة. ويلاحظ ان المشرع في هذا التعديل حدد مدة الحضانة بسبع سنوات وشروط الحضانة كما اشار اليها المشروع المذكورة انفا هي البلوغ، والعقل، والامانة، والقدرة على تربية المحضون، وان تكون الحاضنة غير متزوجة مطلقا، ويلاحظ في هذا الخصوص ان الامر مقصورا على الام اما اذا كانت الحاضنة غير الام فانها لا يشملها النص المتقدم، ونرى انه من الضروري التفرقة بين كون الام مطلقة او ارملة، فاذا كانت مطلقة فيشترط ان تكون غير متزوجة وفي حالة الزواج خلال مدة الحضانة تسقط الحضانة، اما اذا كانت ارملة فنرى ان بزواجها خلال فترة الحضانة لا تسقط الحضانة ولكن بشروط هي:

1. ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة.
2. ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الام.
3. ان يتعهد زوج الام حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به. وفي حالة اخلال زوج الام بالتعهد يكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة.

كما يلاحظ من نص الفقرة الثالثة من نص المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية اذا كانت الحاضنة ان الام لا تستحق اجرة عن حضانة الصغير اذا كانت في عصمة الزوج او معتدة من طلاق رجعي. اما اذا لم تكن في عصمة الزوج ولا في عدة طلاق رجعي فانها تستحق اجرة الحضانة. اما اذا كانت الحاضنة غير الام فانها تستحق مطلقا. ويبدأ حساب الاجرة ابتداءً من تاريخ المطالبة القضائية في حالة اختلاف الحضانة مع من تجب عليه الحضانة.

ويلاحظ ان المشروع المشار اليه جعل مدة الحضانة تستمر الى اكمال المحضون السابعة من عمره، ولم يفرق بين الذكر والانثى، وهو توجه ينسجم مع مبادئ الشريعة الاسلامية⁽²²⁾، فاذا اتم السابعة من عمره تنتقل الحضانة للاب، اذا كان على قيد الحياة ومتوافرة فيه شروط الحضانة، فاذا كان متوفيا او فقد احد شروط الحضانة تنتقل الحضانة للجد الصحيح(ابو الاب)، ثم الى الام ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لاقاربه من النساء والرجال حق منازعتها فيه لحين بلوغه سن الرشد. ونرى بضرورة ان تعود الحضانة للام اذا كان الاب متوفيا او فاقد شرطا من شروط الحضانة ومن بعدها للجد الصحيح، وذلك لما تتميز به الام من حنان وعاطفة ورقة في التعامل وهي احن الناس على ولدها. فاذا ما اتم السنة الخامسة عشرة من عمره فيكون له حق الاختيار في ان يقيم مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكماله الثامنة عشرة من العمر بشرط ان تتأكد المحكمة من حسن اختياره، وتنتهي حضانة الانثى بزواجها والدخول بها في الاحوال. ونرى ان هذا التوجه يجعل مدة الحضانة في السبع سنوات الاولى للام ومن بعدها للاب منصفًا لكلا الابوين. واجازة المشروع للحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم سواء اكانت الام او غيرها ان تطلب استرداد الحضانة ممن حكم له باستلام المحضون منها، لكن طلب

(22) حيث قدرها فقهاء الامامية بسنتين للذكر وسبع سنوات للانثى، وقدرها بعض الحنفية بسبع سنوات وبعضهم بتسع سنوات وهذا للمحضون الذكر، اما الانثى فحددها بتسع سنوات او احدى عشرة سنة واناطها بعضهم بالبلوغ، وقال الشافعية ليس للحضانة مدة معلومة بل يبقى الطفل عند امه حتى يميز، وقال المالكية الصبي حتى يبلغ والبنات حتى تنزوج ويتم الدخول بها فعلا، وقدرها الحنابلة بسبع سنوات للذكر والانثى معا وبعدها يخير الطفل بين الام والاب. ينظر في ذلك: د. سلام عبد الزهرة و د. نبيل زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، ص250.

الاسترداد، مقيد بمرور سنة على اكتساب الحكم الدرجة القطعية اولا، وبإثبات تضرر المحضون من بقاءه لدى من حكم له باستلام المحضون من الحاضنة الاولى ثانيا.

كما ويتضح من مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية المشار اليه انه نظم حق المشاهدة، فلم يترك امر حضانة الولد للام فقط او الاب فقط انما اشركهما معا، فلاب وغيره من الاولياء، ان يشرف على شؤون ولده وتربيته ولو كان لدى الحاضنة، ففي فترة الرضاعة تكون المشاهدة مرتين في الشهر في المكان الذي يتم الاتفاق عليه، او المكان الذي تختاره المحكمة في حالة عدم الاتفاق ولا يبيت الا عند حاضنته، اما بعد فترة الرضاعة يكون وقت ومكان الاقامة والمشاهدة وفقا للاتفاق بين الطرفين، وفي حالة عدم الاتفاق تكون الاقامة اسبوعيا لمدة 24 ساعة متواصلة في مكان يختاره طالب المشاهدة، غير الحاضن، اذا كان مقيما في نفس المحافظة التي فيها المحضون، اما اذا كان طالب المشاهدة يقيم في محافظة اخرى تكون الاقامة اسبوعيا لمدة 48 ساعة متواصلة وبعد انتهاء المشاهدة يلتزم باعادة المحضون الى الحاضن وبخلافه يحرم من المشاهدة 30 يوما. وبهذا الخصوص نود ان نبين ان تحديد وقت المشاهدة 48 ساعة اسبوعيا في حالة اذا كان طالب المشاهدة يقيم خارج المحافظة التي فيها المحضون، فيها ارهاق على المحضون ويلحقه ضرر جراء التنقل ونرى من الضروري تنظيم وقت المشاهدة ب(48) ساعة خلال اسبوعين وليس في اسبوع واحد مراعاة لمصلحة المحضون. وفي حالة منع الحاضن من مشاهدة المحضون دون عذر مشروع يتم اذاره من قبل منفذ العدل وفي حالة تكرار المنع لمرتين في الشهر تنتقل الحضانة لمدة شهر واحد الى الشخص الذي يمنح له هذا الحق بموجب القانون بقرار من المحكمة المختصة، وفي حالة تكرار المنع اكثر من سبع مرات غير متواصلة في السنة يكون ذلك سببا لاسقاط الحضانة وذلك لانه يفقد شرطا من شروط الحضانة وهو الامانة.

كما نظم المشروع السفر بالمحضون خارج البلد، حيث اشار الى ان سفر المحضون خارج البلد يكون بموافقة الابوين وفي حالة وفاة احدهما يكون الحق للشخص الحاضن بموجب القانون، حيث يكون للقاضي ان يأذن بسفر المحضون خارج البلد مع احد الابوين او مع الجد الصحيح اذا تبين ان مصلحة المحضون تقتضي ذلك، بشرط تقديم تعهد مقترن مالية تؤمن الالتزام باعادته للبلد.

ان موضوع الحضانة يحتل اهمية بارزة، ولا يخفى على احد في وقتنا الحاضر ان الضجة التي حدثت على المادة (٥٧) بكل فقراتها من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، ونرى أن السبب الاساسي يرجع الى ركافة نص المادة (٥٧) نفسه، ونعتقد ان الحل الامثل لهذا الموضوع يكمن في إقرار مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية مع تعديل بعض موادها على نحو ما بيانه في اعلاه:

ونسند في هذا الرأي الى الحجج الاتية:

- 1- ان التعديل يعطي لكلا الوالدين حقه في الطفل، فالأب عند اشتراكه بالحضانة يستطيع أن يمارس ولايته، والأم كذلك تستطيع حضانة الطفل اثناء صغره.
- 2- ان هذا التعديل ينسجم مع مبادئ الشريعة الاسلامية التي اكدت على ضرورة الفصل بين الحضانة والتي هي مجرد الضم والحفظ من جهة، وحق الولاية والتي يراد بها رعاية شؤون المحضون وتربيته ومراقبته من جهة اخرى.
- 3- ان هذا التعديل يحقق العدالة في توزيع الحقوق بين الوالدين بل حتى الواجبات.
- 4- ان هذا التعديل ينسجم مع مصلحة المحضون وعدم حرمانه من حنان الاب والام.

5- إن هذا التعديل ينسجم مع النزعة الإنسانية المعاصرة والمواثيق والمعاهدات الدولية.

الخاتمة

بعد دراسة المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 النفاذ ومشروع قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية لسنة 2021، نأتي الى خاتمة البحث من خلال النتائج التي توصلنا لها والتوصيات،

اولا- النتائج:

- 1- بدا لنا ان مدة الحضانة اتمام العاشرة من العمر وللحكمة ان تقرر تمديدتها حتى اكمال الخامسة عشرة. في حين جاء في مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية ان مدة الحضانة سبع سنوات، وينسجم هذا التوجه مع مبادئ الشريعة الاسلامية.
- 2- لا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها من اجنبي وفقا لقانون الاحوال الشخصية، لكن بموجب مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية تسقط الحضانة بزواج الام.
- 3- تسقط الحضانة اذا فقدت الام شرط من شروط الحضانة واذا توفى الاب والام فان المحكمة هي من تختار الحاضن.
- 4- ليس لاب المحضون اخذه من امه عنوة، ما دامت الام محتفظة بشروط الحضانة والمحضون في سن الحضانة.
- 5- اذا مات ابو الصغير او فقد احد شروط الحضانة، فيبقى لدى امه بشرط ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة وتقتنع المحكمة بعدم تضرر المحضون من بقاءه مع امه واذا تزوجت الام من اجنبي ان يتعهد الزوج برعاية الصغير وعدم الاضرار به واذا اخل بالتعهد فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة وفقا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 560 لسنة 1986
- 6- ان القانون جعل للمحضون اذا اتم الخامسة عشر من العمر ان يختار الإقامة مع من يشاء من ابوية او اقاربه، اذا تأكدت المحكمة من حسن اختياره، واذا لم يوجد من هو اهلا للحضانة فان المحكمة لها ان تودع المحضون في دور الدولة.
- 7- ان القانون اوجب للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته، لذلك ليس للام او اية حاضنة الابتعاد عن مسكن الاب بحيث يمتنع على الاب رعاية الولد.
- 8- عند وفاة الاب فان الحضانة تبقى لدى الام وليس لاحد من اقارب المتوفي منازعتها اما اذا توفيت الام تنتقل الحضانة الى الاب مالم يتضرر المحضون. بينما في مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية اذا اتم المحضون السابعة من العمر تنتقل الحضانة للاب واذا كان متوفيا تنتقل الحضانة للجد ابو الاب ومن ثم للام في حالة كونها محتفظة بشروط الحضانة.

ثانيا- التوصيات:

ان موضوع الحضانة يحتل اهمية بارزة، فلا يخفى على احد في وقتنا الحاضر ان الضجة التي حدثت على المادة (٥٧) بكل فقراتها من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، ونرى أن السبب الاساسي يرجع الى ركافة نص المادة نفسه، ونعتقد إن الحل الامثل لهذا الموضوع يكمن في إقرار مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية مع تعديل بعض موادها على النحو الاتي:

- 1- تعديل الفقرة (2) من المادة الاولى على النحو الاتي: (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، غير متزوجة اذا كانت مطلقة، اما اذا كانت ارملة فيشترط ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير

- من بقاءه مع الام. وان يتعهد زوج الام حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به، وفي حالة اخلال زوج الام بالتعهد يكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة.
- 2- تعديل الفقرة (6) من المادة الاولى لتكون على النحو الاتي: (اذا اتم المحضون السابعة من عمره وكان ابوه متوفيا او مفقودا او فقد احد شروط الحضانة تعود الحضانة الى الام ما دامت محتفظة بشروط الحضانة) وذلك لان الام احق الناس بالحضانة، لما تتميز به الام من حنان وعاطفة.
- 3- تعديل المادة الرابعة لتكون على النحو الاتي: (بعد فترة الرضاعة يكون وقت ومحل الاقامة والمشاهدة وفقا لاتفاق الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق تكون الاقامة اسبوعيا لمدة (24) ساعة متواصلة في محل يحدده طالب المشاهدة (غير الحاضن) اذا كان يقيم في المحافظة التي فيها المحضون اما اذا كان غير الحاضن يقيم في محافظة اخرى تكون الاقامة كل اسبوعين مدة (48) ساعة متواصلة وبعد انتهاء المشاهدة يلتزم بإعادة المحضون الى الحاضن وبخلافه يحرم من المشاهدة (30) يوما). وذلك لان انتقال المحضون كل اسبوع والاقامة لمدة 48 ساعة فيه ارهاق للمحضون.
- 4- 2- للقاضي ان يأذن بسفر المحضون مع احد الابوين او الجد الصحيح خارج البلد اذا تبين ان مصلحة المحضون تقضي بذلك بعد تقديم تعهد بالالتزام بإعادته للبلد مع كفالة مالية تؤمن الالتزام بذلك التعهد".

ونستند في هذا الرأي الى الحجج الاتية:

- 1- ان التعديل يعطي لكلا الوالدين حقه في الطفل، فالأب عند اشتراكه بالحضانة يستطيع أن يمارس ولايته، والأم كذلك تستطيع حضانة الطفل اثناء صغره.
- 2- ان هذا التعديل ينسجم مع مبادئ الشريعة الاسلامية التي اكدت على ضرورة الفصل بين الحضانة والتي هي مجرد الضم والحفظ من جهة، وحق الولاية والتي يراد بها رعاية شؤون المحضون وتربيته ومراقبته من جهة اخرى.
- 3- ان هذا التعديل يحقق العدالة في توزيع الحقوق بين الوالدين بل حتى الواجبات.
- 4- ان هذا التعديل ينسجم مع مصلحة المحضون وعدم حرمانه من حنان الاب والام.
- 5- إن هذا التعديل ينسجم مع النزعة الإنسانية المعاصرة والمواثيق والمعاهدات الدولية.

المصادر

القرآن الكريم

اولا- كتب القانون

- 1- د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والفقه الاسلامي، ط1، مطابع دار وارث، كربلاء المقدسة، 2020م.
- 2- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي و د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته (عقد الزواج واثاره- الفرقة واثارها- حقوق الاقارب)، مكتبة دار السلام القانونية، النجف.
- 3- د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته (عقد الزواج واثاره، والفرقة واثارها، وحقوق الاقارب)، 2004م.

ثانيا- الاطاريح الرسائل الجامعة

- 1- عائدة سلجان ابو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، فلسطين- غزة، 2003.

ثالثاً: البحوث المنشورة:

- 1- د. اساء فتحي عبد العزيز شحاته، زمن الحضانة ورؤية المحضون في نظر الفقه والقانون، بحث منشور في جامعة الازهر الشريف، مصر- القاهرة.
 - 2- د. ايمان بنت محمد علي عادل عزام، التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر، ندوة علمية في اثر متغيرات العصر في احكام الحضانة بين جمع الفقه الاسلامي وكلية الشريعة والدراسات الاسلامية جامعة ام القرى، 1436هـ.
 - 3- حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة التقني، المجلد 24، العدد 10، 2011.
 - 4- ستنا ابراهيم الشيخ احمد، حضانة الطفل في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الخرطوم، السودان، 2009.
 - 5- د. فارسي يعيش، الحضانة والقانون الواجب التطبيق، المجلد 2، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، 2017.
 - 6- عز الدين محمد توني، الحضانة، الموسوعة مقالة منشورة الفقهية- الوعي الاسلامي، العدد 321، 1413هـ.
 - 7- محمد بن الحسن العاملي، وسائل الشيعة، المطبعة الاسلامية، ج7، بلا سنة طبع.
 - 8- مريم الكندري، احكام الحضانة "دراسة مقارنة ما بين الفقه المالكي والقانون الكويتي، بحث منشور في دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 47، العدد 4، 2020.
- رابعاً: القوانين:
- 1- قانون الاحوال الشخصية العراقي 188 لسنة 1959 وتعديلاته النافذ.
 - 2- مشروع قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية بدون ذكر رقم لسنة 2021.

خامساً: الانترنت

- 1- بحث منشور على الموقع الالكتروني <http://www.al-eman.com> تمت الزيارة يوم 26-6-2021، الساعة 7 مساءً.
- 2- بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://honna.elwatannews.com> تمت الزيارة بتاريخ 29-6-2021، الساعة 10 مساءً.
- 3- بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://www.islamweb.net> تمت الزيارة بتاريخ 29-6-2021 الساعة 10:17 مساءً.
- 4- احكام الحضانة في الفقه الاسلامي مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الليبي، بحث منشور على الموقع الالكتروني <https://www.noor-book.com> تمت الزيارة يوم 27-6-2021، الساعة 6 مساءً.