الجزء الثاني:

التعليق على الأحكام القضائية

إسقاط الحضانة عن الأم كعقوبة لها يضر بالمحضون

(تعليق على قرار قضائي)

أ.د. عادل ناصر حسين / جامعة الفلوجة / كلية القانون
العراق

أصدرت هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية، قرارين مختلفين في الموضوع نفسه، وهو اسقاط حضانة الام لعدم تمكين الأب من مشاهدة المحضون، ويفصل بين القرارين شهران فقط.

لذلك سأحاول تحليل هذين القرارين لبيان ما هو الأصلح في مصلحة المحضون.

القرار الاول

أولاً – هوية القرار القضائي

محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، رقم القرار 8654 /2019 في 28 /7 / 2019 غير منشور.

ثانياً – البطاقة التعريفية للقرار القضائي

1- **المقدمة:** ما دامت الأم محتفظة بشروط الحضانة، فإن عدم تمكينها الأب من مشاهدة أولاده لأربع مرات متتالية لا يسقط حضانتها، هذا ما قضت به هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، في قرار لها أصدرته في 28 / 7/ 2019.

2- **الوقائع:** حصل المميز المدعي على قرار من المحكمة، يقضي بإلزام المميز عليها المدعى عليها بتمكينه من مشاهدة اطفاله، إلّا أنها لم تحضر الأطفال لأربع مرات متتالية لغرض المشاهدة.

3- **الاجراءات:** قام المدعي بواسطة وكيله برفع دعوى في محكمة الأحوال الشخصية في سوق الشيوخ ضد مطلقته المدعى عليها، وأصدرت محكمة الموضوع بعدد 770 /ش / 2019 وتاريخ 25 / 6 / 2019 حكماً حضورياً برد دعواه وتحميله المصاريف والأتعاب، لذا طعن بالحكم المذكور تمييزاً بلائحة قدمها في 8 / 7 / 2019.

4- **طلبات الخصوم:** طلب المميز المدعي، بإسقاط حضانة مطلقته لأولاده وضم الحضانة له.

5- **المشكلة القانونية:** هل تعد الأم قد خالفت شروط الحضانة، لأنها لم تمكّن أب المحضون من مشاهدة أولاده؟ وهل هو مبرر كاف لإسقاط حضانتها؟ وهل هو في مصلحة المحضون أم لا؟

6- **الحل- الحكم:** صادقت هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية على الحكم المميز وردت الطعون التمييزية، وحملت المميز رسم التمييز، لأنها رأت أن الحكم المميز صحيح وموافق للشرع والقانون، إذ أن عدم تمكين المميز عليها المميز من مشاهدة أطفاله،

لا يعد سبباً كافياً لإسقاط حضانتها ما دامت محتفظة بشروط الحضانة ولم تفقد أياً منها.

القرار الثاني

أولاً- هوية القرار القضائي

محكمة التمييز الاتحادية، هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية، رقم القرار 10807 /2019 في 29 / 7 / 2019 غير منشور.

ثانياً – البطاقة التعريفية للقرار القضائي

1- **المقدمة:** إن امتناع المدعى عليها وتخلفها عن إحضار الطفلة في مواعيد المشاهدة والاصطحاب بموجب الحكم المنفذ، تكون قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة وهو الأمانة، فضلاً عن إخلالها بواجب قانوني بعدم تنفيذها حكم قضائي واجب التنفيذ. هذا ما قضت به هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية في 29 / 7 / 2019.

2- **الوقائع:** حصل المدعي على قرار، يلزم المدعى عليها بتمكينه من مشاهدة ابنته، إلّا أنها ممتنعة عن إحضارها للمشاهدة لخمس مرات، ثم أربع حالات عدم مشاهدة، وبعدها ثلاث حالات لم يتم فيها المشاهدة والاصطحاب بسبب امتناع جد المحضونة عن ذلك، أعقبها موعدا مشاهدة لم يتم حضور المدعى عليها والمحضون في الزمان والمكان المعينين.

3- **الاجراءات:** قام المدعي برفع دعواه ضد مطلقته لدى محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ, ثم أُحيلت دعواه إلى محكمة الأحوال الشخصية في الأعظمية حسب الاختصاص المكاني، فأصدرت الأخيرة حكماً حضورياً بعدد 5109 /ش /2018 في 27 / 12 / 2018 برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف والأتعاب. طعن المدعي بالحكم تمييزاً بلائحة وكيله المؤرخة في 20 / 1 / 2019 اعيد الحكم الى محكمته منقوضاً، بموجب القرار التمييزي المرقم 2395 /هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /2019 في 17 / 2 / 2019 ثم أصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً بعدد 5109 /ش نقض /2018 في 21 /8 / 2019 حكماً يقضي برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف والأتعاب، ثم قدم المدعى لائحة تمييزية مؤرخة في 15 / 9 / 2019.

4- **طلبات الخصوم:** طلب المدعي إسقاط حضانة مطلقته لإبنته وضمها له وتحميلها المصاريف.

5- **المشكلة القانونية:** هل تعد الأم بعدم تمكينها والد المحضون من مشاهدة ابنته لمرات عدة قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة؟ وهل بعملها هذا أخلت بواجب قانوني بعدم تنفيذ حكم قضائي واجب التنفيذ؟

6- **الحل – الحكم:** قررت هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية بنقض الحكم وإعادة الدعوى إلى محكمتها، لأنها وجدت أن الحكم غير صحيح من الناحية الشرعية والقانونية، لأن المحكمة وإن كانت قد اتبعت القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بالعدد 2395 / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / 2019 في 17 / 2 / 2019 إلّا أنها توصلت إلى نتيجة غير صحيحة، لأن الملاحظ من

جدول المشاهدة الصادر من مكتب البحث الاجتماعي في محكمة الأحوال الشخصية في الأعظمية، أن المدعى عليها امتنعت مرات عن إحضار المحضون للمشاهدة، لذلك تكون قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة وهو الأمانة، لعدم مراعاتها مصلحة المحضون في تمكين أبيها من مشاهدتها كجزء من حقوق الإشراف على شؤونها وتربيتها وتعليمها حسب أحكام المادة(السابعة والخمسين / 4) من قانون الأحوال الشخصية، إضافة إلى إخلالها بواجب قانوني بعدم تنفيذها حكم قضائي واجب التنفيذ.

التعليق على القرار القضائي

الحضانة لغة من (الحضن) وهو ما دون الإبط إلى الكشح. و (حضن) الطائر بيضه من باب نصر ودخل، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه. و (حضنت) المرأة ولدها (حضانة). و (حاضنة) الصبي التي تقوم عليه في تربيته. و (احتضن الشيء) جعله في حضنه[1].

وأما الحضانة اصطلاحاً فتعني تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع شؤونه في سن معينة ممن له الحق في ذلك من أقاربه المحارم[2].

ويشترط في الحاضنة أن تكون بالغة وعاقلة، وأن تكون أمينة على المحضون، وأن تكون قادرة على تربيته، وأن لا تكون مرتدة، وأن لا تمسكنه في بيت مبغضيه[1].وأم

[1] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1967، ص142.

[2] عمر عبدالله، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار المعارف بمصر – فرع الاسكندرية، 1956، ص429.

الطفل أحق بحضانته من غيرها في بداية حياته الأولى، لأنها أكثر من غيرها رفقاً به وشفقة. وكذلك هي أصبر عليه وقادرة على تحمل مشاقه، وفي الغالب تكون متفرغة لخدمته والقيام بشؤونه. وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة السابعة والخمسين من قانون الأحوال الشخصية بقولها (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك).

وتُقدم الأم في حضانتها للصغير حتى على أبي المحضون، (فقد روي أن امرأة جاءت إلى الرسول (صلى الله عليه وسلم)، فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كانت بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني. فقال لها رسول الله (صلى الله عليه وسلم): أنت أحق به ما لم تنكحي). رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم[2].

وتبقى الحضانة للأم ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، فإذا فقدت أحد هذه الشروط تنتقل الحضانة للأب، أو إلى من تختاره المحكمة حسب مصلحة الصغير، هذا ما جاءت به الفقرة (6) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه (في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة للأب، إلّا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة و مراعية بذلك مصلحة الصغير).

---

[1] محمد زيد الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة النهضة بشارع عبد العزيز، مصر، 1920, ص66-67.

[2] محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص226.

إذاً كما تبين أعلاه أن الحضانة تكون من حيث الأصل للأم، وهذا ما دعا القوانين أن تعطي للأب الحق في مشاهدة المحضون، للنظر في شؤونه وتربيته وتعليمه، هذا ما جاء في الفقرة (4) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه (للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر ...) ولكن المشرع العراقي لم ينص على مكان المشاهدة ولا على حق الأم بالمشاهدة فيما لو كانت الحضانة للأب، في حين أن بقية قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية نصت على حق المشاهدة للأبوين، كما في المادة (181) من قانون الأحوال الشخصية الأردني[1]، والمادة (66) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[2]، والمادة (196) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[3]، والمادة (148) من قانون الأحوال الشخصية السوري[4]، والمادة (63) من قانون الأسرة الجزائري[5]، والمادة (154) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي[6].

وتلافى المشرع العراقي كل ذلك من خلال قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 211 في 15 / 2 / 1984 الذي نص على أنه (تكون مشاهدة أحد الوالدين ولده بمقتضى الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في مقر منظمة الاتحاد العام لنساء العراق في البلدة التي يقيم فيها الولد مع حاضنته)[7].

---

[1] رقم 36 لسنة 2010.

[2] لسنة 1956.

[3] رقم 51 لسنة 1984.

[4] رقم 59 لسنة 1953.

[5] رقم 84-11 لسنة 1984.

[6] رقم 28 لسنة 2005.

[7] نشر القرار في الوقائع العراقية العدد / 2983 في 5 / 3 / 1984.

بيد أن هذا القرار أُلغِي بعد ذلك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم 6 في 1992 والذي جاء فيه (1- تكون مشاهدة أحد الوالدين ولده في المكان المناسب الذي يتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم اتفاقهما على ذلك أو عدم النص في قرار المحكمة على تحديد مكان المشاهدة، يكون أي من فروع الاتحاد العام لنساء العراق أو فرع الاتحاد في المكان الذي تقيم فيه الأم هو المكان المناسب للمشاهدة. 2- يُلغى قرار مجلس قيادة الثورة ذي الرقم 211 المؤرخ في 15 / 2 / 1984 .)[1].

بعد عام 2003، أصبحت المشاهدة تتم في دائرة رعاية القاصرين ودوائر التنفيذ، ثم في مكاتب البحث الاجتماعي في المحاكم، إلى أن صدر إعمام من مجلس القضاء الأعلى يتضمن توجيهاً ألى السادة قضاة محاكم الأحوال الشخصية، بأن الأصل في دعاوى مشاهدة المحضون أن يكون مكان المشاهدة بحسب اتفاق الطرفين المتداعيين، وبعكسه يتم تحديد مكان المشاهدة من قبل المحكمة، ويراعى فيه أن يكون خارج مقرات المحاكم ودوائر التنفيذ، التي قد تؤثر على نفسية المحضون، وأن يتم اختيار المقرات النسوية ومقرات المجتمع المدني عوضاً عن ذلك كمكان للمشاهدة، ويراعى التوسع في تحديد عدد مرات المشاهدة خلال الشهر الواحد وكذلك السماح بحالات الاستصحاب على أن يبقى المحضون لدى حاضنته لضمان رعاية واشراف الأبوين للمحضون بشكل عادل [2].

إذاً كل من كانت له الحضانة من الأبوين، عليه أن يمكّن الآخر من مشاهدة المحضون، فإذا مَكّن أحدها الآخر من مشاهدة أولاده فبها، وإلا فإن القانون كفل لمن لم تكن الحضانة له، أن يشاهد أولاده، وهو في الغالب يكون الأب لأن الشرع

---

[1] نشر القرار في الوقائع العراقية العدد 3388 في 13 / 1 / 1992.

[2] عدد الاعمام 976 /ق/ا في 30 /9 /2019.

والقانون جعلا الحضانة للأم أثناء قيام الزوجية وبعد الفرقة، فإذا لم تمكّنه الأم من ذلك تكون مقصرة.

بناء على ذلك، تكون الأم مقصرة في القرارين، لأنها لم تسمح للأب بمشاهدة أولاده، في القرار الأول لأربع مرات متتالية، وفي القرار الثاني لأكثر من تسع مرات، ولكن نتساءل هل بفعلها هذا قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة؟ المحكمة في القرار الاول، قالت إنها على الرغم من ذلك بقيت محتفظة بشروط الحضانة، وأما في القرار الثاني قالت إنها فقدت شرطاً من شروط الحضانة وهو الأمانة، وأيضاً قالت إنها خالفت واجباً قانونياً في عدم تنفيذ حكم قضائي واجب التنفيذ.

وأنا أتفق جملة وتفصيلاً مع ما ذهبت إليه المحكمة في قرارها الثاني. إذ لا يحق للأم أن تمنع الأب من مشاهدة أولاده لا شرعاً ولا قانوناً، لأن للاب الحق في متابعة أولاده وتربيتهم والاشراف عليهم. ولكن السؤال المطروح هنا، أي القرارين عالج المشكلة؟ أهو القرار الأول الذي لم يسقط حضانة الأم على الرغم من عدم تمكين الأب من مشاهدة أولاده؟ أم القرار الثاني الذي أسقط الحضانة عنها لهذا السبب؟ وأيهما يقع في مصلحة المحضون؟

وباعتقادي المتواضع أن القرارين لم يعالجا الموضوع بشكل لا يضر بجميع أطرافه؛ ففي القرار الأول صحيح أن المحضون لم يتعرض للضرر ولا أمه، ولكن الأب تأذى بسبب عدم مشاهدة أولاده والأم ممتنعة عن ذلك ولم تسقط حضانتها. وفي القرار الثاني نجح الأب بإسقاط حضانة الأم، ولكن تضررت الأم والمحضون. تضررت الأم لأنها متعلقة بولدها الذي نما في احشائها لأشهر عدة وصار قطعة منها، ثم أرضعته من روحها وربته وكبرته، فإذا أُخِذ منها سوف تتألم كثيراً.

أما المحضون، فيتضرر من إسقاط حضانة الأم، لأنه إن كان رضيعا فكيف سيوفر له الأب المرضعة الملائمة له؟ وحتى إن وجدت فمن الصعب أن يتقبل الصغير غير ثدي أمه إلّا بصعوبة، وإن اختار الأب الرضاعة الاصطناعية، فهنا أيضاً يحتاج الصغير إلى عدة أيام لكي يتعود على الرضاعة الاصطناعية.

وإذا لم يكن الصغير في مرحلة الرضاعة، فإنه يكون قد تعود على أمه وارتبط بها، في أكله وشربه وملبسه ومنامه، فهي تساعده في كل ذلك، فإذا أسقطنا الحضانة عن الأم وسلمنا الصغير للأب، فالأب غالباً لا يحضن الصغير بنفسه، وإنما يدفع الصغير إلى إحدى قريباته، كالجدة (أم الأب) أو العمة، فإذا سلمنا أن هؤلاء النسوة قريبات للصغير، فإن الجدة في الغالب تكون طاعنة في السن وتحتاج هي إلى عناية من الآخرين، والعمة متزوجة فإذا تربى بين أولادها وزوجها غريب عنه، فالنتائج لا تحمد عقباها.

وإذا اختار الأب أن يبقي المحضون عنده، فهنا يكمن الضرر الذي سوف يتعرض له المحضون، لأن الأب يكون قد تزوج، وهذا الصغير قرابته بالنسبة لزوجة الاب، يكون ابن ضرتها، ومنذ الأزل كانت زوجة الاب غير حنونة على أبناء زوجها من غيرها، فالأخبار والقصص والروايات التي تحكى لا تحصى ولا تعد، وكيف أن زوجة الأب أذاقت أولاده أشد العذاب وأسوأ المعاملة.

وهذا الأذى المادي والمعنوي الذي سوف يتعرض له المحضون، سيدفع الأم لرفع دعوى استرداد المحضون، حيث نصت الفقرة (6) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية على أنه (للحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم، أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها، إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه). اذا عملية إسقاط الحضانة ثم استردادها، سيتعرض

المحضون خلالها إلى ضرر كبير، ووجود هذه الفقرة في نص المادة (57) إن هو إلّا دليل واضح جداً على عدم نجاعة إسقاط حضانة الأم. فما هو الحل؟

إذا امتنعت الأم عن تمكين الأب من مشاهدة أولاده، لا نحكم بإسقاط حضانتها من أجل مصلحة المحضون، إنما نقوم بترهيب الأم خلال فترة امتناعها، لتمكين الأب من مشاهدة أولاده، من خلال الحكم بإسقاط أجرة حضانتها، وإسقاط نفقة المحضون خلال فترة الامتناع، وإذا عادت تمكن الأب من ذلك، تعود لها أجرة الحضانة ونفقة الولد.

وأما إذا كانت الحضانة للأب، وهو الذي يمتنع عن تمكين الأم من مشاهدة أولادها، هنا يجوز للمحكمة أن تحكم بإسقاط حضانته، لأنه كما ذكرنا سابقاً لا يحضن الولد بنفسه وإنما يدفعه إلى إحدى قريباته.

المراجع

1- عمر عبدالله، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار المعارف بمصر- فرع الاسكندرية، 1956.

2- محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

3- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1967.

4- محمد زيد الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، مطبعة النهضة، مصر، 1920.

القوانين

1- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953
2- مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956
3- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959
4- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 لسنة 1984
5- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984
6- قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم 28 لسنة 2005
7- قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم 36 لسنة 2010 .