احكام الحضانة - دراسة مقارنة موثقة بقرارات قضائية

م د. نهضة عبد الحسين مسجين الخفاجي

Nahdha abdul huossin ghafaja
معهد العلمين للدراسات العليا – النجف الاشرف

Custody Provisions - A Comparative Study Documented by Judicial Decisions

الكلمات الافتتاحية:
حضانة – طفولة – قرارات – القضاء – العراقي

Keywords:
Custody - Childhood - Decisions – Iraqi Judiciary

Abstract

Today, the issue of child custody is a subject of significant legal controversy, societal and parliamentary disputes, and political interventions aimed at amending Article 57 of the Iraqi Personal Status Law. This article consists of nine clauses that address the rules of custody, the conditions and rights of the custodian, who has the right to raise the child, the age of custody, and the extension of the custody period until the child reaches the age of fifteen, provided the court grants permission. This extension requires referral to specialized medical committees, and it must be in the best interest of the child. Furthermore, the child must stay overnight only with the custodian. Custody is considered one of the important and fundamental rights legislated by God Almighty to protect the child, ensuring the child grows up in the care of someone who safeguards their well-being, with the child's best interest being prioritized

Women are considered more capable of raising children than men because they endure the challenges of childcare, providing for and caring for the child. There is a difference between legal and Islamic jurisprudence regarding the legal nature of custody. Is it a right of the mother, the child, or both? The issue of custody is one of ongoing and significant contention, with numerous lawsuits being reviewed by courts daily, including those related to custody fees, custody confirmation, custody recovery, custody termination, and child visitation and accompaniment.

الملخص

إن موضوع الحضانة اليوم محط جدل قانوني كبير وخلافات مجتمعية وبرلمانية وتدخلات سياسية بغية تعديل المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية العراقي بفقراتها التسعة التي تتعلق في أحكام الحضانة، وشروط الحاضنة، ومن له الحق في تربية المحضون، وسن الحضانة، وتمديد سن الحضانة الى ان يتم المحضون سن الخامسة عشر من عمره بشرط أن تأذن المحكمة بذلك، ويتم الرجوع الى اللجان الطبية المختصة بذلك، وأن تقتضي مصلحة المحضون تمديد سن الحضانة، وعلى ان لا يبيت المحضون إلا عند حاضنته. وتعد الحضانة من الحقوق المهمة والاساسية التي شرعها الله تعالى لغرض حماية الطفل، وأن يعيش الطفل في حضن من يحافظ عليه على ان تراعى مصلحة المحضون اولاً. والنساء هن الاقدر على التربية من الرجال، لأنهن يتحملن معاناة تربية الطفل ومؤنته ورعايته، واختلف الفقهين القانوني والإسلامي في الطبيعة القانونية للحضانة، وهل هي حق للام ام حق للمحضون؟ ام حق لهما. ويعد موضوع الحضانة من المواضيع المهمة وذات خلاف دائم ومستمر ودعاوى كثيرة

جداً تنظرها المحاكم يومياً ومنها أجور الحضانة وتأييد الحضانة واسترداد الحضانة واسقاط الحضانة ومشاهدة المحضون واصطحابه.

المقدمة

تعد الحضانة من الحقوق المهمة والاساسية التي شرعها الله تعالى لغرض حماية الطفل، وأن يعيش الطفل في حضن من يحافظ عليه، ويرعاه لحين بلوغه سن الرشد، وفوض الله تعالى النساء مهمة تربية الصغير وحضانته، لأنها تمتاز بالحنان، والنساء هن الاقدر على التربية من الرجال، ويتحملن معاناة تربية الطفل ومؤنته ورعايته، فتتمثل تربية المحضون في غسل بدنه وملابسه ورضاعته إذا كان بسن الرضاع، ويجب أن تكون قادرة وأمينة على تربية المحضون.

أولا: أهمية البحث: تعد الحضانة من المواضيع القانونية والفقهية الشرعية المهمة والعملية المثيرة للجدل، خاصة في الوقت الحاضر وعلى ضوء الشروع في تعديل قانون الأحوال الشخصية، وتنظر المحاكم اعداد كبيرة من دعاوى الحضانة يومياً في كافة المحاكم العراقية، وان الفقهاء سواء من القانونيين او فقهاء الشريعة لهم أراء مختلفة حول من هو الحاضن وسن الحضانة، لذا لابد من التطرق الى مفهوم الحضانة وشروط الحاضنة وحقوقها ومشروعيتها والحكمة من تشريعها ومتى تسقط حضانة الام.

ثانياً: إشكالية البحث: ان الاختلافات الفقهية القانونية والإسلامية في موضوع الحضانة وقرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية المتنوعة في دعاوى الحضانة المختلفة، كانت السبب الأساس للبحث في هذا الموضوع القديم - الجديد والمتجدد ودائما نسمع من ينادي بضرورة تعديل هذه المادة ،وهل التعديل يرد متوافقا مع

القيم الاجتماعية والإنسانية؟ خاصة بعد ان تمت قراءة التعديل في مجلس النواب العراقي واختلاف الاراء الشعبية عليه بين مؤيد ومعارض.

ثالثاً: منهجية البحث: اتبعت المنهج المقارن حيث تمت المقارنة بين قانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون الاسرة المصري والفقه الإسلامي، وتم توثيق البحث بمجموعة من قرارات محكمة التمييز الحديثة التي تتعلق بمختلف دعاوى الحضانة التي تنظر يوميا في المحاكم العراقية. والمنهج التحليلي فيما يتعلق بقرارات محكمة التمييز الاتحادية.

رابعاً: هيكلية البحث: انتظمت هيكلية البحث في ثلاث مطالب بَيَنت في المطلب الأول مفهوم الحضانة وشروط الحاضنة وحقوقها، وفي المطلب الثاني وضَحت الطبيعة القانونية للحضانة وسن الحضانة وفي المطلب الثالث تطرقت الى أسباب اسقاط الحضانة، وكما يلي:

المطلب الأول : مفهوم الحضانة وشروط الحاضنة وحقوقها : من النتائج التي تتحقق بعد الزواج هي إنجاب الأولاد، وهذه حقيقة لان المال والبنون هما زينة الحياة الدنيا، فلا يمكن ان يتزوج أثنين ويبقيان بدون أن ينجبا طفلاً أو أثنين على أقل تقدير بعد مدة من زواجهما، حتى وإن طالت هذه المدة، أو يرزقا بمولود بعد اقل من سنة من تاريخ الزواج والدخول الحقيقي. لكن ماذا لو حصل الشقاق والفراق بين شخصين لم تستمر حياتهم الزوجية كثيرا لعدم التفاهم او التكافئ، وقيام الضغينة بينهما بعد ان رحلت المودة والرحمة من اعماقهما، وافترقا ولهما من فراش الزوجية أولاد صغار، وهم بسن الحضانة، أن الطفل الصغير أحوج ما يكونوا للرعاية والحنان من الوالدين معاً، لكن القدر جعله ينحرم من حنان أحدهم، ليعيش برعاية الأم فقط او الجدة والجد لأم، وما الاب إلا له مشاهدة واصطحاب ولده ساعات معدودة في الشهر وعليه

الانفاق على ولده. لذا سنتطرق الى تعريف الحضانة في الفرع الأول، ونوضح شروط الحاضنة في الفرع الثاني، وحقوق الحاضنة في الفرع الثالث، وكما يلي:

الفرع الأول/ تعريف الحضانة: الحضانة لغة تعني ضم الشيء الى الحضن، وهو الجنب أو الصدر أو العضدان وما بينهما، يقال حضن الطائر أفراخه إذا ضمها تحت جناحيه، وحضنت الأم طفلها ضمته إلى جنبها أو صدرها. والجِنب "الحِضن بكسر الحاء وجمعه أحضان وهو الجنب حيث تضمه الى حضنها [١] اما الضم يقال ضمن الام ولدها أي ضمته الى نفسها أي الى حضنها. يقصد بمصطلح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك، أو المحافظة عليه ، وتربيته بما يصلحه وتجنب ما يضره الى أن يستطيع تدبير اموره بنفسه.[٢] والحضانة تعد الالتزام بتربية الولد ممن له الحق شرعا في حضانته وتربيته من الوالدين والاقارب والارحام إذا كان الولد يتيماً.[٣] وقيل في تعريف الحضانة بانها حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه.[٤] وان المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي تضمنت احقية او افضلية الام في حضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة. وقد جرت على هذه المادة عدد من التعديلات سابقاً، ونصت الفقرة الأولى منها على أن (الام أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة، ما لم يتضرر الحضون من ذلك). ووضحت المادة ١١ من قانون محاكم الاسرة المصري رقم ١٠ السنة ٢٠٠٤ أحكام حضانة الصغير وحفظه ورؤيته والانتقال به ومسكن حضانته. وهذا ما سنوضحه لاحقاً. وعَرف القضاء العراقي الحضانة هي" التربية ورعاية الصغير وحمايته" فجاء بالقرار الصادر من محكمة تمييز العراق المرقم ٢٧٧٧ / شخصية / ١٩٧٩ في ١/٧/ ١٩٧٩ما يلي" إذا كانت جدة الصغير مكفوفة البصر فتعد غير قادرة على تربية الصغير وحمايته ولا يحق لها حضانته، فالحضانة هي تربية المحضون وحمايته

" (٥)

الفرع الثاني/ شروط الحاضنة: لقد وضحت الفقرة ٢ من المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية العراقي الشروط الواجب توفرها في الحاضنة وهي لابد من ان (تكون بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الام أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون) على أن لا يبيت المحضون إلا عند حاضنته استنادا لنص الفقرة ٤ من المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية العراقي، فمثلا لا يجوز ان يبات أسبوع عند الحاضنة والاسبوع الاخر عند الاب، يتبين لنا من النص أعلاه أهم شروط الحاضنة وهي:

أولاً / البلوغ: والبلوغ هنا ليست بتمام الاهلية والرشد وهي اكمال الثامنة عشر التي نصت عليها المادة ١٠٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، ونصت عليها ايضاً الفقرة أ / اولاً من المادة ٣ من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل التي اعتبرت " من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية " بل البلوغ من حيث قابلية الحاضنة البدنية والصحية لتحمل مسؤولية تربية الطفل، لا سيما وقد ازداد في الوقت الحاضر زواج القاصرات وصغيرات السن، حيث تنجب طفلا وهي لا زالت صغيرة ولم تتم الثامنة عشر من عمرها. هناك حاضنات لأطفال بعمر الخامسة عشر سنة، وان كانت هي لاتزال في سن الحضانة لكن زواجها المبكر افقدها الطفولة وحَملها المسؤولية. ووضح الفقه الإسلامي الحضانة لا تكون للصغير ولو كان مميزاً لأنه لا يستقل بأمور نفسه ولا يستغني عن غيره، وأن الحضانة نوع من أنواع الولاية على النفس.[٦]

ثانياً / العقل: يجب أن تكون الحاضنة في كامل قواها العقلية، وغير مصابة بمرض قد يتسبب بضرر للمحضون، مثلاً غير مجنونة أو معتوهة أو مصابة بالأمراض النفسية

الأخرى أو مصابة بمرض معدٍ، لأنها في هذه الحالة غير صالحة لرعاية المحضون كونها بحاجة لمن يرعاها.

ثالثاً / أمينة: الحاضنة هنا مؤتمنة على هذا الصغير المحضون، فعليها أن تحسن تربيته وتعليمه، وأن تُقَوم تصرفاته وتحفظه من الأذى والضياع، لأنه وإن كان وليدها الا أنه أمانة لديها عند الفرقة بينها وبين والد المحضون. حيث تتحمل مسؤوليته أمام المجتمع. فيجب ان تكون امينة على نفسه وخلقه ودينه فاذا كانت "فاسقة مستهترة" لا تؤمن على اخلاق الطفل وادبه.[٧] واشترط الفقه الإسلامي في الأمانة ان لا تكون كثيرة الخروج من المنزل او الخروج المتكرر الذي يفوت مصلحة المحضون ويجعله معرضاً للضياع أو للخطر.[٨]

رابعاً / القدرة على الحضانة: يجب ان تكون الحاضنة قادرة على حضانة المحضون، وأن تكون سليمة من الأمراض المعدية، وإلا تكون مقعدة أو عاجزة عن الحركة، وعليها القيام بواجبات رعاية وتربية المحضون والاهتمام به.

خامساً / لا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها: ففي هذه الحالة تقرر المحكمة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون، كما وأنه يحق للحاضنة المطلقة أن يوقع في عقد زواجها الزوج الثاني تعهداً منه بأنه يقوم برعاية المحضون والمحافظة عليه، وعدم الإضرار به. أما إذا كانت الحاضنة أرملة فإن قانون الأحوال الشخصية نص على بقاء حضانة الأم وإن تزوجت بأجنبي عن المحضون بشرط أن تكون الحاضنة محتفظة بباقي شروط الحضانة، وأن يتعهد زوج الأم كما ذكرنا بالمحافظة على المحضون ورعايته.

الفرع الثالث/ حقوق الحاضنة: ان للحاضنة حقوقا على اب المحضون لقاء حضانتها لولدهما ومن هذه الحقوق الحق في اجرة الحضانة والحق في طلب تاييد الحضانة ونتطرق لكل منهما بفرع مستقل وكما يلي:

اولاً: اجرة الحضانة: يحق للحاضنة مطالبة والد المحضون بأجرة الحضانة " وهي مبلغ من المال يحكم لها به لقاء حضانتها للصغير " وذلك عن طريق رفعها دعوى على والد المحضون أمام محكمة الأحوال الشخصية في العراق ومحاكم الاسرة في مصر، تطالب فيها باجرة الحضانة، ويتم تقديرها من قبل خبراء قضائيين، وعلى ضوء الموارد المالية لأب المحضون وحالته الاقتصادية، وكذلك الحالة الصحية للمحضون، وفيما إذا كان يحتاج الى رعاية خاصة كأن يكون مريضاً أو معاقاً. ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي[٩] وأضاف الفقه الإسلامي يجب ان تتوفر في الحاضنة العدالة، وان لا تكون مرتدة عن الإسلام وأوجب اتحاد الدين، وان لا تكون متزوجة بأجنبي عن المحضون او بقريب غير محرم له[١٠].

ثانياً/ تأييد الحضانة: كذلك يحق للحاضنة أن تقدم دعوى على اب المحضون سواء كانت مطلقة ام لا، تطلب فيها اصدار حكم بتأييد حضانتها للمحضون، وتحدد الغرض من إقامة الدعوى، وتعدد الدوائر التي يحق لها ان تراجعها لأغراض معينة، مثل مراجعة مديرية التربية أو الأحوال المدنية وغيرها. ولا يحق للحاضنة السفر بالمحضون خارج العراق الا بعد موافقة اب المحضون بذلك، ومنحها وكالة مصدقة من كاتب العدل يحدد فيها موافقته على سفر المحضون مع حاضنته، ويذكر اسم الدولة المراد السفر اليها، وسبب السفر هل هو للسياحة أو للعلاج أو لزيارة المراقد المقدسة. ولا يشترط ان تكون الحاضنة الام بل ممكن أن تكون الجدة من جهة الام أو الجد من جهة الام. اما المشرع المصري فقد وضح في المادة ٢٠ من قانون محاكم الاسرة المصري بأن للأم

ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلي بالأم على من يدلى بالأب الحق في حضانة الصغير وعند عدم وجود حاضنة من النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانتهن تنتقل الحضانة الى الرجال بحسب الترتيب في الإرث مع مراعاة الجد الصحيح على الأخوة. وقررت محكمة التمييز الاتحادية في الدعوى المرقمة ٧٧٨./ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٨ تسلسل ٨٤٩٢بتاريخ ٩/١٠ / ٢٠١٨ وللأسباب والتحقيقات التي أجرتها المحكمة فقد ثبت للمحكمة إن بقاء الطفلة مع جدتها لأمها "المتوفاة" فيه مصلحة للمحضونة لأنها تعيش معها منذ ولادتها وإن دعوى المدعي لا سند لها من القانون. ومن سوح القضاء نوضح الواقعة التالية ان الحاضن للولد هو جده من جهة الام كون الأم واصلت دراستها في الطب البشري خارج العراق، وأثناء رفع الدعوى من قبل الأب كانت الأم في العراق تتمتع بالعطلة الصيفية، وإن جد المحضون من جهة الام مُدرس مُتقاعد يُدرس المحضون ويسكن في دار ملك مساحته ٢٠٠ متر مربع في حي مرموق، وللمحضون غرفة خاصة به، ويسكن معه جده وجدته فقط، وهو من الأوائل في مدرسته، والأم تتواصل مع المحضون يومياً عبر الهاتف " سكايبي " والأب سائق تكسي يسكن في دار ايجار مساحته ٧٠ متر في منطقة شعبية ومعه زوجته وستة اطفال، ثَبتَ الباحث الاجتماعي كل هذه المعلومات في تقريره الذي قدمه للمحكمة، بعد أن أجرى الكشف على الدارين، فقررت المحكمة بقاء الولد البالغ من العمر أثنتا عشر سنة مع جده لأن مصلحة المحضون تقتضي ذلك. كما توصل الأب باليقين القاطع بإن بقاء ولده مع جده أفضل بكثير مما لو كان معه. لذا يمكن أن يكون الحاضن الجد أو الجدة لأم، وليس الأم بالذات، عند تحقق مصلحة المحضون بذلك. وقد جاء في الفتوى المرقمة ٤٦٣٧ الصادرة من دار الإفتاء المصرية في ٢٩/ ١/ ٢٠١٣ أن النساء أولى بحضانة الطفل الصغير، واولهن الأم ثم النساء من جهة الأم كأمها أو أختها، ثم النساء من جهة الاب ثم الأب. ونلاحظ بأن دار الإفتاء

المصري اعطى الحق في حضانة الصغير للام ثم للنساء من جهة الام وتلتهم النساء من جهة الاب "وهذا يدل على ان النساء هن الاقدر على تربية وحضانة الصغير" ومن ثم الاب.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للحضانة وسن الحضانة : ان الاحكام القانونية لا تختلف في اغلب الأحيان عن الاحكام الفقهية، خاصة التي تتعلق بتنظيم الاسرة والتي تعد النواة الاساسية في المجتمع، والبحث في الطبيعة القانونية للحضانة، وتوضيح فيما اذا كانت حق للصغير او حق للحاضن أو لكليهما معاً. فقد اختلفت الآراء الفقهية في ذلك، لذا سنبين الطبيعة القانونية للحضانة بالقانون في الفرع الاول، وطبيعة الحضانة في الفقه الاسلامي في الفرع الثاني وسن الحضانة في الفرع الثالث وكما يلي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحضانة : اختلف الفقه القانوني في الطبيعة القانونية للحضانة فقال الفريق الأول أن الحضانة هي حق للصغير على أمه وليست حقاً للأم فيه، يترتب على هذه النظرية أن الام تجبر على حضانة ولدها ولا خيار لها بالتنازل أو الامتناع عن الحضانة. بينما الفريق الاخر قال أن الحضانة حق للام ويترتب على هذا انها لا تجير على حضانة الصغير ولها التنازل عن حقها في الحضانة او الامتناع، وبهذا قال الامامية والحنفية وأخذ القانون بهذا الرأي عندما نص على أن الام احق بحضانة الولد.[11]

الفرع الثاني: طبيعة الحضانة بالفقه الإسلامي : تعددت الاراء في الفقه الإسلامي حول من هو صاحب الحق في الحضانة، ويترتب على كل رأي حكم مختلف عن الأخر، فيرى الفريق الأول ان الحضانة حق لله تعالى، فإذا اسقطتها الحاضنة لا تسقط وتجبر عليها. إلا إذا وجد عذر للاسقاط، واستدل أصحاب هذا الراي ان الحضانة شرعت لغرض

الحفاظ على النفوس وحفظها وهي من حقوق الله. والفريق الثاني يرى ان الحضانة هي حق للمحضون فتجبر الحاضنة على حضانة المحضون، فلو طلبت الزوجة مخالعة زوجها، وان تترك ولدها عند زوجها، فإن الخلع صحيح والشرط باطل، وكذلك لا يحق للحاضنة التنازل عن الحضانة مقابل مال أو بدل تاخذه، ففي الحالتين الحاضنة قد فوتت حق هي لا تملكه.[١٢] اما الفريق الثالث وهو الراجح اليوم يقول أن الحضانة حق للأم والولد معاً، لأنها هي الأشفق على ولدها وهذه هي الحقيقة، وأحقية الام بحضانة ولدها مقيدة بشروط ومصلحة المحضون. أي انها ذات طبيعة مزدوجة انها حق للولد وحق للام.[١٣] وروي إن امرأة جاءت الى رسول الله " صلى الله عليه وآله وسلم " فقالت يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء، وحجري له حواء وثدييّ له شفاء، وأن اباه طلقني ويريد أن ينزعه مني، فقال رسول الله " صلى الله عليه وآله وسلم " (انت أحق به ما لم تتزوجي) إذن اشترط الرسول(ص) احقية الام بحضانة طفلها مادامت لم تتزوج.

الفرع الثالث/ سن الحضانة: تبدأ الحضانة من لحظة الولادة وتنتهي بسن العاشرة، حيث يكون المحضون قادراً على القيام بحاجاته الضرورية مثلاً يأكل ويشرب لوحده وإن ينظف نفسه بنفسه. وقد ساوى المشرع العراقي فيما إذا كان المحضون ولد أم بنت. ويجوز تمديد الحضانة الى بعد اتمامه سن الخامسة عشر من العمر، وبعدها له حق الاختيار ما بين الإقامة مع أمه أو أبيه. وقد اختلف الفقه الإسلامي مع القانون بهذه المسألة حيث نصت بعض المذاهب ومنها الامامية على أن تنتهي مدة حضانة المحضون عندما يتم السنتين من عمره، وان الام هي الاحق بحضانة مولودها سواء كان ذكراً ام انثى، اما بعد هذه الفترة فقد اختلفوا بين من جعل الحق للام بحضانة الصغير حتى بلوغه سبع سنوات، وبين الفصل بين الذكر والانثى، فقالوا بأحقية الاب بالولد ان كان ذكراً، والام أحق بالبنت حتى السابعة، وحق الحضانة للام مشروط بعدم

زواجها فإذا تزوجت انتقلت الحضانة للاب.[١٤] وهناك مطالبات كثرت في الاونة الأخيرة تطالب بأن تنتهي مدة الحضانة عندما يتم المحضون السنتين من عمره. " سببها كثرت الطلاق" ونرى بهذا التوجه ضررا كبيراً للمحضون لأنه لا زال صغيراً جداً محتاجاً الى أمٍ ترعاه وتحنو عليه، لا أن يكون ضحية فراق وشقاق حصل بين أمه وابيه لا علاقة له به، على أن تراعى مصلحة المحضون في تقدير المدة التي يبقى فيها المحضون عند حاضنته. فوضح المشرع العراقي سن الحضانة، وتمديد سن الحضانة الى ان يتم المحضون سن الخامسة عشر من عمره بشرط أن تأذن المحكمة بذلك، ويتم الرجوع الى اللجان الطبية المختصة بذلك، وأن تقتضي مصلحة المحضون تمديد سن الحضانة، وبينت سن الحضانة احكام المادة ٢٠ من قانون محاكم الاسرة المصري رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥ نصت على ان (ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنى عشر سنة ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشر والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك) وهو ببلوغ المحضون سن الخامسة عشر وتنتهي مدة التخيير في الحضانة دون أجر ببلوغ الصغير سن الرشد والصغيرة حتى تتزوج وللقاضي أن يخير المحضون في مد مدة الحضانة بعد الخامسة عشر دون أجر.

المطلب الثالث : أسباب سقوط حضانة الام : لقد حدد قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ الحالات التي تسقط فيها حضانة الأم، وهي عند تخلف شرط من شروط الحاضنة التي نصت عليها المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل وتطرقنا اليها في بداية البحث. مثلا تصاب بمرض تكون بسببه غير قادره على القيام بواجبات المحضون، أو تكون ذات سمعة واخلاق غير جيدة وتصرفاتها مرفوضة اجتماعياً، ويستطيع الأب أن يثبت ذلك للمحكمة بوسائل الاثبات المختلفة. او تتنازل الحاضنة عن الحضانة فإذا تنازلت الام عن الحضانة سقطت حضانتها

وكذلك اذا تضرر المحضون من حضانتها. وجاء بالقرار التمييزي إن رسوب المحضون في المدرسة لضعف مستواه الدراسي لا يفقد الحاضنة شرط الأمانة خاصة إذا كان والد المحضون مقصرا وقد تراخى في نقل المحضون الى مدرسة أخرى.[١٥] ومن الأسباب الأخرى لسقوط الحضانة هي وفاة الحاضن فعند وفاة الأم الحاضنة تنتقل الحضانة إلى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، اما اذا كان المحضون عند ابيه وتوفى أب الصغير، أو فقد أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة بشروط الحضانة، عليه فإن بوفاة الحاضن تنتقل الحضانة الى من يليه في سلم المستحقين للحضانة. واضافة الى فقدان الحاضنة احد شروط الحضانة هناك أسباب أخرى تفقد الحاضنة حضانتها سنتطرق لها، ففي الفرع الأول نوضح عدم سماح الحاضنة لأب المحضون الحاصل على قرار من المحكمة بمشاهدة المحضون، أما الفرع الثاني نبين فيه عدم تحقق مصلحة المحضون وكما يلي:

الفرع الأول: عدم السماح بمشاهدة المحضون

١. إن عدم سماح الحاضنة بمشاهدة اب المحضون الذي حصل على قرار حكم من المحكمة مكتسب الدرجة القطعية، وتم تنفيذه في مديرية التنفيذ الذي يقضي بالزام الحاضنة إحضار المحضون مرتين او أكثر في الشهر لغرض ان يشاهده والده، فإذا أمتنعت الحاضنة من ذلك أكثر من ثلاث مرات متتالية جاز لأب المحضون المطالبة بإسقاط حضانة الأم. وقضت الهيئة التميزية "على المحكمة ان تراعي المسافة بين محل إقامة المحضون ومحل اقامة اب المحضون لغرض المشاهدة فإن محل سكن المحضون في محافظة البصرة ووالد المحضون يسكن في محافظة كربلاء وهذه المسافة تلحق ضرر بمصلحة المحضون وحضوره مرة في الشهر لغرض مشاهدته من قبل والده "[١٦] ويجب على الحاضنة احضار المحضون لغرض مشاهدته من قبل والدة

وعند تخلفها عن ذلك لخمس مرات متتالية بذلك تكون المدعى عليها غير أمينة على المحضون، وذلك يؤدي الى قطع صلة الرحم بين الاب وولده وحرمانه من ممارسة دوره التربوي والنظر في شؤون المحضون لذا تكون المدعى عليها قد فقدت شرط من شروط الحضانة وهو شرط " الامانة " وإن ذلك يشكل سبباً لإسقاط حضانة الأم لولدها المحضون.[١٧] واكدت محكمة التمييز الاتحادية على حق والد المحضون في المشاهدة والاصطحاب في عدد كبير من قراراتها فجاء بقرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الشعب القاضي بالزام المدعى عليها بتمكين المدعي من مشاهدة واصطحاب المحضون بواقع اربع مرات في الشهر كل يوم خميس من الساعة التاسعة صباحا وحتى الساعة الواحدة ظهرا على ان يعيد المدعى عليه الطفل الى المدعى عليها بعد انتهاء وقت المشاهدة. [١٨] وفي حالة اخلال والد المحضون بشروط المشاهدة والاصطحاب يحق للمحكمة الحكم بالمشاهدة فقط دون الاصطحاب، حيث قررت الحكم بالمشاهدة دون الاصطحاب سيما وإنه سبق وأن صدر امر قبض بحقه وفق احكام المادة ٣٨١ من قانون العقوبات لقيامه بأخذ أحد المحضون وابعاده عن حضانة والدته ووجود أوراق تحقيقية بهذا الخصوص.[١٩] وإن اتجاه محكمة التمييز العراقية حديثاً بان لا تسقط حضانة الام بسبب امتناعها عمداً وعدم تمكين والد المحضون من مشاهدة ولده بل له الحق بمراجعة محكمة التحقيق وتقديم الشكوى ضد الحاضنة وتحال الى محكمة الجنح وتدان، وهذا يلحق ضرراً ماديا ومعنوياً به" لكن هذا لا يعني اعطاءه الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضررين المادي والمعنوي ولا حضور لتطبيق احكام المادة ٢٠٢ من القانون المدني"[٢٠] وعند بلوغ المحضون سن الاختيار لا يمكن ألزام الحاضنة بالحكم بتمكين اب المحضون من المشاهدة والاصطحاب المحضون الى القاعة المخصصة بالمحكمة للمشاهدة [٢١] وقد وضحت المادة ٢٠ من قانون محاكم الاسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ المصري أحكام الرؤية ومن

لهم حق الرؤية وهم الابوان والأجداد عند عدم وجود الأبوين، وعند تعذر الاتفاق على تنظيم رؤية المحضون اتفاقاً ينظمها القاضي على ان تتم في مكان لا يضر بالمحضون او المحضونة نفسياً، ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً. أما بالنسبة الى امتناع من بيده المحضون من تنفيذ حكم الرؤية فينذره القاضي أول مرة فإن تكرر الامتناع بغير عذر جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل حضانة الصغير مؤقتاً الى من يليه من أصحاب الحق. وافتى دار الإفتاء المصري بسقوط الحضانة عند عدم القدرة على حضانة المحضون والمحافظة عليه، وإذا تزوجت الحاضنة من أجنبي عن المحضون، وعند وفاة الام تنتقل الحضانة الى ام الأم، وكذلك عند انتهاء مدة الحضانة .

الفرع الثاني: عدم تحقق مصلحة المحضون : لقد ورد في الفقرة ٢ من المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل (.... تقرر المحكمة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون) فبموجب هذه الفقرة قدم القانون مصلحة المحضون على مصلحة الام أو مصلحة الاب . قررت محكمة التمييز الاتحادية إسقاط حضانة الام ،لأن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، ولما كانت البيئة التي تعيش فيها المدعية هي بيئة غير صحيحة ،وان أكثر اسرتها من العناصر الإرهابية المطلوبين للعدالة، والقسم الآخر محكومين عن قضايا إرهابية ، وذلك له تأثير على تربية وتنشئة المحضونين، وأن جدهم لامهم يأخذهم معه الى دائرة الإصلاح لزيارة خالهم المحكوم، وحيث إن مصلحة المحضونين تقتضي ببقائهما في حضانة والدهم كونه الاصلح والاقدر على تربيتهما والمحافظة عليهما بعيداً عن الأجواء غير السليمة)[٢٢] وقد وضح المشرع المصري في المادة (٧٠) من تعديل قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٨٥ حق النيابة العامة في اصدار قرار بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها، وذلك بعد إجراء التحقيق من قبل النيابة العامة، بناءً على منازعة او طلب حضانة ممن يرجح الحكم لها بذلك أن تصدر قراراً مسبباً بتسليم الصغير

الى من تتحقق مصلحته معها، ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ويكون واجب التنفيذ لحين صدور حكم من المحكمة.

الفرع الثالث: استرداد الحضانة : الاسترداد من الاسترجاع، استرد الشيء بمعنى استرجعه، وطلب اعادته، ودعوى الاسترداد بالقانون تعني دعوى يقيمها من نزعت حيازته طالباً ردّها. واسترداد الحضانة لام المحضون هي إعادة او استرجاع المحضون لأحضان ورعاية امه. للحاضنة استرداد حضانة المحضون عند أخذ المحضون من الحاضن عنوة خارج المحكمة. وقد نصت الفقرة سادساً من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن (للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون خلال مدة وجوده معه). ومن النص أعلاه يتبين بأن هناك شروط يجب توافرها لكي يستطيع الحاضن استرداد حضانته وهي:

أولاً/ ان تسقط حضانة الحاضنة بموجب قرار قضائي أي حكم صادر من المحكمة.

ثانياً/ إقامة دعوى امام محكمة الأحوال الشخصية من قبل الحاضنة تطلب استرداد حضانتها، اما المطالبة خارج المحكمة لا قيمة لها، ولا تسترد الحضانة الا بموجب دعوى تقام امام محكمة.

ثالثاً/ ان يكون أطراف دعوى الاسترداد الحضانة هم ذات أطراف دعوى اسقاط الحضانة.

رابعاً/ تضرر المحضون من بقاءه لدى الحاضن الأول، وإن تقدير الضرر امر يعود تقديره الى محكمة الموضوع فهي التي تحسم الموضوع: وعن دار الإفتاء المصري إن إسقاط الام لحقها في حضانة ولدها فهذا لا يعد مانعا من حقها في الرجوع والمطالبة بحضانة ولدها، لأن الحضانة تتجدد مراعاة لأقوى الحقين فيها، ألا وهو حق الولد، ومن

هنا يتضح اتجاه دار الإفتاء المصرية من حق الحضانة، وعده حقاً مشتركاً بين الحاضن والمحضون، ووضح بأن حق المحضون هو الأقوى عند حصول تعارض بين الاثنين.[٢٣] وقد أجاز دار الإفتاء المصري للام التي أسقطت او تنازلت عن حقها في الحضانة طلب عودتها لأن حق الحضانة يثبت شيئاً فشيئاً مراعاة لحق المحضون الذي يعتبر أقوى الحقين.

الخاتمة: بعد ان وصلنا الى نهاية البحث في احكام الحضانة دراسة مقارنة موثقة بقرارات حديثة الى محكمة التمييز العراقية، نصل الى اهم النتائج والمقترحات وهي:

النتائج:

أولا: هناك اتفاق بين القانونين العراقي والمصري على احقية الام في حضانة الصغير حتى وان تنازلت عنه مقابل خلع او مال. اما الفقه الإسلامي حدد احقية الام بالحضانة الى ان يبلغ المحضون سن معينة.

ان القضاءين العراقي والمصري وضحا من له الاحقية بحضانة الصغير، وان القضاء العراقي اعتبر مصلحة المحضون هي الأساس.

ثانياً: ان الفقه الإسلامي اعتبر حق الحضانة هو من حقوق الله، وهذا يدل على مدى أهمية حضانة الصغير في الاسلام. وقد فرّق بين سن الحضانة بين الذكر والانثى. اعطى الفقه الإسلامي احقية الام في حضانة البنت واحقية الاب في حضانة الولد بعد بلوغهم سن السابعة من العمر.

المقترحات:

اولاً: يوجد مقترح بتعديل المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي نقترح ان يكون التعديل منسجماً مع المتغيرات التي تحصل مثل زواج الحاضنة من شخص اجنبي عن المحضون، فهنا تكون مصلحة المحضون اهم من مصلحة الحاضنة.

ثانياً: عند اهمال الحاضن للمحضون وعدم قدرته على القيام بواجبات المحضون بعد اثبات ذلك تعاد الحضانة الى الام على ان تحافظ عليه وترعاه.

الهوامش:

١- محي الدين بن شرف النووي، تحرير الفاظ التنبيه، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، ص ٢٩١.

٢- د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج الأول، الزواج والطلاق واثارهما، العراق، بغداد ،١٩٩٠، ص ٢١٣.

٣- د. محمد عبد الرحمن مصطفى البنا، العولمة وحقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ٢٦. وكذلك د. سلام عبد الزهرة ود. نبيل زوين، مصدر سابق، ص ٢٤١.

٤- د. خالد عبد العظيم أبو غابة، حقوق المحضون دراسة في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٥٩.

٥- القرار منشور في مجموعة الاحكام العدلية التي تصدرها وزارة العدل، العدد الأول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠، ص ٣٢.

٦- محمد أمين بن عبد العزيز المعروف بأبن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مصر، ١٩٦٦م، ص ٥٥٥.

٧- د. محمد عبد الرحمن البنا، مصدر سابق، ص ١٢٨.

٨- ابن عابدين، مصدر سابق، ص ٨٧٢.

٩- الفقرة ٣ من المادة ٥٧ أحوال شخصية

١٠- د. محمد عبد الرحمن البنا، مصدر سابق، ص ١٢٨.

١١- د. محمد عبد الرحمن البنا، مصدر سابق، ص ١٢٦. وكذلك د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٢١٤.

١٢- د. محمد عبد الرحمن مصطفى البنا، مصدر سابق، ص ١٢٧.

١٣- د. خالد عبد العظيم أبو غابة، مصدر سابق، ص ١٥٩.

١٤- د. محمد علي بحر العلوم، التنظيم القانوني لحرية الالتزام بالأحوال الشخصية وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥- دراسة مقارنة، سلسة العلمين للمطبوعات، العلمين للنشر، الطبعة الأولى، بيروت، ص١٤٧.

١٥- القرار التمييزي المرقم ٧٠٠١١/ ٢٠٢٢هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية بتسلسل ١٠٩٠١ في ٢٠٢٢/٨/١٤.

١٦- قرار الهيئة التميزية المرقم ٦٤٩٩/ هيئة الأحوال الشخصية / ٢٠١٨ تسلسل ٧٣٤٣ في ٢٧/ ٨/ ٢٠١٨.

١٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٨١ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٨ تسلسل ١٢٢٦ في ١٣/ ١ / ٢٠١٨.

١٨- القرار المرقم ١٣٤١٢ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ تسلسل ١٣٤٠٠ في ٤/ ١٢/ ٢٠١٩.

١٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣٨٧ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٩تسلسل ٢٤١٥ في ٢٠١٩/٢/١٧

٢٠- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٦٦٦/ الهيئة المدنية /٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١١/٢٢ القرار منشور الكترونيا في صفحة مسارات قانونية.

٢١- قرار الهيئة التميزية المرقم ٦٣٧٠ / ٢٠٢٢ في ٢٤/ ١ /٢٠٢٢

٢٢- القرار المرقم ٩٥١٢ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ وبتسلسل ٩٥٣٢ في ٢١ / ٧ / ٢٠٢١.

٢٣- أكرم زاده الكوردي، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دهوك، العراق، ٢٠١٧، ص ٧٠.

المصادر

١- د. أكرم زاده الكوردي، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دهوك، العراق، ٢٠١٧.

٢- د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج الأول، الزواج والطلاق واثارهما، العراق، بغداد ،١٩٩٠.

٣- د. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

٤- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، دار السلام القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

٥- د. محمد علي بحر العلوم، التنظيم القانوني لحرية الالتزام بالأحوال الشخصية وفقاً لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ " دراسة مقارنة" العلمين للنشر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، ٢٠٢٠.

٦- د. محمد عبد الرحمن مصطفى البنا، العولمة وحقوق الطفل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠١٧.

٧- محمد أمين بن عبد العزيز المعروف بأبن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، مصر، ١٩٦٦م.

القوانين:

١- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٢- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٣- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل.

٤- قانون محاكم الاسرة المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ المنشور في الجريدة الرسمية المصرية – العدد ١٢ تابع (أ) في ١٨ مارس سنة ٢٠٠٤

٥- قانون محاكم الاسرة المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية الخاصة بالحضانة

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٦٦٦/ الهيئة المدنية /٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١١/٢٢ القرار منشور الكترونيا في صفحة مسارات قانونية.

٢- المرقم ١١٠٧/ ٢٠٢٢/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / بتسلسل ١٠٩٠١ في ٢٠٢٢/٨/١٤

٣- قرار الهيئة التميزية المرقم ٦٣٧٠ / ٢٠٢٢ في ٢٤/ ١ /٢٠٢٢

٤- المرقم ٩٥١٢ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢١ وبتسلسل ٩٥٣٢ في ٢١ / ٧ / ٢٠٢١

٥- القرار المرقم ١٣٤١٢ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ تسلسل ١٣٤٠٠ في ٤/ ١٢/ ٢٠١٩

٦- المرقم ٢٣٨٧ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٩تسلسل ٢٤١٥ في ٢٠١٩/٢/١٧

٧- المرقم ٧٧٨٠/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٨ تسلسل ٨٤٩٢بتاريخ ٩/١٠ / ٢٠١٨

٨- بالقرار المرقم ٦٤٩٩/ هيئة الأحوال الشخصية / ٢٠١٨ تسلسل ٧٣٤٣ في ٢٧/ ٨/ ٢٠١٨

٩- المرقم ١٨١ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٨ تسلسل ١٢٢٦ في ١٣/ ١ / ٢٠١٨

المجلات:

مجموعة الاحكام العدلية التي تصدرها وزارة العدل، العدد الأول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠.