دراسة في قانون الاحوال الشخصيَّة العراقي ومشروع تعديل المادة(57)- دراسة مقارنة-

أ.د. محمد رسول اهنكران
أ.د.نذير يحيى يوسف الحسني
أ.م. خليل إبراهيم حسب

A study in the Iraqi Personal Status Law and the draft amendment to Article 57 a comparative study

Professor. Mohammed Rasol Ahangaran
Professor. Natheer Alhasani
Asst.Prof.Khalil Ibrahim Hasab

المستخلص:

لاشك أن قانون الحضانة جدير بأن يحظى بمزيد من الاهتمام والدراسة، كونه يمثل مرتكزاً أساسياً لدى الشارع العراقي، فكل الآباء عيونهم تترقب تغيير القانون أو تعديله، بل حتى القضاء العراقي يطمح برفع النقص والقصور من المادة (57) التي أربكت كثير من المنازعات بين المتدَّاعيين، خصوصاً في بعض الفقرات التي وقفت منها جميع المذاهب الإسلامية موقف الرفض، لذا نحن نقدَّم للجنة القانونيَّة في السلطة التشريعية هذا التعديل الذي سوف يحظى برضا الاباء والامهات؛ بل سيكون سبباً رئيسياً لجمع الشمل وعودة الحياة للأسرة من جديد.

Abstract

Conclusion: There is no doubt that the law of incubation deserves more

attention and studing ,being a primary base in the Iraqi street because all fathers are waiting for the law to change or be adjusted, even the Iraqi judiciary aspired to raise the shortage from article fifty seven which has caused many disputes,especially in some paragraphs that were rejected by all Islamic sects, therefore we present to the legal committee in the legislative branch this amendment which will be pleased by parents, rather it will be a major reason for reunification and the life will be returned to the families again.

المقدمة:

تعدَّ هذه الدراسة من ضمن الدراسات النفسيَّة والاجتماعية، التي يسعى البحث من خلال طرحها إلى الوصول إلى نتائج إيجابية تدَّخل في معالجة قضيَّة باتت تشكَّل خطراً يحدق بالأسرة العراقيَّة ويهدد كيانها وينذرها بالتفكك والضيَّاع، هذه الدراسة التي نروم طرحها، هي عبارة عن رؤى وأفكار مقتبسة من الفكر الإسلامي المعاصر، نأمل أن تشق طريقها إلى التقنين والتشريع على هيئة قواعد قانونيَّة مجدَّية وبشكل موضوعي وبنَّاء في حلحلة تلك الازمة، بما ينعكس إيجاباً على الحفاظ على أواصر الاسرة والحد من انتشار حالات الطلاق، فالطلاق وإن كان من الضروريات التي لا يمكن التغافل عنها وانكارها فهو حقيقة واقعة أقرَّت بها التشريعات الالهية، وجعلته باباً للخلاص في حالات يتعثَّر فيها الاستمرار في الحياة الزوجيَّة، وقد عبَّر عنه الحديث النبوي الشريف بأبغض الحلال، لما يترتب عليه من اثار وضعيَّة تنتهي بالزوجين إلى اللجوء في نهاية الأمر إلى المحاكم والانتهاء إلى طريق يصعب فيه العودة إلى بيت الزوجية ولم الشمل، وقد شهدت الفترة الاخيرة تفاقم حالات الطلاق في جميع البلدان الاسلاميَّة على نحو العموم والعراق خصوصاً، بحيث فاق حد التصوَّر في جميع محافظات العراق، وخصوصاً بين الشباب بسبب أو بدون سبب، وقد وقف القانون عاجزاً عن ردعه والحئول دون توسعه وانتشاره، وقد خلَّف وراءه اثاراً وضعيَّة اربكت المؤسسة القضائيَّة في تحديد القوانين القضائية تجاهه، ولعل انعدام الثقافة الاسرية، وتدَّني الاخلاق الزوجية، وضعف أواصر الصلة بين أفراد الاسرة نتيجةً للانغماس الفكري والاخلاقي بشبكات التواصل الاجتماعي، وبقاء القوانين القديمة دون تغيير أو تعديل، وانعدام دور المؤسسات الدينية والتربوية في إقامة المؤتمرات أو الندوات بالتعاون مع دائرة البحث الاجتماعي في جميع محاكم الاحوال الشخصيَّة في العراق، كانت سبباً رئيسياً في توَّسع دائرة الطلاق، وانهيار الاسرة وضيَّاع وتشتت الاطفال، كما أنَّ من أهم مخلَّفات الطلاق هو دخول

الزوجين معترك التنازع القضائي في محاكم الأحوال الشخصيَّة والتسابق لكسب الحق في جعل المحضون ميداناً لصراعهم وأداةً للإضرار والتشَّفي بالآخر، فيصبح المحضون وسيلة لمراميهم وليس غاية لجمع شتات تفرَّقهم، وهو ما يؤسس لعلاقة متشنجة تؤذن بدخول كلا الزوجين منطقة الخطر وعدم جدوى العدول عن قرار الانفصال، مما يفضي إلى نتيجة قرار القاضي الذي يتمحور حول مصلحة المحضون، والاهتمام بتربيته وتغذيته وملَّبسه، والقانون العراقي قد أقرَّ وبحسب ما جاء في المادة (57) بفقراتها التسعة، إنَّ الحضانة حقٌّ للأم ، كما أن التشريعات الاسلاميَّة هي الاخرى قد أقرَّت بذلك، لأن الام تمتلك من الميَّل الفطري الذي يميَّزها عن الرجل، مما يجعلها أكثر حرصاً على أولادها في تربيتهم واطعامهم وأكسائهم، لذلك أُخذت كلمة(الحضانة) من الحنو على المحضون واحتضانه والاهتمام بتربيته وتدبير شؤونه من الملبس والمأكل والتعليم، وهي من الاثار المترتبة عن انحلال عقد الزواج بالطلاق أو الموت لأحدهما، فهي ولاية شرعيَّة أقرَّت بها جميع الديانات السماوية فضلاً عن الديانة الإسلاميَّة، وتكفلَّتها القوانين الوضعيَّة، وأكدَّت على أهميَّة حضانة المحضون كحقَّ للأبوين إذا كان النكاح مستمر وقائم بينهما، وحقٌّ للأم في حال الفراق سواء كان عن موت أو طلاق، لقوله تعالى: «لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِه»[1].

أهمية البحث:

تكمن أهميَّة البحث في بيان موقف الفقه الإمامي من المادة«57» التي كثر حولها الكلام من قبل منظمات المجتمع المدني ومؤسسات حقوق الإنسان، وتم تداولها من قبل اللجنة القانونية في المجلس التشريعي، وقراءتها القراءة الأولى، وللفقه الامامي رؤية خاصَّة في تعديل هذه المادة مستنداً في ذلك إلى النصوص الشرعيَّة والتراث الروائي المروي عن ائمة أهل البيت(عليهم السلام)، مقارناً مع روايات فقهاء المذاهب الاربعة.

مشكلة البحث:

لازالت مشكلة البحث بخصوص تعديل المادة(57) قائمة في أروقة البرلمان العراقي، دون إيجاد حلول مجدية ترضي الاطراف المتنازعة، وقد وافق قانون الاحوال الشخصية العراقي الفقه الاسلامي بفقرته الاولى من المادة(57) التي تنص على أحقية الام بحضانة الولد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة بموت أو طلاق مالم يتضرر المحضون، لكن المشكلة القائمة حول الفقرة(2) من نفس المادة التي تتحدث عن زواج الحاضنة من زوج أجنبي، وهي مخالفة للفقه الاسلامي، مضافاً إلى أحقية الاب بالمشاهدة.

1- سورة البقرة: الآية 233.

منهجية البحث:

اتبعت في هذه الدراسة المنهج الفقهي الاستقرائي القائم على المقارنة الفقهية والقانونية، بغُية الوصول إلى نتائج علمية توصلنا إلى حقيقة الحضانة وتحديد الفترة الزمنية التي يمكث فيها المحضون ذكراً أو أنثى عند حاضنته، بحسب الروايات الفقهية في الفقه الامامي ومذهب الجمهور مقارنةً مع قوانين الاحوال الشخصيَّة، كما إننا توصلنا إلى نتائج وتوصيات نأمل من المشرع العراقي الالتفات إليها والاخذ بها.

استخدمت في هذا البحث المنهج الفقهي والقانوني المقارن، معززاً ذلك بنصوص قانون الاحوال الشخصيَّة والتراث الفقهي الامامي.

خطة البحث: تضمنت خطة البحث على تقسيم البحث إلى مبحثين وعدَّة مطالب:

المبحث الاول:الاطار المفاهيمي للحضانة

المطلب الاول:ماهي الحضانة

المطلب الثاني: الحضانة في القانون العراقي والقوانين العربية

المطلب الثالث: الحضانة في التراث الروائي

المبحث الثاني: الخلاف الفقهي والقانوني حول أحقية الحاضنة بحضانة الطفل الصغير

المطلب الاول:الفترة الزمنية لحضانة الطفل الصغير

المطلب الثاني: أحقية الطفل الصغير بالانتقال إلى حضانة أبيه

الخاتمة والتوصيات

المبحث الأول: الاطار المفاهيمي للحضانة

يتناول هذا البحث عدَّة مطالب تختص بتعريف ماهية الحضانة في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني مقارناً ذلك بالقوانين العربية، وهذا ما سنبحثه من خلال مطالب ثلاثة.

المطلب الاول: ماهية الحضانة

الحضانة لغة: «بفتح الحاء وكسرها اسم من الحِضن وهو الضم إلى الجنب»[1]، وحضنت المرأة ولدها اذا ضمَّته إلى حضنها وتغشته بنفسها وقامت بتربيته، كذلك يُقال حضَنَ الرجل الصبي أي تولاه برعايته وأنشغل بتربيته فهو حاضن له، وأحق الناس بحضانة وتربية الطفل الصغير الذي لا يقوى على تدبر أموره الام»[2]، وقد ورد في روايات أهل البيت(عليهم السلام)، كما في دعاء الإمام زين العابدين(عليه السلام): «وَعَطَفْتَ عَلَيَّ قُلُوبَ الحَواضِنِ وَكَفَّلْتَنِي الأُمَّهاتِ الرَّواحِمَ وَكَلأتَنِي مِنْ طَوارِقِ الجانِّ وَسَلَّمْتَنِي مِنَ الزِّيادَةِ وَالنُّقْصانِ»[3]، وجاء في الدعاء عن أمير المؤمنين(عليه السلام): «ومن رحمته أنه لما سلب من الطفل قوة النهوض والتغذي جعل القوة في أمه ورقتها عليه بتربيته وحضانته»[4]، فالحضانة في المفاهيم اللغوية تعني مسؤولية حفظ الطفل من كل ما يعدَّ مفسدة في بدنه وسلوكه وعقله.

اصطلاحاً: «ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلّق بها من مصلحة حفظه، وجعله في سريره، وكحله، وتنظيفه، وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك هي تربية الطفل الصغير ذكراً كان أو أنثى، ورعاية شؤونه التي لا يقوَّى على القيَّام بها بنفسه، دون الاستعانة بغيره»[5].

وعرَّفها الشهيد الثاني: «بأنها ولاية الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته ومن حفظة وجعله في سريره ورفعه وتنظيفه وغسل خرقة وثيابه ونحوه»[6].

وعرّفها العلامة الحلّي: «ولاية وسلّطنة على تربية الطفل»[7].

1- ابن منظور، مُحَمَّد بن مكرم, لسان العرب، ص123-122، ضبط نصّه وعلّق حواشيه: خالد رشيد القاضي، الدار البيضاء، بيروت.

2- أبو بكر الرازي، *مختار الصحاح*: ص179

3- علي أصغر مروارید، *سلسلة الينابيع الفقهية*: ج18، ص119

4- السيد علي بن طاووس، *إقبال الاعمال*: ج2، ص45.

5- النجفي الجواهري، *جواهر الكلام*: ج31، ص283

6- مُحَمَّد جواد مغنية، *فقه الامام جعفر الصادق* (عليه السلام) : ج٥ ، ص312

7- ابن المطهر الحلي، *قواعد الاحكام*: ج2، ص51

المطلب الثاني: الحضانة في القانون العراقي والقوانين العربية

لم نعثر على تعريف معيَّن ورد ذكره في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1958م) النافذ، وإنما الذي وجدَّناه هو في مقدَّمة التعديل الثاني لهذا القانون بأنه: «تربية الطفل وتدبير شئونه من قبل من له حق في ذلك قانوناً والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره»، وقد جاء في المادة(57) الفقرة(1): «الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيَّام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك»، وفي ذلك وافق النص القانون من حيث المبدأ ما جاء في التشريعات الاسلاميَّة: «إنَّ الحضانة حق للأم»[1].

اما بقيَّة القوانين العربية، فأبرزها ما جاء في قانون الأحوال الشخصيَّة التونسي رقم(66) لسنة 1956المعدَّل في المادة(55): «اذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تجبر عليه»، ونصت المادة(130) من القانون اليمني: «الحضانة حق للصغير فلا يجوز النزول عنها»، والقانون المغربي رقم (٢٣٥٤) لسنة (١٩٥٧) في مادته(97)، عرف الحضانة بأنها: «حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته وتعليمه»، وأيضاً قانون الأحوال الشخصيَّة لدولة الامارات العربية المتحدة رقم(28) لسنة (2005م) في المادة(143):الحضانة بأنها: «حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض حق الولي على الولاية على النفس»، وفي قبال هذه النصوص التشريعية، هناك نصوص لقوانين دول عربية أخرى لم تشر لا من قريب ولا من بعيد الى كون الحضانة حق خالص للأب، أو للأم، أو للمحضون، كقانون الأحوال الشخصيَّة الأردني رقم(61) لسنة (1976م)،وقانون جمهورية مصر العربية، رقم(44) لسنة(1979م)، ورقم(100) لسنة(1985م)، مع التأكيد على المواد السالفة الذكر.

المطلب الثالث: الحضانة في التراث الروائي

ما جاء في المشهور عند فقهاء الأمامية القول بأحقيَّة الأم بحضانة طفلها ورضاعه وتربيته حال كونها زوجة لأب الطفل أو بعد الفرقة مالم يتضرر المحضون.

وسوف نورد مجموعة من الروايات بهذا الخصوص:

1- جاء في صحيحة داود الرقّي قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة حرّة نكحت عبداً فأولدها أولاداً، ثمّ إنّه طلّقها فلم تقم مع ولدها وتزوّجت، فلمّا بلغ العبد أنّها تزوّجت أراد أن يأخذ ولده منها.

وقال: أنا أحقّ بهم منك إن تزوّجت، فقال: «ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها وإن تزوّجت حتّى يُعتق، هي

1- محمد جواد مغنية، *الفقه على المذاهب الخمسة: ص377*

أحقّ بولدها منه ما دام مملوكاً، فإذا اعتق فهو أحقّ بهم منها»[1].

2- رواية أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله(عليه السلام)، قال: «إذا طلّق الرجل المرأة وهي حبُلى أنفق عليها حتّى تضع حملها، وإذا وضعته أعطاها أجرها ولا يضارّها إلّا أن يجد من هو أرخص أجراً منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحقّ بابنها حتّى تفطمه»[2]،والرواية صحيحة الاسناد معتبرة الدلالة.

3- صحيحة الحلبي، عن أبي عبد الله(عليه السلام) قال: «الحُبَّلى المطلّقة ينُفق عليها حتَّى تضع حملها، وهي أحقّ بولدها حتّى ترضعُه بما تقبله امرأة اخرى، إنّ الله يقول: «لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِه»[3]. الرواية صحيحة الاسناد والدلالة، فهي تدل على أنَّ النفقة حق للأم لا للولد، وهي أحق بولدها من غيرها من الحواضن، بما ترضاه لنفسها من الاجر بما لا تقبله امرأة أخرى.

4- وفي خبر المنقري، عمّن ذكره، قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يطلّق امرأته وبينهما ولد أيّهما أحقّ بالولد؟ قال: «المرأة أحقّ بالولد ما لم تتزوّج»[4]. ورواه الصدوق بإسناده عن سليمان بن داود المنقري، عن حفص بن غياث أو غيره عن أبي عبد الله (عليه السلام)، ورواه الشيخ بإسناده عن محمد بن يعقوب وكذا كل ما قبله.

الرواية من حيث الاسناد، فهي ضعيفة، وتضعيفها بوجود القاسم بن محمد الملقب بكاسولا، فهو لم يوثق صريحاً.

أما من حيث الدلالة فهي واضحة الدلالة بأحقيتها بالولد مالم تتزوج، كما سنوضح ذلك.

وهناك توجيه من صاحب الوسائل، قائلاً: «ويحتمل أن يكون المراد بالولد هو الانثى، ويحتمل أن يكون المراد به ما لم يفطم»[5].

5- حديث عبد الله بن عمر أنّ امرأة قالت: يا رسول الله إنّ ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأنّ أباه طلّقني وأراد أن ينتزعه منّي، فقال لها النبيّ (صلى الله عليه واله وسلم): «أنت

1- الحر عاملى، محمّد بن حسن ، *تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة:* ج15،ص181، مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث ، قم – ايران ، 1416 هـ.ق.

2- المصدر نفسه: 15: 191

3- سورة البقرة : الآية 233. *وسائل الشيعة* 15: 192 باب 81 من أبواب أحكام الأولاد ح5.

4- نفس المصدر، ح4.

5- الحر العاملي، *الوسائل*، ج15، 192.

أحقّ به ما لم تنكحي»[1].

وبناءً على تدبّرنا في هذه الروايات الواردة في باب أحقيَّة الحضانة، يتضح لنا أنَّ السائل كان يروم السؤال حول موقف الشارع الإسلامي من الحاضنة الأم التي ترغب بالزواج من رجل اجنبي غير زوجها الأول، وهل ينفصل المحضون عنها، وقد أوضح الإمام(عليه السلام) موقف الشرع الإسلامي بانفصاله عن حاضنته الام.

أما رأي الفقهاء المعاصرين:

1- قال السيد السيستاني: «الحضانة هي حق للأم والأب، كذلك هي حق للولد عليهم، فلو أمتنعوا أُجبروا عليها، وهل يجوز لمن يثبت له حق الحضانة أن يتنازل عنه لغيره، فينتقل إليه بقبوله، أم لا؟ الظاهر العدم، نعم يجوز لكل من الأبوين التنازل عنه للآخر بالنسبة إلى تمام مدة الحضانة أو بعضها»[2].

وأما بخصول المدة الزمنية التي يمكث فيها المحضون، قال سماحته: «حضانة الطفل بعد مضي سنتين من عمره من حقّ أبيه خاصّةً، ولكن إذا كان الأب يجد أنّ في فصله عن أمّه مفسدة عليه ولو من جهة عدم توفّر من يقوم بحضانته إلى الوجه اللازم شرعاً فلا بدّ أن يعهد بحضانته إليها، ولا فرق في ذلك بين زواج الأم بزوج آخر وعدمه»

2- قال سماحة السيد محمَّد حسين فضل الله: «هو أنَّ الأمَّ أحقُّ بحضانة الولد، ذكراً أم أنثى، إلى عمر سبع سنين، إلَّا إذا كانت الأمُّ أقدر على حضانة الولد من الأب، لعدم قدرته على القيام بمسؤوليَّاته، فإنَّه يعود ذلك إلى الأمِّ»، وهو مختار الكثير من الفقهاء، كالمقدَّس الأردبيليّ وتلميذه صاحب «المدارك»، وكذلك قول المحقِّق السبزواريّ في «الكفاية»، واختاره السيِّد محمَّد صادق الروحانيّ في «فقه الصادق»، وقال به السيِّد الطباطائيّ في «المناهل»: «إنَّه أحْوَط بل في غاية القوَّة»، وهو مختار آية الله العظمى السيد محسن الحكيم (قدس سره)[3].

1- ميرزا النوري الطبرسي، *مستدرك الوسائل*: ج15، ص164

2- علي السيد السيستاني، *منهاج الصالحين*: ج3، ص122

3- بيّنات، الموقع الرسميّ لمؤسّسة العلّامة المرجع السيّد محمّد حسين فضل الله :

= http://arabic.bayynat.org/NewsPage.aspx?. الدخول على رأس الساعة الواحدة ليلاً الموافق ليلة 26/ رمضان/1401هـ، وأشير إلى أنَّ رأي السيِّد فضل الله الوارد في الموقع قد نُشر في مقالٍ في جريدة الدّيار اللبنانيَّة في 12/ 10/ 2013، وحمل المقال عنوان: «رأي المرجع فضل الله رض في الحضانة ليس شاذًّا». وقد حفظه الموقع ضمن مقالاته. تمَّ الاطِّلاع عليه في 2022/4/27.

المبحث الثاني:الخلاف الفقهي والقانوني حول أحقيَّة الحاضنة بحضانة الطفل الصغير

المطلب الاول: الفترة الزمنية لحضانة الطفل الصغير

وقع الخلاف بخصوص الفترة الزمنية التي يقضيها الطفل الصغير عند حاضنته، وهي مسألة شائكة ومحورية تضاربت فيها آراء الفقهاء حول تلك المدة الزمنيَّة التي يمكث فيها الطفل عند حاضنته، مبدئياً وقبل الخوض في المعترك الفقهي وتحديداً بين الفقه الإمامي وفقه المذاهب السنيَّة، من جهة، وقانون الاحوال الشخصيَّة العراقي والقوانين العربية من جهة أخرى، لابد أن نذكر أنَّ اجماع الفقهاء قائم على أحقيَّة الأم بالحضانة مالم يتضرر الطفل الصغير، لما يترتب على ذلك حاجة الطفل إلى حنان الأم وعطفها، مضافاً إلى ماتقوم به من واجبات التربية والتغذية الروحيَّة والبدنيَّة والملبس وسائر الاهتمامات الاخرى، وكل هذه الحقوق تتوفر في الأم فقط دون الأب، فلا يمكن انتزاعه من قبل الأب في حدود هذه المدَّة، ولإطلاق الأدلة وتصريح الفقهاء بذلك سواءً أرضعت الأم الولد بنفسها أو استعيرت امرأة أخرى، لأنَّ الرضاعة شيءٌ والحضانة شيءٌ أخر ولا ربط لأحدهما بالآخر، كما مرَّ بذلك في معتبرة الكناني: «فهي أحق بابنها حتى تفطمه».

هذا وقد اظهرت الروايات التي تدل على تحديد المدَّة الزمنية التي يمكث الطفل فيها عند أمه بعد الانفصال بالطلاق، منها:

1- في مكاتبة أبي الحسن علي بن محمد(عليه السلام):كتبت إليه مع بشر بن بشار جعلت فداك تزوج امرأة فولدت بنتاً ثم فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده ؟.

فكتب(عليه السلام): **«إذا صار له سبع سنين فأن أخذه فله وإن تركه فله»**[1].

2- في رواية الجوهري والحميري، عن أيوب بن نوح قال: كتبت إليه مع بشر بن بشار: جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب(عليه السلام):**«إذا صار له سبع سنين فان أخذه فله، وإن تركه فله»**[2].

3- عن محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن عبد الله بن جعفر، عن أيوب بن نوح قال: كتب إليه بعض أصحابه: كانت لي امرأة ولي منها ولد وخليت سبيلها فكتب (عليه السلام):**«المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة»**[3].

1- محمَّد بن الحسن الحر العاملي، *وسائل الشيعة*: ج21، ص473

2- نفس المصدر: ج15، ص192

3- نفس المصدر: ج15، ص192

5- قال صاحب الجواهر: «المشهور بشهادة صاحب الجواهر (رض) هو التفصيل بين الأنثى فحضانتها للأم سبع سنين, والذكر وحضانته سنتان, ولا دليل على هذا التفصيل سوى الجمع بين الروايات الصحيحة»[1].

قال في الرياض:«والمشهور بشهادة صاحب الجواهر (ره) هو التفصيل بين الأنثى فحضانتها للأم سبع سنين, والذكر وحضانته سنتان, ولا دليل على هذا التفصيل سوى الجمع بين الروايات الصحيحة، فالأمّ أحقّ بالولد وتربيته مدّة الرضاع مطلقاً، ذكراً كان أو أنثى أو غيرهما، إجماعاً فتوى ونصّاً»[2].

وقال المحقّق في الشرائع: «فالأمّ أحقّ بالولد مدّة الرضاع، وهي حولان، ذكراً كان أو أنثى»[3]، وقيل: «إن الأم أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأنثى إلى تسع سنين وهو قول الشيخ المفيد»[4]، وتلميذه سلار وقيل : «إن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج»[5].

أما موقف المذاهب الاسلاميَّة في تحديد مدَّة الحضانة التي يكون فيها الطفل الصغير بحاجة اليها اثناء حضانته، فقد ذكر فقهاء الحنفية، إنَّها في الولد الذكر سبعة سنوات والانثى تسع سنوات وهو حد البلوغ الشرعي.

وقد ذهب فقهاء المالكية إلا أنَّ حضانة البنت تستمر حتى تتزوج ويتم بها الدخول الصحيح شرعاً بالخلوة الصحيحة، وأما الذكر فهو حد البلوغ.

وأما قول فقهاء الشافعية: «فقد منحوا الأم حق الحضانة حتى يبلغ الولد أو الفتاة سن التمييز والإدراك وهو سن العاشرة من العمر».

وقال فقهاء الحنابلة:« حتى يبلغ الصبي والأنثى سبع سنوات على حد سواء»[6].

1- مُحَمَّد بن يعقوب الكليني، *الكافي*، ج6، ص103

2- مُحَمَّد بن يعقوب الكليني، *الكافي*، ج6، ص103

3- جعفر بن الحسن المحقق الحلّي، *شرائع الإسلام*: ج٢، ٥٦٧

4- قال في المقنعة : «وإذا فصل الصبي من الرضاع كان الأب أحق بكفالته من الام ، والام أحق بكفالة البنت حتى تبلغ تسع سنين الا أن تتزوج ، فان تزوجت كان الأب أحق بكفالة البنت حينئذ».

5- قال في المقنعة : «وإذا فصل الصبي من الرضاع كان الأب أحق بكفالته من الام ، والام أحق بكفالة البنت حتى تبلغ تسع سنين الا أن تتزوج ، فان تزوجت كان الأب أحق بكفالة البنت حينئذ».

6- عبد الرحمن بن مُحَمَّد الجزيري، *الفقه على المذاهب الاربعة*، ج4، ص598

وأما فقهاء الأمامي، فلهم رأيان:

الرأي الأول: مفاده:«الأم أحق بحضانة الصبي الذكر مدة الرضاع وهي عامان والبنت سبعة سنوات بعدها ينتقل الحق الى الأب وفي رأي متأخر مدة الحضانة سبعة سنوات لكليهما ذكر أم أنثى» [1].

المطلب الثاني:أحقيَّة المحضون بالانتقال إلى حضانة الاب

إنَّ قانون الاحوال الشخصيَّة يعدَّ أحد القوانين الوضعيَّة التي ساهمت في بناء المنظومة القانونية على مرَّ الحكومات العراقية المتعاقبة، وقد تمت صياغة تشريعاته بواسطة لجان قانونية تخصصَّية مشكلَّة على هيئة مواد متضمَّنة لمجموعة من الفقرات القانونية التي تهتم بمسائل الزواج والطلاق وما يتبعهما مضافاً لمسائل الوصية والميراث، كل هذه المواد لاتتجاوز (94) مادة قانونية، وقد تعرَّض القانون إلى مايقارب السبعة عشر تعديلاً، إلا أنَّ هذه التعديلات هي الاخرى لم تخرج عن الأطر الايدلوجية الحزبوية في دولة المكونات والصراعات الطائفية، وبالتالي لم توفق في أي تعديل جديد يفي بالغرض الاساسي الذي من أجله شرَّعت هذه التعديلات، ويمكن أن نوعز السبب باختصار وجيز، للأسباب التالية:

أولاً: أنَّ هذه المواد كُتبت في الفترة الانتقالية التي انتقل منها النظام في الدولة العراقية من النظام الملكي إلى النظام الجمهوري، وهي فترة حرجة يتعسّر فيها على المشرّع أن يقنّن مواد قانونية ذات افق استشرافي مستقبلي، وتبويبها وصياغتها بصياغات جامعة مانعة، بدليل أن هذا القانون قد جرى عليه أكثر من (17) تعديلاً.

ثانياً: هذا القانون منذ نشأته في عام (1959) إلى يومنا هذا يكون عمره قد قارب على (62)عاماً، وهو عمر شارف على الكهولة، ونحن نعيش اليوم في الالفية الثالثة وفي عصر التطور الحداثوي، الذي يُعرف بتكنولوجيا المعلومات، فالعالم اليوم اصبح قرية واحدة تربطه وشائج التواصل العلميَّة الحديثة، وبحكم التأثير والتأثر بالتغيَّرات الزمانكاني، استجدَّت لدينا مسائل ووقائع فقهية جديدة، امثال: العلاقات الجنسية عبر وسائل التواصل الاجتماعي والتي انتجت لنا مشكلة العلاقات الغير شرعية بين الجنسين، والتي عجز القانون عن مجاراتها لعدم وجود تشريعات قانونية بهذا الخصوص، الأمر الذي يحتمَّ على اللجان التشريعية تقنين وتشريع أحكاماً قانونية طبقاً لرؤية المذاهب الاسلامية، مضافاً إلى ذلك توَّقف الكثير من المواد القانونية عن أداء مهامها وفاعليتها نتيجةً للنظام الجديد وفق سياقات حديثة تجعل من الانسان آلة صناعية لا يقر له قرار ولا استقرار، كما هو الحال في مسألة الحضانة والتي ستناولها خلال طيات البحث، فلابد إذن من تجديد وتغيير

1- مُحَمَّد بن الحسن الطوسي، *كتاب النهاية*: ص503

لكثير من مواد هذا القانون، وارى أنَّ التجديد في جميع القوانين مسألة صحية نعالج من خلالها الكثير من المواد التشريعية، مع اضافاً مواد جديدة تقتضيها طبيعة المرحلة التي يمرَّ بها القانون تبعاً للنظام الجديد للحياة المدنية المعاصرة.

لذا يجب أن نؤمن أنه لا يوجد عندنا قانون مقدَّس غير قابل للنقد والتصحيح؛ بل حتىَّ القوانين الشرعية الاسلاميَّة هي الاخرى تعرَّضت للنقد والاعتراض بحسب منطقة الفراغ التشريعي، التي تمرَّ بها القوانين الوضعيَّة، خصوصاً في مسائل الزواج والطلاق باعتبارها أحكاماً شرعيَّة صرَّفة، فلابد من حضور للفقيه الجامع للشرائط في ابداء وجهات نظره المتجدّدة والمعاصرة التي تنتهي إلى استحداث أحكاماً فقهية تتلائم وطبيعة الوقائع المعاصرة، هذه المساحة الفقهية عبَّر عنها السيد الشهيد الصدر بمنطقة الفراغ التشريعي، المتضمَّنة للثابت والمتغير من الاحكام، واعطت الأحقيَّة الكاملة للفقيه في الاجتهاد والاستنباط في موارد الاحكام المتغيرة، فإذن لا يوجد عندنا لا في الشرع ولا في القانون شيء ثابت ومقدَّس غير قابل للتغيير. فلا أرى سبباً واضحاً يتمسَّك به بعض دعاة حقوق المرأة على البقاء على هذا القانون وحرمة النقد والقدح فيه، كما أتساءل ما هو السرَّ في مجابهة الافكار والطروحات الجديدة التي تُطرح من قبل دعاة التغيير وهي في الحقيقة دراسات منتجة وفاعلة تدعوا للجديد في الابحاث الفقهيَّة والقانونيَّة، كما تدَّعوا إلى الحدَّ من مشكلة الطلاق والنفقة والحضانة وغيرها من مسائل الاحوال الشخصيَّة، وابداء وجهات النظر القابلة للنقاش والمداولة، خصوصاً مسألة الاجحاف بحق الاب الذي وقف منه القانون موقف المجابهة، دون مراعاة لمشاعره الأبوية لأطفاله الذين مُنعوا من رؤيته إلا في ساعات يحدَّدها القاضي وفي أماكن معيَّنة من قبل مجلس القضاء الاعلى، في الوقت الذي يُعطى للزوجة الحق في الزواج من رجل غريب وبمعيَّة اطفالها من زوجها الاول [1]، والحق في التمديد في حال انتهاء المدَّة القانونيَّة إذا بلغ الطفل المحضون عشر سنوات إلى اكمال سن البلوغ الشرعي وهو الخامسة عشر، وبعدها يخيَّر بينهما، إذ اعطى قانون الاحوال الشخصيَّة العراقي

1- نصت الفقرة الثانية من المادة57: «ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في ضوء مصلحة المحضون». وكان شرط الحضانة مرهون بعدم زواج الحاضنة باجنبي عن المحضون، لكن التعديل الجديد رقم106 لسنة 1978م، قد رفع شرط عدم الزواج بأجنبي، وبحسب هذا التعديل يحق للحاضنة أن تتزوج برجل أجنبي عن المحضون، مع تقديم تعهد خطي أمام القاضي بعد الاضرار بالمحضون، وترى المحكمة أن زواجها من أجنبي قد يكون يوفر للمحضون جواً أكثر شفقةً وحناناً من القريب والمحرم له، وقد اوكلت تقدير ذلك إلى رؤية القاضي ورجاحة عقله، وليس من الحكمة أن توزن الامور بميزان واحد. أحمد الكبيسي، *الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي*، ص216

سلطة تقديرية للقاضي أن يحكم لها بذلك، إذا تأكد القضاء أنَّ ذلك لايشكل ضرراً على المحضون، وكل هذه المخالفات الشرعية تلُّقي بضلالها على نفسية الطفل المحضون ومشاعر الاب المبَّعد عن رؤية وتربية اطفاله.

وها أنا أضع بين يدي المشرَّع القانوني أحد أهم النقاط المهمَّة والمستنبطة من روايات أهل البيت(عليهم السلام) وفتاوى المجدَّدين من فقهاءنا المعاصرين:

مبدئياً يجب أن نوَّضح أنَّ جميع المذاهب الإسلاميَّة تتفق على أحقيَّة الأم بحضانة طفلها، وقد ذكرنا جملة من الروايات الصادرة عن النبي(صلى الله عليه واله) وأهل بيته الكرام(عليهم السلام)، وآراء الفقهاء من المذهب الإمامي الجعفري من القدماء والمعاصرين، تبيُّن لنا أنَّ الحضانة اجمالاً حقٌ للأم لاعتبارات كثيرة ذكرناه ضمن طيات البحث، كما بيَّنا أيضاً من خلال عرض جملة من الروايات حدود الفترة الزمنية التي تجيز للأم حضانة طفلها، وهي متفاوتة إلا أنَّ الرأي الارجح لفقهائنا المعاصرين يذهب إلى حدود سبع سنين للذكر وتسع سنين للأنثى ما لم تتزوج الحاضنة، وبحسب ماجاء في الرواية عن المنقري عن من ذكره قال: «المرأة أحقّ بالولد ما لم تتزوّج»[1]، والتي يستنتج منها بعض فقهائنا التزام الأحوط الاوُلى لما بعد السبع سنين كحق للأم.

الخاتمة:

بعد هذه القراءة السريعة لمعطيات المادة(57) بفقراتها التسعة، مقارنة مع ما طرحه الفقه الامامي من تراثه الروائي والنصوص الشرعية التي استند إليها مع ما طرحه من قواسم مشتركة بينه وبين فقه المذاهب الاربعة وقانون الاحوال الشخصية، توصلنا إلى نقاط مشتركة تكمن في أحقية الام بحضانة الولد حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق أو الموت مالم يخل بشروط الحضانة، وحددنا أقصى مدة لبقاء المحضون عند حاضنته في حدود السنة السابعة طبقاً لما جاء في روايات ائمة أهل البيت(عليهم السلام)، ومن ثم تنتقل الحضانة للأب، لاعتبارات كثيرة ذكرناها في متن البحث، كما حددنا فترة المشاهدة كحق طبيعي للأب والام عند نهاية كل أسبوع ويسمح له بأخذه إلى بيته ضمن شرائط خاصة يقرها القانون ويؤكد على تطبيقها.

التوصيَّات:

في هذه التوصيَّات أُهيب بالمشرَّع القانوني النظر والتأمل بحدود هذه الروايات والخروج بتعديل جديد يراعي فيه المصلحة الإنسانية لكلا الزوجين، وتغليب المصلحة العامَّة على الخاصَّة، ويكون كالاتي:

1- نفس المصدر، ح4، ص4.

1- أن تكون فترة حضانة الأم للطفل بحدود السبع سنوات للصبي وتسعاً للصبية، طبقاً للروايات الصادرة عن ائمة أهل البيت(عليهم السلام) وفتاوى اغلب فقهائنا المجدَّدين من المعاصرين، بما يحقق العدالة للزوج والزوجة في اشباع عاطفتهما من أولادهما، فكما أنَّ الأم لها عاطفة جياشة اتجاه اولادها، كذلك الأب، وبالتالي لكي تستقيم حياة الطفل النفسية وصحته البدنية لابد أن يضفيا كلا الزوجين من حنانهم وعطفهم عليه، وهو تقسيم موافق للطبيعة الإنسانية بما يملكانه من غريزة وعاطفة اتجاه افراد عائلتهم.

أما في حال وفاة الاب فالحضانة تنتقل إلى الجد لأب ومن ثمَّ للأم مع أخذ التعهدَّات القانونية للزوج الجديد بعدم الاضرار بالمحضون، وللأم الاحقية الكاملة في التفريق القضائي للضرر إذا لم يفيَّ بالتعهد.

2- إنَّ التقنين الجديد يعطي مساحة واسعة للأم في تغيير اخلاقها اتجاه الاب، ولا تصب جام غضبها وحقدَّها عليه باتهامات فاقدة للشرعية تبَّثها في نفوس اطفالها الصغار وتجعلهم يحقدون على الأب مع أنَّه المنُفق الوحيد لهم طيلة فترة الحضانة، فالأم وعلى ضوء هذا التعديل الجديد تعلم أنه بعد سبع سنوات سوف تنتقل الحضانة للأب، وسوف يعاملها كما كانت تعامله خلال فترة حضانتها، وهذه نقطة انطلاق جديدة في حياة الزوجين في تحسين اخلاقهما امام المحضون ويجعل كلاً منهما يحظيان بمنزلة واحدة من الاحترام والتقدير لدى المحضون.

3- أن تكون فترة رؤية الاب لأطفاله خلال حضانة الأم نهاية كل اسبوع ولمدة ساعتين في بيت الأب، كما يحق للأب أن يصطحب المحضون معه ولمدة يومين إذا كان يسكن في مدينة أخرى، ولمرتين في الشهر.

4- إنَّ فترة انتقال الحضانة في السبعة الثانية، يكون المحضون قد قطع شوطاً طويلاً من التربية والعناية من كلا الزوجين، وقد دخل المدرسة الابتدائية وهو بأمس الحاجة لعناية الأب في قضاء حوائجه المدرسية، كما أنَّه أيضاً بأمس الحاجة لأمه في وقت المراجعة والمدارسة المنزلية، فتكون فترة اللقاء الاسبوعي كافية لتغطية حاجاته الروحيَّة والنفسيَّة.

5- يحق لكليهما رفع دعوى اسقاط حضانة الطرف الاخر إذا ثبت بالدليل القطعي أو الطبي أنَّ أحدهما مصاب بمرض مزمن أو نفسي، أو أنَّ زوجة الاب الجديدة أو زوج الأم الجديد لايؤمن جانبهما.

6- أما ما جاء بخصوص الفقرة(2) و(9) من المادة(57): «ولا تسقط حضانة الأم المطلَّقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في ضوء مصلحة المحضون» و«أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به».

هذه الفقرتان تعطي الاحقية الكاملة للأم الحاضنة في الزواج من زوج اجنبي، غاية الأمر أنَّه يُعطي تعهداً

قانونياً برعاية المحضون وعدم الاضرار به، الأمر الذي جعل الكثير من الاباء بالاعتراض والتظاهر أمام المحاكم العراقيَّة لحرصهم الشديد على أبنائهم، خصوصاً إذا كان المحضون بنتاً فمن الصعب بمكان أن يرى الأب بنته تعيش في مسكن رجل غريب، وهو منافي للأعراف الاجتماعية والمثُل الاخلاقيَّة والروايات الصادرة عن النبي(صلى الله عليه واله) وأهل بيته (عليهم السلام)؛ بل حتَّى المذاهب الاسلاميَّة الاربعة اتفقت على اسقاط حضانة الام بزواجها من اجنبي[1]، والضابطة في المحرميَّة، عدم زواج الزوج الاجنبي للمحضون إذا كانت أنثى، أما فقهاء الامامية فقد قالوا أنَّ زواج الأُم الحاضنة من اجنبي يُسقط حقَّها بالحضانة مطلقاً، سواء أكان الزوج محرماً أو غير محرم، مستدَّلين بذلك بالنصوص الروائية التي تدَّل بإطلاقها على ذلك، منها رواية: «أنتِ أولى به مالم تنكحي»[2].

لذا نرى بعدم شرعية هذه الفقرة وتعديلها بفقرة جديدة طبقاً لما جاء في الشرع الاسلامي، وهي كالاتي: «تنفسخ حضانة الام مباشرة في حال زواجها من رجل اجنبي، وتنتقل الحضانة للأب، وفي حال وفاته أو فقده تنتقل للجد لأب، ثم لأمه بشرط التعهد».

1- أحمد الكبيسي، الوجيز: ص219

2- الميرزا حسين النوري الطبرسي، مستدرك الوسائل: ج15، ص164

المصادر:

1- ابن منظور، محمد بن مكرم, لسان العرب، ضبط نصّه وعلّق حواشيه: خالد رشيد القاضي، الدار البيضاء، بيروت.

2- (الرازي)،محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي(666هـ)، ***مختار الصحاح***، دار الرسالة، الكويت

3- مروارید، علي أصغر، ***سلسلة الينابيع الفقهية***، مؤسسة فقه الشيعة، بيروت- لبنان، 1993م.

4- السيد ابن طاووس، علي ببن رضي الدين، اقبال الاعمال، بيروت -لبنان.

5- الجواهري، محمد حسن النجفي(1362ش)، ***جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام***، تحقيق:عباس قوجاني،دار احياء التراث العربي - بيروت لبنان، الطبعة: الرابعة.

6- مغنية محمد جواد،**فقه الامام جعفر الصادق** ، الناشر انتشارات، 1981م.

7- المحقق الحلي، ***شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام***،مطبعة الاداب، النجف، 1965م.

8- *الزلمي، مصطفى إبراهيم، **أصول الفقه في نسيجه الجديد**(1999م)، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد.*

9- الحر عاملى، محمد بن حسن ، تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث ، قم - ايران ، 1416 هـ.ق.

10- الطبرسي، أبي علي الفضل الحسن(548هـ)، ***مجمع البيان في تفسير القرآن***،مؤسسة الاعلمي للمطبوعات،بيروت-لبنان.

11- علي السيد السيستاني، *منهاج الصالحين*: السيد السيستاني.

12- بيّنات، الموقع الرسميّ لمؤسّسة العلّامة المرجع السيّد محمّد حسين فضل الله : http://arabic.bayynat.org/NewsPage.aspx? =.

13- الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، ***الفقه على المذاهب الاربعة،الناشر: دار الكتب العلمية***، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1424هـ.

1- الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، ***الفقه على المذاهب الاربعة،الناشر: دار الكتب العلمية***، بيروت - لبنان الطبعة: الثانية، 1424هـ.