الحضانة المشتركة (دراسة تحليلية مقارنة)

joint custody **(comparative analytical study)**

م.م. شيماء ياسر عبد الحسين

رئاسة جامعة ذي قار/قسم الشؤون القانونية

Shymaa.yasir@utq.edu.iq

م.م. حسين نجف بخور

جامعة ذي قار/ كلية القانون

Lawp1e389@utq.edu.iq.

الكلمات الافتتاحية :
الحضانة المشتركة، الحضانة الفردية، مصالح الطفل الفضلى.

Keywords :
Individual custody, joint custody, the best interest of the Child.

Abstract: In the context of divorce procedures between parents, the interest of the child must be kept in mind before any other interest. One of the most important interests that must be taken into account is the place of residence of the child. In principle, if there are several children, they should not be separated; In order to strengthen family ties, which are the nucleus of society, the research is based primarily on taking into account the best interest of the child to remain with both parents and not be deprived of one of them because of this psychological impact on the child and thus a better upbringing.

الملخص

أدت التغييرات التي طرأت على المجتمع إلى زيادة أهمية الاهتمام بمسألة الحضانة بعد الطلاق. ذلك أنه وعند السير في إجراءات الطلاق بين الزوجين يجب أنّ توضع مصلحة الطفل نصب الأعين وتقدم على أي مصلحة أخرى ، وإنّ أحد اهم المصالح التي يجب مراعاتها هي مكان اقامة الطفل. ومن حيث المبدأ إذا

كان هناك عدّة أطفال فينبغي عدم الفصل بينهم، ولأجل تعزيز الأواصر الأسرية التي تعد نواة المجتمع فإنّ البحث يرتكز بالدرجة الأساس على مراعاة المصلحة الفضلى للطفل في أنّ يبقى عند كلا الأبوين ولا يُحرم من أحدهما لما لذلك من تأثير نفسي على الطفل ومن ثم تنشئة افضل.

المقدمة:

تؤدي حالة الطلاق إلى ابعاد الطفل عن أحد والديه وحرمانه منه، واحيانا كثيرة ابعاد الأخوة بعضهم عن بعض، إذ تقوم المحكمة بتسليمه إلى من ترى بأنّه احق بالحضانة من غيره وهي الأم وفقاً لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ (المعدل) الأمر الذي يؤثر بصورة مباشرة على حياة واستقرار الطفل دون مراعاة لمصلحته في البقاء مع كلا أبويه، أو مراعاةً لمبدأ المساواة في العلاقة بين الآباء وأبنائهم. ولأن القانون من المجتمع وإليه، لذا نرى ضرورة مراعاة مصلحة الطفل بوصفه العنصر الأهم في هذه العلاقة والمتضرر الأكبر من انفصال لا يد لهُ فيه.

أولاً: اشكالية البحث:- تأتي اشكالية البحث من النقص التشريعي في القانون العراقي الذي اوجب الحضانة للأم فقط، وجعلها حقا خالصاً لها دون الأب إلا في حالة استثنائية تتمثل في فقدان الأم لشروط الحضانة المحددة بالقانون، ودون أي مراعاة لمصلحة الطفل وحقه في العيش بحياة مستقرة في كنف أبويه.

ثانيا: أهمية البحث :- تكمن أهمية البحث في أهمية الموضوع مدار البحث لتعلقه بحياة واستقرار طفل يُعد الأساس في المجتمع ومراعاة لمصلحته الفضلى التي تعلو على مصلحة الأبوين.

ثالثا: أهداف البحث:- يهدف البحث بالدرجة الأساس إلى جملة من الأمور أهمها مايلي:-

١- التوعية بأهمية الحضانة المشتركة لمصلحة الاولاد بعد الطلاق، وابعاد الطفل عن الخصومات بين الأبوين، لاسيما وإنّ الحضانة المشتركة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- الحد من النزاعات بين الأبوين التي تتعلق بالحضانة.

٣- ارتباط الأولاد بالأبوين، وتقوية الأواصر الأسرية، وحماية المجتمع من التأثيرات السلبية التي تنشأ نتيجة الطلاق، وذلك من خلال الحفاظ على الحضانة المشتركة كهدف رئيس لإصلاح الأسرة.

٤- المساواة بين الأبوين في حقهما بحضانة أطفالهما وعدم حرمان أحدهما منها دون وجه حق

٥- عدم حرمان الأبناء من أبويهم في حالة الطلاق.

رابعا: منهجية البحث:- نظراً لطبيعة البحث الذي يتميز بكونه من المواضيع المهمة التي تلامس الحياة الأسرية في أحوالهم الشخصية، ولعدم تسليط الضوء عليه بدقة؛ ولغرض الاستفادة من قوانين الدول الأخرى التي قننت هذا الموضوع؛ اعتمد الباحث المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي والاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل والمقارنة مع القانون المدني الفرنسي .

خامسا: هيكلية البحث:- لغرض الاحاطة بموضوع الحضانة المشتركة بجوانبها كافة ارتأينا تقسيم بحثنا هذا على مبحثين نتناول في المبحث الأول منه مفهوم الحضانة المشتركة، وذلك بمطلبين: يخصص المطلب الاول للبحث في تعريفها واهميتها، بينما يكون الفرق بين الحضانة المشتركة والحضانة الفردية من نصيب المطلب الثاني، أما المبحث الثاني فسيخصص إلى الأطار القانوني للحضانة المشتركة وتطبيقاتها القضائية، إذ يكون المطلب الأول منه للبحث في الاطار القانوني للحضانة المشتركة بينما يخصص المطلب الثاني للبحث في التطبيقات القضائية وعلى النحو الآتي بيانه:

المبحث الأول : مفهوم الحضانة المشتركة : يتم التوافق –في بعض الاحيان – بين الوالدين على حضانة أبنائهم بالتناوب فيما بينهم؛ وذلك لأسباب قد تتعلق بالمحضون أو بالأبوين، أو لأسباب أخرى يراها الأبوين هي الأقرب للصواب باتفاقهما دون إقحام المحضون في الخلافات بينهما، وبذلك تكون مصلحة الطفل في منأى عن هذا الخلاف، أو أن يتم الحكم بها دون موافقة الطرفين بل بناءً على أمر قضائي وذلك بالاستناد إلى مصلحة الطفل الفضلى، لذا وللوقوف على هذا النوع من الحضانة سنتناول في هذا المبحث مفهومها وأهميتها في المطلب الأول بينما يخصص المطلب الثاني للبحث في الفرق بينها وبين الحضانة الفردية وعلى النحو الآتي بيانه:

المطلب الأول : تعريف الحضانة المشتركة وأهميتها : إن الازدياد الملحوظ لحالات الطلاق في الدول كافة والعراق ليس بمنأى عنها لأسباب شتى، وحاجة الطفل المُلحة للرعاية الأبوية من جوانبها كافة، المادية والمعنوية، ولكون أحد أولى وأهم حقوق الطفل هي العيش بين أبويه باستقرار أدى إلى ظهور الحاجة الماسة والمُلحة إلى ايجاد حلول للتقليل من آثار الطلاق على الأطفال، فسعت بعض البلدان[١] إلى اعتماد حلاً مناسباً وهو الحضانة المشتركة أو الحضانة بالتناوب[٢]، يشترك فيها كلا الأبوين في آن واحد بالاهتمام ورعاية الطفل، ويكون وجوده بينهما بصورة مستقرة؛ ذلك إنّ الطلاق يجب أنّ لا يؤثر على حالة الطفل ومستقبله ولا يضع حداً للمسؤولية الأبوية لكلا الأبوين؛ لان المسؤولية الأساسية لهما هي مصلحة الطفل. لذا تعرف الحضانة المشتركة على أنّها ((شكل من أشكال الحضانة يمارس فيها كلا الأبوين المسؤولية تجاه القاصر))[٣]، نلاحظ ورود مصطلح المسؤولية في هذا التعريف بصورة مطلقة، إذ لم يُبين نوع المسؤولية الملقاة على عاتق كل من الأب والأم وهذا يدل على أنّه قصد منها مطلق المسؤولية على كليهما من تربية وتعليم وتدبير شؤون وصحة وغيرها من حقوق الطفل تجاه الأبوين في هذه المرحلة العمرية. وعرفت بأنّها ((حق الأبوين في اتخاذ القرارات اللازمة للطفل القاصر أو هي سلطة اتخاذ القرار للأبوين معا فيما يتعلق بالقرارات المهمة التي يجب عليهم اتخاذها لاسيما فيما يتعلق بتعليمه وتمثيله وإدارة

ممتلكاته))[٤]. نرى بأنّ هذا التعريف قد اقتصر على الجانب القانوني فقط دون الجوانب الأخرى لرعاية الطفل وهو بخلاف ما يجب أنّ تشتمل عليه الحضانة من رعاية الطفل مادياً ومعنوياً وعليه فإن التعريف لم يكن جامعاً. بينما عرف القانون الفرنسي الحضانة المشتركة تحت مسمى (السلطة الأبوية) بأنّها ((مجموعة من الحقوق والواجبات غرضها مصلحة الطفل، وهي ملك للوالدين حتى يبلغ الطفل سن الرشد أو التحرر لحماية سلامته وصحته واخلاقه بما يكفل له تعليمه واتاحه الفرصة له للتطور مع الاحترام الواجب لشخصه..))[٥].

احسن المشرع الفرنسي في تعريفه أعلاه في ثلاث مواطن:

الأول:- أنَه جعل الحضانة المشتركة حق وواجب على الآباء والأبناء، إذ هي حق للطفل في أن يبقى عند كلا أبويه ودون أي حرمان من احدهما، كما هي حق للآباء أن لا يحرموا من ابنائهم بغير وجه حق لمجرد الطلاق، وواجب كذلك عليهم اذ ان من حق الولد على ابويه رعايته وحفظه وتربيته لحين بلوغ سن الاستغناء عن خدمتهم.

وهذا مانص عليه المشرع العراقي في المادة(٢٩/ثانيا) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ اذ جاء فيها: (للاولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم ...).

الثاني:- من حيث الغرض إذ جعل غرضها مصلحة الطفل وهذا يعني إذا تعارضت هذه الحقوق والواجبات مع مصلحته فإنها تنتفي.

الثالث:- اعُطي هذا الحق للوالدين فقط دون غيرهما ذلك انهما أحق به من غيرهما مادامت مصلحته تقتضي ذلك. وكذلك ما أشارت له المادة (٩/ف١) من قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١ بشان الزواج المدني وآثاره لإمارة أبو ظبي والمادة (١/١٠) من قانون الامارات العربية رقم (٤١) لسنة ٢٠٢٢ بشان الاحوال الشخصية فقد نصتا على إن الحضانة المشتركة تعني

:((حضانة الأبناء حق مشترك ومتساوٍ للأب والأم بعد وقوع الطلاق وهي كذلك حق للأبناء في عدم استئثار أحد الأبوين دون الأخر بحق تربية ورؤية الأبن وذلك حفاظاً على الصحة النفسية للمحضون والحد من آثار الطلاق على الأبناء))[١].

يتبين لنا من التعريف أعلاه إن المشرع أشار الى حق الحضانة المشترك بعد الطلاق فقط، ولم يشر اليها قبله ومن مفهوم المخالفة يعني أنه بالزواج أولى أن تكون الحضانة مشتركة فضلا عن الطلاق الا إنه قصد منه معالجة الحضانة في حالة النزاع الذي يثار بين الآباء دون الوضع الطبيعي في حال الزواج إذ بطبيعة الحال يكون الأبناء مع الآباء. وانطلاقا مما سلف أعلاه نستطيع أن نضع تعريفاً للحضانة المشتركة ليكون كالآتي:(حفظ الولد وصيانته ورعاية مصالحه وتنشئته تنشئةً صحيحة من قبل والديه معاً دون تأثرها بقيام الرابطة الزوجية من عدمها). وبناءً على ما تقدم يتضح لنا أهمية الحضانة المشتركة بكونها تتكرس في أهمية كلا الأبوين بالنسبة لحياة الطفل، فهما مكملان لبعضهما وليسا قابلان للتبادل ولا يرتبط مجال تدخلهما بالتساوي معاً في حياته، إنما يتوجب على كلٍ منهما أن يؤدي وظيفته الملقاة على عاتقه تجاه الطفل. ذلك إنّ وجودهما معاً في حياته يمثل عامل دعم معنوي وأداة استقرار نفسي أكثر، إذ أنّ الطفل في هذه المراحل العمرية يكون بحاجة إلى كلا الأبوين لذلك يجب مراعاة مصلحة الطفل وليس رغبة الأبوين عند إقرار الحضانة[٧].

إذ تُعد مصلحة الطفل هي المعيار الأكثر أهمية والذي يجب الالتفات له في هذه المعادلة؛ لأنه يوفر مسكناً طبيعياً مستقراً نسبياً للطفل فيما لو بقي محافظاً على علاقات شخصية منتظمة بين كلا أبويه، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على التوازن النفسي بعيداً عن الصراعات الأبوية التي تنشأ نتيجة الطلاق[٨]. ويثار سؤال له أهميته هنا ما المقصود بالمصلحة الفضلى للطفل وماهي المعايير التي ينبغي أخذها في الاعتبار لتحديد هذه المصلحة؟ يستخدم هذا المصطلح كثيراً عند الحديث عن حقوق الطفل وضمان التمتع

بها في التشريعات كافة ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي، وأنّه يجب مراعاة مصلحة الطفل الفضلى[٩]، ألا أنّه في الحقيقة لم تشر أيّاً من هذا التشريعات إلى ماهية المصلحة الفضلى ومعاييرها[١٠]. وبالرجوع إلى التعليق العام رقم(١٤) لسنة ٢٠١٣ المتعلق بحق الطفل في ايلاء الاعتبار الأول لمصلحته الفضلى بموجب اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ نجدها عرفت المصلحة الفضلى للطفل بأنّها ((حق ومبدأ وقاعدة إجرائية))[١١] إذ أكدت في الفقرة(٦) من هذا التعليق على إنّ مصلحة الطفل الفضلى مفهوم ثلاثي الابعاد على النحو الآتي[١٢]:-

١- حق أساسي: وهو حق الطفل سواء أكان ذكراً أم أنثى في تقييم مصالحه الفضلى وإيلاء الاعتبار الأول لها عندما تبحث المصالح المختلفة للتوصل إلى قرار بشأن المسألة المطروحة، وضمان إعمال هذا الحق كلما اتخذ قرار بشأن طفل ما أو بشأن مجموعة من الأطفال محدّدي الهوية أو غير المحدّدي الهوية أو الأطفال بوجه عام، و الفقرة (١)من المادة (٣) التي تفرض التزاماً جوهرياً على الدول (التنفيذ الذاتي) تنطبق مباشرة ويمكن الاحتجاج بها أمام المحكمة.

٢- مبدأ قانوني تفسيري أساسي: عندما يكون هناك أكثر من تفسير للحكم القانوني فينبغي أن يقع الخيار على التفسير الذي يخدم مصالح الطفل الفضلى بشكل أكثر فعالية، وتوفر الحقوق المكرَّسة في الاتفاقية وفي بروتوكولها الاختياري في الإطار اللازم للتفسير.

٣- قاعدة إجرائية: كلما اتخذ قرار يكون له تأثير على طفل محدد الهوية أو مجموعة محددة الهوية من الأطفال أو الأطفال بوجه عام، فيجب أن تشمل عملية اتخاذ القرار تقييماً للتأثير المحتمل (الإيجابي أو السلبي) المترتب على القرار للطفل أو على الأطفال المعنيين، ويقتضي تقييم مصالح الطفل الفضلى وتحديدها ضمانات إجرائية وإضافة إلى ذلك، فإن مبرِّر اتخاذ القرار يجب أن يثبت أن حق الطفل قد روعي بشكل صريح، وفي هذا الخصوص يجب أن توضّح الدول الأطراف كيفية احترام الحق في القرار المتخذ، أي أن تبين العناصر التي

اعتبرت أنها تخدم مصلحة الطفل الفضلى، والمعايير التي استندت إليها في ذلك، وكيفية ترجيح مصالح الطفل على الاعتبارات الأخرى سواء أكانت قضايا واسعة تخص السياسة العامة أم حالات فردية. ونتيجة لذلك يتضح بأنّ جميع القرارات الصادرة من المحاكم هي التي تحدد المعايير التي يجب مراعاتها والأخذ بها؛ لتحديد نطاق هذا المفهوم الواسع وعلى وفق مجموعة عناصر أهمها: عمر الطفل، وجنسه، وصحته البدنية والعقلية، وتوازنه النفسي، وسلوك الوالدين وغيرها من العناصر التي يجب ان تؤخذ في الاعتبار؛ لغرض تحديد هذا المعيار ثم بيان أي نوع من الحضانة يكون لمصلحته هل هي الحضانة المنفردة أم الحضانة المشتركة. بناءً على ما تقدم ولأن القانون من المجتمع وإليه، وبوصف مصلحة الطفل الفضلى هي الحاكمة في تحديد مصيره، وحيث ان الاستقرار عامل مهم في حياة الطفل على الأصعدة كافة وأن الحضانة المشتركة توفر هذا الاستقرار عليه والحال هذه يمكن القول أنّها تمثل مصلحة الطفل الفضلى التي يجب أنّ تدور حولها وجوداً وعدماً. فضلاً عن ذلك فإنّ أهمية الرابطة الأسرية باعتبارها أصغر وحدة اجتماعية والمدرسة الأولى للفرد تقتضي عدم الفصل بين الأبناء والآباء من جهة، وبين الأبناء فيما بينهم من جهة أخرى، إذ يُعد تأثير ديناميكية العلاقة بين الأبوين وأطفالهم أو بين الأطفال أنفسهم بعد الطلاق موضوعاً مهماً يجب مراعاته من الجوانب كافة، الأمر الذي يوفر ضمانات خاصة لحياة متوازنة ومُرضية للأطفال؛ لأنها تسمح لهم بالحفاظ على علاقات ثابتة ومستمرة مع كلا الأبوين، وبذلك تحقق المصلحة الاجتماعية؛ ذلك ان موضوع العلاقات بين الأبوين والاطفال بعد الطلاق لا ينطوي فقط على اعتبارات ذات طبيعة قانونية فحسب، بل تكون ذات طبيعة نفسية واجتماعية لذا يتوجب أخذ جميع المعايير في الاعتبار قبل تحديد نوع الحضانة الأفضل للطفل[١٣].

المطلب الثاني: الفرق بين الحضانة المشتركة والحضانة الفردية: تختلف الحضانة المشتركة عن الحضانة الفردية في أنّ الأولى يكون الطفل بالتناوب بين الأبوين دون وجود أي عوائق تحول ورؤية الطفل لأحد أبويه طيلة فترة الحضانة، وذلك من خلال الاتفاق بين الأبوين، أو بناءً على

امر قضائي في حال عدم الاتفاق وعلى وفق مصلحة المحضون[١٤]. بخلاف الأخيرة التي تتم ابتداءً بناءً على أمر قضائي نتيجة عدم اتفاق الأبوين على الحضانة المشتركة فيما بينهم واللجوء الى المحاكم؛ لحسم الخلاف وعدم وجود نصوص تشريعية تحكم بالحضانة المشتركة كما هو الحال في العراق، ومطالبة كلٍ منهم للأخر بأنّ يكون هو الحاضن الوحيد للطفل، وحرمان الأخر بسبب المشاكل التي تثار بين الطرفين نتيجة الطلاق[١٥]. لذلك تعرف الحضانة الفردية عموماً على أنّها: ((الحق لأحد الأبوين بحضانة الطفل دون الأخر ويكون لغير الحاضن فيها حق الزيارة المنتظمة))[١٦]. عليه فإنّ أحد الأبوين الذي لديه حق الحضانة الفردية يكون مسؤولاً عن مكان الطفل مع السماح للطرف الأخر بزيارة ومشاهدة الطفل وعدم حرمانه من أحدهما دون الآخر، وان كان ذلك لا يرتقي إلى مصلحة الطفل في ان يعيش حياة مستقرة هادئة في كنف أبويه معاً. لهذا فإن حق الحضانة الفردية بالمفهوم أعلاه يتوافق مع توجه المشرع العراقي اذ جاء في المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ (المعدل) على إن الأم احق بحضانة الولد وتربيته، مع إعطاء الحق للأب بالإشراف على شؤون المحضون ورعايته وتربيته، وفي حال منح الحق للأب في الحضانة لعدم توفر شروط الحضانة في الأم فانه يعطي للأم حق المشاهدة والاصطحاب؛ بغية المحافظة على صلة الرحم وعدم حرمان الطفل من أحد أبويه بصورة مطلقة[١٧]. من جانب آخر فان الحضانة المشتركة تنطوي على تقاسم المسؤولية الأبوية للطفل على عكس الحضانة الفردية إذ يكون لأحد الأبوين تلك السلطة[١٨][١٩].

كذلك فان الحضانة المشتركة تكون بالسوية بين الأبوين قبل الطلاق وبعده، بخلاف الحضانة الفردية التي تكون بعد الطلاق وليس قبله، إذ أن الحضانة قبل الطلاق هي حضانة مشتركة مادامت العلاقة الزوجية قائمة[٢٠]. من خلال ما تقدم نلاحظ إنّ جوهر الحضانة المشتركة يرتكز في أنّ كلا الأبوين يشتركان في الاهتمام بالطفل ورعايته من النواح كافة، فضلاً عن عدم حرمانه من أحدهما، ولا يعني ذلك التقاسم بالتساوي بينهما، بل المهم

هو أن يكون في رعاية كلا الأبوين دون التفريق بينهما، وبالطريقة التي تحفظ مصلحة الطفل، الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار مبدأ الحضانة المشتركة-إذا كان كلا الأبوين مناسبين للحضانة- عاملاً وقائياً في عدم فقدان الروابط الأبوية. إلا أنّه لا ينكر وبناءً على قاعدة مصلحة الطفل الفضلى التي تعتبر النقطة المحورية -اذ تتطلب هذه المصلحة أنّ يكون للطفل الحق في أنّ يرعاه أبواه معاً- أنّ هناك ظروفاً استثنائية معينة تستدعي عدم التقيد بالحضانة المشتركة وأنّ تكون الحضانة منفردة وليست مشتركة وهذه الظروف متمثلة بالاتي[٢١]:

١- العنف الأسري[٢٢].

٢- الأطفال من ذوي الاحتياجات الخاصة أو المصابين بعاهة عقلية وغيرها.

٣- عدم أهلية أحد الوالدين للحضانة على وفق الشروط التي حددها القانون[٢٣]

٤- سفر أحد الأبوين إلى خارج البلاد مع بقاء الأخر في الداخل.

ولعل سائل يسأل إن كانت للحضانة بصورة عامة شروط لأحد الأبوين فماهي شروط الحضانة المشتركة ؟

الأصل أنّه لا توجد شروط خاصة بالحضانة المشتركة لأن المشرع العراقي لم ينص عليها إلا أنّه يمكن استنتاج ذلك من شروط الحضانة المنفردة التي ينبغي على كلا الأبوين التمتع بها، أما إذا فقد أحدهما هذه الشروط لإقتضت مصلحة الطفل أن تكون الحضانة عند أحد الأبوين، وعليه يفقد الأب أو الأم الذي لا يتمتع بشرط من شروط الحضانة المنصوص عليها في القانون لحق الحضانة، وتنتفي بذلك الحضانة المشتركة ويصار إلى الحضانة المنفردة.

و من هذا المنطلق فانه يجب مراعاة الشروط أدناه عند الحكم بالحضانة المشتركة وهي كالآتي:-

١- أن يتم الاتفاق بين الطرفين على الحضانة المشتركة فذلك أسلم لضمان استقرار الطفل، وإبعاده عن النزاعات التي تحصل بين فترة وأخرى، لاسيما بالنسبة للأسر التي كانت فيها العلاقة غير متكافئة أثناء الزواج[٢٤].

٢- اتخاذ المحكمة الاجراءات القانونية المناسبة لحماية استقرار الطفل النفسي والمادي في حال رأت المحكمة بأنّ الحضانة المشتركة هي الأصلح له فيما لو لم يتوافق الأبوين على الحضانة المشتركة؛ ذلك إنّ حق الصغير أقوى من حق الأبوين وهو الأجدر بالرعاية والمحافظة عليه، فضلا عن تمتع المحكمة في جميع الأحوال بسلطة سيادية لتقييم مصالح الطفل تقييماً ملموساً في كل حالة على حدة لتقرر فيما بعد نوع الحضانة على ضوء تلك المصلحة[٢٥].

٣- أهمية سماع رأي المحضون قبل الحكم بالحضانة المشتركة إذا كان في سن التمييز وإلى ما قبل سن البلوغ؛ لما لذلك من اثر ايجابي على نفسية الطفل واستقراره.

المبحث الثاني : الاطار القانوني للحضانة المشتركة وتطبيقاتها : يختلف تنظيم إجراءات منح الحضانة لأحد الأبوين أو لغيرهما حسب كل حالة على وفق المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وأينما رأى القاضي مصلحة الطفل ذلك، لذا وللوقوف بدقة وتفصيل على الإطار القانوني للحضانة وتطبيقاتها القضائية سنقسم بحثنا هذا إلى مطلبين وعلى النحو الآتي بيانه:-

المطلب الأول : الاطار القانوني للحضانة المشتركة : الأصل إنّ مصطلح الحضانة المشتركة غير منصوص عليه في قانون الأحوال الشخصية العراقي، وتكون الحضانة لكلا الأبوين طالما إستمر الزواج وفي حالة وفاة أحد الأبوين تعود الحضانة للأخر، أما في حالة الطلاق فإنّ الحضانة تكون من حق الأم على وفق المادة (السابعة والخمسون/١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي مادامت محتفظة بشروط الحضانة[٢٦]، وفي حال فقدان الأم لأحد هذه الشروط مع وجود الأب فإن الحضانة تنتقل إليه فيما لو توافرت فيه شروط الحضانة[٢٧].

أما في حال عدم توافرها فيه فإنّ الأم تبقى هي الاحق بحضانة الطفل مادامت محتفظة بشروط الحضانة[٢٨]. وفي حال فقد أيّاً منهما لشروط الحضانة، ولم يكونا أهلاً للحضانة فقد أعطى المشرع العراقي للمحكمة الحق بإيداع المحضون بيد حاضن أمين غير الأبوين[٢٩]، أو ايداعه في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة مراعيا بذلك مصلحة الصغير دون الأبوين وهو ما نؤيده من جانب مراعاة مصلحة المحضون دون مصلحة الأبوين[٣٠]. إلا أنّه وبالرجوع إلى نص الفقرة (٤) من المادة (السابعة والخمسون) نجد أنّ المشرع العراقي اعطى في الوقت ذاته احقية الأب بالنظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه وهو في حضانة الأم ، إذ نصت على : ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى اكماله سن الخامسة عشر)) وبذلك يكون قد أخذ بالحضانة القانونية المشتركة دون الحضانة المادية المشتركة، على الرغم من عدم الإشارة الصريحة إلى مصطلح الحضانة القانونية المشتركة[٣١]. كذلك ما أشارت إليه المادة (الأولى /١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي قضت بأنّ هذه النصوص تسري في لفظها أو في فحواها وإنّ فحوى الفقرة (٤) من المادة (السابعة والخمسون) يعطي الحق بالحضانة القانونية المشتركة للأب بذات الوقت الذي تكون فيه الحضانة المادية (الجسدية) للأم.

كما إنّ الفقرة (٢) من المادة (الأولى) من قانون الأحوال الشخصية العراقي قضت بالرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون؛ ولأن المشرع العراقي لا يتقيد بمذهب معين بل يأخذ بما يتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية على إختلاف مذاهبها الأكثر ملاءمة لروح العصر، ومع مبادئ العدالة بهدف المحافظة على تماسك الأسرة[٣٢]. فضلا على ذلك فقد أجاز بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بعبارة صريحة الحضانة المشتركة في حال الاتفاق بل ويوجبها في حال عدم الاتفاق إذا كانت لمصلحة الصغير وعدم الأخذ بها يضر به، لاسيما عندما يكون عمر الطفل يتراوح بين سنتين إلى سبع سنين[٣٣] . وكذلك الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩[٣٤] التي جاءت

منسجمة مع رؤية المشرع العراقي بالمحافظة على المصلحة الفضلى للطفل، إذ أشارت إلى حق الطفل في الحضانة المشتركة، وعدم فصله عن أبويه إلا لمصلحته الفضلى وذلك بموجب الفقرة(١) من المادة(٩) من الاتفاقية التي نصت على:(تضمن الدول الاطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما، الا عندما تقرر السلطات المختصة، رهنا بإجراء إعادة نظر قضائية، وفقا للقوانين والاجراءات المعمول بها، أن هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى...).

وفي ذات الصدد اشارت المادة (٣) من الاتفاقية أعلاه إلى وجوب أنّ يكون الاعتبار الأول في جميع إجراءات المحاكم والهيئات التشريعية هو لمصلحة الطفل الفضلى[٣٥]. ذلك إنّ مصلحة الطفل أولى بالرعاية من مصلحة الخصوم، وتنظيما لأحكام الاسرة وعدم تشتت الاواصر الأسرية ، لذلك لم نجد نصاً تشريعياً يمنع من أنّ تكون الحضانة المشتركة بالتناوب بين الأبوين في حال اتفاقهم على ذلك، أما في حال عدم اتفاقهم وتضرر مصلحة المحضون فإننا نلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لروح العصر[٣٦] والاتفاقيات الدولية لتطبيقها. وبخلاف ذلك نجد إنّ المشرع الفرنسي نص في المادة(٣٧٣-٢) من القانون المدني الفرنسي الى عدم تأثير انفصال الوالدين على القواعد التي تحكم تفويض ممارسة السلطة الأبوية، إذ نصت على ((لا يؤثر انفصال الوالدين على القواعد التي تحكم ممارسة السلطة الأبوية ويجب على كل من الوالدين الحفاظ على علاقة شخصية مع الطفل واحترام علاقة الطفل مع الوالد الأخر))[٣٧]. وعند الرجوع إلى تلك القواعد المتعلقة بممارسة السلطة الأبوية نجدها تشير بصورة واضحة في الفقرة(١) من المادة(٣٧١) سالفة الذكر إلى الحضانة المشتركة[٣٨]. إذ أشارت المادة (٣٧٢) على ((يمارس الأب والأم السلطة الأبوية المشتركة.....ويمكن ممارسة السلطة الأبوية بصورة مشتركة في حالة صدور أعلان مشترك من الأب والأم إلى مدير خدمات السجل القضائي في المحكمة الابتدائية أو بقرار من قاضي الأسرة))[٣٩]. كذلك فإن المادة (٥-٣٧١) تنص على ((يجب عدم فصل الطفل عن

أخوته وأخواته إلا إذا كان ذلك غير ممكن أو كانت مصالحه تتطلب حلا أخر إذا لزم الأمر يقرر القاضي العلاقات الشخصية بين الأخوة والأخوات))[٤٠].

ولم يغفل المشرع الفرنسي عن إعطاء الحق لأحد الأبوين الذي سحبت منه الحضانة بناءً على مصلحة الطفل أن يمارس حقه وواجبه تجاه المحضون، إذ نصت المادة(١-٢-٣٧٣) على ((يحتفظ الأب الذي لا يمارس السلطة الأبوية بالحق والواجب في الإشراف على أعالة الطفل وتعليمه....))[٤١]. بلحاظ ما تقدم أعلاه و لعدم وجود نصٍ تشريعي في قانون الأحوال الشخصية يمنع الحضانة المشتركة أو الحضانة بالتناوب كما يسميها الفقه؛ ولكون المادة (السابعة والخمسون) أعلاه من قانون الأحوال الشخصية العراقي أعطت حق الطرف الأخر بالمشاهدة والتربية والنظر في شؤون المحضون، ولم تجعل الحاضن ينفرد بالمحضون بصورة مطلقة على الرغم من تفضيلها الأم بعبارة (الأم احق بحضانة الطفل)، ولإشارة بعض فقهاء الشريعة الاسلامية بالحضانة المشتركة وعدم المنع من بقية المذاهب، وحيث أن المشرع العراقي ينسجم مع الآراء الفقهية في الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لروح العصر دون التقيد بمذهب معين عند الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تتوافق نصوصها مع نصوص القوانين. ولتأكيدها بموجب اتفاقية حقوق الطفل التي تعتبر جزءً لا يتجزأ من التشريع الوطني؛ لكونها تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة الطفل الفضلى، التي أكدت عليها التشريعات كافة ومنها المشرع العراقي؛ بوصفه الطرف الأضعف وصاحب الحق الاقوى في المعادلة الأبوية، ولعدم تعارضها أو تعارض ما جاء في نص الاتفاقية أعلاه مع ثوابت أحكام الإسلام ، ذلك إنّ الثابت في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ هو عدم جواز تعارض القوانين مع ثوابت أحكام الإسلام[٤٢]. واستخلاصاً، لما سبق نجد أنّ الحضانة المشتركة تستمد قوتها القانونية من جميع ما ذكر، وبذلك تكون واجبة التطبيق أينما تطلبت مصلحة المحضون ذلك، لاسيما مصلحته التي تقتضي عدم إبعاده عن أبويه أو أخوته والتفريق بينهم الأمر الذي من الممكن أن يؤدي إلى آثار سلبية على الاواصر الأسرية بينهم فيما لو كان كل أخ منهم

عند أحد الأبوين وعليه تنسف الغاية التي من أجلها وضعت نصوص القانون التي ذكرها المشرع العراقي في أسبابه الموجبة على أنها وضعت بقصد تعزيز وحدة الأسرة وتماسكها على نحو سليم باعتبارها أصغر وحدة إجتماعية تترتب على سلامتها وصيانتها متانة المجتمع وتماسكه.

المطلب الثاني : تطبيقات الحضانة المشتركة : على الرغم من أن الحضانة المشتركة تبدو هي الحل الأمثل كقاعدة أساسية (كما مر بنا سلفاً) سواءٍ أكان ذلك للمحضون أم للأبوين إلا أنّه من الواضح أنها ليست شائعة في الممارسات العملية تحت مسمى (الحضانة المشتركة). إذ يمنح القاضي الحضانة للأم ابتداءً على وفق المادة(السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية المذكور انفاً مع اعطاء الأب حق التربية والتعليم اثناء فترة حضانة الأم للطفل. وهذا هو مضمون الحضانة القانونية المشتركة التي يشترك فيها كلا الأبوين بالتربية والرعاية وان لم يشر اليها المشرع صراحة. ذلك انه وبالرجوع الى مفهوم الحضانة نجدها تشتمل على المعايير التالية:(الرعاية، التربية، التعليم، الحفظ، الصيانة، وغيرها). وهذا ما يقرره المشرع العراقي للأب في حال أعطى الحضانة للأم[٤٣]. وفي هذا الاطار نرى بأن المشرع العراقي يولي أهمية كبيرة للحفاظ على العلاقة بين الطفل وكلا الأبوين بعد الطلاق. وهو ما نراه واضحاً من خلال تأكيده على وجوب مراعاة مصلحة الطفل ويتجسد ذلك في تطبيقات المحاكم التي ترفض أي حكماً او طلباً يخالف مصلحة المحضون من ذلك ما جاء في حكم لها :(...لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع اصدرته دون البحث في مصلحة المحضونة وهل تضررت من مفارقة محضونها في الوقت الحاضر اذ كان الواجب الاستعانة باللجان الطبية والبحث الاجتماعي...)[٤٤]. فضلاً عن ذلك فهي تحجم عن قطع صلة الرحم بين الطفل وأبويه وأقاربه. لذلك نجدها تلجأ إلى الحكم لأحد الأبوين بمشاهدة واصطحاب طفله الذي لم يكنّ قد حصل على حق حضانته؛ لأنها من الحقوق القانونية المتوخاة لحماية الطفل والتي تسهم في تربية الطفل في بيئة أمنه وهادئة وبما يتوافق مع

قدرة الأب على تطبيق نص الفقرة الرابعة من المادة أعلاه. وكل هذا يحول دون أن يتم حرمان الطفل من أحد أبويه. وفي ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها بأنّ (...حق المشاهدة هو حق من الحقوق الشرعية والقانونية لإدامة صلة الرحم بين المدعية واولادها...)[٤٥] . كما جاء في حكم لها (...لا يوجد ما يمنع من منح المدعي (المميز) حق مشاهدة ابن شقيقته المحضون ...اذا ما ثبت وفاة والدته وعدم صدور حكم بالمشاهدة لاحد اقاربه لامه لان المشاهدة في هذه الحالة تصب في مصلحة المحضون في ادامة صلة الرحم ونشأته النشأة التقويمية ...)[٤٦] وإنّ هذا التسبيب لا يعدو أن يكون سبباً من الأسباب وهدفا ترمي الحضانة المشتركة الوصول له وهو يعني ضمنا الحفاظ على علاقة المحضون مع كل من والديه وليس حق الوالدين في تقاسم الطفل. وإنّ المشاهدة والاصطحاب هي لغرض السماح للطرف الآخر بالقيام بواجبه تجاه المحضون وقدرته على أداءه. إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز على أنّ:(...لدى عطف النظر على القرار المميز وجدت أنه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن المحكمة قد راعت في حكمها تحقيق التوازن بين مصلحة المحضونين وحق الأب في الإشراف على تربيتهما وتعليمهما على وفق أحكام المادة السابعة والخمسون/ من قانون الأحوال الشخصية...)[٤٧].

كما ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار أخر لها إلى نفس الرأي أعلاه. إذ نقضت في أحد أحكامها قراراً لمحكمة الموضوع؛ بسبب عدم استجابتها لطلب المدعي بزيادة عدد مرات المشاهدة خلال الشهر. إذ جاء في القرار:(...كان على المحكمة الاستجابة لدعوى المدعي (المميزعليه) بزيادة عدد مرات المشاهدة والاصطحاب وبما يحقق التوازن بين حق الأب بالإشراف على شؤون المحضونة وتربيتها وتعليمها وبين مصلحة المحضونة بهذا الشأن...)[٤٨]. بذات السياق أشارت محكمة الاستئناف في جورجيا في قرار لها إلى حق الطفل في ان يكون مع كلا أبويه وذلك لا يتحقق إلا بالحضانة المشتركة حيث جاء فيه:(...استنادا إلى المبدأ القائل بان لكل طفل الحق في التواصل المتكرر مع كلا الوالدين قدر الإمكان قررت المحكمة الأخذ بالحضانة المشتركة..)[٤٩] وفي سياق متصل نلاحظ إن

محكمة التمييز تذهب إلى أن مشاهدة المحضون يجب أن تزيد عن (مرتين) في الشهر، إذ جاء في أحد قرارتها (.....لأنّ الحكم بالمشاهدة بواقع مرتين شهريا قليل ولا يحقق الغاية المرجوة وكان على المحكمة الحكم بعدد مرات مشاهدة واصطحاب.....)[٥٠].

هكذا يتضح لنا بأنّ الغاية من المشاهدة والإصطحاب هو هدف المشرع بالحفاظ على أدامة الصلة بين المحضون والحاضن وبذات الوقت الإهتمام به ورعايته والإشراف على تربيته، وهو أحد أهداف وغايات الحضانة المشتركة؛ من خلال عدم اقتصارها على أحد الأبوين دون الأخر كما هو الحال في الحضانة المنفردة. وفي نفس الصدد اخذت المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان بهذا الاتجاه ، إذ جاء في حكم لها على أنّه (...يجب في جميع الظروف الحفاظ على الحياة الأسرية الخاصة للطفل ولكل من والديه بعد الطلاق...)[٥١]. كذلك أخذت به محكمة استئناف باريس إ نصت في حكم لها على ان:(... الحضانة المشتركة تستند الى حق الطفل في الحفاظ على صلات مع كل من والديه وليس الى حق الوالدين في تقاسم الطفل...)[٥٢]. وبذات السياق أخذت محكمة الاستئناف الفرنسية في أميان فقد أشارت في قرار لها ان تواجد الطفل بين أبويه يحقق حياة افضل له اذ جاء فيه: (...ان من الأمور المشتركة بالنسبة للطفل فان التواجد المتساوي لكل من والديه يمكن ان يكون له تأثير جيد على حياته ولا يمكن تحقيق ذلك إلا بالإقامة البديلة)[٥٣] كما نجد أن القضاء العراقي في ظل حرصه على تطبيق أحكام قانون الأحوال الشخصية إنه يؤكد في بعض قراراته على أن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة الطفل ،إذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز على أنّه:(...إنّ الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون...)[٥٤]. وكذلك فأن محكمة التمييز قد أشارت إلى أن مصلحة المحضون تمثل الغاية التي تسعى الشريعة الإسلامية والقوانين لتحقيقها، وبذلك فهي ترفض بعض القرارات لمخالفتها لأحكام الشرع والقانون؛ لأنها لا تصب في مصلحة المحضون إذ جاء في قرار لها على أنّه: (....لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنّه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك أن مصلحة المحضون هي الأولى بالرعاية....)[٥٥] وفي نفس الصدد أشارت

محكمة العدل في كانتون/جنيف الى أن مصلحة المحضون هي التي تعلو بصرف النظر عن موافقة الأبوين من عدمها، إذ جاء في حكمها:(...لم يعد ادخال الحضانة المشتركة يتطلب بالضرورة موافقة كلا الوالدين ولكن يجب ان يتوافق مع مصلحة الطفل ...)[٥٦] فضلا عن ذلك فإن الحضانة المشتركة كأي حضانة أخرى ليست قطعية، اذ بالإمكان أن تتحول الى حضانة فردية في حال ثبت تضرر المحضون أو فقد أحد أبويه شروط الحضانة ولأنها لمصلحة المحضون نجد أن المشرع العراقي قد سمح بإعادة النظر في الأحكام السابقة التي تتعلق بها اذا تطلبت مصلحة المحضون ذلك، وهو ما جاء في حكم لمحكمة التمييز:(....لأن دعاوى الحضانة والمشاهدة من الدعاوى ذات الطبيعة الخاصة والتي يجوز فيها اعادة النظر في الاحكام السابقة على ضوء مصلحة المحضون وما استجد لما تم الاتفاق عليه سابقا....)[٥٧]

وفي قرار مهم جداً لمحكمة التمييز نجدها تتبنى الحضانة المشتركة بالاتفاق بين الابوين، إذ جاء فيه:(لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأن وكيل المدعى عليها بيّن في جلسة ٢٠١١/٨/٩ أن موكلته اتفقت مع المميز عليه (المدعي) بأن يكون المحضون خلال الدوام الرسمي للمدارس بحضانة المميز عليه ويكون خلال فترة العطل الأسبوعية وعطلة نصف السنة والعطلة السنوية في حضانتها ما كان المقتضى تكليف المميز عليه الإجابة عن ذلك)[٥٨] وهذا يعد من أوضح الإشارات الى أمكانية اتفاق الأبوين على الحضانة المشتركة للطفل بينهما بما يحقق مصلحة الطفل ويحافظ على روابط المحبة التي تجمعه بهما. ولكن القضاء لا يستطيع بأي حال من الأحوال أن يتجاوز دون اتفاق الأبوين نص المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تعطي حق الحضانة المادية لأحد الأبوين دون الأخر. على الرغم من أن الاصطحاب هو نوع من المشاركة في الحضانة ايضاً إلا أنّه يفتقد للمبيت عند الطرف الأخر. عليه قد لا تكون هذه المدة من الاصطحاب والمشاهدة كافية ومن الممكن أن تؤثر على حياة الطفل لذا فإنها لا تحقق الغاية التي وضعت من أجلها الأحكام

القانونية المتعلقة بالحفاظ على مصلحة الطفل الفضلى، مع أن المشرع العراقي في المادة الاولى من قانون الأحوال الشخصية قد نص على الاستناد الى مبادئ الشريعة الاسلامية[٥٩] كما أعطى أيضا صلاحية الاسترشاد بكل ذلك بالأحكام والقرارات التي يقرها القضاء والفقه[٦٠] وتالياً بإمكان القضاء الاستناد الى الرأي الفقهي الذي يجيز الحضانة المشتركة، الا إننا نجده في جميع القرارات القضائية ولأجل إسناد الحضانة لا يخرج عن نص المادة (السابعة والخمسون) . لذا نرى بأنّ الاجدر أن تكون الحضانة مشتركة بين الأبوين في الأصل، لاسيما اذا كان هناك اتفاق بينهما، واستثناءً من ذلك تكون عند أحدهما في حال الخلافات ومطالبة كل منهم بالحضانة، أو في حال عدم أهلية أحدهما؛ وذلك من أجل المحافظة على استقرار الطفل وسلامته، وكذلك لحفظ الروابط العائلية بين الطفل وأخوته، ذلك أن من مصلحة المحضون أن يقيم بالتناوب مع أبويه حتى لا ينفصل عن أخوته مع مراعات إختلاف الظروف والعلاقات الشخصية بين الأسر، وعدم الركون الى المادة (السابعة والخمسون) من قانون الاحوال الشخصية كأصل، والتي تسند الحضانة لأحد الأبوين وتحرم الأخر؛ كونها تخالف مبدأ مصلحة الطفل الفضلى التي تسعى الشريعة الإسلامية والقوانين والاتفاقيات دائماً لحمايتها وتعتبر معياراً رئيساً لتحديد إقامته.

الخاتمة : بعد ان انتهينا بحمد الله ومنه وتوفيقه من موضوع بحثنا الحضانة المشتركة والذي ارتأينا بحثه لأهميته في حياة الطفل ذلك أن من مصلحة الطفل أن يبقى بين أبويه، اذ تعتبر الأسرة افضل بيئة لنشأة الطفل ورعايته في المراحل المبكرة من عمره، لأنها المدرسة الأولى للفرد، عليه فقد توصلنا إلى جملة من النتائج وعلى ضوئها نقدم بعض المقترحات والتي نوردها على النحو الاتي:

اولا النتائج:

إنّ من أهم النتائج التي توصلنا اليها هي :

١- تعد الحضانة المشتركة من أهم انواع الحضانة والتي من خلالها يمكن تنشئة الطفل تنشئة سليمة بين كلا أبويه وإخوته.

٢- لا يوجد تعريف جامع مانع للحضانة المشتركة لذا إقترحنا تعريفا لها على أنها:(حفظ الولد وصيانته ورعاية مصالحه وتنشئته تنشئة صحيحة من قبل والديه معاً دون تأثرها بقيام الرابطة الزوجية من عدمها).

٣- تهدف الحضانة المشتركة الى المحافظة على الروابط الأسرية بين الطفل وأخوته وفي ذات الوقت عدم حرمانه منهم ومن أبويه.

٤- إن المعيار القانوني الوحيد للحضانة المشتركة هو مصلحة الطفل الفضلى التي تعلو على مصلحة الوالدين والذي يعد معياراً رئيساً لتقرير ما إذا كانت حضانة الطفل فردية أو مشتركة.

٥- يشترط حتى يتم الحكم بالحضانة المشتركة ان يكون كلا الأبوين متمتعان بالأهلية القانونية اللازمة لحضانة الطفل وأمينان وقادران على رعايته وحريصان على عدم تعرض الطفل للعنف الأسري .

٦- ان الحكم بالحضانة المشتركة ليس قطعيا اذ بالإمكان تحول الحضانة المشتركة الى الحضانة الفردية في حال فقد احد الوالدين لشرطاً من شروط الحضانة.

٧- ان القضاء قد تبنى في بعض أحكامه الحضانة المشتركة باتفاق الطرفين (الأبوين).

ثانيا- المقترحات:

بعد ان استعرضنا اهم النتائج التي توصلنا لها فانه ليسعنا الا ان نقدم جملة من المقترحات التي نامل اني يأخذ بها المشرع العراقي والتي ندرجها على النحو الاتي:

١- نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في المادة(السابعة والخمسون) من قانون الاحوال الشخصية وادخال الحضانة المشتركة كنموذج حضانة ذي اولوية من خلال تعديل الفقرة(١) من المادة أعلاه التي تنص على :((الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام

الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك)) لتكون بالنص الآتي :(حضانة الولد حق لأبويه معاً حال قيام الزوجية وبعد الفرقة لحين بلوغه سن الرشد مالم يتضرر المحضون من ذلك. وعلى المحكمة مراعاة المصلحة الفضلى للطفل عند تقريرها).

٢- نقترح على المشرع العراقي إضافة الفقرات أدناه إلى المادة (السابعة والخمسون) لتكون كما يلي:

أ- (اذا اتضح ان الحضانة المشتركة لم تعد ممكنة او أنها تضر بمصلحة المحضون فتكون الام احق بحضانة الولد وتربيته مادامت محتفظة بشروط الحضانة).

ب-(لا يجوز لأحد الأبوين الذي توافرت فيه شروط الحضانة التنازل عنها اذا كان الآخر فاقداً لأحده شروطها ويلتزم بذلك لحين بلوغ الولد سن الرشد).

ج- (إذا اقتضت مصلحة المحضون أن تكون الحضانة عند أحد الأبوين يجب على الحاضن السماح للطرف الآخر بالمشاركة في التربية والرعاية والاهتمام بطريقة تمكن الطفل من الحفاظ على علاقة منتظمة مع كلا الأبوين).

د-(لا يجوز بأي حال من الاحوال منح الحضانة لأي من الأبوين اذا كان الطفل يتعرض للتعنيف الأسري قبل الطلاق وتودع المحكمة في هذه الحالة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين من أرحامه وفي حال عدم وجوده فتودعه في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة).

٣- نظراً لعدم وجود نص قانوني يبين آلية مشاهدة المحضون ومكانها، ولأهمية هذه المسألة وخطورتها على نفسية الطفل ولعدم ملاءمة دوائر الدولة لتكون محلاً للمشاهدة نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة جديدة في فصل الرضاع والحضانة لتكون كالتالي:

أ- للأبوين الاتفاق على مكان وزمان مشاهدة المحضون في أي محل مناسب للطفل وأبويه، كأن يكون مكان إقامة أي من الأبوين أو أي مكان آخر، وبما لا يضر بمصلحة المحضون، وبخلافه تقوم المحكمة بتعينه ويجب عليها مراعاة عمر المحضون ومصلحته .

ب- لا تمنع مشاهدة المحضون من إصطحابه والبقاء عنده فترة معينة تمكن من له حق المشاهدة من القيام بواجباته تجاه المحضون أو المبيت عنده، اذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك على ان لا يقل عمر المحضون عن (٤)سنوات.

الهوامـــــــش

[1]( ) ومنها على سبيل المثال لا الحصر ١- فرنسا من خلال تعديلها الذي اصدرته في ٤اذار ٢٠٠٢ والذي سمح من خلاله للأب والأم من ممارسة السلطة الابوية المشتركة.
٢- سويسرا من خلال تعديلها على القانون المدني لفصل اعالة الطفل لسنة ٢٠١٧ الذي اصبحت بموجبه الحضانة المشتركة نافذة اعتبارا من ٢٠١٧.
٣- ايطاليا من خلال تنظيمها لمسائل الاسرة في القانون المدني رقم ٢١٩ لسنة ٢٠١٢ الذي تبنى ثلاث انواع من الحضانة وهي الحضانة الحصرية والحضانة المشتركة والحضانة البديلة.

[2]( )يطلق الفقه الإسلامي مصطلح الحضانة بالتناوب بديلا عن تسمية الحضانة المشتركة .

[3]( ) L'association international Francophone des Intervenants Aupres DES Families
Séparées (AIFI), Lagarde Partagée, Canada, 2018, p5.

[4]( ) faits.html-des-epreuve-l-a-coparentalite-et-alternee-Residence-https://docplayer.fr/2477219.
And look :Garde alternée, Rapport du Conseil fédéral en réponse aupostulat CAJ-CN 15.3003,«Garde alternée.Clarification des règles légales et pistes de solutions», 2018, p5.

[5]( ) المادة(٣٧١-١) من قانون تعديل القانون المدني / فصل السلطة الابوية على شخص الطفل رقم (٧٢١) لسنة ٢٠١٩ حيث ورد نصها باللغة الفرنسية كالاتي:
L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de .l'enfant
Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le ,protéger dans sa sécurité sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

[6]( ) بذات السياق نصت المادة(٤/٤) من قانون الامارات العربية اعلاه على ان الحضانة المشتركة (تتساوى المراة والرجل في الحق في الحضانة المشتركة بشكل مشترك حتى بلوغه سن(١٨) عاما، وبعدها يكون للطفل حرية الاختيار).

[7]( ) Léonie Bordeleau, La garde partagée des enfants en matière familiale : l'utopie de la pensée magique des tribunaux, Concours de Rédaction du Lride, Revue Canadienne de Droit,2018, p6.

[8]( ) Çakır, Nagehan, Türk Aile Hukukunda eşlerin birlikteliği, fesih halinde mevcut müşterek boşanma ile sona erer, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyzit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019,pp13-14.
And look: Rapport du Conseil fédéral – Garde alternée, Suisse, 2017, p6.

[9]( )هادي عزيز علي : قانون الاحوال الشخصية الواقع والطموح ، ط١، جمعية الأمل العراقية، بغداد، ٢٠١٩ ص٢٣٥.

[١٠]( ) القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي: شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته(دراسة قانونية ، فقهية مقارنة ، تطبيقات قضائية)، المكتبة القانونية ، بغداد ، دون سنة نشر ، ص ٢٣٠ .

[١١]( ) للمزيد حول مفهوم مصلحة الطفل الفضلى ينظر :

Talyne Shahnazarian, La garde partagée : état des lieux en Suisse, Univ. Genève, 2020,pp11-12.

[١٢]( )ذلك ان اتفاقية حقوق الطفل لم ترد تعريفا لمصلحة الطفل الفضلى، وانما وضحت ذلك لجنة حقوق الطفل في تعليقها المشار اليه أعلاه، الفقرة (٤) إذ ذكرت بأن مفهوم المصالح الفضلى للطفل:((هدف إلى ضمان تمتع الطفل الكامل والفعلي لجميع الحقوق المعترف بها في الاتفاقية والنماء الشمولي للطفل).

للمزيد ينظر المبادئ التوجيهية لإجراءات مصالح الطفل الفضلى لمفوضية الامم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين،٢٠٢١، ص ٣٢.

[١٣]( ) وهو ما أكد عليه المشرع العراقي في الاسباب الموجبة لقانون رقم(٢١) لسنة ١٩٧٨ قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩) المنشور بالوقائع العراقية بالعدد(٢٦٣٩) بتاريخ ١٩٧٨/٢/٢٠ حيث جاء فيها:(....الاسرة باعتبارها اصغر وحدة اجتماعية تترتب على سلامتها وصيانتها سلامة المجتمع وتماسكه. وبقصد تعزيز وحدة العائلة وتماسكها على نحو سليم....).

ومن الجدير بالإشارة ان عدم وجود دراسات إحصائية منتظمة ودقيقة في العراق لدراسة حالات الأطفال في الحضانة المنفردة وكيفية تأثير ذلك عليهم من النواحي كافة ومدى إمكانية عدم تأثير قرار المحكمة بان يكون الطفل عند احد والديه واستمراره بعلاقته مع كليهما دون الالتزام بقرار المحكمة بسبب توافق الأبوين اثر بلا شك على عدم إعطاء صورة اكثر شمولية لواقع الأسر المنفصلة وحالة المعرفة حول العلاقة بين الأبوين المنفصلين وأولادهم الأمر الذي يؤثر على قرارات القاضي في السماح بمنح الحضانة المشتركة.

[١٤]( ) هذا فيما يتعلق بالدول التي تأخذ بالحضانة المشتركة وصدرت تشريعات لها بذلك، بخلاف الدول التي لا تأخذ بها وتمنح الحق في الحضانة ابتداءً لاحد الأبوين أي أنها تأخذ بالحضانة المنفردة من جانب والحضانة القانونية المشتركة من جانب اخر، مع مشاركة الآخر بالمشاهدة والاصطحاب والرعاية والتربية كالعراق وباقي الدول العربية.

[١٥]( )جدير بالإشارة إلى انه حتى في الدول التي تحكم بالحضانة المنفردة فانه في حال اتفاق الأبوين على الحضانة المشتركة دون اللجوء الى القضاء اذ لا علاقة للقضاء به ذلك ان القضاء المدني في العراق هو قضاء مطلوب وليس قضاء ذاتي لذا بالإمكان الأطراف الاتفاق على الحضانة المشتركة لأن القضاء يتدخل ويحسم النزاع في حال لجا أي منهما اليه.

[١٦]( ) ينظر قوانين حضانة الاطفال على الموقع الالكتروني لموسوعة صحة الاطفال وحضانتهم القانونية في الولايات المتحدة ، تاريخ الزيارة:٢٠٢٢/١١/٢.

https://www.healthofchildren.com/c/Child-Custody-Laws.htm.

[١٧]( ) إذ نصت الفقرة (١) من المادة أعلاه على إن : (الأم احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك). أما الفقرة (٤) من ذات المادة فقد نصت على :(للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر ..).

[١٨]( ) لا نرى أن ذلك ما قصده المشرع العراقي كونه ينافي الفقرة (٤) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي منحت الأب حق المتابعة والاشراف والرعاية.

([19]) Le guide complet sur la Garde alternée: Date of visit :25/11/2022.

https://monexpertdudroit.com/grade-des-enfants/garde-alternee.

([20]) Federal Anayasa, Reformlar, Deregülasyon ve Adalet Bakanlığı, Velayet ve çocuk hakları, Ed2, Viyana, 2018, pp5-6.

([21]) Étienne van Steenberghe, Vers la garde partagée par défaut - Une nécessité dans l'intérêt de toute la famille [Mémoire déposé dans la cadre de la consultation publique sur la réforme du droit de la famille, Québec à, Montréal, 2019, pp4-5.

[٢٢]( ) للمزيد حول إساءة معاملة الأطفال وإسقاط حق الحضانة عن من يسيء معاملة الطفل ينظر:
Zeynep Gamze Çanga, Velayetn Kapsami, Yüksek Lisans Tezi, Karikal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019,pp60-61.

[٢٣]( ) وهو مانص عليه المشرع العراقي في المادة(السابعة والخمسون) الفقرة(٧،٨،٩). من القانون اعلاه.وللمزيد حول شروط الحاضن ينظر:د. احمد الخطيب واخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،العراق، ١٩٨٠، ص٢١٦ومابعدها.وكذلك ينظر:د. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية,ط٣،دار الفكر، عمان، ٢٠١٠، ص٣٦٧-٣٧١.

[٢٤]( )وهو ما اشارت إليه المحكمة الفيديرالية السويسرية في قرارها رقم (٦١٢) لعام ٢٠١٦ حيث جاء فيه:
(ان القاضي الذي يحكم بالحضانة المشتركة يجب عليه ان يتاكد من اتفاق الابوين على الحضانة المشتركة اذا كان ممكنا ومتوافقا مع مصلحة الطفل ام لا ذلك ان مصلحة الطفل هي القاعدة الاساسية في اسناد حقوق الوالدين....)

[٢٥]( )ذلك انه ليس من مصلحة المحضون على سبيل المثال الحكم بالحضانة المشتركة لأبوين في بلدين مختلفين كأن تكون الأم في العراق والأب خارجه او العكس فان ذلك يؤثر بلا أدنى شك على استقرار المحضون ومستقبله، او الحكم بالحضانة المشتركة لطفل يعاني من التعنيف الأسري قبل الطلاق، او ابعاد الطفل عن إخوته عليه يصبح من الصعب معه تحقيق الهدف المنشود من الحضانة المشتركة.

[٢٦]( ) أشارت لها الفقرة (٢) من المادة ذاتها حيث نصت على :(يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ولاتسقط حضانة الام المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون).

[٢٧]( ) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته(عقد الزواج واثاره، والفرقة وأثارها، وحقوق الأقارب)،جامعة السليمانية، ٢٠٠٤، ص ٢٧٢ .

[٢٨]( ) وهو ما أشارت له الفقرة (٧) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي أذ نصت على :(في حال فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب....). وكذلك الفقرة(٩/أ) من ذات المادة نصت على :(اذا فقد ابو الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة لشروط الحضانة، دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد).

[٢٩]( ) د. أحمد عبيد الكبيسي ،الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول- الزواج والطلاق وأثارهما، العاتك ، القاهرة،٢٠٠٩ ص٢٤٩.

[٣٠]( ) بذلك اشارت الفقرة(٨) من المادة(السابعة والخمسون) من القانون اعلاه اذ نصت على:(اذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين، كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها).

[٣١]( ) تعرف الحضانة القانونية المشتركة بأنها (مشاركة كلا الابوين في السلطة والمسؤولية لاتخاذ القرارات الرئيسة فيما يتعلق بحياة الطفل من صحة وتعليم وتربية وغيرها)، وهي تختلف عن الحضانة المادية المشتركة الا إننا نبحث في الحضانة المشتركة بنوعيها القانونية والمادية اذ لا يمكن الفصل بينهما لتعلق أحدهما بالأخرى.
للمزيد حول الحضانة القانونية المشتركة ينظر:
Https://www.law.cornell.edu/wex/joint-custod.

من جانب آخر فان المشرع العراقي وهذا النص نراه قد خالف مبادئ الشريعة الاسلامية من خلال تحديد سن الحضانة بعشر سنوات اذ لم ينص أي من المذاهب الخمسة على أن مدة الحضانة هي عشرة سنوات وانما لم يتعدى عن تسع سنين كما أنهم ميزوا بين الذكر والانثى الأمر الذي لم يميزه المشرع العراقي، فقد ذهب الجعفرية بآراء مختلفة ندرجها كالآتي:

الرأي الأول:- ذهب إلى ان مدة الحضانة للصغير خلال عامين بين أبويه بالسوية و الاحوط ان يكون سبع سنين للذكر والانثى للتفصيل ينظر السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين،ج٣، م ٤٠١/٤٠٢، ص١٢٠.

الراي الثاني: ذهب الى ان الأم احق بحضانة الولد مدة الرضاع ذكراً كان ام انثى إذا كانت حرةً عاقلةً مسلمة والاحوط الاولى بعد مدة الرضاع وهي عامان استمرار حق حضانتها الى سبع سنين...بتفصيل ذلك ينظر:

السيد محمد محمد صادق الصدر(قدس)، الصراط القويم، ف احكام الاولاد، ط١، دار الاضواء للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨ ، ص١٥٣.

الراي الثالث:- ذهب الى ان الام المطلقة أحق بحضانة ولدها لسبع سنين ذكراً كان ام انثى مالم تتزوج.

للمزيد ينظر السيد محمد حسين فضل الله، المسائل الفقهية، المعاملات، ط٣،دار الملاك، بيروت،٢٠١٥، ص٣٧٦.

اما الحنفية عندهم الى ان يصبح الصغير قادراً على الاعتماد على نفسه أي حتى يستطيع الاستغناء عن خدمة النساء او ببلوغه سبع سنين وذهب بعضهم الى سبع سنين للذكر وتسع للانثى. ينظر:

محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية-موسوعة الفقه والقضاء- مج٣،دار محمود للنشر، ٢٠٠٨، ص١٠٦.

وحددها الشافعية بسبع سنين ينظر بتفصيل ذلك: محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤٨٦/٢و ينظر كذلك المحقق الحلي، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ٢٩٧/٢.

اما المالكية فقد ميزوا بين الذكر والانثى فحضانة الذكر عندهم حتى سن البلوغ وحضانة الانثى حتى تتزوج للمزيد ينظر: شرح مختصر خليل في الفقه المالكي ٢٠٧/٤.

و الحنابلة عندهم مدة الحضانة للذكر سبع سنين وبعدها يخير بين الاب والام، اما الانثى فحضانتها سبع السنين وتجبر على البقاء مع الاب دون تخيير، ينظر: المغني على مختصر الخرقي، ج٩، ط١، مكتبة القاهرة،١٩٦٩، ص٢٤٠. وكذلك ينظر: محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط٣، دار الفكر، عمان، ٢٠١٠.

[٣٢]( ) حيث جاء في الاسباب الموجبة في قانون رقم(٢١) لسنة ١٩٧٨) التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ بالنص الاتي:(.....وبقصد تعزيز وحدة العائلة وتماسكها على نحو سليم .....وتحقيق الغرض المذكور بما يتفق ومبادء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبها الاكثر ملاءمة لروح العصر، ومع مباديء العدالة....)

[٣٣]( ) وهو مانص عليه فقهاء المذهب الجعفري :

الراي الاول (في حال افترق الابوان بفسخ او طلاق قبل ان يبلغ الولد السنتين لم يسقط حق الام في حضانته مالم تتزوج من غيره فلابد من توافقهما على على ممارسة حقهما المشترك بالتناوب او باي كيفية اخرى يتفقان عليها). ينظر: علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، مصدر سابق، م ٤٠٢ ص١٢٠.

الراي الثاني: (لايحق للزوجين منع الاخر من حق الحضانة، والام اولى بحضانة ولدها الى سنتين سواء كان الولد ذكرا ام انثى، ويستحب جعل حضانة الام الى سبع سنين وخاصة في الانثى، ويشترك الابوان في حق الحضانة في هذه المدة...) منشور على الموقع الالكتروني للسيد كمال الحيدري، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١١/٢٥:

https://alhaydari.com/ar/2014/08/53792.

الراي الثالث:(ان الحضانة مشتركة بين الام والاب وقد ادعى الشيخ ابن فهد الحلي(رض) كما في الفقه الاجماع عليه بل وظاهر الاية الشريفة(لاتضار والدة بولدها ولامولود له بولده) لانما نسبت عدم المضارة الى كليها) وذكر ايضا (.....كما يجوز لهما ان يتفقا في تقسيم مدة الحضانة بان تحتضن الام الطفل سنة مثلا ويحتضن الاب الطفل سنة اخرى لأصالة الجواز بعد عدم دليل على الخلاف وكون الحق لهما مع فرض التراضي بينهما وعدم ضرر في البين وذلك لا ينافي احقية الام..) لتفصيل ماذكر ينظر :

الشيخ فاضل الصفار، محاضرات فقه المجتمع، م ٢١، حق الحضانة واحكامه، جامعة اهل البيت عليهم السلام، كلية العلوم الاسلامية، المحاضرات الالكترونية ، منشور على الموقع الالكتروني تاريخ الزيارة٢٠٢٢/١١/٢٥:

https://abu.edu.iq/islamic-sciences/courses/general-lessons/communtiy-jurisprudence/21.

فيما سكت فقهاء بقية المذاهب ولم يشر الى الحضانة المشتركة- على حد بحثنا- بمنحها او منعها على الرغم من اعطاءهم الحق للاب في ذات الوقت بالاشراف على تربية الولد ورعايته، كذلك اختلاف اصحاب المذهب الواحد انفسهم ولم يتم الاجماع على مدة محددة للحضانة فيه.

[٣٤]( ) والمصادق عليها من قبل جمهورية العراق بالقانون رقم(٣) لسنة ١٩٩٤.

[٣٥]( )حيث نصت على:(في جميع الاجراءات التي تتعلق بالطفل سواء اقامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة او الخاصة او المحاكم او السلطات الادارية او الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الاول لمصالح الطفل الفضلى).الذي كثيرا ماأكد عليه المشرع العراقي في مناسبات عدة في قانون الأحوال الشخصية.

[٣٦]( ) لم تمنع الشريعة الإسلامية ذلك اذ اجاز بعض فقهاء الإمامية الحضانة المشتركة أما فقهاء بقية المذاهب – قدر تعلق البحث- فلم نجد عندهم مايشير الى الحضانة المشتركة بمنحها او بمنعها الا انه لامانع من تطبيقها من قبل القاضي كونها تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون وعدم مخالفتها لثوابت الاسلام.

[٣٧]( ) معدلة بموجب القانون رقم(٢٢٢) لسنة ٢٠١٩ تحت عنوان- ممارسة الوالدين المنفصلين للسلطة الابوية- حيث ورد النص باللغة الفرنسية كالاتي:

La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui ci avec l'autre parent.

[٣٨]( ) معدلة بموجب القانون رقم(٧٢١) لسنة ٢٠١٩، ينظر في نصها ص (٥) من البحث .

[٣٩]( ) ورد النص باللغة الفرنسية كالاتي:

Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale, L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance ou sur décisiondu juge aux affaires familiales.

[٤٠]( )ورد النص باللغة الفرنسية كالاتي:

L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs.

[٤١]( )ورد النص باللغة الفرنسية كالاتي:

Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier.

[٤٢]( ) نصت المادة(٢/أ) من دستور جمهورية العراق اعلاه على :(لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام).

[٤٣]( ) د. فاروق عبدالله كريم، المصدر السابق، ص٢٧٠ .

[٤٤]( ) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٩٨٢/حضانة/٢٠٠٨) بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٢٣ منشور على المكتبة القانونية الإلكترونية/ قانونجي.

[٤٥]( ) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦١٦١) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١٠ غير منشور.

[٤٦]( )قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٤٦٠٨) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١١/١٤ غير منشور

[٤٧]( ) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٨٣٥) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١/١٩ غير منشور.

[٤٨]( ) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(٣٦٩٩)هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٣/٨.

(49) Cour d Appel de (12/00899) Date:18/2/2013 website Date of visit:28/12/2022 : https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/ppl21-308-expose.html.

٥٠( ) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(١٧٠٣٧) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٩.

٥١( )قرار المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان رقم (30595/02) بتاريخ ٦/٣٠/ ٢٠٠٥. وكذلك القرار المرقم(٦٠١٤٥/٠٠) بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٨ بذات المضمون.

52)Cour d Appel de paris,9juiillet 2015, 14/18153.the website Date of visit:25/12/2022 https://www.village-justice.com/articles/conflits-age-eloignement-les-incertitudes-resdence-alternee,38750.html.

(53) Arrêt de la Cour d'appel française n° (01/02113) du 26/06/2002. Posté sur le site https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/ppl21-308-expose.html.
Date of visit : 12/28/2022.

٥٤( )قرار محكمة التمييز رقم (٩٤٤) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/٣/٧ .منشور على المكتبة القانونية الالكترونية /قانونجي.

٥٥( ) قرار محكمة التمييزرقم(١٥٠٣٥) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ بتاريخ ٢٠٢٢/١١/٨ غير منشور.

(56) Tribunal fédéral – 5A_805/2019, IIème Cour de droit civil, Arrêt du 27 mars 2020.

٥٧( )قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(٧٥٠) هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٢ بتاريخ ٢٠١٧/٣/١، منشور على المكتبة القانونية الالكترونية/ قانونجي.

٥٨( )قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(٤٨٧٨) الهيئة الشخصية الأولى /٢٠١١ بتاريخ ٢٠١١/١٠/١٠، أشار إليه القاضي أياد أحمد سعيد الساري، الموسوعة الشرعية والقانونية في الأحوال الشخصية والأوقاف، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ص٤٤٣

٥٩( ) اذ نصت الفقرة (٢) من المادة الاولى على :(اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)

٦٠( ) نصت الفقرة (٣) من المادة أعلاه على :(تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

قائمة المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

اولا:- الكتب

أ- الكتب الفقهية

١- السيد علي السيستاني، منهاج الصالحين،ج٣، دون سنة نشر او مكان نشر.
٢- السيد محمد محمد صادق الصدر(قدس)، الصراط القويم، ف احكام الاولاد، ط١، دار الاضواء للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٨.
٣- السيد محمد حسين فضل الله، المسائل الفقهية، المعاملات، ط٣،دار الملاك، بيروت،٢٠١٥.
٤- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، المطبعة الازهرية، مصر، ١٩٣٤.
٥- المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين جعفر، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام،مج٢،ط٣.مطبعة الاداب، النجف،١٩٦٩.
٦- خليل بن اسحاق المالكي، شرح مختصر خليل في الفقه المالكي،ج٤، الطبعة الاخيرة، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٨١.
٧- المغني على مختصر الخرقي، ج٩، ط١، مكتبة القاهرة،١٩٦٩.

ب- الكتب العلميـــة

١- القاضي أياد أحمد سعيد الساري، الموسوعة الشرعية والقانونية في الأحوال الشخصية والأوقاف، ط١، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ .
٢- د .احمد الخطيب واخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،العراق، ١٩٨٠.
٣- د. أحمد عبيد الكبيسي ،الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول- الزواج والطلاق وأثارهما، العاتك ، القاهرة، ٢٠٠٩.
٤- د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته(عقد الزواج واثاره، والفرقة وأثارها، وحقوق الأقارب)،جامعة السليمانية، ٢٠٠٤.
٥- هادي عزيز علي: قانون الاحوال الشخصية الواقع والطموح ، ط١، جمعية الأمل العراقية، بغداد، ٢٠١٩.
٦- القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي: شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته (دراسة قانونية ، فقهية مقارنة ، تطبيقات قضائية)، المكتبة القانونية ، بغداد ، دون سنة نشر.
٧- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية-موسوعة الفقه والقضاء- مج٣،دار محمود للنشر، ٢٠٠٨.
٨- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط٣، دار الفكر، عمان، ٢٠١٠.

ثانيا:قرارات المحاكم

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٩٨٢/حضانة/٢٠٠٨) بتاريخ ٢٠٠٨/٨/٢٣ منشور على المكتبة الالكترونية/قانونجي.
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٦١٦١) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/١٠/١٠ غير منشور.
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٤٦٠٨) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١١/١٤ غير منشور

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (٨٣٥) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١/١٩ غير منشور.
٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(٣٦٩٩)هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/٣/٨.
٦- قرار محكمة التمييز رقم (٩٤٤) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ بتاريخ ٢٠١٧/٣/٧ .منشور على المكتبة القانونية الإلكترونية /قانونجي.
٧- قرار محكمة التمييز رقم(١٥٠٣٥) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ بتاريخ ٢٠٢٢/١١/٨ غير منشور.
٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(١٧٠٣٧) هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٩.
٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم(٧٥٠) هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٢ بتاريخ ٢٠١٧/٣/١، منشور على المكتبة القانونية الالكترونية/ قانونجي.
١٠- قرار المحكمة الاوروبية لحقوق الانسان رقم (٠٢/٣٠٥٩٥) بتاريخ ٦/٣٠/ ٢٠٠٥.
١١- قرار المحكمة الاوروبية المرقم(٦٠١٤٥/٠٠) بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٨

ثالثا:- الدساتير
- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

رابعا:- القوانين
١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ والمعدل.
٢- قانون الزواج المدني واثاره لامارة ابو ضبي رقم (١٤) لسنة ٢٠٢١.
٣- قانون الاحوال الشخصية لغير المسلمين الاماراتي رقم(٤١) لسنة ٢٠٢٢.

خامسا:- الاتفاقيات والمواثيق والمباديء الدولية
١- اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩
٢- المبادئ التوجيهية لإجراءات مصالح الطفل الفضلى لمفوضية الامم المتحدة السامية لشؤون اللاجئين لسنة ٢٠٢١.

سادسا البحوث والمحاضرات الالكترونية
١- استفتاءات السيد كمال الحيدري.
https://alhaydari.com/ar/2014/08/53792.
٢- الشيخ فاضل الصفار، محاضرات فقه المجتمع، م ٢١، حق الحضانة واحكامه، جامعة اهل البيت عليهم السلام، كلية العلوم الاسلامية، المحاضرات الالكترونية ، منشور على الموقع الالكتروني تاريخ الزيارة٢٠٢٢/١١/٢٥:
https://abu.edu.iq/islamic-sciences/courses/general-lessons/communtiy-jurisprudence/21

قائمة المصادر الاجنبية

1- Garde alternée, Rapport du Conseil fédéral en réponse aupostulat CAJ-CN 15.3003,«Garde alternée.Clarification des règles légales et pistes de solutions», 2018.

2- Léonie Bordeleau ,La garde partagée des enfants en matière familiale : l'utopie de la pensée magique des tribunaux, Concours de Rédaction du Lride, Revue Canadienne de Droit,2018.

3- Çakır, Nagehan, Türk Aile Hukukunda eşlerin birlikteliği, fesih halinde mevcut müşterek boşanma ile sona erer, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyzit Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019.

4- And look: Rapport du Conseil fédéral – Garde alternée, Suisse, 2017.

5- Talyne Shahnazarian, La garde partagée : état des lieux en Suisse, Univ. Genève, 2020.

6- Tribunal fédéral – 5A_805/2019, IIème Cour de droit civil, Arrêt du 27 mars 2020.

7- Federal Anayasa, Reformlar, Deregülasyon ve Adalet Bakanlığı, Velayet ve çocuk hakları, Ed2, Viyana, 2018, pp5-6.

8- Étienne van Steenberghe, Vers la garde partagée par défaut - Une nécessité dans l'intérêt de toute la famille [Mémoire déposé dans la cadre de la consultation publique sur la réforme du droit de la famille, Québec à, Montréal, 2019.

9- Zeynep Gamze Çanga, Velayetn Kapsami, Yüksek Lisans Tezi, Karikal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2019..

10- L'association international Francophone des Intervenants Aupres DES Families Séparées (AIFI), Lagarde Partagée, Canada, 2018.

11- Modification de la loi n° (222) de 2019

12- Modification de la loi n° (721) de 2019

13- Modification du Code civil français n° (305) de 2002

14- Modification du Code civil pour séparer la pension alimentaire pour l'année 2017.

15- Amending the Italian Civil Code No. (219) of 2012

16- Swiss Federal Court Decision No. (612) of 2016

17- Child custody laws on the website of the Encyclopedia of Child Health and Legal Custody in the United States.
https://www.healthofchildren.com/c/Child-Custody-Laws.htm.

18- Le guide complet sur la Garde alternée:
https://monexpertdudroit.com/grade-des-enfants/garde-alternee.

19- https://docplayer.fr/2477219-Residence-alternee-et-coparentalite-a-l-epreuve-des-faits.html.

20- Https://www.law.cornell.edu/wex/joint-custod.

21- Cour d Appel de (12/00899) Date :18/2/2013

https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/ppl21-308-expose.html..

22- Cour d Appel de paris,9juiillet 2015, 14/18153.the website Date of https://www.village-justice.com/articles/conflits-age-eloignement-les-incertitudes-resdence-alternee,38750.html..

23- Arrêt de la Cour d'appel française n° (01/02113) du 26/06/2002. Posté surlesitehttps://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/ppl21-308-expose.html. .