CHILD CUSTODY: A RIGHT OR A DUTY
(A STUDY OF AN APPROACH TO AMEND ARTICLE 57
OF THE IRAQI PERSONAL STATUS LAW)

Um Kalthum Sabeeh MOHAMME¹

Saja Hazim MAHMOOD²

Istanbul / Türkiye

p. 473-487

Received: 12/12/2021

Accepted: 21/12/2021

Published: 01/01/2022

This article has been scanned by
iThenticate No plagiarism
detected

Abstract:

The current century has witnessed a revolution in different fields which required some legal rules to be reformulated to adapt with the volume of challenges imposed by the contemporary life on marriage life in general, on the children, which are the most important thing that may result from marriage, and on the importance of caring for their needs. As God has divided the parents' duties in caring for their children throughout the stages of their lives. He laid upon the mother the responsibility of caring for children starting from pregnancy, delivery, breastfeeding until infancy. While He, especially, assigned the father the responsibility of what comes after. But sometimes a child may lose one or both parents; and here the question arises about who shall take custody and what is the period required to satisfy that right. Article (57) of Personal Status Law No. (188) for the year 1959 has answered this question with its nine clauses and confirmed the necessity of caring for the child's best interest and prioritizing it over the parents' rights. However, the Iraqi Parliament has adopted an amendment of this Article in its latest proposals under the pretext of being in line with changes of everyday life with the assurance of applying the spirit of Islamic Law. It discussed the transmission of the child's custody from the mother to the father after the age of seven in opposition to the current law that grants the mother this right until the child turns fifteen years of age; it also stipulated that the mother shall not get married in order to attain custody over the child which is regarded as a Statutory Offence represented in forcing the mother not to get married during which she holds custody over the child. Meanwhile, it did not stipulate over the father abstinence from marriage in order to attain custody over his children. The amendments have also showcased the entitlement of the grandfather's right in custody rather than the mother in case the father died or didn't fulfill the conditions of custody. By doing so, the rule would deprive the mother from her child upon turning seven years of age without attention being paid to the subsequent feeling of instability such decision causes to the

<http://dx.doi.org/10.47832/2717-8293.15.34>

¹ Prof. Dr. , Mustansiriyah University, Iraq, destructive.98@gmail.com, [https:// orcid.org/0000-0002-9453-1157](https://orcid.org/0000-0002-9453-1157)

² Researcher, Mustansiriyah University, Iraq, sosohazm95@gmail.com , [https:// orcid.org/0000-0003-4833-1784](https://orcid.org/0000-0003-4833-1784)

child. The parliament should have tried to balance between the child's right of maternal tenderness or paternal security. This is the aim of our research which will shed light on this subject in two scopes, the first of which focuses on educating the people of the right of custody and its period, and the second of which is dedicated to discussion of amendments and making proper recommendation.

Key words: Custody, Custody Period, Mother's Right, Father's Duty, Article 75, Personal Status Law.

مدة حضانة الصغير بين الحق والواجب (دراسة في مقترح تعديل المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي)

ام كلثوم صبيح محمد 3

سجى حازم محمود 4

الملخص:

شهد القرن الحالي ثورة في مختلف المجالات مما استوجب إعادة صياغة بعض القواعد القانونية لتلائم مع حجم التحديات التي فرضتها الحياة المعاصرة على الحياة الزوجية بشكل عام، وعلى أهم ما قد ينتج عنها وهم الأولاد وضرورة رعاية مصالحهم بشكل خاص، فقد قسم الله (جل وعلا) واجبات الوالدين في حفظ الأولاد على مراحل حياتهم فخص الأم بمسؤولية الاعتناء بالأطفال بدا من الحمل والولادة والرضاعة والحضانة، بينما خص الأب بتربية الولد بعد ذلك، لكن قد يحدث أحيانا أن يفقد الصغير أحد والديه أو كلاهما، وهنا يثار التساؤل حول من يتولى حق الحضانة وما هي المدة اللازمة لاشباع هذا الحق؟

لقد اجابت المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 بفقراتها التسع عن هذا السؤال مع التأكيد على وجوب مراعاة مصلحة المضمون وتغليبها على حق كل من الأم والأب، إلا أن البرلمان العراقي في طروحاته الاخيرة تبنى تعديلا لنص هذه المادة بحجة الاستجابة لمتغيرات الواقع مع ضمان تطبيق روح الشريعة الإسلامية، فناقش نقل الأحقية في حضانة الطفل من الأم إلى الأب بعد بلوغه سن السابعة بخلاف القانون الساري الذي يمنح الأم امكانية بقاء هذا الحق لغاية بلوغ الطفل سن الـ 15 عاما كما اشترط عدم زواجها لأخذ الحضانة وهذا يعد مخالفة شرعية تتمثل باجبار الأم على عدم الزواج خلال فترة حضانة الطفل، في حين لم يشترط التعديل في الأب عدم الزواج لنيل حضانة الأبناء، كما نصت التعديلات على أحقية الجد من جهة الأب في الحضانة من الأم، في حال توفي الأب أو انتفت لديه شروط الحضانة وبذلك يصبح الأصل حرمان الأم من الأحقية في حضانة أبنائها عندما يتمون السابعة من العمر دون ملاحظة ما يترتب على نفسية الطفل نتيجة عدم الشعور بالاستقرار، وكان الأولى بالبرلمان محاولة الموازنة بين الحق بحنان الأم أو اختيار أمان الأب وهذا هو هدف بحثنا الذي سيسلط الضوء على هذا الموضوع في مبحثين نركز الأول على التعريف بحق الحضانة وأحكامها بينما نخصص الثاني لمناقشة التعديلات وطرح التوصيات الملائمة.

الكلمات المفتاحية: الحضانة، مدة الحضانة، حق الأم، واجب الاب، المادة 75، قانون الأحوال الشخصية.

³ أ. د.، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، destructive.98@gmail.com

⁴ الباحثة، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العراق، sosohazm95@gmail.com

المقدمة:

يعتبر موضوع الحضانة من المواضيع التي نالت حيزاً كبيراً من اهتمام علماء الشريعة والقانون لأنها تتعلق بالطفل بالدرجة الأساس، فالحضانة حق للطفل لأحتياجه إلى من يرعاه ويقوم بشؤونه ويعمل على تنشأته النشأة الصحيحة، إذ يعد الطفل ثمرة المجتمع ونواة تكوينها فإن صلحت صلح المجتمع كله وإن فسدت فسدت المجتمع كله، لذلك أوجب الله تعالى حضانه وجعلها بين الأم والأب في ظل قيام الحياة الزوجية، لكن قد يبدأ الشقاق حول حضانة الأطفال عند حدوث الطلاق فلا يمكن للطفل إلا أن يكون مع أحد والديه، ومما لا شك فيه أن الطفل في مراحل عمره الأولى يكون بحاجة إلى امرأة تقوم بشؤونه وترعاه، فالمرأة اقدر على تربية الطفل وادري بأحتياجاته وأكثر صبراً على مجارة طلباته واشفق عليه، فهي تملك من الحنان ومن العاطفة له ما لا يملكه غيرها، ومن ثم تعد احق بحضانه من الرجل، والى ذلك ذهب قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 في المادة 57 منه والتي اعطت للام الحق بحضانه الطفل إلى أن يتم الخامسة عشر من عمره ما لم يتضرر من ذلك، إلا أن البرلمان العراقي في طروحاته الاخيرة تبني تعديلا لنص هذه المادة بحجة الاستجابة لمتغيرات الواقع مع ضمان تطبيق روح الشريعة الإسلامية، فناقش نقل الأحقية في حضانة الطفل من الأم إلى الأب بعد بلوغه سن السابعة بخلاف القانون الساري الذي يمنح الأم امكانية بقاء هذا الحق لغاية اتمام الطفل سن الـ 15 من العمر كما اشترط عدم زواجها لأخذ الحضانة وهذا يعد مخالفة شرعية تتمثل باجبار الأم على عدم الزواج خلال فترة حضانة الطفل، في حين لم يشترط التعديل في الأب عدم الزواج لنيل حضانة الأبناء، كما نصت التعديلات على أحقية الجد من جهة الأب في الحضانة من الأم، في حال توفي الأب أو انتفت لديه شروط الحضانة وبذلك يصبح الأصل حرمان الأم من الأحقية في حضانة أبنائها عندما يتمون السابعة من العمر دون ملاحظة ما يترتب على نفسية الطفل نتيجة عدم الشعور بالاستقرار، فانتقال الطفل من بيئة إلى أخرى خلال مراحل عمره الأولى يؤثر سلبا على نفسيته واستقراره وذلك لما يحدث له من تغيير مفاجئ فيما اعتاد عليه من سلوكيات وأشخاص وأماكن، بالإضافة إلى أن فقدان الطفل حنان الأم وعاطفتها وهو في عمر صغير سيكون منه في الغالب شخصية ضعيفة وغير مستقرة.

أهمية البحث

تتمثل أهمية البحث بضرورة مناقشة التعديل الأخير الذي طرحه البرلمان العراقي للمادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي والذي يتضمن حرمان الأم من الأحقية في حضانة ابناءها عندما يتمون السابعة من العمر والذي يعد اجحافا بحق الأم بالإضافة إلى الآثار السلبية التي تترتب على نفسية الطفل نتيجة عدم الشعور بالاستقرار من جهة وفقدانه لعاطفة وحنان الأم من جهة أخرى، الأمر الذي اقتضى ضرورة مناقشة هذه التعديلات للوصول إلى حل وسط يراعي مصلحة الآباء والأطفال دون الإضرار بمصلحة الأمهات.

هيكلية البحث

سنقسم هذا البحث إلى مبحثين، نوضح في المبحث الأول ماهية الحضانة وأحكامها، والذي سنقسمه إلى مطلبين نوضح في المطلب الأول مفهوم الحضانة وشروطها ومستحقها ونوضح في الثاني أحكام الحضانة، أما المبحث الثاني فسنخصصه لمناقشة مقترح تعديل المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المبحث الأول

ماهية الحضانة وأحكامها

تعتبر الحضانة أثر من آثار الرابطة الزوجية وهي نوع من انواع الرعاية التي تقدم للطفل الصغير نتيجة عجزه عن القيام بشؤونه واحتياجه إلى من يرعاه ويقوم به بحيث تكفل له التربية المثالية الجيدة، كما أن أحكام الحضانة تعتبر مظهراً من مظاهر عناية الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بالطفولة، وبغية توضيح المقصود بالحضانة وشروط استحقاقها ومستحقّيها والإحاطة بالأحكام المتعلقة بها سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نوضح في المطلب الأول مفهوم الحضانة وشروطها ومستحقّيها، ونوضح في المطلب الثاني أحكامها.

المطلب الأول

مفهوم الحضانة وشروطها ومستحقّيها

إن بيان مفهوم الحضانة يقتضي تعريفه لغةً واصطلاحاً، ومن ثم بيان أهم الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الحضانة، ومن ثم بيان ترتيب مستحقّي الحضانة، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الحضانة

الحضانة لغةً:

كلمة مأخوذة من الحضن وهي الضم إلى الجنب، يقال حضنت الصغير حضنته أي تحملت مؤنته وتربيته، والجمع احضان ومنه الاحتضان، وهي احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتجعلها في أحد شقيها (الرازي، 1950، صفحة 142).

الحضانة في الاصطلاح:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة بتعاريف متعددة حسب مذاهبهم، فعرفها الحنفية بأنها "تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة" (عابدين، 1421هـ، صفحة 500)، وعرفها الشافعية بأنها "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عته" (الرملي، 1317هـ، صفحة 255)، وعرفها المالكية بأنها "حفظ وعناية العاجز عن القيام بأمور نفسه ورعايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه" (الدسوقي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 450)، أما الفقه الحنبلي فقد عرف الحضانة بأنها "ضم المحضون وتربيته وكفالاته والقيام بمصالحه كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه والانفاق عليه وكل ما يتعلق بمصالحه" (البهوتي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 495)، أما الفقهاء المعاصرين فقد عرفوا الحضانة بأنها "القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه إلى أن يبلغ سنّاً معينة" (السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية-الزواج والانحلاله ج1، 2000، صفحة 268)، وعرفها آخرون بأنها "الولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصالح في حفظه والاهتمام بشؤونه" (عقي، 1986، صفحة 11).

والملاحظ مما تقدم أن جميع التعاريف السابقة اختلفت في الفاظها إلا أنها تشابحت في معانيها، فجميعها تدور حول معنى واحد إلا وهو تربية المحضون ورعايته والقيام بشؤونه إلى أن يبلغ سنّاً معينة

أما التشريع العراقي فلم يورد تعريفاً للحضانة في نصوص مواده القانونية مكتفياً بذكر أحكامه في قانون الأحوال الشخصية تاركاً المهمة للفقه على اعتبار أن وضع التعاريف هي مهمة فقهية.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الحضانة

لما كانت الغاية الأساسية من الحضانة هي تربية المحضون التربية المثالية الجيدة والعناية به وتنشأته النشأة الصحيحة، لذلك فقد احتاطت الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي في أمور الحضانة بأشترطها شروطاً كثيرة يجب توافرها لاستحقاق الحضانة، فالقانون طابق الشريعة الإسلامية في بعض هذه الشروط وخالفها في البعض الآخر، وهي على النحو الآتي:

1 - البلوغ والعقل:

اتفق جميع فقهاء المذاهب الإسلامية على وجوب أن يكون الحاضن أو الحاضنة بالغاً لأن غير البالغ هو أحوج للحاضن فلا يتصور أن يكون هو حاضناً، ودلالة بلوغ الحاضن الرجل في الفقه الإسلامي هو ظهور علامات الرجولة عليه بانبات شعر الوجه والاحتلام أو بلوغه سن الخامسة عشر فأكثر، أما دلالة بلوغ المرأة الحاضنة فدخلها سن الحيض والانجاب، ومن الجدير بالذكر أن هذا الشرط في الفقه الإسلامي ينطبق على الرجل أو المرأة اللذان تعهد إليهما الحضانة من غير الأم أو الأب، لأن الأم والأب هما بالغان طبعاً لسبق انجابهما المحضون (حامد، 1986، صفحة 165)، كما اتفقوا على اشتراط العقل لاستحقاق الحضانة، فلا حضانة لمجنون وإن كان جنونه متقطعاً ولا لمعتوه لأن كلاهما محجور لذاته ولا يستطيعان إدارة شؤونهما الخاصة وبالتالي لا يصلحان لحضانة من هو بأمس الحاجة إلى الرعاية والاهتمام (نجيم، 1997، صفحة 179) (الشريبي، 2004، صفحة 491) (البنار، 1998، صفحة 284)

3- القدرة على الحضانة:

لما كان المقصد الأساسي من الحضانة هو حفظ المحضون ورعايته والاهتمام به لذلك أُنقِضَ الفقهاء على اشتراط القدرة لإستحقاق الحضانة، أي لا بد وأن يكون طالب الحضانة قادراً على رعاية المحضون وصيانتهم، فلا حضانة لكبير في السن ولا للعاجز ولا لمن لم يكن سالماً من الأمراض المعدية لأن المقصود من الحضانة هو الرعاية وغير القادر على الرعاية ليس أهلاً للحضانة (نجيم، 1997، صفحة 179) (المواق، 1994، صفحة 597)

4- الأمانة:

اختلف الفقهاء في تحديد معنى الأمانة، فذهب الحنفية إلى أن المقصود بالأمانة هو عدم الفسق أي أن لا يكون طالب الحضانة فاسقاً، ومن اشكال الفسق الفجور والزنا والسرقة وشرب الخمر والمسكرات وغيرها من التصرفات التي تحشد الحياء وذكرها للأمانة معنى آخر وهو عدم الخروج من الدار كثيراً وترك المحضون وحيداً أغلب الوقت لأن في ذلك ضياع للمحضون (عابدين، 1421هـ، صفحة 253)، بينما ذهب فقهاء المذاهب الإسلامية الأخرى إلى أن الأمانة هو مصطلح عام وإن عدم الأمانة يشمل كل ما يؤثر على دين المحضون وأخلاقه (الشريبي، 1997، الصفحات 454-455) (الدسوقي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 528) (قدامة، 1997، صفحة 238).

5- الإسلام:

اختلف الفقهاء في هذا الشرط، فذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط الإسلام لأستحقاق الحضانة أن كان المحضون مسلماً، لأن الحضانة ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم بينما تثبت الحضانة عندهم للمسلم على غير المسلم بالأولى أن كان فيه مصلحة له (الشريبي، 1997، صفحة 455) (البهوتي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 499)، بينما لم يشترط الحنفية والمالكية الإسلام لأستحقاق الحضانة ما لم يعقل المحضون الأديان أو يخاف عليه أن يألف غير الإسلام بأن تلقنه دينها أو تعلمه ما هو محرم عليه في الإسلام (الممام، 1424 هـ، صفحة 316) (الخرشي، 1317 هـ، صفحة 212).

6-عدم زواج الحاضنة بأجنبي:

وهذا الشرط خاص بالنساء وسواء كانت الحاضنة أما أو غيرها، إذ اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة على إسقاط حق الحاضنة في الحضانة إذا تزوجت بأجنبي عن المحضون، ذلك لأن الغاية من الحضانة هي تحقيق مصلحة المحضون فإن تزوجت فوتت شيئاً من هذه الغاية، في حين لا يسقط حقها في الحضانة إذا تزوجت بذوي رحم محرم من المحضون لانه في هذه الحالة يكون في مقام أبيه ولأن كل منهما له حق في الحضانة منفرداً فمن الأولى اجتماعهما معاً لتحقيق مصلحة المحضون (الممام، 1424 هـ، صفحة 316) (الشريبي، 1997، صفحة 456) (الدسوقي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 529) (البهوتي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 500).

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد نص في المادة (57) الفقرة الثانية على " يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها " والملاحظ أن شروط الحضانة المنصوص عليها في هذه المادة تطابق بعض الشروط المتفق عليها لدى فقهاء المذاهب الإسلامية وتخالفها في أخرى، فالمرجع العراقي بداية فرض توافر شروط الحضانة في الأم في حين لم يشترط في الأب أي شروط ، فاشترط لكي تتولى الأم حضانة صغيرها البلوغ والعقل والقدرة على تربية المحضون والأمانة إلا أنه لم يشترط الإسلام ولم يشترط عدم زواج الحاضنة من اجنبي لاستحقاق الحضانة مثلما فعل الفقه الإسلامي، مع ملاحظة أن قانون الأحوال الشخصية العراقي كان يتضمن شرط عدم زواج الحاضنة من اجنبي عن المحضون ولم يفرق فيما إذا كانت الحاضنة مطلقة أو أرمل، إلا أنه قد تم تعديل هذه الفقرة فصدر قانون رقم 106 لسنة 1987 الذي الغى شرط عدم زواج الحاضنة بأجنبي وحل محلها النص الآتي " ولا تسقط حضانة المطلقة بزواجها " ويبقى للمحكمة في هذه الحالة صلاحية تقرير أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون، ثم صدر قانون رقم 65 لسنة 1986 والذي اضاف في المادة (57) الفقرة التاسعة /ب حكماً يقضي بانه في حال وفاة والد الصغير فيبقى عند امه وان تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة وان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من البقاء مع والدته وان يتعهد زوج الأم برعاية الصغير وعدم الاضرار به وذلك في عقد الزواج ويترب على مخالفة هذا الشرط حق الزوجة في طلب التفريق انسجاماً مع الفقرة الثالثة والرابعة من المادة السادسة من هذا القانون، مع ملاحظة أن هذين التعديلين يقتصر أثرهما على الأم فقط، أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا تستفيد من هذه الأحكام

كما أنه وكما ذكرنا سابقاً فإن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية قصر هذه الشروط على الحاضنة دون الحاضن مع أنه في الفقرة التاسعة /ب نص على أنه " إذا مات ابو الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة " وهذا يدل على أن هناك شروط لا بد من توافرها في الأب لاستحقاق الحضانة وهذه الشروط يوجب العقل أن تكون هي ذات الشروط المطلوب توافرها في الحاضنة.

الفرع الثالث: مستحقي الحضانة

اتفق جميع فقهاء المذاهب الإسلامية على أن الأم هي احق الناس بحضانة الصغير إذا توفرت فيها شروط الحضانة كونها أقرب الناس إليه وأشدّهم ملازمة له وأكثرهم حناناً وصبراً وشفقة عليه، واتفقوا على أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى أقارب المحضون من النساء فإن لم يوجد أحد منهم تنتقل إلى أقاربه من الرجال شرط أن يكون الحاضن الذكر محرماً للمحضون الأنثى، ولكن الخلاف حدث بينهم في مراتب مستحقي الحضانة ولكل مذهب ترتيب تسلسلي مذكور في الكتب الفقهية ولا مجال لاياراده هنا (الزبيعي، 1314هـ، صفحة 47) (العمري، دون ذكر سنة النشر، صفحة 279) (الدسوقي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 527) (قدامة، 1994، الصفحات 244-245)، أما المشرع العراقي فقد ذهب إلى ماذهب إليه الفقه الإسلامي بالنسبة للشخص الأول المستحق للحضانة وهي الأم، إذا أعطى للام الحق في حضانة الصغير خلال قيام الحياة الزوجية وبعد الفرقة مع

الآخذ بنظر الاعتبار مصلحة المحضون وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (57) الفقرة الأولى والتي جاء فيها " الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك "، ونصت الفقرة السابعة من نفس المادة على انتقال حق الحضانة بعد وفاة الأم أو فقدانها أحد شروط الحضانة إلى الأب مالم تقتضي مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى شخص آخر يختاره القاضي مراعيًا في ذلك كله مصلحة المحضون، ونصت الفقرة التاسعة على أنه في حال وفاة الأب أو فقدانه أحد شروط الحضانة فإن الحضانة تكون للام مادامت محتفظة بشروط الحضانة، والواضح من نص الفقرة السابعة والتاسعة أن المشرع العراقي جعل حق الحضانة يدور بين الوالدين ولا ينتقل إلى غيرها طالما هما يحتفظان بشروط الحضانة وتقتضي مصلحة المحضون البقاء معهما، وحسناً فعل المشرع العراقي إذ لا يعقل بأن يكون هناك شخص ارحم واشفق على المحضون من والديه، أما أن كان كلا الوالدين غير مؤهلين للحضانة فقد أعطى المشرع العراقي في الفقرة الثامنة من نفس المادة للقاضي صلاحية ايداع المحضون لدى حاضن أو حاضنة امينة، أو ايداع المحضون لدى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.

المطلب الثاني

أحكام الحضانة

بعد انحلال الرابطة الزوجية تنشأ عدة آثار تتعلق بحق الحضانة وهي تعتبر في نفس الوقت أحكاماً لها والتي نظمها الشرع بشكل مفصل بينما غفل القانون عن تنظيم بعضها، وهذه الأحكام هي مدة الحضانة ومشاهدة المحضون والسفر بالمحضون، وهو ما سنبحثه في هذا المطلب وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مدة الحضانة

اتفق الفقهاء على أن مدة حضانة الصغير تقدر بقدر حاجة المحضون إليها، أي تبدأ منذ ولادته وتنتهي بانتهاء حاجة المحضون إلى الحاضنة، ولكنهم اختلفوا في وقت انتهاء حاجة المحضون إلى الحاضنة، أي وقت انتهاء الحضانة وفرقوا في ذلك بينما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى، فذهب الحنفية إلى أن حضانة الذكر تنتهي عند السبع سنوات والأنثى عند التسع سنوات (عابدين، 1421هـ، صفحة 255)، وذهب الشافعية إلى أن الحضانة تبقى للام إلى أن يبلغ الصبي والفتاة سن التمييز والادراك (الغزالي، 1997، صفحة 240)، وقال المالكية أن انتهاء حضانة الذكر تكون ببلوغه أما الأنثى فتنتهي حضانتها عند الزواج (القرطبي، 1978، صفحة 625)، أما الحنابلة فذهبوا إلى أن الحضانة تنتهي عند السبع سنوات بالنسبة للذكر والأنثى على حد سواء (قدامة، 1997، صفحة 241)، أما المشرع العراقي فقد ذهب في الفقرة الرابعة من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي إلى أن مدة حضانة الصغير تنتهي عند اتمام العاشرة من العمر، مع امكانية تمديدتها إلى حين اكتماله الخامسة عشر من العمر، وذلك بناءً على قرار يتخذه القاضي إذا ظهر له بالادلة والوقائع وبعد الرجوع إلى اللجان الطبية المختصة أن مصلحة الصغير تقتضي البقاء عند حاضنته، ومن ثم أعطت الفقرة الخامسة من نفس المادة الصغير عند اكتماله الخامسة عشر من العمر حق الخيار فيمن يرغب بالبقاء معه إلى حين اتمامه الثامنة عشر من العمر.

الفرع الثاني: مشاهدة المحضون

لما كانت الغاية الأساسية من الحضانة هي حفظ المحضون وتربيته ورعايته، لذلك وجب على الطرفين التعاون بينهما لتحقيق تلك الغاية، إذ أن مسؤولية المحضون تقع على عاتق كلا الطرفين في ظل قيام الحياة الزوجية وحتى بعد الانفصال، فالطفل حتى ينشأ سوياً يحتاج إلى عاطفة وحنان الأم من جهة ورعاية الأب من جهة أخرى، وكون المحضون مع أحد والديه لا يمنع الطرف الآخر من مشاهدته والإشراف عليه، فواجب الرعاية منوط بكل طرف ولا يجوز له إهماله بمجرد أن المحضون مع الطرف الآخر، لذلك اتفق الفقهاء على ثبوت حق الوالدين في مشاهدة الطفل (عابدين، 1421هـ، صفحة 257) (البهوتي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 503)، فضلاً عن ثبوت حق الطفل في مشاهدة والديه، فالمشاهدة لها أهمية كبيرة سواء بالنسبة للاب أو الأم أو

المحزون، فبالنسبة للاب والام المشاهدة تحقق غايتان اولهما اشباع عاطفة الابوة والامومة، والاخرى لمتابعة شؤون الطفل وتربيته والاطمئنان عليه، أما بالنسبة للمحزون فمشاهدة والديه حق له كما انها من باب صلة الارحام التي امرنا الله تعالى بها.

اما المشرع العراقي فلم ينظم أحكام المشاهدة بشكل واضح ودقيق، بل اقتصر فقط على اعطاء الأب حق النظر في شؤون المحزون وتربيته حتى يتم العاشرة من عمره، وذلك في الفقرة الرابعة من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، ولأجل تحقيق ذلك خاصة وان المحزون في بيت آخر غير بيته اوجد الفقه القضائي أحكام المشاهدة للموازنة بين النص القانوني والواقع، فاجاز للاب إقامة دعوى المشاهدة على الحاضنة لمشاهدة المحزون، أما بالنسبة لمدة المشاهدة فلم يتم تحديدها بنص قانوني باستثناء ما اورده الفقرة الرابعة من المادة المذكورة والتي قيدت مدة المشاهدة بعدم مبيت المحزون عند غير حاضنته، وترك أمر تحديد مدة المشاهدة لسلطة المحكمة التقديرية وجرى العمل بموجب مبادئ وقرارات محكمة التمييز الاتحادية على تحديد المدة بساعتين لكل اسبوعين، وكذلك الحال بالنسبة لمكان المشاهدة فلم يتم تحديده بنص قانوني بل بموجب قرارات محكمة التمييز الاتحادية فكانت الأحكام تصدر بان تتم المشاهدة في بيت المختار عند عدم اتفاق الطرفين على مكان معين ثم تحولت القرارات إلى مركز الشرطة لامكان مراقبة تنفيذ الحكم هناك ثم تحولت إلى دوائر التنفيذ ثم اخيراً صدر قرار لمجلس قيادة الثورة والذي حدد مقر الاتحاد العام لنساء العراق مكاناً للمشاهدة ومن ثم تحولت المشاهدة في المحاكم وهو ما عليه العمل الان (السعدي، 2011، الصفحات 245-247) اذ يجري العمل الان على أن مشاهدة الصغير تتم في محكمة الأحوال الشخصية التي تقع في مكان إقامة الصغير مساء كل يوم جمعة.

الفرع الثالث: السفر بالمحزون

اختلف الفقهاء في حكم السفر بالمحزون وذلك بحسب الأساس الذي أقاموا عليه الحكم، فالحنفية قسموا السفر إلى قريب وبعيد، بينما أقام جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة الحكم على أساس الغاية من السفر، فذهب الحنفية إلى أن السفر إذا كان لبلدة قريبة بحيث يتمكن الأب من رؤية ولده والعودة قبل الليل فلام السفر بالمحزون دون قيود، أما إذا كان السفر لبلدة بعيدة فلام ذلك ولكن بشروط وهي: أن يكون البلد الذي تريد الانتقال إليه هو موطنها الاصلي، وان لا يكون دار حرب، وان يكون عقد نكاحها قد تم فيه، فاذا توفرت هذه الشروط مجتمعة في البلد الذي تريد السفر إليه فلها ذلك وليس للولي أن يمنعها من السفر، وهذا الحكم خاص بالحاضنة الأم أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فليس لها السفر إلا بأذن الأب (نجيم، 1997، صفحة 187) بينما ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة إلى التمييز بين السفر للحاجة كالعلاج والنزهة والسفر للسكن والاقامة فذهبوا إلى أن سفر أحد الوالدين أو الولي أو الحاضنة إذا كان حاجة فإن حق الحضانة يثبت للمقيم حتى يعود المسافر، أما إذا كان السفر للسكن والاقامة لبلد بعيد فيسقط حق الحضانة وينتقل إلى الأب أو الولي إذا توافرت فيه شروط الحضانة، أما إذا كان لبلد قريب فالحضانة لا تسقط لتمكن الولي من الإشراف ومتابعة سير الحضانة (الشيرازي، 1992، صفحة 652) (الدسوقي، دون ذكر سنة النشر، صفحة 531) (قدامة، 1997، صفحة 217) اما قانون الأحوال الشخصية العراقي فلم يتطرق إلى حكم السفر بالمحزون في نصوص مواده القانونية، لكن أعطى في الفقرة الرابعة من المادة (57) للأب حق النظر في شؤون المحزون وتربيته والإشراف عليه، وتأسيساً على ذلك فقد جرى العمل بموجب قرارات محكمة التمييز الاتحادية على منع الأم من السفر بالمحزون خارج العراق إلا بأذن الولي، لان السفر بالمحزون خارج البلاد يتعارض مع حق الأب في نظر شؤون المحزون ومتابعته.

المبحث الثاني:

مناقشة مقترح تعديل المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي

الحياة الزوجية رابطة مقدسة يتمخض عنها آثار مادية ومعنوية لا تقتصر على السلوك الاعتيادي لحياة الزوجين (الرجل، المرأة) وما يشتمل عليها من نفقات مادية تخص الطعام، المسكن، الملابس التطيب، وآثار معنوية تتمثل بضرورة وجود الألفة، المودة، الرحمة، الاحترام بين طرفيها التي تنهون معها كافة الآثار المادية الأنفة الذكر. لكن أهم ما قد ينتج عن الحياة الزوجية إذا شاء الباري عز وجل هو الأولاد الذين يمثلون الهدف الأبعد والأسمى لأساس وجود الرابط المقدس بين الرجل والمرأة. وما يترتب عليه من ضرورة رعاية مصالحهم.

فقد قسم الله سبحانه وتعالى واجبات الوالدين في حفظ الأولاد على مراحل حياتهم فخص الأم بالحمل والولادة والرضاعة والحضانة حتى يستغني الطفل عن النساء فضلاً عن أن مسؤولية الاعتناء بالأطفال هي جزء لا يتجزأ من مسؤولية المرأة، خصوصاً أن الآباء دائماً ما يكونون منشغلين في العمل وغيره من الأمور الحياتية، بينما خص الأب بتربية الولد بعد ذلك، وهذا الاهتمام كله لمصلحة المحضون. لكن قد يحدث أحياناً أن يفقد الصغير أحد والديه أو كلاهما لأسباب خارجة عن إرادة من هو تحت رعايتهم الأمر الذي قد يترتب عليه آثار سلبية خطيرة تنعكس قطعاً على مصلحة الصغير، وهنا يثار التساؤل حول حق الحضانة ومن يتولى حضانة هذا الصغير وما هي المدة اللازمة لاشباع هذا الحق؟

إن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 قد نظم حق الحضانة بتسع فقرات تضمنتها المادة 57 منه ، التي احتوت بما يشعر بوجوب مراعاة مصلحة المحضون وتغليبها على حق كل من الأم والأب فالحضانة تعد من الأمور المهمة للطفل المحضون في أثناء قيام الزوجية وبعد الفرقة ولابد للمحضون أن ينعم برعاية حقيقية لا تشعره بفراق والديه، ويتوجب على الوالدين تفهم حالة المحضون كونهما أقرب الناس إليه وأكثرهم شفقة وحنوا واحسنهم رعاية بمصلحته والا تدخل القانون بما له من سلطة ملزمة لتنفيذ ما هو مطلوب وهذا ما نراه واضحاً في الفقرات 1 و4 و5 و6 و7 و9 من المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية.

إلا أن البرلمان العراقي أجرى قراءة أولى في بداية شهر تموز الجاري لمشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لعام 1959 والذي تضمن تعديلاً لنص المادة 57 فناقش نقل الأحقية في حضانة الطفل من الأم إلى الأب بعد بلوغه سن السابعة بخلاف القانون الساري الذي يمنح الأم امكانية بقاء هذا الحق إلى غاية بلوغ الطفل سن الـ15 عاماً الأمر الذي أثار جدلاً واسع النطاق وانتقادات خاصة من قبل النساء والمنظمات المدافعة عن حقوق المرأة في البلاد، فاحتجت العشرات من النساء على التعديلات المقترحة كونها تنص على أن تكون

الأم المطلقة أحق بحضانة الولد حتى يتم السابعة ويشترط عدم زواجها لأخذ الحضانة وبذلك، فإن الأصل يصبح حرمان الأم من الأحقية في حضانة أبنائها عندما يتمون السابعة من العمر ، الأمر الذي يؤدي إلى إبعاد الطفل عن والدته وما يترتب على هذا من تبعات نفسية كبيرة خاصة وإن عمر السابعة يعد من الأعمار الحرجة التي يجب أن يستمتع فيها الصغير بالاستقرار كونها تمثل بداية دخوله للمدرسة ومن ثم احتياجه إلى الاستقرار النفسي والعاطفي المتمثل ببقائه في كنف من اعتاد عليها لتربيته منذ صغره، كما أن مقترح التعديل ينص على حرمان الأم من الأحقية في الحضانة مباشرة إذا تزوجت مرة أخرى وهذا يعني إجبار الأم على عدم الزواج خلال فترة حضانة الطفل، وهذا الموضوع يعد مخالفة شرعية (دينية)، في حين لم يشترط التعديل في الأب عدم الزواج لنيل حضانة الأبناء. كما نصت التعديلات على أن الجد من جهة الأب له الأحقية في الحضانة من الأم، في حال توفي الأب أو انتفت لديه شروط الحضانة هذا من جهة، ومن جهة أخرى تدعم مطالب تعديل القانون آراء قانونية ودينية ترى في

النص القانوني الحالي إجحافاً في حق الآباء، وإضراراً بمصلحة الأطفال أيضاً، مما يتطلب ضرورة البحث عن حل وسط يراعي مصلحة الآباء والأطفال دون الإضرار بمصلحة الأمهات.

وبغية تسليط الضوء على مقترح التعديل اعلاه لابد لنا من مناقشة الفقرات التي نص عليها التعديل والفقرات التي اغفل النص عليها وكالاتي:

1- أن مقترح التعديل بارجاعه سن الحضانه إلى سن التمييز الذي حدده المشرع العراقي بسبع سنوات كاملة بمقتضى نص الفقرة الثانية من المادة (97) من القانون المدني العراقي في الوقت الذي كان النص الموجود في قانون الأحوال الشخصية يجعل حضانه الصغير إلى حين اتمامه العاشرة مع امكانية التمديد إلى سن الخامسة عشر بناء على قرار يتخذه القاضي مسترشداً بآراء خبراء ومنظمات مجتمعية، ومن ثم يخير الصغير فيمن يرغب بالبقاء معه إلى حين بلوغه أي اتمامه سن الثامنة عشرة من العمر، وهنا لابد لنا من توضيح يتعلق بعمر المحضون فبما أن الحضانه تعد من اهم حقوق المحضونين لارتباطها بمرحلة الطفولة اذ أكدت تجارب المجتمعات البشرية التي اجراها باحثين ومختصين بأن مرحلة الحضانه تمثل اهم مرحلة من مراحل عمر الانسان بأعتبارها الأساس الذي يقوم عليه بناء شخصية المحضون فضلاً عن كونها أكثر الفترات حساسية في حياته لما ترتبه الحضانه من نتائج لاحقة على حياة المحضون ابتداء من مرحلة الطفولة، فالمرحلة والشباب وانتهاء بالشيخوخة، وهنا يمكن أن لنا أن نستشهد بالكتاب الصادر من جمعية الاطباء النفسانيين بتاريخ 2020/9/30 والذي يؤكد فيه على أن عمر عشر سنوات هو العمر المثالي الذي يكتمل فيه النضج الفكري والمعرفي ومن ثم يعد هذا العمر هو الانسب من الناحية النفسية والعقلية والاجتماعية لاسقاط الحضانه لكون النمو النفسي يفرق بين عمر 7 و10 سنوات كمرحلتين منفصلتين من الناحية النفسية، ونظراً لان الاطراف المؤيدة لتعديل المادة (57) لم تقدم حجج داعمة لرايها وبما يحقق مصلحة المحضون وكان الأساس الذي استندوا إليه لانقاص سن الحضانه إلى السابعة من العمر يتجسد بان قانون الأحوال الشخصية عند صدوره سنة 1959 قد حدد هذا السن إلا أنه لابد لنا من توضيح أنه تم العدول عن هذا التحديد في التعديلات اللاحقة والتي جرت في ثمانينات القرن الماضي وهي تعديلات صائبة إذا ماتم الاخذ بعين الاعتبار الاراء الطبية والنفسية والاجتماعية وهو ايضا ما يتم العمل به في الدول العربية ذات التراث الإسلامي والقانوني العريق.

2- أما فيما يتعلق بما نص عليه مشروع التعديل بنقل الحضانه من الأم إلى الأب بمجرد بلوغ الصغير سن السابعة فهو يتنافى كذلك مع مبادئ شريعتنا الإسلامية السمحاء اذ أن المذاهب الإسلامية لم تات بادلة نقلية من القران الكريم تحدد سن الحضانه (وانما فقط سن الرضاع) وكل ما اورده فقهاء المذاهب الإسلامية كان عبارة عن اراء تصب جميعها في مصلحة المحضون بعد الأم الأولى برعاية صغيرها ومن ثم تكون الاجدر بتولي حضانه طفلها كونها تمثل الدفع والصدر الحنون للمحضون فضلاً عما حباها الله به من قدرة في الصبر لتحمل المشقة والسهر اللذان يعتبران من لوازم تربية الطفل واعداده في مراحل عمره المختلفة، ومن ثم فإن الادعاء بان انقاص سن الحضانه مرجعه الشريعة الإسلامية لا أساس له من الصحة وبلاستناد لما تقدم لا يكون هناك مبرر لانقاص سن الحضانه إلى السابعة.

3- وفيما يتعلق بسحب الحضانه من الأم بمجرد زواجها وحتى لو لم يبلغ الصغير السابعة من العمر فلا بد من التنويه بداية إلى أن اسقاط حق الأم بالحضانه بمجرد الزواج دون التاكيد على اسقاطها من الأب عند زواجه يؤدي إلى ازدواجية المعايير اذ كان يتوجب أما الابقاء على الحضانه عند زواج أي من الطرفين بشروط أو اسقاطها من كليهما وبذلك تتحقق العدالة لان الأذى المتحقق بالمحضون من زوجة الأب لا يقل عن الضرر المتوقع من زوج الأم.

كما أن هذا الاسقاط يخالف توجهات الشريعة الإسلامية لانه سيجبر الأم على عدم الزواج خشية فقدان صغيرها ومعروف ما يترتب على هذا الأمر من اضرار فهو يمنع تطبيق شرع الله في حرية الزواج كما أنه يمثل ضغطاً على أم المحضون لاضطرابها إلى البقاء وحيدة دون زواج.

4- أما فيما يتعلق بالفقرة الواردة بمقتراح التعديل والتي تنص على انتقال الحضانة من الأب إلى الجد الصحيح (اب الأب وإن علا) فإن أهم ما يسجل عليها يتمثل بتعارضها مع نص المادة (27) من قانون رعاية القاصرين (وهو قانون لاحق في التشريع لقانون الأحوال الشخصية) والتي أكدت على أن ولي الصغير أبوه ثم المحكمة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن سلب الحضانة من الأم عند موت الأب ومنحها للجد تخفي منه مصلحة المحضون إذ كيف يعقل أن تتحقق هذه المصلحة عند كبير سن قد لا يقوى على رعاية نفسه ناهيك عن مصلحة طفل.

كما أن هذه الفقرة تتعارض مع حقوق الارامل وخاصة زوجات الشهداء فاين المصلحة من سلب الحضانة منهن إذا بلغ المحضون السابعة وهو أصلاً بدون أب سواء تزوجت هذه الارملة أم لا.

5- لا بد من التأكيد على أن التعديل اغفل ما يضمن مصلحة المحضون إذ كان لا بد أن يشتمل على حكم بمبيت المحضون مع والده لان نص الفقرة الرابعة من المادة 57 السابق يمنع ذلك، فكان يتوجب تنظيم هذا الأمر خاصة وأنه ينسجم وأحكام المادة 9 من اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 تشرين الثاني 1989 والمصادق عليها من قبل العراق بموجب القانون رقم 3 لسنة 1994 ، حيث ورد في نص الفقرة (1) من المادة أعلاه الآتي (تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما)، كذلك في الفقرة 3 من المادة أعلاه التي جاء فيها الآتي تحترم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى.

6- إذا كان قانون الأحوال الشخصية النافذ قد رجح حق الحضانة للأم كجزء من واجب الرعاية والحماية والصيانة المقرر عليها للمحضون وهي كمسؤولية الأب في الاتفاق على الاسرة إلا أن القانون وكذلك مشروع التعديل قد اغفلا النص على اية ضمانات للمحضون نفسه فعندما نص مشروع تعديل القانون على نقل الحضانة من الأم إلى الأب في حال الزواج فهل تعد هذه ضمانات للمحضون من أي تعسف أو ضرر قد يلحق به من زوجة أبيه مثلاً؟

إن الإجابة على السؤال أعلاه تقتضي التأكيد على أنه لا يكفي وجود المحضون مع الأم أو الأب بدون ضمانات أساسية تحميه في تلك الفترة، بمعنى أنه لا بد من النص على ضمانات حقيقية تلزمهم بالتفكير ملياً قبل اللجوء إلى الطلاق - الذي أصبح أسهل الحال - حال وجود طفل يدفع الثمن عنهم بمعنى لا بد من تبني القانون ل ضمانات حقيقية لمصلحة المحضون المضور تفرض على مسيبي الضرر (الأم والأب) كمعيار يلزم الطرفين مثل منع زواجهم إلى سن اختيار المحضون أو بلوغه سن الرشد أيهما أقرب إلى مصلحة المحضون وقد يترك تقدير ذلك إلى المحكمة المختصة مع استثناء حالات الوفاة الطبيعية والقضاء والقدر والحوادث التي لا دخل لأرادة الشخص بها، أو النص على ضمانات مالية تستقطع من الأب مقدماً لمصلحة المحضون وتودع لدى دائرة رعاية القاصرين ضماناً عن إساءة قد تلحق بالمحضون من التصرفات الضارة التي قد يجريها الأب بعد زواجه أو الرجل الذي يتزوج من أم المحضون، أو تضمين المشروع نص يلزم الأب بالتأمين على حياة المحضون لدى مؤسسات التأمين الرسمية وإلى غير ذلك من الضمانات التي تحافظ على حياة المحضون ومستقبله انطلاقاً من مبدأ التعويض عن الضرر. بمعنى أنه كان يتوجب على من يريد الاقدام على التعديل أن يضع أمامه ذلك واعتبار الحفاظ على الأمانة التي وهبها الله للزوجين والموازنة بين الحق بحضان الأم أو اختيار أمان الأب التي من الصعوبة قول المحضون بها خلال اختياره أو رشده بل هو أحساس يقع على عاتق المشرع حمايته.

7- أن قانون الأحوال الشخصية العراقي قد ترك تحديد مكان مشاهدة المحضون لاتفاق الطرفين فإن لم يتفقا فقد كانت المشاهدة تتم في أحد مراكز الاتحاد العام لنساء العراق والذي الغي بعد سنة 2003 وفي هذا الصدد لا بد من الإشارة إلى أن الكثير من المؤسسات الدينية شرعت بتهيئة أماكن لاثقة خصصت لاجراءات مشاهدة المحضون وذويه ورغم انها تراجعت عن ذلك بعد وقت قصير بسبب ما تم رصده من خلافات وتصرفات تكون بالضد من مصلحة الصغير وطالبت الدولة بتحمل مسؤوليتها من خلال

توفير أماكن تتوفر فيها ضمانات حقيقية تحقق المشاهدة بجو مريح لذلك كان الأولى بمشروع التعديل تنظيم مكان وزمان مشاهدة المحضون لاهمية هذا الأمر.

8- كما أنه في بعض الحالات - وهي من الأمور التي تم رصدها - قد لا يحضر الأب إلى موعد المشاهدة وما يترتب على ذلك من ضرر يلحق بالمحضون لعدم حضور ذويه لرؤيته فضلاً عما يتكبده الحاضن من مصاريف للذهاب إلى مكان المشاهدة وضياع الوقت في الانتظار لذا كان الأولى بمشروع التعديل فرض ضمانات حقيقية لاحترام موعد المشاهدة ووقته وتحميل المتخلف عن الحضور دون عذر مشروع غرامات فضلاً عن عقوبات قد تصل إلى درجة حرمانه من المشاهدة لان عدم حضوره لمشاهدة صغيره دون عذر مشروع ولأكثر من مرة فضلاً عما يتركه من أثر سلبي على نفسية الصغير نتيجة شعوره بعدم رغبة والده برؤيته فانه في نفس الوقت دليل على عدم رغبة ذلك الأب بمتابعة شؤون صغيره.

9- أن موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية من مسألة الشروط المشتركة للحاضنين التي تتعلق بالحاضن لاستحقاقه الحضانة كان فيها نقص اذ نجد أن المشرع العراقي اقتصر على الشروط المشار إليها على الحاضنة من دون الحاضن لذا كان الأولى بمشروع التعديل التأكيد على توافر شروط الحاضن ليشمل الحاضنين من ذكور واثاث. كما أن قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 57 لم يشر لا من قريب ولا من بعيد إلى اسقاط الحضانة في حالة إصابة الحاضنين بمرض معدٍ أو مؤذي وترك هذا الأمر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون في حين كان الأولى به النص على ذلك حفاظاً على مصلحة المحضون وهو أمر لم يتطرق إليه مشروع التعديل.

10- واخيراً فقد جاء قانون الأحوال الشخصية العراقي خالياً من أي نص تلميحاً أو تعريفاً لمسألة السفر بالمحضون من قبل امه وهو أمر اغفله مشروع التعديل رغم اهميته خاصة في ضوء التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي يشهده العالم وما رافق ذلك من انتشار وتطور وسائل الاتصال والمواصلات وازدياد حالات السفر بالمحضون، اذ كان يتوجب على مشروع التعديل أن يحدد الحالات التي يجوز فيها السماح للمحضون بالسفر بموافقة الأب أو بدون موافقته في حالة الضرورة مع التفرقة فيما إذا كانت الحاضنة عراقية أم أجنبية، والتأكيد على حق الأب في حالة تخوفه من سفر المحضون في طلب كفيل.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي:

أولاً- النتائج

1- نظم المشرع العراقي موضوع الحضانة في المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 إلا أنه لم يكن موفقاً في هذا التنظيم بشكل متكامل ودقيق على الرغم من أنه سار على ما سار عليه الفقه الإسلامي في بعض الجوانب إلا أنه لم يخلو من النقص التشريعي بالإضافة إلى عدم الدقة في تنظيم بعض الجوانب الأخرى.

2- نص المشرع العراقي على أربعة شروط يجب توافرها في الحاضنة لاستحقاق الحضانة وكان الاصح على المشرع العراقي ذكر مصطلح الحاضن ليشمل الذكر والأنثى.

3- نص المشرع العراقي على أن مدة حضانة الصغير تنتهي عند اتمام العاشرة من العمر، مع امكانية تمديدتها إلى حين اكماله الخامسة عشر من العمر، وبعدها يخير المحضون في الإقامة مع من يشاء من أقاربه.

4- لم يتطرق المشرع العراقي إلى الأحكام الخاصة بمشاهدة المحضون من حيث مدة المشاهدة ومكانها وكذلك لم يتطرق المشرع العراقي إلى أحكام السفر بالمحضون مع أن الشريعة الإسلامية بحثت ذلك بالتفصيل.

- 5- نظم المشرع العراقي الإشراف على المحضون ومدة الحضانة وتمديدتها في فقرة واحد من المادة 57 بشكل متداخل وغير واضح، مما جعل الكثير من الشراح والباحثين يفهمون هذه الفقرة بشكل غير دقيق.
- 6- نص المشرع العراقي على حق الأب في الإشراف على المحضون خلال مدة الحضانة إلا أنه جعل هذا الحق اختيارياً مع أنه فرض وواجب على الولي، وكذلك لم ينص على وسائل كفيلة تمكن الولي من تحقيق ذلك
- 7- تبني المشرع العراقي في طروحاته الأخيرة تعديلاً لنص المادة 57 والذي ناقش نقل الأحقية في حضانة الطفل من الأم إلى الأب عند السابعة من العمر، كما اشترط عدم زواجها لاختصاص الحضانة، كما نصت التعديلات على أحقية الجد من جهة الأب في الحضانة من الأم، في حال توفي الأب أو انتفت لديه شروط الحضانة وبذلك يصبح الأصل حرمان الأم من حضانة أبنائها عندما يتمون السابعة من العمر.

ثانياً- التوصيات

- 1- رفض مقترح التعديل المقدم إلى مجلس النواب (والمعلق بانقضاء سن الحضانة إلى سبع سنوات واسقاطها عن الأم في حالة زواجها) كونه لا يحقق مصلحة المحضون ولا يتلائم مع مبادئ الشريعة الإسلامية في جعل الحضانة حقاً للصغير على ذويه وإنما هو مقترح سيؤدي إلى فتح باب جديد للنزاعات بين ذوي الصغير ناهيك عن الأذى الذي سيلحق بالمحضون نتيجة تنقله خلال سني حياته الأولى بين طرفين قد انقطع حبل الود بينهما واصبح الصغير بمثابة كرة يتقاذفها كل طرف للاضرار بالطرف الآخر.
- 2- تعديل نص الفقرة الرابعة من المادة (57) والمتعلقة بمبيت الطفل عند والده لتكون كالآتي:
 - للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من عمره.
 - للمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى اكماله الخامسة عشر من عمره، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجنة الطبية المختصة أن مصلحة الصغير تقضي ذلك.
 - للمحكمة بناء على طلب من الأب أن تأذن بمبيت المحضون عنده لمدة تحددها إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.
- 3- فيما يتعلق بحق المشاهدة نقترح إضافة فقرة أخرى للمادة (57) تتعلق بتحديد مكان المشاهدة وتكون على وفق الآتي (تكون مشاهدة أحد الوالدين ولده في المكان المناسب الذي يتفق عليه الطرفان، وفي حالة عدم اتفاقهما على المحكمة أن تحدد المكان المناسب للمشاهدة في المكان الذي تقيم فيه الأم)
- 4- فرض غرامات على كل من يتخلف عن حضور المشاهدة (الحاضن أو طالب المشاهدة) لعدد معين من المرات أو على كل من يمارس أعمالاً تخل بأجراءات المشاهدة أو يفتعل النزاع بشكل يؤثر سلباً على اجراءات سير عملية المشاهدة وتخصص تلك المبالغ في انشاء وتطوير أماكن مخصصة للمشاهدة تحت انظار السلطة وبمحايتها.
- 5- تعديل الفقرة (2) من المادة (57) احوال شخصية على الشكل الآتي (يشترط أن يكون الحاضن ذكراً أو اناثاً بالغاً اميناً قادراً على تربية المحضون وصيانته وسليماً من اصابته بأي مرض معدي أو مؤذي حفاظاً على مصلحة المحضون وسلامته من المرض ويترك تقدير جسامته المرض إلى لجنة طبية مختصة ليستأنس القاضي برأيها عند اصدار الحكم لمن يستحق الحضانة من الحاضنين.
- 6- إضافة فقرة جديدة تحمل تسلسل 10 للمادة 57 من قانون الأحوال الشخصية ليكون على وفق الشكل الآتي:
 - يجوز للام أن تسافر بالمحضون لسبب معقول أن لم يكن في السفر ضرراً بالمحضون فإن منعها وليه من السفر يجوز للقاضي أن يمكنها من السفر إذا ثبت له أن من له حق الاذن قد تعسف في استعمال هذا الحق
 - إذا كانت الأم الحاضنة أجنبية الجنسية وكان سفرها عرضياً لغير الإقامة في موطنها فللقاضي طلب احضار كفيل يضمن عودتها في المحضون، وللمحكمة منعها من السفر بالمحضون متى رجحت احتمالية عدم عودتها بالمحضون لاسباب معتبرة.

- يجوز للأب والجد وان علا أن يسافر بالمحضون الذكر ببلوغه (7) سنوات لمدة معقولة فإن اختلف الولي والحاضنة على المدة فاللقاضي تحديدها.
- لا يكون قرار السماح بالسفر نافذ ما لم يكتسب القرار الدرجة القطعية.

المصادر

- ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي. (1992). المهذب في فقه الأمام الشافعي. دمشق-بيروت: دار القلم-الدار الشامية.
- ابن قدامة. (1994). الكافي في فقه الأمام احمد ابن حنبل. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
- ابو بكر احمد بن عمرو البزار. (1998). البحر الزخار. المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم.
- ابو بكر الرازي. (1950). مختار الصحاح. بولاق-مصر: المطبعة الأميرية.
- ابي عمر يوسف القرطبي. (1978). الكافي في فقه اهل المدينة. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.
- الدسوقي. (دون ذكر سنة النشر). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2. مصر: مطبعة عيسى البابي الحلبي.
- الشربيني. (1997). مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج. بيروت-لبنان: دار المعرفة.
- زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم. (1997). البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج4. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
- سمير عقي. (1986). الحضانة في الفقه الإسلامي. 1 مصر: دار المنار للنشر.
- شمس الدين محمد بن احمد الرملي. (1317هـ). نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج7. مصر: المطبعة البهية المصرية.
- عبد الستار حامد. (1986). أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي. بغداد: مطبعة الجامعة.
- عبدالله بن محمد ابن قدامة. (1997). المغني. الرياض: دار عالم الكتاب.
- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي. (1314هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. بولاق: المطبعة الأميرية الكبرى.
- كمال الدين محمد ابن الهمام. (1424 هـ). شرح فتح القدير. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
- محمد ابو عبدالله الخرشي. (1317هـ). الخرشي على مختصر سيدي خليل. بولاق: المطبعة الأميرية الكبرى.
- محمد امين بن عمر عابدين. (1421هـ). رد المختار على الدر المختار. بيروت: دار الفكر.
- محمد بن محمد الخطيب الشربيني. (2004). الاقناع. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
- محمد بن محمد الغزالي. (1997). الوسيط في المذهب ج6. مصر: دار السلام.
- محمد بن يوسف المواق. (1994). التاج والاكلیل لمختصر خليل. بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية.
- محمد حسن كشكول، عباس السعدي. (2011). شرح قانون الأحوال الشخصية. المكتبة القانونية: بغداد.
- مصطفى السباعي. (2000). شرح قانون الأحوال الشخصية-الزواج وانحلاله. بيروت: دار الوارث للنشر.
- مصطفى السباعي. (2000). شرح قانون الأحوال الشخصية-الزواج وانحلاله ج1. بيروت: دار الوارث للنشر.
- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي. (دون ذكر سنة النشر). كشف القناع عن متن الاقناع ج5. الرياض: مكتبة النصر الحديثة للنشر.
- يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني. (دون ذكر سنة النشر). البيان في مذهب الأمام الشافعي. دون ذكر بلد النشر: دار المنهاج.