

المقدمة

الحضانة هي مراقبة الطفل وتربيته بنحو يضمن سلامته الجسدية والنفسية نظراً إلى حاجاته الراهنة والمستقبلية لكي ينعم الطفل بما خلق الله له من النعم الإلهية ويعيش وفق متطلبات طبيعته وطبيعة والديه. و تثار كإشكالية عندما تنفصم الرابطة الزوجية باعتبارها نتيجة طبيعية لتلك الرابطة ويكون الأبوان ملزمان بها قانونياً واجتماعياً ، ولا تظهر المشاكل المرتبطة بالحضانة بقوة إلا مع انحلال تلك الرابطة عن طريق الطلاق حيث يستلزم الأمر تعيين من له الحق في الحضانة وتحديد مشمولاتها ، وقد وقع الاختلاف في بيان واقع هذه المفردة فقهاً وقانوناً وكذلك في تعيين من يلزم بها أو يكون الأحق بها

والعمل في العراق يجري على أن الأم أحق بحضانة الطفل على السواء ما لم يتضرر الطفل من ذلك . وهو بذلك قد عالج موضوع الحضانة وأنه قد جانب الصواب رغم مخالفته للرأي الراجح لدى المشهور لدى فقهاء الإمامية وجمهور الفقهاء من أهل السنة والجماعة من خلال بعض فقرات المادة (٥٧) وتعديلاتها .

و في القانون الفرنسي طرحت الحضانة على أنها " ولاية الأبوين " معاً ، ويجب على الوالدين القيام بها .

إن إسناد الولاية للأم في حضانة صغيرها بعد وفاة الأب أو فقدانه للأهلية يعد الحل الأنجع بالنسبة للصغير والأعدل بالنسبة للأم ، فمن أقرب إلى الصغير وأكثر شفقة عليه خوفاً على مصالحه منها بعد الأب ؟!.

وعموماً فإننا نبحث في هذا البحث عن حجة في الشريعة والقانون لبيان واقع استحقاق الأم وأولويتها في حضانة الصغير بعد الفرقة أو الوفاة على أساس حمايته حتى يبلغ سن التمييز، عسى أن تكون هذه الدراسة الموجزة بادرة خير ينطلق منها للنهوض بواقع الطفولة والأمومة المحرومة من دفاع المحيط الأسري الآمن كي تصل إلى أقل ما تطمح إليه من الإستحقاقات .

سيكون البحث في ثلاثة مباحث وخاتمة

المبحث الأول

مفهوم الحضانة

يتناول هذا المبحث تعريف الحضانة من حيث المفهوم اللغوي والفقه والقانوني وذلك في ثلاثة فروع :

الفرع الأول

"المفهوم اللغوي للحضانة"

الحضانة في اللغة إما بالكسر من " حضن الصبي حضناً: جعله في حضنه أو رباه ، وحضن الطائر بيضه يحضنه حضناً ، أو بالفتح من " حضن فلاناً عن كذا حضناً: نحاه عنه واستبد به دونه". (١)

ويقال - للرجل و للمرأة - من يقوم برعاية الطفل "حاضن - حاضنة الصبي" التي تقوم عليه في تربيته. (٢) وقد ورد في الأخبار والأحاديث المنقولة عن المعصومين (ع) أخذت الحضانة بالمعنى اللغوي أيضاً منها :-

ذكر في البحار "أن أم أيمن هي كانت حاضنة الرسول (ص)". (٣) وفي الأدعية عن الإمام علي (ع) قال: "ومن رحمته أنه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذي جعل القوة في أمه ورقفها عليه بتربيته وحضنته". (٤).

وفي دعاء عرفة :- "وعطفت علي قلوب الحواضن وكفلتني الأمهات الرواحم". (٥) فالحضانة في المفهوم اللغوي - تعني مسؤولية حفظ الولد عن المفسدات الجسمية والروحية وتربيته والقيام بأموره .

الفرع الثاني

المفهوم الفقهي للحضانة

على الرغم من الأحاديث النبوية الشريفة وأخبار المعصومين (ع) في موضوع الحضانة لكن لم يكن للحضانة وأحكامها مبحثاً مستقلاً في الفقه الإسلامي حتى مطلع القرن الرابع الهجري وقد أشار إليها الشيخ الطوسي في كتاب المبسوط ، وقطب الدين محمد بن الحسن الكيدري " في إصباح الشيعة بعنوان (من أحق بالولد إذا كان صغيراً) .

(٦) وفي أيام المحقق الحلي أخذت الحضانة مكانتها في كتب الفقه فقد جعل لها عنواناً مستقلاً أطلق عليه اسم " أحكام الولادة " ثم خصص لها العلامة الحلي بحثاً مستقلاً سماه الحضانة ومنذ ذلك الوقت أخذت مكانتها في الكتب الفقهية تحت هذا المسمى .

وقد أكد القرآن الكريم على حماية الطفل ورعايته مادياً ومعنوياً ، في قوله تعالى: "... لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك ..." تشير الآية الكريمة (٧) إلى ضرورة تأمين كل ما يحتاج إليه الطفل عند حصول الفراق بين الزوجين خلال فترة الحضانة والإرضاع لما تضمنته من النهي عن إلحاق الضرر بالطفل بسبب الخلاف الواقع بين والديه. (٨) .

وعرفها الشهيد الثاني أنها " ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وجعله في سريره ورفع وتنظيفه وغسل ثيابه ونحوه (٩) و نقله صاحب الجواهر عن العلامة الحلي والشهيد الثاني . (١٠)

وذكره صاحب الحقائق دون أن يشير إلى بيان متعلقاتها من الأمور التي ذكرها الشهيد الثاني. (١١)

والملاحظ أن هناك ترادف بين المفهومين الفقهي و اللغوي ، وذلك يعود للتعبير الذي ورد في تعريفها الفقهي على أنها ولاية.

فالولي هو الذي يلي عليك أمرك ... وكل من ولي أمراً أو قام به فهو مولاه ووليه .. تعني القيام على الغير وتديره". (١٢)

والولاية " هي القدرة الشرعية على التصرف الصحيح النافذ سواء تصرف الإنسان لنفسه أو لغيره" (١٣)

فهي تشعر بالتدبير والقدرة على الفعل والتصرف في شؤون الغير جبراً عنه سواء أكان ذلك في الشؤون العامة أم في الشؤون الخاصة... ومن ثم يجب أن يقوم بها عوناً للضعيف وغوثاً للمحتاج. (١٤)

" إذ أن الولاية تنطبق على عنصري الحضانة وهما " تربية الطفل ومراقبته". (١٥)

وهي بذلك تعني السلطة من جهة وفي إحتياجها إلى القدرة والتدبير تحقيقاً لمصلحة المولى عليه من جهة أخرى.

فهي في الحالين تعني السلطة هذا من جانب ، وفي إحتياجها إلى قدرة وتدبير تحقيقاً لمصالح المولى عليه من جانب آخر؛ لأن الحضانة على ما ذكر غير مستقلة بل هي إحدى مشمولات الولاية على النفس ؛ والذي بمقتضاه أصبحت الأم الحاضنة تتمتع بصلاحيات الولاية حيث تقتضي مصلحة الصغير ذلك من الحرص على تأديبه وتعليمه والإشراف على تصرفاته ومراقبته . وهو امتياز لا يسند إلى الأم إلا إذا كانت حاضنة.

وهي لا تختلف عند أهل العامة من الفقهاء عما ذكرنا سوى أنهم لم يشيروا إلى الولاية أو السلطة في تعاريفهم التي يذكرونها؛ وقد عرفها الكنشاوي "أنها حفظ الولد والقيام بمؤنته ومصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ". (١٦)

الفرع الثالث

المفهوم القانوني للحضانة

ورد تعريف الحضانة في مقدمة قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، أنها " تربية الطفل وتدبير شؤونيه من قبل من له الحق في ذلك قانوناً ، أو المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره". وقد تحدثت المادة السابعة والخمسين عن أحكام الحضانة بتسع فقرات وقد حلت المادة السابعة والخمسين الملغاة بموجب المادة السابعة من القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ - التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية.

وجعلها القانون المدني الفرنسي " ولاية الأبوين" ، وما تضمنته المادتين ٣٧١ و ٣٨٧ منه تبين "أنها عبارة عن مجموعة الحقوق والإمتيازات التي يعطيها القانون لوالدي الطفل ليتمكنوا من القيام بمهامهم ومسؤولياتهم تجاه شخص الطفل وأمواله. (١٧)

وهو بذلك قد أعطى مجالاً أكبر مما هو المتعارف به عندنا لأنه لم يقتصر في تعريفه لها على تربية الطفل وتدبير شؤونيه فحسب بل جعل القيام بأمور الطفل المالية ضمن التعريف . فمن له الحق في الحضانة يكون مكلفاً في نفس الوقت " رغم وجود بعض الاختلاف في الرؤى بالنسبة لأولوية الأم"

المبحث الثاني

ماهية الحضانة فقهاً وقانوناً

اختلفت الآراء في كون الحضانة حقاً بحيث يجوز لمن له ذلك إسقاطه أو التنازل عنه أو نقله إلى شخص آخر ، أو أنها تكليفاً يلزم به المكلف بحيث لا يمكن إسقاطه أو نقله إلى الآخر ، أو أنها ماهية ذات بعدين " حقاً وتكليفاً في آن واحد ؟
هذه المطالب تشكل مبحثين في الفصل الثاني أحدهما : ماهية الحضانة في الفقه الإسلامي ، والثاني : ماهية الحضانة في القانون العراقي والقانون المدني الفرنسي .

المبحث الأول

الحضانة في الفقه الإسلامي

للفقهاء ثلاثة آراء في ماهية الحضانة ، فبعضهم من يعتقد بأنها حق لا غير، وثانياً يعتقد بأنها تكليف محض، وثالثاً يعتقد بأنها ذات البعدين " حق وتكليف في آن واحد". وكلها تستند إلى أدلة معتبرة وسنبحث تلك الآراء في ثلاثة فروع وهي :

الفرع الأول

الحضانة حق

يعتقد بعض فقهاء الإمامية أن الحضانة حق من الحقوق العامة المطلقة ويراد بها ما تثبت للشخص من مصالح بالإعتبار الشرعي دون أن يكون لها وجود خارجي كحق الشفاعة وحق الطلاق وحق الحضانة... (١٨) . منهم الشهيد الثاني فقد قال فيها : "... واعلم أنه لا شبهة في كون الحضانة حقاً لمن ذكر..، الأصل يقتضي أن تكون الحضانة حقاً لا تكليفاً".
وعدها صاحب الجواهر حقاً من الحقوق مشبهاً إياها بالرضاعة لا ولاية معللاً قوله هذا بأنها لو كانت كما قيل لما كان التنازل عنها جائز ، لوجوبها على من ذكر ! ولا دليل يدلنا على ذلك وإن الأدلة المذكورة تدل على تعليقها على مشيئة الأم ، لكون الأحقية فيها مثلها في الرضاع .
ولما كانت الحضانة حقاً من الحقوق ، فإن من له الحق أن يأخذ بأحد الخيارات التالية أما :

- ١- استيفائه للحق المذكور والقيام بما عليه من المسؤولية لرعاية الطفل والقيام بشؤونه
- ٢- إسقاطه والتنازل عنه.
- ٣- إستيفاءه بالأشراف فقط ، و يقوم شخصاً ثالثاً بحضانة الطفل؛ حيث لا توجد أي ملازمة بين حق الحضانة والمباشرة بأمور الطفل وخدمته وقد أكد على ذلك العاصرين من الفقهاء " لا تعتبر المباشرة في الحضانة بل يجوز الإستنابة فيها للأطلاق وظهور الاتفاق في ذلك " (١٩)

الفرع الثاني

الحضانة تكليف

من الفقهاء من يعتقد بأن الحضانة تكليفاً لمن تكون له ويجب على الوالدين تحمل مسؤولية ذلك على السواء (٢٠) .
واستدلوا على ذلك باطلاق الآية الكريمة " لا تضار والدة بولدها ...) حيث أن إبعاد الطفل عن والدته سيلحق به ضرراً كبيراً والآية الكريمة تنفي ذلك (٢١)

والحضانة هي حماية الطفل ورعايته وانها من الأمور الطبيعية التي جعلها الله تعالى بين الأم وأولادها لحنانها في الحيوان فضلاً عن الإنسان وكل بحسبه" (٢٢) .

فالمقصد العام في الحضانة هو صيانة الطفل والمقصد الخاص هو تكليف الوالدين وخاصة المرأة بالحضانة لما جبلت عليه من الشفقة والرأفة. (٢٣)

ويعتقد البعض بأنها من حقوق الطفل وبالنتيجة تكون واجبة على من يقوم بحضانتها (٢٤) فهي إما حكماً يضعه المقتن أو تكليفاً ينشأ من الحكم نفسه، لأن الأحكام ما هي إلا مجموعة الأوامر والنواهي بحيث أن كل عمل لابد وأن يكون له حكماً خاصاً به أما أن يكون مباحاً أو واجباً أو ممنوعاً.

الفرع الثالث

الحضانة ماهية ذات وجهين

يعتقد بعض فقهاء الشريعة أن للطفل حق الرعاية والتربية والنفقة ، فلا يجوز إهماله أو إضاعته إستناداً لقول رسول الله (ص) : "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ، وأن الله سائل كل راع عما استرعاه حفظ أم ضيع ، حتى يسأل الرجل عن أهل بيته (٢٥) فتربية الطفل ورعايته حق لإجراء التكليف الذي يقع على عاتق من له حق الحضانة .

وهو قول لأغلب فقهاء الإمامية حتى أن الأخبار والروايات تؤيده فالحضانة حقاً وتكليفاً ، وللأم التنازل عن حقها دون الأب لكن الأولوية للأم لشفقتها الغريزية المتأصلة في نفسها فهي أقدر من غيرها لرعاية الطفل وتلبية حاجاته . (٢٦)

وقد استحسّن الشهيد الأول القول بوجوبها على الأب فيما لو امتنعت الأم والأب معاً عن القيام بها وقال : " أن بعض فقهاء الإمامية قالوا بوجوبها وهو قول حسن فيما لو أدى تركها إلى ضياع الطفل وفساد تربيته ؛ وحينئذ يصبح الوجوب كفائياً على الأب دون الأم ، لكن لا دليل فقهي واضحاً وصريحاً يدل على ثبوت وجوبها على من له الحق ، والأدلة الموجودة تثبت بها إستحقاق الحضانة لا وجوبها . (٢٧)

وعليه السيد الخوئي (ره) " ... حق الحضانة الذي يكون للأم يسقط بإسقاطها بخلاف حق الحضانة الذي يكون للأب أو الجد فإنه لا يسقط بإسقاطه " . (٢٨) فالحضانة للأم حقاً وللأب حقاً وتكليفاً وهو الرأي الأرجح على مانراه ففيه تكون مصلحة الطفل مضمونة من جهة ويعطي للأم الاختيار في القيام بحضانة الطفل او التنازل عن ذلك من جهة أخرى .

المبحث الثاني

ماهية الحضانة في القانون العراقي والقانون المدني الفرنسي

أقر قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على أن الحضانة حق للأم مؤكداً "أولويتها في حضانة الولد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة" فقد نصت الفقرة ١ من المادة ٥٧ منه على أن " الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك " وهذا أيضاً ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز فقد جاء في قرار لها " الأم أحق بالحضانة ما دامت محتفظة بشروط الحضانة ... " . (٢٩) وفي قرار آخر (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) (٣٠) .

أما حق الصغير فإن القانون لم ينص صراحة عليه إلا إن نصوصه احتوت بما يشعر بوجود مراعاة مصلحة المحضون وتغليبها على كل من الأم والأب كما في الفقرات " ٣ ، ٤ ، ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ " من المادة ٥٧ منه ما يدل على تكليف الوالدين بالحضانة في القانون العراقي فقد سار القضاء العراقي على عد الحضانة حقاً للصغير وللأم معاً فإذا أسقطت الأم حقها بقي حق الصغير كما أن مسائل الحضانة من النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على خلافها ولا يقبل التنازل عنها أو التعامل بها في خلق أو سواه (٣١)

وتناول القانون المدني الموضوع ذاته حيث نصت المادة ١٣٠ منه على : يلزم أن يكون محل الإلتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً . ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور و مال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية .

ونصت المادة ٧٠٤ الفقرة ٢ منها على " ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم.

الواقع ومن خلال أحكام المادة ٥٧ وقرارات محكمة التمييز أن مصلحة المحضون أي أن القانون يرى أن لا يجوز للأم الحاضنة التنازل عن حقها فيما لو شكل هذا التنازل ضرراً على الصغير وكذلك أن المحكمة ترى في الحضانة مصلحة الطفل قبل مصلحة المتداعيين. (٣٢) . وقد جاء في قرار محكمة التمييز " أن الصلح عن الحضانة لا تملكه الأم إنما هو حق من حقوق الصغير فلا يصح الصلح عنه ولا يصح بناء حكم على هذا الصلح لمخالفته للشرع عليه قررنا بالإتفاق نقض الحكم. (٣٣) .

أما في النظام الحقوقي الفرنسي فقد جعل القسم الأكبر لتربية و إعداد الطفل وبناء شخصيته ، ليكون فرداً ناجحاً ومنتجاً في المستقبل يقع على عاتق الوالدين لأنهما المعنيان بها من خلال الحفاظ عليه وعلى مصالحه. (٣٤) وطبق المادة ٢٠٣ مدني " فقد ألزم الوالدين ، على تحمل تربية وحفظ الطفل من تغذية وتربية بمجرد عقد الزواج " . فهي للوالدين معاً . (٣٥)

ويمكن تلخيص أهداف الحضانة في النظام الحقوقي الفرنسي من خلال المادتين " ٣٧١ - ٣٧٢ " في حماية الطفل بتوفير الأمان له و السهر على سلامة أخلاقه " . حتى إن المشرع الفرنسي جعلها ولاية على الوالدين حيث الحقوق والتكاليف التي لا بد من رعايتها قبال الطفل المحضون إذ إن الولاية تعني إعطاء الإستحقاق لهما ليتمكنوا من إجراء ما عليهما من التكاليف التي تصب في حماية الطفل من دون أن يعترض عليه شخص آخر ؛ فالمشرع الفرنسي يرى أيضاً أن الحضانة ماهية ذات وجهين هدفها خدمة الطفل لمحافظة على أمواله. (٣٦)

وعرفها بعضهم بعبارة أدق وأوضح على أنها : " ولاية حق لأجراء التكاليف التي تقع على عاتق الوالدين ، لأنها تكليف لخدمة الطفل (٣٧) . وهو موقف إتسم بالواقعية ففيه يتحقق ضمان تنشئة الطفل في محيط قد ألفه الطفل واعتاد عليه ، فالأساس الذي إعتمده المشرع هو مصلحة الصغير والذي يجب على الوالدين اعتماده في تحديد الإختيارات الخاصة بهما .

المبحث الثالث

مدة الحضانة فقهاً وقانوناً

يقع البحث في هذا الفصل في بيان الآراء الفقهية والقانونية في تحديد مدة الحضانة "بدايتها ونهايتها" ونظراً لأن بدايتها تتزامن مع الولادة حيث تكون الإشارة إلى نهايتها فقط وذلك في فرعين :

الأول: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي .

الثاني: مدة الحضانة في القانون.

الفرع الأول

مدة الحضانة في الفقه الإسلامي

إن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا إلى تحديد السن الذي تنتهي عنده مدة الحضانة وقد نقلوا روايات وأحاديث تبين أنهم كانوا يأخذون برأي واختيار الطفل في تحديد إقامته من بين والديه. وهذا يعني أنه وصل إلى السن الذي يميز فيه مصلحته ؛ وإن السن لا يكون معياراً للتحديد الزمني للحضانة وهو أيضاً ما أكد عليه الإمام محمد أبو زهرة وهو من المعنويين بهذا الشأن من أهل السنة مدعياً إن تحديد مدة الحضانة قام به الفقهاء المتأخرون وبدأ من زمان الخصاص إلى سنة ١٩٢٩ " (٣٨) . وفي هذا المبحث سوف نستعرض آراء الفقهاء في المذهبين الشيعي والسني .

(أ) مدة الحضانة في الفقه الشيعي .

المشهور عند فقهاء الإمامية فيما يتعلق بانتهاء مدة الحضانة هو " ..أنهم قالوا إذا فصل الطفل عن الرضاعة فالأم أحق بالأنثى إلى سبع سنين والأب أحق بالذكر بعد فصله من الرضاعة إلى البلوغ وأحق بالأنثى بعد السبع (٣٩) .

ولكن الذي يلاحظ من خلال الفحص الدقيق في هذا الموضوع نرى إن لكبار الفقهاء آراء أخرى منها يمكن التعويل عليها للخروج بالنتيجة المتوخاة لهذا البحث منها ما أشار إليه الشهيد الثاني " .. أنهم عموماً الحكم فيهما " لكل من الذكر والأنثى وقالوا : " وأن الأم أحق بهما إلى سبع سنين (٤٠) .

واختار الشيخ الطوسي القول القائل بأولوية الأم بهما (الذكر والأنثى) حتى بلوغهم سن التمييز وهو ٧-٨ من العمر وادعى عليه الإجماع (.. وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثمان فما فوقها إلى حد البلوغ ، فإن كان ذكراً فالأب أحق ، وإن كان أنثى فالأم أحق بها ما لم تتزوج فإن تزوجت فالأب أحق بها ... دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم .) (٤١)

واختاره المحقق البحراني في مقام الجمع بين الأقوال و قال في تأييده له :

"...ويؤيده ما ورد من الأخبار الدالة على ما ينبغي أن يفعل بالولد في مبدأ نشوئه وتربيته ؛ عن أبي عبد الله (ع) قال: " يربى الصبي سبعاً ويؤدب سبعاً ويستخدم سبعاً ... " بعد ذلك يؤكد على سبب إختياره لهذا القول فيقول : " ... فإنه لا يخفى أن السبع التي هي مدة التربية واللعب إنما يكون عند الأم لأنها هي المربية له ... " (٤٢) .

وللفقهاء المعاصرين آراء أخرى حيث نجد فيها أنهم حاولوا الأخذ بما يتناسب ومصلحة الطفل، منهم:

-السيد الخوني (ره) يعتقد " ... أن الأم أحق بحضانة الولد إن شاعت إلى السنتين وإن كان أنثى والأولى جعله في حضانة الأم إلى سبع سنين . (٤٣)

-بينما الأستاذ مغنية يذهب إلى الأبعد من ذلك فيقول : " .. أن الأم أحق بهما إلى السنتين بعدها يختار القاضي من بين والدين الطفل من يجده الأنسب لحضانة الطفل . (٤٤)

وقد أشار الشهيد الثاني إلى إن مدة الحضانة تنتهي عندما يبلغ الصغير سن الرشد " .. وتنتهي الحضانة عن المحضون ذكراً كان أو أنثى إذا بلغ سن الرشد وله بعدها أن يختار في الإنضمام إلى من يشاء من بين أبويه أو أي شخص آخر غيرهما ؛ وعلل ذلك بأنه " إذا بلغ الولد سن الرشد سقطت الحضانة عنه لأنها ولاية ، والبالغ الرشيد لا ولاية عليه لأحد سواءاً ذلك الذكر والأنثى ، البكر والثيب ، لكن يستحب له أن لا يفارق أمه خصوصاً الأنثى إلى أن تتزوج (٤٥) .

وعن الجواهر أيضاً " .. وكان الخيار إليه في الإنضمام إلى من شاء منهما أو من غيرهما " . (٤٦) .

(ب) مدة الحضانة في الفقه السني

يعتقد أغلب الفقهاء ان سن السابعة من العمر هو السن الذي تنتهي عنده الحضانة ولم يذكروا الأقل من ذلك . وهناك آراء أخرى تختلف عما عليه المشهور عندهم وقد ذكرها الإمام أبو زهرة على نحو التفصيل نشير إلى بعضها بإيجاز :

_ففي المذهب الحنفي: " إن حضانة الأم للولد تمتد حتى يبلغ سن السابعة لأنها أقل سن للتمييز والبنات حتى سن المراهقة لأنها إذا بلغت هذا المبلغ احتاجت إلى الحفظ والصيانة والرجال أقدر على ذلك من النساء ؛ ونحا الشافعية منحى الحنفية في جعلهم سن التمييز نهاية لمدة حضانة الأم للطفل " وهو السابعة من العمر " بعدها يخيير بين أبويه . (٤٧)

ثم يرى " .. إن مدة حضانة الأم للصبي تستمر حتى البلوغ والبنات حتى زواجه . (٤٨)

_ وفي المذهب الحنبلي " أن الأم أحق بحضانة الطفل إلى أن يبلغ السابعة بعدها إن وقع النزاع بين الأبوين فيخيير الطفل بينهما . (٤٩)

وفيما يتعلق بحق الاختيار فإن الثابت عند أغلب الفقهاء إن البنات إذا بلغت مبلغ النساء يبقى حق ضمها لأبيها أو لأحد أقاربها المحرم إلى أن تتزوج وإن الولد يصبح أحق بنفسه بعد أن يبلغ السن الذي يستغني فيه عن الحضانة ويكون مختياراً للإنضمام إلى أبيه أو أمه . (٥٠)

وكما نلاحظ فإن فقهاءنا قد أولوا الطفل الرعاية الكاملة التي من خلالها يمكن أن تتوحد وجهات النظر شرعاً وقانوناً حتى يعيش الطفل وفق متطلبات طبيعته وطبيعته والديه وينعم بما خلق له الله من النعم الإلهية

الفرع الثاني

مدة الحضانة في القانون العراقي والمدني الفرنسي

لم يفرق المشرع العراقي بين الذكر والأنثى في تحديد مدة الحضانة كما لم يفرق بينهما إذا كانت الحاضنة الأم أو غيرها ، فالنص جاء مطلقاً والمطلق يسري على إطلاقه ، وهذا ما تضمنته الفقرتين ١ و ٤ من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية؛ وأنه حين جعل مدة الحضانة ١٠ سنوات قائماً قيد ذلك بعدم تضرر الصغير بوجوده عند حاضنته خلال هذه المدة وبعبكسه يمكن نزع حضانتها ف ١ وف ٤ من المادة ٥٧ حيث نصت على أن " الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك "؛ والفقرة ٤ تنص على أن " للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم

العاشرة من العمر وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكمال الخامسة عشر إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية إن مصلحة الصغير تقتضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته .

فالمشرع العراقي أعطى المحكمة سلطة معينة واسعة في هذا الشأن فتأذن بتحديد فترة حضانة الصغير عندما تقتضي مصلحته ذلك وحتى إكماله ١٥ عاماً مستندة في ذلك إلى تقارير اللجان الطبية حسب م/ ٥٧ ف٤ أحوال شخصية .

فمرض وضعف المحضون أو إصابته بالتخلف العقلي أو عدم قدرته على الإستغناء عن حاجته بحيث لا يستطيع تأدية حاجياته الأولية بنفسه ، هذه الظروف مدعاة لتمديد الحضانة .

وقد درج القضاء العراقي على إصدار الكثير من القرارات القضائية بتمديد حضانة الصغير ضماناً لمستقبله وحرصاً على صحته الجسدية والنفسية مستغلاً في ذلك السلطة الواسعة التي هيأت له من خلال المادة ٥٧ من القانون النافذ. (٥١)

أما فيما يتعلق بحق الاختيار فإن الشرع العراقي لم يفرق بين الذكر والأنثى في هذا الشأن حيث نصت ف٥/ م/ ٥٧ على أنه : " إذا أتم المحضون الخامسة عشر من العمر يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار . وهو بذلك وإن خالف رأي البعض لكنه وافق المذهب الأمامي .

وعن دور القضاء العراقي وكيفية إتخاذ المحكمة قرارها بشأن حضانة الطفل يقول القاضي مزاحم عبد القادر إبراهيم في حوار لجريدة المدى (٥٢) :

" إن الخلاف الذي يحصل بين الزوجين بشأن أحقية أي منهما في حضانة الأطفال تفصل به محاكم الأحوال الشخصية من خلال دعوى تقام أمامها من قبل أحد الزوجين ضد الآخر وتتخذ المحكمة قرارها في الدعوى وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية النافذ حالياً إستناداً لأحكام المادة ٥٧ من القانون المذكور ، ومن ضمنها بأن الأمر الجوهرى والأساس الذي يؤخذ بنظر الإعتبار هو " مراعاة مصلحة المحضون " وأن الأم من حيث المبدأ هي الأحق في حضانة الولد وتربيته طالما كانت محتفظة بالشروط العامة التي يجب توفرها في الحاضنة المنصوص عليها في الفقرة " ٢ " من المادة (٥٧) ... حتى وإن كانت الأم مطلقة من والد الصغير وتزوجت برجل آخر فإن حضانتها لا تسقط ، حيث تراعي المحكمة مصلحة الصغير في ذلك إلا أن من حق الأب الإشراف على شؤون الصغير وتربيته وتعليمه أثناء وجوده عند حاضنته حتى بلوغه العاشرة من العمر ، وللمحكمة صلاحية تمديد بقاء الصغير عند حاضنته حتى إكمال الخامسة عشر ؛ وفي حالة إتمام الصغير سن الخامسة عشر من العمر فإنه من حقه اختيار الإقامة مع من يشاء من والديه أو أحد أقاربه إلى حين إكماله الثامنة عشر من العمر والمحكمة تقرر ذلك إذا أنست منه الرشد في اختياره المذكور وفقاً لنص الفقرة (٥) من المادة (٥٧) المذكورة .

وفي القانون المدني الفرنسي وبموجب المادة ٣٧٢ " يبقى الطفل تحت ولاية أبويه حتى سن البلوغ أو يخرج من قيموميتهما"

فالحضانة في النظام الحقوقي الفرنسي كما هو عليه القانون العراقي جعلت مصلحة الطفل المحور الأساسي الذي يعتمد في تحديد مسؤولية الوالدين في تصدي هذه المهمة ، فلو اقتضت الضرورة ولأسباب عدم الأهلية فقد أجاز القانون للوالدين الرجوع إلى الحلول المعتمدة في الإعراض أو التنازل عنه وفق شروط خاصة ذكرها بشكل مفصل . (٥٣) .

لكن يجب الإشارة إلى أن القانون الفرنسي بالإضافة إلى ما ذكر من مواد حرص ولباصر على أن يتولى الوالدين أمر حضانة الطفل، بينما يقوم ومن خلال أنظمتهم القضائية والإدارية الإشراف عليهما . وقد نصت المادة ٣٨٨ مدني " لايسطيع الزوجين أن يمتنعا عن القيام بأمر الحضانة وكذلك لا يجوز لهما الإمتناع عن إدارة أمواله والقيمومة عليها ، حتى يمكن للأب أن يسترجع حقه في حضانة الطفل حتى ولو باشر حضانة الطفل شخص ثالث . ولو

توفي أحد الوالدين وحضانة الطفل كانت ضمن مسؤوليته ، فالحضانة تنتقل إلى الآخر ولا تستطيع المحكمة أن تقوم بتعيين شخص ثالث لذلك مادام أحد الوالدين موجود على قيد الحياة (٥٤) .

بقي أن نلتفت إلى أحد المسائل التي يجب التأكيد على ملاحظتها في حضانة الطفل وهي من الأمور التي لم يتطرق إليها القانون " مسألة البديل عن الوالدين في الحضانة " لأن البديل لا يمكن أن يعوض عن صفات الأب الحقيقي أو الأم الحقيقية لأي سبب كان ويبقى ارتباط الأبناء بوالديهم الحقيقيين أقوى وأصلب مهما كان البديل يتمتع بخصال جيدة وممتازة وأسلوب رائع في التعامل مع هؤلاء البدائل ؛ وقد ذكرت أحد الباحثات الاجتماعيات بخصوص هذه المسألة في أحد اللقاءات: "...بل إن هؤلاء البدائل قد يكونون عاملاً نفسياً كبيراً يؤثر في تكوين شخصية الطفل نفسياً واجتماعياً ويجعله يحس بالنقص ؛ لذا على الآباء التفكير في حل مشاكلهما بدل التفكير في الطلاق وتعويض أبنائهم من خطر المرض النفسي أو الانحراف. (٥٥) .

والملاحظ أن النصوص الفقهية والقانونية تلتقي جميعها عندما تؤكد على ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار بـ < مصلحة الصغير > في تحديد الاختيارات ، حتى يصبح الطفل مستقلاً بعد سن الثامنة عشر حيث يخيّر بين أمه وأبيه. ولنا أن نقول إننا ومن منطلق " رفع العسر والحرج يمكن أن نجعل رعاية مصلحة الصغير هي الهدف الخاص من الحضانة في تحديد الأولوية من بين أبويه حتى بلوغه سن التمييز عندها له أن يختار. وذلك بالإعتماد على رأى بعض الفقهاء لاستجلاء نظام قانوني وفقهي متكامل لحضانة الطفل عندما نعتبرها على أنها ولاية لضمان الحفاظ على شخص الطفل وماله في نفس الوقت من خلال إستحداث ما يلزم من القواعد وإكمال ما يشكوه النظام الحالي من نقائص وسد ما به من ثغرات ، كما هو عليه القانون الفرنسي ورأي بعض كبار الفقهاء

الخاتمة

وأخيراً وبعد هذا الإستعراض لقوانين وأحكام حضانة الطفل نذكر فيما يلي بعض النتائج والتوصيات وهي :

(أ) - النتائج

١- إن القانون العراقي قد جانب الصواب رغم مخالفته للرأي الفقهي الراجح لدى المشهور منهم .

٢- أن الحضانة في أغلب القوانين الوضعية هي تكليف يكلف به الوالدين رعاية مصلحة الطفل الصغير عندما تصبح الحياة الزوجية مهددة بالفراق ، ولا يجوز لمن له ذلك الأمتناع عنها أو التنازل عنها أو جعلها أحد شروط العقد . لكنها في الفقه الإسلامي قد أخذت بعدة أشكال فمنهم من يعتقد على إنها تكليف وآخر يعتقد أنها حقاً وتكليفاً في آن واحد . وقد اعتمد المشرع الفرنسي هذا الرأي أيضاً .

٣- عندما يضع المشرع قوانين الأسرة وخاصة فيما يتعلق بتنظيم روابط الآباء والأبناء لتحقيق المصلحة الاجتماعية ويكلف الوالدين بحضانة الطفل فسيمنحهم بإزاءه حقوقاً ، للقيام بها ، لأن الحقوق عبارة عن إختيارات تمكنهما من امتثال تلك التكاليف حتى لا يتعرض لهما شخص ثالث مما يجعلهما يتحملان ما ينجم عن هذه التكاليف .

٤- إن القوانين الوضعية رغم كثرتها لكنها لم تستطع أن تحقق السعادة المنشودة للطفل والأم بحيث تمكنه من خوض سبل الحياة المختلفة ، لأن حياة الطفل وكيفية إرتباطه مع والديه تتطلب أمور كثيرة دقيقة لطيفة تتلاءم ومعنى الطفولة وهذا هو السبب في إخفاقها في وضع الحلول المناسبة والسليمة لأنها أمور يجب على أفراد المجتمع أن يدركونها ثم ينجزونها بحب واشتياق فالحضانة لا تستقيم بالأحكام القضائية ، إلا في حالات خاصة من عدم استقامة الوالدين أخلاقياً أو لعدم إدراكهم لمسؤولياتهم بالنحو الصحيح عندها لابد للقضاء من إتخاذ الإجراءات اللازمة لحلها لأجل مصلحة الطفل نفسه . لذا لا يمكن للقوانين والأنظمة الحقوقية أن تعيها وتحددها لأنها غير قادرة على تصورها فكيف لها أن تنظر إليها وتأخذها بنظر الاعتبار .

التوصيات

ومن التوصيات التي يمكن لنا أن نشير إلى بعضها :

١- قد بلغ الفقه الإسلامي في مسائل الحضانة إلى مستوى بحيث يرى أن الطفل لابد أن ينمو ويتربى في ظل عواطف الأب والأم وأن ترعى مصالحه ويتربى بهذا البعد ، فالإسلام بهذا

العمل لا يريد أن يكون فيها داراً للأيتام لأنه أراد من المسلمين أن يحتضنوا أيتامهم ويربوهم كما يربوا أولادهم وينظرون إليهم نظرة أبوية ، وهو ما لا يصار إليه إلا من خلال العمل بالشرعية وما فيها من حلول لمعاناة الطفولة والأمومة السبابة وذلك قبل أربعة عشر قرناً.

٢- أصبح من الضروريات المؤكدة أن تتوحد الأحكام المنظمة للولاية على الطفل وأولوية الأم في ذلك عبر جمع شتاتها وتبويبها في تنظيم قانوني متكامل يضمن الحماية المنشودة للطفل .

٣- إن رعاية مصلحة الصغير وأولوية الأم في حضانة صغيرها هي النقطة المشتركة التي اتفق عليها لنا أن نأخذها ومن منطلق رفع العسر والحرج ونخرج آخذين بصيغة شاملة تصب في مصلحته شرعاً وقانوناً خاصة وأن واقع الأمر في الحضانة يقتضي ذلك .

٤- وعموماً ما يحسب للمشرع سعيه الدؤوب إلى تفعيل دور الأم بما فيه ضمان لمصلحة المحضون لأن المشرع عندما يقرر الحجر على القاصر ويمنعه من التصرف في ماله كلياً أو نسبياً بحسب درجة تمييزه ، يجب عليه أن يسمي ولي يكلف بتمثيل القاصر المحجور عليه قانوناً وإدارة مصالحه المالية حتى يضيفي حركية على ذمته المالية ، وتباعاً يصبح للأم جميع السلطات التي كانت للأب على مال أبنائها القصر

الهوامش

(١) ابن منظور ، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المصري ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، ط ١ ، ١٩٩٧ ، ج ٢ ، ص ١٠٥)

(٢) لسان العرب - نفس المصدر السابق

(٣) المجلسي ، محمد باقر ، بحار الأنوار ، مؤسسة الوفاء ، بيروت ١٩٨٣ ، ج ١٥ ، ص ١٢٥ ، و ج ٢٢ ، ص ٢٦٣ .

(٤) نفس المصدر السابق ، ج ٩٢ ، ص ٢٤٨ .

(٥) السيد ابن طاووس ، علي بن موسى ، إقبال الأعمال ، مؤسسة أهل البيت ١٤٠٨ هـ ، ج ٢ ، ص ٧٥

(٦) مرواريد ، علي أصغر ، سلسلة الينابيع الفقهية ، مؤسسة فقه الشيعة ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ج ٣٨ ص ١١٩ - ١٢٥ ، السابق ص ٣٩٠ - ٣٩٥)

(٧) سورة البقرة / ٢٣٣ ،

(٨) العلامة الطباطبائي محمد حسين ، تفسير الميزان ، منشورات جامعة المدرسين ، قم ، ١٣٦٣ هـ ، ج ١ ، ص ٢٤١)

(٩) الشهيد الثاني ، الروضة البهية ، ج ٢ دفتر تبليغات إسلامي ، قم ، ط ١٠ ، ١٣٧٦ هـ ش ، ص ٣٦٨ "

(١٠) النجفي ، جواهر الكلام ج ٣٠ ص ٣٤٨ ١٤١٨ هـ

(١١) الشيخ يوسف البحريني ، الحدائق الناضرة ، مؤسسة النشر الإسلامية ، قم / ٢٥ ص ٨٣ .

(١٢) ابن منظور ، مصدر سبق ذكره ، ج ١٥ ، ص ٤٠٧)

(١٣) الجبوري ، صالح حسن ، الولاية على النفس ، لبنان ، ١٩٧٦ ، ص ٣١ .

(١٤) محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٥٧ ، ص ١٤٦ - ١٥٠)

(١٥) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ط ٤ ، ١٤١٨ هـ ق ، ج ٧ ، ص ٧٢٩ .

(١٦) أبو بكر الكنشاوي، سهل المدارك شرح إرشاد المسالك ، ج ٢ ، دار الفكر ، ص ٢٠٥)

(١٧) - planiol, 1957, g.1/N.299

(١٨) الدكتور عبد السلام العبادي ، نظرية الحق بين الشريعة والقانون، رسالة التقريب

العدد ٢ ، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

(١٩) السيد عبد الأعلى الموسوي ، مذهب الأحكام ، مؤسسة المنار، قم ، ط٤ ، ١٧٤١٧ ق ،

ج ٢٥ ، ص ٢٨٠) - الإمام الخميني ، الاستفتاءات، ج ٢ ، ص ١١٣ (

(٢٠) وهبة الزحيلي ، مصدر سبق ذكره، ص ٧١٨).

(٢١) السيد عبد الأعلى الموسوي ، مصدر سبق ذكره (

(٢٢) المصدر السابق ، ٢٧٦ (

(٢٣) عبد الكريم زيدان ، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام ، جامعة بغداد، ط٢

، ١٩٧٦ ، ص ٤٥٠ (

(٢٤) توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية، الدار الجامعية، بيروت، ص ٣٦٨

(٢٥) يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ، ط ١٣ ، نشر المكتب الإسلامي ، ص

٢٢١ .

(٢٦) - السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل، دار الهادي ، بيروت، ط١، ١٤١٢ هـ ق ،

ج ٢ ، ص ١٦٢).

(٢٧) الشهيد الثاني، الروضة البهية، مصدر سبق ذكره ، ج ٥ ، ص ٤٦٤ (

(٢٨) السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين ، ط ٢٨ ، قم ، نشر مهر ، ١٤١٠ ق ، ج ٢ ،

ص ٢٨٦ (

(٢٩) قرار محكمة التمييز المرقم ١١٢٦ / شخصية / ٢٠٠٠ .

(٣٠) قرار محكمة التمييز المرقم ١٧١ / في ٢٧ / ٢ / ١٩٩٥ مشار إليه في المختار من

قضاء محكمة التمييز / قسم الأحوال الشخصية - إعداد إبراهيم المشاهدي / مطبعة الزمان

١٩٩٩ .

(٣١) د. أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج ١ ، الدار

الجامعية للطباعة والنشر والترجمة / فرع البصرة ، ص ٢١٤ (

(٣٢) قرار ٤٢٩ / شخصية / ٩٧٩ المؤرخ ٨ / ٥ / ٩٧٩ العدد ٢ / السنة ١٩٧٩ . في

مجموعة الأحكام العرفية.

(٣٣) قرار مجلس التمييز الشرعي المرقم ١٣٤ المؤرخ ٦ / ٣ / ١٩٦٠ - والقرار رقم ٨٥١

المؤرخ ١٨ / ١ / ١٩٦٩ .

(٣٤) - (planio et ripert, 1957, n . 334

- Del zutorit e pzrentzle (٣٥)

(٣٦) - (Mazeaud, 1967. N. 1195, P. 1197;

) Planiol, 1957, N. 463

(٣٧) - ibid, N.1197, P .1147 ; Ibid)

- (٣٨) محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية دار الفكر العربي ، ص ٤٥٨-٤٠٦ ()
- (٣٩) الروضة البهية ، ج ٥ ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٥٨ () - جواهر الكلام ج ٣١ ، ص ٢٩٠ ()
- (٤٠) الروضة البهية ، ج ٥ ، مصدر سبق ذكره - ص ٤٥٩ ()
- (٤١) الشيخ الطوسي ، الخلاف ، مؤسسة النشر الإسلامية ، قم ، ط ٥ ، ١٤١٧ ، ج ٥ ، ص ١٣١ - ١٣٢ ، المسألة ٣٦ ()
- (٤٢) الحدائق الناضرة ، ج ٢٥ ، مصدر سبق ذكره ، ص ٨٩ - ٩٠ ()
- (٤٣) الخوئي ، أبو القاسم ، منهاج الصالحين ، ج ٢ ، مطبعة مهر ، قم ، ص ٣٩١ ، المسألة ١٣٨٩ ()
- (٤٤) مغنية ، محمد جواد ، فقه الإمام الصادق ، ج ٥ ، ص ٣١٤ - ٣١٥ ()
- (٤٥) الروضة البهية ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٦٣ ()
- (٤٦) جواهر الكلام ، مصدر سبق ذكره ، ص ٣٠١ ()
- (٤٧) محمد أبو زهرة ، مصدر سبق ذكره ، ص ٤٨٤ ()
- (٤٨) نفس المصدر السابق ()
- (٤٩) زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ، ج ١٠ ، ص ٧٢ ()
- (٥٠) علاء الدين خروقة ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ج ٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ص ٢٣٩ ()
- (٥١) قرار رقم ١٠٦٥ (شخصية) ١٩٧٥ بتاريخ ٢٣ / ٧ / ١٩٧٥ ، الأحكام العدلية / العدد الثالث ، السنة السادسة ١٩٧٥ ، ص ٨٧ - ٨٩ ()
- (٥٢) المدى ، العدد ١٠٢٠ ، الإثنين / آب / ٢٠٠٧ ، ص ٧ ، حضانة الأطفال مشكلة يصنعها الزوجان ويدفع فاتورتها الأبناء ()
- (٥٣) - (Mazeaud, 1967, g.2, p. 1136) ()
- (٤٥) المصدر السابق ()
- (٥٥) نادية الدوسكي في حوار لجريدة المدى ، العدد ١٠٢٠ ، مصدر سبق ذكره ()