التكييف القانوني للحضانة

م.د.عباس علي سلمان *

الملخص

تعد الحضانة من أهم القضايا الأساسية التي تبنى عليها المصلحة العليا للأسرة، إذ ترتبط بها حقوق عدة، كحق الشرع، وحق الدين والمجتمع، وتؤدي الحضانة دوراً مهما مباشراً للطفل، إذ تشكل محورا جوهرياً اساسياً في بناء العلاقة الزوجية في الاسرة قبل الفرقة وبعده؛ ومن اجل هذا الدور المهم حرصت التشريعات الوضعية والسماوية المختلفة على حماية هذه المصلحة العليا قانونياً وقضائياً وشرعياً وظهرت تفسيرات عدة في اعطاء الوصف القانوني الصحيح لهذا الموضوع ونتيجة البحث تبين لنا بأن الحضانة انما هي واجب قانوني يتألف من عناصر ثلاثة تشكل هيكلاً قانونياً مهماً في فهم التكيف القانوني للحضانة وهي: (الواجب القانوني، الحق، الالتزام).

الكلمات المفتاحية : حضانة- طفل -واجب - حق -اسرة -زواج

Legal adaptation of the nursery

Abbas Ali Salman

Abstract

Nursery is one of the most important basic issues on which the higher interest of the family is built، several rights are linked to it، such as the right of Sharia and the right of religion and society. The nursery plays an important direct role for the child، which constitutes an essential core axis in building the marital relationship in the family before and after the separation; For this important role، the various divine and man-made legislations were keen to protect this supreme interest legally، judicially، and legally، and several interpretations appeared in giving the correct legal description of this subject، custody، which are: (legal duty، right، obligation)

Keywards:nuesery -child-obligation- right -family-marriage

* College of Law - Al-Bayan University

*كلية القانون- جامعة البيان.

مقدمة:

ربما يثير مفهوم الحق في الحضانة نزاعاً ما بين أطراف العلاقة العائلية متمثلة بالزوج أو الزوجة أو الاقرباء، ومن أجل فهم الوصف الذي تأخذه الحضانة في كونها محلا للنزاع، رتب الفقه القانوني عليها تكييفاً خاصاً بوصفها التزاماً مستقلاً، او انها أحد آثار الزواج أو الطلاق؛ ومن اجل فهم هذا التكييف القانوني واحكامه ظهرت اتجاهات في وصف وفهم الحضانة واحكامها.

مشكلة وأهمية البحث

اختلفت آراء فقهاء القانون في إعطاء الوصف القانوني للحضانة هل هي واجباً مستقلا، ام حقا مستقلا، ام التزاماً قانونيا؟ وهل الحضانة خليطا مشتركا من الحق والواجب والالتزام؟ ونظرا لما يترتب على اعطاء الوصف احكاماً تتلاءم وطبيعة الوصف ارتأينا سبر غور البحث بالآراء الفقهية، وتبنينا رأيا مبتكرا واتجاهاً حديثا مستندين في ذلك على الادلة القانونية والآراء الفقهية.

منهجية وخطة البحث

سنتخذ من المنهج الوصفي التحليلي طريقا لفهم التكييف القانوني للحضانة مستندين على النصوص القانونية المقارنة في القانون العراقي والمصري والفرنسي، ونتعرض الى تقسيم البحث على مبحثين، نستعرض في المبحث الاول الوصف القانوني للحضانة، في حين نتعرض في المبحث الثاني الى خصائص وحكم الحضانة كواجب قانوني في التشريع المقارن.

المبحث الاول

الوصف القانوني للحضانة

تذهب أغلب قوانين الدول الى ان الحضانة هو حق يعطى لمن يستحق هذا الحق على وفق المصلحة المشروعة التي اولاها المشرع حماية ورعاية لهذا الحق، في حين ذهب فقهاء القانون في اعطاء الوصف القانوني للحضانة بكونه حقا للأم او الأب او انها حق للمحضون، وظهرت اتجاهات وآراء في وصف الحضانة هل هي أثر من اثار الزواج، او الطلاق، او النسب، او انها واجب قانوني؟ ومن اجل استعراض هذه الآراء واختيار الانسب منها نستعرضها بالآتي:

الفرع الاول

الحضانة أثر من اثار الزواج

يرى بعض فقهاء القانون الخاص كباتيفول (Henr Batiffol)، ونايبوي (Niboyet) أن الوصف القانوني الصحيح للحضانة ما هو إلا أثر من آثار الزواج على اعتبار أن المولود المقصود بالحضانة ناتج عن العلاقة بين الرجل والمرأة بغض النظر عن كون الولادة ناتجة عن علاقة شرعية ام طبيعية، وعلى أثر هذا الاعتبار فإن الحضانة تخضع لأحكام عقد الزواج، ونالت هذه الاطروحة والفكرة الكثير من الانتقادات، من أهمّها أنّ الحضانة وما يترتب عليها من اثر لا تظهر خصومتها إلى الوجود الخارجي إلا بعد ظهور النزاع بين الزوجين فهي بهذا الاشكال الواضح لا تُعَدُّ من آثاره() .

من وجهة نظرنا يمكن ايجاز النقد الموجه لهذه النظرية بالآتي:

1. السبب الرئيس في كون الحضانة لا تُعَدُّ من آثار عقد الزواج؛ لأن عقد الزواج سيرتب اثاراً مهمة بالنسبة للزوجين، واستظهار هذه الاثار واستقراءها منطقيا في عقد الزواج وتمثلها بالعدة، والنفقة، والمهر، وغيرها، ولا يمكن جعل الحضانة ضمن

هذه الآثار؛ لسببين مهمين اولهما: من المحتمل ان لا يكون ناتج العلاقة الزوجية اي مولود، ولو تنزلنا عن هذا السبب حكما فان السبب الثاني قد يظهر الى حيز الوجود وهو: ان حضانة الأولاد تكون في مرحلة الزواج تحت كنف الابوين معاً، او أحدهما مثلما إذا كان هناك مانع لاحتضان الصغير عند الأبوين معاً كسفر أحدهما أو انشغاله او ما شابه من اوضاع تجعل الحضانة قهرية تحت رعاية احدهما من دون ان تكون خصومة بين اطراف العلاقة الزوجية.

2. غالبا ما تظهر مشكلات الحضانة إلى الوجود بالخصومة، أي في مرحلة ما بعد العقد سواء حدث الطلاق أم لم يحدث.

الفرع الثاني

الحضانة أثر من اثار الطلاق

على خلاف الرأي المذكور آنفا، ذهبَ رأيٌ فقهي آخر إلى ان التكييف الصحيح للحضانة أنها أثر من آثار رفع قيد الزواج(الطلاق)، إذ مع وجود الحياة الزوجية الطبيعية والهادئة لا تثار اي مشكلة للحضانة، إذ حينها يكون الأولاد تحت رعاية مشتركة لكلا الأبوين، وما أن تظهر الخصومة بين أطراف العلاقة الزوجية؛ تظهر مشكلة النزاع في أي منهما أحق بالحضانة؛ وعلى اثر هذا الرأي قالوا: إنها أثر من آثار انتهاء عقد الزواج، ونرى ان هذا الرأي فيه من الخلل الواضح ().

ويمكننا توجيه ملحوظات على هذا الرأي تتلخص بالآتي:

1. إن الطلاق ما هو إلا رفع قيد الزواج بين الرجل والمرأة، والحضانة لا تُعَدُّ من اثار رفع هذا القيد، إذ أن رفع هذا القيد تظهر فيه آثاراً اخرى كالعدة، والحقوق المالية وليس منها الحضانة، ولا يقال إن حضانة الطفل تنتج في مرحلة ما بعد الطلاق، وعند خصومة الاطراف، وهي بذلك تُعَدُّ من آثاره فنقول:

ربما الخصومة في الحضانة تظهر في حال قيام الزوجية، وأدلُ ما نورده من دليل هو ما سار عليه المشرّع العراقي في المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل بقولها: «الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك».

وواضح من النص الوارد آنفاً جاء على مقتضيات قيام الخصومة في حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق، وهذا ما يدل على أن الحضانة ليست من آثار الطلاق.

2. زيادة على ما ذكر من ان الحضانة يمكن ان تثار في مرحلة الزواج، أو الطلاق، قد يظهر التنازع فيها في حالة وفاة أحد الابوين أو كليهما مثلاً، وحينها تظهر هذه المشكلة من قبل الأقارب، أو تظهر في حالة عدم وجود حاضن قريب، ويتراوح حل كل حالة مما ذكر آنفا في إيداع المحضون ما بين الأم، أو الأب، أو القريب، أو قد يودع المحضون في دور الدولة بناءً على قرار من المحكمة المختصة.

الفرع الثالث

الحضانة أثر من اثار النسب

يرى اتجاه آخر أن الحضانة من آثار النسب؛ وعليه من يثبت إليه نسب المحضون أن يتولاه وتصبح الحضانة حقاً خاصاً به، وفيه من الاشكال الواضح نوجزه بالآتي:

ان النسب للأب من الضروريات الثابتة فقهاً وشرعاً وقانوناً من دون الام، ويتعلق بهذا النسب اثاراً مهمة وجملة من متعلقات النسب مثلما الميراث، والجنسية وغيرها، ولا يمكن الصاق النسب قانونيا او شرعيا في الحضانة؛ لأن في الغالب ما يكون النزاع في الحضانة بين الام والاب او من بعض الاقارب في مَنْ هو أحق بالحضانة؟ والنتيجة في النسب استبعاد الأم الا إذا كان الولد من سفاح مثلاً؛ فعندها لا تكون هناك خصومة وتسقط دعوى الحضانة من رأس، وكذلك القول في من ليس له نسب في الطفل المحضون لعدم انتساب الولد عنهما[0].

ومن اجل ما ذكر آنفا بان عدم صحة هذا الرأي؛ لأن النسب متعلق بشرعية الأولاد وانتماءهم للفراش من عدمه، وما يترتب عليه من أثر الجنسية وتنازع القوانين، ولا خصوصية ولا علاقة للرعاية والتربية والتصرف الخاص بمال المحضون في ذلك.

الفرع الرابع

(الحضانة واجب قانوني)

في ضوء ما تقدم نرى أن الآراء التي ذكرت تكون برمتها بعيدة عن اعطاء الوصف القانوني للحضانة، ونرى ان الحضانة ما هي ألا واجب قانوني حرصت التشريعات على أهمية هذا الواجب المتضمن على عناصر عدة يمثل بمجموعها المصلحة الفضلى للطفل، ولذا التفتت التشريعات للخطورة الكبيرة التي تمس مصلحة المجتمع عبر هذا الطفل من خلال الواجب القانوني الملقى على الحاضن.

ومن اجل فهم معنى الواجب القانوني؛ علينا ان نسبر غوره في فهم معناه واعطاءه حقا موضوعيا على النحو الاتي:

نعني بالواجب القانوني هو أوسع نطاقاً ومفهوماً من مفهوم الالتزام الاصطلاحي في القانون المدني، والنسبة المنطقية ما بين الواجب القانوني والالتزام، إنما هي نسبة عموم وخصوص مطلق ومعنى ذلك: إن كل التزام هو واجب قانوني وليس كل واجب قانوني هو التزام، ومواطن الفرق بين المفهومين يمكن ايجازها عبر الاتي:

1. **من حيث أطراف العلاقة:**

فإن الالتزام قد ينشئ بين أطراف متقابلة كالعقد مثلا، او من طرف واحد كما في الالتزام المرتبط بالإرادة المنفردة، وبمعنى آخر: ان الالتزام في القانون المدني محدود الاطراف في حين تكون أطراف الواجب غير محددة مثلما الواجب على الغير احترام الالتزام التعاقدي بين طرفي علاقة ما، أو قد لا يكون هناك تقابل بين اطرافه مثلما احترام السائق أو المواطن لإشارات المرور، أو الالتزام بالخدمة الالزامية.

2. من حيث المحل:

يختلف محل الالتزام في مصطلح القانون المدني أذ الغالب في محل الالتزام يكون اداءً مالياً، او ربما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويمكن تقويم هذا الالتزام بالنقود كتعويض من جراء عدم التنفيذ، أما الواجب القانوني فقد يكون التزاماً حقيقيا مثلما المعنى السابق، أو يمكن ان يكون التزاماً حكمياً لاسيما اذا كان ذو طابع غير مالي او يشتركان معاً حقيقة وحكما، وعندها لا يعد التزاما حقيقيا، مثلما اداء الخدمة الالزامية، أو تربية الاولاد وتعليمهم، أو في المحافظة على أموال الصغير والمجنون ومن بحكمهما، او في القيام بالتصرفات القانونية نيابة عنهما في حال كان هذا الواجب عائداً بالنفع المحض كتسلّم الهدايا والهبات وقبول الوصية وغيرها، فالالتزام بهذا المعنى هو رابطة بين دائن ومدين حيث يقوم بمقتضاها المدين بنقل حق، أو الامتناع عن عمل، أو القيام بعمل.

في حين يكون الواجب القانوني متضمناً واجباً اخلاقيا والتزاماً بمعناه الحقيقي، فهو قد ينشئ رابطة قانونية ذات التزام مدني ام لا، مثلما الحال في اداء الخدمة الالزامية، أو قيام شخص ما بتكفين ودفن شخصاً متوفيا لا أهل له، او ما يقوم به اصحاب المهن القانونية بما يكون عليهم من واجبات يخضعون لها، بموجب القوانين التي تفرض إحترام مهنهم مثلما الواجب الملقى على المحامي والمحاسب. 0

3. من حيث المصدر

تنشأ رابطة الالتزام من مصادر متعددة مثلما الالتزام بالعقد، والإرادة المنفردة، أو الفعل النافع، او الفعل الضار، القانون، بينما يكون مصدر الواجب على الاغلب قانوني وربما يكون عرفياً أو شرعياً، ويختلف الواجب عن الالتزام القانوني على وفق هذا المعنى بشرط خاص وهو إذا كان المخاطبون به واجب عليهم القيام بعمل او الامتناع عنه، ويظهر هذا الخطاب بكل فروع القانون الخاص، او العام، او العرف، او الشرع على خلاف الالتزام 0.

واما واجب الحضانة فأنه يتضمن مسؤولية الحفاظ على إنسان ضعيف أحوج ما يكون للعناية والرعاية في الاطوار الأولى من حياته جسدياً وعقلياً وماليا؛ وعلى هذا الاساس اخذت التشريعات القانونية تفرد له احكاماً وابواباً خاصة به في نصوصها القانونية.

ومما تقدم نرى أن الرأي الراجح هو أن الحضانة ما هي الا واجب قانوني، وليست التزاماً مستقلاً، وما يؤيد قوة هذا الرأي اهتمام التشريعات السماوية او الوضعية في تحديد مضمون هذا الواجب على وفق مصلحة الطفل العليا، وفي اسناد مسؤولية هذا الواجب على من تولى رعايته والاهتمام به، بيد أن هناك تدرجاً في اسناد هذا الواجب سواء أكان الواقع عليه الواجب مختاراً أم مجبراً.

ويظهر مما سبق ذكره آنفاً، أن الحضانة واجب مستقل، يترتب على من يقع عليه الواجب وفق التدرج التنظيمي القانوني للحاضن ومدى ملاءمته للمحضون تحمل اعباء هذا الواجب.

ورعاية للمصلحة الفضلى للمحضون ذهبت التشريعات المختلفة الإسلامية أو الوضعية إلى جعل الأم هي أولى برعاية المحضون لما يكتنف حضانتها من رعاية خاصة بحكم الامومة والعطف والشفقة، واما في حالة عجزها لإدارة هذا الواجب تنتقل الحضانة تلقائيا للاب بحكم القانون، وإذا تعذر اناطة تحمل الواجب الملقى عليهما، ولم يكن في وسعهما حضانة المحضون ينتقل هذا الواجب إلى شخص آخر مختاراً من قبل المحكمة.

المبحث الثاني

خصائص وحكم الحضانة كواجب قانوني في التشريع المقارن

ان ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في كونها واجباً قانونياً يعتمد على الأشخاص المقربين للطفل، من حيث الرحمة والعاطفة والشفقة، ورعايته، والحرص على تربيته وتأديبه؛ بغية تحقيق مصلحة المحضون الفضلى.

وترتب القوانين المدنية المختلفة أثرا في المسؤولية الملقاة على الحاضن اساسها القانوني التبعية بين المحضون والحاضن؛ وتفترض مسؤولية الحاضن افتراضاً قابلة لإثبات العكس عن جميع الافعال غير المشروعة التي يقوم بها المحضون ؛ ولأن الواجبات التي تكون على الحاضن لا تقتصر على الرعاية والتربية فحسب وهي ليست مزايا وحقوق للحاضن أو المحضون، وإنما هي مزيج مركب من الواجبات والالتزامات والحقوق، إذ يلتزم الحاضن في تربية الطفل وتعليمه وإرشاده؛ وبما أن الحضانة مزيجاً مركباً منها يمكن تلخيص هذا الواجب القانوني بالأمور الاتية:

1. التربية واجبٌ اخلاقيٌ واجتماعيٌ.

2. الالتزام برقابته ومنع قيامه بإلحاق الضرر والأذى بالغير يعد التزاماً قانونياً، يقتضي بموجبه أساسا قانونياً في مسؤولية التابع عن متبوعة، ومن ثم يظهر أثر هذه المسؤولية بالتعويض على وفق المسؤولية المدنية().

3. وأما كون الحضانة حقاً، فغني عن البيان فيه ولا يحتاج إلى توضيح، وأقل ما يقال عنه بأنه مصلحة مشروعة يحميها القانون().

ويتضح مما سبق ذكره آنفاً أن الحضانة متقومه بالتزامات وعدة واجبات؛ ومن اجل هذا قلنا إن التكييف القانوني للحضانة ما هي الا واجب قانوني مستقل؛ مما ادى على وفق هذا التكييف اعتناء التشريعات المقارنة بوضع الواجبات والالتزامات المحددة للحضانة ضمن الاطر العامة للنظام العام في كل دولة وبما يتناسب والمصلحة العليا للمحضون، ومن اجل التطرق لخصائص هذا الواجب القانوني واحكامه نقسم المطلب على النحو الاتي:

الفرع الاول

خصائص الحضانة كونها واجب قانوني

من خصائص الحضانة ارتباطها من حيث الغاية بالنظام العام، وأما من حيث المبدأ فلا يكن لها ارتباط بالنظام العام، إذ إنها ترتبط لإصحاب العلاقة بحكم القانون او بالاتفاق فيما بينهم لحاضن معين، والاتفاق مبدئياً بشأن حضانة الصغير جائزة شرعاً وقانوناً.

أما من حيث الغاية فتظهر صفة تعلقها بالنظام العام ويجب حينئذ أن تكون الحضانة في المصلحة الفضلى المحضون، والمعيار في صلاحيتها وارتباطها بالنظام العام ان تكون متطابقة وتوجهات المجتمع وطريقة التعامل مع الطفل، وعلى الاغلب يجري عمل المحاكم على حضانة الطفل ومبدأ عدم التنافي مع النظام العام، ويجب تنفيذ الحضانة على وفق تلك المقتضيات، ولا يجوز بأي حال من الأحوال التنازل عنها بمن يكون له حق الحضانة عن حضانته ؛ بحكم ان التنازل يكون فيه ضياع لحق الصغير، وإهداراً لشخصيته، ومن اجل استقرار النظام العام العائلي يستوجب أن تكون حضانة الطفل عند شخص يتولى عنايته ورعايته حتى يبلغ سن الرشد().

ويتجلى ما ذكرناه آنفا في التشريعات المقارنة بلا خلاف، إذ يحرص القانون الفرنسي في القانون المدني على ادراج الاحكام المتعددة التي تصب في مصلحة المحضون وتجسد النصوص الواردة فيه حيزاً كبيرا تجسد فيه الواجب القانوني للحضانة، إذ أفرد المشرّع الفرنسي في القانون المدني فصلاً تاماً «الفصل التاسع» جعله خاصاً بالسلطة الابوية للمحضون، وزع فيه المهام الخاصة بالحضانة للزوجين أو احدهما في حالة فقد أحدهما أو كليهما توزيعاً يتناسب ومصلحة للطفل العليا، وأولى المشرّع الفرنسي اهتماما كبيرا بالجانبين التربوي والمالي للطفل المحضون بنحو لافت، حتى وصل الحد إلى هدر الحضانة وسحبها إذا اقتضى الأمر في حالة التقصير في تربيته والعناية به.

وبسبب ان الحضانة احكامها تتعلق بالحالة الشخصية فإنها تخضع لجميع مقتضيات النظام العام الذي لا يجوز مخالفته بأي حال من الاحوال، إذ يشير القانون المدني الفرنسي في نص المادة (1-371) منه إلى المصلحة الفضلى للطفل في التربية والتعليم، وهذه المصلحة تكرس الواجبات والحقوق اللصيقة بالطفل حتى يبلغ السن القانونية للرشد، ويكون حق الحضانة منوطاً فيها بين الوالدين، إذ جاء في تعريف الحضانة القول: «هي مجموعة من الحقوق والواجبات تهدف إلى تحقيق المصالح الفضلى للطفل، وتكون من حق الوالدين حتى سن الرشد لحمايته في أمنه، وصحته، وأخلاقه، وضمان تعليمه والسماح بنموه، مع الاحترام الواجب لشخصه»[0].

وهذا التعريف يتلاءم على ما ذكرناه من التكييف القانوني للحضانة من أنها واجب قانوني تَكَّفلَ المشرّع بتنظيم موضوعه واحكامه.

الفرع الثاني

احكام الحضانة في كونها واجباً قانونياً

نظراً لأهمية الحضانة ورعاية الطفل في القانون الفرنسي فإن القواعد الآمرة التي عالجها القانون المذكور آنفا التي تخص الحضانة ترتبط ارتباطاً بالنظام العام الفرنسي؛ مما حدا بالمشرّع الفرنسي إلى اتخاذ احكام تصل لحد الجناية المرتكبة بحق الحاضن في حال سوء معاملته أو التقصير في تعليمه وتربيته، ومن حق أي شخص تحريك دعوى سحب الحضانة تجاه الابوين، أو أحدهما، حتى ولو أساء أحد الحاضنين معاملة نفسه بشرب الخمر بإفراط مثلاً أو قيامه بأفعال تخدش بالحياء أمام الطفل، ويظهر ذلك واضحا بموجب نص المادة (1-378)، التي جاء فيها القول: «يمكن سحب الحضانة بتمامها، وبغض النظر عن أي إدانة جنائية للأب أو الأم اذا قاما بفعل مؤداه سوء المعاملة عبر الاستهلاك المعتاد والمفرط للمشروبات الكحولية، أو استخدام العقاقير المخدرة، أو السلوك السيّئ السمعة، أو السلوك الإجرامي، لاسيما عندما يشهد الطفل ضغوطًا أو عنفًا جسديًا أو نفسياً يمارسه أحد الوالدين على الطفل، أو على شخص آخر، أو بسبب نقص الرعاية، أو حالة عدم وجود رعاية صحيحة تهدد بوضوح بسلامة أو صحة وأخلاق الطفل، ويتم رفع دعوى السحب الكامل للحضانة أمام المحكمة الكبرى، ويتم ذلك أما من قبل المدعي العام، وأما من قبل أحد أفراد الأسرة أو معلم الطفل، أو بواسطة خدمة المساعدة في الإدارات الاجتماعية (مدرسة الحضانة) التي أوكل إليها الطفل»[0].

ولا يمنع التشريع الفرنسي في قانونه المدني مزاولة السلطة الأبوية للأبوين معاً في حالة انفصال الزوجين بالطلاق مثلا او الانفصال الجسدي وإبقاء حضانة الطفل معهما معا، رعايةً منه لمصلحة الطفل التي اعطاها المشرّع الفرنسي له، فضرورة المحافظة على العلاقة الشخصية التي تربط الطفل بأبويه مهمة جدا حتى بعد الانفصال، إذ جاء معنى هذا القول على وفق المادة (2-373) من القانون المدني الفرنسي [0].

أما المشرّع المصري فإن قوانينه لم تكن بمنأى عن الاهتمام بالطفل ومصلحته العليا، إذ ذهب قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (100) لسنة (1985) إلى أن الحضانة تكون واجبة على النساء من دون الرجال؛ وذلك لاعتبارات تصب في مصلحة المحضون التي اولاها المشرّع المصري[0]، إذ جاء في المادة (20) من قانون الاحوال الشخصية المعدل بالرقم (100) لسنة 1985 القول: «ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب».

والحضانة بحسب منظور المادة المذكورة آنفا إنما هي حق وضع لمصلحة المحضون العليا، التي يجب فيها رعاية الصغير في تربيته، والنظر في شؤونه؛ الى ان يتمكن من الاستقلال بنفسه في اتخاذ التصرفات، والحق المذكور لمصلحة المحضون قائم حال قيام الزوجية للأبوين معاً، وفي حال الافتراق فإن المشرع المصري في قانون الاحوال الشخصية، ألزم الحضانة للنساء من دون الرجال؛ لما في النساء من الشفقة والرحمة والرأفة، وترتيب الحاضنات في القانون المذكور آنفا بحسب قرب المحضون من النساء، الا في حالة فَقْدِ الحاضنات القريبات عندها يكون هناك دوراً للرجال من العصبات المحيطة بالطفل بحسب القرب من المحضون، إذ جاء في قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985 المعدل القول: «ويثبت الحق في الحضانة للام ثم للمحارم من النساء، مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي : الام، فأم الام وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لام، فالأخوات لاب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لام، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لاب، فبنت الاخ بالترتيب المذكور، فخالات الام بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الام بالترتيب المذكور، فعمات الاب بالترتيب المذكور، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء او لم يكن منهن أهل للحضانة او انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق في الحضانة الى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الاخوة، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة الى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لام، ثم الاخ لام، ثم ابن الاخ لام، ثم العم ثم الخال ثم الشقيق، فالخال لاب فالخال لام» [0].

أما فيما يخص المشرّع العراقي فان ترتيب من هو احق بالحضانة فان المشرع العراقي جعله للأم اولا ثم من بعدها يأتي دور الاب في هذا الحق، واما فيما يخص من هو صاحب الحق في الحضانة الام ام المحضون فانه راعى الحقين معاً، فجعل اولهما حق الام، والثاني حق المحضون، وهذا التفسير يذهب اليه معظم فقهاء القانون العراقي، وتبعهم في ذلك القضاء، مسترشدين في ذلك من الفقرة (1) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل التي ذكر فيها الحقين معا بحسب التفسير المشار اليه بقولها: «الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك»، إذ فهم من هذا النص المذكور آنفا أموراً عدة نذكر اهمها على النحو الآتي:

1. فيما يتعلق بحق الصغير والأم معاً، فان الحضانة لهما معا، وعلى أثر هذا الحق تجبر الأم على حضانته إن لم يوجد غير الام في حضانة الطفل، حتى وان اسقطت حقها فيه وهذا الاجبار يثبت ان ليس لها الحق في الحضانة، بل هو واجب عليها ارضيت به ام لم ترض في حال عدم وجود من يعتني بالطفل والا ينتقل هذا الواجب المتعلق بالنظام العام من حيث الغاية الى غيرها.

وبناءً على ما ذكر اعلاه ذهبت محكمة التمييز العراقية في قرار لها في ذات الموضوع بالقول: «الحاضنة الأم لا تجبر على حضانة ولدها شرعاً إلا إذا تعينت لها، فإن وجدت حاضنه غير أمه من المحارم تقوم بحضانته فلا تتعين أمه لحضانته ولا تجبر عليها، إما إذا لم يوجد حاضنه من محارمه أو وجدت فامتنعت، فتعين امه المدعى عليها بحضانته وتلزم بها»[0].

ويمكن ادراج ملاحظة مهمة على ما ذكر من القرار للمحكمة المذكورة آنفا بالقول: انه غير معلوم الآلية التي تجبر بها

الأم في حال عدم وجود الحاضنة، وكيف يعلم رفض الام حضانة طفلها باختيارها، إذ سكت القانون والقضاء عن بيان الالية في فهم جبر الام او التوصل الى رفضها وقبولها لحضانة المحضون.

2. الرأي الاخر ان حق المحضون أقوى واولى من حق الابوين والاقارب، ويمكن الاستدلال عمليا عن ذلك عبر قرار محكمة التمييز العراقية، إذ ذهبت المحكمة المذكورة إلى هذا المعنى في قرارها بالقول: «يترتب على المحكمة في دعاوى الحضانة مراعاة مصلحة الصغار قبل مصلحة المتداعين طالبي الحضانة»().

وبحسب تصورنا في كون هذا الحق لمن؟ فإن الحضانة انما هي واجب قانوني يتألف من عناصر ثلاثة كما ذكرنا انفا من انها واجب، وحق، والتزام، فإن الحق الذي منح يكون للأم بحكم الرعاية الخاصة للمحضون وهذه الغاية التي من اجلها شرع هذا الواجب على وفق غاية محددة وهي: مصلحة المحضون؛ وهذا يتلاءم مع تعريف الحق في القانون المدني الذي عرف بانه:» قدرة لشخص من الاشخاص على أن يقوم بعمل معين يمنحها القانون، ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها»()؛ ولهذا فإن القانون العراقي في نص المادة 57 أحوال شخصية العراقي(188) لسنة(1959) المعدل صرح بأنه في حال لحق الضرر بالمحضون جراء اي مخالفة للحاضنة فإن مصلحة المحضون تقدم على كل مصلحة رعايةً له؛ ومن اجل ذلك فإن المشرّع العراقي أعطى الحق في الحضانة على وفق مصلحة المحضون مرتين فيه تأكيداً من المشرع لهذا الارتباط الخطر بحسب نظر المشرّع بتوفير الحماية الخاصة للصغير، إذ جعل المشرّع مصلحة الصغير مصلحةً فضلى لا يعلو فوقها مصلحة وجعلها ترتبط بالنظام العام الاسري؛ ومن اجل كل ما ذكر كان حقاً على المشرّع أن يولي أهمية كبيرة لمثل هذه المصلحة عبر الأحكام الخاصة والمتعددة بالصغير وحضانته().

ونوجز مما ذكر آنفا أن الحضانة لها من الاهمية البالغة في التشريعات المقارنة، إذ اعطت أهميةً كبيرة للحضانة وأحكامها، وجعلت من مصلحة الطفل محوراً أساسياً مرتبطا ارتباطا عظيماً بالنظام العام عبر القواعد الامرة التي لا يجوز في اي حال من الاحوال مخالفتها لمساسها بالمصالح والقيم العليا للمجتمع، وعلى أثر ذلك لم يكن لإلقاء مهمة القيام برعاية هذه المصلحة التي تشكل المحور الأساس للأسرة عبر مصلحة المحضون.

والأحكام التي أولتها التشريعات المقارنة كما رأينا من خلال البحث تكاد تكون تجمع على هذه المصلحة؛ إذ رتبت جملة كبيرة من الأحكام والجزاءات بحيث تحد من تصرفات الحاضن في سبيل المحافظة على المصلحة العليا للمحضون؛ بل وصل الحال في التشريعات ايجاد حالة الرقابة الدائمة في حال وجود المخالفات، واولت للمحاكم، وكل من له مصلحة في المحضون إلى إثارة الدعوى الخاصة بها، وكذلك إبطال التصرفات المخالفة لمصلحة الطفل المحضون.

النتائج والتوصيات

من نافلة القول ان نختم بالنتائج والتوصيات لهذا المبحث المهم وعلى النحو الاتي:

اولا: النتائج

1. تعد مصلحة المحضون من الموضوعات المتعلقة بالنظام العام، لذا ذهبت كافة التشريعات الوضعية والسماوية رعاية هذه المصلحة، وبحسب القوانين لكل دولة، والمشرع العراقي لم يكن بمنأى من رعاية هذه المصلحة فقد خصص احكاماً تتعلق بالمصلحة الفضلى للمحضون ابتداءً من ولادته الى ان يبلغ سن الرشد.

2. لا يمكن القول بأن الحضانة انما هي حق منفرد او التزام مستقل، بل هي واجب قانوني مؤلف من ثلاثة عناصر بمجموعها تمثل المصلحة العليا للمحضون، وهذه العناصر هي الحق، والواجب، والالتزام.

3. والحق في الحضانة يتمثل بحقين اولهما حق المحضون وهو الاولى بالرعاية، وحق الام المتمثل بالأمومة والعطف والشفقة على المحضون، وحق الام إذ يشكل قلبها الحاضن الاكثر ارتباطا بالطفل، اما الواجب يمكن تمثيله بالرعاية والتربية والتعليم، واما كون الحضانة التزاما يتمثل بالمسؤولية القانونية التي تقع على الحاضن للقيام بالتصرفات النيابية للمحضون، منذ اكتنافه الى حين خروج الحضانة من يد الحاضن على وفق الطرق القانونية.

ثانيا: التوصيات

تعديل المادة 57 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل بما يتناسب مع مضمون الواجب القانوني الواقع على الحاضن رعاية للمحضون في تقديم مصلحته الفضلى ويمكن اقتراح النص الاتي بدلا من بداية نص المادة المذكورة انفا وذلك بالقول» الحضانة واجب قانوني على الحاضن يراعى فيها مصلحة المحضون على من هو اقدر بالرعاية لحين اكماله سن الرشد، والام اولى بالحضانة بعدها يولى الاب حضانته في حالة فقد الام اهليتها للحضانة او موتها، وفي حالة وفاة الابوين معا يوكل امر الحضانة لمن يكون اولى برعاية المصلحة العليا للمحضون، فان لم يوجد تختار المحكمة حاضناً له من اقرباءه او ممن يتحمل هذا الواجب القانوني».

الهوامش

1. Henri BATIFFOL, Traité élémentaire de droit international privé, Paris 3ème édition, 1959 p. 520 and J.P. NIBOYET, Cours de droit international privé français, Paris, 2ème édition , 1949,p. 563.

2. Mohand ISSAD, Droit international privé, Tome 1, les règles de conflits, O.P.U, 1986, p533.

3. د. بدر الدين شوقي، من أحكام الصغير من القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثاني، 1979، ص 61، وكذلك د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلة حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص: 35.

4. د، عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982، ص:42

5. ينظر : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980، ص:7، وكذلك ينظر د. فريد فتيان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1957، ص:23، وكذلك ينظر د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1969، ص 24-23، وينظر كذلك د. اكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء الى الوساطة لحل بديل للنزاعات المدنية والتجارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2018، ص 182 الى ص: 185.

6. د. حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الاولى، الجزء الرابع، دار وائل، الاردن، 2006، ص: 126.

7. د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط (3)، القاهرة، 1966م، ص13 .

8. د. محمد الحبيب الشريف، مصدر سابق، ص: 285.

9. Article 371-1 "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".

10. Article 378-1 " Peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des

comportements délictueux, notamment lorsque l'enfant est témoin de pressions ou de violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

Peuvent pareillement se voir retirer totalement l'autorité parentale, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article375-1 .

L'action en retrait total de l'autorité parentale est portée devant le tribunal de grande instance, soit par le ministère public, soit par un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant, soit par le service départemental de l'aide sociale à l'enfance auquel l'enfant est confié."

11. Article 373-2: "La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

12. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent."

13. د. رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة الوفاء القانونية مصر،2012، ص: 107-104.

41. ينظر نص المادة 20 من قانون الاحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 المعدل والتي نصت على:

15. القرار رقم 1973/35 (شرعية) بتاريخ 4/11/1973، النشرة القضائية تصدر عن وزارة العدل العراقية العدد الرابع، السنة الرابعة، 1973، ص: 176.

16. قرار محكمة التمييز رقم 77 /1977 (هيئة عامة) بتاريخ 7/5/1977، مجموعة الاحكام العدلية تصدر من وزارة العدل العراقية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1977، ص63.

17. د. عبد المنعم البدراوي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1966م، ص:450.

18. نصت المادة 57 فق 7 من قانون الاحوال الشخصية على هذه المصلحة بالتصريح في حالة عدم قدرة الحاضنة او وفاتها رعاية للمحضون وذلك بالقول: «7- في حالة فقدان ام الصغير أحد شروط الحضانة او وفاتها تنقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير».

المصادر

اولاً: المصادر القانونية

1. د. اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط(3) ، القاهرة ، 1966م .

2. د. أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء الى الوساطة لحل بديل للنزاعات المدنية والتجارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2018.

3. د. بدر الدين شوقي، من أحكام الصغير من القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثاني، 1979.

4. د. حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، المسؤولية عن فعل الغير، الطبعة الاولى، الجزء الرابع، دار وائل، الاردن، 2006.

5. د. رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة الوفاء القانونية مصر،2012.

6. د. صلاح الدين جمال الدين، مشكلة حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.

7. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري وطه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980.

8. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1969.

9. د. عبد المنعم البدراوي، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1966م.

01. د. فريد فتيان، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1957.

11. د. محمد الحبيب الشريف، النظام العائلي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006.

21. د، عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، 1982.

ثانياً: النشرات والدوريات

1. مجموعة الاحكام العدلية تصدر من وزارة العدل العراقية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 1977، ص63.

2. النشرة القضائية تصدر عن وزارة العدل العراقية العدد الرابع، السنة الرابعة، 1973.

ثالثاً: القوانين

1. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
2. قانون الاحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985 المعدل.
3. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804

رابعاً: المصادر الاجنبية

1- Henri BATIFFOL، Traité élémentaire de droit international privé، Paris 3ème édition1959 ،.

2- J.P. NIBOYET، Cours de droit international privé français، Paris2 ،ème édition 1949 ،

3- Mohand ISSAD، Droit international privé، Tome 1، les règles de conflits، O.P.U1986 ،