سقوط الحضانة وكيفية استردادها

دراسة تحليلية مقارنة

آوات كمال حمدأمين[1]، جواد فقي علي [2]

[2،1] قسم القانون، فاكلتي العلوم الانسانيه والاجتماعيه، جامعة كويه، إقليم كوردستان، العراق

المستخلص

يعد موضوع الحضانة من المواضيع ذات الأهمية، إذ يعتمد عليه البناء الجسمي و التربوي لأهم عنصر خلقه الله، ألا وهو الإنسان، بعد إنتهاء عقد الزواج تعد مسألة الحضانة من أهم الآثار التي تتولد عنه ، فتربية الأطفال و رعايتهم ذات أهمية قصوى، و تحديد من هو أحق بالحضانة و أجدر من بين الأب و الأم مسألة فيها نظر. الحضانة تعني الإهتمام بالطفل و رعايته و المحافظة عليه الى أن يصبح الطفل قادراً على الدفاع عن نفسه و حقوقه و يكون بإمكانه توفير متطلبات الحياة بنفسه. تناولنا في طيات البحث مفهوم الحضانة و طبيعة حق الحضانة في القانون العراقي، و القانون المدني الفرنسي، و قوانين بعض الدول العربية. كما تحدثنا عن أركان الحضانة و شروطها، للوقوف على حقيقتها، حاولنا أن نبين الحالات التي تسقط فيها حق الحاضن في الحضانة، و كذلك الإشارة الى الكيفية التي تساعد في استرداد الحضانة بعد سقوطها، و التميز بين الاسترداد و الإنتقال، و قدمنا بعض المقترحات التي تساعد في تحديد طبيعة حق الحضانة، و تساعد في وضع شروط للحاضن من أجل مراعاة حقوق المحضون، و إقترحنا وضع بعض نصوص إجرائية خاصة بدعوى الحضانة و سير جلساتها و إصدار الحكم فيها و الآثار المترتبة عنه.

مفاتيح الكلمات: الحضانة، الحاضن، المحضون، استرداد الحضانة، سقوط الحضانة.

١. المقدمة :

إن موضوع بحثنا (سقوط الحضانة وكيفية استردادها) يتعلق بفرد ذات أهمية في المجتمع ألا وهو (الطفل)، الذي يأتي الى هذه الحياة وهو لا يقدر على شيء ولا يعلم أي شيء ويعتمد - الإعتماد الكلي - على من حوله من أجل رعايته وتربيته والمحافظة عليه، وإبعاده عن الأخطار التي تحدق به وكل ما قد يؤدي الى أذيته، وهذه المهمة موكولة الى الوالدين، و-لا سيما- الأم التي يحتاج اليها الطفل في السنين الأولى من عمره.

فإذا إفترق الزوجان، تكون مسألة حضانة الطفل مشكلة كبيرة . لذلك تعد دراسة الحضانة ذات أهمية كبيرة فينبغي أن تكون الأمور المتعلقة بالحضانة كلها واضحة لتكون تربية الطفل و رعايته مضمونة و مجدية، عليه فإن المواضيع التي تتعلق بحياة الطفل كلها تكتسب أهميته من ذلك.

١. ١ سبب إختيار الموضوع و الهدف منه:

إن سبب إختيارنا لموضوع البحث ناجم عن كثرة حالات الطلاق والتفريق والتي تؤدي بالنتيجة الى ظهور مشكلة وهي مَنْ مِن الوالدين يتولى حضانة الأطفال؟ وأين تكمن مصلحتهم؟ وكيف يتم تدبير شؤون الحضانة؟ وكيف تترتب مشاهدة المحضون ومن يتكفل بنفقته وتربيته ورعايته؟ هذه المسائل التي تتعلق بالمحضون كلها والتي تكون بالنتيجة سبباً لكسب دعوى الحضانة وسقوطها أو تكون دفعاً من أجل استردادها تكون موضوع دراستنا هذه.

١. ٢ مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في النقاط الآتية :-

1-3-يتعلق موضوع البحث بسقوط الحضانة و استردادها والأسباب المؤدية اليها، و هو بحد ذاته موضوع متشعب، لأن مصلحة المحضون هي الفاصل بين السقوط و الاسترداد، و هي نسبية تتحكم فيها الظروف، و سن الطفل و ظروف عيش الوالدين و إمكانيتها المادية. وكذلك يتحكم فيها الواقع الذي يعيشه الأبوان والطفل.

2-3- مع وجود دراسات قانونية في موضوع البحث، إلا أن معظمها تتحدث عن الحضانة من خلال تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وتحليلها، إلا أن موضوع الحضانة بالذات يحتاج الى ترجمة النصوص للواقع العملي من خلال الإشارة الى الأحكام القضائية

البريد الإلكتروني للمؤلف: awat.kamal@koyauniversity.org

حقوق الطبع والنشر © ٢٠٢٥ آوات كمال حمدأمين، جواد فقي علي. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 40.

مجلة جامعة كويه للعلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد ٨، العدد ٢ (٢٠٢٥)
أُستلم البحث في ٩ آب ٢٠٢٤؛ قُبل في ١٧ تشرين الثاني ٢٠٢٤
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في ١٩ تموز ٢٠٢٥

في دعاوى الحضانة والتي يمكن من خلالها الوقوف على مئآت الحالات المختلفة لسقوط الحضانة و استردادها.

3-3- إن النصوص المتعلقة بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، معظمها نصوص ذات مفاهيم ومصطلحات عامة و – لا سيما – ما يتعلق بأسباب سقوط الحضانة وحالاتها واسترداد الحضانة، والتفاصيل فيها متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، دون تقديم مقاييس تقاس بها تلك الأسباب والحالات والتقديرات، وذلك ما أدّى الى جعل الأحكام القضائية كثيرة ومتناقضة في بعض الحالات.

١. ٣ أسئلة البحث :

إن أسئلة البحث التي سعينا للإجابة عنها تتمثل فيما يأتي:-

ما هي حقيقة الحضانة ؟

ما هي شروط الإحتفاظ بالحضانة ؟

ما هي حالات سقوط الحضانة مع إحتفاظ الحاضن بشروط الحضانة ؟

ما هي حالات سقوط الحضانة بسبب إنتفاء شروط الحضانة في الحاضن ؟

كيف يتم استرداد الحضانة؟

هذه الأسئلة و غيرها يسعى البحث نحو إيجاد الأجوبة لها.

١. ٤ نطاق البحث :

يقتصر نطاق البحث على دراسة النصوص القانونية المتعلقة بسقوط الحضانة و كيفية استرداداها و تحليلها في قانون الأحوال الشخصية العراقي، و قانون تعديل التطبيق الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي في إقليم كوردستان – العراق، و مقارنتها بالنصوص في المفهوم ذاته في القانون المدني الفرنسي و قانون الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية.

١. ٥ الدراسات السابقة :

بالنسبة للدراسات السابقة حول موضوع البحث، من خلال البحث و المتابعة لهذا الموضوع لم نجد أية دراسة أو بحث خاص بموضوع سقوط الحضانة و استردادها، وما وجدناه عن الموضوع محصور في كتب الأحكام العامة المتعلقة بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية، و الكتب و البحوث المكتوبة حولها. ولم نجد سوى بعض المقالات، مثل (متى تسقط الحضانة نهائياً عن الأم و فقاً لقانون الأحوال الشخصية؟) المنشورة على صفحة (اليوم السابع)، و (شروط و مسقطات الحضانة و مشاهدة المحضون في التشريع العراقي) منشورة على صفحة (محاماة نت)، و (متى تسقط حضانة الأم؟) منشورة على صفحة (القانون العراقي للجميع).

١. ٦ منهجية البحث :

اعتمدنا في كتابة البحث على المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال تحليل النصوص المتعلقة بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي والنصوص المتعلقة بموضوع البحث في القانون المدني الفرنسي، وقانون الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية ومقارنتها ببعض للوصول الى أجوبة واقعية لأسئلة البحث.

١. ٧ هيكلية البحث :

لقد اقتضت المادة العلمية للبحث توزيعها على مبحثين: في المبحث الأول نشير الى ماهية الحضانة من خلال تعريفها وبيان حقيقتها و تحديد أركانها و شروطها، أما في المبحث الثاني: فقد تحدثنا عن حالات سقوط الحضانة و كيفية استردادها، و ختمنا البحث بذكر أهم النتائج و التوصيات.

٢. ماهية الحضانة:

في هذا المبحث نبيّن كنه الحضانة وحقيقتها من خلال تعريفها وتحديد أركانها و شروطها؛ لأن في هذا البيان توضيح لكثير من الأسباب التي تؤدي الى سقوط الحضانة وطرق استردادها وذلك كالآتي: -

٢. ١ تعريف الحضانة و بيان حقيقتها

تعريف الحضانة

تعريف الحضانة لغة:

الحضانة لغة مصدر للفعل حضن، يقال حضن الطائر بيضه حضناً، أي ضمه تحت جناحه و الحضانة اسم منه(المقريء،2009:193). و الحضن هو ما دون الإبط إلى الكشح أو الصدر و العضدان وما بينهما، ومن ذلك كانت الحضانة تعني التربية في سن معينة للطفل لا يستقل بشؤون نفسه(كشكول و السعدي،دون سنة طبع:228) ومنه الإحتضان: وهو إحتمال الشيء و جعله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها(إبن منظور، 1956:ج571/2).

تعريف الحضانة اصطلاحاً:

(هي القيام بحفظ من لا يميز، وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه)(النووي،دون سنة طبع:ج9/ 98).كما تم تعريفها بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة. و تعريفات الفقهاء – معظمها - تبين أن المقصود من الحضانة تربية المحضون و تنشئته تنشئة سليمة على العقيدة الاسلامية -إن كان مسلماً – وتربيته على الأخلاق الفاضلة و تربية جسمه و عقله وإصلاح سائر شؤونه مما هو في حاجة اليه من تنظيف و لباس و مأكل ومشرب وغير ذلك(الأسدي، 2021:444).

تعريف الحضانة قانوناً: لم يأت المشرع العراقي بتعريف للحضانة، و قد جاء في نص المادة (1/57) أن : ((الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية. وبعد الفرقة، مالم يتضرر المحضون)) وهذا بيان لطبيعة الحضانة وترتيب الأحقية فيها بين الأب و الأم، ومن وجهة نظرنا لا يعد هذا تعريفاً. إن مفهوم الحضانة في قانون الأحوال الشخصية تعني رعاية الطفل الى سن معينة.(الجابري، 2021: 87)

إن المشرع العراقي بدأ ببيان أولوية المحضون بالرعاية حيث علق حضانة الأم على عدم تضرر المحضون، ومعنى ذلك أن حق المحضون هو الأقوى حتى مع الأم فكيف بغيرها، كما أن تعليق حضانتها على عدم تضرر المحضون فيه دليل على أن الأم أحق بالحضانة إذا تضرر المحضون مع غيرها. إن هذه الفقرة تعد بمثابة المبدأ العام لتحديد صاحب الحق الأقوى جانباً في الحضانة وهو المحضون.(كريم، 2020: 354-355)

هذا ويعرف عبدالقادر إبراهيم علي- قاضي بغداد الأول - الحضانة بأنها: ((إمساك الولد و تهيئته وتعهده والقيام بشؤونه، منذ أول وجوده سواء كان ذلك للأم أم لغيرها ممن يقوم مقامها، وذلك لحين إستغنائه عن ذلك)).(علي، 1984: 98).

أما القانون المدني الفرنسي فقد جاء فيه مايدل على مضمون الحضانة تحت مسمّى: ((ممارسة السلطة الوالدية))، ((والسلطة الوالدية هي مجموعة من الحقوق و الواجبات تستهدف مصلحة الولد. إنها تعود الى الأب و الأم لحين رشد الولد أو حصوله على الإذن، لحمايته في أمنه و صحته و أخلاقه، لتأمين تربيته و تنشئته على الاحترام الواجب لشخصه)) نص المادة 371-1، وجاء في المقطع الثاني من المادة 1-2-373 :((للقاضي أن يعهد بممارسة السلطة الوالدية الى أحد الوالدين، إذا اقتضت مصلحة الولد ذلك ولا يمكن رفض حق الوالد الآخر في الزيارة و الإيواء إلا لأسباب خطيرة)).(القانون المدني

الفرنسي بالعربية، 2009: 473-485-486). إذاً القانون الفرنسي حدد أولاً معنى السلطة الوالدية و مفهومها وبعد ذلك منح السلطة للقاضي بإعهاد ممارسة تلك المهمة الى أحد الوالدين حسب مصلحة الولد. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: ((لتقدير أحقية الطلب الرامي الى نقل السلطة الوالدية الممارسة على الولد من أحد الوالدين الى الآخر، أو الرامي الى جعل هذه السلطة تمارس بالإشتراك بين الأب و الأم، على القاضي أن يأخذ في الإعتبار مصلحة الولد)).(1' 16 كانون الثاني/ يناير1979: د. 85، تعليق لانكيتان)، (وأن يبحث بطريقة ملموسة أين هي في الواقع مصلحة الولد في ضوء ظروف القضية؟)، نقض مدنية 1، 13 تشرين الأول/ اكتوبر 1993.(القانون المدني الفرنسي بالعربية، 2009: 486-487). إذاً محور ممارسة السلطة الوالدية في القانون الفرنسي هو مصلحة الولد (أي المحضون).

أما المشرع الإماراتي فقد عرف الحضانة بأنها: ((حفظ الولد و تربيته و رعايته بما لايتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس)).(المياحي، 2013: 35)، إذاً المشرع الإماراتي رسم معالم الحضانة، وأول ما بدأ بدأ بحفظ الولد، وكلمة الحفظ هنا مدلولاتها كثيرة إذ تشمل المحافظة على سلامة الولد من كل شيء و من النواحي كلها ، من كل مايمكن أن يؤذيه،وهذا أكثر شيء يحتاجه الطفل وهو في سنينه الأولى من عمره، وجاء في النص بعد ذلك - التربية و الرعاية - التي يحتاجها الطفل الى أن يبلغ جسماً و عقلاً . ونحن نرى بأن الحضانة شيء آخر غير التربية و الرعاية، إذ أن المشرع العراقي أورد حق الحضانة للأم في نص المادة (1/57) و قد جمع حق الحضانة و التربية، و وضع بين الحقين حرف الواو العاطفة و الواو تفيد المغايرة أي أن الحضانة شيء و التربية شيء آخر مما يجعل منهما شيئين مختلفين. إذاً يمكننا تعريف الحضانة بأنها: ((بقاء المحضون مع الحاضن بشكل دائمي إذ يباشر رعايته و تربيته، ويبقى المحضون تحت رعايته مادامت مصلحة المحضون تكمن في ذلك، مع احتفاظ الحاضن بشروط الحضانة)).لأننا نرى بأن مصلحة المحضون مأخوذة بالإعتبار و أنها ذات أهمية في مسألة الحضانة، وأن التربية من مسؤوليات الحاضن

حق الحضانة: نقصد بدراسة حق الحضانة الإجابة عمَّا يأتي، هل هي حق مطلق للأم؟ أم هي حق خالص للصغير؟ أم هي حق مشترك بين الاثنين؟ أم هي حق للأب يؤول اليه بعد سن معينة يصل اليه الصغير؟ فبيان أحقية الحضانة برأينا تتحكم في أسباب سقوط الحضانة و استردادها. نحاول الإجابة عن هذه الأسئله فيما يأتي:-

جاء في نص المادة 57 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي 188 لسنة 1959 و تعديلاته: ((الأم أحق بحضانة الولد و تربيته، حال قيام الزوجية. وبعد الفرقة، مالم يتضرر المحضون)) وحول شرح هذه الفقرة يقول د. أحمد الكبيسي: اختلف فقهاء الحنفية فيمن هو صاحب الحق الأصلي في الحضانة. فذهب بعضهم الى أنها حق للصغير على أمه. ويترتب على ذلك أن الأم تجبر على الحضانة، وليس لها الخيار في أن تمتنع عن ذلك. وقال بعضهم هي حق للأم، عليه فهي لاتجبر على حضانته، ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها.إلا أن الرأي الراجح الذي ذهب اليه كثير من المحققين القدامى و المعاصرين هو: أن الحضانة حق للأم و الطفل معاً.(الكبيسي، 1970: ج1/338-339) وغاية الأمر أن حق الصغير أقوى، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه وأنه يجب العمل بما هو أنفع و أصلح للصغير في باب الحضانة.(المياحي، 2013: 55).

جاء في القرار المرقم (3894/شرعية/70)في 1971/3/1 الصادر عن محكمة تمييز العراق : ((عند ورود دفع من قبل الأم الحاضنة بأن المحضون يصيبه ضرر صحي، من تسليمه لغيرها فعلى المحكمة التثبت بواسطة لجنة طبية من عدم لحوق ضرر صحي بالمحضون قبل إصدار حكمها بتسليمه لغير الأم)).(النشرة القضائية، 1971 ،قسم الأحوال الشخصية:75).وجاء في القرار المرقم 561/ شخصية/ 2015 في 2015/10/18 الصادر عن محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق: ((في دعاوى الحضانة ترجّح مصلحة الصغير على مصلحة أطراف الدعوى)).(السليفاني، 2017:374).

وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: ((يراعى في الحضانة مصلحة الصغير، لذا يلزم قبل الحكم بتسليم الصغير لأبيه بناءً على زواج أمه من أجنبي، إدخال جدة الطفل لأم، شخصاً ثالثاً في الدعوى للتثبت من أهليتها للحضانة فإن ثبت ذلك يسلم الطفل لها نظراً لحاجته الى حاضنة من النساء)).(هورامي، 2020: ج51/3). وجاء في قرار تمييزي : ((انَّ مدار الحضانة هو مصلحة الصغير وان تعارضت مع مصلحة الأب)).(هورامي، 2019: ج353/1).

أما في القانون المدني الفرنسي وحسب ماجاء في المادة(371-1) (نص المادة مذكور في موضوع تعريف الحضانة)، كما و جاء في نص المادة (373-2): ((لا تأثير لإنفصال الوالدين على قواعد إسناد السلطة الوالدية. يجب على كل من الأب و الأم أن يحافظ على علاقات شخصية مع الولد و أن يحترم علاقات هذا الأخير مع الوالد الآخر)). إذاً الحضانة في القانون المدني الفرنسي حقوق و واجبات موزعة بين أطراف العلاقة هدفها تحقيق مصلحة الولد وأنها لاتتأثر بإنفصال الوالدين إذ يجب عليهما المحافظة على العمل المشترك من أجل مصلحة الولد و حمايته، ((إن ممارسة السلطة الوالدية بالإشتراك من قبل الوالدين، ولو منفصلين، هي المبدأ، وأن الممارسة الأحادية هي الاستثناء، و تنشأ عن أسباب خطيرة مستمدة من مصلحة الولد و تتعارض مع الممارسة المشتركة للسلطة الوالدية))، قرار لمحكمة النقض الفرنسية 1، 20 شباط/ فبراير2007؛ نش مدنية1، المرقم 63، و عائلة189،2007، مل .FC ، قان عائلة2007، رقم 103، تعليق موراMurat؛مج أفراد 2007-38/6.تعليق مولونMulon.(القانون المدني الفرنسي بالعربية، 2009: 473-485)

إنّ الحضانة في حقيقتها حق مشترك بين المحضون و الحاضن و كذلك الطرف الآخر(سواء كان الأب أو الأم أوأي شخص آخر له حق الحضانة) والذي له حق النظر في شؤون المحضون مع كونه في حضانة غيره، بيد ان حق المحضون ما يؤخذ بنظر الاعتبار، ولابدّ من أن يكون القرار الأخير في مسألة الحضانة حسب ما يناسب مع مصلحة المحضون حتى ولو كان متعارضاً مع مصلحة الآخرين.جاء في القرار المرقم (1851/شخصية/1978 في 1978/10/17) لمحكمة تمييز العراق ما نصه:- ((لايجوز التنازل عن حق الحضانة ولا المفاوضة عليه لكونه من الحقوق الخاصة بالمحضون)).(هورامي، 2019: ج1/ 366))، ويعني ذلك أن الحضانة لا يشملها التنازل و الصلح.

٢. ٢ أركان الحضانة و شروطها

أركان الحضانة

إن أركان الحضانة تتمثل في الحاضن والمحضون، مما نتحدث عنه ادناه: -

الحاضن: من الضروري أن نبين من هو الحاضن؟ و ماهي مسؤولياته؟ ومن له الأولوية في حق الحضانة؟ هذا ما نبينه في الفقرات الآتية:-

الحاضن هو من تؤول اليه حضانة المحضون والإشراف المباشر على تربيته و رعايته، ذكرنا ذلك فيما سبق في المادة (57 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي).

الحضانة مقررة شرعاً و قانوناً للأم، لأنها الأقدر على رعاية الصغير و أشفق و أرفق بطفلها وأصبر على تحمل المشاق في سبيل حضانته من غيرها سواء كانت حال قيام الزوجية أم بعد الفرقة، ورد عن سيدنا رسول الله (ﷺ) أن إمرأة جاءت الى رسول الله فقالت أن ولدي هذا قد كان بطني له وعاء و حجري له حواء و ثديي له سقاء وأن هذا يريد أن ينتزعه مني. فقال لها رسول الله (ﷺ) ((أنتِ أحق به ما لم

تتزوجي))(صحيح ابو داود، رقم الحديث2276،ج2،ص283). والحضانة تقصد بها إشباع عاطفة الأمومة والتي هي من الغرائز الأساسية التي لولاها لما تحملت الأم متاعب الولادة والرضاعة والحضانة؛ ولهذا فإن الحضانة حق خالص للأم. (كشكول و السعدي، دون سنة طبع: 228).

في الولاية على النفس يقدم الأب على غيره لأنه أقوم و أشفق من غيرهم. أما ولاية التربية، فالدور الأول فيها يكون للنساء، وهو مايعرف بالحضانة، وهي للأم ثم للمحارم من النساء.(الأسدي، 2021: 444). إن حق الحضانة للرجال و النساء، على ما هو أنفع للمحضون وأصلح، إلا أن النساء بها أليق لأنهن أبصر وأقوم على حفظ الصغار من الرجال لزيادة شفقتهن و ملازمتهن للبيوت. (الشرنباصي و الشافعي، 2008:585)

جاء في القرار المرقم (4882 / شخصية أولى/ 2004 في 2004/12/27) لمحكمة التمييز الإتحادية: ((----أم الطفل أحق بحضانته من أبيه طالما تتمتع بشروط الحضانة----)). (مايح بدر، 2019: 64). وجاء في القرار المرقم (452/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018 الصادر في 2018/9/3) لمحكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق: ((الأم أحق بحضانة ولدها و تربيته طالما هي أهل لها و تتوفر فيها شروط الحضانة)) كذلك جاء في القرار المرقم (440/هيئة الأحوال الشخصية الصادر في 2018/10/16): ((ليس من مصلحة الصغير الانتقال الى حضانة الأب، إذا ثبت عدم تضرره من البقاء لدى أمه)) .(محمود جاف، 2022: 22).

إذا الأم هي الحاضنة لولدها -لاسيما- في السنوات الأولى من عمره لأن الأطفال بعد الولادة في أمس الحاجة الى حضن الأمهات و حنانهن – لاسيما - في فترة الرضاعة. والنص الذي جاء به المشرع العراقي يؤكد هذه الحقيقة. جاء في القرار المرقم (970/شرعية أولى/1973 في 1973/12/27) لمحكمة تمييز العراق: ((لا يجوز فصل الطفل عن أمه في دور الرضاعة ودفعه لأبيه وإن تزوجت الأم بأجنبي)).(هورامي، 2019: 326).

الخلاصة ان الام أحق بالحضانة.

و من كان مدلياً للصغير من جهة الأم أحقّ ممن كان منتسباً اليه من جهة الأب، فإذا كانت الأم موجودة وهي أهل للحضانة قدمت على غيرها، فإن لم تكن موجودة أو فقدت شرطاً من شروط الحضانة انتقل حق الحضانة الى أمها ثم أم أمها أي أم الأم(جدة) وإن علت.(الأبياني، دون سنة طبع: ج68/2). وبعد أن يبلغ المحضون سناً محدداً في القانون يجوز للأب أو أي قريب من العصبات طلب ضم المحضون إليهم ونقل الحضانة، وكل ذلك حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

مسؤلية الحاضن: إن المسؤولية الرئيسة للحاضن، هي حماية المحضون، و المحافظة عليه، وتربيته والعمل على تنشئته تنشأة سوية و صحية، ولم يأتِ المشرع العراقي بنص يحدد فيه مسؤولية الحاضن تجاه المحضون مع أن هذا الأمر ضروري جداً إذ أن بيان بعض جوانب مسؤولية الحاضن يكون قياساً لتحديد فيما إذا كان مقصراً تجاه المحضون أم لا، ذلك من أجل المحافظة على مصلحة المحضون ، وإسقاط الحضانة عن الحاضن المقصر كما سنأتي على بيان ذلك في المبحث الثاني.

هناك بعض مسؤوليات ملقى على عاتق الحاضن، أشار اليه المشرع العراقي بصورة غير مباشرة عندما نصّ على بعض ما يتمتع به الحاضن كما على الطرف الآخر حقوق، هذا ماتدل عليه صيغة النص و ما نذكره في الفقرات أدناه هي عين المسؤولية :-

1- إرضاع الولد، جاء في نص المادة (55) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: ((على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك)). إن ماجاء في النص هي على صيغة الوجوب (على الأم) وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: ((يبقى الرضيع لدى أمه ولو تزوجت بأجنبي عنه ولا تنتقل حضانته الى أبيه إلا بعد فطامه أو إكماله السنة الثانية من عمره))، القرار المرقم (3012/شخصية/ 1979 في 1980/9/11). (هورامي، 2019: ج1/ 377)

2- حضانة الولد وتربيته،((الأم أحق بحضانة الولد و تربيته،----------). أما التربية فهي حق للمحضون ومسؤولية على عاتق الحاضن. ويجب أن يربّى الولد على مباديء الدين وقيمه - إن كان الطفل مسلماً - ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائز شرعاً، فإن القاضي منح حق الحضانة للأم غير المسلمة، على ان تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل و تمنع المرأة من توجيه الطفل نحو عقيدتها غير الإسلامية.(عمراني، 2016: 14)

3- صيانة المحضون، ((يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته))، (الفقرة 2/ مادة 57). فيجب أن لا يتعرض الطفل لأي إعتداء مادي كالضرب، أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف والشتم، مما يؤدي الى زعزعة انضباط الطفل نفسياً وعاطفياً، كذلك لابد من حماية الطفل من الناحية الخُلُقية، ويكون ذلك بتنشئته على الخلق الحسن، وكذلك يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة. (عمراني، 2016: 14)

4- النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، كل هذا مسؤولية الأب عندما يكون الطفل في حضانة أمه. ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته و تعليمه، --------)) (الفقرة 4/ المادة 57). ولقد تم تعديل هذه الفقرة في إقليم كوردستان بموجب القانون المرقم (6) لسنة 2015 وجاء في نصّ التعديل ((للأب أو الأم الحاضن الاشراف على شؤون المحضون الاجتماعية وتربيته وتعليمه لحين بلوغه الثامنة عشرة من عمره -------)). ونحن نرى بأن التعديل قد غيّر مفهوم الفقرة دلالتها، إن الفقرة في الأصل تتحدث عن فترة كون المحضون في حضانة الأم وأنه خلال تلك الفترة يكون للأب الحق في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، ولكن جاء في التعديل (للأب أو الأم الحاضن) أي في حالة كون الأب حاضناً أو حالة كون الأم حاضنة، والفرق واضح بين النصين.

جاء في القانون المدني الفرنسي في نص المادة (371-1) (النص مذكور ضمن موضوع تعريف الحضانة)، ما ورد هنا هو مسؤولية الوالدين؛ لأنه سبق وأن قلنا أن حق الحضانة في القانون الفرنسي حق مشترك بين الوالدين، حماية للولد في أمنه وحماية صحته وأخلاقه ليتربى الولد وينشأ تربية سليمة وراقية. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسي: ((لبلوغ الأهداف المحددة في المادة 371-1، يتعين على الوالدين أن يحترم أحدهما الآخر وأن يقوم كل منهما بالجهود الضرورية لترجمة مسؤولياتهما بصورة ايجابية في حياة ولدهما، وعلى الأخص في احترام موقع الوالد الآخر والحفاظ على الحوار الضروري بينهما. (باريس، 11 أيلول/ سبتمبر2002؛ أخ 3241. (القانون المدني الفرنسي بالعربية، 2009: 473-474). إلا أنه إذا اقتضت مصلحة الولد منح حق الحضانة لطرف معين فإن القاضي له أن يعهد بممارسة السلطة الوالدية الى أحد الوالدين، نص المادة (373-2-1) من القانون المدني الفرنسي: ((للقاضي أن يعهد بممارسة السلطة الوالدية إلى أحد الوالدين إذا إقتضت مصلحة الولد ذلك)). (القانون المدني الفرنسي بالعربية،2009: 485)

يجب أن تتمتع الحاضنة بالقدرة البدنية، وكذلك القدرة النفسية، فإن كانت غير مؤهلة نفسياً، أو مصابة ببعض الأمراض والعلل النفسية مما تحدّ من قيامها، فإنها لا تكون أهلاً للحضانة. (الأسدي، 2021: 455). إذاً فإن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع قدرة الحاضن على تحمل مسؤولية تربية المحضون والتي هي مسؤولية كبيرة وذات أهمية فتربية المحضون يعني تنشئة جيل جديد يمسك ويكمل ما بدأه آباؤه وأجداده، فهم الذين يمثل فيهم المستقبل.

المحضون: يطلق على الطفل عندما يكون في سن الحضانة وتنطبق عليه أحكام الحضانة المنصوص عليها في القانون. والمحضون محور الحضانة وسببها، ومصلحته مقدمة على مصالح

باقي أطراف الحضانة. ومن واجب المجتمع والدولة رعاية المحضون وحمايته سواء كان في كنف والديه أو أحدهما أو لدى آخر لأنه صغير وغير مدرك لمصلحته، إن مرحلة حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته، إلا أن نهايته قد تختلف من قانون لآخر. (الرجوب، 2019: 33).

جاء في نص الفقرة 4 من المادة 57: ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من عمره. وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشرة، ----------)) إن المشرع العراقي لم ينص، في هذه الفقرة صراحة على مدة حضانة الأم للمحضون بل دلّ عليها ضمناً، إذ جمع بينهما - أي بين مدة الحضانة- وبين المدة التي يحق فيها للأب النظر في شؤون صغيره وتربيته وتعليمه. عليه يمكن استخلاص مدة الحضانة في القانون العراقي من المدة التي ضمّن فيها للأب النظر في شؤون المحضون و تربيته و تعليمه، و تنتهي حضانة الأم بأكمال الصغير العاشرة من عمره.

قسمت هذه المادة مدة الحضانة الى مدتين: أولاهما مدة الحضانة الأصلية وجعلتها تبدأ من اليوم الأول من عمر الصغير وتنتهي بإكماله العاشرة من عمره، وعندئذ تعود الحضانة للأب إن لم تمدد، و الأصل أن تكون الحضانة للأم خلال مدة الحضانة الأصلية وفقاً للمادة (1/57) من قانون الأحوال الشخصية، أما المدة الثانية فهي مدة الحضانة الإضافية والتي تبدأ من اليوم الذي تأذن فيه المحكمة بتمديد حضانة الصغير، وهذه المدة تقع بين اليوم الأول للسنة الحادية عشرة من عمر الطفل واليوم الذي يكمل فيه الصغير الخامسة عشرة من عمره. وتمديد مدة الحضانة مرهون بمصلحة المحضون، وهذه المصلحة تحددها اللجان الطبية و الشعبية. جاء في قرار لمحكمة تميز العراق: ((تمدد حضانة الصغير إذا ثبت بتقريراللجنة الطبية أنه بحالة نفسية سيئة وأنه يتضرر جسمياً و نفسياً إذا إنفصل عن والدته)) القرار المرقم (165/ هيئة عامة ثانية/74 في 1974/12/21).(هورامي، 2019: ج1/340). وحتى بعد إنتهاء مدة تمديد الحضانة من الممكن أن يحكم القاضي بعدم إعادة المحضون الى الأب إذا اقتضت مصلحة الصغير جاء ذلك في قرار لمحكمة تميز العراق ((إذا إنتهت فترة حضانة الصغير وطالب أبوه بضمه، فعلى المحكمة إحالة الصغير الى اللجنة الطبية مرة ثانية للتأكد من عدم تضرره من مفارقة أمه)) القرار المرقم (1147/ شرعية/ 1974 في 1974/12/19). يتبين من أغلب القرارات التمييزية أن اتجاه محكمة التمييز نحو بقاء المحضون في حضانة الأم كلما اقتضت مصلحته ذلك.

وكما أسلفنا فإن المشرع الكوردستاني قد عدّل الفقرة 4 من المادة 57 إذ ألغى فيها مسألة الحضانة الأصلية والتمديد، فقد أصبحت الفقرة (4) وفقاً للتعديل الذي أجري عليها بموجب القانون المرقم (6) لسنة 2015، متكونة من سبع فقرات، وجاء في نص الفقرة (4/ ب): ((للأب أو الأم الحاضن الإشراف على شؤون المحضون الإجتماعية وتربيته وتعليمه لحين بلوغه الثامنة عشرة من العمر، ----------)). إذاً تم هنا تمديد مدة الحضانة فتبدأ بولادة الطفل وتنتهي ببلوغه سن الرشد وليس إكماله ((سن الرشد هو ثماني عشرة سنة كاملة)) نص المادة (106) من القانون المدني العراقي.

أما في الفقرة (5) من المادة المذكورة فإن المشرع العراقي قد نص على أنه وبعد اتمام المحضون الخامسة عشرة من العمر، يمنح حق الاختيار بالإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه الى أن يكمل الثامنة عشرة من العمر، وذلك بشرط أن تأنس المحكمة الرشد من المحضون في اختياره، جاء في الفقرة المذكورة: ((إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه، أو أحد أقاربه لحين إكمال الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار)).

أما في القانون الفرنسي فإن الحضانة (السلطة الوالدية) تبدأ منذ ولادة الولد الى أن يبلغ سن الرشد، نص لمادة (371-1) من القانون المدني الفرنسي. وجاء في نص المادة (414) من القانون نفسه ((ما يحدد سن الرشد بثمانية عشر كاملة))، والحصول على الإذن يكون إما بزواج القاصر أو مأذوناً له من قبل قاضي الوصاية، بناء على طلب الأب والأم أو أحدهما، المادة (413 فقرة 1و2) من القانون المدني الفرنسي. (القانون المدني الفرنسي بالعربية، 2009: 473-531)

ان نهاية سن الحضانة تختلف من قانون لآخر، فلقد جاء في نص المادة (145) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي: ((تنتهي حضانة النساء للغلام بالبلوغ وبالنسبة للأنثى بزواجها ودخول الزوج بها)). (المياحي، 2013: 119). وجاء في نص المادة (20) من قانون الأحوال الشخصية المصري: ((ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة و بلوغ الصغيرة إثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذا السن إبقاء الصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة، إذا تبين أن مصلحتها في ذلك)). إذاً حدد المشرع المصري سن الحضانة العاشرة بالنسبة للولد اثنتي عشرة سنة بالنسبة للفتاة، وأجاز للقاضي الحكم بإبقاء الصغيرة في يد الحاضنة لحين زواجها. أوردنا هذه النصوص لتكون أمثلة على أن إنتهاء سن الحضانة يختلف من قانون لآخر.

٢. ٣ شروط الحضانة

إن الحضانة أمر متعلق بحياة إنسان، والمحضون في أمس الحاجة الى الرعاية والحفظ والحماية والمساندة من قبل المحيطين به و -لاسيما - من قبل الحاضن (سواء كان الأم أو الأب أو غيرهم) ممن لهم حق الإشراف على تربية الولد و رعايته، لذلك يجب أن يتمتع الحاضن بالشروط التي تؤهله لأن يكون حاضناً ليعهد اليه مسؤولية حفظ المحضون وحمايته ورعايته. عليه نشير فيما يأتي الى أهم الشروط الواجب توافرها في الحاضن.

جاء في نص المادة (57/ 2) من قانون الأحوال الشخصية العراقي: ((يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته...))، نستخلص من الفقرة هذه أهم شروط الحاضن والتي تتلخص فيما يأتي: -

1- أن تكون الحاضنة بالغة، والمقصود به البلوغ العقلي والبدني، جاء في نص المادة(3/أ) من قانون رعاية القاصرين العراقي المرقم 78 لسنة 1980: ((... ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية)) هذا بالنسبة لبلوغ سن الرشد، أما بالنسبة للبلوغ الجسماني فإن الولادة دليلٌ على بلوغ المرأة.

2- أن تكون عاقلة فلا حضانة لمجنون أو معتوه، والدليل على هذا الشرط أن كلاً من الصغير و المجنون و المعتوه في حاجة الى من يحضنه، ويقوم بشؤونه فمن باب أولى أن لايحضن غيره.(الشرنباصي و سالم الشافعي، 2008: 590)، و((تنتقل حضانة الطفل الى أبيه إذا كانت أمه مصابة بالصرع))، وهذا هو نص القرار المرقم(814/ شخصية/1979 في 4/7/ 1979) الصادر عن محكمة تميز العراق.(هورامي، 2019: ج1-368)إلا أنه هناك ملاحظة ذات أهمية حول هذا الموضوع وهي: فإذا كان العقل من شروط الحضانة فكيف يكون الأمر إذا كانت الأم مثلاً مريضة عقلياً، وقد تزوجت بإذن القاضي وكان الزوج عالماً بهذا وقبل بهذا الزواج قبولاً صريحاً، كما جاء في نص المادة(2/7) من قانون الاحوال الشخصية العراقي: ((للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير على أن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً))، عدل المشرع الكوردستاني هذه الفقرة بموجب المادة الرابعة من القانون المرقم(15) لسنة 2008 إذ زاد فيه (بتقرير من لجنة طبية مختصة) و زاد أيضاً في مسألة قبول الزوج الآخر(قبولاً صريحاً كتابة في عقد الزواج) أي يتم توثيق موافقة الزوج الآخر توثيقاً رسمياً ضمن عقد الزواج.

والسؤال ذات الأهمية التي يطرح نفسه هنا هو: هل المرض العقلي في هذا النوع من الزواج يكون مانعاً من حق الحضانة؟ وبالتالي يسقط حق الزوجة المريضة في الحضانة

وانتقال الحق الى الزوج الآخر بعد انفصال الزوجين؟ لم نجد إجابة على هذا السؤال فيما إعتمدنا عليه من مصادر قانونية أو قضائية. ولأن المشرع أجاز زواج المريض عقلياً، فإنه من الممكن حصول الفرقة بينهما، فالفرقة أمر طبيعي بين العقلاء فكيف بالمريض العقلي، ونحن نرى أن حضانة الأم المريضة مرضاً عقلياً لطفلها تكون مرهونة بمصلحة الطفل وعدم تضرره من بقائه مع أمه وكذلك حالة الأم و درجة مرضها، و مدى تأثيرها على شخصيتها و سلوكها.ولايجوز للأب أخذ الطفل من الأم بحجة مرضها العقلي وهو أصلاً تزوجها و عالم بمرضها و موافق عليه، فالزواج أساساً مبنيٌ على شرط موافقة الزوج وعدم إضرار هذا الزواج بالمجتمع و أنه في مصلحة المريض نفسه ، إن هذه المسألة جديرة بالتوفيق عندها بأن يتوازن الأمور من أجل مصلحة الطفل و مراعاة مشاعر الأمومة لدى الأم المريضة.

وشرط العقل مشار اليه بطريقة غير مباشرة في القانون المدني الفرنسي، إذ جاء في نص المادة (373): ((يحرم الأب أو الأم من ممارسة السلطة الوالدية في حالة عدم القدرة على التعبير عن الإرادة لسبب عدم الأهلية أو الغيبة أو أي سبب آخر)).(القانون المدني الفرنسي بالعربية،2009: 484). وعدم الأهلية يعود عادة الى المرض العقلي وبسببه يتم حرمان الأب أو الأم من السلطة الوالدية (الحضانة).

أن يكون أميناً، أي يجب أن يكون الحاضن حسن الخلق قويم السلوك ليكون قادراً على تربية المحضون و صيانته و تعليمه و حفظه من الضياع.(العنبكي، 2021: 360). جاء في قرار لمحكمة تميز إقليم كوردستان- العراق: ((إن معاقبة الحاضنة وفق المادة(386) من قانون العقوبات لتناولها المسكرات تجعل منها فاقدة لشروط الحضانة و غير أمينة على تربية و تعليم الولد)). القرار رقم (246/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2019 في 2019/4/21).(محمود جاف، 2022: 49)، إن الأطفال يتأثرون كثيراً بتصرفات الوالدين و سلوكها فيخطون على خطاهم و – لاسيما -الأم ، لذلك يجب أن تتحلى بالصفات الجميلة و الأخلاق العالية لتستطيع تربية أولادها و تنشئتهم تنشئة سويّة تزرع فيهم القيم و الأخلاق الفاضلة، جاء في قرار لمحكمة تميز إقليم كوردستان: ((وجود حكم جزائي سابق و مكتسب درجة البتات بحق الزوجة - ولا سيما- قيامها بأفعال منافية للأخلاق يكون سبباً للحكم بإسقاط حضانتها للأطفال)) القرار المرقم (177/هيئة الأحوال الشخصية/2017 في 2017/3/27)،وعدّ القرار المرقم (483/هيئة الأحوال الشخصية/2017 في 2017/8/8) محكمة تميز كوردستان: إن إدانة الأم بالخيانة الزوجية أو تعاطي المخدرات بقرار قطعي في المحكمة المختصة كاف لإعتبارها فاقدة لشروط الحضانة وأنها غير محتفظة بها.(رشيد،71:2018-80)

أن تكون قادرة على تربية المحضون وصيانته، وصيانته يستلزم أن لاتكون مصابة بمرض يمنعها من القيام بشؤون الصغير، وبأن لا تكون كبيرة في السن بحيث تعجز عن القيام بشؤون المحضون، أو كانت تحترف عملاً يستغرق أكثر وقتها دون أن يكون لها من ينوب عنها في رعاية الصغير، وكذلك لاتكون الحاضنة قادرة على تحمل عبء الحضانة إذا كانت تقضي أكثر وقتها خارج البيت وتترك الطفل لدى الجيران أو تتركهم في الشارع لحين عودتها. (كريم،2020:357). وهكذا يكون الأطفال عرضة للمخاطر وكذلك لاكتسابها السلوك السيء والتعرض الى ما يهدد صحتهم و أمنهم و خلقهم.

يجب أن لا تكون الحاضنة مصابة بمرض من الأمراض المعدية، وأن لاتقيم بالصغير في بيت من يبغضونه و يضمرون له الكراهية، وأن لا تكون مرتدة. إلا أنَّ محكمة تميز العراق أخذ برأي الشافعية و الحنابلة ممن يرون أن من شروط الحضانة أن تكون الحاضنة مسلمة إذا كان المحضون مسلماً، ((إذا كان دين الحاضنة يختلف عن دين المحضون، فتكون غير أمينة على دينه وتفقد بذلك أحد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية المعدل)) القرار رقم (635/هيئة عامة/1979 في 1980/2/16). (هورامي، 2019: ج1/ 372)

أما إذا كان القائم بالحضانة رجلاً فإنه وفضلاً على الشروط السابقة يجب أن يتوفر في الحاضن الشروط الآتية :-

1- أن يتحد دينه مع دين المحضون

2- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى.

3- أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أوخالة أو عمة. (كريم، 2020: 358). جاء في قرار لمحكمة تميز العراق يحمل رقم(1687/شرعية/1974 في 1975/1/20): ((إن مصلحة الصغير أولى بالرعاية من مصلحة الولي، فإذا كان يتضرر من ضمه لجده بسبب عدم وجود أحد من النساء لدى الجد لرعايته، فلا يحكم بضمه لجده)).(هورامي، 2019: 347)

جاء في نص المادة(155) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المرقم (82) لسنة 2001 : ((يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع الولد عندها لإنشغالها عنه، قادرة على تربيته و صيانته وأن لا تكون مرتدة و لا متزوجة بغير محرم للصغير و أن لا تمسكه في بيت مبغضيه)). لقد جمعت هذه المادة الشروط ذات الأهمية التي يجب أن تتوفر في الحاضنة لتكون جديرة بحضانة الطفل، و المشرع الأردني جعل من زواج الأم بغير محرم للصغير، سبباً لسقوط الحضانة مباشرة. نحن نرى بأن هذه الشروط طبيعتها مطاطية يمكن للقاضي - بما لديه من سلطة تقديرية - أن يكييف حالات كثيرة على أنها تقع في دائرة هذه الشروط من أجل الوصول الى الغاية الأسمى في مسألة الحضانة ألا وهي المحافظة على مصلحة المحظون .

جاء في نص المادة (127) من قانون الاحوال الشخصية المصري المرقم (20) لسنة 1929 المعدل: ((يشترط أن تكون الحاضنةبالغة عاقلة قادرة على القيام بشؤون الصغير أمينة غير متزوجة من غير ذي رحم محرم للصغير. ولكن زواج الحاضنة من أجنبي ليس أمروجوبي لسقوط الحضانة عنها بل إن تقدير ذلك متروك للقاضي وفق مصلحة المحضون))، إن المشرع المصري منح السلطة التقديرية للقاضي بإعتبار هذا الزواج يسقط الحضانة أم لا يسقطها، وذلك حسب مصلحة المحضون ، وبرأيينا هذا توجّه صائب وتقدير لواقع المحضون و الأم معاً. وجاء في نص المادة(137) من قانون الأحوال الشخصية السوري المرقم(59) لسنة 1953 : ((يشترط لأهلية الحضانة البلوغ و العقل و القدرة على صيانة الولد صحة و خلقاً))، كما و جاء في نص المادة (138) : ((زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط الحضانة)).وكذلك جاء في نص المادة(143) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (8) لسنة 2019 : ((يشترط في الحاضن: العقل ، البلوغ رشداً ، الأمانة، القدرة على تربية المحضون و صيانته و رعايته ، السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة، ألا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض.

الخلاصة ان شروط الحضانة في اغلب قوانين الأحوال الشخصية هي شروط متقاربة لبعض.

٣. حالات سقوط الحضانة وكيفية استردادها:

بعد أن بينا ماهية الحضانة في المبحث الأول، نحاول في هذا المبحث تحديد الأسباب التي تؤدي الى سقوط الحضانة، وكيفية استردادها بعد سقوط الحق فيها. عليه نقسم هذا المبحث على مطلبين وكما يأتي:-

٣. ١ حالات سقوط الحضانة:

نقصد بسقوط الحضانة إنهاء حق الحاضن في حضانة المحضون قبل انتهاء مدتها، وذلك لوجود سبب قد يُحدِثُ خللاً في حياة المحضون ومصلحته، من المعلوم أن مصلحة المحضون هي الفيصل عند وجود نزاع بين مستحقي الحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما. بحيث أن أي سبب يُحدِثُ ضرراً بالمحضون يؤدي الى سقوط الحضانة قبل انتهاء مدتها، وهذا هو الفرق الجوهري بين سقوط الحضانة وانتهاء الحضانة. إن كلاً من السقوط والانتهاء يؤدّي بالنتيجة الى خروج المحضون من حضانة الحاضن، ولكن في السقوط يُنتَزَعُ المحضون من الحاضن مع بقاء مدة الحضانة، في انتهاء الحضانة مدة الحضانة منتهية سواء كانت حضانة أحد مستحقي الحضانة وانتقالها الى حاضن آخر أو انتهاء المدة ببلوغ المحضون سن الرشد واستقلاله بنفسه.

يمكن القول بأن حالات سقوط الحضانة كثيرة مما يصعب تعدادها، لأن واقع الحياة مليئة بالأحداث التي تؤدي الى تغيير المصالح وتبدل الأحوال، عليه نشير أدناه الى الحالات والأسباب التي تؤدي الى سقوط الحضانة:

٣. ٢ حالات سقوط الحضانة بسبب مراعاة مصلحة المحضون وعدم تضرره:

أشار المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية في عدة مواقع الى مصلحة المحضون وعدم تضرره، كما في المادة (57): فقرة 1 و2 و4 و6 و7 و9/ب-2، فقد نصت على: ((ما لم يتضرر المحضون، في ضوء مصلحة المحضون، إن مصلحة الصغير تقتضي ذلك، إذا ثبت تضرر المحضون، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، بعدم تضرر الصغير من بقائه مع أمه))، كل هذه العبارات جاءت ضمن فقرات المادة (57) المعدلة.

إن حالات السقوط كلها تأتي من أجل مصلحة المحضون و عدم تضرره، و الحالة التي نحن بصددها تسقط فيها الحضانة من أجل مصلحة المحضون مع إمكان أن يكون الحاضن محتفظاً بشروط الحضانة،

- جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق المرقم (29/هـ.ع.ش/1976 في 1976/5/2): ((إن مدار الحضانة هو مصلحة المحضون وإن تعارضت مع مصلحة الأب))، إن هذا القرار جاء بالاستناد على تقرير طبي جاء فيه (بالنظر للحالة النفسية الدقيقة للطفل (رافد) وتعلقه الشديد بوالدته فإن اللجنة توصي بأن يكون في حضانة والدته وتُمكّن والده من مشاهدته...). (هورامي، 2019: ج1/353)، إن حق الأب في الحضانة قد أسقطت مراعاتاً لمصلحة الولد وليس بسبب عدم توفر شروط الحضانة فيه.

هنا تجب الإشارة الى ملحوظة ذات أهمية وهي: أن مراعاة مصلحة المحضون تحصل في حالة إذا كان الحاضن يصرُّ على إبقاء المحضون لديه ويطلب تمديد الحضانة ولا ينظر الى مصلحة المحضون في حالة تنازل الحاضن عن حقه في الحضانة. جاء في القرار المرقم (1024/ شخصية/ 1977 في 1977/6/13) لمحكمة تمييز العراق: ((لا تجبر الأم على حضانة أولادها الذين تجاوزوا سن الحضانة إذا كانت لا ترغب بذلك، والقول بأن الحضانة تدور شرعاً مع مصلحة الصغير، يرد في حالة طلب الحاضن تمديد الحضانة لا في حالة تنازله عنها)).(هورامي، 2019: ج1/361). هذا وهناك حالات أُخرى لإسقاط الحضانة منها:-

أ- إسقاط حق الأب في الحضانة وعدم ضم الصغير اليه، بسبب تضرر المحضون لديه، هنا يسقط حق الأب في طلب حضانة الولد إذا ثبت تضرر الصغير من مفارقة والدته، جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: ((إذا ثبت بتقرير اللجنة الطبية النفسية و العصبية تضرر الصغير من مفارقة أمه، فللمحكمة تمديد حضانته وإن تجاوز سن الحضانة)) رقم القرار(1584/ شخصية/ 1975 في 1975/11/8). إن هذا القرار مستند على واقعة تضرر الصغير وعلى نصّ الفقرة 4 من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي سبقت الاشارة اليها، إلا أنه يجب الإشارة الى أن المشرع الكوردستاني - بعد إجراء التعديل على الفقرة المذكورة بموجب القانون المرقم (6) لسنة 2015 - قد ألغى مسألة تمديد الحضانة بحيث أن الطرف الذي يحصل على حكم الحضانة يظل محتفظاً بها مادام هو محتفظاً بشروط الحضانة.

إن تمديد الحضانة في الفقرة 4 محدد المدة بإكمال الخامسة عشرة من العمر، إلا أن القاضي ليس ملزماً به إذا تعارض مع مصلحة المحضون، يعني من الممكن تمديد الحضانة الى ما بعد هذا السن حسب سلطة تقدير القاضي، فقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه: ((إذا انتهت فترة تمديد حضانة الصغير و طالب أبوه بضمه فعلى المحكمة إحالة الصغير الى اللجنة الطبية مرة ثانية للتأكد من عدم تضرره من مفارقة أمه))، القرار رقم (1147/شرعية/ 1974 في 1974/12/19).

ب- إن بقاء الطفل في حضانة الأم هدف يرمي اليه المشرع وكذلك القضاء، فبالنظر الى النصوص القانونية و القرارات القضائية نتأكد من هذه الحقيقة مادامت الأم محتفظةً بشروط الحضانة. القرار المرقم(440/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2018 في 2018/10/16) محكمة تمييز إقليم كوردستان. (محمود جاف، 2022: 24) أي إذا أراد الأب استرداد الحضانة يجب أن يثبت تضرر الصغير من حضانة أمه، لأن الأصل عدم التضرر و احتفاظ الأم بهذا الحق، وعلى من يدعي التضرر إثباته لأن البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر.

إن مصلحة المحضون لا يمكن غض الطرف عنها لأي سببٍ أو لصالح أي طرف من أطراف الحضانة سواء كان الحاضن أو الطرف المقابل،ويمكننا الإشارة الى تأثير مصلحة المحضون على صياغة النصوص التشريعية و كذلك القرارات القضائية في قوانين بعض الدول، جاء في نص المادة (373-2) من القانون المدني الفرنسي: ((...إن كل تبديل للحال بعدم التوافق في سكن أحد الوالدين، و كلما كان يتم التبديل في طرق ممارسة السلطة الوالدية، يجب أن يبلغ عنه سابقاً وفي الوقت المناسب إلى الوالد الآخر. في حال عدم التوافق، يراجع الوالد الأكثر عجلة قاضي الشؤون العائلية الذي يقضي وفقاً لما تقتضيه مصلحة الولد.------)) و جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: ((في حال خلاف الوالدين عندما يغير أحدهما سكنه تختلف طرق ممارسة السلطة الوالدية، فيقضي قاضي الشؤون العائلية بما تمليه مصلحة الولد؛ وفي نقض قرار كان قد حدد إقامة الولد عند والدته المرخص لها بالسكن في كندا آخذاً بأسباب لا علاقة لها بمصلحة الولد)). نقض مدنية 1، 13 آذار/ مارس 2007؛ (القانون المدني الفرنسي بالعربية، 2009: 485)

٣. ٣ حالات سقوط الحضانة بسبب انتفاء شروط الحضانة:

إن توفر شروط الحضانة في الحاضن أساس لكسب الحضانة، و استمرارها، يعني أنه و طيلة فترة الحضانة يجب أن يبقى الحاضن محتفظاً بشروط الحضانة، و حين يفقد الحاضن شرطاً من تلك الشروط، يكون هذا سبباً لسقوط حق الحضانة، لأن مصلحة المحضون تقتضي وجود الشروط جميعها، وليس بعضها أو حتى معظمها مما يعني أن مصلحة المحضون تستلزم توفر كافة شروط الحضانة في الحاضن، إلا أن توفر كافة الشروط في الحاضن لا يلزم القاضي الحكم بالحضانة إذا كانت مصلحة المحضون متضررة كما أشرنا الى ذلك ضمن الفرع الأول.

جاء في نص الفقرة (7 من المادة 57) ما نصه : ((في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة الى الأب، إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك. وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير.

ادناه نشير الى الحالاتٍ التي تسقط فيها الحضانة بسبب إنتفاء شروط الحضانة :-

فقدان العقل:

إن من يفقد قواه العقلية يكون في حاجة الى الرعاية و الإشراف من لدن شخص آخر ينصب كقيم عليه، إذاً هو لا يستطيع أن يكون راعياً لغيره بل يحتاج الى الرعاية.

إذاً ليس للمجنون - سواء كان جنونه مطبقاً أم أدوارياً - ولا المعتوه أو المصاب بعاهة عقلية تفقد الحاضن صلاحيته للحضانة، لعجزه عن القيام بشؤون نفسه، وعدم تمكنه من القيام بمتطلبات غيره يكون من باب أولى، فتنتقل الحضانة حينئذ الى من يليه. جاء ذلك في قرار لمحكمة تميز إقليم كوردستان: ((لا تصلح الأم لتربية الأطفال إذا ثبت بموجب تقرير اللجنة الطبية إصابتها بمرض نفسي وهو الاضطراب في الشخصية))، القرار المرقم(204/هيئة.أ . ش/2019 في 2019/4/14).(محمود جاف، 2022: ج1/45)

فقدان الأمانة:

إن آثار عدم توفر هذا الشرط في الحاضن تظهر على سلوكه و أخلاقه و تصرفاته و حديثه و يؤثر في المحضون أيما تأثير ، فعلى من يدعي ذلك عبء إثبات ثقيل فليس سهلاً إثبات سوء خلق المحضون متأثراً بتصرفات حاضنه و إقناع المحكمة بذلك، إذاً الأمانة تقتضي أن يكون الحاضن حسن الخلق و قويم السلوك وأي تصرف أو عمل يثبت خلاف ذلك يكون سبباً في سقوط الحضانة.

جاء في قرار تمييزي: ((وجود حكم جزائي سابق و مكتسب درجة البتات بحق الزوجة - ولا سيما -قيامها بأفعال منافية للأخلاق سبب للحكم بإسقاط حضانتها للأطفال))، محكمة تميز إقليم كوردستان، القرار المرقم (177/ هيئة. أ. شخصية / 2017 في 2017/3/27).(رشيد، 2018: 80). ((تكون الأم غير أمينة على تربية أطفالها عند إقرارها بخيانتها لزوجها على الرغم من تنازل الزوج عن الشكوى التي أقامها ضدها))، قرار محكمة تميز إقليم كوردستان المرقم(694/ هيئة.أ. ش/ 2018 في 2018/12/9).(محمد جاف، 2022: ج1/ 32). أن مجرد إتهام الزوجة بالخيانة و عدم إثبات ذلك، وعدم صدور حكم جزائي بذلك لا يكون سبباً في سقوط الحضانة. ((لا يجوز إصدار قرار استرداد الحضانة بسبب إقامة دعوى الخيانة الزوجية ما لم يصدر قرار بإدانة الزوجة بالخيانة الزوجية))، القرار المرقم(563/ هيئة .أ. ش/ 2018 في 2018/10/28) محكمة تميز إقليم كوردستان.

جاء في قرار لمحكمة تميز العراق برقم(429/ شخصية/ 1979) في 1979/5/8: ((اعتداء الأم المتكرر على ولدها يجعلها غير أمينة عليه وغير صالحة لحضانته)). وجاء في قرار آخر ((لا تؤتمن أم الصغير على حضانته إذا كانت قد شاركت في قتل أبيه))، القرار المرقم(1417/ شخصية/ 1980 في 1980/9/3). (هورامي، 2019: ج1/ 368-377). و أشارت محكمة تميز العراق في القرارالمرقم (635/ هيئة عامة/ 1979 في 1980/2/16) الى أنه: ((إذا كان دين الحاضنة تختلف عن دين المحضون، فتكون غير أمينة على دينه وتفقد بذلك أحد شروط الحضانة --------)).(هورامي، 2019: ج1/ 372).

سوء التربية و الرعاية:

إن كثرة مسؤوليات الحاضن تجاه المحضون تندرج تحت هذا الشرط، لأنه يتضمن الاهتمام بشؤون المحضون وما يحتاج اليه هذا الاهتمام من صحة و وقت و جهد و المحافظة على صحة الولد و على سلامته في جسده و مشاعره و نفسيته، و كذلك عدم تعرضه الى ما يهينه في شخصيته أو في مشاعره أو دينه.

ورد في القرار المرقم (1687/ شرعية/ 1974 في 1975/1/20) تمييز العراق ما نصه: ((إن مصلحة الصغير أولى بالرعاية من مصلحة الولي، فإذا كان يتضرر من ضمّه الى جده بسبب عدم وجود أحد من النساء لدى الجد لرعايته، فلا يحكم بضمه لجده.(هورامي، 2019: ج1/347)

ورد في القرار المرقم (513/ شخصية/ 1976 في 1976/3/27) تمييز العراق: ((يجب التحقق من دفع أم الصغار المطلقة بأن الصغار متخلفون عقلياً ولا يلقون عناية من زوجة أبيهم التي هي السبب في طلاقها، وذلك قبل الحكم بضم الصغار المتجاوزين سن الحضانة الى أبيهم. (هورامي،2019: ج1/ 347-355).

هذا ولابد من ملاحظة ما يأتي:-

1- إن مرض الحاضنة أو الحاضن يحول دون الإهتمام برعاية الولد و الإهتمام بشؤونه، لأن الشخص المريض في كثير من الأحيان لايستطيع الإهتمام بالأخرين، مع لحاظ ان المرض الذي يكون سبباً في سقوط الحضانة، يجب أن يكون مما يعيق الحاضن من الإهتمام بشؤون المحضون، و ليس مجرد مرض بسيط إعتيادي، و تقدير ذلك يعود لقاضي الموضوع. فعلى سبيل المثال نذكر قرار محكمة تميز العراق:- ((تنتقل حضانة الصغير الى أبيه إذا كانت أمه مصابة بالصرع)) القرار المرقم (814/ شخصية/ 1979 في 7/4/ 1979)، هذا يعني أن الصرع مرض عائق عن القيام برعاية الطفل و تربيته.

إن الحرص على الولد تستدعي المحافظة على صحته و إبعاده عن كل ما يسبب له الضرر في جسمه و صحته، فإذا كان الحاضن نفسه مصاباً بمرض خطير و معدٍ فهذا سبب وجيه لإبعاد المحضون عنه و إسقاط حضانته و إنتقال الحضانة الى الحاضن الذي يليه.((إصابة الأب بمرض معد و إحتمال العدوى منه يسقط الحق في ضم الصغير اليه لوجود مانع شرعي هو الضرر، إتباعاً للقاعدة الشرعية القاضية بترجيح المانع إذا تعارض مع المقتضى)) تمييز العراق القرار المرقم (63/ شرعية/ 1969 في 1969/1/22)

2- إن أشغال الحاضنة الوظيفية يمكن أن يكون سبباً في سقوط الحضانة، إلا أنه يجب إثبات تضرر المحضون من عمل الأم، وعلى من يدعي تضرر المحضون إثبات ذلك، ((الأم أحق بحضانة الصغير و لو كانت موظفة إذا كانت وظيفتها لا تتعارض و مصلحة الصغير)) القرار المرقم (352/ شخصية/1969 في 1969/7/5) تمييز العراق.(هورامي، 2019: ج1/ 302)

3- إن تربية الولد يشمل كل ماله دور في تعليم الولد من أساليب العيش و التعامل مع الناس و التخطيط للمستقبل و الاهتمام بتثقيف الولد و تعلمه - سواء كانت علوم شرعية أم علوم أخري - ((إن الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً أو عدماً لأي من الأبوين وإن ترك المدرسة يكون سبب الإضرار به)) القرار المرقم(342/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2017 في 2017/5/24) محكمة تميز إقليم كوردستان.(رشيد، 2018: 75)

4- لقد ذكر الفقهاء ألا يقيم الحاضن المحضون في بيت يبغضونه و يضمرون له الكراهية.(كريم، 2020: 357).إن هذا الشرط تفرضه طبيعة الحياة و الواقع، فمن المستحيل أن ينشأ الطفل بنفسية متزنة وهو يعيش في بيت يشاركه فيه شخص أو أشخاص يكرهونه، حتى الشخص البالغ لا يتحمل ذلك، إذاً من حق المحضون على الحاضن أن يوفر له السكن في مكان يحترم فيه إنسانيته و طفولته و لا يتم فيه إيلامه نفسياً و جسدياً.

جاء في قرار لمحكمة تميز العراق المرقم(1880/ شرعية/1970 في 1970/11/9): ((لدى التدقيق و المداولة وجد أن المدعي كان قد أوضح بأن أخوال الطفل كانوا قد قتلوا أباه وأنه سيقضى على حياته في حالة بقائه لدى جدته لأم، ولما كان الدفع جديراً بالبحث لذا كان على المحكمة أن تجلب الإضبارة الجزائية وتتثبت عما إذا كان أخوال الطفل قد قتلوا أباه ، وأن جدته لأم تقيم معهم، وهل هناك محذور من بقاءه لدى الجدة؟ أم الأصلح

تسليمه الى جده لأب؟ وبعد أن تتحقق المحكمة عن كل ماتقدم تصدرقرارها وفقاً لما فيه مصلحة الصغير)).(هورامي، 2019: ج1/ 310)

5- إسقاط الحضانة لعدم تمكين الأب من المشاهدة، إن المشرع العراقي لم ينظم مسألة مشاهدة المحضون تنظيماً دقيقاً لذلك فمن الأفضل الإتفاق على هذه المسألة، فإن لم يتفق الأبوان، فبالإمكان إقامة دعوى يطلب فيها المشاهدة، وفي الغالب تصدر المحكمة قراراً بإلزام الحاضن بتسليم المحضون الى الآخر لمشاهدته. (الأسدي، 2021: 467) . والسؤال الذي يطرح هنا : هل يجوز إسقاط حضانة الأم لعدم تمكين الأب من مشاهدة أولاده بعد استحصاله على حكم بالمشاهدة؟ هناك مبدأ تميزي مفاده: ((وجد أن الحكم المميز غير صحيح و مخالف للشرع و القانون--- وإن اتجاه المحكمة بأن عدم تنفيذ حكم مشاهدة المحضون لا يعتبر سبباً لإسقاط حضانة الأم غير صحيح--- لأنه في حالة ثبوت ذلك و امتناع المدعى عليها من تمكين المدعي الأب من مشاهدة المحضون يعد سبباً لإسقاط الحضانة وفق ما جاء بالمادة 4/57--)) (الجابري، 2021: 55) .

وجاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق بالعدد (181/ هيئة الأحوال الشخصية و المواد الشخصية/المرقم 2018 في 2018/2/13 (غير منشور): ((إن امتناع الحاضنة عن تنفيذ حكم المشاهدة - إذ أنها لم تحضر الى مقر المشاهدة في مكتب البحث الإجتماعي في محكمة الأحوال الشخصية - و لخمس مرات متتالية و بذلك تكون الحاضنة غير أمينة على المحضون كونها حرمت الأب من مشاهدة ولده طيلة الفترة المذكورة وإن ذلك يؤدي الى قطع صلة الرحم بين الأب وولده و حرمانه من ممارسة دوره التربوي و الأبوي و النظر في شؤون المحضون و تربيته، لذا تكون الحاضنة قد فقدت شرط الأمانة وإن ذلك يشكل سبباً لإسقاط حضانة الأم على ولدها. (الأسدي، 2021: 468)، إذاً الفراغ الموجود في التشريع العراقي حول الحضانة قد ملأها القضاء العراقي وجعلت من الامتناع عن تمكين مَن حصل على حكم المشاهدة من مشاهدة المحضون سبباً لسقوط الحضانة.

أما المشرع الكوردستاني فقد أوقف العمل بالفقرة 4 من المادة57 بموجب القانون المرقم (6) لسنة 2015 واستبدلها بنصٍ - معظم فقراته حول مشاهدة المحضون - و فيه إشارة الى عدم التمكين من المشاهدة و عقوبته كالآتي: ((هـ- إذا منع الحاضن مشاهدة المحضون دون عذر مشروع، يتم إنذاره من قبل المنفذ العدل، وفي حالة تكراره تنتقل الحضانة بقرار من المحكمة المختصة لمدة شهر واحد الى الشخص الذي يمنح هذا الحق بموجب القانون النافذ))إذاً جعل المشرع الكوردستاني عقوبة عدم التمكين من المشاهدة، سقوط حق الحضانة لمدة شهر واحد و انتقالها الى الشخص الاخر الذي حرم من المشاهدة و لمدة معينة هي شهر واحد و بعد انتهاء الشهر من حق الحاضة استرداد الحضانة، إن هذه الفقرة و إن كان واضحاً من ناحية أنها عاقبت الحاضن إلا أنه كان من الضروري الإشارة الى مسائل أخرى تتعلق بهذا الموضوع. مثلاً إذا تكرر المنع عدة مرات هل يكون سبباً في السقوط النهائي للحضانة؟ لأننا نعلم مبدئياً بأن العود يؤدي الى تشديد العقوبة. كذلك كيف يسترد الحاضن المحضون بعد إنتهاء الشهر؟ إذ لابد أن تعالج النصوص القانونية كافة جوانب المسألة التي يتضمنها.

وحول إسقاط الحضانة في القانون المدني الفرنسي فقد جاء نصوص المواد (378 و 378-1 و 379-1) متضمناً أسباب نزع السلطة الوالدية(إسقاط الحضانة): جاء في نص المادة (378): ((يمكن للسلطة الوالدية أن تنزع كلياً بالنص الصريح للحكم الجزائي بحق الأب و الأم المدانيّن كفاعلين أو شريكين أو متدخلين في جناية أو جنحة واقعة على شخص ولدهما ، أو كشريكين أو متدخلين في جناية أو جنحة مرتكبة من ولدهما))، وجاء في نص المادة (378-1) : ((إن الأب والأم يمكن أن يتعرضا لنزع السلطة الوالدية منهما تماماً، خارجاً عن أي إدانة جزائية، إذا ما أساءا المعاملة أو أفرطا في الاستهلاك العادي للمشروبات الكحولية، أو المخدرات، أو كانت سمعتهما السيئة ذائعة أو لسلوكهما الإجرامي، أو لسبب نقص في العناية و التوجيه مما يضعا سلامة الولد أو صحته أو أخلاقه في خطر واضح))،((يمكن أن يتعرضا كذلك لنزع السلطة الوالدية منهما تماماً، عندما يكون قد أُتُخِذَ تدبير المساعدة التربوية تجاه الولد و قد امتنع الأب و الأم طوعاً خلال أكثر من سنتين عن ممارسة الحقوق و النهوض بالواجبات التي كانت تتركها لهما))، اما نص المادة(379-1) فتتضمن الإسقاط الجزئي للسلطة: ((يمكن للحكم بدلاً من النزع التام، أن يقتصر على إعلان النزع الجزئي للسلطة الوالدية، المحدود على الخصائص التي يعينها، كما يمكنه أن يقرر أن السحب التام أو الجزئي للسلطة الوالدية لا يكون له من أثر على بعض الأولاد المولودين قبلاً)).(القانون المدني الفرنسي بالعربية، 2009: 512-513).

إذاً هناك في القانون الفرنسي العمل بإسقاط الحضانة كلياً أي ينتزع كافة السلطات، كذلك فيه الإسقاط الجزئي المحدود و المتعلق بسلطات معينة للوالدين والتي يحددها القاضي فحسب. وحسب المادة (378) حتى المحاكم الجزائية مسموح لها الحكم بنزع السلطة الوالدية عندما يكونان متهمين في جناية أو جنحة واقعة على ولدهما.

أما في قانون الأحوال الشخصية السوري المرقم (59) لسنة 1953 فقد جاءت مسألة سقوط الحضانة فيه ضمن المادتين: (138 و3/147): إذ جاء فيها: ((زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون يسقط حضانتها))، ((إذا ثبُت أن الولي ولو أباً، غير مأمون على الصغير أو الصغيرة، يسلمان الى من يليه من الولاية -------))، فكل من له حق في الحضانة ، يسلب منه هذا الحق و لو كان أباً أو أماً، إذا ثبُت أنه غير مأمون على المحضون، لأن الحضانة شرعت لأجل مصلحة المحضون وإذا كان المحضون في أيدٍ غير أمينة فأن مصلحته لن تتحقق.(السباعي، 2000: ج1/ 271). إن مفهوم عبارة(غير مأمون) واسع جداً ويمكن للقاضي أن يدخل في دائرته أعمال و تصرفات كثيرة وذلك حسب ما تستدعيه مصلحة المحضون.

كما و قد جاء في قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات المتحدة المرقم (8) لسنة 2019 وبالتحديد في نص المادة(152) مسقطات الحضانة : ((يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:- 1- إذا اختل أحد الشروط المذكورة في المادتين (143 و 144). 2- إذا استوطن الحاضن بلداً يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته. 3- إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر. 4- إذا سكنت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني.)) .

٣. ٤ سقوط الحضانة بسبب زواج الأم:

ورد في قانون الأحوال الشخصية العراقي ما ينص على سقوط حضانة الأم بسبب زواجها من شخص آخر ، إلا أن الفقرة التي كانت تتضمن ذلك إلغيت في (1986/7/7).(كريم، 2020: 372). جاء في نص قرار لمحكمة تمييز العراق: ((عند زواج الأم الحاضنة بزوج أجنبي يسقط حقها من الحضانة وينتقل حق الحضانة عندئذ الى من يليها من الحاضنات))، القرار المرقم (831/ شرعية/ 1969 في 1969/10/18). (هورامي،2019: ج1/ 303).

لقد حل محل الفقرة التي ألغيت نص جديد جاء ضمن الفقرة (9/ب من المادة 57)و هي تنص على: ((إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط: 1- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة. 2- أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم. 3- أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير و عدم الإضرار به)) وجاء في الفقرة(9/ج) من المادة نفسها: ((إذا أخل زوج

الأم بالتعهد المنصوص عليه في (3) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة)).

إن هذه البنود تنص على أن زواج الأم بأجنبي عن المحضون لا يؤدي الى سقوط الحضانة شريطة:-

1- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة .

2- مراعاة مدى تحقق مصلحة المحضون في البقاء في حضانة الأم على الرغم من زواجها بأجنبي عنه

3- هناك شرطان آخران متعلقان بزوج الأم هما: أولاً/ يجب أن يكون عراقياً ، ثانياً / أن يتعهد أثناء إبرام عقد الزواج على أنه أ- ان يقوم برعاية المحضون، ب- التعهد بعدم إلحاق الضرر به. وإذا أخل زوج الأم بالتعهد فإن ذلك يكون سبباً قانونياً لمطالبة الزوجة بالتفريق – التفريق القضائي -.وبالنظر الى هذه الشروط من جانب آخر فإنها تكون سبباً لسقوط حضانة الأم، لأن زوج الأم إذا أخل بتعهده و لم تطلب الزوجة(الأم الحاضنة) التفريق فيكون ذلك مبرراً لطلب سقوط حضانة الأم لأنها تعد غير أمينة على المحضون ولا تهتم برعايته و رعاية مصالحه، لأن إخلال زوج الأم بتعهده يعني ، إمّا أنه لا يقوم برعاية الصغير أو أنه يضر به ، وفي الحالتين كلتيهما تكون مصلحة المحضون مهددة.

جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية: ((--- الأم أحق بحضانة الولد و تربيته حال قيام الزوجية و بعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك و لا تسقط حضانتها بزواجها من أجنبي ----)) القرار رقم (1552/ شخصية أولى/ 2006 في 2006/5/7).(مايح بدر، 2019: 64).

٤. كيفية استرداد الحضانة:

إن الحاضنة أو الحاضن يسقط حقهم في الحضانة لأسباب بعض منها إرادي و بعض آخر غير إرادي، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: بعد سقوط حق الحضانة هل يحق للحاضنة الأولى طلب استرداد الحضانة بعد زوال السبب الذي أدىّ الى السقوط ؟ لقد أجاب المشرع العراقي على هذا السؤال ضمن الفقرة (6) من المادة (57) المعدلة، إذ نص على أنه: ((للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم، أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها. إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه)). إن ما تتضمنه هذه الفقرة هي:-

أولاً: ان سقوط الحضانة عن الحاضنة يتم بحكم قضائي، لتستطيع أن تقدم طلب للاسترداد بشكل رسمي.

ثانياً: أن تقدم الحاضنة التي سقطت حضانتها دعوى تطلب فيها استرداد الحضانة مستندة على زوال سبب السقوط و مراعاتاً مصلحة المحضون، لأن ما أخذ بحكم لا يسترد إلا بحكم.((إن طلب استرداد الحضانة من حاضنتها لا يكون إلا بإقامة دعوى لدى المحكمة المختصة و لا يجوز ذلك بعريضة من خلال القضاء الولائي))، القرار المرقم (486/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2017 في 2017/7/11) محكمة تمييز إقليم كوردستان.(رشيد، 2018: 70).

ثالثاً: أن يثبت تضرر المحضون خلال فترة ابتعاده عنها و بقائه في حضانة من حكم له بالحضانة.

إذاً و كمبدأ سمح المشرع العراقي باسترداد الحضانة مراعياً مصلحة المحضون و عودة الحق الى من فقده شريطة أن يتمتع من جديد بالشروط التي تجعلها تستحق الحضانة .

هذا ويجب لحاظ أنه و إن جاءت عبارة (للحاضنة) بصيغة المؤنث إلا أنه يحق لكل من الطرفين أن يطلب استرداد المحضون، إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده مع الطرف الآخر.(كاك امين، 2013: 20)

عليه نحاول توضيح مسألة استرداد الحضانة من خلال الحديث أولاً عن مفهوم الاسترداد و الإشارة الى نماذج تتبين من خلالها حالات الاسترداد و أسبابها و كيفيته. فيما يأتي من الفروع:-

مفهوم استرداد الحضانة وتميزه عن انتقال الحضانة:

1- مفهوم استرداد الحضانة:

1- الاسترداد لغة: مصدر استرد، استرداد ما ضاع منه؛ أي استرجاعه، و استعادته.

2-ان استرداد الحضانة يعني: ((أن يسترد الحاضن حقه في بقاء المحضون لديه بعد سقوط هذا الحق عنه وذلك بعد زوال سبب السقوط و مراعاتاً لمصلحة المحضون)).وكما قلنا فإن حق الاسترداد مكفولٌ لصاحب الحق بنص القانون.

2- الفرق بين استرداد الحضانة و انتقال الحضانة:

استرداد الحضانة إعادة حق الحضانة الى صاحبه بعد سقوطه عنه لأحدى أسباب السقوط. أما إنتقال الحضانة فيعني أخذ حق الحضانة من حاضن ونقله الى حاضن آخر في حالات معينة.

إن وجه الشبه بين استرداد الحضانة و إنتقالها هو أنه في الحالتين كلتيهما يتغير الحاضن ويستبدل واحدٌ بآخر (أي حاضن بحاضنٍ آخر) ، و العلاقة بينهما علاقة خصوص و عموم فالانتقال أعم و أشمل من الاسترداد فكل استرداد إنتقال وليس كل إنتقال استرداد. فمن يسترد الحضانة فإنما يعود اليه حق كان مالكاً له قبل أن يسقط بأسبابه، ولكن من تنتقل اليه الحضانة ليس بالضروري أن يكون قد ملكها قبل ذلك، ويجوز أن يكون قد ملكها قبل الانتقال: فمثلاً في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة الى الأب---- الفقرة (6/ مادة 57) هنا ينتقل الصغير الى الأب بشكل طبيعي و كحق شرعي و قانوني ولا ينازعه في ذلك أحد مادام محتفظاً بشروط الحضانة فالأب لم يكن حاضناً ليسترد له الحق و إنما كسب الحق بعد أن فقده الحاضن الآخر.

كيفية استرداد الحضانة:

نقصد بالكيفية الأسباب والمبررات القانونية التي يستند عليها طالب الاسترداد في دعوى الاسترداد. نحاول هنا الإشارة الى الحالات التي يسمح فيها بطلب استرداد الحضانة مستندةً على أسبابها القانونية. ونحاول ترتيب الحالات حسب الأسباب التي تؤدي الى تواجد تلك الحالات وذلك كالآتي:-

استرداد الحضانة وفق نص المادة (57 فقرة 6) المعدلة من قانون الأحوال الشخصية العراقي والذي جاء فيه: ((للحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم، أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها. إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه))، جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: ((إذا ثبت تضرر المحضون بسبب وجوده مع والده حكم بتسليمه لوالدته. فقرة 6 من المادة 57))، القرار المرقم (950/ شخصية/ 1978 في 1979/1/17).(هورامي، 2019: ج1/ 367). إذاً مبرر الحق في طلب استرداد الحضانة هنا هو تضرر المحضون خلال فترة وجوده مع من يرفع دعوى الاسترداد ضده، وهنا هو الأم شريطة أن تكون محتفظة بشروط الحضانة إلا أن مدة حضانتها قد انتهت فقد جاء في النص(انتهت حضانتها) وحضانتها تنتهي – عادةً - ببلوغ المحضون العاشرة من عمره أو الخامسة عشرة إذا تم تمديد الحضانة بالاستناد على نص (الفقرة 4 من المادة57)، إلا أن هذه الفقرة قد تم إيقاف العمل بها في إقليم كوردستان بموجب القانون المرقم (6) لسنة 2015، واستبدلت بنص آخر مكون من (7) فقرات، جاء في الفقرة

(ب) منها ما يأتي: ((للأب أو الأم الحاضن الإشراف على شؤون المحضون الإجتماعية و تربيته و تعليمه لحين بلوغه الثامنة عشرة من العمر، و بعد وفاتهما تنتقل ذلك الى من له الحق الحضانة وفق القوانين النافذة)). وفق هذه المادة فإن الحضانة تستمر سواء منحت للأب أو الأم لغاية بلوغ المحضون سن الرشد(ثمانية عشرة سنة)، أي أن حضانته تبقى مع حاضن واحد ولاتنتقل، إلا إذا فقد الحاضن شرطاً من شروط الحضانة و في هذه الحالة تسقط الحضانة وتمنح للطرف الآخر.

استرداد الحضانة وفق (الفقرة 9/ أ من المادة 57)، تنص هذه الفقرة على أنه: ((إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد))، هنا يكون الأب قد إنتقلت اليه حضانة الصغير بعد إنتهاء مدة حضانة الأم و صدور حكم الضم، أو تكون الأم قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة فأدى ذلك الى الحكم بإسقاط حضانتها و إنتقالها الى الأب، وبعد ذلك يفقد الأب شرطاً من شروط الحضانة، هنا يحق للأم تقديم الدعوى لاسترداد الحضانة، فإذا كانت الحضانة قد إنتقلت الى الأب بعد انتهاء مدة حضانة الأم و الأم أصلاً محتفظةٌ بشروط الحضانة فهنا تسترد الحضانة بسهولة فما على الأم هو إثبات أن الأب قد فقد شرطاً من شروط الحضانة فحسب.

إلا إذا كانت الحضانة قد انتقلت الى الأب بسبب فقد الأم لأحد شروط الحضانة، وهنا على الأم ولتكسب دعوى الاسترداد ما يأتي: -

1- إثبات أنها لم تعد فاقدة لشرط من شروط الحضانة

2- إثبات فقد الأب لشرط من شروط الحضانة. ((إذا أهمل والد الصغير في رعايته طوال مدة و جوده عنده وقد أوصت اللجنة الطبية بأن يكون الصغير بحضانة أمه بالنظر لحالته النفسية الدقيقة و تعلقه الشديد بوالدته، فتحكم المحكمة للأم بالحضانة ولو كان الأب قد استحصل حكماً سابقاً بضم الصغير اليه))، قرار محكمة تمييز العراق المرقم (39 / هيئة عامة ثانية/ 1976 في 1976/5/2).(هورامي، 2019: ج1/ 359).

هذا و تجب الإشارة الى ملحوظة ذات أهمية حول هذا الحكم وهي: أنه بالنسبة الى الأحكام القضائية هناك صفة تلحقها وهي (حجية الأمر المقضي فيه)، وهذه قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس و مؤداها أن الحكم صدر صحيحاً من الناحيتين الشكلية و الموضوعية، لذلك يعد حجة فيما قضى به، وتكون للحكم حجية ولو كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً. وتترتب عليها آثار بعدم جواز إعادة نظر الدعوى التي سبق الفصل فيها، وهذه الحجية تبقى ولا تزول إلا إذا أبطل الحكم أو عدل أو فسخ أو نقض. (النداوي، 2006: 364).

إذاً وبالاستناد على هذه الحقيقة فإن أغلبية دعاوى استرداد الحضانة يجب أن ترد، ولا يفصل فيها لسبق الحكم فيها بالضم أو بسقوط الحضانة، ولكن طبيعة الدعاوى المتعلقة بالحضانة لا تلحقها هذه الصفة أي الأحكام لا تكتسب صفة (حجية الأمر المقضي فيه)، وهذا أمر قد استقر القضاء العراقي عليه.

وقد ورد في قرار لمحكمة تمييز إقليم كوردستان: ((الحضانة لا يلحقها سبق الفصل))، ولقد جاء في حيثيات الحكم بعد أن ردت محكمة الأحوال الشخصية في أربيل دعوى لمدعية طلبت الحكم بإعادة طفلتيها الى والدهما لأنها غير قادرة على رعايتها و العناية بهما : ((------ لأن الدعوى هي طلب للوالدة لإعادة الطفلتين الى والدهما الذي تنسبان إليه و أعلنت الوالدة أنها لم تعد قادرة على تربيتهما و رعايتهما على الرغم من حصولها على نفقتهما، بعد أن حكمت المحكمة في دعوى سابقة باستردادهما لها من والدهما بناءً على طلبها و أننا لا نرى وجود مانع شرعي و قانوني لطلب المدعية المعلنة بنفسها بأنها فاقدة لشروط الحضانة ومن مصلحة المحضونتين أن يرعاهما والدهما وقد إستقر القضاء على أن الحضانة لا يلحقها سبق الفصل فيها فإذا إستجد ما يغير من مصلحة المحضون دارت معها الحضانة وجوداً و عدماً من جديد------))القرار المرقم (348/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2019 في 2019/5/19).(محمود جاف، 2022: ج1/ 49-50).

استرداد الحضانة وفق الفقرة (9/ ب من المادة 57) ، إن هذه الفقرة تنص على أنه: ((إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه و إن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط: 1- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة. 2- أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغيرمن بقائه مع الأم. 3- أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير و عدم الإضرار به. – ج – إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في الفقرة (3) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة)). هذه المادة تشير الى بقاء الصغير لدى الأم الحاضنة على الرغم من زواجها بأجنبي عن الصغير ولكن بالشروط المذكورة التي هي:- عدم تضرر الصغير و تعهد زوج الأم برعاية الصغير و عدم الإضرار به. و إذا تضرر الصغير من هذا الزواج بأي شكل من الأشكال أو أخل زوج الأم بتعهده ولم تطلب الزوجة التفريق لهذا السبب، فإنه في الحالتين كلتيهما تسقط الحضانة عن الأم لرضاها الضمني بتضرر الصغير.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يحق للأم التي أسقط عنها حق حضانة الصغير أن تطالب باستردادها بعد طلاقها من الزوج الثاني؟ وللجواب نقول نعم تستطيع لأن الحضانة سقطت بسبب زواجها ومن العدالة إعادة الحضانة إليها بعد زوال سبب السقوط – لاسيما - إذا كان ذلك في مصلحة المحضون. جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: ((للأم التي فقدت شروط الحضانة بسبب زواجها من زوج أجنبي عن المحضون أن تطلب استرداد الحضانة على ولدها بعد طلاقها من زوجها الثاني و إنتهاء عدة الطلاق، لأنه إذا زال المانع عاد الممنوع)) القرار المرقم (478/ هيئة عامة/ 1979 في 1979/11/17).(هورامي، 2019: ج1/ 370).

هناك حالات أخرى يتم فيها طلب استرداد الحضانة لأسباب مختلفة تتعلق بمصلحة المحضون أو حق طالب الاسترداد، وهذه الحالات هي كالآتي:

1- استرداد الحضانة بالاستناد على مصلحة المحضون، لأن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، فإنه من الطبيعي أن يكون دعوى الاسترداد مستنداً على مصلحة المحضون، و من الطبيعي أكثر أن يأخذ القضاء بها بعد أن يتأكد من الأدلة و البراهين القاطعة بأن هناك مصلحة للمحضون. جاء في القرار المرقم (419/هيئة الأحوال الشخصية/2019 في 2019/6/9)، محكمة تمييز إقليم كوردستان: ((على المحكمة عرض طرفي الدعوى و المحضون معاً على اللجنة الطبية النفسية لمعرفة مدى مصلحة المحضون المطلوب استرداد حضانته و تعرضه للضرر اثر فصله عن الأولاد الآخرين))، ((لا تشترط عدم فقدان شروط الحضانة بقدر ما يشترط في الاسترداد توفر المصلحة للصغير و عدم تضرره من جراءه)) القرار المرقم(788/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2019 الصادر في 2019/10/10) عن محكمة تمييز إقليم كوردستان.(محمود جاف، 2022: ج1/ 55).

2- استرداد الحضانة بعد التنازل عنها، إن من المبادئ القانونية أنه إذا تنازل شخص عن حقه بمحض إرادته فلا يجوز له طلب استرداد هذا الحق بعد ذلك نصت المادة (90) من قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969 و تعديلاته على ذلك، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن سريانه على الدعاوى و الحقوق المتعلقة بالحضانة، إذ يمكن لمن تنازل عن حضانة طفله الرجوع عن هذا التنازل وطلب استرداد حق الحضانة اليه كما جاء في نص قرار لمحكمة تمييز إقليم كوردستان المرقم (409/ هيئة أحوال شخصية/

Original Article |**DOI:** https://doi.org/10.14500/kujhss.v8n2y2025.pp233-245

2017 الصادر في 2017/6/1).(رشيد، 2018: 75) و يعلل ذلك بمراعاة مصلحة الطفل لأن مصلحته فوق الاعتبارات الأخرى.

3- إن المسائل المتعلقة بالحضانة و منها الاسترداد تكون – في الغالب - بعد التفريق إذ لا محل لها مع بقاء الزوجية لأن مسائل الحضانة تظهر للوجود بعد أن يختلف الزوجان أو ورثتها حول أحقية أي منهما في حضانة الصغار، و يتم ذلك بعد التفريق أو الوفاة، ولكن و كما أسلفنا القول فإن هناك دعاوى و حالات خاصة بالحضانة تصدر فيها أحكام من أجل مراعاة مصلحة المحضون الذي إن اختلف أبواه عليه و لم يلتفت القضاء الى مصلحته، فقد يضيع في الحياة لعدم قدرته على المحافظة و الدفاع عن مصالحه، ومن هذه الحالات حالة طلب استرداد الحضانة مع قيام الزوجية، عندما تترك الزوجة بيت الزوجية أو يطردها الزوج وتسكن هي في دار والدها أو قريب لها أو في دار خاصة بها ويرفض الزوج لأي سبب تسليم الأطفال الى الزوجة، بل يمنعها من مشاهدتهم في أكثر الأحوال، فهنا يحق للزوجة رفع الدعوى لاسترداد حضانة أطفالها.

جاء في القرار المرقم (296/ هيئة الأحوال الشخصية/ 2017 الصادر في 2017/4/30) عن محكمة تمييز إقليم كوردستان: ((إن الاستمرار في الحياة الزوجية بين الطرفين لا يمنع من إقامة دعوى استرداد الحضانة بينهما))، ولقد جاء في حيثيات الحكم: ((---- إن الحضانة من حق الأم حال استمرار الحياة الزوجية أو بعدها ما لم تفقد الأم شروط الحضانة ولا يمنع استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين من إقامة دعوى استرداد الحضانة --------)). (رشيد، 2018: 73-74).

وحول استرداد الحضانة أو (السلطة الوالدية)، جاء في نص المادة (381) من القانون المدني الفرنسي: ((إن الأب و الأم اللذين كانا موضوعاً للسحب التام للسلطة الوالدية أو التجريد من الحقوق لأحد الأسباب الملحوظة في المادتين 378 و 378-1، يمكنهما، بناء على طلب، أن يحصلا من المحكمة الابتدائية الكبرى، بواسطة الإثبات لظروف جديدة، على استعادة الحقوق التي كانا قد حرما منها، وذلك بصورة كلية أو جزئية)) ، إن المادتين المشار اليها (378 و 378-1) يتضمنان أسباب سقوط السلطة الوالدية (نص المادتين مذكور، ضمن الصفحتين 19 و 20) من القانون المدني الفرنسي – النسخة العربية -، هنا يكون الاسترداد بطلب يقدم فيه أدلة لإثبات وضع جديد يكون سبباً في استعادة السلطة الوالدية .

إذاً استرداد الحضانة بشكل كبير يتعلق بزوال السبب أو الأسباب التي أدت الى سقوطها، وكما أسلفنا فإن مصلحة المحضون هي محور الحضانة، وطالما كانت كذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى الحضانة تلعب أكبر دور في حسم الدعوى وإصدار حكم في مصلحة المحضون.

٥. الخاتمة:

في ختام بحثنا توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات نذكرها في الفقرتين أدناه:

٥. ١ الإستنتاجات:

١. الحضانة مقررة شرعاً و قانوناً للأم لأنها الأقدر على رعاية الصغير و أشفق و أرفق بطفلها و أصبر على تحمل المشاق في سبيل حضانته من غيرها سواء كانت حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة.

٢. إن مسؤوليات الحاضن التي حددها المشرع العراقي هي:- إرضاع الولد، و حضانته و تربيته، و صيانته، و النظر في شؤون المحضون.

٣. إن الحضانة تدور وجوداً و عدماً مع قدرة الحاضن على تحمل مسؤولية تربية المحضون و التي هي مسؤولية كبيرة و ذات أهمية إذا نظرنا الى حقيقة أن تربية المحضون تعني تنشئة جيل جديد يمسك و يكمل ما بدأ به آباؤه و أجداده، فهم الذين يتمثل فيهم المستقبل، لذلك فإن مهمة الحاضن مهمة صعبة و شاقة.

٤. إن سن الحضانة يبدأ بولادة الطفل إلا أن نهايتها تختلف من قانون لآخر.

٥. إن سقوط الحضانة تعني إنهاء حق الحاضن في حضانة المحضون، قبل انتهاء مدتها وذلك لوجود سبب يُحدِثُ خللاً في حياة المحضون ومصلحته.

٦. إن مصلحة المحضون لا يمكن غض الطرف عنها لأي سبب أو لصالح أي طرف من أطراف الحضانة سواء كان الحاضن أو الطرف المقابل، وإن هذه المصلحة لها تأثير كبير في صياغة النصوص التشريعية وكذلك القرارات القضائية.

٧. عدم تمكين الأب من مشاهدة المحضون سبب من أسباب سقوط الحضانة حسب مبادئ محكمة التمييز.

٨. استرداد الحضانة يعني: أن يسترد الحاضن حقه في بقاء المحضون لديه بعد سقوط هذا الحق له وذلك بعد زوال سبب السقوط ومراعاتاً لمصلحة المحضون.

٩. إن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، لذلك فإن هذه المصلحة تشكل أقوى الأسباب التي يُستَنَد عليها في دعاوى استرداد الحضانة.

١٠ إن استرداد الحضانة تتعلق بشكل كبير بزوال السبب أو الأسباب التي أدت الى سقوطها، وأن مصلحة المحضون هي محور الحضانة، وطالما كانت كذلك فإن السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى الحضانة تلعب أكبر دور في حسم الدعوى وإصدار حكم في مصلحة المحضون.

٥. ٢ التوصيات:

١. نقترح بأن يكون حق الحاضن في الحضانة تحت اسم (مباشرة حق الحضانة)، ويطلق على حق المحضون (الحق في الحضانة)، لأنه برأينا يكون حق الحاضن مرتبط بالتزامه بشروط ومستلزمات الحضانة ليستحق مباشرتها، وأن أي مخالفة أو إهمال في حق المحضون يؤدي بالتالي الى سلب حق الحضانة منه بسهولة والذي منح إليه أصلاً مباشرتها للمحافظة على حق المحضون و مراعاته. أي يكون حق الطفل في الحضانة في الأساس هو الحق المقصود بالمحافظة عليه والدفاع عنه والتحقق منه.

٢. نقترح بأن يُوضع شروط عند زواج الأب الحاضن من زوجة أخرى غير أم الطفل، لأن زوجة الأب هي إحدى المقومات التي تمنح للأب حق الحصول على حضانة الطفل على أساس أنه أصبح عنده من يصلح للحضانة ورعاية الطفل من النساء وعدم التزام زوجة الأب برعاية الطفل و إلحاق الأذى به (كما هو الغالب) يكون سبباً لنشوز الزوجة لإلحاق الضرر بالزوج من خلال إلحاق الأذى بولده.

٣. نقترح بأن يتم وضع نصوص إجرائية قضائية خاصة بدعوى الحضانة وكيفية سير الجلسات وكذلك بإصدار الحكم والآثار المترتبة عليها.

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

إبن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور ، لسان العرب، بيروت، 1956، ج2.

الأبياني، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، دون سنة طبع، ج2.

القيومي، أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرىء، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، 2009.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (النووي)، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، ج9، ط2.
أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، صيدا- بيروت، ج2، 1972.
الأسدي، د. علي عبد العالي الأسدي، المرجع الجامع في الأحوال الشخصية، شركة العاتك، بيروت، 2021.
الجابري، محسن حسن الجابري، أحكام الحضانة و المشاهدة، مكتب زاكي للطباعة، بغداد، 2021.
الجاف، القاضي محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان (قرارات هيئة الأحوال الشخصية)، ط1، مكيبة هولير القانونية للنشر و التوزيع، أربيل، العراق، 2022.
جزاء جافر، القاضي جزاء جافر هوراني، الجامع لأهم مباديء قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود – قسم الأحوال الشخصية – مكتبة يادكار، السليمانية، ج1 – ج3، 2019.
الرجوب، المحامي أحمد الرجوب، أحكام الحضانة في القوانين العربية و الأجنبية، دار العماد للنشر و التوزيع، الإمارات العربية المتحدة، 2019.
السباعي، د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الزواج و انحلاله)، دار الوراق للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، ج1، 2000.
السليفاني، د. محمد عبد الرحمن السليفاني، قبسات من أحكام القضاء، مكتبة هولير القانونية، أربيل، 2017.
الشرنباصي، رمضان علي الشرنباصي و د. جابر عبدالهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
عاتك، شركة عاتك، الإجراءات العملية لدعاوى الأحوال الشخصية (معززة بقرارات محكمة تمييز الإتحادية)، بيروت، الطبعة الجديدة، 2019.
العنبكي، القاضي عدنان زيدان العنبكي، شرح قانون الأحوال الشخصية معززة بقرارات محكمة تمييز الإتحادية، دار السنهوري، بيروت، 2021.
الكبيسي، د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه و القضاء و القانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ج1، 1970.
كريم، د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة يادكار, السليمانية، ط4، 2020.
كشكول و السعدي، محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته، شركة عاتك لصناعة الكتب، القاهرة، دون سنة طبع.
الكوردي، أكرم زاده الكوردي، أحكام الحضانة و المشاهدة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة محافظة دهوك، دهوك، ط1، 2017.
مكتبة هولير، مكتبة هولير القانونية للنشر و التوزيع، قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان – قسم الأحوال الشخصية – إقليم كوردستان، 2018.
المياحي، فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة، مكتبة صباح، بغداد، الكرادة، 2013.
النداوي، آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، 2006.
علي، القاضي عبدالقادر علي (قاضي بغداد الأول)، خلاصة محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ألقاها القاضي على دورة قضاة العمل و على طلبة الصف الأول في المعهد القضائي لسنة 1983-1984.
العمراني، منصف العمراني، أحكام الحضانة بين الشريعة و قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2016.
كاك أمين، المحامي المستشار بلال غازي كاك أمين، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل و تطبيقاتها القضائية، بحث مقدم الى مجلس نقابة محامي كوردستان كجزء من متطلبات تغيير الصلاحية، 2013، منظمة طبع و نشر الثقافة القانونية.
وزارة العدل، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، 1971، الجمهورية العراقية، أصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق.

متون القوانين:

1قوانين بعض الدول العربية.

قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 15 لسنة 2019.
قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953.
قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 8 لسنة 2019.
قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929.

لقوانين العراقية

قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 و تعديلاته.
قانون الإثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979.
القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951.
قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم 83 لسنة 1969.
القانون المرقم 6 لسنة 2015 – قانون تعديل التطبيق الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل في إقليم كوردستان – العراق.
القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة 108، 2009، دار دالوز.