حضانة الطفل في قانون الأحوال الشخصية العراقي والفقه الإسلامي
(دراسة مقارنة)

م.شذى مظفر حسين

جامعة القادسية / كلية القانون

ملخص

إن الغاية الأساسية من كتابة أي بحث الخروج بآراء فكرية تناسب المشكلة موضوع البحث منها المساهمة في مجال البحث والتطوير دون الادعاء بالعلمية أو الرقي العلمي لأن ذلك من سمات الجهل لا العلم. ولهذا تم بحث موضوع حضانة الطفل باسلوب المقارنة والتحليل والجمع بين الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية وكتب الفقه الإسلامي مع تعزيز ذلك بالنصوص القانونية والأحكام القضائية الصادرة من المحاكم، وهذا الأمر لا يتحقق الا بمعرفة ماهية الحضانة من حيث تعريفها ثم الإنتقال لمعرفة الشروط الواجب توافرها في الحاضن المكلف برعاية الطفل، مع توضيح أن الحضانة قد تترتب عليها آثار مادية كنفقة الحضانة لصالح الأم الحاضنة أو غير الحاضنة، وآثار معنوية تتمثل بمشاهدة المحضون من قبل ذويه، وهذه الآثار التي قد لا تحسم إلا باللجوء للقضاء لحسم الإشكالات القانونية كتحديد أجرة الحضانة، زمان ومكان مشاهدة المحضون

Abstract

The main aim of any research is to have intellectual views agree with the problem discussed in the research and to participate in the research `s issue. and development without pretending scientism or scientific advance ، because this is regarded one of ignorance not knowledge characteristics. So kid nurture was studied in comparison and analyzing way and coinciding views of the doctrine views of the Islamic schools with supporting that Legal texts and judicial decisions issued by courts. This can`t be achieved without knowing the nurture`s essence regarding it definition and moving to knowing the conditions that in nursemaid who is charged to take care of the child should have ، in addition to clearing that the nurture may cause financial results like nurture alimony for the nursing mother or the other nursemaid and moral results representing in meeting the nursed child with his family members like father. these results may not been resolved without suing before courts to resolve the legal issues to define nurture wages or the time and place of meeting the nursed child.

المقدمة

الفرد هو أساس الأسرة التي هي بدورها تشكل نواة المجتمع، لكونها الركيزة الأساسية للتربية والمؤثر الأول في الطفل لأنه ينشأ في ظلها، وأن من أهم أهداف الزواج تحقيق الراحة والطمأنينة بين الزوجين لقوله تعالى:»ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون «.[1]

إن حفاظ الوالدين على تماسك الأسرة له الأثر الكبير في سلوك الأبناء نفسياً وعقلياً، إلا أن مشاكل الحياة يمكن أن تعصف بأجواء الأسرة وتؤدي إلى الفرقة والإنفصال، فيثار على أثره موضوع حضانة الطفل.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

تبرز أهمية الموضوع بأنه يتعلق بالحياة ويعتبر من القضايا المهمة في كل زمان ومكان، فالحضانة من أهم الأمور التي تؤثر سلباً وإيجاباً في حياة الصغير لما لها من أهمية في حفظ الصغير والعناية به والقيام بشؤونه التي لا يستطيع بمفرده القيام بها، وقد يحدث أن تتولد بعض الإشكالات التي تحتاج إلى معالجة الموضوع بموضوعية فقهية، وقانونية وقضائية بنحو تكفل للصغير أن يخرج للمجتمع مستقيماً لحاجة المجتمع إليه بما تقتضيه متغيرات الزمان وهو ما تقتضيه حكمة الله تعالى لهذا الإنسان في هذا الكون.

أهداف البحث:

نظراً لأهمية موضوع الحضانة وتأثير

(1) سورة الروم /21.

الحاضن المباشر على الطفل وتربيته، في سن معينة، لاعتماده الكامل عليه في كل الأمور، لذا وقع اختياري عليه للبحث فيه وبكل ما يتعلق به على نحو الإختصار وذلك من خلال النصوص الفقهية ومقارنتها بنصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وبعض القرارات القضائية، لأجل الوقوف على واقع مشكلة الحضانة.

مشكلة البحث:

هذا البحث يبحث في حضانة الطفل، من حيث الأحكام والآثار التي تحتاج لمعالجات فقهية وقانونية مستفيضة ؛الهدف منها رعاية مصلحة الطفل عن طريق تتبع الآراء الفقهية والنصوص القانونية والقرارات القضائية لحسم النزاعات الخاصة بها.

منهجية البحث:

يعتمد البحث على اسلوب المقارنة من كتب الفقه الإسلامي المختلفة ونصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل وبعض قرارات محكمة التمييز بخصوص دعوى الحضانة.

ولاستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان سنعتمد اسلوب الدراسة التحليلية وذلك من خلال الإشارة إلى الآراء الفقهية التي تطرقت إلى الموضوع والمحور التشريعي وذلك من خلال الإشارة إلى مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951،مدعومة بالرأي القضائي من خلال بيان بعض اتجاهات القضاء وقراراته.

خطة البحث:

يضم البحث ثلاثة مباحث وخاتمة، الأول منها في:ماهية الحضانة والمبحث الثاني في: شروطها وانتقالها وعودتها ويليها المبحث الثالث في: أجرة الحضانة ومشاهدة المحضون ثم الخاتمة والمصادر.

المبحث الأول

ماهية الحضانة

لكي نلم بماهية الحضانة، سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، الأول في تعريف الحضانة والثاني حقيقتها وفي الثالث سنتناول مدتها.

المطلب الأول

تعريف الحضانة

نتناول في هذا المطلب تعريف الحضانة لغةً وشرعاً وقانوناً وذلك في ثلاثة فروع منفصلة:

الفرع الأول

التعريف اللغوي للحضانة

«الحِضانة بكسر الحاء يُفهم منها مكان الحفظ والرعاية وهي من: حضن الصبي حضناً: جعله في حضنه أو ربّاه، ..أو بالفتح لتدل على مفهوم الحفظ وهي من:حضن فلاناً عن كذا حضناً: نحاه عنه واستبد به دونه، ويقال للرجل وللمرأة من يقوم برعاية الطفل،... والحضانة هي التربية [1]،ويدل

(1) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان

عليه قول الإمام علي (ع): ".. ومن رحمته أنه لما سلب الطفل قوة النهوض والتغذي جعل تلك القوة في أمه ورققها عليه لتقوم بتربيته وحضانته "[1].

الفرع الثاني

التعريف الفقهي للحضانة

عُرفت الحضانة بأنها حفظ الولد وتربيته ودهنه [2]. وقال في المسالك الحضانة:» ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته وحفظه وجعله في سريره..»[3]

وأشكل بعضهم على قيد- الولاية - لإطلاقه، فعمدوا إلى تقيدها بـ (التربية) فصنفوها بأنها الولاية التربوية الغاية منها التربية، ويفهم ذلك من تساؤل صاحب الجواهر إذ قال: " وفيه أنه إن كان المراد أنها ولاية كغيرها من الولايات التي لا تسقط بالإسقاط، وأنه يجب على الأم مراعاة ذلك... وعلى كل حال فالأصل فيه الحفظ والصيانة ".[4]

وقال الخوانساري في رده للإشكال:أن المستفاد من الأدلة ولاية الأب والأم عليها في الجملة وليس الحضانة نفس الولاية بل الولاية ثابتة على الحضانة.[5]

وعرفها الحنفية بأنها: « تربية الولد لمن له حق الحضانة «.[6]

وعرفها المالكية بانها: " هي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه... وهي فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة."[7] كما ذهب إلى القول الدسوقي بقوله: " أنها حفظ الولد والقيام بمصالحه "[8].

وعرفها الشافعية: بأنها حفظ من لا يستقل

العرب، ط 1، دار صادر، بيروت، 1997، ج2/105 معلوف، لويس، المنجد، ط33، دار المشرق، بيروت، 1992م، ص 139.

(1) المجلسي، محمد باقر، بحار الأنوار، مؤسسة الوفاء، بيروت 1983، ج89/248.

(2) - المحقق الكركي، علي بن الحسين، جامع المقاصد، مؤسسة آل البيت (ع)، 1414ق، ج7/ 129.

(3) الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، مسالك الأفهام، المعارف الإسلامية، قم، 1416ش، ج8/421. الطباطبائي، علي، رياض المسائل، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1418ق، ج7/240- النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، ط7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981، ج31/ 283. مغنية، محمد جواد، فقه الإمام الصادق(ع)،ط7، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، 1428ق، ج5/ 302

(4) جواهر الكلام،(سبق ذكره)، ج31/ 283.

(5) الخوانساري، أحمد، جامع المدارك، مكتبة الصدوق، طهران، 1405ق، ج4/ 472.

(6) إبن عابدين، حاشية رد المحتار، دار الكتاب الإسلامي، ط2، بدون تاريخ، ج3/ 555.

(7) العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي، ت يوسف الشيخ، دار الفكر، بيروت، 1414ق،بدون ط، ج2/ 112.

(8) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وتاريخ، ج2/ 526.

بأمور نفسه عما يؤذيه.[1]

وعرفها الحنابلة: أنها حفظ من لا يستقل وتربيته حتى يستقل بنفسه [2] وأيضاً: " هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والإنفاق عليه وإنقاذه من المهالك."[3]

والملاحظ مما سبق أن تعريف الفقهاء للحضانة عاماً وشاملاً ويتفق مع المعنى اللغوي، ولفظ التربية يشمل جميع أنواعها الجسمية والأخلاقية والنفسية والعقلية والإجتماعية، وأنهم اتفقوا على مضمون الفعل وهو حفظ المحضون وصيانته، ويهدف بالنهاية إلى تلبية إحساسات وعواطف الوالدين والولد معاً، وذلك ما تقتضيه الأدلة أيضاً.

الفرع الثالث

التعريف القانوني للحضانة

لم يعرف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 النافذ الحضانة، لكنه ذكر لها تعريفاً في مقدمة التعديل الثاني (رابعاً) لهذا القانون إذ عبَر عنها بأنها:» تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له حق في ذلك قانوناً، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه، وتربيته بما يصلحه يقيه مما يضره ".[4]

فالمشرع الوضعي اعتبر الحضانة حق إذ يرى أن المحضون قد يحتاج إلى الرعاية حتى سن الثامنة عشرة من العمر وذلك من أخذه القيد (تربية الطفل وتدبير شؤونه) والثاني (المحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه) وهو بذلك قد أخذ بالآراء الفقهية إذ أن المرجع الأساس الفقه الإسلامي في تكييف مسائل الأحوال الشخصية وما يتعلق بها من الآثار وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة (1/ ف2) من القانون.» إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون".

المطلب الثاني

حقيقة الحضانة

اختلفت الآراء في هذا المطلب، لأن الحضانة جمعت بين ثلاثة حقوق:» حق الصغير، حق الأم، حق الأب «، لذا فإن كل من الفقه والقانون قد اختلفا على من الذي يملك الحق فيها، وحيثما يوجد حق سيكون هناك واجباً قباله، إذ يمكن أن تكون حقيقتها (حق) أو (واجب) يكلف به أحد الأبوين أو كلاهما، أو هي الوجهين معاً (الحق والواجب)، هذا ما سنتناوله في هذا المطلب وذلك في فرعين منفصلين:الأول في الموقف الفقهي من حقيقة الحضانة والثاني في الموقف القانوني من حقيقة الحضانة.

(1) الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد، مغني المحتاج، دار احياء التراث العربي، 1377ش، ج3/ 452.

(2) ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله، المقنع، مطبعة المنار، ط1، 1322ش، ج3/ 327.

(3) المصدر السابق نفسه.

(4) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959،(التعديل الثاني)، المقدمة، رابعاً 2، ص17.

الفرع الأول

الموقف الفقهي من حقيقة الحضانة

للإمامية في حقيقة الحضانة ثلاثة آراء:

(الأول)الحضانة حق فردي محض:

قال في الجواهر:»إن التعليق على مشيتها والتعبير بالأحقية ظاهر على أن الحضانة كالرضاع وحينئذ لا تكون واجبة عليها ولها ان تسقط هذا الحق».[1] وفي الرياض:" واعلم أنه لا شبهة في كون الحضانة حقاً لمن ذكر.. وليس في الأخبار ما يدل على غير أصل الإستحقاق وهو لا يستلزم الوجوب".[2] أي يجوز لها إسقاطه؛ ذهب إلى هذا القول بعض الفقهاء المعاصرين [3]،وذكر له من الأخبار ما يدعمه منها: ما روي عن أبي عبد الله (ع) قال:» المرأة أحق بالولد مالم تتزوج».[4]

(الثاني) الحضانة حق المحضون:

هو قول من يرى أن الحضانة ولاية على الطفل، والولاية في الحضانة لا تختلف عن غيرها من الولايات إذ لا يجوز اسقاطها".[5] ويرى الشهيد الأول أنه: »لو امتنعت الأم من الحضانة صار الأب أولى، ولو امتنعا معا فالظاهر اجبار الأب «[6]؛ واستحسنه الشهيد وقال « نقل عن بعض الأصحاب وجوبها وهو حسن حيث يستلزم تركها تضييع الولد الا أن حضانته حينئذ تجب كفاية كغيره من المضطرين وفي اختصاص الوجوب بذي الحق نظر، وليس في الأخبار ما يدل على غير ثبوت أصل الإستحقاق.[7]

ومن المعاصرين من قال بأنَها بالنسبة للأب من الأحكام:" إختصاص الوالد بالولد ليس من الحقوق بل هو من الاحكام فلا يقبل الإسقاط، ولا يصح الصلح عليه.."[8]، وقال في المنهاج:»و حق الحضانة الذي يكون للأب أو الجد فإنه لا يسقط بإسقاطه».[9]

(الثالث) الحضانة واجب على الأم والأب معاً:

يظهر من كلام بعض الفقهاء أن الحضانة واجبة على الأم والأب على السواء ".[10] وقال

(1) جواهر الكلام، (سبق ذكره)، ج31/ 283.
(2) رياض المسائل،(سبق ذكره)، ج7/ 254.
(3) السبزواري، عبد الأعلى، مهذب الأحكام، ط 4، مؤسسة المنار، قم، 1413ق،ج25/ 282.
(4) الكليني، محمد بن يعقوب، الكافي، ط1، منشورات الفجر بيروت، 1428ق، ج6/ 30، ح2و ح3.
(5) - رياض المسائل،(سبق ذكره)،ج10/ 529.
(6) الشهيد الأول، القواعد والفوائد، ت عبد الهادي الحكيم، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، 1418ق، ج1/ 395
(7) الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، الروضة البهية، ت محمد كلانتر، ط1، انتشارات داوري، قم، 1410 ق، ج5/ 487.- جواهر الكلام، (سبق ذكره)،ج31/ 284.
(8) انظر ناصر، محمد عليوي، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1431ق، ص42.
(9) الخوئي،، منهاج الصالحين، (سبق ذكره)،ج2/392.
(10) سلار،أبي يعلى حمزة بن عبدالعزيز،المراسم العلوية في الأحكام النبوية، ت محسن الحسيني، دار الحق، بيروت، 1414ق، ص 166.

الخوانساري:" أن المستفاد من الأدلة ولاية الأب والأم عليها في الجملة ".[1] ومن المعاصرين من أثبت وجوب الحضانة بالأدلة من القرآن والسنة والإجماع والعقل ".[2]

وهو «فيما لو امتنعت الأم من الحضانة وأسقطت حقها في الحضانة فالظاهر اجبار الأب».[3] فالحاضنة هنا هي حق للأم، لذا يمكنها أن تتنازل عنه، لكنها واجب على الأب وذلك بفعل من الحاكم الذي يقوم بإجباره، وإن عدَ ذلك الوجوب كل من الشهيد الثاني والنجفي كفائياً.[4] فالحضانة هنا تنتقل من الحق إلى الواجب في حال تدافع الحضانة كل من له حق فيها بحيث يضيع الطفل ويتعرض للضياع والهلاك فإنها حينئذ تجب على الأب باعتباره أول مستحق لها إذا توفرت فيه الشروط وانتفت الموانع.

وكما تعددت الآراء في الفقه الإمامي فقد تعددت الآراء في الفقه السني أيضاً وهي:

(الأول) الحضانة حق محض للأم:

الحضانة حق للحاضنة ولا تجبر عليها إن امتنعت عن ممارسة حقها في الحضانة، شأن كل صاحب حق فلا يجبر على استيفائه، ولا يجوز للأب أن ينزع الصغير من حاضنته ليعطيه غيرها إلا إذا فقدت شرطاً من شروط الحضانة، وهذا رأي المشهور عند المالكية. [5]، والحنبلية [6] والشافعية [7]، وأحد أقوال الحنفية [8]،مستدلين عليه بالأخبار منها:" المرأة أحق بالولد مالم تتزوج.. وأنت أحق به مالم تتزوجي." [9]

(الثاني) الحضانة حق للمحضون:

إن الحضانة حق للمحضون فلا تملك اسقاطها ولا تجبر عليها الأم إن امتنعت وعلى هذا لا يجوز للأم أن تصالح الأب على إسقاط حضانتها مقابل مال يدفعه إليها، لأنها حين تفعل ذلك تفوت حقاً للصغير لا تملك هي إسقاطه فلا يجوز المصالحة عليه، ولا تستحق البدل المعين له، وكذلك لا يجوز لها أن يخالعها الزوج به فإن فعلت صح الخلع وبطل البدل وذلك في قول عند المالكية:»أن الأم تجب عليها الحضانة لذا فهي لا تستحق الأجرة على

(1) جامع المدارك، (سبق ذكره)، ج4/ 472.
(2) مهذب الأحكام، (سبق ذكره)، ج25/ 276
(3) - الروضة البهية، (سبق ذكره)،ج5/ 487
(4) الروضة البهية، (سبق ذكره)، ج5/ 487.- جواهر الكلام، (سبق ذكره)،ج31/ 284.

(5) إبن قدامة، موفق الدين عبد الله، المغني، ط1، دار الفكر، بيروت،1405ق، ج8/190. حاشية الدسوقي،(سبق ذكره)،ج2/ 527.
(6) مغني المحتاج، (سبق ذكره)،ج3/ 451.
(7) المغنية، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ط 7، دار العلم للملايين، بيروت، بدون ط وتاريخ، ج2/382- حاشية رد المختار(سبق ذكره)، 614.
(8) السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت،1406ق، بدون طبعة، ج5/ 207.
(9) الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، ت عبد السلام محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1415،1ق، ج1/491.

الحضانة».[1] وهو رأي الحنابلة [2]وفي الشرح الكبير: «إذا أسقطت الحاضنة حقها لغير عذر بعد وجوبها لها ثم أرادت العود لها، فلا تعود.[3]»، فجملة (بعد وجوبها) تبين قولهم بوجوبها على الأم.وهـو قول عند فقهاء الحنابلة أيضاً « كفالة الطفل وحضانته واجبة ".[4]

وهو ظاهر الرواية عند الحنفية [5]، والمفتي به عندهم هو:"لا تجبر الأم على حضانة طفلها الا إذا تعينت لحضانة الصغير بأن لم يوجد غيرها، أو امتنع الصبي من قبول غير أمه لم يكن للأب ولا للصغير مال وما عدا هذه الحالات فلا تجبر الأم على حضانة الطفل ".[6].

أمـا الشافعية قالوا:"عدم إجبار الأم عند الإمتناع وهو مقيد بما لم تجب النفقة عليها للولد المحضون، فإن وجبت كأن لم يكن له الأب ولا مال، أجبرت ".[7] فجملة (أجبرت) تدل على الوجوب.

(1) - الدردير، أحمد، الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون طبعة وتاريخ، ج2/532. الفقه على المذاهب الخمسة (سبق ذكره)،ج2/ 380.

(2) الجوزية (ابـن القيم)، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415ش، ج5/ 404.

(3) الشرح الكبير،(سبق ذكره)، ج-2/532

(4) المغني،ج8/191.

(5) السرخسي، المبسوط (سبق ذكره)،ج5/207

(6) السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحـوال الشخصية، ط9، دار الوراق، بيروت، 1422ق، ص 271.

(7) مغني المحتاج،(سبق ذكره)ج3/451.

(الـثـالـث)- الـحـضـانـة حـق لـلـحـاضـن والمحضون معاً:

حق للحاضن وهو كما ذكرنا أي أن صاحب الحق له أن يسقطه وذلك إن وجد غيره ممن يقوم مقامه، وحق عليه إذا احتاج الطفل إليه، ولم يوجد غيره فإنه يتعين عليه وذلك لأن رعايته لازمة وضرورية لـه، وهـذا القـول هـو إختيار الحنفية [8] والقول الآخر لفقهاء المالكية لكنه ليس المشهور عندهم:» الحضانة حق لكل من الأم والطفل على حد سواء مع ترجيح حق المحضون على حق الحاضن وإن أسقط حقه في حضانة الطفل الصغير لكونه أولى بالرعاية.»[9] وذكر بعضهم:" إن حق الحضانة حق مشترك بين الصغير والحاضنة، فليس حقاً خالصاً للصغير وليس حقاً خالصاً للأم، غاية الأمر أن حق الصغير أقوى لأن مصلحته مقدمة على مصلحة أبويه وأنه يجب العمل بما هو أنفع وأصلح للصغير في الفقه السني."[10]

(الـرابـع)- أنها حق لله عز وجل:

ذهـب بعض الفقهاء إلـى أن الحضانة حق

(8) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412ق، ج3/ 560.

(9) السرخسي، المبسوط، (سبق ذكره)،ج2/207– مغني المحتاج، (سبق ذكره)، ج3/ 456.

(10) ابو العينين، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية في المذاهب الأربـعـة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، ج1/543.

الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، 1406ق، ط4، ج4/ 594،

لله تعالى لا تسقط بإسقاط الحاضن، و ذلك أن الحضانة تحقق مصلحة عامة للمجتمع بحسن تربية أفراده فكانت الحضانة حقاً لله بهذا الإعتبار ووجب على المجتمع كفالة المحضون والقيام بشؤونه.[1]

فالملاحظ هنا: أن الأمر إذا كان حقاً للمكلف فإن له المطالبة به وله التنازل عنه فينتقل إلى غيره أما إذا كان الأمر واجباً عليه فإنه لا يملك الحق في التنازل عنه أو التخلص منه أو الخروج عنه حتى يؤديه ولا يخرج من عهدة التكليف ولا تبرأ ذمته إلا بأداء ما وجب عليه. والحضانة عند بعض العلماء حق لمن يستحقها وبالتالي يملك المحافظة على حقه والتشبث به وعدم التنازل به لغيره ويملك تركها والتنازل عنها لغيره، وقد تنتقل الحضانة من الحق إلى الواجب في حال تدافع الحضانة كل من له حق فيها بحيث يضيع الطفل ويتعرض للضياع أو الهلاك فإنها حينئذ تجب على أول مستحق لها ممن توفرت فيه الشروط وانتفت الموانع.

الفرع الثاني

الموقف القانوني من حقيقة الحضانة

يمكننا أن نذكر ثلاثة أقوال في حقيقة الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، تقتضي الفقرة الأولى من المادة السابعة والخمسين من القانون المذكور على أن ذلك من خلال ما ذكرته النصوص القانونية والقرارات القضائية وذلك أن: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك ":

(الأول) الحضانة حق محض للأم:

إن المشرع العراقي لما بيَن أحقية الأم في الحضانة قيد ها بعدم تضرر المحضون، فلو تضرر المحضون، فتصبح الحضانة متعينة على الأم إذ أن حق المحضون أقوى من حق الوالدين، وهو المحور في القرار.

ويدل عليه: قرار محكمة التمييز وأن سند هذا القرار هو الشريعة الإسلامية ؛عملاً بنص المادة الأولى من القانون نص على: " أن الحاضنة الأم لا تجبر على حضانة ولدها شرعاً، إلا إذا تعينت لها، بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم، فإن وجدت حاضنة غيرها من المحارم تقوم بحضانته فلا تتعين أمه لحضانته ولا تجبر عليها، أما إذا لم يوجد حاضنة من محارمه أو وجدت فامتنعت فتعين أمه المدعي عليها بحضانته وتلزم بها.[2]

الثاني: الحضانة حق للأم والصغير معاً:

وبناءً على هذا القول أن الأم تجبر على الحضانة إن لم يوجد غيرها، كما ذكر أعلاه. والأم حتى في حال أن اختلعت من زوجها على ترك حضانة ولدها، كان الخلع صحيحاً والشرط باطلاً، وهو ما نصت عليه محكمة التمييز على أنه:» إذا تمت المخالعة بناءً على تنازل الزوجة حضانة ابنتها ونفقتها لزوجها، ثم قامت المدعى عليها بعد الطلاق بانتزاع ابنتها منه، فإن الحكم يرد دعوى

(1) السرطاوي، محمود علي، فقه الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 2008، ط1، ص 231.

(2) قرار محمة التمييز 35/ش /73 في 4/ 11/ 1973 النشرة القضائية، العدد 4، السنة الرابعة، 1973، ص 176.

المدعي بطلبه تسليمه ابنته، موافق للشرع والقانون حيث أن الحضانة حق الأم وحق الصغير وإن التنازل عنها مخالف للنظام العام.»[1] فقد ورد في القانون المدني العراقي الموضوع المذكور ذاته حيث نصت المادة (130) منه على ما يلي:-1 يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطلاً. -2 ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار، والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري، و سائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين وفي الظروف الإستثنائية. فالحضانة حق من حقوق الصغير فلا يصح الصلح عنه ولا يصح بناء حكم على هذا الصلح لمخالفته للشرع وعليه قرر بالإتفاق نقض الحكم.[2] فالمشرع هنا ومن خلال هذه الفقرة ذكر أن الأم هي الأحق من غيرها في موضوع الحضانة ومن جعله مصلحة المحضون هي الأساس في ذلك الإستحقاق؛ فالأم تجبر عليه.

قد ورد في إحدى قرارات محكمة التمييز: " بأن الحضانة حق للطفل والأم معاً فإذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الطفل كما أن مسائل الحضانة من النظام العام التي لا يجوز الإتفاق على خلافها ولا يقبل التنازل عنها أو التعامل بها في خلع أو سواه.[3]

والحق هو أن من المعلوم بداهة أن الحقوق تقابلها الواجبات، فالحضانة واجبة على الحاضن، وفي المقابل هي حق للمحضون فالحق لا يتعلق بصاحب الحق وحده وهو من يطلب أداء الحق له وإنما يتعلق أيضاً بمن عليه الحق وهو المكلف بأداء الحق لصاحبه كما يتعلق بالشيء المستحدث وهو المطلوب أداؤه ممن عليه الحق لمن له الحق، فالحق والواجب هنا وجهان لعملة واحدة وهي الحضانة، فيرجح القول بأن حقيقة الحضانة حق وواجب معاً.

المطلب الثالث

مدة الحضانة

اختلف الفقهاء في تعيين المدة التي يحتاجها الطفل للرعاية والتربية والتعليم، فهي مع بقاء الزوجية يكون كل من الأبوين مكلفان بها حيث لا نزاع ؛ أما عند الفرقة فقد لا يحصل اتفاق بينهما حول من له الأولوية في إستحقاق الحضانة؛ لذا قام الفقهاء ببيانها بالتفصيل.

إن الطفل يحتاج للحضانة في مدة الرضاعة وما بعد ها، ففي مدة الرضاعة لا خلاف بين الآراء الفقهية الشيعية والسنية – المتقدمين والمتأخرين منهم".[4] بدليل قوله تعالى:" وَالْوَالِدَاتُ

(1) القرار رقم 3238/ شرعية/ 1970 في 20/ 2/ 1970، النشرة القضائية، العدد الأول/ السنة الثانية، 1970،ص 106

(2) - الكرباسي، علي محمد إبراهيم، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص 121.

(3) قرار محكمة التمييز 271/ش/1976 في 24/5/1976، مجموعة الاحكام العدلية، العدد 1 لسنة 7، 1976

(4) الإمام الخميني، روح الله، تحرير الوسيلة،

يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمّ الرّضَاعَةَ"[1]:» وإنما الخلاف وقع في المدة التي تلي الرضاعة، لاختلاف الأخبار فيها والغاية من اختلاف الآراء هو رعاية المحضون ودفع الضرر عنه..وهو ما سنبينه في هذا المطلب وذلك في فرعين منفصلين الأول مدة الحضانة في الفقه الإسلامي والثاني مدة الحضانة في القانون:

الفرع الأول

الموقف الفقهي من مدة الحضانة

لفقهاء الإمامية هذا الأمر خمسة أقوال، المعتمد منها هو:أن الأم أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، كما ذكر الفقهاء:قال الشيخ الطوسي:» إذا بانت المرأة من الرجل ولها ولد منه فإن طفلاً لا يميز فهي أحق به بلا خلاف وإن كان طفلاً يميز وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فما فوقها إلى حد البلوغ فإن كان ذكراً فالأب أحق به وإن كانت أنثى فالأم أحق بها ما لم تتزوج لأجماع الفرقة وأخبارهم «.[2]

أخذ به كبار الفقهاء [3]، حتى أن بعضهم أفتى به من باب الإحتياط والأولوية ومن ذلك:»الذي يقتضيه الوقوف مع الرواية الصحيحة أن الأم أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين مطلقا.»[4]

وأكده الأردبيلي:»و بالجملة لا نص صريحاً لحضانة الأم إلا أنها مشهورة، نعم يمكن بعض الإعتبار بأن الأم أولى ما دام يحتاج إلى الحفظ والتربية ولا ينبغي الأخذ منها، لقوله تعالى: لا تضار والدة بولدها ولان شفقتها وحفظها أكثر فينبغي أن تكون عندها مدة يحتاج إلى الحفظ والتربية إلى وقت يحتاج إلى تعلم صنعة وكتابة، ولا يبعد إلى السبع مطلقا."[5]

وفي كفاية الأحكام:" والوجه عندي العمل بصحيحة أيوب بن نوح الدالة على أن المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين، وهو خبر صحيح."[6]

وقال الحائري في محاولة لجمع شتات الروايات:"الأظهر هو حمل ما دل على السبع

مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1415ق، ج2/31– الخوئي، المنهاج (سبق ذكره)،ج 2/391.

(1) الآية 233/ البقرة

(2) الشيخ الطوسي، محمد بن حسن، الخلاف، ت علي الخراساني، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1417ق، ج3/82، م 36.

(3) مسالك الأفهام، (سبق ذكره)، ج8/293– رياض المسائل (سبق ذكره)، ج2/ 162- البحراني، يوسف، الحدائق الناظرة، ت محمد الإيرواني و....، ط 1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1405ق، ج25/94 الخوئي، المنهاج، ج2/391:"والأولى جعله في حضانة الأم إلى سبع سنين وإن كان ذكراً ".

(4) الحلي، حسن بن يوسف، نهاية المرام، ط1، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، قم، 1419ق،ج1/468.

(5) المقدس الأردبيلي، أحمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، ت مجتبى العراقي،ط1،دار النشر الإسلامي، قم، 1402ق،، ج8/254.

(6) المحقق السبزواري، محمد باقر بن محمد، كفاية الأحكام، قم، الإنتشارات الإسلامية، 1423ق، بدون ط، ص 193.

على استحباب الولد عند أمه إلى السبع وكراهة أخذه منها قبله لما في أخذه منها والتفريق بينه وبينها في تلك المدة من الحضانة كما يساعد عليه العرف فانهم يلومون من أخذ الإبن من أمه مادام صغيراً غير مميز وذلك لصراحة ما دل على الحولين في جواز أخذه منها بعد الحولين بخلاف ما دل على السبع فإنه ظاهر في حرمة أخذه منها قبل السبع هكذا... في الجمع بين ما ورد من الاخبار الواردة في المسالة ولكن لم نعثر في اخبار الحولين ما يكون صريحاً في جواز اخذه منها بعد انقضائها.[1] وقال مغنيَة: ".. والذكر خمس عشرة سنة يختار أي الأبوين يشاء."[2]

هذا ولفقهاء بقية المذاهب أقوال منها:

قال فقهاء المالكية إن:«حضانة الذكر المحقق من ولادته للبلوغ فلو بلغ سقطت عن الأم (حضانته) وحضانة الأنثى كالنفقة يعني حتى الزواج.»[3]

وقال فقهاء الشافعية: حضانة الطفل تمتد من الولادة وحتى سن التمييز والإدراك «إنما يحكم بأن الأم أحق بالحضانة من الاب في حق من لا تمييز له اصلاً وهو الصغير في اول امره فأما اذا صار الصغير مميزا فيخير بين الأبوين إذا افترقا.. وسن التمييز غالباً سبع سنين أو ثمان تقريباً." [4]

و قال فقهاء الحنفية: «الحاضنة أماً أو غيرها أحق به أي بالغلام حتى يستغني عن النساء وقدر بسبع... والأم والجدة لأم أو لأب أحق بها بالصغيرة حتى يختص أي تبلغ في ظاهر الرواية ولو اختلفا في حيضها فالقول للأم «.[5] وقال الحنابلة:»إن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل.. فأمه أولى الناس بكفالته إذا أكملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى..وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه..[6]

الفرع الثاني

الموقف القانوني من مدة الحضانة

يرى المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم 188لسنة 1959 المعدل وطبقاً لنص المادة (57/ ف 4)المعدلة أن مدة الحضانة هي إتمام العاشرة من العمر سواء أكان المحضون ذكراً أو أنثى حيث نصت على أنه:» للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكمال الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقتضي ذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته».

ففي هذه الفقرة أن المشرع العراقي أجيز

(1) الحائري، كتاب النكاح، (سبق ذكره)،ص372-374

(2) الفقه على المذاهب الخمسة، (سبق ذكره)،ص389.

(3) الشرح الكبير، (سبق ذكره)،ج2/ 526- مغني المحتاج، (سبق ذكره)، ج3/456. الفقه على المذاهب الخمسة (سبق ذكره)،389.

(4) النووي، يحيى، المجموع، دار الفكر، بدون ط وتاريخ، ج18/320.- النووي، يحيى، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون ط وتاريخ، ج6/509.

(5) الحصلكي، محمد بن علي، الدر المختار، دار الفكر، 1415 ق، ج3/ 621.

(6) المغني، (سبق ذكره)،ج2/ 298-303.

الأب على رعاية الطفل وإن لم يكن هو المتعهد بالحضانة وذلك من خلال الإشراف على تربيته للصغير ومراقبة سلوكه وأخلاقه وسد احتياجاته الجسدية والنفسية، وما دامت الأم تحتفظ بشروط الحضانة فليس له أن يطالبها بتسليم المحضون له ما دام أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك، أما لو فقدت الأم أحد الشروط فله أن يطالبها بذلك حتى لو لم يبلغ العاشرة من عمره ؛وهو ما قررته محكمة التمييز:» إذا كان المحضون في سن الحضانة والأم لازالت محتفظة بشروط الحضانة، فعلى المحكمة الحكم باستمرار حضانتها له.[1]

ونصت الفقرة (5) من المادة نفسها على:" إذا أتم المحضون الخامس عشرة من العمر يكون له حق الإختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه، لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الإختيار ".وفي الفقرة (7) من المادة نفسها:" في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير ". فالمشرع العراقي يرى:

1 - استمرارية الحضانة للأم مع قيام الزوجية أو بعد الفرقة إلا أن يتضرر المحضون، للمحكمة تمديد الحضانة إلى البلوغ -2أخذ المشرع العراقي برأي فقهاء الشافعية لما أخذ بالتخيير المطلق لكلا الجنسين

3 - جعل فقدان أحد شروط الحضانة من مسقطاتها فلو فقدت الأم الحاضنة أحد شروط الحضانة فستنتهي حضانتها للمحضون عندها يكون الأب أولى به من غيره، وهذا هو ما قالت به الإمامية أيضاً.

والحق هو أن إنتهاء مدة الحضانة بالسبع أو التسع هو الجدير بالعناية، وعليه الأخبار والروايات ومنها النبوي الشريف:"الولد سيد سنين وعبد سبع سنين ووزير سبع سنين وإلا فاضرب على جنبه فقد أعذرت إلى الله".[2]، وعن أمير المؤمنين (ع) قال:"يرخي الصبي سبعاً ويؤدب سبعا ويستخدم سبعاً..[3]

المبحث الثاني

شروط الحضانة وانتقالها وعودتها

للحضانة شروط منها شروط عامة وقد أجمع عليها بالنص والفتوى وأخرى مختلف فيها لأنها غالباً ما تكون نسبية ؛ إن الغاية من وضع هذه الشروط وتعددها هي أن المشرع أراد أن يكفل رعاية مصالح الطفل الجسمية والنفسية، فحرص على أن يكون المحضون بيد أمينة تكفل له قضاء حاجاته، وتضمن له السلامة..وهذا ما سنوضحه في ثلاثة مطالب:

(1) قرار محكمة التمييز 4005/ شخصية أولى / 2008 في 31/ 12/ 2008، مجلة التشريع والقضاء، السنة 2، العدد 3، 2010، ص 41.

(2) الطبرسي، رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل، مكارم الأخلاق،ط6، مؤسسة الأعلمي، بيروت، 1972، ص222.

(3) المصدر السابق نفسه، ص 223.

المطلب الأول

شروط الحضانة

من شروط الحضانة الواجب توافرها في الحاضن قسم منها عامة وهي عبارة عن البلوغ والعقل وقد اتفقت عليها الآراء والآخر اختلفت الآراء في اشتراطها في الحاضن، نذكرها في فرعين منفصلين أحدهما في الفقه الإسلامي والثاني في القانون

الفرع الأول

الموقف الفقهي من شروط الحضانة

(1)العقل

إن شرط العقل من الشروط العامة المتفق عليها في كل التكاليف، فمن لم يكن كذلك، فلا حضانة له لكونه أحوج بالرعاية منه [1]، فلا يكلف بالحضانة من هو مصاباً بالجنون فـ:»المجنونة لا حضانة لها لأن المجنون لا يتأتى منه الحفظ والتعهد بل هي في نفسها تحتاج إلى من يحضنها، ولا فرق بين أن يكون الجنون مطبقاً أو منقطعاً إلا إذا وقع نادراً أو لا يطول مدته فلا يبطل الحق بل هو كمرض يطرأ أو يزول.[2]

و لا يرى في الجواهر الجنون مانعاً من استحقاق الحضانة:»..إن الجنون وإن كان مطبقاً لا يبطل حقها من الحضانة وإن انتقل الأمر حينئذٍ إلى وليها كباقي الأمور الراجعة لها.. وكأن من اشترطه نظر إلى كون الحضانة ولاية، والمجنون معزول عنها.[3]

واشترط فقهاء العامة ذلك أيضاً فلا يكلف المجنون عندهم:» لا حضانة لمجنونة سواء كان جنونها مطبقاً أو منقطعاً إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً ولا تطول مدته كيوم في السنة فلا يبطل الحق به كمرض يطرأ ويزول [4]

وذهب إلى ذلك فقهاء المالكية فقالوا:" الجنون يسقط الحضانة بل حتى الطيش منه ".[5]

واشترطه فقهاء الحنابلة مستدلين عليه بانعدام أهلية المجنون على الطفل [6].

2) البلوغ

هو من الشروط العامة في كل التكاليف، فلا يؤاخذ الشخص قبل سن البلوغ إلا أن الإمامية لم يذكر الإمامية هذا الشرط في كتبهم لكونه من البديهيات ونقل عن صاحب الجواهر أنه قال:" أن البلوغ من الأمور الطبيعية المعروفة في اللغة والعرف، وليس من الموضوعات الشرعية التي لا تعلم إلا من جهة الشارع...فوظيفة الشارع لا تتناول تحديد الأشياء الطبيعية.. بل يرجع في معرفتها إلى أهل الخبرة. "[7]، فهو من الأمور المفروغ عنه، وقال المغنية في موضع آخر:»إن الصغير قبل البلوغ

(1) مسالك الأفهام (سبق ذكره)، ج8/ 422.- كفاية الأحكام، (سبق ذكره) ص 193.- رياض المسائل،(سبق ذكره)، ج10/ 523.
(2) مسالك الأفهام، (سبق ذكره)، ج8/423.
(3) جواهر الكلام، (سبق ذكره)، ج31/ 287.
(4) - روضة الطالبين، (سبق ذكره)، ج6/505.
(5) الشرح الكبير، (سبق ذكره)، ج2/528..
(6) مغني المحتاج، (سبق ذكره)، ج3/455
(7) فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، ج5/ 292.

ممنوع من التصرفات المالية وغيرها..»[1]

واشترط البلوغ فقهاء المذاهب الأربعة:

فقال فقهاء الحنفية: " يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة "[2]

وقال فقهاء الشافعية: ".. اشترطوا خاصية الرشد في الحاضنة [3]

وقال فقهاء المالكية بشرط البلوغ المقرون بالرشد من مؤهلات الحضانة عندهم.[4]

وقال فقهاء الحنابلة: " لا تثبت الحضانة لطفل " [5]

(3)-**الإسلام:**

من الشروط المتفق عليها عند الإمامية في الحضانة، إذ أن فاقده لا يمييز الضرر». [6] ونقل بعضهم عن صاحب الجواهر أنه قال: أما الإسلام إذا كان الولد يحكم المسلم فلأن غير المسلم لا سبيل له [7] لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ". [8] ومن الواضح أن حضانة الكافرة على الصبي الصغير من مصاديق السبيل الذي نفته الآية. وفي المسالك: " الولد يتبع أبويه في الكفر كما يتبعهما في الإسلام، لإشتراكهما في الجزئية. «[9]

واختلفت آراء فقهاء بقية المذاهب حول هذا الشرط:

ففقهاء الشافعية إشترطوا:» أن تكون الحاضنة مسلمة إذا كان المحضون مسلماً.[10]

وفقهاء الحنابلة: " الكفر من موانع الحضانة فلا حضانة للكافر على المسلم لأن الحضانة من الولايات والمسلم أحق من الكافر الذي يخشى على عقيدة الولد ببقائه عنده. " [11] فالشافعية والحنابلة إشترطوا الإسلام في الحاضنة

وقال فقهاء الحنفية:».. وأهل الذمة في الحضانة بمنزلة أهل الإسلام، لأن هذا الحق يثبت نظراً للصغير وأنه لا يختلف بالإسلام والكفر، وكذا اتحاد الدين ليس بشرط ثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الأصل..أنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا

(1) المصدر السابق نفسه، ج5/ 106.
(2) رد المحتار،(سبق ذكره)، ج3/ 566.
(3) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي عباس، نهاية المحتاج، ط1، مطبعة بولاق، مصر، 1292 ق، ج3/ 219.
(4) - أنظر حاشية الدسوقي،(سبق ذكره)، ج2/ 566.
(5) - البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418ق،ج5/ 498.
(6) المبسوط (سبق ذكره)،ج6/40- شرائع الإسلام، (سبق ذكره)،ج2/567- مسالك الأفهام، (سبق ذكره)ج8/ 422.
(7) فقه الإمام الصادق(ع)(سبق ذكره)، ج5/ 304.
(8) سورة النساء/ 141.
(9) مسالك الأفهام، (سبق ذكره)، ج13/29.
(10) - مغني المحتاج، (سبق ذكره)، ج3/455.
(11) المغني، (سبق ذكره)، ج11/ 520- كشاف القناع، ج5/ 586.

سقط حقها لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما.[1] وأخذ به فقهاء المالكية أيضاً.[2] فالمالكية والحنفية لم يشترطوا الإسلام في الحاضنة.

والحق أن الإسلام شرط لاستحقاق الحضانة رعاية لمصلحة الصغير، و لأنه يتأثر في هذا السن بالحاضن. وعليه الأدلة

(4)-السلامة من الأمراض المعدية:

للمرض في الفقه الإسلامي أحكاماً خاصة به نظراً لتأثيره على أطراف الحضانة، وقد قسم الشيخ الطوسي المرض إلى مخوف وغير مخوف[3]،وتبعاً لذلك اختلفوا في اشتراطه وعدمه على رأيين:

(الأول) قالوا "إن من الشروط الواجب توفرها في الحاضن خلوه من الأمراض المعدية المزمنة والتي يصعب علاجها:»لو كان بها جذام أو برص وخيف العدوى، كان الأب أولى بها تحرزاً من تعدي الضرر إلى الولد». [4]

(والثاني) قال صاحب الجواهر « وفي الحاق المرض المزمن الذي لا يرجى زواله كالسل والفالج.. وجهين:من اشتراكهما في المعنى المانع من مباشرة الحفظ، واصالة عدم سقوط الولاية مع امكان تحصيلها بالاستنابة، ضرورة أن السقوط مناف لإطلاق الأدلة خصوصاً بعد قوله (لا عدوى ولا طيرة) على أنه يمكن التحرز عن ذلك بمباشرة غيرها بأمرها.[5] أما عند غيرنا: لا خلاف بينهم في لزوم اشتراطه، واتفقوا شرط سلامة الحاضن أو الحاضنة من الأمراض المعدية كالجذام والبرص والأمراض الدائمة المزمنة كالفلج وكل عاهة مضرة يخشى على الولد منها ولو كان بالولد مثله، لأنه بالإنضمام قد تحصل زيادة على ما كان على سبيل جري العادة.» [6]

(5)-الأمانة:

وهو من شروط الحضانة وتعني الأخلاق الحميدة، وقد تجاذبت آراء الفقهاء على اختلاف المذاهب بهذا الخصوص، فالشيخ الطوسي ذكر أنها تعني العدالة [7].وقال في الجواهر:إذا كانت تعني العدالة التي من النادر حصولها في النساء... فالأقرب عدم اشتراطها «.[8]

وقال بعضهم أنها « تعني عدم الفسق والذي يتعذر معه الحفاظ على المحضون». [9]، وبهذا المعنى قالوا باشتراطها، قال في المسالك:" أنه يمكن الجمع بين عدم اشتراط العدالة مع

(1) الكاساني، أبو بكر علاء الدين، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م، ج4/42.
(2) الشرح الكبير، (سبق ذكره)، ج2/529.
(3) الشيخ الطوسي، المبسوط، (سبق ذكره)، ج4/44.
(4) مسالك الأفهام، (سبق ذكره)، ج8/ 423. كفاية الأحكام، (سبق ذكره)، ص 194– الحدائق الناضرة، (سبق ذكره)،ج25/ 90
(5) الحدائق الناظرة، (سبق ذكره)، ج25/91.– جواهر الكلام، (سبق ذكره)، ج31/ 288.
(6) الشرح الكبير (سبق ذكره)،ج2/530
(7) - الشيخ الطوسي، المبسوط، (سبق ذكره)، ج6/40.
(8) جواهر الكلام، (سبق ذكره)،ج31/ 289.
(9) مسالك الأفهام، (سبق ذكره)، ج1/582.

اشتراط عدم الفسق لثبوت الواسطة عند الاكثر، ويجعل المانع ظهور الفسق لما يترتب عليه من الاخطار».[1]

ولا خلاف بين علماء المذاهب الأربعة في اشتراطها في الحاضن:

قال فقهاء الحنفية:» من شروط الحضانة الا يكون المتعهد بها فاسقاً.» [2] وعبروا عنها بالفسق الذي يلزم منه ضياع الولد "[3]

وقال كل من الشافعية والمالكية بضرورة أن يكون (الحاضن) أميناً في أمر الدين، وقد أوردوه ضمن عدة أوصاف كعدم الفسق أو العفة و.. وقال الرملي:" فلا حضانة.... ولا فاسق لأنها ولاية".[4]

(6)- عدم زواج الأم بأجنبي:

هو من الشروط المتفق عليها عند الإمامية، وهو من الشروط الخاصة بالأم الحاضنة:» فلو تزوجت الأم (بغير الأب مع وجوده بأن طلقها فتزوجت بغيره... سقطت حضانتها للنص والإجماع «.[5]

وعلله في المسالك:" ان زواج الأم من الموانع التي تؤدي إلى سلب أولوية الأم في حضانة الطفل، لا أصل الحضانة، بدليل انشغالها عن الطفل، فمن المؤكد سوف لا تستطيع القيام بمهامه بالنحو المطلوب، الأمر الذي يؤدي إلى تضييع حقوقه«.[6]

وهو مما لا خلاف فيه عند غيرنا[7]، إلا أنهم لم يسقطوا الحضانة إذا كان الزواج من الأرحام:» تسقط حضانة الأم إذا تزوجت بأجنبي غير محرم للمحضون، أما الزواج بالرحم مثل عم المحضون أوجده فلا يسقط الحضانة.[8]فلم يختلف عن هذا القول أحد منهم.

الفرع الثاني

الموقف القانوني من شروط الحضانة

وضع المشرع العراقي شروطاً عديدة للحاضن لحرصه على رعاية مصلحة المحضون: هذا ما أشار إليه المشرع العراقي في المادة (57) فقرة (2) من قانون الأحوال الشخصية العراقي:" يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء

(1) (المصدر السابق نفسه).
(2) الجزيري، عبد الرحمن عوض، الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت(ع)،ط1، دار الثقلين، بيروت 1421ق،ج4/502- 501
(3) رد المحتار،(سبق ذكره)،ج3/557.
(4) الشيخ الطوسي، المبسوط (سبق ذكره)،ج6/40.
(5) المقنعة،(سبق ذكره)، ص531.- الطوسي، المبسوط، (سبق ذكره)،ج6/83. الحلي، محمد بن إدريس، السرائر جامعة المدرسين، قم، 1404ق، ج2/651. العلامة الحلي، الحسن بن يوسف، تحرير الأحكام، مؤسسة آل البيت (ع)، طوس (مشهد)، بدون تاريخ، ج2/43.- الروضة البهية،(سبق ذكره) ج5/ 463.
(6) مسالك الأفهام، (سبق ذكره) ج8/ 424.
(7) الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (سبق ذكره)، ج4/501.
(8) جواهر الكلام،(سبق ذكره)،ج31/292.
- الشرح الكبير،(سبق ذكره)، ج2/ 530.

مصلحة المحضون».

فمن أهم الشروط التي يجب أن تكون في الحاضن حسب النص الفقرة أعلاه: هو أن يكون الحاضن:

- بالغاً، عاقلاً: فلو لم يكن كذلك فلا ولاية له على نفسه ولا على غيره، كالصغير المميز أو كان مميز في سن العاشرة أو تجاوز هذا السن لكنه مصاب بعارض في الأهلية كالمجنون أو المعتوه كون حكمهما حكم الصغير غير المميز محجوران لذاتهما، لحاجتهما للرعاية قبل غيرهما.
- وفيما يتعلق بالإسلام لم يفرق بعضهم سواء أكانت الأم مسلمة أو غير مسلمة فقال:» لا تشترط إتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون لأن الحضانة هنا معناها الشفقة على الطفل، وهذا يتوفر عند الأمهات مسلمات كن أو غير مسلمات.“[1] إلا أن هذا الشرط من الشروط المهمة خاصة في الوقت الحاضر وما يحصل من المستجدات، فبدليل الآية:“ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا“[2] فالله تعالى لم يقر أي حكم يؤدي إلى سلطة الكافر على المسلم وذلك ما تدل عليه أداة النفي الأبدي (لن).

وعلل القضاء العراقي في أحد قرارت محكمة التمييز سقوط حضانة الأم الكافرة، لعدم أمانتها في حفظ الطفل وهو يدل على أخذ المشرع لهذا الشرط بنظر الاعتبار:» وإذا كان دين الحاضنة غير دين المحضون فتكون غير أمينة على دينه وتفقد بذلك أحد شروط الحضانة».[3]

- ويرى المشرع الأمانة في الحاضنة من الأمور المفترضة، وهو ما قضت به محكمة التمييز:“ أن الأمانة في الأم مفترضة، وعلى الخصم إثبات عكس ذلك كممارستها سلوكاً يقدح في أمانتها واقتدارها على حضانة الصغير.[4]
- أما شرط السلامة من الأمراض المعدية: فمن خلال النص القانوني الذي ورد ذكره في المادة (57 فـ2) من القانون يمكننا ومن عبارة (يشترط أن تكون الحاضنة... قادرة على تربية المحضون وصيانته..) فالقدرة تعني قابلية الأم وتمكنها من رعاية الطفل وتربيته، وذلك لا يكون الا إذا كانت تتمتع بالسلامة النفسية والجسدية ويقتضي من ذلك خلوها من الأمراض المزمنة والمعدية، فلو حصل أن أصيبت الحاضنة بما يؤدي إلى عدم قدرتها في ذلك للسبب المذكور، فتسقط حضانتها ولا يحق لها حضانته، ويدل عليه ما ورد في أحد قرارات محكمة التمييز:“

(1) الكبيسي، أحمد، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة التعليم العالي، 1990م، ص 216.

(2) الآية 141 / النساء.

(3) قرار محكمة التمييز 635/هيئة عامة /79 في 16/ 2/1980،مجموعة الأحكام العدلية، العدد 1 لسنة 1980، ص33.- الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بغداد، المكتبة القانونية، ص 119.

(4) قرار محكمة التمييز 1728/هيئة موسعة 84/1-85 في 27/2/1985، ابراهيم المشاهدي، قرارات قضائية، احوال شخصية، مطبعة اسعد، بغداد، 1989، ص 99.

وإن حضانة الصغير تنتقل إلى أبيه إذا كانت أمه مصابة بالصرع.[1]

- وشرط عدم زواج الأم بأجنبي: هو من الشروط التي اشترطها المشرع العراقي في المادة (57/ ف2) وهو ما قال به عموم الفقهاء، وقد نص القانون على اشتراطه، ثم عدل المشرع عن ذلك إلى التعديل بالقانون رقم (106) لسنة 1987، حيث كانت تنتهي بعبارة (وغير متزوجة بأجنبي عن المحضون) فجاء التعديل وألغى ذلك الشرط:».. فلا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون." وللقاضي وحسب مصلحة الصغير في أن يبقى مع أمه رغم زواجها وإلا نزعت حضانته منها وأعادته إلى أبيه ".[2]

المطلب الثاني

انتقال الحضانة

إذا تعذر على الأم أن تحضن ولدها فإلى من ينتقل حق الحضانة، هذا ما سنبحثه في فرعين، في الأول:انتقال الحضانة في الفقه الإسلامي، وفي الثاني: انتقال الحضانة في القانون.

(1) قرار محمة التمييز 814/ش / 79 في 4/ 7/ 1979، مجموعة الأحكام العدلية، العدد 3، السنة العاشرة، 1979م، ص23.

(2) الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته (سبق ذكره)، ج1/ 215- 216.

الفرع الأول

الموقف الفقهي من انتقال الحضانة

اختلفت آراء الفقهاء في موضوع انتقال الحضانة وذلك لانعدام الدليل في ذلك.

فلفقهاء الأمامية خمسة آراء في ذلك لكن المعتمد منها رأيان:

(**الأول**): أن القول المتفق عليه لدى فقهاء الإمامية هو أحقية الأم والأب بحضانة الطفل في فترة الحضانة:»فلا حضانة عندنا إلا للأم نفسها والأب فأما غيرهما فليس لأحد ولاية عليه سوى الجد من قبل الأب خاصة ".[3]

واعتمده في المسالك:»والأكثر في هذه المسألة على تعدي الحكم إلى باقي الأقارب وترتيبهم على ترتيب الإرث لعموم قوله تعالى:» وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله"[4]..فإن الأولوية تشمل الإرث والحضانة وغيرهما، ولأن الولد مضطر إلى التربية والحضانة فلابد من نصب قيم بها والقريب أولى بهما من البعيد وعليه فمع فقد الأبوين ينظر في الموجود من الأقارب، ويقدر لو كان وارثاً ويحكم له بحق الحضانة ثم إن إتحد إختص وإن تعدد أقرع بينهم لما في اشتراكهما من الإضرار بالولد وهذا القول هو المعتمد.[5]

(**الثاني**)قال في الجواهر:»والذي يقوى في النظر كونها للجد من قبل الأب بعد فقد الأبوين ثم للوصي المتأخر موته منهما، ثم للأرحام على

(3) السرائر (سبق ذكره)،ج2/654.

(4) - الآية 5/ الأحزاب.

(5) - مسالك الأفهام،(سبق ذكره)، ج8/ 555.

مراتبهم في الإرث، ثم للحاكم ثم للمسلمين كفاية.»[1] وهو الأكثر انسجاماً مع ما يذكر حوله من الأخبار. واتفقوا على أن الطفل إذا بلغ يكون له الخيار في الإنضمام إلى من شاء من أبويه "[2]

بينما ذهب فقهاء المذاهب الأربعة على اختلاف مذاهبهم إلى: «أن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى أقارب المحضون من النساء، فإن لم يوجد أحد منهم فإلى أقاربه من الرجال شرط أن يكون الحاضن محرماً للمحضون كالعم، ولكن الجدة أولى من العم بضم حفيدها، و إبن العم لاحق له في الحضانة خشية الفتنة إذا كان المحضون أنثى».[3]

الفرع الثاني

الموقف القانوني من انتقال الحضانة

أخذ المشرع العراقي على عاتقه حماية المحضون وذلك من خلال إجراء تعديلات عديدة على المادة (57) من القانون المذكور، إذ سمح للقاضي أن يقوم بدوره في فض الخلاف الحاصل بين الأم الحاضنة والأب أو الأقارب:

فقد قام المشرع بإجراء التعديل رقم (21) لسنة 1978 على الفقرة (1) من المادة نفسها والتي نصت على أحقيت الأم بحضانة الطفل" الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، مالم يتضرر المحضون من ذلك "عُدلت بموجبه الفقرة (4) من المادة (57) فمددت الحضانة من (7) سنوات إلى (10) سنوات " للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى إكماله الخامسة عشر إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقتضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته ".

وعالجت الفقرة (7) المعدلة من نفس المادة حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو توفيت إذ نصت على أنه:» في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير «

وعدلت الفقرة (9) من نفس المادة بموجب التعديل رقم (65) لسنة 1986م والتي كانت تنص على:» إذا مات أبو الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة، فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد" فعدلت بـ " أنه في حالة وفاة الأب يبقى المحضون لدى أمه ولو تزوجت بأجنبي عنه في حالة تعهد الزوج الأجنبي بالرعاية والإهتمام مع احتفاظ الأم ببقية شروط الحاضن الواجب توافرها".

وعدلت الفقرة (2)من المادة (57) بالقانون رقم (106) لسنة 1987 بـ: " يشترط أن تكون

(1) جواهر الكلام،(سبق ذكره)،ج31/297- تحرير الوسيلة، (سبق ذكره)، ج2/279.

(2) فقه الإمام الصادق (ع) (سبق ذكره)، ج5/ 304.

(3) - الشرح الكبير (سبق ذكره)،ج2/452 مغني المحتاج،(سبق ذكره)ج2/452- بدائع الصنائع (سبق ذكره)،ج3/41- المغني،(سبق ذكره) ج11/ 518

الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون».

وأعطى المشرع العراقي المحضون حرية الإختيار إذا بلغ العمر خمسة عشر سنة للإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست منه المحكمة الرشد في هذا الاختيار (مطلقا)،هذا ما نصت عليه الفقرة (5) من المادة (57) من القانون.

فالمشرع العراقي لم يتطرق إلى موضوع انتقال المحضون بشكل واضح وصريح، على الرغم من كونه من المواضيع المهمة التي تؤثر على المحضون، خاصة وأن الآراء الفقهية أكدت ولاية الأب عليه، والولاية تقتضي كونه معه أو قريب عليه، فلو تُرك الأمر للقاضي طبقاً للمادة الأولى من القانون.

المطلب الثالث

عَودة الحضانة

قد يحدث أن تفقد الأم الحاضنة لولدها الصغير أحد شروط الحضانة، فتسقط عنها الحضانة فتلزم حينئذٍ بتسليم المحضون لأبيه أو إلى أي حاضن آخر.. وفي هذا المطلب للفقه والقانون آراء سنتناولها في فرعين:

الفرع الأول

الموقف الفقهي من عودة الحضانة

للإمامية في عودة الحضانة وعدمها رأيان:

(الأول) / عودة الحضانة:

إذا فقدت الأم الحاضنة أحد شروط الحضانة، ثم استعادت الشروط اللازمة، فحينئذ تعود إليها الحضانة، وهو القول المشهور لوجود المقتضي وزوال المانع منها.[1] فلو فقدت الأم حضانتها بالزواج من الأجنبي، فلو طُلقت منه أو توفي، ففي هذه الحالة وبناءً على القول المشهور تعود الحضانة لها.

(الثاني)/ لا عودة للحضانة

قالوا إذا سقطت الحضانة فلا تعود، لأن الأم إذا خرجت عن الإستحقاق فعودت الإستحقاق إليها يحتاج إلى الدليل حيث لا دليل.[2] وأخذ به المعاصرين منهم.[3]؛

وعند غيرنا من العامة في هذا الموضوع رأيين، لأن كل من الحنفية والشافعية قال بعودة الحضانة بمجرد زوال المانع:»إذا طلقت الأم من الزوج الثاني يرتفع المانع وتعود حضانتها بعد أن سقطت بالزواج؛ أما المالكية فهم على الرأي الثاني وقالوا بأنها لا تعود.[4]

(1) - الروضة البهية، (سبق ذكره)، ج5/ 463. تحرير الوسيلة، (سبق ذكره) ج2/ 313.

(2) جواهر الكلام، (سبق ذكره) ج31/ 295.

(3) الخوئي، منهاج الصالحين، (سبق ذكره)، ج2/392،م(1394)- تحرير الوسيلة،(سبق ذكره)، ج2/279.

(4) المغنية، الأحوال الشخصية في المذاهب

الفرع الثاني

الموقف القانوني من عودة الحضانة

إن المشرع العراقي عالج هذا الموضوع أيضاً نظراً لأهميته بالنسبة للمحضون وأطراف الحضانة معا، إذ قد يحدث أن تفقد الأم حضانة ولدها الصغير بسبب فقدانها لأحد شروط الحضانة، ما يؤدي إلى سقوط الحضانة عنها، فتلزم حينئذٍ بتسليم المحضون لأبيه أو أي شخص آخر تقدره المحكمة، لكن قد يحصل أن يزول المانع الذي أدى إلى حرمان الأم من حضانة ولدها الصغير هنا جاء القانون ليمنحها فرصة العودة بالمطالبة باعادة الحضانة لها، ويؤيد ذلك قرار محكمة التمييز:»إذا سقطت حضانة الأم لولدها الصغير بسبب زواجها من أجنبي عنه، فإن طلاقها رجعياً من هذا الزواج لا يعطيها حق طلب الصغير إلا بعد إنتهاء عدة الطلاق.[1]

المبحث الثالث

أجرة الحضانة ومشاهدة المحضون

من الآثار التي تترتب على الحضانة ولهما الأثر الكبير في رعاية الطفل ونشأته وتربيته والقيام بشؤونه وسد حاجاته، بحث بالإضافة إلى كونهما خير دليل على كفالة التشريع لجهود الحاضن التي يقوم بها طوال مدة الحضانة.. وذلك سنتناوله في مطلبين منفصلين الأول في أجرة الحضانة والثاني في مشاهدة المحضون:

المطلب الأول

أجرة الحضانة

في هذا المطلب نبحث أجرة الحضانة في فرعين منفصلين الأول: أجرة الحضانة في الفقه الإسلامي والثاني: أجرة الحضانة في القانون.

الفرع الأول

الموقف الفقهي من أجرة الحضانة

لم يتطرق فقهاء الإمامية المتقدمين إلى بحثها، إلا أن المعاصرين منهم ذكروا في استحقاق الأجرة على الحضانة رأيين وذلك تبعاً لما ذكروه في حقيقة الحضانة:

(الأول) الحاضنة لا تستحق الأجرة على الحضانة

قال في المسالك:» الحضانة ولاية كغيرها من الولايات التي لا تسقط بالإسقاط وأنه يجب على الأم مراعاة ذلك على وجه لا تستحق عليه

الخمسة، دار العلم للملايين، بيروت،1981م، ص 94.

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية، (سبق ذكره)،ص 119:(قرار محكمة التمييز/ ش /1980 في 980 1، مجموعة الأحكام العدلية، العدد (1)، 1980، ص 34.

الأجرة.[1] ودليلهم الأخبار التي وردت من حرمة أخذ الأجرة على الواجبات.[2] (و هو القول الذي مال إليه صاحب الجواهر)[3]، وبالتالي قالوا بحرمة أخذ الأجرة على الحضانة؛ وأيد بعضهم قول صاحب المسالك فقال:» الحق في جانب صاحب المسالك في عدم وجوب الأجرة ".[4]

(الثاني) الحاضنة تستحق الأجرة على الحضانة

:»إن تعليق الحضانة على مشيئة الأم، والتعبير بالأحقية، وظاهرها كون الأحقية مثلها في الرضاع وحينئذ لا يكون واجباً عليها ولها اسقاطه والمطالبة بأجرته، اللهم إلا أن يكون إجماعاً ولم نتحققه، بل لم نعثر على تحرير لأصل المسألة في كلماتهم.[5] ولأن الأصل في تعلق الأجرة بأي عمل يتم إنجازه، إلا أن يكون العمل تبرعاً أو لقيام المانع به شرعاً أو عقلاً، فلا مانع في الحضانة من إستحقاق الأجرة فيها.لذا فمن ضمن الحالات التي لا يجوز أخذ الأجرة على الحضانة:

-لو تبرعت الحاضنة بالعمل.

-أو صار أمر الحضانة واجب عليها.

-أو لم يكن للمحضون مال يصرف لحضانته، وكان والده معسراً.

(1) مسالك الأفهام (سبق ذكره)،ج3/ 130 جواهر الكلام، (سبق ذكره)ج31/ 283.

(2) رياض المسائل، (سبق ذكره)،ج8 /82- 83.

(3) فقه الإمام جعفر الصادق(ع)(سبق ذكره)، ج5/ 305.

(4) المصدر السابق نفسه.

(5) جواهر الكلام، (سبق ذكره)،ج31/ 283.

أما عند فقهاء بقية المذاهب فقد تعددت الآراء في جواز وعدم جواز أخذ الأجرة على الحضانة:

فذهب فقهاء المالكية إلى أنه:» لا أجرة على الحضانة «.[6]، وصرح فقهاء الشافعية أن:» مؤنة الحضانة في مال المحضون، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة».[7]، وذكر الحنفية التفصيل التالي:»إذا كانت الحاضنة أماً في عصمة أبي المحضون أو معتدة رجعية منه، فلا تستحق أجرة على الحضانة لوجوب ذلك عليها شرعاً، ... وإن كانت الحاضنة غير الأم أو كانت أماً مطلقة وانقضت عدتها أو في عدة الطلاق البائن..فإنها تستحق الأجرة من مال الصغير إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه أو من تلزمه نفقته هذا مالم توجد متبرعة، فإن وجدت... فإن كانت غير محرم للمحضون فإن الأم تقدم عليها، وإن كانت محرماً للمحضون فإنه يقال للأم أما أن تمسكيه مجاناً أو تدفعيه للمتبرعة، فالأجرة تقدر مقابل الإهتمام بالصغير وهي ليس بالأمر الهين، لذا فهي تقدر في مال ثلاث أشخاص بالتتابع [8]:

1 – من مال الصغير إذا كان له مال.

2 – من مال من تجب عليه نفقته مع وجود الأب وقدرته على الأنفاق.

(6) حاشية الدسوقي(سبق ذكره)، ج2/ 534.

(7) مغني المحتاج، (سبق ذكره)،ج3/452.

(8) الجميلي، خالد رشيد، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية والقانون، جامعة بغداد، 1989م، ص 388.

3 -من مال الأم إذا كان الأب متوفياً أو حي غير مقتدر مالياً، فإن لم تكن الأم هي الحاضنة أما إذا كانت هي الحاضنة فلا أجرة حضانة لها.

وقال فقهاء الحنابلة: «أنه يجوز أخذ الأجرة للأم وغير الأم وهو القول المشهور لديهم».[1]

الفرع الثاني

الموقف القانوني من أجرة الحضانة

إن قانون الأحوال الشخصية العراقي أشار إلى أجرة الحضانة وذكر لها أحكام، لأجل أن يضمن حق كل من الحاضن والمحضون، إذ أن المادة (57/ف3) نصت على أنه:» إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجرة الحضانة قدرتها المحكمة، ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي." يتضح من النص [2] ما يلي:»

1 - أن أجرة الحضانة واجبة، وأنها موضع احتمال للإتفاق والإختلاف مما يفيد مفهوم العقد ولكن إذا لم يتوصل إلى عقد يتفق عليه الطرفان تتدخل المحكمة لتحديد الأجرة الأمر الذي يدل أن مفهوم العقد المستفاد من النص ليس فيه حرية التصرف المطلق بل فيه وجوب تحديد أجرة الحضانة أما بالإتفاق أو بالحكم الذي تصدره المحكمة.

2 - لم يتناول القانون أيقاف صرف أجرة الحضانة أو استمرارها بعد التمديد، فتحديد الحضانة بعد العشر يقتضي معه إيقاف أجر الحضانة، لأن الحضانة تقوم بما تبذله الحاضنة من جهد ورعاية للولد ولما صار بعمر يمكنه معه من القيام بحاجته بنفسه فالتمديد لا يقتضي استمرار أجرة الحضانة. «

3 - أن المشرع لم يشمل الأم الحاضنة بأجرة الحضانة إذا كانت الحاضنة (الأم) زوجة، و زوجيتها قائمة، والتي أبقى المشرع حضانة الولد عندها.وكذلك الأم المطلقة طلاقاً رجعياً ولم تنتهي من عدتها بعد..:» ولا يحكم بأجرة الحاضنة ما دامت الزوجية قائمة إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي. ليس للأم المتزوجة من أجنبي عن الصغير أن تطالب بحضانته بسبب طلاقها من زوجها الثاني إذا لم تنته عدة الطلاق الرجعي حين إقامتها الدعوى" [3]

4 - طبقاً لما جاء بالفقرة (3) فإن تقدير الأجرة لو لم يتم بالإتفاق مع من تجب عليه النفقة، فالقضاء سيحددها فيلزم بها المدعي عليه للوفاء بها من تاريخ إقامة الدعوى، " ولا يحكم بأجرة سابقة لإقامة الدعوى.[4].

5 - تجب أجرة الحضانة في مال المحضون إن كان له مال[5]، وإن لم يكن له مال فالأجرة

(1) الفقه على المذاهب الخمسة، (سبق ذكره)،ج2/ 380.

(2) الحضانة بين الشريعة والقانون (سبق ذكره)، ص 236- 242.

(3) الكرباسي،(سبق ذكره)،ص118. - الربيعي، جمعة سعدون، أحكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءاً، المكتبة القانونية، بغداد، ص 89.

(4) الكرباسي،(سبق ذكره)، 118.

(5) الربيعي، أحكام النفقة، (سبق ذكره)، ص 93.

تقع على الأب، فإن كان الأب معسراً أو كان متوفياً، فالإنفاق على الأم، هذا فيما لو لم تكن الأم هي الحاضنة، فإن كانت فلا أجرة لها.

6 - إن أجرة الحضانة حق خالص محض للأم أو الحاضن ولها التنازل عنه وهبته والتبرع به وجعله بدل المخالعة، يصح أن تكون اجرة الحضانة ضمن بدل الخلع لأنها حق شخصي للزوجة لا تعلق لها بالمحضون "[1].

المطلب الثاني

مشاهدة المحضون

إن أسوأ ما يواجه الطفل في حياته طلاق والديه، بل أن الطلاق والفرقة من أسوأ ما يعترض الأسر التي هي لبنة المجتمع.. وكثيراً ما يكون المحضون محور التنازع نتيجة استئثار من بيده الحضانة للولد، ونظراً لأهمية هذا الموضوع لكونه يؤثر تأثيراً مباشراً أو غير مباشر على المحضون وقد يؤدي به إلى الإنحراف...ولذا فإن الفقهاء وبناءاً على ما جاءت به الشريعة الإسلامية، بتنظيم علاقة الأولاد بوالديهم بعد الطلاق، وتبعهم بذلك المشرعين للقانون ومن ذلك موضوع الرؤية أو مشاهدة المحضون.. وهو ما سنتناوله في هذا المطلب بفرعين الأول: مشاهدة المحضون في الفقه الإسلامي والثاني:مشاهدة المحضون في القانون.

الفرع الأول

الموقف الفقهي من مشاهدة المحضون

أشار الفقهاء إلى موضوع الرؤية ضمن بحثهم عن شروط الحضانة، وعبَروا عنها بعدة الفاظ منها:(الرؤية، الزيارة، الإبصار و.، ولكن كل ذلك يعني النظر إلى الصغير بين الحين والآخر لرعايته وسد حاجاته التي قد لا يستطيع الحاضن توفيرها له.

عند فقهاء الإمامية: أشار فقهاء الإمامية إلى المشاهدة لكونها حق للحاضن والمحضون ومن يحرم من الحضانة وذلك من خلال عدة أحكام، ومنها:" ليس للمطلقة السفر بالولد إلى مكان بعيد بغير رضا الأب وليس للأب أن يسافر بالولد في حال حضانة الأم له، وعليه العمل وذلك أن للأب الولاية على ولده فيجب أن لا يبتعد عنه، وبما أن للأم الحضانة فيجب أن لا ينزع منها، ولا يمكن مراعاة الحقين إلا بذلك."[2]

وذهب الفقهاء إلى أبعد من ذلك فقالوا حتى عند إنتهاء الحضانة أنه على الأب أن لا يمنع الأم من تبادل الزيارة بينها وبين ولدها حتى مع سقوط حضانتها، قال الشهيد الثاني:" وحيث تسقط ولايتها ينبغي أن لا يمنع الولد من زيارتها والإجتماع بها لما في ذلك من قطع رحم، ثم إن كان ذكراً يترك يذهب لأمه، وإن كان أنثى

(1) الكرباسي(سبق ذكره)، ص120

(2) فقه الإمام الصادق(ع)(سبق ذكره)، ج5/ 314.

فإنها تأتيها زائرة[1]

وقال صاحب الجواهر أنه: " ينبغي أن لا يمنع الولد من زيارتها والإجتماع معها كما لا تمنع هي من زيارته والإجتماع معه، لما في ذلك من قطع الرحم والمضارة بها، فإن كان ذكراً ترك يذهب إلى أمه، وإن كانت أنثى أتتها هي زائرة مع فرض الضرر عليها بخروجها وإلا مضت إليها، والمراد عدم منع المواصلة بينهما مع فرض عدم التضرر على الطفل بها، خصوصاً في حال مرضه أو مرضها أو موت كل منهما ".[2] واستدلوا بالأخبار التي تؤكد أن من أهم حقوق الأولاد على الآباء الإحسان اليهم تأديبهم لهم وذلك لا يتم إلا أن يكونا معاً دائماً [3]

ومن المشاهدة أيضاً اعتبروا الإقامة وعدم السفر من شروط الحضانة وعدوا السفر من مسقطات الحضانة: " وما يحكى..من اعتبار كونها مقيمة فلو انتقلت به إلى محل يقصر فيه الصلاة بطل حقها من الحضانة.. ثم إن كان المنتقل هو الأب فالأم أحق به، وإن كانت الأم منتقلة فإن انتقلت من قرية إلى بلد فهي أحق به، وإن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق به، لأن في السواد يقل تعليمه. "[4] فالسفر الذي يزيد على مسافة القصر ويقصد منه إلحاق الضرر بالطرف الآخر لكي لا يتمكن من رؤية الولد يبطل الحضانة لكونه يضر بالمحضون أيضاً.

ولا خلاف بين فقهاء العامة حول ضرورة مشاهدة المحضون لمن حرم من حق الحضانة:

فذهب فقهاء الحنابلة إلى أنه:

«لا بأس أن تزور الأم ابنها أو ابنتها يومياً، إن كان منزلها قريباً «، وجعل مسافة البعد والقرب بين الأب وولده هو مدى استطاعة الأب من مشاهدة ولده والرجوع بنفس اليوم وإلا كان المكان بعيداً، وعلل ذلك بأن البعد يمنع من رؤيته ما يمنعه من تربيته وتعليمه ومراعاة حاله...[5].

فالسفر يكون مسقطاً للحضانة إن كانت المسافة بين البلدين بعيدة وعليه قالوا:» ومتى اختلف مسكن الأبوين كان الأب أحق بالولد.. ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد مسافة قَصر فأكثر، آمن هو والطريق ليسكنه فالأب أحق بالحضانة. "[6] أي أن الأب له الحق في نزع الولد من أمه، أما:» إن كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الإقامة، مراعاة الأب له ممكنة.»[7] أي أن المسافة قصيرة ويستطيع الأب أن يزور ولده ويعود إلى منزله في نفس اليوم.

وقال فقهاء الحنفية: ".. للأم أن تبصر ولدها..[8] وقالوا أيضاً: " متى أراد أحد الأبوين

(1) مسالك الأفهام، (سبق ذكره)، ج8 /300.
(2) - جواهر الكلام، (سبق ذكره)، ج31/ 292.
(3) وسائل الشيعة، ج2/ 198، ح رقم 7
(4) المصدر السابق نفسه،ج31/ 288- 289.
(5) ابن قدامة، المغني،(سبق ذكره) ج11/523.
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج5/ 500.
(7) المصدر السابق نفسه.
(8) الميرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية، ط2، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1966، ج2/39.

النقلة إلى بلد مسافة قصر فأكثر أمن هو والطريق ليسكنه فالأب أحق به عند انتهاء حضانته، و يبقى حق الحضانة للأم ما دامت تسافر إلى وطنها أو إلى البلد الذي تم العقد فيه عليها.[1] أي أنهم أجازوا للأم أن تخرج بالولد إذا:

-ان خروجها للبلد الذي عاشت فيه قبل الزواج.

- أن يكون ذلك البلد قد جرى عقد زواجها فيه.

فإن فات أحد هذين الشرطين منعت... إلا إلى موضع قريب ممكن المضي إليه والعودة قبل الليل."[2]

وعند فقهاء المالكية:»إن كان المحضون عند الأم فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه يتعهده ويعلمه ثم يأوي إلى أمه يبيت عندها، وإن كان عند الأب فلها الحق في رؤيته كل يوم في بيتها لتتفقد حاله ولو كانت متزوجة من أجنبي فلا يمنعها زوجها من دخول ولدها في بيتها ويقضي لها بذلك إن منعها.[3]، وقال في المدونة:" ليس للأم أن تنقلهم عن الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم، إلا أن يكون ذلك إلى الموضع القريب ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم."[4]

حتى أن بعضهم ذهبوا إلى أنه:» إذا كان سفر أحدهما للنقلة والإنقطاع يسقط حق الحضانة منه حتى وإن كان الطفل في فترة الرضاعة» [5] فالإقامة عندهم من شروط الحضانة، " إن سافر الولي لنقلة سقطت حضانتها وكان للولي أخذه منها، إلا أن تسافر معه"[6] فعند سفر الولي لأجل الإقامة للأم الخيار في الإنتقال معه حتى تبقى حضانتها له وإلا فالحضانة تنتقل للأب.

وقال فقهاء الشافعية:" على الأم إخراج الولد إليه لكي يراه ويتفقد أحواله ويباشر شأنه."[7] وصرحوا بأن: الأصل في الرؤية والزيارة اجتماع الأبوين في وطن واحد لا يختلف بهما بلد ليتساويا في الولد ويتساوى بهما حال الولد..[8] والزيارة عندهم مرة كل يومين..ولا بأس أن يزورها كل يوم إذا كان البيت قريباً[9] هذا كله إذا كانت الحاضنة هي الأم أما لو كانت الحاضنة غير الأم فمن الطبيعي ليس لها أن تسافر بالولد إلا بإذن من أبيه أو الولي.

وأخذ فقهاء الشافعية برأي الحنفية:"إذا كان السفر للنقلة والإقامة والطريق آمناً فالأب له الأولوية في الولد إن كان مؤهلاً من حيث الشروط.. والأم تعود لها الحضانة فيما لو انتقلت معهم إلى

(1) بدائع الصنائع،(سبق ذكره) ج4/44.
(2) الفقه على المذاهب الخمسة،(سبق ذكره) 381.
(3) مالك، المدونة الكبر(سيبق ذكره)، ج2/257.
(4) المصدر السابق نفسه.
(5) الشرح الكبير (سبق ذكره)،ج2/531.
(6) حاشية الدسوقي،(سبق ذكره) ج2/ 602
(7) نهاية المحتاج، (سبق ذكره) ج6/331.
(8) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب،الحاوي، ت علي محمد معوض عادل أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1919م، ج11/ 504.
(9) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، ت عامر الزيباري، النفقات، دار ابن حزم، 1998، 280.

نفس المكان الذي انتقل إليه الأب أو الولي معللين ذلك لحفظ النسب والتعليم والصيانة وسهولة الإنفاق.."[1]، » الأولوية للأب مالم يرد مضارة الأم وانتزاع الولد منها فإذا أراد ذلك لم يستجيب إليه، بل يعمل بما فيه مصلحة الولد.[2]

فالفقهاء بحثوا موضوع مشاهدة المحضون بشكل دقيق، من خلال نظرهم للمسافة التي تفصل الأبوين بعد انفصالهم بالطلاق، وليس لكل منهما أن يمنع الآخر من رؤية المحضون، وحتى أنهم ذكروا عدد المشاهدات كل ذلك حتى يمكن أطراف الحضانة من حقهم في المشاهدة ليقوم كل منهم بدوره، فالسفر والإنتقال بالولد عن بلد الأب لدى جميع فقهاء الفريقين مسقطاً للحضانة.

الفرع الثاني

الموقف القانوني من مشاهدة المحضون

على الرغم من أهمية موضوع مشاهدة المحضون في بحث الحضانة إلا أن المشرع العراقي لم يعالجه بنص صريح ليكفل حق من سقطت الحضانة منه في مشاهدة الولد، و ليس للحاضن أياً كان أن يمنعه من ذلك، إن موضوع مشاهدة المحضون موضوعاً مهماً جداً فهو يؤدي إلى أن يلتزم كل من الأبوين تجاه صغيرهما سواء كان ذلك قبل التمييز أو بعده، و هو الاساس في عملية الإختيار بعد البلوغ.

فالمادة (57/ف 4) نصت على أنه:"للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتحديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان الطبية المختصة منها والشعبية، أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته.»

فالمشرع أشار إلى المشاهدة بالعبارة (النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه) وهي عبارة تعني مطلق العناية والتعليم وهو ما تهدف إليه المشاهدة، ثم أنه أعطى طرف الحضانة ذلك الإستحقاق بجملة:(على أن لا يبيت إلا عند حاضنته)[3] وهو بذلك يرعى مصلحة المحضون إذ أنه ربما يكون مبيته بعيداً عنها سيؤثر سلباً على نفسيته وفي نفس الوقت رعى مصلحة الأب في حفظ الصغير ورعايته.

لكن ما يؤخذ على المشرع والذي يجب أن يؤخذ بنظر الإعتبار أنه لم يتطرق إلى بيان مكان وعدد المشاهدة وبالتالي يمكن للقضاء أن يأخذ بأحكام الفقه الإسلامي وذلك بموجب نص المادة الأولى الفقرة (2) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والتي تلزم القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص تشريعي يعالج النزاع.

أما بالنسبة للسفر بالمحضون: فإن المشرع يرى أنه " ليس للحاضنة السفر بالمحضون إلى

(1) نهاية المحتاج،(سبق ذكره) ج7/ 222.
(2) - المغني، (سبق ذكره)،ج11/ 523.
(3) الحضانة بين الشريعة والقانون، (سبق ذكره)، ص191.

بلد آخر لغرض الإستيطان بحيث يتعذر على أبي المحضون النظر في شؤونه وتربيته وتعليمه طبقاً للفقرة الرابعة من المادة(57) المعدلة ومبادئ الشريعة الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون[1]

ويفهم منه أن المشرع طبقاً لما جاء في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، سمح للقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص تشريعي لمعالجة الحالات المتنازع فيها والتي غالباً ما تكون نسبية.

إن رعاية الواقع أمر لا بد منه، والملاحظ أن على المشرع أن يتبع ما ذكره الفقهاء في موضوع الرؤية لكونها من المواضيع المهمة التي تشكل المحور في علاج مشكلات المحضون النفسية والتربوية، فالمطلوب أن يعاد النظر في أحكامها مع ملاحظة عرف الناس ومقتضى العصر في ذلك.

(1) الكرباسي، ص120 أحكام النفقة، سبق ذكره، ص 120.

الخاتمة

وهي خلاصة البحث ونتائجه مع بعض التوصيات فيه

أولاً: خلاصة البحث ونتائجه:

1 – تناول البحث الحضانة في الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأساسي للأحكام وقارنتها بقانون الأحوال الشخصية العراقي وذلك لأهمية الموضوع الحضانة وكونها تثار بعد إيقاع الطلاق، و عادة ما تعرض مسائلها على القضاء، وأن كثيراً من أحكامها تحتاج إلى مراجعة القواعد والنصوص الفقهية لأجل حلها وهو ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

2 – الحضانة في اللغة تطلق على عدة معان منها ضم الأم ولدها إلى جانبها واعتزاله من أبيه ليكون عندها فتقوم برعايته، وشرعاً يجمعها أنها تربية الطفل وحفظه والقيام بشؤونه لمدة معينة، واتضح أن هناك من لا يفرق بين الحضانة والكفالة وبالتالي فإن الحفظ يشمل كل من لا يستقل بأموره صغيراً كان أو مجنوناً.. اما من فرق بينهما فعدَ حفظ ما قبل السبع أو الثماني سنين حضانة وما بعده كفالة، أما في القانون فإن المشرع العراقي لم يذكر لها تعريفاً خاصاً بها.

3 – في أن الأولوية للأم في حضانة الطفل من الأمور المتفق عليها شرعاً وقانوناً. وتبين أن الحضانة حق للمحضون أما الحاضن فقد تكون حقاً له إذا وجد من يقوم به غيره،

وحينها يمكنه التنازل عنها لكنها تصبح حقاً عليه إذا احتاجه المحضون وحينها لا يملك التنازل عنها.

وتبين أيضاً أن الحضانة إذا كانت حقاً على الحاضن وجب عليه خدمة المحضون دون مقابل أما إذا كانت حقاً له، فإنه لا يجب عليه خدمة المحضون إلا بمقابل أجرة أو نفقة

4 – إن أساس الحضانة هو رعاية مصلحة المحضون وذلك ما أكده الشرع والقانون، فلأجل أن يحظى المحضون بالرعاية السليمة من جهة، وأن لا تضيع جهود الحاضن خلال مدة الحضانة أجاز الشرع والقانون تقدير الأجرة للحاضن، وللمحضون الطرف الذي منعت عنه الحضانة مشاهدة المحضون، لكنها جديرة بالبحث لكونها غير محسومة لا شرعاً ولا قانوناً.

ثانياً: التوصيات:

1 – أن الحضانة من أبواب الفقه والقانون التي يجب العناية بها دراسة وتأليفاً، لأن فيها من الغموض والتشعب واضطراب في كلام الفقهاء ما يدعو إلى الإهتمام بها.

2 – على المشرع أن يقوم بسد النقص التشريعي وذلك من خلال تعديل النصوص بما يتناسب وواقع المشكلة وتطورات العصر، خاصة تلك التي يصعب على القضاة الحكم بها عند الرجوع فيها بسبب اختلاف الآراء الفقهية فيها مثل موضوع اختلاف الدين والإنتقال بالمحضون من بلد إلى بلد.

3 – أن يتفق المشرع في موضوع بلوغ المحضون وحق الإختيار مع الرأي القائل بسن (7أو 8) سنوات، ليتسنى للأب أن يمارس دوره في بناء شخصية الطفل.

4 – تخصيص محاكم للنظر في قضايا الحضانة وما يتعلق بها وذلك من خلال تأهيل قضاة للفصل في هذه المحاكم وتكون مزودة بالأخصائيين النفسيين والاجتماعيين والتربويين للنظر في مصلحة المحضون.

5 – أن يمارس كل من القضاة واللجان الطبية والباحثين الدور الإيجابي في علاج بعض حالات النزاع التي عادة ما تكون نسبية يجب أن يتعاملوا معها بنحو لا يتعارض مع حكم شرع الله ومصلحة الطفل المحضون، ليكون فرداً كاملاً جسدياً ونفسياً، فيؤثر ويتأثر في المجتمع.

6 – إن رعاية الواقع أمر لابد منه وكثير من الأحكام قامت على رعاية عرف الناس في عصرهم، وعلى ذلك فالذي نراه أن يعاد النظر في بعض الأحكام الفقهية التي بناها الفقهاء على عرف عصرهم.

المصادر

-القرآن الكريم

ب- المعاجم اللغوية

- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، 1997 م.
- معلوف، لويس، المنجد، ط33، دار المشرق،

بيروت، 1992م

ج- بقية المصادر:

1 - الإمام الخميني، روح الله، تحرير الوسيلة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1415ق.

2 - إبن عابدين، حاشية رد المحتار،ط2، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.

3 - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، ط2،رد المحتار، دار الفكر، بيروت، 1412ق.

4 - ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله، المقنع، ط 1، مطبعة المنار، 1322ش.

5 - إبن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله، المغني، ط1، دار الفكر، بيروت،1405ق.

6 - أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1957م.

7 - ابو العينين، بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية في المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت.

8 - الجزيري، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، ط4، دار إحياء التراث العربي، 1406ق.

9 - البحراني، يوسف، الحدائق الناظرة، ت محمد الإيرواني و.، ط 1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1405ق

10 - البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418ق.

11 - الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، ت عبد السلام محمد علي،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415ق.

12 - الجوزية (ابن القيم)، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ومكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، 1415ش.

13 - الحلي، حسن بن يوسف، نهاية المرام، مؤسسة الإمام الصادق (ع)، قم، 1419ق.

14 - الحائري، عبد الكريم، كتاب النكاح (تقريرات درس)، 1355ق، بدون ط ومكان الطبع.

15 - الحصلكي، محمد بن علي، الدر المختار، دار الفكر، 1415 ق.

16 - الحلي، محمد ابن ادريس، السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي، جامعة المدرسين، قم، 1404ق.

17 - الحلي، الحسن بن يوسف، تحرير الأحكام، مؤسسة آل البيت (ع)، طوس (مشهد)، بدون تاريخ، ج2/43.

18 - الحلبي، تقي الدين بن نجم، الكافي في الفقه، ت آية الله أستادي، مكتبة أمير المؤمنين، أصفهان، 1403هـ.

19 - الخوانساري، أحمد، جامع المدارك، ت علي أكبر الغفاري، ط2،، مكتبة الصدوق، طهران، 1405ق.

20 - الخوئي، أبو القاسم، منهاج الصالحين، مطبعة مهر، قم، بدون ط وتاريخ.

21 - الدردير، أحمد، الشرح الكبير، دار الكتاب

العربي، بيروت، بدون ط وتاريخ.

22 - الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وتاريخ.

23 - الربيعي، جمعة سعدون، أحكام النفقة شرعاً وقانوناً وقضاءاً، المكتبة القانونية، بغداد.

24 - الرملي، شمس الدين محمد، نهاية المحتاج، ط1، مطبعة بولاق، مصر، 1292ق.

25 - السباعي، مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط9، دار الوراق، بيروت، 1422ق.

26 - سحنون، عبد السلام بن سعيد، المدونة الكبرى، رواها عن عبد الرحمن بن قاسم، عن مالك، مطبعة السعادة، القاهرة، 1323ش

27 - السبزواري، عبد العلي، مهذب الأحكام، ط 4، مؤسسة المنار، قم، 1413ق.

28 - السرخسي، شمس الدين المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406ق، بدون ط.

29 - السرطاوي، محمود علي، فقه الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 2008، ط1.

30 - سلار، أبي يعلى حمزة بن عبد العزيز، المراسم العلوية في الأحكام النبوية، ت محسن الحسيني، دار الحق، بيروت، 1414ق.

31 - الشربيني، محمد بن أحمد، مغني المحتاج، دار احياء التراث العربي1377ش.

32 - الشهيد الأول، محمد بن جمال الدين، القواعد والفوائد، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، 1418ق، .

33 - الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، الروضة البهية، ت محمد كلانتر، ط1، انتشارات داوري، قم، 1410 ق.

34 - الشهيد الثاني، زين الدين بن علي، مسالك الأفهام، المعارف الإسلامية، قم، 1416ش

35 - الشيخ المفيد، محمد بن محمد النعمان، المقنعة، قم، انتشارات الإسلامية، 1410ق

36 - الشيخ الطوسي، محمد بن حسن، المبسوط، طهران، المكتبة المرتضوية لأحياء الآثار الجعفرية، 1387ش.

37 - الشيخ الطوسي، محمد بن حسن، الخلاف، ت علي الخراساني و...، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1417ق

38 - الطباطبائي، علي، رياض المسائل، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1418ق

39 - الطبرسي، رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل، مكارم الأخلاق،ط6، مؤسسة الأعلمي، بيروت، 1972 العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي، ت يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1414ق، بدون ط.

40 - فضل الله، محمد حسين، فقه الشريعة، ط2، دار الملاك، 1422ق.

41 - الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في

ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.

42 - الكبيسي، أحمد، الوجيزفي شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة التعليم العالي، 1990م.

43 - الكرباسي، علي محمد، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الحرية للطباعة، المكتبة القانونية، بغداد.

44 - الكليني، محمد بن يعقوب، الكافي، ط1،منشورات الفجر، 1428، بيروت.

45 - الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي، ت علي محمد معوض عادل أحمد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1919م.

46 - الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، ت عامر الزيباري، النفقات، دار ابن حزم، 1998.

47 - المجلسي، محمد باقر، بحار الأنوار، مؤسسة الوفاء، بيروت 1983، بدون طبعة.

48 - المحقق الكركي، علي بن الحسين، جامع المقاصد، مؤسسة آل البيت (ع)، 1414ق.

49 - المحقق السبزواري، محمد باقر، كفاية الأحكام، قم، انتشارات الإسلامي التابع لجامعة المدرسين، 1423ق.

50 - المحقق الحلي، نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، قم، مؤسسة اسماعيليان، 1408ق.

51 - المظفر، محمد رضا، أصول الفقه،ط4، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، 1370ش.

52 - المغنية، محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ط 7، دار العلم للملايين، بيروت، 1402ق.

53 - المغنية، محمد جواد، الأحوال الشخصية في المذاهب الخمسة، دار العلم للملايين، بيروت، 1981م.

54 - المغنية، محمد جواد، فقه الإمام جعفر الصادق (ع)، ط7،مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، 1428ق،

55 - المقدس الأردبيلي، أحمد بن محمد، مجمع الفائدة والبرهان، ت مجتبى العراقي،ط1،دار النشر الإسلامي، قم، 1402ق.

56 - الميرغناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية، ط2، مطبعة مصطفى البابي، مصر، 1966.

57 - النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، ط7، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1981م.

58 - ناصر عليوي، محمد، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1431ق.

59 - النووي، يحيى بن شرف، المجموع، دار الفكر، بدون ط وتاريخ

60 - النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ت عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون ط وتاريخ.

ج- المجموعات القضائية

- مجلة التشريع والقضاء، السنة 2، العدد 3، 2010.
- القسم الإعلامي في وزارة العدل العراقية، مجموعة الأحكام العدلية، العدد (1)،السنة الحادية عشرة، لسنة 1980 و العدد 3 السنة العاشرة، 1979.
- وزارة العدل العراقية، النشرة القضائية،، العدد الأول/ السنة الثانية، 1970م والعدد الرابع، السنة الرابعة، 1973.
- المشاهدي، إبراهيم، قرارات قضائية، احوال شخصية، مطبعة اسعد، بغداد، 1989.

د- القوانين:

- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل.
- قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

الديمقراطية في ظل متغيرات النظام الدولي

المدرس المساعد رائد ارحيم محمد

كلية القانون - جامعة المثنى

الملخص

التنوع في تركيبة المجتمع يفرض التعددية في الحياة السياسية، والديمقراطية التي تكون الإطار العام الذي تتحرك في داخلة المكونات المختلفة للمجتمع.

فقد شهد النظام الدولي من متغيرات وتغيرات كانت لها دلالاتها على العالم اجمع لا سيما بعد أنهيار النظام الدولي السابق الذي عصفت به التغيير وظهور نظام دولي جديد خاصة في الشرق الاوسط. لذا سوف يتناول البحث مفهوم الديمقراطية وانواعها في مبحث وكذلك الديمقراطية في ظل النظام الدولي في مبحث ثان والضمانات الدستورية ومستقبل النظام الدولي في تطبيقها في مبحث ثالث.

Abstract

Diversity in the structure of society imposes pluralism in political life، and democracy، which is the general framework that included moving in different components of society.

The international system has seen of variables and changes have had implications for the entire world، especially after the collapse of the international system ravaged change and the emergence of a new international system، especially in the Middle East. Therefore، research will address the concept of democracy and their types in the Study as well as democracy in the light of the international system in a second Study of constitutional guarantees and the future of the international system to be applied in the third Study.

المقدمـــة :

منذ أواخر القرن الماضي أصبح مصطلح "الديمقراطية" يتداول بكثرة في خطابات وأدبيات التيارات التي تسعى ضمن أهدافها المُعلنة إلى بناء أنظمة سياسية حديثة في البلاد النامية أو ما تعرف بدول العالم الثالث. فبعد أن كانت مفاهيم مثل الصراعات، والنزاعات، والثورية، والقمعية سائدة طوال قرون عديدة بسبب الظروف الدولية التي جسدتها الحروب العالمية، ونتيجةً للتغيير المتوالي في النظام الدولي ظهرت مفاهيم أخرى مثل التعاون، والسلم الدولي، والانفتاح والرفاهية، والديمقراطية تسود لكي تعبر عن واقع جديد يعكس جنوح المجتمعات الدولية إلى تحقيق الأمن والسلم الدوليين وتتطلع إلى مزيد من التقدم والازدهار.

وأخـذت هـذه المفاهيم تنمو وتتعمق بنمو الأحداث الدولية، وكان من الطبيعي أن يستجيب النظام الدولي الجديد إلى مثل هذه المفاهيم، إذ غدت ثورة المعلومات وتقنية الاتصالات ووسائل الأعـلام حاجة ملحة لكل شعوب العالم المتطلعة إلى التطور التقني والعلمي، وكان لابد لهذه الشعوب أن تسلك سلوك التعاون والاعتماد المتبادل سبيلاً لتحقيق أهدافها وبناء ديمقراطية جديدة قائمة على احترام كافة الآراء والاتجاهات، وان تتخلص من جميع القيود المفروضة عليها سواء من قبل الحكومات الثورية والتسلطية التي كانت تمارس عليها سياساتها التعسفية أو من قبل البلدان المستعمرة. فعد مفهوم الديمقراطية من أكثر المفاهيم أهمية وأولوية والتي احتلت الصدارة في سلم الأجنـدة السياسية في النظام الدولي،

إذ هيمن كمفهوم على مفاهيم الأجندة السياسية العالمية، إلى درجة بدأت التفاعلات السياسية الدولية تمر من خلالها وكأن الديمقراطية القناة التي تمر عبرها تلك التفاعلات.

ولهذا نجد إن الديمقراطية برغم من الاختلافات العقائدية والإيديولوجية وحتى الأدائية بدت من مفاهيم الأمن والسلم العالميين، إلى درجة عدها البعض بأنها الأنموذج الأصح والأصلح للنظم السياسية، التي اكتظت بمفاهيم الدكتاتورية والطغاة المستبدين وتلك التسميات منوطة بالحكام[1].

وبمرور الزمن وتعاقب الأنظمة السياسية واستجابة لمتطلبات الزمن وتلبية لرغبة التغيير بدت الديمقراطية كفكر وسلوك تطرق باب جميع الأنظمة السياسية لتكون الخيار الوحيد الذي بدا لابد منه في النهج السياسي لمواكبة متطلبات العصر وتكيفاً مع التغيير[2]. الأمر الذي افرز هوامش للحركة والحوار مع الذات من قبل صناع القرار السياسي، واستجابة لرغبة دعاة التغيير الذين جعلوا من المطمح الشعبي قاعدة لهم لفرض إرادتهم فبدت الديمقراطية مطلب شعبي أكثر مما هي مطلب سياسي، فبانت رغبة جماعية وليس رغبة نخبة أو رغبة شخصية للقائم على السياسية.

وهنا، بدت الحاجة ملحة لفهم حقيقة هذا المكون فنشغل به الساسة والباحثين وذوي الشأن، في محاولة لتأطيره وتوحيد نهجه في العالم اجمع لكن تلك المحاولة لم تخلو من العقبات وأولى تلك العقبات كانت القيم والمفاهيم والتقاليد التي تحملها الشعوب فتقاطعت معها لأنها كانت ليس وليدة واقع الشعوب أكثر مما هي وليدة شعب معين أراد فرض أنموذجه على العالم وتغييره فكرياً وأدائياً، فبدت الديمقراطية المفهوم الشرط الواجب توفره في الأنظمة السياسية للتفاعل في النظام الدولي[3].

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الموضوع في إن الديمقراطية لها محددات وآليات وتجليات مختلفة دفعت الباحثين إلى تناولها من شتى جوانبها. هذه الدراسة كسبت أهميتها من التغيير الذي لاح أفق النظام الدولي، إذ جعل من الديمقراطية تعبر فوق مصطلحات ومفاهيم النظم السياسية التقليدية، ولو حاولنا تحليل الفكرة الأساسية التي أخذت تعنون النظم السياسية وما تضمنته من توسع و تشعب فإننا سنجد إنها ظاهرة باتت لا يمكن الانعزال عنها تلك هي الديمقراطية.

إشكالية الدراسة:

تتضمن هذه الدراسة أكثر من إشكالية نذكر منها:

1 – ما هي المرتكزات الأساسية يقوم عليها نظام ديمقراطي حقيقي أو التي يحملها النظام

(1) دان هوروفيتر، الديمقراطية والأمن في حالة صراع مستديم، مركز الدراسات الإستراتيجية، عمان، 1996، ص76.

(2) (2) ديميز فوتاس، الفكر اليوناني والثقافة العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2003. ص43.

(3) -الآن تورين، ما الديمقراطية، ترجمة:عبود كاسوحة، دراسات فلسفية، منشورات وزارة الثقافة، دمشق،2000، ص23-22.

الدولي الجديد لضمان ديمقراطية مثالية يمكن تطبيقها في الدول النامية أو ما تعرف بدول العالم الثالث؟ وما هي العقبات التي تحول دون تطبيقها؟

2- ما هي الأدوات التي تستخدمها العولمة في تحقيق أهدافها السياسية ومنها نشر الديمقراطية في الشرق الأوسط ضمن مفهوم النظام الدولي الجديد؟

فرضية الدراسة:

حتى يمكن الإجابة على إشكالية الدراسة ارتأينا أن ننطلق من فرضية رئيسية مفادها: (كلما ازداد النظام الدولي تقدماً... كلما ازدادت الديمقراطية تطبيقاً). ومن خلال بحثنا هذا نحاول إثبات الفرضية أو تفنيدها.

منهجية الدراسة:

تستند هذه الدراسة إلى مجموعة من مناهج البحث العلمي التي تنسجم مع طبيعة الدراسة المختارة. ولهذا اعتمدنا على المنهج التاريخي لأهميته في معرفة معنى الديمقرايطة، وذلك من خلال معرفة أصلها التاريخي وكيفية بدايتها وانتشارها. واعتمدنا كذلك على منهج تحليل المضمون او المنهج التحليلي لتناسبه مع طبيعة الموضوع واهميتة.

تقسيم الدراسة:

اشتملت الدراسة، فضلاً عن المقدمة والخاتمة، على ثلاث مباحث، وذلك على النحو التالي:

في المبحث الأول نتناولنا مفهوم الديمقراطية. وتطرقنا في المبحث الثاني إلى الديمقراطية في ظل النظام الدولي الجديد. أما المبحث الثالث فعالجنا فيه الضمانات التي تكفل الديمقراطية و مستقبل تطبيقها.

المبحث الأول

مفهوم الديمقراطية

قد تكون كلمة (الديمقراطية) معروفة لدى معظم الناس، إلا أن مفهومها لا يزال يُساء استعماله وفهمه، عندما تدّعي الأنظمة الدكتاتورية أو العسكرية إدعاءً انها تتمتع بتأييد الشعب.

فإزاء ذلك نرى من الضروري الشروع بتحديد مفهوم الديمقراطية من حيث بيان تعريفها وانواعها ومميزاتها، ولهذا وجدنا حاجة تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الاول التعريف بالديمقراطية، ونخصص المطلب الثاني لبيان انواع الديمقراطية ومميزاتها.

المطلب الأول

التعريف بالديمقراطية

يعتبر مصطلح الديمقراطية من المفاهيم التي دار ومازال يدور حوله جدال كبير، فهو مصطلح غامض ومركب لا يزال يستخدم بمعانٍ شتى باختلاف الزمان والمكان.

ولتحديد مدلول كلمة الديمقراطية يتوجب علينا ان نتناول اصلها وتعريفها اللغوي (أولاً)، ثم تعريفها الاصطلاحي من وجهة نظر بعض فقهاء القانون الدولي (ثانياً)، وعلى النحو التالي:

أولاً- التعريف اللغوي للديمقراطية:

الديمقراطية (Democracy) ليست عربية في أصولها، بل هي كلمة إغريقية قديمة، دخلت اللغة الانكليزية في القرن السادس عشر[1]. وحسب مدلولها اليوناني القديم تعني (حكم الشعب)، لانها مكونة من كلمتين الأولى: (-Dem os) وتعني الشعب، والثانية: (Cratia) وتعني الحكم، وبذلك يصبح معناها اللغوي ان الشعب هو صاحب السلطة او حكم الشعب نفسه بنفسه[2].

ثانيا- التعريف الاصطلاحي للديمقراطية:

في بداية الامر لا بد من القول ان وضع تعريف جامع مانع للديمقراطية فيه شيء من الصعوبة والغموض، لأن لكل بلد شكله المناسب من الحكم الديمقراطي، وعليه لا يمكن ان يكون هناك تعريف محدد لكل المجتمعات العالمية، لانها شكل غير جامد وليست مضموناً عقائدياً ثقافياً. فهي كما يقول آرنت ليبهارت «مفهوم يتحدى التعريف فعلياً»[3]، او كما يقول فليب غرين «مفهوم غاية في الغموض»[4].

ومن هذا المنطلق ظهرت الكثير من التعريفات لهذا المصطلح، ولعل أكثر التعريفات ذيوعاً للديمقراطية ذلك الذي يعود إلى الرئيس الأمريكي السادس عشر «ابراهام لنكولن» عندما عرفها بأنها: "حكم الشعب بالشعب وللشعب"[5] بمعنى أن تكون السلطة في أيدي الشعب بدون وساطة[6].

ويصفها أيضاً "جوزيف شومبيتر Joseph Schumpter" بأنها: " التدابير المؤسسية التي تتخذ من أجل التوصل إلى القرارات السياسية والتي يكتسب من خلالها الأفراد سلطة اتخاذ القرار عن طريق تنافس المرشحين على أصوات الناخبين"[7] إقتصر هذا التعريف على وجود الانتخابات.

أما «جون نلامناتز John Nanlmantz" فقد عرف الديمقراطية بأنها: "المنافسة الحرة على السلطة والتي تكفل إمكانية التغيير المستمر للحكام، وهي إمكانية تتوقف على الالتزام بالترتيبات والقواعد الدستورية"[8]. وقد عرفها

(1) فليب غرين، الديمقراطية، ترجمة: محمد درويش، دار المأمون، بغداد، 2007، ص47.
(2) صالح جواد وعلي الغالب، الأنظمة السياسية، المكتبة القانونية، بغداد، 1990، ص20.
(3) آرنت ليبهارت، الديمقراطية التوافقية في مجتمع متعدد، ترجمة: حسني زينة، معهد الدراسات الإستراتيجية، بغداد، 2006، ص15.
(4) فليب غرين، مرجع سابق، ص15.
(5) عبد المعز نصر، في النظريات والنظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص163.
(6) نقلاً عن: حسن لطيف الزبيدي ونعمة محمد العابدي، الديمقراطية مفاهيم وتجارب، المركز العراقي للبحوث والدراسات، النجف الاشرف، بيروت، 2010، ص19.
(7) Joseph,SChumpter, Capitalisme Et Démocratie. 2eme edition, paris: petite bibliothèque, 1942, p 367
(8) س. أيزنستات، تناقضات الديمقراطية (أوجه الضعف والإستمرار والتغيير)، ترجمة: مها

توريـن بـأنـهـا: «اختـيـار حـر للحاكمين مـن قبل المحكومين يتم خلال فترات منتظمة»[1].

يتبين من خلال التعريفات المتقدمة أن الديمقراطية يتحدد مفهومها من خلال جوهرها وقيمها ومبادئها الأساسية، فالبرغم من اختلاف المفكرين والفقهاء في وصفها لكن اجمعوا على إنها نوع من أنواع الأنظمة السياسية التي تؤمن بالتعددية والتبادل السلمي للسلطة وفقاً لحكم القانون بغية الوصول إلى الحكم الصالح.

وتبعاً لذلك، نستطيع القول إن المشاكل الفعلية والمباشرة والمستمرة تكمن في تحديد سياسة البلاد و في أدائها. أي ضمان الحريات الفردية والجماعية العامة وهي سياسة تسمح للمواطنين بمراقبة السلطة الحاكمة والتعبير عن رفضهم لسياستها عند الحاجة وبعزلها إن استدعى الأمر لذلك[2]. ويمتد ضمان الديمقراطية إلى حرية التفكير والأداء وحق النشر والإعلام الذي يجب أن يعبر عن كافة الآراء والاتجاهات التعددية السياسية فعن طريقها يصبح ممكن تعدد الاختيارات والبدائل والحلول لمختلف المشاكل، وكذلك العمل برأي الأغلبية الذي يجب أن تنصاع إليه الأقلية غير أن ذلك لا يعني اضطهاد ومحو وجهة نظر الأقلية، بل لابد من احترام رأيها كمعارضة وهي ضرورية للديمقراطية فهي تحقق التوازن وتسمح بمراقبة الأغلبية وتطبق تطرفها إن أمكن ذلك ويمكن القول أن كل أغلبية ليست لها معارضة والدليل على ذلك قمع لآراء و انعدام حرية التعبير[3].

إن تعدد مؤسسات الممارسة للسلطة من اجل منع الاستبداد، إذ لا يجب تركيز كامل السلطة السياسية بيد شخص واحد أو هيئة واحدة، بل يجب توزيع السلطة على مؤسسات متعددة تراقب بعضها البعض وتمنع استحواذ إحداها على السلطة وفي هذا الإطار يلعب مبدأ الفصل بين السلطات دور أساسي على المستوى الدستوري لتحقيق هذه الغاية[4]. وبالتالي يمكن وصف الديمقراطية بأنها المنهج أو الإطار الأدائي الذي يتضمن المفاهيم الآتية[5]: حكم الشعب نفسه بنفسه، الحرية، تحقيق مساواة سياسية ومنح الحقوق في المشاركة بالعملية السياسية، ضمان حقوق الإنسان، بناء دولة المؤسسات، يجاد دولة

بكير، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 2002، ص5.

(1) نقلاً عن: حسن لطيف الزبيدي ونعمة محمد العابدي، مرجع سابق، ص20.

(2) مجموعة باحثين، الديمقراطية والحريات العامة، جامعة دي بول، المعهد الدولي،2005، ص67.

(3) محمد المالكي، الديمقراطية داخل الأحزاب في البلدان، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت،2004، ص34.

(4) برهان غليون، الديمقراطية والأحزاب في البلدان العربية، مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت، 1999، ص56.

(5) سعد بو شعير، القانون الدستوري و النظم السياسية،ج2، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الدار البيضاء، 2005، ص24.

القانون، مبدأ المواطنة، الحكم الصالح، تلك هي مفردات الديمقراطية التي تتكون منها فتعطيها مفهوماً أوسع وأشمل لمرونتها وكثرة تفرعاتها.

المطلب الثاني

أنواع الديمقراطية ومميزاتها

لعل من بين أهم ما ينشغل به المفكرين والباحثين في السياسية وبمختلف عناوينهم وهو بناء رؤية واضحة لمفردة الديمقراطية، تلك المفردة التي على الرغم من جذرها التاريخي لا زالت تحمل من الغموض الكثير. لهذا كان من الواجب إيضاح أنواعها (أولاً)، والتعريف بمميزاتها (ثانياً).

أولاً- أنواع الديمقراطية:

الديمقراطية هي النظام السياسي الذي يقوم المواطنون بإدارة امورهم العامة بانفسهم أما مباشرةً أو بوساطة أجهزة منتخبة، فالشعب قد يمارس السلطات بنفسه أو يوكلها إلى ممثلين عنه، أو يوكل بعضها إلى ممثلين عنه ويحتفظ بالباقي لإدارته بنفسه، وقد عُرف بالتاريخ السياسي أشكال (أنواع) عديدة للديمقراطية، واختلفت الدراسات حول تصنيف اشكال الديمقراطية، إلا أن أهم اشكالها أو انواعها هي:

1 - الديمقراطية المباشرة Direct Democracy:

هي أقدم صور الديمقراطية، وأقربها إلى الديمقراطية الحقيقة، وتعني حكم الشعب لنفسه مباشرةً دون وساطة برلمان أو غيره، بحيث يمارس الشعب كله الحكم في كافة مجالات الحياة (من الناحية التشريعية والتنفيذية والقضائية)، فهو الذي يقترح، وهو الذي يشرع، وهذا أمر عسير، إذ يستحيل جمع الشعب كله في صعيد واحد، ولربما يكون ذلك ممكناً إذا كان عدد أفراد الشعب محدوداً للغاية، ولذلك فإن هذا النوع من ممارسة السلطة بواسطة الشعب لم يعد لها وجود ذو قيمة في عالمنا المعاصر[1].

ولا يأتي هذا الشكل من الحكم إلا إذا كانت الدولة صغيرة في مساحتها، قليلة في عدد سكانها، وبالتالي يستطيعون أن يجتمعوا لمناقشة قوانين ودستور الدولة. وهذا النوع كان منتشر في المدن اليونانية القديمة والتي كانت تسمى دولة المدينة (city state) وهي تختلف عن الديمقراطية الحديثة.

وإذا ما رجعنا لدولة المدينة في أثينا، خلال القرن الرابع والخامس قبل الميلاد، تحكم حكم مباشر بواسطة عقد اجتماعات للرجال الأحرار البالغ عددهم ما يقارب لـ(20000) ألف مواطن في مكان يدعى(الجمعية العامة) أو ما يسمى بـ(الجمعية الشعبية) والتي تنتخب مجلساً، متكون من (500) عضو ينوبون عن الشعب في تسير الشؤون العامة ويكون تحت رقابة الجمعية العامة وهم ليس بنواب بل يتم اختيارهم عن طريق القرعة، و كانت القرارات تأخذ عن طريق أغلبية الأصوات وكان الأجانب والعبيد والنساء لا يمثلون في

(1) حسن لطيف الزبيدي ونعمة محمد العابدي، مرجع سابق، ص107.

الجمعية وكان المواطنون في النموذج الديمقراطي هم الحكومة، فضلاً عن إن المشاركة في الأمور السياسية لم تكن إلزامية بل اختيارية. ونجد هذا النموذج موجود في بعض (الكانتونات) السويسرية على سبيل المثال: (كلاريس، اوتترفال، ابنزيل)[1].

تتطلب الديمقراطية المباشرة مساواة نسبية بين جميع المشاركين، وبالتالي فإن هذا النموذج الديمقراطي يصعب تحققه في المجتمعات الحديثة، التي تتميزبالتعقيد والتنوع. حيث إنها يمكن أن تفضي في مجتمع قائم على التنوع، إلى إدارة غير فعالة، ونقص غير مرغوب في الكفاءة، واضطراب سياسي كبير[2]. كما يؤخذ عليها انها تؤدي إلى الفوضوية في العملية السياسية، وانعدام الخبرة لدى صناع القرار كونهم يمارسون السياسية لوقت قصير ودوري وسريع، وفقدان النسق السياسي لكثرة صناع القرار، ومن المعروف إن صناع القرار يحملون عقائد معينه كلاً حسب تنشئته السياسية، وبالتالي تخضع تلك السياسية إلى تأثير القيم والعقائد التي يحملها فتنعكس سلباً على السياسية الخارجية.

2 - الديمقراطية غير المباشرة أو النيابية Parliamenary Demcrocy:

وتعني النظام السياسي الذي قوامه برلمان توكل إليه مهام إدارة البلاد، إذ يختار الشعب نواباً عنه يمثلونه في برلمان أو مجلس نيابي، والنواب يمارسون السلطة كوسيط عن الشعب، وأما الشعب نفسه فلا يمارس الحكم من حيث إصدار التشريعات وسن القوانين، إنما يمارس العمل السياسي مرة واحدة، وهي المرة التي يختار فيها الشعب نوابه لممارسة السلطة بالنيابة عنه. ووظيفة النواب -أعضاء البرلمان- إصدار التشريعات باسم الشعب الذي اختارهم، والموافقة على الميزانية العامة[3].

يقوم هذا النظام وقبل كل شيء على الانتخاب عن طريق ورقة التصويت الذي يجري في أوقات دورية ومنتظمة يعنيها الدستور أو قانون الانتخابات وأركان هذا النظام أربعة هي[4]: برلمان منتخب من الشعب، وتأقيت مدة نيابة البرلمان، عضو البرلمان يمثل الأمة، استقلال البرلمان اثناء مدة نيابته عن الناخبين. واشكال هذا النظام ثلاث هي:

أ - النظام المجلسي: فيه هيمنة السلطة التشريعية على بقية السلطات، ومطبق في سويسرا فقط.

ب - النظام الرئاسي: ويتميز بشدة الفصل بين السلطات، ووحدة السلطة التنفيذية، وعدم مسؤولية السلطة التنفيذية امام البرلمان، ومثاله النظام المطبق في الولايات المتحدة الأمريكية[5].

(1) نقلاً عن: صالح جواد وعلي الغالب، مرجع سابق، ص22-21.

(2) حسن لطيف الزبيدي ونعمة محمد العابدي، مرجع سابق، ص110.

(3) سعد بو شعير، مرجع سابق، ص22، صالح جواد وعلي الغالب، مرجع سابق، ص32.

(4) رعد ناجي الجدة وآخرون، حقوق الانسان والطفل والديمقراطية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2009، ص241.

(5) ادمون رباط، الوسيط في القانون الدستوري، دار العلم، بيروت، 1971، ص648.

جـ- النظام البرلماني: ويقصد به وجود رئيس دولة غير مسؤول، ووزراء الحكومة يقع على عاتقهم تجديد السياسة العامة للدولة، فتكون الوزارة مسؤولة سياسياً أمام البرلمان، وهو النظام الذي تتعاون وتتوازن فيه السلطتين التشريعية والتنفيذية للحد من تمادي أحدى السلطتين[1].

وتقوم فكرة الديمقراطية غير المباشرة على أساس إن الشعب لا يمكن إن يحكم نفسه بنفسه، لان من المستحيل إن يجتمع الشعب ليقرر في قضية ما، فحلاً لذلك الإشكال كان لا بد من ممثلين عن الشعب هم النواب الذين توكل إليهم إدارة السياسية للبلاد، وهو الأنموذج الذي يعتبر أكثر شيوعاً في النظام الدولي.

ويتميز الحكم النيابي بأنه سهل التطبيق، وخاصة في الدول كثيرة السكان، وأن اختيار النواب يكون الأصلح وخاصة في المسائل الفنية أو العلمية التي تحتاج إلى مختصين أو ذوي خبرة ويوصف. ولكن يؤخذ علية: إن النائب بعد ترشيحه يكون غير مسئول أمام مرشحيه، كما يكون القرار بيد النخبة وليس بيد الشعب، واغلب النواب بسبب ولائهم الحزبي والعقائدي وتؤثرهم الفكري يتعارض مع المصلحة العامة فتكون هناك عقدة ولاء.

3 - الديمقراطية شبة المباشرة Sime Direct Democracy:

وهي صورة متطورة توفيقية من الديمقراطية المباشرة والديمقراطية النيابية، ففي هذا النوع توجد هيئة نيابية كما في الديمقراطية النيابية، ولكن الشعب هنا يحتفظ لنفسه ببعض مظاهر السيادة والسلطة، التي يمارسها دون وسيط كما في الديمقراطية المباشرة[2]، وتكون هيئة الناخبين بمثابة السلطة الرابعة إلى جانب السلطات الثلاث[3]. وقد تبنت ايطاليا هذا النوع من الديمقراطية.

فهو مثلاً: يمكن أن يقترح الشعب مشروعاً قانونياً، أو فكرة يقدمها إلى البرلمان، أو يقدم اعتراضاً على قانون ما يصدره البرلمان، فيوقف القانون ويلغيه، وتارةً يستفتي الشعب في موضوع سياسي، أو دستوري، أو تشريعي، ثم تنفذ رغبة الشعب التي ظهرت من خلال الاستفتاء. وأحياناً يملك الشعب سلطة حل البرلمان، أو عزل رئيس الدولة. وللديمقراطية شبة المباشرة عدّة مظاهر هي:

أ - الاقتراح الشعبي: ويقصد به حق عدد معين من الناخبين اقتراح مشروع قانون وتقديمة إلى البرلمان الذي يلتزم بمناقشته، وهو اسلوب يسمح للمواطنين باجبار البرلمان لاصدار تشريع في مجال معين وهو أوسع الوسائل

(1) محمد كامل ليلة، النظم السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1962، ص913.

(2) اسماعيل غزال، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1982، ص143، حسن لطيف الزبيدي ونعمة محمد العبادي، مرجع سابق، ص111.

(3) مصطفى كامل، شرح القانون الدستوري والقانون الاساسي العراقي، مطبعة السلام، بغداد،1974، ص29.