وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون - الفرع الخاص

أثر اختلاف الدين على الحضانة
(دراسة مقارنة)

رسالة ماجستير يتقدم بها الطالب

أمير كريم عباس صالح أبو إشراب

الى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات
درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

أ. د. عبد الرزاق أحمد محمد

١٤٤٨

هـ

٢٠٢٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَالْوالِداتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ لِمَنْ أَرادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَها لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ فَإِنْ أَرادا فِصالاً عَنْ تَراضٍ مِنْهُما وَتَشاوُرٍ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلادَكُمْ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ إِذا سَلَّمْتُمْ ما آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ بِما تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة البقرة/ الاية٢٣٣)

الاهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضـــع الى نبي الرحمة ومنقذ الامة محمد المصــطفى (ﷺ) وعترته أهل بيته الطيبين الطاهرين الامة المنتجبين ســفن النجـاة (عليهم الســـلام أجمعين) الـذين أذهـب الله عنهم الرجس وطهرهم تطهيرا.

أهبُ عملي هذا الى ســيدي مولاي أمير البلغاء وســيد الأوصــياء ويعسـوب الدين والعروة الوثقى الامام أمير المؤمنين (ﷺ) متشـرفاً بخدمتهِ، ومتجاوراً له بقلبي.

أهدي رسالتي هذه الى سندي في الحياة .... ابي

الى من رأيت النور في حضـنها وسـهرت الليالي المظلمة من أجلي... أمي

الى من أشد بهم أزري في محنتي... إخوتي وأخواتي

الى رفيقة دربي، التي تحملت عناء السفر في حياتي... زوجتي

الى قرة عيني وثمرة فؤادي فاطمة ومريم وفضة... بناتي

الى من بدمـائهم الزكيـة تروت تربـة هذا الوطن... شـــهداء العراق الابرار

الى كل من تمنى لي الخير والنجاح في حياتي... أصدقائي وزملائي

الى كل إنسان زرع الامل في نفسي... جميع المؤمنين خاصتي.

الشكر والعرفان

"الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون، ولا يحصي نعماءه العادون"
لك الحمد عظيم المن وافر الخير جليل الاحسان كثير العطاء، على تفضله وإعانته لي في مسيرتي العلمية، التي وصلت بها في اعداد هذه الرسالة.

أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان الى استاذي ومشرفي الفاضل الدكتور عبد الرزاق أحمد محمد الشيبان، لتفضله بقبول الاشراف على رسالتي وبما أفاض علينا من توجيهات وأرشادات وملاحظات علمية موفقة، طوال مشوار كتابتي البحثية والعلمية من دون ملل أو كلل، وكان من وراء ذلك كله هو اظهار الرسالة بالمستوى العلمي المطلوب، وأسأل الله العلي العظيم أن يمن عليه بدوام ألصحة والعافية، وأن يزيده علماً وحكمةً يرتوي منه أهل العلم انه سميع الدعاء.

والى من لبى سعينا، ولم يحرمنا في مواصلة مسيرتنا العلمية والمعرفية في مجال قسم القانون الخاص، نشكر إدارة معهد العلمين للدراسات العليا في النجف الاشرف، لاحتضانها هذه الشريحة العلمية المهمة في المجتمع، ونتقدم بالرحمة والفغران على روح المرحوم مؤسس المعهد حجة الإسلام والمسلمين السيد محمد بحر العلوم، والفقيد السيد الأمين العام للمعهد حجة الإسلام والمسلمين العلامة السيد محمد علي بحر العلوم (تغمدهما الله بواسع رحمتهِ).

والشكر موصول الى من تحملوا عبء متاعبنا بسعة صدورهم أساتيذ السنة التحضيرية جميعهم، الذين أغمرونا برفدهم العلمي والمعرفي في هذه المرحلة التي كانت بمثابة مفاتيح النجاح لطريق الوصول الى مبتغانا، وهو إكتساب العلم والمعرفة.

أتوجه بالشكر الجزيل وعظيم العرفان الى أساتذتي الكرام كل من رئيس واعضاء لجنة المناقشة المحترمين، وإنني أقف إجلالاً واعتزازاً لما سيبذلونه من جهود مثمرة لمناقشة هذا البحث العلمي، وتفضلكم علينا

بمنحكم شـــرف ألاســـتفادة من هذه الملاحظات القيمة، فجزاكم الله أفضـــل جزاء المحسنين وسدد خطاكم بحفظه ورعايته ومنه انه مجيب الدعاء.

وبودي ان أتقدم بالشـكر والاعتزاز الى كل من له الحق علينا، وهم كل من إخوتي وأصدقائي وزملائي الذين كان لهم الأثر الطيب، وخير سند في مدة مسيرتي العلمية، بما قدموه لي من دعم نفسـي ومعنوي في كلماتهم المحفزة ومناقشاتهم العلمية، التي ذللت الصعاب وإنارة الروئ.

ويطيب لي ان أتقدم بالشكر والأمتنان الى مكاتب المراجع الدينية في النجف الأشـــرف على مـا منحونـا من فيض علومهم بـالإجـابـة على الاستفتاءات المقدمة اليهم التي كانت بمثابة روح وريحان لمحور الرسالة، و لا يفوتنا الشكر الموصول والثناء الى إدارة المكتبات ومنتسبيها، كل من مكتبة الروضـــة الحيدرية ومكتبتي العتبة الحسـينية والعباسـية المقدسـتين ومكتبة معهد العلمين، الذين كانوا لهم الدور البارز في توفير المصـــادر العلمية لاحتواء هذه الرسالة لهم كل الامتنان.

المستخلص

تعد الحضانة البيئة الآمنة للحفاظ على الطفل ورعايته وتربيته وتعليمه، ولاسيما تلك التي يكون فيها توافق الدين بين الزوج والزوجة، لان هذا الاتحاد ينشـأ اسـرة مترابطة الاواصـر مبنية على تعاليم الدين والشريعة الإسلامية، والتي عبرها يقوم المجتمع، الا أن في حال حدوث العكس

وهو أختلاف الدين بين الزوجين، يعد عاملاً مؤثراً في حياة الطفل داخل هذا المحيط، وعليه يؤدي الى التفكك الاسري، وهذا يؤثر سلباً في المجتمع.

بدأت دراستنا حول هذا الموضوع باختيار المنهج الذي يقوم بتحليل المفاهيم الشرعية والنصوص القانونية المهتمة والمرتبطة بهذا الجانب، وبيان أثر أختلاف الدين على الحضانة بأسلوب يظهر مدى توافقهم مع الاختلاف، ثم نقوم بعرض أسلوب المقارنة بين القانون العراقي ونصوص القانون المصري.

حيث تناولت إشكالية ذو أهمية قانونية وشرعية، وهي مدى توافق الحاضن والمحضون من توزيع الاستحقاقات الممنوحة للطرفين بسبب أختلاف الدين، كأحد المسوغات المسقطة في الاستمرار بحق الحضانة في ظل مفهوم "المصلحة العليا للطفل"، كمعيار يعتمد في مواجهة التحديات التقليدية في ظل القانون.

وتوصلنا من خلال هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج حيث كان أهمها يصب بمصلحة المحضون على كونه هو القطب الا ان منظار الدراسة حول مسالة اختلاف الدين يؤدي الى اسقاط الحضانة إذا كانت هناك مخاوف حقيقية تؤثر سلباً على حياة الطفل المحضون منها! انتماؤه الديني والاضرار بهوية الطفل، أو سلوك يضره ومن هنا نلاحظ الانتقال النوعي الملحوظ بنسبة تدريجية في الفقه والقانون تمثلت بالمعيار الشكلي الذي ينظر لموضوع أثر اختلاف الدين كمانعاً مطلقاً من موانع الحضانة، الى المعيار الموضوعي الذي لا يعد كذلك إلا اذا اقترن بضرر واقعي مباشر على مصلحة الطفل.

ونوصي عبر الخوض بهذه الدراسة الى إقرار مبدأ الرقابة القضائية المستمرة على الحضانة وخصوصاً ذات التعدد الديني بدلاً من الاسقاط التلقائي، ومنح القاضي السلطة التقديرية في فرض التدابير اللازمة بعدم المساس بدين المحضون.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية القرآنية	أ
الاهداء	ب
الشكر والتقدير	ت-ث
المستخلص	ج-ح
المقدمة	١-١٠
الفصل الأول: **الإطار المفاهيمي لاختلاف الدين على الحضانة**	١١-٨٧
المبحث الاول: **ماهية الحضانة وشروطها**	١٣-٥٤
المطلب الأول: مفهوم الحضانة	١٥-٢٦
الفرع الأول: تعريف الحضانة	١٦-٢٥
الفرع الثاني: صور الحضانة	٢٥-٢٦
المطلب الثاني: الشروط الفقهية والقانونية لاكتساب الحضانة	٢٦-٥٤
الفرع الأول: الشروط الفقهية لاكتساب الحضانة	٢٧-٤٨
الفرع الثاني: الشروط القانونية لاكتساب الحضانة	٤٨-٥٤
المبحث الثاني: **التأصيل الشرعي والقانوني لاختلاف الدين على الحضانة**	٥٥-٨٧
المطلب الأول: أسباب اختلاف الدين على العائلة	٥٦-٧٢
الفرع الأول: الزواج المختلط	٥٦-٦٤
الفرع الثاني: الدخول في الإسلام بعد الزواج او الخروج منه	٦٥-٧٢
المطلب الثاني: تمييز الحضانة عن غيرها وخصائصها	٧٢-٨١
الفرع الأول: تمييز الحضانة عن غيرها	٧٣-٨١
الفرع الثاني: الخصائص الجوهرية للحضانة	٨١-٨٧
الفصل الثاني: **أحكام اختلاف الدين على الحضانة**	٨٨-١٨٠

المبحث الأول: **الانعكاسات الأسرية والحقوقية لاختلاف الدين في نطاق الحضانة**		٨٩-١٣٤
المطلب الأول: أثر اختلاف الدين على العائلة		٩٠-١١٧
	الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على العلاقة بين الزوجين	٩١-١٠٤
	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على العلاقة بين الأطفال ووالديهم	١٠٤-١١٧
المطلب الثاني: حقوق الحضانة دولياً بسبب اختلاف الدين		١١٨-١٣٤
	الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على الحضانة في ظل المواثيق الدولية	١١٩-١٢٧
	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على حقوق الحضانة في ظل المواثيق العربية والأنظمة المقارنة	١٢٧-١٣٤
المبحث الثاني: **زوال حق الحضانة وعودته بسبب اختلاف الدين واثارها**		١٣٥-١٨٠
المطلب الأول: اسقاط الحضانة واستردادها بسبب اختلاف الدين		١٣٥-١٦٠
	الفرع الأول: اسقاط الحضانة بسبب اختلاف الدين	١٣٦-١٥٠
	الفرع الثاني: استرداد الحضانة بسبب اختلاف الدين	١٥١-١٦٠
المطلب الثاني: الآثار الشرعية و القانونية لاختلاف الدين بين الحاضن والمحضون والزوجين		١٦١-١٨٠
	الفرع الأول: الانعكاسات الدينية لاختلاف الدين على المحضون في الفقه الإسلامي والقانون	١٦٢-١٧٠
	الفرع الثاني: الانعكاسات الدينية لاختلاف الدين على الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون	١٧٠-١٨٠
الخاتمة		١٨١-١٨٥
الملاحق		١٨٦-١٩٧
المصادر والمراجع		١٩٨-٢٢١

A	Abstract

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربِ العلمين، وصلى الله على أشرف الأنبياء والمرسلين أبي القاسم محمد وعلى آهل بيته الطيبين الطاهرين، من الاولين والأخرين الى قيام يوم الدين.

اولاً: التعريف بموضوع الدراسة:

يتناول موضوع هذه الدراسة أثر اختلاف الدين على الحضانة، لان الحضانة من الأمور المهمة، التي تمس حياة الطفل وحقوق الشخص الحاضن، لأنها ذات طبيعة مزدوجة، من جانب الحقوق التي اقرها المشـــرع في النظام القاني كحماية للطفل، الذي لم يقدر على إدارة شـــؤونه بنفسه، ومن جانب اخر تعد واجباً شرعياً وقانونياً على الشخص، الذي تتوفر فيه الشروط اللازمة للقيام بالحضــانة، التي لا يمكن تجاوزها والغاية الاســاســية من ذلك هو رعاية الطفل من نواحي عدة جسمانياً ونفسياً وخلقياً، وحفظه من الضياع وضمان تنشئته بصورة تحقق له مصلحة داخل بيئة تضمن له حفظ هويته الدينية والعقائدية من التغيير و الانصراف، خاصة في بلد يتميز بتعدد الطوائف والاديان مثل العراق، بيد ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وصدور قانون مدونة الأحكام الشرعية الخاصة بالأحوال الشخصية على وفق المذهب الشـــيعي الجعفري، وهو التركيز على مبدأ المصـــلحة الفضـــلى للطفل المحضـــون، مع الأخذ بالحسبان الشروط الخاصة لمنح هذا الحق للشخص الحاضن، سواء كانت تلك الاعتبارات تخص الطفل المحضـــون، من جانب أنه في أمس الحاجه الى حاضـــن، لأنه في مرحلة لا يســـتطيع الاســـتغناء عن المســـاعدة من الطرف الاخر ولاســـيما الام، ومن ناحية أخرى تخص الشـــخص الحاضـــن، الذي يكون الوعاء الحافظ للطفل وحمايته وضـمه تحت رعايته وعطفه وحنانه، وعليه اختلفت آراء الفقهاء والتشـريعات، التي نظمت هذه المسـألة، منهم من أعطى الحق للام حتى مع

اختلاف الدين، والاخر سـلب ذلك منها لعدم المحافظة أو الخوف عليه، ومن هنا تبرز الحاجة الملحة للتوافق بين هذين الحقين، على الصـعيدين! الوطني والدولي، مع بيان مدى الاولوية في إبراز هذه الواقعة.

ثانياً: أهمية الدراسة:

يتجلى موضـوع هذه الدراسـة "**الاثر المترتب على اختلاف الدين بين الحاضـن والمحضون**" في قانون الأحوال الشخصية العراقي والفقه الإسلامي، أهمية بارزه؛ لأنها تعالج اهم الموضـوعات، التي تتقاطع فيها الحقوق الطبيعية للأبوة والأمومة، مع الالتزامات العقائدية والدينية، التي تظهر لنا أهم الأبعاد: -

١- الأهمية التأصيلية بين (النص القانوني والاجتهاد الفقهي)، التي تتمثل في فك الاشتباك الحاصل بين النصـوص القانونية المطلقة، والآراء الفقهية المقيدة، يكون ذلك عبر سد الفراغ الحاصـل في المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، المختصة بالشروط العامة بالشخص الحاضن وهي (العقل والبلوغ الأمانة والقدرة)، إلا أنها لم تشير بصورة واضحة وصريحه الى "اتحاد الدين"، فمن هنا تبرز الاهمية اتجاه القاضـي المختص، في حال تم عرض عليه قضـية ما بهذا الخصوص، هل سيلجأ الى تطبيق المادة (٢) من نفس القانون، التي تقضي بالرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية الاقرب لنصوص هذا القانون، لحمايه شرط الدين أو هل سيطبق القانون كما هو بالنص، عملاً بمبدأ "لا اجتهاد في مورد النص".

٢- من حيث الاهمية القضـائية: تنبثق الحاجة من اللجوء إلى القضـاء في تحديد المعايير الموضوعية، تاركاً في ذلك الاجتهادات الفردية، أن التحليل التي توصلت اليه محكمة التمييز الاتحادية، في رصد التناقض أو التطور الحاصل في قراراتها، ففي بعض الحقب كان التوجه يميل الى انتزاع الطفل من الام غير المسـلمة، بمجرد بلوغه خشـية من التأثر بدينها، بينما

تميل توجهات اخرى لتغليب مصلحة المحضون طالماً كانت الام أمينه على تربيته ومحتفظة ببقية الشروط حتى وان كانت على غير دين من دون تضرره في ذلك.

ثالثاً: إشكالية الدراسة:

تتبلور المشكلة الجوهرية لهذه الدراسية بالتقاطع الحاصل في الازدواجية بالمعيار بين التطبيق والتعطيل، حيث يمثل أولها الثابت التشريعي الذي يجعل من اتحاد الدين بين الطفل المحضون والشخص الحاضن شرطاً أساسيا، سواء كان ذلك ضمنياً أم صريحاً، على اعتبارات تتعلق بالنظام العام والآداب، عبر المحافظة على الهوية الدينية للطفل كونها تشكل أحد العناصر الجوهرية في تكوين شخصيته، بينما المعيار الثاني يمثل مصلحه المحضون، يجب أن تقام من شخص ذو اهليه على ضوء قدرته الفعلية، على توفير البيئة المناسبة لرعاية وحفظ، وتعليم الطفل من دون النظر الى الانتماء الديني، ما لم يثبت من ذلك خطر أو تخوف حقيقي على هوية الطفل وانتمائه العقائدي، وتظهر الاشكالية بشكل دقيق حيال وقوف القاضي العراقي أمام إصدار القرار بين التوافق في مفهوم "حفظ الطفل ورعايته داخل أسرة مستقرة " وبين المفهوم الاخر، وهو" حق المحضون في حماية هويته الدينية"، على الرغم من ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ينظر الى ذلك كالقطب من الرحى تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، تاركاً للقضاء في ذلك مساحة تقديرية واسعة عند تعلق الامر باختلاف الدين بين الحاضن المحضون، بينما يلوذ النص القانوني في المادة (٥٧) من القانون نفسه بالصمت والفرار تجاه شرط "اتحاد الدين"، ولكن نجد المرجعية الفقهية، والتي ظهرت شرعيتها عبر النص في المادة (٨٦) من مدونة الاحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، وتعتبره من الواجبات، التي لا يمكن التهاون عليها خشيةً من الفتنه في دين الولد التي تلحق بالمحضون.

ولكن من هنا يظهر لنا التساؤل الموضوعي وهو مدى قبول المنطق من موضوع نزع الطفل من حضن أمه، التي سهرت على راحته ليالي وأيام في حفظه وتربيته، لمجرد أنها لا تتحد معه في الدين أو المعتقد الذي فرض عليه القانون بتبعية ابوه؟

كيف سيتعامل قانون الأحوال الشخصية المذكور مع واقعة الاختلاف في الدين بين الحاضن والمحضون؟ وهل هذا المعيار سيظل معياراً حاسماً او مستقلاً في تقدير مصلحة المحضون؟ أو أنه يتحول الى عنصر تقديري يخضع لسلطة المحكمة المختصة.

وكيف يمكن لنا عبر هذه الدراسة بيان التوافق في الجمع بين ضمانات حقوق الطفل في اكتساب الهوية والتربية والرعاية ولكن من دون المساس بمحيطه الأسري؟ وهل يؤدي ذلك الى قطع العلاقة بين الحاضن والمحضون تلقائياً أو من خلال وضع تدابير بديله أو مشتركة أو تحت اشراف المحكمة المختصة بذلك؟

رابعاً: منهجية الدراسة:

لتحقيق الغاية الأساسية من هذه الدراسة سنعتمد على المنهج العلمي التحليلي، بتناول نصوص القانون التي إشارة الى أثر اختلاف الدين على موضوع الحضانة، في قانون الاحوال الشخصية العراقي، ثم بعد ذلك سنتبع المنهج العلمي المقارن، لمقارنة هذا الموضوع بين القانون وأحكام الفقه الإسلام (بخمسة مذاهب)، التي تشكل الرافد المادي لنصوص القانون العراقي، مع الاستئناس بقرارات محكمة التمييز الأتحادية، مع المقارنة بقانون الأحوال الشخصية المصري، وكذا نتناول أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحضانة، لبيان مدى ملائمتها بالأمور المتعلقة بحقوق الانسان وعدم التميز الديني.

خامساً: فرضية الدراسة:

نفترض عبر هذه الدراسة، أن أثر الاختلاف لموضوع الحضانة بين دين الحاضن والمحضون، لا يعد مانعاً مطلقاً وحتمياً مباشرة لسقوط الحق في الحضانة، بل هو شرط نسبي يدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، بمعنى أخر أنه لا يعتد بهذا الاختلاف إلا إذا ثبت قضائياً بالدليل المادي تضرره من ذلك، أو لحقه خطر حقيقي يهدد سلامة المحضون، أو يخل بحقه في الانتماء الديني أو المعتقد لهويته.

سادساً: نطاق الدراسة:

اقتصرت هذه الدراسة بنطاقها على النصوص الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنه ١٩٥٩ المعدل، مع الاخذ بالإشارة البسيطة الى بعض النصوص الموجودة في مدونة الاحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، على فق المذهب الشيعي الجعفري، دون الخوض في تفاصيلها تجنباً لعدم الإحاطة وتركيزاً على حيز الدراسة المخصصة للأصل التشريعي المتمثلة بقانون الاحوال الشخصية النافذ، مع الاستقصاء لآراء فقهاء المذاهب الإسلامية (الخمسة المعتمدة في دراستنا)، لبيان شرط "اتحاد الدين"، وترتكز الدراسة ايضاً على رصد بعض القرارات الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية، والتي تختص في منازعات الحضانة عند اختلاف الدين أو تغييره، كذلك اتخذت هذه الدراسة من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقوانين المعدلة له والملحقة به، وسبب وقوع اختيارنا على ذلك يعود الى التقارب التشريعي والفقهي بين القانون العراقي والمصري.

سابعاً: الدراسات السابقة

لقد اطلع الباحث عبر مسيرته البحثية على جملة من الدراسات والموضوعات وحتى على البحوث والتقارير، التي تناولت موضـــوع الحضـــانة وعلى الرغم من إثراء المكتبات القانونية بهذا الجانب، لكنه لم يجد المفصل الرئيسي لموضوع هذه الدراسة (أثر اختلاف الدين على الحضانة) بشكل دقيق ومستقل، إلا في طيات تلك الدراسات، التي تناولته من زاوية عامة، مما جعله اللجوء الى دراســـات مقتربة بالاطار العام للموضـــوع من الجانبين الفقهي والقانوني رغم انها لا تقوم بمعالجة الإشـكالية بصـورة وافية ودقيقة، لقد تم اسـتعمال هذه الدراسـات لسـد النقص العلمي الحاصل، التي سنبين أهمها، التي تم اعتمادها في هذه الدراسة:

١-د. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م، عمان – الأردن.

إن هذه الرسـالة تناولت موضـوع الحضـانة من حيث تعريفها وشـروطها من الجانبين الشرعي والقانوني، وركزت بشكل أساسي على الاطار العام وايضاح النصوص القانونية، التي تبنت موضوع الحضانة لدى أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، وأيضا بيان الآراء الفقيه لدى أغلب المذاهب الإسلامية، وجاءت مسالة أثر تغيير الدين في موضوع اعتناق الإسلام والردة في قانون الأحوال الشخصية، والتي بطبيعتها يظهر أثرها على سائر الموضوعات كالزواج والولاية والارث وغيرها، وجاءت على موضـوع الحضـانة كامتداد للأثار العامة، وليس موضـوع مستقل بحد ذاته.

٢-أ. د. حسن الياسري، تقديم الشيخ حسن محمد تقي الجواهري، الزواج مع اختلاف الدين بين الشـرائع السـماوية والقوانين الوضـعية (دراسـة تحليلية مقارنة محققة)، ط١، مركز كربلاء للدراسات والبحوث، ٢٠٢٢م، كربلاء – العراق.

توجهت هذه الدراسة بشكل واسع وعميق على أثر اختلاف الدين على عقد الزواج وعلاقة الزوجين المسلم، وغيره حيث تناولت الحقوق والواجبات المباشرة والمتولدة من ذلك العقد بينهم، والتعرض لآثار ذلك العقد بسبب اختلاف الدين، وبيان مدى تأثرها عبر ما ينتج من موضوعات منها النسب والرضاعة والحضانة و الولاية التي تم دراستها بأسلوب المقارنة بين الشريعة الإسلامية المتمثلة بآراء فقهاء المذاهب الإسلامية، ونصوص القوانين الوضعية والشرائع السماوية، التي تضمنت بعض المفاهيم المتداخلة من أثر اختلاف الدين في الاطار العام لقانون الأحوال الشخصية على العلاقة الزوجية داخل الأسرة، دون الخوض في التفاصيل الدقيقة لموضوع الحضانة مع اختلاف الدين، وقد بينت الدراسة أن الحضانة ما تأتي الا لحماية مصلحة الطفل المحضون، عبر احترام حرية المعتقد وحق الامومة الطبيعي دون المساس بالنظام العام.

إن دراستنا لموضوع الحضانة ركزت بشكل واضح ودقيق على موضوع أثر اختلاف الدين على الحضانة، عبر العروج الى بيان الاطار المفاهيمي لموضوع الحضانة، لتناول الشروط الفقهية المتمثلة بآراء المذاهب الإسلامية، والنصوص القانونية بأدراج شرط "اتحاد الدين" وجعله ركيزة أساسية لمنطلق دراستنا، عن أثر اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون وجعله شرط جوهرياً، عبر ما تناولناه في المبادئ الشرعية والقانونية، ذهب اتجاه دراستنا الى التخصص الدقيق، عبر إفراد مسالة أثر اختلاف الدين في موضوع الحضانة ومواكبة التطور بأدراج الاحكام الشرعية المعاصرة المتمثلة في (مدونة الاحكام الشرعية المتعلقة في مسائل الأحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي الجعفري)، الذي اصبغ طابع اتحاد الدين في شروط استحقاق الحضانة، على ان هذه ثمرة ناتجة عن العلاقة الزوجية، وبيان مدى تأثر مسالة اختلاف الدين على اكتساب الحق في الحضانة، وزواله والغوص في تفكيك الاشتباك الحاصل بين ترجيح مصلحة الطفل ومسألة الحفاظ على الهوية والمعتقد الديني من دون المساس بالنظام العام.

ثامناً: أسباب اختيار دراسة الموضوع:

تباينت الأسباب في اختيار هذا الموضوع لدراسة أثر الاختلاف في الحضانة بين دين الحاضن والمحضون، من نواحي عدة وذات حاجة ماسة الى موضوعات تطبيقية وتشريعية ملحة، والدواعي التي ادت الى ذلك عديدة منها، تشريعية وقضائية واجتماعية وعلمية ودولية، ومنها الاخر انسانية، وسوف نتناول أهم هذه الاسباب بالنقاط الآتية:

١- الرغبة الشخصية التي تكمن بنفسية الباحث وميوله الى الخوض العلمي بهذه الدراسة لتعلقه بخيوطها، وتحديداً حبه تناول قضايا الاحوال الشخصية، لأنها على تماس مباشر وحقوق الانسان وكرامته، وايمانا منه بمواكبه التوازن بين رؤية قانونية توافق الموروث الفقهي والواقع العملي في سوح المحاكم وتطبيق نصوص القانون.

٢- عدم وجود نص تشريعي مباشر وصريح في قوانين الاحوال الشخصية العربية بصورة عامه، وقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بصوره خاصه، تباينت النصوص في ذلك بين الاطلاق والتقييد، في معالجة معيار الدين كشرط من أحد شروط الحضانة، ذهبت بعض التشريعات بالنص صراحة على سقوط الحضانة بمجرد اختلاف الدين، بينما ذهبت النصوص الأخرى بإحالة الموضوع إلى "مصلحة الحضون"، هذا التباين يخلق نوع من عدم التوازن بإعطاء سلطة تقديرية واسعة للقاضي عند تطبيق هذه الواقعة، في اصدار القرارات القضائية والذي يجعلها بعض الاحيان محلاً للطعن.

٣- ان التباين الملحوظ في محاكم الاحوال الشخصية بخصوص موضوع اختلاف الدين في الحضانة، بين الالتزام بتطبيق النص الموجود في القانون الذي عد اختلاف الدين سبباً كافياً لنزع الحضانة من الحاضن، والالتزام بتطبيق نظام الاحالة باعتباره الأكثر مرونة، الذي يكون

على حد سواء بين مصلحة المحضون والاستقرار العائلي، والذي عد اختلاف الدين وحده سبباً غير كافياً لأسقاط الحضانة، إلا إذا صاحبه ضرر واقعي يهدد مصلحة المحضون.

٤- ان الواقع الاجتماعي في الوقت الحاضر الذي يتمثل بازدياد حالات الزواج المختلط دينياً، لا سيما في البلد الذي تتنوع فيه الطوائف والأديان، أصبح جزاءً من حقيقة ملموسة في ارض الواقع، الذي يتعامل معه القانون من دون المساس بحقوق الأمومة والابوة واحتفاظ الطفل بالهوية الدينية.

٥- على الرغم من وفرة الدراسات العلمية والفقهية في موضوع أحكام الحضانة المتناولة بشكل عام، لكنها بانت للعيان أنها مفتقرة الى موضوع اختلاف الدين، واثره على الحضانة من ناحية الحاضن والمحضون، وهذا مما يجعل من الدراسة كمشاركة في سد الفراغ الحاصل في المكتبة العلمية والفقهية.

٦- ان تعظيم البعد الدولي لموضوع الحضانة وحقوق الطفل أصبحت من الأمور الحتمية في التمعن بالنظر في مصلحة المحضون من جميع الجوانب، ولاسيما اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩م، التي أكدت على التوافق بين حماية النظام العام الديني ولالتزام الدولي، التي تحضر التمييز على أساس الدين، ولهذه الدراسة ضرورة ماسة من ناحية تقديم التوافق بين التشريعات الوطنية والالتزامات الدينية.

تاسعاً: هيكلية الدراسة:

لقد تم اعتماد الخطة الثنائية لهذه الدراسة على شكل فصلين رئيسيين، وفي بدايتهما مقدمة عامة عن الموضوع ونهايتها خاتمة عنه، وجاء من بعدهما قائمة خصصت للمصادر والمراجع، التي تم الاعتماد عليها في هذه الدراسة، ان الموضوع الرئيسي للرسالة هو أثر اختلاف الدين على الحضانة، سنخصص الفصل الأول منه الى دراسة الاطار المفاهيمي لاختلاف الدين

على الحضـــانة، وتم تقســـيمه الى مبحثين، ذهب المبحث الأول الى بيان ماهية الحضـــانة وشروطها، وتخصص المبحث الثاني الى بيان التأصيل الأساسي لاختلاف الدين على الحضانة، بينما تناولنا في الفصـــل الثاني أحكام اختلاف الدين على الحضـــانة، وكذلك تم تقســـيمه الى مبحثين، حيث سـتناول في المبحث الأول منه الى الأثر المترتب باختلاف الدين على الحضـانة وحقوقها في المواثيق الدولية، وسـندرس في المبحث الثاني زوال الحق للحضـانة وعودته بسـبب اختلاف الدين وآثارها، وفي نهاية دراسـتنا لهذا الموضـوع وضـعنا خاتمة تناولنا فيها اهم النتائج والمقترحة، التي توصلنا اليها من خلال الإحاطة التامة لدراسة الموضوع.

الباحث