جمهورية العراق
مجلس القضاء الأعلى
المعهد القضائي

أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية

بحث تقدم به الطالب

سلام داود سلمان

الى مجلس المعهد القضائي
وهو جزء من متطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في العلوم القضائية

بأشراف

أ م د . حـــارث علـــي ابراهيـــم

التدريسي في جامعة بغداد \ كلية القانون

١٤٤٤هـ ٢٠٢٣ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة/ الآية (٢٣٣)

شكر و تقدير

بعون الله تعالى بعد ان انتهيت من كتابة البحث لا يسعني الا ان اتقدم بوافر الشكر والامتنان لكل من وقف بجانبي في اعداد هذا البحث المتواضع واخص منهم والدي ووالدتي اللذين طالما منحاني الحب وكثيرا ما دعيا لي بالموفقية والنجاح وكذلك اخص بالشكر لرفيقة دربي زوجتي الغالية التي كثيرا ما وقفت بجانبي ،كما اتقدم بالشكر الوافر والجزيل الى كل اساتذتي في المعهد القضائي اللذين لم يدخروا جهدا في سبيل إيصال العلم والمعرفة لنا كي نواصل الطريق الذي ساروا عليه والمعبد بالعلم والعمل في سبيل احقاق الحق وايصال الحقوق لمستحقيها، كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور حارث علي ابراهيم المشرف على هذا البحث داعياً الى الله ان يمنحهم الصحة والعافية وان يحفظهم من كل سوء .

والله ولي التوفيق

الباحث

إقرار المشرف

أشهد أن أعداد هذا البحث الموسوم بـ (**أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية**) ، قد جرى تحت أشرافي في المعهد القضائي ، وهو جزء من متطلبات نيل شهادة الدبلوم العالي في العلوم القضائية .

الدكتور

أ م د . حـارث علـي ابراهيـم

التاريخ : / / ٢٠٢٣

إقرار المدقق اللغوي

بعد الاطلاع والمراجعة للبحث الموسوم (**أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية**) ، فإني أجد أن البحث أمتاز بفصاحة الألفاظ والتراكيب، وسلامته اللغوية ، وأن الباحث قد راعى فيه القواعد اللغوية بشكل جيد، وأصبح البحث جاهزاً للمناقشة بقدر تعلق الأمر بسلامة اللغة الأسلوب وصحة التعبير اللغوي.

المدقق اللغوي

إقرار لجنة المناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة، أننا أطلعنا على البحث الموسوم بـ(**أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية**)، وناقشنا الطالب(**سلام داود سلمان**) في محتواه، وفيما له علاقة به. ونعتقد أنَّه جدير بالقبول لنبيل شهادة الدبلوم العالي في العلوم القضائية وبدرجة ( ) .

عضواً **عضواً** **رئيس اللجنة**

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	**٣-١**
المبحث الأول / مفهوم الحضانة وشروطها	**١٧-٤**
المطلب الأول / مفهوم الحضانة لغة وشرعاً وقانوناً	**٧-٤**
الفرع الأول / مفهوم الحضانة في اللغة	**٤-٤**
الفرع الثاني / مفهوم الحضانة في الشريعة الاسلامية	**٦-٥**
الفرع الثالث / مفهوم الحضانة في القانون	**٧-٦**
المطلب الثاني / شروط الحضانة في الشريعة والقانون	**١٧-٧**
الفرع الأول / شروط الحضانة في الشريعة الاسلامية	**١٢-٧**
الفرع الثاني / شروط الحضانة في القانون	**١٧-١٢**
المبحث الثاني / اصحاب الحق في الحضانة ومدتها وانتهائها واجرتها	**٣٤-١٨**
المطلب الأول / اصحاب الحق في الحضانة شرعاً وقانوناً	**٢٣-١٨**
الفرع الأول / اصحاب حق الحضانة شرعاً	**١٩-١٨**
الفرع الثاني / اصحاب الحق في الحضانة قانونا	**٢٣-٢٠**
المطلب الثاني / مدة الحضانة وانتهائها وأجرتها شرعا وقانون	**٣٤-٢٣**
الفرع الأول / مدة الحضانة شرعاً وقانونا	**٢٦-٢٣**
الفرع الثاني / انتهاء الحضانة شرعاً وقانونا	**٣١-٢٦**

الفرع الثالث / أجرة الحضانة شرعاً وقانوناً	٣١-٣٤
المبحث الثالث / مكان الحضانة ومشاهدة المحضون	٣٥-٥٠
المطلب الأول / مكان الحضانة	٣٥-٣٩
الفرع الأول / مكان الحضانة في الشريعة الاسلامية	٣٥-٣٦
الفرع الثاني / مكان الحضانة في القانون	٣٦-٣٩
المطلب الثاني / مشاهدة المحضون	٤٠-٥٠
الفرع الأول / حق المشاهدة في الشريعة الاسلامية	٤٠-٤١
الفرع الثاني / حق المشاهدة في القانون	٤٢-٥٠
المبحث الرابع / سقوط الحضانة واستردادها	٥١-٦٨
المطلب الأول / سقوط الحضانة	٥١-٥٩
الفرع الأول / سقوط الحضانة في الشريعة الإسلامية	٥١-٥٣
الفرع الثاني / سقوط الحضانة في القانون	٥٣-٥٩
المطلب الثاني / استرداد الحضانة	٦٠-٦٨
الفرع الأول / حالات استرداد الحضانة	٦٠-٦١
الفرع الثاني / سلطة المحكمة في انتقال الحضانة واستردادها	٦١-٦٨
الخاتمة	٦٩-٧١
المصادر	٧٢-٨٠

المقدمـة

الحمـد لله رب العـالمين والصـلاة والسـلام علـى خـاتم الانبيـاء والمرسـلين أبـي القاسـم محمد وعلى ال بيته الطيبين الطاهرين (عليهم افضل الصلاة والسلام)..

أما بعد:

الأطفـال فـي كـل المجتمعـات يمثلـون ثروتهـا الحقيقيـة، وعلـيهم تعقد الآمـال ومـنهم يتطلـع إلـى المستقبل، فهم نعمة الله على المجتمع، وعلى المجتمع ان يحافظ على هذه النعمـة بـان يضـمن لهم هذه الرعاية والعناية الحسنة أذ ان للسنين الأولى من عمر الطفل اهمية بالغة في مستقبل حياتـه، أذ فـي تلـك السـنوات يكتسـب الأسـس النفسـية ،والجسـمية، والعقليـة، والاجتماعيـة، والخلقيـة الصحيحة، وبذلك تبنى الشخصية المتزنة المتكاملة للصغير في المستقبل ؛ لذلك تعد الحضانة من أهم الحقوق التي أقرها الشرع للطفل، ونظم الفقه و القانون العديد من احكامها بوصفها نوعا من انواع الولاية التي أقرها القانون للحاضن، والتي يتولى بموجبها تربية الطفل ورعايته والقيام بتدبير شؤونه وتحقيق مصالحه ولكن الاستقرار العائلي قد يختل بسبب المشاكل العائلية بين الزوجين التي تؤدي في الغالب إلى انفصال الزوجين بالتفريق او الطلاق أو وفاة أحدهم، وتبرز مشكلة التنازع على حضانة الصغير، ولان الصغير لا يستطيع ان يتولى شؤون نفسه بنفسه لذلك. يفترض استمرار الرعاية حتى بعد انتهاء العلاقة الزوجية بين أبوي المحضون ليكون بينهما تحت رعايتهما وفق ما يمر به من مرحلة عمرية تفترض وجوده تحت رعاية الام ثم الاب عند تـوفر شـروط الحضـانة وانتقالهـا تبعـا لمصـلحة المحضـون التـي تقتضـي الرعايـة والاهتمـام المتواصلين بغض النظر عن مكان وجوده سواء أكانت الحضانة للام ام للاب وازدادت أهمية هذا الموضوع في المجتمعات الحديثة بسبب اتساع المشاكل الزوجية، وكذلك من اجل الاهتمام بالطفولة ودرء المخاطر عنها بعد انفصال الابوين أو وفاة احدهما .

وان الشريعة الاسلامية الغراء قد أولت الطفل اهتماما كبيرا، وقد ورد بنصوص القران الكريم ومنهـا الآيـة الخاصـة بالرضـاع ؛ **بقولـه تعـالى: (اسكنوهن مـن حيـث سـكنتم مـن وجـدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن واتمروا بينكم بمعروف وان تعاسرتم فسترضع له أخرى).**آية (٦) **الطلاق**

وفي السنة النبوية كانت مظاهر حماية الطفل ورعايته كثيرة، وقد روي عن نبينا محمد (**صلى الله عليه والـه**) فـي الحديث النبوي الشريف (**فقد روي ان امرأة قالت: يـا رسول الله ان ابنـي هذا**

كانت بطني له وعاء. وحجري له حواء، وثديي له سقاء وان اباه طلقني ويريد ان ينزعه مني. فقال (صلى الله عليه واله) انت احق به ما لم تتزوجي).

وفي سياق متصل فقد وضع المشرع العراقي أحكاما خاصة تنظم موضوع الحضانة ايماناً منه بمدى أهمية هذا الموضوع وتأثيره على نظام الأسرة الذي يعتمد عليه بناء المجتمع وقد أخذ المشرع العراقي بالآراء الفقهية التي يتحقق معها مصلحة المحضون بما ينسجم مع واقع المجتمع العراقي والتطور الحاصل وقتها، فقد عالج هذا الموضوع في **المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنه ١٩٥٩ المعدل. وكما وضع أحكاما لحماية المحضون في قانون رعاية الأحداث رقم ٦ السنة ١٩٨٣ المعدل في المادتين (٢٩ و ٣٠) منه**.

أهمية البحث :

لأهمية هذا الموضوع أخترته موضوعا لبحثي لدراسة جوانبه الشرعية والقانونية، وموقف المشرع العراقي منه وتطبيقات القضاء العراقي بخصوصه في ضوء قرارات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، بما لها من سلطة مراقبة تطبيق القانون ، وبما ان **قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنه ١٩٥٩ المعدل في المادة الأولى منه الفقرة (٢) نص على اللجوء الى مبادى الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، وجاءت (المادة السابعة والخمسين) من قانون الأحوال الشخصية بفقراتها التسعة بنصوص عامة**، ولم تتطرق الى كثير من المسائل التي أفرزها الواقع العلمي مع تطورات الحياة والتغييرات المجتمعية على اختلاف المذاهب في كثير من المسائل، مما ترك المجال واسعاً لمحكمة التمييز لتفسير القانون واعطاء الرأي القانوني في كل ما لم يرد به نص في القانون وما أكثرها مما شكل فكراً قانونياً تطبيقياً عبر اجتهادات القضاء العراقي.

مشكلة البحث :

وعن طريق هذا البحث الموجز سنتناول مناقشة مشكلة دعوى حضانة الطفل الصغير الذي يكون بأمس الحاجة لعناية خاصة في سن معينة ، أذ ان هذه الحضانة قد تترتب عليها آثار مادية مثل نفقة الحضانة وآثار معنوية مثل مشاهدة المحضون مع رعاية شؤونه الخاصة ، والتي يسبقها ضرورة توافر الشروط الشرعية والقانونية اللازمة في الحاضن خوفاً على مصلحة المحضون مع معرفة الأحق بالحضانة ، التي تترتب عليها آثار بحاجة لمعالجة قانونية مستفيضة ، يكون الهدف منها اولاً حماية الطفل المحضون الاولى بالرعاية والاهتمام كونه عنصر من عناصر الاسرة والمجتمع ، وفي سبيل ذلك تم تتبع الآراء الفقهية والقانونية الى جانب النصوص القانونية

لقوانين الأحوال الشخصية المعززة بالقرارات القضائية التي تظهر كيفية حسم المنازعات القائمة بخصوص الحضانة.

منهجية البحث :

لذلك فان التصدي **(بالدراسة)** لكل ما يخص الطفل من حفظ ورعاية وتربية وتوجيه وما يصاحب ذلك من مشاكل ومقترحات يعتبر من المواضيع المهمة في حياة المجتمع ان لم يكن من اهمها، ومن هذا المنطلق فقد كان اختياري **(للحضانة)** موضوعاً للبحث استهدفت عن طريقه دراسة كل ما يتصل بها من جوانب قانونية وفقهية وصولا الى الوضع الأمثل للصغير المحضون بما حقق مصلحته ويضمن مستقبله، وأذ ان موضوع الحضانة متشعب و يصعب على الباحث الاحاطة بكافة جوانبه ومفرداته لذا سوف احاول جاهدا ان ألم بمفردات الموضوع مستعينا بأ راء الفقهاء وشراح القانون وقرارات محكمة التمييز .

خطة البحث :

ولغرض معرفة هذه الأمور وموقف القضاء العراقي ، أثرت **بحث موضوع الحضانة بأربعة مباحث خصصت المبحث الأول للحديث عن مفهوم الحضانة وشروطها ، والمبحث الثاني في أصحاب الحق في الحضانة ومدتها وانتهائها و أجرتها، و المبحث الثالث فتناولت فيه مكان الحضانة ومشاهدة المحضون، اما المبحث الرابع تناولت فيه اسقاط الحضانة واستردادها .**

المبحث الاول

مفهوم الحضانة وشروطها

من اجل دراسة هذا الحق بشكل وافي لابد من تعريف مفهوم الحضانة لغة وشرعاً وقانونا ؛ أذ ان للحضانة مدلول لغوي وآخر شرعي ، وكذلك لها مدلول قانوني كما ان الشريعة الاسلامية أعطت لموضوع الحضانة اهمية كبيرة ووضعت شروطاً للحضانة يجب توفرها من اجل ضمان مصلحة وسلامة وتربية المحضون تربية سليمة وكذلك عالج قانون الاحوال الشخصية النافذ شروط الحضانة الواجب توفرها من اجل ضمان مصلحة وسلامة وتربية المحضون تربية سليمة ، لذا سوف نتناول في هذا المبحث مطلبين: نتناول في المطلب الاول مفهوم الحضانة لغة وشرعاً وقانونا وفي المطلب الثاني شروط الحضانة شرعاً وقانوناً.

المطلب الاول

مفهوم الحضانة لغة وشرعاً وقانوناً

سنتناول هذا المطلب في ثلاث فروع ، الفرع الاول: مفهوم الحضانة في اللغة ، الفرع الثاني : مفهوم الحضانة في الشريعة الاسلامية ، والفرع الثالث : مفهوم الحضانة في القانون .

الفرع الاول

مفهوم الحضانة في اللغة

الحضانة بفتح الحاء او كسرها والاشهر الفتح. وهي مصدر من الفعل حضن، أذ يقال: (**حضَنَ حضناً وحضانة احتضن**) الصبي جعله في حضنه، رباه، ضمه الى صدره[١].

وكذلك (**حَضنه عن كذا**) نجاه وابعده يقال : حضت الرجل عن هذا الامر حضناً وحضانة اذا نحيته عنه، وحضنته عن حاجته اي حبسته عنها، واحتضن الطير بيضة وعلى بيضة رخم عليها للتفريخ، والحضن ما دون الابط الى الكشح او الصدر والعضدان وما بينهما والكشح مصدر من كَشَحَ، من الجسم ما بين السرة ووسط الظهر، يقال طوى كشحه عن فلان اي اعرض عنه وقاطعه[٢].

الحضانة ضم الشيء الى الحضن، ومصدر حضنت الصغير حضانة، تحمل مؤونته وتربيته مأخوذة من الحضن وهو الجنب لان الحاضنة تضم الطفل الى جنبها[٣].

---

(١) محمد بن مكرم بن منظور الانصاري، لسان العرب، مطبعة بولاق، ج١٩، ص٢٧٩.

(٢) محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الاولى، ١٩٦٧، ص١٤٢.

(٣) المحامي جمعة سعدون الدليمي، احكام النفقة شرعاً وقانونا وقضاء ، مطبعة شكرة أب للطباعة المحدودة، بغداد ١٩٩٠، ص٨٢.

الفرع الثاني

مفهوم الحضانة في الشريعة الاسلامية

الحضانة شرعا: هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعاً وهي حق للام ثم لمحارمه من النساء، وهي بهذا التعريف تعتبر ولاية تربية ولكن الاناث أليق بتوليتها[١].

فهي تربية وحفظ من لا يستطيع ان يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه ، او ينفعه لعدم تمييزه وذلك برعايته وتدبير شؤونه من طعامه وملبسه ونومه وغسل ثيابه ونحوها فألاحق بتربية الولد امه لانها اكثر الناس حنانا واشفقهم به فتصبر على خدمته صبراً لا يأتي من غيره فهي تسهر بسهره وتجزع لمرضه وتسر بصحته[٢].

وقد عرفها فقهاء الامامية، ومنهم العاملي بانها :(**ولاية على الطفل والمجنون لفائدة مما يتعلق به من مصلحة، من حفظة وجعله في سرير ورافعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحوها)**[٣].

اما فقهاء الحنفية، فقد عرفوا الحضانة بانها:(**تربية الولد ممن له الحق في الحضانة وعرفها آخرون (حضانة الام ولدها هي ضمها اياه الى جنبها واعتزالها أياه عن أبيه ليكون عندها ، فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه)**[٤].

وعرفها فقهاء الشافعية ، بانها :(**حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه، لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيه بما يصلحه وتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك)**[٥].

اما فقهاء الزيدية ، فقالوا: (**حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته ووقايته عما يضره او يهلكه)**[٦].

كما عرفها فقهاء الحنابلة (**هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك والانفاق عليه وانجاؤه من المهالك)**[٧].

اما فقهاء الظاهرية ، فقالوا: (**النظر للصغير او الصغيرة بالاحوط في دينهما ودنياهما فاذا بلغا من السن والاستغناء مبلغ الفهم فلا حضانة)**[٨].

---

(١) محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطباعة، مصر، ١٩٥٧، ص٤٣٢.
(٢) محمد زيد الابياني بك، شرح احكام الشريعة في الاحوال الشخصية، ج٣، مطبعة النهضة، ١٩٢٠، ص٩.
(٣) زين الدين العاملي، اللمعة الدمشقية، ج٥، جامعة النجف، ص٤٥٩.
(٤) ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط١، ١٩١٠، ج٥، ص٢٥٢.
(٥) شمس الدين العاملي، نهاية المحتاج، ج٧، مطبعة البابي، ١٩٣٨، ص٢١٤.
(٦) محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام، ج٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص٢٢٧.
(٧) موفق الدين بن قدامة، المغني، ج٨، ص٢٩٧.
(٨) ابن حزم الظاهري، المحلى، شبكة الانترنيت، موقع السلام، ادارة المطبعة المنيرية، ١٣٥٢هـ، ج١٠، ص٣٢٣.

الفرع الثالث

مفهوم الحضانة في القانون

الحضانة هي القيام بتربية الطفل في سن معينة لا يستطيع فيها الاستقلال بشؤون نفسه ممن له الحق في تربيته من محارمه[١]. كذلك هي حفظ المحضون وصيانته والقيام بشؤونه وتربيته ممن له الحق في ذلك قانونا وشرعاً خلال مدة الحضانة ، وفيما عدا ذلك تبقى سلطات الولاية عائدة ،الولاية قد تكون (**ولاية على النفس**) اي يكون للولي تزويج الصغار اللذين هم تحت ولايته، اذا بلغوا سناً معينة، او قد تكون (**ولاية على المال**)[٢]

اي بامكان الولي التصرف بالاموال العائدة للصغير بالتصرفات النافعة نفعا محضا ويجب ان يكون الولي متحدا بالدين مع الصغير اذ لا ولاية لغير المسلم على المسلم، اما الحضانة فهي ولاية حفظ وتربية اي ان وظيفة الحاضن هي رعاية الصغير والمحافظة عليه وتقديم المساعدة له في الاكل والشرب والملبس وغيرها من الاحتياجات كونه صغير ولا يستطيع القيام بهذه الامر بنفسه. كما ان الحضانة تختلف عن الرضاعة اي ان المرضع هي بالضرورة امرأة اما الحاضن قد تكون امرأة او رجل وهذا يعني ان انتهاء مدة الرضاع لا تعني ان الصغير لم يعد بحاجة الى العناية به وتربيته والمحافظة عليه وانما يعتبر لا يزال صغيراً بحاجة الى العناية فاذا بلغ الصغير سناً معينة، وتمت عنده ملكة الادراك والتمييز اصبح بإمكانه الاعتناء بنفسه وادارة شؤونه فالصغير سواء اكان رضيعاً ام غير رضيع يبقى خلال فترة من عمره غير قادر على الاعتناء بنفسه وادارة شؤونه وهذه كفترة تسمى (**مدة الحضانة**) يحتاج خلالها الى شخص يكون مسؤولا عنه يسمى (**الحاضن**)[٣].

عليه ولكل ما تم ذكره نجد ان موضوع الحضانة يدور وجوداً و عدمًا مع مصلحة المحضون وان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل قد اخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في موضوعات الحضانة ، وجعلها المصدر الاساس لأحكامه كما هو الحال في باقي موضوعات الاحوال الشخصية ، ومن ذلك جعلت الام هي الاحق في حضانة المحضون وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص في احد قراراتها أذ جاء فيه : (**لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم**

---

(١) حسين علي الاعظمي، احكام الزواج، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩، ص١٩٨.

(٢) ابن نجيب، الاشباه و النظائر ،ج ١، ص ١٣٠

(٣) أحكام الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، الباحث علي حسن كريبان اللهيبي، بحث مقدم الى المعهد القضائي، عام ٢٠١٠، ص٧.

المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لان طلب تأييد الحضانة هو تأييد الواقع الحال والمصلحة من اقامة دعوى الحضانة تحفظ حق الحاضن والمحضون طالما ان الاولاد لا زالوا في سن الحضانة كما ان المادة السابعة والخمسون/١ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل نصت على ان الام احق بتربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك....)[١].

وجاء في قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية : **(..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غيرصحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لان التحقيقات التي اجرتها المحكمة لا ترقى الى فقدان شرط الامانة لدى المدعية ولصغر سن المحضون (س) وحاجته الماسة لرعاية النساء فتكون دعوى المدعية لها سند من القانون بينما وان الام احق بتربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون في ذلك عملا باحكام المادة السابعة والخمسون/١ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وأذ ان المحكمة ذهبت بخلاف ما تقدم ما اخل بصحة الحكم المميز.....)**[٢].

المطلب الثاني
شروط الحضانة في الشريعة والقانون

سنتناول هذا المطلب في فرعين : الفرع الاول : شروط الحضانة في الشريعة الاسلامية ، والفرع الثاني : شروط الحضانة في القانون .

الفرع الاول
شروط الحضانة في الشريعة الاسلامية

اولا/ الشروط الواجب توافرها في الحاضن من النساء:

اتفق فقهاء المسلمين على ان يشترط في الحاضنة ان تكون عاقلة ، وامينة ، وعفيفة لا فاجرة ، ولا راقصة ، ولا تشرب الخمر ولا تهمل رعاية الطفل ؛ اذ الغاية من هذه الصفات الاحتفاظ بالطفل صحيا وخلقياً وهذه الشروط معتبرة وسنتناول هذه الشروط بشئ من الايجاز[٣].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٨٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٢٤ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٣٥٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١ (غير منشور).

(٣) محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة – الطبعة الثانية – دار الغدير للطباعة والنشر، سنة ٢٠١١، ص٣٩١.

العقل: اشترط فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم ان تكون الحاضنة عاقلة، فقال فقهاء الشافعية : (**شرائط الحاضنة سبع احدها العقل فلا حاضنة لمجنونة اطبق جنونها او تقطع، وهي ولاية وليس المجنون من اهلها**)[١].

اما فقهاء الحنفية ، اشترطوا العقل في الحضانة واعتبروه من المسلمات ، فيقولون: (**يشترط في الحاضنة ان تكون حرة بائعة عاقلة**)[٢] .

واشترط المالكية ، مع العقل البلوغ والرشد ، فقالوا: (**ورشد والمراد به صون المال، فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلفه مال المحضون**)[٣].

اما فقهاء الحنابلة ، فاشترطوا العقل والبلوغ ولم يشترطوا الرشد ، لان الغرض من الحضانة القيام بمصالح المحضون الشخصية وليس القيام بشؤونه المالية فقالوا (**لا حضانة لمجنون او معتوه ولا لطفل**)[٤].

اما فقهاء الامامية ، فقد ذكروا (**الحضانة هي ولاية على تربية الولد، وتستحقها الام المسلمة الحرة العاقلة ، فالاب الحر المسلم العاقل أولى من الام الكافرة او المملوكة او المجنونة**)[٥]

اتحاد الدين: اختلف الفقهاء المسلمين في هذا الشرط على عدة اقوال ، فنجد ان فقهاء الاحناف قد اعتمدوا شرط اتحاد الدين للحاضن والمحضون واننا نفهم من آرائهم بعدم جواز ان يكون الحاضن كافراً : (**اذا لم يعقل المحضون الاديان او خيف عليه ان يألف الكفر**)[٦].

اما فقهاء الشافعية ، فقد اخذوا بعدم جواز حضانة الكافر للمحضون المسلم اما العكس فيجوز.

اما الردة فلم ينصوا عليها ولكن مفهوم من اقوالهم انه يعدونه شرطاً لازما، وذلك لانهم اشترطوا الاسلام والارتداد خروج عن الاسلام كما قيدوا الرحم المحرم بالمحضونة الانثى[٧].

اما المالكية فلم يأخذوا باتحاد الدين والارتداد الا اذا خيف افساد المحضون[٨].

اما الحنابلة فقد اخذوا بشرط اتحاد الدين ، واشترطوا الرحم المحرم ، ولكنهم قيدوه عند عدم وجود من هو اولى بهما، وهو الراي الراجح عندهم وروي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه

---

(١) ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار – مطبعة البابي الحلبي – مصر – ط٢ – ١٩٦٦ – ج٣- ص٥٢٦.

(٢) ابن عابدين – مصدر سابق – ص٥٩٣٠.

(٣) محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج الى معرفة الالفاظ المنهاج – موقع الاسلام – ج٣- ص٤٥٣.

(٤) محمد الشربيني الخطيب –مصدر سابق – ص٤٥٣.

(٥) شمس الدين محمد بن شجاع الحلي ، معالم الدين في فقه ال ياسين ، ط١، طبع ونشر مؤسسة الامام الصادق (ع) ، قم،ايران،١٤٢٧ه،ص٩٥

(٦) كمال الدين ابن حمام الحنفي – شرح فتح القدير – مطبعة بولاق – مصر – ط١ – ١٣١٦ – ج٣ – ص٣١٧.

(٧) د. محي هلال السرحان – أدب القضاء لابن ابي الدم – ١٩٥٣ – ج٢ – ص٤٧٧.

(٨) شمس الدين ابن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي - ج٢ – مطبعة بولاق - ١٢٩٥هـ - ص٥٣٢.

فقال: (**اسلم ابي فأبت امي ان تسلمني وانا غلام فاختصما الى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال يا غلام اذهب الى أيهما شئت ان شئت الى ابيك وان شئت الى أمك، فلما رانى النبي سمعته يقول: اللهم اهده فملت الى ابي فقعدت في حجره**) ولان الحضانة جعلت لحفظ الولد ولاحفظ للولد المسلم في حضانة الكافر، لانه يفتنه عن دينه وذلك من اعظم الضرر[١].

وقال الامامية: (**لا حضانة لكافر على مسلم، وتسقط حضانتها بالزواج مطلقا سواء كان الزواج رحما ام اجنبياً**)[٢].

الامانة: هي العدالة الظاهرة، فان فقدت الحاضنة هذا الشرط، فقدت حق الحضانة ؛ لانه لا حضانة لفاسق. ويقول فقهاء المالكية : (**وشرط الحاضن ذكر او انثى الامانة، اي امانة الحاضن أباً او أماً في الدين، فلا حضانة لفاسق كشرب الخمر او مشتهر بالزنى او لهو محرم**)[٣]

اما الشافعية ، فقالوا : (**لا حضانة لرقيق ومجنون وفاسق، لان الفاسق لا يلي ولا يؤتمن ولان المحضون لاحظ له في حضانته، لانه ينشأ على طريقته، وتكفي العدالة الظاهرة كما في شهود النكاح**)[٤].

واجمع الشافعية ، على ان الامانة شرط لازم للحاضن ، وهذا ما يستدل عليه عن طريق الكلمات المرادفة لمعنى الامانة والتي قالوا بها[٥].

اما الاحناف ، فلهم قولان في الامانة، الاول : اعتبره من مستلزمات الحضانة واخذ به مطلقا[٦].

والثاني: لم يأخذ بشرط الامانة اذا كان المحضون في عمر وحال لا يفقه ولا يعقل وقالوا تثبت الحضانة للام الا ان تكون مرتدة او فاجرة فجوراً يضيع الولد لزنى ، او غناء ، او سرقة ، او نياحة[٧].

اما الامامية ، فقد اخذ بها البعض منهم كشرط لازم للحضانة واعتبروها من الشروط الواجبة وذهب البعض الاخر على انها شرط للحضانة ؛ ولكن الزنا لا يسقطها، اي الحضانة.

والظاهر في القول اذا لم يكن الزنا صفة ملازمة للام فهي احق بالولد[٨].

---

(١) الامام ابو اسحاق الشيرازي – المهذب في الفقه – ج١٧ – ص١٦١.

(٢) القاضي عبد الحسين صباح صيوان الحسون – احكام الحضانة في الشريعة الاسلامية والقانون – مطبعة دار دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع – بغداد – ٢٠٢٢ – ص٣١.

(٣) عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني، ج٤،ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٢ م، ص ٤٧٥

(٤) محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج – مصدر سابق، ج٣، ص٤٥٧.

(٥) ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي – الام مطبعة بولاق – مصر ١٣٢١هـ - م٣ – ص٩٣.

(٦) شمس الائمة ابي بكر بن سهر السرخسي- المبسوط – القاهرة – ط١ – ج٥ – ص٢١٣.

(٧) ابن عابدين – الدر المختار – مصدر سابق – ج٣ – ص٥٥٣.

(٨) محسن الحكيم – منهاج الصالحين – مطبعة النعمان – النجف الاشرف – ط١٠- ١٩٦٩ – ص٣٢١.

القدرة على الحاضنة: اشترط الفقهاء في الحاضنة ان تكون قادرة على الحضانة بجهدها ووقتها اي توفر القدرة واليسار القوة البدنية وسلامة الجسم فلا تسلم الحضانة لمن كانت كثيرة الخروج ولو في مباح ؛ لانها لا تتمكن من اصلاح المحضون ومراقبته القيام بشؤونه وان ذلك يعتبر مناقضا لامانتها على المحضون ، حتى لو كان انشغالها عنه بامور العبادة وهذا ما ذهب اليه الرأي لدى فقهاء الحنفية ، أذ قالوا: (**وعلى هذا لو كانت الحاضنة صالحة كثيرة الصلاة قد استولى عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها من الولد ولزم ضياعه انتزع منها**)[١].

ويقول الحنابلة : (**ولا يقر الطفل كان ذكراً ام انثى بيد من لا يصونه ولا يصلحه لان وجود من لا يصونه ولا يصلحه كعدمه، فتنتقل عنه الى من يليه**)[٢].

اما المالكية ، فرأيهم انه لا حضانة لعاجز او مسن : (**والكفاية او القدر على القيام بشؤون المحضون، فلا حضانة العاجز عن ذلك، كمسنة، من ذكر او انثى اقعدهما السن عن القيام بشؤون المحضون الا ان يكون عندها من تحضن، ومثل السن المسبب للعجز، العمى والصم والخرس والمرض المقيد عن العمل**)[٣].

وتذهب الامامية ، الى شرط سلامة البدن، الا اذا كان بالإمكان تحقيق الحضانة بالانابة فلا مانع[٤].

ان لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي:

المقصود بالأجنبي هو ان يكون الحاضن اجنبياً عن المحضون وليس بينه وبين المحضون صلة رحم ، وللفقهاء في هذا الشرط ثلاثة آراء:

<u>الرأي الاول:</u> اشترط الجمهور ان الحاضنة يجب ان لا تكون متزوجة من اجنبي عن المحضون فان تزوجت الحاضنة سقط حقها في الحضانة واساس هذا الشرط هو حديث الرسول محمد **(صلى الله عليه وآله وسلم)** للمرأة بشان الحضانة لابنها: (**انت احق به مالم تتزوجي**)[٥].

واستند الفقهاء على هذا الرأي لان الغرض من الحضانة هو مصلحة المحضون فان تزوجت الحاضنة فوتت شيئاً من ذلك الى زوجها الاجنبي ثم ان الحاضنة المتزوجة مشغولة بزوجها فلا تتفرغ لخدمة المحضون[٦].

---

(١) ابن عابدين – الدر المختار – مصدر سابق – ج٣ – ص٥٥٦.
(٢) منصور بن يونس البهوني – كشف القناع- المطبعة الشرقية – القاهرة – ج١ – ص٢٨٨.
(٣) الشيخ الدردير – الشرح الكبير – شبكة الانترنيت – موقع يعسوب – ج٢ – ص٥٢٨.
(٤) محمد حسني النجفي – جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام – المكتبة الاسلامية – ج٣ – ص٢٨٤.
(٥) محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج – مصدر سابق - ص٣٤٠.
(٦) محمد الشربيني الخطيب، المصدر نفسه، ص٣٤٠.

الرأي الثاني: هو قول الظاهرية ،بانها لا تسقط استنادا الى ما وري عن الحسن البصري بان مستحقة الحضانة لا تسقط حضانتها بالزواج من اجنبي[١]. واستندوا على الحديث المروي عن انس بن مالك قال: (**قدم رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وليس له خادم، فاخذ ابو طلحة بيدي فانطلق بيدي فانطلق بي الى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال يا رسول الله ان انسأ غلام كيس فليخدمك، قال انس فخدمته في السفر والحضر) وقال ابو حزم ان انس في حضانة أمه ولها زوج وهو ابو طلحة وبعلم رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)**[٢].

الرأي الثالث/ ما ذكره امام الحنابلة، أحمد بن حنبل :(**ان الزواج يسقط الحضانة من مستحقيها اذا كان المحضون ذكراً ام انثى) وروي عن قوله (اذا تزوجت الام وابنها صغير اخذ منها، فقيل له فالجارية مثل الصبي؟ فقال: لا الجارية تكون معها الى سبع سنين)**[٣]

اما الجعفرية ، فيرون سقوط الحضانة عن الام المطلقة بالزواج مطلقا سواء أكان الزوج اجنبياً ام رحماً محرم اذا كان الأب على قيد الحياة وتنتقل الحضانة اليه، اما اذا اكان الاب متوفي فلا تسقط حضانة الام بسبب الزواج بل تكون هي اولى من غيرها[٤].

ثانياً/ الشروط الواجب توافرها في الحاضن من الرجال:

اشترط الفقهاء في الرجل الحاضن بالاضافة الى ما تقدم من شروط كالعقل ، والامانة ، والاستقامة شروط خاصة يجب توفرها ليكون اهلا للحضانة وهي :-

١_ان يكون الحاضن محرماً للمحضون اذا كانت انثى، ولقد حدد فقهاء الحنابلة والحنفية سنها بسبع سنين تفاديا او حذراً من الخلوة بها لعدم وجود الحرمة بينهما ، وان لم تبلغ الطفلة حد الفتنة والشهوة اعطيت له بالاتفاق ؛ لانه في حال بلوغها هذه المرحلة في الشهوة فلا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه المشتهاة ، واجازها الحنفية اذا لم يكن لبنت العم غير ابن عمها وابقائها عنده بامر من القاضي اذا كام مأمونا عليها ولا يخشى من الفتنة معه.[٥]

٢- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، ويقصد به الاسلام ، سبق وان تطرقنا الى هذا الشرط عند البحث في الشروط الواجب توفرها في الحاضنة ، اذ ان فقهاء المسلمين اكدوا على ان يكون

---

(١) ابي محمد علي بن احمد بن حزم الظاهري – المحلى، مصدر سابق – ط١ – ص٣٢٣.

(٢)المصدر نفسه – ص٤٥٥.

(٣) عبد الرحمن محمد بن عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ،ج٤، ط١ ، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،٢٠٠٥ م ، ص٣٢٥

(٤) محمد سعيد الطباطبائي الحكيم – الاحكام الفقهية – العبادات والمعاملات – الفتاوي – الطبعة السابعة – دار دار اطلال للنشر، سنة ٢٠٠٣، ص٤٠٥.

(٥) الشيخ محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٤٠٨.

الحاضن من الرجال مسلماً ؛ وذلك للحفاظ على دين الطفل المحضون وتربيته تربية صحيحة فالحضانة ولاية فلا ولاية لكافر على المسلم ؛ لذلك قال الفقهاء بانه اذا كان الولد مسلما وذا رحمة غير المسلم فليست حضانته اليه ؛ لانه لا توارث بينهما، اذ ان حق الحضانة في الرجال قد بني على الميراث[١]

٣-يشترط في الرجل الحاضن ان يكون عنده من يصلح للحضانة من زوجة او خادمة مستأجرة لذلك او متبرعة ؛ لان الذكر لا صبر له على الاطفال كما هو شان النساء.[٢]

الفرع الثاني

شروط الحضانة في القانون

ان قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل قد نص على شروط الحضانة في متنه ولكنه لم يتناول هذه الشروط بالتفصيل وانما ترك المجال في ذلك الى قضاة المحاكم للاجتهاد في ذلك حسب طبيعة كل حالة من الحالات المعروضة واشراف ورقابة محكمة التمييز الاتحادية على القرارات الصادرة مع الاستعانة بآراء الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم على اعتبار ان الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي لنصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي[٣].

وقد نص قانون الاحوال الشخصية على :(**يشترط ان تكون الحاضنة بالغة وعاقلة وأمينة وقادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون**)[٤].

وعن طريق النص المذكور نجد ان الشروط التي يجب توافرها في الحضانة والتي اقرها قانون الاحوال الشخصية العراقي هي: البلوغ، العقل، الامانة، القدرة على تربية المحضون وصيانته، وقد سبق وان تناولنا هذه الشروط التفصيل عند شرح الحضانة في الشريعة الاسلامية.

فما دامت الام محتفظة بشروط الحضانة فلا يجوز لاحد نزع حضانتها منها حتى اب المحضون وقد استقر قضاء محكمة التمييز على ذلك في العديد من القرارات الصادرة بهذا الخصوص.

---

(١) ابن قدامة المقدسي ،المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل ،ج٣، ط١، دار لكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م، ص ١٥.

(٢) محمد سعيد الطبطبائي الحكيم، الاحكام الفقهية في العبادات والمعاملات والفتاوى، مصدر سابق، ص٤٥٠.

(٣) القاضي قاسم جرو كاظم منير – احكام حضانة الصغير في التشريع القضاء العراقي – بحث مقدم الى مجلس العدل – ٢٠١٢ – ص٢٢.

(٤) المادة ٥٧/ف٢ – قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

أذ جاء في احد قراراتها: (**.... وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها؟ وبعد ان ثبت من تحقيقات المحكمة ان المدعية محتفظة بشروط الحضانة، وان مصلحة المحضونين (ك) و(ب)، الوجود بحضانة والدتهما سيما وانهما بسن الحضانة، وان الام احق بالحضانة طالما كانت محتفظة بشروطها**)[١].

وفي قرار أخر جاء فيه : (**..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها بعد ان تبين من التحقيقات التي اجرتها المحكمة مصلحة المحضون تقتضي ان يكون بحضانة والدته خصوصاً وانه صغير السن وبحاجة الى الرعاية بعد ثبوت ان الام لا زالت محتفظة بشروط الحضانة....**)[٢].

والملاحظ ان القانون في نص المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية قد اورد شرط البلوغ ؛ اذ تشترط ان تكون الحاضنة بالغة والبلوغ في القانون هو تمام الثامنة عشر من العمر فلا تصح حضانة الصغيرة ولا حضانة لأخت الصغيرة ؛ اذا كانت غير بالغة ، لان من كانت دون البلوغ تحتاج هي نفسها الى الحفظ والرعاية ولا يتصور هنا الشرط في حق الام.

وقد ذهب قسم من فقهاء القانون الى ان هذا الشرط ليس للام والاب ايضا انما للرجل والانثى ممن يعهد اليها بالحضانة لان الابوين يكونا بالغين لسبق زواجهما وانجابهما المحضون[٣].

وقد بينت المادة الثالثة/ الفقرة الاولى من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ان من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية ، وقد اكد القضاء العراقي على هذا الشرط ؛ أذ جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية ما يلي : (**..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون أذ كان المقتضى على المحكمة ربط هوية الاحوال المدنية للمحضونة للوقوف على عمرها الحقيقي وجلب اضبارة الدعوى الجزائية من محكمة الجنح للاطلاع عليها وعلى قرار الحكم الصادر على المدعى عليها ومدى تأثيرها على اهليتها للحضانة وعرض الطرفين على الباحثة الاجتماعية**)[٤].

كما ورد في قانون الاحوال الشخصية النافذ ان يتوفر في الحاضنة شرط العقل ؛ أذ يجب ان تكون الحاضنة عاقلة ، والعقل يعني عدم اصابة الحاضنة بعاهة في العقل وعاهة العقل تعتبر ذا

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٦١٨، هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ ، ٢٠٢١/٥/١٠ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٦٩٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩، القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، قسم الاحوال الشخصية، ط١، ٢٠٢٠، ص٢٠.

(٣) علاء الدين خروفة، شرح قانون في الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، مطبعة دار المعارف – بغداد -١٩٦٣، ج٢، ص٢٢٥.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨٣٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٢٢.

مدلول واسع يتسع لكل آفة تصيب العقل، والعقل هنا يعني ادراك الامور وتمييزها والقدرة على القيام بشؤون المحضون وقد نص قانون الاحوال الشخصية على هذا الشرط صراحة في الفقرة(٢) من المادة (٥٧) منه. وقد اكدت قرارات محكمة التمييز الاتحادية على هذا الشرط ؛ أذ جاء في احد قراراتها بانه : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة ربط التقرير الطبي الخاص بالمدعى عليه (المميز) الذي اطلعت عليه المحكمة والذي لا يشير الى انه يعاني من اعراض بسبب حادث سيارة وربط صورة من هويات الاحوال المدنية.....)**[١].

وكذلك من الشروط التي يجب توافرها في الحاضنة هو شرط الامانة ؛ أذ ان الحاضن للمحضون يجب ان يكون أمينا عليه والمقصود بالأمانة هو عدم ترك الصغير دون عناية او رعاية او ايذاء جسدي او نفسي بما يؤدي الى الحاق الضرر فيه، وقد ورد هذا الشرط في نص المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية النافذ كما ان قضاء محكمة التمييز الاتحادية قد اكد على ذلك في العديد من قراراتها ؛ أذ جاء في احد القرارات بما يلي : (**.... وأذ ان المحكمة قد اجرت تحقيقاتها القضائية الوافية وتوصلت الى ان مصلحة المحضونة (م) تقتضي انتقالها الى والدها والعيش معه أذ ان تحقيقات المحكمة اثبتت عدم امانة المدعي عليها، وان دعوى المدعي تجد لها سندا من القانون .....)**[٢].

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه : **(..... لان المدعى عليها فقدت شرطا من شروط الحضانة وهو شرط الامانة لذا فانها لا تصلح ان تكون حاضنة، وان الاب المدعي يصلح لحضانة المحضونة....)**[٣].

ومن شروط الحضانة هو القدرة على تربية المحضون والمحافظة عليه ومعنى ذلك ان يكون الحاضن قادراً على النهوض برعاية المحضون وحسن تربيته ورعاية حقوقه وصيانتها فان كان غير قادر عليها فلا يكون له الحق فيها ؛ لان في ذلك تضييعاً للصغير ومن صور عدم القدرة على الحضانة كبر السن ، او المرض ، او العجز فلو كان الحاضن مسنا ويمنعه كبر السن من حفظ المحضون حفظاً يتحقق منه مقصود الامانة، فان لا يحضن، وكذلك لا تصح الحضانة للمريض بمرض يعجزه عن القيام بمصالح الصغير، وكذلك توجد صوراً أخرى لعدم القدرة على

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية ١٨٧٧/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٤ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٠٦٣/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩، ٢٠١٩/٥/١٩ (غير منشور).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٩٣٧٨/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١، ٢٠٢١/٧/١٣ (غير منشور).

الحضانة، ككثرة السفر، واهمال المحضون ، والاعتداء عليه بالضرب ، والايذاء دون قصد التأديب ؛ أذ ورد في احد قرارات التمييز الاتحادية بهذا الخصوص وورد فيه : **(..... لان الملاحظ، ان المدعية كانت اقرت بدعواها المرقمة ٥٢٩٥/ش/٢٠١٧ بعدم صلاحيتها لحضانة الاطفال وتوفير الرعاية التي يحتاجونها كونها مريضة جسدياً ونفسياً واسقطت حضانتها للأطفال بعد استماع المحكمة للبينة الشخصية التي أيدت عدم صلاحيتها للحضانة بالحكم المؤرخ في ٢٠١٧/١٢/٢٦....)**[١].

اما فيما يتعلق بشرط عدم زواج الحاضنة من اجنبي عن المحضون نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية النافذ: (**يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في الحضانة وفي ضوء مصلحة المحضون)**[٢].

وقد ورد في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية هذا الشرط أذ جاء فيه: **(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييز واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها وبعد ان ثبت من التحقيقات التي اجرتها المحكمة ان المدعى عليها محتفظة بشروط الحضانة وان مصلحة المحضونة (جنات تولد...) بحضانتها سيما وان الام اولى بالحضانة خلال السن التي حددها المشرع للحضانة طالما كانت محتفظة بشروطها بحسب احكام المادة السابعة والخمسين/١ من قانون الاحوال الشخصية مع الاشارة الى ان القانون لم يجعل من زواج الام من اجنبي سبباً لإسقاط حضانتها.....)**[٣]، وكذلك نصت الفقرة (٨) من المادة (٥٧) من القانون المذكور على: (١- **اذا فقد ابو الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى الام ما دامت محتفظة بشروط الحاضنة دون ان يكون لأقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد)**[٤]،

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص بما يلي : **(..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة الاطلاع على عقد زواج المدعى عليها من الشخص الثالث المستوضح منه (س) للتحقق ان**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٤٠٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٩/١٢/٤ (غير منشور).

(٢) انظر المادة (٢/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٤٨/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/٢٣م (غير منشور).

(٤) انظر المادة (٨/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

كان زوجها الشخص الثالث المذكور قد تعهد بعقد الزواج برعاية المحضون (م) وعدم الاضرار به من عدمه باعتبار ان ذلك احد شروط بقاء المحضون بحضانة والدته وان تزوجت من رجل اجنبي عنه استناداً لأحكام المادة (السابعة والخمسين/٨) من قانون الاحوال الشخصية...)[١].

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(.....ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون للأسباب التي استندت اليها المحكمة عند اصدارها لحكمها وأذ ان الحضانة تدور وجوداً و عدماً مع مصلحة المحضون وأذ ان بقاء المحضونة في حضانة والدتها المدعى عليها يشكل ضرراً عليها كونها متزوجة ولم يتعهد زوجها بالمحافظة على المحضونة والتي هي في دار اهل المدعى عليها وأذ ان شروط الحضانة متوفرة في الاب اكثر من الام والتي فقدت احد شروطها وهي عدم التفاتها المحافظة على المحضون.....)**[٢].

نصت المادة السابعة والخمسين /٩/ب من قانون الاحوال الشخصية النافذ: **(اذا مات ابو الصغير فيبقى الصغير لدى امه وان تزوجت اجنبي عنه من العراقيين) بشرط:**

١/ان تكون الام محتفظة ببقية شروط الحضانة.

٢/ ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الام.

٣/ ان يتعهد زوج الام حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به.

وعن طريق ما ورد في نص المادة اعلاه يتضح : ان الام المطلقة او الارملة اذا تزوجت لا يسقط الزواج الحضانة عنها شريطة عدم تضرر المحضون واحتفاظ الام بشروط الحضانة اما اذا كانت الحاضنة غير الام فلا تستفيد من هذا الشرط.

وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها: **(.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون اذ لم يثبت تخلف شروط الحضانة لدى المدعى عليها (المميزة) كما ان زوجها الذي ادخلته والمحكمة شخصاً ثالثاً للاستيضاح تعهد برعاية المحضون (م) تولد ٢٠١٤) وبذلك تكون دعوى المدعي (المميز) بالمطالبة اسقاط حضانة المدعى عليها للولد المذكور لا سند لها من القانون....)**[٣].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٦٩٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/١٠. (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦١٧٥/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٩/١٦. (غير منشور).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٣١١/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١١ (غير منشور).

كما نصت المادة السابعة والخمسين \ ٩/ج بانه : (**اذا اخل زوج الام بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة**)[١].

ونلاحظ مما سبق أن المشرع العراقي وضع شروطاً مماثلة للحاضن والحاضنة التي وضعها فقهاء الشريعة الاسلامية باستثناء الشرط المتعلق بزواج الحاضنة من اجنبي عن المحضون اذ اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على اسقاط الحضانة عن الام المتزوجة من اجنبي في حين القانون لم يسقط الحضانة عن الام المتزوجة من اجنبي الا انه قيدها بالشروط السالفة الذكر.

وهناك مسألة جوهرية لم يتطرق لها القانون الا وهي مسألة (**اتحاد الدين**) بين الحاضنة والمحضون ويمكننا ان نعزوا ذلك لما تعنيه الحضانة من شفقة وعطف على الطفل وهذه المعاني كلها تتوفر في الام وغيرها من الحاضنات سواء كنَّ مسلمات او مسيحيات او كتابيات، أذ ان القانون جاء خالياً منها الا انه يمكن الرجوع الى نص الفقرة (٢) من المادة(١) من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي نصت : (**اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون**).

والقضاء العراقي لا يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة والمحضون بشرط ان يكون الصغير في سن لا يعقل الاديان وان لا يأتي من الام افعالا، يبغض الصغير في الاسلام ويحبب له الاديان الاخرى وفي هذا الشان جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بما يلي : (**لوحظ ان الحكم صحيح وموافقا للشرع والقانون ذلك لان الطفل الصغير بعمر ثلاث سنوات فلا يخشى عليه وهو بهذا العمر من التأثر بالديانة المسيحية**)[٢].

وفي قرار سابق محكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : (**اذا كان دين الحاضنة يختلف عن دين المحضون فتكون غير أمينة على دينه وتفقد بذلك احد شروط الحاضنة**)[٣].

---

(١) انظر المادة ٨/٥٧/ج من قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٦٥٣/ هيأة عامة/١٩٧٩ في ١٩٨٠/٣/١٦، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠، ص٦٧.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٢٩٤/هيأة موسعة/١٩٨٢ في ١٩٨٢/٥/٢٩، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثانية عشر، ١٩٨١، ص٥٠٤.

المبحث الثاني

اصحاب الحق في الحضانة ومدتها وانتهائها واجرتها

اذا كانت حضانة الام خلال قيام الزوجية لا تثير اشكالا من الناحية العملية اذا اختصت بها الام تحت اشراف وولاية الاب، الا ان الحضانة حال انتهاء الزوجية او وفاة الاب او كليهما هي التي تثير المشاكل ، لذلك كانت مداراً لشرح فقهاء الشريعة الاسلامية والمحدثين، كما ان التشريعات تولي لها اهتماماً خاصا بتنظيمها، عن طريق تعيين اصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم ومدة الحضانة واجرتها، علية سوف اتناول في هذا المبحث، المطلب الاول اصحاب الحق في الحضانة شرعاً وقانوناً، وفي المطلب الثاني مدة الحضانة وانتهائها واجرتها شرعاً وقانوناً.

المطلب الاول

اصحاب الحق في الحضانة شرعاً وقانوناً

سنتناول هذا المطلب في فرعين : الفرع الاول : اصحاب حق الحضانة شرعاً ، اما الفرع الثاني اصحاب حق الحضانة قانوناً .

الفرع الاول

اصحاب حق الحضانة شرعاً

اجمع الفقهاء المسلمون على ان الاصل في الحضانة هو للام ؛ لانها الاشفق على طفلها ولحاجته الى الحنان في سنين عمره الاولى ولتدبير طعامه وملبسه ونظافته ونومه، ما الى ذلك من امور يحتاج اليها الطفل وتكون النساء اقدر من الرجال القيام بهذه المهام؛ لانهن اوفر شفقة واصبر من الرجال، وان الام اوفر النساء شفقة على طفلها، واكثرهن صبراً عليه والسهر من اجله، لذا تكون الام احق من غيرها في الحضانة حتى من الاب وقد وردت ادلة كثيرة على ذلك منها ما ورد في قول الرسول الكريم (صلى الله عليه وآله وسلم) ان امرأة جاءت اليه ؛ فقالت له : (**ان ولدي هذا كان في بطني له وعاء ، وحجري له حواء، وثديي له سقاء وان اباه قد طلقني فاراد ان ينتزعه مني فقال لها الرسول محمد (ص) (انت احق به ما لم تنكحي) وفي رواية اخرى (ما لم تتزوجي)**[1].

فالأصل في الحضانة تكون للنساء ؛ لان الام احق بحضانة الطفل من ابيه لذا يمكن القول ان اقارب الام احق بحضانة الطفل من اقارب الرجل اي من المحارم من النساء اولا ثم للعصبة من الرجال مطلق بالنسبة للذكر، ويفيد كونه محرماً بالنسبة للانثى، وفي حالة اذا تعذر على الام

(١) احمد عيسى عاشور، الفقه المسير في العبادات والمعاملات، وطابع ابن سينا، القاهرة، ١٩٨٤، ص٢٧١.

حضانة ولدها فتنتقل الحضانة لمحارم الطفل من النساء وتقدم جهة الام على جهة الاب، وقد رتبت المذاهب الاسلامية ذلك ؛ أذ قال الحنفية : (**تنتقل من الام الى ام الام، ثم ام الاب، ثم الاخوات الشقيقات ثم اللائي للام، ثم اللائي للاب، ثم بنت الاخت الشقيقة ثم بنت الاخت للام، وهكذا حتى تنتهي الى الخالات والعمات**)[١].

اما المالكية ، فقالوا: (**تنتقل من الام الى امها وان علت ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة للام ثم الخالة للاب، ثم عمة الاب، ثم ام امه ثم ام ابيه**)[٢]

اما الشافعية ، فقالوا : (**الام، ثم ام الام وان علت بشرط ان تكون وارثة ثم الاب، ثم أمه وان علت بشرط ان تكون وارثة، ثم الاقرب من الاناث، ثم الاقرب من الذكور**)[٣]

اما الحنابلة ، فقالوا : (**الام ثم امها، ثم ام امها، ثم الاب، ثم امهاته، ثم الجد، ثم امهاته، ثم الاخت لأبوين، ثم الاخت للام، ثم الاخت للاب، ثم الخالة للام ..... الخ.**)[٤]

اما في قول الامامية :(**الام، ثم الاب واذا مات الاب او جن بعد ان انتقلت اليه، الحضانة او كانت الام لا زالت على قيد الحياة عادت اليها الحضانة وكانت احق من الاقارب جميعهم بما فيهم الجد لاب واذا فقد ولم يكن له وصي كانت الحضانة لأقارب الولد وعلى ترتيب الميراث الاقرب يمنع الابعد، ومع التعدد والتساوي كجدة الام وجدة الاب وكالعمة والخالة اقرع بينهم، فمن خرجت من اقرعه باسمه كان احق بالحضانة الى ان يموت او يعرض عن حقه**)[٥]، وهذا رأي الحنابلة ايضاً.

وعن طريق ما تقدم تبين ان قرابة الام على وفق المذاهب الخمسة مقدمة على قرابة الاب وفي جميع الاصناف ؛ لان قرابة الام اعطف على الصغير من قرابة الاب.

---

(١) محمد جواد مغنية، مصدر سابق ، ص ٣٧٧
(٢) مصدر سابق، ص ٣٧٨
(٣) مصدر سابق ، ص ٣٧٨
(٤) مصدر سابق، ص ٣٧٨
(٥) مصدر سابق، ص ٣٧٨

الفرع الثاني

اصحاب الحق في الحضانة قانونا

عن طريق نص المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة١٩٥٩ المعدل يتبين ان المشرع قد رتب اصحاب الحق في الحضانة الى ثلاث مراتب مقدما كل مرتبة على الاخرى على النحو الاتي:

اولا/ الأم :

لقد جعل المشرع العراقي الام في المرتبة الاولى من اصحاب حق الحضانة أذ ورد في نص المادة السابعة والخمسين الفقرة (١) منها من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه : (**الام احق الحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك).**

لذا يتضح من هذا النص ان الام هي الاولى بحضانة الطفل حال قيام الزوجية او بعد الفرقة عن والده ، وعلة ذلك هي ان الام اقرب الى الطفل المحضون من أبيه وأكثر عطفا وحنانا عليه من ابيه، او اي شخص آخر الا اذا ثبت ان الصغير يتضرر من بقائه عند أمه فتسقط حضانتها له أذ ان الاصل في ذلك هو مصلحة الطفل المحضون قبل اي اعتبار آخر.

وبهذا فان المشرع قد جاء مسايراً للشريعة الاسلامية في حكمه لهذه المسألة وقد اخذ القضاء العراقي في العديد من قراراته بهذا الاتجاه ؛ أذ جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية بما يلي : (**....ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون لإكمال المحكمة تحقيقاتها وان الام احق بحضانة ولدها وان حالتها الصحية مستقرة والمحضون بعمر بضعة اشهر وهو بامس الحاجة الى رعاية أمه عليه يكون الحكم المميز الذي قضى بتسليم المحضون الى المدعية والزام المدعى عليه بذلك قد خلص الى نتيجة صحيحة....**)[١].

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية ورد فيه : (**.... وجد انه صحيح وموافق للشرع القانون للأسباب التي استند اليها بعد ان ثبت من تحقيقات المحكمة ان مصلحة المحضونة (ن) تولد (٢٠١٢) البقاء بحضانة والدتها المدعى عليها (المميز عليها) سيما وانها محتفظة بشروط الحضانة...**)[٢].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧١٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٠ غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨١٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/١٣ غير منشور.

الا ان المشرع لم يجعل حق الام في الحضانة مطلقا بل قيده بعدم تضرر المحضون من احتضانه من قبل امه والضرر الذي يلحق بالصغير يمكن ان يفقدها شرطا من شروط الحضانة الواردة في الفقرة (٢) من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية النافذ وقد اكدت على ذلك الفقرة (٩) من المادة المذكورة .

الا ان العبارة التي اوردها المشرع في الفقرة (١) هي اوسع واعم ، بقولها : (**ما لم يتضرر المحضون من ذلك**)، اذ قد يصيب المحضون ضرراً من بقائه في حضانة امه على الرغم من احتفاظها بشروط الحضانة التي ذكرتها الفقرة (٢) من المادة المذكورة انفاً وعلى كل حال فان المشرع قد قطع الطريق وبين عدم جدوى البحث عن اصابة المحضون بالضرر من بقائه في حضانة امه مع احتفاظها بشروط الحضانة وذلك بما نصت عليه الفقرة (٧) من المادة (٥٧) التي اشترطت لانتقال حق الحضانة من الام الى من يليها من اصحاب الحق في الحضانة تحقق احدى الحالتين، وهي اما ان تفقد احد شروط الحضانة او بوفاتها أذ جاء في نص المادة اعلاه (**في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة للاب ...**)[١].

ثانيا: الأب :

نصت الفقرة (٧) من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية النافذ على :(**في حال فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها فتنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة على من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير**)، وعن طريق النص نجد ان المشرع العراقي جعل الاب في المرتبة الثانية بعد الام في الاحقية بحضانة الصغير؛ لانه الاقرب الى ولده من غيره الا ان حقه في الحضانة لا ينهض الا بوفاة الام، او فقدانها احد شروط الحضانة، وان ذلك مرهون بتحقق مصلحة الصغير وعدم تضرره، لان مصلحة الصغير هي المحور الرئيس الذي تدور حوله الحضانة، وبناءً على ذلك فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها : (**..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون أذ ان الحضانة تدور وجوداً وعدما مع مصلحة المحضون، وأذ ثبت للمحكمة مصلحة المحضونين تكون ببقائهم مع والدهم المدعى عليه سيما وان اكثرهم خارج سن الحضانة بعمر اكثر من عشر سنوات....**)[٢].

---

(١) انظر الفقرة (٧) من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية النافذ.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٩٧/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١، ٢٠٢١/٩/٢٢ غير منشور.

ومما تجدر الاشارة اليه ان المشرع ترك مسألة التحقق من مصلحة الصغير او لعدم تحققها الى القضاء ؛ أذ يكون للمحكمة مجال واسع للبحث عن مصلحة الصغير وتصدر قرارها على ضوء ذلك.

وفي هذا الخصوص قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها : **(.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وأذ انه صحيح وموافقة للشرع والقانون للأسباب الواردة في الحكم المطعون فيه أذ ان المحكمة اجرت تحقيقاتها القضائية الوافية وتوصلت الى ان مصلحة المحضونين تقتضي ببقائهم مع والدهم وبحضانته لذا تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانون وواجبة الرد)**[1].

ثالثا – من تختاره المحكمة:

ان صاحب الحق في الحضانة بعد الام والاب هو من تختاره المحكمة وهذا ما نصت عليه الفقرة (٧) من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ أذ جاء فيها (**في حال فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك عندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير).**

مما سبق ذكره نجد ان احكام الحضانة مقرره وفقا لمصلحة المحضون ، وهذا ما ورد في كثير من النصوص الفقهية وما تردد في نصوص عدة من قانون الاحوال الشخصية ؛ لذا فان القانون ترك اختيار الحاضن للمحكمة من غير الالتفات الى التدرج الوارد ذكره في الشريعة الاسلامية **(فقه المذاهب الخمسة)**[2].

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه: **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون أذ ان المادة السابعة والخمسين الفقرة (٧) من قانون الاحوال الشخصية نصت على وفاة ام الصغير، فان الحضانة تنتقل للاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك عندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة المحضون والتحقق من كون المدعى عليها حاضنة بحكم قضائي من عدمه ؛ وأذ ان المحكمة سارت بخلاف ما تقدم وادخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه)**[3].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٢٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢١ غير منشور.

(٢) القاضي محمد حسن كشكول القاضي عباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، دراسة فقهية مقارنة، تطبيقات قضائية ، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠١١، ص٢٣٠.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٢٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٠ غير منشور.

وجاء من قرار آخر لها : **(.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب والحيثيات الواردة في الحكم المطعون فيه وأذ ان المحكمة اجرت تحقيقاتها القضائية الوافية وتوصلت الى ان مصلحة المحضونين تقتضي تواجدهم وبقائهم مع جدتهم لاب وبذلك تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وأذ ان المحكمة قضت بذلك فيكون حكمهما صحيحا.....)**[١].

المطلب الثاني

مدة الحضانة وانتهائها وأجرتها شرعا وقانونا

سوف اتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع، خصصت الفرع الاول لمدة الحضانة شرعاً وقانونا والفرع الثاني لانتهاء الحضانة شرعاً وقانوناً ، والفرع الثالث لأجرة الحضانة شرعا وقانونا.

الفرع الاول

مدة الحضانة شرعاً وقانونا

اولا/ مدة الحضانة شرعا :

اختلف فقهاء المسلمين بشان المدة التي يستغني فيها المحضون عن حاضنته فذهب الحنفية الى ان مدة الحضانة للغلام هي سبع سنين، وقيل تسع سنين وهو سن الاستغناء عن خدمة النساء في حين للفتاة تكون مدة الحضانة تسع سنين[٢].

وقال الشافعية ، ليس للحضانة مدة معلومة بل يبقى الطفل عند امه حتى يميز ويمكنه ان يختار احد ابويه، فاذا وصل الى هذه المرحلة يخيُر بين امه وابيه ، فان اختار الولد الذكر الام مكث عند أمه في الليل وعند ابيه في النهار كي يقوم بتعليمه، واذا اختارتها الانثى تستمر عندها ليلا ونهارا، وان اختار المحضون الام والاب معا اقرع بينهما واذا سكت ولم يختر احدهما كان للام[٣].

وقال الحنابلة ، مدة الحضانة الى يبلغ الغلام غير المعتوه سبع سنين ،اما الفتاة مدة حضانتها من النساء حتى تبلغ سبع سنين بعدها الاب احق بها[٤].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٨٤٤/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٦/١١ غير منشور.

(٢) د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٣٩٢.

(٣) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص٣٩٠.

(٤) مصدر سابق ص٣٩٠.

اما الجعفرية ، فقد ذهبوا الى ان الام احق بحضانة المحضون ذكراً او انثى مدة الرضاع وهي حولين كاملين سواء ارضعته هي ام غيرها، فان فصل عن الرضاع فالأم احق بالأنثى الى سبع سنين وقيل الى تسع سنين والاب احق بالمحضون الذكر بعد فصاله الى ان يبلغ وكذلك بالأنثى بعد سبع سنين حتى بلوغها[1].

وما تقدم من آراء واقوال الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم نجد ان المحضون يبقى في حضانة أمه الى بلوغه سن التمييز وقدرها سبع سنين او ثمان سنين والاعتبار في ذلك هو التمييز وليس السن فبعض الفقهاء ، يرى ان يخير بين ابويه والبعض الاخر يرى ان يسلم الى الاب بعد التمييز اذا كان محتفظاً بشروط الحضانة، وقد اختلف الفقهاء في مسألة تخيير الطفل من عدمه، والرأي الراجح في ذلك هو وجوب مراعاة مصلحة الصغير والمجتمع معا، وذلك بان يكون احد الابوين اولى من الآخر بالحضانة متى ما كان راعياً لحقوق الله على الاخر وبهذا الامر قال الامام الحسن (**عليه السلام**): (**علموهم وادبوهم وفقهوهم، فاذا كانت الام تتركه في المكتبة وتعلمه القران والصبي يؤثر في اللعب ومعاشرة اقرانه وابوه يمكنه من ذلك، فانها احق به بلا تخيير**)[2].

ثانيا/ مدة الحضانة قانونا :

جاء في نص الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ مدة الحضانة ؛ أذ نصت : (**للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكمال الخامسة عشرة اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقضي بذلك على ان لا بيت الا عند حاضنته**).

وعن طريق النص المتقدم نجد ان المشرع العراقي اخذ بحل وسط ؛ أذ انه حدد للحضانة مدة تنتهي عند اتمام الصغير العاشرة من العمر وقد ساوى في ذلك بين الذكر الانثى واعطى الحق للمحكمة في تمديد حضانة الصغير حتى اكمال الخامسة عشرة من عمره ، اذا كانت مصلحته تقتضي ذلك بعد الرجوع الى اللجان الطبية والشعبية المختصة ويلاحظ من نص الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال شخصية، قد اعطى المشرع الحق للاب في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى انتهاء مدة الحضانة البالغة عشر سنين وله الاشراف على تربيته

---

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج١، الاحوال الشخصية والحقوق المالية والوصايا والوقف والموارث، اعادة الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥، ص٣٢٤.

(٢) السيد الحسين بن التقي بحر العلوم، موجز الاحكام، ج٣، ط٢، النبراس، النجف، ص١٠٦.

وتقويم سلوكه واخلاقه ومراقبة مستواه الدراسي الا ان ذلك مقيد بعدم مبيت المحضون الا عند حضانته.

ويبدو ان المشرع العراقي كان موفقا في اختيار هذا السن لانتهاء الحضانة ؛ وذلك دون اعتناق مذهب معين يركن اليه في التقليد وانما انحاز الى مصلحة المحضون اولا واخيراً، وفي ضوء طبيعة المجتمع وتقاليده ، دون ان يغفل حاجته لأبويه ،ودون ان ينكر مصلحة هذين منه[١].

وقد اصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من قرارتها في هذا الاتجاه أذ جاء في احد قرارتها **(.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون بقدر تعلق الامر بالولد (حسين) فهو تولد (٢٠٠٧/٧/١٧) والبنت بنين تولد ٢٠١٠/٥/١.فهما خارج سن الحضانة، وان المحكمة في حكمها المميز لم تلتفت الى هذه الجهة مما اخل بحكمها المذكور لذا قرر نقضه)**[٢].

وفي قرار أخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون لان الثابت ان ابني المتداعيين (س تولد ٢٠١٠ و ح تولد ٢٠١١) قد تجاوزا السن التي حددها القانون بعشر سنوات وهما يكنف والدهما المدعى عليه ورعايته ولم يثبت تضررهما من ذلك ، وبذلك تكون دعوى المدعية واجبة الرد...)**[٣].

وعلى وفق ما تقدم نجد ان المشرع العراقي حدد اكمال العاشرة من العمر سواءاً كان المحضون ذكراً ام انثى، هو الاصل في مدة الحضانة اما الاستثناء عليها ، فهو الاذن بتمديدها الى الخامسة عشرة من العمر ولكن التمديد مرهون بمصلحة المحضون، وهناك وسائل تستطيع المحكمة التحقق عن طريقها لمعرفة الضرر الذي يصيب المحضون من عدمه عند ضمه الى حضانة والده ام بالعكس ،مثل اجراء البحث الاجتماعي واللجان الطبية النفسية، وكذلك رأي الادعاء العام في المحكمة التي تنظر النزاع.

وفي هذا الاتجاه اصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من كقرارات جاء في احدهما : **(....لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة وبعد ان ثبت لها مصلحة الاولاد الوجود بحضانة والدتهم المدعية (المميز عليها)**

---

(١) فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القانونية، دراسة في ضوء الفقه والقانون، بغداد، ٢٠٠٩، ص١٢٠.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٢٨٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٢٢ غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٨٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣١، غير منشور.

ان تقرر تمديد حضانة من تجاوز العاشرة من العمر منهم لحين اتمامه سن الخامسة عشرة من العمر اذا وجبت مصلحة تقتضي ذلك استنادا الاحكام المادة (السابعة والخمسين/٤) من قانون الاحوال الشخصية وأذ ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم لذا تقرر نقضه.....)[١].

كما جاء في قرار أخر لمحكمة التمييز الاتحادية : **(.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجدا انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة وبعد ان ثبت لها ان المدعى عليها (المميزة) محتفظة بشروط الحضانة ان تقرر رد دعوى المدعي (المميز) بشان البنت (م) تولد (٢٠٠٦) وان تقرر تمديد حصانتها لحين اتمامها سن الخامسة عشرة من العمر استنادا لأحكام المادة (٤/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية سيما وان البنت ابدت رغبتها بالبقاء مع والدتها المدعى عليها وان المحكمة بحكمها المميز كانت قد ردت دعوى المدعي للمطالبة بإسقاط حضانة اولاد المتداعين الآخرين، وأذ ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته)**[٢].

الفرع الثاني

انتهاء الحضانة شرعاً وقانونا

اولا/ انتهاء الحضانة شرعا :

ان المقصود بزمان الحضانة او مدتها: المدة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، ولا خلاف بين فقهاء المسلمين على ان الحضانة تبدأ من ولادة الصغير وتنتهي حين يبلغ المحضون القدرة على الاستغناء عن خدمة غيره، والقيام بتلبية احتياجاته من مأكل وملبس وتنظيف، وعلى الرغم من ان فقهاء المسلمين لا خلاف بينهم على الوقت الذي تبتدأ به الحضانة، وان تتماشى مدة الحضانة مع مصلحة المحضون واتباع الرعاية الافضل، لكنهم اختلفوا في تحديد مدة الحضانة وفرقوا فيما اذا كان المحضون ذكراً او انثى، اذ جعلوا مدة حضانة الذكر اقل من مدة حضانة الانثى واسندوا سبب ذلك الى ان الذكر تكون حاجته الى من يعلمه شؤون نفسه من مأكل وشرب ونظافة وغيرها في المدة التي لا يستطيع بها ذلك والمرأة اقدر من الرجل على هذه الامور، لان مكوثها في البيت اكثر من الرجل ومن ثم يحتاج الولد بعد ان يقوى عوده بعد تجاوز هذه السن ويتمرد على

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨١٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٠ غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٥٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/١٨، غير منشور.

المكوث في الدار على من يحفظه ويرعاه ويوجهه الوجهة الحسنة ويعوده عادات الرجال واخلاقهم والرجل اقدر من المرأة على ذلك، اما الطفلة فانها بعد ان تستغني عن الحضانة ، و تستقل في شؤونها تحتاج الى من يعلمها امور المسكن كثيرة، والمرأة اقدر من الرجل على ذلك، فاذا تعلمت الطفلة ذلك وبلغت مبلغ النساء احتاجت الى من يرعاها ويزوجها، لانها معرضة للفتنة ومطمع الرجال، والرجل اقدر على ذلك من المرأة في الحفظ والصيانة ولما فيه من الغيرة، ولان ولاية التزويج للاب لذلك فانها تسلم اليه[١].

وعليه سابين ما اورده الفقهاء بهذا الشان، فقد ذهب الحنفية ، الى ان الحضانة سواء كانت للام وهي الاحق بها أم لغيرها، فهي حتى يستغني المحضون حاضنه، وقدروا سن الاستغناء بسبع سنين وقيل بتسع سنين، فيدفع الصغير الى من يوجهه ويؤدبه وهي احق بالفتاة الصغيرة حتى تبلغ الحيض او الانزال، لانها بعد الاستغناء تحتاج الى التأدب بآداب النساء والمرأة على ذلك أقدر، وعند البلوغ فهي تحتاج الى التحصين والحفظ ، والاب على ذلك أقدر، و تبلغ الفتاة بتسع سنين او بإحدى عشرة سنة[٢].

وذهب الشافعية ، الى ان ليس للحضانة مدة معلومة، بل يبقى الطفل عند أمه حتى يميز ويمكنه ان يختار احد ابويه، فاذا اختار الولد الذكر أمه يبات عندها في الليل ويمضي النهار مع أبيه كي يقوم بتعليمه، واذا اختارت الانثى امها تبقى عندها ليلا ونهارا، وان اختار المحضون الام والاب معاً اقرع بينهما، واذا سكت ولم يختر احدهما كان للام.

وذهب الحنابلة ، الى ان مدة الحضانة الى ان يبلغ الغلام غير المعتوه سبع سنين عندها يخير بين الابوين اذا ما تنازعوا عليه. اما البنت فانها تسلم الى الأب من غير تخيير[٣].

اما فقهاء المالكية، فقالوا: تستمر حضانة الغلام الى البلوغ والانثى الى الزواج ودخول الزوج بها ولو كانت كافرة هذا اذا كانت الام مطلقة او مات زوجها اما اذا كانت في عصمة زوجها أب المحضون فالحضانة للزوجين[٤].

اما فقهاء الامامية ،فقد ذهبوا الا ان مدة الحضانة للذكر سنتان ، وللانثى سبع سنين وبعدها تكون للاب الى ان تتم الانثى تسعاً ،والذكر خمس عشرة سنة يختار اي الابوين يشاء[٥].

---

(١) شمس الامة ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص٢٠٧.

(٢) د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص٣٦٥.

(٣) عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقهاء وقضاءً، ط٢، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٩٧٦، ص١٦٥.

(٤) د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مصدر سابق، ص٧٤٣.

(٥) محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص٧٤٣.

فاذا بلغ رشيداً ، له الخيار بالانضمام الى من يشاء منهما او من غيرهما، فاذا كان انفصاله عنهما يوجب اذيتهما الناشئة عن الشفقة عليه لم يجز له مخالفتهما في ذلك[1].

واختلف الفقهاء، في تخيير المحضون من عدمه الا ان الرأي الراجح هو وجوب مراعاة الصغير والمجتمع معه وذلك بان يكون احد الابوين اولى من الاخر بالحضانة متى ما كان مراعياً لحقوق الله **(عز وجل)** بخلاف الاخر، وهذا ما قال به الامام الحسن **(عليه السلام)** **(علموهم وفقهوهم فان كانت الام تعلمه القران والصبي يؤثر اللعب ومعاشرة اقرانه وابوه يمكن من ذلك فانها احق به فلا تخيير)**[2].

ثانيا/ انتهاء الحضانة قانونا :

اخذ المشرع العراقي برأي بعض الفقهاء فقد ساوى بين الصغير والصغيرة، وجعل انتهاء حضانتها بإتمام العاشرة من العمر، واعطى للمحكمة الاذن بتمديد حضانة الام حتى اكمال الصغير الخامسة عشرة اذا ثبت للمحكمة ان مصلحة الصغير تقتضي ذلك.

وقد نصت الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ على :**(للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك على ان لايبيت الا عند حاضنته)**.

يتبين من النص المذكور اعلاه ان الحضانة تنتهي قانوناً بإتمام المحضون العاشرة من عمره الا اذا ثبت للمحكمة ان مصلحة الصغير تقتضي خلاف ذلك تقرر المحكمة تمديدها حتى اكماله الخامسة عشرة من العمر ويمكن للمحكمة ان تستشف هذه المصلحة عن طريق ملاحظة التقارير الصادرة من اللجان الطبية والشعبية المختصة وتقارير الزيارة الميدانية التي تجريها الباحثة الاجتماعية لدار الطرفين.

أذ ان الحكم الذي تصدره المحكمة ببقاء الصغير عند حاضنته مشروط بشرطين اولها مصلحة الصغير في البقاء عند حضانته وثانيهما بقاء هذه المصلحة قائمة طول مدة الابقاء للصغير عند حاضنته ، ويشترط فوق ذلك بقاء الحاضنة مستوفية صلاحيتها للحضانة، أذ قد تكون مصلحة

---

(١) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، ط١، مطبعة مؤسسة الاستانة الرضوية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، مسألة (٤١٢)، ص١٢٢.

(٢) السيد سابق، فقه السنة، ج٢، دار الكتاب العربي، ط٣، بيروت، ١٩٧٧، ص٢٩٣.

المحضون من بقائه لدى حاضنته مدة من الزمن ثم بعدها تنتفي المصلحة من بقائه عند تلك الحاضنة لتضرره من هذا البقاء[١].

وقد اصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارات في هذا الشأن جاء في احد قراراتها بما يلي : **(.....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ تبين من التحقيقات التي اجرتها المحكمة ان ابني المتداعيين (س تولد ٢٠١٠ وع تولد ٢٠١٤) يعيشان في كنف والدهما المدعى عليه (المميز) ورعايته ولم يثبت تضررها من ذلك سيما وان البنت (س) قد تجاوزت سن الحضانة التي حددها القانون بعشر سنوات وبذلك دعوى المدعية حرية بالرد.....)**[٢].

في قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(.....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان الثابت ان ابني المتداعيين (سيف تولد ٢٠١٠ وحيدر تولد ٢٠١١) قد تجاوزا سن الحضانة التي حددها القانون بعشر سنوات وهما يكنف والدهما المدعي عليه ورعايته ولم يثب تضررهما من ذلك وبذلك يكون دعوى المدعية واجبة الرد)**[٣].

كما ورد في الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ جواز تمديد حضانة الصغير لحين اكماله الخامسة عشرة من عمره ؛ أذ جاء في النص المذكور : **(للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة، ..... الخ).**

وتطبيقا لهذا النص فقد اصدر القضاء العراقي الكثير من القرارات بهذا الخصوص أذ جاء في احد القرارات لمحكمة التمييز الاتحادية : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون للأسباب التي استند اليها، لان المحكمة اتبعت قرار النقض بالعدد ٧٥٥٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٨**

---

(١) احمد نصر جندي، الحضانة في الشرع والقانون، دار كتب القانونية، المجلة الكبرى، ١٩٨٨، ص٣٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد ١١٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٤، غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ١٨٨٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣١، غير منشور.

وثبت لديها ان مصلحة المحضونين (ع) و(ر) تقضي وجودها في حضانة والدتهما المدعية بعد تمديد حضانتها لحين اكمال الخامسة عشرة من عمرها لذا قرر تصديقه)[1].

وفي اتجاه محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها اعطت حق تمديد الحضانة بعد اكمال المحضون العاشرة من عمره للام فقط ، اما بقائهم مع الاب بعد اكمال العاشرة من العمر لا يوجد تمديد الحضانة للاب أذ ورد فيه : **(...لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافقة للشرع والقانون سيما وان المحضونين كانوا بالأصل في كنف والدهم المدعى عليه وتم الاستقرار معه وقسم من المحضونين اختاروا والدهم على المدعية لذا قرر تصديقه مع التنويه ان وجود الابناء لدى والدهم بعد تجاوزهم سن العاشرة لا يوجد تمديد حضانتهم لحين اكمال سن الخامسة عشر....)**[2].

كما نصت الفقرة (٥) من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه : **(اذا اتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشرة من العمر اذا انست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار)** ويتضح من هذا النص ان المشرع العراقي قد اعطى الحق للمحضون الذي اتم الخامسة عشرة من العمر حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشرة من العمر اذا تبين للمحكمة الرشد في اختياره اي يجب ان يكون سبب اختياره مقنعاً للمحكمة بان يكون في هذا الاختيار مصلحة له وتستطيع المحكمة ان تتعرف على حسن اختياره بشتى الوسائل الممكنة ، ومنها الاستفسار من مدرسته عن سير وسلوك المحضون ومدى تقدمه في الدراسة والتزامه بالدوام الرسمي وسمعته ومحاورته واختيار قابليته، وان حق الاختيار هذا الذي منحه القانون للمحضون يعد حالة من حالات انتهاء الحضانة في القانون العراقي وبإرادة المحضون.

وان هذا النص قد جاء مطلقا في حق الولد بالإقامة مع اقاربه ولم يحدد درجة القربى واعطى للمحكمة سلطة تقديرية في قبول اختيار المحضون او عدم قبوله وان هذا الخيار مرهون بما تانسه المحكمة من المحضون من الرشد في الاختيار.

أذ ورد النص المذكور اعلاه بصيغة **(اذا أنست المحكمة منه الرشد)** وقد اصدر القضاء العراقي العديد من القرارات بهذا الشان ومن القرارات التي اصدرتها محكمة التمييز الاتحادية الذي ورد فيه : **(....لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨٣٨/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٢/١١ غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٧٧/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٣/١ غير منشور.

والقانون، لان البنتين (ت) تولد ٢٠٠٦) و(ن) تولد (٢٠٠٨) هما خارج سن الحضانة فيما يتعلق بحضانة والدتهما عليهما، لذا تنتقل الحضانة في هذه الحالة الى الاب، واذا كان احد الاولاد خارج سن الحضانة تمدد الحضانة اي ان عمره اكثر من خمسة عشر سنة، فيكون له الخيار في الاقامة مع من يرغب اذا انست منه المحكمة رشداً فكان على المحكمة والحالة هذه الاستجابة لدعوى المدعي وأذ انها قضت برد الدعوى خلافاً لوجهة النظر المتقدمة الامر الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه.....)[١].

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(...لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الامر بالبنت (ذ) تولد (٢٠٠٦) لان المحكمة وان كانت قد اتبعت قرار النقض بالعدد ٢٠٧١/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٧ الا انها توصلت لنتيجة غير صحيحة لان البنت المذكورة قد اتمت الخامسة عشرة من عمرها قبل اصدار الحكم المميز مما كان يقتضي بالمحكمة تخييرها بالإقامة مع من تشاء من والديها استناداً الاحكام المادة (السابعة والخمسين/٥) من قانون الاحوال الشخصية وأذ ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه)**[٢].

الفرع الثالث

أجرة الحضانة شرعاً وقانوناً

أولا: أجرة الحضانة شرعاً :

الحضانة بطبيعتها عمل من الأعمال التي تقوم بها الحاضنة لغرض خدمة المحضون ورعايته عليه تستحق الحاضنة اجرة عنها فهي تختلف اذن عن اجرة الرضاع، وكذلك عن نفقة المحضون و فرق فقهاء المسلمين في استحقاق أجرة الحضانة بين عدة حالات، فقد تكون الزوجية قائمة بين الزوجين أو ان تكون الزوجة معتدة من طلاق رجعي او بائن وقد تكون الحاضنة اجنبية عن ابيه بالطلاق منه وانتهاء العدة وقد تكون الحاضنة اجنبية عن المحضون، لذا سأتناول بحث هذه المواضيع بشيء من الايجاز كالاتي:-

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٤١٤/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١٢، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٩٥٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٤/٢١، غير منشور.

١- إذا كانت الحاضنة هي الأم والزوجية قائمة:

ذهب فقهاء الاحناف ، والشافعية ،والزيدية، والظاهرية فضلا عن المالكية إلى ان الأم لا تستحق أجر الحضانة اذا كانت الزوجية قائمة لكونها من الاعمال الواجبة عليها ديانة، وهذه الأجرة غير أجرة الرضاعة ونفقته فاذا كانت منكوحة أو معتدة لأبيه من طلاق رجعي لم تستحق أجرا على الحضانة أو الارضاع لوجوبها عليها ديانة، نظرا لقيام النكاح أو اعتباره قائما في عدة الطلاق الرجعي، فان كانت معتدة من الطلاق البائن، فقيل انها تستحق أجرة الحضانة لانقطاع الرابطة الزوجية، أما إذا انقضت عدتها فلها اجرة الحصانة اتفاقا بلا خلاف شانها شان غيرها من الحاضنات.[١]

اما القول المشهور عن فقهاء الامامية ، فهو جواز الاجر للحاضنة [٢] ؛ إذ ان الحضانة عندهم هي ضمن فترة الرضاع، أو بالأحرى حولي الرضاعة لعموم قوله تعالى: **(فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن)** [٣].

٢- إذا كانت الحاضنة هي الأم والزوجية غير قائمة:

فقهاء الحنفية في هذه المسألة لهم رأيان :الأول : قالوا ان المطلقة التي انتهت عدتها تستحق اجرة الحضانة، وهي غير اجرة الرضاعة اما إذا وجد متبرع، فتخير الام بين ان تمسك الولد بلا اجر او تدفعه للمتبرعة [٤]، وبهذا الرأي اخذ فقهاء الشافعية [٥]، والامامية ،والزيدية.[٦]

اما الرأي الثاني : ان الحاضنة لا تستحق اجرا لغرض الحضانة بل للمطلقة البائنة أو المنتهية مدتها من طلاق رجعي ان تأخذ أجر رضاعها ان شاءت، وهذا ما ذهب اليه المالكية والظاهرية أما اذا كانت الحاضنة غير الام فهي تستحق اجر الحضانة بإجماع الفقهاء؛ لانه اذا كانت مطلقة وانتهت عدتها تستحق الأجر عند اغلب الفقهاء، فالحاضنة الاجنبية من الولد تستحقها من باب اولى[٧].

ثانيا: أجرة الحضانة قانوناً :

أن قانون الأحوال الشخصية العراقي أشار الى ان الام الحاضنة لا تستحق اجرة الحضانة حال قيام الزوجية وكذلك في عدة الطلاق الرجعي ، إذ نص : **(اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه**

---

(١) شمس الدين ن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ص ٥٣٣

(٢) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام،ج٣، المكتبة الإسلامية، ط٦، ١٣١٤ه،ص٢١٤

(٣) سورة الطلاق الآية (٦) .

(٤) أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥، مصدر سابق، ص٢٥٣

(٥) محمد المطيعي، المجموع في شرح المهذب،ج١٧، مطبعة الامام، مصر، ص١٥٥

(٦) محمد حسن النجفي، مصدر سابق، ص٢٨٣

(٧) ابن عابدين، الدر المختار ورد المحتار ،ج ٣، مصدر سابق، ص ٢٦٧

نفقة المحضون ا في اجرة الحضانة قدرتها المحكمة ولا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي) ويفهم من النص ان الزوجية اذا كانت قائمة حقيقة أو حكما اذا كانت معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق اجرة حضانة ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في كثير من قراراتها ومن قرارات محكمة التمييز الاتحادية قرارها الذي جاء فيه : (**..... لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الأمر بأجرة الحضانة فانه لا يجوز المطالبة بها ما دامت الزوجية قائمة استناداً لأحكام المادة السابعة والخمسون /٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وتكون المطالبة بعد الطلاق وأذ ان المحكمة قضت بإلزام المدعى عليه بأجرة حضانة للمدعية عن حضانتها للمحضونين (يوسف و رقية) خلافا لوجهة النظر المتقدمة الأمر الذي أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة)**.[١]

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه **: (ادعت المدعية لدى محكمة الأحوال الشخصية في الزهور بان المدعى عليه مطلقها ولها منه الطفلان (ر) و(س) وهما بحضانتها، لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم لها بأجرة الحضانة عن الطفلين وتحميله الرسوم والمصاريف، أصدرت محكمة الموضوع حكما حضوريا بالزام المدعى عليه بتأديته للمدعية اجرة حضانة على حضانتها للطفلين مبلغا مقداره ثمانون الف دينار شهريا لكل طفل اعتبارا من تاريخ الادعاء)**

القرار...(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام لشرع والقانون ؛لا ن تقدير اجرة الحضانة للمدعية عن حضانتها للمحضونين مغالى فيه وكان على المحكمة تكليف الخبير بإعداد ملحق لتقرير خبرته على ان يكون متناسبا مع القدرة المالية للمدعى عليه.....)[٢]

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية النافذ بشكل صريح على وقت انتهاء اجرة الحضانة ، ولكن القضاء العراقي قضى باستمرار اجرة الحضانة للمحضون طوال مدة الحضانة البالغة عشر سنوات ؛ أذ جاء في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص : (**.....لدى**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٣٨١\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/٢٤

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٠٧_هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٨ (غير منشور)

التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الامر بزيادة اجرة الحضانة، فان المحضون كلما تقدم بالعمر فانه يعتمد على نفسه اكثر وبذلك تقل خدمة النساء له وبذلك فلا يمكن تصور زيادة اجرة الحضانة والتي تنتهي في كل الأحوال عندما يتجاوز المحضون سن الحضانة بعمر اكثر من عشر سنوات. لذا فان طلب المدعية زيادة اجرة الحضانة لا سند له من القانون وأذ ان المحكمة قضت بزيادة اجرة الحضانة خلافا لوجهة النظر المتقدمة الامر الذي اخل بصحة حكمها المميز.....).[1]

ومن الجدير بالذكر ان اجرة الحضانة عن المدة الماضية تعتبر دينا يترتب في ذمه والد المحضون من وقت قيام الحاضنة بعملها ، ولا تتوقف على القضاء ولا تسقط الا بالأداء او الابراء وللحاضنة ان تتبرع بها او ان تتصالح عليها ؛لان الجرة حق خالص لها. الا ان قانون الأحوال الشخصية النافذ اعتبر استحقاق اجرة الحضانة من تاريخ المطالبة.

ثالثا : من الملتزم بأجرة الحضانة :

نصت المادة السابعة والخمسين من قانون الأحوال الشخصية النافة رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على ان (**نفقة كل انسان من ماله إلا الزوجة فنفقها على زوجها**)، فان الصغير لو كان موسرا تستحق الام أجرة الحضانة من ماله الخاص؛ لانها جزء من نفقته فإذا لم يكن للصغير مال كانت الأجرة على الاب اذا كان موجوداً وقادرا على الانفاق عليه، فان كان ابوه ميتا او كان حيا ولكنه عاجز عن الانفاق عليه، فانها تجب على من يلي الاب في الولاية.[2]

فالأجرة واجبة على الصغير ذاته من ماله الخاص، فان لم يكن له مال حقت الأجرة على ابيه فان لم يكن له اب كانت حقا على من تجب عليه نفقته شرعا وقانونا وضمان هذا الحق للحاضنة هو ضمان لمصلحة المحضون ايضا لتوفير جو من الرعاية والاهتمام طالما ان الحاضنة تستوفي اجرأ عن عملها.

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد_٢٥٠٥_هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/٨.(غير منشور)

(٢) محمد محمود الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،ط١،دبي،مطبعة البيان التجارية، ١٩٨٨،ص٤٩٢.

المبحث الثالث

مكان الحضانة ومشاهدة المحضون

لكي يتحقق الهدف من الحضانة وهو تحقق مصلحة المحضون ، لابد ان يكون هناك كان سليم من الناحية الاجتماعية والصحية، اضف الى ذلك ان مشاهدة المحضون هو حق شرعي وقانوني للطرف الاخر غير الحاضن عليه سوف اتناول في هذا المبحث مطلبين: المطلب الاول، مكان الحضانة وفي المطلب الثاني مشاهدة المحضون.

المطلب الاول

مكان الحضانة

الاصل في الحضانة كما ذكرنا سابقاً ان يكون الطفل في رعاية الزوجين والمكان الذي يقيمان فيه سوية عادة ولكن اذا وقعت الفرقة بين الزوجين عند ذلك تثار مسألة تحديد المكان الاصلح للطفل لينشأ فيه نشأة صحيحة وسوف نناقش في هذا المطلب ، ما اورده فقهاء الشريعة الاسلامية ، وكذلك ما ورد في التشريع العراقي.

الفرع الاول

مكان الحضانة في الشريعة الاسلامية

تناول فقهاء الشريعة الاسلامية على مختلف مذاهبهم مكان الحضانة وسوف اذكر ذلك بايجاز ؛أذ ذهب الشافعية ، الى ان الاب اولى من الام بحق الحضانة اذ اراد احد الزوجين الانتقال الى بلد آخر؛ لان في حضانة الاب حفظ نسب الولد ورعاية لمصلحته في التأديب والتعليم وسهولة الانفاق عليه، ولكن بشرط ان يتحقق في سفر النقلة امن الطريق وامن البلد المقصود التنقل اليه[1].

اما الحنابلة ، فقد ذهبوا الى خلاف الرأي السابق وقالوا : **(ان الام اكثر شفقة لذا فهي احق بالحضانة واذا اراد احد الابوين النقلة الى بلد مسافة قصر، فالاب احق بالحضانة لانه هو في العادة الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه وحتى لا يضيع واذا كان البلد غير آمن والطريق كذلك فالمقيم من الابوين هو الاولى بالحضانة، اما اذا انتقلا جميعاً الى بلد واحد فالام باقية على حضانتها لعدم حدوث ما يسقط حضانتها)**[2].

---

(١) ابو عبد الله بن ادريس الشافعي ، الام، مصدر سابق ، ص ٩٨

(٢) محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج ، مصدر سابق، ج٧، ص٦٢٥

اما الظاهرية ، فقد ذهبوا الى ان الام حضانتها لا تتأثر بانتقال الاب من بلد الحضانة وتبقى الام هي الحاضنة الى حين انتهاء مدتها ويقول ابن حزم الظاهري : (**الام احق الحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة رحل الاب ام لم يرحل**)[١].

اما الزيدية والامامية [٢] ، فانهم يرون ان الام المطلقة لها الانتقال بالمحضون الى بلدها الاصلي وذلك ؛ لان خروجها منه كان للزواج ، فاذا طلقت كان من حقها ان تعود الى موطنها، ويرون كذلك ، ان الام هي احق بالولد حتى يستغني عنها، ولا يعني ان يستغني عنها روحيا؛ لانه لن يفعل وانما ان يتمكن من القيام بشؤونه بنفسه كان يلبس او يغتسل او يأكل او ويشرب لوحده.

اما الحنفية ، فان لديهم عدة آراء في جواز السفر بالمحضون ؛ وذلك في حالات معينة ؛ أذ اجازوا للحاضنة السفر بالمحضون اذا كانت اماً مطلقة بشرط ان تكون قد انقضت عدتها (**غير معتدة**) سواء كان الطلاق بائنا ام رجعياً، وكذلك ان الا يكون الانتقال الى بلدة بعيدة ؛ أذ يتمكن الاب من زيارة المحضون والرجوع الى مقر اقامته في نفس اليوم، اما اذا كان السفر بعيداً فلا يحق لها السفر الا اذا كان البلد موطنها الاصلي وقد عقد عليها فيه.

اما غير الام من الحاضنات ، فلا يحق لها الانتقال بالمحضون من البلدة التي يقيم ابوه فيها بدون اذنه واذا كان الاب متوفي فليس لها الانتقال والخروج بالمحضون الا باذن وليه الذي حل محل ابيه ، اما بعد انتهاء عدتها فللفقهاء في ذلك رأيين : فمنهم من قالوا للولي منعها من السفر بالمحضون، ومنهم من قال غيره ، والرأي الراجح ان الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً فترك الامر للقاضي اولى ليقرر ما يراه مع مصلحة المحضون سواء بالسفر او الاقامة[٣].

الفرع الثاني

مكان الحضانة في القانون

لم يعالج المشرع العراقي في نصوصه ما يتعلق بمكان الحضانة وامكانية سفر الحاضنة او الحاضن بالمحضون ومن موافقة احدهما او من لم يحق بالولاية عليه، لكن قانون الاحوال الشخصية النافذ قد نص في المادة (٤/٥٧) : (**للاب ينظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها الشعبية ان مصلحة الصغير نقضي بذلك على ان لا بيت الا عند حاضنته**).

---

(١) المحلى – مصدر سابق – ج١٠- ص٣٢٣.

(٢) محمد حسن النجفي ، مصدر سابق ، ص٢٨٥

(٣) ابن عابدين ،الدر المختار ورد المحتار – مصدر سابق – ص٤٥٤.

ومن هذا النص يتبين بانه يجب ان يكون المحضون قريب من والده وتحت نظره لغرض الاشراف عليه وتربيته وتعليمه دون ان يحدد مكاناً معيناً للحضانة، ولكن نفهم من المادة السالفة الذكر بان المحضون يجب ان لا بيت الا عند حاضنته وهي الام عادة، عليه ونظراً لعدم وجود نص صريح ينص على تحديد مكان الحضانة او في حالة السفر او الانتقال الى مكان اخر للحاضن مع المحضون ، فان القضاء العراقي يستعين بآراء الفقهاء المسلمين ومبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون اضافة الى الاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق والبلاد الاسلامية المجاورة تطبيقاً لنص المادة (١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.

لذلك نجد ان المبادئ التي اقرتها محكمة التمييز الاتحادية في قراراتها كان لها الاثر الكبير في معالجة هذا الموضوع واصبح الكثير من قضاة محاكم الاحوال الشخصية يستمدون منها هذه المبادئ عند اصدار قراراتهم.

وقد اصدرت محكمة التمييز في احد قراراتها على عدم جواز سفر الحاضنة بالمحضون خارج العراق دون موافقة الاب أذ ورد فيه : **(....لدى التحقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافقة للشرع والقانون بعد ان اتبعت المحكمة ما جاء بقرار هذه الهيأة بالعدد ٩٥٨٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧ في ٢٠١٨/١/٢٤ وثبت ان الحاضنة المدعى عليها سافرت بالمحضونة (لميس) خارج العراق بدون موافقة والدها المدعي وبذلك فقدت شرط من شروط الحضانة وهو شرط الامانة....)**[1].

كما جاء في قرارات محكمة التمييز الاتحادية : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ، لان سفر المدعى عليها بالمحضونين خارج العراق وبصورة غير شرعية بدون علم والدهم وبقائها معهم لما يقارب السنتين في الخارج يجعلها فاقدة لواحد من شروط الحضانة، وهو الامانة لعدم مراعاة مصلحة المحضونين في اشراف والدهم المدعي على تربيتهم وتعليمهم اضافة لمخالفتها الشرع والقانون بعدم استحصال موافقته على السفر بهم باعتباره الولي الجبري عليهم سيما وان السفر بهم**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤١٣٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٨ غير منشور.

وبصورة غير شرعية قد يعرضهم للخطر بذلك تكون دعوى المدعي باسترداد الحضانة لها سند من القانون.....)[1].

كما جاء في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية تضمن مايلي : **(... لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون أذ ان المحكمة قد اتبعت قرار النقض التمييزي الصادر من هذه الهيأة بالعدد ١٠٢٣٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ والمؤرخ في ٢٠١٩\٩\١٥وأذ ان المحكمة اجرت تحقيقاتها على ضوء القرار المشار اليه واستكملت كافة تحقيقاتها وتوصلت الى ان المدعى عليها الام فقدت اهم شرط من شروط الحضانة وهو الامانة لذا تكون لدعوى المدعي سند من القانون وأذ ان المحكمة قضت باسقاط حضانة المدعى عليها لابنتها المحضونة (وسن حسين) والزامها بتسليمها الي والدها المدعي فيكون حكمها صحيحا" لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز ...)**[2]

وكذلك تطبيقا لما ورد في المادة (٤/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي سبق ذكرها التي ورد فيها التأكيد على دور اللجان المختصة الطبية منها والشعبية وضرورة الرجوع اليها في الاثبات وتحديد احقية الحضانة والمكان الملائم لها مراعاة لمصلحة الصغير ونجد ان محكمة التمييز الاتحادية قد اكدت على هذا الموضوع في العديد من قراراتها التي صدرت أذ جاء في احد هذه القرارات : **(...ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان التقرير الطبي الصادر من اللجنة الطبية النفسية الاولية بعدد.... تضمن اجراء الفحص على المدعية وبين ان بانها في حالة نفسية وعقلية جيدة في الوقت الحاضر.... وان المدعى عليه طلب من المحكمة تزويده بكتاب الى اللجنة المذكورة لاصطحاب ابنه (محمد) لغرض اكمال الفحص الطبي واعطاء الرأي في ايهما اصح للحضانة وان محكمة الموضوع لم تستجب لطلبه لا سلباً ولا ايجابا مما يقتضي ارساله مع الصغير لغرض اكمال الفحص المعول على تقرير نهائي بهذا الصدد، وتكليف الباحثة الاجتماعية بدراسة حالة الطرفين وبيان الاصلح منهما للحضانة لذا قرر نقض الحكم)**[3].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٤٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/١٩ غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٣٨٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في٢٠٢١\٢\١٧ (غير منشور).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٨٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٠/١١ (غير منشور).

كما نجد ان البحث الاجتماعي له دور كبير في تحديد الاصلح للحاضنة من اطراف الدعوى وبالتالي تحديد مكان الحضانة الملائم للصغير وقد اصبح من الاجراءات المهمة في دعوى الحضانة وقد اكدت على ذلك احد القرارات التي اصدرتها محكمة التمييز الاتحادية، أذ جاء فيه: **(..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون ذلك لان المحضون (جاسم تولد ١٩٩٨/٧/١٠) وقد تجاوز سن الحضانة التي تدور وجود وعدما مع مصلحة الصغير وان الكشف الذي اجرته المحكمة على محل سكن المدعي والمدعى عليه والشخص الثالث وما ورد في تقرير الباحثة الاجتماعية تضمنا وصفاً دقيقا لهما ويقتضي ان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقرير من هو الاصلح للحضانة لذا قرر نقض الحكم)**[١].

ويفهم من مما تقدم ذكره ان تحديد مكان الحضانة ومن هو الاصلح لحضانة الصغير يخضع لعدة اجراءات نص عليها القانون وقسم منها استقر عليه القضاء العراقي لتكون المحكمة قناعتها عند اصدار القرار المناسب لتحديد من هو الاصلح للحضانة .

وتطبيقا لذلك فقد صدر قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، ذلك لان محكمة الموضوع اصدرته قبل استكمال تحقيقاتها في الدعوى اذ يقتضي ربط هوية الاحوال المدنية للصغيرة (ن) للوقوف على عمرها الحقيقي وجلب اضبارة الدعوى الجزائية..... من محكمة جنح تكريت للاطلاع عليها وعلى سبب الحكم على المدعى عليها في هذه الدعوى ومدى تأثيرها على اهليتها للحضانة وعرض الطرفين على الباحثة الاجتماعية لدراسة حالة الطرفين وبيان مصلحة الصغيرة في الحضانة وايهما اصلح لحضانتها وارسال الطفلة وطرفي الدعوى الى اللجنة الطبية لاجراء الفحص عليهم وبيان من هو الاصح للحضانة، ولا يصح اعتبار المدعي عاجز عن الاثبات ومنحه حق تحليف المدعى عليها اليمين الحاسمة دون اتمام هذه الاجراءات التي توصل الى القرار الصادر والصحيح فيها، ومن جهة اخرى وجد ان المحكمة لم تستخدم صلاحيتها في ادارة الجلسة وسماع الشهود ومنع اي من طرفي الدعوى من توجيه اسئلة ايحائية الى الشهود التي تؤثر على حياديتها لذا قرر نقض الحكم)**[٢].

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٥٥٩/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/١٩ (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٣٤/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٢٤ (غير منشور).

المطلب الثاني

مشاهدة المحضون

لا يمنع اعطاء الحق بالحضانة لاحد الاطراف المتنازعة من الابوين او غيرهم ، الطرف الآخر من رؤية المحضون او زيارته عند حاضنته وحق الرؤية غير مقصور على الابوين ، بل هو حق لغيرهم من الاقارب، لكي يكونوا على اتصال بالمحضون ومشاهدته باستمرار ويكون المحضون على معرفة تامة بمن يمت له بصلة الرحم والقرابة ؛ اذ ان حق الرؤية او المشاهدة مقرر شرعاً باتفاق الفقهاء المسلمين وهو كذلك مبدأ تعمل به المحاكم العراقية، واشار اليه المشرع العراقي وان كانت الاشارة غير مباشرة، لذا سأتناول في المطلب ، حق المشاهدة في الشريعة الاسلامية في الفرع الاول منه، اما الفرع الثاني ، سأتناول فيه حق المشاهدة في القانون.

الفرع الاول

حق المشاهدة في الشريعة الاسلامية

تناول فقهاء الشريعة الاسلامية مشاهدة المحضون ؛ أذ قال فقهاء الحنفية ، بضرورة تمكن الوالدين من مشاهدة المحضون، فالولد متى كان عند احد الابوين لا يمنع الاخر من النظر اليه وتعهده وقد اطلقوا القول في عدد مرات المشاهدة (**ليراه والده ويبصر اموره كل يوم)**[١].

ومن حيث بعد المسافة فيجب الا تكون بعيدة حتى يتمكن الطرف الآخر من مراجعة الولد والعودة قبل دخول الليل[٢].

يقول الامام الشافعي : (**فان اختار امه فعلى أبية نفقته ولا يمنع من تأديبه وسواء في ذلك الذكر ام الانثى، وان اختار أباه لم يكن لأبيه ان يمنعه من ان يأتي أمه وتأتيه في الايام)**[٣].

ويفهم من ذلك ان المشاهدة والرعاية والتربية ملزمة للابوين تجاه ولديهما وان يقوما بالزيارة في الاوقات المعقولة.

اما فقهاء المالكية ، فقد الزموا الحاضنة بعدم الانتقال بالولد الى مكان يبعد عن أبيه او وليه فلا يتمكن من مشاهدته ورعايته[٤].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار – مصدر سابق - ج٣ – ص٥٧١ – ج٢ – ص٦٦١.
(٢) بدائع الصنائع – مصدر سابق – ج٥ – ص٢٦٢.
(٣) شمس الدين بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ص٥٩٧.
(٤) الامام مالك بن انس، المدونة الكبرى، مصدر سابق – ص٣٥١.

واعتبروا رعاية الاب لابنه من صلاح العموم فليس له تركها بل عليه ان يتعهد ولده عن الام والاشراف على تأديبه وارساله للعلم[١].

واما فقهاء الحنابلة ، فيقولون في المشاهدة والرعاية كما قال المالكية والحنفية ، وفي تحديد السفر حتى لا يضيع الولد ويغيب عن أبيه فيصعب عليه الاشراف على ولده ورعايته : (لان الاب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه، فاذا لم يكن في بلد الاب ضاع)[٢].

واعتبر فقهاء الامامية ، المشاهدة حق للولد والبنت بعاتق الاب لما فيها من صلاحهما وان الولد اذا اجتاز سن الحضانة فانه يترك ليذهب لرؤية امه، واذا كانت انثى فان الام تاتيها زائرة ؛ لان الجارية لا تصلح للخروج بخلاف الام.

وان حضانة الام للذكر عند الامامية هي سنتين ، ثم تعود للاب اما الانثى فمدة حضانتها بين السبع والتسع سنين ثم تعود للاب[٣].

اما فقهاء الظاهرية ، فانهم يرون في المشاهدة بان: (**فيها صلاح الدين والدنيا**) وكما كانت المشاهدة للمحضون ورعايته والاشراف على تربيته وتعليمه من الضروريات والتي يقع على عاتق الابوين وحسب واجبات كل منهما، وان الاب يفخر بصلاح حال ولده ويضر بفساده فان اعتبار متابعته مما يصلح به دينه بتلقينه وتعليمه الخير وابعاد الشر عنه ويصلح به دنياه[٤].

اما فقهاء الزيدية ، فانهم يرون في المشاهدة كما يراه فقهاء الشافعية والحنابلة والامامية بقولهم انه اذا اختار الصغير امه كان في النهار عند ابيه ليؤديه، وليس لها منعه، واذا اختار الاب فللام زيارة البنت الى موضعها ولا تخرج لئلا تخدع ، والولد يخرج اليها، ويجب ان تكون هذه الرؤية في الحدود الشرعية ، ويقول ابن قدامة : (**اذا كانت الجارية عند الام والاب فلا يمنع احدهما من زيارتها عند الاخر من غير ان يخلوا امها ولا يطيل المكث ولا يبسط احدهما في منزل الاخر**)[٥].

---

(١) الشافعي، الام، مصدر سابق، ص٨٢.

(٢) منصور بن يونس البهوني، كشاف القناع، المطبعة الشرقية، القاهرة، ط١، ١٣١٩هـ - ج٥، ص٥٠.

(٣) زين الدين علي بن احمد العاملي، مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام، كتاب النكاح، احكام الاولاد في سقوط حضانة الام، ج٩، ص٤٢٣.

(٤) المحلى، مصدر سابق، ص٣٣٠.

(٥) المغني، مصدر سابق، ج٧، ص٦٢٤.

الفرع الثاني

حق المشاهدة في القانون

لقد تطرق قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ بصورة غير مباشرة الى حق المشاهدة في نص المادة (٤/٥٧) منه التي نصت : **(للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة ان تأذن بتمديد الحضانة الصغير حتى اكمالها الخامسة عشرة، اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها و الشعبية، ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك، على ان لا يبيت الا عند حاضنته)**.

وان رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعاً ، ومن الحقوق المتفرعة عن الحضانة وعند حرمان احدهما من ذلك يشكل ضرراً واي ضرر هو منهي عنه لقوله تعالى : **(لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده)**[1].

ويشترط الا يصادم هذا الحق حقا للصغير، لان في كل المسائل المتعلقة بالصغير يجب مراعاة مصلحته قبل مصلحة والديه، لذا فقد قال الفقهاء ان رؤية الصغير هو حق من الحقوق الواجبة التي لا يجوز للحاضنة ان تمنع صاحب الحق فيه من رؤية الصغير او كما يسمى بالمشاهدة. ولكي يتمكن في النظر في شؤون ولده المحضون والاطمئنان على صحته ، وسلامته ، وحسن تربيته ، وتعليمه، فلا بد من تمكينه من مشاهدة ولده المحضون ، وان تبقى على صلة به، ولم يتطرق المشرع بشكل مباشرة وصريح الى حق المشاهدة وعدد مراتها وزمانها ومكانها عدا ما ورد في (**الفقرة الرابعة من المادة السابعة والخمسين**)، وحديثه عن الحق برعاية شؤون المحضون وتربيته حتى انتهاء مدة الحضانة قصره على الاب فقط دون غيره من الاولياء على نفس المحضون عند عدم وجود الاب، وكذلك لم يتطرق المشرع الى ثبوت نفس الحق فيما اذا كانت الحضانة للاب او غيره الا انها جاءت تعالج الحالة الاغلب، وهي كون المحضون في حضانة الام لكونها الاحق بحضانة ولدها وعلى العموم، فان المادة انفة الذكر يستفيد منها : ان مشاهدة الاب لولده هو حق لماله من حق الاشراف عليه وتربيته ، ولماله من ولاية جبرية على نفس المحضون ذكرا كان او انثى فليس للحاضنة ان تمنع الاب من رؤية المحضون وعليها تمكينه من هذا وتسهيل الامر له في تربيته وتعليمه، فحق على الصغير ان لا يغل يد والده عنه، ولا يجب من ولايته الشرعية عليه، كما وان الحق في المشاهدة للاب فانه يكون للام ايضاً، اذا كان المحضون عند الاب، فالأم اذا اسقطت حضانتها لأي سبب وانتقل هذا الحق للاب ليس للأخير منع امه من رؤيته، لان الحق في الحضانة شيء وحق المشاهدة شيء آخر.

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

ونلاحظ ان قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لم يتطرق الى مكان وزمان المشاهدة وانما ترك ذلك للمحكمة في تحديد الزمان والمكان الذي تتم فيه المشاهدة بشرط الا يضر المكان بالصغير الا ان الاصل في تحديد زمان ومكان المشاهدة هو اتفاق الطرفين بهذا الشان.

وبهذا الخصوص اصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرار جاء فيه : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، اذ كان على المحكمة التحقق عن تاريخ اتفاق الطرفين على المشاهدة في دار المدعي (المميز)، وهل انه كان قبل صدور حكم المشاهدة ام بعده وان كان قد حصل قبل صدور الحكم بالمشاهدة هل استمر العمل به بعد صدور الحكم من عدمه وجلب الاضبارة التنفيذية الخاصة بتنفيذ حكم المشاهدة للاطلاع عليها والتحقق من الاجراءات التنفيذية المتخذة فيها.....)**[١].

اما اذا لم يتم الاتفاق بين الاطراف على مكان وزمان المشاهدة، فان المحكمة هي التي تتولى تعيين المكان والمدة على وجه التحديد مراعية بذلك مصلحة المحضون في المشاهدة من حيث سنه وصحته وملائمة المكان له..

وبهذا الخصوص اصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارا ورد فيه : **(.... اصدرت محكمة الموضوع بعدد ٥٣٩٧/ش/٢٠٢١ بتاريخ ٢٠٢١/١١/٧ حكما حضورياً يقضي بالزام المدعى عليها بتمكين المدعي من مشاهدة واصطحاب الطفل (ث) لاربع مرات في الشهر على ان يكون في يوم السبت من كل اسبوع تبدأ المدة في السبت الاول من الشهر والثاني والثالث والرابع على التوالي من الساعة التاسعة صباحاً ولغاية الساعة السادسة عصراً في مكتب البحث الاجتماعي لهذه المحكمة ويتعهد المدعي بإعادتهم الى والدتهم المدعى عليها عند انتهاء مدة المشاهدة والاصطحاب على ان لا يبيت المحضون الا عند حضانته..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند عليها لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية.....)**[٢].

اما في حال تعذر اجراء المشاهدة في المكان الذي اتفق عليه الطرفان لاي سبب يجوز اقامة الدعوى لتغيير مكان المشاهدة السابقة في حال عدم اتفاق الطرفين رضائياً.

وبهذا الشان جاء قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ورد فيه : **(..... لدى عطف النظر على الحكم وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، لان صدور حكم بتحديد مكان المشاهدة**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٣٠/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/١٩، (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٣٢٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١٤ (غير منشور).

في مكان معين واكتسابه الدرجة القطعية لا يحول دون تغيير مكان المشاهدة كون الامر يتعلق بمصلحة المحضونة، وبذلك يقتضي ان لا يضر تنفيذ حكم المشاهدة بها ارهاقا لها سيما وان قرار ٦ لسنة ١٩٩٢ جعل المكان الذي تقيم فيه الام هو الانسب للمشاهدة مما يقتضي بالمحكمة التحقيق من سكن المدعية (المميزة) فان ثبت سكنها في بغداد فان ذلك لا يحول من اصدار حكم بتغيير مكان المشاهدة....)[1].

ويتضح عن طريق ما تقدم ان الاصل في تنظيم رؤية ومشاهدة المحضون والاشراف على تربيته وتعليمه من قبل والديه ان تكون اتفاقاً اذا ما عرف الوالدان مساحة كل منهما في مسؤولية حماية الصغير، والا نظمها القاضي لهما والزم الحاضن بتمكين الاخر من رؤية المحضون بعد ان يختار مكانا مناسباً للرؤية كان تكون احدى المؤسسات الحكومية او المدنية، وقد كانت مشاهدة المحضون تتم حصراً في مقر الاتحاد العام للنساء في العراق بموجب **القرار رقم (٦) لسنة ١٩٩٢** الخاص بموضوع المشاهدة، وبعد حل كافة المنظمات والاتحادات ومن ضمنها الاتحاد العام لنساء العراق.

فان الغموض وعدم الوضوح في النزاع عاد ثانية، أذ ان محاكم الاحوال الشخصية اصبحت في حيرة من امرها فالبعض يقضي باعتبار المجلس البلدي مكان للمشاهدة والبعض الاخر يقضي بان يكون مكان المشاهدة في مكتب البحث الاجتماعي وبعض قرارات المحاكم في بعض المحافظات قضت في فترة من الفترات بان يكون مكان المشاهدة في مديرية التنفيذ في تلك المحافظة، اما قضاء محكمة التمييز الاتحادية فقد كان له رأي اخر أذ اشار الى التقيد بالقرار المشار اليه اعلاه بان يكون الاتحاد العام لنساء العراق هو مكان المشاهدة الا ان الاتحاد العام لنساء العراق قد الغي بموجب **قرار مجلس الوزراء المرقم (٣) لسنة (٢٠٠٤).**

وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارا بهذا الخصوص جاء فيه : **(....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، ذلك لانه في حالة عدم اتفاق الطرفين على محل المشاهدة فان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ حدد ان احد منظمات المجتمع المدني النسوية في مكان اقامة الحاضنة محلا للمشاهدة وهذا لا يمنع من النظر في شؤون المحضون وتربيته بشرط ان لا يبيت الا عند حاضنته لذا قرر نقض**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٥١/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٠ (غير منشور).

الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٦/ محرم/ ١٤٣٤ هـ الموافق ٢٠١٢/١٢/١١)[١]

ومن هنا يتطلب تدخل المشرع لإعادة التنظيم الفعلي والعملي لهذه المسألة المهمة والحيوية حفاظاً على مصلحة الصغير، ودرءاً للنزاع بين الابوين فقد تمتنع الام عن ارسال طفلها الى والده لمشاهدته بحجة ان المكان بعيد او غير ملائم او قد يؤثر على نفسية الصغير المحضون، اذ ان رؤية الصغير في المحكمة او مخفر الشرطة او دائرة التنفيذ لا يخفي ما يولده من اثار سلبية في نفسية الصغير.

وان حق المشاهدة لا يتعلق بالوالدين فقط أذ ان لغيرهما من المحارم الحق في المشاهدة والاطمئنان على صحته سلامته وحسن تربيته الا ان هذا الحق لا يتعدد، فلو حكم للاب بمشاهدة المحضون، فلا يجوز اصدار حكم آخر للعم او الجد بالمشاهدة وذلك كي لا يتضرر المحضون من ذلك أذ ان حق المشاهدة يراعى فيها مصلحة المحضون.

وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها بهذا الخصوص : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة الحكم للمدعية (المميزة) بالمشاهدة فقط دون الاصطحاب كونها جدة المحضونين لأبيهم المتوفي.....)**[٢].

ويلاحظ ان القانون لم ينص على المدة الزمنية الفاصلة بين مشاهدة ومشاهدة تاركا امر ذلك الى القضاء ان يقرر ذلك على ضوء عمر الصغير والظروف المحيطة به وكذلك ينبغي ان تكون المشاهدة غير مرهقة للمحضون، ولا يتضرر من مفارقة حاضنته وان تحقق المشاهدة مصلحة المحضون مع مراعاة مصلحة الحاضن بالمشاهدة.

وقد اصدر قضاء محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص العديد من القرارات القضائية وقد جاء في احد قراراتها : **(..... لدى التدقيق والمداولة ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، اذ كان على محكمة زيادة عدد مرات المشاهدة، اذ ان تحديد عدد مرات المشاهدة في حكمها المميز بمرتين فقط في الشهر قليل ولا يحقق الغاية المرجوة منه بتمكين المدعي من الاشراف على شؤون ابنته وتربيتها وتعليمها بموجب احكام(المادة السابعة والخمسين/٤) من قانون الاحوال الشخصية، وهو حق قانوني وشرعي للاب ويصب في مصلحة المحضون مما يقتضي عدم تحديده بنطاق ضيق، سيما وان**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٧٥٥\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠١٢ في ٢٠١٢\١٢\١١(غير منشور)

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٦٣٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١. (غير منشور).

البنت المذكورة في سن مناسبة، وان زيادة عدد مرات المشاهدة بالقدر المعقول لا يضر بها.....)[1].

وفي قرار أخر لمحكمة التمييز الاتحادية ورد فيه : **(.....ادعى المدعي لدى محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة بان المدعى عليها زوجته وله منها الطفلة (ش) لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بتمكينه من مشاهدة واصطحاب الطفلة أعلاه وتحميلها الرسوم والمصاريف والاتعاب أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٤١٣٨/ش/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢\١٠\٢٣حكماً حضورياً يقضي بتمكين المدعي من مشاهدة الطفلة (ش) في مكتب البحث الاجتماعي لهذه المحكمة لأربع مرات في الشهر ف يوم الجمعة الأولى والثانية والثالثة والرابعة من كل شهر من الساعة التاسعة صباحاً وحتى الساعة الرابعة عصراً وتحميل المدعى عليها المصاريف قدمت المدعى عليها لائحة تمييزية مؤرخة في٢٠٢٢\١٠\٣٠.**

القرار\ لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون ذلك ان مصلحة المحضونة هي الأولى بالرعاية وأذ انها من مواليد ٢٠٢٠\٩\٢٤ أي بعمر سنتين فقط فتكون المشاهدة لأربع مرات في الشهر وفي كل مشاهدة سبع ساعات كثير جداً على المحضونة ويضر بها فكان على المحكمة والحالة هذه مراعاة مصلحة المحضونة وإعادة النظر في مسالة عدد مرات المشاهدة وعدد ساعاتها وأذ انها حسمت الدعوى دون مراعاة ما تقدم الأمر الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار)[2]

وفي قرار اخر أصدرته محكمة التمييز الاتحادية بهذا الشان جاء فيه**(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة الاستجابة لطلب المدعي (المميز) بزيادة عدد مرات المشاهدة وبالقدر الذي تراه المحكمة مناسباً.....)**[3].

وان قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ في الشق الاخير من المادة (السابعة والخمسين) (الفقرة الرابعة) منه نص على (..... على ان لا يبيت الا عند حاضنته) وبذلك فان النص الوارد

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٥، (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد١٥٠٣٥\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في ٢٠٢٢\١١\٨ (غير منشور)

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٥، (غير منشور).

قد جاء واضحاً وصريحاً في عدم السماح للطفل المحضون في المبيت الا عند حاضنته، الا انه ولغرض تحقيق الغاية المنشودة من المشاهدة وهي النظر في شؤون المحضون والاطمئنان على صحته وسلامته وحسن تربيته وتعليمه، وكذلك ادامة صلة الرحم التي اوجبها الشرع والقانون، فان قرارات محكمة التمييز الاتحادية اكدت على موضوع الاصطحاب للمحضون من قبل والده او والدته بحسب الاحوال ومصلحة المحضون، أذ جاء في احد قراراتها: **(... ادعى المدعي بواسطة وكيلته لدى محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة بانه سبق وان أصدرت المحكمة المذكورة قرار يلزم المدعى عليها بتمكينه من مشاهدة ابنته (ريماس) لمرتين في الشهر من الساعة التاسعة صباحا ولغاية الساعة الثانية عشر ظهرا ولعدم كتابة المدة المذكورة لذا طلب دعوتها للمرافعة و الحكم بتعديل مدة المشاهدة و جعله من الساعة الثامنة إلى الساعة الواحدة و تمكينه من اصطحاب الطفلة المذكورة و تحميلها المصاريف ، أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٨٨٠٤/ش/٢٠١٧ و تاريخ ٢٠١٧\١١\٢٩حكما حضوريا برد دعوى المدعي و تحميله الرسوم والمصاريف و الأتعاب طعن المدعي بالحكم تمييزا بلائحة وكيلته المؤرخة في ٢٠١٧\١٢\١٣ .**

القرار\ لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح و موافق للشرع و القانون ذلك لان فترة المشاهدة قد تم تحديدها في الحكم السابق باتفاق الطرفين لذا لم يستجد ما يبرر تغييرها ، اما بالنسبة للاصطحاب فانه من مستلزمات المشاهدة سواء نص الحكم على ذلك من عدمه على ان لا يبيت المحضون الا عند حاضنته لذا فان رد طلب الاصطحاب بدعوى مستقلة وردها لا يخل بالحق المذكور ، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية و تحميل المميز رسم التمييز)[1]

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الامر بالاصطحاب لان الحكم به فيه مصلحة للمحضون الذي يعاني من التوحد وفرط الحركة، فان الاصطحاب مع والده يجعله يختلط مع اقاربه من جهة الاب، ويخفف عليه التوحد المصاب به وأذ ان المحكمة حسمت الامر خلافاً لوجهة النظر المتقدمة.....)**[2].

---

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد١٠٣٤\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠١٨ في ٢٠١٨\٢\٦ (غير منشور)

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٠٧٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٢١، (غير منشور).

وكما ان حق الاصطحاب غير محصور بالأب والام فقط، وان ما استقر عليه القضاء العراقي بإعطاء الحق للجد او الجدة في حالة عدم وجود الاب او الام، وذلك لإدامة صلة الرحم لخصوصية درجة القرابة من الاجداد والجدات، وقد اصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارات بهذا الخصوص ، أذ ورد في احد هذه القرارات : **(....لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، أذ ان حق لاصطحاب غير محصور بالأب كون الغرض منه هو منح احد الابوين الفرصة والوقت المحدود للمشاهدة مع المحضون.....)**[1].

كما ان الاصطحاب يجب ان لا يكون مضراً بالمحضون ، بحسب عمره والظروف المحيطة به وفي هذا الخصوص صدرت عدة قرارات لمحكمة التمييز الاتحادية، أذ ورد في احد القرارات **(....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن عليها القانونية قرر قبوله شكلا اذ ورد في الحكم المميز ان المحضونة (ن تولد ٢٠١٧) والصحيح وحسب ما ورد بصورة قيد الولادة انها من تولد (٢٠١٨/٣/٣٠) وهذا يعني ان المحضونة لم تبلغ السنتين كما استقر عليه قضاء هذه الهيأة حتى يحقق الاصطحاب الغاية المرجوة منه الزيادة التراحم والود الابوي وذلك لعدم ادراك المحضونة بهذا العمر ولا يكون الاصطحاب ذي جدوى، وأذ ان المحكمة سارت بخلاف ما تقدم مما اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم.....)**[2].

وفي قرار أخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الامر باصطحاب المحضون، لانه صغير السن تولد (٢٠١٩) وعمره اقل من سنتين، أذ ان الاصطحاب لا يجدي فائدة ويضر بالمحضون، وأذ ان المحكمة حسمت الدعوى، خلافاً لوجهة النظر المتقدمة الامر الذي اخل بصحة الحكم)**[3].

كما جاء في قرار آخر المحكمة التمييز الاتحادية : **(.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الامر بالفقرة (ثانياً) الخاصة بالاصطحاب، لان الطفلة (ل تولد ٢٠١٨/٧/١٧) وبذلك فانها لا تزال في سن الرضاعة، اذ لم**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٣١/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٠، (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٠١/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢١، (غير منشور).

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢١٢/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٥، (غير منشور).

تكمل السنتين من عمرها مما كان يقتضي ملاحظة ان الاصطحاب في هذه السن الصغيرة لا يحقق الغاية المرجوة منه.....)[1].

وعن طريق ما تضمنه قانون الأحوال الشخصية النافذ وتعديلاته لم نجد تحديد مدة لانتهاء حق المشاهدة الا ان اتجاه القضاء العراقي في هذا الجانب استقر على ان حق المشاهدة ينتهي بانتهاء سن تمديد الحضانة أذ يصبح المحضون في سن الاختيار.

وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارا بهذا الخصوص جاء فيه : (**ادعى المدعي بواسطة وكيلته لدى محكمة الأحوال الشخصية في الرصافة ان المدعى عليها زوجته وله منها من فراش الزوجية الطفلة (س) وهي في حضانتها ولرغبته في مشاهدة واصطحاب الطفلة المذكورة أعلاه لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بتمكينه من ذلك وتحميلها المصاريف والرسوم والأتعاب ، أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٣٢٥\ش٢٠٢٢ في ٢٠٢٢\٣\٢٧حكما حضوريا بقضي بإلزام المدعي عليها بتمكين المدعي من مشاهدة واصطحاب ابنته (س) في القاعة المخصصة للمشاهدة في مكتب البحث الاجتماعي في مقر هذه المحكمة في كل يوم سبت من كل اسبوع بواقع أربع مرات في الشهر ومن الساعة التاسعة صباحاً وحتى الساعة الثالثة ظهراً وعلى ان يكون الاصطحاب خلال فترة المشاهدة فقط وتحميل المدعى عليها الرسوم والمصاريف القضائية والأتعاب .طعنت المدعى عليها بالحكم تمييزا ــــــ**

القرار. لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان البنت من مواليد ٩/١/٢٠٠٥ وبذلك تكون خارج سن تمديد الحضانة وهي في سن الاختيار وفق احكام (المادة السابعة والخمسين) من قانون الأحوال الشخصية لذا لا يمكن والحالة هذه إلزام المدعى عليها (الام) بتمكين المدعي من المشاهدة والاصطحاب للبنت المذكورة وتكون دعواه فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وأذ ان المحكمة حسمت الدعوى بخلاف وجهة النظر المتقدمة الأمر الذي بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى التمييز تابعاً للنتيجة ...)[2]

كما ان موضوع أجور وتكاليف نقل المحضون للمشاهدة لم يتطرق اليه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ وتعديلاته ، الا ان القضاء العراقي اصدر الكثير من القرارات

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٢٨/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٢٤، (غير منشور).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٣٧ \هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في٢٠٢٢\٤\٢٤ (غير منشور)

القضـائية بهـذا الخصـوص ؛ أذ أصـدرت محكمـة التمييـز الاتحاديـة قرارهـا الـذي جـاء فيـه :

(....ادعت المدعية لدى محكمة الأحوال الشخصية في البصرة ان المدعى عليه مطلقها وله سبق وان استحصل على قرار يمكنه من مشاهدة طفليه(ي وع) لذا طلبت دعوته للمرافعة والزامه بتاديته لها أجور نقل المحضونين أعلاه مبلغ مقداره أربعون ألف دينار شهريا وتحميله المصاريف ، أصدرت محكمة الموضوع بعدد ١٨٤٩ \ش\٢٠٢٠وتاريخ ١\٤\ ٢٠٢٠ حكما حضورها برد دعوى المدعية وتحميلها الرسوم والمصاريف . طعنت المدعية بالحكم تمييزا....

القرار\ لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لان المدعى عليه حكم له بمشاهدة أولاده ويتحمل تكاليف إيصالهم إلى مكان المشاهدة وعودتهم إلى محل سكناهم لصدور الحكم لمصلحته وأذ ان الحكم المميز خالف وجهة النظر القانونية السليمة مما أخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لإتباع ما تقدم ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ....)[1]

(١) قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد٦٧٩١\هيـأة الأحـوال الشخصـية والمـواد الشخصـية\٢٠٢١ في١٠\٥\٢٠٢١ (غير منشور)

المبحث الرابع

سقوط الحضانة واستردادها

سنتناول في هذا المبحث في المطلب الاول سقوط الحضانة ، وفي المطلب الثاني استردادها .

المطلب الأول

سقوط الحضانة

سوف نتناول هذا المطلب في فرعين :الاول :سقوط الحضانة في الشريعة الاسلامية ، أما الفرع الثاني فقد خصصناه إلى سقوط الحضانة في القانون.

الفرع الاول

سقوط الحضانة في الشريعة الإسلامية

ان فقهاء المسلمين اتفقوا على شروط يجب توافرها في الحاضن من الرجال والنساء، وان فقدان احد هذه الشروط يكون سببا في سقوط الحضانة؛ لذا ستتناول هذه الأسباب بشيء من الايجاز.

أولا: أسباب سقوط الحضانة التي يشترك فيها النساء والرجال :

١-عدم البلوغ: ان الحضانة لا تعطى للصغير غير البالغ؛ لانه لا يحسن رعاية المحضون ولا يستطيع القيام بشؤونه والمحافظة عليه.

٢-الجنون: اجمع الفقهاء المسلمون على ان الجنون مسقط للحضانة؛ لان المجنون لا يؤتمن على غيره ويستوي في الجنون ان يكون مطبقا او متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة والمعتوه يأخذ حكم المجنون فلا ولاية لهما تسبغ على المجنون اذ الحضانة من الولاية)[١].

٣-عدم الامانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته : ان كثرة خروج الحاضنة من الدار واهمالها يجعلها غير امينة عليه ؛ وبالتالي وجوب اسقاط الحضانة عنها وكذلك في حال كون الحاضن غير قادر على تربيته المحضون لمرض او تقدم بالسن أو الانشغال بعمل آخر يتعارض مع دور الحضانة[٢].

---

(١) عبد العزيز عامر، مصدر سابق ، ص٢٣٥

(٢) احمد نصر الجندي، الحضانة في الشرع والقانون، مصدر سابق، ص٢٥

٤-اتحاد الدين ان اختلاف الدين يكون حسب رأي بعض الفقهاء مسقطاً للحضانة؛ لان الحضانة نوع من الولاية ولا ولائية للكافر على مسلم.

٥- الردة: لان المرتد لا يصلح لهذه المهمة ، فان عاد الى الإسلام عاد له الحق في الحضانة.[١]

ثانيا: أسباب سقوط الحضانة التي تخص النساء :

١-زواج الحاضنة من اجنبي عن المحضون : ذهب فقهاء المالكية [٢]والشافعية [٣]الى ان زواج الحاضنة من اجنبي عن المحضون ذكرا أو انثى يسقط الحضانة عنها ، اما اذا كان الزوج ذا رحم محرم من المحضون ، فان الحضانة تبقى.

٢- إذا كانت الحاضنة تقوم بحضانة الطفل في مسكن يبغضه ويكرهه ؛ لان الطفل في هذه الحالة لا يتحقق له الحفظ اللازم والصيانة الواجبة[٤].

أما الأمامية ، فقالوا بانه لا يضر امساكها له في بيت المبغضين له بعد ان تكون قادرة على حمايته.[٥]

٣- امتناع الام عن تربية الولد مجاناً : في حال اعتذار الاب اذا امتنعت الأم عن ذلك وتبرعت امرأة اخرى بحضانة الصغير مجانا سقطت الحضانة عن الأم ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية[٦]. أما الامامية[٧] ، فقد قالوا تسقط الحصانة عن الام التي ترفض حضانة طفلها مجانا اذا كانت هناك متبرعة أهل للحضانة أو كان الاب قادرا على حضانته.

٤- اذا كانت الحاضنة غير محرمة على المحضون الذكر فلا حق لبنات العم والعمة وبنات الخال والخالة في حضانة الذكور لعدم وجود الحرمة ولهن الحق في حضانة الاناث .[٨]

---

(١) د. احمد الكبيسي ، مصدر سابق،ص٣٨٦

(٢) أبو الحسن برهان الدين الفرغاني المرغيناني ، متن بداية المبتدي ، ج٣، مطبعة علي صبح ، القاهرة،ص٣٦٦

(٣) زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ،ط١،دار بن حزم للطباعة ،بيروت ،لبنان،٢٠٠٠م،ص١٥٧٨

(٤) علاء الدين خروفة، مصدر سابق ، ص٢٢٦

(٥) فوزي المياحي ، مصدر سابق، ص٥٠

(٦) محمد بن علي الحنفي الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار ،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان، ٢٠٠٢م،ص٥٥٥

(٧) محمد جواد مغنية،مصدر سابق،ص٣٨٢

(٨) عبد الكريم الحلي، الاحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مطبعة الحجازي ، القاهرة، ط ٢، ١٩٤٧،ص١٠١

ثالثا: أسباب سقوط الحضانة التي تخص الرجال :

١-تسقط الحضانة عن الرجل الحاضن اذا لم يسكن معه من يساعده في حضانة الصغير من النساء كزوجته أو أمه او احد اقاربه المحرمين ؛ لان الحضانة تقوم على رعاية الصغير و المحافظة عليه. وان الاب قد يضطر الى الخروج من الدار؛ مما يقتضي ان يسكن معه من يتعهد بمداراة الصغير والعناية به .

٢-اذا كان الحاضن غير محرم على المحضون، فإذا كان المحضون انثى فليس لابن العم حضانة ابنة عمه لعدم محرميته لها ؛ ولان هذا الحق لو ثبت قد يفضي إلى فتنة[١]

الفرع الثاني

سقوط الحضانة في القانون

لم يبين المشرع العراقي في المادة السابعة والخمسين من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ اسباب اسقاط الحضانة الا انه بعد قراءة نصوص الفقرات المادة المذكورة انفاً القانون؛ إذ نصت الفقرات (٢و٧و٩) من المادة المذكورة انفا يمكن لنا ان نتعرف على مسقطات الحضانة في القانون ؛ اذ نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٧) على انه : (**يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة 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**) ونصت الفقرة (٧) من المادة المذكورة انفا على انه : (**في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة الى الأب إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير غير ذلك**). أما الفقرة (٩) (**يبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لأقاربه من النساء أو الرجال منازعتها لحين بلوغه سن الرشد**). يتضح لنا مما تقدم ان **اسباب إسقاط الحضانة في القانون** هي:

١-**فقدان الحاضنة أحد شروط الحضانة** : ان فقدان احد شروط الحضانة التي نص عليها القانون وهي البلوغ والعقل والامانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته يكون مؤداه سقوط الحضانة عنها، إذ لا يتصور ان تكون الحاضنة صغيرة غير بالغة؛ لان البلوغ شرط في الحاضنة. وبغيره لا تكون لها حضانة وتسقط الحضانة من الحاضنة اذا كانت غير عاقلة ؛ لان في حضانتها ضررا على المحضون وجرى العمل في المحاكم على إحالة الحاضنة على اللجان الطبية المختصة

(١) محمد أبو زهرة ،مصدر سابق ، ص٤٧٨

لبيان مدى قواها العقلية في حالة دفع الخصم الآخر، بان الحاضنة غير أهل للحضانة ؛ لانها مريضة عقلياً . وقد اصدر القضاء العراقي العديد من القرارات بهذا الخصوص أذ جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية : **(.....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدي عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك ان المدعى عليها قد فقدت شرطاً من شروط الحضانة وهو شرط الأمانة لوجود مراسلات غرامية مع شخص أجنبي عنها وهذا ثابت في جهاز الموبايل العائد لها وتشير هذه المراسلات بانها صادرة من جهاز هاتفها الى شخص اجنبي اما فيما يتعلق بانها مفرج عنها بقرار تمييزي فان ذلك لا ينفي قيامها بالأفعال المخلة بالحياء وبذلك فانها لا تصلح للحضانة)**[1]

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(.....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدي عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند إليها بعد ان ثبت من تحقيقات المحكمة ان المدعى عليها غير محتفظة بشروط الحضانة وان مصلحة المحضونين الوجود بكنف ورعاية والدهم المدعي لذا قرر تصديقه)**[2]

٢- إذا تزوجت الحاضنة اجنبي عن المحضون :

نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ عند تشريعه على ان من شروط الحضانة ان تكون الحاضنة غير متزوجة من أجنبي إلا انه بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٧ الذي عدل في أحكام الحضانة أصبح زواج الأم المطلقة غير مسقط لحضانتها أذ نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٧) على : ((.... **ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة الحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون))**. أما فيما يتعلق بالأم الحاضنة المتوفى زوجها فقد عدلت الفقرة (٩) من المادة السابعة والخمسين بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٨٦ وأصبحت كالآتي: ((ب- **إذا مات أبو الصغير فيبقى لدى أمه وان تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين)) بشرط :**

١-ان تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة.

---

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد : ٣١٤ ٤/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٨-٣-٢٠٢٢(غير منشور)

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٣٩٧-هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية- ٢٠٢١ في ١٨ - ٨-٢٠٢١ (غير منشور)

٢- ان تقنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الام.

٣- ان يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به.

وقد اكد على هذا الامر القضاء العراقي ؛ أذ أصدرت محكمة التمييز الاتحادية عدة قرارات جاء في احدها : **(.....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ لم يثبت تخلف شروط الحضانة لدى المدعى عليها(المميزة) كما ان زوجها الذي أدخلته المحكمة شخصاً ثالثاً للاستيضاح تعهد برعاية المحضون (ح تولد ٢٠١٤) وبذلك تكون دعوى المدعي (المميز) بالمطالبة بأسقاط حضانة المدعى عليها لولده المذكور لا سند لها من القانون وأذ ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ماتقدم على ان يبقى رسم التميز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق)**[١].

وفي قرار أخر جاء فيه : **((..... لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم تضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة الاطلاع على عقد زواج المدعى عليها من الشخص الثالث المستوضح منه للتحقق ان كان زوجها الشخص الثالث المذكور قد تعهد بعقد الزواج برعاية المحضون وعدم الاضرار به من عدمه باعتبار ان ذلك احد شروط بقاء المحضون بحضانة والدته ان تزوجت برجل اجنبي عنه استناداً لأحكام المادة (السابعة والخمسين/٨/ب) من قانون الأحوال الشخصية وأذ ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم)**[٢]

٣-**اختلاف الدين** : ان المشرع العراقي لم ينص على شرط أتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وترك أمر ذلك الى القضاء الذي له الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون. وقد سار القضاء العراقي في قرارات عديدة الى اسقاط الحضانة عن الحاضنة عند اختلاف الدين بينها وبين المحضون منها قرار لمحكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه **(... لدى عطف على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون؛ لان**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٣١١_هيأة أحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠٢١ في ١١-٨_٢٠٢١(غير منشور)

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٥٦٩٦-هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية _٢٠٢٢ في ١٠-٤-٢٠٢٢

المدعى عليها غير امينة على دين الصغيرين لاختلاف دينهما عن دينها لذلك فقدت احد شروط الحضانة...)[1]

٤-السفر بالمحضون :

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ إلى أحكام السفر بالمحضون بنص أو عبارة صريحة وواضحة في المواد المذكورة فيه، وبذلك يعد موضوع الانتقال والسفر بالمحضون من المواضيع التي سكت عنها المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية، ولم ينظم احكامها ؛ وذلك لان أي قانون لم يستطع ان يستقصي جميع الاحكام أو ينص على كافة الفروع لكن عند الرجوع الى نص (**المادة السابعة والخمسين الفقرة الرابعة**) من قانون الأحوال الشخصية نجد انها اعطت الحق للاب النظر في شؤون المحضون وتربيتة ،وتعليمه ؛ وبالتالي ليس من حق الحاضنة السفر بالمحضون خارج العراق دون موافقة الاب ؛ لان ذلك يتعارض مع حقه المذكور، وان السفر المقصود هو السفر خارج العراق وليس داخل العراق؛ لان السفر داخل العراق لا اشكال فيه ما دامت الام ملتزمة بمواعيد المشاهدة ، وعن طريق ما تقدم تجد بان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يبين بنص صريح وواضع مسألة السفر بالمحضون ، إلا ان شراح وفقهاء القانون ،اشاروا الى ان سفر الحاضنة بالمحضون دون موافقة الاب يتعارض مع ما ورد في نص المادة (٥٧\٤)التي نصت بانه : **(للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه)** وقد صدر قرارا لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : **(.....لدى التدقيق والمداولة ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون بعد ان اتبعت المحكمة ماجاء بقرار هذه الهيأة بعدد ٩٥٨٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٧ في ٢٤-١-٢٠١٨ وثبت ان الحاضنه المدعى عليها سافرت بالمحضونه (س) خارج العراق دون موافقة والدها المدعي وبذلك فقدت شرط من شروط الحضانه وهو شرط الامانه ويكون الحكم المميز باسقاط حضانة المدعى عليها صحيحاً لذا قرر تصديقه)**[2]

٥-**التنازل عن الحضانة** : لقد جاء قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ خالياً من نص يتناول فيه طبيعة الحضانة وهل هي حق للأم يجوز التنازل عنه أو واجب ؛ وبالتالي لا يحق التنازل عنه ، انما أشار الى أصحاب الأحقية في الحضانة وان الرأي الراجح الذي ذهب اليه كثير من المحققين القدامى والمعاصرين هو ان الحضانة حق للأم وللطفل معاً وبالتالي فان الأم تجبر على

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٠-ش-١٩٧٨،منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد الأول،ص٧٦
(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٤١٣٠-هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية -٢٠١٨ في ١٨-٧-٢٠١٨ (غير منشور)

الحضانة إذا لم يوجد غيرها ولا تجبر إذا وجد غيرها، وإذا خلعت عن زوجها مقابل التنازل عن حضانتها كان الخلع صحيحا ويبطل الشرط مراعاة لحق الولد ، ولقد تناول القانون المدني الموضوع المذكور ذاته فقد نصت **المادة ١٣٠ منه : (١-يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب والا كان العقد باطلاً . ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالاهلية والميراث). ونصت المادة (٧٠٤) من القانون المذكور على انه (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام او الاداب العامة ولكن يجوز الصلح على المسائل المالية التي تترتب على الحالة الشخصية او التي تنشا عن ارتكاب احدى الجرائم).**

وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية الكثير من قراراتها بهذا الشان أذ جاء في احدها : **(.....ومن جهة ثانية فانها تركت الأولاد لدى والدهم المدعى عليه مقابل مبلغ مالي قدره عشرة ملايين دينار والحنان للأولاد لايقوم بمال واستحصلت المدعية على حكم محكمة البداءة بالمبلغ المذكور وقدره عشرة ملايين دينار بموجب حكم محكمة بداءة كركوك ٧١-ب-٢٠٢٢في ٢١-٢-٢٠٢٢ وذلك يثبت تنازل المدعية عن أولادها مقابل مبلغ مالي فمجمل ظروف الواقعة وملابساتها يتضح ان مصلحة المحضونين بقاء هم مع المدعى عليه والدهم وبعد استقرارهم في كنفه، لذا قرر نقضه)**[1]

٦-عدم تنفيذ قرار المشاهدة :

ان قانون الاحوال الشخصية النافذ لم يتطرق بصورة مباشرة إلى مشاهدة المحضون انما أشار إلى ذلك ضمنا في الفقرة (٤) من المادة (٥٧) التي اعطت للاب حق النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، ولا يتم ذلك إلا برؤية المحضون ومشاهدته، وهذا الأمر في غاية الأهمية بالنسبة للمحضون ، وللام والاب أو أحد الأقارب اذا لم يكونوا حاضنين لإدامة الصلة بينهما ويترتب على ذلك انه لا يجوز للحاضنة او الحاضن حرمان من لم يكن حاضنا من مشاهدة المحضون اذا كان له الحق في ذلك قانونا بان يكون قد استحصل على قرار حكم بالمشاهدة حاز درجة البتات، وقد تباينت قرارات محكمة التمييز الموقرة بهذا الموضوع أذ كان اتجاهها بان عدم احضار الحاضنة الطفل المحضون للمشاهدة يجعلها غير امينة ، وتفقد شرط من شروط الحضانة ويؤدي ذلك الى اسقاط حضانتها وقد أصدرت احد القرارت بهذا الخصوص جاء فيه **... (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع**

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٧٠٧\١٢٧٠٨\٢٠٢٢ في٢٢\٩\٢٠٢٢(غير منشور)

والقانون لان المدعى عليها المميز عليها لم تحضر محل المشاهدة مع المحضونة ستة مرات متتالية ولم تمكن المميز من مشاهدته المحضونة وان المميز عليها لم تنفذ الحكم الصادر من المحكمة وبذلك تكون غير أمينة وتكون قد فقدت شروط الحضانة يستوجب معها اسقاط حضانتها وأذ ان المحكمة قضت برد الدعوى خلافا لما تقدم الأمر الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه)[1]

وان اتجاه محكمة التمييز مؤخرا يميل الى عدم اسقاط الحضانة عن الحاضن عند عدم تنفيذ حكم المشاهدة، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه : **(أصدرت محكمة الأحوال الشخصية حكمها المميز بأسقاط حضانة المدعى عليها لأطفالها معللة ذلك بفقدانها شرط الامانة الذي تشترطه المادة (٥٧/٢) من قانون الاحوال الشخصية بتوافره في الحاضنة والتي جاء فيها يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته...الخ) ووجهة النظر المتقدمة اجتهاد وجدل في غير محله ولا يمكن تبنيها والاستمرار بالأخذ بمثل هكذا مبدأ قضائي خطير يفرط بحضانة الأم لأطفالها وينزعهم منها لأسباب مفترضة لا سند لها من القانون لان القضاء في مثل هكذا نزاع يتعاطى معه بما هو كائن وليس بما يفترض ان يكون ولان الاصل شرعاً وقانوناً بان الحضانة تثبت ابتداءً للام ولا يمكن انتزاع الحضانة عنها الا في حالات محددة ومناط ذلك اولا واخيراً مصلحة المحضون وبالنتيجة لا يمكن افتراض هذه الحالات واسقاطها على حق الأم في حضانتها للأطفال لان عدم الامانة للام تجاه اطفالها صفة عارضة والاصل في الصفات العارضة العدم ولهذا لا يمكن ان يكون تخلف الحاضنة حتى ولو كان بمحض ارادتها وعدم التزامها بتنفيذ حكم المشاهدة من قبل الاب لأطفاله ولعدة مرات عدم امانة المحضون وبالتالي سبباً من اسباب أسقاط الحضانة عنها اذ ان هذا التصرف الصادر من الحاضنة ومهما كان عدده لا يعتبر من قبيل الاخلال بشرط الامانة الذي يجب ان تتصف به ومن تحليل نص المادة (٥٧/٢) من قانون الاحوال الشخصية فان مضمونها هو التعاطي مع الاستثناء عند التطبيق بنزع الحضانة ومنها عدم الامانة لدى الحاضنة لان المصالح الحقيقية في جوهر هذه العادة ما يؤدي الى هدم الأسرة ويحصل ذلك عند الذهاب بتفسيرها بما لا ينسجم مع صفة الاستثناء الواردة فيها اذ ان المادة(٥٧\١) قد اعطت الأم حقها الطبيعي بحضانة أطفالها في حالة قيام الرابطة الزوجية أو بعد الانتهاء من هذه الرابطة مالم يلحق الصغير ضرراً من ذلك وبالمقابل لا يوجد أي نص قانوني نافذ وصريح يمنح الحق للمحكمة بأسقاط الحضانة عن الام لعدم التزامها بتنفيذ الحكم القضائي لمشاهدة**

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٣٥٠ _هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠١٨ في ٢٧-٨-٢٠١٨ (غير منشور)

الآب لأطفاله لا سيما وان الفقهاء المسلمين على مختلف مذاهبهم لم يعتبروا منع الام (الحاضنة) للاب ورفضها مشاهدته او رؤيته لأطفالها سبباً من اسباب اسقاط الحضانة وبهذا فان محكمة الاحوال الشخصية في حكمها المميز قد اسقطت حضانة المدعى عليها المميزة عن أولادها بدون مسوغ شرعي او قانوني وان تعكزها على عدم تنفيذ حكم المشاهد، وافترضت فقدانها شرط الأمانة لا يمكن قبوله او التسليم به لانه وان كان للاب حق مشاهدة اطفاله رضاء او قضاء الا ان رفض او اخلال الحاضنة بذلك يجب ان لا يؤخذ ذريعة بالتجاوز على حقها الشرعي والقانوني بحضانة اطفالها والا كان هذا الأمر جزاء بدون مانع قانوني ضد الحاضنة بإسقاط الحضانة عن اطفالها رغم عدم وجود أي ترابط مصيري بين حق الام بحضانة اطفالها وحق الاب بمشاهدته لهم من عدمه الا ان هذا لا يعني التفريط بحق الاب بمشاهدة اطفاله الثابت بموجب حكم المشاهدة اذ ان هذا الحق يبقى معتبرا ومرعياً ولضمان تنفيذ المشاهدة بما جاء فيه عند تعنت الام وعدم امتثالها بالحضور وعدم احضارها للأطفال في الزمان والمكان المحددين للمشاهدة فللاب خيار مراجعة دائرة التنفيذ المختصة بغية تنفيذ حكم المشاهدة جبراً وفقاً لأحكام قانون التنفيذ وله كذلك حق مراجعة محكمة التحقيق والطلب باتخاذ الاجراءات القانونية ضدها عند عدم التزامها بالحضور أمام المنفذ العدل رغم انها مكلفة قانوناً بالحضور تنفيذاً ، لحكم المشاهدة وبهذه الاجراءات القانونية تضمن تنفيذ حكم المشاهدة للاب من جهة وعدم التعرض لحضانة الام لأطفالها من جهة أخرى وصفوة القول مما سلف ذكره وبيانه بأنُ عدم تنفيذ حكم من قبل الحاضنة لا يعتبر سبباً ، من اسباب سقوط الحضانة عن الام وتكون دعوى المدعي واجبة الرد ابتداء لهذا السبب دون الخوض بمواضيع أخرى. ولما كان حكم المميز قد صدر خلاف ذلك مما أخل بصحته وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة نقض القرار المميز وإعادة الضبارة الدعوى الى محكمتها للسير ٠٠٠)[1]

المطلب الثاني

استرداد الحضانة

الحضانة لها شروط كما اسلفنا، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط سقط حق الحضانة وانتقلت الى من يلي صاحب الحق في الحضانة حسب ترتيب الحاضنين ، فإذا زال المانع الذي ادى الى سقوط حق الحضانة عادت الحضانة الى الحاضنة او الحاضن ؛ لذا سوف نتناول هذا المطلب

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد\١١\هيأة عامة\٢٠٢١ في ٢٠٢١\٩\١٩ (غير منشور)

في فرعين : الأول : حالات استرداد الحضانة ، والثاني سلطة المحكمة في انتقال الحضانة واستردادها.

الفرع الأول

حالات استرداد الحضانة

١- لو تزوجت الأم بأجنبي فسقطت حضانتها للولد ، ثم طلقت من زوجها الثاني أو مات فان الحكم في آراء الفقهاء يختلف الى رأيين : رأي يرى ان زواج الام أجنبي مانع لها من حضانة الولد، وأذا زال المانع عاد الممنوع اي ان الام في هذه الحالة تسترد حقها في الحضانة ، ورأي اخر يرى ان حق الحضانة حين تزوجت الأم باجنبي قد سقط وان الساقط لا يعود ، وقد ذهب رأي أكثر الفقهاء إلى ان الام اذا فارقها الزوج الثاني بفسخ او طلاق أو موت عادت الحضانة الى الام .[١]

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ عند صدوره لم يعالج هذا الموضوع اذ لم يرد في المادة (٥٧) قبل التعديل شيء من ذلك كما ان المادة حين عدلت بالتعديل الثاني لسنة ١٩٧٨ لم يرد فيها نص عن هذه الحالة لذا، فان بإمكان المحكمة اذا عرض عليها نزاع في هذه الحالة ان تختار اي الرأيين وعلى وفق ما تتطلبه مصلحة المحضون مع ملاحظة ان القانون بتعديلاته الأخيرة وبخاصة التعديل بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٨٧ لم يجعل زواج الام سببا في اسقاط الحضانة بل ترك للمحكمة ان ترجح أي الأبوين أصلح لحضانة الولد[٢].

وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية العديد من القرارت بهذا الخصوص ؛ أذ ورد في احدها والذي جاء فيه : **(.... لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان المحكمة وان اتبعت قرار النقض التمييزي الصادر من هذه الهيأة المرقم ١٣٩٨٤/هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ المؤرخ٢٠٢١\١٠\٣١ الا انها لم تتوصل إلى نتيجة صحيحة اذ كان عليها إضافة فقرة حكمية إلى حكمها المميز مفادها إلزام المدعى عليها والشخص الثالث الى جانبها بتسليم المحضونة الى المدعي وأذ انها**

---

(١) السيد عبد الله المحض ،مستند القضاء الجعفري، دار المحجة البيضاء، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٢٧٠ .
(٢) محمد حسن كشكول، المصدر سابق، ص ٢٣

حسمت الدعوى دون ملاحظة ماتقدم الأمرالذي أخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه واعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ماتقدم)[1]

٢- اذا حكم بأخذ المحضون من حاضنته وضمه الى حاضن أخر، ثم ثبت تضرر المحضون من حاضنه الثاني له فللحاضنة ان تقيم الدعوى لاسترداد حضانة الولد، وبهذا ورد نص الفقر(٦) من (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية المعدل بالتعديل الثاني، وان هذا النص ينسجم مع القول ان الحضانة شرعت لمصلحة المحضون وقد جرى العمل بهذا المبدأ وصدرت بذلك عدة قرارات من محكمة التمييز الاتحادية بهذا الصدد ؛ أذ جاء في احدها **: (.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان ابن المتداعيين (حسين تولد٢٠١١) قد تجاوز سن الحضانة التي حددها القانون بتمام العاشرة وهو بكنف ورعاية والده المدعى عليه ولم يثبت تضرره من ذلك وبذلك تكون دعوى المدعية حرية بالرد وأذ ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه)**[2]

الفرع الثاني

سلطة المحكمة في انتقال الحضانة وأستردادها

ان دعوى الحضانة كغيرها من الدعاوى التي ترفع من قبل أحد الأطراف (**الزوج أو الزوجة أو كلاهما)** عند الطرف الآخر عند حدوث نزاع حول حضانة الصغير، وان هذه الدعوى لها إجراءاتها وتحقيقاتها ويكون للمحكمة السلطة في توجيهها الوجهة الصحيحة للوصول الى الحكم العادل في اختيار الطرف الأصلح للمحضون بما يحقق مصلحة المحضون ، وقد جاء في **المادة الأولى من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في المادة الأولى منه** على ما يلي **: (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)**، وهذا النص هو من المبادئ الجديدة التي جاء بها هذا القانون على أثر تبني المشرع العراقي مبدأ الإثبات المختلط الذي جعل للقاضي دوراً إيجابياً في توجيه الدعوى وتقدير الأدلة المتوفرة فيها على الوجه الذي يضمن التطبيق

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٤٧٢٥\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية \٢٠٢٢ في١٥\٣\٢٠٢٢ (غير منشور)

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٣٧٩\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في ٢٥\٥\٢٠٢٢(غير منشور)

السليم للقانون وصولاً الى الحكم العادل ، كما ان القانون ألزم القاضي بالتحري عن الوقائع لأستكمال قناعته[1].

وان دعوى الحضانة كأي دعوى أخرى تسري عليها الأحكام التي سلطة القاضي في توجيه الدعوى، وانها من الدعاوى التي تتيح للقاضي مجالاً رحباً في إبراز دوره الإيجابي في توجيه الدعوى من أذ إجراءاتها وأدلتها ؛ أذ للمحكمة سلطات واسعة ابتداءاً من تقديم عريضة الدعوى والاستماع الى دفوع الطرفين ، والبينات الشخصية ، وأحالة الطرفين للبحث الاجتماعي ، وإجراء البحث الميداني لدار الطرفين ، والإحالة الى اللجنة الطبية ، وتأثير العوامل الاجتماعية والصحية ، والنفسية وصولاً الى الحكم العادل في دعوى الحضانة ، وان سلطة المحكمة هنا لا يمكن حصرها ؛ لانها قد تتجدد في كل دعوى تعرض عليها كما اعطى القانون الحق للأم بحضانة طفلها الصغير حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مادامت حية ولم تفقد شرطا من شروط الحضانة ، وبعدها أعطى الحق للأب عند وفاة الأم أو فقدانها شرطا من شروط الحضانة . وتنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة ممن تراه أصلح للمحضون ، اذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك، كما يجوز للمحكمة ان تودع المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين ، كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة أيضاً تحقيقاً لهذه الغاية . فلو طالب الأب بضم المحضون إليه لتجاوزه سن الحضانة أو فقدت الأم شرطاً من شروط الحضانة ، فعلى المحكمة بعد دعوة الطرفين لحضور المرافعة في موعد تحدده ، وعند حضورهما تستمع إلى أقوالهما ودفوعهما وتستمع إلى أقوال البينات الشخصية في الدعوى واحالة الطرفين مع المحضون الى الباحثة الاجتماعية ، وكذلك إحالتهم مع المحضون الى اللجان الطبية النفسية والعصبية اذا اقتضى الأمر ذلك والتي سوف تقوم بإعطاء الرأي حول الطرف الأصلح من الوالدين لضم الطفل إليه ، أو تترك أمر تحديد الطرف الأصلح للمحكمة اذا كان الطرفان بنظرها يصلحان للحضانة ولها إدخال أي شخص ترى المحكمة ضرورة لإدخاله شخصاً ثالثاً في الدعوى كجدة الأم مثلاً إلى جانب أحد الأطراف وبعدها تصدر حكمها العادل في الدعوى بما يحقق مصلحة المحضون .وقد اصدر القضاء العراقي العديد من القرارت بهذا الخصوص ؛ أذ أصدرت محكمة التمييز الاتحادية احد القرارات جاء فيه : **(.....لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للاسباب والحيثيات الواردة في الحكم المطعون فيه وأذ ان المحكمة اجرت تحقيقاتها القضائية الوافية وتوصلت الى ان مصلحة المحضونين تقتضي تواجدهم وبقائهم مع**

(١) انظر المادة (٢) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

جدتهم لاب وبذلك تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وأذ ان المحكمة قضت بذلك فيكون حكمها صحيحا)[1]

وهناك عدة وسائل واجراءات تستطيع المحكمة عن طريقها التحقق من تضرر المحضون من عدمه عند ضمه إلى حضانة والده أو بالعكس وهذه الوسائل هي من سلطة المحكمة في انتقال الحضانة واستردادها :

أولاً: الاستماع إلى أقوال البيئات الشخصية : فبعد إقامة الدعوى وحضور الطرفين للمرافعة تستمع إلى أقوال المدعي أو المدعية وكذلك الى دفوع المدعى عليه أو المدعى عليها ، فان ادعى المدعي أو المدعى عليها ان خصمه لا يصلح للحضانة لفقده أحد شروط الحضانة أو تجاوز المحضون من الحضانة أو ان المحضون يتضرر من بقاءه لدى خصمه كان تكون الحاضنة متزوجة من رجل محكوم عليه عن جريمة أو انها كثيرة الخروج من الدار وتترك المحضون لوحده في الدار أو انها سيئة السمعة والأخلاق كارتكابها جريمة الخيانة الزوجية وغيرها من الأسباب فيكلف كل طرف بإثبات ذلك ، ومن طرق الإثبات هو الاستماع الى أقوال البينات الشخصية التي يحضرها كل طرف عندما يكلف بإثبات ادعائه ودفوعه ، والشهادة يعرفها فقهاء القانون بكونها :(**إخبار الانسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره)**[2]

ولقد **أجاز قانون الإثبات العراقي في المادة (٧٦) منه** الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية وحق الحضانة والدفوع التي تثار حول هذا الحق والأمور المتعلقة به فيمكن إثباتها عن طريق أقوال الشهود ، فإثبات عدم صلاحية أحد الطرفين للحضانة سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه يتم إثباته عن هذا الطريق ، وقد أكد القضاء العراقي ذلك ، فقد جاء في احد القرارات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة التحقق من دفع المدعى عليها (المميزة) بكون سبب عدم تسجيل بعض الأولاد أو تركهم للمدارس يعود لعدم تزويدها بمستمسكاتهم من قبل والدهم المدعى عليه (المميز عليه) بما في ذلك مفاتحة المدارس التي كانت بعض المحضونين يدرسون فيها عن اسباب تركهم للمدرسة، وهل ان ذلك يعود لعدم تقديم المستمسكات الرسمية**

---

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٦٨٤٤\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠١٩ في ٢٠١٩\٦\١١.(غير منشور)

(٢) د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات ، بغداد ، الدار العربية للطباعة والنشر ١٩٧٦ ، ص ٣٩٣ .

أم لاسباب أخرى والترجيح بين البينات وفق احكام المادة ٨٢ من قانون الاثبات وغيرها من تحقيقات بهذا الشان وصولاً للحكم العادل)[1]

ثانيا: اجراءات البحث الاجتماعي: أصدر مجلس القضاء الاعلى تعليمات تخص قواعد نظيم البحث الاجتماعي بالرقم (١) لسنه ٢٠٠٨ الغرض منها تنظيم أعمال البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية، والمواد الشخصية، ومحاكم الاحداث المرتبطة بمجلس القضاء الأعلى، فقد ورد في المادة الثانية من هذه القواعد :**(يشكل مكتب البحث الاجتماعي في كل محكمة من محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية ومحاكم الاحداث ، ويتكون المكتب من باحث اجتماعي أو أكثر وعند تعددهم يراسهم الباحث الاجتماعي الأقدم)**.

وورد في المادة ثالثاً من التعليمات : **(يرتبط منتسبو مكتب البحث الاجتماعي اداريا بالقاضي الأول في المحكمة وفنيا بهيأة البحث الاجتماعي)**، واشترطت هذه تعليمات بموجب **الفقرة خامسا منها** ان يكون المعين، أو المنسب الى العمل في يكتب البحث الاجتماعي حاصلا على شهادة جامعية أولية أو شهادة دبلوم من المعاهد الفنية في اختصاص الخدمة الاجتماعية، وعلم النفس وعلم الاجتماع.

واستنادا لنص **المادة السابعة من التعليمات** المشار إليها انها حددت أعمال كتب البحث الاجتماعي بما يأتي : (**القيام بالبحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في دعاوى الطلاق التفريق المخالفة، المطاوعة الشوز الحضانة، ومعاملات الأذن بالزواج من زوجة أخرى ....)** وألزمت **المادة عاشرا** من هذه التعليمات محاكم الأحوال الشخصية بعدم جواز تحديد موعد للمرافعة الدعوى المحالة الى البحث الاجتماعي فيما يتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية الا بعد انتهاء البحث وتقديم التوصية التي يراها الباحث الاجتماعي.

وتضم أغلب محاكم الأحوال الشخصية غرفاً للبحث الاجتماعي يقوم فيها وتضم الباحث الاجتماعي وبعد إحالة محكمة الأحوال الشخصية الطرفيين المتنازعين والأطفال والشخص الثالث الذي قد تدخله المحكمة لضم الحضانة إليه كالجدة أم الام مثلا بممارسة عمله، وتثبت في استمارة معدة لهذه الغاية المعلومات كافة عن ظروف الطرفيين والطفل وقد يقوم بزيارة ميدانية

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٢٤٩\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في ٢٠٢١\١١\٧ (غير منشور)

الى سكن كل من الطرفين، أو الاشخاص الثالثة ان وجدوا وبعد ذلك يقدم تقريره بخلاصة عمله، وأستنتاجاته في من هو أصلح لحضانة الطفل .[١]

ومن قرارات محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص : (**..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، إذ كان على المحكمة احالة المتداعين مع المحضون للبحث الاجتماعي لأهمية هذا الاجراء في موضوع الدعوى كما كان عليها مفاتحة محكمة الاحوال الشخصية المختصة لإجراء الكشف على دار سكن المدعى عليه (المميز) والمحضون، وأذ ان المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم ما أخل بصحته؛ لذا قرر نقضه.....)**[٢]

ثالثا الإحالة للجنة الطبية النفسية :

جرى القضاء العراقي على الاستعانة بالطب النفسي ، والعصبي لإعطاء الرأي فيما اذا كان فصل الولد عن امه وابيه يضر به نفسيا ، وعصبيا أم لا ؛ إذ ان ذلك رأي فني يحتاج الى خبير هو اللجنة الطبية، ومع ان تعديل قانون الاحوال الشخصية الثاني لسنة ١٩٧٨ قد جاء لأول مرة في الفقرة (٤) من المادة (٥٧) على ذكر(**اللجان الطبية المختصة منها والشعبية)** واللجان الطبية في عملها هذا تشبه عمل الباحث الاجتماعي في مقابله الطرفين والطفل، وبيان الرأي حسب اجتهادها ثم ان قرار اللجنة الطبية هذا **قابل للطعن استئنافا لدى اللجنة الاستئنافية الدائمة في وزارة الصحة** تطبيقا **لنص المادة (١٤) من قانون الصحة العامة"**، واللجنة الاستئنافية تجري عملها بالطريقة نفسها. وأخيرا فان رأي اللجنة الطبية او الاستئنافية ليس ملزما للمحكمة، فلها ان تأخذ به او ان لا تأخذ به على ان تعلل قرارها في الحالة الثانية وفقا لما يتظاهر لها أو في حالة مخالفة القرار لنص قانوني.[٣]

وقد أصدرت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص قراراً جاء فيه **: (...لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون ،اذ كان على المحكمة**

---

(١) محمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ص ٢٥٠ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٤٧\هيئ الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في ٢٠٢١\١\٣١ (غير منشور)

(٣) محمد حسن كشكول، مصدر سابق، ص ٢٥١.

ارسال المدعية والمحضونين الى اللجنة الطبية النفسية لاجراء الفحص عليهم ،وبيان صلاحيتها للحضانة من عدمه.....)[1]

رابعا \إدخال المحكمة ألشخص الثالث في دعوى الحضانة :

قد يتطلب الأمر في دعوى الحضانة ان تدخل المحكمة جدة الصغير أو جده او اي شخص يتطلب الأمر ادخاله في الدعوى وهذا الحق منحة القانون ونص عليه في **المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩** ، وإذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر فللمحكمة إدخاله شخصا ثالثا في الدعوى والسؤال منه عن الطرف الذي يختار الانضمام اليه من الأبوين أو أحد اقاربه ، لحين بلوغه سن الثامنة عشرة من العمر، ولو ان الأصل اذا اتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يصبح هو الخصم لان الحاضنة تنتهي حضانتها عند بلوغه هذا السن المحكمة وان ادخاله في الدعوى شخصا ثالثا هو للاستيضاح منه عن الطرف الذي يختار ان ينظم اليه.[2]

ومن قرارات محكمة التمييز الاتحادية بهذا الصدد : **(..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد غير صحيح ومخالف للحكام الشرع والقانون؛ لان الحكم المميز تضمن ان مصلحة المحضونين البقاء بحضانة الشخص الثالث جدتهن لامهن وردت دعوى المدعي (المميز) للسبب المذكور مما كان يقضي بالمحكمة سؤال المدعي ان كان يطلب ادخال الشخص الثالث المذكور في الدعوى كشخص ثالث إلى جانب المدعى عليها اكمالا للخصومة وتكليفه يدفع الرسم القانوني عن ذلك ان رغب فيه كما كان يقضي بالمحكمة ارسال المتداعين والمحضونين، وكذلك الشخص الثالث ان رغب المدعي بإدخاله الى اللجنة الطبية النفسية المختصة لغرض الفحص .....)**[3]

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه :(..... **لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للاسباب التي استندت اليها المحكمة عند اصدار حكمها المميز وأذ انها أجرت تحقيقاتها القضائية الوافية وتوصلت الى ان المدعي (الاب) هو**

---

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٦٢٢\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في ٢٠٢١\١\١٧ (غير منشور)

(٢) راغب سلمان عيدان ، سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي والشريعة الإسلامية وتطبيقاتها القضائية، بحث ترقية،٢٠١١،ص١٣٥

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٥٤\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٠ في ٢٠٢٠\١\٢٧ (غير منشور)

الاصلح لحضانة المحضون وعدم امانة المدعى عليها (الام) لحضانتها له كونها انشغلت عنه بزواجها من شخص آخر وتم تأكيد تواجد المحضون مع خاله الشخص الثالث في اماكن لا يمكن للاطفال ارتيادها من المقاهي والكافيهات وتمت مشاهدته وهو يتناول الاركيلة والتقطت له صور بهذا الوضع والكيفية وتم ربطها مع اضبارة الدعوى ولا يمكن التصور بان محضون بعمر ست سنوات يقوم بمثل هذه التصرفات غير اللائقة وأذ ان المحكمة قضت باسقاط حضانة المدعى عليها للمحضون والزامها بتسليمه إلى والده المدعي كما انها قضت برد دعوى المدعي عن الشخص الثالث فيكون الحكم بما قضى فيه صحيحاً لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية .....)[1]

خامسا : بيان رأي الادعاء العام :

للإدعاء العام دور كبير في حياة المجتمع، فهو يمثل إرادته واظهاراً لرغبة مواطنيه وقد شرعت نصوص قانونية لتنظيم العلاقة بين الفرد والمجتمع وحماية فوق المواطنين والخروج على تلك النصوص يعد خروجا عن المشروعية، لذا فأنَ إيجاد جهة قانونية مسؤولة تراقب مدى الالتزام بنصوص القوانين لضمان تحقيق ارادة المجتمع ، وللأدعاء العام في العراق فضلاً عن اختصاصاته الجزائية اختصاصات أخرى منها الدفاع عن الحق العام في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وبعض دعاوى الأحوال الشخصية لحماية الاسرة والطفولة. وتكاد تكون صلاحيات الادعاء العام في العراق متوازنة الأهداف والوسائل في إطار حماية المشروعية الجزائية، والمشروعية العامة المتمثلة بالدفاع عن أموال الدولة ومصالحها ونظامها والبنية الاجتماعية للأسرة والطفولة. لذا فان من مهام الإدعاء العام في دعوى الحضانة ، بوصفه ممثل المجتمع ونائبا عنه في حماية الأسرة والطفولة، لان الطفل هو نواة الأسرة ومستقبل الامة و رعايته وحماية حقه في النشاة الصحيحة لدى حاضنة قادرة ، أمينة عليه هو حماية للمجتمع، وركُز **قانون الادعاء العام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل على دور الادعاء العام لتحقيق أهدافه في حماية حقوق الاسرة والطفولة في المادة (١٣/اولاً) التي نصت على : ((للإدعاء العام الحضور أمام محاكم الأحوال الشخصية أو المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين والطلاق والتفريق والإذن بتعدد الزوجات وهجر الأسرة وتشريد الأطفال وأي دعوى أخرى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله لحماية الاسرة والطفولة)).**

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٨٩١\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في ٢٠٢١\٨\٢٢ (غير منشور).

وقد الغي قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ بموجب المادة (١٧) من قانون الادعاء رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ ، وقد حلت المادة (٦) من القانون الجديد رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧ محل المادة (١٣) من قانون الادعاء العام السابق رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل .[١]

اما فيما يخص الحضور أمام محاكم الأحوال الشخصية ومن ضمنها دعاوى الحضانة كونها تتعلق بحماية الأسرة والطفولة، وقد نصت **المادة(٦)**المذكورة انفا بالاتي :(**على الادعاء العام الحضور أمام محاكم الأحوال الشخصية وغيرها من المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحصور عليهم والغائبين والمفقودين ودعاوى الطلاق والتفريق وهجر الأسرة وتشريد الاطفال، وأي دعاوى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله فيها لحماية الأسرة والطفولة وله الحق في الطعن بما يصدر عن الجهات المذكورة من احكام وقرارات).**

و قد اكدت محكمة التمييز الاتحادية دور الادعاء العام في دعوى الحضانة في قراراتها أذ جاء في احدها : (**.... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون إذ كان على المحكمة التوسع في تحقيقاتها بشان الدعوى بما في ذلك الاطلاع على الوكالات الممنوحة من المدعي للمدعى عليها والتي ذكر انها تتضمن حق السفر بالمحضونة وربط صورة منها وكذلك اطلاع على دعوى المشاهدة المقامة بين الطرفين وعرض الموضوع على نائب المدعي العام وإجراء التحقيقات الاخرى التي يقتضيها موضوع الدعوى وصولا للحكم وضوع العادل ... الخ))**[٢]

(١) قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧، المنشور بجريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٣٧ في ٦/٣/٢٠١٧

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٢٣٠ / هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩\٩\١٥ (غير منشور).

الخاتمــة

بعد استعراض مفهوم الحضانة وشروطها وأصحاب الحق فيها واحكامها في قانون الأحوال الشخصية النافذ وعرض اراء فقهاء الشريعة الإسلامية ، وما تم بحثه على وفق نصوص القانون واراء فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد خرجت بعدة نتائج ومقترحات يمكن ايجازها بما يلي:

أولا: النتائج:-

١- الأم احق بالحضانة باتفاق الفقهاء المسلمين ، والنساء أحق من الرجال بالحضانة عند الفقهاء وهذا ما أخذ به القانون العراقي .

٢- ان فقهاء المسلمين اشترطوا في الحاضن والحاضنة البلوغ ، والعقل ، والامانة ، والقدرة على تربية المحضون وصيانته ، واخذ المشرع العراقي هذه الشروط من الفقهاء المسلمين ونص عليها قانونا.

٣- ان الحضانة مع ما فيها من حق اورده بعض الفقهاء المسلمين، ورجال القانون إلا انها واجب أكثر من كونها حقا، فهي احدى المسؤوليات الشرعية التي يترتب عليها نفع عام او ضرر عام باعتبار ان صلاح المجتمع بصلاح افراده والاطفال هم افراد الجيل والمجتمع مستقبلا، والابوان بحكم عقد الزوجية مسؤولان عن سلامة ورعاية الابناء سواء مع قيام الزوجية أو بعد الفرقة كل بحسب ما وظف له ، فيقتضي ان تكون الحصانة واجبا لغلبة مصلحة الصغير والمصلحة العامة فيها فهي واجب كفائي على الأم اذا لم ترغب هي فيها ووجد غيرها تقوم مقامها، وإذا تعينت تعين الواجب على عاتقها أما الحضانة بالنسبة للاب، فهي واجب تعييني عليه حتما من باب كونه وليا ثم كونه الأصل لهذا الولد تجنبا للمسؤولية الشرعية في حال ضياع الولد لقوله تعالى : **(وقفوهم انهم مسؤولون ما لكم لا تناصرون) سورة الصافات الآيات (٢٤و ٢٥)**

٤- اختلف الفقهاء المسلمون في مدة الحضانة ، اما القانون فقد نص على مدة الحضانة وجعلها عشر سنوات سواء أكان المحضون ذكرا أم انثى ؛ وبذلك تجنب القانون الاختلاف الفقهي الذي حصل بين الفقهاء المسلمين في تحديد من الحضانة للذكر والانثى.

٥- أعطى القانون للمحكمة سلطة واسعة في تمديد الحضانة عند اتمام المحضون من العاشرة ؛ وذلك بإجراء التحقيقات اللازمة واشراك اللجان الطبية المختصة، واجراء الزيارة الميدانية من قبل الباحث الاجتماعي للوصول الى القرار المناسب الذي ينصب في مصلحة المحضون.

٦- أعطى القانون للمحضون الذي اتم الخامسة عشرة من عمره حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه اذا آنست المحكمة منه الرشد ، اما الفقهاء المسلمون فقد كان هذا الأمر لديهم محل خلاف.

٧- أعطى القانون للمحكمة الحق بإيداع المحضون لدى حاضنة او حاضن امين او ايداعه في دور الحضانة المعدة من قبل الدولة اذا لم يوجد من هو أصلح للحضانة من الأبوين وقد كان المشرع صائباً عند تشريعه هذا النص ؛ لان هذا الأمر فيه مصلحة للمحضون.

٨- الحضانة تتطلب بذل جهد وعناء، ولا بد من مقابل ، فهذا الجهد والعناء المبذول من قبل الحاضنة حتى وان كانت أما للمحضون، ولاختلاف الفقهاء في ذلك فقد نص المشرع العراقي في الفقرة (٣) من المادة السابعة والخمسين من القانون على انه لا يحكم بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي ، واتجه القضاء العراقي الى الحكم بالأجرة من تاريخ الادعاء.

٩- ان المشاهدة حق شرعي وقانوني للاب كما هو حق الام والاقارب أيضا ، إلا انه ينبغي عدم المغالاة في استخدام هذا الحق، وينبغي ان تكون المشاهدة في مكان مناسب ولفترة مناسبة تكون كافية للاطمئنان على الصغير وتقديم النصح والارشاد له وتوجيهه، وقد اتجه القضاء العراقي الى اصطحاب الطفل عند صدور حكم بالمشاهدة لكي تتحقق الغاية المنشودة من المشاهدة.

١٠- أجمع الفقهاء المسلمون على اسقاط الحضانة عن الحاضنة المتزوجة من اجنبي عن المحضون سواء أكانت الأم أو غيرها، وذهب فقهاء الأمامية إلى اسقاط الحضانة عنها بزواجها من اجنبي او قريب للمحضون اما القانون فانه سار مسارا مغايراً للفقهاء المسلمين، ونص على عدم اسقاط الحضانة عن الام المطلقة او الأرملة بزواجها ما لم تقض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

١١- ان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينظم مسألة السفر بالمحضون في نصوص خاصة ، وبالتالي فان مسألة السفر بالمحضون تكون محكومة بمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك حسب نص (الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية) التي نصت على : (**إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)** ويفهم من نص(المادة السابعة والخمسون) الفقرة (الرابعة) منها اعطت للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه ولا يمكن للام السفر بالمحضون دون موافقة الاب وان مسألة الموافقة على السفر بالمحضون من عدمه تركته لاجتهاد القضاء عن طريق السلطة التقديرية

للقاضي في إعطاء الأذن من عدمه حسب كل حالة وظروفها، وحسب مصلحة المحضون ونوع السفر واهميته.

١٢- ان الفقهاء المسلمين تعرضوا الى مسالة اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون و السفر بالمحضون، وكان رأي الاغلبية منهم اسقاط الحضانة في الحالتين اما القانون، فانه لم ينص على هذين الأمرين، إلا ان القضاء العراقي اتجه الى اسقاط الحضانة عند اختلاف الدين أو السفر بالمحضون.

١٣- للادعاء العام دور يمكن ان يلعبه في دعاوى الحضانة خلال المرافعات وبعد صدور القرار تحقيقا لمصلحة المجتمع بتحقيق مصلحة المحضون.

ثانيا: المقترحات :-

١- اقترح ان ينص قانون الأحوال الشخصية العراقي على شرط أتحاد الدين بعد انتهاء سن الرضاعة بين الحاضنة والمحضون الا أن فقهاء المسلمين قد أشاروا في هذا الشرط والقانون لم ينص عليه.

٢- وجوب وجود أجرة الحضانة حال قيام الزوجية وخلال عدة الطلاق الرجعي وتمديد مدة الحضانة بعد اكمال من العاشرة لغاية بنوع من الرشد.

٣- إضافة نص خاص يشير إلى أحقية الأم بالسفر بالمحضون خارج العراق سواء للسياحة أو الإيفاد اذا كانت موظفة أو للعلاج لها أو أولادها مع اصطحاب المحضون معها اذا ثبت للمحكمة تمتعها بشروط الحضانة وعدم تضرر المحضون من السفر مع تحديد مدة السفر والوجهة التي تقصدها من المحكمة وعد مخالفة الام لهذه الشروط أحد أسباب إسقاط الحضانة..

٤- ان تكون مسؤولية الأباء مشتركة في مسألة تعليم المحضون ؛ إذ ان معظم الأباء يقومون باستغلال تعثر المحضون دراسيا سبباً من أسباب إسقاط الحضانة بحجة عدم الاهتمام والرعاية من الحاضنة على الرغم من ان القانون قد سمح للاب بمتابعة تعليم المحضون وهو في حضانة الحاضنة أصلا.

٥- ضرورة النص الى حالة الحاضن فيما اذا تزوج من امرأه أجنبية عن المحضون أو غير أجنبية عن المحضون أسوة بالحاضنة وفي ضوء مصلحة المحضون.

٦- ضرورة النص في قانون الاحوال الشخصية النافذ على موضوع المشاهدة للمحضون من حيث مكان المشاهدة وزمانها وعدد مرات المشاهدة وساعاتها وحق الاصطحاب في المشاهدة .

المصادر

- **القران الكريم**

الكتب الفقهية

١. ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار – مطبعة البابي الحلبي – مصر – ط٢ – ١٩٦٦ – ج٣.
٢. ابن قدامة المقدسي ،المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل ،ج٣، ط١، دار لكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م ،
٣. ابن نجيب، الاشباه و النظائر ،ج ١،
٤. أبو الحسن برهان الدين الفرغاني المرغيناني ، متن بداية المبتدي ، ج٣، مطبعة علي صبح ، القاهرة،
٥. ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط١، ١٩١٠، ج٥،
٦. ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي – الام مطبعة بولاق – مصر ١٣٢١هـ - م٣ .
٧. احمد عيسى عاشور، الفقه المسير في العبادات والمعاملات، وطابع ابن سينا، القاهرة، ١٩٨٤.
٨. الامام ابو اسحاق الشيرازي – المهذب في الفقه – ج١٧.
٩. زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ،ط١،دار بن حزم للطباعة ،بيروت ،لبنان،٢٠٠٠م،
١٠. زين الدين العاملي، اللمعة الدمشقية، ج٥، جامعة النجف،
١١. زين الدين علي بن احمد العاملي، مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام، كتاب النكاح، احكام الاولاد في سقوط حضانة الام، ج٩.
١٢. السيد الحسين بن التقي بحر العلوم، موجز الاحكام، ج٣، ط٢، النبراس، النجف،.
١٣. السيد سابق، فقه السنة، ج٢، دار الكتاب العربي، ط٣، بيروت، ١٩٧٧.
١٤. السيد عبد الله المحض ،مستند القضاء الجعفري، دار المحجة البيضاء، ط ١، ٢٠٠٦.
١٥. السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، ط١، مطبعة مؤسسة الاستانة الرضوية، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
١٦. شمس الائمة ابي بكر بن سهر السرخسي- المبسوط – القاهرة – ط١ – ج٥.
١٧. شمس الدين ابن عرفة الدسوقي – حاشية الدسوقي - ج٢ – مطبعة بولاق - ١٢٩٥هـ .
١٨. شمس الدين العاملي، نهاية المحتاج، ج٧، مطبعة البابي، ١٩٣٨،

١٩. شمس الدين محمد بن شجاع الحلي ، معالم الدين في فقه ال ياسين ، ط١، طبع ونشر مؤسسة الامام الصادق (ع) ، قم،ايران،١٤٢٧ه.
٢٠. عبد الباقي بن يوسف بن احمد الزرقاني المصري ، شرح الزرقاني، ج٤،ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٢ م.
٢١. عبد الرحمن محمد بن عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ،ج٤، ط١ ، دار الكتاب العربي،بيروت، لبنان،٢٠٠٥ م
٢٢. كمال الدين ابن حمام الحنفي – شرح فتح القدير – مطبعة بولاق – مصر – ط١ – ١٣١٦ – ج٣.
٢٣. محسن الحكيم – منهاج الصالحين – مطبعة النعمان – النجف الاشرف – ط١٠- ١٩٦٩ .
٢٤. محمد المطيعي، المجموع في شرح المهذب،ج١٧، مطبعة الامام، مصر.
٢٥. محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الاولى، ١٩٦٧.
٢٦. محمد بن اسماعيل الصنعاني، سبل السلام، ج٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
٢٧. محمد بن علي الحنفي الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار ،دار الكتب العلمية ،بيروت،لبنان، ٢٠٠٢م.
٢٨. محمد بن مكرم بن منظور الانصاري، لسان العرب، مطبعة بولاق، ج١٩
٢٩. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة – الطبعة الثانية – دار الغدير للطباعة والنشر، سنة ٢٠١١،
٣٠. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، المكتبة الإسلامية، ط٦، ١٣١٤ه.
٣١. محمد سعيد الطباطبائي الحكيم – الاحكام الفقهية – العبادات والمعاملات – الفتاوي – الطبعة السابعة – دار اطلال للنشر، سنة ٢٠٠٣،.
٣٢. منصور بن يونس البهوني – كشف القناع- المطبعة الشرقية – القاهرة – ج١.
٣٣. منصور بن يونس البهوني، كشاف القناع، المطبعة الشرقية، القاهرة، ط١، ١٣١٩هـ - ج٥،
٣٤. موفق الدين بن قدامة، المغني، ج٨،

الكتب القانونية

١. احمد نصر جندي، الحضانة في الشرع والقانون، دار كتب القانونية، المجلة الكبرى، ١٩٨٨.
٢. حسين علي الاعظمي، احكام الزواج، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٩،.
٣. د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق.

٤. د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات ، بغداد ، الدار العربية للطباعة والنشر ١٩٧٦.
٥. د. محي هلال السرحان – أدب القضاء لابن ابي الدم – ١٩٥٣ – ج٢.
٦. د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج١، الاحوال الشخصية والحقوق المالية والوصايا والوقف والموارث، اعادة الطبعة الثامنة، ٢٠٠٥.
٧. عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقهاء وقضاءً، ط٢، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٩٧٦.
٨. عبد الكريم الحلي، الاحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، مطبعة الحجازي ، القاهرة، ط ٢، ١٩٤٧.
٩. علاء الدين خروفة، شرح قانون في الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، مطبعة دار المعارف – بغداد -١٩٦٣، ج٢.
١٠. فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القانونية، دراسة في ضوء الفقه والقانون، بغداد، ٢٠٠٩.
١١. القاضي عبد الحسين صباح صيوان الحسون – احكام الحضانة في الشريعة الاسلامية والقانون – مطبعة دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع – بغداد – ٢٠٢٢.
١٢. القاضي محمد حسن كشكول القاضي عباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، دراسة فقهية مقارنة، تطبيقات قضائية ، المكتبة القانونية، بغداد، ط٢، ٢٠١١.
١٣. المحامي جمعة سعدون الدليمي، احكام النفقة شرعاً وقانونا وقضاء ، مطبعة شكرة أب للطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٩٠. .
١٤. محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطباعة، مصر، ١٩٥٧.
١٥. محمد الشربيني الخطيب – مغني المحتاج الى معرفة الالفاظ المنهاج – موقع الاسلام – ج٣.
١٦. محمد زيد الابياني بك، شرح احكام الشريعة في الاحوال الشخصية، ج٣، مطبعة النهضة، ١٩٢٠
١٧. محمد محمود الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،ط١،دبي،مطبعة البيان التجارية، ١٩٨٨

المجلات والبحوث

١. أحكام الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، الباحث علي حسن كريبان اللهيبي، بحث مقدم الى المعهد القضائي، عام ٢٠١٠
٢. راغب سلمان عيدان ، سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي والشريعة الإسلامية وتطبيقاتها القضائية، بحث ترقية،٢٠١١،
٣. القاضي قاسم جرو كاظم منير – احكام حضانة الصغير في التشريع القضاء العراقي – بحث مقدم الى مجلس العدل – ٢٠١٢ .
٤. مجلة الاحكام العدلية ، العدد الأول.

المواقع الالكترونية

١. ابن حزم الظاهري، المحلى، شبكة الانترنيت، موقع السلام، ادارة المطبعة المنيرية، ١٣٥٢هـ، ج١٠.
٢. الامام مالك بن انس الاصبحي- المدونة الكبرى- شبكة الانترنيت – موقع الاسلام – المجلد الجنائي – مطبعة السعادة – مصر – ط١ – ١٣٢٣ه..
٣. الشيخ الدردير – الشرح الكبير – شبكة الانترنيت – موقع يعسوب – ج٢ .

القوانين

١. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٢. قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٣. قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧.
٤. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
٥. قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

القرارات القضائية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية ١٨٧٧/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٤ (غير منشور).
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٢٣٠ / هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩\٩\١٥ (غير منشور).
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٣١١/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١١ (غير منشور).

٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٦١٨، هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ ، ٢٠٢١/٥/١٠ (غير منشور).
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٣٠/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/١٩، (غير منشور).
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨٣٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٢٢.
٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٩٣٧٨/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١، ٢٠٢١/٧/١٣ (غير منشور).
٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٥١/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٠ (غير منشور).
٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٣١١_هيأة أحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠٢١ في ١١-٨_٢٠٢١(غير منشور)
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٣٥٠ _هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠١٨ في ٢٧-٨-٢٠١٨ (غير منشور)
١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٣٩٧-هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية- ٢٠٢١ في ١٨ -٨-٢٠٢١ (غير منشور)
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٤١٤/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١٢، غير منشور.
١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٨٩١\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية \٢٠٢١ في ٢٠٢١\٨\٢٢ (غير منشور)
١٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٠٧_هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٨ (غير منشور)
١٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٥٤\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٠ في ٢٠٢٠\١\٢٧ (غير منشور)
١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٨٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٢٤ (غير منشور).
١٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢١٢/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٥، (غير منشور).
١٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٧٠٧\٢٠٢٢\١٢٧٠٨ في٢٢\٩\٢٠٢٢(غير منشور)

١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٤٠٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٩/١٢/٤ (غير منشور).
٢٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٤٧\هيئ الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في ٢٠٢١\١\٣١ (غير منشور)
٢١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٢٤٩\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية \٢٠٢١ في ٢٠٢١\١١\٧ (غير منشور)
٢٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٩٧/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١، ٢٠٢١/٩/٢٢ غير منشور.
٢٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٠٧٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٢١، (غير منشور).
٢٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٦٣٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١. (غير منشور).
٢٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٣٢٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/١٤ (غير منشور).
٢٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٢٨/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٢٤، (غير منشور).
٢٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٠-ش-١٩٧٨،منشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد الأول،
٢٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٨٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣١، غير منشور.
٢٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧١٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٠ غير منشور.
٣٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٢٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢١ غير منشور.
٣١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٧٧/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٣/١ غير منشور.
٣٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٤٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/١٩ غير منشور.

٣٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٨٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٠/١١ (غير منشور).
٣٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٥٥٩/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/١٩ (غير منشور).
٣٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤١٣٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٨ (غير منشور).
٣٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٢٨٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٢٢ غير منشور.
٣٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٥، (غير منشور).
٣٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٤٨/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/٢٣م (غير منشور)..
٣٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨٣٨/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٢/١١ غير منشور.
٤٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٦٩٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/١٠. (غير منشور).
٤١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٩٥٥/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٤/٢١، غير منشور.
٤٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٠٦٣/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩، ٢٠١٩/٥/١٩(غير منشور).
٤٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦١٧٥/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٩/١٦. (غير منشور).
٤٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٣٧ \هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في٢٤\٤\٢٠٢٢ (غير منشور)
٤٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٨٤٤/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٦/١١ غير منشور.
٤٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٣٥٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١ (غير منشور).

٤٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٣٧٩\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في ٢٠٢٢\٥\٢٥(غير منشور)
٤٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٥٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/١٨، غير منشور.
٤٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨١٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٠ غير منشور.
٥٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨١٧/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/١٣ غير منشور.
٥١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٢٣/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٠ غير منشور.
٥٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٣٤/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٢٤ (غير منشور).
٥٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٧٥٥\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠١٢ في ٢٠١٢\١٢\١١(غير منشور)
٥٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٠١/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢١، (غير منشور).
٥٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٣١/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٠، (غير منشور).
٥٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٥، (غير منشور).
٥٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد\١١\هيأة عامة\٢٠٢١ في ٢٠٢١\٩\١٩ (غير منشور)
٥٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد_٢٥٠٥_هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية_٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/٨.(غير منشور)
٥٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٤١٣٠-هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية -٢٠١٨ في ١٨-٧-٢٠١٨ (غير منشور)
٦٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٤٧٢٥\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية \٢٠٢٢ في١٥\٣\٢٠٢٢ (غير منشور)
٦١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٥٦٩٦-هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية _٢٠٢٢ في ١٠-٤-٢٠٢٢

٦٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٣٨١\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/٢٤

٦٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٣٨٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في١٧\٢\٢٠٢١ (غير منشور).

٦٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٧٩١\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في١٠\٥\٢٠٢١ (غير منشور)

٦٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد ١١٦/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٤، غير منشور.

٦٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٢٩٤/هيأة موسعة/١٩٨٢ في ١٩٨٢/٥/٢٩، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثانية عشر، ١٩٨١، ص٥٠٤.

٦٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٦٥٣/ هيأة عامة/١٩٧٩ في ١٩٨٠/٣/١٦، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠، ص٦٧.

٦٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم ٦٩٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩، القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، قسم الاحوال الشخصية، ط١، ٢٠٢٠، ص٢٠.

٦٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية، بالعدد ١٨٨٢/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣١، غير منشور.

٧٠. قرار محكمة التمييز بالعدد : ٣١٤ ٤/ هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٢ في ٨-٣-٢٠٢٢(غير منشور)

٧١. قرار محكمة التمييز بالعدد ٦٢٢\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢١ في ١٧\١\٢٠٢١ (غير منشور)

٧٢. قرار محكمة التمييز بالعدد ٦٨٤٤\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠١٩ في ١١\٦\٢٠١٩.(غير منشور)

٧٣. قرار محكمة التمييز بالعدد١٠٣٤\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠١٨ في ٦\٢\٢٠١٨ (غير منشور)

٧٤. قرار محكمة التمييز بالعدد١٥٠٣٥\هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية\٢٠٢٢ في ٨\١١\٢٠٢٢ (غير منشور)