المقدمة

الأولاد هم ثمرة الزواج ، وعلى الزوجين التزام شرعي وقانوني ببذل العناية لهما، اثناء قيام الزوجية في حال كانت ظروف الاسرة طبيعية، وبعد الفرقة، والاطفال المتنازع على حضانتهم هم نتاج المشاكل الاسرية وهم الضحايا الأبرياء، وغالبا ما تظهر المطالبة بالحضانة عند النزاع سواء حصلت الفرقة بين الزوجين أم لم تحصل، ومن ثم تظهر مشكلة من له الحق في حضانة الطفل؟ هل يبقى مع الأم أم الأب؟، وفي خضم كل ذلك راعى المشرع في معالجة الحضانة مصلحة الطفل حتى غدا مبدأ (الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون) استقراراً قضائياً مسلماً به، وهو تطبيق للقاعدة الشرعية (حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله)، غير أن نص المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية لم يعالج كل الفروض المتولدة عن النزاع في استحقاق الحضانة؛ لأن النصوص غالبا ما تكون صماء تظهر عيوبها في التطبيق العملي، وهذا ما يسمى في فن الصياغة القانونية بالقصور التشريعي ، والذي اخذت محكمة التمييز الاتحادية على عاتقها معالجتهُ .

وتتركز مشكلة البحث في القصور الذي اعترى النص اعلاه، وكيف تصدى له القضاء، وكانت ابرز المشاكل هي عدم تحديد سن الحضانة بشكل جلي، وزيادة أو انقاص أجرة الحضانة، وحدد النص شروط الحضانة في النساء فقط، ولم يرد ذكر شروط الحاضن من الرجال، فضلاً عن عدم بيان حق الأب في المشاهدة وعددها وزيادتها أو إنقاصها والاصطحاب والعمر المحدد لها ومصاريف النقل عند تنفيذ حكم المشاهدة، وعدم ذكر شروط فيمن يختارهُ المحضون للإقامة معه عند اتمامه الخامسة عشرة من العمر، كذلك عدم بيان ماهية الضرر الموجب لإسقاط الحضانة، ومسؤولية الحاضن عن الضرر الذي يصيب المحضون.

أما اهداف البحث فهي الاشارة الى أهمية وخطورة النزاع على الحضانة، وما يرتبه من آثار، وبيان أهم الطرق لمعالجته ، ومن له الحق باحتضان الصغير ، ثم بيان القصور التشريعي الذي اصاب نص المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية، ومكامن القصور ، والعيوب التشريعية التي اعترت النص اعلاه ، وبيان أسباب القصور في النص ذاتهُ ، والإشارة الى الدور الذي أدته محكمة التمييز الاتحادية في معالجة القصور والطرق التي انتهجتها ، من حيث التفسير الواسع للنص، والاجتهادات القضائية في أحكامها ، ومدى تأثرها بالمتغيرات الاجتماعية، والغرض

من كل ذلك الوصول الى التطبيق السليم لأحكام الحضانة وتحقيق العدالة، ومراعاة مصلحة المحضون الاهم .

أما اهمية البحث تمثلت في كون احكام الحضانة تتعلق بالأسرة، وتؤثر في حياة من هم لبنة المجتمع، ولأهمية الحضانة في حياة المجتمع عامة والاسرة والصغير على وجه الخصوص، فقد تسبب القصور التشريعي في معالجتها تذبذبا في الأحكام القضائية الصادرة في فض النزاع الدائر في أحقية احتضان الصغير.

وفيما يتعلق بمنهجية البحث فقد اعتمد الباحث على المنهج التحليلي للنص موضوع البحث، ومن خلال استقراء الأحكام القضائية ثم وصفها وتحليلها ، وبيان وجهة النظر فيها ، وبيان الإطار العام للنص القانوني ، لأن الإطار العام يلعب دوره في توضيح ابعاد الشيء الذي يحيط به .

أما عن خطة البحث فلكي يأخذ موضوع البحث بعده العلمي ، عمدنا الى تقسيم البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الحضانة وشروطها والمستحقون لها

المبحث الثاني: دور محكمة التمييز في معالجة القصور التشريعي

المبحث الأول
مفهوم الحضانة وشروطها والمستحقون لها

وردت في احكام قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ النافذ المعدل عدة تعاريف للزواج والطلاق والخلع والوصية والإيصاء، ولكن لم يرد تعريف واضح وصريح للحضانة؛ لذا وجب التوسع في البحث للوصول الى مبتغى المشرع من ذلك، وهو حسنٌ فعل كون مفهوم الحضانة واسعاً ومتجدداً متغيراً بحسب الزمان والمكان ، وكذلك لما له من اهمية كونه يتعلق بالصغير الذي غالبا ما يكون غير قادر على تحديد خياراته لنقص اهليته، وهو ذو اهمية بالغة الخطورة لتعلقه بهذه الفئة، وهذا ما اكد عليه اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية مستندين الى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وهذا السائد في اغلب الديانات السماوية ، وحتى آراء الباحثين القانونيين من اهل الاختصاص واغلب المعاهدات الدولية المعنية بالطفولة ، ومن بعدهم قضاء محكمة التمييز الاتحادية الذي انصب على تجسيد مصلحة المحضون في احكامهُ ببالغ التجرد والحياد بصرف النظر عن مصلحة طرفي النزاع ، كون الصغير هو الأولى بالرعاية، والحضانة بذاتها ذات طبيعة مزدوجة، فهي حق للأم والصغير معا ، وكذلك هي التزام رتب المشرع عن تخلفه مسؤولية جزائية تصل الى العقوبات المقيدة للحرية والمالية ، وكذلك منح المشرع للقضاء سلطة انتزاع الولاية الجبرية كل ذلك تحقيقا لمصلحة الصغير الفضلى ، وأنّ الحضانة ونزاعها تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون ، لذا سنتناول الدراسة في المطلب الأول لبيان ماهية الحضانة والحق بالحضانة من الناحيتين الشرعية والفقهية، وفي المطلب الثاني شروط استحقاق الحضانة من الناحية الشرعية والقانونية والمستحقون للحضانة ، ورأي القضاء بذلك معززاً بقرارات محكمة التمييز الاتحادية .

المطلب الأول
ماهية الحضانة

تناولت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الحق بالحضانة وشروطها ، إلّا انها لم تبين بشكل تفصيلي ما هو الحق بالحضانة، ولم يرد تعريف واضح وصريح للحضانة أو ما هو الحق بالحضانة ، لذا سنتناول الدراسة بهذا المطلب على فرعين نوضح في الفرع الأول تعريف الحضانة، أما الفرع الثاني سيتم فيه بيان الحق بالحضانة.

الفرع الأول
تعريف الحضانة

إن مفهوم الحضانة مفهوم واسع التداول في الدراسات الفقهية سواء أكان على صعيد الفقه الاسلامي أو القانوني ؛ لذا كان لزاما علينا بيان تعريف الحضانة لغة، واصطلاحا، وقانونا.

الحضانة لغةً : بفتح الحاء وكسرها مأخوذة من الحضن ، وهو الضم الى الجنب واحتضان الشيء وضعه في الحضن ، والحضن من الانسان ، ما هو دون الابط الى الكشح [1]، ومنه الاحتضان أي احتمالك للشيء وجعله في حضنك ، كما تحضن المرأة ولدها وتحضنه بأحد شقيها ، وحضن الطائر لبيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه ، ويقال الحاضن والحاضنة موكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه.

وبعد استعراض كلمة حضانة في اللغة يتبين انها تحمل عدة معاني:

المعنى الأول: حضن بمعنى ضم ، وهو ما دون الابط الى الكشح ، وقيل هو الصدر والعضدان، وما بينها والجمع احضان .

المعنى الثاني: الحضن بمعنى التربية ، فيقال حضن الصبي حضنا، والحاضن والحاضنة الموكلان المحضون يحفظانه ويربيانه .

المعنى الثالث: الحضن بمعنى المنع ، يقال حضنت الرجل عن هذا الامر حضنا ، اي نحيته عنه وانفردت به دونه .

ويلاحظ أن اقرب معنى لغوي للحضانة هو الحاضن الموكل في حفظ وتربية المحضون.

---

(١) ابن منظور ،محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين بن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، دار صادر بيروت ،١٩٥٦م، مادة (حضن)، ص ١٢٢.

الحضانة اصطلاحاً: عرفت في الاصطلاح على انها القيام بتربية الطفل والتزام شؤونه ممن له الحق بذلك شرعا[1]، وبين فقهاء المذاهب عدة تعاريف ومنها:

أما الشيعة الإمامية: قالوا هي الولاية على الطفل والمجنون لفائدة وما يتعلق بها من مصلحته من حضنه وجعله في سريره ورضعه وكحله ودهنه وغسل غرفته ونحوه[2] .

الحنفية: عرفوها بانها تربية الطفل وضمه وحفظه وامساكه وتنظيف جسمه وثيابه[3].

والمالكية: فقد قصروا الحضانة بالصغير فقط ، وعرفوها بأنها حفظ الولد والقيام بمصالحه وشأنه في نومه ويقظته[4].

وعرفها الشافعية: على أنها حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل، والكبير المجنون وتربيته بما يصلحه وذلك بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك[5] .

أما الحنابلة: عرفوها بأنها حفظ الصغير أو المعتوه أو المجنون مما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم كغسل رأس الطفل وغسل يديه وغسل ثيابه وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحو ما ذكر بكل ما يتعلق بمصالحهم[6].

وقال البعض من فقهاء القانون وشراحه ، بأن الحضانة هي (القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه الى أن يبلغ سن معينة ، أو ضم الولد أو تربيته لمن له حق الحضانة فيه)[7].

والبعض الاخر على انها (الولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصالح في حفظه والاهتمام بشؤونه)[8].

---

(١) محمد جواد مغنية ،الفقه على المذاهب الخمسة ، الطبعة الخامسة ، شريعت قم ، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر ،١٤٢٧هـ، ص ٣٧٧.

(٢) محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، المكتبة الاسلامية ، ط٦،١٣٩٤هـ، ص٤٥٩.

(٣) ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، مطبعة الجمالية ، مصر ، ط١،١٩١٠، ج٥، ص٢٥٢.

(٤) شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج ،ج٧، مطبعة البابي ،١٩٣٨، ص٢١٤.

(٥) زين الدين الجعبي العاملي ، اللمعة الدمشقية ،ج٥، جامعة النجف ، ٧٦٨هـ ، ص٤٥٩.

(٦)محمد بن اسماعيل الصنعاني ، سبل السلام ،ج٣، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر القاهرة ، ص٢٢٧.

(٧)القاضي عبد الرحمن يونس عبد الرحمن ، الحضانة وتطبيقاتها في القضاء العراقي ، بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى لمتطلبات الترقية الى الصنف الاول ، ص٤، غير منشور.

(٨) القاضي عباس زياد السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ ، الطبعة الثانية ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ،٢٠١١، ص٢٥٠.

وبالنظر الى هذه التعاريف عموما يبدو انها تتفق جميعا على أن مناط الحضانة هو حفظ المحضون ، وإن اختلفت الالفاظ والشروح لهذا النوع من الحفظ من تربية ورعاية وما يحتاج اليه ممن لا يستقل بنفسه من صغير ومجنون ومعتوه ، ويكون الحفظ في جسم المحضون ومبيته وطعامه وتوجيهه وتربيته وكسائه .

أما الحضانة قانونًا: لم تختلف قوانين الاحوال الشخصية كثيرا في تعريفها للحضانة عما ورد بها من تعاريف في ما ذكره الفقهاء المسلمون ، ذلك أن الحضانة تعد من الضروريات في رعاية المحضون والحفاظ عليه، ولم يرد في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ تعريف واضح وصريح، وهو موقف جيد من قبل المشرع كون ذلك يكون من اختصاص الفقه والقضاء، وهو ايضا موقف اغلب التشريعات العربية ، تاركا للقضاء تولي معالجة ما يثار امامه من نزاعات في ضوء ترجيح ما يلائمه من رأي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة للنصوص.

في حين نجد بعض قوانين الدول العربية عرفت الحضانة مثل القانون الاماراتي فقد أورد تعريفا لها في قانون الاحوال الشخصية رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ النافذ في المادة (١٤) التي نصت على أن المقصود بالحضانة ((حفظ الولد ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس))، في حين اغلب قوانين الدول العربية لم تأخذ بتعريف محدد للحضانة كما هو الحال للمشرع العراقي والمصري إذ لم يأت بتعريف للحضانة ، وقد عرفها قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية في قرار لها بأنها: ((إن الحضانة في اصل شرعتها، هي ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته ، والاصل فيها هو مصلحة الصغير)) [1].

ونتوصل من خلال ما تقدم من تعاريف للحضانة ما بين فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون اتفاقهم جميعا على أن الحضانة هي وجوب حضانة الصغير والقيام بتربيته وتدبير شؤونه من مأكل ومشرب وملبس ، ويمكن ايضا تعريف الحضانة على انها تربية المحضون والقيام

---

(١) قرار رقم ٧ لسنة ٨ ق دستورية في ١٩٩٣/٥/١٥ نقلا عن احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا محكمة النقض ، احمد ابراهيم بيك ، المستشار ، ط ٥،٢٠٠٣، ص٦٩٧.

بواجباته وكل مصالحه والمحافظة عليها في فترة معينة من فترات حياته، وأنّ المشرع قد أولى اهمية كبيرة لموضوع الحضانة كونها تقوم على اساس الطفولة الذي يمثل الأهمية الكبرى في سلامة المجتمع، وتحقيق ابسط متطلبات العدالة كونه يعتبر الطرف الاضعف في النزاع ، ولأنه مسلوب الارادة ، وهو المعرض للخطر من المرض والفساد ، والذي يبنى عليه شخصيته وكيانه وتحديد مستقبله ، ومن المؤثرات القصوى التي تؤثر على مستقبل الصغير كون البيئة العائلية هي البيئة الأولى التي سوف ينشأ بكنفها ويكتسب منها العادات والطباع ، فإن نشأ في بيئة سليمة سوف يكون لها الاثر الكبير في تكوين شخصية سوية ، ويكون عنصرا فعالا ومنتجا في المجتمع، والعكس إن نشأ في بيئة غير جيدة فسوف يطرح للمجتمع شخص غير سوي ، ومن هذا المنطلق ترك المشرع العراقي ذلك الى عهدة القضاء مطلق الحرية والمساحة الكبيرة لما له من نظرة ذات بعد انساني أولا، وشرعي وقانوني وتهذيبي ثانيا ، ودائما ما يبحث عن مصلحة المحضون كون دعاوى الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون ، فالمهم أن تتوصل المحكمة الى أن من ستذهب اليه الحضانة هو الاصلح والاجدر باحتضان الصغير ، ومن خلال الوسائل العديدة التي اشارت اليها محكمة التمييز الاتحادية في العديد من أحكامها من خلال توجيه محكمة الاحوال الشخصية في ضرورة اجراء البحث الاجتماعي المتواجد في كل محاكم الاحوال الشخصية، وتكليف الباحثين الاجتماعين بإعداد تقارير مفصلة عن حالة طرفي النزاع والصغير ايضا ، وكذلك اجراء الكشف الموقعي على الدار المهيأة لإسكان المحضون ، واحالتهم الى اللجان الطبية المختصة لإجراء الفحص على الطرفين والصغير لبيان الحالة النفسية والجسمانية وتقدير الاصلح في ضوء ذلك ، اضافة الى التحقيقات الواسعة التي تجريها المحكمة للوصول الى ما هو افضل ويصب الى مصلحة المحضون ، ونعتقد أن غاية المشرع من عدم وضع تعريف واضح للحضانة لكون اغلب نصوص احكام قانون الاحوال الشخصية ليست جامدة بوجود ملجأ يلجأ اليه القاضي المطبق للنص عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص القانون[1]، وايضا منح المحكمة مكنة الاسترشاد في كل الاحكام القضائية التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية ، وبهذا النص كلما اراد القاضي البحث في تعريف الحضانة بإمكانه

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية على : (اذا لم يوجد نص تطبيقي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) .

الرجوع للشريعة الاسلامية دون التقيد بأي مذهب من مذاهب الشريعة الغراء ، ولا بد من الإشارة الى أن كل ما أورده الفقه بموضوع الحضانة من تعريف وشروط وترتيب المستحقين ، انها لا تحول دون التعامل مع وقائع الحضانة كل واقعة حسب ظروفها وزمانها وبيئتها ، وهذا النهج سارت عليه معظم الدول الاسلامية ، لأن الاصل في التشريعات انها توضع لصالح البشرية ودفع الضرر عنها ، وتنظيم علاقات افراد المجتمع ما بينهم وحماية حقوقهم ، سيما اذا كانت تخص الصغار، كونهم الأولى بالرعاية والحماية، مراعية بذلك مصلحة المحضون ودرء الضرر عنه ، وأنّ قانون الاحوال الشخصية قد منح المحكمة مكنة الفصل بذلك حسب مصلحة المحضون ، وامكنها من اجراء التحقيقات للوصول الى الاجدر بالحضانة من المتخاصمين طرفي النزاع ، والقول بكون احكام الحضانة جاءت بمعزل عن الشريعة الاسلامية، فهذا القول مردود عليه ، حين قضت المحكمة الاتحادية العليا[1] بدستورية احكام المادة السابعة والخمسين ، وعدم مخالفتها لأحكام المادة الثانية في الفقرة أولا والفقرة (أ) من المادة الثانية[2].

الفرع الثاني
الحق بالحضانة

بعد بيان تعريف الحضانة بالفرع الأول لابد من بيان مفهوم الحق بالحضانة باعتبار أن جميع الآراء سابقة الذكر قد سلمت على انه حق، وكان هذا الموضوع محل نقاش واختلاف ودراسة لذا سوف يتم بيانها بالشكل الآتي:

أولا: الحق بالحضانة من الناحية الشرعية: بهذا الصدد ظهرت عدة اراء بخصوص ذلك منها:

الرأي الأول: الذي بين أن الحضانة حق لله تعالى يرى البعض من فقهاء المالكية والاباضية ، بأن الحضانة حق لله تعالى، لأنها شرعت لحفظ النفوس، وأنّ حفظها من حقوق الله تعالى، فإذا ما اراد الحاضن أن يسقطها لا تسقط ولكنه لا يجبر عليها ما لم يكن هناك عذر شرعي يحول من دون

---

(١) قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٩٨/ اتحادية / اعلام /٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٧، منشور في الانترنيت ، موقع المحكمة الاتحادية العليا .

(٢)نصت المادة الثانية من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على (اولا : الاسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر اساسي للتشريع، (أ) لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام).

الوفاء بها، لأنها ولاية شرعية مقررة بحكم الشرع على وجهة الالزام فلا يجوز التحلل منها إلّا بأذن الشارع [1].

الرأي الثاني : يذهب جانب من الفقه الحنفي الى أن الحضانة حق للمحضون ، وليس للحاضن الامتناع عنها انما يجبر عليها بوصفها واجبا عينيا عليه حرصا على المحضون من الضياع ، ولا يجوز للحاضن أن يتصرف فيما يملكه المحضون من حقوق لذا يعد الفقه الاسلامي الحق بالحضانة حقا خالصا للمحضون، وإلزام الأم الحاضنة على حضانته في صغره لقدرتها على هذه المهمة على غيرها من الحاضنين من الرجال في حين يتولى الحاضنين من الرجال في الوقت الذي يقارب فيه المحضون سن البلوغ؛ لأنه في الغالب يكون هو الاقدر على رعايته وحفظه في هذه المرحلة العمرية للمحضون[2] .

ويترتب على أن الحضانة حق للمحضون الآتي:

أولا : إنه لا يجوز لأم المحضون المستحقة حضانته أن تصالح اباه على حقه في الحضانة مقابل بدل تأخذه منه ، لما في ذلك من تفويت لحق المحضون في الرعاية ، وهي لا تملك اسقاط حقه ، فإن فعلت ذلك لا يصح الصلح، ولا تستحق البدل الذي تصالحت عليه؛ لأن الحاضنة تملك اسقاط حقها، ولا تملك اسقاط حق غيرها.

ثانيا : إذا اختلعت الأم الحاضنة من زوجها على أن تترك حقها في حضانة الصغير خلال مدة الحضانة فأنّ الخلع يصح ولكن البذل يبطل اي بطل الشرط ، كونه يعتبر شرطا فاسدا لكون التصرف صحيحا، فيصح التصرف ويبطل الشرط الفاسد.

ثالثا : إذا كانت الحاضنة متعينة للمحضون، ولا توجد غيرها من الحاضنات لعدم استكمالهن شروط الحضانة فانه لا يحق لها أن تمتنع عن حضانته، فإن امتنعت اجبرت عليها محافظة على حق المحضون[3].

الرأي الثالث: إن الحضانة حق للحاضن يرى الامام مالك والبعض من الشافعية والمالكية والحنابلة والامامية الى أن الحضانة حق للحاضن، ولاسيما الأم الحاضنة فهي احق بالمحضون إن وقعت

---

(١) د. أحمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية ،ج١، الزواج والطلاق واثارهما ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ،٢٠٠٩، ص٣٤٥.

(٢) محمد جواد مغنية المصدر السابق ، ص ٣٧٩.

(٣) د. أحمد الكبيسي ، المصدر السابق ، ص٣٤٧.

الفرقة بينها وبين زوجها لرقتها وشفقتها بذلك عن الحاضن الأب ، ولكن للحاضنة الامتناع عن القيام بها على اساس أن حقها في الحضانة حق خالص لها ويسقط بالإسقاط، إلّا في حالة واحدة تكون الحضانة واجبا الزاميا عليها كأن تكون الحاضنة أما مسؤولة عن نفقة محضونها لانعدام الأب والمال والمنفق وغيرها أو في حال عدم قبول المحضون ثدي غير ثديها، فليس لها اسقاط حقها في الحضانة حرصا على تربية المحضون ونشأته وإن اصرت على اسقاطه فأنّ امهاتها لا يسقط حقهن بالحضانة بوصفها فرض كفاية فمتى ما قام بها احد من اهلها سقط الحق فيها عن الباقين[1] ، مستدلين بقول الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وصحبه وسلم اجمعين) (أنت احق به ما لم تتزوجي) عندما جاءت الى الرسول الكريم امرأة وقالت يا رسول الله هذا ابني كانت بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وأنّ اباه طلقني واراد أن ينتزعه مني، فأجابها المصطفى (ص) بذلك . ويترتب على كون الحضانة للأم انه ليس للأب أن ينازع الأم الحاضنة مادامت متمتعة بالشروط الشرعية ، ومما لاشك فيه أن النساء هن أولى بالحضانة وتربية الصغار في ادوار حياتهم الأولى ولا يمكن للمحضون الاستغناء عن رعايتهن والأم أحق الناس بحضانة ولدها؛ لأنها اقرب الناس اليه وأشفقها عليه ، ولا يشاركها في القرب إلّا الأب ولذلك لا يحق لها اسقاطها أو التنازل عنها .

الرأي الرابع: يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية ، أن الحضانة حق للام الحاضنة والمحضون ، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها ، وحق المحضون اقوى ؛ لأن مصلحته مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو انفع واصلح له وهو المعول عليه، وبهذا تكون الحضانة واجب كفاية. ولكن اذا تعينت ليس لها الامتناع عن الحضانة ، ولا حق لها في اسقاطها لذا فأنّ اسقاط الزوجة حقها في الحضانة عند المخالعة مردود ، لأنه مضيعة لحق المحضون، فإذا اسقطت الحاضنة حقها بقي حق المحضون، لأن حق الحاضنة لا يقوم على اساس التفريط بحق المحضون[2].

---

(١) د. محمد محي الدين عبد الحميد ، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، بيروت، ٢٠٠٧، ص٤١٢.

(٢) ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤٢١هـ، ص ٩٢٨ .

فلا بد من اعتناء الحاضنة بالمحضون منذ ولادته والحفاظ عليه والقيام بشؤونه في الفترة الأولى من حياته، فيكون هذا الحق واجبا على الأم؛ لأنها الاقدر على ذلك وفي المرحلة التي يستغني عن خدمة النساء يعد واجبا على أب المحضون .

وبناءً على هذا الراي، فأنّ الحضانة تكون من حق الأم والمحضون معا ، رغم أن الغالب الظاهر أن يكون أو يعتبر للصغير اقوى من ما هو للام كون الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون ، الذي يكون غالبا بحاجة الى الرعاية والحماية والمحافظة عليه ، كونه غير قادر على ادارة شؤونه ، وتقريبا جميع الآراء نلتمس منها الحرص على الصغير ومصلحته فهو الاهم المهم .

ثانيا: الحق بالحضانة من الناحية القانونية: ظهرت ايضا عدة اراء ووجهات نظر بخصوص بيان الحق بالحضانة ، كون الحضانة في حد ذات وصفها هي ضم المحضون وتربيته والمحافظة عليه فنكون هنا امام التزام اي أن يكون الحاضن ملزما والمحضون هو محل الالتزام أو صاحب الحق الذي هو ينصرف اليه الاهتمام والرعاية والمحافظة؛ لذا ظهرت عدة اسئلة عن مصدر هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الحاضن ولمصلحة المحضون فانقسمت الآراء القانونية على عدة فرق، فمنهم من يرى أن الحضانة اثر من اثار عقد الزواج، على اساس أن المحضون هو ثمرة هذه العلاقة الزوجية.

ولكن هذا القول مردود؛ لأننا لو سلمنا أن الحضانة حق مصدره عقد الزواج فكيف يثار التنازع على الحضانة في كثير من الاحيان بعد الفرقة، وبعد الوفاة للأم أو الأب وفي بعض الاحيان ينازع على الحق بالحضانة من هو ليس من الأبوين ، فبالتالي لا يمكن تصور أن الحق بالحضانة مصدره عقد الزواج، وكذلك الأحكام التي تصدر بمنح الحضانة لغير الزوجين في حالة فقدانهم للشروط الشرعية والقانونية وغيره من أسباب اسقاط الحضانة .

أما القول بأن مصدر الحق بالحضانة هو انحلال عقد الزواج كون أن النزاع على الحضانة لا تثار امام القضاء إلّا بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق أو الوفاة لأحد الوالدين ، وايضا أن هذا الاتجاه لا يمكن الركون اليه كون اغلب التشريعات العربية، والعراقي منها خصوصا اعتبر الحق بالحضانة حقا مستقلا عن اثار الفرقة ما بين الزوجين مهما كان نوعها والطريقة التي انتهت العلاقة الزوجية ، وأنّ احكام الطلاق والفرقة والفسخ وغيرها تستمد من الشريعة الإسلامية .

أما اذا اعتبرنا أن الحق بالحضانة اثر من اثار النسب كونه يقع على من يثبت النسب اليه اي ثبوت النسب بثبوت الحق للمحضون على من ثبت نسبه منه الذي يكون له الحق في الولاية والانفاق والرعاية، وهي ليست من اثار الزواج أو انحلال الزواج انما احد اثار النسب كونها المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس ، وهذا الرأي ايضا لا يمكن الركون اليه كون اثبات النسب يتعلق بشرعية الأولاد أو ثبوت نسبهم، ولا علاقة له بالحضانة؛ إذ يمكن أن يثبت نسب الصغير الى احدهم ولكن مصلحة المحضون تقتضي الحكم بالحضانة لشخص اخر غير من ثبت النسب له وغيره من الحالات وبهذا لا يمكن الاستناد الى هذا الرأي ، وأنّ المشرع العراقي لم يعرف في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ (الحضانة) ، وإنما جاء في مقدمة التعديل الثاني لهذا القانون بأنه ((يُقصد باصطلاح الحضانة في قانون الأحوال الشخصية تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل مَنْ له حق في ذلك قانوناً ، والمحافظة على من لا يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه مما يضره)) ، ولم يبتعد الفقه والقضاء العراقي عن هذا التعريف، وقد أجمع الفقهاء المسلمون على أن في الحضانة حقوق ثلاثة هي حق الصغير ، حق الأم ، حق الأب ، وأنّ التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن ، أما إذا تعذر ذلك ، فيذهب البعض إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حقاً للأم فيه ويترتب على ذلك أن الأم تجبر على حضانته، ولا خيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك بينما ذهب فريق آخر من الفقه ، إلى أن الحضانة حق للأم ويترتب على هذا ، إنها لا تجبر على حضانة الصغير ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها .

ويرى فريق آخر إلى أنها حقٌ للأم والصغير، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم ، وإن تعين فليس لها الامتناع ، وحق الصغير فيها أقوى، في حين ذهب المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية بالفقرة الأولى من المادة السابعة والخمسين منه على أن (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) ، وعند تفحص نصوص أحكام المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ نجد ما يشعرنا أن المشرع قد غلب مصلحة المحضون وحقه بالحفظ والصون حتى لو كان على حساب مصلحة ابويه أو حاضنيه ، وإن كان المشرع قد عين ابتداءً الأم الحاضنة الأولى ترتيبا، فهذا لا يمنع من إسقاط الحضانة عنها متى ما تعارضت مع مصلحة المحضون

الصغير، فهذه المصلحة تعلو فوق أي مصلحة وتسمو على أي اعتبار يتقاطع معها[1] ، اما القضاء العراقي فقد اعتنق في الحضانة مذهب تساير فيه مع الرأي الراجح من الفقه واعتبرها حقاً للمحضون والأم مجتمعا، فإذا أسقطت الأم الحاضنة حضانتها بقي حق المحضون ، كما أن مسائل الحضانة اعُتبرت من النظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ولا يقبل التنازل من قبل الحاضن أو التعامل بها في خلع أو سواه ، كونها حقا مستقلا عن باقي الحقوق المترتبة عن عقد الزواج ، ولا الاتفاق على خلاف ما ورد من احكام باعتبارها قواعد قانونية امرة واجبة الأتباع من قبل الاطراف والكافة ، كما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية ((... وجد أن الحكم المطعون فيه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون وذلك؛ لأن الأم احق بحضانة وتربية الأولاد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك أي أن الحضانة مرتبطة بمصلحة المحضون وعليه كان على المحكمة سماع اقوال المحضونيين (ح) ١٣سنة و(خ)١١ سنة حتى تتحقق منهما مباشرة أين تكمن مصلحتهم مع الأم أم مع الأب ، وإن اقتضى الامر إرسالهم الى اللجنة الطبية المختصة، وكذلك الاطلاع على الحكم القاضي بإلزام المدعي بالنفقة للأطفال وتاريخ الحكم حتى تهتدي المحكمة هل أن الغرض من اقامة الدعوى هذه هو لمصلحة المحضون أم التخلص من النفقة المحكوم بها لهذا الغرض وعلى ضوء هذه التحقيقات إصدار الحكم الذي ينسجم مع مصلحة المحضونيين ..)) [2]، وكذلك اعتبارها من الامور المتعلقة بالحل والحرمة واستثنائها من المدد المنصوص عليها عند نظر الطعون، فأنّ محكمة التمييز عند ورود الطعون بخصوص دعاوى الحضانة ، وإن كانت خارج المدة القانونية، فأنها تقضي برد الطعن شكلا لوقوعه خارج المدة القانونية ولكون موضوع الدعوى يتعلق بالحل والحرمة تجري التدقيقات التمييزية وتصدر حكمها في ضوء الوقائع المعروضة بالرغم من وجود نص امر وهو احكام المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ[3] ، وكذلك

---

(١) القاضي اياد احمد سعيد المساري ،الموسوعة الشرعية والقانونية في الاحوال الشخصية والاوقاف ،الطبعة الثانية ، ٢٠١٧، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص٤٣٢.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٧٩٤/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٧، غير منشور .

(٣) نصت المادة ١٧١ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ على: (المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية).

منح المشرع محكمة الاحوال الشخصية عند تحديد اختصاصاتها وتخويلها بالحكم بالقضاء المستعجل وتعيين حاضن مؤقت امين على المحضون عند عرض نزاع على حضانة صغير حسب نص المادة (٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل [1] ، وكذلك استثناء دعوى الحضانة من قاعدة سبق الفصل كونه قد منح من صدر حكم بإسقاط الحضانة عنه بإمكانه المطالبة مجددا بضم الحضانة اليه أن اقتضت مصلحة المحضون ، وقد أيدت هذا التوجه محكمة التمييز الاتحادية بعدة قرارات منها (الام احق بتربية الولد وحضانته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مادامت متمتعة بشروط الحضانة ولم يتضرر المحضون من بقائها حاضنة له)[2] ، وايضا ((...وجد أن الحكم المطعون فيه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، لأن صدور حكم بإسقاط حضانة المدعية (المميزة) وعدم تنفيذه من قبل المدعى عليه (المميز) لا يمنعها من المطالبة بإسقاط حضانة المدعى عليه متى ما توفرت فيها شروط الحضانة ومتى ما فقد الحاضن أي من شروطها المنصوص عليها في المادة السابعة والخمسين /٢ من قانون الاحوال الشخصية وحيث إن المحكمة لم تلتفت الى هذه الجهة الأمر الذي أخل بصحة حكمها المميز ....)) [3] ، وهذا إن دل على شيء يدل على حرص قضاء محكمة التمييز على المواءمة ما بين النصوص التشريعية ، في قانون الاحوال الشخصية، وما بين الآراء الفقهية الاسلامية ، دون التقيد بمذهب معين ، بحثا عن مصلحة المحضون المجردة ، دون اي اعتبار لمصالح طرفي النزاع، أي كان درجات قرابتهم من المحضون .

وحماية لحق المحضون فقد قيد المشرع الحاضن بعدة شروط اضافة الى الشروط الشرعية والقانونية المفروض توافرها في من ينازع ويطلب بضم الحضانة اليه، فهناك في قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ، فقد افرد المشرع في الباب الثامن ، الفصل الخامس/

---

(١) نصت المادة ٣٠٢ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ على: (تختص محكمة الاحوال الشخصية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة موقتة او بتعيين امين على محضون متنازع على حضانته يقوم برعايته والمحافظة عليه اذا قام لديها من الاسباب ما يخشى منه خطر عاجل على طالب النفقة او على بقاء المحضون تحت يد حاضنته حتى يبت في اساس الدعوى كما تختص بغير ذلك من الامور المستعجلة).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٣/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١١ في ٢٠١١/١/٩ ذكره القاضي اياد احمد سعيد المساري ، مصدر سابق، ص ٤٣٢.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٤٠٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/٢٧ ، غير منشور .

((الجرائم الاجتماعية))، وهي (الجرائم المتعلقة بالبنوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر وهجر العائلة)[1]، وأورد جزاءات اتجاه من يخل بما عهد اليه بالحضانة قد تصل منها الى العقوبات المقيدة للحرية والمالية بموجب النصوص العقابية لكل من يتسبب سواء بالخطأ أو العمد بإلحاق الاذى بالصغير المحضون ، وحتى من الزمه القضاء بتسليم المحضون للحاضن المنصوص عليه في الحكم وامتنع عن تسليمه اعتبر امتناعه فعلا مجرما ووضع العقاب له [2] ، ومن كل ما ذكر نستخلص الى أن المشرع العراقي ، وإن لم يضع تعريفا واضحا وصريحا للحق بالحضانة، ولم يبين المصدر لهذا الحق الى انه قد كرس عدة وسائل لحماية هذا الحق ، فنتوصل الى أن الحق بالحضانة هو حق منحه القانون ويحميه بدعوى وقد تختلف التسميات للدعوى كطلب ضم حضانة أو تسليم اطفال أو اسقاط حضانة أو استلام محضونين، ففي النهاية الكل يصب في ذات المعنى، وهو البحث عمن له الحق بالحضانة ، والذي يمكن الاطمئنان له بتسليمه المحضون للاهتمام به والمحافظة عليه، وفي كل ما يتعلق بالحضانة يكون دور القضاء هو البحث عن الامثل والافضل للمحضون ، تحقيقا للغاية المنشودة من تكليف المشرع للقضاء بناء على السلطة المخولة له بموجب احكام القانون للبحث عن مصلحة المحضون ، فتارة نجد

---

(١) نصت المادة ٣٨١ من قانون العقوبات على: (يعاقب بالحبس من ابعد طفلا حديث العهد بالولادة عمن لهم سلطة شرعية عليه او اخفاه او ابدله او نسبه زورا الى غير والديه) ، وكذلك نصت المادة ٣٨٢ (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له حق في طلبه بناء على قرار او حكم صادر عن جهة القضاء بشأن حضانته او حفظه ولم يسلم اليه ويسري هذا الحكم ولو كان المتكفل للطفل احد الوالدين او الجدين) ، والمادة ٣٨٣ (١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات او بالغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار من عرض للخطر سواء بنفسه او بواسطة غيره شخصا لم يبلغ الخامسة عشر من عمره او شخصا عاجزا عن حماية نفسه بسبب حالته الصحية او النفسية او العقلية ٢- تكون العقوبة الحبس اذا وقعت الجريمة بطريق ترك الطفل او العاجز في مكان خال من الناس او وقعت من قبل احد اصول المجنى عليه ام من هو مكلف بحفظه ورعايته ، فإذا نشأ عن ذلك عاهة بالمجني عليه او موته دون ان يكون الجاني ذلك عوقب بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المفضي الى العاهة او الى الموت بحسب الأحوال ويعاقب بالعقوبة ذاتها اذا كان التعريض للخطر بحرمان الصغير او العاجز عمدا عن التغذية التي تقتضيها حالته مع التزام الجاني قانونا او اتفاقا او عرفا بتقديمها.

(٢) تجدر الاشارة الى أن امتناع المحكوم عليه عن تسليم الصغير الى من قرر القضاء احقيته بالحضانة علاوة على عدها جريمة مستقلة ، فأن المحكوم عليه يبقى في الحبس التنفيذي مهما بلغت المدة حتى يسلم المحضون، إلا ان كان التسليم خارج عن ارادة المحكوم عليه، وذلك حسب نص المادة ٤٨ من قانون التنفيذ المرقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل النافذ والتي تنص على (اذا امتنع المحكوم عليه عن تسليم الصغير، فيجب حبسه مهما بلغت المدة حتى يسلمه، على ان لا يجوز الحبس عندما يكون عدم التسليم خارجا عن ارادة المحكوم عليه)).

القضاء يحكم بانتزاع الحضانة من الأم، وتارة اخرى يحكم باستردادها والزام الأب أو أي من الاقارب الذين يكون المحضونون في حضانتهم ، ولذلك قيل: إن المحكمة تتجه أين ما تصب مصلحة المحضون ، وتقرر لمن تحس بالاطمئنان على المحضون لديه ، ومن تراه قادرا على رعايته وتأمين احتياجاته، سواء كان الأب أو الأم أو اي طرف من اطراف النزاع المعروض على القضاء ، كما جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية ((..وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لأن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، وأنّ مصلحة المحضونة في مثل هكذا حالة تكون ببقائها مع والدها المدعى عليه كونه قام بحضانتها ورعايتها منذ استلامها من والدتها وبموافقتها الى وقت إقامة الدعوى والذي لم تطعن المدعية بأنه لا يصلح للحضانة، ولا يوجد سبب لإسقاط حضانته عن المحضونة (ابنته) سيما، وانها بكنفه لمدة خمس سنوات وهي بكامل الرعاية والاهتمام، ولا يوجد اي سبب لإسقاط الحضانة وحيث أن مصلحة المحضونة هي الأولى بالرعاية فيكون الأب (المدعى عليه) هو الأصلح والأحق بحضانة المحضونة، وتكون دعوى المدعية لا سند لها من القانون وواجبة الرد وحيث إن المحكمة قضت بخلاف وجهة النظر المتقدمة الأمر الذي أخل بصحة حكمها المميز؛ لذا قرر نقضه .....)) [1] ، وهنا نلاحظ أن محكمة التمييز الاتحادية لم تنظر الى درجات الخصوم والترتيب الذي نص عليه المشرع في المستحقين للحضانة ، بل بحثت عن مصلحة المحضون وتوجهت بالحكم الى الجانب الذي تبين لها أن مصلحة المحضون فيه متحققة ، وهنا تكون محكمة التمييز الاتحادية قد استعملت المكنة الممنوحة لها من قبل المشرع خير استعمال، وهو التقدير والبحث عن مصلحة المحضون بكل تجرد عن مصلحة الطرفين المتخاصمين ، وهو تطبيق سليم لأحكام القانون .

المطلب الثاني
شروط الحضانة والمستحقون لها

إن للشخص الحاضن أثرا كبيرا في بناء شخصية ونفسية المحضون ، ولكون الحضانة تتطلب الحكمة واليقظة ، والانتباه ، والصبر ، كون المحضون يتأثر وبشكل مباشر بأقوال وافعال حاضنه فقد اتفق الفقهاء وشراح القانون على أن تتوافر في الحاضن شروط معينة ، ولتحديد من

[1] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١ /هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣، غير منشور .

هو أولى الناس به ولأهمية هذا الموضوع بتحديد صاحب الحق بالحضانة والمستحق لها سنتناول دراسة شروط استحقاق الحضانة شرعا وقانونا في الفرع الأول ، والفرع الثاني سيكون لبيان المستحقين للحضانة شرعا وقانونا.

الفرع الأول
شروط الحضانة شرعاً وقانوناً

وردت عدة اراء وشروط وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذلك فقهاء القانون والمشرع العراقي في الفقرة الثانية من احكام المادة السابعة والخمسين ، ولأهمية شروط الحضانة واعتبارها من المسائل المهمة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية على حد سواء ، ولأهمية الحضانة فقد اشترط الفقه والقانون لمن يقوم بممارستها شروط عديدة وسوف يتم بيانها تباعا من الناحية الفقهية والقانونية .

أولا: الشروط المطلوب توافرها من جانب الفقه الإسلامي:

يشترط الفقه الاسلامي لمن يمارس ولاية الحاضن من الرجال والنساء جملة من الشروط البعض منها عامة يشترك فيها الحاضنون ، والبعض منها خاصة تختص بها الحاضنة عن دونها.

١: الشروط العامة :

وهي الشروط التي يطلبها الفقه الاسلامي لكل من يمارس الحضانة أو ينازع فيها، أو يطالب بها ، وتسري على الرجال والنساء وهي الآتي:

أ- العقل والبلوغ:

يتفق جمهور فقهاء المسلمين على أن لا حضانة للحاضنين من الرجال والنساء لمن يعتريها الجنون[1] ، لأن المجنون لا يستطيع القيام بشؤون نفسه ، فليس من الممكن تصور أن يتولى شؤون غيره ويتساوى في ذلك اي كان نوع الجنون سواء كان مطبقا أو متقطعا، فكلاهما مانع من تولي الحضانة؛ لأن ترك المحضون عند الحاضن المجنون فيه من الضرر على المحضون على اساس أن الغرض من الحضانة اساسا هو لحماية ورعاية المحضون وتوفير الحماية له والمعتوه يأخذ حكم المجنون باعتباره مانعا من موانع تولي الحضانة كونهم جميعا (المجنون والمعتوه وغير البالغ) هم بحاجة الى من يدير شؤونهم ورعايتهم، أما بخصوص البلوغ فالحضانة مهمة شاقة لا يتحمل تبعة مسؤوليتها إلّا الكبار فهي من باب الولاية وليس الصغير أهلا لذلك.

ب- الامانة والقدرة وسلامة الحاضن من الامراض المعدية :

---

(١) محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ،ص ٢٧٨.

إن شرط الامانة صفة يشترط توافرها في الحاضن ليكون اهلا لها لممارسة حق الحضانة لضمان أن ينال المحضون حدا ادنى من التربية السليمة؛ لذا لا تصح حضانة الحاضن الفاسق رجلا كان أو امرأة من كان سكيرا أو مشتهرا بالزنا، ولا حضانة لفاجرة ولا لراقصة، وإلّا انتزعت منهم الحضانة حفاظا على المحضون كونهما غير أمينين ولا يوفيان الحضانة حقها[1].

وأما القدرة على الحضانة، فيلتزم أن يكون الحاضن والحاضنة قادرين عليها بوقتها وجهدها ، فلا تسلم الحضانة لمن كانت كثيرة الخروج ، ولو في مباح ، لأنها غير قادرة على اصلاح المحضون ومراقبته والقيام بشؤونه كونها غير متفرغه له وهو كثير الغياب عن نظرها فكل ما يشغل الحاضنة عن القيام برعاية المحضون والعناية به ومراقبته يعد مناقضا لأمانتها على المحضون حتى إن كان انشغالها عنه لأمور العبادة ، فإن اخلت الحاضنة بأحد شروط الحضانة اسقطت عنها الحضانة وأودعت الى من يليها أو من تقتضي مصلحة المحضون اليه ، واضافة الى ذلك يجب أن يكون الحاضن خاليا من الامراض الدائمة كأن يكون مقعدا أو غيره من الامراض التي تصيب البدن التي تعيق الحاضن عن القيام بما هو مطلوب منه من رعاية واهتمام بالمحضون ، وقد ذكر الفقهاء عدة امراض مثل السل والجذام والبرص وغيرها من الامراض، وأنها جاءت على سبيل المثال لا الحصر، لأنه قد تكون هناك من الامراض المعدية أو التي تعيق حركة المصاب بها لذلك من الافضل عدم حصر الامراض[2].

ج- الإسلام:

يشترط جانب من الفقه من الامامية والشافعية ، الاسلام شرطا لممارسة من له حق الحضانة فالحضانة عند اصحاب هذا الرأي لا تثبت للحاضنة الكافرة في حضن المسلم؛ لأن الحضانة ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ((ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا))[3] ، فتدل الآية الكريمة على أن الله تبارك وتعالى قد قطع الطريق بالحق والموالاة بين الكافرين والمسلمين ، وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض ، والكفار بعضهم أولياء بعض ، والحضانة من اقوى أسباب الموالاة التي قطعها الله بين الفريقين ، أما بقية المذاهب لم

---

(١) د. احمد فراج حسين ، احكام الاسرة ،كلية الحقوق جامعة بيروت ،١٩٩٨،ص٢٨٨.

(٢) بدران ابو العينين ، الفقه المقارن ، الاحوال الشخصية ، الجزء الاول ، بيروت ،١٩٦٧، ص٩٥٤.

(٣) سورة النساء، الآية : (١٤١) .

يشترطوا الاسلام فالحضانة تصح مع الكتابية وغير الكتابية سواء أكانت ام المحضون أو غيرها إلّا أن الحنفية قالوا : ارتداد الحاضن أو الحاضنة يسقط الحضانة[1].

٢- الشروط الخاصة: وهي شروط خاصة بالنساء وشروط خاصة بالرجال وهي على النحو الآتي:

أ-الشروط الخاصة بالنساء:

١- أن لا تكون متزوجة من رجل اجنبي عن المحضون، فقد ذهب العديد من جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية الى أن الحاضنة من اجل احتفاظها بالحضانة ، يجب أن لا تكون متزوجة من رجل اجنبي عن المحضون، فإن تزوجت بغير قريب ذي محرم عنه سقط حقها بالحضانة ، واستندوا الى قول الرسول الكريم ((صلى الله عليه وعلى اله وصحبه وسلم)) للمرأة التي سألت بشان حضانتها لولدها (انت احق به ما لم تنكحي)، وذهب الامامية الى أن الأم تسقط حضانتها بالزواج مطلقا ، سواء كان الزوج ذا رحم للمحضون أو اجنبيا عنه[2] .

٢ - عدم سفر الحاضنة بالمحضون: إن سفر الحاضنة بالمحضون من بلد لآخر ، قد يكون لأجل السكن أو العلاج أو الاستقرار ، أو التجارة أو النزاهة ، أو لحج بيت الله الحرام، ويرى البعض من الفقهاء أن سفر الحاضنة لحاجة في نفسها ، وإن بقي الأب في بلد المحضون، فأنّ ذلك ليس بمبرر في اسقاط حقها في حضانة المحضون، وذهب الفريق الاخر الى أن السفر بالمحضون لأي سبب كان هو سبب لإسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة وضرورة نقل الحضانة الى الأب في حالة وجوده، ومتى ما عادت من السفر عاد حقها في الحضانة؛ لأن السفر فيه خطورة والضرر بالنسبة للمحضون.

وعلى خلاف ما ذكر ذهب بعض الفقه الى أن سفر الأم الحاضنة الى بلد تقصر فيه الصلاة للسكن والاستقرار يعتبر اسقاطا لحق الأم بالحضانة، وتنتقل الحضانة الى أبيه ليقوم بتربيته ورعايته ، واما غير الحاضنات اي غير الأم فقد اتفق جميع الفقهاء بأنه ليس لها السفر والانتقال بالمحضون إلّا بأذن من أب المحضون[3].

---

(١) محمد جواد مغنية ،المصدر السابق ، ص٣٨١.

(٢) د احمد الكبيسي ، المصدر السابق ، ص٣٥١.

(٣) القاضي اياد احمد سعيد المساري ، المصدر السابق ، ص ٤٣٥.

ولم يرد في اغلب الآراء الفقهية معيار محدد أو ضابط للترجيح في بيان حالات السفر من قبل الحاضنة بالمحضون دون الحاجة الى اذن أو موافقة من قبل والد المحضون، ومن ثم يكون هذا المنع الوارد على السفر حسب رأي الفقهاء واردا على سبيل العموم عند اغلبهم ، سواء أكانت الحاضنة هي الأم أم غيرها، بل انه يتعداه ليصل الى الرجال ايضا كما سنبين لاحقا.

ب – الشروط الخاصة بالرجال:

١ – أن يكون الحاضن محرماً على المحضون ويقتصر هذا الشرط على الحاضنين من الرجال في حضانتهم للإناث، اذ يجب أن توجد بين الحاضن والمحضونة حرمة[1]، وإن بلغت من العمر تسع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها فإن لم تبلغ الانثى حد الفتنة والشهوة أعطيت للحاضنين المستحقين للحضانة من الرجال ، وإن لم يكن للمحضونة من عصبة الرجال بحاضن أمر القاضي افضل المواضع، على اساس أن الولاية اليه فيراعي الاصلح، فإن اراد القاضي ضمها الى رجل يعد عاصباً لها ، وإن لم يراه وضعها القاضي لدى حاضنة مسلمة امينة عاقلة بالغة وهذا القول إن كانت الأنثى قد بلغت من العمر ما يخشى عليها من الخلوة مع شخص غير محرم عليها ، أما اذا كانت في سن الرضاع فلا يخشى عليها ولا مانع من ضمها الى أقاربها الرجال، وإن لم يكن محرما عليها[2].

وهذا الرأي اتفق عليه اغلب الفقهاء من كافة المذاهب الاسلامية لما له من تطبيق حرفي للشريعة الاسلامية، وما يتناسب مع المجتمعات والعادات والتقاليد للمجتمعات الاسلامية، لذلك ذهبت اغلب المذاهب الى ضرورة اسقاط الحضانة عن الأم الحاضنة التي تتزوج من اجنبي عن المحضون إن كان المحضون انثى، في حين لم يتطرق القانون العراقي الى كون المحضون أنثى أو ذكر، ولم يفرق بينهما بل انه فقط اشترط في حالة وفاة الأب أن يتقدم الزوج الأجنبي عن المحضون بتعهد الحماية والمحافظة على المحضون ، اما في حالة الطلاق، وكان اب المحضون على قيد الحياة، فلم يوجب المشرع هذا التعهد بل اشترط فقط عدم تضرر المحضون .

---

(١) تجدر الاشارة الى انه قد حرم الله عز وجل على الرجل الزواج من عدد من النساء تحريما أبديا، بإحدى ثلاث وهي النسب او المصاهرة أو الرضاع ، الآية ٢٣ من سورة النساء ، وكذلك توجد حرمة مؤقتة كزوجة الغير ، والمعتدة ، والجمع بين محرمين ، والجمع بين اكثر من اربع زوجات ، والمطلقة ثلاث، وعديمة الدين السماوي .

(٢) الشيخ محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، طبع دار الحمامي للطباعة ، ط٣،١٩٥٧، ص٤٠٨.

٢ – اتحاد الدين: يشترط الفقهاء المسلمون اتحاد الدين بين الحاضنين من الرجال والمحضونين، لأن حق الرجل في الحضانة ينبني على الميراث ولا توارث بين المسلم وغير المسلم ، فإن كان المحضون غير مسلم، وكان الحاضن ذو الرحم المحرم مسلما، فليس له الحق بحضانته، انما الحضانة تكون لذوي رحمه من دينه ، إلّا انه اذا كان المحضون مسلما والحاضن غير مسلم ، ترفع الحضانة لأن التوارث بينهما ممكن ، اذ أسس حق الحضانة في الرجل على الميراث اي أن المحضون هو من سيرث الحاضن والمسلم جائز أن يرث غير المسلم[1].

٣ – عدم سفر الحاضن بالمحضون: يتفق جمهور الفقهاء المسلمين على أن الأب الحاضن اذا سافر بالمحضون لحاجة فأنّ حقه في الحضانة لا يسقط عن المحضون، وأما اذا اراد الأب الحاضن الانتقال بالمحضون من بلده الى بلد اخر للسكن والاقامة الدائمة، فليس له ذلك وتسقط عنه الحضانة سواء كان البلد الذي ينتقل اليه قريبا أو بعيدا عن موطن الأم حفاظا على مصلحة المحضون[2].

وإنّ كل ما تقدم من اراء لفقهاء الاسلام بكل المذاهب له اسانيده وحججه من القرآن الكريم والسنة النبوية، وأنّ القول بغير ذلك هو غير صائب؛ لأن كل فريق قد اجتهد ودرس وبحث وتقدم برأيه (وأنّ رحمة الامة باختلاف الائمة)، وأن المشرع العراقي لم يذهب بعيدا عن اراء الفقهاء فقد جاء متسايرا معهم وما يلائم طبيعة المجتمع الحالية؛ لأن النزاع على الحضانة هو من اخطر ما تمر على محاكم الاحوال الشخصية كونها تمثل لب الأسرة، وما يصدر عن المحكمة بعد التدقيق والتمحيص بالوقائع بحثا عن الافضل والاصلح والآمن للمحضون، فقد ترك المشرع العراقي المجال للقضاء للاجتهاد للوصول الى ما يحقق العدالة ومصلحة المحضون .

إضافة الى الشروط الأربعة التي نص عليها المشرع العراقي في الفقرة ثانيا من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية نجد أن القضاء العراقي والمتمثل بمبادئ محكمة التمييز الاتحادية توسع في اجراءاته عند نظر دعاوى الحضانة، وذلك بالتحقيق في صلاحية طرفي الدعوى واجراء الفحص الطبي الشامل للأطراف والمحضون من الناحية الجسدية والنفسية ، وإنشاء مكاتب البحث الاجتماعي واجراء الكشف الموقعي على الدار المهيئة من قبل طالب

---

(١) د. أحمد فراج حسين ، المصدر السابق ، ص ٢٩٠.

(٢) محمد جواد مغنية ، المصدر السابق ، ص ٣٨١.

الحضانة والمطلوب اسقاط حضانته للوصول الى الافضل والامثل للمحضون من كافة النواحي[1]، ونشد على يد المشرع عندما اطلق يد القضاء بذلك كون المحكمة سوف يكون همها الأول هو البحث عن مصلحة المحضون متجردة من كل العواطف .

ثانيا: الشروط المنصوص عليها قانونا :

الشرط الأول البلوغ: أن تكون الحاضنة بالغة قد اتمت الثامنة عشرة من العمر أو البلوغ الشرعي أي إن اتمت الخامسة عشرة من العمر وتزوجت بموافقة المحكمة ولم يبين المشرع السن المطلوب للبلوغ في قانون الاحوال الشخصية حيث ورد السن القانوني للبلوغ في القانون المدني ومنح قانون الاحوال الشخصية السلطة لقاضي محكمة الاحوال الشخصية بالأذن بزواج من اتم الخامسة عشرة من العمر واعتبر قانون رعاية القاصرين أن من اتم الخامسة عشرة من العمر وتزوج بموافقة المحكمة يعتبر كامل الاهلية اي البلوغ الشرعي.

الشرط الثاني العقل: فالمرأة المجنونة لا يمكن أن تؤمن على نفسها، وهي ليست اهلا للتكليف في نفسها فلا تكون مكلفة أو مسؤولة عن غيرها، إذاً فلا حضانة للمرأة المجنونة أو المعتوهة ولا يشترط أن يكون الجنون مطبقا ام متقطعا لكي يكون مسقطا للحضانة بل اذا كانت مدعية الحضانة مصابة بأقل درجات الجنون يعد هذا سببا مسقطا لحق لحضانة، ولا يحكم لها، وايضا يمكن عدها ناقصة الاهلية اي يمكن شمولها بشرط البلوغ كون قانون رعاية القاصرين اعتبر ناقص الاهلية الذي تقرر المحكمة ذلك يعتبر قاصرا، من ثم يمكن عدم تحقق الشرطين معا لارتباط البلوغ بالأهلية القانونية المطلوبة وهي اهلية الوجوب اي اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وهذا ما اتجهت اليه محكمة التمييز الموقرة في العديد من احكامها ومنها (وجد أن الحكم صحيح وموافق للشرع والقانون وللأسباب التي استند إليها الحكم بعد أن تبين أن المدعية محتفظة بشروط الحضانة خصوصا، وأنّ التقرير الطبي للجنة الطبية النفسية الأولية يشير الى عدم وجود علامات صرع لديها ، وأنها تتمتع بصحة جيدة وبكامل قواها العقلية وحيث أن الأم احق بالحضانة كما وتبين أن وجود الأطفال موضوع الدعوى بحضانة المدعية اصلح لهم وبذلك

---

(١) القاضي عدنان مايح بدر، الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٩ ، ص١٨٢.

يكون الحكم المميز بالزام المدعى عليه بتسليم الأطفال لها لغرض حضانتهم صحيحا)[1]، وهنا نجد أن محكمة الموضوع قد قررت ارسال الأم الى اللجنة الطبية لإجراء الفحوصات الى الأم والاب والمحضونين لبيان الأم إن كانت متمتعة بقواها العقلية من عدمه للتحقق من شرط العقل، وفي قرار اخر (لدى عطف النظر على الحكم المطعون به وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، ذلك أن محكمة الموضوع لم تتقيد بما ورد بعريضة الدعوى؛ إذ إن المميز استند في دعواه على الحالة النفسية للمميز عليها مما كان على المحكمة احالة المذكورة الى اللجان الطبية النفسية لبيان فيما اذا كانت تعاني من حالة نفسية ومن مرض يخل بشروط الحضانة ومن ثم اصدار الحكم وفق النتيجة)[2].

الشرط الثالث الأمانة: وقد يكون المقصود بها تلك التصرفات الاخلاقية لمن تدعي بحق الحضانة وتطالب بها ، التي تؤهلها لحضانة الصغير ، بحيث تكون مخالفتها مثلبة بحق مرتكبها فيكون غير امين على الصغير ، وأنّ هذا الشرط له مدلولات كثيرة لا تحصى ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر العلاقات اللاأخلاقية ، أو تعاطي المخدرات ، وغيرها من الحالات التي لا حصر لها، وأنّ اثبات الامانة من عدمها يمكن اثباته بكافة وسائل الاثبات، وكذلك عند صدور حكم جزائي من محكمة مختصة بجريمة عمدية يعد دليل على عدم الامانة كالحكم الصادر عن جريمة الاختلاس أو زنا الزوجية أو جريمة الرشوة أو السرقة، وهذا ما استقر عليه قضاء محاكم الاحوال الشخصية ومحكمة التمييز الاتحادية في العديد من احكامها ومنها (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون، لأن محكمة الموضوع اجرت تحقيقاتها واستخلصت الى أن المميزة لا تصلح لحضانة البنتين لما اسند اليها والثابت في الشكوى الجزائية المحالة الى محكمة جنح الكوفة بالعدد١٠٨١/ج/٢٠١٥ في ١٦ /١١/ ٢٠١٥ ، وإن قضت بقرارها بإلغاء التهمة عن المميزة والمتهم الاخر إلّا أن القضية تضمنت ما يخل بحضانتها لذا قرر تصديقه)[3] .

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٥٦٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ ، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٣١٤٠/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/١٠، غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٢٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٣/٤/ ٢٠١٨ ، غير منشور .

الشرط الرابع القدرة : وتعني الاستطاعة اي أن تكون الحاضنة أو الحاضن لديه الاستطاعة على تربية المحضون ورعايته وقد تعني القدرة الجسدية، أي أن يكون لدى الحاضن القدرة على القيام بواجبات فقد يكون الحاضن كبيرا بالسن أو مصابا بمرض يعجزه عن القيام بدوره كحاضن أو كفيف أو مقعد وغيرها من الحالات المرضية التي قد تؤثر على قدرة الحاضن على الحضانة ، واحيانا تتعلق القدرة بالظروف التي تحيط بطالب الحضانة أو الحاضن المطلوب اسقاط حضانته فالموظف الذي يؤثر عمله على الصغير لا يتوفر لديه شرط القدرة، وكذلك التاجر الذي يكون كثير السفر وكذلك المرأة التي تعمل كمضيفة طيران أو غيرها من الاعمال أو الوظائف التي قد تفقد شرط القدرة والاستطاعة وعلى المحكمة التحقق من مدى قدرة الحاضن للقيام بواجباته من عدمه عن طريق التعمق في التحقيقات القضائية وصولا الى الحكم العادل، إن هذه الشروط التي جاءت في صدر الفقرة ثانيا من احكام المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية ، وإن جاءت مخاطبة للام فقط من الناحية اللغوية كون كانت تخاطب وتشير بصفة الانثى ((يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته)) لكن انصراف ذات الشروط المطلوب توافرها في كل من ينازع في حق الحضانة ، إذ لا يقتصر طلب الحضانة على الأم فقط ، كونها هي الشروط الواجب توافرها في الأب أو غيره في حال فقدان ام الصغير لها أو وفاتها اي أن الشروط المنصوص عليها واجب توافرها للكافة بالرغم من أن المشرع أوردها للام فقط ولكن لسكوته بباقي الفقرات يتضح ذلك، ولكنه عاد في التعديل للمادة السابعة والخمسين منه والمتكونة من تسع فقرات، وقد أجريت عليها ثلاثة تعديلات منذ نفاذ القانون حيث كانت تتكون من خمسة فروع فقط وألغيت المادة (السابعة والخمسون): وحل محلها النص الحالي بموجب القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨ قانون التعديل الثاني وألغيت الفقرة التاسعة منها وحل محلها النص الحالي بموجب القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٨٦ قانون التعديل الحادي عشر والتي جاء فيه (تلغى الفقرة التاسعة من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، ويحل محلها النص الحالي الذي وضع شرط اخر لكنه خاص بالأم الحاضنة، وهو عند زواجها برجل اجنبي عن المحضون أوجب تعهده برعاية الصغير والمحافظة عليه أو يعد سببا من أسباب اسقاط الحضانة كما منح الأم الحاضنة اذا لم يتعهد الزوج الجديد بالمحضون أن يكون سببا لطلب التفريق منه، وهذا اخر ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية إذ كان في السابق يطلب

هذا التعهد حتى وإن كان الأب على قيد الحياة وفي حال عدم التعهد يعتبر سببا لإسقاط الحضانة ولكن في عام ٢٠٢٠ استقرت محكمة التمييز على أن التعهد المشار اليه في حالة وفاة والد الصغير فقط ، ومنها ما جاء به قرار محكمة التمييز ((... وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لأن زوج المميز عليها الحالي أبدى في جلسة ٢٠١٧/١٠/٣ عدم ممانعته من رعاية المحضونين (ف) و(م) وجدد تعهده بذلك إلّا أنه تراجع عن ذلك في جلسة يوم ٢٠١٧/١٠/١٦؛ لذا فأنّ بقاء المحضونين مع والدتهما مع رفض زوجها يجعلهما حاليا في غير مأمن كون الزوج ذا شوكة على زوجته وبالتالي فأنّ مصلحتهما تقضي أن يكونا في حضانة والدهما المميز ...)) [1] ، كما جاء بعد ذلك العدول عن هذا التوجه في قرارها ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التميزي مقدم ضمن المدة قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها وبعد أن ثبت من التحقيقات التي اجرتها المحكمة أن المدعى عليها لازالت محتفظة بشروط الحضانة ، وأنّ مصلحة المحضونة (ج) تولد (٢٠٠٥) البقاء عند حاضنتها سيما ، وأنّ الأم أولى بالحضانة خلال سن الحضانة التي حددها المشرع طالما كانت محتفظة بشروطها بحسب المادة السابعة والخمسين /١ من قانون الاحوال الشخصية مع الاشارة الى أن القانون لم يجعل من زواج الأم من اجنبي سببا لأسقاط الحضانة كما انه لم يوجب على الزوج تقديم التعهد برعاية الصغير إلّا في حالة وفاة أبيه بحسب احكام الفقرة ٨ /ب من نفس المادة اعلاه مع ملاحظة أن الزوج بصفته شخصا ثالثا ادخلته المحكمة للاستيضاح ابدى استعداده لرعاية الطفلة المذكورة ثم رجع عن ذلك لاحقا تلافيا للمشاكل بحسب ما أوضحه للمحكمة، وحيث أن المحكمة اصدرت حكمها برد الدعوى المدعي (المميز) بالمطالبة بإسقاط حضانة، فيكون حكمها صحيحا لما استندت اليه من أسباب لذا قرر تصديقه ورد الطعون)[2] ، وأنّ هذا التوجه جاء بعد عدة سنوات من الاستقرار على وجوب تقديم الزوج الجديد تعهدا برعاية المحضون حال عقد الزواج سواء أكان الأب على قيد الحياة ام متوفيا ، وأنّ التوجه الجديد جاء تطبيق سليم لإحكام القانون، وقد وصل الى الغاية التي اراد المشرع الوصول اليها وهي

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦١٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٤ ، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٥٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/٢٣ ، غير منشور.

عدم حرمان الأم المطلقة من صغيرها أو حرمان الصغير من امه بمجرد عدم تعهد الزوج الجديد، وهو الاكثر انطباقا مع مبادئ العدالة المنشودة التي يسعى القضاء اليه .

الفرع الثاني

أصحاب الحق بالحضانة والمستحقون لها

الاصل بالحضانة أن تكون تربية الطفل بأحضان والديه ويلقى الرعاية والتربية والشفقة منهما ، ويكمل احدهما الاخر ، ولكن قد تحصل فرقة بين الطرفين ويوجد لديهما طفل أو اكثر أو قد تحصل وفاة لاحدهما ، فمن هو الأولى بالحضانة سوف ابين ذلك من ناحية الشريعة الاسلامية وبعض اراء الفقهاء ومن ثم بيان رأي المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية وقضاء محكمة التمييز الاتحادية .

أولا: المستحقون للحق بالحضانة من ناحية الشريعة الإسلامية:

أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على أن الاصل في الحضانة للام ، لأنها الأشفق على طفلها ولحاجته الى حنان في سنين عمره الأولى لتدبير طعامه وملبسه ونظافته ونومه وتكون النساء الاقدر على ذلك، لأنهن الاكثر شفقة واكثر صبرا من الرجال وهذا ما ثبت بأدلة كثيرة منها أن الرسول (صلى الله عليه واله وصحبه وسلم) ((من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة))[1].

وعلى ذلك فإذا لم توجد الأم فأقاربها من النساء المحارم ، اما اذا لم يوجد للطفل محرم من النساء أو وجد ولم يكن اهلا لحضانته ، انتقل هذا الحق الى محارمه من الرجال العصبة. فإذا لم يوجد عاصب محرم من الرجال أو وجد ولم يكن اهلا لحضانته ، انتقل الحق في الحضانة الى محارم المحضون من الرجال غير العصبة [2].

ويكون ترتيب اصحاب الحق بالحضانة من المحارم النساء على الوجه الآتي:

إن الأم احق النساء المحارم بحضانة طفلها ، يتبعها في ذلك ام الأم ، وإن علت ، لأن كل من يدلي بقرابة الى الطفل أولى بحضانته من غيره ثم ام الأب، وإن علت ثم اخوات الطفل الشقيقات، فالأخت لام، فالأخت لاب ثم بنت اخيه لام ثم خالته الشقيقة فالخالة لام ، فالخالة لاب، ثم بنت الاخت لاب ثم بنات الاخوة بتقدم بنت الاخ الشقيق ، فبنت الاخ لاب ، وتقديم بنات

---

(١) محمد محي الدين عبد الحميد ،مصدر سابق، من ص٤٠٥ -٤٠٦.

(٢) ابن عابدين ، مصدر سابق ،ص٩٤٠.

الاخوات على بنات الاخوة؛ لأن الاخت مقدمة على الاخ بالحضانة، فكان المدلى بها أولا ، ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن، فاذا لم توجد واحدة من المحارم أو وجدت ولم تكن اهلا لحضانته انتقل الحق في حضانة الصغير الى المحارم الرجال على حسب[1].

أما أصحاب الحق في الحضانة من المحارم الرجال على الوجه الآتي:

يقدم الأب لأنه أولى الرجال المحارم بحضانة طفله ، ثم ابو الأب وإن علا ، ثم اخوه الشقيق، ثم اخوه لاب ، ثم الى ابن اخيه الشقيق ، ثم ابن اخيه لاب ، ثم لعمه الشقيق ، ثم عمه لاب ، ثم عم ابه الشقيق ، ثم عم أبيه لاب ، فاذا تعدد المستحقون وطلبها كل منهم قدم اصلحهم، فإن استووا قدم اكبرهم سنا، وينبغي أن يلاحظ انفعهم للصغير ، لأنه أولى، وإن تساووا من جميع الجهات فالرأي للقاضي فاذا لم يوجد رجل محرم من عصبة الطفل أو وجد ولم يكن اهلا للحضانة انتقل الحق بالحضانة الى الرجال من غير العصبة على الترتيب الآتي: (الجد لام ، الاخ لام ، ابن الاخ لام ، العم لام ، الخال الشقيق، الخال لاب ، الخال لام)[2].

ولا ينتقل الى هؤلاء غير العصبة إلّا اذا لم يوجد من اهل المرتبة التي قبلهم احد مستحق للحضانة أو وجد ولكن لم يكن اهلا لها أو لم يستكمل جميع شروط الحضانة كأن يكون فاسقا أو مجنونا أو غير مأمون ، وإذا تعدد اهل الحضانة في المرتبة الواحدة قدم اقربهم درجة كما ذكر اعلاه والغرض من ذلك صيانة المحضون والشفقة عليه ، ممن كان احن على الطفل واشفق عليه يقدم الحضانة على غيره حتى لو لم يكن متساويا في المرتبة ، ويفضل في الحضانة الانثى أن يكون لها محرما كما مر ذكره سابقا من أسباب[3] .

ثانيا: المستحقون الحق بالحضانة من الناحية القانونية:

عالجت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨ المعدل النافذ في الفقرات الأولى ، والسابعة ، والثامنة ، مستحقي الحضانة وكان الترتيب كالآتي:

الأم: جعل المشرع العراقي الأم في المرتبة الأولى من اصحاب حق الحضانة، ونصت المادة (١/٥٧)على أن ((الام احق بتربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون))، من ذلك يلاحظ أن النص المذكور قد اعطى الحق بالحضانة للام حال وجود

---

(١) د. أحمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص٣٨٧.

(٢) محمد جواد مغنية ، مصدر السابق ، ص ٣٧٧.

(٣) الشيخ محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ،ص٤٠٨.

الرابطة الزوجية وحتى بعد انتهاء الرابطة بالفرقة ما لم يلحق الصغير ضررا من ذلك لما تحمله الأم من مزايا تساعدها على تربية ونشأة اطفالها ومن اهمها العطف والحنان والسهر على أولادها، اما مسألة الضرر للمحضون بوجوده بحضانة امه، فأنّ ذلك يخضع لتحقيقات القضائية التي تجريها المحكمة وقد تستعين بجهات اخرى لتساعدها للوصول الى القرار الحاسم الذي ينصب في النهاية الى مصلحة المحضون، وقد جاءت النصوص القانونية بذلك مسايرة الشريعة الاسلامية الغراء في حكمها لهذه المسألة، بل إن المشرع قد منح الأم هذا الحق ، وإن كانت قد صدر حكم بحقها بعقوبة مقيدة للحرية وسمح ببقاء المحضون لديها داخل المؤسسة العقابية لمدة ثلاث سنوات من العمر وبعد ذلك يخضعه لقانون الاحوال الشخصية[1].

وهذا ثابت في العديد من احكام المحاكم العراقية كافة، وما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومنها ما جاء في قرارها ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه جاء صحيحا وموافقا للشرع والقانون؛ لان الطفلتين(ص) تولد (٢٠٠٧) و (ر) تولد (٢٠٠٨) ضمن سن الحضانة ، وأنّ والدتهما المميز عليها احق بتربيتهما وحضانتهما طبقا للمادة ١/٥٧ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ولاسيما ، وأنها لازالت محتفظة بشروط الحضانة؛ لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية))[2] ، وفي قرار اخر ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى تمديد الحضانة للأم في حال احتفظت بشروط الحضانة وقد قضت بما يلي (لدى التدقيق والمداولة لوحظ أن الطعن مقدم ضمن المدة قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر تبين انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون؛ لأن المحكمة قضت برد دعوى المدعي الأب كون الأم لازالت محتفظة بشروط الحضانة ، وأنها احق بالحضانة ولما كان المحضونتان احدهما تولد ٢٠٠٣ والاخرى تولد٢٠٠٥ وهما خارج سن الحضانة، فكان على المحكمة بعد أن تقضي برد

---

(١) نصت المادة ٥٢ من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٩٩ في ٢٠١٨/٧/١٦ على (لا تحرم النزيلة والمودعة من الاحتفاظ بطفلها لحين اكماله سن ٣ الثالثة من عمره، فإن لم ترغب ببقائه معها او بلغ هذا السن تطبق في شأنه احكام الحضانة المنصوص عليها في قانون الاحوال الشخصية، فإذا لم يكن للطفل من يكفل به تتولى الدائرة ايداعه في احدى دور الدولة المرتبطة بدائرة الرعاية الاجتماعية لرعايته والعناية به وتشعر الأم بمكانه وتيسر لها رؤيته في اوقات دورية).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٨٠٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٥ في ٢٠١٥/٥/١٢، غير منشور.

دعوى المدعي أن تقرر تمديد حضانة المدعى عليها الأم للمحضونتين استنادا لإحكام المادة ٧/٥٧)[1].

ونلاحظ أن المشرع العراقي لم يعط للام حقا مطلقا بالحضانة بل قيده بعدم تضرر المحضون من حضانة امه؛ لأن الأم قد تفقد احد شروط الحضانة مما يؤدي الى اسقاط الحضانة عنها وتسليم المحضون الى حاضن اخر سواء أكان الأب أو غيره وبما يحقق مصلحة المحضون .

الأب: جعل المشرع العراقي ومن خلال نص المادة ٧/٥٧ الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في حق الحضانة لكونه الاقرب الى ولده من غيره، وأنّ حقه بالحضانة لا ينهض إلّا بوفاة الأم أو فقدانها احد شروط الحضانة ، وأنّ كل ذلك مرهون بتحقيق مصلحة الصغير وعدم تضرره من ذلك؛ لأن مصلحة الصغير هي المحور الاساسي الذي تدور حوله الحضانة وسار بذلك الاتجاه القضائي حيث ورد بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية ((إن المحكمة أجرت تحقيقاتها واستخلصت للأسباب والحيثيات الواردة بأن مصلحة ابن الطرفين (ح) حاليا في البقاء لدى والده))[2] ، وكذلك الحال عند وفاة الأم قضت محكمة التمييز ((إن الحضانة بعد وفاة الأم تنتقل الى الأب ولا ينازعه فيها الغير إلّا اذا اقتضت مصلحة الصغير غير ذلك وليس في الدعوى ما يشير الى ذلك أو تضرر المحضون من حضانة المدعي))[3] .

وفي قرار اخر قضت ((ان الطفلة (ر) في حضانة والدها المدعى عليه ، وأنّ الأب احق بحضانة بعد وفاة الأم استنادا لإحكام المادة ٧/٥٧ من قانون الاحوال الشخصية عليه تكون دعوى المدعية الجدة لأم فاقدة لسندها القانوني))[4] .

من تختاره المحكمة : أشارت المادة ٥٧ /٧ من قانون الاحوال الشخصية أن صاحب الحق بالحضانة قانونا بعد الأم والاب هو من تختاره المحكمة ونصت على (في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة الى الأب إلّا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف

---

(١) قرار محكمة التميز الاتحادية بالعدد ٨٥٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧في ٢٠١٧/٣/٥ ، ذكره القاضي عبد الرحمن يونس عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٢٤٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٢٨ ، ذكره القاضي اياد احمد سعيد ، المصدر السابق ، ص٤٣٢.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢١١٠/ شخصية أولى/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٢٣ ، غير منشور .

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٤١٤/ هيئة الاحوال الشخصية /٢٠١٤ في ٢٠١٤/١٠/١٩، غير منشور .

ذلك، وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير) ، وقد جاء اختيار الحاضن وفقا مصلحة المحضون مطلقا للمحكمة وللقاضي في ذلك سلطة واسعة في تقدير من هو اصلح للحضانة بعد اجراء التدقيــقات القضائية والاستماع الى دفوع الطرفين ، وارسال الطرفين مع المحضون الى اللجنة النفسية الطبية والكشف على محل السكن الخاص بالطرفين من قبل مكتب البحث الاجتماعي، وذلك للوقوف على بيان الاصلح للحضانة ،والمكان المقرر أن يسكن به المحضون ، وحسنا فعل المشرع عندما منح المحكمة هذه السلطة للبحث عن مصلحة المحضون كونها سوف يكون شغلها الشاغل هو الوصول الى الافضل والآمن على الصغير كونها سوف تكون بعيدة عن كل عاطفة ودون مراعاة لمصلحة الطرفين بل سوف يكون نظرها منصبا للوصول الى الحاضن الافضل تحقيقا للأفضل للمحضون وترك اختيار الحاضن الى المحكمة دون الالتفات الى التدرج الوارد ذكره في فقه المذاهب الاسلامية بحثا عن مصلحة المحضون فقط لا غير . وبهذا قضت محكمة التمييز الاتحادية ((... حيث من حق المحكمة في حالة عدم وجود من هو اهل للحضانة من الابوين ايداعهم بيد حاضن أو حاضنة امينة كما يجوز لها ايداعهم في دور الدولة المعدة لهذا الغرض من قبل الدولة عند وجودها استنادا للمادة (٨/٥٧)؛ لذا كان على المحكمة والحالة هذه التحري عن حاضنة أو حاضن امين بعد التحقق من توافر كافة شروط الحضانة فيه إيداع الأطفال لديه لذا قرر نقض الحكم))[1] .

وهنا يلاحظ أن محكمة التمييز ترمي الى إشعار محكمة الاحوال الشخصية انه ليس من الواجب التقيد بإيداع المحضون عند احد الوالدين في حين أن المشرع قد منح المحكمة السلطة المطلقة تحقيقا لمصلحة المحضون أي كان المكان أو الأشخاص الذين يثبت للمحكمة انهم الاصلح للمحضون تقرر ايداعه المحكمة بحكم مسبب وتبين المحكمة الاسباب التي دعتها الى اتخاذ هذا القرار، وأن تكون البيئة التي حكمت المحكمة بإيداع المحضون فيها مناسبة من كافة النواحي الاجتماعية، التعليمية ، والاخلاقية، بما يضمن العيش الكريم للمحضون .

ويتبين مما سبق أن الاصل في ترتيب الحاضنين في القانون العراقي هو الأم ثم الأب إلّا اذا اقتضت مصلحة الصغير غير ذلك فيتم تسليم الصغير الى من تختاره المحــكمة ، واذا فقد الأب شـروط الحضانة ، أو غيره فحينها يودع الصغير لدى حاضنة امينة أو حاضن امين تتوافر فيه الشروط، والاساس هو مصلحة الصغير ، ولكون القانون لم يحدد ترتيب الحاضنين، واكتفى بذكر

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٠٣٧/ شخصية أولى/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١٠/١٩ ، غير منشور .

الأم أولا ثم الأب ثانيا أو من تختاره المحكمة ولكن بالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية نجد انها اجازت الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين .

وكذلك الفقرة الثالثة وهي الاسترشاد بالأحكام القضائية والفقه الاسلامي في العراق والبلاد الاسلامية التي تتقارب مع القوانين العراقية[1] ، واذا تعذر ذلك التسليم لغير الابوين يودع الصغير لدى الدور المعدة من قبل الدولة والتي تكون مهيئة مسبقا لاستقبال امثاله ممن لم يتم الثامنة عشرة من العمر وممن يعانون من مشاكل اسرية أو المشردين وفق قانون رعاية الاحداث والتي تحتاج الى الاهتمام بها وزيادة العاملين فيها من الباحثين الاجتماعيين والمختصين بالرعاية النفسية للأطفال المودعين في تلك الدور لكونها دون المستوى المطلوب في الواقع ، مقارنة بالخدمات التي تقدم منها اذ يفترض أن تكون ذا فائدة كبيرة جدا ولها التأثير الكبير في تنمية واعداد الصغار كونهم هم النواة الحقيقية للمستقبل .

---

(١) نصت المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية على ((١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.

٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون .

٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية)).

المبحث الثاني
دور محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي

يمثل القصور التشريعي ظاهرة حتمية الحصول في ظل التطورات الاجتماعية التي يمر بها المجتمع، كون واقع الحياة بما تتضمنه من حركة وحيوية ودائم التطور ، فالحياة على عكس النصوص القانونية التي دائما ما تكون جامدة أو ثابتة ، وأنّ وقائع المجتمع دائمة التطور، ولا يمكن أن يحتويها نص قانوني، فضلا عن أن تطلعات الانسان المتجددة والتقدم العلمي المستمر بما يثيره من مسائل ونزاعات قانونية وحقوق لا يمكن للمشرع مهما كان حريصا وواسعا عند وضعه للنص التشريعي أن يتنبأ بها إلّا على سبيل الافتراض، والافتراض قاصر ومحدود ونسبي ، وقد ابتكر القضاء وعلى مرور التاريخ حلولا متنوعة لمعالجة القصور التشريعي منها اللجوء الى القانون الطبيعي أو تطبيق قواعد العدالة ويتدخل القضاء لمعالجة القصور التشريعي عن طريق الاجتهاد القضائي أو التوسع في تفسير النص بما يلائم النزاع المعروض للوصول الى اكثر الحلول تطبيقا للعدالة ، لذا سنتناول في هذا المبحث الدراسة بيان ماهية القصور التشريعي، ومن ثم بيان مكامن القصور التشريعي في قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سوف نتناول فيه مبادئ محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور الوارد في النص القانوني المتعلق بالحضانة مع التطبيقات القضائية بهذا الصدد عن طريق التفسير الواسع للنص وعن طريق القضاء الاجتهادي الانشائي ، معززا الدراسة بآخر توجهات هيئة الاحوال الشخصية والهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية.

المطلب الأول
مفهوم القصور التشريعي

لإيضاح مفهوم القصور التشريعي يجب بيانه من الناحية العلمية والنظرية ، ولتعلق الدراسة بالقصور التشريعي الخاص بالحضانة سوف نتناول في هذا المطلب لدراسة ماهية القصور التشريعي في الفرع الأول، ومن ثم بيان القصور التشريعي الخاص في احكام الحضانة في قانون الاحوال الشخصية في الفرع الثاني.

الفرع الأول
القصور التشريعي

أولا: ماهية القصور التشريعي

إن التشريع يصدر لمعالجة وتنظيم حالة اجتماعية معينة ، بمعنى أن القانون غالبا ما يصدر كرد فعل من المشرع ، إلّا أن هذا التشريع قد لا يستوعب جميع الفرضيات التي تحتاج لمعالجة ، فيكون القصور التشريعي في حالة وجود نص لا يكفي لمعالجة النزاع المعروض أو بمعنى اخر أن المعالجة جاءت على نطاق ضيق لم تلم بكل جوانب النزاع المراد تطبيق النص بخصوصها ، أي إن التشريع قد اعترف بهذا الحق ولكنه لم يضع كل التصورات لتنظيمه ضمن نصوص القانون، ويمكن أن يكون بسبب الحقبة الزمنية التي صدر بها القانون أو توجهات الدولة عند تشريع النص أو غير ذلك مما يؤدي الى معالجة غير شاملة من النص التشريعي ليظهر القصور التشريعي؛ لذا نلاحظ دائما ما تلجأ اغلب الدول الى تعديل النصوص التشريعية لكل مرحلة زمنية بما يواكب التطورات الحاصلة للمجتمع في ظل التغيرات الاجتماعية على كافة الاصعدة[1].

ويمكن القول أن السبب في ظهور القصور التشريعي هو أن النصوص التشريعية جاءت محدودة في حين أن واقع الحياة غير محدود ، اي غير مقيد وقابل للتطور ولا يمكن لقاعدة ثابتة ومحدودة أن تحيط بما هو غير ثابت ومحدد ، واضافة الى ذلك توجد نصوص تمنع القاضي الامتناع عن الحكم بحجة غموض النص أو نقصه أو فقدانه للشروط حسب المنع الوارد في احكام قانون المرافعات المدنية[2]، ولكون الغالب على القصور التشريعي هو أما خفاء معنى النص أو عدم التوصل الى الغاية منه اي عدم فهم مقصده ، او قد يكون ورد بصورة مطلقة عامة وكل هذا يكون على عاتق ومسؤولية المتعامل مع النص سواء كان دارسا ، أو متعاملا مطبقا للنص كالقاضي عند النظر في نزاع معروض عليه ومطلوب منه اصدار حكم في الواقعة المعروضة .

---

(١) ذهب فقهاء القانون الدولي العام لمعالجة القصور التشريعي عند وجود معاهدة دولية ممكن ان تكمل النص على اعتبار ان المعاهدة او النصوص الواردة في الاتفاقية مكملة للقواعد الوطنية فيصار الى تطبيقها بشكل مباشر بوصفها جزء من التشريع الوطني، ينظر القاضي د .احمد حسني الاشقر ـ فلسطين دليل منهجية التدريب على تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان في مناهج المعاهد القضائية العربية ، منطقة الشرق الاوسط وشمال أفريقيا.

(٢) نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ على ((لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق . ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق)).

ويصعب اعطاء القصور التشريعي تعريف لمعناه كونه يأتي بطابع طارئ، ولا يمكن توقعه أو تقديره مقدما كونه في الغالب الاعم هو حالة يواجها القاضي خلال تطبيق نص على نزاع معروض امامه مما يضطر الى الاجتهاد بالتفسير لتطبيق القاعدة التشريعية الاكثر ملائمة على الواقعة المعروضة سواء أكان النص المراد تطبيقه جزائيا ام مدنيا حسب الواقعة، وحسب كون القصور في الصياغة ام في المفهوم أو لسكوت النص عن الحالة المعروضة امام القاضي الذي يواجه النزاع لغرض اصدار حكم فاصل فيه ، وأنّ القصور التشريعي وارد في اغلب التشريعات كونه عبارة عن نتاج عمل بشري انساني ، يقوم به اناس اي كانت صفاتهم أو تحصيلهم العلمي لكنهم في ظل النظام القانوني بصفة مشرعين، ولا يمكن لهم الوصول الى درجة الكمال كونهم بشراً، ودائما ما تكون قدرات الانسان محدودة وعند قيامه بصياغة قاعدة قانونية وجب أن تكون هذه القاعدة عامة مجردة وتكون موجهة لمخاطبة الكافة لتنظيم الروابط، وغالبا ما تكون مقترنة بجزاء يفرضه المشرع .

وإنّ القصور التشريعي ما هو إلّا صورة من صور النقص التشريعي، وهو العيب الذي يصيب النص القانوني بحيث لا يستقيم فهم حكم النص إلّا بلفظ أو عبارة كانت غائبة عن النص مما سبب فيه عيبا أو يتحقق عندما لا يتناول النص في حكمه كافة الحالات التي يجب أن يبينها النص أو عندما لا يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض عليه ، وقد اثار موضوع النقص التشريعي أو القصور خلافا بين الأوساط الفقهية للقانون، فكان فريق يقر بوجوده، وفريق اخر ينكره ، وأنّ هذا الخلاف هو منذ زمن بعيد وليس وليد هذه الازمنة، فأورث ذلك الخلاف مدارس فكرية اتجه القسم الأول منهم الى القول (بكمال التشريع)، والقسم الثاني الى (انكار كمال التشريع) وهي على النحو الآتي:

أ: نظرية كمال التشريع : ويرى اصحاب هذه النظرية الى أن التشريع يكون كاملا وشاملا لجميع الحلول ولا يتصور وجود نقص بالتشريع وظهرت هذه النظرية مع ظهور الدول المتداخلة في المجال الاقتصادي ولها ايضا ارتباط بنظرية مبدأ الفصل بين السلطات[1] ، وقد استند اصحاب هذا النظرية في انكار وجود القصور التشريعي الى نظريتين أولهما هي نظرية الحيز القانوني الخالي، ونظرية القاعدة القانونية المانعة.

---

(١) القاضي احمد محمد علي، قواعد تفسير النصوص القانونية بين الفقه والقانون واحكام القضاء، دار السنهوري، بغداد ٢٠٢٠، ص ٨ .

١ـ نظرية الحيز القانوني الخالي: ومفاد هذه النظرية أن نشاط الافراد يقسم على قسمين احدهما تحكمه القواعد القانونية، ويسمى القسم المليء، والآخر يكون فيه نشاط الافراد حرا، ويسمى بالقسم الخالي، ويستغرق هذا التقسيم مسلك كل فرد أما أن ينتمي الى القسم الأول أو الثاني ، فإن انتمى الى الأول فيكون ذا اهمية قانونية أما القسم الثاني، فلا تكون له اهمية قانونية ومن ثم على هذا الرأي لا يمكن القول بوجود نقص بالتشريع كون من تصرف اي تصرف تابع للقسم الأول حسب رأيهم يكون خاضعا لنص القاعدة التشريعية أما الاخر فلا وجود لنص يحكمه ، ومن ثم يكون تصرفه لا يستند لنص ولا أهمية له قانونا[1].

وهذا غير مقبول؛ إذ من اهم صفات القاعدة القانونية اتصافها بالعمومية اي أن تكون موجهة للكافة دون تميز ما بينهم ووجوب أن تحكم جميع التصرفات القانونية وغير القانونية بوضعها الجزاء المناسب لها.

٢ ـ **نظرية القاعدة القانونية المانعة:** يذهب انصار هذه النظرية الى أن كل نظام قانوني وضعي يشتمل بالضرورة الى جوار القواعد الخاصة على قاعدة عامة تبين الحل الذي يجب اعطاؤه للحالات التي لا تشملها النصوص التشريعية ، أي أن القانون المكتوب يوجد فيه بطريق مباشر أو غير مباشر لحل جميع الحالات التي ممكن أن تعرض على القضاء.

ومن المؤكد لا يمكن التسليم الى هذه النظرية كون الواقع العملي للقضاء قد تفرز العديد والعديد من الحالات التي لم يعالجها المشرع، وإلّا لما كانت اغلب الدساتير قد خولت السلطات التشريعية الى امكانية تعديل النصوص والاضافة عليها لما يلائم التطور القانوني على مستوى النزاعات والحلول المطروحة بخصوصه.

ب : نظرية إنكار كمال التشريع: والتي ذهب اليها عدد من الفقهاء واسسوا المفهوم الى انكار كمال التشريع ، وسلم اصحاب هذه النظرية الى وجود النقص بالتشريع ، وأنّ التشريع ممكن أن يكون قاصرا على تنظيم الأوضاع القانونية والاقتصادية بصورة شاملة ووافية ، اذ لم تكن دعوى كمال التشريع سوى وجهات نظر فقهية محضة ليس لها تطبيق عملي في ارض الواقع القانوني ام أن وجود القصور التشريعي فهنالك اجماع علمي وقضائي بوجوده ، وأنّ اغلب التشريعات التي

---

(١) القاضي عواد حسين العبيدي ، اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة ، العدد ٢، بغداد نيسان ايار حزيران ٢٠١١، ص ٥٠ .

يظهر فيها القصور هي التشريعات التي مضى على تشريعها مدة من الزمن ؛ لاتساع الفترة بينها وبين النزاع الذي لم يعالجه النص[1].

والواقع لولا اجتهادات القضاء وبعض المفسرين من الفقهاء المحدثين للقانون، وكذلك اجتهادات محكمة التمييز الاتحادية في محاولة الموائمة بين التشريعات القائمة وبين مقتضيات التطور العلمي السريع للحياة الاجتماعية لأصيبت جميع التشريعات بالعجز امام ما يطرح من نزاعات أو لعجز السادة القضاة الى الوصول الى الاحكام الصحيحة واحقاق الحق ، وكذلك بعض الاحيان تدارك المشرع ذلك أما بنصوص قانونية خاصة بنوع معين من الوقائع ، أو تعديلات على النصوص بين فترة واخرى محاولة منه لمواكبة التطور الحاصل .

ثانيا: صور القصور التشريعي:

توصل الفقهاء الى أن القصور التشريعي له صورتان أما أن يأتي على شكل القصور المزيف أو القصور الحقيقي وكما يأتي:

١ –**القصور المزيف** : يتحقق القصور المزيف متى كانت القاعدة القانونية التي تعالج المسألة المطروحة موجودة، ولكنها غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية السائدة ، ويطلق عليها ايضا القصور الأيدلوجي ؛ لأن في تغير الايدلوجية يضطر القاضي الى خلق قصور، أو ايضا يسمى القصور الإنفاذي كون القاضي ينفذ القانون في نزاع معين معروض عليه، أو لكون القاعدة القانونية اصبحت لا تنسجم مع الغاية من التشريع[2].

ومن ابرز الامثلة على القصور المزيف ما ورد بأحكام المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الرابعة حيث بينت أن (للأب النظر بشؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشرة اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقتضي ذلك ، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته) ونلاحظ هنا أن المشرع قد خول الأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه ايضا دون أن يبين هذا الحق، وذهب يتكلم في ما تبقى من النص الى عمر المحضون وإجراءات المحكمة عند وجود مصلحة تقتضي تمديدها ، واختتمها بعدم جواز مبيت المحضون إلّا عند حاضنته، وهنا نلاحظ أن المشرع لم يبين عدد المرات التي

---

(١) القاضي احمد محمد علي ، المصدر السابق ، ص ٨٢ .

(٢) د. محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الاوقاف ، بغداد ،١٩٨١، ص١٦٤.

يسمح للاب بالأشراف على المحضون، والكيفية، وهل هي للاب حصرا ام ممكن أن يتعدى هذا الحق للغير حتى جاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالقرار المرقم ٦ في ١٩٩٢/١/٦[1] ، حيث جاء فيه (تكون مشاهدة احد الوالدين ولده في المكان المناسب الذي يتفق عليه الطرفان ، وفي حالة عدم الاتفاق أو عدم النص على ذلك في قرار المحكمة على تحديد مكان المشاهدة يكون اي من فروع اتحاد العام لنساء العراق أو فرع الاتحاد في المكان الذي تقيم الأم هو المكان المناسب للمشاهدة).

وهذا يعد نوعا من المعالجة للقصور التشريعي بناء عل السلطة المخولة لمجلس قيادة الثورة المنحل آنذاك حسب نص المادة الثانية والاربعين من دستور لسنة ١٩٧١ لجمهورية العراق الملغي. وهنا يمكن اعتبار النص جاء قاصرا، أي ذكر الحق للاب بالمشاهدة ، والتي لم ترد بشكل واضح بل جاءت بأن يكون لوالد المحضون النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه ، وجاء القرار المذكور اعلاه ليبين أن المراد من هذا النص هو أن يكون من حق الأب مشاهدة المحضون وتحديد المكان بموجب حكم محكمة، ولكن ايضا لم يحدد الأوقات وعدد مرات المشاهدة ، فعلى هذا يعد النص قاصرا ايضا ، والقصور في الصياغة للنصوص التشريعية ليس وليد هذا الفترة بل انه ظهر منذ أن بدأت البشرية بتنظيم علاقاتهم ، باعتبار التشريع من صنع البشر ، وهم مهما وصلوا الى درجة من المستوى العالي من التفكير لا بد أن يغفلوا عن شيء وهذا الامر مسلم به ، الى حين نزول الرسالة السماوية على الرسول الاكرم محمد ((صلى الله عليه واله وصحبه اجمعين)) .

ومن الجدير بالذكر أن القصور التشريعي قد ورد ايضا في بعض احكام الشريعة الاسلامية[2].

---

(١) نشر القرار في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٣٨٨ في ١٩٩٢/١/١٣، لازال نافذا .

(٢) ومن ابرز الامثلة في التاريخ الاسلامي على القصور هو الحد على شارب الخمر؛ اذ لا يوجد نص قرآني يحدد عقوبة شارب الخمر، وعندما اوتي بشارب خمر ذات مرة الى النبي الكريم (صلى الله عليه واله وصحبه وسلم) قال لمن معه من الصحابة (اضربوه)، فكان منهم من ضربه بيده ومنهم من بنعله ومنهم بثوبه ، وسار الامر على كذلك على شارب الخمر، اي نهره وضربه من دون تحديد عدد الضربات ، ولما استهان الناس بالعقوبة استشار عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) الصحابة فقال على بن ابي طالب (عليه السلام): ((ان الرجل اذا ==

اما الاساليب التي يضطر القاضي الى اللجوء اليها عند وجود حالات القصور المزيف فه: أن يتجاهل النص ويحكم الحالة المعروضة عليه كما لو لم يأت نص طبقا لها ، ويطبق احكام العدالة. أو أن يتجاهل النص المنطبق على الحالة، ويطبق نصا اخر لا علاقة له بالموضوع، ولكن يجد الحل من خلاله لإصدار حكم ينطبق وقواعد العدالة ، ولا يخالف احكام القانون أو بالرجوع الى القواعد العامة الواردة في القانون مثل القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، أو الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة للنصوص في قضايا الاحوال الشخصية استنادا لأحكام المادة الأولى الفقرة ثانيا منها .

٢ –**القصور الحقيقي:** ويعني فقدان نص يعالج الواقعة المنظورة ، وهو الذي يتبادر الى الذهن عند الكلام عن القصور التشريعي ، وكذلك الامثلة على القصور الحقيقي كثيرة جدا في عدة قوانين، ومنها عدم ورود نص يشير الى أحقية الجد أو الجدة للمحضون في طلب مشاهدة المحضون، كذلك عدم ذكر عدد مرات التي يمكن للمحكمة الحكم بها للاب بالمشاهدة، ولا الوقت المحدد للمشاهدة ، والمطالبة من قبل الأم أو الحاضنة ممن استحصل على حكم بإلزامها بتمكين الأب بالمشاهدة بأجور النقل من محل سكن المحضون الى مكان المشاهدة حسب عدد مرات الحكم بالمشاهدة ، والمكان الذي صدر الحكم فيه، فهنا لم يتطرق المشرع العراقي اليه مما اضطر المحاكم الى قبول العديد من هكذا دعاوى واستقر قضاء محكمة التمييز على قبولها، ومنها (ادعت المدعية امام محكمة الاحوال الشخصية في ابي الخصيب سبق أن استحصل المدعى عليه قرار الحكم المرقم .... والمتضمن مشاهدة ابنته القاصرة (ز) مرتين في الشهر، وحيث أن حالتها المادية ضعيفة ، وأنّ مكان المشاهدة المحكوم به بعيد عن محل سكنها مع المحضونة؛ لذا طلب دعوته والحكم بإلزامه بتأدية اجرة نقل مناسبة، وقضت محكمة الاحوال الشخصية بإلزام المدعى عليه بتأدية للمدعية مبلغ قدره عشرون الف دينار كأجرة نقل للمدعية عن كل مرة من مرات المشاهدة ، وانتقالها من محل سكنها الى مكان المشاهدة في مديرية تنفيذ ابي الخصيب .... وعند الطعن بالحكم المذكور قالت محكمة التمييز: إن الحكم المطعون به جاء صحيحا وموافقا للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها عند اصدار الحكم، ولما كانت المحكمة اعتمدت تقرير الخبير

==سكر هذي، واذا هذي افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة)) فقال عمر بن الخطاب (ر ض): (يجلد ثمانون جلدة) ، ينظر بهذا الخصوص د. محمد عابد الجابري، الدين والدولة وتطبيق الشريعة ، مركز دراسات الوحدة العربية ،١٩٩٦، ص٥٠ .

القضائي في تقدير اجور النقل المطالب بها من قبل المدعية فيكون حكمها صحيحا وموافقا للقانون لذا قرر تصديقه ...) [1] ، ومن الجدير بالذكر انه اذا وجد نقصا في النص ، فهنا لا يظهر عبء على القاضي؛ اذ يذهب الى تطبيق نص اخر، ولا حاجة الى التفسير أو الاجتهاد ، اما القصور التشريعي، فهو أما عيب في الصياغة اللغوية أو الصياغة التشريعية اي أن القصور يحتاج الى تفسير واجتهاد ، أما النقص فلا يحتاج ذلك كونه لا يحتاج الى التفسير بل يحتاج الى البحث عن القاعدة القانونية لتطبيقه على النزاع كون حالات النقص تعني الفراغ التشريعي، أي عدم وجود نص حاكم يحكم الواقعة ، اما مجال التفسير أو الاجتهاد القضائي يظهر في حالة توافر القصور التشريعي .

الفرع الثاني
القصور التشريعي في أحكام الحضانة

إن موضوع الدراسة هو حول القصور التشريعي الوارد في الحضانة؛ لذا لابد من بيان احكام المادة السابعة والخمسين بفقراتها التسع تباعا والوقوف على مكامن القصور التشريعي.

جاء النص بصفة العمومية الواسعة، إذ جاء بدون مقدمات، وبين أن الأم هي الاحق دون أن يبين تعريف للحضانة أو مستلزمات الحضانة ، وخصصها لولدها دون غير، ودون بيان العمر والجنس، وكذلك الحالة التي تكون عليها الأم اي عند قيام الرابطة الزوجية وبعد الفرقة التي لم يبينها إن كانت طلاقا أو تفريقا أو فسخا لعقد الزواج ، أو وفاة أحدهم، وقد اشترط بعد هذا التفضيل للام على أن لا يتضرر المحضون من ذلك[2]، ولم يبين ماهية الضرر المحتمل الذي يمكن أن يصيب المحضون ، فهنا ليس هناك ضابط لترجيح الضرر بل يترك ذلك للمحكمة لتحديد الضرر الذي يمكن أن يتعرض له المحضون، أو قد يكون قد تعرض له بالفعل، وهو حسنا فعل بذلك عندما ترك ذلك للمحكمة لتقديره كون المحكمة تكون الاقرب والافضل والأحرص على مصلحة المحضون عند عرض اي نزاع يتعلق بمصلحة المحضون ، وقد منحت المحكمة بخصوص ذلك صلاحية واسعة لإجراء التحقيقات القضائية للبحث عن مصلحة المحضون عند اي من الطرفين، فبعد أن تستمع للبينات الشخصية من قبل الطرفين واحالة طرفي الدعوى الى

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد١٦٠٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٦ /٢٠١٨/٢، غير منشور .

(٢) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الاولى (الام احق بتربية وحضانة ولدها ، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ، ما لم يتضرر المحضون).

اجراء الفحص الطبي وللمحضون ايضا ، وكذلك الدراسة المقدمة من قبل مكاتب البحث الاجتماعي المتواجدة في محاكم الاحوال الشخصية، وكذلك اجراء الكشف الموقعي على الدار المهيئة من قبل الطرفين والمكان المعد لإسكان المحضون من قبل المتنازعين على الحضانة للوقوف على الدار الاصلح لرعاية الصغير فيها، وهذا نوع من انواع المعالجة من قبل القضاء على القصور الوارد بتحديد مصلحة المحضون حيث إنه قد ترك ذلك للقضاء، وحسنا فعل بذلك المشرع، فالغاية تتحقق من خلال كل واقعة وظروفها، وبالتأكيد أن المحكمة هي الاقرب لتحديد الواقعة، وهي ايضا تنظر بتجرد دون المصلحة لاحد الطرفين ، وبعدها بين المشرع الشروط الواجب توافرها في الحاضن، ولكنه يفهم من صياغة النص أن هذه الشروط تخص الأم فقط كونها جاءت مخاطبة المؤنث فقط في حين أن هذه الشروط واجب توافرها في الأب أو الجد أو الجدة أو غيرهم[1]، مع العرض أن الفقرة الثانية تم تعديلها بموجب القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٧ قانون التعديل الثالث عشر، أي أن المشرع حاول مسايرة التطور الحاصل بين عام ١٩٥٩ وسنة ١٩٨٧ بعد أن كان النص القديم يشترط عدم زواج الأم بأجنبي عن المحضون، والمقصود بالأجنبي هو الذي لا تربطه صلة قرابة وحرمة مع المحضون ، وهو نوع من انواع المعالجات للقصور التشريعي بتعديل النص بما يواكب التطور في الفترة الزمنية التي صدر بها التعديل ، ونلاحظ ايضا أن المشرع قد وضع الشروط الخاصة بالحاضنة، وبينها وعاد مرة اخرى ليبن أن كل هذه الشروط مقترنة بمصلحة المحضون، وترك تقدير ذلك للمحكمة ، وهنا قصور بين من ناحية الصياغة اللغوية كونها جاءت بصيغة المخاطب للام دون سواها، ومن ثم بين زوال المانع السابق، وهو زواج الأم من اجنبي عن المحضون، وعاد بعد ذلك الى أن كل ذلك يكون مرتبطا بمصلحة المحضون وترك تقدير تلك المصلحة للمحكمة . وهنا نرى أن المشرع بعد أن بين احقية الأم بالحضانة والشروط الواجب توافرها بالحاضنة ذهب الى بيان استحقاق اجرة الحضانة للحاضنة، وبينها على من تجب وبين أن الأم لا تستحق اجرة حضانة اذا كانت الحياة الزوجية

(١) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الثانية على (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها . وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الأم او الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون).

مستمرة أو معتدة من طلاق رجعي فقط[1] ، بالرغم أن كان بإمكان المشرع أن يفرد نصا خاصا بأجرة الحضانة ووضعها مع فصل نفقات الاصول والفروع إلّا انه اعتبرها من الحقوق والاثار المترتبة على الحضانة، ولم يبين المشرع مدة استحقاق اجرة الحضانة اي أن الحاضنة تستحق الحضانة الى أن يبلغ المحضون سن معين ، إلّا أن محكمة التمييز قد استقرت على العديد من احكامها أن الصغير اذا تجاوز عمر العشر سنوات لا تستحق الحاضنة اجرة حضانة ، كذلك لم يبين امكانية المطالبة بزيادة اجرة الحضانة، ولكن استقر القضاء ايضا على عدم قبول دعوى زيادة اجرة الحضانة؛ لأن جهد الحاضنة في رعاية المحضون يقل كلما ازداد عمر المحضون اي أن الخدمات المقدمة من قبل الحاضنة تقل كلما كبر المحضون بعلاقة عكسية، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز ومنها (ان اجرة الحضانة تقرر للأم عن رعايتها لأولادها ، وأنّ هذه الأجرة لا تقبل الزيادة؛ لأن جهدها في رعاية وخدمة الأولاد تقل كلما كبر الأولاد المحضـــونون)[2] ، وقد جاء في الفقرة رابعا من النص اعلاه وبين أن للأب الحق في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر[3] ، ولم يبين النص ماهي طبيعة هذا الحق الممنوح للأب المقتصر على النظر في شؤون المحضون، وهل هو للاب حصرا ام لكل من اسقط عنه حق الحضانة ، وما هو هذا الحق حيث انه جاء مبهم، وغير معرف اي لم يورد تعريفا لحق الأب في النظر في شؤون المحضون بل ترك ذلك على هذا المعنى الوارد في النص فقط وذهب في الشق الثاني الى أن المحكمة لها أن تأذن بتمديد حضانة الصغير الى اكماله الخامسة عشرة من العمر اي انه لم يكمل المعنى المنشود من صدر المادة القانونية ، وجاء في ختامها وذكر على أن لا يبيت المحضون إلّا عند حاضنته ففي هذه الفقرة جاء المشرع بثلاثة احكام تمت الاشارة اليها حيث

---

(١) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الثالثة على (اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه النفقة المحضون في اجرة الحضانة قدرتها المحكمة . ولا يحكم بأجرة الحضانة مادامت الزوجية قائمة، او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي).

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٥٤٥/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١١/١ ، غير منشور .

(٣) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الرابعة على (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 تقتضي بذلك ، على ان لا يبيت الا عند حاضنته .

بين أن للاب الحق في نظر شؤون الصغير وتربيته وتعليمه ويفهم من صدر النص أن الأب هو ليس بحاضن للصغير ، وأنّ الصغير ليس تحت رعايته وإلّا لما خوله القــانون هذا الحق والسلطة اساسا هي له لو كان الصغير تحت رعاية أبيه باعتباره الولي الجبري الأول والمسؤول عن الصغير، وقد جاء في خاتمة النص بعد أن ذهب الى تقنين حقوق اخرى واشترط على أن لا يبيت المحضون إلّا عند حاضنته ولم يحدد من هي الحاضنة في هذه الحالة باعتبار أن الأب من خلال النص المتقدم ليس بحاضن، ولم يبين ما هو مفهوم التربية والنظر بشؤون المحضون ولكن يفهم من خاتمة النص أن ذلك يعني أن للاب حقا في مشاهدة المحضون الذي ليس هو بحضانته اساسا من خلال ورود مفردة على أن لا يبيت إلّا عند حاضنته اي أن النظر أن يكون خلال النهار كون النص أوجب أن يبيت المحضون عند حاضنته . ومن هنا استقر القضاء الى منح الأب حق اقامة دعوى للمطالبة بمشاهدة الصغير، وقد ذهب القضاء الى منح الأب حق المشاهدة والزام الحاضنة بتمكينه من مشاهدة المحضون وفي حالة عدم الاتفاق ما بين الطرفين على مكان وعدد مرات المشاهدة فالمحكمة هي من تحدد ذلك ، مراعية بذلك مصلحة المحضون من خلال تعيين مكان المشاهدة أن يكون قريبا على محل سكن المحضونين ، وكذلك عدم منح الأب حق الاصطحاب الذي يعتبر من متممات المشاهدة اذا كان عمر المحضون صغيرا، ويكتفي بالمشاهدة فقط مراعاة لمصلحة المحضون ، أما الشق الثاني من الفقرة الرابعة فقد اشارت الى أن هذا الحق الممنوح للاب سارٍ الى أن يتم المحضون العاشرة من العمر وسكت النص بعد ذلك، وهنا يفهم من النص أن المشرع اراد أن يشير الى سن الحضانة كونه منح الأب حق مشاهدته الى أن يتم العاشرة وبالمفهوم المخالف يفهم انه بعد أن يتجاوز المحضون العاشرة ليس للاب المطالبة بالمشاهدة بل يذهب الى المطالبة بالحضانة ، لتجاوزه سن الحضانة المشار اليه اعلاه ، وما يؤيد هذا الرأي أن الشق الذي يليه عندما اشار المشرع الى أن للمحكمة أن تــأذن بتمديد سن الحضانة الى الخامسة عشرة من العمر بعد الاستعانة باللجان الطبية المختصة والشعبية، ويتضح مما تقدم أن المشرع اراد الاشارة الى أن سن الحضانة هو عشر سنوات، ومنح المحكمة أن رأت ما في مصلحة المحضون أن تأذن بتمديدها حتى الخامسة عشرة من العمر، وهنا تعتبر الصياغة التشريعية من نوع الصياغة المعنوية التي تجري باتباع طرق منطقية بحتة حيث انها من نتاج الذهن أو العقل وهي استخلاص الغاية المنشودة من قبل المشرع كونه قد ضيق النص بالمعنى المقصود ، وهنا على القاضي الذي يتعامل مع النص استنتاج الفكرة التي ارادها المشرع التي يقام

عليها النظام القانوني أو من طبيعة الامر ، ونلاحظ هنا أن المشرع لم ينص صراحة الى سن الحضانة كونه قد تم ذكره على انه العمر الذي يحق للاب النظر في شؤون المحضون ، وتربيته وتعليمه بل أن ما يفهم من النص أن سن الحضانة هو عشر سنوات بعد تحليل المعنى أن يكون للمحكمة أن تأذن بتمديده الى خمس عشرة سنة بعد الاستعانة باللجان الطبية والشعبية ، على أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك ، فكان الاجدر بالمشرع أن ينص صراحة على أن سن الحضانة بعمر محدد ، وأنّ للمحكمة حق التمديد الى غاية عمر محدد ، وأن يكون لكل من له حق في الحضانة، ولم يكن المحضون في حضانته فله الحق في مشاهدته والنظر في شؤونه وتربيته وتعليمه في كل شهر على عدد مرات يحددها النص والمكان الذي يتفق عليه الحاضن ومن له الحق بالمشاهدة، وفي حال لم يتفق الطرفان يكون للمحكمة تحديد المكان الاقرب والانسب لمصلحة المحضون على أن لا يبيت إلّا عند حاضنته ، ويكون الاستصحاب الذي هو من متممات المشاهدة للمحضون عند تجاوزه عمر معين، ففي هذه الحالة قد زال معظم القصور الوارد في الفقرة الرابعة من المادة السابعة والخمسين ، فلو أورد المشرع النص بالشكل المذكور آنفا لتبين منه سن الحضانة صراحة والحد الممنوح للمحكمة بالتمديد ، وكذلك يبين من له الحق بالمشاهدة وتحديده حسب الترتيب، وكذلك بيان عدد مرات المشاهدة وايضا مكان المشاهدة ، وبيان العمر المسموح به بالاصطحاب وتحديده، فيكون بذلك المشرع قد رفع كل القصور الوارد في هذا النص ، وقد ازال الغموض بخصوص ذلك الامر والافضل ايضا أن يكون كل نص بفقرة مستقلة افضل من جمع ومعالجة ثلاثة مواضيع بنص واحد لتجنب تشتيت المعنى المنشود والمعالجة المطلوبة لكل متعامل مع النص ، وأنّ ما ورد في الفقرة الخامسة جاء بشيء قاصر حيث انه بين أن المراد من الفقرة السابقة الى أن للمحكمة أن تأذن بتمديد الحضانة الى أن يكمل الخامسة عشرة من العمر بخصوص المحضون، وبعدها تم منح المحضون عند بلوغه الخامسة عشرة من العمر حق الاختيار بين احد والديه أو احد اقاربه، ولم يترك ذلك الحق مطلقا بل قيده في أن يتضح للمحكمة الرشد والصلاح من هذا الاختيار [1] ، وهنا يظهر امامنا ذات القصور في النص، وهو هل اعتمد

(١) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الخامسة على (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 أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار) .

المشرع على اعتبار بلوغ المحضون تمام الخامسة عشرة من العمر ، هو في سن الرشد هو بلوغ الثامنة عشرة من العمر كما نص القانون المدني ، باعتبار هذا الاختيار ناتجا عن اهلية كاملة ، ام ما اعتبره قانون الاحوال الشخصية حين نص على أن من بلغ الخامسة عشرة من العمر وأن تأذن المحكمة بزواجه يعامل معاملة كامل الرشد حسب قانون رعاية القاصرين حين اعتبر من اكمل الخامسة عشرة، وعقد زواجه بشكل قانوني بموافقة المحكمة يعتبر كامل سن الرشد ، ويعامل معاملة البالغ في كل التصرفات التي تنشأ عن عقد الزواج ، باعتبار أن الحالتين هي استثناء من الاصل، ولا يجوز التوسع بهما، ولم يوضح النص هل هناك شروط مطلوب توافرها في من سيختاره الصغير للإقامة وهل أن دور المحكمة سيكون فقط التأكد من الرشد المطلوب في الصغير، بالرغم أن المشرع في كل احكام الحضانة نلتمس منه أن شغله الشاغل هو مصلحة المحضون، فكان يجب أن يبين أو يضع شروط لا تقل عن الشروط الواجب توافرها في اي حاضن يتقدم وينازع في الحضانة ، وذلك كون الصغير، وإن اتم الخامسة عشرة من العمر فلا يمكن الاعتماد والاطمئنان الى ارادته فقط لما في ذلك من خشية على مصلحة المحضون ، وحفاظا عليه ومن ثم بين أن الصغير يكون اختياره بالإقامة مع من يختار الى حين أن يبلغ الثامنة عشرة من العمر وهنا اتضح أن المشرع اعتمد سن البلوغ الوارد في احكام القانون المدني دون أن ينص صراحة عليه كونه ذكر العمر فقط، ولم يذكر البلوغ كما ذكره عندما اشترطه كأحد شروط الحاضنة في الفقرة الثانية ، ومن بعدها يبين المشرع أن الحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم لها الحق في المطالبة بالحضانة مجددا[1] ، دون أن يذكر أن تكون متمتعة بشروط الحضانة من عدمها، وكذلك لم يبين هل أن هذا الحق هو حصرا للام أو للأنثى كونه جاء بصيغة المخاطب للأنثى فقط بصيغة الحاضنة، كما لم يبين ماهية الضرر أو درجة الضرر الذي يمكن أن تعاد اليها الحضانة، وهنا قد تظهر مشكلة وهي أن تكون الحاضنة فاقدة لاحد شروط الحضانة، وانتقلت الى الحاضن الاخر ، وتعرض المحضون الى ضرر اي كانت درجته، وهنا يوجد نص غير واضح وهو أن تكون من حق الحاضنة السابقة التي كانت فاقدة لاحد شروط الحضانة أن تطالب باسترداد الحضانة، فهنا كان على المشرع بيان أن تكون الحاضنة متمتعة

(١) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة السادسة على (للحاضنة التي انهت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها اذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه) .

بالشروط المنصوص عليها والواجب توافرها في الحاضنة أو زوال المانع من الذي كان السبب في فقدانها للحضانة، فالقصور الوارد هنا هو عدم بيان أن تكون الحاضنة لازالت متمتعة بالشروط أو المانع أو السبب الذي بسببه فقدت الحضانة، وكذلك أن تخول المحكمة لتقدير الضرر الذي يتعرض له المحضون ، وبعد ذلك أورد المشرع انه في حالة فقدان ام الصغير لاحد شروط الحضانة أو وفاتها فتنتقل الحضانة الى الأب [1]، دون أن يذكر اي شرط ممكن أن يطلب من الأب لكي يعتبر هو الحاضن الشرعي كونه جاء في المرتبة الثانية بعد الأم حسب النص المتقدم اي من القراءة الأولى للنص يتضح أن الأب غير واجب أن يتوافر فيه أي شرط من شروط الحضانة كالعقل أو الأمانة أو البلوغ، وهذا بالتالي سوف يؤدي الى نتائج غير منطقية اذا ما اخذ بما ورد بالنص حرفيا فعلى سبيل المثال لو كان الأب مصابا بعاهة عقلية وغير قادر على الحضانة، وتوفت الأم أو فقدت احد شروط الحضانة فوفق النص المتقدم يكون الأب هو الاحق بالحضانة، فمما اضطر القضاء الى الركون الى الشق الاخير من النص، وهو اعتبار أن من مصلحة المحضون هو تمتع الأب بالشروط المنصوص عليها قانونا في الأم تطبق على الأب بسبب النقص الحاصل في النص والقصور التشريعي ، وإن تحققت هذه الفرضية، وبحثا عن مصلحة المحضون سوف تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة بما يتلاءم مع مصلحة المحضون، والاكثر امانا على مصلحة المحضون ، كما أن للمحكمة صلاحية وسلطة في أن تودع المحضون الى من تراه امينا على المحضون في حال كان كلا الابوين غير صالحين للحضانة ، وإن لم يوجد فللمحكمة أن تقرر أن تودع ايداع المحضون في احد دور الدولة المعدة لهذا الغرض [2] ، وبعد ذلك بعد أن لم يتم تحديد اي شرط يتعلق في الأب يأتي النص في احكام الفقرة التاسعة الواردة في التعديل الاخير كنوع من معالجة القصور التشريعي من قبل مجلس قيادة الثورة المنحل الذي بين اذا فقد الأب احد شروط الحضانة، وكانت الأم لا زالت متمتعة بشروط الحضانة فتكون هي الاحق بالحضانة دون أن يكون لأقاربه من لهم الحق في المنازعة

---

(١) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة السابعة على (في حال فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الأب ، الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك ، وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير) .

(٢) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة الثامنة على (اذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين ، كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها) .

في الحضانة [1] ، ولم يذكر ماهي درجات القرابة، ومن هم اصحاب هذه الدرجات التي لها الحق في نزاع الأم من بعد الأب بالنزاع على الحضانة، والواضح من قراءة النص أن ليس لهم الأولية على الأم من خلال ورود عبارة دون أن يكون لأقاربها من النساء أو الرجال حق منازعتها، اي يتضح منها أن للام الحق بالحضانة حتى وإن كان هناك اقارب لهم الحق في النزاع على الحضانة مع الأم تكون للام الافضلية ، ومن ثم جاء بنص يعتبر مكررا نوعا ما من حيث انه قد ذكر أن الأم أولى بالحضانة حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من بقائه[2]، لكن أورد هنا في حالة وفاة اب الصغير ، وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين حصرا بوضع ثلاثة شروط تم ذكر اثنين منهن هي أن لا يتضرر المحضون من بقائه مع الأم وأن تكون الأم لا تزال محتفظة بشروط الحضانة ، وأن يتعهد الزوج حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الاضرار به، وهنا يتضح حرص المشرع الشديد الدائم على مصلحة المحضون ، وتكريس اغلب النصوص مراعاة لمصلحة المحضون. كونها تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون ، وقد اختتم المشرع نصوص احكام الحضانة بنص اعتبره دخيلا عليها لعدم وجود ترابط بينه وبين ما تقدم كونه منح الأم الحاضنة التي رفض زوجها الاجنبي عن المحضون أن يتعهد حسب ما ورد في الفقرة (الثالثة) من احكام الفقرة ب من احكام الفقرة التاسعة من احكام المادة السابعة والخمسين بطلب التفريق واعتباره سببا من أسباب طلب التفريق القضائي[3] ، في حين أن المشرع قد أورد بابا مستقلا، وهو الباب الرابع لبيان أسباب التفريق لكل من الزوجين ، ومع ذلك نجد أن المشرع قد

---

(١) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة التاسعة (أ)على (اذا فقد ابو الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة ، دون ان يكون لأقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد) .

(٢) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة التاسعة (ب)على (اذا مات ابو الصغير فيبقى لدى امه وان تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط :

١. ان تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة .

٢. ان تقنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم .

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

(٣) نصت المادة السابعة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية الفقرة التاسعة (ج) على (اذا اخل الزوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سببا لطلب التفريق من قبل الزوجة) .

زج بهذا النص من ضمن احكام الحضانة كما تم ذكره بموجب التعديل الاخير الذي تم بموجبه اضافة هذه النصوص الى الفصل الثاني (الرضاع والحضانة)[1] .

ومع كل ما ذكر من عيوب في النص المتقدم الذي يكلف القضاء جهدا مضاعفا للبحث والاجتهاد والتفسير للوصول الى الحكم العادل، فهناك في الواقع العملي عدة نزاعات تعرض على القضاء لم يتم التطرق اليها بصورة صريحة أو لم يتم التطرق اليها نهائيا ، وأورد بعضها على سبيل المثال لا الحصر مثل اقامة دعوى المشاهدة من قبل الجد والجدة لأب في حالتين عند وفاة الأب أو وجوده، فهذا النزاع لا تجده في احكام المادة السابعة والخمسين، بل ايضا حتى الأم التي ليست بحاضنة للصغير وعند اقامته دعوى للمطالبة بالمشاهدة للصغير لم يتطرق اليها المشرع كونه قد أورد هذا الحق الى الأب فقط دون غيره، ولكن مثل هذه الدعاوى تعرض بالمئات يوميا على محاكم الاحوال الشخصية ، وكذلك أن تقوم الأم الحاضنة بإقامة دعوى للمطالبة بتأييد الحضانة لغرض مراجعة الدوائر الرسمية وغير الرسمية بصفتها الحاضنة كون الأب يعد هو الولي الجبري بحكم القانون، ولا تقبل من الأم القيام بأي تصرف يخص ادارة شؤون الصغير مما تضطر الأم الى اقامة دعوى للمطالبة بتأييد الحضانة لمراجعة الدوائر الرسمية ، وكذلك من ضمن الأمور التي لم يتطرق اليها المشرع هو موضوع السفر بالمحضون، وهو كثير الحصول خصوصا في الآونة الاخيرة لكثرة الهجرة الحاصلة في المجتمع، فتكاد لا تخلو محاكم الاحوال الشخصية يوميا من طلبات تنصيب وصية مؤقتة لغرض السفر أو اقامة دعاوى بذات الغرض ، وهي في الأساس لا يوجد لها سند من القانون ولكن للاجتهاد القضائي من محكمة التمييز واعتبار السفر بالمحضون يتعارض مع حق المشاهدة المنصوص عليه قانونا بموجب الفقرة الرابعة من احكام المادة السابعة والخمسين ، وايضا هناك دعاوى تقام لم يرد بها نص في قانونا مثل دعاوى المطالبة من قبل الحاضنة التي صدر حكم بحقها بإلزامها بتمكين الأب من مشاهدة المحضون للمطالبة بأجرة النقل خلال المشاهدة بإحضار المحضون والمغادرة من قبلها أو قبله ، وايضا دعاوى المطالبة بزيادة عدد مرات المشاهدة التي لم تذكر قانونا ايضا، وكذلك الحكم بالاصطحاب ايضا اضافة الى المشاهدة التي تعد غير معالجة من قبل قانون الاحوال الشخصية ، وكذلك معالجة عدم احضار الحاضنة المحضون الى المشاهدة وامتناعها عن تنفيذ الحكم الصادر بحقها،

(١) عُدل القانون بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل القرار المرقم ٦٥ لسنة ١٩٨٦ ، في ١٩٨٦/٦/٢٨ .

وأنّ النص الوارد ليس فقط قد اغفل عن بعض الامور بل انه لم يعالج العديد من الامور، ونرى أن السبب في ذلك اضافة الى الفارق الزمني بين صدور القانون ووقت اعداد الدراسة، وكذلك طريقة الصياغة التي تراها تارة من النوع الصياغة المرنة، وتارة اخرى من النوع المتذبذبة، التي لا يمكن للمتلقي للنص الوصول الى مراد المشرع أو الغاية الاساسية من التشريع، وهذا يعد احد اهم عيوب الصياغة التشريعية اضافة الى عدم التدرج أو التسلسل في صياغة التشريع ، مما يؤدي الى ضياع الغاية التي اراد المشرع ايصالها أو المعالجات المطروحة ، وعدم ايراد التعاريف بشكل منتظم ، وهذا يعتبر من العيوب الشكلية ، وفي بعض الفقرات تجد النص غامضا ومبهما، فتارة تجد النص يدل دلالة واضحة على معناه، ففي انطباق معناه لا تظهر مشكلة عند التطبيق مع اي متعامل مع النص مثل تحديد الشروط الواجب توافرها في الأم ، وتارة اخرى ترى أن النص ينطبق في معناه دلالة ظاهرة ففي انطباق معناه على بعض الافراد ، ويطلق علماء الاصول على هذا النوع من الغموض (الغموض الخفي)[1] ، أو في بعض الاحيان يرد النص في لفظه لا يدل على المراد منه؛ لأنه ممكن أن يظهر أن انطباق النص على فئة معينة من الافراد مثل ما ورد ببعض الفقرات بصيغة المخاطبة للأنثى في حين أن مفهوم النص أن ينطبق على كل من له حق بالحضانة ، أو ورود اللفظ مشتركا، وينطبق على اكثر من وضع في صيغته ، أو إغفال لألفاظ في النص التشريعي بالشكل الذي يجعل النص غير مستقيم ، مثل منح حق الصغير الاختيار دون بيان الشروط المطلوب توافرها في من يختاره، كما أن هناك بعض التفصيل غير المرتبط بفحوى النص، وتحققت عندما لجأ المشرع اليها للدخول بتفاصيل موضوع معين ، مثلا عندما ربط الأذن بتمديد الحضانة بعد الاستعانة باللجان الطبية والشعبية منها ، في حين أن الرأي المقدم من قبل الجهات الطبية ما هو إلّا رأي فني فقط ولا يمكن الاعتماد عليه واعتباره دليلا لإسناد حكم ينتج اثارا قانونية، فهنا المشرع قد دخل في تفاصيل لها من الاثار قد تكون ضارة مستقبلا كون الجهة الفنية التي ستصدر الرأي سوف تبين ماله علاقة بالمحضون من بيان حالته الصحية فقط ، وبالأحرى يكون هذا الرأي يقبل الصحة ويقبل الصواب ، وايضا أن ما شاب النص التشريعي موضوع الدراسة هو عدم التدرج أو التسلسل في صياغة التشريع، وهو يعتبر من العيوب الشكلية

(١) د. حيدر ادهم الطائي، محاضرات في المبادئ الاساسية للصياغة التشريعية ، مكتبة السنهوري ، بيروت ،٢٠٢١، ص٤٧.

في الصياغة فنجد النص في بدايته بين استحقاق الأم للحضانة وبين الأوضاع القانونية التي تبقى الأم محتفظة فيها ، وجاء بعدها وبين الشروط الواجب توافرها في هذه الأم الحاضنة ، ومن ثم ذهب بعيد عن ما ذكره سابقا ، وانتقل الى موضوع أجرة الحضانة ، وبين تفاصيلها ونظم احكامها ، ومن ثم جاء وأورد ثلاث حالات بفقرة واحدة وهي الجمع بين اقرار حق للاب للمشاهدة دون الاشارة اليه صراحة، ومن ثم ورود سن الحضانة وبعد ذلك امكانية تمديد الحضانة، ومن ثم عاد للكلام عن المشاهدة بعبارة أن لا يبيت المحضون إلّا عند حاضنته ، وانتقل بعد ذلك الى منح الصغير حق الاختيار ومن ثم بين امكانية الحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم امكانية المطالبة بها مجددا، وبعد ذلك انتقل الى المستحق الثاني للحضانة من بعد الأم التي ذكرت في بداية النص، وبين تفاصيل واحكام حضانة الأب ، وبعد ذلك ذهب الى الحالة التي يكون كلا الابوين غير مستحقين للحضانة ووضع الحلول لها ومن ثم جاء بختام النص بفقرة تخص الأم مجددا، وبيان الشروط الواجب توافرها في الأم في حالة وفاة اب الصغير وزواجها من اجنبي عن المحضون ، وبعد ذلك اختتم النص بوضع سبب من أسباب التفريق القضائي في حال تخلف الزوج الاجنبي العراقي عن التعهد المطلوب منه برعاية المحضون، فيكون لها حق طلب التفريق لاعتباره سببا من أسباب التفريق للام الحاضنة المتزوجة من اجنبي عن المحضون بعد وفاة أبيه.

وصفوة القول بعد بيان ماهية القصور التشريعي وبيان اسبابه وتحليل النص موضوع الدراسة وايضاح مكامن القصور التشريعي وبيان بعض العيوب في الصياغة التشريعية بعد تحليله، فنجد أن المشرع لم يراعِ ترتيب المواد بطريقة منطقية ، اذ كان الأحرى به أن تتصدر المواد المهمة والتعاريف التي لم يذكرها النص أو المواد ذات الطابع العام، وبعد ذلك المواد ذات الطابع الخاص ، وكذلك عدم تقسيم التشريع على اقسام متعددة على أن يجمع بينها وحدة الموضوع ، وهذا الاسلوب سوف يساعد القارئ في العثور على المواد المطلوب التعامل معها ، وايضا عدم ادخال مواضيع لا تمت بالموضوع بصلة، مثل أجرة الحضانة، وأحد أسباب طلب التفريق وغيره مما ذكر في هذه الدراسة فيما سبق ، وايضا اغفال بعض الحالات وعدم ذكر بعض الحالات بصورة مباشرة مما يقع على عاتق القضاء كونه المتعامل المباشر مع النص على ضرورة بذل جهد اكبر للتفسير في النص والاجتهاد والبحث في غايات ونوايا المشرع بما يتلاءم مع النزاعات المعروضة، وايجاد الحلول القانونية السليمة والمناسبة للمجتمع؛ لتحقيق الغاية

والرسالة السامية المناطة الى القضاء، وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الاتحادية الهيئة الموسعة المدنية في احد قراراتها[1].

المطلب الثاني

مبادئ محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي

يحتل الدور الاجتهادي لأحكام محكمة التمييز الاتحادية أثرا متميزا في صياغة القاعدة القانونية، وذلك بفضل المستوى المهني والاحترافي العالي الذي تمارسه هذه المحكمة في تطويع القانون ، وستقتصر دراستنا على أحكام محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، بوصفها الجهة القضائية العليا من جهات القضاء في الدولة التي يقع على عاتقها توحيد الاجتهاد القضائي، واستقرار المسائل القانونية المعقدة ، ذلك أن وظيفة هذه المحكمة في الأصل تنصب على بحث القاعدة القانونية المختلف عليها وتفسيرها وتطبيقها . ولا نجد أن هناك مبالغة عندما نسلم بأن تطور القانون ورقيه وتحقيقه الأمثل للعدالة في العراق كان بفضل الأداء المهني العالي لمحكمة التمييز الاتحادية بمختلف هيئاتها، وليس خافيا الدور الذي تمارسه هذه المحكمة في تطويع القانون، وحسب مقتضيات المجتمع المتغيرة باستمرار مع الجمود الذي تتسم به القاعدة القانونية ، ومن خلال استعراضنا لأحكام هذه المحكمة المتميزة في تسبيب أحكامها في القانون العراقي ، وجدنا أن هذه المحكمة المحترمة أقرت مبادئ قانونية جديدة تنسجم مع ظروف المجتمع وحياة الأفراد ، إذ إن أحكامها تتميز بالعمق القانوني والبساطة واليسر، فقد صدر فيها قضاء غزير المادة، سديد التدبير، ودقيق الاستنباط يظهر المستوى المهني والاحترافي الكبير الذي وصلت إليه هذه المحكمة في تفسير وصياغة القاعدة القانونية ، لذا سنتناول الدراسة بهذا المطلب على منهجين لمحكمة التمييز الاتحادية على شكل فرعين، الأول: هو دور محكمة التمييز في (التفسير الواسع للنص) ، والثاني هو الدور الاجتهادي (القضاء الانشائي) لمحكمة التمييز الاتحادية.

الفرع الأول

---

(١) والذي جاء فيه (إن صح أن موضوع الدعوى الذي يتعلق بعقد مرسل عبر البريد الالكتروني وموقع عليه الكترونيا، فأن بإمكان القضاء الفصل بذلك لأنه ملزم بحكم القانون ان يفصل في اي قضية تعرض عليه اذ عليه سد النقص التشريعي ومعالجة الموضوع على وفق الاسس الفنية التي تحكمه وان عدم وجود نص في القانون لا يعني عدم الاعتداد بذلك) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٠ /الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٢ ، غير منشور.

معالجة القصور التشريعي من خلال التفسير الواسع للنص

إن بيان المعنى للتفسير يوجب بيان معناه اللغوي والاصطلاحي ابتداءً لما له من اهمية وفاعلية في التأثير سواء أكان الحكم أو فهم النص المراد تفسيره وصولا الى غاية، وارادة المشرع الحقيقية من التشريع عند سنه ، ومن ثم بيان التفسير وأنواعه حسب جهة اصداره ، وطرقه الاساسية والمساعدة .

أولا: تعريف التفسير:

التفسير: هو الايضاح والتبين، ووزنه تفعيل من الفسر وهو البيان والكشف تقول: فسرت الشيء بالتخفيف افسره فسرا وفسّرته بالتشديد افسّره تفسيرا اذا بينته [1]، فالتفسير كشف المغلق من المراد بلفظه، واطلاق للمحتبس عن الفهم به ، ويقال: فسرت الشيء افسره تفسيرا ، وفسرت افسره فسرا، والمزيد من الفعلين اكثر في الاستعمال[2] .

وقال آخرون: (الفسر) مقلوب من (سفر)، ومعناه ايضا الكشف يقال سفرت المرأة سفورا، اذا القت خمارها عن وجهها وهي سافرة ، واسفر الصبح: اضاء، وسافر فلان ، وإنما بنوه عل التفعيل؛ لأنه كثير.

فهي عملية عقلية تكشف عن المبهم مما في النصوص، ولم ترد اللفظة في القرآن الكريم إلّا مرة واحدة بقوله ((ولا يأتونك بمثل إلّا جئناك بالحق واحسن تفسيرا))[3] اي احسن بيانا ، فكأنه يتبع سورة بعد سورة وآية بعد آية[4].

اما في الاصطلاح فقد عرفه البعض على انه ((هو علم نزول الآية وسورتها واقاصيها والاشارات النازلة فيها، ثم ترتيب مكيها ومدينها، ومحكمها ومتشابهها ، وناسخها ومنسوخها ، وخاصها وعامها ، ومطلقها ومقيدها ، ومجملها ومفسرها))[5]، وقد عرف بعض علماء الشريعة

---

(١) ابن منظور (محمد بن مكرم المصري) لسان العرب ، ط١، ج٦، دار صادر ، بيروت ،١٩٩٠، ص٤٦٠، الرازي (ابو بكر ،مختار الصحاح ،المطبعة الاميرية ،١٩١٠، ص٥٠٣.

(٢) الزرقاني (الشيخ محمد عبد العظيم)، مناهل العرفان في علوم القرآن ،ج٢، دار الفكر ، بيروت ،١٩٩٠، ص١٨٧.

(٣) سورة الفرقان ، الآية: ٣٣ .

(٤) الزركشي (الامام بدر الدين) البرهان في علوم القران ، تحقيق محمد ابو الفضل ابراهيم ،ج٢، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ١٩٩٠، ص ١٤٨ ،١٤٧ .

(١) الزركشي ، المصدر ذاته ، ص ١٤٨.

التفسير انه علم باحث عن معنى نظم القرآن الكريم بحسب الطاقة البشرية، وبحسب ما تقتضيه القواعد العربية ، أو هو اسم للعلم الذي يبحث عن بيان معاني القران الكريم وما يستفاد منها[1] .

وعرفه آخرون على انه الشرح والبيان يقصد منه توضيح معاني القرآن الكريم وما انطوت عليه آياته من عقائد واسرار وحكم واحكام[2] ، وللتفسير في اصطلاح العلماء تعاريف اخرى كثيرة تدور حول هذا المعنى إلّا انه من المتفق عليه أن موضوع التفسير هو الفاظ القرآن الكريم من حيث البحث عن معانيها وما يستنبط منها والغرض منه معرفة معاني النظم ، وفائدته حصول القدرة على استنباط الاحكام الشرعية على وجه الصحة ، وغايته التوصل الى معرفة معاني القرآن الكريم واستنباط حكمه ليفاز بالسعادة الدنيوية والاخروية[3] .

أما مدلول التفسير من ناحية القانون، فذهب الفقهاء القانون الوضعي في عدة اتجاهات بالنظر الى ما اذا كان محل التفسير هو النص التشريعي فقط أم انه يشمل كذلك أي قاعدة قانونية أخرى، أم ينظر الى وظيفته وهدفه أم يقتصر على تحديد غايتها أو هدفه النهائي، ومعنى ذلك أن هناك اتجاهين لبيان مدلول ومعنى التفسير بالنظر الى محله ، والتفسير بالنظر الى غايته وهدفه.

١- تعريف التفسير بالنظر الى محله

انقسم الفقهاء على ماهية التفسير بالنظر الى محله، فمنهم من ذهب الى أن التفسير يرد على النصوص التشريعية فقط، ومنهم من ذهب الى أن التفسير يشمل التشريع وغيره من القواعد القانونية.

الاتجاه الأول: كل التعاريف التي يذهب اليها اصحاب هذا الرأي أن التفسير يقتصر على التشريع فقط دون المصادر الاخرى كالقواعد القانونية ، وإن كانت تورد في التعرف بعض وظائف التشريع، وذهب فريق داخل هذا الاتجاه الى أن تفسير التشريع هو توضيح ما ابهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من احكامه والتوفيق بين اجزائه المتناقضة[4] ، وذهب آخرون الى أن تعريف التفسير هو بيان معنى النص الغامض سواء أكان هذا الغموض ناتجا عن

---

(٢) فاروق حمادة ، مدخل تالي علوم القرآن والتفسير ، ط١ ، مكتبة المعارف ، الرباط ،١٩٧٩، ص٢١٢ .

(٣) الزرقاني(الشيخ محمد عبد العظيم) ، مصدر سابق ، ص ٤٧٢ .

(٤) د. خالد وزاني ، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،٢٠٠٨، ص٣٢.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري و د. حشمت ابو ستيت ، اصول القانون ،القاهرة ،١٩٤٦، ص٢٣٥.

نقص أو عدم تناسب الالفاظ أو غرابتها أو كان عن تناقض عقلي لطابع اللغة المستخدم، أو نتيجة لأخطاء مطبعية [1] .

الاتجاه الثاني: يركز انصار هذا الاتجاه على المعنى اللغوي للتفسير ، فيدور تعريفهم له حول معنى البيان والايضاح ، فقد عرفه بعضهم بأنه تحديد معنى القاعدة القانونية لرسم حدود تطبيقها العملي واستخلاص الحلول التي تتضمنها العلاقات القانونية بما في ذلك ايضاح غامضها وتفصيل مجملها[2]، ولم يعترض أنصار هذا الرأي في تعريفهم للتفسير لتحديد ماهيته ولا موضوعه أو طرقه ووسائله ، وهم في ذلك لم يختلفوا مع أنصار الرأي السابق من حيث المضمون[3] .

٢ –تعريف التفسير بالنظر الى هدفه وغايته

يرى أنصار هذا الرأي أن تعريف التفسير هو أما أن يكون للبحث عن هدف القاعدة القانونية أو البحث عن المعنى الحقيقي.

الاتجاه الأول: يذهب اصحاب هذا الاتجاه الى أن التفسير هو البحث عن هدف لقاعدة القانونية باعتباره انه العملية العقلية التي تهدف الى البحث والتوضيح للمعنى الذي ورد في القاعدة القانونية أو الذي ترمي اليه القاعدة القانونية[4] ، ويمتاز هذا الرأي كونه بين ماهيته وهي الاعتماد على عملية عقلية، لكنه لم يبين موضوع التفسير ولا طرقه.

الاتجاه الثاني: يذهب أصحاب هذا الاتجاه الى أن تعريف التفسير هو البحث عن المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية في حالة واقعية معروضة امام القضاء أو المفسر، ويقصر اصحاب هذا الرأي أن تعريف التفسير على وظيفته أو تحقيق الهدف النهائي منه، والذي يتمثل في تحديد معناه الحقيقي للتوصل الى حكم الحالة الواقعة المعروضة للتفسير، ومن هذا القبيل تعريف التفسير بانه البحث والتحري بهدف ايجاد المعنى الصحيح للقاعدة القانونية لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية المعروضة للتفسير[5] ، وقد ذهب البعض الى أن جميع التعريفات السابقة ينقصها عنصر وأكثر من العناصر الاساسية التي يجب أن تشكل صياغة التعريف للتفسير وتكون مادته الأولية حتى

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري و د. حشمت ابو ستيت ، المصدر السابق ، ص ٢٣٦.

(٢) د. كمال عبد الواحد الجواهري ، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي ، ط١،١٩٩٤،ص٣٦.

(٣) د. خالد وزاني ، مصدر سابق ، ص٣٦.

(٤) د. كمال عبد الواحد الجواهري ، مصدر سابق ، ص ٣٠٥ .

(٥) د . محمد صبري السعيد ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٩٧،ص٢٥٠.

يخرج كاملا وجامعا لمعناه، ثم ذهب اصحاب الرأي الاخير لتعريف التفسير بأنه ((إن التفسير عملية عقلية منطقية تحدد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية، وتعين مداها من واقع الفاظ النص، والحق أو المركز القانوني محل الحماية، وبقصد اعلان حكم القانون في الحالة الواقعية المعروضة))[1] .

وبعد بيان أغلب ما توصل اليه الفقهاء بإيجاد تعريف للتفسير والواضح أن اغلبهم اتفق على أن التفسير هو عملية عقلية لإزالة الغموض أو النقص بالنص أو القاعدة القانونية للوصول الى غاية وهدف النص وتحقيق الحكم العادل والصحيح، وكان للقضاء الدور الاهم في تفسير النص كون التفسير القضائي يتصل بالوقائع العملية التي تعرض يوميا على القضاء ، وكما ذكرنا سلفا أن القضاء ملزم بإصدار حكم ولا يمكن له عدم الحكم بحجة غموض النص أو نقصه كونه عدّ ممتنعا عن احقاق الحق، لذا يضطر القضاء الى انتهاج البحث في ثنايا النصوص للوصول الى المعنى المنشود من النص التشريعي ، وهو الشائع في أغلب دول العالم وما عرفت به احكام محكمة التمييز الاتحادية ، التي تقوم ببذل الجهد لاستخلاص معنى النص الذي اراده المشرع في النص الواجب التطبيق ، فالتفسير من قبل القاضي ليس في الغاية في ذاته بل وسيلة يستخدمها القاضي بقصد الوصول الى الحكم السليم عند الفصل في النزاع المعروض عليه ، ومن اجل ذلك يكون التفسير القضائي اكثر استجابة للمصالح المتجددة وتكيفها مع الحاجات الطارئة[2]، الذي سنتناوله لاحقا.

ثانيا: أنواع التفسير:

التفسير التشريعي:

وهو التفسير الذي يصدر من السلطة التشريعية ذاتها التي اصدرت التشريع، أو قد تكون لاحقة لها باختلاف الازمنة بين صدور التشريع، ووقت تفسيره لبيان حقيقة المقصود، والغاية التي يرمي اليها المشرع من اصداره هذا التشريع ، اي أن يكون تفسير التشريع بتشريع مثله ، فالتفسير التشريعي على الاغلب يصدر من ذات الجهة أو الهيئة التي اصدرت التشريع الاصلي ذاته، وقد يصدر النص المفسر مرافقا للنص محل التفسير. كما قد يصدر النص المفسر من تاريخ لاحق

(١) د. كمال عبد الواحد الجوهري ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦.

(٢) د. محمد شريف احمد ،المصدر السابق، ص٢٧.

على النص محل التفسير[1]، وأثير تساؤل حول طبيعة التفسير التشريعي، فذهب اتجاه الى القول: إنه ليس تفسيراً بالمعنى الدقيق؛ لأنه ليس عملية عقلية لاستخلاص قصد المشرع، فهو لا يعدو أن يكون افصاح المشرع عن قصده ، لذا لم يعتبروه تفسيراً للقاعدة القانونية، وإنما هو قاعدة قانونية جديدة لها صفة الالزام ، والتي تعرف بأنها القواعد الشارحة [2]، بينما ذهب فريق اخر الى أن التفسير التشريعي لا يختلف عن الانواع الاخرى من التفاسير كون الغاية منه هو ازالة الغموض الوارد في النص أو القاعدة القانونية، أو تدارك النقص أو رفع التناقض بين النصوص، وهذا الاتجاه ما أراه راجحا كون المشرع غايته من اصدار اي تشريع هي تحقيق تنظيم للعلاقات، وتكون بصفه عامة مجردة أما النصوص التفسيرية لا تعتبر كذلك كونها هي اصدرت لغاية ايضاح نص سابق صادر أو لمعالجة ما ورد به من اخطاء، فأنها لا ترتقي الى قيمة التشريع الالزامي.

التفسير القضائي: وهو التفسير الذي يصدر من السلطة القضائية، ويعد التفسير القضائي الاهم لاتصاله المباشر بوقائع الحياة العملية ، وهو التفسير الذي يتولاه القضاة اثناء نظرهم في الدعاوى المنظورة ، وهو التفسير الذي يتبادر الى الاذهان اذا ما اطلق مصطلح التفسير ، ذلك أن مهمة القاضي تطبيق احكام القانون على الوقائع الحديثة والمتطورة فعلا وهذا التطبيق يتطلب من القاضي بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى الذي اراده المشرع من النص الذي يجب أن يطبق، فالتفسير القضائي ليس غاية في ذاته ، بل وسيلة بقصد الوصول الى الحكم السليم عند الفصل في المنازعات، ومن اجل ذلك يكون التفسير القضائي اكثر استجابة الى المصالح المتجددة وتكيفا مع الحاجات الطارئة [3]، والقضاة عادة يلجؤون الى التفسير بمناسبة دعوى معروضة عليهم فقط.

التفسير الفقهي: وهو التفسير الذي يطرحه الفقهاء من رجال القانون والقضاة واساتذة الجامعات والمفكرون في مؤلفاتهم وابحاثهم العلمية ومقالاتهم وفتاويهم، إذ يقوم الفقيه باستخلاص حكم القانون الذي قصده المشرع بغض النظر عن الظروف والوقائع، لأن الفقيه لا يحكم في منازعة كما هو الحال بالنسبة للقاضي ، بل يظل تفسيره للقانون مدون ضمن النطاق النظري ، ويمتاز التفسير الفقهي كونه أوسع صور التفسير، لأنه لا يتناول حالات خاصة كما يفعل القضاء أو

---

(١) جميل الشرقاوي ، دروس في اصول القانون، دار النهضة العربية ،١٩٧٢، ص١٩٤ .

(٢) د. خالد وزاني ، مصدر سابق ، ص١٠٤ .

(٣) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص٢١٧.

المشرع ، وإنما يقوم الفقيه بتفسير القواعد القانونية بقصد استخلاص مبادئ عامة حاكمة أو وضع نظريات تعد هذه القواعد تطبيقا لها ، وغالبا يكون التفسير الفقهي يساعد القضاء في تطبيق وفهم النصوص اضافة الى لفت نظر المشرع الى عيوب النص لغرض استكمال ما بها من نقص أو إزالة الغموض الوارد في النصوص محل الدراسة من قبل الفقه،عن طريق الدراسات والبحوث والنظريات العلمية ، حيث يكون دور الباحثين والدارسين البحث في ثنايا النصوص، والوقوف على مكامن القصور وطرح بعض الحلول في بعض الدراسات[1] .

ثالثا: طرق التفسير:

اختلف الفقهاء في تقسيم وتحديد هذه الطرق، فمنهم من قسمها الى طرق خارجية وطرق داخلية[2]، والداخلية التي يكون فيها التفسير في ذات النص، أما الخارجية التي تأتي من خارج النص، كالاستناد الى حكمة التشريع أو الاعمال التحضيرية وغيره ، ومنهم من قسم الطرق على نحوية لغوية وطرق منطقية، والنحوية بقصد قواعد اللغة على التشريع اعتمادا على التعبير الحرفي للقانون، اما الطرق المنطقية، فهي التي تلمس قصد وغاية المشرع مع مراعاة قواعد المنطق[3] ، ومن الفقهاء من قسمها على طرق تفسير النص السليم وطرق تفسير النص المعيب [4]، كما ذهب اخرون الى تقسيم الطرق على قسمين، أولهما طرق التفسير الاصلية: وتعني الطرق التي يشتمل عليها النص ذاته وهي لفظ النص، ومفهومه وحكمته، وثانيها طرق التفسير المساعدة، وهي على نوعين الأولى الطرق التي يستعاد بها لتقويم عبارة النص بغية فهمها بصورة سليمة ، وهي الاعمال التحضيرية والمصادر التاريخية ، وثانيها: ما يستعان به لمد حكم النص الى ميادين خارجة عن نطاقه ويعبر عنه بالقياس[5]، ويعتبر هذا الرأي هو الأرجح لذا سنبينه بشكل موجز.

١- طرق التفسير الأصلية

أ- **التفسير اللفظي:** يقصد بالتفسير اللفظي التعرف على حكمة النص من خلال فهم ألفاظ وجمل النص وتطبيق قواعد اللغة عليه ، ولذلك فأنّ الكشف عن مدلول هذه الالفاظ يعد الخطوة الأولى في التفسير، فأنّ النص لا يعدو في الحقيقة أن يكون مجموعة الفاظ يريد بها المشرع التعبير عن

---

(١) د. خالد وزاني ، مصدر سابق ، ص٦٥٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، وحشمت ابو ستيت، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٣) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص٢٣٨.

(٤) د. خالد وزاني ، المصدر ذاته ، ص٦٤٣ وما بعدها .

(٥) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص٢٣٩.

معنى هادف[1] ، لذا على المفسر وفق هذه الطريقة أن يبحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ. ومن امثلة ذلك تفسير محكمة التمييز الاتحادية شرط العقل المنصوص عليه في احكام المادة السابعة والخمسين الفقرة الثانية بعدم اصابة الحاضنة بأي عاهة عقلية أو نفسية، وإلّا عدّ تخلف شرط من شروط الحضانة في الحاضن ((وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استندت اليها محكمة الموضوع بعد أن تبين لها أن المدعية محتفظة بشروط الحضانة خصوصا ، وأنّ تقرير اللجنة الطبية النفسية الأولية يشير الى عدم وجود علامات الصرع لديها ، وأنها تتمتع بصحة جيدة وبكامل قواها العقلية وحيث أن الأم احق بالحضانة كما وتبين أن وجود الأطفال موضوع الدعوى بحضانة المدعية اصلح لهم، وبذلك يكون الحكم المميز بإلزام المدعى عليه بتسليم الأطفال لها لغرض حضانتهم صحيحا))[2] .

ب- الاستنتاج من مفهوم النص: إذا لم يتبين معنى النص من الفاظه أو عباراته، ففي هذه الحالة يبحث عنه من خلال مفهوم النص[3]، ذلك أن للنص التشريعي، مثله مثل اي كلام مقصود هادف، معنيان، أولهما: معنى أولي، وهو ما يؤدي الى فهم كلمات النص وعباراته في ضوء قواعد اللغة، وثانيها: معنى ثانوي، وهو ما يستنتج من المعنى الأول ايجابا أو سلبا، واساس هذا الاستنتاج هو التلازم اللفظي المنطقي الحاصل بين المعنيين[4].

ويظهر من هذا المعنى الثانوي الذي يؤدي الى مفهوم النص بثلاثة صور:

الصورة الأولى: تعرف بصورة الموافقة اي اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة بين الحالتين، ومفاد هذه الفكرة هو وجود حالة اخرى تطابقها، وهذه الحالة الجديدة غير المنصوص عليها كالحالة الأولى، ولكن بمقتضى مفهوم الحالة الأولى يمكن مد حكمها لتشمل الحالة الثانية[5]، ومثال ذلك قبول الدعوى للمشاهدة للمحضون المقامة من قبل الجد والجدة سواء لاب أو لأم بالرغم من عدم وجود نص عليهم إلّا أن النص قد ذكر هذا الحق للاب فقط، وبتفسير محكمة التمييز تقبل مثل هكذا دعاوى وصدر العديد من الاحكام بهذا الصدد. ومنها

---

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٩، ص٩٤ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٥٦٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ ، غير منشور.

(٣) د. خالد وزاني، مصدر سابق ، ص٦٦١.

(٤) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .

(٥) د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ،ج١، الكويت ،١٩٧٢، ص٥٣٢.

((وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، وذلك لأن مشاهدة المحضونين لا تقرر للجد لاب في حال كون الأب على قيد الحياة لذا قرر نقضه ....))[1].

الصورة الثانية: تعرف بصورة المفهوم من باب أولى ومفادها أنه اذا تقررت قاعدة بحالة معينة ووجدت حالة اخرى لم يرد بشأنها نص ولكن العلة التي اقتضت النص على الحالة الأولى تكون اكثر توافرا في الحالة الثانية، فأنّ المفسر يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية من باب أولى[2]، ومثال ذلك أن المشرع قد منح حق المشاهدة للاب، وترك ذلك لتقدير المحكمة مثل عدد مرات المشاهدة ومن ضمنها حق الاستصحاب في عمر معين للمحضون هو لم يذكر في النص ماهية حق المشاهدة بل أن محكمة التمييز ومن بعدها محاكم الاحوال الشخصية كافة سارت باعتبار أن الاستصحاب من متممات المشاهدة.

كما ورد في قرار محكمة التمييز الاتحادية ((وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون، وذلك للأسباب الواردة في الحكم المطعون فيه وحيث أن المشاهدة حق من الحقوق الشرعية والقانونية لكلا الوالدين على المحضون الغرض منه ادامة صلة الرحم، وكذلك ممارسة الأم دورها التربوي في النظر بشؤون ابنتها المحضونة كما أن الاستصحاب يعتبر من مستلزمات المشاهدة، ولما كانت المحكمة قد قضت بالزام المدعى عليه بتمكين المدعية من مشاهدة ابنتها المحضونة، واستصحابها خلال المشاهدة فيكون حكمها صحيحا ....))[3].

الصورة الثالثة : تعرف الصورة الثالثة بمفهوم المخالفة وهو طريق اخر من طرق الاستنتاج للمعنى في النصوص القانونية، ويقصد بها أن اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق العكس من حكمة النص على الحالات الأخرى التي لا يشملها النص، اي أن حكم ماسكت عنه النص يكون مخالفا لحكم ما ورد النص بشأنه، ويقوم هذا النوع من الاستدلال على فكرة انه لما كان التشريع قد نظم حالا معينا على نحو معين فيلزم القول: إن الحالة المختلفة يجب أن تلقى تنظيما مختلفا ، وأنّ الحالة العكسية يجب أن تلقى تنظيما عكسيا[4] ، وتطبيق لهذا المفهوم هو تحديد سن الحضانة من قبل محكمة التمييز الاتحادية بعشر سنوات دون النص عليها صراحة في

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٤/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١٠في ٢٠١٠/٣/١، غير منشور.

(٢) د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨١، ص٢٤٨.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٢٩٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في٢٠١٧/١٢/١٣، غير منشور.

(٤) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، من ص٢٥٥-٢٥٦ .

احكام المادة السابعة والخمسين الفقرة الرابعة حين بينت أن للأب النظر بشؤون المحضون الى أن يتم العاشرة من العمر ووقف النص هنا، وعاد وبين أن للمحكمة تمديد الحضانة الى الخامسة عشرة، فيفهم من النص أن المشاهدة تكون لحين سن العاشرة وبخلافه تكون للأب ليس طلب المشاهدة بل له حق الحضانة ما لم تقرر المحكمة تمديد الحضانة كما جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية ((وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأن الملاحظ أن البنت (ز)تولد ٢٠٠٨، وبذلك تكون قد تجاوزت سن الحضانة التي حددته المادة السابعة والخمسون/٤ من قانون الاحوال الشخصية بعشر سنوات، وتصحيح مطالبتها بضم حضانتها إليها لا سند من القانون، وحيث أن المحكمة اصدرت حكمها دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحته ....))[1].

ج- الاستنتاج من حكمة التشريع:

تعد الحكمة من التشريع الغرض الذي ينبغي المشرع تحقيقه، وهي سبب وجود التشريع وغايته المباشرة[2]، وأنّ معرفة تلك الغاية تساعد على تفسير النص واستنتاج الحكم الصحيح، والمشرع عند صياغته للنص القانوني يكون في دراية تامة بالأهداف التي يسعى اليها ويرغب بتحقيقها في ضوء اهداف المجتمع وثقافته ومقوماته الاساسية ، وأنّ معرفة مقاصد المشرع تعد من اهم الوسائل للتفسير كونها تصل الى فهم غاية المشرع والفكرة التي اراد الوصول اليها ،على خلاف تفسير الالفاظ والمعاني للكلمات التي قد تحمل اكثر من وجه أو معنى لغوي، وتعتبر من الارجح كونها عند تعارض الادلة أو المفاهيم يتم البحث عن مقاصد المشرع وغاياته لترجيحها على غيرها ، ومثال ذلك أن المشرع في احكام المادة السابعة والخمسين لم يبين ما يخشى على المحضون عند تشريعه للنص إلّا أن محكمة التمييز الاتحادية، وفي مئات القضايا من نزاعات الحضانة توصلت الى أن المشرع كان غايته وهدفه هو حماية مصلحة المحضون، فاستقر القضاء على اعتبار أن دعاوى الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون ومنها ((وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، وذلك لأن امهم احق بتربية وحضانة الأولاد حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك، أي أن الحضانة مرتبطة بمصلحة المحضون، وعليه كان على المحكمة سماع اقوال المحضونين (ح) ١٣ سنة و(خ) ١١سنة حتى

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٢٥١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/٦، غير منشور.

(٢) د. عبد الحي حجازي ، مصدر سابق ، ص٥٢١.

تتحقق منهما مباشرة اين تكمن مصلحتهم مع الأم أو الأب ، وإن اقتضى الامر ارسالهم الى اللجنة الطبية المختصة .....))[1].

٢- الطرق المساعدة في تفسير النص:

تعد الطرق المساعدة في التفسير هي تلك العوا مل الخارجية التي يستعين بها المفسر للنص لفهم النص بصورة سليمة وصولا الى غاية وهدف المشرع والحكم السليم ، مثال ذلك الأعمال التحضيرية للتشريع، وهي مجموع من الوثائق والمستندات الرسمية، وهي المذكرات الايضاحية، وكذلك المناقشات التي دارت حوله في المجلس التشريعي الذي اصدر التشريع المراد تفسيره[2]، وايضا المصادر التاريخية التي تعتبر المراجع التي يأخذ منها المشرع قواعد قانونية ويستمد منها احكامها، فالقوانين الأوربية تعد مصدرا تاريخيا للعديد من القوانين في البلاد العربية، ومنها العراق ايضا كذلك الشريعة الاسلامية الغراء التي تعتبر المصدر التاريخي لقانون الاحوال الشخصية، وكذلك مجلة الاحكام العدلية التي تعد مصدرا تاريخيا للقانون المدني، فهنا عند رجوع المفسر الى الاصل التاريخي للنص ودراسته ، وتتبع نموه وتطوره، يؤدي الى فهم مضمون النص على اساس وضعه النهائي الذي استقر النص عليه في الوقت الحاضر المراد التفسير فيه[3] ، ومثال ذلك نص المادة الأولى في قانون الاحوال الشخصية التي تنص على وجوب الرجوع بكل مالم يرد به نص في القانون الى الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين.

مما تقدم نجد أن دور محكمة التمييز الاتحادية كان الأبرز في تفسير كل ما يتعلق بموضوع الحضانة الوارد بأحكام المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية ومعالجة القصور الوارد فيها عن طريق تفسيرها للنص ، حيث يقوم القاضي بالتفسير من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه ذلك كونه ملزما بالفصل بالنزاع، وأيضا هو ملزم بتسبيب الحكم الصادر منه اي بيان الذي دعاه الى اصدار الحكم في النزاع المعروض، وبيان وجهة نظره في النص المطبق، كما أن مهمة القاضي تقتضي تفسير النص والقواعد القانونية قبل تطبيقها على المنازعات المعروضة عليه.

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٩٤/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٧، غير منشور.

(٢) د. محمد شريف احمد ، مصدر سابق ، ص ٢٨٣.

(٣) د. خالد وزاني ، مصدر سابق ، ص٧١٤.

وبـالنظر الـى كـون التفسـير القضـائي يوضـح حكـم القـانون فـي مسـألة موضـوع النـزاع المعروض، فأنـه يمتاز بطابع عملي، أي إنـه يتأثر بالظروف والوقائع التـي قد تحيط بالمنازعات المعروضـة علـى المحـاكم، ولـذلك يعمل القضـاة علـى أن يكون تفسيرهم للقانون منسجما مـع هذه الظروف من جهة ، واقرب الـى العدالـة من جهـة ثانيـة حتـى لـو اضـطر الـى الخروج عن المعنـى الذي قصده المشرع في النص ، أما عن طريق التأويل أو اتباع التفسير المتطور للقانون .

ومن خلال التطبيق العملي للقضاء ، يسهل فهم النصـوص، ويتم كشف ما فيها من عيوب وقصـور ويمتـاز التفسير القضـائي بأنـه ينقل القانون من الصـعيد النظـري الـى الصـعيد العملـي ، وكلما كان التفسير صادر من محكمة عليا فأنه يسهم في ارساء مبادئ قانونية وقضائية يستهدي بها القضاة في عموم المحاكم الادنى عند النظر على النزاعات التالية التي تعرض بعد صدور التفسير من المحاكم العليا لتحقيق التناسق بين الاحكام.

وقد منحت محكمة التمييز الاتحادية أثرا بالغ الاهمية وخصوصا باعتبار ما يصدر منها من تفسير وعلى الاخص هيئة الاحوال الشخصية في محكمة التمييز الاتحادية كون الاحكام التي تصدر منها تكون واجبة الاتباع من قبل محاكم الاحوال الشخصية ، أي لا يمكن لمحكمة الاحوال الشخصية عند صدور قرار من محكمة التمييز الاتحادية الاصرار على رأيها الذي يتعارض مع ما ورد بالقرار التمييزي، استنادا الى قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل[1]، ومن الامثلة على التفسير القضائي من قبل محكمة التمييز الاتحادية هو قرار الهيئة الموسعة المدنية الذي نص على ((إذا كانت أسباب احالة المدعي الى التقاعد ليست من بين الحالات التي اشار اليها قانون رواتب القضاة واعضاء الادعاء العام نكون امام فراغ قانوني مما يقتضي معالجته بالتفسير المتطور للقانون، وذلك بالرجوع الى نية المشرع التي أوضحها في الأسباب الموجبة لذلك القانون التي تضمنت ضرورة حفظ مكانة المركز القانوني والاجتماعي للقضاة واعضاء الادعاء العام سواء أكانوا في الخدمة أو خارجها، لذلك فأنّ كل مالم يرد به نص يمنعه فهو جائز والقول بخلاف ذلك يعني اسقاط الحق القانوني للمدعي ، وهو امر لا يقره القانون عليه، فمن حق

---

(١)نصت المادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية على ((اذا كان الحكم المميز صادرا من محكمة أحوال شخصية أو بداءة يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الاتباع مطلقا)) مع العرض قد حلت عبارة (المحكمة المختصة بنظر الطعن) محل عبارة محكمة التمييز الواردة في الفقرة (١) من المادة (٢١٥) بموجب القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٧ / التعديل الخامس/ المادة الرابعة .

المدعي مطالبة مجلس القضاء الاعلى بصرف استحقاقاته من الحقوق التقاعدية وفق قانون رواتب القضاة واعضاء الادعاء العام))[1] ، ومما تقدم يتضح أن نهج محكمة التمييز في القرار اعلاه هو الذهاب الى التفسير المتطور للقانون والرجوع الى الاسباب الموجبة للقانون للوصول الى الغاية المنشودة من التشريع بالرغم من عدم وجود نص يشير لذلك ، وهو نوع من المعالجات التي تلجأ اليها محكمة التمييز الاتحادية إلّا وهو التفسير المتطور للقاعدة القانونية ، الذي يعد من احدث المبادئ في التفسير القانوني المعاصر , وتبرز أهمية هذا المبدأ في الحالات التي يتوسع فيها دور القاضي في فصل النزاع في الدعوى المنظورة أمامه، فالنصوص القانونية حتى لو كملت صياغتها، فأنها تبقى دائما قواعد عامة ، ويعد من عمل الاجتهاد القضائي التفسيري والتفسير المتطور الذي يراعي به القاضي الحكمة من التشريع التي تظهر في تطبيق القانون، وليست الحكمة التي تصورها المشرع عند وضع النص القانوني؛ لأنه من المحتمل جدا أن تتغير الحكمة التشريعية من النص مع الزمن ، وقد ردت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها[2] ، الطعن المقدم من قبل نائب المدعي العام في قضية تفريق، وأسست قرارها على أن الطعن المقدم بالتمييز من قبل نائب المدعي العام قد يؤدي بالنتيجة الى التفريق بين المتداعين، مما يترتب على ذلك ليس حماية الاسرة ، وإنما هدمها، وهذا يتناقض مع مهمة الادعاء العام والغاية التي من اجلها اجاز له المشرع في المادة ١٣/ أولا من قانون الادعاء العام رقم ١٥٩((الملغي بصدور القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧)) .

ويلاحظ من هذه التوجهات أن المحكمة استندت الى التفسير المتطور بصورة ضمنية، وكان المفروض أن تنص صراحة على هذا التفسير المتطور الذي ألزمت فيه المادة الثالثة من قانون الاثبات القاضي باتباعه ومراعاة الحكمة من التشريع عند التطبيق للنص[3]، وكذلك منح القاضي الدور الايجابي عند قيامه بالتفسير لنص القاعدة القانونية تفسيرا مرنا بعيدا عن الجمود عند فهمه

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢٤٩ / الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١١ ، المنشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة ، العدد الثاني ،٢٠١٥، ص ٢٠٦ – ٢٠٧ .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٥٩٤ / شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/٢٤ ، المنشور في النشرة القضائية – العدد الثالث عشر تموز ٢٠١٠، ص١٢.

(٣) نصت المادة الثالثة من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ على ((إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)).

هدف المشرع وعلة القاعدة القانونية والحكمة منها[1]، ليكون التفسير قريبا من العدل واحقاق الحق . وأنّ الاخذ بالتفسير المتطور يفترض في القاضي أن يكون مزودا بثقافة قانونية شاملة وذا دراية بالمنطق القضائي، وهذا الامر يتطلب منه أن تكون له معرفة شاملة باللغة العربية واساليبها وعباراتها وبالمنطق القضائي الذي يتصل بالواقع والقانون معا ، ويكون التقدير منطقيا بالاستناد الى الضوابط المنطقية، وذلك بأن تكون المقدمات مؤدية الى النتائج الذي خلص اليها الحكم، وكذلك يجب على القاضي الاستعانة بما وصل اليه الفقه من نتائج عند عرض نص للتفسير بغية تأصيل القاعدة القانونية وصياغتها؛ لأن مهام القاضي الوظيفية لاسيما عند قيامه بتفسير نص الذي استند اليه عند إصدار القرار، فيجب عليه أن يبين ما توصل اليه من حجج في ذات القرار الذي اصدره بناء على تفسيره للنص[2] . والمقصود بحكمة التشريع هي الغاية التي قصدت القاعدة القانونية تحقيقها والمصالح والاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية التي دعت المشرع الى حمايتها، وتعرف القاضي على حكمة التشريع يساعد كثيرا ليس في توضيح النص الغامض للقاعدة القانونية ، وإنما لإيجاد الحلول لبعض الحالات التي سكت عنها المشرع ، فضلا عن ذلك فأنّ معرفة الحكمة من التشريع امر ضروري لفهم النص على الوجه الصحيح لاستنباط الاحكام من ادلتها على وجه مقبول ليتم تفسيرها التفسير السليم ، ومعرفة اسرار التشريع والاغراض العامة التي كان يقصدها المشرع والزمان عند سنه للنص كونها تعتبر القوة المحركة للمشرع في ذات الوقت الذي صدر التشريع فيه.

الفرع الثاني

معالجة القصور التشريعي من قبل محكمة التمييز الاتحادية عن طريق القضاء الإنشائي الاجتهادي

للاجتهاد القضائي دور بالغ الأهمية، والأثر في صياغة القاعدة القانونية، وهذا الدور لا يكاد يقل في أهميته عن دور التقنين نفسه، لأنه هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي،

---

(١) نصت المادة الاولى من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ على ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة)).

(٢) نصت المادة ١٥٩/ ١ من قانون المرافعات المدنية على ((يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وأن تستند الى احد أسباب الحكم المبينة في القانون)) و((على المحكمة ان تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول او رد الادعاءات والدفوع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها)) .

وهو الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به، فالقاعدة القانونية لا تنطق ، وإنما الذي ينطق بها القضاء، والاهتمام بمسألة صياغة القاعدة القانونية لا يعد مجرد اعتناء بالجانب الشكلي، وإنما الهدف منها الوصول إلى تطبيق القانون من خلال الوسائل الفنية لإنشائها، وابرز هذه الوسائل هي الاجتهاد القضائي ، وهي العملية العقلية التي يلجأ اليها القاضي عند عرض نزاع عليه، ويكون مطلوب منه الفصل في النزاع، ولا يجد ما يسعفه في نص القانون، مما يضطره الى الاجتهاد واصدار الحكم بما يتناسب مع غاية المشرع الرئيسية من التشريع تارة ، ومع تحقيق مبدأ العدالة المنشودة ، والتي تعتبر هي المهمة الاسمى للقضـــاء كافة ، وأنّ هذا التوجه من القضاة ليس وليد افكارهم بل يجدون ما يستندون اليه عند اللجوء الى مثل هكذا امر وهو احكام القانون المدني[1] ، أي أن القاضي عند عرض النزاع عليه يبدأ رحلة البحث عن النص الواجب التطبيق، فإن وجده، طبقه على الواقعة كما هو دون زيادة أو نقصان استنادا الى قاعدة ((لا اجتهاد في ما ورد به النص))، هذا من جانب، ومن جانب اخر ، قد يجد النص الواجب التطبيق على الواقعة المعروضة إلّا أنه لا يستوعبها ويشملها من كل الجوانب، فهنا يضطر القاضي الى البحث في ثنايا النص للوصول الى مبتغى الغاية المنشودة من التشريع ، باعتبار أن القواعد التشريعية وجدت لتنظيم العلاقات ما بين الافراد بمختلف درجاتهم ، وغاية القضاء اصدار احكام توجب على المتخاصمين اتباعها تحقيقا لمبدأ العدالة المنشودة ، ولعل أول ما يتبادر الى الذهن عند ذكر القضاء الانشائي الاجتهادي هو احكام القضاء الاداري باعتبار الاحكام التي تصدر من القضاء الاداري هي احكام الغاء لقرارات ادارية بمختلف مسمياتها ، ولكن الحال يختلف عند اتجاه محاكم الموضوع في القضاء العادي صاحب الولاية العامة على كل النزاعات الحاصلة في المجتمع ما بين الافراد ويلجؤون الى القضاء لقول كلمة الفصل بما هم متخاصمون ، فهنا اقرت محكمة التمييز الاتحادية التي لها الكلمة العلي،ا ورسم السياسة القانونية في البلد ، لما لها

---

(١) نصت المادة الاولى من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على(١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها .

٢. فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة .

٣. وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) .

من باع طويل ومن الخبرة المتراكمة والمهارة العالية في تفسير النصوص وتطبيقها، والسلطة المخولة لها باعتبار أن وجهات النظر التي تطرح من قبلها المسطرة في قراراتها تكون واجبة الاتباع من محاكم الموضوع (الاحوال الشخصية)[1].

مبادئ واحكام قد اغفل عن معالجتها المشرع، ونظم حقوقا ووقائع لم يتطرق المشرع اليها في النص، وعلى سبيل الخصوص ما ورد في احكام الحضانة موضوع الدراسة ، وقد قبلت محكمة التمييز العديد من الدعاوى التي تخص طلب الأم الحاضنة بإصدار قرار بتأييد الحضانة للام على المحضون وذلك بغية مراجعة الدوائر الرسمية، لإنجاز المعاملات القانونية الخاصة بالصغير ، وعند الرجوع الى احكام المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية باعتباره النص الوحيد الذي عالج موضوع الحضانة، لا نجد ما يشير الى هذا الحق الذي انشأته محكمة التمييز باعتبار أن الأم تستند بهذا الحق باعتبارها الحاضنة، ومنحت هذا الحق بإقامة دعوى بخصوص ذلك وتستقبل المحاكم مئات الدعاوى يوميا من هذه الدعاوى وتصدر الاحكام ويتم تصديقها من قبل محكمة التمييز الاتحادية، وهذا هو القضاء الإنشائي بحد ذاته باعتبار القضاء هو من انشأ هذا الحق وحماه بدعوى ، والزم الدوائر الرسمية على تنفيذ ما ورد بقرار الحكم من قبول مراجعة الحاضنة بدلا من اب المحضون، وهذا إن دل على شيء، إنما يدل على أن القضاء يقوم بإنشاء وخلق القواعد القانونية حتى ولو لم ترد صراحة في النصوص القانونية، وهذا الامر مسلم به، ومنها قرار محمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، إذ كان على المحكمة أن تتقيد بعريضة الدعوى وحيث أن المطالبة القضائية حيث ورد في محضر جلسة يوم ٢٠١٩/٩/٢٤ وعلى لسان وكيل المدعية أن الغرض من اقامة الدعوى هو مراجعة الدوائر الرسمية وشبه الرسمية في محافظة (.....) منها التربية والصحة وشؤون المرأة والمركز التمويني ودائرة الجوازات، وكذلك السفر بالمحضونة خارج العراق واجاب وكيل المدعى عليه بعدم ممانعته تأييد الحضانة لمراجعة كافة الدوائر والسفر بالمحضونة خارج العراق وذلك بمثابة اتفاق وصلح بين المتداعين؛ لذا يكون استثناء السفر بالمحضونين خارج البلاد إلّا بموافقة وليهم الجبري في غير محله، وذلك لان الولي ابدى موافقته على السفر خارج العراق، وحيث إن المحكمة سارت خلاف ذلك مما اخل بصحة حكمها لذا قرر

(١) نصت المادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية على (اذا كان الحكم المميز صادرا من محكمة احوال شخصية او بداءة يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الاتباع مطلقا.

نقضه ...)[1]، وهنا نلاحظ أن محكمة التمييز الاتحادية قد اعتبرت الاتفاق الحاصل ما بين الطرفين بمثابة الصلح والصلح من اهم شروط قبوله وتصديقه من قبل المحاكم أن لا يكون مخالفا للقانون أو النظام العام ، في حين في قرار اخر ذهبت الى عدم تصديق الصلح الحاصل بين الأم والاب بخصوص المشاهدة لمخالفته نص المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية بما يفيد ((وجد أن الحكم المميز غير صحيح، ومخالف لأحكام الشرع والقانون إذ يتعين على المحكمة الموضوع اكمال تحقيقاتها المقتضية في الدعوى ، فيما اذا كان زوج المدعى عليها الشخص الثالث على استعداد بأن يتعهد خطيا برعاية الصغير، وعدم الاضرار به وربط نسخة من عقد زواجه من المدعى عليها، وفيما إذا كانت الأم تحتفظ بشروط الحضانة للطفل المذكور ، ذلك أن الأم احق بتربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك، وأنّ احقية الأم أو الأب في الحضانة يكون في ضوء مصلحة الصغير فكان على المحكمة أن تأخذ بالحسبان أنه لا يجوز قبول الصلح الذي توصل اليه الطرفان في جلسة ٢٠١٢/١/١٠ بأن تكون حضانة الطفل بين الطرفين لمخالفة هذا الاتفاق لأحكام المادة ٤/٥٧ من قانون الاحوال الشخصية التي مفادها أن لا يبيت المحضون إلّا عند حاضنته. عليه ولتلك الاسباب قرر نقض الحكم ...))[2] ، في حين عند البحث والتمحيص نجد أن طلب تأييد الحضانة يختلف نوعا ما عن مفهوم الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات، وهي أن يكون هناك حق ويتم المطالبة به امام القضاء [3] ، في حين أن دعوى تأييد الحضانة لا تعتبر حقا للمدعية بل هي اقرب ما تكون للحجة كباقي الحجج التي تصدرها محكمة الاحوال الشخصية ، وايضا المصلحة المنشودة من اقامة هكذا دعوى تعتبر غير معلومة ، باعتبار أن الأم هي الحاضنة، ولا حاجة لإصدار حكم بعد نزاع امام القضاء.

وكذلك ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرار اخر الى ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع؛ لأن تأييد الحضانة تثبيت لواقع الحال وجود المحضون لدى

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٤١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/٥، غير منشور .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٧٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٢،غير منشور.

(٣) نصت المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩على (الدعوى ـ طلب شخص حقه من آخر امام القضاء).

اي من والديه، ولا تمس بأصل الحق بالحضانة والغرض منها إنجاز متطلبات المحضون الحياتية واليومية ، وأنّ تأييد الحضانة شأن اي دعوى اخرى غير مرهون بإرادة المدعى عليه والد المحضون ، وإن كان وليا جبريا، يقتضي الحكم به للمدعية الأم طالما ثبت أن المحضونين لديها، وحيث إن المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه...))[1] ، وهنا نجد أن محكمة التمييز الاتحادية قد أوردت تعريفا لدعوى تأييد الحضانة باعتبارها تثبيت لواقع حال المحضون لغرض ادارة شؤونه ومراجعة الدوائر لهذا الغرض، اي انها بمعزل عن استحقاق وعدم استحقاق الحق بالحضانة، والشروط ، والضرر الذي ممكن أن يكون مثار دعوى مستقلة غير مرتبطة بدعوى تأييد الحضانة، وكذلك الامر بما يتعلق بسن الحضانة، فالمشرع لم يذكر سن الحضانة صراحة ، بل انه اشار اليها ضمنا عندما أورد حق الأب في النظر في شؤون المحضون الى أن يتم العاشرة من العمر ، فهنا المشرع لم يذكر أن سن العاشرة هو سن الحضانة، ولكن ما يفهم من قصده وبالذات عندما جاء في ختام النص، واشار على أن لا يبيت المحضون إلّا عند حاضنته ، وكذلك منح المحكمة أن ارتأت وبعد عرضه على اللجان الطبية المختصة أن تمدد سن الحضانة، ولكن محكمة التمييز توصلت الى أن سن الحضانة هو عشر سنوات ما لم تقرر المحكمة تمديد الحضانة ، بالرغم من عدم وجود نص يشير الى سن الحضانة إلّا أن وجهة نظر محكمة التمييز أن رغبة المشرع كانت ذاهبة الى أن سن الحضانة هو بالعشر سنوات، وهذا المبدأ مستقر عليه في قضاء محكمة التمييز الاتحادية منذ مدة طويلة ، والمحاكم في عموم العراق متجهة الى هذا الامر وتحديد سن الحضانة وفق وجهة النظر المتقدمة ومنها ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، إذ إن الأولاد (ع) تولد ٢٠١٠ والبنت (ع) تولد ٢٠١١ تجاوزا سن الحضانة البالغة عشر سنوات، وهم في كنف والدهم المدعى عليه (المميز) ولم يثبت تضررهم من ذلك وحسب استقرار قضاء هذه المحكمة، وحيث أن الحكم المميز لم يلاحظ ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه.....))[2] ، اما في ما يتعلق بموضوع مشاهدة المحضون، فأنّ المشرع لم يبين عدد المرات

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٢في ٢٠٢٢/١/٤،غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٦٧٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١٥، غير منشور .

التي يمكن الحكم بها للاب عند طلبه، وكذلك لم يرد المدة الزمنية للمشاهدة ، وايضا لم يبين أن كان للجد والجدة لاب هذا الحق من عدمه، إلّا أن قضاء محكمة التمييز انشأت هذه الحقوق وبوبتها للوصول الى تحقيق العدالة ، لما للمشاهدة من اثر في الترابط وصلة الرحم حيث ذهبت محكمة التمييز الى تحديد عدد مرات المشاهدة، وكذلك قبول الدعاوى بطلب زيادة عدد مرات المشاهدة بل أن الامر تعدى ذلك حتى صدر اعمام من رئاسة مجلس القضاء الاعلى[1] ، والذي تضمن مراعاة التوسع في تحديد عدد مرات المشاهدة خلال الشهر الواحد، وكذلك السماح بحالات الاستصحاب على أن يبقى المحضون لدى حاضنته لضمان رعاية وإشراف الأبوين للمحضون بشكل عادل، باعتبار أن المحكمة تبحث عن مصلحة المحضون، وما تمثله المشاهدة من اثر ايجابي على حياة المحضونين ، من خلال التواصل مع الأب وتمكينه من الاشراف وادارة شؤونه، لذا اقرت المحكمة بحق الاصطحاب للأب على الرغم من عدم وجود نص صريح عليه ، لما يمثله القضاء باعتباره المظلة التي يلجأ اليها الافراد للوذ به في الفصل في النزاعات التي تعرض عليه، وللسلطة الممنوحة من قبل المشرع بموضوع الحضانة للبحث عن مصلحة المحضون بشكل منفرد عن رغبة اطراف الدعوى ، وبسبب عدم وجود نص يحكم هذه الحالة ، مما اضطر المجلس الى توجيه مثل هذا الاعمام لقضاة محاكم الاحوال الشخصية [2]، وقد اعتبرت محكمة التمييز الاتحادية جهالة المحكوم به عند عدم تحديد زمان ومكان وعدد مرات المشاهدة المحكوم بها ، بموجب قرارها ((وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لأنه جاء خاليا من تحديد ساعات المشاهدة والاصطحاب مما يشكل جهالة عند تنفيذ الحكم وحيث إن المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه.....))[3] ، وأنّ عدم الاشارة الى مكنة الجد والجدة بطلب المشاهدة ، جعل القضاء بلا ضابط للترجيح قبل الاستقرار على عدم جواز طلب المشاهدة للاب إلّا في حالة وفاة الأب ، أو فقدانه ومنها ما جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية على ((وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك أن

---

(١) اعمام من رئاسة مجلس القضاء الاعلى ، بالعدد ٩٧٦/ ق١ في ٢٠١٩/٩/٣٠ .

(٢) وقد اكد ذلك ما اشار اليه معالي السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى (رئيس محكمة التمييز الاتحادية)(الدكتور فائق زيدان) في لقاء متلفز بثته قناة العراقية الحكومية الرسمية في ٢٠٢٢/٤/٥، اللقاء منشور على موقع القناة الرسمي بالرابط .. تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٤/٥ https://youtu.be/BgCl٩٦kvAW

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٠٨/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١/٢٨، غير منشور.

المشاهدة المحضونين لا تقرر للجد لأب في حال كون الأب على قيد الحياة لذا قرر نقضه ...))[1] ، ومنعت باقي الأقارب من هذا الطلب كما جاء في قرار محكمة التمييز ((وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للشرع والقانون؛ لأن حق المشاهدة مقرر للأب والأم، ولا يجوز التوسع فيه ، وأنّ مطالبة المدعي بمشاهدة القاصرة (م) وهي بنت شقيقه لا سند له من القانون))[2]، وكذلك انشأت محكمة التمييز الاتحادية حق للحاضنة التي يصدر حكم بإلزامها بتمكين والد المحضونين بالمشاهدة المطالبة بأجور انتقال الى مكان المشاهدة حسب عدد مرات المحكوم بها ، وهذا حق لم يرد به نص ولكن اجتهاد محكمة التمييز الاتحادية قد أورد هذا الحق تحقيقا لمقتضيات العدالة وقد صدرت العديد من الاحكام بهذا الخصوص ومنها ((وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون بعد أن استكملت المحكمة تحقيقاتها ولاتفاق الطرفين على مكان وزمان المشاهدة واجرة النقل، وحيث إن للاب الحق في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، ويكون الحكم المميز بما قضى به صحيحا لذا قرر تصديقه ....))[3] ، وقد اتجهت بعض المحاكم على اعتبار أن مصاريف النقل المطالب بها من قبل الأم الحاضنة من ضمن المصاريف التي يحكم بها على من خسر الدعوى ، إلّا أن محكمة التمييز اعتبرته حق للام وامكنتها من المطالبة به بالرغم من عدم وجود نص بذلك الخصوص إلّا أن محكمة التمييز وبدورها الاجتهادي انشأت هذا الحق، ومنها ما جاء بقرارها ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك أن اجور النقل المتعلقة بالمشاهدة لا يمكن اعتبارها من مصاريف الدعوى التي يتحملها من يخسر الدعوى، وكما وصفتها محكمة الموضوع عندما قضت برد الدعوى سيما ، وأنّ مصاريف الدعوى تستقطع لمرة واحدة في حين أن اجور النقل التي تتعلق بالمشاهدة تتكرر في كل مرة للمشاهدة، وبذلك تكون من حق المدعية المطالبة بأجور النقل المشار اليها آنفا وحيث أن المحكمة قضت برد الدعوى خلافا لوجهة النظر المتقدمة الامر الذي اخل بصحة حكمها المميز

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٤/ هيئة الاحوال الشخصية الاولى /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/١ ، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٦٩٨/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٧ ،غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٤١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/٢٥، غير منشور .

لذا قرر نقضه ..))[1] ، وهو تجسيد للدور الاجتهادي الانشائي لمحكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي الوارد في احكام الحضانة موضوع الدراسة ، ولعل ابرز اجتهادات محكمة التمييز الاتحادية هيئة الاحوال الشخصية الاستقرار لمدة من الزمن على وجوب تقديم تعهد خطي من زوج الأم الحاضنة في عقد الزواج للتعهد بالمحافظة ورعاية المحضونين الذين في حضانة الام، واقرته في العديد من احكامها على وجوب هذا التعهد، واعتبار أن تخلف هذا التعهد من زوج الأم يعتبر سببا من أسباب اسقاط الحضانة ، أيضا في حال عدم حضوره أوجبت ادخاله شخصا ثالثا في الدعوى والاستماع الى اقواله لبيان إن كان مستعد للتعهد برعاية المحضون من عدمه، وقد خولت محاكم الاحوال الشخصية احضار الزوج جبرا أن امتنع عن الحضور الى المحكمة للوقوف عما لديه من اقوال بخصوص التعهد ومنها ((... وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لأن زوج المميز عليها الحالي ابدى في جلسة ٢٠١٧/١٠/٣ عدم ممانعته من رعاية المحضونين (ف) و(م)، وجدد تعهده بذلك إلّا انه تراجع عن ذلك في جلسة يوم ٢٠١٧/١٠/١٦ لذا فأنّ بقاء المحضونين مع والدتهما مع رفض زوجها يجعلهما حاليا في غير مأمن كون الزوج ذا شوكة على زوجته وبالتالي، فأنّ مصلحتهما تقضي أن يكونا في حضانة والدهما المميز ....))[2] ، وجاء في قرار اخر ((.... وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، إذ كان على المحكمة امهال الشخص الثالث زوج المدعية بالحضور شخصيا والاستيضاح منه شخصيا فيما اذا كان يتعهد برعاية الطفلة (ح) والمحافظة عليها وفقا لما تضمنه القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بالعدد ١٧١٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٤/١٨ لتعلق الموضوع بمصلحة المحضون ....)) [3] ، وايضا((.. وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، إذ كان على المحكمة التوسع في تحقيقاتها بشأن موضوع الدعوى بما في ذلك احالة الطرفين الى البحث الاجتماعي والاستئناس برأي الطفلة (ز) سيما وأنها تولد ٢٠٠٧ وبذلك تكون قد تجاوزت

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤١١٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٥/٣، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦١٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٤، غير منشور.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٩٩٦/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/٢٣، غير منشور.

سن الحضانة الذي حدده القانون بعشر سنوات ويقتضي البت بموضوع تجديد الحضانة حتى اكمالها الخامسة عشرة استنادا لأحكام المادة السابعة والخمسين / رابعا من قانون الاحوال الشخصية كما كان على المحكمة تكليف المدعى عليها بإحضار زوجها للاستيضاح منه أن كان يتعهد برعاية الطفلة المذكورة اعلاه والمحافظة عليها من عدمه ، وإن اقتضى الامر احضاره جبرا لهذا الغرض وحيث أن المحكمة اصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه ....))[1] ، ومن بعد هذا الاستقرار جاء العدول عن هذا الاجتهاد من محكمة التمييز الاتحادية المتضمن العدول عن هذا التوجه ، ألا وهو اعتبار عدم تعهد زوج الأم سبب من أسباب اسقاط الحضانة بل بينت انه واجب في حالة وفاة الأب للمحضون فقط ، وغيره لا يعتبر سبب من أسباب اسقاط الحضانة أو مما يشكل خطر على المحضون ، وهو ما جاء بقرار محكمة التمييز ((... وجد أن الحكم المميز صحيح و موافق لأحكام الشرع والقانون للأسباب التي استند اليها وبعد أن ثبت من التحقيقات التي اجرتها المحمة أن المدعى عليها محتفظة بشروط الحضانة ، وأنّ مصلحة المحضونة (ج) تولد ٢٠١٥ البقاء عند حاضنتها سيما، وأنّ الأم أولـــى بالحضانة خلال سن الحضانة التي دونها المشرع طالما كانت محتفظة بشروطها بحسب المادة السابعة والخمسين / ١ من قانون الاحوال الشخصية مع الاشارة الى أن القانون لم يجعل من زواج الأم من اجنبي عن المحضون سببا لإسقاط الحضانة كما انه لم يوجب على الزوج تقديم تعهد برعاية الصغير إلّا في حالة وفاة أبيه بحسب احكام الفقرة ٨/ ب من نفس المادة اعلاه مع ملاحظة أن الزوج بصفته شخصا ثالثا ادخلته المحكمة للاستيضاح، وابدى استعداده لرعاية الطفلة المذكورة ثم رجع عن ذلك لاحقا تلافيا للمشاكل بحسب ما أوضحه للمحـــكمة، وحيث إن المحكمة اصدرت حكمها برد دعوى المـــدعي (المميز) بالمطالبة بإسقاط الحضانة فيكون حكمها صحيحا لما استندت اليه لذا قرر تصديقه....))[2].

وهنا نرى أن محكمة التمييز الاتحادية عندما انتهجت التوجه السابق ، كان بحثا منها على مصلحة المحضون باعتبار عدم تعهد زوج الأم الحاضنة والزوج ذو شوكة على زوجته فيكون

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨٩٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/٢١، غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٥٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/٢٣، غير منشور.

وضع الأطفال المحضونين من الممكن أن يكونوا بغير مأمن عند عدم وجود ما يلزم الزوج بالرعاية ، ولعدم وجود نص عالج هذا الامر انتهج القضاء المبدأ سالف الذكر ، إلّا انها وبعد العدول عنه جاء تطبيقاً سليماً لما ورد بنص الفقرة التاسعة من المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية باعتبارها الفقرة الوحيدة التي الزمت الزوج بتقديم تعهد بالرعاية ، ونعتقد أن التوجه السابق كان فيه من الحرص على مصلحة المحضون أكثر من التوجه الحالي، وهو الالتزام الحرفي بنص المادة اعلاه ، ولعل ما ذهب اليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز بعد الاستقرار من هيئة الاحوال الشخصية على اعتبار الحاضنة التي صدر حكم بإلزامها بتمكين الأب من مشاهدة المحضونين إخلالاً من قبلها، وفقدان شرط الأمانة المنصوص عليه قانوناً باعتبار أن فعلها بعدم تنفيذ حكم المشاهدة يعني حرمان الأب من حقه بالمشاهدة، وهو بهذا يكون قطع لصلة الرحم بين الأب والمحضونين باعتبارها بالوصف المتقدم لم تعد امينة على المحضونين، ومنها ((... وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لأن الثابت من الدعوى منم الدعوى عدم حضور المدعى عليها لغرض المشاهدة ولسبع مرات وخالفت بذلك حكم قضائي واجب الاتباع كما انها حرمت المدعي من صلة الرحم بينه وبين ولده (ح) التي أوجبها الشرع، وبهذا الوصف لاتعد حاضنة امينة إلّا اذا ثبت بأن أسباب عدم المشاهدة كان بسبب المدعي، وحيث إن عدم مراعاة ذلك اخل بصحة الحكم المطعون فيه لذا قرر نقضه...)) [1] ، وايضا جاء في حكم اخر((... وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لأن الثابت من كتاب البحث الاجتماعي في محكمة الاحوال الشخصية (...) بعدم احضار المدعى عليها المحضون لخمس مرات كما انها وبعد اقامة الدعوى لم تحضر المذكور للمشاهدة يوم ٢٠١٦/١٢/١، وتذرعت بإجراء عملية جراحية دون تقديم ما يثبت ذلك، فأنها بالوصف المذكور حرمت المدعي من حقه في المشاهدة بموجب حكم صادر من محكمة مختصة وقطعت صلة الرحم بينه وبين ولده المذكور ، وأنّ ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بأن ذلك يشكل سببا لإسقاط الحضانة لعدم امانة الأم في هذه الحالة، ولا عبرة لما تبديه بعد اقامة الدعوى من استعدادها لتأمين المشاهدة، وحيث إن عدم مراعاة ذلك قد أخل بصحة الحكم المطعون فيه لذا

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٠٣٧/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٢/٦، غير منشور.

قرر نقضه ...)) [1] ، إلّا أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز كان لها وجهة نظر خلاف ما ارتكزت عليه محكمة التمييز الاتحادية من أسباب ودوافع حين بينت ((.... 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؛ لأن القضاء في مثل هكذا نزاع يتعاطى معه بما هو كائن وليس بما يفترض أن يكون، ولأن الاصل شرعاً وقانوناً بأن الحضانة تثبت ابتداءً للأُم ولا يمكن انتزاع الحضانة عنها إلّا في حالات محددة ومناط ذلك أولاً واخيراً مصلحة المحضون وبالنتيجة لا يمكن افتراض هذه الحالات واسقاطها على حق الأم في حضانتها للأطفال؛ لأن عدم الأمانة للأم تجاه اطفالها صفة عارضة والاصل في الصفات العارضة العدم، ولهذا لا يمكن أن يكون تخلف الحاضنة حتى، ولو كان بمحض ارادتها وعدم التزامها بتنفيذ حكم المشاهدة من قبل الأب لأطفاله ولعدة مرات عدم امانة تجاه المحضون، وبالتالي سبباً من أسباب اسقاط الحضانة عنها، إذ إن هذا التصرف الصادر من الحاضنة، ومهما كان عدده لا يعتبر من قبيل الاخلال بشرط الامانة الذي يجب أن تتصف به ومن تحليل نص المادة (٢/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية، فأنّ مضمونها هو التعاطي مع الاستثناء عند التطبيق بنزع الحضانة، ومنها عدم الأمانة لدى الحاضنة لأن المصالح الحقيقية في جوهر هذه المادة هي صيانة الامومة والطفولة معاً والحفاظ عليهما؛ لأنها الاساس المتين في بناء الأسرة وقطعاً ليس من مضامين هذه المادة ما يؤدي الى هدم الأسرة، ويحصل ذلك عند الذهاب بتفسيرها بما لا ينسجم مع صفة الاستثناء الواردة فيها؛ إذ إن المادة ١/٥٧ قد اعطت الأم حقها الطبيعي بحضانة اطفالها في حالة قيام الرابطة الزوجية أو بعد الانتهاء من هذه الرابطة ما لم يلحق الصغير ضرراً من ذلك . وبالمقابل لا يوجد أي نص قانوني نافذا وصريحا يمنح الحق للمحكمة بإسقاط الحضانة عن الأم لعدم التزامها بتنفيذ الحكم القضائي لمشاهدة الأب لأطفاله لاسيما ، وأنّ الفقهاء المسلمين على مختلف مذاهبهم لم يعتبروا منع الأم (الحاضنة) للاب ورفضها مشاهدته أو رؤيته لأطفاله سبباً من أسباب اسقاط الحضانة، وبهذا فأنّ محكمة الاحوال الشخصية في حكمها المميز قد اسقطت حضانة المدعى عليها – المميزة عن أولادها بدون مسوغ شرعي أو قانوني ، وأنّ تعكزها على عدم تنفيذها حكم المشاهدة، وافترضت فقدانها شرط الامانة لا يمكن قبوله أو

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٦٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/٤/١٠، غير منشور .

التسليم به؛ لأنه وإن كان للاب حق مشاهدة اطفاله رضاءً أو قضاءً إلّا أن رفض أو اخلال الحاضنة بذلك يجب أن لا يؤخذ ذريعة بالتجاوز على حقها الشرعي والقانوني بحضانة اطفالها، وإلّا كان هذا الامر جزاءً بدون مسوغ قانوني ضد الحاضنة بإسقاط الحضانة عن اطفالها رغم عدم وجود أي ترابط مصيري بين حق الأم بحضانة اطفالها وحق الأب بمشاهدته لهم من عدمه إلّا أن هذا لا يعني التفريط بحق الأب بمشاهدة اطفاله الثابت بموجب حكم المشاهدة، إذ أن هذا الحق يبقى معتبراً ومرعياً ولضمان تنفيذ حكم المشاهدة بما جاء فيه عند تعنت الأم وعدم امتثالها بالحضور وعدم احضارها للأطفال في الزمان والمكان المحددين للمشاهدة فللأب 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 امام المنفذ العدل رغم انها مكلفة قانوناً بالحضور تنفيذاً لحكم المشاهدة، وبهذه الاجراءات القانونية نضمن تنفيذ حكم المشاهدة للاب من جهة وعدم التعرض لحضانة الأم لأطفالها من جهة اخرى .

وصفوة القول مما سلف ذكره وبيانه، فأنّ عدم تنفيذ حكم المشاهدة من قبل الحاضنة لا يعتبر سبباً من أسباب سقوط الحضانة عن الأم ...))[1].

إن ما جاء بحيثيات قرار الهيئة العامة هو تطبيق حرفي لكل النصوص القانونية بشكل سليم، من قانون التنفيذ وقانون العقوبات، لكنه يبقي النزاع يدور في ذات الحلقة؛ إذ لو نفذ الأب كل ما ذكر في القرار التمييزي، وظلت الأم مصرة وممتنعة عن تنفيذ الحكم سوف يعود الى المطالبة بإسقاط حضانتها ، ولكون موضوع الحضانة وما يشملها، ذات بعد انساني ، باعتبار أن تنفيذ الحكم ومن ثم اللجوء الى محاكم التحقيق سوف يمضي الكثير من الوقت والمحضونين لم يشاهدوا والدهم ، ولم يشرف عليهم وعلى تربيتهم وما للمشاهدة من اثر كبير في تكوين وتأسيس لشخصية الصغير باعتبار الأب هو القدوة الأولى لكل شخص عند بداية نشأته ، وأنّ حرمانه من حنان ورقابة الأب ولو لفترة زمنية سوف يؤدي الى تعرض المحضون الى ضرر ، وهذا خلاف ما تصب اليه الحضانة اساسا من كونها تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون .

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١/ الهيئة العامة / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/١٩ ، منشور على شبكة الانترنيت موقع مجلس القضاء الاعلى ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٢١ س ٥ مساءً.

الخاتمة

بعد التوكل على الله سبحانه وتعالى فد انهينا اعداد البحث الموسوم ((دور محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي في أحكام الحضانة))، والذي تمّت به المحاولة الإلمام قدر المستطاع بموضوع الحضانة، وحاولت في ثناياه أن استطلع آراء فقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم خاصة ، وأنّ قانون الاحوال الشخصية العراقي قد استمد كثيرا من احكامه إن لم نقل اغلبها من التشريع الاسلامي، كما تمت الاشارة الى اراء الباحثين والاساتذة في القانون العراقي والقوانين العربية، وكذلك النصوص القانونية التي وردت بقانون الاحوال الشخصية وباقي القوانين التي لها ارتباط بموضوع الدراسة ، مثل قانون العقوبات ، القانون المدني ، المرافعات المدنية ، قانون الاثبات ، قانون اصلاح النزلاء، وكذلك دستور جمهورية العراق، معززا ذلك بالمبادئ والقرارات الصادرة من قضاء محكمة التمييز الاتحادية التي اغنت القضاة والباحثين وكل طالبي العلم في هذا الشأن من العلم الوفير، حيث تمّ بيان بشكل موجز تعريف للحضانة من الناحيتين الشرعية والقانونية، ومن ثم بيّنا الحق بالحضانة باعتباره حقا محميا بموجب القانون، وتم بيان الجزاء ازاء مخالفته أو الاعتداء عليه، ومن ثم تم بيان الشروط الواجب توافرها في من يطالب بالحضانة ، ثم ترتيب المستحقين لها في المبحث الأول بشكل موجز لوفرة الكتابات والدراسات من أساتذة سبق ، وأن بينوا ذلك ، والمبحث الثاني تم دراسة القصور التشريعي وبيان صوره ومكامن القصور في احكام الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي والدور الذي ادته محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة هذا القصور تارة بالتفسير، وتارة اخرى بالاجتهاد والقضاء الانشائي ، ومن خلال الدراسة المتواضعة المقدمة اعلاه قد توصلنا الى مجموعة من النتائج والمقترحات:

أولا: النتائج

١- لم يرد تعريف للحضانة في نصوص قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته النافذ ، وترك ذلك الى فقهاء القانون كون التعاريف ليس من ضمن اختصاص عمل المشرع ، وإنما تخص عمل الفقه والقضاء .

٢- الحضانة ذات طبيعة مزدوجة، فهي حق للأم والصغير معا، ولم يرد نص يعالج اجبار الأم على الحضانة باعتباره حقا للصغير ايضا ، بل اكتفى المشرع بإيداعه بأحد دور الدولة، ولم يوجد نص يجبر الأم على الحضانة في حال عدم وجود شخص يطالب بالحضانة، ويتمتع بالشروط المطلوبة قانونا وشرعا.

٣- إن دعوى الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون وعلى المحكمة أن تتحقق من هذه المصلحة أولا ثم تقرر من هو أحق بالحضانة .

٤-خالف المشرع العراقي رأي بعض فقهاء المذاهب الاسلامية ولم يسقط حضانة الأم عند زواجها من أجنبي وأكتفى بتعهد زوج الأم حال ابرام عقد الزواج برعاية المحضون .

٥- خالف المشرع العراقي آراء بعض فقهاء المسلمين في أن الحق أولا للام ومن ثم الى مراتب مختلفة في حين أن المشرع العراقي جعل مصلحة الصغير أولـــى من غيرها في المراتب ومن ثم الأم فالأب والاقارب.

٦- لم ينص المشرع العراقي الى امكانية أو عدم امكانية المطالبة بزيادة اجرة الحضانة .

٧- لـم يـنص المشـرع العراقـي الـى حـق المشـاهدة صـراحة، وعـدد المـرات والعمـر المسـموح بـه بالاصطحاب، حيث ما ورد في المادة ٤/٥٧ من قانون الاحوال الشخصية هو حق الأب في النظر في شؤون المحضون .

٨- لم ينص المشرع الى امكانية قبول دعوى الجد والجدة ، وباقي الاقارب في طلب المشاهدة في أي حال.

٩- لم ينص المشرع الى تثبيت واقع حال الحضانة المتمثل بدعوى تأييد الحضانة، وذلك لتمشية امور المحضون من مراجعات رسمية وغيره في الدوائر الحكومية.

١٠- لا توجد اشارة الى مصاريف تنفيذ لحكم المشاهدة الذي قد يثقل على الحاضنة ويعجزها عن التنفيذ.

١١- عدم الاشارة الى الشروط الواجب توافرها في الحاضنين من الرجال باعتبار النص جاء بصيغة المخاطب للأنثى فقط دون الاشارة الى الذكور.

١٢- عدم ذكر سن الحضانة بشكل واضح وصريح ، حيث إنه ورد ضمنا عند الاشارة الى حق الأب عند النظر في شؤون المحضون .

١٣- عدم بيان سن البلوغ المطلوب في الحاضن باعتبار أن قانون رعاية القاصرين اعتبر من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بأذن المحكمة يعتبر كامل الرشد، في حين أن سن الرشد والبلوغ حسب القانون المدني هو تمام الثامنة عشرة من العمر .

١٤- عدم بيان مصير الحضانة في حال زواج الأم من اجنبي عن المحضون من غير العراقيين.

١٥- لم يتم ذكر معالجة لمسألة السفر بالمحضون بالحظر أو السماح بل ترك ذلك للاجتهاد القضائي.

ثانيا: المقترحات

من خلال الدراسة اقترح اجراء تدخل تشريعي لتعديل احكام الحضانة وفق وجهة النظر المتقدمة وعلى النحو الآتي:

١- من خلال مراجعة احكام المادة السابعة والخمسين من قانون الاحوال الشخصية نجد ضرورة ايراد تعريف الى الحضانة وماهيتها باعتبارها حق محمي بنصوص القانون ولا يمكن الاعتداء عليه.

٢- بيان امكانية أو عدم امكانية المطالبة بزيادة أو انقاص اجرة الحضانة وحسب عمر المحضون.

٣- الذكر بنص صريح على حق الأب في مشاهدة المحضون بعدد محدد وساعات محددة والمكان المحدد للمشاهدة ومن يمكنه المطالبة بهذا الحق، وايضا الاشارة الى امكانية الاصطحاب من عدمه، وبيان العمر المسموح بالاصطحاب به .

٤- الإشارة الى امكانية تثبيت واقع الحال بالنسبة للحاضنة لتمشية امور المحضون اي امكانية حصولها على ما يشير الى أنها الحاضنة، مثل مكنة حصولها على حجة من الحجج التي تصدرها محاكم الاحوال الشخصية .

٥- النص الى المصاريف التي يتكبدها الحاضن عند تنفيذ حكم إلزامه بتمكين الاخر من مشاهدة المحضون مع امكانية المطالبة بها أما عند الحكم بالمشاهدة أو بدعوى مستقلة .

٦- إعادة صياغة الشروط الواجب توافرها في كل من يطالب بالحضانة بشكل عام دون تخصيص فئة معينة اي أن تكون الشروط الواجب توافرها تسري على الجميع من ضمن الصياغة.

٧- الإشارة وبشكل صريح لا يقبل التأويل الى السن المحدد للحضانة ، وامكانية تمديده الى سن معين ايضا بنص مستقل أو فقرة مستقلة .

٨- الإشارة الى سن البلوغ المطلوب من ضمن الشروط الواجب توافرها في الحاضن بصورة عامة.

٩- التوسع في بيان مصير الحضانة في حال زواج الأم من اجنبي من غير العراقيين، وكذلك زواج الأب من عراقية أو غيرها.

١٠- الإشارة بشكل شامل الى امكانية أو عدم امكانية السفر بالمحضون خارج العراق بشكل دقيــق.

وبعد أن انتهى البحث ورغم الجهد المتواضع الذي بذلته في سبيل إعطاء هذا الموضوع حقه، أرجو من الله العلي القدير أن أكون قد وفقت في إظهاره بالشكل المناسب، فإن اصبت فمن الله العون والتوفيق، وإن أخطأت فأنه غفور رحيم، وفوق كل ذي علم عليم)).

الباحث

المصادر

القرآن الكريم

الكتب الفقهية

١- ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤٢١هـ.

٢- ابن منظور (محمد بن مكرم المصري) لسان العرب ، ط١، ج٦، دار صادر ، بيروت ،١٩٩٠ ، الرازي (ابو بكر ،مختار الصحاح ،المطبعة الاميرية ،١٩١٠.

٣- ابن منظور ،محمد بن مكرم بن علي ابو الفضل جمال الدين بن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، دار صادر بيروت ،١٩٥٦م، مادة (حضن).

٤- ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع ، مطبعة الجمالية ، مصر ، ط١،١٩١٠، ج٥.

٥- بدران ابو العينين ، الفقه المقارن ، الاحوال الشخصية ، الجزء الأول ، بيروت ،١٩٦٧.

٦- د. خالد وزاني ، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وفقهاء القانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،٢٠٠٨.

٧- الزرقاني (الشيخ محمد عبد العظيم)، مناهل العرفان في علوم القرآن ،ج٢، دار الفكر ، بيروت ،١٩٩٠،.

٨- الزركشي (الامام بدر الدين) البرهان في علوم القران ، تحقيق محمد ابو الفضل ابراهيم ،ج٢، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت ١٩٩٠.

٩- زين الدين الجعبي العاملي ، اللمعة الدمشقية ،ج٥، جامعة النجف ، ٧٦٨هـ.

١٠-شمس الدين الرملي ، نهاية المحتاج ،ج٧، مطبعة البابي ،١٩٣٨.

١١-الشيخ محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، طبع دار الحمامي للطباعة، ط٣.

١٢-فاروق حمادة ، مدخل تالي علوم القرآن والتفسير ، ط١ ، مكتبة المعارف ، الرباط ،١٩٧٩.

١٣-محمد بن اسماعيل الصنعاني ، سبل السلام ،ج٣، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر القاهرة.

١٤-محمد جواد مغنية ،الفقه على المذاهب الخمسة ، الطبعة الخامسة ، شريعت قم ، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر ،١٤٢٧هـ.

١٥-محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، المكتبة الاسلامية ، ط٦،١٣٩٤هـ.

١٦-د . محمد صبري السعيد ، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٩٧.

١٧-د. محمد شريف احمد ،نظرية تفسير النصوص المدنية ، مطبعة وزارة الأوقاف ، بغداد ،١٩٨١،.

الكتب القانونية

١- د. أحمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية ،ج١، الزواج والطلاق واثارهما ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ،٢٠٠٩.

٢- د. احمد فراج حسين ، احكام الاسرة ،كلية الحقوق جامعة بيروت ،١٩٩٨.

٣- القاضي احمد محمد علي، قواعد تفسير النصوص القانونية بين الفقه والقانون واحكام القضاء، دار السنهوري، بغداد ٢٠٢٠.

٤- القاضي اياد احمد سعيد المساري ،الموسوعة الشرعية والقانونية في الاحوال الشخصية والأوقاف ،الطبعة الثانية ، ٢٠١٧، المكتبة القانونية ، بغداد.

٥- القاضي د .احمد حسني الاشقر ـ فلسطين دليل منهجية التدريب على تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان في مناهج المعاهد القضائية العربية ، منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا.

٦- جميل الشرقاوي ، دروس في اصول القانون، دار النهضة العربية ،١٩٧٢.

٧- د. توفيق حسن فرج ،المدخل للعلوم القانونية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية،١٩٨١.

٨- د. حيدر ادهم الطائي، محاضرات في المبادئ الاساسية للصياغة التشريعية ، مكتبة السنهوري، بيروت ،٢٠٢١،.

٩- د. عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ،ج١، الكويت ،١٩٧٢، ص٥٣٢ .

١٠- د. عبد الرزاق السنهوري و د. حشمت ابو ستيت ، اصول القانون ،القاهرة ،١٩٤٦.

١١- د. كمال عبد الواحد الجواهري ، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي ، ط١،١٩٩٤.

١٢- د. محمد عابد الجابري، الدين والدولة وتطبيق الشريعة ، مركز دراسات الوحدة العربية ،١٩٩٦.

١٣- د. محمد محي الدين عبد الحميد ، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، بيروت، ٢٠٠٧،.

١٤- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات ـ القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٩.

١٥- القاضي عباس زياد السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ ، الطبعة الثانية ، شركة العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ،٢٠١١.

١٦- القاضي عدنان مايح بدر، الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية ، المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠١٩ .

المجلات

١- القاضي عواد حسين العبيدي ، اتجاه المشرع العراقي في سد النقص في التشريع ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة ، العدد ٢، بغداد نيسان ايار حزيران ٢٠١١.

٢- القاضي عبد الرحمن يونس عبد الرحمن ، الحضانة وتطبيقاتها في القضاء العراقي ، بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى لمتطلبات الترقية الى الصنف الأول ، غير منشور.

القوانين والإعمامات

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

٢- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته النافذ.

٣- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.

٤- القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٥- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٦- قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٧- قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

٨- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

٩- اعمام من رئاسة مجلس القضاء الاعلى ، بالعدد ٩٧٦/ ق١ في ٢٠١٩/٩/٣٠ .

القرارات القضائية

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٠٨/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١/٢٨، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٤/ هيئة الاحوال الشخصية الأولى /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/١ ، غير منشور.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٦٩٨/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٧ ،غير منشور.

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٤١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/٢٥، غير منشور .

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤١١٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٥/٣، غير منشور.

٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦١٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٤، غير منشور.
٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٩٩٦/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/٢٣، غير منشور.
٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨٩٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/٢١، غير منشور.
٩- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٥٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/٢٣، غير منشور.
١٠-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٠٣٧/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٢/٦، غير منشور.
١١-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١٦٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/٤/١٠، غير منشور .
١٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١١/ الهيئة العامة / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/١٩ ، منشور على شبكة الانترنيت موقع مجلس القضاء الاعلى ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٣/٢١ س ٥ مساءً.
١٣-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٦٧٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١٥، غير منشور .
١٤-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٢في ٢٠٢٢/١/٤،غير منشور.
١٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٤١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/٥، غير منشور .
١٦-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٧٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٢،غير منشور.
١٧-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٢٥١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/٦، غير منشور.
١٨-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٩٤/ هيئة الاحوال الشخصية الأولى /٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٧، غير منشور.
١٩-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٢٩٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ في٢٠١٧/١٢/١٣، غير منشور.
٢٠-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٤/ هيئة الاحوال الشخصية الأولى /٢٠١٠في ٢٠١٠/٣/١، غير منشور.

٢١-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٥٦٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ ، غير منشور.
٢٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٠ /الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٢ ، غير منشور.
٢٣-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد١٦٠٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٦ /٢٠١٨/٢، غير منشور .
٢٤-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٠٣٧/ شخصية أولى/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١٠/١٩ ، غير منشور .
٢٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢١١٠/ شخصية أولى/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٢٣ ، غير منشور .
٢٦-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٤١٤/ هيئة الاحوال الشخصية /٢٠١٤ في ٢٠١٤/١٠/١٩، غير منشور .
٢٧-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٨٠٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٥ في ٢٠١٥/٥/١٢، غير منشور.
٢٨-قرار محكمة التميز الاتحادية بالعدد ٨٥٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧في ٢٠١٧/٣/٥ ، ذكره القاضي عبد الرحمن يونس عبد الرحمن.
٢٩-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٢٤٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٢٨ ، ذكره القاضي اياد احمد سعيد.
٣٠-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٢٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٤/٣/ ٢٠١٨ ، غير منشور .
٣١-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦١٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٤/٣/ ٢٠١٨ ، غير منشور.
٣٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٧٥٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٨/٢٣ ، غير منشور.
٣٣-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٥٦٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ ، غير منشور.
٣٤-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٣١٤٠/ هيئة الاحوال الشخصية الأولى /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/١٠، غير منشور.
٣٥-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٧٩٤/ هيئة الاحوال الشخصية الأولى /٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٧، غير منشور .

٣٦-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٣/ هيئة الاحوال الشخصية الأولى /٢٠١١ في ٢٠١١/١/٩ ذكره القاضي اياد احمد سعيد المساري .
٣٧-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٦٤٠٩/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/٢٧ ، غير منشور .
٣٨-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١ /هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٣، غير منشور .
٣٩-قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٩٨/ اتحادية / اعلام /٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٧، منشور في الانترنيت، موقع المحكمة الاتحادية العليا .
٤٠-قرار رقم ٧ لسنة ٨ ق دستورية في ١٩٩٣/٥/١٥ نقلا عن احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا محكمة النقض ، احمد ابراهيم بيك ، المستشار ، ط ٢٠٠٣،٥.
٤١-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢٤٩ / الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/١١، المنشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة ، العدد الثاني ،٢٠١٥.
٤٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٥٩٤ / شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/٢٤ ، المنشور في النشرة القضائية – العدد الثالث عشر تموز ٢٠١٠.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	١-٢
المبحث الأول **مفهوم الحضانة وشروطها والمستحقون لها**	٣-٣١
المطلب الأول: ماهية الحضانة	٤-١٦
الفرع الأول: تعريف الحضانة	٤-٨
الفرع الثاني: الحق بالحضانة	٨-١٦
المطلب الثاني: شروط الحضانة والمستحقون لها	١٦-٣١
الفرع الأول: شروط الحضانة شرعاً وقانوناً	١٧-٢٦
الفرع الثاني: أصحاب الحق بالحضانة والمستحقون لها	٢٦-٣١
المبحث الثاني **دور محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي**	٣٢-٧٤
المطلب الأول: مفهوم القصور التشريعي	٣٢-٥٠
الفرع الأول: القصور التشريعي	٣٣-٣٩
الفرع الثاني: القصور التشريعي في أحكام الحضانة	٣٩-٥٠
المطلب الثاني : مبادئ محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي	٥٠-٧٤
الفرع الأول: معالجة القصور التشريعي من خلال التفسير الواسع للنص	٥١-٦٣
الفرع الثاني: معالجة القصور التشريعي من قبل محكمة التمييز الاتحادية عن طريق القضاء الإنشائي الاجتهادي	٦٣-٧٤
الخاتمة	٧٥-٧٨
المصادر	٧٩-٨٤

خطة البحث

المقدمة

المبحث الأول

مفهوم الحضانة وشروطها والمستحقون لها

المطلب الأول: ماهية الحضانة

الفرع الأول: تعريف الحضانة

الفرع الثاني: الحق بالحضانة

المطلب الثاني: شروط الحضانة والمستحقون لها

الفرع الأول: شروط الحضانة شرعاً وقانوناً

الفرع الثاني: أصحاب الحق بالحضانة والمستحقون لها

المبحث الثاني

دور محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي

المطلب الأول: مفهوم القصور التشريعي

الفرع الأول: القصور التشريعي

الفرع الثاني: القصور التشريعي في أحكام الحضانة

المطلب الثاني : مبادئ محكمة التمييز الاتحادية بمعالجة القصور التشريعي

الفرع الأول: معالجة القصور التشريعي من خلال التفسير الواسع للنص

الفرع الثاني: معالجة القصور التشريعي من قبل محكمة التمييز الاتحادية عن طريق القضاء الإنشائي الاجتهادي

الخاتمة

المصادر