

حكومة إقليم كردستان العراق

وزارة العدل

رئاسة الادعاء العام

احكام الحضانة في الفقه والقانون

بحث مقدم من قبل عضوة الادعاء العام

ليان رشيد فائق

إلى مجلس القضاء اقليم كردستان - العراق

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الاول

من أصناف الادعاء العام

إشراف

المدعي العام

سردار محمد كريم

السادة / رئيس وأعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية المحترمون

م/ توصية المشرف

بناءً على ماجاء في كتاب رئاسة الادعاء العام المرقم (٥١٧) والمؤرخ
٢٠٢١/١٢/١٩ حول اشرافي على البحث المقدم من قبل عضوة الادعاء العام السيدة
(ليلان رشيد فائق) والموسوم (احكام الحضانة في الفقه والقانون) والمقدم إلى مجلس
القضاء في اقليم كردستان- العراق، كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى
الصنف الاول من اصناف الادعاء العام، وبعد الاطلاع والتدقيق تبين انه مستوف
للشروط الشكلية والموضوعية، وتم تحت اشرافي ومتابعتي، وانه جدير بالمناقشة
والقبول... مع التقدير.

المشرف

سردار محمد كريم

المدعي العام في رئاسة الادعاء العام

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحبه اجمعين .

تعتبر الحضانة امراً من اهم الأمور التي نالت حيزاً كبيراً من اهتمام علماء الشريعة والقانون على مر العصور ولا تجد شريعة سماوية ولا قانوناً من قوانين الأحوال الشخصية إلا وتناول هذا الموضوع وذلك لأنها تختص بالطفل باعتبار اللبنة الاولى التي تتكون منها الأسرة ثم المجتمعات، وان الشريعة الإسلامية وكذلك التشريعات الوضعية قد احاطت الطفولة بسياج قوي من التشريعات التي تحفظها وفي مقدمتها احكام الحضانة، وقد ظهرت مشكلة الطفولة من خلال تفكك الأسرة وكذلك الطلاق الذي بدأ يتزايد وبعد ان يقرر الزوجان الانفصال عن بعضهما البعض، وهنا يأتي دور الشريعة والقانون في حل النزاع ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك بين قوانين الأحوال الشخصية على ان الأم مقدمة على غيرها في حضانة ولدها، ولأجل بيان مقدمة هذا البحث وبغية بيان مفرداتها فقد اثنا تقسيمها إلى الفقرات التالية:-

اولاً: اهمية البحث وسبب اختيار الموضوع

تكمن اهمية الموضوع والسبب الذي دفعنا في اختيار هذا الموضوع كونه موضوعاً له اهمية خاصة وخطورة بالغة وتأثيره المباشر على حياة الصغار من تربية ورعاية، ونظراً لإعتمادهم في هذا السن على الحاضن بكل ما يتعلق بشؤون حياتهم وما لذلك من اثر على سلوك الصغار مستقبلاً وتزداد اهمية الحضانة عندما يفترق الزوجان وتتشأ بينهما نزاعات وخصومات تعرض الطفل لمخاطر كبيرة إذا لم يلتزم الطرفان المتنازعان بالاحكام الشرعية ويقدموا مصلحة الاولاد على حظوظ النفس وإلا فلا بد ان نحتمك النصوص التشريعية لاسيما القوانين التي تنظم شؤون الأسرة وذلك مراعاة لمصلحة المحضون، وهكذا ينبغي دراسة موضوع الحضانة كأثر من اثار الطلاق ذات فائدة كبيرة لأن موضوعها يظل حياً باعتماداً على اعمال الفكر فيما يواجه تطبيقه من مظاهر واقعية متنوعة وارتفاع نسبة الطلاق مما ينتج عدداً لا بأس به من الأطفال تحت رحمة انفصال الأبوين والظلم الواقع على الأطفال نتيجة اهمالهما لهم بعد الطلاق، فلا بد الاعتناء بهؤلاء من خلال التربية والرعاية ولا يتم هذا إلا من خلال الحضانة.

ثانياً: اشكالية البحث

تتجلى اشكالية البحث في كون الموضوع يثير اشكالية حول ما قد تترتب عليها اثار مادية ومعنوية مثل نفقة الحضانة ومدة الحضانة ومكان الحضانة واسترداد الحضانة، وكذلك تحديد السن التي ينتقل عندها المحضون ذكراً ام انثى في فترة حضانة النساء وتأثير الحالة الاجتماعية للأم المتزوجة بأجنبي على حق حضانتها للطفل، وذلك لرعاية شؤون المحضون والتي يسبقها ضرورة توافر الشروط الشرعية والقانونية اللازمة من الحاضن خوفاً على مصلحة المحضون مع معرفة الاحق بالحضانة والتي تترتب عليها اثار بحاجة لمعالجة قانونية، والهدف منها اولاً حماية الطفل المحضون كونه عنصراً من عناصر الأسرة والمجتمع، لذلك تم تتبع الآراء الفقهية والقانونية التي تظهر كيفية حسم المنازعات القائمة بخصوص الحضانة.

ثالثاً: منهج البحث

اعتمدت في هذا البحث المنهج الوصفي والتحليلي لمواد القانون مقارنةً بالفقه الاسلامي وقد تم بحث موضوع حضانة الطفل بأسلوب المقارنة والتحليل والجمع بين الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية مع تعزيز ذلك بالنصوص القانونية، وكذلك توضيح الاحكام الشرعية ذات الصلة ومقارنة الآراء الفقهية والقانونية المختلفة التي تدور حول موضوع الحضانة، وقد اعتمدت في مرجعيتها على القرآن الكريم كما تضمنت المراجع كتباً فقهية وقانونية.

رابعاً: خطة البحث

تناولنا هذا البحث حسب الخطة التالية:

المبحث الاول كان تحت عنوان ماهية الحضانة قسمته إلى مطلبين فتناولت في المطلب الاول تعريف الحضانة ومشروعيتها وحكمتها وفي المطلب الثاني تعرضت إلى حق الحضانة.

اما المبحث الثاني، فكان تحت عنوان شروط الحضانة قسمته إلى ثلاثة مطالب فخصت المطلب الاول لدراسة شروط الحاضنة، والمطلب الثاني لشروط الحاضن، وتطرقت في المطلب الاخير إلى شروط الحضانة في القانون العراقي.

اما المبحث الثالث، فكان تحت عنوان اثار الحضانة، وتطرقت فيه من خلال اربعة مطالب
فتناولت في المطلب الاول مدة الحضانة وإنتهائها، وفي المطلب الثاني تعرضت إلى مكان الحضانة،
وفي المطلب الثالث إلى سقوط الحضانة واستردادها، وتطرقت في المطلب الاخير إلى اجرة الحضانة.
وسنعرض في خاتمة البحث اهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث وما نراها
من مقترحات.

المبحث الاول

ماهية الحضانة

موضوع الحضانة من المواضيع الفقهية الشرعية والقانونية المثيرة للجدل، حيث شرعت لها احكام كثيرة من اجل تنظيمها وحل المشاكل التي تحدث بشأنها والفقهاء سواء كانوا في الشريعة او القانون لهم اراء اجتهادية مختلفة حولها، لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الاول لتعريف الحضانة، وخصصنا الثاني لحق الحضانة.

المطلب الاول

تعريف الحضانة ومشروعيتها وحكمتها

لمعرفة الحضانة ومشروعيتها وحكمتها نتناولها في ثلاثة فروع، ففي الفرع الاول نتطرق إلى تعريف الحضانة وفي الفرع الثاني مشروعيتها واخيراً في الفرع الثالث ندرس حكمتها.

الفرع الاول

تعريف الحضانة

اولاً: الحضانة لغةً: مأخوذة من الحضن وهو الجنب وحضانة الأم ولدها تعني ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها وإياه من ابيه وتحتيته عنه وانفرادها من دونه^(١).

ثانياً: الحضانة اصطلاحاً

وقد عرفت الحضانة في الاصطلاح وكما جاء في مذاهب الأئمة كالاتي:

١. المذهب الحنفي:

جاء في البدائع: حضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه.

(١) د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠، ص ٣٨٣.

اما في البحر الرائق: الحضانة بكسر الحاء وفتحها تربية الولد والحاضنة المرأة توكل بالصبي فترضعه وتربيته وقد حضنت ولدها حضانة من باب طلب وحضن الطائر بيضه حضناً إذا جثم عليه بكنفه وبحضنه.

بينما في الدار المختار: الحضانة بفتح الحاء وكسرها، تربية الولد.

واخيراً في شرح الاحكام: الحضانة (بالفتح والكسر) شرعاً تربية الولد ممن له حقها^(١).

٢. المذهب المالكي:

جاء في الشرح الكبير: الحضانة هي حفظ الولد والقيام بمصالحه.

أما في الشرح الصغير: الحضانة هي القيام بشأنه في نومه ويقظته.

٣. المذهب الشافعي:

جاء في الاقناع: الحضانة شرعاً من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه مما يضره ولو كبيراً مجنوناً كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه ودهنه وكحله وربط الصغير في المهد وتحريكه لينام.

بينما في المنهاج: الحضانة حفظ من لا يستقل وتربيته.

واخيراً في كفاية الاخيار: فقد عرفت الحضانة بفتح الحاء بأنها عبارة عن القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه وهي نوع من الولاية.

٤. المذهب الحنبلي:

جاء في الروض المربع: الحضانة هي حفظ صغير ونحوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحة.

اما في الاقناع: هي حفظ صغير ومجنون ومعتوه وهو المختل العقل عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحتهم كغسل راس الطفل ويديه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوه.

٥. المذهب الزيدي:

جاء في التاج المذهب: الحضانة شرعاً حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه عند من هو اولى بذلك.

(١) د. محمد سمارة، المصدر السابق، ص ٣٨٣.

بينما جاء في سبل السلام: الحضانة في الشرع حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته ووقايته عما يهلكه ويضره.

وبعد ذكر هذه التعريفات نجد انها بمعنى واحد تنصب على تربية الولد والقيام بشؤونه بما يحفظه ويقضي مصالحه^(١).

ثالثاً: الحضانة في القانون العراقي

انقسم الباحثون بخصوص تعريف الحضانة في التشريع العراقي إلى فريقين، الفريق الاول يرى بان القانون العراقي لم يأت بتعريف واضح للحضانة وبمفهوم المخالفة لهذا الكلام يعني ان هناك تعريف في متن القانون ولكنه مبهم او يعتريه الغموض، بينما ذهب الفريق الآخر إلى ان القانون لم يأت بأي تعريف مطلقاً، ورغم خلو القانون العراقي من تعريف الحضانة إلا انه عند التمعن في الفقرة (١) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية التي تتناول موضوع الاحقية او الأفضلية في الحضانة: ((الأم احق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة، مالم يتضرر المحضون من ذلك))، يستنبط منها بان مفهوم الحضانة لدى المشرع هو تربية الولد والتربية في معجم اللغة العربية المعاصرة هي تثقيف وتهذيب وتأديب وتنمية القوى الجسمية والعقلية والخلقية للولد.

ان خلو قانون الأحوال الشخصية العراقي من نص صريح خاص بتعريف الحضانة ترك الباب مفتوحاً امام العاملين في سلك القانون بشكل عام والقضاء بشكل خاص لتعريفها حسب فهمهم واجتهادهم، واخيراً فان قانون الأحوال الشخصية بشكل عام والمادة (السابعة والخمسون) منه التي هي خاصة باحكام الحضانة بشكل خاص لم تتضمن تعريفاً محدداً للحضانة^(٢).

(١) د. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ٩، ١٠.

(٢) اكرم زاده الكوردي، أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دهوك، ٢٠١٧، ص ٤٦.

الفرع الثاني

مشروعية الحضانة

ورد العديد من النصوص في القرآن الكريم والسنة واجماع الأمة والمعقول مما يدل على مشروعية الحضانة بما يضمن مصلحة المحضون على النحو التالي:

اولاً: القرآن الكريم- لقد دل كثير من نصوص الكتاب على مشروعية الحضانة ومنها قوله تعالى:

﴿ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا

كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾^(١). وهنا نتحدث الآية الكريمة عن كفالة مريم واختلاف الأحبار

فيمن يقوم بكفالتها لنيل الأجر والثواب من الله عندما جاءت بها امها وهي صغيرة ويقابل

الكفالة الحضانة فهذا دليل صريح على مشروعية الحضانة وكذلك قوله تعالى ﴿وَاحْفَظْ

هُمَا جَنَاحَ الدُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَّانِي صَغِيرًا﴾^(٢). وتدل الآية الكريمة على

انه يجب على الأبناء رعاية آبائهم حق الرعاية وذلك في مقابل رعايتهم له وحفظه

وحضانتهم له في صغره عندما كان ضعيفاً لايمك شيئاً وهذا يبين فترة الحضانة

ومشروعيتها وإلا لما طالب المولى جل وعلا المجازة قياساً بالمثل عند كبر الوالدين^(٣).

ثانياً: السنة- فيما رواه عبدالله بن عمرو بن عاص ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان

بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني فاراد ان ينتزعه مني، فقال

رسول الله (صلى الله عليه وسلم) (انت احق به مالم تتكحي). وبما ورد من حديث البراء

بن عازب ان ابنة حمزة بن عبدالمطلب اختصم فيها علي وجعفر وزيد فقال علي انا احق

بها وهي ابنة عمي وقال جعفر ابنة عمي وخالتها تحتي وقال زيد ابنة اخي وقضى بها

رسول الله (صلى الله عليه وسلم) لخالتها وقالت (الخالة بمنزلة الأم)، وهذا يعني بأن النساء

من اقارب الصغير اولى بالحضانة من الرجال وبما ورد في السنن ان امرأة جاءت إلى

الرسول (صلى الله عليه وسلم) فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بأبني وقد

سقاني من بئر ابي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) استهما عليه

(١) سورة آل عمران، الآية (٤٤).

(٢) سورة الاسراء، الآية (٢٤).

(٣) محمد ابراهيم ابداح، بحث عن حق الحضانة، مقدم لاستكمال متطلبات نيل اجازة المحاماة الشرعية، عمان،

الأردن. S.asp.https.m.ahewr.org ، تاريخ الزيارة ٢١/١٢/٢٠٢١ .

فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) للغلام هذا ابوك وهذه امك وخذ بيد ايهما شئت، فأخذ بيد امه، فانطلقت به^(١). وهذا يشير إلى قيام الرسول (صلى الله عليه وسلم) في هذا الحديث بتخيير الولد بين ابويه في سن معينة.

ثالثاً: الإجماع - قال ابن رشد القرطبي انه ليس هناك خلاف بين فقهاء الأمة الإسلامية في وجوب كفالة الصغير وذلك لأنه خلق ضعيف يحتاج إلى من يقوم بحفظه وكفالاته وتربيته وتدبير شؤونه حتى يصل إلى سن معينة يستطيع معها خدمة نفسه ويستغني عن الآخرين.

رابعاً: المعقول - كما هو معلوم فالإنسان يمر بمراحل عمرية مختلفة خلال وجوده في الحياة، تبدأ بالطفولة، وبعدها الشباب والكهولة والشيخوخة وان الإنسان احوج ما يكون إلى الرعاية وعناية أشخاص آخرين وهو في فترة الطفولة مقارنة مع الفترات الاخرى فانه خلال هذه الفترة يكون عاجزاً عن حفظ نفسه والقيام بما يصلحه من تربيته وتهذيبه وتنقيفه ولو لا الحضانة لهلك.

الفرع الثالث

الحكمة من تشريع الحضانة

لم يشرع الله سبحانه وتعالى لنا أي شئ عبثاً بل هناك حكمة وراء كل تشريع، والحكمة هذه عادة لها علامات ظاهرة يعرفها كل ذي عقل نير وفكر صافي واخرى باطنة لمن يطلع عليها ولم يستكشفها بعد، وفيما يتعلق بالمقصد الشرعي من حضانة الأطفال في الشريعة الإسلامية وحتى القوانين الوضعية، فهو واضح وجلي وهو حفظ النفس، فكل ذي عقل سليم يعرف ان الطفل لو ترك بعد ولادته دون حفظ ورعاية وحماية لهلك، وبالتالي لانقرض الجنس البشري على وجه الكرة الأرضية، فالطفل يحتاج إلى من يقوم بتربيته وتغذيته وتنظيف بدنه وملابسه كما انه في الوقت ذاته يحتاج إلى من يقوم بتأديبه وتهذيبه بالأخلاق الحميدة ويعلمه كيف يواجه أمور الحياة في المستقبل، لهذه الأسباب شرعت الحضانة واعطيت الاولوية والأفضلية للنساء وخاصة الأم وهذا يعود إلى قدرتهن على تربية الأطفال والصبر عليهم بعكس الرجال الذين لايطبقون ذلك، وكل ذلك من محاسن الشريعة الإسلامية التي لم تترك الانسان ضائعاً ومعرضاً للهلاك في هذه المرحلة الحرجة من حياته^(٢).

(١) الدكتور محمد سمارة، المصدر السابق، ص ٣٨٣.

(٢) أكرم زاده الكوردي، المصدر السابق، ص ٥٦، ٦٠.

المطلب الثاني

حق الحضانة

اجمع الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة بأن الأم احق بحضانة صغيرها في اول مراحل حياته فقد حملته كرها ووضعتة كرها وحملته وهنا على وهن فهي احق بحضانتة وحفظه وهي تحس وتشعر به وتقهّم تعبيراته في اول حياته، لذلك تستمر حضانتها له حتى يستغني بنفسه عنها، والأصل في الحضانة هو رعاية الصغير والمحافظة عليه وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية التي تنص على ان الحضانة تدور مع مصلحة الصغير وجوداً وعدمًا^(١). إلا ان الحضانة هل هي حق مطلق للأم ام هي حق خالص للصغير ام هي حق مشترك بين الأثنين؟ أسئلة كان للفقه فيها اختلاف والتي نبينها في الفروع الآتية:-

الفرع الاول

الحضانة حق للأم

قال بعض الفقهاء الحضانة حق خالص للحاضنة ولها ان تتنازل عنه في اي وقت شاءت فهي لاتجبر على الحضانة لأحتمال غيرها لأن شفقتها كاملة على المحضون وهي لاتجبر عنها في الأغلب إلا عن عجز، فلا معنى لأجبارها عليها لأنها محمولة عليها بدون الجبر^(٢)، وهذا المذهب هو مذهب بعض الحنفية والمالكية في المشهور عنهم والشافعية وبعض الحنابلة^(٣).

فالأصل العام وهو ان الأم احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون لأنها اكثر ضماناً واكثر صبراً على خدمته والمحافظة على صحته كما انه عند وفاة الأب فان الحضانة تبقى لدى الأم وليس لأحد من أقارب المتوفي مادامت الأم محتقظة بشروط الحضانة ولم يتضرر المحضون، ويترتب على ذلك ان في الحضانة حقاً للحاضنة الأمور التالية:

١. لو ان كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه فانه يجب على هذه المرضعة ان تقوم بارضاعه في منزل الحاضنة حتى لا يفوت عليها حق في حضانتة.

(١) ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في اصلاح الأسرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ٩٦.

(٢) فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية، دراسة في ضوء الفقه والقانون، ٢٠٠٩، ص ٤٠.

(٣) الدكتور أحمد محمد علي داود، المصدر السابق، ص ١٢.

٢. ليس للأب حق في ان ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة لأن في ذلك تقويماً لحق الحاضنة.
٣. لايجوز لأب الصغير ان ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته لأنه ان فعل ذلك فقد ضيع حقها.

الفرع الثاني

الحضانة حق للصغير

قال بعض الفقهاء بأن الحضانة حق للصغير، فالأم تجبر على حضانتها حتى لا يضيع الولد، فحق الصغير ان يتولاه من يقوم على تربيته لعجزه عن القيام بشؤونه وحتى يتدبر امر نفسه دون حاجة إلى مساعدة من غيره، لذلك إذا تعين من يقوم بهذه المهمة بالنسبة للصغير امتنع عليه ان يترك الحضانة وان تركها أجبر عليها^(١)، وهذا المذهب هو مذهب بعض الحنفية وبعض المالكية وبعض الحنابلة، ويترتب على ذلك ان في الحضانة حقاً للصغير الأمور التالية:

١. لايجوز لامه التي تستحق حضانتها ان تصالح اباه على اسقاط حقها في حضانتها لها مقابل بدل تأخذه منه لأنها بفعل ذلك تقوت حق الصغير وهي لا تملك اسقاط حقه.
٢. ان امه لو خلعت اباه على ان يترك حقها في حضانة الصغير ومدة الحضانة فان الخلع يصح ولكن يبطل البديل لأنها بذلك فوتت حق الصغير وهي لا تملك ذلك.
٣. إذا كانت الحاضنة متعينة بأن لم يوجد من استكملت شروط الحضانة غيرها فانه لايجوز لها ان تمنع عن حضانة الصغير ولو أمتنعت أجبرت عليها محافظة على حق الصغير.

الفرع الثالث

الحضانة حق مشترك للأم والصغير معاً

وذهب بعض من الفقهاء إلى القول بأن الحضانة حق لكل من الأم والطفل معاً وعلى هذا أفتى بعض فقهاء المالكية فقالوا بأن الحضانة حق للحاضن والمحضون وليس حقاً خالصاً لواحد منهما^(٢).

(١) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص ٤٢.

(٢) المصدر نفسه، ص ٤٥.

ولعل الأصوب ان يقال الحضانة حق لكليهما وليست حقاً خالصاً لاحدهما وغاية الأمر ان حق المحضون فيها أظهر واقوى^(١).

الفرع الرابع

حق الحضانة في القانون العراقي

نص المشرع العراقي في الفقرة (١) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، على ان ((الأم احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك)). وإستناداً لهذا النص فان شراح وباحثي القانون العراقي انقسموا إلى ثلاثة إتجاهات:

الاتجاه الاول: قال اصحابه ان حق الحضانة في القانون العراقي صريح وواضح وهو للأم، ولكن حقها مقيد بشروط بموجب النص وهي عدم تضرر المحضون، فإذا تنازلت الأم عن حقها، ولكن المستحقين الآخرين تدافعوا ورفضوا حضانة الولد عندها تتعين الأم وتجبر على الحضانة، وكذلك إذا لم تقم الأم باداء الحضانة بالقدر المطلوب وتضرر المحضون من بقاءه معها عندها تسقط حضانتها وتنتقل إلى الأب.

الاتجاه الثاني: يرى ان الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، إلا ان حق المحضون مقدم عند التعارض وعليه فإذا تمت المخالعة شريطة تنازل الأم عن حضانة الاولاد صح العقد وبطل الشرط بسبب قوة حق المحضون.

الاتجاه الثالث: يعتقد ان حق الحضانة للمحضون وليس للوالدين ولا لغيرهما^(٢). استناداً للفقرة (٧) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ((في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة إلى الأب...)).

يتبين مما سبق الغموض وعدم الوضوح بخصوص تكييف حق الحضانة في القانون العراقي.

(١) الدكتور أحمد بخيت الغزالي؛ والدكتور عبدالحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٤٥٥.

(٢) أكرم زاده الكوردي، المصدر السابق، ص ٦٣، ٦٢.

المبدأ/ ان الأم احق بالحضانة من غيرها حال قيام الزوجية وبعدها ما لم تفقد شروط الحضانة ولما يقتضيه مصلحة المحضون^(١).

لأدعاء المدعية لدى محكمة الأحوال الشخصية في دهوك بأن المدعى عليه هو زوجها الداخل بها شرعاً ولهما من فراش الزوجية ثلاثة أطفال وكثرة المشاكل بينهما وعدم الانسجام بينهما وانها تعيش في دار والدها وان الاطفال يعيشون مع والدهم في الدار الزوجية وان المدعى عليه يمنعها من مشاهدة اطفالها. لذا طلبت دعوى المدعى عليه للمرافعة والحكم بالزامه بتسليم الاطفال واسترداد حضانتهم اليها، وقررت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك باحالة الدعوى إلى محكمة الاحوال الشخصية في ميرگه سور حسب الاختصاص المكاني، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية اصدرت محكمة الاحوال الشخصية في ميركه سور حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي بضم الاطفال إلى والدتهم المدعية وتحميل المدعى عليه المصاريف، ولعدم قناعة المدعى عليه بالحكم المذكور بادر إلى الطعن فيه تمييزاً لدى محكمة تمييز اقليم كوردستان طالباً نقضه بموجب العريضة التمييزية.

القرار/

لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين انه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن الأم احق بالحضانة من غيرها حال قيام الزوجية وبعدها ما لم تفقد شروط الحضانة ولما تقتضي به مصلحة المحضون فتقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٧/٩/١٨.

(١) صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لاقليم كوردستان قسم الاحوال الشخصية، مكتبة هوليير القانونية، ج٢، اربيل، ٢٠٢٠، ص٨.

المبحث الثاني

شروط الحضانة

ان مسألة الحضانة وشروطها التي ينبغي توفرها فيمن عينت له من المسائل التي تحوُّط لها فقهاء الشريعة والقانون والغاية هي حماية الصغير والعناية به، لذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، فقد خصصنا المطلب الاول لشروط الحاضنة والمطلب الثاني لشروط الحاضن والثالث لشروط الحضانة في القانون العراقي.

المطلب الاول

شروط الحاضنة

يشترط في الحاضنة مايلي:

اولاً: ان تكون عاقلة لأن المجنونة لا تحفظ الولد بل يخشى عليه منها الهلاك^(١)، فلا بد من ان تتمتع الحاضنة بكامل قواها العقلية وان لا تكون مصابة بأمراض نفسية او عقلية لأن (فاقد الشيء لا يعطيه)^(٢).

ثانياً: ان تكون بالغة لأن القاصرة محتاجة إلى من يكفلها فكيف تكفل غيرها.

ثالثاً: ان تكون أمينة على المحضون وتربيته بحيث لا يضيع الولد عندها بسبب انشغالها عنه بالخروج إلى ملاهي الفسوق^(٣). **ففي المذهب الحنفي:** جاء في الفتاوي الهندية: احق الناس بحضانة الصغير حال قيام النكاح او بعد الفرقة الأم إلا ان تكون مرتدة او فاجرة غير مأمونة. **أما في المذهب الشافعي:** جاء في المهذب: لا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها لأن الحضانة انما جعلت لحظ الولد ولا حظ للولد في حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته، بينما **المذهب الحنبلي:** جاء في المفتي: ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه ولا الفاسق لأنه غير موثوق في اداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضانته.

(١) محمد زين الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، ص ٦٦.

(٢) حيدر عبدالرضا الظالمي، حق الحضانة بين الشرع والقانون، بحث منشور في مجلة الهدى، الطبعة الأولى، ٢٠١٣. www.alhodamage.com تاريخ الزيارة ٢٨/١٢/٢٠٢١.

(٣) محمد زين اللبباني، المصدر السابق، ص ٦٧، ٦٦.

رابعاً: ان تكون قادرة على تربيته وصيانتته وحفظه والقيام بمصالحه وشؤونه وعدم الاهمال بها فلو كانت عاجزة عن ذلك لمرض او تقدم في السن فلا تكون أهلاً للحضانة.

خامساً: ان لا تكون مرتدة أي خرجت عن دين الإسلام بعد ان كانت مسلمة أصلاً او ارتدت بعد اعتناقها الدين الإسلامي لأن الحكم في حالتها ان تحبس حتى تسلم فلا تكون بهذه الحالة قادرة على امساكه والقيام بمصالحه.

سادساً: الإسلام: وهو شرط عند الشافعية والحنابلة، فقد اشترطوا ان تكون الحاضنة مسلمة.

جاء في المذهب في الفقه الشافعي: ولا تثبت الحضانة لكافر على مسلم لأن الحضانة جعلت من حظ الولد ولا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر لأنه يفتته عن دينه وذلك من اعظم الضرر.

وفي المغني في المذهب الحنبلي: ولا تثبت الحضانة لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر اولى فان ضرره اكثر فانه يفتته عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وتربيته عليه وهذا اعظم الضرر، والحضانة انما تثبت لحفظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه.

سابعاً: ان لا تمسك الحاضنة الصغير في بيت من يبغضه ويكرهه لأن إمساكها إياه عنده يلحق ضرراً بالولد المحضون والمقصود من الحضانة حفظه ورعايته.

ثامناً: ان لا تكون الحاضنة متزوجة بغير رحم محرم للصغير لأن الأجنبي سينظر إليه شزراً ويبطن له الكراهة ويضمّر سوء لأمه لأنه يظن انها تطعمه عن ماله وربما اشتد بين امه وزوجها الخلاف ويترتب على ذلك ما لا تحمد عقباه.

وهذا الشرط عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والشيعة الامامية.

تاسعاً: ان تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار، جاء في تحفة الفقهاء فأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلاحق لهن من الحضانة لأن لهن رحماً غير محرم^(١).

عاشراً: الخلو من الأمراض المعدية والضارة لأن الحاضنة تخالط المحضون ويخشى من انتقال العدوى إليه^(٢).

حادي عشر: أمن المكان كي لا يتعرض المحضون للخطر والضياع.

(١) الدكتور أحمد محمد علي داود، المصدر السابق، ص ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٥.

(٢) الدكتور أحمد بخيت الغزالي؛ والدكتور عبدالحليم محمد منصور علي، المصدر السابق، ص ٤٥٨.

ثاني عشر: ان لاتكون الحاضنة قد حكم عليها بالنشوز.

ثالث عشر: ان لا تحضنه في بيت مبغضيه، لأن حضانتها في بيت من يبغضه او يبغض إياه يؤدي إلى الاضرار بالطفل^(١).

المطلب الثاني

شروط الحاضن

تكون الحضانة للرجال إذا لم توجد حاضنة من النساء او وجدت ولم تكن أهلاً للحضانة او كانت أهلاً لها ولكن انتهت حضانتها، ويشترط في الحاضن مايلي:

اولاً: القدرة والكفاءة - فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون كالكبير المسن او المريض العاجز او الأصم والأعمى وكذلك لاحضانة للرجل إذا لم يكن عنده من يحضن من النساء لأن الرجل وحده لاقدرة له على الحضانة.

ثانياً: العقل والبلوغ - فلا حضانة لصغير ولا مجنون ولا معتوه، لأن الصغير والمجنون لايقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله ولا يكفل غيره.

ثالثاً: الأمانة- فلا حضانة لفاسق لأنه غير موثوق في اداء الواجب في الحضانة ولأنه لا يؤتمن على المحضون، حيث ينشئه على طريقته فلا حضانة لسكير او مشتهر بالزنى والفجور او اللهو الحرام، ومن الأمانة الا يكون الحاضن مهملأ في صيانتها للمحضون او منشغلاً عنه بحيث انه لايجد وقتاً لمتابعته وإدارة شؤونه حتى وان كان انشغاله بأمور مباحة شرعاً إلا إذا كان انشغال الحاضن لا يؤثر على مصلحة الصغير كالحاضن الذي يترك الصغير عند من يرعاه في غيبته.

رابعاً: الرشيد- اي ألا يكون الحاضن سفيهاً فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون او ينفق عليه مالاً يليق ولا لزوم له ثم ان غير المأمون على المال غير مأمون على النفس، لأن الأمانة كل لايتجزأ وغير المأمون على مال نفسه غير مأمون على مال الغير^(٢).

(١) ناصر جبر القرم، المصدر السابق، ص ٩٤.

(٢) الدكتور محمد سمارة، المصدر السابق، ص ٣٩٠، ٣٨٩.

خامساً: إتحاد الدين - لأن حضانة الرجال مبنية على حق التوارث وهو منفي عند اختلاف الدين ولأن الحضانة تنتقل إلى الرجال في الوقت الذي يفقه الصغير فيه الأديان غالباً فيخشى ان ينشأ على دين حاضنه المخالف لدينه^(١).

سادساً: ان يكون الحاضن الذكر محرماً للمحضون وذلك إذا كان المحضون انثى ومشتهاه.

ففي المذهب الحنفي: جاء في فتح القدير، اما اولاد الأعمام فانه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بإبن العم لأب وام ثم أبن العم لأب ولا تدفع الصغيرة اليهم لأنهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام.

وفي المذهب المالكي: جاء في الشرح الكبير يشترط في الحاضن الذكر لمطيقه ان يكون محرماً لها ولو في زمن الحضانة كأن يتزوج بامها وإلا فالحضانة له ولو مأموناً ذا أهل عند مالك.

وفي المذهب الشافعي: جاء في الاقناع ولا تسلم مشتهاة لغير محرم حذراً من الخلوة المحرمة بل تسلم لثقة يعينها هو كبنته.

وفي المذهب الحنبلي: ان كانت انثى فالحضانة عليها لعصبة من محارمها ولو برضاع ونحوه كمصاهرة بأن يكون ربيبه له دخل بامها فلا حضانة عليها لأبن العم ونحوه كابن عم الأب إذا لم يكن محرماً برضاع ونحوه لأنه ليس من محارمها^(٢).

المطلب الثالث

شروط الحضانة في القانون العراقي

المشروع العراقي خصص الفقرة (٢) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية لشروط الحضانة، حيث نصت على انه ((يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانتة...)). يلاحظ ان الفقرة اعلاه نصت على اربعة شروط يجب توافرها لدى الحاضن حتى يستحق الحضانة وتسقط حضانته بمجرد فقده لأحد هذه الشروط وتنتقل إلى التالي له بموجب الفقرة (٧) من المادة (السابعة والخمسون) والشروط هي مايلي:

(١) الدكتور محمد الدسوقي، الأحوال الشخصية في المذهب الشافعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٦٠.

(٢) الدكتور أحمد محمد علي داود، المصدر السابق، ص ٣٣.

أولاً: البلوغ - سبب وضع هذا الشرط راجع إلى ان الغاية من الحضانة هي القيام بشؤون المحضون وتربيته وصيانته وان غير البالغ هو بحد ذاته يعتبر صغيراً يحتاج إلى الرعاية والعناية من غيره وان هذا الشرط لايشمل الوالدين لأنه لايتصور بأن احدهما غير بالغ في حين له القدرة على الإنجاب ولهما الاولاد. اما البلوغ المقصود هنا فإن المشرع لم يبينه ولكن ما يستنتج من كلام الشراح والباحثين في القانون العراقي ان المطلوب هو البلوغ الشرعي وليس القانوني لأنهم تناولوا ما قيل عن البلوغ من قبل فقهاء الشريعة حينما تناولوا هذا الشرط ولم يتطرق اي واحد منهم إلى البلوغ القانوني وقد قال أحد الباحثين ان الفقهاء يعتبرون سن الخامسة عشر من العمر هو سن البلوغ الشرعي ولا يمكن تعديده لأنه الأغلب.

ثانياً: العقل - المقصود بهذا الشرط ان لا يكون الحاضن مصاباً بمرض او عاهة عقلية كالجنون المطبق وغير المطبق - المتقطع - والعتة والصرع وغير ذلك من الأمراض والعاهات التي تصيب الدماغ والتي تجعل المرء يفقد التمييز بين الخير والشر والنافع والضار وبالنتيجة يتم الحجر عليه لأنه لايستطيع القيام بشؤونه بشكل صحيح وسليم فكيف بقيامه بحضانة المحضون ويضاف إلى ذلك انه يعتبر خطراً على حياة المحضون بسبب تصرفاته. تجدر الإشارة إلى ان الأمراض العصبية كالصرع وانقسام الشخصية والأمراض الاخرى التي يثبت التقرير الطبي بأنها تذهب بالعقل تعتبر أسباباً لفقد الحضانة.

ثالثاً: الأمانة - وتحمل اكثر من معنى في هذا الشأن منها عدم الفسق وعليه فلو كان الحاضن فاسقاً وسيء الخلق كأن يكون دائم السكر، او سارق، او صاحب سوابق وخاصة القضايا المخلة بالشرف وغير ذلك من الأفعال والتصرفات التي تخذش أخلاق المرء فإنها تسقط الحضانة إذا كانت تؤثر على أخلاق المحضون ودينه اما إذا لم يؤثر عليه فلا تسقط حضانته، وكما ان للأمانة معنى آخر وهي ترك المحضون وحيداً في الدار أغلب الاوقات بسبب كثرة خروجه او سكن المحضون في دار مبغضيه او من يضمرون له الحقد والكراهية على اعتبار ان في ذلك خطر على سلامة جسمه، وهناك من أخذ (الأمانة) بشكل مطلق دون حصرها في معنى معين فكل ما يؤثر على المحضون سواء في دينه او أخلاقه او جسمه يعتبر خرقاً لشرط الأمانة من قبل الحاضن وبالتالي يسقط حضانته^(١).

(١) اكرم زاده الكوردي، المصدر السابق، ص ١٠٤.

رابعاً: القدرة على تربية المحضون وصيانتهم- بموجب هذا الشرط يجب ان يكون الحاضن خالياً من اي مرض او عاهة تجعله غير قادر على القيام بتربية المحضون وحفظه وإلا سقطت حضانته فالحاضن المصاب بالشلل او فاقد الأطراف او المكفوف او العاجز بسبب التقدم في السن لا يستطيع اداء واجبات الحضانة على اكمل وجه ولهذا يحرم من حق الحضانة.

ان الشروط التي نص عليها القانون يجب توافرها لدى الحاضن سواء كان ذكراً او انثى رغم استعمال المشرع مصطلح (الحاضنة) الأنثى في الفقرة (٢) من المادة (السابعة والخمسون) من القانون.

من خلال ما سبق يتبين ان المشرع العراقي اختار لشروط الحضانة ما اتفقت عليه المذاهب الإسلامية من شروط عامة يتوجب وجودها فيمن عين لها فالشروط هي نفسها ايأ كان الحاضن او الحاضنة^(١).

المبدأ/ ان ادانة الأم الحاضنة بالخيانة الزوجية تعني فقدانها لشروط الحضانة التي هي الأمانة فلم تعد بذلك امينة^(٢).

لإدعاء المدعي لدى محكمة الأحوال الشخصية في اربيل بأن المدعى عليها هي زوجته الداخل بها شرعاً ولهما من فراش الزوجية طفلين وهي في حضانة المدعى عليها، ولقيام المدعى عليها بالخيانة الزوجية والحكم عليها لمدة سنة واحدة بموجب أحكام المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات في الأضبارة الجنحية المرقم (١٨٦/ك٢/٢٠١٦) والمكتسب الدرجة القطعية، لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم باسقاط حضانة الطفلة المذكورة وتسليمه وتحميلها المصاريف واتعاب المحاماة، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية اصدرت محكمة الاحوال الشخصية في اربيل حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي باسترداد حضانة الطفلة إلى والدها المدعي وتسليمها له وتحميل المدعى عليها المصاريف، ولعدم قناعة المدعى عليها بالحكم المذكور بادرت إلى الطعن فيه تمييزاً لدى محكمة تمييز اقليم كوردستان طالبة نقضه بموجب العريضة التمييزية.

القرار/

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن ادانة الأم الحاضنة

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص ١٠٥، ١٠٦، ١٠٩.

(٢) صباح حسن رشيد، المصدر السابق، ص ٥.

بالخيانة الزوجية تعني فقدانها لشروط الحضانة التي هي الأمانة فلم تعد امينة على حاضنتها ابنتها
فتقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق
في ٢٠١٧/١٢/٧.

المبحث الثالث

اثار الحضانة

الحضانة تترتب عنها اثار منها اثار مادية واثار اخرى معنوية، فمن خلال هذا المبحث سنتناول في المطلب الاول مدة الحضانة وانتهائها، وفي المطلب الثاني مكان الحضانة، وفي الثالث سقوط الحضانة واستردادها، وفي المطلب الرابع اجرة الحضانة.

المطلب الاول

مدة الحضانة وانتهائها

المقصود بمدة الحضانة، الفترة الزمنية ما بين بدايتها ونهايتها، وهي تبدأ منذ حاجة الطفل إليها اي وقت ولادته حياً ولاخلاف في ان المحضون ذكراً كان او انثى يبقى في يد حاضنته إلى سن التمييز وهي السن التي يستطيع فيها ان ياكل ويشرب ويقضي حاجته بنفسه مستغنياً عن الحاضنة للاستغناء بهذه الصورة يكون ما بين سن السابعة والتاسعة، ولكن قد يتأخر او يتقدم، فالحكم مداره على التمييز والاستغناء عن الحاضنة لا على السبب، وسبب بقاء الصغير مع الحاضنة قبل سن التمييز لأنها أقدر على خدمته حيث في هذه المرحلة يحتاج الطفل إلى من يتفرغ لخدمته على ان يكون متحلياً بالصبر والحنان والمرأة لأشك انها أقدر على ذلك وأعرف به، اما إذا بلغ الصغير سن التمييز أي حد الاستغناء عن خدمات حاضنته، فبقاءه يختلف بين كون المحضون ذكراً او انثى^(١)، حيث لم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة نص يحدد الوقت الذي تنتهي فيه الحضانة لذلك فقد اختلف الفقهاء في هذا الأمر^(٢) وكما يلي:

اولاً: مذهب الحنفية

قدر بعض فقهاء مذهب الحنفية مدة الحضانة بسبع سنين وبعضهم بتسع سنين والاول هو المفتا به ومدتها في الجارية، فيها رأيان، احدهما حتى تحيض ثانيهما حتى تبلغ حد الشهوة، وقدر بتسع سنين قالوا وهذا هو المفتى به فإذا كان الولد في حضانة امه فلا يبه ان يأخذه بعد هذا السن فإذا بلغ الولد عاقلاً رشيداً كان له ان ينفرد ولا يبقى في حضانة ابيه إلا ان يكون فاسد الأخلاق فلا يبه ضمه

(١) الدكتور محمد سمارة، المصدر السابق، ص ٣٩٥.

(٢) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص ٩٩.

وتأديبه وإذا لم يكن له اب فالأحد اقاربه ان يضمه إليه ويؤدبه متى كان مؤتمناً. اما الأنثى فان كانت بكرةً ضمها الأب إلى نفسه ومثل الأب الجد فإن لم يكن لها اب ولا جد فإن كان لها اخ ضمها إليه بشرط ان لا يكون مفسداً وإلا فإن كان لها عم غير مفسد ضمها إليه وإلا فإن كان لها عسيبة ذي رحم محرم ضمها إليه وإن لم يكن وضعها القاضي عند امرأة ثقة^(١).

وتنتهي الحضانة بالنسبة للغلام عندما يستغني عن خدمة النساء بأن يقوم وحده بحاجاته الاولى من اكل ولبس ونظافة، وقدر السن الذي يستغني عندها الغلام عند بلوغه هذه السن ويغلب ان يستتجي وحده ويشرب وحده بدليل قول الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) (مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبع سنين)^(٢).

أما الصغيرة فلا تنتهي حضانتها إلا إذا بلغت المحيض او سناً فيه تشتهي وإذا انتهت الحضانة فلا يخير المحضون بين ابويه وإنما يسلم إلى وليه^(٣).

ثانياً: مذهب الشافعية

ففي مذهب الشافعية ليس للحضانة مدة معلومة فإن الصبي متى ميز بين ابويه وامه فإن اختار احدهما كان له^(٤)، وسواء كان في ذلك الأبن او البنت وسن التمييز سبع سنين او ثمان سنين ولا بد مع التمييز ان يكون عارفاً بأسباب الاختيار وإلا أحر إلى حصول ذلك وهو موكول إلى اجتهاد القاضي فإن افترق الزوجان ولهما ولد سبع سنين او ثمان سنين وهو مميز وكانا صالحين للحضانة وتنازعا حضانته خير بينهما وسلم لمن اختاره، لما روي عن ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين ابويه وامه رواه أحمد وابن ماجه والترمذي وصححه، ويخير ايضاً بين ام وإن علت وجد او غيره من الحواشي كأخ او عم او ابنه كالأب بجامع العصوية كما يخير بين اب واخت لغير اب او خالة كالأم وله بعد إختيار احدهما تحول بالآخر وإن تكرر منه ذلك، والمحضون تنتهي حضانته ببلوغه سن التمييز وإذا انتهت حضانته فإنه يخير بين ابويه فايهما اختار ضم إليه^(٥).

(١) عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٩، ص٥٩٨-٥٩٩.

(٢) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص٩٩-١٠٠.

(٣) الدكتور اسماعيل أبابكر علي البامرني، أحكام الأسرة- الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٤٤٨.

(٤) الدكتور أحمد محمد علي داود، المصدر السابق، ص٣٨-٣٩.

(٥) الدكتور اسماعيل أبابكر علي البامرني، المصدر السابق، ص٤٤٩.

ثالثاً: مذهب المالكية

ففي مذهب المالكية فإن مدة الحضانة من ولادته إلى ان يبلغ فإن كان له ام حضنته حتى يبلغ ثم تسقط حضانتها ولو بلغ مجنوناً ولكن تستمر نفقته على الأب إذا بلغ مجنوناً ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج ويدخل بها الزوج بالفعل، وتنتهي الحضانة بالنسبة للغلام بالبلوغ وبالنسبة للأنثى بزواجها ودخول الزوج بها^(١).

رابعاً: مذهب الحنابلة

في مذهب الحنابلة ان مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي سبع سنين واتفق ابواه ان يكون عند احدهما فإنه يصح وإن تنازعا خيّر الصبي فكان مع من اختار منهما بشرط ان لا يعلم انه اختار احدهما لسهولته وعدم التشدد عليه في التربية او اطلاق العنان له فيشب فاسداً فإذا علم ان رغبة الولد هكذا فإنه يجبر على البقاء عند الأصلح، فإن اختار اباه كان عنده ليلاً ونهاراً ولا يمنع من زيارة امه وإن مرض الغلام كانت امه احق بتمريضه في بيتها، أما إذا اختار امه فإنه يكون عندها ليلاً ويكون عند ابيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه فإن عادوا اختار الآخر نقل إليه وهكذا أبداً، فإنه لم يختار احدهما او اختارهما معاً أقرع بينهما ثم إن اختار غير من اصابته القرعة رد إليه ولا يخير إلا إذا كان ابواه من أهل الحضانة فإن كان احدهما غير أهل وجب أن يحضنه الكفء وقبل سبع سنين يكون عند صاحب الحق في الحضانة وعلى الوجه المتقدم فإذا زال عقل الصبي كان من حق امه اما الأنثى فإنها متى بلغت سبع سنين فاكثر كانت من حق ابيها بلا كلام إلى البلوغ ثم إلى الزفاف ولو تبرعت الأم بحضانتها لأن الغرض من الحضانة الحفظ والأب أحفظ لعرضه وإذا كان عند الأب كانت عنده دائماً ليلاً ونهاراً ولا تمنع امها من زيارتها وكذا إذا كانت عند الأم فإنها تكون عندها ليلاً ونهاراً ولا يمنع الأب من زيارتها وإن مرضت الأم احق بتمريضها في بيت الأب بشرط أن لا يخلو الأب بها^(٢).

خامساً: مذهب الزيدية

الحاضنة اولى بالطفلة من زوجها حتى تصلح للاستمتاع ومتى صلحت وطلبها سلمت إليه حيث امن عليها، ومدة الحضانة للطفل حتى يستغنى بنفسه اكلاً وشرباً ولباساً ونوماً، سواء بلغ الطفل السنة السابعة فاكثر ام أقل فلا تحديد للسن.

(١) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص ١٠٢.

(٢) عبدالرحمن الجزيري، المصدر السابق، ص ٥٩٩-٦٠٠.

سادساً: مذهب الشيعة الإمامية

إن كان طفلاً بلغ حد يميز بين ضره ونفعه وهو إذا بلغ سبع سنين أو ثماني سنين فما فوقها إلى البلوغ فإنه إن كان ذكراً فالأب أحق به وإن كانت انثى فالأم أحق بها إلى أن تبلغ مالم تتزوج^(١).

مدة الحضانة في القانون العراقي:

نص المشرع العراقي في الفقرة (٤) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته حتى يتم العاشرة من العمر وللحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته)).

إن المشرع العراقي ساوى بين الصغير والصغيرة وجعل مدة الحضانة لكل منهما عشر سنوات كما جعل للأب فقط ان يشرف على تربيته وتعليمه وله ان يختار المدرسة او الروضة على شرط ان لا يعتمد الإضرار بالحاضنة، وقد قصر المشرع هذا الحق على الأب فقط، وقد جعل المشرع العراقي أقصى مدة للتمديد خمسة عشر عاماً إذا ثبت لها ان ذلك من مصلحته وهذا الثبوت او الاثبات مقيد بالرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، وعند مباشرة الأب للنظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه خلال مدة الحضانة الأصلية او الممدة يجب ان لا يبيت المحضون إلا عند حاضنته^(٢).

يلاحظ ان تمديد الحضانة بعد العاشرة من عمر المحضون امر جوازي بالنسبة للمحكمة وتصدر المحكمة قرارها بالتمديد بعد ان يثبت لديها أن مصلحة المحضون تقضي بهذا التمديد وعلى النحو المنصوص عليه ومن المحتمل ان تحكم المحكمة بالتمديد لمدة سنة او سنتين، لكن أقصى مدة هي مدة خمس سنوات بعد إتمام المحضون العاشرة من عمره^(٣).

(١) الدكتور أحمد محمد علي داود، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٢) الدكتور أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢١٨.

(٣) الدكتور فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، التعديلات الخاصة بإقليم كردستان، عقد الزواج وآثاره، الفرقة وآثارها وحقوق أقارب، الطبعة الثالثة، ٢٠١٩، ص ٣١٦.

كما يلاحظ بأن مدة الحضانة لدى المشرع العراقي للمحضون الذكر والأنثى واحدة، وهذا يتفق مع المذهب الشافعي والحنبلي، في حين يختلف مع المذهب الحنفي والمالكي، حيث انهم يفرقون بين الذكر والأنثى، وبخصوص طول مدة الحضانة، فإن المشرع العراقي حددها بإتمام المحضون عشر سنوات من العمر، في حين الشافعية والحنابلة متفقون على بلوغ سبع سنوات للذكر ونفس المدة للأنثى، بينما قدره الحنفية بتسع سنوات، اما المالكية فلهم مدة خاصة وهي البلوغ الشرعي للذكر والزواج والدخول للأنثى^(١).

كما نص المشرع العراقي في الفقرة (٥) من المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية ((إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من ابويه او أحد اقاربه لحين إكمال الثامنة عشرة من العمر إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الإختيار)).

معنى هذا ان الحضانة تنتهي بأحد طريقتين:

١. ان تنتهي مدة الحضانة ببلوغه عشر سنين ثم يعود المحضون إلى ابويه حتى خمس عشرة سنة.

٢. ان تمدد مدة الحضانة عند امه إلى خمس عشرة سنة.

وفي كلا الحالتين فإن هذا المحضون يخير بعد الخمس عشرة سنة في الإقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين إكمال الثامنة عشرة وحينئذ له ان يستقل في اقامته حيث شاء.

المبدأ/ ان اتمام الاطفال سن الخامسة عشر من العمر لهم الحق في اختيار البقاء مع من يختارونه من الحاضن وان كانوا غير الوالدين^(٢).

ادعت المدعية لدى محكمة احوال الشخصية في اربيل بأن المدعى عليه هو والد زوجها المتوفي ولها من الفراش الزوجية منه بنتان وان المدعى عليه يمتنع عن اعادة البننتين إليها، لذا طلبت دعوته للمرافعة وبعد اجراء اللازم الحكم بالزامه باعادة البننتين اليها وتحميله المصاريف، وبنتيجة المرافعة الحضرية اصدرت محكمة الموضوع برد دعوى المدعية وتحميلها المصاريف، ولعدم قناعة المدعية

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص ١٦٠.

(٢) صباح حسن رشيد، المصدر السابق، ص ١٨.

بالحكم المذكور بادرت إلى تمييزه طالبة نقضه بموجب اللائحة التمييزية المدفوع عنها الرسم القانوني، ولدى ورود الاضبارة وضعت قيد التدقيق والمداولة.

القرار /

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم تبين ان حكم محكمة الاحوال الشخصية في اربيل برد الدعوى لاسترداد حضانة بنتيها من جدهما صحيح وموافق للشرع والقانون لاتمام البنتين الخامسة عشرة من عمرهما، وبسؤال من المحكمة منهما اختارتا البقاء لدى جدهما المدعى عليه، وطبقت المحكمة احكام المادة (٥/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية المعدل بردها للدعوى مما تقرر تصديق قرارها المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المدعية المصاريف وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٩/١٠/٩.

المطلب الثاني

مكان الحضانة

تحدث الفقهاء عن مكان الحضانة بالتفصيل كل حسب وجهة نظره لذا سنتحدث عن كل مذهب على حدة:

اولاً: المذهب الحنفي

١. حال قيام الزوجية حقيقةً او حكماً: مكان الحضانة هو مسكن الزوجية في بلد الأب إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين او كانت الأم في فترة العدة من طلاق او وفاة لقوله تعالى:- ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...﴾^(١)، وبناءً على هذه الآية الكريمة فإن الحاضنة يجب ان تبقى في دار زوجها لحين انتهاء عدتها كما لايجوز للزوج اخراجها منها أيضاً إلا بعد انقضاء عدتها.
٢. انتهاء العلاقة الزوجية: للأم الخروج بالمحزون للبلدة او القرية القريبة بحيث يستطيع الأب من زيارة المحزون والرجوع إلى داره قبل الليل على اعتبار كأنها تنقل بين محلتين داخل مدينة.

(١) سورة الطلاق، الآية (١) .

ثانياً: المذهب الشافعي

الشافعية كالحنفية ليس لديهم خلاف حول مكان الحضانة إذا كانت الزوجية قائمة حقيقة او حكماً كون دار الزوجية في هذه الحالة يعتبر مكاناً لها لكن الخلاف يظهر عند حصول الفرقة بين الزوجين.

عند الفرقة بين الزوجين فإن فقهاء المذهب ميزوا بين ما إذا كان السفر او الإنتقال يهدف للاقامة او الحاجة^(١).

١. السفر لحاجة: إذا كان السفر لغرض حاجة وليس للاقامة كالحج والنزهة والتجارة، فالحضانة من حق المقيم منهما - الوالدين - سواء كان السفر لمدة طويلة او قصيرة، وذلك لتجنب المحضون من مخاطر السفر لحين العودة، وقيل من حق الأب إن طال سفره، وقيل يكون مع الأم إن كانت سفرتها لمدة قصيرة وإن كانت المسافة بعيدة، وقيل إذا كان بقاء المحضون مع امه المقيمة فيه ضياع لمصالحه كأن يعلمه والده حرفة وليس هناك من يقوم مقامه عندها يكون مع والده المسافر وخاصة إن هو اختار السفر معه.

٢. السفر بقصد الإقامة: إن كان السفر بقصد الإقامة وكانت المسافة مسافة قصر الصلاة فإن من حق الأب ثم العصبه المحارم وغير المحارم في حالة اختلاف الجنس الامساك بالمحضون أياً كان المتنقل من الوالدين لأن بقاء المحضون مع والده يحفظ نسبه ويسهل عليه تربيته وتعليمه ولكن يشترط أن يكون الطريق ومكان الوجهة آمنين وبعكسه يكون من حق المقيم منهما ولا يجوز تخيير المحضون المميز إذا كان السفر مخوفاً.

والأصح عن الشريبي هو عدم اشتراط مسافة القصر وبمجرد السفر للأقامة في بلدة اخرى يكون من حق الأب الاحتفاظ بالمحضون سواء كان المسافر الأب او الأم، وقيل إذا كانت المسافة أقل من مسافة القصر فإن المحضون المميز يخير بينهما لأن الحالة هذه تعتبر كأنهما يقيمان في محلتين داخل مدينة واحدة، وإذا رجع الأب من سفر النقلة عندها يرجع حق الأم في الحضانة، وكذلك الحال إذا رجعت الأم من سفر النقلة إلى محل اقامة والد المحضون، وإذا انتقلت او سافرت الأم الحاضنة او أي حاضن اخر إلى نفس المكان الذي

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٥.

انتقل إليه الأب أو الولي عندها من حق الحاضن استرداد الحضانة ولايهم في هذه الحالة بُعد وقرب المكان^(١).

ثالثاً: المذهب المالكي

فقهاء هذا المذهب ايضاً يفرقون بين السفر بقصد الإقامة وبين سفر النزهة والتجارة اي المؤقتة دون قصد الاسكان، وكما يلي:

١. إذا كان السفر بقصد الإقامة: إذا كان السفر بقصد الإقامة وكان مكان الوجهة يبتعد ستة برد^(٢) فاكثر، وقيل مسافة بريدين، وقيل ثلاثة برد، والمعتمد لدى المذهب هو الاول فإن المحضون يكون مع والده او وليه اياً كان المتنقل او المسافر سواء كان والده او وليه او الحاضن، وفي سفر النقلة هذا يأخذ الولي المحضون وإن كان رضيعاً في حالة قبوله حاضن آخر وهو القول المشهور، وقيل بعد الرضاعة، وقيل بعد سقوط اسنانه اللبنية، ومفهوم المخالفة يعني إذا كان سفر النقلة لأقل من ستة برد فإن الحاضن يحتفظ بحضانته ولايجوز للولي نزع المحضون منه، وقيل ان مسافة ستة برد خاصة بسفر الأب او الولي اما الحاضن فلا يجوز له الانتقال بمسافة قصر الصلاة فاكثر او الانتقال إلى مكان تتقطع أخبار المحضون عن وليه فعندها يكون المحضون مع وليه، والجدير بالذكر أنه إذا تبع الحاضن الولي في سفره فإن حقه في الحضانة لايسقط.

٢. السفر لحاجة: السفر بالمحضون من قبل الأم الحاضنة او غيرها إذا كان بقصد السياحة او النزهة او العلاج فجاز ولا تسقط حضانتها سواء كانت المسافة أقل او اكثر من ستة برد ويأخذ المحضون معها، أما إذا اراد الولي السفر فإن المحضون يبقى مع الحاضنة ولايجوز للولي اخذ المحضون منها إلا بإذنها، إذا حصل نزاع بين الولي والحاضن بأن ادعى الولي بأنه سيسافر سفر نقلة وأدعى الحاضن بأن الولي ينوي سفر تجارة اونزهة او العكس وادعى الحاضن بأنه سيسافر سفرة نزهة او سياحة وأدعى الولي بأن الحاضن ينوي سفر نقلة عندها يحلف المسافر منهما ويشترط ان يكون مكان الوجهة والطريق المؤدي إليه آمنين على نفس المحضون وماله سواء كان السفر لنقلة او لنزهة وتجارة وغيرها وإلا فإن المحضون يكون عند الطرق المقيم.

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص ٢٠٥-٢٠٦.

(٢) البرد: هو جمع برید، ابريد= ٤ فراسخ، افراسخ= ٣ أميال، ١ ميل= ٦٠٩٣، اكم إذا ٦ برد= ١١٥٠٨٦٩٦ كم .

رابعاً: المذهب الحنبلي

هذا المذهب مثل المذهب الشافعي والمالكي يميز بين سفر الولي والحاضن إذا كان لغرض الإقامة او للحاجة والتفاصيل على النحو الآتي:

١. **السفر بقصد الإقامة:** إذا اراد أحد والدي المحضون السفر بقصد السكن والإقامة وكان مكان الوجهة يبعد مسافة قصر الصلاة او اكثر وكان المكان والطريق المؤدي إليه آمين فعندها يكون من حق الأب او الولي الاحتفاظ بالمحضون سواء كان هو المقيم او المسافر فهو الرأي الأصح في المذهب لأن من حقه تأديب وتربية ولده وحفظ نسبه فإذا ابتعد عنه هذه المسافة ضاع المحضون لعدم تمكنه من اداء واجباته تجاه ولده، وقيل للأُم إن كانت مقيمة، وقيل للمقيم منهما، اما إذا كان الأب او الولي يقصد من انتقاله هذا الاضرار بالأُم الحاضنة وإنتراع المحضون منها عندها لن يكون لانتقاله أي قيمة ويبقى المحضون عند امه، وهناك قول آخر بخصوص المسافة التي تسقط حضانة الحاضن وهي عدم التمكن من الذهاب إلى المكان والرجوع في نفس اليوم قبل المغرب.

٢. **السفر لحاجة:** إذا اراد احد الوالدين السفر لحاجة كتجارة او نزهة ففي هذه الحالة يكون المحضون مع المقيم منهما تجنباً من الحاق الضرر به بسبب مشقة السفر وهذا لايشترط بُعد المكان فسواء كان مكان الوجهة يبعد مسافة قصر او اقل او اكثر من ذلك فلا قيمة لها وهو القول الأصح في المذهب وقيل للأُم إن كان المكان قريباً والحكم هو نفسه إذا كان الطريق ومكان الوجهة غير امنين فالمحضون يكون عند المقيم منهما سواء كان السفر لنقلة او حاجة^(١).

تبين من خلال ما تقدم انه لم يكن هناك خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة حول مكان الحضانة حينما تكون العلاقة الزوجية قائمة حقيقة او حكماً، لكن خلافهم كان دائراً حول مكانها عند انتهاء العلاقة الزوجية حقيقة والسفر بالمحضون، وفي الحالة الاخيرة فإن جميع المذاهب فرقت بين السفر القريب والسفر البعيد واختلفت فيما بينها بخصوص المسافة التي إذا تجاوزها المسافر او المنتقل يعتبر مسقطاً للحضانة، لكن هناك اتفاق بين المذاهب على معيارين تقريباً وهما (عدم تجاوز مسافة قصر الصلاة)، او (تمكين الولي من زيارة المحضون والرجوع في نفس اليوم)، وفي الوقت الذي ركزت المذاهب الأربعة عدا الحنفية على السفر بقصد الإقامة والسفر لحاجة اي السفر لفترة مؤقتة والعودة

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص ٢٠٨، ٢٠٩.

مرة اخرى فإن الحنفية ركزت على السفر من المدينة إلى القرية والعكس، واخيراً فإن آمن المكان الذي سينتقل إليه المسافر او المنتقل مع المحضون والطريق إليه كان من أحد شروط السفر لدى فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية، في حين لم يوجد هذا الشرط لدى فقهاء الحنفية، لكن هذا لايعني انهم يقبلون بالمكان غير الآمن.

مكان الحضانة في القانون العراقي:

يخلو القانون العراقي من نص ينظم هذه المسألة بل تركها لمحض إجتهد القضاء وعلى ضوء تحريه الفقه المناسب^(١).

هذا يعني بأن القانون العراقي لا يحتوي على اي نص يتناول مكان الحضانة والانتقال والسفر بالمحضون.

المطلب الثالث

سقوط الحضانة واستردادها

في هذا المطلب نتناول سقوط الحضانة واستردادها من خلال فرعين ففي الفرع الاول سنتناول سقوط الحضانة واستردادها في المذاهب الأربعة، وفي الثاني سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي.

الفرع الاول

سقوط الحضانة واستردادها في المذاهب الأربعة

إن مصطلح الـ(استرداد) جاء من المصدر (استردّ)، واسترداد بمعنى استرجعه وطلب اعادته^(٢). تسقط الحضانة لدى المذاهب الأربعة إذا وقعت إحدى الحالات التالية:-

(١) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص ١٣٣.

(٢) أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، ص ٨٧٨.

١. فقدان أحد شروط الحضانة^(١): ومن الشروط المتفق عليها هو الزواج بأجنبي عن المحضون والمذاهب الأربعة عدا المالكية تسقط الحضانة عندهم بمجرد إبرام العقد، أما عند المالكية فتسقط بالدخول الحقيقي.

٢. الامتناع أو التنازل عن الحضانة أو الاتفاق على التخلي عنها عند الخلع.

٣. وفاة الحاضن.

٤. انتهاء مدة الحضانة^(٢).

٥. طلب الأجرة عن الحضانة رغم عدم امتلاك المحضون أي مال والولي معسر ووجود حاضن متبرع.

جمهور فقهاء المذاهب الأربعة سوى المالكية متفقون على أنه إذا زال المانع من الحضانة عاد الحق بمعنى إذا ثبت الحكم لعله فإنه يزول بزوال العلة وعليه بإمكان الحاضن طلب استردادها.

أما المالكية فيفرقون بين المانع الاضطراري والاختياري:

١. إذا كان المانع اضطرارياً: فإن حق الحضانة يعود بزوال المانع كأن يصاب الحاضن بمرض

معي ثم بعد مدة شفى منه تماماً، ولكن في هذه الحالة يجب أن يطلب الحضانة خلال سنة من إزالة المانع وإلا فلا حق له من استرداد الحضانة.

٢. إذا كان المانع اختيارياً: فإنه لا حق للحاضن المطالبة باسترداد الحضانة لأنه قد اسقط حقه

بإختياره كأن تتزوج المطلقة بأجنبي عن المحضون ثم بعد مدة تطلق مرة أخرى أو يموت الزوج أو تتنازل عن حقها دون عذر أو مقابل عوض.

وقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة عند تناولهم استرداد الحضانة في زمن عودة الحضانة إلى الحاضنة المتزوجة من أجنبي عن المحضون إذا حصلت الفرقة بينهما، وهناك ثلاثة آراء في هذا الشأن:

١. تسترد حقها مباشرة بمجرد وقوع الفرقة أي كان سببها الطلاق بنوعيه، وفاة زوجها، فسخ عقد

الزواج وهو قول الشافعية والحنابلة.

(١) وقد تناولنا هذه الشروط في المبحث الثاني بالتفصيل مع بيان الاختلاف.

(٢) تناولنا تفاصيل هذه الحالة في المطلب الأول من هذا المبحث.

٢. تسترد حقها ولكن بعد انتهاء عدتها من الطلاق الرجعي لأن الزوجة حكماً لازالت في قيد الزوجية، اما إذا وقعت بقية أسباب الفرقة التي وردت في الرأي الاول فإنها تستحق بمجرد وقوعها مثلما عليه الرأي الاول وهو قول للحنفية والشافعية.

٣. ليس لها حق استرداد الحضانة اياً كان سبب الفرقة وهو القول المشهور لدى المالكية لأن ذلك سيجعل المحضون يدور في حلقة مفرغة، فكلما تزوجت يؤخذ منها الولد، وإذا طلقت اعيد إليها وهذا يؤدي إلى الضرر بالمحضون كما أنها اذا تزوجت بارادتها فلا حق لها في استرداد الحضانة.

من خلال ماتقدم تبين ان هناك حالات محددة لسقوط الحضانة وأنها تعود للحاضن بزوال المانع إلا المالكية قالوا بأجازة ذلك من أجنبي عند الفرقة بينهما^(١).

الفرع الثاني

سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي

لا تتضمن المادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية بفقراتها (٩) أي نص صريح يقضي بسقوط الحضانة في حالات محددة، لكن عند قراءة بعض فقرات هذه المادة يستنتج بأن هناك حالات إذا وقعت تسقط فيها حضانة الحاضن وهي:

الحالة الاولى والثانية: تنازل الحاضن عن الحضانة، وتضرر المحضون من الحضانة، هاتان الحالتان تفهمان من الفقرة (١) من المادة المذكورة التي تنص على ان ((الأم احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك)) بموجب النص إذا تنازلت الأم عن الحضانة سقطت حضانتها وكذلك الحال إذا تضرر المحضون من حضانتها ورغم أن النص خاص بالأم، إلا ان ذلك لايعني بأن غيرها لايشمله النص لأنه إذا كانت الأم تسقط حضانتها في هذه الحالات فغيرها أولى.

الحالة الثالثة والرابعة: فقدان احد شروط الحضانة، او وفاة الحاضن تستنتج هاتان الحالتان من الفقرتين (٧) و(٩) من المادة (السابعة والخمسون)، فالسابعة تنص على انه ((في حالة فقدان أم الصغير احد شروط الحضانة، او وفاتها تنتقل، الحضانة إلى الأب...)) و(٩) تنص على

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص ٢٤٦، ٢٥٤.

أنه ((أ- إذا فقد ابو الصغير احد شروط الحضانة يبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة بشروط الحضانة...))، ((ب- إذا مات ابو الصغير يبقى الصغير لدى امه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط...)).

المشعر العراقي بيّن في هاتين الفقرتين ان الحاضن تسقط حضانته إذا فقد احد الشروط المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة نفسها وكذلك إذا توفي الحاضن، ورغم عدم تناول الفقرتين غير الوالدين إلا ان ذلك لايعني عدم شمولهم بحكم الفقرة لأن المشعر ركز على الوالدين باعتبار الغالب.

الحالة الخامسة: عدم اهلية الحاضن، اما هذه الحالة فتستنتج من الفقرة (٨) من المادة (السابعة والخمسون) التي تنص على انه ((إذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الأبوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن أمين...)) في هذه الفقرة اوضح المشعر ان عدم اهلية الحاضن سبب لسقوط حضانته ولكنه لم يبين ماذا يقصد بالاهلية المطلوبة في هذه الحالة.

الحالة السادسة: زواج الأم بأجنبي عن المحضون ورفضه تقديم تعهد بعناية ورعاية المحضون هذه الحالة تستنتج من الفقرة (٩) من المادة (السابعة والخمسون) التي اشترطت هذا الشرط.

من خلال ما تقدم يتضح أن هناك خمس حالات حقيقية لسقوط الحضانة في القانون العراقي رغم عدم النص عليها صراحة في مادة مستقلة وهي التنازل عن الحضانة، والاضرار بالمحضون، وعدم اهلية الحاضن (فقدان احد شروط الحضانة)، ووفاة الحاضن وعدم تقديم زوج الحاضنة التعهد برعاية المحضون، فإذا وقعت أية حالة من هذه الحالات تسقط حضانة الحاضن اياً كانت صفته سواء كان والدا المحضون ام غيرهما^(١).

اما عن استرداد الحضانة في القانون العراقي نلاحظ بأن الفقرة (٦) من المادة (السابعة والخمسون) خاصة بموضوع استرداد الحضانة، حيث جاء فيها ((للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم أن تطلب استرداد المحضون ممن حكم له بإستلام المحضون منها إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معها))، من هذه الفقرة يستنتج بأن هناك شروط يجب توفرها حتى تستطيع الحاضن استرداد حضانته وهي كما يلي:

(١) أكرم زادة الكوردي، المصدر السابق، ص٢٤٦، ٢٤٧.

أولاً: ان يكون الحاضن قد سقطت حضانته بناءً على حكم صادر من المحكمة.

ثانياً: اقامة دعوى امام المحكمة من قبل الحاضن لاسترداد حضانته اما الادعاء والطلب خارجها فلا قيمة لها يستنتج من ذلك ان الحضانة قد اخذت منه عن طريق القضاء ولا تسترجع إلا من خلال القضاء.

ثالثاً: يجب ان تكون أطراف الدعوى في دعوى الاسترداد نفس الأطراف في الدعوى السابقة التي بموجبها سقطت حضانة الحاضن فتغيير احد هذه الأطراف لا تطبق عليها الفقرة (٦).

رابعاً: تضرر المحضون اثناء وجوده في حضانة الحاضن الجديد المحكوم له بالحضانة في الدعوى السابقة والمادة (السابعة والخمسون) وبجميع فقراتها ومن ضمنها الفقرة (٦) لم تضع معياراً او تعريفاً لبيان المقصود من الضرر في هذه الفقرة، لذا يعود تقديره إلى المحكمة فهي التي تحكم بإجتهادها. من خلال دراسة الشروط اعلاه يتضح ان الحاضن لا يستطيع استرداد حضانته إذا لم تتوفر فيه جميع الشروط^(١).

المبدأ/ في دعاوى استرداد الحضانة اجراء التحقيقات اللازمة للوصول إلى مصلحة المحضون وعرض اطراف الدعوى والاطفال على اللجنة الطبية الدائمة^(٢).

ادعى المدعي لدى محكمة احوال الشخصية في اربيل بأن المدعى عليها الأول هي مطلقة بموجب قرار شرعي وأن المدعى عليهما الثاني والثالث والد ووالدة مطلقة وانهم يحتفظون بحضانة طفله، لذا طلب دعوتهم للمرافعة، وبعد اجراء اللازم الحكم باسترداد حضانته للطفل، وبنتيجة المرافعة الحضورية اصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً بابطال الدعوى تجاه المدعى عليها الأول والحكم بالزام المدعى عليهما باعادة الطفل إلى المدعي والد الطفل وتحميلهما المصاريف، ولعدم قناعة المدعى عليهم بالحكم بادروا إلى الطعن فيه تمييزاً ووضعت الاضبارة قيد التدقيق والمداولة.

القرار/

لدى التدقيق والمداولة وجد ان حكم محكمة الاحوال الشخصية في اربيل باعادة الطفل إلى حضانة والده المدعي سابق لأوانه لأنه لم يثبت للمحكمة وجود المحضون لدى المدعى عليهما الثاني

(١) أكرم زاده الكوردي، المصدر السابق، ص ٢٤٨.

(٢) صباح حسن رشيد، المصدر السابق، ص ٢٠.

والثالث وهما الجد والجدّة من الأم فكانت على المحكمة جلب اضبارة الدعوى والتأكد من ذلك وان المدعي قدم بينة شخصية غير كفوءة لبناء الحكم عليها لأثبات وجود الطفل لدى المدعي عليهما، وكذلك لم يرسل المحكمة الطفل بصحبة المدعي عليهما إلى اللجنة الطبية وكل ذلك بحثاً عن مصلحة المحضون التي تفوق مصلحة الطرفين لأن القضاء مستقر على ان الحضانة تدور وجوداً وعدمياً مع مصلحة المحضون ولأن المحكمة اصدرت حكماً دون الالتفاف إلى ما أوردناه فقد جعلت من حكمها غير صحيح ومخالف للشرع والقانون، مما تقرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى لها لاتباع ما تقدم وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٢٠/٢/١٧.

المطلب الرابع

اجرة الحضانة

تعتبر اجرة الحضانة من الحقوق المالية الصرفة للحاضن وله الحق في التصرف فيها كيفما شاء، والحضانة باعتبارها عقد بين الحاضن والمكلف بنفقة المحضون، فإن الاول يستحق اجرة مقابل الجهد الذي يبذله عند قيامه بواجبات الحضانة التي تتمثل في تربية المحضون وحفظه والقيام بشؤونه. والحاضنة اما ان تكون امّاً او غير أم، فإذا كانت أمّاً فلا تستحق اجرة عن حضانتها إذا كانت زوجيتها قائمة لأب الولد او كانت معتدة عن طلاق رجعي وذلك لأنها تستحق نفقة زوجية او نفقة عدة فلا تستحق نفقة اخرى في نظير الحضانة، فالأم مسطرة على الحضانة من قبل الشارع ولأن الأب في هذه الفترة يقوم بالإنفاق على زوجته الحاضنة حقيقة في الزواج او حكماً في اثناء العدة لهذا لاتجب للزوجة اجرة حضانة ولدها لوجوب نفقتها على الأب بسبب الزوجية ولأن الاحتباس قائم بسببها أثناء قيام الزوجية وليس بسبب حضانتها لصغيرها^(١)، وفي هذا المطلب سنتناول في الفرع الاول اجرة الحضانة في المذاهب الأربعة، وفي الفرع الثاني اجرة الحضانة في القانون العراقي.

(١) أحمد نصر الجندي، الحضانة في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨، ص ٥٥.

الفرع الاول

اجرة الحضانة في المذاهب الأربعة

اختلفت المذاهب الأربعة بخصوص اجرة الحضانة حسب التفصيل الآتي:-

أولاً: في المذهب الشافعي: تستحق الحاضنة اجرة الحضانة ولو كانت اماً^(١).

ثانياً: في المذهب الحنفي: ان الأم تستحق اجرة الحضانة إذا لم تكن منكوحة الأب او معتدته، أي عند ابي حنيفة الأم لاتستحق الاجرة مادام الزوج ينفق عليها نفقة الزوجية او نفقة العدة لأن اجرة الحضانة تدرج ضمن النفقة^(٢).

ثالثاً: في المذهب المالكي: لا اجرة للحضانة أي ليس لها اجرة للحضانة اي في نظيرها وليس لها ان تنفق على نفسها من نفقة الولد لأجل حضانتها وهذا هو قول مالك الذي رجع إليه واخذ به ابن القاسم بعد ان كان يقول ينفق عليها من مال الغلام نعم إن كانت الأم معسرة فلها النفقة على نفسها من ماله لعسرها لا للحضانة^(٣).

رابعاً: في المذهب الحنبلي: الحنابلة لم يفرقوا بين الأم الحاضنة القائمة زوجيتها او المعتدة من طلاق او المنقضية عدتها وهذا يعني بأنها تستحق الاجرة في جميع الأحوال لكنهم فرقوا بين ما إذا كانت الحضانة حق للحاضن او واجب عليه، فإن الحاضن لا يستحق اجرة الحضانة ان كانت الحضانة حقاً له، اما إذا اعتبرت الحضانة حقاً للمحزون وواجباً عليه فعندها تستحق الاجرة.

الفرع الثاني

اجرة الحضانة في القانون العراقي

تناول قانون الأحوال الشخصية العراقي اجرة الحضانة في الفقرة (٣) من المادة (السابعة والخمسون) التي جاء فيها ((إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحزون في اجرة الحضانة قدرتها المحكمة ولا يحكم باجرة الحاضنة مادامت الزوجية قائمة او كانت الزوجة معتدة من

(١) الدكتور اسماعيل ابا بكر علي البامرني، المصدر السابق، ص ٤٤٦.

(٢) الدكتور فاروق عبدالله كريم، المصدر السابق، ص ٣١٤.

(٣) الدكتور احمد محمد علي داود، المصدر السابق، ص ٦٨.

طلاق رجعي)). يفهم من نص الفقرة ان المشرع اعطى الحرية لأطراف الحضانة للتوصل إلى اتفاق حول الاجرة كما الزم الطرفين بعرضها على المحكمة في حالة عدم الوصول إلى حل يرضي الطرفين وهذا تستنتج منها الصفة العقدية للحضانة بين الطرفين وكذلك يوفر وقتاً وجهداً للقضاء عندما تتم التسوية بين الطرفين دون اللجوء إلى المحكمة، وكذلك تناول الفقرة المذكورة الأحوال التي تستحق فيها الأم الحاضنة اجرة الحضانة من عدمها، فالنص كما هو واضح لم يعط للأم الحق في طلب الاجرة في حالتين، حالة إقامة الزوجية وحالة كونها في العدة من طلاق رجعي وعدا هاتين الحالتين فإنها تستحق الاجرة^(١).

هذا يعني ان القانون أخذ بمذهب الحنفية فلم يحكم باجرة الحضانة للأم مادامت الزوجية قائمة او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي.

المبدأ / ان تنازل الزوجة عن حقوقها اثناء وقوع الطلاق الخلي فلا يشمل هذا التنازل حق اجرة الحضانة وانما يشمل الحقوق الناشئة عن واقعة الطلاق ويستوجب تنازلاً صريحاً عنها^(٢).

ادعت المدعية لدى محكمة الاحوال الشخصية في زاخو بأن المدعى عليه هو مطلقها وفي حضانتها المولود لهما من الفراش الزوجية، ولعدم وجود منفق عليها، لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالزامه بالنفقة المستمرة للمولود المذكور واجرة الحضانة لحضانتها المدعية وتحمله المصاريف واتعاب المحاماة، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية اصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي أولاً/ الزام المدعى عليه بتأديته نفقة شهرية مستمرة لطفله مبلغاً قدره سبعون الف دينار اعتباراً من تاريخ اقامة الدعوى في ٢٠١٧/٧/١٠، وتخويل المدعية باستلام النفقة شهرياً وصرفها على احتياجات طفلها. ثانياً/ رد دعوى المدعية بشأن اجرة الحضانة وتحمل المدعى عليه المصاريف، ولعدم قناعة المميز بالحكم بادرت إلى الطعن فيه تمييزاً طالباً نقضه للأسباب الواردة في اللائحة التمييزية.

القرار/

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون لعدم تنازل الأم

(١) أكرم زاده الكوردي، المصدر السابق، ص ٢١٨، ٢١٩.

(٢) صباح حسن رشيد، المصدر السابق، ص ٢٦.

عن اجرة الحضانة وان تنازلها عن حقوقها اثناء الخلع او الطلاق فيشمل هذا التنازل عن الحقوق الناشئة عن الواقعتين، اما اجرة الحضانة فواقعة مستقلة عنهما ويستوجب تنازلاً صريحاً عنها فتقرر نقض الفقرة الحكمية بخصوص اجرة الحضانة واعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال اعلاه وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٧/١١/٦.

الخاتمة

في ختام بحثي هذا توصلت إلى الاستنتاجات الآتية وقدمت المقترحات:

أولاً: الاستنتاجات

من خلال البحث يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث ضمن النقاط

التالية:

1. الأصل في الحضانة هو للنساء لأن فيهن نوع من الحنان والشفقة لا يوجد في الرجال وهن أصبر وارفق على القيام بما يعود بالمصلحة على المحضون.
2. اختلف الفقه والقانون في تعريفهم للحضانة إلا ان التعريفات جميعها تنصب حول معنى واحد وهو حفظ المحضون ورعاية مصالحه.
- والمشرع العراقي لم يعرف الحضانة في المادة (السابعة والخمسون) الخاصة بالحضانة ولا في اية مادة اخرى من مواد القانون، في حين انه قد عرّف كثيراً من المصطلحات ضمن متن القانون وعلى سبيل المثال مصطلحي الزواج والطلاق.
3. اختلف الفقه الإسلامي بشأن حق الحضانة، فمنهم من يجدها حقاً للمحضون، ومنهم من يرى حقاً للحاضن، في حين يرى البعض الآخر انها حق مشترك بين الحاضن والمحضون، وهذا ما تؤيده وان حق المحضون أقوى لحاجته إلى العناية ومصالحته مقدمة على مصلحة ابويه.
- أما تكييف حق الحضانة في القانون فأن فيها غموض.
4. اشترط الفقه اكثر من عشرة شروط لمن يستحق ممارسة الحضانة اما شروط الحاضن في القانون فقط اشترط اربعة شروط.
5. اتفق الفقه والقانون على أنه من يمارس حق الحضانة يجب ان يكون اميناً قادراً على رعاية المحضون وصيانتته.
6. المشرع العراقي عندما خصص الفقرة (٢) من المادة (السابعة والخمسون) لشروط الحضانة استخدم مصطلح (الحاضنة) والأصح هو (الحاضن)، لأنه يطبق عملياً في المحاكم على الحاضن الذكر والانثى.
7. حضانة الطفل يكون لوالديه إذا كان النكاح قائماً بينهما، اما إذا تفرقا فالحضانة للأم مالم تتكح زوجاً اجنبياً من المحضون.

٨. اختلف الفقه بشأن اشتراط الإسلام في الحاضنة، فمن الفقهاء من اشترط الإسلام لممارسة حق الحضانة، ومنهم من لم يشترط ذلك، أما القانون لم ينص في هذه المسألة واحال امر ذلك إلى مبادئ واحكام الشريعة الإسلامية.
٩. اتفق الفقه حول مكان الحضانة حينما تكون العلاقة الزوجية قائمة وكذلك اتفقوا في مسألة السفر على ان للحاضن السفر بالمحضون إذا كان السفر لحاجة من دون الإقامة والسكن الدائم مالم يتضرر المحضون من ذلك، في حين لم يتناول القانون احكام مكان الحضانة والسفر بالمحضون مطلقاً.
١٠. اختلف الفقه بشأن مدة الحضانة، اما مدة الحضانة في القانون للمحضون الذكر والأنثى واحدة.
١١. لم ينص القانون بشكل واضح على حالات سقوط الحضانة في اي فقرة ضمن الفقرات (التسع) للمادة (السابعة والخمسون) من قانون الأحوال الشخصية.
١٢. كما لم ينص القانون العراقي على تاريخ استحقاق اجرة الحضانة في حالة وقوع الخلاف بين الطرفين.

ثانياً: المقترحات

- اهم المقترحات التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث فهي مايلي:
١. نقترح بأن يدرج المشرع العراقي تعريف الحضانة في متن القانون وإعطائه فكرة عامة عن الموضوع مثله كمثل مصطلحات اخرى كالزواج والطلاق والوصية وغيرها.
٢. نقترح بأن يحسم المشرع العراقي الخلاف الدائر حول حق الحضانة وذلك بالنص عليه بشكل واضح في متن القانون بأنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون وان لحق المحضون الأرجحية عند التعارض.
٣. نقترح ان يتم النص صراحة في القانون حول منع السفر بالمحضون إلى خارج العراق حيث لم ينص عليه المشرع صراحة.
٤. نقترح تعديل مصطلح (الحاضنة) في الفقرة (٢) من المادة (السابعة والخمسون) إلى (الحاضن ذكراً كان او انثى).

٥. نقترح ان يتم النص صراحة في القانون حول ان تكون الحضانة للزوج المسلم او الزوجة المسلمة عند اختلاف الدين وذلك لأختلاف آراء الفقهاء حول ذلك.
٦. ضرورة بناء دور الحضانة من قبل الدولة وذلك لإيواء الأطفال الذين يصدر قرار بحقهم من المحكمة، وكذلك الإهتمام بدور الحضانة بالدعم المادي والمعنوي المتواصل، وكذلك ضرورة عقد الدورات التي تعني بنفسية المحضون بعد انفصال والديه لمساعدته على تقبل الواقع وحفاظاً عليه من المشاكل النفسية التي قد يتعرض لها.
٧. تفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني والنقابات المهنية كالصحفيين والمحامين في إقامة المؤتمرات والدورات التثقيفية لمعالجة ظاهرة اتساع مشكلة الطلاق او التفريق القضائي لإحتواء المشاكل التي تظهر بعد ذلك كالتشرد وحالة الضياع في حال فقدان احد الأبوين او كلاهما.

المصادر

- القرآن الكريم

أولاً: الكتب الفقهية والقانونية

١. الدكتور احمد بخيت الغزالي والدكتور عبدالحليم محمد منصور علي، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
٢. الدكتور احمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، الجزء الثالث والرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.
٣. أحمد مختار عبدالحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨.
٤. احمد نصر الجندي، الحضانة في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨.
٥. الدكتور أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الاول، الزواج والطلاق واثارهما، المكتبة القانونية، بغداد.
٦. الدكتور اسماعيل ابا بكر علي البامرني، احكام الأسرة - الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
٧. اكرم زاده الكوردي، احكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دهوك، ٢٠١٧.
٨. صباح حسن رشيد، المختار من قضاء محكمة التمييز لإقليم كردستان قسم الاحوال الشخصية، مكتبة هوليير القانونية، اربيل، ٢٠٢٠.
٩. عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٦٩.
١٠. الدكتور فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، التعديلات الخاصة بإقليم كردستان، عقد الزواج واثاره، الفرقة واثارها، حقوق الأقارب، الطبعة الثالثة، ٢٠١٩.
١١. فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية، دراسة في ضوء الفقه والقانون، ٢٠٠٩.

١٢. الدكتور محمد الدسوقي، الأحوال الشخصية في المذهب الشافعي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الاولى، القاهرة، ٢٠١١.
١٣. محمد زين الابياني، شرح الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد.
١٤. الدكتور محمد سمارة، احكام واثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠.
١٥. ناصر جبر القرم، دور القضاء الشرعي في اصلاح الأسرة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٠.

ثانياً: المصادر الالكترونية

١. حيدر عبدالرضا الظالمي، حق الحضانة بين الشرع والقانون، بحث منشور في مجلة الهدى، الطبعة الاولى، ٢٠١٣. www.alhodamag.com تاريخ الزيارة ٢٨/١٢/٢٠٢١.
٢. محمد ابراهيم ابداح، بحث عن حق الحضانة، مقدم لإستكمال متطلبات نيل اجازة المحاماة الشرعية، عمان، الأردن. [S.asp.https.m.ahewr.org](https://m.ahewr.org) تاريخ الزيارة ٢١/١٢/٢٠٢١.

ثالثاً: القوانين

- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

الفهرس

الصفحة

الموضوع

٣-١	المقدمة
٤	المبحث الاول: ماهية الحضانة
٤	المطلب الاول: تعريف الحضانة ومشروعيتها وحكمتها
٤	الفرع الاول: تعريف الحضانة
٤	اولاً: الحضانة لغةً
٤	ثانياً: الحضانة في الاصطلاح
٦	ثالثاً: الحضانة في القانون العراقي
٧	الفرع الثاني: مشروعية الحضانة
٧	اولاً: القرآن الكريم
٧	ثانياً: السنة
٨	ثالثاً: الإجماع
٨	رابعاً: المعقول
٨	الفرع الثالث: المحكمة من التشريع الحضانة
٩	المطلب الثاني: حق الحضانة
٩	الفرع الاول: الحضانة حق للأم
١٠	الفرع الثاني: الحضانة حق الصغير
١٠	الفرع الثالث: الحضانة حق مشترك للأم والصغير معاً
١١	الفرع الرابع: حق الحضانة في القانون العراقي
١٣	المبحث الثاني: شروط الحضانة
١٥-١٣	المطلب الاول: شروط الحاضنة
١٦-١٥	المطلب الثاني: شروط الحاضن
١٩-١٦	المطلب الثالث: شروط الحضانة في القانون العراقي
٢٠	المبحث الثالث: اثار الحضانة
٢٠	المطلب الاول: مدة الحضانة وانتهائها
٢٠	اولاً: مذهب الحنفية
٢١	ثانياً: مذهب الشافعية
٢٢	ثالثاً: مذهب المالكية
٢٢	رابعاً: مذهب الحنابلة

٢٢	خامساً: مذهب الزيدية
٢٣	سادساً: مذهب الشيعة الامامية
٢٥-٢٣	مدة الحضانة في القانون العراقي:
٢٥	المطلب الثاني: مكان الحضانة
٢٥	اولاً: المذهب الحنفي
٢٧-٢٦	ثانياً: المذهب الشافعي
٢٧	ثالثاً: المذهب المالكي
٢٩-٢٨	رابعاً: المذهب الحنبلي
٢٩	مكان الحضانة في قانون العراقي:
٢٩	المطلب الثالث: سقوط الحضانة واستردادها
٣١-٢٩	الفرع الاول: سقوط الحضانة واستردادها في المذاهب الأربعة
٣٤-٣١	الفرع الثاني: سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي
٣٤	المطلب الرابع: اجرة الحضانة
٣٥	الفرع الاول: اجرة الحضانة في المذاهب الأربعة
٣٧-٣٥	الفرع الثاني: اجرة الحضانة في القانون العراقي
٣٨	الخاتمة
٣٩-٣٨	اولاً: الاستنتاجات
٤٠-٣٩	ثانياً: المقترحات
٤٢-٤١	المصادر
٤٤-٤٣	الفهرس