الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي
((دراسة مقارنة)) [+]
THE BABY FARM IN THE IRAQI PERSONAL CASES LAW
((COMPARISON STUDY))

حسين رجب محمد مخلف الزيدي [*]

المستخلص :

ان الغاية الاساسية من كتابة أي بحث الخروج بارآء فكرية تناسب المشكلة موضوع البحث منها المساهمة في مجال البحث والتطوير دون الادعاء بالعلمية او الرقي العلمي لان ذلك يعتبر من سمات الجهل لا العلم . ولهذا تم بحث موضوع حضانة الطفل الصغير باسلوب المقارنة والتحليل والجمع بين الارآء الفقهية للمذاهب الاسلامية وكتب الفقه الاسلامي الحديث مع تعزيز ذلك بالنصوص القانونية والاحكام القضائية الصادرة من المحاكم ، وهذا الامر لا يتحقق الا بمعرفة وماهية الحضانة من حيث تعريفها ثم الانتقال لمعرفة الشروط الواجب توفرها في الحاضن المكلف بالرعاية والاهتمام بالطفل الصغير ، مع ايضاح ان الحضانة قد تترتب عليها آثار مادية كنفقة الحضانة لحاصل الام الحاضنة او غير الحاضنة وآثار معنوية تتمثل بمشاهدة المحضون من قبل ذويه كالاب ، هذه الاثار التي قد لا تحسم احياناً الا باللجوء للقضاء بدعوى الحضانة التي تعني رفعها امام القضاء لحسم الاشكالات القانونية القائمة كتحديد أجرة الحضانة ، زمان ومكان مشاهدة المحضون مع ايجاز البحث بخاتمة وتوصيات والمصادر التي اعتمدت في كتابة البحث عرفاناً بالجميل لمن سبقانا من اقطاب العلم والمعرفة .

Abstract :

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

[+] تاريخ استلام البحث ٢٠١١/٣/٢٠ ،تاريخ قبول النشر ٢٠١١/١٠/١٠ .

[*] مدرس مساعد /المعهد التقني /الانبار .

المقدمة :

الحياة الزوجية رابطة مقدسة يتمخض عنها آثار مادية ومعنوية لا تقتصر على السلوك الاعتيادي لحياة الزوجين (الرجل ، المرأة) وما يشتمل عليها من نفقات مادية تخص الطعام ، المسكن ، الملبس التطبيب ، وآثار معنوية تتمثل بضرورة وجود الألفة ، المودة ، الرحمة ، الاحترام بين طرفيها التي تتهاون معها كافة الآثار المادية الأنفة الذكر . لكن أهم ما قد ينتج عن الحياة الزوجية اذا شاء الباري عز وجل هو الأولاد الذي يكون الهدف الأبعد والأسمى لأساس وجود الرابط المقدس بين الرجل والمرأة . الأمر الذي يترتيب عليه ضرورة رعاية مصالحهم رعاية خاصة ، خاصة اذا كانوا صغاراً يكونوا بأمس الحاجة لطرفي العلاقة ، لكن قد يحدث أحيانا ان يفقد الصغير احدهما او كلاهما لأسباب خارجة عن ارادته ، ارادة من هو تحت رعايتهم مع عدم إهمال وجودة لما قد يترتب على ذلك من آثار سلبية خطيرة تنعكس سلباً على مصلحة الصغير ، مصلحة ذويه ، مصلحة المجتمع ، هذه الاشكالية بحاجة الى معالجة الموضوع بموضوعية شرعية ، قانونية ، قضائية سليمة تكفل للصغير الاستقرار النفسي ، الاجتماعي ، لكي يخرج مستقيماً بأمس الحاجة للمجتمع وحاجة المجتمع اليه .

الهدف من البحث :

محاولة دراسة موضوع الحضانة الذي يعني تربية الطفل في سن معينة والذي لا يقوى على ادارة شؤونه الخاصة بنفسه الا بمساعدة غيره ، بالاستناد الى الآراء الفقهية لمذاهب الفقه الإسلامي وآراء أساتذة القانون وأهل العلم معززاً ذلك بالنصوص القانونية والقرارات القضائية للمحاكم العراقية والعربية في سبيل ايجاد الحلول المناسبة لمتغيرات العصر التي تتناسب مع واقع حال كل مشكلة ... مع ابراز الدور الأساس للقضاء في حسم دعوى الحضانة من خلال اعطاء القاضي دوراً ايجابياً في ذلك ، مستعيناً بأهل العلم والخبرة من الباحثين الاجتماعين والنفسين ... لترجح مصلحة الطفل الصغير على غيرها من المصالح .

مشكلة البحث :

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

منهجية البحث :

اعتمدت الدراسة المقارنة من كتب المذاهب الإسلامية المختلفة الآراء المستمدة المنبع من الكتاب والسنة النبوية، الى جانب الآراء الفقهية الحديثة ، مع تعزيز هذه الآراء بالنصوص القانونية المستوحاة من متون قوانين الأحوال الشخصية

العربية وفي مقدمتها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، ثم تعزيز كل ما سبقه من قرارات محاكم الأحوال الشخصية العراقية في كيفية حسم المنازعات القائمة بخصوص دعوى الحضانة من حيث ، الحق بالحضانة ، ومشاهدة المحضون واسترداد الحضانة او انتقالها كذلك نفقة الحضانة .

خطة البحث :

اعتمد الباحث في خطته في هذا الموضوع على تقسيم البحث الى اربع مباحث وعلى الشكل الاتي :

المبحث الاول : ماهية الحضانة .

المبحث الثاني : شروط الحضانة ، انتقالها ، استردادها .

المبحث الثالث : أجرة الحضانة ومشاهدة المحضون .

المبحث الرابع : دعوى الحضانة .

المبحث الاول : ماهية الحضانة

شؤون الحضانة جزء لا يتجزأ من شؤون الاسرة الاسلامية الامر الذي شغل اصحاب الفكر الاسلامي بدءاً بتعريف الحضانة كمفهوم يختص به الطفل الصغير الى جانب الحق بحضانته والمدة اللازمة لذلك ، وهذا ما تم تناوله في ثلاث مطالب .

المطلب الأول : تعريف الحضانة

تعريف الحضانة لغة : كلمة الحضانة مأخوذة من الحضن وهي الضم الى الجنب ، وهي مصدر ، حضنت الصغير حضانته ، أي تحملت مؤنته وتربيته وهي مأخوذة من الحضن أي الجنب، وهما حضنان ، الجمع احضان، ومنه الاحتضان ، وهي احتمالك الشيء وجعله في حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها فتجعله في احد شقيها ، ويقال حضن الصبي حضنا وحضانة أي جعله في حضنه ، وحضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها وتسمى حاضنه . يقال أيضا حضنت المرأة ولدها اذا ضمته لنفسها وقامت بتربيته ، كذلك يقال حضن الرجل الصبي أي رعاه وتولى تربيته فهو حاضن له ، وأحق الناس بحضانة وتربية الطفل الصغير الذي لا يقوى على تدبر أموره الأم[١] .

اما في الاصطلاح الشرعي :- فتعرف الحضانة :- بانها تربية الولد الصغير (ذكر أم أنثى) ورعاية شؤونه التي لا يقوى بنفسه على القيام بها في سن معينة تكون ما دون السابعة من عمره او اكثر حسب الأحوال من قبل ممن له الحق في الحضانة[٢] . او هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يحقق مصلحته[٣] . الحضانة تعني تربية الطفل الذي لا يستقل بشؤون نفسه في سن معينة ممن له الحق في ذلك من قبل محارمه[٤] .

اما تعريف الحضانة في كتب السلف من فقهاء الأمة الإسلامية على مختلف مذاهبهم يختلف باختلاف نطاق الحضانة هل يشمل فقط حضانة الطفل الصغير أم يشمل أيضا من هو في حكمه كالمجنون الكبير الذي حكمه حكم الصغير غير المميز ما دون السابعة من العمر ، لكن الرأي الراجح هو خصوصية الصغير دون غيرة بالحضانة وهذا ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية المعاصرة . وبالتعريج الى الآراء الفقهية للمذاهب

الإسلامية نجد قول الحنفية بالحضانة بانها تربية الولد لمن له حق الحضانة[٥] . اما الشيعة الأمامية (مذهب الأمام جعفر الصادق) عليه السلام ، فان قولهم بهذا الخصوص الحضانة بأنها ولاية الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصلحته ومن حفظة وجعله في سريره ورفعه وتنظيفه وغسل خرقة وثيابه ونحوه[٦] . في حين أختص المالكية بالقول بأنها تربية الولد لمن له حق في ذلك بالحفظ ورعاية مصالحه .

التعريف القانوني للحضانة :- لم يورد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في مادته (٥٧) تعريفاً للحضانة تاركاً الأمر للقضاء معالجة ذلك بتوظيف الآراء الفقهية الأكثر ملائمة
لمبادئ الشريعة الإسلامية ولروح العصر باعتبارها المرجع الأساس في تكييف الوقائع والمسائل العالقة التي تخص الزواج وما يترتب عليه من آثار قد يكون القضاء الملاذ الأمن لفض المنازعات الخاصة به .
اما بقية قوانين الأحوال الشخصية العربية فقد خلت بعضها من تعريف الحضانة في حين أوردت غيرها تعريفاً مبسطاً للحضانة ، نجد قانون الأحوال الشخصية المغربي رقم ٢٣٥٤ لسنة ١٩٥٧ في مادته (٩٧) عرف الحضانة بأنها :- حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته وتعليمه . كذلك قانون الأحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٤٣) عرف الحضانة بأنها :حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي على الولاية على النفس . أذن الحضانة تعني وجود علاقة بين شخصين الأول : المحضون (الطفل الصغير) بحاجة لرعاية خاصة ، والثاني : الحاضن (امرأة) الأم ، الجدة ، أحد المحارم ، الرجل (الأب) ، الجد فما دون اذا تعذر وجود الأب او الجد أي (الأعمام والأخوال) .

المطلب الثاني : صاحب الحق في الحضانة

حضانة الطفل الصغير تعني رعايته في سن معينة ، وتعتبر الحضانة مظهراً من مظاهر عناية التشريع الاسلامي بالطفولة ، بحيث يكفل للطفل التربية الجسمية والخلقية والقيام بجميع شؤونه ، لكونه بحاجة لرعاية خاصة في مقتبل العمر ، ولهذا خص الشارع الاسلامي في الوالدين ، الأم ، الأب كونهما أقرب الناس اليه وأكثرهم رحمة وشفقه وتحمل لرعاية مصالح من هو بحاجة اليهم ، هذا يظهر بأن الحضانة حق للمحضون ليس بأمكان الأم التنازل عنها بل امكانية أجبارها على ذلك اذا لم يوجد حاضنه أو وجدت حاضنه غير الأم لكن لم يتقبلها الطفل الصغير حصراً على حياته كونه أحق بالرعاية والاهتمام من قبل الأم بالمقام الاول ، اما قول فقهاء الحنفية والامامية يذهب بالقول بان الحضانة حق للأم الذي يمنحها امكانية عدم اجبارها على حضانة الصغير ولها الامتناع او التنازل عن هذا الحق[٧] .

مقابل هذين الرأيين ظهر رأي ثالث مفاده بان الحضانة حق لكل من الأم والطفل على حد سواء[٨] . وهو رأي بعض فقهاء المالكية من منطلق الحضانة حق للحاضن والمحضون دون اقتصاره على واحد منهما مع ترجيح حق المحضون على حق الحاضن وان اسقط حقه في حضانة الطفل الصغير لكونه أولى بالرعاية[٩] ، مما يمنحنا ذلك فرصة القول بالرأي الثالث بأن الحضانة حق مشترك بين الطفل الصغير والأم .

هذا ملخص موجز بالآراء الفقهية الإسلامية في تحديد صاحب الحق بالحضانة أما قوانين الأحوال الشخصية العربية التي في مقدمتها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل الذي أوضح في المادة (٥٧) فقرة(١) ((الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك)) . اما قانون الأحوال الشخصية التونسي رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٦ المعدل فقد أوضح في مادته (٥٥) بالقول ((اذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة لا تجبر عليه)) ونص المادة (١٣٠) لجمهورية اليمن العربية بالقول ((الحضانة حق للصغير

فلا يجوز النزول عنها)) مقابل هذه النصوص التشريعية نجد قوانين دول عربية للأحوال الشخصية خالية من الإشارة الى كون الحضانة حق خالص للأب ، الأم ، الطفل الصغير ، كقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ وقانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ، ورقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مع اعتماد المواد السالفة الذكر للقوانين العربية أحد الآراء الثلاث المتمثلة بحق الصغير بالحضانة او حق الأم او كونه حق مشترك بين الصغير والأم[١٠] . هذا ما أكتده القرارات القضائية للمحاكم العراقية بان الحضانة حق للطفل وللام معاً فاذا اسقطت الام حقها في الحضانة بقى حق الطفل كما أن مسائل الحضانة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ولا يقبل التنازل عنها او التعامل بها في خلع او سواه[١١] ، ان الحاضنة الأم لا تجبر على حضانة ولدها شرعاً ، الا اذا تعينت لها ، بان لم يوجد للطفل حاضنه غيرها من المحارم ، فان وجدت حاضنه غير الأم من المحارم تقوم بحضانته فلا تتعين أمه لحضانته ولا تجبر عليها ، اما اذا لم يوجد حاضنه من محارمه او وجدت فامتنعت فتعين أمه المدعي عليها لحضانته وتلزم بها[١٢] ، هذه الاحكام تنسجم مع نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي نصت على انه ((١- يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام او الآداب والأ كان العقد باطلا ، ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)) . ومن هذه الاحكام القضائية ليظهر ان الحضانة حق للام وللطفل معاً فاذا أسقطت الأم حقها في الحضانة بقى حق الطفل مما يترتب على هذه الاحكام جملة نتائج من أهمها:

١- الأم تجبر على حضانة الطفل الصغير اذا تعذر وجود غيرها وان سقط عنها هذا الحق .

٢- عدم امكانية التنازل عن هذا الحق وان تمت المخالعة بين الزوجين ومن ضمنها التنازل عن حضانة الأولاد فيصح الخلع ويبطل شرط التنازل عن الحضانة لمخالفته القانون والنظام العام .

٣- امكانية تنازل الأم عن اجرة الحضانة كونه حق خالص لها دون التصالح مع زوجها على ترك حضانة ولدها منه.

٤- ليس من واجب الأب أخذ الطفل الصغير من حاضنته الأم ، اذا لم يكن هنالك مبرر شرعي مقبول قضائياً .

المطلب الثالث : مدة الحضانة

اختلف فقهاء الأمة الإسلامية في مدة الحضانة التي يكون الطفل الصغير بحاجة اليها اثناء فترة رعاية شؤونه الخاصة التي لا يقوى على القيام بها بنفسه ، فقد قال فقهاء ، الحنفية بهذا الخصوص انها في الولد الذكر سبعة سنوات اما في الأنثى تسع سنوات وهو حد البلوغ الشرعي بينما فقهاء المالكية اعتبروها حد البلوغ للولد الصغير الذكر بينما البنت حضانتها حتى تتزوج ويتم الدخول الصحيح بها شرعاً بالخلوة الصحيحة ، اما فقهاء الشافعية فمنحوا الأم حق الحضانة حتى يبلغ الصبي او البنت سن التمييز والإدراك سن العاشرة من العمر ، وقال فقهاء الحنابله سبع سنوات للذكر والأنثى على حد سواء[١٣] . اما فقهاء الشيعة الأمامية لهم رأيان : الأول رأي متقدم مفاده الأم أحق بحضانة الصبي الذكر مدة الرضاع وهي عامان والبنت سبعة سنوات بعدها ينتقل الحق الى الأب وفي رأي متأخر مدة الحضانة سبعة سنوات لكليهما ذكر أم أنثى[١٤] .

اما قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، أستقر على ان مدة الحضانة اتمام العاشرة من العمر وللمحكمة ان تأذن بتمديدها حتى أكمال الخامسة عشر اذا اظهر لها بالوقائع والأدلة بعد الرجوع الى تقارير أللجنان الطبية المختصة ان مصلحة المحضون تقتضي ذلك ويظهر ذلك جلياً من قرارات محاكم الأحوال الشخصية

العراقية . تمدد حضانة الصغير اذا ثبت بتقرير اللجنة الطبية انه بحالة نفسية سيئة وانه يتضرر جسمياً ونفسياً اذا انفصل عن والدته[١٥] . ومن الأحرى ان يبقى المحضون لدى حضانته حتى بلوغه سن الرشد اذا أوصت اللجنة الطبية بذلك سواء كان المحضون لقيطاً ام ولداً شرعياً لكون الحضانة شرعت لمصلحته[١٦] . وليس للمحكمة ان توقف تنفيذ حكم تسليم المحضون لأبيه بناء على طلب أمه بحجة تضرره من ضمه لأبيه مادام الأب لم يتسلم المحضون بعد[١٧] . ولدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه للأسباب الواردة فيه صحيح وموافق للشرع والقانون ذلك ان محكمة الموضوع اجرت تحقيقاتها المطلوبة وقد ثبت لها ان المحضونين (ب ، ي) دون العاشرة أي في سن الحضانة وتكون بذلك أحق بحضانتها من الأب حسب المادة (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، طالما انها لا تزال محتفظة بشروط الحضانة ولاسيما وان الباحثة الاجتماعية أوصت بتقريرها المؤرخ في ٢٠٠٤/٦/١٦ بضم حضانتها الى الأم كما اجرت المحكمة المعانية الميدانية للظروف الاقتصادية والاجتماعية وتبين ان المميز متزوج من امرأة أخرى وتقرير اللجنة الطبية المرقم ١٤١٣ في ٢٠٠٤/٨/١ ورد ان الأم أصلح لحضانة الطفلين[١٨] ، وحسناً فعل المشرع العراقي بخروجه بخلاصة جيدة من مجموع الارأء الفقهية الاسلامية بما ينسجم ومصلحة الطفل الصغير قبل تقيم حالة الحاضن سواء كان أب ام أم .

المبحث الثاني : شروط الحضانة وانتقالها واستردادها

ان الغاية الاساسية للحضانة هي التربية المثالية الجيدة للطفل الصغير والعناية به ، لهذا أحاطها الشارع الاسلامي بالاهتمام والرعاية وفي مقدمة ذلك الشروط الواجب توفرها في الحاضن ، فاشترط شروطاً عامة يجب توافرها في كل من يقوم بها ، اذا فقد احدها الحاضن انتقلت الحضانة الى غيره ان كان اصلح لها مع أمكانية استردادها اذا زال المانع او السبب المسقط لحضانة الصغير ، هذا ما نحاول إيضاحه في ثلاث مطالب .

المطلب الأول : شروط الحضانة

ان قوانين الأحوال الشخصية العربية هي استنباط وتوظيف لاحكام الشريعة الإسلامية التي نظمت شؤون الأسرة ، وان مال بعضها للأخذ بقواعد قانونية مخالفة للشريعة الإسلامية كالقانون التونسي ، لذا رأيت من المفيد توحيد الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية مع نصوص قوانين الأحوال الشخصية بما يخص شروط الحاضن ثم تعزيز ذلك بالاحكام القضائية التي تظهر توافر هذه الشروط سواء كان الحاضن الأم ، الأب او طرف ثالث في حال تعذر وجود احدهما ، قاصداً بذلك الخروج بآراء ومقترحات قد تفيد في ايجاد الحلول الآنية او المستقبلية دون الدخول في تفصيلات الآراء التي قد تحتاج الى موسوعات فكرية شاملة لغزارتها . لذا من هذا المنطلق اجمع فقهاء الأمة الإسلامية على ضرورة توافر عدة شروط في الحاضن او الحاضنة مع وجود الاختلاف في بعضها وفي مقدمة هذه الشروط التي لم يبقى لها أثر في الوقت الحاضر شرط الحرية أي عدم عبودية الإنسان (نظام الرق) لإلغاء الرق عالمياً باعتباره منافي لآدمية الإنسان وحفظ كرامته من منطلق الإنسان ولد حراً ، يضاف لذلك عدم كون الإنسان الحاضن مرتد عن دين الإسلام لم يبقى له مكان لحصول التبليغ بالرسالة المحمدية لعامة بني البشر وان حصل يستتاب المرتد او يسجن او يقتل، اما بقية الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن هي :-

١- **البلوغ :-** أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية ضرورة ان يكون الحاضن او الحاضنة بالغاً ، لأنه اذا لم يكن كذلك قد يكون هو أحوج الناس بالرعاية من المحضون ، وهذا الحال ينطبق على الحاضن المرأة او الرجل اذا

عهد اليهما بالمحضون ولم يكن أماً او أباً لأنه لا يعقل ان يكونا غير بالغين في سن انجاب المحضون ، ودلالة بلوغ الحاضن الرجل هو ظهور علامات الرجولة بانبات شعر الوجه والاحتلام او بلوغه سن الخامسة عشر فأكثر ، اما المرأة فدخولها سن الحيض والقدرة على الإنجاب[١٩] . ويلخص الهدف من البلوغ ان الحضانة تعني الرعاية والحفظ ويجب ان تعهد الى من هو أهلاً لذلك ، فمن لا ولاية له على نفسه في سن معينة لا ولاية له على الغير كالصغير غير المميز ما دون السابعة او مميز في سن العاشرة ، او تجاوز هذا السن لكنه مصاب بعارض في الاهلية كالمجنون او المعتوه كون حكمهما حكم الصغير غير المميز محجوران لذاتهما وهم بحاجة للرعاية والاهتمام قبل غيرهما ، وهذا ما أشارت اليه المادة (٥٧) فقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ، ويتطابق نص المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ مع قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بالقول ((يشترط في الحاضنة ان تكون بالغة ، عاقلة ، أمنية ، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانته وان لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه في بيت مبغضيه)) .

٢- **العقل** :- يشترط في الحاضن ان يكون بالغاً عاقلاً غير مصاب بعاهة الجنون او معتوهاً لان كلاهما محجور لذاته عندها لا يصلحان لحضانة من هو بحاجتهم[٢٠]. اذن ارشاد الغير وتوجيهه وتقويمه لا ينعكس سلباً على ذات الحاضن من حيث التوجيه والإرشاد[٢١] ، وهذا ماتفق عليه فقهاء الأمة الاسلامية بأنه لا حضانة لمجنون او مجنونه سواء كان جنونهما مستمر او متقطع نوبات متقطعة بين الحين والحين لتعذر ادارة المجنون او المجنونة شؤونه الخاصة فكيف يمكن له من ادارة شؤون غيره كالطفل الصغير الذي يكون بأمس الحاجة للرعاية والاهتمام[٢٢]. وهذا الشرط ما أكدته محكمة تمييز العراق في قراراتها بالقول بأنه اذا كانت أم الصغير مصابة بنوبات الصرع تنتقل حضانة الطفل الصغير لأبيه[٢٣] ترد دعوى الأب ضد مطلقته بضم ابنته المتجاوزة سن الحضانة اليه ، اذا كان مصاباً ومدمناً على الخمر[٢٤] ، اذا دفع المدعي عليه بأن المدعية تصاب بنوبات عصبية فتمزق ثوبها وتشتم وتتصرع أو تهرب ، فيجب التأكد من دفعه باحالة المدعية الى اللجنة الطبية قبل الحكم لها بالحضانة[٢٥].

٣- **الأمانة** :- هذا الشرط يختص بضرورة تمتع الحاضن بالأخلاق الحميدة التي تنعكس ايجاباً او سلباً على سلوك المحضون ، فالحاضن أمين ومن تعذر عليه حفظ أمانته تعذر عليه حفظ محضونة[٢٦] ، وبهذا تجاذبت الآراء الفقهية الإسلامية بهذا الخصوص فبعضهم أوضح بان الأمانة تعني الفسق الذي يتعذر معه الحفاظ على المحضون او ترك المحضون وحيداً في بيت الحاضن بالخروج بلا عذر مقبول . اذن هنالك رأيان بهذا الخصوص :-

الرأي الأول : يرى الأمانة (الفسق) المانع في الحضانة .

الرأي الثاني : يرى الأمانة بصفة عامة (مطلق) أي كل ما يؤثر على أمور المحضون[٢٧] .

هذا الشرط أكدته محكمة تمييز العراق في قراراتها الصادرة بالقول بان الأمانة في الأم مفترضة ، وعلى الخصم اثبات عكس ذلك لان الأمانة هي الأصل في الأم كونها أمينة وقادرة على تربية ولديها ، ما لم يقدم دليلاً شرعياً وقانونياً يثبت خلاف ذلك كممارستها سلوكاً يقدح في أمانتها واقتدارها على حضانة الصغيرين[٢٨] ، واذا شاركت الأم في قتل والد المحضون فلا تؤمن على حضانته[٢٩] ، اما اذا تزوجت الأم بأجنبي أدين سابقاً بجريمة قتل سقطت عنها حضانة الصغير وان لم يتجاوز سن الرابعة والنصف من عمره اذا يراعى في هذا الجانب مصلحة المحضون[٣٠] ، هذا الاجتهاد الفقهي ، القانوني ، القضائي يعطينا فرصة القول للأخذ بالرأي الذي يرى في الامانة كل ما يؤثر في مصلحة وامور المحضون .

٤- **القدرة على الحضانة :** قدرة الحاضن تتطلب القدرة البدنية والنفسية ، الصحية ، أي قابلية الحاضن على احتضان المحضون من حيث سلامة بدنه ونفسيته وخلوه من الأمراض المعدية كالسل،الجذام ،البرص
او النفسية كانفصام الشخصية وبدنية كإصابته بشلل الاطراف او فقدانه احد اطرافه العليا او السفلى او حتى اصابته بعاهة مزدوجة أصم أبكم ، أعمى أبكم ، هذا الحال يتدرج من الأم الحاضنة ، الأب ، الحاضن الأجنبي وان كان جد أو جده واذا ظهر من وقائع الدعوى ان جده الصغير مكفوفة ، فتعتبر غير قادرة على تربية الصغير وحمايته ، ولا يحق لها حضانته وبذلك فانها فاقدة احد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٥٧) أحوال شخصية عراقي[٣١] . ان الحاضنة التي فقدت قدرتها على الحضانة بسبب ما ، لها ان تقيم الدعوى لاستعادة حضانتها اذا عادت لها قدرتها ثانية ، لان القدرة على الحضانة متغيرة ، ولذا فان اقرار المدعية بدعوى أخرى بانها غير قادرة على حضانة ابنها ، لا يوجب رد دعوى الحضانة التي اقامتها ثانية والتي ذكرت فيها بانها قادرة الان على الحضانة بل يلزم تكليفها باثبات ذلك[٣٢] ، وان مجرد ادعاء الزوج بان المدعي عليها غير قادرة على حضانة طفله والقيام بواجباتها لاصابتها بمرض وراثي ضعف الأعصاب لا يسقط عنها حضانة ولدها الصغير الذي لا يزال في سن الحضانة ما لم يثبت ذلك للمحكمة بالتقارير الطبية بعد عرضها على لجنة طبية رسمية مختصة لاسيما ان الباحثة الاجتماعية أعطت تقريرها بان الأم أصلح للحضانة[٣٣] . وان حضانة الصغير تنتقل الى أبيه اذا كانت أمه مصابه بالصرع[٣٤] . اما اذا أصيبت الأم بالتدرن الرئوي بحيث اصبحت غير قادرة على رعاية شؤون الصغير كانت جدته أحق بحضانته من عمته[٣٥] .

٥- **اتحاد الدين (الإسلام) :** هنا يتطلب الامر ان الطفل اذا كان مسلماً فبعضهم من الفقهاء المسلمون لم يشترط ان يكون الحاضن مسلماً،وبهذا أخذ الحنفية مع الخشية ان يألف الطفل الكفر مع مرور الوقت
بالتلقين او سقيه الخمر او أكل ما هو محرم شرعاً ، وبهذا القول قال المالكية ايضاً ، اما الشافعية فقد اشترطوا ان تكون الحاضنة مسلمه اذا كان المحضون مسلماً ، بينما اشترط الأمامية والظاهرية ، والزيدية ذلك في فترة الرضاع ، لما تقتضيه مصلحة الصغير وهي الأساس في اصل التشريع او إصدار حكم شرعي او قانوني ترجح فيه مصلحة المحضون على من سواها من المصالح[٣٦] . وبهذا الاتجاه اخذت محكمة التمييز في قراراتها الصادرة بالقول : (بانه اذا ظهر ان الصغيرة بحاجة ماسة الى من يرعاها من النساء فانه لا يوجد هنالك ما يبرر اخذها من أمها طالما قد ثبت إسلامها وانها قائمة برعاية ابنتها ومعالجتها وإدخالها المدارس التي ارتضاها والدها في حياته)[٣٧] . واذا كان دين الحاضنة غير دين المحضون فتكون غير أمنية على دينه وتفقد بذلك احد شروط الحضانة[٣٨] . وبهذا الخصوص يمكن الأخذ برأي فقهاء الشافعية في اشتراط الحاضن او الحاضنة ان يكون مسلماً حفاظاً على دين المحضون المسلم .

٦- **عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون :** اتفق فقهاء مذاهب الأمة الإسلامية عدا مذهب الظاهرية في ان الأم المطلقة المنقضية عدتها في الطلاق تسقط حضانتها لولدها الصغير
اذا تزوجت بأجنبي وشترطت المذاهب الأربعة ، الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة ، المالكية ان يكون الزوج أجنبيا غير محرم للمحضون ، اما الزواج بالرحم المحرم مثل عم المحضون أوجده ، فاذا كانت جدته هي الحاضنة فلا تسقط الحضانة[٣٩] ، في حين اطلق فقهاء الجعفرية الأمامية فاسقطوا عن الأم حضانة ولدها الصغير سواء كان الزوج محرم ام غير محرم (غير محرم أي تحل له شرعاً بالزواج منها اذا كانت بنت) ، واشترط فقهاء الشافعية دخول الأجنبي بالزوجة الحاضنة دخولاً صحيحاً في حين لم يشترط بقية المذاهب ذلك ، واختلفوا في الأرملة المنتهية عدتها من الوفاة

فأسقطت المذاهب الأربعة حضانة الارملة لولدها اذا تزوجت بأجنبي ولم يسقطها مذهب الأمامية فالأم عنده أحق بحضانة ولدها اذا مات ابوه وان تزوجت . اما مذهب الظاهرية فلا يرى سقوط حضانتها سواء تزوجت بمحرم ام بغيره حياً كان والد المحضون أم متوفي[٤٠] ، وان قوانين الأحوال الشخصية أوضحت ان زواج الأم بغير قريب محرم من المحضون يسقط عنها حضانة المحضون عندها[٤١] . ان سبب تعليل سقوط حضانة الأم المتزوجة بأجنبي غير محرم من اجل دفع الضرر عن الصغير ، مما يتطلب اظهار الوقائع ببصيرة القاضي المجتهد بمراعاة الأصلح للولد ، فانه قد يكون له قريب مبغض له ولوالدته طامع بأملاكه مقابل زوج أم مشفق ، او العكس ضرورة قيام الزوجة بأداء واجباتها تجاه الزوج الأجنبي قد تهمل من خلاله واجبها تجاه حضانة ولدها[٤٢] ، وهذا ما أكدته المادة (٥٧) فقرة (٨) (ب) قانون الاحوال الشخصية العراقي – اذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه 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

(ج) اذا اخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً بطلب التفريق من قبل الزوجة . وبهذا حكمت محكمة التمييز بالقول بانه اذا تزوجت أم الصغير بابن عمها او بابن خالها سقطت حضانتها عن ولدها لتزوجها بأجنبي عنه[٤٣] . واذا كانت الصغيرة في دور الرضاع وفي حاجة لرعاية أمها المطلقة فلا تسلم لأبيها وان تزوجت أمها بأجنبي لان مصلحة الصغيرة هي الأساس في إصدار أي حكم شرعي[٤٤] . وليس لابن عم الصغار المتوفي والدهم حق مخاصمة أمهم في حضانتهم ولو تزوجت بأجنبي عنهم[٤٥] واذا تزوجت أم الصغير بأجنبي عنه انتقلت الحضانة الى أبي المحضون (الفقرتان ٢ و٧) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي[٤٦] . واذا قدم الطعن التمييزي ضمن المدة القانونية وقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد ان المحكمة لم تستكمل التحقيقات المطلوبة في الدعوى باحالة الطرفين مع الطفل الى اللجنة الطبية المختصة للتثبت عما اذا كان يتضرر من مفارقة والدته المدعي عليها / المميزة لان الأم أحق بحضانة الولد وتربيته ولا تسقط حضانتها بالزواج وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية أي منهما أحق في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون (م ٥٧) أحوال شخصية عراقي[٤٧] .

المطلب الثاني : انتقال الحضانة

ان القول الراجح قولاً هو أحقية الأم بحضانة الطفل الصغير في فترة الحضانة ، لكن قد يحدث ان تفقد الأم أحد شروط الحضانة مما قد يترتب عليه جواز انتقال الحضانة الى غيرها وفي هذا رأيان :-

الرأي الأول :- وهو ما ذهب اليه الفقهاء الأربعة ، الحنفية ، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة بالقول ان الحضانة تنتقل بعد الأم الى أقارب المحضون من النساء ، فان لم يوجد احد منهم فالى أقاربه من الرجال شرط ان يكون الحاضن محرماً للمحضون كالعم ، ولكن الجدة اولى من العم بضم حفيدها ، وابن العم لاحق له في الحضانة خشية الفتنة اذا كان المحضون أنثى[٤٨] .

الرأي الثاني :- هو ما ذهب اليه الأمامية فان اركن الحضانة للأب بعد الأم ثم الوصي فان كان الوصي غير صالح للحضانة يعزل بأمر المحكمة مع امكانية اقرار القاضي حكماً لاختيار الأقرب ، الأنسب ، الأصلح له من أقارب المحضون[٤٩] .

اما موضوع انتقال الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد حصلت عليه عدة تعديلات من تاريخ اعتباره نافذاً تتماشى هذه التعديلات مع مصلحة المحضون . فقد تضمن القانون المذكور في بداية صدوره ان مدة الحضانة للام سبعة سنوات مع منح القاضي دوراً ايجابياً في اثناء حصول أي خلاف قاضي بين الأم الحاضنة وأب الولد او أحد أقاربه المحارم ، وتماشياً مع مصلحة الطفل الصغير أجريت على المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي عدة تعديلات تضمنها قانون التعديل الثاني رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨ الخاصة بموضوع حضانة الأولاد الصغار الذي وسع مدة الحضانة للام من سبعة سنوات الى عشرة سنوات وهذا ما اشارات اليه الفقرة (٤ و٧) من المادة (٥٧) من التعديل فقرة (٤) ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه ، حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير ، حتى أكماله الخامسة عشر اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ، ان مصلحة الصغير تقتضي بذلك ، على ان لا يبيت الا عند حاضنه)) ، وفقرة (٧) من نفس المادة ((في حالة فقدان أم 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)) ، ونص الفقرة (٩) من المادة (٥٧) أوضحت بانه ((اذا مات أبو الصغير او فقد احد شروط الحضانة ، فيبقى الصغير لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة ، دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد))، ثم عدلت الفقرة (٩) من المادة (٥٧) بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٨٦ بإضافة ((انه في حالة وفاة الأب فيبقى المحضون لدى أمه ولو تزوجت بأجنبي عنه في حالة تعهد الزوج الأجنبي بالرعاية والاهتمام مع احتفاظ الأم ببقية شروط الحاضن الواجب توافرها)) ثم حصل التعديل الثالث عشر للمادة (٥٧) فقرة (٢) بالقانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٧ الخاصة بشروط الحاضنة كالبلوغ والعقل وعدم سقوط حضانة الأم المطلقة بزواجها اذا بقيت محتفظة بشروط حضانتها ورجحت المحكمة المختصة مصلحة المحضون على مصلحة الحاضن . كذلك أعطى قانون الأحوال الشخصية العراقي المحضون حرية الاختيار اذا بلغ العمر خمسة عشر سنة للإقامة مع من يشاء من أبوية او احد أقاربه ، مع تمتع المحكمة المختصة (محكمة الأحوال الشخصية) بسلطة تقديرية اذا أنست من المحضون الرشد في اختيار محل اقامته الجديد لبلوغه الخامسة عشر من عمره.

لكن السؤال المطروح هنا ماذا يحل بالولد اذا لم يبلغ الثامنة عشر من عمره ولم يكن له حاضناً يرعاه أم ، أب ، أحد أقاربه المحارم ؟

الجواب يكون إيداعه في دور الدولة التي تستقبل من لديه مشاكل أسرية فقدانه والديه او احدهما لأسباب شتى كالطلاق ، التفريق القضائي ، المخالعة ، كذلك يمكن ان يكون الإيداع بناء على قرار المحكمة المختصة او جهة ادارية ، وتقسم دور الدولة التي تستوعب ما دون الثامنة عشر من العمر وليس لديه حاضن الى ثلاث أنواع :-

١- دور الدولة للأطفال سن السنة الأولى حتى الخامسة من عمره .

٢- دور الدولة للصغار (الفتيان) من السنة الخامسة الى تمام السنة الثامنة عشر .

٣- دور الدولة للاحداث من السنة الثانية عشر لحين اتمام الثامنة عشر[٥٠] .

لا يجوز إسقاط حضانة الأم اعتماداً على تقارير اللجنة الطبية الاستئنافية اذا أسس التقرير تفضيل حضانة الأب على اقتداره المالي لا على تضرر الصغير من حضانة أمه له لان الأب مكلف بالإنفاق على الصغير مالياً مع بقائه لدى أمه حتى بلوغه العاشرة من عمره[٥١] .

المطلب الثالث : استرداد الحضانة

ان القانون يشرع لحماية مصلحة معينة قد تطبق على الغالب الشائع من الناس ، وبما ان حضانة الصغير احاطها الشرع بالحماية ، فقد يحدث ان تفقد الحاضنة (الأم) لولدها الصغير أحد شروط الحضانة المعتبرة شرعاً وقانوناً لحظة شمولها بحضانة الصغير فتسقط عنها فتلزم بتسليم المحضون الى أبيه او الى أي حاضن آخر تقدره المحكمة حسب وقائع كل دعوى أي منح الحضانة ما هو اعلى او ما دون الأب بدرجة القرابة كالجد والجدة ، العم والعمة ، الخال والخالة .... لكن قد يحصل زوال المانع بحرمان الأم من حضانة ولدها الصغير مما يمنحها فرصة العودة بالمطالبة باسترداد حضانتها اذا توافرت احدى الحالات الثلاث :-

الحالة الأولى :- وفاة الأب او فقدانه احد شروط الحضانة تجيز بقاء الصغير لدى أمه مع امكانية قياس ذلك على امكانية رفع دعوى للمطالبة باسترداد الطفل الصغير الذي كان تحت رعاية والده المتوفي ، وتقدير ذلك للمحكمة المختصة .

الحالة الثانية :- اذا صدر حكم من المحكمة المختصة بناء على سلطتها التقديرية للوقائع بأخذ المحضون من حاضنته الأم وضمه الى حاضن آخر ، قد يكون غير الأب ، ثم ظهر تضرر المحضون في ذلك ، عندها منح القانون الحاضنة الأم امكانية اقامة دعوى لاسترداد حضانة ولدها .

الحالة الثالثة :- زواج الأم بأجنبي الذي قد يترتب عليه سقوط حضانتها لولدها الصغير اذا لم يتعهد لها بالرعاية والاهتمام به ثم طلقها الأجنبي او توفي وليس في عدة طلاق او وفاه مع احتفاظها ببقية شروط الحضانة[٥٢] .

وبهذا الاتجاه أخذت محكمة تمييز العراق في احدى قراراتها بالقول بأنه اذا سقطت حضانة الأم لولدها الصغير بسبب زواجها من أجنبي عنه ، فان طلاقها رجعياً من هذا الزواج لا يعطيها حق طلب الصغير الا بعد انتهاء عدة الطلاق[٥٣].

المبحث الثالث : أجرة الحضانة ومشاهدة المحضون

الحضانة تعني بذل العناية والاهتمام الخاص بالطفل الصغير هذا الاهتمام يعني بذل الجهد والوقت من قبل الحاضن ، فمن يستحقها ، كيف تحسب ومتى تحسب ؟ ما هو تاريخ المطالبة بها ؟ من هو الشخص المسؤول عن دفعها وهل هناك استثناء في ذلك ؟

الى جانب هذه الاشكالات تظهر اشكالات مشاهدة المحضون ، وهل المشاهدة تعني المتابعة المتواصلة ام مجرد ابقاء صلة الرحم بالتواصل مع المحضون ؟ ثم اين مكانها وزمانها ؟ هذا ما تم تناوله في مطلبين .

المطلب الأول : أجرة الحضانة

الحضانة تعني رعاية شؤون الطفل الصغير رعاية خاصة تكون بحاجة للوقت والجهد المتواصل بالشكل الذي ينمي قدرات الطفل وسبل المحافظة عليه وكي تكون الحضانة محل اهتمام من قبل الحاضنة ، ولا تتعذر بالأعذار التي تهمل بها رعاية الطفل كفل لها المشرع والقانون أجرة تستحقها مقابل جهدها تمنح للام الحاضنة اذا كانت مطلقة وانتهت عدة طلاقها لعدم شمول الزوجة القائمة زوجيتها مع زوجها أجره حضانة لكون ذلك من واجباتها ، كذلك تمنح أجره الحضانة للحاضنة الأجنبية اذا سقطت الحضانة عن الأم او كانت متوفية مع امكانية التنازل عنها مقابل الأجر والثواب[٥٤].

من يستحق أجرة الحضانة :-

١- الأم الحاضنة على ان لا تكون الزوجية قائمة بينهما وبين زوجها والد المحضون ، او في عدة الطلاق الرجعي ، كون ذلك يحجب عنها شرعاً وقانوناً وقضاءً أجرة حضانتها لأولادها لأنه من مقتضيات قيام الحياة الزوجية.

٢- الحاضنة الأجنبية فانها تستحق الاجرة من وقت الاتفاق عليها او من وقت الحكم بها من القضاء اذا حصل خلاف في تحديد مقدارها لعدم الاتفاق عقداً[٥٥] .

وقت استحقاق الأجرة :- اذا كانت الحاضنة أم الصغير فانها تستحق الأجرة من القول الراجح لدى الحنفية من وقت قيامها بالحضانة فعلا بعد الانتهاء من عدتها سواء حصل ذلك بالاتفاق بينهما وبين والد المحضون او أصدرت المحكمة حكمها يحدد للام أجره حضانتها . اما اذا كانت الحاضنة امراه أجنبية فانها تستحق الأجرة من وقت الاتفاق عليها او من وقت الحكم من قبل القضاء لصالحها ، وان قامت بالحضانة قبل الاتفاق او حكم المحكمة لا يحكم لها بشيء عن المدة السابقة لحضانتها[٥٦] .

على من تجب أجرة الحضانة :- أجرة الحضانة نفقة مالية تقدر مقابل الاهتمام ، العناية الخاصة بالطفل الصغير ، وهذا الامر ليس بالامر الهين على القائم به ، لذا يمكن ان تقدر وتفرض من مال ثلاث أشخاص بالتتابع :-

١- من مال الطفل الصغير اذا كان له مال .

٢- من مال من تجب عليه نفقة الصغير ، لصغر سنة اذا لم يوجد لديه مال ، اذا كان الأب موجوداً وقادراً على الانفاق على ابنه الصغير .

٣- من مال الأم اذا كان الأب متوفياً او حي غير مقتدر معسر مالياً ، ان لم تكن الأم هي الحاضنة اما اذا كانت هي الحاضنة فلا أجره حضانة لها[٥٧] .

كيفية تقدير أجرة الحضانة :- هنالك سبيلان لتقدير أجرة الحضانة :-

السبيل الأول :- الاتفاق بين الحاضنة وعلى من تجب عليه نفقه المحضون .

السبيل الثاني :- اذا تعذر الاتفاق وهذا اكثر ما يحصل بين الزوجة المطلقة المنتهية عدة طلاقها وبحضانتها ولدها الصغير وبين أبو الصغير ، اللجوء الى القضاء لتحديد أجرة الحضانة التي تقدرها بتقدير كل الوقائع المحيطة في الدعوى وعند إصدار حكم بها يصبح قرار المحكمة ملزماً للمدعي عليه للوفاء به من تاريخ اقامة الدعوى ، وهذا ما أكدته المادة (٥٧) فقرة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بالنص ((اذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقه المحضون في أجرة الحضانة قدرتها المحكمة ، ولا يحكم باجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة او كانت الزوجة معتده من طلاق رجعي)) ، كذلك أوضحت المادة (١٥٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ بالنص ((أجرة الحضانة على المكلف بنفقه الصغير وتقدر باجرة مثل الحاضنة على ان لا تزيد على قدرة المنفق)) ، وفي هذا الصدد رتبت المادة (٣٨٤) عقوبات عراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل اثراً جزائياً ذي صله باجرة الحضانة بالنص ((من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بأداء نفقه لزوجة او احد أصوله او فروعه او أي شخص اخر او بأدائه أجره حضانة او رضاعه او مسكن وامتنع عن الأداء مع قدرته على ذلك خلال الشهر التالي لاخباره بالتنفيذ ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد عن مائة دينار او بإحدى هاتين العقوبتين)) . وبصدد ذلك حكمت محكمة التمييز في قراراتها بالقول بانه لا تسقط نفقه المحضون الا بعد تسلمه وإقامة دعوى بإسقاط النفقة

بعد تاريخ التسليم[٥٨] . ولا تحكم باجرة الحضانة عن مدة سابقة لإقامة الدعوى[٥٩] ، وان تنازل الحاضنة عن أجرة الحضانة يعتبر تبرعاً منها ولها الرجوع عن هذا التبرع مستقبلاً ، حيث تستحق أجرة الحضانة من تاريخ المطالبة القضائية طالما استمرت حضانتها على الصغير[٦٠] وان دعوى أجور الحضانة ليست دعوى نفقه او زواج او فرقه او طلاق ، لذا فانها تقام في محكمة محل اقامة المدعي عليه وفق المادة (٣٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل[٦١] . ويمكن جمع اكثر من طلب واحد في دعوى واحدة اذا تعلقت هذه الطلبات بأسباب الحضانة وموضوعها حيث انه يجوز جمع طلب الحضانة ونفقه المحضون باستدعاء واحد[٦٢] .

المطلب الثاني :- مشاهدة المحضون

ان المقصد الأساس من الحضانة للطفل الصغير هي الحفظ الرعاية ، التربية ، التي تعتبر من الواجبات الأساسية على الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما ولا تتحقق هذه الغاية الا بالتعاون بينهما . لكن قد يحصل ان يختص احد الأبوين او أجنبي محرم او حتى دور الدولة بحضانة الطفل مع وجودها لكن منفصلين عندها يحق للأب ، الأم ، الأقارب مشاهدة الطفل الصغير ، علماً بان موضوع مشاهدة المحضون تعتبر من المواضيع التي تنظر باستمرار من قبل المحاكم (محاكم الأحوال الشخصية) والتي تحتاج الى معالجة مستفيضة من قبل المشرع والقضاء[٦٣] .

<u>أهداف المشاهدة :</u>

١- بالنسبة للأب تحقق غايتان الأولى ، إشباع عاطفة الابوه ، والثانية متابعة شؤون تربيته بالشكل الذي يكفل المحافظة عليه سواء كانت الحاضنة أم الطفل الصغير او غيرها من الحاضنات .

٢- بالنسبة للام تحقق إشباع عاطفة الأمومة مع متابعة شؤون الصغير من حيث التربية والرعاية .

٣- بالنسبة للأقارب : الجد ، الجدة ، الأعمام ، ألخوال ، المحارم المحضون ، تحقيق الطمائنينة عليه مع ابقاء رابطة القرابة متواصلة[٦٤] .

لقد نظمت قوانين الأحوال الشخصية العربية وفي مقدمتها قانون الأحوال الشخصية العراقي موضوع مشاهدة المحضون في مادته (٥٧ فقرة ٤) بالقول ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه ، حتى يتم العاشرة من العمر ، وللمحكمة ان تأذن بتحديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشره ، اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان الطبية المختصة منها والشعبية ، ان مصلحة المحضون تقتضي ذلك ، على ان لا يبيت الا عند حاضنته)) . اما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص في مادته (١٦٣) بالقول ((يتساوى حق الأم وحق الأب او الجد لأب في رؤية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته)) ، ونص قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ في مادته (٥/١٤٨) على انه ((لكل من الأبوين رؤية أولادة الموجودين لدى الاخر دورياً في مكان وجود المحضون ، وعند المعارضة في ذلك للقاضي ان يأمر بتأمين هذا الحق وتعيين طريقة تنفيذه)) ، كذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي أوضح في مادته (١٩٦) بالقول للأبوين وللأجداد الحق في رؤية المحضون . بينما كانت الصياغة القانونية لمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في مادته (١٤٤) على انه ((أ) اذا كان المحضون في حضانة احد الأبوين فيحق للاخر زيارته او استزادته واستصحابه حسبما يقرره القاضي . (ب) اذا كان احد أبوي المحضون متوفي او غائباً يحق أقارب المحضون المحارم زيارته حسبما يقرر القاضي . (ج) اذا كان المحضون لدى غير أبويه ، يعين القاضي مستحق الزيارة من أقاربه المحارم) .

اذن مشاهدة الطفل الصغير اذا كان في حضانة احد أبويه او عند أقاربه المحارم من قبل ذويه قد يعتريها حالتين . الحالة الأولى :- التسوية الرضائية للمشاهدة . والحالة الثانية :- التسوية القضائية التي تقررها المحكمة وفق ظروف الحاضن والمحضون او راغب المشاهدة من أقارب المحضون ، لما تتمتع به المحكمة من سلطة تقديرية بهذا الخصوص مستندة في صحة حكمها على وقائع الدعوى وتقارير اللجان الطبية المختصة ، مع ضرورة تحديد المكان والزمان المناسبان عند مشاهدة المحضون مع ضرورة مراعاة عمر المحضون عند تحديد مدة المشاهدة والوقت المناسب لها ، مع اختيار المكان المناسب اللائق بطرفي المشاهدة دون ان يترك اثار سلبية جانبية بعد المشاهدة ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قراراتها الصادرة بانه اذا قضت المحكمة بإلزام المدعي عليها من تمكين المدعي من مشاهدة ابنه الصغير فعليها ان تحدد في قرار الحكم الفترة الزمنية التي تستغرها هذه المشاهدة ، حيث ان الاحكام يجب ان تكون قاطعة للنزاع[٦٥] والحكم بمشاهدة المحضون من قبل أبيه يوماً في الأسبوع ، يتطلب تعين اليوم والساعة التي لا تضطر أم المحضون لإحضاره طلية أيام الأسبوع[٦٦] . واذا كان الصغير في دور الرضاعة فيحكم بمشاهدته في دار والدته او دار قريبه منها مراعاة لمصلحته وان تكون المشاهدة مرة واحدة في الشهر ولمدة ساعتين لا غير[٦٧] . اما اذا كان أبو الصغار متوفي فيحق لامه الجده ان تطلب مشاهدة الصغار بصفتها جدتهم حيث انه يحق لمن له حق الحضانة والضم طلب مشاهدة الصغير[٦٨] .

المبحث الرابع : دعوى الحضانة

ان الشريعة الإسلامية بمصادرها الأساسية القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وبمذاهبها الفقهية المتعددة التي عملت جاهدة لمراعاة مصلحة المحضون بتقدير عمره الواجب فيه الحضانة ، مع تقيم دقيق للحاضن الذي سوف توكل اليه مهمة حضانة الطفل الصغير ببيان الشروط الواجب توفرها فيه والتي يتمخض عن فقدان احدهما سقوط الحضانة عن الحاضن ... في مقابل ذلك اجتهدت قوانين الأحوال الشخصية العربية بوضع النصوص القانونية المناسبة التي ترجح فيها مصلحة الطفل الصغير بمبدأ الأخذ بالآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية الاكثر ملائمة لروح العصر ، مع منح المحكمة المختصة للنظر في دعوى الحضانة وما تتضمنه من فرعيات كتحديد الأجرة ، المشاهدة ، صاحب الحق في الحضانة ، سلطة تقديرية قبل إصدارها الاحكام القضائية الملائمة في حالة المحضون متتبعه الوسائل المناسبة والمقبولة في استجلاء الحقيقة مع تقدير من هو الأصلح والأنسب لكل اطراف الدعوى ومن اهم هذه السبل :-

١- **الأدلة الثبوية** : الأخذ بمبدأ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، أي تكليف الطرف الاول في الدعوى (المدعي) باثبات حقه بكافة وسائل الاثبات المعتبر قانوناً مع امكانية منح الطرف الثاني (المدعي عليه) فرصة الدفع الموضوعي حول أهلية او عدم أهلية احدهما او كلاهما بالحضانة .

٢- **البحث الاجتماعي** :- العمل على اعداد الباحثين الاجتماعين ذو المهارات العالية والاختصاص الدقيق في مجال علم النفس والاجتماع والأسرة ، لديهم القدرة على تحليل ، استنباط استنتاج ما يحيط بطرفي الدعوى (الأب ، الأم ، الطفل) عن طريق المقابلات الشخصية لهما او القيام بالزيارات الميدانية وتدوين ذلك بتقارير مفصلة تعكس واقع حال طرفي الدعوى ليتسنى بعد ذلك لمحكمة الموضوع الاطلاع على حقيقة الامر عن كثب ، دون ان تكون المحكمة ملزمة للأخذ بتقرير الباحث الاجتماعي لتمتعها بسلطة تقديرية .

٣- اللجان الطبية والنفسية والعصبية :- هي امكانية استعانه القضاء باللجان الطبية النفسية والعصبية بتقييم اثر فصل الولد عن الأم ، الأب ، نفسياً وعصبياً على نمط سلوكه اليومي ، باعتبار هذه أللجان الطبية المختصة يمكن ان تـزود القضاء بتقارير فنية صادرة من اهل الخبرة والعلم قد يكون لها دور في إصدار الاحكام القضائية المناسبة .

الخاتمة والتوصيات :

بعد هذا السفر الخالد في بطون الكتب الفقهية للمذاهب الإسلامية والقانونية التي تناولت بالشرح والتمحيص في سبيل الخروج بالآراء والقواعد القانونية السليمة لصالح نظام الأسرة وما يحيط بها من آثار ... كانت خلاصة هذا البحث المتواضع هو البدء بتعريف الحضانة من الناحية اللغوية والاطلاع فقهاً وقانوناً ثم العمل على ايجاد حلقة الوصل المشتركة بين هذه التعاريف لمعرفة مدى الحاجة المستمرة للسفر الخالد من الارث التاريخي الحضاري لفقه الأمة الإسلامية مع ضرورة التواصل المستمر معه لكونه مصدراً أساسيا لا يمكن الاستغناء عنه بتاتاً ومعيناً لا ينفذ لكونه صالح لكل زمان ومكان مع تنوعه في المسائل والحلول التي كانت غايتها حماية نسيج الأسرة الإسلامية .... بعدها العمل على اظهار الحق في صاحب الحضانة مع ترجيح الرأي القائل بأحقية الطفل الصغير في الحضانة دون سواه مع منح الأم الأفضلية في حضانة الطفل الصغير لكونه الأقرب لها من حيث قدرتها على التحمل والصبر مع إشباع غريزة الأمومة والشفقة المتواصلة لديها بالصبر والثبات لانها المعد الأول لهذا الثقل الاجتماعي ... ثم درجت على دراسة الشروط العامة الواجب توافرها في الإنسان الحاضن دون الدخول في التفاصيل اكثر فأكثر مع ضرورة الإلمام بما هو أهم من اجل إيضاح المعنى من البحث والفائدة كما ان التعمق يعني الحاجة لكتابة مجلدات قد تتناول فرعية من هذا الموضوع (الحضانة) .... مع ضرورة إيضاح الاثر الشرعي والقانوني والقضائي في حال فقدان الحاضن الشروط الواجب توفرها فيه مما قد يترتب عليه فقدان الحضانة وانتقالها الى من هو أحق بها بعد ذلك مع امكانية استردادها اذا زال المانع الشرعي ، القانوني لسقوط الحضانة عن الحاضن .

بما ان الحضانة جهد عقلي ونفسي متواصل من اجل المحافظة على المحضون وقد يختص بهذا الجهد غير الأم الحاضن الأجنبي من المحارم ففي سبيل الاستمرارية بالعمل من اجل المحافظة والرعاية للمحضون أجاز الشرع والقانون تقدير أجرة مناسب بالاتفاق او بالحكم القضائي اذا حصل الخلاف مقابل قيام الحاضن بالعمل لمصلحة المحضون وتقديرها بالنسبة لمستحقيها ووقتها . لكن قد يحصل مع أحقية الحاضن بالحضانة لتوافر شروطها خلاف شرعي ، قانوني ، قضائي يستوجب التدخل وإصدار الاحكام الخاصة بتحديد مستحق الحضانة ، مدتها ، مشاهدة المحضون ، استرداده ، الامر الذي يستوجب تحفيز كل الوسائل القادرة على اظهار الحكم القضائي بالشكل السليم من خلال اعتماد الوقائع والأدلة القانونية مع امكانية الاستعانة بالباحثين الاجتماعين واللجان الطبية المختصة للمساعدة في تقديم التقارير التفصيلية الخاصة بالمحضون ، الحاضن ، مع تمتع القاضي بسلطة تقديرية تخوله الاستعانة بكل الوسائل لاظهار الحقيقة بالنزاع المعروض لكونه مكلف بذلك قانوناً .

التوصيات :

١- العمل على تنظيم النصوص القانونية ليس بالإلغاء وانما بالتعديل بما يتناسب مع الظروف المحيطة بالأسرة ، من اجل الحاجة القانونية والقضائية .... باعتماد أسلوب البحث العلمي باستجلاء الحقائق التي تكون بحاجة للحلول الآنية

والمستقبلية بمعرفة اعداد الدعاوي المرفوعة امام القضاء لمعالجة موضوع الحضانة بتحديد من هو أحق بها ، مسقطاتها ، امكانية استردادها ، وتنظيم المشاهدة للمحضون في المكان والزمان المناسب اللذان يتناسبان مع عمره وعمر الحاضن والمستوى اللذان يعيشان فيه .

٢- تحفيز الدور الايجابي والريادي للقضاء بكونه الفيصل في حسم الكثير من المنازعات القضائية التي تعرض امامه والتي يتوقف على إصدار احكامه القضائية الكثير من النتائج والآثار كمقدار نفقة الحضانة ومكان وزمان المشاهدة .

٣- اعداد الكوادر العلمية من الباحثين الاجتماعين ذوي العلم والخبرة والتواصل لتطوير المهارات بالدورات والبحوث والتقارير والتي يشاركون فيها او تعد من قبلهم ليس حصراً وقت عملهم الوظيفي بل التحفيز والاعداد المتواصل .

٤- اظهار الدور الحقيقي لمؤسسات الدولة المعنية بحماية الطفل اذا تعذر وجود من هو مكلف بحضانته او الانفاق عليه بتهيئة الدور والمؤسسات التي تتكفل بالتربية والتعليم والاعداد الى مرحلة بلوغ المحضون السن القانونية للرشد ، مع ضرورة التواصل مع هذه المؤسسات بالدعم المادي والمعنوي .

٥- تفعيل دور مؤسسات المجتمع المدني كنقابة المعلمين ، المحامين ، الصحفيين في أقامة الندوات والمؤتمرات والدورات التثقيفية لمعالجة ظاهرة اتساع مشكلة الطلاق او التفريق القضائي لاحتواء المشاكل والسلبيات التي تظهر بعد ذلك كالتشرد وحالة الضياع في حال فقدان احد الابوين او كلاهما .

٦- تحفيز دور المؤسسات التربوية والتعليمية دون اقتصاره على فكرة اعطاء المعلومة من اجل القراءة والكتابة او منح الشهادات بل العمل الى جانب ذلك على اعداد جيل مثقف واعي يستوعب الامور التي تحيط به ثم مواجهتها بالصبر وروح التحدي ، والانتقال من مرحلة اعداد البحوث والدراسات الى مرحلة التطبيق العلمي والعملي ، خاصة اذا ادركنا ان اكثر المجتمعات بداءت تتجه نحول العمل الوظيفي .

٧- الاهتمام برياض الاطفال ودور الحضانة بالدعم المادي والمعنوي المتواصل .

<u>هوامش البحث :</u>

(١) ابو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، ط/٢ ، المطبعة الاميرية بيولاق ، مصر ، ١٩٥٠ ، ص١٤٢ . د.رمضان علي السيد ود.جابر عبدالهادي سالم ، احكام الاسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٦ ، ص١٧٩ .

(٢) عمر فروخ ، الاسرة في الشرع الاسلامي ، بيروت ، ١٩٥١ ، ص١٠٤ .

(٣) الشرقاوي على شرح التحرير الشيخ الاسلام زكريا الانصاري ، ج٢ ، ص٣٣٨ .

(٤) د. أحمد الغندور ، الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي ، جامعة الكويت ، ١٩٧٢ ، ص٥٣٧ .

(٥) ابن عابدين في رسائلة ، دار البيروتي ، ج١ ، ص٢٦٤ .

(٦) فقه الامام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنيه ، ج٥ ، طبع دار العلم للملاين ، بيروت ، ص٣١٢ .

(٧) د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديلاته ، ج١ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، الناشر مكتبة السنهوري ، بغداد ، المتنبي ، ص٢١٤ .

(٨) د. ليلى عبدالله ، الشريعة الاسلامية وحقوق الطفل ، مجلة العدالة ، العدد ٣ ، ١٩٧٩ ، ص٩٣٨ .

(٩) للمزيد راجع فتح القدير ، ج٣ ، ص٣١٤ . الهداية ، ج٣ ، ص٣٧ . المبسوط للسر خسي ، ج٢ ، ص٢٠٧ . نهاية المحتاج ، ج٧ ، ص٢١٩. مسائل الخلاف ، ج٢ ، ص١٣١ . حاشية الدسوقي ، ج٢ ، ص٥٤٢ .

(١٠) القاضي عباس زياد السعدي ، القاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، ١٩٩٤ ، ص٢٤٣ .

(١١) قرار محكمة التمييز ٢٧١/ش/١٩٧٦ في ١٩٧٦/٥/٢٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١ السنة ٧ ، ١٩٧٦ .

(١٢) قرار محكمة التمييز ٣٥/ش/٧٣ في ١٩٧٣/١١/٤ ، النشرة القضائية ، العدد ٤ سنة ٤، ص١٧٦ .

(١٣) فقه المذاهب الاربع للجزيري ، ج٤ ، ص٥٩٨ ، الشرح للصغير بلغة السالك ، ج١ ، ص٤٨٩ . المغني ، ج٧ ، ص٦١٤ . البناية ، ج٤ ، ص٨٤٤ . د. احمد الغندور ، الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي ، ص٥٤٧ .

(١٤) النهاية للطوسي ، ١٩٧٠ ، ص٥٠٣ . فقه الامام جعفر الصادق ، ٣٢١/٥ . منهاج الصالحين ، السيد محسن الحكيم ، ١٩٦٩ ، ص٢١٧ . القاضي عباس زياد البياتي والقاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، ص٢٤٢ .

(١٥) قرار محكمة التمييز ٦٥/هيئة عامة موسعة ٧٤/٢ في ٧٤/١٢/٢١ ، النشرة القضائية ، العدد ٤ ، ١٩٧٤ .

(١٦) قرار محكمة التمييز ٤٩/هيئة عامة ٨٠/٢ في ١٩٨٠/٦/٧ ، مجموعة الاحكام العدلية ، ١٩٨٠/٢ ، ص٥٤.

(١٧) قرار محكمة التمييز ٤٢٣/ش/٨٠ في ١٩٨٠/٦/٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، ١٩٨٠/٢ ، ص٥٧ .

(١٨) قرار محكمة التمييز ٩٨٨٩/ت/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١١/٨ ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، العدد ١ ، ٢ لسنة ٢٠٠٥ ، ص٢٠٧ .

(١٩) د.عبدالستار حامد ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي ، احكام النكاح ، ط١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص١٦٥ . القاضي عباس السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ص٢٤٥ . القاضي سالم روضان الموسوي ، دراسات في القانون ، مؤسسة البينة للثقافة والاعلام ، ٢٠٠٩ ،ص٢٤ .

(٢٠) علاء الدين خروفه ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، المعارف ، ١٩٦٣ ، ص٢٥٥ .

(٢١) حسن الفكهاني المحامي ، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية ، ج٢ ، ص١٤٥ .

(٢٢) نائل ابراهيم قرقز ، اثر الاختلافات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الاحوال الشخصية ، دار النفائس ، ١٩٩٩ ، ص٧٧ .

(٢٣) قرار محكمة التمييز ٨١٤ رش / ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٧/٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد/٣ لسنة ١٠ ، ١٩٧٩ ، ص٤٣ .

(٢٤) القرار ٢٥٨/شرعية/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٤/١٥ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الاول .

(٢٥) القرار ٣٤٢/ش/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٥/٧ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الاول .

(٢٦) احمد نصرت الجندي ، الحضانة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، ١٩٩٨ ، ص٢٥ .

(٢٧) للمزيد ، رد المختار ، ج٣ ، ص٥٧ . نهاية المحتاج للرملي ، ج٧ ، ص٢١٩ . المدونه الكبرى ، ج٣ ، ص٣٥٧ . المغنى لابن قدامه ، ج٨ ، ص٤٩٧ . المحلي ، ج١٠ ، ص٣٢٣ . البحر الزخار ، ج٣ ، ص٣٨٤ . المسالك ، باب الاولاد . جواهر الكلام ومنهاج الصالحين للسيد الحكيم ، ج٢ ، ص٢١٧ .

(٢٨) قرار محكمة التمييز ١٧٢٨/هيئة موسعة١/٨٤-٨٥ في ١٩٨٥/٢/٢٧ ، ابراهيم المشاهدي ، قرارات قضائية ، احوال شخصية ، مطبعة اسعد ، بغداد ، ١٩٨٩، ص٩٩ .

(٢٩) قرار محكمة التمييز ١٤٠٧/ش/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٩/٣ ، ابراهيم المشاهدي ، قرارات قضائية ، احوال شخصية ، ص٣٣ .

(٣٠) قرار محكمة التمييز ١٥٢/ش/٢٠٠١ في ٢٠٠١/١/١٥ ، العدالة ، ٣ ، ٢٠٠١ ، ص٤٦ .

(٣١) قرار محكمة التمييز ٢٧٧٧/ش/٧٩ في ١٩٨٠/٢/٧ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١ ، ١٩٨٠ ، ص٣٢.

(٣٢) قرار محكمة التمييز ٢٥٦/ش/٦٥ في ٦٥/٦/١٦ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد ٣ ، ص١٩٨ .

(٣٣) قرار محكمة التمييز ٩٨٦٩/ش/٢٠٠٤ ، القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، ١ ، ٢٠٠٥ ، ص٢٠٣ .

(٣٤) قرار محكمة التمييز ٨١٢/ش/٧٩ في ١٩٧٩/٧/٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٤ ، سنة ١٠ ، ص٤٣.

(٣٥) قرار محكمة التمييز ٤٩٠ في ١٩٦١/١٠/٢١ ، باقر الخليلي ، تطبيقات قانون الاحوال الشخصية ، الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٤ ، ص٢٥١ .

(٣٦) حاشية ابن عابدين ، ج٢ ، ص٦٥٦ . المغنى ، ج٧ ، ص٦١٣ . فقه الامام الصادق ، ج٥ ، ص٣١٤ . القاضي عباس زياد السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ص٢٤٧ . محمد حسين فضل الله ، احكام الشريعة ، دار الملاك ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص٤٩٤ .

(٣٧) قرار محكمة التمييز ٢٨٣/ش/٧٧ في ٧٧/٢/١٩ ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، العدد ٣ ، ٤ لسنة ٣٢ ، ص١٩٢ .

(٣٨) قرار محكمة التمييز ٦٣٥/هيئة عامة/٧٩ في ١٩٨٠/٢/١٦، مجموعة الاحكام العدلية،العدد/١ لسنة١١، ص٣.

(٣٩) البناية ، ج٤ ، ص٨٤١ . فقه الامام الصادق ، ج٥ ، ص٣١٤ . مطالب اولى النهي في شرح غاية المنتهى ، ج٥ ، ص٦٦٨ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ، ج٢ ، ص٥٣٠ . فتح القدير ، ج٣ ، ص٣١٦ .

(٤٠) القاضي عباس السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ص٢٤٧ .

(٤١) د. بدرية العوضي ، مسائل مختاره من مشروع قانون الاحوال الشخصية الكويتي، الكويت، ١٩٨٢ ، ص٢٤.

(٤٢) ابن عادبدين ، رد المختار ، ج٢ ، ص٦٣٩ .

(٤٣) قرار محكمة التمييز ٢٥٩١/ش/٨٠ في ١٩٨٠/٤/١ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٢ ، ١٩٨٠ ، ص٥٦ .

(٤٤) قرار محكمة التمييز ١٤/ش/٧٤ في ١٩٧٤/١١/٩ ، النشرة القضائية ، العدد ٤ ، ١٩٧٤ .

(٤٥) قرار محكمة التمييز ، مجلة الاحكام العدلية ، العدد ١ ، ١٩٨٠ ، ص٣٣ .

(٤٦) قرار محكمة التمييز ٨٧٣/ش/٨٠ في ١٩٨٠/٥/٢٦ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٢ ، ١٩٨٠ ، ص٥٦.

(٤٧) قرار محكمة التمييز٢٨٩٦/ت/٩٩، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين،العدد ١ ، ٢ ٣ ، ٤ ، ١٩٩٩،ص٣٥١

(٤٨) انظر حاشية ابن عابدين ، ج٢ ، ص٦٥٦ . البحر الرائق ، ج٤ ، ص١٦٩ .

(٤٩) القاضيات عباس السعدي ، ومحمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ص٢٤١ .

(٥٠) تفصيل اكثر راجع قانون الرعاية الاجتماعية العراقي رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠ .

(٥١) قرار محكمة التمييز ٦٦/ت/٨٠ في ١٩٨٠/٢/١٨ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١ ، ١٩٨٠ ، ص٣٣ .

(٥٢) محمد زيد الابياني ، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، ج٢ ، ط١ ، مصر ، ١٩٥٩ ، ص٦٨ . مطالب اولى النهي في شرح غاية المنتهى ، ج٥ ، ص٦٦٨ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ، ج٢ ، ص٥٣٠ .

(٥٣) قرار محكمة التمييز ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١ ، ١٩٨٠ ، ص٣٤ .

(٥٤) د.بدران ابوالعينين بدران، حقوق الاولاد في الشريعة الاسلامية والقانون،مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٨٧، ص٧٤.

(٥٥) القاضيان عباس زياد السعدي ، القاضي محمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ص٢٥٧ ،

(٥٦) مغنى المحتاج للرملي ، ج٢ ، ص٤٥٢ . جواهر الكلام ، احكام الاولاد . الفتاوي الهندية ، ط١ ، ص٢٧١ . القاضيات زياد السعدي ومحمد حسن كشكول ، مصدر سابق ، ٢٥٧ . د.بدران ابو العينين بدران ، حقوق الاولاد في الشريعة والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨٧ ، ص٧٥ . د.عثمان التكروري ، شرح قانون الاحوال

الشخصية الاردني ، دار الثقافة ، ٢٠٠٧ ، ص٢٧٩ . قرار محكمة التمييز ٢٧٠/ش/٨٧ في ١٩٨٧/١٢/٢١ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٤ ، ١٩٨٧ .

(٥٧) محمد زيد الابياني ، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، ص٦٤ . رسائل ابن عابدين ، ج١ ، ص٢٦٥ . د.خالد رشيد الجميلي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية والقانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ص٣٨٨ . حسين خلف الجبوري ، الحضانة في الفقه الاسلامي ، مجلة كلية الدراسات الاسلامية ، العدد/٣ ، ١٩٧٠ ، ص٢١٥ .

(٥٨) قرار محكمة التمييز ٢٤٤٨/ش/٧٩ في ١٩٨٠/٢/٢٤ ، مجموعة الاحكام العدلية، العدد/١، ١٩٨٠ ، ص٣٨.

(٥٩) قرار محكمة التمييز ١٤٤٧/ش/٧٤ في ١٩٧٤/١١/١٥ ، النشرة القضائية ، العدد ٤ ، ص١١٢ .

(٦٠) قرار محكمة التمييز ٥٢١/ش/٨٢ في ١٩٨٢/٤/٢٠ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد/٢ ، ١٩٨٢ ، ص٤٧.

(٦١) قرار محكمة التمييز ٧٣٠/ش/٨٠ في ١٩٨٠/٧/٩ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد/٣ ، ١٩٨٠ ، ص١٦.

(٦٢) قرار محكمة التمييز ١١٩/ش/٦٤ في ١٩٦٤/٣/٤ ، ابراهيم المشاهدي ، قرارات قضائية الاحوال الشخصية ، ص١٠٦ .

(٦٣) عبدالفتاح ابراهيم بهنسي ، الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ، ص١٥ .

(٦٤) حاشية ابن عابدين ، ج٣ ، ص٥٧١ . القاضي عباس السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، مصدر سابق . عبدالفتاح ابراهيم بهنسي ، الاحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة ، مصر ، ص١٥ . د. محمد علي سويلم ، شرح قانون محكمة الاسرة ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٦ ، ص٢٩٤ .

(٦٥) قرار محكمة التمييز ١٠٢٠/ش/٨٧ في ١٩٨٧/١/١٤ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد/١، ١٩٨٨، ص٨٩.

(٦٦) قرار محكمة التمييز ١١٨/ش/٧٣ في ١٩٧٣/١١/١٤ ، النشرة القضائية ، العدد ٤ ، ١٩٧٤ ، ص١٨٩ .

(٦٧) قرار محكمة التمييز ١٨٩/ش/٧٧ في ١٩٧٧/١/٢٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١ ، ١٩٨٢ .

(٦٨) قرار محكمة التمييز ١١٩٣/ش/٧٦ في ١٩٧٦/١٠/١٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ٤ ، ط١ .

المصادر والمراجع

أ- المصادر من الكتب

١- أبو بكر الرازي ، *مختار الصحاح* ، ط٢ ، المطبعة الاميرية ، بولاق ، مصر ، ١٩٥٠ .

٢- ابراهيم المشاهدي ، *قرارات قضائية ، احوال شخصية* ، مطبعة اسعد ، بغداد ، ١٩٨٩ .

٣- ابن عابدين ، *رسائله* ، ج١ ، دار البيروني ، ١٩٦٤.

٤- ابن عابدين ، *رد المختار* ، ج٣ ، بولاق ، مصر، ١٢٨٦ هـ .

٥- ابن عابدين ، *حاشية* ، ج ٢ ، ط/٢ ، شركة مكتبة ومطبعة البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٦٦ .

٦- ابن الهمام ، *شرح فتح القدير* ، ج٣ ، بولاق ، مصر ، ١٣١٦ هـ .

٧- ابن قدامه المقددسي ، *المغني* ، ج٥ دار المنار ، ١٣٦٧ هـ .

٨- ابن حزم الظاهري ، *المحلي* ، ج١٠ ، بيروت .

٩- د. أحمد الغندور ، *الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي* ، جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .

١٠- د. احمد الكبيسي، *الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته* ، ج١، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٩ .

١١- احمد الدردير ، *الشرح الصغير على اقرب المسالك* ، ط١ ، المعارف ، مصر .

١٢- احمد نصرت الجندي ، *الحضانة في الشرع والقانون* ، دار الكتب القانونية ، ١٩٩٨ .
١٣- احمد بن يحيى المرتضى ، *البحر الزخار لمذاهب علماء الامصار* ، ج٣ ، السنة المحمدية ، ١٩٤٩ .
١٤- الدسوقي ، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير* ، ج٢ ، مطبعة الأزهرية ، مصر ، ١٣٤٥ هـ .
١٥- الامام مالك ، *المدونه الكبرى* ، ج٣ ، السعادة ، مصر ، ١٣٢٣ هـ.
١٦- الطوسي ، *مسائل الخلاف* ، النجف الاشرف الدينية ، ج٢ .
١٧- الطوسي ، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوي* ، ١٩٧٠ .
١٨- السيد محسن الحكيم ، *منهاج الصالحين* ، مطبعة العلمية ، النجف ، ١٣٨٢ هـ .
١٩- الشرقاوي على شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الانصاري ، ج٢ .
٢٠- المرغيناوي الراشداني ، *الهداية شرح بداية المنتهى* ، ج٢ ، الحلبي ، ١٩٦٥ .
٢١- السرخسي ، *المبسوط* ، ج٥ ، السعادة ، مصر ، ١٣٢٤هـ .
٢٢- السيوطي، *مطالب اولى النهي في شرح غاية المنتهى* ، ج٥ ، دمشق ، ١٩٦١.
٢٣- الشهيد الثاني زين بن علي بن احمد العاملي ، *مسالك الافهام في شرائع الإسلام ، الأولاد* .
٢٤- الرملي ، *نهاية المحتاج الى شرح المنهاج* ، ج٧ ، الحلبي ، ١٩٣٨.
٢٥- القاضي عباس زياد السعدي ، القاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، ١٩٩٤.
٢٦- الجزيري ، *فقه المذاهب الاربع* ، ج٤ ، ط٢ .
٢٧- المغني ، *البناية في شرح الهداية* ، ج٤ ،دار الفكر ، ١٩٨٠.
٢٨- القاضي سالم روضان الموسوي ، *دراسات في القانون* ، مؤسسة البينة للثقافة والاعلام ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
٢٩- باقر الخليلي ، *تطبيقات قانون الأحوال الشخصية* ، الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٤ .
٣٠- د. بدرية العوضي ، *مسائل مختارة من مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي* ، ١٩٨٢ .
٣١- د.بدران أبو العينين بدران ، *حقوق الأولاد في الشريعة والقانون* ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٩٨٧.
٣٢- حسن الفكهاني المحامي ، *موسوعة القضاء والفقه للدول العربية* ، ج٢ .
٣٣- د.خالد رشيد الجميلي ، *المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية والقانون* ، جامعة بغداد .
٣٤- شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، دار احياء الكتب العربية الحلبي ، مصر .
٣٥- د.عبدالستار حامد ، *احكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، احكام النكاح* ، ط١ ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٨٧ .
٣٦- عبدالفتاح ابراهيم بهنسي، *الأحوال الشخصية في تشريعاتها المتعددة* ، دار الاشعاع ، القاهرة ، مصر ، ١٩٨٣.
٣٧- د.عثمان التكروري ، *شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني* ، دار الثقافة ، ٢٠٠٧ .
٣٨- علاء الدين خروفه ، *شرح قانون الأحوال الشخصية* ، المعارف ، ١٩٦٣ .
٣٩- عمر فروخ ، *الأسرة في الشرع الإسلامي* ، بيروت ، ١٩٥١ .
٤٠- محمد جواد مغنية ، *فقه الامام جعفر الصادق* ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٦.
٤١- محمد حسين نصر الله ، *احكام الشريعة* ، دار الملوك ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
٤٢- محمد زيد الابياني ، *شرح الاحكام الشرعية في الأحوال الشخصية* ، ج٢ ، ط١ ، مصر ، ١٩٥٩ .
٤٣- د. محمد علي سويلم ، *شرح قانون محكمة الأسرة* ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٦ .

٤٤- نائل ابراهيم قرمز، *اثر الاختلافات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الأحوال الشخصية*، دار النفـــائس ، ١٩٩٩.

٤٥- نظام الدين وجماعه من علماء الهند ، *الفتاوي الهندية* ، ط٢ ، بولاق ، مصر ، ١٩١٠ .

ب- المصادر من المجلات العلمية

١- د. ليلى عبدالله ، "الشريعة الإسلامية وحقوق الطفل" ، *مجلة العدالة* ، العدد ٣ ، ١٩٧٩ .

٢- حسين خلف الجبوري ، "الحضانة في الفقه الإسلامي" ، *مجلة كلية الدراسات الإسلامية* ، العدد ٣ ، ١٩٧٠ .

ج- قرارات قضائية

١- مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، العدد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ، السنة ١٩٩٩ .