من لهم حق حضانة الصغير بخلاف الوالدين في الشرع والقانون

د. آمنه محمود شيت خطاب

كلية التربية للبنات /قسم علوم القران

The right little other than parents in custody Shara law

Dr . SAFE Mahmoud Shit speech
Girls College of Education / Department of Quranic sciences

ملخص البحث

لقد حظيت الأسرة المسلمة باهتمام كبير من قبل الشريعة الإسلامية ، لان الأسرة هي اللبنة الأولى للمجتمع ، فالمحافظة عليها يعد من أهم ركائز ومقومات المحافظة على المجتمع . وقد بين ديننا الإسلامي الحنيف قواعد تخص الأسرة .

ومن أهم مظاهر اهتمام الإسلام بالأسرة هي المحافظة على بذرة هذه الحياة الزوجية وهو الصغير وكيفية التعامل معه ، إذ قد تحصل مشاكل تؤدي إلى عدم قدرة الأبوين إتمام الحياة الزوجية وبالتالي حدوث الطلاق ،أو قد يتوفى احد الأبوين أو كلاهما فما هو مصير الصغير ؟ وموضوع البحث يدور حول من سيقوم بالاعتناء به ورعايته وهي ابسط حقوق هذا الصغير، وهي مسالة بديهيه. ولهذا فإن الحضانة في الإسلام لها أهمية خاصة، وخطورة بالغة، من أجل ذلك أوجبها الشرع .

ولقد اخترت موضوع الحضانة لغير الوالدين باعتبار أن الحاضن إما أن يكون الأب أو الأم وهذا شي بديهي .

لذا قررت أن اعرف من يتولى حضانة الصغير في حاله غياب والدية إن حصل أوان فقد احدهما أو كلاهما.

وما هي شروط هذا الحاضن سواء أكان امرأة أو رجل . لأنه لابد من معرفة من سوف يقوم بالعناية بالصغير وحمايته ومصالحه ولقد أخذت البحث من الناحية الشرعية والقانونية كما وبينت سن الحضانة في الشرع والقانون وشروط الحاضن ومسقطات الحضانة وعودتها.

Research Summary

Muslim family has received considerable attention by Islamic law, because the family is the first building block of society, Maintaining it is one of the most important pillars of the conservative elements of the society.

Has been among our Islamic religion rules pertaining to the family. One of the most interesting aspects of Islam, the family is to maintain seed this a little marital life and how to deal with him, because you might get problems lead to a complete lack of parental marital life and therefore the ability of the occurrence of divorce, or have one or both parents die, what is the fate of the small?

The research topic is about who will take care of him and is the simplest and sponsorship rights of this small, a matter of intuitive. That is why the nursery in Islam has a special importance, and extremely dangerous, in orderthatenjoinedShara.

I have chosen the subject of custody for non-custodial parents

considering that to be either the father or the mother, and this thing is obvious.

So I decided to take the little I know of incubation in the absence of parental time that happened was one of them or both. What are the terms of this custodial whether woman or man. Because he must know the will of the care and protection to the baby and interests, and I have taken the research is legitimate and legal, as indicated in the nursery age Shara law and the terms of the custodial and projectors custody and return

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين وشفيعنا يوم الدين أبي القاسم محمد صلى الله علية وسلم وعلى اله وصحبة أجمعين.

أما بعد ...

لقد حظيت الأسرة المسلمة باهتمام كبير من قبل الشريعة الإسلامية ، لان الأسرة هي اللبنة الأولى للمجتمع ، فالمحافظة عليها يعد من أهم ركائز ومقومات المحافظة على المجتمع . وقد بين ديننا الإسلامي الحنيف قواعد تخص الأسرة .

ومن أهم مظاهر اهتمام الإسلام بالأسرة هي المحافظة على بذرة هذه الحياة الزوجية وهو الصغير وكيفية التعامل معه ، إذ قد تحصل مشاكل تؤدي إلى عدم قدرة الأبوين إتمام الحياة الزوجية وبالتالي حدوث الطلاق ،أو قد يتوفى احد الأبوين أو كلاهما فما هو مصير الصغير ؟

وموضوع البحث يدور حول من سيقوم بالاعتناء به ورعايته وهي ابسط حقوق هذا الصغير، وهي مسالة بديهيه. ولهذا فإن الحضانة في الإسلام لها أهمية خاصة، وخطورة بالغة، من أجل ذلك أوجبها الشرع .

ولقد اخترت موضوع الحضانة لغير الوالدين باعتبار أن الحاضن إما أن يكون الأب أو الأم وهذا شي بديهي .

لذا ارتأيت اختيار هذا البحث لا اعرف من خلاله من يتولى حضانة الصغير في حاله غياب والدية إن حصل أوان فقد احدهما أو كلاهما.

وما هي شروط هذا الحاضن سواء أكان امرأة أو رجل . لأنه لابد من معرفة من سوف يقوم بالعناية بالصغير وحمايته ومصالحه ولقد أخذت البحث من الناحية الشرعية والقانونية كما وبينت سن الحضانة في الشرع والقانون وشروط الحاضن ومسقطات الحضانة وعودتها.

ولقد قسمت بحثي إلى مباحث وكل مبحث احتوى على مطالب على النحو الأتي:

المبحث الأول تعريف الحضانة في اللغة والشرع والقانون.

المطلب الأول تعريف الحضانة لغة .

المطلب الثاني تعريف الحضانة من الناحية الشرعية .

المطلب الثالث تعريف الحضانة في القانون العراقي .

المبحث الثاني سن الحضانة في الشرع والقانون .

المطلب الأول سن الحضانة في الشرع .

المطلب الثاني سن الحضانة في القانون .

المبحث الثالث شروط الحضانة للمرأة والرجل الحاضن في الشرع والقانون

المطلب الأول شروط المرأة والرجل الحاضن في الشرع

المطلب الثاني شروط الرجل والمرأة الحاضن في القانون .

المبحث الرابع من لهم حق الحضانة بخلاف الوالدين في الشرع والقانون .

المبحث الخامس مسقطات الحضانة وعودة الحضانة .

المطلب الأول مسقطات الحضانة.

المطلب الثاني عودت الحضانة . ثم الخاتمة وفيها أهم التوصيات ثم المصادر والمراجع .وفي الختام اسأل الله تبارك وتعالى أن يوفقني في عملي هذا وهو جهد متواضع فما أصبت به فمن الله وما أخطأت فيه فمن نفسي .

المبحث الأول

التعريف بمصطلح الحضانة في اللغة والشرع والقانون .

المطلب الأول :تعريف الحضانة في اللغة

فَالْحِضْنُ مَا دُونُ الْإِبِطِ إِلَى الْكَشْحِ *؛ يُقَالُ احْتَضَنْتُ الشَّيْءَ جَعَلْتُهُ فِي حِضْنِي[1].وَ(حَضَنَ) الطَّائِرُ بَيْضَهُ مِنْ بَابِ نَصَرَ وَدَخَلَ إِذَا ضَمَّهُ إِلَى نَفْسِهِ تَحْتَ جَنَاحِهِ. وَ(حَضَنَتِ) الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا (حَضَانَةً) .وَ(حَاضِنَةُ) الصَّبِيِّ الَّتِي تَقُومُ عَلَيْهِ فِي تَرْبِيَتِهِ. وَ(احْتَضَنَ) الشَّيْءَ جَعَلَهُ فِي حِضْنِهِ.[2]، وَالْجَمْعُ أَحْضانٌ؛ وَمِنْهُ الاحْتِضانُ، وَهُوَ احتمالُك الشيءَ وجعلُه في حِضْنِك كَمَا تَحْتَضِنُ المرأَةُ وَلَدَهَا فَتَحْتَمِلُهُ فِي أَحد شِقَّيْها وحِضْنُ الْجَبَلِ: مَا يُطيف بِهِ، وحِضْنُه وحُضْنُه أَيضاً: أَصْلُه. وحضْنا الرَّجُل: جَنْباه. وحِضْنا الشَّيْءِ: جَانِبَاهُ. وَنَوَاحِي كُلِّ شَيْءٍ أَحْضانُه .

والمَحاضنُ: المواضعُ الَّتِي تَحْضُن فِيهَا الْحَمَامَةُ عَلَى بَيْضِهَا، والواحدُ مِحْضَن. وحضَنَ الصبيَّ يَحْضُنه حَضْناً: ربَّاه. والحاضِنُ والحاضِنةُ: المُوَكَّلانِ بالصبيِّ يَحْفَظانِهِ ويُرَبِّيانه .

وحُضّانٌ: جمعُ حاضِنٍ لأَن المُرَبِّي والكافِلَ يَضُمُّ الطِّفْلَ إِلى حِضْنِه . [٣]

المطلب الثاني الحضانة في الشرع :

لقد اختلف في تعريف الحضانة وسوف أقوم بذكر تعريفات جميع المذاهب كلا على حدة ثم ترجيح الأصح منها:

فقد عرفها ابن عابدين: وهو من فقهاء المذهب الحنفي: بأنها تربية الولد لمن له الحق في الحضانة. [٤]

أما فقهاء الشافعية : فقالوا إن الحضانة حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره ، وربطه في المهد وتحريكه لينام . [٥]

أما المالكية: فيرون إن الحضانة هي صيانة العاجز، والقيام بمصالحة فهي الكفاءة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ،ومصالحه من طعام ولباس وتنظيف.[٦]

وقال الحنابلة: إن الحضانة كفاية الطفل وحفظه من الهلاك والإنفاق عليه.[٧]

أما الامامية فيرون أن الحضانة:هي الولاية والسلطة على تربية الطفل من امور حفظه وتنظيفه.[٨]

وعرفها الظاهرية بأنها: النظر للصغير أو الصغيرة بالأحوط في دينهما ثم دنياهما، فإذا بلغا السن المحدد ، و مبلغ الفهم فلا حضانة.[٩] إذا فالحضانة شرعا عند اغلب المذاهب : **هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه** والتعريف الأقرب للدقة هو تعريف الشافعية لأنة تعريف عام يشمل الصبي والمجنون والمعتوه بعكس الحنفية، فالحضانة فقط تختص بالصغير.

فمقتضى الحضانة عندهم: حفظ المحضون وإمساكه عما يؤذيه وتربيته لينمو. وذلك بالتعهد بطعامه وشرابه وغسل ثيابه ، وكذلك التعهد بنومه ويقظته ،فهو شامل لكل ما يخص المحضون. ولابد هنا من القول إن هذه التعريفات هي عامة في حضانة الوالدين وغيرهما .

المطلب الثالث :الحضانة من الناحية القانونية

يعتبر قانون الأحوال الشخصية من القوانين المهمة التي لها مساس بحياة الناس فهو القانون الذي يعنى بشأن الأسرة ويضع القواعد القانونية التي تكفل حل كل الإشكالات التي تواجه الأسرة في الحياة العملية ، فمسائل الزواج والطلاق والنفقة والعدة والحضانة وغيرها تدخل في صميم حياة الناس اليومية . لذلك نجد أن مشرعي قوانين الأحوال الشخصية في مختلف بلدان العالم يحاولون جاهدين وضع قوانين محكمة ومتماسكة ودقيقة ويحاولون الارتقاء بها عن

النقص أو الخطأ ، وذلك من خلال صياغة نصوصها صياغة واضحة ودقيقة وبلغة قانونية سليمة .

وقد جاء المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ و تعديلاته بأحكام تناولت الحضانة وذلك بعد أن استخلص منها الآراء الفقهية التي رأى أنها تحقق مصلحة المحضون ، وجمع هذه الأحكام بما ينسجم مع واقع المجتمع العراقي والتطور الحاصل فيه . وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على (١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون) .[١٠]

و الحضانة هي أمانة ، فالطفل المحضون هو أمانة لدى الحاضن سواء كانت الأم أو الأب أو غيرهما مما يستلزم مراعاته و المحافظة عليه ، فإذا شعر الحاضن انه عاجز عن التربية الكافية و الرعاية التامة له وجب عليه أن يضع هذه الأمانة في يد تقوى على رعايتها و صيانتها و من هنا وجب على ولي الطفل كما هو واجب القضاة أن يراعوا دائما في موضوع الحضانة مصلحة المحضون فقط ، و هي تربية جسمه و عقله و بدنه دون الالتفات إلى أي اعتبار آخر . إذ أن رعاية و حماية الطفل هي الغاية المقصودة من الحضانة .[١١]

وقد توصلت من خلال البحث في القانون العراقي والذي يواخذ علية انه لم يتناول مسالة الحضانة إلا في المادة ٥٧ بفقراتها على الرغم من أهمية الحضانة .

فالمسالة جديرة بالاهتمام والمتابعة وإيجاد الحلول وأن القانون اعتمد في احكامة على الفقه والاجتهاد وبالتالي وبعد البحث وجدت إن معنى الحضانة هو: أمساك الولد وإيواءه ورعايته وتربيته وصيانته وكفالته والقيام بعنايته في المدة التي يحتاج فيها إلى النساء .[١٢]

المبحث الثاني
سن الحضانة في الشرع والقانون .

المطلب الأول :سن الحضانة في الشرع .

المقصود بسن الحضانة هي وقت بدء الحضانة وهي الفترة الزمنية التي تبدأ منذ حاجة الطفل للرعاية أي من وقت ولادته حيا .

ولقد اختلف الفقهاء في تحديد سن الحضانة :

قالت الأحناف حضانة الصغير تبدأ منذ ولادته حيا حتى يستغني عن خدمة غيره بحيث يقوم بمفرده بحاجاته الأولية من أكل وشرب ولبس وقدروها بسبع سنوات، وبذلك تنتهي حضانة النساء وتبدأ حضانة الرجال حتى يبلغ الرشد ، وبهذا تنتهي الولاية بالبلوغ والعقل واستدلوا بقوله تعالى ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[١٣] وهذه بالنسبة للذكر.

أما بالنسبة للأنثى فقد اختلف فيها الحنفية فمنهم من قال تسع سنين، ومنهم من قال إحدى عشرة سنة وبعد ذلك تنتقل الحضانة للأب.١٤

و رأي المالكية إن الغلام يبقى عند أمه أو من يحل محلها حتى يبلغ رشده ثم يذهب إلى من يشاء، وهذا بالنسبة للذكر .

أما البنت فتبقى عند أمها أو من يحل محلها حتى تتزوج فان طلقها زوجها استمرت حضانة أمها أو من يحل محلها . [١٥]

ورأي فقهاء الشافعية ليس للحضانة مدة معلومة فيبقى الصغير عند أمه حتى يميز ومن ثم يمكنه إن يختار بين احد أبويه أو من يحل محلهما.[١٦]

أما رأي الحنابلة فمدة الحضانة هي سبع سنين للذكر والأنثى وبعدها يخير بين أمه أو أبيه أو من يحل محلهما .[١٧]

أما الامامية فلهم رأيان : الرأي الأول رأي متقدم مفاده الأم أحق بحضانة الصبي الذكر مدة الرضاع وهي عامان ،والبنت سبع سنوات بعدها ينتقل الحق إلى الأب وفي رأي متأخر إن مدة الحضانة سبع سنوات ذكر كان أم أنثى.[١٨]

والراجح عندي هو رأي المالكية وهو بقاء البنت عند أمها حتى يتسلمها زوجها؛ لأن الأم أشفق بكثير من غيرها حتى من الأب، لأنه سيخرج ويقوم بمصالحه وكسبه، وتبقى هذه البنت في البيت، ولا نجد أحداً أشد شفقة وأكثر حناناً من الأم، حتى جدتها أم أبيها ليست كأمها، إلاّ إذا خشينا عليها الضرر في بقائها عند أمها، كما لو كانت أمها تهملها، أو كان البلد غير امن يُخشى أن يسطو أحدٌ عليها وعلى أمها، ففي هذه الحال يتعين أن تكون عند الأب أومن يقوم مقامه ممن له حق الحضانة بخلاف الوالدين.

أما بالنسبة للذكر ، فالذكر من سبع سنين حتى الرشد يكون عند من اختار، وبعد الرشد فإنه يملك نفسه فلا سيطرة لأحد عليه، لا أبوه ولا غيره، لكن مع ذلك إذا خيف عليه من الفساد يجب أن تُجعل الرعاية لأبيه، والذي يجعلها للأب هو الحاكم الشرعي، لكن الأصل أن الأب لا يلزمه بالبقاء عنده إن كان بالغاً رشيداً.والله اعلم .

المطلب الثاني سن الحضانة في القانون :

حدد القانون العراقي مدة الحضانة بعشر سنوا ت وهي المرحلة الأولى سواء أكان المحضون ذكرا أو أنثى [١٩] فقال المشرع: (للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر و للمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها و الشعبية إن مصلحة الصغير تقضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته) .٢٠

هذه الفقرة تشير إلى أن للأب إن يشرف على شؤون المحضون وتربيته ولو كان لدى الحاضنة. فله أن يشرف على تربية و تقويم سلوكه و أخلاقه و يرعى صحته و يراقب مسيرته في دراسته. و الأب قبل بلوغ الصغير سن العاشرة لا يستطيع أن يطالب الحاضنة بتسليم المحضون ما دامت محتفظة بشروط الحضانة ، أما إذا فقدت احد تلك الشروط المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ عندئذ يسلم المحضون إلى أبيه و لو لم يبلغ العاشرة من عمره إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك . إما إذا كانت الحاضنة محتفظة بشروط الحضانة و أتم الولد العاشرة من عمره وأقام الأب الدعوى مطالبا بضم ولده إليه لانتهاء سن الحضانة و دفعت الحاضنة بان مصلحة المحضون تقتضي بإبقائه لديها لمرضه أو لأي سبب آخر مقنع يقضي بإبقاء الولد لديها عندئذ تستطيع المحكمة الاستعانة باللجان الطبية أو الشعبية للتأكد من توفر الأسباب المذكورة فإذا وجدت إن مصلحة المحضون تقضي بإبقائه لدى حاضنته فتقرر المحكمة تمديد حضانته و لها أن تمددها لسنة أو لسنتين أو لحين إكمال المحضون الخامسة عشرة من العمر مراعية في ذلك مصلحة الصغير .

وقد قضت محكمة تمييز العراق بقرارها المرقم ٥١/موسعة أولى/٩٢ في ١٩٩٢/٣/١٥ بأنه (على محكمة الموضوع ، قبل أن تقضي بإسقاط حضانة المدعى عليها على من هم في حضانتها إن تقرر إحالة المحضونين على اللجنة الطبية المختصة لمعرفة ما إذا كانوا يتضررون من مفارقتهم لحاضنتهم من عدمه لان الحضانة تقرر لمصلحة المحضون(المادة ٧/٥٧) قانون الأحوال الشخصية).[٢١]

وقضت في قرار آخر بالرقم ١٧٢٠/شخصية أولى/٢٠٠٦ و المؤرخ في ٢٠٠٦/٥/٢٨ بان (الأصل في الحضانة مراعاة مصلحة الصغير قبل أي اعتبار آخر مما كان الواجب التحقق فيما يتضرر المحضونين من مفارقة المميز / المدعى عليه و هل ان مصلحتهم مع المدعية / المميز

عليها أم مع المدعى عليه / المميز ' و ذلك بإحالتهم إلى اللجنة الطبية المختصة مع الأطفال لبيان هذه الجهة و من ثم إصدار القرار على ضوء ذلك) . [٢٢]

وكذلك قضت محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم ٢٠٧/موسعة أولى/٨٩ و المؤرخ في ١٩٨٩/١١/٢ بأنه (إذا بين ممثل اللجنة الطبية النفسية و العقلية و العصبية بان اللجنة درست موضوع حضانة الطفلة من الناحيتين النفسية و الاجتماعية و شخصية الأطراف المتنازعة على الحضانة و أصدرت قرارها بعد ان أخذت بكل تلك الاعتبارات فيتعين الأخذ بقرار هذه اللجنة لأنها المرجع الأعلى لبقية اللجان الطبية).[٢٣]

وبشأن كيفية تحديد عمر المحضون قضت محكمة تمييز العراق بقرارها المرقم ١٠٣/شرعية/١٩٧٤والمؤرخ في ١٩٧٤/١٢/١٧ بان(إذا لم يكن المحضون مسجلا في سجلات النفوس و لم يستخرج له بيان ولادة فيعول في تقدير عمره على تقرير اللجنة الطبية) .[٢٤]

وقضت أيضا محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٣٧٥١/شخصية أولى /٢٠٠٨ و المؤرخ في ٢٠٠٨/١٢/٣١ بأنه (إذا كان المحضونان بسن الحضانة و بحاجة إلى الأم فهي الأحق بحضانتهما ما دامت محتفظة بشروط الحضانة) .[٢٥]

وقضت أيضا نفس المحكمة بقرار آخر بالعدد ٤٠٠٥/شخصية أولى/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٣١ بأنه (إذا كان المحضون في سن الحضانة و الأم لا زالت محتفظة بشروط الحضانة فعلى المحكمة الحكم باستمرار حضانتها له) .[٢٦] وهذه هي المرحلة الثانية من الحضانة والتي بدأت بعد سن العاشرة الى سن الخامسة عشر.

اما المرحلة الثالثة:

تبدأ من سن الخامسة عشر إلى تمام الثامنة عشر من العمر وهي نص المادة ٤/٥٧ في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث ورد فيها(إذا أتم المحضون الخامس عشر من العمر يكون له حق الاختيار بالإقامة مع من يشاء من أبويه أو احد أقاربه لحين إكمال الثامن عشر من عمره إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار) .[٢٧]

المبحث الثالث

شروط الحضانة للمرأة الحاضنة والرجل الحاضن في الشرع والقانون .

المطلب الأول : شروط المرأة والرجل الحاضن في الشرع

لقد اتفق الفقهاء جميعا على هذه الشروط واختلفوا في الجزئيات وسوف اذكر الشروط العامة التي تخص المرأة الحاضن على حدة ثم الشروط الخاصة بالرجل الحاضن .

أ- الشروط العامة للمرأة الحاضنة في المذاهب الفقهية :

١. العقل والبلوغ قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء على انه يشترط في الحاضنة أن تكون عاقلة بالغة' أمينة عفيفة لا فاجرة ، ولا تهمل رعاية الطفل ، والغاية من هذه الصفات مصلحة الطفل صحيا وخلقيا و هذه الشروط معتبرة أو مطلوبة في الحاضنة.

فلا تثبت الحضانة للصبية الصغيرة وخالفهم المالكية قالوا بان الصبية المميزة إذا كانت مستوفية لجميع الشروط استحقت الحضانة [٢٨]، ولا تثبت الحضانة للمجنونة ،أو المعتوهه لأن هؤلاء عاجزات عن إدارة أمورهم وفي حاجة لمن يحضنهم فلا توكل إليهم حضانة غيرهم وهذا باتفاق الفقهاء. [٢٩]

٢. إسلام الحاضنة فلا حضانة للكافرة وهذا رأي جمهور الفقهاء من الشافعية.[٣٠]

أما الحنفية والمالكية فيرون عدم التفريق بين المسلمة والكافرة بالحضانة إلا أن تكون مرتدة لأنها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة [٣١]

أما غير المسلمة كالكتابية فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة قال الحنفية: ما لم يعقل المحضون الدين أو يخشى أن يألف الكفر فإنه حينئذ ينزع منها ويضم إلى أناس من المسلمين [٣٢] لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا ينزع منها وإنما تضم الحاضنة لجيران مسلمين ليكونوا رقباء عليها [٣٣]

٣. ألا تكون الحاضنه مريضه مرض معد أو منفر يتعدى ضرره إلى المحضون كالجذام والبرص وشبه ذلك من كل ما يتعدى ضرره إلى المحضون.[٣٤]

٤. الأمانة في الدين . قال ابن عابدين: الحاصل ان الحاضنة إن كانت فاسقة فسقاً يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها في حضانته، وقال الدسوقي: الحاضن محمول على الأمانة حتى يثبت عدمها وهذا باتفاق الفقهاء .[٣٥]

٥.أمن المكان بالنسبة للمحضون الذي بلغ سناً يخشى عليه فيه فساد أو ضياع ماله فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعابثون. وقد صرح بهذا الشرط المالكية. [٣٦]

٦. القدرة على القيام بشأن المحضون فلا حضانة لمن كان عاجزاً عن ذلك لكبر سن أو مرض يعوق عن ذلك أو عاهة كالعمى والخرس والصمم أو كانت الحاضنة تخرج كثيراً لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعاً فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعني بالمحضون ويقوم على شئونه فحينئذ لا تسقط حضانتهم. [٣٧]

٧. عدم زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون : اتفق الفقهاء إن الأم المطلقة المنقضية عدتها في الطلاق تسقط حضانتها لولدها الصغير إذا تزوجت بأجنبي, وإذا طلقته ثبت لها حق المطالبة

بالحضانة أما إذ كان الزوج ذي رحم محرم مثل عم المحضون أوجده يكون لها حق الحضانة [٣٨]أما الأمامية فقالوا تسقط حضانتها بالزواج مطلقا سواء كان الزوج رحما أم أجنبيا .[٣٩]

ب.الشروط الخاصة بالرجل الحاضن :

١.أن يكون عصبة للطفل كالأب والجد .

٢.إن يكون ذا رحم محرم إذا كانت المحضون أنثى فليس لابن عم حضانة ابنة عمه ولقد اختلف فيها على حالتين:

الحالة الأولى:إذا كانت المحضونة صغيرة غير مشتهاة و هي ما دون السابعة، فقد ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة و بعض الأحناف [٤٠] إلى أنه لا يشترط في هذه الحالة أن يكون الحاضن ذا رحم محرم من الصغيرة.

بينما ذهب بعض الأحناف[٤١] و هو وجه عند الشافعي [٤٢] ، إلى اشتراط أن يكون الحاضن ذا رحم دون نظر إلى سن الصغيرة حتى لو كانت غير مشتهاة، و ذلك سداً لذريعة الفتنة.

الحالة الثانية:إذا كانت الصغيرة مشتهاة أو مطيقة للوطء كأن تكون في السابعة فأكثر كما نص الحنابلة [٤٣].

هناك بعض الحالات أجاز فيها بعض الفقهاء ألا يكون الحاضن محرماً للمحضونة، حيث أجاز فقهاء الحنفية للقاضي أن يسلم المحضونة إلى ابن عمها إذا لم يكن هناك عصبة يقوم بالحضانة غيره، و لكن بشرط أن يكون مأمونا عليها، و لا يخشى عليها الفتنة منه.

يقول ابن عابدين:(و إن لم يكن للجارية غير ابن العم فالاختيار للقاضي، إن رآه أصلح ضمها إليه، و إلا توضع في يد أمينة) [٤٤].

كما أجاز الشافعية أن تسلم لغير المحرم إذا كان عنده ثقة ترافقها كابنته أو أخته متى أمنت الخلوة، فتسلم الصغيرة إلى المرأة، و يقوم هو برعايتها ، هم بذلك يقررون أن أصل حقه في الحضانة لا يسقط لكن يسلم إلى امرأة ثقة ، يقوم هو برعايتها و العناية بها.[٤٥]

يقول الرملي: (ولا تسلم إليه) أي غير المحرم (مشتهاة) لأنه يحرم عليه نظرها (يعينها)و لو بأجرة من ماله لأن الحق له في ذلك، و له تعيين نحو ابنته [٤٦].

و كذا أجاز الحنابلة تسليم المحضونة لحاضن غير محرم إذا تعذر غيره بشرط أن يكون ثقة. [٤٧]

٣.اتحاد الدين الذي يثبت التوارث بينهما ، فلا حضانة لكافر على طفل مسلم .

٤.اشتراط إن يكون الحاضن رشيدا فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يضيع مال المحضون .[٤٨]

٥.يشترط إن يكون عند الحاضن من يحضن الرضيع من الإناث كزوجة أو خادمة واشترط المالكية في الحاضن الذكر كالأب و غيره أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء

كزوجة، أو أم ، أو خالة ، أو عمة، أو خادمة، أو متبرعة، لأن الرجل لا يقدر على تحمل رعاية الأطفال كما تقوم به النساء، فإن لم يكن عند الرجل الحاضن من النساء من تقدر على القيام بحق الحضانة للصغير، فلا حق له في الحضانة. [٤٩]

وهناك مسالة يجب ذكرها إن لكل قاعدة شواذ حيث يمكن للأب حضانة أولاده ورعايتهم أفضل من الأم خاصة إذ كان سلوك الأم غير أخلاقي مما يوثر على ابنائة أخلاقيا فكان للمحكمة أن تستجيب للأب وتسقط الحضانة عن الأم وذلك بعد ثبوت سلوكها المشين وقبل ذلك يجب أن يعلم الجميع ان الحضانة أمانة، وأن الله أمرنا أن نؤدي الأمانة إلى أهلها، فمن كان مستحقاً للحضانة، ولكنه يعلم أنه سيضيع حق المحضون أو يعرضه للخطر، وجب تنازله وان كان الشرع والقانون معه .

فنجد ان المحاكم الشرعية في السعودية، تتبنى مفهوم "الحضانة لمصلحة المحضون"، وبناء عليه فهو لا يحكم بالحضانة بشكل مطلق للأم ولا للأب، بل ينظر في ذلك إلى مصلحة المحضون النفسية والعاطفية والاجتماعية ونحوها، وبناء عليه يُقضى بالحكم.

كما وإن الفقرة (٧) من المادة (٥٧) أحوال شخصية قد حددت التتابع أو التوالي في حضانة الطفل، إذ اعتبرت الأصل في الحضانة للام وان تخلف عنها شرط من شروطها كحاضنة أو إذا توفت ، فان من يليها هو الأب على وفق النص المذكور، فيكون الأصل في الحضانة بعد الأم للأب، ولغيرهم الاستثناء الذي أشارت إليه الفقرة المذكورة أعلاه عندما تجد إن مصلحة الطفل تستوجب ذلك، لذا فان المحكمة ترى بان مصلحة الطفل الفضلى أن ينشئ في جو أسرته وتحت رعاية وكنف والده، الذي لم يظهر للمحكمة أي مؤشر على انه غير مؤهل ليكون حاضنا، أو إن أسرته فيها ما يخشى على تربية الطفل، أو ما يؤشر سلبا على سلوكه الاجتماعي، كما إن الطفل في عمر تجاوز فيه سن الرضاعة ، وبالطلب قرر الحكم بإلزام المدعى عليها الثانية تسليم الطفل (ح ، ع ، خ)إلى المدعي ومنع معارضتها له بحضانته وتحميلها الرسوم والمصاريف وأتعاب محاماة لوكلاء المدعي استنادا لأحكام المواد ٧/٥٧ أحوال شخصية .

المطلب الثاني : شروط المرأة والرجل الحاضن في القانون

أ- شروط الحضانة بالنسبة للمرأة الحاضنة في القانون :

١. البلوغ والعقل: وهو ما نصت علية الفقرة الثانية من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على انه (يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون و صيانته). [٥٠]

٢. الأمانه : والمقصود هو عدم ترك الصغير دون عناية أو إيذائه جسديا أو نفسيا فالحاضنة التي تخرج اغلب الوقت لا يوجد لديها مجال لرعاية المحضون وهذا يجعله عرضة للضياع فقد ورد في قرار التمييز المرقم ٦٥٣/هيئة عامة /١٩٧٥ في ١٦-٢-١٩٨٠ (إذا كان دين الحاضنة يختلف عن دين المحضون فتكون غير أمينه عليه وبذلك تفقد احد شروط الحضانة) .[٥١]

٣. غير متزوجة بأجنبي على المحضون،فقد نص القانون بالقرار التمييزي المرقم ٢٤٩ / شخصية ١٩٧٩ في ٨-٥- ١٩٧٩(يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على رعاية المحضون وصيانته غير متزوجة بأجنبي عن المحضون).[٥٢]

٤. القدرة على تربية المحضون وصيانته فيشترط في الحاضنة القدرة على القيام بشؤون المحضون وتحمله أعبائه ولعل اعتلت صحة الحاضنة أو إصابتها بعاهة أو لعجز أقعدها أو لعمى لحقها أو لشيخوخة تعجزها عن القيام بتربية المحضون فقد ورد بالقرار التمييزي ٢٧٧٧/شخصية /١٩٧٩ في ٧-٢-١٩٨٠(إذا كانت جدة الصغير مكفوفة البصر فتعتبر غير قادرة على تربية الصغير وحمايته ولا يحق لها الحضانة) .[٥٣]

٥. اختلاف الدين : قضت الهيئة العامة لمحكمة تمييز العراق بقرارها رقم ٦٣٥/هيئة عامة/١٩٧٩ في ١٩٨٠/٢/١٦ بان (اختلاف الدين يسقط حق الحضانة) حيث (وجد إن الحكم المميز مخالف لأحكام الشرع و القانون ذلك أن المدعى عليها مطلقة المدعي و في حضانتها الصغيرين و حيث ان المدعى عليها غير أمينة على دين الصغيرين نظرا لاختلاف دينها عن دينهما و بذلك فقد فقدت احد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشـــخصية رقم ١٨٨ لســـنة ١٩٥٩ المعدل).[٥٤]

٦. خالية من الأمراض : و قررت محكمة تمييز العراق بقرارها رقم ٤٩٠ في ١٩٦١/١٠/٢١ (بان الحكم بإلزام المدعى عليها بتسليم ابن أخيها الصغير (ر) إلى المدعية المميز عليها جدته لامه لإصابة أم الصغير المذكور التي أدخلت في الدعوى شخصيا ثالثا بالتدرن الرئوي و عدم إمكانية رعاية الصغير صحيح فقرر بالاتفاق تصديقه) .[٥٥]

ب -شروط الحضانة بالنسبة للرجل الحاضن في القانون :

إن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل أورد الشروط العامة للحضانة التي يجب توفرها في الحاضنة ولم يجعل تلك الشروط شاملة للرجل الحاضن وعليه يكون : .[٥٦]

١- العقل والبلوغ وهي نفس الشروط الوارده في الفقرة الثانية من المادة ٥٧ أحوال شخصية هو الشرط الأساسي وان لم يذكره المشرع صراحة (يشترط ان تكزن الحاضنة عاقلة بالغة امينة...الخ)

٢. القدرة والامانة ولقد نصت المادة ٥٧ على :(لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٥٧ لقانون الأحوال الشخصية تشترط في الحاضن والحاضنة الأمان والقدرة على تربية المحضون وصيانته). [٥٧]

٣. إن لا يكون الحاضن مبتلى بمرض فيه ضرر على المحضون وهذا ما ورد بالقرار التمييزي ٣٤٩/شرعية م١٩٧٤ في ٧-٧- ١٩٧٤ . [٥٨]

٤. يجب إن يتوفر للحاضن مقر سكن معلوم كما ورد بالقرار التمييزي المرقم ٣٣٠٥ /شخصية/٢٠٠٨ في ٢٨-٩-٢٠٠٨ . [٥٩]

المبحث الرابع
ترتيب من لهم حق الحضانة بخلاف الوالدين في الشريعة والقانون .

المطلب الأول: ترتيب من لهم حق الحضانة بخلاف الوالدين حسب المذاهب الإسلامية .

لقد رتب فقهاء الحنفية من لهم حق الحضانة كالأتي :

أ-حضانة النساء عدا الأم :

١- الجدة من إلام .

٢- الجدة من جهة الأب وإن علت، تقدم القربى على البعدى.

٣- الأخت الشقيقة (وهي الأخت لأب وأم).

٤- الأخت لأم .

٥-الأخت لأب .

٦- بنت الأخت الشقيقة.

٧- بنت الأخت لأم.

٨- الخالة الشقيقة، وهي أخت الأم لأمها وأبيها.

٩- الخالة لأم، وهي أخت الأم لأمها فقط.

١٠- الخالة لأب، وهي أخت الأم لأبيها فقط.

١١- بنت الأخت لأب.

١٢- بنت الأخ الشقيق.
١٣- بنت الأخ لأم.
١٤- بنت الأخ لأب.
١٥- العمة الشقيقة، وهي أخت الأب لأبيه وأمه.
١٦- العمة لأم، وهي أخت الأب لأمه فقط.
١٧- العمة لأب، وهي أخت الأب لأبيه فقط.
١٨- خالة الأم، الشقيقة، وهي أخت الجدة لأم أبيها وأمها.
١٩- خالة الأم لأم، وهي أخت الجدة لأم لأمها فقط.
٢٠- خالة الأم لأب، وهي أخت الجدة لأم لأبيها فقط.
٢١- خالة الأب الشقيقة، وهي أخت الجدة لأب لأبيها وأمها.
٢٢- خالة الأب لأم، وهي أخت الجدة لأب لأمها فقط.
٢٣- خالة الأم لأم، وهي أخت الجدة لأب لأبيها فقط.
٢٤- عمة الأم الشقيقة، وهي أخت الجد لأم لأمه وأبيه.
٢٥- عمة الأم لأم، وهي أخت الجد لأم لأمه فقط.
٢٦- عمة الأم لأب، وهي أخت الجد لأم لأبيه فقط.
٢٧- عمة الأب الشقيقة، وهي أخت الجد لأب لأمه وأبيه.
٢٨- عمة الأم لأم، وهي أخت الجد لأب لأمه فقط.
٢٩- عمة الأم لأب، وهي أخت الجد لأب لأمه فقط. [٦٠]

ب – حضانة العصبات :إن أول العصبات استحقاقا للحضانة بعد الاب هو الجد ثم أبو الأب ثم الأخ الاكبر.ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب و أم .فتكون الحضانة لهم على الترتيب الذي في باب الإرث . [٦١]فان تساوى من لهم حق الحضانة فان الاختيار يكون على الورع ثم الكبر .[٦٢]

ج.حضانة ذوي الأرحام: : يقدم فيهم الإخوة لأم، ثم أبناؤهم، ثم الأعمام لأم، وهم: إخوة الأب لأمه، ثم أبناؤهم، ثم الأخوال.

أما فقهاء الشافعية فقد فصلوا الحضانة على النحو الأتي:

ا .مرتبة النساء :

١. الجدة أم الأم، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٢. الجدة أم الأب، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٣. الجدة أم أب الأب، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٤. الجدة أم الجد العصبي، ثم أمهاتها، وجداتها من جهة أمها خاصة، وهن الجدات الثابتات الأقرب فالأقرب.

٥. الأخت الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

٦. الخالة الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

٧. بنت الأخت الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

٨. بنت الأخ الشقيق، ثم التي لأب، ثم التي لأم.

٩. العمة الشقيقة، ثم التي لأب، ثم التي لأم. [٦٣]

ب- مراتب الرجال في حال عدم وجود حاضنة من النساء :

١. أباء الأب الأقرب فالأقرب .

٢. الأخ الشقيق فالأخ ،لأب فابن الأخ الشقيق فابن الأخ للأب فالعم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم .[٦٤]

فإذا فقد المحضون الأقارب من الرجال والنساء فيكون الترتيب كالأتي :

أ- الأخوات والخالات أحق من العصبات وهم الإخوة والأعمام لمعرفتهم بالحضانة

ب- العصبة أحق من النساء لاختصاصهم بالنسب .

ج – ينظر الأقرب إلى المحضون من العصبات والنساء ولو استوى الكل قدمت النساء.

د- لو فقد الحاضن العصبات الأقرب. وله أقارب من الرجال ذوي الرحم فقيل هم أحق به .[٦٥]

أما فقهاء الحنابلة فقد قسموا الحضانة كالأتي:[٦٦]

١- أمهات الأم الأقرب فالأقرب .

٢-أم الأب، وأم أمها، وإن علت، دون أمهات أب الأب.

٣- الجد لأب.

٤- أم الجد لأب، وأم أمها وإن علت، ثم أمهات جد الأب، ثم أمهات جد الجد وإن علا.

٥- الأخت الشقيقة.

٦- الأخت لأب.

٧- الأخت لأم.

٨- الأخ الشقيق.
٩- الأخ لأب.
١٠- ابن الأخ الشقيق وإن نزل.
١١- ابن الأخ لأب وإن نزل.
١٢- الخالة الشقيقة.
١٣- الخالة لأب.
١٤- الخالة لأم.
١٥- العمة الشقيقة.
١٦- الأب.
١٧- العمة لأم.
١٨- العم الشقيق.
١٩- العم لأب.
٢٠- ابن العم الشقيق وإن نزل.
٢١- ابن العم لأب وإن نزل.
٢٢- خالة الأب،وخالات الأم بدلاً منهن على قول آخر، يقدم في ذلك الشقيقات، ثم اللواتي لأب، ثم اللواتي لأم.
٢٣- عمات الأب، الشقيقات ثم اللواتي لأب، ثم اللواتي لأم .[٦٧]

أما رأي المالكية:

١-الأم وأمهاتها ((إلام فأمها فجدة أم المحضون من ناحية والد أمها فجدة والد أم المحضون فجدة أم والد المحضون من الأب فخالة المحضون الشقيقة التي للام ثم التي للأب فخالة أم المحضون بتقدم الشقيقة فالتي للام ثم التي للأب فعمات أم المحضون وتتقدم التي لام فالتي لأب
٢-أمهات الأب (أم أب المحضون أي جدته لا بيه فأم أب المحضون أي جدة أب المحضون لامه فأم أب الأب فأم أم الأب أي جدة أم الأب من ناحية أمه فأم أم الأب أي جدة أبي الأب لامه [٦٨].

٣-أما حضانة العصبة وهي الأخ فالجد لأب فابن الأخ ثم العم ثم ابن الأخ ثم ابن العم وقيل الأخ ثم الجد فابن الأخ فالعم.[٦٩]

اما فقهاء الامامية:فقد قسموها كل حسب رتبته الشرعية ففي حالة فقدان الاب والام،فالحضانة تكون لأب الأب ومن ثم للأقارب حسب ترتيب الميراث وقالوا بالقرعة في حال الاشتراك أي

إذا اتفق واجتمعت الحضانة لمن فيهم صفات القرابة كالعمة والخالة أو الأختين فمن وقعت القرعة عليه كان أولى بالحضانة .[٧٠]

المطلب الثاني ترتيب من لهم حق الحضانة بخلاف الوالدين في القانون :

اخذ المشرع العراقي بأحكام المذهب الحنفي في ترتيب من لهم حق الحضانة بخلاف الوالدين في قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

حيث أصدرت محكمة التمييز عدد من القرارات التي تؤيد ذلك ومنها القرار التمييزي المرقم ١١٦١ شرعية /١٩٧٤ في ٢٧-١- ونصه ١٩٧٥. [٧١]

(إن البنت فلانة من حق جدتها لام ضمها إليها بعد زواج أم الصغيرة من أجنبي) وكذلك القرار التمييزي المرقم٨٥١/شخصية شرعية/١٩٧٢في٢٠-٦-١٩٧٣(إن المتداعيين عم وجدة وحيث الجدة من المرتبة الثانية بالنسبة لقربها من حفيدها وان العم من المرتبة الثالثة لذا فان الجدة أولى بضم حفيدها إليها من عمه) .[٧٢]

وكذلك القرار التمييزي المرقم ٣٩٧٢ /هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٣ في ٨-٥-٢٠١٣ الذي ورد فيه (إذا لم يثبت للمحكمة تضرر القاصرات من البقاء لدى عمتهم بسبب وفاة والدتهم فمصلحتهن تقتضي وجودهن معها لرعايتهن واعتنائها بهن وقربهم من والدهن لذا لا يوجد مبرر لإسقاط حضانة العمة وتسليم الأطفال إلى الأب) . [٧٣]

ولا تدفع الصغيرة إلى أبناء العم لانهم بالنسبة لها ليسوا من المحارم وقد أيد ذلك القرار التميزي ٨٣٤/شرعية ١٩٦٨يفي ١٩٦٩/١/١٢ والذي ورد فيه (إن المحكمة أصدرت الحكم برد دعوى المدعية بحجة إن الأطفال عند عمتهم خصوصا وان تجاوزوا سن سقوط الحضانة دون ان تلاحظ ان المدعية وصية على أولادها القاصرين وليس لهم أخ وان جدهم لأب متوفي وان الحكم الشرعي هو إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للولد أب ولاجد يدفع به للاقرب من العصبة او للوصي اذا كان غلاما ولاتسلم الفتاة لغير المحرم).[٧٤]

وما ورد في القرار التميزي المرقم ٨٧/شرعية/١٩٧٤في ١٩٧٤/٧/٣ونصه(إن المحكمة الشرعية حكمت برد دعوى المدعي لكونه ليس له الحق بالحضانة ولم تلاحظ المحكمة إن المدعي هو اخو القاصرين وبذلك فهو من الأولياء في العصبة الذكور بالنسبة للقاصرين المذكورين وله ضم أي قاصر أتم سن الحضانة إذا لم يكن هناك سبب شرعي يقتضي تمديد حضانته).[٧٥]

المبحث الخامس
مسقطات الحضانة وعودتها

المطلب الأول: مسقطات الحضانة في الشرع والقانون

١.تسقط الحضانة عن الحاضن سواء أكان رجلا أم امرأة إذ اختل احد الشروط المذكورة في الشرع والقانون ،وقد قمت بذكره في المبحث الثالث مثال:أن يصيب الحاضن بمرض معدي ،أو لايكون أمين على المحضون وغيرة من الشروط الأخرى .

٢.أن يسافر المحضون إلى بلد يصعب للحاضن متابعته فيه ، فلقد اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول :

إنه إذا أراد الحاضن او الحاضنة السفر بالولد ثم العودة به – كالسفر للتجارة و الزيارة– و الآخر مقيم، فالمقيم أحق بحضانته، لأن في السفر إضراراً بالولد.

وإن كان السفر للإقامة و الطريق آمن و البلد الذي يريد الانتقال إليه آمن، فالأب أحق به سواء كان هو المسافر أو المقيم، لأن الأب هو من يتولى رعايته و تأديبه و حفظ نسبه، فإن لم يكن الولد في بلد الأب ضاع .وهذا قول الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة . [٧٦]

القول الثاني :

وهو قول الحنفية[٧٧]،أنه إذا أراد الأب الانتقال بالمحضون فالأم أحق، و إن أرادت الأم الانتقال به و كان بعد انتهاء عدتها منه، فإن كان الانتقال إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق به، و إن كان إلى بلد آخر فالأب أحق به، مادام البلد بعيداً، أما إذا كان البلد قريباً بحيث يمكن للأب رؤية الولد و يمكنه الرجوع قبل الليل، فإنه لا تسقط حضانتها، متى كانت البلد الذي انتقلت إليها ليست أقل حالاً من البلد التي كانت تقيم فيه، حتى لا تتأثر أخلاق الصبي. لقد حرص الفقهاء في كلا القولين على مصلحة الصغير، لذا فإن القاضي يقرر ما هو مناسب حسب مصلحة الصغير.

يقول ابن القيم:(و هذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر و الاحتياط للطفل في الأصلح له و الأنفع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أنفع له أصون و أحفظ،ولا تأثير لإقامة و لا نقلة، و هذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخ،وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه) .[٧٨]

وقال الامامية(ليس للام المطلقة أن تسافر بالولد الذي تحضنه إلى بلد بعيد بغير رضا أبيه و ليس للأب أن يسافر بالولد إلى غير بلد الأم حال حضانتها له) .[٧٩]

(إما إذا كانت الحاضنة ليست اما للصغير)كالعمة او الخالة مثلا فليس لها أن تنتقل بالصغير إلى غير بلد أبيه إلا بإذنه و لا يجوز للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده .[٨٠]

موقف القانون من السفر بالحاضن :

بالنسبة لموقف المشرع العراقي حول السفر بالمحضون فقد نصت المادة (٥٧) ف(٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بان (للأب النظر في شؤون المحضون و تربيته و تعليمه حتى يتم العاشرة من العمر و للمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها و الشعبية إن مصلحة الصغير تقضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته) و هذا يعني عدم السماح للام الحاضنة بالسفر مع المحضون إلى بلد آخر بعيد عن بلد الأب لغرض الاستيطان بحيث يتعذر على الأب النظر في شؤون المحضون و تربيته وتعليمه .

وقد قضت محكمة تمييز العراق بهذا الخصوص في قرارها المرقم ٢٠٢٩/شخصية/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٩/٢٩ بان (المدعية قد صادقت المدعى عليه بان الصغيرين (د) و (أ) هما عندها فتكون الفقرة الحكمية المتضمنة الحكم على المدعى عليه بتسليم ولديه المذكورين إلى المدعية (وهما عندها فعلا) غير صحيحة كما ان الفقرة الحكمية الأخرى القاضية بتخيير المدعية بالسفر إلى القاهرة فقط مع الصغيرين المذكورين للاستيطان فيها غير صحيحة لمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية وكان على محكمة الأحوال الشخصية رد دعوى المدعية وعليه قرر نقض الحكم المميز وحيث ان موضوع الدعوى صالح للفصل فيه وهي تستوجب الرد وفقا لما ذكر أعلاه واستنادا للمادة ٢١٤ من قانون المرافعات المدنية قرر الحكم برد دعوى المدعية وتحميلها المصاريف) .[٨١]

٣. زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون إلا أن تكون جدة الطفل زوجا لجده أو تتزوج الأم عمه فلا تسقط لأن الجد أو العم محرم للصغير و هذا متفق عليه كما بينا في الشرط السابع من شروط العامة للنساء في الشرع والقانون في المبحث الثالث .

المطلب الثاني :عودة الحق في الحضانة بعد سقوطها

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:إن الحق في الحضانة يعود لمن سقط عنها متى ما زال سبب سقوطه و هذا قول الجمهور من الحنفية [٨٢]و الشافعية[٨٣] و الحنابلة [٨٤]و بعض المالكية[٨٥].

أدلة أصحاب القول الأول:

١-قول النبي -صلى الله عليه و سلم- للام الحاضنة :(أنت أحق به ما لم تنكحي).[٨٦]

حيث إن عبارة ما لم تنكحي للتعليل ، فعلة سقوط الحضانة هيزواج الام ، فمتى حصل الطلاق فقد زالت العلة، و بزوالها يعود الحق، لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً و عدماً [٨٧].

و إذا كان هذا في مانع الزواج من الأجنبي فإنه يسري في كل مانع، فلو تابت المرتدة مثلاً و أسلمت، عاد حقها في الحضانة لزوال المانع[٨٨].

٢-إن المقتضي للحق في الحضانة هو قرابتها الخاصة، و إنما عارضها مانع كالنكاح لما يوجبه من إضاعة الطفل و اشتغالها بحقوق الزوج الأجنبي منه عن مصالحه، فإذا انقطع النكاح بموت أو فرقة زال المانع، و المقتضى قائم، فترتب عليه أثره، و هكذا كل من قام به من أهل الحضانة مانع منها، ككفر أو فسق أو انتقال، فإنه لا حضانة له، فإذا زالت الموانع عاد حقهم في الحضانة .

٣- إن الحضانة فيها حق للحاضنة و حق للصغير، و أن أقوى الحقين هو حق الصغير، فإذا سقط حق الأم فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبداً، فيظل قائماً، فمتى عاد حقها، عادت لها الحضانة، و ذلك لأن العائد هنا غير الساقط، لأن حقها يثبت في الحضانة شيئاً فشيئاً ، قياساً على إسقاط إحدى الزوجتين حقها في القسم لضرتها .[٨٩]

القول الثاني:إنه يجب التفرقة بين أسباب السقوط ، فإذا كان سبب السقوط اضطرارياً كالمرض و السفر و نحوهما، فإنه يعود الحق في الحضانة متى زال العذر، أما إذا كان سبب السقوط اختيارياً كزواج الحاضنة، أو تنازلها عن الحضانة بإرادتها، فإن الحضانة لا تعود إليها إذا زال السبب. وهذا ما ذهب إليه المالكية في المشهور عندهم .[٩٠]

أدلة أصحاب القول الثاني:

قول النبي-صلى الله عليه و سلم- :(أنت أحق به ما لم تنكحي).تم تخريجه حيث إن قوله ما لم تنكحي للتوقيت، أي أن حقك من الحضانة مؤقت إلى حين نكاحك، فإذا نكحت، انقضى وقت الحضانة، فلا تعود بعد انقضاء وقتها، كما لو انقضى وقتها ببلوغ الطفل و استغنائه عنها .[٩١]

أما إذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري كالمرض مثلاً ، فيمكن إن يعود لها الحق كما كان عند زوال العذر الاضطراري لأنه ضرورة.

القول الراجح: هو القول الأول ، و ذلك لقوة أدلتهم، و لأن فيه مصلحة للصبي.

الخاتمة

احمد الله حمدا كثيرا على ما من علي من نعم ومنها إتمام هذا البحث المتواضع واصلي واسلم على سيدنا وشفعينا محمد(صلى الله عليه وسلم) وعلى اله وصحبه الأخيار.

أما بعد ...

فلقد أنهيت بحثي هذا والذي تكلمت فيه عن من لهم حق الحضانة بخلاف أبويه ، وذلك بطريقة المقارنة بين الفقه الإسلامي ومذاهبه والقانون العراقي بما يحتويه من إحكام قضائية فلقد

بدأت بشرح ماهية الحضانة ثم سن الحضانة وشروط الحاضن ومن يقوم بحضانته إذا لم يكن لدية من يرعاه لا أسباب خارجة عن إرادته لذلك كان لابد من تحديد من يعتني به لان إهماله وعدم حضانته يودي إلى اثأر سلبية تنعكس على الصغير أولا والمجتمع الذي يعيش فيه ثانيا ولقد توصلت إلى انه لابد من وجود بديل من أقارب إلام أولا ثم الأب ثانيا ليقوم برعاية الصغير حتى لا يودي ذلك إلى انتقاله إلى مكان مجهول وقد بين الفقه الإسلامي بمذاهبه والقانون العراقي من هم الأقرب للعناية به .

ولقد توصلت الى نتائج من اهمها :

١. الحضانة : هي حفظ من لا يستقل بنفسه ، وتربيته بما يصلحه حتى يستقل بنفسه عند من هو أولى بذلك .

٢ – الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون .

٣ – شرعت الحضانة حفاظاً على المحضون وحمايتة .

٤ – ان الحضانة تسقط بوجود مانع من موانع الحضانة وتعود بزوال ذلك المانع.

٥ – تنتهي الحضانة :بالنسبة للبنت بالبلوغ إلا في البكر فان الحضانة تبقى عليها بعد البلوغ و في الغلام فإنها تنتهي إذا بلغ عاقلاً ولا يجبر على الإقامة عند أيٍ من أبويه أو غيرهما بل لـــه اتعليمه.إن أراد ، وإن بلغ الغلام أو الفتاة غير رشيدين بأن كان أحدهما مجنوناً أو معتوهاً أو أصابه الجنون والعته بعد ذلك فالحضانة باقية عليه .

٦ – للحاضن الحق في الانتقال بالمحضون من بلده إلى بلد آخر .

٧.أما بالنسبة إلى المشرع العراقي فإننا لاحظنا بأنه لم يأت بتعريف للحضانة و هذا موقف اغلب التشريعات العربية ،وهذا ماخذ عليه .

٨. وسع المشرع العراقي سلطة القاضي حيث أعطاه حق تمديد مدة الحضانة حتى إكمال المحضون الخامسة عشرة من العمر بعد الرجوع إلى اللجان الطبية منها و الشعبية إذا كانت مصلحة الصغير تقتضي بالبقاء لدى حاضنته . و إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو احد أقاربه إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار .

٩. نستدل من المفهوم المخالفة لنص الفقرة أعلاه عدم السماح للام الحاضنة السفر بالمحضون إلى بلد آخر بعيد عن بلد الأب لغرض الاستيطان بحيث يتعذر على الأب النظر في شؤون المحضون و تربيته و تعليمه

ومن أهم التوصيات التي أتمنى الاخذ بها :

١. لابد للمؤسسات الإنسانية والتربوية والتعليمة من إفهام الناس بأهمية الحياة الزوجية من إفهام الناس بأهمية الحياة الزوجية وما ينتج من اثأر سلبية إذ هدمت الأسرة تلك الحياة التي وهبها الله لها .مما يودي بدوره إلى ضياع الأطفال وانتقالهم إلى دور الحضانة والتي قد لأتوفر لهم ابسط الحقوق.
٢. إن القانون العراقي لم يتناول الحضانة إلا في مادة واحدة وهي المادة ٥٧ لذلك لابد من دراسات حديثة تدعو إلى تجديد مسالة الحضانة .
٣. إن القانون العراقي ذكر في الفقرة الثانية من المادة ٥٧ قد ذكر شروط الحاضنة ولم يذكر شروط الحاضن وهذا أدى بنا أن نرجع إلى الفقه والاجتهاد لذلك يجب تعديل هذه الفقرة .
٤. أن يتم النص صراحة في القانون حول منع السفر بالمحضون إلى خارج العراق حيث لم ينص عليه المشرع صراحة .
٥. إضافة فقرة إلى المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بان تكون الحضانة للزوج المسلم او الزوجة المسلمة عند اختلاف الدين وذلك لاختلاف آراء الفقهاء المسلمين حول ذلك.

هوامش البحث

*. الكشح هو مابين الخاصرة إلى الضلع الخلفي ،والخصر وسط الإنسان مادة كشح مختار الصحاح الرازي : زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي (المتوفى ٦٦٦هـ) المحقق: يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م : ٢٧٠/١

[١] . معجم مقاييس اللغة ،الرازي أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (المتوفى ٣٩٥هـ) المحقق : عبد السلام محمد هارون –دار الفكر– الطبعة : ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م:٢ /٧٣ ، تاج العروس من جواهر القاموس،الزبيدي حمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض(المتوفى١٢٠٥هـ) تحقيق: مجموعة من المحققين –دار الهداية : ٣٤/ ٤٤٥.

[٢]. مختار الصحاح :٧٥/١ .

[٣].لسان العرب: ابن منظور محمد بن مكرم بن علي (المتوفى ٧١١هـ) المحقق : عبد الله علي الكبير ،محمد أحمد حسب الله ،هاشم محمد الشاذلي –دار المعارف –القاهرة : ١٢٣/١٣ .

[٤]. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين (المتوفى ١٢٥٢هـ):تحقيق محمد أمين بن عمر، دار الفكر للطباعة والنشر –سنة النشر ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م : ٥٥٥/٣ .

[٥]. ينظر: مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) – الناشر: دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م :٤٥٢/٣ ،الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي لدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي– دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق– الطبعة: الرابعة، ١٤١٣ هـ – ١٩٩٢ م:١٩٤/٤ .

[٦]. شرح مختصر خليل الخرشي – محمد بن عبد الله المالكي (المتوفى: ١١٠١هـ)– : دار الفكر للطباعة – بيروت : ٤ /٢١١ ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،الدسوقي تأليف محمد بن احمد بن عرفه المالكي (المتوفى ١٢٣٠هـ) تحقيق محمد عليش دار الفكر –بيروت ٥٦٩\٢:

[٧] .المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني : ابن قدامة المقدسي –تأليف أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (المتوفى: ٦٢٠هـ)– دار الفكر – بيروت –الطبعة الأولى، ١٤٠٥ه : ٦١٢/٧ ، كشاف القناع عن متن الإقناع :البهوتي–تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)– دار الكتب العلمية : ٤٩٥/٥ .

[٨] .الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية تأليف محمد بن جمال الدين مكي العاملي –مؤسة الاعلمي للمطبوعات الطبعة أولى: ٤٣٦/٥ ، فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنيه ، دار العلم للملاين ، بيروت :٥ / ٣١٢ .

[٩] .المحلى – ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي (المتوفى ٤٥٦ه) تحقيق: عبد الغفار البنداري، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية :٣٢٣/١٠ .

[١٠]. ينظر أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل عبدا لرحمن سليمان احمد ، بإشراف يوسف رمضان محمود ٢٠١١ بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى : ٣ .

[١١] . ينظر الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي حسين رجب محمد خلف الزيدي مجلة التقني المجلد الرابع والعشرون ، العدد العاشر -٢٠١١م :١٤٦ .

[١٢] . الحضانة بين الشريعة والقانون، عليوي ناصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، رسائل قانونية – الطبعة الأولى :٣٣ ،حضانة الصغير شروطها وأحكامها ، صباح المفتي، مطبعة بغداد ٢٠٠٥ : ٢ .

[١٣]. سورة النساء الآية ٦ .

[١٤]. ينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، شيخ زادة ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ) – دار إحياء التراث العربي : ٤٨٢/١ ، رد المحتار على الدر المختار :٦٥٦/٣.

[١٥].شرح مختصر خليل للخرشي: ٤ /٢١٣ .

[١٦] . ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيري ،عبد الرحمن بن محمد عوض (المتوفى ١٣٥٩هـ) ،دار الكتب العلمية–١٤٢٤هـ ، الطبعة الثانية :٥٩٨/٤.

[١٧]. ينظر : عمدة الفقه ابن قدامه ، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامه المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) – تحقيق أحمد محمد عزوز،المكتبة العصرية ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م:١١٢/١ زاد المستقنع في اختصار المقنع ،المقدسي ، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي ، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا– ا(لمتوفى ٩٦٠ هـ) تحقيق عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر– دار الوطن للنشر – الرياض: ٢٠٦/١ .

[١٨]. النهاية في مجرد الفقه والفتاوى،للطوسي ، أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي (المتوفى ٤٦٠ هـ) ،انتشارات قدس محمدي : ٥٠٣ ،. فقه الإمام جعفر الصادق :٣٢١/٥ .

[١٩]. دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية ، دراسة في ضوء الفقه والقانون ،فوزي كاظم المياحي ، سنة النشر ٢٠٠٩ : ١١٩ .

[٢٠]. المادة ٤/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

[٢١] . المختار من قضاء محكمة التمييز ، إبراهيم المشاهدي ،قسم الأحوال الشخصية ،مطبعة الزمان بغداد ٩٩٩ ١ م :١١٠ .

[٢٢] .القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٧٢٠/شخصية أولى/٢٠٠٦ و المؤرخ في ٢٠٠٦/٥/٢٨ – قرار غير منشور .

[٢٣] . المختار من قضاء محكمة التميز : ١٠٦

[٢٤] . النشرة القضائية – العدد الرابع – السنة الخامسة / ١٩٧٤ وزارة العدل :١٢٠ .

[٢٥] . مجلة التشريع و القضاء ، السنة الثانية ، العدد الأول ، ٢٠١٠ : ٥٥

[٢٦] . مجلة التشريع و القضاء ، السنة الثانية ،العدد الثالث ، ٢٠١٠ : ٤١

[٢٧] . منشور في مجموعة الإحكام العدلية العدد الثالث السنة السادسة : ٧٨

[٢٨] . ينظر: الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي :٥٢٩/٢

[٢٩]. ينظر :رد المحتار على الدر المختار :٥٥٥/٣،نهاية المحتاج :٢٣١/٧ .

[٣٠] . كشاف القناع المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)- دار الفكر بيروت١٤٠٤هـ/١٩٨٤م:٢٣١/٧

[٣١]. مجمع الأنهر :٤٨٠/١

[٣٢]. رد المحتار على الدر المختار ٦٣٣/٢- ٦٣٩

[٣٣]. حاشية لدسوقي على الشرح الكبير ٥٢٩/٢

[٣٤] . كشاف القناع :٤٩٩/٥ ، حاشية الدسوقي :٥٢٨/٢ ،مغني المحتاج :٤٥٦/٣ ،

[٣٥] . ابن عابدين ٦٣٣/٢ – ٦٣٤ والدسوقي ٥٢٩/٢ ونهاية المحتاج ٢١٨/٧ ومغني المحتاج ٤٥٥/٣ وكشاف القناع ٤٩٨/٥ .

[٣٦] . حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٥٩٢/٢ .

[٣٧] . ابن عابدين ٢/ ٦٣٤،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :٥٢٨/٢ ،مغني المحتاج ٤٥٦/٣ ،كشاف القناع ٤٩٩/٥.

[٣٨] . فتح القدير شرح فتح القدير ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي – (المتوفى ٨٦١ هـ) ،دار الفكر بيروت :٣١٦/٣ ،الشرح الكبير على حاشية الدسوقي : ٥٣٠/٢ ومغني المحتاج ٤٥٧/٣ ،كشاف القناع ٥ :/٤٩٩ ،الفقه على المذاهب الأربعة ٥٩٨/٤

[٣٩] . فقه الإمام الصادق محمد جواد مغنية –دار العلم :٣١/٥ .

[٤٠]. نهاية المحتاج:٧ /٢٢٨،منتهى الإرادات ، البهوتي ، العلامة منصور بن يونس بن صلاح بن إدريس (المتوفى ١٠٥١هـ) ، عالم الكتب، بيروت ،لبنان :٣ /٢٥٠ .

[٤١]. شرح فتح القدير :٣٧٠/٤

٣. نهاية المحتاج : ٢٢٧/٧ .

[٤]. ينظر : كشاف القناع :٤٩٧/٥ .

[٤٤]. رد المحتار على الدر المختار : ٥٦٤/٣ .

[٤٥] . روضة الطالبين وعمدة المفتين النووي ، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش –المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ – ١٩٩١م:١١١/٩ .

[٤٦]. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :٢٢٨/٧ .

[٤٧] كشاف القناع :٤٩٧/٥ .

[٤٨] .أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي،عبدا لستار حامد ،مطبعة الجامعة ،بغداد ١٩٨٦م –الطبعة الأولى : ١٦٥ .

[٤٩] . الشرح الكبير للشيخ الدردير و حاشية الدسوقي :٥٢٩/٢.

[٥٠] . الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية و تعديلاته ، د احمد الكبيسي ، الزواج و الطلاق و اثارهما : ١/ ٢١٥-٢١٦ .

[٥١] . منشور في مجلة الأحكام العدلية العدد الأول السنة الحادية عشر :٢٣ .

[٥٢]. مجموعة الإحكام العدلية – ١٩٧٩ – ص ٦٧ .

[٥٣] . مجموعة الإحكام العدلية العدد الأول السنة الحادية عشر ١٩٨٠ – ص ٣٢ .

[٥٤]. مجموعة الأحكام العدلية / العدد الأول / السنة الحادية عشر – لسنة ١٩٨٠ وزارة العدل ص ٣٣.

[٥٥] . المختار من قضاء محكمة التميز : ٩٦

[٥٦] . شرح قانون الأحوال الشخصية القاضي عباس السعدي ومحمد حسن كشكول-: ٢٤٨.

[٥٧] . القرار التميزي المرقم ٨ /١٩٩٥في ١٩٩٥/١١/١٥ نشرة الكرباسي في العدد ٣٠ سنة ١٩٩٦ : ٢.

[٥٨] . منشور في النشرة العدد الثالث السنة الخامسة : ٩٣ .

[٥٩] . القرار التميزي المرقم ٤٢٨/شرعية /١٩٧٤/١ ، العدد الرابع ،السنة الخامسة : ١١٨ .

[٦٠]. ينظر : بدائع الصنائع بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ،تاليف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) – دار الكتب العلمية الطبعة الثانية – (١٤٠٦هـ –١٩٨٦م): ٤١/٤.، درر الحكام شرح غرر الأحكام – محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو (المتوفى ٨٨٥هـ) ، دار إحياء الكتب العربية :٤١٠/١.

[٦١]. رد المحتار على الدر المختار :٥٦٣٤/٣،مجمع الأنهر: ١٦٦/٢ .

[٦٢] . مجمع الأنهر :١٦٦/٢ .

١. مغني المحتاج: ٤٣٥/٣ .

[٦٤]. المهذب في فقه الإمام الشافعي ،للشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف –دار الكتب العلمية. : ١٦٦/٣.

[٦٥]. المهذب :١٦٦/٣ .

[٦٦] . دليل الطالب لنيل المطالب الكرمي الحنبلي ،مرعي بن يوسف (لمتوفى ١٠٣٣هـ) ،تحقيق ابو قتيبة محمد الفارابي ،الطبعة الاولى،دار طيبة للنشر (١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م): ٢٨٨

[٦٧] . ينظر :المغني : ٨ /٢٢٠

[٦٨]. حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع –عبدا لرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي – حققه عبد الله احمد بن محمد ود.إبراهيم بن عبدا لعزيز بن عبد الله ، دار الوطن : ١٤٨/٧

[٦٩]. الشرح الممتع على زاد المستنقع محمد بن صالح العثيمين – دار ابن الجوزي :١٣/ ٥٣٤

[٧٠]. الكافي لابي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي –حققه علي اكبر الغفاري – دار الكتب الإسلامية طهران– الطبعة الثالثة : ١١٣/٥ .

[٧١]. منشور في المجموعة – العدد الأول –١٩٧٥–ص١٢٢ .

[٧٢]. منشور في النشرة – العدد الثاني – السنة الرابعة – ص ١٨٩ .

[٧٣]. القرار التميزي غير منشور .

[٧٤] .حضانة الصغير شروطها وأحكامها :٣٩

[٧٥] . منشور في النشرة القانونية ،العدد الثالث ، السنة الخامسة :٩٢

[٧٦] . ينظر :الشرح الكبير وحاشية الدسوقي٥٣١/٢ ، مغني المحتاج٢١٠/٥ ، كشاف القناع :٥٠٠/٥ .

[٧٧]. ينظر : بدائع الصنائع ٤٤/٤

[٧٨]. زاد المعاد٤١٤/٥

[٧٩] . فقة الامام الصادق : ص ٩٧

[٨٠] .أحكام الأسرة (الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد) منشورات الجلبي الحقوقية ٢٠٠٦ م القاهرة الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبدالهادي :١٩٥–١٩٦.

[٨١] . الوقائع العدلية – العدد ٣٩ نيسان لسنة ١٩٨١ : ١٨٣

[٨٢] . ينظر : بدائع الصنائع : ٤٢/٤

[٨٣]. ينظر : روضة الطالبين :١٠١/٩

[٨٤]. ينظر : كشاف القناع ٥ :/٥٠٠، المغني : ٣١٠/٩

[٨٥] . ينظر : الشرح الكبير و حاشية الدسوقي ٥٣٢/٢

[٨٦] . المستدرك على الصحيحين ، الحاكم النيسابوري ، محمد بن عبدالله بن محمد بن حمدوي بن نعيم الطهماني ، (المتوفى ٤٠٥هـ) تحقيق مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية ،بيروت : ٢٢٥/٢ .

[٨٧] .زاد المعاد :٤٠٤/٥

[٨٨] .بدائع الصنائع :٤٢/٤

[٨٩]. حاشية ابن عابدين : ٥٥٩/٣

[٩٠]. ينظر : حاشية الدسوقي :٥٣٢/٢

[٩١] .زاد المعاد٥ :/٤٠٥.

المصادر والمراجع

القران الكريم

اولا : الكتب الفقهية

١. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي –عبد الستار حامد–مطبعة الجامعة – بغداد ١٩٨٦–الطبعة الأولى.

٢.الإقناع في الفقه الشافعي –أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي .

٣.بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: ٥٨٧هـ) – دار الكتب العلمية الطبعة ٢–١٤٠٦ –١٩٨٦ ..

٤. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير–تأليف محمد عرفه الدسوقي تحقيق محمد عليش دار الفكر –بيروت .

٥.حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع –عبدا لرحمن محمد بن قاسم العاصمي النجدي – حققه عبد الله احمد بن محمد ود.إبراهيم بن عبدا لعزيز بن عبد الله محمد –دار الوطن .

٦.درر الحكام شرح غرر الإحكام محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملأ – أو منلا أو المولى – خسرو (المتوفى: ٨٨٥هـ)– دار إحياء الكتب العربية .

٧. دليل الطالب لنيل المطالب الكرمي الحنبلي ،مرعي بن يوسف (لمتوفى ١٠٣٣هـ) ،تحقيق ابو قتيبة محمد الفارابي ،الطبعة الاولى،دار طيبة للنشر (١٤٢٩ هـ / ٢٠٠٨ م)

٨.الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية تأليف محمد بن جمال الدين مكي العاملي –موسة الاعلمي للمطبوعات طبعة أولى .
٩. رد المحتار على الدر المختار: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)- دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .
١٠. روضة الطالبين وعمدة المفتين أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: ٦٧٦هـ) تحقيق: زهير الشاويش –المكتب الإسلامي بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ / ١٩٩١م.
١١. زاد المستقنع في اختصار المقنع – موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا-تحقيق عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر- دار الوطن للنشر – الرياض .
١٢.الشرح الكبير للشيخ الدردير و حاشية الدسوقي حمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: ١٢٣٠هـ)-دار الفكر-بيروت .
١٣ .شرح فتح القدير كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي-دارالفكر بيروت .
١٤. شرح مختصر خليل للخرشي – المؤلف: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: ١١٠١هـ)- : دار الفكر للطباعة – بيروت .
١٥. عمدة الفقه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامه المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) -تحقيق أحمد محمد عزوز-المكتبة العصرية ١٤٢٥هـ .
٦. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي لدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي- دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق- الطبعة: الرابعة، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م .
١٧.الفقه على المذاهب الأربعة –عبدا لرحمن الجزيري-دار الكتب العلمية-١٤٢٤- الطبعة الثانية .
١٨.فقه الإمام جعفر الصادق – محمد جواد مغنية –دار العلم .
١٩.الكافي لا أبي جعفر محمد بن يعقوب بن اسحاق الكليني الرازي –حققه علي اكبر الغفاري –دار الكتب الإسلامية طهران- الطبعة الثالثة .

٢٠.الكافي في فقه الإمام احمد– أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامه المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)– دار الكتب العلمية.

٢١.كشاف القناع عن متن الإقناع –تأليف منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: ١٠٥١هـ)– دار الكتب العلمية .

٢٢.المحلى – أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم تحقيق: عبد الغفار البنداري، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية . .

٢٣.المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني –تأليف أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامه المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ) .

٢٤.الممتع على زاد المستنقع محمد بن صالح العثيمين – دار ابن الجوزي .

٥. المهذب في فقه الإمام الشافعي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي –دار

ثانيا : الكتب العلمية.

٢٦. مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر تأليف عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: ١٠٧٨هـ) – دار إحياء التراث العربي

٢٧. مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ) – الناشر: دار الكتب العلمية – الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م –ص٣/٤٥٢

٢٨. منتهى الارادات ، العلامة منصور بن يونس البهوتي – عالم الكتب، بيروت –لبنان.

٢٩. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: ١٠٠٤هـ)– دار الفكر بيروت١٤٠٤هـ/١٩٨٤م .

ثالثا : كتب الحديث

١. المستدرك على الصحيحين النيسابوري ،ابوعبدالله الحاكم محمد بن عبدالله بن محمد بن حمدوي بن نعيم الطهماني ، (المتوفى ٤٠٥هـ) تحقيق مصطفى عبد القادر عطا،دار الكتب العلمية ،بيروت .

رابعا : كتب اللغة

١. تاج العروس من جواهر القاموس محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي المحقق: مجموعة من المحققين –دار الهداية
٢. لسان العرب: ابن منظور المحقق : عبد الله علي الكبير + محمد أحمد حسب الله هاشم محمد الشاذلي –دار المعارف –القاهرة
٣. مختار الصحاح زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي المحقق: يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت – صيدا الطبعة: الخامسة، ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م ٧٥/١
٤. معجم مقاييس اللغة : أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المحقق : عبد السلام محمد هارون –دار الفكر– الطبعة : ١٣٩٩هـ – ص ١٩٧٩م .

خامسا : الكتب القانونية

١. أحكام الأسرة (الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد) منشورات الجلبي الحقوقية ٢٠٠٦ م القاهرة الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبدالهادي
٢. الحضانة بين الشريعة والقانون عليوي ناصر دار الثقافة للنشر والتوزيع رسائل قانونية – الطبعة الأولى .
٣. حضانة الصغير شروطها وإحكامها –المحامي صباح المفتي مطبعة بغداد ٢٠٠٥ .
٤. دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية فوزي كاظم المياحي دراسة في ضوء الفقة والقانون سنة النشر ٢٠٠٩ .
٥. شرح قانون الأحوال الشخصية القاضي عباس السعدي ومحمد حسن كشكول ص ٢٤٨
٦. الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية و تعديلاته ، د احمد الكبيسي ، الزواج و الطلاق و اثارهما – الجزء الأول

سادسا : المجلات

مجلة التشريع والقضاء .

سابعا : النشرات

النشرة القضائية تصدر عن وزارة العدل العراقية .
مجموعة الأحكام العدلية تصدر عن القسم الإعلامي في وزارة العدل العراقية .