حكومة اقليم كوردستان- العراق
وزارة العدل
رئاسة الادعاء العام
دائرة الادعاء العام في كرميان

حكومەتی هەرێمی كوردستان-عیراق
وەزارەتی داد
سەرۆكایەتی داواكاری گشتی
فەرمانگەی داواكاری گشتی / گەرمیان

احكام الحضانة فقهاً وقانوناً

في ضوء تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم(٦) لسنة٢٠١٥

بحث تقدمت به

القاضي

(فريال حسن يارويس)

عضوة الادعاء العام الى مجلس القضاء في أقليم كوردستان

كجزء من متطلبات الترقية

من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من اصناف الادعاء العام

بإشراف القاضي

عضو الادعاء العام

برهان أحمد محمود

١٤٤٦ هـ ٢٧٢٤ ك ٢٠٢٤ م

السادة : رئيس واعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية / المحترمون

م/ توصية المشرف

استناداً الى كتاب رئاسة الادعاء العام المرقم (٦٢٥/١) في (٢٠٢٣/١٠/١٥) المتضمن تسميتي مشرفاً على البحث الموسوم (احكام الحضانة فقهاً وقانوناً في ضوء تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم(٦)لسنة٢٠١٥) المقدم من قبل عضوة الادعاء العام السيدة (فريال حسن يارويس) كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من اصناف الادعاء العام، فقد اشرفت على البحث المذكور، فوجدته مستوفياً للشروط الشكلية والموضوعية، وان الباحثة قد بذلت جهداً كبيراً في اعداده، وانه اصبح جاهزا للمناقشة، للتفضل بالعلم.

مع التقدير..

القاضي

عضو الادعاء العام

برهان احمد محمود

المقدمة

لقد من الله سبحانه وتعالى على عباده اذ خلقهم في احسن تقويم ﴿**لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ**﴾[1] . وخلق الزوجين الذكر والانثى وجعل بينهما المودة والرحمة لانشاء الأسرة وادامة النسل،فعلى الوالدين المبنية حياتهم على اساس الود والوئام، الحفاظ على تماسك الأسرة وتوجيه اولادهم الوجهة الصحيحة من خلال التربية والنصح والارشاد، ولمرحلة الطفولة اهمية بالغة وخطيرة في تكوين شخصية الفرد ، ذلك لان الطفل يولد على الفطرة فهو كالورقة البيضاء التي لا تلبث حتى تمتلئ بالكلمات والسطور فأما ان ترفع صاحبها إلى المعالي والرقي او تهوي به الى الرذيلة والانحطاط.

اهمية موضوع البحث و اسباب اختياره:

ان الحفاظ على أسرة متماسكة ترعى ابنائها وتنشأهم منشأ حسن كي يكونوا افراداً نافعين للمجتمع،ليس بالامر السهل فقد تعصف مشاكل الحياة ببناء الأسرة وتهده سواء كان ذلك بأفتراق الزوجين او بفقد احدهما او كلاهما، وهنا يأتى دور المشرع لوضع القوانين التي تبين الأسس والشروط اللازمة للحفاظ على الطفل ورعايته بصورة سليمة، ومن هنا جاءت الحكمة من اختياري موضوع الحضانة عنوانا لبحثي.

اشكالية البحث:

تكمن اشكالية هذا البحث في الوقوف على تفاصيل تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم(٦لسنة٢٠١٥) [2] لغرض تحديد المواقع الايجابية فيه و الاشادة بها ووضع اليد على المواقع التي لم يصب بها المشرع وابرزها ماجاء في الفقرة (أ) منه والتي جاء فيها ((لكل من الابوين حق مشاهدة اطفالهما واقامتهم عندهما بعد الفرقة و وانقضاء العلاقة الزوجية...)). حيث حصر حق مشاهدة

---

(١)سورة التين ، الآية (٤).

(٢) صدر هذا القانون في الجلسة رقم (١١) في (٢٠١٥/٥/٢٠) ونشر في جريدة وقائع كوردستان عدد (١٨٩) لسنة (٢٠١٥).

المحضون بعد الفرقة وانقضاء العلاقة الزوجية بين والدي المحضون وهذا ما له تأثير سلبي كبير على المحضون لكون دعادى الطلاق تستمر احياناًلاكثر من سنة لحين صدور القرار فيها واكتسابه للدرجة القطعية، وسأبين في بحثي هذا مالاينسجم في هذا التعديل مع التطبيق العملي له في ساحات القضاء.

منهجية البحث:

ان كل ماتقدم كان باعثاً لي لاختيار موضوع البحث هذا ودراسته، ولأن هذا الموضوع من المواضيع المهمة والمتشعبة فقد حاولت قدر الامكان الالمام به والبحث فيه مستعينة بأراء فقهاء الشريعة الإسلامية وشراح القانون و على ما استقر عليه القضاء، متبعة في ذلك المنهج التحليلي المقارن معززاً بالقرارات القضائية.

خطة البحث:

لقد اجريت بحثى هذا (احكام الحضانة فقهاً وقانوناً في ضوء قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم(٦) لسنة ٢٠١٥) في مبحثين، المبحث الاول بعنوان مفهوم الحضانة وشروطها وقسمته إلى مطلبين، الاول عن مفهوم الحضانة، والثاني عن شروطها. اما المبحث الثاني فقد تناولت فيه اثار الحضانة من خلال مطلبين، الاول خصصته لدراسة مكان الحضانة ومشاهدة المحضون ، اما المطلب الثاني فتحدثت فيه عن انتهاء الحضانة، وختمت البحث بجملة من الاستنتاجات والمقترحات .

المبحث الأول

مفهوم الحضانة وشروطها

سوف اتناول في هذا المبحث موضوعين وذلك بمطلبين ففي المطلب الاول سأكتب عن مفهوم الحضانة لغة وفقهاً وقانوناً، اما المطلب الثاني فسيكون عن الشروط الواجب توفرها في الحاضن سواء كان الام او الاب او كان غيرهما مما تجد المحكمة احقيتهُ بحضانة الصغير.

المطلب الاول

مفهوم الحضانة فقهاً وقانوناً

سأبحث في هذا المطلب من خلال فرعين عن مفهوم الحضانة حيث سأبين في الفرع الاول منه مفهوم الحضانة فقهاً أما في الفرع الثاني فسأبين مفهومها قانوناً.

الفرع الاول

مفهوم الحضانة فقهاً

الحضانة لغة بفتح الحاء وكسرها والأشهر الفتح، هي مصدر من الفعل حضن ويقال (حَضَنَ حَضَاً وحضانة) وأحتضن الصبي جعله في حضنه ورباه وضمه الى صدره [1].

اما تعريف الحضانة فقهاً فسوف نتناول ما عرفه فقهاء ابرز المذاهب الاسلامية، فمنهم من وسع من نطاق الحضانة ليجعلها للصغير ومن في حكمه، ومنهم من اقتصر على جعلها للصغير فقط.

فعرفها الحنابلة بأنها : هي حفظ الصغير والمعتوه (وهو مختل العقل) والمجنون عما يضرهم وتربيتهم[2].

---

(١) محمد بن مكرم بن منظور الانصاري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥،ص٧١٥.

(٢) علي عبد الرزاق السامرائي، احكام الصغير في الشريعة الاسلامية والقانون، رسالة ماجستر ، جامعة بغداد،١٩٧٠،ص٢١٣.

اما الشافعية فقد عرفها بأنها : حفظ ما لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون، وتربيته بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك، وعرفها المالكية بأنها حفظ الولد في مبيته وطعامه ولباسه. وعرفها الحنفية بأنها : تربية الولد لمن له حق الحضانة[1] .

ان الصغير لبنة ضعيفة يحتاج الى الرعاية والاهتمام كونه عاجز عن تدبير شؤونه سواء ما يتعلق بماله أو بنفسه فهو يحتاج الى من يقف إلى جانبه الى سن معينه ، ومن المعلوم ان اجتماع الوالدين يؤدي الى بعث روح الوئام وعدم اثارة اية مشكلة لدى الصغير الا ان المشاكل تثار في حالة عدم اجتماعهم واختلافهم وتفرقهم او فقدان احدهما او كليهما.

لدى امعان النظر في تعاريف الفقهاء للحضانة نرى ان منهم من اقتصرها على الصغير الذي لايستقل بنفسه، ومنهم من ادخل مع الصغير المجنون ومختل العقل ومنهم من اعتبرها ولاية ولكنهم على العموم اجتمعوا على انها حفظ وصيانة وتربية المحضون و القيام بمصالحه بما ينفعه ويدفع مايضره وتكون على من له الحق في ذلك.

الفرع الثاني

مفهوم الحضانة قانوناً

لم يتم الاشارة في القوانين العراقية بشكل صريح الى تعريف الحضانة ، حيث ان اغلب نصوص القوانين التي تتطرق إلى الصغير نجد أن احكامها تشمل الصغير ومن في حكمه، ومنها القانون المدني العراقي رقم(٤٠)لسنة(١٩٥١) المعدل الذي نص في المادة (١٠٧)منه ((المعتوه هو في حكم الصغير المميز)) كما ونصت المادة (١٠٨) منه ((المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز .. الخ)).

أما بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل فلم يأت بتعريف للحضانة، بل هو اساساً تناولها بصورة موجزه تاركاً للقضاء تولي ما يثار امامه من نزاعات وترجيح ما

(١) فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة و تطبيقاتها القضائية، بغدا د، بدون دار نشر، ٢٠٠٩ ، ص٩.

يلائمها بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية السمحاء ، وهذا مانصت عليه المادة (١) منه اذ جاء فيها ((٢-اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون. ٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية)).

لقد اختصت المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بموضوع الحضانه حيث انها احتوت في مضمونها مصطلحات مثل النظر فى شؤون المحضون وتربيته وتعليمه وصيانته وهذا ما يدل على حماية المحضون من قبل الحاضن، وقد اقتصر على الطفل الصغير الذي هو بحاجة الى من يرعاه ولم يشمل المجنون او فاقد الأهلية.

اما بالنسبة لما جاء في قانون تعديل تطبيق الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم (٦) لسنة (٢٠١٥) في اقليم كوردستان – العراق، فهو الاخر لم يأت بتعريف صريح لموضوع الحضانة بل ذكر في الفقرة ٤/ب من المادة (٥٧) منه((للاب او الام الحاضن الاشراف على شؤون المحضون الاجتماعية وتربيته وتعليمه)).

اما في الفقه القانوني فقد عرفت بأنها: (القيام على تربية الطفل والتزام شؤونه ممن له الحق في ذلك شرعاً)[١] . كما عرفت بأنها (حفظ المحضون من قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه)[٢].

(١) الدكتور أحمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة الرشاد ،بغداد،١٩٧٣،ص٣٥١.

(٢) الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن-دراسة مقارنة بالقانون، نشر احسان، ايران، ٢٠١٤، ص٢٣٠.

المطلب الثاني

شروط الحضانة

يشترط في الحاضن شروط معينة ليكون اهلاً للحضانة فهناك شروط خاصة بالام الحاضنة وشروط خاصة بالرجال واصحاب الحق في الحضانة، وان هذه الشروط متفق عليها شرعاً وقانوناً وسنستعرض في هذا المطلب بالتفصيل من خلال فرعين، الأول منها الشروط الواجب توفرها في الام الحاضنة شرعاً وقانونا، والثاني شروط الاب الحاضن اواي حاضن اخر من الرجال.

الفرع الاول

الشروط الواجب توفرها في الام الحاضنة

لما كان الغرض من الحضانة هو مصلحة المحضون، فلا بد من توفر عدة شروط تؤهل الام لاستحقاق الحضانة وسوف اتناولها بشيء من الايجاز.

اولاً– العقل:

اشترط فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم ان تكون الحاضنة عاقلة، فلا حضانة لمجنونة ، فالشافعية والحنفية اشترطوا العقل في الحضانة واعتبروها من المسلمات واشترط المالكية مع العقل البلوغ والرشد، والمراد به صون المال فلا حضانة لسفيه مبذر لئلا يتلف مال المحضون، اما فقهاء الحنابلة فقد اشترطوا العقل والبلوغ ولم يشترطوا الرشد لان الغرض من الحضانة القيام بمصالح المحضون الشخصية وليس القيام بشؤونه المالية[1].

ثانياً– اتحاد الدين:

اتفق الفقهاء المسلمون على هذا الشرط، فلا حضانة لغير مسلمة على مسلم واجازوا العكس خوفاً من افساد المحضون ، وهذا ما أقر به القضاء حيث جاء في قرار محكمة التمييز بالعدد(٢٩٤ / هيئة

(١) الدكتور محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة المنهاج ، مطبعة بولاق ، جزء ٢،مصر، ١٩٧١ ، ص٤٥٦.

موسعة اولى/ ١٩٨٢)في (١٩٨٢/٤/١٣) (اذا كان الزوجان على الديانة المسيحية ثم اشهر الاب اسلامه، فأن حضانة الام لولديها تسقط لانها تصبح غير أمينة على تربيتهما، فاذا اشهرت اسلامها بعد ذلك فأن حقها في الحضانة يعود ، لانه اذا زال المانع عاد الممنوع ولا يؤثر على ذلك صدور حكم سابق باسقاط الحضانة لان دعاوى الحضانة تتكرر تبعاً لتغيير الاسباب الشرعية والقانونية بها وتبعاً لمصلحة الصغير)[١].

ثالثاً- الامانة :

وهي الحرص على تحقيق المصالح الفضلى للمحضون بما في ذلك المحافظة عليه من التشرد والضياع و حفظ سلامته من المخاطر ويتحقق ذلك ببذل عناية الشخص المعتاد[٢]، وقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط فلا حضانة لفاسق او زاني.

رابعاً- القدرة على الحضانة:

اشترط الفقهاء في الحاضنة ان تكون قادرة على الحضانة بجهدها ووقتها اي توفر القدرة والقوة البدنية وسلامة الجسم ، واجتمعوا جميعهم على ذلك، فلا حضانة لعاجز عن ذلك كالمسنة او المريضة التي اقعدها المرض عن القيام بشؤون المحضون .

وهذا ما استقر عليه القضاء فقد جاء في قرار محكمة تمييز اقليم كردستان بالعدد(٤٣٩/ هيئة الاحوال الشخصية /٢٠١٩)في(٢٠١٩/٦/٩)(ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين ان قرار محكمة الاحوال الشخصية في السليمانية باسترداد حضانة الطفلين (س وم) الى والدهما المدعي صحيح وموافق للشرع والقانون حيث تبين فى خلال البينة الشخصية للاثبات وتقريري اللجنة الطبية و الباحث الاجتماعي ومطالعة الادعاء العام ان المدعى عليها الام فاقدة لشروط الحضانة على طفليها المطلوبين استردادهما منها ولم تعد حاضنة امينة لحمايتهما وغير قادرة بقدر اللازم على رعاية شؤونهما الاجتماعية

---

(١) ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، بغداد ، ١٩٩٩،ص٩٦.

(٢) حسن العكيلي ، محاضرات في قانون الاحوال الشخصية، بغداد ٢٠١١-٢٠١٢ ،ص١١٦.

والتربوية والتعليمية لانه يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته م(٢/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية المعدل وقد يتضرر المحضونين في بقاءهما لدى الام الحاضنة كما ايدت اللجنة الطبية انتقال حضانتها إلى الاب فطبقت المحكمة بحكمها المميز احكام المادة (٧/٥٧) من القانون المذكور التي توجب ان تنتقل الحضانة الى الاب حالة فقدان ام الصغير شروط الحضانة عليه ولان المحكمة التزمت صحيح القانون بحكمها المميز تقرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميزة رسمها وصدر القرار – بالاتفاق في ٢٠١٩/٦/٩)[١].

خامساً – الحرية:

اجمع فقهاء الحنفية والشافعية على وجوب توفر شرط الحرية في الحاضن لانهم اعتبروا العبد والامة عاجزين عن خدمة الصغير وبذلك ضرر لمصلحته. الا ان الظاهرية والمالكية لم يعدوا الحرية من شروط الحضانه حيث اعتبروا ان الأم احق بالحضانة ولوكانت امة حيث ان الام لوفور شفقتها على الولد تكون اكثر رعاية له من غيرها[٢].

ان هذا الشرط غير موجود ونادر وقوعه في الزمن الحاضر لعدم وجود الرقيق والعبيد في بلادنا .

سادساً– ان لا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي:

اجتمع جمهور الفقهاء على ان الحاضنة يجب ان لا تكون متزوجة من أجنبى فأن تزوجت سقط حقها في الحضانة. واستندوا الى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة بشأن حضانتها لابنها حيث قال (انت أحق به مالم تنكحي)[٣]. ولكون الغرض من الحضانة هو مصلحة المحضون فأن تزوجت الحاضنة انشغلت بزوجها مما يضر بخدمة المحضون وأيضاً خوفاً من سوء معاملة الزوج الاجنبي للصغير، اما اذا كان قريباً للصغير فلا يضربه.

---

(١) محمد مصطفى محمود الجاف ، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، الطبعة الاولى،٢٠٢٢،ص٥٦ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمد الخطيب، المصدر السابق، ص٤٨٨.

(٣)مسلم بن حجاج النسابوري، صحيح مسلم، دار السلام للنشر، ج٣، ط٢، الرياض،٢٠٠٠، ص٢٠٢.

اما شروط الام الحاضنة في القانون، فنجد ان قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل نص على شروط الحضانة في متنه ولكنه لم يتناول هذه الشروط بالتفصيل وانما ترك المجال في ذلك إلى القضاء حسب طبيعة كل دعوى معروضة عليه وبأشراف ورقابة محكمة التمييز، فقد نصت المادة(٥٧ /ف٢)، منه على ان: ((يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها ، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الام او الاب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون)) . ولم يطرأ اي تعديل على نص هذه الفقرة في اقليم كوردستان العراق .

ان الشروط الواجب توفرها في الحاضنة بموجب نص المادة اعلاه هي : البلوغ ، العقل، الأمانة، القدرة على تربية المحضون وصيانته ولذلك ما دامت الام محتفظة بشروط الحضانة فلا يجوز لاحد نزع حضانتها منها حتى اب المحضون وقد استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية على ذلك في قراراته، حيث جاء في قراره المرقم(١١٦٢/ش/٢٠١١)في (٢٠١١/١٢/١٤) (الام احق بالحضانة مادامت محتفظة بشروطها وهي البلوغ والعقل والامانة)[١].

وهذا ما استقر عليه ايضاً قضاء محكمة التمييز في اقليم كوردستان حيث جاء في القرار عدد(٤٠٩ /شخصية / ٢٠١٧) في (٢٠١٧/٦/١) (لدى التدقيق والمداولة وجدان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين بأنه صحيح وموافق للشرع والقانون لان الام احق بحضانة طفلها المحضون القاصر حال الحياة الزوجية او بعدها مالم تفقد شروط الحضانة ولثبوت تمتع الام بشروط الحضانة وان سبق تنازلها عن الحضانة لا يمنع من المطالبة بها لان الحضانة حق لصيق بالام ولا يمكن التنازل عن هذا الحق لاي سبب كان فتقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٧/٦/١)[٢].

---

(١) رزاق جبار علوان ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج١، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠١٢، ص٢٠١.

(٢) صباح حسن رشيد، قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان قسم الاحوال الشخصية، مكتبة هولير للنشر والتوزيع، اربيل ،٢٠١٨،ص٧٥.

ولقد اعتمد القضاء في الفصل في النزاعات الواقعة على حضانة الصغير على الشريعة الاسلامية كونها المصدر الرئيسي لنصوص قانون الاحوال الشخصية العراقية لعدم تناوله لتلك الشروط بالتفصيل والوضوح.

الفرع الثاني

شروط الاب الحاضن او اي حاضن اخر من الرجال

لاتختلف الشروط الواجب توفرها في الاب الحاضن عن الشروط الواجب توفرها في الام الحاضنة فقهاً،الا انهم اشرطوا شروط خاصة بالحاضنين من الرجال فقد اشترط الفقهاء بالاضافة إلى شروط العقل والامانة والقدرة شروط اخرى وهي ان يكون الحاضن محرماً للمحضون اذا كانت انثى ، وكذلك شروط اخرى وهي ان يكون عنده من يصلح للحضانة من زوجة او خادمة لان الرجل لاصبر له على الاطفال مثل صبر النساء[١].

ان قانون الاحوال الشخصية العراقي ، لم يتطرق إلى شروط الحاضنين من الرجال وانما اكتفى بذكر شروط الام الحاضنة في المادة ٢/٥٧ منه ، ولكن يمكن أن نقول ان الشروط الواجب توفرها في الاب هي نفس الشروط الواجب توفرها في الام بالأضافة الى الشروط الخاصة بالحاضن الرجل التي اوردها فقهاء الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني

آثار الحضانة

بعد انحلال الرابطة الزوجية فان حضانة الصغير تسند الى احد الوالدين او غيرهما ممن هو احق وأجدربها شرعاً وقانوناً، وفي الغالب تكون الام هي الاولى بالحضانة لكونها الانسب والاجدر بها، ويترتب على الحضانة آثار لانها تتطلب مكاناً ملائماً لكي ينمو الطفل سليماً تحت رعاية حاضنته ، كما أن

(١) الدكتور محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية . دار الفكر العربي، ط٣، بيروت ،١٩٥٧, ص٤٠٨.

حضانة الطفل بعد انفصال والديه تفترض أبتعاده عن احدهما ولمواجهة ذلك اقتضى الامر شرعاً وقانوناً أن يكون هناك حق لمشاهدة المحضون من الطرف الآخر. بالاضافة إلى هذه الاثار فأن الحضانة تنتهي بسن معينة او بزوال اسبابها وانتقالها بين الام والاب او من هو احق تبعاً لمصلحة المحضون . ولما كان لهذه الآثار أهمية كبيرة في مجال بحثي هذا عليه سأتناول في هذا المبحث الآثار التي ذكرتها اعلاه في مطلبين، اولهما سأخصصه عن مكان الحضانة ومشاهدة المحضون، والثاني سيكون عن سن الحضانة وانتهائها.

المطلب الاول

مكان الحضانة ومشاهدة المحضون

الاصل في الحضانة ان ينشأ الصغير في رعاية والديه والمكان الذي يقيمان فيه سوية، ولكن الحياة الزوجية ربما لا تستمر بحالتها الطبيعية بين الزوجين سواء كان ذلك بإنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق او بوفاة أحد الأبوين، ونتيجة لذلك تثار مسألة تحديد المكان الأصلح للصغير والمكان الذي يشاهد فيه المحضون، وهذا ما سأبينه في الفرعين الآتيين.

الفرع الاول

مكان الحضانه

مكان الحضانة هو محل اقامة الزوجين اذا كانت الزوجية قائمة، اما بالنسبة الى مكان الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون من مكان إلى آخر بعد انتهاء الزوجية فقد اختلف فيه فقهاء المذاهب الاسلامية كثيراً.

اذا كانت الحاضنة غير الام فأن مكان الحضانة هو بلد مسكن الاب وليس لها اخراج المحضون والانتقال به. اما اذا كانت الحاضنة هي الام وكانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي فأن مكان الحضانة هو دار الزوجية لأن الزوجة ممنوعة من مغادرتها لقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ

لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[1].

اما بعد الطلاق وانتهاء العدة فأن الاصل في مكان الحضانة هو بلد المحضون اي محل اقامة الزوجين عندما كانت الزوجية قائمة بينهما والفيصل في تحديد مكان الحضانة هو محل اقامة الزوجين قبل وقوع الطلاق وانتهاء العلاقة الزوجية بينهما[2].

ولكن هل للأم الحاضنة الانتقال بالصغير من مكان الحضانة إلى مكان اخر واختيار مكان معين للسكن فيه او السفر بالمحضون بمحض ارادتها ؟ وكذلك الحال بالنسبة للاب سواء كان الصغير في حضانة امه او عندما تنتقل اليه الحضانة فهل يجوز له ذلك ؟

اختلفت آراء الفقهاء بهذا الشأن ، ففقهاء الحنفية ذكروا بأن للام أن تسافر بالصغير بشرطين اولهما ان تنتقل الى بلدها والثاني ان يكون العقد قد وقع في بلدها الذي تنتقل اليه. فأن تخلف احد الشرطين منعت من ذلك الا الى موضع قريب يمكن المضي اليه والعودة قبل الليل[3].

وقال الامامية ليس للام المطلقة ان تسافر بالولد الذي تحتضنة الى بلد بعيد بغير رضا الاب[4].

اما بخصوص انتقال الاب بالمحضون فقد اتفق فقهاء المذهبين المذكورين على ان ليس للاب الانتقال بولده الصغير الذي في حضانة امه او غيرها من الحاضنات الى غير بلدها الا بأذنها.

اما الشافعية فقالوا: اذا اراد احد الزوجين المفترقين السفر بالولد فالمقيم منهما بالبلد احق به اذا كان في السفر خطر على الولد لعدم امانة الطريق اوان البلد الذي يقصده غير آمن. وقد فرقوا بين السفر لحاجة وبين السفر لنقله، فاذا اراد احدهما السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم في البلد، واذا كان

---

(١) سورة الطلاق، الآية (١).

(٢) محمد حسن كشكول و عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنه ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية بغداد ، ٢٠١١ ، ص٢٤١.

(٣) علي عبد الرزاق السامرائي، المصدر السابق، ص٢٧٩.

(٤) محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة، دار الغدير للطباعة والنشر، بغداد،٢٠١١، ص٣٩٤.

السفر لنقله إلى موضع يقصر فيه الصلاة ومن غير خوف فالاب احق به سواء كان هو المقيم او المسافر، والسبب في بقاء المحضون عند الاب عندهم هو لحفظ النسب والتأديب وهو نفس رأي الحنابلة[١].

اما المالكية فقالوا أن سفر الولي بالولد، عن بلد الحاضنة وكان سفره سفر نقله وانقطاع وتوفر الامان في الطريق والبلد المقصود انقطعت وسقطت حضانة الام اواي حاضنة واذا سافرت الام او الحاضنة السفر المذكور – سقطت حضانتها ايضاً[٢].

اما بالنسبة لمكان الحضانة وفق قانون الاحوال الشخصية العراقي فأنه لم يتطرق إلى هذا الموضوع سواء في تحديد مكان الحضانة او الانتقال بالمحضون ولكن القانون المذكور نص في المادة (٥٧، ٤) منه ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من عمره وللمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير، حتى اكماله الخامسة عشره اذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان الطبية المختصة منها والشعبية، ان مصلحة الصغير تقضي ذلك، على ان لا يبيت الا عند حاضنته)).

يتضح من خلال هذا النص بأنه يجب أن يكون المحضون قريبا من والده للإشراف عليه وتربيته وتعليمه دون أن يحدد مكان معين للحضانة إلا انه أوجب ألا يبيت المحضون إلا عند حاضنته وهي الأم عادة وقد اعتاد القضاء العراقي في حالة عدم وجود نص تشريعي يعالج حالة معينة وبموجب المادة (١) من القانون المذكور الرجوع إلى آراء الفقهاء ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون وبخصوص انتقال المحضون جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٦٧٥/ شخصية اولى/٢٠٠٧) في (٢٠١٧/٥/١٧) انه (ليس من حق الحاضنة السفر بالمحضون خارج العراق دون

(١) محمد جواد مغنية، المصدر نفسه، ص٣٩٧.

(٢) علي عبد الرزاق السامرائي ، المصدر السابق ، ص٢٨٠.

موافقة الأب ، إذ أن ذلك يتعارض مع حق الأب في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه وفق المادة٥٧/٤من قانون الأحوال الشخصية)[١].

هذا ما جاء بخصوص الانتقال بالمحضون أما بخصوص مكان الحضانة فقد جاء في قرار محكمة التمييز المرقم(٢٠٢٦/شخصية) في (١٩٨٠/٩/٢٩) (إن محكمة الأحوال الشخصية في الرصافة قد أصدرت حكمها المميز وقد استندت إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية معتمدة مبدأ المذهب الحنفي دون بقية المذاهب باعتباره في رأيها أكثر ملائمة لنصوص القانون المذكور وان هذا المذهب يجيز انتقال الأم بمحضونها إلى البلدة البعيدة إذا كانت وطناً للأم وفيها عقد النكاح . ولم تلاحظ المحكمة المذكورة إن هذا المبدأ لايراعي حق الأب في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حسبما قضت به الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من القانون وان استيطان المحضون مع أمه في القاهرة يفوت هذا الحق على المدعي لبعد المسافة كما لم تلاحظ المحكمة وجود مبادئ أخرى (غير مبدأ الحنفية) من مبادئ الشريعة الإسلامية تتفق مع أحكام الفقرة (٤) من المادة (٥٧) من القانون المذكور في المحافظة على حق الأب في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه)[٢].

اما قانون رقم (٦) لسنه ٢٠١٥ قانون تعديل تطبيق الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان – العراق فقد نص في المادة (١) منه على ما يلي:

((يوقف العمل في اقليم كوردستان بالفقرة (٤) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية من قانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، ويحل محلها مايلي:

أ. لكل من الأبوين حق مشاهدة أطفالهما وإقامتهم عندهما بعد الفرقة وانقضاء علاقة الزوجية، ووفاة أحدهما ، ويشمل هذا الحق اصولهما.

---

(١) فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الاحوال الشخصية، بغداد، ٢٠١١،ص٣٣٦.

(٢) صباح المفتي . المصدر السابق، ص٧٣.

ب. للأب أو الأم الحاضن الإشراف على شؤون المحضون الإجتماعية و تربيته وتعليمه لحين بلوغه الثامنة عشرة من العمر، وبعد وفاتهما تنتقل ذلك الى من له حق الحضانة وفق القوانين النافذة.

ج. في فترة الرضاعة تكون المشاهدة مرتين في الشهر في المحل الذي يتم الاتفاق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق تكون في المحل الذي تقرره المحكمة.

د. بعد فترة الرضاعة يكون وقت ومحل الاقامة وفقاً لأتفاق الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق تكون الاقامة اسبوعياً (٢٤) اربع وعشرون ساعة متواصلة في محل يحدده طالب المشاهدة (غير الحاضن) حسب مصلحة المحضون وبعد انتهاء المشاهدة يجب عليه اعادة المحضون الى الحاضن وبخلافه يحرم من حق المشاهدة لمدة شهر واحد.

هـ.. إذا منع الحاضن مشاهدة المحضون دون عذر مشروع، يتم إنذاره من قبل المنفذ العدل، وفي حالة تكراره تنتقل الحضانة بقرار من المحكمة المختصة لمدة شهر واحد الى الشخص الذي يمنح له هذا الحق بموجب القانون النافذ.

و. يكون سفر المحضون إلى خارج البلد بموافقة الأبوين فقط، وفي حالة وفاتهما يكون للشخص للحاضن بموجب القانون هذا الحق، وفي حالة سفره مع اي واحد منهما، ينبغي عليه تقديم تعهد بالالتزام باعادته الى البلد.

ز. يراقب عضو الإدعاء العام في محكمة الأحوال الشخصية حسن تنفيذ الفقرات أعلاه وفي حالة حصول مخالفة يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة)).

ومن خلال اجراء مقارنة بين الفقرة ٤ من المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية العراقي و تعديل المشرع الكوردستاني في هذه الفقرة فأننا نجد اختلاف واضح بين النصين حيث ان النص العراقي لم يعط حق الاقامة لاصول الوالدين وقصر ذلك على الوالدين، بينما في النص المعدل اعطى هذا الحق لأصول الوالدين وهذا ما يجب ان نشيد به لما فيه من محاسن من حيث صلة الرحم كما ان الطفل المحضون يتعرف ويألف اصوله، كما ان النص المعدل مدد مدة الحضانة الى ١٨ سنة واعطى حق الاشراف للاب

والام على حد السواء، اما بالنسبة للمبيت فقد أوضح النص العراقي بأن المبيت يجب ان يكون عند حاضنته بينما لم يذكر النص الكوردستاني ذلك وانما حدد فترة المشاهدة في فترة الرضاعة مرتين في الشهر ولم يحدد المدة في كل مرة اما بعد فترة الرضاعة فقد زاد على ذلك بأن يكون مرة اسبوعيا لمدة اربع وعشرون ساعة متواصله وهذا يعني مبيت الطفل خارج بيته المعتاد عليه **وهذا ما اجده حسب رأي المتواضع غير مناسب للمحضون بعد سن الرضاع مباشرة لصغر سنه، وكذلك بعد دخوله المدرسة لان ذلك يؤثر على دراسته و حضوره للدوام .**

اوضح النص الكوردستاني في التعديل المذكور مسألة سفر المحضون وحددها بموافقة الأبوين اما النص العراقي فلم يوضح هذه المسالة بصورة صريحة ولكن يمكن فهم ذلك من النص حيث ذكر بانه للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه وهذا يعنى ان يكون متواجداً في نفس البلد ولا يجوز السفر به الا بموافقته . وبهذا الصدد جاء في قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم(٥٠٤/ هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٩) في ٢٠١٩/٦/١٣.

((المبدأ : تسترد الحضانة من الام بسبب سفرها بالمحضون الى خارج العراق بطرق غير رسمية وغير مشروعة دون موافقة الوالد عقب ادانتها والحكم عليها بموجب المادة (١/٣٨٣) من قانون العقوبات.

القرار/ لدى التدقيق و المداولة وقبول الطعن التمييزي شكلا وجد أن حكم محكمة الأحوال الشخصية في سيميل بالزام المدعى عليها بتسليم بنتيها الى والدهما وجعلهما في حضانته صحيح وموافق للشرع والقانون بعد ان تأكدت للمحكمة ان الوالدة غير امينة في حضانتها للبنتين وذلك عقب ادانتها جنحا بموجب المادة (١/٣٨٣) من قانون العقوبات وحبسها لمدة سنة بسبب سفرها بالبنتين الى خارج العراق بطرق غير رسمية وغير مشروعة دون موافقة الوالد لذا فقدت الام بذلك شروط حضانتها واصبح من حق

الاب احتضانهما لذا تقرر تصديق القرار المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميزة رسمها وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٩/٦/١٣))[١] .

وبموجب قرارها المرقم(٣٦ / الشخصية / ٢٠٠٦) في / ٢ / ٢ / ٢٠٠٦. فان (اختلاف التقاليد والعادات بين دولة الاب ودولة الام يشكل ضررا للمحضون) كما (وان السفر بالمحضون يمس حق الأب في الاشراف على شؤون وتربية وتعليم المحضون). حيث جاء فيه: (وبما أن الأصل في الحضانة هو مراعاة مصلحة الصغيرين وإذا ثبت أن الأم الحاضنة الأحق تصر على العودة الى البلاد الأجنبي للاستمرار في الأقامه فيه دون إذن وموافقة الأب فإن سفر الطفلين معها يلحق الأضرار بهما لأختلاف التقاليد والعادات ولأنه يمس بحق الأب في الاشراف على شؤونهما وتربيتهما وتعليمها وحيث أن الأب قدم لائحة إيضاحية ملحقه بعريضته التمييزية وأرفق بها أوراقاً تحقيقيه تتضمن محاولة الأم في مغادرة الاقليم عن طريق مطار السليمانية الدولي بالطريقة المذكورة في الأوراق التحقيقية وَبَينَ أنها وصلت الى..... لذا قرر نقض الحكم المميز)[٢] .

الفرع الثاني

مشاهدة المحضون

بعد استعراضنا لآراء فقهاء المذاهب الإسلامية والنصوص القانونية التي تناولت مكان الحضانة، يثار التساؤل: هل لوالد أو لوالدة الصغير عندما تكون حضانته لدى غيره حق مشاهدته واللقاء به أو إن حق الحضانة يكون مطلقاً لمن يستحقه وبالتالي لا يسمح للآخر بمشاهدته الصغير ؟ وإذا تقرر حق الرؤية فهل هو للأب فقط لينظر في شؤونه كما مر بنا ، أم هو للام وغيرها ممن تليها بحق الحضانة أم انه لغير الأب لمن له ولاية الصغير بعده ؟ وكما نعلم ان مدة حضانة عند احد الوالدين او غيرهما قد تستمر لعدة سنين لذا فمن حق الطرف الاخر مشاهدة المحضون ويمكننا ان نوجز اسباب و مبررات المشاهدة بما يلي:-

---

(١) محمد مصطفى محمود الجاف، المصدر السابق، ص٥٩وما بعدها.

(٢)كوران علي محمد، السوابق في قضاء محكمة الأحوال الشخصية، مكتبة تبايي، اربيل،٢٠٢٢،ص١٥٠ ومابعدها.

١- إن حق الحضانة حق مقرر شرعاً للأبوين وغيرهما من اولي الأرحام الذين يؤول إليهم هذا الحق في حالة عدم وجود احد الأبوين أو كليهما استناداً لقوله تعالى [وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِى كِتَبِ ٱللَّهِ][١] .

٢- إن مفارقة الأم أو الأب لولدهما الصغير فيه حرمان من مشاهدة الولد الذي هو فلذة الكبد ونتيجة عدم رؤيته أو مشاهدته يتحقق الضرر وذلك غير جائز شرعا لقوله تعالى [لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ][٣]

٣- إن من حق الولد على أبيه أن يشرف على تربيته ويوجهه الوجهة الصحيحة .

ولم تختلف المذاهب الفقهية في هذا الشأن وقد أقرت جميعها حق رؤية الصغير لكل من الوالدين كما ألزموا الحاضنة بعدم السفر بالمحضون الى مكان بعيد عن ابيه فلا يتمكن من رؤيته والاشراف على تأديبه وتعليمه.

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي فقد تطرق بصورة غير مباشرة إلى حق الرؤية أو المشاهدة في الفقرة (٤) من المادة (٥٧) منه التي أعطت للاب الحق في النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه خلال مدة الحضانة التي أشرنا إليها مسبقاً وجاء في عجز الفقرة المذكورة على أن ((لايبيت المحضون إلا عند حاضنته)) وكذلك لم يتطرق المشرع إلى المكان الذي تكون فيه المشاهدة ولم يذكر لنا سوى حق الأب في ذلك حيث لم يتطرق إلى حق الولي في حالة عدم وجود الأب أو حق الأم في المشاهدة عندما تكون الحضانة لدى الأب أو غيره في حالة سقوط حضانتها أو انتهاء مدة الحضانة وحق الأب في ضمه إليه . وعلى الرغم من أن المشرع عالج الحالة الغالبة وهي كون المحضون في حضانة الأم كونها هي الاحق بها وتحدث عن حق الأب في النظر بشؤون الصغير وتربيته وتعليمه إلا

---

(١) سورة الأنفال الآية (٧٥).

(٣) سورة البقرة الآية (٢٣٣)

انـه فـي ذلـك فسـح المجـال أمـام القضـاء للرجـوع إلـى أحكـام الشـريعة الإسـلامية وآراء الفقهـاء الملائمـة لنصوص القانون.

وقد شهدت محاكم الأحوال الشخصية العراقية منذ وجدت دعاوى المشاهدة وجرى العمل على أن تقرر المحكمة إلزام الحاضن بتمكين الوالد الثاني من مشاهدة ولده فترات معينة ومحددة ، وتقدر المحكمة تبعاً لعمر المحضون المدة اللازمة للانتقال كي لا تضطر أم المحضون لإحضاره طيلة أيام الأسبوع . وكانت الأحكام تصدر بأن تتم المشاهدة في بيت المختار عند عدم الاتفاق ثم تحولت القرارات إلى مركز الشرطة لإمكان مراقبة تنفيذ الحكم ثم تحولت إلى دوائر التنفيذ كل هذا جرى دون أن يكون هناك نص في القانون وإنما كان يجري باجتهاد القضاة وبتوجيه من محكمة التمييز.[1]

ثم صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم٢١١ في ١٩٨٤/٣/٥ ليجعل مشاهدة احد الوالدين ولده بمقتضى الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في مقر منظمة الاتحاد العام لنساء العراق في البلدة التي يقيم فيها الولد مع حاضنته، ثم الغي هذا القرار بموجب القرار رقم ٦ لسنة١٩٩٢ في ٦/١ /١٩٩٢ والذي جاء فيه: (تكون مشاهدة احد الوالدين ولده في المكان المناسب الذي يتفق عليه الطرفان وفي حالة عدم اتفاقهما على ذلك أو عدم النص في قرار المحكمة على تحديد مكان المشاهدة يكون أي من فروع الاتحاد العام لنساء العراق أو فرع الاتحاد في المكان الذي تقيم فيه الأم هو المكان المناسب للمشاهدة). ورغم إن الاتحاد العام لنساء العراق قد الغي بموجب قرار مجلس الوزراء المرقم (٣) لسنة ٢٠٠٤ إلا إن قضاء محكمة التمييز تصدى لهذا الغموض الذي شاب مكان المشاهدة وفق ما جاء بقراراته حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١١٤٨/ هيئة الشخصية الأولى / ٢٠٠٨ في ٢٥ / ٣/ ٢٠٠٨ان (القرار غير صحيح ومخالف لإحكام الشرع والقانون ذلك أن تحديد مكان المشاهدة في بيت طرف ثالث بدون اتفاق الطرفين غير صحيح ويفترض أن لا تلجأ له المحكمة إذ كان الواجب تحديد مكان المشاهدة هذهِ في احد المنظمات النسوية التي تعد الخلف لاتحاد نساء العراق في حال عدم

(١) محمد حسن كشكول و عباس السعدي، المصدر السابق ، ص ٢٤٦ وما بعدها.

وجود فرع للاتحاد المذكور عملاً بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل (٦) لسنة ١٩٩٢ الذي لايزال نافذا لذا قرر نقضه وإعادة الاضبارة إلى محكمتها للسير بها وفق ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٨ ربيع الأول ، ١٤٢٩هـ ، الموافق ٢٠٠٨/٣/٢٥م)[١].

كما جاء في قرارها المرقم قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٣٥٨ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١١ في ٢٠١٢/١/١٦ ان (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون ذلك لان المدعي عليها (الأم) تقيم في مدينة الصدر فيكون المكان القريب من محل إقامتها هو المكان المناسب لمشاهدة أولاد الطرفين ولما كان الحكم المميز قد قضى بذلك لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التميز وصدر القرار بالاتفاق في /٢٣ صفر/١٤٣٣هـ ، الموافق ١٦ /١/ ٢٠١٢م)[٢].

مما تقدم يتضح لنا أن مشاهدة المحضون يجب أن تكون ضمن محل سكنى الحاضنة ولا يستوجب عليها الانتقال إلى مكان آخر فيه مشقة وعناء عليها وعلى المحضون.

أما بخصوص ولي المحضون في حالة عدم وجود والده فقد أورد لنا القضاء العديد من القرارات في هذا الشأن منها قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٣٣١ / شخصية أولى / ٢٠٠٠/ في ٢٠٠٠/١٢/٢٠ حيث جاء فيه (وجد أن القرار المميز صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون ذلك لأن من حق الجد لأب مشاهدة حفيده والنظر في تربيته ورعايته وتعليمه عند وفاة أبيه)[٣].

---

(١) دريد داود سلمان الجنابي ، المصدر السابق ، ص٢١٣.

(٢) مجلة التشريع والقضاء، السنة الرابعة، العدد الثالث، بغداد، ٢٠١٢، ص٢٠٥.

(٣) فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق ، ص ٣٣٤.

وقد ورد في قرار محكمة التمييز المرقم ٨٤٤ / شرعية / ١٩٦٨ في ١٦ / ٣ / ١٩٦٩ حق الأم بمشاهدة ولدها عندما لا يكون في حضانتها حيث جاء فيه ان (على المحكمة تعيين المحل الذي تشاهد فيه الأم المطلقة طفلها الذي هو لدى أبيه وان تعين مدة المشاهدة) [١] .

كما حدد محكمة التمييز مدة المشاهدة في قرارها المرقم قرار محكمة التمييز المرقم ٢١٠ / شخصية / ١٩٨١ في ٢٥ / ١١ / ١٩٨١ حيث جاء (إن الحكم بمشاهدة المحضون يومياً في مكتب احد المحامين يسبب ضرراً للمحضون ويلزم الحكم بالمشاهدة مرة كل أسبوع) [٢].

اما في حالة امتناع الحاضن او الحاضنة عن تنفيز حكم المشاهدة اضراراً بالطرف الاخر نجد ان القانون لم يعالج ذلك غير ان القضاء اصدر عدة قرارات يعالج فيها هذه المسألة فقد جاء في قرار محكمة التمييز المرقم (٣١ / تنفيذ / ١٩٧٦ ، في ٢/١٠/ ١٩٧٦ (ان امتناع المميز عليه عن احضار الاطفال في دار مختار محلة البتاوين لتمكين المميزة من مشاهدتهم في اليوم والساعة المحددين في إعلام محكمة شرعية الكرادة المنفذ المتفق عليه يعتبر مخالفة قانونية ، فكان على رئاسة التنفيذ اجراء التعقيبات القانونية بحق المميز عليه وفق احكام المادة (٢٤٠) من قانون العقوبات واشعار حاكم التحقيق المختص بذلك)[٣].

اما في اقليم كردستان فبالرجوع الى الحكام الوارد في قانون رقم(٦) لسنة ٢٠١٥ يتضح لنا ان المشرع كردستاني وفق في كثير من الأمور في هذا التعديل من اهمها انه اعطى للأصول اي الجد والجدة الحق في طلب مشاهدة احفادهم، وهذا الامر يؤثر ايجابياً على المحضون لانه يقوي الروابط العائلية بين المحضون واهله ويوصل الارحام بينهم. وان النص جاء واضحاً حين ذكر عبارة (ويشمل هذا الحق اصولها) ولم يشترط وفاة احد الابوين كي ينتقل هذا الحق الى اصولها، الا اننا نرى بأن التطبيق العملي لهذه الفقرة جاء على عكس ذلك حيث جاء في قرار التميزي بالعدد ٧٢٢ /هيئة الاحوال المدينة /٢٠١٦

---

(١) إبراهيم المشاهدي، المصدر السابق ، ص١١٠.

(٢) المصدر نفسه ،ص١٣٩.

(٣) صباح المفتي، المصدر السابق، ص٨١.

في ٢٠١٦/١٢/٢٠ (الدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون لانه الاب غير مقيم في الاقليم حتى يكون له حق المشاهدة والاشراف على شؤون الصغير ، وانه بموجب القانون رقم(٦) السنة ٢٠١٥ فأن حق المشاهدة لا ينتقل الى الاصول مادام الأبوين على قيد الحياة فلا يكون للجد هذا الحق، عليه تقرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال اعلاه ، وصدر القرار بالاكثرية في ٢٠١٦/١٢/٢٠)[١].

ومما يؤخذ على الفقرة (أ) من القانون المذكور اعلاه ، انه اعطى حق المشاهدة (بعد الفرقة) و (انقضاء العلاقة الزوجية)، اي ان الطرف الغير حاضن ليس له حق المشاهدة الا بعد الفرقة وانقضاء العلاقة الزوجية، وكما هو معلوم فأن دعاوي التفريق يطول حسمها الى حين اصدار القرار – النهائي سيكون الطفل بعيداً عن احد ابويه، واذا ميزت الدعوى سيستغرق وقت اطول واذا لم يرَ الطفل أحد أبويه كل هذه الفترة ربما قد ينفر منه ولا يذهب معه . ونرى ذلك في خلال التطبيقات العملية حيث اقرت محكمة التمييز مبدأ عدم السماح لاي من الزوجين ان يطلبا الحكم لهما بمشاهدة اطفالهما واقامتهم عندهما الا بعد الفرقة، حيث جاء في قرارها بالعدد ٤٧٤ / هيئة الاحوال الشخصية في ٢٠١٨/٩/٩ (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أن محكمة الاحوال الشخصية فى دهوك اصدرت حكمها بتمكين المدعي من مشاهدة طفلته في الاوقات المعينة فيه ولكن الحكم المذكور – لا يوافق الشرع والقانون لعدم تطبيق المحكمة حكم المادة ٤/٥٧ (أ) من قانون الاحوال الشخصية المعدل بقانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ الصادر من برلمان كوردستان تطبيقاً سليماً حيث بين المدعي وكذلك المدعي عليها استمرار الحياة الزوجية بينها وعدم حدوث الفرقة في وقت لا تسمح احكام الفقرة المذكورة من القانون ان يطلب اي من الزوجين الحكم لهما قضاءً بمشاهدة اطفالهما واقامتهم عندهما الا بعد الفرقة وكان على المحكمة

(١) صباح حسن رشيد، المصدر السابق، ص٦.

مراعاة ما ورد اعلاه ولمخالفتها لها اخلت بصحة حكمها المميز مما تقرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى اليها للسير فيها وفق ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز المدفوع تابعاً للنتيجة وصدر – القرار بالاتفاق في ٢٠١٨/٩/٩)[١].

كما أن المشرع الكوردستاني كان موفقاً في تحديد مدة المشاهدة و فرق في ذلك بين فترة الرضاعة وفترة ما بعد الرضاعة ، كما حدد عقوبة. لطالب المشاهدة اذا لم يعيد المحضون إلى الحاضن حيث حرمه من حق المشاهدة لمدة شهر واحد. وايضا عالج في الفقرة (هـ) مشكلة امتناع الحاضن عن تسليم المحضون لطالب المشاهدة ، ويكون ذلك بأنذار من قبل المنفذ العدل واذا كرر ذلك تسحب الحضانة منه وتعطى الى الشخص الذي يمنح له هذا الحق وذلك بقرار من المحكمة المختصة كما ألزم الادعاء العام في محكمة الاحوال الشخصية بمراقبة حسن تنفيذ الفقرات التي جاء بها قانون التعديل واتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة في حالة حصول اية مخالفة لها.

المطلب الثاني

انتهاء الحضانة

للحضانة سن معين تنتهي بانتهائها، كما تنتهى بقرار من المحكمة باسقاطها او انتقالها او استردادها وسوف اتناول هذا من خلال فرعين، الاول ابحث فيه سن الحضانة، والثاني ابين فيه سلطة المحكمة في انهاء الحضانة باسقاطها او انتقالها او استردادها.

الفرع الاول

سن الحضانة

يختلف سن الحضانة في الشريعة الاسلامية عنه في القانون وللاحاطة بذلك سوف أبين ذلك في فقرتين ، اتناول في الفقرة الأولى سن الحضانة في الشريعة الاسلامية اما الفقرة الثانية ادرس فيها سن

(١) محمد مصطفى محمود الجاف، المصدر السابق ،ص٨٠.

الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي وقانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (٦) لسنة٢٠١٥.

أولا – سن الحضانة في الشريعة الاسلامية:

تبدأ الحضانة حسب ما اتفق عليه فقهاء المسلمين منذ ولادة الطفل حتى يبلغ القدرة على الاستقلال بنفسه والاستغناء عن خدمة النساء إلا ان الفقهاء المسلمين أختلفوا في مدة الحضانة حسب تقدير كل منهم لمصلحة المحضون.

فذهب الحنابلة والشافعية الى أن مدة الحضانة للذكر والانثى حد التمييز وعلى المميز أذا أفترق أبواه كان عند من اختاره منهما وعندهم أبن سبع سنين أو ثمان سنين مميز، ولابد مع التمييز أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار والا أُخر الى حصول ذلك ، لأن التمييز أنما فوض اليه لانه أعرف بحظه وانه يعرف من ابويه ما يدعوه لاختياره [١] .

أما الاحناف فيرون ان يدفع الصغير الى من يوجهه ويؤدبه بعد أن يصبح في السابعة من العمر وذلك حسب الغالب وهو مأخوذ من قول رسول الله ﷺ : (مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعاً) . أما الصغيرة فمدت حضانتها الى حين بلوغها الحيض لانها بعد بلوغها سبع سنين تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر ، فتبقى عند حاضنتها كالام او الجدة لام الى البلوغ ، وبعد بلوغها تحتاج الى تحصينها وحفظها والاب فيه اقوى واقدر [٢].أما المالكية فيقولون : تستمر حضانة الغلام الى البلوغ والانثى الى الزواج ودخول الزوج بها ، وهذا أذا كانت الام مطلقة أومات زوجها اما اذا كانت في عصمة زوجها ابو المحضون ، فالحضانة حق للزوجين معاً.[٣]

---

(١) مغني المحتاج ،المرجع السابق ، ج ٧، ص ٤٥٢ .

(٢)د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، المصدر السابق ، ج ١ ، ص ٣٦٥ .

(٣)د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، الطبعة الثانية، الجزء الاول، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠٦،ص٢١٤.

ومما تقدم من آراء وأقوال فقهاء الشريعة نجد أن المحضون يبقى في حضانة أمه الى بلوغه سن التمييز وقدروها بسبع أو ثمان سنين والاعتبار على التمييز وليس على السن فبعضهم يرى أنه يخير بين أبويه والبعض الأخر يرى أنه يسلم الى الاب بعد التمييز أذا كان محتفظاً بشروط الحضانة وقد أختلف الفقهاء في مسألة تخيير الطفل من عدمه والرأي الراجح في ذلك هو وجوب مراعاة مصلحة الصغير والمجتمع معاً وذلك بأن يكون أحد الابوين أولى من الاخر بالحضانة متى كان مراعياً لحقوق الله عكس الآخر .

ثانياً – سن الحضانة في القانون:

حدد المشرع العراقي مدة الحضانة في النص الخاص بحديثه عن حقوق الأب حيث نصت المادة ٤/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي : ((للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر ، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى أكماله الخامسة عشرة ، أذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان الطبية المختصة الطبية منها والشعبية ، أن مصلحة الصغير تقتضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته)).

ونجد من هذا النص أن الأصل في الحضانة تبدأ من ولادة الطفل وتستمر الى حين اتمامه العاشرة من عمره ، وان المشرع لم يفرق بين الذكر والانثى حيث انه ساوى بينهما في سن الحضانة عكس ما اشار اليه فقهاء الشريعة الاسلامية والذي ذكرناه سابقاً حيث اختلفوا في تحديد سن الحضانة اضافة الى تفريقهم بين الذكر والانثى من المحضونين.

كما نجد من النص السابق أن للمحكمة السلطة التقديرية في تمديد مدة الحضانة حتى أكمال المحضون الخامسة عشر من عمره ، ويتضح من ذلك أن المشرع العراقي قد أخذ بما يقرب من رأي فقهاء المالكية مع بعض الاختلاف في ذلك ، حيث أن المالكية يذهبون الى أن مدة الحضانة للغلام من حين الولادة الى البلوغ ، أما الانثى فأن حضانتها الى أن تتزوج ويدخل بها الزوج ، حيث أن البلوغ والزواج للذكر والانثى يكون في عمر قريب وعند اكمالهم الخامسة عشرة سنة عادة، فان المشرع العراقي قد أعطى

للمحكمة صلاحية واسعة في الأذن بتمديد حضانة الصغير وذلك مراعاة لظروف كل حالة من الحالات المنظورة على أن تراعى مصلحة الصغير في ذلك مع الاستعانة باللجان الطبية المختصة والشعبية عند اصدارهم للحكم ، وكل ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز أذا ما طعن بالقرار الصادر منها من طرفي الدعوى أو أحدهما ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم ٣٢٢٨ / شخصية اولى / ٢٠٠٧ في ١٢/١١/ ٢٠٠٧ بأنه (ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان المحضونة (ر) من مواليد ١٩٩٤/٥/١٧ وأنها قد تجاوزت سن الحضانة التي تدور وجوداً وعدما مع مصلحة المحضون وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانتها حتى أكمالها الخامسة عشرة أذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة المحضون تقتضي استكمال التحقيقات اللازمة في الدعوى للوقوف على ما أذا كان من مصلحة المحضون (ر) تمديد حضانتها الى أمها من عدمه من أجل صحة الحكم المميز لذا قرر نقضه....)[1].

فأذا أكمل الولد او البنت الخامسة عشرة من عمره يكون له في هذه الحاله حق الاختيار على ان يكون ذلك مبنياً على اسباب معقولة تقتنع بها المحكمة وتستأنس فيه الرشد عند اختياره وقد استقر القضاء العراقي في كثير من احكامه الى استمرار فترة الحضانة حتى اكمال المحضون سن الخامسة عشرة ، ويبدو ان هذا السن قد اعتمده القانون العراقي كبداية للبلوغ والتمييز للانسان لذلك نجد انه اشار في نص اخر من نصوصه وهو المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على انه ((اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن له به ، اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فأذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فأن لم يعترض اوكان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج)).

أما ما جاء في قانون تعديل تطبيق الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ فقد جاءت في الفقرة (ب) منه : ((للأب أو الام الحاضن الاشراف على شؤون المحضون الاجتماعية وتربيته

(١) القرار غير منشور .

وتعليمه لحين بلوغه الثامنة عشرة من العمر، وبعد وفاتهما تنتقل ذلك الى من له حق الحضانة وفق القوانين النافذة))، **عليه نرى أن المشرع الكوردستاني مدد سن الحضانة الى الثامنة عشرة من العمر هو سن الرشد وهذا الامر يعد موقفاً ايجابياً وذلك لحاجة الصغير الى الرعاية والتربية والارشاد الى هذا العمر.**

الفرع الثاني

سلطة المحكمة في إسقاط الحضانة وانتقالها واستردادها

دعوى الحصانة كغيرها من الدعاوى تقام من قبل أحد الطرفين ضد الآخر أمام محكمة الأحوال الشخصية عند حدوث نزاع حول حضانة الصغير، ودعوى الحضانة هي الدعوى الوحيدة التي يقبل فيها القضاء البحث في السلوك الشخصي لأطرافها بل والوقوف على السيرة الاجتماعية لهم والسؤال عن طبيعة العمل الذي يمتهنونه والبيئة التي يعيشون فيها ، لا بل والتأكد من قدرة هؤلاء النفسية والجسمية على الحضانة ، حتى لو تطلب ذلك عرضهم على لجنة طبية مختصة، فالحكم الذي يتعلق بحضانة الأولاد ، لا يصدره القاضي ولا يلحق الأولاد بأحد الأبوين إلا إذا أطمأن لأخلاقه وسلوكه فإذا تغيرت هذه الصفات ، أصبح من الممكن الرجوع في ذلك الحكم ، فهو إذن حكم قائم على وقائع متغيرة[١] ومن أجل ذلك فقد كفل قانون الأحوال الشخصية للمحكمة سلطة واسعة في تقدير مصلحة المحضون بإسناد وإسقاط واسترداد الحضانة للذي يكون الأجدر في ممارستها وذلك من خلال ما جاء في المادة (٥٧) منه فلم يسقط حضانة الأم بزواجها من غير أب المحضون وأعطى للمحكمة سلطة تقدير مصلحة المحضون في إسناد حق حضانة الصغير لها أو لوالده ومنح بموجب المادة ٤/٥٧ منه المحكمة سلطة تمديد حق الأم لحضانة ولدها لحين إكماله سن الخامسة عشر من العمر إذا كانت مصلحة الصغير تقتضي ذلك وحتى بعد أن يتم الصغير السن المذكورة ويحق له الاختيار بالإقامة مع من يشاء من أبويه أو غيرهما فليس له

(١) فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص٢.

ذلك إلا إذا رأت المحكمة أن رشده متحقق في هذا الاختيار، كما منح المحكمة سلطة واسعة في تقدير مصلحة المحضون واسترداد الحضانة لمن سقطت عنه بحكم قضائي إذا كان أهلا للحضانة وأن مصلحة الصغير متحققة في إعادة الحضانة له أو ثبت تضرر المحضون مع الحاضن الجديد وإسقاط الحضانة وإناطتها بحاضن آخر إذا ما فقدت أم الصغير شرط من شروط الحضانة أو عند وفاتها فللمحكمة تقدير كون الأب يصلح بعدها للحضانة وأنه يمثل مصلحة المحضون من عدمه فإن لم يكن كذلك اختارت المحكمة من يمثل هذه المصلحة، كما أعطى للمحكمة سلطتها في حالة عدم وجود الأبوين أو أنهم وجدا ولكن لا يصلحا لهذه المهمة فلها أن تودع الصغير بيد حاضنة أو حاضن أمين أو تودعه إلى دور الدولة المعدة لهذا الغرض إن وجدت وفي حالة وفاة أبو المحضون وزواج الأم بأجنبي عنه حيث إن من شروط بقاء الحضانة لدى الأم بعد زواجها هو اقتناع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه معها.

يتضح لنا مما تقدم أن القانون المذكور أعطى هذه الحرية والسلطة الواسعة للمحكمة لاختيار من هو الأصلح لحضانة ذلك الصغير سواء كان بإسنادها إلى حاضن معين أو بإسقاطها عنه أو بانتقالها إلى غيره أو باستردادها إليه ، لذلك فمن الطبيعي إن هذه المسؤولية الكبيرة تلقى على عاتق المحكمة فيقتضي عليها أن تتوصل الى من هو الأصلح لممارسة هذه المهمة ولابد لها من اجل تحقيق ذلك من اعتماد وسائل واتخاذ إجراءات تستطيع من خلالها التحقق من تضرر المحضون من عدمه ومعرفة الأصلح لحضانته. والوسائل التي تستند عليها المحكمة في إسقاط الحضانة وانتقالها واستردادها ، وهي كالآتي:

أولا / الاستماع للبينات الشخصية:

فإذا ادعى المدعي أو المدعى عليه انه الأصلح لحضانة الصغير وان خصمه غير لائق لها فأن المحكمة تكلفه بإثبات ادعائه أو دفعه فإذا ما احضر الطرفين بيناتهما الشخصية واستمعت المحكمة لأقوالهما فلها أن ترجح بينة طرف دون الآخر على ضوء تحقق مصلحة المحضون مستندة في ذلك إلى نص المادة (٨٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩حيث جاء فيه ((لمحكمة الموضوع تقدير

الشهادة من الناحية الموضوعية والشخصية ، ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة)).

وكذلك للمحكمة أن تقرر إجراء المعاينة على محل سكن كل من الطرفين المتداعيين وإجراء المفاضلة لاستكمال قناعتها وهذا ما جرى العمل عليه في محاكم الأحوال الشخصية وبخصوص البينة الشخصية فقد جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٩٣٤٤/ شخصية أولى / ٢٠٠٤ ، في ٢٠٠٥/١/١٨ انه(ثبت بأن الطفلين (م) و (هـ) قد تجاوزا سن الحضانة ، لذا فأن الأب أحق بحضانتهم ، أما بالنسبة للطفلة (ج) فهي في سن الحضانة ، ولكن الثابت بإقرار المميزة والبينة الشخصية المقدمة بأنها لم تدخل الأطفال في المدرسة وان احد الأطفال كان متهما بارتكاب جريمة سرقة ، وحيث أن الأم أحق بحضانة الولد وتربيتة حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك وحيث أن المحضونة قد تضررت بسبب إهمال المميزة من الاهتمام بالأطفال وتربيتهم إذ لا تصلح كحاضنة لأطفالها المذكورين)[1].

ثانياً/ إجراءات البحث الاجتماعي:

تحوي اغلب محاكم الأحوال الشخصية غرفاً للبحث الاجتماعي يعمل فيها باحثات اجتماعيات أو باحثين متخصصين ومهيئين دراسياً ومن مهام الباحثين تقديم تقرير للمحكمة عندما يحال الطرفين مع الطفل أو الأطفال للبحث الاجتماعي ليقوم بمقابلتهم مع الطفل المحضون المتنازع على حضانته ، ويقدم تقريره بعد تثبيت كافة المعلومات المتعلقة بالطرفين المتمثلة بالعمر والتحصيل الدراسي ومكان العيش والعمل ومواصفات المكان الذي يعيش فيه كل طرف ، وكل الظروف التي تحيط بهما والأطفال وكذلك يقوم بالزيارة الميدانية لسكن الطرفين ومن ثم يقدم تقريره لخلاصة عمله واستنتاجه حول الطرف الأصلح للحضانة الطفل . وقد أكد القضاء على دور البحث الاجتماعي قبل إصدار الحكم بإسناد لحضانة لطرف معين حيث جاء في قرار المحكمة التمييز المرقم(٦٧٢ شخصية ٩٩) ، في(١٩٩٩/٨/٣) انه(وجد أن

---

(١) راغب سلمان عيدان ، سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي والشريعة الإسلامية وتطبيقاتها القضائية ، بحث ترقية تقدم الى مجلس القضاء العراقي ، ٢٠١١،ص٥٤.

الحكم غير صحيح ومخالف للشرع والقانون... أن المحكمة قررت قبول الاعتراض وإبطال الحكم الغيابي دون إجراء أي تحقيقات في الدعوى لأن الحضانة تدور مع مصلحة الصغيرين المحضونين مما كان يقتضي الاستعانة بالباحثة الاجتماعية والاطلاع على ظروف الطرفين وتعيين الجهة التي هي أحق بالحضانة في ضوء مصلحة المحضون ، وحيث أنها لم تلتفت إلى ذلك مما أخل بصحة الحكم المميز قرر نقضه....)[١].

ثالثا: اللجنة الطبية النفسية:

لقد جرى عمل محاكم الأحوال الشخصية في العراق على الاستعانة بالطب النفسي فيما إذا كان فصل الولد عن أمه أو أبيه يضر به نفسيا أم لا، بسبب إن ذلك رأي فني يحتاج الى خبرة خبير وهي اللجنة الطبية وهذه اللجنة في عملها شبيه بعمل الباحث الاجتماعي في مقابلة الطرفين والطفل وبيان الرأي حسب اجتهادها ثم أن قرار هذه اللجنة قابل للطعن استئنافا لدى اللجنة الاستئنافية الدائمة في وزارة الصحة ، وهي تجري عملها بنفس الطريقة التي يجري بها العمل في اللجنة الطبية، ومن الجدير بالملاحظة إن رأي اللجنة الطبية او الاستئنافية وكذلك رأي الباحثة الاجتماعية ليس ملزما للمحكمة فلها أن تأخذ به أو أن لا تأخذ على أن تعلل قرارها في الحالة الثانية وفقا لما هو منظور أمامها [٢] فقد جاء في قرار محكمة التمييز المرقم (١٦ شخصية / ٨٠) في(١٩٨٠/٢/١٨) انه (لا يجوز إسقاط حضانة الأم اعتمادا على تقرير اللجنة الطبية الاستئنافية إذا أسس التقرير تفضيل حضانة الأب على اقتداره المالي لا على تضرر الصغير من حضانة أمه له لأن الأب مكلف بالإنفاق على الصغير من ماله مع بقائه لدى أمه حتى بلوغه العاشرة من عمره) [٣] .

---

(١) راغب سلمان عيدان ،المصدر نفسه . ص ٥٥ وما بعدها.

(٢) محمد حسن كشكول و عباس السعدي ، المصدر السابق ، ص ٢٥١ .

(٣) إبراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ١٣٥.

وهذا القرار يؤيد ما ذكرناه بخصوص رأي اللجنة المذكورة وغيرها بأنه ليس ملزم للمحكمة عند إصدار قرارها بإسناد الحضانة لمن هو أصلح لها ولكن لما لهذه اللجان والبحث الاجتماعي من دور في تقرير مصلحة المحضون اعتادت المحاكم باتخاذ رأيها سبباً في الحكم الذي تصدره وجرى العمل وفق ذلك حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم(٦٦٧٤ / شخصية / ٢٠٠٣) في(٢٠٠٤/٦/٢٦) انه (وجد بأنه صحيح وموافق للشرع والقانون وذلك وفق الاطلاع على تقرير اللجنة الطبية النفسية الأولية بالعدد(١٤٧٤) في(٢٠٠٠/٨/١٤) المتضمن بان الأب وألام بحالة عقلية تمكن كل منهما حضانة الأطفال ويترك للمحكمة من هو الأصلح ولوحظ بان المدعى عليها قد ذكرت أمام المحكمة بأنها قامت بتسليم الأطفال لوالدهم وأقرت وكيلة المدعي بأن الأطفال تم استلامهم من قبل موكلها وحيث أن تقرير اللجنة النفسية الأولية أعلام قد أشار إلى إمكانية الأب من حضانة الأطفال عليه قرر تصديقه ....) [١].

ومن خلال ما تقدم نرى أن للمحكمة سلطة واسعة لإسقاط وانتقال حق الحضانة واسترداده لمن يكون أصلح لممارسة هذا الحق وعلى ضوء مصلحة المحضون حيث وكما ذكرنا سابقا أن دعوى الحضانة تتغير بتغير وقائع الحضانة حتى وإن صدر حكم فيها ويسري هذا القول حتى على دعوى مشاهدة المحضون حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم(١٠٤٢/ الهيئة الشخصية الأولى/٢٠١٠) في(٢٠١٠/٥/١٢)أنه (يكون قرار المحكمة بتغيير زمان ومكان المشاهدة للمحضونين ، صحيح وموافق للشرع والقانون لان محكمة الموضوع وجدت إن من مصلحة المحضونين تغيير مكان المشاهدة بما لا يسبب لهم ضررا ولا يؤثر على سير دراستهم[٢].

اعطى المشرع الكوردستاني دوراً هاماً للادعاء عام في مراقبة تنفيذ الاحكام الصادرة في دعاوي الحضانة ومشاهدة المحضون، حيث ذكر في تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ في الفقرة (ز) منه ((يراقب عضو الادعاء العام في محكمة الاحوال الشخصية حسن تنفيذ الفقرات

---

(١) راغب سلمان عيدان، المصدر السابق ، ص ٥٩.

(٢) فوري كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ٣٣٩.

اعلاه وفي حالة حصول مخالفة يتخذ الاجراءات القانونية اللازمة)) وبهذا فيكون قد الزم الادعاء العام بمراقبة حسن تنفيذ قانون التعديل بكافة فقراته من خلال الحضور في جلسات الدعوى وتقديم اللوائح والأراء بخصوص الدعوى المطروحة امام القضاء مما له دور كبير في الحفاظ على الأسرة و الطفولة.

الخاتمة

بعد التوكل على الله سبحانه وتعالى فقد انتهيت من اعداد بحثي الموسوم (احكام الحضانة فقهاً وقانوناً في ضوء قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (٦)لسنة ٢٠١٥)، وقد توصلت إلى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات سأذكر اهمها:-

اولاً/ الاستنتاجات:

١- ان التعديل الصادر في اقليم كوردستان العراق اشترط في دعاوي مشاهدة المحضون ان تقدم بعد انتهاء الرابطة الزوجية حيث يتم رد دعاوي المشاهدة بعدم اكمال اجراءات الطلاق بين طرفي الدعوى.

٢- لم يحدد المشرع الكوردستاني فترة اقامة المحضون خلال فترة الرضاعة عند طالب المشاهدة.

٣- ان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في نطاق الحضانة عند تعريفهم لها فمنهم من اقتصرها على الصغير و منهم من ادخل مع الصغير المجنون و مختل العقل، الا اننا لم نجد تعريفاً لها في قانون الأحوال الشخصية العراقي والتعديل الذي طرأ عليه والصادر من برلمان كوردستان.

٤- لم نلاحظ وجود أي نص تشريعي لا في قانون الأحوال الشخصية العراقي ولا في التعديل الذي صدر من برلمان كوردستان، يحدد الشروط الواجب توفرها في الاب الحاضن أو أي حاضن اخر وانما اقتصر على ذكر الشروط الواجب توفرها في الام الحاضنة.

٥- ان المشرع الكوردستاني مدد سن الحضانة الى بلوغ الثامنة عشر من العمر وهذا الأمر افضل للطفل المحضون وذلك لانه بحاجة إلى الرعاية والعناية في هذا العمر.

٦- اعطى المشرع الكوردستاني حق المشاهدة إلى الوالدين واصولها اي جد وجدة المحضون ولهذا الامر تأثير كبير على المحضون حيث يقوي الروابط العائلية وهذا الامر لم نجده ايضاً لدى المشرع العراقي.

ثانياً: المقترحات:

١- حذف عبارة (بعد الفرقة وانقضاء العلاقة الزوجية) من نص الفقرة (أ) من قانون التعديل رقم٦ السنة ٢٠١٥ وذلك لان لكل من الأبوين حق مشاهدة اطفالها واقامتهم عندهما في مرحلة الخلافات الزوجية وابتعاد الابوين عن بعضهما وايضاً في مرحلة المقاضاة بينهما حيث وجدنا ان القضاء رد الكثير من دعاوى المشاهدة لكون العلاقة الزوجية لم تنقضي بينهما وهذا يؤثر سلباً على الأطفال لانهم سيحرمون لفترات طويلة من رؤية احد ابويهما الى حين صدور قرار الطلاق واكتسابه للدرجة القطعية .

٢- تحديد فترة بقاء المحضون الرضيع لدى طالب المشاهدة ببقاءه فترة لاتتجاوز النهار بحيث يكون المبيت لدى الحاضنة.

٣- تطوير عمل دوائر البحث الاجتماعي وتعزيزها بالكادر المختص والكفوء لمعالجة المشاكل بين الزوجين للتقليل من دعاوى الطلاق والتفريق التي تهز كيان الاسرة ويكون الاطفال هم الخاسرين الأكبر نتيجة ضياعهم بين أبويهم المتباعدين.

والله ولي التوفيق

قائمة المصادر:

*** القرآن الكريم.**

اولاً/ الكتب:

١- أحمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة الرشاد ،بغداد،١٩٧٣.

٢- أحمد الكبيسي، الوجيز في قانون الاحوال الشخصية و تعديلاته، الطبعة الثانية، الجزء الاول، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠٦.

٣- فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة – تطبيقاتها القضائية، دراسة في ضوء الفقه والقانون، بغدا د، ٢٠٠٩.

٤- فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الاحوال الشخصية، بغداد، ٢٠١١.

٥- محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي،ط٣، بيروت، ١٩٥٧.

٦- محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة المنهاج ، مطبعة بولاق، مصر، جزء ٣ ،١٩٦٠.

٧- محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة، دار الغدير للطباعة والنشر، بغداد ،٢٠١١.

٨- محمد حسن كشكول و عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية بغداد ، ٢٠١١ .

٩- مسلم بن حجاج النيسابوري،صحيح مسلم، الرياض ، دار السلام للنشر،ط٢،لسنة ٢٠٠٠.

١٠- مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن–دراسة مقارنة بالقانون، نشر احسان،ايران، ٢٠١٤.

ثانيا/ المعاجم:

١-محمد بن مكرم بن منظور الانصاري، لسان العرب، دار الكتب العلمية ،بيروت، ٢٠٠٥.

ثالثاً/ البحوث و المقالات والمحاضرات:

١. حسن العكيلي ، محاضرات في قانون الاحوال الشخصية، بغداد، ٢٠١١-٢٠١٢ .

٢. راغب سلمان عيدان،سقوط الحضانة واستردادها في القانون العراقي والشريعة الاسلامية وتطبيقاتها القضائية، بحث ترقية مقدم الى مجلس القضاء العراقي ،٢٠١١.

رابعاً/ القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨)لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٣. قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٤. قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (٦) لسنة ٢٠١٥.

خامساً/ القرارات القضائية:

١. ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، بغداد ، ١٩٩٩.
٢. رزاق جبار علوان ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج ا .

٣. صباح حسن رشيد، قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان قسم الاحوال الشخصية ،٢٠١٨.

٤. على عبدالرزاق السامرائي، احكام الصغير فى الشريعة الاسلامية والقانون، رسالة ماجستر – جامعة بغداد ، ١٩٧٠.

٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم – ٣٢٢٨ / شخصية اولى / ٢٠٠٧ في ١٢/١١/ ٢٠٠٧ (غير منشور).

٦. كوران علي محمد، السوابق في قضاء محكمة الأحوال الشخصية، مكتبة تبايي،٢٠٢٣.

٧. مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة العدد الثالث، ٢٠١٢

٨. محمد مصطفى محمود الجاف ، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، الطبعة الاولى،٢٠٢٢.

الفهرست

رقم	الموضوع	رقم الصفحة
١	المقدمة	١
٢	المبحث الأول/مفهوم الحضانة وشروطها	٣
٣	المطلب الاول/مفهوم الحضانة فقهاً وقانوناً	٣
٤	الفرع الاول/ مفهوم الحضانة فقاً	٣
٥	الفرع الثاني/ مفهوم الحضانة قانوناً	٤
٦	المطلب الثاني/شروط الحضانة	٦
٧	الفرع الاول:الشروط الواجب توفرها في الام الحاضنة	٦
٨	الفرع الثاني: شروط الاب الحاضن او اي حاضن اخر من الرجال	١٠
٩	المبحث الثاني/آثار الحضانة	١٠
١٠	المطلب الاول/مكان الحضانة ومشاهدة المحضون:	١١
١١	الفرع الاول / مكان الحضانه	١١
١٢	الفرع الثاني/ مشاهدة المحضون:	١٧
١٣	المطلب الثاني/انتهاء الحضانة	٢٣
١٤	الفرع الاول/ سن الحضانة:	٢٣
١٥	الفرع الثاني: سلطة المحكمة في إسقاط الحضانة وانتقالها واستردادها:	٢٧
١٦	الخاتمة	٣٣
١٧	قائمة المصدر	٣٥