صورة

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

اسم الطالب: رنا محمود حسن

عنوان البحث: أحكام حضانة الصغير في ظل قانون الاحوال الشخصية العراقي

اسم المشرف: د. بان بدر حسن

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

رئيس القسم

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

# أحكام حضانة الصغير في ظل قانون الاحوال الشخصية العراقي

بحث مُقدم إلى مجلس كلية الحقوق- جامعة ألنهرين
وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

إعداد الطالب

**رنا محمود حسن**

بإشراف

م.د بان بدر حسن

1445هـ بغداد 2024 م

# الاية القرآنية

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

**{ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ}** [الأحزاب:5]

**صدق الله العلي العضيم**

# الاهداء

لم تكن الرحلة قصيرة ولا ينبغي لها أن تكون ، لم يكن الحلم قريبا ولا الطريق كان محفوفا بالتسهيلات لكني فعلتها.

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من أحمل اسمه بكل فخر .. يا من أفتقدك ويرتعش قلبي لذكرك إلى من فارقنا بجسده وروحه ما زالت ترفرف في سماء

حياتي ( محمود الحسن ) - رحمه الله - وأسكنه فسيح جناته.

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي التي كانت لي السند والعوض كانت لي الأب والأخت والصديقة داعمي الاول ووجهتي التي استمد منها القوة

أغلى الحبايب ( امي الحبيبة ) متعها الله بالصحة والعافية.

ألى مصدر قوتي وثباتي داعمي الاول ارضي الصلبة وجداري المتين المؤمن بشجاعتي مهما ضعفت أرتخيت رفيق روحي ( حسين الجواهري )

والى د. بان شرفة هذا البحث التي لم تتوانى في مد يد العون لي.

الباحثة:

# شكر وتقدير

الحمد لله الذي به نستعين وعليه نتوكل وبتوفيق منه سبحانه وتعالى استطعنا إنجاز هذا العمل وأعتز بالفضل لأهله وعملاً بقول رسول الله صلى الله واله وسلم{ من صنع إليكم معروفاً فكافئوه فإن لم تجدوا ما تكفئوه فأعدوا له حتى تروا أنه قد كافأتموه } صدق رسول الله صلى الله عليه والهة وسلم

لهذا ولا يسعني إلا أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذنا المحترم المشرف على هذا البحث الأستاذة الدكتور { د. بان بدر حسن } الذي فتح لنا صدره الرحب وجادت علينا بتوجيهاتها السديدة وأعطتنا من وقتها الثمين إذ تفضل بقبولها الإشراف على هذه البحث رغم كثرة أعبائها وانشغالاتها فلم يمنعها ذلك من الاطلاع على كل صغيرة وكبيرة في هذا البحث فجزاها الله عنا خير الجزاء .

كما أتقدم إلى كل أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النهرين – كلية الحقوق بالشكر والتقدير وأتقدم بجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل .

# الفهرست


المقدمة 1-3

المبحث الاول: ماهية حضانة الصغير 4- 12

المطلب الاول: تعريف حضانة الصغير 4-5

المطلب الثاني: :شروط الحضانة 5- 9

المطلب الثالث: الاشخاص الذين لهم حق حضانة الصغير 9- 12

المبحث الثاني: احكام حضانة الصغير في القانون العراقي 13- 22

المطلب الاول: مدة الحضانة الصغير 13-15

المطلب الثاني: انتقال الحضانة الصغير واستردادها 15-18

المطلب الثالث: حالات سقوط الحضانة 18-22

الخاتمة 23-24

الاستنتاجات 23

التوصيات 24

المصادر 25-27

## المُقدمة

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

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

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

**ثالثاً:منهجية البحث:** اعتمدت الدراسة المقارنة من كتب المذاهب الإسلامية المختلفة الآراء المستمدة المنبع من الكتاب والسنة النبوية، الى جانب الآراء الفقهية الحديثة ، مع تعزيز هذه الآراء بالنصوص القانونية المستوحاة من متون قوانين الأحوال الشخصيةالعربية وفي مقدمتها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل ، ثم تعزيز كل ما سبقه من قرارات محاكم الأحوال الشخصية العراقية في كيفية حسم المنازعات القائمة بخصوص دعوى الحضانة من حيث .الحق بالحضانة ، ومشاهدة المحضون واسترداد الحضانة او انتقالها كذلك نفقة الحضانة .

**رابعاً:خطة البحث:** قسمنا موضوع البحث الى مبحثين تناولنا في المبحث الول ماهية حضانة الصغير في ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الاول تعريف حضانة الصغير وفي المطلب الثاني شروط حضانة الصغير والمطلب الثالث فقد خصصناه لبيان الاشخاص الذين لهم حق الحضانة في القانون العراقي ، اما المبحث الثاني فتناولنا فيه احكام حضانة الصغير في القانون العراقي في ثلاثة مطالب تطرقنا في المطلب الاول الى مدة الحضانة وانتهاؤها ام المطلب الثاني فتناولنا فيه انتقال حضانة الصغير واستردادها اما المطلب الثالث فقد خصصناه لبيان سقوط حضانة الصغير ، ثم ختمنا بحثنا بجملة من الاستنتاجات والتوصيات التي نأمل من المشرع الاخذ بها.

## المبحث الاول

## ماهية حضانة الصغير

شؤون الحضانة جزء لا يتجزأ من شؤون الاسرة الاسلامية الأمر الذي شغل اصحاب الفكر الاسلامي بدءاً بتعريف الحضانة كمفهوم يختص به الطفل الصغير الى جانب الحق بحضانته والمدة اللازمة لذلك وشروطها.

### المطلب الاول

### تعريف حضانة الصغير

الحضانة لغة : كلمة الحضانة مأخوذة من الحضن وهي الضم الى الجنب ، وهي مصدر ، حضنت الصغير حضانته ، أي تحملت مؤنته وتربيته وهي مأخوذة من الحضن أي الجنب، وهما حضنان ، الجمع احضان ومنه الاحتضان ، وهي احتمالك الشيء وجعله في حضنك ، كما تحتضن المرأة ولدها فتجعله في احد شقيها ، ويقال حضن الصبي حضنا وحضانة أي جعله في حضنه ، وحضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها وتسمى حاضنه . يقال أيضا حضنت المرأة ولدها اذا ضمته لنفسها وقامت بتربيته ، كذلك يقال حضن الرجل الصبي أي رعاه وتولى تربيته فهو حاضن له ، وأحق الناس بحضانة وتربية الطفل الصغير الذي لا يقوى على تدبر أموره الأم [1].

الحضانة شرعاً: فتعرف الحضانة :- فقد عرفها الفقهاء بتعريفات عدة لكنها متقاربين تدور جميعها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه فعرفها البعضبانها تربية الولد الصغير ( ذكر أم أنثى ) ورعاية شؤونه التي لا يقوى بنفسه على القيام بها في سن معينة من قبل ممن له الحق في الحضانة [2] . وتعرف بانها القيام بحفظ المحضون وصيانتة والقيام بشؤونه او تربيته حين له الحق في ذلك قانوناً وشرعاً خلال مدة الحضانة[3].

---

1-ابو بكر الرازي.مختار الصحاح.ط2.المطبعة الاميرية.مصر1950.ص142.ود.رمضان علي السيد.و د.جابر عبد الهادي سالم.احكام الاسرة.منشورات الحلبي الحقوقية.2006.ص179.

2- احمد الكبيسي،الزواج والطلاق وانهائهما، الجزء الاول،بيروت،لبنان،2009،

3- مؤيد حميد الأسدي، الوجيز الميسر في شرح قانون الاحوال الشخصية،مكتبة صباح،2015،ص192.

**الحضانة قانوناً:** لم يورد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 في مادته (57) تعريفاً للحضانة تاركاً الأمر للقضاء والفقه ، في حين تناولت بعض القوانين العربية تعريف الحضانة[1]، وحسب فعل المشرع العراقي بعدم ايراد تعريف معين للحضانة لكونها ليست من مهمة المشرع العراقي ايراد تعريفات للمصطلحات القانونية الا اذا اراد فهم موضوع معين. اما التعريف الذي نميل الى الاخذ به فهو الحضانة تربيه الطفل وتدبير شؤونه من قبل ممن له الحق في ذلك شرعاً وقانوناً اعتبر تربيته بما يصلحه ويحقق مصلحة ورعاية مما يضرة.

## المطلب الثاني

## شروط الحضانة

ويشترط المشرع العراقي في الحضانة شروط يجب توافرها من اجل التوصل الى التربية المنشودة وتحقق مصلحة المحضون، وقد نصت المادة(57/ثانياً) من قانون الاحوال الشخصيى العراقي على شرط الحضانةإذ نصت على (انه يشترط ان تكون الحاظنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته)

---

1- عرفت المادة(163) من قانون الاسرة المغربية الحضانة بانها(حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته مما يصلحه )

2- فقه الامام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنيه ، جه ، طبع دار العلم للملاين ، بيروت ، ص 312.

3-د.حسين رجب محمد مخلف الزيدي.الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي.(دراسة مقارنة)(رسالة ماجستير)بحث منشور في مجلة التقني ،2011.ص146.

ولاتسقط حضانة الام المطلقة بزواجها وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون وعليه وفقاً لهذا النص يجب ان تتوافر في الحاضن شروط معينة وهذه الشروط تتمثل بالاتي:

**اولاً:** البلوغ :- أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية ضرورة ان يكون الحاضن أو الحاضنة بالغاً ، لأنه اذا لم يكن كذلك قد يكون هو أحوج الناس بالرعاية من المحضون ، وهذا الحال ينطبق على الحاضن المرأة أو الرجل اذا عهد اليهما بالمحضون ولم يكن أماً أو أباً لأنه لا يعقل ان يكونا غير بالغين في سن انجاب المحضون ، ودلالة بلوغ الحاضن الرجل هو ظهور علامات الرجولة بانبات شعر الوجه والاحتلام او بلوغه سن الخامسة عشر فأكثر ، اما المرأة فدخولها من الحيض والقدرة على الإنجاب [1] . ويلخص الهدف من البلوغ ان الحضانة تعني الرعاية والحفظ ويجب ان تعهد إلى من هو أهلاً لذلك ، فمن لا ولاية له على نفسه في سن معينة لا ولاية له على الغير كالصغير غير المميز ما دون السابعة او مميز في سن العاشرة ، او تجاوز هذا السن لكنه مصاب بعارض في الاهلية كالمجنون او المعتوه كون حكمهما حكم الصغير غير المميز محجوران لذاتهما وهم بحاجة للرعاية والاهتمام قبل غيرهما ، وهذا ما أشارت اليه المادة (57) فقرة (2) من قانون الأحوال الشخصية العراقي يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ، ويتطابق نص المادة (155) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم61 لسنة 1976 مع قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل بالقول ((يشترط في الحاضنة ان تكون بالغة ، عاقلة ، أمنية ، لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه ، قادرة على تربيته وصيانته وان لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير وان لا تمسكه في بيت مبغضيه ))، الا ان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يحدد سناً معين للبلوغ لكنة جاز الزواج لمن اكمل الخامسة عشر من عمره وذلك بموافقة وليه الشرعي واذن القاصر كما ان قانون رعاية القاصرين العراقي اعتبر من اكمل الخامسة عشر من عمره وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية[2].

**ثانياً:** العقل : يشترط في الحاضن ان يكون بالغاً عاقلاً غير مصاب بعاهة الجنون او معتوهاً لان كلاهما محجور لذاته عندها لا يصلحان لحضانة من هو بحاجتهم. اذن ارشاد الغير وتوجيهه وتقويمه لا ينعكس سلباً على ذات الحاضن من حيث التوجيه والإرشاد[3].

---

1- القاضي سالم روضان الموسوي.دراسات في القانون.مؤسسة البينة للثقافة والاعلام.2009.ص24.
2- نص المادة (2/اولاً/أ) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 2980.
3- د.علاء الدين خروفة.شرح قانون الاحوال الشخصية.المعارف.1963.ص255.

وهذا ما اتفق عليه فقهاء الأمة الاسلامية بأنه لا حضانة المجنون او مجنونه سواء كان جنونهما مستمر أو متقطع نوبات متقطعة بين الحين والحين لتعذر ادارة المجنون او المجنونة شؤونه الخاصة فكيف يمكن له من ادارة شؤون غيره كالطفل الصغير الذي يكون بأمس الحاجة للرعاية والاهتمام [1]. وهذا الشرط ما أكدته محكمة تمييز العراق في قراراتها بالقول بأنه اذا كانت أم الصغير مصابة بنوبات الصرع تنتقل حضانة الطفل الصغير لأبيه [2]. ترد دعوى الأب ضد مطلقته بضم ابنته المتجاوزة سن الحضانة اليه ، اذا كان مصاباً ومدمناً على الخمر [3] ز، اذا دفع المدعي عليه بأن المدعية تصاب بنوبات عصبية فتمزق ثوبها وتشتم وتنصرع أو تهرب ،فيجب التأكد من دفعه باحالة المدعية الى اللجنة الطبية قبل الحكم لها بالحضانة [4]

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

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

**الرأي الثاني :** يرى الأمانة بصفة عامة ( مطلق ) أي كل ما يؤثر على أمور المحضون.هذا الشرط أكدته محكمة تمييز العراق في قراراتها الصادرة بالقول بان الأمانة في الأم مفترضة ، وعلى الخصم اثبات عكس ذلك لان الأمانة هي الأصل في الأم كونها أمينة وقادرة على تربية ولديها ، ما لم يقدم دليلاً شرعياً وقانونيا يثبت خلاف ذلك كممارستها سلوكاً يقدح في أمانتها واقتدارها على حضانة الصغيرين ، اما اذا تزوجت الأم بأجنبي أدين سابقاً بجريمة قتل سقطت عنها حضانةالصغير وان لم يتجاوز سن الرابعة والنصف من عمره اذا يراعى في هذا الجانب مصلحة المحضون [5].

---

1- د.نائل ابراهيم قرقز.اثر الاختلافات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الاحوال الشخصية .دار النفائس1999.ص77.
2- قرار محكمة التمييز 814ر ش / 1979 في 1979/4/7 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد 3/10 لسنة ، 1979. ص 43.
3- القرار 258 / شرعية / 1964 في 1964/4/15 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الأول.
4- القرار 342/ش/ 1964 في 1964/5/7 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الأول .
5- د.حسين رجب محمد مخلف الزيدي.مصدر سابق.ص149.

وقد أورد القضاء العراقي صورة عديدة تؤدي الى اسقاط حق الحضانة من الحاضن منها ترك الصغير دون رعاية او عناية يؤدي الى الحاق الضرر به او خروج الحاضن من البيت بصورة متكررة وطويلة بحيث تقلل من رعاية المحضون او اشتراك الام في قتل زوجها فهي هنا غير امينة على الصغير[1]

وان اثبات كون الحاضن غير امين على المحضون يجب ان يكون ب البيانات التحريرية وبلادلة الكتابية والبيانات الشخصية ويترك للمحكمة السلطة التقديرية في قناعتها بحجة هذه الادلة المتقدمة لانه يرادف الحضانة نشوء الطفل المحضون سليم اخلاقياً ونفسياً واجتماعياً ف اذا كان الحاضن غير لا امين لا تتحقق الغاية المرجوة من الحضانة

---

1-مؤيد حميد الاسدي،مصدر سابق،ص192.

**رابعاً:**القدرة على الحضانة : قدرة الحاضن تتطلب القدرة البدنية والنفسية ، الصحية ، أي قابلية الحاضن على احتضان المحضون من حيث سلامة بدنه ونفسيته وخلوه من الأمراض المعدية كالسل، الجذام البرص او النفسية كانفصام الشخصية وبدنية كإصابته بشلل الاطراف او فقدانه احد اطرافه العليا او السفلى او حتى اصابته بعاهة مزدوجة أصم أبكم ، أعمى أبكم ، هذا الحال يتدرج من الأم الحاضنة الأب ، الحاضن الأجنبي وان كان جد أو جده واذا ظهر من وقائع الدعوى أن جده الصغير مكفوفةفتعتبر غير قادرة على تربية الصغير وحمايته ، ولا يحق لها حضانته وبذلك فانها فاقدة احد شروط الحضانة المنصوص عليها في الفقرة (2) من المادة (57) أحوال شخصية عراقي. ان الحاضنة التي فقدت قدرتها على الحضانة بسبب ما ، لها ان تقيم الدعوى لاستعادة حضانتها اذا عادت لها قدرتها ثانية ، لان القدرة على الحضانة متغيرة.

ولذا فان اقرار المدعية بدعوى أخرى بانها غير قادرة على حضانة ابنها ، لا يوجب رد دعوى الحضانة التي اقامتها ثانية والتي ذكرت فيها بانها قادرة الان على الحضانة بل يلزم تكليفها باثبات ذلك ، وان مجرد ادعاء الزوج بان المدعي عليها غير قادرة على حضانة طفله والقيام بواجباتها لاصابتها بمرض وراثي ضعف الأعصاب لا يسقط عنها حضانة ولدها الصغير الذي لا يزال في سن الحضانة ما لم يثبت ذلك للمحكمة بالتقارير الطبية بعد عرضها على لجنة طبية رسمية مختصة لاسيما ان الباحثة الاجتماعية أعطت تقريرها بان الأم أصلح للحضانة .وان حضانة الصغير تنتقل الى أبيه اذا كانت أمه مصابه بالصرع. اما اذا أصيبت الأم بالتدرن الرئوي بحيث اصبحت غير قادرة على رعاية شؤون الصغير كانت جدته أحق بحضانته من عمته [1] .

---

1- د.حسين رجب محمد مخلف الزيدي.مصدر سابق.ص150.

## المطلب الثالث

## الاشخاص الذين لهم حق حضانة الصغير

الثابت قانوناً ان الأم أحق بحضانة الولد فإذا وقعت الفرقة بين الزوجين وكان لهما ولد فإن أمه النسبية أحق به من الأب لأنها الأكثر حناناً وأشفق به وتصبر على خدمته صبراً لا يأتي من غيرها فتسهر السهره وتجزع المرضه وتسر بصحته وذلك بمقتضى الفطرة التي فطر الله الناس عليهاكما ان المشرع جعل الحق في حضانة الولد في مرحلة حياته الأولى لأمه ولما كان المقصود من الحضانة هو حفظ الصغير ورعايته والقيام على تربيته فمن الممكن ان يثار في هذا الصدد التساؤل الآتي : هل ان الحضانة حقاً للولد (المحضون) على حاضنته؟ فتجبر على الحضانة أم حقاً للحاضنة ؟ فلا تجبر عليها إذا رفضتها.[1]

وان الاجابة على من له حق الحضانة قانوناً هنالك اراءاً فقهية ، يذهب قسم من الفقهاء الى القول ان الحضانة تعتبر حقاً للحاضنة فلها بناء على هذا الرأي ان تتنازل عن حق الحضانة متى شاءت ولا تجبر عليه ويستدل هؤلاء الفقهاء على رأيهم لاحتمال ان تكون الحاضنة عاجزة كما ان لوفور شفقتها على المحضون فلا تجبر على الحضانة إلا في حالة العجز ومن ثم فليس هناك معنى لإلزامها عليها لأنها محمولة عليها دونما جبر أو إلزام، كما استدلوا على رأيهم هذا في تفسير الاية الكريمة(وَالْوَلِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ).[2] فالآية تشير للندب لا الوجوب.

ويذهب اخرون الى القول بأن الحضانة هي حق للولد(المحضون) وبناءً على هذا القول فأن الحضانة تجبر على الحاضنة في حال رفضها لها.وعليه فليس للحاضنة ان تتنازل عن الحضانة ولاتصالح عليها بأن تتنازل عن حضانة الولد مقابل ماعليها من دين للأب وهذا القول يسري على غير الأم من الحاضنات كما ليس للأم ان تخالع زوجها على ترك الحضانة مقابل طلاقهاوإذا وقع مثل هذا الشرط صح الخلعوبطل الشرط.لان حق الولد ان يكون عند أمه لاحتياجه لها.بينما يذهب فقهاء اخرون على اجبار الحاضنة على الحضانة ويستدلون بذلك في الاية الكريمة(وَالْوَلِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ)الاية هنا للوجوب لا للندب.

---

1- القاضي حسن عبد الكاظم مايع الظالمي.الاجراء العملي والنظري في نصوص قانون الاحوال الشخصية.دار المسلة.العراق 2023.ص216.

2- سورة البقرة الاية233.

بينما يذهب رأي ثالث من الفقهاء الى ان الحضانة حق مشترك للأم والولد معا فيجب مراعاة مصلحة الطرفين فللأم بناءً على هذا الرأي ان تطالب بضم الولد اليها ولكنها لا تجبر على حضانته إلا إذا اصيبت بمرض وذلك بأن يترتب على رفضها الحضانة ضياع الولد وهو الرأي الراجح "[1]

ويبدو أن محكمة التمييز اخذت بالرأي الثاني في أحد قراراتها حيث جاء فيه " - وعليه فإن المحضون يبقى لدى حاضنته حتى بلوغه سن الرشد إذا أوصت اللجنة الطبية بذلك سواء كان المحضون لقيطاً أو ولداً شرعياً لكون الحضانة شرعت لمصلحته " [2] وفي قرار اخر اعتبرت الحضانة من النظام العام فلا يجوز التنازل عنها.

وهذا يعني إجبار الأم على الحضانة كلما اقتضت مصلحة المحضون ذلك، وإذا كانت الأم لا يحق لها التنازل عن الحضانة عن الحضانة فإن الحاضنة اما كانت ام غير ام عليها ان تصالح الاب على اجرة الحضانة لها لان الاجرة حقاً خالصاً لها فقد تقوم الام او غيرها بحضانة الولد دون ان تطالب بأي اجرة.[3]

أما قانون الاحوال الشخصية النافذ فقد نص في المادة (57) الفقرة (1) على ما يلي : "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك. وعليه فإن المشرع قد أخذ بالرأي الأول من خلال اعتبار الحضانة حق للأم ولا تجبر على الحضانة، ونعتقد ضرورة إعادة النظر في نص الفقرة (1) من المادة (57) من القانون مع القول بأن الحاضنة تجبر على الحضانة لكي لا يضيع المحضون، وإذا تنازلت الأم عن الحضانة بسبب عدم قدرتها على القيام بها لأي سبب كان كأن تكون مريضة وأبدى الأب إستعداده لحضانة طفله ع عدم وجود حاضنة من النساء فلا مانع من قبول إعتذار الأم .

ذكرنا ان الأصل أن القانون العراقي أعطى حق الحضانة للأم في حالة الطلاق، و مع ذلك يجوز للمحكمة أن تختار الشخص الأنسب لحضانة الطفل.

---

1-عبد القادر ابراهيم علي.وجيز الاحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية.دراسة قانونية فقهية قضائية.مع مقارنة ببعض التشريعات العربية.2009ص135.

2-قرار محكمة التمييز رقم 29/شخصية/1980 في 1976/6/7.مجموعة الاحكام العلمية.العدد الثاني 1980.ص54.

3- د.ليلى عبدالله سعيد.الشريعة الاسلامية وحقوق الطفل في محيط الاسرة.مجلة العدالة.العدد 3.1979.ص137.

إن مدة الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي هي عشر سنوات، سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، و قد تقرر المحكمة تمديد حضانة الطفل لسنة أو سنتين، أو لحين إكمال المحضون الخامسة عشرة من عمره حسب مصلحة الطفل، و يحق للطفل بعدها إختيار الشخص الحاضن.[1]

يضع القاضي في عين الإعتبار عدة عوامل أهمها:

1 إذا بلغ الطفل سن المراهقة فلهُ حق الإختيار مع من يقيم إن كان مع أمه أو أبيه، كذلك تتم الإستعانة باللجان الطبية لتثبت مصلحة الصغير.

2 أما إذا لم يكن الوالدان مؤهلان للحضانة فبموجب القانون العراقي سوف تضع المحكمة المحضون بيد حاضنة أمينة.

3 يجوز للمحكمة أيضا أن تضع الطفل في دور حضانة معدة من قبل الدولة.

ويجوز للطفل اذا بلغ سن الخامسة عشر فيحق له او لها أن تختار العيش مع أي من والديه أو أحد أقاربه حتى بلوغه سن الثامنة عشرة.

أثارت التعديلات المقترحة في مجلس النواب العراقي بشأن قانون الأحوال الشخصية سجالاً واسعاً وغضباً عارماً اجتاحاً العراق رغم أن البرلمان طرحه للقراءة الأولى فقط.

---

1- المادة(57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة1959 المعدل.

## المبحث الثاني

## احكام حضانة الصغير في القانون العراقي

من اجل الوقوف على احكام حضانة الصغير ببعض ضرورة بيان مدة حضانة الصغير فضلاً عن ضرورة التطرق على حكم في حالة اذا ما فقد الحاضن شروط حضانته هل تنتقل الحضانة الى شخص اخر؟ وهل يحق له استرداد حضانة الصغير في حالة فقدانها؟ وماهي الحالات التي يسقط منها حضانة الصغير؟

وعليه سنعمل على تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول مدة الحضانة الصغير وفي المطلب الثاني نتناول احكام انتقال حضانة الصغير واستردادها اما المطلب الثالث فقد خصصناه لبيان الحالات التي يسقط فيها الحاضن حق حضانة الصغير.

### المطلب الاول

### مدة الحضانة الصغير

أن مدة الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي في عشر سنوات سواء كان المحضون ذكرا او انثى تبدأ في اليوم الاول من عمر الصغير وتنتهي باكمال العاشرة من عمره وهذا ما نصت عليه الفقرة(4) من المادة(57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي اذ نصت على انه (للأب التصرف في شؤون الصغير وتربيتة وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر).

وعليه فأن الأب له الاشراف على تربية وتقييم سلوك الصغير الا انة لا يحق له المطالبة بتسلم المحضون له طالما ان لم يبلغ العاشرة من عمره وماتزال الام محتفظة بشروط الحضانة[1].

كما اجاز المشرع العراقي تمديد الحضانة الى خمس سنوات اذا رات المحكمة ان مصلحة الصغير تستلزم ذلك وهذه المدة تبدأ من اليوم الاول للسنة الحادية عشر من عمر الصغير وتنتهي بأكمال السنة الخامسة عشر من عمره وهذا مانصت عليه الفقرة (4) من المادة (57) .

1- احمد ريف الحضري،النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي،دار الكتب القانونية،مصر،2006،ص151-152.

التي تنص على انه (للمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكماله الخامسة عشر من العمر) وتمديد الحضانة الى حين اكمال المحضون الخامسة عشر من عمره مرهون بمصلحة المحضون بعد الرجوع الى اللجان الصحية المختصة ووفقاً للتحقيقات التي تجريها المحكمة والادلة التي تقدم لها[1]

وهذا مانصت علية محكمة التمييز الاتحادية فى قرارها بالقول ( أجاز القانون تمديد من الحضانه الى الخامسة عشرة من العمر ، لذلك على المحكمة احضار المحضون امامها والسؤال منها عما تريد البقاء فى حضانته واحالتها الى اللجان الطبية للتأكد من مصلحتها الحقيقة وهل تقرر فى اختيار منها لوالدتها مع ملاحظة ان الأم احق بالحضانة مالم تفقد شروط الحضانة او تقرر البت من البقاء في حضانتها ))[2]

وعليه فأن تمديد مدة الحضانة هو قرار جوازي فيترك للمحكمة ان تحكم بالتمديد من عدمه بحسب مصلحة المحضون لمدة سنة او سنتين على ان لا تتجاوز مدة التمديد خمس سنوات بعد اتمام المحضون العاشرة من العمر.

ومدة الحضانة تنتهي باكمال المحضون الخامسة عشر من العمر وثم يكون له الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشر من العمر، وذلك اذا انست المحكمة منه وهذا الاختيار يجب ان يكون منه تحقيق مصلحة الصغير وتضع المحكمة ان تلمس وتتصرف على حسن اختيار المحضون بشتى الوسائل الممكنة[3] وهذا مانصت عليه المادة (5/57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي (5- اذا لم يتم المحضون الخامسة عشر من العمر يكون له حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشر من العمر اذا انست المحكمة منه الرشدفي هذا الاختيار.

---

1- علي عبد العالي الاسدي، الميسر في الاحوال الشخصية ،المكتبة القانونية،بغداد،2022،ص536.

2- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 101/شخصية2011/في 17/2/2011/قرار غير منشور.

3- فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية دراسة بين الفقه والقانون،2013،ص103.

ومما يؤخذ على هذا النص انه ساوى بين الابوين وبين الاقارب واجاز للمحضون اختيار الاقامة مع القريب مع وجود الاب والام مكان الاولى اعطاء الاولوية للاب عله بتمكين من متابعته واعادة تقويمه لذا ندعوا المشرع العراقي الى اعادة النظر بالشخص الاحسن من هذه الفقرة التي اخير المحضون الاقامة مع من يشاء من اقاربة بعد اكماله الخامسة من العمر وتقتديها في حالات معينة بما يتمثل تقرر المحضون في الاقامة مع احد الابوين عند وجودها.

## المطلب الثاني

## انتقال الحضانة الصغير واستردادها

في بعض الاحيان قد يحدث ان تفقد الحاضنة احد شروط حضانتها مما يترتب عليها انتقال حضانتها الى شخص اخر واذا ماتم اسقاط حضانتها فيحق لها المطالبة باستردادها.

وللوقوف على ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الاول انتقال الحضانة الصغير والفرع الثاني فقد خصصناه لبيان احكام استرداد حضانة الصغير.

### الفرع الاول

### انتقال حضانة الصغير

عالج المشرع العراق الاحكام الخاصة بانتقال حضانة الصغير في الفقرة (7/8 ) فى المادة (57) في قانون الاحوال الشخصة الوار اذ لقت من القوة على انه ( فى حاله فقدان ام الصقير احد شروط الحضانه أو وفاتها بتتقل الحضانة إلى الاب الا اذا اقتص مصلحة المحقون خلاق ذلك وعندها ستقل المضافة الى فى تختار المحكمة مراعيا بذلك معلمة المحضون).

ووفقاً لنص الفقرة المتقدم اعلاه فانها تقرر الأولوية في حضانة الصغير للاب اذا كانت الام قد توفيت او فقدت احد شروط الحضانة وعليه فان الحضانة عندئذ من حيث الأصل تكون للاب بعد الام بشرط ان يكون متمتعاً شروط الحضانة وان ذلك يكون ذلك فى مصلحة المحضون[1].

اما الفترة (8) من المادة (57) في قانون الاحوال الشخصية العراق نصت على انه ( اذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها ) .

وعليه وفقاً لنص الفقرة السابقة يتضح ان من البقاء مع ابيه جاز للمحكمة تسليم المحضون الى حاضن اخر وهي في الغالب جدته الام وهذا ما اخذت به محكمة التمييز الاتحادية في احدى قراراتها بالقول (ان الحكم صحيح وموافقاً لاحكام الشرع والقانون وذلك لان الثابت من وقائع الدعوى وتحقيقاً لها بان مصلحة الصغير لتنص ابقاءها لدى المدعي عليها والتي هي جدتها عند الصحيحة نظراً لوفاة والدتها المرحومة بالصعق الكهربائي حسب الاوراق التحقيقية المرفقة باضبارة الدعوى وان الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون لذا اقرت تصديقه)[2].

فأذا لم يوجد اقارب الصغير فأن المحكمة تودعه لدى حاضنة اوحاضن امين وان كان غير اقارب المحضون او تقرر المحكمة ايداعه لدى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة في حالة وجودها[3].

---

1-القاضي عدنان مايع،دعاوي الاموال النفقة واحكامها في القانون العراقي ،المكتبة القانونية،بغداد،2016، ص129.
2- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5880/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2012/في 27/2/1012/.
3- القاضي عدنان زيدان حسون،حقوق الزوجة الناشئة بعد الطلاق بين الشريعة والقانون،مكتبة السنهوري، بغداد،2015،ص165.

## الفرع الثاني

## استرداد حضانة الصغير

سبق القول ان الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون فأينما تكن تلك المصلحة سنت الحضانة ومتى انعدمت مصلحة المحضون سقطت الحضانة الا ان اسقاط حق الحضانة عن الحاضن لايمنعها من طلب استردادها مرة ثانية.فقد عالج قانون الاحوال الشخصية العراقي الاحكام الخاصمة باسترداد الحضانة الصغير في المادة (6/57) منه بالقول (للحاضنة التي انهيت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون منها اذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه ) .

فيحق للام استرداد حضانة صغيرها اذا توقف الاب او فقد احد شروط الحضانة او ان تضرر المحضون مع بقائه مع حاضن عند الاب في حالة طلاق الام الحاضن من زوجها الامين الذي لم يتعد بالرعاية والاهتمام وذلك بعد ان توافر شروط الحاضن لدى الام لكي يحق لها المطالبة باسترداد حضانة الصغير[1].

وهذا ما اخت به به محكمة التمييز الاتحادية في قراراتها بالقول ( ان الحكم صحيح وموافق للشرع والقانون للاسباب اواردة في الحكم المطعون فيه وحيث ان الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون وحيث ان مصلحة المحضون تكون بانتقالها بالعيش مع والدتها المدعية كما انها لازالت تتمتع بشروط الحضانة وحيث ان المحكمة قضت بالزام المعدي عليه تسليم المحضون الى والدتها المدعية فيكون الحكم بما قضى به لذا قرر تصديقه) [2].

---

1- قائد قتيبة الاسعدي ،مصدر سابق،ص78.

2- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم8088/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /2019 في 16/7/1019 قرار مشار لدى القاضي عدنان زيدان ، مصدر سابق،ص368.

حالة وفاة الأب ، لو كان الولد لدى والده لأي سبب من الأسباب ومات الأب أو فقد أحد شروط الحضانة فهل للأم أن تطلب استرداد الحضانة لأحقيتها بها من بقية الأقارب ما دامت صالحة لها ، راغبة فيها ، وقد توفرت فيها الشروط التي مبقت الإشارة إليها ، أن نص الفقرة (9) من المادة (57) المعدل بالتعديل الثاني ورد بصيغة " إذا مات أبو الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه. . . إلخ " ومع أن النص لا يتطرق إلى الاسترداد إلا أن بالإمكان أعماله في هذه الحالة، إذا حكم بأخذ المحضون من حاضنته وضمه إلى حاضن آخر ثم ثبت تضرر المحضون من حضانة الثاني له فان للحاضنة الدعوى لاسترداد حضانة الولد. وبهذا ورد نص الفقرة (6) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالتعديل الثاني أن هذا النص ينسجم من القول أن الحضانة شرعت لمصلحة المحضون وقد جرى العمل بهذا المبدأ وصدرت بذلك عدة أحكام ويلاحظ على نص الفقرة المذكورة أنه ورد " للحاضنة التي أنهيت حضانتها بحكم " وهذا يوحي بأنه مقصور على حالة أخذ الولد من الآم أو أي حاضنة من النساء وكأن الأجدر جعل الحاضن مطلقا ، الأب أو الآم أو غيرهما،وبهذا الاتجاه أخذت محكمة تمييز العراق في احدى قراراتها بالقول بأنه اذا سقطت حضانة الأم لولدها الصغير بسبب زواجها من أجنبي عنه ، فان طلاقها رجعياً من هذا الزواج لا يعطيها حق طلب الصغير الا بعد انتهاء عدة الطلاق. [1]

## المطلب الثالث

## حالات سقوط الحضانة

**اولاً: اذا فقد الحاضن احد شروط الحضانة:**إن جميع شروط الحضانة التي جاءت بها المادة (57) ف (2) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959 المعدل إنما هي شروط شرعية منها ما هو منضبط كالبلوغ والعقل، ومنها ما هي نسبية واحتمالية يرجع تقديرها إلى القضاء كالأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته، وإن فقد الأم لأي شرط منها يستوجب إسقاط حضانتها استناداً إلى المادة السابعة والخمسين (57) ، التي نصت على ما يأتي: "في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى الأب.... وسبب إسقاط حضانة الأم هو أن فقدان الأم لأحد شروط الحضانة يعتبر دليلاً على تضرر المحضون من بقائه مع الأم وبالتالي يقتضي إسقاط حضانتها للصغير لأن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحته).[2]

---

1- قرار محكمة التمييز.مجموعة الاحكام العدلية.العدد1- 1980.
2- مايح عدنان،دعاوي الاحوال الشخصية واحكامها في قانون الاحوال الشخصية العراقي،مكتبة صباح القانونية،بغداد،2016،ص158.

أما إذا فقد الأب أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة، وهذا ما نصت عليه المادة (57/ ف 9/أ) على أنه : إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه مادامت محتفظة بشروط الحضانة دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد.[1]

وبالرجوع إلى شروط الحضانة التي جاءت بها المادة (57) (فـ2)، وهي البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته، فبالنسبة إلى شرط البلوغ فعند ثبوت البلوغ للحاضن لا يمكن التصور بعد ذلك الإخلال بهذا الشرط والعودة إلى الوراء (إلا في حالة إذا كانت الحاضنة قد دخلت سن الحيض وأنجبت ولم تكمل الخامسة عشرة من العمر وإذا تزوجت بدون إذن المحكمة فعند ذلك تعتبر الحاضنة فاقدة لأحد شروط الحضانة، وهو البلوغ القانوني).

وبخصوص شرط العقل فإن فقدان هذا الشرط خلال فترة الحضانة ( من خلال إصابة الحاضن بالجنون سواء أكان مطبقاً وهو الجنون الكلي الدائم أو متقطعاً لا يستغرق وقت المجنون كله بل يظهر في أوقات متقطعة لساعات أو أيام ثم يعود المجنون على إثرها واعياً مدركاً، ومنه ما يكون جزئياً أي يصيب جزءاً معيناً من دماغ الإنسان فيفقده جزءاً من ملكاته العقلية. ويلحق بالجنون الأمراض العقلية والعصبية التي يفقد بها المصاب الإدراك أو القدرة على توجيه الإرادة ومن هذه الأمراض الصرع والهيستريا والذهان والوسواس الجنوني وتسلط الأفكار الخبيثة والفصام (الشيزوفرينيا) واليقظة أثناء النوم، بالإضافة إلى النوبات العصبية أو العصابية وما يتخللها من أمور كتمزيق الملابس أو إيذاء النفس أو تكسير الأشياء والممتلكات، فكل هذه الإصابات العقلية للحاضن سوف تلحق بالضرورة ضرراً بليغاً للمحضون) وأما شرطا الأمانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته أنهما شروط نسبية واحتمالية يرجع تقديرها إلى القضاء ويدخل في تخلف شرط الأمانة فسق الحاضن أو الحاضنة)؛ لأن المحضون لاحظ له في حضانة الفاسق؛ لأنه ينشأ ويتربى على طريقه، أي يجب أن يكون الحاضن أو الحاضنة حسن السمعة والسلوك.[2]

ويدخل أيضاً في الإخلال بشرط الأمانة سفر الحاضنة بالمحضون بدون موافقة الأب أو بدون حجة إذن بالسفر صادرة من محكمة الأحوال الشخصية، ولم ينص قانون الأحوال الشخصية صراحة على ذلك ولكن يستفاد من نص المادة (57 فـ4) ما يأتي: للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه .

---

1- د.حياوي نبيل عبد الرحمن،قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته،المكتبة القانونية ،بغداد،2008،ص38.
2- د.محمد محمد حسين صادقي.مُسقطات الحضانة في القانون العراقي والايراني،دراسة مقارنة،جامعة المعصومة، ،ص599-600.

**ثانياً:إذا تضرر المحضون من البقاء مع الحاضن**

إن الغاية من الحضانة مصلحة المحضون فالأم وإن كانت هي الأحق بالحضانة إلا أنها مشروطة بعدم تضرر المحضون من بقائه معها، وهو ما نصت عليه المادة 57/1 من قانون الأحوال الشخصية على أن: "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته... ما لم يتضرر المحضون من ذلك".

لقد جاء النص مطلقاً ولم يبين ماهية الضرر الذي يصيب المحضون ومن ثم فإن ذلك خاضع لسلطة تقديرية لمحكمة الموضوع تستخلصه من الظروف التي يعيش فيها الطفل، وفيما إذا كان الطفل فعلا يتضرر من بقائه بحضانة الحاضن أو الحاضنة أم لا ، كإمساكه في بيت من يبغضه أو عدم تسجيله بالمدرسة أو رسوبه بالمدرسة أو تغيبه عن المدرسة أو مرض الطفل نتيجة عدم الاهتمام به أو فصل الطفل عن اشقائه عندما يكون أحد الأطفال مع حاضن والطفل الآخر مع حاضن آخر، فإن ذلك بالضرورة سوف يسبب ضرراً على نفسية المحضون، وقد أشارت محكمة تمييز العراق إلى ذلك في قرارها التميزي رقم 5659 / شخصية أولى / 2011 بنصها الآتي : .... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وذلك لأن الثابت من عريضة الدعوى بأن الطفل (أ) يبلغ من العمر أربع سنوات، لذا فإنه في سن الحضانة وأن المادة 57/1 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1949 ، المعدل نصت على: "أن ألأم أحق بتربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك"، وحيث لم يثبت لحوق ضرر به كما أن لديه شقيق وشقيقة وهما (ر، س) لازالا في حضانة المميزة المدعية لذا فإن مصلحة المحضون يكون بتواجده معهما، وحيث أن محكمة الموضوع قد قضت بخلاف ذلك، لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم ...).[1]وحيث أن تضرر الطفل لا يشترط فيه فقدان الحاضن لشروط الحضانة فقد يتضرر الطفل من بقائه مع الأم على الرغم من احتفاظها بشروط الحضانة، إلا أن فقدانها لشرط من تلك الشروط يعد دليلاً على تضرر المحضون ولكن إثبات الضرر لا يكون استنتاجياً بل من خلال التحقيقات القضائية التي تجريها المحكمة، ومن ضمن التحقيقات القضائية التي تجريها المحكمة لمعرفة تضرر المحضون من عدمه في البقاء مع الحاضن هي إحالة أطراف الدعوى أثناء المرافعة إلى اللجان الطبية.[2]

---

1- د. علوان رزاق جبار،المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية،مكتبة الصباح القانونيةبغداد،2011، ص198.

2- د. مايح عدنان،مصدر سابق،ص158.

وقد ذهبت محكمة التمييز بقرارها 1742 / شخصية / أولى / 2009 في 13/5/2013 إلى: (... تنتقل الحضانة بعد وفاة الأم إلى الأب إلا إذا تضرر المحضون ولا يحق للمحكمة أن تستنتج ضرر المحضون دون اللجوء إلى اللجان الطبية وتقرير البحث الاجتماعي ...) .

**ثالثاً: زواج المرأة الحاضن من أجنبي عن المحضون:**

إن شرط خلو المرأة الحاضن من زوج أجنبي عن المحضون هو من الشروط الخاصة التي وردت في جميع قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية، ويقصد به أن تكون المرأة الحاضن غير متزوجة من رجل أجنبي عن المحضون، ولم تفرق معظم النصوص القانونية الواردة في التشريعات العربية بين جنس المحضون أكان ذكراً أو أنثى، ولكن اختلفت في اعتبار هذا الشرط موجباً لإسقاط الحضانة بحد ذاته، أو يترك الأمر للقاضي ليحكم فيه وفق مصلحة المحضون .

كما أن القانون العراقي فرق بين الحاضن الأم والحاضن غير الأم، واعتبر أن مجرد زواج الأم من أجنبي لا يسقط حضانتها ، وإنما اشترط ثبوت تضرر المحضون من زواجها، وأورد نصاً خاصاً يعالج حالة وفاة والد المحضون إذا تزوجت والدته الحاضنة من رجل عراقي ، فلا تسقط حضانتها ، وإنما تستمر لها حتى بلوغ المحضون سن الرشد [1] .

وبشكل عام فإن التشريعات العربية التي صدرت مؤخراً لم تعتبر زواج الحاضن من مسقطاً للحضانة بحد ذاته ، وإنما يترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية فيحكم به تبعاً أجنبي لمصلحة المحضون، فقد يكون المحضون صغيراً لا يستغني عن أمه وقد يكون مريضاً يحتاج لرعايتها ، وقد توجد هناك أسباب كثيرة تجعل مصلحته تقتضي بقاءه مع حاضنته سواء كانت أماً أو غير أم ، وفي هذا التوجه خير للمحضون ، إذ أن المحكمة بموجب سلطتها التقديرية تقرر المناسب لمصلحة المحضون وتحكم بالبقاء مع حاضنته أو إسقاط الحضانة وانتقاله لحاضنة أخرى

**رابعاً:اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون**

يعتبر اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون شرط من الشروط المطلوبة في الحاضن ، وقد نصت عليه أكثر قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية بشكل صريح ووضعت له أحكام معينة ، كما أن بعض القوانين الأخرى لم ينص على هذا الشرط بشكل صريح ، فلم يرد في القانون السوري والجزائري والمغربي والمصري والموريتاني .[2]

---

1- الفقرة (9) من المادة 57 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

2- انظر موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية https://almerja.net/reading

ولكن ذهبت الأحكام القضائية والقواعد الفقهية لاعتبار شرط الأمانة الذي هو من الشروط العامة للحضانة ، شاملاً لمثل هذا الشرط . فالقانون الإماراتي نص على شرط اتحاد الدين بشكل صريح في المادة /144 / منه في الشروط الخاصة للحاضن ، بأن يتحد مع المحضون في الدين، واستثنى في المادة / 145 / الأم من هذا الشرط، حيث أجاز للقاضي بقاء المحضون في حضانة أمه حتى إتمامه سن (5) سنوات ذكراً كان أو أنثى(5) وفي هذه الحالة يجب أن تثبت الأم أو تقتنع المحكمة بوجود مصلحة المحضون .

**خامساً:السفر بالمحضون**

يعتبر السفر بالمحضون من أحد أسباب سقوط الحضانة عن الحاضن، والمقصود به سفر الحاضن برفقة المحضون دون إذن ولي النفس ، أو سفر المحضون برفقة ولي النفس دون إذن الحاضن على أن يكون السفر لأي منهما بقصد الإقامة والاستيطان، أما السفر المؤقت للمحضون مع الحاضنة فلا يعتبر مسقطاً للحضانة .

وقد وردت نصوص قانونية تبين سفر المحضون في جميع قوانين الأحوال الشخصية العربية عدا القانون العراقي، فلم نجد فيه نص تحدث حول أحكام سفر المحضون . ويلاحظ أن أحكام السفر الواردة في القوانين العربية أو جبت أن يكون هناك موافقة على سفر المحضون مع الحاضن من ولي النفس ، وفي حال الرفض يرفع الأمر للقاضي ، وبالمقابل لا يجوز لولي النفس أن يسافر بالمحضون خلال فترة الحضانة دون موافقة الحاضن.[1] اما قضاءً فقد اصدرت محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها الى عدم جواز سفر الحاضنة بالمحضون خارج العراق الا اذا وافق الاب على ذلك ، ويتم اخذ موافقة الاب بالسفر بالمحضون امابدعوى حجة اذن بالسفر وتبدأ هذه الاجراءات بتقديم طلب من الحاضنة الى القاضي تطلب فيه الاذن بالسفر بالمحضون خارج العراق بعد ان تدون اقوال والد المحضون بموافقته ويتم تقديم كفالة توقعها الام الحاضنة تتعهد بالمحافضة ورعاية المحضون واعادته الى العراق بعد انقضاء فترة السفر ففي حالة اخلت بذلك ولم تعد المحضون تسقط منها حضانة الصغير[2]

---

1- انظر موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية https://almerja.net/reading
2- القاضي عدنان مايع،مصدر سابق،ص142.

## الخاتمة

بعدان تعرفنا في بحثنا (أحكام حضانة الصغير في ظل قانون لاحوال الشخصية العراقي ) توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات يمكن اجمالها بالاتي:

**أولاً: الاستنتاجات**

1- لم يورد المشرع العراقي تعريف للحضانة تاركاً الامر للفقه والقضاء فالحضانة تربية الصغير وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في الحضانة قانوناً.

2- مصلحة المحضون هو المعيار الذي يعول عله القضاء في منح الحق لحضانة الصغير.

3- وضع المشرع العراقي في المادة (2/57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي شروطاً لحضانة الصغير وتتمثل في البلوغ والقدرة على تربية المحضون وصيانتة.

4- ان مدة الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي هي عشرة سنوات قابلة للتمديد اذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك.

5- ان تمديد الحضانة هو قرار جوازي يترك تقديره للمحكمة حسب مصلحة المحضون على ان لا تتجاوز مدة التمديد عن خمس سنوات بعد اتمام المحضون العاشرة من العمر وتنتهي الحضانة في كل الاحوال باكمال المحضون الخامسة عشر من العمر.

6- ان المشرع العراقي في نص المادة(5/57) اجاز للمحضون اختيار الاقامة مع من يشاء من ابوية واقاربه اي انه ساوى بين الابوين وبين الاقارب في حضانة الصغير.

7- ان للحاضنة التي انتهت حضانتها ان تطلب استرداد المحضون اذا ثبت تضرر المحضون من بقاءه مع والده.

**ثانياً: التوصيات**

1- اعادة صياغة نص المادة (2/57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي اجاز للمحضون بعد اكماله الخامسة عشر من العمر البقاء مع ابويه او احد اقاربه وجعلها مقتصرة على الابوين فقط الا في حالة تضرر المحضون من الاقامة مع ابويه فيحق لاقارب عندئذ حضانة الصغير.

2- نقترح وضع نص تشريعي يلزم الباحثة الاجتماعية بالقيام بالزيارات المستمرة والشهرية كما استدعت الحاجة لذلك للتاكد من مصلحة المحضون وان ترسل نسخة من هذه الزيارات بتقارير الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة لغرض الموضوع في حالة فقدان الابوين شروط الحضانة او عدم جديتهم في الحرص على مستقبل الصغير.

3- ضرورة تشريع نص يعالج احكام الصغير المحضون وضوابطه لان عدم وجود نص تشريعي يعالج ذلك يعد نقص تشريعي ينبغي تلافيه.

# المصادر

**اولاً:القرآن الكريم**

**ثانياً: معاجم اللغة العربية**

1- ابو بكر الرازي.مختار الصحاح.الطبعة الثانية.المطبعة الاميرية.مصر1950.

**ثالثاً:الكتب الفقهية القانونية**

1- احمد ريف الحضري،النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي،دار الكتب القانونية،مصر،2006.

2- احمد الكبيسي،الزواج والطلاق وانهائهما، الجزء الاول،بيروت،لبنان،2009.

3- ابن عابدين في رسائلة ، دار البيروتي ، ج 1 ، ص 264 .

4- حياوي نبيل عبد الرحمن،قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته،المكتبة القانونية ،بغداد،2008.

5- القاضي حسن عبد الكاظم مايع الظالمي.الاجراء العملي والنظري في نصوص قانون الاحوال الشخصية.دار المسلة.العراق 2023.

6- رمضان علي السيد.و د.جابر عبد الهادي سالم.احكام الاسرة.منشورات الحلبي الحقوقية.2006.

7- القاضي سالم روضان الموسوي.دراسات في القانون.مؤسسة البينة للثقافة والاعلام.2009.

8- القاضي عدنان مايع،دعاوي الاموال النفقة واحكامها في القانون العراقي ،المكتبة القانونية،بغداد،2016.

9- القاضي عدنان زيدان حسون،حقوق الزوجة الناشئة بعد الطلاق بين الشريعة والقانون،مكتبة السنهوري، بغداد،2015.

10- القاضي حسن عبد الكاظم مايع الظالمي.الاجراء العملي والنظري في نصوص قانون الاحوال الشخصية.دار المسلة.العراق 2023.

11- عبد القادر ابراهيم علي.وجيز الاحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية.دراسة قانونية فقهية قضائية.مع مقارنة ببعض التشريعات العربية.2009.

12- عبد الستار حامد،احكام الاسرة في الفقه الاسلامي،احكام النكاح،ط1،مطبعة الجامعة،بغداد.

13- علي عبد العالي الاسدي، الميسر في الاحوال الشخصية ،المكتبة القانونية،بغداد،2022.

14- علاء الدين خروفة.شرح قانون الاحوال الشخصية.المعارف.1963.

15- علوان رزاق جبار،المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية،مكتبة الصباح القانونيةنبغداد،2011.

16- عمر فروخ.الاسرة في الشرع الاسلامي.بيروت 1951.

17- فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة وتطبيقاتها القضائية دراسة بين الفقه والقانون،2013.

18- محمد محمد حسين صادقي.مُسقطات الحضانة في القانون العراقي والايراني،دراسة مقارنة،جامعة المعصومة.

19- مؤيد حميد الأسدي، الوجيز الميسر في شرح قانون الاحوال الشخصية،مكتبة صباح،2015.

20- مايح عدنان،دعاوي الاحوال الشخصية واحكامها في قانون الاحوال الشخصية العراقي،مكتبة صباح القانونية،بغداد،2016.

21- ليلى عبدالله سعيد.الشريعة الاسلامية وحقوق الطفل في محيط الاسرة.مجلة العدالة.العدد 3.1979.ص137

22- فقه الامام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنيه ، جه ، طبع دار العلم للملاين ، بيروت .

23- نائل ابراهيم قرقز.اثر الاختلافات العقلية والاضطرابات النفسية في مسائل الاحوال الشخصية .دار النفائس1999.

**رابعاً: مجلات والبحوث**

1- مجلة الاحكام العدلية العدد 10 لسنة 1979.

2- مجلة قضاء ، المجلد الاول، لعام 1976.

3- مجموعة الاحكام العدلية / العدد الاول، 1986.

4- حسين رجب محمد مخلف الزيدي.الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي، منشور في مجلة التقني ،2011.

**خامساً : القرارات القضائية (غير المنشورة)**

1- قرار محكمة التمييز 814 رش / 1979 في 1979/4/7 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد 3/10 لسنة، 1979.

2- القرار 258 / شرعية / 1964 في 1964/4/15 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الأول.

3- القرار 342/ش/ 1964 في 1964/5/7 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الأول .

4- قرار محكمة التمييز رقم 29/شخصية/1980 في 1976/6/7.مجموعة الاحكام العلمية.العدد الثاني 1980.

5- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 101/شخصية2011/في 17/2/2011/قرار غير منشور.

6- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 5880/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2012/في 27/2/1012/.

7- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم8088/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /2019 في 16/7/1019

8- قرار محكمة التمييز.مجموعة الاحكام العدلية.العدد1-1980.

**سادساً: المواقع الالكترونية**

1 - المرجع الالكتروني للمعلوماتية https://almerja.net/reading

**سابعاً:القوانين والانظمة**

1- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة المعدل1959.

2- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980 المعدل.

3- مدونة الاسرة المغربية المنشورة في جريدة الاسرة المغربية بالعدد 5184 بتاريخ 5 فبرير 2004 المعدل بالعدد 6433 في 25/يناير 2016.

4- قانون مشروع تعديل المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.