جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

احكام الحضانة في الشريعة والقانون

بحث تقدمت به الطالبة

اسيل عيدان خلف

الى عمادة كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

باشراف

أ. م. د. احمد علي بريسم

١٤٣٧ هـ

٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

((والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة

وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولا تكلف نفسا الاوسعها

لاتضار والدة بولدها ولامولود له بوالده))

صدق الله العظيم

سورة البقرة : (٧٣)

الاهداء :

الى الرسول الكريم عليه افضل الصلاة والسلام الى ال بيت رسول الله الطاهرين الى من زرع الطموح في نفسي ... والدي الغالي الى من رايت النور في احضانها وانا طفلة الى من بذلت السنين وانارت الي الطريق بالنور ... والدتي الغالية الى كل من اشد بهم ازري واشركهم في امري ... اخواني .

الى من تمنى الي النجاح والموفقية ... زملائي وزميلاتي اهدي ثمرة جهدي الى كل من زرع الامل في نفسي والى كل انسان عزيز على قلبي .

الشكر والعرفان

تناثرت الكلمات حيرا وحبا....

على صفائح الاوراق لكل من ازال غيمة جهل مررت بها ... برياح العلم والطيبة ... ولكل من اعاد رسم ملاحمي وتصحيح عثراتي ... ابعث تحية شكر واحترام الى والداي العزيزان الذين بذلوا كل مجهود من اجلي ... وابعث تحية شكر واحترام الى استاذي الفاضل الذي انار دربي بتعليماته وتوجيهاته ...

وابعث تحية شكر واحترام الى عمادة كليتي كلية القانون والعلوم السياسية بيتي الثاني والى كل من اعانني ببحثي هذا ابعث تحية حب واحترم وشكر ...

الباحثة

المحتويات

ت	عنوان الموضوع	
١	الاية القرانية	
٢	الاهداء	
٣	الشكر والعرفان	
٤	المحتويات	
٥	المقدمة	١-٢
٦	المبحث الاول / ماهية الحضانة وادلة مشروعيتها	
٧	المطلب الاول / تعريف الحضانة لغة واصطلاحا وقانونا	٣- ٤
٨	المطلب الثاني / ادلة مشروعية الحضانة وتكليفها الشرعي	٥- ٩
٩	المبحث الثاني / شروط الحضانة وسقوطها	
١٠	المطلب الاول / شروط الحضانة وسقوطها	١٠ – ١٥
١١	المطلب الثاني / اهلية الحضانة والمقدم بالحضانة	١٦ – ١٩
١٢	الخاتمة	٢٠ – ٢١
١٣	مصادر	٢٢ – ٢٣

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي علم بالقلم والصلاة والسلام على نبيه المصطفى كاشف الظلم (صلى الله عليه وسلم) وعلى اله وصحبه وسلم .

وبعد اهمية الحضانة تقوم على اساس ان محورها الطفل الذي يمثل الاهمية الكبرى في تقرير سلامة المجتمع او مرضه وان السلوك الفاضل الفاضل الفاسد انما يبنى على اساس الخلقيات الناشئة في ادوار الطفولة وعلى شاكلة الانسان وتوجيهاته التي يعمل بموجبها في الحياة قال تعالى (قل كل يعمل على شاكلتة) وكون الطفل يضع في سنواته الاولى بل من رضاعته ركائز احاسيس ومشاعرة وتتطور هذه المشاعر والاحاسيس حينما يترك المهد ويكبر ويلاحظ العالم الذي كان يعيش فيه وهذا العالم اما باعث له على الامل او يجره الى الياس وهذه الحقائق اخرى يتاثر بها الطفل تاثير كبير على الطفل الرضيع فهي تلازم شخصيتة طيلة ايام الطفوله والمراهقة والشيخوخة وبعد ذلك ياتي دورالى الاباء والامهات كل حي ماوظف له ويبقى بين الاسرة قائم على حب التفاهم والوئام للمكان الطبيعي الاصلح لتحمل المسؤولية الكبرى تجاة اولادهم ومهما بذلت الجهود فلن تعوض مطلقا عن ساعة يعيشها الطفل بين ابويه متحابين ومتفاهمين ويكفي الابوان انما ان يتسببا في دمار وضياع اولادهما بهدم الاسرة عند ارسال

اطفالهما الى الحضانة قال(صلى الله عليه وسلم) (كفى بالمرء اثما ان يضيع من يعول) وفي هذه الاحاديث النبوية الشرفة في مجال التشبه بالاهتمام بالاولاد وحسن تربيتهم كثيرا حتى يلفت معنى الالتزام وقال الرسول (صلى الله عليه وسلم) (من كان له نبي فلينصاب له) وقال (رحم الله عبدا اعان ولده على بره بالاحسان اليه والتالق له وتعليمه وتاييه) ، وقد اقتضت طبيعة البحث ان يتضمن بعد المقدمة على مبحثين وخاتمة .

الاول تعريف الحضانة وفيه مطلبات تكلمت في المطلب الاول عن تعريف الحضانة لغة واصطلاحا وشرعا وقانونا وفي المطلب الثاني عن ادلة مشروعية الحضانة وتكيفها الشرعي في الشريعة الاسلامية والقانون وخصصت في البحث الثاني شروط الحضانة وفيه مطلبان تحدثت في المطلب الاول عن شروط الحضانة المتفق عليها والغير متفق عليها وسقوط الحضانة وفي المطلب الثاني اهلية الحضانة والقدم بالحضانة ثم ختمت البحث باهم النتائج التي توصلت اليها وسجلت بعض التوجيهات التي ارجوا ان تسهم في مجال هذا البحث وختاما اقول (وفق كل ذي علم عليم) .

الباحثة

المطلب الثاني – ادلة مشروعية الحضانة شرعا وقانونا وتكيفها الشرعي

اولا – ادلة مشروعية الحضانة شرعا وقانونا :

١– الكتاب / قال تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وعلى الولد له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفسا الاوسعها لاتضار والدة بولدها والامولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فان اراد فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وان اردتهم ان تسترضعوا والاولادكم فلا جناح عليكم اذا اسلمتم ما اتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا ان الله بما تعلمون بصيرا) (١) .

٢– وقد جاء في السنة النبوية الشريفة التي وردت بان النساء احق بالحضانة وقد روي ان امراة جاءت الى النبي (صلى الله عليه وسلم) وقالت يارسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاه وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال لها الرسول(صلى الله عليه وسلم)(انت احق به الم تتزوجي)(٢).

٣– اما النصوص القانونية على حضانة الام وفقد نصت المادة (٥٧) من قانون الاحوال الشخصية الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية بعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك ، ويشترط في الحضانة ان تكون عاقلة لان غير العاقلة لا تحسن القيام بشونه وكذلك ان تكون حرة (٣) .

---

(١) سورة البقرة اية (٢٢٢)

(٢) جمعه سعدون الربيعي احكام النفقة شرعا وقانونا وقضاءا

(٣) حسين علي الاعظمي الاحوال اشخصية النكاح والطلاق والنسب والنفقة ،ج١/ ص١٦٢.

اذا اختلفت الحضانة مع من تجب عليه نفقة المحضون في اجرة الحضانة وقدرتها المحكمة ولايحكم باجرة الحضانة مادامت الزوجية قائمة او كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي ، للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكة ان تاذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكمال الخامسة عشر اذا اثبت لها بعد الرجوع الى اللجان الطبية منها والشعبية (١) .

وذا اتم المحضون الخامس عشر من العمر يكون له حق الاختيار في الاقامة مع من يشاء من ابويه او احد اقاربه لحين اكمال الثامنة عشر من العمر اذا اثبتت المحكة منه سن الرشد الاختيار للحاضنة التي انتهت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد ممن حكم له باستلام المحضون منها اذا اثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معها ، في حال فقدان الحاضنة احدى الشروط الحضانة او وفاتها الى الاب الا اذا مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنقل الحضانة من تختاره المحكمة ، اذا لم يوجد من هو اجدر بالحضانة من ابويه تودع المحكمة ، المحضون بيد حاضن او حاضنة امينه واذا فقد ابو الصغير احد الشروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة بشرط الحضانة دون ان يكون للاقارب من النساء او الرجال حق منازعتها لحين بلوغ سن الرشد (٢) .

---

(١) د. حسين على الاعظمي ، الاحوال الشخصية النكاح والطلاق والنسب والنفقة ،ج١، ص١٦٤.

(٢) د. احمد نصر الجندي ، موسوعة الاحوال الشخصية ، اثار التفريق بين الزوجين ،ج٣، ص١٨٩٧.

وهنالك عدة قرارت عن الحضانة ومنها :

١- قرار رقم ٧١/ شرعية / ١٩٦٨ (تستحق الحضانة نفقة الصغيرة مادامت الصغيرة عندها ولاتسقط النفقة هذه الابصدور حكم بسقوط الحضانة وتسليم الصغيرة فعلا)(١) .

٢- قرار، رقم ٤٠١٠ / شخصية ١٩٨٧- ١٩٨٨ التاريخ ١٢ /١١ / ١٩٨٧

(تستمر اجرة الحضانة مادامت المحضون لدى حاضنته مالم تسقط حضانتها منه او يتم بتسليمه الى الاب) (٢) .

ثانيا – التكيف الشرعي للحضانة : اصل في الحضانة انها للنساء اصل في حضانة الصغار ذكور او اناثا انها للنساء اي انها للام واخت الام ويقول الامام الكاساني في تعليل هذا الاصل : ((الانهن اشفق او ارفق واهدى الى تربية الصغار)) والحضانة نوع ولايه وسلطة ولكن الاناث اليق بها لانهن اشفق واهدى الى تربية واجبر على القيام بها واشد ملازمه للاطفال)(٣) .

وذا لم توجد النساء فالحضانة للرجال بشروط معينة يشترط في الحاضن ان يكون امينا قادرا على تربيته لو كان فاسقا او مفسدا او مجنونا فلا حق له في حضانته .

---

(١) قضاء محكمة التميز – المجلد الخامس ص٤٣ .

(٢) مجموعة الاحكام العدلية – العدد الرابع سنة١٩٨٧ ص٨٩ .

(٣) مغنى المحتاج في فقه الشافعية ص٤٥٤.

واذا اجتمع النساء والرجال فتقدم النساء على الرجال وان كان هنالك بعض الخلاف في بعض الجزيئات وحضانة الولد واجبة على الام اذا كان الاصل في الحضانة الى النساء الا اذا كانت غير جديرة برعاية الولد فتكون للرجال (١) ، وذلك يذهب التساؤل عن هل ان الحضانة واجب على الام ام هي حق فذهب فريق من الفقهاء مثل الحنفية ان الحضانة للام لاتجبر عليها فلها حق الامتناع (٢) .

ولما سقط حقها يعني حقها في الحضانة الولد فتعتبر كالميتة فتكون للجدة اولا وقال الشافعية ان غابت الام او اختفت عن حضانة فلجدة مثلا ام الام على الصحيح كما لو ماتت او جنت (٣) ، وعدم اجبار الام عند الامتناع هو مقيد اذا لم تجب النفقة عليها للولد المحضون فان وجبت كان لم يكن له اب ولا مال اجبرت عليها اي على الحضانة وذلك لان الحضانة من جملة النفقة وكذلك انما الحضانة جعلت لحفظ الولد فهي حق للولد – وفقة المالكية قالو اذا اسقطت الحاضنة حقها منها لغير عذر .

---

(١) د. عبد الكريم زيدان المفصل لاحكام المرأة والبنت المسلم في الشريعة الاسلامية ،ج١٠، ص٩ .

(٢) دار المختار لابن عابدين .ج٣، ص٥٦٠

(٣) مغنى المحتاج الى معرفة معاني لالفاظ المنهاج ، ج٣، ص٤٥٣ .

ثم ارادت العودة لها فلا تعود بناء على ان الحضانة (١) ، وفي فقه الحنابلة اذا امتنعت الام من حضانة لاتجبر عليها لانها غير واجبة عليها (٢) ، فاذا امتنعت الام انتقلت الحضانة الصغير الى من في الحق (٣) ، والقول الراجح ان الحضانة حق للولد لان الحضانة تقوم على اساس تحصيل مصلحة الولد المحضون وهذه المصلحة تتحقق في رعايته والعناية به ومن ثم كان من الاقدر تحصيل هذه المصلحة وهو الاحق بها فاحقيته لها هو تحصيل مصلحة الولد وليس تحصيل مصلحة المستحق للحضانة وعلى هذا فاقول بان الحضانة حق للحاضنة وان الحضانة هي للتحصيل مصلحة الولد وبذلك فان الحضانة حق الحاضنة وحق الولد.

---

(١) الشرح الكبير للاردير ج٢ ، ص٤٠٥ .

(٢) منصور بن يونس بن ادريس اليهوني كشاف القناع عن فتن الاقناع ج٣، ص٣٢٦ .

(٣) د . عبد الكريم زيدان المفصل في احكام المراة والبنت المسلم في الشريعة الاسلامية ج١٠ ص٩ .

المبحث الثاني – شروط الحضانة وسقوطها واهلية الحاضنة والمقدم بالحضانة

المطلب الاول – شروط الحضانة وسقوطها

اولا – شروط الحضانة :

أ – الشروط المتفق عليها وهي :

١– شرط البلوغ : لغة هو الادراك ، بلغ المكان بلوغا ، وصل اليه او شارف عليه والبلاغ ادرك وجارية بالغ وبالغة مدركة (١) ، وقد اجمع الفقهاء على ان الانسان قبل البلوغ لايؤخذ بتصرفاته لما روي عنه (صلى الله عليه وسلم) ((رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم))(٢) .

وقد جعل المشرع البالغ محلا للتكليف بالواجبات واهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات محكوم بنصوص قرانية ومنها قوله تعالى (وابتلوا ليتامى حتى اذا ابلغوا النكاح)) (٣) ، وهذا يجب ان تكون الحضانة بالغة فلا تثبت الحضانة للصغيرة لانها لاتحسن القيام بشؤون نفسها فلا يوكل اليها شؤون غيرها .

٢– شرط العقل : والعقل لغة هو العلم بصفات الاشياء وقيمتها وكمالها ونفعها والعلم بالخير والشر اما شرعا اختلف العلماء في العقل اختلافا شديدا التفنازاني والعلامة الحلي ((العلم بوجود

---

(١) القيروزي ، القاموس المحيط ج٣ ، ص١٠٣ ، مختار الصحاح ابو بكر الرازي ص ٦٣ .

(٢) ابن القيم الجوزي ، نفمة المردود باحكام المولود ص١٨٠ ، محمد بن اسماعيل الحقاتي الاسلام ، ج٣ ، ص ١٨٠ .

(٣) سورة النساء : (اية ٥٠) .

الواجبات ، واستحالة المستحيلات ، وجواز الجائزات)) (وهو الجوهر المجرد في ذاته وفعله) (١) ، وقد ورد العقل في شروط الحضانة عند الفقهاء بالنص عليها والجميع يعدونها من الشروط اللازمة للحضانة فلا تثبت الحضانة لمجنونة ولا معتوهة لانها لاتحسن القيام بحفظ الصغير ورعايته بل قد يخشى عليه منه وذلك لان فاقد العقل لايقدر النفع والضرر .

٣- شرط الحرية : هو لغة الحر ضد العبد ، تحرير الرقبة عنقها وقيل (الحر بالضم خلاف العبد وخيار كل شيء) (٢) وقد اعتمد الفقهاء شرط الحضانة واقتضاء الحرية في الحاضنة فأنضرها الفقه الاسلامي في وجهين :

اولا : تحقيق الغاية القصوى لمصلحة المحضون وانتفاعه بالحاضن وتفرغ الحاضن له .

ثانيا : الحاضن نفسه اذا كان غير حر فهو مقيد وكل طاقاته ملك سيدة وان مسالة الحضانة يقتضي موافقة سيدة وهي غير وهي غير مضمونة وربما عرضته للعقاب ومع ان بعض الفقهاء جعلوا حق الحضانة للحر والعبد على سواء مراعاة حالة الاموة والابوة .

٤- شرط الامانة : الامانة لغة هي الامن ، الخوف ، الامانة ضد الخيانة اما شرعا فتختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الامانة بين ان تكون ضد الخيانة او العفة و العدالة وعدم الخروج وترك الصغير فيضيع والاحكام في الدين وعـدم الفسق فيجب ان تـكون الحاضنة امـينة فلا تثبـت

---

(١) التفنازاني ، التلويح الى كشف حقائق التنقيح ، ج٢، ص١٥٧ ، كشف المراد في شرح تجريد الاعتقاد العلامة الحلبي ص١٠ .

(٢) القيروزي ابادي ، القاموس المحيط ، ص ٨-٧ ، مختار الصحاح ص ١٢٩ .

الحضانة لمن تكون غير امينة على تربية الصغير وتقويم اخلاقه وتربيته تربية صالحة تقوم على الخير والاصلاح .

٥- شرط القدر : . والقدرة لغة هي الغنى واليسار والقوة (وقيل رجل ذو قدرة بالضم اي اي ذو يسار والاقتدار على الشيء ، القدرة على الشيء) (١) ، وفي الشرع وقع خلاف بين الفقهاء اساسه هل المراد بالقدرة على الانفاق او القدرة من حيث القوة وسلامة الجسم وقد جاء في بعض النصوص ان المراد بالقدرة على الانفاق والحق ان القدرة على الانفاق وحدها لا توفر شيء من مصلحة المحضون اما لرعاية والمتابعة فهي الجزء الاخر في الحضانة ويجب وجودها في الحاضن والقدرة هي تربية الصغير وحياته فلا تثبت الحضانة للعجائزة عن ذلك لكبر سن مثلا او لمرض او شغل فاذا كانت المرأة كبيرة السن فلا تقدر على تربية الطفل والقيام بشؤونه ورعايته .

ب- الشروط غير متفق عليها : اختلف الفقهاء في خمس شروط وهي (٢) ، ان يكون الحاضن رحما محرما وكذلك الاتحاد في الدين بين الحاضن والمحضون وان يكون الحاضن غير مرتد

---

(١) القيروزي ايادي القاموس ج٤ ،ص١٩٧ ، مختار الصحاح ،ص٢٦ .

(٢) الامام تقي الدين ابي بكر بن محمد الحسيني ، كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار ، ص٨٧ .

وكذلك ان لايمسك المحضون في بيت المبغضين له وان لايمتنع الحاضن (الام) من التربية بالمجان والاب معسر .

اما شروط الحضانة في القانون (يشترط في الحضانة ان تكون بالغة عاقلة امينة لايضيع الولد عنها لانشغاله عنه وقادرة على تربيته وصيانته وان لاتكون مرتدة ولامتزوجة بغير محرم للصغير وان تمسكه في بيت يبغضه) (١) .

ومن شروط الحضانة البلوغ تثبت الحضانة للصغير فهو لايحسن القيام بشؤونه فلا يقدر على تدبير شؤونه غيره وكذلك العقل فيجب ان يكون الحاضن عاقل يدرك الاشياء غير مجنون ولامعتوه وكذلك الامانة فيجب ان تكون الحضانة امينة تحافظ على المحضون وماله وتدبير شؤونه ورعايته وعدم الاضرار به وكذلك يشترط القدرة على تربية الصغير والانفاق عليه وتدبير شؤونه وحياته فلا تثبت الحضانة للعاجز لكبر سن او مرض او على غيرها وان لاتكون الحضانة متزوجة بغير محرم للصغير فاذا كانت متزوجة من اجنبي عن الصغير او كانت متزوجة بغريب ولكن ليس محرما لصغير فلا حق لها في الحضانة وان لا تقيم في بيت يبغضه او يكرهه لانه الحضانة ، شرعت لمصلحة الصغير وحياته (٢) .

---

(١) المادة (١٥٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٢) عثمان الشكروري ، قانون الاحوال الشخصية وفقا لاحداث التعديلات ، ص٢٥٤ .

ثانيا : اسقاط الحضانة

اسقاط الحضانة يكون باحدا الاسباب :

١– اذا كان الفجور ينجم عن فساد اخلاق الصغير وسوء طبعه .

٢– اذا كان ينجم عنه ضياع المحضون يترك الحاضنة له طلبا لرغبتها .

ومن هذا كان ظاهرا من اخباره ان القاضي اسقط حق الطاعنة في الحضانة بفجورها او فسقها والفجور المسقط في الحضانة ينظر اليه من ناحية :

اولا : اذا كان ينجم عنه ضياع المحضون بان كان الفجور يستدعي ترك الولد مشردا في الازقة لخروج الفاجرة في معظم اوقاتها من المنزل استجابة لرغبتها .

ثانيا : اذا كان الفجور ينجم عنه فساد اخلاق الصغير وسوء طبعه .

الزنا بالحاضنة / الزنا بالحاضنة لايسقط حقها بالحضانة اذا كان في سن لا يفقه مضرته من ذلك يثبت ان لو كان الزاني اي الحاضنة لم تترك الاولاد مشردين وتخرج في معظم اوقاتها من منزلها اي ان مجرد الزنا بالحاضنة لايسقط حقها فيها (١) ، فسقوط الحضانة من الحاضنة من النظام العام لانه يتعلق بمصلحة المحضون ومصلحة الحاضنة وكذلك تسقط حضانة الام اذا تزوجت باجنبي عن المحضون الا اذا كان محرما عن المحضون (٢) .

وكذلك يسقط الحضانة بفقدان الحاضنة احد شروط الحضانة كالبلوغ والعقل والقدرة

---

(١) د. اديب استنبولي ، المرشد في قانون الاحوال الشخصية ، ص٥٢٤ – ٥٢٥ .

(٢) محامية غادة همج ، الزواج والطلاق واثارهما لدى الاسلام والمسيحية واليهود ، ص١٥٢ –١٥٣.

والامانة والحرية الى اخره ، ومماتجدر الاشارة اليه ان كل ماكان له الحق في الحضانة وسقط حقه لوجود مانع يرجع حقه في الحضانة بمجرد زوال هذا المانع (١) ، فلو تزوجت ام الصغير باجنبي او قريب غير محرم للصغير وسقط حقها في حضانة ولدها لهذا السبب فلو طلقت طلاقا رجعيا حتى ولو لم تنقضي عدتها رجع حقها في الحضانة لقيام سببها (٢) .

---

(١) د. عبد الستار حامد ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي ، ص١٩٧.

(٢) مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى ، ٥/ ٦٦٩ .

المطلب الثاني – اهلية الحاضنة

الحضانة من اهم مظاهر رعاية الطفولة اذ ان الطفل في بداية حياته بحاجة ماسة لمن يحفضه ويتعهد به ويقوم على تربيته بما يصلحه ويحميه مما يضره لانه في هذه المرحلة يكون ضعيفا عاجزا على القيام بشؤون نفسه والوالدان يدفعان الحنان والشفقة وهم اقدر الناس بالقيام بهذه المهمة وتاكيد لهذا يذكر احد علماء النفس ان حدوث اي تغيرات في البيئة المباشرة المحيطة بالطفل في الشهور الاولى من السنوات الاولى من شانها ان تعطل ارتقاءه النفسي والاجتماعي بوجه عام ومن شانها ايضا ان تعطل كثيرا من وظائفه وقدراته النفسية فالذكاء والوضيفة اللغوية ففي حالات الاطفال الذين لاتمكنهم ظروف حياتهم الاجتماعية من النشاة في اسرة تحت رعاية الاب والام كالاطفال اللقطاء اوالذين يتعرضون لسبب او لاخر لانفصال الابوين او لليتم الى اخره ، تضطر السلطات الحكومية الى رعايته في الملاجيء فان رعاية الملاجيء لاتتساوى مطلقا مع رعاية التي يلقاها الطفل على يد امه اوابيه اذا كانو متفاهمين ولهذا بشرط اهلية الحاضنة البلوغ والعقل والتميز والقدرة علـــى حياته الولد وقد نصت المادة (١٣٨) زواج الحاضنة بغير

---

(١) د. عثمان التكدوري ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ص٢٦٥.

قريب محرم من المحضون يسقط حقها في المحضون ويسقط حقها في الحضانة وكذلك نصت المادة (١٣٠) .

١- حق الحضانة للام فلامها وان علت فلام الاب وان علت فلاخت الشقيقة فلاخت الام فلاخت الاب فلبنت الشقيقة فبنت الاخت الام فبت الاخت فالاخالات والعمات .

٢- لايسقط حق الحضانة من الحاضنة بسبب عملها اذا كانت تؤمن رعايتها والعناية به بطريقة مقبولة .

٣- الحاضنة اما كانت اوجدة الام ان تطلب من القاضي تسلمها الصغير وعلى القاضي ان يقرر هذا محارمة قضاء خصوصا بعد التاكد من قرايتها .

هذا نصت المادة (١٤٤) (١) (اذا كان المكلف باجرة الحضانة معسرا عاجزا عنها تبرع بحضانة الصغير الى احد محارمه) .

وكذلك يشترط في اهلية الحضانة ان تكون حرة وان تكون عاقلة وبالغة وقادرة على تربية الصغير وكذلك يجب ان تكون امينة وان تكون غير مرتدة وغير متزوجة باجنبي ولاتكون مقيمة في بيت من يبغضه او يضره (٢) .

---

(١) د . سعدي ابوحبيب ، المرشد في قانون الاحوال الشخصية ص٦٢ – ٦٣.

(٢) د . حسين علي الاعظمي ، الاحوال الشخصية ، ج١/ص١٦٢ .

المقدم بالحضانة :

ترتيب احقية الحضانة عند الفقهاء :

١– الام : ان حق الحضانة يكون للام فاذا لم توجد اووجدت ولم تكن اهلة للحضانة انتقلت الى امها اي ام الام ، فاذا لم توجد انتقلت الى ام الاب وتقدم الجدة من قبل ام الاب وتقديم الجدة من قبل الام على الجدة من قبل الاب لان حق الحضانة يستفاد من قبل الام وعليه متقدم القرابة من جهة الام على القرابة من جهة الاب واحقية الام بحضانة طفلها مقيد بعدم تضرره من ذلك بان كانت الام ذاهلة بنوع مهنة اووظيفة تجعل حضانتها له غير مجدية وغير نافعة .

٢– الاخوات للام :. وتقدم الاخت الشقيقة ثم بنت الاخت الاخت للاب على الراي الراجح ثم يلي هؤلاء بنت الاب على الراي الصحيح في مذهب الاحناف .

وهنالك راي اخر يقدم بنت الاخ على الخالة الشقيقة فهذا الراي مرجوح فقرابة الخالات من جهة الام وقرابة بنت الاخ للاب من جهة الاب وجهة الام مقدمة على جهة الاب وخلاصة الراي والقول الراجح ان الحضانة تكون للام ولامها وعلى كل حال نفضل قرابة الام على قرابة الاب اذا تساويا في الدرجة دون الاخت بقرابة دون الاخذ بقرابة الحواشيء (١) .

---

(١) جمعة سعدون الربيعي ، احكام النفقه شرعا وقانونا وقضاءا ، ص٩٠ – ٩١ .

اما حضانة الارحام هم من باب الفروض وليس من اهل الميراث ويشترط ان يكون رحما محرما عن المحضون ودورهم بعد فقدان لعصبات مراتبهم الاولى جد المحضون الام والثانية اخ المحضون فابن اخيه لامه الثالثة عم المحضون لام ((اخ الاب من امه)) والرابعة خال المحضون الشقيق فالخال الاب ثم الخال الام وهؤلاء انما كان لهم الحق في الحضانة عند الامام ابي حنيفة لانهم يدلن بولاية النكاح في المرتبة يرجح الاصلح والاروع ولاحضانة لابن العم والعمة مع الانثى ولاحضانة لابن الخال والخالة (١) .

ترتيب احقية الحضانة في القانون العراقي :

نصت المادة (٥٧) فقرة (١) (الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون) (٢) والراي الراجح الذي ذهب اليه كثير من المحققين هو ان الحضانة حق الام وللطفل معا فاذا اسقطت الام حقها في الحضانة يبقى حق الطفل ويترتب على هذا الاتجاه ما ياتي :

١- ان الام تجبر على الحضانة ان لم يوجد غيرها حتى لواسقطت حقها فيها اما اذا وجد غيرها فلا تجبر .

٢- لو اختلفت الام مع زوجها مقابل ان تتنازل من حضانتها كان الخلع صحيحا وشرط باطل مراعاة لحق الولد .

٣- ليس للام ان تصالح زوجها على ترك الحضانة ولدها فان تنازل عن دين او نفقة مقابل ذلك لكن لها ان تصالح على اجرة الحضانة وقد ابدى القضاء في العراق ومصر ان الحضانة حق لام والطفل معا .

---

(١) د. عليوي ناصر ، الحضانة بين الشريعة والقانون ص٤٦- ٤٧ .

(٢) د. احمد عبيد الكبيسي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج١ / ص٢١٣.

الخاتمة :

بعد ان استعرضنا حقيقة الحضانة واحكامها واقوال الفقهاء في الحضانة وكذلك النصوص القانونية فيمكن ان تعرض لبعض النتائج : .

١– ان الحضانة مع مافيها من حق اوردة الفقهاء ورجال القانون الا ان الحضانة واجب اكثر من حق .

٢– مراتب الحضانة لم يحددها نص صريح انما اعتمد على اية (اولوا الارحام) والاولية بنص هذه الاية الاقرب والاخر بهماالام والاب .

٣– سقوط الحضانة الام بزواجها متعين بنص اي سقوطا الحضانة باي زواج من رحم او غير رحم .

٤– لم تنطرق قوانين الاحوال الشخصية ومنها القانون العراقي الى عجز الحاضن المحضون والاب جامع للشرائط وغير متزوج وعقد من بحضن من ام او اخت .

٥– لم تنطرق قوانين الاحوال الشخصية ومنها القانون العراقي الى عجز الحاضن واهليته بمرض معدي وقد ورد هذا الشرط عند اغلب الفقهاء .

٦– يطلق الفقهاء ومشرعوا القانون على ماتاخذه الحاضنة لقاء الحضانة من تعويض مادي اجرة الحضانة فلو تزوجت الحاضنة وبمجرد العقد تمنع منها اجرة الحضانة لكونها لم تعد متفرغة للقيام بالعمل .

٧– لا قصور يعيش المحضون في العراء دون ان ياويه مكان ولو كان ملجا لذلك فالاجرة السكن واجبة على الوصي مع ثبوت ان الام لاسكن لها تاوي اليه فاذا اثبت لها مكان ياوي اليه فالمحضون مقيم معها وليس لها الاجرة ولوكان لها مردود مالي.

المصادر

– القران الكريم

الكتب والمصادر

اولا : الكتب

١– احكام النفقة شرعا وقانونا وقضاءا دراسة مقارنة للمحامي جمعة سعدون الربيعي ، دار الكتب والوثائق ، بغد١د لسنة ١٩٩٠ م .

٢– الاحوال الشخصية حسين علي الاعظمي ، ج١ . نفقة الطلاق ، الفتح ، والخلع .

٣– الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون ، ج١ ، الدكتور احمد الكبيسي ، الزواج والطلاق واثارها ، بغداد سنة ١٩٧٢م .

٤– الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ، الدكتور احمد الكبيسي ، ج١، المكتبة القانونية بغداد ، ١٩٩٠م شارع المتنبي .

٥– المفصل في احكام المراة المسلمة في الشريعة الاسلامية ، ج١٠ ، الدكتور عبد الكريم زيدان ، ط٣ ، سنة٢٠٠٠م .

٦– المرشد في قانون الاحوال الشخصية ، دكتور اديب استنبولي ، المكتبة القانونية ، ج١، ط٤ سنة ١٩٧٧م .

٧– احكام الاسرة في الفقة الاسلامي ، الدكتور عبد الستار حامد .

٨– الحضانة بين الشريعة والقانون ، دكتور عليوي ناصر، دار الثقافة والنصر ، ط١ ، سنة ٢٠٠٢ .

٩– الزواج والطلاق واثارهما لدى الاسلام والمسيحية واليهودية ، المحامية غادة همج .

١٠– الرشد في قانون الاحوال الشخصية الدكتور سعدي ابو حبيب ، المكتبة القانونية .

١١– القاموس العربي ، مختار الصحاح ابو بكر الرازي .

١٢– القاموس المحيط ، مجد الدين الفيروزي ابادي ، ج٣ .

١٣ – تحفة المردود باحكام المولود ابن القيم الجوزي .

١٤– دار المختار ،ج٣ لابن عابدين .

١٥– شرح قانون الاحوال الشخصية وفقا للاحداث التعديلات ، دكتور عثمان التكروري مصر ، ط٣، دار النشر والثقافة والتوزيع سنة٢٠١١م .

١٦– شرح القانون الاحوال الشخصية العراقي وفقا التعديلات المقدمة رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م الدكتور احمد نصر الجندي ، دار الفكر العربي .

١٧ –كشاف اصطلاحات الفنون (اصطلاحات العلوم الاسلامية) محمد علي التهاني .

١٨– كشاف القناع عن متن الاقناع الجزء ٣ ، الدكتور منصور بن يونس بن ادريس للسيهوني ،ط٢، بيروت لبنان ، سنة١٩٥١م .

١٩– كفاية الاخيار في حل غاية الاختصار ،ج٢ ، الاحكام ، تقي الدين ابو بكر بن محمد الحسيني ، ط٣ ، منشورات المكتبة العصرية .

٢٠ – مغنى المحتاج اي معرفة معاني الالفاظ ، ج٣ ، الدكتور محمد بن احمد الشربيني ، مطبعى مصطفى الحلبي ، مصر، سنة ١٩٥٨م .

قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ – ١٩٥٩م .

المبحث الاول – ماهية الحضانة وادلة مشروعيتها

المطلب الاول – تعريف الحضانة لغة واصطلاحا وشرعا وقانونا .

تعريف الحضانة لغة (مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤونته وتربيته ماخوذة من حضن لان الحضانة ضم الطفل الى جنبها) (١) ، وهي عبارة عن قيام بحفظ من لايميز ولاينقل بامره وتربيته بما يصلحه ووقايتة عما يؤذي (٢) ، وتعرف الحضانة في عدة معاني منها ، الضم والجنب وتحمل المؤونة والتربية وكذلك حفظه ورعايته (٣) ، اما في الاصطلاح الفقهي فقد عرفت عدت تعريفات استخدمت فيها الفاظ مختلفة في دلالتها ومنها تربية الام او غيرها الصغير او الصغيرة (٤) ، ورعايته وتدبير شؤونه وعدم الاضرار به ، اما الحضانة في الشريعة فقد عرفت بانها القيام على تربية الطفل ورعايته وتدبير شؤونه وكذلك تدبير طعامه وملبسه وتنضيفه ممن له الحق في تربيته شرعا (٥) ، امـا الحضانة في القانون فـلا تختلف القـوانين في تعريفهـا للحضانة

---

(١) د. جمعة سعدون الربيعي ، احكام التفقه شرعا وقانونا وقضاءا ، ص٨٤ .

(٢) الامام تقي الدين ابو بكر بن محمد الحسيني ، كفاية الاخبار في حل غاية الاختصار ،ج٢، ص ٣ .

(٣) مختار الصحاح قاموس المحيط ص٢١٥ ص٤٢١ ، لسان العرب ، ج١٦ ، ص٢٨٧ .

(٤) محمد علي التهاني ، كشاف اصطلاحات الفنون (اصطلاحات العلوم الاسلامية) ص٣٩٣.

(٥) د. عثمان التكروري قانون الاحوال الشخصية وفقا للاحداث التعديلات ص٢٥٤.

كثيرا كما ورد في كتب الفقه ذلك لان الحضانة مما يتفق في مفهومها غالبا لكونها من الضرورات في رعاية الاولاد والحفاظ عليهم وقد عدت رعاية الاولاد عند الامم القديمة عادة انها اقوى من القانون لانها مساله فرضتها طبيعة الحياة ، وتعريف الحضانة في القانون العراقي نصت في مقدمة التعديل الثاني القانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رابعا على انه يقصد باصطلاح الحضانة في قانون الاحوال الشخصية (تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل له من له الحق في ذلك قانونا او المحافظة عليه وتدبير اموره تربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره) ، وهذا التعريف تناول المحضون بحالتين الاول حالة الطفولة مع عدم القدرة على القيام بما يحتاجه (وهي تدبير شؤونه) كالغسل واللبس والاطعام والتمشيط وغيره ، الثانية حالة التميز والقدرة على تدبير شؤونه فاطلق عليها المحافظة على من يستطيع تدبير اموره وبنفسه ، وان الحضانة في القانون العراقي تستمر مدتها عشر سنوات يمكن للقاضي تمديدها الى خمس عشر سنة في كلا العمرين يستطيع المحضون ان يقوم بتدبير اموره بنفسه لكنه يبقى بحاجة الى من يوجهه والتربية والاصلاح والوقاية من الضرر (١) .

---

(١) دكتور احمد نصر الجندي شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي وفقا للتعديلات المقدمة رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رابعا ص١٦٤ المادة ٥٧ فقرة (٤) .

(للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر ، وللمحكمة ان تاذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكمال الخامسة عشر اذا اثبتت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ان مصلحة الصغير تقضي بذلك على ان لايبقى الاعند حاضنته) .