

أحكام الصغار

في قانون الأحوال الشخصية العراقي والتشريعات العربية

أحكام الصغار

في قانون الأحوال الشخصية

الجزء الثالث

الجزء الثالث

أكرم زاده الكوردي

ماجستير في القانون المقارن/قسم القانون الخاص-ماليزيا

الطبعة الأولى

٢٠٢٣

أكرم زاده الكوردي

ماجستير في القانون المقارن

٢٠٢٣

1

مقدمة

بسم الله العليم الغني، بسم الله خالق الإنس والجان، بسم الله الذي خلق الإنسان فعلمه البيان، والصلاة والسلام على محمد ﷺ خير الأنام الذي قال لأصحابه مبيتاً فضل العلم والعلماء (فضل العالم على العابد كفضلي على أدناكم)، وفي حديث آخر (كفضل القمر ليلة البدر على سائر الكواكب).

بعد فضل الله عز وجل ومثته علي، فإني وبعد أن كتبت رسالة الماجستير حول (أحكام الحضنة في قانون الأحوال الشخصية العراقي والشريعة الإسلامية والتشريعات العربية) والتي تشغل حيزاً كبيراً من أحكام الصغار في القانون المذكور، لم يتبق سوى أربعة مواضيع أخرى تتعلق بالصغار وهي (الزواج، النسب، الرضاعة، والنفقة). ولهذا استمرت في الكتابة حول أحكام الصغار في المواضيع المذكورة من خلال خمسة بحوث أكاديمية نشرتها في مجلات دولية محكمة.

ولكي يستفيد القراء من جميع ما كتبه حول أحكام الصغار في قانون الأحوال الشخصية، ارتأيت جمع الرسالة والبحوث الأكاديمية ونشرها معاً في كتاب واحد. ولتجنب خلط الرسالة مع البحوث قمت بتقسيم هذا الكتاب إلى بابين. الأول، خصصته لأحكام الصغار التي تناولتها في البحوث الأكاديمية لكونها تسبق موضوع الحضنة وفي نفس الوقت هي اتباع لترتيب المشرع لعناصر القانون. أما الثاني، فخصصته لأحكام الحضنة، ومن الله التوفيق.

اسم الكتاب: أحكام الصغار في قانون الأحوال الشخصية العراقي والتشريعات العربية.

المؤلف: أكرم زاده الكوردي

المطبعة:

عدد النسخ:

الطبعة: الأولى

رقم الإيداع في

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف

المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....	٢٨١
الفرع الأول: الحضانة لغةً.....	٢٨١
الفرع الثاني: تعريف الحضانة في التشريع العراقي.....	٢٨٤
الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القضاء العراقي.....	٢٨٩
الفرع الرابع: تعريف الحضانة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.....	٢٩٠
الفرع الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.....	٢٩٤
المطلب الثاني: أدلة مشروعية الحضانة.....	٢٩٩
المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الحضانة.....	٣٠٣
المبحث الثاني: تكييف الحضانة.....	٣٠٤
المطلب الأول: تعريف الحق والواجب.....	٣٠٤
المطلب الثاني: تكييف الحضانة.....	٣٠٦
الفرع الأول: تكييف الحضانة في التشريع العراقي.....	٣٠٦
الفرع الثاني: تكييف الحضانة في القضاء العراقي.....	٣٠٨
الفرع الثالث: تكييف الحضانة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.....	٣١٠
الفرع الرابع: قراءة تحليلية مقارنة.....	٣٢٠
الفصل الثالث: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم والشروط الواجب توافرها فيهم.....	٣٢٧
المبحث الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم.....	٣٢٧
المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في التشريع العراقي.....	٣٢٧
المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في القضاء العراقي.....	٣٣١
المطلب الثالث: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في المذاهب الأربعة.....	٣٣٤

المطلب الثالث: أجرة الحضانة في المذاهب الأربعة.....	٥٣٤
المطلب الرابع: أجرة الحضانة لدى دار الإفتاء المصرية.....	٥٤٦
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.	٥٤٧
المبحث الثاني: سقوط الحضانة واستردادها.	٥٥٩
المطلب الأول: سقوط الحضانة واستردادها في التشريع العراقي.	٥٥٩
الفرع الأول: سقوط الحضانة.	٥٥٩
الفرع الثاني: استرداد الحضانة.	٥٦١
المطلب الثاني: سقوط الحضانة واستردادها في القضاء العراقي.....	٥٦٥
المطلب الثالث: سقوط الحضانة واستردادها في المذاهب الأربعة.....	٥٦٩
المطلب الرابع: فتاوى دار الإفتاء المصرية حول سقوط الحضانة واستردادها.	٥٧١
الفرع الأول: حالات سقوط الحضانة.....	٥٧١
الفرع الثاني: استرداد الحضانة.	٥٧٢
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.	٥٧٢
الفصل السابع: مشروع قانون الحضانة.....	٥٧٩
خاتمة الباب الثاني.....	٥٩١
الملحق: أحكام القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ الصادر من برلمان كوردستان.....	٥٩٦
المبحث الأول: التعديلات الجارية بموجب القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥.....	٥٩٧
المبحث الثاني: قراءة تحليلية نقدية.....	٥٩٩
المصادر والمراجع.....	٦٠٧

٤. أن يثبت للقاضي صدق دعوها بالبلوغ.
 ٥. القابلة البدنية للمراعاة والمراعاة للمسؤوليات الزوجية.
 ٦. موافقة الولي، وإذا امتنع وأصبح عضلاً فيحدد له القاضي مدة ليبدى موافقته خلافها، فإن لم يعترض أو كان مبرراته لرفض الزواج في غير محلها فللقاضي الأذن بالزواج.
 ٧. موافقة القاضي.
- وبذلك فإن موافقة هذا أجاز لصغار الزواج بعد توفر الشروط المتكثرة أعلاه ويمكن القول بأن موافقة القاضي تعتبر من أهم الشروط التي نص عليها المشرع، فحق أو وافق الولي على الزواج فإن القاضي قد يرفضه لعدم توفر أحد الشروط المنصوص عليها في القانون.

ثانياً: أحكام زواج الصغار بعد تعديلهما بالقانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨.

هذا التعديل يعتبر التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية، وموجه تم تعديل مجمل مواد القانون ومن ضمنها ما يتعلق بأهلية الزواج وخاصة زواج الصغار. وفيما يتعلق بالتعديلات التي جرت بخصوص موضوعنا فكان كما يلي:

جاء في مقدمة الأسباب الموجبة للتعديل أن أهلية الزواج يقصد بها صلاحية الشخص (ذكر أم أنثى) في أن يتولى أو يباشر بنفسه عقد الزواج، وأن أهلية الزواج كانت تعالجها المادتين (١٧/١، ٨)، من القانون قبل التعديل بصياغة غير دقيقة يكتنفها الغموض لتضمنها حكيمين يختلف أحدهما عن الآخر ويتعارض معه. فبعد أن كانت المادة (١٧/١) تنص على أنه: "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ"، دون أن تُعَدَّ المقصود بالبلوغ، هل أنه نضوج الشخص (ذكر أم أنثى) من الناحية الفسيولوجية وصلاحية للقيام بالواجبات الزوجية أم المقصود من ذلك إتمام (١٨) من العمر، جاءت المادة (٨) بنص يختلف على النص المتقدم، إذ قضت بأنه: "تكمل أهلية الزواج بشم الثامنة عشرة"،

جنسياً ويرغب في الزواج، وكذلك بمس بعض الجوانب الإنسانية التي تقتضي الزواج دون هذا السن، كما لو وقع فتاة وولده في علاقة حميمة وفقدت الفتاة عذريتها، ففي هذه الحالة لو معنا إتمام عقد زواجها بمحجة عدم اكتمال الأهلية لديها، سنسلم الفتاة في هذه الحالة؟ ولها نصّ القوانين على حالات استثنائية أجاز فيها للقاضي بتقييم الحالة وإصدار حكمه على ضوء معطياتها... وعلى نفس المنطق اعترض الدكتور (أبو فارس) على رفع سن الزواج إلى (١٨) سنة بالقول: نحن في زمان ينبغي علينا أن نشجع الزواج المبكر، وأن تصدر المقتضى لتحقيق هذا الغرض التبيل الذي يحضن شباننا وشاباتنا بالهفة ونظافة الفرح، في الوقت نفسه يحقق مصلحة الفرد والمجتمع والدولة، فرفع سن الزواج يلحق الضرر بأولادنا وقد يؤدي بهم إلى الإخفاق الأخلاقي وقضاء الحاجة الجنسية عندهم بطرق غير مشروعة، إذ عادة يبلغ الشخص في سن (١٥) أو أقل وخاصة الفتيات فهو بحاجة إلى الاستمتاع الجنسي بالطريق المشروع الذي هو الزواج، وقد حال القانون دون ذلك، مما قد يدفع بهم للوقوع في الرذيلة".

على أية حال، لو رجعنا إلى التعديلات موضوع دراستنا سنلاحظ بأنه وبعد أن دمج المشرع العراقي حكم المادة (٨) في المادة (١٧/١) كما أشرنا إليه آنفاً، ألغى المشرع المادة (٨) وحلّ محلّها ما يلي: "إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليّه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج".^{١٢} لو دققنا النظر في هذه المادة سنلاحظ بأنها المادة (٩) نفسها من قانون الأحوال الشخصية بعد تعديل طفيف عليها، والسبب الذي دفع

^{١٢} إبراهيم زواج، حق القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد ١٤، ١٥، ١٦، ص ٥١٤-٥١٥.

^{١٣} محمد عبدالمباري أبو فارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دط، د.د.ن، د.م.ن، ٢٠١٠، ص ٧٨-٧٩.

^{١٤} عملاً، تم تعديل العمر المنصوص عليه في هذه المادة في إقليم كردستان العراق وذلك بعمله (١٦) سنة بموجب القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ الصادر من ديوان كردستان.

وبسبب هذا الارتباك التشريعي، وعدم الدقة في الصياغة القانونية اختلفت الآراء في التفسير، وتعددت نتيجة لذلك الاجتهادات، فانعكس أثره على أحكام المحاكم وذلك بصدر أحكام متباينة في هذا الشأن. ولتلافي ذلك تم إلغاء الفقرة (١) من المادة (٧) وإحلال فقرة جديدة محلها تجمع حكم الفقرة المتكثرة مع حكم المادة (٨) منه، محققة التوفيق فيما بينهما ومزجّة تنسم بالبساطة والوضوح بحيث لا يمكن أن يختلف بشأنها وذلك بالنص على أنه: "يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة".

وبذلك يرى الفقيه العراقي (الولي-رحمه الله) بأن أهلية الزواج في القانون العراقي هي أهلية الأبداء الكاملة والتي هي إكمال (١٨) سنة من العمر والتي تعتبر من شروط انعقاد الزواج فإذا تحلّت هذا الشرط في من يصدر منه الإيجاب أو القبول يكون الزواج باطلاً كما لو كان الموجب أو القابل صبيّاً غير مميّز لكونه عديم الأهلية، لكن يجوز للولي أو القاضي تزويج الصغيرة والصغير، وإذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية كان يكون صبيّاً مميّزاً بأن أكمل (٧) من العمر عندها يكون عقد الزواج موقوفاً على إجازة الوليه فإن أجازها فإن العقد ينتج آثاره باثر رجعي من تاريخ إبرامه وإن لم يوافق فكله لم يكن^{١٥}. وبيّز (الرحماني) موقف القوانين الوضعية من رفع سن الأهلية للزواج لمعطيات عدّة منها: لكي يكون الزوجين مؤهلين لتكوين الأسرة وتحمّل التزاماتها المالية إذ إن الشخص يعتبر ناقص الأهلية قبل هذا السن وبذلك لا يستطيع إجراء تصرفات المالية إلاّ بأذن وليّه، وكذلك للتقليل من حالات الطلاق حيث لوحظ بأن وقوع هذه الحالات لدى الأزواج الذين هم دون سن (١٨) أكثر مقارنة بمن هم فوق هذا السن. لكن من ناحية أخرى فإن رفع سن الزواج هذا السن أو أكثر فيه إجحاف بحق الشخص الذي نضج

^{١٥} مصطفى الربلي، التكميل للولي في الشريعة والقانون: أحكام الزواج والطلاق، ج ١٩٩، نشر احسان للنشر والتوزيع، ط ٢٠١٤، ص ٥٥-٥٦، ٦٢.

^{١٦} وبولينا لا نطق مع في هذا الخصوص لأن أهلية القوانين يعثر الشخص الذي زوج بأن من القضاء كامل أهلية الأبداء ومنها القانون العراقي، فقد جاء في المادة (١٧/١) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠: "يعتبر من اكمل الخامسة عشرة ويؤذن من المحكمة كامل الأهلية".

المشرع لإجراء هذا التعديل كما جاء في مقدمة الأسباب الموجبة هو: بعد أن حدّد القانون أهلية الزواج على الوجه المتقدم (أي جعلها إتمام ١٨ من العمر) راعي الأوضاع الاجتماعية في القطر ولا سيما خارج البلد حيث يكثر الزواج في سن مبكرة، فأجاز لمن أكمل (١٥) من العمر الزواج بموافقة وليّه (الأب) وأذن من القاضي، والاختلاف الرئيسي بين النصين القديم والجديد يكمن في العمر، فبينما كان النص القديم يحدّد هذه السن بإتمام (١٦) جاء النص الجديد خفض هذه المدة بجعلها إكمال (١٥) سنة، متوخياً من ذلك تقليل حالات الزواج التي تقع خارج المحاكم وهذا ما عالجته المادة (٨) من التعديل. وبذلك يتضح لنا وبصورة جليّة أن التعديل جاء استجابة لأعراف والتقاليد التي عليها المجتمع العراقي، وحماية حقوق الصغار الذين يتم إجراء عقود زواجهم خارج المحاكم إذ أن تسجيل عقودهم لدى المحاكم يضمن حقوقهم أكثر من إبرامها لدى علماء الدين.

- وعليه، فمن أجل إجراء عقود الزواج بموجب النص الجديد بالنسبة لمن لم يتم (١٨) من العمر أي الصغار، لا بدّ من توفر الشروط الآتية:
١. أن يكون الصغير (ذكر أم أنثى) قد أكمل (١٥) سنة من العمر.
 ٢. تقديم طلب للقاضي الشرعي.
 ٣. موافقة وليّه الشرعي وهو الأب، لكن الولد أو يكون الولي هو الجد أو الشقيق وغيره.
 ٤. أذن القاضي بعد التثبت من أهلية الصغير (ذكر أم أنثى) الشرعية وقابليته البدنية.
- على أنه إذا امتنع الولي عن الزواج طلب القاضي منه خلال مدة يحددها له، فإذا لم يعترض أو كان طلبه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج.

ويرى (الأبياني) أنه إذا امتنع الولي تزويج الصغيرة فإن كان امتناعه بحق بأن أبدى سبباً مقبولاً كعدم دفع المخطوب مهر مثلها وإن كان كفوفاً فلا حق لأحد تزويجها، أما إذا

صحیح وفي غير حمله لكون القانون لم ينص عليه ولم نطلع عليه في أي مصدر أو مرجع آخر.

وبرى الدكتور (فاروق) الذي هو من أحد شرّاحي قانون الأحوال الشخصية العراقي: قد تكون عمر الفتاة التي تطلب الزواج ستة عشر عاماً حسب المستمسكات الرسمية، لكن يجد القاضي أنه تظهر عليها علامات الصغر وأن قابليتها البدنية غير كافية للزواج، ففي هذه الحالة يجيل القاضي الفتاة على اللجنة الطبية المختصة لمعرفة مدى صلاحيتها للزواج من عدمه، فإن ورد في تقرير اللجنة أنها لا تصلح للزواج عندها يرفض القاضي طلبها فهو صاحب السلطة التقديرية في ذلك. وقد يحصل العكس بأن عمرها حسب مستمسكاتها الرسمية (١٢) سنة لكن بينتها الجنسية تظهر بأن عمرها حوالي (١٦) سنة، ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي الموافقة على طلبها لكونها تقل عن (١٥) سنة وعليها إن كانت مصرية في إبرام عقد زواجها تصحيح تاريخ تولدها بالطرق القانونية لتتمكن من الحصول على أذن القاضي، لكن الآباء يجادلون على القانون وذلك بترويج بناتهم الصغيرات عند علماء الدين وبعد إنجاب الأولاد يبلجون للمحاكم ثبوت الزوجية، غير مبالغ بالتأجيل السلبية التي تلحق بالنتيجة لهذا الزواج.^١

ولغاى تجنّب إبرام عقود زواج الصغار خارج الأحكام ودون موافقة القاضي فإن التعديل يلجأ إلى أجاز التفريق بين الزوجين بموجب المادة (٣/٤٠) من قانون الأحوال الشخصية بصيغتها الجديدة وهذا من الجديد الذي جاء به هذا التعديل، ولم يكن يعالجه النص القديم حيث أجاز المشرع بموجب الفقرة المذكورة لكل من الزوجين طلب التفريق؛^٢ إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي،^٣ يفهم من النص أن المشرع أجاز للصغير (ذكر أم أنثى) الذي لم يكمل (١٨) سنة من

كان سبب امتناعه غير مقبول كان يكون الحاطب كفوفاً لها وقدّم مهر مثلها، عندها فقد للقاضي التخلّص الأذن بالزواج حتى لو كان الولي الأب.^٤

وفيما يتعلق بدور الولي في زواج الصغار يقول (الرحمان) أن القوانين التي نزلت بالسن للحد الأدنى، فهي مفيدة بموافقة القاضي لكي يقرّر فيما إذا كان هناك مصلحة وضرورة وبالتالي يصدر قراره على ضوءها، وفي هذه الحالة يسلب الولي من سلطاته ودوره يقتصر فقط بالموافقة على عقد زواج ولده القاصر أو إقناع القاضي بمرات رفضه، وهذا يعتبر إيجاباً بما في الولي لكون أغلب الأولياء حريصون على مصلحة أولادهم وأن شفقة القاضي مهما تكن لا تصل لشفقة الأب أو الجد على ولده/حفيدة، لذا يرى من الأفضل تعديل دور القضاء في هذه المسألة وجعله يقتصر على الرقابة.^٥

وقد ذكر أحد المراجع فيما يخص بزواج ناقصي الأهلية (الصغار) بأن القانون قد فتح لهم منفذاً منطقياً وعملياً حينما أجاز لهم الزواج بأن القاضي الذي عليه التأكد من مدى توفر أمرين في زواجهما، هما: أهلية الزواج لدى كلا طرفي العقد والتي يقصد بها الأهلية النافذة التي لم تصل إلى كمالها إلا أنما لم تعدم صاحبها صلاحية، وتوافر القابلة للزواج التي هي من الأمور الاجتهادية التي يتوصل إليها من طريق التحري والقرآن والبيدات، وموافقة الولي الشرعي.^٦ لكن المرجح نفسه وفي موضع آخر أشار إلى أن شروط لزواج الصغار في القانون العراقي هي: أولاً: القدرة البدنية والتي تتمثل في البلوغ الجنسي للقاصر. وثانياً: القدرة المالية للقاصر أي القدرة على الإنفاق وقدرته على جمع المال لتوفير مصدر رزق للأسرة التي يسعى لتأسيسها.^٧ وبدورنا نتخذ بأن الشرط الثاني غير

^١ نجد زيد الأبيان، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ١١، مكتبة النهضة، بغداد، دون طبعه ودون تاريخ، ص ٦٦.

^٢ إبراهيم رحمان، مرجع سابق، ص ٥٦٥، ٥١٨.

^٣ أم كلثوم صبيح محمد، آراء صر علان، زواج القاصرات في العراق بين عجز القانون وسلط الأسرة، مجلة جامعة

الابن للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١٣، ٢٠١٧، ص ٧٨.

^٤ أم كلثوم صبيح محمد، وأخرى، مرجع سابق، ص ٨٥.

العمر طلب التفريق القضائي من القاضي الشرعي بمجرد أن يكون قد أبرم عقده قرانه دون أذن القاضي أي خارج المحكمة ولا يشترط وقوعه تحت قوة الإكراه من عدمه فحتى لو كان العقد برضائه عند إبرامه لا يجرم من حقه هذا، لكن ما لم يبيته المشرع في هذا النص هو الوقت الذي يجب أن يستعمله الصغير حقه هذا، إذ ليس من العقل والمنطق ترك الزوج الآخر مهدداً قتل الصغير هذا طيلة حياته.

ومن التعديلات الأخرى التي جاءت بها التعديل الثاني والتي لها صلة بموضوعنا هي (الأكراه، والمنع من الزواج). ففيما يتعلق بهذه الفقرة من التعديل فقد جاء في مقدمة الأسباب الموجبة للتعديل: الأصل في كافة العقود ومنها عقد الزواج أنما لا تنعقد إلا بتوافق ركن الرضا، والإكراه بعدم هذا الركن لذلك فإن عقد الزواج الذي يقع بالإكراه يعتبر باطلاً إذا لم يتم الدخول، وهذا ما اجتمعت عليه كافة المذاهب الإسلامية، وقد قنن هذا الإجماع في المادة التاسعة بالنص على اعتبار عقد الزواج الواقع بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول، وترتب عقوبة جزائية على من يقوم بالإكراه. كما عاقب القانون على كل من منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام القانون (أي من أمم (١٨) من العمر وكان عاقلاً) من الزواج بمن يريد وترتب عقوبة جزائية على من يخالف ذلك وقد فرق القانون في مقدار العقوبة بين نوعين من الأقراب:

النوع الأول: وهم من الأقراب من الدرجة الأولى ويشمل الأب والأم بالنسبة لأبنائهما. وعقوبة المخالف من هؤلاء، الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو الغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.

النوع الثاني: وهم من غير المتكويين في النوع الأول، ويشمل الأخ والعم والجد وابن الأخ وابن العم وغيرهم من الأقراب الآخرين. وعقوبة هؤلاء الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو السجن مدة لا تزيد على عشرة سنوات.

فقد جاء في المادة (التاسعة):

^١ فاروق عبدالحكيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبعه جامعة السليمانية، ٢٠٠٤، ص ٧٥.

^٢ نولس عدنان جلوب، زواج القاصرات: دراسة احصائية ميدانية في مدينة بغداد، مجلة الجامعة العراقية، العدد ٤٠،

العدد ١٨، ٢٠١٨، ص ٣٩٩.

١. لا يحق لأي من الأقراب أو الأغباء إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقراب أو الأغباء منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام القانون من الزواج.

٢. يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة بالسجن مدة لا تزيد على عشرة سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

عند قراءة الفقرة الأولى من للمادة (٩) يتّمن يفهم أن مدى نطاق الأزواج الذين حاهم المشرع من الإكراه أوسع من نطاق الأزواج الذين شملهم المنع. ففيما يتعلق بالإكراه فإن (الزوج/الزوجة) صغيراً كان أم كامل الأهلية، بمجرد أن يبرم عقده قرانه تحت قوة الإكراه يبطل العقد بشرط عدم الدخول ويستحق القائم بالإكراه ولها كان أم غيره العقوبة. لكن حينما تناول المشرع حكم المنع من الزواج (العزل) فإنه أضاف الحماية على الأزواج الذين لديهم الأهلية الكاملة بموجب القانون وبذلك فإن المشمولون بالنص هم الذين اكتملوا الثامنة عشرة من العمر وبذلك لا يشمل ذلك الأزواج الصغار، وهذا يعني أن للأولياء منع الصغار من الزواج إلا إذا وصل الأمر للقاضي ووافق الأخير على طلب الزواج وفق الشروط التي نص عليها القانون عندها فإن امتناع الولي لا يفيد شيئاً ولا يسأل قانونياً.

وقد اتفقت (الزبي) موقف المشرع هذا إذ قال: أن التراضي يعتبر من شروط نفاذ العقد إن كان الزوجين البالغين عاقلين، وفي حالة تخلفه يعتبر المقدم موقفاً على إجازة المكره بعد زوال أثر الإكراه. وقد وقع المشرع العراقي في خطأ حينما اعتبر زواج المكره باطلاً حسب المادة (١/٩) حيث أنه:

١. خلط بين الباطل والموقوف، والصحيح هو اعتبار زواج المكره موقفاً على إجازته بعد زوال آثار الإكراه.

في هذه الحالات عدم إكمال طرفي العقد أو أحدهما الخامسة عشرة رغم تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية فيه على الزواج. ولغرض معالجة هذه الحالات يتعين أن يترك للقاضي المختص الأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من عمره إذا وجدت ضرورة قصوى تدعو إلى هذا الزواج في هذه السن بعد التأكد من بلوغه الشرعي وقابليته البدنية على الزواج.

وعليه، فإن الصغير (ذكر أم أنثى) بإمكانه إبرام عقد زواجه حسب المادة (٢/٨) من قانون الأحوال الشخصية بالشروط التالية:

١. بلوغ (١٥) سنة من العمر أي إكمال (١٤) سنة. أما الصغير الذي عمره أقل من هذا السن فسكت عنه المشرع ولم يعالجه النص الذي نحن بصدده ولا أي نص آخر في القانون.

٢. وجود الضرورة القصوى، معيار الضرورة الذي يتطلب توافره لغرض زواج القاصر دون ١٥ سنة لم يبين المشرع المقصود منه ولا كيفية قياسه، وإنما تركه للسلسلة التقديرية للقاضي فهو الذي يقرّر وجوده من عدمه حسب كل حالة، لكن من الناحية العملية يتم التحاليل على القانون إذ غالباً ما يتم إبرام عقد الزواج لدى علماء الدين خارج أروقة المحاكم حينما تكون الفتاة لم تبلغ الحيف بعد^١.

٣. أذن القاضي بعد التأكد من تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية. وفي هذا الخصوص لا بد من إجراء الفحوصات الطبية اللازمة للمصغرة من الناحية البدنية والنفسية لمعرفة مدى قدرتها على الحمل والإنجاب وتكون الأسرة وتحتمل أعبائها من رعاية وتربية الأطفال وغيرها^٢.

٢. سمح أن يلحق بالعقد الباطل الإجازة وهذا ليس له وجود في أي قانون على مستوى العالم، لكون الباطل مدموم وإذا أريد إكمال العقد فينتظف إبرامه من جديد بعيداً عن سبب بطلان العقد.

٣. اعتبر الدخول مطلقاً ولا وكان بالإكراه سبباً لإجازة العقد الباطل، وهذا غير صحيح لكون الدخول إكراهاً لا يعتبر سبباً للإجازة^٣.

على أية حال، إذا كان للشرع قد قضى بطلان عقد الزواج الذي يحصل بالإكراه إن لم يتم الدخول، فما مفسر عقد الزواج الذي جرى خارج المحكمة وتم الدخول؟ التعديل الثاني عالج هذه المسألة أيضاً، ففي الوقت الذي لم يقض بطلانه أجاز للزوجة التي وقع عليها الإكراه طلب التفريق بموجب المادة (٤/٤٠) وقد بزز المشرع موقفه هذا على اعتباره أنه ليس من المقبول أن تجبر الزوجة على العيش مع رجل أكرهت على الزواج منه كما ورد في مقدمة الأسباب الموجبة للتعديل الثاني، لكن لو قرأنا نص المادة المذكورة نستطيع أن نأخذ بأن حق التفريق هذا غير محصور بالزوجة وإنما يشمل الزوج أيضاً، إذ جاء فيها: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: ٤. إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه". علماً، أن النص يشمل الأزواج الصغار والبالغين.

ثالثاً: أحكام زواج الصغار بعد تعديلها بالقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٧.

بموجب هذا التعديل اعتبر المادة الثامنة التي سبق وأن تناولناها الفقرة (١) من المادة نفسها وأضاف إليها المشرع الفقرة (٢) وهي: " للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، ويشترط لإخطاء الأذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية". وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا التعديل: لولحظ أن كثيراً من الحالات يكون الزواج حلاً مناسباً لمعالجتها غير أن الذي يحول دون إتمامه

^١ مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص ٦٣-٦٤.

^١ أم كلثوم صبيح محمد وأخري، مرجع سابق، ص ٨٥.

^٢ فهد شلال حلف، عمر نائف كودي، زواج القاصرات بين الشريعة والقانون، مجلة الجامعة العراقية، العدد ٢٧، العدد ٢٠١٧، ص ٤٧.

ورغم أن المادة لم ينص على تقديم الطلب من قبل الصغير أو الصغيرة لكن من المفروض تقديم الطلب مثل الحالة المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة نفسها. أما فيما يخص موافقة الولي الشرعي فإن النص لم يتطرق إليها مطلقاً، وبذلك فإن الدور المحدود الذي أعطاه المشرع في الفقرة (١) من المادة (٨)، قد سلب منه كلياً في الفقرة (٢) منها. وفي هذا الصدد يرى (الزبيلي) أن تجاهل الولي من قبل المشرع وإيقاف الأذن بالزواج على أذن القاضي فقط تعسف صارح بحق الولي فهو الذي أبقى حياته في خدمة أولاده والقيام بمصالحهم وبكل بساطة تم حرامته من المشاركة في إبرام عقد زواج أولاده وخاصة حينما يكون هو أب الزوجة، إذ الأخيرة في غالب الأحيان تتأثر بالجانب العاطفي، وليس لديها الخبرة الكافية في اختيار الزوج وبذلك قد يلحق بزواجها العار بأسرتها إن توجت من خيس^٤.

توصل من كل ما تقدم أنه توجد صورتين للبلوغ في قانون الأحوال الشخصية العراقي مثل نظيره الإماراتي وهي: البلوغ بالسنة وهو إكمال الثامنة عشرة من العمر وهو الأصل، والبلوغ الشرعي ويكون بالعلامات وهو الاستثناء. إذ قد يقدم من بلغ في سن مبكرة دون إكمال سن أهلية الزواج الذي هو إكمال (١٨) سنة على الزواج دون العلم بمسؤوليات الزواج، وما ترتب عليه من آثار جسيمة وخطيرة فإن القانون لم يجز لمن حاله كذلك الإقدام على الزواج دون الحصول على موافقة القاضي الذي ليس له الموافقة عليه إلا بعد التثبت والتحقق من وجود مصلحة تقتضي الزواج^٥.

وقبل الانتقال إلى بيان موقف القضاء العراقي نود الإشارة بأنه ستكون هناك خطورة في حالة عدم التناسب العمري بين الزوجين إذ أن الزواج لن يكون محل سكن ورحمة ومودة وراحة للزوجين إن لم يكن الزوجان في عمريين مناسبين لبعضهما، كأن يكون

الزوج متقدماً في العمر والزوجة صغيرة أو العكس، وعليه ففي الوقت الذي سكت القانون العراقي عن هذه المسألة ولم يتناولها تطرقت إليها بعض القوانين العربية ولم تقل بذلك إن كان الفرق بين الزوجين قد تجاوز فترة معينة، فمثلاً المادة (١٩) من القانون السوري لسنة ١٩٥٣ تنص على أنه إذا كان الخطبان غير متساوين سناً ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي أن لا يأذن به، ونظيره الأردني وفي المادة (١١) منه يمنع إجراء العقد على إمرة إذا كان خطابها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد التأكد من رضاها واختيارها وتوفر مصلحتها من قبل القاضي^٦. ولمنع هنا من باب السياسة الشرعية ويبنى حكم الجواز الشرعي قائماً، كل ما في الأمر بعاقب المخالف للنص بالعقوبة المنصوص عليها قانوناً، لأن أحكام السياسة الشرعية غير قادرة على إبطال الأحكام الشرعية وإنما تحدد وسائلها وتنظم إجراءاتها التطبيقية، وتضع المباح سداً للذريعة أو تحقيقاً لمصلحة حقيقية وأن القانون إنما حث الصغيرة لكونها قبيلة التجار وسهولة الخناج^٧. وعليه، ندعو المشرع العراقي للتدخل لغرض حماية الأزواج بشكل عام وفتة الصغار بشكل خاص من عدم التناسب العمري.

وفيما يخص موقف القضاء العراقي من زواج الصغار، فقد بذلنا جهوداً كبيرة من أجل الحصول على عدد كافٍ من الأحكام القضائية ليستسنى لنا بيان موقفه بشكل واضح ومن كافة الزوايا إلا أننا لم نفلح في ذلك، ولنستطع سوى جمع عدد محدود منها في بطون الكتب والبحوث التي تناولت موضوع بحثنا.

فقد جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٧٣/أهية/عامه/٧٨): "لأ بعدت بعقد الزواج الذي أرمه وكيل الزوجة البالغة سبع سنوات لعدم أهليتها للتوكيل ولا يعني

^٤ على محمود الزبيلي، حكم اشرط الولي في عقد الزواج مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية العربية واتفاقية سيداو، مجلة وثائق البحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد ٢٧، العدد ٢٠١٢، ص ٧٧-١٢٤.

^٥ أحمد نصر الجبلي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، ٢٠١٠، ص ١٠٠.

^٦ محمد عبدالقادر أبو فارس، مرجع سابق، ص ٧٩-٨٠.

^٧ عبدالفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار الفاسي للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ١٩٩٨، ص ٥٨-٦٠.

بعلامة البلوغ بالنسبة فقد ورد في شرح مختصر خليل للخريشي، أن هناك من قال بـ (١٦) سنة، كما أن ابن وهب قال بـ (١٥) سنة^١.

ثالثاً: المذهب الشافعي.

ورد في مصنف (الحاوي الكبير) للماوردي، أن البلوغ يكون بخمسة أشياء، يشترك الذكر والأنثى في ثلاث وهي: أولاً: الاحتلام، وهو إزال المني الدافق من نوم أو جماع أو غيرها، وأقل زمان الاحتلام (١٠) سنين في العلام، و(٩) سنين في الجارية. ثانياً: الإنبات ويقصد به شعر العانة على أن يكون قوياً لا رغباً ويعتمدون على سن (١٥) سنة كمقياس فيما إذا كان الإنبات يعتبر بلوغاً من عدمه. ثالثاً: السن، وهو إتمام (١٥) سنة من العمر. أما ما يختص بها الجارية فقط فهي الحيض والحمل^٢.

رابعاً: المذهب الحنبلي.

ورد في مصنف (المغني لابن قدامة)، أن العلام والجارية يعتبران بالعين بأحد ثلاثة أشياء: أولاً: خروج المني (الإزال) الذي يخلف منه الإنسان وكيفما خرج، فسواء خرج في حالة اليقظة أو المنام، أو الجماع، أو الاحتلام أو في أية حالة أخرى فيعتبر الشخص بالعلم. ثانياً، الإنبات، ويقصد به الشعر الخشن الذي ينبت حول ذكر العلام أو فرج الجارية الذي يستحق الحلق، أما الرغب الضعيف فلا اعتبار به. ثالثاً: السن، وهو بلوغ إتمام (١٥) سنة. وهناك علامتان تخص بها الجارية وحدها وهما: الحيض والحمل^٣. من مجمل ما ذكر أعلاه يتوصل إلى أن المذاهب الفقهية يعتمدون على العلامات (الاحتلام، الإنبات، الحيض، الحمل وغيرها) لمعرفة بلوغ الشخص من عدمه وهو الأصل عندهم وأدق مدة تظهر بعض هذه العلامات هي (١٠) سنين للعلام و(٩) سنين

أولاً: المذهب الحنفي:

علامات بلوغ الذكر: الاحتلام، الإحبال، الإنزال، أما علامات بلوغ الأنثى فهي: الاحتلام، الحيض، الحمل. وتعتبر الإنزال حقيقة هي أصل البلوغ، إذ عداها من العلامات تتوقف عليها، فإن لم تحصل هي لن يكن هناك وجود لبقية العلامات، وعندما يتم اللجوء إلى تحديد البلوغ بالنسبة وهي إتمام (١٥) سنة ذكرًا كما أم أنثى لكون علامات البلوغ تظهر في هذا السن غالباً فلا يظهر عليهما العلامات في هذا السن فيعتبر السن المذكور علامة بلوغ بحقهما، وأدق سن البلوغ عند الحنفيين هو (١٢) سنة للذكر، و(٩) سنين للأنثى، إذ قد يظهر هُما علامات البلوغ في هذا السن فإن أقرَّ بالبلوغ فكانا كالبالغ حكماً. وفي رواية في الإمام أبي حنيفة، سن البلوغ هي إتمام (١٨) سنة للذكر، و(١٧) سنة للأنثى لأنه إنما يقع اليأس عن الاحتلام الذي علق الشرع الحكم به بمدة السن^٤.

ثانياً: المذهب المالكي.

جاء في حاشية الصاوي: أن علامات البلوغ خمس، ثلاث منها مشتركة بين الذكر والأنثى وهي: بلوغ (١٨) سنة، نابت العانة الخشن، الاحتلام ويقصد به الإنزال (نزول مني) سواء كان في النوم أو اليقظة. أما العلامان التي تخص الأنثى فقط وهي: الحيض والحمل^٥. وذكر الزحيلي بأن كل من: نبت الإبط، ورفق أرتة الأنف، وغلظ الصوت: هي الأخرى علامات مشتركة بين الذكر والأنثى لدى المالكية. فإن لم يظهر شيء مما ذكر، كان بلوغ الصغير بتسام (١٨) سنة، وقيل: بالدخول فيها^٦. وفيما يتعلق

^١ الحنفي محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخريشي، ج٤، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص ٢٩١.
^٢ الماوردي علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩، ص ٣٤٢-٣٤٧.
^٣ ابن قدامة عبد بن أحمد، المغني لابن قدامة، ج٤، مكتبة القاهرة، دون طبعة، ١٩٦٨، ص ٣٤٥-٣٤٦.

^٤ ملا خسرو محمد بن فرمیز بن علي، در الحکام شرح غرر الأحکام، ج١٣، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، دون تاريخ، ص ٢٧٥.
^٥ الصاوي أحمد بن محمد الحنفي، حاشية الصاوي على شرح الصغير، ج٣، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص ٤٩٤.
^٦ ومضة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ١٦، دار الفكر، دمشق، د. ت، ط٤، ١٤٣٧-١٤٣٤.

للجارية، فإذا تعدد معرفة بلوغ الشخص من خلال العلامات عندها يتم اللجوء إلى تحديد البلوغ بالنسبة وهو الاستثناء، ومن خلال قراءة المذاهب الفقهية الأربعة المذكورة أعلاه يمكن القول بأنه هناك اتفاق على سن (١٥) سنة، فهذا السن وإن لم يكن المقي به لدى جميع المذاهب إلا أن له مناصرون حتى في المذاهب الذين أفتوا بسن آخر غيره. كما توصلنا أيضاً بأن أعلى سن للبلوغ هو إكمال (١٨) سنة.

بعد تعريف الصغير والبلوغ اصطلاحاً لدى المذاهب الفقهية، سنترق لتفاصيل أحكام زواج الصغار لدى فقهاء المسلمين وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهم حول هذا الموضوع.

أولاً: مدى جواز قيام الصغار بإبرام عقود زواجهم بأنفسهم.

من خلال تعريف الصغير اصطلاحاً تبين لنا أن الصغير (ذكر أم أنثى) إما صبي غير مميز وهو الذي لم يكمل السابعة من عمره وبذلك فهو عدم الأهلية ولا يستطيع إبرام عقد زواجه بنفسه وإن فعل ذلك فعقدّه باطل، أو هو صبي مميز وهو الذي أكمل السابعة من عمره، وأهليته ناقصة فإن أبرم عقد زواجه بنفسه فهو مفوض على آذن وليه، إن وافق عليه الأخير ينتج آثاره من يوم إبرامه^٧.

ثانياً: مدى جواز تزويج الصغار.

بتخصيص هذه المسألة فقهاء المسلمين على قولين. القول الأول، لا يقبل تزويج الصغيرة مطلقاً أيًا كان وليها، بل ينظر إلى الحي التي تبلغ فتزوج برخصتها واختيارها، وهذا ما ذهب إليه (ابن شريفة وأبي بكر الأصب وعثمان النبي) والعلمة من وراعاها هي أن مناط ثبوت الولاية هو الحاجة إلى الزواج مع العجز عن الاختيار الزوج، وعليه لا تثبت الولاية على الصغيرة التي تبلغ وتأن عدم تحقق الحاجة إلى الزواج، ومثلها في هذا الصغير بل

ثالثاً: صاحب ولاية الإجمار في تزويج الصغار.

الولي عند الأحناف والشافعية شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة سواء كانت الأخيرة بكرًا أم ثيبًا، كما لا خلاف بين فقهاء المسلمين أن للولي الشرعي أن يزوجه عدم الأهلية أو ناقصها جبراً عنه ودون الاستئذان منه لكونه أعلم بمصلحةه سواء كانت ناقصة

^٧ مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٥٥-٥٦. للبيد راجع: عوض رباح العمري، الولاية في النكاح، ج١، عداة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط١، ٢٠٠٢، ص ٣٧١.

^٨ البسائي، ٤.
^٩ أبو محمد علي أحمد سعيد عزم الطاهري، اهلي بالآكل، ج٩، دار الفكر، بيروت، دون طبعة وتاريخ، ص ٣٨-٣٩.
عبد العظيم شرف الدين، مرجع سابق، ص ٣٤٢. ومضة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج١، مرجع سابق، ص ٧٢٢٧.
أقرقبة، ٢٢٧.
إبراهيم رحمان، مرجع سابق، ص ٤٩٧، ٥٠٩.

الأولياء عن ذلك بقوله: (وإذا طَلَّقْتُمْ كِتْمَانَةً فَبَلَّغْنِ أَوْلَاهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَئَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ).^١ يتضح لنا من التعريف بأن العضل خاص بالبالغين من النساء ولا يشمل الصغار، لكن الحنفية ترى بأن الصغيرة إذا كانت تصلح للزواج وتقدم لخطبتها كنفه وقدم مهر مثلها وأمتنع الأب كان عاضلاً، وبذلك ينتقل الولاية للجدد ومن ثم الأبعد فأبعد، ولا تنتقل الولاية عليها للسلطان ما دام لها ولي أبعد.^٢

رابعاً: حق الصغار في فسخ عقود زواجهم عند البلوغ.

لما كان شفقة الأولياء ومدى حرصهم على الصغار الذين هم تحت ولايتهم تختلف باختلاف الأشخاص، لذا فإن أحكام تزويجهم تختلف تبعاً لذلك. فظنراً لتوفر الشفقة والحرص في الأب والجد فيعتبر عقد الزواج الذي يبرمه أحدهما على الصغيرة فائدة لازمة ما لم يعرف بسوء الاختيار لسفقه واستهتاره وعدم ميالته، أما إذا كان الزوج غير كفوء أو كان المهر أقل من مهر المثل فلا أثر لها على العقد، لأن الشفقة والحرص المتوفران لديه يمنعه من أن يختار لصغيرته التي هي ابنته أو حفيوته ما يضرها، ولذا وبلا شك أنه اختار ما هو أنفع لها وأتقى هذا رأي أبي حنيفة أما أصحابه أبي يوسف ومحمد فالعقد غير لازم عندهما لأن الولاية مقيدة بالنظر لمصلحة المولى عليه. أما إذا كان معروفاً بسوء الاختيار وعدم المبالاة، ففي هذه الحالة ومن أجل حماية الصغيرة يشترط أن يكون الزوج كفوءاً والمهر لا تقل عن مهر المثل، ولا يعتبر العقد غير صحيح وبالتالي غير لازم ولا نافذ، ونفس الحكم يطبق بحق الولي إن كان غير الأب والجد وحتى القاضي لكن العقد لا يعتبر لازماً إذ للصغيرة حق فسخ العقد إذا بلغت وكانت عاقله بالزواج أو عند العلم به إن لم تكن عاقله بذلك قبل البلوغ، والعلة من وراء ذلك هي أن الشفقة والحرص المتوفران

^١ الفقرة: ٣٢٢.

^٢ شرح الدين عمر إبراهيم نجيم الحنفية، الفهر الفائق شرح كتر العقائقي تحقيق: أحمد زود عناية، ج ٢، دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٦٦٥. عبد الرحمن محمد عوض الخريزي، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٤٢.

الأهلية بكرة أو ثباً، سوى الشافعي فيما يخص الصغيرة الثيب، إذ قال بعدم صحة زواجها لكنها لا تستطيع الزواج بنفسها كما لا يستطيع ولها تزويجها أيضاً لأن الأخير ليس بمقتدوره تزويجها دون أذنها، ولا قيمة لموافقته قبل البلوغ، ولهذا لا تزوج الصغيرة عندهم حتى تبلغ.^٣

على أية حال، فإن الأب ووصيه فقط هما الولاية في تزويج الصغير (ذكر أم أنثى) دون سائر الأولياء لدى المالكية والحنابلة، أما عند الشافعية فإن الولاية للأب وعند عدم وجوده للجد، وعلى خلاف المذاهب الثلاثة فإن الولاية ثابتة لكل الأولياء ودون تمييز عند الحنفية.^٤

والعلة من وراء ولاية الإيجاب على الصغيرة فيها خلاف: فالشافعية والمالكية والحنبلية يرون أن العلة هي البكارة، فحتى البالغة الباكرة تكون عليها ولاية إيجاب، وفي نفس الوقت إذا فُرق الصغيرة المدخول بها عن زوجها، فترفع عليها الولاية الجبرية ولا يجوز لها الزواج حين أن تبلغ وتشتريك مع الولي في الاختيار. أما الحنفية ترى أن العلة هي الصغر، وما وجدت الولاية إلا لئلا يسد هذا العجز، فولاية الإيجاب لا ترفع على القاصر مادام قاصراً ويستوي في ذلك الذكر والأنثى.^٥

فيما تقدم تكلمنا على إيجاب الصغار على الزواج، لكن ما موقف الشرع من منعهم من الزواج والذي يسمى بـ (العضل) في البداية لا بد من معرفة ما معية العضل، فقد عرّفه (الزحلي) بأنه: "مع المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه"^٦، وهو محرم شرعاً إذ غيى لها عزر وجل

^١ محمد تقي نفقح، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والصارى واليهود، ج ١، دون دار النشر، سورية، ط ١، ١٩٧٣، ص ٢٤٣، ٢٤٥.

^٢ محمد أحمد السرخسي، لليسوط، ج ٤، دار المعرفة، بيروت، دون طبعه، ١٩٩٣، ص ٢١٣.

^٣ عبد العزيز عمر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وفقهاً، دار الفكر العربي، مطابع الدجوي، القاهرة، ط ١، ١٩٨٤، ص ٨٣.

^٤ ومبة مصطفى الرفعي، الفقه الإسلامي وأدلة، ج ٩، مرجع سابق، ص ٦٧٢.

لدى الأب والجد لا يتوفران عند بقية الأولياء. فالرسول ﷺ حرم زواج أمامة بنت حرة من سلمة بن بني سلمة قال: (لها الخيار إذا بلغت)، وعند أبي يوسف لا خيار لها في الفسخ. وإذا اختارت الفسخ فلا يفسخ العقد بمجرد الاختيار وإنما لا بد من رفع الدعوى أمام المحكمة، وقبل صدور حكم الفسخ يعتبر العقد صحيحاً نافذاً يترتب عليه آثاره من لزوم المهر والتوارث. علمناً، أن الأحكام المذكورة هي نفسها بحق الصغير أي الغلام الذي يتم تزويجه من قبل وليه، وفيما يخص بيان الرضا (الاختيار) من عنده، فإن كانت الصغيرة بكرة أو كسوفها دليل على رضاها، أما الثيب فلا بد من التعبير عنها قولاً أو عملاً، ونفس الحكم بخصوص الغلام.^٧

ما تقدم كان بعض التفصيل حول موضوعنا في المذهب الحنفي، ولنتقل إلى بيان مجمل اختلاف فقهاء المسلمين حوله. يلاحظ بأن الفقهاء منقسمون إلى قولين في هذا الصدد، إذ يجوز للصغير (ذكر أم أنثى) خيار الفسخ أو الإقرار إذا بلغ، وهذا ما أفتى به كل من (عمر بن عبدالعزيز، وعطاء، وطاووس، وقتادة، وابن شبرمة، والأوزاعي)، لكن الإمامين (مالك، وأحمد بن حنبل) يرون إن كان وليه الذي تزوج به الأب عندها لا يتمتع الصغير بحق الفسخ، أما (الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن) فيرون بأن الجد كالأب وبذلك فسواء كوال الولي الذي تزوج الأب أو الجد فيحرم الصغير من هذا الحق ويكون العقد لازماً. أما القول الثاني، فلا يمنع الصغير حق خيار الفسخ أو الإقرار مطلقاً وإن بلغ، وهذا عند أبي يوسف من الحنفية، ورواية عن أحمد بن حنبل.^٨

وروي عن الإمام أبي حنيفة أنه إذا كان القاضي أو الأم أبرم زواج الصغير والصغيرة فلا حق لها بفسخ العقد عند البلوغ، لأن ولاية القاضي تامة تجمع المال والنفس، أما الأم فشفتها فوق شفقة الأب، فكانا كالأب لكن ما عليه المذهب هو ثبوت خيار

الفسخ لها، لأن ولايتها متأخرة عن ولاية الأخ والعلم. وإذا رضي الصغير أو الصغيرة بالزواج عند البلوغ أو العلم به تحت قوة الإكراه فلا قيمة لهذا الرضى ولها الفسخ عند رفع الإكراه.^٩

خامساً: أدلة القائلين بجواز زواج الصغيرة:

أولاً: القرآن الكريم.

١. قال تعالى: (والأولي يكرهن من المضحض من نسايتكم إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالأولي لَمْ يَحْضُرْنَ، تفسير (والأولي لَمْ يَحْضُرْنَ) أي من الجوازي لصغرهن إذا طلقهن أزواجهن^١.
٢. قال تعالى: (وإن جُنْتُمْ أَلَّا تَمْسِكُوهُنَّ فَإِنَّكُم مَّا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ).^٢ تجيز الآية التزوج بالنسيئة بشرط الفسوط في صداقتها، والتمت يكون قبل البلوغ.^٣

ثانياً: السنة المطهرة.

١. أبو بكر الصديق رضي الله عنه تزوج ابنته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها رسول الله وهي صغيرة: فعن عائشة رضي الله عنها (أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعاً).^٤
٢. عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت فهو إذناؤها، وإن أبت فلا جواز لعلها)، وهذا مذهب عائشة وأحمد وأبو حنيفة.

^١ محمد بن عبد الأبيان، مرجع سابق، ص ٧٣-٧٤، ٧٤.

^٢ الطلاق: ٤.

^٣ محمد جمال الدين القاسمي، بحاس التاويل، تحقيق: محمد ياسر عيون السود، ج ٩، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨، ص ٢٥٧.

^٤ النسيئة: ٣٤.

^٥ محمد جمال الدين القاسمي، ص ٣٣، ج ١٢.

^٦ محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زبور، ج ٧، دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢، ص ١٧.

^١ أما خسرو محمد بن فرامرز بن علي، ج ١، مرجع سابق، ص ٣٣٧. عبد الرحمن محمد عوض الخريزي، مرجع سابق، ص ٣٤-٣٣، ٣٤. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط ٢، ١٩٩٠، ص ٦٣-٦٤.

^٢ عوض رضاء العوني، مرجع سابق، ص ٣٧٧-٣٧٨. إبراهيم حجازي، مرجع سابق، ص ٤٨٨-٤٨٩.

الواجب الديني وتوفير أسباب الفتنة والأخفاف¹ وعلمه فكلماً زاد الفتاوى العمري بين الزوجين كلما ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام. ورغم اشتراط الكفاية بين الزوجين من قبل الفقهاء إلا أنهم لم يجعلوا التناسب العمري بينهما من الكفاية².

المطلب الثاني: أحكام الزواج الصغار في العرف الاجتماعي.

في البداية نرى من الموجد أن تعريف مصطلح (العرف) أولاً لتتمكن من فهم مدى مكانته في المجتمعات ومن ثم ندخل التفاصيل. فقد ورد في معجم اللغة العربية أن العرف هو: "ما تلقى عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم واستقر من جيل إلى جيل"³، كما ورد في تكملة المعاجم أنه: "قانون قائم على ما تعارف عليه الناس"⁴، ويعتبر العرف من المصادر الأساسية للتشريع في العراق وفي أغلبية دول العالم، كما يعتبر القانون المعمول به من قبل الناس في إدارة شؤون حياتهم في بعض الدول لعدم امتلاكهم القانون المكتوب أصلاً أو أن القانون الأخير هو في الأصل العرف المتداول.

بعد تعريف العرف نرجع إلى موضوعنا ونبدأ بما ورد في أحد المراجع حيث اعتبر زواج الصغيرات في العراق من الظواهر المنتشرة والثابتة اجتماعياً خاصة في الأرياف ومن الصعب تركها كونها تقليداً أولاً دون الإحساس بأي حرج عند قيامهم بذلك لفتاوتهم به بأن سن الزواج غير محدد في الشريعة الإسلامية. وفي موضع آخر ورد: "إن مجتمعنا العراقي تحكمه عادات وتقاليد وأعراف تصل إلى حد القبيلة والعشائرية ولا تزال هذه العادات والتقاليد منطوقة حاكمة ومسيطره تفرض نفسها على المجتمع سواء كان الناس في هذه

والفتيمة كما أشرنا إليها سابقاً هي الصغرة قبل البلوغ⁵.
ثالثاً: الأثر.

إن عم رسول الله ﷺ (علي بن أبي طالب) زوّج ابنته (أم كلثوم) عمر من الخطاب وهي صغرة. كما زوّج عروة بن الزبير بنت أخيه من ابن أخيه وهما صغران، وهوب رجل بنته الصغرة لعبد الله بن الحسن بن علي، فأجاز ذلك علي رضي الله عنهما، وزوجت امرأة بنتاً لها صغرة لابن المسيب بن نحية، فأجاز ذلك زوجها عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه⁶.

رابعاً: الإجماع.

نقل ابن المنذر وابن عبد البر وابن رشد والنووي على جواز تزويج البكر الصغرة من كفى ودون إذنها إن كان وليها أبوها، استناداً لحديث عائشة سوى أن العراقيين أجازوا لها خيار الفسخ إذا بلغت⁷.

في ختام الكلام حول زواج الصغار في الشريعة الإسلامية، نود أن نبين أنه لا يوجد دليل من الكتاب ولا السنة ولا الإجماع يبرم إبرام عقد الزواج المبرم بين رجل وامرأة بينهما تفاوت كبير في السن لذا قد يحصل أن يتزوج رجل مسن من صغرة أو العكس، لكن هل سيكون هناك استقرار في الحياة الزوجية بينهما كما أراد الشارع، ماذا لو عجز الزوج المتقدم في السن عن القيام بالالتزامات الزوجية، أ ليس هناك مخالاف من أخراف الزوجة والسعي لإشباع حاجاتها الجنسية خاصة في عصرنا الذي يتسم بفساد الزمان وضعف

¹ محمد عيسى البرملي، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، ج ٢٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨، ص ٤٠٨.

² أبو الفضل عبدالله عمود الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٣٧، ص ٩٤. محمد أحمد السرسبي، مرجع سابق، ص ٢١١ وفي مصطفى الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، مرجع سابق، ص ٦٦٨٣. إبراهيم صدام، مرجع سابق، ص ٥٠٤. للشيخ الرامح: هشام عبدالجواد العجلة، الإزالة على نفس القاصر من الفقه الإسلامي وتطبيقها في أحكام الشريعة في قطاع غزة: دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية التربية قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الأزهر في غزة، ٢٠١٤، ص ٧٣.

المجتمعات متدينين أم علمانيين، كونها تمثل هويتهم الاجتماعية وأي تغيير تطالها تعتبر عملاً على هويتهم⁸.

ويجب أن لا ننسى أن للقيم الدينية والاجتماعية دوراً هاماً في المجتمعات الدينية والتي تعتبر العرف جزءاً منها إذ تحث هذه القيم الأولياء لتزويج بناتهم في أعمار مبكرة دون شرط النضج الفسيولوجي، لكن مجرد إبرام عقد الزواج لا يعني بالضرورة الزفاف بما وهذا ما كان عليه العهد الأول للإسلام والعهد التي تلاوه. ويؤكد أن زواج الصغيرات ظاهرة اجتماعية قديمة يقدم الإنسانية على ظهر الأرض وغير محصورة في شعب أو قبيلة أو دولة معينة⁹.

وهنا نود الإشارة إلى بعض الإحصاءات التي تبين أن زواج الصغيرات عرف أصيل لدى المجتمع العراقي وليس مجرد ظاهرة وقتية آتية طارئة جاءت نتيجة ظروف معينة، لكن في الوقت نفسه لا ننكر أن للظروف لها تأثيرها السلبي والإيجابي عليها بالزيادة والنقصان.

ففي دراسة نشرها المكتب المرجعي للسكان في واشنطن أن (٢٥%) من الفتيات العراقيات تزوجن قبل بلوغهن سن (١٨) من العمر، و(٦١%) منهن قبل إكمالهن لسن (١٥) سنة، في حين تشير دراسة أجراها وزارة التخطيط العراقية أن (٥١%) تمثل زواج القاصرات في مجموع الزيجات في عموم العراق، لكن مصادر أخرى تشير أن هذه النسبة تقرب أحياناً من (٣٠-٣٠%)، وفي دراسة ميدانية تبين أن للأخراف والتقاليد العشائرية والعائلية كان لها دور بنسبة (٨٥.٦%) من حالات زواج الصغيرات، وحسب دراسة أجريت عام (٢٠١٥) شملت (٤٢٦٥) حالات زواج الصغيرات لعدد من المحافظات العراقية مع مراعاة الجانب الجغرافي بحيث شملت المحافظات

الجنوبية والشمالية والشرقية والغربية والوسط، توصلت إلى أن أكثر من (٣٣.٩%) من هذه الزيجات قد عقدت خارج المحكمة، وما يقارب (٢٢%) من هؤلاء القاصرات أعمارهن كانت تقل عن (١٤) سنة، وأن السبب وراء ذلك كما يراه (طالب) يعود إلى انحسار هيئة الدولة بعد استقلالها عام ٢٠٠٣ وضعف سلطة القانون وانتعاش الحكومات المتعاقبة بمحاكمة التحذيرات الأمنية¹⁰. وبدوننا نعتقد أن هذا السبب هو جزء من الحقيقة، والصواب هو أن هناك عوامل عدة من وراء ذلك وأهمها دور العرف والتقاليد العشائرية المتجذرة في المجتمع العراقي المسلم، وما يؤكد كلامنا هو أن النسبة الباقية التي تمثل (٥٦.١%) من هذه الزيجات قد أجريت في المحاكم، وهذا إن دلّ على شيء فإنه يدلّ على تمسك العراقيين بهذا العرف الاجتماعي.

كما أن إقليم كردستان العراق الذي يشمل أربعة محافظات في شمال القطر والتي هي: (دهوك) أربيل، سلیمانیا، وحبسجة) والتي تشكل القومية الكردية أكثر من (٩٠%) من سكانها، فإن نسبة زواج الصغيرات فيه قد وصل لحوالي (٤١%) من إجمالي الزيجات عام ٢٠١١، وهذا يعني أن هذا العرف غير محصور في منطقة معينة من العراق ولا في قومية أو مكون محدد وإنما منتشر في عموم القطر وبكافة أطرافه¹¹. ونضيف إلى ما تقدم، فقد ذكر أحد المراجع بأن التقارير التي صدرت من وزارة التخطيط تشير إلى أن العراق يحتل المرتبة الأولى بين الدول العربية بخصوص زواج الصغيرات¹². وبدوننا نقول رغم أن زواج الصغيرات عرف متجذر في المجتمع العراقي كما تبين لنا لكن لا نعتقد بأن العراق يحتل المرتبة الأولى بل نظر أن الدول الأخرى مثل (المغرب، السودان، الصومال وغيرها) تسبق العراق في الترتيب، وربما سبقت العراق الدول الأخرى في الترتيب في سنة أو سنوات محدّدة بعينها.

³ طالب عبد الكريم كاظم، زواج القاصرات في العراق: الأسباب والآثار دراسة ميدانية في محافظة القادسية، مجلة بروك³ للعلوم الإنسانية، المجلد ١١١، العدد ١٢، ٢٠١٨، ص ٤٧٨، ٤٨٠، ٤٨٢. طالب عبد الكريم كاظم، مرجع سابق، المفاشر رقم (٢٧)، ص ٥٠٠.

⁴ أم كلثوم صبيح محمد وأخري، مرجع سابق، ص ٨٥.

للزواج. أما فيما يخص سن (١٨) سنة فقد أتته (١٣%) فقط، وفيما يتعلق بتجاوز هذا السن فقد أتته (٢٦.٥%)، أما الزواج بأقل من سن (١٥) سنة فإن (٤.٠%) عارضوا الزواج في سن (١٢) سنة. إضافة إلى ما تقدم، فإن (٧٠%) من الصغيرات المتزوجات حسب الدراسة الثانية كُنَّ ضد تشريع أي قانون يمنع الزواج بأقل من سن (١٥) سنة. يظهر لنا مما سبق وبكل وضوح أن سن (١٥) من العمر هو السن المفضل، كما أن السن للفترة ما بين (١٥-١٨) هو السن المقبول بشكل عام.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور علي الفاضلي: من الناحية الطبية لا نشجع الزواج قبل (١٣) سنة، لكن إذا كان عمرها (١٥) سنة ولها القدرة على تحمل الحياة الزوجية فلا نستطيع أن نقول لها لا تتزوجي إلا بعد سن (١٨) سنة لأن الجانب النفسي يختلف من شخص لآخر.^١

ثانياً: حينما يتم الحديث حول زواج الصغيرات غالباً ما يتم التركيز على القرى والأرياف على اعتبار أن هذا العرف متواجد ومحمور هناك وأن أهل الحضر بعيد عنه، لكن لرى ماذا تقول هذه الدراسات: فحسب الدراسة الأولى: فإن (٣٠%) فقط من المبحوثات كُنَّ من ذوات الخلفية الاجتماعية الريفية (٣٠%)، وأن (١٣%) فقط منهنَّ يسكنن القرى والأرياف، وللمقابل فإن (٧٠%) كُنَّ من ذوات الخلفية الاجتماعية الحضرية، وأن (٨٧%) محل إقامتهنَّ كان مركز المحافظة، والأقضية والنواحي. وبخصوص الدراسة الثانية فإنها أثبتت بأن هذا العرف قد تجرَّد لدى أهل الحضر أكثر من أهل القرى والأرياف، حيث أن جميع المبحوثات كُنَّ من أهل الحضر (١٠٠%)، كما لم تكن يبينهن ولا أُمته واحدة حيث أن مستواهنَّ التعليمي كانت تبدأ بالقراءة والكتابة ولغاية مستوى الإعدادية.

ثالثاً: هذه الفقرة أيضاً لها علاقة بالفقرة السابقة لخص المستوى التعليمي والخلفية الاجتماعية للأباء والأمهات، حيث عدم إتمام أولياء أمور الصغيرات بتزويج بناتهم قهراً خلاف وآخر، مرجع سابق، ص ٤٧.

45

طالب عبد الكريم كاظم، مرجع سابق، ص ٤٧٨ وما بعدها.^١
 نواس عدنان طوبس، مرجع سابق، ص ٣٩٦ وما بعدها.^٢
 شادي نجاة بلاش الدعي، الزواج المبكر ولاقته بالقرى: دراسة ميدانية إثنولوجية في جمع حيرات، مجلة لارك^٣ للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، مجلد ٦، عدد ١٦، ٢٠١٤، ص ٣٥٠-٣٧١.

مبكر إن كانوا أميين أي غير متقنين (إن صح هذا التعبير)، فحسب الدراسة الأولى فإن (٧٢%) من آباء وأمهات الصغيرات المتزوجات كانوا غير أميين وأن مستواهنَّ التعليمي كان تتراوح بين القراءة والكتابة ولغاية خرجي الكليات، لكن هذه النسبة انخفضت إلى (٥٥%) بموجب الدراسة الثالثة. على أي حال، هذه النسب يدحض الفكرة القائلة بحصر هذا العرف لدى أهل القرى والأرياف.

رابعاً: أما رأي المبحوثات أنفسهنَّ حول زواج الصغيرات أو ما يسمى بالزواج المبكر، فإنه وبموجب الدراسة الثانية فإن (٧٠%) منهنَّ أيَّدن الزواج المبكر، وأن (٥٢%) تزوجن دون رغبة منهنَّ، وحسب الدراسة الثالثة فإن (٦٠.٦%) فقط من الآباء والأمهات لم يؤيدوا الزواج المبكر. يفهم من ذلك، أن عقود زواج الصغيرات يتم برغبة ورضا الصغيرات وأولياء أمورهنَّ معاً، وأن نسبة الإكراه على الزواج لم يتجاوز (٢٠%).

خامساً: أما عن دور الأعراف والعادات والتقاليد في زواج الصغيرات، فإنه وحسب الدراسة الثانية فإن (٢٠%) فقط من المبحوثات لم تكن للأعراف والتقاليد دور في زواجهنَّ، وبموجب الدراسة الثالثة فإن (٢٤%) فقط من الآباء والأمهات عارضوا اعتبار هذا العرف كمادة جيدة. وهذا يعني أن للعرف والتقاليد دور كبير في حث الفتيات والآباء والأمهات في الإقدام على الزواج المبكر.

سادساً: أما عن العرف لم يظهر في المجتمع العراقي من الفراق وإنما هناك دوافع تحقَّ على ذلك، ومن أهم الدوافع التي ذكرتها الدراسات التي نحن بصددتها بهذا الخصوص هي: (رغبة الأسرة في حماية البنت وضمان مستقبلها، إكمال الفتاة لتصف دينها، الخوف من العنوسة، رغبة الأسرة في الإنجاب وغيرها).

للزواج. أما فيما يخص سن (١٨) سنة فقد أتته (١٣%) فقط، وفيما يتعلق بتجاوز هذا السن فقد أتته (٢٦.٥%)، أما الزواج بأقل من سن (١٥) سنة فإن (٤.٠%) عارضوا الزواج في سن (١٢) سنة. إضافة إلى ما تقدم، فإن (٧٠%) من الصغيرات المتزوجات حسب الدراسة الثانية كُنَّ ضد تشريع أي قانون يمنع الزواج بأقل من سن (١٥) سنة. يظهر لنا مما سبق وبكل وضوح أن سن (١٥) من العمر هو السن المفضل، كما أن السن للفترة ما بين (١٥-١٨) هو السن المقبول بشكل عام.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور علي الفاضلي: من الناحية الطبية لا نشجع الزواج قبل (١٣) سنة، لكن إذا كان عمرها (١٥) سنة ولها القدرة على تحمل الحياة الزوجية فلا نستطيع أن نقول لها لا تتزوجي إلا بعد سن (١٨) سنة لأن الجانب النفسي يختلف من شخص لآخر.^١

ثانياً: حينما يتم الحديث حول زواج الصغيرات غالباً ما يتم التركيز على القرى والأرياف على اعتبار أن هذا العرف متواجد ومحمور هناك وأن أهل الحضر بعيد عنه، لكن لرى ماذا تقول هذه الدراسات: فحسب الدراسة الأولى: فإن (٣٠%) فقط من المبحوثات كُنَّ من ذوات الخلفية الاجتماعية الريفية (٣٠%)، وأن (١٣%) فقط منهنَّ يسكنن القرى والأرياف، وللمقابل فإن (٧٠%) كُنَّ من ذوات الخلفية الاجتماعية الحضرية، وأن (٨٧%) محل إقامتهنَّ كان مركز المحافظة، والأقضية والنواحي. وبخصوص الدراسة الثانية فإنها أثبتت بأن هذا العرف قد تجرَّد لدى أهل الحضر أكثر من أهل القرى والأرياف، حيث أن جميع المبحوثات كُنَّ من أهل الحضر (١٠٠%)، كما لم تكن يبينهن ولا أُمته واحدة حيث أن مستواهنَّ التعليمي كانت تبدأ بالقراءة والكتابة ولغاية مستوى الإعدادية.

ثالثاً: هذه الفقرة أيضاً لها علاقة بالفقرة السابقة لخص المستوى التعليمي والخلفية الاجتماعية للأباء والأمهات، حيث عدم إتمام أولياء أمور الصغيرات بتزويج بناتهم قهراً خلاف وآخر، مرجع سابق، ص ٤٧.

45

طالب عبد الكريم كاظم، مرجع سابق، ص ٤٧٨ وما بعدها.^١
 نواس عدنان طوبس، مرجع سابق، ص ٣٩٦ وما بعدها.^٢
 شادي نجاة بلاش الدعي، الزواج المبكر ولاقته بالقرى: دراسة ميدانية إثنولوجية في جمع حيرات، مجلة لارك^٣ للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، مجلد ٦، عدد ١٦، ٢٠١٤، ص ٣٥٠-٣٧١.

المبحث الثالث: قراءة تحليلية مقارنة.

في هذا المبحث سنحاول إجراء مقارنة بين ما ورد في القانون العراقي (والشريعة الإسلامية والعرف الاجتماعي) من أحكام بخصوص زواج الصغار، ولكي نتضح الصورة سنجري المقارنة على شكل فقرات، وهي كما يلي:

١. تبين لنا أن سن الزواج في القانون يبدأ من بلوغ الشخص ذكراً كان أم أنثى (١٥) سنة من العمر، وأن أهلية الزواج الكاملة كانت بإكمال (١٨) سنة. أما الشريعة فتعتمد على العلامات معروفة ببلوغ الشخص من عدمه وهي الأصل ومجرد أن يبلغ الشخص (ذكراً كان أم أنثى) فله الأهلية الكاملة في الزواج، واستثناءً أجاز فقهاء المسلمين اللجوء إلى تحديد البلوغ بالنسب، وقد تبين لنا بأنه كان هناك شبه اتفاق على سن (١٥) سنة وأعلى سن كان (١٨) سنة. أما من الناحية العرفية فقد ثبت لنا من خلال الدراسات الميدانية بأن سن (١٥) سنة كان السن المفضل لدى الصغيرات المتزوجات، وكذلك لدى الآباء والأمهات، وأن السن ما بين (١٥-١٨) سنة كانت الفترة المقبولة للزواج لديهم، وعليه، فإن موقف القانون جاء موافقاً ومنسجماً مع الشريعة والعرف ولا تعارض بينهم.

٢. فيما يتعلق بزواج الذين تقل أعمارهم عن (١٥) سنة فإن القانون لم يبيِّن موقفه منهم، لكن القضاء ومن خلال أحكامه أقر بعقود زواجهنَّ إن كانت موافقة للشرع ولم يبطلها، متبنيًا بذلك موقف الفقهاء القانونيين القائل بأن المشرع الوضعي ليس بمقدوره إبطال الحكم الشرعي وإن كان يترتب على أطراف العقد مسؤولية قانونية. وقد أقر القضاء ضمناً حتى بعقود زواج الصغار غير المميزين إن تم إجرائها عن طريق الولي، كما ورد في الحكم للمرقم (١٧٣/هـ) عام (٧٨) الصادر من محكمة التمييز الاتحادية الذي سبق وأن تناولناه والذي لم يعتد بعقد زواج الصغيرة البالغة سبعة سنوات مجرد عدم إزمارة بواسطة والدها أو وكيله. وفيما يخص الشريعة فإنها تعتمد على العلامات معروفة ببلوغ كما ذكرنا آنفاً وبذلك فإن سن البلوغ يختلف من

لصالح الأزواج الصغار وأولياء أمورهم واجتمع بأكمله وبذلك نرى ضرورة التدخل من قبل المشرع والنس على فرق عمريّ معقول بين الزوجين وخاصة حينما يكون أحدهما صغيراً، لكي لا يتضرر الطرف الصغير صحياً ونفسياً ولكي يسود السعادة والوئام والرحمة والتوافق والاستجمام بينهما، ومساءلة أطراف العلاقة والشهود والعالم الدنيي الذي أبرم العقد قانونياً.

٤. فيما يخص دور الولي فإن القانون العراقي لا يشترط حضور الولي أو وكيله أو أذناً لإبرام عقد زواج البالغ كامل الأهلية أي الذي أكمل (١٨) سنة من عمره ذكراً كان أم أنثى، أما الصغير الذي أكمل سن (١٥) سنة فإنه اشترط موافقة الولي لكن إن امتنع وكان امتناعه دون أسباب معقولة أجاز للقاضي الموافقة على الزواج دون إذن الولي، وأما إذا كان الصغير قد بلغ (١٥) سنة فإن القانون لم يعط للولي أي دور ووزم الأمور تكون بيد القاضي، ولأخبر الموافقة على الزواج بعد توفر شروط أوجه القانون. أما الشريعة الإسلامية، فإنها تشترط موافقة الولي بخصوص زواج الصغير ذكراً كان أم أنثى عند المذاهب الأربعة وبذلك فإن القانون يتعارض مع الشريعة في هذا الخصوص عند أول وهلة، لكن عند الدراسة يتعمق وتناول بعض التفاصيل سيُتضح لنا أن التعارض ظاهري.

فيموجب الشريعة الإسلامية وكما ذكرنا سابقاً أن أقل سن حدده فقهاء المسلمين للبلوغ هو (٩) سنوات للحجارية و(١٠) سنوات للغلام، أما الذي يقل سنه عن هذا العمر اتخذت يعتبر صغيراً، وعليه، فالصغير الذي بلغ أو أكمل (١٥) سنة من العمر في القانون العراقي هو في الأصل شخص بالغ حسب الشريعة الإسلامية وليس صغيراً ولكون القانون قد أخذ بالمذهب الحنفي بخصوص ولاية النكاح والذي يعتبر ولاية الولي ولاية استحباب وليست ولاية إيجاب بالنسبة للبالغ وبذلك فإن التشديد المنصوص عليه في القانون على ولاية الولي لا يتعارض مع الشريعة لأن من حقه إبرام عقد زواجه دون وليه أصلاً. لكن إن كان طالب الزواج

شخص لآخر في نفس المنطقة، كما أنه يختلف حسب الأزمان والأماكن والمناخ حرّاً وبرداً، وقد تبين لنا بأن أقل سن للبلوغ بموجب العلامات حدده فقهاء المسلمين بـ (٩) سنوات للحجارية و(١٠) سنوات للغلام، كما أقرت الشريعة بزواج غير البالغين أيضاً. أما عرفاً فقد تبين لنا حسب الدراسة الأولى بأن أقل سن للزواج كان بين (١٠-١١) سنوات وكانت النسبة (٦٤%) فقط وبذلك لم يخالف العرف الشرع الحنيف. وبناء على ما تقدم، فإنه لا تعارض بين القانون والشريعة والعرف، فالقانون رغم عدم تناوله لعقود زواج الذين يقل أعمارهم عن (١٥) سنة لكنه لم يمنعه أيضاً بنص صريح لكي لا يعطد بالمشرية من جانب ولا بالعرف من جانب آخر، وقد أدت القضاء دوره بما يوافق الشرع والعرف إذ أقرت بتلك العقود ولم يبطئها في حالة توفر الشروط التي تتطلبها الشرع.

٣. القانون لم يسمح للقاضي بالموافقة على عقود زواج الصغار الذين بلغوا (١٥) سنة ولعامة (١٨) سنة إلا بعد التأكد من القابلية البدنية لديهم التي تتكهن من المعاشرة الزوجية، وهذا موافق للشريعة الإسلامية فالرأي الراجح لفقهاء المسلمين ومنهم المذاهب الأربعة يجيز تزويج الصغار بشرط عدم الإضرار بالصغيرة في حالة الدخول بها، وهذا يعني لا بد أن تكون لديها القابلية البدنية ولا تبقى في ولاية ولبيها حين نضوجها. نستنتج من موافق القانون والشريعة أنهما بشرطيات ضمنية ضرورة توفر التناسب العمري بين الزوجين التي لها علاقة بالبنية الجسدية خاصة حينما تكون الزوجة هي الصغيرة. أما عرفاً فلا يتم مراعاة ذلك فموجب الدراسة الأولى فإن أعمار الصغيرات المتزوجات كانت تتراوح بين (١٠-١٧) سنة، أما أعمار أزواجهن فكانت ما بين (١٩-٥٥) سنة، وبسبب هذا الفرق الشاسع بين أعمار الطرفين ويتفهم بأن القاضي لن يوافق على عقود زواجهم فإن (٦٩%) فقط من الصغيرات أبرم عقودهن في المحكمة، أما البقية (٩١%) فتم خراج المحكمة. وعليه، فرغم تضادم القانون مع العرف في هذه المسألة إلا أن ما هو منصوص عليه قانوناً شرع

صغيراً حسب الشريعة أيضاً كما لو كان عمره أو عمرها أقل من السن المذكورة أعلاه، فلكون القانون لم يتناول هذه المسألة عندها يرجع القاضي لمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لتصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي حسب الفقرة (٢) من المادة الأولى منه، وبموجب المذاهب الأربعة ومنها الحنافية لا بد من توافق أذن الولي على زواج الصغير وقد ثبت لنا تمتك القضاء بذلك، وخير مثال لنا هو ما أشرنا إليه في الفقرة السابقة وهو الحكم المرقم (١٧٣/هـ/عامة/٧٨) الصادر من محكمة التمييز الاتحادية، إذ لم بعد المحكمة المذكورة بعقد زواج الصغيرة البالغة سبع سنوات المبرم من قبل وكيلها كونها عنيدة الأهلية، وأشارت أن عقدها لو أبرمه والدها أو وكيله لكان صحيحاً، فهذه إشارة واضحة بأن زواج الصغار لا يمكن الاعتدال به ما لم يبرم بواسطة الولي، وبذلك فلا تعارض بين القانون والشريعة مرة أخرى.

أما من الناحية العرفية فإن القانون يعطد بما تعارف عليه العراقيين، إذ أن الأعراف والتقاليد التي درجت عليها العراقيين لا تسمح لهم بالخروج على كلام أولياء أمورهم (الآباء والأمهات والأخوة والأعمام وغيرهم) في شؤون حياتهم وخاصة في أمور الزواج، إذ من النادر جداً أن يتم حتى إجراء مراسم الخطبة دون رضا أولياء أمور الفتاة بالغة كانت أم صغيرة، فبماذا نقول إن كانت المسألة متعلقة بإبرام عقد الزواج، على أية حال ندعو المشرع للتدخل فيما يخص دور الولي وإعطاء دوره اللائق به في ولاية النكاح، إذ أن العرف الجاري في العراق مستمد من الشريعة أصلاً وموافق للمذاهب الأربعة في هذا الخصوص سوى الحنيفة، وبذلك فإن الاستجابة للعرف لن يسبب التعارض.

٥. فيما يخص إكراه الصغار على الزواج فقد تبين لنا بأن القانون يجرم ذلك ويعاقب القاتم بالإكراه وإن كان ولياً، ودون تمييز بين أن يكون المكره على الزواج صغيراً أم بالغاً، ذكراً أم أنثى. وهذا يتعارض مع ما عليه المذاهب الإسلامية الأربعة التي تجيز

للولي الجبر بزواج الصغير ذكراً كان أم أنثى دون أذنه ورضعته، سوى الصغيرة التيمية التي حيث لا تجيز الشافعية تزويجها دون أذنها، لكن وفي الوقت نفسه لا يتعارض موقف القانون مع الشريعة لو أخذنا برأي الفقهاء الذين لا يجيزون زواج الصغار وأفتوا ببطالان عقودهم وسخسها في حالة وقوعها كالأبن شيرمة، أي بكر الأصم وعمتان النبي، إذ أن عدم سماحهم للأولياء بتزويج الصغار فإنه من باب أولى عدم جواز تزويجهم دون رضاهم أي جبراً. أما عرفاً فقد تبين لنا ومن خلال الدراسات الميدانية وبالتحديد الدراسة الثانية أن (٢٠%) من الصغيرات المتزوجات فقط أكرهن على الزواج من قبل أسرهن أما النسبة الباقية فقد أقدمن على الزواج برغبتهن، وهذا يعني أن الأسرة العراقية تميل نحو ترجيح موقف القانون ورأي الفقيه (ابن شيرمة) وجماعته أكثر مما هو عليه المذاهب الأربعة. وبذلك نستنتج مما تقدم: إن كان القانون يتعارض مع الرأي الراجح لفقهاء المسلمين فإنه يتسهم مع آراء فقهاء آخرين، وإذا كان هناك نسبه ضئيلة من الأسر يجبرن صغارهن على الزواج دون رضاهن، فإن العرف الجاري من قبل الأغلبية موافق للقانون إذ لا تكراه صغارهن على الزواج.

٦. أما النتيجة التي رتبها القانون على إكراه الشخص (ذكراً أم أنثى، صغيراً أم كامل الأهلية) على الزواج، فهي إبطال العقد إن لم يتم الدخول وذلك حسب المادة (١/٩)، أما إذا حصل الدخول وكان العقد قد أبرم خارج المحكمة عندها لجاز لكل من الزوجين طلب التفريق القضائي وذلك بموجب المادة (٤/٤٠). يلاحظ بأن هذه الأحكام القانونية تتعارض مع الشريعة فيما يخص بزواج الصغار، حيث تبين لنا بأن الرأي الراجح لدى أغلبية فقهاء المسلمين ومنهم المذاهب الأربعة هو جواز تزويج الصغار من قبل أوليائهم جبراً حسب ولايتهم الخيرية بالشروط التي ذكرها، وبالتالي يكون عقود زواجهم صحيحة نافذة لازمة مع بعض التفصيل، لكن من جانب

آخر فإن موقف القانون يتناغم مع الشريعة حسب رأي (ابن شزيمة وجماعته) الذين أفتوا بطلان عقودهم وفسخها في حالة وقوعها وإن لم يتم إبرامهم تحت قوة الإكراه.

٧- بموجب المادة التاسعة يعتبر منع الشخص كامل الأهلية بموجب القانون أي الذي أكمل (١٨) سنة من العمر جريمة وعقاب القائم به وإن كان ولياً، أما إذا كان طالب الزواج صغيراً فلم يعتبر منعه جريمة، ولقد تبين لنا من المادة (١/٨) كيف أن القانون أجاز للقاضي الموافقة على زواج الصغير رغم امتناع الولي وفي الوقت نفسه لم يعتبر امتناعه هذا جريمة لكون طالب الزواج صغير. وبذلك لا يتعارض موقف القانون مع الشريعة لأن الأخيرة هي الأخرى يعتبر الولي عاضلاً فقط في حالة منع البالغ شرعاً من الزواج، أما منع الصغير (ذكرنا أن أم أنتى) من الزواج فلا يجعله عاضلاً.

لكن لو تحررنا من المصطلحات التي استعملها القانون بخصوص البالغ والصغير وأخذنا بما عليه الشرع الحنيفي لكون المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لها صلة وثيقة بعقيدة الشخص سنجد بأن موقف القانون يتعارض مع الشريعة في شيء منها، لكون الشخص البالغ (١٥) سنة يعتبر بالغاً شرعاً وبالتالي ليس للولي ولا لعونه منعه من الزواج وإن حصل فإنه يعتبر عاضلاً، وعليه فمع أي شخص بالغ شرعاً حسب علامات البلوغ فيهما كان سنه من قبل وليه أو غيره يعتبر عاضلاً وإن اعتبره القانون صغيراً ولم يعتبر وليه عاضلاً ولم يعاقبه، أما منع غير البالغ أي الصغير شرعاً من الزواج فلا يعتبر الولي عاضلاً في هذه الحالة ولا يتعارض القانون مع الشريعة في هذا الشأن. علماً، لا يعتبر الولي عاضلاً بمجرد منع مولاه من الزواج إذ هناك شروط يجب توافرها في هذه الحالة تناولها الفقهاء بالتفصيل لكن نطاق بحثنا لا يستوعب ذلك.

٨. القانون أعطى خصوصية للصغار في المادة (٣/٤٠) حينما أجاز لكل من الزوجين طلب التفريق بمجرد أن يتم عقد قرانهم دون موافقة القاضي وكان عمر كلاهما أو

أحدهما أقل من (١٨) سنة دون أن يبين متى يستطيع الصغير التمتع بمخه هذا. أما القضاء العراقي فتناول حق الصغير هذا بتعبير آخر ألا وهو حق فسخ عقد الزواج، فقد تبين لنا بأن محكمة التمييز الاتحادية وفي أكثر من حكم لها أشارت وبصورة جلية إلى حق الصغيرة في فسخ عقدها عند البلوغ وإن تم الدخول بها ما لم يكن الولي الذي قام بتزويجها والدها أو جدّها. أما في الشريعة الإسلامية فقد تبين لنا بأن للفقهاء قولان في حق فسخ العقد من قبل الصغار عند البلوغ، قول يبيز وآخر لا يبيز مع بعض التفصيل وبذلك فإن القانون والقضاء العراقيين قد أخذوا بالقول الأول الذي يمنح الصغير حق الفسخ، كما أن ربط القانون حق التفريق بالعقد الذي أبرم دون موافقة القاضي حصراً فهو قول للإمام أبي حنيفة رحمته الذي يرى بأن ولاية القاضي تامة تجتمع المال والنفس فهو كالأب، وعليه فما دام العقد أبرم دون موافقته الذي هو كالأب فيجوز التفريق. خلاصة، أن موقف القانون لا يتعارض مع الشريعة إلا إذا أخذنا بالرأي القائل ببلوغ العقد وعدم جواز فسخها، لكن لكل مشروع وضعي الحق في أن يختار من الأحكام الشرعية بما يناسب بيته.

خاتمة

بعد رحلة مع نصوص القانون والأحكام القضائية، وما كتبه فقهاء المسلمين حول زواج الصغار والدراسات الميدانية التي أجريت في هذا الخصوص وبيّنت لنا الفرق الجاري فيما يخص هذا النوع من الزواج في المجتمع العراقي، توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات التالية:

الاستنتاجات:

أولاً: لم نجد التعارض بين قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وبين الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بزواج الصغار، والعلة من وراءها هي أن الشريعة نفسها هي المصدر الأساسي والأول لتشريعها، فكيف يتناقض معها. وقد ثبت لنا بأن التعارض

بينهما كان ظاهرياً إذ كما نشعر بتعارض بعض أحكام القانون مع الشريعة وخاصة المذاهب الأربعة، لكن حينما كنا نتعمق في الموضوع أكثر نظرنا لنا بأن هذه الأحكام سند في الفقه الإسلامي ويؤيده آراء فقهاء مسلمين بارزين، بمعنى أن المشرع العراقي حاول عدم الخروج على أحكام الشريعة الإسلامية التي تثقل الدين الرهني للدولة ولا يبيز صدور أي قانون يتعارض معه، وفي الوقت نفسه حاول الاستفادة من كل الآراء الموجودة في الفقه الإسلامي وإن لم تكن راجحة أو يجمع عليها ما دامت تتناسب مع الأحوال الشخصية للعراقيين، وهذه تعتبر ميزة للمشرع العراقي.

ثانياً: حاول المشرع العراقي تجنب الاصطدام مع الشريعة الإسلامية فإنه سلك نفس المسلك فيما يتعلق بالعرف، لأن القانون يتم تقنينه أصلاً لخدمة المجتمع فكيف يتم وضع تشريعات تتعارض مع أعرافه التي تناولها جيلاً بعد جيل وأصبحت قانوناً حياً في وجدانهم وخاصة إن كانت هذه الأعراف مستمدة ونابعة من الشريعة الإسلامية التي آمنوا بها منذ بعثة المصطفى صلى الله عليه وسلم. ولهذا جاء موقف القانون منسجماً ومتوافقاً مع العرف الاجتماعي الجاري من قبل العراقيين فيما يخص الأحكام المتعلقة بزواج الصغار بل وقام المشرع بإجراء تعديلات على الأحكام المذكورة من أجل الاستجابة للعرف والواقع كما ورد في الأسباب الموجبة للتعديلات، ولم يتعارض مع العرف إلا في مسألتين وهما:

١. اشتراط القانون للتعديلات البدينية للصغير عند إبرام عقد زواجه لكن عرفاً لا يتم مراعاة ذلك، والمفروض اتباع ما هو منصوص عليه قانوناً لكون هذا الشرط في صالح الصغير والمجتمع ومتفق عليه من قبل فقهاء المسلمين أيضاً.

٢. دور الولي، رغم أن القانون قد أخذ بالمدبغ الحنفي في هذه المسألة، إلا أن ما عليه العرف هو الأخذ بما عليه المذاهب الأخرى (الحنفية، الشافعية، المالكية) ألا وهو إعطاء دور أكبر للولي في ولاية النكاح، وقد تعرض موقفه هذا للنقد وعليه فلو أخذ بما عليه العرف فلن يخالف الشريعة من جانب ومن جانب آخر سيسنجم موقفه مع العرف وهذا ما يسعى إليه المشرعون عادة.

ثالثاً: القانون لم يستطع تغطية جميع الأحكام المتعلقة بزواج الصغار واعتاره بعض الفترات الشرعية، ورغم تصدي القضاء لهذه الفترات بموجب مبادئ الشريعة الإسلامية للملائمة لروح القانون لكنه وقع في تناقضات في عدو من أحكامها لغياب النصوص القانونية، فقد تبين لنا كيف أن محكمة التمييز في حكم لها أقرت بعقد زواج الصغيرة الذي أبرمه شقيقها رغم وجود والدها، لكن في حكم آخر لها تناقض مع موقفها السابق ولم يعتد بعقد زواجها المبرم من قبل شقيقها لكون والدها لا يزال على قيد الحياة.

التوصيات:

١. تعديل المادة (٥/١٠) من قانون الأحوال الشخصية بحيث يقتصر معاقبة الشخص الذي يرم عقد زواجه خارج المحكمة على الحس فقط دون العرامة، ويحول كافة أطراف العلاقة بالعقوبة دون الزوج فقط مثلما عليه في إقليم كردستان العراق. ونضيف إلى ذلك، تشديد العقوبة للملكة حينما يكون كلا الزوجين أو أحدهما صغير.
٢. تعديل المادة (٣/٤٠) بحيث يحق للصغير الذي لم يكمل (١٥) سنة حق طلب التفريق عند بلوغه هذا السن، أما إذا كان قد أكمل (١٥) سنة فمن إبرامه العقد حين إكماله (١٨) سنة.
٣. تعديل المادة (٤/٤٠) فيما يخص الصغير بحيث يحق له طلب التفريق عند زوال سبب الإكراه مباشرة إن كان قد بلغ (١٥) سنة من العمر وبمعداه، أما إذا كان عمره أقل من هذا السن فعند بلوغه هذا السن.
٤. تعديل الفقرة الأولى من المادة الثامنة وذلك يجعل سن الزواج بموجبها من بلغ (١٥) بدلاً من أكمل (١٥) سنة، وتعديل الفقرة الثانية الخاصة بالضرورة القصوى بحيث يشمل الصغار الذين هم بالغين شرعاً ولعامة بلوغ سن (١٤) من العمر مع إعطاء دور للولي في هذه الحالة أيضاً ومعالجة.

الفصل الثاني

أحكام النسب*

لنفس مكانة عظيمة في الشريعة الإسلامية فهو الذي يوحد أفراد الأسرة الواحدة ويشدّد أواصر القرابة بينهم، وبذلك تزداد قوتهم وتصح قوة منيعة تزود الآخرين من الاعتناء عليهم، وفي الوقت نفسه يسهم في زيادة الألفة والتقارب بينهم وإسعاف بعضهم البعض عند الحاجة، وبذلك فإن النسب نعمة كبيرة من الله عزّ وجل على بني آدم.

ونظراً للمكانة المرموقة والمهمة التي يتشتمع بها النسب في الإسلام فقد حرم الله تعالى على المرأة أن يقرّ بنسب طفل وهو يعلم علم اليقين بأنه ليس ولده، وفي الوقت نفسه حرم عليه أن ينفي نسب طفل وهو على يقين بأنه ولده وذلك استناداً للحديث النبوي الشريف: عن أبي هريرة، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول حين نزلت آية الملاعة: (لما امرأة أدخلت على قوم رجلاً ليس منهم فليست من الله شيء، ولا يدخلها الله جنه، وأبنا رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله عز وجل منه وفضّحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة)^١. وفي المقام نفسه إذا ادعى الولد غير أبيه وهو علم بذلك فهو مستحقّ للنعنة إلى يوم القيامة ويحرم عليه دخول الجنة، فقد ورد في صحيح البخاري أن رسول الله ﷺ قال: (من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم، فالجنة حرام عليه)^٢، وفي سنن

٥. إضافة مادة أو فقرة إلى القانون بحيث لا يسمح الفارق العمري بين الزوجين يتجاوز

(١٥) سنة، خاصة حينما أحدهما صغيراً.

٦. تناول كافة المسائل المتعلقة بزواج الصغار من قبل المشرع بخصوص قانونية جليّة لضمان حقوقهم لأن السكوت عنها بحجة عدم تأييد المشرع لزواج الصغار ليس له ما يبرزه لأن هذا العرف متجدّد لدى العراقيين كما أثبتته الدراسات الميدانية وموافق لعقيدتهم الإسلامية المنبثقة من الشريعة الحنيفة، وسيكون عوناً للقضاء في عدم إصدار أحكام متناقضة.

* نشر هذا الفصل كبحث أكاديمي بعنوان "أحكام النسب: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية، التشريعات العربية)" في مجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، تصدرها جامعة الشهيد حمه خضر- الوادي، المجلد ٥٥، العدد ٣، ديسمبر ٢٠٢١، ص ١٥٩-١٩٤.

١. أحمد بن شعيب النسائي، السنن الصغرى للنسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ج ٦، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ١، ١٩٨٦، ص ١٧٩. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٤، مطبعة الوزارة، الكويت، ط ٢، ١٩٤٤-١٩٤٧، ص ٢٣٣.

٢. فتح اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: سامع من العلماء، ج ٥، دار طوق النجاة، بيروت، ط ١، ١٤٢٢، ص ١٤٢٢.

أي داود (...). فعليه لعنة الله المتابعة إلى يوم القيامة)، تلك هي عظمة النسب في الشريعة الإسلامية الغراء^١.

ومن جمع هذه الأحاديث النبوية الشريفة وقراءتها معاً يظهر لنا أن النسب يجتمع فيه حقوق عدّة، ففيه حق للولد لكونه يحتاج لأب يرعاه وينفق عليه، وحق للأب أن يعرّف بولد له أب، له حق للأب فهو يحتاج لمن يحمل اسمه ويقوم برعايته في حال شيخوخته، وحق لله تبارك وتعالى لأنّ في وصله حق لله جل وعلا، وبناء على ذلك فإنه لا يعتبر سلعة قابلة للبيع والبراءة، كما لا يصلح معالاً للوصية أو الضدقة أو الهبة^٢.

ثمّ تقدّم أتضح لنا أن النسب الذي هو رابطة شرعية بين شخصين تنشأ بمقتضاها مجموعة من الحقوق والالتزامات للطرفين^٣، أو كما عرفه أحد المشرعين أنه "لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"^٤، فهو نعمة عظيمة أنعم الله بها البشرية جمعاء إذ لا تتحقّق الحياة المشتركة بين أفراد العائلة من حيث تمسكها وتجنب انفكاكها ولا تنضبط نظاماً إلا بضبط أحكامها، فاجتمعت التي أنكرت هذه الحقيقة وتجاهلت تنظيم هذه الأحكام مجتمعات هزيلة بالنسبة رغم كثرة سكانها، لأن أفرادها لا يعرفون أيّاهم أو أجدادهم ولا حواشيهم وبالنتيجة يعيشون في حالة دائمة من الكآبة ويتخلّطهم أمراض نفسية كالخفق والغفوة^٥، وهذه النعمة التي ذكرنا الله بها ﷺ في حكم كتابه (وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً) [الفرقان: ٥٤]. وذكره رسوله صلى الله عليه وسلم في سنّته المطهرة، تناولها فقهاء المسلمين ضمن مصتفاهم الفقهية، وبلدورهم

قام المشرعين الوضعيين في البلدان الإسلامية بتقنين هذه الأحكام في القوانين الخاصة بمسائل الأثر أو ما يسمى بالأحوال الشخصية.

المشرع العراقي كماي مشرع وضعي آخر حينما أصدر قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، خصّص منه أربع مواد فقط لأحكام النسب، مستمداً أحكامه من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأساسي والأول لقانون الأحوال الشخصية، لكن المشرع ومنذ إصداره للقانون المذكور عام ١٩٥٩ ولحد الآن أجري عليه عشرات التعديلات لغرض سد الثغرات التشريعية التي يعتبرها، وما يثير الانتباه هو أن أحكام النسب لم تصبها أية تعديلات. وعليه، فإن التساؤلات التي تطرح نفسها من هذه الإشكالية هي ما يلي:

١. هل أن المواد المخصصة في قانون الأحوال الشخصية العراقي لأحكام النسب تستوعب جميع المسائل المتعلقة به ولهذا لم تجر عليها أية تعديلات أم تشويناها ثغرات تشريعية؟

٢. ما هي الثغرات التشريعية التي يعاني منها القانون العراقي في حالة وجودها؟

٣. كيف استطاع القضاء العراقي التصدي لقضايا النسب المعروضة عليه والتي لم تعالج تشريعياً؟

١. أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومجدّد كرام قبل بللي، ج ٧، دار الرسالة العلمية، ط ١، ٢٠٠٩، ص ٤٣٧.

٢. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

٣. صياح الجبري، وقائل مواد الدبلي، حق الطلل في النسب وبقرام المربعة؛ دراسة مقارنة، عملة جامعة تكريت للمقوق، عند ١٦، عدد ٢٠١٦، ص ٥٦.

٤. ألفاء (١٥٠) من مملوّة الأسرة العراقية رقم (٧٠٠٣) لسنة ٢٠٠٤.

٥. أحمد علي الخطيب، وأحمد عبيد الكبيسي، ومجدّد عباس السمرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، دار الكعب للطباعة والنشر، الموصل، ط ١، ١٩٨٠، ص ١٩٩.

الفراس وحده لا يعتبر كافيًا لثبوت النسب، ولهذا يجب أن لا تتخلف أي شرط من شروط إثبات النسب بالفراس، وألاّ لا يثبت النسب بهذه الطريقة أو الدليل رغم قيامه^١.
والعلّة من وراء ثبوت النسب بالفراس دون التوقف على وجود (الإنزاع أو البيّنة) من عدمه هي أن مقتضيات عقد النكاح تعين الزوجة تزوجها فقط أي له وحده ولا يجوز للغير الاستمجان بها، والنتيجة فإن جاءت بمولود فهو من ماته واحتمال حملها بالمولود من غير زوجها احتمال غير مقبول لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصراح وعدم اتهامهم، والظن لا يغي من الحق شيئاً^٢، وعليه، يثبت النسب بقيام الفرّاش إن توفّرت الشروط اللازمة وإن لم تقدّم الزوجة بيّنة أو لم يقرّ الزوج بذلك، ويثبت النسب من جهة الأم بمجرد الولادة، سواء كانت من نكاح شرعي أو من السفاح، أما من جهة الأب فيثبت بالنكاح الصحيح والفاقد والوطء بشبهة^٣، وعليه، يمكن تقسيم ثبوت النسب بالفرّاش لثلاث حالات:

أولاً: الزوجة الصحيحة. عند الجمهور إذا ولدت الزوجة طفلاً لأقل من ستة أشهر من تاريخ عقد زواجها والتي هي أقل مدة الحمل فلا يثبت نسبه لزوجها لأن الحمل لأقل من هذه المدة^٤ يعني أنها حملت به لم تكن فرأشاً لزوجها، لكن إن قرّر الزوج أنه طفله

١ أحمد بن محمد السعدي، إثبات النسب وفقه باليسعة الورية: دراسة فقهية مقارنة، ص: ٨٢، بحث مسطور في موقع عنادة السعدي، نشر في ١٨/١٠/٢٠١٨، تاريخ الزيارة ٣/٥/٢٠١١: <https://adahl.org/download/erp21312.pdf>

٢ محمد نجيب الجوعلي، رسائل إثبات النسب في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة الأديان للعلوم الإسلامية، مجلد ٣، عدد ١٣، ٢٠١٢، ص: ١٣٦٦

٣ مخالفة إبراهيم المقادسة، إثبات النسب في ضوء علو البوابة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون قسم الفقه للفران بالجامعة الإسلامية بقره، ٢٠١٢، ص: ٦٠.

٤ يرى إنه يقع إله عمر بن الخطاب (وقبل إله عثمان بن عفان) رضي الله عنهما أن امرأة ولدت بطفل لسنة أشهر من وقت زواجها فامر فرد (أو عثمان) إقامة الحد عليها، فقال له علي بن أبي طالب (وقبل ابن عباس) رضي الله عنهما ليك ذلك، لأن له نكاح قال في حكمه كتابه: ﴿وَالَّذِينَ يُزِيمُنَ أَزْوَاجَهُمْ حَرْثًا لِمَنْ أَزَادَ أَنْ يَهَيَّوْا كَرْتِضًا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، فإن نكاح: ﴿وَرَحْمَتُهُمْ وَطَهْرَتُهُمْ لِنُفْسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ١٥]، فعنوان وستة أشهر، فعلى سبيلها، وهذا ما ذهب إليه الأربعة وغيرهم من الفقهاء، الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر

المبحث الأول: ثبوت النسب بفرّاش الزوجة.

يقصد بالفرّاش "الزوجة الصحيحة القائمة بين الرجل والمرأة عند إبتدائها حملها بالولد"^١، وذكر (الزبي) شروط ثبوت النسب بالفرّاش في منصفه وهي: إمكان حمل الزوجة من زوجها (أي أن لا يكون سبباً لا يولد منه، وبخصوص السن الذي يكون للولد فيه ماء من عدمه ففيه اختلاف بين العلماء، لكون ذلك يختلف من شخص لآخر ومن منطقة لآخرى، فعند جمهور الفقهاء أن لا يقل عمره عن سن التاسعة بالاتفاق عدا الحنفية إذ يثبت بعد العقد، وإن كان ينزل)، ومن الشروط أيضاً إمكان التلاقي بين الزوجين عادةً بعد العقد، إمكان الدخول بأن لا يوجد في أحد الزوجين مانع من موافقة الدخول (بمعنى أن لا يكون مصاباً بعاقة تجعله غير قادر على الإنجاب، وقد اختلف الفقهاء في تحديد الصور التي يكون فيها الزوج عاجزاً عن الإنجاب كما في حالة الجيوب (مقطوع الذكر)، أو المسومح (لا ذكر ولا خصيتين له)، أن تلد الزوجة لسنة أشهر من تاريخ العقد، أن تلد لمدة لا تزيد عن أقصى مدة الحمل التي حددها العلم والظن الحديث، فإذا ولدت بعد ستة من تاريخ الزواج وإمكان التلاقي والدخول لم يثبت نسبه^٢. إضافة إلى ذلك، إن كان الزوج عقيماً فلا يثبت نسب الولد إليه، وكذلك الحال إن كانت الزوجة مصابة بالعمق أو مزالة الرحم وادعت أنها وضعت ولداً^٣، وعليه، فإن

١ مصطفي إبراهيم الزبي، المكمل للزبي في الشريعة والقانون، ج١٩، نشر إحصان للنشر والتوزيع، ص١٦، ٢٠١٤، ص: ٩٦. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفقه للنشر والتوزيع، الكويت، ط٢، ١٩٩٠، ص: ١٧٧. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص: ٢٢٤.

٢ مصطفي إبراهيم الزبي، مرجع سابق، ص: ٩٧. ومما إن صحاحه هبة أحمد ذياب شويخ، فقه النسب في الفقه الإسلامي ودر الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة لعامة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد ١١، العدد ١٢، ص: ٢٠٠٨، ص: ١١-١٣. ملاحظة: تستدل هذه الشروط ببعض من الفصول ويان يرى الفقهاء فيها كل في حبه وفي موضع مناسب من خلال هذه الدراسة.

٣ تالوق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، منشورات جامعة السليمانية، السليمانية، دط، ٢٠٠٤، ص: ٢٥١.

والم يصرح بأنه من الرنا عندها يثبت نسبه منه ويفترض في هذه الحالة أنه كان زوجاً لها سراً قبل إعلان عقدها أو أنه قد دخل بها شبهةً فحملت منه، وعند المالكية فإن عدم تصريح الزوج بأن الطفل لنسب ولده من الزنى غير كافٍ وإنما بشرط أيضاً أن لا تكذبه قرينة كأن تكون أم الطفل زوجة لغوره، أما إذا ولدت الزوجة لسنة أشهر فأكثر فيثبت نسب الطفل لزوجها لكونها كانت فرأشاً له بالبعد الصحيح^٤.

وتجدر الإشارة بأنه إذا كان مدة الحمل هي ستة أشهر شرعاً على اعتبار أن المولود الذي يأتي إلى الوجود قبل هذه المدة يولد ميتاً لعدم اكتماله لكن بفضل التقدم العلمي في مجال الطب فقد تحقّق البقاء للأطفال الذين أعمارهم (خمسة أشهر ونصف) وبذلك فإن أقل مدة الحمل ليست ثابتة ومستقل هذه المدة تدريجياً بتطور الطب، ومستختلف هذه المدة باختلاف الرمان والمكان حسب هذا التقدم العلمي^٥.

علماً أن النسب حسب المذهب الحنفي يثبت في حالة الزوجة الصحيحة سواء ثبت التلاقي أو عدم التلاقي بين الزوجين لي حتى وإن علم أن الزوج لم يتجمّع زوجته أو طلقها بعد العقد في المجلس مباشرة، إذ يثبت بمجرد احتمال وجود الفرّاش في بداية الحمل والعلّة من رزائها هي احتياط للولد وعدم ضياعه وسر على العرض ومنع من وقوع مشكلة النطفة، إضافة إلى أن العقد متيقن وقد تعتبر الزوجة فرأشاً للزوج، أما الحكم بالدخول بمجرد الإمكان فأمر مشكوك فيه، والنسب بخلاف في إثباته لدى الحاكم مع اليقين أولى من الحكم مع الظن، أما عند المالكية والشافعية وقول للإمام أحمد بن حنبل

أنه يشترط إمكان التلاقي بين الزوجين، فإذا ثبت عدم التلاقي بينهما أو حتى ثبت عدم إمكانية التلاقي بينهما فلا ينسب الولد لزوجها لأن الأحكام إمّا تنبني على الكثير الغالب والظاهر المشاهد، لا التليل النادر، أو الخفي غير الضمحل عادةً، فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلاً، لم يثبت نسب الولد من الزوج، أما الإمام ابن تيمية والإمام أحمد في قول آخر له بشرطان الدخول الحقيقي ولا يقبلان بمجرد إمكانية التلاقي. والقائدة من هذا الخلاف بين الفقهاء هي أنه ليس هناك حاجة لإجراء اللعان بين الزوجين لغرض نفي النسب مدام التلاقي بينهما لم يحصل، أما عند الحنفية فلا مناص منه^٦.

وفيما يتعلق بوقت ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح، فإذا كانت الفرقة قبل الدخول أو الخلوّة وآتت الزوجة المطلقة بطفلاً لأقل من ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسب الطفل لمطلقها لكونها حملت به قبل طلاقها، منه وحينها كانت فرأشاً له بالبعد الصحيح، وولادة الطفل دليل على أن الطلاق بينهما كان بعد الدخول لا قبله، أما إذا آتت بالطفل لتنام ستة أشهر فأكثر من تاريخ إيقاع الطلاق فلا يثبت نسب الطفل لمطلقها، لاحتمال أنها حملت به بعد الطلاق، وأتدّك لم تكن فرأشاً لمطلقها لكونها لم تكن زوجة ولا معدة له، وعليه فمن وجد هناك احتمال أنها حملت بالطفل بعد انتهاء فرّاش الزوجة فلا يثبت نسبه لمطلقها. وفيما يخص الفرقة بعد الدخول أو الخلوّة، فسواء كان الطلاق رجعيّاً أو باتماً، أو مات عنها زوجها فيثبت نسب الطفل لزوجها إن آتت الزوجة به قبل مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة^٧، أما

العربي، فاهرة، ط٢، ١٩٥٥، ص: ٣٨٦. وأبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج٣، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٨٦، ص: ٢١١.

٢ عبد الله بن محمد الطبري، وعبد الله محمد الطلق، ومحمد بن إبراهيم الموسوي، الفقه ليسر، ج٥، مدار الوطن للنشر، الرياض، ط٢، ٢٠١٢، ص: ١٤٨. عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ١٧٨. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج٣، دار المفروق، بيروت، دط، ١٩٩٩، ص: ١٢٣. الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ٣٨٩. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص: ٢٢٣.

٣ مخالفة إبراهيم المقادسة، مرجع سابق، ص: ٨.

١ هبة مصطفي الرحيلي، فقه الإسلام وأدب، ج١، ص: ٤١٦، دار الفكر، دمشق، ط٤، ص: ٢٥٨. ابن قدامة عبد الله بن محمد، الفقه، تحقيق: عبد القادر عيسى، ومحمد صالح، ط٢، ص: ١٩٩٧، ص: ٢٣٥. أحمد علي الخطيب، وآخرون، مرجع سابق، ص: ٢٠٣.

٢ أما أقصى مدة الحمل فهي ثلاث سنوات؛ فهي أربع سنوات لدى المالكية والشافعية، وستين لدى المالكية والحنفية وثلثين لدى الحنابلة، ومنع من وقوع مشكلة النطفة، إضافة إلى أن العقد متيقن وقد تعتبر الزوجة فرأشاً للزوج، أما الحكم بالدخول بمجرد الإمكان فأمر مشكوك فيه، والنسب بخلاف في إثباته لدى الحاكم مع اليقين أولى من الحكم مع الظن، أما عند المالكية والشافعية وقول للإمام أحمد بن حنبل

نسب الطفل لزوجها لكونها كانت فراشاً له بالدخول، ولا يجوز للزوج في هذه الحالة نفي نسب الطفل إليه لأن النفي يكون بعد الملائعة بين الزوجين بعقد صحيح قائم، أما في حالة الزواج الفاسد وكذلك الدخول بشبهة فلا يمكن إجراء الملائعة بينهما وبالتالي لا يجوز نفي النسب بالبنحية^١ لكن الآية التي نزلت بخصوص اللعان خاصة بأولئك الذين يتهمون أزواجهم، والزواج عند إطلاق الشارع لا ينصرف إلى إلا العقد الصحيح دون الفاسد^٢، أما المالكية والشافعية والحنابلة فيرون جواز إمكان نفي النسب باللعان في الزواج الفاسد مثل الزواج الصحيح^٣. وإذا حصلت الفرة بعد الزواج الفاسد سواء بالمشاركة أو بالتفريق القضائي بعد الدخول أو المخلوة ثم آتت المرأة بطفل قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرة، ثبت نسبه من الرجل، أما إن آتت به بعد مضي أقصى مدة الحمل، لا يثبت نسبه منه^٤.

ثالثاً: الدخول بشبهة. هو كل معاشره بين رجل وامرأة دون أن يكون بينهما عقد زواج صحيح ولا فاسد، كما أنها ليست بزنا توجب الحد^٥، كالأب الذي يدخل على جارية ابنه على اعتبار أن جميع أموال ولده ملكه استناداً للحديث النبوي الشريف (أنت ومالك لأبيك)^٦، أو بعد العقد والخلوة في جميع هذه الحالات لا يثبت نسب الطفل إلى الوالد^٧ ذلك من أئمة الفقه وعند الحنفية ففي جميع هذه الحالات لا يثبت نسب الطفل إلى الوالد^٨ إلا إذا ادعى بأنه طفله في أي وقت من تاريخ دخوله بمن اشبهه فيها لأن الوطء عن شبهة لا يثبت به الفرائش كاملاً وإنما يشبهه الفرائش والأخوة قاصرة عن إثبات الولد،

^١ محمد أحمد السرخسي، مرجع سابق، ص: ١٧٢، ١١٠. وأحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والمقارن، ج١، العائلك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٧، ص: ٣٥٠.
^٢ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ١٧٩. ومحمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص: ١٤.
^٣ أبو القاسم، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دون طبعة ومكان وناريخ الطباعة، ص: ١٦٦. وروبة مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص: ٧٢٦.
^٤ روية مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص: ٧٢٦.
^٥ عائشة إبراهيم للفتاوى، مرجع سابق، ص: ١٠.
^٦ محمد أحمد السرخسي، السبوط، ج١، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٩٩٣، ص: ١٧٥.

إن آتت به بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه منه عند جمهور الفقهاء، علماً أن فقهاء الحنفية والشافعية يفرقون بين الطلاق الرجعي والبالن، وبين المعتدة التي تقر بانقضائه مدتها والتي لا تقر، وكذلك فيما إذا كانت المعتدة من ذوات الأقران أي التي تتحسب عدتها بالفروء أم من اللواتي التي تتحسب عدتها بالشهور، ويدورن لا نود تناول التفاصيل لكون نطاق هذا البحث لا يستوعبها^١.

ثانياً: الزواج الفاسد. مثل الزواج بغير شهوة، الزواج الموقت، الزواج بالخاسرة، ويثبت به النسب إن حصل دخول حقيقي مع توفر شروط إثبات النسب في الزواج الفاسد، وذلك إحياء للولد وحصانه له عن الضياع^٢.

في هذه الحالة اتفق الفقهاء على احتساب أقل مدة الحمل من تاريخ الدخول الحقيقي بالزوجة وليس من تاريخ العقد لكن الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف قالوا بأنها تتحسب من تاريخ العقد وليس من تاريخ الدخول، أما صاحبه محمد بن الحسن فهو مع جمهور الفقهاء وهو ما عليه المذهب الحنفي^٣. وعليه، فإذا ولدت الزوجة الطفل لأقل من ستة أشهر من تاريخ الدخول بما فلا يثبت نسبه لزوجها لأنها حملت بالطفل لم تكن فراشاً لزوجها، أما إذا ولدت الزوجة لستة أشهر فآثر من تاريخ الدخول فيثبت

الكناشي، مرجع سابق، ص: ٢١١. لكن (ابن العابدین) ذكر في حاشيته (أن أقصى مدة الحمل عند الأمة الثلاثة أي ملك وأحمد وشافعي) هي أربع سنوات. ابن عابدین محمد أمين عمر، رد المحتار على الدر المختار، ج٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢، ١٩٦٦، ص: ٥٤٠.

^١ محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشخصية في الأحوال الشخصية، ج٢، مكتبة النهضة، بيروت-بغداد، دون طبعة وتاريخ النشر، ص: ١٨. وروبة مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص: ٧٢٥٩. أما بعدد: الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ٣٢٩-٣٣٠. للفتاوى حول ثبوت النسب بعد الفرة في الفقه الحنفي راجع: علي أبي بكر المرطاني، من فقه السندي في فقه الإمام أبي حنيفة، مطبعة محمد علي، القاهرة، دون تاريخ، ص: ٨٧. وأما بعدد: رابع أيضاً: ابن عابدین محمد أمين عمر، مرجع سابق، ص: ٥٤. أما بعدد: محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص: ١٥٦. وأما عائشة إبراهيم للفتاوى، مرجع سابق، ص: ٤.
^٢ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص: ٢٢٦. ابن عابدین محمد أمين عمر، مرجع سابق، ص: ٥٤٤.

إلا أن الدعوة تقويها، وحيثما يثبت بها النسب وبذلك فهو نسب ثابت بالإقرار لا بالفرائش، لكن جمهور الفقهاء يثبت النسب في هذه الحالات دون اشتراط الإدعاء لأن ثبوت النسب بما إنما جاء من جهة ظن الوطء بخلاف الزنا فلا ظن فيه^١. كما أن (الزبلي) لم يشترط في مصنفه لثبوت نسب الطفل من الوطء إلا ولادة الطفل بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الوطء، أما الولادة قبل هذه المدة فلا يثبت النسب إليه لتأكد حدوث الحمل قبل ذلك، لكن إن آتت الوطء بنسبه فيثبت نسبه منه لاحتمال وطئه وشبهه بأخرى. وأخيراً، كما يثبت النسب بعد الفرة من زواج فاسد، فإن نسب النسب يثبت من الوطء وإن ترك الموطوءة^٢.

وتوارة الإشارة بأن جمهور الفقهاء يرون أن الشروط الشرعية لعقد الزواج كلها شروط صحة، فمضى توفرت جميع هذه الشروط كان العقد صحيحاً، وإن فقد شرطاً واحداً واعتبر غير صحيح سواء سمي بالعقد الباطل أو الفاسد، بينما الحنفية يفرقون بينهما إذ يعتبر العقد فاسداً لديهم إن فقد ركناً من أركانه أو شرطاً من شروط انعقاده، ويعتبر باطلاً إذا فقد شرطاً من شروط الصحة، والمفروض التفرة بينهما لأن الأحكام المترتبة عليهما ليست واحدة فكما تبين لنا يثبت نسب الطفل في العقد الفاسد، لكن في العقد الباطل لا يترتب عليه آثار شرعية وحكمه حكم العدم لدى جميع الفقهاء ومن ضمنهم الحنفية ويعتبر الولد ولد الزنا إن كان الطرفين على علم بالحرمة^٣.

^١ محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص: ١٧. وعبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ١٨٠. أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص: ٣٥١.
^٢ ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص: ١٧. ووزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص: ٢٢٦.
^٣ روية مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص: ٧٢٦-٧٢٦.
^٤ أحمد صالح الجبوري وأحمد، مرجع سابق، ص: ١٥٤-١٥٠. أبو بكر مسعود الكناشي، مرجع سابق، ص: ١٤٣. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص: ١٥٦، ٢٢٦.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: ما هو حكم ولد الزنا؟ في هذا الخصوص إذا آتت الزوجة بولد من الزنا وهي في عصمة زوجها فيلحق نسبه لزوجها إن لم يتم نفيه عن طريق اللعان، أما إذا آتت به من غير فرائش الزوجية فإن للفقهاء قولين:

أولاً: يلحق نسبه بالزنا إذا استلحقه، وهو قول لابن تيمية وابن القيم وإسحاق بن راهويه، أما ابن سيرين والحسن وإبراهيم فقالوا: يلحقه إذا أقيم عليه الحد، كما يرى (إبراهيم) بجواز الإلحاق أيضاً إن ملك الزانية، ويترز الحولاء رأهم بالقول: كما يثبت نسب الولد للزانية المفروضة ثبوت نسبه للزاني أيضاً لكون واقعة الزنا حقيقة ثابتة وحتى لا يضيع نسب الولد فيضيعه الضرر والعار بسبب جريمة هو لم يرتكبها.

ثانياً: يلحق بأمه فقط دون الرجل الزاني لكون النسب يلحق بالمرأة بالولادة سواء كانت من نكاح أو سفاح وهو مذهب جمهور فقهاء المسلمين استناداً بحديث النبوي الشريف (الولد للفراش وللعاهر الحجر) على اعتبار أن زنا جريمة والنسب نعمة من الله فلا يجوز مكافئة الزاني الذي ارتكب جريمة (حدود) بالنعمة. وحسب فتوى لجنة الإفتاء الدائمة في السعودية فتحي لو ادعى الزاني النسب أو تزوج بالمرأة المرني بما زوجاً شرعياً بعد الزنا واستلحق الطفل المولود فلا يجوز إلحاق نسبه للزاني^١.

والإتجاه الفقهي الذي أجاز إثبات نسب ولد الزنا من الزاني وضع شروطاً وهي: توبة الزاني والمرني بما بالدم والرعوم على عدم العودة لها، أن يتزوج الزاني بالزنا بماه، أن يكون الولد من ماء الزاني، أن لا تكون الزانية فراشاً لزوج أو سيده، أن لا تكون الزانية داخرة بغشائها أكثر من واحد، وأن يطلب الزاني استلحاق ولده، وشروط الاستلحاق هي: أن يكون هذا الإلحاق بحكم القضاء، أن لا تكون المرني بما فراشاً لزوج أو سيده، أن يستلحق الزاني ولده من الزنا، أن لا يتزوج الزاني في استلحاق مناهج، أن يكون ولد الزنا،

^١ أبو عبدالله محمد بن محمد، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحقيق: حافظ عبد الرحمن، ج٧، مؤسسة خليف أحمد المختبر، ط٢، ٢٠١٤، ص: ١٦٥. عبد الله محمد الطيار وآخرون، مرجع سابق، ص: ١٥٠-١٤٤. أبو بكر مسعود الكناشي، مرجع سابق، ص: ١٤٣. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ص: ١٥٦، ٢٢٦.

عن الزنا وقتها، عندها يحكم القاضي بالفرقة بينهما بطلاق بائن ونفي نسب الطفل من الزوج والحاقه بالزوجة^١.

والحكمة من تشريع اللعان هي ما يلي:

١. الحفاظ على حق الزوج وكرامته إذ من الصعب على الرجل أن يرى زوجته متلبسة بالزنا لم يستمر معها في حياته الزوجية، كما يصعب عليه إثبات الأمر بالشهود، وعليه فكان اللعان محرماً.
 ٢. الاحتياط في الأنساب فإذا برأت الزوج زوجته ثم وجدها حاملة فيما بعد، فهو على يقين بأن الحمل ليس منه، فكيف يتقبل أن ينسب إليه؟ عندها له الحق في نفي النسب، فاللعان يعتبر محرماً لنفي النسب استثناء من قاعدة الولد للفراس.
 ٣. لتكون دعوى الزوج بزنا زوجته لا يعزها دليل، وقد يكون كاذباً في دعواه، فأعطت الشرع للزوجة الحق في دفع الدعوى عن نفسها، بالتالي يتدفع عنها الحد دون المساس بحق الرجل في دفع النسب^٢.
- والسؤال المطروح هنا: هل هناك حالات تنفي النسب عن الزوج دون إجراء اللعان؟ نعم توجد وإليك بعضها:
١. إذا أتت الزوجة بالولد أقل من ستة أشهر من الزواج، لكن يثبت النسب إذا ادعى الزوج بيوتته ولم يصرح أنه من الزنا.
 ٢. أن يكون الزوج بحيث لا يتصور منه الحمل كان يكون صغيراً أو مصاب بمرض جنسي أو أي سبب آخر بحيث يستحيل الاتصال الطبيعي بينهما.
 ٣. عدم التلاقي بين الزوجين بعد العقد^٣.

بمن لا قول له كالصغير والمجنون فإن كان ولد مكلفاً فلا بد من تصديق المقر على دعواه في الاستلحاق لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه، وأخيراً أنه يمكن تصديق الزاني المقر بأن يكون المقر به يحمل أن يولد لمثل المقر^٤.

وتختص كلانا حول ثبوت النسب بالفراس ببيان الوسيلة التي يمكن من خلالها للزوج نفي نسب الولد إليه وإن كانت الزوجية قائمة وصحيحة إذ هناك اتفاق بين الفقهاء بجواز نفي النسب عن الزوج في الحالة المذكورة بواسطة اللعان وذلك بشرطين وهما:

١. نفي نسب الطفل إليه في الوقت المناسب. والوقت المناسب يكون بساعة ولادته أو عند شرائه لمستلزماته أو أيام التهتهة، فإذا لم يعثر عن رفض نسبه في هذه الأوقات فيعتبر سكوتة دليلاً على إقراره وبذلك لا يستطيع إنكاره بعد ذلك. وللمذاهب الفقهية خلاف بسيط حول الوقت المناسب لنفي النسب لكن لا ترغب الدخول في التفاصيل لكون نطاق البحث لا يستوعبها^٥.
٢. إجراء اللعان بينهما، وهذا ما ورد في القرآن الكريم قال تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ وَنَحَسُّوا لَهُمْ شُفَعَاءَ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَفَعْنَاهُمْ أَهْلِيهِمْ أَتَنَبَّأَهُمْ بِاللهِ إِنَّهُ لَسَمِيعٌ عَلِيمٌ ٩﴾ وَالْحَمِيسَةُ أُنْ لَعَنَتْ اللهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكٰذِبِينَ ٧ وَتَنَبَّأُوا عَنْهَا أَلْعٰذَاتُ أُنَّ تُنَبَّأْنَ أَتَنَبَّأَهُنَّ بِاللهِ إِنَّهُ لَسَمِيعٌ عَلِيمٌ ٨ وَالْحَمِيسَةُ أُنْ غَضِبَ اللهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الْكٰذِبِينَ ٩﴾ [النور: ٦-٩] فإذا كان كليهما مستوفيان لشروط اللعان بأن كانا أهلاً للشهادة، وزوجيتهما صحيحة (عند الحنفية)، والزوجية عفيفة

^١ محمد أحمد السيفندي، تحفة الفقهاء، ج ٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢١٩. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢١٢.

^٢ إمان عيادل الفيضي، مجلة جامعة تكريت للتحقيق، العدد ١٤، ص ٢٣٥، ج ١، ص ٢٠٢٠، ص ٨٧-٩٠.

^٣ لتلميذ راجع: عبدالمطلب عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار الفلاس، الأردن، ط ١، ١٩٩٨، ص ١٠٦ (١٦)؛ ص ٢٠٥-٢٠٨، ص ١٤.

٤. وتضيف إلى ذلك حالة أخرى وهي: إذا أتت الزوجة بولد بعد مضي أقصى مدة الحمل في حالة الفرقة بينهما من طلاق أو وفاة.

بفهم مما سبق، أنه إذا كانت الحقائق والواقع تعارض نسبة الحمل للزوج ففي هذه الحالة تنفي النسب، ويعمق آخر إذا كان هناك يقين بأن الزوجة لم تحمل من الزوج، فإن نسب الحمل ينفي عنه وهو ليس بحاجة إلى نفيه أو ملاحقة زوجته إذ أن الشرعية يعتمد على الحقائق فإذا تعذر الوقوف عليها، عندها توخذ بالدلائل الظاهرة التي تدل عليه، فالفراس علامة ظاهرة لثبوت النسب لأنه يتعدى الوقوف على حقيقة فيما إذا حصل الجماع بين الزوجين وهل الحمل من الزوج من عدمه، لكن متى أتت الزوجة بولد بأقل من ستة أشهر من الزواج فهذا دليل قاطع على أن الحمل لم يكن منه وبالتالي أنه نفي نسب الولد إليه ودون حاجة إلى إجراء الملاحظة^٦.

بالانتقال إلى القانون العراقي يلاحظ بأن المشرع قد خصص مادة واحدة فقط لأحكام ثبوت النسب بالفراس ألا وهي المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية إذ جاء فيها: "ينسب ولد لكل زوجة إلى زوجها بالشرطين التاليين: ١. أن يضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل. ٢. أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً، فظراً لتناول المشرع العراقي أحكام ثبوت النسب بالفراس في المادة المذكورة فقط رغم تشبيهاها وتفرعاتها كما تبين لنا سابقاً ولهذا فإن الفقهاء والباحثين في القانون العراقي اختلفوا في ترواحهم لهذه المادة واستنتاج الأحكام منها.

فمنهم من يرى أن نص المادة (٥١) تناول إثبات نسب الأبوة للولد دون الأمومة لكون النسب من الأم يثبت بالولادة سواء كانت الولادة ناتجة عن الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة أو مخالطة الزوج مطلقته ثلاثاً في عدتها، أما شروط إثبات نسب البنوة حسب النص فهي ما يلي:

أولاً: وجود عقد زواج بين الطرفين ولا يشترط أن يكون العقد رسمياً، كما لا يشترط صحته فحتى إن كان فاسداً أو بشبهة فجاز.

وهناك من ذهب إلى أبعد من ذلك إذ يرى أن المشرع العراقي وخلافاً لأحكام الشرعية رتب على الزواج الباطل ثبوت النسب حسب المادة (٥١) لأن عبارات هذه المادة جاءت بصيغة مطلقة ولم تميز بين العقد الصحيح وغير الصحيح فاسداً كان أم باطلاً، والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد، لكن هناك اتجاه آخر يعاكس لهذا الاتجاه تماماً يرى بأن المشرع العراقي لم يعالج ثبوت النسب في حالة الوطء بشبهة^٧، بل خلا القانون من أي نص يتناول ثبوت النسب في حالة الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة ويرى أن ذلك يعتبر نغرة تشريعية واضحة وكان المفروض تلافيتها من خلال التعديلات المتتالية التي أجريت على القانون^٨.

وبدورنا نرجح الاتجاه الثاني لكون المسألة في هذا الخصوص جلية ولا تحتاج لتأويلات، كل ما في الأمر أن القاضي في هذه الحالة يرجع إلى المبادئ العامة في الفقه الإسلامي دون التمسك بمذهب معين استناداً لأحكام (المادة الأولى/٢) من قانون الأحوال الشخصية، وما يؤكد عدم صواب الاتجاه الأول هو أن القضاء العراقي لم يرتب على العقد الباطل ثبوت النسب، فالولد الذي يكون ثمره هذا العقد حكمه يكون حكم ولد الزنا والقضاء لا يثبت نسب ولد الزنا من الزاني إذ جاء في حكم محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق: "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون لأن ولد الزنا لا يلحق نسبه بأبيه-الزاني- شرعاً"^٩.

^١ سعد صالح الجبوري، مرجع سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣-٢٢٠.

^٢ إمان عيادل الفيضي، إثبات حق النسب للجنين في الشرعية الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للتحقيق، العدد ٤، العدد ١، ج ١، ص ٢٠١٩.

^٣ رقم ٩٩/الخصنية/٢٠١١ في ٢٠١١/٤/٧. محمد عبدالحسين السليمان، قياسات من أحكام القضاء، مطبعة روضةالعتات، أربيل، ط ١، ٢٠١٧، ص ٤٦٦.

فقهاء المسلمين من تاريخ الدخول بخصوص الزواج الفاسد والوطء بشبهة في هذه الحالة مطلوب من القضاء العراقي الرجوع إلى المبادئ العامة للفقهاء الإسلامي. أما نظيره السوري فقد حسم هذه المسألة في المادة (١/١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية إذ جاء فيها: "المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لثمة وثمانين يوماً فكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج، وعليه فالأخير تناول أحكام النسب في الزواج الفاسد بكل وضوح، كما يبيّن أن المدة محتسب من تاريخ الدخول وليس العقد وفق ما عليه الفقه الإسلامي.

ثالثاً: أن يكون التلافي ممكناً بين الزوجين. وعليه فإن مجرد وجود العقد بين الزوجين غير كافٍ وإنما لابد من إمكانية الملاحقة بينهما وهذا ما عليه جمهور فقهاء المسلمين، لكن هناك من يرى ونحن نؤيده بأنه وبعد ظهور التلقيح الصناعي فإن مفهوم إمكانية التلافي بين الزوجين لا يعني بالضرورة حصول الجماع بينهما وإلاً لقلنا بعدم ثبوت نسب الولد ممن يولد من مائه وبالتالي فإن مفهوم التلافي أصبح له معنى آخر فهو إما أن يكون مباشراً أي طبيعياً وهو الجماع أو غير مباشر ألا وهو التلقيح الصناعي حيث إن القانون لا يعتمد على الاتصال الجنسي وإنما على نتيجة الاتصال وهي الحمل^١.

وتحتّم كلامنا حول هذه الشروط باقترح (العلي-رحمه الله) الذي عرضه على المشرع العراقي وذلك بأن يضيف شرط (إمكانية الدخول) إلى الشروط المذكورة في المادة (٥١) وعدم الاكتفاء بشرط إمكانية التلافي، لكن وكما تبيّن لنا آنفاً إلا يمكن حمل الزوجة دون الدخول بما من خلال التلقيح الصناعي.

ثانياً: مضي أقل مدة الحمل على العقد وهي ستة أشهر باتفاق جميع فقهاء المسلمين. حقيقة، القانون جاء حالياً من أي إشارة لبيان أقل مدة الحمل والفرص بأنها وعدم تركها للاجتهاادات القضائية، ورغم الثغرة التشريعية هذه فإن القضاء العراقي جارٍ على ما هو عليه الفقه الإسلامي إذ جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "أن نسب الولد يثبت من أبيه حال قيام الزوجة إذا ولد لثمة أشهر أو أكثر"^٢، أما نظاره المشرع العراقي من العرب فقد حسموا هذه المسألة، إذ ورد في المادة (٤٢) من قانون الأسرة الجزائري رقم (٣/١٢٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٢٣ المعدل "أقل مدة الحمل ستة وثمانين يوماً"، وعليه فمن زاوية نرى أن القانون العراقي يعتره ثغرة تشريعية لكون المشرع لم يبيّن أقل مدة الحمل، لكن من زاوية أخرى فقد جاء القانون بصياغة بحيث يستوعب التقدم الطبي لأنه وكما تبيّن لنا سابقاً أن هذه المدة قد تكون (خمس أشهر ونصف) أو أقل نتيجة للتقدم العلمي الطبي الذي يختلف باختلاف الزمان والمكان.

كما نلاحظ من الشرط الثاني أيضاً أن المشرع يحسب هذه المدة من تاريخ العقد وفق المذهب الحنفي وليس من تاريخ الدخول وهذا يعني من خلال قرأتنا وتحليلنا وفهمنا لآراء فقهاء المسلمين أن هذه المادة تنظم أحكام النسب من الزوجية الصحيحة دون سواها، لكن هناك من ذهب إلى القول بأن: المشرع العراقي لم يبيّن بين الآثار المترتبة على الزواج الصحيح والفاسد بخصوص أحكام النسب، إذ اكتفى بثبوت النسب من الزواج بالشروط المنصوص عليها في المادة (٥١) وبموجبها يكون المشرع قد أخذ بتاريخ العقد ولم يأخذ بتاريخ الدخول الحقيقي^٣، وهذا ما لا يؤيده لأن هذه المدة محتسب باتفاق

^١أحمد حسين الشمرى، إشكاليات إثبات النسب في صور وفيات التلقيح الصناعي: دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جلد ٢٤، عدد ٢، ٢٠١٠، ص ١٣٣.
^٢مصطفى إبراهيم الزبي، مرجع سابق، ص ١٠٠.

رقم (١٣٤١/شخصية/٢٠٠٠/٤/٢٦). أن عبدالله الفيضي، إثبات حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون، ص ٨.
^٣سعد صالح الحبري، مرجع سابق، ص ٢٦١.

بعد بيان الشروط المذكورة أعلاه التي تتطلب توافرها لكي يثبت النسب من الزوج في الزوجية الصحيحة، نود تسجيل بعض الملاحظات على نص المادة (٥١) وهي كما يلي:

١. في الوقت الذي تبيّن لنا أن تحديد أقصى مدة الحمل ضروري لحسم المسائل المتعلقة بالنسب خلا القانون العراقي من أي إشارة إليها، وعليه فإقتضى من منظور الرجوع لآراء فقهاء المسلمين بموجب المادة (٢/١) والمشكلة في هذه الحالة هي أنه ليس هناك قول راجح لدى جمهور الفقهاء بخصوص هذه المسألة وإنما آرائهم متضاربة لذا يصعب اختيار رأي دون آخر وقد يصدر أحكام متضاربة من القضاء في هذه الخصوص^٤.
٢. علماً، أن أقصى مدة الحمل في العراق كانت سنتان قبل صدور قانون الأحوال الشخصية النافذ لأن المذهب الحنفي كان المذهب الجاري في العراق، لكن بصور القانون المذكور لم يحسم هذه المسألة، وأن ما هو جارٍ عليه العمل في القضاء العراقي هو أن أقصى مدة الحمل هي ستة واحدة^٥، في حين نشرت مجلة الطليعة الكويتية نقلاً عن صحيفة لندنية إن إمارة الكويتية اسمها (اليزابيت) ولدت طفلًا سنة ١٩٧٤ بعد أن بقي المولود في بطنها أربعة عشر شهراً، لكن ما ندلّ عليه الاستقراء والمشاهدة وما حرجت عليه العادة هو أن أغلب مدة الحمل هي تسعة أشهر^٦.

على أية حال المشرع العراقي مدعو لسد هذه الثغرة اقتداءً بنظرته من المشرعين العرب الذين حسموا هذه المسألة، إذ جاء في المادة (٣/١٢٨) من القانون السوري: "أقل مدة الحمل...وأكثرها ثلاثة وخمسة وستون يوماً"، أي

حدها بسنة شمسية، وتم تعديدها بعشرة أشهر في القانون الجزائري إذ ورد في المادة (٤٢) منه "أقل مدة الحمل...واقصاها عشر (١٠) أشهر"، أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ فكان أكثر دقةً وشمولاً لكونه جاء بصياغة تستوعب جميع الحالات لغرضه على القضاء إذ ورد في المادة (٩١) منه: "أقل مدة الحمل ستة وثمانين يوماً وأكثرها ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً مالم تقتر لجنة طبية مشكلة لهذا الغرض خلاف ذلك"، فالنص المذكور تستوعب حتى الحالة التي نشرت في مجلة الطليعة الكويتية المذكورة آنفاً.

٢. تبيّن لنا سابقاً أن المشرع العراقي بصياغته للمادة (٥١) على النحو المذكور تسبّب في اختلاف وجهات النظر بين الفقهاء والباحثين في القانون العراقي، فاتّحج يرى أن صياغة المادة عامة ومطلقة وتشمل جميع حالات الزواج صحيحة أو فاسدة أو باطلة وكذلك الوطء بشبهة، وآخر يرى أنها تنظم أحكام النسب في الزواج الصحيح فقط وهذا ما يوجبنا، وعليه، نرى أنه من الضروري سد هذه الثغرة التشريعية بالاستفادة من القوانين العربية التي تناولت هذه المسألة بشكل واضح وجلي فقد ورد في المادة (٨٨) من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦: "وبتد نسب الولد من عقد فاسد إذا وطء بشبهة إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء"، كما جاء في المادة (١/١٣٢) من القانون السوري: "المولود من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لثمة وثمانين يوماً فكثر من تاريخ الدخول ثبت نسبه من الزوج"، والمادة (١٥٥) من مدونة الأسرة المغربي رقم (٧٠٠٣) لسنة ٢٠٠٤ إذ جاء فيها: "إذ نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت للراة بين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المنفصل. يثبت النسب الناتج عن الشبهة بجميع الوسائل المقررة شرعاً".

٣. خلا القانون من أي نص يتناول ثبوت النسب في حالة المتعدّة سواء كانت من طلاق رجعي أو باتن، أو من الوفاة، وهذا يعتبر فراغاً تشريعياً واضحاً وكان

^٤سعد صالح الحبري، مرجع سابق، ص ٢٦٢.
^٥أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٢٤٥.
^٦تأريخ عبدالله كعبر، مرجع سابق، ص ٢٥٢-٢٥١.
^٧أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

مسكن واحد فينسب الأولاد الذين يولدون خلال فترة المعاشرة إلى المدعى عليه^١، وعلى الرغم من المؤلف المناسب للقضاء في هذه المسألة إلا أننا نرى ضرورة حلها بنص تشريعي من قبل المشرع العراقي مستفيداً من القوانين العربية التي تبنت موقف القضاء العراقي، كالقانون الجزائي إذ جاء في المادة (٤١) منه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً...، بمعنى إن كان الزواج باطلاً فالولد ينسب لولد الزنا ولا يثبت نسبه من الزنا، والقانون الإلزامي إذ ورد في المادة (٩٢) منه: "الإقرار... يثبت به النسب ما لم يكن المقر له من الزنا" أما المشرع التونسي في هذه المسألة فقد أجاز ببيوت نسب ولد الزنا من الزنا بموجب المادة (٧٥) من قانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٨ حينما أجازت المادة المذكورة للأب أو الأم أو النياية العامة برفع الأثر للمحكمة المختصة لطالب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو الشهادة أو التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل^٢.

٥. رغم نزول آيات من القرآن الكريم بخصوص نفي النسب من خلال اللعان إلا أن المشرع العراقي تجاهل ذلك ولم ينص عليه في القانون بل لم ينشر إليه ولو ضمناً، لكن القضاء العراقي بلجونه للبيدائ العامة للفقهاء الإسلامي تصدّىق هذه المسألة مثل بقية المسائل الأخرى التي لم يتناولها المشرع واشترط لإجراء اللعان أن لا يكون الزوج قد سبق وأن اعترف بالولود أو الحمل ولو ضمناً وهذا ما عليه الفقهاء المسلمون إذ جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "صدرت المحكمة الشرعية في الكراة في الإضراب... حكماً وجاهياً في ١٩٦٢/٢/١٤ برد دعوى المدعي بشأن طلبه في (مولود) زوجته المدعي عليها وإجراء للاعانة بينهما لعدم وجود بينه له والحاقه بأمه، وذلك بعد اطلاع المحكمة على إضراب الدعوة المرفقة... التي أقامتها المدعي عليها

^١ رقم (٢٩٩/شخصية/١٩٦٦) في ١٩٦٦/٣/١٦. جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية، مطبعة المحاطة، بغداد، ط١، ١٩٩٤، ص١٧٣.

^٢ آوان عبدالله الفيضي، إنبات نسب ولد الزنا بالصيغة الوترية، مرجع سابق، ص٩٦.

المفروض تلافية، ورغم ذلك تصدى القضاء لمثل هذه الحالات اعتماداً على الفقه الإسلامي إذ جاء في حكم محكمة تمييز إقليم كردستان العراق: "ثبت أن المدعي كان زوجاً للمدعى عليها ودخل بها وجامعها وحملت منه ثم طردها في الشهر الرابع من حملها وطلّقها خارج المحكمة في ٢٠٠٣/٨/٢٠ ثم ولد الطفل في ٢٠٠٣/١١/١٢ وتبث من تقرير اللجنة الطبية تطابق فصيلة دم الطفل مع فصيلة دم المدعى والمدعى عليها فهذه الأدلة مجمعة تبثت نسب الطفل إلى المدعي ومطلّقة المدعي عليها ومولد من فراشها الزوجية". مهما يكن ندعو المشرع العراقي لسد هذه الثغرة التشريعية سالكاً مسلك نظارته من المشرعين العرب، إذ جاء في المادة (٨٨) من القانون القطري: "ويثبت نسب الولد بالفراش عند ولادته لأكثر مدة الحمل في حال الفرة بين الزوجين أو حال وفاة الزوج".

٤. من المسائل الأخرى التي تناولها فقهاء المسلمين ولم يعالجها المشرع العراقي ألا وهو نسب ولد الزنا، ورغم ذلك تصدّىق لها القضاء العراقي وتبث مذهب جمهور الفقهاء ألا وهو عدم ثبوت نسبه من الزنا، جاء في حكم محكمة تمييز إقليم كردستان العراق: "لدى عطف النظر على الحكم للميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون لأن ولد الزنا لا يلبق بنسبه أبية-الزنا- شرعاً، كما جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية إذ يثبت نسب الولد لصاحب الفراش ولو نازعه العاهر الزاني إذ ورد فيه: "إذا كان المدعي عليه يعاشر المدعية معاشره الأزواج ويساكنها في

^١ آوان عبدالله الفيضي، إنبات حق النسب للحمين في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص٨٠.

^٢ رقم (٩٧/شخصية/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٣/١٩. كميل سيد أحمد، إنبات القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق مقارنة بقرارات هيئة الأحوال الشخصية لسنوات (١٩٩٩-٢٠٠٩)، مطبعة عجيل، أربيل، ٢٠١٠، ص٣٣.

^٣ رقم (٩٩/شخصية/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٤/٧. محمد عبدالرحمن السليمان، مرجع سابق، ص٤٦١.

في محكمة شرعية بغداد طالبة الفقه وادعت فيها الحمل ولم يعترض المدعي على الحمل، فيكون قد اعترف به اعترافاً ضمناً... ولدى التدقيق والمداولة تبثت أن الحكم صحيح فقررنا تصديقه".

وقد ذكر أحد الباحثين أن عند التأمل في القانون العراقي واستقراء الواقع القضائية يستنتج بأنه ليس بالإمكان إجراء اللعان بين الزوجين لإثبات واقعة الزنا أو لنفي الحمل أو المولد، حيث أن الأحكام الشرعية المترتبة على اللعان لا يمكن تنفيذها، وعليه فليس أمام المحكمة سوى الالتزام بنصوص القانون^١. وذهب آخر إلى رأي مقارب لهذا الرأي حينما قال: أن القانون والقضاء العراقيين لم يأخذوا باللعان لنفي النسب إن وصل إلى نتائج تعارض من قواعد قانونية اعتبرها المشرع من النظام العام وأزم القضاء بها، وهذا يعتبر عيباً في القانون العراقي لكونه يتعارض مع أحكام الشريعة، وتبث في إيقاع القضاء في حرج كبير يعارض الأدلة الشرعية مع النصوص القانونية الملزمة^٢.

على أية حال، القوانين المقارنة تناولت هذه المسألة بنصوص صريحة، ويعتبر القانون الإلزامي من أفضل القوانين التي تناولت هذه المسألة من حيث الصياغة والتفصيل إذ ورد في المادة (٩٧) منه:

١. "للرجل أن ينفي عنه نسب الولد باللعان خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة بشرطه ألا يكون قد اعترف بأبوتة له صراحة أو ضمناً، وتقدم دعوى اللعان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالولادة.
٢. إذا كان اللعان لنفي النسب وحكم القاضي به انتفى النسب.
٣. إذا حلف الزوج إيمان اللعان وامتنت الزوجة عنها أو امتنت عن الحضور أو غابت وتعدّل لإبلاغها حكم القاضي بنفي النسب.

^١ رقم (١٠٩) في ١٩٦٢/٣/١٤. أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص٣٧.

^٢ أكرم محمود السليم وأحمد العمري، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالصيغة الوترية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٢٢٢، ٢٠١٠، ص٢٧.

^٣ آوان عبدالله الفيضي، إنبات نسب ولد الزنا بالصيغة الوترية، مرجع سابق، ص١٠٥.

٤. يثبت نسب الولد للمفني باللعان بعد الحكم بنفيه إذا أذبت الرجل نفسه". كما جاء في المادة (٩٦) منه: "اللعان لا يكون إلا أمام المحكمة ويقم وفق القواعد المقررة شرعاً، الفرقة باللعان فرقة مؤبدة".

المبحث الثاني: ثبوت النسب بالإقرار.

يقصد بالإقرار فيما يخص النسب الإخبار بوجود صلة قرابة بين المقرّ والمقر له^١. والإقرار بالنسب يكون على نوعين: الأول، حل النسب على المقرّ نفسه. أما الثاني، فيكون حل النسب على غيره. فلو أقرّ رجل أو امرأة لطفل أنه منه/منها، أو أقرّ طفل ميمز لرجل أو امرأة أنه أبوه/أمه، ففي هذه الحالات يتضح الإقرار حل النسب على نفس المقر لا على الغير، أما إذا أقرّ شخص لآخر بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه ففي هذه الحالات يتضمن الإقرار حل النسب على أب أو جدّ أو ابن المقرّ، ولكل نوع من أنواع الإقرار حكمه الخاص به^٢. وقيل إذا كان الإقرار اعترافاً بحق للمقرّ على غيره فهو دعوى، أما إذا كان لغير المقرّ على غيره فهو بمثابة شهادة، أما إذا كان اعترافاً بحق لغيره على نفسه فهو إقرار^٣.

ففيما يخص النوع الأول، فإن الإقرار يكون حجة على المقرّ ويثبت به النسب المقر به. فإن كان الإقرار بخصوص البنية والأبوة، فيثبت بينهما حقوق الوالد والولد لكن بشرط أربعة متفق عليها بين المذاهب، وهي:

أولاً: أن يكون المقرّ له مجهول النسب. وعند الخفية أن يكون مجهول النسب في البلد الذي ولد فيه على الأقل، وقد استثنى الفقهاء ولد اللعان من ذلك لأنه من المحتمل أن يرجع الأب الملامع عن كلامه ويكذب نفسه ويقرّ بنسب الولد.

^١ فاروق عبدالله كرمي، مرجع سابق، ص٢٥٢.

^٢ عبدالوهاب عزلاوي، مرجع سابق، ص١٨٩. وتجدد زيد الألباني، مرجع سابق، ص٢٨.

^٣ محمد نجيب الجوعان، مرجع سابق، ص١٦٤٢.

أو الشرع ودون شرط مصادقة الطفل له وإن كان ميمراً لكون النسب حق للولد، وهذا ما عليه الحنابلة والشافعية أيضاً.^١

علماً أن إقرار الرجل في مرض الموت ببنوة مجهول النسب يثبت نسبه منه، كما أن الإقرار الصحيح بالبنوة لا يمكن الرجوع عنه لأنه من غير الجائز إقرار المالك شرعاً دون مقتضى فهو حجة عليه، والعلمه ومن وراثتها هي إذا كان من الجائز نفي النسب باللعان لكونه ثبت بالفراش ويحتمل أنه ليس من ماله، أما هنا فقد ثبت النسب بتعيينه على أنه يخلو من ماله فليس هناك أي احتمال للشك.^٢

وأخرون يقولون أن النسب وراثته عدم جواز الرجوع عن الإقرار بالنسب المباشر لدى جمهور فقهاء المسلمين هو: أن الإقرار يوجب الحكم بذاته دون تدخل من القاضي، وعليه فطالما ثبت به الحكم وتعلقت به حقوق الناس، فلا يصح الرجوع عنه لكونه سيد الأدلة وتثبت به الحدود ويلزم فيه القصاص.^٣

وفيما يتعلق **بناويع الطائ**، أي الإقرار الذي يترتب عليه حل النسب على الغير، ففي هذه الحالة يكون إقرار المقرّ حجة قاصرة عليه وليس له أي أثر على الغير مالم يصادقه. فإن أقرّ شخص بأخوة شخص آخر، فإن المقر له لا يعتبر ابناً لأب المقرّ مالم يصادقه أباه بذلك لكون إقراره حجة قاصرة بحقه فقط دون أبيه، وبذلك تفرض على المقرّ للمقرّ له بالأخوة نفقة الأخ على أخيه إن كان محتاجاً وتوفر الشروط المطلوبة، وإذا مات المقرّ ولم يكن له وارث سوى زوجته فإنه يأخذ جميع التركة بعد أخذ الزوجة حصتها، وإذا مات والد المقرّ وكان له أخوة فإن المقرّ له يشارك المقرّ فقط في حصته ولا

^١ أعلين بن إسحاق الحنفي، محقق العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ١٤٠٠، ص ١٨٥-١٨٦. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٤٣-٢٤٩، ٢٥٠. ^٢ أبو عبدالله محمد بن محمد مرجع سابق، ص ١٦٤. ومحمد أحمد السبيسي، مرجع سابق، ص ١٧٢، ٩٨-٩٩، ١٥١-١٥٢. ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص ٣٢٤. ^٣ عاتفة سلطان الزريقي، إنبات النسب في ضوء العليقات العلمية المعاصرة: دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٥.

ثانياً: أن يولد مثله لثمة بمعنى أن يصدقه الحس، فإن كان الطفل يساويه أو يقاربه في العمر فإن الظاهر يكذبه فلا يجوز، وكذلك الحال لو نازح المقرّ شخص آخر في نسب الطفل.

ثالثاً: أن لا يصرّح بأن الطفل ولده من الزنا، لأن الزنا لا يمكن أن يكون سبباً لإثبات النسب، إذ أن الأخير نعمة فلا تنال بالمخطور.

رابعاً: أن يصادقه المقرّ له إن كان أهلاً للتصديق، وبذلك يشترط أن يكون بالغاً عند الجمهور، وميمراً عند الخنفية وهو إكمال السابعة من عمره^١ لأن الإقرار على اعتراف على نفس المقرّ بأنه الأب وفي الوقت نفسه هو دعوى على المقرّ له أي الطفل بأنه ابنه، وأن دعوى المدعي (أي المقرّ على غيره (الطفل المميز) لا تثبت بمجرد الإقرار لكون الأخير حجة قاصرة على المقرّ فلا بدّ من مصادقة الطفل المميز، أما إن كان غير مميز فلا يحتاج إلى تصديقه، لأن جميع تصرفاته باطلة لعدم أهليته. والحكم هو نفسه إذا أقرت امرأة غير متزوجة ولا معدّنة ببنوة طفل لها، أما إذا كانت متزوجة أو معدّنة فإن صحتها زوجها ثبت نسبه منه أيضاً، أما إذا لم يصادقه رغم أنها فراشه ففي هذه الحالة إذا أكر أصل الولادة أو هذا الطفل بعينه عندها تستطيع الزوجة الإثبات بشهادة القابلة وحدها، لكن إن أكر نسبه منه رغم قيام الزوجية الصحيحة حينها فلا سبيل لنفي نسبه إلا بالعلن، ونفس الأحكام تنطبق إذا أقر طفل ميمراً بأخوة رجل أو أمومة امرأة، وكان مجهول النسب ويولد مثله مثل المقرّ له وصادقه المقرّ له.^٢

أما عند المالكية فقد ورد في المدونة مالك أنه إذا أقرّ شخص ببنوة طفل (حيثاً كان أم ميمراً) لا يعرف كذبه فيه ثبت نسبه منه بشرط أن لا يكذبه العقل أو الحس أو العادة

^١ وليندرج راجع، علي بن بكر الريثاني، مرجع سابق، ص ١٧٥. ومحمد أحمد السبيسي، مرجع سابق، ص ١٧٢، ١٥٤ وما بعدها. وعبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٨٤-١٨٥. ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص ٣١٧. ^٢ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٨٤-١٨٥. ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

تأثر حصص بقية الأخوة بذلك لكونهم لا يعترفون بأخوته لهم^١، وعليه، فإذا كان المقرّ له يشارك المقرّ بالأخوة في حصته مناصفة عند الجمهور، فإنه ليس له سوى المقدار الذي نقص من حصته المقرّ بسبب إقراره عند المالكية، ولا يشاركه عند الشافعية نقلاً عن ابن سيرين^٢.

وأخيراً، فإنه ليس مقبول الشخص إثبات نسبه من خلال إقراره وحده عند الشافعية، وقيل يثبت لأن الناس مقبولون على أنسابهم ومن يؤمن على شيء رجح إليه فيما عليه لا فيما له^٣.

أما فيما يخص الإقرار بنسب اللقيط، فاللقيط الذي هو طفل حي حديث الولادة طرحه أهله في مكان تقع عليه عين الناس غالباً خوفاً من الفقر أو فراراً من قسمة الزنا، فلكونه مجهول النسب لذا يمكن لأي شخص الإقرار بنسبه دون حاجة لتقديم بيّنة وذلك من باب الاستحسان لكون إقرار المدعي بنسبه يحتمل الثبوت، وعليه يرجح تصديقه تحسباً للظن به وهو الأصل، ومن جانب آخر في إقراره هذا يقع ظاهر اللقيط وهو يحفظ نسبه من الضياع وتولية أمره، والمختلف أولى من غيره في ذلك لكن إن نازعه آخر في نسبه فينسب لم يقدّم على البيّنة على دعواه^٤.

أما عن موقف القانون العراقي ففي البداية نرى من المفيد تعريف (الإقرار) أولاً ومن ثم المدخل في التفاصيل، فقد ورد في المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ أن الإقرار القضائي: هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه

لآخر، أما غير القضائي فهو الذي يقع خارج المحكمة أو أمامها في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقرّ بها.

وبالرجوع لقانون الأحوال الشخصية نجد بأن المشرع ومن خلال المواد (٥٢)، (٥٣)، (٥٤) منه تناول الإقرار بنوعيه كوسيلة لإثبات النسب وبيّن أحكامهما، إذ جاء في المادة (٥٢): "١- الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت مجهول النسب يثبت به نسب المقرّ له إذا كان يولد مثله لثمة. ٢- إذا كان المقرّ امرأة متزوجة أو معدّنة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه أو بالبيّنة". يفهم من هذا النص أن شروط إثبات النسب بالبنوة في القانون العراقي هي شروط فقط وهما: أن يكون المقرّ له مجهول النسب، وأن يولد مثله لثمة.

ولكون الإقرار بالنسب في هذه الحالة ليس فيه تحميل على الآخر لذا لا يقتضي بيان السبب فسواء كان من الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة يثبت النسب من المقرّ رجلاً كان أم امرأة حتى توافرت الشروط. ورغم أن تصرفات المريض مرض الموت فيها قسمة الحياطة لذا فهو محجور جزئياً لدى الفقهاء لمصلحة الورثة، لكن إن أقرّ في مرضه هذا بالبنوة المباشرة اعتبره الفقهاء اعترافاً منه بأمر لا يعرفه لثمة لا بدّ من تصديقه لحماية نسبه المقرّ له أي الولد من الضياع، وهذا ما أكدّه المشرع العراقي في المادة التي نحن بصدد.

وما يلاحظ على النص أنه لم ينظر لشرط مصادقة المقرّ له إن كان ميمراً أو بالغاً، ولا لشرط عدم الإفصاح أنه ولده من الزنا. لكن ما اتته له المشرع في الفقرة الثانية من (٥٢) هو إقرار المرأة المتزوجة أو المعدّنة بالبنوة إذ اعتبر إقرارها قاصرة عليها دون زوجها أو مطلقاً بالإقرار أنه وقد أثبت ادعائها بالبيّنة. وقد أكدّ القضاء العراقي على ذلك في حكم محكمة تمييز إقليم كردستان العراق: "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه

^١ سعد صالح الجبوري، مرجع سابق، ص ٢٧٣. ^٢ أحمد علي وأخرون، مرجع سابق، ص ٢٠٥. ^٣ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص ١٨٥. وابن عابدين محمد أمين عمر، مرجع سابق، ص ٥٤٢ وما بعدها. ^٤ أبو البقاء إبراهم بن عبدالله، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد عبدالكريم، ص ٣٠٦، تقريره مكيه للخطوط وخدمة التراث، ط ٢٠٠٨، ص ٧٢٥. وروية مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٧٢٦. ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص ٣١٤. ^٥ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٤٨. ^٦ أحمد علي وأخرون، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

يولد مثله لثله^١، وعليه حتى يثبت النسب في هذه الحالة يجب توفر ثلاث شروط حسب النص وهي: أن يكون المقتز مجهول النسب، وأن يصادق المقتز له على إقرار المقتز، وأن يولد مثل المقتز له للمقتز. لكن ما لم يثبت النص هو ما العمل إذا أُنكر المقتز له بنسب مجهول النسب رغم الفراغ التشريعي نرى أنه بإمكان المقتز إثبات دعواه بالبيّنة وهذا ما أكدته نصّ المادة (٩١) من القانون القطري والمادة (٩٤) من القانون الإماراتي إذ ورد فيها: "يُثبت النسب بالأبوة أو الأمومة بإقرار المقتز له إذا صدقه المقتز عليه أو قامت البيّنة عليه ذلك متى كان فارق السن بحسب المقتز".

أما المادة (٥٤) من القانون العراقي فقد ورد فيها: "الإقرار بالنسب في غير البيّنة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقتز إلا بتصديقه"، يتضح لنا من النص بأنه يتناول حالة إقرار النسب وتحمله على الغير، وفي هذه الحالة لا يثبت النسب بحق الغير إلا إذا صدّقه إن كان حياً أو صدّقه الورثة إن كان متوفياً، أو عليه إثبات إقراره بالبيّنة^٢ كما هو منصوص عليه في المادة (٩٢) من القانون القطري إذ جاء فيها: "وإذا أقر شخص لآخر بغير الأبوة... ولا يسري على غير المقتز إلا بتصديقه أو بإقامة البيّنة".

وتحتم لصحة دعوى من القانون العراقي تناول مسألة الإقرار بنسب المقتز مجهول النسب، ففي هذا الصدد ذكر الدكتور (فارق) وهو من أحد شرّاحي قانون الأحوال الشخصية العراقي أن القانون المذكور لم يتناول أحكام النسب بخصوص الطفل اللقيط، بينما ذكر (الجويري) أن القانون العراقي عالج نسب اللقيط من خلال المادتين (٥٢)، (٥٣)،^٣ وبدورنا نؤيد الرأي الأخير، لأن هاتين المادتين كما تبيّن لنا تتناولان نسب مجهول النسب واللقيط ما هو إلا طفل مجهول النسب، إضافة إلى ذلك لو رجعنا إلى قانون رعاية الأحداث العراقي المعدل رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ وبالتحديد المادة (٤٤) منه

^١ فارق عبدالله كبري، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

^٢ المرجع نفسه، ص ٢٥٦.

^٣ أحمد صالح الجويري، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

غير صحيح ومخالف للشرع والقانون لأن ولد الزنا لا يلحق بنسبه أبويه شرعاً، وإذا كانت المقر إمراً متزوجة أو معتدة فلا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بتصديقه^٤. كما يفهم من هذا الحكم أمر آخر ألا وهو أن المدعى عليه كان قد اعترف ضمن جسيبات الدعوى أن الولد هو ولده من الزنا ولهذا لم يثبت نسبه منه رغم إقراره بنسبه وخلو النص من أي ذكر لهذا الشرط، لكن القضاء أزم نفسه بما ذكره فقهاء المسلمين من شروط.

أما القوانين المقارنة فموقفها أفضل من القانون العراقي لكونها فصلت في تلك الشروط بشكل جلي، إذ جاء في المادة (٩٢) من القانون الإماراتي: "١. الإقرار بالأبوة ولو في مرض الموت يثبت به النسب ما لم يكن المقتز له من الزنا، وذلك بالشروط الآتية: أ. أن يكون المقتز له مجهول النسب. ب. أن يكون المقتز بالبعاً عاقلاً مختاراً. ج. أن يكون فارق السن بين المقتز وبين المقتز له يحتمل صدق الإقرار. د. أن يصدق المقتز له البالغ العاقل المقتز".

أما مدونة الأسرة المغربية فقد أضافت أحكام أخرى لهذا النوع من الإقرار، فموجب المادة (١٦٠) منها أجازت للمقتز له إن كان قاصراً عند الإقرار بنسبه من قبل المقتز أن يقدم دعوى بنفي نسبه منه إذا بلغ سن الرشد، كما أجازت لكل من له مصلحة الطعن في صحة توفر شروط الإقرار مادام المقتز حياً. وبذلك من الشرط (ج) المذكور أعلاه، نصّ على شرط مشابه له لكن ذو نطاق أوسع إذ جاء فيه: "أن لا يكذب المقتز عقل أو عادة"، وبذلك فهذا الشرط لا يقتصر على فارق السن وإنما يشمل ويشمل الكثير من الحالات الأخرى، كأن يكون المقتز عقيماً.

وبالانتقال إلى المادة (٥٣) من القانون العراقي ففهم من نصّها أنها تتناول الإقرار المباشر والعكسي ألا وهو إقرار مجهول النسب بالأبوة لرجل أو بالأمومة لإمراة إذ جاء فيها: "إقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب إذا صدّق المقتز له وكان

^٤ رقم (٩٩/شخصية/٢٠١٠) ٤/٧/٢٠١٠. تجرّ عبدالرحمن السليمان، مرجع سابق، ص ٤٦١.

^٥ تجرّ الأهر، شرح مدونة الأسرة، د.د. دار البيضاء، ط ٥، ص ٢٠١٥، ٢٢٨.

سلطاح بأنها تجرّز الإقرار بنسب مجهول النسب وفق ما هو منصوص عليه في قانون الأحوال الشخصية إذ ورد فيها: "يتم الإقرار بنسب مجهول النسب أمام محكمة الأحداث وفق قانون الأحوال الشخصية". علماً يتم هذا الإقرار أمام محكمة الأحداث حينما يتم تقديم طلب مشترك من زوجين لظنهم طفل مجهول النسب إليهما، وبدورنا لا نرى جواز الإقرار بنسب اللقيط لأن ذلك يعلم علم اليقين بأن اللقيط ليس من صلبه لكنه يعهد إلى الإقرار بنسبه لكون النبيّ محظور شرعاً وربما قانوناً، ومن القوانين التي نصّت على عدم جواز الإقرار بنسب اللقيط ألا وهو قانون الأسرة الجزائري إذ ورد في المادة (٤٦) منه: " يمنع النبيّ شرعاً وقانوناً، أما نظيره الأردني فنصّ صراحة في المادة (١٦٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٠ على تحريم ثبوت نسب اللقيط ولو كان مجهول النسب إذ ورد فيها: "لا يثبت النسب بالنبيّ، ولو كان الولد النبيّ مجهول النسب".

كما تقدّم تبيّن لنا أن القانون العراقي وكذلك القوانين المقارنة عدا القانون التونسي لم تتناول مسألة الرجوع عن الإقرار، فرغم تناولها من قبل فقهاء المسلمين كما تبيّن لنا سابقاً، إلا أن هذه القوانين جاءت خالية من أي نص يشير إليها، وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً مهماً، وخصوص القانون التونسي فقد جاء في المادة (٧٤) منه: "إذا استلحق الرجل ولدهما^٥ فمات المستلحق قبل الولد ورثه الولد المستلحق وإن مات الولد قبل الأب لم يرثه الأب ووقف المال فإن مات هذا المستلحق صار هذا المال لورثته".

على أيّة حال بإمكان المشرع العراقي سد الثغرات التشريعية التي يعتريه بالاستفادة من الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة التي أشرنا إليها بخصوص ثبوت النسب بالإقرار.

المبحث الثالث: ثبوت النسب بالبيّنة.

يقصد بالبيّنة بأنها أخبار صادقة في مجلس القاضي بلفظ الشهادة لإثبات حق للغير على الغير، وهي بمعناها العام الدليل أيّ كان نوعها (كتابي أو شهادة أو قرآن)، ومعناها الخاص هي شهادة الشهود^٦. ولهذا عرّف بأن البيّنة هي الشهود لأن بهم يتبيّن الحق ويظهر، أما (ابن القيم) فيرى بأنها تشمل كل ما يبيّن الحق ويظهره فتحق الإقرار لديه يعتبر من البيّئات^٧.

والبيّنة حجة معتدلة لا يقتصر أثرها على المدعى عليه، وإنما يثبت في حق غيره أيضاً، ويعتبر ثبوت النسب بهذه الطريقة أقوى من الإقرار، لأنها أقوى الأدلة والنسب وإن ظهر بالإقرار لكن غير مؤكّد إذ يحتمل إثبات بطلان البيّنة^٨.

وعادة يتم اللجوء إلى البيّنة لإثبات النسب في حالة إدعاء الشخص على الآخر بالأبوة أو الأمومة وغيرها وأنكر المدعى عليه ذلك، وإذا حكم القاضي لصالح المدعى وذلك بثبوت النسب الذي يدعيه صارت له كافة الحقوق والأحكام المقررة شرعاً بسبب البيّنة والأبوة وغيرها. ونود الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى القول بأن النسب لا يثبت إلا بشهادة رجلين عدلين لكونه ليس بما لا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال لذا فليس للنساء فيه مدخل كالخندود والقصاص، أما عند الحنفية فكما يجوز إثباته بشهادة (رجلين) فإنه يجوز إثباته بشهادة (رجل وامرأتين) أيضاً^٩.

أما إذا كانت البيّنة متعلقة بأصل الولادة أو المولد بعينه فيجوز الإثبات في هذه الحالة بشهادة (امراة مسلمة حرّة معروفة بالعدالة) إن كانت الزوجية قائمة وولدت الزوجة لمدة ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد، أو ولدت المطلقة طلاقاً رجعيّاً بما يساوي أو أقل

^٦ سعد صالح الجويري، مرجع سابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.

^٧ عائشة سلطان الترتزي، مرجع سابق، ص ٥٩.

^٨ هبة مصطفى الرجولي، مرجع سابق، ص ٧٦١.

^٩ أبو البقاء بخرم بن عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٢٥. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٤٠. عبدالوهاب خلايف، مرجع سابق، ص ١٨٦. بيان فداء عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص ٢١٧.

^٥ ساسي بن حليم، قانون الأحوال الشخصية، محاضرات في القانون المدني، ص ٢٢٥. نشر بتاريخ أيلول ٢٠١٧ في موقع مدونة قانونية، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٩/٣: ٢٠٢١/٩/٣.

https://boubidi.blogspot.com/2017/09/blog-post_18.html

^٦ لعمرة حويل جرد حول عدالة الجمع، تجرّ عبدالقادر أبو فارس، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دون دار ومكان النشر، دون طبعة، ٢٠١٠، ص ٤٤٤.

الخفيفة أجازوه من باب الاستحسان لكون النسب من الأمور الذي قلَّ ما يعانٍ سببه حقيقة، إذ أن سبب النسب الولاء ولا يحضرها إلا القابلة فلو لم نخر الشهادة عليها بالتسامح أدى ذلك إلى المخرج. أما المالكية والحنبالية والشافعية فهم أيضاً أجازوا إثبات النسب بالسماع على أن يكون النسب مشهوراً، مع وجود بعض الخلاف بينهم في الجزئيات لا لزغب الدخول في تفصيلها^١.

أما مع موقف المشرع العراقي فيلاحظ بأنه لم ينص في قانون الأحوال الشخصية على البيّنة باعتبارها طريقة لإثبات النسب، سوى ما ورد في المادة ٢/٥٢ من قانون الأحوال الشخصية^٢ التي سبق وأن تناولناها في المبحث السابق الخاص بإقرار المرأة المتزوجة أو المعتدة بنسب مجهول النسب وعدم تصديق زوجها لإقرارها عندها أجاز لها المادة المذكورة إثبات إقرارها وادعائها بالبيّنة. وبخلاف القانون العراقي فإن أغلبية القوانين أشارت بكل صراحة إلى البيّنة كوسيلة لإثبات دعوى النسب بلّ وفصل بعضها أحكامها، مثلاً جاء المادة (١/٢٢٨) من القانون السوري: "يثبت النسب بالزواج أو بالإقرار أو بالبيّنة" كما جاء في المادة (١٥٨) من مدونة الأسرة المغربية: "يثبت النسب بالقرش... أو بشهادة عدلين"، وعلى نفس المنوال ورد في المادة (٦٨) من قانون الأسرة التونسي: " يثبت النسب بالقرش... أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فاكتر". أما المشرع القطري فقد استفاد من الفقه الإسلامي في هذا المجال وخصص له مواد معينة لكون إثبات ونفي النسب له طرق خاصة للإثبات في الشريعة الإسلامية كما تبين لنا سابقاً، فقد جاء المادة (٩٣) من القانون القطري: "يثبت النسب بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين"، وحينما يكون النزاع متعلق بنبوت الولادة أو تعيين المولود بين الطرفين جاء في المادة التالية أي (٩٤): "تثبت الولادة وتعيين المولود بشهادة الواحد العدل المسلم ذكراً كان أو أنثى".

^١ محمد أحمد السخسي، مرجع سابق، ص ١٦٦، ١٤٩-١٥٠. وفيه مصطفي الرحلي، مرجع سابق، ص ٧٢٢.

^٢ أوان عبدالله الفيضي، إثبات حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص ١٩.

أو أكثر من (أقصى مدة الحمل) من تاريخ وقوع الطلاق، أو ولدت المطلقة طلاقاً باتناً أو المتوفى عنها زوجها لأقل من أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق أو الوفاة، والعلّة من وراء ذلك أن المرأة في الأصل فرأى زوجها في هذه الحالات والنسب فيها يثبت بالفراش لا بالبيّنة، أما عند المالكية فيتم إثباته بشهادة امرأتين، وأبّرغ نسوة عند الشافعية حينما تكون البيّنة متعلّقة بتعيين الولد^١.

أما بخصوص رفع دعوى النسب فيجب أن نفرّق بين حالتين وهما:

أولاً: إذا كانت الدعوى لا تتضمن حمل النسب على الغير كالأبوة والنبوة وكان المدعي مدعيّاً، ففي هذه الحالة ترفع الدعوى بمجرد عن أي حق آخر لأن النسب هو المقصود بذاته ويدعي به قصداً.

ثانياً: أما إذا كان المدعي عليه في الحالة الأولى متوفياً، أو كانت الدعوى تتضمن حمل النسب على الغير كالأخوة والعمومة، ففي هذه الحالة يجب رفع دعوى النسب ضمن حق آخر لأن النسب بعد الوفاة وكذلك حمل النسب على الغير لا يقصد لذاته وإنما لما يترتب عليه من حقوق كحق النفقة والإرث وغير ذلك^٢.

ونهي كلانا عن البيّنة أو الشهادة في الفقه الإسلامي بالشهادة السماعية أو ما يسمى بـ(السماع) أو (السّماع)، فجمهور الفقهاء أجازوا إثبات النسب من خلاله للضرورة، والحنفية يشترطون لنبوت النسب بواسطة الشهادة السماعية أن يكون النسب مشهوراً، والشهادة بالشهرة قد تكون حقيقية وهي أن تشتهر وتسمع من عدد كبير من الناس بحيث لا يتصور تواطؤهم على الكذب ولا تشترط في هذه الشهادة العدالة ولا لفظ الشهادة وإنما يشترط التواتر، وقد تكون الشهادة حكمية وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عدول بلفظ الشهادة، ورغم عدم جواز إثبات النسب بالسماع إلا أن

^١ محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص ٢٤٥. ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ص ٣٧٤. ابن عابدين محمد أمين صمر، مرجع سابق، ص ٥٤٥. وفيه مصطفي الرحلي، مرجع سابق، ص ٧٢٣-٧٢٤.

^٢ عبدالعابود خلاف، مرجع سابق، ص ١٨٦. و محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص ٣٢٤-٣٢٥.

على أيّ حال، لكون دعوى النسب تعتبر من دعوى الحسبة كما يراه الفقه والقضاء العراقي فإنه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ولا يقتصر على الشهادة^٣. ولهذا ذهب أحد التمرّج إلى القول: أنه يجوز الاعتماد على الرسائل الشخصية المتبادلة بين الرجل والمرأة، أو للملزمات المكتوبة أو أية وثيقة أخرى يمكن أن يستنتج منها القاضي دليلاً أو قرينة قضائية مقنعة على ثبوت النسب^٤. ويضيف إلى ما سبق، أنه يجوز إثبات هذه الدعوى بالبيّنة (الشهادة) بموجب المادة (٧٦) قانون الإثبات العراقي.

وعن مدى قوة البيّنة كدليل لإثبات النسب فلو تنازع شخصان على نسب طفل فأقام الأول البيّنة على دعواه أما الثاني فلم يكن لديه دليل سوى أنه أقرّ بالنسب ففي هذه الحالة يثبت النسب من الشخص الأول لكون البيّنة أقوى^٥.

وفيما يخص القضاء العراقي فإنه قد أعطى اهتماماً خاصاً بالبيّنة أو الشهادة في دعواي النسب في الكثير من أحكامه، إذ جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "لأن الواجب تكليف المميز عليها/المدعية إثبات دعواها بالبيّنة المعتدلة والاستماع لشاهدي مجلس الزواج أو الزفاف والاستماع للبيّنة الشخصية للولادة"^٦. وفي حكم محكمة التمييز لإقليم كردستان العراق يظهر لنا مدى قوة الشهادة حتى مقابل نتيجة فحص الحمض النووي إذا جاء فيه: "إن نفي نسب الصغیر من والده المتوفى وإخلافه بنسب آخر لا يجوز قانوناً وشرعاً إلا إذا ثبت أن فصلية ولد الطفل ومحضر تطابق الألسنة والصفات الوراثية تشابه الصفات الوراثية للمدعي وزوجه شرطه أن تعزّر بشهادات الشهود من أقارب الطرفين"^٧، يلاحظ من نص الحكم أن القضاء لا يقبل حتى بنتيجة فحص (DNA) في نفي نسب الطفل ما لم يعزّر بشهادات الشهود.

إضافة إلى ما تقدّم فإن القضاء العراقي حرص على مراعاة القواعد الشرعية الخاصة بالإثبات ومنها إثبات دعوى النسب، إذ جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "لأن المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي لها دليل شرعي خاص بها لا تخضع لأحكام قانون الإثبات... وحيث إن القواعد الشرعية الخاصة بالإثبات الإدعاء بمهدة الدعوى يتطلب إثباتها بشهادة شاهدين من النساء مع رجل على الأقل وإذا تم الاستماع لشهادة شاهدين فإن ذلك يتم عن طريق الاستماع لأقوالهن جنباً إلى جنب وليس على الإنفراد"^٨.

وفيما يخص الناحية الإجرائية كيفية إقامة دعواي إثبات أو نفي النسب فإن المشرع العراقي لم ينظر إليها في قانون الأحوال الشخصية، لكن القضاء أشار إليها من خلال أحكامه فقد جاء في حكم محكمة تمييز إقليم كردستان: "لا يثبت النسب إلى الميت إلا بعد دعوى حق أو مال وضمناً، وجاء في حكم آخر لها: "إن دعوى نفي النسب إلى الميت لا يكون إلا ضمن حق أو مال"^٩. لكن نظيره القطري خصص المواد من (٩٧) ولغاية (١٠٠) لدعواي النسب، وبموجب هذه المواد: لا يجوز سماح (دعوى) نسب فيه تحميل نسب على الغير) أو (دعوى النسب بالأبوة أو النبوة بعد وفاة المدعي عليه) إلا بعد دعوى حق، أما إذا كان المدعي عليه على قيد الحياة فيجوز سماح دعوى النسب بالأبوة أو النبوة بمجرد حق، وإضافة إلى ما تقدّم لا يجوز رفع الدعوى بنفي النسب من ورثة المبرر بعد ثبوته بإقرار الصحيح. يفهم من هذه النصوص بأن المشرع القطري استفاد من الفقه الإسلامي على خلاف نظيره العراقي الذي لم يستطع تقنين الفقه الإسلامي في نصوص قانونية.

^١ رقم ٣٣٢٠/حسبة/أول/٢٠٠٧ في ١١/١٢/٢٠٠٧. أوان عبدالله الفيضي، إثبات حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص ٢٠.

^٢ رقم ١٧٤/حسبة/٢٠٠٠ في ٤/٤/٢٠٠٠ رقم ٣٢٤/حسبة/٢٠٠٠ في ١٠/٧/٢٠٠٠. كيان سيد

أحمد، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

^١ جمع سعدون الربيعي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

^٢ فاريق عبدالله كبري، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

^٣ أوان عبدالله الفيضي، إثبات حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص ١٩.

^٤ رقم ١١١/حسبة/أول/٢٠٠٠ في ٢٠/٢/٢٠٠٠. المرجع نفسه، ص ١٩.

^٥ رقم ٤٦/حسبة/٢٠٠٠ في ٤/٢/٢٠٠٠. كيان سيد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

في هذا المبحث نود الإشارة وبشكل موجز إلى الوسائل المختلف عليها بين فقهاء المسلمين في إثبات النسب وهما (القيافة، والقرعة). يقصد بالقيافة: التعرف على نسب المولود بالظن إلى أعضائه وأعضاء والده^١. ويرى جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بجواز إثبات النسب بالقيافة عند التنازع على نسب الطفل وعدم وجود الدليل، أو عند تعارض أدلة الأطراف المتنازعين وعدم إمكان ترجيح دليل على آخر، بمعنى آخر تعتبر القيافة دليلاً من أدلة إثبات النسب إذا حصل الاشباه أو التنازع على نسب الولد، لكن إن كانت الزوجية قائمة (الفرش)، أو البتة متوفرة فلا يمكن المنجوع إليها، ولا عبرة بكلامهم. أما الخفية فلا يقبلون إثبات النسب بهذه الطريقة استناداً لحديث الرسول ﷺ (الولد للفرش) إذ يرون أن هذا الحديث يفيد حصر النسب بالفرش فلا يمكن إثباته بالقيافة ويلحقون النسب بالمدعين جميعاً على اعتبار أنه من الجائز أن تخلق الولد من مائتين، لكن هذا الإجماع مرفوض قطعياً من الناحية العلمية، إذ أن الجنين يتخلف من نطفة واحدة من الذكر وبويضة واحدة من الأنثى، وهذا ما أكدته سبحانه وتعالى في قوله (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى)^٢.

أما القرعة فهي طريقة تعمل لتعيين ذات أو نصيب من بين أمثاله إذا لم يمكن تعيينه بجمحة، والفقهاء بخصوصها على قولين: الأول، المالكية يجيزون القرعة لإثبات النسب في حالة تساوي البينات أو تعارض قول القاضين، وذلك معاً لوقوع البغض

^١ محمد رواس فنجعي، وحامد صادق فني، معجم لغة الفقهاء، دار الفلاس للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٩٨٨، ص ٣٧٣.

^٢ عبد الله محمد الطنطاوي وآخرون، مرجع سابق، ص ١٥٣. وحظي بن إسحاق الجبدي، مرجع سابق، ص ١٨٥-١٨٦. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٣٩. ابن قدامة عبد الله بن محمد، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٧١-٣٧٢. محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٥٠. عائشة إبراهيم المقادمة، مرجع سابق، ص ٣١-٣٢. أحمد محمد السعدي، مرجع سابق، ص ٨١.

ونحتم كلامنا حول البينة أو الشهادة بالحدث حول (التسامع) كوسيلة من وسائل إثبات النسب. حقيقة، المراجع التي اعتمد عليها الباحث لكتابة هذه الدراسة كانت على اتجاهين: اتجاه تناول التسامع ضمن الشهادة وآخر تناولها كوسيلة مستقلة عنها، وبدورنا فقتلنا الاتجاه الأول لكونها في الأصل شهادة لكنها سماعية وليست بعبائية.

وفيما يخص التسامع ذكرت إحدى الباحثات: إذا كان الأصل عدم جواز قبول الشهادة ما لم يكن الشاهد قاعد عين أو سمع بنفسه الواقعة موضوع النزاع إلا أن الفقهاء أجازوا من باب الاستثناء الشهادة بالتسامع من الناس وذلك لرعاية مصالح الناس والحاجة الماسة إليها لما فيها من رفع الضرر وعدم تعطل الأحكام^١.

على أية حال، المشرع العراقي كما لم ينص على الشهادة كوسيلة لإثبات النفي في قانون الأحوال الشخصية، فإنه سلك نفس المسلك بخصوص التسامع إذ جاءت نصوص القانون المذكور خالية من أي ذكر لها كوسيلة لإثبات النسب، وذلك بعكس القوانين المقارنة فمدونة الأسرة المغربية في المادة (١٥٨)، وقانون الأسرة القطري في المادة (٩٥) نصاً صراحة على ثبوت النسب بالتسامع. وعليه، بإمكان المشرع العراقي تعديل القانون بحيث يجعل التسامع دليلاً شرعياً خاصاً لإثبات النسب مقتدياً بذلك هذه القوانين وافقه الإسلامي.

والحدود بين الأطراف والرضى ما قدره الله. أما الثاني، بقية المذاهب الأربعة فلا يجيزونها مطلقاً لكونها لا تعتمد على شيء^١.

تبيّن لنا لما تقدّم أن (القيافة والقرعة) وسائل غير متفق عليها في الفقه الإسلامي، ولهذا فإن القانون العراقي والقوانين المقارنة لم تنص عليهما كوسائل معتمدة لإثبات النسب، وتضيف إلى ذلك أن السبب الآخر لعدم الأخذ به هو أن القائل بما يقع الخطأ في حكمه، لكونه يعتمد على الجنس والتخمين والفراسة، في حين نحن نعيش في عصر التقدم العلمي الطبي ويمكن الاعتماد على المستكشفات الطبية في هذا الخصوص كالبيضة الوراثية إذ إن هذه التقنية لو استخدمت حسب الأصول المعتمدة عند أهلها يكاد يتعذر فيها احتمال الخطأ^٢، وإذا كان هذا هو حال القيافة فمماذا نقول بحق القرعة التي لا تعتمد على شيء كما قالها فقهاء المسلمين. ولهذا يمكن القول بأن موقف المشرع العراقي وبقيّة المشرعين العرب جاء مناسباً للظرف الزمني الذي نعيشه، لأن القياافة والقرعة إن كانتا مناسبين لإثبات النسب بالشرط التي ذكرها فقهاء المسلمين في مصنفاتهم لزمانهم ذلك فإمّا لا تصلحان لزماننا هذا المعروف بعصر التقدم والتكنولوجيا وما قدّمه من استكشافات طبية في مجال النسب.

خاتمة

بعد رحلة مع بطون الكتب الفقهية والنصوص القانونية وما دونه الفقهاء والباحثين القانونيين حول أحكام النسب توصلنا إلى أن القانون العراقي يشوه فجوة تشريعية كبيرة بخصوص أحكام النسب، ورغم ذلك تصدّى لها القضاء بشكل مناسب. أما تفصيل الاستنتاجات والتوصيات فكما يلي:

أولاً: الاستنتاجات.

١. يعزّي القانون العراقي فراغ تشريعي كبير فيما يخص أحكام (فرش الزوجية) كوسيلة شرعية لإثبات النسب، حيث تم صياغة المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية التي تناولها من قبل المشرع بإيجاز شديد وبكلمات عامة معقدة وهذا اختلف الباحثون في القانون العراقي في مدى عمول الحالات الأخرى المتعلقة بفرش الزوجية كالزواج الفاسد والوطء بشبهة بل وحتى العقد الباطل لأحكام هذه المادة من عدمها. أما نفي النسب الثالث من فرش الزوجية من خلال المعان فإن القانون العراقي لم يتطرق إليه مطلقاً لا صراحة ولا ضمناً.
٢. لم يبيّن القانون العراقي موقفه من نسب ولد الزنا وكذلك اللقيط بنصوص قانونية واضحة وتسيّب ذلك في اختلاف الفقهاء والباحثين حول مدى جواز ثبوت نسب ولد الزنا من الزاني، واللقيط من المقرّ بنسبه.
٣. فيما يخص (الإقرار) كوسيلة شرعية لإثبات النسب فإن موقف المشرع كان أفضل حيث خصّص له ثلاث مواد من أصل أربع مواد المخصصة لأحكام النسب وهي المواد (٥٢، ٥٣، ٥٤)، ولهذا فضل المشرع في أحكامه ولم يعرّ القانون في هذا الصدد سوى ثغرة طفيفة وهي عدم تناول مسألة الرجوع عن الإقرار، والنقص في عدد الشروط الواجب توافرها في الإقرار.
٤. أما فيما يتعلق بد(البينة-الشهادة) فقد خلا قانون الأحوال الشخصية العراقي من أي نص يتناولها واعتبارها وسيلة مستقلة لإثبات ونفي النسب، ولهذا لجأ الباحثين لقانون الإثبات لبيان أحكامها، ونفس الأمر ينطبق فيما يخص بد(التسامع).
٥. ورغم الفجوة التشريعية الكبيرة التي يعاني منها قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بأحكام النسب إلا أن موقف القضاء جاء موافقاً لما عليه جمهور فقهاء المسلمين حينما تصدّى للقضايا المعروضة عليه وذلك استناداً لأحكام المادة (الأولى/٢) من القانون المذكور التي تجيز تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية في

إثبات النسب ونفيه على ضوء الاستكشافات الطبية*

لنسب مكانة عظيمة لدى المجتمعات الإنسانية فهو الذي يوحّد أفراد الأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية في بناء المجتمع، بمعنى آخر أن اختلاط الأنساب ليس إلاّ هدم لكيان الأسرة وتغيير المجتمع، ولهذا فإن جميع السرائع السملوية والوضعية نظمت أحكام النسب من خلال نصوص شرعية وقانونية من أجل بقاء النسب صافياً لا يشوبه شائب لأهميته وخطورته. والشريعة الإسلامية بدورها أقرت بأدلة خاصة لإثبات ونفي النسب التي هي (فراش الزوجية، الشهادة، الإقرار، القيافة والقرعة كأدلة لإثبات، والمعان كدليل نفي) وقد تناول فقهاء المسلمين تفاصيل أحكام هذه الأدلة ضمن مصنفاتهم الفقهية، كما أن المشرعين الوضعيين في البلدان الإسلامية بدورهم قاموا بتقنين هذه الأحكام في القوانين الخاصة بمسائل الأسرة أو ما يسمى بالأحوال الشخصية.

لكن بعد التقدّم التكنولوجي في مجال الطب وظهور الاستكشافات الحديثة في هذا الخصوص أصبح لإنجاب الولد دون الاتصال الجنسي عملاً سهلاً كما تم القضاء على كثير من أنواع العمق بعد أن كان مستحيلًا في الماضي، وإذا كان هناك صعوبات في إثبات النسب ونفيه من خلال الأدلة التقليدية التي أقرت بها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية أصبح ذلك ممكناً وسهلاً من خلال فحوصات طبية تصل درجة دقتها لحدّ يقين خلال مدة قياسية لا تستغرق سوى يومين أو ثلاث تقريباً.

وبنتيجة لاختلاط حياة الناس بهذه المستكشافات الطبية الحديثة التي تعتبر نازلة عصية لها أثرها على أحكام إثبات النسب ونفيه، تصدّت لها فقهاء المسلمين وتناولوا تفاصيل أحكامها من خلال عقد المؤتمرات الشرعية والعلمية والطبية وأصدروا قرارات

* نشر هذا الفصل بمبحث أكاديمي بعنوان "إثبات النسب ونفيه على ضوء الاستكشافات الطبية: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (الشريعة الإسلامية، التشريعات العربية) في العلة الأثرية للدراسات القانونية والسياسية التي تصدرها جامعة أحد دراية العراقية، المجلد ١٦، العدد ١، ٢٠٢٢.

حالة وجود فراغ تشريعي بخصوص القضية المعروضة على القضاء دون التمسك بمذهب معيّن.

ثانياً: التوصيات.

لا نودّ اقتراح نصوص قانونية معيّنة على المشرع لمعالجة الثغرات التشريعية التي يعاني منها القانون بخصوص أحكام النسب، وإنما سنبيّن أهم المسائل التي من الضروري معالجتها تشريعياً ولنترك للمشرع اختيار النصوص القانونية وصياغتها مستفيداً من ذلك من الفقه الإسلامي والقوانين العربية الشقيقة. وأدناه أهم هذه المسائل:

١. جعل المادة (٥١) من قانون الأحوال الشخصية خاصة بالزوجية الصحيحة وحدها مع بيان أدق مدة الحمل.
٢. تناول أحكام النسب في الزواج الفاسد والوطء بشبهة.
٣. بيان أحكام النسب في حالة المتعدّة من طلاق أو وفاة مع بيان أقصى مدة الحمل.
٤. إدراج نص خاص في القانون فيما يتعلق بنسب ولد الزنا واللفظ وحسم الجدال الدائر بين الفقهاء والباحثين في القانون العراقي حوله.
٥. معالجة مسألة نفي النسب بالعلان بمواد قانونية صريحة وعدم الاستمرار في تجاهل هذه الوسيلة الشرعية لنفي النسب.
٦. بيان موقفه من التراجع عن الإقرار بنوعيه ومد النقص الموجود في شروط الإقرار.
٧. ضرورة تناول أحكام (التيبة-الشهادة) كوسيلة لإثبات النسب بالتفصيل ضمن متن قانون الأحوال الشخصية لكونه القانون المعني بأحكام النسب وعدم تركها لقانون الإثبات لكون الأخير لم يشتر خصيصاً لإثبات المسائل الشرعية وبذلك فهو قاصر لتغطية إثبات جميع المسائل الشرعية ومنها مسائل النسب التي لها طرق شرعية خاصة لإثباتها.

وقفاري في هذا الخصوص، كما تناولوها من خلال مصنفاتهم أيضاً، ومشرعي البلدان الإسلامية وخاصة مشرعي الدول العربية بدورهم قاموا بتعديل قوانين الأحوال الشخصية لبلادهم أو شرعوا قوانين خاصة في هذا الصدد من أجل مواكبة هذه التطورات التكنولوجية الطبية.

المشرع العراقي كأيّ مشرع وضعي آخر حينما أصدر قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨)، خصّص منه مواد محددة لأحكام النسب، مستمداً أحكامه من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأساسي والأول لقانون الأحوال الشخصية، لكن المشرع ومنذ إصداره للقانون المذكور عام ١٩٥٩ وقيامه بإجراء عشرات التعديلات عليه لغرض سد الثغرات التشريعية التي يعترضه، أو تصيب أحكام النسب أبة تعديلات. وعليه، فإن تساؤلات التي تطرح نفسها من هذه الإشكالية هي ما يلي:

١. هل أن للواد المختصة في قانون الأحوال الشخصية العراقي لأحكام النسب تستوعب أحكام إثبات النسب ونفيه على ضوء المستكشافات الطبية الحديثة وهذا لم تجر عليها أبة تعديلات أم تشوّهت ثغرات تشريعية؟
٢. ما موقف القضاء العراقي من هذه الاستكشافات الطبية بخصوص إثبات النسب ونفيه؟

المبحث الأول: إثبات ونفي النسب بالتلقيح الصناعي.

يعرّف التلقيح الصناعي بأنه "عملية يقصد بها التخلص من نقص أو قلة الإخصاب بغرض العلاج وتحقيق الإنجاب بغير طرق الجماع"^١، وهو على نوعين إذ قد يكون داخلياً أو خارجياً.

فالدخلي هو التلقيح الذي يتم من خلاله حقن ماء الزوج أو غيره داخل رحم الزوجة أي أن يتم التقاء النطفة بالبيضة داخل الجسم. أما الخارجي: فهو الذي يتم خارج الجسم أي أن التلقيح يتم خارج الرحم أو الإخصاب يتم خارج التقاء البيضة مع النطفة يتم خارج الرحم ثم بعد ذلك تعاد البيضة الملقحة خارجياً أو المخصبة إلى داخل الرحم (صاحبة البيضة) وهذا ما يسمى بتلقيح أطفال الأنابيب^٢، أو يتم زرع في رحم امرأة أخرى غير الزوجة لأي سبب كان وهذا ما يسمى بـ(استئجار الرحم أو الرحم البديل)^٣.

وحسب المستكشافات الطبية الحديثة يمكن الاحتفاظ بالنطف والبيضات وكذلك البيضات المخصبة في البنوك المعدّة لهذا الغرض لمدة طويلة، بل والأكثر من ذلك فقد توصل العلم إلى إمكانية إخراج النطف من جسم الميت من لحظة وفاته وعلابة أربع ساعات والاحتفاظ به في البنك^٤. وعليه أصبح من السهل أن تنجب الزوجة وإن كانت بعيدة بحيث يستحيل التلاقي مع زوجها وذلك من خلال نقل مبيّ زوجها وإدخاله رحها سواء كانت بالطريقة

^١ بوفندول سعيدة، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ٤، العدد ٨، ٢٠١٧، ص ٢٤.

^٢ حيدر حسين الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وظيفيات التلقيح الصناعي: دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة المحقق، المجلد ٢، عدد ٤، ٢٠١٠، ص ١٢٤-١٣٥.

^٣ أحمد صالح الجبوري، وقاض عواد الديلمي، حق الطفل في النسب والجرم المرتبطة به: دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للبحوث للعلوم، المجلد ٦، عدد ٣٠، حزيران ٢٠١٦، ص ٢٨٠-٢٨١.

^٤ حيدر حسين الشمري، مرجع سابق، ص ١٥٥، ١٥٦.

وأصل^١. ولهذا كان لفقهاء المسلمين المعاصرين موقفهم الحاسم من هذه التطورات في مجال التقدم الطبي.

فمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مكة أجاز التلقيح الصناعي الداخلي بين الزوجين، كما أن دار الإفتاء المصرية هو الآخر أجاز التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين بشرط أن لا يكون الولد الناتج من التلقيح مشوهاً^٢.

بشكل عام فقهاء المسلمين يميزون التلقيح بنوعه إن كان بين الزوجين لكن المشكلة التي تطهر في حالة تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج بعد الانفصال أو الفروقة بينهما بأية طريقة كانت، هل سيثبت نسب المولود بهذه الطريقة إليه؟

هذا الموضوع محل شك وخلاف بين فقهاء المسلمين، فهناك من يفرق بين التلقيح الحاصل بعد وفاة الزوج وأثناء فترة العدة من التلقيح الحاصل بعده، وهم تفاصيل في هذا الخصوص لكن مجمع البحوث الفقهية وكذلك مجمع الفقه الإسلامي يمكنه يفرض ذلك ويرون أن التلقيح الحاصل بعد الوفاة أشبه بالعدمة من طلاق بائن لأن الزوج لا يستطيع مراجعة زوجته فيه. و فريق آخر يفرق بين تحصيب البويضة قبل الوفاة أو الطلاق وبعدها، أما الفريق الثالث فيفرق بين التلقيح أو التحصيب الذي يحصل أثناء عدّة الوفاة والطلاق أم بعدها. والذي توصل إليه الفرق الثلاثة هو: عدم ثبوت نسب المولود مطلقاً سواء حصل التلقيح قبل الوفاة أو الانفصال أم بعده هذا ما توصل إليه الفريق الأول، أما فيما يخص الفريق الثاني فيثبت النسب للطفل إن تم التلقيح قبل التعدة من وفاة أو انفصال، أما الفريق الأخير ففصل إلى إثبات النسب للطفل إن تم التلقيح أو الإخصاب قبل الوفاة أو الانفصال وإن تم زرع البويضة المخصبة بعد ذلك^٣.

^١ كريمة عبود جبر، الثقبات الخبيثة في إثبات النسب البصمة الوراثية الوفاة، مجلة والقلم، المجلد، العدد ٢٧، ٤٢٠٠، ص ١٠٤-١٣١.

^٢ يوهان سولانا، إثبات النسب بغيره وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج ليل إجازة لدراسة العليا للقضاء، العدد (١٦): ٢٠٠٠-٢٠٠٠، ص ١٥.

^٣ جابر حسين الشريفي، مرجع سابق، ص ١٢٢-١٣٥.

العادية أو من خلال التلقيح الصناعي، لكن الخطر يكمن في أنه من الممكن أن تزرع المرأة بماء رجل آخر غير زوجها في رحمها وتجنب طفلاً وهذا ما موجود في المجتمعات الغربية والتي قد تنتشر في مجتمعاتنا نتيجة لابتعادنا عن منهج الله عز وجل ففجع منازعات بخصوص مسائل النسب^٤.

وما جاء في مجلة (بيوزيك) التي صدرت بتاريخ ١٩٨٥/٣/١٨ تؤكد هذه الخطورة الجسيمة إذ وردت فيها: في هذه الأيام تشهد بنوك المني ازدحاماً كبيراً وتحققت أرباحاً خيالية، كما وردت أيضاً أنه توجد حوالي ربع مليون طفل مجهول الأب، لأنهم أنجبوا نتيجة للتلقيح الصناعي الداخلي بماء رجل مترع أو مانح^٥.

ويعتبر العالم الأمريكي (جيمس واغنسن) أول من نادى بضرورة أن يحاط الإنتاج الجيني بقواعد الأخلاق من خلال مقال نشر له عام ١٩٧١ في مجلة (أطالانتيك) إذ ذكر فيه أنه على المجتمع عدم ترك العلماء وحدهم لاتخاذ القرارات بخصوص تكنولوجيات الكائنات الجديدة كالأطفال الأنابيب، ومن الأفضل للمجتمع أن يشجع جدلاً واسعاً حول التضمينات الاجتماعية للعلم والأسيات يوم ما نخسر حربتنا في الاختيار فجأة^٦.

يظهر لنا بما تقدم إن عدم تغطية المستكشفات الطبية بأحكام الشريعة فإنما ستؤدي إلى فساد الأنساب والعينين وإثبات النسب في ضوء العلبيات العلمية المعاصرة: دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٣٦.

والأخت، وعقدنا في الحلال بالرحم، ويتم إضاعة الحقوق الواجبات، كما سيتم إباحة الأعراض والحرمات، وبذلك ستقتل حياة الناس إلى ما أشبه بجياة الحيوانات بل

^٤ أولاد ابن الله الفيضي، إثبات حق النسب للحين في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للتحقيق، المجلد ٤، العدد ١، ص ١٩١، ٢٠١٩، ص ١٢.

^٥ كريمة عبود جبر، الثقبات الخبيثة في إثبات النسب البصمة الوراثية الوفاة، مجلة والقلم، المجلد، العدد ٢٧، ٤٢٠٠، ص ١٠٤-١٣١.

^٦ سيدنا محمد بن عبد الله، البصمة الوراثية وعلاقتها بالشريعة، مكتبة وهدية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥١.

وفيما يخص زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة لأي سبب كان والذي يسمى (استئجار الرحم، أو الرحم البديل)، فهذا غير جائز شرعاً ومن آثارها يعتبر الولد يحكم ابن من الرضاة بخصوص المرأة صاحبة الرحم، ونسب الولد لوالديه الحقيقيين، ويتجاوز ذلك من الناحية الشرعية اقترح البعض أن يتم عقد شرعي غير رسمي بين الزوج وتلك المرأة صاحبة الرحم، وآخرون أجازوا الرحم الأممي البديل إن حصل بين زوج وزوجتين، لكنهم اختلفوا في تعيين الأم فمنهم من قال بأن صاحبة الرحم هي الأم، ومنهم من قال بأن صاحبة البويضة هي الأم^٧.

أما إثبات النسب خارج العلاقة الزوجية ويقصد بذلك أن لا يكون بين أطراف عملية التلقيح الصناعي (صاحب النطفة، صاحبة البويضة، وصاحبة الرحم) أية علاقة زواج شرعية أو قانونية، والصور التي يمكن أن تتمخض عنها هي: أولاً: التلقيح ثنائي الأطراف، بمعنى الرجل هو صاحب النطفة، والمرأة صاحبة البويضة والرحم. ثانياً: التلقيح ثلاثي الأطراف، أي الرجل صاحب النطفة، والمرأة صاحبة البويضة، وامرأة أخرى صاحبة الرحم. ثالثاً: طالب التلقيح من غير أطراف العلاقة، هذه الصورة تتضمن الصورتين السابقتين إلا الإخصاب والحمل يكون لصاح طرف آخر. هناك إجماع بين فقهاء المسلمين حول عدم مشروعية جميع الصور المذكورة، لكن المشكلة تكمن في مدى ثبوت النسب إن وقعت إحدى هذه الصور. حقيقة، هناك خلاف الفقهاء في هذا الخصوص ويتردد آرائهم لثلاث اتجاهات: الأول، يترتب آثار الأبوّة والأمومة كاملة، فمنهم من أثبت نسب الولد إلى صاحب النطفة، ومنهم من ألق نسب لزوج صاحبة (الرحم أو البويضة)، أما الثاني فيرتب عليه أحكام الزنا، والأخير يترتب عليها أحكام التبني واللقب^٨.

بعد بيان موقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الصناعي بشكل موجز لكون نطاق البحث لا يستوعب مناقشة آراء فقهاء المسلمين وذكر أدلة كل رأي على حدة تنتقل إلى موقف القانون العراقي وتقول: نظراً لكون التلقيح الصناعي له صلة مباشرة بالمسائل المتعلقة بالأسرة وخاصة النسل (النسب) لذا من المفروض أن يتم تناوله ضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ لكن نظراً لعدم تناوله في القانون المذكور، فإن الباحثين في القانون العراقي يبحثون عن موقف المشرع ضمن القواعد والمبادئ العامة للقانون وكذلك ضمن قانون الأحوال الشخصية نفسه وذلك من خلال تحليل وتفسير بعض نصوصه.

فحسب القواعد والمبادئ العامة للقانونين الجنائي والمدني لن تكون عمليات التلقيح الصناعي البشري جائزاً إن لم تدخل ضمن حالة من الحالات المتصورة على إباحتها، ولعل أكثر الأسس القانونية ملائمة لهذه العمليات هي (حالة الضرورة، عمليات زراعة الأعضاء البشرية، وعمليات الجراحة والعلاج الطبي). لكن عند تطبيق شروط حالي (الضرورة وعمليات زراعة الأعضاء) على التلقيح الصناعي يلاحظ بأن شروطها لا تتوافر فيه، أما فيما يخص الأساس أو الحالة الثالثة والتي هي (عمليات الجراحة والعلاج الطبي) فلكون عمليات التلقيح الصناعي يقصد بها التغلب على عائق مرضي أو خلقي (غير طبيعي) يحول دون حصول الإنجاب بالطريق الطبيعي أي يعالج عدم القدرة على الإنجاب أو الإخصاب. وعليه يمكن القول: بأن التلقيح الصناعي يأخذ حكم عمليات الجراحة والعلاج الطبي دون شك الذي هو الإباحة^٩.

أما فيما يخص نصوص قانون الأحوال الشخصية قبل تناول المادة الأولى منه، نود الإشارة إلى نصوص أخرى من القانون نفسه لها علاقة بموضوعنا التي ربما تساعدنا على التعرّف على موقف المشرع العراقي، فمثلاً الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه تنص على

^٧ أمه موزان طاهر، التكليف الشرعي والقانون لعمليات التلقيح الصناعي، مجلة الجامعة العراقية، العدد ٢/٣٥، ص ٥٥٧.

^٨ أسعد صالح الجبوري، مرجع سابق، ص ٢٨٠-٢٨١، وجابر حسين الشريفي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

^٩ جابر حسين الشريفي، مرجع سابق، ص ١٤٣، ١٥٥.

ما سبق وأن ذكرناه كان عرضاً وتحليلاً واستنتاجاً لبعض نصوص قانون الأحوال الشخصية لغرض التوصل إلى موقف المشرع عن التلقيح الصناعي ضمناً، لكن لو انتقلنا إلى المادة الأولى منه فإننا نلزم القاضي بالرجوع للمبادئ العامة للشريعة الإسلامية في حالة وجود غرر أو فراغ تشريعي، وقد تبيّن لنا سابقاً بأن عددًا كبيراً من فقهاء المسلمين قد أجازوا إجراء عملية التلقيح الصناعي فيما بين الزوجين دون اشتراط الاتصال الطبيعي بينهما أي الجماع، وبذلك يمكن إثبات نسب الولد إلى والده متى ثبت أن البروة قد حملت من ماء زوجها، بعض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك.¹

ما تقدّم من مآز زوجها، بعض النظر عن الوسيلة التي أدت إلى ذلك.¹

قائمة بينهما، لكن هل يجوز التلقيح بعد وفاة الزوج؟ فنظراً لعدم تناول المشرع التلقيح الصناعي بنصوص قانونية صريحة كما تبيّن لنا سابقاً فإن فقهاء القانون العراقي متقسمين لثلاث آراء:

فهنالك من يرون بأنه لا مانع من قيام البروة بتلقيح بيضتها بماء زوجها والذي تم أخذه منه قبل وفاته مادام أن الغاية من ذلك هي الإنجاب أي التلقيح فهي غاية مشروعة لكونها تحدف إلى إسعاد الزوجين وتحقيق ألمهما في إنجاب الأولاد، لكن هنك رأي آخر معارض تماماً لهذا الرأي ويرى عدم جواز ذلك لأن ذلك يضمن بالعموم للإنسان، ولا يمكن تبني هذا الرأي لغيب نص تشريعي يحكم هذه المسألة. أمام هذين الرأيين المتضادين ظهرت رأي آخر وسط يرى أن حل هذه المسألة يكون في موافقة الزوج فإن كان الزوج قد وافق قبل وفاته على استخدام نطفه على هذا النحو عندها يجوز التلقيح بعد وفاته، وهذا الرأي يعتبر إبداع الزوج لنطفه في مراكز الحفظ دليل على موافقته.²

لكن الباحث (هنا) لها رأي آخر إذ تقول: بما أن المشرع لم يتناول التلقيح بنصوص صريحة ضمن قانون الأحوال الشخصية الخاص بمسائل الأسرة عندها ترجع

أن: "الزواج عقد بين رجل وامرأة لحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل"، وبذلك فإن النص جعل من النسل إحدى الغايات الأساسية للزواج والتي يجب أن يسعى الزوجين إلى تحقيقها، كما أنه اعتبر الزواج عقدًا وبذلك فإنه على طرفي العقد (الزوجين) السعي لتنفيذ التزاماتها الناشئة من العقد وأن أي إسحاق من قبل أحدهما أو كليهما في تنفيذ هذه الالتزامات سيستب في عدم تحقيق الغاية التي من أجلها أبرم العقد، والنتيجة قد يعرض العقد للهدم والزوال وذلك بإزاء الرابطة الزوجية من خلال طلب التفريق القضائي أو الطلاق. ولكون النسل (أو النسب) من أحد المقاصد الشرعية ويعتبر من الضوابط المحسنة التي أتى بها الشرع الإسلامي الحنيف فإن المشرع العراقي وفي المادة (٤٣/٤٥/أ): أجازت للزوجة طلب التفريق القضائي "إذا وجدت زوجها عينياً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية"، وكذلك "إذا كان الزوج عقيمًا أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة"³. أما الزوج فليس له طلب التفريق أو طلاق زوجته بالنسب المتكور لأنه بإمكانه الزواج من ثالثة في هذه الحالة، وأيضاً طلاق زوجته يعتبر متعسفًا في استعجاله وذلك تستحق الزوجة تعويضاً عن ذلك. وعليه، ولكي لا تنصل العلاقة بين الزوجين خلد التفريق القضائي أو الطلاق بينهما، ونظراً لعدم تحديد المشرع السبل أو الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية من عقد الزواج التي هي النسل فإن ذلك يعني أن الزوجين إذا لم يربوا بالنسل بالطريقة الطبيعية للإنجاب التي هي الجماع، بإمكانهما اللجوء إلى المساعدة الطبية من خلال التلقيح الصناعي طالما أن الله عز وجل قد أودع فيها عناصر الإنجاب ومادته، وأن تحقيقه لا يزال ممكناً من الناحية العلمية وإن كانت غير الطريقة الطبيعية طالما هذه الطريقة لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية لأن الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة.⁴

¹ سجارة السعيد، أحكام الإحصاب الاصطناعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق بجامعة محمد حيدر بسكرة، ٢٠١٩/٢٠٢٠، ص ٧٩.

² هادي موزان طاهر، مرجع سابق، ص ٥٦١-٥٦٢.

للمبادئ العامة للشريعة الإسلامية حسب المادة الأولى من القانون المذكور، ولكون العلاقة الزوجية تنتهي وتحل في الشريعة بالوفاة وبذلك فلا يجوز للزوجة تلقيح بيضتها بنطفة زوجها بعد وفاته لانقطاع الرابطة الزوجية بينهما في هذه الحالة، وعليه لا يجوز قانوناً التلقيح الصناعي بعد الوفاة وإن أوصى بذلك الزوج قبل وفاته. وترى أيضاً أنه من المفروض أن ينص المشرع العراقي على ذلك بشكل صريح أو لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى خلق مشاكل قانونية كثيرة فيما يخص النسب والنفقة والميراث وغيره، ومن زاوية أخرى فإن التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج فيه عدم مراعاة لمصلحة الطفل لكونه سيولد من غير أب، كما يدل على أنانية البروة التي ترغب في إشباع رغبتها في الحصول على الطفل والأموعة على حساب الغير⁵. وبدورنا نؤيد ما توجهت إليها الباحثة (هنا)، ونضيف إلى ذلك بأن الحكم الذي توصل إليها بشأن التلقيح بعد وفاة الزوج هو نفسه بخصوص التلقيح بعد الفراق من طلاق أو تفريق قضائي. كما نود الإشارة هنا بأن أحد الباحثين ذهب إلى القول: رغم أن التلقيح الصناعي في القانون العراقي بعد الطلاق البائن أو الوفاة غير جائز إلا أنه يمكن في هذه الحالة التحاليل على القانون خاصة إذا حصل التلقيح الصناعي والإنجاب بما لا يزيد عن أقصى مدة الحمل لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس⁶.

أما حكم التلقيح الاصطناعي إذا دخل فيه طرف ثالث في القانون العراقي، كان يتم زرع البويضة المحصية للزوجين داخل رحم امرأة أخرى لكون رحم الزوج غير قادر على الحمل والإنجاب، فكما قلنا سابقاً أن قانون الأحوال الشخصية لم يتناول التلقيح الصناعي وما يتعلق به من أحكام لكن لو رجعنا إلى المادة (٣٠) من القانون للمدني العراقي سنجد بأنها تنص على: "لزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً، ولا يكون مخالفاً لنظام العام والآداب العامة، ولا كان العقد باطلاً". وعليه، فبهم من النص بأن

⁵ هادي موزان طاهر، مرجع سابق، ص ٥٦٦.

⁶ جابر حسين الشريفي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

¹ سجارة السعيد، مرجع سابق، ص ١١٢.

² هادي موزان طاهر، مرجع سابق، ص ٥٦١-٥٦٢.

الحمل لحساب الغير يعتبر باطلاً سواء كان أجرة أو تبرعاً لكونه عملاً غير مشروعة من حيث المثل والنسب، ورغم ذلك لا يعتبر هذا النص كافيًا بخصوص هذه المسألة والمفروض أن يسلك المشرع العراقي مسلك المشرعين الذين نصوا على حظر التلقيح الصناعي إلا بين الزوجين وعدم جواز إدخال شخص آخر في هذه العملية كما حمل لحساب الغير أو ما يسمى باستئجار الأرحام، وذلك انسجاماً مع النظام العام والآداب العامة⁷. وما توصل إليه أحد الباحثين في دراسته حول المسألة التي نحن بصددتها في القانون العراقي يؤكد هذا الكلام إذ توصل إلى: وإن كان التلقيح الصناعي المحاصل بين غير الزوجين أو استخدام رحم الغير غير جائز وفقاً للقواعد العامة إلا أنه يمكن إثبات النسب فيها بسبب القصور التشريعي في القانون العراقي⁸.

ما سبق كان موقف المشرع العراقي بخصوص التلقيح الصناعي سواء كان في القانون المخصص الذي هو قانون الأحوال الشخصية أم القواعد العامة في القانونين للمدني والجنائي، وقد توصلنا إلى أن صور التلقيح الصناعي التي أجازها فقهاء المسلمين تكون مقبولة قانوناً بموجب المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية التي تجيز للقاضي الرجوع إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية في حالة وجود فراغ تشريعي⁹. كما أن التلقيح الصناعي جائز بين الأولاد الزوجية قائمة وكذلك في حالة الطلاق الرجعي، أما بعد الطلاق البائن أو الوفاة فغير جائز بتاتاً¹⁰.

ومن الجدير بالذكر أن تشير بأنه ومن الناحية العملية فإن عمليات التلقيح الصناعي بنوعيه جارية في المؤسسات الصحية في العراق منذ نهاية الثمانينات من القرن الماضي ولحد الآن، وقد صدر بهذا الخصوص نظام (مركز صدام لأبحاث الأجنة وعلاج

⁷ زهاء حسين إبراهيم، إجراء الأرحام في ضوء القانون المدني والقانون للقران، رسالة ليل لعلوم الدراسات العليا في قانون الأحوال، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالجامعة اللبنانية، ٢٠١٧، ص ٤٣-٤٤.

⁸ جابر حسين الشريفي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

⁹ أحمد صالح الجبوري، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

¹⁰ جابر حسين الشريفي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

العلمية في مجال اختصاصه ويضم في أروقته إعادة استشارة لتقديم الخدمات الشخصية والعلاجية للمواطنين والوافدين، وشعبة للتفتيات المساعدة على الإنجاب تحتوي على صالة عمليات حديثة ويعتبر مجرّم بأحداث الأجهزة لتطوير تقنية الحقن الجفري وأطفال الأنابيب. **ثالثاً** القيام بالبحوث العلمية النوعية في مجال الإخصاب الخارجي وتقنية الحقن الجفري وتحسين النطف والأجنة ونقلها ومعالجة تفرق جدار الأجنة بالليزر".

يلاحظ من قراءة مجمل النصوص المذكورة أعلاه بأن المشرع العراقي قد أعطت المشروعية للتلقيح بتوحيه (الداخلي - الخارجي) والمسمى بأطفال الأنابيب) بكل صراحة إن كان موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، كما جازمت الاستغلال والاتجار فيه تحت أية ذريعة أو مسمى، ورغم ذلك فإن هذه النصوص لا تسعف موضوعنا لأنه وكما سبق وأن بيّنا حتى أن فقهاء المسلمين الذين أجازوا التلقيح الصناعي توجد بينهم خلاف حول التفاصيل. لذا لا بدّ من تدخّل المشرع وتناول الموضوع في قانون أحوال الشخصية باعتباره القانون المختص واختيار ما تناوله فقهاء المسلمين في هذا الصدد ما يناسب المجتمع العراقي بكافة مكوناته وأطفاله من أقوام وأديان لكي يسهّل عمل القضاء من جانب، والقضاء على الخلاف الموجود بين الفقهاء والباحثين في القانون العراقي من جانب آخر. وهنا تكون قد انتهينا من موقف القانون العراقي.

ولمّا يتخصّص موقف القضاء العراقي فرغم بذل الجهود لغرض الحصول ولو على حكم قضائي واحد من المحاكم العراقية للتعرف على موقف القضاء بخصوص التلقيح الصناعي إلا أننا لم نستكن من ذلك، ويرجع ذلك كما نعتقد إلى أن الإنجاب بهذه الطريقة لا تزال تحصل بين الأزواج حصراً ولم تدخل فيها طرف ثالث والأ لئلا مثل هذه القضايا أمام المحاكم.

إن الانتقال إلى موقف مشرعي القوانين المقارنة من التلقيح الصناعي ومدى استفادهم من الشريعة الإسلامية سيُضخّخ لنا الفعرات التشريعية التي يعتره القانون العراقي

العلمية في مجال اختصاصه ويضم في أروقته إعادة استشارة لتقديم الخدمات الشخصية والعلاجية للمواطنين والوافدين، وشعبة للتفتيات المساعدة على الإنجاب تحتوي على صالة عمليات حديثة ويعتبر مجرّم بأحداث الأجهزة لتطوير تقنية الحقن الجفري وأطفال الأنابيب. **ثالثاً** القيام بالبحوث العلمية النوعية في مجال الإخصاب الخارجي وتقنية الحقن الجفري وتحسين النطف والأجنة ونقلها ومعالجة تفرق جدار الأجنة بالليزر".

يلاحظ من قراءة مجمل النصوص المذكورة أعلاه بأن المشرع العراقي قد أعطت المشروعية للتلقيح بتوحيه (الداخلي - الخارجي) والمسمى بأطفال الأنابيب) بكل صراحة إن كان موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، كما جازمت الاستغلال والاتجار فيه تحت أية ذريعة أو مسمى، ورغم ذلك فإن هذه النصوص لا تسعف موضوعنا لأنه وكما سبق وأن بيّنا حتى أن فقهاء المسلمين الذين أجازوا التلقيح الصناعي توجد بينهم خلاف حول التفاصيل. لذا لا بدّ من تدخّل المشرع وتناول الموضوع في قانون أحوال الشخصية باعتباره القانون المختص واختيار ما تناوله فقهاء المسلمين في هذا الصدد ما يناسب المجتمع العراقي بكافة مكوناته وأطفاله من أقوام وأديان لكي يسهّل عمل القضاء من جانب، والقضاء على الخلاف الموجود بين الفقهاء والباحثين في القانون العراقي من جانب آخر. وهنا تكون قد انتهينا من موقف القانون العراقي.

ولمّا يتخصّص موقف القضاء العراقي فرغم بذل الجهود لغرض الحصول ولو على حكم قضائي واحد من المحاكم العراقية للتعرف على موقف القضاء بخصوص التلقيح الصناعي إلا أننا لم نستكن من ذلك، ويرجع ذلك كما نعتقد إلى أن الإنجاب بهذه الطريقة لا تزال تحصل بين الأزواج حصراً ولم تدخل فيها طرف ثالث والأ لئلا مثل هذه القضايا أمام المحاكم.

إن الانتقال إلى موقف مشرعي القوانين المقارنة من التلقيح الصناعي ومدى استفادهم من الشريعة الإسلامية سيُضخّخ لنا الفعرات التشريعية التي يعتره القانون العراقي

بشكل أوضح، كما وسيبيّن لنا مدى تأخره في عدم تنظيم ووضع إطار قانوني عام لهذه المستكشفات الطبية المهمة في مجال الإخصاب (أو السلل).

نبدأ بالقانون الجزائري الذي يعتبره الباحث من أفضل القوانين المقارنة لكون المشرع الجزائري حسم موضوع التلقيح الصناعي في القانون المختصّ ألا وهو قانون الأسرة رقم (١١-٨٤) لعام ١٩٨٤ الذي عدّل رقم (٠٢-٠٥) في ٢٧ فبراير ٢٠٠٥م إذ نص في المادة (٤٥) مكرراً منه على: "يجوز للزوجين اللجوء إلى عملية الإخصاب الاصطناعي (داخلي وخارجي)، ويخضع الإخصاب الاصطناعي لمجموعة من الشروط: أن يكون الزواج شرعياً، أن يكون الإخصاب برضا الزوجين وأثناء حياتهما، أن يتم بين الزوج وبووضة رجم الزوجة دون غيرها، لا يجوز اللجوء إلى عملية الإخصاب الاصطناعي باستخدام الأم البديلة". يتضح لنا من هذا النص بأن لإجراء التلقيح الصناعي في القانون الجزائري جملة شروط وهي:

١. أن يكون الزواج شرعياً، وإجراء عملية التلقيح أثناء حياة الزوج، وعدم جواز إخراجها بعد انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو الفسخ.
٢. تلقيح بوزعة المرأة بماء زوجها فقط وليس بماء شخص أجنبي والأ كان ذلك بمعنى الزنا وهذا غير جائز شرعاً. وإذا كان رجم الزوجة غير قادر على الحمل لأي سبب كان فإن المادة (٤٥) مكرراً لا تجزّر اللجوء إلى ما يسمى (باستئجار الأرحام أو الرحم البديل) أي زرع البووضة المخصبة العائدة للزوجين في رحم امرأة أخرى أجنبية.
٣. موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الصناعي على اعتبار أن الإنجاب مشروع مشترك بين الزوجين.

٤. توفر حالة الضرورة الملحة، وهذا الشرط نصّ عليه الفقه الإسلامي دون القانون وعليه فإن كان الإنجاب بالاتصال الطبيعي ممكناً فلا يجوز اللجوء للتلقيح الصناعي^١.

ويعتبر الباحثين في القانون الجزائري بأن ما أقدم عليه المشرع خطوة جيدة تحسب له في مواكبة الاستكشافات الطبية المتسارعة في مجال المساعدة على الإنجاب وعلاج العقم من خلال تقنيات الإخصاب الصناعي، حينما نص عليها المشرع صراحة واعتبرها وسيلة للعلاج في حالة وجود مانع أو مرض يحول دون تحقّق الحمل والإنجاب بالطرق الطبيعية في إطار العلاقة الزوجية^٢.

ويلاحظ بأن المشرع الجزائري وبعد أن تناول المبادئ العامة والمخطوط العريضة لعمليات التلقيح الصناعي جاء وتناولها بشكل أوسع في قانون الصحة رقم (١١-٨٤) لعام ٢٠١٨م إذ نص في المادة (٣٧٠) منه على أن: "المساعدة الطبيعية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، في حالة العقم المؤكّد طبيياً، وتمثّل في ممارسات إعادة وبولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي"^٣.

وفي المادة التالية أي المادة (٣٧١) نصّ على: "تخصّص المساعدة الطبية على الإنجاب حصرياً، باستجابة لطلب يعترّ عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكّلان زوجاً مرتبطاً قانوناً، بعائنان من عقم مؤكّد طبيياً، وبموافق على النقل أو التخصيب الاصطناعي. ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوونات المنوية للزوج وبووضة الزوجة دون سواهما مع استبعاد كل شخص آخر. يقدم الزوج والزوجة كتابياً، وهما على قيد

^١ بوجان سولاف، مرجع سابق، ص ١٦-١٧. ويلاحظ حدة، أحكام التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص بجامعة آكلي محمد لويح اللبوة، ٢٠١٤، ص ١١-١٤.

^٢ سحر السعيد، مرجع سابق، ص ١١٣.

فموجب القانون رقم (١١) الاتحادي الإماراتي لسنة ٢٠٠٨ الخاص بمراكز الإخصاب في الدولة تم اجارة التلقيح الصناعي، ومن خلاله تناول المشرع كافة المسائل المتعلقة به كما بين الصور المحظورة في المادة (١٠)، وتم حظر استعمال البويضات أو الحيوانات المنوية لأغراض تجارية في المادة (١٤)، أما المواد (٢٩، ٣٠، ٣١) فتم تخصيصها لمعاقبة الذين يخالفون أحكام القانون. وقد ارتأينا ذكر نص المادة (٩) منه دون بقية المواد لأهميتها الخاصة إذ أنها متعلقة بشروط وضوابط مركز الإخصاب في الدولة وهي كما يلي:

- يلتزم المركز المرخص له بموجب أحكام هذا القانون عند ممارسة تقنيات المساعدة على الإنجاب بالشروط والضوابط الآتية:
١. أن تكون تقنية المساعدة على الإنجاب هي الوسيلة الوحيدة للإنجاب بعد ثبوت تعذر الحمل بالاتصال الطبيعي لفترة لا تقل عن سنة إلا إذا وجد تشخيص مسبق بوجود عقم فلا يتم الانتظار لمدة سنة.
 ٢. أن تتم تقنية المساعدة على الإنجاب بموافقة كتابية من الزوجين.
 ٣. أن يقر الزوج بقيام العلاقة الزوجية بإظهار وثيقة رسمية الزواج عند التلقيح وعند زرع البويضة للمتلحم.
 ٤. ألا يكون في تقنية المساعدة على الإنجاب خطر على حياة الزوجة أو ضرر يبلغ على صحتها طبقاً للمتعرف عليه طبياً ويثبت ذلك بشهادة من طبيب اخصائي.
 ٥. تتم تقنية المساعدة على الإنجاب على يد متخصصين مؤهّنين طبقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.
 ٦. أن تتم تقنية المساعدة على الإنجاب بحضور الزوج إلى مركز الإخصاب.
 ٧. أية شروط أو ضوابط أخرى يجدها مجلس الوزراء^{٤٩}.

الحياة، ظلها المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب ويجب عليها تأكيد بعد شهر (١) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية".
وبناء على ما تقدّم فإن صور التلقيح التي يعترف بها المشرع الجزائري هي:
الصورة الأولى: التلقيح الصناعي الداخلي: وهي أخذ مني الزوج وحققه مباشرة في الموضوع المناسب له من رحم الزوجة.

الصورة الثانية: التلقيح الخارجي (أطفال الأنابيب): وهي أخذ بيضة الزوجة وتلقيحها بمبي زوجها في أنبوب اختبار، وإعادة هذه البيضة المخصبة إلى رحم الزوجة صاحبة البيضة. أما بقية الصور من التلقيح فهي محظورة وذلك لإدراك المشرع الجزائري للمخاطر والشكوك التي يمكن أن تشوب نسب المولود بإحدى هذه الصور، إلى جانب المشاكل النفسية والأخلاقية والاجتماعية التي قد تنتج عنها، ليس على المستوى الشخصي فقط بل على مستوى الأسرة والمجتمع بأكمله من خلال عدم التوازن والاستقرار... الخ. ومن الصور المحظورة التي نصّ عليها المشرع صراحة هي الإخصاب الصناعي باستخدام الأم البديلة، والعلم أنّ وراء هذا الخطر هي لكي لا تتحول الأمومة إلى سلعة توجر وتستأجر، لكونها ليست فقط علاقة بيولوجية بين طرفين وإنما هي أوسع وأعمق من ذلك بكثير، وعليه فإن باب هذا المذراع تمّ درأاً هذه المفسدة من قبل المشرع وذلك بمنع الأم البديلة مهما كان في هذه الصورة من التلقيح من مصلحة^{٥٠}.

وفيما يخصّ بقية المقارنة فإن مشرعيها لم يسلكوا مسلك المشرع الجزائري، وإنما تناولوا التلقيح الصناعي بنوعيه وشروطها وصوره المباحة والمحظورة ضمن القوانين الصحية أي التي تنظم المهن الصحية، أو ضمن القوانين أو الأنظمة الخاصة بمراكز الإخصاب وليس في متن قوانين الأحوال الشخصية أو ما يسمى بقوانين الأسرة في بعض الدول. وأدانا إشارة سريعة إلى بعض هذه القوانين المقارنة.

^{٤٩} حاد، حدة، مرجع سابق، ص ٤٩.
^{٥٠} أسحارة السعيد، مرجع سابق، ص ١١٤-١١٥.

أما مشروع قانون مراكز الإخصاب (وحدات أطفال الأنابيب) اللبناني المقدم من قبل المنظمة غير الحكومية (Royal Academy of Science International Trust) التابعة للأمم المتحدة فإن هذا المشروع مشابه وقريب جداً من القانون الإماراتي المذكور أعفاً مع بعض التعديلات البسيطة عليه لجعله متناسب مع ثقافة المجتمع اللبناني، ورغم ذلك فإن المشرع اللبناني قد تناول التلقيح الصناعي في القانون رقم (٢٤٠) الصادر عام ٢٠١٢ الخاص بالأداب الطبية إذ ورد في المادة (٣٠) منه على أنه: "يجوز إجراء عملية التلقيح الصناعي أو الحمل بواسطة تقنيات الخصوبة المساعدة بين الزوجين، وبموافقتها الخطية، مع مراعاة القوانين المرعية الإجراء لدى المحاكم المدنية والشريعة والمذهبية والروحية". وبذلك فإن دخول طرف ثالث في عملية التلقيح فيه مخالفة صريحة لأحكام القانون وعندها تثير مسؤولية الطبيب وكذلك مسؤولية المركز الذي تولى تقديم النطفة أو البيضة المستخدمة في التلقيح أو هيأ الظروف المناسبة لزرع النطفة في زوجين في رحم امرأة أجنبية^{٥١}.

أما المشرع المصري فإنه في المادة (٤٥) من لائحة الآداب الطبية رقم (٢٣٨) لسنة ٢٠٠٣ نصّ على أنه: "لا يجوز إجراء عمليات الإخصاب المساعدة داخل أو خارج جسم الزوجة إلا باستخدام نطفة زوجها حال قيام العلاقة الزوجية الشرعية بينهما، كما لا يجوز نقل بويضات مخصبة لزوجها في أرحام نساء غير الأمهات لهذه البويضات".
بعد بيان موقف بعض القوانين المقارنة وبشكل موجز نود الإشارة بأنه وفي بعض الأحيان قد تبدأ عملية التلقيح الصناعي في ظل علاقة زوجية قائمة، لكن وقبل إتمام العملية هذه تنتهي العلاقة الزوجية بالطلاق أو الموت، وهنا اختلفت القوانين حول

مشروعية الاستمرار فيها من عدمه، وأن أغلب القوانين ذهبت إلى عدم جوازها كالقانون الجزائري والإماراتي والمصري^{٥٢}.

على أية حال، تبيّن لنا فيما تقدّم بأن القوانين المقارنة أجازت عمليات الإخصاب الصناعي، بشروط معينة، وقد كانت مرصعتها في ذلك ما توصلت إليه من الفتاوى الصادرة عن اجماع الفقهية الكبرى والندوات الطبية الفقهية التي تتوحد فيها الرؤية الشرعية عن الرؤية الطبية العلمية، ومن بينهما اجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، وجمع الفقه الإسلامي بعمان، والندوة الطبية الفقهية بالكويت... الخ، وبذلك فإن هذه القوانين اتفقت على ما تم التوصل إليه من قرارات في هذه المؤتمرات والندوات^{٥٣}.

وعليه يمكن القول بأن القوانين المقارنة (خاصة القانونين الجزائري، الإماراتي) قد استفادت كثيراً من الفتاوى والقرارات التي صدرت من هذه اجماع الفقهية بخصوص التلقيح الصناعي وكذلك ما دونه فقهاء المسلمين في مصنفاتهم في هذا الصدد، وما يدل على ذلك هو تناول تفاصيل أحكامهم من خلال نصوص قانونية صريحة وواضحة، في حين القانون العراقي لا يزال يعترف فراغ تشريعي كبير في هذا الخصوص ولم يستفد المشرع العراقي من الشريعة الإسلامية مثلما استفاد منها نظرائه من المشرعين العرب، وخاصة المشرعين الجزائري والإماراتي وما أصدره المشرع العراقي من قانون للمعهد العالي لتشخيص العقم رقم (١٩) لسنة ٢٠١١ غير كافٍ لسد الفراغ التشريعي في القانون العراقي.

^{٥١} سيف ابراهيم المصروفة، التكليف الجبري للتلقيح الصناعي دون رضا أحد الزوجين: دراسة مقارنة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٢، عدد ٢٠١٥، ص ٥٠٦.

^{٥٢} زهران إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٠٨.

المبحث الثاني: إثبات ونفي النسب بالبصمة الوراثية.

توصل (الهاللي) في دراسته حول البصمة الوراثية بأن تعريفها لغتياً: هي "العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع عن طريق المورثات أو الجينات الكامنة في الحيوان المنوي للآب وفي بيضة الأم"، كما عرفها اصطلاحاً بأنها "العلامة الملحقة في خلايا الإنسان، والمعنوية فويتها، والتي تسمح بالتعرف على أصوله وقروعه بصفة أساسية".^{٤٠} وقد عرفها المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بأنها: "البينة الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه".^{٤١} أما (الكعبي) فيجد أن ذكر ثمانية تعريفات لها في مصنفه توصل إلى أن جميع التعريفات تدور حول معنيين لا ثالث لهما وهي: انتقال الصفات الوراثية من الآباء إلى الأبناء، ودراسة التركيب الوراثي، ورجح التعريف العلمي الآتي من بين سائر التعريفات: "التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية"، وهذا ما نرجحه أيضاً.

ومن الناحية التاريخية فإنه في عام ١٩٨٤ اكتشف ولأول مرة عالم الوراثة الدكتور (إليك وكري) في جامعة (ليستر) البريطانية خاصية الجزيء المميز في تركيب البصمة الوراثية، وبما يعتبر أول من أطلق المصطلح البصمة الوراثية.^{٤٢} وفيما يخص الجانب العلمي فإنه وحسب الاكتشافات الطبية توجد بداخل نواة أية خلية من جسم الإنسان على (٤٦) كروموسومات والأخيرة تتكون من المادة الوراثية التي

تسمى بالحمض النووي (D.NA) والتي هي الجينات الوراثية، وكل إنسان يرث نصف عدد هذه الكروموسومات من أبيه والنصف الآخر من أمه، وقد أثبتت التجارب الطبية بأن لكل إنسان جينوم بشري يخصص به لا تشابه فيه مع أي شخص آخر وإن كان توأمًا له ما عدا حالات التوائم المتماثلة، وقد ورد في موقع شركة (مارك سلر للتخصيص) الأمريكية -على شبكة الانترنت- المعترف بها عالمياً والأول في مجال البصمة الوراثية والتي تأسست عام ١٩٨٧ وتعتبر أكبر شركة عالمية تتجر في مجال البصمة الوراثية بأن تحليل البصمة تستغرق يومين إلى ثلاثة أيام، ونتيجتها في مجال إثبات الأبوة تصل نسبتها (٩٩.٩%) فأكثر أما فيما يخص تفصيل (٥١.٠%)، وبذلك فهي أدق وسيلة عرفتها البشرية لتحديد هوية صاحبه لحد الآن، ومن أهم خصائصها أنها لا تتغير من مكان لآخر في جسم الإنسان فالبصمة الوراثية خلية شعر الرأس هي نفسها في خلية أظافر القدم أو الكبد، كما أنه تقاوم الظروف الجوية القاسية، وأنه بالإمكان إجراء الفحص هذا حتى على بقايا عظام الإنسان بعد وفاته. ورغم ذلك فإن أهل الطب صرحوا بأنها لا تخلو من العيوب لكونها تحتاج إلى معايير للتأكد من صحتها كالمؤهلات العلمية والخبرة المشتملة التي يتمتع بها الكادر القائم بها إضافة إلى سلامة الطرق والإجراءات التي توطن لتخليها.^{٤٣} أما عن موقف الشريعة الإسلامية فيما يخص البصمة الوراثية، فإن فقهاء المسلمين المعاصرين غير متفقين بصددها إذ أقم مقسمون فيما بينهم لآراء وأبحاث مختلفة ولكل مبرراته وأدلته. فيخصوص مدى حوز تقديم البصمة على الأدلة الشرعية، فهم على ثلاث آراء وكما يلي:

^{٤٠} سعد الدين مسعد هاللي، مرجع سابق، ص ٤٠، ٤١.

^{٤١} جمال الحويش، البصمة الوراثية وإثبات النسب، موقع رابطة العلم الإسلامي، تاريخ الزيارة: ٢٠٢١/٧/٢٣
<https://ejaz.org/index.php/component/content/article/70-issue-xii/624-dna-paternity>

^{٤٢} خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الفرائس للنشر والتوزيع، عمان، ط ١، ٢٠٠٦، ص ٤٥.

^{٤٣} ياسين ناصر الخطيب، البصمة الوراثية مفهومها، وحجيتها، وبحالات الاستفادة منها، وبحالات التمتع عليها فيها، والاعراض الواردة عليها، مجلة وزارة العدل، جلد ١١، العدد ٤١، ٢٠٠٨، ص ١٧٣.

ال رأي الأول: أن الأدلة الشرعية لإثبات النسب (الفراش، البينة، الإقرار) معتبرة شرعاً حسب النصوص الشرعية من القرآن والسنة، وعليه فليس هناك مبرر لتقديم البصمة الوراثية عليهم، لأن ذلك ستؤدي إلى تعطيل النصوص الشرعية وهدم ما هو مجمع عليه العلماء عن المصنوع، والأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها ولا إبطال العمل بها إلا بناء على نص شرعي يدل على نسخها، وهو أمر مستحيل. فلو اعتمدنا البصمة الوراثية أساساً لإثبات النسب سيؤدي ذلك إلى كشف المستور، وهذا ما فيه الكثير من المخاطر والإشكالات التي لا نحمد عقباه وخاصة حينما تكون الزوجة قد وقعت في

الفاخشة، ويتربط على ذلك عدم ثبوت نسب الكثير من الأولاد من أبائهم وأمهاتهم وهذا بدوره يتناقض مع القاعدة الشرعية التي تقتضي بإلحاق النسب واتصاله وعدم انقطاعه. وبكلمات أخرى هذا الرأي لا يجيز التأكد والتحقق من صحة النسب بعد ثبوته بدليل شرعي من خلال البصمة الوراثية ولا غيرها من الأدلة العلمية لما يترتب عليه من مفاسد إذ قد يتسبب ذلك بقدر الناس في أعراضهم وأنسائهم، ووزر البغض والكراهية والعداء بين الأقارب والأرحام وكشف ما ستره الله الناس بريحته.^{٤٤}

ومن المبررات الأخرى لهذا الرأي على البصمة الوراثية هي: أنه لو سقط نقطة صغيرة من غبار المختبر على الدم لخطت البصمة كلها، وعليه فإن سر خطورة البصمة تكون في دفعها، بحيث أن أي تلوث ولو بقدر بسيط سيستبطن في إعطاء نتائج معاكسة، وفي هذا الصدد يقول (المخطب) أن البصمة لا تقل قيمتها عن الشهادة ولا عن الإقرار باعتبارها من الأدلة الشرعية في إثبات النسب، بل تفوق عليهما لكونها تمتاز بالدقة، لكن الوسائط التي تجري البصمة من خلالها هي التي يمكن أن تنقل من اليقين الذي

يربده لها أصحابها فرما تكون الآلة التي تجري فيها البصمة الوراثية غير نظيفة، أو غير دقيقة لكونها قديمة أو فيها عطل.^{٤٥}

وعليه، فهما كانت البصمة الوراثية دقيقة إلا أنها معرضة للخطأ، وفي هذا الصدد يقول (الفيوسور إريك لاندسر) المتخصص في هذا المجال: "من الحكمة أن تحرس من الثقة الزائدة في التكنولوجيا، فضلاً عن الاستخدام المتحيز لها".^{٤٦} وفعلاً وقع خطأ في إحدى قضايا النسب في مصر وتم عرضها على دار الإفتاء المصرية وقد جاء في قراره المرقم (٩٤٩) لسنة ٢٠٠٢: "إذا تم الخطأ في البصمة الوراثية والذي تم على أثره إصدار حكم قضائي بإثبات النسب للغير تم تبين حدوث هذا الخطأ عن طريق الجهات المختصة فإنه يجب العلون عن هذا الحكم وتصحيحه وإلغائه ما ترتب عليه من آثار سواء تعلقت هذه الآثار بإثبات النسب أو غير ذلك لأن ادعاء أبوة غير حقيقية أو نفي أبوة حقيقية حرام شرعاً".^{٤٧}

الرأي الثاني: يصلح أن تكون البصمة الوراثية أن تكون مانعاً من قبول الأدلة الشرعية لإثبات النسب، فلو تعرض أحد الأدلة الشرعية عن نتيجة البصمة فهذا دليل على عدم صحة هذا الدليل وبذلك يكون مانعاً من العمل به، وعليه فهي بحكم الشرط لصحة الأخذ بأدلة النسب الشرعية التي هي في الأصل أدلة ظنية البتة.^{٤٨} وتوضيح ذلك أكثر إذا كان الدليل الشرعي يقضي بثبوته موافقته للحس والعقل، ففي هذه الحالة إذا تناقض نتيجة البصمة مع هذا الدليل عندها تكون البصمة مانعاً من قبول هذا الدليل، ويؤيد هذا الاتجاه علماء بارزين أمثال بندر سويلم وسعد الدين هاللي وغيرها.^{٤٩}

^{٤٤} ياسين ناصر الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٦-٢٧، ٢٠٢١.

^{٤٥} سعد الدين مسعد هاللي، مرجع سابق، ص ٤٧.

^{٤٦} خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص ٦١.

^{٤٧} كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص ١٠٤-١٣١.

^{٤٨} عائشة إبراهيم للقائمة، مرجع سابق، ص ٦٨.

^{٤٩} كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص ١٠٤-١٣١.

^{٤٨} عائشة إبراهيم للقائمة، مرجع سابق، ص ٦٨.

^{٤٧} الفقهاء للجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٢، ص ٧٦.

أو الزنا، إذ يقول: أن ذلك يعتبر خروجاً على القواعد الشرعية التي تحارب الزنا بكافة أشكاله وعوده للجاهلية الأولى، كما أنه تحريف للكلام عن موضعه واستدلال فاسد بالأيات القرآنية، حيث أنه معلوم عند الأصوليين أن اللفظ محمول على عرف المخاطب وألفاظ الشرع يجب حملها على عرف الشرع، وبالتالي فإن (الأب) الذي ورد في الآية الكريمة يقصد به في لسان الشرع وعرفه صاحب فرائض الزوجية أي من ولد الطفل على فراشه وهذا ما أكدّه الرسول ﷺ حين قال: "الولد للفراش وللماهر الحجر"، وحينما ألق ابن الملاحة بأمه وهي أن ينسب لأبيه من الزنا. أما الزنا فإنه يترتب على فعل غير أب في عرف الملاحة وبالجملة وأحكامه ولا حتى في استعمال القرآن الكريم والسنة المطهرة، وعليه فاعتبار الزنا والآباء الطبيعيين آباء شرعيين في الآية الكريمة دليل واضح على الجهل باللغة العربية والأعراف الشرعية، وجعل بالقواعد الأصولية وتحريف لمعاني القرآن الكريم التي وضع لها^١.

أمام هذين الاتهامين ظهر **اتجاه وسط** يرى بأن البصمة الوراثية لها منزلة القيادة إذ لا يمكن تقديمتها على الأدلة الشرعية المنطق عليها وهي (الفراش، الإقرار، والبيّنة) وإن تعارض معها، لأن هذه الأدلة أقوى في تقدير الشرع منها، لكنها تتقدم على القيادة كونها أدق منها، وكذلك على القرعة أيضاً، وهذا يعني أنه من قرّر العلماء اللجوء إلى القيادة في القضية المعروضة عليهم نظراً لتساوي أدلة أطراف القضية عندها يتم الاستعانة بالبصمة بدلاً عنها وحجتهم في ذلك أن علماء الأمة منذ عهد الصحابة ولحد الآن أجمعت على الوسائل التقليدية لإثبات النسب فلا يجوز لها مخالفتهم في ذلك، ويؤكد هذا الاتجاه علماء بارزين أمثال وجبة الزيجلي وعلي القرذافي وخليفة الكمي وغيره^٢.

أو الزنا، إذ يقول: أن ذلك يعتبر خروجاً على القواعد الشرعية التي تحارب الزنا بكافة أشكاله وعوده للجاهلية الأولى، كما أنه تحريف للكلام عن موضعه واستدلال فاسد بالأيات القرآنية، حيث أنه معلوم عند الأصوليين أن اللفظ محمول على عرف المخاطب وألفاظ الشرع يجب حملها على عرف الشرع، وبالتالي فإن (الأب) الذي ورد في الآية الكريمة يقصد به في لسان الشرع وعرفه صاحب فرائض الزوجية أي من ولد الطفل على فراشه وهذا ما أكدّه الرسول ﷺ حين قال: "الولد للفراش وللماهر الحجر"، وحينما ألق ابن الملاحة بأمه وهي أن ينسب لأبيه من الزنا. أما الزنا فإنه يترتب على فعل غير أب في عرف الملاحة وبالجملة وأحكامه ولا حتى في استعمال القرآن الكريم والسنة المطهرة، وعليه فاعتبار الزنا والآباء الطبيعيين آباء شرعيين في الآية الكريمة دليل واضح على الجهل باللغة العربية والأعراف الشرعية، وجعل بالقواعد الأصولية وتحريف لمعاني القرآن الكريم التي وضع لها^١.

أمام هذين الاتهامين ظهر **اتجاه وسط** يرى بأن البصمة الوراثية لها منزلة القيادة إذ لا يمكن تقديمتها على الأدلة الشرعية المنطق عليها وهي (الفراش، الإقرار، والبيّنة) وإن تعارض معها، لأن هذه الأدلة أقوى في تقدير الشرع منها، لكنها تتقدم على القيادة كونها أدق منها، وكذلك على القرعة أيضاً، وهذا يعني أنه من قرّر العلماء اللجوء إلى القيادة في القضية المعروضة عليهم نظراً لتساوي أدلة أطراف القضية عندها يتم الاستعانة بالبصمة بدلاً عنها وحجتهم في ذلك أن علماء الأمة منذ عهد الصحابة ولحد الآن أجمعت على الوسائل التقليدية لإثبات النسب فلا يجوز لها مخالفتهم في ذلك، ويؤكد هذا الاتجاه علماء بارزين أمثال وجبة الزيجلي وعلي القرذافي وخليفة الكمي وغيره^٢.

^١ محمد التناولي، ملخص كتاب موقف الشريعة الإسلامية من اعتماد البصمة الوراثية، في إثبات النسب وفيه منشور في الرابط أدناه
<https://www.fichier-pdf.fr/2015/06/08/fichier-pdf-sans-nom/>

^٢ خليفة علي الكمي، مرجع سابق، ص ٦٠٠. عائشة إبراهيم القاندة، مرجع سابق، ص ٦٨.

^١ سعد الدين سعد هالالي، مرجع سابق، ص ٣١٦، ٣١٩.
 أحمد محمد السعدي، إثبات النسب وفيه بالبصمة الوراثية، دراسة فقهية مقارنة، ص ٨٢. بحث منشور في موقع عدالة السعودي، نشر في ٢٠١٨/١٠/٢٠، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٥/٣
<https://adahalh.org/download/erp21312.pdf>
 120

إذ يرى (القرذافي) بأن البصمة الوراثية تتم في محتمرات وتقنيات معقدة جداً فإن نتائجها دقيقة جداً، وبذلك فهي تتفق مع القيادة وتقاس عليها، ولكن بطريق القياس الأول كونها لا تعتمد على تحمين شخص واحد أو اثنين كما في القيادة، وإنما تعتمد على نتائج مادة ملموسة وعليه تقديمتها للبصمة الوراثية على القيادة^١.

كما أن الندوة الفقهية التي أقامتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دورتها (١١) بالكويت عام ١٩٩٨ هي الأخرى أكدت أن حجية البصمة في إثبات النسب بمنزلة القيادة أي يثبت النسب بالوسائل الثلاثة المعروفة (الفراش، الإقرار، الشهادة) فإذا حصل نزاع وانتقل إلى القيادة عندها البصمة مقدمة عليها. لكن (سعد العزني) المشارك في الندوة المذكورة يرى أن البصمة تعتبر دليلاً تكميلياً ومساعداً لإثبات النسب وخاصة في حالة اختلاف الزوجين في دعوى النسب^٢.

على أية حال، يرى (عبدالرشيد) أن قياس البصمة على القيادة غير صائب لأسباب عدة إذ إن القيادة تقوم على أساس الاجتهاد والقراسة، وفي مجال الأنساب فقط، وتعتمد على الشبه الظاهري لأعضاء الجسم في حين البصمة قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والحفظ فيه مستبعد، كما أنها غير محصورة في مجال الأنساب وإنما تتخطى ذلك وتستخدم في مجالات أخرى كتحديد الجناة، إضافة إلى ما تقدم هي تعتمد اعتماداً كلياً على بيئة الخلية الجنسية وهي تكون من أي خلية في الجسم وتناقلها قطعية. وعليه فالقيادة باب والبصمة باب آخر^٣.

بعد بيان آراء فقهاء المسلمين حول مدى إثبات النسب بالبصمة الوراثية، نود الإشارة بأن الرأي الثاني المؤيد للبصمة الوراثية لم يقبل بما دون قيود وشروط وإنما وضع لها ضوابط معينة يمكن تحمّل قبول نتائجها، وتتمثل هذه الضوابط في أنه لا يجوز استخدامها

للتشكيك في صحة الأسباب المستمرة الثابتة وزعزعة كيان الأسرة، وعلى أن لا تخالف نتيجتها العقل والمنطق والحس والواقع، وأن يتم إجراؤها بناء على أمر من جهة مختصة كالقضاء مثلاً، وأن يتم استخدامها في الحالات التي يجوز فيها التأكد من إثبات النسب لعدم ضياعه ومخالفة على كحالة اختلاط المواليد في المستشفيات، ومع القطاع الخاص أو ما يسمى بالقطاع الأهلي ذات المصالح العينية من المناجرة فيها والقيام بإجرائها بمعنى أن يتم ذلك من قبل محتمرات ومعامل فنية تابعة للدولة وخاصة لرفاقها، وعلى أن تكون هذه المؤسسات مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العلمية وأن يعمل فيها طاقم طبي وفني من المسلمين على أن يكونوا من ذوي الخبرة العالية وأن يصفوا بالأمانة والعدل والخلق الحسن، وأن لا يكون للخبير القائل بما مصلحة في ذلك، ومن الأفضل أن يكون عدد الخبراء ثلاثة فأكثر وبغير ذلك الشروط والضوابط^٤.

١. حالة إصابة الزوج بمرض العقب، أو كان عنيباً (العجز عن الجماع)، أو خصياً (هو من نزع خصيتاه)، أو مجبوباً (هو من استؤصل ذكره وخصيتاه) وأمثاله.
٢. إذا ولدت الزوجة بابل من سنة أقضى مده الحمل.
٣. تعين المولود عند اختلاط بعضهم ببعض في المستشفيات أو دور الحضانة وغيرها.
٤. تعين الأب الحقيقي في حالة التنازع على نسب مولود مجهول النسب أو عند الشك.

٥. إيقاع الزوج بالعدول عن إجراء اللعان.
٦. حالات التلقيح الصناعي والاشتباه في أطفال الأنابيب.
٧. الاستفاد منها في تحديد صاحب المني أو صاحبة البويضة أو صاحبي البويضة الملحقة في حالات الاشتباه في ذلك لدى المصارف المتخصصة في هذا المجال.

^١ علي بن الدين القرذافي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، جلد ١٤، ص ١١٦، ٢٠٢، ٥٦-٥٧.

^٢ سعد الدين سعد هالالي، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٣.
 عبدالرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، عدد ٢٠٢٤، ص ١٨١، ٢٣، ٦١.

^٣ خليفة علي الكمي، مرجع سابق، ص ٤٩-٥١.

٨. الاستفادة منها في تحديد نسب القضاء الذين ترميهم أمهاتهم أو ذويهم لأي سبب كان.

٩. تحديد نسب المولود في حالة وطء المرأة المتزوجة التي تم وطئها من قبل رجل اشتبته عليه أمّا زوجته وكذلك في حالات الغتصاب.

١٠. تعين نسب المولود في حالة زواج المرأة وهي لا تزال في العدة من طلاق أو وفاة.

١١. في حالة التعارض بين البيّنات المقدمة من قبل أطراف القضية، أو قول القائلين، أو المستلحقين.

١٢. في حالة جماع الرجل زوجته ثم غاب عنها لفترة طويلة لسفر أو أسر أو فقد أو سجن وبعد رجوعه أخبرته زوجته أن هذا الطفل ولدك^١.

ما تقدّم كان موقف فقهاء المسلمين من مدى جواز إثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية أو ما يسمى بالحقائق العلمية، لكن ما موقفهم من مدى جواز نفي النسب بما تقدّمها على العالان؟.

يلاحظ بأن الشريعة الإسلامية تثبت النسب بأدق الأسباب ولهذا أجاز إثباته بالفراش والإقرار والبيّنة وغيرها، لكن إذا أثبت النسب بالفراش (الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بشبهة) فلم يجز نفيه إلا بالعالان، لكونه لا ينفي إلا بأقوى الأدلّة، وقصد الشريعة من هذا التشديد لكي لا يقدم أحد على نفي نسب أولاده، لكن إذا أراد الزوج أن يلاعن زوجته لوجود شك كبير لديه في أن ولده ليس منه، ففي هذه الحالة بدلاً من أن يقدم على العالان ويهدم الأسرة بالكامل هل يجوز له شرعاً إجراء فحص البصمة الوراثية ليقتض شكّه باليقين؟ وباعتبار آخر هل تقدّم البصمة الوراثية على العالان؟.

من المفيد أن نعرّف العالان أولاً ومن ثمّ نبيّن أقوال الفقهاء حول هذه المسألة، إذ عرف: بأنه "شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة بالعلم من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة وذلك لدرء حد القذف عن الزوج إذا اتهم زوجته بالزنا دون شهود، أو أراد نفي نسب الحمل أو المولود عنه، وكذلك لحماية عرض الزوجة ودفع الحد عنها"^١. أما أقوال الفقهاء المعاصرين فهي كما يلي:

القول الأول: لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على العالان، ومع ذلك فإن أصحاب هذا القول يرون بجواز الاستعانة بالبصمة من أجل الحد من حالات العالان لأنّ من المحتمل أن يكون الولد قد جاء من ماء الزوج فيعدل عن العالان، وهذا هو قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، ورأي أغلبية مشاركي المؤتمر الذي عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وما يؤيده كل من وهبة الزحيلي، وناصر الميمان، ومجد الأشرف، وعلي القرّداغي وغيره^٢، فمثلًا يرى (القرّداغي) إذا كان الزوج عازماً بإجراء العالان لكونه يشك في زوجته ويرى أن المولود ليس من مائه، عندها بإمكان القاضي إجباره على إجراء فحص البصمة الوراثية فإن ظهرت النتيجة أن الولد منه فيكفي عند هذا الحد، أما إذا ظهرت أنه كان حقاً في شكوكه فعنده بإمكانه إجراء العالان^٣. وأدناه مبررات هذا القول والردّ عليها من قبل معارضيه:

١. أمّا تعارض العالان الثابت قطعاً بنص شرعي إذ ليس للزوج طريق آخر لنفي النسب عنه سوى العالان. لكن ردّ على هذا المزج بأن العالان حكم استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا بتوافر الأسباب الداعية إليه وهي إقام الزوج زوجته بالزنا وعدم تمكّنه من تقديم البيّنة بدلاً من إقامة الحد عليه لكونه قذف زوجته بتمّ العالان، وعليه فإذا توفرت الأدلة على ثبوت زنا الزوجة (بالبيّنة أو الإقرار)، أو نفي النسب فلا داعي

^١ ياسين ناصر الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠٤-٢٠٦. علي عبي الدين القرّداغي، مرجع سابق، ص ٥١-٥٢، ٥٤، ٥٤. خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص ٨٢. عبدالرشيد محمد أمين فاسم، مرجع سابق، ص ١٤٣٥، ٥٥. خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص ٨٢.

^٢ خليفة علي الكعبي، مرجع سابق، ص ٢٢٢-٢٢٣، ٢٢٢، ٢٢٢.

^١ عبدالرشيد محمد أمين فاسم، مرجع سابق، ص ٦٦.

^٢ كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص ١٠٤-١٣١. عبدالرشيد محمد أمين فاسم، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٨.

^٣ علي عبي الدين القرّداغي، مرجع سابق، ص ٥٢.

إجراء العالان أو نفي النسب وكذلك الحكم إذا أثبتت الحقائق العلمية نفي النسب.

٢. تعارض الستر الثابت للزوجة بالعالان. فالزوجة قد سترت عن نفسها من خلال الملاعبة وقد يكون سبباً في توثيقها بالرجع عن ارتكاب المحرمات، لكن الحقائق العلمية تفحصها وتحكمها ويعبرها من الستر ذلك. وردّ على هذا المزج أن العالان شرع أصلاً لرعاية حق الزوج لدفع الحد عنه وليست الزوجة ونسب ولدها، كما أن لجوء الزوجة للكذب لدفع العار عن نفسها لا تعتبر فضيلة بل يعرض نفسها لغضب الله جل وعلا، إضافة إلى ذلك ألا يعتبر كذب الزوجة على الله تعالى لستر نفسها أشدّ خطراً من إدخال نسب ولد على رجل لا علاقة له به.

٣. تفضح خبايا البيّنات وأسراها إذ أن اللجوء للحقائق العلمية فتتلك الأسرار وتفضح الخبايا وهذا يتناقض مع روح الشريعة. وردّ على هذا المزج ماذا لو كشف هذه الخبايا والأسرار صدقة، كما لو كان الولد مريضاً وأجرى له إحدى الفحوصات الطبية وتبيّن أن الولد ليس من ماء أبيه وعرف ذلك من قبل جميع الأقارب الذين راقفوا الزوج^١؟.

٤. قصد الشارع من تشريع العالان هو سدّ أبواب الحوض في الأعراض والنسب، حتى لا تتعرض للاضطراب والفوضى إذ أن للعالان من التأثير على الجانب الشخصي والاجتماعي والأسري بحيث لا يقدم عليه إلا في حالات الضرورة القصوى وعليه لا تحلّ البصمة محلّ العالان، بل إذا كانت النتيجة ظهرت عكس قول الزوج فلا يجوز له الإصرار على العالان^٢.

القول الثاني: يرى بأنه إذا أبذت النتيجة كلام الزوج فليس هناك حاجة لإجراء العالان لكون الزوج يحتاج لإجرائه في الشريعة لكون شهادته وحيدة، لكن ونتيجة لتقدم العلمي فإن نتيجة البصمة الوراثية تعزّز شهادته لذا فليس هناك داع لإجراء العالان^٣. ورغم أن (القرّداغي) من أنصار القول الأول لكنه يرى أن نتيجة البصمة كافية لنفي النسب دون الحاجة لإجراء العالان إذا ثبت زنا الزوجة بالشهود أو بإقرار منها، لكون فراش الزوجية قد اهتز تماماً بالزنا^٤. ويتبنى القول الثاني الكثير من الفقهاء المعاصرين البارزين أمثال، يوسف القرّضاوي، ومجد المختار، وسعد الدين هلال لكن الأخير يضيف إلى ذلك أنه لا يمكن الاستغناء عن إجراء العالان لأنّ حق للمرأة أن أجل رفع الحد عنها لأنه قد تكون الولد جاء نتيجة الوطء بشبهة^٥.

أما مبررات الداعين لهذا القول، فهي ما يلي:

١. إن تجاوز الحقائق العلمية النافية للنسب هو بمثابة درء الرأى في التراب، وإنكار الواقع الثابت، وشرعنا التي تأتي لتسفيه العقول بأنّ تجاوز هذه الحقائق.

٢. الرجل الذي لا يتهم زوجته، ولا يعتقد بما إلا الخير، لا يلزم بملاعبة زوجته نفي النسب عن نفسه؟ بمعنى آخر فهو غير ملزم بقذف زوجته واتهامها حتى يثني عن نفسه النسب، والصحيح هو أن يثني النسب عنه دون حاجة لإتمام زوجه بالزنا، وقدفها، فيما كان الحمل عن طريق الوطء بشبهة لا يجب الحد فيه.

٣. نفي النسب من خلال الحقائق العلمية المقاطعة، تشهد له الفروع الفقهية المجمع عليها، والمتمثلة بنفي النسب عن الرجل إذا وضعت زوجته في مدة أقل من ستة أشهر منذ الزفاف بما، ومثل ذلك كل من لم يكن لديه القدرة على الإنجاب فلا

^١ عبدالرشيد محمد أمين فاسم، مرجع سابق، ص ٧٤.

^٢ علي عبي الدين القرّداغي، مرجع سابق، ص ٥٣، ٥٨.

^٣ كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص ١٠٤-١٣١. عبدالرشيد محمد أمين فاسم، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٨، ٧٣.

^٤ وسعد الدين مسعد هلال، مرجع سابق، ص ٣٨.

نحتم كلامنا عن موقف الشريعة الإسلامية من البصمة الوراثية بالقول: أن سبب خلاف فقهاء المسلمين حول مدى الأخذ بما في إثبات ونفي النسب يأتي من اختلافهم حول تكيفهم لها، إذ توجد آراء في هذا الصدد وكما يلي:

- أما قرينة ظنية لا ترفي مستوى القرينة القطعية، لكونها عرضة للخطأ من قبل القائلين بما، وبذلك فهي لا تعتبر بيّنة شرعية في ثبوت النسب، وإنما هي قرينة خاضعة لسلطة القاضي للأخذ بما من عدمه، ومن مؤيدي هذا الاتجاه أمثال وهبة الزحيلي، وعمر السبيل، وأحمد الكبيسي، والقضاة على من وليد عاكوم، وعمر أبو سردانة، وغيرهم.
- أما قرينة قطعية ونسبة نجاحها (١٠٠%)، وللمؤيد لهذا الاتجاه أمثال: سعد الدين هلاي، عبدالقادر الحياض، نصر فريد واصل، وفؤاد عبدالنعم، وعلي القرطادي، والمنظمة الإسلامية بملوة الكويت في دورتها المنعقدة في ١٠/٥/١٩٩٨.
- أما دليل مستقل بذاته، وعليه يمكن من خلالها إثبات النسب ونفيه إذ توفرت الشروط اللازمة، وهذا ما عليه رأي بعض العلماء المعاصرين كعباس البار وإبراهيم عثمان وعبدالرشيد مّجّ وغيره. فمثلاً يرى (عبدالرشيد) بأن البصمة أمينة بيّنة مستقلة أو قرينة قوية يؤخذ بما في الحكم الشرعي إثباتاً ونفيّاً، لأن البيّنة التي وردت في القرآن والنسبة غير محصورة في دليل معين، وبذلك فكل ما يظهر الحق ويكشفه فهو بيّنة والبصمة منها، ويرى بأن بعض القرائن أقوى بكثير من الشهادة التي من الممكن أن تنطرق إليها الوهم والكذب، وكذلك الحال بالنسبة للإقرار الذي بما يكون باطلاً ويقصد به المقرّ تحقيق غرض معين، ورغم ذلك اعتبر كليلهما أدلة شرعية يؤخذ بهما لكونهما يبيّن على غلبة الظن، فمأذ لو علمنا بأن نتائج البصمة الوراثية قطعية في مسائل النسب نفيّاً وإثباتاً، ويحتم كلامه حول تكيف البصمة بالقول: أنها بيّنة مستقلة يجب العمل بمقتضاها إن توفرت الشروط اللازمة^١.

^١ عبدالرشيد مّجّ أمين فاسم، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٧، ٦٦.

ينسب إليه الولد إذا جاءت زوجته بولده، أي الحالات التي تنتفي فيها النسب دون إجراء اللعان.

٤. حفظ النسب أو النسل من أحد مقاصد الشريعة، فراعته مقدّمة على الستر الذي تدرع به من أنكر العمل بالمخالف العلمية.

٥. حكم الرسول ﷺ في قضية (عنتة) مع (عبد بن زمعة) لدليل قوي على اعتبار علم الوثافة في الأنتساب. فرغم فضائه لصالح (عبد بن زمعة) لكون الولد للفرش إلى أنه رأى أن الولد أشبهه ب(عنتة) ولهذا رتبته على هذا الشبه حكماً وهو احتجاب (سودة بنت زمعة) عنه^١.

القول الثالث: إذا أكّدت البصمة الوراثية كلام الزوج وظهرت النتيجة أن المولود ليس منه فعليه إجراء اللعان لكونه البصمة ليس إلا دليل تكميلي ولا تكفي لنفي النسب عنه، أما إذا أكّدت البصمة أن المولود من ماء الزوج حينئذ لا ينفي النسب عنه باللعان وإن لآعن زوجته، لأن كلامه جاء مخالفاً للحسن والمقول، وباعتبار آخر لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية لأن نتائجها قطعية أو قرينة من ذلك عند ذوي الاختصاص والحكم الشرعي لا يمكن إبطاله وتركه وعدم العمل به إلا بنص شرعي وهو غير ممكن وهذا ما يراه كل من نصر فريد واصل، ودار الإفتاء المصرية، وعبدالرشيد مّجّ أمين^٢.

^١ زمان إسماعيل بن علي وأخر، مرجع سابق، ص ٢٠-٢١. حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت لقد كان عهد إلى أحد عبد أن ابن وليدة زمعة من فاقبه إنك فلما كان عام الفتح أهدعه سعد فقال ابن أخي عهد لي في مقام عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أي ولد على فرائضه سلفاً لا النبي ﷺ فقال سعد يا رسول الله أخي فدكان عهد لي في مقام عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أي ولد على فرائضه فقال النبي ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفرش ولهاجر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجني من لما رأى من فضله بعنة لما رآها ثم ألقى الله. فمخ إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: جماعة من العلماء، ج١، دار طوق النجاة، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ، ص ١٥٤.

^٢ عبدالرشيد مّجّ أمين فاسم، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٧، ٧٣، ٧٨. عباس سلمان العرجي، ويحدر حسين الشمرى، أثر التطور التكنولوجي في إثبات النسب، مجلة جامعة كبرياء العلمية، العدد ١٣، ص ٢٠١٥، ص ٢٢١.

٤. تعددت أوامهم بين القولين الأول والثاني فمنهم من اختار قولاً وسطاً بين الاثنين، ومنهم من ارتفع عنهم قليلاً ومنهم من اختار لنفسه مصطلحاً خاصاً بالبصمة، فمثلاً يرى (الكهجي) أنها قرينة قوية لكنها لا تقدّم على أي دليل شرعي قطعاً ولا يجوز الحكم على أساسها ما لم تعزها بيّنات أخرى^١.

على أية حال، فلو اعتبرت البصمة الوراثية قرينة ظنية أو قطعية فإن ذلك يضعف من دلالتها لأنه لا يتم اللجوء إلى القرائن إلا عند إنعدام الأدلة، فإن عارضها دليل (كالحق) الإقرار، الشهادة تقدم عليها، وهذه الأدلة عادة ما تكون مصاحبة لفضايا النسب، أما إذا اعتبرت دليلاً قائماً بذاته فإنها والحالة هذه تنافس الأدلة التي ذكرناها في حجيتها^٢، وعليه، يرى (هلاي) أن القرائن مهمات كانت قوية لا ترفي لدرجة الدليل، وعليه من المفروض منح السلطة التقديرية للقاضي في قبول القرائن بحسب ما يطمئن إليه^٣.

أما لو انتقلنا إلى موقف المشرع العراقي فنقول: أن البصمة الوراثية التي تمثّل الهوية الشخصية البيولوجية للشخص والتي تعتبر من الوسائل الطبية المستكشفة حديثاً والتي لم تكن معروفة ولا معروفة في عصر النص، فإن أغلبية التشريعات أجاز للقاضي الاستعانة بالوسائل العلمية للحصول على الأدلة المادية لكشف المجرمين أو إثبات الجريمة، وفي الوقت نفسه أجاز له الاعتماد على البصمة الوراثية لإثبات النسب^٤.

فقاوان الأحوال الشخصية العراقي الذي نظم أحكام النسب وكيفية إثباته لم يتناول أي وسيلة عصرية لإثباته ومنها البصمة الوراثية، ورغم ذلك المادة (٥١) منه من آية إثباتها لها كوسيلة لإثبات النسب، إلا أن القاضي بإمكانه الاستعانة بنص المادة (١٠٤) أقرب ما تكون إلى القرينة القضائية، حيث أجاز المواد (٩٨-٤-١٠٤) من قانون

^١ خليفة علي الكهجي، مرجع سابق، ص ٢٩٦-٢٩٧.

^٢ عائشة إبراهيم الفاضل، مرجع سابق، ص ٥٦.

^٣ سعد الدين هلاي، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

^٤ سيد عباس خليل الموسوي، وجود جيني أو تبارك القاضي الجنائي وحجية البصمة الوراثية (DNA) في الإثبات القانوني والشرعي للنسب، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، المجلد ١١، العدد ١٠٨، ص ٢٠٢٠، ٢٥٨-٢٥٩، ١٥٩٠٤٧.

من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ التي تجيز اللجوء إليها لاستنباط القرائن القضائية وإصدار حكم عادل في القضية رغم عدم الإشارة لهذه الوسيلة صراحة، إذ ورد فيها: "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية" يلاحظ بأن نص هذه المادة جاء بصياغة بحيث يمكن أن تستوعب جميع حالات التقديم العلمي في الإثبات ومنها البصمة الوراثية^١.

أما عن موقف الفقهاء والباحثين في القانون العراقي بصدد تكيف البصمة الوراثية ومدى قوتها في إثبات ونفي النسب على ضوء المادة المذكورة أعلاه فكان كما يلي:

١. اعتبار المشرع العراقي البصمة الوراثية قرينة قضائية غير صحيح لأن القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمر مجهول غير ثابت من أمر معلوم ثابت، في حين أن البصمة الوراثية وسائر الفحوصات الطبية عبارة عن فحص فعلي لوسائل الجسم مباشرة وبذلك فهو دليل مباشر وإمكاناً الأجهزة الحديثة تقديم نتائج قطعية لا تتنازع من العقل والسطق للسليم، ولهذا نرى أنه على المشرع إعطاء مكانة وقيمة قانونية أكبر لهذه الأدلة الطبية وإخراجها من نطاق القرائن القضائية التي لا تعتبر بوحدها كافية للحكم على أساسها، وجعل هذه الأدلة من ضمن نطاق الخبرة الطبية. ينهم من هذا الموقف أنه يتقدم موقف المشرع العراقي إذ يرى أن البصمة الوراثية قرينة قضائية قانوناً لكنها لا يحتمها دليل مستقل كاف لحسم قضايا النسب ويدعو المشرع للأخذ بما كدليل وليست كقرينة.

٢. عند تطبيق أحكام الخبرة والمعاينة المنصوص عليها في القانون العراقي على البصمة الوراثية يلاحظ بأن جميع هذه الأحكام لا تنطبق على البصمة الوراثية وبذلك فهي أقرب ما تكون إلى القرينة القضائية، حيث أجاز المواد (٩٨-٤-١٠٤) من قانون

^١ عباس سعدون المشاهدي، وأحمد ناصر مصطفى، دور فحص الطبايق الجيني في نفي النسب: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ٤، العدد ٢٠٢٠، ص ٣٥٨-٣٥٩.

للنفس المذكور^١. يلاحظ من هذا الموقف، أنه يعتبر البصمة الوراثية قرينة قانونية قطعية وإن اعتبرها القانون قرينة قضائية.

٥. وآخر يرى بما أنه يتم الاعتماد على البصمة الوراثية لإثبات قضايا النسب في مجال الأدلة الجنائية والطب الشرعي، فإنه من المفروض الاعتماد عليها لإثبات النسب عدا ما هو ثابت بالأدلة الشرعية، وإعطاء القاضي دوراً في إثبات النسب بالقرائن الطبية كوسيلة عصرية ومتمبئة في الدول الإسلامية^٢.

وبدورنا نتفق مع المواقف المذكورة أعلاه باعتبار البصمة الوراثية قرينة قضائية بموجب المادة (١٠٤) من قانون الإثبات لكننا نضيف إلى ذلك أنها في الوقت نفسه تعتبر دليلاً شرعياً وقانونياً بموجب المادة (الأولى) من قانون الأحوال الشخصية التي أجازت للقاضي اللجوء إلى المبادئ العامة للشرعية الإسلامية وكذلك الاسترشاد بالفقه الإسلامي في العراق والدول الإسلامية التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية في حالة وجود فراغ تشريعي وقد تبيّن لنا سابقاً بأن هناك عدداً لا بأس به من فقهاء الشريعة المعاصرين وحتى الجماع الفقهيّة اعترفت بالبصمة الوراثية وسيلة من وسائل نفي وإثبات النسب، ولهذا يجوز الأخذ بما كدليل في هذا المجال، كما تؤيد الرأي القائل بأن: عدم إلزام القضاء الأخذ بالبصمة الوراثية كدليل إثبات تعتبر أخطر عقبة في استخدامها، حيث لا يزال هناك من تعتبرها كأحد أشكال الأدلة الفنية أي أنها أدلة إقناعية أو قرائن ليس إلأ^٣.

وقد ذكر المحامي (جمعة سعدون) في مصنفه أنه ومن الناحية العملية والطبية يتم إجراء فحص البصمة الوراثية (DNA) في العراق لدى مستشفى الكرامة في بغداد

^١ زياد حمد السبيعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٤٤، العدد ١٢، ٢٠١١، ص ٣٦٣.

^٢ مصلح بن عبيدالله النجار، وإيمان بنت محمد صاغ، دور القرائن الطبية المعاصرة في إثبات النسب ونفيها، مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٤٣، العدد ١٢، ٢٠١٨، ص ١٩٧.

^٣ خليفة علي التتقي، مرجع سابق، ص ٨٤.

الإثبات للقاضي الاستعانة بوسائل التقدم العلمي لاستنباط القرائن القضائية، إذ من المفروض أن يكون القاضي عالماً بزمانه والأحكام القانونية والفقهية وما توصّل إليه العلم من تقدّم وتطور في مجال عمله وإلاّ أورد الناس موارد الهلاك وأفسد عليهم عيشتهم. كما يرى أصحاب هذا الموقف: أن البصمة الوراثية تعتبر دليلاً علمياً قاطعاً لا تقبل في ذاتها خطأ في إثبات النسب أو نفيها، وبذلك فهي حجة علمية يجب الاعتداد بها، وإضافة إلى ذلك فهي حجة متعدّدة لا يقتصر أثرها على أطراف الدعوى فقط وإنما تتعدى إلى غروهم أيضاً، وهي بذلك دليل يستند على وسائل التقدم العلمي^٤. نتفقد أن هذا الموقف مشابه للموقف الأول من حيث النتيجة، لكونه في النهاية اعتبر البصمة الوراثية دليلاً يجب الاعتداد بها.

٣. أن البصمة الوراثية يعتبر خروجاً على القواعد العامة في الخبرة القضائية الحاضرة للسيطرة التقديرية للقاضي، لكون هذه الطريقة من المسائل التقنية الفنية والعلمية التي لا يستطيع القاضي مناقشتها فيلجأ إلى قبولها^٥. وبدورنا نتفق مع هذا الرأي من جانب أبا وهي أن البصمة الوراثية ليست بخبرة قضائية، لكن هل هي ملزمة للقاضي لكونها مسألة فنية غير قابلة للمناقشة؟ في هذا الشق لا نتفق مع هذا الرأي لأن الشريعة قد وضعت طريقة شرعية خاصة لإثبات بعض المسائل ومنها النسب، ولهذا نرى أنه على القاضي الرجوع إلى المبادئ العامة للشرعية الإسلامية في هذا الخصوص والبت في القضية على هئولها.

٤. حسب المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي بإمكان القاضي الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، ولكن "البصمة الوراثية من القرائن القانونية القطعية" لذا بإمكان القاضي اللجوء إليها لإثبات النسب تطبيقاً

^٤ شكر محمود السليم وأحمد حيد العمري، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٢٢٢، ٢٠١١، ص ١١٩-١٢١.

^٥ سعد صاغ الجبوري، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

والتحديد قسم مختبر تطابق الأنسجة وهو المرجع الوحيد في العراق الذي يرجع إليه القضاء العراقي في دعاوى النسب^٦.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء العراقي من البصمة الوراثية والفحوصات الطبية نوّد تناول من خلال أربع فقرات لتبيّض لنا الصورة أكثر وهي كما يلي:

أولاً: القضاء يعتمد على البصمة الوراثية والفحوصات الطبية من أجل إثبات النسب في الكثير من أحكامه، وقد اخترنا لكم منها ما يلي: جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "إذا أنكر المدعى عليه كونه أباً للمدعية، فللمحكمة إحالة الطرفين على المؤسسات الصحية لإجراء فحص الدم والأنسجة وغیره من الفحوص الطبية ذات العلاقة بهذا الموضوع، لمعرفة عتاً إذا كان من الممكن أن يكون المدعى عليه أباً للمدعية من عدمه"^٧. كما جاء في حكم آخر لها: "أن محكمة الموضوع ردت دعوى الميزة للأسباب التي صافحتها في حياثتها حكمها المطعون فيه، دون أن تلاحظ بأنّها أغفلت من إكمال تحقيقاتها الاستفادة من اعتماد وسائل البحث العلمي بهذا الخصوص بضمئها الفحص الطبي وإجراء تطابق الأنسجة وفحص الحمض النووي، وأن يتطلب تحقيقاتها المحكمة إجراءها بشأنه واستخدام المحكمة صلاحيتها المنصوص عليها في المواد (٢٠١، ١٧) من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي لا تتعارض مع حكم المادة (١١) -ثانياً- (ثالثاً) منه، ذلك لأن الغاية من إجراء التحقيقات هي الوصول إلى الحكم العادل الذي يتفق مع الشرع والقانون"^٨.

ثانياً: موقف القضاء العراقي بخصوص نفي النسب إن لم يكن نفي النسب فيه إلحاق الولد بالغير له أجهانين:

^٦ سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقها العملية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ط ١، ١٩٩٤، ص ١٧٣.

^٧ رقم (٤٩٤٠) خصية/٨٧- (٨٨) / ٩ / ١٩٨٨، المرجع نفسه، ص ١٧٦.

^٨ رقم ٢٢٢/١٩٦٤/٢٠١١، لولان عبدالله الفيضي، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة جامعة تكريت للبحوث، المجلد ٤، العدد ٣، ج ١، ص ٢٠٢٠، ١٠٧.

١. يرفض الأخذ بالحيرة الطبية. جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "أما الفحص الطبي فهو قرينة وليس دليل يبنى عليه الحكم، لذا فإن القرينة إن لم يتبها اعتراف فلا يبنى عليها الحكم مادامت الزوجية قائمة فلا يصار إلى الفحص الطبي لأن الحديث النبوي الشريف قد حسم الأمر بأن الولد للفراش... ولما تقدمت دعوى المدعي واجبة الرد"^٩. يفهم من هذا الحكم بأن القضاء يرفض الاعتماد على البصمة الوراثية لنفي النسب إن كان ثابتاً بالفراش. وفي حكم آخر لها ثبت نسب الولد للمطّلق رغم التباس السلبية للفحوصات الطبية ورد العديد من الأدلة الأخرى التي ثبتت أن الولد ليس من ماء المطلق كل ذلك بحجة تطبيق أحكام الشريعة^{١٠}.

٢. الأخذ بالحيرة الطبية لنفي النسب وإن لم يكن فيه إلحاق الولد بوالده الحقيقي طالما ثبتت الفحوصات الطبية عدم ثبوت نسب الولد لطالب نفي النسب. جاء في حكم محكمة التمييز الاتحادية: "ادعى المدعي... بأن المدعى عليها زوجته الداخل بها شرعاً وقانوناً وقد أنجبت الطفل... وحيث أنه عقيم ولا يمكنه الإنجاب عليه يطلب دعوتها للمرافعة والحكم بنفي نسب الطفل المذكور أعلاه منه... أصدرت محكمة الموضوع... حكماً حضورياً يقضي بنفي نسب الولد... من صلب المدعي... طعن وكيل المدعى عليها بالحكم... قررت محكمة التمييز: ... وولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للشرع والقانون والأسباب والحياثيات التي استند إليها لها قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية... لكن ما يثبت عدم استقرار المحكمة على اتّجاه معين فقد أصدرت المحكمة نفسها خلال شهر وعشرة أيام من حكمها السابق أنه إذا ثبت نسب الطفلة إلى والدها بموجب شروط النسب المنصوص عليها في المادة (٥١) فلا يمكن نفيها وإن كانت نتيجة الفحص

^٩ رقم ١٣/١٩٦٣/العامّة ١٥/٢٠١٦ + ٢٠١٦/٢٢٧/٢٠١٦. عمار سعدون الشهبان وآخر، مرجع سابق، ص ٣٦٢-٣٦٦.

^{١٠} محكمة التمييز الاتحادية رقم ٩٩/٢٢/١٩٦٦ + ٢٠٠٠/٩/١٠. لولان عبدالله الفيضي، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة

الوراثية، مرجع سابق، ص ١٠٥٠-١٠٥١.

موقف مشرعي القوانين المقارنة. وبناءً على ما تقدّم كان موقف القضاء العراقي متذبذباً في الأخذ بما لإثبات النسب ونفيه ولم يستقر على اتجاه معين.

التوصيات:

١. تناول القواعد أو المبادئ العامة للتلقيح الصناعي في قانون الأحوال الشخصية، وإصدار قانون مركز الإخصاب الذي نص قانون المعهد العالي لتشخيص العقم على تكليف المعهد بإنشائه وبيان تفاصيل أحكام التلقيح الصناعي في منته على ضوء التعديلات التي ستجري على قانون الأحوال الشخصية في هذا الصدد. وهنا أقتراح على المشرع الكرمي الاستفادة من قانون مراكز الإخصاب الإماراتي لكونه قانون حديث ومتطور مع إجراء تعديلات طفيفة عليه بحيث يتناسب مع المجتمع العراقي، وبخصوص تعديل قانون الأحوال الشخصية أرى بإمكانه الاستفادة من قانون الأسرة الجزائري.

٢. ضرورة تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي وبيان موقفه من البصمة الوراثية كاستكشاف طبي حديث في مجال إثبات النسب ونفيه وعدم الاكتفاء بمادة (١٠٤) من قانون الإثبات، وأقتراح على سيادته تبني موقف فقهاء المسلمين والباحثين والفقهاء العراقيين الذين يرون بأنها دليل مستقل وليست بقرينة قضائية، لكن أرى تقديراً للجوء إليها في النزاعات القضائية حصراً وبالشروط والضوابط التي وضعها فقهاء المسلمين.

خاتمة

في غاية هذا البحث توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات أدناه:

الاستنتاجات:

أولاً: رغم تطور فقهاء المسلمين لجميع المسائل المتعلقة بالتلقيح الصناعي وبيان موقف الشريعة منها، إلا أن القانون العراقي يشوبه فراغ تشريعي كبير في هذا الخصوص رغم ممارسة عمليات التلقيح الصناعي في العراق لأكثر من ثلاثين سنة إذ أن المشرع العراقي لم يعالجها بنصوص قانونية صريحة لا من خلال تعديل القانون المختص الذي هو قانون الأحوال الشخصية مثلما نظره الجزائري، ولا من خلال إصدار قانون خاص به كمنظوره الإماراتي، ولهذا لجأ الفقهاء والباحثين العراقيين إلى تحليل بعض نصوص قانون الأحوال الشخصية لغرض التوصل إلى معرفة موقف المشرع في هذا الصدد ضمناً. وفيما يخص قانون المعهد العالي لتشخيص العقم والتقنيات المساعدة على الإنجاب الذي أصدره المشرع عام ٢٠١١م فإن نصوصه لا تسد الفراغ التشريعي ولا يفي بالعرض.

ثانياً: بمجرد ظهور تقنية البصمة الوراثية لإثبات ونفي النسب تصدّت لها فقهاء المسلمين وتناولوا تفاصيل أحكامها والمسائل المتعلقة بها، كما أن مشرعي القوانين المقارنة بدورهم قاموا بتعديل قوانين الأحوال الشخصية لبلدانهم استجابة لهذا التقدم التكنولوجي وأغلبهم تبوّأ الاتجاه الشرعي القائل بأنها دليل مستقل بذاته لكن بشروط، في حين لم يجر المشرع العراقي على المواد المخصصة لأحكام النسب في قانون الأحوال الشخصية أية تعديلات بحيث تستوعب هذا التطور التكنولوجي العظيم رغم صدوره عام ١٩٥٩ أي ما يعادل أكثر من ستين سنة، ولهذا لجأ الباحثين والفقهاء العراقيين إلى المادة (١٠٤) من قانون الإثبات التي أجازت للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القران القضائية، وانفقوا موقف المشرع لكون المادة المذكورة تعتبر البصمة الوراثية قرينة قضائية بينما أغلبية الفقهاء والباحثين العراقيين يرون أنها دليل مستقل بذاته مثلما عليه

الفصل الرابع

أحكام رضاعة الصغرى*

تعتبر فترة الرضاعة التي تبدأ من الولادة ولمدة محددة من أهم وأخطر مراحل عمر الإنسان، لكون الأخير يكون رضيعاً في هذه المرحلة لا حول له ولا قوة، فهو يحتاج لمساعدة غيره لغرض تغذيته ونمو جسمه وآلا تعرّض للهلاك، وعلى الوالدين رضاعته لكونه بمرّة ثمرّة زواجهما وخاصة الأم حيث أن حليبها يعتبر أفضل غذاء له أثناء فترة الرضاعة وهذا ما أثبتته الاستكشافات الطبية الحديثة، كما يتوجب على الأب استئجار مرضية أخرى له في حالة تعذّر الأم القيام برضاعته لأي سبب كان.

ونظراً لأهمية وخطورة مرحلة الرضاعة من عمر الإنسان كما تبين لنا فإن الله عزّ

وجل شرّع لنا أحكامها في كتابه الكريم ولم يترك لنا المجال لكي نقوم بتشريعاتنا حسب

أهوائنا ورضائنا، إذ جاء في الآية (٢٣٣) من سورة البقرة ﴿وَأُولَئِكَ يُرِضَعْنَ بِأُمَّهَاتِهِنَّ

حَتَّىٰ يَكْمُلَ لَهُنَّ أَمْرٌ أَوْ إِلَىٰ سِتْرٍ مُّصَنَعٍ وَلَا يُؤَدُّ لَهُنَّ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلَا

تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا نَفْسَهَا وَلَا مَعْزَرَةٌ لَهُنَّ وَلَئِن مَّ عُوذُوا مِنَّا فَسَوْفَ نَعْلَمُ وَلَعَلَّ الْكَاثِبِينَ

ذَلِكَ فَإِن أَرَادَا فِضَالًا عَنِ تِرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِن أَرَادَتْ أَن يُسَوِّغُوا

أَوْلَادَهُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَقْبَرُوا اللَّهَ وَعَلَّمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا

تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾، وغير ذلك من الآيات. كما أكد رسول الله ﷺ على الأحكام التي وردت

في الآيات القرآنية من خلال بعض أحاديثه النبوية الشريفة، وروفاة المصطفى صلى الله

عليه وسلم بدأ فقهاء المسلمين بتفسير وتأويل الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة

لاستنباط الأحكام منها من أجل بيان الحكم الشرعي للمسائل المتعلقة بالرضاعة،

وبدوره قام المشرعين الوضعيين في البلدان الإسلامية بتقنين هذه الأحكام في القوانين الخاصة بمسائل الأسرة أو ما يسمى بالأحوال الشخصية.

المشرع العراقي كآني مشرع وضعي آخر حينما أصدر قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، خصّص منه المادتين (٥٥، ٥٦) لأحكام الرضاعة وكلّ واحدة منهما لا تتجاوز سطراً واحداً، مستمداً أحكامها من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأساسي والأول لقانون الأحوال الشخصية، ولغرض سد الثغرات التشريعية التي يعثره القانون فقد أجري عليه عشرات التعديلات من قبل المشرع، لكن أحكام الرضاعة لم تصبها أية تعديلات لحد الآن رغم قلّة عدد المواد المخصصة لها وتلك هي إشكالية البحث التي سنحاول معالجتها. وعليه، فإن التساؤلات التي تطرح نفسها من هذه الإشكالية هي ما يلي:

١. هل أن المواد المخصصة في قانون الأحوال الشخصية العراقي لأحكام الرضاعة تستوعب جميع المسائل المتعلقة بها ولهذا لم يجر عليها أية تعديلات أم تشويهاً ثغرات تشريعية؟

٢. ما هي الثغرات التشريعية التي يعاني منها القانون العراقي في حالة وجودها؟

المبحث الأول: تعريف الرضاعة لغةً واصطلاحاً.

لكون هذا البحث يتناول أحكام الرضاعة فلابد من تعريف (الرضاعة) أولاً ليسهل على القارئ فهم أحكامها، ومن أجل ذلك خصّصنا هذا المبحث الذي يتألف من مطلبين لغرض تعريفها لغةً واصطلاحاً، ففي المطلب الأول سنتناول تعريفها لغةً، وفي المطلب الثاني سنتطرق إلى تعريفها اصطلاحاً.

* نشر هذا الفصل كبحث أكاديمي بعنوان "أحكام رضاعة الصغرى: دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة الإسلامية، التشريعات العربية" في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الحلفاء، المجلد ١٥، العدد ٢٠٢١، ٢٠٢٢، ص ١٩٩-٢٤٧.

الرضع اللبن من ثدي الأمية في وقت مخصوص^١. والوقت المخصوص بمعنى أن يتم الإرضاع خلال مدة الحولين، وبذلك فإن الإرضاع بعد هذه المدة لا تعتبر رضاعة^٢. أما عند الملكية فهي كل ما وصل ولو مع الشك إلى جوف الرضيع في الحولين الأولين من لبن الأمية ومنه مئة واحدة^٣.

عند مقارنة التعريفات أعلاه ببعضها البعض يلاحظ بأن أفضل تعريف للرضاعة هو تعريف الملكية؛ لأنه يشمل كل ما وصل إلى جوف الرضيع سواء كان بالمش أو السعوط (هو أن يصب اللبن في الأنف) أو الوجور (هو أن يصب اللبن في الحلق عنوة) أو حتى بالحقنة، وبمثل كذلك مدة الإرضاع لا يشترط أن يكون في الحولين، إضافة إلى ذلك شغل القدر المهرم الذي هو (وإن مصة واحدة)، وبذلك فهو تعريف جامع مانع إذ سأل من الاعتراضات الموجهة لتعريفات غيرهم^٤.

علماً، أنه لدى الحنفية والشافعية والمالكية ورواية عن الإمام أحمد لا فرق عندهم بين أن تكون امتصاص اللبن من قبل الرضيع من الثدي مباشرة أو بالواسطة، فسواء سقى الرضيع بالحليب الذي سبق وأن حلب في وعاء أو اختلط بسائل آخر كالماء

^١ محمد بن عبد الباقي، العناية شرح الهداية، ج ٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٤١٠، ص ٤٣٨. راجع أيضاً، سعدي أبو حبيب، مبرمج سابق، ١٤٩-١٥٠.

^٢ ابن عابدين، دار الفخر على الدرر المختار، ج ١٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٢٠٢، ص ١٩٦٦.

^٣ ص ٢٠٩. وعمر إسماعيل أبو سحبل، حق الرضاعة للضوء وظيفته في الأحكام الشرعية في فطاح غزة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون قسم القضاء الشرعي بالجامعة الإسلامية بقر، ٢٠٠٧، ص ٣٦.

^٤ أحمد الدين الطرابلسي، موهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج ٤، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٢، ص ١٧٨.

جواد صليحة، صياحة حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، العدد ١٦، ٢٠١٦، ص ٦٢.

^٥ أحمد صمود كبريه، الرضاع وأحكامه في الشريعة الإسلامية، دون دار النشر، ومكانه، دط، ١٩٩٥، ص ٢٥١، ٢٥٤.

المطلب الأول: تعريف الرضاعة لغة.

جاء في معاجم اللغة العربية: رَضِعَ يَرْضَعُ وَرَضِعٌ، رَضَاعَةٌ وَرَضَاعَةٌ وَرَضَعًا وَرَضَاعًا وَرَضَاعًا، فهو راضع، والمفعول مَرْضُوعٌ. رَضِعَ الطِّفْلُ أَنَّهُ: بمعنى امتصَّ ثديها. كما ورد فيه: رَضِعَ يَرْضَعُ، ترضعا، فهو مَرْضِعٌ، والمفعول مَرْضُوعٌ. رَضِعَتِ الْأُمُّ وَلَدَهَا: أرضعته؛ جعلته يرضع، أي يمتصُّ ثديها. أما راضع إنته: دفعه إلى مَرْضَعٍ غير أمه تطعمه من لبنها. وفيما يخصُّ الرارضع (الرضيع) فهو مفرد، وجمعه رضاعٌ وَرَضِعٌ وَرَضَعٌ، ويقصد به: طفلٌ دون السنتين "لَوْلَا شَيْخٌ وَرَجُلٌ وَأَطْفَالٌ مَرْضِعٌ"^١.

المطلب الثاني: تعريف الرضاعة اصطلاحاً.

في هذا المطلب سنتناول تعريف الرضاعة اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً، ومن ثم عند مشرعي القوانين الوضعية ثانياً، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول: تعريف الرضاعة في الشريعة الإسلامية.

في البداية سنحاول تعريف الرضاعة اصطلاحاً لدى فقهاء المسلمين؛ فهي عند الحنابلة: مص الرضيع من ثدي الأمية في مدة الرضاع^٢، أما لدى الشافعية فهي اسم لحصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل أو دماغه^٣، والحنفية عرفتها بأنها مص

^١ أحمد بن محمد عبد الحسند عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ٢٣، عالم الكتب، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٩٠٣-٩٠٤.

وإمام أيضاً، محمد بن محمد الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ٤٢، دار الهداية، دط، ١٩٥٠، ص ١١١-٩٥.

^٢ معرفة لمزيد حول تعريف الرضاعة لغةً واصطلاحاً راجع: بوظاية زيب، وبيضايف حنان، أحكام الرضاع في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم الإنسانية والانضامية قسم العلوم الإسلامية بجمعة محمد بوظاية، الجزائر، ٢٠٢٠.

^٣ علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣، ص ١١١.

^٤ محمد أحمد الشريبي، معنى المص في اللغة معاني ألفاظ النحويين، ج ٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ص ١٢٣. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨، ص ١٤٩-١٥٠.

فحكمه واحد عندهم، أما الظاهرية ورواية عن الإمام أحمد أن الرضاع لا يتم إلا بامتصاص اللبن من الثدي مباشرة^٤.

إضافة إلى ما سبق فإنه يفهم من التعريفات الفقهية للرضاعة أتم بفصلون بما الرضاعة الطبيعية أي إرضاع الطفل من وبذلك فهي لا تشمل الرضاعة الصناعية المعروفة اليوم بزجاجة الحليب المنصوع من حليب الحيوانات، وما ذكره (الرجيلي) في مصنفه يؤكد ما ذهبنا إليه إذ جاء فيه "المرعصة ملزمة بإرضاع الرضيع بحليبها، فإن قامت بإرضاعه بحليب الحيوان فلا أجر لها"^٥.

الفرع الثاني: تعريف الرضاعة في القوانين الوضعية.

لو رجعنا إلى موقف المشرع العراقي من تعريف الرضاعة سنلاحظ بأن نصوص قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ جاءت خالية من أية إشارة إلى تعريفها، لكن وبالرجوع إلى المادة الأولى منه التي تنص على: "٣. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون. ٣. تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تقارب قوانينها من القوانين العراقية". يفهم من النص بأن المشرع أتمسح المجال للقاضي بالرجوع إلى التعريفات التي ذكرها فقهاء المسلمين في مصنفاتهم دون التقييد بمذهب معين.

وتجدر الإشارة بأن موقف المشرع هذا يوافق رأي فريق من الفقهاء القانونيين الذين يرون بأن تعريف المصطلحات ضمن متن القانون ليس من عمل المشرع وإنما هو من عمل الفقهاء عند شرح المنون، لكن يرد على هذا الرأي بالقول: ماذا لو كان هناك

خلاف وعدم توافق بين الفقهاء حول معنى أو تعريف المصطلح؟ إضافة إلى ذلك، فإن القانون يشرع ويصدر من السلطة التشريعية لجميع الأشخاص المخاطبين به وأن أغلبية المخاطبين ليسوا من الفقهاء والقانونيين، لذا من المفروض ذكر تعريف المصطلحات الضرورية ضمن المتن بكتلمات وعبارات واضحة وسهلة الفهم لجميع الأشخاص المخاطبين به، لأنه من جانب تحسم الخلاف الموجود حول تعريف المصطلح ويسهل فهم بقية المواد المرتبطة بها، ومن جانب آخر يمكن المخاطب من معرفة مركزه القانوني إن كان لديه نزاع قضائي، كما يساعد القاضي على حسم القضية للمنظورة أمامه بسهولة وبأسرع وقت يمكن.

أما القوانين المقارنة فهي الأخرى سلكت مسلك القانون العراقي ولم تعرّف الرضاعة، لكن المشرع الإماراتي حينما ذكر سببين باعتبار الرضاعة حقاً للطفل في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥م، فإن ما ورد في السبب الأول يمكن اعتباره تعريفاً ضمنيّاً مختصراً للرضاعة إذ جاء فيها: "كوتما غذاء مناسباً للرضيع في الدور الأول من حياة الإنسان وأسنه هو لبن الأم ولذلك كان من حق الولد على أمه أن ترضعه اللبن لأن الولد لا يعيش بدونها غالباً". يفهم من هذا النص بأن الرضاعة هي: مص الولد ثدي أمه في الفترة الأولى من حياته.

في ختام هذا البحث نقرح على المشرع العراقي الأخذ بتعريف الملكية مع إجراء تعديل طفيف عليه بخصوص عدد المصّات أو ما تسمى بـ(الرضعات) التي تثبت بها الإطرية حيث نرجح (خمس رضعات) للمفني به لدى الشافعية والحنابلة بدلاً من (رضعة واحدة) عند الملكية، وكما هو أت: "الرضاعة: هي كل ما وصل ولو مع الشك إلى جوف الرضيع في الحولين الأولين من لبن الأمية، وتثبت الإطرية بخمس رضعات مشبعات متفرقات".

^١ أحمد علي الخطيب، وأحمد عبد الكبيسي، وفهد عيسى السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ط ١، ١٩٨٠، ص ٢١٠.

^٢ رومية مصطفى الرجيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ١٠، دار الفكر، دمشق، ط ٤، ص ١٢٨١.

لتناسب قدرته على الهضم والامتصاص. وعليه، فإن عناصر التغذية في حليب الأم غير ثابتة إذ تتغير يوماً بعد يوم وفق حاجات الرضيع.

٨. يُحفظ حليب الأم تحت درجة من الحرارة معقولة بحيث يستجيب تلقائياً لحاجيات الطفل، فهو بارد صيفاً ودافئ شتاءً، ويمكن الحصول عليه في أي وقت.

٩. الرضاعة الطبيعية تعتبر من أحد العوامل الطبيعية لمنع الحمل، فهي وسيلة سليمة خالية من المضاعفات التي قد تصحب استعمال الحبوب أو الحقن أو اللولب^١.

المطلب الثاني: مدة الرضاعة.

في هذا المطلب سنتناول مدة الرضاعة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أولاً، ومن ثم عند مشرعي القوانين الوضعية ثانياً، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول: مدة الرضاعة في الشريعة الإسلامية.

من خلال تعريفات الرضاعة التي ذكرها فقهاء المسلمين والتي سبق وأن أشرنا إليها في المبحث الأول، يفهم أن للرضاعة مدة معلومة أو فترة محدودة إن تجاوزها الصغير لا يعتبر رضيعاً، لكن هل الفقهاء متفقون على هذه المدة؟.

حقيقة هناك خلاف بين فقهاء المسلمين حول مدة الرضاعة وخاصة حينما تتعلق بالمدة التي تثبت بها حرمة الزواج، فهي سنتان عند جمهور الفقهاء (الشافعية والحنابلة والحنفية ورواية عن مالك) على اعتبار أن اللبن في هاتين السنتين من حياة الرضيع يعتبر

^١ هل يجب على الأم إرضاع ولدها؟، موقع الإسلام سؤال وجواب، نشر بتاريخ ٢٠١٢/٣/٤، تاريخ الزيارة

٢٠٢١/١٠/١٦

<https://islamqa.info/ar/answers/142055/%d9%87%d9%84%d9%8a%d8%ac%d8%a8%d8%b9%d9%84%d9%89%d8%a7%d9%84%d8%a7%d9%85%d8%a7%d8%b1%d8%b6%d8%a7%d8%b9%d9%88%d9%84%d8%af%d9%87%d8%a7>

فيما يخص مدة الرضاعة إذ أوصت هذه الجهات بضرورة إرضاع الطفل بحليب الثدي في ستة أشهر الأولى من عمره، كما وترى الدائرة المذكورة أنه لا يوجد هناك وقت مناسب لوقف الرضاعة الطبيعية، ويجب أن تستمر هذه الرضاعة لمدة سنتين أو أكثر^١. يلاحظ بأن ما جاء في توصية هذه الجهات العلمية العاملة في مجال صحة الإنسان تؤكد ما جاء في القرآن الكريم ويدعم في الوقت نفسه ما ذكره فقهاء المسلمين من آراء وأقوال في هذا الخصوص.

الفرع الثاني: مدة الرضاعة في القوانين الوضعية.

المشرع العراقي لم يبيّن موقفه من مدة الرضاعة لا بشكل صريح ولا ضمنياً إذ جاء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي خالية من أية إشارة إليها، وذلك بخلاف المشرع الأردني الذي بيّن موقفه منها في المادة (١٦٩) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩ حينما تناول مسألة أجرة الرضاعة إذ جاء فيها: "وتفرض الأجرة - أجرة الرضاعة- من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يفطم قبل ذلك". يفهم من النص أن الأصل هو أن يتم الرضاعة وتتمامها هي إتمام الرضيع سنتين من عمره، لكن يجوز للمرضعة أمّاً كانت أم غيرها وبالاتفاق مع والد الرضيع أو المكلف بنفقته فطام الصغير قبل إكمال هذه المدة. وعليه، ففي الوقت الذي نرجح فيه موقف المشرع الأردني لكونه قد استفاد من الفقه الإسلامي بعكس نظيره العراقي وحسم الخلاف والجدال

^١ دائرة الصحة العامة في تورينوتو، مرجع سابق، ص ٣٠. وليا سليم، الرضاعة الطبيعية منذ الساعة الأولى للولادة: ما ينفع وما يضر، موقع منظمة اليونيسيف، نشر بتاريخ ١٣ آب / أغسطس ٢٠١٨، تاريخ الزيارة ١٢/١٠/٢٠٢١.

<https://www.unicef.org/ar/%D9%82%D8%B5%D8%B5/%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%B6%D8%A7%D8%B9%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A8%D9%8A%D8%B9%D9%8A%D8%A9%D9%85%D9%86%D8%B0%D8%A7%D9%84%D8%B3%D8%A7%D8%B9%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%89%D9%84%D9%84%D9%88%D9%84%D8%A7%D8%AF%D8%A9%D9%85%D8%A7%D9%8A%D9%86%D9%81%D8%B9%D9%88%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%B6%D8%B1>

ذلك، ذهب الخفيا إلى القول: رغم أن الأم غير ملزمة بالرضاعة قضاء، لكن إذا ما قبلتها بالأجرة فهذا يدل على أنها قادرة على الرضاعة وبذلك يجب عليها قضاء^١.

القول الثاني: ذهب فقهاء المالكية، (وإن لي ليلى والحسن من صالح، وأبو ثور) أن الرضاعة تعتبر واجباً على أم الرضيع ديانة وقضاء، لكن يشترط أن تكون الرضوية قائمة بين أم الرضيع وأبيه أو أن تكون معتدة له من طلاق رجعي، ودليلهم قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ كَأُمَّهَاتِهِنَّ لِمَنْ أَنْزَلَ إِلَهُهُنَّ عَلَى الْفُلُوذِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَيَسْوَعُهُنَّ بِالْمَكْرُوفِ لَا يُلْكَفُ نَفْسٌ إِلَّا بِمَنْعِهَا﴾[البقرة: ٢٣٣] فما ورد في الآية خبر يبراه به الأمر أو خبر عن حكم الشرع^٢، وعليه فلو امتنعت الأم من إرضاع طفلها أجبرها القاضي على ذلك. أما إذا كانت الأم معتدة من طلاق بائن فلا تجبر بإرضاع طفلها لكون الرضاعة في هذه الحالة تعتبر حقاً لها وتقدم على غيرها إن رغبت في الإرضاع وإن طلبت أجر المثل وكانت هناك منعة^٣، ولا تجبر الأم على الرضاعة أيضاً إن كانت من طبقة بحيث لا تقم نساها بإرضاع أولادها بأنفسهن^٤. أما في حالات الضرورة فإنها تجبر على الرضاعة كأن لا يقبل الرضيع غير ثدي أمه، أو كان الأب والرضيع فقيرين، أو فقد الأب بتموته أو بغيابه^٥.

أجبية للرضع من قبل الأب لكن بشرطين: الأول: أذن الأم، فإن رفضت الأم ومطالبت بحقها في الرضاعة عندها لا تناهسا أحد لأن الرضاعة حقها والدليل قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾[البقرة: ٢٣٣]. الثاني: إعطاء المرضعة للمستأجرة أجرة بما تعارف عليه الناس مما يعطى لملثها دون نقص ولا ماملة في أدها، لكي تكون حريصة على الرضيع في غذائه ورعائه وجميع شؤونه، لقوله تعالى ﴿إِذَا سَأَلْتُم مَّا آتَيْتُم بِأَمْثَلِهِمْ﴾^٦.

ورغم أن أصحاب هذا القول يرون أن الرضاعة حق للأم وليست بواجب عليها، إلا أنهم يرون أنها تجبر إن توفرت إحدى الحالات أدناه استثناءً، وهي كما يلي:

١. إذا لم يقبل الرضيع سوى ثدي أمه.
 ٢. عدم امتلاك الرضيع ولا الملمز بفقته للمال أو المال الكافي لدفع أجرة المرضعة المستأجرة، ولم توجد من تبرع بها.
 ٣. إذا لم تكن هناك مرضعة مستعانة لإرضاع الرضيع سواء كانت بآجر أو دونها^٧.
- وهناك من ذهب إلى القول بأن الاستثناءات التي ذكرها أصحاب هذا الرأي يكاد يدعو إلى القول بأن الرضاعة واجب على الأم ما لم تتعدر عليها^٨.
- كما نود الإشارة بأن الشافعية والحنبلة يميزان إجبار الأم على إرضاع ولدها (لبن الحلب) حتى يروى منه عرفاً ويقصد اللبن اللبن الأيام الأولى من الولادة^٩. إضافة إلى

^١ حسن البغا، ومضطفي البغا، قانون الأحوال الشخصية: رواج وطلاق، ج ١، منشورات الجامعة الإفريقية السورية، ٢٠١٨، ص ٢٦٩.

^٢ نبيلة حامد حريشة، مرجع سابق، ص ٦٦. وطارق عبدالله كبر، مرجع سابق، ص ٢٦٦-٢٦٢. وعلي فهد علي أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧٣.

^٣ بوجادي صليحة، مرجع سابق، ص ٧٨. محسن الدين الطرابلسي، مرجع سابق، ص ٢١٣.

^٤ الإمام فهد أبو زعرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١٩٥٧، ص ٤٠٣، وعبدالمفتاح عمرو، مرجع سابق، ص ٧٨.

^٥ حمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٢٧٤. عبدالمفتاح عمرو، مرجع سابق، ص ٧٩. ابن رشد الحفصي، بداية المجهد وغاية المنقذ، ج ٣، دار الحديث، القاهرة، ط ٢٠٠٤، ص ٧٩. عامر إسماعيل أبو سحبل، مرجع سابق، ص ٧١.

^٦ محسن الدين الطرابلسي، ج ١، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

حول حق الرضيع في الرضاعة فلولاً حقه هذا لأمام عليها الحد بمجرد وضعها لحلمها^١. وعليه، تعتبر الرضاعة حق للرضع على والديه للحفاظ على حياته ولضمان تنشئة تنشئة بدنية صحيحة من خلال إرضاعه من ثدي أمه، وفي الوقت نفسه تعتبر واجباً على والديه كليهما وذلك لتثبيت حق الرضيع لكي لا يكون ضحية خلافات والديه^٢.

المطلب الثاني: تكييف الرضاعة في القوانين الوضعية.

بمخصوص موقف القانون العراقي نجد بأن المشرع وفي المادة (٥٥) من قانون الأحوال الشخصية نصّ على: "على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك"، يفهم من النص بأن المشرع قد أخذ بالقول الثاني لفقهاء المسلمين إذ بموجب النص الأم ملزمة برضاعة ولدها وليس لها التنصل عنها مهما كانت أعذارها إلا إذا كانت مريضة وكان مرضها يسبب إلحاق الضرر بها أو بالرضع إن قامت بإرضاع الأخير، ففي هذه الحالة الملمز بالنفقة على الرضيع سواء كان أباه أو شخص آخر مكلف باستئجار مرضعة أخرى له^٣.

^١ عامر إسماعيل أبو سحبل، مرجع سابق، ص ٦٩. في قصة ماعز والقامدية، من رواية عبد الله وسليمان ابني ثوبان عن أبيهما؛ قال: فلما جئت القامدية فقلت: يا رسول الله، إنني قد رزيت ظهري، وإنه رجعاً، فلما كان بعد ذلك قلت: يا رسول الله، لم يردني لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً، فوالله إنني خلي. قال: "إننا لا نأخذني حتى لندي" فلما ولدت أنثى بالظني في حرقف، قلت: هذا قد ولدته. قال: "أهدي فأرضعي حتى تنظفي" فلما قطعت أنثى بالظني في يده كسرة خبز، فقلت: هذا يا نبي الله قد قطعت، وقد أكل الطعام. فدفع الظني إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها، فدفعت لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموا. فقبل خالد بن الوليد بخرم فرمى رأسها، فتضع اللد على وجه خالد، فسبها. فسمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم سبه [فيما] فقال: "ملا يا خالد، فوالذي نفسي بيده، لقد نابت لينة أو نابتها صاحب مكس لغيره". ثم أمر بها ففصل عثقتها، ودفعت. فجد فصح الحفصي، الجمع بين الصحيحين للحفصي، ج ١، تحقيق علي حجة الوهاب، دار ابن حزم، بيروت، ط ٢٠٠٢، ص ٢٧١.

^٢ صاحب عقود السامري، حقه الرضاع (مشكلة إرضاع الكبير)، مجلة سر من رآه، ج ١١، عدد ٤٠، ٢٠١٥، ص ٢٢٩.

^٣ طارق عبدالله كبر، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

^١ نبيلة حامد حريشة، مرجع سابق، ص ٨٨.

^٢ طارق عبدالله كبر، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، منشورات جامعة السليمانية، السليمانية، ط ٢٠٠٤، ص ٢٦١. عبدالوهاب خلافاً، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، في العلم للنشر والوزيع، الكويت، ط ١٩٩٠، ص ١٩١.

^٣ أحمد علي الحفصي وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١٠.

^٤ بوجادي صليحة، مرجع سابق، ص ٧٨.

يفهم بما سبق أن الأم عند أصحاب هذا القول تجبر على الرضاعة قضاء إن كانت الرضوية قائمة أو معتدة من طلاق رجعي، أما إن كانت معتدة من طلاق بائن أو كانت من طبقة بحيث لا تقم نساها حسب العرف الجاري بإرضاع أولادها ففي كلتا الحالتين لا تجبر على الرضاعة إلا عند الضرورة.

يستنتج مما تقدم أن سبب الخلاف حول تكييف الرضاعة عند فقهاء المسلمين هو أن بعض الفقهاء يعتبرون الرضاعة نفقة للرضع وهي على الأب، بينما الآخرون تعتبرونها ملزمة للأم بموجب النص، في حين ترى فريق آخر أن المعتر في هذه المسألة هو العرف^١.

وقبل الانتقال إلى بيان موقف القوانين الوضعية نود الإشارة بأن فقهاء المسلمين يرون أن الرضاعة إن كانت حقاً للأم فإنها وفي الوقت نفسه تعتبر حقاً للرضع^٢، وأن حقه هذا ثابت بحكم الشرع، ومن يجب عليه هذا الحق القيام به، لأن لها علاقة مباشرة بتغذية الرضيع ونموه الجنسي والعاطفي والاجتماعي، وتعتبر قوته الوحيد من الولادة إلى النضام، وأن الرضيع عاجز عن إشباع هذه الحاجيات بوجهه^٣ حيث رغم وجود البدائل عن حليب الأم قديماً وحديثاً إلا أن حليبها يعتبر أفضل غذاء له، ولهذا أمر الله عز وجل الأمهات بإرضاع أولادهن في قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ كَأُمَّهَاتِهِنَّ﴾[البقرة: ٢٣٣]. كما أن الرسول ﷺ لم يقم بإقامة حد الزنا بحق المرأة العاملة التي تزنت لجن إن وضعت حليبها وقامت بإرضاع ولدها ومن ثم فطامه إذ قال لها: كما ورد في الحديث الشريف (أهدي فأرضعي حتى تنظفي)، ففي الحديث دلالة واضحة

^١ عامر إسماعيل أبو سحبل، مرجع سابق، ص ٧٢.

^٢ عبدالمفتاح عمرو، مرجع سابق، ص ٨٠.

^٣ جهاد صالح محمد، دليل سبوا من أسرى، أحكام الرضاع المهر في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية حديثة، مجلة الثقافة الإسلامية والإنسانية، جامعة USIM، الهند، ط ٢٠٢٠، العدد ٢٣، ص ٢٠٢٠، ص ٢٣٣. وبوجادي صليحة، مرجع سابق، ص ٧٩.

ويرى أحد الباحثين أن عدم إلزام قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٥٢) الأم على إرضاع ولدها يتفق مع روح العصر بعد أن تقدّمت وسائل الرضاعة الصناعية والتغذية الفنية على أساس صحي سليم^١.

وهناك من أشار بأنه يترتب على كون الرضاعة حقاً للأم وليست بواجب عليها ما يلي:
١. لا يجوز إجبار الأم على رضاعة ولدها فإن أجبرها الزوج ولم تستجب هي لأمره فهي ليست بعاصية ولا تعدّ ناشزة، ويستثنى من ذلك حالات الضرورة من أجل المحافظة على حياة الولد.

٢. الأب ملزم بدفع أجرة الرضاعة لزوجته التي هي أم الرضيع إن طلبتها، أما إن لم تطلبها كما هو السائد في أعراف الناس اليوم لم يلزم بدفعها وسقط حقها في المطالبة إن كانت قد تبرعت بها^٢.

بعد بيان موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من تكييف الرضاعة تبين لنا بأن القوانين الوضعية هي الأخرى تبنت موقف فقهاء المسلمين من هذه المسألة، فالمشرعين العراقي والإماراتي تبني القول الثاني لفقهاء المسلمين بينما المشرعين الأردني والفلسطيني والسوري تبني القول الأول الذي هو قول جمهور المسلمين، وحقيقة أن تبني وترجح أحد القولين على في غاية الصعوبة للغاية لأن:

١. كلا القولين يستندون على نفس الأدلة الشرعية تقريباً، والخلاف بينهم جاء نتيجة لاختلافهم في فهم وتأويل النصوص الشرعية.

^١ علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٧٦.

^٢ سمية حسين الخولاني، أجرة الرضاعة وأحكامها وفقاً للقانون اليمني، موقع محاماة نت، نشر بتاريخ ٣١ مايو،

٢٠١٩، تاريخ الزيارة ٢١/٧/٢٠٢١

<https://www.mohamah.net/law/%D9%85%D8%A7%D9%87%D9%8A%D8%A3%D8%AC%D8%B1%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%B6%D8%A7%D8%B9%D8%A9%D9%88%D8%A3%D8%AD%D9%83%D8%A7%D9%85%D9%87%D8%A7%D9%81%D9%8A%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86/>

إذ لا بأس أن تنتظر المطلقة حوالي سنتين كقضى مدة لإرضاع إن رغبت في الزواج من رجل آخر، لأنه وكما قلنا آنفاً عليها تحتمل آثار عقد زواجها وألا يجعل من ولدها ضحية لها.

والنص المقترح للمشرع العراقي هو: «١. على الأم إرضاع ولدها سواء كانت علاقتها الزوجية قائمة من والد الرضيع أو معتدة منه بطلاق رجعي أو بائن ما لم يكن هناك مانع تمنعها من ذلك. ٢. على المكلف بالنفقة على الرضيع استئجار مرضعة له في حالة وجود المانع».

المبحث الرابع: أجره الرضاعة.

إذا قامت الأم برضاعة ولدها فهل تستحق أجره عنها؟ ما هي الحالات التي تستحق فيها الأجر؟ ومن هو الشخص المكلف بدفعها؟ ما الحكم إذا كانت هناك مرضعة متبرعة تنازع الأم على الرضاعة؟ متى تبدأ سريان استحقاق الأجر وما هي المدة التي تستحق عنها الأجر؟ كل هذه المسائل التي لها علاقة بأجرة الرضاعة سنتناولها من خلال مطلبين في الأول سنتبين موقف الشريعة منها، وفي الثاني سنتطرق إلى موقف القوانين الوضعية منها وخاصة القانون العراقي.

المطلب الأول: أجره الرضاعة في الشريعة الإسلامية.

ففيما يخص مدى استحقاق الأم أجره الرضاعة من عدها ومن هو الشخص المكلف بدفعها، ذهب جمهور فقهاء المسلمين على أن نفقة كل شخص من ماله إن كان له مال وعليه فإن كان الرضيع يملك مالا فالأجرة تدفع من ماله، وألا فإن والد الرضيع أو المكلف بنفقته ملزم بدفعها إن كانت المرضعة أجنبية أو كانت أم الرضيع لكن الزوجية غير قائمة بينهما وانتهت عقدًا، عملاً بالأية الكريمة قال تعالى ﴿وَإِنْ كُنَّ أُمَّاتٍ فَهُنَّ كَالْأُمَّاتِ عَلَيْهِنَّ مِثْلُ الْوَالِدَاتِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

^١ حنبل الدين الطبرسي، ج٥، مرجع سابق، ص ٦١٣.

٢. إذا لم تلزم الأم بإرضاع ولدها حتى وإن كانت علاقتها الزوجية قائمة من والد الرضيع حسب القول الأول، فما هي قيمة الميثاق العليظ (عقد الزواج) المبرم بين الزوجين؟ ألا تعتبر رضاعة الأولاد من إحدى الآثار المترتبة على هذا العقد التي يجب على الزوجة القيام بها دون تنازل وإهمال؟ ألا يجب عدم إزام الأم برضاعة ولدها التمرد على زوجها في بقية أمور الزوجية والعائلة؟ وغير ذلك من التساؤلات.

٣. هل من المنطق إزام الأم برضاعة ولدها في جميع الأحوال بمجرد أن علاقتها الزوجية قائمة من والد الرضيع أو معتدة منه بطلاق رجعي حسب القول الثاني في حين قد تكون هناك حالات تتمرد معها القيام بذلك. وهل من المعقول عدم إزامها بالرضاعة بمجرد أنها معتدة من طلاق بائن؟ ألا تبقى أمًا لولدها رغم ذلك؟ أليس عليها تحتمل تبعات عقد زواجها الذي أمرها برضاها ولا يجعل من ولدها الرضيع ضحية للخلافات الموجودة بينها وبين زوجها؟ ألا يعتبر عدم إزام الأم بالرضاعة إن كانت من طبقة بحيث لا تقم نساها حسب العرف الجاري بإرضاع أولادها دعوة لفتح باب الطبقية بين أفراد المجتمع الإسلامي الذي يعتبر الناس فيه سواسية كأسنان المشط؟ ألا يدل عدم رغبة الأم في رضاعة أولادها على عدم وجود عاطفة الأمومة عندها؟ ألا يؤدي ذلك إلى ضعف العلاقة بينها وبين أولادها وبالتالي عدم التمسك من تربية الأولاد تربية صالحة سليمة؟ وغير ذلك من التساؤلات.

على أية حال، أرى موقف المشرع الإماراتي لكونه الأقرب إلى روح الفصوص الشرعية فهو يعطى قيمة لعقد الزواج بين والدي الرضيع هذا من جانب، ومن جانب آخر ينفذ حياة الرضيع من الهلاك، وفي الوقت نفسه يفسخ مجالاً للأم بعدم رضاعة ولدها عندما يكون هناك مانع تمنعها من ذلك، وهذا المانع قد يكون مانعاً صحياً كالذي ذكره المشرع العراقي وقد لا صحياً فالمشرع لم يحدد طبيعة المانع وتركها لاجتهاد القاضي وهو عنى الصواب، وعليه أدعو المشرع العراقي للاعتناء به على أن يبين حالة الأم وأفضل الإزامها بالرضاعة سواء كانت علاقتها الزوجية قائمة أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن

فَأَنْفَعُوا عَلَيْهِمْ حَتَّىٰ يَمِزُّوا عَنْهُمْ حَلَّهٖمْ فَأَنْ أَرْضَعُنَّ لَكُمْ فَارْتَضَوْهُ أَقْرَبُ لَكُمْ مِمَّا يَمِزُّونَ ﴿٦﴾ [الطلاق: ٦] جاء عاماً مطلقاً لا يقتد بحالة معينة للأم وعليه فسواء كانت في عصمة زوجها أو العلاقة بينهما منتهية فهي تستحق أجرها، إضافة إلى ذلك إن إزام الأم بإرضاع الطفل تبرعاً رغم انتهاء علاقتها الزوجية بوالد الرضيع يلحق بها ضرراً واضحاً، وقد أمر الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم ﴿لَا تَضَارُّوا نَفْسًا يَدَّبُّوا بِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهذا ما عليه المخالفة وقول لدى الشافعية في الأصح من مذهبهم وعند المالكية إن كانت الأم شريفة حسيبة.

يستنتج مما سبق بأن سبب الخلاف بين الفقهاء هو أن بعضهم يعتبرون الرضاعة من ضمن أعمال البيت التي يجب على الأم القيام بها ولها النفقة مقابل ذلك وبذلك فهي لا تستحق أجره عنها، أما آخرون فيعتبرونها من واجبات الأب فلا تجبر الأم عليها، فإن طلبت الأجرة فهي تستحقها كأي عمل آخر.

ثانياً: الأم معتدة من طلاق بائن.

القول الأول: تستحق الأجرة لدى المالكية والشافعية والحنابلة وبعض فقهاء الحنفية، وكذلك بعض الفقهاء المعاصرين لأن العلاقة بين الزوجين قد انقطعت بالطلاق البائن وصارت الأم كالأجنبية، إذ يرون أنه إذا انقضت عقدًا لا ينفق عليها الزوج وبذلك فالأجرة تعتبر نفقة لها، وأن إرضاعها تبرعاً يلحق بها الضرر، وإن إرضاعها له يحقق المصلحة لها وله. فرغم أن المطلقة الحاملة البائنة لها النفقة إلا أن الآية ﴿وَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتَضَوْهُ أَقْرَبُ لَكُمْ مِمَّا يَمِزُّونَ﴾ [الطلاق: ٦]، قد فرض لها أجره الرضاعة أيضاً، وعليه فإنها تستحق النفقتين بالنص وإن وجوب أحدهما لا يمنع الآخر. وبذلك فإن أصحاب هذا

^١ أحمد علي الخطيب وآخرون، مرجع سابق، ص ٦١٢. وفيه مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٦٢٨. أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٢٧١.
^٢ ابن العناب، مرجع سابق، ص ١٥١، ١٦٩. وفيه مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧٧. فاروق عبيدالله كرم، مرجع سابق، ص ٦٦٢. عبدالوهاب خلاص، مرجع سابق، ص ١٩٢. حسن العبد ومصطفى البغا، مرجع سابق، ص ٦٦٦.

^١ ابن عرفة المالكي، للحضر الفقهي ابن عرف، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ج٤، مؤسسة خلك أحمد المختبر للأعمال الخيرية، ط ١، ٢٠١٤، ص ٥٠٦. أحمد علي الخطيب وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١٣. فاروق عبيدالله كرم، مرجع سابق، ص ٦٦٣. علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٨-٥٦٨.
^٢ عامر إسماعيل أبو سحبل، مرجع سابق، ص ٧٥.

دون الأجر التي تطلبها الأم عندها تتقدم الأجنبية عليها، لأن إزام الأب أو المكلف بالنفقة على الرضيع يدفع أجره الرضاعة للأم في حالة وجود متبرعة أو إزامه بالزيادة التي تطلبها الأم يلحق به الضرر فلا يجوز ودليلهم ﴿لَا تُضَارُّ وَوَلَدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله تعالى ﴿وَإِنْ تَعَايَنَّا مُتَضَرِّعًا لَهُ أَيَّتْرَى﴾ [الطلاق: ٦]. أما المخالفة وقول للشافعية فيرون بأن الأم أحم وأولى بالرضاعة طالما لم تطلب أكثر من أجر مثلها، ودليلهم قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فيرضعن خير يقصد به الأمر وهذا يشمل كل والده وعيضة فتكون الأم أولى لما فطرت عليه من وفور شفقتها ما لم يخصص إضرارها بأن تطلب أكثر من أجر المثل^١. ويقصد بأجر المثل، هي الأجرة التي تطلبها امرأة أخرى مقابل قيامها بإرضاع الرضيع، وتقديرها تعود للقاضي^٢.

إضافة إلى ما ذكر فقد جاء في تفسير الآية الكريمة ﴿لَا تُضَارُّ وَوَلَدُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يُولَدُهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] أنه على الأم عدم إلحاق الضرر بالأب بسبب ولده الرضيع، وذلك بأن تطلبه من الأجرة بما لا يقدر عليه. كما جاء في تفسير الآية الكريمة ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تُنْتَرِضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا بَيْنَ يَدَيْكُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أن تقدم التبرعة على الأم أو استئجار مرضعة أجنبية معتمد بشرط ألا وهو إذا سلمتم ما أزدتم إعطاهن إلى المرضعات الأجنيات بالمعروف، أي بما يتعارفه الناس من أجر المرضعات من دون ماطلة أو نص، إذ أن عدم دفع أجرهن سيسبب في عدم اهتمامهن بالرضيع والتقصير في شأنه^٣.

^١ أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص: ٢٧٧. عبدالعاب خلاف، مرجع سابق، ص: ١٩٣. الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ٤٠٤-٤٠٥. ابن العابدن، مرجع سابق، ص: ٦٩٩. أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص: ١٦٢. ^٢ حسن البغا، ومصطفى البغا، مرجع سابق، ص: ٢٧٠-٢٧١. أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص: ١٦٢. محفوظ أحمد الكولاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٩. ^٣ وهبة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص: ٢٨١. ^٤ نبيلة حامد حريشة، مرجع سابق، ص: ٥٨-٥٩.

القول أخذوا بظاهر النص من استحقاق الأم المرضعة لأجرة الرضاعة وإن كانت بالته وإزام الزوج بها^١.

أما القول الثاني: فإن بعض فقهاء الحنفيين وكذلك بعض الفقهاء المعاصرين يرون أنها لا تستحقها، لأن الأجرة في الأصل هي نفقة ومؤنة، ولكن الأم تستحق نفقة عذتها (سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن)، فلا يجوز إزام الأب بدفع أجره الرضاعة لها، إذ لا يجب نفقتين لشخص واحد في آن واحد وإن تعددت أسبابها، وبذلك فإن أصحاب هذا القول أخذوا بعموم آية الرضاع ويرون أن الأجر المذكور فيها عام مطلق يشمل المنكحة والمنكحة والمطلقة كليهما^٢.

وتود الإشارة بأن فقهاء الشافعية يفرقون بين أن تطلب الأم الأجرة من عندها، فإن طلبت أجرها هناك فولين بصددها، الأول: لا تستحقها لأنه لا يجوز فرض نفقتين لها في آن واحد. أما الثاني: تستحق الأجرة لأنه ما دام يجوز استئجار مرضعة غيرها لإرضاع ولدها، كما أن الرضاعة كأي عمل آخر تستحق أجره. أما إن لم تطلب أجرها، ففريق يرى ضرورة زيادة نفقتها لكونها تفقد جزءاً من غذائها، أما الفريق الآخر فيرى بعدم بالزيادة^٣.

بعد بيان مدى استحقاق الأم لأجرة الرضاعة سواء كانت علاقاتها الزوجية قائمة أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن، هناك تساؤل تطرح نفسها وهي: ماذا لو نازعت الأم مرضعة متبرعة أو طلبت أجره نقل عن الأجرة التي تطلبها الأم؟ الحنفية والقول الأظهر عند الشافعية وقول عند المالكية يرون أنها إذا وجدت مرضعة أجنبية متبرعة أو

^١ وهبة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص: ٢٧٨. عامر إسماعيل أبو سخل، مرجع سابق، ص: ٨٢. ابن العابدن، مرجع سابق، ص: ٥٦١. ابن عرفة المالكي، مرجع سابق، ص: ٥٠٦. ^٢ حسن البغا، ومصطفى البغا، مرجع سابق، ص: ٢٦٩. علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص: ٥٨٣. عامر إسماعيل أبو سخل، مرجع سابق، ص: ٨٢. الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ١٧٣. أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص: ١٦٢. ^٣ بوجادي صليحة، مرجع سابق، ص: ٨٠. أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ص: ١٦٢.

ومن المسائل الأخرى التي لها علاقة وثيقة بأجرة الرضاعة وهي: تاريخ بدأ سريان استحقاقها والمدة التي تستحق عنها الأم أو المرضعة الأجنبية الأجرة. فيما يتعلق بدأ سريان استحقاق الأجرة، هناك فرق بين أن تكون المرضعة امرأة أجنبية أو أم الرضيع، فلكون الأخيرة ومن شدة حبها ووفور الشفقة فيها تجاه ولدها لا تستطيع ترك ولدها جامعاً وعرض ولدها للهلاك لحن يتم الاتفاق على الأجرة ولهذا فهي تستحق من تاريخ قيامها بالرضاعة^١، فقد ذكر الثوري ويجهاد في تفسير الآية الكريمة ﴿إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا بَيْنَ يَدَيْكُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أنه لا بأس بأن تسترضعوا لأولادكم مرضعات غير أمهاتهم لكن بشرط تسليم الأمهات أجرهن عن ما مضى من الرضاعة (معنى من تاريخ قيامها بها) لحن بدأ المرضعة الأجنبية بالرضاعة^٢. كما ذكر المنسزون بخصوص تفسير الآية الكريمة ﴿وَإِنْ أَرَضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجْرَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] أنها ترتب للأم أجرة الرضاعة بمجرد قيامها بإرضاع الرضيع، فإن كان هناك اتفاق بينهما على مقدارها فتدفع لها ما هو متفق عليه، أما إذا تم الرضاعة قبل الاتفاق فهي تستحق أجر المثل^٣. أما المرضعة أي غير الأم فهي لا تستحق الأجرة إلا بعد الاتفاق وإذا قامت بالرضاعة قبل ذلك فهي على سبيل الترتيب^٤، والحكم نفسه يطبق بحق الأم المرضعة في حالة انتهاء علاقاتها الزوجية مع وال الرضيع كما ذكره الزحيلي في مصنفه^٥.

أما فيما يخص مدة الاستحقاق، فإن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بأن المكلف بنفقة الرضيع مكلف بدفع أجره الرضاعة للأم الرضيع لغاية سنتين فقط أي حولين من عمر الرضيع وإن قامت بالرضاعة لأكثر من هذه المدة، لكون مدة الرضاعة قد حسمتها

الشارع في الآية الكريمة ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. أما إذا كانت المرضعة أجنبية غير الأم فإنها ملزمة بإرضاع الولد للمدة المتفق عليها مع والد الرضيع أو المكلف بنفقته، فإن انتهت المدة لكن الرضيع لم يقبل غير ثديها عندها تلم بالرضاعة بأجر المثل، وحال المرضعة المتبرعة هو نفسه، فلو رفضت في انتهاء تبرعها، فإنها تلم بإرضاع الولد بأجر المثل إذا لم يقبل غير ثديها^٦. وقد ذكر الزحيلي في مصنفه أن المرضعة ملزمة بإرضاع الرضيع بحليبها، فإن قامت بإرضاعه بحليب الحيوان فلا أجرة لها^٧.

المطلب الثاني: أجرة الرضاعة في القوانين الوضعية.

في هذا المطلب سنبدأ بموقف المشرع العراقي وإرد في المادة (٥٦) من قانون الأحوال الشخصية: "أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقال غذائه"^٨. يلاحظ بأن المشرع نص على إزام المكلف بنفقة الولد بأجرة الرضاعة ولم ينص على إزام الأب بما حصر وهذا موقف جيد لأن الأب ربما يكون متوفياً أو مفقوداً لكن دائماً هناك مكلف بالنفقة وما، وما يبيّن دقة المشرع العراقي أيضاً هو جعل أجرة الرضاعة مقابل غذائه والمالعه من وراعه كما رآه هي حينما يتم تقدير النفقة للأولاد في أحكام عادية يتم تكليف الخبير من قبل القاضي بتقدير النفقة بمصارفها الثلاثة وهي (المأكل، والملبس والمسكن) ففي هذه الحالة تكون أجرة الرضاعة مقابل نفقة المآكل فقط، ويضاف إليها نفقة (الملبس والمسكن). وقد يقترح البعض بأن سكوت المشرع عن بيان

^١ وهبة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص: ٢٧٨. أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص: ٢٧٧. علي محمد علي أحمد، مرجع سابق، ص: ٥٦٦. الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ٤٠٤. ابن العابدن، مرجع سابق، ص: ٦١١. محمد الباقر، مرجع سابق، ص: ٤٤٤. محفوظ أحمد الكولاني، مرجع سابق، ص: ٤٩٩. ^٢ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ٤٠٥. ^٣ وهبة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص: ٢٨١. ^٤ فارقو عبدالله كزير، مرجع سابق، ص: ٢٦٣.

الرضاعة لها تزيد من عبء المالي وخاصة إن كان فقيراً، كما يوسع دائرة الخلاف بينهما وقد يسبب في عدم إرجاع الزوج لزوجته وبذلك تنتهي العلاقة الزوجية، وبالتالي يسجرم الأولاد من حنان وعطف والدتهم^١. وبدورنا نتفق مع هذا التوجه ونرى أن المرزات المذكورة في عملها وليس هناك داعٍ لتكرير مرزات أخرى وتكتفي بما.

أما تأييد التوجه القاضي باستحقاق الأم للأجرة إن كانت معتدة من طلاق بائن على اعتبار أن الأم صارت كالأجنبية بحق زوجها، وكما أن الأجنبية لا تجبر على إرضاع ولد غيرها وتتعلق الأجرة إن قامت به فكذلك الأم تستحق الأجرة، ويبرزون رأيهم بصفة أخرى وهي رغم انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق البائن إلا أن حضنة الرضيع حق لها ولا يجوز حرمانها منها وبذلك فهي الأحق بأخذ أجرة الرضاعة^٢. وبدورنا نرد على هذا الرأي بالقول، رغم انتهاء العلاقة الزوجية لكن الرضعة لا تزال في العدة والزوج ينفق عليها وبذلك فليس هناك مبرر لإرهاق الأعباء المالية للزوج، وإذا كانت الزوجة أصبحت كالأجنبية بحق زوجها لكنها لا تزال أم ولدتها ولم تنقطع بينهما علاقة الأمومة، وأن العقل والمنطق يقتضيان احترام هذه العلاقة المقدسة، لأن الأم إن تزكت ولدها لامتناع مطلقاً من أداء أجرة الرضاعة حال فرغها من نفسها تصل لسبب أو تصاب بمرض تحتاج لطف ورعاية ولدها فعلاً، ولكن لتتذكر الولد بما فعلته أمه بحق فينتقم منها ويتخطى عنها وهي بأسمى الحاجة إليه. إضافة إلى ما تقدم، فإنه ليس هناك علاقة ملازمة بين الحضنة والرضاعة فقد تستحق الأم الحضنة لكنها في الوقت نفسه تحرم من الرضاعة والعكس صحيح.

وفي المادة (١٦٩) نص المشروع الأردني على أن الأم تستحق أجر المثل الذي يتناسب مع حال المكلف بنفقة الرضيع، فإن طلبت أكثر من ذلك فلا يستجاب لها لأن

^١ قاسم جلد حرم المحمود، أحكام أمه الأب امرء الرضاع: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جلد ١، عدد ٤٥، ٢٠١٦، ص ٣٢٤-٣٢٥.

^٢ قاسم جلد حرم المحمود، مرجع سابق، ص ٢٤٥-٣٤٦.

الحالات التي تستحق فيها الأم أجرة الرضاعة يعني أنها تستحقها في جميع الأحوال، لكن هذا التأويل تفسير غير منطقي للنص برأينا ولا نرى سوى أن القانون يعزبه فراغ تشريعي فيما يخص هذه المسألة وبقية المسائل التي لها علاقة بأجرة الرضاعة التي تناولها فقهاء المسلمين والتي سبق وأن أشرنا إليها في مطلب الأول من هذا المبحث تكون نصوص القانون العراقي جاءت خالية من أية إشارة إليها وكان المشروع تعاقف عنها عمداً لكي يلزم القاضي بالرجوع إلى الفقه الإسلامي حسب الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية. وعليه، يمكن القول بأن المشروع لم يستفد من الذخر أو الكثر الفقهي الموجود في بطون الكتب التي كرس مؤلفوها حياتهم من أجل بيان الحكم الشرعي للمسائل أو بالأحرى للمسائل التي تواجهها في حياتنا اليومية.

أما فيما يتعلق بموقف مشرعي القوانين المقارنة فإن موقفهم جاءت بأفضل من نظيرهم العراقي لكونهم استفادوا من الفقه الإسلامي أكثر، فمثلاً نص المشرع الأردني في المادة (١٦٨) من قانون الأحوال الشخصية على أن الأم تستحق الأجرة إن كانت معتدة من طلاق بائن وبعدها، أما إذا كانت الزوجية قائمة أو أنها معتدة من طلاق رجعي فهي لا تستحقها إذ جاء فيها: "لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها، وتستحقها في عدة الطلاق البائن وبعدها". وهناك من آتت هذا التوجه على اعتباره أنه حينما تكون الأم في عصمة زوجها فإن العلاقة الزوجية لا زالت قائمة والزوج مكلف بالنفقة عليها، وإن إزام الزوج بدفع أجرة الرضاعة يبرهقه لأنه تكليف فوق طاقته، وخاصة أصحاب ذوي الدخل المحدود، إضافة إلى ذلك يؤدي ذلك إلى تكثير العلاقة الزوجية بينهما، وقد ينتج عنها التفرقة بين الزوجين، وعليه، فلكي تنعم الأسرة بالسعادة والاستقرار بعيداً عن المشاكل، ويعيش الأولاد بحنان وأمنهم وعطفها، من الأفضل عدم استحقاقها الأجرة وهي في عصمة زوجها. وفيما يتعلق بعدم استحقاقها للأجرة حينما تكون معتدة من طلاق رجعي فلأن العلاقة الزوجية لا زالت قائمة ولم تنقطع بعد والزوج تنفق عليها، وإن إزام الزوج بدفع أجرة

المكلف سيضار من ذلك، ونفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع وليس من تاريخ الطلب ولغاية إكمال الرضيع الستين من عمره ما لم ينفذ قبل ذلك. يمكن القول بأن المشرع الأردني من خلال المادتين المذكورتين قد حسم تقريباً جميع المسائل المتعلقة بأجرة الرضاعة التي أثارها فقهاء المسلمين.

وفيما يخص القانون السوري فإن المشرع في المادة (١٥٢) من قانون الأحوال الشخصية رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل نصّ على: "أجرة رضاع الولد سواء أكان الرضاع طبيعياً أم اصطفاً على المكلف بنفقته ويعتبر ذلك في مقابل غذائه".^٢ لا تستحق الأم أجرة الرضاعة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي".^٣ يفهم من النص بأن الأم تستحق أجرة الرضاعة بعد انتهاء العلاقة الزوجية وكذلك إن كانت معتدة من طلاق بائن أو عدة الوفاة واعتبرها في مقابل غذائه، والمستغرب هو أن الأم تستحق الأجرة وإن قامت بإرضاع ولدها بالرضاعة الاصطناعية أي (حليب الرضاعة) في حين وكما تبين لنا سابقاً أن للرضعة في الفقه الإسلامي لا تستحق الأجرة إن لم تقم بإرضاع الولد بلحبها. ومن المسائل المهمة التي حسمها القانون السوري دون بقية القوانين المقارنة وهي حالة وجود المرععة المتبرعة حيث تناول هذه المسألة في المادة (١٥٣) وفيها أخذ المشرع برأي الحنفية لكن قيد تقديم المتبرعة على الأم بحالة واحدة فقط وهي إفسار الأب. إذ جاء فيها: "المرععة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجرة وكان الأب معسر"^٤.

أما للمشروع الكويتي فإنه وفي المادتين (١٨٧) و(١٨٨) من قانون الأحوال الشخصية رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ قد بين موقفه من المسائل المتعلقة بأجرة الرضاعة وبشكل واضح إذ ورد في المادة (١٨٧) منه: "أجرة الرضاع تستحق من وقت الإرضاع، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء"، أما في المادة (١٨٨) فجاء فيها: "أ. لا تستحق الأم أجرة الرضاع

^١ محمد عبدالقادر أبو فارس، مرجع سابق، ص ٤٥٤، ٤٥٧.

^٢ ربيعة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٧٢٨٢. حسن البغا، ومعضلي البغا، مرجع سابق، ص ٦٦٩.

^٣ ربيعة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٧٢٨٢. حسن البغا، ومعضلي البغا، مرجع سابق، ص ٢٧.

حال قيام الزوجية، أو في عدة للأب تستحق فيها نفقة. ب. لا تستحق أجرة الرضاع لأكثر من حولين من وقت الولادة". يتضح من هذه النصوص بأن أجرة الرضاعة تستحق من وقت الرضاعة ولمدة ستين من وقت الولادة دون أن يفرق المشرع بين المرععة الأم والأجنبية، وجعلها ديناً بئمة والرضاع لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، إضافة إلى ذلك فإن الأم لا تستحق الأجرة في حالة قيام الزوجية من والد الرضيع أو كانت معتدة منه في طلاق رجعي أو بائن طالما تستحق نفقة عدتها. وذلك بعكس المشرعين الأردني والفلسطيني اللذين أجازا للأم المرععة طلب الأجرة إن كانت في العدة من طلاق بائن إذ جاء في المادة (١٦٨) من القانون الأردني السابق ذكرها والمادة (١٥٢) من القانون الفلسطيني: "لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها وتستحقها في عدة الطلاق البائن وبعدها".

وأخيراً فإن ما نقرّه به القانون الإماراتي دون بقية القوانين هو أنه جعل نفقة الرضاعة (والتي تشمل الأجرة أيضاً) على الأم إن كانت موسرة في حالتين: الأولى: إذا كان الرضيع قد فقد أباه الذي ينفق عليه ولم يترك خلفه مالا. ثانياً: إذا كان والد الرضيع عاجراً عن الكسب والإنفاق. لكن في الحالتين أجازت للأم بمراجعة والد الرضيع بما أتفقها على الرضاع بشرط يسار والد الرضيع وكان الإنفاق برخصته أو كان بائناً من المحكمة^١. إذ جاء في المادة (٨٠) من قانون الأحوال الشخصية: "يجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أتفقت إذا أيسر، وكان الإنفاق بإذنه أو أذن القاضي".

في ختام هذا المبحث توصلنا إلى أن القانون العراقي يشوبه فراغ تشريعي كبير فيما يخص المسائل المتعلقة بأجرة الرضاعة إذ لم يستفد المشرع العراقي من الفقه الإسلامي الناظر بعكس نظرائه من مشرعي القوانين العربية اللذين استفادوا منه كثيراً، ومن أجل سد هذه الفجوة التشريعية نقرّح على المشرع العراقي الكريم المادة أدناه:

^١ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص ٢١١.

دون بيان موقفه من كافة الفرعات المتعلقة بما حيث أرم الأم بالرضاعة في المادة (٥٥) واعتبرتها واجبة وحقها دون أن يبيّن موقفه بشكل واضح وصريح فيما إذا كان هذا الإلزام يقتصر على حالة قيام زوجية الأم من والد الرضيع أو حينما تكون معدة من بطلاق رجعي أو بائن مثلما فعلها فقهاء المسلمين والتشريعات العربية.

إضافة إلى ذلك، رغم أنه جعل أجره الرضاعة على المكلف بنفقة الرضيع واعتبرها مقابل غذائه في المادة (٥٦) لكنه لم يبيّن موقفه من الكثير من المسائل التي لها علاقة وثيقة بأجره الرضاعة، مثل الحالات التي تستحق فيها الأم الأجر، ووقت بدأ سريانها، والمدة التي تستحق عنها الأجر، وحالة وجود متبعة تنازع الأم، وأجره الرضاعة الأجنبية وغيرها. وتضيف في ما سبق، أن المشرع لم يبيّن موقفه من مدة الرضاعة، ولا من مدى جواز فطام الرضيع قبل انتهاء هذه المدة من قبل المرضعة والمكلف بالنفقة على الرضيع.

التوصية:

أقترح على المشرع العراقي تعديل المادتين (٥٥، ٥٦) من قانون الأحوال الشخصية وتبديلهما بالمادتين أدناه:

المادة (الخامسة والخمسون):

أولاً: الرضاعة: هي كل ما ولو مع الشك إلى جوف الرضيع في الحولين الأولين من لبن الأدمية، وتثبت الحصرية بخمس رضعات مشبعات متفرقات.
ثانياً: يجوز للأب أو المكلف بالنفقة فطام الرضيع قبل إكماله الحولين من عمره بعد التشاور والاتفاق مع المرضعة، على أن يحقّ الفطام مصلحة للرضيع.
ثالثاً: على الأم إرضاع ولدها سواء كانت علاقته الزوجية قائمة من والد الرضيع أو معتدة منه بطلاق رجعي أو بائن ما لم يكن هناك مانع تمنعها من ذلك.
رابعاً: على المكلف بالنفقة على الرضيع استتجار مرضعة له في حالة وجود المانع.

المادة (٥٦):

أولاً: أجره الرضاعة على المكلف بنفقة الرضيع ويعتبر ذلك في مقابل غذائه.

ثانياً:

أ. لا تستحق الأم أجره الرضاعة حال قيام الزوجية أو في عدّة لأب تستحق فيها نفقة.

ب. لا تستحق الأم أجره الرضاعة لأكثر من سنتين من وقت الولادة، أما المرضعة الأجنبية فتستحق عن المدة المتفق عليها.

ثالثاً: الأم تستحق أجره الرضاعة من وقت الإرضاع، أما المرضعة الأجنبية فمن تاريخ الاتفاق، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

رابعاً: الأم المرضعة تستحق أجره المثل التي تتناسب مع حال المكلف بنفقة الرضيع في الحالات التي تستحق فيها أجره الرضاعة.

خامساً: تقدّم المرضعة المتبرعة أو التي تطلب أجره دون أجره المثل التي تستحقها الأم بشرط أن يكون المكلف بنفقة الرضيع معسراً.

سادساً: تستحق الزوجة أجره الرضاعة إذا استأجرها زوجها لإرضاع ولده من غيرها.

خاتمة:

في ختام هذا البحث وبعد رحلة طويلة مع خصوص القانون العراقي والتشريعات العربية ودونته فقهاء المسلمين في بطون مصنفاتهم الفقهية، وما كتبه الفقهاء والباحثون القانونيون في كتبهم وبحوثهم، يمكن القول بأن القانون العراقي عاجز عن معالجة جميع المسائل المتعلقة برضاعة الصغير ويشوبه فراغ تشريعي كبير في هذا الصدد. فالمشرع العراقي ومثل بقية نظرائه من المشرعين العرب لم يعرّف مصطلح (الرضاعة) ضمن متن القانون بخلاف فقهاء المسلمين الذين عرّفوها في متون مصنفاتهم. كما أن المشرع عالج مسألة تكليف الرضاعة في المادة (٥٥) وأجرتها في المادة (٥٦) بشكل جزئي

المادة (السادسة والخمسون):

أولاً: أجره الرضاعة على المكلف بنفقة الرضيع ويعتبر ذلك في مقابل غذائه.

ثانياً: لا تستحق الأم أجره الرضاعة حال قيام الزوجية أو في عدّة لأب تستحق فيها نفقة.

ثالثاً: لا تستحق الأم أجره الرضاعة لأكثر من سنتين من وقت الولادة، أما المرضعة الأجنبية فتستحق عن المدة المتفق عليها.

رابعاً: الأم تستحق أجره الرضاعة من وقت الإرضاع، أما المرضعة الأجنبية فمن تاريخ الاتفاق، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

خامساً: الأم المرضعة تستحق أجره المثل التي تتناسب مع حال المكلف بنفقة الرضيع في الحالات التي تستحق فيها أجره الرضاعة.

سادساً: تقدّم المرضعة المتبرعة أو التي تطلب أجره دون أجره المثل التي تستحقها الأم بشرط أن يكون المكلف بنفقة الرضيع معسراً.

سابعاً: تستحق الزوجة أجره الرضاعة إذا استأجرها زوجها لإرضاع ولده من غيرها.

الفصل الخامس

نفقة الأولاد:

لا شك أن الفرد إذا أقدم على عمل أو تصرف فإن عليه تحمّل تبعاته، فحينما يقدم على الزواج الذي اعتبره الباري عزّ وجل ميثاقاً غليظاً في حكم كتابه ﴿وَأَخَذُوا مِنْكُمْ نَيْثًا غَلِيظًا﴾ النساء: ٢١، فإن هذا الميثاق أي النصف القانوني والشعري آثار ترتب عليه، فإذا كان الزوجين يستمتعان بالأولاد كثمرة لزواجهما وقرّة أعينهما، فإن عليهما وواجبة الخاصة التحلّ نفقاتهم وصرف أموالهم عليهم وبدل الجهد والكسب من أجل رعاتهم وكفالتهم على أحسن وجه.

ولخبرة وأهمية نفقة الأولاد لكرمهم طبقة ضعيفة في المجتمع وقد يتعرضون للظلم والغلوان من قبل آباءهم وذلك بتركهم دون نفقة وتعريض حياتهم للخطر والهلاك، فإن الله عزّ وجل شرع بعض الأحكام الأساسية لهذه النفقة في القرآن الكريم ومنها ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُمْ وَيَكْتُمُهُنَّ بِآلَمَتُهُمْ﴾ البقرة: ٢٣٣، كما بيّن الرسول صلى الله عليه وسلم باعتباره ميثاقاً مفضلاً لما جاء في القرآن من الكثير من أحاديثه النبوية الشريفة ومنها ما قاله عند بنت عتبة عندما اشتكت عنده شح زوجها أبي سفيان: "خذي ما يكتفيك وولدك بالمعروف"، وفيما بعد تناول فقهاء المسلمين هذه الأحكام ضمن مصنفاتهم الفقهية على ضوء الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وبدورهم قام المشرعين الوضعيين في البلدان الإسلامية بتقنين هذه الأحكام في قوانين الأسرة أو ما يسمى بالأحوال الشخصية.

المشرع العراقي كأي مشرع وضعي آخر حينما أصدر قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨)، خصّص منه المادتين (٥٩، ٦٠) لأحكام نفقة الأولاد، مستمداً هذه

* نشر هذا الفصل كبحث أكاديمي بعنوان "أحكام نفقة الأولاد: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية، والتشريعات العربية)" في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، تصدر عن معهد القانون الخاص للبلاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي بالسلف، المجلد ١٨، العدد ١١، ٢٠٢٢.

وكذلك ما يبذل من المال وزاد: أي كل ما يحتاج إليه الإنسان ليعيش عيشة لائقة. وعلى نفقة فلان: أي على حسابه، من ماله الخاص^١.

وجاء في معجم الوسيط أن (الإنفاق) هو: بذل المال ونحوه في وجه من وجوه الخير والفقير والإملاق^٢. أما النفقة فهي: "اسم من الإنفاق وما يتفق من الدراهم ونحوها والزاد وما يفرس للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها"^٣.

يلاحظ من التعريفين المذكورين أعلاه بأن النفقة قد يقصد بها النقود أي المال وفي نفس الوقت قد يقصد بها الزاد، وبذلك فهي قد تشمل الاثنين معاً. أما (أحد رضا) فقد عرّفها في معجم من اللغة بأنها: "ما تنفقه من الدراهم ونحوها على نفسك وعيالك"^٤، وبذلك فهو قد استبعد (الزاد) من النفقة وإن قيل بأن كلمة (نحوها) تشمل (الزاد) فنحن لا نتفق معه، لأن (الدراهم) جنسها النقود أما (الزاد) فجنسها الطعام وبذلك فهو ليس على نحوها. وعليه نرى بأن التعريف الأخير مرجوح بعكس التعريفين الأولين اللذين جمعاً بين (النقود) و(الزاد)، حيث أنه من الناحية العملية قد تشمل النفقة عليهما معاً وقد تقتصر على أحدهما.

المطلب الثاني: تعريف النفقة اصطلاحاً.

سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين، في الأول سنعرض تعريف النفقة اصطلاحاً في الشريعة الإسلامية. وفي الثاني، سنشير إلى تعريفها في القانون العراقي والتشريعات العربية.

^١ أحمد مختار عبد الحيد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٣، عالم الكتب، ١٤٠٨، ص١٠٨، ٢٢٦-٢٢٦١.

^٢ مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ج٣، دار الدعوة، مصر، د.ت، ص٤٢٢.

^٣ أحمد رضا، معجم من اللغة، ج٥، دار مكتبة الحياة، بيروت، د.ت، ١٩٦٠، ص٥٢.

الأحكام من الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الأساسي والأول لقانون الأحوال الشخصية، لكن المشرع ومنذ إصداره للقانون المذكور سنة ١٩٥٩ وقامه بإجراء عشرات التعديلات عليه لغرض سد الثغرات التشريعية التي يعترضه، لم تصب هذه الأحكام سوى تعديل واحد خاص بزيادة النفقة. وعليه، فإن تساؤلات التي تطرح نفسها من هذه الإشكالية هي ما يلي:

١. هل أن اللذان المخصصين في قانون الأحوال الشخصية العراقي لأحكام نفقة الأولاد تستوعبان جميع أحكام هذه النفقة ولهذا لم تجر عليهما سوى تعديل واحد أم تشويهما لغرات تشريعية؟.
٢. ما هي الثغرات التشريعية التي يعاني منها القانون العراقي في حالة وجودها؟.
٣. هل بالإمكان اقتراح نصوص بديلة لسد الفراغ التشريعي؟

المبحث الأول: تعريف النفقة لغةً واصطلاحاً.

في هذا المبحث سنتناول تعريف النفقة لغةً واصطلاحاً من خلال مطلبين. في الأول سنطرح تعريفها لغةً، أما في الثاني فسنتناول تعريفها اصطلاحاً من خلال فرعين، في الأول لدى فقهاء المسلمين أي الشريعة الإسلامية، وفي الثاني لدى التشريعات القانونية.

المطلب الأول: تعريف النفقة لغةً.

في هذا المطلب سنحاول بيان تعريف النفقة لغةً كما ورد في المعاجم والقواميس اللغوية. إذ جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: نَفَقَ، يُنْفِقُ، نَفَقًا، فهو نَافِقٌ، ونَفَقَ المال مجعياً نفد. وأنفق: أنفق على يُنفِقُ، إنفاقاً، فهو مُنْفِقٌ، وأنفق مالاً، صرفه وأنفده. ومُنْفِقٌ مفرد؛ ومع منفقاً: كثر النفقُ وبذل المال. نفقات جمع: مفردتها نفقة ومعناها الأجر،

وفيما يخص تعريف الخاتبة للنفقة فقد جاء في مطلب أولي النهي بأنها: "كفائة من يمونه خبزاً وأحياناً وكسوة ومسكناً وتواضعاً". يلاحظ بأنهم قد عدّوا العناصر الرئيسية للنفقة دون بيان تواجدها، أما المالكية فقد عرّفوها بأنها: "ما به قيام معاد حال الأدي دون سرف"^١، وبذلك فإن تعريف المالكية قد استبعدت من النفقة ما به قيام فور الأدي كالتين، وكذلك ما ليس بمعتاد في حال الأدي كالحلواء، وأخيراً ما تصل حد التبذير أو ما يسمى بالسرف^٢.

وبدوننا نرجح تعريف المالكية لأن النفقة بموجبه لا تقتصر على عناصر معتبة مثل بقية التعريفات وإنما تشمل على كل ما به قيام حال الإنسان بحسب العادة دون إسراف^٣، وبذلك فهي قد تغيرت حسب الظروف والأحوال فقد تكون عنصر ما من ضمن الضوررات التي لا تستقيم به حياة الشخص في وقت معيّن لكن العنصر نفسه قد لا يعتبر كذلك بعد مضي مدة، وكذلك الحال بالنسبة لتغير الأمكنة.

الفرع الثاني: تعريف النفقة اصطلاحاً في القانون العراقي والتشريعات العربية.

فلو رجعنا إلى القانون العراقي سنجد بأن المشرع بأن يعرّفها في متن القانون على اعتبار أن تعريف المصطلحات من عمل الفقه، لكنه عند تناوله لأحكام نفقة الزوجة نصّ في المادة (٢/٢٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكنى ولوازمها وأجرة التطيب بالقدر المعروف وخدمة

^١ مصطفى بن عبدة السويطي، مطلب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج٥، المكتب الإسلامي، ١٤٠٥، ص٢٤، ١٩٩٤، ص٦٦.

^٢ محمد بن عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبدالرحمن جده، ج٥، مؤسسة خلف أحمد الحنبر للأعمال الخيرية، د.ت، ص١٤١٤، ٢٠١٤، ص٥.

^٣ أبو عبد الله محمد الحنبري، شرح الخرشى على مختصر خليل، ج١٤، للطبعة الكبرى الأدمية ببولاق، مصر، ١٨٣٧، ص١٨٣.

^٤ هشام يسري محمد العري، أحكام التعامل المالي بين الوالد وولده في الفقه الإسلامي، مجلة الشهاب، مجلد ٦، عدد ٢، ٢٠٢٠، ص٣٩٩.

أحياناً)، إضافة إلى ذلك، فإنها تجب لسد الحاجات الضرورية فقط دون غيرها، لكن التعريف لا يبيّن فيما إذا يتم مراعاة العرف والعادة من عدمه عند تقدير نوعية وكمية النفقة.

أما فيما يخص شُرْاح وباحثي القوانين المقارنة فقد عرّف أحد شرّاحي متوتة الأسرة المغربية النفقة بأنها: "إخراج الشخص مآلاً يفيق به على من تجب عليه نفقته وتشمل المآكل والملبس والسكن".^١ يلاحظ بأن هذا التعريف تحصر النفقة في ثلاث عناصر فقط دون غيرها، ولا يبيّن مقاديرها. كما أن أحد باحثي القانون الجزائري عرّفها أيضاً بأنها: "كل ما يصرفه الإنسان على من تجب عليه نفقته من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس متى وجد السبب".^٢

أتضح لنا مما تقدّم بأن القانون العراقي وكذلك القوانين العربية المقارنة قد خلت من أي نص يعرّف النفقة ولم يستفيدوا من الفقه الإسلامي وذلك بتجريح أحد التعريفات وإدراجه ضمن متن القانون بعد التعديل عليه أو دون تعديل، لكن المشرع الإماراتي دون بقية المشرعين عرّفها ضمن المذكرة الإيضاحية وهذا ما اعتبرناه موقفاً حسناً منه. أما الشُرّاح والباحثين عند تعريفهم لها فقد اختلفوا في الصيغ والألفاظ لكنهم اتفقوا في المعنى مع اختلاف بسيط. على أيّة حال، ندعو المشرع العراقي ونظرائه من المشرعين العرب بضرورة تعريف النفقة ضمن المواد المخصصة لأحكام النفقة ضمن متن القانون، لأن تعريفها سيكون مبدئياً ومفتاحاً لفهم أحكامها، إذ علينا أن لا ننسى بأن القانون لا يقنّ للمتخصصين فقط وإنما لكل شخص مخاطب به، وعليه فإن غير المتخصص سيجد صعوبة في فهمها إن لم تعطه المفاتيح الذي هو تعريفها، وهذا لا يعيب القانون مطلقاً بل سيسهل فهم أحكامه. وعليه نفتح على المشرع العراقي ونظرائه التعريف الآتي الذي

^١ نجد الأثر، شرح موجز للأسرة، د.د.ن، الدار البيضاء، ١٧، ٢٠١٥، ص ٢٥٨.

^٢ صالح بويشيف، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإسراع والامتناع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإجابة، العدد ٢٠٢٢، ص ٢٠٣.

الزوجة التي يكون لأمتها معين، يلاحظ بأن ما ورد في النص ليس تعريفاً للنفقة وإنما بيان لعناصرها ورغم ذلك لو قرأنا النص مع التعريفات الفقهية الشرعية سلاحظ بأنه أقرب ما يكون إلى تعريف الحنابلة لأنه مثل نص القانون اقتصر على تعدد عناصر النفقة مع الإشارة إلى أن النفقة تكون بقدر الكفاية.

أما فيما يخص مشرعي التشريعات العربية المقارنة، فهم أيضاً سلكوا مسلك المشرع العراقي. فمثلاً خلاصاً لنصوص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ من أيّ تعريف للنفقة مثل نظيره العراقي وهو أيضاً عند تناوله لأحكام نفقة الزوجة ذكر في نص المادة (١/٦٣) عناصر النفقة لا أكثر إذ ورد فيها: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتطيب والخدمة إذا كانت الزوجة من تحمّد من أهلها، وما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف"، ورغم ذلك جاء موقفه أفضل من المشرع العراقي، لأن المشرع الإماراتي وفي المذكرة الإيضاحية للقانون عرّفها وبشكل مطوّل بحيث يتضمن عدداً من الأحكام الخاصة بما لا يرد فيها النفقة هي: "ما يصرفه الإنسان على غيره من تجب عليه نفقته من تقود وغيرها مما يحتاج إليه عادة من الطعام والكسوة والمسكن والدواء والركوب والخدمة وحسب المتعارف عليه في مجتمع المنفق عليه أو زوجه وسد عوزة في غذائه وفي ملبسه ومسكنه".^٣

أما لو رجعنا إلى مصفقات شرّاحي القانون العراقي سنجد بأنه ورد في مصنف جماعي بأن النفقة هي: "عبارة عن كل ما يبذله الإنسان من ماله على عياله وقرابته الذين تجب عليه نفقتهم بما به بقاء حياتهم وسد عوزتهم وتضمن حاجاتهم الضرورية".^٤ فبهم من هذا التعريف بأن النفقة لا يقتصر على التقود فقط إذ قد تكون هي التقود أو غيرها، والمنفق عليهم قد تكون الأولاد أو غيرها، ويكون لحد الكفاية لأنها تقدر بقدر (بقائهم

^٣ أحمد زكريا، الأحوال الشخصية في فوات الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، القاهرة، د.ط، ٢٠١٠، ص ١٩٤.

^٤ أبو بكر أحمد علي المطيب، وأحمد عبد الكيس، فقه وأصول السامري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ط ١٠١٠، ص ٢٢٣.

حاولنا قدر الإمكان تجنب الالتفاتات الموجهة لغيرها من التعريفات. النفقة هي: "كل ما يبذله الإنسان من ماله على من تجب عليه نفقتهم لسد حاجاتهم الضرورية بالمعروف دون سرف".

المبحث الثاني: المكلف بنفقة الأولاد ومقاصاته.

في هذا المبحث سنتناول الشخص المكلف بنفقة الأولاد ومقاصاته من خلال مطلبين. في الأول، سنبيّن الشخص المكلف بنفقة الأولاد عند فقهاء المسلمين أي الشريعة الإسلامية، ومن ثم عند التشريعات القانونية في خلال فرعين. أما في الثاني، فسنتناول مدى جواز مقاضاة الشخص المكلف بالنفقة في الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية من خلال فرعين أيضاً.

المطلب الأول: المكلف بنفقة الأولاد.

سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين كما أشرنا إليه آنفاً. في الأول، سنبيّن الشخص أو الأشخاص المكلفين بنفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية. وفي الثاني، عند التشريعات القانونية.

الفرع الأول: المكلف بنفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية.

قبل بيان آراء فقهاء المسلمين حول الشخص المكلف بنفقة الأولاد نرى من المفيد ذكر بعض الأحاديث النبوية الشريفة حول فضل هذه النفقة، فمن أقدمها ما سمع النبي ﷺ يقول: "ما طعمت فهو لك صدقة وما أطعمت ولذك فهو لك صدقة" هذا الحديث خاص بالماكل فالنص اعتبر الطعام الذي يفرّه الوالد لأولاده صدقة. وفي حديث آخر اعتبر الرسول ﷺ النفقة على الأولاد أفضل من النفقة في سبيل الله، فمن أي هيرة قال: قال النبي ﷺ (دبار أنفقته في سبيل الله، ودبار أنفقته في ربة، ودبار تصدقت به، ودبار أنفقته على أهلك، أفضلها الدبار الذي أنفقته على أهلك)، بل أنّها

أفضل نفقة على الإطلاق فعن (وثبان)، قال: قال رسول الله ﷺ: (أفضل دينار دبار ينفقه الرجل على عياله). كما أمرنا ﷺ على إظهار نعم الله علينا وعلى أولادنا وأهلنا، فعن ابن مسعود عن النبي ﷺ قال: (من أعطاه خيراً فلير عليه وأبداً من تعول). وتحمّت بما رواه عبدالله بن عمرو حيث قال: قال رسول الله ﷺ (كفى بلرّه من الإثم أن يتضح من يقوت) بمعنى أن عدم النفقة على الأولاد أو عدم الكسب لتوفير النفقة لهم دون عذر مشروع يأثم به الوالد.^٥

والأهم من كل ذلك هو عدم جواز النفقة على الأولاد من مصدر غير مشروع فأطعامهم وتكسوتهم بمال الحرام غش وخيانة بحقهم لأن الجسد الذي نبت على السحت والمال الحرام الفانر أولى به، بعكس النفقة عليهم من المال المشروع إذ قد يكون سبياً في صلاحهم وهذا بهم.^٦

فيهم ما سبق أن الأموال التي يصرّفها الآباء والأمهات على أولادهم تعتبر أفضل نفقة في الإسلام ولا يضاهيها أيّة نفقة أخرى على الإطلاق، وهذا بعد ذاته يعتبر دافعاً وحافزاً كافياً لتشجيع الوالدين للنفقة على أولادهم والاهتمام بهم وعدم التفاضل بحقهم في توفير ما يحتاجونه في حياتهم من مآكل وملبس ومشرب وتطيب وغير ذلك. وعليه، فهذه النفقة طريقة سهلة لحصول مرضاة الرب ودخول جناته.

والآن لننتقل إلى صل موضوعنا، يلاحظ بأنه لا خلاف بين فقهاء المسلمين حول وجوب نفقة ولد الصلب أي المباشر ذكراً أم أنثى على أبيه إن كان موجوداً وقادراً على الإنفاق ولا يشاركة فيها أحد، ولديهم في ذلك، قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فالله سبحانه وتعالى أوجب على الأب

^٥ ملاحظة: جمع الأحاديث التي وردت في هذه الفقرة الخاصة بالفضل النفقة على الأولاد مأخوذة من المصدر: ابن أبي الدنيا العنبري، النفقة على العيال، تحقيق: نجم عبد الرحمن خلف، ج ١، دار ابن القيم، الدمام، ط ١٠١٠، ص ١٥١، ١٤٣، ١٣٦، ١٥٤، ١٣٧.

^٦ عبدالله عبدالمجيد البحاري، حقوق الأولاد على الآباء والأمهات، دار أمّوه السلف، القاهرة، ط ١٦، ٢٠١٢، ص ٣٣.

قال: عندي دينار آخر: قال "أنت أصر". فالحديث النبوي الشريف يبين أن بعض الشخص ماله، وقد كانت الصدقة على الأولاد مباشرة بعد الصدقة على نفس المنفق وزوجه من بين الأشخاص الذين أمر الرسول ﷺ بالإتفاق عليهم، وهذا دليل على وجوب النفقة عليهم^١. ولو نظرنا إلى هذا الحديث من زاوية أخرى يمكننا القول بأن الرسول ﷺ قد وضع سلماً أو ترتيباً للمستحقين للنفقة في حالة تعددهم.

والسؤال المطروح هنا: إذا كان الأب ملزماً بالنفقة على أولاده بإجاء فقهاء المسلمين إن كان موجوداً وقادراً على الإنفاق، لكن إن كان الأب متوفياً أو غائباً أو كان موجوداً لكنه عاجز عن الإنفاق، فهل يلزم الأم والجدّ وبقية الأصول بالنفقة؟ يرى جمهور الفقهاء أن حكم الجدّ هو حكم الأب، لأن الولد عندهم يشمل الولد وأولاده وإن تزوا، ولأن النفقة تجب بالجزئية وإن لم يكن وارثاً، فمعها نزل الأولاد فهم جزء من أيهم وجزءهم ويستحقون النفقة وهذا ما عليه الحنفية والشافعية والمالكية وأحد القولين لدى الحنابلة، أما القول الثاني لديهم فإن سبب وجوب النفقة هو القرارة الموجبة للإرث فإن لم يكن هناك توارث بين الأصل والفرع فلا نفقة بينهما. إضافة إلى ذلك، فإن المالكية قد خالفوا الجمهور ويرون أن الجدّ غير ملزم بالنفقة على أحفاده، لظاهر الآية الكريمة ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لِلْوَلَدِ لَرِئَاسَةٍ وَأَنَّ الْكَبِيرَ يُسْتَنْصَفُ كَمَا يُسْتَنْصَفُ الصَّغِيرُ﴾ [البقرة: 233] حيث إن الولود له ويوجب النص ملزم بالنفقة على ولده المباشر فقط دون أحفاده^٢.

الذي هو (الولود له) نفقة المراجعة لأجل ولده، وعليه فإن وجوب نفقة الأولاد يكون من باب أول، ويستدلون أيضاً بالآية الكريمة ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَارْتَضِعْنَ مِنْهُنَّ﴾ [الطلاق: 6] التي أوجب فيها للباري عزّ وجلّ أجرة رضاع الولد على أبيه، وهذا يقتضي إيجاب مؤنتهم والنفقة عليهم^٣.

كما يستدلون بالنسبة النبوية الشريفة أيضاً، ومن الأحاديث التي يستندون عليها قوله ﷺ هُند بنت عتبة حينما اشتكت عنده: "يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني ويولدي إلا ما أخذت منه سرّاً وهو لا يعلم، فهل عليّ في ذلك من شيء؟ فقال له النبي ﷺ: خذي ما يكفيك وولديك فإياك بالمعروف"^٤. إذ يرون بأنه لو لم يكن النفقة على الزوجة والأولاد واجباً لما أجاز الرسول ﷺ لها بأخذ مال زوجها دون علمه وخصته حيث أن مال المسلم حرمه خاصة^٥. كما بعّل فقهاء المسلمين وجوب نفقة الأولاد على الآباء بسبب الجزئية حيث يرون أن الولد جزء أو بعض أبيه، كما أن مكلف بالنفقة على نفسه فهو مكلف أيضاً بالنفقة على بعضه الذي هو ولده^٦. ومن الأحاديث الأخرى التي يستندون عليها ما روي عن أبي هريرة إذ قال: قال رسول الله ﷺ (تصدّقوا)، قال رجل: عندي دينار، قال: "تصدّق به على نفسك"، قال: عندي آخر، قال: "تصدّق به على زوجك"، قال: عندي دينار آخر، قال: "تصدّق به على ولدك"، قال: عندي دينار آخر. قال: "تصدّق به على خادمك"،

^١ الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج ١٢، مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠١، ص ٣٨١.
^٢ محمود نافع عجزور، مرجع سابق، ص ٣٣.
^٣ سعيد درويش الزهراني، مرجع سابق، ص ١٠٢، ٩٩. للموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ٧٨-٧٩. وفيه مصطلح الجزئي، مرجع سابق، ص ٤١١-٤١٢. للمزيد حول موقف المالكية راجع: أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، ج ١، دار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٣١٩-٣٢٠. وأبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٨٦، ص ٣١٦.

^٤ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١١، مطبعة الوزارة الكويت، ط ٢، ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ، ص ٧٨. وفيه مصطلح الجزئي، الفقه الإسلامي وأصله، ج ١١٠، دار الفكر، دمشق، ط ٤، د.ت، ص ٥١١-٥١٢. محمود نافع عجزور، حقوق الأولاد على الآباء: دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والدراسة بالجامعة الإسلامية - غزة، ٢٠٠٢، ص ٣٣. محمد زيد الأيبان، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ٣، مكتبة النهضة، بغداد، د.ت، ص ٨٢. عثمان بن محمد البكري، إمامة الطالبيين على كل ألفاظ فتح لعنن، ج ٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٩٧، ص ١١٠.
^٥ أحمد بن حنبل، التلخيص الشافعي، للسند، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ، ص ٢٨٨.
^٦ هشام بن محمد العري، مرجع سابق، ص ٢٠٥.
^٧ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ٧٨.

وأدناه موقف المذاهب الأربعة من مدى وجوب نفقة الأولاد على الأصول في حالة تعددهم بشيء من التصيل.

يرى فقهاء الحنفية أنه إذا كان جميع الأصول الموجودة وارثين عندها يتم مطالبتهم بالنفقة حسب مقدار أنصبتهم من المرات، أما إذا كان جميعهم غير وارثين بأن كانوا من ذوي الأرحام، عندها تكون النفقة على أقربهم درجة، فإن أُلحِدَ درجتهم عندها تكون النفقة عليهم بالتساوي. وفي حالة وجود وارثين وغير وارثين على الأصول الموجودة، عندها تكون النفقة على أقربهم درجة فإن أُلحِدَ درجتهم كانت النفقة على الوارث منهم دون غيره^١.

أما عند المالكية فإن نفقة الأولاد واجبة على الأب فقط دون سواه، ولذا لم يتناول فقهاء المالكية صورة (تعدد الأصول) التي تجب فيها نفقة الفروع^٢. وفيما يخص فقهاء الشافعية فيرون أن النفقة تجب بقرارة الولادة مطلقاً وفي جميع درجاتها، وعليه، فإذا لم يكن الأب موجوداً أو كان عاجزاً عن الإنفاق فإن النفقة تكون واجبة على الأصول الذكور دون الإناث، وإذا كان جميعهم من الإناث فإنها تكون على الأقرب درجة^٣.

أما للحنابلة لدى الحنابلة فإن النفقة تكون على الوارث عند عدم وجود الأب، وإذا كان هناك أكثر من وارث فتم توزيع النفقة عليهم بقدر أنصبتهم من الإرث، ويستدلون ذلك بالآية الكريمة ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لِلْوَلَدِ نِصْفٌ مِمَّا رَزَقَ وَالْوَالِدُ لِلْوَالِدَاتِ نِصْفٌ مِمَّا رَزَقْنَ وَأَنَّ الْكَبِيرَ يُسْتَنْصَفُ كَمَا يُسْتَنْصَفُ الصَّغِيرُ﴾ [البقرة: 233] ولأن الإنفاق معني

يستحق بالنسب فلم يخصص به قريب دون آخر كالوفاة، وروي أيضاً عن الإمام أحمد (رحمته) أنه قال بأن نفقة الولد على العصاب في حالة عدم الأب^٤. وذكر بأنه إذا كان الأب عاجزاً عليه أن يتكفّل لتوفير النفقة لولده، وقيل: النفقة على الأم إن كانت موسرة وترجع على الأب في حالة يساره وهذا ما عليه جمهور الفقهاء، عدا الأم مالك إذ يرى عدم وجوبها على الأم مطلقاً، أما إن لم تكن موسرة فالنفقة على الجدّ الصحيح وليس له الرجوع على الأب لأنه ملزم بالنفقة على ولده وأحفاده، وقيل: أن نفقته على بيت المال^٥.

الفرع الثاني: المكلف بنفقة الأولاد في القانون العراقي والتشريعات العربية.

جاء في المادة (٥٨) من القانون العراقي: "نفقة كل إنسان في ماله... كما ورد في المادة (١/٥٩): "إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه"، يفهم من النصين أن نفقة الولد صغيراً كان أم كبيراً لا تجب على أبيه ولا غيره إن كان لديه مال وإنما تجب حينما يكون فقيراً أو لا يوجد لديه ما يصرفه على نفسه فحينئذ تجب نفقته على أبيه ولا يشترك فيها أحد غيره^٦، وهذا ما أكدته محكمة التمييز لإقليم كردستان العراق في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٢٤ تحت العدد (٢٩٠/شخصية/٢٠٠٧) إذ ورد فيه: "إن

^١ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط ٢، ١٩٩٠، ص ٢٠٥-٢٠٦. للموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ٨١. وإن شواك إبراهيم بن محمد، منار السبل في شرح الدليل، تحقيق: زهير الشاويش، ج ٢، للكتب الإسلامي، د.م، ط ١، ١٩٨٩، ص ٣٠٣-٣٠٤.
^٢ أبو عبد الله محمد الحري، مرجع سابق، ص ٢٠٤. سعيد درويش الزهراني، مرجع سابق، ص ٣٨٩.
^٣ هشام بن محمد العري، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٤.
^٤ أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والفتاوى والقانون، ج ١، الملتك لصناعة الكتاب، القاهرة، د.م، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٤٠٠-٤٠١.

لأنه يلزم الأب بنفقة ولد الصلب أي المباشر فقط دون غيره، وهذا ما عليه مدونة الأسرة المغربي رقم (٧٠:٠٣) لسنة ٢٠٠٤ والقانون الإماراتي أيضاً^١.

إضافة إلى ما تقدّم فإن القضاء العراقي يعتبر نفقة الولد على أبيه حق شخصي غير قابل للمساومة عليه من قبل أحد حتى وإن كانت أمه إذ جاء في الحكم المرقم (١٥٤٢/نفقة الصغير/١٩٨١) الصادر بتاريخ ١٩٨١/٥/٣١ من محكمة التمييز الاتحادية: "لا تسقط نفقة الصغير إذا تنازلت عنها أمه ضمن بدل المخالعة الجارية مع أبيه لأن تلك النفقة حق شخصي للصغير لا يسقط بإسقاط أمه له"^٢. وهذا ما أكدّه محكمة النقض المغربية في حكم آخر لها تحت العدد (٣٩٤) بتاريخ ٢٠٠٣/٩/١٧ أن: "التزام المختلعة بنفقة أولادها يسقط إذا أصبحت معسرة وتجب على والدهم"^٣، يفهم من هذا الحكم بأن القانون المغربي يجيز التزام الأم المختلعة وحتى غيرها بنفقة الأولاد، لكن بمجرد إعسارهم وعجزهم عن الإنفاق وحفاظاً على حياة الأولاد من الهلاك يرجع حقهم في النفقة على أبيهم وهو الأصل وبذلك فهو حق شخصي ثابت لهم. وهذا موقف قضائي حسن من كلا القضاة العراقي والمغربي والمفروض ثبوت هذا الحق بنص تشريعي في قانون كلتا الدولتين.

أما إذا كان الأب معسراً وفي الوقت نفسه كان قادراً على التكسب عندها يجبر على التكسب والنفقة على أولاده وهذا ما يفهم من نص المادة (١/٥٩) من القانون العراقي: "إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه ما لم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب"، لكن إذا لم يتيسر له العمل رغم قدرته على التكسب أو أصبح عاجزاً عن

^١ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

^٢ قاعدة التشريعات العراقية، مرجع سابق.

^٣ مصطفى علاوي، الاجتهاد القضائي المغربي في النفقة، ص ١٦، ٣٤. أوراق منشورة في الرابط أدناه:

<https://www.noorbook.com/%d9%83%d8%aa%d8%a7%d8%a8%d8%a7%d9%84%d8%a7%d8%ac%d8%aa%d9%87%d8%a7%d8%af%d8%a7%d9%84%d9%82%d8%b6%d8%a7%d8%a6%d9%8a%d8%a7%d9%84%d9%85%d8%ba%d8%b1%d8%a8%d9%8a%d9%81%d9%8a%d8%a7%d9%84%d9%86%d9%81%d9%82%d9%87-pdf>

فيها: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب"، كما جاء في المادة (٨٠) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "تجب نفقة الولد على أمه الموسرة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق". ويؤيدنا تأكيد هذا التوجه، لأن الأم هي أحد الأبوين وبذلك فهي أولى من الجد وغيره بنفقة أولادها وهذا ما صرح به المشرع التونسي في المادة (٤٧) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية رقم (١٣) لسنة ١٩٥٦ بكل وضوح إذ جاء فيها: "الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها".

وتوّد الإشارة بأن المشرع الإماراتي قد ذهب إلى الأبعد من ذلك حينما نص في المادة (٨٧) من قانون الأحوال الشخصية على اعتبار الدولة الجهة المزمّة بالنفقة على من لا منفق له إذ جاء فيها: "تتكفل الدولة بنفقة من لا منفق عليه"، وبذلك تكون نفقة الأولاد وغيرهم من الضعفاء مضمونة وليس هناك أية خطورة على حياتهم، بخلاف المشرع العراقي الذي اعتبرت الدولة وآثرته لمن لا ورث له في حين تغافل عن إزام الدولة بالنفقة على هؤلاء وهذا إجحاف واضح بمقبحهم، حيث اعتبرت المادة (٨٨) بيت المال والذي يقصد به (خزينة الدولة) من الجهات المستحقة للزكاة في حالة عدم وجود مستحقين لها.

وعليه ندعو المشرع العراقي للاعتناء بالمشرع الإماراتي الذي ضمن حق الأولاد النفقة بإزام الأم الموسرة في حالة عجز الأب عن الإنفاق وكذلك من خلال إزام الدولة بالنفقة على كل من لا منفق له المسافة أصلاً من الشريعة الإسلامية الحنيفة. وقيل ختم هذا المطلب قد يبدو تساؤلاً: ما العمل إذا تعدّد المستحقين للنفقة وكان من ضمنهم الأولاد ولم يكن للمنفق لأب ما يكفي لتغطية نفقاتهم جميعاً؟ المشرع العراقي لم يتناول هذه المسألة ولم يستفد من الشريعة الإسلامية التي وضعت ترتيباً لنفقات الأشخاص المستحقين لها بموجب حديث الرسول ﷺ حينما سأله رجل أين يضع صدقته، وذلك بخلاف الذي القانون الإماراتي الذي تناولها في المادة (٨٥) منه، والمؤونة

وفيما يخص بموقف القضاء فإن محكمة تمييز الأحكام في حكمها المرقم (٤٧٦/شخصية/٢٠١٥) الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٧/٢٧ لم تفرض نفقة الأولاد على أمهممهم لكونهم لا يروّضهم إذ جاء فيه: "ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن المادة (٦٢) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ أخذت بمنهج الحنبلة والظاهرية ويشترط وجوب النفقة للودي الأرحام المأثرهم بعضهم على بعض عند التوارث وحيث لا توارث بين أولاد المدعية والمدعى عليهم (عظام الأولاد) وبذلك لا يستحقون النفقة وعليه قرر تصديق الحكم المميز". كما سارت المحكمة على نفس الاتجاه في قرار آخر لها تحت العدد (٩١/شخصية/٢٠٠٣) بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٠. وعليه، فلو كان الجد حياً في هذه الدعوى لأمره المحكمة بالنفقة على أحماده باعتباره ورثاً وقراباً للأولاد.

تبيّن لنا فيما تقدّم بأن المشرع العراقي لم يحرص المكلفين بالنفقة على الأولاد والأحفاد في حالة عجز الأب أو وفاته بأشخاص معيّنين وإنما جعل لذلك معياراً ألا وهو (التوارث) فكل من يرث (الولد أو الخفيد) عليه النفقة بقدر ارثه منه وهذا قول لدى فقهاء المسلمين، لكن بعض المشرعين العرب تبنّى الرأي الآخر لفقهاء المسلمين القدماء والمعاصرين القائل بإزام الأم النفقة على أولادها في حالة عجز الأب عن النفقة وهذا ما رآه أيضاً الفقيه الشرعي والقانوني العراقي (مصطفى الزبيدي) حيث يقول: إن كان الأب معسراً أو غير قادر على التكسب وكانت الأم موسرة فعليها نفقة ولدها، والحكم هو نفسه إن كان الأب غائباً ولم يكن بالإمكان استيفاء نفقة الأولاد من ماله حاضراً كان أم غائباً، وإذا كان الولدين كليهما معسرين وغير قادرين على العمل عندها تجب النفقة على قريب الوارث^١، وهذا ما تبنته المحكمة العراقية في المدونة في (١٩٩) منها إذ ورد

^١ محمد صالح بن السليمان، فسات من أحكام القضاء، مكتبة دار الفقه، القاهرة، ط١، ٢٠١٧، ص٣٥٥.
^٢ محمد جواد سيد أحمد، مرجع سابق، ص١٨٢.
^٣ مصطفى الزبيدي، الكلال للبي في الشريعة والقانون: أحكام الزواج والطلاق، ج١، نشر احسان للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١٤، ص١٠٢.

العربية في المادة (١٩٣) منها حيث أن الأخيرة تناولها بنوع من التفصيل إذ جاء فيها: "إذا كان المزم بالنفقة غير قادر على أدائها لكل من يلزمه القانون بالإنفاق عليه، تقدّم الزوجة ثم الأولاد الصغار ذكوراً أو إناثاً، ثم البنات، ثم الذكور من أولاده، ثم الأم ثم الأب". حقيقة هذا التفصيل الأولية بين الأولاد أنفسهم في محله لكونه قدّم نفقة الأولاد الصغار على نفقة البنات الكبيرة، ونفقة الأخيرة على نفقة الابن الكبير وهكذا، لكن ما يعيب هذا النص هو حرمان الأحفاد من النفقة لذا من الضروري وضع نفقة الأقارب في نهاية الترتيب لمشولهم بالنفقة وعدم حرمانهم منها. على أية حال، نقترح على المشرع العراقي الاستفادة من القانونين الإماراتي والمغربي والشريعة الإسلامية لكي يكون المنفق على دراية بالأشخاص الذين يجب عليه نفقتهم وترتيبهم في الاستحقاق.

المطلب الثاني: مقاضاة الأصول.

سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين. في الأول، سنبيّن موقف الشريعة الإسلامية من مقاضاة الأصول أو بالأحرى الأشخاص المكلفين بنفقة الأولاد، وفي الثاني سنتطرّق لموقف التشريعات القانونية منها.

الفرع الأول: مقاضاة الأصول في الشريعة الإسلامية.

يجوز للولد عند الحنيفة والحنابلة مقاضاة والده عند امتناعه عن النفقة عليه، وحجسه إن أصرّ على الامتناع، لكن المالكية والشافعية لا يجيزان حبس الوالد لهذا السبب، وراي الحنيفة والحنابلة هو الأرجح في هذا الخصوص لأن النفقة إما فرضت لحفظ النفس وإن امتناعه يقصد به إهلاك ولده فيتم دفع قصده بالحبس، إضافة إلى ذلك بمضي المدة تنسقط النفقة فإن حبسه يحثّ على دفع النفقة وبذلك يتم تداركها فلا تنسقط بالتقادم، وهذا ما تؤيد.

^١ هشام بسري محمد العري، مرجع سابق، ص١١٣. أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص٣١.

علماً، أن نفقة الولد لدى الحنيفة تجب دون صدور حكم القاضي على اعتبار أن نفقة الولد سببها الجزئية فهي من قبيل إحياء الشخص نفسه أو من هو كنفه^١ وهذا يحق للولد أخذ النفقة من أموال أمه بالقدر المعروف أي حد الكفاية دون التوقف على قضاء القاضي لأن حكم القاضي ليس إلا من باب الفتوى والإحانة على الوصول إلى الحق، وليس حكماً حقيقياً، فالرسول ﷺ أجاز (لرهد) أخذ حد الكفاية من أموال زوجها لصرها على أولادها دون توقف على إذن القاضي، وإذا كان قد صدر حكم بالنفقة لكن امتنع الأصل عن تنفيذها رغم بساره أو قدرته على التكسب عندها يجوز للقاضي حبسه^٢.

وبالاحظ بأن الحنابلة كالحنفيين يجيزون أخذ نفقة الفرع صغيراً كان أم كبيراً من مال الأصل دون موافقته ودون موافقة القضاء على اعتبار أن وجوب النفقة على الأصل شرعاً كافي في هذا الصدد ولا يحتاج إلى إذن، لكن يجب أخذ نفقته بالقدر المعروف لحاجاته الضرورية، إما إذا لم تكن لسد حاجاته الضرورية فلا يجوز له ذلك ويعتبر غاصباً وعليه الضمان، أما المالكية فيشترطون إذن الأصل دون القاضي، أما بخصوص موقف فقهاء الشافعية فقد ذكر أحد الباحثين أهمّ لا يجيزونه^٣، لكننا وجدنا في متن (إعانة الطالبين) ما يجيز ذلك إذ ورد فيه "ولو منع الزوج أو القريب الاثناؤها أخذاها المستحق ولو بغير إذن قاض"^٤، لكن هناك من أشار بأن هذه الإجازة خاصة بنفقة الولد الصغير دون الكبير لرفع ولده على الأخير^٥.

^١ الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٥٧، ص٤٢٨-٤٢٩.

^٢ أحمد فراج حسنين، مرجع سابق، ص٢٢٣-٢٢٤.

^٣ سعيد دويش الزهراني، مرجع سابق، ص١٦٥.

^٤ عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص١١١. منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص١٦٠.

^٥ هشام بسري محمد العري، مرجع سابق، ص٢٣٩-٢٤٠. عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص١١٠.

علاوي) بالقول: في هذه الحالة يفقد الولي صفة الولاية الشرعية لأنه لا يجوز أن تكون له في آن واحد صفة المدعي المطلب بالنفقة وصفة المدعى عليه المطلب بمذمة النفقة.^١ تبين لنا فيما تقدم أن حق الولد في مقاضاة أصله سواء كان بنفسه أو نائبه مضافاً ومحمي قانوناً.

سبق وأن تبين لنا بأن الحنفية والحنابلة والشافعية قد أجازوا للولد أخذ نفقته من مال أبيه دون علمه ورضعته ودون إذن القاضي، وهذا ما أشار إليه شارحي القانون العراقي كل من (الكبيسي) و(الزبي) حيث ذكر الأول في مصنفه: لا يتوقف وجوب أداء هذه النفقة على حكم القاضي بعكس نفقة الحواشي، وهذا يجوز لمستحق النفقة في هذه الحالة أخذ نفقته دون إذن القضاء بالقدر المعروف لأن حكم القضاء ليس إلا مساعدة له للوصول إلى حقه.^٢ كما ذكر الثاني في مصنفه: نفقة الفروع لا يتوقف وجوب أدائها على حكم قضائي أو اتفاق رضائي، فهي واجبة تلقائياً بخلاف نفقة الأقارب حيث أن أدائها غير واجب إلا بعد اتفاق رضائي أو حكم قضائي.^٣

إذا كان هذا هو موقف فقهاء الشريعة والقانون لكن مشرعي التقنينات الوضعية لم يجزوا ذلك واعتبره جريمة سرقة إن لم يكن أموال الأصل، في حوزة الولد، إما إن كان في حوزته وكان أميناً عليها عندها تعتبر جريمة خيانة الأمانة، لكن المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون الأصول للحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ اعتبر جرائم السرقة وخيانة الأمانة بين الأصول والفروع من الجرائم القابلة للعقوب بمرجع تنازل الأصل عن حقه ضد ولده. وبذلك فإن موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة جاء موافقاً للمذهب المالكي الذي لا يجيز هذا التصرف وهذا ما نرجحه لأن الناس في وقتنا الحاضر قد تغفروا كثيراً ولا يسيرون على نهج السلف الصالح وبذلك فإن المحرف الأولاد بحق أصولهم متوقع

ونحن كلالنا حول موقف الشريعة الإسلامية من مقاضاة الأصول بنفقة الفروع بالقول: أن فقهاء المسلمين متفقون على جواز القضاء على الأصل الغالب بنفقة فروعهم، كما أجاز فقهاء الحنابلة والشافعية والمالكية في قول يبيع عروضه وعقاره ونفقته فروعهم.^٤

الفرع الثاني: مقاضاة الأصول في القانون العراقي والتشريعات العربية.

إذا كان فقهاء المسلمين قد أجازوا مقاضاة الأب أو الأصل من قبل الولد وأجاز بعضهم حيسه إن امتنع عن دفع نفقته فإن تعين أحكام نفقة الأولاد وتخصيص مواد معينة في التشريعات القانونية من قبل المشرعين الوضعيين ومنهم المشرع العراقي ليس إلا دليل واضح على جواز مقاضاته وحيسه أيضاً. وقد ذكر (الزبي) شارح القانون العراقي أنه إذا امتنع المالك بالنفقة -أباً كان أم غيره- عن أدائها وأصر على عدم الإنفاق يمكن إجباره على دفعها من خلال القضاء.^٥ ونضيف لكاله إذا لم يكن بإمكان الولد القيام برفع الدعوى ضد أصله لصغر سنه فإن نائبه القانوني سواء كان أمه أم حاضنه بإمكانه القيام بذلك وسيبئنا إن ذلك بشكل واضح من خلال الأحكام القضائية التي سنتناولها على طول هذه الدراسة، بل وقد أجاز القانون العراقي وبعض القوانين المقارنة للولد الحق في مطالبة حقوقه الشرعية المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة إن بلغ سن البلوغ الشرعي الذي هو (١٥) سنة وإن لم يكمل سن الرشد الذي هو (١٨) إكمال من العمر في العراق. ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص أجازت محكمة النقض المغربية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٩/٢٦ تحت العدد (٣٩٤) للولد الناصر رفع الدعوى ضد وليه المالك بالنفقة عليه إذ جاء فيه: "للقاصر أهلية إقامة الدعوى ضد وليه بالنفقة لأنها من باب جلب المنفعة التي له حق اكتسابها بدون مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم"، وعُلق على هذا الحكم القاضي المغربي (مصطفى

^١ مصطفى علاوي، مرجع سابق، ص ٧-٦.

^٢ أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٤٠١-٤٠٢.

^٣ مصطفى الزبي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

^٤ عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص ١١٠. سعيد درويش الزعاري، مرجع سابق، ص ١٦٥-١٦٦.

^٥ مصطفى الزبي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

ولا يستبعد منهم صرف أموال أصولهم في الحرام وفي الأعمال الضارة وبذلك يأثم الأصول شرعاً.

تبين فيما سبق أن القانون العراقي والقوانين المقارنة أجازت مقاضاة الأصول إن امتنع عن صرف النفقة على ولده، لكن في الوقت نفسه لم يسمح للولد أخذ نفقته من مال أصله دون علمه ورضعته، وتتساءل هنا: لا يجوز مقاضاة الأب إن كان غائباً أو مفقوداً وتنفيد الحكم على أمه؟^٦

القانون العراقي لم يعالج هذه المسألة، لكن فقهاء القانون العراقي قالوا لا يجوز القضاء بالنفقة على مال شخص غائب إلا إذا كان المستحق لها فرج أو أصل أو زوجة، لأن وجوب النفقة في هذه الحالة ثابتة بنفسه،^٧ وبذلك فإن نفقة الفروع أي الأولاد مستتابة من ذلك ويجوز القضاء بها حتى وإن كان الأصل غائباً أو مفقوداً.^٨

وقد أكد القضاء العراقي ما عليه الفقه القانوني إذ جاء في حكم محكمة استئناف الرضاية تحت العدد (١٩٧/حكم نفقة/٢٠٠٨) الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٧: "أن إيراد المدين حجة الرجوع الصادرة من محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة بعدد... لا يعنى قيام المدين بالأب على أولاده وحيث أن نفقة الأولاد تم فرضها بموجب قرار حكم فإن إيقاف استقطاعها لا يتم إلا بقرار حكم صادر من محكمة مختصة".^٩ يمكن استنتاج عدة أحكام من هذا الحكم لكن ما يتعلق بموضوعنا هو أن الأب كان غائباً وقد صدر الحكم ضده بالنفقة على أولاده، وبذلك فإن غيابيه لم يكن مانعاً من صدور الحكم ضده وتنفذه على أمواله، والحكم الملم الآخر المستفاد من هذا الحكم القضائي هو أن حكم المحكمة القاضي بالنفقة على الأولاد مستمر في التنفيذ لغاية صدور حكم آخر من المحكمة تقضي بإيقافه، وهذا ما تبناه المدونة المغربية في المادة (١٩١) منها إذ جاء فيها:

"الحكم الصادر بتقدير النفقة يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة"، أما القانون العراقي فقد خلا من أي نص مشابه ودعوه الأخذ بالنص المغربي.

بناءً على ما سبق، ندعو المشرع العراقي للتدخل من أجل تعزيز موقف الفقه والقضاء من خلال سد الثغرة التشريعية، وذلك بالاستفادة من المادة (١٨٨) من القانون الأردني إذ جاء فيها: "إذا كان الأب غائباً وتعذر تحصيل النفقة للولد منه..."، والمادة (٨٠) من القانون الإماراتي: "تجب نفقة الولد... إذا فقد الأب وال أمه...".^{١٠} ففي هاتين المادتين تم علاج نفقة الولد في حالة غياب ومفقود الأصل، حيث لا يتم إلزام شخص آخر بالنفقة على الولد إلا إذا تعذر تحصيل النفقة من الأصل لعدم امتلاكه أموالاً يمكن صرف النفقة منها.

المبحث الثالث: شروط نفقة الأولاد وتقديرها.

سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين. في الأول، سنتناول شروط نفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي والتشريعات العربية. وفي الثاني، سنتطرق لموقف الشريعة والقوانين الوضعية تلك من عناصرها وتقديرها.

المطلب الأول: شروط نفقة الأولاد.

سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين كما أشرنا إليه آنفاً. في الأول، سنبين شروط نفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية. وفي الثاني، سنتطرق لهذه الشروط في القانون العراقي والتشريعات العربية.

^٦ أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٤٠٢.

^٧ مصطفى الزبي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

^٨ فائدة التشريعات العراقية، مرجع سابق.

^٩ لفرقة المزد عبد هذه المادة (راجع: أبو فارس محمد عبدالقادر، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، د.م.ن، د.ط، ٢٠١٠، ص ٤٩٤.

^{١٠} أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٢١.

أخذ بالرواية الثانية ويرى بأن الولد في هذه الحالة يعتبر موسراً ولا يستحق النفقة ويجوز دوره للنفقة عليه وهذا ما عليه المذهب.^١

كما يرى الحنفيون بأنه إذا كان الفرع موسراً ورغم ذلك أفق عليه الأصل لكن باستثناء من القاضي عند الصرف عليه أو شهد على ذلك الشهود عندها يجوز له الرجوع على الفرع ولا اعتبر متبرعاً ولا يجوز له الرجوع عليه.^٢

وقد ذكر الفقهاء صوراً عن عجز الولد عن الكسب في مصنفاتهم وهي كما يلي:

أ. الصغر. بأن لا يصل الولد السن البلوغ ويجوز لأب أن يدفعه لعمل أو حرفة إن كان قادراً عليها ليكسب منها وينفق عليه من كسبه. أما الولد الكبير أي البالغ فلا نفقة له على أبيه أو أصوله مادام قادراً على الكسب، أما إن كان عاجزاً عن الكسب بسبب انتشار البطالة وعدم توفر فرص العمل أو كان العمل المتوفر لا يليق به وغير ذلك عندها تكون نفقته على أبيه حسب رأي جمهور الفقهاء، لكن الحنابلة يولمون الولد بالنفقة على الولد وإن كان كبيراً وقادراً على الكسب مادام فقيراً واحتجاجاً.^٣

ب. الأتوثة. فالثبت صغيرة كانت أم كبيرة أي بالغة لا يجوز دفعها للعمل لعرض الاكتساب منعاً من وقوع عاشر الخلو المهرمة شرعاً لكن تعليمها داخل البيت لعمل الحياطة أو الغزل وكذلك الحال إن تم تسليمتها لامراًً أمانة لتعلمها حرفة فحاشا، فإذا كفتها المال الذي يجتبه من عملها عندها لا يكلف الأب بالنفقة عليها، أما إذا لم يكف هذا المال لتغطية جميع نفقاتها عندها يلزم الأب بصرف المبلغ الناقص

^١ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٢٧-٢٢٨. محمد زيد الابياتي، مرجع سابق، ص ٨١. أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٣٧-٣٨.

^٢ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٤١٧. وهشام بسري محمد العربي، مرجع سابق، ص ٢٠٣. وعبدالجواب خلاف، مرجع سابق، ص ٢٠٤. سعيد درويش الزبيري، مرجع سابق، ص ١٥٣. محمد بن أحمد السريسي، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

^٣ أبو عبد الله محمد الحرشي، مرجع سابق، ص ٢٠٤. عثمان بن محمد البركي، مرجع سابق، ص ١١١.

الفرع الأول: شروط نفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية.

هناك مبدأ فقهي شرعي معروف بخصوص النفقة ألا وهو أن نفقة كل شخص من ماله وإن كان صغيراً سوى الزوجة، ولهذا حتى يستحق الولد النفقة على أصوله فقد وضع فقهاء المسلمين جملة شروط، منها ما هو متفق عليها وأخرى تختلف حولها. فأمّا الشروط المتفق عليها فهي ما يلي:

١. نفقة الأقارب نفقة موساة ولهذا فإن كان الولد فقيراً محتاجاً فلا تجب عليه نفقة فروعاً، وعليه، فالولد يكون ملزماً بالنفقة على الفروع من ما هو زائد عن نفقة نفسه سواء كان ذلك من ماله أو كسبه، وإذا لم يملك مالاً لكنه كان قادراً على الكسب أزم بالتكسب عند الخفية والحنابلة والأصح عند الشافعية وبذلك لا يشترط يسار الولد، لكن المالكية يرون عدم إزامه بالتكسب من أجل النفقة على أولاده وهذا قول عند الشافعية أيضاً.^١

٢. أن يكون الولد فقيراً لا مال له ولا كسب أو كان عاجزاً عن الكسب. وعليه، فإن كان موسراً الحال لا يتلاخه مالاً أو كسب بحيث يستطيع الاستغناء عن غيره ويكفي لسد حاجاته فلا نفقة له، لأن النفقة تجب على سبيل الموساة والبر والصلة والموسر مستغني عن ذلك. والتساؤل المطروح هنا: إن كان الولد يملك داراً يسكنه فهل يعتبر فقيراً وبالتالي يجب نفقته على أصله لكون الدار من الضرورات ولا يجوز بيعه، أم أنه يعتبر موسراً ولا تجب نفقته على أصله ويجوز بيع داره وصرف ثمنه عليه. هناك روايتان في هذا الصدد عند الحنفية، صاحب (البدائع) أخذ بالرواية الأولى لأن الولد في هذه الحالة من الطائفة الذين يجوز الصدقة عليهم، لكن صاحب (الزحيرة)

^١ محمود نافع عسور، مرجع سابق، ص ٤١. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ٧٩. ومبة مصطفى الرحيلي، مرجع سابق، ص ١٢١. الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٤٠٣. وعبدالفتاح عسور، مرجع سابق، ص ٤١٩. عثمان بن محمد البركي، مرجع سابق، ص ١١٠. منصور بن وهب النوفلي، مرجع سابق، ص ١٥٥.

لستها. علماً، أن البنت نفقتها على أبيها إلى أن تزوج ويدخل بها زوجها، وكذلك الحال في حالة فرطها عن زوجها عن طلاق أو وفاة إن لم تكن لديها منقاً.^٢ ويجدر الإشارة، بأنه إذا بلغ الولد ذكراً كان أو أنثى فلا تجب نفقته على والده في الأصح عند الشافعية، على اعتبار أن البلوغ مظنة القوة والقدرة على الكسب وهذا مظنة الغنى، وبذلك تنفي الحاجة إلى الغر، إذ لا خصوصية للأثني عندهم في هذه المسألة وبذلك فهي لا تختص بحكم، وقد انتقد هذا الرأي لأن ترك الأولاد دون نفقة يحجة أحم قد بلغوا سببهم لم الوقوع في الفتن والمعاصي وغير ذلك من الأمور غير الخفية وخاصة في عصرنا هذا الذي انتشر فيه الفساد وبقاء السوء وخاصة عندما تخرج الأثني من البيت من أجل التكسب.^٣

ت. المرض للمانع من الاكتساب، كالجنون والعته والشلل والعمى وغيرها، أي إصابته بأي مرض يجعله غير قادر على العمل واكتساب نفقته بنفسه.^٤ ويرى بعض الحنفية أن نفقة الولد البالغ المتعدد والبنت البالغة تتوزع على الوالدين، لأن ولاية الأب قد زالت بالبلوغ وما بعد تخصصاً بالنفقة، وبذلك تتوزع النفقة عليهما فألا يفق عليه ثلثي النفقة، أما الثلث الباقي فعلى الأم وذلك بحسب مقدار أنصبة ميراثهم من تركة ولدهم في حالة وفاته،^٥ وهذا قول عند الشافعية أيضاً إن كان الولد بالغاً.^٦ ويرى المالكية بأنه إذا طرأ العجز بعد البلوغ فلا تجب النفقة على والده لأن الولاية تنتهي عليه بالبلوغ فهو يعتبر كأي قاصر من المسلمين.^٧

^١ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٢٨. محمد زيد الابياتي، مرجع سابق، ص ٨٣.

^٢ محمود نافع عسور، مرجع سابق، ص ٢٧-٢٩. محمد أحمد الشريفي، مفتاح معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٢٣، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٤، ص ٥٧١.

^٣ عثمان بن محمد البركي، مرجع سابق، ص ١١٠.

^٤ هشام بسري محمد العربي، مرجع سابق، ص ٢١١.

^٥ عثمان بن محمد البركي، مرجع سابق، ص ١١١.

^٦ سعيد درويش الزبيري، مرجع سابق، ص ٢٨٩-٢٩٠. أبو عبد الله محمد الحرشي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

ث. الاستعانة بطلب العلم المفيد الذي لا يمكن معه مزاوله مهنة أو حرفة أو عمل آخر. فكما هو معروف أن طلب العلم فرض كفاية وعليه فإن لم يتفرغ البعض له لتعلقت مصالح الأمة، ولهذا تجب نفقة طالب العلم المجتهد الناجح في دراسته على أبيه، أما إن كان محققاً أو مبتلياً في دراسته فلا فائدة مرجوة من بقائه في حقل التعليم ومن الأفضل له ترك الدراسة وتعلم حرفة أو مهنة لاكتساب قوته منها.^٨

ومن الأداة على وجوب تعليم الأولاد في الشريعة الإسلامية: فقد جاء في الآية الكريمة ﴿وَالْيَاكُفُورُ يَأْمُرُؤُا أَنْتُسَكِّمُوا وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَفُؤُدهَا كَأُنسُا وَالْحِجَارَةُ﴾ [التحریم: ٦]، ووجه الدلالة هنا هو أن المؤمن مأمور بوقاية نفسه وأهله أي أولاده من نار جهنم، وهذا لن يحصل إلا بتعليمهم الحلال والحرام وبيان ما هو فرض عليهم من قبل متفقين في أحكام الشريعة، وقد روي عن منصور (رضي الله عنه) قال: سمعت في هذه الآية ﴿فُؤُا أَنْتُسَكِّمُوا وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ من علي (رضي الله عنه) أنه قال: (علموهم وأديبوه).^٩ كما ورد في الآية الكريمة ﴿وَأْمُرُؤُا أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا﴾ [طه: ١٣٢] ولا يتم إقامة أداء الصلاة من قبل الأولاد إلا بعد تعليمهم ونفقتهم في أحكامها مثل أركان الصلاة ومبطلاتها، وقد أكد الرسول ﷺ على تعليم الأولاد الصلاة حينما قال (علموا أولادكم الصلاة إذا بلغوا سبعاً)، وعن عائشة، حديث آخر شجع الرسول ﷺ الأباء على تعليم أولادهم كتاب الله، فعن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ (من علم ولداً له القرآن قلده الله عزل ووج يوم القيامة بقلادة يعجب منها الأولون والآخرين).^{١٠}

وقد أجمع فقهاء المسلمين أنه يجب على الأب تعليم أولاده ما يحتاجونه لدينهم، فيعلمهم الحلال والحرام لكي يتجنبوا المعاصي والظلمات. وذكر (عسور) في

^١ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٢٢٨-٢٢٩. الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٤١٨. عثمان بن محمد

البركي، مرجع سابق، ص ١١١.

^٢ ابن أبي الدنيا البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٩٥.

^٣ ابن أبي الدنيا البغدادي، مرجع سابق، ص ٤٧٨.

أَلْمَوْلُودُ لَهُم رِزْقُهُمْ وَيَكْفِيهِمْ بِالْمَعْرُوفِ»^{٢٣٣} [البقرة: ٢٣٣] تدلّ على أن العلة من وراء وجوب نفقة الولد على أبيه هي الولادة سواء اتحد في الدين أم اختلفا.^{٢٤} أن يكون المفق وراثاً بمعنى أن يكون الأصل وراثاً للفرع ويستدلون قَوْلهم هذا بقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِنْهُ لِمَا تَرَكْتُ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إذ يرون أن القرابة الموجودة بين المتوارثين تقتضي أن يكون الوارث أحق بمال الموروث دون غيره من الناس، وبذلك ينبغي عليه وجوب صلته بموروثه بالنفقة عليه، أما إن لم يكن وراثاً فغير ملزم بالنفقة. والعلة من وراء ذلك، هي أن النفقة تجب عند المخالفة بالقرابة التي توجب الارت على المتفائل^{٢٥}. بخلاف جمهور الفقهاء الذين يرون أن النفقة تجب للأولاد بسبب الجزئية وإن لم يكن الأصل وراثاً للفرع أو اختلف معه في الدين، وعليه فمهما نزل الأولاد فهم جزء من أبيهم وجدهم ويستحقون النفقة^{٢٦}.

الفرع الثاني: شروط نفقة الأولاد في القانون العراقي والتشريعات العربية.

لكي يتضح لنا الصورة حول شروط نفقة الأولاد في التشريعات الوضعية، نرى من المفيد أن نسلك نفس المسلك الذي اتجهنا عند تناول هذه الشروط في الشريعة الإسلامية، وهي كما يلي:

أولاً: يتبين لنا أن الأب الفقير محتاج وكذلك الغير قادر على الكسب لا يلزم بالنفقة على فرعه عند فقهاء المسلمين. وهذا ما عليه القانون العراقي أيضاً، إذ جاء في المادة (٥٩) منه: "إذا لم يكن للولد مال فنفته على أبيه ما لم يكن عاجزاً عن النفقة والكسب"، فللفقير المخالف للنص يعني أن الأب إن كان عاجزاً عن النفقة بسبب فقره أو لأي

^{٢٣٣} لمزيد راجع: محمود نافع عجور، مرجع سابق، ص: ٣٦. عثمان بن محمد الكري، مرجع سابق، ص: ١١١. سعد دويش الزهران، مرجع سابق، ص: ٤٩. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص: ٨٠. وبة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص: ٧٤١٥. منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص: ١٥٥. ^{٢٣٤} أحمد فتاح حسين، مرجع سابق، ص: ٣٢٢. ^{٢٣٥} عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ٢٠٣. والإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص: ٤٢١.

رسالته: أنه يجب الاهتمام أيضاً بالعلوم غير الشرعية التي تعتبر حكمها من فروض الكفاية كالمطبخ والهندسة والأسلحة والفلك وغيره لأن الاستهانة بما تؤدي إلى تأخر الأمة وعدم الانحياز بركب الحضارة بل يمكن القول بأن هذه العلوم أصبحت من الضرورات في عصرنا هذا ولا يمكن التخلف عنها مطلقاً.

ج. العار. يرى بعض فقهاء الحنفية أن هناك بعض الأشخاص كآباء الأشراف وبسبب منزلتهم الاجتماعية قد يلحق بهم العار إن قاموا بالعمل من أجل التكسب^{٢٧}، أو قد لا يستحسبهم الناس عادة ولذا فهم يستحقون النفقة على أبيهم. لكن موقفهم هذا تعرض للنفق لدى اعتبار أن العمل والتكسب من أجل توفير النفقة لنفسه وأهله فرض، وكيف يكون عاراً^{٢٨}. كما أن الناس كأسنان المشط في الإسلام فلا امتياز ولا فضل لبعض الأفراد أو طبقة على أخرى، ولهذا فلا فرق بين أولاد الفقير وأولاد ذوي الشأن والمكانة في المجتمع فالجميع سَيَان. فكبار الصحابة كأمثال أبو بكر وعلي وغيرهما كانوا يعملون ويتجرّون^{٢٩}. كما رَدَّ على هذا الموقف أيضاً بأنه يسند إلى عرف معيّن، وقد تعرّف في وقتنا هذا بحيث أصبح عدم التكسب والاعتماد على الغير ما يعرّ به الشخص^{٣٠}.

أما الشروط المختلف حولها التي وضعها المخالفة دون غيرها فهي ما يلي:

١. اتحاد الدين. في الرواية المعتمدة لدى المخالفة لا تجب النفقة مع اختلاف الدين، لأن النفقة عندهم مواساة على سبيل البر والصلة ولا يتحقق ذلك إلا باتحاد الدين بين الأصل والفرع. أمّا جمهور الفقهاء فيرون بأن ما ورد في الآية الكريمة ﴿وَعَلَى

^{٢٣٦} محمود نافع عجور، مرجع سابق، ص: ٤٤٣-٤٤٤.

^{٢٣٧} عبدالوهاب خلاف، مرجع سابق، ص: ٢٠٣.

^{٢٣٨} أحمد فتاح حسين، مرجع سابق، ص: ٣٣١.

^{٢٣٩} وبة مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص: ٧٤١٤-٧٤١٥.

^{٢٤٠} هشام بديري محمد العري، مرجع سابق، ص: ٢١٠.

سبب آخر، أو كان غير قادر على الكسب فإنه لا يلزم بالنفقة على أولاده، كما يفهم من النص أيضاً بأن الأب إن كان قادراً على الكسب فإنه ملزم بالنفقة وعليه التكسب من أجل أولاده. وهذا ما عليه القانون الأردني تماماً حسب المادة (١٨٧) والمادة (١١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ أيضاً سوى أن كلا القانونين يبيّن أن عجز الأب عن الكسب قد تكون بسبب علةً بديئة أو عقلية. أما للمدونة المغربية في المادة (١٨٨) منها فقد نصّ وبكل صراحة بأن المنفق لا يلزم بالنفقة على غيره إلا بما يزيد عن حاجته إذ جاء فيها: "لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتفرض الملاءة إلى أن يبيت العكس"، هذا النص يعبر عن ما ورد في الحديث النبوي الشريف حينما قال الرسول ﷺ للرجل الذي قال له عندي دينار فقال له "صدّق به على نفسك" ثم بقية المستحقين للنفقة. وعليه نرى أن هذا النص جدير بالاتقانة من قبل القانون العراقي وبقية القوانين المقارنة.

ومن التطبيقات القضائية العراقية بخصوص هذا الشرط جاء في الحكم رقم (٥٤٨) الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٨/١٠ من محكمة التمييز الاتحادية: "ولما كان من شرائط ترتّب نفقة الفرع على الأصل يسار الأصل وفقر الفرع، وحيث ثبت فقر الأب بترتب نفقة له بحكم قضائي وكونه عاجزاً عن الكسب فلا يكون ملزماً بدفع نفقة إلى ولده"^{٣١}.

ثانياً: في الشريعة الإسلامية يستحق الولد النفقة إن كان فقيراً لا مال له ولا كسب أو كان عاجزاً عن الكسب. وهذا ما عليه القانون العراقي أيضاً إذ نصّ في المادة (١٥٩/١) منه التي أشرنا إليها آنفاً: "إذا لم يكن للولد مال فنفته على أبيه"، وجاء موقف المشرع القطري مشابهاً لنظيره العراقي إذ ورد في المادة (١/٧٥) من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦: "تجب نفقة الولد الصغير الذي لا مال له على أبيه".

ومن التطبيقات القضائية فيما يخص هذا الشرط جاء في حكم لمحكمة التمييز لإقليم كردستان الصادر بتاريخ ٢٠١٥/١١/١١

تحت العدد (٢٠١٥/٣٥/شخصية/٢٠١٥). "كان على محكمة الموضوع الاستفسار عن هذه الجهة والتأكد من السلطات الفنلندية بواسطة القنوات الرسمية هل أن المدعية وابنتها تستلزمان رواتبين من الحكومة الفنلندية أم لا. فإذا ثبت استلامهن للرواتب ولديهم سكن هناك فلا يمكن الحكم للبت بالنفقة لأن لديها مورد مالي"، كما أكّدت المحكمة نفسها في حكمها رقم (١٨٠٠/شخصية/٢٠١٥) بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤. أن الطفل إن كان يملك مورد مالي مستقل يكفي لعاشته فلا يستحق النفقة على والده الذي طلق أمه^{٣٢}.

سبق وأن بيّنا في الفرع الأول من هذا المطلب بأن فقهاء المسلمين تناولوا مسألة امتلاك الولد مالاً ولكن لا يكتفيه لنفقته، وعندها أوزموا الأب بكامله النص الموجود ولم يلزمه بصرف جميع النفقة. أما القانون العراقي فخلا من أيّ تعايض هذه المسألة، بخلاف المشرع القطري الذي عالج هذه المسألة صراحة بموجب المادة (٤/٧٥) من قانون الأسرة إذ جاء فيها: "وإذا كان مال الولد لا يفي بنفقته أزمه أبوه بما يكملها". وعليه، المشرع العراقي مدعوا للاستفادة من القانون القطري.

أما صور عجز الولد التي تناولها القانون العراقي والتشريعات العربية فهي كما يلي:

أ. جمهور فقهاء المسلمين يرون أن الضغر صوره من صور عجز الولد والنتيجة يلزم الأب بالنفقة عليه ما دام صغيراً. وهذا ما عليه القانون العراقي حيث أزم المشرع الأب بموجب المادة (٢/٥٩) بالنفقة على الولد طالما لم يصل للحدا الذي يكسب فيه أمثاله إذ ورد فيها: "تستمر نفقة الأولاد... ويصل العلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله". وهذا يعني بأن الأب غير ملزم بالنفقة على ولده لغاية البلوغ وإنما للحد الذي يتكسب فيه أمثاله، لكن إن كان العمل المتوفر لا يتناسب مع

^{٣١} أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص: ٥٠٥.

^{٣٢} محمد عبد الرحمن السليمان، مرجع سابق، ص: ٣٤٥، ٣٥٩.

التونسي حيث أن كلا القانونين الجزائري والتونسي حدّدا هذا السن ببلوغ سن الرشد أيضاً، وهذا السن معلوم ومحدد في جميع الأنظمة القانونية للدول، وعليه، ومن أجل حسم الجدال حول هذا الحد ندعو المشرع العراقي للاقتداء بنظرائه من مشرعي المغرب العربي.

ب. تبين لنا بأن الأئونة بذاتها تعتبر صورة من صور العجز في الشريعة الإسلامية، ولهذا فإن نفاقتها على أيها إن أن تزوج أو لحين الدخول بها. وجاء موقف القانون العراقي موافقاً لما عليه الشريعة حيث أن الأب ملزم قانوناً بالنفقة على ابنته لحين أن تزوج وإن كانت باعقة وقادرة على الكسب لكونها لا تجر عليه، أما إن كانت لها مال فنفتقتها من مالها، أما إن لم تكفيها فتكمل من قبل أبيها⁴.

وتجدر الإشارة بأن المشرع العراقي لم يشترط الدخول بها بل أسقط حقها في النفقة على أيها بمجرد زواجها إذ جاء في المادة (٢/٥٩) من قانون الأحوال الشخصية: "تستمر نفقة الأولاد إلى أن تزوج الأنثى"، والعلّة من وراء عدم اشتراط المشرع الدخول بها هي أن نفقة الزوجة في القانون العراقي على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها حسب المادة (٢٣)، وبذلك فإن موقف المشرع جاء منسجماً في هذا الصدد حيث لم يسمح للبت بأن تجمع بين نفقتين في آن واحد.

وقد سلك القانون السوري في المادة (٢/١٥٥)، وغيره من القوانين المقارنة نفس مسلك القانون العراقي باستمرار النفقة على البنت لحين الزواج، بخلاف القانون الجزائري الذي يلزم الأب بالنفقة على البنت لحين الدخول بها بموجب المادة (٧٥) منه، والقانونين التونسي والمغربي اللذان يلزمان الأب بالنفقة عليها لحين وجوب نفقتها على زوجها بموجب المادتين (٤٦)، (٢/١٩٤)، على التوالي. وبدورنا نرى أن هذا الخلاف بين المشرعين خلاف ظاهري وليس حقيقي، حيث أن نفقة

مكاتب الولد الاجتماعية، فهل يعتبر عندها عازراً ويلزم الأب بالنفقة عليه كما أفق به بعض فقهاء المسلمين⁵، هذا ما لم يعالجه القانون العراقي ولا التشريعات العربية موضوع هذه الدراسة.

المشكلة التي تثار هنا هي: مادام الأب ملزماً فقط بالنفقة على الولد لحين أن يصل للحد الذي يتكسب فيه أمثاله وليس لحد البلوغ، إذن فما هو هذا الحد؟ نقول: أن عدم بيان عمر حد هذا الحد سييسب ذلك في تفسير القانون وتأويله لأراء مختلفة وقد يسبب في صدور أحكام قضائية متناقضة، وبدوري نعتقد أنه من الضروري المنهج لقانون العمل والأنظمة والقرارات والتعليمات التي لها علاقة بعمل الأطفال وعندها يمكننا تحديد هذا الحد، لأن القانون إن حدّد سنّاً معيّناً للعمل ولم يجز العمل دونه عندها لا يعتبر الولد قد بلغ الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يصل لذلك العمر أو السن، فحسب القانون العراقي لا يجوز للطفل العمل ما لم يكن عمره (١٥) سنة وبالتالي هذا هو الحد الذي يتكسب فيه أمثاله إذ جاء في المادة (٧) من قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥: "الحد الأدنى للعمل في جمهورية العراق هو (١٥) خمسة عشر عاماً"، لكن ما يؤخذ على هذا النص هو أنه لم يبيّن هل يقصد بهذا العمر إكمال (١٥) سنة أم ببلوغه هذا السن لأن هناك فرق بين الإكمال والبلوغ.

فإذا كان المشرع العراقي لم يحدّد هذا السن في القانون بنص صريح كما تبين لنا سابقاً سالماً مسلك فقهاء المسلمين لك بعض نظرائه من المشرعين العرب وخاصة مشرعي المغرب العربي قد حدّدوا هذا الحد بسن معينة ولم يتركه للاجتهادات الفقهية والقضائية وهذا ما تحسنته فتمثلنا ورد في المادة (١٩٨) من الملونة المغربية: "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد"، وهذا ما عليه المادة (٧٥) من قانون الأسرة الجزائري رقم (٨٤-١١) لسنة ١٩٨٤، والمادة (٤٦) من القانون

⁴ فأوق عبدالحكيم، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

الزوجة تفرض على الزوج بمجرد الزواج لدى المشرعين أصحاب التوجه الأول كالمشرع العراقي، أما لدى المشرعين ذو التوجه الثاني فلا تفرض نفقتها على زوجها إلى بعد الدخول وهذا فإن الجميع حريصون على ضمان حق البنت في النفقة لكن وفي الوقت نفسه لم يجبروا لها الجمع بين نفقتين في آن واحد (نفقة من الأب وأخرى من الزوج).

أما فيما يخص التطبيقات القضائية فقد جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٤٧/شخصية/٢٠٠٠) في ٢٨/٣/٢٠٠٠: "بیت أثناء المرافعة بأن المدعى عليه ترك ابنته المدعية بدون نفقة أو منفق شرعي وأنه مستمر في عدم الإنفاق عليها وهي غير متزوجة ولا تملك من الأموال شيئاً كما أن تقدير الخير للنفقة المستمرة جاء معقولاً متناسباً مع الوضع الاقتصادي والمعيشي وأحوال المدعى عليه، عليه فإن الحكم للمنزح صحيح وموافق لحكم الشرع والقانون". يتضح لنا من هذا الحكم بأن البنت تستحق النفقة على أيها إن لم تكن متزوجة ولم تملك مالاً ولا تسقط نفقتها في هاتين الحالتين، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في حكمها للمرقم (١٥١٦/ش/٢٠١٢) الصادر بتاريخ ١٩/٧/٢٠١٢: "لدى عطف النظر على الحكم المحكم فقد وجد أنه صحيح وموافق للشرع والقانون لأن نفقة كل إنسان في ماله المادة (٥٨) من قانون الأحوال الشخصية وحيث أن الثابت أن المنزلة المدعى عليها -ابنة المدعى- موظفة وتتقاضى راتباً جزءاً ذلك فإن سبب النفقة ينتهي بذلك، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية"⁶.

علمنا، أن محكمة النقض المغربية توجهت نفس توجه محكمة التمييز العراقية في حكمها للمرقم (١٦) الصادر بتاريخ ١٠/٧/٢٠١٢ إذ جاء فيه: "إن المحكمة لما علّلت قرارها بأن الطاعنة سبق أن اشتغلت واستفادت من منحة البطالة، مما يدل

⁵ كيجالي سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٧٤.

⁶ قاعدة العبد للعراق، مرجع سابق.

⁴ فأوق عبدالحكيم، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

على أنها تتوفر على كسب وبالتالي فلا أحقية لها في مطالبة والدها بالنفقة ولا سيما أننا لم نعالج ما يفيد أنه لا دخل لها، تكون قد ركزت قضاءها على أسس⁷. فرغم أن البنت كانت غير متزوجة في هذه القضية وكان المفروض أن تحصل على حكم على أيها بالنفقة لكن المحكمة ردت عليها لكونها أموالاً مخصوصها على منحة البطالة.

وتجدر الإشارة بأن القانونين الإماراتي والقطري وبخلاف التشريعات العربية ومن ضمنها القانون العراقي قد عالجا نفقة البنت التي تفارق عنها زوجها عن طلاق أو وفاة وليس لها منفق مستقبلاً بذلك من فقهاء الشريعة الإسلامية إذ جاء في المادة (٣/٧٨) من القانون الإماراتي والمادة (٣/٧٥) من القانون القطري: "تعود نفقة الأئني على أيها إذا طلقت أو مات عنها زوجها ما لم يكن لها مال أو من تجب عليه نفقتها غيره"⁸. يفهم من النص بأن البنت بمجرد أن تفارق زوجها بطلاق أو وفاة وليس لها منفق عندها يكون الأب ملزم قانوناً بالنفقة على لحين أن تزوج مرة أخرى أو تتكسب وهذا موقف حسن من القانونين، وندعو نظريهما العراقي الاستفادة من هذا النص لسد الثغرة التشريعية في القانون العراقي.

ت. يعتبر إصابة الولد بمرض جنسي من الاستكساب، كالجنون والعمه والنلل والعمى وغيرها، صورة من صور عجز الولد عند عقد نفقته فقهاء المسلمين وبذلك فهو يستحق النفقة على أبيه وإن كان بالغاً. المشرع العراقي بدوره ثبت هذه الصورة من العجز في المادة (٣/٥٩) من قانون الأحوال الشخصية بالقول: "الابن الكبير العاجز عن الكسب يحكم الابن الصغير". فما دام حكم نفقة الولد الكبير العاجز هو نفس حكم نفقة الولد الصغير وبذلك فإن الأب في القانون العراقي هو وحده المكلف بالنفقة عليه ما

⁷ مصطفى علاوي، مرجع سابق، ص ٤١.

⁸ لعمرة المرشد حول هذا النص راجع: أحمد نصر الجبيني، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٢.

يستطيع رعاية نفسه، والعاجز بفعل عاهة أو خلافها، فهؤلاء تبقى نفقتهم على والدهم¹.

وبخلاف التشريعات العربية المقارنة فإن المشرع السوري لم يلزم الأب بالنفقة على ولده الكبير العاجز، وبمعنى آخر لم يشمل نفقة الفروع على الأصول وإنما جعله من المشمولين بنفقة الأقارب حسب المادة (١٥٩) من القانون السوري إذ جاء فيها: "يجب نفقة كل فقير عاجز عن الكسب لأفقه بدنية أو عقلية على من يرثه من أقرابه الموسرين بحسب تصنيفهم الإرتبائي فإن لم يوجد له قريب موسر كانت نفقته على الدولة"²، وبدورنا نتفحص أن المشرع أخذ بالرأي الفقهي القائل بعدم إلزام الأب بنفقة ولده بمجرد بلوغه، على أيته حال، أننا نرجح ما عليه القانون العراقي وبقية القوانين التي جاءت مواقفها موافقاً له لأنه أضمن حقوق الولد وإذا لم يكن له أب عندها سيكون مشمولاً بنفقة الأقارب أصلاً، ورغم كل ذلك فإن إلزام الدولة بالنفقة على من ليس له قريب ينفق عليه موقف حسن من المشرع السوري.

ث. أجمع فقهاء المسلمين أن اشتغال الولد بطلب العلم المميز يلزم الأب بالنفقة عليه إن كان طالباً مجدداً ناجحاً في دراسته على أبيه. وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي فإنه عالج هذه الصورة من العجز بموجب المادة (٢/٥٩) إذ جاء فيها: "تستمر نفقة الأولاد إلى أن يتزوج الأثني ويصل للعلم إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم". يفهم من النص أنه إذا كان الولد طالب علم فإن الأب ملزم بالنفقة عليه لحين الانتهاء من دراسته أو ينتهي منها، بشرط أن لا يكون الأب فقيراً أو عاجزاً إذ في هاتين الحالتين لا يلزم بالنفقة عليه.

¹ محمد الأزهري، مرجع سابق، ص: ٢٧.

² لعمرة لمزيد حول هذه المادة راجع: حسن البغا، مصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية زياد واطلاق، منشورات الجامعة العراقية السورية، ٢٠١٨، ص: ٢٩٧.

لم يكن فقيراً وعاجزاً عن النفقة وذلك بخلاف ما ذهب إليه بعض فقهاء المسلمين بتقسيم نفقته على الولدين حسب الإرث لزوال ولايته عليه بسبب بلوغه، كما لم يشر النص إلى وقت إصابة الولد بالعجز وبذلك فحسب لو كان عاجزه حصل بعد البلوغ فهو يستحق النفقة وليس كما ذهب إليه المالكية بعدم استحقاقه في هذه الحالة، وبذلك فإن موقف المشرع العراقي موقف حسن.

ومن التطبيقات القضائية بخصوص هذه الصورة من صور عجز الولد، جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٥٤/شخصية/٢٠١٥) في ٢٠١٥/٢/٤: "الذي عطف النظر على الحكم المميز وجد أن الحكم غير صحيح ومخالف للشرع والقانون... يجب التحقق من وجود مورد مالي للأولاد وكوهم عاجزين عن العمل"¹. يلاحظ بأن محكمة التمييز نقضت حكم محكمة الموضوع ولم تقبل حكمها القاضي بإلزام الأب بالنفقة على أولاده البالغين لكونها لم تبين السبب الذي استند عليه لإصدار حكمها، ولهذا أرتبناها أولاً بإجراء تحقيق فيما إذا كان لديهم مورد مالي من عدمه، لأنه إن كان لديهم مورد فتسقط نفقتهم، أما إن لم يكن لديهم مورد فهل يستحقون النفقة بسبب عجزهم عن العمل مع بيان العجز، أما مجرد ذكر كلمة (العجز) دون بيان نوعه فلا اعتبار له.

أما لو انتقلنا إلى التشريعات العربية فنسجد بأن موقفها جاء موافقاً لما عليه القانون العراقي مع اختلاف بسيط في الصياغة، فللمشرع المغربي نص في المادة (١٩٨) من المدونة على: "يستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقات والعاجزين عن الكسب"، وجاء في شرح المدونة للأزهر أن المقصود بالولد في هذه المادة هو الابن المعاق حركياً أو ذهنياً الذي لا يستطيع العمل والكسب، بل لا

يلازم بأن موقف المشرع جاء موافقاً للشريعة الإسلامية في إلزام الأب بالنفقة على ولده إن كان طالب علم لكن ما يؤخذ على هذا النص هو أنه لم يشترط أن يكون الولد طالباً ناجحاً في دراسته، مثلما فعله قانون الأسرة القطري الذي نص في المادة (١٧/٥) على: "ما لم يكن طالب علم يواصل دراسته بنجاح معتاداً" كما لم يبين إلى أيته مرحلة تعليمية يكون الأب ملزماً بالنفقة عليه، وذلك بخلاف المشرع الأردني الذي تناول هذه المسألة في المادة (١٩٠) من قانون الأحوال الشخصية بالقول: "يلزم الأب الموسر بنفقة تعليم أولاده في جميع المراحل التعليمية بما في ذلك السنة التمهيديّة قبل الصف الأول الأساسي وإلى أن ينال الولد أول شهادة جامعية على أن يكون الولد ذا أهلية للتعليم". وعليه فيموجب القانون الأردني تستمر النفقة عليه لغاية حصوله على الشهادة الجامعية الأولية التي تسمى عندنا في العراق بالباكالوريوس في دول أخرى بالليسانس، وبذلك فهو غير ملزم بالنفقة عليه إن أراد تكملة دراسته والحصول على شهادة الماجستير أو الدكتوراه. وقد اتفقت الدكتور (أبو فارس) أحد شرّاحي القانون الأردني هذه المادة بالقول: "إن الشهادة الجامعية عبارة عامة، فمن الشهادات الجامعية ما تكون في الرقص والغناء وغيرها فهل يلزم الأب المتدين أن تملأ أولاده بماله هذه العلوم الضارة له ولولده ولدينه وأخوته، فالناب على الشرر كتملأه"¹. على أيته حال، وبخلاف القوانين السابقة فإن مدونة الأسرة المغربي وضعت حداً لنفقة التعليم من حيث عمر الولد إذ بموجب المادة (١٩٨) منها لا يكون الأب ملزماً بالنفقة على ولده حتى وإن كان طالب علم إذا تجاوز (٢٥) سنة من عمره إذ وردت فيها: "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين... أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته".

حقيقة، ما ورد في القوانين المقارنة بخصوص نفقة التعليم مثل شرط أن يكون الولد ناجحاً، ولغاية حصوله على شهادة البكالوريوس، وعلى أن لا يتجاوز عمره (٢٥)

سنة، كلها شروط في محلها ونفتح على المشرع العراقي الاستفادة منها لسد الفراغ التشريعي الموجود في القانون العراقي.

بعد بيان موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من نفقة التعليم نود الإشارة إلى موقف القضاء حيث جاء في الحكم المرقم (٥٤٨) الصادر بتاريخ ١٠/١٠/١٩٦٩ من محكمة التمييز العراقية: "إن المحكمة في حكمها المميز قررت إلزام المدعي عليه الأب بدائته إلى ولده المدعي نفقة شهرية قدره (٤) دنانير ونصف دون أن تلاحظ أن المدعي تلميذ في الجامعة ويتقاضى راتباً قدره سبعة دنانير ونصف شهرياً، وأن والده المميز فقير وعاجز عن الكسب بالحكم القضائي المرقم... ووصّفت بتمييزاً، وقد حكم له بنفقة على ولده (ط) المعلم في الفلوجة بنفقة شهرية قدرها خمسة دنانير ونصف، ولهذا فلا يجوز الحكم عليه بنفقة لأن هو نفسه يتقاضى نفقة من ولده الأخر، وما كان من شروط ترتب نفقة الفرع على الأصل يسار الأصل وفرع الفرع، وحيث ثبت فقر الأب ترتب نفقة له بحكم قضائي وكونه عاجزاً عن الكسب فلا يكون ملزماً بدفع نفقة إلى ولده"¹. اتضح لنا من هذا الحكم بأن محكمة التمييز نقضت حكم محكمة الموضوع القاضي بإلزام الأب بنفقة التعليم لولده الذي هو طالب علم لكون الأب أصلاً فقير وعاجز على ولده حتى ولو أصر له بموجب حكم قضائي. وجاء في الحكم المرقم (٥٤/شخصية/٢٠١٥) الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٢/٤ من محكمة تمييز الإقليم: "يجب التحقق من وجود مورد مالي للأولاد وكوهم... وطلاب مدارس وكليات مستمرين في الدراسة أم لا"². يفهم من الحكم أن الأب ملزم بالنفقة على ولده مادام طالباً، ويستمر نفقته لغاية انتهاء المرحلة الجامعية.

¹ أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص: ٤٠٥.

² محمد عبدالرحمن السليمان، مرجع سابق، ص: ٣٦٢.

ففي الرواية المعتمدة لدى الخبالة لدى تجب النفقة مع اختلاف الدين، كما يشترطون أن يكون المنفق وارثاً للمنفق عليه، لكن وكما تبين لنا أن جمهور الفقهاء يرون أنه لا أثر لاختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه فيما يخص النفقة بين الأصول والفروع، وهذا ما تبناه للمشرع العراقي ضمناً لأنه نص على إلزام الأب على ابنه دون أن يشترط اتحاد الدين بينهما، لكن نفقة أولاد الأولاد في القانون العراقي مشمولون بنفقة الأقارب والقانون يشترط التوارث بينهما وكما تعلم بأنه لا توارث باختلاف الدين عندهما يجرم الخفيد من النفقة إن اختلف مع أصوله، علماً أن العلة من عدم اعتبار اختلاف الدين مانعاً من وجوب النفقة بين الأصول والفروع بعكس نفقة الأقارب هي أن نفقة الفروع تجب على الأصول بسبب الجزئية لكون الفرع جزء من أصله، بخلاف نفقة الأقارب التي تعتمد على التوارث¹.

ومن التطبيقات القضائية في المحاكم العراقية، جاء في الحكم المرقم (١٦٩/١٦٩) بهيئة عامه/١٩٧٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٨/١٢/١٦ من محكمة التمييز الاتحادية: "يستحق الصغير النفقة من تاريخ إقامة الدعوى بما أمام محكمة المواد الشخصية ولو ردت هذه الدعوى من جهة الاختصاص بسبب إسلام المدعى عليه والد الصغير بعد إقامتها"^١.
 يلاحظ، من هذا الحكم بأن المحكمة أزم الأب بالنفقة على ولده اليهودي رغم قيام الأب بتغير دينة للإسلام، وبذلك فإن القضاء لا يرى اختلاف الدين بين الأب والولد سبباً لحرمان الأخير من النفقة، وهكذا بالنسبة لشرط التوارث بينهما، وفيما يخص الخفيد فإن حكم الجدّ وغیره من الأصول سيكون متباينة حكم أي قريب آخر كالمع مثلاً، فقد جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٤٧٦/شخصية/٢٠١٥) بتاريخ ٢٠١٥/٧/٢٧ الذي سبق وأن أشرنا إليه: "حيث لا توارث بين أولاد المدعية والمدعى

ولقد جاء موقف القضاء المغربي مشابهاً لموقف القضاء العراقي حينما اعتبر نفقة التعليم من ضمن تواع النفقة التي يجب على الأب صرفها على ولده ما لم يكن معسراً عاجزاً إذ جاء في الحكم المرقم (٤٣) الصادر من محكمة النقض المغربية بتاريخ ٢٠١٥/١٢/٢٠: "من المقرر أن واجبات المدرس من تواع النفقة وتراعى عند تقديرها طبقاً للمادة (١٨٩) من مونة الأسرة والمحكمة ما قضت بما مستقلة عن النفقة دون التحقق ما إذا كان الطاعن قد التزم بما وافق على تعليم ولديه بالمدارس الخصوصية، وهل بتقويمه في حالة الإيجاب تحمل أداء مصاريفها استقبالا على ضوئه ووضعيته المالية، إذ لا تقوم في حالة ثبوت عسره أو عجزه أو عدم كفاية موارد المالية، فإنها تجلت قضاءها ناقص التعليل وهو بمثابة العدم"^٢.

ج. العار. تبين لنا بأن بعض فقهاء الحنفية يعتبرون عمل أولاد الأشراف صورة من صور العجز لكونه يلحق بهم العار، وقد انتقد موقفهم هذا من قبل الفقهاء القدماء والمعاصرين لأن المكتسب شرف للإنسان ولا يلحق به العار، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه يعملون لكسب قوتهم، فلا تمييز بين أولاد الفقراء والأغنياء والأشراف إذ لا طبقية في المجتمع الإسلامي. وقد أتت المشرع العراقي ونظرائه من المشرعين العرب موقف جمهور الفقهاء، ولم يعتبروا عمل أولاد الأشراف صورة من صور العجز، إذ خلت القوانين الوضعية موضوع هذه الدراسة من أي نص يلزم الأب إن كان ذو شرف ونسب بالنفقة على ولده غير العاجز القادر على الكسب إن كان العمل للمنفق لا يناسبه بسبب منزلته الاجتماعية. وهذا ما نرجحه للأسباب التي ذكرها الفقهاء.

ثالثاً: موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة من شرطي (اتحاد الدين، والتوارث) التي وضعها فقهاء الخبالة دون غيرهم.

^١أفادوك عبدالقادر، مرجع سابق، ص ٢٨٣. مصطفى الزبيدي، مرجع سابق، ص ١٠١.
^٢وزارة العدل العراقية، مجلة مجموعة الأحكام العدلية، العدد كانون الأول، ١٩٧٨، ص ٥٥.

^١مصطفى علواني، مرجع سابق، ص ٥٢.

عليهم (أعمام الأولاد) وبذلك لا يستحقون النفقة"^١. وبذلك فإن الخفيد يجرم من النفقة في حالة اختلافه في الدين مع أصوله.

ولو رجعنا إلى القوانين المقارنة سنجد بأن المشرع السوري وبخلاف جميع القوانين المقارنة موضوع هذه الدراسة قد حسم مسألة اختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه بشكل عام في المادة (١٦٠) إذ جاء فيها: "تجب نفقة كل مستحق لها على أقاربه الميسورين حسب ترتيب الإرث ولو مع اختلاف الدين"^٢، وعليه فإذا كان اختلاف الدين لا يؤثر على نفقة الأقارب فإنه لا يؤثر على نفقة الفروع والأصول من باب أول. علماً، أن المادة المذكورة قبل إجراء التعديل عليها بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٩ كانت تنص على: "لا نفقة مع اختلاف الدين إلا لأصول والفروع"^٣، وبدوناً نرجح النص الأخير لكونه موافقاً لما عليه جمهور فقهاء المسلمين (لكن مع إضافة نفقة الزوجة إليه)، لأن حسم هذه المسألة بنص جلي تغلق باب الفتوى والاجتهاد ويحفظ الحقوق ويبيّن المراكز القانونية لأطراف الدعوى بوضوح، وتقرح على المشرع العراقي الاستفادة من النص الأخير مع مراعاة ما ذوّاه من ملاحظة عليه.

المطلب الثاني: عناصر ومقدار نفقة الأولاد.

سنتناول هذا المطلب من خلال فرعين. في الأول، سنتناول عناصر ومقدار نفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية. وفي الثاني، سنستقرق إلى هذه العناصر في القانون العراقي والتشريعات العربية.

الفرع الأول: عناصر ومقدار نفقة الأولاد في الشريعة الإسلامية.

لو رجعنا إلى موقف فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة من عناصر النفقة وتقديرها سيصبح لنا بأهمّ متفقون على أن للنفقة عناصر أساسية وهي (المأكل، والملبس،

^١عبدالعزیز السليطي، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

^٢لغة المفرد حول هذه المادة راجع: حسن البغا، وآخر، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

^١أبو عبد الله محمد الحارثي، مرجع سابق، ص ١٨٣، ٢٠٣. عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص ١١٠. منصور بن يوسف الهويدي، كشاف القناع عن الإجماع، ج ١٣، وزارة العدل السعودية، ط ١، ٢٠٠٨، ص ١١٣. سعيد دويش الزهراني، مرجع سابق، ص ١٠٥، ١١٢، ١١٦، ١١٨-١٢١.
^٢سعيد دويش الزهراني، مرجع سابق، ص ١٠٥، ١٠٧، ١١٢، ١١٦، ١١٨-١١٦، ١٢١. أبو عبد الله محمد الحارثي، مرجع سابق، ص ١٨٣، ٢٠٣. عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص ١١٠. منصور بن يوسف الهويدي، مرجع سابق، ص ١٥٨. أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٣٨.

فقهاء المسلمين على رأيين في هذه المسألة. جمهور الفقهاء وهم الخابلية والمالكية والشافعية يرون وجوب تقديم عناصر النفقة المفروضة للولد بعينها من قبل الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على تقديرها بالقبول. أما الحنفية في قولهم لهم يرون جواز تقديرها بالقبول في جميع الحالات حسب أسعار السوق، وفي قولهم الثاني يرون بأن القضاء مختار بين فرض عناصر النفقة بعينها أو تقديرها بالقبول^١. وبدورنا نرجح القول الثاني للحنفية، لأن لكل دعوى ظروفها ووقائعها الخاصة بما والقاضي أدرى من غيره بمعرفة ما يتحقق مصلحة طرفي الدعوى. وأخيراً نقول، لكون نفقة الفروع هي سداد لما يقيم الحياة ولكي لا يتعرض الفروع لخطر الهلاك، تستمر النفقة عليه طالما تتوفر لديه الأسباب التي من أجلها يستحق النفقة^٢.

الفرع الثاني: عناصر ومقدار نفقة الأولاد في القانون العراقي والتشريعات العربية.

رغم تخصيص المشرع العراقي لسبعة مواد لأحكام النفقة في قانون الأحوال الشخصية والتي تبدأ من (٥٨) ولغاية (٦٣) إلا أنه لم يبين فيها عناصر النفقة ولا تقديرها، وقد تفرقت إليها عند تناولها أحكام نفقة الزوجة في المادة (٢/٢٤) إذ جاء فيها: "تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة التطيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأطفالها ميم"، وبذلك يكون المشرع العراقي قد سلك مسلك فقهاء المسلمين الذين تطرقوا إلى هذه العناصر عند تناولهم لنفقة الزوجة وهذا ما عليه عدد من التشريعات العربية.

فاستناداً للنص أعلاه فإن عناصر نفقة الأولاد تشمل (المأكل، الملابس، المسكن، التطيب والخدمة) ولوازمها، وتقدرت بالعرف أو بما هو متعارف عليه بين الناس وهو ما يستلزم بمقدار الكفاية لكن شراحي القانون العراقي يرون بأنها تقدر بقدر الحاجة أو بمقدار

وإن ما اتفق عليه فقهاء المسلمين أيضاً بشأن النفقة هو أنها تقدر لحد الكفاية وحسب حال النفق أي الأصل مع مراعاة عوائل البلد أي الحالة الاقتصادية للبلد وأسعار السوق والعرف والمادة لأنها إنما وجبت للحاجة فتقدر بما يسدها، ويستدلون قولهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي سبق ذكره حينما قال رسول الله ﷺ: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، حيث قدر (المصطفى) نفقة الأولاد بمقدار الكفاية لا أكثر^٣.

لكن رغم أن النفقة تقدر بقدر الكفاية إلا أنها يجب أن تكون بحسب كل شخص وما يليق به، فالنفقة التي تقدر لولد الشخص المورس وذو المكانة الاجتماعية ليست كالنفقة التي تقدر لولد شخص فقير من عامة الناس، أي أن جنس نفقة المورس أعلى من جنس نفقة المعسر وهذا يتطلب مراعاة يسار وإعسار الوالد ومكانته عند تقديرها لقوله تعالى ﴿يُلْفِيكَ دُو سَعَةٍ مِّن سَعَتَيْهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِيكَ مِمَّا آتَاكَ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ لَكُمْ فِتْنًا إِلَّا أَلَّا تَعْلَمُوا سِتْرَتَهَا إِنَّ كَيْدَ الشَّيْطَانِ لَذُو نَبْرٍ﴾ [الطلاق: ٧]. إضافة إلى ذلك، يجب مراعاة حالة المنفق عليه عند تقدير النفقة أيضاً، فالولد إن كان طالب جامعي يحتاج إلى نفقة أكثر من شقيقه الرضيع وهكذا^٤.

على أية حال، يجب مراعاة أحوال الناس، والعرف، والعادة، والأزمة، والأمكنة، والحالة الاقتصادية، والظروف المعيشية عند تقدير النفقة لأن الأخيرة تتأثر بهذه العوامل لذا يتعين على القضاء التدقيق والاستقصاء عن جميع الحالات عند النظر في دعوى النفقة وتحقق وبتبث ويضبط كل حادثة بما يتناسب معها^٥.

وفي ختام كلامنا حول موقف فقهاء المسلمين من عناصر النفقة وتقديرها، نطرح تساؤلاً: هل تقدم الأصل النفقة المقدرة للفرض بعينها، أم تقدر بالقبول وتدفع له نقداً؟

^١ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ص ٨١. عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص ١١٠.

^٢ أهلام بسري محمد العوي، مرجع سابق، ص ٢١٩، ٢٠٥. وهبة مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص ٧٤١٨.

^٣ ومصدر من يونس الهوي، مرجع سابق، ص ١١٥. عثمان بن محمد البكري، مرجع سابق، ص ١٢، ص ١٩٨.

^٤ سعيد درويش الزهراني، مرجع سابق، ص ١٢٦.

^٥ سعيد درويش الزهراني، مرجع سابق، ص ١٢٣.

^٦ أحمد نصر الجندبي، الأحوال الشخصية في الإسلام، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧٥.

منه. كما أن المشرع المغربي تناول المسألة التي نحن بصدها بشيء من التفصيل حيث ورد في المادة (١٨٩) من المدونة: "وبراهي في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل المزمع بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة"^٦. يوضح من هذه النصوص بأن حد الكفاية هو الحد الأدنى لنفقة الأولاد والأصل هو أن يكون أعلى من هذا الحد بعد مراعاة المعايير التي نصت عليها هذه القوانين، ونوصي المشرع العراقي الاستفادة من القوانين المقارنة التي استفادت من الشريعة الإسلامية.

تبين لنا سابقاً أن القرار رقم (١٠٠٠) الصادر من المشرع العراقي تناول مسألة زيادة نفقة الأولاد بتعديراً الأحوال وزيادة موارد المنفق، لكنه خلا من أي نص بتناول مسألة تخفيض النفقة، كما لم يبين متى يجوز تقديم الدعوى بهذا الصدد، ومتى تحسب الزيادة أو النقصان، وذلك بخلاف المشرع الإماراتي الذي عالج جميع هذه المسائل في المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية إذ جاء فيها: "١. يجوز زيادة النفقة وإنقاصها تبعاً لتغير الأحوال. ٢. لا تستمع دعوى الزيادة أو النقصان قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في الأحوال الاستثنائية. ٣. تحسب زيادة النفقة أو نقصانها من تاريخ المطالبة القضائية"^٧. وبذلك يمكن القول بأن موقف القانون الإماراتي جاء على نحو أحسن من موقف جميع القوانين المقارنة موضوع هذه الدراسة رغم أن القانون القطري عالج هذه المسائل التي نحن بصدها في المادة (٦٠)، والمدونة المغربية في المادة (١٩٢)^٨. وقانون الأسرة الجزائري في المادة (٧٩) لكن بشكل جزئي وليس كلي. وعليه، ندعو المشرع العراقي ونظرائه من المشرعين العرب الاستفادة من القانون الإماراتي.

الكفاية إن كان الأب معسراً، أما إن كان موسراً فحسب ما يراه القاضي، بمعنى تقدر حسب حال الأب عسراً ويسراً، ويضفي آخر بأنه إن كان الأب موسراً فيقدره القاضي على أن يبراهي حال الولد والوالد كليهما^٩.

ولغرض سد الفراغ التشريعي بخصوص نفقة الأولاد صدر المشرع العراقي القرار رقم (١٠٠٠) لسنة ١٩٨٣ وبموجبه أجاز زيادة هذه النفقة تبعاً لتغير الأحوال إذ ورد فيها: "يجوز زيادة نفقة الأولاد... وذلك تبعاً لتغير الأحوال، وتعتبر زيادة موارد المالك بالنفقة سبباً من أسباب زيادتها"^{١٠}.

فلو اتفقتنا لوقف القوانين المقارنة سيظهر لنا الفترات التشريعية في القانون العراقي بكل وضوح، وفيما يخص عناصر النفقة فإن غالبية هذه القوانين تناولتها ضمن الأحكام العامة للنفقة وليس ضمن نفقة الزوجة كما فعله المشرع العراقي، فمثلاً جاء في المادة (٢/٧٢) من القانون القطري: "وتشمل نفقة المحضون الطعام والكسوة والسكنى والتطيب والدراسة والسفر للضرورة، وكل ما يعتبر من الضروريات في العرف"، ورغم تناول المشرع القطري أحكام نفقة التعليم وإلزام الأب بما في مواد أخرى، إلا أنه أشار إلى التعليم باعتباره عنصراً من عناصر النفقة بكل وضوح عند بيان عناصر النفقة، وهذا موقف حسن وجدير بالاعتناء من قبل المشرع العراقي.

وفي الوقت الذي نص القانون العراقي على معيار (القدر المعروف) فقط لتقدير النفقة، فإن القوانين المقارنة نصت على عدد من المعايير التي يمكن الاعتماد عليها من قبل المحكمة لتقدير النفقة، فمثلاً جاء في المادة (٦٣/٢) من القانون الإماراتي: "براهي في تقدير النفقة سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً، على ألا تقل عن حد الكفاية". وبذلك فإن المشرع قد أقرت المحكمة بمرعاة عدد من المعايير عند تقدير نفقة الأولاد على أن لا تقل عن حد الكفاية في جميع الأحوال وهذا موقف جيد

^٧ لغرفة المبدأ حول هذه المادة راجع: محمد الأبرار، مرجع سابق، ص ٦٤٤-٦٦٦.

^٨ أحمد نصر الجندبي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ١٩٦.

^٩ محمد الأبرار، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

^{١٠} أحمد الكبيسي، مرجع سابق، ص ٤٠١ و

مصطفى الزبيلي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

خاصة: عدم إلزام الأب بنفقة العنصر الذي وفره لأولاده؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٦٢٨/شخصية/٢٠١٤) في ٢٧/١٢/٢٠١٤: "لم تتأكد المحكمة هل أن للقاصات دار سكن موزوت من والدهن يسكن فيها حتى يتم احسب ذلك وخصمه من النفقة المفروضة".^١

سأدساً: الظروف التي تسمح لزيادة النفقة؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٤٥٠/شخصية/٢٠٠٩) في ١٢/٨/٢٠٠٩: "يجوز زيادة نفقة الأولاد تبعاً لتغير الأحوال وأن تكاليف المعيشة في ازدياد، وتعتبر زيادة موارد المكلف بالنفقة سبباً من أسباب زيادة النفقة"^٢، وجاء في حكم آخر لها تحت العدد (١٥٢/شخصية/٢٠٠٧) في ٧/٨/٢٠٠٧: "أن الأولاد المتكويين تقدموا في السن والدراسة وإن حالهم سترداد يوماً بعد يوم واستناداً إلى المفهوم المخالف للقرار رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٣ المؤرخ ٩/١٠/١٩٨٣ لا يجوز إنقاص نفقة الأولاد بل يجوز زيادتها".^٣

سابعاً: المدة المطلوبة لزيادة النفقة؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٣٩٦/شخصية/٢٠٠٧) في ١٠/١٢/٢٠٠٧: "أن الحكم بإلزام المدعى على زيادة نفقة الطفلة صحيح وموافق للشرع والقانون نظراً لمدى ما يقارب خمس سنوات على تأريخ فرض النفقة، وثبوت ارتفاع الأسعار في الأسواق المحلية وتقدم الصغرة في السن والدراسة وتغير الأحوال والظروف المعيشية"^٤.

ثامناً: هل يجوز إنقاص النفقة؟؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٦٦/شخصية/٢٠٠٣) في ١٥/٣/٢٠٠٣: "أن القرار المرقم (١٠٠٠) لسنة ١٩٨٣ لم

بعد بيان موقف المشرع العراقي ونظرانه من المشرعين العرب من عناصر وتقدير نفقة الأولاد، نستنتج للنفقة العراقي لبيان موقفه من دعوى النفقة، وقد اخترنا لكم عدداً من أحكامكم لكي يتضح لنا موقفه بشكل جلي".

أولاً: الأصل أن النفقة تقتصر على النفقات الثلاث؛ جاء في حكم محكمة تمييز إقليم كوردستان تحت العدد (١٠٤/شخصية/٢٠٠٣) في ٩/١٤/٢٠٠٣: "إن النفقة... تقتصر على أنواعها الثلاث وهي المآكل والملبس والمسكن وأنه لا يجري تقدير التطبيب... إلا إذا ثبت مراجعتها للأطباء وإنفاقها للمبالغ بموجب وصلات جرى إثباتها بوسائل الإثبات المعتادة"^١.

ثانياً: لا تقل النفقة عن حد الكفاية في جميع الأحوال وإن كان الأب معسراً؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٥٨٦/شخصية/٢٠٠٨) في ١٧/١٢/٢٠٠٨: "المعسر في نفقة الصغرة حاجة وكفاية مثله سواء كان الأب موسراً أو معسراً"^٢.

ثالثاً: المعيار التي تعتمد عليها المحكمة عند تقدير النفقة؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (١١٦/شخصية/٢٠١٤) في ٤/١/٢٠١٤: "على محكمة الموضوع دراسة الظروف الاقتصادية والمالية والأزمة المالية الراهنة التي تمر بها الناس في الإقليم كتأخير دفع الرواتب وتلكا الأنشطة الاقتصادية لأن الأمور تقدر بصورتها شرعاً، والتأكد من وضع المدعى عليه"^٣.

رابعاً: تحديد عناصر النفقة عند تقديرها، وعدم المبالغة فيها؛ جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٥٢٦/شخصية/٢٠١٤) في ٢٦/١٠/٢٠١٤: "أن مبلغ النفقة المفروض مبالغ فيه... ثم يجب بيان نوع النفقة هل هي نفقة مآكل أو ملبس أو مسكن أو تطبيب... الخ"^٤.

^١ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٢.

^٢ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٧.

^٣ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

^٤ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٥١.

بمع -لا صراحة ولا ضمناً- إنقاص النفقة وأن مبلغ النفقة بما في ذلك نفقة الأولاد قابل للزيادة أو النقصان وفق ظروف المنفق المالية والاقتصادية"^١.

تبين لنا من خلال أحكام القضاء أعلاه بأن عناصر النفقة الرئيسية هي المآكل والملبس والمسكن، وعلى المحكمة تحديد عناصر النفقة التي تنوي تقديرها من قبل الخبير، وتبينه الأخير بالعناصر التي وفرها الأب لأولاده حتى لا يتم تقديرها واحتسابها عليه مرة أخرى. وقد تم اعتماد الظروف الاقتصادية والمالية ووضع الأب وغيرها كمعايير لتقدير النفقة، ولم يجز أن تقل نفقة الولد عن حد الكفاية وإن كان معسراً، لكن في الوقت نفسه لم يقبل بالمبالغة فيها وإن كان الأب موسراً. كما جعل القضاء من الظروف الآتية منفردة أو مجتمعة سبباً في زيادة النفقة (تقدم الأولاد في العمر والدراسة، زيادة موارد الأب، ارتفاع الأسعار وازدياد تكاليف المعيشة، وتغير الأحوال)، كما أجاز تخفيض النفقة وفق ظروف الأب المالية والاقتصادية، لكن لم يعمد القضاء هو أدق المدة المطلوبة لجواز زيادة أو نقصان النفقة. على آية حال، موقف القضاء العراقي موقف حسن لكونه استفاد من الفقه الإسلامي لكنه يتجاهل مساندة قانونية وذلك من خلال سد الثغرات التشريعية التي أشرنا إليها سابقاً.

^١ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

^٢ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

^٣ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٥.

^٤ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٦.

المبحث الرابع: ثبوت النفقة كدين وسقوطها بالتقادم.

ستتناول هذا البحث من خلال مطلبين. في الأول، سنستقر لدى ثبوت النفقة كدين وسقوطها بالتقادم في الشريعة الإسلامية. وفي الثاني، سنعرض بيان موقف القانون العراقي والتشريعات العربية منه.

المطلب الأول: مدى ثبوت النفقة كدين وسقوطها بالتقادم في الشريعة الإسلامية.

فيما يتعلق بمدى سقوط نفقة الفروع بالتقادم، يرى جمهور الفقهاء بأنها تسقط من غير قبض ولا استناداً؛ لكونها يجب على الأصل لدفع الحاجة، وأن مضي المدة وعدم المطالبة بما تدل على ادخاف الحاجة، وأدانة موقف المذاهب الأربعة بشي من التفصيل. فالحنفية يرون أن نفقة الفروع لا تصح ديناً في ذمة الأصل أبداً، وأنها تسقط بمضي شهر ما لم تكن مفروضة أو مستندانة بإذن ممن وجبت عليه أو من القاضي، عندها تكون ديناً من وقت القضاء بها أو التراضي، لكن الفقيه الحنفي (الزيلعي) يرى بأن نفقة الولد الصغير مثل نفقة الزوجة لا تسقط بالتقادم من باب القياس، وقد أخذ برأيه الفقيه الحنفي الذي جاء بعده (صاحب البحر)^١. وبدورنا نقول، أن هذا الرأي في حمله لأن الصغير شخص عاجز ولا يستطيع رعاية وحماية مصالحه بنفسه، وبذلك فهو أشد حاجة لحماية وضمان نفقته من الزوجة التي تستطيع الدفاع عن حقوقها، وخاصة إذا كان حاضن الولد الصغير شخص مهممل ولا مبالي بخصوص المطالبة بحقوقه. كما يرى الحنفية أنه إذا كان الأصل قد عدل النفقة لفرعه مديون من الزمن ومن ثم مات المنفق عليه أي الفرع قبل تمام مدة عدلها لا يسرد شيئاً مما أنفق له^٢.

^١ أحمد فتاح حسين، مرجع سابق، ص ٣٢٤. أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٣٨.

^٢ سعيد درويش الزهراني، مرجع سابق، ص ٤٠١، ٤١٠. عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحنفيا شرح كثر للدقاق، ج٣، الطبعة الكبرى الأيوبية ببولاق، القاهرة، ط١، ١٣١٣هـ، ص ٦٥. أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٣٨٣، ٣٨٤. أحمد فتاح حسين، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

^١ كحلياني سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٢.

بإذنه، وقيل تعوض فقط في حالة الاستدانة بإذن القاضي، ومدة التقادم عندهم سنة واحدة¹.

يفهم مما تقدم وباختصار أن نفقة الفروع على الأصول تسقط بالتقادم في الشريعة الإسلامية إلا إذا صدر بصددها حكم قضائي أو أنفق شخص غير مترشح على الولد بقصد الرجوع على الأب أو صدور أذن من الأصل بالاستدانة عندها تكون ديناً قوياً، وتؤخذ حتى من الورثة². كما تبين لنا بأن الفقهاء اختلفوا في مسألة الاستدانة دون أذن القاضي على قولين، قول يرى أنها تمنع سقوطها لكون المستحق لها على يقين بأنه سوف يحصل عليها بطريقة أو أخرى وهذا يستند على حساب المالك بالفقهاء. أما القول الثاني فيرى سقوطها، إلا إذا صدر بها حكم بالنفقة من قبل القاضي وأجاز فيه بالاستدانة على حساب الأصل³.

المطلب الثاني: مدى ثبوت النفقة كدين وسقوطها بالتقادم في القانون العراقي والتشريعات العربية.

تبين لنا فيما تقدم من أحكام النفقة على الأولاد بأن النفقة الأخيرة هي نوع من أنواع نفقة الأقراب شرعاً وقانونياً. ولو رجعنا إلى القانون العراقي وكذلك القطري سنجد بأن مشرعي كلا القانونين قد أخذوا بالرأي الشرعي القائل بأن نفقة الولد لا تصحح ديناً في ذمة الأصل إلا إذا كان قد صدر بها حكم قضائي، وما يؤكد ذلك هو أن القاضي لا يقضي بما إلا من تاريخ المطالبة بما أمام القضاء أما المطالبة التي تحصل خارج أروقة المحاكم فلا اعتبار لها، والنتيجة المترتبة عليها هي أن النفقة الماضية لا يستحقها الولد وأما تسقط بالتقادم حيث جاء في المادة (٦٣) من القانون العراقي: "يقضي بنفقة الأقراب

¹ منصور بن يونس الهنوي، مرجع سابق، ص ١٥٨.

² هشام بسري محمد العري، مرجع سابق، ص ٣٠. سعيد درويش الزهران، مرجع سابق، ص ٤٠٦. منصور بن يونس الهنوي، مرجع سابق، ص ١٦٦.

³ سعيد درويش الزهران، مرجع سابق، ص ٤٠٨-٤٠٩. عثمان بن محمد الكري، مرجع سابق، ص ١١٢.

وللمنفق حق الرجوع على الأب الفقير القادر على التكسب في حالة يساره، حتى لو كان المنفق أو الولد أو جدّه، لكن بعض فقهاء الحنفية يرون أنها لا تصحح ديناً في ذمة الأب ولا يجوز الرجوع عليه لأنه في هذه الحالة تنتقل أساساً إلى من تجب عليه النفقة لو لم يكن الأب موجوداً، وبذلك فإن كل واحد منهم يتحمل النفقة بقدر نصيبه من الميراث، أما إذا كان للولد الأم فقط أو الجدة فقط عندها يتحمل هي/هو وحده النفقة بكاملها¹.

ويتفق فقهاء الشافعية مع نظرائهم الحنفيين على اعتبار أن النفقة لا تصحح ديناً في ذمة الأصل لكنهم يرون أنها تصحح ديناً في حالة واحدة وهي إذا تم فرضها من قبل القاضي أو بإذنه وذلك حينما يتم افتراضها بسبب غيبة الأهل أو امتناعه عن صرف النفقة².

أما المالكية، فيرون سقوط نفقة الولد بمضي المدة، لكن إن أنفق شخص غير مترشح على الولد بقصد الرجوع على الأب في حالة يساره فلا تسقط، لكن الفقيه المالكي (ابن عرفة) يرى سقوطها بالتقادم إلا إذا حصل الإنفاق بموافقة القاضي³. علماً، أن كلا المذاهب المالكي والشافعي لا يتناولان مدة التقادم وكأها ترك لتقدير القاضي أو العرف⁴.

وفيما يخص موقف الحنابلة، فإهم يرون بأن النفقة الماضية لا تعتبر ديناً في ذمة الأصل، لأنها وجبت للحاجة وأن تركها وعدم المطالبة بها يعني عدم الحاجة إليها، لكن هناك من قال بأنها تصحح ديناً ويجب تعويضها إن فرضت من قبل القاضي أو استدان

¹ محمد بن أحمد السرخسي، مرجع سابق، ص ٢٢٣. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص ٣٢١، ٣٢٢.

² أحمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، ص ٧٤٩. عثمان بن محمد الكري، مرجع سابق، ص ١١٢. سعيد درويش الزهران، مرجع سابق، ص ٤٧.

³ سعيد درويش الزهران، مرجع سابق، ص ٤٠٢. محمد بن عرفة، مرجع سابق، ص ١٠١. عبد الله محمد الحارثي، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

⁴ أبو بكر بن مسعود الكاساني، مرجع سابق، ص ٣٨. سعيد درويش الزهران، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

من تاريخ الادعاء". وهذا ما أكدته محكمة تمييز العراق الاتحادية في حكمها المرقم (١٩٧٨/٢٢٧١) (شخصية/١٩٧٨) في ١٩٧٨/١٢/٢١ إذ جاء فيه: "فرض نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ إقامة الدعوى"¹. لكن إن تم إقامة الدعوى أمام محكمة غير مختصة أولاً، وفيها بعد تم إقامتها أمام المحكمة المختصة عندها تحسب النفقة من تاريخ إقامة الدعوى الأولى وإن كانت أمام غير مختصة وهذا ما جاء في حكم آخر للمحكمة المذكورة نفسها تحت العدد (١٦٩/١٦٩٩/١٦٩٨) (مهمة/عامه/١٩٧٨) إذ ورد فيه: "يستحق الصغير النفقة من تاريخ إقامة الدعوى بما أمام محكمة المواد الشخصية ولو ردّت هذه الدعوى من جهة الاختصاص بسبب إسلام المدعى عليه والد الصغير بعد إقامتها"².

ويتخذ (الزبلي) موقف القانون العراقي إذ يرى بأن احتساب نفقة الأقراب من تاريخ إقامة الدعوى حسب المادة (٦٣) جاء مخالفاً لروح الشريعة الإسلامية، على اعتبار أن سبب وجوب النفقة قائم قبل المطالبة بها قضاءً، وبذلك المفروض أن يتحقق المسبب كلما تحقق سببه، ولهذا يدعو المشرع العراقي بتعديل المادة المذكورة وجعلها تقضي بنفقة الأقراب من تاريخ ثبوت سببها³.

ما ذكره (الزبلي-رحمه الله) اتبته له مشرع إقليم كردستان العراق، فأصدر القانون رقم (١١) لسنة ٢٠١١ ونصّ في المادة الأولى منه: "تعتبر نفقة الأولاد ديناً في ذمة أبيهم من وقت امتناع أبيهم عن الإنفاق"، وبذلك فإن امتنع الأب المالك بالفقهاء عن أدائها عندها تترامح في ذمته وتصحح ديناً وإن أصرّ على عدم الإنفاق يمكن إجباره على دفعها من خلال القضاء وأنها لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء شأنها شأن أي دين عادي⁴. وقد أكد قضاء الإقليم على حكم هذا القانون في العديد من أحكامه فقد جاء في حكم محكمة تمييز الإقليم تحت العدد (٢٠٢/شخصية/٢٠٠٥) في ٢٠٠٥/٧/٢٦: "إن الفقرة

¹ مجلة مجموعة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٧.

² مجلة مجموعة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٥٥.

³ مصطفى الزبلي، مرجع سابق، ص ١٠٥.

⁴ مصطفى الزبلي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

الحكومية الخاصة بفرض النفقة المستمرة لبيات المدعية من تاريخ الاستدعاء صحيح وموافق للشرع والقانون وفيما يتعلق بعدم الحكم بالنفقة الماضية من رغم المطالبة بها في عرضة الدعوى فإنها غير صحيح ومخالف للقانون لأن نفقة الأولاد تعتبر ديناً في ذمة أبيهم من وقت امتناعه عن الإنفاق عملاً بأحكام المادة الأولى من القانون رقم (١١) لسنة ٢٠٠١ الصادر من المجلس الوطني لكردستان العراق"⁵. وقد جاء موقف المدونة المغربية موافقاً لشرع الإقليم إذ جاء في المادة (٢٠٠) منها: "يُحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الأداء"، وبذلك فإن هذا التوجه التشريعي غير أخذ برأي الفقيه الحنفي (الزبلي) حينما يقف نفقة الأولاد على نفقة التوجة وهذا موقف حسين.

أما القانون السوري فأخذ بمذهب الحنابلة ولهذا جاء موقفه وسطاً، حيث لم يقض باحتساب النفقة من تاريخ الامتناع مهما كانت فترة الامتناع، كما لم يقض باحتسابها من تاريخ المطالبة القضائية وإنما أجاز إزام الأب بالنفقة الماضية أي قبل إقامة الدعوى لكن لمدة لا تتجاوز سنة واحدة إذ جاء في المادة (٢/١٦١) من القانون السوري: "يقضي بنفقة الأولاد على أبيهم عن مدة سابقة للادعاء على أن لا تتجاوز سنة". وجاء موقف القانون الجزائري موافقاً للقانون السوري لكن مع اختلاف بسيط وتكمن هذا الاختلاف في أن المدعى الجزائري أعطى السلطة التقديرية للقاضي في احتساب هذه النفقة الماضية من تاريخ إذ جاء في المادة (٨٠) قانون الأسرة: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللأب أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"⁶.

ما سبق ذكره كان متعلقاً بنفقة الأولاد حينما يكون الأب موسراً أو قادراً على التكسب، أما إن كان عاجزاً عن النفقة لأي سبب كان وتم تكليف شخص آخر بالنفقة عليه بموجب حكم قضائي، فإن النفقة التي صرفها المنفق تصحح ديناً في ذمة الأب وله

⁵ كحياي سيد أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٣.

الرجوع على الأب إذا أيسر^١، إذ جاء في المادة (٦٠) من القانون العراقي: "١. إذا كان الأب عاجزاً عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب. ٢. تكون هذه النفقة ديناً على الأب للمنفق يرجع بها عليه إذا أيسر". وهذا ما عليه المواد (١٨٨، ١٩٣، ١٩٤) من القانون الأردني^٢. وقد أكد القضاء العراقي على موقف القانون هذا إذ جاء في الحكم المرقم (٥٥٧) الصادر بتاريخ ١١/٢/١٩٦٣ من محكمة التمييز الاتحادية: "يكلف الجد بنفقة نفقته عند إصرار أبه المتجنون وله الرجوع عليه إذا أيسر"^٣.

وقد خلفهم في هذا الخصوص المشرعون (القطري، الجزائري والمغربي) فحينما تنفق الأم على الولد في حالة فقد الأب أو الجد لأب ولا مال لهما، أو كانا معسرين لا تثبت هذه النفقة كدين بذمة الأب يحق لها الرجوع بما على الأب عند يساره إذ جاء في المادة (٧٨) من القانون القطري: "تجب نفقة الولد على أمه المولوسة، إذا فقد الأب أو الجد لأب ولا مال لهما أو كانا معسرين". وهذا ما عليه القانون الجزائري في المادة (٧٦) منه، والمادة (١٩٩) من المذون المغربية، وهذا موقف حسن منهم لكون الجد والأم من أصول الولد والعسر بالعلم، فيما أن كليهما يعتبران من وراثي الولد فلهما تحمل نفقته في حالة فقد أو عدم الأب دون أن يكون لهما حق الرجوع عليه.

وما نود الإشارة إليه هنا هو أنه إذا أنفق شخص ماله على ولد فلها تصحيح ديناً في ذمة أبيه وإن لم يصدر بها حكم قضائي إن كان بموافقة الأب، لكن التساؤل المطروح هنا: ما الحكم إذا تم النفقة على الولد من قبل قريب مالم قانوناً بالنفقة عليه أو من قبل شخص آخر غير مترتب في حالة عجز الأب دون موافقة الأخير ودون إذن من القضاء، وكذلك نية الرجوع على الأب في حالة يساره وقد أقدم على صرف النفقة من باب

^١ أبو بكر أحمد علي الحطيط وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٢٦-٢٢٧.

^٢ لعمرة البريد حول هذه المادة، راجع: أبو فراس محمد عبدالقادر، مرجع سابق، ص ٤٩٤-٥٠١-٥٠٢.

^٣ قاعدة التشريعات العراقية، مرجع سابق.

الرأفة بحال الأب وولده. رأينا النص الحالي لا يسعف هذه الحالة والمنفق لا يستطيع الاستدلال له لمطالبة حقوقه، ونرى ضرورة التدخل من قبل المشرع لعلاجها مثلما عالجها القانون الإماراتي في المادة (٨٠) منه حينما حرمت الأم من الرجوع على الأب ما لم تكن قد صرفت النفقة بإذن الأب أو القاضي إذ جاء فيها: "تجب نفقة الولد على أمه المولوسة إذا فقد الأب ولا مال له، أو عجز عن الإنفاق، ولها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا أيسر وكان الإنفاق بإذنه أو إذن القاضي"^٤. وبذلك فإن المشرع الإماراتي قد استفاد من الشريعة الإسلامية التي تناولت هذه الحالة وبين حكمها من قبل فقهاء المسلمين بخلاف المشرع العراقي الذي تغافل عنها.

خاتمة

بعد رحلة طويلة مع النصوص الشرعية والقانونية وما دونه فقهاء المسلمين في بطون مصنفاتهم وفقهاء القانون في شروحاتهم وبحوثهم ودراساتهم حول أحكام نفقة الأولاد توصلنا لاستنتاجات وتوصيات أدناه:

أولاً: الاستنتاجات.

توصلنا في نهاية هذه الدراسة بأن المشرع العراقي تناول أحكام نفقة الأولاد في قانون الأحوال الشخصية العراقي بشكل موجز بحيث اقتصر على المبادئ أو الأحكام الرئيسية فقط ولهذا اعتدى القانون فراغ تشريعي كبير في هذا الخصوص. فبعض الأحكام لم يتطرق إليها المشرع بناتاً مثل أحكام نفقة الولد في حالة غياب أو فقدان الأب، ومدى سريان الحكم القضائي الصادر بنفقة الأولاد من حيث الزمان، وترتيب سلم المستحقين للنفقة في حالة تعددهم وعدم إمكانية الأب توفير النفقة لجميعهم وغيرها من الأحكام. ومن جانب آخر، تناول المشرع بعض الأحكام لكن بشكل جزئي غير كامل فمثلاً، تطرق لنفقة البتة لكن لم يبيّن موقفه من نفقتها في حالة فرارها من زوجها بطلاق أو

^٤ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٢١.

وفاة، وكذلك تناول نفقة الولد إن كان طالب علم لكن لم يبيّن الشروط التي يجب توافرها في هذه الحالة، وكذلك الحال بالنسبة لتعزّز النفقة بتعزّز الأحوال حيث أشار لزيادة النفقة دون بيان موقفه من نقصانها كما لم يحدد مضي المدة المطلوبة لجواز إقامة الدعوى بهذا الخصوص. إضافة إلى ما تقدّم، فإن بعض الأحكام تعرضت للنقد من قبل بعض فقهاء القانون وشراحه مثل، عدم إلزام الأم المولوسة بالنفقة على الولد في حالة عجز الأب عن الإنفاق وتقديمها على بقية الأقارب، وكذلك عدم احتساب نفقة الأولاد من تاريخ الامتناع بدلاً من تاريخ المطالبة القضائية.

ثانياً: توصيات:

من أجل سد الفراغ التشريعي الموجود في قانون الأحوال الشخصية العراقي نقتح على المشرع الكريم تعديل المواد (٥٨، ٥٩، ٦٠) من القانون المذكور على النحو أدناه:

المادة (٥٨):

١. النفقة: هي كل ما يبذله الإنسان من ماله على من تجب عليه نفقتها لسد حاجاتهم الضرورية بالمعروف دون صرف.
٢. تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والمعاد.
٣. نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها.
٤. يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق وحال المنفق عليه والوضع الاقتصادي زماناً ومكاناً والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة على الآ نقل عن حد الكفاية.
٥. الحكم الصادر بتقدير النفقة يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة.

٦. لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتفترض الملاة إلى أن يثبت العكس.
٧. إذا كان للزوم بالنفقة غير قادر على أدائها لكل من يلزمه القانون بالإنفاق عليه، تقدّم الزوجة ثم الأولاد الصغار ذكوراً وإناثاً، ثم البنات، ثم التكرور من أولاد، ثم الأم ثم الأب، ثم الأقارب.
٨. التزام المتعلّمة بنفقة أولادها يسقط إذا أصبحت معسرة وتجب على والدهم.
٩. لا نفقة مع اختلاف الدين إلا للأصول والفروع والزوجة.
١٠. تتكفل الدولة بنفقة من لا منفق عليه، وينشأ صندوق من قبل وزارة الشؤون الاجتماعية لهذا الغرض.

المادة (٥٩):

١. إذا لم يكن للولد مال فنفتته على أبيه، أما إذا كان له مال ولكن لا يفي بنفقته، ألزم أبوه بما يكفلها، ما لم يكن الأب فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب في الحالتين.
٢. تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل العلام إلى السن الذي يسمح له القوانين للمعنية بالعمل.
٣. تعود نفقة الأنثى على أبيها إذا طلقت أو مات عنها زوجها ما لم يكن لها مال أو من تجب عليه نفقتها غيره.
٤. يلزم الأب بنفقة تعليم أولاده في جميع المراحل التعليمية إلى أن ينال الولد شهادة الدبلوم من المعهد أو البكالوريوس من الجامعة حسب الحالة، على أن يكون الولد ذا أهلية للتعلّم بحيث يواصل دراسته بنجاح معتمد وعلى أن لا تتجاوز عمره ٢٥ سنة.
٥. الولد الكبير العاجز عن الكسب يحكم الولد الصغير.

المادة (٦٠):

١. في حالة فقد الأب أو غيابه ولا مال له، أو إيساره وعجزه عن الكسب، يكلف بنفقة الولد أمه إن كانت موسرة، وإلا يكلف بالنفقة الجد الصحيح دون أن يكون لهما حق الرجوع على الأب.
٢. إذا كان الأم والجدة معسرين ضجبت النفقة على القريب الوراث وتكون ديناً على الأب وله حق الرجوع بما عليه إذا أيسر إن كان الإنفاق بأذن الأب أو القاضي.
٣. يجوز زيادة النفقة وإنقاصها تبعاً لتغير الأحوال والمعايير المنصوص عليها في الفقرة (٤) من المادة (٥٨) الخاصة لتقدير النفقة.
٤. لا تسمع دعوى الزيادة أو النقصان قبل مضي سنة على فرض النفقة إلا في الأحوال الاستثنائية.
٥. تحسب زيادة النفقة أو نقصانها من تاريخ المطالبة القضائية.
٦. تعتبر نفقة الأولاد ديناً في ذمة أبيهم من وقت امتناعه عن الإنفاق.

الباب الثاني

أحكام حضنة الصغير

هذا الباب في الأصل عبارة عن أطروحة ماجستير قدمت إلى كلية أحمد ابراهيم للحقوق في الجامعة الإسلامية العالمية بالبرازيل عام ٢٠١٤م، وقد حصلت على تقدير جيد جداً بعد المناقشة من قبل اللجنة المختصة. ولذا سوف لن نجري عليها أية تغيرات أو تعديلات وسنقدمها لكم كما قدمناها للكلية المذكورة. علماً، الأطروحة كانت تحت إشراف الدكتورة حليلة بوكروضة الجزائرية.

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى تناول قانون الحضنة المدرج ضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، والأشكالية المحورية التي تناولها البحث هي مدى استيعاب المادة ٥٧ المتعلقة بأحكام الحضنة لقضايا الحضنة المثارة في المجتمع العراقي، وطريقة تعامل القضاء العراقي مع النزاعات الموجودة فيها. وقد هدفت هذه الدراسة إلى تحديد الثغرات والنقص التشريعية والقانونية، وتسطر ضمن مشروع قانوني ليحل محل المادة ٥٧، لإبعاد الشكوك حول نزاعة القضاء، وتعريف أطراف دعاوى الحضنة على مركزهم القانوني مسبقاً. ولتحقيق الأهداف المذكورة استخدم الباحث المنهج التحليلي، وذلك لعرض وتحليل أحكام الحضنة الواردة في المادة ٥٧، وآراء الشراح والباحثين القانونيين، وآراء فقهاء المسلمين من المذاهب الأربعة، وقرارات المجامع الفقهية، وفتاوى دور الإفتاء، وقرارات المحاكم، كما استخدم الباحث المنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام التي وردت في القانون العراقي، بالأحكام التي وردت عند المذاهب الأربعة، والمجامع الفقهية، ودور الإفتاء، لعرض الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف وبحث إمكانية الاستفادة. كما استخدم الباحث المنهج النقدي لبيان آثار الفراغ والحلل التشريعي في القانون والقواعد مواد قانونية بديلة بحيث تحقق العدالة لكل أطراف الحضنة. وقد تم الاستفادة من آراء الأكاديميين والعاملين في سلك القضاء، ومن قوانين الأحوال الشخصية لكل من دولة الإمارات والقطر والأردن، وذلك كون هذه القوانين حديثة وعصرية. وقد خلصت الدراسة إلى جملة نتائج أهمها، أن قانون الأحوال الشخصية العراقي يشوبه ثغرات تشريعية، فهو لم يتطرق إلى بعض أحكام الحضنة مطلقاً كالتبوع بالحضنة، وآتمس بعض أحكامها بعدم الوضوح بسبب صياغة النصوص كتكليف الحضنة وانتهاء ولايتها، كما كان هناك تناقض بين بعض الأحكام مثل حق المضمون في اختيار الإقامة. أما القضاء العراقي فقد تصدى لجميع قضايا الحضنة رغم الثغرات التشريعية، وأصدر قرارات مناسبة في أغلبها،

وقد توجه هذا البحث باقتراح مشروع قانون متكامل للحضنة انظم في تسع عشرة مادة.

مؤخراً، أصدر المشرع الكوردي القانون رقم (٦) بموجب القرار رقم (١١) لسنة ٢٠١٥م وبموجبه أوقف العمل بالفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية الخاصة بأحكام الحضنة، وحسب التعديل الجديد، فإن الفقرة الرابعة المعدلة أصبحت تتألف من سبع فقرات، من خلالها حاول المشرع معالجة الثغرات القانونية والعملية التي كانت يشوبها أحكام الحضنة وخاصة أحكام مشاهدة المضمون. ولعدم حرمان القارئ الكريم من الإطلاع على هذا التعديل الجديد الجاري على أحكام الحضنة، أدرج المؤلف ضمن ملحق في نهاية الكتاب، نص هذا القانون وتناول أحكامه من خلال مبحثين. في الأول، تناول الأحكام التي تناولته هذا القانون. وفي الثاني، قام الباحث بتقييم هذه الأحكام من خلال قراءة تحليلية نقدية.

الفصل التمهيدي

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد.

يعتبر موضوع الحضانة من المواضيع التي نالت حيزاً كبيراً من اهتمام علماء الشريعة والقانون على مر العصور، ولا تجرد شريعةً سماويةً ولا قانوناً من قوانين الأحوال الشخصية إلا وتناول هذا الموضوع، كما أنها تشكل نسبة كبيرة من القضايا التي تنازل أمام محاكم الأحوال الشخصية وخاصة في العراق بعد عام ٢٠٠٣ أي بعد سقوط النظام البعثي، وذلك لازدياد حالات الطلاق بين الزوجين نتيجة انفتاح المجتمع العراقي على العالم، ولإزداد عدد القتلى سواء كان نتيجة الحروب التي مرت بها العراق، أو التفجيرات التي تحدث كل يوم، حيث إن هذين السببين بالنتيجة أديا إلى إزداد عدد دعاوى الحضانة أمام المحاكم.

ولضمان حماية حقوق الطفل المحضون من جانب، والأطراف الأخرى للحضانة من جانب آخر، حاولت قوانين الأحوال الشخصية تناول كافة الأحكام المتعلقة بالحضانة وعدم تركها تحت رحمة أحكام القضاء. ولكن لأن الكمال لله وحده، فإنه من النادر أن تجرد قانوناً يستوعب جميع أحكام الحضانة ويواكب كل الأزمان والأحوال، ولهذا فإن كافة القوانين - ومن ضمنها قوانين الأحوال الشخصية - تخضع عليها تعديلات من حين لآخر من قبل المؤسسة التشريعية لتفادي العيوب والنواقص التي تعترضها.

وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ الصادر عام ١٩٥٩ كأي قانون آخر، أجري عليه حوالي سبعة عشر تعديلاً لكي يستوعب القضايا المثارة في المجتمع العراقي، وكان آخرها في عام ١٩٩٩، وأن المادة ٥٧ الخاصة بالحضانة كان لها نصيب من هذه التعديلات، حيث أجريت عليها أربعة تعديلات.

244

فيعد تسعة عشر سنة من صدور القانون وبالتحديد في عام ١٩٧٨ حصل التعديل الأول للمادة ٥٧ وكان تعديلاً نوعياً، حيث تم إلغاء المادة والتي كانت مؤلفة من خمس فقرات بأكملها، وحلت محلها مادة أخرى مؤلفة من تسع فقرات تناولت الحضانة بشكل أوسع وأوضح، وفي عام ١٩٨٤ صدر القرار رقم ٢١١ من مجلس قيادة الثورة المنحل بهدف ملاً إحدى ثغرات القانون المتعلقة بمشاهدة المحضون، وبعد ذلك بعامين أي في ١٩٨٦ جرى تعديل على الفقرة التاسعة من المادة ٥٧ التي كانت تعطي حكماً واحداً لحضانة الأم للمحضون في حالة فقدان الأب أحد شروط الحضانة أو حالة وفاته، ولكن بعد التعديل أضيفت شروط أخرى وأصبح لكل حالة حكماً خاصاً، وآخر تعديل جرى على أحكام الحضانة كان في عام ١٩٨٧ أي قبل ستة وعشرين سنة، وبالتحديد على الفقرة الثانية الخاصة بشروط الحضانة، ولا تزال هناك دعوات لإجراء التعديلات على القانون بشكل عام وعلى المادة ٥٧ بشكل خاص.

مشكلة البحث:

مما سبق يتبين فإن مشكلة البحث هي: إلى أي مدى يمكن لأحكام الحضانة التي تناولتها المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ استيعاب قضايا الحضانة المثارة في المجتمع العراقي؟ وكيف تعامل القضاء العراقي مع الثغرات الموجودة في القانون؟

ويتفرع عن هذا السؤال أسئلة عديدة هي:

أسئلة البحث:

١. هل توجد تناقضات في قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يخص أحكام الحضانة؟
٢. ما الأحكام التي تحتاج إلى إعادة صياغة؟
٣. كيف يمكن إزاء القانون بمواد أو فقرات جديدة تغطي كل موضوعات الحضانة؟

245

٣. كيف تعامل القضاء العراقي مع إشكاليات قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بأحكام الحضانة؟

فرضيات البحث:

- وجود تناقضات وثغرات في الصياغة التشريعية لأحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي.
- عدم استيعاب قانون الأحوال الشخصية العراقي لكافة الموضوعات المتعلقة بالحضانة في المادة ٥٧ من القانون المخصص للحضانة.
- تتكهن القضاء العراقي من إصدار قرارات مناسبة رغم العيوب والنواقص التي شابت القانون.

أهداف البحث:

أولاً: بيان أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي مقارنة بالمذاهب الفقهية الأربعة (الحنفي، الحنبلي، الشافعي، والمالكي).

ثانياً: بيان الثغرات والنقصان الموجودة في المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمتعلقة بأحكام الحضانة.

ثالثاً: محاولة إزاء القانون بمواد أو فقرات من شأنها استيعاب كافة المسائل المتعلقة بالحضانة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من الناحية النظرية فيما يلي:

١. يتكهن القارئ من الاطلاع على أحكام القضاء الكرديستاني فيما يخص الحضانة، وذلك كون البحث سيشير إلى عدد من القرارات الصادرة من محكمة تمييز إقليم كردستان العراق.
٢. بيان التعديلات التي جرت على قانون الأحوال الشخصية في الإقليم فيما يخص الحضانة والتي لم تجر مثلها في العراق.

246

٣. الوقوف على آراء الأكاديميين والمختصين والعاملين في سلك القضاء حول أحكام الحضانة في القانون العراقي.

أما أهمية البحث من الناحية التطبيقية فهي كما يلي:

١. يسهم في مساعدة المؤسسة التشريعية من معرفة أوجه الثغرات والعيوب التي يشوبها قانون الأحوال الشخصية العراقي والنتيجة إصدار قوانين معدلة .
٢. يساعد في تسهيل مهمة القضاء، فحينما يعرف القاضي موضع الخلل في القانون ابتداءً، عندها يذهب مباشرة إلى إبداء الشريعة الإسلامية لإيجاد الحكم المناسب استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وبذلك يكون قد وفر نفسه وقتاً وجهداً لقضية أخرى.
٣. يوفر مادة للجمعيات ومنظمات المجتمع المدني بشكل عام، والعاملين في مجال حقوق الأطفال بشكل خاص، تساعد على الإحاطة بالثغرات الموجودة في المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمتعلقة بأحكام الحضانة، ومن ثم توعية المجتمع بها والسعي لتقديم مشروع قانون لغرض إجراء التعديلات اللازمة على المادة المذكورة.

حدود البحث:

١. المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي تناول موضوع الحضانة.
٢. الفقه الإسلامي الموروث من المذاهب الأربعة: المذهب الحنفي، المالكي، الشافعي، والحنبلي، الفقه الإسلامي المعاصر بما فيه قرارات الجماع الفقهية الإسلامية ودور الأئمة.
٣. الاستفادة من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ وقانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦

247

ومن خلال قراءة هذه المقالة، تبين أن الكاتب قد ركّز على القرارات القضائية وهذا سيفيد الباحث للتعرف على موقف القضاء من الحضانة، لكن من جانب آخر فإنه قد تناول أحكام الحضانة باختصار لا يجده الباحث موفياً بالعرض، كما أنه عند مقارنته أحكام الحضانة في القانون العراقي بقوانين الأحوال الشخصية آنفة الذكر، قام بانتقاء بعض من هذه القوانين والمقارنة بها، كما لم تشمل المقارنة أغلبية المحاور التي تناولها المقالة. وبخصوص القانون الأردني الذي تناوله الكاتب فإنه القانون القديم لعام ١٩٧٦ في حين سيتناول الباحث القانون الجديد لعام ٢٠١٠، أما ما يتعلق بالقانون الإماراتي فإن الكاتب لم يشر إليه إلا فيما يتعلق بتعريف الحضانة. كما إنه لم يستخدم المنهج النقدي ولم يحاول بيان الثغرات في القانون العراقي واقترح نصوص قانونية لعلاجها.

ثالثاً: الحضانة في القانون العراقي^١. وهو بحث عن أحكام الحضانة، تناول الباحث حسين كاظم من خلاله تعريف الحضانة وشروطها وانتقالها واستردادها، ثم قام بعرض دعوى قضائية متعلقة بالحضانة، وبعد ذلك قام بعرض المبدأ القضائي في الدعوى القضائية المذكورة وناقشه، والمبدأ هو "تنتقل الحضانة إلى أب الصغير وإن لم يتجاوز الرابعة والنصف من عمره إذا تزوجت أمه بأجنبي عنه سبق أن ادين بجريمة قتل، إذ يراعى في الحضانة مصلحة المضمون".

ما يتميز به البحث المذكور هو، أنه كتب من قبل قاضي يعمل في المحاكم العراقية، ولكلامه وآراءه أهميتها الخاصة لكونه الشخص الذي يطبق القانون وينقل ما عليه القضاء، لكن من خلال قراءة البحث تبين بأنه لم يتناول جميع أحكام الحضانة وإنما اقتصر على بعض الأحكام وبشكل موجز، كما أنه تناول الموضوع على ضوء القانون العراقي فقط والفقهاء الإسلامي ولم يتطرق إلى قوانين الأحوال الشخصية للدول الأخرى،

^١ انظر الزهيري، حسين كاظم، الحضانة في القانون العراقي، بحث منشور على الإنترنت، تاريخ زيارة الموقع

تناول الحضانة من خلال قانون الأحوال الشخصية العراقي والتكيز على المذهبي الحنفي والجمعي، ولم يقارن أحكام الحضانة في القانون العراقي مع قوانين الأحوال الشخصية لدول أخرى عدا القانون المصري في مسألة والقانون السوداني في مسألة أخرى من المسائل المتعلقة بالحضانة، كما لم يقدم مواد مقترحة لسد ثغرات القانون العراقي.

تاسعاً: شرح قانون الأحوال الشخصية^١. كتاب صدر في عام ١٩٨٠م، يتناول جميع الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون العراقي وفي الفقه الإسلامي، ومن ضمنها أحكام الحضانة، ولكن يلاحظ على هذا الكتاب أنه تناول أحكام الحضانة باختصار شديد، وفي مبحث واحد فقط، يتكون من سبع صفحات، ولم يتطرق لقوانين الأحوال الشخصية للدول الأخرى، كما لم يذكر أحكام الحضانة في الفقه المعاصر، ولم يعزّز آراءه بقرارات قضائية، وإضافة إلى ذلك، لم يتم اقتراح مواد لمعالجة الثغرات في القانون، ولا يحتوي الكتاب على التعديلات التي أجريت بعد عام ١٩٨٠م.

عاشراً: ملاحظات قانونية في الصياغة التشريعية لأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل^٢. بحث نشر في مجلة المحقق الحلي، للباحثين حميد سلطان وعباس حسين. حيث يركز بحثهما على مجمل الثغرات التشريعية في مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي، وفي المطلب الثالث من المبحث الثالث تناول الباحثان موضوع حضانة الصغير وركز على نقطتين أحدهما انتهاء الحضانة.

وجه الاستفادة من البحث أعلاه هو، أن الباحثين أبدوا ملاحظات قانونية حول الصياغة التشريعية لجميع مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي، ومن ضمنها المادة ٥٧ التي تتناول موضوع الحضانة، وبالتحديد آجرة وانتهاء الحضانة ومشاهدة المحضون والانتقال به وحاولوا تعزيز ملاحظاتهم، من خلال قرارات المحاكم والإشارة إلى رأي

^١ انظر الخطيب، أحمد علي، الكبيسي، أحمد عبيد، السامرائي، محمد عباس، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، (موسل: دار الكتب للطباعة والنشر)، ط ١، ١٩٨٠م.

^٢ انظر علي، حميد سلطان، وفاض، عباس حسين، ملاحظات قانونية في الصياغة التشريعية لأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل، مجلة المحقق الحلي، المجلد الرابع، ط ٢٠١٢، ص ٢٦١.

سادساً: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته^٣. كتاب صدر عام ٢٠٠٤م للكاتب فاروق عبدالله، حاول الكاتب بيان جميع أحكام الأحوال الشخصية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي سوى موضوع الفرائض، وفي أحد مباحث هذا الكتاب تناول الكاتب أغلبية أحكام الحضانة وبشكل مختصر وبعد عن التفصيل، كما لم يتعرض لذلك قوانين الأحوال الشخصية للدول الأخرى، ولم يبيّن الثغرات الموجودة في القانون العراقي فيما يخص الحضانة، ولم يقدم مقترحات لإثراء القانون. وهو ما سيحرص الباحث على القيام به في هذا البحث.

سابعاً: الحضانة بين الشريعة والقانون^٤. كتاب صدر عام ٢٠١٠م للكاتب محمد عليوي، وهو في الأصل رسالة ماجستير. تناول فيه الكاتب جميع أحكام الحضانة من خلال الفقه الإسلامي والديانتين اليهودية والمسيحية والقانون العراقي، كما دعم كلامه بقرارات المحاكم. والملحق، قام الكاتب بتحليل ومقارنة أحكام الحضانة بشكل جيد، وما يضيفه الباحث إلى هذا الكتاب هو الاستفادة من آراء العاملين في سلك القضاء، ومعرفة رأي الفقه الحديث ممثل في الجماع الفقهية ودور الإنفاء واقتراح مواد قانونية في حال إكتشاف ثغرات في القانون العراقي.

ثامناً: الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون^٥. تناول الكاتب جميع أحكام الأحوال الشخصية الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي في هذا الكتاب سوى موضوع الميراث، وإثمه خصص أحد فصول الكتاب للحضانة، وكون أحكام الحضانة تشكل مجرد فصل من فصول الكتاب، فإنه لم يبيّن تفاصيلها. ويضاف إلى ذلك، أنه لم يبيّن جميع التعديلات التي جرت على أحكام الحضانة منذ صدور القانون، وأخيراً، إنه

^١ انظر كريم، فاروق عبدالله، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، (جامعة السليمانية: د.ن، د.ط، ٢٠٠٤م).

^٢ انظر ناصر، محمد عليوي، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، عمان، دار الثقافة، ط ١، ٢٠١٠م.

^٣ انظر الكبيسي، أحمد عبيد، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، (القاهرة: العناكب لصناعة الكتاب، توزيع المكتبة القانونية في بغداد، د.ط، ٢٠٠٧م).

المذاهب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية لدول أخرى. ففي موضوع مشاهدة المحضون قارنا القانون العراقي بالقانون المصري والإماراتي، لكن ما يلاحظ على هذا البحث هو أن هذه الملاحظات مختصرة جداً وتحتاج إلى دراسة أعمق، كما لم يتناول البحث جميع عناصر الحضانة وإنما ركّز على المذكورة آنفاً فقط.

الخلاصة: جميع الدراسات السابقة، سواء كانت تحليلية أم مقارنة لم تتناول أحكام الحضانة في القانون العراقي بقصد التعرف على ثغرات وعيوب المادة ٥٧ الخاصة بالحضانة، واقتراح مواد ونصوص قانونية بدلة محل محلها. ولهذا فإن مشكلة البحث التي سيحاولها الباحث علاجها من خلال هذا البحث له ما يبرره.

الفصل الأول

قانون الأحوال الشخصية العراقي تاريخه وعناصره وتعديلاته

قانون الأحوال الشخصية في أيّة دولة من دول العالم، لا بد وأنّه قد مرّ بعدة مراحل إلى حين إقراره كتشريع من قبل السلطة المختصة. وعليه، فإن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م كأي قانون في أي بلد آخر قد مرّ بمراحل مختلفة لحين صدوره عام ١٩٥٩م، ولغرض التعرف على تلك الظروف والمراحل التي مرّ بها هذا القانون، سيتناول الباحث هذه المراحل من خلال المبحث الأول من هذا الفصل. أما في المبحث الثاني، فسيحاول الباحث إلقاء نظرة سريعة على مجمل العناصر أو المكونات التي يتألف منها القانون. أما المبحث الثالث، فسوف يخصص للتعديلات التي أجريت على القانون منذ صدوره عام ١٩٥٩م وحتى كتابة هذا البحث، حتى يتبيّن مقدار التغييرات التي حصلت على مكونات القانون.

إذن، يتكون هذا الفصل من المباحث الآتية:

المبحث الأول: نبذة تاريخية عن قانون الأحوال الشخصية في العراق.

المبحث الثاني: عناصر قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المبحث الثالث: تعديلات قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المبحث الأول: نبذة تاريخية عن قانون الأحوال الشخصية في العراق.

منذ مجيء الإسلام وحتى أواخر عهد الخلافة الإسلامية التي كانت متمثلة بالدولة العثمانية، كان القضاء والمجتهدون يطبقون أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وآراء المذاهب الفقهية على المجتمعات الإسلامية دون أن يكون هناك أي تقنين لا في المجال الجنائي ولا المدني ولا الأحوال الشخصية، حيث كان القاضي يتكلم في جميع هذه

قضايا المسلمين سواء كان سنة أو شيعة^١، وفي حالة عدم وجود نص في القانون يعالج القضية فيرجع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا القانون، أي الرجوع إلى كتب الفقه ودون التقيد بمذهب معين^٢، ويذكر بأنه كان لـ"نزيهة الدليمي" التي كانت عضوة في الحزب الشيوعي العراقي منذ عام ١٩٤٨م دور كبير في صياغة هذا القانون^٣.

هذا القانون -الذي صدر بإرادة الانقلابيين المتنفذين في السلطة- رفض من قبل غالبية الشعب العراقي، كما رفضته الحركات الإسلامية والمراجع الدينية السنية والشيعة آنذاك^٤، بسبب إلغائه للقضاء المذهبي وكذلك لإحتوائه على مواد تتعارض صراحة مع الشريعة الإسلامية كالمساواة بين الذكر والأنثى في الميراث ومنع تعدد الزوجات، وغيرها^٥.

موقف القانونيين من القانون:

تباينت مواقف رجال القانون إزاء هذا القانون ما بين معارض ومساند وثالث توسط بينهما، وكل له ما يبرره موقفه.

١. **المعارض:** يرى أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ قد فرض على العراقيين سنة ١٩٥٩م من قبل سلطة سياسية غير شرعية-جاءت عن طريق الانقلاب- دون

^١ انظر المراجع -أعلاه- نفسها.

^٢ انظر المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م. انظر قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م، (بغداد: مكتب الصباح للدعاية والنشر، ط ٦، ١٩٩١م)، ص ٢٤.

^٣ انظر الموسوعة الالكترونية الحرة، ويكيبيديا: مفتاح البحث (نزيهة الدليمي)، تاريخ الزيارة ١٨-٧-٢٠١٣: <https://ar.wikipedia.org>

^٤ انظر الجراح، حيدر، صفحات من تاريخ العراق السياسي، مجلة النبأ، العدد ٥١، تشرين الثاني ٢٠٠٠م، تاريخ الزيارة ١٨-٧-٢٠١٣: <http://annabaa.org/nba51/iraq.htm>

^٥ انظر الموسوعة الالكترونية الحرة، ويكيبيديا: مفتاح البحث (أحمد الزهاوي، حركة ٨ شباط ١٩٦٣)، تاريخ الزيارة ١٨-٧-٢٠١٣: <https://ar.wikipedia.org>

الشعب عام ٢٠٠٥م، ونتيجة كانت قبول الدستور من قِبَل غالبية الشعب، ولقد تضمنت هذا الدستور المادة ٤١ المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي جاء فيها: "العراقيون أحرار في الائتم بأحوالهم الشخصية-، حسب ديانتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون".

المادة أعلاه أحدثت ردود فعل متناقضة بين الباحثين في قانون الأحوال الشخصية والقضاة والهامين والمثقفين من أبناء المجتمع العراقي، منهم من رأى فيها تطوراً تشريعياً في مجال الأحوال الشخصية وربح بها، ومنهم من عارضها ورأى بأن من شأن هذه المادة تثنيته وترسيخ الطائفية، ومنهم من رأى فيها دعوة إلى الوفاء إلى العهد الملكي-قضاء المذاهب-، أذنا رأي بعض السادة القانونيين حول المادة ٤١ من الدستور: وقد تقسمت الآراء حول هذا القانون إلى:

أولاً: الاتجاه المساند: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن المادة ٤١ من الدستور تولى مهمة لإرادة العراقيين في اختيار ما يجب تطبيقه عليهم في أحوالهم الشخصية، حيث أمّا لم تلتزمهم بإتباع أديانهم ولا مذاهبهم ولا معتقداتهم كما كان عليه في الدستور الملكي لعام ١٩٢٥م، لذا فهذه المادة فرصة جيدة للعراقيين لكي يقوموا بتطوير الأحكام التي يخضعون لها في أحوالهم الشخصية وصياغتها وتعديلها وفق التطور والرقي الذي وصل إليه المجتمع العراقي بكافة أطيافه ومكوناته.^١

إن الحرية التي وردت في المادة (٤١) لا تعني أن لكل شخص الحرية في اختيار ما يشاء من الأحكام لتطبيق عليه، وإنما هي حرية الجماعات والطوائف التابعة لمذهب أو معتقد معين، لتحديد أحكام خاصة بهم تطبق عليهم في أحوالهم الشخصية، وهذا يمكن عمله من خلال ممثلي هذه الجماعات والطوائف في المجالس التشريعية مثلاً أو من خلال علماء ورجال دين المذهب، وهذا ما ذهب إليه القاضي رجم حسن العكيلي.^٢

^١ انظر العكيلي، رجم حسن، مرجع سابق، (مرجع الكويون)

^٢ انظر المرجع نفسه، رجم حسن، مرجع سابق، (مرجع الكويون)

إزادتهم، وفيه الكثير من المواد التي لا يؤمن بها العراقيون، هذا ما ذهب إليه القاضي رجم حسن العكيلي.^١

٢. **المسائل:** يرى أن القانون مستمد من آراء المذاهب الفقهية دون تحيز، وأنه جاء نتيجة لجهود مصلحين وقضاة في أواخر العهد الملكي، وإن استقرار الأسرة العراقية كان الغاية من وراء صدور هذا التشريع، حيث أن تنوع مصادر القاضي في الماضي أدت إلى التناقض في الأحكام التي كانت تصدر من القضاء والنتيجة كانت عدم استقرار العائلة، هذا ما ذهب إليه الحامية بدور ركي.^٢

٣. **وسط -مساند ومعارض و آي واحد-:** حينما صدر القانون كان مستمداً مما هو متفق عليه في المذاهب الفقهية الإسلامية، وما استقر عليه القضاء العراقي، وكان قريباً مما هو عليه في قوانين البلدان الإسلامية الأخرى، ولكن كتمت صياغته وتشريعه في وقت قصير وهذا ما تسبب في تنظيمه لبعض المسائل بشكل مختصر ولم يوسع فيها، في حين كان من الضروري تفصيل ذلك، وأخرى لم ينظمها أصلاً، كما احتوى على مواد تعارض أحكام الشريعة الإسلامية مثل المساواة بين حصة الذكر والأنثى في الميراث، ورغم إجراء العديد من التعديلات عليه إلا أنه لا يزال بحاجة إلى تعديلات أخرى بسبب النقص والقصور في بعض المسائل، وهذا ما ذهب إليه حيدر حسين كاظم الشيرزي.^٣

قانون الأحوال الشخصية العراقي بعد سقوط النظام البعثي عام ٢٠٠٣م:

بعد سقوط النظام البعثي في العراق عام ٢٠٠٣م، تم تشكيل لجنة من مكونات المجتمع العراقي لصياغة الدستور الدائم، وبعد الانتهاء من المسودة تم عرضه للاستفتاء من قبل

^١ انظر العكيلي، رجم حسن، مرجع سابق، (مرجع الكويون)

^٢ انظر نجل، بدور ركي، مرجع سابق، (مرجع الكويون)

^٣ انظر الشيرزي، حيدر حسين كاظم، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين التقاضي والبيئي والتبدل، مرجع سابق، ص ١٩٧، ٢٠٨، ٢١٥. ملاحظة: أوردت اسم المرجع لوجود أكثر من مرجع لنفس الكاتب.

ثانياً: الاتجاه المعارض: أصحاب هذا الاتجاه يعارضون هذه المادة لعدة أسباب منها:

١. إن المادة ٤١ تعود بالعراقيين إلى الوفاء، أي إلى عودة الحاكم الشرعية للمذنبية التي كانت موجودة قبل صدور القانون الأحوال الشخصية الحالي، كما أمّا تناقض مع المادة ١٤ من الدستور نفسه، التي تنادي بالمساواة في الحقوق لأنه بتطبيق المادة ٤١ ستصدر أحكام مختلفة من المحاكم الشرعية بصدد قضية شرعية واحدة كالحضانة مثلاً وذلك نتيجة لتعدد القوانين المنظمة للأحوال الشخصية، والوضعية ستكون العائلة العراقية.

٢. **ترسيخ الطائفية بين أبناء المجتمع العراقي.**

٣. **صدور قوانين متناقضة مع الشريعة الإسلامية والدستور، لأن الشريعة الإسلامية هي الدين الرشي للدولة ومصدر أساسي للتشريع ولا يجوز سن أي قانون يخالفها، ولكن بتطبيق هذه المادة ستصدر قوانين لطوائف غير متدنية بدين سماوي تضمنت مواد مخالفة للشريعة الإسلامية، وهذا ما ذهب إليه كل من علي أحمد وساهرة حسين كاظم.^١**

الخلاصة: مما مضى، يتبين أن قانون الأحوال الشخصية في دولة العراق مرّ بعدة مراحل، ففي البداية لم يكن هناك تقييد وكانت أحكام الشريعة الإسلامية تطبق على جميع العراقيين دون التقييد بمذهب معين، ولكن بعد ذلك قيد القاضي بالمذاهب الأربعة وخاصة بالمذهب الحنفي، وتم تأسيس محاكم شرعية لمسائل الأحوال الشخصية في الدولة العثمانية -كانت العراق آنذاك جزءاً من الدولة العثمانية-، وفي عام ١٩٢٣م تم تأسيس محاكم شرعية للشريعة أيضاً، فأصبحت المحاكم مذهبية -سنية وشيعية، وتم تقييد حرية القاضي أكثر من ذي قبل بمجيء النظام الملكي إلى العراق، حيث فرض عليه الدستور

الملك لعام ١٩٢٥م أن يحكم بين المتخاصمين بموجب مذهبهم، واستمر هذا الوضع لحين صدور قانون الأحوال الشخصية الحالي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م الذي هو موضوع هذا البحث، حيث بصدر هذا القانون ألغى القضاء المذهبي وأصبح جميع العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص - العراقيين غير المسلمين- خاضعين له، وتميّت المحاكم الشرعية المذهبية التي كانت موجودة بمحاكم الأحوال الشخصية.

أثار قانون الأحوال الشخصية ردود فعل متباينة عند صدوره عام ١٩٥٩م، فلمرجعات الدينية والحركات الإسلامية آنذاك رفضته بسبب تعارض بعض مواد مع أحكام الشريعة الإسلامية، بينما اعتبره آخرون نقطة تطور تشريعي في مجال الأحوال الشخصية في العراق، والباحثون المعاصرون لم نفس الرؤية تقريباً حول القانون ولم يتعدوا كثيراً عن ردود الأفعال التي أثرت عند صدوره، فمنهم من أوضح إيجابيات القانون وتكلم في نفس الوقت عن سلبياته وقال بضرورة تعديله، ومنهم من ساندته وركز على إيجابياته، ومنهم عارضه وركز على سلبياته.

بعد سقوط نظام البعث عام ٢٠٠٣م، دخل قانون الأحوال الشخصية مرحلة أخرى وذلك بسبب إحتواء الدستور الدائم لعام ٢٠٠٥م على المادة ٤١ التي أعطت الحرية للعراقيين في اختيار ما يطبق عليهم دون إلزامهم بدين أو معتقد أو مذهب معين، وكما سبق بيانه فإن هذه المادة قسمت الباحثين وشراح القانون إلى اتجاهين.

الاتجاه المعارض: اعتبر هذه المادة بأنها تشكل خطورة على مسائل الأحوال الشخصية، وأما ترسيخ الطائفية كونها دعوة لعودة المحاكم المذهبية، في حين ذهب الاتجاه المساند إلى اعتبارها فرصة ذهبية للعراقيين بكافة أطيافهم ومذاهبهم للتقدم والرقي واعتبرت المادة التي تجسّد إحترام حقوق العراقيين في أحوالهم الشخصية وتحقق المساواة.

يرى الباحث أن النقد الموجه للمادة ٤١ من الدستور من قبل الاتجاه المعارض

في غير محله وغير منطقي للأسباب الآتية:

^١ انظر كاظم، ساهرة حسين، قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م المعدل، مرجع سابق، ص ١٥١. ملاحظة: أوردت اسم المرجع لوجود أكثر من مرجع لنفس الباحث. انظر عباس، علي أحمد، مرجع سابق، ص ٢٠٩-٢١٠.

عدم الاستقرار الذي يتكلمون عنه فسوف يكون على مستوى العراق بأسره، وهذا لا يعتبر عيباً للمشرع ولا للقضاء العراقي لأن المجتمع العراقي أصلاً مجتمع متعدد الأعراق والأطياف، أما الإدعاء بأن اختلاف الحكم في نفس القضية -كالخضاعة مثلاً- من مذهب إلى آخر يؤدي إلى عدم المساواة في الحقوق فهو غير صحيح أيضاً، لأن أتباع كل جماعة أو مذهب من الذين طالبوا بأن يحكمهم أحكام مذهبهم أو معتقداتهم، وهم الذين يبردون هذا الاختلاف في الأحكام ويرون أن ذلك حقهم، فضلاً عن العراقي السني يرى أنه من حق أن تطبق عليه الأحكام الفقهية المستمدة من المذاهب السنية ويرى من الظلم أن يفرض عليه الأحكام المستمدة من المذاهب الشيعية وبالعكس بالنسبة للعراقي الشيعي، عليه الحالفة هذه تحقق العدل ولا تعظم أي فرد أو طائفة عراقية.

المبحث الثاني: عناصر قانون الأحوال الشخصية العراقي.

مكونات القانون العراقي لا تختلف عما هو موجود في قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية من حيث الأساسيات، ولكن ربما يكون هناك اختلاف في مدى تناول الموضوع، بمعنى آخر: أن القانون العراقي والقانون القطري على سبيل المثال، كلاهما تناولوا موضوع الطلاق ولكن ربما يكون القانون العراقي قد تناوله بشكل موجز، في حين أن قانون الأسرة القطري تناوله بشكل مفصل وتطرق إلى جزئيات الموضوع. وقد يكون هناك اختلاف أيضاً في تبييض المواضيع، وكذلك في مدى الأخذ بأراء المذاهب الفقهية الإسلامية، فضلاً عن القانون العراقي يركز على الفقه الحنفي والجعفري واجتهاد المشرع نفسه، في حين نجد قوانين أخرى تركز على مذهب محدد بعينه. إضافة إلى ذلك، فإن القانون العراقي حاول جمع كافة الأبواب المتعلقة بالأحوال الشخصية التي وردت في الكتب الفقهية، وهذا ما يستتبع أكثر عند التطرق إلى عناصر القانون.

في هذا المبحث سنتناول الباحث ما يتضمنه قانون الأحوال الشخصية العراقي الناقد رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م من عناصر وبشكل موجز، كون هذا الفصل يكامله

أولاً: لأن وجود أكثر من قانون واحد ينظم الأحوال الشخصية في دولة تصنف بتعدد الأعراق والمذاهب كالعراق لا يعتبر عيباً لتشريعها وإنما هو نقطة إيجابية لها ودليل على إحترامها لحقوق الإنسان، حيث أن من أبرز حقوق الجماعات والأعراق في أي مجتمع، هو خصوصيتها لقانون موافق لما يؤمن بها من المعتقدات والتحديد فيما يخص مسائل الأحوال الشخصية، وإضافة إلى ذلك فإن العراقيين غير المسلمين لا يخضعون لقانون الأحوال الشخصية الحالي، وإنما يخضعون لأحكام معتقداتهم وليست هناك أية مشكلة تذكر.

ثانياً: القول بأن تعدد القوانين يؤدي إلى تعدد المحاكم غير صحيح وهو ليس أكثر من مجرد فرضية، فرغم تعدد الأعراق والطوائف والقوميات في العراق إلا أنه يوجد فقط نوعان من المحاكم للأحوال الشخصية، محكمة مواد الشخصية تنظر في قضايا العراقيين غير المسلمين رغم تعددهم وتنوعهم ويطلق عليهم أحكامهم الشرعية، ومحكمة الأحوال الشخصية للمسلمين سنة وشريعة ويطلق عليهم قانون واحد، لعلنا نرى أنه صدر قانونان للمسلمين أحدهما خاص بالسنة وآخر بالشريعة، فإنه هذه الحالة لا يمكن القاضي الشرعي في محكمة الأحوال الشخصية أن يطبق قانون المسلمين السنة على السنة وقانون الشيعة على الشيعة، وفي المناطق التي تتكون من السنة والشيعة، فإنه يمكن أن يكون هناك قاضيان أو أكثر في محكمة واحدة، يفصل القاضي الشيعي دعاوي الشيعة والقاضي السني دعاوي السنة. والجدير بالذكر، أنه رغم وجود القضاء المذهبي في العهد الملكي لكن لم يكن هناك مشكلة تذكر، بل العكس حينما صدر قانون الأحوال الشخصية الحالي عام ١٩٥٩م الذي ألغى القضاء المذهبي ثار غضب ورفض المرجعيات الدينية له.

ثالثاً: إن ما ذهب إليه المعارضون للمادة ٤١ من أن عدم استقرار الأحكام القضائية، نتيجة لتعدد القوانين يؤدي إلى عدم المساواة في الحقوق رأيت بعيد عن الصواب، لأنه في كل مذهب سيكون هناك استقرار وذلك لوجود قانون واحد يستند إليه القاضي، أما

يعتبر مجرد خلفية لموضوع البحث حتى يكون لدى القارئ فكرة حول ما موجود في القانون بشكل عام، وسيستغرق البحث إلى عناصر القانون حسب الترتيب الموجود في القانون.

هذا القانون يتضمن أربع وتسعون مادة موزعة على تسعة أبواب، يبدأ بالأحكام العامة ثم بابال الأول الخاص بموضوع الزواج ثم ينتهي بالبواب التاسع الخاص بأحكام الميراث، وبعض هذه الأبواب موزعة على فصول.

أولاً: الأحكام العامة. المواد (٢-١)

هاتان المادتان تبيّنان المسائل والأشخاص الذين تسري عليهم هذا القانون، والمرجع الذي يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي يطبق على القضية المعروضة أمام المحكمة، كما تبيّنان المصادر الثانوية التي يمكن للقاضي اللجوء إليها لغرض الاسترشاد عند صدور حكمه في القضية، وأخيراً تتعرض المادتان إلى موضوع تنازع القوانين من حيث المكان.

ثانياً: الباب الأول: الزواج. المواد (٣-١١)

هذا الباب يتضمن أربعة فصول. الفصل الأول، خاص بالزواج والخطبة. وقد تم تناولها من خلال المادة (٣)، وهذه المادة تتضمن تعريف الزواج، حكم الوعد بالزواج والخطبة وقراءة الفاتحة، شروط الزواج وأكثر من واحدة وعقوبة المخالف لهذه الشروط. أما الفصل الثاني، فيتناول أركان عقد الزواج وشروطه، في المواد (٤-٦). وهذه المواد تتضمن أركان عقد الزواج، شروط الانعقاد والصحة وبيان حكم الوكيل في إبرام عقد الزواج وكذلك حكم الشروط المنسوبة للمدرجة في عقد الزواج.

فيما يتعلق بالفصل الثالث، فإنه ينظر إلى الأهلية، ويتناولها من خلال المواد (٧-٩). وهذه المواد تطرقت إلى شروط أهلية الزواج في العقاديين، كما أشارت إلى حالة العاقد المريض عقلياً والعاقد الذي لم يكمل سن أهلية الزواج، وفي النهاية تبين عقوبة

الأقارب والأغيار الذين يكرهون العقاديين أو أحدهما ذكراً كان أو أنثى على الزواج دون رضاه. وأخيراً، فإن الفصل الرابع، خاص بتسجيل عقد الزواج وإثباته، وتناول من خلال المادتين (١٠، ١١)، هذين المادتين تتضمن بيان إجراءات عقد الزواج، الوثائق اللازمة لإبرامه، عقوبة العاقد الذي يرم عقد زواجه خارج المحكمة وحكم الرجل الذي يقر لامرأة بأنها زوجته وبالعكس.

ثالثاً: الباب الثاني: الحرمان وزواج الكتابيات. المواد (١٢-١٨)

هذه المواد تبين أسباب الحرمان وأقسامه، ثم عددت النساء التي تحرم على الرجل بسبب النسب، المصاهرة والرضاع، ثم حكم زواج المسلم بكتابية وزواج المسلمة بغير مسلم واختتم ببيان أثر إسلام أحد الزوجين على عقد زواجهما.

رابعاً: الباب الثالث: الحقوق الزوجية وأحكامها. المواد (١٩-٣٣)

أما هذا الباب فقد توزع على فصلين. الفصل الأول، يتناول المهر ويخصص له المواد (١٩-٢٢)، هذه المواد تنظر في موضوع المهر وأحكامه، مثل بيان الحالات التي تستحق فيها الزوجة المهر المسمى أو مهر المثل، وحالات استحقاقها كامل المهر أو نصفه وحكم تسجيل المهر وتأجيله وغير ذلك. أما الفصل الثاني، فخاص بنفقة الزوجة، وقد تناول المشرع من خلال المواد (٢٢-٣٣). تتضمن هذه المواد أحكام نفقة الزوجة، مثل بيان ما يشمل عليه نفقة الزوجة، الحالات التي لا تستحق فيها الزوجة النفقة الزوجية، معيار تقدير النفقة، زيادة النفقة ونقصها، كما تطرقت إلى أحكام المطالبة وتشوز الزوجة.

خامساً: الباب الرابع: انحلال عقد الزواج. المواد (٣٤-٤٦)

هذا الباب مقسم إلى ثلاثة فصول، في الفصل الأول، تناول المشرع أحكام الطلاق من خلال المواد (٣٤-٣٩)، وقد بدأت هذه المواد بتعريف الطلاق، ثم حكم الركالة في إيقاع الطلاق، ثم بيان الأشخاص الذين لا يقع طلاقهم، وبعدها تبين عدد الطلقات التي يملكها الزوج، ثم أقسام الطلاق وفي الختام، يتضمن حالات تعويض المطلقة

المبحث الثالث: تعديلات قانون الأحوال الشخصية العراقي.

كون القانون العراقي قد صدر منذ أكثر من نصف قرن، فإن العديد من التعديلات قد أجريت عليه لكي يناسب متطلبات المجتمع، وبعضها لم يكن لاستيعاب ومواجهة مشاكل المجتمع، وإنما لفرض توجهات القيادة السياسية الحاكمة أو آراء منظمات المجتمع المدني التابعة لها. يتناول هذا المبحث التعديلات التي جرت على القانون من قبل المشرع العراقي أولاً ثم الكردستاني ثانياً،^١ وسيبدأ الباحث تناول التعديلات حسب تاريخ إجراء التعديل.

تعديلات المشرع العراقي:

١. في ١٨/٣/١٩٦٣ أجري أول تعديل على قانون الأحوال الشخصية العراقي، وبموجبه تم تعديل أسباب التحريم -الموضوع متعلق بالحرمان من النساء-، كما تم إضافة الباب التاسع المتعلق بأحكام الميراث إلى القانون مشتملاً على المواد (٨٦-٩٠)، بموجبه تم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص الميراث بعد أن كانت مناقضة لها في ظل حكومة قاسم^٢.

٢. التعديل الثاني أجري في ١١/٢/١٩٧٨، يعتبر هذا التعديل منعطفاً تاريخياً في مسيرة التعديلات التي أجريت على القانون. وقد تضمن هذا التعديل إحدى عشرة مادة، حاول المشرع من خلالها إعادة صياغة مجمل مواد القانون صياغة دقيقة، وإضافة مواد جديدة لسد الثغرات التي كانت موجودة في متن القانون، وشمل هذا التعديل

^١ إقليم كردستان يقع في شمال العراق، وهو جزء من دولة العراق الاتحادية، الكورد يشكلون أكثر من ٩٠% من سكانه، هذا الإقليم يدير نفسه بنفسه منذ تاريخ سحب المؤسسات من الحكومة المركزية عام ١٩٩١، له السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية، وأن الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ أقرّ بهذا الوضع القائم وأثبت ذلك في مواد الدستور.

^٢ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (١١) لسنة ١٩٦٣. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ٢٣-١-٢٠١٤:

٨. في الشهر الأول من عام ١٩٨٦ قام المشرع بتعديل آخر، واستأد هذا التعديل فإن إصرار أحد الزوجين بالأخر، أو بأولاهما يعتبر من الحالات التي يجوز فيها للزوج الآخر طلب التفريق. وفي نهاية حزيران من العام نفسه، عدّل المشرع الفقرة التاسعة من المادة ٥٧ الخاصة بالحضانة وموجبه تم التفريق أو التمييز بين حالتين، حالة فقدان الأب شروط الحضانة وحالة وفاة الأب وزواج الأم الحاضنة ثانية، في حين لم يكن هناك تمييز بين الحالتين قبل التعديل وكان حكمهما واحداً.^١

٩. بتاريخ ١٩٨٧/٩/٥ طرأ على قانون الأحوال الشخصية تعديل آخر، حيث أضيفت الفقرة الثانية إلى المادة الثامنة من القانون، وموجبها أجاز المشرع للقاضي أن يأذن للعقود الذي بلغ خمسة عشر سنة بالزواج، إذا كان هناك ضرورة قصوى تدعو لذلك ولكن بشرط تحقق البلوغ الشرعي والقدرة البدنية. وفي ١٩٨٧/١٠/٣١، أي بعد أقل من شهرين فقط أجري تعديل آخر على القانون وموجبه لا يسقط حضانة الأم لأولادها إذا تزوجت وإنما المحكمة هي التي تقر بقاء الحضانة معها من عدمه وفق مصلحة المصنفين.^٢

١٠. بموجب التعديل الذي أجري في حزيران من عام ١٩٩٤ أعطى لزوجات المفقود الذي استمر فقدها لأربع سنوات متتالية طلب التفريق من زوجها المفقود، ونصّ في الفقرة الثالثة من التعديل على "إذا عاد المفقود تسمت زوجته له ما لم تزوج ويتم

لتعديل الزوجات، وحصل هذا التعديل نتيجة للحرب العراقية-الإيرانية الذي قتل فيه عدد كبير جداً من خيرة شباب العراق.^٣

٥. في ١٩٨١/١٢/٧ أضاف المشرع العراقي جملة إلى آخر الفقرة الثانية من المادة ٤٠ وموجبها أصبح قيام الزوج بفعل اللواط مع الزوجة بأي وجه من الوجوه من قبيل الحياة الزوجية، ويحق للزوج الآخر طلب التفريق.^٤

٦. في الثلاثين من آذار عام ١٩٨٣ أجري التعديل الثامن على القانون، وموجبه أضيفت الفقرة الرابعة إلى المادة التاسعة والثمانون وأصبح بعد هذا التعديل قوة الأخت الشقيقة في المحجب -اليراث- مثل قوة الأخ الشقيق.^٥

٧. في شهر حزيران من عام ١٩٨٥ ولغرض حماية الزوجة من الطلاق التعسفي، أضيفت الفقرة الثالثة إلى المادة التاسعة والثلاثون وموجبها يفرض على الزوج الذي يطلق زوجته تعسفاً مبلغاً من المال. وبعد ثلاثة أشهر فقط من هذا التعديل أجريت تعديل آخر على القانون وبالتحديد في ١٩٨٥/٩/٢١ وموجبه أضيفت الفقرة ثالثة إلى المادة الثالثة والأربعون وتتضمن حق الزوجة طلب التفريق من زوجها المقدم خارج العراق والشروط التي يجب توفرها في هذه الحالة.^٦

^١ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (٥) لسنة ١٩٨٦، انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (٦٥) لسنة ١٩٨٦، انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع نفسه.

^٢ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٧، انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٧، انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع نفسه.

^٣ انظر قانون التعديل الرابع لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٠. انظر قانون التعديل الخامس لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (١٥٦) لسنة ١٩٨٠. انظر قانون التعديل السادس لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (١٨٩) لسنة ١٩٨٠. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع السابق. (مرجع الكتوي).

^٤ انظر قانون التعديل السابع لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (١٢٥) لسنة ١٩٨١. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع نفسه.

^٥ انظر قانون التعديل الثامن لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (٣٤) لسنة ١٩٨٣. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع نفسه.

^٦ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (٥١) لسنة ١٩٨٥. انظر مجلس قيادة الثورة رقم (١١٣٨). انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع السابق. (مرجع الكتوي).

١٩٩٢/٨/٣١ والذي بموجبه لا ينقذ القوانين والتعليمات والقرارات والأظمة التي صدرت من المشرع العراقي بعد تاريخ سحب المؤسسات الحكومية المركزية من الإقليم في ١٩٩١/١٠/٢٣ والتي تستصدر بعد ذلك، إلا بعد عرضها على برلمان كردستان وموافقتها عليها، وأن الوضع القانوني هذا تم إقراره من قبل الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥، وبناء على ذلك فإن جميع التعديلات التي أجريت على قانون الأحوال الشخصية بعد تاريخ ١٩٩١/١٠/٢٣ لا تنقذ في الإقليم.^١

١. بتاريخ ٢٠٠١/٦/٣٠ صدرت مجموعة قوانين دفة واحدة من قبل (المجلس الوطني لكردستان-العراق)، القوانين رقم (٦، ٨، ١٠، ١١) لسنة ٢٠٠١، وكل قانون من هذه القوانين الأربعة عدّل جانباً معيناً من قانون الأحوال الشخصية العراقي، فالقانون رقم (٦) تضمن تشديد عقوبة الرجل الذي يرم عقد زواجه خارج المحكمة، أما القانون رقم (٨) فتضمن زيادة مبلغ التعويض للزوجة في حالة الطلاق التعسفي، وبخصوص القانون رقم (١٠) فإن الزوج يجب أن يتوفر لديه شروط تعدد الزوجات وإن كانت الزوجة الثانية التي يريد الزواج منها أمثلة، أي تم تعدد الزواج من الأمثلة استثناء من القاعدة العامة، وأخيراً القانون رقم (١١) تناول موضوع نفقة الأولاد واعتبرها ديداً في ذمة الولد من تاريخ ائتماعه وليس من تاريخ إقامة الدعوى.^٢

٢. في ٢٠٠٨/١٢/٣٠ صدر القانون رقم (١٥) من قبل المشرع الكردستاني وموجبه عدّل قانون الأحوال الشخصية بتجمله دفة واحدة. هذا القانون يتضمن ثمانية وعشرون مادة، ومن خلال هذه المواد حاول المشرع تحديث قانون الأحوال

دخول الثاني بما حقيقة غير علم بمحبة الأول.^٣ وبمعدسة أشهر من هذا التعديل وبالتحديد في ١٩٩٤/١١/١٠ عاد المشرع مرة أخرى وألغى الفقرة الثالثة المذكورة آنفاً.^٤

١١. في ١٩٩٩/٧/٢ أجري تعديل آخر على القانون، حيث يحق للزوج إسكان ولده من غيرها - كما قلته عن زوجته التي توفيت- في دار الزوجية، كما فرض المشرع على الزوج إسكان أبنوه أو أحدهما في دار الزوجية دون أن يكون للزوجة حق الاعتراض على ذلك، إضافة إلى ذلك لم يعد للزوجة حق طلب نفيها الماضية لأكثر من سنة واحدة. وفي ١٩٩٩/٧/٢٤ أي بعد أقل من شهر واحد عاد المشرع مرة أخرى وأجري تعديلاً آخر على التعديل السابق، وذلك بإضافة فقرة جديدة إلى المادة السادسة والعشرون، وموجبها يحق للزوج أن يسكن في دار الزوجية من هو مسؤول عن إعطائه شراً ولكن دون أن يلحق ضرراً بالزوجة.^٥

تعديلات المشرع الكردستاني:

بدأ المشرع الكردستاني عمله بعد ١٩٩١/١٠/٢٣ أي بعد قيام الحكومة المركزية لصدام حسين بسحب مؤسساتها الحكومية من إقليم كردستان، حيث أجريت انتخابات عامة في الإقليم في ١٩٩٢/٥/١٥ وموجبها تم تأسيس أول سلطة تشريعية للإقليم تحت أسم (المجلس الوطني لكردستان-العراق) والمسمى حالياً بـ (برلمان كردستان)، وفي أول جلسة له صدرت العديد من القوانين والقرارات ومن ضمنها القرار رقم (١١) في

^١ قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (٨) لسنة ١٩٩٤. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع السابق. (مرجع الكتوي).

^٢ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٤. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع نفسه.

^٣ انظر قانون التعديل الخامس عشر لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩. انظر قانون التعديل السادس عشر لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٩. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، المرجع نفسه.

^١ انظر البراز، عمال كيان، أحكام ومواد القوانين والقرارات المنفصلة بالأحوال الشخصية الفاتحة في إقليم كردستان العراق، (أريل: مطبوعات المجلس الوطني لكردستان العراق، لجنة الشؤون القانونية ٥٦، ٥٦، ٢٠٠٩، ١١، ٥-٦).

^٢ انظر جريدة الوقائع الكردستانية، العدد ٢٠٠١/٨/١٩، ١٣-٩.

مضي خمس عشرة سنة، أي في عام ١٩٧٨ أدرجت التعديل على الكثير من مواد القانون سواء بالإضافة أو إعادة الصياغة وغير ذلك.

من عام ١٩٧٨ ولغاية عام ١٩٨٧ -تسع سنوات متتالية- أجرى المشرع العراقي العديد من التعديلات على القانون باستثناء عامي ١٩٨٢ و ١٩٨٤ حيث لم يجر أية تعديلات خلال هذين العامين، وبعد ذلك توقف المشرع عن تعديل القانون لمدة سبع سنوات، في عام ١٩٩٤ أجرى تعديلين آخرين على القانون وترك القانون على حاله إلى عام ١٩٩٩ أي أن القانون بقي خمس سنوات دون تعديل، كما أن القانون منذ ١٩٩٩ وحتى الآن لم يجر عليه أي تعديل رغم الحاجة لذلك.

وتمهً دليل آخر على عدم وضوح الرؤية لدى المشرع العراقي بخصوص قانون الأحوال الشخصية، هو أنه في بعض الأحيان ترك القانون لعدة سنوات دون تعديل، في حين قام بتعديل القانون مرتين أو ثلاثاً في سنة واحدة، وفي التعديلين اللذين أجريا عام ١٩٩٩ كانت الفترة بينهما أقل من شهر وكانت بخصوص المادة نفسها.

أما المشرع الكردي فإنه رغم قوة خبرته مقارنة بالمشرع العراقي إلا أن أداءه كان أفضل، فإنه في ٣٠/٦/٢٠٠١ أصدر أربع تعديلات جملة واحدة على القانون، وفي عام ٢٠٠٨ قام بتعديل مجمل القانون دفعة واحدة، وهذا دليل على وضوح رؤية المشرع الكردي في تعديل القانون بين فترة وأخرى بمجموعة تعديلات دفعة واحدة، وليس كالمشرع العراقي الذي ترك القانون دون تعديل لمدة خمس عشرة سنة ثم عدّل القانون مرتين في أقل من شهر وبخصوص نفس الموضوع.

الشخصية بما يناسب متطلبات المجتمع الكردي، ولهذا شغل التعديل العديد من عناصر القانون، والعناصر التي شملتها التعديل كان ما يلي:

أ. تعريف الزواج، التشديد على تعدد الزوجات، أهلية الزواج، زواج المريض عقلياً، زواج من لم يكمل سن الرشد، إعطاء الأم الحاضنة ولاية النكاح، عقوبة الأقارب والأعبار في حالة إكراههم للعائد ذكرًا كان أو أنثى على الزواج بغير رضاه، وثائق عقد الزواج، تشديد عقوبة الرجل الذي يرم عقد زواجه خارج المحكمة.

ب. نفقة الزوجة، النشوز، وموجب التعديل لم يعد النشوز فاصراً على الزوجة فقط وإنما الزوج قد يكون ناشراً أيضاً، ثم بيّن الحالات التي يعبر فيها أحد الزوجين ناشراً، ومطالبة الزوجة.

ت. تعريف الطلاق، الاعتراف بالوكالة في إيقاع الطلاق إذا كان هناك مانع من حضور أحد الزوجين، عدم إيقاع الطلاق إلا بحضور شاهدين، الطلاق الرجعي، زيادة مبلغ التعويض عن الطلاق التمسعي بحيث لا يقل عن نفقتها لمدة ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات، إلزام حكومة الإقليم بتوفير مرتب شهري للمطلقة حين إيجاد عمل لها أو زواجها، الحالات التي يجوز فيها للزوجة طلب التفرقة، وسائل إثبات التفرقة، المخلع وأحكامه.

ث. نفقة العدة، الوصية الواجبة، الميراث^١.

الخلاصة: مما سبق يتضح بأن المشرع العراقي ليس لديه خطة أو ديناميكية معينة لتحديث وتطوير قانون الأحوال الشخصية، ويستنتج ذلك من أنه لم يكن لديه مدة أو فترة معينة لمراجعة القانون وتعديله، وإنما عدّل القانون خلال فترات عشوائية وغير مرتجة، فاقانون بعد ثلاث سنوات من إصداره في عام ١٩٥٩ عدّل لأول مرة في ١٩٦٣ في عهد الرئيس الجمهوري الأول عبد السلام عارف، ولم يجر عليه أي تعديل آخر إلا بعد

^١ نفاة جريدة الوقائع الكردستانية، العدد ١٩، ١/٨/٢٠٠١، ص ٩-١٣.

الفصل الثاني حقيقة الحضنة

المبحث الأول: مفهوم الحضنة وحكمتها ومشروعيتها.

المطلب الأول: مفهوم الحضنة.

الفرع الأول: الحضنة لعد.

الفرع الثاني: تعريف الحضنة في التشريع العراقي.

الفرع الثالث: تعريف الحضنة في القضاء العراقي.

الفرع الرابع: تعريف الحضنة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.

الفرع الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الحضنة.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الحضنة.

المبحث الثاني: تكييف الحضنة .

المطلب الأول: تعريف الحق والواجب.

المطلب الثاني: تكييف الحضنة.

الفرع الأول: تكييف الحضنة في التشريع العراقي.

الفرع الثاني: تكييف الحضنة في القضاء العراقي.

الفرع الثالث: تكييف الحضنة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.

الفرع الرابع: قراءة تحليلية مقارنة.

الفصل الثاني حقيقة الحضنة

لاشك أن موضوع الحضنة من المواضيع الفقهية الشرعية والقانونية المثيرة للجدل، حيث شرعت أو فُتنت لها أحكام كثيرة من أجل تنظيمها وحل المشاكل التي تُحدث بشأها، والفقهاء سواء كانوا في الشريعة أو القانون لهم آراء اجتهادية مختلفة حولها، وعليه، فقبل الدخول في هذه التفاصيل لا بد من التطرق إلى تعريف الحضنة، ومشروعيتها وتكييفها والحكمة من تشريعها. ولهذا سيوزع هذا الفصل على مبحثين، الأول يتناول مفهوم الحضنة وحكمتها ومشروعيتها، وهذا المبحث يتألف من ثلاثة مطالب، أما المبحث الثاني فيتناول تكييف الحضنة، ويتألف من مطلبين. في المبحث الأول سيتناول الباحث مفهوم الحضنة من خلال أربعة فروع. في الأول، تعريف الحضنة لعد. وفي الثاني، تعريفها من خلال التشريع العراقي. وفي الثالث، تعريفها لدى القضاء العراقي. وأخيراً، تعريفها لدى المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.

المبحث الأول: مفهوم الحضنة وحكمتها ومشروعيتها.

المطلب الأول: مفهوم الحضنة.

الفرع الأول: الحضنة لعد:

لكلمة أو مصطلح "الحضنة" التي جاءت من المصدر (حَضُنْتُ) لها عدة معاني من الناحية اللغوية، أهمها:

- **الولاية:** الولاية على الطفل لترتيبه وتديريته شئونه "حملت هذه الأم تبعه حضانه ولديها".^١
 - **الاستبداد والانفراد بالشيء:** "خضنت الرجل عن هذا الأمر خضناً وخضانة، إذا خنته عنه واستبدت به وانفردت به دونه كأنه جعله في جِيشٍ منه أي جانب".^٢
 - **حبس الشيء:** "خضنته عن كذا مثله، والاسم الخضن".^٣
 - **الاحتضان والمبع والحجب:** "خضن الرجل عن الأم يخضنه خضناً وخضانة واحتضنه خزله دونه ومنعه منها؛ خضت فلاناً عما يريد أخضته خضناً وخضانة واحتضنته إذا منعه عما يريد. وفي حديث ابن مسعود حين أوصى فقال: ولا تخضن زيب عن ذلك، يعني امرأته، أي لا تحجب عن النظر في وصيته وانفادها، وقيل: معنى لا تخضن لا تحجب عنه ولا يقطع أمره دولاً".^٤
 - **الكفالة:** "في حديث عروة بن الزبير: عجبتم لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا خضناً لأبناء الملوك أي مربيين وكافلين، وخضان: جمع حاضن لأن المرابي والكافل يضن الطفل إلى جِيشه".^٥
- من خلال ما سبق ساد (خضن) يتضح أن الحضانه في اللغة تعني "الولاية على الصغير بهدف حفظه وكفالاته وصيانه ورعايته وترتيبه وتديريته شئونه".

- **الصدر والعضدان:** "الجِشْرُ) دون الإبط إلى الكشح وهو الحصر أو يقصد به الصدر والعضدان".^٦
- **الضم:** "خضنت المرأة ولدناً وخضانة، إذا ضمتها إلى نفسها أي إلى حضنها".^٧
- **المؤونة والتريبة:** "الخضانة (بفتح الحاء"، حضرت الصبي حضانه: حملت مؤونته وترتيبه".^٨
- **حفظ الشيء وصيانته:**^٩
- **حضن:** "حضن بمعنى، تعهد، أعتق، أهتم به".^{١٠}
- **حضنة:** "ما يحضن ويحمل بين الذراعين، أو بمعنى عنق أي المعانقة".^{١١}
- **الحجب:** "الحضن بكسر الحاء وجمعه أحضان وهو الحجب لأنها تضمه إلى حضنها يقال أحضنت الشيء جعلته في حضني وحضنت الصبي".^{١٢}
- **احضن الشيء:** "نوى رعايته والدِّقاع عنه".^{١٣}

^١ عبد القادر، نجد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ نجده، (صيدا: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، ط ١٩٩٩م)، ص ٧٥.

^٢ عبد القادر، نجد بن أبي بكر، مرجع سابق، ص ٧٥.

^٣ البجلي، نجد بن أبي الفتح بن أبي الفضل، لطلع على ألفاظ المتحقيق: عمود الأرباب وياسين عمود الخطيب، (دم: مكتبة السوادى للتوزيع، ط ٢٠٠٣م)، ص ٤٣٢.

^٤ الرازي، أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الجزء الثاني، (دم: دار الفكر، ط ١٩٧٩م)، ص ٣٣.

^٥ ذؤيب، ينهارت بيزان، تكملة المعاجم العربية، ترجمة وتعليق: نجد سليمان العيسى ومجال الخطيب، ج ١، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، ط ٢٠٠١م)، ص ٢٢٨.

^٦ المرجع نفسه.

^٧ النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق: عبد الغني النجدي، (دم: دار القلم دمشق، ط ١٩٨٠م)، ص ٢٦١.

^٨ عمر، أحمد مختار عبد الحميد (مساعدة فريق عمل)، معجم اللغة العربية المعاصرة، الجزء الأول، (دم: عالم الكتب، ط ٢٠٠٨م)، ص ٥١٥.

الفرع الثاني: تعريف الحضانه في التشريع العراقي.

انقسم الباحثون في القانون العراقي، بخصوص تعريف الحضانه في التشريع العراقي إلى فريقين، الفريق الأول يرى: بأن القانون العراقي لم يأتي "بتعريف واضح" للحضانه،^١ ومفهوم المتألفة هذا الكلام يعبر أن هناك تعريف في متن القانون ولكنه مبهم أو يعتبره الغضوب، بينما ذهب الفريق الآخر إلى أن القانون لم يأتي بأي تعريف مطلقاً. وهذا ما يبرحه وميل إليه الباحث، ودليل ذلك، هو أن الذين رأوا بأن القانون لم يأتي بتعريف واضح لم يشيروا إلى أية فقرة من فقرات المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية كسند لرأيهم على أنه تعريف ولكنه غير واضح، كما لم يورد أي باحث في بحثه بأن التعريف الفلاني هو التعريف الذي نص عليه المشرع في القانون.

ورغم خلو القانون العراقي من تعريف الحضانه إلا أنه عند التمعن في الفقرة الأولى من المادة (٥٧) التي تتناول موضوع الأحقية أو الأفضلية في الحضانه " الأم أحق بحضانه الولد وترتيبه وأن قيام الزوجية وبعد الفقرة مالم يتضرر المحضون من ذلك"،^٢ يستنبط منها بأن مفهوم الحضانه لدى المشرع هو تربية الولد، و"التربية" كما جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة، هي تقيق وتغذيب وتأديب وتنمية القوى الجسمية والعقلية والحلقية للولد.^٣

وجدير بالذكر، أن القانون العراقي رغم عدم ذكره تعريف خاص بالحضانه في متن القانون إلا أنه عرفها في مقدمته التعديلي الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي التي بينت الأسباب الموجبة لهذا التعديل.

ولكن قبل ذكر هذا التعريف، يبدو من الأهمية بمكان، بيان فيما إذا كان إدراج تعريف الحضانه أو غيرها من التعريفات في متن القانون أو عدم إدراجها أفضل.

وفيما يتعلق بهذا الموضوع فقد برز اتجاهان متغايران، اتجاه يقول بعدم إدراجها في القانون، وتركها لأهل الفقه والشريعة لأن إيراد التعريفات في متن القانون ليس من اختصاص المشرع وإنما هو من مهمة الفقهاء، وهذا ما ذهب إليه حميد سلطان وآخرون.^٤

أما الاتجاه المخالف، ف يرى بأن تفتين كافة الجوانب المتعلقة بموضوع يتناولها القانون قدر الإمكان، وسد القصور والفراغ أفضل، وهذا ما ذهب إليه الشمرى حيدر، حيث يقول: إن من إحدى المآخذ على قانون الأحوال الشخصية العراقي إحتواؤه على مواد الإحالة على القوانين والشريعات الأخرى، لسد القصور أو الفراغ الموجود في القانون، ومن تلك المواد التي تشير إلى الإحالة، الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون التي نصت على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون، عند عدم وجود نص تشريعي يحكم القضية المعروضة، يتابع الشمرى قائلًا: فهذه حالة مطاطية وذات مدى بعيد ويرجع ذلك إلى عدم فهم أصول الفقه الإسلامي من قبل معظم القضاة، كما يقول إن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وبموجبها المائل من المصادر والمراجع مباشرة دون تفتين وتشريع، يجعل القضاء يصدر قرارات واجتهادات مختلفة.^٥

كلام الشمرى سالف الذكر، غير خاص بتعريف الحضانه وإنما هو رأيه وتصوره العام حول مجمل قانون الأحوال الشخصية، ولكن يفهم من كلامه أن إدراج تعريف للحضانه ضمن مواد القانون أفضل، لأنه يوفر الجهد للقاضي، كما يعدهه عن الخلاف الدائر بين

^١ انظر علي، حميد سلطان، وفياض، عباس حسين، مرجع سابق، ص ٢٦٤. نغلاً عن قاضي محكمة جح دعوك السيد حسين صباح إبراهيم، مرافعة، اب ٢٠١٣. عملاً أن السيد القاضي لا أكثر من خمسة سنوات عمل في مهام الأحوال الشخصية في بغداد ودعوى. نغلاً عن نائب المدعي العام السيد عبد الرحمن سليمان أحمد، مرافعة، اب ٢٠١٣. عملاً أن السيد نائب المدعي العام لديه أربعة أعوام خدمة في مهام الأحوال الشخصية كمكاتب المدعي العام.

^٢ انظر الشمرى، حيدر حسين كامل، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين التفتين والبدلي، مرجع سابق، ص ٢٠١، ٢١٢.

لمن له حق الحضانة"^١. فقد جمعت هي أيضاً أركان الحضانة في تعريفها، كما وسّعت من دائرة المشمولين فيها، ولم تحصرها بالأطفال فقط وإنما ضمّت إليهم الكبار من المجانين والعجزة.

أخيراً، الناقد القانوني، وميض حامد الزبيدي عرّف الحضانة بأنها "حضانة الأم لأطفالها القاصرين الذين هم دون سن العشرة وفق القانون العراقي"^٢.

يلاحظ على هذا التعريف، بأنه عبّر عن ركن (عملية الحضانة) بـ (حضان) ولم يبيّن ما المقصود من ذلك بشكل واضح وصريح، ثم أنه حدّد الحاضن بالأم في حين قد لا يكون الحاضن بالضرورة أمّ المحضون، إضافة إلى ذلك تم حصر مدة الحضانة بأقل من عشر سنوات من عمر المحضون كونه يعرفها بموجب القانون العراقي، مع أن مدة الحضانة قد تصل إلى خمسة عشرة سنة، وإن كان إتمام عشر سنوات هو الأصل، وأخيراً فإنه لم يعتبر الكبار من المشمولين بالحضانة.

الخلاصة: أن قانون الأحوال الشخصية بشكل عام والمادة (٥٧) منه التي هي خاصة بأحكام الحضانة بشكل خاص، لم تتضمن تعريفاً محدداً للحضانة، لكن المشرع ذكر تعريفاً للحضانة ضمن الأسباب الموجبة للتعديل للثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي.

الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القضاء العراقي.

يلاحظ أن القضاء العراقي، سلك مسلك المشرع العراقي، حيث لم يذكر تعريفاً خاصاً بالحضانة في قراراته، لكن بالرجوع إلى بعض القرارات والتي هي في الأصل غير خاصة بتعريف الحضانة، يستنتج منها، بأن مفهوم الحضانة لدى القضاء العراقي هو

^١ عبد، بيداء كريم، مرجع سابق، ص ١٤.

^٢ الزبيدي، وميض حامد، الحضانة في القانون العراقي، ٢٠١٠م، موقع مركز الدكتور براء منذر كمال للبحوث

والدراسات القانونية، تاريخ الزيارة ١٧/٨/٢٠١٣: <http://braa.getgoo.us/t120-topic>

هذان التعريفان قد بيّنا أركان الحضانة الثلاثة، الحاضن والحضون وعملية الحضانة نفسها. ذكر الحاضن بشكل صريح في التعريف الأول والذي هو الأم أو غيرها بمعنى شخص آخر غير الأم وقد يكون ذكر أو أنثى، وإن فقهاء الحنفية ذكروا الأم أولاً لأنه في الغالب الأعم هي التي تقوم بحضانة ولدها، أما في التعريف الثاني فلم يذكرها شخصاً معيناً، وإنما قالوا "لن له حق الحضانة" وهذا أعم وأجمل.

أما الحضون فهو الصغير أو الصغيرة، أو الولد كما جاء في التعريف الثاني، واستناداً لهذين التعريفين فإن الحضانة تتعلق بالأطفال، وبذلك يكون قد أخرج الكبار من دائرة الحضانة سواء كانوا شيوخاً يحتاجون إلى رعاية أو مجانين أو معتمدين. أما عملية الحضانة فعُزرت عنها بتربية الصغير أو الولد والتي هي الهدف أو المغزى من الحضانة.

المذهب المالكي:

الحضانة: "هي حفظ الولد في مبيته وذمائه ومجيبه والقيام بمصالحه من طعامه ولياسه وتنظيف جسمه وموضعه"¹.

هذا التعريف أشار إلى عنصرين فقط من عناصر الحضانة، وهما الحضون (الولد) وعملية الحضانة (حفظ الولد في مبيته وذمائه و...). ولم ينطرق إلى الزكن الثالث والذي هو الحاضن، ومن خلال التعريف يتضح أن الحضانة قاصرة على الأطفال، ولكن ما جاء في منح الجليل من تعريف الحضانة يظهر بأنها تشمل الكبير أيضاً، حيث ذكر أن

¹ ألفندي، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الأثر في شرح ملقى الأجر، الجزء الأول، (م:د) دار إحياء التراث العربي، دط، (د:ت)، ص ٤٨٠.
^٢ ابن عابدين، محمد بن أحمد بن عمر، دار الحغار على الدر المختار، الجزء الثالث، (بيروت) دار الفكر، ط ٢، ١٩٩٢م، ص ٥٥٥.
^٣ ابن عرفة، محمد بن أحمد، حاشية المسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، (م:د) دار الفكر، دط، (د:ت)، ص ٥٦٦.

(التربية، الحماية ورعاية الصغير)، وهذا المفهوم غير بعيد عن الفقرة الأولى من المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية، ومن تعريف الحضانة الوارد ضمن الأسباب الموجبة للتعديل للثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ٢١ لسنة ١٩٧٨.

جاء في قرار صادر من محكمة تمييز العراق، "إذا كانت جدة الصغير مكفوفة البصر، فتعتبر غير قادرة على تربية الصغير وحمايته ولا يحق لها حضانته". فالحضانة هنا هي تربية الحضون وحمايته.

كما جاء في القرار رقم ٥٢٢/شخصية/٢٠٠٨ في ٢٩/١٠/٢٠٠٨ الصادر من محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، "...تنتقل الحضانة إلى الأب لتربيته ورعايته لأنه الأكثر قدرة على ذلك...". أما الحضانة هنا فعُزرت عنها المحكمة بالتربية والرعاية.

كما سبق يتضح، بأن القضاء العراقي لم يعرّف الحضانة في قراره التي أطلع عليها الباحث، وهذا يعود إلى عدم تعريفها في متن القانون من قبل المشرع على الأرجح كما يراه الباحث.

الفرع الرابع: تعريف الحضانة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.

المذهب الحنفي:

الحضانة هي "تربية الأم أو غيرها الصغير أو الصغيرة"¹، وفي تعريف آخر جاء هي "تربية الولد لمن له حق الحضانة"^٢.

^١ نظير شعبان، فراس كريم ويعيش، حسن نعمة، مرجع سابق، ص ١٥٧.

^٢ القرار رقم ١٧٧٧/شخصية / ١٩٧٩ في ١٧/١٠/١٩٧٩. نشر في مجلة مجموعة الاحكام العدلية، بصدرها وزارة العدل العراقية، العدد الأول، السنة الحادية عشر، ١٩٨٠م، ص ٢٢.

^٣ نظير أحمد، كيلان سيد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق: مقارنات هيئة الأحوال الشخصية للسنوات ١٩٩٩-٢٠٠٩، (بغداد: مطبعة منارة، ط ١، ٢٠١٠م)، ص ١١٩.

المذهب الحنبلي:

الحضانة: هي "حفظ الصغير والجنون والمعوتة وهو المختل العقل مما يضرهم، وترتيبه يتم بعمل مصالحهم كتمسك رأس الطفل ويديه وقبائه ودنونه وتنكحله وربطه في المهد وتحريكه ليأتم نغوماً"^١. وجاء في الروض المربع للبهوتي، أن الحضانة هي "حفظ الصغير ونحوه عما يضره وترتيبه بعمل مصالحه"^٢.

ما جاء في تعريف الحنبالية لا يختلف كثيراً عما جاء في تعريفات المالكية والشافعية، فهم أيضاً لم يذكروا الحاضن، وجعلوا الكبير من المشمولين بالحضانة، وما يلاحظ على التعريف الأول هو أنه قد نطرق إلى بيان جزئيات الروض المربع عملية الحضانة.

دار الإفتاء المصرية ومجلس الإفتاء الأوروبي:

أما دار الإفتاء المصرية فعُزرت الحضانة بأنها "كفالة الصغير وترتيبه وحفظه وصيانته عقيدته"^٣. أما المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، فقد عرّفها في دورتها العادية الخامسة عشرة المعقّدة في استنبول عام ٢٠٠٥م بموجب قرارها رقم (٥/١٥) بأنها "حفظ الولد في بيته، ذمائه ومجيبه والقيام بمصالحه، أي في طعامه ولياسه وتنظيفه"^٤.

^١ الحجابي، موسى بن أحمد، الإفتاح في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الطيف محمد موسى السبيعي، الجزء الرابع، (بيروت) دار المنار، دط، (د:ت)، ص ٥٧٧. أحمد الكردي، مرضي بن يوسف، دليل الطالب لنبيل الطالب، تحقيق أبو قبيبة نظير محمد القاربي، (الرياض) دار طيبة للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٤م، ص ٦٩٣.

^٢ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، الروض المربع شرح زاد المستنقع، (م:د) دار الميعة، دط، (د:ت)، ص ٦٧٧.

^٣ محمد والديوي، حسونة وسليو، معاهديه ورفاعة عبد الرحمن وعبيد، محمد وحلوف، حسين وأمنون، حسن، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، الجزء الأول، (القاهرة: إصدارات وزارة الأوقاف المصرية، دط، ١٩٨٠م، ص ٣٥٣).

^٤ موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، تاريخ زيارة الموقع ٥/١٠/٢٠١٣: ٢٠١٣/١٠/٥.

^١ عليلي، محمد بن أحمد، محل الخليل شرح مختصر الجزء الرابع، (بيروت) دار الفكر، دط، ١٩٩٩م، ص ٤٢٠.

^٢ السبيعي، زكريا بن محمد بن زكريا الأصباري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، الجزء الثالث، (م:د) دار الكتاب الإسلامي، دط، (د:ت)، ص ٤٤٧. السبيعي، زكريا بن محمد بن زكريا الأصباري، الغرر المبهية في شرح البهجة النورية، الجزء الرابع، (م:د) مطبعة المنيرية، دط، (د:ت)، ص ٤٠١.

^٣ الجبري، عبد الملك بن عبد الله، حماية الطفل في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الذهب، الجزء الخامس العاشر، (م:د) دار المنهج، ط ١، ٢٠٠٧م، ص ٥٤٢.

والآخر يشمل الصغار والكبار. فتعريف المقدمة ومعها اتجاه من القانونيين والخفية وتوى الدار المرصري وقرار مجلس الإفتاء الأروبي هم مع الاتجاه أو الرأي القائل بالتقصير الحضانية على الأطفال، أما بقية المذاهب، للملكية والشافعية والحنابلة، يشملون الكبار بالحضانية إن كان عاجزاً، سواء كان ذلك بسبب الجنون أو غير ذلك، ويرى الباحث أن رأي الاتجاه الأول هو الأروبي للصواب، لأنه من البدهي حينما يسم أي شخص كلمة الحضانية فإنه سيفكر بالأطفال بصورة تلقائية، كونه يعلم أن هذا الموضوع يتعلق بعم، كما أن معظم ما ورد في الكتب الفقهية وقوانين الأحوال الشخصية من أحكام بخصوص الحضانية يتعلق بتنظيم حضانية الأطفال. إضافة إلى ذلك، فإن موضوع هذا البحث يتعلق بحضانية .

وإبعاً القانونيين يعكس فقهاء الشريعة اتجاهها إلى تحديد الحضانية بمدة محددة حينما قالوا: بأن الحضانية هي "تربية الولد في سن معينة" أو "دون عشر سنوات" أو "لحين قدرته على القيام بشؤونه بنفسه"، وهذا شيء جيد، لأنه يوزع للقارئ بأن فترة الحضانية مؤقتة وغير دائمة، ويحدد تعريف المقدمة، يلاحظ بأنه سلك مسلك فقهاء الشريعة ولم يشر إلى ذلك، لذا فإن تعريف القانونيين أفضل صياغة من الآخرين.

خامساً: جاء في التعريف الذي ذكره محمد عليوي في تعريف فتوى دار الإفتاء المصرية بأن الحضانية كفالة، بينما جاء في تعريف الشافعية بأنها نوع من الولاية والسلطة، ولم يذكر شيئاً من هذا القبيل في تعريف المقدمة. والراجح هو أنها ولاية لا كفالة، وما يدل على ذلك هو ما ورد في بطون الكتب الفقهية أن هناك نوعين أو ثلاث من أنواع الولايات تثبت للطفل منذ ولادته، وأولها ولاية التربية والحفظ وهي ولاية الحضانية والرضاع فيها يقدم النساء على الرجال، وثانيها ولاية النفس والمال وفيها يقدم الرجال على

يلاحظ بأن كلا التعريفين قصر الحضانية على الأطفال، وبذلك قد سلكا مسلك فقهاء الخفية، ولكن بخصوص عدم ذكر الحاضن فقد سلكا مسلك المذاهب الثلاثة- الشافعية، المالكية والحنبلية-، إضافة إلى ما ذكر، فإن فتوى دار الإفتاء المصرية عزت عن الحضانية بالكفالة وهذا ما عليه فقهاء المالكية، حيث أنهم يعتبرون الحضانية كفالة^١.

الفرع الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

رغم خلو متن القانون العراقي من تعريف الحضانية، فإن الباحث سيرتكز على تعريف الحضانية الذي ورد في مقدمة-الأسباب الموجبة- التعديل الثاني للقانون^٢ وما جاء في تعريفات باحثي وشرّاح القانون أثناء المقارنة.

أولاً: يمكن القول بأن تعريف المقدمة وتعريف جميع القانونيين -شراحاً وباحثين- وفقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن عملية الحضانية هي الحفظ والتربية والرعاية والضيافة وتدريب الشولون...، وإضافة إلى ذلك، وخاصة مصطلحي (الحفظ والتربية) حيث استخدموا بكثرة، أي هناك تقريباً توافق فيما بينهم بهذا الخصوص.

ثانياً: أنهم اختلفوا في مدى احتواء التعريف على جميع أركان الحضانية، فتعريف المقدمة وتعريف القانونيين ذكروا جميع أركان الحضانية في تعريفهم، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على ثقتهم، وتعتبر هذا نقطة قوة للقانون ولهم، وبالعكس ذلك فإن جميع المذاهب الفقهية ومعهم فتوى دار الإفتاء المصرية وقرار مجلس الإفتاء الأروبي لم يذكروا ركناً مهماً في الحضانية ألا وهو الحاضن، ما عدا الخفية حيث أنهم ذكروا جميع الأركان أيضاً، وهذا يدل على تأثير القانون والقانونيين لهذا المذهب.

ثالثاً: أما بالنسبة فيما إذا كانت الحضانية تقتصر على الصغار وهدمهم أم تشمل الكبار أيضاً مثل أحمين والمعنوه والشيخ العاجز، فقد ظهر اتجاهان، الأول يقتصر على الصغار،

^١ انظر زيدان، عبدالكريم، المفضل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء العاشر، (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٢م)، ص ٧.

^٢ انظر عبد، بيادكريم، مرجع سابق، ص ٩.

^٣ سيعبر الباحث عن هذا التعريف أثناء المقارنة والناقشة (تعريف المقدمة).

المحالات كقانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات، لذا فإن إدراج التعريف يسهل على القارئ فهم الموضوع أيضاً كان اختصاصه، فعلى سبيل المثال: لو كان المدعى عليه في الدعوى طبيب أو مهندس، وأراد الإطلاع على القانون لمعرفة الأحكام المتعلقة بالحضانية، فهل ذكر التعريف سيساعده على فهم الأحكام بشكل أفضل؟ الاجابة نعم، سيساعده ذلك لأنه يجعل الموضوع أكثر وضوحاً بالنسبة له. فإن قيل بأنه قد ذكر في المقدمة، فهذا غير كافٍ لأن الكثير من العاملين في سلك القضاء لا يعرفون أن تعريف الحضانية المذكور هناك، فكيف بغربهم؟ كما أن المقدمة هذه غير موجودة في معظم كتب متون قانون الأحوال الشخصية التي تباع في المكتبات.

ثالثاً: إذا كان ذكر التعريف يعتبر فينبأ على القاضي، فإن ذلك يعتبر نقطة إيجابية في نفس الوقت. فكما تبيّن من التعريفات التي تمت الإشارة إليها أعلاه، كان هناك اختلاف وإن بدا بسيطاً بشأن مفهوم الحضانية، وعليه فإن وضعها في متن القانون يضع حداً لذلك الاختلاف. وإضافة إلى ما سبق، يمدّ عاملاً مساعداً للقارئ بشكل عام وللقاضى بشكل خاص، على فهم وشروح المواد القانونية الأخرى المتعلقة بموضوع الحضانية بشكل سليم إذا وقع التباس في أمر ما، لأنه وكما هو معلوم، أن القاضي مطالب أن يطبق القانون كما يراه المرشح وليس كما يراه هو، لذا فهو يساعده على التعرف على نية المرشح.

وإبعاً: لو أن المرشح العراقي أدرج تعريف الحضانية في متن القانون فإن ذلك لا يعتبر عمداً غير طبيعياً منه، وإنما يعتبر إتقانه منه بقوانين الأحوال الشخصية الحديثة المنشورة، فعلى سبيل المثال، عرّف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) الصادر في ٢٠٠٥م

السواء^١ إضافة إلى ذلك، فإن الكفالة تشمل الجانب المادي للحضانية، أي خدمة الحاضن المادية من نظافة وحفظ وغيرها، في حين أنه يحتاج إلى الرعاية المادية والمعنوية معاً، وهذا ما لا يتوفر له إلا من خلال الولاية، كون الولي مطالب بتوفير كامل الرعاية لمولاه.

سادساً: قلة قليلة من القانونيين ومن فقهاء الشريعة حدّدوا الحاضن بالأم، وهذا غير مفضل وغير مناسب أيضاً، لأنه وإن كان في الغالب الأم هي الحاضنة، ولكن قد لا تكون هي، فإنها كغيرها من الحاضنات قد تستطع حضانتها في أي وقت بمجرد أن تفقد شروطها، ولهذا يفضل عدم تعيينها بالأم، وهذا ما سار عليه المرشح العراقي في المقدمة وهو موقف جيد.

سبق التوضيح بأن قانون الأحوال الشخصية العراقي لا يتضمن أية مادة أو فقرة قانونية تتناول تعريف الحضانية، وهذا موقف جيد من المرشح حسب رأي البعض، على اعتبار أنه ليس من عمل المرشح، كما أنه يقيّد القاضي. في حين رأى آخرون أن ذلك يعتبر نقصاً ومن الأفضل تلافيه، وهذا الأرجح وفق ما يراه الباحث وذلك للأسباب التالية:

أولاً: أن التعريف يعطي انطباعاً وخلفية للقارئ حول الموضوع أو بالأحرى يعتبر مفتاح الدخول إلى تفاصيله وفهمه بشكل أفضل.

ثانياً: عادةً ما يفضل العاملون في سلك القضاء والأكاديميون الذين لديهم خبرة عدم إدراج التعريف في متن القانون، وهذا يعود إلى الخلفية التي يمتلكونها حول الموضوع، في حين أن المرشح لا يفتقر لهذه الطبقة من الناس، وإنما جميع المواطنين في أغلب

^١ انظر التويجري، محمد بن إبراهيم، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الرابع، (م.د): بيت الأبحاث الدولية، ط ١، (٢٠٠٩م)، ص ٢٦٨. انظر حسين، أحمد فؤاد، أحكام الأسرة في الإسلام، (بيروت: الدار الجامعية، د.ط، ١٩٩٨م)، ص ٢٦٨.

^٢ انظر أبو زيد، رشدي شحاتة، شروط ثبوت حق الحضانية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط ١، ١٩٩٩م)، ص ٤٩، ٥٢.

الحضانة في المادة ١٤٢ منه^١، وقانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦م في المادة ١٦٥ منه^٢.

بناء على ماسبق، يمكن القول بأنه من الأفضل لو أدرج المشرع تعريف الحضانة في متن القانون، وإن الرأي القائل بعدم إدراج التعريف أفضل كون العراق فيه عدة مذاهب وطوائف وأن ذلك يمكنهم من الرجوع إلى آراء فقهاءهم^٣، لا يعتبر مبرراً كافياً، لأن التعريف مجرد إعطاء فكرة عامة عن الموضوع ولا يتدخل في التفاصيل، وأن هذه الفكرة كما تبين فيما سبق لا تختلف كثيراً من مذهب إلى آخر. أما الرأي الآخر القائل بأن التعريفات من مهمة الفقهاء، وأن المشرع إذا عرّف مصطلح ما بشكل موجز، فهو لمجرد توضيح النص أو المادة^٤، يردّ على هذا القول، بأنه إذا كان التعريف للتوضيح، فما هي المشكلة لو عرّف المشرع مصطلح الحضانة في القانون الذي يشكّل فصلاً كاملاً من الباب السادس من القانون، ومثله كمثّل مصطلحات أخرى كالزواج والطلاق وغيرها التي أورد لها المشرع تعريفاً في متن القانون. وعليه، يرى الباحث بأنه ليس هناك مشكلة، وإنما سيساعد القارئ على فهم أفضل للموضوع.

التعريف المقترح:

بعد استعراض التعريفات السابقة يمكن إقتراح التعريف الآتي للحضانة وهي "ولاية على الطفل لحفظه وتربيته في سنٍ معينة ممن له الحق فيها". فهذا التعريف قد شمل أركان الحضانة، فالمحضون هو الطفل، بمعنى اقتصر الحضانة على الأطفال للأسباب

^١ المادة ١٤٢ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥م: تنص على "الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس". الجندي، أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، (مصر: دار الكتب القانونية، د. ط، ٢٠١٠م)، ص ٣٦٧.

^٢ المادة ١٦٥ من قانون الأسرة القطري رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦م: "الحضانة هي حفظ الولد، وتربيته وتقومه، ورعايته، بما يحقق مصلحته". موقع الميزان: البوابة القانونية القطرية، تاريخ الزيارة ٦-١-٢٠١٤:

<http://www.almeezan.qa/lawpage.aspx?id=2558&language=ar>

^٣ نقلاً عن نائب المدعي العام عبد الرحمن سليمان، مراسلة، مرجع سابق.

^٤ نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق.

(يجب) ويحقق لك أن تفعل كذا بمعنى (يسوغ) وهو تحقيق بكذا بمعنى (جدير) وتحقيق عليّ ذلك بمعنى (واجب)^١.

الحق اصطلاحاً: هو "اختصاص ثابت شرعاً لتحقيق مصلحة، يقتضي سلطة أو تكليفاً"^٢. فالاختصاص هو جوهر الحق وميزته، أما ثابت شرعاً فيشير إلى أن مصدر الحق هو الشرع، فحيث أقره الشارع ثبت وأما تحقيق المصلحة فهي ثمره الحق والغاية من استخدامها، وأما موضوعه، فهو ما يقتضيه من سلطة أو تكليف^٣.

الواجب لغةً: له عدة معاني، منها السقوط^٤، اللزوم والثبات، الغياب^٥، الخفقان والاضطراب والارتجاف^٦ وغيرها، ويقصد به فيما يتعلق بموضوع البحث -الحضانة-، اللزوم فمثلاً لو قال، "وجب الصّومُ على المسلم" يعني لزم عليه وثبت^٧.

الواجب اصطلاحاً: هو "ما يثاب على فعله، ويعاقب على تركه، خاص بما طلبه الشارع طلباً جازماً"^٨، مثال ذلك: الصلوات الخمس.

^١ انظر مصطفى، إبراهيم والزيات، أحمد وعبد القادر، حامد والنجار، محمد، المعجم الوسيط، (د.م: دار الدعوة، د.ط، د.ت)، ص ١٨٧. انظر الفراهيدي، الخليل بن أحمد، كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، الجزء الثالث، (د.م: دار ومكتبة الهلال، د.ت)، ص ٦.

^٢ ضميرية، عثمان جمعة، الحق في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٤٠، رجب إلى شوال لسنة ١٩٩٤م، ص ٣٦٠.

^٣ انظر ضميرية، عثمان جمعة، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

^٤ نخرت البعير فوجب: بمعنى سقط ووقع على الأرض. انظر عمر، أحمد مختار عبد الحميد، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص ٢٤٠٠-٢٤٠١. انظر الفارابي، إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الجزء الأول، (بيروت: دار العلم للملايين، ط ٤، ١٩٨٧ م)، ص ٢٣٢.

^٥ وجبت الشمس: بمعنى غابت. المرجع نفسه.

^٦ وجب القلب: بمعنى خفق واضطرب ورجف "وجب قلبه عند رؤية الحادث". المرجع نفسه.

^٧ المرجع نفسه.

^٨ الجزيري، عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الأول، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ٢٠٠٣م)، ص ١٨٨.

القانون من النص صراحة على حق المحضون إلا أن ما احتوته فقرات المادة ٥٧ ومنها الفقرة أعلاها يشعر بأنه يجب مراعاة مصلحته وتغليبها على مصلحة الوالدين^١.

ويفهم من كلام هذا الفريق بأن حق الحضانة مشترك بين الحاضن والمحضون، ولكنهم لم يبدووا رأيهم بشكل صريح وواضح، إلا أنّ كلامهم بتغليب مصلحة المحضون على مصلحة أبويه، والآثار التي أظهروها والتي تترتب على هذا الاتجاه، كلها تؤكد بأنها حق مشترك بين المحضون والحاضن وحق الأول هو الأقوى.

الاتجاه الثاني: يرى أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، إلا أن حق المحضون مقدم عند التعارض، وعليه، فإذا تمت المخالعة شريطة تنازل الأم عن حضانة الأولاد، صحّ العقد وبطل الشرط بسبب قوة حق المحضون.^٢

الاتجاه الثالث: يعتقد أنّ حق الحضانة للمحضون وليس للوالدين ولا لغيرهما استناداً للفقرة السابعة من المادة ٥٧، وهذا ما ذهب إليه القاضي سالم روضان الموسوي^٣. ويفهم من كلامه، أنه تجاهل الفقرة الأولى من المادة ٥٧ التي تنص على أنّ " الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة مالم يتضرر المحضون من ذلك " ولجأ إلى الفقرة السابعة ليبيّن حق الحضانة، وكأنه يرى بأن الفقرة الأولى فيها غموض.

^١ انظر حسين، شذى مظفر، حضانة الأم في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والقانون الفرنسي، مجلة القادسية، العدد الأول، المجلد الرابع، حزيران ٢٠١١م، ص ٣٨٤، ٣٩١، ٣٩٢. انظر عبد، بيضاء كريم، مرجع سابق، ص ٣٠-٣٤. انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص ٤٦. نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق. انظر الزهيري، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكتروني)

^٢ انظر كريم، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٦٣-٢٦٤. انظر الزبيدي، حسين رجب محمد مخلف، مرجع سابق، ص ١٤٦. وانظر شيعان، فراس كريم ونعيمش، حسين نعمة، مرجع سابق، ص ١٥٩. انظر الجبوري، رجاء عبد الزهرة، مرجع سابق. (مرجع الكتروني)

^٣ قرار محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب في بغداد الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٥/١٣ برئاسة القاضي سالم روضان، تاريخ زيارة الموقع ٢٠١٣/٨/٢٠ : <http://www.f-law.net/law/threads/15940d8>. تم الإشارة الى رأي القاضي بإعتباره رأيه الشخصي وليس كموقف أو مبدأ للقضاء العراقي، كون القرار صادر عن محكمة بدائية وليس عن محكمة التمييز، لذا فلا يعتبر سابقة قضائية، وإضافة الى ذلك فإن القاضي المذكور، مؤلف وباحث مشهور وله آراء وطروحات قيّمة في مجال القانون.

الفرع الثالث: تكيف الحضارة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية.

المذهب الحنفي:

فقهاء الحنفية، اختلفوا فيما بينهم حول تكيف الحضارة، وذهبوا إلى ثلاثة آراء:

أولاً: الحضارة حق للحاضرين؛ فالأمم الحضارة لا تجبر إذا رفضت حضارة ولدها ويعلمون ذلك إلى:

أ. إن الحضارة حقها فلا يجوز إجبارها على استيفاء حقها^١.

ب. إن الإرضاع والحضارة تعتبر بمنزلة النفقة ونفقة الأولاد على الوالد^٢.

ت. إن الأمم لها من الشفقة على أولادها بحيث لا تستطيع أن تنزل أو تأتي حضانتهم إلا إذا كانت عاجزة، ولهذا فليس هناك فائدة إذا أجبرناها وهي عاجزة^٣. هذا الرأي هو المفقى به عند الحنفية.

ثانياً: الحضارة حق للمصير؛ فهو يحتاج إلى من يقوم بحفظه وترتيبه وتديبر شؤونه، وأن النساء أضر وأقوم على ذلك من الرجال، وهذا يعود إلى زيادة شفتهم وملازمتهم

للبيوت^٤. كما ذكر كل من أبي الليث والهنداري من فقهاء الحنفية أن حق الصغير في الحضارة يستند إلى قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ﴾، فلما رد بالأمر في هذه الآية للوجوب^٥.

ثالثاً: جاء في الرد المحتار، أن المفتي أبي السعود أجاز للمرأة التي طلقها زوجها وتنازلت عن حقها في الحضارة، بالرجوع وأخذ ولدها على اعتبار أن الحضارة حق للحاضرين والمحضون في آن واحد، ولكن حق المحضون أقوى، لذا فإذا أسقط الحاضر أو الحضارة حقها بقي حق المحضون، وعليه لا تجبر الحضارة وتعتبر حقاً لها إذا لم تتمتع، ولكن إن تعينت عندها تعتبر حق للمحضون وتغير^٦.

في المذهب الحنفي تتمتع الأم؛ أي تجبر على الحضارة في إحدى الحالات الآتية، إذا لم يأخذ الصغير ثدي غيرها، أو لم يكن له ذو رحم يحرم قبيل حضنته، أو ليس للأب أو الصغير مال، عندها وحفاظاً على الصغير من الهلاك والضياع تجبر الأم^٧.

مذهب المالكية:

فقهاء المالكية انقسموا إلى نفس الآراء التي ذهب إليها فقهاء الحنفية، وهي:

الرأي الأول: المشهور عن هذا المذهب هو أن الحضارة حق للأب، لذلك تستطيع التنازل عنها وإسقاطها. جاء في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل أن الإمام مالك رحمه الله، لم يعط الحق للأب أن تسترد ولدها من زوجها الذي طلقها بعد أن رذته عليه الولد استقلالاً

^١ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٠.

^٢ البقرة: ٢٣٣.

^٣ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧.

^٤ انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٩-٥٦٠.

^٥ انظر ملا خسرو، محمد بن فرانس، درر الحكاه شرح غير الأحكام، الجزء الأول، (م:د)؛ دار إحياء الكتب العربية،

دمشق، (د:ت)، ص ٤٦١. انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٩-٥٦٠. انظر ابن نجيم، زين

الدين بن إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٨٠.

^٢ حق مشترك بين الاثنين، وحق المحضون هو الأقوى: الحنفية.

^٣ حق الله تعالى (حق العام)، بعض الإراضية، والمصلحة في ذلك هو أن سبب تشريع الحضارة هو حفظ النفوس والأجسام بغير حق من الله عز وجل.

^٤ حق للمحضون: المالكية، بعض الحنفية وبعض الشافعية.

^٥ حق للحاضرين: بعض الإحناف، بعض الشافعية. انظر أبو زيد، رشدي حسنة، مرجع سابق، ص ١١١-١٠٨.

^٦ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٠.

^٧ انظر السمرقندي، محمد بن أحمد، فقه الفقهاء، الجزء الثاني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١٩٩٤ م)، ص ٢٣٣.

^٨ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كوكب الدقائق وحاشية زيلقي، الجزء الثالث، (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، ط ١٨٩٦ م)، ص ٤٧.

له دون عذر إلا أنها قد أسقطت حقها والساقت لا يعود، كما أن من رآها أمها حق الحاضر، من يوجب له أجره الحضارة والسكن^١.

الرأي الثاني: يرى بأن الحضارة حق للمحضون، وعليه، لا يجوز للأب الإقدام على إسقاطها، كما لا يجوزون حضارة الفاجرة، الفاسقة أو العاجزة عن القيام بحق المحضون بسبب مرض أو أي سبب آخر^٢، ويوجبون أجره للحاضرين^٣، وهذا ما روي عن الإمام مالك وقال به بعض أصحابه مثل ابن الماجشون وابن مطرف^٤.

الرأي الأخير: يرى أن الحضارة حق مشترك بين الحاضر والمحضون وهو غير مشهور بين فقهاء المالكية ومن أنصاره الباجي وابن عمرز، ويمكن اعتبار الفقيه ابن مهنا من أصحاب هذا الرأي أيضاً، حيث جاء في كتابه الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أن الحضارة رغم أنها حق للأب ومن هي بمنزلتها، ولكنها تعتبر واجباً عينيّاً إذا لم يوجد غيرها، ولكن إذا تعدد الحاضرون وأبدوا استعدادهم لحضارة الصغير وإن كانوا أجناب غير يحرم لصغير - عندها تعتبر واجباً كفايّاً^٥.

^١ انظر الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الرابع، (م:د)؛ دار الفكر، ط ١٩٩٢ م، ص ٢١٩. انظر ابن عري، محمد بن أحمد الفراهيدي، القوانين الفقهية، (م:د)؛ د:ت، ص ١٤٩. وانظر طليش، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣١.

^٢ انظر القسطلاني، محمد بن أحمد بن رشيد، مكتبة الرياض الحديثة، ط ١٩٨٠ م، ص ٦٥٥. انظر القسطلاني، محمد بن أحمد بن رشيد، مرجع سابق، ص ٢٨٦. وحيي وأخرون، الجزء الرابع، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ١٩٨٨ م)، ص ٢٨٦.

^٣ انظر ابن عاصم، يوسف بن عبد الله السري، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد بن عبد الله السري، (بيروت: دار الفکر، ط ١٩٨٠ م)، ص ٦٥٥.

^٤ انظر القسطلاني، محمد بن أحمد بن رشيد، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

^٥ انظر الخطاب، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٢١٩.

^٦ انظر القسطلاني، محمد بن يوسف الفراهيدي، التاج والكنز لمختصر خليل، الجزء الخامس، (م:د)؛ دار الكتب العلمية، ط ١٩٩٤ م، ص ٥٥٧. انظر الزبيدي، حسين وجب محمد مختلف، مرجع سابق، ص ١٤٦.

^٧ انظر ابن مهنا، أحمد بن غام القسطلاني، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، (م:د)؛ دار الفكر، ط ١٩٩٥ م، ص ٦٦.

وهناك من قال إنها لا تعتبر فرضاً أو واجباً عينيّاً إلا على الولد إن إذا تعيّن^١. والمشهور عن هذا المذهب هو أن الشريعة لا تجبر على الإرضاع والحضارة إذا كانت عادتها عدم إرضاع أولادها، وتجبر الحاضرة التي ترضع عادة، ولكن إن لم يوجد غيرها ولم يقبل الصغير ثدي غيرها عندها تجبر بخلاف^٢.

المذهب الشافعي:

فقهاء الشافعية أفتوا بأن الحضارة حق للحاضنة وهو المشهور عندهم، ولكن يستنتج من قول بعض فقهاء رأي آخر وهو أنها حق للمحضون، والتفاصيل على النحو الآتي:

أ. المشهور في هذا المذهب، إن الحضارة حق للأب وليكافئها التنازل عنها وإسقاطها، عندها تنتقل إلى من يليها من المستحقين لها، وأما لا تجبر على حضارة أولادها إلا في حالة واحدة وهي إذا كانت هي المأزومة بالنفقة على أولادها عندها تلزم بالحضارة، كما أنها تكون مأزومة بالنفقة إذا لم يكن الصغير والد أو مال^٣.

وعلى ذات النهج فإذا تنازع المحضون أو الحاضرات المستحقات للحضارة، كل واحد منهم يتهمر من الأولوية ويتمتع من الحضارة، عند ذلك يجبر القاضي الحاضر المكلف بالنفقة سواء رضي بالملك أم لا^٤.

^١ انظر العمري، علي بن أحمد، حاشية العمري على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البغدادي، الجزء الثاني، (بيروت: دار الفكر، ط ١٩٩٤ م)، ص ١٢٩.

^٢ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧.

^٣ انظر الرزيلي، محمد بن أبي العباس أحمد، غاية البيان شرح زيد بن رسلان، (بيروت: دار المعرفة، ط ١٩٨٠ م، ص ٢٨٥-٢٨٦. والشافعي، محمد بن أحمد المغيرة، مع فتح إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٥، (م:د)؛ دار الكتب العلمية، ط ١٩٩٤ م، ص ١٢٧.

^٤ انظر السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأصبغري، في شرح البهجة البوردة، مرجع سابق، ص ٤٠٦.

الفرع الرابع: قراءة تحليلية مقارنة.

أولاً: تبين إن حكم الحضانة بالنسبة لأصحاب الحق فيها يدور بين الحق والواجب، فموجب رأي إنها حق للحاضن، ورأي آخر إنها حق للمحضون، ورأي ثالث قال بأنها حق مشترك بين الإثنين وإن حق المحضون هو الأقوى عند التعارض. وإن حكم الوجوب هو الآخر دائرٌ بين الكفائية والعينية، فاعتبرت الحضانة فرض كفاية حينما يكون هناك شخص يقوم بحضانة الطفل ولم يتضرر المحضون، أما إذا لم يوجد حاضن أو وجد ولكن تضرر المحضون، فعندها تكون الحضانة فرض عين على الحاضن المستحق وخاصة الأم لأنها أشفق الناس عليه.

ثانياً: إن المذاهب الفقهية الأربعة عدا الشافعية تضمنت ثلاثة آراء أو اتجاهات بشأن تكييف الحضانة وهي نفسها التي ذكرها شرّاح وباحثو القانون العراقي بخصوص حق الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، كما أن القضاء العراقي أنفرد بإضافة رأي آخر وهو أن الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون والأب وحق المحضون هو الأقوى عند التعارض.

بموجب الرأي الأول، تكون الحضانة حق للحاضن، عليه يستطيع الحاضن التنازل عنها. وبموجب الرأي الثاني، فهي حق للمحضون وعندها تكون واجباً على الحاضن ولا يجوز التنازل عنها. وبموجب الرأي الثالث، القائل بأنها حق مشترك فإنها تكون حقاً للحاضن إن لم يتعيّن وإلاّ تصبح واجباً عليه. وهذا هو الرأي الراجح والمقبول لدى الكثير من الفقهاء وباحثي مسائل الأحوال الشخصية¹ ومنهم على سبيل المثال، وليد خالد الربيع حيث يقول: إن هذا الرأي أو القول "يجمع بين الأدلة الشرعية الواردة في هذا

¹ انظر موسى، محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، (مصر: دار الكتاب العربي، ط ١، ١٩٥٦م)، ص ٣٩٢. انظر المطلق، نورة بنت عبد الله، حضانة الجدة في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، العدد ٩١، رجب - شوال لسنة ٢٠١٠م، ص ٢٨٣.

أما الآراء الأخرى فلا تغطي حقوق جميع أطراف الحضانة (الحاضن والمحضون والولي)، فالرأي القائل بأنها حق للحاضن ولا يجبر عليها، فإن ذلك ربما يلحق الضرر بالمحضون لأنه قد يترك دون حاضن فيهلك، وإن قيل يودع لدى دور الحضانة المعدّة من قبل الدولة بموجب الفقرة الثامنة من المادة ٥٧ من القانون العراقي، فيرد على هذا القول بكلام نائب المدعي العام عبد الرحمن سليمان، حيث يقول ليس هناك مثل هذه الدور في العراق كله لا في الحكومة الاتحادية ولا في حكومة إقليم كردستان^١.

أما الرأي القائل بأنها حق للمحضون، فعندها يجبر الحاضن ولا يجوز له التنازل عن الحضانة مطلقاً وإن وجد غيره، فهذا غير منطقي وغير معقول، لأنه حتى الأم التي هي أشفق وأرحم الناس على ولدها قد تقع ظروف تجعلها تتنازل عن حضانة ولدها خوفاً وحناناً منها عليه^٢، إذن من مصلحة المحضون عدم إجبار الحاضن على الحضانة إلا في ظروف خاصة تتطلبها مصلحة المحضون.

أما بخصوص الرأي القائل بأنه حق مشترك بين الحاضن والمحضون وحق الأخير هو الأقوى، فهو بدوره يتجاهل حق الولي الذي له علاقة قوية ومباشرة مع المحضون، فهو عادة والده أو جده، فهو أصله واليه ينتسب، وهو الذي يتحمل نفقته وكل ما يحتاج إليه، وهو ولي نفسه والمسؤول الأول والأخير عنه، كما أنّ له حق وواجب الإشراف عليه. فكيف يمكن تجاهل حقه ودوره في موضوع الحضانة.

رابعاً: يتبيّن مما سبق، أن الخلل أو الثغرة الموجودة في القانون العراقي هي: الغموض وعدم الوضوح بخصوص تكييف حق الحضانة، ولهذا فإن المشرع العراقي والكردستاني مدعّوان لحسم الخلاف الدائر حول حق الحضانة بالنص عليه بشكل واضح وجلي، لكي تستقر أحكام القضاء، وإخراج الشراح والباحثين من الخلاف الدائر حول هذا الموضوع، كما

:

www.islamic-2013/9/1

fatwa.com/index.jsp?inc=16&cat=7&type=3&lang=ar

^١ انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، المرجع السابق، ص ١٠.

^٢ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧.

المبحث الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم.

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في التشريع العراقي.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في القضاء العراقي.

المطلب الثالث: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في المذاهب الأربعة.

المطلب الرابع: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم عند جمع الفقه الإسلامي الدولي ودور الإفتاء.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

المبحث الثاني: شروط المستحقين للحضانة.

المطلب الأول: شروط المستحقين للحضانة في التشريع العراقي.

المطلب الثاني: شروط المستحقين للحضانة في القضاء العراقي.

المطلب الثالث: شروط المستحقين للحضانة في المذاهب الأربعة.

المطلب الرابع: شروط المستحقين للحضانة عند المذاهب الفقهية ودار الإفتاء المصرية.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

إن مستحقي الحضانة هم أقارب المضمون غالباً، ويختلف سلم ترتيبهم لدى المشرعين والرضييين وكذلك لدى المذاهب الفقهية الإسلامية، كما أن الشروط المطلوب توافرها في أهل الحضانة مختلفة هي أيضاً، ولأجل التعرف على ما ذكر في القانون والقضاء العراقي والمذاهب الفقهية والجامع الفقهية ودور الإفتاء بهذا الخصوص، فإن الباحث سيتناول هذا الفصل من خلال مبحثين، في الأول، يتناول مستحقي الحضانة وترتيبهم، وفي الثاني، الشروط التي يجب توافرها فيهم.

المبحث الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم.

في هذا المبحث، يتناول الباحث أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم من خلال خمسة مطالب، ابتداءً من التشريع العراقي، ثم القضاء العراقي، ثم يلي ذلك المذاهب الأربعة، ثم لدى جمع الفقه الإسلامي ودور الإفتاء، وفي المطلب الأخير يتناول الباحث موضوع أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم من خلال قراءة تحليلية مقارنة.

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في التشريع العراقي.

لم يخصص المشرع العراقي فقرة بعينها من فقرات المادة ٥٧ من القانون لتناول ترتيب الخواص، وإنما تناول ذلك في أربع فقرات، الأولى والسابعة والثامنة والتاسعة من المادة المذكورة؛ أي بشكل مفرق وضمن مواضيع أخرى متعلقة بالحضانة.

جاء في الفقرة الأولى أن "الأم أحق بحضانة الولد وترتيبه حال قيام الزوجية وبعد الفقرة ما لم يتضرر المضمون من ذلك"، وبموجب هذه الفقرة فإن المشرع قد حسم الخلاف حول الشخص الأول في سلم المستحقين للحضانة وأعطاهم للأب، وهو بذلك قد سار

على ما جاءت به الشريعة الإسلامية وعليه فقهاء المسلمين^١، وسبب اتفاق فقهاء الشريعة والقانون والمشرعون الموضوع على إعطاء الأم الأولوية في حضانة الطفل، هو أن لها من الشفقة والرحمة والمودة والعطف والحنان والصر على طفلها بما تفوق به أي شخص آخر.

وبخصوص مصطلح "الأم" الذي ورد في هذه الفقرة عام، لذا فهو يشمل الأم النسبية –الحقيقية– والحكيمة –الاجازية– كالألم للنسبية، في حين هذه الأولوية كانت محصورة بالألم النسبية قبل إجراء التعديل على هذه الفقرة عام ١٩٧٨م.

أما الفقرة السابعة فنصت على أنه " في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها، تنتقل الحضانة إلى الأب إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعاة بذلك مصلحة الصغير"، في هذه الفقرة بين المشرع الشخص الذي تنتقل إليه الحضانة بعد وفاة الأم أو فقدانها شروط الحضانة، ألا وهو الأب، وهو موقف حسن من المشرع لأن الولد هو أصل المضمون وإليه ينسب، وليس هناك شخص أشق وأرحم على المضمون بعد الأم سوى الأب.

وما يلاحظ على هذه الفقرة، هو أن انتقال الحضانة إلى الأب مقيد بمصلحة الصغير. فعلى سبيل المثال، إن رأى القاضي بأن الولد مشغول، وأن عمله يجعله غير قادر على القيام بدور الحضانة بالشكل المطلوب، وليس عنده من النساء من يساعده في ذلك، فبقرا فيما يقاضي تسليم المضمون إلى شخص يختاره مراعاةً لمصلحة المضمون، وهذا الشخص المختار من قبل القاضي يسمى بالحاضن أو الحاضنة الأمينة بموجب الفقرة الثامنة من المادة (٥٧).

قبل التطرق إلى الفقرة الثامنة، يرى الباحث بأنه من الأفضل التطرق إلى الفقرة التاسعة ثم العودة إلى الفقرة المذكورة لأن ذلك سيوضح الموضوع أكثر.

الفقرة التاسعة تنص على أنه في حالة وفاة الأب أو فقدانه أحد شروط الحضانة فإن الحضانة تكون للأم مادامت تحفظ بشروط الحضانة. فمن الفقرة السابعة والتاسعة يفهم بأن المشرع العراقي جعل الحضانة دائرة بين الوالدين لا تتمتع أو لا تنتقل إلى غيرها مادام كلاهما يحفظان بشروط الحضانة ومصلحة المضمون تقتضي البقاء معهما، وهذا عمل حسن من المشرع، لأن الوالدين هم أصل المضمون ولا يعقل أو يتصور بأنه هناك قريب آخر غيرها أرحم وأشفق للمضمون منهما^٢.

أما الفقرة الثامنة، فتتناول ترتيب أصحاب حق الحضانة بعد الوالدين، سبق وأن تمت الإشارة إليه في الفقرة السابعة، بأنه إذا لم يكن الأب موهباً للحضانة تنتقل إلى شخص يختاره القاضي، أما هذه الفقرة –الثامنة– فتتناول حالة كون كلا الوالدين غير مؤهلين للحضانة، ففي هذه الحالة أعطى القانون صلاحية للقاضي بإعطاء المضمون لدى حاضنة أو حاضن أمين.

الفقرة أعلاها أطلقت يد القاضي في اختيار الحاضن بعد الوالدين، فلم يشترط فيه أي شرط سوى الأمانة كما يستنتج من الفقرة، ولكن من عموم المادة ٥٧ يفترض وجوب توفر شروط الحضانة لديه^٣، لأنه إذا كانت الأم مطالبة بتوفر الشروط لديها فغيرها أولى.

موقف المشرع من إطلاق يد القاضي في هذه المسألة استحسنته عدد من الشراخ والباحثين والعاملين في سلك القضاء، حيث قالوا إن إعطاء الحرية للقاضي في اختيار شخص مناسب، دون التقيد بأشخاص محددين سواء من أقارب المضمون أو غيرهم يخدم مصلحة المضمون أكثر، لأنه لو كان هناك ترتيب للمستحقين للحضانة، فإن القاضي ربما يلزم شخصاً ما وهو غير راضٍ بالحضانة، أو ربما لا تتوفر فيه شروط الحضانة، أو أن

^١ انظر نجدة، عبيد عزيز، مرجع سابق، ص ٢٤-٢٥. انظر ناصر، نجم علوي، مرجع سابق، ص ٧٨.

^٢ انظر كزيم، فلوق عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٧٢. انظر الزهيري، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكزوي)

^٣ انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، المرجع السابق، ص ١٠٩-١٠٨. انظر ناصر، نجم علوي، مرجع سابق، ص ٦٧.

وتجدر الإشارة، بأنه لم يكن هناك أي ترتيب للحواضن في ظل النص الأصلي القديم للمادة ٥٧، ولكن بعد إجراء التعديل الثاني على القانون في عام ١٩٧٨م بموجب القانون رقم ٢١ تم وضع الترتيب المذكور أعلاه، ولكن بصورة متفرقة ضمن فقرات المادة ٥٧ وتناوله مع مواضيع أخرى للحضانة.

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في القضاء العراقي.

في هذا المطلب سوف يستعرض الباحث عدداً من القرارات التي تتناول أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم، ومن خلالها يمكن التعرف على موقف القضاء بخصوص أولوية الأم وتقديمها على سائر الحواضن سواء كانوا من أقارب المحضون أو أجانب عنه، جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية، "إذا كان المحضون مازال في سن الحضانة، والأم لازالت محتفظة بشروط الحضانة فعلى المحكمة الحكم باستمرار حضانتها له"^١، وفي قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان العراق "إن الأم أحق بحضانة الصغار من غيرها...."، وفي قرار آخر لها جاء فيه "إن نص المادة ١/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية المعدل، تعتبر الحضانة من حيث الأصل للأم ولا تنزع منها الأولاد طالما بقيت محتفظة بشروط الحضانة"^٢.

^١ قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٠٠٥/ الهيئة الشخصية الاولى/ ٢٠٠٨ تاريخ القرار ٣١ / ١٢ / ٢٠٠٨ م منشور على موقع مجلة التشريع والقضاء، تاريخ الزيارة ١٩/٢/٢٠١٣:

http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=661

ملاحظة: تم تغيير اسم محكمة تمييز العراق بعد سقوط النظام البعثي في العراق عام ٢٠٠٣ الى محكمة التمييز الاتحادية. ولهذا سيجد القارئ هذين الأسمين على طول البحث.

^٢ قرار محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، رقم ٦٧/شخصية/٢٠٠٠ تاريخ القرار ٦/٧/٢٠٠٠. أحمد، كيلان سيد، مرجع سابق، ص ١٠٩، ١١١.

من ناحية الأب، في حين هنّ بديلين من ناحية الأم، لذلك فهنّ أكثر استحقاقاً وأحقيةً للحضانة^١.

ثم الأخت الشقيقة، ثم الأم، ثم الأب. وسبب تقديمهن على الحالات والعمات هو أنّ بنات أبوي الحضانة، فإما من كلاهما كالأخت الشقيقة أو من أحدهما كالأخت أم أو أب. أما عن العلة في تقديم الشقيقة على الأخريات، فهي كونها تشارك الحضانة في الأيوين، أما تقديم الأخت أم على الأخت أب فألها ملبية من جهة الأم، وفي هذا الصدد يرى زُفَر: إن الأخت الشقيقة ولاّم تشاركان في الحضانة أيّ لهما نفس المنزلة كون قرابة الأب لا اعتبار لها، بينما يرى ابن عابدين بأنه رغم ذلك قابل للترجيح^٢، بمعنى قرابة الأب لها اعتبار، وترجح الشقيقة على الأم.

وفي رواية تقدم الحالة على الأخت أم كون الحالة من جهة الأم بينما الثانية من جهة الأب، كما أن الرسول ﷺ اعتبرت الحالة بمطاة الأم في حديث بنت حمزة هذا من ناحية، لكن من ناحية أخرى فإن الأخت لأب هي بنت أب الحضانة في حين الحالة هي بنت الجد ولهذا فإن الأخت لأب أقرب إلى الحضانة^٣.

ثم بنات الأخت الشقيقة، ثم بنات الأخت أم. ثم بنات الأخوات لأبوين، وبنات الأخوات أم، بالتحقق الروايات أحق بالحضانة من العمات والحالات^٤. ثم الحالة لأبوين، ثم الحالة لأم، ثم الحالة للأب. والحالات مقدمة على العمات كونهن ملبيات من جهة الأم^٥.

^١ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٢. انظر أفندي، عبد الرحمن بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٠. عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧.
^٢ انظر الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، (دم: دار الكتب العلمية، ط ١٩٨٦م)، ص ٤١. انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٦٣. انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٢.
^٣ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٢. انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧. انظر الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤١.
^٤ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٢.
^٥ انظر المرجع نفسه.

أخيراً، من القرابين المذكورين أعلاه بخصوص حضانة الجدة لأم ومن قرار آخر لحكمة تمييز العراق والذي جاء فيه " أن الحضانة تستفاد من جهة النساء" يستنتج أن القضاء يعطي الأولوية للنساء بعد أبوي الحضانة وخاصة النساء من جهة الأم.

المطلب الثالث: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في المذهب الأربعة.

المذهب الحنفي:

ترتيب مستحقي الحضانة في المذهب الحنفي، يتبدأ من النساء ثم العصبية من الرجال حسب ترتيب الإرث ثم ذوي الأرحام، وتفصيل ذلك يكون على النحو التالي:

أولاً: ترتيب الحاضنات من النساء: الأم، ثم أم الأم وإن علت، ودليل ذلك قضاء أبو بكر ﷺ حضانة عاصم بن عمر الخطاب ﷺ لجده من الأم بعد أن طلق عمر أم ولده جميلة، لحضانة الجدة هنا مستفاد من قبل أم الحضانة^١. أما أم الأب والأم وغيرهن من قبل أب الأم فلسن بدرجة من كانت من جهة الأم من قبل أمها^٢. في حين ذكر بداماد أفندي نقلاً عن أبي يوسف، أن أم الأب أحق من أم الأم^٣.

ثم أم الأب وإن علت. فهي مقدمة على الحالات والأخوات لأنها من الأمهات ولها حصة السلس من الميراث وأما أشق على الأولاد ممنهن، في حين يقول زُفَر: أن (الأخت الشقيقة، والأخت لأم، والحالة) أول من الجدة من قبل الأب على اعتبار أن الأخيرة يأتي

^١ حكمة تمييز العراق رقم ٣٧٧/شريعة/١٩٦٧ تاريخ القرار ١٩٦٧/٩.
^٢ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧.
^٣ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤.

^٤ انظر أفندي، عبد الرحمن بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٠.

ثم بنات الأخت أم، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأم، ثم الأخ لأب. وبنات الأخت لأم أحق من الحالات في إحدى الروايتين باعتبار الأصل^١. في حين يرى فخر الدين الحنفي في تبيين الحقائق أن الصحيح هو تقديم الحالة عليهن^٢. ثم العمة الشقيقة، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب، ثم خالة الأم الشقيقة، ثم الحالة لأم، ثم الحالة لأب، ثم خالة الأب الشقيقة، ثم خالة الأب لأم، ثم خالة الأب لأب، ثم عمات الأمهات لأبوين، ثم لأم، ثم لأب، ثم عمات الآباء لأبوين، ثم لأم، ثم لأب.

جاء في حاشية الشلبي نقلاً عن الكافي والخط، أن بنات الأعمام والعمات، والأخوات والحالات، لا حق لهن في الحضانة، كونهن لسن بمحرم للحضانة^٣.

ثانياً: ترتيب الحواضن من الرجال – العصابات: الأب، ثم الجد من جهة الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، وإن تزوا، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم أم أبائهم.

ولا تسلّم الحضانة الأثني إلى اليم إن كانت قد بلغت سن الإشتهاء كونه غير محرم عليها، أما قبل هذا السن فلا مانع، كما أنه يجوز تسليمها إليه إن كان ابن اليم مأموراً عليها. وجاء في قول آخر، بأنه إذا لم يكن للتجارة قريب حاضن سوى ابن عمها، عندما يكون الخيار للفاضي، فإمّا أن يسلم إليه الحضانة إذا رأى أن ذلك من مصلحتها، أو أن تسلّم إلى يد أمينة. وهناك قول يقضي، بأنه لا حق له في الحضانة مطلقاً لأنه ليس بمحرم، ولكن إن ثبت له حق الحضانة فله ذلك حتى تصل الأثني سن الإشتهاء. أما الحضانة المذكور فيمكن انتقال الحضانة إليه^٤.

^١ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٢.
^٢ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٨.
^٣ انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٦. انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤. انظر صبر، وآثار الروحية شرح مفرد قانون الأحوال الشخصية، (عمان: دار الفتحة للنشر والتوزيع، ط ٢٠٠٨م)، ص ٣٨٥.
^٤ انظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣٠-٢٣١. انظر الشرباشي، رمضان علي و الشافعي، جابر عبد الحادي، مرجع سابق، ص ٥٨٩.

ثالثاً: ترتيب ذوي الأرحام: الأخ لأم، ثم لابنه. وفي قول الجد لأم أولى منه، ثم العم لأم، ثم الحال الشقيق، ثم لأب، ثم لأم.

والسبب في جعل هؤلاء أهلاً للحضانة، هو أن لهم حق في ولاية النكاح لدى أبي حنيفة^١. ويذكر الشلبي في حاشيته، أن ذوي الأرحام هنا، ليسوا ذوي الأرحام في الفرائض لأن ولاية النكاح مؤسسة على الرحمة فقط، في حين ولاية الحضانة مؤسسة على الرحمة معاً^٢.

وذكر في البحر الرائق أيضاً نقلاً من البدائع أن الرجال من جهة الأم لا حق لهم في الحضانة، ويحدد الإشارة إلى أن الحضانة تكون للأقرب فالأقرب، والمالية من جهة الأم مقدمة على المالية من جهة الأب. وفي حالة تنازع المستحقين للحضانة فإن كانوا في درجة واحدة كالأعمام والإخوة فالأفضلية في الحضانة لأصلحهم، فإن تساؤوا فالأقربهم، وإذا استمر التساوي بينهم فالأقربهم سناً^٣.

رابعاً: اختيار القاضي: إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من المحارم سواء من العصبية أم من غير العصبية أو وجدوا ولكن رفضوا الحضانة عندها يكون اختيار الحاضن بيد القاضي يختار الحاضن من أحد أقارب الحضانة وإن كان غير محرم أو ليس له حق الحضانة، وربما يكون هو من غير أقارب الحضانة مطلقاً ولكن شخص يثق به القاضي^٤.

^١ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤.
^٢ انظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٨.
^٣ انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٦. انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤. انظر صبر، وآثار الروحية شرح مفرد قانون الأحوال الشخصية، (عمان: دار الفتحة للنشر والتوزيع، ط ٢٠٠٨م)، ص ٣٨٥.
^٤ انظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣٠-٢٣١. انظر الشرباشي، رمضان علي و الشافعي، جابر عبد الحادي، مرجع سابق، ص ٥٨٩.

الكبير للرددي: هر شرط لكل أنى ثبت لها الحضانة، في حين أجاز المنبيطي حضانة الجدة من جهة الأم إذا كانت تسكن مع بنتها -أم الحضور- التي سقطت حضانتها في دار زوج ابنتها، وهذا قول لسنكون وبه أفتى ابن الحاجب الكردي^١، أما الكايني فقد أضاف شرطاً آخر، وهو أن لا تكون متزوجة من أجنبي عن الحضور، وقال بتطبيق هذا الشرط على كل حاضنة -أنى^٢.

وبعد الجدة تأتي الحالة، ثم حالة الأم^٣، ثم عمه الأم^٤.
وتجدد الإشارة إلى أن ترتيب قرابة الأم ينتهي في التهذيب وجامع الأمهات وكفاية الطالب لعائلة -أخت أم- ثم يبدأ بالجدة من جهة الأب، ولكن هناك إشارة إلى ذوي الأرحام من قرابة الأب مثل حالة الحالة-خالة الأم- وغيرها، وإن لم يدرجن ضمن الترتيب بشكل صريح^٥.

ثانياً: ترتيب الحاضنات من جهة الأب: أم الأب- الجدة، ثم أم أم الأب، ثم أم أم الأب^٦، ثم أم الأب^٧، جاء في أحد قولي الإمام مالك رحمه الله كما رواه ابن وهب، الأب

^١ النظر ابن الرافعي، حلف بن أبي القاسم نجد، التهذيب في اختصار المدونة، تحقيق: محمد الأمين ساجد، ط ١٩٨٠م، ص ٤٠٠.
الجزء الثاني، (في: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط ٢٠٠٢م)، ص ٤٠٠.
^٢ النظر لوقاي، نجد بن يوسف الفريزي، مرجع سابق، ص ٥٩٦. النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧٧.
^٣ النظر ابن عاصم، يوسف بن عبد الله النجدي، مرجع سابق، ص ٦٢٤.
^٤ النظر العديوي، علي بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٧٣.
^٥ النظر الصوري، أحمد بن محمد الخليلي، بغية السالك لأبرز المسالك، الجزء الثاني، (دم: دار المعارف، دط، دت)، ص ٧٥٦. النظر الحزفي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، الجزء الرابع (بيروت: دار الفكر للطباعة، دط، دت)، ص ٢٠٩.
^٦ النظر الكردوي، ابن الحاجب، جامع الأمهات، (دم: دبدان، دط، دت)، ص ٣٣٥. النظر ابن الرافعي، حلف بن أبي القاسم، نجد، مرجع سابق، ص ٤٠٠. النظر العديوي، علي بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٧٣.
^٧ جاء في المقدمات أن للمختصنات للحضانة بعد هولا، مقدمات ما أو أت: (ثم أم أم الأب، ثم أم أم أم الأب، ثم أم أم أم أم الأب) هولا بمنزلة واحدة عند النسوي، ثم أم أم أم أم الأب، وإن علون. النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٧.

المذهب المالكي:

ذكر ابن الرشد في المقدمات، أن الحضانة لعصبة الحضور من الرجال بمجرد التعصيب ولا يشترط أن تتوفر فيهم الرحمة والحرمة معاً، فالجد من مستحفي الحضانة وتوفّر فيه الرحمة والحرمة، وابن العم من أهل الحضانة فهو ذو رحم ولكن غير محرم، وأخيراً المولى المتعق فهو الآخر مستحق للحضانة رغم أنه من غير ذوي الأرحام ولا محرم^١.

الفئة الأخرى من أصحاب الحضانة هم قرابة الحضور من النساء من جهة الأم ومن جهة الأب، وعلل سبب أهليتهن للحضانة إلى الرحمة والحرمة، عليه فإذا فقد أحد الشترطين لم يستوجبن الحضانة، كتبت الحالة فهي من ذوي الرحم ولكن غير محرمة، وكالحالة من جهة الرضاة فهي من المحارم ولكن ليست بذوي رحم، وهذا ما جاء في الفواكه الدواني أيضاً^٢.

أما الطائفة الأخرى من مستحفي الحضانة فهم الأوصياء من الرجال والنساء، والعلّة في أهليتهن للحضانة هو الولايّة، وفرق فيما إذا تم تعصيب هولا من قبل الولد أو

السلطان -القاضي-^٣.
أولاً: ترتيب الحاضنات من جهة الأم: يبدأ بالأم، وذلك لقول النبي ﷺ حينما قال لأم الحضور (أت أحق به مالم تكنحي)، وكذلك استقر العرف على أنّها أشرف على الحضور من غيرها وحتى من أبيه الذي هو أصله.

ثم أم الأم-الجدة-، وإن علت- كما ورد في التهذيب عن ابن الرزاعي^٤، بشرط انفراؤها بالسكن عن أم سقطت حضانتها، هذا هو المشهور في المذهب، وجاء في الشرح

^١ النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٤-٥٦٥.
^٢ النظر ابن مهنا، أحمد بن غام الفريزي، مرجع سابق، ص ٦٦. النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٥-٥٦٤.
^٣ النظر القرظي، المرجع نفسه.

أولى من الحالة، لكن المشهور والمداول في المذهب أن ترتيبه يأتي بعد قرابات الأم وهن أولى منه. أما فيما يتعلق بقرابات الأب نفسه، فقد روى ابن وهب، أن الأب أحق من جميع قرابته لأنّها إمامٌ بآبائين به، لذا فهو أولى منهن جميعاً، ولكن ردّ على هذا القول، بأنه رغم أن ذلك صحيح، ولكن الأب لا يقوم بالحضانة بنفسه وإنما يدفع للمهتمة إلى النساء لكي تقوم بهما، لذا فإن قرابته من النساء أحق منه، وفي المدونة وحاشية الدسوقي يأتي ترتيبه بعد الجدات^٥. وفي جامع الأمهات، ترتيبه بعد غاية قرابته من النساء وفي مقدمة التعصيب^٦.

ثم الأخت الشقيقة، ثم لأم، ثم لأب، ثم العمّة، ثم عمه الأم، ثم حالة الأب، وإن علون^٧، ثم بنات الإخوة، ثم بنات الأخوات، وإن نزلن. بخصوص بنات الأخوات هناك من رأى عدم استحقاقهن للحضانة، كقول ابن الحبيب في الواضحة، ولكن ابن رشد ردّ على هذا القول، وقال باستحقاقهن للحضانة كوفن من ذوات الرحم المحرم، وإذا استعمن مع بنات الإخوة فأولوية لبنات الإخوة، أو ما في القياس فلا يوجد فرق بينهما، وهن نفس المنزلة ويختار القاضي-الإمام- الأكفأ منهن، أما بنات الحالة والعمّة فلا حظّ لهما في الحضانة كوفنهما من غير المحرمات^٨.

^١ يروي ابن ماجنون رواية أخرى عن مالك بخصوص ترتيب الحواضن وهو كالآتي: الأم، ثم أمها، ثم الحالة، ثم الجدة من جهة الأب، ثم أخت الحضور، ثم عمته، ثم بنت أخته، ثم الأب، ثم العصبان من الرجال. ابن عاصم، يوسف بن عبد الله النسري، مرجع سابق، ص ٦٢٥.
^٢ النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٧. ص ٥٦٦. النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧٧.
^٣ النظر الكردوي، ابن الحاجب، مرجع سابق، ص ٣٣٥.
^٤ النظر ابن مهنا، أحمد بن غام الفريزي، مرجع سابق، ص ٦٦. النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، المرجع نفسه، ص ٥٦٧.
^٥ النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٧-٥٦٨. النظر القرظي، عبد الله بن عبد الرحمن، البوارد والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد العزيز الدماغي، الجزء الخامس (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ١٩٩٩م)، ص ٦٠. النظر ابن مهنا، أحمد بن غام الفريزي، مرجع سابق، ص ٦٦.
^٦ النظر الكردوي، ابن الحاجب، مرجع سابق، ص ٣٣٥.
^٧ النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٨.
^٨ النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٨.
^٩ بقصد بللوي الأسفل كما جاء في الفواكه الدواني: هو الشخص المتعق الذي تنقلت الحضانة إلى مولاة (الأعلى) ولكن يبيّن أنه قد مات منتقل الحضانة إليه. النظر ابن غام الفريزي، مرجع سابق، ص ٦٧.

ثم الوصي، ورد في الشرح الكبير على المختصر وفي الجامع لابن الحاجب، أن ترتيب الوصي قبل العصبان، وهذا ما أكدته كل من الخريشي^١، واللمخي، وفي رواية عن مالك هو أولى بالحضور إن تزوجت أمه ولم يكن له جدة وخالة^٢، وفي حاشية الدسوقي أن الوصي إن كان ذكرًا فله حضانة الحضور الذكر والأنتى غير المطلقة، أما المطلقة فيجوز له حضانتها إن كان قد نكح أمها أو جدتها ودخل بها، كوفنما مستصح من محارمه^٣. كما نقل عن الإمام مالك رحمه الله أنه يفضل تقديم زوج الأم على الوصي، كون الأول محرم للأنتى بينما الأخير غير محرم^٤. وذكر الصاوي في حاشيته، أن ابن عرفة قد رجع حضانة الوصي للمحضور دون أي قيد أو شرط^٥.

ثالثاً: ترتيب العصبان من الرجال: الأخ، ثم أم الأب- الجدة، وفي التهذيب الجد أولى من الأخ^٦. أما بالنسبة للجدّة من جهة الأم فلا حضانة له حسب قول ابن رشد، بينما اللخي أجاز حضانتها لأن له في الشفقة والرحمة تجاه الحضور، وترتيبه كما فهمه التنائي بعد الجدّة من ناحية الأب^٧. ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنته، وإن تولّى، من المولم الأعلى والأسفل^٨. نقل عن ابن عرفة بأن حضانة المولى مشهور في المذهب^٩. ولكن ابن عمرز قال بعدم استحقاقه للحضانة كونه ليس من ذوي الأرحام^{١٠}.

^١ النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧٧. النظر الكردوي، ابن الحاجب، مرجع سابق، ص ٣٣٥.
^٢ النظر الخريشي، نجد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٠٩.
^٣ النظر النسري، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٠.
^٤ النظر ابن مهنا، أحمد بن غام الفريزي، مرجع سابق، ص ٦٧. النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٨.
^٥ النظر ابن الرافعي، حلف بن أبي القاسم، نجد، مرجع سابق، ص ٤٠٠.
^٦ النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٦٨.
^٧ النظر القرظي، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٧.
^٨ بقصد بللوي الأسفل كما جاء في الفواكه الدواني: هو الشخص المتعق الذي تنقلت الحضانة إلى مولاة (الأعلى) ولكن يبيّن أنه قد مات منتقل الحضانة إليه. النظر ابن غام الفريزي، مرجع سابق، ص ٦٧.
^٩ النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٧.
^{١٠} النظر ابن عرفة، نجد بن أحمد بن رشد، المقدمات للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٦٧.

تدلي بمن لا حق له في الحضنة وهو الجد من جهة الأم، ولهذا اعتبرت كالأجنبية^١. وهذا هو القول الجديد والصحيح في المذهب، لأن الجدة وارثة ولها حصة في الميراث. وفي القول القديم للمذهب تقدم الأخوات، ثم الحالة على أمهات الأب والجد - من جهة الأب - كونهن يدلن من جهة الأم بينما أمهات الأب يدلن من جهة الأب، وكأن الأم مقدمة على الأب فكذلك النساء المدليات من جهتها يقَدِّمن على النساء من جهة الأب^٢، وكذلك حديث الحالة بمنزلة الأم^٣.

ثم الحديث الشريف، ثم الأخت لأب، ثم الأخت لأم. وقيل: تقدّم الأخت لأم على الأخت لأب كون الأولى تدلي من جهة الأم. والأول هو الأصح لأن الأخت لأب لها قوة التعصيب في الميراث مثل الأخت الشقيقة، لذا تقوم مقام الأخت الشقيقة في الحضنة^٤. أما عن سبب تقديم الأخوات على الحالة والعمة هو أنهن يشتركن في النسب مع المحضون^٥.

ثم الحالات، الشقيقة، ثم لأب، ثم لأم. وقيل لأم ثم لأب. جاء في آسنى المطالب أن الحالة تقدم على بنات الأخت وبنات الأخ كونها تدلي من جهة الأم^٦. ثم بنات الأخت، ثم بنات الأخ. جاء في كفاية الأخيار تقدم بنات الأخت على بنات الأخ،

في جمع الحالات السابقة يكون الشقيق مقدماً على أم ولأم على لأب، وأنه لا خلاف في أهل العلم بأن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب^٧، وإذا تساوى مستحقو الحضنة فيختار أصوغهم وأرقفهم، والأرقق أو الأشفق مقدم على الأصون هذا ما قال به ابن الحاجب الكردزي، في حين يقول ابن عرفة في حالة التساوي يختار أصلحهم ثم آسنهم^٨. وإذا استمر التساوي فيالفرقة^٩.

المذهب الشافعي:

المذهب الشافعي فرق بين ثلاث حالات: حالة أفراد النساء بالحضنة، حالة أفراد الرجال بالحضنة وحالة اجتماع الرجال والنساء معاً.

أولاً: ترتيب النساء بالحضنة: يبدأ بالأب، ودليل ذلك قول رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكح^{١٠}. ثم أم الأم وإن علقت، والأقرب فالأقرب. وسبب تقديم أمهات الأم على أمهات الأب هو قوتن في الإرث، فأمهات الأم لا تسقط نفيهن من الميراث بالأب في حين أمهات الأب تسقط حضنتهن بالأم، والولادة فيهن محققة^{١١}.

ثم أم الأب وإن علقت، والأقرب فالأقرب، ثم أم الجد وإن علقت، ثم أم أب الجد وإن علقت، والأقرب فالأقرب، أما أم الجد من جهة الأم فلا حق لها في الحضنة، لأنها

^١ انظر المفاتيح، فتح بن يوسف الغرناطي، مرجع سابق، ص ٥٩٧.

^٢ انظر ابن عرفة، فتح بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢٨.

^٣ انظر القطراني، فتح بن أحمد بن رشد، القواعد للمهتدات، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

^٤ انظر ابن مهيبة، أحمد بن غلام الغرناطي، مرجع سابق، ص ٦٧.

^٥ انظر الجريسي، فتح بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١٠.

^٦ انظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٥. ملاحظة: كتبت اسم المرح لوجود أكثر من مرجع واحد باسم المؤلف.

^٧ انظر الجريسي، سليمان بن محمد، حاشية الجريسي على شرح المنهج، الجزء الرابع، (٥:٥) مطبعة الخليلي، دط، ١٩٥٠م، ص ١٢٢.

^٨ انظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٥. انظر

بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

^١ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٧٨. انظر السبكي، زكريا بن محمد بن زكريا

الأضاربي، آسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٢. انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله،

مرجع سابق، ص ٥٤٤.

^٢ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

^٣ انظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٥. انظر الجويني، عبد الملك

بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٥٥.

^٤ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

^٥ الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٥-١٦٦.

^٦ انظر السبكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأضاربي، آسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، وإن تزاول، ثم العم الشقيق، العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ابن العم لأب. لكنهم عصبة والحضنة ولاية لذا يجب تقديمهم على الأخ لأب، هناك قول آخر بتقديم الأخ لأم عليهم لأنه أشفق منهم على المحضون، ويرى إمام الحرمين أن القول الأخير هو الأظهر^١، ثم عم الأب، ثم أبناءه، ثم عم الجد، ثم أبناءه^٢.

وإذا كان الحاضر رجلاً عاصياً غير عمر كان العم وكان المحضون أمي، تسلم المحضون إليه إن لم تكن قد بلغت سن الشهادة والأقرب إن لم يد مرة أمية^٣.

ثالثاً: اجتماع الرجال والنساء: الأم، ثم أم الأم وإن علقت، ثم الأب. يقول الأضرخي، إذا امتنعت الأم عن حضنة ولدها فهناك قولان: الأول، تنتقل الحضنة إلى أم الأم كما لو ماتت أو فقدت شروط الحضنة، وهو قول ابن الصباغ وابن الطيب. الثاني، تنتقل إلى الأب، لأن الأم لم تنزل حقها بامتناعها، وإن طالبت باستردادها كانت أولى من غيرها، وهو قول ابن الحداد^٤.

ثم أم الأب وإن علقت. وقيل بتقديم أم الأب وأمهاتها على الأب في حالة اجتماعهم، لأنهن أصلح للحضنة وأرقق للمحضون^٥، ثم الجد - أب الأب -، ثم أم الجد

^١ انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٤٢.

^٢ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨١. والسبكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأضاربي،

آسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

^٣ انظر النووي، يحيى الدين يحيى بن رشد، منهاج الطالبين وصعدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد

عوض، (د:٥) دار الفكر، ط ١، ٢٠٠٥م، ص ٢٦٧. انظر السبكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأضاربي، آسنى

المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

^٤ انظر الدررودزي، علي بن محمد العبادي، الإقناع في الفقه الشافعي، (د:٥) د:٥، دط، ١٦٦١. انظر

الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٨. انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير

العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

^٥ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٢. انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع

سابق، ص ٥٤٢.

مثلما تقدم الأخت على الأخ^١. يرى الجوهري أنه من مقتضيات المذهب، عدم انتقال الحضنة إلى الحالات إلا بعد عدم وجود بنات الأخ والأخت، وكذلك عدم جواز انتقال الحضنة إلى العمات إلا بعد عدم وجود بنات الحالات^٢.

ثم العمات، الشقيقة، ثم لأب، ثم لأم. وقيل لأم ثم لأب. ويقول ابن إسحاق إن العمة تقدم على أمهات الجد، كون العمة تدلي من جهة الأب، أما أمهات الجد فمن جهة الجد والأب أولى من الجد فكذلك كل أدلى به^٣.

ثانياً: ترتيب الرجال المحضون: يبدأ بالأب. كونه صاحب الولاية على المحضون، ثم الجد وإن علقت. كونه أصحاب الولاية بعد الأب بأنفسهم دون واسطة^٤. ثم العصبات.

هناك من قال بأنه لا حضنة للعصبة من الرجال كونه لا يستطيعون القيام بها، كما أن ولايتهم للمحضون غير مباشرة وإنما بالواسطة، لكن المنصوص عليه في المذهب هو استحبابهم للحضنة استناداً لحديث "الحالة بمنزلة الأم" فكل من جعفر وعلي رضي الله عنهما طلبا الحضنة كونهما من أبناء عمومة زينب ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك. كما روي عن عماره الجرمي أنه قال: أن علياً رضي الله عنه بين عمه وأمه^٥.

أما ترتيب العصبات فهو على النحو الآتي: الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب. وتأتي مرتبة الأخ لأم بعد الأخ الشقيق والأخ لأب على حد قول ابن الصباغ^٦، ثم ابن الأخ

^١ انظر تقي الدين، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخبار في حل غايبة الانتصار، تحقيق: علي عبد الحيد بلطحي وفتح

وهبي سليمان، (م:٥) دار الخرج، ط ١، ١٩٩٤م، ص ٤٤٧. انظر السبكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأضاربي،

آسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

^٢ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

^٣ انظر الجريسي، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

^٤ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

^٥ انظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٦. انظر بن سالم، يحيى بن

أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨١.

^٦ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨١. انظر السبكي، زكريا بن محمد بن زكريا

الأضاربي، آسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

جاء في البيان للحجاوي، إذا اجتمع النساء والرجال وكانوا في درجة واحدة، مثل الأخ والأخت، هناك قولان، الأول: يقدم الرجل على المرأة كونه أعمق بتأديب وتعليم المحضون من المرأة. الثاني: المرأة أعمق وأولى كونها لها نفس درجة القرابة من المحضون، كما أنها أعرف بمحضنة الأطفال من الرجال، وهذا تقدم على الرجال ملئماً تقدم الأم على الأب. أما إذا كان المستحق للمحضنة في نفس الدرجة وكانوا رجالاً أو نساء فقط، كالعمات أو الأعمام عندهما ثم إجره القرعة بينهم لأنه لا يوجد مزية لأحدهم على الآخر¹.

وفي حضنة ذوي الأرحام قولان:

الأول: لا حضنة لذوي الأرحام من الرجال كالأخ وابن الأخت والعممة كونهما في يرون، فيعتنون كالأجنبي، ومن باب أولى لا حضنة لا يدلون بهم ذكراً كان أو أنثى، وفي هذه الحالة يقوم القاضي (السلطان) باستحار حاضن، ومن مصلحة المحضون أن يختار القاضي الحاضن من بينهم، كونهما أشفق على المحضون من شخص أجنبي.

الثاني: هم المحضنة، لأنها شرعت لمصلحة المحضون، وأن من مصلحة أن يكون الحاضن منهم في حالة عدم أهل الحضنة من النساء والرجال، كونهما أشفق عليه من غيرهم بسبب القرابة والمحرمية ومن باب الاحتياط أيضاً².

وإن علت، ثم أم الأب، ثم أم أب الجد وإن علت، ثم الأخوات، ثم الإخوة، ثم الشقيق، ثم لأب، ثم لأم³.

ثم الحالات الشقيقة، ثم لأب، ثم لأم. وهناك قول للأصطخري، بتقديم الأخت الشقيقة والأخت لأم والحالة على الأب، لأنهن يدلن من جهة الأم كأمهات الأم، كما إنهن من أهل الحضنة أيضاً. ثم أولاد الإخوة، ثم أولاد الأخوات. الشقيق ثم لأب، عدا ابن الأخت، ثم بنت الأم، ثم العمام، ثم الشقيق، ثم لأب. ثم لعممة لأم، ثم بنات الحالات، ثم بنات العم، ثم ابن العم⁴.

جاء في المجموع للبويعي، هناك ثلاثة أوجه في حالة وجود أمهات وآباء المحضون: **أولاً:** النساء أولى من العصباء، وعليه تقدم الأخت والحالة وبناهن على الأخ وأبناءه، والعم وأبناءه وذلك كونهن أشرى بشؤون حضنة وتربية المحضون.

ثانياً: العصباء أولى من النساء، عندها يكون الترتيب المذكور في الفقرة الأولى بشكل عكسي، أي يكون الرجال مقدمين على النساء وذلك بسبب إخصاص هؤلاء بالنسب وحققهم في تربية وتأديب المحضون.

ثالثاً: يقدم الأقرب فالأقرب من العصباء ومن النساء أهل الحضنة⁵.

¹ النظر السبكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأصباعي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، مرجع سابق، ص ٤٠٤.

² النظر الشرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٧. الشرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه على الفقه الشافعي، (د: عالم الكتب، دط، دت)، ص ٢١١. النظر البويهي، يحيى الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، مرجع سابق، ص ٢٦٧. ملاحظة: كتبت اسم الجمع لوجود أكثر من مرجع واحد باسم المؤلف.

³ النظر ابن المنقذ، عمر بن علي، الشاكرة في الفقه الشافعي لابن المنقذ، تحقيق: حسن إسماعيل (بيروت): دار الكتب العلمية، ط ٢٠٠٦، ص ١١٨-١١٩. النظر ابن النقيب، أحمد بن لؤي، عمدة السالك وعمدة السائل، مراجعة: عبدالله بن إبراهيم الأصباعي، (طبعة المطبوع الدينية، ط ١٩٨٢)، ص ٢١٤. النظر الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

⁴ النظر البويهي، يحيى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح لمهذب، الجزء الثامن عشر، (د: دار الفكر، دط، دت)، ص ٣٣٦.

يرى صاحب كفاية الأخيار، بأن النساء غير المحرمات كبنات الحالات والعمات والأخوات والأعمام لهم الحضنة على الأصح، وذلك لتوفيق الشفقة والرحمة فيهن تجاه المحضون بسبب القرابة، وإذا كان المحضون ذكراً فلهن الحضنة لغاية سن الاشتباه، ويكون ترتيبهن (بنات الحالة، ثم بنات الحال، ثم بنات العممة، ثم بنات العم)، في حين جاء في روض الطالب ترتيب آخره، (بنات الحالة، ثم بنات العممة، ثم بنات العم)⁶.

المذهب الحنبلي:

ترتيب مستحقي الحضنة في المذهب الحنبلي، يتبدأ بالأصول من الأمهات والآباء ثم النساء ثم العصبية من الرجال حسب ترتيب الإرث ثم ذوي الأرحام، والتفصيل يكون على النحو أدناه:

ترتيب الإمهات، يتبدأ بأم المحضون، والدليل على ذلك قوله ﷺ "أنت أحمق به ما لم تكني"، وقضاء أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) عاصم بن عمر بن الخطاب لأمه وقوله لعمير رضيها، وبها وظفها، وخير له منك، وعمل الصحابة والإجماع، ولأن الأب لا يقوم بالحضنة بنفسه وإنما يدفعه إلى النساء⁷. ثم أم الأم، وإن علت، ثم الأقرب فالأقرب، لأن في مقام الأم، وكذلك لتتحقق ولادتهن. وفي رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، إن أم الأب وأمهاتها أحمق من أم الأم وأمهاتها، كونها تدلي بعبودية، وتوجب هذه الرواية يذهب

¹ النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد اللخني لابن قدامة، الجزء الثامن، (د: مكتبة القفارية، دط، دت)، ص ٢٤٧. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، الجزء الثالث، (د: دار الكتب العلمية، ط ١٩٩٤)، ص ٢٤٤. النظر عماد الدين المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

² النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

³ النظر الكلذاني، محمط بن أحمد، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: عبد العظيم همام وهامر ياسين العجل (د: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع)، ط ٢٠٠٤، ص ٥٠٠. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٧. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في

فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

⁴ النظر السبكي، مصطفى بن سعد، مرجع سابق، ص ٦٦٦. النظر الفواز، مساح بن فوزان بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

⁵ النظر السبكي، مصطفى بن سعد، مرجع سابق، ص ٦٦٦.

الحضانة، في حين طلبتها الخالة—طلبها جعفر نيابة عنها—، وهذا ما ذهب إليه ابن تيمية رحمه الله. القول الثاني: يقدم النساء من جهة الأم بسبب الأمومة والأنوثة، وهذا هو المشهور في المذهب.

المطلب الرابع: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم عند مجمع الفقه الإسلامي الدولي ودور الإفتاء.

جاء في القرار رقم ١١٣ (١٢/٧) الصادر من مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة المنعقد بالرياض (٢٣ - ٢٨) من أيلول عام ٢٠٠٠م، أن الأم المؤهلة هي الأولى بحضانة الولد عن بقية الحواضن ثم بقية أقرباء الولد حسب الترتيب المعروف شرعاً^١. إذن، المجمع لم يدخل التفاصيل، وإنما بيّن فقد أولوية الأم في الحضانة على سائر المستحقين وترك البقية إلى ما هو معروف في الفقه الإسلامي.

أما ترتيب الحواضن عند دور الإفتاء، فهو على النحو الآتي:

أولاً: جاء في الفتوى رقم ٤٦٣٧ الصادر من دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٩/١/٢٠١٣، أن النساء أولى بحضانة الطفل صغير السن، وأولاهن الأم، ثم النساء من جهة الأم كأمها أو أختها، ثم النساء من جهة الأب، ثم الأب^٢.

ثانياً: جاء في الفتوى رقم ١٤٨٠٦ الصادر من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء التابعة للرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء التابعة للمملكة العربية السعودية بتاريخ ١٩٩١م، إن حضانة المحضون بعد وفاة الأم أو فقدانها لإحدى شروط الحضانة تنتقل إلى

^١ موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، تاريخ الزيارة ١٣/٩/٢٠١٣:

<http://www.fiqhacademy.org.sa/qarat/12-7.htm>

^٢ موقع دار الإفتاء المصرية، تاريخ الزيارة ١٣/٩/٢٠١٣:

<http://www.dar-alifta.org/viewfatwa.aspx?id=4637&text=4637>

قدمها بسبب أوثقها أم بسبب جهتها، فهناك من رأى بأن الأم قدمت على الجميع بسبب أوثقها وليس بسبب جهتها والأول لزوج النساء والرجال من جهة الأم على جهة الأب، في حين أن حضنة الرجال من جهة الأم فيها خلاف، ورجح عدد كبير من الفقهاء عدم استحقاقهم، وحتى الذين أجازوا حضانتهم جملتهم آخر المستحقين^١.

وإضافة إلى ذلك، فإن الشريعة العزاء قدمت الأب وعصبته وبلائي النفس والمال، والنفقة والميراث والغلة والزوج، كما أن الأب وعصبته يترتبون بالمحضون من جانبين العصبية والرحم، في حين الأم وقرابتها ترتبط به من ناحية الرحم فقط، ووفقاً لهذا القول فإن ترتيب الأب يكون بعد الأم مباشرة ثم تقديم أمهات الأب على أمهات الأم، وعليه ونظراً لقوة الأدلة التي يستدل إليه الإمام أحمد بن حنبل في قوله هذا، فإن الباحث يرجح هذا الرأي على ما ذهب إليه الفقهاء الآخرون .

وبخصوص الترتيب الذي وضعه المشرع العراقي، فإنه قد خالف فيه جميع المذاهب الفقهية ضمن نطاق البحث، وكذلك دور الإنشاء وقرار الجمع الفقهي من ناحيتين:

أولاً: في تقديم الأب بعد الأم على باقي أقارب وعصبات وذوي أرحام المحضون من الذكور والإناث من جهة والوالدين، سوى قول للإمام أحمد رحمه الله^٢ الذي سبق الإشارة إليه آنفاً، هو يرى الباحث اجتهاد موفق، لأنه ليس هناك شخص أشقف على المحضون من الأب بعد الأم فهو أصله ونسبه، كما أن اجتهاد المشرع في هذه المسألة استحسنته عدد من الباحثين القانونيين كما سبق ذكره، ولم يلق معارضة من قبل العاملين في سلك القضاء.

ثانياً: في تقديم اختيار القاضي على جميع أقارب وعصبات وذوي أرحام المحضون من الذكور والإناث. تبيّن من خلال تناول الترتيب لدى المذاهب الفقهية أن لكل مذهب

^١ انظر حمارة، محمد، مرجع سابق، ص: ٣٨٨.

^٢ انظر الصالح، محمد بن أحمد، النظم في الشريعة الإسلامية: نفاذه، حياته، حقوقه التي كلفها الإسلام، (الرياض: مطابع الفردي التجارية، دة: ١٩٨١م) ص: ١٢٥-١٢٨.

^٣ انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص: ٦٨.

أماها، وذلك بعد انتقال إلى أم الأب، وبسبب تقديم الأم على غيرها لأنها أشقف وأرحم من غيرها^١.

ثالثاً: جاء في الفتوى رقم ٨١٨٥ الصادر من المركز الرسمي للإفتاء التابع للهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف لدولة الإمارات العربية الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/١٢/٢٦، إن حضنة الولد تنتقل إلى أم الأب بعد وفاة الأم، ثم لجدته الأم، ثم للخاله، ثم لحالة الخالة، ثم لأم الأب، ثم للأب، وذلك بسبب شفقة ومودة الأمهات على المحضون، كما أن الحالة والجدّة بمثابة الأم^٢.

يتضح مما سبق، أن هناك تقارباً في فتوى دار الإفتاء المصرية وفتوى مركز الإنشاء الإماراتي، حيث أعطى كلاهما الأولوية للأم والنساء، من جهتها ثم النساء من جهة الأب ثم الأب، والفرق بينهما هو أنّ فتوى المركز ذكر بعد النساء من جهة الأم، أم الأب فقط.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

من خلال استعراض ما ذكره المذاهب الفقهية والجمع الفقهي الإسلامي ودور الإفتاء، يستنتج بأن اختلافهم في ترتيب أصحاب الحضنة بعد الأم وأما يعود إلى عدم وجود أصل من الدليل يعتمد عليه، وراجع أيضاً إلى، لماذا قدّم الرسول صلى الله عليه وسلم حق الأم في الحضنة على جميع محارم وأقارب المحضون من الرجال والنساء؟ هل

^١ موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٩/١٣.

http://www.alifita.net/fatawa/fatawachapters.aspx?view=page&bookid=3&pageid=8081&back=true&language=ar

^٢ موقع الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف لدولة الإمارات، تاريخ الزيارة ٢٠١٣/١٢/٢٦.

http://www.awqaf.ae/fatwa.aspx?sectionid=9&refid=8185

^٣ انظر حمارة، محمد، مرجع سابق، ص: ٣٢٥-٣٢٧. انظر ابن عثيمين، محمد بن صالح من محمد، مرجع سابق، ص: ٥٣٦-٥٣٥.

ترتيب خاص، وله ما يعلّل به ترتيبه، حتى الجمع الفقهي بعد أن بين أولوية الأم في قراره، أحال بقية الترتيب إلى ما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي، أما المشرع العراقي فإنه بعد والوالدين أعطى السلطة الواسعة للقاضي في اختيار الحاضن في الفقرتين السابعة والثامنة، وتمّ ما لحاضنة أو الحاضن الأمين أو يودع المحضون لدى دور الدولة.

ومن الأهمية بمكان، بيان الأسباب التي دفعت عدداً من الباحثين بتفضيل الترتيب الوارد في القانون، واردة عليها:

١. في حالة وجود ترتيب للحواضن في القانون، فإن القاضي ربما يلزم شخص وهو لا يرغب في الحضنة وبذلك يتضرر مصلحة المحضون. هذا السبب مردود وقد سبق بيانه في الفصل السابق وبالتحديد في موضوع تكيف الحضنة، أن الوصي الذي يتعيّن للحضنة في الفقه الإسلامي هو والوالدين، عليه فليس هناك أي إلزام لشخص وهو كاره للحضنة.

٢. ربما لا تتوفر شروط الحضنة لدى الشخص المستحق للحضنة بموجب الترتيب. ويبدو للباحث أنّ هذا السبب أو المبرر بعيد عن المنطق، لأن جميع المذاهب وحتى القوانين الوضعية لها شروط للحواضن، ولا يجوز انتقال الحضنة إلى الحاضن إن كان فاقداً ولو شرطاً واحداً فقط، ويمكن القول بأن هذا المبرر يعتبر خطأً في القانون نفسه، فالفقرتان الثامنة والثامنة في شروط التي يتشترط في الحاضن الذي يختاره القاضي سوى الأمانة، حيث قالتا "حاضنة أو حاضن أمين"، في حين هناك شروط أخرى يجب توافرها لديه، ولكن رغم ذلك فإن الحاضن الأمين هذا، يجب أن يتوفر لديه جميع الشروط التي نص عليها القانون، ودليل ذلك إذا كان القانون يطلب توفر الشروط لدى الأم وغيرها أولاً.

٣. الترتيب قد يدفع للمشرع إلى تقديم شخص أقل استحقاقاً على آخر. يرد على هذا السبب إن جميع ترتيبات الحواضن الموجودة في المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية، هي مجرد اجتهاد وليس هناك جزم بأن ترتيب المذهب أو الفقيه الغلالي هو الصحيح، والسبب في ذلك يعود كما سبق ذكره إلى عدم وجود أدلة قطعية. إضافة إلى ذلك، فإنه ليس هناك منافع لدى المذاهب الفقهية من تقديم حاضن على آخر خلافاً للترتيب إذا

كان ذلك في مصلحة ومنفعة المحضون بل ويؤكد الفقهاء ذلك، وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات الوضعية التي وضعت ترتيباً للحواضن.

بعد عرض وتقد الأسباب التي دفعت البعض إلى تأييد ترتيب المشرع، يرى الباحث ضرورة بيان أن يلي حول الفقرتين السابعة والثامنة:

هاتان الفقرتان مجاهلتان دوراً أقرباء المحضون ولم تعط لهم أية أهمية، حيث كلتا الفقرتين، لم تلمز القاضي باختيار الحاضن الأمين من بين أقارب المحضون سواء من جهة الأم أو الأب وسواء كان من النساء أو الرجال والعصبات أو ذوي أرحام المحضون، كما لم تشترط فيه المخيرية من عدمه، وهذا قد يكون الحاضن أجنبياً ليس له أية علاقة قرابة أو صلة رحم بينه وبين المحضون، لأن الفقرتين جاءتتا مطلقين والمطلق يجري على إطلاقه، كما لم تحدد جنس الحاضن فيما إذا كان محضون ذكراً أو أنثى، عليه فالقانون لم يأخذ بالحيلة والحذر المطلوبين لاختيار الحاضن.

وفي هذه المسألة يرى الباحث أنّ محمد عليوي وقع في سهو حينما قال: إن القانون ترك للقاضي اختيار الحاضن بعد الأب من بين أقارب المحضون،^١ لأنه بالرجوع إلى الفقرتين السابعة والثامنة اللتين تناولتا مسألة اختيار الحاضن الأمين بعد والوالدين لم تتضمنتا أية إشارة إلى إزام القاضي باختيار الحاضن الأمين من بين أقارب المحضون.

وما يؤيد رأي الباحث بالإضافة إلى نص الفقرتين، هو ما قاله القاضي حيدر عبدالرضا، حيث قال: جاءت الفقرة السابعة مطلقة ولم توضح شخص الحاضن الذي يختاره القاضي، هل هو من أقارب المحضون أو شخص آخر،^٢ وتساءل، لماذا لم تنص الفقرة على انتقال الحضنة إلى الجد من جهة الأب الذي هو بمثابة الأب أو حتى الجد من جهة الأم في حالة عدم أهلية الأب. وقال أيضاً، أنّ الفقرة الثامنة زادت الأمر سوءاً لأنها نصت على انتقال الحضنة بعد والوالدين إلى الحاضن الأمين أو إيداع المحضون دور

^١ انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص: ٢٨١.

الدولة، وبذلك تجاهلت جدي المحضون، من جهة الأب ومن جهة الأم، كما أغفلت أيضاً أقارب المحضون لغاية الدرجة الرابعة^١.

يضاف إلى ما سبق، أنه حتى الذين أبدوا إعجابهم بترتيب المشرع، طالب بعضهم المشرع بإدخال أشخاص آخرين في ترتيب المحاضن، فبيداء كريم، عند تناولها لموضوع أصحاب الحضنة قالت: إن عدم ذكر أي ترتيب للمستحقين للحضنة بعد الوالدين من قبل المشرع العراقي حسن، لأنه ربما تنتقل الحضنة إلى شخص لا تتوفر لديه شروط الحضنة وبذلك ينضم المحضون^٢، ولكن حينما أتممت رسالتها بعرض المقترحات قالت " نفتح تعديل الفقرتين السابعة والثامنة من المادة (٥٧) بتوسيع الفقرة بإدخال الأعمام والأجداد في دائرة المحاضن، والإعلان عن دورهم في رعاية الصغير المحضون وترتيبه"^٣، وهذا تناقض صريح وواضح منها، ففي البداية استحسنّت عمل المشرع، وفي النهاية طلبت تعديل الترتيب وذلك بإدخال عصابات المحضون فيه.

وفيما يتعلق بترتيب المحاضن في القانون العراقي، فالأمر يشوبه عدم الوضوح، لأن المشرع لم يتناول في مادة واحدة بشكل صريح وواضح، وإنما تناول في أربع فقرات ضمن تناول أحكام أخرى للحضنة. وهكذا يكون المشرع قد جيزاً لموضوع بين عدة فقرات من جانب، ودججه مع أحكام أخرى من جانب آخر. وقد أكد "القاضي حسين صالح" على هذا العيب في المادة ٥٧ من القانون حينما قال: إن بعض أحكام الحضنة تحتاج إلى توضيح. ومن ضمن تلك الأحكام التي قام هو بتوضيحها، ترتيب المحاضن، حيث رتبته على النحو الآتي: (الأصل في الحضنة أن تكون للأم ثم للأب، فإذا تعدد أصحاب حق الحضنة فللمحكمة حق اختيار الأصلح على ضوء مصلحة المحضون)^٤.

^١ النظر الطلي، حيدر عبد الرضا، حق الحضنة بين الشرع والقانون، مجلة الهدى، العدد ٢٦٦، أيار ٢٠١٣، ص ٣٨.

^٢ النظر عبد، بيده كريم، مرجع سابق، ص ٥٢.

^٣ النظر نفسه، ص ٢١٢.

^٤ نقل عن القاضي حسين صالح، مرآة، مرجع سابق.

أما بخصوص موقف القضاء العراقي، فإنه لم يخرج عتاً نص عليه القانون، كما أن إدخاله الجدة لأب في حالة التنازع بين الوالدين على حضنة المحضون، أو في حالة فقدان الأم أحد شروط الحضنة أو وفاتها، فإنه قد وافق جمهور الفقهاء في ذلك لأنهم يقدمون الجدة من جهة الأم على سائر أقارب المحضون.

أخيراً، يرى الباحث ضرورة قيام المشرع بتخصيص مادة واحدة لترتيب المحاضن وإن كانت مؤلفة من عدة فقرات، بحيث تتناول ترتيب المحاضن وما يتعلق به من أحكام بشكل واضح وجلي، مع تجنّب العيوب التي يعترض النصوص الحالية.

المادة المقترحة^١

أولاً: يثبت حق حضنة الطفل للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدي بالأب على من يدي بالأم، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين، وذلك باستثناء الأب على الترتيب التالي، على أن يراعي القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون: الأم، ثم الأب، ثم أمهات الأب، ثم الأقرب فالأقرب، ثم أمهات الأم، ثم الأقرب فالأقرب، ثم الجد لأب وإن علا، ثم أمهات، ثم الأقرب فالأقرب، ثم الأمث الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخت للأم، ثم العتات، ثم الأقرب فالأقرب، ثم الحالات، ثم الأقرب فالأقرب، ثم عمات الأب، ثم خالات الأب، ثم الأقرب فالأقرب، ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات، ثم بنات الأعمام وبنات العمات، ثم بنات عمات الأب.

ثانياً: إذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن ممن أهل للحضنة انتقل الحق في الحضنة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

^١ ملاحظة: لتوافق هذه المادة، تمت الاستفادة من المادتين ١٦٦ و ١٤٧ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ لدولة الإمارات العربية المتحدة، وبناد ١٦٩ من قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ م .

المبحث الثاني: شروط المستحقين للحضنة.

المطلب الأول: شروط المستحقين للحضنة في التشريع العراقي.

الحضنة إما شرعت للحفاظ على الجنس البشري هذا من جانب، ومن جانب آخر لنشأة المحضون على الطريق السوي السليم دون إغتراف من خلال تربيته وتأديبه عن طريق الوالدين أو المحاضن الآخرين في حالة عدم وجودهما، ونظراً لحظورة المهمة يشترط فقهاء الشريعة والقانون والمشرعين جملة شروط يجب توافرها في الحاضن حتى يكون مستحقاً للحضنة وذلك مراعاةً لمصلحة المحضون^١.

فالمشرع العراقي خصص الفقرة الثانية من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية لشروط الحضنة أو بشكل أدق الشروط الواجب توافرها لدى الحاضن، حيث نصت الفقرة على أنه "يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، ولا تسقط حضنة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضنة في ضوء مصلحة المحضون"^٢.

يلاحظ أن الفقرة نصت على أربعة شروط يجب توافرها لدى الحاضن حتى يستحق الحضنة، وتسقط حضنته بمجرد فقده لأحد هذه الشروط، وتنقل إلى التالي له بموجب الفقرة السابعة من المادة ٥٧ والتي سبق تناولها في المبحث الأول، والشروط هي ما يلي:

١. **البلوغ**: سبب وضع هذا الشرط راجع إلى أن الغاية من الحضنة هي القيام بشؤون المحضون وترتيبه وصيانته، وأن غير البالغ هو بحد ذاته يعتبر صغيراً يحتاج إلى الرعاية والعناية من غيره. إضافة إلى ذلك، تعتبر الحضنة ولاية ولا ولاية لصغير غير بالغ على غيره، وإن هذا الشرط لا يشمل الوالدين لأنه لا يتصور بأن أحدهما غير بالغ في حين له القدرة على الإنجاب ولهما أولاد^٣.

^١ النظر الشرياني، رمضان علي والشافعي، جابر عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٥٨٩.

^٢ النظر الزبيدي، حسين نجيب محمد خلف، مرجع سابق، ص ١٤٩.

٣. **الأمانة:** وتعمل أكثر من معنى في هذا الشأن، منها عدم النسق، وعليه فلو كان الحاضن فاسقاً وبسئاً الخلق كأن يكون دائم السكر، سارق، مغني، صاحب سوابق وخاصة القضايا المخلة بالشرف، وغير ذلك من الأفعال والتصرفات التي تخدش أخلاق المرء، فإنما تنسقط الحضانة إذا كانت تؤثر على أخلاق المحضون ودينه، أما إذا لم تؤثر عليه فلا تنسقط حضانته^١. وذكر للأمانة معنى آخر، وهو ترك المحضون وحيداً في الدار أغلب الأوقات بسبب كثرة خروجه، أو سكن المحضون في دار مبعوضة، أو من يضرهم له الحدق والكراهية على اعتبار أن ذلك خطر على سلامة جسمه^٢.

هناك من أخذ (الأمانة) بشكل مطلق دون حصره في معنى معين، فكل ما يؤثر على المحضون سواء في دينه أو أخلاقه أو جسمه، يعتبر خرقاً لشرط الأمانة من قبل الحاضن وبالتالي يسقط حضانته^٣.

٤. **القدرة على تربية المحضون وصيانته:** بموجب هذا الشرط يجب أن يكون الحاضن خالياً من أي مرض أو عاهة تجعله غير قادر على القيام بتربية المحضون وحفظه وآلآ سقطت حضانته، فالحاضن المصاب بالشلل أو فاقد الأطراف أو المكثوف أو العاجز بسبب التقدم في السن، لا يستطيع أداء واجبات الحضانة على أكمل وجه، ولهذا يحرم من حق الحضانة^٤.

أما عمل ووظيفة الحاضن، فمن الباحثين من ذكره عند تناول شرط الأمانة، ومنهم من ذكره عند تناول شرط القدرة، ويرى الباحث أن الاتجاه الثاني هو الأقرب للصواب لأن الشخص قد يكون أميناً ولا يفقد في أمانته أحد، ولكنه غير قادر على

^١ النظر الكبيسي، أحمد عبيد، مرجع سابق، ص ٣٨٤. النظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ١٧.

^٢ النظر نجد، عبيد عزيز، مرجع سابق، ص ٣٢.

^٣ النظر الزبيدي، حسين كامل، مرجع سابق. (مرجع الكبروني)

^٤ النظر الزبيدي، حسين رحبه محمد خلف، مرجع سابق، ص ١٤٤.

^٥ النظر المرجع نفسه، ص ١٥٠.

^١ النظر الزبيدي، حسين كامل، مرجع سابق. (مرجع الكبروني)

^٢ النظر عبد، ينياد كرم، مرجع سابق، ص ٩٠.

^٣ النظر الزبيدي، لمرجع نفسه.

^٤ النظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ١٧.

أما البلوغ المقصود هنا، فإن المشرع لم يبيته ولكن ما يستنتج من كلام الشراح والباحثين في القانون العراقي، أن المطلوب هو البلوغ الشرعي وليس القانوني، لأنهم تناولوا ما قبل عن البلوغ من قبل فقهاء الشريعة حينما تناولوا هذا الشرط، ولم يتطرق أي واحد منهم إلى البلوغ القانوني، وقد قال أحد الباحثين: إن الفقهاء يعتبرون سن الخامسة عشر من العمر هو سن البلوغ الشرعي ولا يمكن تعديله لأنه الأغلب^١.

٢. **العقل:** يقصد بهذا الشرط، أن لا يكون الحاضن مصاباً بمرض أو عاهة عقلية كالجنون المطلق وغير المطلق -المنقطع- والعته والصرع وغير ذلك من الأمراض والعاهات التي تصيب الدماغ، والتي تجعل المرء يفقد التمييز بين الخير والشر، والنافع والضار والنتيجة يتم الحجر عليه، لأنه لا يستطيع القيام بشؤونه بشكل صحيح وسليم، فكيف بقيامه بحضانة المحضون. ويضاف إلى ذلك، أنه يعتبر خطراً على حياة المحضون بسبب تصرفاته^٢.

تجدر الإشارة، إلى أن الأمراض العصبية كالصرع والنصام الشخصية، والأمراض الأخرى التي يثبت التقرير الطبي بأنها تدهب بالعقل تعتبر أسباباً لفقد الحضانة^٣.

في حالة طعن الحاضن بأنه مصاب بمرض عقلي أو استنجدت القاضي من ملاسبات الدعوى، وكان هناك ما يشير أو يؤيد ذلك، فإن القاضي في هذه الحالة يحتاج إلى رأي الخبراء لأن هذه المسألة من المسائل التي لا يستطيع أن يقرها بنفسه، بتقريره بتجنون شخص من عدمه، فإن القاضي في هذه الحالة يحيل الحاضن إلى لجنة طبية مختصة للتأكد من ذلك^٤.

أداء واجبات الحضانة بسبب عمله أو وظيفته، أما الشخص الذي يستغرق أكثر وقته خارج البيت دون مرور شرعي، ويترك المحضون في البيت فهذا يدل على إهماله وإهماله ويمكن إدراج هذه الحالة ضمن شرط الأمانة^٥.

وهناك من لا يشترط أن يقوم الحاضن بالحضانة مباشرة، فمثلاً إذا كان الحاضن موظفاً ويقضي عدة ساعات من وقته في الوظيفة، ولكن لديه خادمة أو قريبة تقوم بحضانة المحضون أو يودع المحضون لدى الدور المعدة للحضانة إلى حين عودته من الوظيفة، فلا يسقط حضانته^٦.

بينما يرى آخرون، أن الحضانة تتطلب الإشراف المباشر من قبل الحاضن، وعليه فإذا بقي الحاضن في العمل من الصباح إلى المساء والمحضون متروك في دور الحضانة، فهذا يعني بأنه ليس لديه وقت كافٍ في النهار للإشراف عليه، والنتيجة هي تضرر المحضون من حضانته وفي هذه الحالة من الأفضل إسقاط حضانته^٧.

تجدر الإشارة، إلى أن بعض الباحثين اشتراطوا خلو الحاضن من الأمراض المعدية عند تناول شرط القدرة^٨. ويرأي الباحث، أنه ليس كل مرض معد يجعل الحاضن غير قادر على أداء دوره بالحضانة، فعلى المثل يذكر الباحثون والفقهاء مرض اليرص كمثل على هذه الأمراض، والواقع أن هذا المرض جلدي، ويستطيع الحاضن المصاب به بشؤون الحضانة. لذا يرى الباحث أن اشتراط خلو الحاضن من الأمراض المعدية هو شرط خاص وليس ضمن شرط القدرة، لأن خطورة هذه الأمراض تكمن في أثرها على حياة وصحة المحضون.

ويرى بعض الباحثين ضرورة ترك مدى قدرة الحاضن في القيام بأداء الحضانة إلى القاضي، وإزمائه بالاستعانة بمختصين من الأطباء والباحثين الاجتماعيين وعدم تركه لتخمين وتقدير القاضي فقط^٩.

٥. **عدم تضرر المحضون:** رغم عدم ذكر المشرع هذا الشرط ضمن شروط الحضانة التي عرّفها في الفقرة الثانية من المادة ٥٧، وكذلك عدم ذكره من قبل شرّاح وباحثي القانون العراقي عند تناول شروط الحضانة، إلا أن الباحث يرى بأن هذا الشرط يعتبر من أهم الشروط التي نص عليه المشرع بشكل غير مباشر، في الفقرة الأولى من المادة ٥٧ حينما ربط حضانة الأم لولدها بشرط عدم الضرر، لأن الحاضن قد تتورق لديه جميع شروط الحضانة إلا أن المحضون قد يتضرر من حضانته، والنص هو "الأم أحق بحضانة الولد وترتيبه حال قيام الوجعة وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك". يعتبر هذا الشرط مرناً ويعطي مساحة واسعة لحرية القاضي في اختيار الحاضن الأصح للمحضون.

٦. **خلو الحضانة من زوج اجنبي غير محرم -عن المحضون:** القانون العراقي موقفه واضح وصرح بخصوص هذا الشرط، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٧ على ".... ولا تنسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون". وفي الفقرتين (ب، ج) من الفقرة التاسعة من المادة نفسها نصت على " ب. إذا مات أبو الصغير بقيت الصغير لدى أمه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط ١٠: أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة. ٢. أن تنتفع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم. ٣. أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به. ج. إذا أخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في (٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من قبل الزوجة".

^١ النظر عبد، ينياد كرم، مرجع سابق، ص ٩١.

^٢ النظر كرم، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص ٣٦.

^٣ النظر ناصر، محمد علوي، مرجع سابق، ص ١١٨.

^٤ النظر نجد، عبيد عزيز، مرجع سابق، ص ٣٢.

^٥ النظر أبو ينياد، رشدي حنا، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

رابعاً: تقديم تعهد برعاية وعناية المحضون وعدم الإضرار به من قبل الزوج عند إبرام عقد الزواج. إضافة إلى ما تقدم من شروط، فإن القانون ولضمان تنفيذ التعهد من قبل الزوج، أعطى في الفقرة (ج) للحاضنة الأم الحق في طلب التفريق منه إذا هو أخل بتعهد.

علماً، أن موضوع زواج الحاضنة الأم الأرملة وأخذ التعهد من زوجها في هذه الحالة، أوجده المشرع بعد إجراء التعديل على الفقرة التاسعة من المادة ٥٧ بموجب القانون رقم ٦٥/١٩٨٦/٦/٢٨.

أما عن مدى عمول الحاضنة غير الأم بأحكام هذين الحالتين، فإن هناك توافق بين شرح وإياحي القانون العراقي، بأن الحاضنة غير الأم لا تستفيد من هذه الأحكام وتسقط حضانتها في حالة زواجها^١.

أما بخصوص تفرقة المشرع بين الحالتين، فقد قيل إن المشرع فرق بين حالة كون المحضون يتيماً، وكون والده حياً، ففي الحالة الأولى طلب تعهداً من زوج الأم ويعتبر شرطاً لبقاء الحضنة للأم، بينما في الحالة الثانية لم يطلب لأن والده حي ويشرف عليه، ورغم ذلك يمكن للأم أن يؤخذ تعهد بمبدأ المحضون من زوجها أو إدراجها كشرط ضمن عقد الزواج رغم عدم النص عليه^٢.

أما فيما يتعلق بعدم سقوط حضنة الأم في حالة زواجها من أجنبي عن المحضون من قبل المشرع العراقي، فقيل بعض الباحثين: إن ترك المشرع السلطة التقديرية للمحكمة بإسقاط حضنة الأم من عدمه في حالة زواجها عمل حسن، لأن زواجها لا يعني دائماً

^١ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (٦٥) لسنة ١٩٨٦. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، توثيق الزيارة ٢٣-١٤-٢٠١٤:

<http://www.iraqld.com/loadlawbook.aspx?sp=ref&sc=151220056661242&pagenum=3>

^٢ انظر الزبيدي، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكويز)

^٣ نقلاً عن الدكتور إسحاق جميل البكري البكري، مراسلة، أيلول ٢٠١٣. وهو أساساً قانون الأحوال الشخصية المساعد في كلية القانون والسياسة في جامعة ديوك كركستان العراق. نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق. نقلاً عن نائب المدعي العام عبد الرحمن سليمان، مراسلة، مرجع سابق

يتضح من الفقرةين أعلاه، أن القانون العراقي فرق بين حالتين:

أولاً: **زواج الحاضنة – الأم – المطلقة**: ففي هذه الحالة لم يشترط القانون أي شرط على الزوج، كما لم يطلب منه أي شيء، عليه فسواء كان الأخير محرماً أو غير محرم للمحضون، وسواء كان قريباً أو غريباً ليس له أية صلة به، وسواء كان عراقياً أو غير عراقي، يعود التقدير للمحكمة فهي التي تقر ببقاء المحضون لدى الأم من عدمه، وفق مصلحة المحضون. علماً أن الفقرة الثانية قبل إجراء التعديل عليها في ١٩٨٧/١٠/٣١ بموجب القانون رقم ١٠٦، كانت تنص على سقوط حضنة الحاضنة عند زواجها بغير محرم عن المحضون^١.

ثانياً: **زواج الحاضنة – الأم – الأرملة**: هذه الحالة تختلف من الحالة السابقة، حيث تضمنت الفقرة (ب) من الفقرة التاسعة من المادة ٥٧ من القانون عدداً من الشروط حتى لا تسقط حضنة الأم وهي:

أولاً: أن يكون الزوج عراقياً ولا فرق بين أن تكون جنسيته أصلية أو مكتسبة، كما لا يشترط فيه أية صفة قرابة. أما إذا كان الزوج غير عراقي فيطبق قرار مجلس قيادة الثورة المحل رقم ١٦١٠ في ١٩٨٢/١٢/٢٣ والذي ينص على أن "تتولى الزوجة العراقية حضنة أولادها ورعايتهم إلى حين بلوغهم من الرشد، في حالة الطلاق أو الفراق من زوجها غير العراقي، إذا أبدت الزوجة رغبتها في ذلك أمام القضاء"^٢.

ثانياً: احتفاظ الأم بجميع شروط الحضنة.

ثالثاً: عدم تزوج المحضون في حالة بقاءه مع أمه.

^١ انظر قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٧. انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، الربع الثاني (مرجع الكويز)

^٢ قرار مع العراقية من نقل أومها لتفليقة وغير المنقولة إلى زوجها غير العراقي، رقم (١٦١٠) لسنة ١٩٨٢. موقع قاعدة التشريعات العراقية، تابع الزيارة ٢٣-١٤-٢٠١٤:

<http://www.iraqld.com/loadlawbook.aspx?sp=ref&sc=170320061056936&year=1983&pagenum=1>

تضرر المحضون منها، حيث إن القاضي من خلال حيثيات كل قضية، يصدر قراره المناسب الذي يحقق مصلحة المحضون دون الالتفات إلى مصلحة الوالدين أو أي شخص آخر^٣.

من الأهمية بيان أن الشروط التي نص عليها القانون، ما عدا الشرط الأخير يجب توافرها لدى الحاضن سواء كان ذكراً أو أنثى، رغم استعمال المشرع مصطلح الحاضنة – الأنثى – في الفقرة الثانية من المادة ٥٧ من القانون التي تنص على "يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقله..."، وما يدل على ذلك هو أن القانون في الفقرة (١/٩) نص على انتقال الحضنة من والد المحضون في حالة وفاته أو فقده أحد شروط الحضنة، وعليه فالشروط هي نفسها أياً كان الحاضن أو الحاضنة الوالدين أو غيرهما^٤.

من خلال ما سبق، يتبين أن المشرع قد اشترط توفر أربعة شروط لدى الحاضن إضافة إلى شرط عدم تضرر المحضون في حال انتقال الحضنة إليه، وإن عمل المشرع هذا استحسنه عدد من الباحثين، فمنهم من قال إن هذه الشروط التي نص عليها المشرع كافية^٥، وإن الشروط الأخرى التي تناولتها فقهاء المسلمين لا تتناسب ولا تتواءم مع روح العصر الحديث كشرط الحرية مثلاً لعدم وجود العبد^٦، وآخر قال إن الشروط التي نصت عليها الفقرة الثانية، هي على سبيل المثال وليست حصرية، حيث بإمكان القاضي التوسع فيها والبحث عن شروط أخرى^٧.

^١ نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق. نقلاً عن الهامي محمد حسن عمر، مراسلة، مرجع سابق.

^٢ انظر الزبيدي، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكويز)

^٣ نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق. نقلاً عن الهامي محمد حسن عمر، مراسلة، مرجع سابق.

^٤ انظر عيد، نهاد كرم، مرجع سابق، ص ٩٢.

^٥ نقلاً عن نائب المدعي العام عبد الرحمن سليمان، مراسلة، مرجع سابق.

^١ مجلة مجموعة الأحكام العرفية، العدد الثالث، السنة العاشرة، ٢٠١٩، ص ٢٣.

^٢ أحمد، كولان سيد، مرجع سابق، ص ١٠٩.

^٣ لمرجع نفسه، ص ١١٤.

يتضرر المحضون"^١ هذا يعني أنه لم يعد شرطاً مسقطاً للحضانة بعد التعديل إلا إذا تضرر المحضون.

وجاء في قرار آخر لها: أن "حضانة الأم تبقى مستمرة على أولادها بعد وفاة والدهم بالرغم من زواجها وفق الفقه الجعفري"^٢، هذا القرار صادر بتاريخ ١٣/٨/١٩٦٨ من محكمة تمييز العراق، وفي ذلك الوقت كان زوج الحاضنة بغير محرم بالنسبة للمحضون من مسقطات الحضانة، لذا فإن هذا القرار يعتبر تجاوزاً صارخاً للقانون وإن حجة المحكمة بأن جدّ الأولاد من أتباع المذهب الجعفري، لا تعطي أية رخصة لها لخرق القانون، لأن القانون لا يسمح للقاضي باتباع مذاهب المتخاصمين التي كانت متبعة قبل صدور قانون الأحوال الشخصية النافذ.

بشأن التعهد الذي يجب تقديمه من قبل زوج الأم -الأجنبي عن المحضون-، فقد جاء في القرار رقم ٢٤٢٣/شخصية/١٩٩٨ في ١/٤/١٩٩٨ لمحكمة تمييز العراق، " إذا تزوجت أم الصغير بأجنبي وطالبت جدته لأبيه بتسليمها الصغير، ينبغي إحضار زوج الأم ويدون تعهده برعاية الصغير وعدم الإضرار به"^٣، هذا القرار الذي صدر بتاريخ ١/٤/١٩٩٨ من نفس محكمة تمييز العراق، هو الآخر يطرح تساؤلات، لأنه يفهم من الفقرة التاسعة من المادة ٥٧، بأنه يأخذ التعهد من زوج الأم حال إبرام عقد الزواج، وهو شرط ملزم كي لا تسقط حضانة الأم، أما طلب محكمة التمييز بإحضار زوج الأم بعد مرور مدة من الزمن على الزواج، يرى الباحث بأن ذلك تطبيق غير سليم للقانون من قبل المحكمة.

مما تقدم، تبين أن محكمة التمييز أكدت على نفس الشروط التي نصّ عليها التشريع العراقي، كما أن موقفها من شرط اتحاد الدين الذي لم ينص عليه القانون كان

^١ منشور على موقع مجلة التشريع والقضاء، تاريخ الزيارة ٢٧-١٢-٢٠١٣:

http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1789

^٢ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٥٢٦ / شرعية / ١٩٦٨ تاريخ القرار ١٣/٨/١٩٦٨.

^٣ عبد، بيداء كريم، مرجع سابق، ص ٩٢.

يضيفون إلى العقل الرشيد أيضاً، فمن كان سفيهاً لا تقبل حضائنه لأنه سيئذر مال المحضون أو يصرفه في أوجه لا تليق^١.

حقيقاً، مهمة الحضائنه خطورة جداً لأنه يتوجب على المحضون أن يقوم بعناية ورعاية وتربية المحضون على أكمل وجه، وهذا بالتأكيد صعب على شخص المحضين سواء كان مجنونه مطلقاً أو غير مطبق أي ولو ليوم في السنة، لأن الشخص المصاب بهذا المرض أفعاله وتصرفاته وأقواله غير طبيعية، ولا يمكن ضبطها أو ضمناً عقابها، ولهذا يجب إسقاط حقه في الحضائنه.

٣. **القدرة:** تعني بأن غير القادر على القيام بحفظ المحضون وتربيته على أكمل وجه، بسبب مرض أو تقدم في العمر أو اشتغاله بعمل أو فقدانه بصره أو صمم أو خرس وغير ذلك، فليس له الحضائنه، لأن ذلك يؤدي إلى ضياع المحضون^٢.

بخصوص المحضين الكفيفين، أجازت له الحنفية الحضائنه إن كان حريصاً على المحضون ويستطيع حفظه، أما الحنابلة، فهم يعتبرون مجرد ضعف البصر مانعاً من موانع الحضائنه فكيف يفقد البصر كله. أما المالكية والشافعية، فأجازوا حضائنه الكفيف إن كان معه شخص آخر يقوم بالحضائنه تحت إشرافه ولا يفقد الحضائنه^٣. وهناك من ذهب إلى أن أجاز للحضائنه إذا كان غير قادر على تأديته الحضائنه بأكمل وجه، أما آياك فسبب عدم قدرته، أما نبيص عنه فهو للقيام بمقتضيات الحضائنه

المالكية فيرون أن سن البلوغ هو بلوغ أو إتمام الثامنة عشر من العمر، وهي رواية عن الإمام أبي حنيفة أيضاً^٤.

٢. **العقل:** للمذاهب الأربعة متفقون على أن المعنوه والسفيه والمجنون أو أية عاغة أخرى يصاب بها العقل تحرم صاحبها من حق الحضائنه، وذلك لأن أمثال هؤلاء بحاجة إلى رعاية وعناية فكيف يعتنون بهم^٥.

المجنون بطله أنوكل يعتبر مانعاً من استحقاق الحضائنه لدى الحنفية والحنابلة^٦، أما الشافعية، فيرون بأنه لا بأس إن كان جنون المحضين منقطع وقليل جداً، كيوم في السنة، حيث قاسوا ذلك بالمرض يأتي ويذهب^٧، أما المالكية، فلم يذهبوا بعيداً عن قول الشافعية حيث قالوا، إذا كان المحضون مصاباً بجنون منقطع ولكن ليس هناك مخاوف على المحضون في حين نزوله، يبقى المحضون مستحقاً للحضائنه^٨، كما

^١ النظر السعدي، علي بن الحسين بن محمد، الفتن في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، (بيروت: دار الفرقان، ط ٤، ١٩٨٤م)، ص ١١٣. النظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٢٩٣. البرادي، علي بن محمد، المعاري الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد عوف وعادل عبد الموجود، الجزء الثاني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٨ م)، ص ٣١٤-٣١٥. النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، مرجع سابق، الجزء التاسع، ص ٢٩٦-٢٩٧.

^٢ النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٧٩. النظر البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع عن مآل الإفتاء، مرجع سابق، ص ٤٩٨. النظر حشم الدين، محمد بن أحمد، الإفتاء في حل القنط في شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، (بيروت: دار الفكر، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ٢٩١. النظر اللواق، محمد بن يوسف الغرناطي، مرجع سابق، ص ٥٩٨. النظر موسي، يوسف، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

^٣ النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٧٩. النظر البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع عن مآل الإفتاء، مرجع سابق، ص ٤٩٨. النظر أبو العليل، علي، دراسات في فقه الأسرة، (دمشق: دار القلم للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٤م)، ص ١٩٦. النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٤٩. النظر العدوي، علي بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٣٠. النظر المراجع -علاء- نفسه.

ولكن تحت إشرافه وتوجيهاته^٩، وعليه، فالمرأة التي تخرج من البيت وتعمل خارجه في عمل شرعي مباح كالطبيبة أو المعلمة وغيرها، لا تسقط حضائنته للمحضون ما دام عملهن لا يؤثر على تربيته أو تديبه شؤونونه، لذا يمكن أن تقوم إحدى قريباتها برعاية المحضون عند ذهابها للعمل، لا تركها المحضون لدى إحدى دور الحضائنه أو لدى شخص يقوم برعايته حين رجوعها^{١٠}.

٤. **الأمانة:** فسرتها الفقهاء بعدة معانٍ، منها: العفة-عكس الزنا-، العدالة، عدم الفسق، الصلاح في الدين، الأمانة على مال المحضون ونفسه، وعدم الإهمال في أداء واجبات المحضائنه وغير ذلك.

جهور فقهاء المذاهب الأربعة، قالوا بسقوط حضائنه الفاسق لأنه سيئذر على أخلاق المحضون ودينه وحياته^{١١}، ولكن بعض الحنفية يرون بأنه إذا كان المحضون في السنوات الأولى من حياته بحيث لا يعقل ولا يفهم ما يفعله المحضون، أو ليس هناك خطورة من أن يألف ما يفعله المحضون فيبقى معه ويحفظ بحضائنه^{١٢}، بمعنى يقبلون

^١ النظر ابن مهنا، أحمد بن غنام التبريزي، مرجع سابق، ص ٦٧. النظر العمري، علي بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٣١. حاشية عمري القليلوي، أحمد سلامة وصبيحة، أحمد الواسلي، حاشية قاضي عبيدوة، الجزء الرابع، (بيروت: دار الفكر، ط ١، ٢٠١٩م)، ص ٩١. النظر السنكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأندلسي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٤٨. النظر العزالي، أحمد عيت، عبد الحكيم محمد منصور، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، وما يجرى عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة، (الأسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠٠٩م)، ص ٤٥٨.

^٢ النظر شعبان، زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، (بغداد: جامعة فائت بونس، ط ١، ١٩٩٣م)، ص ٦٦١. النظر محمد بن عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٣٠٩-٣٠٩. النظر سحارة، محمد، مرجع سابق، ص ٣٩. النظر التبريزي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ١٩٥. النظر البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع عن مآل الإفتاء، مرجع سابق، ص ٤٩٨. أفندي، عبد الرحمن بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٠. وعطية، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٤٥. ^٣ النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، مرجع سابق، ص ٥٥٦. النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨١-١٨١. النظر أبو زيد، رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص ٢٤٦-٢٤٨. النظر عفيق، محيو محمد محمود، الحضائنه في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، (مصر: دار المنار للنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٨٢م)، ص ٧٦. النظر

حضائنه الفاسق حين أن يعقل المحضون أي بلوغه سبع سنين ولكن إن تأثر بسلوك المحضين قبل هذا السن ينزع من يده ويسقط حقه، كل ذلك لمصلحة المحضون حتى لا يألف الرذيلة ويمنع عليها.

أما ابن القيم من الحنابلة فيقول بعدم عدالة الحضائنه، لأن الكفر أشد من الفسق، فكيف تسمح بحضائنه الكافر ولا تجيز حضائنه الفاسق، ويقول إن اشترطنا العدالة في المحضين لضاع أطفال العالم وأصبحت الأمة في مشقة، وإن الرسول ﷺ لم ينزع الأولاد من آباءهم الفاسقين. رد على قوله بأن شرط العدالة وضعه جمهور الفقهاء لمصلحة المحضون، كما أنه لم يترك واقعة كليل على قوله، وهذا الموضوع يثار حينما تكون هناك دعوة أمام القاضي وليس في الظروف العادية حيث لا يكون هناك أي قضية متعلقة بالحضائنه^{١٣}.

ابن عثيمين من فقهاء الحنابلة المعاصرين يرى بأنه ربما يكون المحضون قادراً على الحضائنه، ولكنه غير قائم بواجب الحضائنه، بمعنى أنه يحنون الأماني التي في رقبته بحيث لا يقوم بالحضائنه كما هو مطلوب، لذا أفتى بسقوط حضائنه هذا المحضين اللامبالين والمهمل في تنفيذ واجبات الحضائنه^{١٤}، أما الشافعية فيعتبرون تارك الصلاة قاسقاً ولا تسقط حضائنه^{١٥}.

٥. **الخلو من الأمراض المعدية:** ذهب كل من المالكية والحنابلة والشافعية بأن المحضين يشترط فيه أن لا يكون مصاباً بأي مرض معدٍ، كالبرص والجذام أو أية عاغة أخرى، حتى إن كان المحضون نفسه مصاباً بتلك المرض، لأنه إن كان المحضون سليماً

أبو قندس، بشر أحمد، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية، (طرابلس: المكتب الوطني للبحث والتطوير، ٢٠٠٥م)، ص ١٩٥. النظر شعبان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٦١-٦٦٢. ^١ النظر ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أبوب، مرجع سابق، ص ٤١١-٤١٢. النظر الهندي، أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية: آثار الفریق بين الزوجين، مرجع سابق، ص ١٨٣-١٨٥. ^٢ النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، مرجع سابق، ص ٥٥٦. ^٣ النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح بن محمد، مرجع سابق، ص ٥٣٣.

ولدها حراً وذلك لتوفر الشفقة فيها، وكذلك الأب إذا كان تاجراً وذلك من باب الاستحسان، هذا قول المالكية^١.

٨. عدم سكن الحظون في بيت من يبعثونه أو يؤذونه، أو مع حاضن سبق وأن أسقطت عنه الحضانة، بسبب مرض بعد أو زواج الحاضنة وغير ذلك. يقول الخنيفة، يجب أن تخلو الحاضنة من المبغضين للحظون، والمالكية قالوا، إذا انتقلت الحضانة إلى الجدة لأم بسبب زواج أم الحظون، والجدة بدورها انتقلت إلى دار بنتها للسكن معها سقطت حضانة الجدة أيضاً. أما مذهب الحنابلة والشافعية فلم يتطرقوا إلى هذا الشرط.

العديد من الباحثين ذكروا هذا الشرط ضمن الشروط الخاصة بالنساء،^٤ وهذا لا يصح كما يرى الباحث، لأنه إذا كان الغرض من هذا الشرط هو إبعاد الحظون عن الأشخاص الذين يكرهونه أو يبعثونه، فما الفرق بين أن يكون الحاضن رجلاً أو أنثى، وعلى العكس من ذلك لو اشترط هذا الشرط على الحاضن الذكر لكان أصوب وأدق، كون الأخير غير متواجد في الدار غالباً ولهذا لا يعرف ماذا يحصل للحظون، في حين الحاضنة عادة أكثر وجوداً في الدار ويلتصقها حماية و رعاية الحظون.

٩. الطهوية: إذا كان جنس الحاضن يختلف عن جنس الحظون، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الحاضن عمرها بالنسبة للحظون، وخاصة إذا كان الحظون أنثى، فإن لم يكن هناك قريب لها سوى جد عمره كإبن العم مثلاً، فإن القاضي له الصلاحية في إعطاء

^١ النظر النفري، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٦. النظر نجد، عبيد عزيز، مرجع سابق، ص ٣٦. النظر حمدان، عبد الطلعب عبد الرزاق، مرجع سابق، ص ٢٤.

^٢ النظر ابن عاتين، نجد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥. النظر الصاوي، أحمد بن محمد الخليلي، مرجع سابق، ص ٧٥٩.

^٣ النظر حمزة، نجد، مرجع سابق، ص ٣٩١. النظر عفي، حيدر نجد صمود، مرجع سابق، ص ١٠٧. النظر حمدان، المرجع نفسه، ص ٤١. النظر بدران، أبو العيون، مرجع سابق، ص ٥٥٣-٥٥٢.

فسيقتل إليه لمرض ويصاب به، وإن كان مصاباً بالمرض فأصل أن الاختلاط يزيد من مرضه ولهذا أسقطوا حضانة المصاب بهذه الأمراض^١. جاء في شرح المختصر للخرشي وهو من فقهاء المالكية، بأنه إذا كان الحاضن مصاباً بالجذام وكان خفيفاً فيجز حضانته^٢. كما أن الشافعية يسمحون للحاضن المصاب بهذه الأمراض بأن ينيب عنه غيره للقيام بواجبات الحضانة وذلك تحت إشرافه^٣.

٦. السكوت عن طلب الحضانة: إذا كان المالكي، إذا كان الحاضن يستحق الحضانة وهو عالم بذلك، كما يفان بأن سكوتة يسقط حقه في المطالبة بها، ومرت سنة دون طلبها سقط حقه في الحضانة، أما إذا استحق الحاضن الحضانة وهو عالم بذلك ولكنه مريض أو لديه عذر لا يستطيع القيام بالحضانة، فله فترة سنة بعد زوال المرض أو العذر للمطالبة بالحضانة^٤.

٧. الحرية: بصدد حضانة الرقيق هناك رأيان: الأول، لا يجوز أن يكون الرقيق حاضناً، وهذا ما عليه مذهب الشافعي والحنبلي والحنفي، والعلّة في ذلك هي أن العبد مملوك لسيده فقد يبيعه، أو ينقل إلى مكان آخر، وربما يمنعه سيده من الحضانة كونه مطلوباً بأداء الخدمة لسيده، كما إن الحضانة ولاية ولا ولاية للرقيق، وذهب الشافعية إلى أبعد من ذلك حيث قالوا: لا حضانة للرقيق وإن أذن له سيده^٥. ثانياً: حضانة الرقيق جائزة في بعض الصور، فمثلاً لو كانت الحاضنة هي الأم فلها الحضانة، وإن كان

^١ النظر السويطي، مصطفى بن سعد، مرجع سابق، ص ٦٦٧. النظر السبكي، زكريا بن نجد بن زكريا الأنصاري، النظر الهبيرة في شرح البهجة الوردية، مرجع سابق، ص ٤٠١. النظر القرشي، نجد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٢٢. النظر شعان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٢٢.

^٢ النظر الخريشي، نجد بن عبد الله، المرجع نفسه.

^٣ النظر السبكي، زكريا بن نجد بن زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ص ٤٠٢.

^٤ النظر الحفاني، نجد بن محمد مرجع سابق، ص ٦١٩. النظر الجندي، أحمد نصر، الفقرات والحضانة والولاية على المال

^٥ في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص ١١١. النظر شعان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٦٦.

^٦ النظر نفري، أبو بكر بن محمد مرجع سابق، ص ٤٤٨. النظر السمرقندي، نجد بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٣٣. والقرطبي، صالح بن قزوان بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

يكون المكان موبوءاً بمرض خطير أو يجتمع فيه الفساق عادة، أو المنطقة معروفة بكثره حصول السرقات فيها^١.

١٢. إسلام الحاضن (اتحاد الدين): أقوال المذاهب فيه:

الأول: يشترط إسلام الحاضن إن كان الحظون مسلماً، أما إن كان الأخير غير مسلم فلا يشترط إسلام الحاضن. وأدلة هذا القول هي: إن الحضانة ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، قوله تعالى ﴿وَلَوْلَا يُجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾^٢، كما أن حظورة الحاضن غير المسلم على الحظون واضح من الحديث النبوي الشريف «ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه، أو يمجسانه»^٣. هذا قول الشافعية والحنابلة.

الثاني: لا يشترط إسلام الحاضن سواء كان الحاضن أحد والدي الحظون أو غيره^٤. لا يعتبر إسلام الحاضن شرطاً لدى الخنيفة والمالكية، ولهذا فالأم تستحق الحضانة وإن كانت مسيحية أو يهودية أو حتى إن كانت غير مؤمنة بأي دين متماوي وذلك كون الشفقة والعاطفة شيء فطري موجودة لدى كل أم بغض النظر عن ديانتها. أما خلافتها فعلى مدة الحضانة، فالحنفية أجازوا لها الحضانة لغاية سبع سنين أي حين أن يعقل الأديان أو قبل السبع إذا تبين أثرها عليه، أما المالكية فقالوا

^١ ملاحظة: نظراً لتناول هذا الموضوع بالتفصيل في البحث الأول من هذا الفصل عند تناول ترتيب الحظون، لذا يكفي الباحث بما ذكره تحمياً للتكرار، علماً بأن هذا الشرط ضمن الشروط المختلف فيه بين المذاهب، وحتى في اللغيب هناك أدلة أكثر من رأي، فإنّ يميز حضانة غير العهر وأخر يرفض.

^٢ النظر البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٦٨. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه

الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٥. النظر ناصر، نجد علوي، مرجع سابق، ص ١١٠.

^٣ النظر أبو بكر البهقي، أحمد بن الحسن، السنن الكبرى، تحقيق: نجد عبد القادر عطاء، الجزء الثامن، (بيروت) دار

الكتب العلمية، ط ٢٠٠٣)، ص ٣٣٨.

^٤ النظر الكاشاني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، (دم: دار الكتب العلمية، ط ١٩٨٦م)، ص ٤٢. النظر ابن مهنا، أحمد بن غلام القرطبي، مرجع سابق، ص ٢٠٠. النظر ابن الفاطمي، أحمد بن

نجد، البيان في الفقه الشافعي، تحقيق: عبد الكريم بن سبتيان العمري (البيدلية للنشر)، دار البحار، ص ١، (١٩٩٥م)، ص ٢٤٧.

فَقَدْ حَبَطَ عَمَلَهُ وَمَوُو فِي الْأَجْزَةِ مِنَ الْحَايِرِينَ^١، ولكن إذا تَبَيَّنَ أَرَاهَا - دين الحاضرة- على المخضون، فيسقط حضانتها وإن لم يبلغ الأخير سن التمييز، أتباعاً لما عليه الفتوى عند الخنفية.

١٣. **سفر النقلة:** إذا سافر ولي المخضون أو الحاضن سفر نقلة بحيث يذهب إلى بلد ما للاستقرار والتوطن، عندها تسقط الحضانة إلا إذا وافقت الحاضن المخضون^٢.

هناك من ذكر أن هذا الشرط موجود لدى المالكية^٣، في حين أن جميع المذاهب الفقهية لديها أحكام خاصة بالسفر بالمخضون، ويسقطون الحضانة في حالات معينة، لذا يمكن القول بأن هذا الشرط غير محصور في المذهب المالكي، وسيُتضح ذلك أكثر حينما يتناول الباحث هذا الموضوع من خلال المبحث الثاني من الفصل الخامس.

ب. شروط خاصة بالرجال:

١. أن يكون من ضمن عصبة المخضون، لأن أساس استحقاق الرجال للحضانة هو الميراث فإن لم يكن من مستحقي الميراث فلا حضانة له. يفهم من هذا الشرط بأن ذوي أرحام المخضون من الرجال -هم أقرباء المخضون من جهة الأم- لا يستحقون الحضانة^٤.
٢. **وجود النساء مع الحاضن:** المالكية قالوا بأنه إذا كانت الحضانة من حق الرجل، فإنه يجب أن يكون معه من النساء من يصلحن للحضانة كالأب أو الزوجة أو

لها الحضانة لغاية انتهاء مدة الحضانة الشرعية، وإذا تَبَيَّنَ إلها الحضانة تؤثر عليه ضمت إليها من يراقبها من المسلمين لتجنب المخضون من الفساد^٥.

أدلة هذا القول: قيام الرسول ﷺ بتخيير ابنة بين والدها المسلم وأمها الكافرة، حيث لو كان القائل غير مستحق للحضانة لما حَيَّرَ الرسول بينهما^٦، والدليل الآخر هو العقل، حيث يقولون بأن شفقة الأم لا تتأثر باختلاف الدين.

هناك قول آخر للخنفية يشترط إسلام الحاضن، إن كان الحاضن ذكراً، لأن الحضانة ولاية على النفس ولا ولاية باختلاف الدين، كما أن حق الحضانة مني على الميراث ولا تورث باختلاف الأديان^٧.

عند مقارنة هذه الأقوال يرجح الباحث القول الأخير، الذي قال به بعض الخنفية ولكن بعد إجراء تعديل لطيف عليه، وذلك لأن الحضانة ولاية ولا ولاية للكفار على المسلم. أما بالنسبة للحضانة وخاصة الأم، فلها شفقة وحنان فطري تجاه ولدها لا تتأثر بتغير الأديان، كما أن المخضون في هذه المرحلة يكون في أشد الحاجة إلى هذا الحنان، والشريعة حينما سمحت بزواج الكتابية فإنها تقبل توباعها، قال تعالى، ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَلَطَعَامٌ لَدَيْنَ أَوْلِيَائِكُمْ وَمَا حَرَّمَ لَكُمْ فِعْءَهُمْ حَتَّىٰ تُوَفَّقُوا عَلَى الْإِيمَانِ وَلِلْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُؤْمِنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْنَهُنَّ أَجْرَهُنَّ حَرِّمْنَا عَلَيْنَّ تَخْدِينَ وَلَا مُتَفَاعِلِينَ وَلَا يُحْرَجِينَ وَالْمَرْءُ وَالْمَرْءُ بِالْإِيمَانِ

^١ النظر المرسدي، فحج بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣١. النظر للواق، فحج بن يوسف الفرياطي، مرجع سابق، ص ٥٩٨. النظر للرافعي، خلف بن أبي القاسم فحج، مرجع سابق، ص ٤٠١. النظر لشعان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٢٤. الأبياني، فحج زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق وتبليغ، فحج خالد جمال رستم، (بوت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٢٠٦، ٢٠٦، ٢٠٦)، ص ٥٤٦. النظر للقطر، فحج بن يحيى، مرجع سابق، ص ٦٠٨.

^٢ النظر للصبياني، أحمد بن بن خليل الجزء التاسع والاربعون، مرجع سابق، ص ١٦٧.

^٣ النظر للكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣. النظر حمدان، عبد المطلب عبد الرزاق، ص ٣٢.

المستأجرة وغيرها، لأن الرجال عادة ليس لهم الصبر والشفقة والعاطفة مقارنة بالنساء^٨.

يرى الباحث أن هذا الشرط في محله، لأن الحاضن الرجل حتى وإن قام بإبداع المخضون لدى دور الحضانة أثناء وجوده في عمله، فإنه لا يستطيع أخذه معه بعد انتهاء العمل إلى أي مكان يذهب إليه، وفي حال قيامه بذلك قد يتضرر المخضون لأنه لا يزال صغيراً، لذا ما ذهب إليه المالكية يفرض هذا الشرط منطقي ومعقول.

ج. شروط خاصة بالنساء:

١. **عدم رفض الحضانة مجاناً إن كان الأب معسراً:** جاء في المذهب الخنفي، بأنه إذا كان الأب معسراً وأتممت الأم عن حضانة ولدها مجاناً ووجدت متبرعة، فإما أن تقبل الحضانة مجاناً أو تسقط حضانتها وتنقل إلى المتبرعة^٩. علماً بأن هناك اختلاف حول هذا الشرط بين المذاهب الأربعة يستظهر إليه الباحث في الفصل السادس بصورة مفصلة.
٢. **عدم رفض رضاع المخضون إن كان لديها اللبن:** أما إذا رفضت فسقط حضانتها، على القول الصحيح في مذهب الشافعية^{١٠}.
٣. **عدم تزوج الحاضرة بغير محرم عن المخضون:** ما عليه جمهور فقهاء المذاهب الأربعة هو أن زواج الحاضرة بأجنبي عن المخضون يسقط حضانتها، ويستبدلون ذلك بقول رسول الله ﷺ، «أنت أحق به مالم تنكحي»^{١١}، ويقضاه أي بكر لزوجة عمر

أم عاصم بابنها عاصم ما لم تزوج أو يشب الولد، وعلى اعتبار أن قيام الحضانة بالأمور الزوجية يَضَعُ المخضون، كما أن بقاء المخضون في دار الأجنبي عنه يلقي عاراً على عصبته وأقاربه، إضافة إلى ذلك فإن الأجنبي قد لا ينظر إليه بعين الشفقة والرحمة، وقد يتعامل معه بتجاهل وخشونة ويعطيه القليل من الطعام، وإن ما قبل بوجود حالات لم تسقط فيها الحضانة، فهي حالات لم تحصل فيها مزاينة^{١٢}، هذا ما هو متفق عليه لدى جمهور فقهاء المذاهب الأربعة، ولتتعرف على الآراء الأخرى التي وردت في شتى المذاهب فستتبواؤها الباحث كل مذهب على انفراد.

الخنفية:

تسقط الحضانة إذا سكنت الحاضرة مع أجنبي عن المخضون، وإن لم تكن الحاضرة متزوجة منه^{١٣}. وابن عابدين من فقهاء الخنفية، رأى بأنه لو تزوجت الأم بامرء المخضون وليس له قريب محرم، عندها لا تسقط الحضانة، كما يقول بأنه إذا تزوجت أم المخضون بأجنبي عنه، فعلى المفتي أو القاضي أن يمتحن ويلتق القضية بشكل جيد ويصدر بعد ذلك حكمه، لأنه ربما يكون زوج أم أشفق وأرحم للمخضون من قريبه ومن زوجة أبيه^{١٤}.

^١ النظر للصبياني، زكريا بن فحج بن زكريا الأصباري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٤٨. النظر للكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٢. النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن فحج، مرجع سابق، ص ١٨٣. النظر للقطر، فحج بن أحمد بن رشيد، الفتاوى للمهندات، مرجع سابق، ص ٥٦٥، ٥٦٦. النظر للرافعي، علي بن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٢٤. انصاف النظر للبهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كتشاف الفقاع من عن الإقناع، مرجع سابق، ص ٤٩٦.

^٢ النظر زيدان، عبد الكبير، مرجع سابق، ص ٤٨.

^٣ النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن فحج، مرجع سابق، ص ١٨٣.

^٤ النظر ابن عابدين، فحج بن أحمد بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٦٥.

المطلب الرابع: شروط المستحقين للحضانة عند المجمع الفقهي ودار الإفتاء المصرية.

جاء في الفقرة الرابعة من القرار رقم ٩٠ (٩/٧) لمجلس المجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من (١ - ٦ نيسان) من عام ١٩٩٥م، إن الحاضنة الأم المصابة بمرض الأيدز لا تسقط حضانتها وإن كانت مرضعة، كون المرض غير معدٍ ولا ينتقل بالمعايشة والملامسة اليومية العادية وفق تقرير الأطباء المختصين، ولكن تسقط إذا منعها تقرير طبي من لجنة مختصة^١.

كما أن مجلس الإفتاء الأوروبي، في قراره رقم (٥) لسنة ٢٠٠٥، نص على ثلاثة شروط وهي: استقامة السلوك، القدرة، أما الزواج بغير محرم للمحضون والدخول بها فقد جعله مسقطاً للحضانة ولكن بشروط وهي: أن يكون الحاضن المستحق قادر على الحضانة، عدم نقل المحضون إلى خارج بلد الأم حتى لا يفرق بينهما، عدم سكوت مستحق الحضانة عن حقه في المطالبة بها خلال مدة معينة، كما لا يرى المجلس اختلاف الدين مانعاً من الحضانة^٢.

أما دار الإفتاء المصرية، فقد نصت على عشرة شروط في فتاواها، وهي: البلوغ، العقل، القدرة، ولكن فقد البصر لا يسقط الحضانة إذا لم تتضرر مصلحة المحضون، الأمانة، ولكن الفاسقة لها الحضانة ما لم يعقل المحضون الأديان أو خيف عليه، الحرية، الخلو من الأمراض المعدية، عدم سكن المحضون في دار مبغضيه وكارهيه، عدم الردة، وقد أجازت في إحدى فتاواها الحضانة للمتردة إلى حين أن يعقل المحضون الأديان. ولكن في فتوى أخرى جعلت الردة مسقطاً لحق الحضانة، لأن الحاضنة تحبس حتى تتوب أو تموت،

^١ انظر موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، تاريخ الزيارة ٢٥/١٠/٢٠١٣:

<http://www.fiqhacademy.org.sa/qarat/9-7.htm>

^٢ انظر موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، تاريخ الزيارة ٤/٨/٢٠١٣:

<http://www.e-cfr.org/ar/index.php?articleid=283>

إسلام الحاضن الذكر دون الأنثى، سفر النقلة – الانتقال إلى مكان آخر بقصد الإقامة –،
الزوج يغير عمره للحضون¹.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

لا شك بأن حضانة الحضون من المهام الخطيرة للملكة على عاتق الحاضن، كون الإنسان البالغ، السليمة صحته والمستقيم سلوكه ليس إلا ثمرة مرحلة الحضانة، لذا في هذه المرحلة يجب الاعتناء بصحة وسلامة الطفل حتى يكبر وهو ذو جسم سليم، كما يجب تربيته في هذه الفترة على المبادئ والقيم والسلوكيات الجيدة لكي يكون إنساناً سوياً غير منحرف في المستقبل²، وعليه فأمام هذه الخطورة، على المشرعين عدم التساهل في الشروط التي يجب توافرها في الحاضن.

أولاً: عند إجراء مقارنة بين الشروط الأربعة التي نصّ عليها المشرع العراقي بالشروط التي ذكرتها المذاهب والجامع الفقهي ودار الإفتاء المصرية، التي تجاوزت عشرة شروط عامة يجب توافرها في الحاضن مع شروط أخرى خاصة حسب جنس الحاضن، يرى الباحث بأن المشرع العراقي قد جانب الصواب في هذا الخصوص، لأن هناك الكثير من الشروط الضرورية التي يجب توافرها في الحاضن لمصلحة الحضون، بينما المشرع أقلّف علماً ولم ينصّ عليها³.

حتى أنّ بعض الباحثين الذين استحسنوا عمل المشرع بخصوص شروط الحضانة، اقترحوا إضافة شروط أخرى، فبإدراكهم التي استحسنّت عمل المشرع طالب في الوقت ذاته المشرع بإضافة شروط أخرى، حيث قالت "ينبغي إضافة شروط أخرى إلى الحضانة،

¹ النظر عليه، نجد وآخرون، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٥١، ٣٥٢، الجزء الثاني، ص ٣٣٤، ٣٣٥، الجزء الخامس، ص ١٩٥١، ١٩٥٢.

² النظر للصبر، مثال العلم في الصغر كالنقش على الحجر، موقع الإسلام الديموي والإرشادي، تاريخ الزيارة ١٠١٣/٩/٢٠، pageid=1198&contentid=3570، www.al-islam.com

³ النظر الظاهري، حيدر عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٢٧.

منها؛ أن لا تقيم الحضانة مع الصغير عند من يبعثه ولو كان قريباً له، وأن تكون الحضانة قريبة للطفل ذات رحم محرّم من الصغير كأمه أو خالته أو أخته، فالأجنبية على الصغير لا يثبت لها حق الحضانة ولو كانت محرمة عليه وذلك مراعاة لمصلحة الصغير⁴، وباحث آخر يطلب إضافة شرط خلو الحاضن من الأمراض المعدية لأن غالبية فقهاء المسلمين اشتروها⁵، وثالث يطلب إضافة شرط الإسلام نظراً لخطورة الحاضن غير المسلم على دين الحضون المسلم⁶.

ثانياً: القول بأن الشروط المذكورة من قبل المشرع العراقي هي على سبيل المثال غير نافية؛ لأنه ليس هناك أية قرينة أو دلالة تشير بأنه يمكن إضافة شروط أخرى من قبل القاضي مثل عبارة (... وغير ذلك من الشروط التي تراها المحكمة ضرورية لمصلحة الحضون) أو (... وغيرها وفق مصلحة الحضون)، وفي هذا الخصوص يجب عدم نسيان مبدأ مهم من مبادئ القانون وهو "لا اجتهاد في موضع النص"، وعليه فنص الفقرة الثانية من المادة ٥٧ واضح وحلي، لذا فمن الجائز قانوناً إضافة شروط أخرى.

ثالثاً: القول بأن الشروط الأخرى التي لم ينص عليها المشرع لا تتلام مع روح العصر الحديث كما تقول ببناء كرم، كلام مبالغ فيه، فالباحث يتفق معها بأن شرط الحرية الذي ذكرته كتمان، يعتبر من الشروط التي عفا عليها الزمن، أما بقية الشروط فلا يمكن قبول هذا الرأي فيها، ويعتمد على حكمة المشرع في اختيار شرط وتزك آخر وفق مصلحة الحضون، والدليل على عدم دقة ما ذكرته هو أنّها نفسها اقترحت على المشرع إضافة شروط أخرى في قسم المقترحات في نهاية رسالته، وقد سبق وأن ذكر الباحث نص مقترحها في النقط الأولى من هذا المطلب، ويمكن القارئ مراجعته.

¹ النظر عليه، ببناء كرم، مرجع سابق، ص ٢١١.

² النظر ناصر، محمد غلوي، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

³ النظر الظاهري، حيدر عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٢٧.

رابعاً: صياغة النص: اشترط النص توفر الشروط لدى (الحضانة – الأنثى-)، في حين أنّ هذه الشروط يجب توافرها لدى الحاضن أيضاً، وهذا ما استنتجه باحثو وشراح القانون العراقي، وما عليه القضاء عملياً، لأنه لا يوجد نص آخر يتناول شروط الحاضن الذكر، وعليه، ولعلاج ذلك يمكن الاستفادة من قانون الأحوال الشخصية القطري والإماراتي حينما نصّا على (يشترط لأهلية الحاضن ما يلي: ...) (مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة يشترط في الحاضن: أ. إذا كان امرأة... ب. إذا كان رجلاً...)، وكذلك القانون الأردني حينما نص على (يشترط في مستحق الحضانة أن يكون...) مع مراعاة ما جاء في الفقرة (١) من هذه المادة يشترط في مستحق الحضانة إذا كان من (النساء...)⁷. فهذه القوانين نصّت بكل وضوح على الشروط العامة التي يجب توافرها لدى الحاضن ذكراً كان أم أنثى ثم نصّت على شروط أخرى خاصة بكل جنس.

ونظراً لكون المشرع ينظم حقوق ومسؤوليات عامة الناس ومزات لفئات معينة، من خلال التشريع، فيجب عليه أن يكون دقيقاً لدى استخدامه أي مصطلح أو كلمة، لأنّها متعلقة بحق وواجبات المواطن كما سبق ذكره، وإن عدم وضوحها يؤدي إلى إصدار أحكام مختلفة من المحاكم في نفس الموضوع، وكما هو معلوم في اللغة العربية الحاضن يشمل الذكر والأنثى، أما الحضانة فمخاضة بالأنثى، فبدلاً من أن يستخدم المشرع الحاضن كون الشروط التي ذكرته أراد بها الأنثى معاً، استخدم مصطلح الحضانة.

بناء على ما تقدم، يقترح الباحث إضافة الشروط الآتية، وذلك لأهميتها وضرورة توافرها لدى الحاضن لئيم تربية الحضون وحفظه بشكل أفضل: البلوغ القانوني لغير الولدين، السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة، أن لا يكون محكوماً سابقاً بجريمة واقعة على العرض، الاتحاد في الدين إلا إذا كانت الحضانة أم الحضون فحضانتها حين بلوغ

سبع سنوات أو أقل من ذلك إذا خيف عليه وعلى دينه. إذا كان الحضون أنثى والحاضن رجل غير محرّم لها تسقط حضانته لها إذا بلغت الحضونة سبع سنوات من العمر، الحاضن الذكر يجب أن يكون عنده من النساء من يصلح للحضانة، عدم الردة، عدم سكن الحضون في بيت مغيبه أو أمه من يؤيده أو مع من سقطت حضانته بسبب سلوكه أو رده أو إصابته بمرض معد خطير .

خامساً: بخصوص شرط خلو الحضانة من زوج أجنبي عن الحضون: يتّين أن الأصل لدى المشرع العراقي كما يفهم من العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية، هو عدم سقوط حضانتها واستثناء تسقط حضانة الأم إذا رأى القاضي أنّ بقائه لدى أمه يضره، "...ولا تسقط حضانة الأم المطلقة في حال زواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة الحضون"⁸، والمشرع يترقبه هذا قد خالف جميع المذاهب الفقهية الإسلامية سنيةً وشيعيةً عند المذهب الظاهري⁹، لأن ما عليه جمهور الفقهاء هو سقوطها، واستثناء أجاز عدد من الفقهاء بعدم سقوطها في حالات خاصة، لذا فقد انتقد الباحثون في القانون العراقي موقف المشرع وقالوا، بأنه كان عليه أن يجعل الأصل سقوط الحضانة وفق ما عليه جمهور الفقهاء واستثناء الجزاء، إذا رأى القاضي من حييات الدعوى أنّ بقاء الحضون مع أمه في مصطلح¹⁰ واقترح البعض منهم الصياغة الآتية " يشترط في الحضانة أن تكون بالغة عاقله أئمة قادرة على تربية الحضون وحياته، وللمحكمة النظر في حالة زواج الأم المطلقة وتقدير أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة الحضون"¹¹، وهذه الصياغة كما يراها الباحث أيضاً لا تعبر عن موقف فقهاء المسلمين، وربما تكون الصيغة الأفضل هي.... وخلو الحضانة من زوج أجنبي عن الحضون، إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك".

¹ النظر واصل، فريد نصير، الولايات الخاصة: الولاية على النفس والذات في الشريعة الإسلامية، (القاهرة: دار الشروق، ط ٢٠٠٢)، ص ٨٤-٨٦.

² نقلاً عن الدكتور إسماعيل أباكر البكري، رسالة، مرجع سابق.

³ ناصر، محمد غلوي، مرجع سابق، ص ١٢٠، عبد، ببناء كرم، مرجع سابق، ص ٨٩.

على هذه المادة من قبل النظام العراقي السابق كان الهدف منها ترحيل العراقيين من أصول إيرانية^١، لذا فلا بد من رفعها.

وناقداً آخر يقول: إن المشرع جامل المرأة على حساب الحق، ووقع في إخفاق قانوني حينما أعطى لها حقين في آنٍ واحد، وهما حق الحضانة والزواج، رغم زواجها من أجنبي عن المحضون وليس له أية علاقة قرابة به، سوى أنه عراقي الجنسية، مقابل شروط بسيطة فرضته على الأم، وشروط شكلية (التعهد) لا قيمة لها على الزوج حيث لا يعمل بها من الناحية العملية^٢.

ويرى الباحث أن النقد الموجه إلى التفريق بين الحالتين في محله، وإنه من الأفضل رفعها وجعل أحكامها واحدة، فحتى قوانين الأحوال الشخصية المتطورة والحديثة (الأردني والقطري والإماراتي)، لا يوجد فيها أي تفريق بين الحالتين، حيث نصت هذه القوانين على أنّ "الحاضن إذا كانت امرأة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون"، ويرى الباحث صحّة ما ذهبت إليها المحامية بدور، أي أن موقف المشرع في هذه الحالة هو موقف سياسي أكثر منه موقفاً قانونياً.

أما قول البعض، بأن المشرع من خلال هاتين الحالتين أراد أن يفرّق بين المحضون اليتيم والمحضون الذي يكون والده على قيد الحياة، على اعتبار أن الأخير يشرف عليه والده، بينما الأول ليس هناك من يشرف عليه، فهذا قول تنقصه الدقة، وذلك لأن المحضون إن مات والده وصار يتيماً فإن الولاية على نفس المحضون تنتقل إلى شخص آخر، قد يكون جده من جهة الأب إن كان حياً أو إلى شخص آخر يختاره القاضي ويشرف عليه، وبذلك فإن هذه الحجة داحضة.

^١ انظر محمد، بدور ركي، قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته: مزاياه وعيوبه، صحيفة الحوار

المتمدن الالكترونية، العدد ١٣٩٦، ١١/١٢/٢٠٠٥، تاريخ الزيارة ٣١/١/٢٠١٣

[http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=52043:](http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=52043)

^٢ انظر الزبيدي، وميض حامد، مرجع سابق. (مرجع الكتروني)

أولاً: إذا كان الزوج من عصابة المحضون ومن مستحقي الحضانة.

ثانياً: ليس من ذكروا في الفقرة (أولاً)، ولكن رضي ولي المحضون وزوجها على بقاء حضانتها.

٢. يحق للمحاضنة التي ذكرت في الفقرة (ب) أخذ تعهد من زوجها بعدم الإضرار بالمحضون، ومعاملته كمعاملته للأولاد عند إبرام عقد الزواج أو بعده، أو إدراج ذلك كشرط ضمن عقد الزواج، ويحق لها طلب التفريق منه إذا أحل الزوج بتعهده.

٣. لا يقصد بعبارة (معاملته) الواردة في الفقرة السابقة أن زوج المحاضنة مكلف بصرف ماله على المحضون، لكون نفقة المحضون على المكلّف بنفقته.

المواد المقترحة لشروط الحضانة:

المادة الأولى:

يشترط لأهلية المحاضن ذكراً أم أنثى ما يلي:

١. البلوغ القانوني إذا كان المحاضن غير الولدين.
٢. العقل.
٣. الأمانة.
٤. عدم الرذّة.
٥. السلامة من الأمراض المعدية الخطورة.
٦. أن لا يكون محكوماً سابقاً بجريمة تمس العرض، أو بجريمة جنائية تدل على خطورته الإجرامية.
٧. القدرة على تربية المحضون، والحفاظة عليه، ورعايته بما يتحقق مصلحته.
٨. الاتحاد في الدين، إلا إذا كانت المحاضنة أم المحضون فحضانتها حين بلوغه سبع سنوات أو قبل هذا السن إذا خيف على دينه.
٩. عدم سكن المحضون في بيت مبعوضه أو من يؤذيه أو مع من سقطت حضانته بسبب سلوكه أو رده أو إصابته بمرض معد خطير.

المادة الثانية:

١. مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة يشترط في المحاضن:
 - أ. إذا كان رجلاً: أن يكون محرماً إذا كان المحضون أنثى، فإن لم يكن محرماً تسقط حضانته إذا بلغت المحضونة سبع سنوات من العمر إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك، وكذلك يجب أن يكون عنده من النساء من يصلحن للحضانة.
 - ب. إذا كان امرأة: خلوها من زوج أجبي عن المحضون إلا في حالتين لا تسقط حضانتها فيهن:

396

397

الفصل الرابع

مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها

المبحث الأول: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في التشريع العراقي.

المطلب الأول: مدة حضانة النساء.

المطلب الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء.

المطلب الثالث: انتهاء ولاية الحضانة ومصير المحضون بعدها.

المبحث الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في القضاء العراقي.

المبحث الثالث: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في المذاهب الأربعة والجمع الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإفتاء.

المطلب الأول: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها عند الجمع الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإفتاء.

المبحث الرابع: قراءة تحليلية مقارنة.

الفصل الرابع

مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها

من خلال الفصل الثاني، تبيّن أن الحضانة هي القيام بشؤون المحضون وترتيبه في سبّ معينة. وهذا يعني أنّها تكون لفترة محددة وليست مفتوحة. فمن خلال هذا الفصل سيجاول الباحث بيان هذه الفترة أو المدة، كما سيبيّن مصير المحضون بعد انتهاءها، كما سيتطرق إلى مصيره بعد انتهاء ولاية الحضانة عليه كاملةً. هذه المسائل سيتناولها الباحث في أربعة مباحث، في الأول، من خلال التشريع العراقي. وفي الثاني، من خلال القضاء العراقي. وفي الثالث، سيتناولها الباحث من خلال المذاهب الأربعة والجمع الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإفتاء. وفي الأخير، من خلال قراءة تحليلية مقارنة.

المبحث الأول: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في التشريع العراقي.

لأن المسائل التي سيتناولها الباحث في هذا المبحث فيها تداخل إلى حدّ ما، ولكي تكون الصورة واضحة عنها، سيتمّ التطرق إليها من خلال ثلاثة مطالب. في المطلب الأول، سيتناول مدة الحضانة. وفي الثاني، سيتناول مصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء. وفي الأخير، سيتناول انتهاء ولاية الحضانة ومصير المحضون بعدها.

المطلب الأول: مدة حضانة النساء.

المحضون بشكل عام يمر بمرحلتين خلال فترة الحضانة^١، في المرحلة الأولى تكون الحضانة للنساء كون المحضون ذكراً كان أو أنثى يحتاج إلى خدمة النساء كونهن أشفق وأرحم على

^١ انظر عبد، ينياد، كبر، مرجع سابق، ص ١٨٩.

المحضون من الرجال، كما لهن الخبرة في حضانة الأطفال –القيام بشؤون الصغار وتربيتهم- ما لا يمتلكه المحاضن الذكر، ولكن إذا وصل المحضون إلى عمر بحيث يستطيع القيام فيه بشؤونهم بنفسه دون مساعدة النساء الأكامل والشرب والاستنجاء عندها تنتقل الحضانة إلى ولي الأثر من العصبات، كون المحضون الذكر يحتاج إلى التأديب والتخلف وأخلاق الرجال وتعليم الحرف والصناعة والإعداد لمواجهة ظروف الحياة وغير ذلك، وكذلك المحضون الأنثى عندما تصل إلى هذا العمر تكون عمل اشتهاه لدى الرجال، لذا فهي تحتاج إلى الحماية من قبل والدها أو ولي أمرها من عصبائهما^١.

بالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي، يلاحظ بأنه وردت فقرتان في المادة ٥٧ تتعلقان بموضوع مدة الحضانة، وهي الفقرة الرابعة التي تنص على " للأب النظر في شؤون المحضون وترتيبه وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر، وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطيبة منها والشعبية أنّ مصلحة الصغير تقتضي ذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضته"، والتاسعة التي تنص على: "أ. إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة، فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محفظة بشروط الحضانة، وإذا أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق مزاتها حين يولوغه من الرشد.

ب. إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه، وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط: ٢٠٠١...٣...١"

^١ انظر الخطيب، أحمد علي وآخرون، مرجع سابق، ص٢١٧. انظر أيضاً جمال محمد محمود، الفوتيت في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠١١م، ص٧٠. مشروع على موقع جامعة النجاح، تاريخ الزيارة ٢٠١٦-٢-٢٠١٤.

^٢ ملاحظة: هذه الشروط التي وردت في الفقرة (ب/٩) سبق وأن تناقلها الباحث في البحث ذاته من الفصل الثالث الخاص بشروط الحضانة، لذا لم يمكن التكرار مرارعة للبحث للتكرار.

من خلال قراء هذه النصوص يتضح بأن مدة حضانة النساء الأصلية^١ في القانون العراقي، هي إتمام المحضون عشر سنوات من العمر، دون أن يفرض المشرع بين المحضون الذكر والأنثى^٢، رغم اختلاف الكينون الفسيولوجي لكل واحد منهما، حيث أن الذكر عادة يستغني مبكراً عن خدمة النساء مقارنة بالأنثى^٣.

وقد استحسن البعض موقف المشرع بعدم التمييز بين الذكر والأنثى، على اعتبار أن الفرق الرميضي بين بولوغها الشرعي ضئيل^٤.

استثناءً على الأصلية أجاز المشرع للقاضي بتمديد حضانة النساء لغاية إكمال المحضون من الخامسة عشر من العمر، ولكن القاضي في هذه الحالة لا يستطيع التمديد إلا بعد الإطلاع على تقرير اللجنة الطبية والشعبية، أي بعد إحالة المحضون إلى اللجان المذكورة، فإن ثبت من خلال التقرير بأن مصلحة المحضون تقتضي إطالة مدة الحضانة عندها يصدر قراره بالتمديد، والنقطة المهمة في موضوع التمديد والتي لا تنتبه لها معظم المصادر القانونية التي أتطع عليها الباحث، هي أنّ التمديد حكمه اختياري بالنسبة للقاضي، وإن ثبت في تقرير اللجان الطبية والباحث الاجتماعي ضرورة التمديد^٥، وهذه المسألة واضحة وصریح في الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ "... وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطيبة منها والشعبية أنّ مصلحة الصغير تقتضي ذلك....."

^١ ملاحظة: حينما يقول الباحث للمدة الأصلية حضانة النساء ذلك لأن المحاضن غالباً ما يكون من النساء في المرحلة الأولى، وبالأد لا يكون للمحضون حاضن من النساء أصلاً، أو لا تتوفر فيها شروط الحاضن فنظف الحضانة إلى الحاضن الرجل كأب أو الجد، وبذلك يكون المحاضن في هذه المرحلة التي هي في الأصل للنساء رجالاً. ^٢ كاظم، سامية حسين، دراسة في حقوق المرأة في ضوء الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ للمل، مجلة كلية التربية، العدد ٢٠١٩، ص٢٣١. ^٣ انظر عبد الحسني، حاتم، المحاضرات الطبية مادة قانون الأحوال الشخصية، أقيمت على طلبة المرحلة الأولى لقمس الإدارة القانونية للمعهد لطلبي في بغداد، ص ٦١. انظر الخطيب، أحمد علي وآخرون، مرجع سابق، ص٢١٧. ^٤ انظر عيد، بيضاء كريمة، مرجع سابق، ص١٩٠. ^٥ انظر كريمة، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص٢٧.

أما بخصوص اللجان الشعبية، فرغم إصدار التعليمات في حينه من قبل وزارة العدل، إلا أنّها لم تنفذ بالشكل الصحيح، حيث لم تشكل هذه اللجان في معظم المحاكم، وحتى اللجان التي تم تشكيلها آنذاك، لم تؤد عملها بالقدر المطلوب وذلك لعدم ترغّب أعضائها^١. ونظراً لعدم وجود هذه اللجان في الوقت الحاضر فإن المحاكم تلجأ إلى إستشارة الباحث الاجتماعي.

ومن الناحية العملية، عندما يرفع الولي الدعوى لإستلام المحضون من الحاضنة وذلك لانتهاء مدة الحضانة الأصلية، عندها ترسل المحكمة المحضون إلى اللجنة الطبية والنفسية ابتداءً لمعرفة فيما إذا كان بقاء المحضون مع حاضنه أفضل له أم تسليمه إلى وليه، وإنه بمجرد أن يذكر تقرير اللجنة أنه من مصلحة المحضون بقاءه لدى حاضنه، يمدد القاضي مدة الحضانة^٢، وإن إجازة القاضي في تمديد الحضانة لغاية إكمال المحضون الخامسة عشر لا تعني أنّ ملزم بتمديد غايتها هذا العمر، وإنما له صلاحية التمديد من سنة لغاية خمس سنوات بعدما تنتهي مدة الحضانة الأصلية، وهذا ربما يمدد الحضانة سنة أو ثلاث سنوات وقد يمدد خمس سنوات وفق مصلحة المحضون^٣.

توجه محكمة التمييز بتمديد الحضانة إلى سن الخامسة عشر، استحسنه البعض، وأروا أنّ إطلاق يد القاضي يوفر ضماناً لمستقبل المحضون كون المحكمة تمدد فترة الحضانة، عندما يكون هناك ضرر جسدي أو نفسي يلحق بالمحضون إذا انتقل إلى الوالي^٤.

وبخصوص تمديد الحضانة، جاء في كتاب " شرح القانون الأحوال الشخصية" إن المشرع بموجب نص الفقرة الرابعة أجاز تمديد حضانة الأب للصغير الذكر بالذات دون

^١ انظر عيد، بيضاء كريمة، مرجع سابق، ص١٩٠. ^٢ انظر الزبيدي، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكبروني) ^٣ انظر كريمة، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص٢٧. ^٤ انظر الكبيسي، أحمد عبد الله، مرجع سابق، ص٣٩٤. انظر حسين، شادي مظفر، مرجع سابق، ص٣٩٦.

الأنثى حين إكمال الخامسة عشر من عمره إذا أثبتت تقارير اللجان المختصة أن مصلحة الصغير الذكر تقتضي ذلك^١.

ويرى الباحث أن ما ورد في هذا الكتاب يعتبر فهماً خاطئاً للنص، ومن الضروري توضيح ما يلي:

أولاً: ليس هناك أي قرينة على أنّ مصطلح " الصغير " الذي ورد في نص الفقرة الرابعة يخص الذكر دون الأنثى، وإذا أخذ بما ورد في هذا الكتاب، فهذا يعني أنّ المشرع لم ينظّم الأحكام المتعلقة بالمحضون الأنثى بتأنا، لأن المشرع عند تناوله أحكام الحضانة إستخدم فقط ثلاث مصطلحات للإشارة إلى المحضون وهي (المحضون، الولد، الصغير) وجميع هذه المصطلحات مدكّرة ولكن تستخدم للإشارة إلى الذكر والأنثى، وهذا معروف في اللغة العربية.

ثانياً: التمديد للمتكور في هذه الفقرة عام، أيّاً كان المحاضن وغير محصور بالأب، وإن السبب في سوء فهم النص، يعود إلى تناول المشرع حق الأب في الإشراف على المحضون ومدة الحضانة وتمديد الحضانة في آن واحد ومن خلال فقرة واحدة.

ثالثاً: ما ذكره الباحث من ملاحظات تؤيدها قرارات محكمة التمييز التي سيتم التطرق إليها لاحقاً في البحث التالي من هذا الفصل.

في الفقرة التاسعة نص المشرع على مدة أخرى للحضانة، وهي مدة إستثنائية كما يراها الباحث، خاصة للحاضنة الأم ووالدتها حين حياها فقط، وهي إتمام المحضون سن الرشد – أي إكمال الثامنة عشر من العمر – وهاتين الحالتين هي: حالة فقدان الأب لأحد شروط الحضانة وحالة وفاة أب المحضون وتواج الأم، بشرط أن تحتفظ الأم بشروط الحضانة في

^١ انظر الخطيب أحمد علي وآخرون، مرجع سابق، ص٢١٨.

أولاً: الفقرة التاسعة تنطبق على المحضون الذكر وفي الوقت ذاته تنطبق على الأئني ولا فرق بينهما، والسهو الذي وقع فيه الكاتب هو خطأ لغوي حيث أن مصطلح (الصغير) الذي ورد في الفقرة لا يشمل الأئني عنده، وتم التطرق إلى هذا الموضوع قبل قليل.

ثانياً: حضانة المحضنة أو المحضن الأمين تطبق عليها الأحكام العامة التي تنظم موضوع الحضانة والتي تناولتها المادة ٥٧ من القانون، وعليه فإن ما ذهب إليه الكاتب من أن مدة الحضانة المذكورة تمتد لخين بلوغ سن الرشد قياساً على الفقرة التاسعة غير صحيح، لأنه ربما يكون فقد الولد للحضانة لمنع فإذا زال المنع عاد المنع، إضافة إلى ذلك ليس هناك أية قرينة أو دلالة في كافة فقرات المادة ٥٧ يستنتج منها ما ذهب إليه الكاتب. وأخيراً، فإن المحضن الأمين كغيره من المحضن قد تمتد حضانته لخين إكمال المحضن سن الرشد إذا رأى القاضي إن ذلك في مصلحة المحضن وقد تسقط حضانته بعد أسبوع من الحضانة، بمعنى أن بقاء حضانة المحضن للمحضن مروه من مصلحة هذا الأخير.

ثالثاً: ما ذكره الباحث من ملاحظات تؤيدها قرارات محكمة التمييز التي سيتم التطرق إليها لاحقاً في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وبمجرد الإشارة، إلى أن مدة الحضانة الأصلية قبل إجراء التعديل عليها بموجب القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨ كانت سبع سنوات، والتعديل كان مفتوحاً غير محدد بخمس عشرة سنة كما هو عليه الآن، أما مدة الحضانة لعاية سن الرشد الخاصة للحضانة الأم عند فقد والد المحضن أحد شروط الحضانة أو وفاته، فلم تكن لها وجود أصلاً. قبل الانتقال إلى بيان مصير المحضن بعد انتهاء مدة الحضانة، لابد من توضيح نقطتين وهما، أولاً: إن جميع المدد المذكورة أعلاه مرتبطة بمدى احتفاظ المحضن -أياً كان- بشروط المحضن ويمدّى عدم تضرر المحضن من حضانته وإلا تسقط الحضانة وإن لم يكمل المحضن مدة حضانته المقررة له.^١

^١ انظر حسين، شذى نظير، مرجع سابق، ص ٣٩٦.

المخالفين الأولى والثانية وتوفر الشروط التي نصت عليها الفقرة (ب/٩) لدى زوج الأم في الحالة الثانية.^١

في هاتين الحالتين لا يستطيع أحد من أقارب المحضون من النساء والرجال المحضنة الخاصة الأم من أجل نزع المحضون عنها وإن انتهت المدد الأصلية للحضانة، طالما هي محظفة بشروط المحضن، أما المحضنة غير الأم فلا تتمتع بهذا الامتياز. وما يجب الإتيان إليه هنا هو، أنه في حالة الأولى حينما يفقد الولد أحد شروط الحضانة لا يعني إنه سيتم مطلقاً من محضنة الولد ويسبق المحضن عند والدة لخين سن الرشد، وإنما له حق إستعادة حضانته بمجرد توفر شروط المحضن وشروط دعوى استرداد الحضانة، وتؤكد المحكمة أن حضانته أفضل للمحضن من حضانة والدة.

إضافة إلى المخالفين أعلاه، فإن الأم المحضنة لها حق حضانة أولادها لخين سن الرشد في حالة الطلاق أو التفريق من زوجها غير العراقي بمجرد أن تبدي رغبتها هذه أمام القاضي وذلك استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٦١٠ لسنة ١٩٨٢.^٢

وفيما يتعلق بتبديد الحضانة إذا كان المحضون أئني، جاء في كتاب "شرح القانون الأحوال الشخصية" إن المشرع في الفقرة التاسعة عندما تناول إطالة مدة الحضانة في حالة وفاة الأب أو فقد أحد شروط الحضانة، فإن الأم تحفظ الحضانة بلوغ الصغير سن الرشد، ولكن المشرع لم يحدد مدة حضانة الأم للصغيرة كما لم يحدد مدة حضانة المحضون عندما يكون لدى المحضنة أو المحضن الأمين الذي تختاره المحكمة، وعليه تمتد حضانة هولاء لخين سن الرشد قياساً على مدة الصغير الذكر.^٣ ويعتقد الباحث، أن التفسير الورد في هذا الكتاب بخصوص الفقرة التاسعة غير صحيح وفيه سهو، ولغرض توضيح ذلك لا بد من إيداء الملاحظات الآتية:

^١ ملاحظة: نظراً لتناول تلك الشروط بالتفصيل في الفصل السابق يمكن القارئ الرجوع إليها (شروط حلل المحضنة من زوج أمه).

^٢ انظر عبد، بيادكبير، مرجع سابق، ص ١٩٥.

^٣ انظر الخطيب، أحمد علي وأخرون، مرجع سابق، ص ٢١٩.

الطبية من قبل المحكمة لبيان فيما إذا كان المحضون سيضرر إذا نقل إلى حضانة والده أو عصبته أم لا، قبل إصدار قرار الضم.

إن نقل المحضون إلى وليّه بعد انتهاء مدة الحضانة موقف حسن من القضاء العراقي، لأنه إن كان المحضون ذكراً فهو يحتاج إلى التأديب والتخلف بأخلاق الرجال وتعليم صناعة أو حرفة وغير ذلك من الأمور المهمة، وبخصوص المحضون الأئني فهي تحتاج إلى الحفظ والصيانة، لأنها قد وصلت إلى سن الأششاء ومطمع الرجال، فإذا لم تكن هناك قوة تستغل بما مثل أيها أو وليها، ربما يدخل عليها من يفسد عليها دينها، أو ينتهك حرمتها.

إضافة إلى ذلك، فإن المحضون مجنسيه (ذكراً أو أئني) يحتاج إلى حنان الأبوة وإشرافه المباشر والذي حرم منهما إلى حدٍ ما عندما كان في حضانة النساء، فحرم الولي وحنان المحضنة (خاصة الأم) كل واحد منهما يكمل الآخر ويجعل من الطفل ينشأ نشأة سليمة، حيث أن قسوة الوالدين رحمة لأولادها.^٤

كما أن فقرات المادة ٥٧ وخاصة الرابعة منها، لم تبيّن كيفية نقل المحضون إلى عصبته عند انتهاء مدة حضانة النساء هل يتم نقله وراء أم قضاء، ولكن ما هو العمل عليه في المحاكم، هو أن الولد أو أي ولي آخر للمحضن لا يجوز له أخذ المحضون من المحضنة سواء أاتبته مدة الحضانة أو بعد انتهاء مدتها، وإنما عليه إقامة دعوى أمام المحكمة الشرعية المختصة. وبعد أن تقوم المحكمة بإجراء بعض التحقيقات التي سبق الإشارة إليها-الإحالة إلى اللجنة الطبية ومرمت إلى الباحث الاجتماعي- عندها تقرر النقل من عنده، وهذا يدل على أن النقل قضائي وليس رضائياً.

ثانياً: تقدير عمر المحضون: عندما تدعى الأم بأن المحضون لم يكمل عشر سنوات مثلاً، في حين الأب يدعي بأنه قد تجاوز هذا العمر. في هذه الحالة يعتمد القضاء على صورة قيد النفوس الصادرة من دائرة النفوس، وفي حالة عدم وجودها على مستند بيان الولادة الصادرة من المستشفى وفي حالة عدم وجود هذه الوثائق يحال المحضون إلى اللجنة الطبية لتحديد عمره.^٥

المطلب الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء.

لم ينظر المشرع العراقي إلى موضوع مصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء المقررة بعشر سنوات، أو بعد تمديدتها إذا كانت التمديد أقل من خمسة عشر سنة، أما فيما يتعلق بما نص عليه المشرع بتبشير المحضون في الإقامة مع أحد والديه، أو أحد أقاربه في الفقرة الخامسة من المادة ٥٧ حينما يكمل المحضون الخامسة عشر من العمر فهو يتعلق بموضوع آخر سيتطرق إليه الباحث في المطلب الثالث.

بالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧، يلاحظ بأنها أشارت إلى مدة الحضانة وهي عشر سنوات، كما أشارت إلى التمديد لعاية إتمام المحضون الخامسة عشر من العمر وفق تقدير القاضي، ولكن لم تبيّن مصير المحضون، هل سيبقى لدى المحضن أم ينتقل إلى عصبته من الرجال، أم يعطى حق التبشير أو إجراء القرعة بين الحاضن وولي المحضون، فهذا الموضوع رغبته رغم إلا أن القانون سكوت عنه.

أمام الفراغ التشريعي في هذه المسألة والسكوت عنها، فإن القضاء قد توجه في قرارته بنقل حضانة المحضون إلى والده أو عصبته من الرجال بعد انتهاء مدة الحضانة الأصلية أو الإضافية^٦، ولكن وكما سبق بيانه، غالباً ما يتم إحالة المحضون إلى اللجنة

^١ انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٣٣.

^٢ انظر الكبيسي، أحمد عبد، مرجع سابق، ص ٣٩٥ - ٣٩٧.

^١ انظر عبد، بيادكبير، مرجع سابق، ص ١٩٠.

^٢ انظر كرم، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

يعتقد الباحث، بأن المشرع لم يوجب على هذه التساؤلات بشكل واضح وصريح، كما أن الباحث لم يستطع الحصول على جواب وافي كافٍ عليها من خلال المراجع والمصادر المتوفرة لديه، حيث كان هناك رأي بخصوص انتهاء ولاية الحضانة من عدمها، يقول: إن الحضانة لا ترفع عن المحضون إلا بعد بلوغه سن الرشد، وأنست المحكمة من اختياره الرشد عند إكمال الخامسة عشر من العمر¹، وفي حين كان هناك رأي آخر يقول: أن "سن الحضانة ينتهي إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، فإذا أتم المحضون تلك السن له أن يختار الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه، حين إكمال الثامنة عشر من العمر إذا أنست المحكمة منه الرشد في الاختيار"²، وعليه فإن التباين والاختلاف واضح في هذين الرأيين.

ولا يتفق الباحث مع الرأي الأول، لأنه بالرغم من بعض مواد قانون الأحوال الشخصية، وعلى سبيل المثال المادة الثامنة المتعلقة بأهلية الزواج، يلاحظ بأن المشرع قد أجاز لطلب الزواج الذي يبلغ أو أكمل الخامسة عشر من العمر بالزواج بعد إذن القاضي والبلوغ الشرعي والقابلية البدنية، رغم أن أهلية الزواج في القانون هي العقل وإكمال الثامنة عشر من العمر. وعليه يرى الباحث أن موضوع حق اختيار المحضون في الإقامة لا يختلف عن الاستثناء الوارد على أهلية الزواج المذكورة آنفاً، وإن المشرع العراقي يعطي أهمية ومكانة خاصة للبلوغ الشرعي - إكمال الخامسة عشر من العمر في القانون والقضاء العراقي³ - في مسائل الأحوال الشخصية ويعتبره استثناء من الأصل العام بعد أن يفرض بعض الشروط، لذا يرى الباحث أن ولاية الحضانة تنتهي في هذه الحالة

¹ نقل عن القاضي حسين صاغ، مراسلة، مرجع سابق.

² الزهوي، حسين كاظم، مرجع سابق، (مرجع الكورني)

³ جاء في القرار رقم ٢٣٧ / شخصي / ١٩٧٥ في ٢٦ / ١٢ / ١٩٧٥ حكمته تميز العراق، (فدك فرق بين البلوغ الشرعي والبلوغ القانوني، أما البلوغ الشرعي فيكون ببلوغ الصغير من عشرة سنة، أما البلوغ القانوني فيكون ببلوغ الصغير ثمانية عشرة سنة)، عبد، بدياء، مرجع سابق، ص ٩٦.

المطلب الثالث: انتهاء ولاية الحضانة ومصرح المحضون بعدها.

هذا الموضوع غير واضح في القانون العراقي ولكن مما لا شك فيه، أن الشخص الذي أكمل سن الرشد - وهو الثامنة عشر سنة من العمر في قانون الأحوال الشخصية العراقي - يكون كامل الأهلية وله حق إجراء جميع التصرفات القانونية مالم يكن محجوراً عليه بسبب جنون وغيره⁴، وبناءً على ذلك فإن المحضون إذا أكمل الثامنة عشر من العمر، فإن ولاية الحضانة على انتهت ويكون له حق الإقامة والعيش أينما كان، ومع أي كان، سواء كان مع أحد الوالدين أو الأقارب أو حتى مع شخص غريب عنه، أو الاستقلال بنفسه⁵، بمعنى أنه لا يجبر على الإقامة مع شخص معين ولا يختار بين أشخاص محددين كذلك.

لكن المشرع وبالتحديد في الفقرة الخامسة من المادة ٥٧ أعطى حق الاختيار للمحضون في الإقامة مع أحد والديه أو أحد أقاربه إذا أكمل الخامسة عشر من عمره إذا أتم القاضي الرشد في اختياره. في هذا الخصوص يبرز بعض التساؤلات: هل تنتهي ولاية الحضانة على المحضون إذا التمس القاضي من اختياره الرشد؟ ما موقف المشرع العراقي إذا كان اختيار المحضون غير رشيداً؟ أو سكت ولم يبد رأيه؟ أو اختار الاثنين معاً؟ وما هي درجة الأقارب؟.

⁴ انظر الفقرة الأولى من المادة (٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. انظر قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم ١٨٨ لسنة ٢٠١٩، مرجع سابق، ص ٢٨. وانظر الفقرة الأولى من المادة (١٠٧) من القانون المدني العراقي. انظر موقع قاعدة الشريعة العراقية، تاريخ الزيارة ١٦-١٠-٢٠١٤.

http://www.iraqlm.com/loadlawbook.aspx?sp=ret&sc=120120013721926&pagenum=6#bkmrk_091120071250975

⁵ انظر المطلب، أحمد علي وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١٩ - ٢٢٠. انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٤. انظر، الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، محاضرات أقيمت على طلبة المرحلة الثانية لكلية القانون - جامعة الإمام محمد سعود، للعام الدراسي ٢٠١٢-٢٠١٣، منشورة على موقع الخفزي، تاريخ الزيارة <http://lawsadk.forumarabia.com/t93-topic#121>

إذا كان المحضون رشيداً في اختياره⁶. يضاف إلى ذلك، أن بقاء المحضون تحت الحضانة رغم إكمال هذا العمر ورشده حسب هذا الرأي، يدل ضمناً على تمديد الحضانة، في حين أن الدراج في المحاكم عمود تمديد الحضانة بعد إكمال هذا العمر في حالة رشد المحضون في اختياره.

وأمام غموض الفقرة الخامسة من المادة ٥٧ التي تنص على " إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو أحد أقاربه حين إكمال الثامنة عشرة من العمر، إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار"، يرى الباحث ضرورة إلقاء الضوء عليها وتوضيح بعض الحقائق المرتبطة بها:

أولاً: إن رحلة الحضانة تبدأ من الولادة وحتى إكمال سن الرشد وهو إكمال الثامنة عشر في القانون العراقي وهي الأصل، ولكن المشرع العراقي أعطى فرصة أو بشكل أدق حقاً للمحضون للخروج من ولاية الحضانة قبل سن الرشد، وموقف المشرع هنا يعود إلى اعطائه للمكانة للبلوغ الشرعي.

ثانياً: هذا الاستثناء من الأصل العام يعتبر حقاً للمحضون وليس واجباً، وهذا واضح من الفقرة حينما نصت على "..... له حق الاختيار....."، لذا وكما هو متعارف عليه قانوناً وشرعاً، أن صاحب الحق لا يجبر على استيفاء حقه، وبناءً عليه لا يرغم المحضون على مغادرة أمهم القاضي كي يستوفي حقه. فمثل كمثل طالب الزواج الذي أكمل هذا العمر، فالمحكمة لا تلزمه بالضرورة إلى المحكمة لكي يبيّن رغبته في الزواج من عدمه، وإنما هو يشخصه يذهب إلى المحكمة ويطلب من القاضي الإذن له بالزواج إن رغب، لأن حقه هذا استثناء من الأصل العام، وعندنا يطلب القاضي من وليه بيان رأيه حول الموضوع.

ثالثاً: حق المحضون في الإقامة مع أحد والديه أو أحد أقاربه مقيد بشرطين وهي: إكمال الخامسة عشر من العمر وما بعدها حين بلوغه سن الرشد، أي خلال كل هذه الفترة له

⁶ انظر الزهوي، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكورني)

هذا الحق، والشروط الآخر هو أن تستأنس المحكمة من اختياره رشداً. فإذا توفر الشرطان عندها تسقط ولاية الحضانة عليه رغم عدم كمال أهليته القانونية، كون المحضون البالغ شرعاً والرشيد في الوقت ذاته، لا يحتاج إلى استمرار ولاية الحضانة عليه، كما يفهم من هذه الفقرة.

إذا تخلف أحد الشرطين فإن المحضون لا يستفيد من هذا الحق، كأن لم يكمل الخامسة عشر من العمر أو لم يؤنس القاضي رشداً في اختياره، والنتيجة هي حرمانه من حق الإقامة. والأصل أن يبقى المحضون لدى حاضنه في هاتين الحالتين بموجب مفهوم الفقرة الخامسة، وأن يتم تمديد الحضانة لمدة مناسبة وفق تقدير القاضي لغاية بلوغه سن الرشد في حالة عدم رشده في الاختيار، وفي هذه الحالة يتفق الباحث مع رأي القاضي السيد حسين صاغ بعدم رفع الحضانة.

أما تدخل القضاء في حالة سكوت المحضون أو عدم رشده في الاختيار، وإجراء التحقيقات اللازمة لمعرفة الحاضن الأصح للمحضون وتسليمه إليه فهو من باب مصلحة المحضون، كون مدار الحضانة مصلحة الأخير.

وإبعاً: نظراً لكون المحضون الذي أكمل الخامسة عشر من العمر باستطاعته إقامة الدعوى أمام المحاكم الشرعية، ولكون الاختيار في الإقامة يعتبر حقاً له وليس لغروه، فمن مقتضيات الفقرة الخامسة أن لا يتم إقامة الدعوى إلا من قبل المحضون نفسه للمطالبة بحقه، وأن يتم رد جميع الدعاوى التي يتم إقامتها من قبل الآخرين أياً كان صاحبها.

وما يجب التنبه إليه في حالة انتهاء ولاية الحضانة على المحضون بإقامة الخامسة عشر من العمر، هو أن انتهاء الولاية في هذه الحالة لا يعني بأنه كامل الأهلية، بل أهليته

لا أكثر، وهذا ما يمكن معرفته بكل سهولة عند الاطلاع على دعاوى الحضانة في المحاكم العراقية.

وفيما يتعلق بالمعيار الذي يستخدمه القضاء لمعرفة رشد المحضون من عدمه في حالة الاختيار، فإن القانون لم ينص على معيار معين لمعرفة ذلك، ولكن من الناحية العملية تلجأ المحكمة إلى وسائل مختلفة في سبيل اكتشاف ذلك، فهي مسألة تعود إلى تقدير المحكمة وتختلف من قضية لأخرى، فمثلاً قد تتحقق المحكمة من إدارة مدرسة المحضون عن مدى التزامه بالدراسات ومتوهمه الدراسي وسيرته وبعده داخل المدرسة، فإذا كان جواب الإدارة على هذه الأسئلة سلبياً وكان المحضون عند أمه، فإن اختياره الإقامة مع أمه يعنى عدم رشده وأن بقاءه معها يضره¹.

المبحث الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتهما في القضاء العراقي

في هذا المبحث يستعرض الباحث عدداً من القضايا التي تتناول مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتهما، والتي عرضت على القضاء العراقي، بهدف التعرف على موقفه، وعلى مدى استطاعته في سد الثغرات الموجودة في القانون.

جاء في القرار رقم ٢٠٠٩/٢٣٢/شخصية/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٢٠ محكمة تمييز إقليم كردستان العراق " تبين أن الصغرة أتمت العاشرة من العمر وبعد الرجوع إلى التقرير الطبي الصادر عن لجنة طبية مختصة لم يثبت مستجد حضانتهما لذا انتهى حق الحضانة للأم...^٢، وفي قرار محكمة تمييز العراق جاء "إذا ثبت بالتقرير الطبي تضرر المحضونة من ضمها إلى أبيها- الضم بعد إتمام عشر سنوات- مدت المحكمة مدة الحضانة لأبيها"^٣، وفي قرار آخر لها جاء "على القاضي أن يحدد مدة التمديد"^٤.

^١ انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، ص ٤٢.

^٢ أحمد، كيلان سيد، مرجع سابق، ص ١٢١-١٢٢.

^٣ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٤٢٨/شريعة/١٩٦٥/ تاريخ القرار ١٩٦٥/٨/١٩.

^٤ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٤٢٠/شريعة/١٩٦٨/ تاريخ القرار ١٩٦٨/١١/٦.

مقيدة، فهو لا يستطيع الزواج إلا بإذن القاضي والولي^١، ولا يستطيع مباشرة التصرفات المالية الضارة، أما الدائرة بين النفع والضرر فيحتاج إلى إذن وليه^٢.

وقد استحسن البعض موقف المشرع العراقي عندما أعطى المحضون حق الاختيار في الإقامة بين والديه أو أحد أقاربه عند اكتماله الخامسة عشر من العمر، لأن المحضون - ذكر أركان أو أنثى- يمكنه في هذا العمر اختيار من يحقق مصلحته^٣، كما قالوا إن ذلك يعتبر نوعاً من مظاهر حماية الطفولة في العراق^٤.

وَجَدَرُ بِالْمَذْكَرِ، أَنَّ الْحِضَانَةَ قَدْ تَنْتَقِلُ إِلَى الْوَالِيِّ بَعْدَ انْتِهَاءِ مَدَّةِ الْحِضَانَةِ الْأَصْلِيَّةِ الْخَاصَّةِ بِالنِّسَاءِ، وَيَبْقَى مَعَهُ حِينَ أَنْ يَكْمَلَ الْمَحْضُونُ الْخَامِسَةَ عَشَرَ مِنْ عَمْرِهِ، عِنْدَهَا يَقُومُ الْقَاضِي بِتَخْيِيرِهِ بَيْنَ وَالِدَيْهِ أَوْ أَقْرَابِهِ لِيَحِينَ بُلُوغَهُ سِنَّ الرِّشْدِ، وَقَدْ يَحْصُلُ أَنْ يَمُدَّ الْقَاضِي مَدَّةَ الْحِضَانَةِ الْأَصْلِيَّةِ حَتَّى اكْتِمَالِ الْمَحْضُونِ الْخَامِسَةَ عَشَرَ مِنْ الْعُمُرِ إِذَا رَأَى الْقَاضِي أَنَّ ذَلِكَ فِي مَصْلَحَتِهِ، وَبَعْدَ اكْتِمَالِ هَذِهِ الْمُدَّةِ يَجْرُو الْقَاضِي كَمَا فِي الْحَالَةِ الْأُولَى^٥، بمعنى قد يكون المحضون لدى أمه الحاضنة وهو الغالب، ثم تقدم الحضانة إلى اكتماله الخامسة عشر من العمر من قبل القاضي وهذا يعتبر من توجهات محكمة التمييز، وهذا بعد العمر قد يجتاز أمه لغاية سن الرشد وهذا شبه مؤكد أيضاً، وبذلك يحرم الأب من ولده طفلة هذه المدة ويكون مقررته فقط على دفع المصاريف والأجور والنفقات

^١ انظر الفقرة الأولى من المادة (٨) من قانون الأحوال الشخصية، انظر قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٥، مرجع سابق، ص ٢٩.

^٢ انظر المادة (٩٧) من القانون للدين العراقي، انظر موقع قاعدة التشريعات العراقية، تاريخ الزيارة ١-١٦-٢٠١٤:

<http://www.iraqld.com/loadlawbook.aspx?sp=ret&sc=120120013721926&pagenum=5>

^٣ انظر عبد، بياد كبر، مرجع سابق، ص ١٩١.

^٤ انظر الجوزي، رباح عبد الوهيد، مرجع سابق، (مرجع الكويون)

^٥ انظر عبد، بياد كبر، مرجع سابق، ص ١٩١-١٩٢. انظر، الأحوال الشخصية (النواح والطلاق)، مرجع سابق. (مرجع الكويون)

يتبين من خلال هذه القرارات أن مدة الحضانة هي عشر سنوات، ولكن لا تنتهي بمدة المدة إلا بعد إحالة المحضون (الذكر أو الأنثى) إلى لجنة طبية وبيان رأيها، كما تبين أن المحكمة تلزم نفسها برأي اللجنة في تمديد الحضانة من عدمها، في حين وكما سبق بيانه أمّا بموجب القانون غير ملائمة برأي اللجنة. إضافة إلى ذلك، حينما يتم التمديد يجب أن يحدد المدة الإضافية.

لكن المحكمة في قرارات أخرى لم يجبل فيها المحضون إلى اللجنة الطبية بعد إتمامه مدة الحضانة الأصلية، ولهذا يعتبرها الباحث من القرارات النادرة في هذا الخصوص.

جاء في القرار رقم ٢٠٠٩/٢٤٢/شخصية/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٤ محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، "حيث أن المحضون (ي) أتم العاشرة من العمر فانتهت حضانة الممعية (الأم) عنه بموجب أحكام المادة ٥٧/٤ من قانون الأحوال الشخصية...^٦، وفي قرار آخر لها تحت العدد ٢٧٤/شخصية/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٢٠ جاء، " إن الصغير (ن) قد أتم العاشرة فانتهت حق الأم في الحضانة وتنتقل الحضانة إلى الأب عملاً بأحكام المادة ٥٧ فقرة ٤ من قانون الأحوال الشخصية المعدل"^٧. أما محكمة تمييز العراق، فقد جاء في قرارها " إذا انتهت مدة الحضانة ولم يكن للولد أب ولا جد، يسلم للأقرب والأقرب من المصبات، فإن لم يوجد أحد من المصبات ولا من الأقارب، ينظر القاضي فإن رأى بقاءه عند الحاضنة أنفع، تركه عندها، وألا سلمه لمن يرى نفعه في وجوده عنده"^٨.

هذه القرارات، تبين أن مصير المحضون بعد انتهاء المدة الأصلية، هو نقله وتسليمه للمصبة ثم الأقارب، والأولى للأب ثم للجد إن كانوا أحياء، وهذا ما لم يتطرق إليه المشرع.

^١ أحمد، كيلان سيد، مرجع سابق، ص ١٢١.

^٢ المرجع نفسه، ص ١٢٢.

^٣ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٤٣/شريعة/١٩٦٩/ تاريخ القرار ١٩٦٩/١/١٥.

وهنا قد يتساءل: إذا كان عمر المحضون قد تجاوز عشر سنوات، فما هو موقف القضاء في هذه الحالة؟ جاء في القرار رقم ٨٤/شخصية/١٩٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٧/١٩ محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، " تبين أن المحضونة تبلغ من العمر أكثر من عشر سنوات وكان يتعين على محكمة الموضوع إنشئارة اللجنة الطبية المختصة بشأن الجهة الأصلح لحضانتهما عملاً بأحكام الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية وذلك قبل إصدار الحكم بشأن حضانتهما"^٩.

هذا القرار يبين مدى مساهمة محكمة التمييز برأي اللجنة الطبية، فرغم تجاوز المحضونة مدة حضانة النساء الأصلية، إلا أن محكمة التمييز أوزمت محكمة للموضوع بإحالة المحضونة إلى اللجنة الطبية لمعرفة رأيها. إضافة إلى ذلك، فقد استندت المحكمة في قرارها إلى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧، ويرى الباحث أن الفقرة المذكورة لا تلزم المحكمة بإحالة المحضون إلى لجنة طبية إلا إذا رأت تمديد مدة الحضانة الأصلية.

بينما محكمة التمييز الاتحادية، في قرارها الرقم ٤٤٨٨/شخصية/أولى/٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٤، لم يرسل المحضون إلى اللجنة الطبية مجرد تجاوز المحضون عشر سنوات، وهذا يعتبر مخالف لما هو معمول به في القضاء العراقي " وجد أن القرار صحيح وموافق للقانون، ذلك لأن المحضون (م) ولد في ١٩٩٧/٩/٢٥ وقد تجاوز سن الحضانة- عمره حوالي ١٣ سنة- ولا يوجد ما يبرر تمديد حضانته....."^{١٠}.

وفيما يتعلق ببقاء حضانة الأم للولدها في حين بلوغه سن الرشد في حالة وفاة والد المحضون أو فقده شروط الحضانة، جاء في القرار رقم ٤١٢/شخصية/٢٠٠٩ محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، " إذا مات أبو الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة يبقى الصغير

^١ أحمد، كيلان سيد، مرجع سابق، ص ١٠٩.

^٢ أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٢.

تبيّن أنّها، أن إعطاء المحضون حق الاختيار في الإقامة مرتبط بالرشد في اختياره، لكن ما هي المعايير التي يعتمد عليها القضاء لتحديد الرشد، جاء في القرار رقم ٣٤٩٤/شخصية/٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٦ محكمة تمييز العراق، "وحيث أن المحضون قد اختاروا الإقامة مع أمهم دون أن يبين للمحكمة سبباً مقنعاً لهذا الاختيار، إذ أن الرغبة المجرّدة لا تكفي لتحقيق الرشد، حيث لم تتأكد المحكمة من مصلحة الصغير في البقاء مع أمهم، وما هي الأسباب التي حلت المحضون على هذا التفضيل، فلم تتطّلع المحكمة على أحواله في الأدلة وما وصل هو مستمر في دراسته وتاجح فيها أم أنه متعلّق فكان بالإمكان الرجوع إلى آراء المدرسة ومرشد الصف أو تقرير الباحث الاجتماعي أو الأدلة المعترية وقد أصدرت المحكمة حكمها دون الإشارة إلى دليل مما جعل حكمها معيماً، ولما تقدم قرر نقض الحكم..."^١.

هذا القرار يوضح أنه يجب على المحضون إبداء أسباب مقنعة للمحكمة عن اختياره أحد الأطراف للإقامة معه، وإذا كانت أسبابه غير مقنعة، فعلى محكمة الموضوع إجراء التحقيقات اللازمة لمعرفة رشفه في اختياره، أما المعايير أو التحقيقات التي يمكن للمحكمة اللجوء إليها لاختيار رشد المحضون في اختياره فإنها تختلف من قضية لأخرى، ولكن في العادة تتلخّص الأحكام إلى الاستفسار عن الحالة الدراسية للمحضون واعتبارها معياراً لرشد المحضون.

لكن في قرارها رقم ١١٤١٠/شخصية/١٩٨٨ بتاريخ ١٩٨٨/١٠/٢ يظهر تناقض واضح في موقفها في هذا الخصوص، حيث جاء فيه "ليس للمحكمة رد دعوى المدعية باختيارها للإقامة مع جدتها بحجة إنجابها من نكاحها الرشد في اختيارها إذا كانت قد تجاوزت الخامسة عشر عند إقامتها الدعوى، لأن لها حق الاختيار في الإقامة مع حاضنتها وهي جدتها طبقاً لنص المادة ٥/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية"^٢.

^١ عبد، بيضاء كبر، مرجع سابق، ص ١٩٥.

^٢ مجلة مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ٧٤.

لدى أمهم ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها حين بلوغه سن الرشد..."^١.

وتخصّص حق المحضون في الاختيار في الإقامة بعد إتمامه الخامسة عشر من عمره، جاء في القرار رقم ١٦٦/شخصية/٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٩/٢٧ محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، "تبيّن أن البنت (ج) من مواليد ١٩٨٥ وقد بلغت الخامسة عشرة من العمر وبذلك فهي تستطيع أن تختار من تعيش معه من والديها المتنازعين وقد اختارت البقاء في حضانة أبيها المدعى عليه...لذا فإن اتجاه المحكمة برد دعوى المدعية صحيحاً وموافقاً لحكم الشريعة والقانون"^٢.

من هذا القرار يتضح، أنّ المحضون لها حق الاختيار كونها قد بلغت الخامسة عشر من العمر، وهذا يناقض الفقرة الخامسة كونها تتطلب إتمام أو إكمال هذا العمر وليس البلوغ وهناك فرق شاسع بين البلوغ والإتمام.

تبيّن من خلال المبحث السابق، عدم جواز تمديد الحضانة إذا أتم المحضون الخامسة عشر من العمر، لكن ما هو موقف القضاء في هذه الحالة؟ جاء في قرار محكمة تمييز العراق، تحت العدد ٢٩٨٨/شخصية/١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠/٩/٢٦، "ليس للمحكمة تمديد حضانة من أكمال الخامسة عشرة من عمره، لأن له أن يختار الإقامة مع من يشاء من أقاربه من إهمار إذا أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار"^٣.

هذا القرار يبيّن بشكل جليّ عدم جواز تمديد الحضانة إذا أتم المحضون الخامسة عشر من العمر وكان رشيداً في اختياره، وهذا يعني انتهاء ولاية الحضانة، ولكن المشكلة هي أن المشرع والقضاء كلاهما لم يبيّنا موقفهما من عدم رشفه في اختياره أو في حالة سكوته أو اختياره والوالديه معاً، هل تمدد الحضانة في هذه الحالة أم لا؟.

^١ أحمد، كيلان سيد، مرجع سابق، ص ١٢٢.

^٢ المرجع نفسه، ص ١١٣.

^٣ عبد، بيضاء كبر، مرجع سابق، ص ١٩٤.

في هذا القرار يتضح بأن المحضون الذي أكمل الخامسة عشر من العمر بإمكانه إقامة الدعوى بنفسه، ويكون الاختيار في الإقامة يعتبر حقاً للمحضون، لذا فإنه من حق المحضون أن لا يتم إقامة الدعوى بهذا الخصوص إلا من قبله، والشئ المشيّر للجدل في هذا القرار عند مقارنته بالقرار السابق وغيره من القرارات هو إن محكمة التمييز في هذا القرار لم تعتبر الرشد في الاختيار من أحد شروط تمنع المحضون بحق الاختيار في الإقامة، حيث رقم رد دعوى المدعية -المحضون- من قبل محكمة الموضوع بسبب عدم استئناس الرشد منها في اختيارها إلا إن محكمة التمييز نقضت قرارها، فقط كون المدعية قد تجاوزت الخامسة عشر من العمر، في حين تبيّن في القرار السابق إن محكمة التمييز نفسها لم تعدد اختيار المحضون لكونه لم يقدم أسباب مقنعة للمحكمة، ولكن محكمة الموضوع هي الأخرى لم تحقّق في المسألة لمعرفة رشف المحضون من عدمه، رغم أن المحضون كان قد أكمل الخامسة عشر من العمر. إضافة إلى ذلك، يعتبر هذا القرار خروجاً لمحكمة التمييز عن نص القانون، فالفرقة الخامسة تنص بكل وضوح على وجوب استئناس الرشد من اختيار المحضون "...إذ أنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار".

وهنا قد يتساءل البعض: ما موقف القضاء إذا لم يحضر المحضون المحكمة لإبداء رأيه في خيار الإقامة، سواء بإرادته أو أذناً مع من قبل أحد أطراف الحضانة، جاء في قرار محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، تحت العدد ١٢٢/شخصية/١٩٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/٨/٣١، "...إن حكمها فيما يتعلق بالقاهرة (ب) جاء سابقاً لأوانه وقبل استكمال شروطه لأنها تجاوزت الخامسة عشر من العمر وكان ينبغي على المحكمة إظهارها رشفاً عن المدعى عليه والوقوف على رأيها، بشأن من تختار البقاء عنده حين بلوغها الثامنة عشرة من العمر (عنها أو أمها)، ثم إصدار حكمها على ضوء ذلك استناداً إلى أحكام المادة ٥/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية"^١.

^١ المشاهدي، إبراهيم، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية، (معداد: مطبعة أمّعد، دط، ١٩٨٩)، نسليل القرار في المرجع: ٨٦.

^٢ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٣١٧/شخصية/١٩٦٧ بتاريخ ١٩٦٧/٢/١١.

^٣ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٩٣٤/شخصية/١٩٦٦ بتاريخ ١٩٦٦/٢/١١.

^١ أحمد، كيلان سيد، مرجع سابق، ص ١٠٩.

وإدليلهم استعانة المحضون في هذا السن هو قول رسول الله ﷺ « مروا صبياتكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً...»، فالرسول لم يأمر الأباء بمبدأ الأمر إلا لأكون الولد قادر على طهارة نفسه إذا بلغ هذا العمر.

أما المحضون الأثني فمدتها حين الحيض إذا كانت الحاضنة الأم أو الجدات، أما إذا كانت غيرها فحين سن الانتشاء، وهذا قول لأبي حنيفة، ولكن صاحبه محمد يقول لا فرق بين الحاضنات فكلهن سواء حسن الانتشاء هو حد انتهاء حضانة النساء، واختلفوا في تحديد مدة السن، البعض حدها بإحدى عشرة سنة وأخرون حدها بتسع سنوات، وهذا الرأي الأخير هو الملقى به عندهم^١. والغدف من طول مدة حضانة البنت مقارنة مع مدة حضانة الذكر هو أن البنت تحتاج بعد استئذانها من خدمة النساء إلى معرفة كيفية إدارة الأعمال المنزلية والتخلف بأخلاق النساء^٢، وإذا حصل اختلاف على بلوغ المحضونة سن الانتشاء عندها يقدر القاضي ويحكم الخلاف، وبخصوص المحضون الذكر فيعتمد على الصفات الموجودة لديه لمعرفة استئذانها من خدمة النساء^٣.

بعد انتهاء مدة الحضانة الأصلية للنساء لا يختار المحضون ذكراً أم أنثى بين والديه، وإنما يضمن إلى الأب كونه يحتاج إلى الحضانة والحفظ والأب أو الولي أقدر من الأم أو الحاضنة في هذا المجال. يضاف إلى ذلك الضم إلى الولي حقاً للمحضون وواجباً^٤.

^١ ابن خراش، أبو بكر بن أبي شيبة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

^٢ ابن فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧-٥٠. النظر الفضي، عبد الغني بن طالب، مرجع سابق، ص ١٠٣. النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤. النظر عبدالله، عمر خليل محمود، حقوق الطفل في الإسلام والإنفاقات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٣، ص ١٢. منشور على موقع جامعة النجاح، تراجم البرزخ ١٦-٣٠١٤:٢٠١٤.

http://scholar.najah.edu/sites/default/files/allthesis/rights_of_children_in_isl_am_and_international_conventions_a_comparative_study.pdf

^٣ النظر الفرياني، رمضان عبد القدافي، جابر عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٦٠١. النظر الجدي، أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية، آثار التفريق بين الزوجين، مرجع سابق، ص ١٨٤-١٨٥.

^٤ النظر فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٨. النظر زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١.

الخلاصة: تبيّن أن موقف القضاء لم يكن واضحاً وصريحاً، حيث كان يشوبه التناقض في قرارته، وهذا راجع إلى التفسير غير الدقيق للصوص القانونية أو تأويل النص بما يوافق رأي القاضي كما يراه الباحث، ورغم ذلك استطاع القضاء وابتهاجه قضائه، سد جزء من الثغرات الموجودة في القانون.

المبحث الثالث: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها ولايتها في المذاهب

الأربعة والتأجيل: المذهب الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإفتاء.

يستناول الباحث هذا المبحث من خلال مطلبين. في الأول، من خلال المذاهب الأربعة. وفي الثاني، من خلال المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإفتاء.

المطلب الأول: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها ولايتها في المذاهب

الأربعة.

المذهب الحنفي:

تنتهي الحضانة عند الحنفية، عندما يستغني المحضون الذكر عن خدمة النساء، كان يأكل ويشرب وليس يقضي حاجته وحده دون مساعدة أحد، ويحتاج بعد ذلك إلى التأديب والتخلّف بأخلاق الرجال. البعض حدها هذا السن ببلوغ تسع سنوات وحدده خصّاف بسبع سنوات للذكر والفتوى على القول الأخير^١. فهم يرون أن بقاء الذكر لدى الحضانة أكثر من هذه المدة يلحق ضرراً به كونه يستعيد على عادات النساء وسيأخذ منهنم طباعهن.

^١ ابن فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧-٥٠. النظر الفضي، عبد الغني بن طالب، الباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد عيسى الدين عبد الحميد، الجزء الثالث، (بيروت: المكتبة العلمية، د. ط. ١٠٣٠، ١٠٣٠. النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤.

على الولي فإذا رفض الأخير أجبر عليه^١. وسبب رفضهم للتخيير هو قول الكاساني أن الصغير يختار شر والوالدين كونه يختار من يتركه ليلهو ولا يجبره على تعلّم العلوم الدينية وشعائر الدين والتعليم وغيرها، وهناك قول لأبي حنيفة بأن الأم أحق بالنت والأب أحق بالعلم، وإذا لم يوجد الولي من العصباء ولا وصي، عندها يبقى المحضون لدى الحاضن إلى حين تسليم القاضي المحضون ليد شخص أمين^٢.

ويستدل الحنفية بالحديث النبوي الشريف: « أنت أحق به ما لم تنكح »^٣ فالرسول ﷺ لم يختار المحضون، كما لم عقل الأخير قاصر في هذه الفتوة، فلا يعرف أين تكمن مصلحته^٤، وبخصوص الولد الذي حرّره الرسول ﷺ بين والديه، فإنها كانت حالة خاصة، لأن الطفل حينما توجه إلى أمه الكافرة دعا له الرسول ﷺ وقال " اللهم سدده" وبركة دعائه عزّر الولد اتجاهه وتوجه نحو والده المسلم، ولا يوجد مثل دعاء الرسول صلى الله عليه وسلم في يومنا هذا^٥.

ولكن إذا انتهت مدة حضانة النساء والمحضون مجنون أو معتوه أو مصاب بمرض، ورأى القاضي أن بقاءه لدى أمه أو حاضنته أفضل له من ضمه إلى وليه، ففي هذه الحالة يبقى المحضون ذكراً كان أو أنثى عند الحاضنة، بمعنى أن يتم تحديد الحضانة ولا يسلم المحضون إلى الولي^٦.

عندما يصل الصغير مبلغ الرجال والصغيرة مبلغ النساء، عندها تنتهي مدة ولاية الحضانة، فالشاب والفتية غير المأمومة والكر الشابة - سواء مأمومة أو غير مأمومة -

^١ ابن فخر الدين، عثمان بن علي، مرجع سابق، ص ٤٧. النظر حداد، عبد اللطيف البرزق، مرجع سابق، ص ٧٣. النظر بدران، أبو العيون، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

^٢ النظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٣٣٠-٣٣١. النظر بدران، أبو العيون، مرجع سابق، ص ١٨٥٦.

^٣ السنن، سليمان بن الأصبغ، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

^٤ النظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

^٥ النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٤. زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٨١.

^٦ النظر ابن عابد، محمد بن عيسى، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

ليس لهم حق اختيار محل إقامتهم بل يجبرون على الإقامة مع والدهم أو الولي الشرعي، في حين أن الشاب والفتية المأمومة والكر المتقدمة في العمر التي صارت مسنة، فإهم لا يجبرون في الإقامة مع أي شخصي كان وفهم الحرية في اختيار محل إقامتهم. وإذا أجزرت البنت الفتية أو الكبر بالإقامة مع وليها ولكن الولي غير موجود -متمرق أو غائب- عندها تقيم مع عصبته ولكن إذا كانت إقامتها مع عصبته فيها مفسدة، عندها يأمر القاضي بأن تقيم مع امرأة أجنبية ثقة بحيث تكون قادرة على حفظها^١.

تبيّن كما سبق، أن الحنفية يتفرقون بين المحضون الذكر والأثني، فمدة حضانة الأول سبع سنوات والأخيرة تسع سنوات وفق القول المشهور عندهم، وبعد انتهاء هذه المدة يضمن الإنسان إلى والدهم أو الولي الشرعي حين البلوغ الشرعي، لكن إذا انتهت هذه المدة وكان المحضون معتوهاً أو مصاباً بمرض، بحيث بقاءه لدى حاضنته أفضل له من ضمه إلى وليه عندها يتم تمديد الحضانة لمدة مناسبة من قبل القاضي.

وعند وصول المحضون البلوغ الشرعي يكون له الحرية والاستقلال والإقامة أينما شاء ولكن هناك استثناء وهو أن الشاب والفتية غير المأمومة والكر الشابة - سواء مأمومة أو غير مأمومة - ليس لهم حق الحرية والاستقلال في محل إقامتهم بل يجبرون على الإقامة مع والدهم أو الولي الشرعي.

المذهب الشافعي:

سن انتهاء حضانة النساء لدى الشافعية سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى هو التمييز، وهذا السن غالباً ما يكون بين سبع أو ثمان سنوات، وقد يبلغ المحضون سن التمييز قبل السبع أو يتأخر عن التمام ولكن الغالب هو سبع سنوات^١.

^١ النظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٣٣٠-٣٣١. النظر الكاساني، أبو بكر بن سمود بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣. النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٦. النظر تاج، عبد الرحمن، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، (مصر: دار الكتاب العربي، ط ١، ١٩٥٥)، ص ٤٣٨. النظر الفرياني، رمضان عبد القدافي، جابر عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٦٠٩.

^٢ النظر البكري، عثمان بن محمد شطاف، مرجع سابق، ص ١١٦. النظر الزعير، جمال محمد محمود، مرجع سابق، ص ٧١.

لعدم وجود أية مزية لأحدهما على الآخر^١، وقيل إذا لم يختَر أيًا منهما وسكت بقى لدى أمه لأنه في البداية كان معها ولا يضمن إلى الولد إلا باختياره^٢. علمًا، أن أحد الوالدين إن كان غير أهل للحضانة يكون المحضون عند الطرف الآخر^٣.

يستدل الشافعية بالأدلة الآتية على تغيير المحضون:

أولاً: إذا إمرأة جاءت رسول الله ﷺ، فقالت: فداك أبي وأمي، إن زوجي يريد أن يذهب بابي وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة، فجاه زوجها وقال: من بخاصمني في النبي؟ فقال: يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به. وفي رواية أخرى، قال رسول الله ﷺ: "استهما عليه"^٤.

ثانياً: حديث رافع بن سنان حينما خيّرت الرسول ﷺ ابنته (في رواية ابنه) بين والدها - رافع - الذي أسلم وأمه غير المسلمة^٥.

وإذا بلغ المحضون -ذكراً كان أم أنثى- الرشد فله الاستقلال بنفسه، ولكن يستحب عدم مفارقة والديه برأ بما، ويختص بالكره فإنه يكون لها الاستقلال بنفسها سخافة خداعها من قبل الرجال كونها لم تجزهم بعد بعكس النبي^٦. وهناك رأي آخر يقول: إن البكر ليس لها الاستقلال بنفسها وفق ظاهر المذهب، وإنما تسكن حيثما أراد الأب أو الجد، أما عداها من العصباء فلا حق لها في إجبارها على الإقامة معهم،

بعد انتهاء مدة الحضانة يختَر المحضون ذكراً أم أنثى بين الوالدين إذا استطاع التمييز^٧. فإن اختار الذكر أمه كان معها في الليل ومع والده في النهار، وإن اختار الأب، وكذلك الأنثى إذا اختارت أمًا من والديها يكون معه ليلاً ونهاراً، وإذا غيّر المحضون اختياره بعد مدة يستحب نطقه وينقل، وإذا أراد العودة إلى الأول عاد إليه وهكذا وإن تكرر عدة مرات^٨. قبل إذا تبيّن من كثرة تغيير اختياره عدم تمييزه عندها عند الأب باعتبارها غير تمييز^٩.

والتخيير يكون بين الوالدين في حالة وفاة الأب يقوم مقامه الجد وبعده العصبية بشرط الحرية، وإذا كان المحضون أنثى هذا هو ظاهر المذهب، وقيل العصبية لا يشملون التخيير وعندها يكون المحضون مع الأم في حالة عدم وجود الأب والجد^{١٠}.

بلوغ سبع سنين ليس معياراً أو سناً معدداً لإجراء التخيير، وإنما المعيار هو التمييز ومعرفة أسباب الاختيار، فالمحضون ربما يجاز هذا السن وهو لا يستطيع التمييز ولا يعرف لماذا اختار أباه دون أمه والعكس^{١١}، فعندها يكون من حق القاضي تأجيل الاختيار لمدة مناسبة على أن لا تكون أكثر من اللازم^{١٢}، وإذا بلغ المحضون هذا العمر وكان مجنوناً يكون مع أمه، ولكن إذا لم تستطع الأم أو الحاضنة حضانتها فعندها يضمن إلى الولي^{١٣}. وإذا سكت المحضون ولم يختَر أحد الوالدين، أو اختارها معاً، فعندها يقرع بينهما وذلك

^١ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

^٢ انظر الخليل، زائد عبدالله بن الشيخ، مرجع سابق، ص ٢٦. انظر الجدي، أحمد نصر، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

^٣ انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٤٧.

^٤ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

^٥ النسائي، أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ص ١٨٥.

^٦ انظر ابن البيع، محمد بن عبد الله، المشرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطاء، الجزء الثاني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١٠، ١٩٩٠م)، ص ٢٢٥.

^٧ انظر الأسيوطي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٨٨. انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٧٤-٢٧٥.

^٨ انظر فتح، عبد عزيز، مرجع سابق، ص ٥٨.

^٩ انظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، التبيين في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص ٢١١. انظر الشيرازي، إبراهيم بن

علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٨-١٦٩.

^{١٠} انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٤٦-٥٤٧.

^{١١} انظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، التبيين في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص ٢١١. انظر الشيرازي، إبراهيم بن

علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٩-١٦٨.

^{١٢} انظر حمدان، عبد الطليل بن الزقاق، مرجع سابق، ص ٧٢.

^{١٣} انظر زينان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٨٠.

^{١٤} انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٤٧.

والحكم ذاته بالنسبة للثبث إن كانت محل الرية والتمهة^١، وكذلك الذكر ليس له الاستقلال بنفسه إذا خيف عليه من الانفرد^٢.

يتضح مما سبق، أن مدة الحضانة لدى الشافعية سواء كان المحضون ذكر أو أنثى هي نفسها لدى المخنفية، كون سن التمييز غالباً ما يكون في بلوغ المحضون سبع سنوات، وإذا انتهت مدة الحضانة لم يختَر المحضون بتجسبه بين والديه إن كان تمييزاً وعارفاً لأسباب اختياره، وألا تمدد الحضانة لمدة مناسبة من قبل القاضي، وإذا اختار الوالدين كلاهما أو سكت قرع بينهما، وتنتهي ولاية الحضانة بالبلوغ الشرعي مع الرشد سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، مع وجود خلاف حول إقامة البكر، حيث قيل مكروه لها مفارقة والديها، وفي قول آخر تجر على الإقامة مع ولتها، ونفس الحكم بالنسبة للمحضون الذكر غير المأمون.

المذهب المالكي:

المشهور عند المالكية هو أن مدة حضانة الذكور هي البلوغ، وإن كان المحضون مجنوناً أو مريضاً، والبلوغ قد يكون بالنسب أو الإحتلام وغير ذلك من العلامات سوى الإنبات^١، وقول المقر يقضي بالإعتار - بتغيير أسنانه اللبنية^٢. ونقل عن ابن شعبان بأنه يشترط مع البلوغ العقل والخلع والتميز أربعين أو أربعين يوماً، ويكون مصاباً بمرض مزمن^٣. أما الخنثى المشكّل^٤ فإن حضانته يبقى طالما هو مشكّل، ويختص حضانة البنت فتبقى حين الزواج والدخول بها، كونها بعد إستغنائها عن خدمة النساء تحتاج إلى من يعلمها آداب النساء، والنساء

كما تبين أن أهم ما يميّز به هذا المذهب هو:

أولاً: ليس هناك فترة تتخلل مدة الحضانة تكون الحضانة فيها للرجال -الولي-، فكما ذكر آنفاً، المحضون الذكر منذ ولادته وحتى بلوغه الشرعي يبقى مع أمه أو الحاضنة وبعد البلوغ فهو حر طلق لا يجبر في الإقامة مع أمه، ويختص المحضون الأنثى فهي من البداية، وبعد البلوغ ولحين الزواج والدخول بها تبقى مع الأم أو الحاضنة إن كانت الأخيرة في حرز وتحصين، وبذلك يحرم الولي من الحضانة مطلقاً إلا إذا فقدت الأم أو الحاضنة أحد شروط الحضانة.

^١ الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٤٨. الرمي، محمد بن أبي العباس أحمد، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

^٢ انظر الرمي، محمد بن أبي العباس أحمد، مرجع نفسه.

^٣ انظر مهنا، أحمد بن غلام الفزاري، مرجع سابق، ص ٦٥.

^٤ انظر جمال محمد حمودة، مرجع سابق، ص ٧١. انظر ابن جزير، محمد بن أحمد الغرناطي، مرجع سابق، ص ١٤٩.

^٥ انظر الحارثي، محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

^٦ هو من لا يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، ولا يعلم هل رجل أو امرأة.

^١ انظر عايش، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٢١. انظر ابن مهنا، أحمد بن غلام الفزاري، مرجع سابق، ص ٦٥.

^٢ انظر حمارة، محمد بن مرجع سابق، ص ٢٨٨. انظر ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

^٣ انظر الفيزي، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٦.

^٤ انظر ابن الرافعي، خلف بن أبي القاسم، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

وإن سبب إعظامه التخيير للمحزون الذكر دون الأنثى هو، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم وكذلك عمر بن خطاب وعلي وشريح رضي الله عنهم خيروا غلاماً بين والديه وليست الجارية^١. والحديث الذي يستند عليه المذهب هو أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت إن زوجي يريد أن يأخذ ابني فقال: «يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ الغلام بيد أمه فانطلقت به^٢.

وإذا أصاب المحزون بمرض في عقله وزاله بعد اختياره لأبيه، عندها لا قيمة لاختياره ويرجع إلى أمه لكي يعنى به^٣، وهذا ضمناً تدل على تمديد الحضنة.

هناك من رأى، أن الآراء التي قبلت في موضوع تخيير المحزون من قبل فقهاء مذهب الحنابلة، يكشف لنا أن التخيير محصور بين الولدين^٤، لكن الباحث يرى أن هذا الكلام غير دقيق، حيث إن هناك عدد من المصادر والمراجع لهذا المذهب نصت صراحة على إشراك العصبية مع الأم في التخيير، حيث جاء في المحرر وفي غيره^٥ «وسائر العصبيات كالأب في التخيير»^٦.

وقيل عن الإمام أحمد رضي الله عنه إذا بلغ المحزون سبع سنوات عاقلاً، يسلم إلى أبيه وفي رواية أخرى إلى أمه، وفي الحالة الأخيرة أي إذا سلم إلى أمه أو اختارها عن طريق التخيير أو عن طريق القرعة، فيكون معها في الليل ومع والده في النهار^٧.

^١ النظر البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٩٩. النظر الحنفي، أحمد نصر، الفتاوى والحضنة والولاية على لئال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص ١٨٨.

^٢ النسائي، أحمد بن حنبل، إمامنا، مرجع سابق، ص ١٨٥. النظر ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد العاصمي، مرجع سابق، ص ١٥٩.

^٣ النظر البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٧٠٠.

^٤ النظر الحنفي، أحمد نصر، الفتاوى وحضنة والولاية على لئال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

^٥ النظر محمد الدين، عبد السلام بن عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢١. النظر بريهان الدين، إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٩. النظر لثراوي، علي بن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٢٢.

^٦ النظر غرض الدين المقدسي، محمد بن مفلح، مرجع سابق، ص ٣٤٥-٣٤٦. النظر لثراوي، علي بن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

ثانياً: لا توجد ما يسمى بالمدّة الإضافية أو تمديد الحضنة، كمدّة حضنة المحزون الذكر تنتهي عند البلوغ وإن كان الأخير مجموعاً، والأشئ يبقى لخين الزواج والدخول.

المذهب الحنابلي:

مدّة الحضنة عند الحنابلة هي سبع سنوات سواء كان المحزون ذكراً أو أنثى وهو المشهور عندهم، وسبب تقديمه الحضنة بمدّة المدّة لأن الشارع أمر الإنسان بالصلة في هذا العمر^١.

بعد انتهاء مدّة حضنة النساء، فإن كان المحزون ذكراً يتخير بين والديه على أن لا يشوب اختياره فساد، أي أن يكون راشداً عاقلاً في اختياره، هذا ما عليه المذهب، ويقي مع أمه أم إن بلغ سبع سنوات وكان غير راشد^٢، وإذا تراجع بعد ذلك بمدّة واختار الطرف الآخر نقل إليه، وإذا عاد واختار الطرف الذي اختاره أولاً نقل إليه وهكذا أي دائماً يستحب لاختياره، وقيل إن أسرف في الاختيار والتفكير، فهذا يدل على عدم تمييزه ورشدته، لهذا فيرجع أو يكون مع أمه، وإذا سكّ المحزون أو اختار الطرفين معاً يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر^٣. وقيل إذا لم يتختر أحد الولدين، بقي لدى أمه لأنه في البداية كان معها ولا يضم إلى الولد إلا باختياره^٤. علماً، إذا كان أحد والديه غير أهل للحضنة فإنه يبقى عند الطرف الآخر ولا يتخير^٥.

^١ النظر البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٩٩.

^٢ النظر غرض الدين المقدسي، محمد بن مفلح، مرجع سابق، ص ٣٤٥-٣٤٦. النظر بريهان الدين، إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٩.

^٣ النظر الخليلي، رائد عبدالله علي الشيخ، مرجع سابق، ص ٦٦. النظر غرض الدين المقدسي، محمد بن مفلح، مرجع سابق، ص ٤٤٥-٣٤٦. النظر بريهان الدين، إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٩.

^٤ النظر الحنفي، أحمد نصر، الفتاوى والحضنة والولاية على لئال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

^٥ النظر الحنابلي، موسى بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

أما المحزون الأنثى إذا بلغت سبع سنوات ضمت إلى الولي الشرعي هذا ما عليه المذهب ولا يتخير، كونها تحتاج إلى الحماية والحفظ وإن الأب أقدر على ذلك مقارنة بالأم، حيث إن الأم ذاتاً تحتاج إلى حماية وحفظ فكيف ستحمي ابنها كما أن البنات في هذه السن تقرب من الزواج وهي تطلب من والدها وليس من والدتها، وعليه لا يجوز قياس الأنثى على الذكر^١، ولكن في حالة عدم قيام الولد بحفظها، أو إهمالها ككثره أفعالها، أو لأن زوجة والدها تؤذيها ولا تقم بها في حين تقوم والدتها بحفظها والحرس عليها، عندها تكون المحزون عند الولد^٢. وقيل إذا بلغت سبع سنوات تكون لأهلها وقيل غير^٣. وقيل إن مدّة حضنتها تسع سنوات لكن ما عليه المذهب هو سبع سنوات^٤.

تنتهي ولاية الحضنة إذا بلغ المحزون الذكر البلوغ الشرعي عاقلاً راشداً، وله الاستقلال بنفسه ولكن يستحب عدم مفارقة والديه، ولا يجوز له مفارقة والديه في حالة الخوف عليه من الفتنة^٥.

أما الجارية إذا بلغت البلوغ الشرعي عاقلة، فإن ما عليه المذهب هو أن تكون عند أبيها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج، بل أكثر من ذلك، إنما إذا بلغت سبع سنوات تكون

عند أبيها أو وليها لخين زواجها وتسليمها لزوجها. وقيل تكون عند أمها، وقيل حيث شاءت إذا حكم برشدتها أو كانت نيباً تماماً مأمونة^٦.

الخلاصة: المشهور وما عليه المذهب هو أن مدّة الحضنة لدى الحنابلة سبع سنوات سواء كان المحزون ذكراً أم أنثى، بعد هذه المدّة تفضل الأنثى إلى أبيها أو وليها الشرعي، أما الذكر فيختار بين والديه، وفي حالة وفاة والديه فإن أمه وعصبته، وتنتهي ولاية الحضنة بالبلوغ الشرعي مع الرشد، وعندها يكون للذكر الاستقلال بنفسه، أما الأنثى فتبقى في كف والدها لخين أن تتزوج وتسلم إلى زوجها، ومخصوص التمديد فإن المحزون الذكر إذا بلغ سبع سنوات ولم يكن رشيداً في اختياره فيبقى عند أمه -المحاضرة-.

المطلب الثاني: مدّة الحضنة ومصير المحزون بعد انتهاء مدتها وولايته عند الجمع

الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإنقاذ.

في هذا المطلب سيستعرض الباحث عدداً من الفتاوى الصادرة من دار الإنقاذ المصرية واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإنقاذ السعودي، مع قرار صادر من مجمع الفقه الإسلامي الدولي المتعلقة مدّة الحضنة ومصير المحزون بعد انتهاء مدتها وولايته.

أولاً: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإنقاذ السعودي: جاء في الفتوى رقم

١٤٨٠٦ الصادر عن اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإنقاذ التابعة للرئاسة العامة للبحوث العلمية والإنقاذ التابعة للمملكة العربية السعودية بتاريخ ١٩٩١م: إذا بلغ المحزون الذكر سبع سنوات خُير بين والديه، أما الأنثى إذا بلغت هذا السن فتمضم إلى والدها كونها تحتاج إلى الحفظ والصيانة، وأما تحتاج إلى من يصونها، والمحزون ذكراً كان

^١ النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤١. النظر الأزرقي، محمد بن رياض، مرجع سابق، ص ١٠٢. النظر زبير، جمال محمد محمود، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٤.

^٢ النظر ابن عثيمين، محمد بن صالح، مرجع سابق، ص ٥٤٧. النظر محمد، عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٦٠.

^٣ النظر غرض الدين المقدسي، محمد بن مفلح، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

^٤ النظر لثراوي، علي بن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٢١.

^٥ النظر غرض الدين المقدسي، محمد بن مفلح، مرجع سابق، ص ٣٤٦. النظر البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٧٠٠. النظر لثراوي، علي بن سليمان، مرجع سابق، ص ٤٢٢. النظر محمد الدين، عبد السلام بن عبد

الله، مرجع سابق، ص ١٢١. النظر ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد العاصمي، مرجع سابق، ص ١٦١.

أو أنثى لا يوضع في يد من لا يستطيع صيانته وإصلاحه^١. مما سبق يبدو جلياً أن الفتوى صدرت حسب المذهب الحنبلي.

ثانياً: **دار الإفتاء المصرية**: جاء في إحدى الفتاوى، أن مدة حضانة الغلام سبع سنوات وللجارية تسع سنوات، وبعد انتهاء هذه المدة يضمنان إلى الأب، وإذا رفض يجبر، وفي حالة وفاة الأب فالجد ثم غيره من العصبات فالأقرب فالأقرب^٢.

وإذا انتهت مدة الحضانة وكان المحضون معتوهاً، عندها يسلم إلى الولي أو يبقى في حضانة النساء وفق مصلحة المحضون^٣.

إذا بلغ الغلام رشيداً وكان مأموناً على نفسه، فله الاستقلال بنفسه ولا يجوز إجباره على الإقامة لدى شخص معين، أما إذا لم يكن مأموناً على نفسه فإنّ للولي ضمّه إلى نفسه وليس له الاستقلال بذاته، والحكم عينه يطبّق على البنت الثيب. وبخصوص البكر فإن كانت غير مأمونة على نفسها أو كانت مأمونة ولكنها ما زالت شابة وهي مطمح للرجال فعندها تجبر على الإقامة مع وليّها، أما إذا كانت متقدمة في العمر وأصبحت عجوزاً وكانت عفيفة، عندها يكون الرأي رأيها ولها الاستقلال إن أرادت^٤.

ثالثاً: أما **الجمع الفقهي الإسلامي الدولي** التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، فقد جاء في قراره تحت العدد ١١٣ (١٢/٧) الصادر في دورته الثانية عشرة المنعقد بالرياض (٢٣ - ٢٨) من أيلول عام ٢٠٠٠م، إن الطفل إذا بلغ راشداً تكون الولاية له^٥، بمعنى يصبح

^١ انظر موقع الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، تاريخ الزيارة: ٢٩-١٢-٢٠١٣.

<http://www.alifta.net/fatawa/fatawachapters.aspx?view=page&bookid=3&pageid=8081&back=true&language=ar>

^٢ عبيده، مُجّد وآخرون، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٣٦١، الجزء الخامس، ص ١٩٥٧.

^٣ انظر المرجع نفسه، الجزء الثاني، ص ٤٠٤.

^٤ انظر عبيده، مُجّد وآخرون، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٣٧٦-٣٧٧، ٣٨١-٣٨٢.

^٥ انظر موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، تاريخ الزيارة ١٣/٩/٢٠١٣:

<http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/12-7.htm>

إن تفصيل موقف القضاء العراقي يأتي من أن تحيّر المحضون في هذا العمر لها سلبيات عديدة، منها:

١. إن المحضون لا يستطيعون أن يختار الأفضل من الأيون لصغر سنه وعدم قدرته على التمييز أيهما أفضل لصحته.
٢. التحيير لا يعتبر الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، فالفقهاء حينما أجازوا التحيير اشتراطوا أن يكون المحضون قادرين على أسباب الاختيار والآن تؤخر عملية التحيير وهذا كله متروك لتقدير القاضي^١.
٣. قبل البلوغ، المحضون ذكراً أم أنثى يحتاج إلى الحنان والعاطفة والمودة التي مصدرها الأول هو النساء وخاصة الأم، وهذا يكون خلال فترة الحضانة والتي تنتهي في السابعة أو التاسعة من العمر، وبعد ذلك حين البلوغ يحتاج إلى الحماية والصيانة والرعاية والتوجيه والتأديب من الأب أو الولي، عندها يكون المحضون قد أخذ من كل طرف ما يحتاج إليه في تنمية عواطفه ومشاعره القلبية وقدراته العقلية والجسمية^٢.

إضافة إلى ما تقدم، فإن استناد الرأي القائل بالتحيير إلى فعل الرسول ﷺ تحيير غلام بين أويه، يرد عليه من عدة أوجه، منها:

أولاً: عندما توجه الغلام إلى أمه الكافرة دعا الرسول له بالسداد، فتوجه إلى أبيه للمسلم، فلو كان للتحيير قيمة ما دعا الرسول ﷺ ولزكه، وإنه كان على علم بأن دعاه مقبول ومستجاب عند الله جل وعلا لأن دعاه ليس كدعاه غيره، كما أن توجه الغلام نحو أمه الكافرة دليل على عدم معرفته بمصاحبه.

^١ انظر الحنفي، أحمد نصر، مرجع سابق، ص ٣١٨. انظر الحنفي، أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية آثار الفقيه بن الزوين، مرجع سابق، ص ١٨٤٨، ١٨٤٣.

^٢ انظر ناصر، محمد طه، مرجع سابق، ص ٨٠.

شخص كان، أما الحاضنات الأخريات عدا الأم والجددة فليس هناك فرق كبير بينهما، حيث إنَّ عادة من أقرباء المحضون سواء من جهة الأب أو الأم. ويضاف إلى ذلك، أنه إذا كان الحاضن ذكراً كالأب أو الولي، فإنه عادة لا يقوم بالحضانة بنفسه وإنما يسلم المحضون إلى قريبته من النساء كأن تكون جدة المحضون أو عمته. وللتأكد من هذا الأمر، فقد اقترح الباحث في الفصل الثالث اشتراط وجود نساء مع الحاضن الذكر وهو شرط يفرضه المالكية.

ثانياً: مصير المحضون: فيما يتعلق بمصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء والبالغ قدرها إتمام المحضون عشر سنوات من عمره، غير واضح في القانون، والصحيح أنه لم يتطرق إليه المشرع العراقي أصلاً، فالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ التي تنص على " للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكمالها الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقتضي ذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته " يلاحظ بأن النص يشير إلى مدة الحضانة وهي عشر سنوات وإلى موضوع التشديد وإلى حق الأب في الإشراف أثناء مدة الحضانة ولم يشترط مطلقاً إلى مصير المحضون بعد انتهاء هذه المدة.

أمام هذه الفقرة التشريعية، درج القضاء العراقي على اتباع المذهب الحنفي في هذه المسألة وهو ضمَّ المحضون بتعيينه (الذكر والأنثى) إلى الولي، وهو موقف حسن من القضاء وموافق لما عليه الفتوى لدى دار الإفتاء المصرية أيضاً، في حين أنَّ الشافعية ولجنة الإفتاء السعودية تحيّر الذكر وتضمُّ الأنثى إلى الولي، أما المالكية فلا توجد لديهم فترة الضم إلى الرجال حيث إن مدة حضانة النساء لديهم هي البلوغ للذكر والدخول للأنثى.

ثانياً: الغلام كان بالغاً والأكيف تسمح له الأم أن يذهب ولدها الصغير إلى بر بعيد عن مكان سكنها جلب الماء، كما أن سحب الماء من البئر في ذلك الزمان كان عن طريق الحبل وفيها خطورة أخرى على حياة الطفل، ولا يستطيع القيام بها طفل صغير^١. وعليه فإن المشرع العراقي والكرديستاني مطالبان بسد هذه الفقرة بالتشريع كما فعل القانون الأردني حينما نص صراحة في المادة (١٧٣) على إعطاء حق الاختيار للمحضون في البقاء لدى الأم حتى يبلغ سن الرشد بعد انتهاء مدة حضانة النساء، ويقترح الباحث سد هذه الفقرة من قبل المشرع بالتشريع لما هو عليه دارج في المحاكم العراقية والكرديستانية، إذ أنَّ ما عليه القضاء من ضمَّ المحضون إلى وليه بدلاً من تحييره أفضل لمصلحة المحضون لأنه ما زال في سن لا يستطيع اختيار ما هو في مصلحته.

ثالثاً: كيفية ضم المحضون: هذا الموضوع واحد من المواضيع التي لم يتناولها المشرع العراقي، وقد أشار الباحث سابقاً إلى أن المشرع لم يتناول مصير المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة، وعليه فمن الطبيعي عدم التطرق لهذا الموضوع أيضاً لأنه مرتبب عليه، لكن القضاء تصدَّى له وكان موقفه واضحاً من خلال قراراته التي جعلت ضمَّ المحضون إلى الولي أمراً قضائياً وليس رضائياً رغم انتهاء مدة حضانة النساء، حيث لا بد من إقامة الدعوى من قبله وإثبات ذلك قضائياً، حتى يستطيع استلام المحضون، وهذا لا يتسجم مع روح مبادئ الشريعة الإسلامية التي دائماً تبحث للمسلمين على حل مشاكلهم رضاً بعيداً عن ساحات المحاكم.

ويعتقد الباحث أن ما ذهب إليه القضاء ليس له سند قانوني أصلاً وإنما اجتهاد من قبله، وكان من الأفضل إعطاء قيمة لإرادة الطرفين، فلو سلم المحضون من قبل الحاضنة إلى الولي بعد انتهاء المدة باتفاق الطرفين، فليس هناك ما يدعو لإجبار الولي بإقامة دعوى من أجل استلام المحضون، أما إذا أخذ المحضون من الحاضنة عبوة، أو كان هناك خلاف بينهما المحضون بين الطرفين، فإن أحدهما سيقدم دعوى من تلقاء نفسه لحسم

الخلاف، لذا فإن المشرع العراقي مدعو لسد هذه الفقرة، وإعطاء قيمة واعتبار لإرادة الطرفين جعل الضمَّ رضائياً أولاً، فإن لم تحل المسألة قضائياً، كما هو منصوص عليه في المادة ١٧٣ من قانون الأسرة القطري "...لا يجوز للولي أو العاصب ضم المحضون، عند انتهاء مدة حضانة النساء إلا رضاً أو قضاء"^٢، كما أن القضاء مطالب بتغيير اتجاهه في هذا الصدد وإعطاء أهمية قيمة ودور أكثر لإرادة الطرفين حتى يمكن سد هذه الفقرة من قبل المشرع، لأن ذلك يخفف من أعباء المحاكم أولاً، ويقلل من نسبة التبايض والخقد بين الطرفين ثانياً، لأن حضورها أمام القضاء بين حين وآخر يجعل من كل طرف يضرر المحقد والبعضاء تجاه الطرف الآخر، لأن كل واحد منهما يرى أن الطرف الآخر غير محق وهو السبب في وقوعه في هذه المضاعف وكثرة تردده للمحاكم، وبالنتيجة يؤثر كل ذلك سلباً على المحضون.

رابعاً: تمديد الحضانة: عند المقارنة بين المذاهب الأربعة ودور الإفتاء والقانون العراقي، يلاحظ بأن الجميع متفقون على تمديد الحضانة في حالات معينة بعد انتهاء مدة حضانة النساء عدا المالكية لأن الحضانة لديهم حين البلوغ الشرعي بشكل عام وحين الزواج والدخول إن كان المحضون أنثى وكانت الحاضنة الأم أو الجددة، كما أن للبلوغ الشرعي له حكم خاص عند وصول المحضون إلى هذا العمر.

المذاهب الفقهية ودور الإفتاء حصرت تمديد الحضانة في حالة انتهاء مدتها إذا كان المحضون مصاباً بجنون أو بعته، أي مصاب بمرض عقلي أو لعدم التمييز، كونه لم يستطيع تقديم أسباب مقنعة لاختياره أحد والديه وتفضيله على الآخر، أو مصاب بمرض مزمن أو مقعد، بينما نص المشرع العراقي على جواز تمديد الحضانة بعد إحالة المحضون إلى لجان طبية والنسبية، وثبتت حاجة المحضون لحضانة النساء، دون أن يحدد حالات معينة

^١ انظر زهير، جمال محمد محمود، مرجع سابق، ص ٧٥.

^٢ موقع المواعظ: البوابة القانونية القطرية، مرجع سابق. (مرجع الكويون)

للمتدبد مثل المذاهب الفقهية ودور الإفتاء وقانون الأسرة القطري^١ وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي^٢.

وكما هو واضح من الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من القانون العراقي التي سبق ذكر نصها، فإن القاضي غير ملزم بتقارير اللجان أو الباحث الاجتماعي، وإن ثبت حاجة المحضون إلى التمدد، وهذا يدل على أن نية المشرع هي أن لا يقف القاضي على هذه التقارير فقط، وإنما عليه إجراء التحقيقات اللازمة لكشف الحقائق وبعد ذلك إصدار القرار المناسب في الدعوى، لكن التقرير الاجتماعي وكما تبين من خلال قرأته أزم نفسه بتقرير اللجنة الطبية والباحث الاجتماعي ولم يخالفها، وهذا تطبيق غير سليم للقانون.

مآخذ على موقف القضاء العراقي بخصوص التمدد، منها:

من خلال القضايا المتعلقة بتمديد الحضانة، التي تم تناولها في البحث الثاني من هذا الفصل، توصل الباحث إلى وجود ماخدين على موقف القضاء العراقي بهذا الخصوص:

١. عدم حسم انتهاء مدة الحضانة وضمّ المحضون للولي إلا بعد إحالة المحضون إلى اللجان الطبية والإطّلاع على تقريرها، وإصدار القرار استناداً إلى الفقرة الرابعة، في حين أنه ليس هناك أي إلزام للمحكمة بإحالة كل من تنتهي مدة حضانته إلى هذه اللجان، وإنما يتمّ إلى هذه اللجان كما هو واضح من الفقرة الرابعة، المحضون الذي يرى القاضي بأن حالته قد تحتاج إلى التمدد فيحال للتأكد من ذلك، بعد أن يقوم هو أيضاً (القاضي) بإجراء بعض التحقيقات اللازمة قبل ذلك.
٢. توجه محكمة التمييز بتمديد الحضانة إلى ١٥ سنة، مستفد كون هذا السن يعتبر عارضاً أو طارئاً وليس الأصل، ومن المفروض إذا أزد القضي الخرج عن الأصل،

^١ المادة ١٧٢: "... وبتأنيده من أحكام الفقرة السابقة يجوز إستمارة حضانة النساء إذا كان المحضون مريضاً مرضاً عالياً أو مريضاً موقفاً". موقع المواعيد: البوابة القانونية الفقهية، مرجع سابق. (مرجع الكويون)
^٢ المادة ١٥٦: "المعوق أو المريض مرضاً معقداً تستمر حضانة النساء لها ما لم تنقض مصلحة المحضون غير ذلك". المحندي، أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٨٦.

أن يقوم بالتجري والتقصي الدقيق وليس مجرد التحمين أو الاعتماد على التقارير الطبية وبمكس ذلك فإن المحضون ذكراً كان أو أنثى سيضع حقه في التأديب والحفظ، لأن النساء عادة يتصفن بالتراضي والحمة المبالغ فيها أحياناً، لذا فإن ضم المحضون إلى وليه أفضل، وذلك لتمديد الزمن واحتياج المحضون إلى الحفظ في هذا العمر، ولا يستصغر دوره فقط على دفع نفقاته وأجور الحضانة، وبالإضافة إلى ذلك فإن تصرف المحضون من فراق الحاضر لا يعرف إلا بعد بقاء المحضون مدة معقولة مع والده أو وليه الشرعي، وعندها يستطيع القاضي تقدير مدى تصرف المحضون من عدمه وبالتالي إصدار حكم جديد مناسب في الدعوى^١.

بناء على ما سبق يرى الباحث، ضرورة تصحيح هذه المسألة في توجيه القضاء بالنص على عدم جواز إحالة كل من تنتهي حضانته مباشرة إلى هذه اللجان، وإنما إحالة المحضون الذي يرى القاضي ضرورة تمديد حضانته بعد أن يقوم بإجراء التحريات والتحقيقات اللازمة لمعرفة مدى حاجته إلى التمدد أو عدمه، والبقاء على الحكم الجوازى للتمديد، لأن القاضي ربما يرى بأن الحاضرة أمّا كانت أو غيرها غير قادرة على حضانة المحضون كما لو كان الأخير مجنوناً مثلاً.

وبخصوص التمدد يمكن للمشرع العراقي الاستفادة من المادة (١٧٣/ج) من القانون الأردني الذي نصّ على أن "تقتد حضانة النساء إذا كان المحضون مريضاً مرضاً لا يستغني بسببه عن رعاية النساء، ما لم تقتض مصلحته خلاف ذلك"^٢، فالنص لا يسمح للمحكمة بتمديد حضانة أي محضون كان، وإنما لا بد أن يكون مصاباً بمرض يجعله في حاجة ملحة لحضانة النساء، كما أن المرض غير محدد بمرض معيّن كالأمراض العقلية أو المزمنة وإنما عدم يشمل أي مرض كان وهكذا فإن المصابين بأمراض نفسية

^١ انظر ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ١٤٠، ١٤٢، ٢٨٣. انظر المحندي، أحمد نصر، الفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه لللكي، مرجع سابق، ص ٣١٥.
^٢ راجع أيضاً: أبو فارس، محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص ٤٦٩-٤٧٠.

سيستفيدون من هذا النص أيضاً، والميزة الأخرى لهذا النص هي يجب توفر مصلحة المحضون في هذا التمدد، وإلا يضمّ إلى وليه.

خامساً: انتهاء ولاية الحضانة ومصير المحضون بعدها: عند إجراء مقارنة بين المذاهب الأربعة ودور الإفتاء وقرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي وبين القانون العراقي يلاحظ بأن المجمع متفقون على أن ولاية الحضانة تنتهي بالبلوغ الشرعي، ولكن البلوغ الشرعي يختلف من مذهب لآخر بينما يتم تحديده بالنسب، وبخصوص القانون العراقي فإن سن البلوغ الشرعي لديه هو إكمال الخامسة عشر من العمر-بعد ترجيح الباحث سن البلوغ الشرعي كسن لانتهاء ولاية الحضانة في القانون العراقي-.

الجميع عند القانون العراقي متفقون على استقلال المحضون الذكر بنفسه ما لم يكن مصاباً بمرض عقلي، أو غير راشد أو غير مأمون على نفسه فعندها يكون عند الولي^١، أما الاختلاف بينهم يتعلق بمصير المحضون الأثني وهناك تفصيل في الموضوع، فالبكر واليتيم غير المأمونين مع الولي وتخلّفاً لها الاستقلال وفق المذهب الحنفي، أما المذهب الشافعي فالبكر لديه ثلاثة أقوال، الأول: الاستقلال بنفسها. الثاني يكره لها الاستقلال بنفسها. الثالث: ضمّها إلى الولي. أما الحائلة ودار الإفتاء المصرية فالمحضون الأثني لديهم تكون مع وليها منذ انتهاء مدة حضانة أسام وتستمر وإن بلغت وتجاوزت البلوغ الشرعي حين الزواج والحدود. أخيراً، المالكية ترى أن آخر يختلف عن الجميع، وهو أن الأثني منذ ولادتها ولحين الزواج والدخول بها، تكون عند الأم طالما هي في حزر وتحصين وإن تجاوزت البلوغ الشرعي.

والباحث لا يتفق مع الرأي القائل بالتمييز بين البكر واليتيم المأمونة وغير المأمونة والكبيرة والصغيرة لعدم وجود الدليل، فكم من بكر أعقل من ثيب، وبكر صغيرة من

بكر كبيرة، فليس هناك دليل شرعي يستند عليه ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، عليه فإن رأي القائلين باستمرار الولاية على البنت حين الزواج لها أساس شرعي^٢.

أما القانون العراقي فموقفه يختلف عن الجميع، فقد أعطى للمحضون ذكراً كان أو أنثى حق الاختيار في الإقامة مع أحد الوالدين، أو أحد الأقارب إذا أكمل الخامسة عشر من العمر وأنست المحكمة الرشد في اختياره حين سن إكمال الثامنة عشرة من العمر، وهو سن الرشد وسن البلوغ القانوني لدى المشرع العراقي وعندها يكون له الحرية في الإقامة أينما شاء.

موقف المشرع العراقي بهذا الصدد يتقدم من عدة نواحي، منها:

١. البلوغ الشرعي بجانب البلوغ القانوني، يترك الباحثين والقانونيين، ويعلمهم في شلّ فيما إذا كان ولاية الحضانة تنتهي بإكمال الخامسة عشر من العمر من عدمه، والسبب في ذلك هو كون المحضون لغاية سن البلوغ القانوني تحت ولاية الولي بموجب القانون، كما أن الفقرة الخامسة من المادة (٥٧) لا تنص صراحة على انتهاء ولاية الحضانة في هذا العمر وإنما نصت فقط على حقه في الاختيار في الإقامة.

والدليل على عدم وضوح هذا الموضوع، سبق وأن ذكر الباحث في المطلب الثالث من البحث الأول لهذا الفصل، كان هناك رأي يقول: بأن المحضون لا تنتهي حضانته وإن اختار أحد والديه أو أحد أقاربه يرشد حين سن الرشد، بينما هناك رأي يخالف رأي: بأن المحضون في هذه الحالة تنتهي ولاية الحضانة عنه وهذا هو مبدأ محكمة التمييز، لذا فالسؤال المطروح هنا هو، إذا كانت الرؤية حول هذا الموضوع غير متفق عليها لدى العاملين في سلك القضاء، لماذا بحق الناس الآخرين؟.

وعليه يرى الباحث، ضرورة جعل انتهاء مدة ولاية الحضانة يبلغ المحضون سن الرشد أي إكمال الثامنة عشر من العمر لأسباب منها:

أولاً: لتحديد مدة انتهاء ولاية الحضانة بشكل واضح لا لبس فيه.

^١ عند المالكية، الذكر وإن بلغ مجنوناً يكون عند ربه.

انظر سمارة، محمد، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

الوالدين، كلاهما لأن المحضون قد يكون بسبب كيانته ودكاته بسكت أو يختار الإئتين معاً، بينما المذاهب الفقهية تطرقت إلى هذه الحالات وبيّنت موقفها منها، والمعمول به عليه في أحكام العراقية عدم تمديد الحضانة إذا أكمل المحضون هذا السن، لذا فالمشرع مدغمٌ للتدخل لسد هذه الثغرة.

سادساً: التناقض بين الفقرة الخامسة والسادسة: المشرع العراقي بموجب الفقرة الخامسة أعطى حق الاختيار لمن أكمل الخامسة عشر من العمر في الإقامة مع أحد والديه أو أحد أقاربه حين سن الرشد، والمقابل هناك نصٌ في الفقرة التاسعة على بقاءه عند الأم في حالة فقدان الأب أحد شروط الحضانة أو وفاته، حين بلوغه سن الرشد، وبذلك حرم المحضون من حقه في الاختيار في الإقامة. فهاتان الحالتان رغم أنهما خاصتان بالحضانة الأم إلا أنهما تتناقضان مع حق المحضون¹.

في الحالة الأولى، فإن الأب قد يستعيد الشروط بعد فقدانها وحتى وإن لم يستعدها فإن المحضون له الحق في الإقامة مع أحد أقاربه بموجب الفقرة الخامسة، وفي الحالة الثانية أي وفاة الأب، فإن المشرع العراقي قد أسدى خدمة كبيرة للأُم المتروجة من خلال عدم حرمانها من تمتعها بحضانة ولدها أثناء فترة حضانة النساء، لأنه وكما تبين في الفصل الثالث أنَّ جمهور فقهاء المسلمين والرأي الراجح لدى الفقه الإسلامي، سقوط حضانتها في حالة زواجها، أما قيام المشرع بإطالة حضانتها لغاية إكمال المحضون الثامنة عشر من عمره بعد إعطائه حق الاختيار في الإقامة، كما ورد في الفقرة الخامسة، فيه تناقض وإجحاف بحق المحضون وحق أقربائه لأن النص صريح على مشاركة الأقرباء في التخيير.

سابعاً: عدم وضوح الفقرة الرابعة: هذه الفقرة حملت صياغةً ركيكةً² وتضمنت ثلاثة مواضع في آن واحد، وكان الأفضل لو تناول المشرع هذه المواضع الثلاثة في فقرات منفصلة. فالمشرع ابتداءً بحق الأب في الإشراف على المحضون أثناء مدة حضانة النساء

¹ النظر العبري، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكويز)

² النظر الظلي، حيدر عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٢٧.

ثانياً: لعدم استفادة المحضون من انتهاء ولاية الحضانة عليه في هذا العمر-أي إكمالها سن البلوغ الشرعي-كونه لا يزال ناقص الأهلية حين سن الرشد.

٢- خطورة إعطاء حق الاختيار في الإقامة للمحضون في هذا السن، لأن هذا السن هو سن المراهقة، فلو خيّر بين والديه وغيره، فقد يختار غير والده، واعتقاده بأن والده سيحرمه من الكثير من رغباته ولن يسمح له بالإهمال في دراسته أو الانخراط في سلوكه وتصرفاته¹.

٣- مشاركة الأقرباء في التخيير مع الوالدين تعد نقطة سلبية، لأن القرب مهم كما كانت صلته بالمحضون إلا إنها لا تصل إلى درجة الأيوّة والأمومة، وخاصة في الوقت الحاضر حيث تفككت العلاقات الاجتماعية إلى درجة كبيرة²، لذا كان على المشرع عدم مشاركة الأقرباء إلا في حالة عدم وجود أحد الوالدين. وإضافة إلى ذلك، المشرع لم يبيّن درجة هذه الأقارب حيث ترك الباب مفتوحاً، لذا فمن الأفضل تحديد هذه الدرجة وحصصها في الأقارب المستحقين للحضانة³، وحصص مشاركتهم في حالة عدم وجود أحد الوالدين أو عدم أهليته للحضانة.

٤- عدم التمييز بين المحضون الذكر والأنثى وإعطاء حق الاختيار لهما بالتساوي⁴ يخالف مفاهيم الأسرة المسلمة، وفيه تقليد أعمى للزوجة الغربية عن الأسرة، وتوجه مخالف للإلحاح على فقهاء المسلمين الذين يخشون الذكر ويضيقون الأنثى لوالدها⁵.

٥- لم يبيّن المشرع مصير المحضون في حالة وصوله هذا السن-البلوغ الشرعي- وهو مصاب بمرض عقلي، أو مقعد أو عدم رشده في اختياره أو سكوته أو اختيار

¹ النظر عبيد، يدياد كرم، مرجع سابق، ص ١٩٢.

² نقل عن الدكتور إسماعيل أباكر البامري، مراسلة، مرجع سابق.

³ النظر الظلي، حيدر عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٢٧.

⁴ نقل عن الدكتور إسماعيل أباكر البامري، مراسلة، مرجع سابق.

⁵ النظر الظلي، حيدر عبد الرضا، مرجع سابق، ص ٢٧.

⁶ النظر علي، حيد سلطان، وفاض، عباس حسين، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

وبين وأبى مدة الحضانة ثم تمديدتها وإحالة المحضون إلى اللجان الطبية والشعبية، واختتم بحق الإشراف مرة أخرى. لكنه تناول هذه المواضيع بشكل متداخل في آن واحد وفي فقرة واحدة مما يترك القارئ وأدى إلى سوء فهم أحياناً.

كما سبق ذكره، فقد بعض فقهاء شرائع قانون الأحوال الشخصية العراقي، من الفقرة الخامسة أن التمديد يشمل المحضون الذكر دون الأنثى والأب الحاضن دون الأم¹. وآخر فسر بأن مبيت المحضون عند الحضانة خاص بمالة تمديد الحضانة.

ثامناً: ضرورة بيان مدة حضانة المحضون والحاضنة الأمناه: رغم قناعة الباحث التي توصل إليها من خلال دراسة هذا الفصل أن مدتها تخضعان للأحكام العامة للحضانة، إلا أن ترك المشرع لهذا الموضوع وعدم التطرق إليه، جعله خاضعاً للاجتهاد من قبل الباحثين والشراح والعاملين في سلك القضاء، والنتيجة هي تضارب المحضون من اختلافاتهم.

فعلى سبيل المثال ورد في أحد الكتب المختصة بشرح القانون الأحوال الشخصية العراقي، أن مدة حضانة الحاضن والحاضنة الأمينة هي حين إكمال المحضون سن الرشد قياساً على الفقرة التاسعة من المادة ٥٧².

تاسعاً: تعدد مراحل التثقل في حياة المحضون: بموجب القانون العراقي هناك ثلاث مراحل: انتهاء مدة حضانة النساء (إكمال عشر سنوات)، حق الاختيار في الإقامة (إكمال الخامسة عشر سنة) وأخيراً إكمال سن الرشد (إكمال الثامنة عشر من العمر)، ولكل مرحلة من هذه المراحل لها حكم خاص به.

تعدد هذه المراحل يناقض ما عليه المذاهب الأربعة ودور الإئتين، فجميعهم تناولوا مرحلتين أو ثلاثين فقط، وهما انتهاء مدة حضانة النساء والبلوغ الشرعي، وهذا ما سار عليه المشرع الأردني أيضاً، ففي المادة (١٧٣) السالف الذكر، جاءت بعد انتهاء مدة

¹ النظر الحظبي، أحمد علي وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١٨.

² النظر المرجع نفسه، ص ٢١٩.

حضانة النساء البالغ قدرها ١٥ سنة للحاضنة الأم، للمحضون حق البقاء معها حين سن الرشد، ١٠ سنوات للحاضنة غير الأم وبعدها يضم إلى الولي حين بلوغه سن الرشد، وعليه يرى الباحث ضرورة إقتناء المشرع العراقي بالمذاهب الأربعة ودور الإئتين والمشرع الأردني، لأن هذا التعدد يجعل حياة الطفل المحضون غير مستقرة، كما يجعل المحضون غير واضح أمام الباحثين والشراح، ولهذا يرى الباحث ضرورة إلغاء الفقرة (خامساً) من المادة ٥٧.

عاشراً: قصور بعض قرارات وتطبيقات القضاء: يرى الباحث بشكل عام أن موقف القضاء بخصوص الموضوع الذي تم تناوله في هذا الفصل يجعله عرضةً للنقد. حيث هناك قرارات متناقضة، وأخرى تطبيقية غير سليم القانون، كما أولت النصوص تأويلات غير سليماً، في سبيل انسجامها مع توجهاتها. أما تصديه للفترات التي لم تتناولها المشرع، فقد وفق في بعضها ولم يوفق في الأخرى.

خلاصة: في ختام هذا الفصل يفتق الباحث المادة أدناه التي تتألف من خمس فقرات لسد الثغرات الموجودة في القانون العراقي:

١. تنتهي مدة الحضانة بإكمال المحضون الذكر سبع سنوات، والأنثى تسع سنوات، إلا إذا كانت حاضنتها أمها أو جدّاً فعندها تكون مدة حضانتها حين الحيض، وإذا كانت لا ترى الحيض فتحتى إكمال الثانية عشر من العمر.

٢. لا يجوز للولي أو العاصم ضم المحضون، عند انتهاء مدة حضانة النساء إلا رضاً أو قضاء.

٣. إذا كان الحاضن أنثى فيجوز تمديد حضانتها لمدة مناسبة إذا كان المحضون مريضاً مرضاً لا يستغني بسببه عن رعاية النساء، بعد إحالة المحضون إلى اللجان الطبية والنفسية، والباحث الاجتماعي، وقيام المحكمة بإجراء التحقيقات اللازمة، ما لم تقتض مصلحته خلاف ذلك.

- ٤ . تنتهي ولاية الحضانة إذا أكمل المحضون سن الرشد، ويكون للمذكر حق الاستقلال بنفسه، إلا إذا خيف عليه فيكون عند الولي أو العاصب، أما الأنثى فتكون عند الولي أو العاصب المحرم، فإن لم يكن هناك ولي أو عاصب محرم فعند من يختاره القاضي. أما المحضون الذي يتزوج قبل سن الرشد فتنتهي ولاية الحضانة عليه من تاريخ زواجه.
- ٥ . يجب توفر شروط الحاضن لدى الولي أو العاصب عند ضم المحضون إليه بعد انتهاء مدة الحضانة، وتوفر شروط مناسبة لديه يقدرها القاضي عند بقاء المحضون معه بعد إكماله سن الرشد.

الفصل الخامس

مكان الحضانة والسفر بالمحضون ومشاهدته

المبحث الأول: مشاهدة المحضون.

المطلب الأول: تعريف المشاهدة لغةً واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف المشاهدة لغةً.

الفرع الثاني: تعريف المشاهدة اصطلاحاً.

المطلب الثاني: المشاهدة في التشريع العراقي.

المطلب الثالث: المشاهدة في القضاء العراقي.

المطلب الرابع: مشاهدة المحضون في المذاهب الأربعة ومجلس الإنشاء الأوروبي ودور الإنشاء.

الفرع الأول: المشاهدة في المذاهب الأربعة.

الفرع الثاني: المشاهدة عند مجلس الإنشاء الأوروبي.

الفرع الثالث: فتاوى دور الإنشاء حول المشاهدة.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

المبحث الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون.

المطلب الأول: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في التشريع العراقي.

المطلب الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في القضاء العراقي.

المطلب الثالث: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في المذاهب الأربعة ومجلس الإنشاء

الأوروبي ودور الإنشاء.

الفرع الأول: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في المذاهب الأربعة.

الفرع الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون عند مجلس الإنشاء الأوروبي.

الفرع الثالث: فتاوى دور الإنشاء حول مكان الحضانة والسفر بالمحضون.

المطلب الرابع: قراءة تحليلية مقارنة.

الفصل الخامس

مكان الحضانة والسفر بالمحضون ومشاهدته

المبحث الأول: مشاهدة المحضون.

المطلب الأول: تعريف المشاهدة لغةً واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف المشاهدة لغةً.

"شاهدٌ يشاهد، مُشاهدةٌ، فهو مُشاهدٌ، والمفعول مُشاهدٌ؛ شاهدٌ الشيءَ رآه وعانيه"^١ والمشاهدة تعني المراقبة^٢.

ومن المصطلحات القريبة من مصطلح المشاهدة هي (النظر) و (الرؤية)، ولهذا من الضروري الإشارة إلى تعريفات هذه المصطلحات كونها سترد عند تناول أحكام المشاهدة فيما بعد.

النظر: "نظر إلى الشيء نظراً أبصره وتأمله بعينه وفيه تدبر و فكر"^٣، وجاء في لسان

العرب بنفس المعنى، "النظر: تأمل الشيء بالعين"^٤.

الرؤية: "من المصدر رأى، ويقصد به: النظر بالعين أو بالعقل، ويقال: رأيته بعيني رؤية وهو مرأى ومسموع حيث أراه وأسمعه"^٥. "ورأيت رأي العين: أي حيث يقع البصر عليه"^٦.

من نافلة القول أنّ الحضانة مسؤولية مشتركة بين الحاضن والولي، وعلى كل واحد منهما أداء المسؤوليات الملقاة على عاتقه تجاه المحضون، ويكون المحضون في كنف الحاضن ربما يكون الأمر أكثر سهولة بالنسبة له للقيام بواجباته. أما الولي الذي يقيم عادة في مكان آخر غير مكان الحضانة، فإنه وفي سبيل القيام بالإشراف على المحضون والإطمئنان عليه، لا بد من مشاهدة المحضون وزيارته واصطحابه ومبيت المحضون عنده بين فترة وأخرى. ومن خلال المبحث الأول من هذا الفصل سيتناول الباحث، المسائل المتعلقة بمشاهدة المحضون، مثل: صاحب الحق في المشاهدة ومكانها ومدتها وعدد مراتها وتكثيف حق المشاهدة وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالمشاهدة.

كما أنّ الحاضن لكي يتمكن من تربية المحضون وحفظه والقيام بشؤونه على أحسن وجه، فإنه يحتاج إلى مكان مناسب للحضانة يستقر فيه مع المحضون. ولكي يستطيع الولي الإشراف على المحضون والإطمئنان عليه، فإنه من الضروري أن يكون مكان الحضانة قريباً منه. وإضافة إلى ذلك، فإنه قد يحصل أن يقوم الحاضن أو الولي بتغيير محل إقامته من مكان إلى آخر، أو يسافر أحدهما إلى مكان ما لفترة مؤقتة، ففي هاتين الحالتين قد يحصل خلاف بين الحاضن والولي بشأن تغيير مكان الحضانة، أو اصطحاب المحضون معه أثناء السفر لمدة محددة: كل ما سبق ذكره وغير ذلك من المسائل المتعلقة بمكان الحضانة والسفر بالمحضون، سيكون محور البحث في المبحث الثاني من هذا الفصل.

^١ عمر، أحمد مختار عبد الحميد، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ١٢٤١.

^٢ النظر عند القادر، فحج بن أبي بكر، مرجع سابق، ص ١٦٩.

^٣ مصطفى، إبراهيم وآخرون، مرجع سابق، ص ٩٢١.

^٤ ابن منظور، فحج بن كرم بن علي، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص ٢١٥.

^٥ الحري، إبراهيم بن إسحاق، غريب الحديث، تحقيق: سليمان إبراهيم فحج العابد، الجزء الثاني، (مكة المكرمة: جامعة

أم القرى، ط ١٩٨٥)، ص ٧٦٦.

^٦ الفراهيدي، الخليل بن أحمد، مرجع سابق، الجزء الثامن، ص ٣٧.

من خلال ما تقدم، يلاحظ بأن هناك تقارب بين تعريف المأهولة لعةً واصطلاحاً، ويمكن القول بأن تعريف المأهولة تشمل معاني جميع المصطلحات التي وردت في كتب الفقه، بحيث لا يمكن حصرها في معنى معين دون آخر، وهذا ما سببت عند تناول أحكامها وذكر تفاصيلها.

المطلب الثاني: المأهولة في التشريع العراقي.

لا شك إن المأهولة لكي ينمو نمواً طبيعياً فإنه يحتاج إلى رعاية الوالد من جانب، وحنان وعاطفة الأم من جانب آخر، فإذا لم يأخذ المأهولة حصته من كل جانب بشكل متوازن فإن ذلك سوف يؤثر عليه وتكون شخصيته مصابة بنوع من الخلل، فالوالدة تمنحه العاطفة والحنان، أما الوالد أو الولي فيجعله صلباً حازماً يعرف كيف يتعامل مع الناس خارج الأسرة ومع الظروف المختلفة التي ربما يواجهها، وذلك من خلال تأديبه وإرساله للمدرسة أو تعليمه حرفه وغير ذلك، وعليه وإذا قصر أحد الوالدين في القيام بمهامه فإن ذلك سيؤثر سلباً على المأهولة.¹

وإدراكاً من المشرع العراقي بأهمية وخطورة هذا الموضوع، فقد نصّ في الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ على "لأب النظر في شؤون المأهولة وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر وللمحكمة أن تأذن بتحديد حضارة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان الطبية المختصة منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقتضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاضنته".²

عند قراءة الفقرة أعلاه، يستنتج منها العاصم الآتية:

أولاً: أهداف من المأهولة: والمأهولة وتهدف الأطمئنان والتعريف على أحوال ولده وتأديبه والإشراف على صحته وتربيته وتعليمه، بإمكانه مشاهدته واصطحابه واستئثاره

¹ النظر عبدالله، الشيخ حسام حنون، مرجع سابق، ص ٢٥٦-٢٦٢، ٢٦٢.

² قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص ٥٧-٥٨.

الفرع الثاني: تعريف المأهولة اصطلاحاً.

لم يرد تعريف مشاهد المأهولة في كتب الفقهاء، وهذا يدل على أهم لم يخصوا لها تعريفاً معيّنًا، لكن يمكن معرفة مفهومها لديهم من خلال مصطلحات أخرى وردت في كتبهم للدلالة على المأهولة ومنها:

أولاً: المأهولة (داهيا): بحيث يستطيع الوالد مشاهدة المأهولة والعودة إلى داره قبل الليل.¹

ثانياً: المأهولة: أن تكون البلدتان قريبتين بحيث يستطيع الوالد مطالعة المأهولة في يومه.²

ثالثاً: الزيارة: إذا كان المأهولة أطفً واختارت أحد الوالدين فتمسكن معه ليلاً وغاراً، لكن لا يجوز منع الطرف الآخر من زيارة المأهولة.³ وجاء أيضاً، لا يجوز منع الوالدة من زيارة أولادها.⁴

رابعاً: الرؤية: بحيث أن تكون القرية قريبة بحيث يستطيع الوالد رؤية المأهولة والعودة إلى داره قبل الليل.⁵

خامساً: النظر إلى المأهولة وتعهد: إذا كان المأهولة عند أحد الوالدين فلا يجوز له منع الطرف الآخر من النظر إلى المأهولة وتعهد.⁶

سادساً: الإصرار: إذا أزدادت المطلقة الانتقال إلى بلدة بحيث لا يستطيع الوالد أن يذهب إليها ويصير وريحه ويرجع فحراً فليس لها الانتقال إلى تلك البلدة.⁷

¹ النظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣١.

² النظر الغنوي، محمود بن أحمد، التلخيص شرح الهداية، الجزء الخامس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ٢٠٠٠م)، ص ٢٥٧.

³ الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

⁴ النظر الغنوي، محمود بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٩١.

⁵ النظر السمرقندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

⁶ النظر ابن عابدين، محمد بن محمد بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٧١.

⁷ النظر الغنوي، محمود بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٠٤.

ولكن يجب أن لا يفتي المأهولة مع المأهولة كون الفقرة نصت على أن لا يبيت المأهولة إلا عند حاضنته، ورغم عدم نص الفقرة على تمتع الجد أو الوصي أو الولي -بشكل عام- بمبدأ الحق في حالة عدم وجود الأب إلا أن ذلك لا يعترض مانعاً من ذلك، كما أن الأم لها حق المشاهدة إذا لم يكن المأهولة في حضانتها.¹

والجدريد بالذکر، أن المشرع كان أكثر توفيقاً قبل إجراء التعديل على الفقرة الرابعة عام ١٩٧٨ حيث إن الفقرة كانت تنص بكل وضوح على حق الولي غير الأب في التمتع بمبدأ الحق "لأب وغیره من الأولياء النظر في أمر المأهولة وتربيته وتعليمه..."²

إن قيام الولي بمقتضى واجبه، فيه فائدة عظيمة للمأهولة، حيث يعد قريباً على أداء الحضانة، فإذا رأى أنه لا يقوم بمهام ومسؤوليات الحضانة بالشكل المطلوب، فعندها يكون باستطاعته خصامة الحضانة لدى القضاء وإسقاط حضانتها ومطلب تسليم المأهولة إليه، حتى وإن لم يكمل المأهولة عشر سنوات من عمره.³

ثانياً: التكليف القانوني للمأهولة: النظر والإشراف على شؤون المأهولة من قبل الأب يعتبر مسألة جزائية في القانون العراقي، وهذا واضح من بداية الفقرة الرابعة حينما نصت على "لأب النظر في شؤون المأهولة وتربيته وتعليمه..."، فكلمة "لأب" دليل واضح على الجواز وليس الوجوب. وفي هذا الصدد تقول نشوء العلوي: إن أهم واجبات أو التزامات الأب النفسي على المأهولة وتربيته وتعليمه، وترى أن أي إهمال من قبله يوجب التنبه، ولكن إن قسرت أو امتنع في أداء واجبه هذا أسقطت ولايته.⁴

يرى الباحث أن ما ذهب إليه "نشوء العلوي" هو ما يقتضيه العقل والمنطق السليم، لكن المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يرد فيها إسقاط ولاية الولي في حالة إهماله أو تقصيره أو امتناعه أداء واجبه تجاه المأهولة. كما لم ترد فيه حالة عدم تمكين الحاضن الولي من أداء حقه وواجبه تجاه المأهولة.⁵

لكن القاضي "حسين صالح" يرى بأن عدم تمكين الحاضن الولي من القيام بالإشراف، أو إذا أهمل الولي نفسه في الإشراف وكانت النتيجة إلحاق ضرر بدني أو نفسي أو عقلي بالمأهولة، فعندها يمكن مساواة أي منهما جزائياً بموجب أحكام المادتين (٢٤٠، ٢٣٨) من قانون العقوبات العراقي.⁶

ثالثاً: حق أقارب المأهولة في المشاهدة: فيما يتعلق بحق أقارب المأهولة في مشاهدة هذا الأخير، رأى فارق عبدالله في كتابه، وذكرت بيدها كريم في رسالتها، أن الأقارب كالجدة والجد من جهة الأب والعلم (مثلاً) لهم هذا الحق في حالة عدم وجود الأب،

¹ النظر علي، حميد سلطان، وقاض، عباس حسين، مرجع سابق، ص ٢٨٣-٢٨٤.

² نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراملة، مرجع سابق.

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار لكل من خالف الأوامر الصادرة من موظف أو مكلف بخدمة عامة أو من محالين للبلدية أو هيئة رسمية أو شبه رسمية ضمن مسطابقم القانونية أو لم ينتقل لأمر أية هيئة من الجهات المذكورة الصادرة ضمن تلك السلطات وذلك دون الإحالة بل بقوة أشد ينص عليها القانون.

١. يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار، من عرض للخطر سواء بنفسه أو بواسطة غيره، شخصاً لا يبلغ الخامسة عشرة من عمره أو شخصاً عاجراً عن حماية نفسه بسبب حالته الصحية أو النفسية أو العقلية.

٢. تكون العقوبة الخيرية إذا وقعت الجريمة بتطبيق ترك الطفل أو العاجز في مكان خال من الناس، أو وقعت من قبل أحد من أصول أبيه عليه أو من هو مكلف بحفظه أو رعايته، فإذا نشأ عن ذلك عاقبة يائس عليه أو موته دون أن يكون الحاني قائماً لذلك، عقوبت بالعقوبة المقررة بجريمة الضرب للفتوى إلى الغاعة أو إلى الموت بحسب الأحوال -وعقوبت بالعقوبة فاناً إذا كان المتضرر للخطر بالخطر الصغير أو العاجز عمداً عن العناية أو العناية التي تقتضي حاله مع التزام الحاني قارباً أو إلفاقاً أو عرفاً بقتلهما.

وغير موفق من جانب آخر، لأن المشرع العراقي في الوقت الذي لم يتناول مكان المشاهدة في متن القانون لكن تناوله من خلال قرار صادر عن مجلس قيادة الثورة (المحل).

فالمشرع العراقي في محاولة منه لسد النقص الموجود في القانون بخصوص مشاهدة المحضون، فقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٢١١ لسنة ١٩٨٤ وبموجبه يشاهد أحد الأبوين المحضون في مقر منظمة الاتحاد العام لנסاء العراق في البلدة التي يقيم فيها المحضون مع حاضنه^١. ونتيجة لصعوبة تطبيق هذا القرار في بعض الحالات مثل عدم وجود فروع المنظمات في البلدة، أو لأسباب أخرى صدر في عام ١٩٩٢ القرار رقم (٦) عن مجلس قيادة الثورة (المحل)، وبموجبه أعطى للأبوين الحرية في اختيار مكان مناسب للمشاهدة بحيث لا يضر المحضون، لكن في حالة عدم اتفاقهما على المكان أو أن الحكم الصادر من المحكمة لم يحدد المكان عندها تكون في مقرات فروع منظمة الاتحاد العام لנסاء العراق في المنطقة التي تسكنها الأم^٢، بمعنى جعل مقرات المنظمة مكاناً احتياطياً والأصل هو المحضون لاتفاق الطرفين ومصلحة المحضون.

جاء هذا القرار لإبعاد المحضون وأطراف العلاقة عن مراكز الشرطة وأحياء بيوت المختارين التي يتضرر منها المحضون والوالدين بأماكن أخرى أكثر هدوءاً وأمنياً على نفسية المحضون الصغير^٣.

رغم أن هذا التعديل جيد وأسهم في حل الكثير من المشاكل ولكن سببها هناك مشكلة قائمة، وهي أن مقرات هذه المنظمة غير متوفرة في كل بلدات العراق، ولهذا من الضروري جعل هذه المنظمة جهة تساعد الأطراف وتسهّل لهم عملية المشاهدة، وليس اعتبارها مكاناً للمشاهدة^٤.

ويرى فاروق عبدالله أن هذا الحق محصور للقراب الذي صدر له حكم من المحكمة بهذا الخصوص ولا يجوز لغيره التمتع بهذا الحق، كما أن القضاء إذا أصدرت حكم لأحد الأقراب لا يجوز له إصدار حكم آخر لقراب آخر إن كان الحكم الأول لا يزال سارياً^٥.
رابعاً: مبيت المحضون: بخصوص مبيت المحضون، يرى "الخالدي" أن الفقرة الرابعة تشترط في حالة تمديد حضانه المحضون لأكثر من عشر سنوات، ألا يبيت المحضون إلا عند الحاضنه^٦. ويرى الباحث، أن موضوع المبيت هذا ليس مفيداً بمدة التمديد، وإنما يشمل جميع أنواع الحضانه الأصلية والتمديد، وإن كان يتبادر إلى الذهن هذا الفهم عند قراءة نص الفقرة الرابعة لأول مرة، بسبب تركاة وعدم وضوح الفقرة كونها تناولت أكثر من موضوع، ولكن بالرجوع إلى النص الأصلي للفقرة قبل إجراء التعديل عليها تتضح الحقيقة التي ذكرها الباحث. يضاف إلى ذلك، أن مبيت المحضون كان خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي قبل التعديل وهذا كان موفقاً حسناً من المشرع ولكن بعد التعديل، أصبح من حق الحاضنه حصراً^٧.

العناصر المذكورة أعلاه، هي أهم العناصر المتعلقة بمشاهدة المحضون والتي يمكن إستنتاجها من الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من القانون.

خامساً: مكان المشاهدة: أما بالنسبة لمكان المشاهدة فإن "بيداء كريم" تقول: إن القانون العراقي لم يتناول هذا الموضوع^٨. ويعتقد الباحث، أن كمالها صحيح من جانب

^١ انظر كريم، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٧١. انظر عبيد، بيضاء كريم، مرجع سابق، ص ١٥٥.

^٢ انظر الخالدي، حيد سلطان علي، مرجع سابق، ص ٤٥٦.

^٣ الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية قبل إجراء التعديل عليها "لأب وغیره من الأولياء النظر في أمر المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم التسامع من عمو ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنه ما لم يحكم القاضي بخلاف ذلك". موقع قاعدة البيانات العراقية، تاريخ الزيارة ١٦-١٠-٢٠١٤.

<http://www.iraqlid.com/loadlawbook.aspx?pref&sc&pagenum>

^٤ انظر عبيد، بيضاء كريم، مرجع سابق، ص ١٥٩.

أما المشرع الكردستاني، فكان أكثر توفيقاً حينما أصدر القرار رقم (٨) في ٢٨/٦/٢٠٠١، وبموجبه أصبحت المشاهدة في المكان الذي يتفق عليه الطرفان أمام القضاء، وإذا حصل أن لا يتفق الطرفان على ذلك وصدر الحكم من المحكمة دون تحديد مكان المشاهدة، عندها يكون الأمر من اختصاص للمنفذ العدلي في البلدة التي يقيم فيها المحضون مع حاضنه^٩. وكون مديرية التنفيذ لها رقعة إدارية تابعة لها، لذا فلا يوجد مدينة أو حتى قرية دون منفذ عدلي.

جاء في كتاب "المشهد إلى إقامة الدعوى الشرعية" للمحامي "جمعة سعدون"، إن من حق الوالد مشاهدة أولاده مرة كل أسبوع أو أسبوعين أو شهر وفق مصلحة المحضون، وذلك لكي يستطيع الإشراف عليهم من الناحية التربوية والصحية ولمعرفة احتياجاتهم^{١٠}. ويرى الباحث أن ما ذكره "جمعة سعدون" بخصوص عدد مرات المشاهدة ليس له سند قانوني، حيث لا يوجد هناك أي نص قانوني أو قرار صادر من جهة مختصة يتناول عدد مرات المشاهدة، لأن هذا الموضوع متروك للقضاء يقضي فيه القاضي لكل قضية وفق ما هو مناسب لها بعد إطلاعها على حثيات القضية^{١١}، أما ما ذكره "جمعة سعدون" فهو ما عليه المحاكم من الناحية العملية.

وأخيراً، إذا لم يتفق أطراف العلاقة على مكان وزمان معين للمشاهدة، فإنه على القاضي المحكمة أن يحدد مكاناً ملائماً ولاقماً للطرفين، لأنه من غير المنطقي أن يحضر الرضيع أو الصغير إلى مركز الشرطة أو جهة عسكرية لغرض المشاهدة، كما يجب أن يكون الزمان ومدة المشاهدة مناسبين مراعيهما سن المحضون^{١٢}، وعلى المنفذ العدلي في إقليم كردستان أن يراعي ذلك أيضاً عند تحديده لمكان وزمان ومدة المشاهدة.

^٥ انظر الوزا، عون كمال، مرجع سابق، ص ٤٤. افاض رشق (١).

^٦ انظر الرضي، جمعة سعدون، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقها عملياً معزراً بقرارات محكمة التمييز، (بغداد: المكتبة القانونية، ط ٢٠٠٦)، ص ١٨١.

^٧ انظر الخالدي، حيد سلطان علي، مرجع سابق، ص ٤٥٦، ٤٥٩.

^٨ انظر الزبيدي، حسين جبار حلف، مرجع سابق، ص ١٥٦. كريم، فاروق عبدالله، مرجع سابق، ص ٢٧١.

المطلب الثالث: المشاهدة في القضاء العراقي.

سيتناول الباحث في هذا المطلب، مشاهدة المحضون من خلال مجموعة من الأحكام الصادرة من القضاء العراقي:

جاء في القرار رقم ٨٤٤/شريعة/١٩٦٨ بتاريخ ١٦/٣/١٩٦٩ بحكمة تمييز العراق: إن محكمة الأحوال الشخصية حينما قررت بمشاهدة الأم المدعية لابنتها المحضونة الموجودة لدى والدتها مرة واحدة في الأسبوع كان عليها تعين محل قريب لدار المدعى عليه للمشاهدة عند عدم اتفاق الطرفين على ذلك وكذلك تحديد مدة المشاهدة^{١٣}.

وفي قرارها رقم ٢٦٨٣/الهيئة العامة/١٩٧٨ بتاريخ ١٦/١١/١٩٧٨، إستقرت تعين معاونة الشرطة وبعد ذلك تعين دار مختار الخلة من قبل محكمة الأحوال الشخصية أماكن غير صالحة لمشاهدة المحضون، لذا قررت محكمة التمييز، أن عليها إصدار حكم لصالح والد المحضون يأخذ والده من دار المدعية كل يوم جمعة صباحاً وإعادته مساءً، بشرط أن يبيت المحضون لدى الحاضنه استناداً للفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية^{١٤}.

هذان القراران اللذين صادرا من محكمة تمييز العراق قبل صدور القرار ٢١١ لسنة ١٩٨٤ كمحاولة لعلاج موضوع مكان المشاهدة، يوضحان بأن الأم لها حق المشاهدة إن كان المحضون في غير حضانتها، وإذا لم يتفق الأطراف على مكان للمشاهدة فعلى المحكمة تحديده على أن يكون مناسباً وقريباً من دار الحاضن، كما عليها تحديد عدد المرات ومدتها أيضاً.

كما اعتبر مراكز الشرطة ودور المختارين غير مناسبة وملائمة لمشاهدة المحضون، وليمكان صاحب حق المشاهدة أخذ المحضون كل أسبوع من الصباح إلى المساء بشرط أن لا يبيت المحضون إلا عند الحاضن.

^٩ انظر قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٨٤٤/شريعة/١٩٦٨، تاريخ القرار ١٦/٣/١٩٦٩.

^{١٠} انظر ناصر، محمد علوي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

ومن المسائل الأخرى التي تستتبع من الأحكام الصادرة من محكمة التمييز الصادرة بعد القرار رقم ٦ لسنة ١٩٩٢، هي إن مقرات منظمة الاتحاد العام لنساء العراق أصبحت المكان الاحتياطي للمشاهدة بعد نص صراحة على ترك تحديد مكان المشاهدة لأطراف العلاقة أولاً، أما مديرية التنفيذ التي تقوم بتنفيذ أحكام المحاكم فإنها بموجب أحكام محكمة التمييز الملاذ الأخير أي عند عدم اتفاق الأطراف وعدم وجود فروع للمنظمة في البلدة التي يقم فيها المحضون مع الحاضن.

حيث جاء في القرار رقم ٢٤٣٥/شخصية/أولى/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٦ محكمة التمييز الاتحادية: بأنه لا يصح المجلس البلدي أن يكون مكاناً للمشاهدة، وبوجوب قرار مجلس قيادة الثورة (للمحل) رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ إذا لم يتفق أطراف العلاقة على مكان محدد، فتكون المشاهدة في مقر إحدى المنظمات النسوية في محل إقامة الحاضنة، وإذا تعذر ذلك تكون في مديرية التنفيذ، كما لا يجوز أن تكون مدة المشاهدة أكثر من ساعتين إذا كان المحضون رضيعاً^١.

وفيما يتعلق بحق الأقارب في مشاهدة المحضون، فإن محكمة التمييز لم تسمح للجدّة بمشاهدة حفيدته رقم أن ابنه (والد حفيدته) كان محكوماً عليه بالسجن المؤبد، وإن الجدة بموجب القوانين العراقية وحتى في الشرع الإسلامي الحنيف يعتبر الولي الجبر في حالة عدم وجود الأب، جاء في القرار رقم ١٩٤/شخصية/١٩٦٩ بتاريخ ١٩٦٩/٤/٢٧ محكمة تمييز العراق: لا يجوز إصدار حكم على وجه الإلزام بموجبه يكون للجد من جهة الأب مشاهدة حفيدته طالما هناك حكم للأب - كان محكوماً بالسجن المؤبد- بمشاهدة ابنته لأن الحقوق الشرعية للأولياء مرتبة ومتسلسلة ولا يجوز اجتماعها في أي واحد لأولياء يختلف ترتيب بعضهم عن بعض^٢.

بعد صدور القرار رقم ٢١١ في ١٥/٢/١٩٨٤م الذي عالج إشكالية مكان المشاهدة بيوام واحد فقط أي في ١٦/٢/١٩٨٤، نقضت محكمة تمييز العراق في قرارها رقم ٢٤٣٥/شخصية/٨٣/١٩٨٤ بتاريخ ١٦/٥/١٩٨٤، حكماً محكمة الشرعية الكرخ بأن تكون مشاهدة الولد لولده المحضون في يوم الجمعة من كل أسبوع من العاشرة صباحاً إلى الثانية عشرة ظهراً في مديرية تنفيذ الكرخ، وقررت محكمة التمييز بجعل مشاهدة المحضون في مقر منظمة الاتحاد العام لنساء العراق في البلدة التي يقم فيها الحاضن استناداً لإحكام القرار رقم ٢١١ في ١٥/٢/١٩٨٤^٣.

ومن المسائل الأخرى المتعلقة بمشاهدة المحضون والتي تناولتها محكمة التمييز في قراراتها هي: عدد مرات وزمن المشاهدة واصطحاب المحضون. جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ١٣٠٦/شخصية/أولى/٢٠٠٩ بتاريخ ٤/٤/٢٠٠٩: على محكمة الأحوال الشخصية عند تحديد عدد مرات المشاهدة ووقتها مراعاة عمر المحضون بحيث لا يتضرر منها^٤. وفي قرارها رقم ٢٢٢٩/شخصية/أولى/٢٠٠٩ بتاريخ ٥/٧/٢٠٠٩ جاء: إن حكم محكمة الأحوال الشخصية صحيح وموافق للقانون لأن من حق المدعي أثناء الساعات المخصصة للمشاهدة اصطحاب ابنته المحضونة وهذا ما هو عليه حكم الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من القانون^٥.

من خلال هذين القرارين يظهر، بأنه على محكمة الموضوع -محكمة الأحوال الشخصية- عند تحديد مكان وزمان ومدة المشاهدة، عليها مراعاة من المحضون بحيث لا يتضرر منها، بما في إطالة مدة المشاهدة وعدد مراقبها كلما تقدم المحضون في العمر، كما أن لصاحب حق المشاهدة أخذ واصطحاب المحضون أثناء مدة المشاهدة.

^١ انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

^٢ انظر مجلة النشرة القضائية، العدد ٨، أ-ب، ٢٠٠٩، ص ٨.

^٣ انظر مجلة النشرة القضائية، العدد ١٠، كانون الثاني ٢٠١٠، ص ١٠.

^٤ انظر المرجع نفسه، العدد ١١، آذار ٢٠١٠، ص ٩.

^٥ انظر قرار محكمة تمييز العراق، رقم ١٩٤/شخصية/١٩٦٩ تاريخ القرار ٢٧/٤/١٩٦٩.

المطلب الرابع: مشاهدة المحضون في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء الأوروبي ودور الإفتاء.

فكما أن الإسلام اهتم بالجانب المادي للمحضون من حيث تغذيتهم ونظافة جسمهم وغير ذلك من الأعمال التي يتطلبها الجسم السليم، فإنه لم يتغافل أو يتجاهل الجانب النفسي والعاطفي والروبي والتعلیمی للمحضون والتي يعتبر من أعظم حقوقه، ولهذا اهتم بما اهتمت به المحضون بالعرف والعرف، كما يواصل تعليمه في إحدى المدارس أو المراكز التعليمية المختارة من قبل وليّه أو الحاضن بعد مشاورة الولي، وإن أهمية هذه الفترة كما ينبتها خبراء التربية، إن الإنسان البالغ الرشد هو ابن خمس سنوات، ولهذا وضع فقهاء المسلمين أحكام مفصلة حول كيفية رعاية وعناية وتربية المحضون من قبل أصحاب العلاقة^١.

الفرع الأول: المشاهدة في المذاهب الأربعة.

المذهب الحنفي:

فقهاء الحنيفة في سبيل ضمان مشاهدة وتعهد المحضون من قبل الولدين أو الحاضن والولي، لا يجيزون لأب أو الحاضن بأن يتعد عن الولي مسافة بحيث لا يستطيع الأخير زيارة المحضون والرجوع في نفس اليوم قبل الليل، وكذلك الحال بالنسبة للوالد إن كان المحضون عنده، حيث لا يجوز له أيضاً أن ينتقل المحضون إلى مكان يصعب على الأم أن تزور ولدها ويرجع في نفس اليوم^٢، هذه المسافة المحدودة التي لا يجوز تجاوزها من قبل أي طرف مقرون بفترة حضانة النساء.

^١ انظر زيمان، محمد، حقل الطفل في الشريعة الإسلامية، (دمشق: دار للإفتاء والدراسة والبحوث، ٢٠٠٢، ص ٤٣، ٤٣، ٧١.

^٢ انظر السوفندي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٢٢٣. وابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧، وخلاف، عبد العوالم، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

وبخصوص القرار الواجب التطبيق في إقليم كردستان فيما يتعلق بمكان المشاهدة وتغييره، جاء في قرار صادر من محكمة تمييز إقليم كردستان تحت العدد ٣٤٨/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٠٧ في ٣٠/١٠/٢٠٠٧: إن محكمة الموضوع -محكمة الأحوال الشخصية- قد أصدرت حكمها دون أن تلاحظ بأن برلمان كردستان في ٢٨/٦/٢٠٠١ أصدر القرار رقم ٨ وبموجبه عدّل القرار رقم ٢١١ لسنة ١٩٨٤ الصادر من مجلس قيادة الثورة (للمحل) وأصبح مكان المشاهدة هو المكان الذي يتفق عليه الطرفان، وإذا تعذر ذلك يحدد من قبل المنفذ العدلي في المنطقة التي يقم فيها المحضون مع الحاضنة^٣. حكم محكمة تمييز الإقليم واضح بخصوص القرار الواجب التطبيق في إقليم كردستان، فالقرار رقم ٢١١ لسنة ١٩٨٤ الصادر من مجلس قيادة الثورة (للمحل)، ألغي بموجب القرار رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ من قبل المجلس نفسه، ولكن هذا القرار الجديد لا يطبق في الإقليم لأنه صدر بعد سحب إدارات الحكومة المركزية من الإقليم، وقد ذكر الباحث هذا الموضوع في الفصل الأول.

وفي قرار آخر لها تحت العدد ٤٦٥/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٠٨ في ٢٥/٨/٢٠٠٨. جاء: إن مكان المشاهدة بموجب القرار رقم ٨ في ٢٨/٦/٢٠٠١ الصادر من قبل برلمان إقليم كردستان، أصبح خاصاً لاختيار الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق قبل قبل المنفذ العدلي. كما أصبح تغيير مكان المشاهدة إذا اقتضت الأمر من صلاحية المنفذ العدلي دون حاجة إلى إقامة دعوى أخرى هذا ما ذهب إليه محكمة تمييز الإقليم في قرار آخر لها^٤.

^٣ انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٣٨.

^٤ انظر المرجع نفسه.

ولصاحب حق المشاهدة أن يصبر ويتعهد المحضون كل يوم إن أراد ذلك، ويجوز للظرف الآخر معناه^١، ويقصد بالتمتع كما جاء في "تكملة المعاجم العربية": الاهتمام بالشخص ورياعته وعنايته وتقديده وتوفير احتياجاته والقيام بشؤونه^٢. كما إن المشاهدة بين الآباء والأولاد مستمرة ولا يجوز لظرف مع الطرف الآخر سواء خلال مدة حضنة النساء أو بعد صَمِّ المحضون إلى ولته ولحين البلوغ، وبخصوص مكان المشاهدة، فإنها تكون عند الأم إن كان المحضون في كفها، وعند الأب أو الولي إن كان في كفها، بعد مراعاة الآداب الشرعية^٣، كما يجوز وفق رأي "الحواشي القدسي" أن يقوم الطرف الذي عنده المحضون بإخراج الأخير إلى مكان بحيث يصبره الطرف الآخر أو يرسل إليه، كما أن المشاهدة لا تعني الرؤية المجردة بالعين فقط، وإنما تشمل التأديب والتعليم والتعهد، وكل ما يؤدي إلى حفظ المحضون^٤.

الخلاصة: عند الحنفية، أثناء مدة حضنة النساء، لا يجوز لأي طرف من أطراف الحضنة الانتقال بالمحضون إلى مكان بعيد لا يتمكن الطرف الآخر من زيارة المحضون والرجوع في نفس اليوم. وللظرف الذي له حق المشاهدة، زيارة المحضون كل يوم إن أراد دون أن يكون للظرف الآخر منعه من ذلك. وتكون المشاهدة عند الطرف الذي يكون المحضون عنده، وإذا تعددت المشاهدة عنده، فعندها يخرج المحضون إلى مكان مناسب أو يرسل إلى صاحب الحق في المشاهدة. وإن المشاهدة (الوالدين) مستمرة لحين البلوغ.

^١ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٧١. النظر ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧.
^٢ النظر ذروي، ينهارت بيز آن، مرجع سابق، الجزء السابع، ص ٣٣٤.
^٣ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٦٩-٥٧٠. النظر أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية (المفاتيح): دار الفكر العربي للطبع والنشر، ط ١٩٥٧م، ص ٤١٢. النظر ناصر، محمد علوي، مرجع سابق، ص ١٩٣. النظر عبد، ياداه كبر، مرجع سابق، ص ١٤٧.
^٤ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٧١. النظر البغدادي، محمد الحسن مصطفي، وقت الحضنة ورؤية الطفل، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد ١، ٢٠٠٢م، ص ١٣.

المذهب الشافعي والحنبلي:

يستتاول الباحث أحكام المشاهدة في المذهبين الشافعي والحنبلي معاً، وذلك لتشابه هذه الأحكام عندهما، وسيشير الباحث إلى الاختلاف بينهما في مكانته المناسب. في المذهب الشافعي والحنبلي، حكم مشاهدة المحضون الذكر يختلف عن المحضون الأنثى. وكذلك الحال، يختلف حكم مشاهدة المحضون الذكر الذي اختار والده عن الذي اختار أمه.

فاضح الذكر إذا اختار أمه بعد السبع، فله الحق أن يكون عند أبيه في النهار لكي يقوم والده بتعليمه آداب الرجال وترتيبه وإرساله للمدرسة أو تعليمه حرفة أو صنعة، وغير ذلك من الأمور المفيدة للمحضون كون الولد أدرى بمصلحته في هذه الأمور من الأم، ويكون عند أمه في الليل^١، أما إذا اختار أباه فإنه معه ليلاً ونهاراً ولكن له حق زيارة والدته، ولا يجوز للوالد أو غيره منعه من ذلك حفاظاً على صلة الرحم وحقوق الوالدين، كما أن الأم لها حق مشاهدة وزيارة ولدها أيضاً^٢.

وقيل: إذا اختار الذكر أباه، أرسله الولد إلى أمه لئلا تراه أو من الأولى أن يخرج هو لزيارة أمه، ولا يكلفها باجبيء إليه لأنه لانه ليس بعورة في حين أن الأم عورة ويجب سترها^٣.

^١ النظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص ٦٦١. النظر بن ساه، يحيى بن أبي الخيزر العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٩. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٤. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٧.
^٢ النظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المنهاج في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٨. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٤. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٤. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٧.
^٣ النظر بن ساه، يحيى بن أبي الخيزر العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٩. النظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المنهاج في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٨. النظر النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المنهاج، مرجع سابق، ص ٣٣٧-٣٣٨. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٤. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٧.
^٤ النظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص ٦٦١. النظر بن ساه، يحيى بن أبي الخيزر العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٩. النظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، مرجع سابق، ص ٦٦١.

فقهاء المالكية، بهدف التأكيد على حق الحاضن في مبيت المحضون عنده، وحق الولي في تربية وتأديب المحضون، قالوا: للوالد وغيره من الأرباب تعهد المحضون عنده أمه وترتيبه وتأديبه وإرساله للمكتب-المدرسة-، والقيام بجميع شؤونه على أن لا يبيت إلا عند الأم أو الحاضنة. وجاء في "الوادئ" للوالد تعليم ولده المحضون وإخراجه نهاراً وإعادته ليلاً إلى الحاضنة^١. ولهذا لا يسمح المالكية للأم أن ينتقل بالمحضون إلى مكان بحيث ينقطع أخباره عن والده أو أربابه^٢.

وإذا تردد المحضون الذكر إلى والده لغرض التعليم والتأديب وغير ذلك بما ينفعه، فلا يجوز للحاضنة منعه، على أن يرجع إليها للمبيت عندها. وبخصوص الأنثى، إذا أرادت زيارة ولدها أو وليها أو العكس أي الولد أريدت ابنته فلا يجوز للحاضنة منع حصول الزيارة^٣.

كما سبق، يستنتج من كلام فقهاء المالكية أمرين:

أولاً: إن مشاهدة المحضون الذكر وتعهد وتعليمه وجميع شؤونه تكون في بيت الوالد، بينما للمحضون الأنثى تكون في دار الأم أو الحاضنة.

ثانياً: كل ذلك يكون في دار الحاضنة سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى، وذلك للمحافظة على المحضون وصيغته، وهذا ما ذهب إليه أيضاً، "محمد الحسن" وهو أستاذ في كلية الشريعة بجامعة دمشق^٤.

^١ النظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢٧. النظر ابن الوفايي، خلف بن أبي القاسم محمد، مرجع سابق، ص ٣٩٩. النظر الخريزي، محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٨. النظر الخطيب، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٦١٥. النظر اللبوابي، محمد بن يوسف الغرناطي، مرجع سابق، ص ٥٩٥.
^٢ النظر الفري، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٠.
^٣ النظر ابن الوفايي، خلف بن أبي القاسم محمد، مرجع سابق، ص ٤٠١.
^٤ النظر الفري، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٠-٦١.
^٥ النظر البغدادي، محمد الحسن مصطفي، وقت الحضنة ورؤية الطفل، مرجع سابق، ص ١٤.

أما البت فلا يجوز لها الخروج من الدار لزيارة والديها وإنما ما يأتيها، فإن كانت عند الأب فالأم تزور البنت دون إطالة مدة الزيارة -المشاهدة- مع تجنب الحلوقة مع مطلقها إن كان موجوداً في البيت، ونفس الحكم إذا زارها الأب في بيت الأم، وعلة منع خروج البنت هي أمها عورة، وإن ستر البنت أولى من الأم كون الأخيرة صاحبة خيرة ومعرفة بخلق الرجال^١، ويجوز طلب إرسال الأنثى إليها إذا كان لها عذر مقبول كان تكون مريضة أو أن زوجها يمنعها من الخروج لزيارة بنتها^٢.

وإذا مرض المحضون -ذكراً كان أم أنثى- فيكون عند أمه كونه أصبح كالصغير، ويحتاج إلى من يقوم بعنايته ورعايته والأم أشرف وأولى من غيرها، وللوالد زيارة ولده المريض ومتابعة صحته وجميع شؤونه، وروي عن ابن الصباغ: إن مرض المحضون -ذكراً كان أم أنثى- عند أبيه، فالأم لها زيارة المحضون وتعرضه عند أبيه إن رضي الأب مع تجنب الحلوقة، وإن رفض الأب فالتمريض يكون في بيت الأم، وإذا حصل أن مرض أحد الوالدين وكان المحضون عند أحدهما فله زيارة الطرف للمريض^٣.

إن كان المحضون -ذكراً أم أنثى- عند الأب أو الولي فللأم زيارته كل يومين أو أكثر مرة واحدة^٤، أما إن كانت قريبة من بيت ولي المحضون كان تكون جارة لهم في

^١ النظر السنيني، كزيبا بن محمد بن زكريا الأصباعي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٠. النظر الشيرازي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ١٩٩. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٢. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٧.
^٢ النظر البكري، عثمان بن محمد شفاء، مرجع سابق، ص ١١٧. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٢.
^٣ النظر بن ساه، يحيى بن أبي الخيزر العمري، مرجع سابق، ص ٢٨٩. النظر الشيرازي، إبراهيم بن علي، المنهاج في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٨. النظر النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المنهاج، مرجع سابق، ص ٣٣٧-٣٣٨. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ص ٢٤٤. النظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ص ٢٤٧.
^٤ النظر السنيني، كزيبا بن محمد بن زكريا الأصباعي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

أما دار الإفتاء المصرية فقد أصدرت العديد من الفتاوى بخصوص مشاهدة المحضون، منها: في الفتوى رقم (٤٣٩٢) برّرت قراراً صادراً من المحكمة لصالح الأم بمشاهدة ولدها كلما أرادت، بعد الإشارة إلى أقوال بعض فقهاء المسلمين الذين يميزون ذلك، وأفتى بعدم جواز استخدام القوة لأخذ المحضون من الوالد، وعدم إجبار الوالد بتسليم المحضون إلى الأم التي تقيم مع زوجها الأجنبي عن المحضون، ولكن لها رؤية ابنها في دار والد المحضون أو في مكان يخرج إليه لتشاهده^١.

كما أفتت أيضاً، بأنه إذا كان الأطفال في حضانة والدهم، فلا يجوز إجباره على إرسال الأطفال للوالدة لرؤيتهم، ولكن في الوقت ذاته لا يجوز للوالد منعها إن حضرت إليهم لرؤيتهم، كما أنه إذا ضمّ الأطفال إلى والدهم، وصدر حكم من المحكمة بعد ذلك لصالح الأم بمشاهدة أولادها كل أسبوع لا يعني منع الوالد من السفر بأولاده^٢.

أما فيما يتعلق بأقارب المحضون فسواء كانوا من جهة الأب أو الأم، فقد أفتى بأنه من باب الاستحسان الجواز للجد والجدّة للأب والأعمام والعمات مشاهدة المحضون وإن كان الأبوان على قيد الحياة، لأن الجد هو الأب لغةً وشرعاً، والعم أبٌ كالجد، ونفس الحكم يطبّق على أقارب الأم كالحالة وغيرها^٣.

^١ انظر عبده، مُجَدِّدٌ وآخرون، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص ٤٤١-٤٤٢.

^٢ انظر المرجع نفسه، الجزء السادس، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ١٩٧٧.

^٣ انظر موقع دار الإفتاء المصرية، تاريخ الزيارة ١١/١١/٢٠١٣:

ثالثاً: سككت القانون العراقي مع منع أحد الطرفين الطرف الآخر من مشاهدة المحضون أو منع المحضون من زيارة والديه أو أقاربه، في حين أن فقهاء المسلمين لم يسكتوا عن ذلك، وقالوا أن هذا الفعل حرام شرعاً وبأنه فاعله، لأن ذلك يؤدي إلى عقوق الولدين وقطع صلة الرحم، واستدلوا بأبيات قرآنية وأحاديث نبوية شريفة.

وعليه فإن المشرع العراقي مدعوه لسد هذه الثغرة وذلك بوضع إجراءات رادعة بحق الطرف المانع أو الذي يعرقل المشاهدة، - من حيث عدم الالتزام بعدد مرات المشاهدة أو مدتها أو مكانها أو زمانها - من الطرفين سواء كان حاضراً أو ولياً، ويمكن الاستفادة في هذا الخصوص من المادة 177 من قانون الأسرة القطري التي تنص على أن " على الحاضنة أن تمكن الولي أو العاصب، من القيام بما يوجهه حق الولاية على المحضون من الإشراف على تنشئته تشتمه صالحه وحفظه من الإخفاف، وتوفير أفضل العلاج له وتعليمه وإعداده للمستقبل"⁴ ولمادة 186 أجازت للمحكمة إنذار الحاضن أو الولي الذي لا يلتزم بموعد الزيارة أو مكانها أو مدتها، وإذا تكررت المخالفة من قبل الولي فيمكن للمحكمة حرمانه من الزيارة لمدة مؤقتة، وإذا تكررت للمرة الثالثة فيجوز للمحكمة حرمانه من حق الزيارة أصلاً، أما الحاضن، فبعد الإنذار، إن تكررت مخالفته فيجوز للمحكمة نقل الحاضنة مؤقتاً لشخص آخر، وإذا تكررت المخالفة فيجوز إسقاط حضنته⁵، وكذلك المادة 188 التي نصت على " وفي حالة الحاجة لاستخدام القوة الجبرية لتنفيذ حكم من أحكام الحاضنة، فلا تستخدم القوة في مواجهة المحضون"⁶.

⁴ هذه النقطه هي حصيلة نقل من كل من السادة: نائب المدعي العام عبد الرحمن سليمان، مرسله، مرجع سابق. الدكتور إسحاق إبراهيم الميرزا، مرسله، مرجع سابق. القاضي المستشار نجم حسن عمر، مرسله، مرجع سابق. موقع الميزان: البوابة القانونية القطرية، مرجع سابق. (مرجع الكبروي)

⁵ انظر بلخاي، نجم، دراسات في الأحوال الشخصية: بحوث فقهية مؤسفة، (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والبريد، ط 1، 2006م)، ص 188. انظر، على، حميد سلطان، وفاضل، عباس حسين، مرجع سابق، ص 284.

⁶ موقع الميزان: البوابة القانونية القطرية، مرجع سابق. (مرجع الكبروي)

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

لدى إجراء مقارنة بين أحكام المشاهدة التي وردت في التشريع العراقي، وبالتحديد في الفترة الرابعة من المادة 57 والقرار رقم (٦) لسنة 1992 وبين المذاهب الأربعة وجلس الإنشاء الأوروبي ودور الإنشاء، يلاحظ أن التشريع العراقي يعتبره بعض الخلل والقصور ولم يتناول جميع أحكام المشاهدة، ومن ذلك:

أولاً: الفقرة الرابعة تبدأ بـ "لأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه....."، وهذا يعني بأن الأب له الخيار في مشاهدة ولده وتعهده وتعليمه لكنه غير ملزم بذلك، في حين أن فقهاء المسلمين متفقون على أن ذلك واجب على الولي وليس مجرد حق فقط. وبناء على ذلك، فإن المذاهب الأربعة لم تسمح بنقل المحضون إلى مكان بحيث لا يتمكن الولي من نظر المحضون والعودة في نفس اليوم قبل الليل. يرى الباحث أن النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه يعتبر مسؤولية وواجباً على الولي وليس فقط حقاً له، لذا لا يجوز تركه لمزاجه ورضائيه، وإنما يجب إزماءه وعباقبه في حالة إهماله. وفي هذا الصدد يمكن الاستفادة من الفقرة الأولى من المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي التي نصت على، " يجب على الأب أو غيره من أولياء المحضون النظر في شؤونه وتأديبه وتوجيهه وتعليمه"⁷.

ثانياً: جاء في الفقرة الرابعة (الأب) بينما استخدم فقهاء المسلمين عبارة (الأب وغيره من الأولياء)، (الولي) و(الأولياء). ويرى الباحث، أن مصطلح (الولي) أفضل من مصطلح (الأب)، لأن الأخير قد يكون متوق أو غالباً أو مسلوب الولاية على المحضون، لذا يعتقد الباحث أن الفقرة الرابعة قبل إجراء التعديل عليها عام 1978 كانت أفضل لأن الفقرة كانت تنص على " للأب وغيره من الأولياء النظر في أمر المحضون وتربيته وتعليمه.....".

⁷ المهندس، أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص 373.

ويبدو للباحث أن المشرع القطري كان موفقاً في تشريعه فيما يتعلق بهذا الموضوع، عند نصته في المادة 186 على حرمان الولي من حق الزيارة في حالة توجيه الإنذار له للمرة الثالثة، لأن المحضون هو الذي سيستضر في هذه الحالة، فهو يحتاج لعناية ورعاية ووليته، ولذا يرى الباحث ضرورة إضافة عبارة إلى النص في هذه الحالة تنص على "وتعيين ولي آخر للمحضون بدلاً عنه".

سواءً ذكر الباحث في حينه أن القاضي حسين صالح يقول: بأن الطرف المقرر في مشاهدة المحضون يعاقب جزائياً بموجب المادتين (24، 383) من قانون العقوبات العراقي⁸، لكن الباحث يرى ضرورة حل هذا الموضوع من قبل مشرع قانون الأحوال الشخصية أولاً وبالترجح كما هو الحال في قانون الأسرة القطري، لتفادي تعاقم النزاع بين أفراد العائلة والذي يؤثر سلباً على المحضون، أما إذا بلغت الأمور حد إلحاق الأذى بالمحضون وتعرضوا للخطر، فلا س من إحالة الطرف المقرر إلى المحكمة الجزائية بموجب المادة المذكورة.

وإبعاً: بخصوص مكان المشاهدة وعدد مراتها ومدتها، فقد جاء في المذاهب الأربعة ودور الإنشاء وجلس الأئمة الأوروبي ما يلي مختصراً: أن المشاهدة تكون يومية، وآخر يقول بأنها أسبوعية وثالث يقول بأن لصاحب الحق المشاهدة كلما أراد، ومنهم من أخذ بأكثر من رأي من هذه الآراء وغير ذلك، وبخصوص مدة المشاهدة، قالوا بعدم الإطالة وتجنب الخلوة المحرمة شرعاً، وإذا اقتضى الأمر يخرج الولي من الدار حين انتهاء الرؤية، أما مكان المشاهدة فيكون في محل إقامة المحضون فإن كان عند الأم أو الحاضنة فتكون عندها وإن كان عند الأب أو الولي فتكون عنده، وإذا حصل خلاف فإن الطرف الذي عنده المحضون يخرج الأخير إلى مكان بحيث يتمكن الطرف الآخر من رؤيته أو يرسله إليه.

⁸ نقلاً عن القاضي حسين صالح، مرسله، مرجع سابق.

أمام تفصيل أحكام مكان المشاهدة ومدتها وعدد مراتها في الفقه، فإن المشرع العراقي تطرق إلى مكان المشاهدة فقط، عندما نص القرار رقم 6 لسنة 1992 على أن الأطراف لهم حق الاتفاق على مكان مناسب للمشاهدة، وفي حالة تعذر ذلك فتكون في مقر منظمة الاتحاد العام لنساء العراق، أما بخصوص عدد المرات والمدة ووقت المشاهدة فلم يتطرق إليها أصلاً.

وفيما يتعلق بمكان المشاهدة، يرى الباحث أن القرار المذكور ليس مناسباً لأن مقرات المنظمة النسوية المذكورة غير متوفرة في كل مكان، لذا فإن المشرع العراقي مدعوه للاستفادة مما فعله المشرع الكردي عندما نص على أن تعهد مكان المشاهدة وما يتعلق بها، خاضع لسلطة المنفذ العدلي في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك أمام القاضي.

أما ترك زمان المشاهدة وعدد مراتها ومدتها للقاضي مراعاة وقائع وملابسات كل قضية على حدة، فموقف يستحسنه الباحث من المشرع العراقي⁹، لكن المشكلة تكمن في عدم النص صراحة في متن القانون على وجوب تحديد هذه المسائل وتركها للقضاء، لأن القاضي أثناء أدائه مهامه ونظره قضايا مختلفة في يوم واحد، ربما يجعله ينسى تحديد كل هذه الأشياء المتعلقة بالمشاهدة، وخير دليل على ذلك هو أن الأحكام القضائية التي سبق ذكرها أثناء تناول موقف القضاء من المشاهدة، تبين أن غالبيتها قد نقضت بسبب نقضها واحداً أو أكثر من هذه المسائل المتعلقة بالمشاهدة.

خامساً: من خلال أحكام محكمة التمييز، توصل الباحث إلى نتيجة مفادها: ضرورة مشاركة الباحث الاجتماعي وعدم الاستغناء عن رأيه عند تحديد مكان المشاهدة وما يتعلق بها من مسائل سواء من قبل أطراف الحاضنة أو القاضي أو المنفذ العدلي، لأن الكثير من أحكام محاكم الأحوال الشخصية، نقضت من قبل محكمة التمييز بسبب عدم موفقية الأطراف أو القاضي عند تحديد هذه المسائل، لذا يرى الباحث ضرورة إيجاد حل

⁹ انظر الحادي، حميد سلطان، على، مرجع سابق، ص 499.

فريد فتيا، "كيف يستطع الأب تدبير أمر ابنه وترتيبه إذا كان المحضون لدى أمه وليس له حق اللبث مع أبيه أيضاً؟ وأين يراه أبوه؟ والفروض أنه في مدرسته"^١، ويقول إسماعيل البامرني: إن المشرع قد أخطأ بحق الأب حينما لم يعطه الحق في مبيت المحضون عنده، وتسأل كيف يقوم الولد بواجبه تجاه ولده بالصورة الصحيحة إذا لم يبت الولد عنده؟ لهذا يقول إنه من الأولى، النص على إعطاء هذا الحق للوالد، أو تركه للقاضي ليقضي به وفق مصلحة المحضون.^٢ أما نائب المدعي العام عبد الرحمن فيقول: إن الولي ليس باستطاعته القيام بواجبه إذا لم يبت المحضون عنده على الأقل ليلتين في الشهر الواحد.^٣ وأخيراً، الهامي المنشطار تجرّد حسن بدوره بقول بضرورة مبيت المحضون لدى والده مرتين في الشهر الواحد وبواقع ليلتين أو أربع ليالي، لكي يستطع القيام بواجبه بالشكل الصحيح.^٤

ويظهر للباحث، بأن الفقد الموجه إلى الفقرة الرابعة من قبل الأكاديميين والعاملين في سلك القضاء في عمله، ويؤكد الباحث على ذات الأسباب التي دفع هؤلاء إلى نقد الفقرة المذكورة، وعليه، من الضروري أن يتدارك المشرع هذه الفقرة والسماح بمبيت المحضون عند ولته، أو ترك ذلك لتقدير القاضي كما كان عليه قبل إجراء التعديل عليها في عام ١٩٧٨ حيث كانت تنص على "لأب وغروه من الأرباء النظر في أمر المحضون وترتيبه وتعليمه حتى يتم السابعة من عمره لكنه لا يبيت إلا عند حاجته ما لم يحكم القاضي بخلاف ذلك".

سابعاً: الموضوع الآخر الذي تطرّق إليه دار الإفتاء المصرية وتعامله المشرع العراقي، هو رؤية المحضون من قبل آقاربه سواء من جهة الأب أو الأم، حيث أفتت دار الإفتاء المصرية بجواز ذلك من باب الاستحسان للأجداد والجدّات والاعمام والعلمات والحالات.

فتيا، فريد، مرجع سابق، ص ١٩٢-١٩٣.

^٢ نقل عن الدكتور إسماعيل البامرني، مرسلته، مرجع سابق.

^٣ نقل عن نائب المدعي العام عبد الرحمن سليمان، مرسلته، مرجع سابق.

^٤ نقل عن الهامي المنشطار تجرّد حسن، مرسلته، مرجع سابق.

لهذه الفقرة تشريعياً، وذلك يجعل استشارة الباحث الاجتماعي إلزامية لكن دون إلزام القاضي برأيه، أي الزام الباحث الاجتماعي حضور جلسات المرافعة وإبداء رأيه في المسائل المتعلقة بالحضانة، على أن يكون رأيه غير ملزم للقاضي، فله الأخذ برأيه كما هو، أو تعديله، أو دفع رده وحجيات كل قضية، حيث أن رأيه يساعد القاضي في إصدار حكم مناسب في القضية.

وكذلك النص على إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بمشاهدة المحضون على أساس العمر، وكذلك اقتضى ذلك، لأنه من غير منطقي أن تكون مكان المشاهدة وزمانها ومدتها وعدد مراتها للمحضون الرضيع والمميز والذي يتجاوز عشر سنوات أن تكون نفسها.^١

سادساً: إن نصّ المشرع على حق الأب في النظر في شؤون المحضون وترتيبه وتعليمه دون وضع آلية لتحقيق ذلك يعتبر عيباً في التشريع، لأن مجرد الرؤية لفترة قصيرة غير كافية، أما المذاهب الفقهية فكان لم تفصل، فمثلاً قالوا: إن للوالد أخذ المحضون الذكر غمراً لكي يستطع القيام بمهامه كولي عليه وإرجاعه قبل اللبث إلى الحاضنة.

أمام سكوت المشرع، فقد قررت محكمة التمييز في كثير من أحكامها، أن من مقتضيات الفقرة الرابعة هي أخذ الأب المحضون واصطحابه وإرجاعه ليلاً، وهذا يعتبر إقتداء بالمذاهب الفقهية. موقف القضاء موقف حسن، ولكن يحتاج إلى دعم من المشرع وهو بالنص صراحة على هذا الحق، لأن النص الحالي لا تستغف المحكمة لإصدار أحكام قانونية سليمة. ويمكن للمشرع الاستفادة من المادة ١/١٨١ من قانون الأحوال الشخصية الأردني بهذا الخصوص التي تنص على "لكل من الأم والأب الحق في رؤية المحضون واستزارة واصطحابه....."^٢.

أما نصّ المشرع العراقي على عدم السماح بمبيت المحضون إلا في دار الحاضنة فقد تعرّض للنقد من البعض رغم موافقتها لأراء المذاهب الفقهية، على سبيل المثال: يقول

^١ النظر ناصر، تجرّد علوي، مرجع سابق، ص ٢٠٨-٢٠٣.

^٢ أبو فارس، تجرّد عبدالقادر، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

أما القضاء العراقي فرغم عدم وجود أي نص قانوني يتناول هذا الموضوع إلا أنه في إحدى قراراته والتي ذكر سابقاً، صعد مقرر حكم يلزم الحاضنة الأم بتأمين الجد لأب من مشاهدته حفيدته رغم أن والد الأخرية كان محكوماً عليه بالسجن المؤبد، على اعتبار أنه لا يجوز أن يكون للوالد والجد حق رؤية المحضون في آن واحد.

ويعتقد الباحث، أن القضاء في القرار المذكور ابتعد عن روح الشريعة الإسلامية السمحة وعن الشعور الإنساني أيضاً، وإن موقفها يطرح تساؤلات: هل يستطيع الأب المحكوم بالسجن المؤبد تعهد ابنه وتعليمها وسائر شؤونها؟ أليس الجد الأب هو الولي عند عدم الأب قانوناً وشرعاً؟ وفي هذه القضية يعتبر وجود الأب كعدمه لأنه محكوم بالسجن المؤبد وأن العدم لا يعني الوفاة فقط. فمن خلال هذا القرار وقرارات أخرى اطّلع عليها الباحث، يتضح بأن القضاء يسمح للجد والجدنة والعلم بمشاهدة المحضون والإشراف عليه في حالة وفاة أحد الأبوين أو كليهما.^١

وتخصص رؤية الأرباء، يمكن الاستفادة من المادة ١/١٨١ من القانون الأردني التي تنص على ".... وللأجداد والجدات حق رؤية المحضون مرة في الشهر...."^٢

يتضح من النص أن للأرباء - الأجداد والجدات - لم حق الرؤية مرة في الشهر،^٣ حتى إن كان الوالدان على قيد الحياة وهذا يعترّ عن روح الشريعة الإسلامية والتي تشجع دائماً على صلة الجد والمحمّد من قطعها، ويرى الباحث من الضروري إعطاء هذا الحق للأعمام والعلمات^٤ والأخوال والحالات كل ثلاث أو أربع أشهر مرة واحدة، حفاظاً على صلة

الرحم، وحق المحضون في التعرف على آقاربه عن قرب، لكن بشرط عدم تضرر المحضون من ذلك، وإعطاء سلطة تقديرية للقاضي في هذا الموضوع بعد استشارة الباحث الاجتماعي.

ثامناً: يرى الباحث ضرورة الفرق بين حق الرؤية وحق الزيارة والاصطحاب، كما هو معمول به في القانون الأردني، فالمشرع الأردني في المادة ١٨١ أعطى جميع هذه الحقوق للأب والأم والجد لأب في حالة عدم الأب لأن هؤلاء ملازمون بالنظر في شؤون المحضون وترتيبه وتعليمه وغير ذلك فيما يحفظ المستحق، بينما أعطى حق الرؤية فقط للأجداد والجدات باعتبارهم الأكثر قرباً للمحضون بعد والديه وهذا موقف حسن، والمشرع العراقي مدعياً للإحتناء بالمشرع الأردني بهذا الخصوص.

تاسعاً: تخصيص مادة أو أكثر لتناول موضوع النظر في شؤون المحضون وتعليمه، والمشاهدة والزيارة والاصطحاب، بحيث يتناول كافة المسائل المتعلقة بما والفاء القرارات المتكلمة لها، لأن أكثر ما يربك القضاة وغيرهم من العاملين في سلك القضاء وحق الأكاديميين هو:

أولاً: تناول أكثر من موضوع واحد في الفقرة الرابعة من المادة ٥٧، فهي تتناول مدة الحضانة وتبديدها وحق الأب في الإشراف على ولده في آن واحد، وبضاعة غير واضحة. ثانياً: تناول الموضوع في مكانين منفصلين، الأول: في متن القانون الثاني: ضمن قرارات مستقلة.

عاشراً: ضرورة النص على تمتع الوالدين بحق مشاهدة المحضون وإن سقط حق أحدهما في الحضانة أو انتهت مدة الحضانة مملماً عليه المذاهب الفقهية ودار الإفتاء المصرية، وكذلك

الفرع عبد، ببناء كرم، مرجع سابق، ص ١٥٥-١٥٦.

^٢ أبو فارس، تجرّد عبدالقادر، مرجع سابق، ص ٤٨٢-٤٨٣.

القاضي حسن صالح، يقترح بأن يتساوى حق الأبوين وحق الجد لأب والجد لأم في المشاهدة، عندما يكون المحضون في حضنة غروهم. نقل عن القاضي حسن صالح، مرسلته، مرجع سابق. أما الهامي المنشطار تجرّد حسن فيقترح بأن يشمل المشاهدة الأجداد والجدات من جهة الأبوين. نقل عن الهامي المنشطار تجرّد حسن، مرسلته، مرجع سابق.

^٣ النظر ناصر، تجرّد علوي، مرجع سابق، ص ٢١١.

العطل الرسمية الأخرى أو أي وقت يراه القاضي مناسباً لمصلحة المحضون وطري
العلاقة.

٣. لا يحرم الأيوين والولي من رؤية المحضون واستزارته واصطحابه وميئته عند سقوط
حضانة أحدهم إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك.

٤. يحق لأجداد وجدّات المحضون وأقاربه من المحارم رؤيته وزيارته حسبما يقرره
القاضي، بعد مراعاة مصلحة المحضون.

المادة الثالثة:

١. لطالب رؤية المحضون وزيارته واصطحابه الاتفاق مع الحاضن على تحديد زمان
ذلك ومكانه ومدته وعدد مراته، فإذا لم يتفق مجدداً القاضي، مراعيّاً سن
المحضون وظروفه وما يراه محققاً لمصلحته ومصصلحة طري الدعوى.

٢. يتضمن حكم الرؤية والاستازة والاصطحاب إلزام المحكوم له بإعادة المحضون إلى
حاضنه بعد انتهاء المدة المقررة، ويلزم طالب الرؤية والاستازة والاصطحاب بدفع
ما تقدره المحكمة من نفقات تنفيذ طلبه عند طلب الحاضن.

٣. للمنفذ العدلي بعد صدور الحكم تعديل زمان الرؤية والزيارة والاصطحاب ومدته
وعدد مراته ومكانه، وكذلك زمان المبيت وعدد مراته، عند طلب الباحث
الاجتماعي أو أحد الطرفين أو اتفاق الطرفين على التعديل، إذا وجد ما يبرر
ذلك وحسبما تقتضيه مصلحة المحضون.

٤. على القاضي والمنفذ العدلي وأطراف العلاقة عند تحديد أو تعديل زمان الرؤية
والزيارة والاصطحاب ومدته وعدد مراته ومكانه، وكذلك زمان المبيت وعدد
مراته، استشارة الباحث الاجتماعي إلا أن رأيه غير ملزم لهم لكن على القاضي
والمنفذ العدلي بيان أسباب عدم الأخذ برأيه.

القضاء العراقي، حيث جاء في قرار محكمة التمييز العراقية، إن سقوط حق الأم في
الحضانة بزواجها من أجنبي عن المحضون لا تسقط حقها في مشاهدة أولادها^١.

حادي عشر: موقف القضاء العراقي وبالتحديد محكمة التمييز كان جيداً بشكل عام،
حيث أنه رغم وجود ثغرات في القانون فيما يتعلق بمشاهدة المحضون، إلا أنها أصدرت
أحكاماً واقعية وحكيمة مستمدة من روح الشريعة الإسلامية عند تنفيذها لأحكام محاكم
الأحوال الشخصية وتوجيهها وإرشادها، عدا الحكم الذي أصدرته محكمة الموضوع
والقاضي بمشاهدة الجدّ لحفيده، والذي نقض من قبل محكمة التمييز. عليه يرى الباحث
ضرورة تحويل أغلبية مبادئ محكمة التمييز في هذا الخصوص إلى مواد قانونية التي
ستساعد كثيراً العاملين في سلك القانون سواء كانوا قضاة أو محاميين أو طلبة قانون أو
باحثين وأكاديميين.

المواد المقترحة في مشاهدة المحضون:

المادة الأولى:

على الولي القيام بما يوجب حق الولاية على المحضون من الإشراف على تنشئته تنشئة
صالحة وتأديبه وتعليمه، وعلى الحاضن تمكينه من أداء واجباته.

المادة الثانية:

١. لكل من الأيوين والولي عند عدم الأب الحق في رؤية المحضون وزيارته
واصطحابه، عندما يكون في يد أحد الأيوين أو غيرها سواء أثناء فترة الحضانة
أو بعد ضم المحضون إلى الولي، مع تجنّب الخلوّة المحرمة شرعاً.
٢. من حق الأيوين والولي أن يبيت عندهم المحضون مرة على الأقل كل شهر، وأن
لا تقل عن ليّتين كل مرة، وعلى أن يكون المبيت في أيام عطلة الأسبوع أو

^١ النظر قرار محكمة تمييز العراق، رقم ١٣٢٥/ضريبة/١٩٧٠ تاريخ القرار ١٠/١٣/١٩٧٠. النظر عند، بيضاء كريم،
مرجع سابق، ص ١٥٧.

المادة الرابعة:

١. على القاضي إنذار الحاضن الذي امتنع عن تمكين المحكوم له من الرؤية أو الزيارة
أو الاصطحاب أو المبيت بالمحضون دون عذر. وإذا تكرّر تخلفه أو امتناعه بعد
الإنذار، جاز للقاضي إسقاط حضانته مؤقتاً ونقلها إلى من يليه من أصحاب
حق الحضانة ولفترة تقدرها القاضي، وإذا تكرّر تخلفه أو امتناعه جاز إسقاط
حضانته.

٢. على من انتقل إليه حق الحضانة مؤقتاً تنفيذ حكم الرؤية أو الزيارة أو
الاصطحاب أو المبيت كأنه صادر بحقّه .

٣. على القاضي إنذار المحكوم له الذي يتخلف عن الموعد المحدد لتنفيذ الحكم
بالرؤية أو الزيارة أو الاصطحاب أو المبيت دون عذر، وإذا تكرّر تخلفه عن
التنفيذ، جاز للقاضي بناء على الطلب وقف تنفيذ الحكم لمدة تقدرها القاضي،
وإذا تكرّر بعد ذلك بسقط حقّه، أما إذا كان المحكوم له وليّاً تسقط ولايته
ويعيّن للمحضون وليّ آخر لمدة يقدرها القاضي.

٤. الحكم القضائي برؤية المحضون وزيارته واصطحابه والمبيت بصحته مشمول
بالنفاذ الملج، وفي حالة الحاجة لاستخدام القوة الجبرية لتنفيذ الحكم، فلا
تستخدم القوة في مواجهة المحضون.

المبحث الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون.

المطلب الأول: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في التشريع العراقي.

ليس هناك مشكلة بخصوص مكان الحضانة عندما تكون العلاقة الزوجية قائمة بين
والدي المحضون، أو أن تكون الزوجة ما زالت في العدة، كون دار الزوجية هي محل
الحضانة، لكن المشكلة تظهر عندما يفترق الزوجان ويستقل كل واحد منهما بمكان
خاص به، سواء كانت العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين أو انتهت بطلاق أو غيره^١.

تبيّن في المبحث الأول من هذا الفصل، إنّ للشرع قد نصّ في الفقرة الرابعة من
المادة ٥٧ على حق الأب في النظر في شؤون المحضون وترتيبه وتعليمه، لكنه لم يبيّن أو
أفعل أن ينصّ على ضمانات وآليات لحماية أصحاب هذه الحقوق.

أمام هذه المشكلة، اضطرّ الباحثون وشرّح القانون والقضاء إلى القول: إن من
مقتضيات نص الفقرة الرابعة عدم السماح للحاضنة الأم وغيرها من الانتقال بالمحضون
إلى مكان أو بلد بعيد عن الأب، لأن ذلك يؤدي إلى حرمانه من حقه في الإشراف على
ولده الذي نص عليه القانون^٢. كما اضطرّ القضاء في بعض أحكامه إلى تطبيق الفقرة
الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية التي تنصّ على تطبيق مبادئ
الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة مع القانون في حالة وجود فراغ تشريعي^٣.

ونظراً لعدم وجود نصوص قانونية صريحة واضحة تنظّم موضوع مكان الحضانة
والسفر بالمحضون، أدى ذلك إلى استغلال القانون من قبل الكثير من الأزواج المقتفرضين،
وذلك بتغيير مكان الحضانة من قبلها باستمرار وكثرة الانتقال بحجج واهية لا أساس لها
من الصحة، وجنّ القصد من ذلك هو الانتقام. لكن الحقيقة هي، أن المحضون هو الذي
ينضّر أكثر من والده أو والدته، وذلك لأن لكل منطقة عادات وتقاليده خاصة بما تختلف

^١ النظر الكبيسي، أحمد عبيد، مرجع سابق، ص ٣٩٠-٣٩١.

^٢ النظر ناصر، محمد طليوي، مرجع سابق، ص ١٧٣. النظر أحمد، عبد الرحمن سليمان، ص ٥٠.

^٣ النظر عند، بيضاء كريم، مرجع سابق، ص ١٢٧.

٢. **بعد الرضاة أو الفظام:** إذا كان الانتقال إلى مكان قريب فلا بأس به إن لم يطر الأب، أما إذا كان بعيداً فلا يجوز، أما موضوع المواصلات والتقدم والتطور المحاصل في هذا المجال، فلا ينظر إليها كون الأب ربما لا يستطيع استخدامها بسبب الكلفة المالية أو غير ذلك من الأسباب.

٣. **بلوغ المحضون من التمييز:** وهو (٧ أو ٩) سنوات، وهو حد انتهاء الحضنة لدى أغلبية فقهاء المسلمين، وعندها يجب إعادة المحضون إلى الأب أو الولي سواء كان المسافر الأب أو الأم، فبقاء المحضون لدى الأم المسافرة ضياع لنسبه ويجلب العار لولده^١. وإذا كان السفر أو الانتقال لزيارة أو سياحة أو زيارة فيحق لكل طرف السفر بالمحضون بعد الحصول على إذن من الطرف الآخر أو القاضي لمدة أسبوعين على الأقل^٢.

من خلال ما تقدم، يتضح بأن القانون العراقي لا يحتوي على أي نص يتناول مكان الحضنة والانتقال والسفر بالمحضون، وإن جُمع ما ذكر أعلاه مجردات من قبل الشرح والباحثين والعاملين في سلك القضاء. وما ذكر في الفقرة الرابعة، يتعلق بحق الأب في الإشراف على ولده، وهذا يختلف عن الموضوع الذي يتناوله هذا البحث، وإن كان هناك رابط بين الاثنين، وعليه فالمشروع مطالب بإضافة مواد أو فقرات لتنظيم مكان الحضنة والانتقال والسفر بالمحضون، وذلك لحماية حقوق أطراف العلاقة وهم الأب أو الولي والمحضون والأم أو غيرها من الحاضنات.

عن الأخرى، والتي قد تؤثر سلباً على سلوك المحضون وشخصيته، عليه أصبح المحضون وسيلة للانتقام بين الطرفين^٣.

وحرصاً من الباحثين وشرائح القانون، على وضع حدٍّ للتجاوزات التي تتم من قبل أطراف الحضنة من جانب، وعلاج هذه الثغرة بنصوص قانونية جانب آخر، وطفلاً للخلاف الموجود في الفقه الإسلامي والذي يصعب من مهمة القاضي في ترجيح رأي من بين الآراء المتعددة المشعبة فيه من جانب آخر^٤، اقترح البعض، عدم السماح للحاضنة الأم وغيرها السفر بالمحضون بغير الوالي، حتى وإن كانت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين وبعد التحقق من مصلحة المحضون أولاً^٥، بينما قال آخرون بإسقاط حضنة الحاضن إذا خالف أحكام الانتقال في الشريعة والقانون كون المحضون هو المتضرر الأكبر^٦.

ونظراً لوجود مواطنين عراقيين يحملون جنسيات دول أجنبية ووجود العديد من حالات الزواج المختلط بين العراقيين والأجانب، ذهب فريق ثالث إلى ضرورة أخذ موضوع جنسية أطراف الحضنة بعين الاعتبار وعلاج ذلك تشريعياً، والتمييز بين السفر بقصد السياحة أو بقصد الإقامة^٧.

أما مجلس العليوي، فرأى ضرورة تقسيم عمر المحضون إلى مراحل في حالة الانتقال به وأن تكون لكل مرحلة حكم خاص بما على النحو الآتي:

١. **فترة الرضاة:** هي سنتان، وفي هذه الفترة لا يجوز فصل المحضون عن أمه مطلقاً مهما كان نوع الانتقال وبعد المسافة إلا إذا كان السفر إلى خارج الدولة، وليس هناك ضمان لإرجاع المحضون لأبيه أو الولي بعد الرضاة.

^١ النظر للمرجع نفسه، ص ١٤١.

^٢ النظر على، حيد سلطان، وفاض، عباس حسين، مرجع سابق، ص ٢٨٤-٢٨٥.

^٣ نقلاً عن القاضي حسين صاغ، مراسلة، مرجع سابق.

^٤ النظر عند، نيداه كبر، مرجع سابق، ص ١٤١.

^٥ نقلاً عن الهامي المششار في حسن عمر، مراسلة، مرجع سابق.

^١ النظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص ١٨٨-١٨٩.

^٢ النظر المرجع نفسه، ص ١٨٩، ٢٨٣.

المطلب الثاني: مكان الحضنة والسفر بالمحضون في القضاء العراقي.

في هذا المطلب سيحاول الباحث بيان موقف القضاء من مكان الحضنة والسفر والانتقال بالمحضون وذلك من خلال بعض الأحكام الصادرة من محكمة التمييز.

نقضت محكمة التمييز العراقية في قرارها رقم ٢٠٢٩/٢٠٢٩/خضضية/١٩٨٠ بتاريخ ١٩٨٠/٩/٢٩، حكم محكمة الأحوال الشخصية بسبب إعطاء هذه الأخيرة حق الخيار للحاضنة بأخذ المحضون والسفر به إلى مدينة القاهرة=عاصمة مصر- بهدف الإقامة، لأن هذا الحكم يخالف الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون التي تنص على (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون) وإن لم تستند المحكمة على هذه الفقرة صراحة في قرارها، جاء في القرار، "...إن الفقرة الحكمية القاضية بتخيير المدعية بالسفر إلى القاهرة فقط مع الصغيرين المذكورين للاستيطان فيها غير صحيحة، لمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية وكان على محكمة الأحوال الشخصية رد دعوى المدعية"^١.

ومحكمة تمييز إقليم كردستان في قرارها رقم ٣٦/خضضية/٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢٢، أشارت ضمناً إلى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من القانون، جاء فيه: مدار الحضنة على مصلحة المحضون، فإذا ثبت إصرار الحاضنة-الأم- العودة إلى بلد أجنبي للإقامة فيه دون موافقة والد الصغيرين، فإن السفر، بما إلى الدولة الأجنبية يلحق بما الضرر وذلك لاختلاف العادات والتقاليد، كما أنه يحس حق الوالد في الإشراف على شؤون ولديه وتربيتهم وتعليمهم^٢. في هذا القرار نقضت محكمة التمييز حكم محكمة الأحوال الشخصية لأن سفر الحاضنة بسبب حرمان الوالد من الإشراف على ولده، كما يتضرر المحضون بسبب اختلاف العادات والتقاليد.

وفي قرار آخر لها في العدد ٥٥/خضضية/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١، تم نشر المحكمة إلى أية مادة أصلاً، وتطلب لموافقتها على السفر بالمحضون إلى بلد أجنبي موافقة الولي وتأمين مصلحته أولاً^٣، ليس للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج القطر إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته، وأن السفر إلى دولة أجنبية مسقط للحضنة لذا يكون الحكم المميز صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون^٤.

تبيّن من القرارات أعلاه، أنها صدرت إما استناداً إلى الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من باب الانتضاء، أو الفقرة الثانية من المادة الأولى التي تنص على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة مع القانون في حالة وجود فراغ تشريعي أو بموجب الشرع والقانون دون إشارة إلى مواد أو مادة بعينها، وهذه كلها دلائل على الثغرة التشريعية في القانون، لكن القضاء حاول ملأها بأحكام مناسبة وسد الفراغ الناجم عن وجودها.

كما يتضح من خلال هذه القرارات، بأن السفر أو الانتقال بالمحضون إلى خارج العراق معلقة على إذن الولي، فإن وافق جاز، أما إذا سافرت أو انتقلت الحاضنة - الأم وغيرها- بالمحضون رغم رفض الولي فعندئذ تسقط حضنتها، كما وجد الباحث في قرار محكمة تمييز إقليم كردستان، أن موافقة الولي غير كافية، وإنما لا بد من تأمين مصلحة المحضون أولاً، وهذا موقف حسن من القضاء الكردي^٥.

وهنا قد يبدو التساؤل: ماذا يقصد بتأمين مصلحة المحضون؟ لم يجد الباحث هذه العبارة في متن قانون الأحوال الشخصية العراقي، ولا في كتب الشرح ولا في بحوث الباحثين-القانون العراقي، كما لم يجد قرارات أخرى لمحكمة التمييز تساعد على معرفة المقصود منها.

لكن الباحث وجد هذه العبارة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٧ من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة ٢٠١٠م التي تنص على " إذا كان السفر بالمحضون خارج المملكة لعامة مشروعة مؤقتة ولا يوافق الولي على سفره، فللقاضي أن يأذن للحاضن

^١ أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٤.

^٢ النظر أحمد، كحلاني سيد، مرجع سابق، ص ١١٦.

^٣ المرجع نفسه، ص ١٢٠.

المحضون من ذلك، استناداً لأحكام المادة (١/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل وإن إقامة الأخيرة مع طفلها المحضون في الدولة المذكورة لا يبيح للمدعي (المميز عليه) المطالبة نزع الحضانة لا سيما بأنه قد أقر بولادة الطفل في السويد...^١.

رغم عدم موافقة الوالد على نقل ولده المحضون إلى دولة السويد في القرار المذكور إلا أن المحكمة لم تعط لرفضه أية قيمة، ويتضح من القرار بأنها استندت إلى الفقرة الأولى من المادة ٥٧ من القانون، على اعتبار أن الأم أولى بالحضانة حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون، كما استندت على ولادة المحضون في تلك الدولة.

ويعتقد الباحث أنّ المنازعة في هذه القضية ليست على من هو الأولى بالمحضون، وإنما هي متعلقة بالسفر والانتقال بالمحضون إلى دولة أجنبية. إضافة إلى ذلك، لم يطلع الباحث على أي قرار ولا على أي رأي أو اجتهاد من فقيه قانوني يقضي بجواز السفر بالمحضون إلى دولة أجنبية إذا كانت تلك الدولة محل إقامة الأم والمحضون أو مكان ولادة المحضون.

وثمة أمر آخر جدير بالذكر وهو، أنّ محكمة التمييز في العديد من قراراتها لا تسمح بإبعاد المحضون عن والده داخل العراق، فكيف تسمح بنقله إلى خارج العراق؟ وجاء في إحدى قراراتها، لا يجوز للأم الحضنة أخذ المحضون الذي في حضانتها إلى البلدة التي يسكنها أهلها إن كانت بعيدة عن بلدة والد المحضون،^٢ والسبب في عدم جواز الابتعاد

^١ موقع مجلة التشريع والقضاء، تاريخ الزيارة ١٩-١١-٢٠١٣.

http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1781

^٢ قرار محكمة تمييز العراق، رقم ١٨٢٩/شخصية/١٩٧٥ تاريخ القرار ١٨/١١/١٩٧٦. انظر عبد، بيداء كريم، مرجع سابق، ص ١٣٩.

استردت الأم حضانتها، وآخر يقول بالجواز إن كان المكان قريباً من الأم بحيث تستطيع مشاهدته ولدها كل يوم^١.

فإنه لم يجد قولاً أو رأياً لفتحي حنفي يتحدث عن سقوط الحضانة إذا لم يلتزم الحاضن بمكان الحضانة، وإنما وجد عبارات أخرى مثل: (إذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك إلا أن تخرجه إن ملطها وقد كان الزوج قد تزوجها فيه)^٢ (ويشترط في معيها -حضان- عن الخروج به -الحضون-...) "تَبَيَّنْ أَهْمُ اسْتِخْدَامُوا (ليس لها، ومعها) ولم يستخدموها (تسقط، سقوط، يفقد).

ولهذا السبب، اختلف الباحثون وشراح قوانين الأحوال الشخصية والقضاة في سقوط الحضانة في هذه الحالة من عدمها، فمنهم من يرى بسقوط حضانة الحاضن إذا لم يلتزم بالأحكام الخاصة بمكان الحضانة، ومنهم من يرى بعدم سقوط الحضانة وللولي منعه من ذلك أو طلب الرجوع، على اعتبار أنه لا يجوز إجبار أي شخص بالبقاء في مكان معين، والقاضي وحده له إصدار الأمر بعودتها إلى بلد الحضانة، ولكن لا تجبر على التنفيذ. ويرد على هذا الرأي بأن الحضانة تدور على منفعة الحضون، ومن مصلحة أنه يكون قرب وليه الذي له حق الإشراف عليه وتربيته وتعليمه ورويته، والذي يتفق عليه ويدفع أجرة الحضانة والسكن؛ كما أنه إذا تعارض ولاية الحضانة مع ولاية النفس فإن الأولوية للأخيرة، وهذا ما يستنتج من أقوال الفقهاء حينما لم يسمحوا للحاضن بنقل الحضون إلى مكان لا يستطيع الأب من زيارة الحضون والرجوع إلى داره قبل الليل. وعليه، فإن الرأي القاضي بسقوط الحضانة هو الرأي الراجح لدى الباحث، وجدير

^١ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٨. انظر شعبان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٤. انظر بدران، أبو العيين، مرجع سابق، ص ٥٤٤. انظر الجندي، أحمد نصر، الفقه والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص ١٤٨.
^٢ الفقيهي، عبد الغني بن طالب، مرجع سابق، ص ١٠٤.
^٣ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٧٨.

والسبب في ذلك هو تجنب نشأة الحضون من داخل بيته تتسم بالجمل والجفوة^١، وقيل أجاز بمخا التعلق بشرط أن تكون القرية هي مكان إتمام العقد^٢.

الأحكام المذكورة أعلاه، هي خاصة بالتنقل والسفر داخل دار الإسلام، أما إذا كان المكان الذي تنتقل إليه الأم دار حرب، فلا يجوز لها الانتقال وإن كان دار الحرب موطنها وعقد فيها نكاحها^٣.

الحاضنة غير الأم: غير الأم ليس بإمكانها الخروج بالحضون إلى أي مكان سواء كان قريباً أو بعيداً موطناً لها أم لا، إلا بإذن الولي، كون السماح للزوجة كان بسبب عقد الزواج ولتجنب وشحة العريفة، أما الآخرين فلا يوجد هناك عقد يبرهنهم بوالد الحضون، ولكن المتأخرين من العلماء أجازوا لغير الأم الانتقال بالحضون للبلدة أو القرية القريبة بحيث يستطيع الأب زيارة الحضون والعودة إلى بيته في نفس اليوم^٤.

والد الحضون وولته: بخصوص الأب أو الولي، فإنه لا يجوز له الانتقال بالحضون أثناء مدة حضانة النساء، لأن الأم سوف تنصهر بحرماتها من حضانة ولدها^٥، والحكم هو نفسه حين وإن كانت الحاضنة غير الأم، لأنها قد تستعيد حضانتها في أي وقت، لكن هناك رأي يميز التنقل بالحضون من قبل وليه على أن يعود إلى محل إقامته الأصلي إذا

^١ انظر أبو الحسنا، محمد عبد بن محمد بن أبي الخليل، الجامع الصغير وشرحه التابع الكثير من بطلع الجامع الصغير، (ديوت: عالم الكتب)، ط ١٩٨٦م، ص ٢٢٨. انظر تاج، عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٤٤٠.
^٢ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٦. انظر آفتندي، عبد الرحمن بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٣. انظر شعبان، محمد، مرجع سابق، ص ٤٠١.
^٣ انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٧٠. انظر آفتندي، عبد الرحمن بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٣. انظر محمد، عبيد عزيز، مرجع سابق، ص ٥١.
^٤ انظر ملا خوسرو، محمد بن فارمز، مرجع سابق، ص ٤١٢. انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٧٠. انظر أبو زعنا، الإمام محمد، مرجع سابق، ص ٤١١. انظر شعبان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٣٠، وبدران، أبو العيين، مرجع سابق، ص ٥٤٤-٥٤٥.
^٥ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٧٠. آفتندي، عبد الرحمن بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

بالذكر أن للقاضي المستشار أحد نصر رد مفصل على هذا الرأي القاضي بعدم سقوطها^٦.

المذهب الشافعي:

الشافعية الحالفية ليس لديهم خلاف حول مكان الحضانة إذا كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً، دار كون الزوجية في هذه الحالة، يعتبر مكاناً لها، لكن الخلاف يظهر عند حصول الفرقة بين الزوجين.

عند حصول الفرقة بين الزوجين فإن فقهاء المذهب، مَرَّ بين فيما إذا كان السفر أو الانتقال بهدف الإقامة أو الحاجة:

أولاً: السفر لحاجة: إذا كان السفر لغرض حاجة وليس للإقامة كالبيع والزرعة والتجارة، فلحاضنة من حق المقيم منهما -الوالدين- سواء كان السفر لمدة طويلة أو قصيرة، وذلك لتجنب الحضون من محاط السفر لحين العودة، وقيل: من حق الأب إن طال سفره، وقيل: يكون مع الأم إن كان سفرها لمدة قصيرة وإن كانت المسافة بعيدة، وقيل: إذا كان بقاء الحضون مع أمه المقيمة فيه ضياع لمصلحه، كان يعلمه والده حرفة وليس هناك من يقوم مقامه، عندها يكون مع والده المسافر وخاصة إن هو اختار السفر معه^١. وقيل: إن أراد الوالد السفر وكان الحضون صغيراً، فيترك عنده أمه، أما إذا كان كبيراً فيختار فإن اختار والده لا يسافر به ولكن يسلمه إلى من يقوم مقامه لحين عودته^٢. وإذا أراد

^١ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٤٤٩. انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١-٢٠٢. انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٢٣. وتكون أميل "١٠٦٩٣".
^٢ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١. انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٥٠. انظر الأسيوطي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١. انظر النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص ٣٤٢.
^٣ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١.
^٤ انظر بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمراء، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

كلا الوالدين السفر وكان طرفيها متخلفين وكذلك مكان الوجهة، فهناك رأيان، الأول: يكون مع الأم، الثاني: الذي وجهته أقرب أو مدة سفره أقصر^٣.

ثانياً: السفر بقصد الإقامة: إذا كان السفر بقصد الإقامة، وكانت المسافة مسافة قصر الصلاة^٤، فإن من حق الأب ثم العصبية الحرام وغير الحرام -في حالة اختلاف الجنس- الإمساك بالحضون، أي أكان المنقل من الوالدين، لأن بقاء الحضون مع والده يحفظ نسبة ويسهل عليه تربيته وتعليمه وموئته، لكن يشترط أن يكون الطريق ومكان الوجهة آمين، وبعبارة يكون من حق المقيم منهما، ولا يجوز تغيير الحضون المميز إذا كان السفر مخوفاً^٥.

والأصح عند "الشريفي" هو عدم اشتراط مسافة القصر ويحجر السفر للإقامة في بلدة أخرى، يكون من حق الأب الاحتفاظ بالحضون، سواء كان للمسافر الأب أو الأم^٦. وقيل: إذا كانت المسافة أقل من مسافة القصر فإن الحضون المميز يجزئ بينهما لأن الحالة هذه تعتبر كأنهما يقيمان في محلين داخل مدينة واحدة^٧. وإذا رجع الأب من سفر النقلة عندها يرجع حق الأم في الحضانة، وكذلك الحال إذا رجعت الأم من سفر النقلة إلى محل إقامة والد الحضون^٨.

^١ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١.
^٢ مسافة قصر الصلاة عند الشافعية هي ٤٨ ميلاً من الأميال الفارسية، كما جاء في "اصحح" للنووي، انظر النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف، اصحح شرح المهذب، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص ٢٢٣. وتكون أميل "١٠٦٩٣".
^٣ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١. انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٥٠. انظر الأسيوطي، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١. انظر النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص ٣٤٢.
^٤ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١.
^٥ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١.
^٦ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١.
^٧ انظر الشريفي، محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ص ٢٠١.

آخر وهو القول المشهور، وقيل: بعد الرضاعة، وقيل: بعد سقوط أسنانه اللبنية^١. ومفهوم المخالفة يعني، إذا كانت سفر النقلة أقل من ستة برد، فإن الحاضن يحتفظ بحضنته، ولا يجوز للولي نزع الحاضن منه^٢.
 وقيل: إن مسافة ستة برد خاصة بسفر الأب أو الولي، أما الحاضن فلا يجوز له الانتقال بمسافة قصر الصلاة فأكثر، أو الانتقال إلى مكان تنقطع أخبار الحاضن عن وليه، فعندها يكون الحاضن مع وليه^٣.
 والجدير بالذكر، أنه إذا تبع الحاضن الحاضن في سفره فإن حقه في الحضنة لا يفسد^٤. وكذلك الحال، إذا رجع الولي من سفره، عندها يعود حق الحاضن في الحضنة^٥. أما إذا رجع الحاضن فقيه تفصيل يستطرق إليه الباحث في الفصل القادم إن شاء الله عند الكلام عن سقوط الحضنة وعودتها.

ثانياً: السفر حاجة: السفر بالحاضن من قبل الأم الحاضنة أو غيرها إذا كان بقصد السياحة أو التبرعة أو العلاج فحائز، ولا تنسقط حضنتها سواء كانت المسافة أقل أو أكثر من ستة برد ويأخذ الحاضن معها^٦. أما إذا أراد الولي السفر، فإن الحاضن يبقى مع الحاضنة ولا يجوز للولي أخذ الحاضن منها إلا بإذنها^٧.

^١ انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢١، الحري، محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١٥. انظر اللواق، محمد بن يوسف الفريابي، مرجع سابق، ص ٥٩٩، الصوري، أحمد بن محمد الخليلي، مرجع سابق، ص ٦٧٧.
^٢ انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢٢، انظر الصوري، أحمد بن محمد الخليلي، مرجع سابق، ص ٧٦٢.
 انظر الكوفي، ابن الحجاج، مرجع سابق، ص ٢٦٦.
^٣ انظر اللواق، محمد بن يوسف الفريابي، مرجع سابق، ص ٥٩٩، انظر ابن عاصم، يوسف بن عبد الله التبري، مرجع سابق، ص ٦٢٦.
^٤ انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢١، خلف بن أبي القاسم محمد، مرجع سابق، ص ٤٠١.
^٥ انظر الحري، محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ١١٥، الصوري، أحمد بن محمد الخليلي، مرجع سابق، ص ٧٦١.
^٦ انظر الخطاب، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٢١٨.
^٧ انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢١، انظر شعبان، زكي الدين، مرجع سابق، ص ٦٣٧، انظر الجندي، أحمد عصر، الفتاوى والحضانة والأولاية على المال في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص ١٤١.
^٨ انظر الفريابي، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٥، انظر الصوري، أحمد بن محمد الخليلي، مرجع سابق، ص ٧٦٢، انظر ابن عاصم، يوسف بن عبد الله التبري، مرجع سابق، ص ٦٢٥.

وإذا انتقلت أو سافرت الأم الحاضنة أو أي حاضن آخر إلى نفس المكان الذي انتقل إليه الأب أو الولي عندها من حق الحاضن استرداد الحضنة، ولا يهيم في هذه الحالة بعد وقرت للمكان^١.

وإذا ادعى الولد بأنه بنوي سفر نقلة والأم ادعت أنه بنوي سفر حاجة، عندها يكون القول قول الولد الأم مع يمينه لأنه أعرف بنيته ويكون الحاضن معه^٢.
 والجدير بالذكر، إن الحاضنة غير الأم ليس لها حق الانتقال أو السفر بالحاضن مطلقاً دون إذن الولي^٣. كما أن الأحكام المذكورة أعلاه غير خاصة بالأب، فإن كان الأخير منقوب أو غير موجود، فإن الولي الذي حل محله والأم الحاضنة يطبق عليهما نفس الأحكام^٤.

المذهب المالكي:

فقهاء هذا المذهب أيضاً، يفرقون بين السفر بقصد الإقامة، وبين سفر التبرعة والتجارة أي الموقفة دون قصد الإسكان:

أولاً: السفر بقصد الإقامة: إذا كان السفر بقصد الإقامة وكان مكان الوجهة يبعد ستة برد^١ فأكثر، وقيل: مسافة يبردين، وقيل: ثلاثة برد^٢، وللمتعهد لدى المذهب هو الأول، فإن الحاضن يكون مع والده أو وليه إذا كان المبتل أو المسافر سواء كان والده أو وليه أو الحاضن، وفي سفر النقلة هذا يأخذ الولي الحاضن وإن كان رضيعاً في حالة قبوله حاضن

^١ انظر الجويني، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٥١.
^٢ انظر ابن سناء، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٩١، انظر الشافعي، إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ص ١٦٩.
^٣ انظر ناصر، محمد علوي، مرجع سابق، ص ١٦٤.
^٤ انظر ابن سناء، يحيى بن أبي الخير العمري، مرجع سابق، ص ٢٩٢.
^٥ ملاحظة: البرد هو ربع يدي ١ يدي = ١ فرسخ، ١ فرسخ = ٣ أميال، ١ ميل = ١،٦٠٩٣ كم، إذا برد = ١١٥،٨٦٦ كم، انظر الفقه، محمد بولس وآخرون، مرجع سابق، ص ٤٥١.
^٦ انظر الفريابي، عبد الله بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٦٥.

وهناك قول آخر بخصوص المسافة التي تسقط حضنة الحاضن، وهي عدم التمكن من الذهاب إلى المكان والرجوع في نفس اليوم قبل المغرب^١.

وإذا حصل أن اجتمع الطران مرة أخرى، سواء بذهاب المقيم إلى مكان الوجهة أو عودة المسافر إلى محل إقامته، عندها يعود حق الحضنة إلى الحاضن-الأم- مرة أخرى^٢.
 أما إذا كانت المسافة أقل من مسافة القصر، فعندها تحفظ الأم بالحاضن وإن كانت هي المنقلة لأنها أشفق على الولد، كما إن الولد بإمكانه الإشراف على ولده في هذه الحالة، كونه يستطيع الذهاب ومشاهدة الحاضن والرجوع في نفس اليوم، وهو الأصح عند المذهب^٣. وقيل: للمقيم منهما^٤.

وجدير بالذكر، أنه إذا حصل أن ادعى الأب بأنه سيسافر سفر نقلة، وقالت الأم بأنه بنوي سفر حاجة، عندها يكون الاعتبار لكلام الأب مع تحليفه اليمين^٥.

ثانياً: السفر حاجة: إذا أراد أحد الوالدين السفر لحاجة كتجارة أو تبرة، ففي هذه الحالة يكون الحاضن مع المقيم منهما تحبباً من إحقاق الضرر به بسبب مشقة السفر، وهنا لا يشترط بعد المكان، فسواء كان مكان الوجهة يبعد مسافة قصر أو أقل أو أكثر من ذلك، فلا قيمة لها، وهو القول الأصح في المذهب. وقيل: للأم، وقيل: للأم إن كان

إذا حصل نزاع بين الولي والحاضن، بأن ادعى الولي بأنه سيسافر سفر نقلة، وادعى الحاضن بأن الولي بنوي سفر تجارة أو تبرة، أو العكس ادعى الحاضن بأنه سيسافر سفر تبرة أو سياحة وادعى الولي بأن الحاضن بنوي سفر نقلة، عندها يحمّل المسافر منهما^١. ويشترط أن يكون مكان الوجهة والطريق المؤدي إليه آمين على نفس الحاضن وماله، سواء كان السفر لنقلة أو لتبرة وتجارة وغيرها، وإلا فإن الحاضن يكون عند الطرف المقيم^٢.

المذهب الحنبلي:

هذا المذهب مثل المذهب الشافعي والمالكي يميز بين سفر الولي والحاضن إن كان لغرض الإقامة أو للحاجة، والتفصيل على النحو الآتي:

أولاً: السفر بقصد الإقامة: إذا أراد أحد والدي الحاضن السفر بقصد السكن والإقامة، وكان مكان الوجهة يبعد مسافة قصر الصلاة أو أكثر، وكان المكان والطريق المؤدي إليه آمين، فعندها يكون من حق الأب أو الولي الاحتفاظ بالحاضن سواء كان هو المقيم أو المسافر وهو الرأي الأصح في المذهب، لأن من حقه تأديب وتربية ولده وحفظ نسبه، فإذا ابتعد عنه هذه المسافة ضاع الحاضن لعدم تمكنه من أداء واجباته تجاه ولده، وقيل: للأم، إن كانت مقيمة، وقيل: للمقيم منهما. أما إذا كان الأب أو الولي بقصد من انتقاله هذا الإضرار بالأم الحاضنة والنزاع الحاضن منها، عندها لن يكون لانتقاله أي قيمة ويبقى الحاضن عند أمه^٣.

^١ انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢١، انظر الحري، محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١٦.
^٢ انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٢٢.
^٣ انظر البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٩٩-٦٩٨، انظر الفواز، صالح بن فوزان بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤٥-٤٤٤، انظر عبد السلام بن عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢٠، انظر بريحان الدين، إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٦-١٨٧.

^١ انظر محمد الدين، عبد السلام بن عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢٠، انظر بريحان الدين، إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٧.
^٢ البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٩٩، الحجابي، موسى بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٦٠.
^٣ انظر البعلبي، المرجع نفسه، ص ٦٩٩، انظر الفواز، صالح بن فوزان بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤٥.
^٤ انظر محمد الدين، عبد السلام بن عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢٠.
^٥ انظر الحجابي، موسى بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

الفرع الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحزون عند مجلس الإفتاء الأوروبي.

جاء في القرار رقم ١٥/٥ لمجلس الإفتاء الأوروبي: على الأب أخذ ولده بهدف التعليم والتأديب إن كان في سن التعليم، على أن لا يبيت إلا في دار الحضانة، كما لم يجز المجلس نقل المحزون إلى خارج بلد الأم إذا سقطت حضانة الأخيرة بسبب زواجها^١.

ويلاحظ على هذا القرار أنه لم يتطرق إلى بيان مكان الحضانة بشكل واضح، كما لم يبيّن المسافة التي لا يجوز لأي طرف منهما تجاوزها في حالة سفر أحدهما بالمحزون، والأثر المترتب عليه. لكن يفهم من القرار أمور عدة منها:

أولاً: إلزام الأب بتعليم وتأديب ولده في سن التعليم، وهذا يتطلب أن يكون مكان إقامة الأب والحضانة قريبين من بعضهما، وإلا كيف يستطيع الأب أخذه كل يوم إلى المدرسة بهدف التعليم وإرجاعه مرة أخرى في نفس اليوم، حيث نصّ القرار على أن المبيت في دار الحضانة.

ثانياً: ألزم القرار الأب أو الولي بعدم إخراج المحزون من بلد الأم حتى وإن سقطت حضانتها، والسبب في ذلك كما يفهم، أنّ لها الحق في مشاهدة ولدها والاطمئنان عليه رغم سقوط حضانتها.

الفرع الثالث: فتاوى دور الإفتاء حول مكان الحضانة والسفر بالمحزون.

في هذا الفرع سيتناول الباحث بعض الفتاوى المتعلقة بمكان الحضانة والسفر بالمحزون الصادرة من دار الإفتاء المصرية ومن دار الإفتاء الأردنية.

أولاً: دار الإفتاء الأردنية: جاء في الفتوى رقم (٢٠٦٩) في ٢٠١٢/٦/١٨، تسقط حضانة الحضانة إذا هي سافرت بالمحزون إلى بلد بعيد دون إذن من والد المحزون^٢.

^١ انظر موقع المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٨/٤ :

<http://www.e-cfr.org/ar/index.php?articleid=283>

^٢ انظر موقع دار الإفتاء الأردنية، تاريخ الزيارة ٢٠١٣/١١/٢٦ :

<http://www.aliftaa.jo/question.aspx?questionid=2069#.upufscskqhm>

الفقرة قد يثير التّكّ حول نزاهة القضاء والثقة به سواء من قبل أطراف العلاقة أو من قبل عامة الناس، لأن الطرف الخاسر في القضية وحتى عمامه قد يرون بأن القاضي غير نزيه، وأن حكمه بعدد عن روح ومبادئ الشريعة الإسلامية، وقد يتساءلون: لماذا أخذ القاضي بقول فقيه واحد بينما ترى الرأي المتفق عليه من قبل جمهور فقهاء المذهب الذي استنبط منه الحكم ؟

يضاف إلى ما سبق، أن الدليل الآخر الذي يتمسك به الباحث والذي يثبت وجود الفراغ التشريعي فيما يتعلق بمكان الحضانة والسر بالمشخص، هو: أنّ القضاء حينما يصدر أحكامه يقول: (من مقتضيات الفقرة الرابعة)، ومرات يقول: (موافق/مناقض لما عليه الشرع والقانون) دون الإشارة إلى مادة أو فقرة قانونية محددة. كما أن الباحث قد وجد أن محكمة التمييز في عدد من أحكامها استندت إلى الفقرة الرابعة مباشرة دون أن تبيّن أن الحكم صدر من مقتضيات الفقرة المذكورة، وهذا كما يراه الباحث إساءة غير سليمة.

رابعاً: الثورة التكنولوجية في مجال الاتصالات والمواصلات، أثّرت على التواصل بشكل ملحوظ، وأصبح التنقل بين الدول أمراً في متناول الجميع تقريباً وكان من نتائج ذلك هي حصول المواطن العراقي على جنسيات أخرى، كما أدى إلى حصول الكثير من الزيجات المختلطة، إننا نواجه العراقيين من الأجناب أو العكس، سواء داخل العراق أو في المهجر. وعليه، فلو كان الوالد أجنبياً وهو ساكن في العراق وأراد السفر بولده إلى موطنه بهدف زيارة أقاربه والرجوع مرة أخرى، وكان المحضون في حضانه والذته العراقية المطلقة من أبيه وهو لازال في سن الحضانه، فهل له ذلك؟ وكذلك لو كان لثلاث السابك ولكن الوالد عراقي الجنسية ويحمل جنسية دولة أجنبية، فهل له السفر بولده إلى الدولة الأجنبية؟

في الوقت الذي عدّلت التشريعات في كثير من الدول العربية قوانينها لعلاج المشاكل الناجمة عن هذه الحالات، وكذلك بيان الطرف الذي له حق احتفاظ بجواز سفر المحضون

يختلف عن حكم السفر بالمحضون إلى مكان بعيد، وحكم السفر لحاجة يختلف عن حكم السفر بهدف الإقامة، كما أن مسافة السفر القريب والبعيد كانت محل خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة.

ويضاف إلى ما تقدّم، أن حكم السفر بالمحضون من قبل الحاضنة الأم يختلف عن غير الأم، وإن حكم سفر الولي بالمحضون أثناء مدة حضانه النساء يختلف بعد هذه المدة، وغير ذلك من الحالات.

أمام هذه التفاصيل بخصوص مكان الحضانه والسفر بالمحضون، فإنّ المشروع العراقي لم ينصّ على أيّة حالة من هذه الحالات لا في الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ ولا في أيّة فقرة أخرى من فقرات هذه المادة الخاصة بالحضانه.

ب. ترك كل هذه الأحكام للقضاء، ينقل حل وعصب القضاء. فالقاضي الذي ينظر إلى عشرات القضايا يومياً، ليس لديه الوقت الكافي لمراجعة الكتب الفقهية لمختلف المذاهب والإطلاع على آراء فقهاءهم، لكي يصدر حكماً مناسباً في القضية.

يضاف إلى ذلك، أن عدم تقييد القاضي بنصوص قانونية، ليس هناك ضمان بعدم الابتعاد عن آراء الفقه الإسلامي، كونه سيستجده في هذه الحالة، فإنما أن يختار ويرجح أحد الآراء الفقهية الإسلامية أو أن يجتهد ويصدر حكماً ربما يكون بعيداً عن آراء فقهاء المسلمين، وذلك بسبب أعياها الكبيرة وعدم توفر الوقت أو بسبب الآراء الفقهية وكثرة تشعباتها وتفصيلاتها.

ثالثاً: عند تناول مكان الحضانه والسفر بالمحضون من خلال بعض أحكام القضاء، تبيّن أن محكمة التمييز قد أصدرت عدداً من أحكامها استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون.

إن لجوء القضاء إلى هذه الفقرة دليل على وجود فراغ تشريعي، كون الفقرة ذاتها تنص على اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لهذا القانون في حالة عدم وجود نص تشريعي للقضية المعروضة على القضاء. من جانب آخر، فإن اللجوء إلى هذه

والمستندات الأخرى التي تعود للمحضون، فإنّ المشروع العراقي لم يتحرك بذات الاتجاه ولم يتم تقديم أي حل مناسب لهذه الحالات تاركاً علاجها للقضاء.

فعلى سبيل المثال، جاء في المادة ١٨٠ من قانون الأسرة القطري، "مكان الحضانه هو بلد ولي المحضون، ويستثنى من ذلك حالة المرأة الملعوق عليها وهي مقيمة في قطر، فيجوز للقاضي إبقاء المحضون معها، إذا قدر أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك"، وجاء في المادة ١٨٥ "...إذ إن كانت الحضانه أجنبية وكان سفرها عرضياً لغرض إقامة، إلى وطنها، فللقاضي طلب احتجاز كفل يضمن عودتها بالمحضون... وإذا خشي ولي المحضون عدم عودة الحضانه الأجنبية بالمحضون من سفرها، مبنياً أسباباً معقولة لذلك، فللمحكمة منعها من السفر بالمحضون، متى ترحبت لها (المحكمة) صحة تلك الأسباب...".^١ ويخصّص جواز السفر والوثائق الأخرى للمحضون، فتم تخصيص المادة ١٧٦ لها لتجنب المشاكل الناجمة عنها بين الطرفين.

خامساً: يرى الباحث عدم صحة التوجه القائل، بعدم الاعتماد على الوسائل النقل المتوفرة لكل عصر في احتساب قرب وبعد مكان الحضانه، لأن ذلك يعني إهمال للثورة التكنولوجية في مجال الاتصالات والتنقل، وهو أمر واقع ولا يجوز إنكاره. لكن المطلوب من القضاء كما يراه الباحث في هذه الحالة، هو النظر إلى الإمكانية المالية لأطب أو الولي ومدى توفر وسائل النقل، فقد تكون المسافة بين مركز محافظة دموك وقضاء ديراليك التابع لها قرية ل (س) من الناس كونه رجلاً غنياً، بينما تكون المسافة نفسها تعتبر بعيدة ل (ص) من الناس كونه رجلاً فقيراً، وعليه فعدم مراعاة القدرة المالية للولي بسبب عدم تحقيق العدالة لأن لمساوره بين الجميع يكون فيها ظلم لبعض الناس أحياناً.

سادساً: أما موقف القضاء من الفراغ التشريعي هذا، فكان جيداً بشكل عام، حيث يمكن القول بأن محكمة التمييز وبمكتبة ضاعفاً الماهرين، استطاعت إصدار أحكام قانونية ملاءمة ومتناسبة مع الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمكان الحضانه والسفر بالمحضون كما

^١ موقع المواع: البوابة القانونية القطرية، مرجع سابق. (مراجع الكترون)

خاصة:

أ. إذا كان الولي عراقي ومتجنس بجنسية دولة أجنبية أيضاً، فله السفر بالحمضون سفر نقلة إلى هذه الدولة الأجنبية للإقامة فيها.
ب. ليس للأب أو أي حاضن آخر الحق الوارد في الفقرة (١).

سادساً:

أ. إذا كانت الأم عراقية ومتجنسة بجنسية دولة أجنبية أيضاً، فلها السفر بالحمضون إلى هذه الدولة الأجنبية بقصد حاجة أو سياحة دون الإقامة.
ب. أقصى مدة للسفر في الفقرة (١) شهر واحد، بعد تأمين مصلحة الحمضون أولاً، وتقديم كفالة رسمية بإرجاع الحمضون.
سابعاً: للولي نفس الحقوق الواردة في الفقرة (سادساً) ونفس الشروط^١.

ثامناً:

أ. إذا كان أحد الزوجين أو الولي أجنبياً والأخر عراقي، فيجوز للأجنبي منهم السفر بالحمضون إلى دولته سفر حاجة لمدة لا تزيد عن شهر بعد تأمين مصلحة الحمضون أولاً، وتقديم كفالة بإرجاع الحمضون.
ب. لا يجوز للأب أو الولي الأجنبي سفر النقلة بالحمضون إلى دولته إلا بعد انتهاء حضانة النساء.

تاسعاً: إذا لم يلزم الأب أو الولي والأم الحاضنة وأي حاضن آخر بالأحكام الخاصة لكل حالة من الحالات المذكورة اعلاه، يوجه له القاضي إنذاراً بضرورة الالتزام بها، فإن أصر

^١ ملاحظة: بموجب قانون الجنسية العراقية الجديد رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، للواطن العراقي يستطيع الاحتفاظ بجنسيته العراقية إضافة إلى جنسية دولة أخرى بموجب الفقرة الأولى من المادة العاشرة منه التي تنص على "يحفظ العراقي الذي اكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريماً عن تجليه عن الجنسية العراقية"، عليه ولكثرة وجود هذه الحالات ولتفصيلات تحقيق العدالة، أراد الباحث من خلال المادة المقترحة والتحديد في الفترتين (سادساً، سابعاً) إعطاء قيمة لجنسيتهم الأجنبية عند السفر بالحمضون.

المادة المقترحة لمكان الحضانة والسفر بالحمضون:

أولاً:

أ. لا يجوز السفر بالحمضون إلى أي مكان، إذا كان المكان هذا والطريق إليه غير أمين على نفس الحمضون ودينه وأخلافه وماله.
ب. لا يجوز للولي السفر بالحمضون إن كان الحمضون لم يكمل سنتين من عمره.
ج. لا يجوز السفر بالحمضون من المدينة إلى القرية بقصد الإقامة.
ثانياً: ليس للأب حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي، أن تسافر بولدها سفر نقلة أو حاجة من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه أو وليه.

ثالثاً:

أ. يجوز السفر بالحمضون لسياحة أو زيارة أو حاجة من قبل الولي أو الحاضن إلى مكان قريب داخل العراق لمدة لا تتجاوز عشرة أيام، أما إذا كان مكان بعيد فلا تتجاوز عشرون يوماً، على أن لا يلحق الضرر بالحمضون في كلتا الحالتين وإلا يكون الحمضون مع المقيم منهما.
ب. يجوز السفر بالحمضون بقصد الإقامة من قبل الحاضن إلى بلدة أخرى داخل العراق، بالشروط أدناه، وفي حالة عدم توفر هذه الشروط يسقط حضانته:
إذا كانت المسافة بين البلدين لا تحول دون رؤية الحمضون والعودة في اليوم نفسه، وكان لا يكلف الولي مشقة أو نفقة غير عادتين بالوسائل العادية بالنسبة له.
عدم قصد الانتقام من الولي أو الحمضون نفسه.
عدم تضرر الحمضون من هذا الانتقال.

رابعاً: تسقط حضانة الحاضن ويكون الحمضون مع وليه إذا سافر الولي سفر نقلة إلى بلدة أخرى داخل العراق، وكانت المسافة بين البلدين تحول دون رؤية الحمضون والعودة في اليوم نفسه بالوسائل العادية بالنسبة له، ولم يقصد من سفره الانتقام من الحاضن.

508

على موقفه، تسقط حضانة الحاضن المخالف أباً كان، ويبرم صاحب الحق في السفر والانتقال بالحمضون لمدة محددة يقدرها القاضي.

عاشراً:

أ. للولي الاحتفاظ بجواز سفر الحمضون، إلا في حالة السفر فيسلم للحاضن.
ب. للقاضي أن يأمر بإبقاء جواز السفر في يد الحاضن، إذا رأى تعتاً من الولي في تسليمه للحاضن وقت الحاجة.
ج. للحاضن الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد، وأي وثائق أخرى ثبوتية تخص الحمضون، أو بصورة منها مصدقة، وله الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحمضون.

510

الفصل السادس

الحضانة: أجزاؤها، سقوطها واستردادها

المبحث الأول: أجرة الحضانة.

المطلب الأول: أجرة الحضانة في التشريع العراقي.
المطلب الثاني: أجرة الحضانة في القضاء العراقي.
المطلب الثالث: أجرة الحضانة في المذاهب الأربعة.
المطلب الرابع: فتاوى دار الإفتاء المصرية حول أجرة الحضانة.
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

المبحث الثاني: سقوط الحضانة واستردادها.

المطلب الأول: سقوط الحضانة واستردادها في التشريع العراقي.
الفرع الأول: سقوط الحضانة.
الفرع الثاني: استرداد الحضانة.
المطلب الثالث: سقوط الحضانة واستردادها في القضاء العراقي.
المطلب الثالث: سقوط الحضانة واستردادها في المذاهب الأربعة.
المطلب الرابع: فتاوى دار الإفتاء المصرية حول سقوط الحضانة واستردادها.
الفرع الأول: حالات سقوط الحضانة.
الفرع الثاني: استرداد الحضانة.
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

511

الفصل السادس

الحضانة: أجرها، سقوطها واستردادها

الحضانة باعتبارها عقد بين الحاضن والمكلف بنفقة المحضون، فإن الأول يستحق أجره مقابل الجهد الذي يبذله عند قيامه بواجبات الحضانة، التي تتمثل في تربية المحضون وحفظه والقيام بشؤونهم. وقد يحصل أن يتبرع شخص بحضانة المحضون دون مقابل، بينما الحاضن يطلب أجرته، في حين للمكلف قد يكون موسراً أو معسراً، فهذه المسائل وغيرها المتعلقة بأجرة الحضانة سيتطرق إليها الباحث بالتفصيل في المبحث الأول من خلال خمسة مطالب.

كما سيتناول الباحث من خلال هذا الفصل، الحالات التي تسقط فيها الحضانة سواء كان بسبب فقدان الحاضن شروط الحضانة، أو بسبب عدم الإلتزام بأحكام السفر والانتقال بالمحضون وغير ذلك من الحالات التي تسقط فيها الحضانة. كما أن موضوع استرداد أو عودة الحضانة، والشروط التي يجب توافرها حتى يستعيد الحاضن حضنته هو الآخر من المواضيع التي سيتم التطرق إليه. فهذه المسائل وغيرها المتعلقة بسقوط الحضانة ועודها، سيتناولها الباحث في المبحث الثاني من خلال خمسة مطالب.

المبحث الأول: أجره الحضانة.

المطلب الأول: أجره الحضانة في التشريع العراقي.

قانون الأحوال الشخصية العراقي تناول أجره الحضانة في الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ التي جاء فيها "إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة، قدرها المحكمة ولا يحكم بأجرة الحاضنة ما دامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي".^{٥٧}

^{٥٧} قانون الأحوال الشخصية وتعديله رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م، مرجع سابق، ص ٥٧.

وبخصوص المسألة نفسها، يقول المحامي عبدي عزيز: "ما نجد من اشتراط المشرع العراقي وكذلك الأردني أن لا تكون الحاضنة معتدة من طلاق رجعي لكي تستحق الأجرة على الحضانة، أي إشرطهم أن تكون الحاضنة معتدة من طلاق بائن تحديداً وانتهاء فترة العدة لكي تستحق أجره الحضانة... أما القانون السوري فقد مثل كافة أنواع الطلاق دون تحديد أو تخصيص لنوع الطلاق وهذا ما نرجحه من رأي، ذلك لأن القانون العراقي حدد نوع الطلاق على أن لا يكون الطلاق رجعياً وكذلك القانون الأردني"^١ عند قراءة كلام "عبدي عزيز" بتعجب، يلاحظ بأن كلامه فيه بعض التناقض، فهو في بداية كلامه ونهايته أوضح بأنه في القانون العراقي الحاضنة لا تستحق الأجرة إن كانت معتدة من طلاق رجعي وهذا موافق لما هو منصوص عليه في القانون، ولكنه ناقض كلامه حينما قال "أي إشرطهم أن تكون الحاضنة معتدة من طلاق بائن تحديداً وانتهاء فترة العدة"، لأن نص الفقرة الثالثة لا يشترط انتهاء عدة الحاضنة في هذه الحالة، فيجوز أن تكون الحاضنة مطلقة من طلاق بائن تستحق الأجرة وإن لم تنته عدتها.

أما فيما يتعلق بوقت سريان أجره الحضانة، فيفهم من نص الفقرة الثالثة من المادة ٥٧، بأن الحاضنة الأجنبية تستحق أجرها من تاريخ الاتفاق ولكن إذا لم يتفق الطرفان وعرضت القضية على المحكمة، فمن أي تاريخ تحتمس؟ وفيما يتعلق بأجرة الحاضنة الأم هي الأخرى غير واضحة، هل تطبق عليها نفس الأحكام أم تحتمس لها من تاريخ انتهاء عدتها من الطلاق الرجعي مباشرة إن كانت مستمرة في حضنة أولادها.

وبخصوص سريان أجره الحضانة ذكر الشرايح والباحثين رأيين، كما يلي:

الأول: يجتزئ بين الحاضنة الأم وغيرها، فيقول: إن الحاضنة الأم إن كانت مطلقة فإنها تستحق أجره الحضانة من تاريخ إنقطاع نفقة عدتها- بمعنى من تاريخ مباشرتها كحاضنة-، لأنها قد حيست نفسها لحضانة أولادها، أما الحاضنة الأجنبية فإنها لا تستحق إلا من

بفهم من نص الفقرة، أن المشرع أعطى الحرية لأطراف الحضانة للتوصل إلى اتفاق حول الأجرة، كما أزم الطرفين بعرضها على المحكمة في حالة عدم الوصول إلى حلٍ يرضي الطرفين، وهذا يعتبر موفقاً جيداً من المشرع لأنه قد أعطى دوراً وقيمة لإرادة الطرفين، كما تستنتج منها الصفة العقدية للحضانة بين الطرفين. ويضاف إلى ذلك، أنه ذلك يوفر وقتاً وجهداً للقضاء عندما تتم التسوية بين الطرفين دون اللجوء المحكمة.

وعند إجراء المقارنة بين هذا النص والنص الأصلي للفقرة قبل إجراء التعديل عليها بموجب القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨، يلاحظ بأن النص المعدل أفضل من النص القديم، لأن القديم نصّ على "إذا اختلف الزوجان في أجره الحضانة..."، وهذا يمحصر الدائرة بين الزوجين فقط، ويعرض صورة واحدة وهي الحاضنة (الأم) والولي (الأب)، في حين أنه قد لا تكون الحاضنة هي الأم دائماً وكذلك الحال بالنسبة للولي، فقد يكون جدّه أو عمّه أو غيرها، ولهذا فإن المشرع من خلال النص المعدل، استخدم مصطلحات عامة (الحاضنة، من تجب عليه نفقة المحضون) لكي تشمل الفقرة جميع الحالات. ويمكن القول بأن المشرع كان موفقاً وواقعياً حينما نص على (من تجب عليه نفقة المحضون) لأنه بخصوص الأجرة قد يكون الشخص الذي يدفعها ليس ولياً أصلاً وإنما قريب وارث، ويختص استخدام مصطلح (الحاضنة)، فإن الباحث لا يتفق مع المشرع كون المصطلح يشمل الأخت فقط، بينما الحاضن قد يكون رجلاً، لذا يفضل الباحث مصطلح (الحاضن) حتى يشمل جميع الحالات.

المسألة الأخرى التي تناولتها الفقرة الثالثة في نصّها المعدل والتي لم يعالجها النص القديم، هي الأحوال التي تستحق فيها الأم الحاضنة أجره الحضانة من عدتها، فالنص كما هو واضح لم يعط للأُم الحق في طلب الأجرة في حالتين: حالة إقامة الزوجية، وحالة كونها في العدة من طلاق رجعي، وعدا هاتين الحالتين فإنها تستحق الأجرة كما يفهم من الفقرة.

تاريخ الاتفاق أو صدور حكم قضائي، أما حضنتها للعدة السابقة ذلك فعنتر تبرعاً منها^٢.

يفهم من هذا الرأي بخصوص الأم الحاضنة المطلقة، أنها تستحق الأجرة إذا انتهت عدتها وانقضت نفقتها دون أن يحدد نوع الطلاق، وهذا يعني أنها لا تستحق الأجرة أثناء فترة العدة من طلاق بائن كونها تستحق النفقة، وهذا يخالف القانون، لأن الأم الحاضنة المعتدة من طلاق بائن يمكنها الجمع بين نفقة العدة وأجرة الحضانة معاً، من اليوم الأول من الطلاق البائن بموجب الفقرة الثالثة من القانون، كونها لا تشترط انتهاء عدتها أو إنقطاع نفقتها من طلاق بائن كما سبق ذكره، والذين يبررون موقف المشرع في هذه الحالة بتخمين: بأنها صارت كالأجنبية بالطلاق البائن^٣ وأن أجرة الحضانة تصرف لها، كون الحاضنة تستلزم بذل مجهود بدني وعقلي ونفسي معاً^٤. ويضيفون إلى ذلك، إنها ملزمة شرعاً وقانوناً بالتربص والانتظار لغاية انتهاء العدة حتى زوجها الأول لذا فهو ملزم بدفع أجرة الحضانة ونفقة العدة في آن واحد^٥.

وفيما يتعلق بالحاضنة التي تزوجت عرقياً- أي لم تسجل عدتها في المحكمة- يقول المحامي "جمعة سعولون" إن عدم استحقاقها للنفقة الزوجية من الناحية القانونية لا يمنع استحقاقها من أجره الحضانة^٦. المشكلة هنا هي، إنه لا يبين هل إن أجرها تحتمس من تاريخ مباشرة الحضانة كالأُم أم بتاريخ الاتفاق كالأجنبية؟ كونه فرق بين الاثنين، لكن ما يستنتجه الباحث من كلامه هو، أن حكم الأم الذي تزوجت عرقياً والتي أبرمت عقد زواجها أصولياً في المحكمة واحد.

^١ نظر الرعي، جمعة سعولون، مرجع سابق، ص ١٧٧-١٧٨.

^٢ نقلاً عن الدكتور اسماعيل البكر الباري، مراسلة، مرجع سابق.

^٣ الفحيط، أحمد علي وآخرون، مرجع سابق، ص ٢١٧.

^٤ نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق.

^٥ نظر الرعي، جمعة سعولون، مرجع سابق، ص ١٧٨.

^٦ نجم، عبدي عزيز، مرجع سابق، ص ٤٩.

في الفصل الرابع من هذا البحث، تبين إن المدّة الأصلية للحضانة هي إكمال الحضانة عشر سنوات من عمره، كما أجاز المشرع تمديدتها لغاية إكمالها الخامسة عشر، التساؤل الذي طرحه الكثير من الباحثين والشراح في هذا الصدد هو: هل الحاضن يستحق الأجرة في حالة التمديد؟ لأن المشرع لم يتناول هذا الموضوع ولم يبيّنه¹. ما عليه القضاء، هو صرفها لغاية إكمال الحضانة الخامسة عشر من العمر، وهو ما عليه الرأي لدى أغلبية الباحثين والشراح، لكن هناك رأي آخر يقضي بعدم صرف أجرة الحضانة في حالة تمديد الحضانة، وذلك كون الحضانة يستتبع القيام بالكثير من أعماله وخدمة نفسه بنفسه ولا يحتاج إلى مساعدة الحاضن، لكن إذا كان الولد مصاباً بعجز أو مرض عندها لا بأس باستمراره صرف الحضانة². والباحث بدوره يرحب بالرأي الثاني لكن مع بعض التعديل، وهو صرف نصف أجرة الحضانة إذا لم يكن الحاضن مريضاً أو عاجزاً وذلك للسبب نفسه الذي ذكره أصحاب هذا الرأي.

أمّا عن كيفية تقدير الأجرة، فنظراً لعدم تناول كيفية تقدير أجرة الحضانة في نصوص قانونية، فإننا باعتبارها جزءاً من النفقات العامة التي تصرف على الحاضن، فإذا لم يتقدّر الأطراف على الأجرة، فإن المحكمة تقدرها بنفس الإجراءات التي تتبعها المحكمة في تقدير النفقة، حيث تقوم المحكمة بإجراء التحقيقات اللازمة للتمتع على مالية المكلف بدفع الأجرة ومعرفة فيما إذا كان في حالة يسار أو عسار، كما تتحقق فيما إذا كان للحاضن مال أم لا، لأن نفقة كل شخص من ماله، بعد ذلك تنتخب خبيراً قضائياً أو محققاً لتقديم تقريره للمتضمن مبلغ الأجرة، وإذا اعترض عليه أطراف العلاقة تنتخب المحكمة ثلاثة خبراء لتقديم تقرير جديد³. وإن عدم تناول كيفية تقدير الأجرة

¹ عبد، بدياه كزيم، مرجع سابق، ص ١٧٤. ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

² انظر ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٤١.

³ انظر الجندي، أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية: آثار التطبيق بين الزوجين، مرجع سابق، ص ١٩٦١. انظر محمد، عبد عزيز، مرجع سابق، ص ٤٠.

⁴ انظر أحمد، عبد الرحمن، سليمان، ص ٢٥، والكبيسي، أحمد عبد، مرجع سابق، ص ٦٠.

الثاني: لا يفترق بين الأم وغيرها حيث يقول: الأجرة تبدأ من قيام الحاضن بالحضانة ولا تتوقف على صدور حكم من القضاء وإنما تعتبر ديناً في ذمة المكلف بنفقة الحاضن ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما يجوز له التصالح أو التبرع بما كوفئها من حقوقه المالية التي يجوز له التصرف فيها¹.

أمّا الأحكام فسترتق الفقرة الثالثة، بأنه لا يوجد فرق بين الحواضن فسواء كان الحاضن أمّاً للحاضن أو غيرها فالحكم هو نفسه، وإن أجرة الحضانة تستحق من تاريخ إقامة الدعوى أو أملاً المحكمة قياساً على أحكام نفقة الأقارب استناداً لأحكام المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على "يقضي بنفقة الأقارب من تاريخ الإدعاء"، بينما في إقليم كردستان العراق تستحق من تاريخ قيام الحاضن بأداء الحضانة استناداً إلى المادة الأولى من القانون رقم ١١ في ٣٠/٧/٢٠٠١ الصادر من برلمان كردستان، التي تعتبر نفقة الأولاد ديناً في ذمة أبيهم من تاريخ امتناعه الإنفاق عليهم سواء كان الحاضن أمّاً أم غيرها²، ولكن المطلوب في هذه الحالة هو عدم مضي مدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٤٣٠ القانون المدني العراقي لعام ١٩٥١ والتي هي خمس سنوات من تاريخ تركها دون عذر مشروع³.

وفي عهد الصدد، يرحب الباحث ما تيسر عليه محاكم إقليم كردستان، لأن ذلك في مصلحة الحاضن وطرفي الحضانة وتحقيق العدالة. فالحاضن (أمّاً كانت أم غيرها) لا يهمل في عمله لأن أجرته مضمونة ولا يذهب جهده سدى، وهذا بدوره يصب في مصلحة الحاضن لأنه لو تعرّض لإهمال من قبل الحاضن بسبب امتناع أو تأخير وليّه عن دفع الأجرة، وآخراً، الأب أو الولي هو المستفيد أيضاً، لأن ولده أو مولاه لم يضر بسبب تقصيره، وإن كانت النظرة السطحية للموضوع تظهر بأنه الطرف الخاسر.

¹ انظر الكبيسي، أحمد عبد، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

² نقلاً عن القاضي حسين صالح، مراسلة، مرجع سابق. نقلاً عن الهامي محمد حسن عمر، مراسلة، مرجع سابق.

³ انظر أحمد، عبد الرحمن، سليمان، ص ٢٥-٢٦. البراز، عوني كمال، مرجع سابق، ص ٤٦.

دفع بعض الباحثين والشراح إلى دعوة المشرع بضرورة "وضع ضوابط أولية وقاعدة واسعة يتحرك في ضوئها اجتهاد القاضي لتحديد أجرة الحضانة"¹.

وهناك رأي يقول: إنه من الأولي أن تكون نفقة الحاضن وأجرة الحضانة غير متقاربتين أو متساويتين، وإلّا لا بد أن تقدر أجرة الحضانة وفق نسبة إلى نفقة الحاضن -بمعنى أن تكون أجرة الحضانة تساوي نصف أو ربع نفقة الحاضن مثلاً-، لأن الحاضن لا يستطيع الاستغناء عن المآكل والملبس والتعليم ولكن قد يستطيع الاستغناء عن خدمات الحاضن إذا وجد من يطلب أجرة أقل أو وجد متبرع². وفي هذا الصدد، يقول الهامي للمستشار محمد حسن بحكم عمله في المحاكم: أمام عدم وجود نص واضح صريح ينظم هذه المسألة، فإن ما هو عليه من الناحية العملية، هو أن المحكمة تقدر أجرة الحضانة بما يقابل نصف مبلغ نفقة الحاضن، عليه فإذا كان نفقة الحاضن يساوي مائة ألف دينار عراقي فإن الأجرة تكون خمسون ألف دينار³.

وبعيداً بالتركي، إن المبلغ الذي يتقاضاه الحاضن ليس فهو أجرة أو نفقة، فمن ناحية، الحاضن يحصل على هذا المبلغ مقابل قيامه بخدمة الحاضن وهذا يعتبر أجرًا -عقد-⁴، ومن ناحية أخرى، يعتبر من ضمن النفقات العامة للحاضن، فحينما لا يتملك الطفل مالاً أو يكون نفقته على والده وإن كان الأخير معسراً أو في حالة فقدان أو غياب أو فقير وعجز عن الكسب، فعلى أقرابه⁵.

¹ انظر ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٤١-٢٤٢.

² انظر عبد، بدياه كزيم، مرجع سابق، ص ١٧٤.

³ نقلاً عن الدكتور المستشار محمد حسن عمر، مراسلة، مرجع سابق.

⁴ يعرف الهامي عبد القادر الحضانة بأنها عقد بين ولي الصغير وبين المرأة الحاضنة كأمه أو جدته لأنه لو جدته لأبيه، في مقابل أجرة معلومة، على والده وإن كان الأخير معسراً أو في حالة فقدان أو غياب أو فقير وعجز عن الكسب، فعلى أقرابه⁵.

⁵ انظر بدران، أبو العيّن، مرجع سابق، ص ٥٥٥-٥٥٦-٥٥٧. انظر أبو زهرة، الإمام محمد، مرجع سابق، ص ٤٠٠. انظر العلواني، نشوء، مرجع سابق، ص ١٠٨. انظر شعلان، ركن الدين، مرجع سابق، ص ٦٣٣.

ونظراً لوجود الصيغة العقديّة للحضانة بين الحاضن ووليّ الحاضن، ذهب بعض الباحثين إلى أن الأم تستحق أجرة الحضانة قبل زواجها من أجنبي عن الحاضن، فإذا تزوجت منه، للأصل وقف دفع الأجرة، لأن الحضانة عقد وليست نفقة، فأحد طرفي العقد هو والد الحاضن الذي سيسترف على ولده في هذه الحالة في كنف رجل غريب ولو خيّر لأحد ولده، إذن هو مكره والعقد باطل. وإضافة إلى ذلك، فإننا حينما نتزوج لا نتفرغ للحضانة وبذلك لا تعطى الحاضن حقه المطلوب، وعليه يجب قطع الأجرة عن الأم إن هي احتفظت بحقها في الحضانة¹.

وفيما يتعلق بزيادة أجرة الحضانة من عندها، فهناك رأيان:

الأول: يقضي بجواز زيادتها بتبدّل أسعار المعيشة أو بتقدم الحاضن في العمر أو بزيادة المقدرة المالية للولي كوفئها تعتبر نفقة².

الثاني: ليس لأجرة الحضانة علاقة بالمستوي المعيشي للولي زيادة أو نقصاناً، كما أنه ليس من الضروري زيادة الأجرة بتقدم الحاضن في العمر، لأنه الزم الزمير وسوف يقوم بالكثير من الأعمال لخدمة نفسه دون مساعدة من الحاضن³.

الباحث يرحب بالرأي الثاني لأنه يرى أنّ حسبه في حملها وتعليله منطقي، ولأن الطبيعة العقديّة للحضانة بين الطرفين تفرص هذا الرأي. وإضافة إلى ذلك، فإن الباحث يرحب العبارة الأولى من الرأي الأول أيضاً، لأنه إذا حصلت ظروف طارئة غير متوقعة⁴ وأدت إلى تغيير أسعار السوق ومستوى المعيشة بشكل ملموس وتضرر الحاضن أو حتى

¹ انظر ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٤١-٢٤٢.

² حجة سعدون، مرجع سابق، ص ١٨٠.

³ انظر المطهر، محمد بن يحيى، مرجع سابق، ص ٦٢-٦١. ناصر، محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٣٧-٢٣٨.

⁴ المادة ١٦٤ من القانون المدني العراقي.

١. إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العقدان الرجوع عنه ولا تعدله لا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي .
٢. على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كحرب أو متوقعة، وتربط على طرفي العقد (الانزياح العقدي)، وإن لم يصح مستحقاً، فإن مرفقاً يحدد بمقدار يحدد يحدد بمقدار فادحة، جاز للمحكمة بعد اللجوء إلى مصلحة الطرفين أن تغلظ الانزياح المرغوب إلى الحد المسموح إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع بإعلاكل الاتفاق على خلاف ذلك .

● **أجرة الحضانة:** تعتبر أجرة الحضانة من الحقوق المالية الصرفة للحاضن وله الحق في التصرف فيها كيفما شاء، جاء في قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان، " إن من حق الأم المطالبة بأجرة الحضانة إن شاءت ذلك"،^١ وفي قرار آخر لها جاء، " أجرة الحضانة من الحقوق الخالصة للحاضنة وتخضع لرضاها وقبولها ولا تتعلق بحق الطفلة المحضونة".^٢

محكمة تمييز العراق في حكمها المرقم ٤٠١/شخصية/٨٧-١٩٨٨ في ١٢/١١/١٩٨٧ قررت بأن أجرة الحضانة ونفقة المحضون تستمران طالما أن المحضون في حضانة الحاضن إلا في حالتين:

أولاً: سقوط حضانة الحاضن.

ثانياً: ضمّ المحضون إلى وليّته.^٣

يفهم من هذا الحكم بأن أجرة الحضانة ونفقة المحضون تشمل فترة التمديد أيضاً كون المحضون لا يزال في حضانة الحاضن.

● **إنقطاع أجرة الحضانة:** قد يتساءل البعض: هل أجرة الحضانة ونفقة المحضون تنقطعان مباشرة إذا وقعت إحدى هاتين الحالتين؟ جاء في القرار التمييزي المرقوم ٥٥٧٨/شخصية أولى/٢٠٠٩ في ٤/١/٢٠١٠ لمحكمة التمييز الاتحادية أن " قطع نفقة الأولاد وأجرة الحضانة المحكوم بها للمدعى عليها عن حضانتها لهم يكون من تاريخ الادعاء"^٤، يستنتج من هذا القرار بأنه إذا وقعت إحدى هاتين الحالتين فعلى المكلف بنفقة المحضون إقامة

^١ قرار محكمة تمييز إقليم كردستان العراق، ٢٤٦/شخصية/٢٠٠٩ تاريخ القرار ٦/٧/٢٠٠٩. أحمد، كيلاني سيد، مرجع سابق، ص ١٢١.

^٢ موقع مجلة التشريع والقضاء، تاريخ الزيارة ١٠/١٢/٢٠١٣:

http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1792

^٣ انظر مجلة مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٨م، دون صفحة.

^٤ موقع مجلة التشريع والقضاء، تاريخ الزيارة ١٠/١٢/٢٠١٣:

http://tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=1043

يضح من هذا القرار، بأن ما عليه محاكم الإقليم يختلف عن المحاكم التابعة للسلطة الاتحادية، فالقرار نصّ بكل صراحة على عدم حدر أجرة الأم الحاضنة ما دامت هي غير متبرعة، وهذا دليل على احتساب أجرة الحضانة من المباشرة الفعلية للحضنة وليس من تاريخ إقامة الدعوى كما هو عليه محاكم السلطة الاتحادية.

وفي القضية المرقومة ٢٢٧٠/شخصية/١٩٧٨ في ١٩٧٨/١٢/٢١، ذكرت المدعية بأن للدعي عليه وهو زوجها المداخل بما شرعاً تركها هي وابنتها من فراس الزوجية منذ مدة، وعليه طلبت من المحكمة تقدير أجرة مقابل حضانتها للطفلة، ومحكمة الأحوال الشخصية التي أقيمت الدعوى أمامها حكمت لها بمبلغ معين من تاريخ إقامة الدعوى، لكن عندما تم تمييز الحكم لدى محكمة تمييز العراق، نقض من قبل الأخيرة، كون المدعية لا زالت في عصمة زوجها، وأنه بموجب الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ من القانون لا يجوز الحكم للزوجة بأجرة الحضانة ما دامت الزوجية قائمة أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي.^١

● **زيادة أجرة الحضنة:** أما زيادة أجرة الحضنة من عندها، فإن محكمة التمييز الاتحادية في عدد من أحكامها قضت بعدم جواز زيادتها، لأن الحضور كلما تقدم في العمر فإن حاجته إلى مساعدة الحاضن تقل، لذلك لا يوجد هناك ما يوجب زيادتها، جاء في حكمها المرقوم ٣٤٧٤/شخصية/٢٠٠٥/١٢/٢٠ " لا يجوز زيادة أجرة الحضنة لأن الحضورن كبار، وإن حاجتهم لخدمة النساء تقل كلما ازداد عمرهما ولذا لا موجب لزيادة أجرة الحضنة". ويرى الباحث أن هذا الحكم سليم ومنطقي، لأن العلاقة بين الحاضن والولي علاقة مقدّبة، وإن الأجرة تكون مقابل ما يبذل الحاضن من جهد لتربية وصيانة الحضور، ولهذا لا يجوز زيادتها ما لم يقل الطرف الآخر، ولكن في نفس الوقت

دعوى أمام القضاء لقطع النفقة والأجرة والآن فهو يبقى مملزماً بدفعها وإن كان الحضور عدده.

لكن المحكمة في قرارها المرقوم ٣٥٩٢/شخصية/١٩٨٥/٨٤ قضت بتصديق حكم صادر من محكمة شرعية الرضاة، والقاضي بإسقاط أجرة الحضنة بسبب بلوغ الحضور ست عشرة سنة^١. هذا القرار يضيف حالة أخرى إلى الحائتين السابقتين وهي قطع أجرة الحضنة بعد إكمال الحضور ١٥ سنة، والتي هي أقصى مدة تمديد للحضنة في القانون.

● **سريان أجرة الحضانة:** أما فيما يتعلق بوقت سريان أجرة الحضنة، فحما في حكم محكمة تمييز العراق المرقم ٢٣٧٤/شخصية/١٩٧٩ في ١٩٨٠/٢/٢٣ أن الحاضنة المدعية المطلقة من زوجها المدعى عليه لا تستحق أجرة الحضنة إلا من تاريخ إقامة الدعوى، لذا فإن حكم محكمة الأحوال الشخصية بإلزام المدعى عليه للفترة السابقة لإقامة الدعوى والتي قدّرت بخمسة سنوات مخالف للقانون، وبناء عليه نقض حكم المحكمة وحسنت من قبل محكمة التمييز.^٢

من هذا الحكم يستنتج، بأنه لا توجد فرق بين الحواضن أمّا كانت أم غيرها، ففي هذه القضية، رغم عدم توقف الحضنة الأم عن حضنة ولدها منذ طلاقها من زوجها إلى أنّها لم تستحق الأجرة إلا من تاريخ الدعوى، عليه فالأجبية من باب أولى لا تستحق إلا من هذا التاريخ.

أما في إقليم كردستان، فحما في قرار لمحكمة تمييز الإقليم تحت العدد ٦٣/شخصية/٢٠١١ في ٢٠١١/٢/٢٠... إن الأم إذا لم تكن متبرعة تعتبر -أجرة الحضنة- ديناً في ذمة والد الحضور إن لم يكن للمحضور مال وهذا الدين لا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، لم تمخض مدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٢/٤٣٠ من د.م.^٣

^١ انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص ٢٤.

^٢ انظر مجلة مجموعة الأحكام العلية، العدد التاسع عشر، ١٩٨٠م، ص ٣٠.

^٣ أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٢٧-٢٨.

^١ انظر مجلة مجموعة الأحكام العلية، كانون الأول ١٩٧٨م، ص ٤٣.

^٢ أحمد، عبد الرحمن سليمان، مرجع سابق، ص ٢٧.

من خلال ما تقدم، تبين أن القضاء بشكل عام طبق القانون على القضايا المعروضة أمامه تطبيقاً سليماً، وحاول سد القصور الموجود في القانون باتجاه قضائه ولكن حسب وجهة نظر الباحث أن هذا القصور جعل من القضاء يصدر في بعض الأحيان أحكاماً غير موفقة، كقضية الأخيرة التي ذكرها الباحث وعلّق عليها، وكإحتساب أجرة الحضنة من تاريخ الإدعاء بينما لم يجز زيادتها بتبدل الأسعار وتقدم الحضور في العمر، وهذه تعتبر حالة ازدواجية من القضاء في تعرضه لأجرة الحضنة.

المطلب الثالث: أجرة الحضنة في المذاهب الأربعة.

المذهب الحنفي:

لدى الحنفية لا فرق بين أجرة الحضنة وبين أجرة الرضاة، فهم يقسمون الأولى على الأخيرة، وهذا واضح من كتبهم الفقهية، فهم حينما يتناولون أجرة الحضنة ضمن باب الحضنة، يتحدثون عن أجرة الرضاة، إلا في بعض كتب الفقهاء المتأخرين أمثال: ابن نجيم، داماد أفندي وابن عابدين.

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين ومنهم فقهاء الحنفية في استحقال الحاضن غير الأم أجرة الحضنة، والسبب في ذلك يعود إلى وجود عقد بين الأب والأم أو المكلف بنفقة الحضور والحاضن -غير الأم- وبموجبه يقوم الحاضن بخدمة الحضور، حتى وإن كانت الحضنة متبرعة من والد الحضور أو معتدة له.^١

أما الحاضنة الأم فإنها لا تستحق الأجرة في حال قيام الزوجية أو في العدة من طلاق رجعي كونها تستحق النفقة، وتكون أجرة الحضنة نفقة أيضاً فلا يجوز الجمع بين نفقتين في آنٍ واحد. ويضيفون إلى ذلك، أن الحضنة حق لها وواجب عليها، لذا لا تدفع

^١ انظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨١. انظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٦١. انظر أبو الخجاج، صلاح محمد، سبل البوق في أحكام الزواج والطلاق، (صمان) مؤسسة التراث للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥م، ص ٢٤٧. انظر العلوي، محمد بن هلال، مرجع سابق، ص ٩٤. انظر بدران، أبو العيون، مرجع سابق، ص ٥٥٦. انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^١ انظر ناصر، محمد عليوي، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

^٢ أحمد، كبريتي سيد، مرجع سابق، ص ١١٨.

حكم القاضي، ويكون ديناً في ذمة المالك بدفعه ولا يسقط إلا بالإبراء أو الأداء، وهذا ما يريجه الباحث أيضاً.

أما بخصوص التبرع بالحضانة، فالخليفة يفرض بين المتبرع الذي هو من أهل الحضنة وتوفر فيه شروط الحضنة، وبين المتبرع من غير أهل الحضنة، وهناك تفاصيل أخرى سيتناولها الباحث، وهي على النحو الآتي:

أولاً: المتبرع من أهل الحضنة، وتوفر فيه شروط الحضنة. في هذه الحالة يفرقون بين أربعة أنواع:

١. المحضون لا يملك مالا ولكن والده في حالة يسار، عندها يقدم صاحب الحق في الحضنة على المتبرع باعتباره أكثر شفقة على المحضون وإن دفع الأجرة من قبل الوالد لا يضره كونه موسراً، ويعطى له أجر المثل.^١
٢. المحضون يملك مالا والوالد معسر أو كلاهما في حالة يسار، عندها تكون الأجرة من مال المحضون، فيقدم المتبرع على صاحب الحق في الحضنة لأن فيه حفاظاً على مال المحضون هذا من جانب، ومن جانب آخر لا ضرر أن يقوم المتبرع بالحضنة كونه من محرم المحضون، لكن إذا أراد المحضون الحضنة بدون أجر فله الأولوية، وقيل: الحضنة لصاحب الحق فيها ولكن بأجر المثل.^٢

ها الأجرة وإذا دعت إليها الأجرة فإنها تعتبر رشوة،^١ لكن إذا كان الزوج ولد من غير زوجته فإنها غير ملزمة بحضنته، فإذا قامت بحضنته استحققت الأجرة وإن كانت الزوجية بينهما قائمة أو هي في العدة من طلاق رجعي، لأن المحضون ليس ولدها.^٢

أما إذا كانت الأم معدمة من طلاق بائن، فهناك رأيان:

الأول: لا تستحق، كونها مستحقة للنفقة والسكن، فلا يجوز لها الجمع بين النفقة والأجرة معاً، وهي واجبة عليها شرعاً وهذا هو الرأي الراجح في المذهب.

الثاني: تستحق، لأنها بالطلاق البائن قد زالت علاقتها الزوجية وصارت كالأجنبية كما إنفا قد حبست نفسها في سبيل تربية أولادها.^٣

وفيما يخص تاريخ الاستحقاق، فإن المحضون الأجنبي يستحق الأجرة من تاريخ الاتفاق أو الحكم القضائي، أما قبل هذه المدة فإنه لا يستحق مثل بقية الأجور ويعتبر تبرعاً منه. أما بالنسبة للحاضنة الأم، فهناك رأيان:

الأول: نفس حكم المحضون الأجنبي.

الثاني: تستحق بعد القضاء عدتها دون توقف على الاتفاق بين الطرفين أو صدور حكم من المحكمة.^٤

وقد رجح عدد كبير من فقهاء الأحوال الشخصية الرأي الثاني، كون أجرة الحضنة مقابل عمل يقوم به المحضون، لذا فهي تستحق من تاريخ القيام بها دون توقف على

^١ النظر الكاساني، أو بكر بن مسعود بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤١.

^٢ النظر للرجع نفسه.

^٣ النظر الكاساني، للرجع نفسه. النظر ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨١. النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٦١. النظر الأبياني، محمد زيند، مرجع سابق، ص ٥٥٩. النظر العلواني، نشود، مرجع سابق، ص ١٠١٧. النظر شعشان، ركن الدين، مرجع سابق، ص ٦٦٨-٦٦٩. النظر الشيرازي، رمضان علي والشافعي، جابر عبد الغدادي، مرجع سابق، ص ٥٨٩.

^٤ النظر بدران، أبو العيين، مرجع سابق، ص ٥٥٧. النظر شعشان، ركن الدين، مرجع سابق، ص ٦٦١.

^١ النظر الشيرازي، رمضان علي والشافعي، جابر عبد الغدادي، مرجع سابق، ص ٥٤٤. النظر العلواني، محمد بن هلال، مرجع سابق، ص ٩٧.

^٢ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٧-٥٦٢. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ٢٢٢. أبو الخواج، صلاح محمد، مرجع سابق، ص ٣٤٨. الأبياني، محمد زيند، مرجع سابق، ص ٥٦١.

^٣ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٨-٥٦٣. النظر زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٥٩٩. النظر الشيرازي، رمضان علي والشافعي، جابر عبد الغدادي، مرجع سابق، ص ٥٩٩.

في هذه الحالة سواء كان للمحضون مال أم لا، وسواء كان الوالد في حالة يسار أم إعسار، فإن صاحب الحق في الحضنة يقدم على المتبرع ويعطى له أجر المثل. حفاظاً على حماية ورعاية وتربية المحضون كونه أكثر شفقة ورحمة من المتبرع، ولأن المال لم يخلق إلا لحفظ النفس وغير ذلك من المصالح.^١

ويصدد أجرة سكن الحضنة، هناك قولين:

الأول: إذا كان المحضون يسكن داراً مملوكة له أو مستأجر لدار ولكن أجرة سكنه واجبة على شخص آخر غير المالك بنفقة المحضون، ولم يكن هناك مانع من إقامة المحضون معه، عندها لا يستحق المحضون الأجرة، لأن سكن المحضون تابع لسكن المحضون ولا يستقل بنفسه. وعدا هاتين الحالتين فإنه يستحق الأجرة وتجب الأجرة في مال المحضون إن كان له مال ولا تنجب في مال من عليه النفقة.

الثاني: بعض الفقهاء قالوا بأنما لا تجب في أي حال من الأحوال.^٢

من خلا ما تقدم، يتبين أن الخليفة تناولت أجرة الحضنة وما تتعلق بها من مسائل بشكل مفصل، وكان هناك أكثر من رأي بخصوص كل مسألة. كما تبين أن المالك بنفقة المحضون، يجب عليه أجرة الحضنة والرضاعة والحامد إن كان له مقتضى، إضافة إلى نفقة المحضون،^٣ وأجرة سكن الحضنة.

المذهب الشافعي:

قبل تناول أجرة الحضنة وما يتعلق بها من أحكام لدى الشافعية، من الضروري أن يعرف القارئ بأن مصطلح (الوئنة) استخدمه فقهاء الشافعية في باب الحضنة بقصد النفقة.

^١ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٨. النظر شعشان، ركن الدين، مرجع سابق، ص ٦٦٣.

^٢ النظر زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٦٠.

^٣ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٦٢. النظر شعشان، ركن الدين، مرجع سابق، ص ٦٦٩.

^١ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٨. النظر شعشان، ركن الدين، مرجع سابق، ص ٦٦٣.

^٢ النظر موسي، محمد يوسف، مرجع سابق، ص ٣٩٩. النظر الأبياني، محمد زيند، مرجع سابق، ص ٥٦١. النظر زيدان، عبد الكريم، مرجع سابق، ص ٥٩.

^٣ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٧-٥٥٩. النظر الشيرازي، رمضان علي والشافعي، جابر عبد الغدادي، مرجع سابق، ص ٦٠٠.

^٤ النظر ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ص ٥٥٧-٥٥٩. النظر الجندي، أحمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية: آثار الفقهاء بين الزوجين، مرجع سابق، ص ١٨٢٨. النظر الجندي، أحمد نصر، الفتاوى والحضانة والولاية على المال في النفقة للفاكي، مرجع سابق، ص ١٦٢-١٦٤.

وبناء على ذلك، فمن باب أولى أنها تستحق الإجابة إذا انتهت العلاقة الزوجية ولم تكن معتدة، كونها صارت أجنبية وانما حبست نفسها وتمتعت عن الزواج من أجل حضانة الأولاد.

والأجرة تختص من تاريخ المطالبة، ويدفع له أجر المثل بمجرد أن يكلفه القاضي بالحضانة وإن لم يستأجره الولي¹، ولكن إذا قام الحاضن بالحضانة وصرف على المحضون، بقصد الرجوع على المكلف بنفقة المحضون فله ذلك، إن أثبت ذلك بالشهود أو غيرها². أما فيما يتعلق بالتبرع بالحضانة، فإن وجد متبرع بالحضانة أو بأقل من أجر المثل التي يستحقها الحاضن، فمناك فولان. قول يقدم الحاضن ويدفع له أجر المثل، أما القول الآخر فلا يقدم الحاضن لأن في ذلك إهراق للولي وإضرار به. أما إذا طلب الحاضن أكثر من أجر المثل، فلا يقدم الحاضن إطلاقاً، ويسقط حقه في الحضانة³. بخصوص أجرة سكن الحضانة، فإنها تعتبر من ضمن مؤنة الحضانة، وعليه فإنها من مال المحضون إن كان له مال أو من مال وليه⁴؛ وقيل: أجرة سكن الحاضن على المكلف

فمؤنة الحضانة لدى الشافعية تدفع من مال المحضون إن كان له مال وألا فمن مال أبيه، وإذا كان المحضون بحاجة إلى الحلمة، فعلى الولي استئجار خادم له إن كان يخدم أمثاله، وفي هذه الحالة الحاضن لا يجبر على خدمة المحضون، وإن وجبت له أجرة الحضانة، وإذا قام به فإنه يستحق أجرة الخادم إضافة إلى أجرة الحضانة، وإذا كان الحاضن يقوم بالرضاعة أيضاً فله طلب أجرها⁵. الحاضن -ألام وغيرها- لدى الشافعية يجبر على الحضانة إن كان هو المكلف بنفقة المحضون⁶، وألام تكون مكلفة بنفقة المحضون لدى الشافعية في حالة عدم الأب والمحضون لا يمتلك مالاً، ولا يوجد متبرع بالحضانة⁷. إن الحاضنة ألام تستحق الأجرة حتى وإن كانت الزوجية قائمة أو معتدة من طلاق، لأن الحضانة عقد إجارة فإذا كان يجوز لها القيام بعمل كالتخاطبة لغير الزوج بمقابل، فكذلك يجوز لها أخذ أجرة الحضانة من الزوج، كون الحضانة غير واجبة عليها وإنما حق لها وإن كانت المرصعة غيرها⁸.

¹ النظر للعمل، سليمان بن عمر، مرجع سابق، ص ٥١٦. النظر بقولي، مريم نجاد المناس، مرجع سابق، ص ٤٧٤-٤٧٦. النظر للولي، وماه بنت عبد العزيز، أحكام الأمل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة بالرياض في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٩٩٥م، ص ٣٢٧-٣٢٨. موقع: الأمانة العلمية، تاريخ الزيارة ١٦-٢-٢٠١٤: <http://majles.alukah.net/20465-print-28>

² النظر في حجر المحضين، أحمد بن محمد بن علي، مرجع سابق، ص ٣٥٣. النظر فيदान، عبدالكريم، مرجع سابق، ص ٦١. النظر أبو سنان، عابدة سليمان، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي، وقانون الأحوال الشخصية لموظفي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بقرن، ٢٠٢٣م، ص ٨٢، ٨٤. منشورة على كلية نداء الإمام، تاريخ الزيارة ١٦-٢-٢٠١٤: <http://www.al-aman.com/index.htm>

³ النظر في حجر المحضين، أحمد بن محمد بن علي، مرجع سابق، ص ٣٥٩. النظر الجرمي، سليمان بن محمد، نفقة المحضين على شرح الخطيب، مرجع سابق، ص ١١٣. النظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء السابع عشر، (الكتب)، دار السلام، ط ١٩٨٤-١٩٨٥م، ص ٦١١. النظر السويدي، وماه بنت عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤.

⁴ في حجر المحضين، أحمد بن محمد بن علي، مرجع سابق، ص ٣٥٣. السنكي، كزيبا بن محمد بن كزيبا الأضراري، أسنى الطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٤٧. ناصر، محمد علوي، مرجع سابق، ص ٢٥٤-٢٥٦.

⁵ النظر في حجر المحضين، أحمد بن محمد بن علي، نفقة الطابع في شرح المنهاج، الجزء الثامن، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، دط، ١٩٨٣ م)، ص ٣٥٣. النظر السنكي، محمد بن كزيبا الأضراري، أسنى الطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ص ٤٤٧.

⁶ الجمل، سليمان عمر، فصولات الوهاب توضيح شرح منيع الطالب، الجزء الرابع، (م.د: دار الفكر، ص ٥١٦. النظر الخولي، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٦٦-٥٦٧. النظر الجرمي، سليمان بن محمد، حاشية المنهاج على من المنهاج، (بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، د.ط، د.ت)، ص ٤٥٧.

⁷ الجرمي، سليمان بن محمد، نفقة المحضين على شرح الخطيب، مرجع سابق، ص ١١٥. النظر الجرمي، عبد الملك بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٥٦٦-٥٦٧. النظر الجرمي، سليمان بن محمد، حاشية المنهاج على شرح المنهاج، مرجع سابق، ص ١٢٢-١٢٣. النظر فيदान، عبدالكريم، مرجع سابق، ص ٦٠. النظر خية، نور الدين، المحقق الشريعة للأفراد القاصرين، (القطر: دار الكتاب الحديث، ط ١، د.ت)، ص ١٣١. النظر بقولي، مريم نجاد المناس، أحكام الأمل في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، ص ٤٤٧. = رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة أم القرى، الجزء الأول، ٢٠٢١م، ص ٧٣-٧٤. منشورة على موقع: الأمانة العلمية، تاريخ الزيارة ١٦-٢-٢٠١٤: <http://majles.alukah.net/20465-print-28>

بنفقتة كون الأجرة تعتبر من ضمن النفقة، أو له استئجار مسكن من أجرة الحضانة التي تعطى له بمعنى أن الولي غير مكلف بأجرة سكن الحاضن¹. من خلال ما تقدم، يرى الباحث أن الشافعية قد نصت على أحكام لا تتناسب مع واقع الأسرة العراقية، مثل استئجار ألام أجرة الحضانة وهي في عصمة زوجها. فهذا الحكم لم يعط أي اعتبار للعلاقة الزوجية المثبتة بين الزوجين، وجعلت من العلاقة بين الطرفين، علاقة مادية بمنحة أكثر من كونها علاقة مودة ورحمة وسكن كما وصفها رب العزة في كتابه. ولكن لا يستبعد الباحث أن يكون هناك آخرون فهم رأي مخالف، ويرون أن في ذلك تعليل للعلاقة الزوجية ولكانة الزوجية.

المذهب المالكي:

للمالكية يرون إن الحاضن لا يستحق أجرة الحضانة ولا أجرة السكن إن اعترضت الحضانة حقاً له، لأنه ليس من اللطفي أن يطلب الحضانة باعتبار أنها حقه، وفي الوقت ذاته يوجب له الأجرة². وقيل: إن الحاضن عدا سكن الحضانة لا يستحق أي شيء عن الحضانة لا للأجرة ولا بالنفقة إلا إذا كان الحاضن أم المحضون وكانت فقيرة فعندها تستحق النفقة من مال ولده المحضون للموسر³. وإذا اعترضت الحضانة حثفاً للمحضون فعندها يستحق الحاضن (الحاضنة والسكن). وإن كان المحضون رضعاً فتمسحق الألام الحاضنة أجرة الرضاعة وتقدر بأجر المثل⁴.

وإذا كان المحضون في فترة الرضاعة ووجد مرصعة متبرعة أو بأقل من أجر المثل، فإن الألام تقدم ولها أجر المثل، كونها صاحبة الحق في الحضانة، وأما أشفق وأرفق عليه من غيرها، ولأن لأهل الفضل وأرفع وأكثر بركة من لين غيرها. وقيل: إذا كانت المرصعة المتبرعة

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء السابع عشر، مرجع سابق، ص ٣١٣. النظر ابن مهنا، أحمد بن غلام الفرغاني، مرجع سابق، ص ٦٧. النظر القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد، القواعد للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٧. النظر العمري، علي بن أحمد، مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣. النظر علوش، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣١. النظر القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد، القواعد للمهدات، مرجع سابق، ص ٥٧.

² النظر للرجع نفسه، ص ٥٧٠-٥٧١. النظر ابن مهنا، أحمد بن غلام الفرغاني، مرجع سابق، ص ٦٧. النظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٣٣-٥٣٤. النظر الخطيب، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٢٢٠. النظر للواق، محمد بن يوسف الفرغاني، مرجع سابق، ص ٦٠٥-٥٠٦. النظر الخطيب، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٢٢٠-٢٢١.

تستحق الأجرة، ولكن يفهم من أقوال فقهاءهم أنها تختص من تاريخ الطلب، لأن كتبهم نصت على أن الحاضن يستحق الأجرة إذا طلبت.

وإذا قام الولي بإبرام عقد مع امرأة للقيام بالحضانة والرضاعة معاً لزمها الإلتين، وإذا ذكر في مدرجات العقد الرضاعة فقط، فإنها ملزمة بالحضانة تبعاً، أما إذا ذكر الحضانة فلم تلزمها الرضاعة^١.

وفيما يتعلق بمأجرة سكن الحضانة، فهم يعتبرونها من ضمن النفقة، ولهذا فإن أجرة سكن المحضون من مال أو على الملم بنفقته، وكذلك الحال بالنسبة للحاضن فآجرة سكنه على الملم بنفقته^٢.

والجدير بالذكر، أن نفقات الحضانة أو ما يسمى بمؤنة الحضانة يتحملها المحضون إن كان له مال والأفلى المكلّف بنفقته^٣.

الخلاصة: تستحق أم المحضون الأجرة إذا طلبت سواء كانت الزوجية قائمة أو منتهية، لكن استحقاقها هذا متوقف على فيما إذا كانت الحضانة حق للحاضن أو واجب عليه. فإن كانت حقاً له فلا يستحق الأجرة، أما إذا اعتبرت الحضانة واجباً عليه وحقاً للمحضون فعندها يستحق الأجرة.

النفقة، ورأي آخر لا يوجب لها، ورأي يقول: بأنها تستحق بقدر حضانتها للمحضون اليتم أي أقل من النفقة – بمعنى تستحق أجرة الحضانة فقط^٤.

نما سبق تبين للباحث، أن المذهب المالكي كاللذاهب السلفية الذكر، حاول تناول جميع الجوانب المتعلقة بأجرة الحضانة، وأقبح إن استحقاق الحاضن للأجر من عنده، ويعتمد على فيما إذا كانت الحضانة حق له أو عليه، وهذا ليس فيه إنصاف بحق الحاضن، لأنه وكما تبين من خلال الفصل الثاني من هذا البحث، إن الحضانة حق وواجب في نفس الوقت، لذا فالعائلة والمنطق يقتضيان صرف الأجرة له في كلتا الحالتين.

المذهب الحنبلي:

الحابلية لم يفرقوا بين الأم الحاضنة القائمة زوجها أو المعتدة من طلاق أو المتقضية عدتها. وهذا يعني، بأنها تستحق الأجرة في جميع هذه الأحوال.

لكنهم يفرقوا بين ما إذا كانت الحضانة حق للحاضن أو واجب عليه. فإن الحاضن لا يستحق أجرة الحضانة إن كانت الحضانة حقاً له، أما إذا اعتبرت الحضانة حقاً للمحضون وواجباً فعندها يستحق الأجرة. والفرق بين هاتين الحالتين يطبق إذا ما كان الحاضن موسراً، أما إذا كان الحاضن فقيراً، فله الأجرة في الحالتين. وقول: لا يستحق إلا إذا كان واجباً^٥.

والحاضن أيًا كان له طلب الأجرة – أجر المثل –، والحاضنة الأم لها أجر المثل وإن كانت هناك متبرعة بالحضانة، وإذا رفضت الحاضنة فلا تجبر عليها^٦. ولم يبين الحابلية متى

^١ انظر الخطاب، محمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٢٢١. انظر اللواتي، محمد بن يوسف الغرناطي، مرجع سابق، ص ٦٠٥.
^٢ انظر جرح الدين المقدسي، محمد بن مفلح، مرجع سابق، ص ٣٤٢. انظر بيهان الدين، إبراهيم بن محمد، مرجع سابق، ص ١٨٦. انظر أبو سالم، عيادة سليمان، مرجع سابق، ص ٨٢.
^٣ انظر الطي، عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٦٦. انظر أحمد الكرعي، موهي بن يوسف، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

^٤ انظر الجيزي، عبد الرحمن بن محمد عوض، مرجع سابق، ص ٥٢٨.
^٥ انظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، الجزء السابع عشر، ص ٣١٣. انظر أبو سالم، عيادة سليمان، مرجع سابق، ص ٩٦-٩٧.
^٦ انظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، مرجع سابق، ص ٣١١.

مسألة أخرى وهي: بأن مؤنة الحضانة وكل ما يتعلق بها من نفقات من مال المحضون إن كان له مال والأفمن مال المكلّف بنفقته.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

عند مقارنة الأحكام التي وردت في الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية الخاصة بأجرة الحضانة بما تناوله المذاهب الفقهية الأربعة وفتاوى دار الإفتاء المصرية في هذا الخصوص، يتضح بأن هناك قصوراً وعموضاً في الفقرة المذكورة وأن المشرع لم يستطع من خلالها تغطية جميع الجوانب المتعلقة بأجرة الحضانة، ويمكن توضيح ذلك كما يلي:

أولاً: أعطى المشرع للحاضن (الأم وغيرها) الحق في طلب الأجرة مقابل قيامها بحضانة المحضون، وهذا ما عليه المذهب الحنفي والشافعي وما عليه دار الإفتاء المصرية، أما فقهاء المذهب المالكي والحنبلي فقالوا بعدم استحقاق الأجرة إن كانت الحضانة حق له، لأنه من غير المنطقي أن يحصل الحاضن على الأجرة في حين أنها حقه، لكن يرد على هذا الرأي: ألا يعتبر ذلك إجحافاً بحق الحاضن الذي يبذل جهداً في حضانة المحضون بدون مقابل؟ ألا يعتبر ذلك كسباً دون سبب لولي المحضون على حساب الحاضن، فهو يحصل على منفعة وهي حضانة ولده أو قريبه المحضون من قبل الحاضن دون أن يدفع أجرةً للحاضن. علماً، أن الحاضن يستحق الأجرة في قول للحابلية والمالكية إذا كان فقيراً، سواء كان الحضانة حق له أم واجب. وعليه، يرى الباحث أن موقف المشرع العراقي من هذه المسألة موقف حسن.

ثانياً: عدم استحقاق الأم الحاضنة أجرة الحضانة عندما تكون الزوجية قائمة، وهو بلوره موقف جيد من المشرع، لأن الولد في هذه الحالة يتبع على زوجته وعلى أولاده، كما أن العلاقة الزوجية سوف تتكدر ولن تتسم بالودعة والرحمة والحنان إذا دفع الزوج أجرة الحضانة لزوجته، أما ما ذهب إليه البعض كالشافعية والحابلية باستحقاق الأم الأجرة حتى

^١ ملاحظة: لم يتفرق الباحث إى بيان أجرة الحضانة لدى الجمهور الفقهية وذلك لعدم تناول اللومض في فترافهم وتوضيحاتهم.
^٢ عباد، محمد باقر، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٣٧.
^٣ انظر المرجع نفسه، ص ٣٥٨.
^٤ انظر المرجع نفسه، ص ٣٥٠.

نفتحتين عن فعل واحد، كما يؤدي إلى جمع المطلقة أيضاً بين نفتحتين عن فعل واحد^١، وهذا ما ذهب إليه أيضاً عالم الشريعة والقانون المصري أبو زهرة وغيره^٢. بناء على ما سبق، يرى الباحث ضرورة تعديل هذه الفقرة وجعلها تنص على عدم استحقاق المعتدة أجره الحضانية إن كانت النفقة تصرف لها، أي كان نوع الطلاق، فطالما هي تحصل على النفقة فلا تستحق أجره الحضانية، ومتى قطعت النفقة صرفت لها أجره الحضانية. وهذا ما عليه القانون الإماراتي، حيث نصّ في الفقرة الثالثة من المادة ١٤٨ على أنه "لا تستحق الحضانية أجره حضانية إذا كانت زوجة لأب المحضون أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه".

ثالثاً: كان هناك آراء بخصوص تاريخ استحقاق أجره الحضانية بين فقهاء المذاهب، فمنهم من ذهب إلى أنها تستحق من تاريخ الطلب، وآخرون قالوا من تاريخ الإنفاق، وفقهاء آخرون قالوا بتاريخ صدور الحكم، وآخرين، هناك من ذهبوا إلى أنها تستحق من تاريخ المباشرة الفعلية للحضانة وكان لهم بعض التفاصيل حول هذه الآراء، خاصة التمييز بين الحضانية الأم وغيرها. أما باحثي وشرح القانون العراقي فلم يتبعوا عن هذه الآراء حيث كان لهم نفس الآراء تقريباً. أما في القانون العراقي فإن تاريخ الاستحقاق غير واضح في حالة وقوع الخلاف بين الطرفين بموجب الفقرة الثالثة من المادة ٥٧. فالنص ألزم الطرفين بعرض القضية على المحكمة في هذه الحالة، ولكنه لم يبيّن، هل تستحق من تاريخ صدور القرار أو من تاريخ المباشرة الفعلية للحضانة؟ وكذلك الحال بالنسبة للحضانية الأم حيث نص على عدم استحقاقها إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، وعليه فهل تحسب لها الأجرة من تاريخ انتهاء العدة مباشرة إن كانت مستمرة في حضانية المحضون أم ماذا؟ ما عليه القضاء العراقي وما نقله بعض العاملين في سلك القضاء، بأن الأحكام لتجماً في هذا الشأن إلى تطبيق المادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية الخاصة بتناول تاريخ

^١ علي، حميد سلطان، وقاض، عباس حسين، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

^٢ انظر أبو زهرة، الإمام محمد، مرجع سابق، ص ٤٠٨، انظر الغزالي، أحمد بن محمد، مرجع سابق، ص ٤٦١.

وإن كانت العلاقة الزوجية قائمة، فهذا رأي بعيد عن روح الشريعة الإسلامية كما يراه الباحث، ويجعل العلاقة الزوجية مادية بحتة ومبنية على المصالح الشخصية.

وفيما يتعلق بالمعتدة من الطلاق، فإن المشرع لم يعط الأجرة للمعتدة من طلاق رجعي، على اعتبار إن الزوجية لا زالت قائمة وإن نفقتها على زوجها، أما المعتدة من طلاق بائن فلها الأجرة باعتبار أنها صارت كالأجنبية.

ويعتقد الباحث، أن موقف المشرع باستحقاق المعتدة أجره الحضانية من طلاق بائن غير موفق من جوانب عدة، منها:

١. يخالف الرأي الراجح في المذهب الحنفي الذي يعتبر من أحد المصادر الأساسية لقانون الأحوال الشخصية العراقي.
٢. إذا كان مرور بعض الفقهاء والباحثين في استحقاق الحضانية المطلقة بآثاره الحضانية هو، أنها صارت أجنبية على مطلقها (والد المحضون)، فرد على هذا القول: إذا كان السبب هو أنها صارت أجنبية، فلماذا يدفع لها نفقة العدة، مطلقها الذي أصبح أجنبياً عنها؟ ما يعتقد الباحث في هذا الشأن هو، أن نفقة العدة هي من الآثار المترتبة على عقد الزواج، وكذلك الحضانية، فهي الأخرى من آثار عقد الزواج مثل نفقة العدة. وعليه، فالحضانة المطلقة لا تستحق أجره الحضانية ما دامت تستحق نفقة العدة.
٣. والأهم من ذلك، هو قول كل من (حميد سلطان وعباس حسين): "إن التفرد بين المعتدة من طلاق رجعي والمعتدة من طلاق بائن من حيث عدم استحقاق الأجرة عن حضانية الصغير تفرقة غير دقيقة، لأن كلاً من المعتدة من طلاق رجعي والمعتدة من طلاق بائن، تبقى مستحقة للنفقة من زوجها المطلق، ويدخل ضمن هذه النفقة كل ما يتعلق بالصغير من رضاع وتربية وعناية، وبالتالي فإن إعطاء المعتدة من طلاق بائن أجره عن حضانتها للصغير، يؤدي إلى الإضرار للملك بالنفقة لأنه سيلزم بدفع

رابعاً: تبين للباحث من خلال الفصل الرابع من هذا البحث، أن مدة الحضانية الأصلية في التشريع العراقي هي عشر سنوات، ولكن يجوز تمديدتها لغاية إكمال المحضون الخامسة عشر من عمره إذا كان ذلك في مصلحته.

ولكن المشرع في هذه المسألة لم يبين موقفه من أجره الحضانية في حالة التمديد، هل تستمر أم تنقطع أو تنقطع؟ لكن ما عليه القضاء كما سلف بيانه، هو استمرار صرفها للحاضن دون تغييرها زيادة أو نقصاناً. ويرى الباحث، أنه من العدالة الاستمرار في صرف الأجرة للحاضن وهذا موقف حسن من القضاء لكن بعد تخفيفها، لأن المحضون قد تقدم في العمر وحاجته إلى خدمة الحاضن قد قلّت، لكن إذا كان المحضون عاجزاً أو مصاباً بمرض، فلا بأس بقائها على ما هي عليه وعدم خفضها. وعليه، فالمشرع مدعو لسد هذه الفجوة وعلاجها بنصوص قانونية صريحة، لكي يساعد القضاء في إصدار قرارات مستندة إلى مواد قانونية صريحة.

خامساً: من المسائل الأخرى التي لها صلة مباشرة بأجرة الحضانية والتي لم يتناولها المشرع العراقي، هي كيفية تقدير الأجرة ومدى قابليتها للزيادة والنقصان.

أما هذه الفقرة التشريعية، لجأ القضاء إلى نفس الإجراءات المتبعة لتقدير النفقة، على أن لا تزيد الأجرة عن نصف مبلغ النفقة، كما لم يجز زيادتها بتقديم عمر المحضون كون المحضون كلما تقدم في العمر قلّت حاجته إلى خدمة الحاضن، وهذا بدلاً عن نصف الأجرة في هذه الحالة ينظر إلى الأجرة على أنها عقد وليست بنفقة وألا فإن نفقة المحضون تزداد بتقدمه في العمر وتغيير أسعار السوق.

وعليه، يرى الباحث أن الإجراءات المتبعة من قبل القضاء لتقدير الأجرة لا تعتبر حلاً وعلاجاً لهذه المسألة، حيث لا بد من معاقبة هذا الموضوع بنصوص قانونية تحتوي على معايير وضوابط لكيفية تقديرها، وإن عدم السماح بتجاوزها نصف مبلغ النفقة، مجرد اجتهاد من قبل القضاة وليس له أساس قانوني، من وجهة نظر الباحث.

استحقاق نفقة الأقارب، على اعتبار أن أجره الحضانية تعتبر من ضمن النفقات التي تصرف على المحضون من قبل المكلف بنفقتهم، وبموجب المادة المذكورة فإن أجره الحضانية تستحق من تاريخ الإدعاء.

يرى الباحث، أن ذلك يعتبر إجحافاً بحق الحاضن، لأنه قبل هذا التاريخ والحين طلب حقه قانونياً بقايمو بعمل ويبدل جهداً. يضاف إلى ذلك، أنه إن كانت الأجرة تعتبر نفقة من ناحية، فإنها تعتبر عقداً بين المكلف بالنفقة والحاضن من ناحية أخرى. لذا يجب عدم الإضرار بالحاضن، كون المكلف بنفقة المحضون في هذه الحالة يكون قد حصل على منفعة من الحاضن دون مقابل، وهذا يعتبر كسباً دون سبب على حساب الغير - الحاضن-.

أما المشرع الكرديستاني - وفق ما يراه الباحث- فقد تدارك هذا الموضوع، وعالجه علاجاً منطقياً عادلاً، عندما نصّ على أن نفقة الأولاد تعتبر ديناً في ذمة أبائهم من تاريخ امتناعه عن النفقة، وبذلك استحق الحاضن أجرته من تاريخ مباشرته الفعلية للحضانة، وليس من تاريخ الإدعاء كما هو الحال عليه لدى التشريع والقضاء العراقي.

وعليه يرى الباحث ضرورة التدخل من قبل المشرع العراقي وعلاج هذه المسألة ورفع الظلم عن الحاضن، أسوة بما فعله المشرع الكرديستاني. وللتأكد على هذه المسألة يعتقد الباحث أنه من الضروري النص صراحة على استحقاق الحاضن (أي كان) الأجرة من تاريخ قيامه بالحضانة، وللمعتدة من تاريخ انقضاء نفقتها في المادة ٥٧ وليس ضمن المواد الخاصة بموضوع النفقة، لكي تستند الأحكام على النص القانوني مباشرة دون اللجوء إلى الاستدلال بالمواد الخاصة بالنفقة.

ورغم إبداء بعض الملاحظات على موقف المشرع العراقي بخصوص تاريخ استحقاق أجره الحضانية، إلا أن عدم تمييزه بين الحضانية الأم وغيرها بخصوص استحقاق أجره الحضانية يعد موقفاً حسناً، لأن الحاضن أي كان يقوم بعمل ويبدل جهداً، لذا فإن العدالة تقتضي عدم التمييز بينهما.

قبل المشرع، وجعل أجرة الحضنة تنقطع من تاريخ وقوع إحدى هاتين الحالتين، (سقوط الحضنة، بضم الحضون إلى وليته) وتكليف المكلف بنفقة الحضون بإبائه بكافة طرق الإثبات في حالة حصول منازعة بين الطرفين.

سابعاً: من خلال المذاهب الأربعة وفتاوى دار الإفتاء المصرية، تبيّن أنهم تناولوا أجرة سكن الحضنة بوضوح، وكان هناك اتفاق على أن أجرة سكن الحضون من ماله أو على المكلف بنفقته، أما أجرة سكن الحضن فكان هناك اختلاف. فمنهم من ذهب إلى أنه لا يستحق الأجرة إذا كان يسكن داراً له على سبيل التملك أو الإيجار، ولكن غيره- الحضن- يدفع الأجرة، وآخرون قالوا بعدم استحقاقها مطلقاً، وذهب البعض إلى تقسيم الأجرة حسب عدد الرؤوس وغير ذلك.

أمام هذه التفاصيل لدى المذاهب الأربعة ودار الإفتاء المصرية، لم يجد الباحث في الفقرة الثالثة من المادة ٥٧ الخاصة بأجرة الحضنة، ولا في أية فقرة أخرى من الفقرات التسع لهذه المادة الخاصة بالحضنة، ما يشير إلى سكن الحضنة، ولهذا تبقى هذه المسألة من المسائل غير الواضحة في التشريع العراقي بل وحتى في القضاء العراقي أيضاً.

لكن ما يستنتج الباحث هو، أن أجرة سكن الحضون تقع على المكلف بنفقته، لأن جزءاً من نفقة الحضون يمثل أجرة لسكنه، أما أجرة سكن الحضن فعلى الحضن وكذلك نفسه أو المكلف بنفقته، لأن موقف المشرع غير واضح في هذه المسألة-أجرة سكن الحضن- من جانب، ومن جانب آخر الحضن يحصل على أجرة سكنه من المكلف بنفقته إن لم يكن له مال.

بناء على ما سبق، هناك ضرورة لبيان موقف المشرع في هذه المسألة بمواد قانونية واضحة، مثلما فعل الحال في قوانين الأحوال الشخصية لكل من دولة الأردن والإمارات وقطر، حيث إن هذه القوانين تطرقت إلى هذه المسألة بمواد قانونية صريحة، رغم بائسهم إن

أما عدم زيادة الأجرة بتقدم عمر الحضون كون الحضنة عقد بين الطرفين، فإن الباحث يعتبره موقفاً جيداً من القضاء العراقي، لكن كما تبيّن من قرارته، إنه يقضي باستحقاق الأجرة من تاريخ الإدعاء باعتبارها نفقة. لذا فإن موقفه هذا يعتبر تناقضاً، لأنه لو اعتبرت الأجرة في هذه الحالة نفقة، لفضت بزيادتها بتقدم عمر الأطفال أو تغيير أسعار السوق.

عليه يرى الباحث، ضرورة قيام القضاء العراقي بمراجعة موقفه والنظر إلى أجرة الحضنة نظرة واحدة، لأنه في كلتا الحالتين، الطرف المتضرر والخاسر من هذه الإزدواجية هو الحضن. ولعرض رفع الظلم عن الحضن من جانب، وتجنّب القضاء هذه الإزدواجية من جانب آخر، يرى الباحث ضرورة النص على جعل استحقاق أجرة الحضنة من تاريخ المباشرة الفعلية للحضنة.

سادساً: للمشرع العراقي نص على استحقاق الحضن الأجرة، والقضاء فسّر ذلك بأنما تستحق من تاريخ الإدعاء. لكن إلى متى يصرّف المكلف بنفقة الحضون الأجرة؟ هذا ما لم يتطرق إليه المشرع، لكن بموجب العقل والمنطق يجب أن تنقطع بسقوط الحضنة أو بضم الحضون إلى وليته، وهذا ما قضى به القضاء في قرارته وهذا بلا ملامح من روح الشريعة الإسلامية. لكن المشكلة هنا أنه في الوقت الذي قضى فيه القضاء بقطع الأجرة وكذلك نفقة الحضن في هاتين الحالتين، قضى أيضاً بعدم قطعها إلاّ من تاريخ إقامة الدعوى، وهكذا يكون القضاء قد سجل إجحافاً بحق أحد أطراف الحضنة، لكن في هذه المرة بحق المكلف بنفقة الحضون.

وعدم العدالة هذه تأتي من أن الحضون قد يكون ضمّاً إلى وليته منذ فترة أو أنّ حضنة الحضن قد سقطت وانتقلت إلى غيره منذ مدة، فهل الشرع والمنطق يقبلان بدفع الأجرة إلى حضن لم يقم بأي خدمة للمحضون خلال هذه الفترة؟ وحتى بموجب القانون، ألا تعتبر هذه حالة من حالات الكسب دون سبب على حساب الغير؟ كون الحضن يحصل على مال دون مقابل. وعليه، يرى الباحث ضرورة تدارك هذه الثغرة من

ثامناً: عند تناول أجرة الحضنة خلال هذا البحث، تبيّن أن موضوع التبرع بما كان يشغل حيزاً مهماً من الآراء الفقهية لدى المذاهب الأربعة وكذلك دار الإفتاء المصرية، بينما التشريع العراقي كان خالياً من أيّ نص يتطرق إليه، وأكثر من ذلك لم يتضمن ولو نصّاً يشير إليه بصورة غير مباشرة، بينما القضاء العراقي تصدّى لثلث هذه القضية، وقضى باجتهاد منه بتسليم الحضون إلى المتزوج إذا تأكد بأن الولي معسر ورفض الحضن الحضنة مجاناً كما نالته طلب المدعي العام السيد عبد الرحمن أحمد.

وعليه، فالمشرع مدعو لمعالجة هذه الثغرة في التشريع بخصوص قانونية، حتى يتمكن أطراف العلاقة من معرفة مركزهم القانوني، ولكي تصدر الأحكام قرارات قانونية سليمة مستندة إلى مواد قانونية صريحة وليس مجرد اجتهاد، وفي هذا الخصوص يرجح الباحث ما تبناه المذهب الحنفي من الأحكام الخاصة بالتبرع، كونها أحكاماً منطقية ومناسبة للواقع العراقي من وجهة نظر الباحث.

تاسعاً: مسألة ملاحقة الولي المعسر من قبل الحضن بسبب نفقات الحضنة المترتبة عليه، سواء كانت نفقة الحضون، أجرة الحضنة، أجرة الرضاعة، أجرة السكن وغيرها.

هذه المسألة من المسائل المهمة والضرورية التي لم يبيّن إليها في الكثير من قوانين الأحوال الشخصية العربية ومنها القانون العراقي. وكحل هذه المشكلة يرى الباحث، ضرورة تأسيس صندوق للطفل يدفع من نفقة الحضون وأجرة الحضنة، وما تعلق بالحضنة من أجور ونفقات، في حالة عدم وجود مال للمحضون أو إهمسار الوالد أو الولي، لأنه ليس من العدل ملاحقة هؤلاء وهم في حالة إهمسار، كما أنه ليس هناك جدوى من ملاحقتهم، وإنه بإمكان الدولة جعل هذه المبالغ دينياً في ذمة الولي بدفعها في حالة إهمسار على شكل أقساط بسيرة، بحيث لا تنقل كامله وهذا ما ذهب إليه عبد الرحمن سليمان أيضاً^١.

نفقة الحضون تشمل أجرة سكنه في مواد أخرى من القانون، مثل القانون القطري^١. وعليه فإن ترك هذه المسألة دون تناولها بمواد قانونية، بحجة أنّ نفقة كل واحد منهما تشمل الأجرة، غير كافٍ لبيان موقف المشرع.

ويرى الباحث أن موقف المشرع الأردني هو الأنسب في هذا الصدد، حيث نصّ في المادة ١٧٨/ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني على " تستحق الحضنة أجرة مسكن لحضنة الحضون على المكلف بنفقته ما لم يكن لها أو للصغير مسكن يمكنها أن تعضده فيه"^٢. لكن بعد إجراء تعديل طفيف عليه ليصبح كما يلي: إلزام المكلف بنفقة الحضون بأجرة سكن الحضنة -أي أجرة سكن الحضن والحضون- إلا إذا كان الحضن أو الحضون يمتلك مسكناً يمكن القيام بالحضنة فيه، أو خصص المكلف بنفقة الحضون مسكناً للحضنة، على أن يدفع للحضن أجرة سكن الحضون إذا أقام الأخير معه في مسكنه، إلا إذا تبرع الحضن بأجرة سكنه.

^١ المادة: ٢١/٧٦ من القانون القطري نص على " ويشمل نفقة الحضون الطعام والكسوة والسكن والتطيب والدراسة والسفر للضرورة، وكل ما يجرى من الضروريات في العرف".

المادة: ١٨١

"إذا لم يكن للمحضون أو الحضنة أو ولها مسكن للحضنة، أو لم يكن للمحضون مال لاستئجار مسكن، يجب على ولي الحضون توفير مسكن مناسب للحضنة، أو فرض أجرة مسكن، فإن كان الحضنة مطلقاً، فسكنها على وليها، وإلزم ولي الحضون بتعيين من أجرة للسكن.

ومع مراعاة ما نص عليه في الفقرة السابقة، إذا كانت الحضنة تقيم مع أهلها في مسكن مستأجر، يكلف ولي الحضون بأداء أجرة تقديراً للحكمة، مراعية في ذلك عدد المحضون، فإن وافق أهلها على سكنها مع غير أجرة مسكن، فلا يقضى بها للأجرة.

وفي حالة وجود السكن المدعوم من الدولة لأب الحضون حال الزواج، أو بسببها، يقسم السكن، فحصة الزوج، بين ولي الحضون والحضنة بطريق عدالة وشرعية، وراعى فيها حاجة كل منهما". من مواد البوابة القانونية القطرية، ص ١٠٤ (مرجع الكروبي).

المادة: ٢١/٤٨ من القانون الإماراتي نص على "يجب على من يلزم بنفقة الحضون أجرة مسكنه (إلا إذا كانت الحضنة تملك مسكناً يقيم فيه أو يخصصها لسكنها". الجدي، أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

^١ انظر أحمد، عبد الرحمن سليمان ، ص ٥١.

جميع النفقات والأجور التي تدفع إلى الحاضن بسبب الحضانة تقطع من تاريخ وقوع إحدى الحالات الآتية:

١. انتهاء مدة الحضانة بصورة طبيعية أصلية كانت أو ممتدة.
٢. سقوط حضانة الحاضن لأي سبب كان.
٣. ضمّ الحاضن إلى وليّه.
٤. عدم قيام الحاضن بالحضانة.

المادة الرابعة:

١. لا تستحق أجرة سكن الحضانة إذا كان الحاضن أو المحضون يمتلك مسكناً يمكن القيام بالحضانة فيه، أو وجد مسكناً مخصصاً لهما دون أن يدفع الحاضن أية أجرة.
٢. إذا لم تتحقق الفقرة الأولى، فعلى المكلف بنفقة المحضون تخصيص مسكن للحضانة أو دفع أجرة سكن الحاضن والمحضون معاً.
٣. إذا حصل أن أقام المحضون مع الحاضن في دار يتأجرها أو يملكها الأخير كما في الفقرة (١)، عندئذ يدفع المكلف بنفقة المحضون أجرة سكن المحضون اليه.

المادة الخامسة:

١. نفقة المحضون وتكاليف الحضانة تدفع من قبل المحضون إن كان له مال وإلا فعلى وليّه.
٢. إذا كان الولي معسراً ولم يقدر على دفعها، وامتنع ورثة المحضون عن دفعها، تدفع من قبل صندوق رعاية الطفولة.
٣. يؤسس صندوق رعاية الطفولة بموجب قانون، ويعيد الولي المعسر المبالغ المدفوعة عنه إلى الصندوق في حالة يساره عن طريق أقساط ميسرة، وتوجب تعليمات تصديرها إدارة الصندوق.

عاشراً: أما القضاء، فقد استطاع أن يملأ الفراغ التشريعي الموجود في القانون من خلال اجتهاد قضائه، ولكنه بحاجة إلى نصوص قانونية صريحة يستند إليها في أحكامه مباشرة دون اللجوء إلى الاستدلال بمواد تشير بصورة غير مباشرة إلى موضوع الدعوى، ويرأي الباحث فإن جميع أحكامه كانت سليمة باستثناء موقفه من تاريخ استحقاق الأجرة وعدم زيادتها، حيث سبق أن أشار الباحث إلى أنّ موقف القضاء في هذا الصدد ازدواجي ولا بد من تغييره، كما يرى الباحث أنّ حكمه بقطع أجرة الحضانة ونفقة المحضون من تاريخ إقامة الدعوى، غير عادل وفيه إجحاف بحق المكلف بنفقة المحضون، لذا من الضروري إجراء مراجعة لموقفه في هذه القضية أيضاً.

المواد المقترحة في أجرة الحضانة:

المادة الأولى:

١. الحاضن يستحق أجرة الحضانة من تاريخ قيامه بحضانة المحضون.
٢. لا تستحق الحضانة الأم أجرة الحضانة إذا كانت الزوجية قائمة أو كانت معتدة تستحق في عدلها نفقة.
٣. تبدأ أجرة حضانة الأم من تاريخ القطع نفقة عدتها إن كانت مستمرة في حضانة ولدها.
٤. في حالة تمديد حضانة النساء، فإن الحضانة تستحق نصف الأجرة التي كانت تستحقها أثناء مدة الحضانة الأصلية، إلا إذا كان المحضون عاجراً أو مجنوناً أو مصاب بمرض مزمن، فتمسحق كامل الأجرة.

المادة الثانية:

تقدر أجرة الحضانة بعد مراعاة أسعار السوق، وتكون قابلة للزيادة والنقصان في حال وقوع ظروف غير متوقعة تؤدي إلى تغير في أسعار السوق بشكل ملموس.

المادة السادسة:

أولاً: إذا كان المتبرع من أهل الحضانة وكان موسراً، ويتوفر فيه شروط الحضانة، وليس هناك متبرع آخر منه فيكون حكمه كما يلي:

أ. إذا كان المحضون والولي كلاهما أو أحدهما في حالة يسار، يقدم الحاضن على المتبرع ويعطى له أجر المثل.

ب. إذا كان المحضون لا يملك مالاً والولي في حالة إعسار، يقدم المتبرع على الحاضن.

ثانياً: في حالة عدم وجود متبرع وامتنع الحاضن عن الحضانة دون أجر، والمحضون لا يملك مالاً والولي معسر، يجير الحاضن، ويدفع له أجر المثل من صندوق رعاية الطفولة، على أن يعيد الولي الأجرة إلى الصندوق.

ثالثاً: إذا كان المتبرع من غير أهل الحضانة، فيقدم الحاضن على المتبرع ويعطى له أجر المثل، وإذا كان المحضون لا يملك مالاً، والولي معسر فتدفع من صندوق رعاية الطفولة على أن يعيد الولي هذه الأجرة إلى الصندوق.

المبحث الثاني: سقوط الحضانة واستردادها.

المطلب الأول: سقوط الحضانة واستردادها في التشريع العراقي.

سيتناول الباحث هذا المطلب من خلال فرعين. في الأول، يتناول سقوط الحضانة. وفي الثاني، سيتناول استرداد الحضانة.

الفرع الأول: سقوط الحضانة.

لا تتضمن المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية بقرائنها التسع، أي نص صريح يقضي بسقوط الحضانة في حالات محددة، مثلما الحال عليه قوانين في بعض الدول العربية^١، لكن عند قراءة بعض فقرات هذه المادة، يستنتج بأن هناك حالات إذا وقعت تسقط فيها حضانة الحاضن.

الحالة الأولى والثانية: تنازل الحاضن عن الحضانة، تضرر المحضون من الحضانة^٢. هاتان الحالتان، فهاتان من الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه التي تنص على أن " الأم أحق بحضانة الولد وترتيبه حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يضر المحضون من ذلك "، بموجب النص، إذا تنازلت الأم عن الحضانة سقطت حضانتها، وكذلك الحال إذا تضرر المحضون من حضانتها. ورغم أن النص خاص بالأم إلا أن ذلك لا يعني بأن غيرها لا يشمل النص، لأنه إذا كانت الأم تسقط حضانتها في هذه الحالات فغيرها أولى.

^١ انظر القانون الأردني في المادة ١٧٢ والقانون القطري في المادة ١٨٣ وبمادة ١٥٢ من القانون الإماراتي، نصت مراحة وكل وضع على حالات سقوط الحضانة. انظر أبو فارس، محمد عبد القادر، مرجع سابق، ص ٤٦٧. انظر موقع المراد: البوابة القانونية القطرية، مرجع سابق. (مرجع الكروني). انظر الجندي، أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٨١-٣٨٢.

^٢ انظر الزبيدي، حسين رجب محمد خلف، مرجع سابق، ص ١٥٣. انظر عبد يبيد، كريم، مرجع سابق، ص ١٩٧-

بخصائه طالما هو محتفظ بالشروط، وعليه يرى الباحث أن هذه الحالة والحالة الثالثة - فقدان أحد شروط الحضانة -، حالة واحدة وليست حالتين مختلفتين.

الحالة السادسة: زواج الأم بأجنبي عن المحضون ورفضه تقديم تعهد بعناية ورعاية المحضون. هذه الحالة تستنتج من الفقرة ٩/ب من المادة ٥٧ التي اشترطت هذا الشرط، وشروطاً أخرى كعدم تضرر المحضون واحتفاظ الأم بشروط الحضانة كي لا تسقط حضانتها.^١

في الخلاصة: من خلال ما تقدم، يتضح أن هناك خمس حالات حقيقية لسقوط الحضانة في التشريع العراقي، رغم عدم النص عليها صراحة في مادة مستقلة، وهي النزاع عن الحضانة، التضرر بالمحضون، عدم أهلية المحضون (فقدان أحد شروط الحضانة)، ووفاء المحضون، وعدم تقديم زوج الحضانة التعهد برعاية المحضون، فإذا وقعت أية حالة من هذه الحالات تسقط حضانة المحضون أيًا كانت صفته، سواء كان والده المحضون أم غيرها.

الفرع الثاني: استرداد الحضانة.

جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة، أن مصطلح (الاسترداد) جاء من المصدر "استرد"، واسترد الشيء بمعنى استرجعه وطلب إعادته، ودعوى الاسترداد في القانون تعني دعوى يقيمها من نزعته تحريف طالبا ردها إليه".^٢

من خلال تعريفه اللغوي لل (استرداد)، يتبين، أن استرداد الحضانة في القانون العراقي يقصد به: أن شخصاً ما، كان حاضناً ولكن حضانته سقطت بسبب وجود إحدى الحالات المسبقة للحضانة، وبعد سقوط حضانته يطلب استرجاعها أو إعادتها وذلك بإقامة دعوى استرداد الحضانة أمام المحكمة.

الحالة الثالثة والرابعة: فقدان أحد شروط الحضانة، وفاة المحضون.^٣ تستنتج هاتان الحالتان من الفقرتين السابعة والتاسعة من المادة ٥٧.

فالسابعة تنص على أن "في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنقل الحضانة إلى الأب...".
والتاسعة تنص على أن "أ. إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة يبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظه بشروط الحضانة... .
ب. إذا مات أبو الصغير يبقى الصغير لدى أمه، وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط...".

المشرع العراقي يبين في هاتين الفقرتين، أن المحضون تسقط حضانته، إذا فقد أحد الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة نفسها، وكذلك إذا توفي المحضون.^٤ ورغم عدم تناول الفقرتين غير الوالدين إلا أن ذلك لا يعني عدم شمولهم بحكم الفقرة، لأن المشرع ركز على الوالدين باعتبار الغالب.

الحالة الخامسة: عدم أهلية المحضون.^٥ أما هذه الحالة، فتستنتج من الفقرة الثامنة من المادة ٥٧ التي تنص على أن "إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين...". في هذه الفقرة أوضح المشرع أن عدم أهلية المحضون سبب لسقوط حضانته ولكنه لم يبين ماذا يقصد بالأهلية المطلوبة في هذه الحالة.

فبعد قراءة فقرات المادة ٥٧، نفهم منها أن الأهلية المقصودة هنا، هي عدم فقدان أحد شروط الحضانة، لأنه بمجرد توفر شروط الحضانة لديه يكون أهلاً للحضانة ويحتفظ

^١ انظر المرجع نفسه.

^٢ انظر كريمة، فلوق عبدالله، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣.

^٣ انظر عبد، بيضاء كريمة، مرجع سابق، ص ١٦٨.

بالرجوع إلى فقرات المادة ٥٧، يلاحظ بأن الفقرة السادسة منها خاصة بموضوع استرداد الحضانة، حيث جاء فيها "للحاضنة التي أقيمت حضانتها بحكم، أن تطلب استرداد المحضون من حكم له بإستلام المحضون منها، إذا ثبت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه".

بعد قراءة هذه الفقرة بدقة، يستنتج بأن هناك شروط يجب توفرها حتى يستطيع المحضون استرداد حضانته، وهي كما يلي:

أولاً: أن يكون المحضون قد سقطت حضانته بناء على حكم صادر من المحكمة، بمعنى إذا حصل وسلم المحضون المحضون إلى وليه أو حاضن آخر بانفاق الطرفين خارج المحكمة، أو أخذه الولي أو حاضن آخر منه عنوة، فعندها لا يمكن وصف الدعوى التي يقيمها المحضون لغرض استرداد حضانته في الحالتين الأخيرتين بأنها دعوى الاسترداد المقصودة في الفقرة السادسة لعدم توفر شروطها.

ثانياً: إقامة دعوى أمام المحكمة من قبل المحضون لاسترداد حضانته. أما الإدعاء والطلب خارجها فلا قيمة لها، لأن الفقرة نصت على، "للحاضنة... أن تطلب استرداد المحضون...". يستنتج من ذلك أن الحضانة قد أخذت منه عن طريق القضاء ولا تسترجع إلا من خلال القضاء.

ثالثاً: يجب أن تكون أطراف الدعوى في دعوى الاسترداد نفس الأطراف في الدعوى السابقة التي بموجبها سقطت حضانة المحضون، فتغيير أحد هذه الأطراف لا تطبق عليها الفقرة السادسة. فعلى سبيل المثال: لو أسقطت المحكمة حضانة الأم بسبب فقدانها أحد شروط الحضانة لصالح الأب، وبعد ذلك قامت أم الأم بإقامة دعوى لاسترداد الحضانة سواء إلى نفسها أو إلى ابنتها-أم المحضون-، فغير جائز بموجب الفقرة السادسة لأنها لم تكن الطرف الذي أقيمت حضانته في الدعوى السابقة.

وفي هذا الصدد يفترض حالة أخرى، وهي إذا كان الأب الذي سبق وأن حصل على حضانة ولده بحكم بعد إسقاط حضانة الأم-المحضون-، قد فقد حضانته أيضاً لصالح خالة المحضون، ففي هذه الحالة ويوجب النص لا تستطيع الأم إقامة الدعوى على الخالة -التي هي أختها- كونها لم تكن طرفاً في الدعوى التي بموجبها سقطت حضانتها لصالح الأب، وإذا أرادت إقامة الدعوى على الأب فنون جدوى لأن المحضون لم يعد في حضانته.

وبعد قراءة الفقرة السادسة، يلاحظ بأن الفقرة نصت على "للحاضنة...". بمعنى قصرت هذا الحق على النساء فقط، وبالرجوع إلى مقدمة قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨ والتي بموجبها ظهرت هذه الفقرة إلى الوجود، ففترت الحضانة المقصودة هنا بالأم حيث جاءت فيها "أي إعادة الحضانة إلى الأم، عند ثبوت تضرر المحضون خلال مدة وجوده مع حاضنته".^٦ ورغم ذلك يمكن تطبيق الفقرة على الأم وغيرها وعلى المحضون الأثني والذكر، وهذا ما ذهب إليه القاضي حسين كاظم الزهير وغيره.^٧

رابعاً: تضرر المحضون أثناء وجوده في حضانة المحضون الجديد المحكوم له بالحضانة في الدعوى السابقة. المادة ٥٧ وبجميع فقراتها ومن ضمنها الفقرة السادسة، لا تضع معياراً أو تعريفاً لبيان المقصود من الضرر في هذه الفقرة، لذا يعود تقديره إلى المحكمة، فهي التي تحسم باحتجاجها، هل تضرر المحضون من حضانته أم لا.

من دراسة الشروط أعلاها يتضح، أن المحضون لا يستطيع استرداد حضانته إذا لم تتوفر فيه جميع الشروط فعلى سبيل المثال، لو قامت الأم التي سبق وأن سقطت حضانتها بموجب حكم من القضاء لصالح والده المحضون بسبب فقدانها أحد شروط

^٤ انظر الزهير، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكبروني)

^٥ قانون الأحوال الشخصية وتعديله رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، مرجع سابق، ص ١٨.

^٦ انظر الزهير، حسين كاظم، مرجع سابق. (مرجع الكبروني). انظر عبد، بيضاء كريمة، مرجع سابق، ص ١٦٩.

^٧ انظر عبد، بيضاء كريمة، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

المطلب الثاني: سقوط الحضانة واستردادها في القضاء العراقي.

من خلال هذا المطلب، سيستعرض الباحث عدد من القضايا، التي تبيّن الحالات التي تسقط فيها حضانة الحاضن، وكذلك التي تبيّن موقف القضاء من استرداد الحضانة بعد سقوطها.

● فقدان شروط الحضانة والإصرار بالحضون:

جاء في القرار رقم ١٣٠/شخصية/٢٠٠٩ بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٤ محكمة تمييز العراق كردستان العراق، أن فقدان شروط الحضانة وكذلك التضرر بالحضون من الحالات المسقط للحضانة، "إن الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفروقة طالما بقيت محتفظة بشروط الحضانة ولم يتضرر الحضون عن ذلك"^١.

● **وفاة الحاضن:** اعتبار وفاة الحاضن سبباً مسقط للحضانة، جاء في قرارها رقم ١٦/شخصية/٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠٠٠/١/٢٦، "في حالة وفاة الأم تنتقل الحضانة إلى الأب إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك..."^٢، وفي القرار رقم ٤١٢/شخصية/٢٠٠٩ جاء "إذا مات أبو الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة فينبغي الصغير لدى أمه مدامت محتفظة بشروط الحضانة..."^٣. من هذين القرارين يظهر، أنه وفاة الحاضن تنتقل الحضانة إلى الذي يليه في سلم المستحقين للحضانة، وهذا يعني سقوط حضنته.

● **تقديم التعهد من قبل زوج الأم:** وفي قرارها رقم ١٦٨/شخصية/١٩٩٩ بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٥ جعلت من تقديم التعهد من قبل زوج الأم الأجنبي عن الحضون شرطاً لعدم سقوط حضنتها، حيث جاء فيه، "...إن الحضانة للأم... وإن تزوجت بأجنبي بشرط احتفاظها ببقية شروط الحضانة وتعهدهم زوج الأم برعاية الحضون..."^٤.

^١ أحمد، كيوان سيد، مرجع سابق، ص ١٢٠.

^٢ المرجع نفسه، ص ١١٠.

^٣ المرجع نفسه، ص ١٢٢.

^٤ أحمد، كيوان سيد، مرجع سابق، ص ١١٠.

الحضانة، بإقامة دعوى الاسترداد أمام القضاء على والد الحضون كونها قد استعدت أمليتها، فإنها لا تستطيع كسب الدعوى إلا إذا أثبتت أن الحضون قد تضرر خلال وجوده مع والده، بمعنى بمجرد عدم توفر شرط (تضرر الحضون) فإنها تخسر الدعوى^١.

وقبل الانتقال إلى بيان موقف القضاء العراقي من سقوط واسترداد الحضانة، قد يطرح تساؤل هو هنا: إن مدة الحضانة حتى لو انتهت طبيعياً، فإنه لا بد من صدور حكم من المحكمة يقضي بضم الحضون إلى وليه ولا يجوز للولي أخذ الحضون من الحاضن بمجرد انتهاء المدة ولو برضا الطرفين. وعليه، ففي هذه الحالة هل يجوز للحاضن طلب استرداد الحضانة بعد ضمّ الحضون إلى وليه؟^٢ برأي الباحث، أن النص غير واضح بهذا الصدد، لأن الحالة غير متعلقة بسقوط الحضانة وإنما بانتهائها، لكن المحكمة لا تقبل انتهاء الحضانة رضاً حتى وإن انتهت المدة الأصلية، حيث لا بد وأن تصدر قرارها فيها. عليه، يرى الباحث عند قراءة الفقرة السادسة حرفياً وحسب ظاهر النص، فإنها تنطبق على هذه الحالة أيضاً، لتوفر الشروط فيها. وهذا ما ذكرته بيدها كريمة أيضاً، على جواز ذلك بشرط إثبات تضرر الحضون بعد ضمّه إلى وليه، مثل سوء معاملته وتربيته وإجباره على ترك الدراسة وغير ذلك.^٣ لكن لو تم قراءة الفقرة بتعمق ومحاولة معرفة السبب من تشريع هذه الفقرة، يستنتج عدم جواز تطبيقها في هذه الحالة، لأن الحاضن لم يسقط الحضانة بسبب أو مانع وإنما لانتهاء مدة حضنته. وبناء عليه يرجح الباحث الرأي الأول لأنه يجعل الولي يهتم بالحضون أكثر ويعمل على الحفاظ به، وبذلك يكون الحضون هو الطرف الراجح وهذا ما تسعى أحكام الحضانة إلى تحقيقه.

^١ نقلاً عن الدكتور إسماعيل أبايكر البامير، مراسلة، مرجع سابق. نقلاً عن القاضي المشرف محمد حسن عمر، مراسلة، مرجع سابق.

^٢ انظر عيد، بيدها كريمة، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

● **التنازل عن الحضانة:** جاء في قرار آخر لمحكمة تمييز كردستان العراق، رقم ٣٣٧/شخصية/٢٠٠٧ بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٣: "إن المدعية سبق وأن تنازلت عن حضانة الطفلة للمدعى عليه في الدعوى السابقة، وأمام نفس المحكمة ولم ينهض سبب جديد يبيح للمدعية المطالبة باسترداد الحضانة"^١.

في هذا القرار يتضح أن التنازل يسقط الحضانة، وأن الحاضن يتمتع إلى سبب جديد حتى يستطيع استرداد حضنته، وهذا السبب هو تضرر الحضون من الحاضن الجديد أو فقدان الأخير أحد شروط الحضانة كما يراه الباحث.

أما في القرار رقم ١٤٤/شخصية/٢٠٠٢ بتاريخ ٢٠٠٢/٩/٩ فجاء فيه: "بين أنه سبق اتفاق المتداعين عند إيقاع الطلاق الخلمي على أن يكون الطفلان في حضانة والدهما المدعى عليه بموجب الحكم الصادر من المحكمة ذاتها، لذا فإن رد دعوى المدعية جاء موافقاً للشرع والقانون، لأن من سعى إلى نقض ما تم من جانبه فسيتم مردود عليه"^٢. ففهم من هذا القرار، أنه في الوقت الذي اعتبرت المحكمة الاتفاق سبباً لسقوط الحضانة، لم تسمح بإعادة الحضانة إلى الحاضنة.

من خلال هذا القرار والقرار السابق لا يتضح، بأن القضاء لا يقبل مطلقاً باسترداد الحضانة إذا كان سبب سقوطها هو الاتفاق بين طرفي الحضانة، لكنه يميز ذلك في حال تنازل الحاضن بعد توفر الشروط وبالتحديد بالتضرر بالحضون، في حين أن كلتا الحالتين تعود إلى إرادة الحاضن، وقد يكون الأخير مكرهاً لأسباب أو ظروف تجعله يتنازل أو يبرم اتفاقاً بهذا الشأن.

● **الإصرار بالحضون:** فيما يتعلق بشرط وقوع الضرر بالحضون حتى يستطيع الحاضن استرداد حضنته، جاء في القرار رقم ٩٥٠/شخصية/١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/١/١٧، محكمة تمييز العراق، "إذا ثبت أن البنت تضرر خلال وجودها مع والدها وعملاً

^١ المرجع نفسه، ص ١١٨.

^٢ المرجع نفسه، ص ١١٤.

بأحكام المادة ٦٥/٧ من قانون الأحوال الشخصية تعين استرداد الحضون من حكم له باستلام الحضون منها"^١. ومحكمة تمييز الإقليم أوضحت في إحدى قراراتها، وأحدة من صور التضرر بالحضون، حيث جاء في قرارها رقم ٦٨/شخصية/٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٥/٨، "إن الحكم باسترداد حضانة ابن المدعي القاصر من والدته المدعى عليها وتسليمه إلى والده المدعي ليقوم بحضنته، صحيح وموافق للشرع والقانون لثبوت إصابة الوالد الحضون بمرض النقصان الحضانة وأن درجة عجزها بلغت ١٠٠% وأن هناك خطورة من بقاء الطفل في حضنتها وفقاً لما ورد في تقرير اللجنة الطبية"^٢.

● **أخذ الحضون من الحاضن خارج المحكمة:** تبيّن من خلال شروط استرداد الحضانة في التشريع العراقي، إنه يجب أن تكون الحضانة قد انتهت بحكم-أي بقرار من المحكمة-، ولكن إذا حصل ذلك عنوة خارج المحكمة، فما موقف القضاء؟ جاء في قرار محكمة تمييز العراق رقم ٨٢١/شريعة/٢٠٠١ بتاريخ ٢٠٠١/٤/١٢ أن "للام استرداد أولادها الذين أخذهم أبوهم قسراً بحجة تجاوزهم سن الحضانة"^٣.

ويرى الباحث، أن نص الفقرة السادسة لا ينطبق تماماً على هذه الحالة ولا على الحالات المشابهة لها^٤، لكن رغم ذلك فمن الضروري التصدي في هذه الحالات وحسبها وفق مصلحة الحضون.

^١ عيد، بيدها كريمة، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

^٢ كيوان سيد، مرجع سابق، ص ١١٢.

^٣ المرجع نفسه.

^٤ الحالات المشابهة: يفصلها بين الباحث الحالات التي يسقط فيها الحضون حضانته خارج المحكمة دون حكم صادر منها، كأن يحصل تنازل أو اتفاق بين الطرفين مثلاً، دون مراجعتها للمحكمة، وبعد مدة يحصل خلاف بينهما فيقيم أحدهما دعوى ضد الآخر، ويظهر للمحكمة من نتيجة التحقيقات أنه سبق حدوث تنازل أو اتفاق بينهما دون مراجعتها.

أما الملكية فيفرقون بين المانع الاضطراري والاختياري:

١. إذا كان المانع اضطرارياً: فإن حق الحضانة يعود بزوال المانع، كأن يصاب الحاضن

بمرض معدي ثم بعد مدة شفي منه تماماً، ولكن في هذه الحالة يجب أن يطلب

الحضانة خلال سنة من إزالة المانع وإلا فلا حق له في استرداد الحضانة.

٢. إذا كان المانع اختيارياً: فإنه لا حق للحاضن المطالبة باسترداد الحضانة لأنه قد أسقط

حقه باختياره، كأن تتزوج المطلقة بأجنبي عن المحضون ثم بعد مدة تطلق مرة أخرى أو

يموت الزوج، أو تتنازل عن حقها دون عذر أو مقابل عوض.^١

ويرجح الباحث رأي الملكية، لأن الحاضن الذي تنازل أو امتنع عن الحضانة أو

اتفق مع الولي بترك المحضون له بإرادته ودون عذر، لا يستحق استرداد الحضانة، لأنه قد

أظهر ما في قلبه تجاه المحضون، حينما ترك حضانته. كما قد يستغل هذه الفرصة من قبله

للإنتقام من الولي أو الحاضن الآخر الذي بيده المحضون، وعليه فشرط كون المانع

إضطرارياً والطلب خلال سنة في مصلحة المحضون. ومع ذلك، فالباحث لا يتفق مع قول

الملكية بجعل الزواج مانعاً اختيارياً، وإنما هو اضطراري، تلجأ إليه الحاضنة لستر نفسها

وحمايتها، وجعل المدة ستة أشهر بدلاً من سنة.

والموضوع الآخر الذي اختلف فيه فقهاء المذاهب الأربعة عند تناولهم استرداد

الحضانة هو، زمن عودة الحضانة إلى الحاضنة المتزوجة من أجنبي عن المحضون، إذا

حصلت الفرقة بينهما. وهناك ثلاثة آراء في هذا الشأن:

١. تسترد حقها مباشرة بمجرد وقوع الفرقة، أياً كان سببها، الطلاق بنوعيه، وفاة

زوجها، فسخ عقد الزواج، وهو قول الشافعية والحنابلة.

= انظر الكردي، أحمد الحججي، أحكام المرأة في الفقه الإسلامي، كتاب متوفر على موقع شبكة الفتاوى الشرعية، تاريخ الزيارة ٢٠١٣/٩/١:

www.islamic-fatwa.com/index.jsp?inc=16&cat=15&type=3&lang=ar

^١ انظر القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهدة، مرجع سابق، ص ٥٦٩-٥٧٠. انظر ابن عرفة، محمد بن أحمد، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

٣. انتهاء مدة الحضانة. في فتوى خاصة بهذه الحالة جاءت: ليس من حق الأم حضانة ولدها إذا إنتهت سن حضانة النساء.^١

الفرع الثاني: استرداد الحضانة.

أما فيما يتعلق بعودة أو استرداد الحضانة، فإن دار الإفتاء المصرية، أجازت للأم التي أسقطت أو تنازلت عن حقها في الحضانة، طلب عودتها لأن حق الحضانة يثبت شيئاً فشيئاً مراعاة لحق المحضون الذي يعتبر أقوى الحقين. وبخصوص زمن عودة الحضانة إلى الحاضنة التي توجت بأجنبي عن المحضون أفت دار الإفتاء بعودة حضانتهما بالطلاق البائن لزوال المنع،^٢ بمعنى انتهاء العدة إن كان الطلاق رجعي. كما يستنتج حالة أخرى من حالات السقوط من خلال الفتوى الأولى، وهي التنازل أو الاتفاق على سقوط الحضانة.

كما سبق، تبين أن ما صدر من فتاوى عن دار الإفتاء المصرية، جاء موافقاً للمذاهب الفقهية الأربعة، فحالات السقوط هي نفسها. وبخصوص إعادة الحضانة فقد أخذت الدار برأي جمهور الفقهاء، أما رجوع الحضانة للحاضنة المتزوج، فقد أخذت بالرأي القائل بعدم رجوع الحضانة إذا كانت الحاضنة في العدة من طلاق رجعي.

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة.

في هذا المطلب سوف يستعرض الباحث أهم الملاحظات على الفقرة السادسة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وذلك بعد إجراء المقارنة بينها وبين ما ورد في المذاهب الفقهية الأربعة ودار الإفتاء المصرية، وسيلتزم أهم ملاحظاته على موقف القضاء أيضاً.

^١ النظر عدد، مجد وآخرون، مرجع سابق، الجزء الأول، ص ٣٥٨-٣٥٩، الجزء الثاني، ص ٣٧٦-٤٣٠.

^٢ النظر عدد، مجد وآخرون، الجزء الأول، ص ٣٥٩، الجزء الثاني، ص ٣٨٤.

فيما يتعلق بحالات سقوط الحضانة، كان هناك تقارب كبير بين التشريع العراقي والمذاهب الفقهية، لكن ما ينقص التشريع العراقي بهذا الصدد هو عدم وجود مادة خاصة بمسقطات الحضانة، بحيث تغطي صورة واضحة عنها، كما هو عليه قوانين الأحوال الشخصية لدولة الأردن والإمارات والقطر، في المواد ١٧٢، ١٥٢، ١٨٣ على التوالي، وإنما كانت معبرة في ضمن الفقرات التسعة للمادة ٥٧ من القانون العراقي وبصورة غير مباشرة.

كما أن المذهب كان لهم رأياً بخصوص زمن سقوط حضانة الحاضنة التي تزوج بأجنبي عن المحضون، في حين لم يبين المشرع موقفه من هذه الحالة. ويرى الباحث ضرورة علاج هذه الحالة تشريعياً، لأن عدم سقوط حضانتها في القانون مقيدة بشروط، فإذا لم تتوفر الشروط لديها تسقط حضانتهما. ويرجح الباحث رأي المالكية في هذه المسألة، القاضي بسقوط الحضانة بالدخول وليس بالعقد، لأنه من الناحية العملية، كثيراً ما يبقى الحاضنة بعد عقد الزواج فترة طويلة، قد تصل إلى سنة أو أكثر دون الزفاف بما أسي انتقالها إلى دار زوجها والدخول بها، ففي هذه الفترة سيرحم المحضون من حاضنته التي هي في الغالب والدته. علماً، أن الباحث لم يجد حكماً من بين المراجع التي أطلع عليها لديه متعلق بهذه المسألة حتى يتعرف على موقفه.

^٣ على سبيل المثال المادة ١٥٢ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي تنص على:

يسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:

١- إذا احتل أحد الشروط المذكورة في الفئتين (١٤٣) و(١٤٤).

٢- إذا استوطن الحاضن بلدًا يعسر معه ولي المحضون القيام بواجباته.

٣- إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بما مدة ستة أشهر من غير علم.

٤- إذا سكت الحاضنة الجديدة مع من سقطت حضانتها لسبب غير العجز البدني.

علماً، أن كل من القانون الأردني في المادة ١٧٢ والقانون القطري في المادة ١٨٣ نصت صراحة وبكل وضوح على حالات سقوط الحضانة مثل المادة ١٥٢ من القانون الإماراتي. انظر أبو فارس، مجد عبد القادر، مرجع سابق، ص ٤٦٧. انظر موقع المرآة: البوابة القانونية العراقية، مرجع سابق. (مرجع الكوثري). انظر الهندي، أحمد، نفس المراجع، ص ٢٨١-٢٨٢.

ثالثاً: اشتراط تضرر المحضون من حضانة الحاضن الجديد أثناء وجوده معه في النص القانوني، يتعارض مع رأي المذاهب الفقهية. لكن رغم ذلك، يرى الباحث أن فيه جانبين:

١. تبين من خلال جميع الأحكام المتعلقة بالحضانة، أنه ليس هناك حاضن أرحم وأشقق على المحضون من أمه، وعليه فإذا كانت الأم لها الحق في استرداد حضانتهما، فلماذا يشترط عليها تضرر المحضون من حاضنه الجديد حتى تستطع استرداد حضانته له، حيث إن ابتعاد المحضون عن أمه ضرر في حد ذاته، وعليه يرى الباحث عدم تحول الأم بهذا الشرط، وكذلك الأب إذا كان خصمه غير الأم، لأن رحمة وعطف الوالدين لا يمكن مقارنته بغيرهما.

٢. إذا كان الحاضن الذي يريد استعادة حضانته غير الوالدين، فلا بأس من اشتراط تضرر المحضون، لأن الحواضن غير الوالدين جميعهم سواء تقريباً، وعليه فهذا الشرط في هذه الحالة يحقق للمحضون نوعاً من الاستقرار وعدم التقلب بين الحواضن باستمرار.

وبالرجوع إلى القاعدة الفقهية (بزوال المنع يعود المنوع) التي سارت عليها المذاهب، تبين أن المذاهب الفقهية عدا المالكية رخصت بعودة الحضانة أيّاً كان سبب السقوط، في حين أن المالكية أجازت عودة الحضانة إن كان سبب سقوطها إضرارها أما إن كان اختيارياً فلا يجوز. أما المشرع العراقي، فيبدو أنه أخذ برأي الجمهور في الفقرة السادسة من المادة ٥٧. ويرى الباحث أن رأي المالكية يحقق مصلحة المحضون أكثر، لأنه من جانب يحقق له الاستقرار، ومن جانب آخر فإنه من مصلحة المحضون عدم العودة إلى حضانة شخص سبق وأن تنازل أو امتنع عن حضانته بزادته الحرة دون ضغط أو إكراه، وما طلب عودة حضانته إلا لئيل على وجود مصلحة له فيها.

ويرى الباحث، إنه إذا كانت الحضانة قد سقطت بسبب التنازل عنها أو الاتفاق عليها، فلا يجوز اعتبار ذلك سبباً اختيارياً مسبقاً، وإنما على القاضي إجراء التحقيقات اللازمة لمعرفة الملابسات والظروف التي من خلالها حصل التنازل أو الاتفاق، وبعد ذلك

المادة ١٥٢ من القانون الإماراتي ضمن حالات سقوط الحضانة "إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بما مدة ستة أشهر من غير عذر".^١

وبخصوص زمن عودة حضانة الحاضنة التي تزوجت بأجنبي عن المحضون، فإن المشرع العراقي لم يتناول هذه المسألة، بينما المذاهب الفقهية، تناولتها، وكانت هناك ثلاثة آراء. والباحث يرجح رأي الحنفية وفتاوى دار الإفتاء المصرية في هذه المسألة، والقاضية بعودة حضانتها بالطلاق البائن أو بانتهائها عدماً إن كانت مطلقة من طلاق رجعي، لأنها حكماً لا زالت مرتبطة بزواجها، كما أنها خلال العدة قد يراجعها زوجها. أما بخصوص القضاء العراقي فهو الرأي، نتى هذا الرأي في أحكامه.

أخيراً، تبين من خلال هذا المبحث أن المقصود بالحاضنة في الفقرة السادسة، بعد رجوع الباحث إلى مقدمة قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم ٢١ لسنة ١٩٧٨، هي أم المحضون، لكن المشرع استخدم مصطلح (الحاضنة) بدلاً من مصطلح (الأم)، وهذا موقف جيد حتى يشمل المحضون غير الأم أيضاً، لكن في الوقت نفسه يعتبر ضعفاً في النص لأن الحاضن قد يكون ذكراً أو أنثى. لذا حتى تشمل الفقرة جميع الحواضر، هناك ضرورة لتغيير المصطلح إلى (الحاضن).

من خلال ما تقدم، يتضح بأنه من الضروري تعديل الفقرة السادسة، بحيث يمكن أن تقدم مصلحة المحضون بشكل أفضل. ويتبين أيضاً، بأنه يمكن وضع ثلاثة شروط في مسألة استرداد الحضانة عند تعديل الفقرة، كي ينعم المحضون بنوع من الاستقرار، ولكي لا يرة إلا للحاضن الذي يحميه ويرق به ويهتم به، ولكي لا يكون وسيلة للانتقام بين مستحقي الحضانة، وهذه الشروط هي:

١. أن يكون سبب السقوط إضراراً أو لا إرادياً.
٢. التضمر بالمحضون لدى حاضنه الجديد.
٣. التقدم.

^١ انظر أيضاً الحندي، أحمد نصر، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٨١.

يصدر حكمه المناسب في الدعوى. فعلى سبيل المثال: كثيراً ما يحدث أن تنازل الأم عن حضانة أولادها وهي مكروهة على ذلك، بسبب الظروف والأحوال التي تمر بها أو مباشرة من قبل الطرف الآخر للحضانة.

وتجدر الإشارة، إن المالكية يعتبرون الزواج سبب اختياري، بينما الباحث يرى إن الزواج سبب إضطراري خاصة إن كانت الحاضنة شابة وكان زواجها للمرة الأولى حينما سقطت حضانتها، لأنها تحتاج إلى من يسترها ويقوم بإعاتها، أما الزواج لأكثر من مرة فيعود تقديره للقاضي.

وبالرجوع إلى موقف القضاء، تبين أنه في القضايا التي سقطت فيها الحضانة بتنازل منها، أجازت عدوها بعد توفر الشروط الأخرى، بينما إذا سقطت بالاتفاق، فلا يسمح بالعودة استناداً إلى القاعدة الآتية: "من سعى إلى نقض ما تم من جانبه فسمعه مردود عليه". وهذا يعتبر تناقضاً من القضاء حسب وجهة نظر الباحث، لأن كلنا الحالتين قد وقعنا بإرادة الحاضن، وليس من العدالة التمييز بينهما، وإذا كان المرر أن الاتفاق يكون بمقابل، فإن التنازل عن الحضانة هو الآخر يكون بمقابل في معظم الحالات، وعليه يرى الباحث ضرورة عدم التمييز بين هاتين الحالتين من قبل القضاء.

ومن الأشياء المهمة الأخرى المتعلقة باسترداد الحضانة والتي تناولتها المالكية، وسكت عنها نيقية المذاهب والتشريع العراقي أيضاً، هي التقدم. فعند المالكية، إذا كان صاحب حق استرداد الحضانة، عالماً بحقه في ذلك ولم يطلب حقه خلال سنة دون عذر سقط حقه.

هذا الشرط كما يراه الباحث، شرط مهم لمصلحة المحضون لأنه يحقق للاستقرار، ومن جانب آخر يقطع الطريق على صاحب حق استرداد الحضانة من تقديده الحاضن بين فترة وأخرى بأحد المحضون، لكن الباحث يرى أن مدة سنة فترة طويلة وإن سنة أشهر كافية إن كان للحاضن نية لإعادة حضانته، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من

المادة المقترحة في استرداد الحضانة:

المادة الأولى:

تسقط حق الحاضن في الحضانة في الحالات الآتية:

١. إذا فقد أحد شروط الحضانة المنصوص عليها في القانون.
٢. إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بما مدة ستة أشهر من غير عذر رغم علمه بحقه.
٣. الإلتفاق أو التنازل عن الحضانة، أو رفضها دون إكراه أو إضرار مع مراعاة مسألة تعيين الحاضن.
٤. الحالات الأخرى التي نصّ عليها القانون.

المادة الثانية:

تعود الحضانة إلى الحاضن بزوال سبب سقوطها، بعد توفر الشروط الآتية:

١. أن يكون سبب سقوط الحضانة إضراراً أو لا إرادياً، وعلى المحكمة إجراء التحقيقات اللازمة لمعرفة سبب سقوطها وإن كانت قد سقطت بالتنازل أو الاتفاق. ويعتبر زواج الأم مرة واحدة بعد سقوط حضانتها سبباً إضطرارياً، أما الزواج أكثر مرة فيعود تقديره إلى المحكمة.
٢. أن يكون المحضون قد تضرر خلال وجوده مع حاضنه الحالي، ويستثنى من ذلك الأم، والأب إذا كان خصمه غير الأم، من إثبات تضرر المحضون.
٣. طلب استرداد الحضانة خلال ستة أشهر من تاريخ علمه بحقه في استرداد الحضانة

الفصل السابع

مشروع قانون الحضانة

بعد اطلاع الباحث من خلال هذه الدراسة على أحكام الحضانة في القانون العراقي، ورأي المذاهب الأربعة وقرارات وتوصيات المجمع الفقهي وفتاوى دور الإفتاء والنصوص القانونية لأحكام الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية الحديثة، كقانون الأحوال الشخصية الإماراتي والأردني والقطري، توصل إلى اقتراح مشروع لقانون الحضانة، يهدف إلى إثراء القانون العراقي وتخلصه من الثغرات والفجوة التشريعية الكبيرة الموجودة فيه بخصوص أحكام الحضانة، وأدناه نص المشروع.

المادة الأولى: الحضانة، هي ولاية على الطفل لحفظه وتربيته في سن معينة ممن له الحق فيها.

المادة الثانية:

١. الحضانة حق مشترك بين الحاضن والمحضون والولي وأن حق المحضون هو الأقوى عند التعارض، وللأم الأولوية في الحضانة حال قيام الزوجية وبعد العدة مالم يتضرر المحضون من ذلك.
٢. يجبر الولدان على الحضانة في حالة التعيين لها، وفي حالة عدم وجودها يجبر الحاضن المستحق، إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك.

المادة الثالثة:

أولاً: يثبت حق حضانة الطفل للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدي الأب على من يدي بالأم، ويعتبر فيه الأقرب من الجهتين، وذلك باستثناء الأب على الترتيب التالي، على أن يراعى القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون: الأم، ثم الأب، ثم أمهات الأب، ثم الأقرب فالأقرب، ثم أمهات الأم، ثم الأقرب فالأقرب، ثم الجد لأب

تاسعاً: للقاضي نقل حق الحضانة من مستحق أقرب إلى مستحق أبعد، عند تنازعهما مع بيان الأسباب، إذا كان ذلك في مصلحة المحضون.

المادة الرابعة :

يشترط لأهلية المحاضن ذكرًا كان أم أنثى ما يلي :

١. البلوغ القانوني إذا كان المحاضن غير الوالدين .
٢. العقل .
٣. الأمانة .
٤. عدم الرقعة .
٥. السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة .
٦. أن لا يكون محكوماً سابقاً بجريمة تمس العرض، أو بجريمة جنائية تدل على خطورته الإجرامية .
٧. القدرة على تربية المحضون، والحفاظة عليه، ورعايته بما يتفق ومصالحه .
٨. الاتحاد في الدين، إلا إذا كانت الحضانة أم المحضون فحضانتها حين بلوغه سبع سنوات أو قبل هذا السن إذا خيف على دينه .
٩. عدم سكن المحضون في بيت مغبضه أو من يؤذيه أو مع من سقطت حضنته بسبب سلوكه أو رده أو إصابته بمرض معد خطير .

المادة الخامسة :

١. مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة الرابعة يشترط في المحاضن:
أ. إذا كان رجلاً، أن يكون محرماً إذا كان المحضون أنثى، فإن لم يكن محرماً تسقط حضنته إذا بلغت المحضونة سبع سنوات من العمر إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك، وكذلك يجب أن يكون عنده من النساء من يصلحن للحضانة .
ب. إذا كان امرأة؛ خلوها من زوج أجبي عن المحضون إلا في حالتين لا تسقط حضانتها فيهن:

572

573

٥. يجب توفر شروط المحاضن لدى الولي أو العاصب عند ضم المحضون إليه بعد انتهاء مدة الحضانة، وتوفر شروط مناسبة لديه بقدرها القاضي عند بقاء المحضون معه بعد إكماله سن الرشد.

المادة السادسة:

على الولي القيام بما يوجبه حق الولاية على المحضون من الإشراف على تنشئته تنشئةً صالحة وتأديبه وتعليمه، وعلى المحاضن تنكيته من أداء واجباته.

المادة السابعة:

١. لكل من الأبوين والولي عند عدم الأب الحق في رؤية المحضون وزيارته واصطحابه، عندما يكون في يد أحد الأبوين أو غيرها سواء أثناء فترة الحضانة أو بعد ضم المحضون إلى الولي، مع تجنب الحفوة المحرمة شرعاً .
٢. من حق الأبوين والولي أن يبيت عندهم المحضون مرة على الأقل كل شهر، وأن لا تقل عن لييتين كل مرة، وعلى أن يكون المبيت في أيام عطلة الأسبوع أو العطل الرسمية الأخرى أو أي وقت يراه القاضي مناسباً لمصلحة المحضون وطرفي العلاقة .
٣. لا يجزأ الأبوين والولي من رؤية المحضون واسترارته واصطحابه ومبيته عند سقوط حضانتهم إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك .
٤. يحق لأجداد وحذات المحضون وأقاربهم من إخراج رؤيته وزيارته وحسبما يقرره القاضي، بعد مراعاة مصلحة المحضون.

المادة الثامنة:

١. لطلاب رؤية المحضون وزيارته واصطحابه الاتفاق مع المحاضن على تحديد زمان ذلك ومكانه ومدته وعدد مراته، فإذا لم يتفقا يجتهدهما القاضي، مراعيًا سن المحضون وظروفه وبما يراه محققاً لمصلحته ومصالحته وطرفي الدعوى.

وإن علا، ثم أمهاته، ثم الأقرب فالأقرب، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأب، ثم الأخت لأم، ثم العمات، ثم الأعمام فالأعمام، ثم الخالات، ثم الأقرب فالأقرب، ثم عمات الأب، ثم خالات الأب، ثم الأقرب فالأقرب، ثم بنات الإخوة وبنات الأخوات، ثم بنات الأعمام وبنات العمات، ثم بنات عمات الأب .

ثانياً: إذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجدة الصحيح على الإخوة.

ثالثاً: فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجدة لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الأخوال بتقدم محال الشقيق فخال لأب فخال لأم.

رابعاً: إذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال، انتقل الحق إلى من يليه ويبلغه القاضي بذلك، فإن رفض أو لم يبد رأيه أسبوع انتقل الحق إلى من يليه.

خامساً: للأم حق حضانة أولادها عند النزاع على الحضانة، ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

سادساً: لكل من الأم والأب طلب ضم الأولاد له إذا كان بينهما نزاع، وخرجت الأم من مسكن الزوجية ولو كانت الزوجية قائمة بينهما، ويفصل القاضي في الطلب اعتباراً بمصلحة الأولاد.

سابعاً: إذا لم يوجد الأبوان، ولم يقبل الحضانة مستحق لها، يختار القاضي من يراه صالحاً من أقارب المحضون، وفي حالة عدم وجودهم أو قبوهم الحضانة يختار غيره من إحدى المؤسسات الموهلة لهذا الغرض.

ثامناً: إذا تساوى مستحقو الحضانة في درجة واحدة، يقدم أصلحهم للحضانة، ثم أكثرهم ورعاً، فإن تساوى المستحقون في الصلاحية والورع، قدم أكثرهم سناً.

أولاً: إذا كان الزوج من عصبية المحضون ومن مستحقي الحضانة.

ثانياً: ليس لمن ذكروا في الفقرة (أولاً)، ولكن رضي ولي المحضون وزوجها على بقاء حضانتها .

٢. يحق للمحاضنة التي ذكرت في الفقرة (ب) أخذ تعهد من زوجها بعدم الإضرار بالمحضون، ومعاملة كعاملته لأولاده عند إبرام عقد الزواج أو بعده، أو إدراج ذلك كشرط ضمن عقد الزواج، ويحق لها طلب التفريق منه إذا أخل الزوج بتمهده .

٣. لا يقصد بعبارة (معاملة) الواردة في الفقرة السابقة أن زوج المحاضنة مكلف بصرف ماله على المحضون، لكون نفقة المحضون على المكلف بنفته.

المادة السادسة:

١. تنتهي مدة الحضانة بإكمال المحضون الذكر سبع سنوات، والأُنثى تسع سنوات، إلا إذا كانت حاضنتها أمها أو جداتها عندها تكون مدة حضانتها حين الحيض، وإذا كانت لا ترى الحيض فحتى إكمال الثانية عشر من العمر .

٢. لا يجوز للولي أو العاصب ضم المحضون، عند انتهاء مدة حضانة النساء إلا رضاً أو قضاءً.

٣. إذا كان المحاضن أنثى فيجوز تمديد حضانتها لمدة مناسبة إذا كان المحضون مريضاً مرضاً لا يستفيق بسببه عن رعاية النساء، بعد إحالة المحضون إلى اللجان الطبية والنفسية، والباحث الاجتماعي، وقيام المحكمة بإجراء التحقيقات اللازمة، ما لم تقتض مصلحته خلاف ذلك.

٤. تنتهي ولاية الحضانة إذا أكمل المحضون سن الرشد، ويكون للذكر حق الاستقلال بنفسه، إلا إذا خيف عليه فيكون عند الولي أو العاصب، أما الأنثى فتكون عند الولي أو العاصب المحرم، فإن لم يكن هناك ولي أو عاصب محرم فتعد من يختار القاضي. أما المحضون الذي يتزوج قبل سن الرشد، تنتهي ولاية الحضانة عليه من تاريخ زواجه.

574

575

٤. الحكم القضائي برؤية المحضون وزيارته واصطحابه والمبيت بصحته مشمول بالغاء المعجل، وفي حالة الحاجة لاستخدام القوة الجبرية لتنفيذ الحكم، فلا تستخدم القوة في مواجهة المحضون.

المادة الحادية عشرة :

أولاً:

أ. لا يجوز السفر بالمحضون إلى أي مكان، إذا كان المكان هذا والطريق إليه غير آمنين على نفس المحضون ودينه وأخلاقه وماله.

ب. لا يجوز للولي السفر بالمحضون إن كان المحضون لم يكمل سنتين من عمره.

ج. لا يجوز السفر بالمحضون من المدينة إلى القرية بقصد الإقامة.

ثانياً: ليس للأب حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي، أن تسافر بولدها سفر نقلة أو حاجة من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه أو وليه.

ثالثاً :

أ. يجوز السفر بالمحضون لسباحة أو زيارة أو حاجة من قبل الولي أو الحاضن إلى مكان قريب داخل العراق لمدة لا تتجاوز عشرة أيام، أما إذا كان مكان بعيد فلا تتجاوز عشرون يوماً، على أن لا يلقى الضرر بالمحضون في كلتا الحالتين والى أن يكون المحضون مع المقيم منهما.

ب. يجوز السفر بالمحضون بقصد الإقامة من قبل الحاضن إلى بلدة أخرى داخل العراق، بالشروط أدناه، وفي حالة عدم توفر هذه الشروط يسقط حضنته:

١. أن تكون المسافة بين البلديتين لا تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه، وكان لا يكلف الولي مشقة أو نفقة غير عاديين بالوسائل العادية بالنسبة له.

٢. عدم قصد الانتماء من الولي أو المحضون نفسه.

٣. عدم تضرر المحضون من هذا الانتقال.

٢. يتضمن حكم الرؤية والإستزارة والاصطحاب لإزام المحكوم له بإعادة المحضون إلى حاضنه بعد انتهاء المدّة المقررة، ويلزم طالب الرؤية والإستزارة والاصطحاب بدفع ما تقدره المحكمة من نفقات لتنفيذ طلبه عند طلب الحاضن.

٣. للمنفذ العدلي بعد صدور الحكم تعديل زمان الرؤية والزيارة والاصطحاب ومدته وعدد مراته ومكانه، وكذلك زمان المبيت وعدد مراته، عند طلب الباحث الاجتماعي أو أحد الطرفين أو اتفاق الطرفين على التعديل، إذا وجد ما يبرر ذلك وحسبما تقتضيه مصلحة المحضون.

٤. على القاضي والمنفذ العدلي وأطراف العلاقة عند تحديد أو تعديل زمان الرؤية والزيارة والاصطحاب ومدته وعدد مراته ومكانه، وكذلك زمان المبيت وعدد مراته، استشارة الباحث الاجتماعي إلا أن رأيه غير ملزم لهم لكن على القاضي والمنفذ العدلي بيان أسباب عدم الأخذ برأيه .

المادة العاشرة:

١. على القاضي إنذار الحاضن الذي امتنع عن تمكين المحكوم له من الرؤية أو الزيارة أو الاصطحاب أو المبيت بالمحضون دون عذر وإذا تكرّر تخلفه أو امتناعه بعد الإنذار، جاز للقاضي إسقاط حضنته مؤقتاً ونقلها إلى من يليه من أصحاب حق الحضانة ولقدره تقدرها القاضي، وإذا تكرّر تخلفه أو امتناعه جاز إسقاط حضنته .

٢. على من انتقل إلى حق الحضانة مؤقتاً تنفيذ حكم الرؤية أو الزيارة أو الاصطحاب أو المبيت كأنه صادر بحقه.

٣. على القاضي إنذار المحكوم له الذي يتخلف عن الموعد المحدد لتنفيذ الحكم بالرؤية أو الزيارة أو الاصطحاب أو المبيت دون عذر، وإذا تكرّر تخلفه عن التنفيذ، جاز للقاضي بناء على الطلب وقف تنفيذ الحكم لمدة تقدرها القاضي، وإذا تكرّر بعد ذلك يسقط حقه، أما إذا كان المحكوم له ولياً فسقط ولايته ويعتبر للمحضون ولياً آخر لمدة يقدرها القاضي .

رابعاً: تسقط حضانة الحاضن ويكون المحضون مع وليه إذا سافر الولي سفر نقلة إلى بلدة أخرى داخل العراق، وكانت المسافة بين البلديتين تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه بالوسائل العادية بالنسبة له، ولم يقصد من سفره الانتقال من الحاضن.

خامساً :

أ. إذا كان الولي عراقي ومتجنس بجنسية دولة أجنبية أيضاً، فله السفر بالمحضون سفر نقلة إلى هذه الدولة الأجنبية للإقامة فيها .

ب. ليس للأب أو أي حاضن آخر الحق الوارد في الفقرة (أ).

سادساً :

أ. إذا كانت الأم عراقية ومتجنسة بجنسية دولة أجنبية أيضاً، فلها السفر بالمحضون إلى هذه الدولة الأجنبية بقصد حاجة أو سياحة دون الإقامة .

ب. أقصى مدة للسفر في الفقرة (أ) شهر واحد، بعد تأمين مصلحة المحضون أولاً، وتقديم كفالة رهيمة بإرجاع المحضون.

سابعاً: للولي نفس الحقوق الواردة في الفقرة (سادساً) وبنفس الشروط.

ثامناً :

أ. إذا كان أحد الزوجين أو الولي أجنبياً والآخر عراقي، فيجوز للأجنبي منهم السفر بالمحضون إلى دولته سفر حاجة لمدة لا تزيد عن شهر بعد تأمين مصلحة المحضون أولاً، وتقديم كفالة رهيمة بإرجاع المحضون .

ب. لا يجوز للأب أو الولي الأجنبي سفر النقلة بالمحضون إلى دولته إلا بعد انتهاء حضانة النساء .

تاسعاً: إذا لم يلزم الأب أو الولي والأم الحضانة وأي حاضن آخر بالأحكام الخاصة لكل حالة من الحالات المذكورة اعلاه، يوجه له القاضي إنذاراً بضرورة الإلتزام بها، فإن أصر على موقفه، تسقط حضانة الحاضن المخالف أياً كان، ويعزم صاحب الحق في السفر والانتقال بالمحضون لمدة محددة يقدرها القاضي .

عاشراً :

أ. للولي الاحتفاظ بجواز سفر المحضون، إلا في حالة السفر فيسلم للحاضن .

ب. للقاضي أن يأمر بإبقاء جواز السفر في يد الحاضن، إذا رأى تعتاً من الولي في تسليمه للحاضن وقت الحاجة .

ج. للحاضن الاحتفاظ بأصل شهادة الميلاد، وأي وثائق أخرى ثبوتية تخص المحضون، أو بصورة منها مصدقة، وله الاحتفاظ بالبطاقة الشخصية للمحضون.

المادة الثانية عشرة:

١. الحاضن يستحق أجره الحضانة من تاريخ قيامه بحضانة المحضون.

٢. لا تستحق الحضانة الأم أجره الحضانة إذا كانت الزوجية قائمة أو كانت معدة تستحق في عدلتها نفقة.

٣. تبدأ أجره حضانة الأم من تاريخ انقطاع نفقة عدلتها إن كانت مستمرة في حضانة ولدها.

٤. في حالة تمديد حضانة النساء، فإن الحضانة تستحق نصف الأجر التي كانت تستحقها أثناء مدة الحضانة الأصلية، إلا إذا كان المحضون عاجراً أو مجنوراً أو مصاب بمرض مزمن، فستستحق كامل الأجر.

المادة الثالثة عشرة:

تقدر أجره الحضانة بعد مراعاة أسعار السوق، وتكون قابلة للزيادة والنقصان في حال وقوع ظروف غير متوقعة تؤدي إلى تغير في أسعار السوق بشكل ملموس .

المادة الرابعة عشرة:

جميع النفقات والأجور التي تدفع إلى الحاضن بسبب الحضانة تنقطع من تاريخ وقوع إحدى الحالات الأتية:

١. انتهاء مدة الحضانة بصورة طبيعية أصلية كانت أو ممتدة.

٢. سقوط حضانة الحاضن لأي سبب كان.

ب. إذا كان المحضون لا يملك مالا والولي في حالة إعسار، يقدم المترع على المحضين .

ثانياً: في حالة وجود مترع وامتنع المحضين عن الحضانة دون أجر، والمحضون لا يملك مالا والولي معسر، يجبر المحضين، ويدفع له أجر المثل من صندوق رعاية الطفولة، على أن يعيد الولي الأجرة إلى الصندوق .

ثالثاً: إذا كان المترع من غير أهل الحضانة، يقدم المحضين على المترع ويعطى له أجر المثل، وإذا كان المحضون لا يملك مالا، والولي معسر فتدفع من صندوق رعاية الطفولة على أن يعيد الولي هذه الأجرة إلى الصندوق .

المادة الثامنة عشرة:

تسقط حق المحضين في الحضانة في الحالات الآتية:

١. إذا فقد أحد شروط الحضانة المنصوص عليها في المادتين الرابعة والخامسة .
٢. إذا سكت مستحق الحضانة عن المطالبة بما مدة ستة أشهر من غير عذر رغم علمه بحقه.
٣. الإنفاق أو التنازل عن الحضانة، أو رفضها دون إكراه أو إضطرار مع مراعاة مسألة تعيين المحضين المنصوص عليها في المادة الثانية ولادة السابعة عشر/ثانياً.
٤. الحالات الأخرى التي نص عليها القانون^١.

المادة التاسعة عشرة:

تعود الحضانة إلى المحضين بزوال سبب سقوطها، بعد توفر الشروط الآتية:

١. أن يكون سبب سقوط الحضانة إضطراراً أو لا إرادياً، وعلى المحكمة إجراء التحقيقات اللازمة لمعرفة سبب سقوطها وإن كانت قد سقطت بالتنازل أو الاتفاق.

^١ مثل: لعادة الثالثة/رابعاً، ولادة العاشرة/١، والفقرات (ثالثاً)، ورابعاً (رابعاً) من المادة الحادية عشرة، وكذلك الفقرة (الأول) من لادة السابعة عشرة.

٣. ضمة المحضون إلى وليه.

٤. عدم قيام المحضين بالحضانة.

المادة الخامسة عشرة:

١. لا تستحق أجرة سكن الحضانة إذا كان المحضون أو المحضون يملك مسكناً يمكن القيام بالحضانة فيه، أو وجد مسكناً مخصصاً لهما دون أن يدفع المحضين أجرة .

٢. إذا لم تحقق الفقرة الأولى، فعلى المكلف بنفقة المحضون تخصيص مسكن للحضانة أو دفع أجرة سكن المحضين والمحضون معاً.

٣. إذا حصل أن أقام المحضون مع المحضين في دار يستأجرها أو يملكها الأخير كما في الفقرة (١)، عندئذ يدفع المكلف بنفقة المحضون أجرة سكن المحضون اليه.

المادة السادسة عشرة:

١. نفقة المحضون وتكاليف الحضانة تدفع من قبل المحضون إن كان له مال وإلا فعلى وليه.

٢. إذا كان الولي معسراً ولم يقدر على دفعها، وامتنع ورثة المحضون عن دفعها، تدفع من قبل صندوق رعاية الطفولة.

٣. يؤسس صندوق رعاية الطفولة بموجب قانون، ويعيد الولي المعسر المبالغ المدفوعة عنه إلى الصندوق في حالة يساره عن طريق أقساط ميسرة، وبموجب تعليمات تصدرها إدارة الصندوق .

المادة السابعة عشرة:

أولاً: إذا كان المترع من أهل الحضانة وكان موسراً، ويتوفر فيه شروط الحضانة، وليس هناك مترع أحق منه فيكون حكمه كما يلي:

أ. إذا كان المحضون والولي كلاهما أو أحدهما في حالة يساره، يقدم المحضين على المترع ويعطى له أجر المثل.

خاتمة الباب الثاني

بعد جهد شاق وعناء طويل والبحث في بطون الكتب والمراجع القانونية والفقهية – الإسلامية- والاستفادة من قوانين الأحوال الشخصية الحديثة، ومن آراء وخبرات العاملين في سلك القضاء، وبحوث الأكاديميين، لغرض دراسة أحكام الحضانة والتعرف على أحكامها وفهمها وتحليلها من خلال قانون الأحوال الشخصية العراقي المتعلق بأحكام الحضانة، وقد توصل الباحث إلى النتائج الآتية :

١. لم يعترف المشرع العراقي الحضانة في المادة (٥٧) الخاصة بالحضانة ولا في أية مادة أخرى من مواد القانون. في حين أنه قد عرّف كثيراً من المصطلحات ضمن متن القانون وعلى سبيل المثال: مصطلحي الزواج والطلاق .
٢. رغم تناول الفقرة الأولى من المادة (٥٧) مسألة تكييف الحضانة، لكن بسبب صياغتها، فإن شُرّاح وباحثي قانون الأحوال الشخصية العراقي، وحتى القضاء العراقي اختلفوا فيما بينهم حول تكييف الحضانة مثل فقهاء المذاهب الأربعة.
٣. ترتيب المواضع، يشوبه عدم الوضوح في القانون العراقي، لكون المشرع تناوله في أربع فقرات ضمن فقرات المادة (٥٧)، وضمن أحكام أخرى للحضانة. كما لا يوجد نص في القانون يقضي بإجبار الأم أو المحضين في حالة التمييز للحضانة، في حين المذاهب الأربعة والقضاء العراقي ذكروا ذلك بكل وضوح.
٤. شروط المحضين عند المشرع العراقي خمسة شروط فقط، بينما عند المذاهب الأربعة ودار الإفتاء المصرية فأكثر من عشرة، وهذا يدل على وجود فجوة كبيرة في التشريع العراقي، وإن كان بعض الشروط التي ذكرتها المذاهب فيها اختلاف.
٥. المشرع في الفقرة الثانية، والفقرة الثالثة، والفقرة السادسة من المادة ٥٧ استخدم مصطلح المحضنة، والأصح كما تبيّن هو (المحضين) لأن هذه الفقرات تطبق عملياً في الحكم على المحضين الذكر والأنثى.

ويعتبر زواج الأم مرة واحدة بعد سقوط حضانتها سبباً لإضطرارها، أما الزواج أكثر مرة فيعود تقديره إلى المحكمة.

٢. أن يكون المحضون قد تضرر خلال وجوده مع حاضنه الحالي، ويستثنى من ذلك الأم، والأب إذا كان خصمه غير الأم، من إثبات تضرر المحضون.

٣. طلب استرداد الحضانة خلال ستة أشهر من تاريخ علمه بحقه في استرداد الحضانة.

١٣. حينما نصّ المشرع على موضوع الإشراف على المحضون من قبل الأب جعله اختيارياً، بينما هو فرض ومن اختصاص الولي بشكل عام. وكذلك لم ينص المشرع على وسائل كفيلة تمكّن الولي من القيام بواجبه تجاه المحضون.
١٤. لم ينص المشرع على حق الوالدين في مشاهدة المحضون في حالة فقدان أحدهما الحضانة أو ضمّ المحضون إلى الولي، في حين أكد القضاء والمذاهب الفقهية على حقهم في ذلك. كما لم ينص المشرع على اتخاذ إجراءات بحق الطرف المانع أو الذي يعرقل المشاهدة من الطرفين سواء كان حاضراً أو ولّياً.
١٥. المشرع العراقي لم يتناول رؤية المحضون من قبل أقاربه، وبذلك ابتعد عن روح الشريعة الإسلامية التي تؤكد على صلة الرحم.
١٦. لم يتناول المشرع العراقي أحكام مكان الحضانة والسفر بالمحضون مطلقاً، بينما المذاهب الفقهية ودور الإنشاء ومجلس الإنشاء الأوروبي كان لهم أحكام مفصلة.
١٧. تاريخ استحقاق أجرة الحضانة غير منصوص عليه في حالة وقوع الخلاف بين الطرفين. لذا تلجأ المحاكم إلى الاستدلال بالمادة ٦٣ من قانون الأحوال الشخصية الخاصة بتاريخ استحقاق نفقة الأقارب. كما لم يتناول المشرع تاريخ انتهاء صرف أجرة الحضانة. أما القضاء ففضى بانتهاها بتاريخ إقامة الدعوى.
١٨. القانون لم يبيّن موقفه من أجرة الحضانة في حالة تمديدتها، كما لم يتناول المعايير والضوابط التي يمكن الاعتماد عليها لتقديرها، ومدى قابليتها للزيادة والنقصان، وبخصوص أجرة سكن الحضانة وخاصة أجرة سكن الحاضر، فيها غموض.
١٩. لم يتناول المشرع العراقي التبرع بالحضانة، في حين شغلت هذه المسألة لدى فقهاء المسلمين حيزاً كبيراً وكان فهم آراءه مختلفة، وحتى القضاء العراقي تصدى لهذه المسألة.
٢٠. لم ينص القانون العراقي بشكل واضح على حالات سقوط الحضانة في فقرة أو مادة واحدة، وإنما كانت مبعثرة ضمن الفقرات التسعة للمادة ٥٧ وبصورة غير

585

٦. وقع المشرع العراقي في تناقض، عندما اشترط عراقية الشخص الذي ستتزوج به الحاضنة الأم إن كانت أرملة، وفرض عليه شروطاً أخرى بموجب الفقرة التاسعة من المادة ٥٧، في حين لم يشترط عراقيته ولم يفرض عليه أية شروط إن كانت الأم مطلقة بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة.
٧. لم ينص المشرع العراقي على مصير المحضون عند انتهاء مدة حضانة النساء أصيلة كانت أو إضافية، ونتيجة لذلك لم ينص أيضاً على كيفية ضمّ المحضون إلى ولّيته. كما أن انتهاء ولاية الحضانة غير واضح، كون الفقرة الخامسة من المادة (٥٧) لا تنص صراحة على انتهاء ولاية الحضانة بإكمال المحضون الخامسة عشر من عمره.
٨. لم ينص المشرع على معيار معين لمعرفة رشد المحضون من عدمه، حينما يختار الشخص الذي سيقوم معه عند إكماله الخامسة عشر من عمره، ولهذا القضاء يلجأ إلى وسائل مختلفة في سبيل اكتشاف ذلك.
٩. لم ينص المشرع على درجة القرابة لأقرباء المحضون عند تحجيره بين والديه وأقاربه في الإقامة، كما لم يبحر مشاركة الأقرباء في حالة عدم وجود والدين أو أحدهما.
١٠. المشرع لم يبيّن مصير المحضون في حالة إكماله الخامسة عشر من عمره، وهو مشابح بمرض عقلي أو مفلعل، أو غير راشد في اختياره أو سكنه أو اختيار والديه كليهما.
١١. وجود تناقض بين الفقرة الخامسة والتاسعة من المادة ٥٧، ففي الفقرة الخامسة أعطى المشرع حق الاختيار لمن أكمل الخامسة عشر من العمر في الإقامة مع أحد والديه أو أحد أقاربه حين بلوغه سن الرشد، وفي مقابل ذلك نص في الفقرة التاسعة بفرعيها (أ)، (ب) على نقله عند الأم وحرزته من حق الاختيار.
١٢. تناول المشرع ثلاثة مواضيع -حق الإشراف ومدة الحضانة وتمديدتها- بشكل متداخل وفي آن واحد في الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ وبصيغة غير واضحة، وبصورة جعلت بعض الشراح والباحثين يفهمون الفقرة بشكل غير صحيح.

584

- مباشرة. كما أن استرداد الحضانة بعد انتهاء مدتها وضمّ المحضون إلى ولّيته غير واضح في القانون أيضاً.
٢١. لم ينص المادة ٥٧ على الوقت الذي تسقط فيه حضانة الأم إذا تزوجت بأجنبي ولم يقدم التعهد برعاية المحضون، وكذلك على الوقت تسترد فيه حضانتها.
٢٢. بصورة عامة تمكّن القضاء العراقي من إصدار قرارات مناسبة تغطي كافة جوانب الحضانة رغم العيوب والفرغ التشريعي الكبير في المادة ٥٧ الخاصة بالحضانة. لكن البعض من هذه القرارات وإن كانت نادرة، لم تكن مناسبة بل وفيها تناقض وازدواجية وذلك لصدورها باجتهاد من القاضي دون وجود نصوص قانونية صريحة أو بسبب صياغة النصوص الموجودة.

التوصيات:

- أما أهم التوصيات التي توصل إليها الباحث من خلال هذه الدراسة فهي ما يلي:
١. دراسة أحكام الحضانة في القانون العراقي من خلال دراسة ميدانية أي الاتصال بأطراف الحضانة الذين يطبق عليهم القانون لمعرفة آرائهم حول أحكام الحضانة.
 ٢. إلغاء المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي الخاصة بالحضانة، وكبدل لهذه المادة، عرض مشروع قانون الحضانة الذي اقترحه الباحث في الفصل السابع من هذا البحث على لجنة الأسرة في البرلمان العراقي والكرديستاني من خلال المنظمات النسوية والطفولة، أو مكاتب أعضاء البرلمان مباشرة، كمشودة لمشروع قانون يعرض على أعضاء البرلمان للتصويت عليه.
 ٣. ضرورة مشاركة القضاة والمحامون والأكاديميون وفقهاء المسلمين الذين لديهم خبرة كبيرة في مجال الأحوال الشخصية، وكذلك المنظمات النسوية والطفولة، عند وضع مسودة مشاريع القوانين الخاصة بقانون الأحوال الشخصية واستضافتهم من قبل لجان البرلمان عند الحاجة، للاستفادة من خبراتهم وآرائهم، كي يصدر القانون بعد ذلك بأقل عدد من الفقرات التشريعية.

586

587

أحكام القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ الصادر من برلمان كوردستان

بموجب القرار رقم (١١١) لسنة ٢٠١٥ م أصدرت المشرع الكوردستاني القانون رقم (٦) ويوجبه أوقف العمل بالفقرة الرابعة من المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية الخاصة بأحكام الحضانة. وحسب التعديل الجديد، فإن الفقرة الرابعة المعدلة أصبحت تتألف من سبع فقرات، من خلالها حُلّ موضوع معالجة النزاعات القانونية والعملية التي كانت يشهوها أحكام الحضانة وخاصة أحكام مشاهدة المحضون. وقبل الدخول إلى صلب الموضوع، فإنه من الأفضل إدراج النص القديم والجديد للفقرة لكي يتضح الصورة أكثر للقارئ.

النص القديم للفقرة الرابعة من المادة (٥٧):

"لأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر والممحكمة أن تأذن بتسديد حضانة الصغير حتى اكتماله الخامسة عشرة إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقضي بذلك على أن لا يبيت إلا عند حاجته".

النص الجديد:

"أ- لكل من الأبوين حق مشاهدة أطفالهما وإقامتهم عندهما بعد الفقرة والنقضاء العلاقة الزوجية، ووفاة أحدهما، ويشمل هذا الحق أصولهما. ب- لأب أو الأم الحاضن الإشراف على شؤون المحضون الاجتماعية وتربيته وتعليمه لحين بلوغه الثامنة عشرة من العمر، وبعد وفاتها تنتقل ذلك إلى من له حق الحضانة وفق القوانين النافذة. ج- في فترة الرضاعة تكون المشاهدة مرتين في الشهر في اخل الذي يتم الاتفاق عليه، وفي حالة عدم الاتفاق تكون في اخل الذي تقرره المحكمة. د- بعد فترة الرضاعة يكون وقت ومحل الإقامة وفقاً لاتفاق الطرفين وفي حالة عدم الاتفاق تكون الإقامة أسبوعياً (٢٤) أربع

وعشرون ساعة متواصلة في محل يحدده طالب المشاهدة (غير الحاضن) حسب مصلحة المحضون، وبعد انتهاء المشاهدة يجب عليه إعادة المحضون إلى الحاضن، وبخلافه يجرم من حق المشاهدة لمدة شهر واحد. هـ - إذا منع الحاضن مشاهدة المحضون دون عذر مشروع، يتم إنذاره من قبل المنفذ العدلي، وفي حالة تكراره تنتقل الحضانة بقرار من المحكمة المختصة لمدة شهر واحد إلى الشخص الذي يمنح له هذا الحق بموجب القانون النافذ. و- يكون سفر المحضون إلى خارج البلد موافقة الأبوين فقط، وفي حالة وفاتها يكون للشخص الحاضن بموجب القانون هذا الحق، وفي حالة سفره مع أي واحد منهما، ينبغي عليه تقديم تعهد بالالتزام بإعادته إلى البلد. ز- يراقب عضو الادعاء العام في محكمة الأحوال الشخصية حسن تنفيذ الفقرات أعلاه وفي حالة حصول مخالفة يتخذ الاجراءات القانونية اللازمة".

وعليه، سيتناول الباحث هذا الموضوع من خلال مبحثين. الأول، خاص ببيان الأحكام التي تناولها التعديل الجديد، وفي الثاني سيتم قراءة تلك الأحكام قراءة تحليلية نقدية، لغرض التعرف على النزعات القانونية في تلك الأحكام.

المبحث الأول: التعديلات الجارية بموجب القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥.

وأدناه الأحكام الجديدة للحضانة بموجب التعديل المذكور:

١. **مشاهدة المحضون:** الحق في مشاهدة المحضون يكون محصوراً في الوالدين وأصولهما أي أجداد وجدّات المحضون، وما عداهم ليس لهم هذا الحق مثل الأعمام والعقات والأخوال والحالات وغيرهم. ويشمل حق المشاهدة، الإقامة أيضاً، بمعنى خلال مدة المشاهدة بحق لطالب المشاهدة أن يقيم المحضون معه. علماً، يتّبع الوالدين بهذا الحق بعد الفقرة والنقضاء العلاقة الزوجية، وكذلك في حالة وفاة أحدهما. وبخصوص مسألة عدد مرات ومكان ومدّة المشاهدة، فإن المشرع فرق بين المحضون الرضيع والمحضون الذي جاوز هذه الفترة. فبما يتعلّق بالمحضون الرضيع، فإن القانون

٤. **السفر بالمحضون:** يجوز السفر بالمحضون إلى خارج العراق بشروط: أولاً، موافقة الوالدين فقط، وفي حالة وفاتها تتطلب موافقة الحاضن المنصوص قانوناً، بمعنى إذا كان أحد الوالدين على قيد فإنه يتطلب موافقته فقط. ثانياً، تقديم تعهد بإعادته إلى العراق.

المبحث الثاني: قراءة تحليلية نقدية.

في هذا المبحث سيبيّن الباحث النزعات القانونية في التعديلات الجارية على أحكام الحضانة من قبل المشرع الكوردستاني بموجب القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥، كما سيشير أيضاً إلى النقاط الإيجابية للتعديلات المذكورة.

عموماً، التعديل الجاري جاءت لغرض علاج مسألة مشاهدة المحضون وسد الثغرات التي يشوب أحكامها، وفي نفس الوقت عدلت أحكام أخرى للحضانة مثل رفع سن الحضانة وجاءت بأحكام جديدة كالمسافر بالمحضون. وهذا موقف حسن من المشرع الكوردستاني، لأنه كان هناك نقص تشريعي واضح بخصوص مشاهدة المحضون، لكن عند قراءة نصوص القانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ يمكن ملاحظة بأن هذه النصوص لم تستطع معالجة الأحكام التي تناولتها بشكل سليم ولا يزال هناك ثغرات في تلك الأحكام، سيحاول الباحث بيان ذلك حسب وجهة نظره، لغرض معالجتها بتسريع جديد.

مشاهدة المحضون:

إن حصر حق المشاهدة في الوالدين والأجداد والجدّات فقط موقف جيد من المشرع ويخدم مصلحة المحضون لأن هؤلاء من أقرب الناس إليه، وأن فتح المجال لغيرهم سوف ينظر المحضون. وإذا قيل: أليس من حق المحضون مشاهدة أخواله وحالاته وأعمامه وعماته، حيث أن من حقه التعرف على أقربائه؟ يرد على هذا الكلام، هذا السؤال في محله، لكن إقامة المحضون مع طالب المشاهدة خلال مدة المشاهدة سوف يحقّ ذلك، فمثلاً، إقامة المحضون مع جده الصحيح أثناء المشاهدة سوف يلتقي المحضون بأعمامه

حده عدد مرات المشاهد بترتين فقط في الشهر الواحد، وفي اخل الذي يتفق عليه الحاضن وطالب المشاهدة، وفي حالة عدم الاتفاق على اخل فإنه يحدد بقرار من المحكمة. أما المحضون غير الرضيع، فإن هذه المسألة متروكة لاتفاق الطرفين. بمعنى أن عدد مرات ومحل الإقامة ومدّة المشاهدة كلها خاضعة لإرادة الطرفين. وإذا حصل عدم الاتفاق بين الطرفين، فإنه من حق طالب المشاهدة، إقامة المحضون عنده أسبوعياً في اخل الذي هو يعبّته حسب مصلحة المحضون، وتكون مدة المشاهدة (٢٤) ساعة متواصلة، وعليه بعد انتهاء المدّة المذكورة إعادة المحضون إلى الحاضن والّا سيعاقب برجمانه من حق المشاهدة لمدة شهر واحد فقط.

إذا لم يتعاون الحاضن مع صاحب الحق في مشاهدة المحضون وحزّنه أو منعه من هذا الحق دون عذر مشروع، عندها يراجع طالب المشاهدة المنفذ العدلي، ويقوم الأخير بتوجيه إنذار إلى الحاضن بهذا الخصوص. وإذا تكرر الحاضن فعلته، عندها يجرم الحاضن من حضانة المحضون لمدة شهر فقط بقرار من المحكمة، وتنتقل الحضانة خلال تلك الفترة إلى الحاضن التالي - أي الذي يستحق الحضانة بعد الحاضن الذي سلب حضناته بموجب قانون الأحوال الشخصية-.

٢. **مدة الحضانة:** بعد أن كانت مدة حضانة النساء لغاية إتمام المحضون ذكراً أو أنثى العاشرة من عمره، وجواز تقديمها لغاية إكمال الخامسة عشر إذا اقتضى ذلك مصلحة المحضون، أصبح مدة الحضانة بلوغ المحضون الثامنة عشر من العمر دون تقديمها على اعتبار أنه بعد بلوغه هذا السن يصبح كامل الأهلية ويكون قد بلغ سن الرشد القانوني.

٣. **الإشراف على المحضون:** جعل المشرع الكوردستاني مثل المشرع العراقي الإشراف على شؤون المحضون الاجتماعية والتربوية والتعليمية حقاً للأب، وكذلك أعطى هذا الحق للأم الحاضنة أيضاً وبعد وفاتها تنتقل إلى من له حق الحضانة.

غير الرضيع مطلوب مراعاة مصلحة عند تحديد محل المشاهدة -الإقامة- من قبل طالب المشاهدة، ليس من الأولى مراعاة ذلك بخصوص المحضون الرضيع أيضاً؛ يرى الباحث أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في جميع الأحوال والمسائل، ومن الضروري معالجة ذلك تشريعياً، لأنه حتى وإن كان هناك إتفاق بين الطرفين حول محل الإقامة أو المشاهدة، فهذا لا يعني بالضرورة أن المثل المتفق عليه في مصلحة المحضون. فمثلاً، لو كان الجد يعيش في مدينة تلغفر التابعة محافظة نينوى، والمحاضنة تعيش في مدينة دهوك، وأتفق الطرفان على أن يقيم المحضون مع جده في داره الكائن في تلغفر لمدة يومين، فهل محل المشاهدة -الإقامة- التي هي مدينة تلغفر في ظل الظروف الحالية التي تمرّ بها القطر في مصلحة المحضون؟ الجواب: كلا، لأن المدينة المذكورة تحت سيطرة داعش، كما أن أي منزل فيها معرض للضربات الجوية من قبل قوات التحالف، لذا هناك مخاطر على حياة المحضون إن أقيم هناك ولو للحظة. إضافة إلى ذلك، ما دام مشاهدة المحضون الرضيع لا يتضمن الإقامة كما يفهمه الباحث فإنه من الأفضل أن يكون مشاهدته عند الحاضن.

نص التعديل على حرمان طالب المشاهدة لمدة شهر إذا لم يتم إعادة المحضون إلى المحاضن بعد إنتهاء مدة المشاهدة، وهذا موقف جيد من المشروع حيث لم يكن لهذه العقوبة الرادعة وجود في القانون قبل التعديل، لكن لم يبين المشروع عقوبته أو الإجراء الذي سيتخذ بمقته إذا تكرر طالب المشاهدة فعلته، ويرى الباحث حرمانه من المشاهدة في حالة التكرار دون عذر مشروع. وبخصوص تكاليف المشاهدة لم تناولها المشروع لا في التعديل ولا في النص القديم، وكان من المفروض تناول ذلك في التعديل وتكليف طالب المشاهدة بدفع هذه التكاليف إذا طلبها الحاضن.

أما فيما يتعلق بالحاضن الذي يجرم طالب المشاهدة من المشاهدة دون عذر مشروع، فإن التعديل نصّ على توجيه إنذار له في المرة الأولى، وحرمانه من الحضنة في حالة التكرار أي المرة الثانية، لكن ما العمل إذا تكرر فعلته للمرة الثالثة؟ إذا كان الجواب أنه سيحرم من

وعماته، وإقامته مع جده غير الصحيح سوف يلتقي بأحواله وخالاته، وهكذا. ومن محاسن التعديل الجديد هي إقامة المحضون مع طالب المشاهدة خلال مدة المشاهدة وهذا لم يكن له وجود في القانون القديم. علماً، أن الأم المطلقة وكذلك الأم الأرملة هما هذا الحق وإن تزوجت وتكرت أولادها.

فيما يتعلق بعدد مرات ومكان ومدة المشاهدة، فإن المشروع فرق بين المحضون الرضيع والمحضون الذي تجاوز هذه الفترة وهذا موقف حسن من المشروع. ويتفق الباحث مع المشروع حول كيفية تنظيمه لهذه المسائل سوى ثلاث مسائل:

أولاً: للمشروع في الوقت الذي عيّن مدة المشاهدة بأربع وعشرون ساعة متواصلة بخصوص المحضون غير الرضيع في حالة عدم الإتفاق على ذلك، لم يتناول هذه المسألة بخصوص المحضون الرضيع سواء كان هناك إتفاق بين الأطراف أم لا، ويفهم من النص كأنها مترتبة لإتفاق الأطراف، وكان من المفروض تناول ذلك وعدم تركها للأطراف ولا للقضاء، لكون المحضون الرضيع له وضعية خاصة وأن تحديد مدة مشاهدته أولى من تحديد مدة مشاهدة المحضون غير الرضيع.

ثانياً: يستنتج من صياغة نص الفقرة (ج) من الفقرة الرابعة من المادة ٥٧ أن حق مشاهدة المحضون الرضيع لا يشمل الإقامة، بعكس المحضون غير الرضيع وهذا موقف جيد من المشروع، لكن نص الفقرة المذكورة مبهم ويشوبه الغموض، لذا يرى الباحث لو نص المشروع على عدم طول حق مشاهدة المحضون الرضيع على (الإقامة) بكلمات صريحة وواضحة لكان أفضل، ولتسد الجدل والخلاف حول هذه المسألة.

ثالثاً: في حالة عدم إتفاق الأطراف على المثل بخصوص مشاهدة المحضون غير الرضيع، نص التعديل على حق طالب المشاهدة في تحديد المثل لكن حسب مصلحة المحضون بموجب الفقرة (د) من الفقرة الرابعة، بينما في حالة الإتفاق على المثل لم ينص على مراعاة مصلحة المحضون. وكذلك، لم ينص على ذلك بخصوص محل مشاهدة المحضون الرضيع حينما يحصل إتفاق بين الطرفين على المثل! ويتساءل الباحث: إذا كان المحضون

الحضنة لمدة شهر آخر، فهذا إجراء غير عملي ولم ينص التعديل على ذلك بشكل صريح، ويرى الباحث حرمانه من الحضنة بشكل تخاتي كعقوبة له في هذه الحالة. نص التعديل في الفقرة (هـ) على "إذا منع الحاضن مشاهدة المحضون...". لكن ما العمل إذا ادعى الحاضن أنه لم يمنع طالب المشاهدة من المشاهدة لكنه فقط طلب منه القيام ببعض الأعمال اللازمة لكي يتمكن من المشاهدة؟ في حين يرى طالب المشاهدة أن القيام بهذه الأعمال غير لازمة وليست ضرورية، بتعبير أدق أن الحاضن لا يمنع المشاهدة ولكن يضع العراقيل والعقبات أمام طالب المشاهدة، وعليه، يرى الباحث أن هناك قصور في الفقرة أعلاه وحيداً لو نص المشروع على (العراقيل والعقبات) أيضاً لأنه سيكون النص في هذه الحالة شاملة لكل حالات المخالفة التي تقع من قبل الحاضن.

مدة الحضنة:

باختصار الباحث لا يتفق مع المشروع الكوردستاني يجعل مدة حضنة النساء ١٨ سنة، لكونها لا تتفق مطلقاً مع الحكمة من تشريع الحضنة في الفقه الإسلامي. وإضافة إلى ذلك وحسب وجهة نظر الباحث للتوضيح، فإنه عند قراءة فقرات المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية بدقة وتفتن يلاحظ بأن هذه المدة (١٨ سنة) تتعارض مع بعض الأحكام الأخرى للحضنة التي نصّت عليها هذه المادة، وهنا لا يريد الباحث بيان هذه التناقضات وتناوباً وإنما فقط أراد الإشارة إليها. وأخيراً، فإن المشروع وقع في سهو حينما نصّ على "...لحين بلوغه الثامنة عشرة من العمر...". لأنه يستنتج من صياغة النص، أنه كان يتوهم جعل مدة الحضنة لغاية بلوغ المحضون السن الرشد، وأن هذا السن حسب القانون العراقي هو **إكمال** الثامنة عشر من العمر وليس **بلوغ** هذا السن. وهناك فرق شاسع بين هذين المصطلحين في اللغة العربية، **فالبالغ** يعني أنه أكمل السابعة عشرة من عمره ودخل أو بلغ الثامنة عشر، أما **الإكمال** فيعني أنه بلغ التاسعة عشرة من عمره وأكمل أو أتم الثامنة عشر. لذا من الضروري، مراعاة القواعد اللغوية عند تشريع القوانين.

الإشراف على المحضون:

في ظل القانون القديم كان الإشراف على المحضون من حق الأب، لكن في التعديل الكوردستاني أضاف للمشروع الأم الحاضنة أيضاً، حيث نصّت الفقرة ب على "الأب أو الأم الحاضن الإشراف...". وبعد وفاقتنا تنتقل ذلك إلى من له حق الحضنة وفق القوانين النافذة. حقيقةً، للباحث أكثر من ملاحظة على هذا النص وهي كما يلي:

أولاً: سبق وان أوضح الباحث في الفصول السابقة أن الإشراف على المحضون حسب أحكام الفقه الإسلامي واجب على الأب وليس مجرد حق فقط، في حين جعل النص الإشراف حقاً للأب أو الأم الحاضنة.

ثانياً: من صياغة النص "للأب أو الأم الحاضن الإشراف..." يتضح أن الإشراف حق لأحدهما دون الآخر وكان المفروض وضع (و) بدلاً من (أو).

ثالثاً: إذا كانت الأم حاضنة فوجب وأما ولاية الحضنة ملزمة بالإشراف على شؤون المحضون وتربيته، وهي بذلك تشارك الأب أو الولي في هذه المهمة، وهذا، يرى الباحث أنه لم يكن هناك داعي لإضافة الأم الحاضنة إلى النص المذكور.

رابعاً: كان من المفروض أن يتجنب المشروع الكوردستاني الإنتقادات التي كانت موجهة للمشروع العراقي بخصوص استعمال مصطلح (الأب) بدلاً من (الولي)، وبما حيداً لو نص التعديل الكوردستاني على (الولي) بدلاً من (الأب). وبما كان القاريء مراجعة الفصول السابقة لمعرفة الأسباب التي تفضّل استعمال مصطلح (الولي) حيث تناول الباحث ذلك بالتفصيل.

خامساً: عند قراءة النص "...وبعد وفاقتنا تنتقل ذلك إلى من له حق الحضنة وفق القوانين النافذة" حرفياً، يظهر للقاريء أنه إذا تولى الأب فإن الإشراف سيكون حقاً محصوراً للأم الحاضنة فقط، وإذا تولى كلاهما فإنه ينتقل إلى الحاضن. يرى الباحث أن المشروع في هذه المسألة قد وقع في تناقض صريح مع أحكام الحضنة في الفقه الإسلامي، لأنه دائماً هناك ولي للمحضون وإن تولى والده أو والده -مثل الجد فهو ولي جبر بعد

رابعاً: مجرد تقديم التعهد لا فائدة فيه، وكان من المفروض النص على تقديم ضمان أو رهن.

خامساً: أشغل المشرع الكوردستاني مسألة أمن وجهة السفر والطريق المؤدى إليه، وغير ذلك من المسائل التي تتعلق بحماية المأخوذ وأخلاقه، بينما تناول فقهاء المسلمين هذه المسألة بشكل مفصل. فمثلاً، لا يجوز حالياً السفر بالمأخوذ إلى دولة سوريا التي تعيش في حالة حرب؟

سادساً: لم يبين المشرع موقفه من السفر الداخلي بالمأخوذ وخاصة إذا كان السفر بعيداً، مثل السفر بالمأخوذ من دهوك إلى ناحية ديرالوك أو إلى بغداد أو بصرة؟ وهذا ما تناولته الفقهاء بشيء مفصل.

وهنا، أرغب في إدراج ملاحظات السيد القاضي (تترخان عبدالرحمن) نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك الذي يعتبره الباحث من أحد القضاة المشهود له بالبحرية والعلم في مجال القضاء، حول التعديل الكوردستاني الذي نحن بصده، حيث بعد قيام سيادته بمراجعة ملاحظات الباحث حول التعديل، أضاف إليها ملاحظات أخرى ولأهميتها أنقل لكم نصها:

1. يتعارض التعديل مع القانون رقم 8 لسنة 2001 الصادر من برلمان كردستان في 28/1/2001 فيما يخص المشاهدة، حيث ينص القانون المذكور بأنه يكون المشاهدة في البلد الذي يقيم فيه الولد مع حاضنه، بينما وحسب التعديل الجديد يكون لطالب المشاهدة حق تحديد مكان المشاهدة وحسب مصلحة المأخوذ.
2. المشرع الكوردستاني دائماً ينظر إلى المسائل بعين واحدة وهي عين (مصلحة المرأة)) دون تحقيق التوازن بين مصلحتها ومصلحة الرجل أو شخص ثالث متعلق بهما، كما هو الحال هنا في المأخوذ.

وفاة الأب-، وأنه ملزم بالإشراف على شؤونه، ولا يجوز سلب ولايته إلا بموجب القانون أو قرار قضائي، وإذا لم يكن هناك ولي فهناك وصي فهو بمثابة الولي. كما أن عبارة "... وفق القوانين النافذة" رائدة وليس هناك داعي لإدراجها في النص، فوجودها كعدهمها.

السفر بالمأخوذ:

تناول أحكام هذه المسألة في التعديل موقف حسن من المشرع، لكن يشوب الأحكام التي تناولتها في هذا الخصوص ثغرات سيبيتها الباحث وهي كما يلي:

أولاً: تناول المشرع السفر بشكل عام ولم يفرق بين أنواع السفر مثل (سفر علاج، سياحة، مشاهدة، تجارة وإقامة وغيرها).

ثانياً: السفر بالمأخوذ مقيد بموافقة الوالدين فقط إن كانا على قيد الحياة وموافقة المحي منهما في حالة وفاة أحدهما كما يفهم حسب التعديل، في حين وكما أتضح لنا في الفصل الخاص بالسفر بالمأخوذ أنه وحسب أحكام الفقه الإسلامي، فإنه ليس هناك حاجة لموافقة الأم إذا لم تكن حاضنة سواء كان الوالد حي أو متوفى نظراً لوجود ولي المأخوذ. والأغرب من ذلك، هو إعطاء التعديل هذا الحق للحاضن دون غيره في حالة وفاة الوالدين، وهنا يتساءل الباحث: أين دور الولي؟ فمثلاً، لو كان الحاضن خالة المأخوذ، وأن الجد الصحيح للمأخوذ على قيد الحياة، فهل سيحرم الجد الذي هو وليه المغير من الإشراف على شؤون حفيده المأخوذ، ويبقى زمام أمور المأخوذ بيد خالته؟! لذا يرى الباحث لو نص المشرع على إعطاء هذا الحق للحاضن إن كان ولياً للمأخوذ لكان أفضل، والأحرى هو إعطاء هذا الحق للولي في حالة وفاة الوالدين.

ثالثاً: يتضح من صياغة نص الفقرة (و) "...وفي حالة سفره مع أي واحد منهما..." أن تقديم التعهد ملزم للوالدين فقط أما عداها فغير مشمول بالنص، وقد يقول (س) من الناس رغم ذلك فإن غير الوالدين أولى بتقديم التعهد وإن لم تنص الفقرة على ذلك، يتفق الباحث مع هذا الرأي لكن هناك ثغرة في صياغة النص ويجب علاج ذلك تشريعياً.

3. البنت لها حق الزواج عندما تبلغ السادسة عشر من عمرها، فهل هنا تسقط حضانتها أم تستمر بموجب هذا التعديل المخالف للقواعد الشرعية التي تحدد مدة الحضانة في أحسن الأحوال بالبلوغ الشرعي وحدده الفقه الحنفي بـ ١٥ خمسة عشر سنة.
4. أحكام الولاية غير أحكام الوصاية، فإذا مات الأبوين وانتقل رعاية القاصر للخال مثلاً، وعندها يكون وصياً عليه أو حالته أو غيره، فهل يجوز أن يكون الوصي والحاضن متحدتين - أي الحال هو وصي وحاضن في نفس الوقت-؟ وعند الإختلاف ما هي حقوقهما؟.
5. هناك أسئلة كثيرة في هذا المجال، القانون تغافل عنها ولم يترك للمشرعة الإسلامية الغراء البت فيها في كثير من الأحيان.

المصادر والمراجع

أولاً: الكتب:

1. ابن أبي الدنيا البغدادي، الفقه على العيال، تحقيق: نجم عبد الرحمن خلف، ج1، دار ابن القيم، الممام، ط ١٠١، 1٩٩٠.
2. ابن الرادعي، خلف بن أبي القاسم محمد. (2002م). التهذيب في اختصار المدونة. الجزء الثاني، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط 1، تحقيق: محمد الأمين محمد سالم بن الشيخ.
3. ابن البيع، محمد بن عبد الله. (1٩٩٠م). المستدرک على الصحيحين. الجزء الثاني، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١٠١، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
4. ابن الخامل، أحمد بن محمد. (1٩٩٥م). اللباب في الفقه الشافعي. المدينة المنورة: دار البخاري، ط 1، تحقيق: عبد الكريم بن صنيان العمري.
5. ابن الملقن، عمر بن علي. (2006م). التذكرة في الفقه الشافعي لابن الملقن. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١٠١، تحقيق: محمد حسن إسماعيل.
6. ابن القتيب، أحمد بن لؤلؤ. (1٩٨2م). عمدة السالك وعدة الناسك. مراجعة: عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، قطر: الشؤون الدينية، ط 1.
7. ابن بلبان، محمد بن بدر الدين. (1٩٩٥م). أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط 1، تحقيق: محمد ناصر العجمي.
8. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم. (1٩٨٧م). الفتاوى الكبرى لابن تيمية. الجزء الخامس، د.م: دار الكتب العلمية، ط 1.
9. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، دار الحديث، القاهرة، 2004.
10. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم. (1٩٨٩م). منار السبيل في شرح الدليل. الجزء الثاني، د.م: المكتب الإسلامي، ط ١٧، تحقيق: زهير الشاوش.

٢٢. ابن مهنا، أحمد بن غانم الفراءى. (١٩٩٥م). الفواكه الدواني على رسالة أبي أيوب زيد القيرواني، الجزء الثاني، م:٥، دار الفكر، د.ط.
٢٣. ابن عجيبة، زين الدين بن إبراهيم. (د.ت). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. الجزء الرابع، م:٥، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢.
٢٤. أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، دار الكتب العلمية، دون تاريخ النشر، د.ط.
٢٥. أبو البصل، علي. (٢٠٠٤م). دراسات في فقه الأسرة. دبي: دار القلم للنشر والتوزيع، ط١.
٢٦. أبو البقاء بجرم بن عبدالله، الشامل في فقه الإمام مالك، تحقيق: أحمد عبدالكريم، ج٢، مركز نجوييه للمخطوطات، ط١، ٢٠٠٨.
٢٧. أبو الحاج، صلاح محمد. (٢٠٠٥م). سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق. عمان: مؤسسة الورق للنشر والتوزيع، د.ط.
٢٨. أبو الحسن، علي بن أحمد العدوي. (١٩٩٤م). حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني. الجزء الثاني، بيروت: دار الفكر، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي.
٢٩. أبو الحسنات، محمد عبد الحلي بن محمد عبد الحلیم. (١٩٨٦م). الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير. بيروت: عالم الكتب، ط ١.
٣٠. أبو الفضل عبدالله محمود، الاختيار لتعليل المختار، ج٣، مطبعة الحلي، القاهرة، ١٩٣٧.
٣١. أبو القاسم، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، دون طبعة ومكان وتاريخ النشر.
٣٢. أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين. (٢٠٠٣م). السنن الكبرى. الجزء الثامن، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٣، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
٣٣. أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق: شيبه الأرنؤوط، ومحمد كامل قره بللي، ج٧، دار الرسالة العالمية، ط١، ٢٠٠٩.

٣٤. أبو زهرة، محمد. (١٩٥٧م). الأحوال الشخصية. القاهرة: دار الفكر العربي للطبع والنشر، ط٣.
٣٥. أبو زيد، رشدي شحاتة. (١٩٩٩م). شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة. القاهرة: دار الفكر العربي، ط ١.
٣٦. أبو عبد الله محمد الحرفشي، شرح الحرفشي على مختصر خليل، ج٤، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط٢، ١٣١٧هـ.
٣٧. أبو عبدالله محمد بن محمد، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحقيق: حافظ عبد الرحمن، ج٧، مؤسسة خلف أحمد الخيتور، ط١، ٢٠١٤.
٣٨. أبو عثمان الخراساني، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرحمن العظيمي، ج١، دار السلفية، الهند، ط١، ١٩٨٢.
٣٩. أبو فارس، محمد عبد القادر. (٢٠١١م). شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. م:٥، د:٥، د.ط.
٤٠. أبو قندش، بشير أحمد. (٢٠٠٥م). حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية. طرابلس: المكتب الوطني للبحث والتطوير، د.ط.
٤١. أبو حنيفة، نور الدين. (د.ت). الحقوق الشرعية للأولاد القاصرين. القاهرة: دار الكتاب الحديث، ط ١.
٤٢. أبو محمد عبدالله القيرواني، الذب عن مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد العلمي، ج١، مركز الدراسات والأبحاث، المغرب، ط١، ٢٠١١.
٤٣. أبو محمد علي أحمد سعيد حزم الظاهري، المحلى بالأثار، ج٩، دار الفكر، بيروت، دون طبعة وتاريخ.
٤٤. أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٤، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٩٨٦.

٤٥. الأبياني، محمد زيد. (٢٠٠٦م). شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. الجزء الثاني، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، تحقيق وتدقيق: محمد خالد جمال رستم.
٤٦. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، د:٥، ٢٠٠٧.
٤٧. أحمد الكرمي، مرعي بن يوسف. (٢٠٠٤م). دليل الطالب لنيل المطالب. الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط ١، تحقيق أبو قتيبة نظر محمد الفارابي.
٤٨. أحمد بن شعيب النسائي، السنن الصغرى، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ج٦، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط٢، ١٩٨٦.
٤٩. أحمد حجر الميمني، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج٨، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د:٥، ١٩٨٣.
٥٠. أحمد رضا، معجم من اللغة، ج٥، دار مكتبة الحياة، بيروت، د:٥، ١٩٦٠.
٥١. أحمد علي الخليلي، وأحمد عبد الكبيسي، ومحمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ط ١، ١٩٨٠م.
٥٢. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام: حقوق الأولاد ونفقات الأقران، ج٢، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨.
٥٣. أحمد محمود كريمة، الرضاع وأحكامه في الشريعة الإسلامية، دون دار النشر ومكانه، د:٥، ١٩٩٥.
٥٤. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج ٢، م:٥، ط١، عالم الكتب، ط ١، ٢٠٠٨.
٥٥. أحمد نصر الجندى، الأحوال الشخصية في الإسلام، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٤.

٦٥. الجيزمي، سليمان بن محمد. (١٩٩٥م). تحفة الحبيب على شرح الخطيب. الجزء الرابع، د.م: دار الفكر، د.ط.
٦٦. بدران، أبو العينين. (١٩٦٧م). الفقه المقارن للأحوال الشخصية: بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون. بيروت: دار النهضة العربية، د.ط.
٦٧. برهان الدين، إبراهيم بن محمد. (١٩٩٧م). المدخل في شرح المقنع، الجزء السابع، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١.
٦٨. البرازة عوني كمال. (٢٠٠٩م). أحكام ومواد القوانين والقرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية النافذة في إقليم كردستان العراق. أربيل: مطبوعات المجلس الوطني لكردستان العراق، لجنة الشؤون القانونية رقم ٢٦، ط ١.
٦٩. البعلبي، عبد الرحمن بن عبد الله. (٢٠٠٢م). كشف المخدرات والرياح المزهرات لشرح أخصر المختصرات. الجزء الثاني، بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط ١.
٧٠. البعلبي، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل. (٢٠٠٣م). المطلع على ألفاظ المقنع. د.م: مكتبة السوادى للتوزيع، ط ١، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود.
٧١. البكري، عثمان بن محمد شطا. (١٩٩٧م). إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين. الجزء الرابع، د.م: دراسات في الأحوال الشخصية: بحوث فقهية مؤصلة. ٧٢. بلتاجي، محمد. (٢٠٠٦م). دراسات في الأحوال الشخصية: بحوث فقهية مؤصلة. القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط ١.
٧٣. بن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد. (١٩٨٣م). تحفة الختاج في شرح المنهاج. الجزء الثامن، مصر: المكتبة التجارية الكبرى، د.ط.
٧٤. بن سالم، يحيى بن أبي الخير العمري. (٢٠٠٠م). البيان في مذهب الإمام الشافعي. الجزء الحادي عشر، جدة: دار المنهاج، ط ١، تحقيق: قاسم محمد البوري.
٧٥. بماء الدين المقدسي، عبد الرحمن بن إبراهيم. (٢٠٠٣م). العدة شرح العدة. القاهرة: دار الحديث، د.ط.
٦٥. أحمد، عبد الرحمن سليمان. (٢٠١٢م). أحكام الحضنة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل. دهوك: منظمة تارم لحقوق الانسان، ط ١.
٥٧. أحمد، كيلان سيد. (٢٠١٠م). المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق: مقررات هيئة الأحوال الشخصية للسنوات ١٩٩٩-٢٠٠٩. أربيل: مطبعة منارة، ط ١.
٥٨. إسحاق، إبراهيم بن إسحاق الحربي. (١٩٨٥م). غريب الحديث. تحقيق: سليمان إبراهيم محمد العابد، الجزء الثاني، مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ط ١.
٥٩. الأسدي، المهلب بن أحمد. (٢٠٠٩م). المختصر الصحيح في تذيب الكتاب الجامع الصحيح. تحقيق: أحمد فارس السلوم، الجزء الثاني، الرياض: دار التوحيد ودار أهل السنة، ط ١.
٦٠. الأسوطي، محمد بن أحمد. (١٩٩٦م). جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود. الجزء الثاني، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد المعدني.
٦١. أفتدي، عبد الرحمن بن محمد. (د.ت). مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر. الجزء الأول، د.م: دار إحياء التراث العربي. د.ط.
٦٢. الإمام أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ١٢، مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠١.
٦٣. الباماني، إسماعيل أبابكر علي. (٢٠٠٩م). أحكام الأسرة - الزواج والطلاق- بين الحنفية والشافعية: دراسة مقارنة بالقانون. عمان: الخامد للنشر والتوزيع، ط ١.
٦٤. الجيزمي، سليمان بن محمد. (١٩٥٠م). حاشية الجيزمي على شرح المنهاج. الجزء الرابع، د.م: مطبعة الحلبي، د.ط.
٧٦. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين. (١٩٩٣م). شرح منتهى الإرادات. الجزء الثالث، د.م: عالم الكتب، ط ١.
٧٧. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين. (د.ت). كشف القناع عن متن الإفتاح. الجزء الخامس، د.م: دار الكتب العلمية، د.ط.
٧٨. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين. (د.ت). الروض المرعب شرح زاد المستنقع. د.م: دار الوليد، د.ط.
٧٩. تاج، عبد الرحمن. (١٩٥٥م). أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. مصر: دار الكتاب العربي، ط ١.
٨٠. الترمذي، محمد بن عيسى. (١٩٩٨م). سنن الترمذي. الجزء الثالث، بيروت: دار الغرب الإسلامي، د.ط. تحقيق: بشار عواد معروف.
٨١. تقي الدين، أبو بكر بن محمد. (١٩٩٤م). كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار. دمشق: دار الخیر، ط ١، تحقيق: علي عبد الحميد بلطحي ومحمد وهي سليمان.
٨٢. التبريزي، محمد بن إبراهيم. (٢٠٠٩م). موسوعة الفقه الإسلامي. الجزء الرابع، د.م: بيت الأفكار الدولية، ط ١.
٨٣. العلوي، أحمد بن محمد بن إبراهيم. (٢٠٠٢م). الكشف والبيان عن تفسير القرآن. الجزء الثالث، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق: الأستاذ نظير الساعدي.
٨٤. جزي، محمد بن أحمد الغرناطي. (د.ت). القوانين الفقهية. د.م: دن، د.ط.
٨٥. الجيزمي، عبد الرحمن بن محمد عوض. (٢٠٠٣م). الفقه على المذاهب الأربعة. الجزء الأول، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢.
٨٦. الجمل، سليمان بن عمر. (د.ت). فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب. الجزء الرابع، د.م: دار الفكر، د.ط.
٨٧. الجندي، أحمد نصر. (٢٠٠٦م). الفغات والحضنة والولاية على المال في الفقه المالكي، مصر: دار الكتب القانونية، د.ط.
٨٨. الجندي، أحمد نصر. (٢٠٠٦م). موسوعة الأحوال الشخصية: آثار التفريق بين الزوجين. مصر: دار الكتب القانونية، د.ط.
٨٩. الجندي، أحمد نصر. (٢٠٠٩م). الأحوال الشخصية في القانون القطري. مصر: دار الكتب القانونية، د.ط.
٩٠. الجندي، أحمد نصر. (٢٠١٠م). الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة. مصر: دار الكتب القانونية، د.ط.
٩١. الجويهي، عبد الملك بن عبد الله. (٢٠٠٧م). غاية المطلب في دراية المذهب. الجزء الخامس العاشر، د.م: دار المنهاج، ط ١، تحقيق: عبد العظيم محمود الدبب.
٩٢. الحجاوي، موسى بن أحمد. (د.ت). الإفتاح في فقه الإمام أحمد بن حنبل. الجزء الرابع، بيروت: دار للعرفة، د.ط. تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبيكي.
٩٣. حسن البغا، مصطفى البغا، قانون الأحوال الشخصية زواج وطلاق، ١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨.
٩٤. الحسن بن أحمد الصنعاني، فتح العفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، تحقيق: الشيخ علي العمران، ٣، دار عالم الفوائد، ط ١، ١٤٢٧هـ.
٩٥. الخطاب، محمد بن محمد. (١٩٩٢م). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. الجزء الرابع، د.م: دار الفكر، ط ٣.
٩٦. حمدان، عبد المطلب عبد الزواق. (٢٠٠٨م). الحضنة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي. مصر: دار الجامعة الجديدة، د.ط.
٩٧. الحفري، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، ج ٤، ج ٥، دار الفكر للطباعة، بيروت، دون طبعة وتاريخ.

٩٨. خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دار الفلاس للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٦.

٩٩. خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط١، ٢٠٠٥.

١٠٠. دائرة الصحة العامة في تورنتو، الرضاعة الطبيعية لطفلك، منشورات دائرة الصحة العامة في تورنتو، ٢٠١٤.

١٠١. الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء، (١٩٧٩م). معجم مقاييس اللغة. الجزء الثاني، م.د: دار الفكر، د.ط، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.

١٠٢. الربيع، وليد خالد، (٢٠٠٧م). الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية: دراسة فقهية مقارنة. عمان: دار الفلاس للنشر والتوزيع، د.ط.

١٠٣. الربيعي، جمعة سعدون، (٢٠٠٦م). المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقها العملية معزراً بقرارات محكمة التمييز. بغداد: المكتبة القانونية، ط ٢.

١٠٤. الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد، (د.ت). غاية البيان شرح زيد ابن رسلان. بيروت: دار المعرفة، د.ط.

١٠٥. الرجيلي، وهبة بن مصطفى، (١٩٩٧م). التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمذهب. الجزء الثاني، دمشق: دار الفكر المعاصر، ط ٢.

١٠٦. زومان، محمد، (٢٠٠٢م). حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية. دمشق: دار اقرأ للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١.

١٠٧. زيدان، عبدالكريم، (١٩٩٣م). المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية. ج: ١٠، بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، ط ١.

١٠٨. السجستاني، سليمان بن الأشعث، (د.ت). سنن أبي داود. الجزء الثاني، صيدا: المكتبة العصرية، د.ط، تحقيق: محمد عبي الدين عبد الحميد.

١٢٠. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (٢٠٠٦م). تفسير الإمام الشافعي. الجزء الثالث، المملكة العربية السعودية: دار التذرية، ط ١، جمع وتحقيق ودراسة: أحمد بن مصطفى الفزان.

١٢١. الشافعي، محمد عبد الرحمن دمشقي، (د.ت). رحمة الأمة في إختلاف الإمامة. د.م: المكتبة التوفيقية، د.ط.

١٢٢. الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، (١٩٩٤م). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. الجزء الخامس، د.م: دار الكتب العلمية، ط ١.

١٢٣. الشرنياصي، رمضان علي والشافعي، جابر عبدالهادي، (٢٠٠٨م). أحكام الأسرة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط.

١٢٤. شعبان، كرمي الدين، (١٩٩٣م). الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية. بنغازي: جامعة قات بونس، ط ٦.

١٢٥. شمس الدين الظليلسي، موهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤، دار الفكر، دمشق، ط٣، ١٩٩٢.

١٢٦. شمس الدين المقدسي، محمد بن مفلح، (٢٠٠٣م). كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلامة الدين علي بن سليمان المرادوي. الجزء التاسع، د.م: مؤسسة الرسالة، ط ١، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي.

١٢٧. شمس الدين، محمد أحمد، (د.ت). الإفتاح في حل ألفاظ أبي شجاع. الجزء الثاني، بيروت: دار الفكر، (د.ط)، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر.

١٢٨. الشيباني، أحمد بن محمد بن حنبل، (٢٠٠١م). مسند الإمام أحمد بن حنبل. الجزء الثالث، د.م: مؤسسة الرسالة، ط ١، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي.

١٢٩. الشيرازي، إبراهيم بن علي، (د.ت). التنبية في الفقه الشافعي. عالم الكتب .

١٠٩. سراج الدين عمر إبراهيم نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، ج٤، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٢.

١١٠. السراطوي، محمود علي، (٢٠١٠م). شرح قانون الأحوال الشخصية. عمان: دار الفكر، ط٣.

١١١. سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٢، ٢٠١٠.

١١٢. سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٩٨٨.

١١٣. السعدي، علي بن الحسين بن محمد، (١٩٨٤م). التنف في الفتاوى. بيروت: دار الفرقان، ط٢، تحقيق: صلاح الدين الناهي.

١١٤. سمارة، محمد، (٢٠٠٨م). أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١.

١١٥. السمرقندي، محمد بن أحمد، (١٩٩٤م). تحفة الفقهاء. الجزء الثاني، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢.

١١٦. السنيكي، زكريا محمد زكريا الأنصاري، (١٩٩٧م). منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي رحمه الله. بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، تحقيق: صلاح محمد عوضية.

١١٧. السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (د.ت). أسنى المطالب في شرح روض الطالب. الجزء الثالث، م.د: دار الكتاب الإسلامي، د.ط.

١١٨. السنيكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، (د.ت). الغرر البهية في شرح بهجة الزبدي. الجزء الرابع، م.د: المطبعة الميمنية، د.ط .

١١٩. السبوي، مصطفى بن سعد، (١٩٩٤م). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. الجزء الخامس، د.م: المكتب الإسلامي، ط ٢ .

١٣٠. الشيرازي، إبراهيم بن علي، (د.ت). المهذب في فقه الإمام الشافعي. الجزء الثالث، د.م: دار الكتب العلمية، د.ط .

١٣١. الصالح محمد أحمد، (١٩٨١م). الطفل في الشريعة الإسلامية: نشأته-حياته-حقوقه التي كفلها الإسلام. الرياض: مطابع الفرزدق، د.ط .

١٣٢. الصاوي أحمد بن محمد الحلبي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج٣، دار المعارف، بدون طبعه وتاريخ.

١٣٣. الصاوي، أحمد بن محمد الحلبي، (د.ت). بلغة السالك لأقرب المسالك. الجزء الثاني، د.م: دار المعارف، د.ط .

١٣٤. ضياء الدين المقدسي، محمد بن عبد الواحد، (٢٠٠٠م). الأحاديث المختارة. الجزء الأول، بيروت: دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٣، دراسة وتحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش.

١٣٥. الظري، محمد بن جرير، (٢٠٠٠م). جامع البيان في تأويل القرآن. الجزء السابع عشر، د.م: مؤسسة الرسالة، ط ١، تحقيق: أحمد محمد شاكر.

١٣٦. عاصم، يوسف بن عبد الله النمري، (١٩٨٠م). الكافي في فقه أهل المدينة. الجزء الثاني، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ط ٢، تحقيق: محمد أحمد أحمد ولد ماديب الموريثاني.

١٣٧. عبد الحسن، ختام، (د.ت). المحاضرات النظرية لمادة قانون الأحوال الشخصية. ألفت على طلبة المرحلة الأولى / الإدارة القانونية للمعهد التقني في نجف، د.ط .

١٣٨. عبد الرحمن محمد عوض الجبري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

١٣٩. عبد القادر، محمد بن أبي بكر، (١٩٩٩م). مختار الصحاح. صيدا: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، ط ٥، تحقيق: يوسف الشيخ محمد.

١٥١. العلواني، نشوه. (٢٠٠٦م). موسوعة أحكام المرأة المسلمة. الجزء الثاني، دمشق: دار المكي، ط ٢.

١٥٢. علي أبي بكر المغربي، من بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، مطبعة محمد علي، القاهرة، دون تاريخ.

١٥٣. علي محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٣.

١٥٤. عليش، محمد بن أحمد. (١٩٨٩م). منح الجليل شرح مختصر خليل. الجزء الرابع، بيروت: دار الفكر، د.ط.

١٥٥. الغزالي، أحمد بن محمد، علي، عبد الحكيم محمد منصور. (٢٠٠٩م). أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي: دراسة مقارنة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ط ١.

١٥٦. العمراوي، محمد الزهري. (د.ت). السراج الوهاج على من المنهاج. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر، د.ط.

١٥٧. الغنيمي، عبد الغني بن طالب. (د.ت). اللباب في شرح الكتاب. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الجزء الثالث، بيروت: المكتبة العلمية، د.ط.

١٥٨. العناني، محمود بن أحمد. (٢٠٠٠م). البناء شرح الهداية. الجزء الخامس، بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١.

١٥٩. الفارابي، إسماعيل بن حماد الجوهري. (١٩٨٧م). الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية. ج١، بيروت: دار العلم للملايين، ط ٤، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.

١٦٠. فتبان، فريد. (١٩٨٦م). شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز. لندن: دار واسط للدراسات والنشر، ط ٢.

١٦١. فخر الدين، عثمان بن علي. (١٨٩٦م). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي. الجزء الثالث، القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية، ط ١.

١٧٣. المارودي علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج٢، ١٢، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٩.

١٧٤. المارودي، علي بن محمد البغدادي. (د.ت). الإفتاح في الفقه الشافعي. د.م: د.د.د. ط.

١٧٥. المنفي، علي حسام الدين. (١٩٨١م). كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال. الجزء الخامس، د.م: مؤسسة الرسالة، ط ٥، تحقيق: بكرى حياي وصفوة السقا.

١٧٦. مجد الدين، عبد السلام بن عبد الله. (١٩٨٤م). المخر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل. الجزء الثاني، الرياض: مكتبة المعارف، ط ٢.

١٧٧. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، ج٣، دار الدعوة، مصر.

١٧٨. محفوظ أحمد الكلواني، الهداية على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللطيف مهيم ومهار ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٤.

١٧٩. محمد أحمد السرخسي، المسبوط، ج٤، ج٥، ج٧، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣.

١٨٠. محمد أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٤.

١٨١. محمد أحمد الشريفي، معني إحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤.

١٨٢. محمد إدريس الشافعي، المسند، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.

١٨٣. محمد اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: جماعة من العلماء، ج٥، ج٧، ج٨، دار طوق النجاة، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ.

١٨٤. محمد الأزهر، شرح مولود الأسرة، د.د.د. دار البيضاء، ٢٠١٥.

١٨٥. محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ.

١٤٠. عبد الله محمد الطيار، وعبد الله محمد المطلق، ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه المبسر، ج٥، مدار الوطن للنشر، الرياض، ط ٢، ٢٠١٢.

١٤١. عبدالرحمن محمد شبيخي زاده، مجمع الأخر في شرح ملتقى الأبحر، ج١، دار إحياء التراث العربي، د.ط. د.ت.

١٤٢. عبدالعزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، مطابع الدجوى، القاهرة، ط ١، ١٩٨٤.

١٤٣. عبدالعظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستشارات الثقافية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٤.

١٤٤. عبدالفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط ١، ١٩٩٨.

١٤٥. عبدالله عبدالرحيم البخاري، حقوق الأولاد على الآباء والأمهات، دار أضواء السلف، القاهرة، ط ١، ٢٠١٢.

١٤٦. عبده، محمد والنواوي، حسونة وسليم، عبدالمجيد وقراءة، عبد الرحمن وبغيت، محمد ومخلوف، حسنين ومأمون، حسن. (١٩٨٠م). الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية. ج١، ج٢، ج٣، ج٤، ج٦، القاهرة: إصدارات وزارة الأوقاف المصرية، د.ط.

١٤٧. عثمان علي الزبيعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٣، المطبعة الكبرى الأميرية بولاق، القاهرة، ط ١، ١٣١٣هـ.

١٤٨. عثمان محمد البركي، إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المنع، ج٤، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط ١، ١٩٩٧.

١٤٩. العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد. (د.ت). الدرية في ترحيب أحاديث الهداية. الجزء الثاني، بيروت: دار المعرفة، د.ط. تحقيق: عبد الله هاشم البستاني الملثني.

١٥٠. عقي، ميمر محمد محمود. (١٩٨٦م). الحضنة في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة. مصر: دار المنار للنشر والتوزيع، ط ١.

١٦٢. الفراهيدي، الخليل بن أحمد. (د.ت). كتاب العين. الجزء الثالث، د.م: دار ومكتبة الهلال، د.ط. تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي.

١٦٣. الفوزان، صالح بن فوزان بن عبد الله. (٢٠٠٢م). للمخلص الفقهي. الجزء الثاني، الرياض: دار العاصمة، ط ١.

١٦٤. قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، (١٩٩١م). بغداد: مكتب الصحاح للدعاية والنشر، ط ٦.

١٦٥. القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد. (١٩٨٨م). البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة. الجزء الرابع، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ٢، تحقيق: د.محمد حجي وآخرون.

١٦٦. القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد. (١٩٨٨م). للمقدمات المسهلات. الجزء الأول، د.م: دار الغرب الإسلامي، ط ١.

١٦٧. القليوبي، أحمد سلامة وعميرة، أحمد البرلسي. (١٩٩٥م). حاشيتنا قلوبنا وعميرة. الجزء الرابع، بيروت: دار الفكر، د.ط.

١٦٨. الكاساني، أبو بكر بن مسعود. (١٩٨٦م). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الرابع، د.م: دار الكتب العلمية، ط ٢.

١٦٩. الكردوي، ابن الحاجب. (د.ت). جامع الأمهات. د.م: د.د.د. د.ط.

١٧٠. كريمة، فاروق عبدالله. (٢٠٠٤م). الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته. جامعة السليمانية: دن، د.ط.

١٧١. الكلواني، محفوظ بن أحمد. (٢٠٠٤م). الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. د.م: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، ط ١، تحقيق: عبد اللطيف مهيم ومهار ياسين الفحل.

١٧٢. كمال الدين أطمام، فتح القدير على الهداية، ج٤، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط ١، ١٩٧٠.

١٨٦. محمد عبد الله الأعظمي، الجامع الكامل في الحديث الصحيح الشامل، ج ٦، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠١٦.

١٨٧. محمد عبد الرحمن السليفاوي، قيسات من أحكام القضاء، مطبعة روضة لالت، أربيل، ط ٢٠١٧.

١٨٨. محمد عرفة، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبدالرحمن محمد، ج ٥، مؤسسة خلف أحمد الخيتور، دبي، ط ٢٠١٤.

١٨٩. محمد عيسى الترمذي، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، ج ٢، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٨.

١٩٠. محمد فتوح الحميدي، الجمع بين الصحيحين للحميدي، ج ١، تحقيق: علي حسين البواب، دار ابن حزم، بيروت، ط ٢٠٠٢.

١٩١. محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، ج ١، دون دار النشر، سورية، ط ١٩٧٣.

١٩٢. محمد محمد الباربي، العناية شرح الهناية، ج ٣، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط ١٩٧٠.

١٩٣. محمد محمد الزبيدي، تاج الحروس من جواهر القاموس، ج ٢١، دار الهناية.

١٩٤. محمد، عبيد عزيز (٢٠٠٩م). الحضانة بين الشريعة والقانون. موصل: دن. د. ط.

١٩٥. المرادوي، علي بن سليمان. (د.ت). الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. الجزء التاسع، د.م: دار إحياء التراث العربي، ط ٢.

١٩٦. مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٣، دار الكتب العلمية، ط ١٩٨٦.

١٩٧. المشاهدي، إبراهيم. (١٩٨٩م). المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية. بغداد: مطبعة أسعد، د. ط.

١٩٨. مصطفى إبراهيم الزبي، الكامل للزبي في الشريعة والقانون، ج ١٩، نشر إحسان للنشر والتوزيع، ط ٢٠١٤.

١٩٩. مصطفى المختار، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، منشورات منظمة نشر الثقافة القانونية، مطبعة ماردن، ط ٢٠٠٧.

٢٠٠. مصطفى عبدة السويطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٥، المكتب الإسلامي، د.م، ط ١٩٩٤.

٢٠١. مصطفى، إبراهيم والزيات، أحمد وعبد القادر، حامد والنجار، محمد. (د.ت). المعجم الوسيط. د.م: دار الدعوة، د. ط.

٢٠٢. المطهر، محمد بن يحيى. (١٩٨٩م). أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية. الجزء الثاني، صنعاء: دار الفكر، ط ٢.

٢٠٣. المعولي، محمد بن هلال. (١٩٩٥م). الحضانة في الفقه الإسلامي. عمان: مكتبة مستق، ط ١.

٢٠٤. ملا خسرو محمد بن فرامر بن علي، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج ١، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، دون تاريخ.

٢٠٥. منصور بوشن البهوتي، كشف القناع عن الإفتاع، ج ١٣، وزارة العدل السعودية، ط ٢٠٠٨.

٢٠٦. المواق، محمد بن يوسف الغرناطي. (١٩٩٤م). التاج والإكليل لمختصر خليل. الجزء الخامس، د.م: دار الكتب العلمية، ط ١.

٢٠٧. موسى، محمد يوسف. (١٩٥٦م). أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي. مصر: دار الكتاب العربي، ط ١.

٢٠٨. ناصر، محمد عليوي. (٢٠١٠م). الحضانة بين الشريعة والقانون. عمان: دار الثقافة، ط ١.

٢٠٩. السائي، أحمد شعيب الخراساني. (١٩٨٦م). السنن الصغرى للنسائي. ج ٦، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط ٢، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة.

٢١٠. النوري، عبد الله بن عبد الرحمن. (١٩٩٩م). النوادر والزيادات على ما في المنذورة من غيرها من الأهميات. الجزء الخامس، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ١، تحقيق: محمد عبد العزيز الداغ.

٢١١. النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف. (١٩٨٨م). تحرير ألقاظ التنبيه. د.م: دار القلم دمشق، ط ١، تحقيق: عبد الغني الدقر.

٢١٢. النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف. (٢٠٠٥م). منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه. د.م: دار الفكر، ط ١، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض.

٢١٣. النووي، يحيى الدين يحيى بن شرف. (د.ت). المجموع شرح المهذب. الجزء الثامن عشر، د.م: دار الفكر، د. ط.

٢١٤. واصل، نصر فريد. (٢٠٠٢م). الولايات الخاصة: الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية. القاهرة: دار الشروق، ط ١.

٢١٥. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٤١، مطبعة الوزارة، الكويت، ط ١٤٢٧ هـ.

٢١٦. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية. (١٩٨٤-٢٠٠٦م). الموسوعة الفقهية الكويتية. الجزء السابع عشر، الكويت: دار السلاسل، ط ٢.

٢١٧. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية. (د.ت). الموسوعة الفقهية الكويتية. الجزء الثاني والثلاثون، مصر: مطابع دار الصفاة، ط ١.

٢١٨. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٤٠، مطبعة الوزارة، الكويت، ط ١٤٠٤ هـ - ١٤٢٧ هـ.

٢١٩. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٢٧، مطابع دار الصفاة، مصر، ط ١، ط ١٤٠٤ هـ - ١٤٢٧ هـ.

٢٢٠. وزارة الصحة السعودية، الرضاة الطبيعية، الرياض، د.ط، د.ت.

٢٢١. وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٦، ج ٩، ج ١٠، دار الفكر، دمشق، د. ت، ط ٤.

تأنيًا: البحوث والمقالات:

٢٢٢. إبراهيم رحمان، زواج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد ١٤، ٢٠٠٥.

٢٢٣. أساور عبدالحسين، ميسة عبد داود الموسوي، العوامل الاجتماعية والثقافية المؤدية إلى زواج القاصرات، مجلة كلية التربية للبنات، المجلد ٢٧، العدد ٥، ٢٠١٦.

٢٢٤. أم كلثوم صبيح محمد، أسماء صبر علوان، زواج القاصرات في العراق بين عجز القانون وتسلط الأسرة، مجلة جامعة الينبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٢، العدد ١٣، ٢٠١٧.

٢٢٥. أوان عبدالله الفيضي، إثبات حق النسب للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للتحقق، المجلد ٤، العدد ١، ٢٠١٩.

٢٢٦. أوان عبدالله الفيضي، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، مجلة جامعة تكريت للتحقق، المجلد ٤، العدد ١، ج ١، ٢٠٢٠.

٢٢٧. البغا، محمد الحسن مصطفى، (٢٠٠٢م). وقت الحضانة ورؤية الطفل، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الأول.

٢٢٨. بوجادي صلحبة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، العدد ١٦، ٢٠١٦.

٢٢٩. بوقدول سعيدة، التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ٤، العدد ٤٨، ٢٠١٧.

٢٣٩. الزنكي، نعم الدين قادر، (٢٠١١م). عبدالرزاق السنهوري ومشروعه في التقنين: دراسة وتقييم، مجلة إسلامية المعرفة، السنة السابعة، العدد السابع والعشرين .

٢٤٠. زياد حمد الصميمي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة العراقية، المجلد، العدد ٢، ٢٠١١.

٢٤١. الزبيدي، حسين رجب محمد خلف، (٢٠١١م). الحضنة في قانون الأحوال الشخصية العراقية، مجلة التنقيح، العدد العاشر، الجزء الرابع والعشرون .

٢٤٢. سعد صالح الجبوري، وفاضل عواد الدليمي، حق الطفل في النسب والميراث المرتبطة به، مجلة جامعة تكريت للبحوث، مجلد ٦، عدد ٣٠، حزيران ٢٠١٦.

٢٤٣. عبد عباس خليل الموسوي، وجود حبيبي آل تبار، القاضي الجنائي وحجية البصمة الوراثية (DNA) في الإثبات القانوني والشعري للنسب، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، المجلد ١١، العدد ٥٨، ٢٠٢٠.

٢٤٤. سيف ابراهيم المصاوة، التكييف الجزئي للتفويض الصناعي دون رضا أحد الزوجين، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، مجلد ٤٢، عدد ٢، ٢٠١٥.

٢٤٥. شذى جناح بلاش الدعيمي، الزواج المبكر وعلاقته بالفقر: دراسة ميدانية اثربولوجية في مجمع خيرات، مجلة لارك للفلسفة والسياسيات والعلوم الاجتماعية، مجلد ٦، عدد ١٦، ٢٠١٤.

٢٤٦. شكر محمود السليم وأحمد حيد العميمي، الأحكام الشرعية والقانونية لإثبات النسب بالبصمة الوراثية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٢٢، ٢٠١٠.

٢٤٧. الشمري، حيدر حسين كاظم، (٢٠٠٨م). قانون الأحوال الشخصية العراقية بين المقتضى والمبني والتعديل، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد العاشر.

٢٤٨. شيعان، فراس كريم ونعيمش، حسين نعمة، (٢٠١٣م). تنازع القوانين في الحضنة: دراسة شرعية فقهية قضائية مقارنة، مجلة المحقق الحلبي، عدد ١، ٥٠.

٢٣٠. بوجمان سولاف، إثبات النسب وفقهه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، ملزمة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة (١٦): ٢٠٠٥-٢٠٠٨.

٢٣١. جنو حمد أمين شمائل، زكازك سليمان مولود، تقيد المباح في زواج القاصرات، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون العراقي، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية، المجلد ١١، العدد ٣، ٢٠١٦.

٢٣٢. جهاد صالح محمد، وليلي سوزانا شمسو، أحكام الرضاع الحريم في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية حديثة، مجلة الثقافة الإسلامية والإنسانية، جامعة USIM، المجلد ٢٣، العدد ١، ٢٠٢٠.

٢٣٣. حسين، شذى مظفر، (٢٠١١م). حضنة الأم في الفقه الإسلامي والقانون العراقي والقانون الفرنسي، مجلة القادسية، العدد الأول، الجزء الرابع .

٢٣٤. حمادة، فاروق، (٢٠٠٠م). أحكام الحضنة في الإسلام سياج لحماية الطفولة، مجلة الأحمدية، العدد الثالث.

٢٣٥. حيدر حسين الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التفويض الصناعي: دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، مجلد ٢٤، عدد ٤، ٢٠١٠.

٢٣٦. الخالدي، حميد سلطان علي، (٢٠٠٧م). مشاهدة المحضون: دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني .

٢٣٧. خولة خلف حمد الزبيدي، الإعجاز التشريعي لآيات الرضاع وحكم بنوك الحليب، مجلة كلية الإمام الأعظم الجامعة، العدد ٢٧، ٢٠١٩.

٢٣٨. ركاب، عماد فاضل، (٢٠١٠م). حماية القرابة في قانون العقوبات العراقي، مجلة جامعة ذي قار، العدد الرابع، المجلد الخامس .

٢٥٩. علي محمد علي أحمد، رضاعة المحضون دراسة مقارنة، حولية كلية اللغة العربية بين بجرنا-جامعة الأزهر، المجلد ٦، العدد ١٢٨، ٢٠١٨.

٢٦٠. علي محمود الزبيدي، حكم انشراط الولي في عقد الزواج مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية العربية واتفاقية سيداو، مجلة مؤنة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ٢٧، العدد ٦، ٢٠١٢.

٢٦١. علي عبي الدين القرندلجي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مجلد ١٤، عدد ١٦، ٢٠٠٢.

٢٦٢. علي، حيدر سلطان، وياض، عباس حسين، (٢٠١٢م). ملاحظات قانونية في الصياغة التشريعية لأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) للعدل، مجلة المحقق الحلبي، العدد الرابع .

٢٦٣. عمار سعديون المشهياتي، وأحمد ناصر مصطفى، دور فحص النطاق النسيجي في نفي النسب: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد، العدد ٣٤، ٢٠٢٠.

٢٦٤. فهد شلال خلف، ناصر عبد كردي، زواج القاصرات بين الشريعة والقانون، مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٣٧، العدد ٢، ٢٠١٧.

٢٦٥. قاسم محمد حزم الحمود، أحكام أخذ الأم اجرة الرضاع: دراسة فقهية مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد ١١، العدد ٤٥، ٢٠١٦.

٢٦٦. كاظم، ساهرة حسين، (٢٠٠٩م). دراسة في حقوق المرأة في ضوء الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ للعدل، مجلة كلية التربية، العدد الثاني .

٢٦٧. كاظم، ساهرة حسين، (٢٠١٢م). قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ للعدل والملادة (٤١) من الدستور: دراسة مقارنة، مجلة مركز المستنصرية للدراسات العربية والمولوية، العدد الأربعون .

٢٤٩. صاحب عواد السامرائي، فقه الرضاع (مشكلة إرضاع الكبير)، مجلة سر من رأى، المجلد ١١، العدد ٤٠، ٢٠١٥.

٢٥٠. صالح بويشيش، نفقة الزوجة والأولاد في حال الإعسار والامتناع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الإحياء، العدد ٥، ٢٠٠٢.

٢٥١. ضمرية، عثمان جمعة، (١٩٩٤م). الحق في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الأربعون.

٢٥٢. طالب عبد الكريم كاظم، زواج القاصرات في العراق: الأسباب والآثار دراسة ميدانية في محافظة القادسية، مجلة اوروك للعلوم الإنسانية، المجلد ١١، العدد ٢، ٢٠١٨.

٢٥٣. الظلمي، حيدر عبد الرضا، (٢٠١٣م). حق الحضنة بين الشرع والقانون، مجلة الهدى، العدد ٢٦١ .

٢٥٤. عائشة ابراهيمي المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون قسم الفقه للمقارن الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٢.

٢٥٥. عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية للعاصرة: دراسة فقهية وتاريخية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

٢٥٦. عباس سلمان الأعرجي، وحيدر حسين الشمري، أثر التطور التكنولوجي في إثبات النسب، مجلة جامعة كربلاء العلمية، مجلد ١٣، عدد ٢، ٢٠١٥.

٢٥٧. عباس، علي أحمد، (٢٠٠٧م). التنظيم القانوني للأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول .

٢٥٨. عبدالرشيد محمد أمين قاسم، البصمة الوراثية وحجيتها، مجلة العدل، عدد ٢٣، ١٤٢٥هـ.

٢٧٩. نبيلة حامد حريشة، التفسير التحليلي لأية الرضاعة في سورة البقرة، مجلة الفرائد في البحوث الإسلامية والعربية، المجلد ٢٩، العدد ٢.

٢٨٠. هشام بسري العربي، أحكام التعامل المالي بين الولد وولده في الفقه الإسلامي، مجلة الشباب، مجلد ٦، عدد ٢، ٢٠٢٠.

٢٨١. هناد موزان ظاهر، التكيف الشرعي والقانوني لعمليات التلقيح الصناعي، مجلة الجامعة العراقية، العدد ٢/٣٥.

٢٨٢. وزارة العدل العراقية، مجلة مجموعة الأحكام العادلة، العدد كانون الأول، ١٩٧٨.

٢٨٣. ياسين ناصر الخطيب، البصمة الوراثية مفهومها، وحجيتها، ومجالات الاستفادة منها، والحالات التي يمنع عملها فيها، والاعتراضات الواردة عليها، مجلة وزارة العدل، المجلد ١١، العدد ٤١، ٢٠٠٨.

تألتاً: الرسائل الجامعية.

٢٨٤. أبو رعد، أميرة مازن عبدالله، (٢٠٠٧م). أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية.

٢٨٥. أبو سالم، عابدة سليمان، (٢٠٠٣م). أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة.

٢٨٦. أزهر، جمال محمد محمود، (٢٠٠١م). التوقيت في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا.

٢٨٧. بلال، عبد المصعب خليفة، (٢٠٠٩م). الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية، الجزء الثاني، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية بالبلدنة المنورة - إصدار رقم ١٠٨.

٢٨٨. البلوي، أمهنا إبراهيم موسى، (٢٠٠٠م). أثر السفر على المعاملات المالية والأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت.

٢٦٨. كريمة عبود جبر، التقنيات الحديثة في إثبات النسب البصمة الوراثية النموذجاً، مجلة والقلم، المجلد ١١، العدد ٣٧، ٢٠٢٠.

٢٦٩. مازن إسماعيل هنية وأحمد ذياب شويخ، نفي النسب في الفقه الإسلامي ودور الحقائق العلمية المعاصرة فيه، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠٠٨.

٢٧٠. متولي موسى طعواش، أحكام الرضاع في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، المجلد ٣، العدد ٣، ١٩٨٧.

٢٧١. محمد جمال زعين، تطور إثبات بالبصمة الوراثية في إطار منازعات النسب، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد ٧، العدد ٢٠٢٠.

٢٧٢. محمد نجيب الجوعاني، وسائل إثبات النسب في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، مجلد ٣، عدد ١٣، ٢٠١٢.

٢٧٣. مصلح بن عبدالحئي النجار، وإيمان بنت محمد صالح، دور القرائن الطبية المعاصرة في إثبات النسب ونفيه، مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٤٢، العدد ٢، ٢٠١٨.

٢٧٤. المطلق، نورة بنت عبد الله، (٢٠١٠م). حضانة الجدة في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الحادي والتسعون.

٢٧٥. مفيدة عنصر، ونور الدين داودي، تأثير الرضاعة الطبيعية على الأم، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ١١، العدد ٣، ٢٠١٩.

٢٧٦. ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد ٤٦، نيسان ٢٠٠٦م.

٢٧٧. ميمى، وحنان عبدالرحيم، (٢٠٠٣م). من الحضانة؟ مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية وآدابها، العدد السابع والعشرون، الجزء الخامس عشر.

٢٧٨. نورا عدنان جلوب، زواج القاصرات: دراسة اجتماعية ميدانية في مدينة بغداد، مجلة الجامعة العراقية، المجلد ٤٠، العدد ١١، ٢٠١٨.

٢٨٩. بوقافية زنبق، وبوصياف حنان، أحكام الرضاع في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لكلية العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم العلوم الإسلامية بجامعة محمد بوصياف الجزائرية، ٢٠٢٠.

٢٩٠. بويجان سولاف، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعدلات قانون الأسرة الجزائري، مذكره تمهيدية ليل إجرازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة (١٦): ٢٠٠٥-٢٠٠٨.

٢٩١. خالد حداد، أحكام التلقيح الاصطناعي في ظل قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص بجامعة آكلي محمد الوالح البويرة، ٢٠١٤.

٢٩٢. الخليل، رائد عبدالله علي الشيخ، (٢٠٠٦م). ترجيحات الإمام الصناعي في كتاب سبل السلام: دراسة فقهية مقارنة في كتب الرضاع، النفقة، الحضانة، الأطفلة، الأضاحي، الأيمان والنذور، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بغزة.

٢٩٣. زهران حسين إبراهيم، إجرازة الأرحام في ضوء القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالجامعة اللبنانية، ٢٠١٧.

٢٩٤. سحر السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق بجامعة محمد خضير بسكرة، ٢٠١٩/٢٠٢٠.

٢٩٥. سعيد درويش الزهراني، نظام نفقة الأقارب في الإسلام، رسالة ماجستير قدمت لقس الدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بالبلدنة المنورة.

٢٩٦. السويلم، وفاء بنت عبد العزيز، (١٩٩٥م). أحكام الأم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٢٩٧. الشيخ أحمد، سنان إبراهيم، (٢٠٠٩م). حضانة الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الخرطوم.

٢٩٨. عامر إسماعيل أبو سخي، حق الرضاعة للتصغير وتطبيقاته في المحاكم الشرعية أو قطاع غزة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون قسم القضاء الشرعي بالجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٧.

٢٩٩. عائشة إبراهيم المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن بالجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠١٢.

٣٠٠. عائشة سلطان المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة: دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية دار العلوم قسم الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

٣٠١. عبد، بيضاء كريم، (٢٠٠٤م). الحقيقة الشرعية والقانونية للحضانة، رسالة ماجستير، جامعة النهدين العراقية.

٣٠٢. عبدالله، سحر خليل محمود، (٢٠٠٣م). حقوق الطفل في الإسلام والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النجاح الوطنية.

٣٠٣. عوض رضاء العوفي، الولاية في النكاح، ج ١، إعادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط ١، ٢٠٠٢.

٣٠٤. كليب، سعد بن عبد العزيز، (١٩٧٤م). أحكام الحضانة في الإسلام، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٣٠٥. محمود ناهض عجور، حقوق الأولاد على الآباء: دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون والشريعة بالجامعة الإسلامية-غزة، ٢٠٠٢.

٣٠٦. هشام عبدالجواد العجله، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية التربية قسم الدراسات الإسلامية بجامعة الأزهر في غزة، ٢٠١٤.

٣٠٧. يعقوبي، محمد مجيد الملس، (٢٠٠١م). أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، الجزء الأول، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى.

٣٢٠. الجراح، حيدر ، صفحات من تاريخ العراق السياسي، مجلة النبأ، العدد ٥١،

تشرين الثاني ٢٠٠٠م <http://annabaa.org/nba51/iraq.htm>

٣٢١. جمال الحوشي، البصمة الوراثية وإثبات النسب، موقع رابطة العالم الإسلامي،

تاريخ الزيارة: ٢٣/٧/٢٠٢١

<https://ejaz.org/index.php/component/content/article/70-issue-xii/624-dna-paternity>

٣٢٢. ساسي بن حليلة، قانون الأحوال الشخصية، محاضرات في القانون المدني،

ص ١٢٥. نشر بتاريخ أيلول ٢٠١٧ في موقع مدونة قانونية، تاريخ الزيارة

:٢٠٢١/٦/٣

https://boubidi.blogspot.com/2017/09/blog-post_18.html

٣٢٣. سمية حسين الخولاني، أجره الرضاة وأحكامها وفقا للقانون اليمني، موقع محاماة

نت، نشر بتاريخ ٣١ مايو، ٢٠١٩، تاريخ الزيارة ٣١/٧/٢٠٢١

<https://www.mohamah.net/law/%d9%85%d8%a7%d9%87%d9%8a%d8%a3%d8%ac%d8%b1%d8%a9%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%b6%d8%a7%d8%b9%d8%a9%d9%88%d8%a3%d8%ad%d9%83%d8%a7%d9%85%d9%87%d8%a7%d9%81%d9%8a%d8%a7%d9%84%d9%82%d8%a7%d9%86%d9%88%d9%86/>

٣٢٤. الزبيدي، وميض حامد، الحضانة في القانون العراقي، ٢٠١٠م، موقع مركز

الدكتور براء منذر كمال للبحوث والدراسات القانونية:

<http://braa.getgoo.us/t120-topic>

٣٢٥. الزهيري، حسين كاظم، الحضانة في القانون العراقي:

<http://hifati.yoo7.com/t3893-topic>

٣٢٦. العكيلي، رحيم حسن، حرية العراقيين في الإلتزام بأحوالهم الشخصية، موقع

جريدة العدالة

<http://www.aladalanews.net/index.php?show=news&action=article&id=19566>

٣٤٤. هل يجب على الأم إرضاع ولدها؟، موقع الإسلام سؤال وجواب، نشر بتاريخ

٢٠١٢/٣/٤، تاريخ الزيارة ١٦/١٠/٢٠٢١

<https://islamqa.info/ar/answers/142055/%d9%87%d9%84%d9%8a%d8%ac%d8%a8%d8%b9%d9%84%d9%89%d8%a7%d9%84%d8%a7%d9%85%d8%a7%d8%b1%d8%b6%d8%a7%d8%b9%d9%88%d9%84%d8%af%d9%87%d8%a7>

٣٤٥. وليا سليم، الرضاعة الطبيعية منذ الساعة الأولى للولادة: ما ينفع وما يضر، موقع

منظمة اليونيسيف، نشر بتاريخ ١٣ آب / أغسطس ٢٠١٨، تاريخ الزيارة

٢٠٢١/١٠/١٢.

<https://www.unicef.org/ar/%d9%82%d8%b5%d8%b5/%d8%a7%d9%84%d8%b1%d8%b6%d8%a7%d8%b9%d8%a9%d8%a7%d9%84%d8%b7%d8%a8%d9%8a%d8%b9%d9%8a%d8%a9%d9%85%d9%86%d8%b0%d8%a7%d9%84%d8%b3%d8%a7%d8%b9%d8%a9%d8%a7%d9%84%d8%a3%d9%88%d9%84%d9%89%d9%84%d9%84%d9%88%d9%84%d8%a7%d8%af%d8%a9%d9%85%d8%a7%d9%8a%d9%86%d9%81%d8%b9%d9%88%d9%85%d8%a7-%d9%8a%d8%b6%d8%b1>

سادساً: المراسلات.

٣٤٦. القاضي حسين صالح إبراهيم، آب ٢٠١٣.

٣٤٧. عضو الإِدعاء العام عبد الرحمن سليمان أحمد، آب ٢٠١٣.

٣٤٨. المحامي المستشار مُجَّد حسن عمر، أيلول ٢٠١٣.

٣٤٩. الدكتور إسماعيل أبابكر البامرني، أيلول ٢٠١٣.

سابعاً: متون القوانين.

٣٥٠. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

٣٥١. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩.

٣٥٢. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.

١٣. أحكام النسب: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية) والتشريعات العرية).
١٤. أحكام النفقة من أموال القاصر في القانونين العراقي والمصري دراسة مقارنة.
١٥. أحكام الوصاية على أموال القاصر: دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري.
١٦. أحكام الولاية على أموال القاصر في القانون العراقي والمصري دراسة مقارنة.
١٧. أحكام حفظ وصيانة أموال القاصر دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري.
١٨. أحكام رضاعة الصغير: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية) والتشريعات العرية).
١٩. أحكام زواج الصغار: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية) والتشريعات العرية).
٢٠. أحكام محاسبة الأولياء والأوصياء في القانونين العراقي والمصري.
٢١. أحكام نفقة الأولاد: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية) والتشريعات العرية).
٢٢. استثمار أموال القاصرين في القانون العراقي.
٢٣. سلطة الولي في إجراء التصرفات العقارية دراسة مقارنة في التشريعات العراقية.
٢٤. سلطة الولي الوصي في إيجار عقار القاصر: دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري.
٢٥. مفهوم القاصر وأهليته في القانون العراقي والمصري.

637

٢. دور ومسؤولية الأسرة والمدرسة في وقاية الأحداث من التشرد والجنوح: دراسة مقارنة.
٣. أحكام ضم الصغير في قانون الأحداث العراقي والأردني.
٤. أحكام التحقيق مع الحدث: دراسة مقارنة بين القانون العراقي والليبياني.
٥. خصوصيات المتهم الحدث خلال مرحلة المحاكمة في قانون الأحداث العراقي والليبياني.
٦. دراسة شخصية المتهم الحدث خلال مرحلتى التحقيق والمحاكمة في القانون العراقي والليبياني دراسة مقارنة.
٧. التدابير: أنواعها، إيقاف تنفيذها، والإفراج عنها شرطياً في القانون العراقي والأردني.
٨. أحكام تدبير مراقبة السلوك في قانون الأحداث العراقي والأردني: دراسة مقارنة.
٩. أحكام الرعاية اللاحقة في قانون الأحداث العراقي والأردني: دراسة مقارنة.

● البحوث المنشورة في المجلات الأكاديمية الدولية المحكمة بخصوص قانوني رعاية

القاصرين والأحوال الشخصية:

١٠. إثبات النسب ونفيه على ضوء الاستكشافات الطبية: دراسة مقارنة بين القانون العراقي (والشريعة الإسلامية) والتشريعات العرية).
١١. أحكام البحث الاجتماعي في قانون رعاية القاصرين العراقي.
١٢. أحكام القاصر المأذون والمتزوج في القانون العراقي والمصري.

636

● البحوث المنشورة في المجلات الأكاديمية الدولية المحكمة بخصوص قانون الرعاية

الاجتماعية وقانون الحماية الاجتماعية:

٢٦. أحكام الحماية الاجتماعية للأطفال في القانون العراقي.
٢٧. أحكام دور الدولة الخاصة بالأطفال في قانون الرعاية الاجتماعية.
٢٨. الهيكل التنظيمي لدور الرعاية الاجتماعية لفئات العمرية دون سن الثامنة عشرة، والمهام المنوطة بهاء والمشكلات التي تعاني منها.

● البحوث المنشورة في المجلات الأكاديمية الدولية المحكمة بخصوص قوانين أخرى:

٢٩. شروط تعدد الزوجات واستخدام الخيلة كوسيلة قانونية من قبل الأفراد في القانونين العراقي والماليزي.
٣٠. آسواء على الكفالة الجزائية وتطبيقها القضائية.
٣١. أحكام إجراءات تشريع القوانين والتعديلات الدستورية في ماليزيا والعراق: دراسة مقارنة.
٣٢. أحكام الأمر الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
٣٣. الكفالة الجزائية دراسة مقارنة بين قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي والأردني.

● البحوث المنشورة في الشبكة العنكبوتية:

١. إشكالية تعريف الإرهاب.
٢. الجهود الدولية لتعريف الإرهاب.

638

٣. دور مجلس الأمن في حل المنازعات الدولية سلمياً: دراسة في القانون الدولي العام.
٤. عواقب الزواج وعلاجها: دراسة حالة عن واقع مدينة دهوك لعامي (٢٠٠٠م، ٢٠٠٧م).

● المؤتمرات التي شارك فيها:

١. شارك في مؤتمر جامعة حلبجة الدولي المنعقد في مدينة حلبجة بتاريخ ٢٠١٩/٥/٢ من قبل كلية العلوم الإنسانية يبحث تحت عنوان (خصوصيات المتهم الحدث خلال مرحلة التحقيق في القانون العراقي والليبياني: دراسة مقارنة).

● من نشاطاته في مجال الأحداث:

- شارك كعضو عن رئاسة محكمة أحداث دهوك في وضع مسودة النظام الداخلي للمنظمات والمراكز التي تتعامل مع الأطفال على مستوى إقليم كردستان المنعقد في دهوك للفترة (٢٠٠٩/١٢/١٧-١٥).
- في شهر آب عام ٢٠٠٦م شارك في دورة حول كيفية التعامل مع الأطفال المتهمين والحكوميين في دولة لبنان لمدة اسبوع.
- بتاريخ ٢٠٠٩/١٠/١٩، ٢٠٠٩/١٠/١٩، ٢٠٠٩/١٠/١٩ شارك في وورك شوب نظمته مركز هفال لحماية وإعادة الأحداث، وذلك لغرض تقوية علاقات المركز للمتكور مع محكمة وشرطة الأحداث لزيادة خدمة الأحداث المشردين والمتهمين والحكوميين.

639

- للفترة (٢٠٠٨/١/٢٧ ولغاية ٢٠٠٨/١/٣١) شارك في دورة تحت عنوان "القيادة والاتصال" التي نظمتها وزارة التخطيط لإقليم كردستان.
- للفترة (٢٠٠٧/٩/٩ ولغاية ٢٠٠٧/٩/١٢) شارك في دورة تحت عنوان "حل النزاعات للنشطاء المدنيين" التي نظمتها المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية.
- للفترة (١٩٩٦/٧/٢٧ ولغاية ١٩٩٦/٨/١١) شارك في دورة تحت عنوان "دورة العلوم الشرعية الخامسة" التي نظمتها كلية الشريعة في جامعة دهوك.
- للفترة (٢٠٠٦/٨/٦ ولغاية ٢٠٠٦/٩/٧) شارك في دورة المحققين العدليين التي نظمتها محكمة جنايات دهوك وتخرج منها بتفوق.
- بتاريخ ٢٠٢٢/٢/٢ تم منح مدونته التي هي باسم (مدونة أكرم زاده الكوردي) والتي ينشر فيها بحوثه وكتاباته ضمن موقع (منصة أريد الأكاديمية) "وسام الصفحة المتميزة للعام ٢٠٢٢". علماً، يمنح هذا الوسام لأفضل أعضاء المنصة من حيث التحديث، والتطوير المستمر لصفحاتهم الشخصية، ومن حيث أعداد الزوار، والتفاعل، واقتباس الأبحاث، وتنزيلها من صفحاتهم الشخصية.
- لغرض التواصل: موبایل، فايبر، واتساب: +٩٦٤٧٥١٢١٢٩٧٩٣

البريد الإلكتروني: ahdas2014@yahoo.co