

الحضانة وشروط ممارستها

- دراسة مقارنة - (*)

أ. نشوان زكي سليمان

مدرس قانون الأحوال

الشخصية المساعد

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

المستخلص

تُعد الحضانة مؤسسة أساسها مصلحة المحضون، لذا اختلف الفقهاء المسلمين والمحدثين بشأن طبيعة الحضانة وصاحب الحق فيها، فمن الفقهاء المسلمين من يرى الحضنتنة بأنها حقاً خالصاً للمحضون، ومنهم من يعدها حقاً خالصاً للحاضنة، في حين يجد آخرون بأنها حقاً مشتركاً ما بين الحاضن والمحضون، وأما الفقهاء المحدثين ، فمنهم من عد الحضانة أثر من آثار الزواج، ومنهم من نظر إليها على أنها أثر من آثار إنحلال الزواج، في حين يعدها البعض الآخر أثر من آثار النسب، ويرى آخرون بأن الحضانة عقد إجارة أو يمكن أن تكون من أقسام الولاية على المال، وإزاء هذا التباين بشأن طبيعة الحضانة، فقد إشتربت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لمن يقوم من الحاضنين بممارستها شروط عديدة، البعض من هذه الشروط عامة يشترك فيها الحاضنين، كالعقل والبلوغ والأمانة والقدرة والدين وسلامة الحاضنين من الأمراض المعدية التي تضرر بالمحضون، ومن الشروط ما تختص به الحاضنة، كعدم زواجها بأجنبي غير ذي محرم بالمحضون، وهناك من الشروط ما يختص بها الحاضنين من الرجال، كأتحاد الدين بينهم وبين المحضون، وعدم السفر بالمحضون.

Abstract

A child in the custody of his parents is the smile of shining life and the hope contributing to the building of the future and in the stability of his formation the nation turns to stable

(*) أستلم البحث في ٢٤/٤/٢٠١٣*** قبل للنشر في ١٦/٥/٢٠١٣.

,strong and healthy. Therefore ,custody was and continues to be one of the important matters attracting the attention of jurisprudence and law, for caring for the child in custody is not an easy matter .As such .we should cater for his feelings , taking in to account the feelings of his parents and should keep harm away from him .Islamic jurisprudence and law have stipulated specific condition for whoever deserves to embrace custody ,keeping on the healthy upgrowth of the child in custody avoiding severing them and exerting all efforts to help him obey them and obey whoever comes after them.

إلقدمة

تُعد الحضانة من الأمور المهمة للطفل المحضون ، فلذة كبد الوالدين والأسرة والمجتمع ، في أثناء قيام الزوجية وبعد الفرقة، فلا بد للمحضون أن ينعم برعاية حقيقية لا تشعره بفراق والديه ، وعلى الوالدين من تفهم حالة المحضون وإلا تدخل القانون، بما له، من سلطة ملزمة لتنفيذ ما يعانیه المحضون من مشاكل عميقة وخطيرة ، بحسب اعتباراته المتعددة، بتنفيذ ما هو مطلوب.

وقد عني الإسلام بالمحضون منذ نعومة أظافره قبل أي قانون، ويُعد الأسرة الفاضلة الركيزة الأساسية والمؤثرة الأولى لتربية المحضون، بإعتباره ينمو وينشأ في ظلها، ومحل تأثر تام بما يحيط به من أجواء ، فهو يولد كالصفحة البيضاء وأبويه ثم المجتمع يكتبان عليها ما يشاء، فوضعت له الشريعة الإسلامية من الأحكام الشرعية، ما تحفظه وترعاه، منذ ولادته إلى بلوغه، لتتخذ فيما بعد من الفقهاء المسلمون أساساً بشكل نصوص فيما يخص المحضون، تثبت له نسبه ورضاعته وحضانتها والإنفاق عليه وحمايته من الضياع.

أهمية البحث :

تُعد الحضانة من أهم حقوق المحضونين، لأرتباطها بمرحلة الطفولة، إذ أكدت تجارب المجتمعات البشرية باحثين ومختصين، بأنها أهم مرحلة من مراحل عمر الإنسان بإعتباره الأساس الذي يقوم عليه بناء شخصية المحضون، وأكثر الفترات حساسية في حياته، لما ترتبه الحضانة من نتائج لاحقة على حياة المحضون، إبتداءً من مرحلة الطفولة ، فالمرافقة،

والشباب ، وانتهاءً بالشيخوخة، ومن هذا المنطلق فقد حظيت الحضانة بالاهتمام الكبير في الفقه الإسلامي وامتد ليشمل الفقه القانوني، وقد ترجم هذا الاهتمام بنصوص تشريعية خاصة بمسائل الحضانة في قوانين الأحوال الشخصية، ومنها القانون العراقي الذي عني بالاهتمام التي تتعلق بمصير المحضون وحمايته.

مشكلة البحث :

يتماشى المشرع العراقي في تنظيمه لمسائل الحضانة مع الفقه الإسلامي في بعض الجوانب، إلا أن جوانب أخرى كانت تخلو من الدقة، فضلاً عن وجود النقص التشريعي في ذلك التنظيم، لذا لا بد من تسليط الضوء على هذا النقص التشريعي مقارنة بالتشريع المقارن محل الدراسة وصولاً الى تقييم دقيق لهذا التنظيم ولا سيما فيما يتعلق بشروط ممارسة الحضانة موضوع البحث.

فرضية البحث :

يهتم موضوع الحضانة وشروط ممارستها بإيجاد بعض الأجوبة على الأسئلة الآتية :

١. هل أن الحضانة حقاً للحاضن وحده أم المحضون ؟ أم إنها حقاً مشتركاً ما بين الحاضن والمحضون؟
٢. وهل أن زواج أم المحضون بأجنبي أو بقريب من المحضون يسقط حقها في ممارسة الحضانة؟
٣. وهل يجوز للأب أو للأب السفر بالمحضون من دون إذن أو موافقة أحدهما أو كليهما للآخر الى غير بلد المحضون؟
٤. وهل يشترط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون كليهما؟

منهجية البحث

سنتبع في دراسة البحث النهج التحليلي والمقارن بين الفقه الإسلامي المالكي والحنفي والشافعي والحنبلي والنصوص القانونية المتعلقة بالموضوع في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، وقانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل ، وما قيل من آراء للفقهاء المسلمين والمحدثين وبعض آراء الفقه الفرنسي بشأن

الحضانة وطبيعتها وشروط ممارستها وترجيح الأقوى منها بما يتلاءم والقانون العراقي، وموقف القضاء العراقي والمقارن في هذه المسألة.

خطة البحث

سيتم تناول موضوع الحضانة وطبيعتها وشروط ممارستها (دراسة مقارنة) ضمن خطة البحث على وفق الشكل الآتي:

المقدمة

المبحث الأول / ماهية الحضانة وحقيقتها

المطلب الأول / مفهوم الحضانة

المطلب الثاني / حقيقة الحضانة

المبحث الثاني / شروط ممارسة الحضانة

المطلب الأول / شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني / شروط ممارسة الحضانة في القانون المقارن

الخاتمة

النتائج والتوصيات

المبحث الأول

ماهية الحضانة وحقيقتها

إن مفهوم الحضانة ، مفهوم واسع التداول في الدراسات الفقهية ، سواء كان ذلك على صعيد الفقه الإسلامي أو القانوني ، لذا كان لزاماً علينا من بيان مفهوم الحضانة في المطلب أول، ومن ثم حقيقة الحضانة في المطلب ثاني.

المطلب الأول

مفهوم الحضانة

لبيان مفهوم الحضانة يتطلب الرجوع إلى المعاجم العربية لمعرفة المعنى اللغوي لها، لاستقراء المصطلح وتأصيله، ومن ثم المعنى الاصطلاحي للحضانة في الفروع الثلاثة الآتية:-

الفرع الأول

الحضانة لغة

الحَضَانَةُ لغةً ، بفتح الحاء وكسرهما مأخوذة من الحَضَنَ ، وهو الضم إلى الجنب وإحتضان الشيء وضعه في الحُضْنِ ، والحُضْنُ من الإنسان، هو ما دون الإبط إلى الكشح^(١) ، ومنه الإحتضان، أي إحتمالك للشيء وجعله في حِضْنِكَ ، كما تَحْضِنُ المرأة ولداها وتحضنه في أحد شقيها، وحُضِنَ الطائر بيضه، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، ويقال الحاضن والحاضنة موكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه^(٢) ، وتأتي الحضانة بمعنى النصرة والإيواء^(٣) .

وبعد إستعراض كلمة حضانة في اللغة يتبين إنها تحمل معاني عديدة:

المعنى الأول : حضن بمعنى ضم ، وهو ما دون الإبط الى الكشح ، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينها والجمع أحضان .

المعنى الثاني : الحضن بمعنى التربية ، فيقال حضن الصبي حضناً والحاضن والحاضنة، الموكلان بالمحضون يحفظانه ويربيانه .

المعنى الثالث: الحَضْنُ بمعنى المنعُ ، يقال حَضَنْتُ الرجلُ عن هذا الأمرِ حضناً، أي نحيتُهُ عنه وأنفردتُ بهِ دونهُ .

(١) ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي

المصري ، لسان العرب ، دار صادر بيروت، ١٩٥٦م ، مادة (حضن) ، ص١٢٢-١٢٣ .

(٢) الرازي ، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي، دون

سنة نشر ،مادة (حضن) ، ص١٤٢ .

(٣) الفيروز آبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ج٤، مؤسسة

الرسالة، دون سنة نشر، باب الحاء ، ص١٠٧٣ .

ويُلاحظ الباحث أن أقرب معنى لغوي للحضانة هو الحاضن المُوكَل في حفظ وتربية المحضون

الفرع الثاني

الحضانة إصطلاحاً

عرفت الحضانة في إصطلاح الفقه الإسلامي بتعريفات متعددة .
فقد عرفها المالكية ، بأنها حفظ وعناية العاجز عن القيام بأمر نفسه ورعايته في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه^(١) .
وعرف الحنفية الحضانة^(٢) ، بأنها تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة لمن له الحق في الحضانة .
وعرفها الشافعية^(٣) ، بأنها حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه لصغر أو جنون أو عنه .
في حين عرفها الفقه الحنبلي، بأنها ضم المحضون وتربيته وكفالتة والقيام بمصالحه، كغسل رأس الطفل ويديه وثيابه ودهنه وتكحيله والإنفاق عليه وكل ما يتعلق بمصالحه^(٤) .

- (١) الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج٢ ، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، من دون سنة نشر، ص ٤٥١ .
- (٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ج٣ ، رد المختار على الدرر المختار، طبعه دار الفكر، بيروت، ١٤٢١هـ ، ص ٥٦٠ .
- (٣) الرملي، شمس الدين محمد بن احمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٧، المطبعة البهية المصرية، دون مكان طب، ١٣١٧هـ ، ص ٢٥٥ .
- (٤) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، ج٣ ، كشاف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة للنشر، الرياض، من دون سنة نشر، ص ٣٢٥-٣٢٦ .

وعرف البعض من الفقهاء المحدثين الحضانة ، بأنها القيام بتربية الصغير ورعاية شؤونه إلى أن يبلغ سنّاً معينة^(١)، أو ضم الولد وتربيته لمن له حق الحضانة فيه^(٢).
في حين عرفها البعض^(٣)، بالولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من مصالح في حفظه والإهتمام بشؤونه.
وبالنظر إلى هذه التعريفات عموماً، نجد أنها تتفق جميعها على أن مناط الحضانة هو حفظ المحضون، وإن اختلفت الألفاظ والشروح لهذا النوع من الحفظ من تربية ورعاية وما يحتاج إليه ممن لا يستقل بنفسه من صغير ومجنون ومعتوه، ويكون الحفظ في جسم المحضون ومبيته وطعامه وتوجيهه وتربيته وكسائه، وأي شيء يحقق له المصلحة ويدفع عنه المفسدة.

ويمكن تعريف الحضانة بأنها (تربية المحضون والقيام بمصالحه).

الفرع الثالث

الحضانة قانوناً

لم تختلف قوانين الأحوال الشخصية كثيراً في تعريفها للحضانة عما ورد بها من تعريفات في كتب الفقهاء المسلمين والمحدثين، ذلك أن الحضانة تُعد من الضروريات في رعاية المحضونين والحفاظ عليهم، وقد خلى قانون الأحوال الشخصية العراقي من تعريف للحضانة وهو موقف حسن ذلك أن تعريف المصطلحات من إختصاص الفقه والقضاء.
وأما المشرع الجزائري في قانون الأسرة فقد عرف الحضانة بأنها : (رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً)^(٤).

(١) د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١ ، ط ٨ الزواج وتحلاله، دار الوارث للنشر، بيروت، ٢٠٠٠م ، ص ٢٦٨ .

(٢) د. احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٩٨م، ص ٢٧٥ .

(٣) د. سمير عقبي، الحضانة في الفقه الإسلامي، دار المنار للنشر، مصر، ١٩٨٦م، ص ١١

(٤) ينظر: المادة (٦٢) من قانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل ، كما عرفت الحضانة في مدونة الأسرة المغربية رقم =

ومما يؤخذ التعريف أنه إستخدام فقط مصطلح الولد من دون أن يشر التعريف لا من قريب ولا من بعيد الى مصلحة الولد المحضون ذكر كان أو أنثى.

المطلب الثاني

طبيعة الحضانة

اختلفت أقوال الفقهاء المسلمين والمحدثين بشأن تحديد طبيعة الحضانة ، فمن الفقه الإسلامي من يرى بأن الحضانة حق خالص للمحضون، ومنهم من يرى أنها حق للحاضن أو من يقوم مقامه، في حين يجد آخرون أن الحضانة حق مشترك ما بين الحاضن والمحضون، في حين يرى من الفقهاء المحدثين أن طبيعة الحضانة هي أثر من آثار الزواج أو إنحلاله أو من آثار النسب أو إجارة أو من الممكن أن تكون من أقسام الولاية على المال، ولبيان كل ما قيل بشأن طبيعتها يتطلب البحث تقسيم المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول

طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقه الإسلامي حول طبيعة الحضانة وصاحب الحق فيها الى آراء ثلاثة على وفق ما يأتي:

الرأي الأول

الحضانة حق لله تعالى:

يرى البعض من فقهاء المالكية والإباضية^(١) بأن الحضانة حق لله تعالى، لأنها شرعت لحفظ النفوس، وأن حفظها من حقوق الله تعالى، فإذا ما أراد الحاضن أن يسقطها لا تسقط، ولكنه لا

= ١-٤-٢٢ لسنة ٢٠٠٤ المعدل في المادة (١٦٣) منها الحضانة بأنها (حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه)

(١) التسولي، أبي الحسن علي عبدالسلام التسولي المالكي، البهجة في شرح التحفة، ج١، من دون مكان طبع أو سنة نشر، ص ٤٠٤ ؛ إطفيش، محمد بن يوسف إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، تحقيق ضياء الدين عبدالعزيز اليميني، ج٧، المطبعة السلفية، من دون مكان طبع، ١٣٤٣ هـ، ص ٢٠٦.

يجبر عليها ما لم يكن هناك عذر شرعي يحول من دون الوفاء بها، لأنها ولاية شرعية مقدره بحكم الشرع على جهة الإلزام، فلا يجوز التحلل منها إلا بإذن الشارع.

الرأي الثاني

الحضانة حق للمحزون

يذهب جانب من الفقه الحنفي^(١) إلى أن الحضانة حق للمحزون، وليس للحاضن الإمتناع عنها، إنما يجبر عليها بوصفها وأجباً عينياً عليه، حرصاً على المحزون من الضياع ولا يجوز للحاضن أن يتصرف فيما يملكه المحزون من حقوق ، لذا يعدّ الفقه الإسلامي الحق في الحضانة حقاً خالصاً للمحزون، وألزم الأم الحاضنة على حضانتها في صغره لقدرتها في هذه المهمة على الحاضنين من الرجال، في حين يتولى الحاضنين من الرجال الحضانة في الوقت الذي يقارب فيه المحزون سن البلوغ ، لأنه في الغالب يكون هو الأقدر على رعاية المحزون في هذه المرحلة من مراحل عمره^(٢)

ويترتب على أن الحضانة حقاً للمحزون ما يلي:

أنه لا يجوز لأم المحزون المستحقة لحضانتها أن تصالح أباه على إسقاط حقها في الحضانة مقابل بدل تأخذه منه، لما في ذلك من تفويت لحق المحزون وهي لا تملك إسقاط حقه، فإن فعلت ذلك لم يصح الصلح، ولم يُستحقّ البديل الذي تصالحت عليه، لأن الحاضن يملك إسقاط حقه ولا يملك إسقاط حق غيره^(٣).

(١) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الحنفي، فتح القدير في شرح الهداية، للمرغيناي، ج٣، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٦هـ، ص٣١٦؛ السرخسي، شمس الدين ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهيل السرخسي الحنفي، المبسوط، ج٥، مطبعة السعادة، ط١، القاهرة، ١٣٢٤هـ، ص٢٠٧ .

(٢) د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٢م، ص٣٦٤.

(٣) هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٥م ، ص٣٧.

وإذا ما خلعت أم المحضون أباه على أن تترك حقها في حضانتها مدة الحضانة فإن الخلع يصح، ولكن البديل يبطل، لأنها فوتت حق المحضون وهي لا تملك هذا الحق. وأما إذ كانت الحاضنة مُتعيّنة للمحضون، ولا توجد غيرها من الحاضنات لعدم إستكمالهنّ شروط الحضانة، فإنه لا يحق لها أن تمتنع عن حضانتها فإن إمتنعت أُجبرت عليها محافظة على حق المحضون^(١).

الرأي الثالث

الحضانة حق للحاضن

يرى الإمام مالك والبعض من الحنفية والشافعية والحنبلية والإمامية^(٢) إلى أن الحاضنة حق للحاضن، ولا سيما للأم الحاضنة، فهي أحق بالمحضون إن وقعت الفرقة بينها وبين زوجها لرققتها وشفقتها في ذلك من الحاضن الأب، ولكن للحاضنة الامتناع عن القيام بها، على أساس أن حقها في الحضانة حقاً خالصاً لها ويسقط بالإسقاط، إلا في حالة واحدة تكون الحضانة واجبا تعيينا عليها، كأن تكون الحاضنة أما مسؤولة عن نفقة محضونها لانعدام الأب

(١) د. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م، ص ٤١٢ .

(٢) الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبجي، المدونة الكبرى، ج٢، مطبعة السعادة، ط١، مصر، ١٣٢٣هـ، ص ٣٦٥؛ السرخسي، شمس الدين ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهيل السرخسي الحنفي، المبسوط، مصدر سابق، ج٥، ص ٢٩٧؛ المرغيناني، برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر عبد الجليل المرغيناني الحنفي الهداية شرح بداية المبتدي، ج٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر، ص ٥٣٧؛ الشافعي، أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، الأم، وبهامشه مختصر المزني، ج٣، المطبعة الأميرية، ط١، مصر ١٣٢١هـ، ص ٩٢؛ الباجوري، الشيخ إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي الشافعي، ج٢، مطبعة السعادة، ط١، مصر، ١٩٥٠م، ص ٣٣٠-٣٣١؛ ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، ج٩، المكتب الإسلامي، ط١، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص ٨٧١؛ الطوسي، أبي جعفر محمد بن الحسن، الخلاف، ج٣، دار المعارف الاسلامية، دون مكان طبع أو سنة نشر، ص ٨٦.

والمال والمنفق غيرها، أو في حال عدم قبول المحضون ثدياً غير ثديها، فليس لها إسقاط حقها في الحضانة حرصاً على تربية المحضون وتنشئته، وإن أصرت على إسقاطه، فإن أمهاتها لا يسقط حقهن في الحضانة، بوصفها فرض كفاية ، فمتى ما قام بها أحد من أهلها سقط الحق فيها عن الباقيين.

مستدلين بقول الرسول الكريم (ﷺ): (أنت أحق به ما لم تنكحي)^(١) ويترتب على أن الحضانة حقاً للحاضنة ما يأتي:

أنه لو كان للمحضون مرضعة غير التي تحضنه ، فيكون من الواجب على المرضعة أن تقوم بإرضاعه في بيت الحاضنة ، لكيلا يفوت عليها حقها في حضانته وليس للأب حق انتزاع المحضون من يد حاضنته المستكملة شروط الحضانة، ليدفع بالمحضون إلى من هي دونها في الدرجة، لأن في ذلك من تعدد لحق الحاضنة في الحضانة وتفويتها^(٢)

ومما لا شك فيه إن النساء الحاضنات هن أولى بالحاضنة وتربية المحضون في أدوار حياته الأولى، ولا يمكن للمحضون الاستغناء عن رعايتهن له والنظر في قضاء حوائجه ، والأم أحق الناس بحضانة مولودها لأنها أقرب الناس إليه وأشفقها عليه، ولا يشاركها في القرب إلا أبيه ، ولكن ليس له مثل شفقتها، لأنه عادة لا يتولى الحضانة بنفسه، وإنما يدفع بها إلى زوجته أو قريباته^(٣)، ولكن أن ليس له ترك المحضون إذا لم يكن من الحاضنات النساء من يقوم بهذه الولاية ، فتكون واجب تعييني عليه ، فلا يحق له إسقاطها أو الإمتناع عنها^(٤).

(١) رواه الحاكم ، الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري ، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق : حمدي الدمرداش محمد ، ج٣ ، المكتبة العصرية ، بيروت ، كتاب الطلاق، رقم الحديث (٢٨٢٩) ، ص١٠٦٨-١٠٦٩ . حديث صحيح وقال عنه الذهبي صحيح.

(٢) د. محمد محي الدين عبد الحميد ، مصدر سابق، ص٤١٢ .

(٣) د. أحمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، طبعه وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ط١ ، ١٩٨٠م ، ص٢١٤ .

(٤) ابن قدامة ، عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، المغني ، ج٩ ، المكتبة الإسلامي ، ط١ ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ص٨٧١ .

الرأي الرابع

الحضانة حق مشترك بين الحاضن والحضون

يرى جانب من الفقه الحنفي والبعض من الشافعية^(١)، إن الحضانة حق للأم الحاضنة والمحضون، فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم عليها، وحق المحضون أقوى، لأن مصلحته مقدمة على مصلحة حاضنيه ويجب العمل بما هو أنفع وأصلح له، وهو المعول عليه وبهذا تكون الحضانة واجبة كفاية، ولكن إذا تعينت ليس لها الامتناع عن الحضانة، ولاحق لها في إسقاطها، لذا فإن إسقاط الزوجة حقها في الحضانة عند المخالعة مردود، فالمخالفة واقعة والشرط باطل، لأنه مضيعة لحق المحضون، فإذا أسقطت الحاضنة حقها بقي حق المحضون، لأن حق الحاضنة لا يقوم على أساس التفريط بحق المحضون الذي هو أقوى الحقين.

فلا بد من إعتناء الحاضنة بالمحضون منذ ولادته والحفاظ عليه والقيام بشؤونه في الفترة الأولى من حياته، فيكون هذا الحق واجباً على الأم لأنها الأقدر على ذلك، وفي المرحلة التي يستغني عن خدمة النساء يعد واجبا على أب المحضون^(٢).

فالحضانة مع ما فيها من حق أورده الفقه الإسلامي، إلا أنها واجب أكثر منها حقاً، وأنها تنحدر بين الواجب الكفائي والتعييني، فلو وجد الحاضن الأب أو حاضن غير الأم، ولم ترغب الأخيرة في الحضانة يُكْتَفَى بالحاضنين منهم عن الأم، إلا إذا عينت الحاضنة الأم، فيُعد التعيين واجبا على عاتقها وليس لها الإمتناع أو الإسقاط، وأما الأب فالحضانة واجب تعييني عليه حتماً^(٣).

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٣، ص ٥٦٠؛ الشلبي، شهاب الدين احمد الشلبي الحنفي، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ج٣ دون مكان طبع أو سنة نشر، ص ٤٧؛ ابن حجر الهيتمي، احمد شهاب الدين بن محمد بن حجر الهيتمي الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج٤، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، من دون سنة نشر، ص ٢١٦.

(٢) د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ٦٢.

(٣) محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الشريعة، جامعة بغداد، ١٩٨٨م، ص ٢٩٠.

الفرع الثاني

طبيعة الحضانة في الفقه القانوني

يرى جانب من الفقهاء المحدثين^(١)، أن الحضانة في حد ذاتها بوصفها ضم المحضون وتربيته هي التزام، فيكون الحاضن ملتزماً والمحضون ملتزم له أو صاحب الحق في هذا الالتزام، لذا يجب عدم الخلط بين الالتزام بالحضانة وصاحب الحق فيها، إلا أنهم اختلفوا بشأن حقيقة مصدر الالتزام بالحضانة الى اتجاهات عديدة على وفق ما يأتي:

الاتجاه الأول

الحضانة أثر من آثار الزواج

يرى جانب من الفقهاء المحدثين^(٢)، أن الحضانة من آثار عقد الزواج لأن الحضانة تتعلق بالبنوة، والبنوة في حقيقتها ما هي إلا أثر من آثار الزواج، وما عقد الزواج إلا مصدراً لهذا الالتزام، على أساس أن المحضون ثمرة العلاقة الزوجية، وقد أيد القضاء المصري في قرار له هذا الاتجاه جاء فيه (أن الحضانة عمل تؤديه الحاضنة لحساب والد المحضون... ولا بد

(١) د. صلاح الدين جمال الدين مشكلات حضانة الأطفال في زواج الأجانب، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٤ م، ص ٣٠ ؛ د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم دمشق، ١٩٩٩ م، ص ٦٥ .

(٢) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٩ م، ص ٣١٣ ؛

د. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دون مكان طبع، بيروت، ١٩٦٦ م، ص ٢٢٨ وساند هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي ينظر : ؛

p.mayer Droit international Prive. Paris ed 1977. P.423

Topor les conflits de lois en matiere de puissance parentale
Dalloz 1971.p.225 ؛ p.mayer Droit international Prive. Paris ed 1977.
P.423

للعمل فيه من التعاقد وهذا التعاقد موجود فعلاً على أساس أن الحضانة أثار من آثار الزوجية ونتيجة من نتائج عقد الزواج الحاصل بينهما^(١).

ولكن في إعتقادي هذا القول منتقد، لأنه إذا ما نعد الحضانة أثار من أثاراً الزواج فإننا لا يمكن أن نعدّه كذلك بعد الطلاق أو التطليق، كما أنه لا يسوغ إلزام غير الزوجين بالحضانة في حالة عدم وجودهما أو عدم أهليتهما.

الإتجاه الثاني

الحضانة أثار من آثار إنحلال الزواج

يرى جانب من الفقهاء المحدثين^(٢)، أن النزاع أمام القضاء في مسائل الحضانة، لا تثار إلا بمناسبة إنحلال الزوجية بالطلاق أو التطليق، ومن ثم فإن الإجراءات التي يجب أن تُتخذ في حالة الطلاق أو التطليق لترتيب مسألة المحضون الشرعي ذي صلة مباشرة بهذه الحالة التي تعيشها الأسرة، ومن ثم تندرج الحضانة بوصفها أثاراً من آثار إنحلال الزواج.

والحقيقة أن هذا الإتجاه لا يتفق مع قانون الأحوال الشخصية العراقي والقانون المقارن، لأن الحضانة ولاية شرعية مستقلة عن الزواج والطلاق تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية.

الإتجاه الثالث

الحضانة أثار من آثار النسب

يذهب صاحب هذا الإتجاه^(٣)، الى أن الحضانة أثار من آثار النسب، فهي إلتزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، وبثبوت حق المحضون بالنسب، يكون له حق ولاية التربية

(١) قرار محكمة القاهرة الابتدائية /أحوال شخصية/ برقم ٧٥ لسنة ١٩٥٠ مشار إليه عند: د. صلاح الدين جمال الدين، مصدر سابق، ص ٣٢ .

(٢) د. جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، طبعة معهد الدراسات العربية، ج ٣، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٢١٣؛ Topor.op.cit.p.178.

(٣) د. عنايت عبدالحميد ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، دار النهضة العربية، ط ٢، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٢٩١ .

الأولى في الحضانة والنفقة والولاية في حفظه، وليست الحضانة بهذا المعنى أثراً من آثار الزواج أو الطلاق، إنما إحدى آثار النسب، وهي المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس. وهذا الرأي غير دقيق، لأن النسب يتعلق بشرعية الأولاد أو ثبوت نسبهم ولا علاقة له برعايتهم، ومما يؤيد قولي أنه قد يُعهد بالحضانة لغير من يثبت الإنتساب إليه، لنقص أهليته مثلاً أو عدم أمانته على المحضون، فضلاً عن أن النسب الشرعي يترتب على وجوده عقد زواج صحيح، ومن ثم يرجع وصفه بأنه أثر من آثار الزواج.

الإتجاه الرابع

الحضانة عقد إجارة

يرى البعض من الفقهاء المحدثين^(١)، بأن الحضانة إلتزام مصدره عقد منفصل عن عقد الزواج، بوصفها عقداً إجارة يرمه الأب لصالح المحضون، وهذا ما أيدته البعض من المحاكم المصرية في قرار لها جاء فيه (...أن الحضانة عقد بين الأب والأم الحاضنة كسائر عقود للإجارة بوصفها عقداً للمعاوضة قد إلتزمه المتعاقدان بإختيارهما... فلا يقبل قول من يريد فسخ العقد...)^(٢).

الإتجاه الخامس

الحضانة من الولاية على المال

ينظر أصحاب هذا الرأي^(٣)، الى الحضانة على أنها من أقسام الولاية على المال ونعتمد أن هذا الرأي قد جانب الصواب، لأنه من المعلوم أن الولاية على النفس من النظام العام في

(١) د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق، ص ٣٥ .

(٢) قرار محكمة المنصورة/ احوال شخصية/المرقم ٩١٠ / ١٩٣٣/ مشار اليه عند: د. صلاح الدين جمال الدين ، مصدر سابق، هامش (٢) ، ص ٣٥.

(٣) د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الهيئة العامة للكتاب، ج٣، مصر، ١٩٨٦م، ص٧٦_٧٧ . وسانده في هذا الرأي البعض من الفقه الفرنسي ينظر:

R principes de droit international prive selon la loi et gurudence francaises paris .t.II.1962.p.312 .

الأحوال الشخصية بضم المحضون الى من له حق الولاية على نفسه لإتمام تربيته والعمل على رعايته وحفظه مما يضره، في حين تتطلب الولاية على المال من الولي حفظ مال المحضون وإنمائه، فضلاً عن الشفقة قدرته على التصرف في الأمور المالية، وقد تنعقد الولاية على النفس والمال لشخص واحد أو أكثر.

ويتبين من ذلك لي أن الشرع والقانون هو المصدر المباشر للالتزام بالحضانة، فينشئه بنص خاص يحدد نطاقه ويرسم مدها ويرتب عليه حكمه، بصرف النظر عن أي عمل قانوني، كعقد الزواج، أو واقعة قانونية كواقعة الميلاد وما يترتب عليها من أنساب، فكل التزام لا يقوم على الإرادة لا مسوغ له سوى القانون.

المبحث الثاني

شروط ممارسة الحضانة

تُعد الحضانة من المسائل المهمة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على حد سواء، ولأهمية الحضانة، فقد إشتراط الفقه والقانون، لمن يقوم بممارستها شروط عديدة، مما يستوجب تقسيم المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول / شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني / شروط ممارسة الحضانة في القانون المقارن.

المطلب الأول

شروط ممارسة الحضانة في الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي لمن يمارس ولاية الحضانة من الرجال والنساء جملة من الشروط، البعض منها عامة يشترك فيها الحاضنين، والبعض منها خاصة تختص بها الحاضنة من دون الحاضن، وهناك من الشروط ما يختص بها الحاضن دون غيره، ولبيان هذه الشروط كل على حده، سنقسم المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول

الشروط العامة المشتركة للحاضنين

يتطلب الفقه الإسلامي لمن يقوم بممارسة الحضانة من الشروط العامة التي يشترك فيها الحاضنين من الرجل والنساء التي ويمكن إجمالها بما يأتي:

أولاً: العقل والبلوغ

يتفق جمهور الفقهاء المسلمين^(١)، على أن لا حضانة للحاضنين من الرجال والنساء لمن يعتريهما الجنون، لأن المجنون لا يستطيع القيام بشؤون نفسه ، فليس له تولي شؤون غيره، ويستوي في ذلك إن كان الجنون مطبقاً أو متقطعاً ، فكليهما مانع من تولي الحضانة لأن ترك المحضون عند الحاضن المجنون فيه من الضرر على المحضون، على أساس أن الغرض من الحضانة، هي مصلحة المحضون وتوفير الحماية اللازمة له، وينبغي الإبتعاد عن كل أذى أو ضرر يخل برعاية المحضون^(٢).

والمعتوه يأخذ حكم المجنون، لحاجته إلى رعاية الغير، ذلك أن ولايته تكون لغيره فلا ولاية له على المحضون ، ومن غير المتصور أن يكون الإنسان قاصراً في حق نفسه ، وتثبت له الولاية على غيره^(٣).

- (١) المواق ، أبو عبد الله محمد بن يوسف المالكي المعروف بالمواق ، ج ٤ ، لتاج والأكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨ هـ ، ص ٢١٦؛ ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج ٢، ص ٨٧١ ؛ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج ٦، ص ٢٧٧؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٩، ص ٨٧١
- (٢) د. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاً، دار الفكر العربي، دون مكان طبع، ط ٢، ١٩٧٦، ص ٢٣٥ .
- (٣) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والأدلة المذهبية واهم النظريات الفقهية، دار الفكر المعاصر، دمشق، ١٩٩٧، ص ٧٣٠٥.

ويشترط الفقه إلى فضلاً عن العقل، الرشد، فلا حضانة لسفيهه مبذر خوفاً وحرصاً على تلف مال المحضون^(١).

ويدخل إلى جانب العقل والرشد، شرط البلوغ، فالحضانة مهمة شاقّة لا يتحمل تبعه مسؤوليتها إلا الكبار، فهي من باب الولاية، وليس الصغير أهلاً لهذه الولاية، وأما المراهقة فتكون مستحقة لتولي الحضانة، إذا ما توفرت فيها شروطها، وأدعت البلوغ حكماً بالعلامات، ما دام الظاهر يشهد صدق ادّعاؤها البلوغ^(٢).

ثانياً: الأمانة والقدرة وسلامة الحاضن من الأمراض المعدية

إن شرط الأمانة صفة يشترط توفرها في الحاضن، ليكون بها أهلاً لممارسة الحق في الحضانة، لتضمن للمحضون حداً أدنى من التربية السليمة له، لذا لا تصح حضانة الحاضن الفاسق، رجلاً كان أو امرأة، من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، وإلا أنتزع منهما صوتاً وحفاظاً على أخلاف المحضون لأنهما غير آمنين عليه^(٣) ولا يوفيان الحضانة حقها^(٤)، ولا يؤتمنان، ولحظ للمحضون له في حضانتهم، لأنه ينشأ على طريقتهم، إلا أنه تكفي العدالة الظاهرة بهما، كما في شهود النكاح^(٥).

وأما القدرة على الحضانة، فيلزم أن يكون الحاضن والحاضنة قادرين عليها بوقتها وجهدها، فلا تسلم الحضانة لمن كانت كثيرة الخروج، ولو في مباح، لأنها غير قادر على إصلاح المحضون ومراقبته والقيام بشؤونه، مما يؤدي إلى ضياع وسوء أخلاقه، فكل ما يشغل الحاضنة عن القيام برعاية المحضون والعناية به ومراقبته يعد مناقضاً لأمانتها على

(١) د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج١، ديوان المطبوعات الجامعية،

بن عنكون الجزائر، ١٩٩٩ م، ص ٣٨٣

(٢) د. عبد العزيز عامر، مصدر سابق، ص ٢٣٥-٢٣٦.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٤٥٤؛ ابن

عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٢، ص ٨٧٢.

(٤) البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج٣، ص ٣٢٨.

(٥) الشريبي، شمس الدين محمد بن احمد الشريبي الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ

المنهاج، ج٣، مطبعة البابي الحلبي، دمشق، ١٩٣٣م، ص ٤٥٤.

المحزون، حتى إن كان إنشغالها عنه لأمر العباداة، فأستولاهها محبة الله تعالى وخوفه فكثرت صلاتها، وأشغلتها عبادتها، فخوفاً عليه من الضياع ينتزع منها المحزون^(١)، ولا حضانة لمن تترك البنت ضائعة ، ولا بيد ما لا تصونها وتصلحها لأن وجودها كعدمه، فتنقل عنها الحضانة إلى من يليها^(٢) من لها القدرة والكفاية والاستطاعة، ولا حضانه لمن أقعده العجز، مثل السن المسبب للعجز والعمى والصم والخرس والمرض المعقد عن العمل^(٣).

فإذا كان الحاضن أعمى، وهناك من يليه في استحقاق الحضانة، فيجب استبداله، وإن كان من يباشر الحضانة فعلاً غيره لا بنفسه، فضعف البصر يمنع ما يحتاج إليه المحزون من المصالح^(٤).

وفضلاً عن هذا وذاك، يجب أن، يكون الحاضن خالياً من أي مرض دائم كالسل والبرص والجذام والفالج ان عاقه، فتلهية عن نظر المحزون، إذ يشغله أن يتدبر الأمور بنظره، ليحل ويباشره غيره^(٥).

وفي ظني أن ما ذكره الفقهاء المسلمون للأمراض المعدية والمسقطه لحضانة الحاضن على المحزون، كانت على سبيل المثال وليس الحصر، لأنه قد تكون هناك من الأمراض الأخرى المعدية والمؤذية للمحزون، لم يتطرق إليها الفقهاء المسلمون، لذلك يكون من الأفضل ترك مثل هذه الأمور إلى لجنة طبية مختصة تشخص المرض المعدي والمؤذي والمسبب الضرر للمحزون فإن كان المريض ما يرجى شفائه، فمن الممكن لقاضي الموضوع أن، يودع المحزون بصورة مؤقتة لدى من يستحق الحضانة الذي يلي الحاضن المريض فإن

-
- (١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٣، ص ٥٥٦ .
 (٢) البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، مصدر سابق، ج٣، ص ٣٢٨ .
 (٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٥٢٨-٥٢٩.
 (٤) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحنبلي، مجموع فتاوي شيخ الإسلام بن تيمية، جمع وترتيب ابن القاسم، ج٧، مطبعة الرياض، ١٩٧٨ م ، ص ٢٨٨ .
 (٥) الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣، ص ٤٥٦ ؛ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج٣، ص ٣٢٨ ؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٥٢٨-٥٢٩ .

شفاه الله سبحانه، ارجع المحضون إلى المستحق الأول، إما إذ كان الحاضن غير مرجو الشفاء أو شفائه يستغرق وقتاً طويلاً، وتقتضي العدالة إسقاط الحضانة عن الحاضن حفاظاً على مصلحة المحضون.

ثالثاً: الدين

يشترط جانب من الفقه الشافعي والحنبلي^(١)، الإسلام شرطاً؟ لممارسة من له الحق في الحضانة، فالحضانة عند أصحاب هذا الرأي لا تثبت للحاضنة الكافرة في حضان المسلم لان الحضانة ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم استدلووا في ذلك لقوله تعالى: ((وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً))^(٢).

فتدل الآية الكريمة على أن الله تبارك وتعالى قد قطع الحق والموالة بين الكافرين والمسلمين، وجعل المؤمنين بعضهم أولى ببعض، والكفار بعضهم أولياء بعض، والحضانة من أقوى أسباب الموالة التي قطعها الله بين الفريقين^(٣).

في حين يرى البعض من الفقه الحنفي والظاهري^(٤)، عدم اشتراط إسلام الحاضنة، فالحضانة تصح مع الكتابية وغير الكتابية، سواء كانت الحاضنة أماً أو غيرها، فهي كالمسلمة، وأن الأم الكافرة أحق بالمحضون مدة الرضاع، فإن بلغ المحضون من السن والإستغناء، فلا حضانة للكافرة وإلا الفاسقة واستدلووا أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى:

(١) الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج ٣، ص ٤٥٥؛ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج ٥، ص ٤٩٨؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٩، ص ٢٩٨.

(٢) سورة النساء، الآية: (١٤١).

(٣) الصنعاني، محمد بن إسماعيل المعروف بالأمير الكحلاني، سبل السلام، ج ٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، دمشق، ١٩٦٠ م، ص ٢٢٩.

(٤) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج ٤، دار الكتب العلمية، ط ٢، دون مكان طبع، ١٩٨٢ م، ص ٤٢؛ ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، ج ١٠، المطبعة المنير، القاهرة، ١٣٥٠ هـ، ص ٣٢٣-٣٢٤.

((وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ))^(١)، وقوله تعالى: ((كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ))^(٢).

وما روي عن ابن عمر (رضي الله عنه)، أن امرأة طلقها زوجها وأراد أن ينتزع منها ولدها، فجاءت إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، وقالت: يا رسول الله كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء، أراد أبوه أن ينتزعه مني، فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (أنت أحقُّ به ما لم تنكحي)^(٣).

ويدل الحديث على أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) جعل لها الحق في الحضانة من غير تفريق بين ما إذا كانت مسلمة أو كافرة، فالحضانة تثبت لحق المحضون، سواء كانت الحاضنة مسلمة أو كافرة^(٤)، ولأن حضانة الأم تبني على الشفقة والحنان وهي لا تختلف باختلاف الأديان، وهي أشفق على محضونها من غيرها وإن خالفته في دينها^(٥).

لذا أجد بأنه إذا كان ولا بد من حضانة الكتابية للمسلم المحضون، لتعلقه بأمه في مراحل الأولى من عمره، فإنه يجب أن تكون حضانتها له في سن معينة ليُنْتزَع منها المحضون ويُسَلَّم لأبيه متى ما توفرت فيه شروط الحضانة، وما لم يتضرر المحضون.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالحاضنة

يشترط الفقه الإسلامي في الحاضنات من النساء، لاستحقاقهن واحتفاظهن بالحضانة من الشروط الخاصة بهن، ويمكن إجمالها بما يأتي:-

- (١) سورة المائدة ، الآية (٢)
- (٢) سورة النساء، الآية (١٣٥).
- (٣) سبق تخريج الحديث في ص ٧ من هذا البحث.
- (٤) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج ٤، ص ٤٢.
- (٥) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج ٣، ص ٥٥٦؛ ابن الهمام، فتح القدير في شرح الهداية، مصدر سابق، ج ٣، ص ٣٦٧.

أولاً: ألا تكون الحاضنة متزوجة بأجنبي عن المحضون.

ذهب جمهور من الفقه المالكي والحنفي والشافعي والحنبلي^(١)، إلى أن الحاضنة من أجل إحتفاظها بالحضانة، يجب ان لا تكون متزوجة بأجنبي عن المحضون، فإن تزوجت بغير قريب ذي محرم عنه سقط حقها في حضانتها، واستدلوا في قولهم هذا لقول الرسول (ﷺ) للمرأة بشأن حضانة ولدها (أنت أحق به ما لم تنكحي)^(٢).

لأن الغاية من الحضانة تحقيق مصلحة المحضون، فإن تزوجت الحاضنة فوتت شيئاً من هذه الغاية، ولأن الزوج الأجنبي يعطي المحضون النذر اليسير، وينظر اليه شراراً، (نظرة المبغض)^(٣)، وإذا ما تزوجت الحاضنة تكون قد إنشغلت بزواجها وأصبحت في غير تفرغ لخدمة المحضون.^(٤)

في حين يرى بن حزم الظاهري وابن قدامة الحنبلي^(٥)، إن الحضانة لا تسقط عن الحاضنة بزواجها مطلقاً وسواء أكان المحضون ذكراً أو أنثى.

واستدلوا في قولهم على ما روي من أن رجلاً سأل النبي (ﷺ) من أحق الناس بحسن صحابتي قال: أمك قال ثم من؟ قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أبوك^(٦).

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص٥٢٩-٥٣٠؛ ابن الهمام، فتح القدير في شرح الهداية، مصدر سابق، ج٣، ص٣١٦؛ الشرييني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣، ص٤٥٥-٤٥٦؛ البيهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مصدر سابق، ج٣، ص٣٢٨.

(٢) سبق تخريج الحديث في ص٧ من البحث

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مصدر سابق، ج٤، ص٤٢-٤٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص٦١٩.

(٥) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٢٣؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص٦١٩.

(٦) رواه مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج٢، دار الغد الجديد، ط١، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٤١٧.

وهذا نص صريح على إيجاب الحضانة للأم الحاضنة لأنها صحبة، ولم يفرق الرسول(ﷺ) بين الحضانة المتزوجة وغيرها^(١).

وأتفق مع من يذهب إلى أن الأم أحق بحضانة المحضون ما لم تتزوج بأجنبي عنه، فإن تزوجت سقط حقها، إذا ما نازعها الأب في ذلك، أما إذا لم ينازعها أحد فإن الأم تستمر في حضانتها له، مراعاة لمصلحة المحضون في استمرارها بحضانتها، أو كان زواجها بقريب محرم للمحضون، ففي مثل هذه الحالات تستحق الأم ولايتها الحضانة.

ثانياً: عدم سفر الحاضنة بالمحضون

ان سفر الحاضنة وانتقالها بالمحضون من بلده لآخر، قد يكون لأجل السكن والاستقرار، أو التجارة والنزهة ، أو لحج بيت الله الحرام .

و يرى البعض من الشافعية أن سفر الحاضنة لحاجة في نفسها ، لحجٍ أو لتجارةٍ أو لنزهةٍ، وإن بقي الأب في بلد المحضون، فإن ذلك ليس بمبرر في إسقاط حقها في حضانة المحضون^(٢). في حين يذهب جانب من فقهاء المالكية والبعض من الحنبلية^(٣)، الى إسقاط حق الأم في الحضانة في مدة سفرها وانتقالها بالمحضون وتسليمه إلى الأب في حالة وجوده، ومتى ما عادت من السفر عاد حقها في الحضانة، لأن السفر فيه من الخطورة والضرر بالنسبة إلى المحضون.

(١) ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج١٠، ص٣٢٣-٣٢٥ .

(٢) الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣، ص٤٥٨ .

(٣) الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج٤، دار الفكر العربي، بيروت، ١٤١٢هـ، ص٢١٥؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص٣٥١؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص٣٠٤ .

وأما إذا كان سفر الأم الحاضنة والانتقال بالمحضون من بلده إلى بلد آخر للسكنى والإقامة الدائمة، فقال الحنفية لها ذلك من دون أن يسقط حقها في الحضانة ، ولكن وضعوا لذلك شرطين^(١) :

الأول: أن يكون البلد الذي ستنتقل اليه الحاضنة موطنها، وأن لا يكون دار حرب، وأما **الثاني:** بأن يكون زوجها أب المحضون قد عقد عليها في البلد الذي تروم الانتقال إليه، فإذا لم يتوفر الشرطان أو أحدهما ، فليس للأم الحاضنة السفر والانتقال بالمحضون، وإلا سقط حقها في حضانة المحضون، إن كان البلد الذي ستنتقل إليه بالمحضون بعيداً، وأما إذا كان البلد قريباً، إذ يمكن أب المحضون من رؤيته وتفقدته والرجوع في نفس اليوم ، فإنه لا يسقط حق الأم في حضانتها، وبإمكانها أن تنقل معها محضونها وأن لم يكن البلد موطنها .

وعلى خلاف ذلك يرى جمهور من الفقهاء المسلمين^(٢) أن السفر بالمحضون من بلده إلى بلد لآخره للسكنى والإقامة، يسقط حق الأم في الحضانة، إن كان البلد المراد الانتقال إليه تقصر الصلاة فيه لتنتقل الحضانة إلى أبيه، ليقوم بتربيته وتأديبه فان لم يكن الأب في البلد الذي هو فيه ضاع المحضون من بين يدي أبيه .

وأما غير الأم من الحاضنات ، فليس لها مطلقا السفر والانتقال بالمحضون إلا بإذن أب المحضون^(٣) .

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٣، ص ٥٧٠ ؛ الزيلعي، أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الاميرية، ط١، ج٣، مصر ، ١٣٥٠ هـ ، ص ٥٠ .

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٥١٣ ؛ الموافق، التاج والاكليل لمختصر خليل، مصدر سابق، ج٤، ص ٢١٧ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣، ص ٤٥٩؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص ٣٠٤ .

(٣) عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، للنشر، ط٢، الكويت، ١٩٩٠ م ، ص ٢٠٠ .

ويمكن القول، أن إلام الحاضنة إذا سافرت وانتقلت بالمحضون إلى بلد غير موطنه فإن كان سفرها للحاجة فلا تسقط عنها الحضانة، أما إذا كان سفرها للسكنى والإقامة الدائمة في بلد غير بلد المحضون، إذ يبعد أكثر من مسافة القصر التي حددها البعض من الفقه الإسلامي بستة بُرد فأكثر^(١)، سقط حقها في حضانة المحضون، لأن انتقالها إلى البلد البعيد يمنع الأب من الإشراف وتربية المحضون.

الفرع الثالث

الشروط الخاصة بالحاضن

يشترط البعض من الفقه الإسلامي والمحدثين في الحاضنين من الرجال فضلاً عن شرط العقل والإسلام والأمانة والاستقامة بعض الشروط الخاصة بهم ليستحقوا الحضانة ، ومن هذه الشروط :

أولاً: أن يكون الحاضن محرماً على المحضون

ويقصر هذا الشرط على الحاضنين من الرجال في حضانتهم للإناث، إذ يجب أن يكون بين الحاضن والمحضونة محرمة بينهما، إن بلغت من العمر التسع سنين، تفادياً أو حذراً من الخلوة بها، فإن لم تبلغ الأنثى حد الفتنة والشهوة أعطيت للحاضنين المستحقين للحضانة من الرجال بالاتفاق^(٢) فإن كان الحاضن ابن عم للمحضونة لا تدفع إليه سداً لذريعة الفساد والفتنة، كونه غير ذي محرم لها، فإذا لم يكن للمحضونة من عصباتها غير ابن العم، إختار لها القاضي أفضل المواضع، على أساس أن الولاية إليه فيراعى الأصلح، فإن رآه الأصلح من غيره ضمها إليه، وإلا وضعها القاضي لدى حاضنه مسلمة أمينة، وهذا القول كله إن كانت

(١) والبريد من مضاعفات الذراع وهو إثتان واربعون الف ذراع، ينظر: ابن قدامة، المغني ، مصدر سابق، ج ٩، ص ٣٠٥، وقدرها بعض الفقهاء المحدثين بما يعادل ٨٠ كم ٢، ينظر: د. محمد عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقانون، دون مكان طبع، ١٩٧٧، ص ٥٨.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج ٢، ص ٤٥٣ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج ٢، ص ٥٥ ؛ الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، مصدر سابق، ج ٧، ص ٣٧٧.

المحضونة مشتهاة، أما إذا كانت بنت سنة مثلا ، فليس هناك ما يمنع من تسليمها إلى ابن العم لعدم وجود خشية الفتنة في ذلك^(١).

ثانياً: اتحاد الدين

يشترط الفقهاء المسلمين والمحدثين^(٢) اتحاد الدين بين الحاضنين من الرجل والمحضونين، لأن حق الرجال في الحضانة يبني على الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، فإن كان المحضون غير مسلم، وكان الحاضن ذي الرحم المحرم مسلماً، فليس له الحق في حضانتها، إنما حضانتها تكون لذوي رحمه المحارم من أهل دينه، إلا أنه إذا كان المحضون مسلماً، والحاضن غير مسلم ، فلا تدفع الحضانة إليه لأنه لا توارث بينهما، فقد بني حق الحضانة في الرجل على الميراث .

ثالثاً: عدم سفر الحاضن بالمحضون

يتفق جمهور من الفقهاء المسلمين^(٣) على أن الأب الحاضن إذا سافر بمحضونه لحاجة، فإن حقه في الحضانة لا يسقط عن المحضون، وأما إذا أراد الأب الحاضن الانتقال بالمحضون من بلده إلى بلد آخر للسكنى والإقامة الدائمة، فليس له ذلك، لأن في هذا الانتقال إبطال لحق الأم في الحضانة المحضون، سواء كان البلد الذي ينوي الانتقال إليه بعيداً أو قريباً.

(١) د. أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١م، ص ٢٩١-٢٩٢؛ د. عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامية، أحكام إنهاء النكاح، مطبعة الجامعية، ط١، بغداد، ١٩٨٦م ، ص١٦٧.

(٢) عبيد عزيز محمد المحامي، الحضانة في الشريعة والقانون، طبعه الموصل، ٢٠٠٩م، ص ٣٦ ؛ عبد الوهاب خلاف، مصدر سابق، ص١٩٦.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص ٥٣١ ؛ المواق، التاج والأكليل لمختصر خليل، مصدر سابق، ج٤، ص ٢١٧ ؛ الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج٤، ص ٢١٥ ؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج٢، ص ٧٥٠ ؛ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج٣، ص ٤٥٨ ؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص ٣٠٤ ؛ ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج١٠، ص ٣٢٣.

ويجد جانب من الفقه المالكي^(١) بأن الحل يكمن في أن يأخذ الأب أم المحضون للانتقال معه، فإن كان المحضون رضيعاً، فلها أن تتبعه إلى البلد الذي سيقم فيه لتحضنه وإلا سقط حقها في حضانتها إذا أبدت رغبتها بعدم الانتقال معهما حفاظاً على نسب ورعاية ومصالحة وتأديب وتعليم المحضون، وسهولة الإنفاق عليه^(٢).

وفي هذا المجال أجد بأن للأب حق السفر والانتقال بالمحضون، إن تجاوز عمره مرحلة الاستغناء عن خدمة النساء، وبخلاف ذلك ليس للأب السفر بالمحضون إن كان الغرض منه سكنى الأب والإقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه أم المحضون، لأن الحضانة حق للأم وسفر الأب بالمحضون فيه إسقاط لهذا الحق.

المطلب الثاني

شروط ممارسة الحضانة في القانون المقارن

يشترط قانون الأحوال الشخصية العراقي والقانون المقارن، البعض من شروط استحقاق الحضانة في الحاضنين من الرجل والنساء، فمن الشروط ما تكون عامة يشترك فيها الحاضنين، ومنها ما تختص به الحاضنة، في حين يختص الحاضن في البعض الآخر من الشروط، من تقسيم المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول

الشروط المشتركة بين الحاضنين

إن موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية من مسألة الشروط التي تتعلق بالحاضن لاستحقاقه الحضانة، نجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (٥٧) على البعض

(١) الخرخشي، حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل، مصدر سابق، ج٤، ص٢١٦. المواق، التاج والاكليل لمختصر خليل، مصدر سابق، ج٤، ص٢١٧-٢١٨؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، مصدر سابق، ج٢، ص٥٣١-٥٣٢.

(٢) الباجوري، الشيخ إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي، ج٢، مطبعة السعادة، ط١، مصر، ١٩٥٠م، ص٣٣٠-٣٣١؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج٩، ص٣٠٤-٣٠٥.

من هذه الشروط من دون البعض الآخر، إذ نصت على أن (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانتهم...) .

ومن النص المذكور يلحظ أن المشرع العراقي قد أقتصر على الشروط المشار إليها على الحاضنة من دون الحاضن، وكان الأولى بالمشرع العراقي أن يشمل الحاضنين من الرجال والنساء بهذه الشروط معاً.

كذلك فإن المشرع العراقي لم يتطرق لا من بعيد ولا قريب، عن إسقاط الحضانة في حالة إصابة أي من الحاضنين بمرض معدٍ أو مؤذي للمحضون، وأحال هذا الأمر إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون^(١).

في حين كان الأولى به النص على ذلك حفاظاً على مصلحة المحضون، لذا نقترح للمشرع العراقي تعديل الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية على وفق الشكل الآتي (يشترط أن يكون الحاضن ذكراً كان أو أنثى بالغاً عاقلاً أميناً قادراً على تربية المحضون وصيانتهم، وسليماً من إصابته بأي مرض معدٍ ومؤذي حفاظاً على المحضون من الضرر...)، ويترك أمر تحديد المرض ودرجة جسامته إلى لجنة طبية مختصة يستأنس القاضي برأيها عند إصداره الحكم لمن يستحق الحضانة من الحاضنين.

وقد قضت محكمة تمييز العراق في الكثير من قراراتها التي أوجبت فيها على ضرورة توفر الشروط بالحاضن التي تضمنتها المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية، فقد جاء في أحد قراراتها (... لقد تبين أن الأم المدعية والتي تطلب حضانة أولادها لا تتوفر فيها شروط الحضانة ويتضرر المحضون معها، لأن الحاضنة ينبغي أن تكون عاقلة وأمينة وقادرة على تربيتهم، وحيث تبين أن المدعية قد أحييت على محكمة جنابات نينوى لقيامها بمحاولة قتل الطفل.... وحكمت عليها المحكمة المذكورة سنتين، وبما أن، الأصل في الحضانة مراعاة مصلحة الصغيرة، وقد ثبت أن، الصغار يتضررون من تسليمهم إلى أمهم وان مصلحتهم تقتضي بقاءهم لدى والدهم...)^(٢)

(١) ينظر: المادة (١) فقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣١٢٥/شخصية أولى/٢٥/٢٥/٢٠١٢ في ٢٥/٥/٢٠١٢ غير منشور

وفي قرار آخر لمحكمة تمييز العراق جاء فيه (... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق لحكم الشرع والقانون حيث تبين ان المدعية هي مطلقة المدعى عليه طلقها بسبب تصرفاتها ووجود أوراق تحقيقية بينهما، كما أن الطفلين يعيشان في كنف والدهما ويميلان إليه لحسن معاملته لهما إضافة إلى ذلك فإن مصلحة المحضون مقدم على مصلحة أي من والدهما، كما تبين من تقرير اللجنة الطبية النفسية والعصبية المرقم ٥٢٥ في ٢٠١٢/٢/١ والمتضمن إصابة المدعية بمرض نفسي مزمن، وبما أن مصلحة الطفلين تقتضي بقائهما في حضانة والدهما ورعايته لها هو الأصلح من غيره لذا يكون قرار المحكمة برد الدعوى صحيحاً وموافقاً لحكم الشرع والقانون تقرر تصديقه ^(١) .

وفي قرار لمحكمة التمييز العراقية بشأن توفر شرط الإسلام في الحاضن لمن يستحق الحضانة جاء فيه (.... إن إسلام أبو الصغار دون أمهم، تكون حضانتهم لأبيهم، ولكن الحضانة تعود للأم إن هي أشهرت إسلامها بعد ذلك) ^(٢) .

وأما موقف المشرع الجزائري فقد نصت المادة (٦٢) من قانون الأسرة رقم ١١_٨٤ لسنة ١٩٨٤ المعدل على أن (الحضانة هي رعاية الولد.. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك)

ويتبين من الشطر الثاني للنص في أعلاه أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد اكتفى بالقول بأن يكون الحاضن أهلاً للقيام بالحضانة، ويفهم من النص أن المشرع الجزائري يعد الحضانة من باب الولاية على النفس، ومنع استحقاقها لغير البالغ والعاقل الذي لا يقوى على تدبير شؤون نفسه، لحاجته لمن يراه ^(٣) .

(١) قرار محكمة تمييز الاتحادية المرقم ٢٩٣٣/شخصية أولى/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/١٥ غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز العراقية برقم ٢٩٤/هيئة موسعة / ٨٧ في ٢٩/٥/١٩٨٧، القرار مشار إليه عند: القاضي شكر محمود النجار، أحكام النسب في الشريعة والقانون مع قرارات محكمة التمييز، ط١، دون مكان طبع، ٢٠٠٤م، ص ٢٧.

(٣) نصت المادة (٨٥) من قانون الأسرة الجزائري على أن (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون او العته او السفه)، كذلك نصت المادة (٨٦) من القانون ذاته على أنه (من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية).

ولم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن بقية الشروط الأخرى التي تناولها الفقه الإسلامي، كالأمانة في الأخلاق والقدرة على التربية، إنما أحالها إلى أحكام الشريعة الإسلامية^(١).

إلا أننا نجد أن القضاء الجزائري قد قال كلمته في هذا الخصوص، إذ أسقط القضاء الحضانة عن الأم لأن المحيط الذي يعيش فيه المحضون غير مأمون على أخلاقه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه (أن عدم إبصار الأم مانع لها من حضانة الأولاد الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم وفي مراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هتك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأن من بين المحضون بنتين إن تركت حضانتهم لأمهاتهما فلا يؤمن عليهما)^(٢).

وفي قرار آخر للمحكمة العليا الجزائرية تعد فيه القدرة شرط أساس لممارسة الحضانة جاء فيه (أن القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة ولا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضا معديا يعجز عن القيام بشؤون التربية وعلى القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم النزيه وتقدير مدى عجز الحاضنة)^(٣).

وقد حدد المشرع الجزائري موقفه في قانون الأسرة من مسألة الدين بأن يربى الطفل على دين أبيه، وهذا ما أيدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه (متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيداً عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاءً مخالفاً للشرع والقانون)^(٤).

(١) ينظر: المادة (٢٢٢) من قانون الأسرة الجزائري.

(٢) قرار المحكمة العليا / شخصية / رقم الدعوى / ٣٣٩٢١/١٩٨٤، والقرار منشور في المجلة القضائية التي تصدر عن وزارة العدل الجزائرية، العدد (٤) لسنة ١٩٨٩م، ص ٣٥.

(٣) قرار المحكمة العليا / شخصية / رقم الدعوى / ٢٦٤٠٣/ ١٩٩٠، القرار منشور في المجلد القضائية التي تصدر عن وزارة العدل الجزائري، العدد (٢) لسنة ١٩٩١م، ص ٤٠.

(٤) قرار المحكمة العليا / شخصية / رقم الدعوى / ٥٩٠١٣ في ١٩/٢/١٩٩٠، مشار إليه عند يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٥م، ص ٩٥.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالحضانة

يشترط قانون الأحوال الشخصية العراقي والقانون المقارن ، من الشروط الخاصة بالحاضنة دون غيرها لاستحقاقها الحضانة وإلا سقط حقها في ذلك .
ولا يُعدّ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية مسألة زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، سببا في إسقاط حق الحاضنة في الحضانة تاركاً المشرع للقاضي السلطة في تقدير أحقية مُستحق الحضانة، الأم أو الأب، حسبما تقتضيه مصلحة المحضون، ووفق هذا الاتجاه سارت محكمة تمييز العراق في قرار لها جاء فيه (... أن المدعى عليها لم تفقد شرطا من شروط الحضانة، حيث أن زواجها بأجنبي عن المحضون لا يعتبر سببا من أسباب سقوط الحضانة بموجب الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٧، وبموجب التعديل المذكور لا تسقط حضانة الأم بزواجها...^(١))
ونجد من القرار المذكور أن محكمة تمييز العراق لم تُعدّ زواج الحاضنة بأجنبي سبباً من أسباب إسقاط الحضانة عن الأم، واستندت في حكمها بنص المادة (٢/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية المعدل.

ويلحظ على النص الذي استندت محكمة التمييز عليه في حكمها، أن المشرع العراقي في الفقرة (٢) من المادة (٥٧) لم يحدد الوصف الشرعي لزوج الأم ان كان بقريب محرم للمحضون أو أجنبيا عنه، لان النص جاء مطلقا والمعروف في الفقه القانوني ان القاعدة تقتضي بان المطلق يجري على إطلاقه إلا أنه في ظني كان الأولى بالمشرع العراقي في هذه الفقرة بالذات ان يحدد الوصف الشرعي لزوج الأم بإضافة مصطلح (القريب المحرم للمحضون)، لعدم إسقاط حق الأم في الحضانة بزواجها، تماشيا مع جمهور الفقه الإسلامي، ومن ثم يترك الأمر لقاضي الموضوع في تقدير مصلحة المحضون، إن كان يتضرر وجوده مع زوج الأم وحاضنته من عدمه، وبالرجوع إلى الفقرة(٩) من المادة (٥٧).

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٥٥٤ / شخصية أولى / ٢٠١٢ في ٢٤/٧/٢٠١٢ غير

وما تضمنه هذا النص من مُحتوى، نجد أن المشرع العراقي قد أُوجبَ جملةً من الشروط^(١)، للإبقاء على حضانة الأم بزواجها من أجنبي عن المحضون وفي ذلك تخطب والتباس بين النصين يجب رفعه، ولا سيما أن اتجاه محاكم الأحوال الشخصية في العراق اليوم بشأن إيجاب هذه الشروط في هذه المسألة، أنها لم تفرق بين ما إذا كان أب المحضون على قيد أو مفارق الحياة.

لذا نقترح للمشرع العراقي من تعديل الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية لتكون على وفق الشكل الآتي:-

(يشترط ان يكون الحاضن ذكراً كان أو انثى بالغاً عاقلاً أميناً قادراً على تربية المحضون وصيانتهم، وسليماً من إصابته بأي مرض معد أو مؤذي حفاظاً على المحضون من الضرر، ولا تسقط حضانة الأم بزواجها من قريب محرم به، وتقرر المحكمة).
ونص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أنه (يسقط الحاضنة بالتزويج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون)^(٢).

ويستشف من نص المادة في أعلاه أن موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية من مسألة زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، كان مغايراً لموقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة الذي أسقط الحضانة عن الأم الحاضنة بزواجها من أجنبي غير قريب محرم بالمحضون، وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها جاء فيه: (.... من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية انه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت امماً أن تكون خالية من الزواج، والمقرر قانوناً أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم

- (١) نصت الفقرة (٩/ب) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه (إذا مات أبو الصغير فيبقى الصغير لدى أمه وان تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط :
- ١- أن تكون الأم محتفظة ببقية شروط الحضانة.
 - ٢- ان تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع إلام .
 - ٣- ان يتعهد زوج الام حال عقد القران برعاية الصغير وعدم الأضرار به.
 - ٤- اذا اخل زوج الأم بالتعهد المنصوص عليه في(٣) من البند (ب) فيكون ذلك سبباً لطلب التفريق من الزوجة
- (٢) ينظر: المادة (٦٦) من قانون الأسرة الجزائري

وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون^(١).

الفرع الثالث

الشرط الخاص بالحاضن

لم يشترط قانون الأحوال الشخصية العراقي عدم سفر الحاضن والانتقال بالمحضون إلى بلد غير بلد المحضون وإلا سقط حقه في الحضانة، في حين نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أنه (إذا أراد الشخص أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون)^(٢).

ويُلاحظ من النص المذكور أن المشرع الجزائري أراد أن يمارس الحاضن حقه في الحضانة في البلد الذي يتواجد فيه المحضون، أي المحل الذي يقيم أبويه فيه، ليتمكن من مراقبته وزيارته ورعايته، وإذا ما أرد الحاضن السفر بالمحضون والاستيطان في بلد أجنبي، رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في الإبقاء على الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون وهذا ما أيدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيها (...). أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن إسناد الحضانة يجب أن تراعي فيه مصلحة المحضون والقيام بتربيته على دين أبويه، ومن ثمة فأن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيداً عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعد قضاءً مخالفاً للشرع والقانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه^(٣).

في حين جاء موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية خالياً من أي نص تلميحاً أو تصريحاً لمسألة السفر بالمحضون، وتالياً لهذا النقص التشريعي في هذه المسألة،

(١) قرار المحكمة العليا الجزائري /المرقم ٥٤٣٥٣ / شخصية / ١٩٨٩/٧/٣ والصادر في ١٩٨٩/٧/٣، مشار إليه عند : يوسف دلاندة، مصدر سابق، ص ١٠٣.

(٢) ينظر : المادة (٦٩) من قانون الأسرة الجزائري.

(٣) قرار المحكمة العليا الجزائرية برقم ٥٩٠١٣/شخصية/٩٠ في ١٥/٢/١٩٩١ قرار منشور في مجلة القضاء ، مجلة دورية تصدر عن وزارة العدل الجزائرية العدد (٤) ، السنة ١٩٩١، ص ١١٦.

نقترح للمشرع العراقي ان يضيف فقرة (١٠) في المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية ليكون نصها على وفق الشكل الآتي :

(أولاً: يجوز للأب ان تسافر بالمحزون لسبب معقول إن لم يكن في السفر ضرر بالمحزون، فإن منعها وليه من السفر، يجوز للقاضي ان يمكنها من السفر، اذا تبين له ان من له حق الأذن قد تعسف في استعمال هذا الحق.

ثانياً: إذا كانت إلام الحاضنة أجنبية الجنسية وكان سفرها عرضياً لغير الإقامة في موطنها فللقاضي طلب كفيل إحضار يضمن عودتها بالمحزون، وإذا خشي ولي المحزون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحزون من سفرها مبيناً أسباب معقولة لذلك، فللمحكمة منعها من السفر بالمحزون متى رجحت لها صحة تلك الأسباب.

ثالثاً: يجوز للأب أو الجد وان علا أن يسافر بالمحزون الذكر ببلوغه سبع سنوات لمدة معقولة، فإن اختلف الولي والحاضنة على المدة فللقاضي تحديدها.

رابعاً: لا يكون قرار السماح بالسفر نافذاً ما لم يكتسب القرار الدرجة القطعية)

النتائج والتوصيات

بعد دراسة بحث حقيقة الحضانة وشروط ممارستها توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

١. اختلف الفقه والقانون في تعريفهم للحضانة، إلا أن التعريفات جميعها تصب حول معنى واحد وهو حفظ المحزون ورعاية مصالحه، فتوصلنا إلى تعريف مانع جامع لكل للتعريفات كلها بأنها (تربية المحزون والقيام بمصالحه).
٢. اختلف الفقه الإسلامي بشأن حقيقة الحضانة، فمنهم من بعدها حقاً للحاضن ومنهم من يجدها حقاً للمحزون في حين يرى البعض الآخر أنها حق مشترك بين الحاضن والمحزون وهذا ما نميل إليه ونؤيده .
٣. اشترط الفقه والقانون عديد من الشروط لمن يستحق ممارسة الحضانة، واتفق الفقه والقانون على أن لا حضانة لمن يعتريه عارض الجنون أو العته أو السفه، لان هؤلاء ليس لهم ولاية على أنفسهم فمن باب أولى لا ولاية لهم على غيرهم .

٤. اتفقوا على أنه يجب ان يكون الحاضن لممارسة الحضانة أميناً قادراً على رعاية المحضون وصيانتهم إلا أنهم اختلفوا بشأن إسلام أم الحاضن فمن الفقهاء من اشترط الإسلام في أم الحاضن لممارسته حق الحضانة ومنهم من لم يشترط ذلك. ولكن القانون العراقي والجزائري، سكتا من النص في هذه المسألة وأحالوا أمر ذلك إلى مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، باستثناء حالة واحدة نص عليها المشرع الجزائري في المادة (٦٢) من قانون الأسرة اوجب فيها بان يربي الطفل على دين أبيه.

٥. اختلف الفقه في مسألة السفر بالمحضون والانتقال به من بلده إلى بلد لآخر إذا كان بعيداً، يحول دون رؤية الأب لولده لرعايته والإشراف عليه، إلا أنهم اتفقوا على ان للحاضن السفر بالمحضون إذ كان السفر لحاجة من دون الإقامة والسكن الدائم مالم يتضرر المحضون من ذلك في حين سكت قانون الأحوال الشخصية العراقي والجزائري عن هذه المسألة وأحالوا أمرها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية على الرغم من ان المشرع الجزائري نص في المادة (٦٢) من قانون الأسرة أعطى القاضي في السلطة التقديرية فيما إذا أراد الشخص الاستيطان في بلد أجنبي في إسقاط الحضانة عنه أو إبقائها عليه حسبما تقتضيه مصلحة المحضون.

ثانياً : التوصيات

بعد البحث في موضوع حقيقة الحضانة وشروط ممارستها توصلنا إلى ما يأتي:

١. نقترح للمشرع العراقي تعديل من تعديل الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية لتكون على وفق الشكل الآتي (يشترط ان يكون الحاضن ذكراً كان أو أنثى بالغاً عاقلاً أميناً قادراً على تربية المحضون وصيانتهم، وسليماً من الإصابة بأي مرض معد أو مؤذي حفاظاً على المحضون من الضرر، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها من قريب محرم به، وتقرر المحكمة ...)
٢. خلا قانون الأحوال الشخصية من أية إشارة إلى سفر الحاضن بالمحضون إلى بلد قريب أو بعيد، وكان الأولى بالمشرع العراقي النص على هذه المسألة لأهميتها في مسائل الحضانة، لذا نقترح للمشرع العراقي من تعديل المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية بإضافة فقرة (١٠) إلى هذه المادة لتكون على وفق الشكل الآتي:

أولاً: يجوز للأُم ان تسافر بالمحزون لسبب معقول إلى أية جهة، إن لم يكن في السفر ضرر بالمحزون، فإن منعها وليه من السفر، يجوز للقاضي ان يمكنها من السفر، إذا تبين له ان من له حق الأذن قد تعسف في استعمال هذا الحق.

ثانياً: اذا كانت الأم الحاضنة أجنبية الجنسية وكان سفرها عرضياً لغير الإقامة في موطنها، فللقاضي طلب كفيل إحضار يضمن عودتها بالمحزون .

ثالثاً: يجوز للأب أ، الجد وإن علا أن يسافر بالمحزون الذكر ببلوغه سبع سنوات لمدة معقولة، فان اختلف الولي والحاضنة على المدة فللقاضي تحديدها.

رابعاً: إذا خشي ولي المحزون عدم عودة الحاضنة الأجنبية بالمحزون من سفرها مبيناً أسباب معقولة لذلك فللمحكمة منعها من السفر بالمحزون متى رجحت لها صحة تلك الأسباب.

خامساً: لا ينفذ قرار السماح السفر بالمحزون ما لم يكتسب الدرجة القطعية.

المصادر

بعد القرآن الكريم

أولاً: كتب الحديث:

١. الحاكم، الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، ج٣، بيروت.
٢. الصنعاني، محمد بن إسماعيل المعروف بالأمر الكحلاني، سبل السلام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج٣، دمشق، ١٩٦٠م
٣. مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الغد الجديد، ط١، ج٢، القاهرة، ٢٠٠٧م

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي

الفقه المالكي:

٤. إطفيش، محمد بن يوسف إطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، تحقيق ضياء الدين عبدالعزيز اليميني، ج٧، المطبعة السلفية، دون مكان طبع، ١٣٤٣ هـ،
٥. الإمام مالك، مالك بن أنس الأصبحي المالكي، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، ط١، ج٢، مصر، ١٣٢٣ هـ .

٦. التسولي، أبي الحسن علي عبدالسلام التسولي المالكي، البهجة في شرح التحفة، ج١، دون مكان طبع أو سنة نشر
٧. الخرشي، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، دار الفكر العربي، ج٤، بيروت، ١٤١٢هـ
٨. الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، مطبعة عيسى الحلبي، ج٢، مصر، دون سنة نشر .
٩. المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف المالكي المعروف بالمواق، التاج والاكليل لمختصر خليل، دار الفكر، ج٤، بيروت، ١٣٩٨هـ

الفقه الحنفي:

١٠. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الحنفي، فتح القدير في شرح الهداية، للمرغيناني، المكتبة التجارية الكبرى، ج٣، مصر، ١٣٥٦هـ.
١١. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، طبعه دار الفكر، ج٢، بيروت، ١٤٢١هـ.
١٢. الزيلعي، أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الاميرية، ط١، ج٣، مصر، ١٣٥٠هـ .
١٣. السرخسي، شمس الدين ابي بكر محمد بن احمد بن ابي سهيل السرخسي الحنفي، المبسوط، مطبعة السعادة، القاهرة، ط١، ج٥، ١٣٢٤هـ.
١٤. الشلبي، شهاب الدين احمد الشلبي الحنفي، حاشية الشلبي على تبين الحقائق، ج٣، دون مكان طبع أو سنة نشر.
١٥. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط٢، ج٤، دون مكان طبع، ١٩٨٢م.
١٦. المرغيناني، برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر عبد الجليل المرغيناني الحنفي الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج٢، مصر، دون سنة نشر.

الفقه الشافعي:

١٧. الباجوري، الشيخ إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي، مطبعة السعادة، ط١، ج٢، مصر، ١٩٥٠م.
١٨. الرملي، شمس الدين محمد بن احمد الرملي الشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المطبعة البهية المصرية، ج٧، دون مكان طبع، ١٣١٧هـ.
١٩. الشافعي، أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، الأم، وبهامشه مختصر المزني، المطبعة الأميرية، ط١، ج٣، مصر ١٣٢١هـ.
٢٠. الشربيني، شمس الدين محمد بن احمد الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة ألقاب المنهاج، مطبعة البابي الحلبي، ج٣، دمشق، ١٩٣٣م.
٢١. الهيثمي، احمد شهاب الدين بن محمد بن حجر الهيثمي الشافعي، الفتاوى الكبرى الفقهية، ج٤، مطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، دون سنة نشر.

الفقه الحنبلي:

٢٢. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحنبلي، مجموع فتاوي شيخ الإسلام بن تيمية، جمع وترتيب ابن القاسم، ج٧، مطبعة الرياض، ١٩٧٨م.
٢٣. ابن قدامة، عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، المكتب الإسلامي، ط١، ج٩، بيروت، ١٤٠٥هـ.
٢٤. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة للنشر، ج٣، الرياض، دون سنة نشر.

الفقه الظاهري:

٢٥. ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، المطبعة المنير، ج١٠، القاهرة، ١٣٥٠هـ.

ثالثا : كتب اللغة:

٢٦. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر بيروت، ١٩٥٦م .
٢٧. الرازي، محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، دون سنة نشر

٢٨. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ج٤، دون سنة نشر .

رابعا : كتب الفقه الحديث:

٢٩. د. أحمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، طبعه وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ط١، ١٩٨٠م .

٣٠. د. احمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٩٨م.

٣١. د. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١م.

٣٢. د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دون سنة نشر.

٣٣. د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج١، بن عنكون الجزائر، ١٩٩٩م.

٣٤. د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٢م.

٣٥. د. سمير عقبي، الحضارة في الفقه الإسلامي، دار المنار للنشر، مصر، ١٩٨٦م، ص١١

٣٦. د. عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامية، أحكام إنهاء النكاح، مطبعة الجامعية، ط١، بغداد، ١٩٨٦م.

٣٧. د. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً، دار الفكر العربي، دون مكان طبع، ط٢، ١٩٧٦.

٣٨. د. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، ٢٠٠٧م.

٣٩. د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وانحلاله، دار الوارق للنشر، ط٨، المجلد الأول، بيروت، ٢٠٠٠م.

٤٠. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية والأدلة المذهبية
 واهم النظريات الفقهية، دار الفكر المعاصر، دمشق، ١٩٩٧.
٤١. د. أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص المقارن، دون مكان طبع، بيروت،
 ١٩٦٦ م.
٤٢. د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة
 العربية، القاهرة، ١٩٧٩ م.
٤٣. شكر محمود النجار القاضي، أحكام النسب في الشريعة والقانون مع قرارات محكمة
 التمييز، ط١، دون مكان طبع، ٢٠٠٤ م.
٤٤. الشلبي، شهاب الدين احمد الشلبي، حاشية الشلبي على تبين الحقائق، دون مكان
 طبع أو سنة نشر، ج٣، ص٤٧.
٤٥. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم،
 للنشر، ط٢، الكويت، ١٩٩٠ م.
٤٦. عبيد عزيز محمد المحامي، الحضانة في الشريعة والقانون، طبعه الموصل، ٢٠٠٩ م.
٤٧. يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة للنشر، الجزائر، ٢٠٠٥ م.

خامسا : الرسائل الجامعية:

٤٨. محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى
 مجلس كلية الشريعة، جامعة بغداد، ١٩٨٨ م.
٤٩. هدى عصمت محمد أمين، الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي والاتفاقيات
 الدولية، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٥ م.

سادسا : المجالات:

٥٠. المجلة القضائية التي تصدر عن وزارة العدل الجزائرية

العدد (٤) السنة ١٩٨٩ م.

العدد (٢) السنة ١٩٩١ م.

العدد (٤) السنة ١٩٩١ م.

سابعاً: القوانين:

٥١. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

٥٢. قانون الاسرة الجزائري ٨٤=١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل

ثامنا :القرارات غير المنشورة:

٥٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية المرقم ٣١٢٥ / شخصية أولى/٢٠١٢ في ٢٥/٥/٢٠١٢ غير

منشور

٥٤. قرار محكمة تمييز الإتحادية المرقم ٢٩٣٣/شخصية أولى/٢٠١٢ في ١٥/٣/٢٠١٢ غير

منشور

٥٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية المرقم ٣٥٥٤ / شخصية أولى / ٢٠١٢ في ٢٤/٧/٢٠١٢ غير

منشور .

تاسعا : كتب الفقه الفرنسي:

1. Topor les conflits de lois en matiere de puissance
puissance parental Dalloz 1971.
2. p.mayer Droit intemational Prive. Paris ed 1977.
3. R principes de droit international prive selon la loi et
gurudence francaises paris .t.ll.1962. .