Provisions Related to Guardianship, Custody, and the Interrelationships Between Them According to Iraqi Law - An Analytical Study

Assistant Lecturer / Luay Shawqi Naji

Al-Amal University College - Baghdad - Al-Karrada Al-Sharqiya

loyashawqi@amaaluc.edk.iq

Abstract

In this research, I contributed to analyzing the meaning of guardianship over minors, who is the qualified or presumed guardian, the duration of guardianship, and the actions that occur within it.

We also analyzed custody, the applicable Sharia position and provisions thereon, the relationship between the custodian and the ward, competition and dispute over custody, the legal provisions and financial costs that follow, and the most important consequences of choosing a custodian and their impact on the ward.

As for what lies between guardianship and custody, it is the minor, the ward, or the ward on the one hand. On the other hand, we wanted to emphasize that the guardian is not necessarily the custodian, as the responsibilities, requirements, and capabilities are different.

Keywords: Guardianship / Custody / Minor / Guardianship and custody dispute

الأحكام المتعلقة بالولاية والحضانة وما بينهما وفقا للقانون العراقي – دراسة تحليلية

المدرس المساعد / لؤي شوقي ناجي

كلية الامال الجامعة –بغداد – الكرادة الشرقية

loyashawqi@amaaluc.edk.iq

الملخص

في هذا البحث بينا بأسلوب تحليلي معنى الولاية على القاصر ومن هو الولي الجبري او المفترض ومدة الولاية وما يقع فيها من تصرفات.

كما حللنا الحضانة وموقف الشريعة النافذ منها واحكامها والعلاقة بين الحاضن والمحضون والتنافس والنزاع على الاحقية في الحضانة وما يتبع الحضانة من احكام قانونية وتكاليف مالية واهم نتائج اختيار الحاضن وانعكاسه على المحضون .

اما ما بين الولاية ةوالحضانة فهو القاصر او المحضون او المولى عليه من جهة ومن جهة اخرى اردنا القول ان الولي ليس بالضرورة ان يكون الحاضن فالمهام مختلفة وكذلك المستلزمات والامكانيات.

الكلمات المفتاحية: **الولاية / الحضانة / القاصر / نزاع الولاية والحضانة**

المقدمة

البحث في هذا الموضوع وراءه شرح احكام الولاية والحضانة وشروطها واشخاصها لما للموضوعين من احكام ذات صلة بالقضاء ولهما اثر في مجمل حياة الاشخاص بحقوقهم الشخصية ومعاملاتهم المالية من جهة .

ومن جهة اخرى ، فان الاشخاص المعنيين باحكام الولاية والحضانة على حد سواء كانوا هم ممن لم يتموا الثامنة عشر من العمر ، ومعلوم ان هذه الفئة من الاشخاص تحظى باهتمام بالغ في كافة القوانين والدول وحقوق الانسان في العصر الراهن .

كما ان هذه المواضيع تدخل فيها الاحكام الشرعية بشكل كبير وهام وهي شرائع سماوية ومقدسة تلزم المشرع بعدم مخالفتها لذا فان المشرع يجب ان يجمع بين المشرع والقانون بصورة تمكنه من وضع قواعد عامة مجردة وملزمة تحت يد القضاء تمكنه من حسم الدعاوى والحجج الشرعية المرفوعة امامه .

يضاف اللى ذلك ، ان احكام الولاية والحضانة جاءت موزعة على عدة قوانين ولم يجمعها قانون واحد وهذا يولد مصاعب للمختصين من قضاة ومحاميين واصحاب الشان من ولي ومولى عليه وحاضن ومحضون، ولذا فأن نطاق البحث سيتناول أيضاً اصطلاحات الوصاية والقوامة لقربها من المفهوم العام للولاية وهمام الولي على القاصر عموماً.

والغرض اغناء الموضوع باختصار يقتضيه البحث سنعمد الى تناوله عبر ثلاث مطالب يخصص الاول للولاية والثاني للحضانة اما الثالث فيكون للصلة بينهما شرعا وواقعا وقانونا .

اهمية البحث :

تتاتى اهمية البحث من كونه يناقش حقوق شخصية لعديمي الاهلية ، وممن هم بحاجه الى رعاية فائقة ماديا ومعنويا وماليا وبصورة تتفق مع احكام الشريعة الاسلامية والشرائع السماوية ، وتحفظ للقاصرين سلامتهم صحيا ، وتحفظ اموالهم ومستقبلهم ، وتتفق مع مصالح الغير بما فيهم الخلف الخاص ، كما تتفق مع احكام القانون او بالاحرى المنظومة القانونية والتي يفترض ان توائم بين الشرع والقانون .

واهمية البحث في الاتجاه الى تحليل النصوص التي تنظم الولاية والحضانة في القانون العراقي وهل تكفي ام تحتاج الى ما هو جديد وتحتاج الى تقنين جديد ، كما تتاكد اهمية البحث في الموضوع من البحث عن قرارات قضائية تخص الولاية والحضانة فهي تستند الى القانون اخذة بنظر الاعتبار الاحوال الخصوصية والشخصية لكل حالة تعرض على المحاكم خصوصا وان للقاضي سلطة تقديرية واسعة وتحديدا في منح الحضانة . كما ان اهمية كل بحث في مناقشة الاشكالية وتقديم المقترحات .

اشكالية البحث

الاشكالية التي يعالجعها هذا البحث هي في التوضيح والإجابة على سؤال مفاده: هل نجح المشرع باستلهام أحكام الشريعة الإسلامية في احكام القانون المتعلقة بالحضانة والولاية وبصورة تجعل تلك الأحكام تنسجم مع الواقع وروح العصر الراهن؟ وهل وفرت هذه الأحكام التيسير للقضاء بإصدار أحكام رصينة وعادلة في نفس الوقت؟

منهج البحث

اهم مستلزمات البحث في القانون وهو مجموعة قواعد قانونية تنظم العلاقات بين الاشخاص وحقوقهم والتزاماتهم فان تلك القواعد تحتاج التحليل وخصوصا وانهاقواعد تراعي احكام شرعيه سماويه مقدسة ومعتقدات امن بها الناس على مر عصور طويلة لذا فان منهج البحث سيكون ((تحليلي)) لكي نصل الى المبتغى .

ولكون الولاية والحضانة لا يكونا الا بحكم قضائي او حجه شرعية فان الامرين يصدران من القضاء ولذلك فالبحث بحاجه الى احكام قضائية وقرارات تميزية لذلك ننتهج النهج ((التطبيقي)) وعليه فان منهج البحث هو ((تحليلي تطبيقي)).

المبحث الاول

الولاية – احكامها وشروطها

الولاية – لغة – هي النصرة والمحبة – واصطلاحا – هي سلطة شرعية يملك بها صاحبها حق التصرف في شؤون غيره.[1]

وذلك يعني انها سلطة مصدرها الشريعة الاسلامية فلا نقاش في منحها للولي الا في رسم احكامها وشروطها وفقا للشخص الولي والمولى عليه ومدى انطباق الاحكام وتوافر الشروط فيه.

المطلب الاول

احكام الولاية

الولي وفقا للتعريف يملك حق التصرف بدلا من المولى عليه سواء كان صغيرا في السن او قاصرا لجنون او عته او غيبة او اي عارض من عوارض الاهلية وفي كافة اموره وشؤونه وفي حدود ما تنتجه القوانين المختلفة وسواء في الحقوق الشخصية او المعاملات المالية وما تتضمنه من تصرفات وعقود .

معلوم ان حق التصرف هو اقوى حقوق الملكية ،وعندما يملك الولي هذا الحق فانه يتصرف كاصيل وليس كوكيل ، وبالتالي فان الولاية هنا اقوى من الوكالة ،لان الوكالة محددة بينما الولاية غير محددة بل عامة شاملة وتمتد الى ان تنتهي مسببات التولية .

والولاية تقتضي رعاية مصالح المولى عليه بدقة ودراية وحمايته حتى من تصرفاته فالولي مسؤول عن جنون الصغير او الحدث .[2]

والمولى عليه هو الصغير الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر ويسمى المولى عليه اذا اتم التاسعة ولم يتم الخامسة عشر (صبيا) فيما يسمى فتى اذا اتم الخامسة عشر ولم يتم الثامنة عشر. [1] وفي كل الاحوال فان المولى عليه ليس له التصرف وينوب عنه الولي .

---

[1] د.احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته ج1–1990 .

[2] م/2 ثانيا – قانون الاحداث رقم / 76لسنة 1983((مسؤولية الولي عن الاخلال بواجباته اتجاه الصغير او الحدث في حال تعرضه الجنون)).

وبالعودة الى المعنى اللغوي للولاية فهي (النصرة والمحبة) وليس هنالك افضل من الام والاب لتجسيد هذا المعنى والغرض ،لذلك القانون اعتبر وليا الاب والام واي شخص ضم اليه صغيرا او عهد اليه بحكم محكمة[2].

والاهمال في رعاية المولى عليه يوجب عقوبة للولي بالغرامة او الحبس مدة لا تزيد على السنة . واذا ادى الاهمال الى ارتكاب المولى عليه جنحة او جناية او دفعه الى التشرد او الانحراف في السلوك . علما ان الغرامات المقررة بائسة ولا توجد عقوبات رادعة [3]ومع ان الولاية (كنصرة ومحبة) تتجه اغلب القوانين الى جعلها للاب والجد والام اولا وبحكم قضائي يستند للشرع والقانون ومصلحة المولى عليه . الا ان هذا الاصل العام لا يمنع ان يظهر لنا في الواقع ما يخالف الاصل والمنطق بحيث يكون الولي هو اب او جد او ام مجرما او مهملا او دافعا للاجرام وخصوصا امام مغريات الحياة او صعوباتها ، لذلك ذهب المشرع الى الحكم بسلب الولاية في حالات متعددة منها اذا حكم على الولي بجريمة مخلة بالاخلاق والاداب العامة وكان المجني عليه هو المولى عليه .[4]

اذا طلب احد المولى عليه او الادعاء العام من محكمة الاحداث بسلب الولاية من الولي في حالات محددة هي :-

---

[1] م3 من قانون الاحداث رقم 76 لسنة 1983 (يسري هذا القانون على الحدث الجانح والصغير والحدث المعرضين للجنوح)

ادناه :- اولا – يعتبر حدثا من (تم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة غشر) .

ثانيا – يعتبر حدثا من تم التاسعة ولم يتم الخامسة عشر .

ثالثا – يعني الحدث صبيا اذا اتم لتاسعة ولم يتم الخامسة عشر .

[2] د. حسن عبد محسن علي، المركز القانوني للخصم القاصر، مركز المحمود لتوزيع الكتب القانونية، القاهرة– مصر، 2026، ص121.

[3] المواد/29 و 30 من قانون الاحداث 76 لسنة 1983 م/29 اولا/ يعاقب بغرامة لاتقل عن مائة دينار ولا تزيد عن خمسمائة دينار كل ولي اهمل رعاية الصغير او الحدث اهمالا ادى الى التشرد او الانحراف في السلوك ، ثانيا/تكون العقوبة غرامة لا تقل عن مائتين دينار ولا تزيد عن الف دينار اذا نجم عن الاهمال ارتكاب جنحة او جناية عمدية .

م/30 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على السنة او بغامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل ولي دفع الحدث الصغير الى التشرد او انجراف السلوك.

[4]المادة/31 من قانون الاحداث 76 لسنة 1983 والمعدل.

أ : اذا حكم على الولي بجريمة مخلة بالاخلاق والاداب العامة .

ب. اذا حكم على الولي بجريمة الاعتداء على شخص صغير او الحدث بالجرح او الضرب او الايذاء بالعمد .

ج. اذا حكم على الولي وفق المادة/30 من قانون الاحداث .

د. اذا حكم على الولي بجناية عمدية بعقوبة سالبة للحرية بمدة لا تقل عن ثلاث سنوات .[1]

على ان تقوم محكمة الاحداث في الاحوال اعلاه بتكليف مكتب دراسة الشخصية باجراء البحث الاجتماعي والفحص الطبي والنفسي للمولى عليه قبل ان تقرر سلب الولاية ، كي تقرر بناءا على التقرير تسليمه الى ولي اخر او ايداعه في احد دور الدولة على ان تستمر المحكمة في مراقبة حالة سلوك المولى عليه بعد سلب الولاية من الولي .[2]

كما ان المحكمه لها ان تحل وتسلب الولاية وتستبدل الولي الى ان يبلغ المولى عليه سن الرشد بتمام الثامنة عشر .[3] واهم الدلائل على الاهتمام بالولاية قانونا ان المشرع كلف الولي بتزويج المولى عليه اذا اتم الخامسة عشر او الموافقة على ذلك اذا طلبت منه المحكمة ذلك . ومعلوم ان الزواج تاسيس الاسرة الجديدة وقرار الزواج هو للزوج حصرا وهنا اصبح لوليه هذا القرار ، وتلك اهمية بالغة على ان يتحقق في المولى عليه البلوغ الشرعي والقابلية البدنية .[4]

والمولى عليه هو فاقد الاهلية او ناقصها اما عن صغر اي عدم اتمام الثامنة عشر او الجنون او احد عوارض الاهلية[5]، وغيرها تنطبق عليه الاحكام المنصوص عليها في القانون المدني

---

[1] المادة/32 من قانون الاحداث 76 لسنة 1983.

[2] المادة/34 من قانون الاحداث 76 لسنة 1983 .

[3] المواد/35/36/37/ من قانون الاحداث 76 لسنة 1983 والمعدل.

[4] م/8 من قانون الاحوال شخصية اذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فللقاضي ان ياذن له اذا ثبتت اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها فان لم يعترض او كان في اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج.

[5] محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، ٢٠٠٣، ص١٧.

والقوانين ذات الصلة كقانون الاحداث والاحوال الشخصية وهي احكام الولاية والوصاية والقوامة طبقا للشروط والقواعد المقررة .[1]

وولي الصغير هو ابوه، ثم وصي ابيه، ثم جده الصحيح (جد للاب) ثم وصي الجد ، ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة .[2] المولى عليه ليس الصغير او المجنون حصرا بل قد يكون مصاب باحد عوارض الاهلية التي تنقص الاهلية ولا تعدمها ، وكذلك المفقود والسجين والغائب وبالتالي ، فالمعتوه هو في حكم الصغير وكذلك السفيه في المعاملات ولكن السفيه وليه من تضعه المحكمة وليس لابيه او جده الولاية عليه ، وذو الغفله في حكم السفيه كما ان الشخص الاصم الابكم او اعمى اصم او اعمى ابكم تنصب عليه المحكمة وصيا .[3]ولا يصح دفع الدين للمحجور بل يدفع لمن له حق قبضه من ولي او وصي او قيم ، فان دفع الدين للمحجور لايعتبر مدفوع ولا تبرا ذمته للمدين منه ولو ضاع او هلك الدين المدفوع فاللولي او الوصي او القيم مطالبة المدين بالدين .[4]

كما ان الولي ليس له اقتراض مال من هو في ولايته.[5]وللولي باذن من المحكمة ان يصالح على شيء من دين مدعى به على من هو تحت ولايته ، ويدخل الباقي هذا ان كان للدائن المدعي به. وبعكسه لا يجوز التصالح من الولي .[6]ووفقا للمذهب الجعفري فان وجود الولي وموافقته شرط لصحة نكاح الصغير لصغيرة والكبير غير المكلف والولي في النكاح هو الاب او الجد للاب وان غاب كلاهما فاذا فقد الاب والجد فالوصي لاحدهما فان عدم الوصي فالحاكم يزوج البالغ الفاسد العقل ولا يزوج من بالغ صحيح العقل والحاكم يزوج من لا وصي له . وليس للوصي ان يزوج اليتيم واليتيمة حتى مع عدم تزويج الصغيرة فليس لغيرهما من الاقارب ولا الحاكم ولاية تزويجها وللاب والجد ولاية انكاح الصغيرة والصغير مشروطة جبرا ولو كانت ثيبا او فاقدا اهلية لسفه او عته او جنون . واذا كان المزوج الولي غير الاب والجد كان موقوفا على

---

[1] المادة/46 من القانون المدني العراقي .

[2] المادة/102 من القانون المدني العراقي .

[3] المواد/103/104/107/109/110/ من القانون المدني العراقي .

[4] المادة/382 من القانون المدني العراقي .

[5] المادة/685 من القانون المدني العراقي .

[6] المادة/702 من القانون المدني العراقي .

الاجازة بعد البلوغ فيرفع الامر للحاكم ليفسخ ويسقط المهر والارث به .[1] والولي على اللقيط ونفسه وماله للحاكم وحده ، فمن وجد لقيطا ومعه مالا ، فان هذا المال يكون ملكا للقابض ، وعلى الملتقط المحافظة عليه وليس له ان ينفق منه الا باذن القاضي ، وما ينفقه الملتقط على اللقيط بغير اذن القاضي يعتبر متبرعا به ، فنفقة اللقيط على الدولة في حالة وجود مال معه.[2]

والمولى عليه القاصر وفقا لقانون رعاية القاصرين النافذ هو:

1. الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشر من العمر على ان يعتبر من اتم الخامسة عشر وتزوج باذن المحكمة كامل الاهلية .
2. الجنين .
3. المحجور الذي تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها .
4. الغائب المفقود .[3]

وولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة وفقا لقانون رعاية القاصرين . ويدخل في الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع ، على ان لا يتصرف الولي باموال الصغير الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين ، الوصي هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ، ثم من تنصبه المحكمة على ان تقدمة الام على غيرها وفقا للمصلحة ، كما يجوز للمحكمة ان تعيين وصيا وللخصوم اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه او الوصي او القيم عليه . ولها ان تنصب وصي مؤقت اذا حكم بموقف الولاية او الوصاية وعلى الولي او الوصي او القيم للمحافظة على اموال القاصر وليس لهم التبرع من مال القاصر .[4]

المطلب الثاني

شروط الولي

---

[1] الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية الشيخ عبدالكريم الحلي ط2 ص10 .

[2] د.احمد الكبيسي– الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ج/1 ص2061 .

[3] المادة/3–اولا– من قانون رعاية القاصرين ر78 لسنة 1980 .

[4] المواد 27 و و29 31و 34 و37 من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 .

سبق القول ان الولاية هي بالنصرة والمحبة حكما وشرعا وقانونا الولي هو الاقرب للمولى عليه ، ولذلك يشترط في الولي ما يلي:-

1. كمال اهلية الاداء فيه فلا ولاية للصبي وان كان مميزا ، لانه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره .
2. اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه وقد استثني من ذلك صاحب الولاية العامة كالقاضي مثلا ، فان له ولاية عامة على من هم في دائرة سلطته باختلاف دياناتهم .[1]

ومعلوم ان اهلية الاداء تعني بلوغ سن الرشد والعقل فالولي لا يمكن ان يكون صبيا او حدثا فهو حقيقة (مولى عليه) وحكما كذلك . وما يوجب ذلك ان الولاية لا تنحصر في الاب ولا حتى في الجد وهما الاقرب والاجدر والمقرر قانونا وشرعا ، ولكن ممكن ان يكون الولي هو الحاكم في حال لم يوجد احد . لذلك ، لا يستحسن زواج القاصرين ، فلو فرضنا تزوج (س) بعمر خمسة عشر عاما وانجب ولدا ، ثم طلق زوجته كيف سيكون وليا شرعيا على الولد (س) وهو مولى عليه ؟ اما بالنسبة لاتحاد الدين فهو شرط جوهري ومتحقق شرعا فرضا بما ان الشرع والقانون جعل الولي هو الاب ، ثم الجد للاب ، وهذا يعني بالضرورة ان الولي والمولى عليه من دين واحد وهذا الشرط لكي يراعي الاب والجد هو ان يجعل اي منهم وصيا كولي على المولى عليه.

وبالتاكيد فان القاضي وهو صاحب الولاية العامة يفترض ان يستثنى من هذا الشرط ، لانه لا يمكن نختار لكل مولى عليه قاضيا من دينه. وشرعا في الفقه الاسلامي ، يجب ان يكون الولي حرا عاقلا بالغا مسلما في حق مسلم ومسلمة اذا كان الاب او الجد ، اما الحاكم والوصي ، فيشترط عدالتهما ، واذا لم يكن اب او جد او وصي لاحدهما ، فلا تنتقل ولاية النكاح للام ولا لام الاب ولا للعصبة ولا لسائر الارحام بل تكون للحاكم .[2]

---

[1] د.احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته –ج1– ص63–64 .

[2] الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية – الشيخ عبدالكريم الحلي – ط2 مطبعة حجازي في القاهرة ص10 .

ويشترط في الوصي الذي يختاره الولي وفقا لقانون رعاية القاصرين ، ان يكون عاقلا بالغا ذا اهلية كاملة قادرا على ممارسة شؤون الوصاية[1] وبالتالي فان ما يشترط في الوصي يشترط في الولي الذي يختاره ولا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا كان اهلا لمباشرة هذا الحق في ماله.[2] ويدخل في الولاية ما يؤول للصغير بطريق التبرع الا اذا اشترط المتبرع غير ذلك .[3]ولا يجوز للولي ان يتصرف بمال الصغير الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين بالطريقة المنصوص عليها في القانون .[4]وللمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى تثبت لها سوء تصرفه . [5] كما ان غياب الولي او الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على السنة ، فان المحكمة المختصة تقرر ايقاف الولاية وسحبها منه .[6]والوصايا المختارة تثبت بمحضر كتابي ، وتقرها المحكمة بعد وفاة الاب ، ويعتبر الوصي على الجنين وصيا على المولود .[7]وتعين المحكمة وصيا للخصومة اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه ، او وصيه او القيم عليه ، ولها ان تقيم وصيا مؤقتا اذا حكم بوقف الولاية او الوصاية .[8]وللمحكمة عزل الوصي اذا لم يعد يعد اهلا لممارسة شؤون الوصاية واوصت لجنه المحاسبة في مديرية رعاية القاصرين بذلك .[9]وبهذا المعنى وكنتيجة تسلب الولاية من الولي لخلل في القدرة على الادارة لشؤون المحضون صدر قرار تمييز نصه ((سلب الولاية من الاب لكونه غير قادر على ادارة شؤون المحضون ويعتبر هذا القرار تطبيقا عمليا لاحكام المادتين (32 و 37) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 المعدل)).[10] وتنتهي الوصايا ببلوغ الصغير سن الرشد واسترداد الاب ولايته او

---

[1] م/39 من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 .

[2] م/28 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 .

[3] م/29 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 .

[4] م/30 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 .

[5] م/32 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 .

[6] م/33 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 .

[7] م/26 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 والمعدل .

[8] م/37 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 والمعدل .

[9] م/38 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 والمعدل .

[10] قرار تمييزي منشورعلى تطبيق قانونجي .

فقدان اهلية او ثبوت غيبته او موته او موت الصغير .[1] وعلى الولي والوصي والقيم المحافظة على اموال القاصر وله القيام باعمال الادارة وبذل العناية اللازمة .[2]ولا يجوز للولي او الوصي او القيم التبرع من مال المولى عليه القاصر الا لاداء واجب وبموافقة دائرة رعاية القاصرين .[3]كما لايجوز للولي مباشرة التصرفات ادناه الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة وبعد التحقق من مصلحة القاصر :-

1. انشاء الحقوق العينية العقارية الاصلية والتبعية او نقلها او تغيريها .
2. التصرف بالمنقول والحقوق الشخصية والاوراق المالية .
3. الصلح والتحكيم .
4. حوالة الحق ومثلها وحوالة الدين .
5. ايجار العقارات لاكثر من سنة والاراضي الزراعية لاكثر من ثلاث سنوات والى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد .
6. قبول التبرعات المقترنة بعوض .
7. التنازل عن التامينات والحقوق والدعاوى وطرق طعن بالاحكام .
8. القسمة الرضائية لاموال القاصر .
9. اي امور يرى مجلس رعاية القاصرين وجوب الموافقة عليها .[4]

كما ان للولي او الوصي ان يستلم الراتب التقاعدي للقاصر ويتولى رعايته بنفقة شهرية والمطالبة بالصرف على مرضه من ماله .[5] وللولي والوصي والقيم ان ينفق بغير موافقة القاصرين على التعمير والادامة في الامور المستعجلة الضرورية وايداع ما زاد على نفقة القاصر خلال عشرة ايام من استلام المبلغ .[6]وللولي او الوصي بموافقة مديرية رعاية القاصرين القيام بانشاء بناء

---

[1] م/39 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة1980 المعدل .

[2] م/41 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

[3] م/42 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

[4] م/43 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

[5] المواد / 44 و 45 و 46 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

[6] المواد / 47 و 48 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

على عقار القاصر اذا تحققت مصلحة للقاصر فيه .[1]وعلى الولي او الوصي او القيم تقديم الحساب السنوي الى مديرية رعاية القاصرين معزز بالوثائق والمستندات ، ويتحمل اجره الوكيل الذي ينوب عنه في الادارة على ان لا تزيد عن ستة اشهر .[2]

واخيرا ، فان الملاحظ ان قانون الاحوال الشخصية لم يتطرق الى الولاية وشروطها وشروط الولي الا في المادة 82/ ف1 منه ، وفي حال طلب الاذن بالزواج من الذكر الذي اتم الخامسة عشر من العمر فاشار الى وجوب الاخذ براي الولي عليه دون ان يحدد القانون من هو الولي وهكذا لابد من ان يقدم طلب الاذن بالزواج هو القاصر وعندها يعرض الامر على الولي فاذا لم يوافق او لم يرد فللقاضي الامر .[3] في حين ان القانون المدني العراقي فصل بشكل افضل في الولاية عموما وفي الزواج مبينا ان الولي في التزويج العصبة بنفس ترتيب الارث وشرطا الولاية هما البلوغ والعقل ، والتفضيل بين الاولياء وموانعها .[4] واذا تحققت الشروط بالولي ، فان الصلاحية كاملة والاشراف ولو لم يكن الحاضن للصغيرة وبهذا المعنى جاء القرار التميزي لمحكمه التميز الاتحادية ونصه ((اسقاط حضانة المحضون لافتقاد شرط الامانه وذلك لسفر الحاضنة بالمحضون من دون علم او موافقة الولي الجبري)) .[5]

المبحث الثاني

الحضانة – احكامها وشروطها والتزاماتها

الحضانة – لغة – ضم الشيء الى الحضن . والحضن هو الجنب او الصدر والعضدان وما بينهمأ :

وفي الاصطلاح – هي القيام بتربية الطفل والالتزام بشؤونه ممن له الحق في ذلك شرعأ :[6]

---

[1] م/54 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

[2] المواد / 66 و 71 من قانون رعاية القاصرين 78 لسنة 1980 المعدل .

[3] م/8 ف1 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 .

[4] المواد/21 و 22 و23 و24 و25 من القانون المدني العراقي .

[5] قرار تمهيدي منشور على موقع قانونجي .

[6] د.احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ج1 ط2 .

ومن هذا المعنى اللغوي وباختصار ، فالحضن هو جزء من الجسم . وواضح ان هذا الجزء هو حضن الام وليس حضن الاب ، وهو امتداد لرحم الام الذي يمثل حضنا داخليا احتضن المحضون لمدة تسعة اشهر واقلها سبعة اشهر قبل خروجه حيا .

المطلب الاول

احكام الحضانة

الحضانة هي امتداد لمرحلة كان فيها المحضون جنين في رحم امه في حال خروج الجنين حيا تبدا احكام الحضانة ، فتسري على الحاضن والمحضون .

ومن الجدير الاشارة اليه بوضوح ، الى ان الحضانة دوما وابدا ويفترض ان تكون مع مصلحة المحضون لا مصلحة ورغبة الحاضن ، سواء كان ابا او اما او جدا او احد دور الايواء . وهذا الاتجاه هو الاطار العام للاحكام القضائية ويمكن القول انه اتجاه تمييزي ثابت منذ عقود من الزمن .

ولكن ، وحيث ان الرضاعة واجب على الام .[1]

وحيث ان الرضيع هو انسان عمره من يوم الى ان يتم فترة الرضاعة وهي لا تقل عن عام وحيث ان الرضاعة هي ((مص الطفل من ثدي امراة لفترة معينه)) ، فالام مامورة بارضاع ولدها .[2] وفي سورة البقرة اخبار بمعنى الامر بالرضاعة لذا فهو واجب على الام ويجبرها عليه القاضي اذا امتنعت بشرط ان تكون على قيد الزوجية لوالد الولد او معتدة من طلاق رجعي .[3]وبغض النظر عن كون الام ملزمة شرعا وقانونا بارضاع ولدها ، ام انها ملزمة شرعا فقط ، وبغض النظر عن امتناعها من عدمه ، فان حاجه الولد لامه كمرضعة يجعلها الحاضنة المفترضة في هذا السن ، الا اذا تخلت هي عن هذا الحق والواجب في ان واحد ، او كانت مريضة ، او ماتت ، او قد حصل اي مانع اخر . بل ان الشريعة اوجبت لها اجرة رضاعة على الاب[4] ، وبالتالي فالحضانة سواء حق او واجب هي للام بدءا . ونرى بان هذه الجزئية هي السبب الموجب لنص

---

[1] م/55 من قانون الاحوال الشخصية (على الام ارضاع ولديها الا في حالات تمنعها من ذلك).

[2] تفسير القرطبي 172/3.

[3] د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ج1 ص 209 .

[4] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق - سوريا، ١٩٨٥، ص746.

المشرع (الام هي احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية .....)[1] وان كان هذا النص جدليا ، الا ان مبرراته موضوعية ، كون الحضانة هنا استمرار للحمل والولادة وغرضها التمكين من الرضاعة وتحقيق مصلحة المحضون قبل مصلحة الام ، وكون الحضانة في هذه المرحلة العمرية من يوم الى سنتين ثم الى عشر سنين الافضلية فيها للام على الاب وعلى غيره تبعا لقدرة الام على الرضاعة والتربية والرعاية ، على ان لا يخل ذلك في حق الاب في المشاهدة والاشراف . وبعبارة ادق بالولاية على المحضون والتي حسمت شرعا وقانونا بانها للاب ثم الجد او وصيهما .

وان الزام الاب باجرة ارضاع الولد وهو بحضانة الام للولد شرعا قانونا هو بمثابة الزام واقرار بحضانة الام للولد ، فالغرض واجب ولازم قبل تحقق السبب الموجب للنزاع على الحضانة ، وان ذلك يعتبر بمقابل غذاءه .[2] فنفقة الاولاد على ابيهم شرعا وقانونا وهي فضل من الله على الاب ، وهي تنفيذ لامر الله في سورة الطلاق .[3] وفي حال كانت المرضعة اجنبية عن الولد فعليها ان ترضعه في بيت الام كي لا يفوت عليها حقها في حضانة الولد .[4] كما ان للام اجر مثل الرضاع اذا ارضعت ولدها قبل الاتفاق مع ابيه على الاجرة ، واجره الرضاعة من الديون الصحيحة التي لا تسقط بموت الاب ، بل تجب في تركته وتشارك الفرقاء .[5]وبالعودة الى نص الفقرة /1 من المادة / 57 ومطلعها بان ((الام احق بحضانة الولد وتربيته))، فان الفقه الاسلامي مختلف حول هذا المفهوم وفيه نظريتان، احدهما ترى ان الحضانة حق للصغير على امه وليست حقا للام فيه ، وبالتالي ، فالام ملزمة بالحضانة وليست مختارة ، ولا ينافسها احد اما النظرية الاخرى فترى ان الحضانة كما جاء في الفقرة الاعلاه حق الام ، ولذلك لا تجبر على حقها ولا الامتناع او التنازل عنه، وهذا اتجاه عند الجعفرية والحنفية .[6]لكن القانون جعل هذا الحق مقدما، فنص ان (الام احق). ولا نرى ضيرا في اعطاء القانون الاحقية للام عند توفر الشروط

---

[1] م/57 من قانون الاحوال الشهصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

[2] م/56 احوال شخصية ((اجره ارضاع)) .

[3] سورة الطلاق قوله تعالى ((فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۖ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ)).

[4] حارثية بن عابدين 693/2 .

[5] د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ج1 ص212 .

[6] انظر مسائل الخلاف للطوسي 131/2 وحاشية ابن عابدين 560/28 .

فيها لحضانة الولد، لان الله عز وعلا اختارها حاضنة للولد وهو جنين وخلق لها رحما وجهازا تناسليا مختلفا لهذا الغرض وجعلها تتقاسم غذائها مع هذا الولد ، وكلفها واعانها على متاعب الحمل واوجاع الولادة ، بل واوجد فيها مصنعا للحليب الذي يتغذى عليه الولد دون غيره لحولين ، فهل يعقل بعد ذلك سلبها الولد ،بل سلب الولد امه التي حملته وولدته وكانت بيتا ، ثم حضنا له، علما ان الام تجبر على الحضانه ان لم يوجد غيرها حتى لو اسقطت حقها ولو اختلعت الام من زوجها مقابل تنازلها عن حضانة الولد كان الخلع صحيحا والشرط باطل . وليس لها ان تصالح على الحضانة وقد استقر القضاء على ان الحضانة حق للام والطفل .[1] كما ان احقية الام وفق القانون مردها الى شفقتها على الولد كاصل عدا حالات استثنائية لا يقاس عليها تعد من قيود الحضانة عليها فهي مقيدة بعدم تضرر المولود في حضانه امه اليه . ووفقا للاحكام الشرعية الجعفرية ، فان الام النسبية احق بحضانه الولد وتربيته في حال قيام الزوجية وبعد الفراق اذا توفر فيها شروط اهلية الحضانة . والحاضنة الذمية احق بحضانة ولدها الكافر تبعا لابويه ، ولا حضانة لكافرة على مسلم . واذا تزوجت الام مع وجود الاب واهليته بزوج ولو كان محرما للصغير سقطت حضانتها وانتقلت الحضانة الى الاب ، ولا يسقط حق الام بالحضانة بزواجها :[2] اذا لم يكن للطفل اب وتبقى هي اولى من الجد على ان يعود حق الحضانة للام بوجود الاب، اذا زال المانع ((زواجها)) .

والام احق بحضانة الولد الذكر مدة الرضاعة ، واذا انقضت فالاب احق به ، والام احق بحضانة البنت الى سبع سنين وبعدها الاب احق بها ، فان لم تكن الام اهلا للحضانة انتقلت الى الاب ، فان لم يكن موجود فللجدات او الاخوة والاخوات للصغير. والام لا تجبر على الحضانة الا اذا تعينت عليها بان لم يوجد للطفل حاضنة غيرها ولا مال للطفل وابيه لاستئجار حاضنة حينئذ واجبة كفاية لا تختص بذي حق . كما لا يجب على الام الحضانة مجانا ، وعلى الاب سكن الطفل وامه الحاضنة كما قال البعض من الجعفرية ان حضانة الام للغلام الى سبع

---

[1] قرار مجلس التمييز الشرعي الرقم 134 في 1960/3/6 .

[2] قرار محكمة التمييز الاتحادية 3649 / هيئة الاحوال الشخصية / 2016 (ان مجرد زواج المطلقة لا يسقط الحضانة ولاسيما وان الزوج المخير اليها متعهد بالمحافظة على ابنه زوجته التي لا زالت محتفظة بشروط الحضانة وهي الاولى بالرعاية والتربية البنت المذكورة طبقا للمادة /57 من قانون الاحوال الشخصية) .

سنين، ويمنع الاب من اخراج الولد من بلد امه بلا رضاها مادامت حاضنته .[1] كما استقر القضاء عملا باحكام المادة / 57 على عدم اسقاط حضانة الام بدعوى الاب ، وطلبه اسقاط الحضانة لتنازل طليقته عن الحضانة، وطلبه تسليم المحضون وذلك بقرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد /11690 هيئة الاحوال الشخصية /2021 والذي قضى بان ((تنازل المميز عليها الام)) عن ولدها عبدالرحمن تولد 15/9/2020 وتسليمه الى والده ((المميز)) بموجب محضر لا يفقدها حقها في حضانه ولدها عبدالرحمن كونه لا يزال في سن الرضاعة واحوج ما يكون لرعاية النساء وحيث ان الام احق بتربية وحضانة ولدها عملا باحكام المادة/1/57 من قانون الاحوال الشخصية وان وجود المحضون لدى امه فيه مصلحة له ولا يتضرر من ذلك كما لم يثبت فقدان الام اي من شروط الحضانة لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية . وبذلك تبقى الام الحاضنة المطلقة حاضنه للمحضون حتى بعد زواجها من زوج اخر .[2] وتنظر المحكمة في دعوى الاسترداد للمحضون اذا اقامها الاب . واستقر القضاء على ان الحكم بالحضانة والحاضن يتحدد بمصلحة المحضون اولا واخيرا ، وهذا الامر اوجده التعديل رقم /106 لسنة 1987 حيث كانت الفقرة /2 قبل التعديل تنتهي بعبارة (غير متزوجة باجنبي عن المحضون)، وبذلك الغى التعديل هذا الشرط ، لان المشرع يرى ان زواج الحاضن بحد ذاته لا يؤثر في مدى صلاحيتها كحاضنه بل قد يعينها على حضانتها واقعاً : خصوصا اذا تعهد زوج الام في عقد الزواج بتربية المحضون.

ومن جهة اخرى ، من يضمن ان انتقال الحضانة الى الاب او الجد سيجعل المحضون بوضع افضل ، ومن يضمن ان الاب لن ولم يتزوج، وما الفرق بين زوج الام وزوجة الاب، وعموما المحكمة هي الفيصل وهي من تقدر تاثير زواج الام على سلامة حضانتها للولد من عدمه.

المطلب االثاني

شروط الحاضن والتزاماته

وفقا للفقرة 2 من المادة /57 احوال الشخصية وكون الحضانه تبدا من حيث المبدا معقوده للام باعتبارها المرضع من يوم ولادة الطفل الى عمر سنتين ، ويشترط في الحاضنة ان تكون

---

[1] الشيخ عبدالكريم رضا الحلي – الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية المواد/ 380– 381 – 382 – 384 – 386 – 387 – 388 – 389 –391 – 392 .

[2] م/57 فـ2 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

((بالغة)) والبلوغ هنا ليس لكي تكون بالغة وانما لتكون حاضنة ، فلا يكفي ان يكون بلوغا جنسيا، انما بلوغ سن الرشد ، وهو محدد في القانون العراقي بتمام الثامنة عشر من العمر .[1] باعتبار ان الحضانة مسؤولية عن الغير، والغير هنا قاصر ، وبذلك فهي مسؤولية اعقد واصعب من المسؤولية عن النفس . واضاف الى ان سن الرشد اساس المسؤولية .

كما يشترط العقل، وهو سلامة التفكير والوعي والادراك للقيام بواجبات رعاية المحضون، وضمان سلامته من الاخطار ونموه العقلي . وكذلك يقتضي ان تكون الحاضنة ((امينه))، لان المحضون قاصر لا يفقه شيئا ، وضمان سلامته من خطر صغير او كبير يحتاج الى امانة الحاضن اولا، والامانة هنا على روح المحضون نفسه. كما يشترط بالحاضنة ان تكون قادرة على تربية المحضون تربية دينية واخلاقية وعلمية سليمة ، وان تصونه من اي خطر مادي او معنوي وتلك الشروط قانونية وشرعية ، ومتفق على ضرورة تمتع الحاضنه بها في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، ووجوده يختلف بدرجته من حاضنة الى اخرى من حيث القدرة والمعرفة وتقدير هذه المعرفة لدى الحاضنة منوط بالقاضي لما لديه من سلطة تقديرية، وبامكانه قطعا استشارة المختصين بالطب وعلم النفس من الخبراء.

ومن الجدير بالذكر، ان من اهم شروط الحضانة الذي لم يشر اليه في الماده /57 هو المكان الذي تقيم فيه الحاضنة مع المحضون من حيث صلاحيته للعيش والسكن وسلامة الصحة والاخلاق ، فلا يمكن ان يكون محلا للحضانة السوق ومحال العمل واماكن اللهو او الدعارة ، او كل ما يسيء للمحضون ويفسده وللولي والقاضي متابعة ذلك .

كما يجب ان لا تكون الحاضنة مرتدة عن دين المحضون ، رغم ان القانون لم يشترط ان تكون الحاضنة من دين المحضون على اساس ان الحاضنة من اي دين كانت يكفي ان تمتاز بالعطف والشفقة والامومة هنا تكفي . لكن الردة تجعل الحاضنة غير امينه على المحضون .

وقد سبق القول، ان الحاضنة تستحق اجرة حضانة يلزم بها الاب الملزم اصلا بنفقة الولد المحضون شرعا وقانونا.[2] وفي حال الاختلاف على اجرة الحضانة بين الحاضنة والاب حسمت الامر بينهما المحكمة ، وقدرت الاجرة بواسطة الخبراء القضائيين . ووفقا للمحكمة تحكم باجره

---

[1] الماده/106 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .

[2] المادة/ 59 من قانون الاحوال الشخصية ((اذا لم يكن للولد مال فنفقته على ابيه ما لم يكن فقيرا عاجزا عن النفقة

الحضانة مقدارها ثلث النفقة المقدرة للولد المحضون او لا تزيد على الثلث وتتوقف عند اتمام المحضون العاشرة من عمره ، وعند الحنفية لا تستحق الحاضنة الام اجره الحضانة اذا كانت ما زالت زوجة حقيقة او حكما ، في حين الجعفرية قالوا باستحقاق الحاضنة مطلقا .[1]

اما مدة الحضانة فقد وردت في قانون الاحوال الشخصية عرضا وليس تحديدا ، وهي اتمام العاشرة من العمر ويمكن تمديدها الى الخامسة عشر بالرجوع الى الراي الطبي في تقرير لجنة طبية رسمية. [2]واقول عرضا، لان الفقرة الثالثة جاء مطلعها (للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته) ولم تقتصر على تمديد مدة الحضانة ، بل لم يرد التمديد في مطلع الفقرة ومهما كانت مدة الحضانة ومهما كان نوع وسبب الاختلاف حول مدة الحضانة وعمر المحضون فهي مؤقته ببلوغ المحضون سن الرشد وبوقوع اي طارئ تسقط حضانة الحاضن سواء كان الام او الاب او الجد ، ومع ذلك حدد القانون العراقي الحد الاعلى لبقاء المحضون في حضانة الام بتمام الخامسة عشر من العمر للمحضون . وبتمام الخامسة عشر من عمر المحضون يكون بامكانه اختيار الحاضن من ابويه او احد اقاربه .[3] والملاحظ هنا ان الغالب ان تبدا الحضانه ممنوحة للام الى عشر سنين ، واذا مددت الى الخامسة عشر تنتهي باعطاء حق الاختيار للمحضون ، وسيختار امه التي قضى من عمره معها ، فيحرم الاب من الحضانة . والماده /57 نظمت حق الحاضن اما كانت او ابا ، وانهيت تلك الحضانة بحكم قضائي لاي سبب ، وانتقلت الحضانة والمحضون لاخر ، وتحققت ووقعت وقائع تجعل المحضون في خطر وبغض النظر مع من كانت الحضانة، بل المهم تضرر المحضون بعد الحكم وبحضانة الحاضن الجديد ، فيكون للحاضن الذي سلبت منه الحضانة استردادها .[4]

علما ان مصطلح (الاسترداد) لا يعني الام التي تركت دار الزوجية واولادها وتريد ضمهم ترفع دعوى استرداد ، لان الاسترداد معناه رد المحضون وليس ضمه ، ومعناه ان المحضون كان

---

[1] د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية ج2 ص217 .

[2] المادة /67 ص3 من قانون الاحوال الشخصية ((للاب النظر في شؤون المحضون وتربيته حتى يتم العاشرة من عمره وللمحكمة ان تاذن بتمديد حضانة الصغير حتى اكمال الخامسة عشر)) .

[3] م/75 ف5 للاحوال الشخصية ((اذا اتم المحضون الخامسة من العمر يكون له حق في الاقامة)) .

[4] م/57 ف6 الاحوال الشخصية ((للحاضنة التي انتهيت حضانتها بحكم ان تطلب استرداد المحضون ممن حكم له باستلام المحضون منها اذا ثبتت تضرر المحضون خلال مدة وجوده معه)) .

لدى من يطالب بالاسترداد بحكم قضائي ثم طرا ما اسقط الحضانة ، او تحولت فعلا بفعل من الطرف الاخر . وهذا المصطلح ليس خاصا بالام كما متصور، بل قد يكون المسترد هو الاب.

كما تنتقل الحضانة قبل انتهاء مدتها من الام الى الاب في حال فقدان الحاضنة احد شروط الحضانة، او وفاتها، الا اذا كان الاب غير اهلا للحضلانة لعدم توفر الشروط فيه ، فتختار المحكمه حاضنا مراعية مصلحة المحضون. [1] بل ان المادة /57 ذهبت الى انه في حال عدم اهلية الام والاب للحضانة تودع المحكمة المحضون بيد حاضن امين ، او حاضنة ، او دور الدولة .[2]اما البعض يرى ان الفقرتين 7 و8 تستهين بالاب ، فتجعل له منافس على الحضانة حتى في حالة فقدان الام احد شروط الحضانة، بل وحتى في حال موتها . في حين لو امعنا النظر في نص الفقرتين نجد ان المشرع يضع حكما في حال عدم توفر الاهلية والشروط لدى الاب وليس في حال توافر الشروط، وهو في ذلك يفترض افتراضا ويضع بديلا هو غير الاب والام هو حاضن او حاضنة امينين، او حتى ايداع في احد دور الحضانة للدولة . والمشرع في ذلك لايستهين بحق الاب بل ينشد مصلحة المحضون .

وفي حال بطلان حضانة الاب او موته، يبقى الصغير لدى امه مادامت محتفظة بشروط الحضانة ولو تزوجت على ان يتعهد زوجها في عقد الزواج بان يقوم برعايته برعاية الصغير المحضون ، ولو اخل بالالتزام فرقت المحكمة بين الزوجين .[3]

وقد نالت الفقرة /9 نفس الانتقادات في انها تفضل الام وزوج الام على من هم اقرب للمحضون من اعمام واخوال ، في حين ان الشريعة السماوية جعلت الجد والعم والخال اولى واقرب ولهم

---

[1] م/57 فـ7 احوال الشخصية ((في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير .

[2] م/57 فـ8 احوال الشخصية ((اذا لم يوجد من هو اهلا للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين كما يجوز ان تودعه لدى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها)) .

[3] م/57 فـ9 من قانون الاحوال الشخصية 188 لسنة 1959 المعدل (("ا"اذا فقد اب الصغير احد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امهمادامت محتفظة بشروط الحضانة دون ان يكون لاقاربه من النساء او الرجال منازعتها لحين بلوغ سن الرشد . "ب" اذا مات ابو الصغير فيبقى لدى امه وان تزوجت بشرطين 1/ ان تكون الام محتفظة بشروط الحضانة 2/ ان تفتتح لغير المحكمة يقدم لغير الصغير 3/ ان يشهد زوج الام برعايته "ج" اذا أخل زوج الام بتعهده فرقت المحكمه بينهما)) .

بالولاية والميراث . ونجد ان الانتقادات اغفلت ان الام هي الاقرب للمحضون وهو يحتاجها اكثر من مايحتاج غيرها بكثير ، وهي كانت مفضلة على الاب ، فكيف لا تفضل على غيره ومهما بلغت قوة القرابة فانه لا يوجد اقرب منها ومنح الحضانه للام رغم زواجها سببه ان المحضون سيكون تحت رعاية امه ففي بيت زوجها توجد الام بينما في بيت اقاربه لامه وابيه لن تكون هي موجودة لانها كزوجه ملتزمة بمطاوعة زوجها والانتقال لبيته . اضافة الى ذلك القانون اوجب على الاب ان يتعهد بتربية المحضون وعندما يخل بالرعاية فالمحكمة تفرق بين الزوجين .

المبحث الثالث

ما بين الولاية والحضانة

مما سبق القول في المطلبين الاول والثاني تتضح ان هناك صلات بين الولاية والحضانة، وهنالك اختلافات في نفس الوقت واستكمالا لنهج البحث نجعل ذلك في فرعين :-

المطلب الاول

من حيث الاحكام

عرفنا الولاية بانها سلطة شرعية يملك بها صاحبها حق التصرف في شؤون غيره .

كما عرفنا الولايه بانها – القيام بتربية الطفل والالتزام بشؤونه ممن له الحق في ذلك شرعا .

ومن نظرة اولية للتعريفين بين الولاية والحضانة صلات بين المولى عليه والمحضون ، واختلافات بين الولي والحاضن فمن الصلات ان الولي وهو وفقا للشريعة الاسلامية الاب او الجد او وصيهما ، ووفقا للقانون هو الاب او الام او الجد .

كما ان الحضانة وفقا للقانون تدور بين الابوين الاب والام وقد تصل الى الجد ، بمعنى انه من الممكن ان يكون الولي حاضنا شرعا او تبعا وتم الجمع بين الاثنين .

ومن الصلات ايضا ان الولاية سلطة للولي على الاموال وحقوق القاصرين ، والحضانه ايضا سلطة للحاضن بموجبها يقوم بتربية وتنشئة المحضون على قواعد وسلوك يرسم المحضون ويؤثر في حقوقه.

كما ان الولاية حجه شرعية تصدر من محكمة الاحوال الشخصية ، وكذلك الحضانه تقرر بحكم قضائي ، ويوثق بحجه صادرة من محكمه الاحوال الشخصية.

ومن الصلات ايضا ان الولاية تقضي رعاية مصالح المولى عليه بدقة ودراية . والولي يسال قانونا اذا اخل في ذلك خصوصا وهو يتصرف كاصيل تنسحب تصرفاته على المولى عليه

والولاية تنعقد للولي على القاصر والحضانة ايضا تنعقد للحاضن على القاصر وهو وفقا للقانون العراقي من لم يتم الثامنة عشر من العمر .[1]

وكذلك الحضانة تقتضي رعاية وتربية المحضون ، واي اخلال في واجبات الحاضن تسقط حضانته للمحضون اما كان او ابا ، كما ان الولاية والحضانه وسائر الواجبات بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون واحد عند اختلاف جنسية الابوين وهو قانون الاب.[2] والنظم الموضوعه لحمايه عديمي الاهلية ، وناقصيها ، والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها .[3]

والمحكمة بما لها من ولاية عامة لها ان تسلب الولاية والحضانه ممن اشار لهما القانون ، وتمنحها لمن تراه اجدر منهما . [4]وان محكمة الاحداث عندما تقرر سلب الولاية لاي سبب من الاسباب التي تدعو لذلك من خلال تقصير الولي او ارتكابه جنحه او جناية وفقا للمواد 31 و 32 عليها اشعار محكمة الاحوال الشخصية بذلك لاتخاذ الاجراءات القانونية المقتضية .[5] بل ان المحكمة الاحداث استبدال ولي .[6]ومن نتائج ذلك حتما وواقعا اسقاط الحضانة اذا كان الولي حاضنا في ذات الوقت .

وعموما فان الولاية والحضانة ممكن ان تقترن الواحدة بالاخرى في عدة حالات ، وممكن ان تفترق فيكون الولي ليس الحاضن والحاضن ليس وليا . والواقع والغالب ان يكون الاب وليا والام حاضنة وذلك بحكم القانون وقرار المحكمة المختصة .

اما الفوارق بين الولاية والحضانة ، فاهمها ان الولاية اوسع ، فهي تنعقد على القاصرين عموما سواء كان المولى عليه صغير سن لم يتم الثامنة عشر ، او اتمها ، لكن ليس بعاقل او كان مفقودا او غائبا . اما الحضانة فتتعلق بصغير السن وتنتهي ببلوغه الثامنة عشر بل ، وتمر بادوار منها من العاشرة ثم الخامسه عشر من العمر ، فيكون للمحضون الاختيار .

---

[1] المادة /106 من القانون المدني العراقي .

[2] م/19 من القانون المدني العراقي .

[3] م/20 من القانون المدني العراقي .

[4] م/ 102 من القانون المدني العراقي .

[5] م/33 من قانون الاحداث .

[6] م/37 من قانون الاحداث .

كما ان الولاية تتم ويقوم باعبائها الولي عن بعد ، ولا يشترط ان يكون المولى عليه في بيته وحضانته ، في حين ان الحضانة تستوجب ان يكون المحضون في بيت الحاضن وتحت رعايته وله التربية والتنشئة تستلزم ذلك .

والولاية تنصرف في الغالب الى المال والملكية والمعاملات . بينما الحضانه فانها في الغالب تتعلق بالتربية والتغذية والتعليم والصحة ، وبمشاركة الولي واشرافه ، ويشاركه في ولايته جهة تمثل شخص عام كرعاية القاصرين ، فيما الحضانة لا يتشارك فيها اي جهة اخرى .

واخيار فان الحضانه هي غالبا مصدرها الطلاق او الوفاة ، بينما الولاية مصدرها العمر والعقل والحرية اضافة الى الطلاق و الوفاة .

المطلب الثاني

الصلة بين الولي والحاضن

اهم الصلات بين الولي والحاضن هو المولى عليه والمحضون . فنتاج الطلاق او الوفاة لاحد الابوين سيكون لدينا حاضن وولي . والمحضون والمولى عليه هو مصدر وجود الولي والحاضن.

واهم ما بين الولاية والحضانة هو ان الحكم للام مثلا بالحضانه لا يعني حرمان الاب منها تماما، فاذا كان الاب على قيد الحياة ، ومتوفرة فيه شروط الولاية ، فهو ((الولي الجبري)) .

والولاية لا تقل اهمية مطلقا عن الحضانة اذا لم تكن هي الاهم ، لانها تقرر مصيره ، بينما الحضانة تربية وتنشئة . وبنفس الدرجة من الاهمية ، مسالة ان الاب اذا فقد حضانة الولد ، فانه لن يفقد حقه في المشاهده للمحضون وسيكون اضافة لولايته على المحضون ، فان له حق مشاهدته لما لا يقل عن مرتين في الشهر . كما ان الحضانة يمكن ان تنتهي قبل الولاية بكثير تبعا لمسببات كل منها .

ومن الفوارق بين الحاضن والولي مصلحة المحضون فمصلحة المحضون تسلب الحضانة من الولي فيبقى وليا لكن ليس بحاضن اذا لم تتحقق معه مصلحة المحضون وتلبية حاجاته كما انمصلحة المحضون قد تتسبب بسلب الحضانة من الام اذا لم تكن جديرة بها .ولاتتوفر معها سلامة تربية وتنشئة المحضون .

ومن الفوارق بين الولي والحاضن في القانون موضوع مبيت المولى عليه المحضون ، فلا محل لمبيته سوى بيت الحاضنة ضمانا لسلامة التربية والنشاة .[1]

ومن جهة اخرى ، فان مدة الولاية تجمع او تفرق بين الولي والمولى عليه المحضون ، وبين الحاضن وحاضنته ، ولكن لكون انتهاء الحضانة اما بتمام العاشرة او الخامسة عشر اذا دعت الحاجه وبعد تمام الخامسة عشر من العمر يصبح المحضون مخيرا في اختيار الحاضن . وهنا غالبا تنتهي مدة الحضانه والمحضون بعيدا عن الاب وهو الولي الجبري ، فلن يكون الجمع بين الولاية والحضانة ممكنا في الغالب . فيما مكنت المادة/57 الحاضنة من استرداد الحضانه ممن حكم بالحضانة له اذا ثبتت تضرر المحضون من البقاء لديه .[2]وللدلالة على ان الحضانة رهن تحقق مصلحة المحضون، فلو ماتت الام الحاضنة ،فالحضانة لا تذهب للاب وهو الولي الشرعي الجبري الا اذا ثبتت صلاحيته للحضانه . وبخلافه تختار المحكمه حاضن غير الام والاب .[3]وفي هذا دلالة دامغة على ان الحضانه تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون .

وكون الاسرة قانونا وبالنتيجه بالاب والام والاولاد دون الاصول والفروع وان نزلوا وفروع الابوين والاجداد واولوا الارحام جعل الحضانة خصوصا محصورة بالاب والام دون غيرهما من الاقارب في حين يرى جانب من الفقه الاسلامي ان الاصول والفروع واولوا الارحام يتحقق فيها حرمة النسب ، وحق الولاية ، وحق النفقه ، وكل ذلك يعطيهم الارجحية في حق الحضانة . وللاب الولاية على اولاده الصغار والكبار غير المكلفين ذكورا واناثا في النفس والمال ولو كان الصغار في حضانة الام او اقاربها ، وله جبرهم على النكاح ، واذا بلغ الولد معتوها او مجنونا تستمر الولاية للاب عليه في النفس والمال . اذا بلغ عاقلا ثم جن عادت اليه ولاية ابيه . في قول الاصح هنا ان الولاية عليه للحاكم .[4]

ونرى ان الولاية الجبرية للاب او الجد او الام ووفقا للقانون لا مبرر قانوني لها خاصة في عصرنا الراهن ، لان عدم صلاحية الولي ، وعدم توافر شروط الولاية فيه تسقط تلك الولاية ، فلماذا تكون له الولاية الجبرية ، ولماذا ينص القانون على ان الولي ينصب بقرار حكم . كما

---

[1] م/57 ف4 من قانون الاحوال الشخصية .

[2] م/57 ف6 من قانون الاحوال الشخصية .

[3] م/57 ف7 من قانون الاحوال الشخصية .

[4] الشيخ عبدالكريم رضا الحلي – الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية المواد /420 و 421 ص109 .

تنصب الحاضنة على الاقل ، وهذا لاعطاء فرصة للمحكمة بالوقوف على اهليته ، فقد لا يكون اهلا للولاية حتى على نفسه خصوصا ان الولاية لها اهمية بالغة فهو يزوج المولى عليه ويتصرف باموالة وما الى ذلك . وبالعودة الى السؤال الذي طرحناه في مقدمة البحث ويمثل الاشكالية التي يبحثها هذا البحث ومفاده هل يجب ان يكون الولي هو الحاضن والعكس ام لا؟؟؟

ومما تقدم بالبحث ، يمكن القول انه لا يجب ذلك ، فالولي يتصرف بسلطة كاملة بحقوق المولى عليه سواءا على نفس المولى عليه او امواله وحقوقه ، وهذه السلطة الممنوحة له ممكنه ونافذه سواء المولى عليه في كنفه وبين يديه ، ام في يد حاضنة .

اما الحاضنة فليس بحاجه الى الولاية ، لان الحضانة هي تربية وتنشئته ورعايه المحضون ليس اكثر ، هذا يعني انه لا ينقص من حقوق الولي ان لا يكون حاضنا للمولى عليه . وذات الامر بالنسبة للحاضن لا ينقص من حقوقه ان هناك شخص اخر هو الولي على المحضون .

ولكن مع ذلك ، نرى انه متى ما اجتمعت الولاية والحضانة بيد شخص واحد سواء كان هو الاب او الام ، يكون وضع المولى عليه المحضون افضل خصوصا اذا كان احد الابوين متوفى او مفقود او غائب او مسافر ، وواقعا نجد سوح القضاء ومعاناة حقيقية للقصر عندما يكون الاب غائبا لشتى الاسباب ومطلوبا لتزويج المحضون الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر ، بل نجد احيانا مشاكل في الولاية على المولى عليهم البالغين لكن مصابين باحد عوارض الاهلية ، كالسجناء ، والمجانين وغيرهم . والمشكلة تتجسد خصوصا عندما يكون الولي (جبريا) وليس اهلا للولاية الى ان يتم الطعن بصلاحيته للولاية فتسلب منه الولاية بقرر قضائي . ويجدر الاشارة هنا الى ان العديد من الحالات الواقع تفوت فرصة زواج البنت القاصرة نتيجة غياب الاب الولي الجبري او تغيير محل اقامته او سفره او ارتحاله الى جهة مجهولة او حتى مطالبته بمال للموافقة على الزواج وحالات كثيرة مشابه نراها بالواقع .

الخاتمة

يتضح من مما اوردناه في هذا البحث ، ان كلا من الولاية والحضانة هما حقين وسلطتين في نفس الوقت للولي والحاضنة والحاضن ويتضمنان التصرف بحقوق المولى عليه ورعايته وتربية المحضون ، وبسلطات كاملة وواسعة حتى مع كونها محددة ، لكنها مرتبطة في عدم الاضرار بالمولى عليه او المحضون . وفي ذات الوقت ، توجب واجبات هامة وملزمة قانونا . وقد توصلنا الى نتائج من خلال البحث نلخصها بالاتي :

النتائج

1. ان المولى عليهم والمحضونين هم اشخاص طبيعيين ، اعمارهم تقل عن الثامنة عشر او مصابين باحدى عوارض فقدان الاهلية ، او غابئين ، او مفقودين ، وبالتالي فهم (عديمي الاهلية) وبحاجه ماسة لرعاية واشراف بمنتهى القدرة والمسؤولية والنزاهة .
2. ان الشخص الولي او الحاضن محل اعتبار وعلى درجة من الاهمية وصفته هذه خاضعة لحكم القانون والقضاء لاهميتها البالغة .
3. ان الولاية والحضانة تفرضان على الولي والحاضن التزامات محدودة ومكلفة ، وشروط يجب ان تتوافر وبعضها منصوص عليها شرعا وخصوصا في الولاية كالدين والجنس والقرابة والحرمة ،
4. ان مصلحة المحضون والمولى عليه هي مناط الحضانة والولاية ، وكلاهما يدورا وجودا و عدما معهما ، وهذا هو سند الاحكام القضائية بصددها .
5. لقد خلص البحث الى انه ليس بالضرورة ان يكون الولي حاضنا للمحضون لاختلاف الحق والالتزام .
6. ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل النافذ يعاني من نقص كبير في عدم تضمينه احكام الولاية ومعلوم كم هي مهمه وهي من الاحوال الشخصية شرعا وقانونا ، بل ان المادة / 300 مرافعات مدنيه اعتبرت الولاية في اختصاص الاحوال الشخصية ، وجعل الاختصاص الوظيفي والنوعي فيها الى محكمة الاحوال الشخصية . ومع ذلك لم نجد لها وجود الا في الفقرة /1 من المادة /8 وبشكل مقتضب جدا خلال خلاصته انه في حال اذا اتم الذكر القاصر الخامسه عشر وطلب الاذن بالزواج من القاضي يسال القاضي وليه

الا اذا لم يعط رايا او رفض فالقاضي هو من يقرر الاذن حتى خلافا لراي الولي . وفي هذا تقليل كبير وواضح من شان واهمية الولاية التي نجد احكامها مبعثرة ومتناقضة بين القانون المدني وقانون الاحداث وهو قانون (جزائي) وقانون رعاية القاصرين ، وهذا الحال يصعب مهمة القضاء اولا والباحثين ثانيا ثم عموم المجتمع .

7. ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنو 1959 النافذ لم يوفق بالشكل الكافي لتنظيم احكام الحضانة بل كانت المادة /57 وهي المادة الوحيدة التي نظمت احكام الحضانة مثيرة للجدل ، ولم تنظم احكام المشاهدة للمحضون من قبل احد الوالدين الذي لم تتوفر فيه شروط الحضانة ، وباعتبار المشاهدة من نتائج الحضانة .

التوصيات

من خلال هذا البحث وقبلها من خلال عملنا في المحاماة لثمانية وعشرون عاما ، وثمانية اعوام في التدريس يمكن التوصل الى التوصيات ادناه في مجال موضوع البحث الولاية والحضانة .

1. في شان الولاية نقترح تعديل قانون الاحوال الشخصية النافذ باضافة فصل اليه يعنى باحكام الولاية شرعا وقانونا ، وجمع وتقنين مواد القوانين العراقية المختلفة التي تناولت الولاية ، وهي المدني ، والاحداث ، ورعاية القاصرين .
2. ان يراعى في التولية الوضع الاجتماعي والنفسي والصحي للمولى عليه والولي المختار معا ، وذلك باحالته الى الفحص الطبي المختص بدءا ودوريا ومراعاة لحقوق القاصر والمولى عليه عموما .
3. ان تفرض احكام جزائية اكبر واشد بالغرامة والحبس لمن يتعمد من الاولياء الاضرار بالمولى عليه والمحضون ماديا او معنويا او جسديا .
4. تعديل الفقرة 1 من المادة /57 لتكون ((الاحق بحضانة الولد من الابوين هو ما يثبت للمحكمة انه الاصلح وان الحضانة تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون حال قيام الزوجية)).
5. تعديل الفقرة 2 من المادة/57 لتكون كالاتي ((يشترط في الحاضن من الابوين بلوغ سن الرشد والعقل والامانة والقدرة على تربية المحضون وصيانته ولا تسقط حضانة الام او الاب بزواج اي منهما اذا كان محتفظ بشروط الحضانة والصلاحية ومصلحة المحضون)) .

6. تعديل الفقرة 4 من المادة /75 سعيا لان تكون اكثر دقة وواقعية ((للاب عندما لا يكون حاضنا النظر في شؤون المحضون والاشراف على تربيته وتعليمه حتى بلوغه سن الرشد وللمحكمة ان تامر بتمديد الحضانة حتى اتمامه الخامسة عشر ، ومقدرته على الاختيار اذا ثبتت لها الحاجة بالرجوع الى لجنه مختصة بان مصلحة المحضون بالتمديد)) .
7. تعديل الفقرة 6 من المادة /57 لتكون كالاتي ((اذا ثبت تضرر المحضون وهو بحضانة احد الابوين تنتقل الحضانة الى الاخر بطلب منه ان كان محتفظا بشروط الحضانة او تذهب لمن تراه المحكمة اجدر من الابوين)) .
8. تتحدد صلاحية احد الابوين للحضانة المشار اليها بالفقرة 1 من المادة /57 بالكشف من قبل الباحث الاجتماعي على الدار التي يسكنها كل من الابوين والفحص الطبي النفسي للمحضون والابوين وصولا الى تقرير من الاصلح .
9. ان تسال المحكمة الخصم في دعوة الحضانة فيما اذا كان يطلب الحكم له بمشاهدة المحضون وتحكم بالمشاهدة في نفس الحكم الصادر بالحضانة وتكون المشاهدة لمن خسر الحضانة من الابوين ويكون بالاصطحاب لمده يوم واحد في الاسبوع .
10. تضاف فقرة جديدة للمادة /57 تنص على ((يحرم الطرف الذي طلب الطلاق او التفريق من الابوين من الحضانة الا اذا كان الطرف الاخر لا تتوافر فيه شروط الحضانة).

قائمة المراجع:

أولاً: القران الكريم

ثانياً: الكتب

1. د.احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، من دون دار نشر ج1، 1990.
2. الشيخ عبد الكريم الحلي، الاحكام الجعفرية في الاحوال الشخصية، مطبعة حجازي، القاهرة–مصر.
3. د. حسن عبد محسن علي، المركز القانوني للخصم القاصر، مركز المحمود لتوزيع الكتب القانونية، القاهرة–مصر، 2026.
4. محمد كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٣.
5. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق – سوريا، ١٩٨٥.

ثالثاً: القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
3. قانون الاحداث العراقي رقم 76 لسنة 1983 المعدل.

رابعاً: القرارات القضائية:

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية 3649 / هيئة الاحوال الشخصية / 2016، غير منشور.
2. قرار مجلس التمييز الشرعي الرقم 134 في 1960/3/6 .

References:

I. The Holy Quran

II. Books

1. Dr. Ahmed Al-Kubaisi, *Al-Wajiz* (A Concise Commentary) on the Personal Status Law and its Amendments, Vol. 1, 1990 (no publisher listed).

2. Sheikh Abdul Karim Al-Hilli, *Ja'fari Rulings on Personal Status*, Hijazi Press, Cairo, Egypt.

3. Dr. Hassan Abdul Mohsen Ali, *The Legal Status of the Minor Litigant*, Al-Mahmoud Center for Legal Book Distribution, Cairo, Egypt, 2026.

4. Mohamed Kamal Hamdi, *Guardianship over Property*, Munsha'at Al-Ma'arif, Alexandria, Egypt, 2003.

5. Dr. Wahba Al-Zuhayli, *Islamic Jurisprudence and Its Evidence* (Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu), Vol. 7, 2nd ed., Dar Al-Fikr, Damascus, Syria, 1985.

III. Laws:

1. Iraqi Civil Law No. 40 of 1951.

2. Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 (as amended).

3. Iraqi Juvenile Law No. 76 of 1983 (as amended).

IV. Judicial Decisions:

1. Federal Court of Cassation Decision No. 3649 / Personal Status Panel / 2016 (unpublished).

.2 Sharia Court of Cassation Decision No. 134, dated March 6, 1960.