ثانياً: اجراء الفحص الطبي:-

ان نتيجة دعوى اسقاط الحضانة تتوقف على تحديد الخصم الذي يكون مؤهلاً وقادراً اكثر من غيره على رعاية مصلحة الصغير المحضون والمحافظة عليه، وان تحقق مصلحة الصغير المحضون تستند على عدة اعتبارات ومن اهمها توافر شروط الحضانة في الشخص الحاضن ومن بينها شرط العقل والقدرة، وان الوقوف على مدى توافر هذه الشروط يعد من المسائل الفنية والطبية المحضنة، وهذا يستلزم احالة جميع اطراف الدعوى من الصغير الى اللجنة الطبية المختصة لغرض اجراء الفحص الطبي عليهم وبيان حالتهم العقلية والنفسية والصحية ومدى قدرتهم على حضانة الصغير، وفي هذا السياق نصت الفقرة (4) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية النافذ (... للمحكمة ان تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكمال الخامسة عشر اذا ثبت لها بعد الرجوع الى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية أن مصلحة الصغير تقتضي ذلك....) وبهذا الصدد جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية(أحالة اطراف الدعوى مع الشخص الثالث والجدة للأم والبنين الى اللجنة الطبية المختصة لبيان الاصلح والاقدر منهم للحضانة)[1]، وقد اطلق القانون على اللجنة الطبية المختصة التي تقوم بحص الخصوم والطفل تسمية (اللجنة الطبية النفسية والعصبية الاولية) [2]، كما وعالجت الفقرة (ك/6) من المادة (2) من تعليمات اللجان الطبية اختصاصات هذه اللجنة ، اذ نصت هذه الفقرة (.... التوصية بضم الطفل الى حاضنة او حاضن على ان

---

[1]- القرار المرقم1097/ هيئة الاحوال الشخصية / 2016 أشار اليه القاضي قاسم فخري الربيعي، المصدر السابق، ص107-109.

[2] - انظر نص الفقرة (ك) من المادة (2) من تعليمات اللجان الطبية رقم السنة 1995.

تراعي اللجنة مصلحة المحضون في ذلك وتهيئه كل ما يضمن عدم اللحاق اضرار نفسية او بيئية او اجتماعية بالمحضون بعد دراسة مستفيضة لجميع الظروف والاطراف المعينة لهم) ، وبعد ان تقوم اللجنة الطبية بفحص الخصوم واصدار تقريرها بشأنهم فأن المحكمة تتولى تقدير ما ورد في التقرير من توصيات كون التقرير الطبي يعد من تقارير الخبرة الفنية وانه يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وبالتالي يمكن للمحكمة ان تأخذ مضمون التقرير الطبي بعين الاعتبار عند اصدار حكمها في المدعى [3]، وغني عن البيان ان اللجنة الطبية يجب ان تكون مختصة بنوع المرض المطلوب فحصه وهذا ما اكدت عليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها والذي جاء فيه (ضرورة اجراء الفحص الطبي من قبل لجنة طبية رسمية مختصة والسؤال عن حالتها الصحية وهل هي قادرة على الحضانة) [4]، ويجوز لكلا الطرفين الاعتراض على ما ورد في التقرير الطبي وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبلغ به، وللمعترض ان يطلب اجراء الفحص الطبي مجدداً مرة اخرى امام(اللجنة الطبية الاستئنافية النفسية والعصبية) والمؤلوفة من اربعة اطباء مختصين بالأمراض النفسية والعصبية، وعندئذ تنظر اللجنة الطبية الاستئنافي في ذلك الاعتراض المقدم اليها ويكون قرار اللجنة الاستئنافي قطعياً[5]، وقد يحصل ان تقرر المحكمة احالة الطرفين الى اللجنة الطبية

---

[3] - نصت الفقرة (اولاً) من المادة (140) من قانون الاثبات (للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمه)

[4]- القرار المرقم (9868/ شخصية اولى/2004 في 23/12/2004، أشار اليه فوزي المياحي، صديق المحامي في دعاوى الاحوال الشخصية، المصدر السابق، ص322.

[5]- نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (94) من قانون الصحة العامة رقم (89) لسنة 1981 المعدل (1- تشكل بقرار من الوزير لجان طبية استئنافي للنظر في الاعتراضات الواردة على قرارات

الا ان احد الخصوم يختلف عن الحضور الى اللجنة رغم تبلغه بالحضور اصولياً فأن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا ماهو الاجراء الذي تقوم المحكمة بأتخاذه في هذه الحالة؟.

يلاحظ عدم وجود نص تشريعي يعالج هذه المسئلة ورغم ذلك فأنه طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات فأنه ينبغي التمييز بين عدة حالات، الاولى أن يختلف الخصم عن الحضور بسبب عذر او ضرف مؤقت ومشروع كالسفر لفترة مؤقته او المرض المؤقت او غير ذلك من الاعذار المشروعة وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة ان تؤجل جلسة المرافعة لفترة مناسبة اخرى لحين زوال العذر المؤقت وذلك إستدلالاً بالمادة (62/1) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت (للمحكمة ان تؤجل الدعوى اذا اقتضى الحال ذلك....)، وأما الحالة الثانية فهي ان يتخلف الخصم عن الحضور بصورة دائمة او مستمرة سواء كان ذلك لسبب مشروع كالمرض او غير مشروع، وبسبب ذلك في هذه الحالة يجوز للمحكمة ان تعتبر تخلف الخصم الدائم عن الحضور امام اللجنة الطبية قرينة على عدم جدية دعواه او دفعه او عدم صحته، وكما ان تخلفه عن الحضور يعد دليلاً على عدم توافر شروط الحضانة في الخصم نتيجة لعدم قدرته على الحضور وهو ما يستلزم رد دعواه او دفعه وذلك استدلالاً بالمفهوم المخالف لنص المادة (61/1) من قانون المرافعات المدنية والمادة (57/ 1) من قانون الاحوال الشخصية والتي

اللجان المذكورة في البند (اولاً) من هذه المادة.

ب- يجوز الاعتراض على قرارات اللجان الطبية الواردة ذكرها في البند أولاً من هذه المادة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبلغ به .

ج- تكون قرارات اللجان الاستئنافية قطعية).

انظر نص المادة (2و3و4) من تعليمات اللجان الطبية رقم السنة 1995.

استلزمت توافر شرط القدرة في الحاضن، واما الحالة الثالثة فهي ان يتخلف الخصم عن الحضور بدون عذر مشروع، وذلك كان يبدي الخصم عدم رغبته في اجراء الفحص الطبي، وعندئذ يجوز للمحكمة ان تعتبر تخلف الخصم عن الحضور ومن غير سبب مشروع قرينة ضده وتساعد المحكمة على حسم الدعوى، ويمكن للمحكمة عندئذ ان تكتفي بأحالة باقي اطراف الدعوى الى اللجنة الطبية وذلك استدلالاً بنصوص المواد (49/2) من قانون المرافعات [6]، والمادة (14) من قانون الاثبات[7]، ولاسيما اذا كان المدعي هو من تخلف عن الحضور الى اللجنة الطبية، اذ يمكن للمحكمة ان تعتبره غير جاد في دعواه، وقد جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية(... كان على المحكمة اكمال تحقيقاتها في الدعوى لأجل مصلحة المحضون وذلك بتبليغ المدعي بالحضور لفرض إرساله والمميزة مع المحضونين الى اللجنة الطبية وبعكسه تعتبره المحكمة غير جاد في دعواه[8]، وفضلاً عن ذلك فأن يمكن للمحكمة في حالة امتناع الخصم عن الحضور الى اللجنة الطبية ودون عذر مشروع ان تلجأ الى اجراءات الاحضار الجبري وذلك بأحضار الخصم جبراً امام اللجنة الطبية جبراً بواسطة الشرطة وذلك استدلالاً بأحكام المادة (17) من قانون الاثبات[9]

6- نصت الفقره (2) من المادة (49) من قانون المرافعات المدنية(على الخصم ان يجيب على الدعوى بعد تبليغه بعريضتها وقبل حلول الجلسة المحددة لنظرها وللمحكمة ان تستخلص من عدم اجابته قرينة تساعدها على حسم الدعوى)

7- نصت المادة (14) من قانون الاثبات العراقي(يدعى الخصم لحضور اجراءات الاثبات ويجوز ان يتخذ الاجراء في غيابه اذا كان قد تبلغ وتخلف عن الحضور)

8- القرار المرقم (1271/ شخصية اولى/2011 في 3/4/2011) اشار اليه القاضي رزاق جبار علوان، المصدر السابق، ج2، ص200-201.

9- نصت الفقرة اولاً من المادة (17) من قانون الاثباب (للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها وبناءً على طلب الخصم اتخاذ اي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة)

وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في عدة قرارات، حيث جاء بأحد قراراتها.

ثالثاً: دور الادعاء العام ومكتب البحث الاجتماعي

لقد حرص المشرع العراقي على إشتراك عضو الادعاء العام ومكتب البحث الاجتماعي لقد حرص المشرع العراقي على إشتراك عضو الادعاء العام في دعاوى الاحوال الشخصية ولا سيما منها الدعاوى المتصلة بالقاصرين والمحجورين وتشريد الاطفال وأية دعوى أخلاى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله فيها بهدف حماية الاسرة والطفولة لذا فقد أوجبت المادة (6) من قانون الادعاء العام رقم 49 لسنة 2017 حضور الادعاء العام امام محكمة الاحوال الشخصية في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين [10]، ولما كانت دعوى إسقاط الحضانة تعد من ابرز الدعاوى المتعلقة بحماية مصلحة الصغير خصوصاً والأسرة عموماً لذا فأن استطلاع راي الادعاء العام فيها يعد امراً ضرورياً جداً، وكما ان الادعاء العام ان يمارس دوره في الطعن بالقرارات والاحكام الصادرة فيها، وقد اشارت بعض قرارات محكمة التمييز الاتحادية الى دور الادعاء العام في هذه الدعوى، ومنها ما جاء بأحد قراراتها(.... احالة اطراف الدعوى مع الشخص الثالث والبنين الى اللجنة الطبية المختصة لبيان الاصلح والاقدر منهم لحضانة

[10] جاء بالمدة (6) من القانون اعلاه (على الادعاء العام الحضور أمام محاكم الاحوال الشخصية وغيرها من المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجورين عليهم والغائبين والمفثودين ودعاوى الطلاق والتفريق وهجر الاسرة وتشريد الاطفال...)

المذكورتين مع بيان رأي الادعاء العام ومن ثم ربط الدعوى بحكم ....) [11]، وكما جاء في قرار اخر (..... كذلك الاخذ بنظر الاعتبار المطالعة المقدمة من السيد نائب المدعي العام) [12]، ذلك ان من الاهداف التي يرمي جهاز الادعاء العام الى تحقيقها هو حماية الاسرة والطفولة[13]، واما بخصوص مكتب البحث الاجتماعي فيلاحظ بأن الباحث الاجتماعي يمكن ان يلعب دوراً كبيراً ف دعوى اسقاط الحضانة وذلك لتعلقها بالعديد من الجوانب النفسية والمعاشية والاجتماعية والتربوية والاخلاقية الخاصة بطرفي الدعوى والصغير[14]، وبذلك توصية الباحث الاجتماعي تعد من العناصر المهمة والضرورية في هذه الدعوى كما يمكن للمحكمة الاسترشاد والاستئناس بتوصية الباحث وذلك عند تقديرها لمصلحة الصغير بغية للفصل في النزاع الحاصل بين طرفي الدعوى بخصوص حضانة الصغير، واستناداً لما تقدم فقد جاء بأحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية (.. ولا يحق للمحكمة ان تستنتج تضرر المحضون دون اللجوء الى اللجنة الطبية وتقرير البحث الاجتماعي)[15]، وقد نصت تعليمات

---

[11]- القرار المرقم (1097/ هيئة الاحوال الشخصية/2016) في 1/3/2016، اشار اليه القاضي قاسم فخرين المصدر السابق، ص107.

[12]- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (3042/شخصية اولى/2012في 11/7/2012، اشار اليه القاضي رعد رزاق التميمي، المصدر السابق، ص211.

[13] - جاء بنص الفقرة (سادساً) من المادة (2) من قانون الادعاء العام) (الاسهام في حماية الاسرة والطفولة).

[14]- ولمزيد من التفصيل حول آلية تشكيل البحث الاجتماعي وطبيعة إجراءات عمله راجع التعليمات الخاصة بالبحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية والصارة عن وزارة العدل بالرقم (4) لسنة 1985 وقواعد تنظيم البحث الاجتماعي الصادر عن مجلة القضاء الاعلى بالرقم (1) لسنة 2008.

[15]- القرار المرقم 3721/ شخصية اولى/ 2005 في 8/2/2005 اشار اليه القاضي رعد رزاق ، المصدر السابق، ص212.

البحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية على إجراءات البحث الاجتماعي، إذ جاء بالمادة (4) منها (يتولى مكتب البحث الاجتماعي في محكمة الاحوال الشخصية القيام بالبحث الاجتماعي في دعاوى الحضانة...)، وهذا ما نصت عليه ايضاً الفقرة (1) من البند سابعاً من قواعد تنظيم البحث الاجتماعي الصادر عن مجلس القضاء الاعلى الموقر[16] وكما نصت المادة (6) من تعليمات البحث الاجتماعي (على الباحث الاجتماعي الحضور عند اجراء المرافعة في دعاوى الطلاق والتفريق الذي اجري البحث الاجتماعي فيها، ويجوز له الحضور في الدعاوى الاخرى التي اجري البحث الاجتماعي فيها).

ومن خلال إستعراض النصوص المبسوطة يلاحظ بأن للبحث الاجتماعي وضيفة كبيرة ومهمة في دعوى إسقاط الحضانة وذلك لما له من دور انساني واجتماعي واضح في معالجة المشاكل الاسرية [17]، لذا ينبغي على الباحث الاجتماعي ان يبذل كل ما يستطيع من جهود اثناء عملية اجراء البحث الاجتماعي وان يقوم بدراسة الحالة الاجتماعية والتربوية والنفسية لطرفي الدعوى والصغير، وعلى الباحث ان يلاحظ جميع الظروف المحيطة بالصغير وبيان فيما اذا كان هنالك ضرر أو مشكلة يعاني منها الصغير اثناء بقائه في حضانة أحد الخصوم وكما ينبغي بيان اسباب تلك المشكلة في حالة وجودها وعلى الباحث ان يبين في توصيته الحلول والمقترحات المناسبة لمعالجتها.

---

[16]- نصت الفقرة (سابعاً) من قواعد تنظيم البحث الاجتماعي(يتولى مكتب البحث الاجتماعي في المحكمة 1- القيام بالبحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية في دعاوى .. الحضانة....)

[17] - القاضي سالم روضان، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الاحوال الشخصية، بغداد، 2011، ص117.

وكما يمكن للباحث ان يبين في تقريره المكان الافضل والانسب لحضانة الصغير وذلك على ضوء ما تقتضيه مصلحته، وقد جاء بهذا السياق في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية (... ان محكمة الموضوع اصدرت قرارها قبل إستكمال تحقيقاتها في الدعوى بأستكمال اجراءات البحث الاجتماعي مع طرفي الدعوى لبيان الاصلح منها للحضانة ...)[18]، وكما ورد في قرار اخر لها (.... وان الباحث الاجتماعي اوصى بتقريره المؤرخ في 2/3/2009 بضمه الى امه...) [19] ويلاحظ بأن البند (الحادي عشر) من قواعد تنظيم البحث الاجتماعي نصت (على الباحث الاجتماعي أجراء البحث الاجتماعي الميداني عند الضرورة)، وقد ترى المحكمة من خلال وقائع ومجريات الدعوى ان من الضروري إنتقال الباحث الاجتماعي الى الدار التي يسكن فيها الصغير مع الحاضن لإجراء البحث الاجتماعي معه موقعياً وكذلك قد تقرر المحكمة انتقال الباحث الى دار السكن المهيأة والمعدة من قبل المدعي لسكن الصغير لأجراء البحث معه ميدانياً وذلك بغية الوقوف على جميع الظروف والملابسات المحيطة بدار السكن والاطلاع على الاحوال المعاشية والواقعية والاجتماعية الملازمة لتلك الدار ، وعلى ضوء ذلك يقوم الباحث بإجراء زيارة ميدانية لدار السكن وتثبيت ملاحظاته ومشاهداته ومن ثم تقديم توصيته الى المحكمة، في هذا الصدد جاء بأحد قرارات محكمة التمييز الاتحادية (وجد ان الحكم المييز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع أصدرته قبل استكمال تحقيقاتها في الدعوى بتكليف الباحثة

---

[18]- القرار المرقم 3515/ شخصية اولى / 2009 في 25/8/2009 أشار اليه القاضي رزاق جبار علوان، ج1، المصدر السابق، ص71.

[19]- القرار المرقم 3142/ شخصية اولى / شخصية اولى/2009 في 28/7/ 2009ن المصدر نفسه، ص79.

الاجتماعية بتقديم تقرير مفصل عن محل سكن المتداعيين والظروف المعيشية لكل منهما وبيان الاصلح لسكن المحضونين....)[20]، وفضلاً عن ذلك فأنه يجوز للمحكمة اثناء اجراءها المعاينة والكشف على دار الطرفين ان تكلف الباحث الاجتماعي بمرافقتها والانتقال معها لأجراء البحث الاجتماعي الميداني خلال الكشف، وبعد الانتهاء من اجراء المعاينة وتقديم الباحث الاجتماعي لتوصيته الى المحكمة فأنها تطلع على ما ورد في توصيته وانما تخع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بأعتبار أن ماجاء بتوصيته الباحث تعد أحد عناصر الاثبات في الدعوى كما في سائر أدلة الاثبات الاخرى كالشهادة والتقرير الطبي واقوال الطرفين ومحضر الكشف، وبالتالي فإنه يمكن للمحكمة الاستدلال بما ورد في توصية الباحث الاجتماعي من اقوال للخصوم اي قائع يتضمنها، وتستطيع المحكمة على ظور توصيه الباحث والادلة الاخرى المتوفرة في الدعوى ان تقف على مدى توافر شروط الحضانة لدى الخصوم وعندئذ يمكن للمحكمة تحديد الخصم المؤهل الذي يمكنه رعاية مصلحة الصغير والاهتمام بشؤونه، وقد جاء هذا المعنى في احد قرارات محكمة التمييز الاتحادية والذي ورد فيه (إذا ثبت للمحكمة ان الام أصلح للحضانة من خلال عرضها على اللجنة الطبية لبيان سلامتها من الناحية العقلية والنفسية وكان تقرير البحث الاجتماعي مؤيداً لذلك فلا مانع من الحكم لها بحضانة اطفالها...)[21]، و وكما جاء في قرار اخر لها(... وان الباحث الاجتماعي اوصى بتقريره المؤرخ في 2/3/2009 بضمه الى امه كما ان

[20]- القرار المرقم (5000/ الهيئة الشخصية الاولى/ 2010 في 14/3/2010، أشار اليه المحامي فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي، القسم الثاني، المصدر السابق، ص191-192.

[21]- القرار المرقم 2885/ شخصية اولى / 2007 في 11/10/2007 اشار اليه القاضي رعد رزاق التميمي، المصدر السابق، ص213.

الكشف الذي اجرته محكمة الاحوال الشخصية[22]، وفي ضوء جميع ما تقدم ذكره يتضح بان تقرير الباحث الاجتماعي يعد احد ادلة الاثبات في دعوى إسقاط الحضانة والذي يمكن للمحكمة الاستناد اليه لتبين الحكم الصادر عنها.

المطلب الثاني

آثار الدعوى إسقاط الحضانة

لقد تناولنا في المطلب السابق الاجراءات التي تقوم بها المحكمة أثناءء نظر دعوى إسقاط الحضانة، ومما لا ريب فيه ان الهدف الذي ترمي المحكمة الى تحقيقه من وراء تلك الاجراءات والتحقيقات هو الوصول الى قناعة معينة وتامة لتحديد الخصم المؤهل لحضانة الصغير وسواء كان ذلك الخصم هو المدعي او المدعى عليه أو الشخص الثالث او غيرهم، وبذلك فأن المحكمة وبعد الانتهاء من تحقيقاتها القضائية فأنها لابد وان تصدر حكمها الفاصل في الدعوى وذلك وفقاً لما توصلت اليه من نتيجة، وسواء تمثل ذلك بالحكم للمدعي بطلباته الواردة في عريضة الدعوى ام برد كلاً او جزءاً، وبغية تسليط الضوء على هذه الاحكام فأنه سنقسم هذا المطلب الى فرعين وسنتناول في الفرع الاول الحكم بأسقاط الحضانة واما الفرع الثاني فسنبحث فيه الحكم برد الدعوى.

---

[22]- القرار المرقم 3142/ شخصية اولى/ 2009 في 28/7/2009 أشار اليه القاضي رزاق رعد، ج 1، المصدر السابق، ص79.

الفرع الاول

الحكم بإسقاط الحضانة

قد تجد المحكمة ان جميع شروط إسقاط الحضانة متوافرة في الدعوى المنظورة امامها وذلك وفقاً للأدلة المتحصلة فيها، وعندئذ تحكم المحكمة بإسقاط حضانة المدعى عليها على الصغير[23] ويترتب على هذا الحكم إنتهاء حضانة المدعى عليها وهو ما يستلزم إنتقال الصغير الى حضانة شخص اخر والذي يجب ان يكون مؤهلاً لحضانته، الاصل ان تنتقل حضانة الصغير الى المدعى، وذلك بعد ان تتحقق المحكمة من استيفائه لشروط الحضانة وبأن مصلحة الصغير تقتضي وجوده في حضانته وفقاً لما جاء بالفقرات (1،2،7) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية، وان

---

[23]- القاضي ابي يحيى، اسمى المطالب، المصدر السابق، ص504، وجاء فيه (فتسقط حضانتها بالجنون وتسقط حضانتها بالمرض الدائم).

عثمان بن سعيد، هداية، الراغب، المصدر السابق، ص965، د. احمد الكبيسي، المصدر السابق، ص346.

المدعي يكون غالباً هو الاب[24]، ورغم ذلك فأنه قد يكون شخصاً أخر غيره، وفي جميع الاحوال تتولى المحكمة تقدير سلطتها التقديرية، وفي هذا الصدد جاء بالفقرة (7) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية(في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب إلا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير) وبمقتضى هذا النفي فإن المدعى إذا كان هو الاب ووجد المحكمة ان الاخير لا تتوافر فيه شروط الحضانة فأن المحكمة تقرر عندئذ رد دعوى المدعي بخصوص ضم الصغير الى حضانة، هذا من جهة، ومن جهة اخرى تقرر المحكمة في الوقت ذاته ضم الصغير الى حضانة شخص آخر تتوافر فيه شروط الحضانة وفقاً لسلطتها التقديرية، بيد ان التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو ان المحكمة اذا وجدت ان الاب (المدعي) لم تتوافر فيه شروط الحضانة وقررت المحكمة ضم الصغير الى حضانة شخصاً آخراً فهل يشترط في ذلك الشخص ان يكون من أقارب الصغير أم انه يجوز ان يكون شخصاً غريباً عنه ؟

يلاحظ بأن المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية قد نصت على الام ثم الاب بأعتبارهما في مقدمة الاشخاص الذين يحق لهما حضانة الصغير، واما سوى الام والاب فأن المشرع لم يحدد درجة قرابة معينة في شخص الحاضن ولم يتطلب فيه الا توافر شروط الحضانة بغض النظر عن صلة قرابته بالصغير وان عبارة (اقاربه) الواردة بالفقرتين (9و5) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية جاءت مطلقة وكذلك

[24]- انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 6746/6746/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2016 في 19/10/2016، قرار غير منشور

الحال بالنسبة لعبارة (من تختاره المحكمة) الواردة بالقرة (7) من المادة ذاتها، وبالتالي فأنه يمكن للمحكمة في هذا الصدد ان تستعين بأراء فقهاء المذاهب الاسلامية لتحديد شخص الحاضن وذلك استدلالاً بالفقرة (2) من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية[25]، وان الفقهاء المسلمين قد إختلفوا في تحديد الاشخاص الذين تنتقل اليهم حضانة الصغير في حال فقدان الام لشروط الحضانة، ويمكن إستعراض تلك الاراء الفقهية على النحو الاتي:-

الرأي الاول:- ونادى به فقهاء المذاهب المالكين حيث ذهبوا الى ان الحضانة بعد الام تكون للجدة (ام الام) وأن علت ثم تنتقل الى الخالة الشقيقة(اخت الام) ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم عمة الام ثم عمة الاب ثم الجدة(ام الاب).

الرأي الثاني :- وذهب اليه فقهاء المذاهب الشافعي، حيث قالوا بأن الحضانة بعد الام تنتقل للجدة(ام الام) وأن علت ثم للجدة (ام الاب) وان علت ثم الاخت الشقيقة ثم الاخت من الاب ثم الاخت من الام ثم الخالة والعمة ثم الاقرب من الاناث ثم الاقرب من الذكور[26].

الرأي الثالث:- وقال به الحنفية، حيث ذهبوا الى ان الحضانة بعد الام تكون لأم الام ثم لأم الاب ثم الاخت الشقيقة ثم الاخت الاخت لأم ثم الاخت لأب ثم بنت الاخت الشقيقة وبنت الاخت لأم وبنت الاخت لأب ثم الخالات والعمات.

---

[25] - جاء بالفقرة (2) من المادة الاولى اعلاه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادى الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)

[26]- الامام يحيى بن ابي الخير بن سالم بن أسعد عبد الله، البيان في فقه الامام الشافعي، ج11، ط1، دار الكتب العلمية) بيروت- لبنان، 2002، ص244-245.

الرأي الرابع:- وقد تزعم هذا التجاه الحنابلة وذهبواً الى ان الحضانة بعد الام تكون الى الام ثم الى الاب ثم ام الاب وان علت ثم الجد ثم ام الجد وان علت ثم الاخت الشقيقة ثم الاخت لأم ثم الاخت لأب ثم الخالات والعمات.

الرأي الخامس:- ونادى بهذا الرأي الجعفرية، حيث قالوا ان الحضانة بعد الام تكون للأب ثم الجد لأب (اب الاب) ثم الى اقارب الولد حسب ترتيبهم في الميراث وان الاقرب منهم يجب الابعد فالجدة لأم او لاب اولى من العمة والخالة وذلك في حالة عدم وجود وصي للصغير[27]، ومن خلال إستعراض الآراء الفقهية المبسوطة اعلاه فيلاحظ بأن فقهاء المذاهب الحنفي والشافعي والحنبلي والمالكي قد ذهبوا الى ان الحضانة بعد الام تنتقل الى ام الام ثم إختلف فقهاء أولائك المذاهب من وراء ذلك في تحديد باقي الاشخاص الذين تنتقل اليهم الحضانة من بعد الجدة (أم الام)، وأما فقهاء المذاهب لجعفري فيلاحظ بأنهم اتجهوا الى ان الحضانة بعد الام تنتقل الى الاب مباشرة، واما بخصوص موقف الشرع العراقي من هذه الأراء فيلاحظ بان الفقرة (2) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية قد نصت (... وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في ضوء مصلحة المحضون)

ونصت الفقرة (4) من هذه المادة (... للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه...) وكما جاء بالفقرة (7) من المادة ذاتها (في حالة

---

[27]- الشهيد بن محمد جمال وزين الدين العاملين المصدر السابق، ص459.

د- محمد الزحيلي، المصدر السابق، ص307-308.

محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الاخمسة، المصدر السابق، ص390-391.

فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا إذا إقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك.

ومن خلال استعراض هذه الفقرات يلاحظ بأن الام في حالة فقدانها لأحد شروط الحضانة فأن المشرع قد نص على ان حضانة الصغير تنتقل بحسب الاصل من بعدها الى (الاب) وبذلك يكون المشرع العراقي قد اقترب كثيراً في ذلك من الرأي الذي نادى به فقهاء المذاهب الجعفري، كونه جعل الحضانة الى (الاب) مباشرة من بعد الام، وبناء على ذلك فإذا اصدرت المحكمة حكماً بإسقاط حضانة المدعى عليها(الام) فأن الحكمة تقرر في الوقت ذاته ضم الصغير الى حضانة المدعي (الاب) وذلك طالماً كان مستوفياً لشروط الحضانة وكانت مصلحة الصغير تقتضي ذلك، وأما إذا تبين للمحكمة ان المدعي (الاب) كان فاقداً لأحد شروط الحضانة وان الصغير سوف يتضرر عند ضمه الى حضانة الاب فأنه يجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تقرر إنتقال الصغير الى حضانة شخص أخر غيره وذلك متى وجدت المحكمة ان هذا الشخص كان مستجمعاً لشروط الحضانة وان مصلحة الصغير تقتضي ضمه اليه، وقد نصت الفقرة(7) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية في هذا الصدد (... تنتقل الحضانة الى الاب الا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير) وكما جاء بالفقرة (8) من المادة اعلاه (إذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن أمين ....) ومن خلال التامل في نصوص الفقرات المعروضة سلفاً يلاحظ بأن عبارة (من تختاره المحكمة) و(تودع المحكمة) قد اعطت لمحكمة الموضوع سلطة

تقديرية واسعة لتحديد من هو الشخص المؤهل لحضانة الصغير وذلك بعد فقدان الابوين لشروط الحضانة، وانه يمكن للمحكمة في ضوء هذا السبيل الاستدلال بأراء الفقهاء المسلمين المشار اليها سلفاً لغرض تحديد الشخص المؤهل لحضانة الصغير، وتطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية (..... وحيث لا يوجد نص تشريعي فيما إذا كان لابن عم الصغار المتجاوزين سن الحضانة حق ضمهم لحضانته عند تزويج امهم بأجنبي فيجب تطبيق احكام مذهب الاب فيحكم بالتسليم او عدمه وفقاً لذلك)[28] .

وفي ضوء ما تقدم فلو تبين للمحكمة ان المدعي لا يصلح لحضانة الصغير ووجدت المحكمة في الوقت ذاته أحد اقارب الصغير كان مستوفياً لشروط الحضانة ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة ان تستمع الى اقوال هذا الشخص بعد ادخاله في الدعوى شخصاً ثالثاً للأستيضاح منه لبيان فيما اذا كان مستعداً وموافقاً على حضانة الصغير ام لا [29]ن وفي حالة إبداء ذلك الشخص (الشخص الثالث للأستيضاح) إستعداده وموافقته على حضانة الصغير فأن المحكمة تقرر عندئذ إدخال هذا الشخص في الدعوى بصفته شخصاً ثالثاً منضماً الى جانب المدعى إكمالاً للخصومة، وكما يمكن للشخص الثالث للأستيضاح ان يطلب من تلقاء إدخاله في الدعوى بصفة شخصاً ثالثاً سواء كان منظماً الى احد الطرفين او شخصاً

---

[28]- القرار المرقم 61/ شرعية/1963 في 19/6/1963 وأشار اليه ابراهيم المشاهدين المصدر السابق، ص103. وكما جاء بقرار أخر ايظاً (الاب احق بحضانة الصغير من جدته لام عند زواج الصغير بإجنبي) القرار المرقم 259/ شرعية/ 1963 في 17/11/1963 أشار اليه المصدر نفسه، ص101.

[29]- نصت المادة 69/4 من قانون المرافعات المدنية (للمحكمة ان تدعوا اي شخص للأستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى

ثالثاً إختصامياً للمطالبة بضم الصغير الى حضانته وذلك بحسب ظروف الدعوى ووقائعها[30]، وعلى ضوء ذلك تقوم المحكمة بأستكمال كافة الاجراءات والتحقيقات الازمة للوقف على مدى توافر شروط الحضانة في ذلك الشخص وهل انه يصلح لحضانة الصغير ام لا، وكذلك التوقف من مدى تحقيق مصلحة الصغير في حالة ضمه الى حضانة الشخص الثالث[31]، وبالتالي فإذا تبين للمحكمة توافر جميع الشروط الازمة للحضانة في الشخص الثالث ووجدت المحكمة ان من مصلحة الصغير ضمه الى حضانته فتقرر المحكمة عندئذ ضم الصغير الى حضانة الشخص الثالث[32]، وبالمقابل تقرر المحكمة رد الدعوى الحادثة للشخص الثالث عند عدم توافر شروط الحضانة فيهن بيد ان التساؤل الذ يطرح نفسه هنا هو إنه في حالة عدم توافر شروط الحضانة لدى جميع أطراف الدعوى فما هو القرار الذي تتخذه المحكمة عندئذ و من هو الذي يتولى حضانة الصغير في هذه الحالة؟.

يلاحظ بأن الفقرة (8) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية قد أجابت على هذا التساؤل إذ نصت هذه الفقرة (إذا لم يوجد من هو اهل

---

[30]- جاء بالفقرة (1) من المادة (69) من قانون المرافعات المدنية (لكل ذي مصلحة ان يطلب دخوله في الدعوى شخصاً ثالثاً منضماً لاحد طرفيها، او طالباً الحكم لنفسه فيها.....)
راجع القاضي مدحت المحمود، المصدر السابق، ص109-110.

[31]- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية (إذا كان ابو الصغير متوفى وتزوجت امه بأجنبي عنه فعلى المحكمة إجراء تحقيق عن حاضنة او حاضن امين لايداع الصغير لديه) القرار المرقم 628/ شخصية اولى/ 1979 في 2/6/1979، اشار اليه ابراهيم المشاهدين المصدر السابق، ص134.

[32]- جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية (إذا تخلت الحاضنة عن حضانتها لامها فأن الواجب الحكم بأنتهاء حضانته المدعى عليها وتسليم المحضونه الى والدها والزام الشخص(الجدة) بذلك ...) القرار المرقم 3938/ شخصية اولى/2008 في 31/12/2008، اشار اليه فوزي المياحي، المصدر السابق، ص333.

للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنه او حاضن امين، كما يجوز لها ان تودعه الى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها، ومن خلال التمعن بما جاء بهذا الفقرة يلاحظ بأنها قيدت إيداع الصغير في دور الدولة بعبارة (عند وجودها) وبذلك فان االاشكال ينهض ويثور هنا في حالة عدم وجود دور للدولة معده لذلك الغرض فعندئذ من يتولى حضانة الصغير في هذه الحالة؟

وفي ضوء ذلك أرى انه من الضروري ان يتدخل المشرع لتعديل هذه الفقرة وحذف عبارة (عند وجودها) والزام مؤسسات الدولة بأيجاد دور مناسب معدة لحضانة ورعاية الصغار المحضونين وان تلتزم الوزارة أو الدائرة المعنية (دائرة الرعاية الاجتماعية) بأيجاد الحلول والبدائل الملائمة لضم الصغير وايداعه في دور الدولة، ويلاحظ بان هذا المقترح ينسجم مع مانص عليه المشرع بالمادة (30) من قانون الرعاية الاجتماعية (حكم 126 لسنة 1980 والتي جاء فيها (على دائرة الرعاية الاجتماعية في الوزارة إنشاء وادارة دور الدولة للرعاية الاجتماعية في كافة المحافظات وتوفير جميع مستلزماتها والعدد الكافي من الموظفين الاختصاص).

وكما نصت الفقرة (اولاً) من المادة (29) من القانون ذاته(تهدف دور الدولة الى رعاية الاطفال والصغار والاحداث والبالغين الذين يعانون من مشاكل اسرية من فقدانهم احد الوالدين او كليهما او العنف الاسري وتوفير اجواء سليمة لهم للتعويض عن الرعاية والحنان العائلي الذي افتقدوه ...) وبمقتضى هذه النصوص فأنه ينبغي على دور الدولة ان توفر كل مايحتاج اليه الاشخاص الساكنين فيه من مأكل وملابس ومتطلبات

اخرى وان تعمل على توفير الاجواء المناسبة لهم لتعويضهم عن مشاعر الحنان العائلي المحرومين منه[33]، ويلاحظ بأن المادة (32) من قانون الرعاية الاجتماعية قد قسمت دور الدولة الى اربعة انواع، النوع الاول هي دور الدولة للأطفال، وتكون معدة لرعاية الاطفال منذ لحضة ولادتهم ولحين اكمالهم سن الرابعة من العمر، والنوع الثاني هي دور الدولة للصغار وتكون مخصصة لرعاية الصغار الذين بلغو سن الخامسة ولحين اكمالهم سن الثانية عشر من العمر، وأما النوع الثالث فهو دور الدولة للأحداث، وتكون معدة لرعاية الاحداث عن بلوغهم سن الثالثة عشر من العمر ولحين اكمالهم سن الثامنة عشر سنة في حين ان النوع الرابع هو دور الدولة للبالغين ويكون مهيأً لرعاية البالغين الذين اكملوا سن الثامنة عشر عمراً وكانو مستمرين بالدراسة وذلك لحين اكمال دراستهم الجامعية، ومن الجدير بالذكر ان المادة (35) من قانون الرعاية الاجتماعية قد نصت على ان دور الدولة المخصصة للأطفال تخضع للأحكام القانونية المتعلقة بدور الحضانة وذلك قد تعلق الامر بها، ومن نافلة القول بأن(نظام دور الدولة) الصادر عن مجلس الوزراء بالرقم (1) لسنة 1992 قد نصت بالمادة (4) منه على ضرورة توافر جميع الشروط الفنية والصحية في دور الدولة المعدة للأطفال[34]، وبمقتضى ذلك النص فأنه يجب على دائرة الرعاية الاجتماعية ان توفر كافة المستلزمات الضرورية وان تراعي جميع الشروط المطلوبة في دور الاطفال بهدف تحقيق مصلحتهم في توفير الرعاية والاهتمام الازمين للأطفال.

---

[33] - القاضي راغب سلمان

[34] - جاء بالمادة (4) من نظام دور الدولة

الفرع الثاني

الحكم برد الدعوى

ان إقامة دعوى اسقاط الحضانة وقبولها قانوناً تقتضي توافر جميع الشروط الازمة لها وبخلاف ذلك تقرر المحكمة رد الدعوى عند انتفاء احد شروطها، اذ قد تجد المحكمة ان الدعوى ليست مستوفية لشروطها الضرورية، وكما ان المدعى عليها قد تشير دفوعاً من شأنها ان تستوجب رد الدعوى عند ثبوتها، وفي جميع الاحوال فأن على المحكمة ان تتحقق من صحة الدفوع المقدمة اليها اثناء نظر الدعوى ومن ثم اصدار حكمها المناسب فيها ووفقاً للدفع المثار امامها، ويقصد بالدفع هو (الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه ترفع المدعي وتستلزم ردها كلاً او جزءاً) [35].

وينبغي لقبول الدفع ان يكون مستوفياً لشروط الدعوى وان يكون ذا صلة مباشرة بالدعوى الاصلية المنظورة [36]، وذلك ان الدفع يعد وسيلة يتمكن من خلالها المدعى عليه من الدفاع عن نفسه وعن حقوقه من مواجة المدعي، وتنقسم الدفوع عموماً الى ثلاثة انواع، ويمكن بيانها على النحو الاتي:-

النوع الاول : الدفوع الشكيلية:-

---

[35] - المادة (8) من قانون المرافعات المدنية.

[36] - القاضي مدت المحمود، المصدر السابق، ص18. د. احمد ابو الوفا، المصدر السابق، ص113.

وهي الدفوع المتعلقة بشكل الدعوى واجراءاتها و كذلك الدفوع التي تنصب على اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، اذ ان هذه الدفوع لا تتعلق بالحق المطالب به وانما هي توجه اساساً على الاجراءات الشكلية في الدعوى، وتأخذ هذه الدفوع صورتين، الاولى هي : الدفوع الشكلية النسبية، وتتعلق هذه الدفوع بمصلحة احد الخصوم في الدعوى ولذلك فأن التمسك بهذه الدفوع يقتصر على الخصم ذاته صاحب الحق دون غيره من الاشخاص كالطعن بعدم صحة التبليغات او الدفع بعدم الاختصاص المكاني، وتتفاوت الدفوع التشكيلية النسبية فيما بينها من حيث طبيعتها ووقت التمسك بها، اذ هي تتدرج الى عدة مراتب ودرجات، حيث يأتي في المرتبة الاولى الدفع بعدم صحة التبليغ وبطلانه، لذا فأنه يجب على الخصم ان يتمسك بهذا الدفع قبل اي دفع اخر ولأسقاط الحق فيه[37]، ثم يأتي من بعده في المرتبة الثانية الدفع بعدم الاختصاص المكاني، وينبغي ابتداء هذا الدفع قبل الخوض في الدفوع الشكلية الاخرى وكذلك قبل ابداء الدفوع الموضوعية والا سقط الحق فيه [38]، واما الصورة الثانية منها فهي الدفوع الشكلية المطلقة، ويقصد بها هي الدفوع المتعلقة بالنظام العام، وفيها يجوز لجميع الخصوم ان يتمسكوا بها وفي اي مرحلة كانت عليها الدعوى، وكما انه يجب على المحكمة ان تشير هذه الدفوع من تلقاء نفسها وفي اي وقت كان وذلك حتى ولو لم

---

[37]- نصت المادة (73/1) من قانون المرافعات المدنية (الدفع وبطلان التبليغ عريضة الدعوى او الاولراق الاخرى يجب ابدائه قبل اي دفع او طلب اخر والا سقط الحق فيه وتفضل فيه المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى)

[38]- نصت المادة (74) من قانون المرافعات المدنية (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابتدائه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه)

يتمسك بها الخصوم، كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي وعدم الاختصاص النوعي.

النوع الثاني: الدفوع الموضوعية:- وهي الدفوع الموجه ضد الحق المطالب به في الدعوى، اذ تنصب هذه الدفوع على ذات الحق موضوع الدعوى، وتأخذ هذه الدفوع ثلاث صور :-

الاولى هي اكار وجود الحق المطالب به كلاً او جزءاً، والصورة الثانية هي المنازعة في صحة الحق موضوع الدعوى، اي انها الدفع ببطلان الحق وعدم صحته، واما الصورة الثالثة فهي المنازعة في استمرار الحق وعدم بقائه والدفع بأنقضائه، اي انها الدفع (بزوال الحق)، وان جميع هذه الصور تنصب على الحق المطالب به في الدعوى[39]ومن خلال المقارنة بين الدفوع الموضوعية والشكلية يلاحظ بأن هنالك فرقاً بينهما ويمكن بيانها على النحو الآتي:-

1- تنصب الدفوع الشكلية على اجراءات الدعوى في حين تنصب الدفوع الموضوعية على الحق المطالب به في الدعوى.

2- ان الدفوع الشكلية ينبغي التمسك بها اولاً قبل الخوض في الدفوع الموضوعية ولاسيما بخصوص الدفوع الشكلية (.....) كالدفع ببطلان التبليغ او عدم الاختصاص المكاني، حيث انها تسقط عند التعرض لموضوع الدعوى[40].

---

[39]- القاضي عبد الرحمن العلام، ج1، المصدر السابق، ص116. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص339-340.

[40]- انظر نص المادة (73/1) و(74) من قانون المرافعات المدنية.

3- ان صدور حكم برد الدعوى بناء على دفع شكلي لا يمنع المدعي من اقامة دعواه مجدداً بعد اصلاح العيب الشكلي، لان هذا الحكم لا يمس اصل الحق موضوع النزاع، لذا يجوز له رفع الدعوى مرة اخرى، وذلك بخلاف الحال في الدفوع الموضوعية، اذ لا يحق للمدعي رفع الدعوى مرة ثانية بعد ردها بناءً على دفع موضوعي طبقاً لمبدأ حجية الامر المقضي فيه [41].

النوع الثالث: الدفع بعدم قبول الدعوى:- ويعد هذا الدفع نوعاً وسطاً بين الدفوع الموضوعية والشكلية، اذا ينصب هذا الدفع على الحق في اقامة الدعوى، لذا فهو لايندرج ضمن الدفوع الموضوعية كونه لا يتعلق بالحق المطالب به، وكما انه لاينطوي تحت الدفوع الشكلية لعدم تعلقه بالاجراءات الشكلية للدعوى، ومن قبيل ذلك الدفع يسبق الفصل في الدعوى والدفع بالنظام، الدفع بأنعدام الاهلية[42] ولذلك فلو يتمسك المدعى عليه بالدفع بعدم قبول الدعوى وحكمت المحكمة بردها فأنه يجوز للمدعي اقامة دعواه مرة اخرى وذلك بعد استكمال الشروط المطلوب’ لهان وفي هذا الصدد ثار جدالاً بين الفقهاء حول طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى، إذ يرى جانب منهم الى ان هذا الدفع يعد من الدفوع الموضوعية، في حين ذهب قسماً آخراً من الفقهاء الى انه يعد من الدفوع الشكلية، بينما اتجه فريقاً اخراً منهم الى ان هذا الدفع يعد صورة خاصة من الدفوع وانه يمثل نوعاص مستقلاً عن الدفوع الموضوعية

---

[41]- عبد الرحمن العلام، ج1، المصدر السابق، ص117-118.

[42]- القاضي مدحت المحمود، المصدر السابق، ص18. د احمد ابو الوفا، المصدر السابق، ص11. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية ، المصدر السابق، ص343-344.

والشكلية[43]، ويمكن القول بأن ما ذهب اليه الرأي الاخير هو الراجح لدى الباحث وبيان ذلك ان الدفع بعدم قبول الدعوى انما ينصب على عدم احقية المدعي في اقامة الدعوى، وفي ضوء ما تقدم ذكره فلو اقيمت دعوى لأسقاط حضانة المدعى عليها عن الصغير وتمسكت المدعى عليها بأحدى صور الدفوع سواء كان دفعاً شكلياً ام موضوعياً ام دفعاً بعدم قبول الدعوى فأنه ينبغي على المحكمة عندئذ ان تفصل في تلك الدفوع المثارة امامها ومن قبيل ذلك ان تدفع المدعى عليها بأنتفاء شروط الحضانة عن المدعي، كالدفع بأنه ليس اميناً وليس قادراً على حضانة الصغير وبأن المدعي لايصلح للحضانة، وكذلك ان تدفع المدعى عليها في الوقت ذاته بتوافر شروط الحضانة فيها او ان تدفع المدعى عليها بأنها ليست حاضنة للصغير وبأنه غير موجود لديها وانما هو بحضانة شخص اخر وبالتالي فأن المدعى عليها ليست خصماً في الدعوى [44]، وعند ثبوت هذه الدفوع فأن المحكمة تحكم برد الدعوى، تطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية(... ان دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني وان حضانة الطفلة هي من حق الام ومازالت متمتعة بشروط الحضانة)[45]، وغني عن البيان ان العبرة بالدفع المقدم هي بأثباته من

---

[43]- د. احمد ابو الوفان المصدر السابق، ص11.

عبد الرحمن العلام ، ج2ن المصدر السابق، ص121-122.

د. عبد الباسط جمعي، المصدر السابق.

[44]- جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية(.... ان التحقيقات التي اجرتها محكمة الموضوع قد أيدت ان المدعى عليها لازالت محتفظة بشروط الحضانة وانها اصلح لحضانة الصغيرين وان المدعي لم يثبت تضررهما من حضانتها لهم) القرار المرقم 3006/شخصية اولى/ 2009/ في 20/7/2019، اشار اليه القاضي رزاق جبار، ج2، المصدر السابق، ص179.

[45]- القرار المرقم 6646/ هيئة لاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2016 في 16/10/2016 (قرار غير منشور) وفي ذات المعنى انظر القرار المرقم 6612/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد

قبل المدعى عليها والا فأنه لا يعتمد بالدفع اذا لم يثبت بالطرق المقررة قانوناً، وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز الاتحادية(.... ان وكيلة المدعى عليه اشارت في اقوالها في جلسة المرافعة المؤرخة في 30/6/2016 بأن المدعية غير امينة على الاطفال كون سمعتها سيئة وامهلتها المحكمة للأثبات ولم تتابع ذلك) [46]، وفي ضوء ما تقدم فاذا تمكنت المدعى عليها من اثبات دفوعها وكانت منتجة فان المحكمة تقرر رد الدعوى، وفي ذلك جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية (ان زواج المطلقة من رجل اخر لا يؤدي الى اسقاط حضانتها اذا ثبت توافرا الشروط المطلوبة فيها للحضانة وتعهد الزوج الثاني بالمحافظة على المحضون)[47]، وكما جاء بقرار آخر لها(ان المحضون لازال بسن الحضانة وان الحاضنة المدعى عليها لازالت محتفظة بشروط الحضانة وان المدعي لم يقدم سبباً وجيها لأسقاط حضانتها له)[48]، وفضلاً عما تقدم ذكره فأنه يشترط لصحة الدفع المقدم من قبل المدعى عليها ان يكون خالياً من التناقض والا فأنه لاعذر بالدفوع المتناقضة فيما بينها ولا يعتد بها قانوناً وذلك لأستحالة وجود الشيء مما يناقضه[49]، وفي هذا

الشخصية/2016 في 16/10/2016، غير منشور.

[46]- القرار المرقم 7132/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2016 في 7/11/2016 غير منشور.

[47]- القرار المرقم 3649/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2016 في 25/5/2016 اشار اليه القاضي قاسم فخري، المصدر السابق، ص120.

[48]- القرار المرقم 2006/شخصية اولى/2010 في 31/8/2010، اشار اليه القاضي خالد محمد جلال، المصدر السابق، ص265.

[49]- عبد الرحمن العلام، ج1، المصدر السابق، ص134-137ن علي حيدر اصول استماع الدعوى.....، المصدر السابق، ص51.

السياق نصت المادة (64/ثانياً/أ) من قانون الاثبات(اذا ناقض المقر ما كان قد اقر به سابقاً كان هذا التناقض مانعاً من سماع دعواه او دفعه).

ويقصد بالتناقض من الناحية المنطقية هو الاختلاف الحاصل بين قضيتين او واقعتين على نحو تكون فيه احداهما صادقة والاخرى كاذبة، وبالتالي فأن الواقعتان المتناقضتان هما امران وجودي وعدمي وهما لايجتمعان ولا يرتفعان ببداهة العقلن اي انه اختلاف في قضيتين يقتضي ان تكون احداهما صادقة والاخرى كاذبة[50].

واما التناقض من الناحية القانونية فهو ايراد الخصم كلاماً سابقاً يخالف دعواه او دفعه المقدم ويناقضه وهو ما يستوجب بطلانه[51] وينبغي لقيام التناقض ان تتوافر عدة شروط في الواقعتين المتناقضتين ويمكن بيانها على النحو الاتي:

1- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين من حيث الموضوع.

2- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين من حيث المحمول.

3- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين من حيث الزمان.

4- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين من حيث المكان.

5- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين من حيث القوة والفعل.

6- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين في الكل والجزء.

---

[50]- الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق، ط1، مؤسسة المراقد للطباعة والنشر، بدون ذكر مكان الطبع، 2009، ص38وص136.

[51]- محمد علي الصوري، ج2ن المصدر السابق، ص571-574.

د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المصدر السابق، ص150.

7- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين في الشرط.

8- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين في الاضافة.

9- ان تتحد (تتشابه) القضيتين المتناقضتين في الكيف.

10- اختلاف القضيتين المتناقضتين في الكيف والجهة [52].

وفي ضوء ماتقدم فلو اقرت المدعى عليها بواقعة معينة ثم تقدمت المدعى عليها ذاتها بدفع لاحق يتناقض مع اقرارها السابق فأن هذا التناقض يعد مانعاً من سماع الدفع ويؤدي الى عدم قبوله[53]، كما لو اقرت المدعى عليها بطبيعة عمل المدعي بكونه يعمل حداداً او صباغاً ثم افادت المدعى عليها في جلسة لاحقة بأن المدعي يمارس عملاً مخالفاً للنظام العام او الآداب كالعمل في تجارة الحبوب المخدرة او غير من الاشياء الممنوعة ففي هذه الحالة فأن التناقض الحاصل بين الدفع الاحق والاقرار السابق يعد مانعاً من سماع الدفع الاخير وذلك مالم يرتفع التناقض بينهما من خلال التوضيف بين الاقرارين او بتصديق الخصم الاخر بما جاء بالدفع الاخير او بقرار من المحكمة [54]، وعندئذ فأنه في حالة زوال التناقض وتمكن المدعي عليها من اثبات دفعا فأن المحكمة تقرر رد الدعوى، بيد ان التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو ان المحكمة في حالة صدور قرار عنها برد الدعوى فهل ان الدعوى تنقضي عند هذا

---

[52]- الشيخ محمد رضا المظفر، المصدر السابق، ص137-139.

[53]- عبد الرحمن العلام، ج2، المصدر السابق، ص135.

[54]- نصت الفقرة (ثانياً/ ب) من المادة (64) من قانون الاثبات (يرتفع التناقض بقرار من المحكمة او بتصديق الخصم او بالتوافيق بين الاقرارين) د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات، المصدر السابق، ص188.

الحد فحسب، أم انه يجوز للمحكمة ان تصدر قراراً أخراً يتعلق بحضانة الصغير في تلك الدعوى؟

الاصل ان الدعوى تكون محددة بالطلبات الواردة في عريضتها وبالتالي فأن المحكمة تتقيد بموضوع الدعوى وعندئذ فلها ان تحكم بها أو ان تردها رفقاً وفقاً للأدلة المطروحة امامها، ورغم ذلكً فأن دعوى اسقاط الحضانة لها خصوصية تميزها عن غيرها من الدعاوى الاخرى كونها تتعلق برعاية مصلحة الصغير المحضون وقد تجد المحكمة ان مصلحة الصغير تقتضي ان يتبقى موجوداً بحضانة المدعى عليها لرعايته والاهتمام بشؤونة وعندئذ تقرر المحكمة تمديد حضانة المدعى عليها للصغير وذلكً بعد ان تحكم برد الدعوى، وهذا ما يحصل في حالة كون عم الصغير قد تجاوز سن العاشرة ولغاية سن الخامسة عشر وكان الصغير موجوداً اصلاً في حضانة المدعى عليها وكانت مصلحة الصغيير تستوجب استمرار بقاءه في حضانتها فتقرر المحكمة عندئذ تمديد حضانته المدعى عليها على الصغير في حالة صدور حكم عنها برد دعوى المدعي، وفي هذا السياق قررت محكمة التمييز الاتحادية (يجب على المحكمة الاذن بتمديد حضانة الصغير في حالة تجاوز عمره سن الحضانة البالغ عشر سنوات)[55]، وجاء بقرار آخر لها (... لمحكمة الموضوع ان تأذن بتمديد الحضانة ان كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك عملاً بأحكام المادة (57/4) من قانون الاحوال الشخصية[56]، وورد بقرار آخر للمحكمة ذاتها

---

[55]- القرار المرقم 6521/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2015 في 20م5/2015، اشار اليه القاضي قاسم فخري، المصدر السابق، ص114.

[56]- القرار المرقم 888/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2012 في 13/3/2012ن اشار اليه القاضي خالد محمود، المصدر السابق، ص268.

(.... إذا ثبت من تقرير اللجنة الطبية تضرر الصغير صحياً ونفياً مفارقته امه فلا يكتفي برد الدعوى...) بل يلتزم تمديد حضانته الصغير عند امه...) [57]، ومن خلال التأمل في هذه القرارات يتضح بأن محكمة الاحوال الشخصية تلجأ الى غصدار قرارها بتمديد حضانة الصغير في حالة إكماله سن العاشرة من العمر ولغاية إتمامه سن الخامسة عشر، ويحصل هذا التمديد عندما تتجه المحكمة الى رد دعوى إسقاط الحضانة المقامة ضد الام (المجعى عليها) وذلك في حالة كون الصغير موجوداً فعلاً بحضانة امه وتبين للمحكمة بأن مصلحة الصغير (الذي اتم العاشرة من العمر) تقتضي بقائه في حضانة امه فعندئذ تقرر المحكمة تمديد حضانتها للصغير ولفترة اخرى الى حين اكتمال الصغير سن الخامسة عشر وذلك وفقاً لظروف ووقائع الدعوى المنظورة من قبل المحكمة وطبقاً لما تقتضيه مصلحة الصغير المحضون.

[57]- القرار المرقم 1065/ شخصية/ 1975 في 23/7/1975 أشار اليه ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، المصدر السابق، ص127.

الخاتمة

بعد ان شارفت على الانتهاء من مسيرة هذا البحث فأه لابد من الاشارة الى النتائج والمقترحات التي تم التوصل اليها وذلك في فقرتين:-

أولاً:- النتائج:

1- رغم عدم وجود تعريف لدعوى اسقاط الحضانة لاعلى مستوى التشريع ولا الفقه ولا في القضاء فأنه قد توصلنا من خلال هذا البحث الى وضع تعريف لدعوى اسقاط الحضانة بأنها: طلب المدعى إنهاء حضانة المدعي عليها على الصغير المحضون بهدف نقل حضانة الصغير اليه امام القضاء.

2- ان دعوى إسقاط الحضانة تتشابه وتقترب في بعض وجوهها من دعوى تسليم الصغير، ذلك ان الدعوتين تهدفان الى حماية مصلحة الصغير المحضون، ورغم ذلك فانه يوجد اختلاف بين الدوتين في العديد

من الجوانب، ومن ذلك ان دعوى إسقاط الحضانة عن المدعى عليها او تقوم على واقعة تضرر الصغير المحضون، في حين تستند دعوى تسليم الصغير (منع المعارضة) على واقعة الاعتداء والتجاوز الحاصل من قبل المدعى عليه على المدعية في حضانتها للصغير، وبذلك فهي تستند على واقعة(غصب) الحضانة.

3- رغم التشابه القائم بين دعوى إسقاط الحضانة ودعوى إسترداد الحضانة في بعض الجوانب إلا انه توجد بينهما فروق من عدة زوايا ومنها ان دعوى استرداد الحضانة تستلزم لصحتها إبتداءاً وجود حكم قضائي صادراً مسبقاً لصالح المدعى عليه والذي يقتضي بالحكم له بحضانته للصغير المحضون، في حين لايشترط وجود ذلك الحكم في دعوى اسقاط الحضانة.

4- ان توافر الشروط العامة الازمه لقبول أية دعوى والمتمثله بالاهلية والخصومة والمصلحة ليست كافية لوحدها لصحة دعوى إسقاط الحضانة، وإنما لابد لصحتها من توافر شرط آخر والمتمثل بوجود سبب مشروع يبرر إسقاط الحضانة عن المدعى عليها، سواء تمثل هذا السبب بأنتفاء شروط الحضانة عن المدعى عليها او بأختلال مصلحة الصغير المحضون وان هذا المعيار قد اكد عليه القضاء العراقي وطبقه في العديد من القرار والاحكام الصادرة عنه في هذه الدعوى.

5- لا جرم أن التطورات التكلنلوجية الهائلة التي شهدها العالم في العصر الجاهلي الراهن والمتعلقة بتقنية الاتصالات والمعلومات الحديثة وظهور أجهزة الاتصال الالكترونية وشبكة الانترنت قد ادت الى تعقيد مهمة الحاضن في الرقابة على الصغير المحضون وصعوبة المحافظة عليه

وهذا مايستلزم توسيع صلاحية الاب وتفعيل سلطته القانونية في الولاية الجبرية لتمكين من متابعة ولده الصغير وتعزيز دور الاب في الرقابة عليه اثناء إستخدام الصغير لوسائل الاتصال الالكتروني وذلك بغية المساهمة في منع الصغير او تقييده في إستعمال تلك الوسائل الحديثة بصورة سيئة اعتبار إستعمال تلك الوسائل الحديثة بصورة سيئة اعتبار إستعمال السيء لتلك الوسائل من الاسباب والمبررات الدافعة لأسقاط الحضانة عن المدعى عليها وكذلك لتمكين الاب من توجب الصغير بأستعمال تلك الوسائل بصورة اكثر ايجابية ونافعة له.

6- لاجدال في ان الحكم الصادر في دواى اسقاط الحضانة يجب ان يستند الى أحد أدلة الاثبات المحدده قانوناً، ورغم ذل فقد لوحظ ان الاستجواب وتقرير اللجنة الطبية وكذلك تقرير البحث الاجتماعي تعد من أبرز وأهم ادله الاثبات في دعوى اسقاط الحضانة، ومرد ذلك ان المحكمة يمكن لها من خلال هذه الادلة ان تتحقق من مدى كفاية وصحة الاسباب والوقائع التي يستند اليها المدعى في دعواه.

7- ان الاثر المترتب على تخلف احد الخصوم عن الذهاب الى اللجنة الطبية المختصة لأجراء الفحص الطبي إنما يتوقف على مدى مشروعية سبب عدم حضوره وعلى طبيعة العذر المانع من الحضور وفيما إذا كان عذراً دائماً ام مؤقتاً وذلك وفقاً للتفصيل الوارد في موضعه المحدد اثناء البحث.

8- ان ما يؤخذ على موقف المشرع العراقي ان معالجته دعوى إسقاط الحضانة كانت غاضة وغير واضحة، وذلك ان المشرع لم ينص صراحة على دعوى اسقاط الحضانة في المادة (57) من قانون الاحوال

الشخصية والتي عالجت بعض موضوعات الحضانة بصيغة عامة ومختصرة، هذا من جهة، ومن جهة اخرى فأن المشرع أشار بصورة ضمنية الى موضوع اسقاط الحضانة وذلك في الفقرات (1و2و7) الواردة في المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية وذلك بحسب المفهوم المخالف لها لذا ندعوا المشرع العراقي الى ايراد نص صريح يعالج هذه الدعوى.

9- لقد كان للقضاء العراقي دوراً ريادياً ومتميزاً في دعوى إسقاط الحضانة وذلك من خلال ما اصدره من احكام وقرارات في المنازعات المنظورة امامه والتي ساهمت بصورة فاعله في إبراز الملامح الرئيسية لهذه الدعوى، وخصوصاً ما صدر عن محكمة التمييز الاتحادية الموقرة من قرارات تميزيه والتي كان لها أثراً بالغاً وفاعلاً في ترسيخ الركائز الاساسية لهذه الدعوى وتثبيت المبادئ العامة لها والتي اصبحت مناراً تهتدي به محاكم الموضوع ولتسلك سبيلها بوضوح اثناء نظر المنازعات المعروضة امامها.

10- إذا ثبت للمحكمة إنتفاء شروط الحضانة عن كل من المدعي والمدعى عليها فعندئذ تقرر المحكمة إسقاط الحضانة عن المدعى عليها وكما تقرر المحكمة في الوقت ذاته ضم الصغير المحضون الى حضانة شخص آخر يكون صالحاً ومؤهلاً لحضانته وذلك بعد إدخال (الغير) شخصاً ثالثاً في الدعوى بصفته خصماً فيها، وبخلاف ذلك تقرر المحكمة إيداع الصغير المحضون الى احدى دور الحضانة التابعة للدولة عند عدم وجود شخصاً مؤهلاً لحضانة الصغير.

ثانياً: التوصيات:

1- ندعو المشرع العراقي الى معالجة دعوى اسقاط الحضانة بصورة صريحة وذلك من خلال وضع إضافة الى نهاية الفقرة الثانية من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية وان تكون هذه الاضافة وفق الصيغة الاتية (.... وتحكم المحكمة بأسقاط حضانة الام عند فقدانها أحد شروط الحضانة المذكورة اعلاه وتحكم المحكمة عندئذ بضم الصغير الى حضانة المدعي إذا كان مستوفياً لشروط الحضانة وذلك بعد التحقق من مصلحة الصغير المحضون) وبعد إدراج هذه الاضافة الى نص الفقرة الثانية من المادة اعلاه فأنها تصبح وفق الصيغة الاتية (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة قادرة على تربية المحضون وصيانته، وتحكم المحكمة باسقاط حضانة الام عند فقدانها احد شروط الحضانة المذكورة اعلاه وتحكم المحكمة عندئذ بضم الصغير الى حضانة المدعي إذا كان مستوفياً لشروط الحضانة وذلك بعد التحقق من مصلحة الصغير المحضون). وكما توصلنا من خلال البحث الى تعريف واقعة إسقاط الحضانة بأنها (جزاء يترتب بمقتضى احكام الشرع والقانون ويتمثل في انهاء حضانة المدعى عليه على الصغير بسبب انتفاء شروط الحضانة عنه او لفوات مصلحة الصغير المحضون او نتيجة لتعرض مصلحته للضرر او الخطر).

2- نقترح على المشرع العراقي الغاء العبارة الاتية (ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزاوجها) الواردة في الفقرة (2) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية، وان الغاية من الغاء هذه العباره هو لغرض تلافي السلبيات المترتبة على هذه العبارة، إذا إنها تشجع وتساهم في زيادة حالات الطلاق ولاسيما عند حصول مشاكل بين الزوجين وتمسك الوجة بطلب الطلاق رغم وجود طفل لديها، ذلك ان الام تعلم مقدماً بأنها

ستحتفظ بحضانة الصغير بعد طلاقها وزواجها من رجل أخر وكذلك فأن الام ستتمكن من إقامة دعوى نفقة للصغير المحضون، وهذا من شأنه زيادة المنازعات بين الطرفين وذلك فضلاً عن كون هذه الفقرة تعد مخالفة لآراء الفقهاء المسلمين الذين يذهبون الى سقوط حضانة الام المطلقة عند زواجها من رجل أخرن وبناء على ما تقدم نوصي المشرع العراقي بألغاء هذه الفقرة وايراد فقرة أخرى جديدة تنص على جعل زواج الام المطلقة من الاسباب الجوازية للحكم بإسقاط الحضانة عنها ونقترح ان يتم صياغتها على النحو الاتي (للمحكمة أن تقتضي بإسقاط حضانة الام المطلقة في حالة زواجها من رجل أخر ولها ان تحكم بضم الصغير الى حضانة المدعى مالم يتضرر الصغير المحضون من ذلك) وان إضافة هذا الفقرة من شأنها ان تساهم في التضليل من حالات الطلاق والمحافظة على كيان الاسرة وكذلك التقليل من دعاوى النفقة كون الاب سيقوم بالانفاق على ولده المحضون بصورة مباشرة، وكما ان هذا الحكم يعد منسجما مع آراء الفقهاء المسلمين.

3- نظراً لوجود أراء متعددة ووجهات نظر متباينة بخصوص موضوع مدى جواز إسقاط الحضانة في حالة حصول تلكأ او إمتناع من قبل المدعي عليه عن تنفيذ حكم المشاهدة الخاص بالصغير المحضون لذا نقترح على المشرع العراقي وضع نص جديد يعالج هذه المسالة بصورة واضحة وذلك بغية المساهمة في توحيد اتجاهات المحاكم بهدف تحقيق إستقرار في العمل القضائي، لذا نوصي المشرع ان يجعل من إمتناع الحاضن عن تنفيذ حكم مشاهدة الصغير سبباً لاسقاط الحضانة عنه وذلك بعد توافر شروط معينة، ونقترح ان يكون ها النص وفق الصيغة الاتية (للمحكمة

ان تقتضي بإسقاط الحضانة عن المدعى عليه إذا حضر المدعي في المكان والزمان المحددين في حكم المشاهدة ولم يحضر المدعى عليه ولا من ينوب عنه لأكثر من مرة خلال السنة الواحدة وبدون عذر مشروع وللمحكمة عندئذ ان تقضي بضم الصغير الى حضانة المدعي مادام محتفضاً بشروط الحضانة و لم يتضرر الصغير المحضون من ذلك).

4- نوصي المشرع العراقي باعادة النظر في تحديد سن حضانة الصغير الوارد في المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية ونقترح ان يتم تعديل سن الحضانة على نحو ينسجم فيه وآراء فقهاء الشريعة الاسلامية وذلك وفقاً للمذهب الاسلامي الذي يعتنقه الاب وهذا من شأنه ان يعزز من سلطة الاب في ممارسة الصغير المحضون.

5- نقترح على العراقي اضافة شرط آخر الى شروط الحاضن وهو ان يقوم الحاضن بدفع الضرر الواقع على الصغير وان يقوم الحاضن بحماية الصغير من الخطر الذي يهدده والعمل على تلافيه قبل وقوعه، وندعو المشرع الى ايراد هذا الشرط مع الشروط الاخرى الواردة بالفقرة (2) من المادة (57) من قانون الاحوال الشخصية، وان تكون صياغة هذه الفقرة على النحو الاتي (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته وان تقوم الحاضنة برفع الضرر عن المحضون وحمايته من الخطر المحيط به ...) وان اضافة هذا الشرط من شأنه ان يعزز حماية مصلحة الصغير المحضون ويضمن له حقوقه المقررة شرعاً وقانوناً.

6- ان المشرع العراقي أجاز بالفقرة (4) من المادة (57) من قانون الاحواتل الشخصية تمديد حضانة الصغير، ورغم ذلك فيلاحظ على هذه

الفقرة انها جاءت غامضة وغير واضحة، كونها لم تحدد شروط وحالات تمديد حضانة الصغير، في حين كان موقف القضاء العراقي في هذا الصدد اكثر وضوحاً وبروزاً، وذلك ان القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية قد تضمنت المبادئ الاساسية لتمديد حضانة الصغير ورسخت الركائز العامة لها والتي يمكن من خلالها استخلاص الشروط الازمة لتمديد الحضانة، وبمقتضى هذه الشروط فأن يجوز للمحكمة ان تقرر تمديد حضانة الام عند إكمال الصغير سن العاشرة من العمر ولحين إكماله سن الخامسة عشر وذلكً في حالة إتجاه محكمة الموضوع الى اصدار قراراً برد دعوى اسقاط الحضانة المقامة ضد الام وبشرط ان يكون الصغير موجوداً بحضانتها ووجدت المحكمة من خلال تحقيقاتها الجارية في الدعوى ان مصلحة الصغير تقتضي ان يبقى في حضانة امه، وعند توافر جميع هذه الشروط فأن المحكمة تقرر تمديد حضانة الصغير.

المصادر

- **القرأن الكريم**

اولاً:- كتب الفقه الاسلامي

1- القاضي ابي الوليد محمد بن احمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1995.

2- القاضي ابي يحيى زكريا الانصاري الشافعي، اسمى المطالب شرح روض الطالب، المجلد السابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، 2001.

3- تاج الدين ابي نصر البكي الانصاري، الاشباه والنظائر، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ.

4- تقي الدين ابي بكر بم محمد الحضني الشافعي، قواعد الفقهن ج1، ط1، مكتبة الرشد، الربياض، 1418هـ.

5- جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور المصري، لسان العرب، الجزء السابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2003م.

6- زين الدين بن ابراهيم بن محمود المصري المنفي المصروف بأبن نجم، الاشباه والنظائر، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1418هـ.

7- د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، ط1، دار النذير للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، 1961.

8- عثمان بن سعيد بن احمد ، هداية الراغبين شرح عمدة الطالب للبهوتي، ج2،ط2، مكتبة نزال مصطفى اللبان، المملكة العربية السعودية، 2007.

9- الامام علاء الدين ابي محمد بكر بن سعود الكاشاني الحنفين بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط1، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2000.

10- علي حيدر، شرح المجلة، الجزء الرابع، مطبعة يافاً، بدون ذكر مكان طبع، 1927.

11- د. محمود الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج4، ط2، دار القلم، دمشق 2010.

12- الشهيد محمد بن جمال الدين مكي العاملي وزين الدين الجبصي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج5، مؤسسة الاعلامي للمطبوعات، بيروت- لبنان، بدون تاريخ طبع.

13- د. محمود سليمان عبد الله، المجلى في الفقه الحنبلي، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، 1998، ص548. محمد جواد مغينة، فقه الامام جعفر الصادق(ع)، ج5، ط6، مؤسسة الغاريان للطباعة والنشر، جمهورية ايران الاسلامية.

14- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ط4، دار الغدير للطباعة والشر، قم ، 2016.

15- أية الله العظمى الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج4، ط2، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ايران – طهران، 2011.

16- - د. محمد سليمان عبد الله، المجلى في الفقه الحنبلي، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، 1998.

17- د. محمد كشبور، احكام الحضانة، دراسة في الفقه المالكي، ط1، مطبعة البعاج، الدار البيضاء، 2004.

18- الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق، ط1، مؤسسة الرافد للطباعة والنشر، بدون ذكر مكان طبع، 2009.

19- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، ط11، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، بلا سنة طبع.

20- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج10، ط 8، دار الفكر، دمشق، 2005.

21- الامام يحيى بن ابي الخير بن سالم بن أسعد عبد الله، البيان في فقه الامام الشافعي، ج11، ط1، دار الكتب العلمية) بيروت- لبنان، 2002.

22- د. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1980.

ثانياً: كتب القانون :-

1- القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة اسعد، بغداد، 1989.

2- د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط4، دار المعارف، بدون ذكر مكان الطبع، 1967.

3- د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج 1ن الزواج والطلاق وآثارهما، مطبعة الارشاد بغداد، 1990.

4- أحمد نشأت، رسالة الاثبات، رسالة الاثبات، ج2. دار الفكر العربي، من دون ذكر مكان طبع، 1970.

5- احمد نصر جندي، الحضانة في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، بدون ذكر مكان طبع، 1998.

6- . ادهم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، ط1، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، رسالة ماجستير، 1976.

7- آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد ،1986.

8- د. انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.

9- د. أياد عبد الجبار الملوكي، قانون الاثبات، العاتك لصناعة الكتاب بيروت، المكتبة القانونية، بغداد، من دون ذكر سنة طبع.

10- حسين المؤمن، نظرية الاثبات، ج1، الاقرار واليمين، بدون ذكر اسم المطبعة، القاهرة، 1948.

11- حسين رجب محمد مخلف، الحضانة في قانون الاحوال الشخصية العراقي(دراسة مقارنة)، بدون ذكر اسم المطبعة ولا مكان الطبع، 2011.

12- حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الاثبات، بغداد، 1986.

13- القاضي خالد محمد جلال، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد، 2014.

14- القاضي راغب.

15- القاضي ربيع محمد الزهاوي، عالم دعاوى محاكم الاحوال الشخصية، ط2، دار السنهوري، بغداد، 2014.

16- القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهوري، بيروت لبنان، 2017.

17- المحامي رحيم حرجان عودة المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، الاحوال الشخصية، ط1، مطبعة اللمياء ، بغداد، 2017.

18- القاضي رزاق جبار، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الاحوال الشخصية، ج2، بغداد، 2011.

19- القاضي رعد رزاق التميمي، المميز في الاحوال الشخصية، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد، 2015.

20- القاضي سالم روضان، ماهية الدعوى امام محكمة الاحوال الشخصية(طلب تأييد الحضانة انموذجاً) بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد الثاني ، 2017.

21- القاضي سالم روضان، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الاحوال الشخصية، بغداد، 2011.

22-د. سحر عبد الستار امام، دور القاضي في الاثبات – دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.

23- سعد جريان التميمي المبادئ القانونية في قضاء محكمه التمييز الاتحادية، القسم المدني، دار السنهوري، بيروت، 2016.

24- د. سليمان مرتضى، اصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية، عالم الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة طبع.

25- القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، (دراسة مقارنة) مكتبة السنهوري، 2011.

26- صلاح منصور احمد، اسقاط الحضانة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم الى مجلس القضاء الاعلى الموقر، وهو جزء من متطلبات الترقية الى الصنف الثالث من صنوف القضاء ، 2012.

27- د. صلاح الدين ناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد، 1962.

28- ضياء شبت خطاب، الوجيد في شرح قانون المرافعات المدنية، العانين بغداد، 1973.

29- استاذنا د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، دار السنهوري ، بيروت لبنان، 2017.

30- استاذنا الدكتور عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار السنهوري، بغداد 2015.

31- القاضي عباس زياد السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد 2012.

32- د. عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الاردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، ج1، ط1، الشركة الجديدة للطباعة، عمان الاردن، 1993.

33- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، بدون ذكر مكان وتاريخ الطبع.

34- القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 سنة 1969، ج1، ط2، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة،2009.

35- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شروح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.

36- القاضي عدنان زيدان العنبكي ، دروس عملية في قانون الاحوال الشخصية، مكتبة صباح، بغداد، 2013.

37- د. عبد المنعم احمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، ط1، مكتبة عبد وهبة ، بدون ذكر مكان الطبع، 1947.

38- د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الاثبات، دار النهضة العربية، بدون ذكر مكان ولأسنة طبع.

39-. د عبد المنعم احمد الشرقاوي، الوجيد في المرافعات المدنية والتجارية، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة، 1951.

40- د. عبد الباسط جميعي، نظام الاثبات في القانون المدني المصري، بدون ذكر اسم المطبعة، القاهرة، 1953.

41- د. عصمن عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012.

42-- عز الدين الدناصوري وحامد عكازة، التعليق على قانون الاثبات، عالم الكتاب، القاهرة، 1997.

43- المحامي فوزي كاظم المياحي، دعوى الحضانة، بدون ذكر اسم المطبعة ولا مكان الطبع، 2013.

44- فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوى الاحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، 2012.

45- د. فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني، اصول المحاكمات المدنية، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.

46- د. قيس عبد الستار عثمان، الاقرار واستجواب الخصوم في الاثبات المدني، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1979.

47- القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية في القرارات الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في الحلة، ط1، بدون ذكر اسم المطبعة ولا مكان الطبع، 2016.

48- القاضي كاظم عبد جاسم الزيدي، حقوق الطفل في القانون العراقي، ط1ن الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، 2014.

49- القاضي لفته هامل الجميلين الخصومة غير المتوجهة والخصومة الناقصة، تعليق على قرار حكم منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة التاسعة، العدد الاول، 2017.

50- محمد حسن كشكول وعباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية، رقم 188 لسنة 1959، المكتبة القانونية بغداد، بدون تاريخ طبع.

51- محمد العثماني وعبد الوهاب العثماني، قواعد المرافعات في التشرريع المصري والمقارن، ج2، المطبعة النموذجية، القاهرة، 1958.

52- محمد شفيق العامي، اصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد، 1950.

53- محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، الجزء الثانين ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.

54- القاضي مدحت الحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط4، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.

55- مصطفى كاظم المرافعة، الاثبات باليمين، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، 1984.

56- د. مصطفى كامل كيرة، قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، دار صادر بيروت، 1971.

57- مصطفى ماجد عبد الجليل، قواعد الاستجواب في الدعوى المدنية، بحث مقدم الى المعهد القضائي وهو جزء من متطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في العلوم القضائية، 2016.

58- منير القاضي، شرح قانون اصول المرافعات المدنية التجارية، بدون ذكر اسم المطبعة، بغداد، 1957.

59- - د. هاشم الحافظ، محاضرات في الاثبات، مطبوعة الرونيو، جامعة بغداد، كلية القانون، 1981.