COPYRIGHT© INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA

أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي

دراسة مقارنة

إعداد

أكرم زاده مصطفى

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون المقارن

كلية أحمد إبراهيم للحقوق

الجامعة الإسلاميّة العالميّة ماليزيا

نوفمبر ٢٠١٤م

ملخص البحث

تهدف هذه الدراسة إلى تناول قانون الحضانة المندرج ضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، والاشكالية المحورية التي تناولها البحث هي مدى استيعاب المادة ٥٧ المتعلقة بأحكام الحضانة لقضايا الحضانة المثارة في المجتمع العراقي، وطريقة تعامل القضاء العراقي مع الثغرات الموجودة فيها. وقد هدفت هذه الدراسة إلى تحديد الثغرات والنقائص التشريعية واقتراح مواد قانونية، تسطر ضمن مشروع قانوني ليحل محل المادة ٥٧، لإبعاد الشكوك حول نزاهة القضاء، وتعريف أطراف دعاوى الحضانة على مركزهم القانوني مسبقاً. ولتحقيق الأهداف المذكورة استخدم الباحث المنهج التحليلي، وذلك لعرض وتحليل أحكام الحضانة الواردة في المادة ٥٧، وآراء الشرّاح والباحثين القانونيين، وآراء فقهاء المسلمين من المذاهب الأربعة، وقرارات المجامع الفقهية، وفتاوى دور الإفتاء، وقرارات المحاكم، كما استخدم الباحث المنهج المقارن من خلال مقارنة الأحكام التي وردت في القانون العراقي، بالأحكام التي وردت عند المذاهب الأربعة، والمجامع الفقهية، ودور الإفتاء، لغرض الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف وبحث إمكانية الاستفادة. كما استخدم الباحث المنهج النقدي لبيان آثار الفراغ والخلل التشريعي في القانون واقتراح مواد قانونية بديلة بحيث تحقق العدالة لكل أطراف الحضانة. وقد تم الإستفادة من آراء الأكاديميين والعاملين في سلك القضاء، ومن قوانين الأحوال الشخصية لكل من دولة الإمارت والقطر والأردن، وذلك كون هذه القوانين حديثة وعصرية. وقد خلصت الدراسة إلى جملة نتائج أهمها، أن قانون الأحوال الشخصية العراقي يشوبه ثغرات تشريعية، فهو لم يتطرق إلى بعض أحكام الحضانة مطلقاً كالتبرع بالحضانة، واتّسم بعض أحكامها بعدم الوضوح بسبب صياغة النصوص كتكييف الحضانة وانتهاء ولايتها، كما كان هناك تناقض بين بعض الأحكام مثل حق المحضون في اختيار الإقامة. أما القضاء العراقي فقد تصدى لجميع قضايا الحضانة رغم الثغرات التشريعية، وأصدر قرارات مناسبة في أغلبها، وقد توجه هذا البحث باقتراح مشروع قانون متكامل للحضانة انتظم في تسع عشرة مادة.

ABSTRACT

This study attempts to analyse the child custody law, which is part of the Iraqi civil status law. The core problem of the study centres on whether article ٥٧, which deals with the issue of child custody encompasses all the issues of child custody that are present in the Iraqi society and the way the Iraqi judiciary deals with the loopholes present in the article. The study attempts to identify the loopholes and missing pieces of legislation with the aim of suggesting legal articles that can be included in a draft legislation to be the replacement for article ٥٧, in order to quell all suspicions surrounding the integrity of the judiciary and informing the opposing parties in custody cases of their legal rights in advance. The study employs the analytical methodology to present and analyse the injunctions mentioned in article ٥٧, the opinions of the legal commentators and researchers, the opinions of Muslim jurists from the four schools of jurisprudence, the resolutions of the *fiqh* academies, the religious decrees issued by *ift*a establishments and the judgments issued by courts. The study also relies on the comparative methodology by comparing the injunctions that are stated in the Iraqi law with the injunctions of the four schools of jurisprudence, the *fiqh* academies and *ift*a establishments with the aim of identifying similarities, differences and discussing the possibility of benefit. Finally, the study uses the critical methodology to highlight the effects of the legislative gaps and defects in the law and suggest alternative articles that can achieve justice for all the concerned parties. The study benefitted from the opinions of academicians and legal professionals. Moreover, the study also benefitted from the civil status laws of UAE, Qatar and Jordan, as these laws are both modern and contemporary. The study achieved a number of results, the most important of which is that the Iraqi civil status law contains legislative loopholes. It completely failed to include some of the injunctions related to custody, such as the issue of donating the right of custody. Moreover, some of the injunctions are not clear, such as the issues of the legal basis of custody and the end of its duration. Furthermore, there are contradictions between some of the injunctions, such as the right of the child in choosing with which parent to reside. As for the Iraqi judiciary, it was able to confront all the issues related to custody despite the existing legislative gaps and was able to issue appropriate decisions more frequently than not. Finally, the study proposes a comprehensive draft legislation for the issue of custody consisting of ١٩ articles.

APPROVAL PAGE

I certify that I have supervised and read this study and that in my opinion, it conforms to acceptable standards of scholarship presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a dissertation for the degree of Master of Comparative Laws.

…….
Halima Boukerroucha
Supervisor

…….
Muhammad Naim Omar
Supervisor

I certify that I have read this study and that in my opinion, it conforms to acceptable standards of scholarship presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a dissertation for the degree of Master of Comparative Laws.

...…….…….
Muhammad Abdurrahman Sadique
Internal Examiner

...…….…….
Abdul Samat Musa
External Examiner

This dissertation was submitted to the Department of Islamic Law and is accepted as a fulfilment of the requirement for the degree of Master of Comparative Laws.

…….
Mohd Hisham Mohd Kamal
Head, Department of
Islamic Law

This dissertation was submitted to the Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws and is accepted as a fulfilment of the requirement for the degree of Master of Comparative Laws.

…….
Hunud Abia Kadouf
Dean, Ahmad Ibrahim
Kulliyyah of Laws

DECLARATION

I hereby declare that this Thesis is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that is has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Akram Zada Mustafa

Signature: ……..……..…… Date: …...…….

الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٤م محفوظة لـ: أكرم زاده مصطفى

أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي

دراسة مقارنة

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

١- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.

٢- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية، ولكن ليس لأغراض البيع العام.

٣- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.

٤- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.

٥- سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

أكد هذا الإقرار: أكرم زاده مصطفى

التوقيع:..... التاريخ: .....

* إلى **روح أمي العزيزة** التي علمتني الصمود مهما تبدّلت الظروف.

* إلى سبب وجودي في الحياة ... **والدي الحبيب**... لك كل الإجلال والاحترام.

* إلى شريكة دربي في الحياة...**زوجتي الغالية**...التي تحمّلت الغربة وسهرت على راحتي في سبيل تحقيق طموحي...فلك مني جزيل الشكر والتقدير.

* إلى فلذّات كبدي (**ياسر، عمّار، وياسمين**).

* إلى العاملين في سلك القانون كافة، وسلك القضاء خاصة.

الشكر والتقدير

بعد إكمالي لرسالتي هذه، لا يسعني إلاّ أن أتوجه بجزيل شكري وخالص تقديري إلى حكومة إقليم كوردستان التي تكفّلت بمصاريف الدراسة والمعيشة، وخاصة رئيس الحكومة السابق الدكتور: برهم صالح الذي جعل من الكفاءة العلمية والمهنية أساساً ومعياراً للقبول في البعثات الدراسية. ويجدر بي أن أذكر لأهل العلم فضلهم، أخص منهم الدكتورة: حليمة بوكروشة التي تفضّلت بالإشراف على رسالتي هذه، والتي لولا إرشاداتها وتوجيهاتها لما تخرجت الرسالة بهذه المنهجية العلمية. وأبدي وفير شكري إلى المشرف المساعد الدكتور: محمد نعيم عمر على ملاحظاته القيّمة. كما أتوجه بشكري وتقديري إلى الجامعة الإسلامية وخاصة موظفي المكتبة المركزية وإلى عمادة كلية أحمد إبراهيم للقانون وخاصة مكتب الدراسات العليا بجميع موظفيه. أما الذين شاركوا معي بآرائهم ولم يبخلوا في الإجابة على أسئلتي واستفساراتي وهم كل من القاضي السيد: حسين صالح إبراهيم، وعضو الادعاء العام السيد: عبد الرحمن سليمان أحمد، الدكتور السيد: إسماعيل أبابكر البامرني والمحامي المستشار السيد: محمد حسن عمر، فلهم الثناء الجميل والامتنان الفخيم، ولن أنسى فضلهم قط. ولابد أن أشكر السادة الفضلاء الذين ساعدوني وساندوني أثناء كتابة هذه الرسالة وهم كل من العضو السابق لبرلمان العراق السيد: نجيب عبدالله، والسيد: أمين حجي الدوسكي والمحقق القضائي السيد: رزكار محمد شنكالي، والسيد: آزاد جميل الأتروشي والسيد: أحمد نجم وغيرهم. وأخيراً، لا أنسى فضل صديق طفولتي ووكيلي القانوني في كوردستان أثناء دراستي في ماليزيا، أخي العزيز السيد: عصام محمد تيلري، فله مني جزيل الشكر والامتنان.

محتويات البحث

ملخص البحث ..... ب

ملخص البحث باللغة الإنجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة الإقرار ..... هـ

إقرار بحقوق الطبع ..... و

الإهداء ..... ز

الشكر والتقدير ..... ح

قائمة الدعاوي القضائية ..... س

قائمة القوانين التشريعية ..... ق

الفصل التمهيدي ١

المقدمة: ٢

مشكلة البحث: ٣

أسئلة البحث: ٣

فرضيات البحث: ٤

أهداف البحث: ٤

أهمية البحث: ٤

حدود البحث: ٥

منهجية البحث: ٥

الدراسات السابقة: ٦

الفصل الأول ١٢
المبحث الأول: نبذة تأريخية عن قانون الأحوال الشخصية في العراق. ١٢
المبحث الثاني:عناصر قانون الأحوال الشخصية العراقي..... ٢١
المبحث الثالث: تعديلات قانون الأحوال الشخصية العراقي. ٢٥

الفصل الثاني ٣٣
المبحث الأول: مفهوم الحضانة وحكمتها ومشروعيتها..... ٣٤
المطلب الأول: مفهوم الحضانة. ٣٤
الفرع الأول: الحضانة لغةً:..... ٣٤
الفرع الثاني: تعريف الحضانة في التشريع العراقي. ٣٦
الفرع الثالث: تعريف الحضانة في القضاء العراقي. ٤٢
الفرع الرابع: تعريف الحضانة في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء
الأوروبي ودار الإفتاء المصرية. ٤٣
الفرع الخامس: قراءة تحليلية مقارنة..... ٤٦
المطلب الثاني: أدلة مشروعية الحضانة. ٥٠
المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الحضانة..... ٥٤
المبحث الثاني: تكييف الحضانة. ٥٥
المطلب الأول: تعريف الحق والواجب. ٥٥
المطلب الثاني: تكييف الحضانة. ٥٧
الفرع الأول: تكييف الحضانة في التشريع العراقي. ٥٧
الفرع الثاني: تكييف الحضانة في القضاء العراقي..... ٥٩
الفرع الثالث: تكييف الحضانة في المذاهب الأربعة ومجلس
الإفتاء الأوروبي ودار الإفتاء المصرية..... ٦١
الفرع الرابع: قراءة تحليلية مقارنة..... ٦٩

الفصل الثالث ٧٥

المبحث الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم..... ٧٦

المطلب الأول: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في التشريع

العراقي. ٧٦

المطلب الثاني: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في القضاء

العراقي. ٧٩

المطلب الثالث: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم في المذاهب

الأربعة. ٨٢

المطلب الرابع: أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم عند مجمع الفقه

الإسلامي الدولي ودور الإفتاء..... ١٠٠

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة..... ١٠١

المبحث الثاني: شروط المستحقين للحضانة. ١٠٧

المطلب الأول: شروط المستحقين للحضانة في التشريع العراقي. ١٠٧

المطلب الثاني: شروط المستحقين للحضانة في القضاء العراقي..... ١١٤

المطلب الثالث: شروط المستحقين للحضانة في المذاهب الأربعة..... ١١٨

المطلب الرابع: شروط المستحقين للحضانة عند المجامع الفقهية ودار

الإفتاء المصرية..... ١٣٢

المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة..... ١٣٣

الفصل الرابع ١٤٢

المبحث الأول: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في

التشريع العراقي. ١٤٣

المطلب الأول: مدة حضانة النساء. ١٤٣

المطلب الثاني: مصير المحضون بعد انتهاء مدة حضانة النساء. ١٤٩

المطلب الثالث: انتهاء ولاية الحضانة ومصير المحضون بعدها. ١٥١

المبحث الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في
القضاء العراقي. ١٥٥
المبحث الثالث: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها في
المذاهب الأربعة ومجمع الفقه الإسلامي الدولي ودور الإفتاء. ١٦١
المطلب الأول: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهائها وولايتها
في المذاهب الأربعة. ١٦٢
المطلب الثاني: مدة الحضانة ومصير المحضون بعد انتهاء مدتها
وولايتها عند المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ودور الإفتاء. ١٧٢
المبحث الرابع: قراءة تحليلية مقارنة. ١٧٤

الفصل الخامس ١٨٨
المبحث الأول: مشاهدة المحضون. ١٩٠
المطلب الأول: تعريف المشاهدة لغةً وإصطلاحاً. ١٩٠
الفرع الأول: تعريف المشاهدة لغةً. ١٩٠
الفرع الثاني: تعريف المشاهدة اصطلاحاً. ١٩٠
المطلب الثاني: المشاهدة في التشريع العراقي. ١٩١
المطلب الثالث: المشاهدة في القضاء العراقي. ١٩٧
المطلب الرابع: مشاهدة المحضون في المذاهب الأربعة ومجلس الإفتاء
الأوروبي ودور الإفتاء. ٢٠١
الفرع الأول: المشاهدة في المذاهب الأربعة. ٢٠١
الفرع الثاني: المشاهدة عند مجلس الإفتاء الأوروبي. ٢٠٧
الفرع الثالث: فتاوى دور الإفتاء حول المشاهدة. ٢٠٧
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة. ٢٠٩
المبحث الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون. ٢١٨
المطلب الأول: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في التشريع العراقي. ... ٢١٨

المطلب الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في القضاء العراقي..... ٢٢١
المطلب الثالث: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في المذاهب الأربعة
ومجلس الإفتاء الأوروبي ودور الإفتاء. ٢٢٥
الفرع الأول: مكان الحضانة والسفر بالمحضون في المذاهب
الأربعة. ٢٢٥
الفرع الثاني: مكان الحضانة والسفر بالمحضون عند مجلس الإفتاء
الأوروبي. ٢٣٤
الفرع الثالث: فتاوى دور الإفتاء حول مكان الحضانة والسفر
بالمحضون. ٢٣٥
المطلب الرابع: قراءة تحليلية مقارنة. ٢٣٦

الفصل السادس ٢٤٤
المبحث الأول: أجرة الحضانة. ٢٤٥
المطلب الأول: أجرة الحضانة في التشريع العراقي..... ٢٤٥
المطلب الثاني: أجرة الحضانة في القضاء العراقي. ٢٥٤
المطلب الثالث: أجرة الحضانة في المذاهب الأربعة. ٢٥٨
المطلب الرابع: أجرة الحضانة لدى دار الإفتاء المصرية. ٢٦٨
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة..... ٢٦٩
المبحث الثاني: سقوط الحضانة واستردادها..... ٢٨٠
المطلب الأول: سقوط الحضانة واستردادها في التشريع العراقي..... ٢٨٠
الفرع الأول: سقوط الحضانة..... ٢٨٠
الفرع الثاني: استرداد الحضانة. ٢٨٢
المطلب الثاني: سقوط الحضانة واستردادها في القضاء العراقي. ٢٨٥
المطلب الثالث: سقوط الحضانة واستردادها في المذاهب الأربعة. ٢٨٨

المطلب الرابع: فتاوى دار الإفتاء المصرية حول سقوط الحضانة
واستردادها..... ٢٩١
الفرع الأول: حالات سقوط الحضانة. ٢٩١
الفرع الثاني: استرداد الحضانة. ٢٩١
المطلب الخامس: قراءة تحليلية مقارنة..... ٢٩٢

الفصل السابع..... **٢٩٨**

الخاتمة..... **٣٠٩**

المصادر والمراجع..... **٣١٤**

قائمة الدعاوي القضائية

أولاً: دعاوي محكمة التمييز الاتحادية.

- ١٢/هيئة الشخصية الأولى/٢٠١١ في ٢٠١١/١/١٦.
- ٦٥٢٠/هيئة الشخصية الأولى والمواد الشخصية/٢٠١١ في ٢٠١٢/٢/٩.
- ٤٤٨٨/هيئة الشخصية الأولى/٢٠١٠ في ٢٠١٠/١١/٢٤.
- ١٣٠٦/هيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٤/١٥.
- ٢٢٢٩/هيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٥.
- ٢٤٢٥/هيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٦.
- ٥٥٧٨/هيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في ٢٠١٠/١/٤.
- ٤٠٠٥/هيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٣١.
- ٣٤٧٤/هيئة الشخصية الأولى/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١١/٢٠.

ثانياً: دعاوي محكمة تمييز العراق.

- ٦٣٥/ هيئة عامة/٢٠٠١ في ٢٠٠١/١/٢٠.
- ٨٣١ /شرعية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٤/١٢.
- ٣٤٩٢ /شخصية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٤/٢٦.
- ٢٤٢٣ /شخصية/ ١٩٩٨ في ١٩٩٨/٤/١.
- ١١٤١٠ /شخصية/ ١٩٨٨ في ١٩٨٨/١٠/٢.
- ٤٠١ /شخصية/ ٨٧-١٩٨٨ في ١٩٨٧/١١/١٢.
- ٢٧٧٦ /شخصية/ ٨٦-١٩٨٧ في ١٩٨٧/٦/١.
- ٢٤٣٥ /شخصية/ ٨٣-١٩٨٤ في ١٩٨٤/٥/١٦.
- ٢٠٢٩ /شخصية/ ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٩/٢٩.
- ٢٩٨٢ /شخصية/ ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٩/٢.

- ٤٧٨/هيئة عامة/١٩٧٩ في ١٩٧٩/١١/١٧.
- ٦٥٣/هيئة عامة/١٩٧٩ في ١٩٨٠/١٢/١٦.
- ٨١٤ /شخصية/ ١٩٧٩ في ١٩٧٩/٧/٤.
- ٢٣٧٤ /شخصية/ ١٩٧٩ في ١٩٨٠/٢/٢٣.
- ٩٥٠ /شخصية/ ١٩٧٨ في ١٩٧٩/١/١٧.
- ٢٢٧٠ /شخصية/ ١٩٧٨ في ١٩٧٨/١٢/٢١.
- ٢٦٨٣ /هيئة عامة/ ١٩٧٨ في ١٩٧٨/١١/١٦.
- ١٨٢٩ /شخصية/ ١٩٧٥ في ١٩٧٦/١/١٨.
- ٣٥ /شخصية/ ١٩٧٣ في ١٩٧٣/١١/٤.
- ٩٠٠ / شرعية أولى/ ١٩٧٣ في ١٩٧٣/١٠/٨.
- ٤٣ /شرعية/ ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١/١٥.
- ١٩٤ /شخصية/ ١٩٦٩ في ١٩٦٩/٤/٢٧.
- ٣٥٢ /شرعية/ ١٩٦٩ في ١٩٦٩/٧/٥.
- ٥٨١ /شخصية/ ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٠/١٨.
- ٨٣١ /شرعية/ ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٠/١٨.
- ٤٧٠ /شرعية/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١١/٦.
- ٥٢٦ /شرعية/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٨/١٣.
- ٨٤٤ /شرعية/ ١٩٦٨ في ١٩٦٩/٣/١٦.
- ٣١٧ / /شرعية/ ١٩٦٧ في ١٩٦٧/٨/٢١.
- ٣٥٧ /شرعية/ ١٩٦٧ في ١٩٦٧/٧/٩.
- ١٠١١ /شخصية/ ١٩٦٧ في ١٩٦٨/٤/٢٤.
- ٩٣٤ /شرعية/ ١٩٦٦ في ١٩٦٧/٢/١.
- ٢٥٦ /شرعية/ ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٦/١٦.
- ٤٣٨ /شرعية/ ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٨/٩.

ثالثاً: دعاوي محكمة تمييز إقليم كوردستان.

- ٦٣ /شخصية/ ٢٠١١ في ٢٠١١/٢/٢٠.
- ٦ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١/٢٨.
- ٥٥ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/١.
- ١٣٠ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٢٤.
- ٢٤٣ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/١٤.
- ٢٤٦ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٦.
- ٢٦٣ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٧.
- ٢٧٤ /شخصية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/٩.
- ٤٦٥ /شخصية/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٢٥.
- ٥٢٢ /شخصية/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٠/٢٩.
- ١٨٢ /شخصية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٣١.
- ٣٣٧ /شخصية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٠/٣.
- ٣٤٨ /شخصية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٠/٣٠.
- ٣٦ /شخصية/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٢.
- ١١ /شخصية/ ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١/٢٠.
- ١١٤ /شخصية/ ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٩/٩.
- ٤١ /شخصية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٣/٤.
- ٦٨ /شخصية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٥/٨.
- ١٦١ /شخصية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٩/٢٧.
- ١٦ /شخصية/ ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١/٢٦.
- ٦٧ /شخصية/ ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٦/٧.
- ١١٦ /شخصية/ ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٩.
- ٧٧ /شخصية/ ١٩٩٩ في ١٩٩٩/٩/١٠.
- ٨٤ /شخصية/ ١٩٩٩ في ١٩٩٩/٧/٦.

- ١٢٢ /شخصية/ ١٩٩٩ في ١٩٩٩/٨/٣١.
- ١٢٨ /شخصية/ ١٩٩٩ في ١٩٩٩/٩/١١.
- ١٦٨ /شخصية/ ١٩٩٩ في ١٩٩٩/١٢/١٥.

قائمة القوانين التشريعية

- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠.
- قانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦.
- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون الجنسية العراقية الجديد رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.
- قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون الرعاية الاجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠.

الفصل التمهيدي

المقدمة

مشكلة البحث.

أسئلة البحث.

فرضيات البحث.

أهداف البحث.

أهمية البحث.

حدود البحث.

منهجية البحث.

الدراسات السابقة.

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد.

يعتبر موضوع الحضانة من المواضيع التي نالت حيزًا كبيرًا من اهتمام علماء الشريعة والقانون على مر العصور، ولا تجد شريعةً سماوية ولا قانوناً من قوانين الأحوال الشخصية إلاّ وتناول هذا الموضوع، كما أنها تشكّل نسبة كبيرة من القضايا التي تثار أمام محاكم الأحوال الشخصية وخاصة في العراق بعد عام ٢٠٠٣ أي بعد سقوط النظام البعثي، وذلك لازدياد حالات الطلاق بين الزوجين نتيجة انفتاح المجتمع العراقي على العالم، ولازدياد عدد القتلى سواء كان نتيجة الحروب التي مرت بها العراق، أو التفجيرات التي تحدث كل يوم، حيث إن هذين السببين بالنتيجة أدّيا إلى إزدياد عدد دعاوى الحضانة أمام المحاكم.

ولضمان حماية حقوق الطفل المحضون من جانب، والأطراف الأخرى للحضانة من جانب آخر، حاولت قوانين الأحوال الشخصية تناول كافة الأحكام المتعلقة بالحضانة وعدم تركها تحت رحمة أحكام القضاء. ولكن لأن الكمال لله وحده، فإنه من النادر أن تجد قانونًا يستوعب جميع أحكام الحضانة ويواكب كل الأزمان والأحوال، ولهذا فإن كافة القوانين – ومن ضمنها قوانين الأحوال الشخصية – تجري عليها تعديلات من حين لآخر من قبل المؤسسة التشريعية لتفادي العيوب والنواقص التي تعتريها.

وقانون أحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ الصادر عام ١٩٥٩ كأي قانون آخر، أجري عليه حوالي سبعة عشر تعديلاً لكي يستوعب القضايا المثارة في المجتمع العراقي، وكان آخرها في عام ١٩٩٩، وأن المادة ٥٧ الخاصة بالحضانة كان لها نصيب من هذه التعديلات، حيث أجريت عليها أربعة تعديلات.

فبعد تسعة عشر سنة من صدور القانون وبالتحديد في عام ١٩٧٨ حصل التعديل الأول للمادة ٥٧ وكان تعديلًا نوعيًا، حيث تم إلغاء المادة والتي كانت مؤلفة من خمس فقرات بأكملها، وحلت محلها مادة أخرى مؤلفة من تسع فقرات تتناول الحضانة بشكل أوسع وأوضح، وفي عام ١٩٨٤ صدر القرار رقم ٢١١ من مجلس قيادة الثورة المنحل بهدف ملأ إحدى ثغرات القانون المتعلقة بمشاهدة المحضون، وبعد ذلك بعامين أي في ١٩٨٦ جرى

تعديل على الفقرة التاسعة من المادة ٥٧ التي كانت تعطي حكماً واحدًا لحضانة الأم للمحضون في حالة فقدان الأب أحد شروط الحضانة أو حالة وفاته، ولكن بعد التعديل أضيفت شروط أخرى وأصبح لكل حالة حكماً خاصاً، وآخر تعديل جرى على أحكام الحضانة كان في عام ١٩٨٧ أي قبل ستة وعشرين سنة، وبالتحديد على الفقرة الثانية الخاصة بشروط الحاضنة، ولا تزال هناك دعوات لإجراء التعديلات على القانون بشكل عام وعلى المادة ٥٧ بشكل خاص.

مشكلة البحث:

مما سبق بيانه فإن مشكلة البحث هي: إلى أي مدى يمكن لأحكام الحضانة التي تناولتها المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ استيعاب قضايا الحضانة المثارة في المجتمع العراقي؟ وكيف تعامل القضاء العراقي مع الثغرات الموجودة في القانون؟

ويتفرع عن هذا السؤال أسئلة عديدة هي:

أسئلة البحث:

١. هل توجد تناقضات في قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يخص أحكام الحضانة؟.
٢. ما الأحكام التي تحتاج إلى إعادة صياغة؟.
٣. كيف يمكن إثراء القانون بمواد أو فقرات جديدة تغطي كل موضوعات الحضانة؟.
٤. كيف تعامل القضاء العراقي مع إشكاليات قانون الأحوال الشخصية العراقي فيما يتعلق بأحكام الحضانة؟.

فرضيات البحث:

- وجود تناقضات وثغرات في الصياغة التشريعية لأحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي.
- عدم استيعاب قانون الأحوال الشخصية العراقي لكافة الموضوعات المتعلقة بالحضانة في المادة ٥٧ من القانون المخصص للحضانة.
- تمكّن القضاء العراقي من إصدار قرارات مناسبة رغم العيوب والنواقص التي شابت القانون.

أهداف البحث:

أولاً: بيان أحكام الحضانة في قانون الأحوال الشخصية العراقي مقارنة بالمذاهب الفقهية الأربعة (الحنفي، الحنبلي، الشافعي، والمالكي).

ثانياً: بيان الثغرات والنقائص الموجودة في المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمتعلقة بأحكام الحضانة.

ثالثاً: محاولة إثراء القانون بمواد أو فقرات من شأنها استيعاب كافة المسائل المتعلقة بالحضانة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث من الناحية النظرية فيما يلي:

١. يمكّن القارئ من الاطلاع على أحكام القضاء الكردستاني فيما يخص الحضانة، وذلك كون البحث سيشير إلى عدد من القرارات الصادرة من محكمة تمييز إقليم كردستان العراق.
٢. بيان التعديلات التي جرت على قانون الأحوال الشخصية في الإقليم فيما يخص الحضانة والتي لم تجرِ مثلها في العراق.
٣. الوقوف على آراء الأكاديميين والمختصين والعاملين في سلك القضاء حول أحكام الحضانة في القانون العراقي.

أما أهمية البحث من الناحية التطبيقية فهي كما يلي:

١. يسهم في مساعدة المؤسسة التشريعية من معرفة أوجه الثغرات والعيوب التي يشوبها قانون الأحوال الشخصية العراقي وبالنتيجة إصدار قوانين معدلة .
٢. يساعد في تسهيل مهمة القضاء، فحينما يعرف القاضي موضع الخلل في القانون إبتداءً، عندها يذهب مباشرة إلى مبادئ الشريعة الاسلامية لإيجاد الحكم المناسب استنادًا إلى الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وبذلك يكون قد وفّر لنفسه وقتاً وجهداً لقضية أخرى.
٣. يوفر مادة للجمعيات ومنظمات المجتمع المدني بشكل عام، والعاملين في مجال حقوق الأطفال بشكل خاص، تساعدها على الإحاطة بالثغرات الموجودة في المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي والمتعلقة بأحكام الحضانة، ومن ثم توعية المجتمع بها والسعي لتقديم مشروع قانون لغرض إجراء التعديلات اللازمة على المادة المذكورة.

حدود البحث:

١. المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي تناول موضوع الحضانة.
٢. الفقه الإسلامي الموروث من المذاهب الأربعة: المذهب الحنفي، المالكي، الشافعي، والحنبلي، الفقه الإسلامي المعاصر بما فيه قرارات المجامع الفقهية الإسلامية ودور الإفتاء.
٣. الاستفادة من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ وقانون الأسرة القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ وقانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ وذلك كون هذه القوانين حديثة وعصرية وحاولت الاستجابة لكافة القضايا المتعلقة بالحضانة في مجتمعاتهم.

منهجية البحث:

على ضوء عنوان البحث ومشكلته فإن الباحث سوف يستخدم المناهج التالية: