

من موسوعة الأحوال الشخصية

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

الحضانة ومسكن الحضانة

من له حق الحضانة - حكم تعدد المستحقين للحضانة - أثر زوال شرط من شروط الحضانة - الخلع على الحضانة - الصلح على الحضانة - مدة الحضانة - على من ترفع دعوى الضرر - جريمة عدم تسليم الصغير لمن له الحق على طلبه - أجر الحضانة - على من يجب أجر الحضانة - كيفية تقدير أجر الحضانة - استمرار الحاضنة وطفاًر المطلق على نفل مل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم يهين لهم المطلق المسكن المستقل المناسب - استرداد المطلق مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة - تهينة المطلق لصفاره طن مطلقه ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية.

الطبعة الأولى 2015-2016

دار محمد

9 شارع سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة

19 شارع بيرم التونسي - زينهم - السيدة زينب

ت : 23639556 - 23953301 - 23960443

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

اسم الكتاب: الحضانة ومسكن الحضانة

اسم المؤلف: محمد عزمي البكري

عدد الصفحات: 226 صفحة

الطبعة الأولى: 2015-2016

رقلم الإيداع: 2015/8872

الترقيم الدولي: 5 – 105 – 400 – 977 – 978

جميع حقوق التأليف والطبع والنشر محفوظة
للمؤلف، ودار محمود للنشر والتوزيع، ولا يجوز
طبع أو تصوير أو النقل الإلكتروني لأي جزء
من هذا المؤلف بأي طريقة كانت.



9 شارع سامي البارودي – باب الخلق – القاهرة

19 شارع بيرم التونسي – زينهم – السيدة زينب

ت: 23960443 – 23953301 – 01117997998

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً ۖ وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ
فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ ۚ كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ ﴾

صدق الله العظيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

هذا الكتاب (الحضانة ومسكن الحضانة) يتضمن شرحا فقهيا مسهبا وتعليقا بآراء الفقهاء وأحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والمحاكم الأخرى والفتاوى الصادرة من دار الإفتاء والمناقشات البرلمانية وتعليمات النيابة العامة. وأتمنى أن يكون هذا الجهد نافعا مثمرا.

والله ولي التوفيق

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكري

رئيس محكمة استئناف بنى سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقا)

(الموضوع الأول)

(الحضانة)

تعريف الحضانة - من له حق الحضانة؟ - ترتيب الاستحقاق في الحضانة -
الشروط الواجب توافرها في الحاضن - تنفيذ الأحكام الصادرة بنقل الحضانة -
الحضانة حق للحاضن والمحضون وما يترتب على ذلك من آثار.

1- تعريف الحضانة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما⁽¹⁾ فى اللغة: ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب⁽²⁾، وفى اصطلاح الفقهاء: التزام الطفل لتربيته والقيام بحفظه وإصلاحه فى سن معينة ممن له الحق فى الحضانة.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا الحضانة فى حكمها الصادر بتاريخ 1993/5/15 فى القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» (المنشور بالجريدة الرسمية العدد 22 «تابع» فى 1993/6/5) بأنها:

«وحيث إن الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التى لها الحق فى تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيئه وصيانته، ولأن انتزاعه منها - وهى أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبورا - مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نذرا، أو ينظر إليه شذرا».

كما عرفت فى حكمها الصادر بتاريخ 2004/12/19 فى القضية رقم 119 لسنة 21 قضائية «دستورية» بأن:

(1) حاشية ابن عابدين جـ3 ص555.

(2) وتستعمل لغة فى معنى آخر هو جعل الشيء فى ناحية.

يقال حضن الرجل الشيء أى اعتزله فجعله فى ناحية. (بدائع الصنائع جـ4 ص40).

«وحيث إن الحضانة - في أصل شرعتها - هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التي لها الحق في تربيته شرعا - إلى جناحها، باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها - وهي أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبورا - مضرة به، إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفة بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية لا تقيم للحضانة وما يتعلق بها تخوما لا يجوز تجاوزها، ومن ثم تعين أن تتحدد بما يكون لازما للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، وقد دل الفقهاء باختلافهم حول مسألة الحضانة على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، لكل وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحقيق الخير للصغير في إطار من الحق والعدل. وباستقراء أقوال الفقهاء يدل على أن اجتهاداتهم في شأن الحضانة متباينة، مدارها نفع المحضون».

2- من له حق الحضانة؟

الأصل في الحضانة أن تكون للنساء، لأن المرأة أقدر وأصبر من الرجل على تربية الطفل وأعرف بما يلزمه وأعظم شفقة عليه. ولما كانت الأم بطبيعتها أحن على وليدها من غيرها، فشفتها لا تعدلها شفقة وعطفها لا يقاربه عطف فقد جعلت في المرتبة الأولى من الحاضنات، وبهذا قضى الرسول عليه السلام وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد في ذلك.

فقد روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجرى له حواء وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال: «أنت أحق به ما لم تتكحى».

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته جميلة أم عاصم ابنه وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم، فكل منهما ادعى حضانتها لنفسه، فخاصمها عمر

بين يدي أبي بكر فقال له أبو بكر: «مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه» وفي رواية أخرى: «ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر»، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم ذلك. وفي رواية ثالثة أن النزاع كان بين عمر وجدة الغلام بعد أن تزوجت أمه، وأنه رآه في الطريق فأخذه، فلما ترافعا إلى أبي بكر قال: «ريقها ومسها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر».

فإذا ماتت الأم أو كانت غير مستوفية لشروط الحضانة انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من النساء الأقرب فالأقرب - كما سنذكر تفصيلا - لأن المحارم هن الأكثر شفقة على الصغير من غيرهم، والحضانة بنيت على الشفقة، وعاطفة الشفقة في النساء أوفر منها في الرجال فالقربة التي تكون من جهة النساء أعظم شفقة من القربة التي تكون من جهة الرجال.

فإن لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو وجدت ولكن لا تتوافر فيها شروط الحضانة، انتقل الحق في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء أو وجد غير مستوف لشروط الحضانة، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب الذي سيأتى ذكره.

أما إذا بلغ المحضون سنا معيناً، فإن حضانتهم تنتقل إلى الرجال، لأن الصغير في هذه الفترة يحتاج إلى تأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتعنيف، كما أن الصغيرة تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى.

وقد قضت محكمة النقض بان:

«المقرر لدى فقهاء الأحناف أن أولى الناس بحضانة الصغير أمه بالإجماع ولو كانت غير مسلمة لأنها أشفق وأقدر على الحضانة فكان دفع الصغير إليها نظر له والشفقة لا تختلف باختلاف الدين، غير أن الأم إن كانت غير مسلمة فإن الولد يؤخذ منها متى عقل الأديان وذلك بأن يبلغ سبع سنين لا فرق في ذلك بين الذكور والإناث أو يخشى عليه أن يآلف غير دين الإسلام قبل هذه السن».

(طعن رقم 200 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/14)

لذلك يجب فى هذا المجال تقسيم فترة الحضانة إلى قسمين :

القسم الأول :

ويبدأ منذ ولادة الصغير أو الصغيرة حتى يبلغ خمس عشرة سنة ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة وذلك وفقاً للقانون رقم 4 لسنة 2005.

القسم الثانى :

ويبدأ من تاريخ بلوغ الصغير أو الصغيرة أقصى سن حضانة النساء، المشار إليه سلفاً. والحضانة تكون فى هذا القسم للرجال. وقد جرى العمل على تسمية حضانة هذا القسم بالضم. ويطلق على الدعاوى التى يرفعها الرجل عند انتهاء أقصى مدة حضانة النساء بدعاوى الضم.

وقد ورد النص على ترتيب الاستحقاق فى الحضانة بالمادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1939 (المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985) ومن قبله بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 - المقضى بعدم دستوريته - فجرت فى فقرتها الأخيرة على أن:

«ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى: الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء، أو لم يكن منهن أهل للحضانة. أو انقضت مدة حضانة النساء، انتقل الحق فى الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب الآتى:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن أخ لأم، ثم العم ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال لأم».

وتعرض فيما يلى لترتيب الاستحقاق فى الحضانة للقسمين.

3- (أولا) : لترتيب الحاضنات فى القسم الأول :

- 1- الأم
- 2- أم الأم وإن علت.
- 3- أم الأب وإن علت⁽¹⁾.
- 4- الأخوات الشقيقات.
- 5- الأخوات لأم.
- 6- الأخوات لأب.
- 7- بنت الأخت الشقيقة.
- 8- بنت الأخت لأم.
- 9- الخالات الشقيقات.
- 10- الخالات لأم.
- 11- الخالات لأب.

(1) وترتبطا على ذلك قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية للأحوال الشخصية للولاية على النفس بتاريخ 1986/10/25 فى الدعوى رقم 290 لسنة 1986 كلى مستأنف بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الاستئناف فإنه طبقا لنص المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون 100 لسنة 1985 أن الحق فى الحضانة يثبت للأم ثم للمحارم من النساء مقدا فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتى: الأم فأم الأم وإن علت.... إلخ ما جاء بحكم هذه المادة ولما كان ما تقدم فإن الحكم المستأنف يكون قد أصاب وجه الحقيقة فيما انتهى إليه فى أسبابه من أن الجدة لأم «المستأنف ضدها» هى صاحبة الحق فى الحضانة وانتهائه تبعا لذلك إلى رفض دعوى الجدة «لأب المستأنفة» ومن ثم يكون قد بنى على أسباب سائغة تأخذ بها هذه المحكمة وتجعلها أسبابا لحكمها..... إلخ».

- 12- بنت الأخت لأب.
- 13- بنت الأخ الشقيق.
- 14- بنت الأخ لأم.
- 15- بنت الأخ لأب.
- 16- العمات الشقيقات.
- 17- العمات لأم.
- 18- العمات لأب.
- 19- خالات الأم الشقيقات.
- 20- خالات الأم لأم.
- 21- خالات الأم لأب.
- 22- خالات الأب الشقيقات.
- 23- خالات الأب لأم.
- 24- خالات الأب لأب.
- 25- عمات الأم الشقيقات.
- 26- عمات الأم لأم.
- 27- عمات الأم لأب.
- 28- عمات الأب الشقيقات.
- 29- عمات الأب لأم.
- 30- عمات الأب لأب.

ويلاحظ على هذا الترتيب للحاضنات ما يأتي :

- (1) أنه يطابق الترتيب المنصوص عليه في المذهب الحنفى والذى كان معمولاً به قبل العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، ومن قبله القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.
- (2) أن الحضانة قررت للأم في المرتبة الأولى ثم للمحارم من النساء مقدماً فيها من يدلى بالأم ثم من يدلى بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين⁽²⁾.

(2) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979.

- (3) تقديم الأقوى قرابة عند اتحاد القرابة والإدلاء بالأم، فقدمت الأخت الشقيقة على الأخت لأم، وقدمت العمة الشقيقة على العمة لأم.
- (4) تقديم مرتبة الجدات على مرتبة الأخوات، لأن قرابة الجدة بطريق الولاده فهي أقوى من قرابة الأخوات وهي قرابة حواشى.
- (5) أن الأخت - وإن كانت لأب - مقدمة على الخالة مطلقاً، لأن الأخت هي بنت الأم أو بنت الأب فهي أولى من بنت الجد.
- (6) أن تقديم الأخت من الأب على الخالة هو الراجح فى المذهب الحنفى.
- وفى المذهب رواية أخرى بأن الخالة هي التى تقدم على هذه الأخت، وقد قيل فى توجيه هذه الرواية أنه كانت لحمزة رضى الله عنه بنت فاخصم فيها عليا بن أبى طالب وأخاه جعفر وزيد بن حارثة عند رسول الله عليه السلام يقوم على: هي بنت عمى ويقول جعفر هي بنت عمى وخالتها عندى ويقول زيد: هي بنت أخت حمزة الذى آخيت بينى وبينه يا رسول الله، فقضى الرسول عليه السلام بها لخالتها وقال: «الخالة والدة»، فقالوا أن النبى عليه السلام سمي الخالة والدته، فتكون بمنزلة الأم وتقدم على الأخت من الأب.
- وسند الرأى الراجح أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الخالة فإنها بنت الأب والخالة بنت الجد وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب يكون عند التساوى فى الدرجة وليست الأخت والخالة فى درجة واحدة حتى تقدم الخالة عليها باعتبارها قرينة الأم.
- أما عن حديث الرسول «الخالة والدة»، فإنه يقتضى تقديم الخالة حتى على الأخت الشقيقة والأخت من الأم ولم يقل بذلك أصحاب المذهب ولأن لفظ «الخالة والدة» لا يفهم إلا على ما يقتضيه موضوع الخصومة وما ورد فيها من دعاوى، وليس فى المتخاصمين أخت لأب فالمراد بهذا اللفظ أنها أحق بالبنت من ابني عمها وهما على وجعفر ابنا أبى طالب⁽³⁾.
- 7- أن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما والعمة فرع الجدين أو أحدهما.

(3) الدكتور عبد الرحمن تاج - الشرعية الإسلامية فى الأحوال الشخصية - الطبعة الثانية سنة 1952 ص 451 وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى 757 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النص في الفقرة الخامسة من المادة 20 من القانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه «ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقداً فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي: الأم فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت.... إلخ» مما مفاده أن أحق النساء بحضانة الصغير أمه مادامت أهلاً للحضانة، وإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهل للحضانة انتقل حق الحضانة إلى أم الأم مهما علت، ثم إلى أم الأب وإن علت، وقدمت أم الأم على أم الأب في الحضانة مع تساويهما في درجة القرابة، لأن قرابة الأولى من جهة الأم، وقرابة الثانية من جهة الأب وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم، فالمنتسبة بها تكون أولى من المنتسب بالأب».

(طعن رقم 11 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/28)

4- حالة عدم وجود حاضنة من الحاضنات المذكورات بالبند السابق:

إذا لم توجد للصغير أو الصغيرة حاضنة من النساء المذكورات بالبند السابق، أو وجدت حاضنة لا تتوافر فيها شروط الحضانة، فإن الحضانة تنتقل إلى الأشخاص الآتي ذكرهم.

(أ) العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الميراث مع مراعاة

تقديم الجد الصحيح على الإخوة:

ويكون ترتيب هؤلاء كالاتي:

- 1- الأب.
- 2- الأخ الشقيق.
- 3- الأخ لأب.
- 4- ابن الأخ الشقيق.
- 5- ابن الأخ لأب.
- 6- العم الشقيق.
- 7- العم لأب.
- 9- عم الأب الشقيق.
- 10- عم الأب لأب.
- 11- ابن العم الشقيق.
- 12- ابن العم لأب.

وحق الحضانة يثبت لدى الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون ذكراً أو أنثى. أما إذا كان القريب غير محرم كابن العم، فلا يثبت له الحق في

حضانة الأنثى تحرزا عن الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانتها لها أو ضمها له بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة. فإن لم يكن للصغيرة من العصابات إلا ابن عم سقطت عنه الحضانة وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصابات، فإن لم يوجد أحد منهم سلمها القاضى لأمرأة ثقة أمينة. والذي يجرى عليه العمل فى جمهورية مصر أن الصغيرة فى هذه الحالة تسلم إلى دار من دور رعاية الأيتام⁽⁴⁾.

(ب) محارم الصغير من الرجال غير العصابات:

إذا لم يوجد أحد الحاضنين المذكورين فى بند (أ)، أو وجد ولكن لا تتوافر فيه شروط الحضانة، فإن الحضانة تنتقل إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات بالترتيب الآتى:

- 1- الجد لأم.
- 2- الأخ لأم.
- 3- ابن الأخ لأم.
- 4- العم (لأم)⁽⁵⁾.

(4) بدائع الصنائع ج4 ص42 - شرح فتح القدير ج4 ص370 - وقد جاء فى الدر المختار ما يفهم منه أن البنت تدفع إلى ابن العم إذا كانت غير مشتهة أو كانت مشتهة وكان هو أمينا عليها، وبالأولى إذا اجتمع الشرطان فكانت غير مشتهة وكان هو أمينا عليها، وعلى ذلك إذا كانت بنت سنة مثلا فلا مانع لأنها لا تشتهى إذ لا توجد الفتنة والحال كذلك إذا كان أمينا عليها وهى مشتهة لأن الفتنة لا توجد حيث توجد على الصغيرة المشتهة، ويرد على ذلك بأنه إذا ثبت لابن العم حضانة البنت وهى غير مشتهة بقيت عنده حتى تشتهى فتقع الفتنة والحد بين المرحلتين مختلف باختلاف الحالات وليس يسيرا فى كثير منها، فمن الأنسب أن يحسم الأمر من أصله فتمتنع حضانة ابن العم للبنت. «راجع حاشية ابن عابدين ج3 ص564 - الدكتور عبد العزيز عامر ص211 وما بعدها».

(5) وقد وردت هذه القرابة بالنص ومشروعه كما أقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب بأنها (العم) دون إضافة لفظ (لأم) ويبدو أن ذلك جاء نتيجة خطأ مادى أو مطبعى، لأن المعروف أن (العم) من العصابات وأن (العم لأم) من ذوى الأرحام، وقد وردت هذه =

5- الخال الشقيق.

6- الخال لأب.

7- الخال لأم⁽⁶⁾.

= القرابة صحيحة في نص المادة (20) من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.

(6) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1999/7/3 فى القضية رقم 164 لسنة 19 قضائية «دستورية» التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية ترتيب الحاضنات والحاضنين المنصوص عليه بالمادة (20) برفضها ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد 18 فى 1999/7/15 وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت 3 يوليو سنة 1999م الموافق 19 ربيع الأول سنة 1420هـ.

برئاسة السيد المستشار/ محمد ولى الدين جلال رئيس المحكمة
وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى، ومحمد على سيف الدين، وعدلى محمود منصور، ومحمد عبد القادر عبد الله، وعلى عوض محمد صالح وأنور العاصى.
وحضور السيد المستشار/ عبد الوهاب عبد الرازق.....

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد/ حمدى أنور صابر أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 164 لسنة 19 قضائية «دستورية».

المقامة من

- السيد/ أحمد حسن أحمد حسانين.

ضد

=

1- السيد/ رئيس الجمهورية.

- = 2- السيد/ رئيس مجلس الوزراء.
 3- السيد/ رئيس اللجنة التشريعية بمجلس الشعب.
 4- السيد/ وزير العدل.
 5- السيدة/ فتحية إبراهيم محمد.
 6- السيدة/ ابتسام زكى السيد أحمد.
 7- السيدة/ إيمان زكى السيد أحمد.
 8- السيدة/ هنادى زكى السيد أحمد.
 9- السيد/ بكر حسن أحمد حسانين.

الإجراءات

بتاريخ التاسع عشر من أغسطس سنة 1997، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طلبا للحكم بعدم دستورية نص الفقرتين الأولى والخامسة من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.
 وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم بعدم قبول الطعن بالنسبة إلى الفقرة الأولى من المادة 20 المشار إليها ويرفض الدعوى فيما عدا ذلك.
 وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.
 ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.
 حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد كل من المدعى والمدعى عليه التاسع الدعوى رقم 1874 لسنة 1996 أحوال شخصية «نفس» شبرا، ابتغاء القضاء بإلزامهما بتسليمها ابن ابنتها الصغير المشمول بحضانتها باعتباره ابن أخيها المتوفى وأثناء نظر تلك الدعوى دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية. وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع، وأذنت للمدعى بإقامة الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة.
 وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية الفقرة الأولى =

= من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929- المشار إليها- فأصدرت بجلستها المعقودة فى الخامس عشر من مايو سنة 1993 حكمها فى القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية هذا النص. وقد نشر ذلك الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ 1993/6/5. إذ كان ذلك، وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيا من أى جهة كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لذلك النص- وهى عينية بطبيعتها- تكون قد انحسمت وتغدو الدعوى- فى هذا الشق منها- غير مقبولة.

وحيث إن نطاق الدعوى- بهذه المثابة- أصبح منحصرًا فى الفقرة الخامسة من المادة (20) التى تنص على أن :

«... يثبت الحق فى الحضانة للأم، ثم للمحارم من النساء، مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى:

الأم، فأُم الأم وإن علت، فأُم الأب وإن علت فعمات الأب بالترتيب المذكور».

وحيث إن المدعى ينعى على هذا النص، مخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية، التى تعتبر الحضانة حقا للمحزون لا للحاضنة؛ وأنه ينبغى فى كل حال الاعتداد بمصلحته دون توقف عند ترتيب مجرد للحاضنات أو الحاضنين؛ وإنما بمراعاة أمانتهم وكفاءتهم، حتى لا تؤول الحضانة إلى مضیعة للصغير.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة، قد اطرء على أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى 22 مايو سنة 1980- يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل؛ وأن مؤداه ألا تتناقض تشريعاتها- ومن بينها القانون رقم 100 لسنة 1985- مبادئ الشريعة الإسلامية التى لا يجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثل ثوابتها- مصدرا وتأويلا- إذ هى عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها، أو بهما معا، إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا؛ ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، ومن ثم تتحصر دائرة الاجتهاد فيها على أن يكون هذا الاجتهاد واقعا دوما فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة، متحررا منهاج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفوس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن البين من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 المشار إليه أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى فى يد الحاضنة- سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو =

= الثانية عشرة أو بعدها- لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما، فإن عليه مراعاة أحوالهما، وتدبير أمورهما، وولايته عليهما كاملة؛ وإنما يد الحضانة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التي لا تحتمل التأخير كالعلاج والإحلاق بالمدارس بمراعاة إمكانات الأب. وأن ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبية وذوى الأرحام مأخوذ من فقه المذهب الحنفى، بما مؤداه أن أحكام الأهلية للحضانة- بوجه عام- يرجع فى شأنها إلى الأرجح من فقه ذلك المذهب.

وحيث إن الصغير تثبت عليه منذ مولده ثلاث ولايات؛ أولاها: ولاية التربية؛ ثانيتهما: الولاية على النفس؛ وثالثتها: الولاية على ماله. وتثبت الولايتان الأخيرتان- كأصل عام- للعصبية من الرجال. أما ولاية التربية، وهى الحضانة، فغايتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته التى لا يستغنى فيها عن النساء ممن لهن الحق فى تربيته شرعا. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحضانة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه، وأقدر على صيانتها، ولأن انتزاعه منها- وهى أشفق عليه وأوفر صبورا- مضرة به إبان هذه الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره. وقد وردت الآثار الصحاح بأن النساء أحق بالحضانة فى هذا الدور من حياة الصغير، فقد روى أن امرأة احتكمت إلى النبى ﷺ فى شأن حضانة صغيرها وقد أراد أبوه- مطلقها- أن ينزعه منها فقال لها الرسول الكريم: «أنت أحق به»؛ فلزم من ذلك أن تكون الحضانة للمحارم من النساء أولا؛ وأن تقدم قرابة الأم منهن على قرابة الأب؛ وهو ما توخاه النص المطعون فيه.

وحيث إنه ليس ثمة نص قطعى يقرر حكما فاصلا فى شأن ترتيب الحاضنات- بعد الأم- فيما بينهما؛ ومن ثم يكون باب الاجتهاد فى هذا النطاق- عن طريق الأدلة الشرعية العقلية والعقلية- مفتوحا، فلا يصد اجتهاد «اجتهادا أو يكتسب عصمة من دونه؛ ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه . وقد جاء بالأثر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وجدة ابنه «عاصم» - أم أمه- تتازعا بين يدى الخليفة أبى بكر الصديق رضى الله عنه على حضانته فأعطاه إياها، وقال للفاروق: «ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك». ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك. أما الفقهاء أصحاب المذاهب فقد اتفقوا على أن أم الأم- التى تدلى إليها مباشرة- تلى الأم فى ترتيب الحاضنات. فقد قال الحنابلة بثبوت الحضانة للأم ثم أمها ثم أمها وهكذا ثم الأب ثم أمهاته. والشافعية على أنه إذا اجتمع الذكور مع الإناث فقدم الأم على الأب =

5- حكم تعدد المستحقين للحضانة :

لم تبين المادة حكم تعدد المستحقين للحضانة، كأن يشترك اثنان أو أكثر في مرتبة واحدة مع استيفائهم شروط الحضانة، بأن يكون للمحزون خالتان شقيقتان أو عمتان شقيقتان مثلاً.

والرأى فى ذلك، هو الرجوع إلى المذهب الحنفى باعتباره المصدر التشريعى للنص.

والمخصوص عليه فى هذا المذهب، أنه فى حالة تعدد المستحقين للحضانة، قدم أصلهم لتربية الطفل، فإن تساوا فى الصلاحية فأورعهم، فإن تساوا فى الورع فأكبرهم سناً⁽⁷⁾ لأنه يكون أكثر تجربة من غيره.

6- ثانيا ترتيب الحاضنين فى القسم الثانى :

(1) العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

(راجع فى التفصيل بند 40/أ)

(2) محارم الصغير من الرجال غير العصابات، على الترتيب الوارد فى القسم الأول من الحضانة.

(راجع فى الترتيب بند 40/ب)

= ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة ثم بعدهن الأب ثم أمه ثم أم أمه وإن علت إذا كانت وارثة. ويرى الحنفية - ومعهم المالكية - أن أحق الناس بحضانة الصغير بعد أمه أمها وإن علت. وإذا كان هذا هو مانحاه النص الطعين، بما ارتآه محققا مصلحة الصغير - وعليها مدار الحضانة - مستلهما بذلك مقاصد الشريعة الكلية، دائرا فى فلك الأصول العامة لها؛ فإن النعى عليه بمخالفته للمادة الثانية من الدستور يكون حريا بالرفض.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى المصروفات، ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(7) الدكتور عبد العزيز عامر - الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فقها وقضاء - الطبعة الأولى سنة 1984 ص 204.

7- ترتيب الشارع لأصحاب الحق فى الحضانة أو الضم ملزم:

ترتيب الشارع لأصحاب الحق فى الحضانة أو الضم، ملزم لا يجوز الاتفاق على مخالفته، لأن الشارع جعل هذا الترتيب لصالح الولد فلا يصح أن يكون الترتيب بجعل الجاعل بل يلتزم ترتيب الشارع. وفى ذلك تختلف الحضانة عن الوصاية، لأنه وإن كان كلا منهما نوع من الولاية، إلا أن الوصاية ولاية على المال والحضانة ولاية على النفس، والولاية على المال دون الولاية على النفس، لذلك أجاز الشارع للأب أن يختار وصيا لأولاده القصر يقوم على شئونهم المالية بعد وفاته ولكنه لم يجز للأب أن يختار من يحضن ولده بعده⁽⁸⁾.

الشروط الواجب توافرها فى الحاضن:

يشترط فى الحاضن سواء كان من النساء أو العصابات من الرجال أو المحارم من الرجال غير العصابات، سواء فى القسم الأول من الحضانة أو فى القسم الثانى منها أى فى فترة الضم، أن تتوفر فيه الشروط الآتية:

8- الشرط الأول، أن يكون بالغاً:

يشترط فى الحاضن أن يكون بالغاً، لأن الحضانة من باب الولاية وغير البالغ ليس من أهل الولاية، ولأن غير البالغ لا يستطيع القيام بشئون نفسه فأولى أن لا يستطيع القيام بشئون غيره.

ويتحقق البلوغ للغلام بالاحتلام مع الإنزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب وللبنت بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل.

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنت طبقاً ل رأى أصحابين المفتى به فى المذهب الحنفى.

أما إذا لم يتحقق ذلك، فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة، وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجرى.

والمعتوه يأخذ حكم الصغير فقد أوضحنا فى الكتاب الأول أنه يعتبر فى حكم الصبى المميز طبقاً لما أخذت به محكمة النقض.

(8) الفوائد السنوية فى شرح النظم المسمى بالفرائد السنوية للكواكبى ج2 طبعة أولى ص456 -
نقض طعن رقم 1 لسنة 51 ق «أحوال شخصية» جلسة 1982/2/16 «غير منشور».

9- الشرط الثانى : أن يكون عاقلا :

فلا يجوز أن يكون الحاضن مجنوناً لأن الحضانة كما أوضحنا سلفاً من باب الولاية ولا ولاية للمجنون على غيره، والمجنون لا يستطيع القيام بشئون نفسه فأولى أن لا يستطيع القيام بشئون غيره.

ويستوى فى الجنون أن يكون مطبقاً أو منقطعاً، ولو كان الجنون المنقطع من القلة بحيث لا يأتى إلا ليوم واحد فى السنة لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونه فى أى وقت - وإن كان نادراً أو قصيراً - ويتأتى أن يكون الجنون من النوع الخطر فيضر بالولد، والحضانة مناطها صالحه، فيجب أن تتحرى فيها مظان هذا الصالح، وأن يبتعد به عن كل مظنة ضرر⁽⁹⁾.

10- الشرط الثالث : أن يكون قادراً على القيام بشئون الصغير :

فإذا كان الحاضن طاعناً فى السن أو مقعداً أو مشلولاً أو مريضاً مرضاً يشغله بنفسه عن غيره فلا يصلح لحضانة الصغير⁽¹⁰⁾.

وفى هذا قضت محكمة بندر المنيا للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ 1988/6/27 فى الدعوى رقم 105 لسنة 1987 بأن :

«وحيث إنه عن موضوع الدعوى ولما كان المقصود بالحضانة أنها تربية من لا يستقل بأموره مما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيراً مجنوناً أو معتوها والأصل فى الحضانة القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه

(9) الدكتور عبد العزيز عامر ص 235 - وقد جاء به أنه جاء فى نهاية المحتاج أن الجنون إن كان منقطعاً، لكنه قليل، كيوم فى سنة فإنه يتجه ثبوت الحضانة فى هذا اليوم. وفى التاج أن المنقطع مانع بحيث يخاف على الولد حين نزوله، مما يشعر بأنه لو لم يكن يخاف على الولد من الحاضن حتى نزوله فإن الحضانة تبقى له رغم جنونه المنقطع.

(10) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن :

«أطلعنا على السؤال ونفید أنه إذا كان الحال كما ذكر به لم يكن لأم أم الأولاد حق فى حضانتهم لانعدام قدرتها على حفظ الأولاد وتربيتهم وقد اشترط فى الحاضنة أن تكون قادرة على تربية الأولاد وحفظهم. وإذا لم يكن لها حق فى الحضانة كان الحق لمن يليها فى الحضانة إذا توافرت شروط الحضانة فيها والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 26 مايو سنة 1942)

وملبسه ومرقده والسهر على صحته ويشترط في مستحق الحضانة أن يكون لديه القدرة على القيام بمطالب المحضون من حفظه والقيام على مصالحه فلا حضانة لمن تقدم به السن لدرجة عدم القدرة على القيام بشأن نفسه وكذلك من أخفقه المرض الشديد ومنعه من القدرة على رعاية نفسه «يراجع الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، محمد سلام مذكور 1975 ص 480 وما بعدها - مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المستشار أحمد نصر الجندي الطبعة الثالثة 1986 ص 714 - 715 مبدأ 13» ولما كان ذلك وكان الثابت من إقرار المدعى عليها المؤرخ 1987/6/20م الموثق بالشهر العقاري أنها في سن متقدمة وقد أدركتها الشيخوخة ولا تستطيع القيام على شئون نفسها لمرضها وامرأة هذه حالتها لا يقال أنها قادرة على القيام بشئون غيرها وفي وسعها تربية الصغيرة وتعهدها والمحافظة عليها ومن ثم لا تكون أهلا للحضانة ويتعين على المحكمة أن تقضى برفض الدعوى».

وإذا كان الحاضن ممن يكثر خروجه من المنزل في النهار أو الليل بما يفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضن له، ولو كان خروجه لغير معصية كما لو كان محترفا كالمدرس أو المدرسة والطبيب أو الطبيبة، فإنه لا يكون قادرا على الحضانة⁽¹¹⁾، أما إذا عهد إلى آخر كقريب له أو خادم برعاية الصغير، أو سلمه إلى إحدى دور الحضانة لرعايته في فترات غيابه، فذلك لا ينفي قدرته على الحضانة لأن ليس معنى هذا الشرط بقاء الحاضن إلى جوار الصغير والصغيرة طيلة الوقت بل يكفي لتوافره وجود من ينوب عنه في ذلك بشرط أن يكون تحت إشرافه ومراقبته⁽¹²⁾.

(11) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ 3 ص 557 «قوله بأن تخرج كل وقت .. إلخ المراد كثرة الخروج، لأن المدار على ترك الولد ضائعا والولد في حكم الأمانة عندها ومضيع الأمانة لا يستأمن ولا يلزم أن يكون خروجها لمعصية حتى يستغنى عنه بما قبله فإنه قد يكون لغيرها، كما لو كانت قابلة أو غاسلة أو بلانة أو نحو ذلك».

(12) المستشار صلاح الدين زغو القضاء الجزئي في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين الطبعة الأولى سنة 1960 ص 206 وما بعدها.

وترتيباً على ذلك قضى بأن:

1- «إذا كانت الحاضنة قد أدخلت البنت داراً للحضانة في الوقت الذي تكون فيه مشغولة بعملها - حتى إذا عادت منه في المساء أحاطتها برعايتها وقامت على شئونها - فهي مستحقة للحضانة إذ المقرر فقها أنه لا يشترط أن تتوفر الحاضنة على خدمة الصغير بنفسها طول الوقت بل لها أن تباشر تلك الخدمة في بعض الأوقات بواسطة آخر كخادم أو امرأة ذات رحم محرم من الصغير أو دار للحضانة».

(الإسكندرية الابتدائية 1964/5/28 - الدعوى رقم 212 لسنة 1964 كلى

مستأنف)

2- «المدار في الحضانة هو نفع الصغير ورعاية مصالحه فكلما تحققت مصلحته لدى الحاضنة تثبت لها الحضانة بصرف النظر عن احترافها. فما كان الاحتراف ذاته جريمة تعاقب عليها المرأة بسقوط حقها في الحضانة خاصة وأن الإسلام لا يمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت - إنما إذا تعرضت مصلحة الصغير للضياع سقط حق الحاضنة في الحضانة - ولو كان انشغالها نتيجة لكثرة صلاتها».

(الإسكندرية الابتدائية 1964/5/28 - الدعوى رقم 212 لسنة 1964 كلى

مستأنف).

3- «.... ولا ينال من ذلك: ما أوردته (المستأنفة) من أنها (المستأنف عليها) لا تقدر على خدمة الأطفال فهو قول مرسل لم تقم دليلاً عليه وما أوردته من أن مستوى الأطفال العلمى يتدهور مما يدل على عدم رعاية المستأنف ضدها لهم فمردود عليه بما هو ثابت من الشهادات الصادرة من المدارس التي ينتمى إليها الأطفال، إذ ثبت بكل شهادة أن حالة الأطفال الدراسية تدعو إلى الاطمئنان مما يدل على حسن رعايتهم وتربيتهم.... الخ».

(شبين الكوم الابتدائية - 1986/10/25 - الدعوى رقم 290 لسنة 1986 كلى

مستأنف)

ولم يشترط الفقهاء في الحاضن أن يكون مبصراً. ولذلك لا يكون العماء نافياً لقدرة الحاضن على الحضانة في كافة الأحوال، وإنما يجب النظر إليه كأى مرض

من الأمراض، فإذا كان الحاضن قادرا على الحضانة رغم فقد البصر فإنه يكون أهلا لها، وإذا لم يكن قادرا عليها، فلا يكون أهلا لها والأمر فى ذلك متروك لتقدير القاضى.

والملاحظ أن عناية الله تجعل بعض من يصابون بالعمى أكثر حذقا ونشاطا من غيرهم ممن ينعم بالبصر⁽¹³⁾.

وبالترتيب على ذلك قضى بأن:

1- «القدرة على الحضانة مناطها أن تكون فى حالة تستطيع معها أن تقوم على رعاية الصغير وحضانتها ولا يشترط لذلك أن تكون بصيرة فإن العمى ليس من شأنه منع الحاضنة من واجب الحضانة ومن ثم فإن العمى بذاته ليس مانعا من الحضانة».

(المنيا الكلية بتاريخ 1957/1/9 - الدعوى رقم 13 لسنة 1957)

2- «إذا كان الزوج قد تزوج بزوجة وهى كفيفة ولم ير فى ذلك ما يمنع زواجه بها وإنجابها منها ورعايتها لابنيهما أثناء غيابه عن المنزل فى العمل فلا يجوز له بعد ذلك أن يدعى عدم صلاحيتها للحضانة - ذلك أن الأصل هو صلاحية الحاضنة - والكفيفة أهل للحضانة إن أمكنها حفظ المحضونة - ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج2 باب الحضانة».

(الإسكندرية الابتدائية بتاريخ 1964/10/27 - الدعوى رقم 596 لسنة 1964
كللى مستأنف)

(13) فقد جاء بالأشبه والنظائر لابن نجيم ص314 فى أحكام الأعمى: «هو كالبصير إلا فى مسائل... وأما حضانتها فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا، وإلا لا».

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«إن المنصوص عليه شرعا أن فقدان الأم المذكورة لبصرها لا يمنع من حضانتها لابنها المشار إليه مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه، لأن المدار فى حق الحضانة على مصلحة الصغير وحده، فمتى وجدت مصلحته وجد معها حق الحضانة فإذا فرض أن فقدان هذه الأم لبصرها يحول دون رعايتها مصلحة ابنها والمحافظة عليه لم تكن أهلا لحضانتها، وانتقل هذا الحق لمن يليها فيه شرعا وهى الجدة لأم، لأنها مقدمة على الجدة لأب. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله أعلم».

11- الشرط الرابع: أن يكون أمينا :

يشترط أن يكون الحاضن أمينا، فالحاضنة مثلا يجب ألا تكون فاسقة فسقا يضيع به الولد عندها، كما لو احترفت الدعارة أو السرقة أو نحوهما وتركت منزلها وتركت الولد كل الوقت أو معظمه دون رعاية، أما إذا كان الصغير لا يضيع عندها بأن استأجرت له من يرعاه تحت إشرافها كان لها حق الحضانة حتى يعقل الصغير، وقدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سبع سنوات، أو يخاف عليه أن يألف ما تفعله وإن لم يبلغ هذا السن فحينئذ يسقط حقها في الحضانة مراعاة لصالح الصغير الذي يخشى عليه من أن يتعلم منها الفجور فيشب مستمرنا الرذيلة دارجا عليها⁽¹⁴⁾.

وإذا كان فسق الحاضنة مستورا غير ظاهر ولا يشعر به المحضون ولا يترتب عليه إهمال فإنه لا يسقط حق الحضانة.

والأصل في الحضانة الأمانة وعلى من يدعى عكس ذلك إثبات ما يدعيه.

وقد قضت محكمة بندر المنيا الجزئية لأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ 1988/3/38 بأن:

«وحيث كان ما تقدم وكانت أوراق الدعوى خالية من أى دليل يثبت أن المدعى عليها غير أمينة غير أهل لحضانة صغارها من المدعى ولا يقدر فى ذلك ما جاء بأسباب الحكم رقم 1984/239 من أن المدعى عليها سيئة السمعة لأنها سمحت لأجنبى بدخول منزلها اعتمادا على أقوال شاهدهى المدعى اللذين قرر أحدهما أن المدعى عليها حسنة السمعة ثم عاد وقرر أنها سيئة السمعة ولما كان المقرر أن الأصل فى الحاضنة الأمانة والأهلية وعلى من يدعى عكس ذلك إثبات ما يدعيه فإذا ثبت من شهادة الشهود أن الحاضنة بغى عاهر تحترف البغاء علنا تكون غير أمينة على الصغير ويسقط حقها فى حضانتها لمصلحة

(14) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ 3 ص 557. «والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهمى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية» - راجع أيضا المستشار صلاح زغو ص 208.

المحضون ويشترط في الفسق الذي يمنع حق الحضانة أن يترتب عليه ضياع الصغير وقد نص الحنفية على أن الفاجرة التي اشتهر فسقها لا تصلح للحضانة وقد عرف الفقهاء الفاجرة بأنها التي يكون فجورها مضيعا للولد لأنه يخشى أن يتأثر الصغير بهذا السلوك وعلى هذا إذا كان الفسق مستورا غير ظاهر ولا يشعر به المحضون ولا يترتب عليه إهمال فإنه لا يسقط حق الحضانة وهذا ما استقر عليه التطبيق القضائي «يراجع الأحوال الشخصية نفس المستشار أحمد نصر الجندى 1987 ص 380، أحكام الأسرة في الإسلام - محمد سلام مذكور 1970 ص 483» ولما كان ذلك وقد عجز المدعى عن إثبات أن المدعى عليها من محترفات البغاء أو الفسق أو الفجور وأن مجرد دخول شخص منزلها في وقت ما لا يجعل منها عاهرا ويسقط حضانتها للصغار ومن ثم تكون الدعوى على غير أساس من القانون جدير بالمحكمة أن ترفضها»⁽¹⁵⁾.

واحتراف والددة الصغير التمثيل والرقص مسقط لحقها في الحضانة، لأنهما أى التمثيل والرقص، يخالفان تعاليم الدين الإسلامى السامية، وآدابه الحكيمة العالية⁽¹⁶⁾ ولأن ضم الصغيرة إلى أمها الراقصة يطبع صورا غير لائقة فى

(15) وقد قضت محكمة النقض بأن:

إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه لضم الصغير للمطعون ضدها الثانية بند أولا «أم الأب» على سند من عدم أمانة الأم الحاضنة على المحضون لعدم قدرتها على تربيته وصيانته لقيامها باصطحابه للسفر معها هى وشقيقتها دون علم أهلها ودون صلبة أمانة مما يُعد مخالفة لواجب شرعى ويتنافى مع الآداب الإسلامية وأن «أم الأم» المطعون ضدها الثانية بند ثانيا. لم تتمكن من إرشاد ابنتيها إرشادا صحيحا إلى ما يأمر به الدين الحنيف وأن «أم الأب» المطعون ضدها الثانية بند أولا هى التالية فى ترتيب الحاضنات وأنها صالحة للحضانة فى حين أن ما خلص إليه الحكم فى أسبابه لإسقاط الحضانة عن أم الأم غير كافٍ لحمل قضائه فى هذا الشأن إذ أغفل إيراد الحجج الواقعية لإسقاط الحضانة عنها رغم تقدمها على «أم الأب» فى الحضانة مما يعيبه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 27070 لسنة 29 ق «أحوال شخصية» جلسة 2011/2/8)

(16) مستأنف كلى مصر بتاريخ 1949/9/27.

ذاكرتها، لأن التمييز نوعان: تمييز يدرك فيه الصغير الأشياء، ويفهم عليها وأسبابها، وهذا في السابعة فما فوقها، وتميز ينطبع في ذاكرة الصغير فيه المرئيات ويتعلم عن هذا السبيل⁽¹⁷⁾.

ولا ينفي شرط الأمانة عن الحاضنة ارتكابها الفسق مرة واحدة، ما لم ير القاضي أنه يخشى على الصغير أن يتعلم منها ما تفعله. والأمر في ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع.

وليس تدين الحاضن شرطا لاستحقاق الحضانة، فإن غير المتدين أهل في الجملة للحضانة⁽¹⁸⁾.

والأمانة على المال فرع من الأمانة على النفس، إذ الأمانة كل لا يتجزأ، فإذا كان الحاضن غير أمين على مال الصغير فلا يجب إلى طلب ضمه، كما لو كانت هناك خصومة بين الحاضن والصغير على ملكية شيء مثلا.

ويشترط في الحاضن حتى يتصف بالأمانة ألا يكون فاسدا يفوت غرض الشارع من ضم الصغير إليه، وهذا الغرض ولا شك هو تخلق الصغير بأخلاق الرجال وتأدبه بآدابهم وقيام الحاضن بحماية المحضون ذكرا كان أو أنثى وصيانتة.

وعلى ذلك فالأب المعسر والذي لا صناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس لإحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسدا غير مأمون على ابنه الصغير⁽¹⁹⁾. وكذلك إذا سلك الأب طريق الأشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطرق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم ويسقط حقه في ضمهم إليه⁽²⁰⁾.

وكذلك تزول الأمانة إذا وجه الأب أولاده إلى حرفة دنيئة لا تتفق وحالته المالية والاجتماعية وعرف زمانه إذ أن الأب وإن كان حرا في الذهاب بأولاده

(17) القاهرة الابتدائية الشرعية في 20/11/1949.

(18) الأستاذ محمد أبو زهرة ص 407.

(19) الإسكندرية الشرعية بتاريخ 21/5/1933.

(20) المنيا الابتدائية بتاريخ 19/5/1954.

كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم إلا أنه مقيد فى ذلك بمصلحتهم وحالته وما جرى عليه العرف⁽²¹⁾.

ولا ينفى شرط الأمانة الحكم على الحاضنة منذ زمن طويل بالحبس لارتكابها نصبا وتبيدا لأن الحادثة لم تتكرر ولأن مثل هذه الجريمة على فرض إتصاف الحاضنة بها واعتبارها من الجرائم التى يتوارى صاحبها عن أعين الناس ويرتكبها خفية فإنه لا يخشى والحالة هذه من تأثر البنت بها، أو حصول ضرر لها منها.

أما إذا كانت هذه الجريمة تتكرر من الحاضنة وأصبح أمر ذلك ذائعا بين الناس، فإنه يخشى من تأثر البنت بها وحصول الضرر لها، وينتفى بالتالى شرط الأمانة فى جانب الحاضنة⁽²²⁾.

ولا يقدح فى أمانة الحاضن حصول إصابة للصغير من الغير خطأ مادام لم يثبت إهمال الحاضن أو تقصير ومادام أن مثل هذا الحادث لم يتكرر فإن ثبت التكرار والإهمال انتفت الأمانة.

وقد قضت محكمة السيدة الشرعية فى حكمها الصادر بتاريخ 1932/2/28 بأنه:

«لا يعتبر اصطدام الصغيرة بسيارة مطعنا على أهلية الحاضنة مادام مثله لم يتكرر لأن طبيعة سكنى المدن الكبيرة التى تعج بالناس والمليئة بآلات النقل من عربات وسيارات وترام وغيرها تعرض من فيها لمثل هذه الطوارئ.. وطروء هذه الحادثة لطفلة كانت تقف على مقربة من بيت أمها لا يعتبر إهمالا من أمها خاصة وأن لم يثبت أن مثلها قد تكرر لها».

وكذلك الحال فى الاعتداء العمدى من الغير فإن ثبت أن إهمالا ما لم يقع من الحاضن وأنه اتخذ جميع الإجراءات اللازمة لحفظ حق الصغير والتى يجب اتخاذها فى مثل هذه الحالات فإن ذلك لا ينال من أمانته.

(21) عابدين الجزئية الشرعية فى 1935/10/26.

(22) الخليفة الشرعية فى 1931/11/14.

وقضت محكمة الخليفة بتاريخ 13/5/1940 بأن:

«الحضانة هي تربية الصغير ورعايته في زمن مخصوص حسب ما جرى عليه العرف فإذا اعتدى شخص على عفة صغيرة وهي في طريقها إلى المدرسة في غفلة من الحاضنة التي سارعت إلى تبليغ النيابة بالحادث وزجت بالمتهم في السجن ليلقى جزاء فعلته الشنيعة فليس معنى هذا عدم أهليتها للحضانة إذ ليس معنى الحضانة حبس الصغير عند الحاضنة أو ملازمتها له أين سار»⁽²³⁾.

وتزول صفة الأمانة عن العاصب الذي يطلب حضانة الأنثى إذا كان يقيم معه أولاده بالعين غير محارم لها لأنه في هذه الحالة يخشى عليها الفتنة من إقامتها معهم الأمر الذي لا يكون فيه مصلحة لها. والأب المقيم بالخارج ليس له الحق في طلب ضم ولده المقيم مع أمه داخل البلاد لأن هذا الضم يسقط حقها في رؤيته⁽²⁴⁾.

الشروط الواجب توافرها في الحاضنة من النساء:

يشترط في الحاضنة من النساء أن يتوافر فيها بالإضافة إلى الشروط التي يجب توافرها في الحاضن بصفة عامة والتي عرضناها فيما تقدم شروط أربعة أخرى هي:

12 - الشرط الأول: ألا تكون متزوجة بغير ذي رحم محرم للصغير:

وهذا الشرط يقتضى أن تكون الحاضنة أما غير متزوجة، أو متزوجة بذي رحم محرم للصغير.

والشرط المذكور يجب تحقيقه سواء كان المحضون ذكراً أو أنثى. والمحرمية المقصودة هي المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعاً، فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنياً عن الصغير.

(23) راجع المستشار صلاح الدين زغو ص 215 وما بعدها.

(24) سوهاج الشرعية في 1946/4/29.

وسند ذلك حديث الرسول: «أنت أحق به ما لم تتكحى» فالحديث جعل لها حق الحضانة حتى تتزوج، وعند الزواج لا يكون لها هذا الحق. وكذلك إجماع الصحابة على أن الحضانة للأم حتى تتزوج فتسقط عنها، يدل على ذلك خبر عمر بن الخطاب في النزاع حول ابنه عاصم، فقد قال الصديق أبو بكر: أنها أحق به ما لم تتزوج وقد وافقه عمر على هذا الحكم وكان بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد ذلك، وعلى حكم أبي بكر سار القضاة لا يختلفون فيه زمانا ولا مكانا⁽²⁵⁾.

ومبعث هذا الشرط أن زوج الأم يكره صغير زوجته من غيره بحكم العادة فينظر إليه شزرا ويعطيه نذرا فتتعد نفسية الصغير ويقع عليه الضرر. وهذه الكراهية لا توجد في القريب ذى الرحم لوجود القرابة الباعثة على الشفقة. وتسقط الحضانة عن الحاضنة بمجرد التزوج ولو لم يدخل بها لأن حديث الرسول جاء مطلقا ولم يقيد بالدخول، ولأن الزوج بموجب العقد يملك أن يمنعها من الحضانة وهذا وحده يكفي لعدم استحقاقها، فضلا عن انشغالها عن الصبي بتهيئة نفسها للحياة الجديدة.

ولو طالقت الحاضنة من الأجنبي، فلا تعود إليها الحضانة إلا في عدة الطلاق البائن، دون الطلاق الرجعي لأن الزوجية قائمة في الطلاق الرجعي وولاية المطلق فيه باقية وهذا يؤثر في الحضانة فمن شأنه ألا تكون الحاضنة طليقة في رعاية شؤون المحضون.

وقد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أنه يرى ترك ما إذا كان زواج المرأة من غير ذى رحم محرم (أجنبي) ينفي عنها استحقاق الحضانة أم لا ينفيه، إلى تقدير القاضى، طبقا لما يراه محققا لمصلحة الصغير، لأنه قد يكون للصغير قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة مؤذية تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي وقد يكون له أولاد يخشى على

(25) راجع في هذا: شرح فتح القدير ج4 ص368 - بدائع الصنائع ج4 ص42 - حاشية ابن عابدين ج3 ص565 - الدكتور عبد العزيز عامر ص257 وما بعدها.

البنات منهم الفتنة لسكنائها معهم فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد⁽¹⁾.

وعلى هذا رأى سارت بعض أحكام المحاكم⁽²⁾، كما أخذت به محكمة النقض

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص565 - ونورد فيما يلى نص العبارات التى أوردها: «قلت:

«قلت: الأصوب التفصيل، وهى أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها

أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له أولاد يخشى على البنات منهم الفتنة لسكنائها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعها من أمه، لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد، وقد مر عن البدائع: لو كانت الأخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها أو مالها لا تسلم إليهم.

(2) فقد قضى بأن:

1- «إذا كانت البنات المحكوم بضمها فى الرابعة من عمرها ولا يوجد لها حاضنة من النساء سوى أمها المتزوجة بأجنبى فإن الضرر المتوقع بها من وجودها مع والدتها أخف وأقل بكثير من الضرر الذى يصيبها من وجودها فى بيت أبيها المتزوج الذى سيعهد بها إلى زوجته بحكم انشغاله بعمله طول النهار - ذلك لأن حق الأم فى الحضانة وإن سقط بزواجها بالأجنبى فقد يتعين للحضانة فى بعض الحالات (ابن عابدين ج2 صفحة 652)».

(الإسكندرية الابتدائية بتاريخ 1958/2/17 - الدعوى رقم 515 لسنة 1957 مستأنف)

2- «إنه وإن كان من المسلم أن تزوج الأم بأجنبى عن الصغير مسقطاً لحضانتها لأن زوج الأم من شأنه أن يعطى الصغير نذراً وينظر إليه شزراً، إلا أن القاضى يجب أن ينظر فى خصوص الوقائع ويحقق فى كل حالة مصلحة المحضون لأن مدار الحضانة على نفع المحضون: وقد تكون مصلحته فى حالات أن يبقى مع أمه ولا يسلم إلى عاصبه إذا كان بهذا العاصب ما يدعو إلى ذلك، لأن الضرر الأخف يتحمل فى سبيل دفع الضرر الأشد، وهذه قاعدة فى الأصول مسلمة. وفى هذا المعنى السابق يقول ابن عابدين فى حاشيته (جزء 3 ص880 طبعة سنة 1324هـ: «الأصوب التفصيل، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف=

النقض في حكمها الصادر بتاريخ 1985/3/19 في الطعن رقم 75 لسنة 53 ق
- أحوال شخصية - وقد جاء به أن:

«خلو الحاضنة من الزوج الأجنبي كشرط من شروط صلاحيتها للحضانة يخضع لتقدير القاضي فله أن يبقى الصغير في يدها إذا اقتضت مصلحته ذلك انقضاء لأشد الأضرار بالانكفاء بأخفها».

أما الحاضن من الذكور، فلا يسقط عنه الحضانة أن يكون متزوجاً بأجنبية عن المحضون⁽¹⁾.

13- الشرط الثاني: ألا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له :

يشترط في الحاضنة ألا تقيم بالمحضون مع من يبغضه، لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكناها عند من يبغضه ولو كان قريباً له يعرضه

= ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فقد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يخشى على البنات منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد».

(المنيا الابتدائية - الدعوى رقم 34 لسنة 1958 - جلسة 1958/6/22)

(1) وفي هذه أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1965/2/21 في الطلب رقم 39 لسنة 1965 بأن:

«المنصوص عليه فقها أن البنات إذا تجاوزت أقصى سن الحضانة .. وجب شرعاً ضمها إلى أقرب عاصب لها، ويجبر العاصب على ضمها إذا تعين - وبما أن الفتاة المذكورة قد تجاوزت أقصى سن الحضانة إذ أنها تبلغ من العمر حوالي العشرين عاماً، ووالدها على قيد الحياة، وهى تقيم معه بالمنزل فيسقط حق حضانة النساء عنها، لا يحق لواحدة من النساء ضمها إليها، ويكون الحق في ضمها حينئذ لوالدها شرعاً، بل يجبر الوالد على الضم إذا تعين، وزواج الأب من غير أمها لا يسقط حقه في هذا الضم، وإذا ضمت البنات إلى والدها وكانت تقيم معه ويقوم بالإنفاق عليها فعلاً فلا مقتضى لأن تطلب الحكم لها بنفقة عليه إذ إنها تقيم معه ويقوم بالإنفاق عليها فعلاً».

للأذى وإلحاق الضرر به. فقد يكون هناك نزاع بينه وبين قريبه على حق مالى كالميراث فيتمنى له القريب الموت حتى يستأثر بالميراث أو النصيب الأوفر منه⁽¹⁾.

ومن هذا القبيل أن تقيم جدة الصغير بالمحزون فى منزل زوج أمه الأجنبى.

وذهب ابن عابدين إلى أن توافر هذا الشرط يجب تركه لتقدير القاضى وفقا لما يراه محققا لمصلحة المحزون.

14- الشرط الثالث: ألا تكون الحاضنة مريضة بأحد الأمراض المعدية:

لم تشترط كتب المذهب الحنفى فى الحاضنة أن تكون خالية من الأمراض المعدية مثل البرص والجذام، غير أنه لما كان مدار الحضانة هو مصلحة المحزون، وهذه المصلحة تحتم ألا تحضنه حاضنة مصابة بأحد الأمراض المعدية، لأن احتمال انتقال العدوى إلى الصغير وارد للمخالطة بين الحاضنة والمحزون، وفى هذا ضرر بالغ به، ولم تشرع الحضانة لجعل الصغير فى أماكن الضرر.

وفى هذا قضت محكمة أسوان الشرعية بتاريخ 1938/5/25 فى الدعوى رقم 224 لسنة 1937 بأن:

«بالرجوع إلى كتب المذهب تبين أنها لم تشترط فى الحاضنة سلامتها من الأمراض المعدية إنما أوجبت توافر جملة صفات ترجع فى حقيقتها إلى المحافظة على مصلحة الصغير وتوفير راحته وصحته من نمو عقل الحاضنة وأمانتها وقدرتها على التربية وعدم زواجها بأجنبى قادرة على خدمة المحزون، ولا شك أن سلامتها من الأمراض المعدية ليست أقل من هذه الشروط وجوبا إن لم تكن أولى منها بالرعاية على أن المريضة بمرض معدى وإن كانت قوية

(1) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ1 ص65:

(سئل) فى حاضنة لولديها تزوجت بأجنبى ولها أم تريد أمها تربية الولدين فى بيت الراب زوج أم الولدين وأبوها لا يرضى بذلك فهل له منعها من ذلك: (الجواب) نعم لأن الراب وهو زوج أمهما أجنبى عنهما ينظر إليهما شزرا ويعطيتهما نذرا فتسقط الحضانة بتزوج غير الرحم المحرم وبالسكنى عند المبغض صرح بذلك فى البحر وغيره».

قادرة على خدمة المحضون فهي فى حكم العاجزة إذ يجب لحفظه أن تبعد عنه وذلك يسقط حقها فى الحضانة».

15- الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة:

يشترط فى الحاضنة ألا تكون مرتدة⁽¹⁾، لأن المرتدة تحبس عقوبة لها على الردة حتى تعود إلى الإسلام أو تموت، ومادام ذلك حالها فإنها تكون غير قادرة على الحضانة كما أنه ليس فى مصلحة الصغير إمساكها له.

وقد ذهب دار الإفتاء المصرية - بحق - إلى أن سقوط حق المرتدة فى الحضانة ليس لذات الردة بل لما يترتب عليها من الحبس بالفعل وعدم التفرغ للحضانة فإذا لم تحبس لم يكن ضرر على الصغير فى بقاءه عند الحاضنة فلا يكون هناك مقتض لزوال حق الحضانة عنها، أما إذا بلغ المحضون مبلغ من يعقل دينا بأن بلغ السابعة كما هو الشأن فى ولد الذمية المسلم أو خيف عليه أن يألف الكفر فإنه يسقط حقها فى حضانتها لتضرر المحضون من البقاء عند الحاضنة⁽²⁾.

(أنظر تفصيلا آخر فى البند التالى).

16- إسلام الحاضنة ليس شرطا للحضانة:

لا يشترط فى الحاضنة أن تكون مسلمة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية (يهودية أو مسيحية) أو وثنية أو مجوسية، سواء كانت هى الأم أو غير الأم، فلم يراع اتحاد الدين فى الحضانة لأن مبناها على الشفقة الطبيعية وهى لا تختلف باختلاف الدين⁽³⁾.

(1) رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ 1 ص 265.

(2) فتوى صادرة بتاريخ 6 يناير سنة 1931 - وقارن فتوى أخرى صادرة بتاريخ 1967/12/26 جاء بها: «... والمرتدة ليست أهلا للحضانة لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت، فلا تصلح لحضانة الطفل وتربيته ما بقيت على ردتها، ولأنها يرجعها عن الإسلام تكون مبغضة لدين الطفل المسلم، ولا تؤمن أن توجهه إلى غير الإسلام فينزع من يدها محافظة عليه... الخ».

(3) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1918/10/28.

غير أن حضانة غير المسلمة على المسلم تسقط في حالتين:

الأولى : أن يعقل الصغير الأديان، فإنه ينزع منها لاحتمال حدوث الضرر. وقدّر السن الذي يعقل فيه الصغير الأديان بسبع سنين لصحة إسلامه في هذه السن.

الثاني : أن يخاف على الصغير أن يألف غير الإسلام ديناً، وأن يعقل ديناً، كأن تأخذ الصغير إلى معابدها وكنائسها أو تعودته على شرب الخمر وأكل لحم الخنزير.

والسن التي يخشى فيها على الصغير من أن يألف غير الإسلام ديناً غير محددة. ويقول الأخصائيون في بحث أحوال الأطفال أن الطفل ينقش في ذهنه المرئيات والمسموعات انتقاشاً كاملاً في سن مبكرة قبل بلوغ السن التي يعقل فيها الأديان⁽¹⁾.

(1) فقد جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 61 «سئل فيما إذا أسلم يهودي ثم مات عن زوجة يهودية وبنتين منها عمر أكبرهما ست سنين وعن أب يهودي موسر ولم يترك الميت شيئاً فهل تكون حضانة بنتيهما لها حيث لم يعقلا ديناً ولا يخاف أن يألفا الكفر وتكون نفقتهما على جدهما. (الجواب) نعم حيث الحال ما ذكر والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ما لم يعقل ديناً فينبغي تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ نهر وإلى أن يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وإن لم يعقل ديناً بحر أ هـ ... الخ).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 11 صفر سنة 1357هـ - أبريل 1938م بأن:

«.... ثالثاً: قد نص الفقهاء أيضاً على أن الحاضنة غير المسلمة أحق بالولد المسلم ما لم يعقل الأديان بأن كان سنه سبع سنوات ولم يخف عليه أن يألف عقائد وعادات غير المسلمين فإن بلغ سنه سبع سنوات أو خشى عليه ما ذكر لم يكن للحاضنة غير المسلمة حق في حضانته حينئذ وكان الأمر في حفظه مفوضاً لرأى القاضى ما لم توجد حاضنة لا يترتب على حضانتها إياه شيء مما ذكر فصار الحاصل أن الولد المسلم إنما يحضنه من لا يخشى عليه منه لا في شخصه ولا في دينه ولا في خلقه وسلوكه. وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله أعلم».

(راجع أيضاً الفتوى الصادرة بتاريخ 1965/5/23 بناء على استفسار جريدة الطلبة العرب

بالاتحاد الاشتراكي العربي بكتابها رقم 236 المؤرخ 1965/5/15)

الشروط الواجب توافرها في الحاضن من الرجال :

يجب أن يتوافر في الحاضن من الرجال بالإضافة إلى الشروط الواجب توافرها في الحاضن بصفة عامة والتي عرضناها فيما تقدم شرطان آخران، وهما:

17- الشرط الأول: أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى :

إذا كان الحاضن من العصبات، وكان المحضون أنثى فإنه يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة، فإذا لم يكن كذلك سقطت عنه الحضانة، وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصبات فإذا لم يكن للأنثى حاضنا منهم سلمت لامرأة ثقة أمينة، وجرى العمل في جمهورية مصر على تسليمها في هذه الحالة إلى دار من دور رعاية الأيتام والسبب في ذلك هو التحرز من الفتنة لأن القرابة غير المحرمة يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانتها لها أو ضمه لها بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة.

(راجع في التفصيل بند 40).

18- الشرط الثاني: أن يكون متحدا مع المحضون في الدين :

يشترط في الحاضن العاصب أن يتحد مع المحضون في الدين، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين، لأن حق العاصب في الحضانة مبني على الميراث، ولا توارث مع اختلاف الدين، فلو كان للمحضون قريبان في درجة واحدة واختلفا في الدين يكون الحضانة لمن يوافق في الدين، ولو كان غير مسلم⁽¹⁾.

(1) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1916/8/6 بأن «... المنصوص عليه شرعا أنه إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد قاصر فإن الولد يتبع من أسلم منهما فيكون مسلما تبعا له متى كان الوالد مقيما في دار الإسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيما بها أو بغيرها ومتى انتهت مدة حضانة الغلام بأن بلغ سبع سنين يسلم إلى العصابة على ترتيب الإرث فيقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب. ولكن يشترط في العصابة اتحاد الدين فلا يسلم الولد لغير المسلم للعصابة المسلم ولا يسلم الولد المسلم للعصابة غير المسلم... الخ».

ولكن إذا ثبت أن الحاضن لم يغير دينه إلا من أجل استحقاق الحضانة مع استمرار تمسكه بديانته السابقة فإنه يجب رد قصده عليه وعدم إجابته إلى طلب الضم⁽¹⁾.

19- أثر زوال شرط من شروط الحضانة :

إذا ثبتت الحضانة لمن يستحقها ثم زال أحد شروطها، كأن مرضت الحاضنة بمرض معد فإن الحضانة تسقط عنها وتنتقل إلى من يليها في الحضانة، فإذا زال السبب الذي أدى إلى سقوط الحضانة، فإن الحضانة تعود إلى الحاضنة من جديد بزوال مانعها، وهذا ليس من قبيل عودة الساقط، حيث يقال أن الساقط لا يعود، لكن معناه أن حق الحضانة منع منه مانع، وبزوال هذا المانع يعود هذا الحق، كالقول بأن النفقة تسقط بالنشوز والولاية بالجنون ثم يعودان بزوال ذلك⁽²⁾.

وبالترتيب على ذلك قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ 15/3/1988 في الدعوى رقم 75 لسنة 1987 بأن:

(1) محكمة الأزبكية الجزئية الشرعية بتاريخ 1/5/1940.

(2) حاشية ابن عابدين ج3 ص566 - وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 6/4/1944 بأن:

«نفيد أنه قد جاء في الدر من باب الحضانة من الجزء الثاني نقلا عن البحر «وإذا أسقطت الأم حقها صارت كميته أو متزوجة فتنتقل للجدة» وعلق على ذلك ابن عابدين في رد المحتار بما نصه. أي تنتقل الحضانة لمن يلي الأم في الاستحقاق كالجدة إن كانت وإلا فلمن يليها فيما يظهر واستظهر الرحمتي أن هذا الإسقاط يدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل - انتهى - أي فهو كإسقاطها القسم لضررتها فلا يرد أن الساقط لا يعود لأن العائد غير الساقط بخلاف إسقاط حق الشفعة. ثم رأيت بخط بعض العلماء عن المفتي أبي السعود مسألة في رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها في الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ الجواب نعم لها ذلك فإن أقوى الحقيين في الحضانة للصغير ولئن أسقطت الزوجة حقها في تقدر على إسقاط حقه أبدا» انتهى من رد المحتار. هذا ولا فرق بين الجدّة والأم في هذا الإسقاط فكما للأم بعد الإسقاط أن ترجع كذلك الجدّة أم الأم إذا أسقطت حقها فلها أن ترجع لما علل به الرحمتي ما استظهره. وبهذا يعلم الجواب عن السؤال والله تعالى أعلم».

«وحيث إنه من المقرر شرعا أن حضانة الصغير ورعايته لوالديه لأنهما أقرب الناس إليه عادة وأقربهم شفقة وحنانا عليه فجعل الشارع الحكيم أمر رعايته وتربيته عليهما وجعل الأم أحق بحضانة الصغير في حياته الأولى لأنه بحاجة إلى خدماتها وهى أعظم صبورا عليه فى هذه المرحلة وليس للأب مثل شفقتها عليه فى تلك الفترة فإذا بلغ الصغير سن العاشرة أو الصغيرة سن اثنى عشر عاما انتهت حضانة الأم أو الحاضنة لهما لاستغنائهما عن خدمة النساء واحتياجهما إلى من يحافظ عليهما وتربيتهما والأب على ذلك أقوى وأقدر ولذا يسلم الصغير أو الصغيرة بعد بلوغهما سن الحضانة إلى الأب أو من يليه من العصبات فى حالة عدم وجود الأب لأن مدار الحضانة هو نفع المحضون فمتى تحقق نفعه وجب المصير إليه.

وحيث إنه إعمالا لما سلف ولما كان الثابت أن المدعية قد طلقت من زوجها الذى كان يحول دون حقها فى حضانة صغيرها وأنها الآن خالية من الزوج الأجنبى عن الصغير ومن ثم فإن حقها فى حضانتها لابنها يعود إليها طالما كان الصغير فى السن القانونى للحضانة».

كما قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2009/6 فى الاستئناف رقم 6571 لسنة 125ق بأن⁽¹⁾:

«وحيث إنه عن الموضوع فقد نصت المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل على انتهاء حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، وذلك لحاجة الصغير قبل هذه السن إلى رعاية أمه وحنانها وهو حق ثابت لها طالما توافرت الصلاحية لها ولم يتوافر فى جانبها سبب من أسباب مسقطات الحضانة من زواجها يعود إليها حق الحضانة طبقا لما ذهب إليه الأحناف من أن سقوط الحق كان بسبب الزواج، فمتى حصل الطلاق زالت علة سقوط الحضانة لقوله صلى الله عليه وسلم «أنت أحق به ما لم تتكحى». وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المستأنفة تزوجت بتاريخ 2007/7/11 من المدعو عاطف عبد الفتاح بيومى

(1) الموسوعة الماسية ص454.

وطلقت منه بتاريخ 2008/8/22 طبقاً لصورة إشهاد الطلاق طلبة الثالثة بائمة بينونة كبرى ومن ثم يكون للمستأنفة الحق فى حضانة نجلتها الصغيرة تقى لعدم بلوغها أقصى سن حضانة النساء مع استمرارها فى شغل مسكن الحضانة التى لم تنته وحيث إن الحكم المستأنف لم يلتزم بهذا النظر فإنه فيما قضى به من ضم الصغيرة تقى لحضانة المستأنف ضده الأول وتسليم مسكن الحضانة قد خالف أحكام القانون ويتعين إلغاؤه على النحو الذى سيرد بالمنطوق وتأبيده فيما عدا ذلك».

ويراعى أنه فى حالة طلاق الحاضنة من الزوج الأجنبى عن الصغير، لا يعود حق الحضانة لها إلا فى عدة الطلاق البائن دون الرجعى.

20- انتقال المفروض لنفقة المحضون بانتقال الحضانة:

إذا انتقلت حضانة الصغير إلى حاضنة أخرى فإن المفروض لنفقة المحضون ينتقل للحاضنة الجديدة، ولأخيرة المطالبة بنقل هذا المفروض لا طلب فرض جديد. وعلى هذا سارت أحكام المحاكم.

«بركة السبع الجزئية بتاريخ 1988/5/24 - الدعوى رقم 231 لسنة

1978 أحوال نفس - بندر شبيب الكوم الجزئية بتاريخ 1988/1/19 فى

الدعوى رقم 318 لسنة 1987 أحوال نفس، وبتاريخ 1988/6/21 فى

الدعوى رقم 144 لسنة 1987 أحوال نفس».

21- الحضانة حق للحاضن والمحضون:

الحضانة حق للحاضن والمحضون معا، فالمحضون صاحب حق فى أن يكون عند أمه أو فى حضانة النساء عموماً على الترتيب الذى أورده الشارع فى الفترة الأولى من حياته، إذ النساء أقدر على أمور الحضانة من الرجال فى هذه الفترة، وفى أن يكون عند أبيه أو عند العصابات على الترتيب الوارد بالنص فى فترة معينة، لأن الرجال فيها أقدر على التعليم والتثقيف، وأخذ الغلام بأخلاق الرجال، وحفظ البنت من السقوط فى هوة الفساد.

والحاضن صاحب حق فى الحضانة، لأن الشارع جعل له ذلك بنظام خاص سواء كان من النساء أو العصابات، فلا يجب أن ينازعه فيها أحد متى كان أهلاً لها،

ومصلحة الحاضن في أن يربي الصغير تربية قوية وأن يشب المحضون على الجادة، وأن يبتعد عما هو شائن، وأن يسير في الطريق السوي. وهذان الحقان متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصارا إلى التوفيق، وإن تعارضا قدم حق الصغير، لأن حق الصغير أقوى الحقين لأن مدار الحضانة نفع المحضون⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة قويسطنا الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ 1988/6/8 في الدعوى رقم 52 لسنة 1988 بأن:

«من المقرر شرعاً أن في الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب، وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلى التوفيق نظراً لمصلحة الصغير فإذا تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لأن مدار الحضانة على نفع الولد إذ الحضانة شرعاً هي تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معين ممن له الحق في حضنته ومدار الحضانة على نفع المحضون».

وهذا الحكم تظهر آثاره في بعض المسائل المتعلقة بالحضانة، والتي نعرض لها في البنود التالية:

22- لا يجوز لحاضنة أبعد في الترتيب أخذ الصغير من حاضنته:

يترتب على كون الحاضنة صاحبة حق في الحضانة، أنه لا يجوز لحاضنة أبعد في ترتيب المستحقات للحضانة أخذ الصغير من حاضنته، وكذا لا يجوز للأب أو العاصب في حالة عدم وجود الأب أخذ الصغير منها في فترة حضانتها له. ولا يجوز أيضاً لعاصب أبعد في الترتيب ضم المحضون طالما وجد عاصب أقرب تتوافر فيه أهلية الضم.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص559 - الدكتور عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب) - دار الفكر العربي ص199 وما بعدها - الأستاذ عمر عبد الله أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية سنة 1968 ص616.

23- لا يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى الحضانة إذا لم توجد حاضنة أخرى؛

يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى حضانة الصغير إذا وجدت حاضنة أخرى تتوافر فيها شروط الحضانة تحل محلها، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه، فإذا لم توجد حاضنة أخرى أو وجدت وامتنت فلا يجوز تنازلها وتجبر على الحضانة⁽²⁾.

وعلى هذا نصت المادة (387) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ جرت على أن: «إذا امتنت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنت فحينئذ تجبر إذا لم يكن لها زوج أجنبى».

24- يجوز للحاضنة الرجوع فى التنازل عن الحضانة؛

إذا تنازلت الحاضنة عن حضانة الصغير، فإنه يجوز لها الرجوع عن تنازلها وأخذ الولد - حتى لو صدر بتنازلها حكم - لأن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الحاضنة حقها فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبدا⁽³⁾.

(2) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج3 ص368.

(3) مجموعة رسائل ابن عابدين ج1 رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص265- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج1 ص58 وقد جاء بها: (سئل) فى حاضنة لصغار أسقطت حقها من الحضانة وتريد الآن أخذ الصغار وتربيتهم وهى أهل لذلك فهل لها ذلك. (الجواب) نعم قال فى التنوير ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيها أى فى الحضانة لها وفى شرحه وهذا الحكم مصرح به فى عامة الشروح والفتاوى. وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» بجلسة 15/5/1993.

فقد ذهبت إلى أن:

«.... ولولى الأمر بالتالى أن يقدر ما يراه خيرا للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه فى الحضانة لا يعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسى ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة=

25- الخلع على الحضانة:

إذا خالعت المرأة زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز والشرط باطل، لأن حق الولد يتعارض مع هذا الشرط، وتصحيح الشرط هنا فيه ضياع لحق الولد. وهي وإن ملكت إبطال حقها فلا تملك إبطال حق الصغير⁽⁴⁾.

26- الصلح على الحضانة:

إذا صالحت المرأة زوجها على إسقاط حقها في حضانة ولدها في مقابلة دين عليها، كان الصلح باطلاً، لأنه يترتب عليه إسقاط حق الصغير وهي لا تملكه.

27- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

تنص المادة 18 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح - مع علمه بها - بغير عذر مقبول رافضاً له.

= فيها، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها، بل إن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها...».

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 17/4/1920 بأن:

«.... ومن هذا يعلم أن إسقاط الزوجة المذكورة حقها في حضانة الإبن المذكور وتسليمها له في ذلك الوقت أي وقت الصلح لا يمنع من رجوعها في الحضانة وأخذ الولد لأنها بمطالبتها باستلام الولد لم تكن ممتنعة عن حضانتها والخلاف المذكور إنما هو فيما إذا امتنعت ولم تطلب وأما إذا طلبت فلا كلام في أن لها ذلك لأن الحضانة تثبت شيئاً فشيئاً فيصح الإسقاط في الكائن لا في المستقبل لأنها لا تقدر على إسقاطها على الدوام مراعاة لأقوى الحقين في الحضانة وهو حق الولد وبذلك يعلم أن الحكم الصادر من المحكمة فيما أسقطه من حق الحضانة إنما هو في الحق الكائن عند صدور الحكم وأما حق الحضانة المتجدد بعد ذلك فلا يسقط إلا بإسقاط جديد ولها حق المطالبة به ولا يسرى الحكم المذكور على ذلك الحق المتجدد فلا وجه لتنفيذه عليها في الحق المتجدد والذي لم يدخل تحت الحكم وهذا إذا كان الولد لا يزال في سن الحضانة».

(4) الدكتور محمد مصطفى شلبى أحكام الأسرة في الإسلام ص 754.

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم فيها إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً».

ومفاد الفقرة الأولى من المادة أن المحكمة تلتزم فى دعاوى الولاية على النفس كالحضانة والرؤية بأن تعرض الصلح على الخصوم ويعد من تخلف عن حضور جلسة صلح مع علمه بها بغير عذر مقبول رافضاً له. ويكفى لتحقيق علم الخصم بجلسة الخصوم إعلانه بها على يد محضر ولو تم الإعلان لغير شخصه طبقاً للقواعد العامة فى قانون المرافعات.

28- الأحكام والقرارات المطاوعة بتسليم الصغير واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة:

تنص المادة 65 من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أن: «الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة». وعلى ذلك فإن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير، تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة، ومن ثم لا مبرر للنص فى الحكم أو الأمر الصادر بالتسليم على شموله بالنفاذ المعجل بلا كفالة. (أنظر فى التفصيل البند التالى).

29- تنفيذ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير جبراً:

نصت المادة 66 من القانون (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن «يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات. ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ.

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك».

وجاء لفظ (وتسليمه) عاما، ومن ثم فهو يشمل تسليم الصغير إلى والدته أو إلى أى حاضنة أخرى.

فلو كان الصغير فى حضانة أمه ثم سقطت عنها الحضانة لسبب من الأسباب المسقطة لها، فحكم بانتقال الحضانة إلى حاضنة أخرى، فإن الحكم الصادر بنقل الحضانة يجوز تنفيذه جبرا.

ومفاد الفقرة الأخيرة من المادة 66 أنه يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا أى ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة ودخول المنازل.

ويتبع فى تنفيذ هذه الأحكام ما ينص عليه القانون من إجراءات. وتتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق الأوامر التى يصدرها قاضى التنفيذ⁽⁵⁾

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة على أنه يجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذ كلما اقتضى الحال ذلك.

والمقصود بإعادة التنفيذ، هو تكرار تنفيذ الحكم أى تنفيذه أكثر من مرة، كما لو هرب المحضون من حاضنته إلى من حكم ضده بتسليمه، فيجوز فى هذه الحالة للمحكوم لها أن تتقدم بطلب لإعادة تنفيذ الحكم مرة ثانية وهكذا⁽⁶⁾.

(5) وكانت المادة 345 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تنص على أن «تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ (حل محله قاضى التنفيذ) - (ويراعى ما أوردناه بالكتاب الأول بشأن التعديل الذى طرأ على كيفية تنفيذ أحكام الطاعة).

(6) وعلى هذا كانت تنص المادة 346 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) التى تقضى بأن: «يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة وكذا الحكم بتسليم الولد» والمقصود بالولد الذكر والأنثى.

30- إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير:

نصت المادة 69 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناف به ذلك».

ونفاذا لهذه المادة صدر بتاريخ 2000/3/6 قرار وزير العدل رقم (1087) لسنة 2000 بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناف به ذلك.

وقد نصت المادة الثانية منه على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع أو عدم استجابة للنصح والإرشاد يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر. ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ ونصت المادة الثالثة منه على أن يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة 66 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

وما ذكرته المادة الثالثة من القرار الوزارى منصوص عليه بالفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 66 من القانون رقم (1) لسنة 2000، ومن ثم لم يكن لهذه المادة ثمة مقتضى.

31- سلطة النيابة العامة فى تسليم الصغير مؤقتا:

النص القانونى:

المادة 70 من القانون رقم (1) لسنة 2000:

«يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى

سن حضانة النساء، أو طلبت حضانتها مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً مسبباً بتسليم الطفل إلى من تتحقق مصلحته معها.

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير.»

32- متى تجرى النيابة العامة التحقيق في منازعات الحضانة؟

تتدخل النيابة العامة بالتحقيق في منازعات الحضانة في حالتين:

الحالة الأولى:

أن تعرض عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء. والمقصود بذلك سن الحضانة الوجوبية للنساء وهي خمس عشرة سنة، أما بعد هذه السن فإننا نكون في مرحلة الحضانة الجوازية ولا شأن للنيابة العامة بها.

ومثال هذه المنازعة أن تتنازع والددة الطفل أو خالته - في حالة عدم وجود والدته - على حضانة الصغير مع والده.

الحالة الثانية:

أن تطلب حضانة الصغير مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك. ومثال ذلك أن يكون الصغير بيد أبيه فتطلب الأم تسليم الصغير إليها مؤقتاً تأسيساً على أنها صاحبة الحق في الحضانة.

33- إجراء النيابة العامة التحقيق:

تجرى النيابة العامة التحقيق في منازعة الحضانة بنفسها لأن المادة جرت على أن: «.... أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب.....الخ».

ويجوز لأي عضو نيابة إجراء التحقيق دون التقيد بدرجة معينة، لأن المادة اشترطت فقط صدور القرار في المنازعة من رئيس نيابة على الأقل، ولم تشترط ذلك فيمن يجري التحقيق.

34- إصدار القرار بتسليم الصغير:

تصدر النيابة العامة بعد إجراء التحقيق قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معه. فإذا رأت النيابة العامة مصلحة الصغير تتحقق بوجوده في يد أمه دون أبيه أمرت بتسليم الصغير إليها فالمصلحة وحدها هي مناط تسليم الصغير، ولو كان تسليمه لغير من له حق مرجح في الحضانة إذا ما عرض النزاع على المحكمة.

ويجب أن يصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، تقديرا لأهمية النزاع والقرار الذي يصدر بشأنه.

ويجب أن يكون القرار مسببا، وكفى تسببيه تسببا موجزا يظهر فيه وجه المصلحة في تسليم الصغير إلى من صدر القرار بتسليمه إليه. ويكون هذا القرار واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير⁽⁷⁾.

(7) قد أصدر السيد النائب العام بصدد المادة (70) الكتاب الدورى رقم (6) لسنة 2000 ننشره فيما يلى:

كتاب دورى رقم (6) لسنة 2000

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

مكتب النائب العام - مدير التفتيش القضائى

صدر قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (1) لسنة 2000 وبدأ العمل به اعتبارا من أول مارس سنة 2000، وقد نصت المادة 70 منه على أنه «يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير.

وفى ضوء ما تضمنته تلك المادة من أحكام ندعو السادة أعضاء النيابة إلى إتباع ما يلى: =

= أولاً: يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر في المنازعة قراراً وقتياً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها وذلك إلى أن تجرى التحقيق المناسب في هذا الشأن، وعلى أن يراعى عند إصدار القرار الأحكام الواردة بنص المادة (20) من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 في شأن حضانة الصغير.

ثانياً: يتولى أعضاء النيابة بأنفسهم إجراء التحقيق اللازم في المنازعات المشار إليها، مع العناية بأن يستظهر التحقيق سن الحضانة ومن له الحق فيها، ومن تتحقق مصلحته بتسليمه إليها، وذلك من خلال سماع أقوال طرفي النزاع والشهود ورجال الإدارة، ومناقشة الصغير إذا تطلب الأمر ذلك، وفحص المستندات والأوراق المقدمة في هذا الشأن وطلب تحريات الشرطة بشأن النزاع عند الاقتضاء. ويجب المبادرة إلى إجراء التحقيق المشار إليه فور عرض محضر الاستدلالات المحرر بشأن النزاع أو تقديم طلب الحضانة وإنجازه في أقرب وقت مستطاع.

ثالثاً: يرسل عضو النيابة الأوراق فور إعدادها للتصرف إلى المحامي العام للنيابة الكلية مشفوعة بمذكرة متضمنة القرار الوقتي المقترح إصداره في شأن تسليم الصغير إلى من رأى أن مصلحته تتحقق معها وأسانيده التي يركن إليها في ذلك ويصدر المحامي العام للنيابة الكلية - على وجه السرعة - قراره في هذا الشأن مسبباً، وذلك عدا المنازعات الواردة من النيابة الجزئية التي تقع في دائرة نيابة متخصصة للأحوال الشخصية، فترسلها إلى المحامي العام لنيابة الأحوال الشخصية لإصدار القرارات فيها. ويجب استطلاع رأي المحامي العام الأول لنيابة الاستئناف المختصة في الهام من تلك المنازعات قبل إصدار قرارات فيها.

رابعاً: يكون قرار المحامي العام في منازعة الحضانة واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة في موضوع الحضانة، ويجرى تنفيذ القرار بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة وفقاً لما نص عليه القانون.

خامساً: ينشأ بكل نيابة جزئية وبكل نيابة متخصصة للأحوال الشخصية دفتر يخصص لقيود منازعات حضانة الصغار، يجري القيد به بأرقام سلسلة تبدأ في أول العام الميلادي وتنتهي بنهايته، ويشمل القيد به - بحسب الأحوال - البيانات التالية: مسلسل - تاريخ ورود المحضر أو تقديم الطلب - تاريخ بدء التحقيق - تاريخ إرسال الأوراق إلى النيابة الكلية أو النيابة المتخصصة للأحوال الشخصية - تاريخ صدور القرار - منطوق القرار - إجراءات تنفيذه.

صدر في 2000/5/13

النائب العام المستشار

(ماهر عبد الواحد)

مدة الحضانة

35- (أ) مدة الحضانة في المذهب الحنفي:

الرأى فى المذهب الحنفى أن الغلام يكون منذ ولادته فى حضانة النساء أيا كانت الحاضنة أما أو غير أم، حتى يستغنى عن خدمة النساء بأن يشرب ويأكل ويستتجى وحده.

والمراد بالاستتجاء تمام الطهارة بأن يتطهر بالماء بلا معين، وقيل مجرد الاستتجاء، وهو التطهير من النجاسة وإن ولم يقدر على تمام الطهارة أى الطهارة الشاملة للوضوء.

وقدر الخصاف هذه السن بسبع وأساس هذا التقدير أن بلوغه هذه السن يغلب أن يشرب ويأكل ويستتجى وحده بدليل ما روى عن النبى عليه السلام أنه قال «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا»، والأمر بالصلاة فى هذه السن يقتضى قدرة الصغير فيها على الطهارة لأن الصلاة لا تكون إلا بها. وقدر أبو بكر الرازى هذه السن بتسع استنادا على الغالب فى نظره من أن الصغير لا يستغنى عادة عن خدمة النساء قبل هذه السن.

والفتوى فى المذهب على القول الأول.

أما البنت فهى أيضا تكون فى حضانة النساء أيا كانت الحاضنة أما أو غير أم، وتنتهى حضانة النساء لها - طبقا للرأى الراجح - إذا بلغت حد الشهوة⁽⁸⁾. وقدر البعض السن التى تبلغ فيها البنت حد الشهوة بإحدى عشرة سنة وقدرها أبو الليث بتسع سنوات، وهذا التقدير الأخير هو المفتى به فى المذهب⁽⁹⁾.

(8) وهذا رأى محمد وأبى يوسف، أما فى ظاهر الرواية، إذا كانت الحاضنة أما أو جدة لأم أو لأب وإن علت فإن البنت تبقى فى حضانتها حتى تحيض استنادا إلى أن البنت بعد أن تصل إلى الحد الذى تقوم به بمصالح بدنها تظل محتاجة إلى معرفة آداب النساء وأشغالهن مثل الغزل والطبخ والغسل والقيام على شئون المنزل والأم أقدر على ذلك فتبقى عندها بعد الاستغناء حتى البلوغ، والبلوغ يكون بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل على التفصيل الذى ذكر فى موضعه.

(9) البحر الرائق ج4 ص169 وما بعدها - ابن عابدين ج3 ص566.

فإذا بلغ الغلام سن السابعة وبلغت البنت سن التاسعة فإنهما يسلمان إلى أبيهما أو أقرب عاصب لهما على حسب ترتيبهم في الإرث، لتبدأ المرحلة الثانية من الحضانة والتي يطلق عليها (الضم)⁽¹⁰⁾. لأن الصغير في هذه الفترة يحتاج إلى تأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتعنيف، كما أن الصغيرة تحتاج إلى التحصن والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى.

وهذا الرأي الراجح في المذهب الحنفى هو الذى كان معمولاً به فى مصر قبل العمل بالمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.

36- (ب) مدة الحضانة فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 :

نصت المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - عند صدوره - على أن: «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك»⁽¹¹⁾.

(10) وإذا اختلفت الحاضنة مع الأب، فإن القاضى ينظر فى حالة الصغير فإن ثبت له أنه يشرب ويأكل ويستتجى وحده كان مستغنيا عن خدمة النساء، ولكن القاضى لا يحلف أحدهما لأن اليمين للكنول ولا يملك أحدهما إبطال حق الولد من كونه عند أمه قبل السبع وعند أبيه بعدها.

(11) وقد طعن أمام المحكمة العليا بعدم دستورية هذه المادة وقضت المحكمة العليا برفض الدعوى (الدعوى رقم 10 لسنة 5 قضائية عليا (دستورية) - جلسة 1976/7/3). وننشر فيما يلى الحكم بأسبابه كاملة:

الوقائع

أقام المدعى عليه الثانى الدعوى الجزئية رقم 149 لسنة 1971 باب شرق للأحوال الشخصية «للولاية على النفس» بطلب الحكم بضم صغيريه مصطفى وفاطمة الزهراء إليه لبلوغهما أقصى سن حضانة النساء، وقد قضت له المحكمة بما طلب، وأقيم هذا القضاء حسبما ورد فى أسبابه على بلوغ الصغيرين أقصى سن حضانة النساء المنصوص عليه فى المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وهو تسع سنين للصغير وإحدى عشرة سنة للصغيرة، وعلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة وهو المذهب الواجب تطبيقه نزولاً على حكم المادة 280 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

= وقد استأنفت المدعية هذا الحكم طالبة القضاء بإلغائه موضوعا والحكم برفض الدعوى، ودفعت أمام المحكمة الاستئنافية بعدم دستورية المادة 280 من اللائحة سאלفة الذكر والمادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المشار إليه، فقررت هذه المحكمة بجلسة 17 من أبريل سنة 1974 تأجيل نظر الاستئناف لجلسة 5 من يونيه سنة 1974 حتى تقيم المدعية الدعوى بعدم دستورية هاتين المادتين أمام المحكمة العليا. وبصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 25 من مايو سنة 1974 أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم بعدم دستورية المادتين سالفتي الذكر لمخالفتها المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع» والفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التي تنص على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين»....

وقد أودعت الحكومة مذكرة بجلسة 27 من مارس سنة 1975 تحضير دفعت فيها - أصليا - بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لانعدام مصلحة المدعية فى هذا الطعن، وطلبت - احتياطيا - رفض الدعوى برمتها موضوعا.

وقد قدمت هيئة مفوضى الدولة تقريرا انتهت فيه إلى أنها ترى الحكم بقبول الدعوى شكلا وبرفضها موضوعا وإلزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة. وقد نظرت الدعوى بجلسة 3 من أبريل سنة 1976 حيث أجلت لجلسة أول مايو سنة 1976 ثم لجلسة 5 من يونيو سنة 1976 ثم أرجئ النطق لجلسة اليوم وفيها صدر الحكم الآتى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع الإيضاحات، وبعد المداولة.

من حيث إن الدعوى استوفت الأوضاع المقررة قانونا.

عن الدفع بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

من حيث إن مبنى هذا الدفع انتفاء مصلحة المدعية فى الطعن، وتقول الحكومة فى بيان ذلك أن المادة المذكورة تنص على أن «تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد»، ويستفاد من هذا النص أن الشارع يفرق فى شأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المنازعات التى شرع لها قواعد خاصة نص عليها فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو فى قوانين خاصة وبين تلك =

= التي لم يشرع لها مثل هذه القواعد، فأوجب الفصل فى الأولى وفقا لما شرع من قواعد، وأوجب الفصل فى الثانية وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، ولما كان الشارع قد شرع للمنازعات المتعلقة بضم الصغير إلى عاصبه قاعدة خاصة ضمنها نص المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، فإن هذه القاعدة دون سواها تكون هى الواجبة التطبيق فيما ثار بين المدعية وبين المدعى عليه الثانى فى الدعوى الموضوعية حول ضم الطفلين، ومن ثم تنتفى مصلحة المدعية فى الطعن فى المادة 280 من اللائحة سالفة الذكر فيما نصت عليه من وجوب الفصل فى المنازعات التى لم يرد فى شأنها قواعد خاصة طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة.

ومن حيث إن هذا الدفع غير سديد ذلك أن المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية إذ اقتصر نصها على أن «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إن تبين له أن مصلحتهما تقتضى ذلك» تكون قد اقتصرت فى شأن أحكام الحضانة على تقنين حكم يتعلق - فحسب - بتحديد أقصى سن حضانة النساء للصغير، ولما كانت المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد أوجبت الفصل فيما لم يرد فى شأنه قاعدة خاصة فى هذه اللائحة أو فى قوانين الأحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فإن مفاد ذلك أن ما لم يتناوله نص المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 من أحكام الحضانة كمقومات الحضانة وشروطها ومسقطاتها يبقى محكوما بأرجح الأقوال فى هذا المذهب، وإذ كانت المدعية تستهدف بالدعوى الدستورية استبعاد المذهب الحنفى أصلا من مجال التطبيق القضائى فى منازعات الحضانة توصلا إلى الحكم برفض دعوى الضم المقامة عليها أمام محكمة الموضوع فإن مصلحة المدعية فى الطعن فى المادة 280 من اللائحة المذكورة تكون قائمة ومن ثم يكون الدفع غير قائم على أساس متعينا رفضه.

عن الموضوع:

أولا- بالنسبة إلى الطعن فى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

من حيث إن المدعية تنعى على هذه المادة أولا مخالفة نصين من الدستور أولهما نص المادة الثانية التى تنص على أن «الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع» والثانى نص الفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التى تنص على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية» وذلك للأوجه الآتية:

الوجه الأول:

أن المادة الثانية من الدستور إذ نصت على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع، فإنها تعنى توجيه المشرع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر كلى ينظم=

= كافة المذاهب الفقهية على السواء، دون التقيد بمذهب معين من تلك المذاهب أو بأرجح الأقوال فيها، وإذ كانت المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على إلزام القضاء التقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة دون سواه، وكان هذا التقيد مما لا يملكه ولى الأمر فإنها تكون قد خالفت المادة الثانية من الدستور.

الوجه الثانى:

أن إلزام القضاء التقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية من شأنه إغلاق باب الاجتهاد وتجميد الشريعة السحاء، مع أن الاجتهاد واجب على أهل كل زمان.

الوجه الثالث:

أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الدستور إذ نصت على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين....» إنما قصدت أن تهيمن على تنظيم الأسرة مبادئ الشريعة الإسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول، لا أن يهيمن على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى.

ومن حيث إنه بالنسبة إلى ما تنعاه المدعية - فى الوجه الأول من أوجه الطعن فى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وحاصله مخالفة تلك المادة لنص المادة الثانية من الدستور، فهو مردود بأن هذه المادة تقضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع - فهى تستهدف توجيه الشارع إلى استلهاهم قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أما تخير المشرع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب وإلزام القضاء التقيد به - فهو من المسائل التى يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه فى تقديره، وليس صحيحاً ما تقوله المدعية من أن ولى الأمر لا يملك تقيد القضاء بمذهب دون سواه، إذ يسوغ للشارع - بما له من سلطان - أن يجمع الناس على رأى واحد يرفع به الخلاف ويقيد به القاضى كى ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه لأن طاعة ولى الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية، وأساس هذا الجمع هو تفسير تعريف القاضى والمتقاضى على السواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد، تحقيقاً لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وإرساء للحق والعدل والمساواة، وعلى أساس هذا النظر أصدر المشرع الأمر العالى المؤرخ فى 27 من مايو سنة 1897 مشتملاً على اللائحة الأولى لترتيب المحاكم الشرعية متضمنة تقنيناً تشريعياً لبعض الأحكام الشرعية، وقد نص فى المادة 280 من تلك اللائحة على وجوب صدور الأحكام فيما لم يرد فى شأنه نص فيها - وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة وبمذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر، ثم أصدر القانون رقم 25 لسنة 1920 فى شأن النفقة والمفقود والتقريق =

= بالعيب، والمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 فى شأن الطلاق والشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر ولغيبية الزوج أو لحبسه وتحديد أقصى سن لحضانة النساء للصغير، ثم استعاض عن اللائحة المشار إليها باللائحة الجديدة للمحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 التى تتضمن تقنيناً تشريعياً لبعض أحكام الأحوال الشخصية أخصها ما يتعلق بسماع الدعوى عند الإنكار (المادتان 98 و99)، وبالأدلة الخطية (المادة 137)، وبالشهادة (المادتان 119، 181) وقد نصت المادة 280 منها على وجوب صدور الأحكام فيما لم يرد فى شأنه نص فى هذه اللائحة أو فى قوانين الأحوال الشخصية وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة، ثم قنن الشارع بعض الأحكام الشرعية الأخرى بتشريعات عدة منها القانون رقم 77 لسنة 1943 فى شأن المواريث، والقانون رقم 71 لسنة 1946 فى شأن الوصية، والمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال ثم أبقى الشارع على نص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فلم يتناوله بالإلغاء ضمن ما ألغاه من نصوصها بالقانون رقم 452 لسنة 1955 الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية - وعلى مقتضى ذلك كله يتعين رفض هذا الوجه من أوجه الطعن.

ومن حيث إن ما تتعاه المدعية - فى الوجه الثانى من أوجه طعنها فى المادة 280 من اللائحة المذكورة وحاصله «إن إلزام القضاء التقيد بمذهب دون سواه من مذاهب الشريعة الغراء من شأنه إغلاق باب الاجتهاد» - مردود بأنه فضلاً عن أن ذلك الوجه لا ينطوى على مخالفة لنص من نصوص الدستور فإن هذه المادة لا تغلق باب الاجتهاد بل إنها إذ تنص على وجوب إصدار الأحكام - فيما لم يرد فيه نص وضعى - وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - تكون قد تركت للقاضى باب الاجتهاد مفتوحاً لاستظهار أرجح هذه الأقوال، وليس من شأن هذه المادة منع الشارع من أن يستلهم من المذاهب الأربعة ومن غيرها من المذاهب الأخرى - ما يراه ملائماً لزمانه وبيئته، ولم يغيب هذا المعنى عن الشارع، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أنه «من السياسة التشريعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لمعالجة الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجاً من الضيق ... وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام». ومن حيث إنه عن الوجه الثالث من أوجه الطعن فى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وحاصله أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الدستور إذ نصت =

= على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين...» فأنها تعنى أن تهيمن على تنظيم الأسرة مبادئ الشريعة الإسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول لا أن يهيمن على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى - هذا القول مردود بأن ذلك النص الدستورى إنما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع، فهو يتضمن توجيه الأسرة إلى الاعتصام بالدين والتزام أوامره ونواهيه ولا شأن له به بدستورية القوانين.

ثانياً: بالنسبة إلى الطعن فى المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 فى شأن تحديد أقصى سن لحضانة النساء للصغير:

من حيث إن المدعية تنعى على هذه المادة مخالفة المادة الثانية من الدستور التى تنص على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع». وبيان ذلك أن المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 سالفة الذكر إذ أقرت ضمناً ما أمرت به المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من صدور الأحكام فى سائر منازعات الحضانة - عدا ما تضمنته من تحديد أقصى سن حضانة النساء للصغير - وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة تكون - بدورها - قد خالفت هذا النص الدستورى لذات الأسباب التى أقيم عليها الطعن فى المادة 280 من اللائحة.

ومن حيث إن هذا القول مردود بما سلف بيانه من أسباب فى شأن الرد على ما أثارته المدعية من أوجه الطعن فى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ومن حيث إنه يخلص من كل ما تقدم أن المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ نصت على أن «تصدر الأحكام طبقاً للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقاً لتلك القواعد» وأن المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إذ نصت على أن «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك» لا تكون أيتهما مخالفة للدستور، ومن ثم تكون الدعوى غير قائمة على أساس متعينا رفضها موضوعاً وإلزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم قبول الدعوى، وفى الموضوع برفض الدعوى وألزمت المدعية المصروفات ومبلغ ثلاثين جنبها مقابل أتعاب المحاماة وأمرت بمصادرة الكفالة.

وجاء بالملذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون المذكور ما يأتي :

«جرى العمل إلى الآن على أن حق الحضانة ينتهى عند بلوغ الصغير سبع سنين وبلوغ الصغيرة تسعا وهى سن دلت التجارب على أنها قد لا يستغنى فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان فى خطر ضمهما إلى غير النساء خصوصا إذا كان والدهما متزوجا بغير أمهما، ولذلك كثرت شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت.

ولما كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة وقد اختلف الفقهاء فى تقدير السن التى يكون عندها الاستغناء بالنسبة للصغير فقدرها بعضهم بسبع سنين وبعضهم قدرها بتسع وقدر بعضهم بلوغ حد الشهوة بتسع سنين وبعضهم قدره بإحدى عشرة. رأت الوزارة أن المصلحة داعية إلى أن يكون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع فإن رأى مصلحتها فى بقائها تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير وإحدى عشرة فى الصغيرة وإن رأى مصلحتها فى غير ذلك قضى بضمهما إلى غير النساء».

ومفاد ما تقدم أن المرسوم بقانون المذكور، جعل مناط إبقاء الصغير فى يد حاضنته حتى التاسعة فى استغنائه عن خدمة النساء، ومناط إبقاء الصغيرة فى يد حاضنتها حتى إحدى عشرة سنة هو عدم بلوغها حد الاشتهااء، والقاضى هو الذى يستخلص ذلك من وقائع الدعوى وأدلتها وقرائنهما.

37- حكم المذهب الحنفى بعد انتهاء حضانة النساء :

المقرر فى المذهب الحنفى إذا انتهت مدة حضانة النساء، فإن المحضون يضم لأبيه أو لأقرب عاصب حسب له بالترتيب المذكور سلفا إذا كان الأب غير أهل لإمساك الصغير أو إذا لم يكن موجودا، لأن الصغير فى هذه الفترة يحتاج إلى تأديب والتخلق بأداب الرجال وأخلاقهم والأب أقدر على التأديب والتعنيف، كما أن الصغيرة تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى.

أما إذا كان المحضون أنثى فإنها لا تضم إلى العاصب غير ذى الرحم المحرم كابن العم كما أوضحنا تفصيلاً في موضعه.

ولا خيار فى هذا للأب أو من يليه من العصابات، فإذا امتنع عن ضم المحضون أجبر على ذلك رعاية لمصلحة الصغير والصغيرة ولأن هذا حقهما الثابت لهما شرعاً فلا يملك أحد تفويت حقهما وإسقاطه (البحر الرائق جـ 4 ص 171 - عمر عبد الله ص 623).

ويجوز للحاضنة رفع دعوى أمام المحكمة المختصة تطلب فيها إلزام الأب أو أقرب عاصب - عند عدم وجود الأب - بضم المحضون إليه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«طلب ضم الصغير لبلوغه السن الذى يستغنى فيه عن خدمة النساء. الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بق رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985. طلب جديد. اختلافه فى الموضوع عن طلب الضم المؤقت المنصوص عليه بالفقرة الثالثة من ذات المادة. أثر ذلك. عدم قبول هذا الطلب أمام محكمة الاستئناف (م 321) من مرسوم بق 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية».

(طعن رقم 215 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/5/17)

ويتحقق ذلك فى ظل سن الحضانة المحدد بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1985 إذا بلغ الصغير سن العاشرة أو بلغت الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة) ولم يأذن القاضى بإبقائها فى يد الحاضنة.

ولا خيار فى ذلك - عند الأحناف - للصغير أو للصغيرة لأن قصور عقلها يجعل اختيارهما لمن عنده اللعب، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا (حاشية ابن عابدين ج 3 ص 567 وما بعدها).

وقضى هذا قضاة محكمة بظدر شلبيين الظلوم الجزئية بقتاريخ

1982/3/29 فى الدعوى رقم 159 لسنة 1986 بأن:

«..... لأن مدار الحضانة هو نفع الصغير فمتى تحقق وجب المصير إليه دون الأب أو الأم لأن أخذ الصغير بعد بلوغ السن القانونية للحضانة ليتخلق

بأخلاق الرجال والتعود بعاداتهم أنفع وأجدى له كما أن نفع الأنثى أن يحافظ عليها عاصبها أبا أو غيره ويوجهها التوجيه الصحيح ويدفع عنها عبث العابثين خاصة وأنها في هذه السن ليست لها خبرة بالحياة ولا بتقدير الأمور في عصر عم فيه الفساد، ولذلك إذا تحقق للقاضي هذا النفع للصغير أو الصغيرة وجب أخذهما به والعمل على تحقيقه رضىت الحاضنة أم أبت رضى الصغير أم أبى وفقا لرأى الأحناف....الخ».

38- (ج) مدة الحضانة فى القانون رقم 100 لسنة 1985 :

نصت المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن :

«ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك...الخ»⁽¹²⁾.

(12) وهذا النص يطابق المادة (20) بعد استبدالها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا برفض الدعوى التى رفعت بطلب القضاء بعدم دستورية هذا النص وذلك بتاريخ 1993/5/15 فى القضية رقم 7 لسنة 8 «قضائية دستورية» وقد جاء به:

«وحيث إن المدعى ينعى على الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 بعد تعديلها بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - المشار إليه - مخالفتها للدستور، وذلك فيما تنص عليه من أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك».

وحيث إن البين من المذكرة الإيضاحية لهذا النص أن تتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار يدل على أن المصلحة هى فى استقرارهم حتى يتوافر لهم الأمان والاطمئنان=

= وتهدأ نفوسهم فلا ينزعوا من يد حاضنتهم، وأنه لا يجوز للقاضي مد فترة الحضانة إلا أن تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة في بقاء الحضانة بيد النساء وذلك مع التزام الأب بنفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير ذلك إلى جانب ما يقضى به العرف أو ما يقوم مقامه، مع حرمان الحاضنة من أجر الحضانة في المدة التي تمتد إليها بأذن القاضي، وبمراعاة أن الغاية التي توخاها المشرع بالفقرة الأولى من المادة (20)- المشار إليها- هي منع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزاع الحضانة في سن غير مناسبة بقصد النكايه دون رعاية لصالح الصغار، وما يقتضيه الاستقرار النفسي اللازم لسلامة نموهم وحسن تربيتهم، وأن السند الشرعي لهذه الأحكام هو مذهب الإمام مالك.

وحيث إن النعي بمخالفة الفقرة الأولى من المادة 20 - المشار إليها- للدستور غير سديد، ذلك أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية بعد تعديلها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من سريان حكمها على التشريعات الصادرة بعد العمل بها - ومن بينها أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985- مؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها. وتقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليظها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام وركائزها الثابتة التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإهداراً لما علم من الدين بالضرورة. وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها، وهي تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعاً. ولا بد أن يكون هذا الاجتهاد واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيماً الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخياً من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الحضانة- في أصل شرعتها- هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شؤنه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو=

= مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة- التي لها الحق في تربيته شرعا- إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانتة، ولأن انتزاعه منها- وهي أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبورا- مضرة به إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نذرا، أو ينظر إليه شذرا. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفا بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية- القطعية في ثبوتها ودلائلها- لا تقيم لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزه، انطلاقا من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها، وأن تطرق الخلل إليها- ولو في جوانبها- مدعاة لضياع الولد. ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على مصلحته، ودفع المضرة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمحض عن حق للصغير، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه، ويعهد إليها بأمره. ولولى الأمر بالتالي أن يقدر ما يراه خيرا للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه في الحضانة لا يعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسي وبحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التي لا يجوز المجادلة فيها، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها. بل إن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها- بافتراض اجتماع شروطها فيها- كلما كان ذلك ضروريا لصيانة الصغير وحفظه. وقد دل الفقهاء- باختلافهم في زمن الحضانة- وهي الفترة الواقعة بين بدئها وانتهاء الحق فيها- على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، كل من وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير في إطار من الحق والعدل. ولئن كان المتقدمون لا يقدرّون للحضانة مدة معينة تنتهي بانتهائها، وإنما يركنون إلى معايير مرنة بطبيعتها ضابطها هو انتهاءها عند السن التي يبلغها الصغير أو الصغيرة مميزين قادرين على الوفاء بحاجاتهما الأولية مستغنيين تبعا عن خدمة النساء، وكان آخرون من بعدهم قد حدوا للحضانة سنا معينة تنتهي ببلوغها قطعا لكل جدل حولها، إلا أن استقراء أقوال هؤلاء وهؤلاء يدل على أن اجتهاداتهم في شأن واقعة انتهاء الحضانة، مدارها نفع المحضون- صغيرا كان أم صغيرة- ويتعين بالتالي أن يصار إلى كل ما يصلحه ويكفل وقايته مما يؤذيه، وتربيته إنماء لمداركه ولإعداده للحياة، وبوجه خاص من النواحي النفسية والعقلية، وكان الأصل في حضانة الصغير والصغيرة- على ما تقدم- هو تعهدهما بالرعاية بما يحول دون الإضرار بهما، تعين ألا تكون سن الحضانة محددة بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير =

= الزمان والمكان، أو تغفل في مجال تطبيقها ما يقتضيه التمييز في نطاق الحضانة بين الصغير والصغيرة بالنظر إلى طبيعة كل منهما، وخصائص تكوينه، ودرجة احتياجه إلى من يقوم على تربيته وتقويمه، وما تتطلبه الذكورة والأنوثة من تنمية ملكتهما. وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور، توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة، التي لا تصادم حكماً قطعياً، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتمدة شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومبادئها، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الاجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استقراغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص عليه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها. ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازئها إلا خطره ودقته، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، وهو ما نراه النص التشريعي المطعون فيه، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التي حددها - وهي عشر سنين للصغير واثنى عشرة سنة للصغيرة - لا تعدو أن تكون تقريراً لأحكام عملية في دائرة الاجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعي فيها - في ثبوته ودلالته - يقرر للحضانة سناً لا يجوز لولى الأمر أن يتخطاها، وإنما مرد الأمر في تعيينها إلى ما يترخص ولى الأمر في تقديره مقيداً في ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وأدعى لتحقيقها، وبما يحول دون إغاثته. وهو في ذلك لا يصدر عن نظرة تحكمية، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون لازماً عدم ترويعه بانتزاعه من حضنته، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره، وأن وجود الولد - ذكرًا كان أو أنثى - في يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة، أو بعد بلوغها - حين يقرر القاضي أن المصلحة تقتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج - لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما، وكان النص المطعون عليه قد تناول أموراً تنظيمية، وتقرر لمصلحة مشروعة يستلجها، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونها بذهابهم إلى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلاً غير زمن، وأن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها، وكان النص التشريعي المطعون عليه قد صدر مسئلتها مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقعا في نطاق توجيهاتها العامة التي تحض على الاجتهاد في غير أحكامها القطعية في ثبوتها ودلالاتها. إذ كان ذلك، فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل.

وهذا النص رفع أقصى سن حضانة النساء للصغير من سبع سنوات إلى عشر سنوات وللصغيرة من تسع سنوات إلى اثنتى عشرة سنة، وأجاز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك⁽¹⁾.

وقد علل الشارع وضع سن الحضانة - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه: «بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهم للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب مالِك فى هذا الموضوع»⁽²⁾.

29- جواز إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والطفيرة حتى تنزوج فى يد الحاضنة:

(1) وحال مناقشة مشروع المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو حسن جودة تعديل المادة المادة بجعلها كالآتى: «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة إذا تزوجت المطلقة بأخر» أما إذا عاشت المطلقة لحضانة أولادها، فنبقى الصغيرة حتى تنزوج والصغير حتى يتم تعليمه فى حضانتها مع إلزام الزوج بنفقتها»

وقد أبدى السيد العضو ممتاز نصار موافقته على هذا الاقتراح قائلاً: إنى أوافق على هذا الاقتراح وأبرره لأن الزوجة أو الحاضنة المطلقة إذا لم تنزوج فهى أصلح من غيرها فى استمرار الحضانة، وأن الصغار هنا يرتبطون بها ارتباطاً كاملاً، ومن الظلم أن تفصل بينهما قبل هذه السن، لأن ذلك أمر لا يتفق مع الرحمة.

غير أن المجلس لم يوافق على هذا الاقتراح.

(مضبطة المجلس - الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص 29).

(2) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

أجازت المادة للقاضي بعد انتهاء سن حضانة النساء للمحضون، إبقاء الصغير حتى الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك⁽¹⁾.

وقد أشار تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 أن هذا الحكم مستمد من مذهب الإمام مالك⁽²⁾

(1) وقد ورد الحكم أيضا في المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته. وقد قضت محكمة النقض في ظل هذا النص بأن: «النص في الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 44 لسنة 1979 على أن ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك».

(طعن رقم 75 لسنة 53 ق أحوال شخصية - جلسة 1985/3/19)

(2) وهو ما أشارت إليه أيضا المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون - والواقع أن سن الحضانة الذي أخذ به النص سواء في مدتها الإيجابية أو الجوازية لا يطابق ما جاء بمذهب مالك تماما، وإن كان هذا المذهب هو أقرب المذاهب منه. فالمشهور في مذهب مالك، أن حضانة الذكر تنتهي بالبلوغ ولو كان زمنا أو مجنونا، سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب، وحضانة الأنثى كالنفقة تنتهي بدخول الزوج بها وليس مثل الدخول الدعاء له في المطيعة، وهذا في الأم المطلقة أو من مات زوجها وأما من في عصمة زوجها فهي حق لهما، إلا إذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظر فإن كانت أمها في حرز ومنعة وتحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة، فإن خيف على البنت في موضع الأم ولم تكن الأم في تحصين ولا منعة أو تكون الأم لعلها ليست بمرضية في حالها ضمها أبوها إليه أو أولياؤها إذا كان في الموضوع الذي تضم إليه كفاية وحرز (حاشية الدسوقي جـ 2 ص 526 - المدونة الكبرى جـ 5 ص 38).

وواضح مخالفة النص لمذهب الإمام مالك في جعله حق الحضانة على مرحلتين - بحسب نظر القاضي إلى مصلحة المحضون - وفي جعله المرحلة الأولى بالنسبة للصبي قبل سن البلوغ عادة والثانية بعده عادة، بينما حضانة النساء في المذهب المالكي مرحلة

وعلى الأخذ به بأنه يكفل الرعاية الواجبة للصغار ويتيح لهم الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة للنكاح دون رعاية لصالح الصغار.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أن النص فى المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أن: «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك». ولما صدر القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية نص فى الفقرة الأولى من المادة 20 على أنه: «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك».

مفاده سواء فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أو القانون رقم 100 لسنة 1985 سالفى الذكر أن المشرع وإن راعى إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغ السن المحددة فى هذه المادة إلا أنه لم يجعل من هذا البلوغ حدا تنتهى به حضانة النساء حتما وإنما استهدف فى المقام الأول مصلحة الصغير لا مصلحة الحاضنة من النساء، فإذا تبين أن مصلحة الصغير إبقاء الحضانة

واحدة تنتهى ببلوغ الصبى بلوغا حقيقا. (الدكتور محمد بلتاى - دراسات فى الأحوال الشخصية ص 286 وما بعدها).

= والنص فى مذهب مالك على امتداد سن الحضانة للأنثى إلى وقت دخول الزوج بها بنى على أساس أن الأنثى لا تخرج من بيتها وليس لها دراية بالحياة إلا بعد دخول الزوج بها، فضلا عن أن دخول الزوج بزوجه كان وقت هذا الاجتهاد يتم غالبا فى سن لا يتجاوز الخامسة عشرة إلا بقليل أما الآن فقد انفتح مجتمع النساء على مجتمع الرجال فى أغلب الأمكنة فضلا عن أن الأنثى قد تصل إلى سن الخامسة والعشرين والثلاثين دون زواج.

(الدكتور عبد الناصر العطار الأسرة وقانون الأحوال الشخصية ص 52)

حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج فإنما يكون ذلك بإذن القاضى لا برغبة الحاضنة أو بإرادتها، يؤكد هذا أن المذكرة الإيضاحية للقانون أوردت: «وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان أو الاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا يزعجون من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضناتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة، ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة وللصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الإمام مالك فى هذا الموضوع على أنه فى حال إبقائهما فى يد الحاضنة لهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق فى اقتضاء أجره حضانة....» واستطردت المذكرة: «.... وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية....» لما كان ذلك فإن الأصل أن حضانة الطاعنة الأولى لابنتها الطاعنة الثانية بعد بلوغها سن الثانية عشرة حتى تتزوج لا يتقرر إلا إذا أجاز القاضى ذلك، وإذ خلت أوراق الدعوى ما يفيد حصول الطاعنة الأولى على حكم بحضانتها لابنتها حتى تتزوج وكان لا يكفى فى هذا الصدد قولها أنها استمرت حاضنة لها إذ أنه مخالف للأصل بانتهاء حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة السن المقررة قانوناً - حسبما سلف بيانه - ولا تبقى الصغيرة فى حضانة النساء حتى تتزوج إلا بإجازة القاضى وبما له من سلطة تقديرية، وتغليباً لمصلحة الصغيرة، لا بالنظر إلى قول الحاضنة من النساء، لما كان ما تقدم وكان واقع الدعوى الذى سجله الحكم المطعون فيه أن طلاق الطاعنة الأولى وقع بتاريخ 1982/7/28، وقد انتهت عدتها وأصبحت غير حاضنة لولديها (الطاعنين الثانية والثالث)، وكانت الأحكام تدور مع علتها وقد زال حق الطاعنة الأولى فى الحضانة فلا يحق لها البقاء بمسكن الحضانة إعمالاً لنص المادة (18) مكرراً ثالثاً) المضافة إلى القانون رقم 25 لسنة 1929 بالتعديل الحاصل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المشار إليه ومن ثم تضحى والحالة هذه فاقدة لسند حيازتها عين النزاع، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعى

عليه بهذا السبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 335 لسنة 57 ق جلسة 1988/3/31)

2- حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشرة سنة. بلوغ الصغير هذه السن. ليس حدا تنتهى به حضانة النساء حتما. علة ذلك. للقاضى بمقتضى سلطته التقديرية بما يحقق مصلحة الصغير إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة».

(طعن رقم 11 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/28)

ونرى تفسير عبارة (حتى تتزوج) الواردة بالنص على ضوء المنصوص عليه فى مذهب الإمام مالك باعتباره المصدر التشريعى للنص. والمنصوص عليه فى هذا المذهب أن حضانة النساء للبنات تنتهى بدخول الزوج بها (لا العقد عليها)، وعلى ذلك فإنه يجوز للقاضى إبقاء الصغيرة فى يد الحاضنة حتى يدخل الزوج بها⁽¹⁾.

وواضح من المادة أن مناط إبقاء الصغير حتى بلوغه الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة، هو مصلحة الصغير أو الصغيرة فقط دون اعتبار لمصلحة الحاضنة، ولذلك نصت المادة على إبقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد بلوغه أقصى سن حضانة النساء يكون بدون أجر حضانة لها، فبقاء المحضون فى يدها لم يشرع لصالحها.

ولم يعد مناط إبقاء الصغير فى يد الحاضنة بعد انتهاء أقصى سن الحضانة - كما كان الحال فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 قبل تعديله بالقانون رقم 100 لسنة 1985⁽²⁾ - هو بلوغ البنت حد الشهوة لأن أقصى سن لبلوغه حد الشهوة قدره فقهاء الأحناف بإحدى عشرة سنة، فضلا أن حكم المادة - كما صرحت الأعمال التحضيرية - قد أخذ من مذهب مالك، ولم يربط هذا المذهب سن الحضانة ببلوغ البنت حد الشهوة.

وهذا الحكم يسرى على الحاضنات من النساء، سواء كانت الحاضنة هى

(1) حاشية الدسوقي ج2 ص526 - المدونة الكبرى ج5 ص38.

(2) ومن قبله أيضا القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعد دستوريته.

الأم أو غيرها، غير أنه لا يسرى إذا كان الحاضن فى المرحلة الأولى من الحضانة رجلا، وهذا واضح من عبارة النص «..... ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة....» فقد استعمل لفظ التأنيث⁽¹⁾.

(1) وإجازة إبقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة يعنى أن الصغير لن يضم إلى أبيه أبداً - فى معظم الحالات - لأن هذه السن - كما سنرى - هى أقصى سن البلوغ، والصبي إذا بلغ سن البلوغ تثبت له الولاية على نفسه شرعا، فإذا بلغ مأمونا على نفسه كان له أن يختار السكنى منفردا، ولا يجوز ضمه إلى أبيه جبرا عنه، وعلى ذلك فسيحرم الغلام من ضمه إلى أبيه ومن التخلق بأداب الرجال وأخلاقهم وخضوعه لرقابة الأب اللازمة لتقويمه وصونه من أى إعوجاج، وهى كلها أمور لازمة له فى حياته المستقبلية، فإذا ما شب بدونها كان فى ذلك وهن له وعجز عن مواجهة شدائد الحياة. وإجازة إبقاء الصغيرة فى يد الحاضنة حتى تتزوج مؤداه أيضا حرمانها نهائيا من ضمها إلى أبيها رغم أن البنت تكون فى هذه السن أحوج ما تكون إلى رقابة الأب وتوجيهه صونا لها وحفاظا على عفتها وكرامة أسرتها، لا سيما فى هذا العصر الذى شاع فيه التحرر بل التسبب أحيانا فى مجتمعات النساء.

أحكام تفصيلية خاصة بمدة الحضانة فى ظل القانون رقم 100 لسنة 1985:

- (1) أمثلة لبعض الصور التى تتوافر فيها مصلحة المحضون فى إبقائه فى يد حاضنته:
- 1- أن تكون الحاضنة هى والدة المحضون، التى لم تتزوج بعد أبيه، أو تزوجت بذى رحم محرم من المحضون، وكان والده أو أقرب عاصب له متزوج بأجنبية عنه، أو غير متزوج أصلا، لأنه فى الحالة الأولى تكون رعاية أمه وحبا وحنانا أصلح ولا شك للمحضون مما قد يلاقى من بغض زوجة أبيه أو أقرب عاصب له الأجنبية، وفى الحالة الثانية لن يجد المحضون اليد التى ترعاه وتعنى به، وهذا كله إذا لم يكن هناك مصلحة أخرى للمحضون فى ضمه إلى أبيه أو أقرب عاصب له.
- وعلى ذلك ليس تزوج الأب بغير أم المحضون مبررا بذاته فى إبقاء المحضون لدى حاضنته، بل المدار فى ذلك نفع المحضون.
- 2- أن يكون المحضون مريضا بأحد الأمراض التى تجعله محتاجا إلى خدمة النساء، كما لو كان مشلولاً أو مقعداً أو مصاباً بأعراض التبول اللا إرادى، أو مريضا بأحد الأمراض التى تحتاج إلى العطف والحنان، كالمرض النفسى.
- إما إذا كان مريضا بأحد الأمراض التى لا تحتاج إلى خدمة النساء، كما لو كان مريضا بأحد الأمراض المتوطنة كالبلهارسيا فإن مرضه لا يبرر إبقائه فى يد الحاضنة.

3- أن يكون المحضون قد بلغ أقصى سن الحضانة معتوها أو مجنوناً لأن ذلك مما يحتاج إلى خدمة ورعاية النساء فضلاً عن أن العته والجنون نوع من المرض. =
 4- أن يكون الأب أو أقرب عاصب له في حالة عدم وجود الأب مقيماً في بلد أخرى لا يتلاءم جوها مع حالة المحضون الصحية، لأن إقامة المحضون معه تتطوى على إضرار به، ومدار الحضانة - كما أسلفنا - مصلحة المحضون.
 وترتيباً على ذلك قضى بأن الصغير الذى تجاوز سن الحضانة ويضره جو أسوان الحار لا يحكم بضمه إلى أبيه الذى يقيم ويعمل فى أسوان لأن مراعاة مصلحة الصغير مقدمة على حق الأب شرعاً.

(مصر الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية الأعداد 4 - 6 - ص 195).

5- ضعف الصغير، والعلة فى ذلك أن هذا الضعف يجعله غير قادر على القيام بشئون نفسه التى تتولاها الحاضنة فيكون محتاجاً لخدمة النساء وعطفهن، وهذا أمر لازم فى حياة الصغير الأولى إذ يكون فى هذه السن أميل إلى الاستئناس بوالدته، لأنها أقدر على الصبر فى عمل ما يجبر ضعفه فيكون بذلك لحجر النساء ولخدمتهن مفتقر.
 6- أن تكون صحة أو سن أو عمل الأب أو أقرب عاصب للمحضون فى حالة عدم وجود الأب لا يمكنه من الإشراف على المحضون ورعاية شئونه، ومثل ذلك ان يكون الأب مريضاً مقعداً أو طاعناً فى السن، أو يغيب فى عمله من الصباح إلى المساء، ولا يوجد بالمسكن من يقوم برعاية المحضون.

(2) متى يطلب إبقاء المحضون فى يد حاضنته؟

يكون طلب إبقاء المحضون فى يد حاضنته، بعد بلوغ المحضون أقصى سن حضانة النساء لأن هذا الحق لم يعط للقاضى إلا فى هذا الوقت، وقيله لا يكون المحضون قد استغنى بعد عن خدمة النساء، ويضحي إيداء هذا الطلب قبل بلوغ هذه السن سابقاً لأوانه.
 وطلب إبقاء المحضون فى يد الحاضنة، إما أن تطلبه الحاضنة بدعوى مستقلة ترفع أمام المحكمة الجزئية المختصة (قبل إنشاء محاكم الأسرة) تطلب فيها إبقاء الصغير فى حضانتها وعدم ضمه إلى أبيه أو أقرب عاصب له، لوجود مصلحة المحضون فى ذلك.
 وإما أن تتمهل حتى يطلب الأب أو أقرب عاصب ضم المحضون إليه لبلوغه أقصى سن حضانة النساء، فتطلب رفض دعواه استناداً إلى وجود مصلحة للمحضون فى إبقائه فى يدها، أو تبدى طلباً عارضاً بالإجراءات المنصوص عليها فى المادة (123) من قانون المرافعات بإبقاء المحضون فى يدها.

فإذا أثبتت الحاضنة أن مصلحة المحضون فى إبقائه فى يدها، حكم القاضى بإبقائه فى يدها، أو برفض دعوى الضم بحسب الأحوال.
 غير أنه لا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه القضاء بإبقاء المحضون فى يد حاضنته بعد

انتهاء حضانة النساء، لا سيما وأن تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 أفصح عن أن ما جاء به بشأن سن الحضانة = يمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة في سن غير مناسبة للنكاح دون رعاية لصالح الصغار فإذا لم تطلب الحاضنة إبقاء الصغير في يدها، فلا يضحى ثمة خلاف بينها وبين الأب أو أقرب عاصب على الحضانة.

من هذا الرأي المستشار أحمد نصر الجندى ص 375 - وقارن الأستاذ أشرف كمال ص 457 وما بعدها - فيذهب إلى أن النص أعطى قاضى الموضوع من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الحاضنة حق النظر في تمديد زمن بقاء الصغير فى حضانة النساء بالنسبة للذكور إلى خمسة عشر عاما وإلى أن تتزوج الصغيرة إذا رأى أن مصلحتها تقتضى ذلك... فهي سلطة اختيارية للقاضى ليس هناك ما يلزمه بها إلا إذا كان لذلك سنده من أوراق الدعوى وعلى ذلك يمكن القول أنه ليس على القاضى أن يبحث من تلقاء نفسه فيما إذا كانت مصلحة الصغير تستلزم إبقائه فى حضانة النساء إلا إذا كانت الأوراق قد انطوت على ما يشير إلى وجود هذه المصلحة أو أثير فى الدعوى ما يشير إلى هذه المصلحة وإلا امتنع على القاضى البحث فى توافر تلك المصلحة.

وقد قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ 1988/6/31 فى الدعوى رقم 210 لسنة 1986 بأن:

«المقرر قانونا بالمادة 20 من القانون رقم 100 لسنة 1985 أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير.... ذلك أن إبقاء الصغير أو الصغيرة بعد سن الحضانة أمر جوازى للقاضى غير أن هذه الإجابة مقيدة بضوابط ثلاثة هي:

- 1- مصلحة الصغير أو الصغيرة بعد سن الحضانة.
 - 2- حق الحاضنة فى أن تتعهد الصغيره فى فترة هى أرق فيها وهو أحوج إليها.
 - 3- حق الأب وتبدأ حضانته حيث تنتهى حضانة النساء مطلقا وأن بقاء الصغير حتى الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة له شروط ثلاثة هي:
- أ- أن تطلب الحاضنة من القاضى بقاء الصغير أو الصغيرة فى يدها.
- ب- أن تثبت الحاضنة أمام القاضى أن مصلحة الصغير أو الصغيرة تقتضى إبقائه فى يدها ويستقل قاضى الموضوع باستخلاص مصلحة الصغير فى ذلك من الأوراق.
- ج- أن يصدر.....الخ».

(3) قضاء القاضى بشأن إبقاء المحضون فى يد الحاضنة:

أسلفنا أن الحاضنة إذا طلبت رفض دعوى الضم التى يقيمها الأب أو أقرب عاصب

للمحضون في حالة عدم وجود الأب، استنادا إلى وجود مصلحة للمحضون في إبقائه في يدها، وقدمت للقاضي الدليل على ذلك فإنه يقضى برفض دعوى الضم. =

أما إذا أقامت دعوى بطلب إبقاء المحضون في يدها، أو أبدت هذا الطلب في صورة طلب عارض أثناء نظر دعوى الضم، وثبت للقاضي أن مصلحة المحضون في إبقائه في يد الحاضنة، فإنه يقضى بإبقاء المحضون في يدها دون تحديد مدة معينة، أو لمدة معينة يرى أن بقاءه فيها في حضانتها ما يحقق مصلحته، غير أنه لا يجوز له القضاء بإبقاء المحضون في حضانتها طوال المدة المقررة للحضانة الجوازية للنساء. وسند ذلك أن مصلحة المحضون هي الواجبة الاعتبار في هذا المجال، وهذه المصلحة متغيرة، فقد تتطلب بقاءه في يد الحاضنة فترة ثم لا تتطلب ذلك بعدها. والنص في المادة (20) من المرسوم بقانون على الإجازة للقاضي بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تنزوج في يد الحاضنة المقصود منه تعيين الحد الأقصى للمدة التي يجوز فيها إبقاء المحضون في يد الحاضنة خلالها، وليس من المقصود إبقاء المحضون لدى الحاضنة خلال هذه الفترة بأسرها، يدل على ذلك أن مناط الإبقاء كما أسلفنا - مصلحة الصغير ولا يمكن عقلا الجزم مقدما بأن مصلحته تدعو لذلك خلال كل الفترة المحددة بالمادة، وكل ما يمكن للقاضي الجزم به حسب اعتقاده هو أن يبين أن المصلحة تقضى بذلك أو لا تقضى عند القضاء في الدعوى المطروحة أمامه، وعلى ذلك فالالتزام بالبقاء خلال كل المدة لدى الحاضنات من النساء بدعوى أن ذلك هو مصلحة المحضون يعتبر خروجاً على النص وخطأ في تطبيقه (الدكتور عبد العزيز عامر ص 343).

وإذا حكم القاضي ببقاء المحضون تحت يد الحاضنة لمدة معينة أو أخطأ وحكم ببقائه طوال المدة في يدها، فإن ذلك لا يمنع من له حق الضم أن يطلبه في كل وقت متى استغنى المحضون عن الحاضنة، لأن الأحكام الصادرة في الحضانة ذات حجية مؤقتة فهي مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ 1980/4/30 في الطعن رقم 69 لسنة 49 بأن:

«.... وكان الأصل في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها، إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير، والحكم الذي ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض عملاً بالمادة 249 من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى وإذا كان ذلك وكان يبين من الحكم رقم 615 لسنة 1975 من شمال القاهرة الابتدائية أن المطعون

40- (د) : مدة الحضانة فى القانون رقم 4 لسنة 2005 :

تنص الفقرة الأولى من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بعد استبدالها بالقانون رقم 4 لسنة 2005 على أن: «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة - بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد

عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة إليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها استغنت عن خدمة النساء، وبتاريخ 1975/12/10 قضى الحكم برفض الدعوى = استنادا إلى أنه ثبت من الكشف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللا إرادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه إلى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم، وإنما استند إلى مجرد إهداره الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه دون أن تتغير الدواعى والظروف التى أدت إلى إصداره فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة الأمر المقضى، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملا بالمادة 249 من قانون المرافعات».

(4) هل يشترط للحكم بإبقاء المحضون فى يد الحاضنة أن يكون لازال فى يدها؟

يستوى فى تطبيق المادة بإبقاء المحضون فى يد الحاضنة فى الفترة الجوازية التى نصت عليها، أن يكون المحضون لازال فى يدها أم كان فى يد الأب أو أقرب عاصب له، لأن المناط فى هذا الحكم هو مصلحة الصغير وغرض الشارع هو الإذن بوجود الصغير فى يد الحاضنة متى رأى مصلحته فى ذلك. وقد توجد مصلحة المحضون فى البقاء مع حاضنته بعد تسليمه إلى أبيه أو أقرب عاصب له.

وعلى هذا رأى سارت معظم الأحكام (الدكتور عبد العزيز عامر ص 341 - المستشار صلاح الدين زعو ص 249 القاهرة الشرعية فى 1937/8/19 - أسبوط الشرعية فى 1944/10/19).

وقصرت قلة من المحاكم تطبيق النص فى الحالة التى يكون فيها المحضون مازال فى يد حاضنته، ولم يسلم إلى أبيه أو الغير «مصر الابتدائية الشرعية 1942/5/4».

وحتى تتزوج الصغيرة»⁽¹⁾.

(1) الجريدة الرسمية - العدد 9 (مكرر) في 8 مارس سنة 2005. وعبارة «وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة» لم تكن واردة بالاقتراح بمشروع القانون، وإنما أضيفت إليه حال مناقشة المادة بمجلس الشعب بناء على اقتراح السيد وزير العدل (مضبطة مجلس الشعب الجلسة السابعة والأربعين) جلسة 2005/2/28 ص 20 وما بعدها وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 2008/5/19 في القضية رقم 125 لسنة 27 قضائية دستورية التي رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 20 سالفة الذكر فيما يختص بأقصى سن الحضانة الصغير، برفض الدعوى. وننشر الحكم فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد الموافق الرابع من مايو سنة 2008م، الموافق الثامن والعشرين من ربيع الآخر سنة 1429هـ.

برئاسة السيد المستشار / ماهر عبد الواحد..... **رئيس المحكمة**

وعضوية السادة المستشارين: ماهر البحيرى ومحمد عبد القادر عبد الله وماهر سامى يوسف والسيد عبد المنعم حشيش ومحمد خيرى طه وسعيد مرعى عمرو.
وحضور السيد المستشار الدكتور/ حمدان حسن فهمى.....

رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / ناصر إمام محمد حسن..... **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 125 لسنة 27 قضائية «دستورية».

المقاطعة مطن

- السيد/ صلاح مصطفى حافظ

مستشار

- 1- السيد رئيس الجمهورية.
- 2- السيد رئيس مجلس الوزراء.
- 3- السيد رئيس مجلس الشعب.

4- السيد وزير العدل.

5- السيدة/ عزة محمد عبد السميع.

=

الإجراءات

=

بتاريخ السادس والعشرين من مايو سنة 2005 أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، طلبا للحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانونين رقمي 100 لسنة 1985 و 4 لسنة 2005.

أودعت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة. وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - حسبما تبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم 463 لسنة 2003 شرعى جزئى أشمون ضد المدعى عليها الخامسة؛ ابتغاء الحكم بضم ابنه إليه لبلوغه أقصى سن الحضانة و بجلسة 2004/2/16 حكمت المحكمة بإجابهته إلى طلبه. فطعنت المدعى عليها على هذا الحكم بالاستئناف رقم 427 لسنة 2004 شرعى مستأنف شبين الكوم. وأثناء نظر الاستئناف، صدر القانون رقم 4 لسنة 2005 بتعديل نص الفقرة الأولى من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 ورفع سن الحضانة إلى الخامسة عشر بالنسبة لكل من الصغير والصغيرة على السواء. دفع المدعى بعدم دستورية ذلك النص الجديد. وبعد أن قدرت المحكمة جدية الدفع، وصرحت له برفع الدعوى الدستورية أقام المدعى الدعوى الماثلة.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة، وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها، وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، ذلك بأن يكون الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية لازما للفصل فى الدعوى الموضوعية، وإلا كانت غير مقبولة. لما كان ذلك، وكان النص المطعون عليه، قد أضحى واجب التطبيق على الدعوى الموضوعية، إعمالا للأثر الناقل للاستئناف، والذى مؤداه إعادة طرح الموضوع من جديد على المحكمة لتقول كلمتها فيه على ضوء النص المطعون فيه الذى أضحى

واجب التطبيق اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره فى 2005/3/7 ومن ثم تصبح
 للمدعى مصلحة فى الطعن بعدم الدستورية.

= وحيث إن الفقرة الأولى من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1921 معدلة
 بالقانون رقم 4 لسنة 2005 تنص على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو
 الصغيرة سن الخامسة عشره، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى
 البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة، وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج
 الصغيرة». ولما كانت الخصومة الموضوعية تدور حول حضانة صغير ذكر. فإن نطاق
 الدعوى الماثلة ينحصر فى هذا النص فى مجال تطبيقه بالنسبة للصغير دون الصغيرة.
 وحيث إن المدعى ينعى على النص المطعون عليه مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية
 ومن ثم المادة الثانية من الدستور إذ بالغ فى تدليل الصغير دون نظر إلى مصلحته وما
 يحتاجه تكوينه مسقطاً حق الآباء فى ممارسة سلطاتهم وولايتهم عليه. فضلاً عن مخالفة
 المادة التاسعة من الدستور لما يؤدى إليه من تفسخ الأسرة وانهارها بجعل زمام الأمر
 فى يد المرأة والصغير، ومناقضا كذلك لمبدأ المساواة حيث استبعد الرجال بصورة
 تحكمية لصالح النساء.

وحيث إن مؤدى نص المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها- أنه لا يجوز لنص
 تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها فهذه الأحكام وحدها هى
 التى لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة
 التى لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير
 الزمان والمكان. وعلى خلاف هذا، تأتى الأحكام الظنية سواء فى ثبوتها أم دلالتها أم
 فيهما معا. فهذه الأحكام هى التى تنحصر فيها دائرة الاجتهاد، ولا تمتد إلى سواها، حيث
 تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد
 واقعاً فى إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، متوخياً تحقيق
 المقاصد العامة للشريعة بما يقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال.
 ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا
 الحق ثابتاً لولى الأمر يستعين عليه فى كل مسألة بخصوصها، وبما يناسبها بأهل النظر
 فى الشؤون العامة. وأية قاعدة قانونية تصدر فى هذا الإطار لا تحمل فى ذاتها ما
 يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً، وتكون
 فى مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم.

وحيث إن الحضانة - فى أصل شرعها- هى ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير
 وضمان رعايته، والقيام على شؤنه فى الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو
 مصلحة الصغير. وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفاً بأبعادها، فذلك لأن

الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية - القطعية في ثبوتها ودلالاتها - لا تقيم لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزها، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازما للقيام على =
 مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره. وقد دل الفقهاء باختلافهم في زمن الحضانة، على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها. ومؤدى ذلك أنه يتعين ألا يكون سن الحضانة محددًا بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير الزمان والمكان، بل يتسم بقدر من المرونة التي تسعها في أحكامها الفرعية المستجيبة دوما للتطور، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها. أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتمدة شرعا قد جاوزتها. وإذا كان لولى الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، فإن مانحاه النص التشريعي المطعون فيه من تعديل في تحديد السن التي تنتهي بها حضانة الصغير، ورفعها إلى خمس عشرة سنة، دون تمييز بين ذكر أو أنثى، وإعطاء الصغير - عند بلوغه هذه السن - حق الاختيار لا يعدو أن يكون تقريراً لأحكام عملية في دائرة الاجتهاد، أملتها التغيرات التي طرأت على المجتمع والأسرة، بآلا يصادم الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية - وهو في ذلك لم يصدر عن نظرة تحكمية بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون تقتضى عدم ترويعه بانتزاعه من حاضنته، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره؛ اتساقاً مع المستجدات الاجتماعية والثقافية وبما لا يخرج عن دائرة الاجتهاد - وإن كان له أن يخرج - أخذاً في الاعتبار أن الصغير في هذه السن، قد أضحي أكثر تمييزاً وقدرة على تقدير الأصلح له، لما كان ذلك، وكان المقرر أن وجود الصغير في يد حاضنته سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة أو بعد بلوغها - حين يختار الصغير البقاء معها - لا يغل يد والده عنه، ولا يحد من ولايته الشرعية عليه. وكان النص المطعون عليه - سواء فيما يتعلق بتحديد سن الحضانة أم في وجوب تخيير الصغير عندما يبلغ الخامسة عشرة من عمره - قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقعا في نطاق توجهاتها العامة التي تحض على الاجتهاد في غير أحكامها القطعية في ثبوتها ودلالاتها. إذ كان ذلك فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل.

وحيث إن الحق في تكوين الأسرة لا ينفصل بالضرورة عن الحق في صونها، بما يكفل تنشئة أطفالها وتكوينهم وتحمل مسؤولياتهم صحيا وتعليميا وتربويا. وكان دستور جمهورية مصر العربية قد نص في المواد 9 و 10 و 11 و 12 على أن

الأسرة أساس المجتمع، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية. وأن الطابع الأصلي للأسرة المصرية - وما تتمثل فيه من قيم وتقاليد - هو ما ينبغي الحفاظ عليه، وتوكيده وتنميته في =
العلائق داخل مجتمعها، وأن الأمومة والطفولة قاعدة لبنان الأسرة، ورعايتها ضرورة تقدمها. لما كان ذلك وكان المقرر أن كل قاعدة قانونية لا تحمل ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة، تكفل في مضمونها المصالح الحقيقية التي يتعين أن تشرع الأحكام لتحقيقها، وكان الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية وجوهر هذه السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقرر أنه أنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها، محققا لما يهدف إليه من التنظيم الذي يشرع له. فإذا كان قد قدر أنه بما أورده في النص المطعون عليه يهدف من رفع سن الحضانة، وإعطاء الصغير الحق في الاختيار عند بلوغ هذه السن، إلى تحقيق المصالح المشروعة للمحضون. وبما يتلاءم مع ما طرأ على المجتمع من تغير وتطور في ظروفه وثقافته، دون أن يضيق على الناس أو يرهقهم، فإنه - وقد التزم الضوابط الدستورية في هذا الشأن - لا يكون قد خالف المادة التاسعة من الدستور أو غيرها من النصوص المنظمة للحق في تكوين الأسرة وصيانتها.

وحيث إنه إذا كان الأصل في كل تنظيم تشريعي، أن يكون منطوقا على تقسيم أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو عن طريق المزايا أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها. إلا أن مناط دستورية هذا التنظيم ألا تتفصل نصوصه عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخى تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطقيا، وليس واهنا أو واهما أو منتحلا، بما يخل بالأسس التي يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا. متى كان ذلك وكان النص المطعون عليه - على ما سلف البيان - قد جاء محققا لما رآه المشرع أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التي قصد حمايتها - في ضوء مقاصد الشريعة - ومدارها مصلحة المحضون، وليس الحاضن أو الحاضنة، فإنه لا يكون قد تبنى تمييزا تحكيميا لأحد الطرفين دون الآخر، كما أن الاختلاف بين النصوص المتعاقبة التي تنظم موضوعا واحدا لا يعد إخلالا بمبدأ المساواة إنما هو تعبير عن تغيير الدافع عبر مراحل زمنية مختلفة. إذ كان ذلك وكان بقاء الصغير في حضانة الأم لا يمنع من ممارسة الأب حقه في الولاية الشرعية، ولا يحد منها. فإن النص بذلك لا يكون قد خالف المادة 40 من الدستور.

وحيث إن النص المطعون عليه لم يخالف حكما آخر من أحكام الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى. وبمصادرة الكفالة. وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ

فهذا النص رفع أقصى سن حضانة النساء للصغير من عشر سنوات، وللصغيرة من اثنتى عشرة سنة إلى خمس عشرة سنة. فقد ساوى النص فى تحديد أقصى سن للحضانة بين الصغير والصغيرة وجعله خمس عشرة سنة. وقد تغيا المشرع من ذلك تحقيق الرعاية الواجبة للصغار وإتاحة الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ونشأتهم ومنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة وقد استمد ذلك من مذهب الإمام مالك فهو أقرب المذاهب إلى هذا رأى كما ذكرنا سلفاً⁽¹⁾.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية عن الاقتراح بمشروع القانون ما يلى:

«وإذا رجعنا إلى القانون المصرى فى ذلك سنجد أن المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 تنص على ما يلى:

ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك.

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين، وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولأن هذه السن التى حددها القانون لحضانة الأم هو اجتهاد وليس نصاً ملزماً، واجتهاد مبنى على ما قرره الفقهاء قديماً وهو استغناء الطفل عن خدمة النساء وقدرته على القيام بحاجاته الأولية.

وإذا كان التقدير له ما يبرره فى القديم فالأمر على خلاف ذلك تماماً فى الوقت الحاضر فليس مناط نفع الطفل متعلق بقدرته فقط على القيام بخدمة نفسه ولكن متغيرات الواقع الآن تفرض نظرة جديدة لسن الحضانة، فالطفل فى العاشرة

مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

من عمره والطفلة فى الثانية عشرة من عمرها مازالا فى مرحلة التعليم الابتدائى ولا يتصور نزع الابن أو الابنة من حضانة الأم ومن محيطه الدراسى والاجتماعى ونقله إلى مجتمع آخر بدون أن يؤثر هذا سلبيا على استمراره فى العملية التعليمية باستقرار يؤدي إلى النجاح وبدون أضرار نفسية، وهذه النقطة وهو فى هذه السن الصغيرة والواقع يشهد على ذلك والأمثلة كثيرة.

لذا اقترح الارتفاع بسن الحضانة إلى الخامسة عشرة بالنسبة للابن والابنة، وعند هذه السن يكون الأبناء بلغوا درجة من النمو العقلى تعينهم على أن يتم تخييرهم بين الحياة لدى الأم أو لدى الأب اقتضاء بما أرشد إليه الرسول عليه الصلاة والسلام حيث جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عنبه، وقد نفعتى فقال رسول الله ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به». رواه أبو داود.

هذا بالنسبة للصغير، وبالنسبة للصغيرة فإنها تخير مثل الصغير، عند الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك الأم أحق بها حتى تنزوج والعلماء متفقون على أن المعتبر فى التخيير قدرة الحاضن على حفظ الطفل وصيانتة.

قال ابن تيمية: تتازع أبوان صبيبا عند بعض الحكام فخيرهما بينهما فاختار أبوه فقالت له أمه: اسأله لأى شىء يختاره أباه، فسأله فقال: أمى تبعثنى كل يوم للكتاب والفقيه يضربنى وأبى يتركنى للعب مع الصبيان فقضى به للأم وقال: أنت أحق به».

كما جاء بتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف بمجلس الشعب أن: «حيث إن التعديل الذى يهدف إليه الاقتراح بمشروع قانون يكفل الرعاية الواجبة للصغار ويتيح لهم الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ونشأتهم ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة دون رعاية وغنى عن البيان أن حضانة الأم لا تخل بحق الأب فى ولايته الشرعية على أبنائه. واللجنة إذ تقدم تقريرها إلى المجلس الموقر، ترجو الموافقة على الاقتراح

بمشروع القانون بالصيغة المرفقة».

41- تخيير الصغير أو الصغيرة في البقاء في يد الحاضنة دون أجر:

يقضى النص بأنه بعد انتهاء سن الحضانة وهو خمس عشرة سنة يخير القاضى الصغير أو الصغيرة في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة. وتخيير الصغير والصغيرة مستمد من المذهب الشافعى والحنبلية، وإن كان المذهب الأخير يقصر الخيار على الغلام دون البنت. وقد قضى بالخيار عمر وعلى وشريح.

وقد روى أبو داود أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله، إن زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبى عتبة، وقد نفعنى. فقال رسول الله ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت» فأخذ بيد أمه. فانطلقت به. فإذا اختار الصغير أو الصغيرة أباه وأمّه معاً، أو لم يختار واحدا منهما قدم أحدهما بالقرعة⁽¹⁾.

فإذا كان المحضون معنوها سواء كان ذكراً أو أنثى كانت الأم أحق بحضانتها، لأنه في هذه الحالة كالطفل والأم أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حالة الطفولة⁽²⁾.

غير أنه لا يؤخذ باختيار الصغير، إذا كان هذا الاختيار يضر بالمصلحة الفضلى للصغير. وتقدير ذلك مما يخضع لسلطة محكمة الموضوع. إذ تنص المادة الثالثة من القانون رقم 12 لسنة 1996 بإصدار قانون الطفل على أن «تكون لحماية الطفل ومصالحة الأولوية في جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة أياً كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها».

وتنص الفقرة (ج) من المادة (4) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور على أن: «ويكون لحماية الطفل ومصالحه الفضلى الأولوية فى جميع القرارات

(1) الأستاذ سيد سابق - فقه السنة - المجلد الثانى الزواج - الحدود - الجنايات 407. هـ -

1986م ص 493.

(2) سيد سابق ص 492 هامش (2).

والإجراءات المتعلقة بالطفولة أياً كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها». وهذا ما أفصحت عنه نصوص اتفاقية حقوق الطفل، التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20، والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم 260 لسنة 1990، والذى وافق عليه مجلس الشعب بجلسته المعقودة بتاريخ 1990/5/27، من أنه فى جميع الإجراءات التى تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى (المادة 3 من الاتفاقية) وانظر نقض طعن رقم 241 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/5/18 - منشور ببند 128.

وفى هذا قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2008/12/3 فى الاستئناف رقم 4519 لسنة 124 ق «أحوال شخصية» بأن:

«وحيث إنه عن الموضوع وطبقاً لما هو مقرر قانوناً بالمادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 4 لسنة 2005 أن أقصى سن لحضانة النساء للصغيرة فى البقاء فى يد الحاضنة على سبيل الحفظ دون أجر حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة فالخيار للصغير وليس للمحكمة إلا إذا كان ذلك الاختيار يضر بالمصلحة الفضلى فحينئذ لا يؤخذ برأى الصغير لأن المصلحة الفضلى للصغير هى المعيار الأساسى فى جميع الأحكام والقرارات المتعلقة بالصغير لأن الحضانة تدور وجوداً أو عدماً مع نفع الصغير ومصلحته التى تعلو على مصلحة الوالدين ولما كان ذلك وكانت الصغيرة قد اختارت البقاء بيد والدتها المستأنفة ولم يثبت أمام هذه المحكمة أن ذلك الاختيار أضر بالمصلحة الفضلى للصغير كما لم يثبت أن ثمة ضرر لحق بالصغيرة نتيجة ذلك الاختيار مما يكون معه حكم أول درجة لنقل الصغير ليد المستأنف ضده قد خالف صحيح القانون وأخطأ فى تطبيق القانون ومن ثم تقضى هذه المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء فى الدعوى الأصلية برفضها وفى الدعوى الفرعية ببقاء الصغيرة شيماء أكرم سيد بيد المستأنفة والدتها لحفظها

ورعايتها وحتى زواجها على نحو ما سيرد بالمنطوق»⁽¹⁾.

42- تكرار الاختيار:

من قال من الفقهاء بالتخيير جعلوه للولد دوماً، فإن اختار أحد المتنازعين فأخذه، ثم عاد فاختار الآخر رد إليه⁽²⁾.

ويكون ذلك بدعوى ترفع من المحضون إذا بلغ الخامسة عشرة من العمر طبقاً للتقويم الميلادى - وهو يكون قد بلغه إلا نادراً - ويختصم فيها من هو فى حضانته ومن يرغب فى البقاء معه، لذلك فلا يحكم القاضى بإبقاء الصغير أو الصغيرة فى يد الحاضنة حتى بلوغ سن الرشد أو حتى الزواج على التوالى، لأن المحضون قد يغير اختياره فيما بعد.

43- كيفية احتساب مدة الحضانة:

تحتسب مدة الحضانة طبقاً للتقويم الهجرى، لأن التقويم الهجرى هو الأصل فى التقويم الشرعى، فيعمل به ما لم يرد نص خاص باعتبار التقويم الميلادى، ولم يرد استثناء من العمل بهذا التقويم فى المادة (23) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 التى تنص على أن المراد بالسنة فى المواد من 12 إلى 18 هى السنة التى عدد أيامها 365 يوماً.

والسنة الشمسية (الميلادية) تزيد على السنة القمرية (الهجرية) بأحد عشر يوماً. وإذا كان المحضون مولوداً فى غرة الشهر الهجرى احتسبت مدة الحضانة بالأهلة أى بالأشهر القمرية (الهجرية) فتكون السنة اثنى عشر شهراً قمرياً. أما إذا كان المحضون مولوداً فى خلال الشهر القمري، فيكمل الشهر الأول الذى ولد فيه من الشهر الأخير باعتبار الشهر ثلاثين يوماً، وما بينهما يحتسب بالأهلة فتكون السنوات هلالية بين الشهرين المذكورين⁽³⁾.

(1) المجموعة الماسية للمستشارين فايز السيد للمساوى وأشرف فايز للمساوى ص 548.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب) الناشر دار الفكر العربى ص 320.

(3) وهذا هو رأى صاحبين الذى رجحناه مع البعض بشأن احتساب مدة السنة التى يؤجل فيها العنين.

44- سريان سن الحضانة الجديد من حيث الزمان :

تنص المادة الثانية من القانون رقم 4 لسنة 2005 الذى عدل سن الحضانة على أن يعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره. وقد نشر القانون بالجريدة الرسمية بتاريخ 2005/3/8 (العدد 9 مكرر) ومن ثم فإنه يسرى اعتباراً من 2005/3/9. ولما كانت أحكام الحضانة من الأحكام الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وكانت المادة الأولى من القانون المذكور التى عدلت سن الحضانة قد استحدثت حكماً جديداً يتعلق بذاتية قاعدة موضوعية أمره بالتغيير، هى سن الحضانة فإن سن الحضانة الجديد يسرى بأثر فوري على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله.

وقد قضت محكمة النقض بأنه :

1- «إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلاً فى تشريع ما من التشريعات القائمة وكان من شأنه استحداث حكم جديد يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير أو بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله أما إذا كان التعديل منصفاً على بعض شروط القاعدة الآمرة دون مساس بذاتيتها أو حكمها لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخذ إجراءات معينة من إجراءات الإثبات أو التقاضى لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لا يسرى فى هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التى تنشأ فى ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التى نشأت فى ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذى وقعت فى ظله هو الذى يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها».

(طعن رقم 655 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/1/11)

2- «إذ كانت أحكام حضانة الصغار متعلقة بالنظام العام وكان المشرع فى

الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، قد قرر انتهاء حق حضانة النساء ببلوغ الصغير العاشرة من عمره، إلا أنه بموجب القانون رقم 4 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2005/3/7 تم تعديل هذه السن بجعل انتهاء هذا الحق ببلوغ الصغير الخامسة عشرة من عمره، هو تعديل يتعلق بذاتية القاعدة القانونية التي تقرر حق النساء في الحضانة، فإنه يأخذ حكم القاعدة الآمرة المقررة لهذا الحق، ومن ثم فإنه يسرى بأثر فوري من تاريخ صدوره على الدعوى الماثلة، رغم رفعها قبل هذا التاريخ، وعدم استقرار المراكز القانونية الناشئة عنها فيه».

(طعن رقم 457 لسنة 75 ق «أحوال شخصية جلسة 2006/10/16)

ولا يحول دون سريان النص سبق صدور حكم نهائي باستمرار حضانة الحاضنة للصغير أو الصغيرة أو بضم أيهما للحاضن، لأن الخيار المقرر للصغير - كما سنرى - يجوز تكراره، فللصغير أن يختار بين الحاضنة أو الحاضن، وله أن يرجع في اختياره بعد ذلك مرة أو مرات أخرى، ومن ثم يجب ألا يحول الحكم النهائي دون اختياره طالما بلغ السن المذكورة.

45 - عدم استحقاق الحاضنة أجزر حضانة على طدة الحضانة اللاحقة

لبلوغ المحضون الخامسة عشرة:

بقاء المحضون في يد الحاضنة إذا اختار البقاء معها بعد بلوغه الخامسة عشرة من العمر شرع لمصلحة المحضون لا الحاضنة، فبقاء الصغير في يدها في هذه الفترة لا يعتبر امتداداً لمدة الحضانة الإلزامية، بل ينصرف إلى مدة استبقاء، ولذلك نقضى المادة بأن يكون بقاء الصغير في يد الحاضنة بعد بلوغ سن الحضانة دون أجر حضانة.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا - على ظل القانون رقم 100 لسنة 1985 - بتاريخ 2004/12/19 في القضية رقم 119 لسنة 21 قضائية

«دستورية» بأن:

«لا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة، بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة

حتى تتزوج، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك، إذ أن ما يأذن به القاضى على هذا النحو، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفا إلى مدة استبقاء، تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها».

46- على من ترفع دعوى الضم؟

إذا بلغ الصغير أو الصغيرة - قبل العمل بالقانون رقم 4 لسنة 2005- أقصى سن حضانة النساء للصغير أو الصغيرة، فإن دعوى الضم ترفع من الأب أو أقرب عاصب للمحضون فى حالة عدم وجود الأب على من يبسط يده على الصغير، لإلزامه بتسليمه.

أما إذا كان الصغير قد ثبتت له أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ببلوغه الخامسة عشرة من العمر كاملة طبقا للتقويم الميلادى (م1/2 من القانون رقم 1 لسنة 2000)⁽¹⁾ فإنه يجب رفع الدعوى ضد الصغير، لأن الصغير ببلوغه هذه السن يكون أهلا للتقاضى فيما يرفع منه أو عليه من الدعاوى، وتسنتيم الدعوى برفعها على الصغير وحده. إلا أنه من الأفضل اختصام من يبسط يده على الصغير بجانب الصغير لكى يكون الحكم الذى يصدر فى الدعوى حجة عليه.

والأثر المترتب على رفع الدعوى على الصغير الذى لم يبلغ هذه السن هو بطلان إجراءات الخصومة لأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى إنما هى شرط لصحة إجراءاتها، فإذا اختصم فى الدعوى من ليس أهلا للخصومة كانت دعواه

(1) وقبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 كانت سن المخاصمة القضائية الشرعية هى السن التى تثبت فيها الولاية على النفس للصغير. والولاية على النفس تثبت بالبلوغ، والبلوغ يتحقق للصغير بالاحتلام مع الإنزال أو الإحبال أو الإنزال لأى سبب، وللصغيرة بالحيز أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل. والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للصغير وتسع سنين للصغيرة طبقا لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى. فإذا بلغا هذه السن وأقرا بالبلوغ صدقا، ما لم يكن بهما الظاهر، والظاهر يكن بهما إذا كان بحال لا يحتلم مثلها فيه. ويقبل القول مع تفسير كل منهما كيفية بلوغه دون يمين. فإذا لم يتحقق ذلك فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة. ويحسب السن طبقا للتقويم الهجرى (راجع فى التفصيل الكتاب الأول من الموسوعة بند 58) - نقض 1982/2/16 منشور بذات البند).

مقبولة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة⁽¹⁾.

والدفع بعدم تحقق أهلية التقاضى من الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات وليس من الدفوع الموضوعية باعتباره وسيلة موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازعة فيه⁽²⁾، وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيجب الدفع به من الخصم ويصح بنزوله عنه صراحة أو ضمنا. كما يسقط بعدم التمسك به في صحيفة الطعن عملا بنص المادة 108 مرافعات⁽³⁾.

وإذا تحققت أهلية التقاضى قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى صحت الإجراءات ويتعين على المحكمة الاستمرار فى نظر الدعوى دون استلزام تكليف الخصم إعلان طلباته إلى خصمه مجددا، أما إذا أبدى الدفع أمام محكمة ثانى درجة وتبين عدم تحقق أهلية التقاضى وقت رفع الدعوى أمام محكمة أول وثانى درجة تعين على المحكمة القضاء بإلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة والحكم ببطلان إجراءات الدعوى المستأنف حكمها والوقوف عند هذا الحد دون التعرض للفصل فى الدعوى، أما إذا لم يكن الصغير قد تحققت له أهلية

(1) الدكتور رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثامنة 1969/1968 ص 137 وما بعدها - عز الدين الدناصورى وحامد عكاز = التعليق على قانون المرافعات طبعة ثانية 1982 ص 16 - نقض طعن رقم 517 س 43 ق - جلسة 1977/3/16 - المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1953/4/21 طعنان رقما 591، 613 لسنة 15 ق.

وقد ذهب رأى بأن الدفع الناشئ عن رفع الدعوى من ناقص الأهلية أو عديمها هو دفع بعدم قبول الدعوى باعتبار أن الدعوى مرفوعة من غير ذى صفة استنادا إلى أن ناقص الأهلية أو فاقدها لا صفة له فى الذود عن حقه. وقد أخذت بهذا رأى محكمة النقض فى بعض أحكامها (طعن رقم 364 لسنة 33 ق جلسة 1968/3/5 - طعن رقم 176 لسنة 38 ق جلسة 1973/11/29 - طعن رقم 434 لسنة 50 ق جلسة 1985/5/27).

(2) نقض طعن 517 س 43 ق - جلسة 1977/3/16 - طعن رقم 834 لسنة 53 ق - جلسة 1987/1/13 - أشار إليه أشرف كمال ص 476.

(3) نقض طعن رقم 311 لسنة 23 ق - جلسة 1957/3/7.

التقاضى وقت رفع الدعوى أمام محكمة أول درجة وأبدى الدفع أمام محكمة ثانى درجة ثم دخل الصغير إلى السن قبل إقفال باب المرافعة أمامها فلا يجوز اختصام الصغير فى الدعوى أمام محكمة ثانى درجة على اعتبار أن ذلك ينطوى على تفويت درجة من درجات التقاضى ويتعين أن تحكم المحكمة أيضا بإلغاء الحكم المطعون عليه وببطلان إجراءات الخصومة أمام محكمة أول درجة والوقوف عند هذا الحد للعلة المتقدمة⁽¹⁾.

47- حدود حق الحاضنة :

يد الحاضنة على المحضون للحفظ والتربية، فهى تقوم بخدمته من ناحية نظافته وتغذيته ومشربه وملبسه ومنامته.

ووجود المحضون فى يدها لا يغل صاحب الولاية على نفس المحضون عن القيام بمهام ولايته.

فولى النفس له حق الإشراف على المحضون والعناية بحفظه وصونه ومنعه من التردى فيما يهلكه أو يؤذيه، وله عليه - شرعا - ولاية التربية والتعليم والتوجيه والتأديب، والمطالبة بكل الحقوق التى تتعلق بنفسه، ومعنى ذلك أن ولى النفس هو الذى يختار نوع التعليم الذى يوجه إليه المحضون.

وإذا كان الولى المالى غير الولى على النفس فهو الذى يطالبه بفرض نفقة لائقة للمحضون ويقاضيه فى ذلك إذا لم يقدمها بالمعروف.

فإذا كان الولى (المالى) واجبه المحافظة على أمواله والمطالبة بحقوقه المالية فالولى على النفس هو الذى يحافظ على نفسه وله الحقوق المتعلقة بهذه المحافظة والمطالبة برد الاعتداء أمام القضاء.

غير أن الحاضنة باعتبارها صاحبة اليد على المحضون، فقد خول لها القيام بالأعمال الضرورية التى لا تحتتم التأخير كالعلاج - شرعا - بمراعاة إمكانات الأب، ولها مطالبته بمصاريف تعليمه لأنها من نفقة المحضون⁽²⁾.

(1) الأستاذ أشرف كمال ص 462.

(2) الولاية على النفس - بحث للأستاذ محمد أبو زهرة - الحلقة الدراسية للبحوث والقانون - الخرطوم من 5 - 10 مارس 1972 - منشور ضمن بحوث هذه الحلقة فى كتاب

غير أن المادة 2/54 من قانون الطفل المستبدلة بالقانون رقم 126 لسنة 2008 جعلت الولاية التعليمية على الطفل للحاضنة، وعند الخلاف على ما يحقق مصلحة الطفل الفضلى يرفع أى من ذوى الشأن الأمر إلى رئيس محكمة الأسرة بصفته قاضيا للأمور الوقتية - ليصدر قراره بأمر على عريضة، مراعيًا مدى يسار ولى الأمر، وذلك دون المساس بحق الحضانة فى الولاية التعليمية.

والولاية على النفس شرعا تكون للعصابات، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم أنثى - بحسب ترتيبهم فى الميراث.

ويلاحظ أن المرسوم بقانون رقم 118 لسنة 1952 بتقرير حالات سلب الولاية على النفس، نص على أنه يقصد بالولى على النفس فى تطبيق أحكامه الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص.

**وقد قضت محكمة بركة الطبع الجريدة بتاريخ 1987/12/22 (قطل
مطدور الطانون رقم 126 لسنة 2008) على الطلعوى رقم 46 لسنة
1987 بأن:**

«كما أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فإن عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانيات الأب».

نشرته الهيئة العامة للكتاب سنة 1975 ص 590 وما بعدها.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 ما يأتى:

«كما أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما = فإن عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانيات الأب» راجع أيضا تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون.

48- أثر انتقال الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة:

إذا انتقلت الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة إلى بلد آخر في غير الحالات الجائزة شرعاً، فلا يترتب على ذلك إبطال حقها في الحضانة أو سقوط حقها في أجر الحضانة، بل تظل الحضانة قائمة مع تقاضيتها أجر الحضانة رغم حدوث المخالفة، لأن عدم انتقال الحاضنة من مكان الحضانة ليس شرطاً من شروط الحضانة، فقد وضع الفقهاء شروطاً معينة للحضانة وليس من بين هذه الشروط إقامة الحاضنة بالمحضون بمكان الحضانة وعدم انتقالها إلى بلد آخر، كما لم يرتبوا سقوط حقها في الحضانة جزاءً على انتقالها من مسكن الحضانة وانتقال الحاضنة إلى خارج مكان الحضانة ليس فيه ضياعاً لحق الصغير، لأن عدم النقلة حق للأب ولذلك فهو يملك إسقاطه.

غير أنه يكون للأب أو أقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحضون أو إرجاع الصغير إلى بلد الحضانة⁽¹⁾، وتكون وسيلته في ذلك رفع دعوى بطلب ذلك أمام المحكمة المختصة، ويكون الحكم من حيث تنفيذه داخلاً تحت عموم نص المادة 69 من القانون رقم (1) لسنة 2000 - وقبلها المادة 349 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة - وينفذ على الحاضنة قهراً وفي حالة الحكم بإرجاع الصغير إلى بلد الحضانة ورجوع الحاضنة مع الصغير فإنه يسلم لها لتحضنه فيه وإن لم تعد يكون للأب حق استلامه حتى لا يترك ضائعاً كما أن له أن يطلب إسقاط أجرة الحضانة عنها لأن الحاضنة أصبحت بعد ذلك غير ممسكة للصغير ولا قائمة بالواجب عليها⁽²⁾.

(1) المستشار صلاح الدين زغو ص 239 وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبي ص 777 - الجمالية الشرعية في 1937/4/5 - المنشور بمجلة المحاماة الشرعية السنة الخامسة بالعدد 364 - أسيوط الجزئية الشرعية - المحاماة الشرعية - السنة 20 - الأعداد 4 - 6 ص 205 وما بعدها رقم 43.

(2) قارن طنطا الكلية في الدعوى رقم 213 لسنة 1935 كلى مستأنف بتاريخ 1936/6/13 فقد قضى بأن: «الظاهر من تتبع ما قرره الفقهاء من الأحكام في باب الحضانة أنها أحكام عملية وضعت لتترتب عليها آثارها في هذه الدنيا بمصلحة الولد في الحال وليست أحكاماً لتبين ما يكون إثماً في الآخرة وما لا يكون - فكون الأم ليس لها إمساك الصغير

49- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم: (راجع بند 27).

50- تنفيذ الأحكام والقرارات بضم الصغير وحفظه جبراً:

تنص المادة 66 من القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً. ويتبع في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات.

ويراعى في جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ.

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك». وعلى ذلك يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه إلى أقرب عاصب له بالقوة الجبرية. ونحيل في التفاصيل إلى بند (29).

51- إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير: (راجع بند 30)

جريمة عدم تسليم الصغير لمن له الحق في طلبه :

إذا تزوجت الأجنبية لا يقال أنها بذلك تكون آثمة فحسب ويكون الحكم كذلك في الحاضنة التي ليس لها نقل الصغير من بلد الأب إذا نقلته وأصرت على أن لا تحضنه في بلد أبيه أن ينزع الولد منها مادامت خارج بلد الأب فإن عادت إلى حضانتها في بلد أبيه عاد إليها حقها فيه والقول بغير هذا يكون معناه أن ما وضع لمصلحة الصغير أو لمصلحة الأب تكون الحاضنة في حل من تعطيله ويقف أمامها القاضى والأب مكتوفى اليد إذ لا يملكان إجبارها على الانتقال لأنه ليس لهما على نفسها سلطان.

وقد تكون ذات زوج يريد بقاءها حيث هى ولا يوجد ما يمنع فإذا لم ينتزع الصغير منها مع هذا كان ذلك تعطيلًا للحكم الذى يقول أنه شرع لمصلحة الصغير ولمصلحة الأب، وإهدار لتلك المصلحة وينبغى تنزيه أحكام الشرائع عن مثل هذا».

52- النص القانوني :

مادة 284 عقوبات: «يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى كل من كان متكفلاً بطفل وطلبه من له حق طلبه ولم يسلمه إليه».

مادة 292 عقوبات: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى أى الوالدين أو الجددين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانتة أو حفظه. وكذلك أى الوالدين أو الجددين خطفه بنفسه أبو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانتة أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه».

53- أحكام المادتين سالفتي الذكر:

1- كان الحد الأقصى لعقوبة الغرامة فى المادتين 284، 292 خمسين جنيهها فرفع إلى خمسمائة جنيه بموجب القانون رقم 29 لسنة 1982 الصادر فى 14/4/1982 والمعمول به من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 22/4/1982 (م7 من قانون الإصدار).

2- تسرى المادة 284 على أى شخص يكون متكفلاً بطفل سواء من الأقارب أم الغير، عدا الوالدين والجددين.

أما الوالدان والجدان فيخضعان لحكم المادة 292.

ولم يكن لنص المادة 292 مقابل بقانون العقوبات الملغى عند صدوره، ولذلك جرى القضاء على تطبيق المادة (246) المقابلة للمادة (284) على أى الوالدين يتمتع عن تسليم الطفل لمن له الحق فى استلامه.

(نقض 27 يناير سنة 1913 - 2 يناير سنة 1930)⁽¹⁾

وقد صرحت محكمة النقض فى حكم أصدرته فى الطعن رقم 66 لسنة 47 بتاريخ 2 يناير سنة 1930 بضرورة تعديل المادة (246) المقابلة للمادة (284) على وجه يسمح صراحة بمعاقبة أى الوالدين يخطف الطفل أو يحرض على خطفه أو يتمتع عن تسليمه لمن له الحق فى تسلمه قانوناً، أنه لا جريمة إلا فى

(1) مشار إليهما فى عماد المراجع للأستاذ عباس فضلى طبعة 1938 ص574 وما بعدها.

حالة امتناع أى الوالدين عن رد الطفل لمن كان منهما صاحب الحق فى استلامه، وأن التعديل يحسم ما قام بشأن تطبيق المادة 284 عقوبات على الوالدين من نزاع ويسد ثغرة تتطلب الحالة الاجتماعية سدها على وجه أكيد لا يتطرق إليه الخلاف ولا يدعو القضاة إلى الاجتهاد فيه بالرأى.

(نقض 1930/4/10 - 3 مارس سنة 1934)⁽¹⁾.

وقد استجاب المشرع لذلك وأصدر القانون رقم 15 لسنة 1932 (بإضافة مادة إلى قانون العقوبات الأهلى بشأن عدم تسليم الأطفال وخطفهم) ونص فى مادته الأولى على أن يضاف إلى قانون العقوبات الأهلى بعد المادة 253 مادة تكون المادة 253 مكررة ونصها كالاتى:

مادة (253 مكررا) :

«يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه. وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه».

وقد عمل بهذا النص من تاريخ نشره بالوقائع المصرية بتاريخ 26 مايو سنة 1932 - العدد (46) (م2).

3- المقصود بالصغير فى تطبيق المادتين هو من لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة هجرية أقصى سن البلوغ وثبوت الولاية على النفس⁽²⁾. ونرى أنه فى ظل القانون رقم 100 لسنة 1985 - ينطبق النص على الصغيرة حتى تتزوج إذا أبقي القاضى الصغيرة فى يد حاضنتها.

(1) الأستاذ عماد فضلى - عماد المراجع - 1938 ص 484 وما بعدها.

(2) راجع عباس فضلى ص 574 - حسن المرصفاوى ص 957 وحكم محكمة بنى سويف فى 1911/10/29 المشار إليه بهما.

وفى ظل القانون رقم 4 لسنة 2005 إذا اختارت الصغيرة بعد بلوغ الخامسة عشرة البقاء فى يد الحاضنة كما يسرى على الصغير فى ظل القانون الأخير إذا اختار البقاء فى يد الحاضنة بعد بلوغ سن الخامسة عشرة.

4- اختلفت أحكام محكمة النقض فى اشتراط صدور حكم بتسليم الصغير لتطبيق نص المادة 284 عقوبات، فذهبت فى قضاء لها أنه لا يمنع من تطبيق المادة كون من طلب التسليم ليس بيده حكم شرعى بتسليم هذا الولد، بل يكفى أن يكون له هذا الحق شرعا.

(نقض 7 ديسمبر سنة 1929)⁽¹⁾

ثم اشترطت فى أحكام أخرى سابقة على الحكم المذكور ولاحقة له صدور حكم بالتسليم فقضت بتاريخ 1923/5/1 فى الطعن رقم 1117 لسنة 53 بأن: «إذا أنكر المتهم بالجريمة المنصوص عليها فى المادة 246 ع صدور حكم بالحضانة فيجب أن يشير الحكم القاضى بمعاقبته على هذه الجريمة إلى أن هناك حكما قاضيا بضم الطفل إلى حاضنه فإذا هو سكت عن تجلية هذه النقطة الجوهرية ففى سكوته إخلال بحق الدفاع فضلا عما يترتب عليه من تعطيل حق محكمة النقض فى مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة وذلك مما يعيبه ويبطله»⁽²⁾.

والقضاء الأخير هو الذى نؤيده.

5- يشترط لتطبيق المادة 292 عقوبات وجود حكم نهائى بتسليم الصغير صادر ضد المتهم الممتنع على تسليم الصغير وذلك لأن الحكمة من هذه المادة ضمان تنفيذ الأحكام المذكورة بالإلزام من صدرت ضده احترامها وحمله على الرضوخ لها نظرا لمصلحة الصغير⁽³⁾.

(1) أورده عباس فضلى ص 575.

(2) راجع أيضا نقض 1913/1/27، 1929/11/7 - مشار إليهما فى مؤلف عباس فضلى ص 574 وما بعدها.

(3) الأستاذ أحمد صبرى أسعد - قانون العقوبات المصرى معلقا على نصوصه ومذيلا

وتطبق المادة أيضا إذا كان الحكم نافذا بقوة القانون ولو كان مطعونا عليه. وإذا وجد حكم نهائى بتسليم الصغير وأقام المحكوم عليه إشكالا فى التنفيذ فإن هذا الإشكال يوقف التنفيذ عملا بالمادة 312 مرافعات ومن ثم يتعين على النيابة الترتيب فى رفع الدعوى الجنائية قبل المتهم حتى يفصل فى إشكاله.

وقد قضت محكمة النقض - الطدائرة الجنائية - بقايرخ 1979/1/4 على الطعن رقم 822 لسنة 49 ق بأن:

«..... وكان من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الدفاع ظاهر البطلان والبعيد عن محجة الصواب كما أنها لا تلتزم بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية لأن الرد عليه مستفاد من الحكم بالإدانة استنادا إلى أدلة الثبوت التى أخذ بها، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه نقل عن مستندات المجنى عليها - التى لا يجادل الطاعن فى صحتها - أن حكم ضم الصغيرين الصادر لصالح المجنى عليها فى الدعوى رقم 70 لسنة 1975 أحوال شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافيا بالحكم الصادر فى الدعوى رقم 296 لسنة 1975 أحوال شخصية مستأنف المنصورة، وكان باقى ما أثاره الطاعن من منازعة حول أحقية المجنى عليها فى حضانة ولديها الصغيرين لا يكون له محل بعد أن صدر فى هذا الشأن حكم نهائى من جهة القضاء المختص حسم هذا الأمر لصالحها، ومن ثم فلا تثير على الحكم المطعون فيه إن هو سكت عن هذا الدفاع - إيرادا له وردا عليه - مما يفيد أن المحكمة لم تر فيه ما يغير من اقتناعها بما قضت به وما اطمأنت إليه مما أوردته من أدلة الثبوت فى الدعوى، ويكون منعى الطاعن فى هذا الخصوص غير سديد...الخ».

6- لا تطبق المادة 292 فى حالة الامتناع عن تسليم الصغير لرؤيته تنفيذا لحكم نهائى صادر بالرؤية، فهى قاصرة على الامتناع عن تسليم الصغير لمن له الحق فى حضانته أو حفظه من الوالدين أو الجدين، والحضانة تكون للوالدة أو الجدة والحفظ يكون للأب أو الجد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

«... لما كان ذلك. وكانت الفقرة الأولى من المادة 292 من قانون العقوبات قد جرى نصها بأن: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيهًا مصريًا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه» فإن مناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار لما كان ذلك، وكان كل من حق الحضانة أو الحفظ، يختلف عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصابات، وكان من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الأخذ فيه بطريق القياس والأخذ - فى حالة الشك - بالتفسير الأصح للمتهم. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقاً منه للفقرة الأولى من المادة 292 من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها فى كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه بما لا يصح معه الانحراف عنها بطريق التفسير أو التأويل إلى شمول حالة الرؤية فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه».

(طعن رقم 151 لسنة 42 ق - جلسة 1972/3/27)

7- الجريمة المنصوص عليها فى المادتين تعتبر من قبيل الجرائم المستمرة استمراراً متتابعاً أو متجدداً بمعنى أن الأمر المعاقب عليه يتوقف استمراره على تدخل إرادة الجانى تدخلاً متتابعاً أو متجدداً بخلاف الجريمة المستمرة استمراراً ثابتاً، فإن الأمر المعاقب عليه فيها يبقى ويستمر بغير حاجة إلى تدخل جديد من جانب الجانى، كبناء جدار خارج خط التنظيم مثلاً والمتفق عليه أنه فى حالة

الجريمة المستمرة استمرارا ثابتا يكون الحكم على الجانى من أجل هذه الجريمة مانعا من تجديد محاكمته عليها مهما طال زمن استمرارها فإذا رفعت عليه الدعوى العمومية مرة ثانية من أجل هذه الجريمة جاز له التمسك بقوة الشئء المحكوم فيه.

أما فى حالة الجريمة المستمرة استمرارا متتابعا فمحاكمة الجانى لا تكون إلا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى. وفيما يتعلق بالمستقبل فتجدد إرادة الجانى فى استمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة تصح محاكمته من أجلها مرة أخرى، ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه.

(نقض جنائى 7مايو سنة 1931)⁽¹⁾.

8- يعاقب أى الوالدين أو الجدين خطف بنفسه أو بواسطة غيره ولده الصغير أو ولد ولده ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه (م292).

9- فى الجريمتين المنصوص عليهما فى المادة 292 لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائى. ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها (م3 من قانون الإجراءات الجنائية) ولمن قدم الشكوى أو الطلب أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب فى أى وقت إلى أن يصدر فى الدعوى حكم نهائى وتنتضى الدعوى الجنائية بالتنازل وإذا توفى الشاكى فلا ينتقل حق التنازل إلى ورثته (م10 من قانون الإجراءات الجنائية).

أجر الحضانة

54- ماهية اجر الحضانة :

أجر الحضانة، هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير. وهو له شبه

(1) الدكتور حسن صادق المرصفاوى فى قانون العقوبات تشريعا وقضاء فى مائة عام 656 وما بعدها.

بالنفقة وشبه بالأجرة.

له شبه بالنفقة، لأنه جزء من نفقة الصغير، ويجب في مال الصغير إن كان له مال، أو في مال من تجب عليه نفقته إذا لم يكن له مال، على النحو الذى سنبينه فى النفقات.

وله شبه بالأجرة، لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به، فهى تقوم بحفظ الصغير وتربيته وتحبس نفسها من أجل الحضانة⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن أجر الحضانة من نفقة الصغير ويجب لذلك احتسابه ضمن نفقته، غير أن ذلك لا يغير من طبيعته فى أنه أجر نظير عمل تقوم به الحاضنة.

وينبنى على هذه الطبيعة لأجر الحضانة ما يأتى :

- (1) أن أجر الحضانة لا يسقط بموت الصغير بخلاف نفقة الصغير على الرأى - الذى لم نأخذ به كما سنرى - القائل بسقوط نفقة الصغير بالموت ما لم يكن قد أذن فى استدانتها واستدينته بالفعل.
- (2) أن أجر الحضانة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، على خلاف نفقة الصغير على الرأى - الذى لم نأخذ به كما سنرى - القائل بسقوط نفقة الصغير بمضى شهر فأكثر من تاريخ فرضها رضاء أو قضاء ما لم يكن قد أذن فى استدانتها واستدينته بالفعل.
- (3) أن أجر الحضانة لا يستحق إلا بعقد أو حكم باستثناء الأم كما سنرى.
- (4) أن الأم تجبر على رد ما عجل من أجر الحضانة لوالد الصغير عن المدة التى زال فيها السبب وانقطع فيها العمل بخروج الولد من يدها.
- (5) أن قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه بالمادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1920 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لا يسرى على أجر الحضانة.

(1) حاشية ابن عابدين ج3 ص561.

فقد نصت هذه المادة على أن: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها رفع الدعوى»، ومن ثم تسمع الدعوى بطلب أجر الحضانة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها رفع الدعوى، لاختلاف أجر الحضانة في طبيعته عن النفقة، وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 بأن الحكم الوارد بالمادة خاص بنفقة الزوجة على زوجها ولا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق⁽¹⁾.

(6) أن أجر الحضانة لما له من شبه بالنفقة ويستحق على الملمزم بنفقة الصغير فإنه كان يدخل ضمن نفقته عند احتساب نصاب الاستئناف المنصوص عليه بالمادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة)⁽²⁾.

(1) راجع الكتاب الثانى من موسوعة الأحوال الشخصية بند (115).

(2) أوردنا فى طبعة سابقة من الكتاب تأييدا لهذا الرأى فى ظل المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) المشار إليها التى كانت تجرى على أن: «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتية: نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إذا كان الطلب غير معين وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش فى الشهر.... الخ - وأوضحنا أن المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة أوردت أنه: «بينت المادة الخامسة ما تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائى فيه والمادة السادسة ما تختص فيه بالحكم الابتدائى وبنى التعديل فيها على المبادئ الآتية:

أولا- كان النصاب النهائى فى كل من أجور الحضانة والرضاعة والمسكن وفى النفقات بين الزوجين ثلثمائة قرش صاغا فى الشهر فأدى ذلك إلى إرهاب المحكوم عليه بمطالبتة شهريا على التوالى بمبالغ كبيرة بمقتضى أحكام نهائية قد تستنفد ثروته ورأس ماله ولا يجد أمامه طريقا للنظم من هذه الأحكام لحرمانه من حق استئنافها. فرئى دفعا للخرج وإفساحا لمجال العدالة بين المتقاضين تخفيض النصاب النهائى إلى مائة قرش صاغا فى الشهر لكل نوع من أنواع نفقة الزوجة والصغير ليكون للمحكوم عليه حق الاستئناف فيما جاوزه وأن يكون له أيضا حق الاستئناف إذا كان الحكم فى كل نوع نهائيا ولكن مجموع المطلوب أو المحكوم به للزوجة أو الصغير يتجاوز ثلثمائة قرش فى الشهر.

55- على من يجب أجر الحضانة؟

أجر حضانة الصغير غير أجر إرضاعه وما يلزمه من نفقة. وهو يجب في مال الصغير إن كان له مال، فإن لم يكن له مال، يجب على أبيه أو من تلزمه نفقة الصغير من بعده.

فإذا كان الأب معسرا عاجزا عن الكسب اعتبر غير موجود وفرض الأجر على من تجب عليه نفقة الصغير عند عدم الأب ويؤديها في الحال إلى الحاضنة. وإذا كان قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا في ذمته. وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير من بعده ويرجع بها على الأب إذا أيسر.

وقد نصت على ذلك المادة (388) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا إذ جاء بها «أجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير إن لم يكن له مال فإن كان له مال فلا يلزم أباه منها شيء إلا أن يتبرع».

وقد قضى في هذا الشأن بأن:

1- «وحيث إنه عن أجر الحضانة فمن المقرر أن الحضانة ما هي إلا عمل من الأعمال وأن من يقوم بها يستحق أجرا في مقابل هذا العمل والحاضنة إن كانت أما يثبت استحقاقها لأجر الحضانة من وقت قيامها بالحضانة فعلا بعد انقضاء العدة من غير توقف على اتفاق أو قضاء ولا تكتفى الحاضنة في هذه الحالة بأخذ أجرة الحضانة فقط بل لها فوق ذلك أجرة مسكن إن لم يكن لها مسكن

ثانيا: شمول نفقة الزوجة لنفقة الطعام وبديل الكسوة وأجرتى المسكن والخادم وشمول نفقة الصغير لذلك ولأجرتى الحضانة والرضاع... الخ».

وبالترتيب على ذلك إذا انفرد الطلب بأجر الحضانة وكان محدد المقدار فإن الحكم الصادر فيه يكون قابلا للاستئناف إذا كان ما طلب أكثر من مائة قرش في الشهر ونهائيا إذا كان مائة قرش فأقل شهريا، أما إذا اجتمع أجر الحضانة مع غيره من أنواع نفقة الصغير فإن الحكم يكون ابتدائيا وقابلا للاستئناف إذا كان مجموع ما حكم به أو طلب الحكم به يزيد على ثلثمائة قرش في الشهر، ويكون الحكم نهائيا إذا كان مجموع ما طلب أو حكم به ثلاثمائة قرش فأقل في الشهر.

وأن أجره الحضانة والمسكن يلزم بها من تجب عليه نفقة الصغير وهو الأب».

(بندر المنيا الجزئية بتاريخ 1985/4/29 - الدعوى رقم 3 لسنة 1985)

2- «أجر الحضانة لها وجهان فهو جزء من نفقة الصغير فيجب فيها

ويجب على من تجب عليه نفقة الصغير.. وهذا الواجب المفروض على الزوج

المطلق (الأب) يدور وجودا وعدما مع واجبه في الإنفاق على أولاده الصغار

أما إذا امتنعت عليه النفقة شرعا فلا يكون ملتزما بهذا الواجب المذكور».

(بركة السبع الجزئية - جلسة 1987/12/22 - الدعوى رقم 162

لسنة 1987)

56- تاريخ استحقاق أجر الحضانة:

الأصل أن أجر الحضانة لا يستحق إلا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء

القاضي به، لأنه أجر كسائر الأجور لا يستحق إلا بالاتفاق أو القضاء، فإذا

أقدمت الحاضنة على الحضانة قبل الاتفاق أو القضاء فإنها تكون متبرعة بذلك،

فلا تستحق أجر حضانة وقد استثنيت الأم من هذا الأصل، فإنها تستحق أجر

الحضانة من التاريخ الفعلي للحضانة دون اتفاق أو قضاء قياسا على استحقاقها

أجر الإرضاع من تاريخ الإرضاع الفعلي لوجود شبه كبير بين الإرضاع

والحضانة.

وعلة استثناء الأم أن شفققتها الكاملة على صغيرها تدفعها إلى حضائته دون

الانتظار إلى اتفاق أو قضاء، ولا يتصور عند عدم الاتفاق أن تترك وليدها بلا

عناية أو رعاية حتى يرفع الأمر إلى القضاء ليصدر حكم بذلك.

وعلى هذا رأى سارت أحكام المحاكم.

فتقد قضت محكمة بركلة السطبع الجزئية بتاريخ 1987/11/17 على

الدعوى رقم 1 لسنة 1986 بأن:

«وَأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير.. ولا يستحق إلا

بعقد أو حكم في غير حالة الأم، أما الأم فلها أجر الحضانة من تاريخ بدئها فعلا

وبذلك تستحقها عن مدة سابقة»⁽¹⁾.

(أيضا: بندر المنيا الجزئية بتاريخ 1985/4/29 - الدعوى رقم 3 لسنة 1985

منشور ببند 58)

57- عدم استحقاق أجر الحضانة أثناء قيام الزوجية وعطلة الطلاق

الرجعى:

المتفق عليه فى المذهب الحنفى أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وبين أبى الصغير، وكذلك إذا كانت معتدته من طلاق رجعى، فلا تستحق الأم أجر الحضانة، ذلك أن الحضانة تجب عليها ديانة، وأجر الحضانة ليس أجره خالصة بل له شبه بالنفقة، والزوجة تتقاضى نفقتها من الزوج نظير احتباسها لمصلحته، وتأخذها فى فترة عدة الطلاق الرجعى لقيام الزوجية حكما، ولا يجوز لها تقاضى نفقتين فى وقت واحد وإن تعدد السبب.

58- هل يستحق أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن؟

فى المذهب الحنفى قولان كلاهما راجح عن استحقاق المطلقة أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن:

الأول : أن المطلقة بائنا لا تستحق أجر الحضانة أثناء العدة، وإنما تستحقه بعد انقضائها.

الثانى : أن المطلقة بائنا تستحق أجر الحضانة أثناء العدة، لأن عرى الزوجية قد انفصمت بالطلاق البائن وتعتبر كالأجنبية إذ لا يمكن أن تعود لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، ولذلك تأخذ حكم الأجنبية من حيث استحقاق أجر الحضانة.

والرأى الثانى محل نظر، لأن اتفاق الأحناف على عدم استحقاق المطلقة رجعيا لأجر الحضانة علته وجوب الحضانة عليها ديانة ولأنها تستحق نفقة من مطلقها حال العدة ولا يجوز الجمع بين نفقتين ولو تعدد السبب، وهذه العلة متحققة

(1) وذهب رأى آخر إلى أن أجر الحضانة يستحق من التاريخ الفعلى للحضانة سواء بالنسبة

للأم أو لغيرها من الحاضنات.

وهذا رأى مرجوح فى الفقه والقضاء.

فى الطلاق البائن، لأن المطلقة بائنا تستحق النفقة على مطلقها كالمطلقة رجعيًا. وقد سارت المحاكم على الرأى الأول⁽¹⁾.

(الدعوى رقم 1413 لسنة 1937 مستأنف كلى شرعى مصر - جلسة 1938/1/14 - الدعوى رقم 275 لسنة 1986 كلى مستأنف شبين الكوم - جلسة 1986/11/25 - الدعوى رقم 151 لسنة 1987 بندر شبين الكوم - جلسة 1987/12/22 - الدعوى رقم 175 لسنة 1987 بندر شبين الكوم - جلسة 1988/1/19)

ولما كانت علة عدم استحقاق المطلقة بائنا أجر الحضانة أثناء العدة تقاضيتها نفقة من مطلقها فإن هذه العلة تزول إذا كانت المطلقة بائنا لا تتقاضى نفقة من مطلقها فإنها تعتبر بمثابة المنقضية العدة وتستحق أجر الحضانة، ومثال ذلك أن تكون المطلقة قد أبرأت زوجها عن النفقة نظير الطلاق، أو كانت دعواها بالنفقة غير مسموعة لمضى سنة من وقت الطلاق.

وتطبيقا لذلك قضى بأن:

1- «وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من إشهاد الطلاق المؤرخ 1984/7/15 أن المدعية قد طلقت على الإبراء من المدعى عليه وأنها وقد انقضت عدتها منه وقدمت ما يفيد استئجارها لمسكن مقررة أنها تتخذه محلا للحضانة كما قد ثبت للمحكمة وجود الصغير فى حضانتها ومن ثم فإن المحكمة تجيبها إلى طلباتها مقررة لها أجرى الحضانة والمسكن بالقدر الوارد بمنطوق هذا الحكم».

(بندر المنيا الجزئية للأحوال الشخصية - جلسة 1985/4/29 - الدعوى رقم 3 لسنة 1985)

2- «وحيث إنه من المقرر كذلك فقها وقضاء أن قيام العدة غير مانع من

(1) وهذا ما دعا ابن عابدين إلى القول بأن الأوجه عدم التفرقة بين معتدة البائن ومعتدة الرجعى وأن هذا هو مقتضى إطلاق الكنز وأن ظاهر الهداية ترجحه (حاشية ابن عابدين ج3 ص561) - ومن هذا الرأى أيضا الأستاذ محمد أبو زهرة ص410 - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص767 - المستشار صلاح الدين زغو ص229 وما بعدها.

فرض أجره الحضانة ما دام الطلاق على الإبراء... الخ».

(شبين الكوم الابتدائية - جلسة 1986/11/25 - الدعوى رقم 275 لسنة

1986 كلى مستأنف)

59- استحقاق أجر الحضانة في الحضانة الفاسدة:

إذا فقدت الحاضنة أحد شروط الحضانة ومع ذلك استمرت في حضانتها للصغير، كما إذا كانت الحاضنة فقدت شرط الأمانة، فإنها تستحق أجر الحضانة لأن ذلك بمنزلة تعيب العين المستأجرة حيث تجوز الأجرة عليها⁽¹⁾.

60- كيفية تقدير أجر الحضانة:

إذا اتفقت الحاضنة مع الأب أو الملمزم بنفقة الصغير على أجر معين للحضانة، كان الأجر المتفق عليه هو المستحق.

أما في حالة عدم الاتفاق على أجر معين، فإنه يراعى أن أجر الحضانة وإن كان من نفقة الصغير إلا أنه أجر نظير عمل تقوم به الحاضنة، ومن ثم فإنه يقدر بحسب ما تستحقه مثل الحاضنة في مقابل هذا العمل على مثل والد الصغير أو الملمزم بنفقته.

والأمر في ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة بركلة الطبع الجزئية للأحوال الشخصية بقايرخ

1987/11/17 فى الدعوى رقم 1 لسنة 1986 بأن:

«وَأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير فيحسب فيها ويجب

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين ج1 - رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص274 وقد جاء بها: «ولم أر أيضاً ما إذا جعل القاضى لها أى للأُم أجر الحضانة فى مال اليتيم وأمر الوصى بدفعها للأُم فتزوجت واستمرت تحضنه عند الزوج هل يبطل فرض القاضى أم لا حيث لم يتعرض من له حق الحضانة بعدها للحاضنة. =

= والظاهر من تسميتهم لها أجره أنه لا يبطل الفرض لأنه بمنزلة تعيب العين المستأجرة وهذا عند من يقول بجواز الأجرة عليها والظاهر أنه الأصح ولذلك أفتى به قارئ الهداية» - الرقازيق الشرعية فى 1948/5/18 - الدعوى 973 لسنة 1948.

(2) المستشار صلاح الدين زغو ص226.

على من تجب عليه نفقة الصغير.... ويقدر بحسب المستحق لمثل الحاضنة في مقابل هذا العمل على مثل والد الصغير والأمر في ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع».

(أيضاً: شبين الكوم الابتدائية - جلسة 1986/11/25 - الدعوى رقم 275

لسنة 1986 مستأنف)

61- أجر الحضانة غير قابل للزيادة:

أجر الحضانة بعد فرضه غير قابل للزيادة، لأنه أجر نظير عمل وإن كان جزءاً من نفقة الصغير، فمن استؤجر لعمل خاص في مدة معينة بأجر محدد عليه أن يعمل ذلك أى إتمام المدة، ولا تأثير لزيادة يسار الملزم بالأجر أو كبر سن الصغار لأن أجر الحضانة متعهد عليه في نظير العمل وهو التربية وكبر السن يقتضى الاستغناء عن الخدمة لا زيادتها.

فضلاً عن أن رضا الحاضنة بالأجرة المتفق عليها أمانة على أنها حد المثل وقد سار قضاء الأحوال الشخصية على ذلك⁽¹⁾.

فتمنعت محكمة برحلة المطالب الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ

1987/11/17 فى الدعوى رقم 58 لسنة 1987 بأن:

«وحيث إنه عن طلب زيادة أجر حضانة الصغير عبد الوهاب فإنه من المقرر شرعاً أن أجر الحضانة بعد فرضه غير قابل للزيادة فإنه أجر نظير عمل وإن كان جزءاً من نفقة الصغير وعلى ذلك لا يجوز للحاضنة أن تطلب زيادة أجر حضانة الصغير بسبب زيادة ثراء والده أو لكبر سن المحضون وعلى ذلك سار قضاء الأحوال الشخصية».

(ذات المبدأ: الدعوى رقم 192 لسنة 1987 بتاريخ 1987/12/29 - الدعوى رقم

1 لسنة 1986 بتاريخ 1986/11/17 - كوم حمادة الجزئية الشرعية فى الدعوى

رقم 123 لسنة 1931 بتاريخ 1932/1/5)

وقد ذهب رأى إلى أنه للملزم بأجر الحضانة دائماً أن يقيم الدعوى بطلب

(1) من هذا رأى: المستشار صلاح الدين زغو ص 235 - الأستاذ أشرف كمال ص 385.

تخفيض المفروض عليه لأجر الحضانة إذا تدهورت أحواله المالية عن وقت الفرض⁽¹⁾.

ويبدو أن هذا الرأي رجح في هذه الصورة باعتبار أجر الحضانة من نفقة الصغير، مستندا إلى أن نفقة الصغير تكون في حدود يسار الملزم بها ولا يكلف نفسا إلا ما أتاها.

62- الإبراء من أجر الحضانة:

يجوز للحاضنة إبراء زوجها من أجر الحضانة عن متجمد أجرها في جميع الأحوال، ولو كان الإبراء بغير مقابل.

أما بالنسبة لأجر الحضانة الذى يستحق فى المستقبل، فلا يجوز الإبراء منه، لأنه لم يجب بعد وفى حكم المجهول، والإبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به فيكون الإبراء عنه إسقاط للدين قبل وجوبه فلا يجوز وإذا حصل وقع باطلا، إلا أن الفقهاء استثنوا من ذلك إبراء الزوج من أجر الحضانة المستقبل رغم أنه لم يصبح ديناً فى الذمة إذا كان نظير الطلاق ويكون الطلاق فى هذه الحالة إما طلاقاً على مال أو خلعا بالتفصيل الذى أوردناه فى موضعه، لأنه يكون إبراء بعوض وتخليص المرأة من عقدة الزواج، فكأنما استوفت الأجر باستيفاء بدله والاستيفاء قبل الوجوب جائز شرعاً.

والإبراء من أجر الحضانة مقابل الطلاق مانع من طلب فرضه حتى لو عادت المطلقة إلى عصمة زوجها بعقد جديد لأن البراءة من أجر الحضانة نظير الطلاق إنما هى معاوضة وقد استوفت الحاضنة عوضها عن ذلك وهو الطلاق فعودها بالمطالبة ببعض المعوض عنه جمع بين العوض والمعوض عنه وهو محظور شرعاً لا تجاب إليه.

والقول بأن الحق فى المطالبة بأجر الحضانة يعود بعودة الزوجية، قول لا يستند إلى دليل إذ هذا يستقيم لو كان مناط الحكم فيه الزوجية وغير خاف أن الأمر ليس كذلك بدليل أن هذا الأجر يستحق من غير تحقق الزوجية، وقياسها على نفقة الزوجية قياس مع الفارق إذ أن الزوجية لها أثر فى النفقة بخلاف

(1) الأستاذ أشرف كمال ص 385.

هذا⁽¹⁾.**63- عدم انتقال أجر الحضانة :**

يزول أجر الحضانة بزوال يد الحاضنة عن المحضون لأنه أجر نظير عمل وقد انتهى العمل. وعلى ذلك إذا انتقلت الحضانة إلى حاضنة أخرى فإن المقرر لأجر الحضانة للحاضنة السابقة لا ينتقل إلى الحاضنة الجديدة، وعلى الأخيرة المطالبة بأجر حضانة من جديد.

**وفي هذا قضت محكمة بركة الطبع الجزيئة بتاريخ 1988/5/24 على
الدعوى رقم 231 لسنة 1978 بأن :**

«وحيث إنه عن طلب نقل المقرر لأجر حضانة الصغيرة هدية وأجر مسكن حضانتها وزيادتهما فإنه من المقرر شرعا أن المفروض لأجر الحضانة يزول بزوال يد الحاضنة عن المحضون بمعنى أن المفروض لهذا الأجر لا ينتقل من حاضنة لأخرى خلافا لنفقة الصغير التي تنتقل وعلى ذلك يتعين على الحاضنة الجديدة أن تطلب فرضا جديدا... الخ»⁽²⁾.

64- سقوط أجر الحضانة ببلوغ الصغير أقصى سن الحضانة :

أجر الحضانة يستحق للحاضنة نظير تربية الصغير ورعايته والمحافظة عليه، فإذا بلغ الصغير أقصى سن الحضانة فقد زال سبب الأجر.

**وبهذا قضت محكمة بركة الطبع الجزيئة بتاريخ
1987/11/24 فى الدعوى رقم 104 لسنة 1987 أحوال شخصية**

(1) الدكتور عبد العزيز عامر ص 370.

(2) وقضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ 1986/11/25 فى الدعوى رقم 275 لسنة 1986 كلى مستأنف بأن :

«وعلى هذا فأجرة الحضانة فى معنى المؤونة وتستحقها الحاضنة على عمل هو حفظ الصغير ورعايته وتعهده وهو فى سن الحضانة وما دامت قائمة بهذا العمل استحققت أجر الحضانة أما إذا انفصل الصغير عنها إلى الأم فينعدم قيامها إذن بحفظ الصغير وتعهده فلا أجر لها على النحو المتقدم».

- نفس.

ويجوز للمحكوم عليه بأجر الحضانة عند بلوغ الصغير أقصى سن الحضانة أن يطلب الحكم له على الحاضنة بإبطال المقرر لها لأجر الحضانة لا الكف عن المطالبة بالمفروض لأن الكف عن المطالبة بالمفروض إنما يكون في حالة بقاء الحق مع زوال الصفة في اقتضائه، أما في حال زوال الحق أصلاً في اقتضاء المقرر، فإنه يترتب عليه الحكم بإبطال المفروض.

التبرع بالحضانة:

65- (أ) الشروط الواجب توافرها في المتبرعة بالحضانة:

يشترط في المتبرعة بالحضانة ما يأتي:

1- أن تكون من المحارم المنصوص عليهن بالمادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 (مضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985)، كالجدة لأب أو لأم والخالة والعمة، فلا يقبل التبرع من غير المحارم ولو كن قريبات للطفل كابنة العم أو ابنة الخال، أو الأجنبية عن الصغير. لأن في دفع الصغير للمتبرعة غير المحرم أو الأجنبية ضرراً به لقصور شفقتها عليه فلا يعتبر معه الضرر في المال⁽¹⁾.

2- أن تتوافر في الحاضنة المتبرعة الشروط الواجب توافرها في الحاضنة والتي عرضنا لها فيما تقدم. فإن لم تكن كذلك فلا يلتفت لتبرعها بالحضانة ويبقى الصغير عند الحاضنة التي تقبل الأجر.

3- أن تكون الحاضنة المتبرعة موسرة وهو شرط قال به بعض الفقهاء،

(1) فقد جاء بالعقود الدرية جـ1 ص59 ما يأتي:

«... ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأم تريد الأجر على الحضانة ولا تقاس على العمة لأنها حاضنة في الجملة وقد كثر السؤال عن هذه المسألة في زماننا وهو أن الأب يأتي بأجنبية متبرعة بالحضانة فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمة وظاهر المتن أن الأم تأخذه بأجر المثل ولا تكون الأجنبية أولى بخلاف العمة على الصحيح... الخ» - راجع أيضاً حاشية ابن عابدين جـ3 ص562.

وقد اختلف فى المقصود باليسار، فذهب رأى إلى وجوب أن تكون الحاضنة موسرة بحيث يمكنها أن تتفق على الصغير إذا ما طرأ ما يوجب ذلك كغياب أبيه أو موته وعدم وجود من ينفق على الصغير، والحكمة من ذلك عدم ضياع الصغير⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أن المقصود باليسار أن تكون الحاضنة قادرة على الحضانة مجاناً⁽²⁾.

والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به⁽³⁾.

66- (ب) حكم التبرع بالحضانة:

يتعين التفرقة فى هذا الشأن بين حالة ما إذا كان الأب معسراً وحالة ما إذا كان الأب موسراً. فإذا كان الأب معسراً سواء كان للطفل مال أو لا، تكون المتبرعة المحرم أحق من الأم التى تطلب أجراً، وذلك رعاية لمصلحة الصغير

(1) رسالة الإبانة عن اخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ 1 ص 270 وما بعدها - المستشار صلاح الدين زغو ص 233.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 274.

(3) وقد ذهب رأى إلى أن تبرع الحاضنة بنفقة الصغير أو بأجر الحضانة لا يسقط حضانة الأم إذا كان الطفل فى فترة الرضاع.

فقضت محكمة الجمالية الشرعية بتاريخ 1932/1/17 فى الدعوى رقم 2788 لسنة 1941 بأن: «يقضى الفقه بالتخير فى أجرة الحضانة من ولى المحضون الذى فى سن = الحضانة لا فى سن الرضاع فتخير الحاضنة بين الإمساك مجاناً وبين النزاع منها = والتسليم للمتبرعة وقد نقل فى تعليقات الفتاوى الأنقروية عند النص على التخيير أن المراد بالتخير فى الأجرة والأجرة على الحضانة - «وهو صريح الفتاوى المهدية ص 366 من الجزء الأول» والصغيرة فى سن الرضاع ولا تخير فى هذا السن».

راجع أيضاً: منفلوط الشرعية 1940/2/6 فى الدعوى رقم 1939/1983.

ويذهب ابن عابدين فى رسالته سالفه الذكر ص 272 إلى أنه إذا كان الطفل رضيعاً وتبرعت أمه بحضنته ولكنها طلبت أجرة على الإرضاع وتبرعت غير أجنبية بإرضاعه فإن الطفل يبقى عند أمه وترضعه غير الأجنبية فى بيت أمه لأن كون المتبرعة بالإرضاع غير أجنبية لا يسقط حضانة الأم.

وحفظا لماله إن كان له مال والشفقة موفورة له على كل حال وإن كانت أضعف من شفقة الأم وحينئذ تخير الأم إما أن تقبل حضانة الصغير بغير أجر أو تسلمه إلى المتبرعة بحضانتها.

أما إذا كان الأب موسرا، فإن الأم تكون أحق بالحضانة من المتبرعة، ولو طلبت أكثر من أجر المثل، ولكنها لا تعطى الزيادة على أجر المثل.

وهذا على خلاف حكم الرضاعة، فإن المتبرعة بالإرضاع ولو أجنبية أولى من الأم التي تطلب أجرا، وكذلك التي ترضى بأجر أقل مما تطلبه الأم، هي أولى بإرضاع الطفل من الأم. وسبب التفرقة أن تطلب الحنان والشفقة ووفرة الرعاية أهم وأعظم في الحضانة عن الإرضاع، فكانت الأم أولى بها في كل حال لما لها من كمال الشفقة والحنان بولدها وشدة حرصها عليه.

ويسرى حكم التبرع بالحضانة، ولو كان الحاضن غير الأب أو لو كانت الحاضنة غير الأم⁽¹⁾.

وتسليم المحضون إلى الحاضنة المتبرعة، لا يخول الأخيرة منع الأم من رؤية طفلها وتعهد.

67- طلب تخيير الحاضنة يكون من الأب أو ممن يليه من العصابات :

الأب أو من يليه من العصابات في حالة عدم وجوده هو الذي يطلب تخيير الأم بين حضانة الطفل بالمجان أو تسليمه إلى الحاضنة المتبرعة، وترفع

(1) فقد جاء بالعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 59 ما يأتي:

= (سئل) في صغيرين لا مال لهما وهما في حضانة أمهما المطلقة من أبيهما المعسر ولهما جدة لأب تريد أن تربيهما بغير شيء والأم تأبى ذلك وتطالب الأب بالأجرة ونفقة الولدين فما الحكم. (الجواب) حيث كان الأب معسرا يقال للأم إما أن تمسكى الصغيرين بغير أجر وإما أن تدفعيهما للجدة المذكورة ولا تجبر الأم على ذلك وسئل أيضا عما إذا كان مكان الجدة عمة والمسألة والتتوير وقاضيخان والخالصة وهو الصحيح. قال العلاني والعمة ليست بقيد فيما يظهر أ.هـ... وفي الفتاوى الرجيمية والعمة ليست قييدا بل كل حاضنة في الجملة كذلك والأب ليس قييدا أيضا والنفقة غير الأجرة وقد نص عليهما أ.هـ.

الدعوى منه، ولا تقبل دعوى الحاضنة المتبرعة إمساك الصغير مجانا إذا لم يطلب الأب أو من يليه من العصابات ذلك، لجواز أن يرضى وهو معسر بإيقائه عند الحاضنة القريبة بالأجر ولأنها لا تنتصب خصما عنه فى الضرر وطلب سقوط أجر الحاضنة القريبة فى دعواها الحاضنة لنفسها.

68- إجبار الأم على الحضانة :

إذا أثبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضانتها مجانا ولم يكن له مال وكان أبوه معسرا ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الأم على حضانتها وتكون أجرتها ديناً على أبيه⁽¹⁾.

مكان الحضانة وانتقال الحاضنة بالصغير

لبيان مكان الحضانة وحق الحاضنة فى الانتقال بالصغير، نفرق بين ما إذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وبين ما إذا لم تكن هى أم الصغير .
كما أن هناك تفصيلا أيضا فيما إذا كانت الحاضنة هى أم الصغيرة ونعرض لذلك فيما يأتى :

69- أولا : إذا كانت الحاضنة هى أم الصغير :

(أ) إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وأبى الصغير :

إذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبى الصغير، فمكان الحضانة هو مكان الزوجين أى مسكن الزوجية، وليس للحاضنة أن تسافر بالولد إلى أى بلد ولو كان قريبا، لأن للزوج بحكم الزوجية منعها من الخروج من المنزل - فى غير الحالات المستثناة فى القانون - إذا لم يكن معها ولد، فأولى أن يمنعها من السفر بالولد إلى بلد آخر⁽²⁾.

(ب) إذا كانت الأم معتدة من طلاق أبى الصغير :

(1) مادة (390) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - بندر شيبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ 1988/1/19 فى الدعوى رقم 218 لسنة 1987.
(2) بدائع الصنائع ج4 ص44 - الدكتور عبد الرحمن تاج ص463.

إذا كانت الأم الحاضنة معتدة من أبى الصغير من طلاق رجعى أو بائن، فمكان الحضانة مسكن العدة، وهو مسكن الزوجية وقت الطلاق فليس لها أن تخرج منه حتى تنقضى عدتها منه، حتى ولو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر، لأن بقائها فى بيت الزوجية هو حق لله تعالى فلا يملك الزوج إبطاله⁽¹⁾ لقوله تعالى ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾⁽²⁾.

وعلى ذلك لا يجوز للمطلقة رجعيا أو بائنا السفر بالمحضون فى فترة العدة.

(ج) إذا كانت الأم معتدة من وفاة أبى الصغير:

إذا كانت الأم الحاضنة معتدة من وفاة أبى الصغير، فالظاهر أنها تأخذ حكم المعتدة من طلاق، فيكون بلد أبى الصغير هو مكان الحضانة ولا يكون لها التنقل بالولد بلا إذن، والإذن هنا إذن الأولياء لقيامهم مقام الأب ولأن ما فيه ضرر للولد ممنوع، فلهم المنع تحاشيا لهذا الضرر المحتمل وقوعه بالولد، ولا يمنع من وجوب الإذن أن معتدة الوفاة تخرج نهارا وبعض الليل لكسب نفقتها لأن المبحث هنا خاص بالانتقال من بلدة إلى أخرى وهذا ليس لها فى العدة فكانت فى مسألة الانتقال بالولد فى حكم المعتدة من طلاق⁽³⁾.

(د) إذا كانت الأم قد انتقضت عدتها من أبى الصغير:

إذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وانقضت عدتها من أبيه فمكان الحضانة هو بلد أبى الصغير، وحققها فى الانتقال بالصغير من مكان الحضانة إلى بلد آخر يختلف باختلاف ما إذا كان هذا البلد الآخر قريبا أو بعيدا. فإذا كان البلد الذى يراد الانتقال إليه قريبا جاز لها الانتقال بالصغير من

(1) راجع الرأى الذى يجيز للمطلقة الإقامة خارج مسكن العدة استنادا إلى حالة الضرورة (الكتاب الرابع من موسوعة الأحوال الشخصية).

(2) سورة الطلاق - آية رقم (1).

(3) حاشية ابن عابدين ج3 ص569 - الدكتور عبد العزيز عامر ص401 وما بعدها.

مدينة إلى مدينه ومن قرية إلى قرية، ولا يجوز لها الانتقال من مدينة إلى قرية، لأن أهل القرى جبلوا على الجفاء فيخشى على الصغير التخلق بأخلاقهم وهو ما يلحق به الضرر⁽¹⁾.

ويستثنى من ذلك أن تكون القرية المراد الانتقال إليها هى بلد الأم أى موطن أهلها التى عقد عليها فيها لأن الأب يكون قد التزم المقام فى هذا البلد عرفا وشرعا لقول النبى عليه السلام: «من تأهل ببلدة فهو منهم». فإذا لم يكن هذا البلد بلد الأم أو كان بلدها ولكن لم يعقد عليها فيه فلا يجوز الانتقال بالصغير إليه⁽²⁾.

أما إذا كان البلد الذى يراد الانتقال إليه بالصغير بعيدا، فإنه لا يجوز الانتقال إليه بالصغير إلا بإذن الأب لما فى ذلك من الإضرار بالأب لبعد ابنه عنه والإضرار بالولد لفقده رعاية أبيه ورقابته.

إنما يستثنى من ذلك أن يكون البلد الذى يراد الانتقال إليه هو بلدها أى موطن أهلها وأن يكون أبوه قد عقد عليها به، لأن هذا الانتقال فيه مصلحتها ومصلحة الولد حيث تقيم بين أهلها وذويها وتعيش فى البيئة التى نشأت فيها لتكون تحت رعايتهم ورقابتهم، ومن ثم فإن المصلحة فيه أعظم من الضرر الذى قد يلحق الأب ببعد ولده عنه، ولأن العقد عليها فى بلدها - كما أسلفنا - التزام منه المقام فى هذا البلد عرفا وشرعا.

ويجوز فى هذه الحالة أن يكون الانتقال من مدينة إلى قرية. والمحذور هو الانتقال بالصغير من بلد إلى بلد، فيجوز الانتقال من حى إلى حى داخل المدينة الواحدة، إلا إذا كان بينهما تفاوت فتمنع الأم من الانتقال بالولد ومناطق التفاوت أن يكون فى إمكان الأب رؤية الولد والعودة فى نفس النهار⁽³⁾.

(1) بدائع الصنائع جـ 4 ص 45.

(2) البحر الرائق شرح كنز الرقائق جـ 4 ص 172.

(3) فقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار ما يأتى: «فلو بينهما تفاوت بحيث يمكنه أن يبصر ولده ثم يرجع فى نهاره لم تمنع مطلقا لأنه كالانتقال من محلة إلى محلة شمتى». وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله «قوله من محلة إلى محلة أى فى بلد واحدة الظاهر

ويندر الآن أن يوجد ببلدة كبيرة تفاوت بين أحيائها بالمعنى السابق، لأن المواصلات قربت الأماكن البعيدة (أنظر البند التالي).

وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق بين الأب والحضنة على مخالفة القواعد المتقدمة، كأن يقبل الأب إقامة الحضنة في بلد لا يجوز لها أن تحضن الصغير فيه.

70- معيار القرب والبعد عن بلد الأب:

المعيار الذى وضعه الفقهاء للقرب والبعد عن بلد الأب، هو أنه إذا كان الأب يستطيع الذهاب لرؤية ولده والعودة إلى محل إقامته قبل دخول ليل ذات اليوم كان المكان قريبا، فإذا لم يستطع ذلك كان المكان بعيدا.

وقد راعى الفقهاء فى وضع هذا المعيار أمرين كانا فى زمانهم الأول: وسائل الانتقال التى كانت توجد لديهم والصعوبات التى كانت تعترض السفر، فقد كانت وسائل المواصلات بدائية وهى إما السير على الأقدام أو ركوب الدواب فى وقت لم تكن الطرق فيه مهيأة. **الثانى:** أن السفر ليلا لم يكن مأمون العاقبة لكثرة اللصوص وقطاع الطرق إذا لم يكن الأمن مستتباً فى عهدهم، كما لم تكن الطرق مضاعة كما هى الحال الآن.

ولما كانت مسألة القرب أو البعد يجب أن تحسب على ما هو كائن فى ذلك الزمان، فإنه يجب احتساب القرب والبعد عن بلد الأب فى الآونة الحاضرة على أساس التطور الموجود فى وسائل المواصلات على اختلاف أنواعها، لا على أساس قطع المسافة سيرا على الأقدام أو بركوب الدواب، كما يجب اعتبار الليل كالنهار إذ لم يعد الليل مانعا من السفر بسبب استتباب الأمن وإضاءة الطرق. وعلى ذلك يمكن القول بأن تطبيق هذا المعيار الآن يؤول إلى القول بأن الأب إذا كان يستطيع الذهاب إلى البلد التى تنتقل إليها الأم بالصغير بوسائل المواصلات الموجودة الآن والعودة نهارا أو ليلا فى ذات اليوم فإن البلد يكون قريبا فإذا لم يستطع ذلك كان البلد بعيدا.

وإنما يجب أن يراعى هنا مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية

ولده⁽¹⁾.

فإنه وإن كان يمكن مثلاً للأب السفر من طنطا إلى أسيوط والعودة في نفس اليوم إلا أنه يجب أن يدخل في الاعتبار مدى قدرة الأب على تحمل نفقات سفر هذه المسافة.

وقد قضى بأن:

«ما ذكره الفقهاء بصدد مسألة البعد وهو أن تكون المسافة بين البلدين بحيث لا يتمكن المطالع من رؤيته والعودة نهاراً، لم يسقه الفقهاء مساق الحد

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبي ص 775 - وقارن حكم محكمة الأزبكية في الدعوى رقم 1888 لسنة 1928 بتاريخ 1929/5/25 فقد جاء به «.....فإن الضرر يندفع متى أمكن الذهاب والعودة قبل الليل بأية وسيلة للانتقال تكون مألوفة وميسورة للكافة، وقياس هذه المسألة على تلك قياس غير صحيح ووسائل الانتقال الميسورة للكافة في هذا الزمن هي الطرق الحديدية والسيارات العمومية والمراكب التجارية والشراعية والعربات والدواب والسير على الأقدام والثلاثة الأخيرة ليست مألوفة إلا في المسافات القصيرة وغير مألوفة هذه الأيام فمتى أمكن الأب مطالعة ابنه والعودة للمبيت في منزله في المسافات الطويلة بوسائل الانتقال الأولى كان انتقال الأم بالصغير غير ممنوع شرعاً - وقد يقال أن في ذلك ضرراً للأب متحملاً لنفقات السفر ولكن ذلك غير منظور إليه قطعياً فإنه عليه أن ينتقل لرؤية ابنه متى أراد من بكرة النهار إلى الليل ولم يقل الفقهاء ذلك إلا وهم يعلمون أن الانتقال طول اليوم مكلف لنفقات في كثير من الأحيان» - المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد نصت المادة 169 من المشروع على أنه:

(أ) ليس للأب خلال الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أن تسافر بولدها أو تنتقله من بيت الزوجية إلا بإذن أبيه.

(ب) ويجوز لها بعد البيونة، أن تنتقل به إلى بلد آخر، إذا لم يكن هذا النقل مانعاً لمصلحة تربية الصغير، ولم يكن ظاهراً منه مقصد المضارة بالأب، ولا يكلف الأب مشقة أو نفقة غير عادية.

= وجاء بالمذكرة الإيضاحية ما يأتي:-

«.... فإذا كان المكان يتوصل إليه بالوسائل العادية اليوم من سيارات وقطارات السكك الحديدية ونحوها في نهار واحد، ذهاباً وإياباً، فهذا مكان غير بعيد، ولا تعتبر المشقة فيه أو الكلفة غير عادية، بمقاييس العصر الحاضر».

الجامع المانع لمسألة البعد، ولم يجعلوا ذاك ضابطا ومعيارا، وإنما ساقوه مساق المثل للضرر الذى يصيب من له حق حضانة الصغير فى ذلكم الزمان الذى لم تكن المواصلات فيه سهلة ميسرة ولم يكن الأمن فيه مستتباً باسطا رواقه وظله ولم يكن الليل فيه إلا شيئاً مربعاً مخيفاً حيث ينتشر الظلام ويكثر اللصوص وقطاع الطرق، فبديهى أن يكون التأخير حتى يسدل الليل ستاره ضرراً يجب أن يتقى - أما الآن وقد استتب الأمن وسهلت المواصلات وأُنيرت الطرق والمسالك وأصبح الليل قطعة من النهار ولا يشعر السائر فيه بوحشة ولا يخشى ضرراً فليس معقولاً أن يعتبر ذلك الآن ضرراً يجيز طلب الضم لطلبه».

(أسيوط الشرعية بتاريخ 1947/1/6 - الدعوى رقم 58 لسنة 1946)

71- حق الأم الحاضنة فى الانتقال بالصغير فى حالة وفاة الأب:

القيود سالفة الذكر التى ترد على الحاضنة فى الانتقال بالمحضون إلى غير مكان الحضانة خاصة بحالة ما إذا كان الأب موجوداً والأم المطلقة هى الحاضنة. فإذا لم يكن الأب موجوداً، فلا يجوز لغير الأب كالجدة أو العم منعها من الانتقال بالصغير⁽¹⁾.

72- ثانياً: إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير:

إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير كالجدة أو الأخت أو الخالة أو العمّة، فليس لها الانتقال بالصغير إلى بلد غير بلد أبيه أو أقرب عاصب له فى حالة عدم وجود الأب إلا بإذنه، سواء كان البلد قريباً أو بعيداً، وطناً أصلياً لها أو لا، لأنه أجاز للأب الانتقال إلى بلد هو وطنها الذى عقد عليها فيه اعتباراً بأن العقد على الزوجة فى وطنها التزام من الزوج شرعاً وعرفاً بالمقام فيه، وهذا المعنى

(1) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ 3 ص 569 «لكن سئل شيخ مشايخنا العلامة الفقيه مثلاً (على التركمانى) عن يتيم فى حضانة أمه له جد لأب تريد أمه الغربية من بلدها التى = تزوجت فيها إلى بلدة أخرى فهل لجده منعها؟ فأجاب بأن الواقع فى كتب المذهب متونا وشروحا تقييد المسألة بالمطلقة والأب، ولم نر من أجراها فى غيرهما، ومفاده أن الجد ليس له منعها» راجع أيضاً عمر عبد الله ص 614 - وهذا المعنى هو المستفاد أيضاً من المادة (393) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

غير متحقق في غير الأم لعدم وجود عقد⁽¹⁾.

73- لا يجوز للأب الانتقال بالصغير في فترة الحضانة إلى بلد آخر:

إذا كان الولد في فترة الحضانة، فلا يملك الأب الانتقال به إلى أى بلد آخر ولو كان قريباً إلا بإذن حاضنته، سواء كانت هذه الحاضنة زوجة أو مطلقة أو كانت امرأة أخرى⁽²⁾، لأن في هذا الانتقال تفويتاً لحق الحاضنة في حضانتها وحق الولد في عطفها وحنانها.

فإذا زالت أهلية الحاضنة، ولم توجد له حاضنة أخرى، فإنه يجوز للأب أن ينتقل بالولد إلى بلد آخر، كما يجوز ذلك لمن يقوم مقامه في ولاية أمر الولد حتى تعود للحاضنة أهليتها للحضانة.

وقد أطلق بعض الفقهاء حق الأب في الانتقال بالصغير، فأجازوا له الانتقال به إلى أى مكان بعيد أو قريب.

وقيده البعض بأن يكون قريباً بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم وتعود لموطنها في ذات اليوم قبل دخول الليل، كما هو الحال في سفر الأم بالصغير. وقد مال ابن عابدين إلى هذا الرأي⁽³⁾.

(1) حاشية ابن عابدين جـ3 ص570 - الدكتور عبد العزيز عامر ص405 - وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 26 من ربيع الأول سنة 1333هـ بأن:

«وأما الولد الذى عمره سنة وثلاثة أشهر والبنت التى عمرها أربع سنوات فهما فى سن الحضانة وتنتقل حضانتهم بعد موت أمهما إلى أمها إن كانت أهلاً للحضانة لكن ليس لها الحق بأى حال أن تتقلها من محل حضانتها إلا بإذن أبيهما».

وقد أفتت بتاريخ 14/9/1966م فى الطلب رقم 572 لسنة 1966 بأنه «... كما لا يلزم أم الأم أن تنتقل إلى مسكنه مهما كان ذلك المسكن لتقوم بواجب الحضانة، بل إن ذلك غير جائز شرعاً متى كانت أجنبية عنه وغير محرم له، ووضح من السؤال أنهم جميعاً يقيمون فى مدينة القاهرة الأمر الذى يسهل معه على والد الأطفال أن يطالعهم متى شاء ومما ذكر يعلم الجواب عما جاء بالسؤال والله سبحانه وتعالى أعلم».

(2) حاشية ابن عابدين جـ3 ص570.

(3) راجع فى الرأيين: التتوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ3 ص570 وما بعدها - وقد أشار ابن عابدين إلى أن هناك رأياً أن الأب لا يخرج بالولد من محل إقامته

والذى نراه ما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين من أنه لما كان لكل من الأب والأم حق فى الولد ورؤيته فى فترة الحضانة وقد نفى الشارع المضارة عنهما بسببه فقد يكون فى الأخذ بأحد الرأيين بإطلاق ضرر بأحدهما، فلو أخذنا بالرأى الأول ربما استغل الأب ذلك فى حرمان الأم من رؤية ولدها، ولو أخذنا بالثانى وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد، فمنعاً للإضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضى لينظر فى خروج الأب والداعى إليه، فإن رأى أنه مضطر للخروج إلى البلد البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعا للضرر عنه، وإن رأى أنه لا مصلحة له فى ذلك قيده بالقرب لعدم مضارة الأم⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1942/11/3 بأن:

«الحمد لله وحده والسلام على من لا نبى بعده. اطلعنا على هذا السؤال وعلى صورة طبق الأصل من الحكم المذكور ونفيد أنه قد جاء فى آخر باب الحضانة من البحر ما نصه - وفى المجمع ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء انتهى. وعلمه فى الشرح بأنه لما فيه من الإضرار بالأم بإبطال حقها فى الحضانة - وهو يدل على أن حضانتها إذا سقطت جاز له السفر به وفى الفتاوى السراجية. سئل إذا أخذ المطلق ولده من حاضنته لزواجها هل له أن يسافر به فأجاب بأن له أن يسافر به إلى أن يعود حق أمه. انتهى وهو صريح فيما قلنا وهى حادثة الفتوى فى زماننا. انتهت عبارة البحر - ونقل ابن عابدين فى رد المحتار عن الشرنبلالية عن البرهان ما نصه «وكذا لا يخرج الأب به من محل إقامته قبل استغنائه وإن لم يكن لها حق فى الحضانة لاحتمال عوده بزوال المانع» انتهى. ونقل صاحب الدر أن شيخه الرملى أفتى بأن يسافر به بعد تمام حضانتها قال ابن عابدين لم أر ذلك فى الخيرية فى هذا المحل والمأخوذ من هذه النصوص أن

قبل استغنائه عن الحضانة، وإن لم يكن لها حق الحضانة، لاحتمال أن يعود هذا الحق بزوال مانعه.

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص 676 وما بعدها.

للأب فى حادثتنا أن يسافر بأولاده إلى بلد فوق مسافة القصر إذا كان الأولاد قد تجاوزوا سن الحضانة ولكن نقل صاحب الدر عن الحاوى أن للأب إخراجهم إلى مكان يمكن للأب أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها قال ابن عابدين تعليقاً على هذا ما نصه ثم لا يخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية ولما يأتى عن شيخه الرملى بل ولما مر عن المجتمع والبرهان لأن ما فى الحاوى يشمل ما بعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأب ويؤيده ما فى التترخانية «الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده انتهى. ولا يخفى أن السفر أعظم مانع» انتهت عبارة ابن عابدين والمأخوذ من هذا أنه ليس للسائل أن ينقل أولاده إلى دمياط التى بينها وبين القاهرة أكثر من مسافة قصر. وهذا ما اختاره ابن عابدين ذاهباً إلى أنه الأوفق ومؤيداً له بما نقله عن التترخانية ولكن صاحب الحامدية أفتى بخلاف ذلك أخذاً مما فى المجمع وشرحه ومما فى السراجية ولنص عبارة الحامدية «سئل فى بنت بلغت من السن إحدى عشرة سنة وهى عند أمها المطلقة من أبيها يريد أبوها أخذها من الأم والسفر بها إلى بلدته التى هو فوق مدة السفر فهل له ذلك حيث سقطت حضانتها الجواب. نعم» وفى المجمع «ولا يخرج الأب ولده قبل الاستغناء إلى آخر ما ذكرنا عن البحر» إلى أن قال «ورأيت فى هامش فتاوى الأنقروية حاشية معزوة إلى الولي يحيى ابن زكريا أنه إذا سقطت الحضانة للزوج بالأجنبى أو بالاستغناء فللعلم أن يسافر بالولد» انتهى وخلاصة ما ذكرنا أن للمتأخرين فى أن للأب أن يسافر بأولاده إلى بلد بينه وبين وطن الأم مسافة قصر رأيين فالذى عليه كثير منهم أن له أن يسافر وأن ينقل أولاده إلى هذا البلد وعلى ذلك فليس للمطلقة المذكورة أن تلزم والد الأولاد باستحضارهم لرؤيتها لهم وإذا شاعت ذهبت إليهم فى دمياط محل إقامتهم لرؤيتهم وإذا ذهبت إليهم لا تمنع من ذلك وعلى هذا رأى أفتى صاحب الحامدية وذهب صاحب الحاوى إلى أنه ليس له أن ينقله بعد الاستغناء إلا إلى مكان قريب لا يفصله عنها إذا أرادت أن تنظر ولدها كل يوم وقد أيده ابن عابدين والذى يظهر لنا الأخذ بما فى شرح المجمع والسراجية والبرهان

وأفتى به صاحب الحامدية من أن للسائل أن ينقل الأولاد إذا استغنوا عن أمهم بتجاوزهم سن الحضانة إلى دمياط وليس عليه أن يحضرهم إلى القاهرة لتراهم والدتهم بل لها إذا شاعت أن تذهب إلى دمياط لرؤيتهم وذلك دفعا للضرر عن الأب بإقامة أولاده في غير محل إقامته وما قاله ابن عابدين من أن السفر أعظم مانع لا يخفى ما فيه فإن الظاهر من قول التترخانية المتقدم أن الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من النظر إليه ومن تعهده في المكان الذي يوجد فيه الولد بحق والأولاد موجودون بدمياط بحق فلا تمنع من رؤيتهم في دمياط. وما قاله أيضا من أنه الأرفق بالأم مسلم ولكن الأخذ به إنما يكون إذا لم يكن فيه ضرر وعدم رفق بالأب ولو ألزمتنا الأب بإقامته بأولاده بالقاهرة لكان في ذلك ضرر أشد من الضرر الذي يلحق بالأم بذهابها إلى دمياط لرؤيتهم نعم. لو كان لوالد الأولاد محل إقامة أيضا بالقاهرة يمكن أن يقيم الأولاد فيه من غير ضرر يلحقهم كان الأخذ بما ذهب إليه صاحب الحاوى وقال ابن عابدين أنه الأرفق والأولى. وفي هذه الحالة لا يكون هناك ضرر على الوالد. وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله سبحانه وتعالى أعلم».

74- حق الأب في الانتقال بالولد بعد ضمه إليه :

إذا انتهت مدة حضانة النساء وضم الولد إلى أبيه، فله السفر بالولد إلى أى بلد آخر.

وقد أفتى الرملى بأن غير الأب من العصبات كالأب⁽¹⁾.
ولم يأخذ ابن عابدين بذلك وذكر أنه لم ير من ذكره⁽²⁾.



(1) وجاء بالدر وشرحه أنه عزاه للخلاصة والتترخانية.

(حاشية ابن عابدين ج3 ص571).

(2) فقد جاء بحاشية ابن عابدين ج3 ص571: «قوله وبأن غير الأب... الخ، يوهم أن غير الأب له السفر به أيضا إذا كان عنده، ولم أر من ذكره، بل قال القهستاني فلا يخرج الأب إلا أن يستغنى، ولا غيره ممن يستحق الحضانة نظرا للصغير».

(الموضوع الثانى)

(مسكن الحضانة فى الفقه الحنفى)

75- تمهيد:

إذا لم يكن للحاضنة مسكن تقيم فيه مع الصغير - بالتفصيل الذى سنذكره - كان لها الحق فى مسكن للحضانة أو أجر مسكن للحضانة، ولما كان مسكن الحضانة من نفقة الصغير فإن المسكن أو أجره يكون فى مال الصغير إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فيجب على من يلزم بنفقته. وإذا كانت الحاضنة تقيم - غالباً - مع المحضون بالمسكن الذى تعده لسكناها، فإن الوضع الغالب فى العمل أن الحاضنة تطالب بأجر مسكن الحضانة لا بتهيئة مسكن للحضانة، ولذلك سنرى أن بحثنا يدور حول أجر مسكن الحضانة⁽³⁾.

76- متى تستحق الحاضنة مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة؟

ذهب الفقه الحنفى ورأى فى الفقه الحديث وجانب من أحكام القضاء إلى أن الحاضنة تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن مملوك لها تقيم فيه مع المحضون، فإذا كانت تملك مسكناً لا تقيم فيه مع المحضون أو كانت تقيم مع المحضون فى مسكن أحد أقاربها أو تستأجر مكاناً تقيم فيه معه فإنها تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة⁽⁴⁾.

(3) أنظر قضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه فى بند 111.

(4) وقد جاء بحاشية ابن عابدين: «فى نفقات البحر عن التفريق لا تجب فى الحضانة أجر المسكن. وقال آخرون: تجب إن كان للصبي مال وإلا فعلى من تجب عليه نفقة أهـ. وفى النهر: وينبغى ترجيح عدم الوجوب لأن وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة... الحاصل أن الأوجه لزومه لما قلنا، ولكن هذا إنما يظهر لو لم يكن لها مسكن، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعاً لها فلا لعدم احتياجه إليه فينبغى أن يكون ذلك توفيقاً بين القولين، ويشير إليه قول أبى حفص وليس لها مسكن، ولا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل».

«التتوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ 3 ص 561».

وقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 58 (سئل) فى رجل طلق=

وترتيباً على ما تقدم قضى بأن:

1- «وحيث إنه عن أجرة المسكن، فإنه من المقرر فقها وقضاء أن الحاضنة تستحق أجرة المسكن إذا كانت لا تملك مسكناً تحضن فيه الصغير وأن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة، ويراعى عند تقديرها حالة المدعى عليه فالمنصوص عليه شرعاً أن من لها إمساك الصغير وليس لها مسكن مع الولد يكون على الأب سكتها وسكنى الولد ومنه يتبين أن السكنى واجبة لكل من الحاضنة والمحضون للحاجة وما دامت الحاجة قائمة فالوجوب مستمر».

(شبين الكوم الكلية - جلسة 1986/11/25 - الدعوى رقم 275
سنة 1976 مستأنف)

= زوجته ثلاثاً وانقضت عدتها ولها منه ابن صغير فى حضانتها وطلبت من أبيه مسكناً لهما هل يلزمه ذلك (الجواب) على الأب سكتها جميعاً.....الخ».

والمطلع على كتب الفقه يتبين أن الأئمة جميعاً قد التزموا تعبيراً واحداً فى سرد هذا الاستثناء بأن استعملوا عبارة «إذا كان للحاضنة مسكن». ولم يستعمل واحد منهم كلمة دار أو بيت أو منزل مثلاً ومدلول كلمة مسكن لغة هو المكان المشغول فعلاً بالسكنى بدليل قوله تعالى: ﴿قَالَتْ نَمْلَةٌ يَأْتِيهَا النَّمْلُ ادْخُلُوا مَسْكِنَكُمْ﴾ فقد عبر الله سبحانه وتعالى بالمساكن وهى جمع مسكن لأن النمل كانوا يسكنونها فعلاً وكذلك قوله تعالى: ﴿وَسَكَنْتُمْ فِي مَسْكَنِ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ﴾ وقوله تعالى أيضاً ﴿لَقَدْ كَانَ لِسَبَإٍ فِي مَسْكِنِهِمْ آيَةٌ﴾. وعلى ذلك فكلمة مسكن إنما تدل لغة على المكان المشغول فعلاً بالسكنى ولا كذلك البيت والدار والمنزل بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَوْحَىٰ رَبُّكَ إِلَى النَّحْلِ أَنْ اتَّخِذِي مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا﴾ ولم يقل عز وجل اتخذى من الجبال مساكن لأن النمل لم تكن قد سكنت فعلاً وكذلك الحال فى قوله تعالى: ﴿وَتَنَحُّثُونَ مِنَ الْجِبَالِ بُيُوتًا﴾.

وكما أن اللغة على هذا المعنى فقد جرى العرف أيضاً به وللعرف اعتباره. ولا شك أن استعمال اللام فى عبارة «إن كان للحاضنة مسكن» تفيد ضرورة أن يكون المسكن مملوكاً للحاضنة لأن اللام للملك حقيقة والأصل الحقيقة (المستشار صلاح الدين زغو ص 343).

2- «وحيث إنه من المقرر شرعا أن أجرة مسكن الحضانة للصغير الفقير على والده إلا إذا كانت الحاضنة تمتلك مسكنا وتقيم فيه فعلا في البلد الذي تقيم فيه مع الصغير..الخ».

(بركة السبع الجزئية - جلسة 1987/11/3 - الدعوى رقم 202 لسنة 1986)

وذهب رأى فى الفقه الحديث أيده جانب من أحكام القضاء إلى أن الحاضنة لا تستحق أجر مسكن الحضانة وإن لم تكن تملك مسكنا تقيم فيه، إذا اندفعت حاجتها للمسكن، بأن كان لها حق الانتفاع أو السكنى، أو إذا كانت تسكن مع زوجها القريب للصغير قرابة محرمية أو حتى الأجنبي عنه فى مكان الحضانة لأن الطفل يسكن تبعاً لها استقلالاً وسكنها ونفقتها على زوجها، وسكنى الصغير لا تكلفها شيئاً⁽⁵⁾.

وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1996/1/18 فى القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية دستورية هذا رأى وذهبت إلى أن:

مسكن الزوجية لا يكون مقراً للمحضونين بالتطبيق للمادة 18 مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 إذا كان لحضانتهم مسكن يأويهم، تقيم هى فيه وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها.

77- من الملزَم بأجر مسكن الحضانة؟

أجر مسكن الحضانة من نفقة الصغير، ويجب فى ماله إن كان له مال، فإذا لم يكن له مال فيجب على أبيه أو من تجب عليه نفقته.

وعلى ذلك نصت المادة (18 مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: «إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم...الخ».

(5) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص 769 - الدكتور عبد العزيز عامر ص 396- المنيا الكلية فى 1956/12/9 - الدعوى رقم 1956/328 مستأنف.

وقد قضى بأن :

1- «وحيث إنه عن أجر الحضانة فمن المقرر أن الحضانة ما هي إلا عمل من الأعمال وأن من يقوم بها يستحق أجرا في مقابل هذا العمل والحاضنة إن كانت أما بيتدى استحقاقها لأجر الحضانة من وقت قيامها بالحضانة فعلا... بل لها فوق ذلك أجرة مسكن إن لم يكن لها مسكن وأن أجرة الحضانة والمسكن يلزم بها من تجب عليه نفقة الصغير وهو الأب».

(بندر المنيا الجزئية - جلسة 1985/4/29 - الدعوى رقم 3 لسنة 1985)

2- «وحيث إنه من المقرر شرعا أن أجرة مسكن الحضانة للصغير الفقير على والده إلا إذا كانت الحاضنة تملك مسكنا وتقيم فيه في البلد الذي تقيم فيه مع الصغير».

(بركة السبع الجزئية - جلسة 1987/11/3 - الدعوى رقم 202

لسنة 1986)

78- كيفية تقدير أجر مسكن الحضانة :

أجر مسكن الحضانة من نفقة الصغير، فهو يقدر بمثل ما تقدر به نفقته فإذا كان الملزم بأجر مسكن الحضانة هو الأب، فإنه يقدر بحسب يساره، وإذا كان الملزم به غير الأب يقدر بحسب كفاية الصغير في حدود يسار الملزم بالنفقة⁽⁶⁾. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (18 مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - بالنسبة للأب - بقولها: «ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم».

79- تاريخ استحقاق أجر مسكن الحضانة :

أجر مسكن الحضانة - كما أسلفنا - من نفقة الصغير ومن ثم فإن الأب أو من يلتزم نفقة الصغير يلزم به شرعا وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (18 مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن

(6) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص 849.

الإِنفاق عليهم⁽¹⁾، وعلى ذلك إذا كان الأب هو الملزم بنفقة الصغير فإنه يلزم بأجر مسكن حضانتها من تاريخ الامتناع لا من تاريخ الحكم. أما إذا كان الملزم به غير الأب فإنه يستحق من تاريخ الحكم.

80- أجر مسكن الحضانة وتعدد المحضونين:

جرت بعض الأحكام على قاعدة مقتضاها أن السكنى واجبة للحاجة وما يكفي لسكنى محضون واحد يكفي لسكنى أكثر من واحد وبالعكس ما يكفي لسكنى أكثر من محضون لا يتغير إذا صار المحضون واحداً، فقضى بأنه متى اجتمع الأولاد في سن الحضانة في حضانة حاضنتهم وكان مفروضاً لبعضهم أجر مسكن كان هذا مانعاً من فرض أجر مسكن للبعض الآخر، فإذا فرض مثلاً لأخوين أجر مسكن وكان لهما ثالث يقيم فلا داعى إذن لفرض أجر مسكن بالنسبة إلى هذا الأخير، ويجب رفض الدعوى في ذلك⁽²⁾.

وقضى بأنه قد جرى العمل والعرف على عدم تجزئة المفروض لأجر الخدمة وسكنى الحضانة فإذا فرض للحاضنة أجر خدمة ومسكن حضانة صغار ثم توفى أحدهم فإنه لا يجوز طلب إبطال ما أصاب الصغير المتوفى في هذه الأجرة لأن السكنى واجبة للحاجة وهى قائمة فالوجوب مستمر ومن يخدم شخصاً يخدم أكثر والأجر واحد⁽³⁾.

وبأن زوال يد الحاضنة عن بعض الصغار لا يوجب تخفيض أجر المسكن إذا ظهر أن المفروض لها أقل من الكفاية⁽⁴⁾.

وجاء فى حكم آخر أنه لا يمكن شرعاً تعدد مسكن الحضانة والخادم بتعدد الصغار لا يتجزأ كذلك أجر المسكن والخادم المفروض لهم جملة فلا يجاب الأب إلى طلب إبطال ما خص الصغير المضموم من أجرتهما اعتباراً بالنفقة وباقى

(1) وهذه الفقرة وردت لأول مرة فى القانون رقم 100 لسنة 1985.

(2) مصر الابتدائية الشرعية، المحاماة الشرعية 1 لسنة 5 العددان 1، 2 ص 133 رقم 47.

(3) ميت غمر الشرعية فى 1953/1/6.

(4) محكمة إسنا الشرعية: المحاماة الشرعية السنة 19 ع 4 ص 360 وما بعدها رقم 75.

الأجور، ما دامت حاضنة لأخوته، لأن هذه غير تلك⁽¹⁾.

وذهب بعض الفقهاء - بحق - إلى أنه يجب ألا يؤخذ هذا الأمر على إطلاقه، فقد يكون لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفى صغير واحد قد لا يكفى لسكنى خمسة مثلاً، وما يكون لخمسة قد لا يكون من العدل أن يظل كذلك إذا صار المحضون واحداً، ولا سيما إذا روعيت ظروف كل قضية على حدها، فإن حجرة واحدة، على سبيل المثال، قد تكفى لسكنى صغيرين أو ثلاثة، لكنها قد لا تكون كذلك إذا زاد عدد المحضونين، ولا سيما إذا كانت الطبقة والحالة الاجتماعية والمالية لا تسمح بذلك⁽²⁾.

81- أثر الصلح على أجر مسكن الحضانة :

إذا كانت الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه مع الصغير، فامتنع عليها أن تستحق أجرة مسكن الحضانة، ومع ذلك تم الصلح على أجرة مسكن الحضانة للصغير مع علم الطرف الآخر بأن الحاضنة تملك مسكناً تقيم فيه مع الصغير، فإن هذا يمنع اعتباراً من تاريخ سريانه من طلب إسقاط هذه الأجرة محل الصلح، لأن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومات فيصار ما أمكن لتصحيحه صونا لتصرفات العقلاء من الإلغاء⁽³⁾.

82- مجال تطبيق أحكام أجر مسكن الحضانة في المذهب الحنفى :

وضعت المادة (18 مكرراً ثالثاً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - كما سنرى - أحكاماً خاصة بمسكن الحضانة في حالة الطلاق وهي تختلف عن أحكام مسكن الحضانة المنصوص عليها في المذهب الحنفى على ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا، ولذا يجب - منعا للبس - تحديد الحالات التي تطبق فيها أحكام مسكن الحضانة المنصوص عليها في المذهب الحنفى وهذه الحالات هي :

(1) أجا الشرعية في 21/12/1936.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص 398.

(3) الدكتور عبد العزيز عامر ص 394.

- (1) إذا كان الولد يقيم في غير مسكن الحضانة، كما لو كان طالب علم يسكن في غير البلدة التي بها مسكن الحضانة.
- (2) الفرقة بين الزوجين بغير طلاق، كالفرقة التي ليست بطلاق وإن اختسبت طلاقاً أو فسحاً كما لو تبين أن الزوجة أخت زوجها رضاعاً أو أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام أو ارتد الزوج أو الزوجة عن الإسلام، أو ارتكبت الزوجة مع أحد أصول الزوج أو فروعها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو انتهاء الزواج بالايلاء أو اللعان.
- (3) انتهاء الزواج بموت الزوجة.



(الموضوع الثالث)

مسكن الحضانة فى القانون

رقم 100 لسنة 1985

83- النص القانونى :

المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية⁽¹⁾:

«على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحضانتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

(1) وكان يقابل هذه المادة فى القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 - المقضى بعدم دستوريته - النص الآتى:

«للمطالبة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهئ المطلق مسكنا آخر مناسباً، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل فى الطلبين المشار إليهما فى الفقرة السابقة. ويجوز للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً فى النزاع».

وهذا القرار بقانون قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته بتاريخ 1985/5/4 فى القضية رقم 28 لسنة 2 قضائية دستورية.

(راجع أسباب الحكم وما ترتب على الحكم من آثار بالكتاب الأول من موسوعة الأحوال الشخصية بند 486).

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وللنيابة العامة أن تصدر قرارات فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها».

84- دواعى النص وأساسه التشريعى:

أفصحت المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 عن دواعى النص وأساسه التشريعى بقولها:

«إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا: أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكنهما جميعاً» الدر المختار للحصفي في كتاب الحضانة⁽²⁾.

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاجتماعية والأوقاف والشؤون الدينية بمجلس الشعب عن النص المقابل بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 ما يأتى:

«نتيجة لأزمة الإسكان الخانقة فقد تعددت المنازعات والأفضية التى تمثل صراعاً بين الزوجين بعد الطلاق على الاستقلال بمسكن الزوجية وقد اختلفت قرارات النيابة العامة والأحكام فى هذا الصدد، فبعضها كان يمكن الزوج ويترد الزوجة بالأطفال ليواجهوا وحدهم تدبير مأوى لهم فى وقت عز فيه الحصول

(2) وقد استعملت المذكرة الإيضاحية عبارة «مسكن الزوجية المؤجر» على الرغم من أن المادة وردت فى الاقتراح بمشروع القانون كما وافق عليها مجلس الشعب شاملة للمسكن المؤجر وغير المؤجر، والذى نظنه أن واضعى المذكرة الإيضاحية قد نقلوا العبارات الواردة بالمتن من المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 والتي وردت بها مطابقة لها تماماً، كمسلكهم فى بعض المواضع الأخرى التى سنشير إليها فيما بعد.

على مسكن، والبعض الآخر أبقى الطرفين المتنازعين فى المسكن مع ما فى ذلك من خطورة اجتماعية ومخالفة لأحكام الشرع فى حالات الطلاق البائن، والبعض الثالث مكن الزوجة والأولاد من المسكن، ولا شك أن بقاء هذا الحال دون علاج تشريعى أمر خطير تترتب عليه آثار خطيرة اجتماعيا وإنسانيا ويقتضى العلاج والحسم السريع ومدار الرأى فى الفقه الحنفى أن من لها إمساك الولد وحضانتها وليس لها مسكن يلتزم الأب بسكنهاما جميعا - وقد أخذت المادة الرابعة من القرار بقانون بهذا الحكم الشرعى فنصت على استقلال المطلقة الحاضنة لصغار مع صغارها بمسكن الزوجية المؤجر وذلك ما لم يهئ لها المطلق مسكنا آخر مناسباً شرعياً.... الخ».

85- الأحكام الواردة بالمادة:

تضمنت المادة النص على خمسة أحكام رئيسية هي:

- (1) تهيئة المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية.
 - (2) استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم يهئ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.
 - (3) استرداد المطلق مسكن الحاضنة بعد انتهاء مدة الحضانة.
 - (4) تخيير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها.
 - (5) إصدار النيابة العامة قرارات مؤقتة فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية.
- ونتولى فيما يلى دراسة هذه الأحكام تفصيلا وقد رأينا أن نبدأ بالحكم الثانى.



أولاً : استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى

شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم

يهىء لهم المطلق المسكن المستقل المناسب

86- متى يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق؟

يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق، إذا لم يهئ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب خلال فترة العدة إذا كان المسكن مؤجراً، وإذا لم يهئ لهم هذا المسكن فى أى وقت ولو بعد انقضاء العدة إذا كان المسكن مملوكاً للمطلق.

(وسنرى أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية التفرقة فى المدة التى يهئ فيها المطلق المسكن المستقل المناسب بين المسكن المؤجر وغير المؤجر).

ويجب على الحاضنة المطلقة الانتظار إلى أن تنتهى عدتها شرعاً قبل أن تقيم الدعوى بطلب الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية مع صغارها دون المطلق لأن هذا الحق لا يثبت لها إلا بعد انقضاء عدتها، فإذا رفعت دعوها خلال العدة كانت غير مقبولة.

وعلى المطلقة إذا أقامت دعوها أن تثبت طلاقها - عند الإنكار - بأشهاد طلاق المطلق لها، وأن تثبت أن المطلق لم يهئ لها ولصغارها منه مسكناً آخر مناسباً، وأن تقر بانقضاء عدتها منه.

87- الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق:

الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل «مسكن الزوجية» دون المطلق، إذا لم يهئ المطلق لها ولصغارها المسكن المستقل المناسب هى الحاضنة لصغار المطلق، أى يجب لثبوت هذا الحق للحاضنة أن يكون الزوج قد طلق زوجته التى أنجبت منه صغاراً مازالوا فى سن الحضانة.

أما إذا كانت الزوجية قد انتهت بين الزوجين بغير الطلاق، فإن حاضنة الصغار من هذا الزواج لا يحق لها الاستمرار في شغل مسكن الزوجية. ومثل ذلك أن ينتهى الزواج بوفاة الزوجة، أو ينتهى الزواج بالفرقة التى ليست بطلاق وإن احتسبت طلاقاً أو فسخا، كالإيلاء واللعان وردة الزوج أو إتيانه فعلا بأصول الزوجة أو فروعها مما يوجب حرمة المصاهرة كأن يزنى بأم الزوجة أو بابنتها، أو الزواج بالأخت من الرضاة.

وإذا كانت الفرقة بالطلاق فيستوى أن يكون الطلاق رجعياً أو بائناً، بإرادة الزوج أو بحكم القاضى.

وهذا الذى أوردناه يفصح عن أن المشرع لم يستهدف من الحكم الوارد بالمادة حماية الصغار وحاضنتهم بقدر زيادة أعباء المطلق بقصد الترغيب عن الطلاق. ويثبت هذا الحق للحاضنة ولو لم تكن والددة الصغار، وسواء كانت من أقارب أم الصغار أو من أقارب أبى الصغار المطلق، أما إذا انتقلت الحضانة إلى حاضن، فلا يثبت له هذا الحق لأن النص جعل هذا الحق «للحاضنة». ويفصح عن ذلك أن النص جاء مطلقاً «على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب»، وقد أبرز النص تخصيص المسكن للصغار بالدرجة الأولى وللحاضنة بالتبعية لهم، ولفظ «حاضنتهم» يفيد تعميم الحكم على الحاضنة أياً كانت.

وهذا الحكم مستحدث فى القانون رقم 100 لسنة 1985 ذلك أن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 كان يقضى بأن «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية...»، فكان حكمها قاصراً على المطلقة الحاضنة أى والددة الصغير المحضون.

وإذا كانت الحاضنة من المحارم بالنسبة للزوج المطلق كأخته مثلاً، فلا يوجد مبرر لحرمانه من الإقامة بالمسكن مع أولاده المحضونين. والأصل أن حضانة الصغار تكون للأم ما لم تحرم منها بحكم قضائى⁽³⁾.

(3) الدكتور محمد حسين منصور مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية ص 37.

88- عدم دستورية إلزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقاته وحاضنتهم ولو كان لهم مال أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه :

المستفاد من عموم نص المادة 18 مكررا (ثالثا) سالفه الذكر أنها تلزم المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقاته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكنائهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت في حكمها الصادر بتاريخ 18 يناير سنة 1996 في القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية «دستورية»⁽⁴⁾ بعدم دستورية المادة 18 مكررا ثالثا فيما نصت عليه وتضمنته من إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقاته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكنائهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. ونعرض أسباب الحكم فيما يلي:

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى عليها الثالثة، كانت قد أقامت الدعوى رقم 57 لسنة 1985 مدنى كلى مساكن الإسكندرية ضد المدعى، بطلب تمكينها وابنته منها - المحضونة لها - «نجلاء» من مسكن الزوجية المبين بالأوراق، وبجلسة 15/10/1985 - المحددة لنظر تلك الدعوى - دفع المدعى بعدم دستورية المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وبجلسة 10/12/1985 صرحت محكمة الموضوع للمدعى - بعد تقديرها لجدية دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية، ورفعها. وحيث إن المدعى ينعى على المادة (18) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - المشار إليهما -

(4) الجريدة الرسمية - العدد 3 فى 18 يناير سنة 1996.

مخالفتها للمادتين (2،34) من الدستور، تأسيسا على أن الإسلام - وفقا لنص المادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة، وأن الشريعة الإسلامية - فى مبادئها - هى المصدر الرئيسى للتشريع، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعى - لا يجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه، ذلك أن الحق فى الطلاق مكفول لكل زوج حملا على أحوال المسلمين بافتراض صلاحهم وتقواهم، وهم لا يمارسون هذا الحق انحرافا، أو التواء، أو إضرار، بيد أن النص المطعون فيه، صاغ القواعد التى قررها، مما لأه منه لفئة لا تعنيها إلا مصالحها الضيقة التى لا يحميها الشرع، محملا من يباشرون ذلك الحق - وبقصد تقييده - بأعباء مالية ونفسية تدفعهم إلى العدول عنه، ولو قام موجبه، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية، ولا يلجأ الزوج إليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأبا لصدعها - مستحيلا أو متعذرا، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لا يبلور إلا تيارا دخيلا يتوخى هدم الحقوق لا إعمالها، توها لخصومة بين طرفين، وإهدارا لقوامة الرجل على المرأة، وإنفاذا لمساواة مغلوبة بينهما، وانحياز لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين، وتهوينا لاستقرار الأسر داخل مجتمعها بقصد إضعافها، وتعقيدا لأزمة طاحنة فى الإسكان، بدلا من الحد منها تخفيفا لوطأتها، بعد أن استمر لهيبتها، ونشأ عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفاً من قبل، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره سكنا مناسباً، إلا تكليفا بمستحيل فى ظل أزمة الإسكان هذه، التى تحول بضغوطها - التى عمقها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق فى الطلاق ليغدو وهما، يؤيد ذلك أن حمل المطلق على التخلّى عن مسكن الزوجية، بعد أن أعده مستنفدا كل ما ادخره، ناهيك عن الديون التى لازال يبرزح تحتها، يعنى أن يصبح هائما شريدا.

وكان من المفترض - وقد التزم شرعا بالإتفاق على صغاره - أن تكون نفقتهم مبلغا من المال، غير أن النص المطعون فيه، استعاض عن تمليكها بالتمكين منها، مخالفا بذلك ما كان عليه العمل من قبل، متجاهلا حدة أزمة الإسكان، وهو ما قام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التى أقرها،

على حل رابطة الزوجية بالطلاق دون غيره من فرق النكاح، فكان عقابا باهظا واقعا على المطلق، محملا إياه بأعباء ينوء بها، متمخضا إضرارا منهيا عنه شرعا، لقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾، وهو ما يعنى أن الولد لا يجوز أن يكون سببا لإلحاق الضرر بأبيه، وقد كان هو سببا لوجوده، ليكون استقلال الصغار من دون أبيهم بمسكن الزوجية، إثما وبغيا. فضلا عما تقدم، فقد أخل النص المطعون فيه بحرمة الملكية، ذلك أن صغار المطلق يستقلون من دون أبيهم بسكناه، ولو كانت عينا بملكها، ليحرم من الانتفاع بها، وإلى أن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا بديلا عنها، فى الآجال التى ضربها المشرع.

وحيث إن المادة 18 مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على ما يأتى: «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق، أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة، ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين، ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه، حتى تفصل المحكمة فيها».

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة على محكمة الموضوع،

متى كان ذلك، وكانت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص، تكفلان لصغار المطلق وحاضنتهم، الاستقلال بمسكن الزوجية في الآجال والأحوال المبينة بهما، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون فيه المحل متعددا، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينهما، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيهما - بافتراض استيفاء كل منها للشروط التي تطلبها القانون فيه - سواء أكان الخيار للمدين - وهذا هو الأصل عملا بنص المادة 275 من القانون المدني - أم كان الخيار للدائن بناء على اتفاق فيما بين العاقدين، أو إنفاذا لنص في القانون، مثلما هو مقرر بالفقرة الثالثة من النص المطعون فيه، التي تخول الحاضنة - وبافتراض نيابتها عن المحضونين المفوضين - الخيار بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر لقاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، وهو ما يفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر، وطلبها مسكن الزوجية، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الطعن على المادة 18 مكررا ثالثا - المشار إليها - بفقراتها الثلاث دون غيرها.

ذلك أن فقرتها الرابعة، تخول المطلق أن يعود بعد انتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا، وهو ما يتمخض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لا تفصل في موضوع الحقوق المدعى بها، ولكن في منازعات الحيازة التي يكون مسكن الزوجية مدارها، ليكون قرار النيابة في شأنها وقتيا، فاصلا فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل في ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين، دون إخلال بأصل الحق المردد بينهما. وحيث إن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب، المعقودة في أول يوليو سنة 1985، أن آراء عديدة أبداها رئيس المجلس وأعضاؤه في شأن نص المادة 18 مكررا ثالثا، سواء بتأييد مشروعها، أو الاعتراض على بعض جوانبه لتقييده.

وقد رفض المجلس بوجه خاص اقتراحين قدما إليه، أولهما - ألا يستقل صغار المطلق وحاضنتهم بمسكن الزوجية من دونه إذا كان لها مسكن تقيم فيه،

أو كان للصغار مال يكفيهم للإنفاق منه لتدبير مسكن يضمهم مع حاضنتهم، وثانيهما - أن يختص كل من المطلق وصغاره بجزء مستقل من مسكن الزوجية، توفيقا بين مصالحهم، ودفعاً لتعارضهما.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه، أن وقوع الطلاق يثير فيما بين الزوجين نزاعاً حول مسكن الزوجية، وهل يخلص لصغار المطلق وحاضنتهم، أم لأبيهم من دونهم باعتباره المتعاقد عليه، وأن ما قرره بعض الفقهاء من أن على أبيهم سكناهم جميعاً إذا لم يكن لمن لها إمساكهم، مسكن، يعنى أن لحضانتهم أن تستقل معهم - بعد الطلاق - بمسكن الزوجية المؤجر لأبيهم المطلق، إلا إذا هياً لهم مسكناً مناسباً يقيمون فيه، ليعود إلى المطلق بعد انتهاء حضانتها، أو بعد زواجها إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ما تشتمل عليه - الحقوق التي كفلها الدستور، وإهدارها النص المطعون فيه ضمناً، سواء كان الإخلال بها مقصوداً ابتداءً، أم كان قد وقع عرضاً.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة 1980 - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً.

ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها، وتتصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور،

تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن البين من استقراء الأحكام التي بسطها الفقهاء في شأن النفقة - سواء كان سببها عائداً إلى علائق الزوجية، أم إلى القرابة في ذاتها - وأياً كان نوعها - بما في ذلك ما يقوم من صورها بين الأصول والفروع، أنهم اختلفوا فيما بينهم في عديد من مواضعها، إما لخفاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها، وإما لتباين طرائقهم في استنباط الأحكام العملية - في المسائل الفرعية والجزئية التي يدور الاجتهاد حولها - من النصوص وأدلتها، والترجيح بينها عند تعارضها، اختياراً لأصحابها وأقواها وأولاهها، وهو ما يفيد أن النفقة بمختلف صورها، وفي مجمل أحكامها - وفيما خلا مبادئها الكلية - لا ينتظمها نص قطعي يكون فاصلاً في مسائلها.

وحيث إن النفقة شرعاً هي الإدراج على الشئ بما فيه بقاؤه، وهي في أصل اشتقاقها تعد هلاكاً لمال من جهة المنفق، ورواجاً لحال من جهة المنفق عليه، ويشمل مصطلحها كل صورها من إنفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع، لأن فيها معنى إخراج مال لإيفائهم حاجتهم، وصونها.

ولا ينال من ذلك قول أهل اللغة أيضاً، بأنها ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم، فإنه بيان لحقيقة مدلولها وعلى تقدير أن مسكن الصغير من مشمولاتها.

وإذ كان الأصل أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته ليوفر لها احتياجاتها، ويعينها على التفرغ لواجباتها جزاء لاحتباسها لمصلحة تعود عليه، وكان من المقرر كذلك أن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها - إذا منعها مؤنتها - ما يكفيها هي وأولادها منه معروفاً، وبغير إذن، وكانت علاقة المرء بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد ليس إلا زرع أبيه، بل هو من كسبه وجزؤه، وبعض منه، وإليه يكون منتسباً، فلا يلحق بغيره.

وهذه الجزئية أو البعضية، مرجعها إلى الولادة، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض، ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلاً ثابتاً لا جدال فيه، بحسبان أن قرابتهم منه مفترض وصلها، محرم قطعها بالإجماع، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة، بل هي من أبوابها، باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تفويتها، فكان الإنفاق عليهم واجباً، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها، بل عليهم موالاة شئون أبنائهم العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم، مما يهلكها أو يضيعها.

وهم كذلك مسئولون عن تكميل نفقتهم، إذا كانوا يتكسبون، وما برحوا عاجزين عن إتمامها، فلا يمنعم الآباء ما يستحقون، إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول» ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة، وبقدر ما يكون لازماً منها لضمان كفايتهم على ضوء ما يليق بأمثالهم، فلا تكون اقتناراً، ولا سرفاً زائداً عما اعتاده الناس، ولا تستطيل بالتألى إلى ما يجاوز احتياجاتهم عرفاً.

بل إن من الفقهاء من استدل على وجوبها على الآباء، من أنهم كانوا فى الجاهلية يقتلون أولادهم خوفاً من الإملاق وما كانوا ليخافوه لولا أن نفقتهم عليهم، فنهاهم الله تعالى عن قتلهم.

ومن ثم قيل بأمرين: أولهما - أن الإخلال بنفقتهم يكون مستوجبا حبس من قصر في أدائها ممن التزم بها، باعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء في بدنها، أو عقلها، أو عرضها، ثانيهما - أنه إذا كان للصغار مال حاضر، فإن نفقتهم تكون في أموالهم ولا شأن لأبيهم بها، فإذا كان ما لديهم من مال لا يكفيها، أو لم يكن لديهم مال أصلا، اختص أبوهم من دونهم بتكملتها، أو بإيفائها بتمامها، فلا يتحمل غيره بعبئها.

وحيث إن المدعى لا ينازع في أصل الحق في نفقة صغاره، ولا في شروط استحقاقها، ولا في أن نفقتهم غير مقدرة بنفسها، بل بكفايتها، وإنما تثور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التي فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق، قولا بأن هدفها الحد من الحق في الطلاق، وأن إعانتها يتمثل في إلزامهم إسكان صغارهم من مطلقاتهم، بدلا عن أجره المسكن التي كان العمل بها جاريا قبل نفاذ النص المطعون فيه، بما مؤداه أن «عينية» نفقتهم «لا مبلغها» هي مدار دعواه هذه، وأن الفصل في دستورية النص المطعون فيه يتجدد على ضوءها، «ونطاق تطبيقها».

وحيث إن إنكار حق صغار المطلق في اقتضاء نفقتهم تمكينا، مردود أولا: بأن القاضي وإن كان يقدرها في ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 (المادتان 5، 6 منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل عناصرها جميعا، بما فيها السكنى، إلا أن من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لا تحمل في ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيًا - في وروده ودلالته - وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل، وهو خير من فساد عريض.

ومن ثم ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها.

وليس الاجتهاد إلا جهدا عقليا يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليدا محضا للأولين، أو افتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما، أو عزوفا عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم.

وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مرده أن هذه القواعد توسعها الشريعة الإسلامية، إذ هى غير منغلقة على نفسها، ولا تضى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها، وتقييمها، وإبدالها بغيرها.

فالآراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعددة لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعا ثابتا متقدرا لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيبا، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثر ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية، وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولى الأمر يستعين عليه - فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر فى الشئون العامة، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوما أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها، وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مسئلتهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة، هى التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهى بعد مصالح لا تنتهى جزئياتها، أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد - مضمونا ونطاقا - على ضوء أوضاعها المتغيرة.

وليس ذلك إلا إعمالاً للمرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، والتي ينافيها أن يتقيد ولى الأمر في شأنها بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده بصدها، عند لحظة زمنية معينة، تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها.

وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود لا يتقيد الاجتهاد فيها - وفيما لا نص عليه - بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها.

ومردود ثانياً: بأن كلمة النفقة عند إطلاقها، تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى، أو هي - على حد قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزاً وأدماً وكسوة وسكناً وتوابعها، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه.

والأصل فيها أن تكون عينا، فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى ما يقابلها نقداً - باعتبار عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذراً. وليس معروفاً أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكا معلوم القدر والصفة، بل يتعين أن يكون تمكينا يعينهم على أمر حوائجهم، ليوفيها دون زيادة أو نقصان.

وهذا الأصل قائم على الأخص في مجال العلائق الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام «أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون»، وهو مقرر كذلك في الزكاة لوقوعها في عين أموالها لقوله عز وجل: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ

صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ۖ

واستصحاباً لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها، سواء كان طلاقها من زوجها رجعيًا أم بائناً، ذلك أن طلاقها رجعيًا، يعنى أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة، وأن بقاءها في بيته قد يُغريه بإرجاعها إليه، استئنافاً لحياتهما، فإن كان طلاقها منه بائناً، فإن مكثها في منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك في الحالتين، إلا أن تأتى عملاً فاحشاً.

وقد أحال الله تعالى المؤمنين في كفاراتهم إلى عاداتهم قائلًا ﴿إِطْعَامُ

عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾.

متى كان ذلك، وكان الحق هو الحسن شرعاً، والباطل هو القبيح شرعاً، فإن تقرير حق الصغار في نفقتهم من خلال إيدال مبلغها بعينيتها، لا يكون التواء عن الشرع، ولا ضللاً يقابل الحق ويضاده.

ومردود ثالثاً: بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، كثيراً ما قرروا أحكاماً متوخين بها مطلق مصالح العباد جلباً لنفعهم، أو دفعاً لضرهم، أو رفعاً للحرَج عنهم، باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها، وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها.

وإذ لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار في نفقاتهم أو المطل في أدائها - فيما إذا كان قدرها محدداً مبلغاً من النقود - مما قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها يقبلونهم على مضض، أو يصدونهم، يضيقون بهم ذرعاً، أو يعرضون عنهم، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم، فقد بات حقاً وواجباً، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلماً بينا، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبيناً اقتضاءها، مستلهاً أن الأصل في الضرر أن يزال فلا يتفاقم، وأن الضرر لا يكون قديماً، فلا يتقدم، وأن القرابة القريبة ينبغي وصلها، والقبول بأهون الشرين في مجالها توقياً لأعمهما.

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضى مبلغاً من النقود، إلى عين محقق وجودها، هي تلك التي كانوا يشغلونها مع أبويهم قبل طلاق أمهم، ليظل حقهم متصلاً بها لا يفارقونها، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكناً مناسباً بديلاً عنها.

ولا منافاة في ذلك للشريعة الإسلامية سواء في مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية، بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة، بما يرفع جوهر علاقتهم ببعضهم ببعض، فلا يقوض بنيانها.

ومردود رابعاً: بأن ما قرره المدعى من أن المطلق يتعذر عليه أن يوفر سكناً لصغاره وحاضنتهم إزاء حدة أزمة الإسكان، وعمق تداعياتها، يعنى أن

تقدير نفقتهم مبلغا من النقود مشتملا على سكناهم، لن يكون كافيا لتهيئتها، إذ لو كان بوسعهم استيفاء حقهم من السكنى من خلال أجر مسكن يحصلون عليه من أبيهم، لكان الاعتراض على عينية نفقتهم لغوا.

وحيث إن عينية النفقة على ما تقدم، لا تفيد لزوما انتفاء القيود اللازمة لضبطها، ولا تحول بالتالى دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية فى شأن مضمون الحقوق التى خولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم، للفصل فى اتفاقها مع الدستور، أو خروجها عليه.

وحيث إن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه، صريحتان فى استقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية، فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكنا ملائما يضمهم جميعا.

بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما، يدل على تبنيها تمييزا تحكيميا بين فئتين من المطلقين: ذلك أن بينما تلتزم إحدهما - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكنا مناسباً خلال فترة زمنية لا تتجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية، لا يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم بأكملها، فإن أخراهما - التى يكون مسكنها هذا غير مؤجر - يكفيها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكنا مناسباً يفيئون إليه، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم، لا يتقيدون فى ذلك بأمر معين.

وحيث إن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منطويا على تقسيم، أو تصنيف، أو تمييز من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض، أو عن طريق المزايا، أو الحقوق التى يكفلها لفئة دون غيرها، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور، يفترض ألا تتفصل النصوص القانونية التى نظم بها المشرع موضوعا محددا، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التى توخاها، بالوسائل إليها، منطقيا، وليس واهيا أو واهنا، بما يخل بالأسس الموضوعية التى يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا.

ومرد ذلك، أن المشرع لا ينظم موضوعا معينا تنظيميا، مجردا أو نظريا، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيتها إطارا لمصلحة عامة لها

اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذاً من القواعد القانونية التى أقرها، مدخلا لها فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين فى مجال تطبيقها، تحكيمياً، ومنهيا عنه بنص المادة 40 من الدستور.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان ما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين، لا يعدو أن يكون تقسيماً تشريعياً لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التى يقوم عليها، والنتائج التى ربطها المشرع بها، بل توخى هذا التمييز - وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو 1985 - فرض قيوداً واقعية على الطلاق، كى لا تكون إسرافاً، فجاء بذلك نافياً لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التى ارتبط بها المطلق فى شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت، أم إعارة، أم ملكاً، أم انتفاعاً، أم حق استعمال، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكناً مناسباً يأويهم كبديل عن مسكن الزوجية، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقاً بعين المكان الذى كان يظلمهم مع أبويهم قبل الطلاق، بل يقوم حقهم منحصراً فى مكان يهجعون إليه، يكون مناسباً شرعاً لأمثالهم، فلا يكون إعدادهم مقيداً بزمن معين.

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها وكان غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقاً سواء من خلال تنظيم تشريعى جائز، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم فى النفقة إضراراً بأبيهم، وكان من المقرر أن مسكناً مناسباً يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقته أو بعدها، هو ما تقوم به مصلحتهم فى النفقة التى لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار فى نفقتهم، ولا هو من مقاصدها.

ومتى كان ما تقدم، وكان الآباء المطلقون - فى علاقتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض، وكان النص المطعون فيه، قد مايز بينهم - فى نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم فى إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً، مع بسطها إن كان غير مؤجر، فإن هذا التمييز لا يكون منطقياً، قائماً بالتالى على غير أسس موضوعية، ومنهيا

عنه دستورياً، ذلك أن أشكال التمييز التي يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد، أو تفضيل، أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق التي كفلها الدستور، أو القانون، أو كلاهما، بما في ذلك تلك التي ترعى بنيان الأسرة، ولا تفرقها، وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين، ضماناً لترحامها وتتأصفها.

وحيث إن النص المطعون فيه - فوق هذا يتمخض إعناتاً بالمطلق، وتكليفاً بما لا يطاق من جهتين.

أولاهما: أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد، وكذلك الأعمال التحضيرية التي تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة في أول يوليو 1985 - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقة، ولحاضنتهم، مسكناً ملائماً، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم.

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحاً مقديماً من أحد أعضائه مؤداه أن تهئية مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم، ينبغي أن يكون مقيداً بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصصها، ولا لصغاره مال ينفقون منه على سكناهم. وقيل تبريراً لهذا الرفض، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم، أو تلقوا عن أمهم، مالا.

وإذ كان الأصل المقرر شرعاً أن مؤنة الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن للمحضون مال، فعلى من تلزمه نفقته، وكان هذا الأصل مردداً بنص الفقرة الأولى من المادة 18 مكرراً ثانياً من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - المشار إليه - التي تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته، على أبيه، وكان حق الصغار في الإنفاق عليهم، يتوخى إحياءهم، وليس حقاً لحاضنتهم عوضاً عن احتباسها لشئونهم، وكان الأصل في نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفاً، وأن تأسيسها على حاجتهم، يثبتها على أبيهم، حتى مع اختلافهم ديناً، وكان استواء

آباء الصغار مع أمهاتهم فى الولاد، لا يسقط نفقتهم عن آبائهم، بل ينفردون بها، إلا أن الحق فى طلبها مقيد دوماً بأن يكون تحصيلها حائلاً دون هلاكهم، أو ضياعهم. ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال، ذلك أن الإنفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلاً، فلا تكون نفقته واجبا على أحد، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعا من أبيه طلبا لازما يحتم أدائها، فقد انتفى موجبها، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة.

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم، صونا لأموالهم التى بين أيديهم مما قد يبدها أو ينتقص منها، إلا أن حديهما على أبنائهم بما فطرا عليه، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيا ويبدلها بغيرها، بل تظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم.

ثانيتهما: أنه وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عينا - حق، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفا، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون إليه تبعا لها - فإنه يكون بذلك مرهقا - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعا - مفضيا إلى وقوعهم كارهين فى الحرج، ليكون إعناتهم منافيا للحق والعدل، ومشقتهم بديلا عن التيسير عليهم، ليقترن الطلاق بالأساء والضراء التى لا مخرج منها.

وما لذلك تشرع الأحكام العملية التى ينبغى أن تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم، إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحا من خلال تكليفاتها، ولا مضمونها عتوا مجافيا لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين، بل هونا وقواما، وهو ما عبر عنه ابن عابدين فى حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التى أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عن لها إمساك الولد وليس لها مسكن، أفاد بأن على أبيهم سكنهما جميعا، وهو ما يعنى عند ابن عابدين - أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويها مع المحضونين، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين، وأوفق لمصالحهم، ومن ثم ينبغى أن يكون عليه العمل.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان ما قرره أبو حفص مما تقدم - وكذلك من خرج عليه - لا يعدو أن يكون اجتهدا، وكان الاجتهاد في المسائل الخلافية ممكنا عقلا، ولازما ديانة، ومفتوحا بالتالى فلا يصد اجتهدا اجتهدا، ولا يقابل اجتهدا على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، وبما لا يناقض كمال الشريعة، أو يخل بروح منهاجها، وكان ما ذهب إليه البعض من أنه إذا اختار ولى الأمر رأيا فى المسائل الخلافية، فإنه يترجح، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين، لا يكون إلا باتباع أيسرهما ما لم يكن إثما، فلا يشرع ولى الأمر حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسرا، لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا، بل يتعين أن يكون بصيرا بشئونهم بما يصلحها، فلا يظلمون شيئا، وكان من المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغى أن تقدر بقدرها، وكان ثابتا كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم، وأن صلاحهم هو تحصيل مقاصدهم، فلا يكون بعضهم على بعض عتيا، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم، وكان حقا قوله عليه السلام «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» وكانت الحنفية السمحة هى مدار الدعوة التى قام بتبليغها إلى الناس جميعهم ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً

لِّلْعَالَمِينَ﴾، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوائهم فى مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا، مؤجرا كان أم غير مؤجر - ليكون لهم مهادا، ليس تعلقا بما يكون واجبا على أبيهم، ولا اجتنابا من جهتهم لشر يتباهون عنه، بل إعراضا عما ينبغى أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاقا لعلاقاتهم ببعض، ولا مقيما عوائق تتعقد دروبها وتتعلق مسالكهم إليها، ليكون لهم مخرجا من حرجهم، فلا يفترون - ظلما أو هضمًا - بما يأتون أو يدعون مصداقا لقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ﴾ ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾.

متى كان ذلك، وكان القرآن فصلا لا هزلا، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقاته - مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها، بل أمها أو أختها أو خالتها - يعنى أن حاضنتهم هذه - وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم، فلا تمنحهم كل اهتمامها، ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم، وإما أن تقيم مع محضونيتها - من دون أسرتها - ليتصدع بنيانها، ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثا توخى - دون مقتض - وعلى ما جاء بمضبطة مجلس الشعب - فرض قيود واقعية على الطلاق لا يجوز شرعا.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيدا، فلا يكون مسكن الزوجية مقرا للمحضونين، إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم، تقيم هي فيه. وليس لازما أن يكون مملوكا لها، ذلك أن حق الصغار فى السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب، باعتباره من مؤنتهم.

وحيث إن النص المطعون فيه - محددا نطاقا فى الحدود التى خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق فى الطلاق، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقا تقتضيها الضرورة، ويقدرها، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها، لا تنتقص من مشتملاتها، ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخيا.

ووقوعها فى الحدود التى يقتضيها الشرع، ينفى تعويقها الطلاق، أو إهدارها الحق فيه، لأمرين، أولهما: أن الأصل فى الحقوق التى يأذن المشرع بممارستها، أو يبين أسسها، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل، بل تعمل جميعها فى إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها، وتتوافق مصالحها. ثانيهما: أن الطلاق كان دائما ملاذا نهائيا للرجل، ولا يلجأ إليه إلا باعتباره بابا للرحمة فى مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائرا عميقا.

ولم يكن مطلقا بغيا من الرجل على المرأة لقوله تعالى: «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلما أو حمقا، بل معروفا وانتصافا «لا ينال من الحقوق التي جر إليها» ولا يسقط عن المطلق تبعاتها وتلك هي الشريعة الإسلامية، قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة إلى البر والإحسان لا تتناهى. ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحايا لنزق آبائهم، يمنعونهم ما يستحقون.

وحيث إن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكا قانونا لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقة بهذا المسكن من دونه، إنما يجرّد ملكيته من بعض عناصرها، إخلالا بالحماية التي كفلها الدستور لها بالمادة 34، مردود: بأن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزوج بين الفردية وتدخل الدولة، لم تعد حقا مطلقا ولا هي عصية على التنظيم التشريعي وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماع معين، في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها.

وفى إطار هذه الدائرة، وتقيدا بتخومها، يفاضل المشرع بين البدائل، ويرجع على ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه من الصالح أجدر بالحماية، وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة بذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة.

ولا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية ما تقدم. ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردّها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدّدونها أو يستخدمونها إضرارا. يقول تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾. وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها

فى الباطل. وتكليفاً لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً، أو متخذاً طرائق تتناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية، مقيداً بتراخيه فى أن يوفر لهم مسكناً مناسباً يكون بديلاً عنه، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم، مترتباً على الإخلال بإيفائها، بعد أن غرض أبوهم بصره عن إحياء صغاره، ليكون استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية، عائداً فى مصدره المباشر إلى نص القانون، وعلى ضوء الموازنة التى أجراها المشرع بين مصلحة المطلق فى أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صغاره، ومصلحتهم فى البقاء فيه من دونه، مرجحاً - فى نطاق سلطته التقديرية فى مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما، باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضاراً لا حد لها، ولأن الأضرار حين تتزاحم، فإن اختيار أهونها دفعا لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً، يكون لازماً، وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية التى يحدد ولى الأمر إطارها وتوجهاتها.

وحيث إن أعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض أن المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقة، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون مالا حاضراً يدبرون منه سكنهم، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعاً لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية، يكون لازماً.

وحيث إن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو سنة 1985 - أن حكمها لم يكن وارداً فى مشروع القانون المعروض بتعديل بعض

أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييرا للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر القاضي لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب، وكان ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلبا لملاذهم وعونهم، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه، بافترض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها، وقد يروعها - بما يفرض سكينتها وصفاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد، فلا تخلص - إزاء اضطرابها - لمحضونيتها، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضا أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقررًا لمصلحة لها اعتبارها، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيتها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة 18 مكررا ثالثا - المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - إلى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من:

أولا: إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقة وحاضنتهم ولو كان له مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر.

ثانيا: تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون إعداد مسكنا مناسبًا لصغاره من مطلقة وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها، نهايتها عدة مطلقة.

وألزمت الحكومة المصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

89- المقصود بمسكن الزوجة :

استعمل النص عبارة «استمروا فى شغل مسكن الزوجية». وهو تعبير غير دقيق لأنه بانفصام الزوجية بالطلاق لم يعد المسكن الذى كان يقطنه الزوجان مسكنا للزوجية.

والمقصود بهذا المسكن، هو المكان الذى كانت تشغله الزوجة والزوج وأولادهما حال الزوجية، وكان يطلق عليه مسكن الزوجية، سواء كان منزلا أو جزءا من منزل، فإذا كان الزوجان وأولادهما يقيمون فى حجرة بشقة أو بمنزل يشغل باقيه آخرون كوالدى الزوج، كان مسكن الزوجية هو هذه الحجرة. وإذا كان الزوج متزوجا من زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة، وطلق الزوج إحدى زوجتيه، فإنها تستمر مع الأولاد المحضونين فى شغل ما كانت تستخدمه أثناء قيام الزوجية.

وعلى ذلك إذا كان للزوج أولاد بالغون من زوجته الأخرى فإن هؤلاء الأولاد يستمرون فى شغل ما كانوا يستخدمونه من مسكن الزوجية.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1994/6/2 فى القضية رقم 10 لسنة 13 قضاية «دستورية» بأن :

«.....ذلك أن النص المطعون عليه لا يخول الحاضنة - إذا لم يوفر الزوج مسكنا مناسباً - سوى الاستمرار هى ومحضونتها «دون المطلق» فى شغل مسكن الزوجية بما مؤداه أنه إذا شاركها آخرون فى الانتفاع بالعين، فإن حقهم على أجزائها التى لم يشملها الزوجية يظل قائما، وليس لأحد أن يحول دون إقامتهم فيها».

وواضح مما تقدم أنه لا يشترط أن يكون هذا المسكن شرعيا وله مرافق مستقلة، وهو ما أفصحت عنه مناقشات مجلس الشعب⁽⁵⁾.

(5) فقد صرح الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس بأنه:

«.... وفى نقاشنا مع السادة أصحاب الفضيلة أساتذة الشريعة ورد السؤال التالى: ما القول فى رجل متزوج زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة فكانت إجابتي فى هذه الحالة أن المنزل أو الشقة ليس مسكنا لزوج واحدة بل لأكثر من زوجة وعلى ذلك إذا طلق فتستقل المطلقة وأولادهما بما كانت تستخدم من المسكن المشترك.

=

وكان النص المقابل في القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 يجرى عليه أن: «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال بمسكن الزوجية»، وهذه الصياغة لم تكن موفقة لأنها تعنى الاستقلال بالمسكن دون مشاركة أحد، وهى نتيجة غير صحيحة كما رأينا، لذلك جاءت صياغة النص الحالى أكثر توفيقا حيث قضى باستمرار الصغار وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة، أى أن الاستقلال هنا نسبى (فى مواجهة المطلق)⁽⁶⁾.

ويسرى النص على المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر، وذلك عكس الحال فى القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 الذى كان يقصر هذا الحق على المسكن المؤجر⁽⁷⁾، وبذلك يكون النص الجديد قد أضفى سعة كبيرة فى تطبيق النص.

= إذن، فمسكن الزوجية ليس منزلا بالضرورة أو شقة بالضرورة وإنما هو الجزء من المنزل أو هو المنزل المستقل تبعا للظروف التى تختص به الزوجة والزوج وأولادهما، حال الزواج وهذا هو المقصود فى القانون بمسكن الزوجية. ثالثا: لقد ورد بالنص أن على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية - بالمعنى الذى قدمته - دون المطلق والنص هنا محسوب تماما، فنحن لم نقل: استقلوا بمسكن الزوجية تماما وإنما دون المطلق وحده فإذا وجد فى هذا المسكن أب له أو أم يسكنون فى جزء منه لم يخرجوا وإنما يخرج هو وحده فمسكن الزوجية يؤخذ بالمفهوم الضيق، وهو ما خصص للزوجة ولأولادها وللزوج حال قيام الزوجية، فإذا اشترك آخرون من العائلة... الأب... أو الأم... أو الإخوة فى مكان آخر داخل المبنى فهو ليس جزءا من مسكن الزوجية وليكن ذلك واضحا» (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 98 بتاريخ 1/7/1985 ص11) كما صرح بأنه: «يبقى الأولاد مع حاضنتهم فى المسكن، ويترك هو المسكن ولقد ذكرت مثلا لذلك هو أنه فى حالة وجود والد المطلق أو والدته مع الأولاد وحاضنتهم، وفى هذه الحالة يترك المطلق فقط المسكن دون والده أو والدته، فإذا كان لوالديه أن يستمروا فمن الأجدى أن يستمر أولاده فى نفس المسكن».

(مضبطة المجلس الجلسة المشار إليها ص16).

(6) الدكتور محمد حسين منصور ص49 وما بعدها.

(7) نقض طعن 109 لسنة 50ق جلسة 1985/5/2.

وعبارة (المسكن غير المؤجر) التي استعملها النص، أوسع بكثير من عبارة المسكن المملوك، لأن المسكن غير المؤجر يشمل المسكن المملوك للمطلق والمسكن الذى يكون له عليه حق انتفاع دون ملكية الرقبة أو حق استعمال أو حق سكنى، والمسكن المعار إلى المطلق من والديه أو من الغير، أو المشغول بترخيص إشغال مؤقت أو الذى يشغله بطريق الإعارة⁽⁸⁾.

غير أنه إذا انتهى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو ترخيص الإشغال المؤقت، أو انتهت الإعارة، وطلب المالك استرداد المسكن وجب رد المسكن لمالكه، سواء كان هذا المالك والد المطلق أو والدته أو غيرهما، ووجب على الحضانة والصغار الخروج من هذا المسكن لأن شغلهم له وقتئذ يعد بلا سند من القانون لأن القانون المدنى لا يعطيهم - هم ولا المطلق - الحق عندئذ فى شغل هذا المسكن ولأن نص المادة (18 مكررا ثالثا) سالفة الذكر تعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بسند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بغير سند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى اغتصاب ملك الغير. وعندئذ لا يكون للمطلق خيار ويتعين عليه أن يهئ لصغاره ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسباً.

أما إذا كان مسكن المطلق مشغولا بسبب العمل، سواء بالنسبة للعاملين بالدولة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص، فلا يثبت للحضانة وصغار المطلق حق الاستمرار فى شغل المسكن بعد انتهاء فترة العدة لأن هذا المسكن أعطى للمطلق لاعتبار يتصل بعمله ليظل به هو شخصيا ليكون عن مقربة من العمل، أو لتوفير الراحة والاطمئنان له حتى يتمكن من أداء عمله على الوجه المطلوب، ومن ثم فإن خروجه من المسكن لتشغله الحضانة والصغار مما يخالف

(8) وفى هذا قال السيد رئيس مجلس الشعب ضمن بعض المسائل التى أوجهاها فى المادة:

«خامسا - إذا كان المسكن غير مؤجر واختيار اللفظ كان دقيقا فلم نقل مملوكا لفتح الباب لحالات غير الملكية فالمسكن غير المؤجر قد يكون مملوكا للزوج وقد يكون له عليه حق انتفاع وليس له ملكية الرقبة، وقد يكون مملوكا لوالده أو لوالدته وأعطى له دون إيجار فلفظ المسكن غير المؤجر أوسع بكثير من لفظ المسكن المملوك.....الخ».

(مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص11)

شروط شغل المسكن ويعرقل سير العمل في الجهة التي أعطته هذا المسكن، فضلا عن أن علاقته بجهة العمل قد تنتهي قبل انتهاء مدة الحضانة.

وتختلف هذه الحالة عن مساكن الخدمات الاجتماعية التي تقيمها شركات القطاع العام من ثلثي نسبة الـ 15% المخصصة للخدمات من أرباح الشركات (م 14 من القانون 136 لسنة 1981) وتملك للعاملين أو تؤجر إيجارا مستقلا عن العمل، فهذه تأخذ حكم المسكن المملوك للمطلق أو المؤجر له بحسب الأحوال⁽⁹⁾.

90- العلاقة بين الحاضنة ومؤجر المسكن:

إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا واستمرت الحاضنة وصغار المطلق في شغله، فإن شغل الحاضنة والصغار لهذا المسكن يضحى بمقتضى نص في القانون، وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بين الحاضنة وبين المؤجر خلال فترة شغلها المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء فترة شغل المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وعلى ذلك تلتزم الحاضنة بأداء أجرة المسكن وبكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها المسكن، والحاضنة تحصل على نفقة للصغار من أبيهم ومن بين عناصرها أجرة المسكن⁽¹⁰⁾. لأن الاستمرار في شغلها المسكن - المؤجر - لا يسقط حقها في تقاضي أجر مسكن الحضانة.

وقد أوضح هذه العلاقة في ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979، تقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاجتماعية والأوقاف والشؤون الدينية عن القرار بقانون المذكور إذ جاء به أن:

«الحكم الذي أتت به المادة الرابعة بعد استثناء من الأحكام المنظمة للعلاقة بين المؤجر والمستأجر في القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع

(9) الدكتور عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص 168 وما بعدها، وهامش (2) ص 167.

(10) قارن عبد الناصر العطار المرجع السابق ص 168 إذ يرى أن للمؤجر أن يطالب والد المحضونين بالتزامات عقد الإيجار ومنها الأجرة باعتبار أنه المستأجر وللمؤجر أن يطالب الحاضنة بذلك باعتبار أنها الشاغلة للعين بمقتضى نص القانون.

الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حيث تستقل المطلقة الحاضنة بقوة القانون بشغل المسكن في مواجهة الزوج المستأجر والمالك وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بينها وبين المالك خلال فترة استقلالها بشغل المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء الحضانة أو زواج المطلقة ومن المفهوم أن الحاضنة تلتزم بسداد الأجرة وبكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها على استقلال للمسكن إذ هي تحصل لأبنائها المحضونين على نفقة من أبيهم بين عناصرها أجرة المسكن».

وبالبناء على ذلك، إذا كان المسكن يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم 49 لسنة 1977، جاز للمؤجر أن يطلب إخلاء الحاضنة والصغار من المسكن لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 18 من القانون رقم 136 لسنة 1981، ومن بين ذلك إذا تخلفت الحاضنة عن الوفاء بالأجرة أو تكرر امتناعها أو تأخرها عن الوفاء بها.. أو إذا ثبت بحكم قضائي نهائي أنها استعملت المكان أو سمحت باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة.

ويجوز للمطلق التدخل في دعوى الإخلاء المرفوعة من المؤجر باعتباره مستأجراً⁽¹¹⁾، طالبا وقفها إلى حين الفصل في دعواه بإسقاط الحضانة عن الحاضنة لعدم أمانتها مثلاً ونقل الحضانة إلى من تليها في الحضانة، مع طرد هذه الحاضنة من المسكن لشغلها له بعد ذلك بغير سند، كما يجوز للمؤجر الاستشكال في تنفيذ الحكم الذي يصدر ضد الحاضنة وفقاً للقواعد العامة⁽¹²⁾.

(11) عبد الناصر العطار في مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 185 ص 169 هامش (1).

(12) وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو كمال بدوى أن يضاف إلى النص فقرة كالآتي: «كما لا يجوز الحكم بإخلاء المسكن بناء على طلب المؤجر إلا بعد إعلان الزوج والحاضنة» إلا أن رئيس المجلس رد عليه بأن: «من حق الحاضنة قانوناً أن تتدخل في الدعوى، ويمكنها أن تستشكل عند التنفيذ، فالقواعد العامة ستطبق»، ولم يوافق المجلس على هذا الاقتراح - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص 15 وما بعدها.

ولا يجوز للحاضنة التنازل عن مسكن الحضانة للمؤجر، فإذا حدث هذا التنازل كان باطلاً، وحق للمستأجر استرداد العين المؤجرة، لأن حق الحضانة ينحصر في مجرد شغل العين في مدة الحضانة.

ولا يسقط حق الحضانة والمحضونين في الاستمرار في شغل المسكن تنازل المطلق عن الإيجار للمالك أو للغير أو تأجيره المسكن من الباطن للغير لأن حقهم في الاستمرار في شغل هذا المسكن مستمد من القانون ولا يستطيع المستأجر الأصلي المساس به.

والحكم الصادر بإخلاء الحاضنة لا يحتج به في مواجهة المطلق الذى يسترد العين بوصفه صاحب الحق الأصيل في الإيجار إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

91- مدى حق الحاضنة في استعمال مسكن الحضانة :

تقيم الحاضنة مع المحضون في مسكن الحضانة، وتستمر في شغله من أجل الصغير المحضون. وتستند الحاضنة في إقامتها بالمسكن إلى نص القانون، دون أن يكون لها حق ذاتي عليه.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للحاضنة تغيير استعمال مسكن الحضانة ولو كان لغرض مشروع، فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكنى معها فيه، أو بأن تتزوج ويقيم زوجها معها فيه ولو كان الزوج ذى رحم محرم من الصغير، كما لا يجوز لها من باب أولى استعماله في غير أغراض السكنى كاستعماله عيادة طبية أو مكتب لممارسة مهنة أو حرفة، لأن ذلك يتضمن استغلالاً لحق الصغير على أبيه فيما ليس مقرر لها، بل وتعدياً عليه.

فإذا وجد هذا الاستعمال المخالف كان للمطلق بصفته ولياً على نفس الصغير وماله وصاحب الحق الأصلي في المسكن منعها من استعمال المسكن في غير حضانة الصغير.

غير أن هذا الاستعمال المخالف لا يبرر، إسقاط الحضانة عن الحاضنة إلا إذا أدى إلى فقدائها شرط الأمانة على نفس الصغير أو ماله، كما لو استعملت العين في غرض يضر بالصغير نفسياً أو خلقياً. وفي هذه الحالة يجوز للمطلق طلب إسقاط حضانتها ونقلها إلى من تليها في الترتيب الذى وضعه الشارع.

92- تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بسكنى الصغير:

تنص المادة 69 من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أن: «يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو وجهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك».

وقد نصت المادة الثانية من القرار على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

ونصت المادة الثالثة على أن يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقاً لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة 69 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

ثانياً: استرداد المطلق مسكن الحضانة

بعد انتهاء مدة الحضانة

93- مضمون حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة

الحضانة:

نصت المادة على أنه: «... فإن انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً».

والمقصود بذلك أن تكون مدة الحضانة قد انتهت بالنسبة لجميع الصغار المحضونين.

وكانت الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المستبدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 تقضى بأن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك.

إلا أنه بعد استبدال الفقرة المذكورة بالقانون رقم 4 لسنة 2005 نصت على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.

والذى نراه أن المادة جعلت حق البقاء فى مسكن الحضانة مقترن بالحضانة، سواء فى مدتها الوجوبية أو الجوازية، ولا يؤثر عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة فى المدة الجوازية على الحق، فالمسكن للصغير أساسا، والحاضنة مجرد تابع له، وهو ما يؤدى إلى أن حق استرداد مسكن الحضانة لا يثبت للمطلق إلا بعد انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية.

إلا أن محكمة النقض خالفت هذا الرأى وذهبت إلى أن حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة يثبت بانتهاء مدة الحضانة الوجوبية، لأن المدة التى أجاز فيها الشارع للقاضى إبقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد انتهاء سن الحاضنة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء.

فقد قضت بأن:

1- «وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بأن: «على الزوج المطلق أن يهـىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال

مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة... فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن....» وفى الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم. وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 18 مكررا ثالثا المشار إليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الإلزامية لحضانة النساء وإذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 20 فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكرا كان أو أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازته نص الفقرة الأولى من المادة 20 - بعد انتهاء مدة حضانة النساء - للقاضى فى أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك لأن هذه المدة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهى بالنسبة للبنات التى لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار فى شئونها ويخضع الإذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها، فإذا ما رخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصيلية فى مرحلة حفظ وتربية أولاد متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها

ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من ما لهم أن كان لهم مال أو من تجب عليه نفقتهم وفي القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن باسترداد مسكن الزوجية على سند من أن مطلقة المطعون ضدها قد استبقت يدها على بنتها منه بعد أن تجاوزت مدة حضانة النساء وأن من حقها أن تستمر فى شغل ذلك المسكن فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثالث من أسباب الطعن.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق أن تاريخ ميلاد البنت «علا» هو 1965/9/1 وجاوزت السن المحددة لحضانة النساء فإن المطعون ضدها تكون قد فقدت سندها فى شغل مسكن الزوجية ويحق للطاعن أن يعود له وإذ انتهى الحكم المستأنف إلى ذلك صحيحا فيتعين تأييده».

(طعن رقم 86 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/3/28)

2- «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنى عشرة سنة. مؤدى ذلك. للزوج المطلق الحق فى العودة للانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانونا».

(طعن رقم 2287 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/15)

3- «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنى عشرة سنة. إذن القاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم 175 لسنة 63 قضائية «أحوال شخصية» - جلسة 1997/5/26)

4- «إذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الثانية قد شغلت مسكن الزوجية لحضانة ابنتها من مطلقها المطعون ضده الأول المولودة بتاريخ 1990/5/7 ومن ثم فقد جاوز سنها مدة حضانة النساء وهي خمس عشرة سنة وبالتالي يسقط حقها في شغل مسكن الزوجية وإن بقيت الصغيرة في يدها بعد بلوغها هذه السن وكان من حق المطعون ضده الأول العودة لهذا المسكن وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه بصدد المسألة القانونية التي اتخذها قواما لقضائه مع بقاء الحكم منتجا لآثاره بين الخصوم عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 250 من قانون المرافعات مع وجوب الإشارة بأنه كان من المتعين أن يكون قضاء الحكم المطعون فيه والاستقامته مع صحيح القانون والمسألة القانونية التي تم تأصيلها بالطعن المائل في موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف».

(طعن رقم 672 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/1/10)

كما أخذت المحكمة الدستورية العليا بالرأى الذي اعتنقته محكمة النقض.

إذقت بأن:

1- «وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان ما قررته المادة (18 مكررا ثالثا) - التي أضافها القانون رقم 100 لسنة 1985 إلى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من إلزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسباً، إنما يدور وجودا وعدما مع المدة الإلزامية للحضانة التي قررتها الفقرة الأولى من المادة (20) المطعون عليها، فإن حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية إعمالا للمادة (18 مكررا ثالثا) المشار إليها يعتبر منقضيا ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة. متى كان ذلك، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد «هيثم» - ابن المدعى من مطلقته - وهي الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - أنه ولد في 9 من ديسمبر سنة 1979، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى في الطعن على الأحكام

التي تضمنتها المادة (18 مكررا ثالثا) آفة البيان، ولا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين أن مصالحتهما تقتضى ذلك، ذلك أن ما يأذن به القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفا إلى مدة استبقاء تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها، وليس للحاضنة بالتالي أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التي شملها هذا الإذن، ذلك أن مدة الحضانة التي عناها المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (18 مكررا ثالثا) - والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحضانة وصغيرها من مطلقها في شغل مسكن الزوجية - هي المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة، وبلوغها يسقط حقهما في الاستقلال بمسكن الزوجية ليعود إليه الزوج المطلق منفردا في الانتفاع به إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا. ولا حاجة في القول بأن مجرد توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية يعتبر.... الخ».

(طعن القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» جلسة 1993/5/15)

2 - «وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفته لأحكام المواد (2، 7، 9، 12) من الدستور، تأسيسا على أن من مبادئ الشريعة الإسلامية أن من لها حق إمساك الولد، وليس لها سكن، فإن على الأب سكنها جميعا، وأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وما يقوم عليه المجتمع من تضامن اجتماعي، وبقاء المسكن في حيازة المدعية وولديها فيه تحقيق للغاية المنشودة، وهي رعاية الصغار وحماية الأسرة.

وحيث إن المادة (18) مكررا «ثالثا» - المطعون عليها - تنص على ما

يأتى:

«على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به، إذا هيا لهم المسكن المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها. فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه، حتى تفصل المحكمة فيها».

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. متى كان ذلك، وكانت دعوى الموضوع المقامة من المدعى عليه الثالث ضد المدعية - والتى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية - تتوخى الحكم له باسترداد مسكن الزوجية بعد انتهاء مدة الحضانة، استنادا إلى نص الفقرة الرابعة من المادة (18) مكررا «ثالثا»، ومن ثم تقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعية فى الطعن على نص هذه الفقرة وحدها، ويتحدد بها - دون غيرها - نطاق الدعوى الدستورية الماثلة.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرء على أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة 1980 - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلائلها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل، ولا يجوز

الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتتصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها؛ وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما عُلِمَ من الدين بالضرورة. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً. ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها. وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعة في إطار الأصول الكلية بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفوس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الحضانة - في أصل شرعتها - هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحضانة - التي لها الحق في تربيته شرعاً - إلى جناحها، باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها - وهي أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مضرة إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فقيهاً بأموره. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفة بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية لا تقيم للحضانة وما يتعلق بها تخوماً لا يجوز تجاوزها، ومن ثم تعين أن تتحدد بما يكون لازماً للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، وقد دل الفقهاء باختلافهم حول مسألة الحضانة على مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، لكل وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير في إطار الحق والعدل. وباستقراء أقوال الفقهاء يدل على أن اجتهاداتهم في شأن

الحضانة متباينة مدارها نفع المحضون. وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور، توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة، التي لا تصادم حكماً قطعياً، وهي مرونة ينافيها أن المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبر شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومناباتها، شريعة مرنة غير جامدة، يتقيد الاجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفرغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص فيه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها. ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازينا إلا خطره ووقته، فإن الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية. فلا يصد اجتهاد اجتهاداً أو يكتسب عصمة من دونه.

وحيث إن الأصل في حضانة الصغير والصغيرة هو تعهدهما بالرعاية، بما يحول دون الإضرار بهما، فكان لزاماً على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقة، ولحاضنتهم، مسكناً مستقلاً مناسباً، وإلا استمروا من دونه في شغل مسكن الزوجية، إلا أن هذا الالتزام يدور وجوداً وعدماً مع المدة الإلزامية للحضانة التي قررتها الفقرة الأولى من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وهي بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتا عشرة سنة، ومن ثم فإن ما قرره النص الطعين من أن للمطلق الحق في أن يعود إلى مسكنه بعد انتهاء مدة الحضانة إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانوناً، لا يعدو أن يكون اجتهاداً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعي في هذا الأمر ولا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة، بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة، بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك، إذ أن ما يأذن به القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتداداً لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفاً إلى مدة استبقاء، تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها. وليس للحاضنة بالتالي أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التي شملها هذا الإذن، ذلك أن مدة الحضانة التي عناها

المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 18 مكررا (ثالثا) - والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية - هى المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنى عشرة سنة. وببلوغها يسقط حقها فى الاستقلال بمسكن الزوجية، ليعود إليه الزوج المطلق منفردا فى الانتفاع به، إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا، ومن ثم فإن ما قرره النص المطعون فيه لا يكون مناقضا لأحكام الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى بالمصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(الطعن رقم 119 لسنة 21 قضائية «دستورية» جلسة 2005/1/13)

غير أن محكمة النقض ذهبت فى حكم حديث لها صادر بجلسة 2009/5/18 فى الطعن رقم 241 لسنة 74 ق أحوال شخصية إلى أحقية الحاضنة فى الاستمرار مع المحضون بمسكن الحضانة خلال فترة الحضانة الجوازية بالنسبة للصغير وبالنسبة للصغيرة حتى يبلغا الثامنة عشرة سنة طبقا للتقويم الميلادى (أقصى سن للطفل) وفقا لبعض الضوابط، واستندت فى ذلك إلى المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم 12 لسنة 1996 بشأن الطفل، والمواد 3، 18، 23 من اتفاقية حقوق الطفل التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم 260 لسنة 1990، والذى وافق عليه مجلس الشعب، بجلسته المعقودة بتاريخ 1990/5/27.

وننشر الحكم المذكور فيما يلى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/ حسن حسن منصور «نائب رئيس المحكمة» والمرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعن أقام على المطعون ضدها الدعوى رقم 2997 لسنة 2001 كلى أحوال شخصية شمال القاهرة، بطلب الحكم بتسليمه مسكن الزوجية المبين بصحيفة الدعوى، وقال شرحا لدعواه: أنها كانت زوجا له، وأنجب منها على فراش الزوجية الصغيرين «محمد وأينور» ثم طلقها وتركها تقيم بمسكن الزوجية لحضانتها، وبلوغهما السن المقرر لانتهاء حضانة النساء، فقد أقام الدعوى، وبتاريخ 2002/11/24 حكمت المحكمة بإلزام المطعون ضدها بتسليم مسكن الزوجية موضوع الدعوى للطاعن، استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم 8 لسنة 7ق. القاهرة وبتاريخ 2004/1/21 قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم، وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة - في غرفة مشورة - حددت جلسة لنظره، وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد، ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول: إن الحكم قضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، رغم بلوغ الولد العاشرة والبنات الثانية عشر من عمرها، وانتهاء حضانة المطعون ضدها لهما، طبقا للمادة 20 من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، ومن ثم يعود مسكن الزوجية، باعتباره مسكن الحضانة إليه (الطاعن) عملا بالمادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون سالف الذكر، وأن استبقاء الصغيرين تحت يد المطعون ضدها بعد انتهاء مدة الحضانة الإلزامية، لا يعطيها الحق في الاحتفاظ بهذا المسكن، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، ورفض الدعوى بتسليمه للطاعن فإنه يكون معيبا، بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك بأن النص في الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 - واجب التطبيق - على أنه «ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ويجوز

للقاضى بعد هذا السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك، مفاده، وعلى ما جرى به - قضاء هذه المحكمة - أن إبقاء الصغير أو الصغيرة بعد انقضاء السن المقررة لانتهاء حضانة النساء، فى يد الحاضنة، لا يعد امتدادا لحقها فى الحضانة، وإنما هى مدة استبقاء، بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء ومن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 سالف الذكر، أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية، دون الزوج المطلق، هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وخدمهم، وبانتهاء المدة المقررة لهذه الحضانة، ينتهى حق الحاضنة فى شغل هذا المسكن، إلا أنه لما كان ذلك وكان النص فى المادة الثالثة من القانون رقم 12 لسنة 1996 بشأن الطفل على أنه «تكون لحماية الطفل ومصالحه الأولوية فى جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة، أيا كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها» والنص فى المادة الثانية من هذا القانون على أنه «يقصد بالطفل فى مجال الرعاية المنصوص عليها فى هذا القانون، كل من لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة»، مفاد ذلك وعلى ما أفصحت عنه نصوص اتفاقية حقوق الطفل، التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم 260 لسنة 1990، والذى وافق عليه مجلس الشعب، بجلسته المعقودة بتاريخ 1990/5/27 من أنه فى جميع الإجراءات التى تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى (المادة 3 من الاتفاقية) وأن تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسئوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين حسب الحالة، المسئولية الأولى عن تربية الطفل ونموه وتكون مصالح الطفل الفضلى موضوع

اهتمامهم الأساسى (المادة 18 من الاتفاقية) وأن الدول الأطراف تعترف بوجود تمتع الطفل المعوق عقليا أو جسمانيا بحياة كاملة كريمة فى ظروف تكفل له كرامته، وتعزز اعتماده على النفس، وتيسير مشاركته الفعلية فى المجتمع (المادة 23 من الاتفاقية)، ومؤدى ذلك، أن كلا من الوالدين يتحمل المسؤولية المشتركة فى تربية أطفالهم ورعايتهم وحماية مصالحهم وهى من أولى المسؤوليات الملقاة على عاتقهما لتعلقها بالمصالح الفضلى لهؤلاء الأطفال ومن مقتضى ذلك أن الأم إذا رضيت أن تستمر فى القيام بمهام الحاضنة رغم انتهاء موجبات الحضانة وذلك بمراعاة ظروف خاصة بأطفالها الذين بلغوا نهاية السن المقررة قانونا للحضانة سواء كانت ظروفها صحية أو تربوية أو غيرها من الظروف التى يقدرها قاضى الموضوع فإنه وفى مقابل ذلك على الأب ومن منطلق هذه المسؤولية أن يساعد الأم على القيام بمهام هذه الرعاية، وذلك بتقديم العون المادى أو المعنوى لها، ومنه أن يتركها تستمر فى شغل مسكن الزوجية مع أطفالهما بعد انتهاء مدة الحضانة الإلزامية، وذلك لحين زوال تلك الظروف أو موجباتها؛ لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف، ورفض الدعوى على سند من أن الثابت بالتقريرين الطبيين الصادرين عن هيئة التأمين الصحى، أن الصغير «محمد» مصاب بمرض التبول اللاإرادى لعيب خلقى بالفقرات الظهرية القطنية، وأن الصغيرة «واينور» تعاني من استسقاء بالمخ نتيجة انسداد السائل النخاعى بقاع الجمجمة، بما يجعل هذين الصغيرين فى حاجة لوالدتهما المطعون ضدها لاستمرارهما فى الحياة، ولا يستطيع والدهما الطاعن بأى حال القيام بخدمتهما، مهما كانت إرادته، لأنه عمل شاق لا يقدر عليه الرجال وكان من الأولى مساعدتها على تحمل أعباء تربيتهما، وهذا أسباب سائغة تكفى لحمل قضائها، ولها معينها من الأوراق وتتسق مع روح ونصوص الشريعة الغراء والاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية، المتعلقة بحماية ورعاية الطفولة والأطفال، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد صادف صحيح القانون، ويضحى النعى عليه فى هذا الشأن على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

لذلك

رفضت المحكمة الطعن، وألزمت الطاعن المصروفات مع مصادرة الكفالة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

وقد عدلت الفقرة الأولى من المادة (20) سאלفة الذكر بالقانون رقم 4 لسنة 2005 وأصبحت تنص على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة. وإعمال قضاء النقض الأخير يؤدى إلى القول، بأنه إذا اختار الصغير أو الصغيرة البقاء مع الحاضنة بعد بلوغهما سن الخامسة عشرة، وتوافرت فيهما الظروف التى أشار الحكم إلى أنها تبرر استمرار إقامة الحاضنة معهما بمسكن الحضانة، وكان للقاضى أن يقضى باستمرار الحاضنة فى الإقامة بمسكن الحضانة مع الصغير أو الصغيرة إلى حين بلوغهما سن الثامنة عشرة أو زوال الظروف المشار إليها أو موجباتها أيهما أقرب⁽¹³⁾.

(13) وقارن طعن رقم 451 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2008/11/25 إذ جاء به أنه:

«وحيث إن هذا النعى سديد ذلك بأن النص فى الفقرتين «الأولى والرابعة من المادة 18 مكرر ثالثاً من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن «وعلى الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة..... فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن» وفى الفقرة الأولى من المادة 20 من المرسوم بقانون المذكور المستبدلة بالقانون رقم 4 لسنة 2005 - الواجب التطبيق لسريانه بأثر فورى لتعلقه بذاتية قاعدة قانونية أمره باعتبار أن أحكام حضانة الصغار من النظام العام - على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.....» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحتضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوماً=

= خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التي عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 18 مكرر ثالثا المشار إليها والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية هي المدة الإلزامية لحضانة النساء وإذ تنتهي هذه المدة ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 20 المشار إليها فإن حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه في الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازته نص الفقرة الأولى من المادة 20 - بعد انتهاء مدة حضانة النساء من تخيير القاضى المحضون في البقاء في يد من تحضنهم دون أجر حضانة حتى يبلغ الصغير سن الرشد والصغيرة حتى تتزوج ذلك لأن هذه المدة لم ترد في النص حدا لمدة حضانة النساء، ولا هي تعتبر امتدادا لها وإنما هي مدة استبقاء بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الاستغناء عن حضانة وخدمة النساء وفي حالة استبقاء المحضون في يد الحاضنة فإنه لا التزام على الأب نحو الحاضنة لا بأجر حضانة لها ولا بسكناها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال أو مال من تجب عليه نفقتهم وفي القول بغير ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع وتكاثر للمنازعات حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع.

لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها قد شغلت مسكن الزوجية بوصفها حاضنة لولديها من الطاعن محمد المولود في 1988/1/10 وفاطمة المولودة في 1985/8/19 وبالتالي قد جاوز سنهما مدة حضانة النساء وهي خمس عشرة سنة ومن ثم فلا حق لها في شغل مسكن زوجية وإن بقيا الصغيرين في يدها بعد بلوغهما هذه السن وكان من حق الطاعن العودة لهذا المسكن وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق أن الصغيرين قد بلغا سن الخامسة عشر وهي السن التي تنتهي فيها حضانة النساء فإن شغل المطعون ضدها لمسكن الزوجية يكون بغير سند ويحق للطاعن أن يعود إليه. وإذ انتهى برفض الاستئناف».

94- حالات أخرى يجوز فيها للمطلق استرداد مسكن الحضانة:

للمطلق أن يسترد مسكن الحضانة رغم عدم انتهاء مدة الحضانة فى الحالات الآتية:

(1) إذا سقطت الحضانة عن الأم الحاضنة لأحد الأسباب المسقطة لها، كزواج الأم الحاضنة من غير ذى رحم محرم للصغير إذا لم ير القاضى إبقاء الصغير معها رغما عن ذلك تحقيقاً لمصلحته.

وكان القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 يعطى المطلق الحق فى استرداد مسكن الحضانة إذا تزوجت المطلقة ولو بذى رحم محرم من الصغير.

أما النص الحالى فقد خلا من النص على ذلك، ولعل ذلك جاء مقصوداً لاختلاف وصف المخاطب بالحكم (الحاضنة). ففى النص الوارد بالقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 كان الخطاب موجهاً للمطلقة الحاضنة التى بزواجها ينتهى حقها فى الحضانة، أما النص الحالى فيخاطب الحاضنة عموماً الأم وغيرها، والتى يمكن أن تكون متزوجة، إذ لا يعقل حرمان الخالة أو الجدة من الزواج بسبب قيامها بواجب الحضانة لصغير لم تلده.

ولذلك لم يجعل الشارع من زواج الحاضنة سبباً لسقوط حضانتها واسترداد مسكن الزوجية منها، وإنما ترك إسقاط حضانتها محكوماً بالقواعد المنصوص عليها فى المذهب الحنفى والتى أوردناه فى موضعها.

(2) إذا قام المطلق بتهيئة مسكن بديل مناسب للحاضنة والصغار سواء كان المسكن مؤجراً أو غير مؤجر.

(3) إذا اختارت الحاضنة فرض أجر مسكن حضانة لها عوضاً عن استمرار الإقامة بمسكن الزوجية. وسنعرض لذلك تفصيلاً.

95- تراخى المطلق فى استرداد مسكن الحضانة المؤجر:

إذا كان مسكن الحضانة مؤجراً وثبت حق المطلق فى استرداده وقام بضم أولاده إليه، ومع ذلك لم يسع إلى استرداده بقصد التخلّى عنه نهائياً للحاضنة، عد ذلك تركاً منه للمسكن على خلاف مقتضى القانون، يجيز للمؤجر طلب إخلائه والحاضنة من المسكن.

ثالثاً: تهيئة المطلق لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم

المسكن المستقل المناسب بدلاً من استمرارهم دونه

فى شغل مسكن الزوجية

96- مضمون هذا الالتزام:

أعطى النص للمطلق الخيار بين أن يهوى لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب وبين أن يستمر صغاره من مطلقاته وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية. وذلك سواء كان هذا المسكن مؤجراً أو غير مؤجر. غير أن النص أتى بتفرقة بين المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر⁽¹⁴⁾ فى مسألة واحدة هى أنه إذا كان المسكن غير مؤجر كان من حق المطلق أن يستقل به إذا وفر للصغار وحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أثناء العدة أو بعد انقضائها، مهما طالّت المدة التالية لانقضاء العدة. أما إذا كان المسكن مؤجراً كان من حق المطلق أن يستقل به إذا وفر لهم المسكن المناسب خلال فترة العدة، فإذا انقضت فترة العدة دون أن يوفر لهم هذا المسكن كان من حقهم الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية⁽¹⁵⁾.

وقد علل رئيس مجلس الشعب التفرقة بين مسكن الزوجية المؤجر ومسكن الزوجية غير المؤجر «باعتبار أن المسكن غير المؤجر يمكن للزوج أن يبحث عن بديل له ويمكنه فى أى وقت إن دبّر أن يعود إلى مسكنه، أما المسكن المؤجر فإذا لم يستطع الزوج أن يدبر البديل خلال مدة العدة فعليه أن يترك

(14) وسنرى أنه قضى بعدم دستورية هذه الفقرة بتاريخ 18 يناير سنة 1996 فى القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية «دستورية» - أنظر البند التالى.

(15) وقد جاء بإيضاح رئيس مجلس الشعب لبعض المسائل الواردة بالمادة ما يلى:

«رابعا: إذا كان المسكن مؤجراً فعلى الزوج أن يهوى المسكن المناسب خلال مدة العدة فإذا هباً مسكناً مناسباً تركوه وبقي، وإذا لم يهوى لهم مسكناً مناسباً بقوا وخرج، لأن الموازنة هنا بين الأطفال الصغار والزوج المطلق فالرعاية لا للحاضنة وإنما للأطفال». مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص11).

مسكن الزوجية ليبحث له عن سكن آخر فإذا ما وجده فلا داعى فى هذه الحالة للعودة إلى مسكن الزوجية لعدم المساس بالاستقرار»⁽¹⁶⁾.

وفى رأينا أن هذه التفرقة لم يكن لها ما يبررها فإن كان الشخص يحرص على الاستمرار فى ملكه، فالكثير من المستأجرين يحرصون على الاستمرار فى المسكن الذى يستأجرونه وقضوا فيه سنوات عديدة من عمرهم، وربط بينهم وبين البقعة التى يقيمون فيها⁽¹⁷⁾.

ولم يكن القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 يتناول غير المسكن المؤجر - كما سبق إيضاحه - ولم يكن يحدد مدة لتخيير المطلق بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتهيئة المسكن المناسب للمطلقة الحاضنة وصغارهما. والنص يفترض أن المسكن الذى كان يشغله المطلق خاص به مؤجراً أو غير مؤجر، ولم يتعرض للحالة التى يكون فيها مسكن الزوجية خاصاً بالمطلقة مؤجراً أو غير مؤجر.

ولذلك فإنه فى هذه الحالة يتعين على المطلق ترك مسكن الزوجية بعد انقضاء العدة دون أن يكون ملزماً بأن يهئ لصغارها من مطلقته ولحاضنتهم مسكناً آخر. وإذا تزوجت المطلقة الحاضنة فى مسكنها المؤجر أو غير المؤجر بغير ذى رحم محرم من الصغار فإن حضانتها - إذا لم ير القاضى أن مصلحة الصغار فى بقائهم معها - تسقط وتنتقل الحضانة إلى من تليها فى الترتيب من الحاضنات، وينتقل معها الصغار إلى مسكن الحضانة، ولا يلزم المطلق بأن يهئ لصغاره فى هذه الحالة مسكناً مستقلاً مناسباً، ومن ثم يرجع فى شأن هذه الحالة إلى رأى الراجح من المذهب الحنفى⁽¹⁸⁾.

أما إذا كان مسكن الزوجية خاصاً بالزوجين معاً (مؤجراً أو غير مؤجر) كان حكمه حكم المسكن الخاص بالزوجة على نحو ما أوضحناه، وذلك لثبوت حق كل منهما فيه.

(16) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة 98 بتاريخ أول يوليو سنة 1985 ص15.

(17) أنظر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى البند التالى.

(18) من هذا رأى عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص173 وما بعدها.

وإذا كان المطلق يشغل المسكن على سبيل الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى وانتهى هذا الحق، أو كان يشغله على سبيل الإعارة وطلب المالك استرداده تعين على المطلق أن يهئ لصغاره وحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً.

97- عدم دستورية المادة 18 مكرراً ثالثاً في تقييدها حق المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً في تهيئة مسكن حضانة آخر بفترة العدة:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 18 يناير سنة 1996 في القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة 18 مكرراً ثالثاً فيما تضمنته من تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداد مسكن مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته، وبذلك أصبح من الجائز للمطلق في هذه الحالة تهيئة مسكن آخر للحضانة في أى وقت ولو بعد انتهاء العدة.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا أسباب عدم دستورية هذا القيد تفصيلاً في حكمها المذكور والذي نشرناه في بند (88) فيرجع إلى هذا البند.

98- المقصود بالمسكن المستقل المناسب:

المقصود بالمسكن المستقل، المسكن الذي لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ولو لم يكن هذا المسكن شرعياً. فلا يشترط أن يكون هذا المسكن مستقلاً بمرافقه، لأن النص لم يشترط ذلك، وإذا قيل أن النص مطلق فيحمل على إطلاقه، وبالتالي يجب أن يكون المسكن مستقلاً بمرافقه، فيرد على ذلك بأن التزام المطلق بالتزام تخييرى، فهو بالخيار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهئ مسكناً آخر مستقلاً مناسباً، وقد رأينا أن مناقشات مجلس الشعب حول نص المادة لم تشترط أن يكون مسكن المطلق شرعياً، وتكتفى بأن يكون حجرة بغير مرافق مستقلة، فكذلك البديل يكفى أن يكون مشابهاً لمسكن المطلق، لأن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بأى من المسكنين⁽¹⁹⁾.

(19) العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص174 وما بعدها.

والفقرات الثلاث الأولى من المادة صريحة في أن مسكن الحضانة الذى يهيئه المطلق يجب أن يكون مناسباً للصغار ولحاضنتهم وليس مناسباً للصغار فحسب⁽²⁰⁾. وتقاس مناسبة المسكن بمدى التزام المطلق نحو أولاده ونحو الحاضنة، فهو يلتزم بالنسبة لأولاده طبقاً للمادة (18 مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم 100 لسنة 1985 بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم، ويلتزم بالنسبة للحاضنة بأجرة حضانة لها وبتمكينها من حضانة أولاده ولا شأن له بنفقتها، وبالتالي يكون المسكن مناسباً للحاضنة إذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضونين.

ويترك لقاضى الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحضانة ومناسبتها للمحضونين وللحاضنة⁽²¹⁾.

(20) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل.. الخ».

ونصت الفقرة الثانية على أن «وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب.. الخ»، ونصت الفقرة الثالثة على أن «ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها».

أما المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 فلم تكن تتضمن نصاً صريحاً فى هذه المسألة، ولذلك ذهبنا مع الفقه فى ظل هذا القرار بقانون - فى مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية إلى أن مناسبة المسكن قصد بها مناسبتها للمحضون لا للحاضنة، وذلك رجوعاً إلى المذهب الحنفى باعتباره المصدر التشريعى للنص، فقد ذهب الأحناف إلى أن وجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، ومن ثم فإن مناسبة المسكن يكون قد قصد بها مناسبتها للمحضون لا للحاضنة لأن وجوب المسكن هنا هو لاحتياج الصغير إليه فيتعين أن تكون المناسبة المقصودة هى مناسبة حال الصغير. (راجع الطبعة الثانية من المؤلف المشار إليه جـ 1 ص 795).

(21) الدكتور عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص 175 وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأن مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أن «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعلاستمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة» أن المشرع لم يضع تحديدا لمسكن الحضانة البديل الذي يعده المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم وترك لقاضى الموضوع أن يستقل بتقدير مدى مناسبته لهم بما يتبين له من ظروف كل حالة وملابساتها على حده. لما كان ذلك، وكان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة من سلطة محكمة الموضوع إذ أنها لا تقضى إلا على أساس ما تطمئن إليه وتثق به ولا رقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتضت بها وأن تقيم قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلا على كل قول أو حجة أو طلب آثاره مادام فى قيام الحقيقة التى اقتضت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها كما وأن من المقرر أن طلب تعيين الخبير هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى قد أقام قضاؤه برفض دعوى الطاعن على ما استخلصه من أوراق الدعوى أن مسكن الزوجية الذى تقيم فيه المطعون ضدها والمحضونين ما يوفر لهم الحماية والاستقرار وأن مسكن الحضانة الذى هيئة لها ولمحضونيهما بديلا لمسكن الزوجية غير مناسب إذ يمكن إنهاء عقد إيجاره فى أى وقت وهذه أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فى هذا الخصوص فإنه لا يعيب محكمة الاستئناف سكوتها عن الرد على ما قدمه الطاعن من مستندات رأت أنها غير مؤثرة فى تكوين عقيدتها أو عدم الاستجابة إلى طلب نذب خبير للتحقيق من مدى مناسبة المسكن البديل للحاضنة والصغار لأن فى قيام الحقيقة التى اقتضت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لدلالة ما تمسك به

الطاعن ومن ثم يغدو النعى بهذه الأسباب فى حقيقته مجرد جدل موضوعى فى تقدير الأدلة وفهم الواقع فى الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع وتتحسر عنه رقابة محكمة النقض، ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم 6 لسنة 75 ق أحوال شخصية جلسة 2010/3/9)

ويدخل فى مناسبة المسكن، المكان الذى يهئ فيه المسكن، وحتى يكون مكان المسكن مناسباً، يجب أن يتحدد بمكان الحضانة طبقاً للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

وعلى ذلك فالأصل أن يكون مسكن الحضانة الذى يهيئه المطلق، فى البلد الذى يقيم هو فيه.

وإذا كانت الحاضنة هى أم الصغار، وكان المطلق يقيم فى قرية فإنه يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن للحضانة فى بلد آخر قريب سواء كان مدينة أو قرية، أما إذا كان المطلق يقيم فى مدينة فيجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة فى مدينة قريبة ولا يجوز لها ذلك فى قرية قريبة، إلا إذا كانت هذه القرية هى بلدة الأم وعقد نكاحها فيها.

أما إذا طلبت الأم الحاضنة تهيئة مسكن الحضانة فى بلدة بعيدة مدينة أو قرية ولو كان المطلق يقيم فى مدينة فإن ذلك يجوز بشرطين.

(1) أن يكون هذا البلد هو بلدها.

(2) أن يكون النكاح قد وقع فيه أى قد عقد عليها فيه.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة فى غير البلد الذى يقيم فيه المطلق. غير أنه يجوز الاتفاق بين المطلق والحاضنة على مخالفة القواعد المتقدمة.

(راجع فى التفصيل موضوع رقم 6 من الجزء الثالث من موسوعة الأحوال الشخصية).

99- هل يلتزم المطلق بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات:

أوضحنا فيما تقدم أن مناسبة المسكن التى اشترطها النص فى المسكن الذى يهيئه المطلق للحاضنة وصغاره بدلاً من استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية، تقاس بمدى التزام المطلق نحو أولاده، ونحو الحاضنة، وأنه يلتزم بالنسبة

لأولاده بنفقتهم وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم، وأن المسكن يكون مناسباً للحضانة إذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضون. ولا يكون المسكن مناسباً على هذا النحو إلا إذا كان مزوداً بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استيفاء للغرض المرصود له، ولا يتصور إلزام الحاضنة ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة وإلا كانت الحضانة عبئاً كبيراً على بعض الحاضنات يؤدى إلى عزوفهن عن الحضانة بشكل أو بآخر⁽¹⁾.

رابعاً: تخيير الحاضنة بين

الاستقلال بمسكن الزوجية وبين تقدير أجر مسكن

مناسب للمحضونين ولها

100- مضمون التخيير:

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن: «ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها». ولم تكن هذه الفقرة واردة بالاقتراح بمشروع القانون وإنما أضيفت إلى المادة حال مناقشتها بمجلس الشعب بناء على اقتراح أحد الأعضاء⁽²⁾.

وهذا الخيار يثبت للحاضنة دون المطلق، سواء كان مسكن المطلق مؤجراً أو غير مؤجر، كما أنه جائز فى أى وقت، ولو بعد انقضاء عدة المطلقة الحاضنة، ولو استمرت الحاضنة فى شغل مسكن المطلق مع الصغار، أو هياً لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.

وهذا النص ابتغى به مجلس الشعب تحقيق صالح الحاضنة لأنه قد يكون لها مكان عند أهلها أو مسكن خاص بها تفضل الإقامة فيه، غير أنها تخشى من ذلك سقوط حقها فى أجر مسكن الحضانة⁽³⁾.

(1) من هذا رأى: الأستاذ أشرف كمال ص 404 وما بعدها.

(2) السيد العضو نوال عامر.

(3) وفى هذا قرر السيد الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب حال مناقشة المادة بأن: =

والنص وإن جرى على أن القاضى يخير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها، إلا أنه لا يمنع الاتفاق على ذلك بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «بديل استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر أن يهئ المطلق مسكنا

بأن: =

= «ثم هناك اقتراح مقدم من السيد العضو نوال عامر سأعرضه أيضا سبيسر كثيرا من المسائل ويحل الإشكال أثاره بعض الأعضاء ويمكن أن يضاف هذا التعديل إلى المادة حينما يأتي التصويت ونصه.. ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها. لأنه قد يكون للزوجة كما تفضل البعض مكان عند أهلها وتفضل أن تنتقل مع أهلها وتأخذ المقابل فيتيسر لها هذا، وقد يكون للزوجة مسكن خاص بها وتستريح فيه أكثر وتخشى إن لم تخير أن يسقط حقها في أجر المثل.. الخ».

«مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص11 وما بعدها».

(1) وهذا يبين من الاقتراح المقدم من السيد العضو ياسين سراج الدين حال مناقشة المادة بمجلس الشعب ورد السيد رئيس المجلس. فقد أبدى السيد العضو اقتراحا كالاتى: «بالنسبة للاقتراح الذى تقدمت به السيدة نوال عامر جاء فيه أن للقاضى ان يخير الزوجة... أقول أن الأمر قد لا يعرض على القضاء ولذلك فإننى اقترح القول أن للزوجة أن تختار بين المسكن أو مقابل المسكن نقدا، وفى حالة عدم الاتفاق يخيرها القاضى بين الأمرين، لأن هناك بعض قضايا لن تعرض على القاضى».

رئيس المجلس:

«إن يكون فى هذه الحالة حق الاختيار أمام القاضى ويتم الاختيار».

السيد العضو ياسين سراج الدين:

«نفرض أن الزوجة لم تذهب إلى القاضى».

رئيس المجلس:

«إذا لم تذهب الزوجة إلى القاضى، فليس هناك قضية أصلا ويكون الأمر اتفاقا والاتفاق شريعة المتعاقدين».

(مضبطة المجلس - الجلسة المشار إليها ص12)

آخر مناسبة. الخيار للمطالبة بالحضانة في الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقرر القاضي أجر مسكن مناسب لا يمنع ذلك من الاتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء».

(طعن رقم 1430 لسنة 56 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/5/19)

2- «استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضونة. تحقيقه. بتهيئته لها مسكنا آخر مناسباً».

(طعن رقم 2874 لسنة 57 ق جلسة 1992/12/22).

وقد ذهبت محكمة النقض في حكم حديث لها إلى أن:

«لا يعيب الحكم عدم تخيير المطعون ضدها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة إذ أن إقامتها الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية مفاده أنها اختارت ذلك».

(طعن رقم 175 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/5/26)

والعدالة كانت تقتضى منح الخيار السابق للمطلق أيضاً، إذا كان للحاضنة مسكن مناسب تستطيع أن تحضن الصغار فيه، لأنه في هذه الحالة يكون من الإجحاف الشديد بالمطلق إرغامه على ترك المسكن الذى يشغله للمطالبة ولصغاره أو تهيئه مسكن مستقل آخر مناسب لهم، فى ظل أزمة حادة فى الإسكان تعانيها البلاد.

فإذا اختارت الحاضنة تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، فإن هذا الأجر يكون فى مال الصغير إذا كان له مال لأنه من نفقته، فإن لم يكن له مال التزم به الأب. ويجب عليه من تاريخ الطلاق لا من تاريخ انقضاء العدة، ويقدر بقدر يسار الأب وبما يكفل للصغير العيش فى المستوى اللائق بأمثاله، وذلك بصرف النظر عن القيمة الفعلية السائدة فى الإيجارات.

وعلى هذا نصت المادة (18 مكرراً ثانياً) المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بقولها: «إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم».

101- هل يجوز للمطلقة الحاضنة اختيار أجره مسكن الحضانة بدلا من

الاستقلال بمسكن الزوجية قبل الطلاق؟

المقرر شرعا أنه لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشوئه، فلا يجوز للزوجة التنازل عن حقها في نفقة العدة مثلا حال قيام الزوجية في غير حالة الخلع والطلاق على مال، لأن حقها في نفقة العدة لا ينشأ إلا بعد الطلاق، فالزوجة عند قيامها بالتعامل في هذه الحقوق بالتنازل عنها لم تكن تلك الحقوق قد نشأت بعد ولم تكن مقررة للزوجة وقت التنازل عنها ولا حق لها فيها، وإنما يثبت لها الحق في ذلك بعد الطلاق.

غير أن الوضع يختلف في تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين فرض أجر مسكن حضانة مناسب لها وللمحضونين بالتطبيق للمادة (18) مكررا ثالثا) لأن المادة جعلت الحق في مسكن الحضانة للصغار وللحاضنة تبعا لهم، وجعلت اختيار الاستقلال بالمسكن أو فرض أجر مسكن حضانة مناسب للحاضنة وحدها بصريح النص، وعلى ذلك فالاختيار بين الأمرين ينحصر فيها دون سواها. وحضانة الصغار حق ثابت للزوجة سواء حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق فهم في حضانتها في الحالتين ووضعها في المسكن ثابت لها حال قيام الزوجية استنادا إلى قيام الزوجية ذاتها وبعد الطلاق استنادا إلى كونها حاضنة - إذا كانت كذلك - فحقها ثابت في المسكن في حالة وجود صغار في سن الحضانة ومستمر لها وأن اختلف سببه أثناء قيام الزوجية عنه بعد وقوع الطلاق، ومن ثم يكون لها حق التعامل بشأنه، سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق.

وعلى ذلك إذا اتفقت الزوجة الحاضنة مع زوجها قبل الطلاق على اختيارها فرض أجر مسكن حضانة مناسب بدلا من الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية، في حالة الطلاق، كان اتفاقها صحيحا ملزما لها، ولا تستطيع بعد الطلاق التحلل منه، والمطالبة بالاستقلال بمسكن الزوجية⁽¹⁾.

(1) الأستاذ أشرف كمال ص 407 وما بعدها.

102- اختيار الحاضنة الأولى فرض أجر مسكن حضانة ملزم لباقي

الحاضنات:

إذا اختارت أول حاضنة للصغير فرض أجر مسكن حضانة مناسب للمحضونين ولها بدلا من الاستقلال بمسكن الزوجية، فإنها تكون قد اختارت ذلك بإرادتها وحدها بناء على نص في القانون، دون توقف على قبول المطلق، فليس هناك إذن عقد بينه وبين الحاضنة على ذلك، واختيارها فرض أجر مسكن الحضانة تم بصفتها حاضنة وليس بصفتها الشخصية، ومن ثم فإنه إذا سقطت حضانتها لسبب من الأسباب المسقطة لها وانتقلت إلى غيرها من الحاضنات، فلا يجوز للأخيرة أن تطلب الاستقلال بمسكن الزوجية، أى أن الاختيار المنصوص عليه بالمادة لا يثبت لغير الحاضنة الأولى⁽²⁾، فضلا عن أن القول بغير ذلك من شأنه الحيلولة دون استقرار المطلق في مسكنه وهو ما ينزل به ضررا كبيرا.

103- هل تسرى أحكام المادة (18 مكررا ثالثا) على غير المسلمين

المتحدى الطائفة والملة:

الأحكام المنظمة لمسكن الحضانة وما يتفرع عليه من أحكام فى حالة الطلاق المنصوص عليها فى المادة (18 مكررا ثالثا) من القواعد الموضوعية - وليست من قبيل الإجراءات - والمقرر طبقا للمادتين (6) من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية، (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومن بعدها المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000 أنه يطبق فى شأن الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، ما ورد بشأنه نص خاص فى التشريع، فإن لم يوجد فالراجح من المذهب الحنفى، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بغير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المشار إليه فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم.

ومن ثم فإن الأحكام المنصوص عليها فى المادة (18 مكررا ثالثا) تطبق على المسلمين، كما تسرى حيث يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية فى مسائل

(2) من هذا رأى الأستاذ أشرف كمال ص 408 وما بعدها.

الأحوال الشخصية، خاصة وأن القانون رقم 100 لسنة 1985 صادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين المنصوص عليها بالقانون رقم 25 لسنة 1920 والمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 والتي تعتبر مكملة للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

ويترتب على ذلك أن هذه المادة تسرى فى الحالات الآتية:

- (1) إذا كان المطلق والمطلقة مسلمين.
- (2) إذا كان المطلق مسلما والمطلقة تدين بدين سماوى غير الإسلام.
- غير أنه يلاحظ أن حضانة غير المسلمة تنتهى عندما يعقل الصغير الأديان وقد قدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سن السابعة أو إذا خيف عليه أن يألف الكفر وإذا لم يعقل الأديان وذلك بأخذ الحاضنة له إلى الكنائس والمعابد الخاصة بغير المسلمين وتعويده شرب الخمر وأكل لحم الخنزير⁽³⁾.
- (3) إذا كان المطلق والمطلقة من غير المسلمين ولا يتحدان فى الطائفة أو الملة.

مع ملاحظة أن دعوى الطلاق لا تسمع من أيهما إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق (المادة 2/3 من قانون إصدار القانون رقم (1) لسنة 2000). إنما لا يسرى النص على المطلق والمطلقة غير المسلمين متحدى الملة والطائفة، لأنهما يخضعان لأحكام شريعتهما الخاصة⁽⁴⁾.

(3) راجع بند (52).

- (4) قارن الدكتور محمد حسين منصور ص58 إذ يذهب إلى أن النص ينطبق على كل المصريين أيا كانت ديانتهم ويستطرد أن مسألة الحضانة وإن كانت تتصل بالأحوال الشخصية إلا أن ما يرتبط بها من مسائل أخرى كمسكن الحضانة وأجرها يعد من المسائل المالية التى لا تتصل بالعقيدة، وهى ترتبط أساسا بالواقع الاقتصادى والاجتماعى، لذا نجد الحلول المطبقة فى هذا الشأن واحدة ولا يفرق القضاء فيها - من الناحية العملية - بين المسلمين وغير المسلمين. أضف إلى ذلك أن المشرع قد نظم تلك المسألة بنص خاص لمواجهة أزمة الإسكان العامة على كل المصريين، وهى أقرب إلى النصوص الإجرائية التى تسرى على الكافة انطلاقا من حكم المادة الخامسة من القانون 462 لسنة 1955، خاصة وأن الشرائع الطائفية لم تورد تنظيما خاصا للمسألة.

104- الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (18 مكررا ثالثا) :

أولاً: قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

كانت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 تنص على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما بالفقرة الأولى منها: وهما طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهوى المطلق مسكناً آخر مناسباً، وطلب المطلق الاستقلال دون مطلقته بذات المسكن إذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به.

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 أن الاقتراح بمشروع القانون نص على «اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع» ومع الأسف لم يتضمن الاقتراح بمشروع القانون هذا النص الذى أشارت إليه، فضلاً عن أن المادة الرابعة التى تكلمت عنها تحدثت عن إحالة المحاكم الجزئية للدعوى التى أصبحت وفقاً لأحكام القانون من اختصاص المحاكم الابتدائية بالرغم من خلو القانون من بيان اختصاص جديد لهذه المحاكم⁽⁵⁾.

والذى نظنه أن مقدمى الاقتراح بمشروع القانون قد نقلوا العبارة السابقة من

(5) تنص هذه المادة على أن:

«على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التى تكون عليها.

وفى حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور المواعيد العادية أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى، ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعوى المحكوم فيها، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون».

المذكورة الإيضاحية للقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 - المقضى بعدم دستوريته - ثم أغفلوا ذكر النص نفسه بالاقتراح بمشروع القانون، فقد وردت العبارة المذكورة حرفيا بالمذكورة الإيضاحية للقرار بقانون، وكانت تعنى الطالبين المنصوص عليهما بالمادة الرابعة منه وهما طلبا استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر، واسترداد المطلق المسكن إذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة.

وبذلك يكون القانون رقم 100 لسنة 1985 قد خلال من النص على المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (18 مكررا ثالثا). وبالبناء على ذلك فإنه كان يجب لتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة المذكورة بين المطلق والحاضنة، الرجوع إلى القواعد العامة في الاختصاص بنظر منازعات الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المواد (8) من القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية، (5، 6) من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها وقتئذ.

وقد نصت المادة الثامنة من القانون رقم 462 لسنة 1955 على أن: «تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقا لما هو مبين في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب في غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها في المادة السادسة من اللائحة فإنها تكون دائما في اختصاص المحاكم الابتدائية»، ونصت المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن: «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية:

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا لم يزد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين. وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم به أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش في الشهر ... إلخ»، ونصت المادة السادسة من اللائحة على أن: «تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائي في المنازعات في

المواد الآتية:

«... نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما إذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على النصاب المبين فى المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك... الخ».

وإذ كانت المنازعات التى تنشأ عن تطبيق المادة (18 مكررا ثالثا) تدور حول تهيئة المطلق لصغاره ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أو استقلال الحاضنة وصغارها بمسكن الزوجية أو تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية أو تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، أو باسترداد المطلق لمسكن الحضانة، فإن هذه المنازعات جميعا تتعلق بمسكن حضانة الصغير، والمقرر أن مسكن حضانة الصغير من نفقة الصغير وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 فى معرض حديثها عن نفقة الأولاد بقولها «وتشمل النفقة توفير المسكن لهم»، وعلى ذلك ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات المذكورة بالمادة للمحكمة الجزئية⁽⁶⁾.

وبهذا رأى قضت محكمة الزقازيق الابتدائية بتاريخ 1989/11/25 فى الدعوى رقم 564 لسنة 1989 كلى أحوال شخصية للولاية على النفس وقد جاء به:

(6) قارن رأيا سابقا لنا فى مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى إيجار وبيع الأماكن الخالية جـ 1 الطبعة الرابعة سنة 1989 ص 1986 وما بعدها.

ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار أحمد نصر الجندى ص 366 وقد ذهب الدكتور عبد الناصر العطار فى مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985 ص 178 وما بعدها إلى أن القواعد العامة المنصوص عليها فى اللائحة تقضى باختصاص المحكمة الجزئية بنظر المنازعات المشار إليها باعتبارها من المواد الخاصة بالحضانة والحفظ وانتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر المنصوص عليها بالمادة السادسة، ويرد على ذلك بأن المنازعات المذكورة بالمادة السادسة خاصة (بحق الحضانة والحفظ) و (انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر) فقط.

وقارن الأستاذ شريف كامل فى مؤلفه الجديد فى قوانين الأحوال الشخصية 1985 ص 50 فىرى أن المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر المنازعات المذكورة عملا بأحكام المواد 4/27، 1/42، 1/47 من قانون المرافعات.

«وحيث إن المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المنظمة للمنازعات التى تشور بين الزوجين اللذين يقع بينهما الطلاق حول مسكن الزوجية ويوجد بينهما صغار قد ألغت اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل فى تلك المنازعات والذى كانت تنص عليه المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقضى بعدم دستوريته، ولذلك تطبق القواعد العامة المنصوص عليها فى المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجعل الاختصاص بالحكم فى منازعات النفقات الخاصة بالصغير للمحاكم الشرعية الجزئية، ويكون الحكم فيها انتهائيا، إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين، ويكون الحكم ابتدائيا إذا زاد ما يطلب الحكم به فى كل نوع عن هذا الحد أو حكم بأكثر من ذلك... وهذا الطلب باعتباره جزءا من نفقة الصغير..... تختص المحكمة بالفصل فيه ابتدائيا».

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر وذهبت إلى أن المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر هذه المنازعات إذ ذهبت إلى أن:

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على أن «تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة» وإذ كانت المادتان الخامسة والسادسة سالفتى الذكر - قد حددتا اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر - وليس من بينها طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 - مما مفاده اختصاص المحاكم الابتدائية دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بطلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 10 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/23)

أما المنازعات التي تنثور بشأن مسكن الحضانة بين الغير وبين المطلق أو الحضانة أو بينه وبينهما معا، فإنها تخضع لقواعد الاختصاص الوارد بقانون المرافعات.

ثانيا: بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

نصت المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة 2000 على أن تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة.

وبمراعاة أحكام المادة (52) من هذا القانون، يكون حكمها في الدعاوى قابلا للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها، وذلك كله على الوجه التالي:

أولا: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:

- (1) الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.
- (2) الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

ويكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائي للقاضي الجزئي.... الخ» ونصت مادته العاشرة على أن: «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، دعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.... الخ».

وطبقا لرأينا في الاختصاص قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000، فإننا نرى أن الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ عن تطبيق المادة (18 مكررا ثالثا) ينعقد للمحكمة الجزئية باعتبارها متعلقة بمسكن حضانة الصغير، ومسكن حضانة الصغير من نفقته التي تختص المحكمة الجزئية بنظر الدعاوى المتعلقة بها.

أما طبقا لقضاء محكمة النقض - قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 - فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية تأسيسا على أن المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة 2000 حددت اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر وليس من بينها طلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام

المادة (18 مكررا ثانيا) سألقة الذكر أو المنازعات الأخرى الناشئة عنها، فيدخل الاختصاص فى عموم المنازعات التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية كما نصت المادة العاشرة من القانون.

ثالثا: بعد العمل بالقانون رقم 10 لسنة 2004 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة:

نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن «تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التى ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2002.....الخ». ومن ثم أصبحت محاكم الأسرة هى المختصة بنظر هذه المنازعات اعتبارا من 2004./10/1

105 - حكم المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 يتعلق بالنظام العام:

قصد الشارع بنص المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 رعاية جانب الصغار حماية للأسرة، وذلك بتوفير المسكن المناسب لهم فى مدة حضانتهم حتى ينجوا من التشريد بعد انفصال الأبوين بالطلاق، وذلك بعد أن أصبح العثور على المسكن أمرا صعب المنال. ومن ثم فإن حكم هذه المادة يضحى متعلقا بالنظام العام، ويسرى بأثر فورى مباشر على آثار المركز القانونى التى لم تتحقق وتستقر بحكم نهائى قبل العمل به.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى - فى ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 - إذ جرى قضاؤها على أن:

«لما كان القانون 44 سنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الذى صدر فى تاريخ لاحق للحكم المطعون فيه قد نص فى المادة الرابعة

على أن للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً، وكان هذا النص - والغاية منه رعاية جانب الصغار حماية للأسرة - يعد متعلقاً بالنظام العام فينطبق على واقعة الدعوى بأثر فوري».

(طعن رقم 740 لسنة 47 ق - جلسة 1982/1/28)

ويترتب على ذلك أنه إذا اختارت الحاضنة استمرار المحضونين معها بمسكن الزوجية أو شغل المسكن الآخر الذى هبأه المطلق، فإن حق المحضونين يكون قد تعلق بالمسكن تعلقاً يتصل بالنظام العام، فلا يجوز لها التنازل عنه ولو كان التنازل للمطلق، فإذا تم هذا التنازل كان باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽⁷⁾. كما أن تنازلهما عنهما قبل اختيارها لأحدهما يقع باطلاً، لأنها تكون قد تنازلت عن حق الصغير وهى لا تملك ذلك.

خامساً: إصدار النيابة العامة قرارات فى

المنازعات المتعلقة بحيازة مسكن الزوجية

مضمون سلطة النيابة العامة فى إصدار القرارات:

106 - (أ) - قبل العمل بالقانون رقم 23 لسنة 1992⁽⁸⁾؛

أجازت الفقرة الخامسة من المادة (18 مكرراً ثالثاً) سائلة الذكر للنيابة العامة أن تصدر قرارات فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) حتى تفصل المحكمة فيها.

فالقرار الذى تصدره النيابة العامة بشأن حيازة مسكن الحضانة هو قرار مؤقت إلى أن يتم الفصل فى النزاع من المحكمة المختصة. والمشرع بهذا النص - والذى ورد شبيه له فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم

(7) الدكتور محمد حسين منصور ص 24 وما بعدها.

(8) بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية.

44 لسنة 1979 - يكون قد حسم خلافا كبيرا فى الفقه والقضاء حول مشروعية القرارات التى تصدرها النيابة العامة فى منازعات الحيابة التى لا تشكل جريمة (أنظر البند التالى)، فأصبح هذا النص سنداً تشريعياً لهذه القرارات فى النزاع الذى يحدث بين الحاضنة والمطلق⁽⁹⁾.

والملاحظ أن الفقرة المذكورة أعطت الحق فى إصدار القرار فيما يثور من منازعات بشأن حيابة المسكن للنيابة العامة، دون أن تقصره على عضو بدرجة معينة من بين أعضاء النيابة العامة. وذلك بعكس الحال فى ظل القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979، إذ كانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة تقصر الحق فى إصدار القرار على النائب العام أو المحامى العام⁽¹⁰⁾.

ومع ذلك فإن إطلاق النص فى القانون الجديد ليس له أهمية من الناحية العملية، لأن المادة 834 بند (5) من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول (والتي أبقي عليها الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم 8 لسنة 1982) تنص على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيابة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (والتي حلت محلها المادة 18 مكرراً ثالثاً من القانون رقم 100 لسنة 1985) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف (المحامين العامين الأول الآن) للتصرف فيها. أى أن البند المذكور جعل إصدار القرار من

(9) وكانت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) قد قضت بتاريخ 20 يناير 1964 فى الطعن 1023 لسنة 33 بأن:

«الأمر بمنع التعرض الذى تصدره النيابة العامة بعد حفظ الشكوى إدارياً لا يعدو أن يكون إجراء تصدره النيابة فى غير خصومة جنائية ولا يقصد به سوى معاونه رجال الضبطية القضائية على حفظ الأمن مما يخرج بطبيعته عن وظيفة النيابة العامة القضائية».

(10) ومن الغريب أن تذكره المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1985 أن الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الاقتراح بمشروع القانون (وهى تعنى المادة 18 مكرراً ثانياً) تجيز «لنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيابة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً فى النزاع».. رغم أن مشروع المادة لم يقصر الحق فى إصدار القرار على النائب العام والمحامى العام.

اختصاص المحامى العام الأول (الآن) لدى محكمة الاستئناف.

107- اقتصار حكم الفقرة الخامسة من المادة (18 مكررا ثالثا) على

منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة؛

الحق المخول للنيابة العامة فى إصدار قرار فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) المنصوص عليه بالفقرة الخامسة من المادة 18 (مكررا ثالثا)، ينصرف فقط إلى المنازعات التى لا تشكل جريمة. ذلك أن منازعات الحيازة التى تشكل جريمة، تتدخل فيها النيابة العامة بإصدار قرارات مؤقتة بشأن الحيازة طبقا للتنظيم الذى وضعه الشارع فى قانون الإجراءات الجنائية فى المواد من (101 - 109) الخاصة بالتصرف فى الأشياء المضبوطة، فالنيابة تتدخل فى هذه المنازعات بوصفها سلطة التحقيق الابتدائى والأمانة على الدعوى الجنائية، فهى تختص بمباشرة التحقق فى هذه الجرائم، كما تختص فى ذات الوقت بالتدخل فيما يثور من أنزعة معينة تنشأ عن الجريمة التى تجرى فيها التحقيق فتصدر قرارات أو أوامر فى نطاق سلطتها القضائية تفصل فيها فى هذه الأنزعة وتكون هذه القرارات والأوامر قرارات وأوامر قضائية⁽¹¹⁾. فإذا كان النزاع على الحيازة يشكل جريمة دخول بيت مسكون بقصد منع حيازته بالقوة (م 370 عقوبات)⁽¹²⁾ أو جريمة دخول بيت مسكون وعدم الخروج منه بناء على تكليف ممن لهم الحق فى ذلك (م 373 عقوبات)، فإن النيابة لها أن تصدر أمرا من أوامر التحقيق برد الحيازة إلى صاحب الحق فيها وهو من فقد الحيازة بالجريمة أى المجنى عليه (م 102 من قانون الإجراءات الجنائية) ذلك أن قواعد حيازة الأشياء الواردة فى قانون الإجراءات الجنائية تنطبق على حيازة المنقول كما تنطبق على حيازة العقار، فلفظة الأشياء الواردة فى المواد (101-109) هى لفظة مرسلة خالية من أى قيد يقيد بها بمعنى أو يصرفها إليه، والقاعدة أن

(11) الدكتور أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية الجزءان 1، 2 طبعة مجلة القضاة 1980 ص710 وما بعدها - المحكمة الإدارية العليا الطعن 87 لسنة 23

1/10/1978 - مستعجل القاهرة فى 12/1/1978 الدعوى رقم 3961 لسنة 1977.

(12) عدلت هذه المادة بالقانون رقم 29 لسنة 1982.

ما ورد دون تخصيص فلا موجب لتخصيصه، كما أن لفظة الأشياء من الناحية اللغوية تتسع لتشمل المنقول وتشمل العقار في ذات الوقت، ولا يوجد في أحكام قانون الإجراءات الجنائية في المواد المذكورة ما يحول دون انطباق لفظة الأشياء على العقار، ويؤكد هذا النظر ما جاء في المذكرة التفسيرية عن المواد من (597 - 605) من مشروع الحكومة التي أصبحت المواد من (101 - 109) من قانون الإجراءات الجنائية أنه قصد بذلك «.... التيسير على الأفراد في استرداد أموالهم التي استوجبت ضبطها تحقيق القضايا الجنائية أو الحكم فيها وذلك من غير حاجة إلى رفع دعاوى أمام المحاكم المدنية تكبدهم المشاق والنفقات. وتخفيفاً لأثر الجريمة على المجنى عليه رأى أن يمكن من استرداد المال الذى خرج من يده بسببها بأسرع طريق، وروعى فى الوقت نفسه ألا تزدحم دور المحاكم بأشياء لم يبق موجب لحفظها بها...» فالمذكرة التفسيرية قد عبرت عن الأشياء التى ترد حيازتها إلى صاحب الحق فى الحيازة بالمال، والمال يشمل العقار والمنقول⁽¹³⁾.

ويؤيد ما ذهبنا إليه من أن حكم الفقرة الخامسة من المادة (18 مكرراً ثالثاً) يقتصر على منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة ما جاء بالكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم 6 لسنة 1981 بتاريخ 1981/8/22 (والذى ألغى فيما بعد بالكتاب الدورى رقم 8 لسنة 1982) من أن:

«لما كان المقرر أن النيابة العامة تتدخل فى منازعات الحيازة فى حالتين:

أولاً: إذا انطوت المنازعة عن جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير

(13) شريف كامل فى مشاكل الحيازة أمام النيابة العامة ص 94 وما بعدها - الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى الطبعة الحادية عشرة 1976 ص 187 وما بعدها - إلا أن محكمة النقض قضت بأن وضع اليد على عقار سلبت حيازته بالقوة لا يعتبر ضمن التعويضات الناشئة عن ارتكاب الجريمة، ولا اختصاص للمحكمة الجنائية به (نقض طعن 1948/6/8 مجموعة القواعد ج 7 - 588 رقم 624).

وقد انتقد الفقه - بحق - هذا القضاء لأن رد حيازة العين المتنازع عليها إن لم يعد تعويضاً فهو من صور الرد الذى تختص به المحكمة الجنائية (رؤوف عبيد ص 187 وما بعدها - الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية طبعة مجلة القضاة 1980 ص 660).

المنصوص عليها في المواد من 369 إلى 373 من قانون العقوبات أو جرائم الاعتداء على الحيابة الواردة في المادة 82 من القانون رقم 49 لسنة 1977 في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ثانياً: إذا كانت منازعة الحيابة مدنية ولكن تدخل النيابة العامة فيها يكون إما بنص صريح في القانون كمنازعة حيابة مسكن الحضانة المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون رقم 44 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أو لحفظ الأمن العام استناداً للمادة 32 من قانون السلطة القضائية، 23 من قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁴⁾.

وقد تدخل الشارع أخيراً بالقانون رقم 29 لسنة 1982 بوضع نظام يكفل حماية الحيابة في الحالات التي يشكل فيها الاعتداء على الحيابة جريمة، بأن أضاف إلى قانون العقوبات مادة جديدة برقم 373 مكرراً بمقتضاها أجاز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في المادة 369 عقوبات وما بعدها أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظي لحماية الحيابة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضي الجزئي المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه.

(أنظر بنود 114 وما بعده)

108- طبيعة القرار الصادر من النيابة العامة طبقاً للفقرة الخامسة من

المادة (18 مكرراً ثالثاً) :

قدماً أن نص الفقرة الخامسة من المادة (18 مكرراً ثالثاً) من القانون رقم 100 سنة 1985 قد تناول القرار الذي تصدره النيابة العامة في المنازعات التي تنشأ بين الحاضنة والمطلق حول حيابة مسكن (الزوجية) التي لا تشكل جريمة

(14) قارن شريف كامل في مؤلفه ملحق مشاكل الحيابة طبعة 1982 ص 73 - إذ يرى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 المقابلة للفقرة الخامسة من المادة (18 مكرراً ثالثاً) من القانون رقم 100 لسنة 1985 يسرى على المنازعات التي تشكل جريمة وتلك التي لا تشكل جريمة.

وقد تغيا الشارع من هذا النص أمرين:

الأول: حماية الصغار من التشريد بإصدار قرار مؤقت بتمكين الحاضنة وصغار المطلق من حيازة مسكن (الزوجية) إذا توافرت الشروط المطلوبة حتى يفصل في النزاع من المحكمة المختصة، ولا يخفى أن فى حماية الطفولة وتأمينها تحقيقاً لمصلحة عامة ولذلك نص بالمادة العاشرة من دستور سنة 1971 المعطل على أن «تكفل الدولة الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب...».

الثانى: معاونة الضبطية الإدارية فى واجبها فى المحافظة على الأمن العام - رغم عدم وجود جريمة فى الأمر - لما ينتج عن الخلاف بين المطلق والحاضنة على حيازة مسكن (الزوجية) من صراع قد يؤدى إلى الإخلال بالأمن العام. ومن ثم فإن هذا القرار هو فى طبيعته قرار إدارى وليس قراراً قضائياً.

الطعن فى قرار النيابة العامة الصادر فى منازعات حيازة مسكن الزوجية :

هناك طريقان للطعن فى القرار الصادر من النيابة العامة هما طريق الطعن القضائى وطريق التظلم الإدارى.

109- أولاً : طريق الطعن القضائى :

يجوز للمتضرر من قرار النيابة العامة التظلم من هذا القرار بطلب إلغائه أمام محكمة القضاء الإدارى عملاً بالبند (خامساً) من الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القرار بقانون 47 لسنة 1972 (المعدل) بشأن مجلس الدولة، التى تجرى على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى «الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية». وتختص بنظر دعوى الإلغاء محكمة القضاء الإدارى (م13).

ويجب أن يكون مبنى الطعن فى القرار عدم الاختصاص أو عيباً فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة (م10/10).

ولا يترتب على رفع الدعوى إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها (م1/49) وترفع

الدعوى خلال سنتين يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار (م24)، ويقوم مقام الإعلان العلم اليقيني بالقرار.

ولا يشترط لرفع دعوى الإلغاء أن يسلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فى القرار، وإنما يجوز رفع الدعوى، مباشرة دون سلوك هذا الطريق (مفهوم المخالفة للمادة 12ب). إلا أنه إذا سلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فإن التظلم يقطع سريان ميعاد السنتين يوما المحدد لرفع دعوى الإلغاء، فلا يسرى هذا الميعاد من تاريخ إعلان المتظلم بالقرار أو علمه به علما يقينيا (م24/2). ويجب أن يبت فى التظلم قبل مضى سنتين يوما من تاريخ تقديمه⁽¹⁵⁾ ويعتبر مضى سنتين يوما على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه (م24/2) ويكون ميعاد رفع دعوى الإلغاء سنتين يوما من تاريخ انقضاء السنتين يوما المذكورة.

كما تختص محكمة القضاء الإدارى بنظر طلبات التعويض عن القرار الصادر من النيابة العامة سواء رفعت بصفة أصلية أو بالتبعية لطلب الإلغاء (م10/1 عاشر، 13)، ومحل ذلك أن يكون قد لحق المتضرر ثمة ضرر من هذا القرار.

110- ثانيا: طريق التظلم الإدارى:

نصت المادة 834 بند «5» من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول طبعة 1980 (والتي أبقى عليها الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم 8 لسنة 1982، ولم يتصد لها الكتاب الدورى رقم 13 لسنة 1985 الصادر بتاريخ 1985/8/19 بعد العمل بالقانون رقم 100 لسنة 1985)، على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيازة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (المقابلة للمادة 18 مكررا ثالثا من القانون رقم 100 لسنة 1985) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف للتصرف فيها.

أى أن البند المذكور أوجب إصدار القرار فى المنازعات المشار إليها من المحامى العام لدى محكمة الاستئناف (المحامى العام الأول الآن).

(15) ولم يجر العمل فى النيابة العامة على التقيد بهذا الميعاد.

ولم تضع تعليمات النيابة ثمة قواعد للتظلم من قرار المحامى العام (الأول) الذى يصدره فى المنازعات المذكورة، وكان يستهدى فى هذا الشأن بأحكام الكتاب الدورى رقم 39 لسنة 1977 الصادر من النائب العام بتاريخ 1977/10/30 والقواعد العامة فى التظلم الإدارى، والكتاب الدورى المشار إليه كان ينظم إجراءات إصدار القرارات فى منازعات الحيابة والتظلم منها، إلا أن هذا الكتاب قد ألغى بالكتاب الدورى رقم 8 لسنة 1982 الصادر من النائب العام بتاريخ 1982/4/28، ومن ثم فإننا قد رأينا أن يتبع فى شأن التظلم من القرار القواعد العامة فى التظلم الإدارى.

وبالبناء على ما تقدم فإن التظلم من قرار المحامى العام الأول إما أن يقدم إلى مصدره (المحامى العام الأول) أو إلى الجهة الرئاسية (النائب العام) غير أن العمل قد جرى على أن يقدم التظلم إلى الجهة الرئاسية (النائب العام) مباشرة. وقد فوض النائب العام النواب العامين المساعدين لدى نيابات الاستئناف فى نظر هذه التظلمات.

111 - القرار الصادر من النيابة العامة وقتى :

القرار الصادر من النيابة العامة فى منازعات الحيابة على مسكن (الزوجية) قرار وقتى، بمعنى أن أثره يزول بصدور حكم نهائى فى موضوع الحيابة من المحكمة المختصة.

112 - تعليمات النيابة العامة فى شأن النزاع على حيابة مسكن الزوجية :

نصت المادة 834 من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول سنة 1980 - والتي أبقي عليها الكتاب الدورى رقم 8 لسنة 1982 الصادر من النائب العام بتاريخ 1982/4/28 - والتي مازال العمل جاريا بها فى ظل القانون رقم 100 لسنة 1985 على بعض القواعد التى تتبع عند حصول نزاع على حيابة مسكن الزوجية، فجرت على أنه:

«إذا ثار نزاع بين الزوجين على حيابة مسكن الزوجية يبادر أعضاء النيابة إلى فحصه وتحقيق عناصره، ومتى أصبح صالحا للتصرف يبعثون بأوراقه إلى النيابة الكلية مشفوعة باقتراحهم القرار الذى يرون إصداره والسند فى ذلك، وذلك على ضوء ما يلى:

- (1) فى حالة ما إذا شجر نزاع بين الزوجين مع قيام رابطة الزوجية يكون الاقتراح بتمكين كل من الطرفين من استمرار حيازته للمسكن.
- (2) إذا وقع طلاق رجعى، يقترح تمكين كل من الزوجين طوال فترة العدة من استمرار حيازته للمسكن.
- (3) فى حالة الطلاق البائن، إذا لم يكن للزوجين أولاد يقيمون بمسكن الزوجية يقترح تمكين المالك أو المستأجر منهما للمسكن ومنع تعرض الآخر له فيه.
- (4) إذا كان الطلاق بائنا، وللمطلقة صغير فى حضانتها يقترح تمكين المطلقة الحاضنة من استمرار إقامتها بمسكن الزوجية المؤجر دون الزوج المطلق حتى يفصل القضاء نهائيا فى أمر النزاع .. الخ»⁽¹⁶⁾.

113- تدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجة) إذا كانت تنطوى على جريمة:

نص القانون رقم 29 لسنة 1982 بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 وقانون الإجراءات الجنائية. الصادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937 وقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950، فى مادته الرابعة على أن تضاف إلى قانون العقوبات مواد جديدة منها المادة 373 مكررا ونصها كالاتى:

«يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضى الجزئى المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده، أو بتعديله أو بإلغائه.

ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوما من تاريخ صدور هذا القرار، وعلى المحكمة - عند نظر الدعوى الجنائية - أن تفصل فى النزاع بناء على

(16) وكان ينبغى تعديل التعليمات لتشمل تمكين المطلق الحاضنة من الاستمرار فى حيازة المسكن غير المؤجر أيضا تمشيا مع المادة (18 مكررا ثالثا) من القانون 100 لسنة 1985.

طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال وبعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بإلغائه، وذلك كله دون مساس بأصل الحق.

ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار إليها، وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى».

فالمشرع بهذا النص أجاز للنياية العامة التدخل فى منازعات الحياة التى تشكل جريمة باتخاذ إجراء تحظى لحماية الحياة، على أن يعرض الأمر الصادر منها على القاضى الجزئى بالتفصيلات الواردة بالنص.

ولما كان القرار المؤقت الذى تصدره النيابة العامة فيما يثور من منازعات بين المطلق والحاضنة بشأن حياة مسكن (الزوجية) وفقاً للفقرة الخامسة من المادة (18 مكرراً ثالثاً) من القانون رقم 100 لسنة 1985 قاصراً على المنازعات التى لا تشكل جريمة فإن نص المادة 373 مكرراً عقوبات المضافة بالقانون رقم 29 لسنة 1982 تسرى على المنازعات السابقة إذا كانت تشكل جريمة، كما تسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق أو الحاضنة وبين الغير بشأن مسكن (الزوجية)، كالشأن فى كافة منازعات الحياة التى تنشأ عن جرائم الاعتداء على الحياة المنصوص عليها بالباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات. وبالبناء على ذلك فإنه لا يكون هناك ثمة تعارض بين نص الفقرة الخامسة من المادة (18 مكرراً ثالثاً) من القانون رقم 100 لسنة 1985 وبين المادة 373 مكرراً عقوبات، لأن لكل منهما مجاله فى التطبيق⁽¹⁷⁾.

(17) ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الحياة داخل وخارج دائرة التجريم الطبعة الثانية سنة 1985 ص 107 وما بعدها. (وهذا رأى ورد فى ظل القانون بقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979) - أما رأى الذى ذهب إلى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة 18 مكرراً ثالثاً من القانون رقم 44 لسنة 1979) (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة 18 مكرراً ثالثاً من القانون رقم 100 لسنة 1985) - على التفصيل السابق، يسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق والمطلقة والحاضنة بشأن حياة مسكن الزوجية المؤجر سواء كانت تشكل جريمة أم لا (راجع بند 147) فإنه يرى أن هذه =

ونحيل في دراسة المادة 373 مكررا عقوبات إلى مؤلفات قانون العقوبات ومؤلفات الحيازة.

114 - (ب) بعد العمل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 :

بتاريخ أول يونيه سنة 1992 صدر القانون رقم 23 لسنة 1992 بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات في المواد والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، ونشر بالجريدة الرسمية العدد 22 (مكرر الصادر في أول يونيه سنة 1992 وعمل به من أول أكتوبر سنة 1992 (م 12 من القانون).

وقد نصت مادته الرابعة على أن يضاف إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية مادة جديدة برقم 44 (مكررا) وهذه المادة تنص على أن:

«يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قرارا وقتيا مسببا واجب التنفيذ فورا بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة، ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل.

وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذوى شأن أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوما من يوم إعلانه بالقرار، ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار، أو بتعديله أو بإلغائه. وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم».

= الفقرة وحدها هى واجبة التطبيق بشأن المنازعات المذكورة دون نص المادة 373 مكررا عقوبات، باعتبارها نصا خاصا يتناول بالتنظيم نوعا خاصا من منازعات الحيازة، بينما نص المادة 373 مكررا عقوبات نص عام، والقاعدة أن الخاص يقيد العام - شريف كامل فى ملحق مشاكل الحيازة ص72 وما بعدها.

ثم نصت المادة التاسعة من القانون على إلغاء المادة 373 مكررا من قانون العقوبات سالفة الذكر والتي كان حكمها مقصورا على الحالات التي تقوم فيها دلائل كافية على جدية الاتهام بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المتعلقة بانتهاك ملك الغير.

ورغم أن نص المادة 18 مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 الذى خول النيابة العامة الحق فى أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية حتى تفصل المحكمة فيها، هو حكم خاص، فى حين أن ما تقرره المادة 44 مكررا مرافعات هو حكم عام، وأن القاعدة الخاصة تقيد أو تعطل القاعدة العامة فيما تختلفان فيه، إلا أنه لا يوجد ثمة تعارض بين ما قضت به كل من المادتين، ذلك أن ما نصت عليه القاعدة الخاصة الواردة فى قانون الأحوال الشخصية، جاءت مادة المرافعات لتعممه فى جميع منازعات الحيازة، كما أن ما أغفلته القاعدة الخاصة المذكورة من إجراءات نظر المنازعة ومقومات قرار النيابة وسبيل تنفيذه والطعن فيه، فصلته مادة المرافعات وبناء على ذلك لم تعد مادة الأحوال الشخصية تلك، تتضمن ثمة استثناء من مادة المرافعات، وبالتالي أضحت منازعات حيازة مسكن الزوجية خاضعة لما تخضع له جميع منازعات الحيازة عموما من حيث اختصاص النيابة العامة وإجراءات نظرها وإصدار القرار فيها والتظلم منه⁽¹⁾.

(1) التعليق على الجديد لبعض الأحكام المستحدثة فى قانون المرافعات بحث للمستشار عزت عزت حنوره منشور بمجلة القضاة السنة 25 العدد الثانى يوليو - ديسمبر 1992 ص 323 - نحو أسلوب موحد فى تطبيق المادة 44 مكررا من قانون المرافعات بمعرفة النيابة العامة وقاضى الأمور المستعجلة بحث للأستاذ خيرى أحمد الكباش بمجلة القضاة السنة 25 العدد السابق ص 344 - وعكس ذلك المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الموجز فى التنظيم القانونى الجديد لمنازعات الحيازة 1993 ص 95 إذ يرى أن نص المادة 18 مكررا ثالثا هو الذى يعمل به فى منازعات مسكن الزوجية تطبيقا لقاعدة أن القانون العام لا يلغى القانون الخاص وإنما العكس هو الصحيح أى أن القانون الخاص

وتوجز أحكام المادة 44 مكررا فيما يلى :

1- أن النيابة العامة تصدر قرارات فى منازعات الحيازة التى تعرض عليها سواء كانت هذه المنازعات مدنية أو جنائية، فإذا كانت المنازعة جنائية بأن كانت تنطوى على إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المواد من 369 إلى 373 من قانون العقوبات، فإن هذا لا يحول بين النيابة وبين رفع الدعوى الجنائية.

وعلى هذا نص البند رابعا من الكتاب الدورى رقم 15 لسنة 1992 الصادر من النائب العام بتاريخ 1992/10/1 وبالترتيب على ذلك إذا أصدرت النيابة قرارا بإبقاء الحال على ما هى عليه، فإن معنى ذلك أنها رأت من الأوفق عدم تغيير المراكز الواقعية للخصوم. ويعتبر قرارها هذا متعلقا بالحيازة.

إنما لا يجوز للنيابة إذا عرض عليها منازعة من منازعات الحيازة أن تكتفى بحفظ الأوراق إداريا. وإذا حدث ذلك كان للمتضرر التظلم من هذا القرار إلى السلطة الرئاسية، فإذا كان القرار صادرا من رئيس النيابة مثلا تظلم منه أمام المحامى العام⁽¹⁾.

2- أوجب النص أن يصدر القرار من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل، وذلك حتى يكون لمصدر القرار الخبرة والدراية اللازمة لما تنسم به هذه المنازعة من أهمية خاصة⁽²⁾.

فإذا كان أقدم أعضاء النيابة الجزئية ليس بدرجة رئيس نيابة، كان لأى من أعضائها بعد تحقيق الواقعة - بالتفصيل الذى سيرد ذكره - إرسال الأوراق إلى

لا يلغيه =

= إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص وجاءت عباراته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال وهذا ما لم يقصده المشرع فى المادة 44 مكررا، وينبنى على ذلك أنه لا يجوز التظلم من القرار أمام قاضى الأمور المستعجلة.

(1) مصطفى هرجه ص 21.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 23 لسنة 1992.

رئيس النيابة الكلية مشفوعة بمذكرة بالرأى يقترح فيها ما يراه فى النزاع ليصدر رئيس النيابة قراره فيها، سواء بالموافقة لرأيه أو بالمخالفة له، ثم تعاد الأوراق إلى النيابة الجزئية لإعلان القرار لذوى الشأن.

أما إذا صدر القرار من عضو نيابة تقل درجته عن درجة رئيس نيابة، كان القرار باطلاً لأنه اختصاص يشبه الاختصاص النوعى للمحاكم وبالتالي يتعلق بالنظام العام ذلك أن قرار النيابة فى هذه الحالة تكون له حجيته إلى أن يلغى على نحو ما سيلي.

وقد أوجب الكتاب الدورى رقم 15 لسنة 1992 الصادر من النائب العام أن يصدر القرار من المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات (بند أولاً).
وغنى عن البيان أن مخالفة حكم الكتاب الدورى المذكور لا يترتب عليه البطلان لأنه مجرد تعليمات إدارية صادرة إلى أعضاء النيابة من سلطتهم الرئاسية.

أما الاختصاص المحلى فيثبت للنياية الكائن بدائرتها العين محل المنازعة.
وقد أصدر النائب العام الكتاب الدورى رقم (10) لسنة 1998 بتاريخ 1998/5/20 ناط فيه بالمحامى العام بنياية الأحوال الشخصية إصدار قرار الحيازة.

فإذا كانت النيابة الجزئية التى تقع فى دائرتها العين محل النزاع لا تدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابات الكلية للأحوال الشخصية فيصدر القرار من المحامى العام بالنيابة الكلية.

3- القرار الصادر من النيابة فى منازعة الحيازة قرار قضائى يفصل بصفة مؤقتة فى خصومة، ولذلك نصت المادة على أن يصدر القرار بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. بما مؤداه إتاحة الفرصة لكل منهم لإبداء دفاعه وهو ما يستلزم تحقق المواجهة بالخصومة وذلك بإعلان من لم يمثل فى التحقيق بشخصه أو بوكيل عنه.

ولا يشترط أن تجرى النيابة التحقيق بنفسها وإنما يجوز لها التعويل على محضر جمع الاستدلالات وإذا أجرت النيابة التحقيق بنفسها فلا يشترط إجراؤه

من عضو بدرجة رئيس نيابة على الأقل. والمشرع وإن وصف قرار النيابة بأنه وقتي إلا أنه لم يقرنه بشرط عدم المساس بأصل الحق، لأن الحكم الوقتي ليس دائماً مستعجلاً، ولذلك جعل إصدار قرار فاصل في المنازعة أمراً وجوبياً على النيابة كما ناط بها إجراء التحقيقات اللازمة لإصداره ومن ثم لا يجوز للنيابة العامة الامتناع عن إصدار القرار بحجة أن الفصل في النزاع يحتاج إلى تغلغل في الموضوع بما ينطوي على المساس بأصل الحق⁽¹⁾.

4- أوجب النص أن يصدر قرار النيابة مسبباً فيجب أن يشتمل القرار على عرض مجمل لوقائع النزاع وطلبات أطرافه وخلاصة موجزة لأوجه دفاعهم ثم الأسانيد المرجحة لما انتهى إليه القرار.

وكذلك يجب أن يشتمل القرار على بيان تاريخ ومكان إصداره واسم وصفة من أصدره وتوقيعه⁽²⁾.

وعلى ذلك لا يصلح التسبب المبتسر أو القاصر. والجزاء على عدم التسبب أو التسبب المبتسر أو القاصر هو البطلان لأنه أمر يتعلق بحقوق الخصوم وضمان لهم ويتعلق بالتالي بالنظام العام. ومن ثم لا يشترط أن يتمسك به الخصوم⁽³⁾.

5- القرار الصادر من النيابة وقتي لأنه معلق على نتيجة التظلم منه أمام قاضي الأمور المستعجلة أو صدور حكم من محكمة الموضوع إذا لجأ صاحب الشأن إلى هذا الطريق.

6- يجب على النيابة إعلان القرار الصادر منها لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام حتى تاريخ صدور القرار.

ولا يغني عن الإعلان علم ذوى الشأن بصدور القرار ولو كان علماً يقينياً قياساً على المبادئ المقررة في قانون المرافعات من أن الطعن في الحكم لا يبدأ

(1) المستشار عزت حنوره ص324.

(2) عزت حنوره ص342.

(3) عز الدين الدناصوري وحامد عكاز شرح القانون رقم 23 لسنة 1992 طبعة 1993 ص28 وما بعدها.

إلا من تاريخ الإعلان لا العلم به فى الحالات التى يوجب فيها القانون الإعلان.
ولا يحسب فى الميعاد اليوم الذى صدر فيه القرار ويحسب فيه اليوم الأخير
منه (م15 مرافعات).

والمقصود بذوى الشأن الذى يعلن إليهم القرار، الشاكى والمشكو فى حقه
وكل من مثل فى التحقيقات وأضير من قرار النيابة أى كل من يعتبر أن قرار
النيابة قد صدر ضده والذى يحدد هؤلاء هو عضو النيابة الذى أصدر القرار
المؤقت إذ هو الأقدر على تحديد الخصوم ومن ثم لا يجوز أن يترك ذلك لقلم
الكتاب⁽¹⁾.

غير أن من المتصور أن يوجد من بين ذوى الشأن من لم يمثل فى
التحقيقات أو يظهر فيها على الإطلاق وهنا يتعذر إعلانه. وهذه ثغرة فى النص،
لأن ميعاد التظلم سيكون مفتوحاً أمام الأخير.

ولم يحدد النص وسيلة الإعلان، ومن ثم يلجأ إلى الطرق المقررة فى قانون
المرافعات.

وتطبيقاً لذلك نص الكتاب الدورى رقم 6 لسنة 1992 (محضرين) الصادر من
مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بتاريخ 1992/11/2 على أن: «يقوم
المحضرين بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات
الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام
قانون المرافعات (بند أولاً - راجع أيضاً البند ثانياً من الكتاب الدورى الصادر من
النائب العام برقم 15 لسنة 1992).

والميعاد المقرر لإعلان القرار ميعاد تنظيمى قصد به حث همة النيابة على
إعلانه بسرعة ولا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.

7- نصت المادة على أن القرار الصادر من النيابة واجب النفاذ فوراً
ومعنى ذلك نفاذ القرار دون التوقف على الفصل فى التظلم الذى يرفع أمام
القاضى المستعجل أو فوات ميعاد التظلم.

8- ذهب رأى الغالب فى الفقه إلى أنه لما كان القرار الصادر من النيابة

(1) المستشار مصطفى هرجه ص 28.

يعتبر سندا تنفيذيا فإنه يجوز الاستشكال فى تنفيذه عملا بالمادة 312 مرافعات التى لم تقصر الاستشكال على الأحكام أو ما يعتبر من قبيلها، وإنما عممته على جميع السندات التنفيذية⁽¹⁾.

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز الاستشكال فى تنفيذ القرار، ذلك أن المشرع اكتفى بوقف تنفيذه عن طريق القاضى المستعجل الذى ينظر التظلم فى هذا القرار، وبناء على طلب المتظلم⁽²⁾. وقد أخذ الكتاب الدورى رقم 6 لسنة 1992 (محضرين) الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بالرأى الثانى. إذ نص فى عجز البند (ثالثا) منه على أن: «ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقا للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ».

كما نص فى الفقرة الثانية من ذات البند على أنه: «ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم».

وعندنا أن الرأى الأول فى محله.

9- أجاز النص لكل ذى شأن فى جميع الأحوال التظلم من القرار الصادر من النيابة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة فالتظلم ليس قاصرا على من صدر ضده القرار، وإنما يجوز لكل ذى شأن حتى ولو لم يكن ماثلا فى المنازعة أمام النيابة وذلك لإتاحة الفرصة ليزود كل ذى حق عن حقه الذى يتعارض مع القرار.

ويرفع التظلم أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

واختصاص القاضى المستعجل مقرر هنا بنص صريح ومن ثم فلا يكون مكلفا بالبحث فى توافر شرط الاستعجال فى الدعوى، ولكنه مقيد فى قضائه بعدم المساس بأصل الحق. وميعاد رفع التظلم خمسة عشر يوما من تاريخ

(1) المستشار عزت حنوره ص326 - الأستاذ خيرى الكباش ص348 - المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص35.

(2) المستشار مصطفى هرجه ص22.

إعلانه بالقرار، ولا يحسب فى الميعاد يوم الإعلان، ويحسب فيه اليوم الأخير (م 15 مرافعات).

وهذا الميعاد من النظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها. والقاضى المستعجل يقضى إما بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه، وإذا قضى بالإلغاء فإنه يقف عند هذا الحد ولا يصدر قرارا فى حكمه لأن إصدار القرار طبقا للمادة 44 مكررا منوط بالنيابة العامة وليس القاضى، فضلا عن أن إصدار القرار فى الحيازة بعد إلغاء قرار النيابة فيه تفويت إحدى مراحل إصدار القرار⁽¹⁾.

ويجب أن يكون الحكم مسببا وإلا كان باطلا، ولا يجوز للقاضى المستعجل أن يؤسس حكمه على الأسباب التى بنى عليها قرار النيابة لأن النيابة ليست درجة تقاضى، بل لابد له من إنشاء أسباب جديدة تحمل قضاءه وإلا كان مشوبا بالقصور فى التسبيب⁽²⁾.

ويخضع الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من القاضى المستعجل للقواعد العامة فيجوز الطعن فيه بالاستئناف خلال خمسة عشر يوما، ذلك أن المشرع لم ينص على أن القرار الصادر من القاضى المستعجل نهائى.

10- أجازت المادة للقاضى المستعجل بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ قرار النيابة لحين الفصل فى الدعوى، ويشترط لذلك توافر الشروط الآتية:

- أ) أن يطلب المتظلم فى صحيفة التظلم أو بطلب عارض وقف تنفيذه.
- ب) أن يكون من شأن تنفيذ القرار إلحاق ضرر جسيم بالمتظلم.
- ج) أن يرى القاضى فى أسباب التظلم ما يرجح معه تعديل أو إلغاء قرار النيابة.

د) ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم طلب الوقف. أما إذا كان الطلب قد قدم قبل التنفيذ وتم التنفيذ بعد تقديمه وقبل الفصل فيه. فالرأى أن تمام التنفيذ

(1) المستشار مصطفى هرجه ص32.

(2) الدناصورى وعكاز ص32.

فى هذه الحالة لا يمنع القاضى من استعمال رخصة وقف التنفيذ فإذا أمر بوقف التنفيذ كان ذلك سنداً تنفيذياً بالغاء ما تم من إجراءات التنفيذ وذلك قياساً على ما نصت عليه المادة 251 مرافعات من أن قرار وقف التنفيذ الصادر من محكمة النقض ينسحب على إجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ، ومن جهة أخرى لأن المعول عليه فى قبول الطلب من عدمه هو باعتبار تاريخ تقديمه ولا يغير من ذلك إسراع المحكوم له بتنفيذ القرار الوقتى الصادر من النيابة العامة بعد تقديم طلب وقف تنفيذه وحتى لا يكون ذلك بمثابة عقاب للمتظلم لتقديمه ذلك الطلب⁽¹⁾.

والحكم الصادر بوقف التنفيذ لا يقيد قاضى الأمور المستعجلة عند قضائه فى موضوع التظلم.

وهذا القرار يجوز الطعن عليه بالاستئناف استقلاً.

11- يذهب الفقه إلى أنه لا يجوز التظلم من قرار رئيس النيابة فى منازعة الحيابة إلى سلطته الرئاسية، بمعنى أن التظلم الإدارى فى القرار غير جائز لأن عضو النيابة يستمد سلطته فى إصدار القرار من المشرع مباشرة وليس من مجرد تبعيته للنائب العام ومن ثم يكون صاحب اختصاص أصيل فى إصدار القرار، والواضح أن المشرع سلب حق التظلم من أى جهة خلاف قاضى الأمور المستعجلة، كما أن إجازة التظلم الإدارى من شأنه إطالة أمد منازعات الحيابة لأن حق الصادر ضده القرار فى التظلم سيظل رهيناً بتاريخ إعلان آخر قرار يصدر من النيابة العامة، وهذا ما يفقد نص المادة 44 مكرراً حكمته من تحقيق السرعة والثقة فى حسم منازعات الحيابة حفاظاً على الأمن والاستقرار فى المجتمع⁽²⁾.

(1) المستشار مصطفى هرجه ص33.

(2) المستشار عزت حنوره ص325 - عكاز والناصرى ص30 - خيرى الكباش 348 - ونشر فيما يلى الكتب الدورية رقم 6 لسنة 1992 الصادر من مساعد وزير العدل لشئون

المحاكم، رقم 15 لسنة 1992 الصادر من النائب العام، ورقم 25 لسنة 1992 الصادر من النائب العام ورقم 10 لسنة 1998 الصادر من النائب العام.

أولا - الكتاب الدروى رقم 6 لسنة 1992 محضرين

وزارة العدل

مساعد الوزير - لشئون المحاكم

كتاب دورى رقم (6) لسنة 1992

«محضرين»

مساعد وزير العدل

بعد الاطلاع على القانون رقم 23 لسنة 1992 بإضافة المادة 44 مكررا لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

ينبه على أقلام المحضرين باتباع الآتى:

أولاً: يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات.

ثانياً: تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون تطبيقاً للمادة 44 مكررا من قانون المرافعات، المضافة بالقانون رقم 23 لسنة 1992، على أن تذيل هذه القرارات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة 3/280 مرافعات.

ثالثاً: يكون النظم من تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة، فى الميعاد المحدد، ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقاً للنظم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ. ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر النظم.

رابعاً: أن وقف تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة يكون بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى قاضى الأمور المستعجلة - المختص - بعد رفع الدعوى بالإجراءات المعتادة، وهو أمر جوازى يقدره القاضى. وعلى أقلام المحضرين تنفيذ هذه التعليمات بكل دقة.

صدر فى 1992/11/2

مساعد وزير العدل

المستشار/إمضاء

= (ماهر عبد الواحد)

ثانيا - الكتاب الدورى رقم 15 لسنة 1992

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (15) لسنة 1992

بمناسبة صدور القانون رقم 23 لسنة 1992 المعدل لقانون المرافعات المدنية والتجارية والذى تقرر سريان أحكامه اعتبارا من أول أكتوبر 1992.

وبعد الإطلاع على المادة 44 مكررا المضافة بالقانون المشار إليه فعلى أعضاء النيابة العامة مراعاة الآتى:

أولاً: تصدر النيابة المختصة قرارا وقتيا مسببا فيما يعرض عليها من منازعات الحيازة - مدنية كانت أو جنائية - يكون واجب التنفيذ فورا.

وذلك بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. على أن يصدر القرار من المحامى العام المختص.

وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات.

ثانيا: يتم إعلان القرار وتنفيذه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

ثالثا: لا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم منه.

رابعا: على النيابة المختصة فى جميع الأحوال إقامة الدعوى الجنائية قبل من يثبت ارتكابه أفعالا من المعاقب عليها بمقتضى المواد من 369 إلى 373 من قانون العقوبات.

صدر فى 1992/10/1

النائب العام

المستشار/إمضاء

(رجاء العربى)

عماد/.....

ثالثا : الكتاب الدورى رقم 25 لسنة 1992

النيابة العامة

مكتبة النائب العام

إدارة التفتيش القضائى

كتاب دورى رقم (25) لسنة 1992

نبلغكم بالكتاب الدورى رقم 6 لسنة 1992 «محضرين» الصادر من السيد مساعد وزير

العدل لشئون المحاكم المرفق صورته بشأن إعلان قرارات النيابة فى منازعات الحيازة وتنفيذها، وذلك للإحاطة.

= وندعو أعضاء النيابة إلى مراعاة ما يلى:-

أولاً: بعد صدور قرار النيابة فى النزاع بالتطبيق لكتابنا الدورى رقم 15 سنة 1992 ترسل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين ويراعى أن يتضمن المنطوق اسم الصادر لصالحه القرار وخصمه كاملاً، وبيانات وافية عن العين الصادر قرار النيابة بشأنها بما يكفى لتحديدتها.

ثانياً: يضمن الخطاب الموجه إلى قلم المحضرين - المرفق به الصورة الرسمية لقرار النيابة وأسبابه - أسماء الخصوم وعملهم ومحل إقامتهم تفصيلاً حتى يمكن لقلم المحضرين إتمام الإعلان والتنفيذ.

تحريراً فى 1992/11/11

النائب العام

المستشار/ إمضاء

(رجاء العربى)

عبد الرحيم/.....

رابعاً: الكتاب الدورى رقم 10 لسنة 1998

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (10) لسنة 1998

لما كانت المنازعات التى تنثور بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية تتسم بالطابع المدنى ولا تشكل جريمة، فإن الأمر الذى تصدره النيابة العامة فيها لا يعدو أن يكون إجراء فى غير خصومة جنائية إذ هو من الإجراءات الخاصة بنظام الأسرة تطبيقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية فى مجال العلاقات الزوجية وحضانة الأولاد.

ولما كانت نيابات الأحوال الشخصية هى المختصة بتطبيق أحكام ذلك القانون لذا فهى الأقدر على تقدير الظروف المتعلقة بتلك المنازعات والتطبيق القانونى السليم على ما ينتهى إليه التحقيق أو الفحص.

115- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم : (راجع بند 27).



لذا فإننا ندعو السادة أعضاء النيابة - فى النيابة الجزئية التى تقع فى نطاق دائرة نيابة متخصصة للأحوال الشخصية - إذا ما عرض عليهم نزاع بين زوجين على حيازة = مسكن الزوجية أن يبادروا بإرسال الأوراق متى أصبحت صالحة للتصرف فيها بعد الفحص والتحقيق إلى النيابة الكلية لكى تتولى بدورها إرسالها إلى محامى عام نيابة الأحوال الشخصية ليصدر قراره فى ذلك النزاع فى ضوء أحكام المادة 834 من التعليمات القضائية للنيابة العامة.

أما النيابة الجزئية التى لا تدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابة الكلية للأحوال الشخصية فتتولى إرسال أوراق تلك المنازعات بمذكرة بالرأى للمحامى العام للتصرف فيها.

تحريرا فى 1998/5/20

النائب العام

المستشار

(رجاء العربى)

محتويات الكتاب

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	مقدمة.....	5
	(الموضوع الأول)	
	(الحضانة)	
1-	تعريف الحضانة.....	7
2-	من له حق الحضانة؟.....	8
3-	(أولاً) : ترتيب الحاضنات فى القسم الأول.....	11
4-	حالة عدم وجود حاضنة من الحاضنات المذكورات	
	بالبند السابق.....	14
5-	حكم تعدد المستحقين للحضانة.....	20
6-	(ثانياً) : ترتيب الحاضنين فى القسم الثانى.....	20
7-	ترتيب الشارع لأصحاب الحق فى الحضانة أو الضم	
	ملزم.....	21
-	الشروط الواجب توافرها فى الحاضن.....	21
8-	الشرط الأول: أن يكون بالغاً.....	21
9-	الشرط الثانى: أن يكون عاقلاً.....	22
10-	الشرط الثالث: أن يكون قادراً على القيام بشئون	
	الصغير.....	22
11-	الشرط الرابع: أن يكون أميناً.....	26
	الشروط الواجب توافرها فى الحاضنة من النساء.....	30
12-	الشرط الأول: ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم	
	للصغير.....	30

رقم البند	الموضوع	الصفحة
13-	الشرط الثاني: ألا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له.....	33
14-	الشرط الثالث: ألا تكون الحاضنة مريضة بأحد الأمراض المعدية	34
15-	الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة.....	35
16-	إسلام الحاضنة ليس شرطاً للحضانة.....	35
-	الشروط الواجب توافرها في الحاضن من الرجال	37
17-	الشرط الأول: أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى.....	37
18-	الشرط الثاني: أن يكون متحداً مع المحضون في الدين	37
19-	أثر زوال شرط من شروط الحضانة.....	38
20-	انتقال المفروض لنفقة المحضون بانتقال الحضانة.....	40
21-	الحضانة حق للحاضن والمحضون	40
22-	لا يجوز لحاضنة أبعد في الترتيب أخذ الصغير من حاضنته.....	41
23-	لا يجوز للحاضنة التنازل عن حقها في الحضانة إذا لم توجد حاضنة أخرى.....	42
24-	يجوز للحاضنة الرجوع في التنازل عن الحضانة.....	42
25-	الخلع على الحضانة.....	43
26-	الصلح على الحضانة	43
27-	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.....	43

رقم البند	الموضوع	الصفحة
28-	الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير واجبة	
44	النفاز بقوة القانون وبلا كفالة.....	
29-	تنفيذ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير جبرا.....	
30-	إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير.....	
46	سلطة النيابة العامة فى تسليم الصغير مؤقتا.....	
31-	متى تجرى النيابة العامة التحقيق فى منازعات الحضانة؟.....	
47	إجراء النيابة العامة التحقيق.....	
33-	إصدار القرار بتسليم الصغير.....	
48	مدة الحضانة	
50	(أ) مدة الحضانة فى المذهب الحنفى.....	
35-	(ب) مدة الحضانة فى المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929.....	
51	حكم المذهب الحنفى بعد انتهاء مدة حضانة النساء..	
57	(ج) مدة الحضانة فى القانون رقم 100 لسنة 1985 .	
38-	جواز إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة.....	
59	(د) - مدة الحضانة فى القانون رقم 4 لسنة 2005 ...	
39-	تخيير الصغير أو الصغيرة فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر.....	
63	تكرار الاختيار.....	
72	كيفية احتساب مدة الحضانة.....	
80		
82		
82		

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-44	سريان سن الحضانة الجديد من حيث الزمان	83
-45	عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة فى مدة	
	الحضانة اللاحقة لبلوغ المحضون الخامسة عشرة	84
-46	على من ترفع دعوى الضم	85
-47	حدود حق الحاضنة	87
-48	أثر انتقال الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة .	88
-49	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم	90
-50	تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير	
	وحفظه جبراً	90
-51	إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم	
	الصغير	90
-	جريمة عدم تسليم الصغير لمن له الحق فى طلبه	90
-52	النص القانوني: مادتان 284 ، 292 عقوبات	90
-53	أحكام المادتين سالفتي الذكر	91
	أجر الحضانة	
-54	ماهية أجر الحضانة	96
-55	على من يجب أجر الحضانة؟	99
-56	تاريخ استحقاق أجر الحضانة	100
-57	عدم استحقاق أجر الحضانة أثناء قيام الزوجية وعدة	
	الطلاق الرجعى	100
-58	هل يستحق أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن؟.	101

رقم البند	الموضوع	الصفحة
59-	استحقاق أجر الحضانة في الحضانة الفاسدة.....	102
60-	كيفية تقدير أجر الحضانة.....	103
61-	أجر الحضانة غير قابل للزيادة.....	103
62-	الإبراء من أجر الحضانة.....	104
63-	عدم انتقال أجر الحضانة.....	105
64-	سقوط أجر الحضانة ببلوغ الصغير أقصى سن الحضانة.....	106
	التبرع بالحضانة	
65-	(أ) الشروط الواجب توافرها في المتبرعة بالحضانة..	106
66-	(ب) حكم التبرع بالحضانة.....	108
67-	طلب تخيير الحاضنة يكون من الأب أو ممن يليه من العصبات.....	109
68-	إجبار الأم على الحضانة.....	109
-	مكان الحضانة وانتقال الحاضنة بالصغير	
69	أولاً : إذا كانت الحاضنة هي أم الصغير.....	110
-	(أ) إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وأبي الصغير....	110
-	(ب) إذا كانت الأم معتدة من طلاق أبي الصغير.....	110
-	(ج) إذا كانت الأم معتدة من وفاة أبي الصغير.....	110
-	(د) إذا كانت الأم قد انقضت عدتها من أبي الصغير..	111
70-	معيار القرب والبعد عن بلد الأب.....	112

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-71	حق الأم الحاضنة في الانتقال بالصغير في حالة وفاة الأب	114
-72	ثانياً: إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير	115
-73	لا يجوز للأب الانتقال بالصغير في فترة الحضانة إلى بلد آخر	115
-74	حق الأب في الانتقال بالولد بعد ضمه إليه	119
-	(الموضوع الثاني)	
	(مسكن الحضانة في الفقه الحنفي)	
-75	تمهيد	120
-76	متى تستحق الحاضنة مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة ؟	120
-77	من الملزم بأجر مسكن الحضانة ؟	122
-78	كيفية تقدير أجر مسكن الحضانة	123
-79	تاريخ استحقاق أجر مسكن الحضانة	123
-80	أجر مسكن الحضانة وتعدد المحضونين	124
-81	أثر الصلح على أجر مسكن الحضانة في المذهب الحنفي	125
-82	مجال تطبيق أحكام أجر مسكن الحضانة في المذهب الحنفي	125
	(الموضوع الثالث)	
		127

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	مسكن الحضانة فى القانون رقم 100 لسنة 1985	
83-	النص القانونى : المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.....	127
84-	دواعى النص وأساسه التشريعى.....	128
85-	الأحكام الواردة بالمادة.....	129
-	أولاً : استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم يهين لهم المطلق المسكن المستقل المناسب	130
86-	متى يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق؟	130
87-	الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق.....	130
88-	عدم دستورية إلزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه.....	132
89-	المقصود بمسكن الزوجية.....	152
90-	العلاقة بين الحاضنة ومؤجر المسكن.....	155
91-	مدى حق الحاضنة فى استعمال مسكن الحضانة.....	157

رقم البند	الموضوع	الصفحة
92-	تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بسكنى الصغير...	158
	ثانيا : استرداد المطلق مسكن الحضانة	
	بعد انتهاء مدة الحضانة	
93-	مضمون حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة.....	158
94-	حالات أخرى يجوز فيها للمطلق استرداد مسكن الحضانة.....	173
95-	تراخى المطلق فى استرداد مسكن الحضانة المؤجر ..	173
	ثالثا : تهيئة المطلق لصغاره من مطلقاته	
	ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية	
96-	مضمون هذا الالتزام.....	174
97-	عدم دستورية المادة 18 مكررا ثالثا فى تقييدها حق المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا فى تهيئة مسكن حضانة آخر بفترة العدة.....	176
98-	المقصود بالمسكن المستقل المناسب.....	176
99-	هل يلتزم المطلق بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات؟	179
	رابعا : تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن	180

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الزوجية وبين تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها	
-100	مضمون التخيير.....	180
-101	هل يجوز للمطلقة الحاضنة اختيار أجره مسكن الحضانة بدلا من الاستقلال بمسكن الزوجية قبل الطلاق؟.....	183
-102	اختيار الحاضنة الأولى فرض أجر مسكن حضانة ملزم لباقي الحاضنات.....	184
-103	هل تسرى أحكام المادة (18 مكررا ثالثا) على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة؟.....	184
-104	الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (18 مكررا ثالثا).....	186
-	أولا: قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية .	186
-	ثانيا: بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	190
-105	حكم المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 يتعلق بالنظام العام.....	191
-	خامساً : إصدار النيابة العامة قرارات فى	192

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	المنازعات المتعلقة بحياسة مسكن الزوجية	
-	مضمون سلطة النيابة العامة في إصدار القرارات	192
-106	(أ) قبل العمل بالقانون رقم 23 لسنة 1992	192
-107	اقتصار حكم الفقرة الخامسة من المادة (18 مكررا	
	ثالثا) على منازعات الحيازة التي لا تشكل جريمة ...	194
-108	طبيعة القرار الصادر من النيابة العامة طبقا للفقرة	
	الخامسة من المادة (18 مكررا ثالثا)	196
-	الطعن في قرار النيابة العامة الصادر في منازعات	
	حيازة مسكن الزوجية	197
-109	أولاً: طريق الطعن القضائي	197
-110	ثانياً: طريق التظلم الإداري	198
-111	القرار الصادر من النيابة العامة وقتي	199
-112	تعليمات النيابة العامة في شأن النزاع على حيازة	
	مسكن الزوجية	199
-113	تدخل النيابة العامة في منازعات الحيازة على مسكن	
	(الزوجية) إذا كانت تنطوي على جريمة	200
-114	(ب) بعد العمل بالقانون رقم 23 لسنة 1992	202
-115	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم	214
-	الفهرس	215

تم بحمد الله وتوفيقه

