

(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 الشئ 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 توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها - وهى أشق 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 جـ 3 ص 555.

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

يقال حضن الرجل الشئ أى اعتزله فجعله فى ناحية. (بدائع الصنائع جـ 4 ص 40).

«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 أشق 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 لتحصيل 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 تعادلها 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 تنكحي».

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 تفصيلاً - 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 سناً 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 ويخبر 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) وترتبا 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 مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتى: الأم فأُم 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 لأُم «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 الحنفي والذي 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 حواشي.
- (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 في المذهب الحنفي. وفي المذهب رواية أخرى بأن الخالة هي التي تقدم على هذه الأخت، وقد قيل في توجيه هذه الرواية أنه كانت لحمزة رضى الله عنه بنت فاختصم فيها عليا بن أبي طالب وأخاه جعفر وزيد بن حارثة عند رسول الله عليه السلام يقوم على: هي بنت عمى ويقول جعفر هي بنت عمى وخالتها عندي ويقول زيد: هي بنت أخي حمزة الذي آخيت بيني وبينه يا رسول الله، فقضى الرسول عليه السلام بها لخالتها وقال: «الخالة والدّة»، فقالوا أن النبي عليه السلام سمي الخالة والدّة، فتكون بمنزلة الأم وتقدم على الأخت من الأب.
- وسند الرأي الراجح أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الخالة فإنها بنت الأب والخالة بنت الجد وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب يكون عند التساوى في الدرجة وليست الأخت والخالة في درجة واحدة حتى تقدم الخالة عليها باعتبارها قرينة الأم.
- أما عن حديث الرسول «الخالة والدّة»، فإنه يقتضى تقديم الخالة حتى على الأخت الشقيقة والأخت من الأم ولم يقل بذلك أصحاب المذهب ولأن لفظ «الخالة والدّة» لا يفهم إلا على ما يقتضيه موضوع الخصومة وما ورد فيها من دعاوى، وليس في المتخاصمين أخت لأب فالمراد بهذا اللفظ أنها أحق بالبنت من ابني عمها وهما على وجعفر ابنا أبي 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 في 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 مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرا 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 أهلا 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- الجد لأب وإن علا. |
| 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 لذى الرحم المحرم بلا فرق بين كون المحضون ذكرا أو أنثى. أما إذا كان القريب غير محرم كابن العم، فلا يثبت له الحق في

حضانة الأنثى تحرزها عن الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمها له بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة. فإن لم يكن للصغيرة من العصبات إلا ابن عم سقطت عنه الحضانة وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصبات، 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 العصبات:

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 العصبات 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 العصبات 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 تقريرا 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» شيرا، ابتغاء القضاء بالإزامهما 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 في الخامس عشر من مايو سنة 1993 حكمها في 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 أي جهة كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لذلك النص - وهي عينية بطبيعتها - تكون قد انحسرت وتغوى الدعوى - في هذا الشق منها - غير مقبولة.

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

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

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

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

وحيث إن قضاء هذه المحكمة، قد اطرء على أن حكم المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها في 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 التي لا يجوز الاجتهاد فيها، والتي تمثل ثوابتها - مصدرا وتأويلا - إذ هي عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل في تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلائلها، أو بهما معا، إذ هي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعترية شرعا؛ ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، ومن ثم تنحصر دائرة الاجتهاد فيها على أن يكون هذا الاجتهاد واقعا دوما في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة، متحريرا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن البين من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985 المشار إليه أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى في يد الحاضنة - سواء قبل بلوغها 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 التي لا تحتل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات الأب. وأن ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة 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: أولاهما: ولاية التربية؛ ثانيتهما: الولاية على النفس؛ وثالثتها: الولاية على ماله. وتثبت الولايتان الأخيرتان- كأصل عام- للعصبة 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 الحاضنة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه، وأقدر على صيانته، 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 بينهن؛ ومن ثم يكون باب الاجتهاد فى هذا النطاق- عن طريق الأدلة الشرعية النقلية 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- تنازعا 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 تتلى إليها مباشرة- تلى الأم فى ترتيب الحاضنات. فقد قال الحنابلة بثبوت الحضانة للأم ثم أمها ثم أم أمها وهكذا ثم الأب ثم أمهاته. والشافعية على أنه إذا اجتمع الذكور مع الإناث فتقدم 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 في ذلك، هو الرجوع إلى المذهب الحنفى باعتباره المصدر التشريعى للنص.

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

6- ثانيا ترتيب الحاضنين في القسم الثاني :

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

(راجع في التفصيل بند 40/أ)

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

(راجع في 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 في 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 في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء- الطبعة الأولى سنة 1984 ص204.

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 العصبات من الرجال أو المحارم من الرجال غير العصبات، سواء فى القسم الأول من الحضانة أو فى القسم الثانى منها أى فى فترة الضم، أن تتوافر 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 وللبنات بالحيض أو الاحتلام مع الإنزال أو الحبل. والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنات طبقاً لرأى صاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى. أما إذا لم يتحقق ذلك، فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة، وتحسب السن طبقاً للتقويم الهجرى. والمعنوه 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 للكواكب ج2 طبعة أولى ص456 -
نقض طعن رقم 1 لسنة 1515 ق «أحوال شخصية» جلسة 1982/2/16 «غير منشور».

9- الشرط الثاني: أن يكون عاقلا:

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

ويستوى في الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا، ولو كان الجنون المتقطع من القلة بحيث لا يأتي إلا ليوم واحد في السنة لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونه في أى وقت - وإن كان نادرا أو قصيرا - 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 قادرا على القيام بشئون الصغير:

فإذا كان الحاضن طاعنا في السن أو مقعدا أو مشلولا أو مريضا مرضا 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 كبيرا مجنونا 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 متقطعا، لكنه قليل، كيوم فى سنة فإنه يتجه ثبوت الحضانة فى هذا اليوم. وفى التاج أن المتقطع 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 المتقطع.

(10) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«أطلعنا على السؤال ونفيد 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 لغیر 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 لغیرها، 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 كأي 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 - والكفافة 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)

كلى 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 للأحوال 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 جـ3 ص557. «والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة

فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية» - راجع أيضا المستشار صلاح زغو ص208.

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 مضيقاً 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 والد 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 صوراً غير لائقة فى

(15) وقد قضت محكمة النقض بأن:

إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه لضم الصغير للمطعون ضدها الثانية بند أولاً «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 صحبة آمنة مما يُعد مخالفة لواجب شرعى ويتنافى مع الآداب الإسلامية وأن «أم الأم» المطعون ضدها الثانية بند ثانياً. لم تتمكن من إرشاد ابنتيها إرشاداً صحيحاً إلى ما يأمر به الدين الحنيف وأن «أم الأب» المطعون ضدها الثانية بند أولاً 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 79 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، وتمييز ينطبع في ذاكرة الصغير فيه المرئيات ويتعلم عن هذا السبيل⁽¹⁷⁾.

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

وليس تدين الحاضن شرطاً لاستحقاق الحضانة، فإن غير المتدين أهل فى 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 يجاب إلى طلب ضمه، كما لو كانت هناك خصومة بين الحاضن والصغير على ملكية شيء مثلاً.

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

وعلى ذلك فالأب المعسر والذى لا صناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس لإحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسداً 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 فى 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 حراً فى الذهاب بأولاده

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

(18) الأستاذ محمد أبو زهرة ص 407.

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

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

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 مطعمنا 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 أجنبياً 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⁾.

ومبعت 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 ذي 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 طلقت 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 شئون المحضون.

وقد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أنه يرى ترك ما إذا كان زواج المرأة من غير ذي رحم محرم (أجنبي) ينفي عنها استحقاق الحضانة أم لا ينفيه، إلى تقدير القاضي، 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.

البنت منهم الفتنة لسكناها معهم فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه 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 جـ3 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 البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئاً من ذلك لا يحل له نزعه 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 البنت 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 جـ2 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 انقاء 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 ليراعي 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 البنت 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، وهي 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 البنت إلى والدها وكانت تقيم معه ويقوم بالإئفاق عليها فعلاً فلا مقتضى لأن تطلب الحكم لها بنفقة عليه إذ إنها تقيم معه ويقوم بالإئفاق 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 جـ 1 ص 65:

(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 أمها 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 في حكم العاجزة إذ يجب لحفظه أن تبعد عنه وذلك يسقط حقها في الحضانة».

15- الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة؛

يشترط في 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 في مصلحة الصغير إمسакها له.

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

(أنظر تفصيلاً آخر في البند التالي).

16- إسلام الحاضنة ليس شرطاً للحضانة؛

لا يشترط في الحاضنة أن تكون مسلمة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية (يهودية أو مسيحية) أو وثنية أو مجوسية، سواء كانت هي الأم أو غير الأم، فلم يراع اتحاد الدين في الحضانة لأن مبناها على الشفقة الطبيعية وهي 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 أهلاً للحضانة لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت، فلا تصلح لحضانة الطفل وتربيته ما بقيت على ردتها، ولأنها يرجوعها 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. وقدر السن الذى يعقل فيه الصغير الأديان بسبع سنين لصحة إسلامه فى هذه السن.

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

(1) فقد جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ 1 ص 61 «سئل فيما إذا أسلم يهودى ثم مات عن زوجة يهودية وبننتين منها عمر أكبرهما ست سنين وعن أب يهودى موسر ولم يترك الميث شيئاً فهل تكون حضانة بنتيهما لها حيث لم يعقلا ديناً ولا يخاف أن يألفا الكفر وتكون نفقتهم على جدهما. (الجواب) نعم حيث الحال ما ذكر والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ما لم يعقل ديناً فينبغى 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 فى حضانتها حينئذ وكان الأمر فى حفظه مفوضاً لرأى القاضى ما لم توجد حاضنة لا يترتب على حضانتها إياه شئ مما ذكر فصار الحاصل أن الولد المسلم إنما يحضنه من لا يخشى عليه منه لا فى شخصه ولا فى دينه ولا فى 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 الاشتراكى العربى 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 حاضن 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 المحرمية 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 فتتقل 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 وهي أعظم صبورا عليه في هذه المرحلة وليس للأب مثل شفقتها عليه في تلك الفترة فإذا بلغ الصغير سن العاشرة أو الصغيرة سن اثني 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 في 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 تتكحي». 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 ص 454.

وطلقت منه بتاريخ 2008/8/22 طبقاً لصورة إشهاد الطلاق طلفة ثالثة بائلة 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. وهذا 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 حضنتها 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 في الحضانة إذا لم توجد حاضنة أخرى:

يجوز للحاضنة التنازل عن حقها في حضانة الصغير إذا وجدت حاضنة أخرى تتوافر فيها شروط الحضانة محلها، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه، فإذا لم توجد حاضنة أخرى أو وجدت وامتنعت 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 امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنعت 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 1920/4/17 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 أورده 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 حضانتته 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 يجرى 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، ويكفي 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 حضائته 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 رأى 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 بدننا 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 جـ 4 ص 169 وما بعدها - ابن عابدين جـ 3 ص 566.

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 في 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 للنكول 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 رئيسي 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 في 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 بالمصروفات 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 الآتي:

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

= التى 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 سائلة 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 ينتظم =

= 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 السمحاء، 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 تتعاه 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 استلزام 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 تيسير 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 والتفريق =

= 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 تنعاه 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 يغب 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 الدستوري إنما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع، فهو يتضمن توجيه الأسرة إلى الاعتصام بالدين والتزام أوامره ونواهيه ولا شأن له به بدستورية القوانين.

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

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

ومن حيث إن هذا القول مردود بما سلف بيانه من أسباب في شأن الرد على ما أثارته المدعية من أوجه الطعن في 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 طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا 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 مصلحتهما تقتضى ذلك» لا تكون أيتهما مخالفة للدستور، ومن ثم تكون الدعوى غير قائمة على أساس متعينا رفضها موضوعا وإلزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة.

فلهذه الأسباب

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

وجاء بالمذكرة 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 شكاوى 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 وقرائنها.

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 في 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 في 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 في 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 شطلين الكلام الجزئية بتطاريخ

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 نزع الحضانة في سن غير مناسبة بقصد النكاح 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، 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 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 المعترية 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 وصيانتته، 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 شزرا. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفا بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية- القطعية في ثبوتها ودالاتها- لا تقيم لسن الحضانة تخوما لا يجوز تجاوزها، انطلاقا من أن تربية الصغير مسألة لها خطرهما، وأن تطرق الخلل إليها- ولو في جوانبها- مدعاة لضياح 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 يتدخل 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 إيدائه، 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 بحاجتهما 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 ملكاتهما. 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 ينقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومبادئها، شريعة مرنة غير جامدة ينقيد 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 إعنائه. 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 تقتضي 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 يستجلبها، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونه بذهابهم إلى أن حضانة الصغير تنتهي إذا بلغ عاقلاً غير زمن، وأن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها، وكان النص التشريعي المطعون عليه قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقفاً 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 وتهدا 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 أخذا بمذهب مالك 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، فتبقى الصغيرة حتى تنزوج والصغير حتى يتم تعليمه فى حضانتها مع إلزام الزوج بنفقتها»

وقد أبدى السيد العضو ممتاز نصار موافقته على هذا الاقتراح قائلا: 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 ارتباطا كاملا، 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 تقتضى 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 اثنتى 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 تقتضى 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 الذى أخذ به النص سواء فى مدتها الإجبارية أو الجوازية لا يطابق ما جاء بمذهب مالك تماما، وإن كان هذا المذهب هو أقرب المذاهب منه. فالمشهور فى مذهب مالك، أن حضانة الذكر تنتهى بالبلوغ ولو كان زمنا أو مجنونا، سقطت عن الأم واستمرت نفقته على الأب، وحضانة الأنثى كالنفقة تنتهى بدخول الزوج بها وليس مثل الدخول الدعاء له فى المطيعة، وهذا فى الأم المطلقة أو من مات زوجها وأما من فى عصمة زوجها فهى حق لهما، إلا إذا بلغت مبلغ النكاح وخيف عليها نظرا فإن كانت أمها فى حرز ومنعة وتحصين كانت أحق بها أبدا حتى تنكح وإن بلغت ابنتها ثلاثين أو أربعين سنة، فإن خيف على البنت فى موضع الأم ولم تكن الأم فى تحصين ولا منعة أو تكون الأم لعلها ليست بمرضية فى حالها ضمها أبوها إليه أو أولياؤها إذا كان فى الموضوع الذى تضم إليه كفاية وحرز (حاشية الدسوقي جـ 2 ص 526 - المدونة الكبرى جـ 5 ص 38).

وواضح مخالفة النص لمذهب الإمام مالك فى جعله حق الحضانة على مرحلتين - بحسب نظر القاضى إلى مصلحة المحضون - وفى جعله المرحلة الأولى بالنسبة للصبي قبل سن البلوغ عادة والثانية بعده عادة، بينما حضانة النساء فى 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 للنكاحية 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 بلتاغى - 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 القاضي لا برغبة الحاضنة أو بإرادتها، يؤكد هذا أن المذكرة الإيضاحية للقانون أوردت: «وأنه ينتبع المنازعات الدائرة في شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضي العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان أو الاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضناتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة، ثم أجاز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير في يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة وللصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب الإمام مالك في هذا الموضوع على أنه في حال إبقائهما في يد الحاضنة لهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق في 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 القاضي ذلك، وإذا خلت أوراق الدعوى ما يفيد حصول الطاعنة الأولى على حكم بحضانتها لابنتها حتى تتزوج وكان لا يكفي في 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 في حضانة النساء حتى تتزوج إلا بإجازة القاضي وبما له من سلطة تقديرية، وتغليباً لمصلحة الصغيرة، لا بالنظر إلى قول الحاضنة من النساء، لما كان ما تقدم وكان واقع الدعوى الذي 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 في 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، وإذا 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 حداً تنتهى به حضانة النساء حتماً. 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، فضلاً 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 جـ 2 ص 526 - المدونة الكبرى جـ 5 ص 38.

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

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

(1) وإجازة إبقاء الصغير في يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة يعنى أن الصغير لن يضم إلى أبيه أبداً - في معظم الحالات - لأن هذه السن - كما سنرى هي 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 لنقويمه وصونه من أى إعوجاج، وهي كلها أمور لازمة له في حياته المستقبلية، فإذا ما شب بدونها كان في ذلك وهن له وعجز عن مواجهة شدائد الحياة. وإجازة إبقاء الصغيرة في يد الحاضنة حتى تتزوج مؤداه أيضا حرمانها نهائيا من ضمها إلى أبيها رغم أن البنت تكون في هذه السن أحوج ما تكون إلى رقابة الأب وتوجيهه صونا لها وحفاظا على عفتها وكرامة أسرتها، لا سيما في هذا العصر الذى شاع فيه التحرر بل التسبب أحيانا في مجتمع النساء.

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

- (1) أمثلة لبعض الصور التى تتوافر فيها مصلحة المحضون فى إبقائه فى يد حاضنته:
- 1- أن تكون الحاضنة هي 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 وحبها وحنانها أصلح ولا شك للمحضون مما قد يلاقيه 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 أن 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، وقبله 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 بلوغ 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 خطأ 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 49ق 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 إداره 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 سالفه 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 ظن

- السيد/ صلاح مصطفى حافظ

ضبط

- 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 تقريرا 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 بإجابته إلى طلبه. فطعن 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 وانهيارها بجعل زمام الأمر
فى يد المرأة والصغير، ومناقضاً كذلك لمبدأ المساواة حيث استبعد الرجال بصورة
تحكيمية 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
التي لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة
التي 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 معاً. 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
واقعا 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 الشئون 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
وضمن رعايته، والقيام على شئونه 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 المستجيبية دوما للتطور، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها. أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة 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، أملتھا التغيرات التي طرأت على المجتمع والأسرة، بألا 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 مسئلتهما 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 مسئولياتهم 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 الأصيل 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 وإدخالها 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 منطويا على تقسيم أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو عن طريق المزايا أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها. إلا أن مناهج دستورية هذا التنظيم ألا تتفصل نصوصه عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخى تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطويا، 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 تحكما 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 حضنة 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 المصرفيات 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 تقضى 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.

أمين السر

رئيس المحكمة

(1) المدونة الكبرى جـ 5 ص 38.

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 يؤدى إلى النجاح وبدون أضرار نفسية، وهذه النقلة 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: تنازع أبوان صبيا عند بعض الحكام فخير به بينهما فاختار أبوه فقالت له أمه: اسأله لأى شىء يختاره أباه، فسأله فقال: أُمى تبعثنى كل يوم للكتاب والفقير 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 نفعتى. 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 ومصالحه 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 أيا كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها». وهذا ما أفصحت عنه نصوص اتفاقية حقوق الطفل، التي 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 وطبقا لما هو مقرر قانونا 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 وجودا أو عدما مع نفع الصغير ومصالحته 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 شيما 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 حضانتها 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 المساوى وأشرف فايز المساوى 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 آمرة 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 منصبا 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- «إذا كانت أحكام حضانة الصغار متعلقة بالنظام العام وكان المشرع فى

(أنظر رأى الإمام أبى حنيفة الجزء الرابع بند 144 - الدكتور عبد العزيز عامر ص352 وما بعدها).

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 أجر 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 تقضى المادة بأن يكون بقاء الصغير في يد الحاضنة بعد بلوغ سن الحضانة دون أجر حضانة.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا - على ظلل 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 (م 1/2 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، وتستقيم 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 بالحيض 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 يكذبهما إذا كان بحال لا يحتلم مثلهما فيه. ويقبل القول مع تفسير كل منهما كيفية بلوغه دون يمين. فإذا لم يتحقق ذلك فإن بلوغهما يتحقق إذا أتما خمس عشرة سنة. وبحسب 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 فى 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 عكار = 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 جلسة 1968/3/5 - طعن رقم 176 لسنة 38 جلسة 1973/11/29 - طعن رقم 434 لسنة 50 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 للعللة المتقدمة⁽¹⁾.

47- حدود حق الحاضنة :

يد الحاضنة على المحضون للحفظ والتربية، فهي 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 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 تحتل 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 الجزئية بتاريخ 1987/12/22 (قطل مطدور القانون رقم 126 لسنة 2008) على الطلوع 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 تحتل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات 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 تحتل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانات 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 شلبى 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 جبرا:

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 جبرا. 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 التفصيلات 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 أئمة 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 هي 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 جنيهًا 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 تسليمه قانوناً، أنه لا جريمة إلا فى

(1) مشار إليهما فى عماد المراجع للأستاذ عباس فضلى طبعة 1938 ص 574 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 حضائته أو حفظه. وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضائته 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 بإلزام 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 مطعوناً عليه. وإذا وجد حكم نهائى بتسليم الصغير وأقام المحكوم عليه إشكالا فى التنفيذ فإن هذا الإشكال يوقف التنفيذ عملاً بالمادة 312 مرافعات ومن ثم يتعين على النيابة الترتيب فى رفع الدعوى الجنائية قبل المتهم حتى يفصل فى إشكاله.

وقد قضت محكمة النقض - الطائفة الجنائية - بقايرخ 1979/1/4 فى 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 استناداً 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 استئنافياً 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 تثريب على الحكم المطعون فيه إن هو سكت عن هذا الدفاع - إيراداً له ورداً 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 حضانتة 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 العصبات، 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 الأصلح 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 استمراراً ثابتاً يكون الحكم على الجاني من أجل هذه الجريمة مانعاً من تجديد محاكمته عليها مهما طال زمن استمرارها فإذا رفعت عليه الدعوى العمومية مرة ثانية من أجل هذه الجريمة جاز له التمسك بقوة الشيء المحكوم فيه.

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

(نقض جنائي 7 مايو 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 حضائته 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 شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائي. 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 وتنقضى 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 تشريعاً 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 رأى - الذى لم نأخذ به كما سنرى - القائل بسقوط نفقة الصغير بالموت ما لم يكن قد أذن فى استدانتها واستدينت بالفعل.
- (2) أن أجر الحضانة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، على خلاف نفقة الصغير على رأى - 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 واستدينت 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 جـ 3 ص 561.

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 الملزم 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 في طبعة سابقة من الكتاب تأييدا لهذا رأى في ظل المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) المشار إليها التي كانت تجرى 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 في 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 في الشهر.... الخ - وأوضحنا أن المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة أوردت أنه: «بينت المادة الخامسة ما تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي فيه والمادة السادسة ما تختص فيه بالحكم الابتدائي وبنى التعديل فيها على المبادئ الآتية:

أولا- كان النصاب النهائي في كل من أجور الحضانة والرضاعة والمسكن وفي النفقات بين الزوجين ثلثمائة قرش صاغا في 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 للتنظلم من هذه الأحكام لحرمانه من حق استئنافها. فرئى دفعا للحرص وإفساحا لمجال العدالة بين المتقاضين تخفيض النصاب النهائي إلى مائة قرش صاغا في الشهر لكل نوع من أنواع نفقة الزوجة والصغير ليكون للمحكوم عليه حق الاستئناف فيما جاوزه وأن يكون له أيضا حق الاستئناف إذا كان الحكم في كل نوع نهائيا ولكن مجموع المطلوب أو المحكوم به للزوجة أو الصغير يتجاوز ثلثمائة قرش في 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 وبدل 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 ثلاثمائة 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 القاضى 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 الفعلى للحضانة دون اتفاق أو قضاء قياسا على استحقاقها أجر الإرضاع من تاريخ الإرضاع الفعلى لوجود شبه كبير بين الإرضاع والحضانة.

وعلة استثناء الأم أن شفققتها الكاملة على صغيرها تدفعها إلى حضانتها 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.

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

الدعوى رقم 1 لسنة 1986 بأن :

«وأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير.. ولا يستحق إلا بعقد أو حكم فى 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- عطلدما استلحقاق أجطر الحضانة أثناء قيطان الزوجية وعطلة الطلاق

الرجعى:

المنفق 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 أجرة 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 رجعىا 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.

وتطبيقاً 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 تتخذة محلاً 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 الملزم 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 الملزم بنفقته.

والأمر في ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة بركة السطبع الجزئية للأطوال الشخضية بظاريح

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

«وأجر 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 للأمر أجر الحضانة فى مال اليتيم وأمر الوصى بدفعها للأمر فتزوجت واستمرت تحضنه عند الزوج هل يبطل فرض القاضى أم لا حيث لم يتعرض من له حق الحضانة بعدها للحاضنة. =

= والظاهر من تسميتهم لها أجرة أنه لا يبطل الفرض لأنه بمنزلة تعيب العين المستأجرة وهذا عند من يقول بجواز الأجرة عليها والظاهر أنه الأصح ولذلك أفتى به قارئ الهداية» - الزقازيق 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 استوَجِرَ لعمل خاص في مدة معينة بأجر محدد عليه أن يعمل ذلك أى إتمام المدة، ولا تأثّر لزيادة يسار الملزم بالأجر أو كبر سن الصغار لأن أجر الحضانة متعهد عليه فى 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⁾.

فتمضت 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 نفسها 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 الذي يستحق في المستقبل، فلا يجوز الإبراء منه، لأنه لم يجب بعد وفي 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 في الذمة إذا كان نظير الطلاق ويكون الطلاق في هذه الحالة إما طلاقاً على مال أو خلعا بالتفصيل الذي أوردناه في 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 هي 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 في 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 في 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.

وفى هذا قضت محكمة بركة السطبع الجزئية بتاريخ 1988/5/24 فى 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 التى 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 السطبع الجزئية بتاريخ 1987/11/24 فى الدعوى رقم 104 لسنة 1987 أحوال شخضية

(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 والعمّة، 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 تتوفر 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 جـ 1 ص 59 ما يأتي:

«... ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمّة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأم تريد الأجر على الحضانة ولا تقاس على العمّة 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 العمّة وظاهر المتن أن الأم تأخذه بأجر المثل ولا تكون الأجنبية أولى بخلاف العمّة على الصحيح... الخ» - راجع أيضاً حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 562.

وقد اختلف في المقصود باليسار، فذهب رأى إلى وجوب أن تكون الحاضنة موسرة بحيث يمكنها أن تنفق 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 مجانا⁽²⁾.

والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به⁽³⁾.

66- (ب) حكم التبرع بالحضانة:

يتعين التفرقة في هذا الشأن بين حالة ما إذا كان الأب معسرا وحالة ما إذا كان الأب موسرا. فإذا كان الأب معسرا سواء كان للطفل مال أو لا، تكون المتبرعة المحرم أحق من الأم التي تطلب أجرا، 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 في 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 مجانا وبين النزاع منها والتسليم للمتبرعة وقد نقل فى تعليقات الفتاوى الأنقروية عند النص على التخير 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 أيضا: منفلوط الشرعية 1940/2/6 فى الدعوى رقم 1939/1983.

ويذهب ابن عابدين فى رسالته سالفه الذكر ص 272 إلى أنه إذا كان الطفل رضيعا 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 وتعهده.

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 عمه والمسألة والتنوير وقاضيخان والخلاصة وهو الصحيح. قال العلاني والعمه ليست بقيد فيما يظهر أ.هـ... وفي الفتاوى الرجيمية والعمه ليست قيذا بل كل حاضنة في الجملة كذلك والأب ليس قيذا 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 بإبقائه 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 أبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضنته مجانا ولم يكن له مال وكان أبوه معسرا ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الأم على حضنته وتكون أجرتها دينا على أبيه⁽¹⁾.

مكان الحضانة وانتقال الحاضنة بالصغير

ليبين 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 مُبَيَّنَةٍ﴾⁽²⁾.

وعلى ذلك لا يجوز للمطلقة رجعيا أو بائنا السفر بالمحزون 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 انقضت عدتها من أبى الصغير:

إذا كانت الحاضنة هى أم الصغير وانقضت عدتها من أبيه فمكان الحضانة هو بلد أبى الصغير، وحقها 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. والمحظور 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 ممهدة. **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 يؤدى 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

أنه لو كان بين المحلّتين تفاوت تمنع» (حاشية ابن عابدين ص569 وما بعدها).

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 والشرعية 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 للأم خلال الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أن تسافر بولدها أو تنقله 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 وأثيرت 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 لطالبه».

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

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

القيود سألقة 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 جـ3 ص569 «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 ص614 - 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 تقويتاً 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 والبت 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 تتقلهما من محل حضانتهم 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، وواضح 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: التنوير 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، فمنعنا 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 في 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 في جانبها قال ابن عابدين تعليقاً على هذا ما نصه ثم لا يخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية ولما يأتي عن شيخه الرملى بل ولما مر عن المجتمع والبرهان لأن ما في الحاوى يشمل ما بعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأب ويؤيده ما في 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 في 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 الولى 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 شأنت ذهب إليهم فى دمياط محل إقامتهم لرؤيتهم وإذا ذهب 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 شاءت 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 الحاوي 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 العصابات كالأب⁽¹⁾.

ولم يأخذ ابن عابدين بذلك وذكر أنه لم ير من ذكره⁽²⁾.



(1) وجاء بالدرد وشرحه أنه عزاه للخلاصة والتترخانية.

(حاشية ابن عابدين جـ 3 ص 571).

(2) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ 3 ص 571: «قوله وبأن غير الأب... الخ، يوهى 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».