

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار

محمد عزمي البكري

رئيس محكمة استئناف بني سويف

وعضو مجلس رؤساء محاكم الاستئناف (سابقاً)

في

الأحوال الشخصية

المجلد الثالث

نفقة الصغار الإرضاع الحضانة
مسكن الحضانة رؤية الصغير نفقة الأقارب
متعة المطلقة النسب اللقيط المفقود.



٩ شارع سامي البارودي باب الخلق القاهرة

٩٩ شارع بيرم التونسي زينهم السيدة زينب

ت: ٢٢٩٦٠٤٤٣ ٢٢٩٥٣٢٠١ - ٢٢٩٥١٥٥٦

Email- dar.mahmoud88@outlook.com

موضوع رقم (١) نفقة الأولاد الصغار

١- النص القانوني :

(مادة 18 مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة
بالقانون رقم 100 لسنة 1885:

«إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.
وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي
نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب،
فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم
لأمثاله واستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.
ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد
العيش في المستوى اللائق بأمثالهم.
وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم»⁽¹⁾.

٢- الأصل أن نفقة الصغير في ماله إن كان له مال :

نصت المادة على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. وهذا يتفق
مع الأصل الشرعي أن نفقة الإنسان في ماله، فمن كان له مال لا تجب نفقته
على غيره سواء كان صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى لأن نفقة الأقارب تجب
للحاجة فإذا لم يكن القريب محتاجا لا تجب نفقته على غيره.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- «وحيث إن من المقرر أنه إذا كان الصغير ذا مال حاضر، فإن نفقته
تقع في ماله ولا تجب على أبيه، فإذا لم يكن له مال يكفي، فإن وجوبها على أبيه
وانفراده بتحملها بقدر احتياج الولد لها، قاعدة ثابتة لا تأويل فيها.....الخ».

(القضية رقم 29 لسنة 11 قضائية «دستورية» جلسة 1994/3/26)

(1) وكان يقابل هذه المادة عند تعديل المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بالقرار بقانون
رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقضى بعدم دستوريتها) المادة (٨٨ مكررا ثانيا المضافة) وهى
تطابق حرفيا الفقرات الثلاث الأولى من المادة.

٢- «..... ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلاً ثابتاً لا جدال فيه، بحسبان أن قرابته من مفضلته وصلها، محرم قطعها بالإجماع، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة، بل هي من أبوابها، باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تقويتها، فكان الإنفاق عليهم واجباً، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها، بل عليهم موالاة شئون آبائهم، العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم، مما يهلكها أو يضيعها».

(القضية رقم 5 لسنة 8 قضائية «دستورية» جلسة 18 يناير سنة 1996)

كما قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ

٢١ / ١٢ / ١٩٧٥ في الطعن رقم ٥٣٥ سنة ٤٢ ق بأن:

«المقرر شرعاً وفقاً للراجح في مذهب أبي حنيفة الواجب الاتباع عملاً بنص المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمادة ٨٠. من لائحة ترتيب تلك المحاكم، أن الصغير - إنا كان أم بنتاً - إذا كان ذا مال حاضر فإن نفقته تقع في ماله ولا تجب على أبيه».

والمراد بالمال جميع أنواعه سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها، فيشمل النقود والمنقولات والحيوانات والعقارات، فإذا كان المال ليس نقوداً فإنه يباع وتكون نفقة الصغير فيه^(١).

والمال الذي تكون فيه نفقة الصغير ما تكون ملكيته ليست محل نزاع بأن يكون تحت يد أمين عنه، حتى يمكن تقدير النفقة عليه، أما المال المغصوب فملكته له محل نزاع يصح أن تثبت ويصح ألا تثبت، وفرض النفقة فيه إقرار لليد المبطل التي يجب إزالتها أولاً بنزع مال الصغير من يده.

والعبرة في المال بقيمة الملك لا بريعه.

٣- أثر توفير الصغير جزءاً من مصروفه الشخصي في أحد المصارف:

إذا أودع الصغير جزءاً من مصروفه الشخصي أحد المصارف، فإذا كان

(1) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٤.

هذا المال يكفي لسد حاجة الصغير فترة من الزمن، فإن الصغير يعتبر موسراً، وتكون نفقته في هذا المال، ولا يجوز فرض نفقة على أبيه.

وإذا كان المودع لهذا المال هو الأب لاستعماله لأمر معين في منفعة الصغير عند بلوغه سناً معينة، كتجهيز البنت عندما تبلغ سن الزواج، أو لشراء مسكن لابنه عند بلوغه سن الزواج، ففي هذه الحالة يعتبر إيداع الأب لهذا المال باسم الصغير بمثابة الهبة، والهبة المعلقة على شرط تصح وإن بطل الشرط اتفاقاً بين الأئمة فيما عدا الإمام أحمد بن حنبل كما أن قبض الولي للهبة يعتبر قبضاً صحيحاً تتم به الهبة، ومن ثم يكون المال المودع يساراً للصغير يتمتع معه فرض النفقة على أبيه^(١).

٤- الأصل الشرعي لنفقة الأولاد الصغار على أبيهم:

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الأولاد الصغار على الآباء فقد ثبت وجوب هذه النفقة بنصوص من الكتاب والسنة.

فقد قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَالِدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢)، فالمولود

له هو الأب، ولما ثبت رزق الوالدات على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى.

وما روى من أن هنداً بنت عتبة زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذ منه وهو لا يعلم، فقال عليه السلام: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

٥- نفقة الصغير تكون على أبيه إذا لم يكن له مال:

نصت المادة - كما رأينا - على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٥٥ - وعكس ذلك محكمة الجبلية الجزئية الشرعية

بتاريخ ٢٣/ ١١/ ١٩٢٢ إذ ذهبت إلى أن الدفع بأن للبننت مالا بصندوق التوفير، لا اعتبار له لأنه لا يمنع من فرض المطلوب لها لجريان العادة بأن أولاد مثل هذه الطبقة يدخرون من مصروفاتهم الخصوصية جزءاً منها ليتعودوا الادخار، ومثل هذا لا تجب فيه النفقة ومع ذلك فإن المدعى عليه هو الولي الشرعي للبننت يؤدي لها من أي مال شاء.

(٢) من الآية ٢٢٣ من سورة البقرة.

وهذا يتفق مع الأصل الشرعى أنه لا يشارك الأب فى نفقة ولده أحد^(١)، والمراد بالولد هو الولد المباشر لا من دونه، لأن الأولاد جزء منه فالإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه، ولأن الأب يختص بانتساب أولاده إليه لا يشاركه أحد فى ذلك، وهو غنم يختص به فيتحمل غرم النفقة.

وقد جعل النص نفقة الصغير على أبيه حتى بلوغه الخامسة عشرة، وتحسب هذه السن على أساس التقويم الهجرى لأنه الأصل فى التقويم الشرعى ما لم يرد نص على خلافه.

والسن المذكورة هى أقصى سن البلوغ وثبوت الولاية على النفس وأهلية التقاضى طبقاً للرأى الراجح فى المذهب الحنفى^(٢).

وقد أحسن القانون بإلزام الأب بنفقة ولده حتى هذه السن، لأن الولد قبلها ينبغى أن يكون مشغولاً بطلب الحد الأدنى من العلم الأساسى سواء فى ذلك النظرى أو الذى يؤهله لاحتراف مهنة، فينبغى ألا يكلف - قبل هذه السن - بالخروج للكسب والاحتراف ولو كان بالغاً أو قادراً على الكسب^(٣).

وتجب النفقة على الأب ولو كان مختلفاً مع ابنه فى الدين، لأنه لا يشترط اتحاد الدين فى نفقة الولادة لأن سبب وجوبها الولادة وبها تثبت الجزئية والبعضية، وهذه لا تختلف باختلاف الدين ولا عبرة فيها بالإرث^(٤).

ولأن الفرع جزء من الأصل وجزء الإنسان فى معنى نفسه فكما لا تمتنع النفقة على نفسه بالكفر فكذلك لا تمتنع على جزئه.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦١٢.

(٢) وقد جعلت المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية.

(٣) ذلك أنه يوجد فى المذهب الحنفى بعض أقوال أن على الأب نفقة الصغير إلى أن يبلغ حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٢.

٦- على من تجب نفقة الصغير في حالة إعاصار الأب أو عجزه أو عدم وجوده؟

نصت المادة على أنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه، ولكنها لم تبين من تجب عليه نفقته إذا كان الأب معسرا أو عاجزا عن الكسب أو غير موجود. وعلى هذا يتعين الرجوع في هذا الصدد للرأى الراجح في المذهب الحنفي عملا بالمادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٥. والمنصوص عليه في المذهب الحنفي أنه إذا كان الأب معسرا ولكنه قادر على الكسب، أو كان قادرا على الكسب ولكنه لا يكسب بالفعل لعدم وجود عمل له، فلا ينتقل وجوب النفقة إلى غيره، بل يبقى الوجوب عليه ولكنه لا يكلف بالأداء، بل تكلف الأم بالإنفاق إن كان لها مال ويكون ما تنفقه دينا على الأب ترجع به عليه إذا أيسر لأنها أولى بالتحمل من سائر الأقارب، فإن لم يكن للأم مال كلف من يليها في ترتيب من تجب عليهم النفقة وهو الجد لأب، بالإنفاق ليرجع على الأب إذا أيسر كذلك.

أما إذا كان الأب معسرا عاجزا عن الكسب كأن يكون مريضا بمرض مزمن يقعده عن الكسب، بحيث تكون نفقته على غيره من الأصول أو الفروع، فإنه في هذه الحالة يعتبر في حكم الميت ويسقط وجوب النفقة وينتقل الوجوب إلى من يليه في الترتيب، لأنه لا يسوغ عقلا أن توجب عليه نفقة غيره، وهو يأخذ نفقة من غيره^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦١٥ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤١ وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٦ ربيع ثان سنة ١٣٢١هـ بأن:

«إذا كان الأب الفقير عاجزا عن الكسب وجبت النفقة على الأم لأنها أقرب إلى الولد من الجدة أم الأم ومن الجد ولا رجوع لها على الأب اتفاقا فإن كان الأب معسرا لكنه غير عاجز عن الكسب وجبت النفقة على الأم كذلك لكنها تكون دينا على الأب إذا أيسر رجعت بها عليه. وإنما ترجع الأم حتى عند من قال بأنه لا رجوع للجد إذا أنفق لإعسار الأب القادر على الكسب مع عدم يسار الأم لأن النفقة إنما هي على الأب لا يشاركه فيها غيره، فإذا أعسر وكان الجد موسرا وجبت النفقة على الجد ولا يرجع بها على الأب في الصحيح لأنه عصبه عليه من الحق للأب وابنه ما ليس على الأم لأب ولدها. =

٧- إنفاق الأب على الصغير:

إذا كان مال الصغير حاضرا في يد الأب أنفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك إذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ ويقول أن الأب أنفق من مال نفسه لا من ماله فيصدق القاضي لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وإن كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الأب.

وإن كان مال الصغير في بلد آخر ينفق الأب من مال نفسه بأمر القاضي إياه بالإنفاق ليرجع على الابن، أو يشهد أنه ينفق من مال نفسه ليرجع به من مال ولده ليتمكن الرجوع لما ذكرنا أن الظاهر أن الإنسان يتبرع بالإنفاق من مال نفسه على ولده، فإذا أمره القاضي بالإنفاق من ماله ليرجع أو أشهد على أنه أنفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين أنه إنما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك إقراض ماله فيمكنه الرجوع^(١).

٨- أنواع نفقة الصغير:

اقتصرت المادة (٨٨ مكررا ثانيا) على النص على التزام الأب بنفقة صغيره إذا لم يكن للصغير مال، دون أن تعدد أنواع النفقة الواجبة له وذكرت منها السكنى ومصاريف التعليم فقط، ولا ينال من ذلك أن النص جرى على إلزام الأب بمصاريف تعليم الابن الكبير العاجز عن الكسب دون الابن الصغير، لأن وجوبها للأخير أولى.

والنفقة شرعا هي الطعام والكسوة والسكنى وفي العرف الطارئ في لسان أهل الشرع هي الطعام فقط، ولذا يعطفون عليه الكسوة والسكنى، والعطف

= وبالجمله فالذكر الموسر إذا وجبت عليه النفقة لم يرجع بها لأنه المعروف بالقدره على الكسب الذى يعول عليه فى الكفاية بخلاف الأم فإنها ليست كذلك كما هو ظاهر وهى التى تجب عليها النفقة فى هذه الحادثة وتكون ديناً على الأب ترجع بها إذا أيسر والله أعلم».

(١) بدائع الصنائع ج٤ ص ٢٤ - وهذا فى القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضى والإشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لأنه إذا نوى صار لذلك ديناً على الصغير وهو يملك إثبات الدين عليه لأنه بملك إقراضه ماله والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى.
(المرجع السابق ص ٢٥).

يقتضى المغايرة، فوجد كثيرا من الفقهاء يقولون مثلا تجب للزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى فيجعلونها شيئا آخر غير الكسوة والسكنى. وعلى ذلك إذا أطلق لفظ النفقة، فإنه لا يشمل سوى الطعام والكسوة والسكنى دون غيرها من أنواع النفقة.

غير أن الفقهاء يدخلون في نفقة الصغير أنواعا أخرى هي بدل الفرش والغطاء وأجر الإرضاع وأجر الحضانة وأجر خادم، وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٤١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها (الملغى) ما يأتى:

«... ثانيا: شمول نفقة الزوجة لنفقة الطعام وبدل الكسوة وأجرى المسكن والخادم وشمول نفقة الصغير لذلك ولأجرى الحضانة والرضاع». وعلى ذلك تكون أنواع نفقة الصغير كالآتى:

١- الطعام:

وقد جرى القضاء على فرض نفقة الطعام شهريا لمن فى يده الصغير كما سنرى^(١).

وإذا كان الصغير فى سن الإرضاع وهو حولان فإنه يستحق نفقة طعام تفرض له بجانب أجر الإرضاع وتسمى (بدل إصلاح شأن). وقد جرى القضاء على ذلك.

(شبين الكوم الابتدائية - جلسة 1986/10/25 - الدعوى 111 لسنة 1986

كلى مستأنف - قسم أول بندر طنطا - جلسة 1988/4/24 - الدعوى 379

لسنة 1985).

(١) وإذا خاصمت الأم الأب فى نفقة طعام الصغير فإن القاضى يفرض على الأب نفقة الصغير ويدفع النفقة إليها لأنها أرفق به فإن قال الأب أنها تتفق وتضيق عليهم لا يقبل قوله لأنها أمينة ودعوى الخيانة على الأمين لا تسمع من غير حجة إن قال للقاضى سل جيرانها فالقاضى يسأل جيرانها ممن يداخلها احتياطيا فإن أخبر جيرانها بما قال الأب زجرها القاضى ومنعها من ذلك نظرا له، وقال بعض الفقهاء أن للقاضى فى هذه الحالة إن شاء دفعها إلى ثقة يدفعها إليها صباحا ومساء ولا يدفع إليها جملة وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد. البحر الرائق ج ٤ ص ٢٢٢.

٢- الكسوة:

جرت عادة الفقهاء على فرض كسوة للصغير كل أربعة أشهر أى ثلاث مرات فى السنة، وقد جرى القضاء على فرض مبلغ شهرى للكسوة^(١).
(طنطا الابتدائية بتاريخ 1976/2/2 - الدعوى رقم 222 لسنة 1966 كلى مستأنف).

٣- بدل الفرش والغطاء:

يجب للصغير على أبيه فرش وغطاؤه^(٢)، ولما كان الفرش والغطاء مما يبلى فإنه يلتزم بتجديده بدوام الاستعمال. ويجب للصغير الفرش والغطاء ولو كان رضيعا، إذ المعروف عادة والمقرر طبيعة أن الطفل يجب أن يكون فى مهد خاص يناسب حالته لا يشترك مع حاضنته فى فراشها وغطائها، وهذا أيضا ما تمليه المبادئ الصحية.

وقد جرى القضاء على فرض مبلغ يسير شهريا لبديل فرش وغطاء الصغير يضاف إلى نفقته.

(شبين الكوم الكلية - 1886/10/25 - الدعوى رقم 111 لسنة 1886 مستأنف -
بركة السبع الجزئية - 1887/11/3 - الدعوى رقم 155 لسنة 1886 -
قسم أول بندر طنطا - 1888/4/24 - الدعوى رقم 379 لسنة 1885).

٤- المسكن:

(أنظر فى التفصيل الموضوعين رقمى 7، 8).

٥- أجر خادم:

إذا احتاج الصغير إلى خادم للقيام بشئونه، فإنه أجر الخادم يكون من كفايته^(٣) ويلتزم به الأب إذا كان مثله ممن يخدم أولاده، فإذا كان الصغير فى يد

(1) الشيخ محمود الغراب شرح القانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ - ملحق المحاماة الشرعية (السنة العاشرة) ص ١٢.

(2) حاشية ابن عابدين - ج ٢ - ص ٦٠.

(3) جاء بالعقود فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٥٨ ما يأتى: «على الأب سكتاهما جميعا كما فى شرح النقابة عن البحر المحيط وتستحق أجرة الحضانة من غير إرضاع له وكذا»

حاضنته المفروض لها أجر خادم فإنه لا يفرض للصغير أجر خادم إلا إذا كانت حالته تسمح بأكثر من خادم. وإذا كان للأب أكثر من ولد لا يكفيهم خادم واحد، فإنه يجوز فرض أجر أكثر من خادم للأولاد إذا كانت حالته تسمح بذلك. وتقدير ما إذا كان الأولاد يحتاجون إلى أكثر من خادم مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لقاضى الموضوع.

(راجع في أجر الخادم - الكتاب الثانى بند 102).

٦- مصاريف العلاج:

لم تنص المادة (٨٨ مكررا ثانيا) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على إلزام الأب بمصاريف علاج الصغير، كما فعلت المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ المستبدلة بالقانون المذكور بالنسبة لمصاريف علاج الزوجة حيث نصت على إلزام الزوج بها. ومن ثم تعين الرجوع فى ذلك إلى رأى الراجح فى المذهب الحنفى عملا بالمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية^(١). وبالرجوع إلى المذهب الحنفى، نجد أن العلامة ابن عابدين ذكر فى حاشيته أنه لم ير من ذكر وجوب أجر الطبيب وثمان الأدوية على الوالد لابنه وإنما ذكروا عدم الوجوب للزوجة^(٢).

والذى نراه - مع البعض - أن مصاريف العلاج لا غنى عنها للصغير، وللأقارب المستحقين للنفقة عامة، فهى بهذه المثابة تدخل ضمن الحاجات التى هى مناط فرض نفقة الأقارب فتكون إذن من جملة الكفاية وتجب للقريب على قريبه^(٣).

= احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به كما أفتى به قارئ الهداية»، كما جاء به: «وهذا يعلم من قولهم إذا احتاج الصغير إلى خادم يلزم الأب به.....الخ».

(1) والى حلت محل المادة ٨٠. من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة.

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦١٢.

(3) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٤٠.

وبهذا رأى قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ 1887/11/3 فى
الدعوى رقم 155 لسنة 1886.

ومصاريف العلاج تشمل نفقات علاج الأمراض التى تصيب الصغير،
سواء كانت بدنية أو نفسية أو عقلية، وسواء كان المرض طارئاً أو مزمنًا، سواء
ما تعلق منها بثمان الأدوية ونفقات العمليات الجراحية والإقامة بالمستشفيات
وكشوف الأطباء، والفحوص والأشعات والتحليلات وما شابهها.
كما يدخل فى هذه المصاريف - خلافاً للزوجة - ثمن الأجهزة التعويضية
كالأطراف الصناعية والنظارات الطبية.

ومصاريف العلاج تكون بحسب يسار الأب - كالأشأن فى باقى أنواع النفقة
- فإذا كانت حالة الأب لا تسمح بتحمل نفقات العلاج، فإن عليه علاج صغيره
بالمستشفيات الحكومية بالمجان⁽¹⁾.

(1) وقد أفتت دار الإفتاء بهذا رأى فجاء بفتاها:

«قالوا بوجوب النفقة بأنواعها على الحر لطفله الفقير الحر وعرفوه بأنه الولد الذى يسقط
من بطن أمه إلى أن يحتلم ولم يذكروا هنا الطبيب وثمان الأدوية وإنما ذكروا عدم
الوجوب بالنسبة للزوج وصرحوا بأن الأب إذا كان مريضاً أو به زمانة يحتاج بها إلى
الخدمة فعلى ابنه خادمه وكذلك الإبن ومرادهم من كون الطفل فقيراً أنه لم يبلغ حد
الكسب فإن بلغه كان للأب أن يؤجره أو يدفعه فى حرفة ليكتسب وينفق عليه من كسبه
إن كان ذكراً وإذا كان الطفل غنياً بأن كان صاحب عقار ونحوه فالأب يبيع ذلك وينفق
عليه لأنه غنى بذلك هذا ما قالوه فى جانب الطفل. أما ما قالوه فى جانب الولد الكبير
فهو وجوب النفقة المذكورة للولد الكبير العاجز عن الكسب إن كان زمناً أو من أبناء
الكرام أو لا يستأجره الناس أو طالب علم لا يتفرغ للكسب فإنه فى هذه الأحوال عاجز
تجب نفقته على الأب على ما فى القنية والمنح. وصرحوا بأنه لا يشارك الأب ولو فقيراً
أحد فى نفقة طفله وولده الكبير العاجز عن الكسب كما عليه الفتوى ما لم يكن الأب
معسراً فليحق بالميت فتجب على غيره بلا رجوع عليه على الصحيح. وعلى ذلك فإن
كان للأب فى حادثنا طفلاً فقيراً لم يبلغ حد الكسب كانت نفقته بأنواعها واجبة على أبيه
وكذلك أجرة الطبيب وثمان الأدوية على ما يظهر لأن وجوب النفقة على الوالد لولده إنما هو
للصلة والتراحم بينهما وقد صارت مداواة الأمراض بعد تحققها وعليه الظن بإفسادها لمزاج
البدن من أشد ما يقضى به التراحم ومن أوجب ما تحمل عليه الصلات وقلما يوجد الآن =

= ممن لهم أقل فهم من ينكر دخول المعالجة فيما تفرضه صلة الوالد بولده أو الولد بوالده حتى أصبح الكثير من ذوى المعرفة الصحيحة يعدها فى منزلة أعلى من النفقة العادية من الأكل والشرب ونحوهما خصوصا أن من كان مريضا وله أب موسر لا يمكن أن ينفق عليه فى علاجه أحد من الأجانب أو ذوى القرابة البعيدة فمتى تحقق المرض وسوء أثره فى الجسم تعينت النفقة فى دفعه على والده الموسر وقاية من غائلة المرض وحفظا للحياة أو للأعضاء من التلف فيلزم الوالد ما أنفق فى العلاج وأجرة الطبيب المعالج والكلام فى أن الأدوية وأجرة العلاج لا تلزم من تجب عليه النفقة يجرى فيما إذا لم يتعين العلاج بأن لم يغلب على الظن هلاك البدن أو فساد بعض الأعضاء بتركه أما إذا غلب الظن بذلك وتعين العلاج لم يكن فرق بينه وبين الطعام والشراب مما هو ضرورى لحفظ قوام البنية وكذلك لو كان الإبن كبيرا عاجزا عن الكسب بسبب الزمانة أو كون أبيه من الكرام أو لا يستأجره أحد أو كان طالب علم لا يتفرغ للكسب فإن نفقته على أبيه ولو فقيرا وبالأولى إن كان غنيا على ما فى هذا الرقيم ويتبعها أجرة الطبيب وثمان الأدوية بالنظر لما قلنا أما إذا كان الإبن غير موصوف بوصف من هذه الأوصاف فإن نفقته لا تجب على أبيه وكذلك ثمن الأدوية وأجرة الطبيب. هذا ولا يعقل أن تجب أجرة الخادم للولد على والده ولا تجب أجرة الطبيب ونفقة العلاج عليه بل هذه تجب بالأولى من تلك. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 6 رجب سنة 1311هـ)

٢- اطلعنا على هذا السؤال ونفید أنه قد جاء فى رد المحتار على الدر المختار عند قول الشارح فى باب النفقة وتجب النفقة بأنواعها على الحر لطفله ما نصه «ولم أر من ذكر هنا أجرة الطبيب وثمان الأدوية وإنما ذكروا عدم الوجوب للزوجة.. نعم صرحوا بأن الأب إذا كان مريضا أو به زمانة يحتاج للخدمة فعلى ابنة خادمه وكذلك الإبن» أ هـ. وقد كتب المرحوم الشيخ الرافعى فى تقريره على قوله «ولم أر من ذكر هنا أجرة الطبيب الخ» ما نصه «عدم الوجوب ظاهر فإن المريض لا تجب عليه مداواة نفسه مع غناء فبالأولى أن لا تجب على غيره وقد عللوا وجوب النفقة عليه بأنه جزؤه فصار كنفسه» أ هـ- فقد استظهر الشيخ الرافعى أنه لا تجب أجرة الطبيب ولا ثمن الأدوية للطفل على والده فيكون عدم وجوب هذا على العم الموسر من باب أولى. ولكن ما استظهره فيه نظر إذ قد نص الفقهاء فى باب صدقة الفطر على أنه تجب على الأب صدقة الفطر عن نفسه وعن طفله الفقير وعن ابنة الكبير المجنون لتحقيق السبب وهو رأس يموهه وبلى عليه ونصوا على أنه يلزم أن تكون المؤنة الواجبة كاملة مطلقة ومن أجل ذلك لا تجب على الزوج صدقة الفطر عن الزوجة لأنها ضرورية لأجل انتظام =

= مصالح الزواج. ولهذا لا يجب عليه غير الرواتب نحو الأدوية. وظاهر من هذا أن المؤنة الواجبة على الأب لطفله مؤنة كاملة مطلقة فيجب عليه غير الرواتب نحو الأدوية وإلا لما وجب عليه صدقة الفطر عنه إذا كان فقيرا. وإذن تكون النفقة الواجبة لطفله داخلا فيها أجرة الطبيب وثمان الأدوية. والواجب على الأب لطفله واجب على العم الموسر. وما قاله المرحوم الشيخ الرافعي من استلزام عدم وجوب مداواة الإنسان نفسه لعدم وجوب مداواة من تلزمه نفقته عليه موضع نظر تظهر بالتأمل، ولذلك جاء في فتوى لنا في نفقة ابنة على أبيها صادرة بتاريخ ١٢ ديسمبر سنة ١٨٢٨ ما نصه «ونفيد أنه يجب على الأب القيام بجميع ما تحتاج إليه ابنته من نفقة طعام وكسوة وغير ذلك بحسب المعروف لأمثالها على مثله. وإذن تجب عليه نفقة العلاج والدواء والمسكن الصحى»، ونقلنا في فتوى صادرة بتاريخ ٢٨ أكتوبر سنة ١١٢١ أن ابن عبد الحكم من المالكية ذهب إلى وجوب أجرة الطبيب والمداواة على الزوج لزوجته وهذا ما نميل إليه أخذا بقواعد الحنفية السمحة. وخلاصة القول أن الذى يظهر لنا أنه يدخل فى النفقة الواجبة على العم الموسر جميع ما يحتاج إليه من وجبت له عليه النفقة من طعام وأجرة طبيب وثمان دواء. وغير ذلك كيف لا وقد تكون حاجة الإنسان المريض إلى أجرة الطبيب وثمان الأدوية أشد من حاجته إلى خادم هذا ما ظهر لنا وبه يعلم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر به. والله أعلم».

(فتوى صادرة بتاريخ 8 يناير سنة 1838م)

٣- «عن مصاري ف علاج الأولاد: الذى يظهر لنا من قواعد الحنفية السمحة أنه يدخل فى النفقة الواجبة على الأب الموسر لطفله الصغير الفقير جميع ما يحتاج إليه من النفقة. من طعام وكسوة وأجرة خادم وأجرة طبيب ومن دواء وغير ذلك، إذ قد تكون حاجة الإنسان المريض إلى أجرة الطبيب وثمان الدواء أشد من حاجته إلى خادم، وأيضا قد نص الفقهاء فى باب صدقة الفطر على أنه تجب على الأب صدقة الفطر عن طفله الفقير لتحقق السبب - وهو رأس يمونه ويلى عليه - ونصوا على أنه يلزم أن تكون المؤنة كاملة مطلقة تشمل غير الرواتب نحو الأدوية، وإلا لما وجب عليه صدقة الفطر عنه إذا كان فقيرا. وعلى ذلك يدخل فى النفقة الواجبة لطفله الفقير أجرة الطبيب وثمان الأدوية. وقد صدرت بذلك فتاوى فى حوادث مماثلة. ومنها الفتوى رقم ٤٠٧ سجل ٤٤ بتاريخ ١/٨ / ١٨٢٨.....».

(فتوى صادرة بتاريخ 3 أبريل سنة 1858م)

مصاريف التعليم:

(أنظر فى التفصيل بند 172)

ونشير هنا إلى أن قانون التعليم رقم ١٢٩ لسنة ١١١١ (المعدل) جعل التعليم الأساسى إجباريا، وعلى ذلك يلتزم الأب أيا كانت حالته المالية بالإنفاق على الصغير فى هذه المرحلة. ولا يلزم بإلحاقه بالتعليم الخاص أو الأجنبى إلا إذا كانت حالته المالية والاجتماعية وعرف أمثاله يسمح بذلك^(١).

(1) ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٥٤ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ تنص على أن تكون الولاية التعليمية على الطفل للحاضن، 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 الحاضنة فى الولاية التعليمية وفى هذا قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2999/12/9 فى الاستئناف رقم 5037 لسنة 125 فى أحوال شخصية بأن:

«ولما كان من المقرر قانونا على نحو ما تضمنته المادة ٥٤ من قانون الطفل المعدل بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ أنه تكون الولاية التعليمية على الطفل للحاضن 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. ومفاد ذلك أن المشرع أعطى الولاية التعليمية على الصغير - إلحاق الصغير بالتعليم واختيار نوعه - للحاضنة بدلا من ولى النفس وأجاز لكل من الطرفين عند الخلاف على ما تحقق به المصلحة الفضلى بشأن تعليم الصغير رفع الأمر إلى رئيس محكمة الأسرة بصفته قاضيا للأمور الوقتية الذى يصدر أمرا على عريضة للفصل فى النزاع على أن يراعى يسار ولى النفس، وأنه إذا كان الطفل منخرطا فى التعليم وأقامت الحاضنة الدليل على أن الأب هو الذى سبق أن اختاره وألحقه به فلا يجوز للأب التصل من ذلك التعليم وتوجيه الصغير لنوع آخر من التعليم.

ولما كان ما تقدم وكان الثابت من أوراق الدعوى أن الصغيرة هند بيد المستأنفة وبحضانتها فهى صاحبة الولاية التعليمية عليها على النحو المقرر قانونا وليس للمستأنف ثمة ولاية تعليمية على الصغيرة أى أن للمستأنفة الحق فى اختيار نوع التعليم المناسب للصغيرة وإلحاقها به والذى يتحقق معه المصلحة الفضلى لها ولا سيما أن الصغيرة منخرطة بالتعليم بهذه المدرسة والذى سبق للمستأنف ضده والمستأنفة أن اختاراه وألحقاه =

٨- صدقة الفطر:

تجب صدقة الفطر في مال الصبي إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فتجب على أبيه، لأنه لا يشترط في وجوبها البلوغ، فإذا لم يقد الأب بإخراجها كان آثماً.

وبهذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ٣ / ١١ / ١٩٨٧ في الدعوى رقم ١٦٥ لسنة ١٩٨٦

٩- تجدد النفقة بتجدد زمانها وسببها:

النفقة تجب شيئاً فشيئاً وتتجدد بتجدد زمانها وسببها وحاجة الصغير للسكنى كحاجته إلى طعام والكسوة وقد يأكل الصغير مما تأكل أمه في منزل والدها أو زوجها عم الصغير ومع هذا تفرض نفقة طعامه على والده، ولا يقبل الدفع بأن حاجته إلى النفقة انتفت بأكله مع أمه مما تأكل منه - ولو جاز أن يقبل مثل هذا الدفع لما أمكن أن تسمع دعوى نفقة صغير على والده أو قريب فقير عاجز عن الكسب على قريبه الموسر بناء على أن حاجته إلى النفقة انتفت^(١).

١٠- تكفين الصغير وتجهيزه عند وفاته:

المقرر شرعاً أن كفن الميت وتجهيزه في ماله إن كان له مال، ونفقات الكفن والتجهيز مقدمة على ديونه ووصيته وميراثه، لأن هذا من أصول حوائج الميت فصار كنفقته في حال حياته^(٢). وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣^(٣).

= الصغيرة به وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر وقضى للمستأنف ضده بأنه صاحب الحق في اختيار نوع التعليم لنجلته وله ولاية تعليمية عليها فإنه يكون قد جانبه الصواب وخالف أحكام القانون مما يتعين معه القضاء بإلغائه والقضاء مجدداً برفض الدعوى وهو ما تقضى به المحكمة».

(منشور بالموسوعة الماسية للمستشارين فايز اللساوي وأشرف اللساوي ص 612).

(١) الدعوى رقم ٤٨٥٣ لسنة ١٩٤٣ مستأنف كلى شرعى مصر - جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٤٥ -

الدعوى رقم ٥٧٥ لسنة ١٩٨٦ كلى مستأنف شبين الكوم - جلسة ١١ / ٥٥ / ١٩٨٦.

(٢) بدائع الصنائع ج ١ ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٣) فقد جرت على أنه «يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى:

وإن لم يكن له مال فكفنه وتجهيزه على من تجب عليه نفقته كما تلزمه كسوته في حال حياته. وعلى ذلك إذا لم يكن للصغير مال فيلتزم أبوه بكفنه وتجهيزه. والواجب على الأب هو التكفين والتجهيز الشرعيين من كفن وطيب وأجرة غسل وحمل ودفن دون ما ابتدع من استئجار قراء وإقامة سرادقات وتقديم الطعام للمعزين وإقامة خمسة وأربعين وغير ذلك⁽¹⁾.

١١- سن الصغير الذي تجب له النفقة :

نصت الفقرة الأولى من المادة على أن تستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الإبن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب. ومعنى ذلك أن الأب يلتزم بنفقة الغلام منذ ولادته إلى أن يبلغ الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب. فجعل النص سن الخامسة عشرة حدا أدنى لخروج الولد القادر على الكسب للتكسب. والنص لم يشترط لسقوط نفقة الغلام على أبيه سوى أن يبلغ هذه السن قادرا على الكسب المناسب بصرف النظر عما إذا كان يتكسب فعلا أم لا، فالمناطق في سقوط نفقته بلوغ هذه السن مع القدرة على الكسب. وتحسب السن طبقا للتقويم الهجرى لأنه الأصل فى التقويم الشرعى ما لم يوجد نص بالاعتداد بالتقويم الميلادى، وهذه السن هى أقصى سن البلوغ طبقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى.

= أولا: ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن.

ثانيا: ديون الميت.

ثالثا: ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثة، فإذا لم يوجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى:

أولا: استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره.

ثانيا: ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة».

(1) راجع فى التفصيل الكتاب الثانى بند (١٥٥).

ومسلك الشارع فى هذا يتفق مع ظروف مجتمعنا المعاصر، لأن الغلام فى هذه السن ينبغى الآن أن يكون مشغولا بطلب الحد الأدنى من التعليم الأساسى سواء فى ذلك النظرى أو الذى يؤهله لاحتراف مهنة فينبغى ألا يكلف - قبل هذه السن - بالخروج للتكسب والاحتراف ولو كان بالغاً قادراً على الكسب على نحو ما^(١)..

وكان الرأى فى المذهب الحنفى - المعمول به من قبل - أن نفقة الغلام على الأب إلى أن يبلغ حد الكسب وإن لم يبلغ الحلم، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته^(٢).

أما بالنسبة للبنات، فيلتزم الأب بنفقتها منذ ولادتها إلى أن تتزوج أو تكسب ما يكفى نفقتها أى الأجلين أقرب.

والسن المحددة لتوثيق الزواج البنت ثمانى عشرة سنة (م ٢١ مكرراً من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨)، غير أنه إذا تزوجت البنت زواجا عرفيا قبل هذه السن سقطت نفقتها عن أبيها، والعبرة بتاريخ العقد على البنت لا بدخول الزوج بها، لأن نفقة الزوجة تجب على زوجها من تاريخ العقد الصحيح (م ١ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ مستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥).

وإذا التحقت البنت بعمل تكتسب منه وكان كسبها لا يكفى نفقتها التزم الأب بتكملة النفقة.

١٢ - مقدار النفقة الواجبة :

يلتزم الأب بنفقة أولاده بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى الملائم بأمثالهم، وهذا يتفق مع قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾،

(١) الدكتور محمد بلتاجى - دراسات فى الأحوال الشخصية ص ١١١ وما بعدها.

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٠ - وقد نصت المادة (٢٩٥) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن «تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب الحر ولو ذمياً لولده الصغير الحر الفقير سواء كان ذكراً أو أنثى إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتزوج الأنثى».

فإذا كانت نفقة الأولاد على غير الأب كالجدة وغيره فإنها تكون بقدر كفايتهم في حدود يسار الملزم بالنفقة.

وفي هذا قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ٥٥ / ١٠ / ١٨٨٦ في الدعوى رقم ٣٥٤ لسنة ١٨٨٦ بأن:

«ومن المقرر أنه لا مرأى في أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون بقدر يساره وبما يكفل لهم العيش اللائق بأمثالهم وأن الأب لا يشاركه أحد في نفقة أولاده».

١٣ - استحقاق النفقة على الأب من تاريخ الامتناع عن الإنفاق:

نصت الفقرة الرابعة من المادة على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم^(١).

(١) وهذا الحكم لم يرد في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - كما لم يرد في الاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ كما أقرته اللجنة المشتركة بمجلس الشعب، إنما أضيف الحكم المذكور إلى المادة أثناء مناقشتها بمجلس الشعب بناء على اقتراح من السيد العضو أحمد مجاهد. ونورد فيما يلي الاقتراح وما دار في شأنه من مناقشات:

السيد العضو أحمد مجاهد:

لقد تقدمت باقتراح للتعديل بإضافة فقرة جديدة في نهاية هذه المادة تقول: «وعند المنازعة تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق».

والسبب في إضافة هذه الفقرة هو أن المحاكم جرت على أن الحكم بنفقة الأولاد يبدأ من تاريخ الحكم وليس من تاريخ امتناع الأب عن الإنفاق، وهذا يؤدي إلى بقاء الأم الحاضنة جريا بين المحاكم لمدة سنة أو سنتين وقد لا تستطيع الإنفاق على أولادها فتضطر إلى الاستدانة وإرافة ماء وجهها، ومن ثم أرجو المجلس الموقر الموافقة على هذه الإضافة في نهاية المادة.

رئيس المجلس:

هذا اقتراح منطقي، إذ يجب الحكم بالنفقة من تاريخ الامتناع.

السيد العضو أحمد مجاهد:

... أن المحاكم تحكم بالنفقة من تاريخ الحكم وليس من تاريخ الامتناع عن الإنفاق، وشكرا.

(مضبطة مجلس الشعب - جلسة 88 بتاريخ أول يوليو 1885 ص8)

ومعنى ذلك أن نفقة الأولاد على أبيهم تكون دينا فى ذمته من تاريخ الامتناع ويحق لمن له ولاية المطالبة بنفقتهم المطالبة بمتجمد نفقة المدة الماضية أيا كانت ولا يسرى على هذه النفقة حكم الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ التى تنص على أنه «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى»، لأن القيد الوارد بهذا النص قاصر على نفقة الزوجية لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق.

وقد نص الشارع على هذا الحكم لأن إجراءات التقاضى قد تطول فيتأخر صدور حكم النفقة وكثيرا ما يكون للأب دخل فى ذلك فتضطر الأم إلى الاستدانة وإرافة ماء وجهها.

والحكم المذكور قاصر على نفقة الأولاد على الأب فقط، أما إذا كان الملزم بالنفقة غير الأب ولو كان الجد، فلا يطبق عليه وتستحق النفقة عليه من تاريخ الحكم، فإذا كانت النفقة على الجد مهما علا فإنها تستحق من تاريخ التراضى أو من تاريخ الحكم^(١).

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٦/٣/ ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية» المرفوعة بطلب الحكم بعدم دستورية الفقرة الرابعة من المادة ٨٨ مكررا التى تجعل نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع، برفض الدعوى (الحكم منشور بالجريدة الرسمية العدد ١٥ فى ١٤ أبريل سنة ١٩٩٤).

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع - حسبما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الأولى كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٤ أمام محكمة المنشية لأحوال الشخصية طالبة الحكم بنفقة لابنتها منه أمل المولودة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٧٣، إلا أن المدعى أنكر نسب هذه البنت إليه، فقررت المحكمة وقف نظر الدعوى حتى يفصل فى النزاع حول النسب، فأقامت المدعى عليها الأولى الدعوى رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٤ كلى أحوال شخصية الإسكندرية بطلب الحكم بثبوت نسب الصغيرة أمل إلى المدعى فى الدعوى الماثلة، وإذ قضى لها بذلك، فقد طعن المدعى فى هذا =

= الحكم بالاستئناف رقم ١١٠ لسنة ١٨٨٦ شرعى على الإسكندرية الذى خلص إلى قبول الاستئناف شكلا ورفضه موضوعا وتأييد الحكم المستأنف، فطعن المدعى فى هذا الحكم بالطعن رقم ٨٥ لسنة ٥٧ قضائية أحوال شخصية أمام محكمة النقض التى قضت بجلسة ٢٤ يناير ١٩١٩ بعدم قبول الطعن. وإذ قامت المدعى عليها الأولى باتخاذ إجراءات تجديد نظر دعواها رقم ٦٢ لسنة ١٩١٤ المشار إليها حيث قضت فيها محكمة المنشية بتاريخ ٢٣ فبراير سنة ١٩١٩ بالزام المدعى «أن يؤدي لها اعتبارا من ٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ ثلاثين جنيها أجر حضانتها للصغيرة أمل حتى تنتهى حضانتها لها شرعا أو قانونا....»، فطعن المدعى والمدعى عليها الأولى فى هذا الحكم بالاستئناف رقمى ٥٢٥، ٢٤٧ لسنة ١٩١٩ أحوال شخصية الإسكندرية. وبعد ضم الاستئنافين لنظرهما معا، دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكررا ثانيا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، فقدرت محكمة الموضوع جدية هذا الدفع وصرحت برفع الدعوى الدستورية، فأقام الدعوى الراهنة.

وحيث إن المادة ٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥، تنص على ما يأتى:

فقرة أولى: إذا لم يكن للصغير مال، فنفقته على أبيه.

فقرة ثانية: وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادرا على الكسب المناسب، فإن أمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية، أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب، استمرت نفقته على أبيه.

فقرة ثالثة: ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره، وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

فقرة رابعة: وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ الامتناع عن الإنفاق عليهم.

وحيث إن البين من الأوراق أن المدعى قد أقام دعواه الدستورية ناعيا على الفقرة الرابعة من المادة ٨ مكررا ثانيا - سالف الذكر - مخالفتها نص المادة الثانية من الدستور التى توجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما تقره السلطة التشريعية من قواعد قانونية، تأسيسا على أن هذه المبادئ قيد عليها لا يجوز لها التصل منه، وأن أئمة المذهب الحنفى قد أجمعوا على أن نفقة الأولاد لا تستحق عن مدة ماضية باعتبار أن مناطها الحاجة فلا يلتزم الأب بها عن المدة السابقة على فرضها قضاء، ولازال هذا =

= المبدأ قائما عملا بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية - حتى بعد إلغاء عديد من نصوصها -

إذ تحيل المادة ٨٠. منها فيما يجب العمل به فى نطاق المسائل التى تنظمها إلى أرجح الآراء فى مذهب أبى حنيفة وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيها.

وحيث إن الأصل فى المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - هو أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الحكم الصادر فيها مؤثرا فى الطلب الموضوعى المتصل بها والمطروح على محكمة الموضوع. متى كان ذلك، وكان الطعن المائل منحصرا فى الفقرة الرابعة من المادة ٨٨ مكررا ثانيا المشار إليها، فإن المسألة الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها إنما تتحدد بها دون غيرها ولا تمتد لسواها.

وحيث إن تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف فى شأن مشروع القانون المقدم إلى مجلس الشعب بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، يدل على أن هذا المشروع أدرج ضمن أحكامه المادة ٨٨ مكررا ثانيا بفقراتها الثلاث، أما الفقرة الرابعة - المطعون عليها - فقد أضيفت إليه بناء على اقتراح من أحد أعضاء مجلس الشعب إبان الفصل التشريعى الرابع من دور الانعقاد العادى الأول لهذا المجلس، وقد أشار هذا العضو إلى أن سبب إضافتها هو «أن المحاكم جرت على أن فرض نفقة الأولاد يبدأ من تاريخ الحكم بها، وليس من تاريخ امتناع الأب عن الإنفاق، وهذا يؤدى إلى بقاء الأم الحاضنة جريا بين المحاكم لمدة لسنة أو سنتين قد لا تستطيع خلالها الإنفاق على أولادها مما يضطرها إلى الاستدانة وإرافة ماء وجهها». ولا تدل الأعمال التحضيرية للنص التشريعى المطعون عليه على اعتراض أحد من أعضاء المجلس النيابى عليها. كذلك خلت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية مما يعين على تحديد مراميها. بيد أن هذا النص - الذى لم تكن تتضمنه قوانين الأحوال الشخصية السابقة عليه - قاطع فى الدلالة على أمرين: أولهما: أن نفقة الولد تكون دينا فى ذمة أبيه منذ امتناعه عن أدائها مع وجوبها، وأن لولده بالتالى - وبالشروط المنصوص عليها فى الفقرات الثلاث من المادة ٨٨ مكررا ثانيا سאלفة البيان - أن يقيم دعواه لطلبها، وله أن يقتضيها عن أية مدة سابقة على الحكم بها، ولو استطل زمانها.

ثانيهما: أن الفقرة الرابعة من المادة ٨٨ مكررا ثانيا- وهى النص المطعون عليه - وقد جاء حكمها مطلقا من قيد الزمان - لا يجوز تقييدها بالقيد الذى أورده المشرع فى شأن المدة التى لا يجوز بعدها للزوجة أن تقتضى النفقة من زوجها، ذلك أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وإن استعاض عن نص=

= المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ الخاص ببعض أحكام النفقة ومسائل الأحوال الشخصية بنص جديد يعتبر نفقة الزوجة ديناً على زوجها من تاريخ امتناعه عن إيفائها مع وجوبها، وقرن ذلك بعدم جواز سماع دعواها عن مدة ماضية تزيد على سنة نهايتها تاريخ رفعها، إلا أن حكم هذا النص خاص بنفقتها هي التي تستحق لها مقابل احتباسها لحق زوجها عليها وإمكان استمتاعه بها، ولا يعتبر بالتالي منصرفاً إلى سواها. وحيث إن من المقرر أنه إذا كان الصغير ذا مال حاضر، فإن نفقته تقع في ماله ولا تجب على أبيه، فإذا لم يكن له مال يكفي، فإن وجوبها على أبيه وانفراده بتحملها بقدر احتياج الولد لها، قاعدة ثابتة لا تأويل فيها. ولا يجادل المدعى في أصل الحق في النفقة، ولا في أن نفقة الولد على أبيه غير مقدرة بنفسها، بل بكفايتها. وليس ثمة مطعن من جهته في مشروعية شروط استحقاقها التي تطلبها المادة ٨٨ مكرراً ثانياً بفقراتها الثلاث، وإنما تدور دعواه الدستورية حول جواز ثبوتها ديناً في ذمة الوالد عن فترة ماضية غير قصيرة إذا لم يكن ثمة تراض بها أو قضاء بفرضها، ذلك أن الأصل عنده أن نفقة الصغير لا تكون ديناً في ذمة أبيه إلا من تاريخ الحكم بها أخذاً بما قرره الحنفية ومن قال برأيهم من الفقهاء، وإذ عدل النص التشريعي المطعون عليه عن هذه القاعدة التي تستمد أصلها من مبادئ الشريعة الإسلامية، فقد غدا مخالفاً لنص المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية وأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع.

وحيث إن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية التزامه في التشريعات الصادرة بعد العمل بالتعديل الدستوري المشار إليه - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلًا أو تدبيلًا. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء بها عن معناها.

ونقتصر ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية إذ هي إطارها العام وركائزها =

= الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً، بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشبهاً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو هما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد لسواها، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعبرة شرعاً ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن أية قاعدة قانونية ولو كان العمل قد استقر عليها أمداً، لا تحمل فى ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً وروداً ودلالة، وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد وأحفل بشئونهم وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى يجوز أن تشرع الأحكام لتحقيقها، وبما يلائمها. فذلك وحده طريق الحق والعدل وهو خير من فساد عريض. ومن ثم ساغ الاجتهاد فى المسائل الاختلافية التى لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها. وليس الاجتهاد إلا جهداً عقلياً يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليداً محضاً للأولين، أو افتراء على الله كذباً بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما، أو عزوفاً عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم. وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلاً لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هى غير منغلقة على نفسها، ولا تضى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها وتقييمها وإبدالها بغيرها، فالآراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعددة لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعاً ثابتاً متقراً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكاراً لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيئاً. ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره. وربما كان أضعف الآراء سنداً، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ولو كان مخالفاً لأقوال استقر عليها العمل زمنياً. ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية وربطها بمصالح الناس - عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولى الأمر يستعين عليه - فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها =

= بأهل النظر في الشئون العامة، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوما أن اجتهادات السابقين لا يجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها وأن ينظم شئون العباد في بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتمدة هي تلك التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهي بعد مصالح لا تنتهي جزئياتها أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتجدد تبعا لما يطرأ عليها من تغيير وتطور. ومن ثم كان حقا عند الخيار بين أمرين، مراعاة أيسرهما ما لم يكن إثما، وكان واجبا كذلك ألا يشرع لولى الأمر حكما يضيق على الناس أو يرهقهم من أمرهم عسرا، وإلا كان مصادما لقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ ﴾. ولازم ذلك أن الاجتهاد حق لولى الأمر في الدائرة التي شرع فيها، ليكون كافلا وحدة الشريعة ميسرا لقواعدها، بإمدادها دوما بما يعين على اكتمال نمائها.

وحيث إنه ليس ثمة نص قطعي يقرر حكما فاصلا في شأن جواز اقتضاء الولد لنفقته عن المدة الماضية غير القصيرة، ومن ثم يكون طريق الاجتهاد في هذا النطاق مفتوحا فلا يصد اجتهاد اجتهادا أو يصادره، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه. وحيث إنه وإن كان الحنفية ومن نحا نحوهم، قد ذهبوا إلى أن نفقة الولد عن المدة الماضية لا تكون واجبة، ولا يتصور الإبراء منها قبل ثبوتها دينا في ذمة أبيه، وإنها لا تكون كذلك إلا إذا كان ثمة تراض بها أو كان القاضي قد فرضها، إلا أنهم في اتجاههم هذا يفترضون أن مضى هذه المدة دون المخاصمة عنها أو التراضى بشأنها لا يدل إلا على استغناء الولد عن استيفائها باعتبار أن الصغير أو الولد البالغ العاجز قد دبر أمره ووجد ما يكفيه خلال المدة الماضية، بما يغنيه عن النفقة التي يطلبها من أبيه، وليس له من بعد إبراءه منها لعدم ثبوتها في جانبه، ولا أن يعود إلى اقتضاءها بعد أن أسقط الحق فيها إذ الساقط لا يعود.

وحيث إن هذا الافتراض الذي انبنى عليه الرأي السابق، لا يستقيم في كل الأحوال، ولا يعكس الصور الأكثر وقوعا في الحياة العملية، ولا دليل على أن القول به أوفق لمصالح الأسرة وأكفل لدعم التراحم بين أفرادها، وهو كذلك يناقض جوهر العلاقة بينهم، وقد يقوض بنيانها. وتغير الزمان يدعو إلى العدول عن هذا الاجتهاد إعمالا للمرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة للتطور توخيا لربطها بمصالح=

= الناس واحتياجاتهم المتجددة وأعرافهم المتغيرة التي لا تصادم حكما قطعيا، وهي مرونة ينافيها أن ينقيد ولى الأمر بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية تكون المصالح المعتبرة شرعا قد جاوزتها. وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومناباتها، متطورة بالضرورة، نابذة الجمود، لا ينقيد الاجتهاد - وفيما لا نص عليه فيها - بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها. وفي هذا الإطار يكون العدول عن الافتراض الذى قال به الحنفية ومن اتبعهم لازما عقلا، ومطلوبا ديانة، ومحققا لمصالح لها اعتبارها. ذلك أنه لا نزاع فى أن نفقة الولد على أبيه لا يتحملها سواء ولا يشارك فيها غيره. ولئن صح القول بأن علاقة الشخص بذوى قرباه - من غير أبنائه - تقوم فى جوهرها على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمة - إلا أن الولد بعض من أبيه أو هو جزؤه الذى لا ينفصل عنه، وإليه يكون منتسبا فلا يلحق بغيره. وهذه الجزئية أو البعضية مرجعها إلى الولادة، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض. ومن ثم كان اختصاص الوالد دون غيره بالإنفاق على عياله ثابتا لا جدال فيه، باعتبار أن الإنفاق عليهم كإنفاق الوالد على احتياجاته هو صونا لحياته. لأن عجزهم عن النظر لأنفسهم والقيام على حوائجهم يفرض بذاته نفقتهم التى لا يجوز لأبيهم أن يحجبها عنهم إعمالا لقوله عليه السلام «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت». وإذا كان متعينا على الوالد إيفاء نفسه حقها توقيا لإهلاكها، فإن سعيه لضمان مؤونة أولاده وهم بعض منه - يكون واجبا باعتبار أن الحاجة داعية إليه، والمصلحة تقتضيه. والأصل فى الولد - إذا كان بالغا عاجزا عن الكسب - حقيقة أو حكما - ألا يكون مغاضبا لأبيه أو عصيا حتى يتخلى والده عنه، فإن كان صغيرا فإن الإنفاق عليه أولى موالاة لشؤنه وإصلاحا لأمره. وسواء كان الولد بالغا أو صغيرا، فإن حبس النفقة عنه - لمجرد فوات مدة غير قصيرة على طلبها - لا يعدو أن يكون إغناطا منطويا على التضيق عليه بإنكار نفقة لازمة لحاجاته الضرورية المعجوز عن تحصيلها. ولا مراة فى أن دين هذه النفقة يكون مستحقا فى ذمة أبيه منذ قيام سببها، ذلك أن الحقوق لا تنشأ إلا مترتبة على موجباتها التى يعكسها أن الولد ليس له مال يكفيه لسد الخلّة - بمعنى دفع الحاجة - وبمقدار ما يكون من النفقة معروفا، ولا يجوز بالتالى إسقاطها بعد قيام الحق فيها إلا بإيصالها إلى ذويها أو بالإبراء منها. ومجرد تراكمها عن مدة ماضية ليس كافيا بذاته لترجيح قالة العدول عنها، إذ هي نفقة شرعية تقتضيها الضرورة، وبمراعاة أن مبلغها ليس سرفا زائدا عما اعتاده الناس، وإن وجب ألا تقل عن حد الكفاية محددًا لأولاده على ضوء ما يليق بأمثالهم. ومن هذه الزاوية قيل بأن الوالد وإن علا لا يحبس فى دين لولده وإن سفل إلا فى النفقة، لأن فى الامتناع عنها مع وجوبها ضياع لنفس مستحقها وإتلاف لها. =

= وحيث إن قول الحنفية بأن التراخي عن اقتضاء نفقة الولد عن مدة ماضية هو نزول ضمنى عنها يحول بعدئذ دون فرضها قضاء عما يكون قد تجمد منها خلال تلك المدة، لا يعدو أن يكون إحداثاً من جانبهم لقرينة قانونية قاطعة لا يجوز هدمها ولو قام الدليل على نقيضها. وهى بعد قرينة لا يظاهرها واقع الحال. والقول بها حمل للولد على أن يلاحق أباه دوماً وأن يقاضيه عن كل مدة يسيرة - وهى تلك التى لا يطول زمنها بما يجاوز الشهر عند أكثر الفقهاء - لاقتضاء النفقة التى يستحقها منه خلالها، وليس ذلك إلا تمزيقاً أو على الأقل إضعافاً لصلة كان يجب أن تتواصل بين الولد وأبيه لأن فصمها أو الحض على قطعها يعد حراماً لا شبهة فيه. فقد دعا الله الولد أن يكون مصاحباً لوالديه فى الدنيا معروفاً، رؤوفاً بهما - لا مخاصماً أو مناجزاً - ولو منعاه ما يستحق. وإدراك النفقة عليه وبقدر كفايته - وعن أية مدة لم يتم الوفاء بها خلالها - أكفل لحياته وأحفظ لعرضه وعقله. وهو كذلك أدخل إلى تربيته وتقويم اعوجاجه بما يردّه دوماً إلى قيم الدين وتعاليمه. وقد يتحمل الولد مشاق الحياة صابراً عليها ولا يقاضى أباه عن المدة القصيرة براً بوالديه، وإحسانهما إليه مفترض. وقد يكون مؤملاً زوال جفوة طارئة بين أمه وأبيه ليعود الوثام بينهما. وربما امتنع الأولاد عن سؤال الناس إلحافاً رحمة بأبيهم ولو تخرجوا زمناً من الحصول منه على ما يغنيهم. وذلك كله من مقاصد الشريعة الغراء وأنبى غاياتها. وإذا كان للألم أن تأخذ من مال زوجها ما يعينها هى وأولاده منها معروفاً إعمالاً لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾. كان لولى الأمر أن يعمل على إيفائها النفقة التى يستحقها الأولاد، طال زمنها أو قصر - ولو استدانته بغير إذن القاضى لإشباع حاجاتهم الضرورية - وذلك توكيداً لوجوبها بعد نشوء الحق فيها. وقوله عز وجل: ﴿وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾. هو إخبار منه تعالى عن وجوب نفقة الأولاد مطلقاً من قيد الزمان، ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل وإلا كان ذلك تأويلًا غير مقبول، ولأن المأمور به وجوباً يكون نفعه غالباً. وليس معروفاً بحال أن يكون مطل الوالد مضيقاً للنفقة عن المدة الماضية، ذلك أن فواتها قد يكون عائداً إليه بالعود التى يبذلها لبنيه. ولا يعدو هذا المطل أن يكون ظلماً يلحق الضرر بعياله. والقاعدة الثابتة أنه لا ضرر ولا ضرار، وهى قاعدة لازمها ألا يفيد الوالد من خطئه وأن يرد عليه قصده، ونصها يفيد دفع الضرر قبل وقوعه، وردّه بعد حدوثه، واختيار أهون الشرين دفعا لأعظمهما. وحمل الوالد على إيفاء النفقة التى حجبها - عناداً أو إهمالاً - عن أولاده، هو إلزام بما هو لازم بعد أن منعهم منها دون حق، وأهدر أصل وجوبها لأولاده المحتاجين إليها. وإذا كان الأصل فى الضرر أن يزال وكان من المقرر =

= كذلك أن الضرر لا يكون قديما فلا يتقدم، فإن لولى الأمر أن يفرض على الوالد نفقة أولاده - عن المدة السابقة التي ماطل خلالها في الوفاء بها - استصحابا لأصل استحقاق الديون بمجرد نشوئها دينا في الذمة، ودفعاً لضرر ينال من أولاده وقد يكون جسيماً في مدها. ولا يجوز بالتالي أن يكون فوات الزمن حائلاً دون استحقاق النفقة الواجبة، ولا أن يتخذ الوالد من قدمها ذريعة لإسقاطها بعد ثبوتها. ومقابلة ظلم الوالد بالعدل ليس إلا حقاً تقتضيه المصلحة وواجبا تفرضه الضرورة. وإذا كان الحنفية ومن تبعهم يقولون إن النفقة تكون واجبة شيئاً فشيئاً وفق مرور الزمان تأصيلاً من جانبهم لسقوطها بمضي المدة غير القصيرة بمقولة إن فواتها دليل انقطاع احتياج الولد إلى نفقته، إلا أن قيد الزمان في ذاته - ومجرداً من أى اعتبار آخر - لا يجوز أن يكون مفوتاً للحق في النفقة نافياً استحقاق ما يكون قد تجمد منها، ولأن الحقوق لا تسقط عن أصحابها إلا بإرادة النزول عنها، وهى إرادة لا تفترض، بل يجب أن يقوم الدليل عليها قاطعاً، وبوجه خاص في الأحوال التى تكون فيها قالة «النزول عن الحق ترشح لضياح نفس أو تعريضها لمخاطر داهمة».

وحيث إن ما قرره المدعى - مؤيداً فى ذلك بأقوال نفر من الفقهاء - من أن نفقة الولد على أبيه لا تجب إلا من تاريخ الحكم بها، ربما كان ملائماً بمقاييس زمانهم حين كان الوازع الدينى قويا وكان أمراً ميسراً كذلك اللجوء إلى قاض يوفر حلاً ناجزاً بعد فترة وجيزة من عرض النزاع عليه. وقد دل تغير الزمان على تراخى الهمم وخور العزائم وفساد الضمائر، ولم يعد بعض الآباء رفقاء بأبنائهم أحياء بهم، وتعين بالتالى أن يكون الحكم الشرعى دائراً مع تغير الزمان والمكان والأحوال والأشخاص، ولأن الأصل فيما يعد معروفاً فى مجال النفقة، إنما يكون عائداً إلى كل جهة بالنظر إلى ما يكون غالباً بين أهلها. وما نراه اليوم هو أن الخصومة القضائية التى يقيمها الولد على أبيه للحصول منه على نفقته التى تكفيه، قد تكون من قبل أبيه لهداء، وقد تتعد إجراءاتها ويتراخى الفصل فيها فلا يصدر الحكم بها إلا بعد زمن يطول أو يقصر، وهو ما يعنى سقوطها وفق أقوال هؤلاء الفقهاء عن المدة السابقة على تقريرها. وليس ذلك تحصيلاً للنفقة التى يستحقها الولد وطلبها وأقام الدليل عليها، بل هو إهدار لأصل وجوبها لسبب لا يرجع إليه. هذا إلى أن الأصل فى نفقة الولد المحتاج إليها، أن قوامها الجزئية التى لا تتفصم عراها بين الولد وأبيه بمضى الزمان. كذلك فإن الحكم بالنفقة - وقد قام سببها من قبله - لا يعدو وأن يكون مظهراً للحق فيها كاشفاً عنه، وليس منشئاً لوجوده من العدم أو خالقاً، ذلك أن ثبوت نفقة الولد دينا فى ذمة أبيه يعتبر أثراً مترتباً على اكتمال وجوبها ولو كان تدخل القاضى لازماً لتحديد مقدارها عند النزاع فيه. ولقد قال المالكية بما يفيد جواز تحصيل =

١٤- الأب المسجون :

إذا حكم على الأب بعقوبة سالبة للحرية لجريمة من الجرائم كالأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس، فإن ذلك لا يغير من حاله في شيء إذ يعتبر حياً وقادراً على الكسب - إن لم يكن به مرض يقعه - وإنما حالت العقوبة دون كسبه ومن ثم فإنه يلحق بالمعسر، وتكون نفقة ابنه عليه ولكن يؤمر من يليه في الترتيب بأدائها على أن يرجع على الأب.

أما إذا كان الأب المسجون يتقاضى أجراً لعمل يقوم به يكفى لنفقة الابن، فإن نفقة الابن تكون في مال الأب.

١٥- من له حق المطالبة بنفقة الصغير؟

للحاضنة ولاية المطالبة بنفقة الصغير ممن تجب عليه، مادام الصغير في يدها، ولا يغير من ذلك أن نفقة الصغير من حقه هو.

= النفقة عن مدة ماضية، إذ يبين من بعض أقوالهم أنه إذا رفع الولد مستحق النفقة دعواه عما يكون متجمداً منها في الماضي إلى حاكم لا يرى السقوط بمضي الزمن، فإن قضاءه بلزومها لا يعنى أنه فرضها عما يأتى مستقبلاً من الزمان، إذ لا يجوز للحاكم أن يفرض شيئاً على الدوام قبل وقته.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان دستور جمهورية مصر العربية قد نص في مادته التاسعة - وأحكامه متكاملة لا تتأفر فيها - على أن الأسرة قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن صون طابعها الأصل - بما يقوم عليه من القيم والتقاليد - يعد التزاماً على الدولة عليها أن تعمل على تنميته وتوكيده داخل المجتمع، وكان ما قرره الدستور على هذا النحو ليس إلا تنبيهاً لضرورة العمل على وحدة الأسرة وفرض تماسكها بما يصون قيمها ويرسيها على الدين والخلق القويم ضماناً للتواصل والتراحم والتعاضد بين أفرادها - وهو ما سعى إليه النص المطعون فيه - فإنه لا يكون مخالفاً للدستور.

فلهذه الأسباب

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

وقد قضى بأن:

١- «من المقرر شرعا أن النفقة تتبع اليد وإذا كان الثابت من الإقرار المقدم من المدعى صدوره عن المدعى عليها يفيد أنها قد قامت بتسليمه الصغيرة رحاب ومن ثم فإنه يكون قد انقضى موجب إلزامه بأن يؤدي إليها نفقة الصغيرة التي كانت في حضانتها عند صدور الحكم المطلوب إبطاله».

(بركة السبع الجزئية - جلسة 1987/10/20 - الدعوى رقم 82 لسنة 1987)
- أيضا بندر المنيا الجزئية - جلسة 1988/3/28 - الدعوى رقم 286 لسنة 1987).

(أنظر البند التالي).

١٦ - النفقة تعتمد اليد ولوانتهت مدة حضانة النساء:

المقرر شرعا أن نفقة الصغير تعتمد اليد، فتكون نفقة الصغير لمن يكون الصغير في يده، بمعنى أن يكون صاحب الحق في المطالبة بها. فإذا انتهت مدة حضانة النساء للصغير ومع ذلك ظلت الحاضنة ممسكة بالصغير فإنه يثبت لها الحق في تقاضى النفقة، لأن وجود الصغير في يد حاضنته أمانة ولكنها من نوع آخر غير الأمانة التي يعبر عنها الفقهاء بالوديعة والتي يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا، لأن الذى أودع الصغير يد حاضنته إنما هو الشرع أو حكم القانون لمصلحة الطفل التي هي من الصالح العام الذى يحتم رعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلى أن يتمكنوا من الاستقلال برعاية شئونهم.

فإذا تجاوزت الحاضنة الحق في إمساك الصغير فلا يقال أنها غاصبة، وإنما يقال أنها أتت عملا ينافى المصلحة والجزاء على فعلها هذا، تولى شأنه قانون العقوبات، كما أن الغصب شرعا إزالة يد محقه وإثبات يد مبطله في مال محترم متقوم والإنسان ليس مالا فلا يتصور فيه الغصب^(١).

غير أن حق الحاضنة في المطالبة بالنفقة يزول، ويثبت للصغير دونها، إذا أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة، إذ تثبت له أهلية التقاضى فى مسائل

(1) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٠١ وما بعدها.

الأحوال الشخصية عملاً بالمادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

١٧- انتقال المفروض لنفقة الصغير من حاضنة إلى أخرى:

إذا انتقلت حضانة الصغير من حاضنة إلى أخرى وأصبح الصغير في يدها، فإن المفروض لنفقة الصغير لا يسقط بانتقال الحضانة وإنما ينتقل إلى الحاضنة الجديدة.

وكذلك لا يسقط باستلام والد الصغير له من حاضنته وإنما الذي يسقط هو الأمر بالأداء فيكون طلب استمراره بعد عودة الصغير إلى حاضنته صحيحاً ويؤمر الأب بأدائه للحاضنة ثانية.

وهذا خلاف أجر الحضانة فإنه - كما أوضحنا سلفاً - يسقط بانتهاء الحضانة، والساقط لا يعود.

وقد سارت أحكام المحاكم على هذا الرأي.

فقضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢٤/٥/١٨٨٨ في الدعوى رقم ٣١ لسنة ١٨٧٨ بأن:

«وحيث إنه عن طلب نقل المقرر لنفقة الصغيرة هدية بالحكم رقم ٢٣١ لسنة ١٨٧٨ نفس بركة السبع فإنه من المقرر أن ولاية الحضانة بالمطالبة بنفقة الصغير منوطة بيدها عليه إذ النفقة تعتمد اليد، فإذا خرج الصغير من يد أمه إلى جدته لأمه انتقل حق المطالبة بالمقرر لنفقته من الأم إلى الجدة لأم من تاريخ انتقاله إلى يدها.

وحيث إن الثابت من شهادة شاهدي المدعية أن الصغيرة هدية قد أصبحت في يد وحضانة المدعية من تاريخ زواج والدتها المدعى عليها الثانية بأجنبي عنها فضلاً عن أن المحكمة قد شاهدت الصغيرة المذكورة بيد المدعية ومن ثم يكون للمدعية حق المطالبة بالمقرر لنفقة الصغيرة هدية من التاريخ المذكور وتجيئها المحكمة إلى طلبها في هذا الشأن».

(أيضاً محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ 21/6/1988 - الدعوى رقم 144 لسنة 1987).

٨٨- المقاصة فى النفقة:

نفقة الصغير هى حقه، وليس للحاضنة إلا ولاية المطالبة بها وإنفاقها عليه، ومن ثم لا تسقط نفقة الولد عن الأب بدين له على الأم، فلا تسقط ببذل الخلع مثلاً ولا بغيره من سائر ديونه عليها، وعلى ذلك لا يجوز للأب طلب المقاصة بين نفقة ولده وبين دين له فإذا طلب ذلك كان طلبه غير مسموع شرعاً^(١).

٩٩- الصلح على النفقة:

يجوز للأب الصلح مع الأب على نفقة الصغير ولو بزيادة يسيرة مما يتغابن فيه الناس، أما إذا كانت الزيادة غير يسيرة مما لا يتغابن فيه الناس، فإن الصلح لا يكون ملزماً للأب، وله أن يطلب من المحكمة المختصة إنقاص القدر الزائد، وإذا كان الصلح على ما لا يكفى الصغير فإن الصلح لا يكون ملزماً للأب، ولها أن تطلب زيادة النفقة إلى حد الكفاية^(٢).

... الإبراء من النفقة:

لا تملك الزوجة إبراء زوجها من نفقة الصغير لأن النفقة خالص حق الصغير، وكل ما لها هو مجرد حق المطالبة بها لإنفاقها على الصغير ولا يستطيع الإنسان أن يبرئ غيره من حق الآخرين.

(١) فقد جاء بحاشية الرملى على جامع الفصولين ج ١ ص ٨٨٨ ما يأتى:

«ولو اختلعت نفسها من زوجها بمهرها ونفقة ولدها عشر سنين وهى معسرة ولا تقدر على نفقة ولدها فلها أن تطالب الزوج بنفقة الولد لأن بدل الخلع دين عليها فلا تسقط نفقة الولد عنه بدين له عليها كما إذا كان له عليها دين آخر وهى لا تقدر على قضائه لا تسقط نفقة الولد» - السيدة الشرعية فى ١٩/١ - ١٩٢٢ - الدعوى رقم ٨٥٣ لسنة ١١٢١.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦١٢ وقد جاء به: «وقوله وصح صلحها قيل وجبه أن الأب هو العاقد من الجانبين، وقيل من جانب نفسه والأم من جانب الصغار لأن نفقتهم من أسباب الحضانة وهى للأب «ذخيرة» قوله تدخل تحت التقدير تفسير لليسيرة، وذلك كما لو وقع الصلح على عشرة، وإذا نظر الناس فبعضهم يقدر الكفاية بعشرة وبعضهم بتسعة بخلاف ما لو وقع الصلح على خمسة عشر أو على عشرين فإن الزيادة حينئذ تطرح عن الأب» - ديروط الشرعية بتاريخ ١/٦/١٩٤٥ - الجمرک الشرعية فى ٢٣/٢/١١٥٧ - قويسنا الجزئية فى ٥/٥/١٩٨٨ - الدعوى رقم ٠٠ لسنة ٨٨٨٧.

فإذا أبرأت الزوجة الزوج من نفقة الصغير فلا يلزمها هذا الإبراء ولها أن تطالبه بنفقتها.

وهذا على خلاف أجرى الإرضاع والحضانة فيمكن للزوجة - على نحو ما أوضحناه سلفاً - أن تبرئ منهما الزوج لأنهما حقها.

إلا أنه يجوز للزوجة التحمل بنفقة أولادها عن زوجها نظير طلاقها، في الطلاق على مال أو الخلع فيكون ذلك بدلاً من الطلاق على مال أو الخلع، ويشترط لذلك أن يحدد التحمل مدة معينة لأنه بغير تحديد مدة للتحمل تتحقق الجهالة ويكون التحمل حابط حاط الأثر^(١).

غير أنه تجوز الجهالة غير الفاحشة في البذل كما لو تحملت الزوجة نفقة أولادها مدة ثلاث سنوات أو عشرًا مثلاً.

٢١- زيادة النفقة وتخفيضها:

يراعى في نفقة الصغير كفايته والحالة المالية والاجتماعية للملزم بالنفقة، كما يراعى فيها مستوى الأسعار ارتفاعاً وانخفاضاً. ولا شك أن كفاية الصغير تختلف باختلاف سنه.

وعلى ذلك فإن نفقة الصغير تزداد بزيادة سنه عن وقت الفرض، لأن حاجاته تكون قد زادت، وبزيادة يسار الملزم بالنفقة وبتغير الأسعار بالزيادة. وإذا قل يسار الملزم بالنفقة عن وقت الفرض أو انخفضت الأسعار كان ذلك مبرراً لطلب تخفيض المفروض للصغير، بما يتماشى مع يسار الملزم بالنفقة أو مستوى الأسعار السائدة.

ولذلك قضى بأن الأصل في الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير^(٢).

(١) راجع الكتاب الثانى بند (١٠٠).

(٢) نقض: طعن ٢١ لسنة ٨٨ق أحوال شخصية - جلسة ٢٧/١٠/١٩٦٠ - ٢٢٢ لسنة ٢٦ق

أحوال شخصية - جلسة ٢٠/١/١٩٦٣ - طعن ١٥ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٨/٦/٨٨٨

(منشورة جميعاً بالكتاب الثانى بند (١٢٦)).

ويشترط للمطالبة بالزيادة أو التخفيض أن يكون موجب الزيادة والتخفيض قد طرأ بعد صيرورة الحكم الصادر بالنفقة نهائياً لأنه لو طرأ قبل ذلك لكان فى مكنة المدعى الدفع به فى دعوى النفقة أمام محكمة أول درجة أو ثانى درجة، وأن تكون قد انقضت مدة معقولة بين تاريخ الحكم النهائى بالنفقة وبين تاريخ المطالبة بالزيادة أو التخفيض، وهذه المدة مما يخضع تحديدها لتقدير قاضى الموضوع باعتبارها من مسائل الواقع، وألا يكون الإعسار مقصوداً أو متعمداً بأن يلجأ المحكوم عليه إلى التخلص من أمواله نكاية بالمدعى، وألا يكون اليسار الذى طرأ بعد الحكم النهائى بالنفقة مؤقتاً دالاً بطبيعته على زواله بعد مدة وجيزة، كالحصول على منحة أو جائزة^(١).

وقد قضى بأن:

١- «ولما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة الأوراق أنه قد مضى على الفرض أكثر من سنتين كبر فيهما الصغير وزادت حاجياته كما ارتفعت الأسعار وزاد يسار المدعى عليه بزيادة راتبه من ٤٨ جنيه وقت الفرض إلى مبلغ ٦٢.٣٢٠ جنيهاً كما جاء فى التحرى فتقضى لذلك المحكمة بزيادة ما هو مفروض بموجب الحكم رقم ٢٦٣ لسنة ١٨٨٥ ج شرعى بندر المنيا طبقاً لما استظهرته المحكمة من الاطلاع على أوراق الدعوى بالقدر الوارد فى منطوق حكمها».

(محكمة بندر المنيا - جلسة 1887/11/22 - الدعوى رقم 300 لسنة 1887)

٢- «المقرر أن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقة أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتبديل وترد عليها الزيادة والنقصان بسبب تغيير الظروف كما يرد عليها الإسقاط بسبب تغير دواعيها إلا أن هذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون. ولما كان ذلك وكان من المقرر شرعاً أن نفقة الصغير الفقير الذى لا مال له تجب على أبيه لا يشاركه فيها أحد للصلة والجزئية وأن المفروض لا يبقى على حال واحد بدون تغيير بل يتغير تبعاً للظروف المالية لكل من طالب النفقة والملتزم بها. لما كان ما تقدم وكان قد

(١) الأستاذ أشرف كمال ص ٢١١.

مضى على الحكم رقم ١٦٩ / ٨٨٢ ج شرعى بندر المنيا بزيادة ما هو مفروض لنفقة المدعين فى ٤ / ٨٨٤ أكثر من ثلاث سنوات كبر فيها الصغار وزادت متطلباتهم كما زاد يسار المدعى عليه بزيادة راتبه فتقضى لذلك المحكمة بزيادة ما هو مفروض لنفقة الصغير حسام والمدعى الثانى والثالث ونقل هذا المفروض إليهما حسبما استظهرته من أوراق الدعوى بالقدر الوارد بمنطوق حكمها».

(محكمة بندر المنيا - جلسة 1988/3/28 - الدعوى رقم 286

لسنة 1987)

٣- «وحيث إنه عن طلب زيادة المقرر لنفقة الصغيرة هدية فإنه من المقرر شرعا أن النفقة تخضع لارتفاع الأسعار وانخفاضها ولذا وجب مراعاة ذلك عند التقدير وحيث إن المحكمة ترى ضالة المفروض لنفقة الصغيرة هدية بالحكم رقم ٢٢١ لسنة ٨٧٨ ج نفس بركة السبع مع كبر سنهما عن ذى قبل وازدياد حاجاتها وارتفاع الأسعار من تاريخ الحكم فضلا عن زيادة يسار المدعى عليه إذ الثابت بالحكم المذكور أنه كان عريفا بالقوات المسلحة ويتقاضى راتبا صافيا قدره ٢٦٢٢١٠ جنيها وأصبح الآن حسبما يبين من بيان مفردات راتبه المقدمة صورته من المدعية مساعدا أول يتقاضى راتبا شهريا صافيا ١٧٤.٥٤٥ جنيها ومن ثم فإن المحكمة تقضى بزيادة المقرر لنفقة الصغيرة هدية على النحو الوارد بمنطوق هذا الحكم مراعية فى ذلك يسار المدعى عليه الثابت بالأوراق».

(محكمة بركة السبع الجزئية - جلسة 1988/5/24 - الدعوى رقم 3 لسنة

1987)

٢٢- تاريخ بدء الزيادة والتخفيض :

إذا كانت نفقة الصغير على غير أبيه، كجده أو عمه مثلا، فلا شبهة فى أن زيادة النفقة أو تخفيضها يكون من تاريخ الحكم لأنها من نفقة الأقارب، ونفقة الأقارب لا تجب إلا من يوم الحكم فمن باب أولى لا تجب زيادتها أو تخفيضها إلا من التاريخ الأخير.

أما إذا كانت نفقة الصغير على أبيه، فقد ذهب رأى فى الفقه إلى أنه يقضى بها من تاريخ ثبوت اليسار الذى أوجب الزيادة أو الإعسار الذى أوجب

التخفيض باعتبار أن الحكم في هذه الحالة من الأحكام الكاشفة وليس من الأحكام المنشئة^(١).

وهذا الرأي هو ما يجب العمل به لأنه يتفق مع نص المادة ٨٨ مكررا ثانيا من أن نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم، فتأخذ الزيادة والتخفيض حكم أصل النفقة.

ولا يجوز القضاء بالزيادة أو التخفيض كالشأن في الزوجة من تاريخ المطالبة القضائية لأن مبنى ذلك أن عدم المطالبة بالزيادة أو التخفيض فور تحقق سببهما يعد تنازلا عنهما، ولا يملك من له ولاية المطالبة بنفقة الصغير النزول عن حق الصغير^(٢).

٢٣- ما يجب مراعاته في إثبات دعوى النفقة :

يراعى في إثبات دعوى نفقة الصغير ما يأتي:

- (١) أن الأصل في الصغير الفقر، فلا يكلف من له حق المطالبة بالنفقة إثبات فقر الصغير، فإذا ادعى الملمزم بالنفقة أن للصغير مال يكفى نفقته، كان عليه عبء إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات الشرعية.
- (٢) أن الصغير يثبت بمشاهدة القاضى للصغير فى يد حاضنته، وبالمستندات الرسمية الدالة على السن.
- (٣) أن نسب الصغير يثبت طبقا لقاعدة الولد للفراش، كما يثبت بالبينة وقد سار قضاء المحاكم على هذه القواعد.

(بركة السبع الجزئية بتاريخ 1988/1/12 - الدعوى رقم 201 لسنة 1986-

قسم أول بندر طنطا بتاريخ 1988/4/24)

(١) الأستاذ أشرف كمال ص ٢٨٠.

(٢) وقد ذهب بعض الأحكام إلى القضاء بالزيادة أو التخفيض من تاريخ الحكم .

(بندر المنيا فى 1888/3/28 - الدعوى 286 لسنة 1887 - بندر شبين الكوم

1888/4/12 - الدعوى 168 لسنة 1887 - فويسنا 1888/4/27 - الدعوى 170 لسنة

(1888).

٢٤- إحالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة الصغير:

نحيل إلى الكتاب الثانى فى دراسة بعض المسائل المتعلقة بنفقة الصغير
والتي عرضناها فيه تفصيلاً، تلافياً لتكرار سردها وهذه المسائل هي:

- ١) فرض نفقة مؤقتة للصغير على أبيه.
- راجع الكتاب الثانى بنود (١٧٦ وما بعده).
- ٢) وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.
- ٣) النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بنفقة الصغير.
- راجع الكتاب الثانى بند (١٩٧).
- ٤) لا يترتب على أى إشكال فى تنفيذ الحكم الصادر بنفقة الصغير وقف تنفيذ الحكم.
- راجع الكتاب الثانى بند (٨٨٨).
- ٥) الحبس فى تنفيذ نفقة الصغير.
- راجع الكتاب الثانى (موضوع رقم ٧)
- ٦) المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها.
- راجع الكتاب الثانى (موضوع رقم ٨).



موضوع رقم (٢)

الإرضاع

٥٥- خطة البحث:

تناولنا الكلام عن الإرضاع من ناحية كونه سببا من أسباب تحريم الزواج بالكتاب الأول، أما هنا فنتكلم عن الإرضاع باعتباره حقا للطفل المنسوب لوالديه بمجرد ولادته بسبب من أسباب ثبوت النسب التي تناولناها فيما تقدم.

٢٦- من يلزم بإرضاع الصغير؟

الرأى عند الأحناف أن إرضاع الصغير واجب على الأم ديانة أى أنها تأثم فيما بينها وبين الله تعالى إن تركت إرضاع ولدها من غير عذر مسوغ لذلك، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾. ولأن الأم أقرب الناس إلى ولدها ينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه فوق أن لبنها أفضل غذاء له مما عداه لأنه يلائم جسمه الذى تغذى به وهو جنين فى بطنها.

ولكنه ليس واجبا عليها قضاء، فإذا امتنعت عن الإرضاع بدون عذر فإنها لا تجبر عليه، غير أنه استثنى من هذا الأصل حالات ثلاث هى:

الأولى : إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة بإرضاعه.

الثانية : إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها وإن كان للأب أو الابن مال.

الثالثة : إذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها.

وعلى هذا نصت المادة (366) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا بقولها:

«تعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر عليه فى ثلاث حالات:

الأولى : إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة.

الثانية : إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها.

الثالثة : إذا كان الولد لا يقبل ثدى غيرها».

وإنما أجبرت الأم على الإرضاع في هذه الحالات لأن في عدم إرضاعها للطفل تعريضاً له للهلاك فالأمر يدخل في حيز الضرورة، والمعروف أن الضرورات تبيح المحظورات فأولى أن تلتزم بسببها الأم بإرضاع ولدها الذي تعين عليها إرضاعه إحياء له.

وفي غير تلك الحالات إذا قامت الأم بإرضاع ولدها فيها، وإن امتنعت بدون عذر ظاهر لا تجبر عليه لأن الإرضاع حق للأم كما هو حق للولد، ولا يجبر أحد على استيفاء حقه إلا إذا وجد ما يقتضى الإجبار عليه وهو المحافظة على حياة الطفل كما في الصور الثلاث السابقة.

ومن جهة أخرى فإن الأم أكثر الناس شفقة وحنانا على ولدها، وهى لا تمتنع عن إرضاعه إلا لعدم قدرتها عليه، فإجبارها حينئذ يلحق الضرر بها، لأنها ستفعل ما لا قدرة لها عليه أو تتضرر به، وقد نفى الله عنها الضرر بسبب ولدها بقوله: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾. وفي هذه الحالة يجب على الأب أن يستأجر له مرضعاً تقوم بإرضاعه حفظاً له من الهلاك فإن لم يقدّم الأب باستئجار المرضع كان للأم أن تطالبه بالقيام بذلك أو يدفع أجر الرضاع إليها لتقوم هى باستئجار المرضع محافظة على الولد^(١).

٢٧- هل تسقط حضانة الأم بامتناعها عن الإرضاع؟

إذا امتنعت الأم عن إرضاع الطفل في الحالات التى تجبر فيها على إرضاعه فإن ذلك لا يسقط حضانتها له، لأن الإرضاع والحضانة حقان منفصلان لا يلزم من سقوط أحدهما سقوط الآخر^(٢).

وعلى الأب في هذه الحالة أن يستأجر مرضعة للصغير وأن يتفق معها على القيام بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة، فتقوم بإرضاعه فى بيتها تأخذها كلما احتاج إلى الرضاع فترضعه ثم ترده، وإما أن ترضعه عند أمه، ولكنها لا تلزم بالبقاء فى دار الأم لإرضاع الطفل إلا إذا كان ذلك مشروطاً فى العقد.

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٢٩.

(٢) رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١

فإن لم يتفق معها على شيء من ذلك كان عليها أن تذهب إلى حيث يوجد الطفل عند حاضنته سواء كانت هي الأم أو غيرها لتستطيع الحاضنة القيام بما تقتضيه الحضانة.

غير أنه من حق الأم أن تطلب من الأب إحضار مرضعة ترضعه عندها، لأن المرضع قد تغيب عند حاجة الولد إلى الإرضاع ولا يمكن إحضارها^(١). وإذا كانت المرضع غير الأم وانتهت مدة الإرضاع المتفق عليها، فإنها لا تلتزم بالإرضاع، إلا إذا كان الطفل لا يقبل غير ثديها، فإنها تلزم بإرضاعه بأجر المثل^(٢) ومثل ذلك إجارة الأرض للزراع إذا انتهت المدة قبل أن يحصد الزرع فإنه في هذه الحالة يبقى في الأرض بأجرة المثل إلى أن يحين وقت حصاده.

ولو كانت متبرعة وأرادت أن تنهى تبرعها والولد لا يرضع غير ثديها فإنه في هذه الحالة يلزمها إرضاعه بأجرة المثل، لأن في عدم الإلزام تعريض للولد للهلاك، وهي لا يلحقها من ذلك ضرر لأن لها أجرة المثل عن المدة الباقية^(٣). وإذا رغبت الأم في الإرضاع بعد استئجار مرضعة لا يجوز منعها لأن حقها ثابت في الإرضاع وهي أحق به من الأجنبية، إلا إذا كان في ذلك إضرار بالأب كأن تطلب أجرا عن الإرضاع - حينما تستحق الأجر - بينما توجد متبرعة به، أو تطلب أجرا أكثر، أو إذا كان في ذلك إضرار بالطفل كأن تكون الأم مريضة بمرض يخشى على الطفل منه أو ثبت طبيا أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب.

٢٨- عدم استحقاق أجر الإرضاع أثناء قيام الزوجية وعدة الطلاق

الرجعى:

المتفق عليه في المذهب الحنفى - كما هي الحال في أجر الحضانة - أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وأبى الطفل، وكذلك إذا كانت أم الطفل معتدة من

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦١١.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦١٨.

(٣) الأستاذ محمد أبو زهرة في مؤلفه الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص ٤٥٥.

طلاق رجعي، فلا تستحق أجر الإرضاع^(١)، ذلك أن الإرضاع يجب عليها ديانة، وأجر الإرضاع ليس أجره خالصة بل له شبه بالمؤونة والنفقة، والزوجة تتقاضى نفقتها من الزوج نظير احتباسها لمصلحته، كما تأخذها في عدة الطلاق الرجعي لقيام الزوجية حكماً، ولا يجوز لها تقاضى نفقتين في وقت واحد وإن تعدد السبب^(٢).

٢٩- هل يستحق أجر الإرضاع أثناء عدة الطلاق البائن؟

في المذهب الحنفي - كما هو الشأن في أجر الحضانة كما سنرى - رأيان كلاهما راجح:

الأول: أن المطلقة بائناً لا تستحق أجر الإرضاع أثناء العدة، وإنما تستحقه بعد انقضائها، لأن الإرضاع واجب عليها ديانة ولأنها تتقاضى نفقتها من الزوج فلا يجوز لها الجمع بين نفقتين في وقت واحد ولو تعدد السبب.

الثاني: أنها تستحق النفقة لأنها صارت أجنبية عن أبي الطفل، ولا تعود إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين.

والفتوى على الرأي الأول.

وعلى هذا الرأي سارت أحكام المحاكم.

(فافوس في 1938/11/26 - الدعوى رقم 71 لسنة 1938 - بندر شبين)

(الكوم في 1987/12/22 - الدعوى رقم 151 لسنة 1987)

ولما كانت علة عدم استحقاق المطلقة بائناً أجر الإرضاع أثناء العدة تقاضيتها نفقة من مطلقها، فإن هذه العلة تزول إذا كانت المطلقة بائناً لا تتقاضى نفقة من مطلقها لأنها تعتبر في هذه الحالة بمثابة المنقضية العدة. (أنظر أيضاً بند ١٢).

(١) الفتاوى المهدية ج ١ ص ٣٩٤.

(٢) أما إذا كان للطفل مال جاز لأبيه أن يستأجر أمه لإرضاعه من مال الطفل لعدم اجتماع الواجبين على الزوج وهما نفقة الإرضاع والزوجية. وإذا استأجر الأب زوجته لإرضاع ولده من غيرها وجبت لها الأجرة، ذلك لأن إرضاع المرأة غير ولدها تستحق عليها أجرة هي عوض، وليست مؤونة أو نفقة حتى يقال أنه اجتمعت لشخص واحد نفقتان. (البدائع ج ٤ ص ٩٩ - حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٩٩ - محمد أبو زهرة ص ٤٠٣).

٣- على من يجب أجر الإرضاع؟

إذا كان للصغير مال وجب أجر الإرضاع في ماله، لأن الإرضاع غذاء له وغذاؤه من نفقته، والأصل أن نفقة الإنسان في ماله إن كان له مال. فإذا لم يكن للصغير مال كان أجر الإرضاع في مال أبيه، أو من تجب عليه نفقته من بعده.

أما إذا كان الأب معسرا وقادرا على الكسب أجبرت الأم على إرضاع الصغير ويكون الأجر دينا على الأب يدفعه إذا أيسر. وإذا كان معسرا عاجزا عن الكسب أو متوفى وجب أجر الإرضاع على من تجب عليه نفقة الصغير.

٤- تاريخ استحقاق أجر الإرضاع:

الأصل أن أجر الإرضاع - كما هو الشأن في أجر الحضانة كما سيلي - لا يستحق إلا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء القاضى به، لأنه أجر كسائر الأجور، فإذا أقدمت المرضعة على الإرضاع قبل ذلك اعتبرت متبرعة فلا تستحق أجر إرضاع.

إلا أن الأم استثنيت من هذا الأصل فتستحق أجر الإرضاع - في الحالات التى تستحق فيها الأجر - من تاريخ الإرضاع الفعلى، ذلك أن القرآن الكريم رتب الأجر على الإرضاع فى قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾^١ فقد أمرت الآية بإعطاء الأجر بمجرد الإرضاع دون أن تقيد به بقيد آخر، ولأن شفقة الأم الكاملة على ولدها تدفعها إلى إرضاعه دون انتظار إلى اتفاق أو قضاء ولا يتصور عند عدم الاتفاق أن تترك ولدها بلا إرضاع حتى يرفع الأمر إلى القضاء ليصدر الحكم بفرض أجر إرضاع لها، ولذلك لا يدل إقدامها على الإرضاع على أنها متبرعة^(١).

٥- المدة التى يستحق فيها أجر الإرضاع:

ذكرنا فى الكتاب الأول أن مدة الإرضاع نص عليها فى القرآن الكريم فى

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٤٧ - محمد أبو زهرة ص ٤٠٤ - وهذا الراجح وقال بعض الفقهاء أنها لا تستحق أجره من غير عقد كالأجنبية إن أرضعت.

قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ﴾، وأن الأحناف اختلفوا في تحديد مدة الإرضاع الموجبة للتحريم فقدرها صاحبان بسنتين وقدرها أبو حنيفة بسنتين ونصف، وهذا التقدير طبقاً للتقويم الهجري.

وهذا الخلاف ينحصر في مدة الإرضاع الموجبة للتحريم ولكنهم اتفقوا على أن مدة الإرضاع التي يستحق عنها الأجر سنتان هجريتان^(١)، وإن كان ذلك لا يمنع من حل الإرضاع بعد السنتين إذا لم يستغن الصغير عن الإرضاع إلى أن يستغنى بالطعام عن الإرضاع.

فإذا زادت مدة الإرضاع عن سنتين سقط حق المرضعة في أجر الإرضاع دون توقف على تراض أو قضاء.

فإذا دفع من تجب عليه نفقة الصغير أجر إرضاع بعد الحولين فإنه يعتبر دفعا لما لا يجب عليه ويستطيع استرداده إلا إذا استشفيت المحكمة من الظروف أن دفعه لهذا الأجر كان على اعتبار أنه زيادة في نفقة الصغير الذي كبر سنه وزادت حاجياته بعد تجاوزه سن الرضاع^(٢).

وقد قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ١٦ / ٢ / ١٩٨٨ في الدعوى رقم ٢٩٩ لسنة ٨٨٧ بأن:

«وحيث إنه من المقرر قانوناً أن الأب ملزم بنفقة أولاده بما فيها أجر إرضاعهم طالما هم في سن الرضاعة وهو العامان عملاً بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَكَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ ولما كان ذلك وكان الصغير أسامة قد بلغ العامين من عمره في ١ / ٨ / ٨٨٧ ومن ثم فإن المدعى عليها لا تستحق

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٠٠ - م ٧١ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٦٦.

أجر إرضاع عن الفترة التي تزيد على ١/٤/١٧ ٩٩ وتقضى المحكمة للمدعى بطلباته».

(أيضا الحكم الصادر بتاريخ 12/4/1988 فى الدعوى رقم 74 لسنة 1987)

٣٣- أجر الإرضاع غير قابل للزيادة:

أجر الإرضاع بعد فرضه غير قابل للزيادة، لأنه أجر نظير عمل وإن كان جزءا من نفقة الصغير، فمن استؤجر لعمل خاص فى مدة معينة بأجر محدد عليه أن يعمل ذلك أى إتمام المدة، ولا تأثير لزيادة يسار الملمزم بالأجر. فضلا عن أن رضا المرضعة بالأجر المتفق عليه أمانة على أنه حد المثل.

٣٤- سقوط أجر الإرضاع:

أجر الإرضاع وإن كان جزءا من نفقة الصغير، إلا أن حكمه كسائر الأجور فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، وعلى ذلك فلا يسقط بمضى شهر كباقي أنواع نفقة الصغير - على الرأى الذى يقول بسقوطها - ولا يسقط بموت الأب أو الأم المرضع أو الرضيع^(١).

٣٥- الإبراء من أجر الإرضاع:

يجوز للأم أن ترضع الطفل من بادئ الأمر متبرعة، وفى هذه الحالة لا تستحق أجرا عن الإرضاع.

ويجوز لها إبراء زوجها عن متجمد أجر الإرضاع المستحق لها فى جميع الأحوال، ولو كان الإبراء بغير مقابل.

أما بالنسبة لأجر الإرضاع الذى يستحق فى المستقبل - كالشأن فى أجر الحضانة - فلا يجوز الإبراء منه، لأنه لم يجب بعد وفى حكم المجهول والإبراء

(١) وهو غير الرأى الذى سارت عليه المحاكم كما سنرى فى نفقة الأقارب، والمستفاد أيضا من نص المادة (٨٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٥ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بالنسبة لنفقة الأولاد على الأب - ٢٧٣ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - كوم أمبو الشرعية بتاريخ ٢٩/١/١٩٤٤.

إسقاط لدين واجب الوفاء به فيكون الإبراء عنه إسقاطاً للدين قبل وجوبه فلا يجوز، وإذا حصل وقع باطلاً.

إلا أنه يستثنى من ذلك إبراء الزوج عن أجر الإرضاع المستقبل إذا كان نظير الطلاق، لأن الطلاق يكون في هذه الحالة إما طلاقاً على مال أو خلعاً، وهو إبراء بعوض هو تخليص المرأة من عقدة الزواج فكأنها استوفت الأجر باستيفاء بدله والاستيفاء قبل الوجوب جائز شرعاً^(١).

والإبراء من أجر الإرضاع - كالإبراء من أجر الحضانة - مقابل الطلاق مانع من طلب فرضه حتى لو عادت المطلقة إلى عصمة زوجها بعقد جديد. (أنظر إلى التفصيل بند ٩٧).

٣٦- الصلح على أجر الإرضاع:

لا يجوز الصلح على أجر الإرضاع أثناء الزوجية وعدة الطلاق الرجعي والبائن، لأن أجر الإرضاع لا يستحق على الزوج أو المطلق فيكون الصلح وارداً على معدوم.

أما إذا انقضت عدة الأم من والد الصغير أو كانت الحاضنة أجنبية عنه، كان لها أن تصالح والد الصغير على أجر الإرضاع بأن تأخذ عوضاً عنه، ويصح أن يكون بدل الإرضاع جزءاً من بدل الخلع^(٢).

وعلى هذا نصت المادة ٢٧٢ من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية بقولها: «حكم الصلح كالاستتجار فإذا صالحت أم الولد أباه عن أجره الرضاع على شيء فإن كان الصلح حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً فهو غير صحيح وإن كان في عدة البائن بوحدة أو ثلاث صح ووجب ما اصطلاحاً عليه).



(١) أبنوب الشرعية ١٢/٣ - ٩٩٢٢ - أسبوط الشرعية ٧/٣ / ٨٨٢٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٠٠.

موضوع رقم (٣)

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.

٣٧- تعريف الحضانة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما^(١) فى اللغة: ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب^(٢)، 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 وصيانتته، ولأن انتزاعه منها - وهى أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبورا - مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نذرا، أو ينظر إليه شزرا».

كما عرفت فى حكمها الصادر بتاريخ 2444/12/19 فى القضية رقم 119 لسنة 21 قضائية «دستورية» بأن:

(1) حاشية ابن عابدين ج ١ ص ٥٥٥.

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

يقال حضن الرجل الشيء أى اعتزله فجعله فى ناحية. (بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٠).

«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 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. 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».

٣٨- من له حق الحضانة؟

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

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

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

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

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

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

أما إذا بلغ المحضون سنا معيناً، فإن حضائته تنتقل إلى الرجال، لأن الصغير فى 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 فى ذلك بين الذكور والإناث أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام قبل هذه السن».

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

لذلك يجب في هذا المجال تقسيم فترة الحضانة إلى قسمين:

القسم الأول:

ويبدأ منذ ولادة الصغير أو الصغيرة حتى يبلغ خمس عشرة سنة ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة وذلك وفقا للقانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٥.

القسم الثانى:

ويبدأ من تاريخ بلوغ الصغير أو الصغيرة أقصى سن حضانة النساء، المشار إليه سلفا. 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 (٥٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢١ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥) ومن قبله بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - فجرت فى فقرتها الأخيرة على أن:

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

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

وتعرض فيما يلي لترتيب الاستحقاق في الحضانة للقسمين.

٣٩- (أولا) : لترتيب الحاضنات في القسم الأول:

- ١- الأم
- ٢- أم الأم وإن علت.
- ٣- أم الأب وإن علت^(١).
- ٤- الأخوات الشقيقات.
- ٥- الأخوات لأم.
- ٦- الأخوات لأب.
- ٧- بنت الأخت الشقيقة.
- ٨- بنت الأخت لأم.
- ٩- الخالات الشقيقات.
- ١٠- الخالات لأم.
- ١١- الخالات لأب.

(١) وترتبتا على ذلك قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية للأحوال الشخصية للولاية على النفس بتاريخ ٥٥ / ١٠ / ١٩٨٦ في الدعوى رقم ٩٠ لسنة ٨٨٦ كلى مستأنف بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الاستئناف فإنه طبقا لنص المادة .. من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ٨٨٥ أن الحق في الحضانة يثبت للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتي: 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 في أسبابه من أن الجدة لأم «المستأنف ضدها» هي صاحبة الحق في 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».

- ١٢- بنت الأخت لأب.
- ١٣- بنت الأخ الشقيق.
- ١٤- بنت الأخ لأم.
- ١٥- بنت الأخ لأب.
- ١٦- العمات الشقيقات.
- ١٧- العمات لأم.
- ١٨- العمات لأب.
- ١٩- خالات الأم الشقيقات.
- ٢٠- خالات الأم لأم.
- ٢١- خالات الأم لأب.
- ٢٢- خالات الأب الشقيقات.
- ٢٣- خالات الأب لأم.
- ٢٤- خالات الأب لأب.
- ٥٥- عمات الأم الشقيقات.
- ٢٦- عمات الأم لأم.
- ٢٧- عمات الأم لأب.
- ٢٨- عمات الأب الشقيقات.
- ٢٩- عمات الأب لأم.
- ٣٠- عمات الأب لأب.

ويلاحظ على هذا الترتيب للحاضنات ما يأتي:

- (١) أنه يطابق الترتيب المنصوص عليه في المذهب الحنفي والذي كان معمولاً به قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ المعدل للمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، ومن قبله القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.
- (٢) 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^(١).

(١) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

- ٣) تقديم الأقوى قرابة عند اتحاد القرابة والإدلاء بالأم، فقدمت الأخت الشقيقة على الأخت لأم، وقدمت العمة الشقيقة على العمة لأم.
- ٤) تقديم مرتبة الجدات على مرتبة الأخوات، لأن قرابة الجدة بطريق الولاده فهي أقوى من قرابة الأخوات وهي قرابة حواشى.
- ٥) أن الأخت - وإن كانت لأب - مقدمة على الخالة مطلقا، لأن الأخت هي بنت الأم أو بنت الأب فهي أولى من بنت الجد.
- ٦) أن تقديم الأخت من الأب على الخالة هو الراجح فى المذهب الحنفى.
- وفى المذهب رواية أخرى بأن الخالة هي التى تقدم على هذه الأخت، وقد قيل فى توجيه هذه الرواية أنه كانت لحمزة رضى الله عنه بنت فاختم فىها عليا بن أبى طالب وأخاه جعفر وزيد بن حارثة عند رسول الله عليه السلام يقوم على: هي بنت عمى ويقول جعفر هي بنت عمى وخالتها عندى ويقول زيد: هي بنت أخت حمزة الذى أخت بينى وبينه يا رسول الله، فقضى الرسول عليه السلام بها لخالتها وقال: «الخالة والدة»، فقالوا أن النبى عليه السلام سمي الخالة والدة، فتكون بمنزلة الأم وتقدم على الأخت من الأب.
- وسند الرأى الراجح أن الأخت أقرب إلى الصغيرة من الخالة فإنها بنت الأب والخالة بنت الجد وأن تقديم قرابة الأم على قرابة الأب يكون عند التساوى فى الدرجة وليست الأخت والخالة فى درجة واحدة حتى تقدم الخالة عليها باعتبارها قرينة الأم.
- أما عن حديث الرسول «الخالة والدة»، فإنه يقتضى تقديم الخالة حتى على الأخت الشقيقة والأخت من الأم ولم يقل بذلك أصحاب المذهب ولأن لفظ «الخالة والدة» لا يفهم إلا على ما يقتضيه موضوع الخصومة وما ورد فيها من دعاوى، وليس فى المتخاصمين أخت لأب فالمراد بهذا اللفظ أنها أحق بالبنت من ابني عمها وهما على وجعفر ابنا أبى طالب^(١).
- ٧- أن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما والعمة فرع الجدین أو أحدهما.

(١) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٥١ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى ٧٧٧ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«النص في الفقرة الخامسة من المادة .. من القانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على أنه «ويثبت 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 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)

٤- 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) العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الميراث مع مراعاة

تقديم الجد الصحيح على الإخوة:

ويكون ترتيب هؤلاء كالاتي:

- ١- الأب.
- ٢- الأخ الشقيق.
- ٣- الأخ لأب.
- ٤- ابن الأخ الشقيق.
- ٥- ابن الأخ لأب.
- ٦- العم الشقيق.
- ٧- العم لأب.
- ٨- عم الأب الشقيق.
- ٩- ابن العم الشقيق.
- ١٠- الجد لأب وإن علا.
- ١١- ابن العم لأب.
- ١٢- 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 تحرزا عن الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانتها لها أو ضمها له بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة.

فإن لم يكن للصغيرة من العصابات إلا ابن عم سقطت عنه الحضانة وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصابات، فإن لم يوجد أحد منهم سلمها القاضي لأمرأة ثقة أمينة. والذي يجرى عليه العمل في جمهورية مصر أن الصغيرة في هذه الحالة تسلم إلى دار من دور رعاية الأيتام⁽¹⁾.

(ب) محارم الصغير من الرجال غير العصابات:

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

- ١- الجد لأم.
- ٢- الأخ لأم.
- ٣- ابن الأخ لأم.
- ٤- العم (لأم)⁽²⁾.

(1) بدائع الصنائع ج٤ ص ٤٢ - شرح فتح القدير ج٤ ص ٢٧٠ - وقد جاء في 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 وهي مشتهة لأن الفتنة لا توجد حيث توجد على الصغيرة المشتهة، ويرد على ذلك بأنه إذا ثبت لابن العم حضانة البنت وهي غير مشتهة بقيت عنده حتى تشتهى فتقع الفتنة والحد بين المرحلتين مختلف باختلاف الحالات وليس يسيرا في كثير منها، فمن الأنسب أن يحسم الأمر من أصله فتمتنع حضانة ابن العم للبنت. «راجع حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٦٤ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢١١ وما بعدها».

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

٥- الخال الشقيق.

٦- الخال لأب.

٧- الخال لأم^(١).

= القرابة صحيحة في نص المادة (٠٠) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١١٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

(١) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٣/٧/ ١١١١ في القضية رقم ١٦٤ لسنة ١١ قضائية «دستورية» التي رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية ترتيب الحاضنات والحاضنين المنصوص عليه بالمادة (٠٠) برفضها ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٨٨ في ١٥/٧/ ١١١١ ونشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٣ يوليو سنة ١١١١م الموافق ١١ ربيع الأول سنة ١٤٠٠هـ.

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

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٦٤ لسنة ١١ قضائية «دستورية».

المقامة من

- السيد/ أحمد حسن أحمد حسانين.

ضد

=

1- السيد/ رئيس الجمهورية.

= ٢- السيد/ رئيس مجلس الوزراء.

٣- السيد/ رئيس اللجنة التشريعية بمجلس الشعب.

٤- السيد/ وزير العدل.

٥- السيدة/ فتحية إبراهيم محمد.

٦- السيدة/ ابتسام زكى السيد أحمد.

٧- السيدة/ إيمان زكى السيد أحمد.

٨- السيدة/ هنادى زكى السيد أحمد.

٩- السيد/ بكر حسن أحمد حسانين.

الإجراءات

بتاريخ التاسع عشر من أغسطس سنة ١٩٩٧، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طلبا للحكم بعدم دستورية نص الفقرتين الأولى والخامسة من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم بعدم قبول الطعن بالنسبة إلى الفقرة الأولى من المادة ٠٠ المشار إليها ورفض الدعوى فيما عدا ذلك.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع- على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد كل من المدعى والمدعى عليه التاسع الدعوى رقم ٤ ٨٨٧ لسنة ١٩٩٦ أحوال شخصية «نفس» شبرا، ابتغاء القضاء بإلزامهما بتسليمها ابن ابنتها الصغير المشمول بحضانتها باعتباره ابن أخيها المتوفى وأثناء نظر تلك الدعوى دفع المدعى بعدم دستورية نص المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ 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 (٥٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٩- المشار إليها- فأصدرت بجلستها المعقودة في الخامس عشر من مايو سنة ١٩٩٢ حكمها في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية هذا النص. وقد نشر ذلك الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ١/٥/ ١٩٩٢. إذ كان ذلك، وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيا من أى جهة كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لذلك النص- وهى عينية بطبيعتها- تكون قد انحسرت وتغدو الدعوى- فى هذا الشق منها- غير مقبولة.

وحيث إن نطاق الدعوى- بهذه المثابة- أصبح منحصرا فى الفقرة الخامسة من المادة (٥٠) التى تنص على أن :

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

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

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

وحيث إن قضاء هذه المحكمة، قد اطرده على أن حكم المادة الثانية من الدستور- بعد تعديلها فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠- يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل؛ وأن مؤداه ألا تتناقض تشريعاتها- ومن بينها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- مبادئ الشريعة الإسلامية التى لا يجوز الاجتهاد فيها، والتى تمثل ثوابتها- مصدرا وتأويلا- إذ هى عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها، أو بهما معا، إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيميا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعا؛ ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، ومن ثم تتحصر دائرة الاجتهاد فيها على أن يكون هذا الاجتهاد واقعا دوما فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة، متحريرا منهاج 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 ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى فى يد الحاضنة- سواء قبل بلوغهما سن العاشرة أو =

= الثانية عشرة أو بعدها- لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما، فإن عليه مراعاة أحوالهما، وتدبير أمورهما، وولايته عليهما كاملة؛ وإنما يد 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: أولاها: ولاية التربية؛ ثانيها: 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 شؤنه 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 توجيئه، وأقدر على صيانتة، ولأن انتزاعه منها- وهى أشفق عليه وأوفر صبرا- 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 العقلية والعقلية- مفتوحا، فلا يصد اجتهاد «اجتهادا أو يكتسب عصمة من دونه؛ ولا يقابل اجتهاد على سعيد 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 حضانتة 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 =

٤١- 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.

والمنصوص 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^(١) لأنه يكون أكثر تجربة من غيره.

٤٢- ثانيا ترتيب الحاضنين في القسم الثاني :

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

(راجع في التفصيل بند ٤٠/أ)

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

(راجع في الترتيب بند ٤٠/ب)

= ثم أم الأم وإن علت بشرط أن تكون وارثة ثم بعدهن الأب ثم أمه ثم 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

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٠٠.

٤٣- 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^(١).

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:

٤٤- الشرط الأول، أن يكون بالغاً:

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

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

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين 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.

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

(١) الفوائد السنية فى شرح النظم المسمى بالفرائد السنية للكواكبى ج ٢ طبعة أولى ص ٤٥١ -

نقض طعن رقم ١ لسنة ١٩٩٠ «أحوال شخصية» جلسة ١٦/٢/ ١٩٩٢ «غير منشور».

٤٥- الشرط الثاني: أن يكون عاقلاً:

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

ويستوى في الجنون أن يكون مطبقاً أو منقطعاً، ولو كان الجنون المنقطع 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 نادراً أو قصيراً - ويتأتى أن يكون الجنون من النوع الخطر فيضر بالولد، والحضانة مناطها صالحه، فيجب أن تتحرى فيها مظان هذا الصالح، وأن يبتعد به عن كل مظنة ضرر^(١).

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

فإذا كان الحاضن طاعناً في السن أو مقعداً أو مشلولاً أو مريضاً مرضاً يشغله بنفسه عن غيره فلا يصلح لحضانة الصغير^(٢).

وفى هذا قضت محكمة بندر المنيا للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ٢٧/٦/١٨٨٨ فى الدعوى رقم ١٥٥ لسنة ١٨٨٧ بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الدعوى ولما كان المقصود بالحضانة أنها تربية من لا يستقل بأموره مما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيراً مجنوناً أو معتوهاً

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥٢٥ - وقد جاء به أنه جاء فى نهاية المحتاج أن الجنون إن كان منقطعاً، لكنه قليل، كيوم فى سنة فإنه يتجه ثبوت الحضانة فى هذا اليوم. وفى التاج أن المنقطع مانع بحيث يخاف على الولد حين نزوله، مما يشعر بأنه لو لم يكن يخاف على الولد من الحاضن حتى نزوله فإن الحضانة تبقى له رغم جنونه المنقطع.

(٢) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«أطلعنا على السؤال ونفيد أنه إذا كان الحال كما ذكر به لم يكن لأم أم 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 1442)

والأصل في الحضانة القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه وملبسه ومراقبته 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 ١٩٧٥ ص ٤٨٠ وما بعدها - مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، المستشار أحمد نصر الجندي الطبعة الثالثة ٨٨٦ ص ٧١٤ - ٧١٥ مبدأ ١٣» ولما كان ذلك وكان الثابت من إقرار المدعى عليها المؤرخ ١٩٨٧/٦/٠٠ الموثق بالشهر العقاري أنها في سن متقدمة وقد أدركتها الشيخوخة ولا تستطيع القيام على شئون نفسها لمرضها وامرأة هذه حالتها لا يقال أنها قادرة على القيام بشئون غيرها وفي وسعها تربية الصغيرة وتعهدها والمحافظة عليها ومن ثم لا تكون أهلا للحضانة ويتعين على المحكمة أن تقضى برفض الدعوى».

وإذا كان الحاضن ممن يكثر خروجه من المنزل في النهار أو الليل بما يفوت على الصغير مصلحته في حضانة الحاضن له، ولو كان خروجه لغير معصية كما لو كان محترفا كالمدرس أو المدرسة والطبيب أو الطيبة، فإنه لا يكون قادرا على الحضانة^(١)، 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^(٢).

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين ج ١ ص ٥٥٧ «قوله بأن تخرج كل وقت .. إلخ المراد كثرة الخروج، لأن المدار على ترك الولد ضائعا والولد في حكم الأمانة عندها ومضيع الأمانة لا يستأمن ولا يلزم أن يكون خروجها لمعصية حتى يستغنى عنه بما قبله فإنه قد يكون لغيرها، كما لو كانت قابلة أو غاسلة أو بلانة أو نحو ذلك».

(٢) المستشار صلاح الدين زغو ص ٥٠٦ وما بعدها.

وترتيباً على ذلك قضى بأن :

١- «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 فقهاً 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 1464/5/28 - الدعوى رقم 212 لسنة 1464 كلى

مستأنف)

٢- «المدار في الحضانة هو نفع الصغير ورعاية مصالحه فكما 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).

٣- «.... 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 1886 كلى

مستأنف)

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

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

والملاحظ أن عناية الله تجعل بعض من يصابون بالعمى أكثر حذقا ونشاطا من غيرهم ممن ينعم بالبصر^(١).

وبالترتيب على ذلك قضى بأن:

١- «القدرة على الحضانة مناطها أن تكون فى حالة تستطيع معها أن تقوم على رعاية الصغير وحضائته 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)

٢- «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 - والكيفة أهل للحضانة إن أمكنها حفظ المحضونة - ابن عابدين - رد المحتار على الدر المختار ج ٢ باب الحضانة».

(الإسكندرية الابتدائية بتاريخ 1964/10/27 - الدعوى رقم 696 لسنة 1964)

كلى مستأنف

(١) فقد جاء بالأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١٤ فى أحكام الأعمى: «هو كالبصير إلا فى مسائل... وأما حضائته 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 حضائتها لابنها المشار إليه مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه، لأن المدار فى حق الحضانة على مصلحة الصغير وحده، فتمت وجدت مصلحته وجد معها حق الحضانة فإذا فرض أن فقدان هذه الأم لبصرها يحول دون رعايتها مصلحة ابنها والمحافظة عليه لم تكن أهلا لحضائته، وانتقل هذا الحق لمن يليها فيه شرعا وهى الجدة لأم، لأنها مقدمة على الجدة لأب. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله أعلم».

٤٧- 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 وتركته منزلهما وتركته 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 فيشرب مستمرنا الرذيلة دارجا عليها^(١).

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 ٣٨/٣ / ١٨٨٨ 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 في ذلك ما جاء بأسباب الحكم رقم ٢٣٩ / ١٨٨٤ من أن المدعى عليها سيئة السمعة لأنها سمحت لأجنبي بدخول منزلها اعتمادا على أقوال شاهدي المدعى اللذين قرر أحدهما أن المدعى عليها حسنة السمعة ثم عاد وقرر أنها سيئة السمعة ولما كان المقرر أن الأصل في 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 في حضانتها لمصلحة

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٥٧. «والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهي أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية» - راجع أيضا المستشار صلاح زغو ص ٨٠٠.

المحضون ويشترط في الفسق الذى يمنع حق الحضانة أن يترتب عليه ضياع الصغير وقد نص الحنفية على أن الفاجرة التى اشتهر فسقها لا تصلح للحضانة وقد عرف الفقهاء الفاجرة بأنها التى 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 ٨٨٧ ص ٢٨٠، أحكام الأسرة فى الإسلام - محمد سلام مذكور ٩١٧ ص ٤٨٣» ولما كان ذلك وقد عجز المدعى عن إثبات أن المدعى عليها من محترفات البغاء أو الفسق أو الفجور وأن مجرد دخول شخص منزلها فى وقت ما لا يجعل منها عاهرا ويسقط حضانتها للصغار ومن ثم تكون الدعوى على غير أساس من القانون جدير بالمحكمة أن ترفضها»^(١).

واحتراف والد الصغير التمثيل والرقص مسقط لحقها فى الحضانة، لأنهما أى التمثيل والرقص، يخالفان تعاليم الدين الإسلامى السامية، وآدابه الحكيمة العالية^(٢) ولأن ضم الصغيرة إلى أمها الراقصة يطبع صورا غير لائقة فى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن:

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

(طعن رقم 27070 لسنة 79 ق «أحوال شخصية» جلسة 2011/2/8)

(2) مستأنف كلى مصر بتاريخ ١٩/١/١٩٤٩.

ذاكرتها، لأن التمييز نوعان: تمييز يدرك فيه الصغير الأشياء، ويفهم عليها وأسبابها، وهذا في السابعة فما فوقها، وتميز ينطبع في ذاكرة الصغير فيه المرئيات ويتعلم عن هذا السبيل^(١).

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

وليس تدين الحاضن شرطاً لاستحقاق الحضانة، فإن غير المتدين أهل في الجملة للحضانة^(٢).

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 في 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 وصيانتهم.

وعلى ذلك فالأب المعسر والذي لا صناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس لإحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسداً غير مأمون على ابنه الصغير^(٣). وكذلك إذا سلك الأب طريق الأشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطرق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم ويسقط حقه في ضمهم إليه^(٤).

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

(١) القاهرة الابتدائية الشرعية في ١١ / ١١٤٩.

(٢) الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٠٧.

(٣) الإسكندرية الشرعية بتاريخ ٢١ / ٥ / ١٩٢٣.

(٤) المنيا الابتدائية بتاريخ ١١ / ٥ / ١٩٥٤.

كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم إلا أنه مقيد فى ذلك بمصلحتهم وحالته وما جرى عليه العرف^(١).

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^(٢).

ولا يقدر 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

١٩٣٢ / ٢ / ٢٨ 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.

(١) عابدين الجزئية الشرعية فى ١٠ / ٢٦ / ١٩٣٥.

(٢) الخليفة الشرعية فى ١٤ / ١١ / ١١٣١.

وقضت محكمة الخليفة بتاريخ ١٣/٥/ ١٩٤٠ 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»^(١).

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^(٢).

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:

٤٨ - 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 تحققه 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.

(١) راجع المستشار صلاح الدين زغو ص ٥١٥ وما بعدها.

(٢) سوهاج الشرعية في ٢٩/٤/ ١٩٤١.

وسند ذلك حديث الرسول: «أنت أحق به ما لم تنكحى» 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^(١).

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

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

(١) راجع في هذا: شرح فتح القدير ج ٤ ص ٣٦٨ - بدائع الصنائع ج ٤ ص ٤٢ - حاشية

ابن عابدين ج ٢ ص ٥٦٥ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥٥٧ وما بعدها.

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

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

(1) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٦٥ - ونورد فيما يلي نص العبارات التي أوردها: «قلت: الأصوب التفصيل، وهي أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت في عيال ذلك الأجنبي أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها

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

(2) فقد قضى بأن:

١- «إذا كانت البنات المحكوم بضمها في الرابعة من عمرها ولا يوجد لها حاضنة من النساء سوى أمها المتزوجة بأجنبي فإن الضرر المتوقع بها من وجودها مع والدتها أخف وأقل بكثير من الضرر الذي يصيبها من وجودها في بيت أبيها المتزوج الذي سيعهد بها إلى زوجته بحكم انشغاله بعمله طول النهار - ذلك لأن حق الأم في الحضانة وإن سقط بزواجها بالأجنبي فقد يتعين للحضانة في بعض الحالات (ابن عابدين ج ٢ صفحة ٦٢٢)».

(الإسكندرية الابتدائية بتاريخ 1858/2/17 - الدعوى رقم 515 لسنة 1957 مستأنف)

٢- «إنه وإن كان من المسلم أن تزوج الأم بأجنبي عن الصغير مسقطاً لحضانتها لأن زوج الأم من شأنه أن يعطى الصغير نذراً وينظر إليه شزراً، إلا أن القاضي يجب أن ينظر في خصوص الوقائع ويحقق في كل حالة مصلحة المحضون لأن مدار الحضانة على نفع المحضون: وقد تكون مصلحته في حالات أن يبقى مع أمه ولا يسلم إلى عاصبه إذا كان بهذا العاصب ما يدعو إلى ذلك، لأن الضرر الأخف يتحمل في سبيل دفع الضرر الأشد، وهذه قاعدة في الأصول مسلمة. وفي هذا المعنى السابق يقول ابن عابدين في حاشيته (جزء ٣ ص ٨٠ طبعة سنة ١٢٢٤هـ): «الأصوب التفصيل، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق لأن الأجنبي لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف=

فى حكمها الصادر بتاريخ 1885/3/19 فى الطعن رقم 75 لسنة 53 قى -
أحوال شخصية - وقد جاء به أن:

«خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط من شروط صلاحيتها للحضانة
يخضع لتقدير القاضى فله أن يبقى الصغير فى يدها إذا اقتضت مصلحته ذلك
اتقاء لأشد الأضرار بالاكتفاء بأخفها».

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

٤٩- الشرط الثانى : ألا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له :

يشترط فى الحاضنة ألا تقيم بالمحضون مع من يبغضه، لأن الحضانة
مشروعة لمصلحة الصغير وسكانها عند من يبغضه ولو كان قريبا له يعرضه

= 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، فقد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقا 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 الأجنبى، وقد يكون له أولاد يخشى على البنات منهم
الفتنة لسكانها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزع من أمه،
لأن مدار الحضانة على نفع الولد».

(المنيا الابتدائية - الدعوى رقم 34 لسنة 1858 - جلسة 1858/6/22)

(1) وفى هذه أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1955/2/21 فى الطلب رقم 39 لسنة
1955 بأن:

«المنصوص عليه فقها أن البنات إذا تجاوزت أقصى سن الحضانة .. وجب شرعا 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 حوالى العشرين عاما، ووالدها
على قيد الحياة، وهى تقيم معه بالمنزل فيسقط حق حضانة النساء عنها، لا يحق لواحدة
من النساء ضمها إليها، ويكون الحق فى ضمها حينئذ لوالدها شرعا، بل يجبر الوالد على
الضم إذا تعين، وزواج الأب من غير أمها لا يسقط حقه فى هذا الضم، وإذا ضمت
البنات إلى والدها وكانت تقيم معه ويقوم بالإئناق عليها فعلا فلا مقتضى لأن تطلب الحكم
لها بنفقة عليه إذ إنها تقيم معه ويقوم بالإئناق عليها فعلا».

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^(١).

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.

... - 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 1838/5/25 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

(١) فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٦٥:

(سئل) فى حاضنة لولديها تزوجت بأجنبى ولها أم تريد أمها تربية الولدين فى بيت الرب زوج أم الولدين وأبوها لا يرضى بذلك فهل له منعها من ذلك: (الجواب) نعم لأن الرب وهو زوج أمهما أجنبى عنهما ينظر إليهما شزرا ويعطيها 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».

٥١- الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة:

يشترط في الحاضنة ألا تكون مرتدة^(١)، 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 إمساكها 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 التفرغ 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 دينا 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^(٢).

(أنظر تفصيلاً آخر في البند التالي).

٥٢- 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^(٣).

(١) رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٥٦٥.

(٢) فتوى صادرة بتاريخ ٦ يناير سنة ١٤١١ - وقارن فتوى أخرى صادرة بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ١٩٦٧ 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».

(٣) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٩٨٨.

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 تعوده 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 المرنديات والمسموعات انتقاشاً كاملاً فى سن مبكرة قبل بلوغ السن التى يعقل فيها الأديان⁽¹⁾.

(1) فقد جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٦١ «سئل فيما إذا أسلم يهودى ثم مات عن زوجة يهودية وبنيتين منها عمر أكبرهما ست سنين وعن أب يهودى موسر ولم يترك الميت شيئاً فهل تكون حضانة بنتيهما لها حيث لم يعقلا ديناً ولا يخاف أن يألفا الكفر وتكون نفقتهما على جدهما. (الجواب) نعم حيث الحال ما ذكر والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ما لم يعقل ديناً 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 1838م 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 وعبادات غير المسلمين فإن بلغ سنه سبع سنوات أو خشى عليه ما ذكر لم يكن للحاضنة غير المسلمة حق فى حضانته 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 1955/5/23 بناء على استفسار جريدة الطلبة العرب

بالاتحاد الاشتراكي العربى بكتابها رقم 236 المؤرخ 1955/5/15)

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:

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

إذا كان الحاضن من العصابات، 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 العصابات فإذا لم يكن للأنثى حاضنا منهم سلمت لامرأة ثقة أمينة، وجرى العمل في جمهورية مصر على تسليمها في هذه الحالة إلى دار من دور رعاية الأيتام والسبب في ذلك هو التحرز من الفتنة لأن القرابة غير المحرمة يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمه لها بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة. (راجع في التفصيل بند ٥٠).

٥٤- 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 يوافقه في الدين، ولو كان غير مسلم^(١).

(١) وقد أفقت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١/٨/ ١٤١٦ 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 غيرها 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 الغير 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 إجابهته إلى طلب الضم⁽¹⁾.

00- 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 15/3/1888 في الدعوى رقم 75 لسنة 1887 بأن:

(1) محكمة الأزبكية الجزئية الشرعية بتاريخ 5/1/ 1140.

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٦٦ - وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1444/4/6 بأن:

«نفيد أنه قد جاء في الدر من باب الحضانة من الجزء الثاني نقلا عن البحر «وإذا أسقطت الأم حقها صارت كميته أو متزوجة فتنتقل للجدة» وعلق على ذلك ابن عابدين في رد المحتار بما نصه. أي تنتقل الحضانة لمن يلي الأم في الاستحقاق كالجدة إن كانت وإلا فلمن يليها فيما يظهر واستظهر الرحمتي أن هذا الإسقاط يدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل - انتهى - أي فهو كإسقاطها القسم لضررتها فلا يرد أن الساقط لا يعود لأن العائد غير الساقط بخلاف إسقاط حق الشفعة. ثم رأيت بخط بعض العلماء عن المفتي أبي السعود مسألة في رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها في الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ الجواب نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين في الحضانة للصغير ولئن أسقطت الزوجة حقها في تقدر على إسقاط حقه أبدا» انتهى من رد المحتار. هذا ولا فرق بين الجدة والأم في هذا الإسقاط فكما للأم بعد الإسقاط أن ترجع كذلك الجدة 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 العصابات 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 الذي كان يحول دون حقها في حضانة صغيرها وأنها الآن خالية من الزوج الأجنبي عن الصغير ومن ثم فإن حقها في حضانتها لابنها يعود إليها طالما كان الصغير في السن القانوني للحضانة».

كما قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2999/6 في الاستئناف رقم 5571 لسنة 125 ق بأن⁽¹⁾:

«وحيث إنه عن الموضوع فقد نصت المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ 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 في 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 ١١/٧/٠٠٧ من المدعو عاطف عبد الفتاح بيومي

(1) الموسوعة الماسية ص ٤٥٤.

وطلقت منه بتاريخ ٨/٢٢ / ١٤٠٠... طبقاً لصورة إشهاد الطلاق طلقة ثالثة بآئنة بينونة كبرى ومن ثم يكون للمستأنفة الحق في حضانة نجلتها الصغيرة تقى لعدم بلوغها أقصى سن حضانة النساء مع استمرارها في شغل مسكن الحضانة التي 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 وتأيبده 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.

٥٦- 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 شبين 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».

٥٧- الحضانة حق للحاضن والمحضون :

الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، 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 والتتقيف، وأخذ الغلام بأخلاق الرجال، وحفظ البنات 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 قويمية وأن يشب المحضون على الجادة، وأن يبتعد عما هو شائن، وأن يسير في الطريق السوي. وهذان الحقان متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصارا إلى التوفيق، وإن تعارضا قدم حق الصغير، لأن حق الصغير أقوى الحقين لأن مدار الحضانة نفع المحضون^(١).

وترتيباً على ذلك قضت محكمة قويسنا الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١/٦ / ١٨٨٨ في الدعوى رقم ٢٢ لسنة ١٨٨٨ 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 حضانته ومدار الحضانة على نفع المحضون».

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

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

يترتب على كون الحاضنة صاحبة حق في الحضانة، أنه لا يجوز لحاضنة أبعد في ترتيب المستحقات للحضانة أخذ الصغير من حاضنته، وكذا لا يجوز للأب أو العاصب في حالة عدم وجود الأب أخذ الصغير منها في فترة حضانتها له.

ولا يجوز أيضاً لعاصب أبعد في الترتيب ضم المحضون طالما وجد عاصب أقرب تتوافر فيه أهلية الضم.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٥٩ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩٩ وما بعدها -

الأستاذ عمر عبد الله ص ٦٦٦.

٥٩- 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^(١).

وعلى هذا نصت المادة (٣٨٧) من كتاب الأحكام الشرعية في 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 أجنبي».

٦٠- يجوز للحاضنة الرجوع في 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 في الحضانة للصغير ولئن أسقطت الحاضنة حقها فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبدا^(٢).

(١) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير ج ٣ ص ٣٦٨.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص ٥٦٥- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٥٨ وقد جاء بها: (سئل) في حاضنة لصغار أسقطت حقها من الحضانة وتريد الآن أخذ الصغار وتربيتهم وهي أهل لذلك فهل لها ذلك. (الجواب) نعم قال في التنوير ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيها أى في الحضانة لها وفي شرحه وهذا الحكم مصرح به في عامة الشروح والفتاوى. وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية» جلسة 1993/5/15.

فقد ذهبت إلى أن:

«.... ولولى الأمر بالتالى 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 النفسى ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التى لا تجوز المجادلة=

٦١- 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. وهى وإن ملكت إبطال حقها فلا تملك إبطال حق الصغير^(١).
وسنشير عند دراسة الخلع فى الكتاب الرابع إلى أن المادة ٠٠ من القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ نصت على أنه لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار.

٦٢- الصلح على الحضانة:

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

٦٣- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤ وبنود ٢٩ وما بعده).

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

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 17/4/1020 بأن:

«.... ومن هذا يعلم أن إسقاط الزوجة المذكورة حقها فى حضانة الإبن المذكور وتسليمها له فى ذلك الوقت أى وقت الصلح لا يمنع من رجوعها فى 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 فى أن لها ذلك لأن الحضانة تثبت شيئاً فشيئاً فيصح الإسقاط فى الكائن لا فى المستقبل لأنها لا تقدر على إسقاطها على الدوام مراعاة لأقوى الحقين فى الحضانة وهو حق الولد وبذلك يعلم أن الحكم الصادر من المحكمة فيما أسقطه من حق الحضانة إنما هو فى 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 فى الحق المتجدد والذي لم يدخل تحت الحكم وهذا إذا كان الولد لا يزال فى سن الحضانة».

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٥٤.

٦٤- الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير واجبة النفاذ بقوة

القانون وبلا كفالة:

تنص المادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ على أن: «الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما في 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 في الحكم أو الأمر الصادر بالتسليم على شموله بالنفاذ المعجل بلا كفالة. (أنظر في التفصيل البند التالي).

٦٥- تنفيذ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير جبراً:

نصت المادة ٦٦ من القانون (١) لسنة ١٩٥٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن «يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً ويتبع في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات. ويراعى في جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق ما يأمر به قاضى التنفيذ.

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك». وجاء لفظ (وتسليمه) عاماً، ومن ثم فهو يشمل تسليم الصغير إلى والدته أو إلى أى حاضنة أخرى.

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

ومفاد الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦ أنه يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً أى ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة ودخول المنازل.

ويتبع في تنفيذ هذه الأحكام ما ينص عليه القانون من إجراءات.

وتتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق الأوامر التي يصدرها قاضى التنفيذ⁽¹⁾

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⁽²⁾.

٦٦- إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير؛

نصت المادة ٦٦ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى 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 ١/٢/٥٠٠ قرار وزير العدل رقم (٨٠٨٧) لسنة ١٩٥٥ 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.

(1) وكانت المادة ٢٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تنص على أن «تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ (حل محله قاضى التنفيذ) - (ويراعى ما أوردناه بالكتاب الأول بشأن التعديل الذى طرأ على كيفية تنفيذ أحكام الطاعة).

(2) وعلى هذا كانت تنص المادة ٢٤٦ 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.

وقد نصت المادة الثانية منه على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكنه 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 الأخصائي 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 ٦٦ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٥.....

وما ذكرته المادة الثالثة من القرار الوزارى منصوص عليه بالفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٦٦ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥، ومن ثم لم يكن لهذه المادة ثمة مقتضى.

(القرار منشور فى ملحق التشريعات بنهاية الكتاب).

٦٧- سلطة النيابة العامة فى تسليم الصغير مؤقتا :

النص القانونى :

المادة ٧٠ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥ :

«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 الطفل 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».

٦٨- متى تجرى النيابة العامة التحقيق فى منازعات الحضانة؟

تتدخل النيابة العامة بالتحقيق فى منازعات الحضانة فى حالتين:

الحالة الأولى :

أن تعرض عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى 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 للنياية 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.

٦٩- إجراء النياية العامة التحقيق:

تجرى النياية العامة التحقيق في منازعة الحضانة بنفسها لأن المادة جرت على أن: «.... أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب.....الخ». ويجوز لأى عضو نياية إجراء التحقيق دون التقيد بدرجة معينة، لأن المادة اشترطت فقط صدور القرار فى المنازعة من رئيس نياية على الأقل، ولم تشترط ذلك فيمن يجرى التحقيق.

٧٠- إصدار القرار بتسليم الصغير:

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

ويجب أن يصدر القرار من رئيس نياية على الأقل، تقديراً لأهمية النزاع والقرار الذى يصدر بشأنه.

ويجب أن يكون القرار مسبباً، ويكفى تسببيه تسبباً موجزاً يظهر فيه وجه المصلحة فى تسليم الصغير إلى من صدر القرار بتسليمه إليه.

ويكون هذا القرار واجب التنفيذ فوراً إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة في موضوع حضانة الصغير^(١).

(١) قد أصدر السيد النائب العام بصدد المادة (٧٠) الكتاب الدوري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠ ننشره فيما يلي:

كتاب دوري رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

مكتب النائب العام - مدير التفتيش القضائي

صدر قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وبدأ العمل به اعتباراً من أول مارس سنة ٢٠٠٠، وقد نصت المادة ٧٠ منه على أنه «يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة النساء، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قراراً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها

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

وفى ضوء ما تضمنته تلك المادة من أحكام ندعو السادة أعضاء النيابة إلى إتباع ما يلي: أولاً: يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير في سن حضانة، أو طلبت حضانته مؤقتاً من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر في المنازعة قراراً وقتياً بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها وذلك إلى أن تجرى التحقيق المناسب في هذا الشأن، وعلى أن يراعى عند إصدار القرار الأحكام الواردة بنص المادة (٧٠) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ 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.

موضوع رقم (٤)

مدة الحضانة

٧١- (أ) مدة الحضانة فى المذهب الحنفى :

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.

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

رابعا: يكون قرار المحامى العام فى منازعة الحضانة واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع الحضانة، ويجرى تنفيذ القرار بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة وفقا لما نص عليه القانون.

خامسا: ينشأ بكل نيابة جزئية وبكل نيابة متخصصة للأحوال الشخصية دفتر يخصص لقيود منازعات حضانة الصغار، يجرى القيد به بأرقام سلسلة تبدأ فى أول العام الميلادى وتنتهى 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 فى ١٣/٥/٢٠٠٠

النائب العام المستشار

(ماهر عبد الواحد)

وقدر الخصاف هذه السن بسبع وأساس هذا التقدير أن بلوغه هذه السن يغلب أن يشرب ويأكل ويستتجى وحده بدليل ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا»، والأمر بالصلاة في 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^(١).

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^(٢).

فإذا بلغ الغلام سن السابعة وبلغت البنت سن التاسعة فإنهما يسلمان إلى أبيهما أو أقرب عاصب لهما على حسب ترتيبهم فى الإرث، لتبدأ المرحلة الثانية من الحضانة التى يطلق عليها (الضم)^(٣). لأن الصغير فى 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.

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

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ١١١ وما بعدها - ابن عابدين ج ٢ ص ٥٦١.

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

وهذا الرأي الراجح فى المذهب الحنفى هو الذى كان معمولاً به فى مصر قبل العمل بالمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩

٧٢- (ب) مدة الحضانة فى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة (٥٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ - 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»^(١).

(١) وقد طعن أمام المحكمة العليا بعدم دستورية هذه المادة وقضت المحكمة العليا برفض الدعوى (الدعوى رقم ١٠ لسنة ٥ قضائية عليا (دستورية) - جلسة ٣/٧/ ١٩٧٦). وننشر فيما يلى الحكم بأسبابه كاملة:

الوقائع

أقام المدعى عليه الثانى الدعوى الجزئية رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧١ 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 ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ 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 ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

وقد استأنفت المدعية هذا الحكم طالبة القضاء بإلغائه موضوعاً والحكم برفض الدعوى، ودفعت أمام المحكمة الاستئنافية بعدم دستورية المادة ٢٨٠ من اللائحة سالفة الذكر والمادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه، فقررت هذه المحكمة بجلسته ١٧ من أبريل سنة ١٩٧٤ تأجيل نظر الاستئناف لجلسة ٥ من يونيه سنة ١٩٧٤ حتى تقيم المدعية الدعوى بعدم دستورية هاتين المادتين أمام المحكمة العليا.

وبصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ ٢٥ من مايو سنة ١٩٧٤ أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم بعدم دستورية المادتين سالفتي الذكر لمخالفتها المادة الثانية من الدستور التى تنص على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع» =

= والفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التي تنص على أن «الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين»....

وقد أودعت الحكومة مذكرة بجلسة 27 من مارس سنة 1975 تحضير دفعت فيها - أصليا - بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لانعدام مصلحة المدعية 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 المصروفات ومصادرة الكفالة. وقد نظرت الدعوى بجلسة 3 من أبريل سنة 1976 حيث أجلت لجلسة أول مايو سنة 1976 ثم لجلسة 5 من يونيو سنة 1976 ثم أرجئ النطق لجلسة اليوم وفيها صدر الحكم الآتي:

الحكمة

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 200 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 التي لم يشرع لها مثل هذه القواعد، فأوجب الفصل في الأولى وفقا لما شرع من قواعد، وأوجب الفصل في الثانية وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، ولما كان الشارع قد شرع للمنازعات المتعلقة بضم الصغير إلى عاصبه قاعدة خاصة ضمنها نص المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، فإن هذه القاعدة دون سواها تكون هي الواجبة التطبيق فيما ثار بين المدعية وبين المدعى عليه الثاني في الدعوى الموضوعية حول ضم الطفلين، ومن ثم تنتفي مصلحة المدعية في الطعن في المادة ٠٨٠ من اللائحة سالفة الذكر فيما نصت عليه من وجوب الفصل في المنازعات التي لم يرد في شأنها قواعد خاصة طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

= ومن حيث إن هذا الدفع غير سديد ذلك أن المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ 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 ٨٠ 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 ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ من أحكام الحضانة كمقومات الحضانة وشرائطها 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 ٨٠ من اللائحة المذكورة تكون قائمة ومن ثم يكون الدفع غير قائم على أساس متعينا رفضه.

عن الموضوع:

أولا- بالنسبة إلى الطعن فى المادة 200 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 ٨٠ 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 الحنفي.

ومن حيث إنه بالنسبة إلى ما تنعاه المدعية - في الوجه الأول من أوجه الطعن في المادة ٨٠ 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 رئيسي للتشريع - فهي تستهدف توجيه الشارع إلى استلزام قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أما تخيير المشرع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال في مذهب من المذاهب وإلزام القضاء التقيد به - فهو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره، وليس صحيحاً ما تقوله المدعية من أن ولي الأمر لا يملك تقييد 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 ولي 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 ٢٧ من مايو سنة ١٩١٧ مشتملاً على اللائحة الأولى لترتيب المحاكم الشرعية متضمنة تقنيناً تشريعياً لبعض الأحكام الشرعية، وقد نص فى المادة ٨٠ 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 ٥٥ لسنة ١٩١٠ فى شأن النفقة والمفقود والتفريق بالغيب، والمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢١ فى شأن الطلاق والشقاق بين الزوجين والتطبيق 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 ٧٨ لسنة ١١٢١ التى تتضمن تقنيناً تشريعياً لبعض أحكام الأحوال الشخصية أخصها ما يتعلق بسماع الدعوى عند الإنكار (المادتان ٨٨ و ٩١)، وبالأدلة الخطية (المادة ١٢٧)، وبالشهادة (المادتان ٩٩٩، ١١١) وقد نصت المادة ٨٠ 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 ٧٧ لسنة ١٩٤٢ فى شأن المواريث، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى شأن الوصية، والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٢٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ثم أبقي الشارع على نص المادة ٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فلم يتناوله بالإلغاء ضمن ما ألغاه من نصوصها بالقانون رقم ٤٢٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية - وعلى مقتضى ذلك كله يتعين رفض هذا الوجه من أوجه الطعن.

ومن حيث إن ما تتعاه المدعية - فى الوجه الثانى من أوجه طعنها فى المادة ٨٠ من اللائحة المذكورة وحاصله «إن إلزام القضاء التقيد بمذهب دون سواه من مذاهب الشريعة الغراء من شأنه إغلاق باب الاجتهاد» - مردود بأنه فضلا 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 - وفقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - تكون قد تركت للقاضى باب الاجتهاد مفتوحا لاستظهار أرجح هذه الأقوال، وليس من شأن هذه المادة منع الشارع من أن يستلهم من المذاهب الأربعة ومن غيرها من المذاهب الأخرى - ما يراه ملائما لزمانه وبيئته، ولم يغيب هذا المعنى عن الشارع، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ 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 مخرجا 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 ٨٠ 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 تهيم على تنظيم الأسرة مبادئ الشريعة الإسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول لا أن يهيم على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى - هذا القول مردود بأن ذلك النص الدستورى إنما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع، فهو يتضمن توجيه الأسرة إلى الاعتصام بالدين والتزام أوامره ونواهيه ولا شأن له به بدستورية القوانين.

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

من حيث إن المدعية تتعى على هذه المادة مخالفة المادة الثانية من الدستور التى تنص=

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 شكوى النساء من انتزاع أولادهن منهن فى ذلك الوقت.

ولما كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الصغير يسلم إلى أبيه عند الاستغناء عن خدمة النساء والصغيرة تسلم إليه عند بلوغ حد الشهوة وقد اختلف

= على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع». وبيان ذلك أن المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ سألقة الذكر إذ أقرت ضمنا ما أمرت به المادة ٨٠. من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من صدور الأحكام فى سائر منازعات الحضانة - عدا ما تضمنته من تحديد أقصى سن حضانة النساء للصغير - وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة تكون - بدورها - قد خالفت هذا النص الدستورى لذات الأسباب التى أقيم عليها الطعن فى المادة ٨٠. من اللائحة.

ومن حيث إن هذا القول مردود بما سلف بيانه من أسباب فى شأن الرد على ما أثارته المدعية من أوجه الطعن فى المادة ٨٠. من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ومن حيث إنه يخلص من كل ما تقدم أن المادة ٨٠. من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ نصت على أن «تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقا لتلك القواعد» وأن المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ إذ نصت على أن «للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك» لا تكون أيتهما مخالفة للدستور، ومن ثم تكون الدعوى غير قائمة على أساس متعينا رفضها موضوعا وإلزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة.

فلهذه الأسباب

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

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.

١٣- 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 تفصيلا فى موضعه.

ولا خيار فى هذا للأب أو من يليه من العصبات، فإذا امتنع عن ضم المحضون أجبر على ذلك رعاية لمصلحة الصغير والصغيرة ولأن هذا حقهما الثابت لهما شرعا فلا يملك أحد تفويت حقهما وإسقاطه (البحر الرائق ج ٤ ص ١٧١ - عمر عبد الله ص ٦٢٣).

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 ٠٠ من المرسوم بق رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥. طلب جديد. اختلافه فى الموضوع عن طلب الضم المؤقت المنصوص عليه بالفقرة الثالثة من ذات المادة. أثر ذلك. عدم قبول هذا الطلب أمام محكمة الاستئناف (م ٢٢١) من مرسوم بق ٧٨ لسنة ١١٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية».

(طعن رقم 215 لسنة 63 ق «أحوال شخصية»

جلسة 1994/5/17)

ويتحقق ذلك فى ظل سن الحضانة المحدد بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ إذا بلغ الصغير سن العاشرة أو بلغت الصغيرة سن اثنى 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 ٢ ص ٥٦٧ وما بعدها).

وفى هذا قضت محكمة بندرشبين الكوم الجزئية بتاريخ

٢٩ / ٣ / ١٨٨٢ فى الدعوى رقم ١٥٩ لسنة ١٨٨٦ 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 فى هذه السن ليست لها خبرة بالحياة ولا بتقدير الأمور فى عصر عم فيه الفساد، ولذلك إذا تحقق للقاضى هذا النفع للصغير أو الصغيرة وجب أخذهما به والعمل على تحقيقه رضيت الحاضنة أم أبت رضى الصغير أم أبى وفقا لرأى الأحناف.... الخ».

٧٤- (ج) مدة الحضانة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥:

نصت المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة
بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على أن:

«ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك... الخ»^(١).

(١) وهذا النص يطابق المادة (٠٠) بعد استبدالها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ 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 ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - 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 للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك».

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 وتهداً نفوسهم فلا ينزعوا من يد حاضنتهم، وأنه لا يجوز للقاضى مد فترة الحضانة إلا أن تكون مصلحة الصغير أو الصغيرة فى 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 فى المدة التى تمتد إليها بأذن القاضى، وبمراعاة أن الغاية التى توخاها المشرع بالفقرة الأولى من المادة (٠٠) - المشار إليها - هى منع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزاع الحضانة فى سن غير مناسبة بقصد النكاية دون رعاية لصالح الصغار، وما يقتضيه الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وحسن تربيتهم، وأن السند الشرعى لهذه الأحكام هو مذهب الإمام مالك =

= وحيث إن النعى بمخالفة الفقرة الأولى من المادة ٠٠ - 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 ١٠٠ لسنة ١٣٨٥- 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 تحتل 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 المعتمدة شرعاً. ولا بد أن يكون هذا الاجتهاد واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيماً الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخياً من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الحضانة- في أصل شرعتها- هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحضنة- التي لها الحق في تربيته شرعاً- إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجبه وصيانتها، ولأن انتزاعه منها- وهي أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً- مضرة به إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره والتي لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكل من نفقته، ويطعمه نذراً، أو ينظر إليه شزراً. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفاً بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية- القطعية في ثبوتها ودلالاتها- لا تقيم لسن الحضانة تخوماً لا يجوز تجاوزها، انطلاقاً من أن تربية الصغير مسألة لها خطرها، وأن تطرق الخلل إليها- ولو في جوانبها- مدعاة لضياح الولد. ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازماً للقيام على مصلحته، ودفع=

= المضرّة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره، حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمحض عن حق للصغير، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه، ويعهد إليها بأمره. ولولى الأمر بالتالي أن يقدر ما يراه خيرا للصغير وأصلح له، بمراعاة أن حقه في الحضانة لا يعتبر متوقفا على طلبها ممن له الحق فيها، وأن ما يصون استقراره النفسي ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التي لا يجوز المجادلة فيها، وأن النزول عن الحضانة بعد ثبوتها لا يحول دون العودة إليها. بل إن من المجتهدين من يقول بجواز حمل الحاضنة عليها- بافتراض اجتماع شروطها فيها- كلما كان ذلك ضروريا لصيانة الصغير وحفظه. وقد دل الفقهاء- باختلافهم في زمن الحضانة- وهي الفترة الواقعة بين بدئها وانتهاء الحق فيها- على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، كل من وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير في إطار من الحق والعدل. ولئن كان المتقدمون لا يقدرون للحضانة مدة معينة تنتهي بانتهائها، وإنما يركنون إلى معايير مرنة بطبيعتها ضابطها هو انتهاءها عند السن التي يبلغها الصغير أو الصغيرة مميزين قادرين على الوفاء بحاجاتهما الأولية مستغنيين تبعا عن خدمة النساء، وكان آخرون من بعدهم قد حدوا للحضانة سنا معينة تنتهي ببلوغها قطعا لكل جدل حولها، إلا أن استقراء أقوال هؤلاء وهؤلاء يدل على أن اجتهاداتهم في شأن واقعة انتهاء الحضانة، مدارها نفع المحضون- صغيرا كان أم صغيرة- ويتعين بالتالي أن يصار إلى كل ما يصلحه ويكفل وقايته مما يؤذيه، وتربيته إنماء لمداركه ولإعدادة 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 ملكاتهم. وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة دوما للتطور، توخيا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة، التي لا تصادم حكما قطعيا، 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، وتلك هي الشريعة في أصولها ومبادئها، شريعة مرنة غير جامدة يتقيد الاجتهاد فيها- بما يقوم عليه من استقراء الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص عليه- بضوابطها الكلية =

وهذا النص رفع أقصى سن حضانة النساء للصغير من سبع سنوات إلى عشر سنوات وللصغيرة من تسع سنوات إلى اثنتى عشرة سنة، وأجاز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك^(١).

= وبما لا يعطل مقاصدها. ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازئها إلا خطره ودقته، فإن من الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، وهو ما نجاه النص التشريعى المطعون فيه، ذلك أن السن الإلزامية للحضانة التى حددها- وهى عشر سنين للصغير واثنتا عشرة سنة للصغيرة - لا تعدو أن تكون تقريراً لأحكام عملية فى دائرة الاجتهاد بما لا يصادم الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعى فيها- فى ثبوته ودلالته- يقرر للحضانة سناً لا يجوز لولى الأمر أن يتخطاها، وإنما مرد الأمر فى تعيينها إلى ما يترخص ولى الأمر فى تقديره مقيداً فى ذلك بمصلحة المحضون بما يراه أكفل لها وأدعى لتحقيقها، وبما يحول دون إعناته. وهو فى ذلك لا يصدر عن نظرة تحكمية، بل غايته رفع الحرج وفق أسس موضوعية قدر معها أن مصلحة المحضون لازماً عدم ترويعه بانتزاعه من حاضنته، بما يخل بأمنه واطمئنانه ويهدد استقراره، وأن وجود الولد- ذكراً كان أو أنثى- فى يدها سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة، أو بعد بلوغها- حين يقرر القاضى أن المصلحة تقتضى إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج- لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما، وكان النص المطعون عليه قد تناول أموراً تنظيمية، وتقرر لمصلحة مشروعة يستجلبها، وقد قال المالكية بما لا يناقض مضمونه بذهابهم إلى أن حضانة الصغير تنتهى إذا بلغ عاقلاً غير زمن، وأن أمد الحضانة للصغيرة حتى يدخل بها زوجها، وكان النص التشريعى المطعون عليه قد صدر مسئلتها مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقعا فى نطاق توجهاتها العامة التى تحض على الاجتهاد فى غير أحكامها القطعية فى ثبوتها ودلالاتها. إذ كان ذلك، فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل».

(١) وحال مناقشة مشروع المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو حسن جودة تعديل 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 تتزوج والصغير حتى يتم تعليمه فى حضانتها مع إلزام الزوج بنفقتها» =

وقد علل الشارع وضع سن الحضانة - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على أنه: «بتتبع المنازعات الدائرة في شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضي العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشروع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه العاشرة وحضانتهم للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير في يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذاً بمذهب مالك في هذا الموضوع»^(١).

٧٥- جواز إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة:

أجازت المادة للقاضي بعد انتهاء سن حضانة النساء للمحضون، إبقاء الصغير حتى الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك^(٢).

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

غير أن المجلس لم يوافق على هذا الاقتراح.

(مضبطة المجلس - الجلسة 88 بتاريخ أول يوليو سنة 1885 ص 29).

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب.

(2) وقد ورد الحكم أيضاً في المادة عند تعديلها بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته. وقد قضت محكمة النقض في ظل هذا النص بأن: «النص في الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على أن ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك».

(طعن رقم 75 لسنة 53 ق أحوال شخصية - جلسة 1885/3/19)

وقد أشار تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن الاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن هذا الحكم مستمد من مذهب الإمام مالك^(١) وعلل 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 للنكاية دون رعاية لصالح الصغار.

(١) وهو ما أشارت إليه أيضا المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون - والواقع أن سن الحضانة الذى أخذ به النص سواء فى مدتها الإلزامية 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 نظر 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 أوليائها إذا كان فى الموضوع الذى تضم إليه كفاية وحرز (حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٢٦ - المدونة الكبرى جـ ٥ ص ٢٨).

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 واحدة تنتهى ببلوغ الصبي بلوغا حقيقا. (الدكتور محمد بلتاجى - دراسات فى الأحوال الشخصية ص ٢٨٦ 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 ص ٢٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- وحيث إن هذا النعى غير سديد، ذلك أن النص في المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ 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 ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية نص في الفقرة الأولى من المادة ٠٠ 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 ٥٥ لسنة ١٩٢٩ أو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ 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 حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج فإنما يكون ذلك بإذن القاضى لا برغبة الحاضنة أو بإرادتها، يؤكد هذا أن المذكرة الإيضاحية للقانون أوردت: «وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان أو الاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع إنهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضناتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة، ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة وللصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الإمام مالك فى هذا الموضوع على أنه فى حال إبقائهما فى يد الحاضنة لهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة حق فى اقتضاء أجره حضانة....» واستطردت المذكرة: «.... وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية....» لما كان ذلك فإن الأصل أن حضانة الطاعنة الأولى لابنتها الطاعنة الثانية بعد بلوغها سن الثانية عشرة حتى تتزوج لا يتقرر إلا إذا أجاز

القاضي ذلك، وإذ خلت أوراق الدعوى ما يفيد حصول الطاعة 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 الطاعة الأولى وقع بتاريخ ٢٨/٧/١٩٨٢، وقد انتهت عدتها وأصبحت غير حاضنة لولديها (الطاعنين الثانية والثالث)، وكانت الأحكام تدور مع علتها وقد زال حق الطاعة الأولى في الحضانة فلا يحق لها البقاء بمسكن الحضانة إعمالاً لنص المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) المضافة إلى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٩ بالتعديل الحاصل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه ومن ثم تضحى والحالة هذه فاقدة لسند حيازتها عين النزاع، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس».

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

٢- حضانة النساء تنتهي ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتي عشرة سنة. بلوغ الصغير هذه السن. ليس حداً تنتهي به حضانة النساء حتماً. علة ذلك. للقاضي بمقتضى سلطته التقديرية بما يحقق مصلحة الصغير إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في 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 في مذهب الإمام مالك باعتباره المصدر التشريعي للنص. والمنصوص عليه في هذا المذهب أن حضانة النساء للبنات تنتهي بدخول الزوج بها (لا العقد عليها)، وعلى ذلك فإنه يجوز للقاضي إبقاء الصغيرة في يد الحاضنة حتى يدخل الزوج بها⁽¹⁾.

(1) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٦ - المدونة الكبرى ج ٥ ص ٢٨.

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

ولم يعد مناط إبقاء الصغير في يد الحاضنة بعد انتهاء أقصى سن الحضانة - كما كان الحال في المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ قبل تعديله بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥^(١) - 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 هي الأم أو غيرها، غير أنه لا يسرى إذا كان الحاضن في المرحلة الأولى من الحضانة رجلاً، 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^(٢).

-
- (١) ومن قبله أيضاً القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعد دستوريته.
- (٢) 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 شرعاً، فإذا بلغ مأمونا على نفسه كان له أن يختار السكنى منفرداً، ولا يجوز ضمه إلى أبيه جبراً عنه، وعلى ذلك فسيحرم الغلام من ضمه إلى أبيه ومن التخلق بآداب الرجال وأخلاقهم وخضوعه لرقابة الأب اللازمة لتقويمه وصونه من أى إغواء، 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 أيضاً حرمانها نهائياً 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 فى مجتمع النساء.

أحكام تفصيلية خاصة بمدّة الحضانة فى ظل القانون رقم 100 لسنة 1885:

(1) أمثلة لبعض الصور التى تتوافر فيها مصلحة المحضون فى إبقائه فى يد حاضنته:

١- أن تكون الحاضنة هى والدّة 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.

٢- 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.

٣- أن يكون المحضون قد بلغ أقصى سن الحضانة معتوها أو مجنوناً لأن ذلك مما يحتاج إلى خدمة ورعاية النساء فضلا عن أن العته والجنون نوع من المرض.

٤- أن يكون الأب أو أقرب عاصب له فى حالة عدم وجود الأب مقيما فى بلد أخرى لا يتلاءم جوها مع حالة المحضون الصحية، لأن إقامة المحضون معه تنطوى على إضرار به، ومدار الحضانة - كما أسلفنا - مصلحة المحضون.

وترتبط 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 شرعا.

(مصر الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية الأعداد 4 - 6 - ص195).

٥- ضعف الصغير، والعلة فى ذلك أن هذا الضعف يجعله غير قادر على القيام بشئون نفسه التى تتولاها الحاضنة فىكون محتاجا 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 فىكون بذلك لحجر النساء ولخدمتهن مفتقر.

= ٦- أن تكون صحة أو سن أو عمل الأب أو أقرب عاصب للمحضون فى حالة عدم وجود الأب لا يمكنه من الإشراف على المحضون ورعاية شئونه، ومثل ذلك ان يكون الأب مريضاً مقعداً أو طاعناً فى السن، أو يغيب فى عمله من الصباح إلى المساء، ولا يوجد بالمسكن من يقوم برعاية المحضون.

(2) متى يطلب إبقاء المحضون فى يد حاضنته؟

يكون طلب إبقاء المحضون فى يد حاضنته، بعد بلوغ المحضون أقصى سن حضانة النساء لأن هذا الحق لم يعط للقاضى إلا فى هذا الوقت، وقبله لا يكون المحضون قد استغنى بعد عن خدمة النساء، ويضحي إبداء 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 (١٢٢) 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 ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أفصح عن أن ما جاء به بشأن سن الحضانة يمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة للنكاح دون رعاية لصالح الصغار فإذا لم تطلب الحاضنة إبقاء الصغير فى يدها، فلا يضحي ثمة خلاف بينها وبين الأب أو أقرب عاصب على الحضانة.

من هذا رأى المستشار أحمد نصر الجندى ص ٢٧٥ - وقارن الأستاذ أشرف كمال ص ٤٥٧ وما بعدها - فيذهب إلى أن النص أعطى قاضى الموضوع من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الحاضنة حق النظر فى تمديد زمن بقاء الصغير فى حضانة النساء بالنسبة للذكور إلى خمسة عشر عاماً وإلى أن تتزوج الصغيرة إذا رأى أن مصلحتها تقتضى ذلك... فهى سلطة اختيارية للقاضى ليس هناك ما يلزمه بها إلا إذا كان لذلك سند 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 أثر في الدعوى ما يشير إلى هذه المصلحة وإلا امتنع على القاضى البحث في توافر تلك المصلحة.

وقد قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ 1888/6/31 فى الدعوى رقم 210 لسنة 1886 بأن:

«المقرر قانونا بالمادة .. من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير.... ذلك أن إبقاء الصغير أو الصغيرة بعد سن الحضانة أمر جوازى للقاضى غير أن هذه الإجابة مقيدة بضوابط ثلاثة هي:

١- مصلحة الصغير أو الصغيرة بعد سن الحضانة.

٢- حق الحاضنة فى أن تتعهد الصغيره فى فترة هى أرق فيها وهو أحوج إليها.

٣- 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 فى حالة عدم وجود الأب، استنادا إلى وجود مصلحة للمحضون فى إبقائه فى يدها، وقدمت للقاضى الدليل على ذلك فإنه يقضى برفض دعوى الضم.

أما إذا أقامت دعوى بطلب إبقاء المحضون فى يدها، أو أبدت هذا الطلب فى صورة طلب عارض أثناء نظر دعوى الضم، وثبت للقاضى أن مصلحة المحضون فى إبقائه فى يد الحاضنة، فإنه يقضى بإبقاء المحضون فى يدها دون تحديد مدة معينة، أو لمدة معينة يرى أن بقاءه فيها فى حضانتها ما يحقق مصلحته، غير أنه لا يجوز له القضاء بإبقاء المحضون فى حضانتها طوال المدة المقررة للحضانة الجوازية للنساء. وسند ذلك أن مصلحة المحضون هى الواجبة الاعتبار فى هذا المجال، وهذه المصلحة متغيرة، فقد تتطلب بقاءه فى يد الحاضنة فترة ثم لا تتطلب ذلك بعدها. والنص فى المادة (٠٠) من المرسوم بقانون على الإجازة للقاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة المقصود منه تعيين الحد الأقصى للمدة التى يجوز فيها إبقاء المحضون فى 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 وخطأً في تطبيقه (الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٤٣).

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

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ 1000/4/30 في الطعن رقم 69 لسنة 99 ق 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 ٢٤٩ من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى وإذا كان ذلك وكان يبين من الحكم رقم ٦١٥ لسنة ١٩٧٥ من شمال القاهرة الابتدائية أن المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة إليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها استغنت عن خدمة النساء، وبتاريخ ١٠/١٢/١٩٧٥ قضى الحكم برفض الدعوى استناداً إلى أنه ثبت من الكشف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللا إرادي مما يجعلها في حاجة لخدمة النساء، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند في قضائه إلى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم، وإنما استند إلى مجرد إهداره الدليل الذي أقام الحكم السابق قضائه عليه دون أن تتغير الدواعي والظروف التي أدت إلى إصداره فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذي صدر في نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة الأمر المقضى، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدوره من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملاً بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات».

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

يستوى في تطبيق المادة بإبقاء المحضون في يد الحاضنة في الفترة الجوازية التي نصت عليها، أن يكون المحضون لازال في يدها أم كان في يد الأب أو أقرب عاصب له، لأن=

٧٦- (د) : مدة الحضانة في القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ :

تتنص الفقرة الأولى من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بعد استبدالها بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ على أن: «ينتهي 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 وحتى تتزوج الصغيرة»^(١).

= 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 ٢٤١ - المستشار صلاح الدين زعو ص ٢٤٩ القاهرة الشرعية فى ١٩/٨/١٩٢٧- أسبوط الشرعية فى ١٩/١٠/١٩٤٤).

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 ٥/٤/١٩٤٢». (١) الجريدة الرسمية - العدد ٩ (مكرر) فى ٨ مارس سنة ٢٠٠٠. وعبارة «وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة» لم تكن واردة بالاقتراف بمشروع القانون، وإنما أضيفت إليه حال مناقشة المادة بمجلس الشعب بناء على اقتراح السيد وزير العدل (مضبطة مجلس الشعب الجلسة السابعة والأربعين) جلسة ٢٨/٢/٢٠٠٠ ص ٥٠ وما بعدها وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩/٥/٢٠٠٨ فى القضية رقم ١٥٥ لسنة ٢٧ قضائية دستورية التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٥٠ سالف 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 ٢٠٠٨م، الموافق الثامن والعشرين من ربيع الآخر سنة ١٤٢٩هـ.

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 المحكمة الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٥٥ لسنة ٢٧ قضائية «دستورية».
المقامة من

- السيد/ صلاح مصطفى حافظ

ضد

- ١- السيد رئيس الجمهورية
- ٢- السيد رئيس مجلس الوزراء
- ٣- السيد رئيس مجلس الشعب
- ٤- السيد وزير العدل
- ٥- السيدة/ عزة محمد عبد السميع

الإجراءات

بتاريخ السادس والعشرين من مايو سنة ٥٥٥٥ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، طلبا للحكم بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة (٥٠) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانونين رقمى ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ و ٤ لسنة ٥٥٥٥.

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 فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٤٦٣ لسنة ٢٠٠٣ شرعى جزئى أشمون ضد المدعى عليها الخامسة؛ ابتغاء الحكم بضم ابنه إليه لبلوغه أقصى سن الحضانة و بجلسة ١٦/٢/٤٠٠٤ =
حكمت المحكمة بإجابته إلى طلبه. فطعن المدعى عليها على هذا الحكم بالاستئناف رقم =

١٩٧٧ لسنة ٤٠٠٤ شرعى مستأنف شبين الكوم. وأثناء نظر الاستئناف، صدر القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ بتعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧١ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ 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 لازماً للفصل فى الدعوى الموضوعية، وإلا كانت غير مقبولة. لما كان ذلك، وكان النص المطعون عليه، قد أضحى واجب التطبيق على الدعوى الموضوعية، إعمالاً للأثر الناقل للاستئناف، والذي مؤداه إعادة طرح الموضوع من جديد على المحكمة لتقول كلمتها فيه على ضوء النص المطعون فيه الذى أضحى واجب التطبيق اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره فى ٧/٣/٢٠٠٠ ومن ثم تصبح للمدعى مصلحة فى الطعن بعدم الدستورية.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧١ معدلة بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ 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 يعنى على النص المطعون عليه مخالفته أحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم المادة الثانية من الدستور إذ بالغ فى تدليل الصغير دون نظر إلى مصلحته وما يحتاجه تكوينه مسقطاً حق الآباء فى ممارسة سلطاتهم وولايتهم عليه. فضلاً عن مخالفة المادة التاسعة من الدستور لما يؤدى إليه من تفسخ الأسرة وانهارها بجعل زمام الأمر فى يد المرأة والصغير، ومناقضاً كذلك لمبدأ المساواة حيث استبعد الرجال بصورة تحكمية لصالح النساء.

وحيث إن مؤدى نص المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها- أنه لا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها فهذه الأحكام وحدها هى =
التي لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة =

التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان. وعلى خلاف هذا، تأتي الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أم دلالتها أم فيهما معاً. فهذه الأحكام هي التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد، ولا تمتد إلى سواها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعاً في 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 في الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولى الأمر يستعين عليه في كل مسألة بخصوصها، وبما يناسبها بأهل النظر في الشئون العامة. وأية قاعدة قانونية تصدر في هذا الإطار لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم.

وحيث إن الحضانة - في أصل شرعها - هي ولاية للتربية غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته، والقيام على شؤنه في الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها هو مصلحة الصغير. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرّفاً بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية - القطعية في ثبوتها ودلالتها - لا تقيم لسن الحضانة تخوماً لا يجوز تجاوزها، ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازماً للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، باعتبار أن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره. وقد دل الفقهاء باختلافهم في زمن الحضانة، على أن مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها. ومؤدى ذلك أنه يتعين ألا يكون سن الحضانة محددًا بقاعدة جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير الزمان والمكان، بل يتسم بقدر من المرونة التي تسعها في أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور، 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. وإذا كان لولى الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، فإن مناحه النص التشريعي المطعون فيه من تعديل في تحديد السن التي تنتهي بها حضانة الصغير، ورفعها إلى خمس عشر 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، أملت التغيرات التي طرأت على المجتمع والأسرة، بالألّا 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؛ اتساقا مع المستجدات الاجتماعية والثقافية وبما لا يخرج عن دائرة الاجتهاد- وإن كان له أن يخرج- أخذاً في الاعتبار أن الصغير في هذه السن، قد أضى أكثر تمييزاً وقدرة على تقدير الأصلح له، لما كان ذلك، وكان المقرر أن وجود الصغير في يد حاضنته سواء قبل بلوغ السن الإلزامية للحضانة أو بعد بلوغها - حين يختار الصغير البقاء معها- لا يغل يد والده عنه، ولا يحد من ولايته الشرعية عليه. وكان النص المطعون عليه- سواء فيما يتعلق بتحديد سن الحضانة أم في وجوب تخيير الصغير عندما يبلغ الخامسة عشرة من عمره- قد صدر مستلهما مقاصد الشريعة الكلية، غير مناقض لمقوماتها الأساسية، واقعا في نطاق توجهاتها العامة التى تحض على الاجتهاد في غير أحكامها القطعية في ثبوتها ودلائلها. إذ كان ذلك فإن قالة مخالفة هذا النص للمادة الثانية من الدستور لا يكون لها محل.

وحيث إن الحق في تكوين الأسرة لا ينفصل بالضرورة عن الحق في صونها، بما يكفل تنشئة أطفالها وتكوينهم وتحمل مسؤولياتهم صحيا وتعليميا وتربويا.

وكان دستور جمهورية مصر العربية قد نص فى المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ على أن الأسرة أساس المجتمع، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية. وأن الطابع الأصيل للأسرة المصرية - وما تتمثل فيه من قيم وتقاليد- هو ما ينبغى الحفاظ عليه، وتوكيده وتنميته فى العلائق داخل مجتمعها، وأن الأمومة والطفولة قاعدة لبنين الأسرة، ورعايتها ضرورة تقدمها. لما كان ذلك وكان المقرر أن كل قاعدة قانونية لا تحمل ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة، تكفل فى مضمونها المصالح الحقيقية التى يتعين أن تشرع الأحكام لتحقيقها، وكان الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية وجوهر هذه السلطة التقديرية يتمثل فى المفاضلة التى يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقرر أنه أنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها، محققا لما يهدف إليه من التنظيم الذى يشرع له. فإذا كان قد قدر أنه بما أورده فى النص المطعون عليه يهدف من رفع سن الحضانة، وإعطاء الصغير الحق فى الاختيار عند بلوغ هذه السن، إلى تحقيق المصالح المشروعة للمحضون. وبما يتلاءم مع ما طرأ على المجتمع من تغير وتطور فى ظروفه وثقافته، دون أن يضيق على الناس أو يرهقهم، فإنه - وقد التزم الضوابط الدستورية فى هذا الشأن- لا يكون قد خالف المادة التاسعة من الدستور أو غيرها من النصوص المنظمة للحق فى تكوين الأسرة وصيانتها.

وحيث إنه إذا كان الأصل فى كل تنظيم تشريعى، أن يكون منظويا على تقسيم أو تمييز =

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 نزاع الحضانة فى سن غير مناسبة وقد استمد ذلك من مذهب الإمام مالك فهو أقرب المذاهب إلى هذا رأى كما ذكرنا سلفاً^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية عن الاقتراح بمشروع القانون ما يلى:
«وإذا رجعنا إلى القانون المصرى فى ذلك سنجد أن المادة .. من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ تنص على ما يلى:

من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض أو عن طريق المزايا أو الحقوق التى يكفلها لفئة دون غيرها. إلا أن مناط دستورية هذا التنظيم ألا تتفصل نصوصه عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التى توخى تحقيقها بالوسائل التى لجأ إليها منطقياً، وليس واهناً أو واهماً أو منتحلاً، بما يخل بالأسس التى يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً. متى كان ذلك وكان النص المطعون عليه - على ما سلف البيان - قد جاء محققاً لما رآه المشرع أكفل لتحقيق المصالح المشروعة التى قصد حمايتها - فى ضوء مقاصد الشريعة - ومدارها مصلحة المحضون، وليس الحاضن أو الحاضنة، فإنه لا يكون قد تبنى تمييزاً تحكيمياً لأحد الطرفين دون الآخر، كما أن الاختلاف بين النصوص المتعاقبة التى تنظم موضوعاً واحداً لا يعد إخلالاً بمبدأ المساواة إنما هو تعبير عن تغيير الدافع عبر مراحل زمنية مختلفة. إذ كان ذلك وكان بقاء الصغير فى حضانة الأم لا يمنع من ممارسة الأب حقه فى الولاية الشرعية، ولا يحد منها. فإن النص بذلك لا يكون قد خالف المادة ٤٠ من الدستور.

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

فلهذه الأسباب

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

رئيس المحكمة

أمين السر

ينتهي 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 ولالأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين، وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا.

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

وإذا كان التقدير له ما يبرره فى القديم فالأمر على خلاف ذلك تماما 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 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 نفعننى 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 الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك الأم أحق بها حتى تتزوج والعلماء متفقون على أن المعتبر في التخيير قدرة الحاضن على حفظ الطفل وصيانتة.

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

كما جاء بتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون 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».

٧٧- تخيير الصغير أو الصغيرة فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر:

يقضى النص بأنه بعد انتهاء سن الحضانة وهو خمس عشرة سنة يخير القاضى الصغير أو الصغيرة فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة. وتخيير الصغير والصغيرة مستمد من المذهب الشافعي 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 عنبه، 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 وأمه معاً، أو لم يختار واحدا منهما قدم أحدهما بالقرعة^(١).

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^(٢). 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 ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل على أن «تكون لحماية الطفل ومصالحه الأولوية في جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة أياً كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها».

وتنص الفقرة (ج) من المادة (٤) من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور على أن: «يكون لحماية الطفل ومصالحه الفضلى الأولوية في جميع القرارات والإجراءات المتعلقة بالطفولة أياً كانت الجهة التي تصدرها أو تباشرها». وهذا ما أفصحت عنه نصوص اتفاقية حقوق الطفل، التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٠٠/١١/١٩٩٩، والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهوري رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٠، والذي وافق عليه مجلس الشعب بجلسته المعقودة بتاريخ ٢٧/٥/١٩٩٠، من أنه في جميع الإجراءات التي 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 ٣ من الاتفاقية) وانظر نقض طعن رقم ٢٤١ لسنة ٧٤ ق «أحوال شخصية» جلسة ٨/٥/٠٠٩ - منشور ببند ٨٢٨.

وفي هذا قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2888/12/3 في الاستئناف رقم 9519 لسنة 124 ق «أحوال شخصية» بأن:

«وحيث إنه عن الموضوع وطبقاً لما هو مقرر قانوناً بالمادة ٠٠ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٥ أن أقصى سن

(١) الأستاذ سيد سابق - فقه السنة - المجلد الثاني الزواج - الحدود - الجنايات ٤٠٧ هـ - ٨٨٨٦ م ص ٤٩٢.

(٢) سيد سابق ص ٤٩٢ هامش (٢).

لحضانة النساء للصغيرة في البقاء في 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 هي المعيار الأساسي في جميع الأحكام والقرارات المتعلقة بالصغير لأن الحضانة تدور وجوداً أو عدماً مع نفع الصغير ومصلحته التي 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 في تطبيق القانون ومن ثم تقضى هذه المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء في الدعوى الأصلية برفضها وفي الدعوى الفرعية ببقاء الصغيرة شيماً أكرم سيد بيد المستأنفة والدتها لحفظها ورعايتها وحتى زواجها على نحو ما سيرد بالمنطوق»⁽¹⁾.

٧٨- تكرار الاختيار:

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

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

٧٩- كيفية احتساب مدة الحضانة:

تحتسب مدة الحضانة طبقاً للتقويم الهجري، لأن التقويم الهجري هو الأصل

(1) المجموعة الماسية للمستشارين فايز السيد للمساوى وأشرف فايز للمساوى ص ٥٤٨.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (النسب

- الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب) الناشر دار الفكر العربي ص ٣٠٠.

في التقويم الشرعى، فيعمل به ما لم يرد نص خاص باعتبار التقويم الميلادى، ولم يرد استثناء من العمل بهذا التقويم فى المادة (٢٢) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن المراد بالسنة فى المواد من ١٢ إلى ٨٨ هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما.

والسنة الشمسية (الميلادية) تزيد على السنة القمرية (الهجرية) بأحد عشر يوما^(١).

وإذا كان المحضون مولودا فى غرة الشهر الهجرى احتسبت مدة الحضانة بالأهلة أى بالأشهر القمرية (الهجرية) فتكون السنة اثنى عشر شهرا قمريا. أما إذا كان المحضون مولودا فى خلال الشهر القمري، فيكمل الشهر الأول الذى ولد فيه من الشهر الأخير باعتبار الشهر ثلاثين يوما، وما بينهما يحتسب بالأهلة فتكون السنوات هلالية بين الشهرين المذكورين^(٢).

٨٠- سريان سن الحضانة الجديد من حيث الزمان :

تنص المادة الثانية من القانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٥ الذى عدل سن الحضانة على أن يعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

وقد نشر القانون بالجريدة الرسمية بتاريخ ٨/٣/ ٥٥٥٥ (العدد ٩ مكرر) ومن ثم فإنه يسرى اعتبارا من ٩/٣/ ٥٥٥٥.

ولما كانت أحكام الحضانة من الأحكام الآمرة المتعلقة بالنظام العام، وكانت المادة الأولى من القانون المذكور التى عدلت سن الحضانة قد استحدثت حكما جديدا يتعلق بذاتية قاعدة موضوعية آمرة بالتغيير، هى سن الحضانة فإن سن الحضانة الجديد يسرى بأثر فورى على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله.

(١) أنظر فى التفصيل الكتاب الرابع.

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

(أنظر رأى الإمام أبى حنيفة الجزء الرابع بند ١٤٤ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٢٢ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأنه :

١- «إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلا في 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 في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي تنشأ في ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذي وقعت في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها».

(طعن رقم 555 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/1/11)

٢- «إذ كانت أحكام حضانة الصغار متعلقة بالنظام العام وكان المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥، قد قرر انتهاء حق حضانة النساء ببلوغ الصغير العاشرة من عمره، إلا أنه بموجب القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠ / ٣ / ٧ 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.

٨٠ مكررا - عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة في مدة 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 امتدادا 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 - في ظل القانون رقم ١٠٠

لسنة ٨٨٨٥ - بتاريخ ١٩ / ١٢ / ٤٠٠٠ في القضية رقم ١٩٩ لسنة ٢١

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 القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفا إلى مدة استبقاء، تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها».

١١ - على من ترفع دعوى الضم؟

إذا بلغ الصغير أو الصغيرة - قبل العمل بالقانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٥ - أقصى سن حضانة النساء للصغير أو الصغيرة، فإن دعوى الضم ترفع من الأب أو أقرب عاصب للمحضون في حالة عدم وجود الأب على من يبسط يده على الصغير، لإلزامه بتسليمه.

أما إذا كان الصغير قد ثبتت له أهلية التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية ببلوغه الخامسة عشرة من العمر كاملة طبقا للتقويم الميلادى (م ١/٢ من القانون رقم ١ لسنة ٥٠٠٠)^(١) فإنه يجب رفع الدعوى ضد الصغير، لأن الصغير

(١) وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٥٠٠٠ كانت سن المخاصمة القضائية الشرعية هي =

ببلوغه هذه السن يكون أهلاً 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 شرطاً لقبول الدعوى إنما هى شرط لصحة إجراءاتها، فإذا اختصم فى الدعوى من ليس أهلاً للخصومة كانت دعواه مقبولة ولكن إجراءات الخصومة تكون باطلة^(١).

والدفع بعدم تحقق أهلية التقاضى من الدفوع الشكلية المتعلقة بالإجراءات وليس من الدفوع الموضوعية باعتباره وسيلة موجهة إلى الخصومة أو بعض

= 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 طبقاً لرأى صاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى. فإذا بلغا هذه السن وأقرا بالبلوغ صدقا، ما لم يكذبهما 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. ويحسب السن طبقاً للتقويم الهجرى (راجع فى التفصيل الكتاب الأول بند ٥٨) - نقض ١٦/٢ / ٨٨٢ منشور بذات البند).

(١) الدكتور رمزى سيف - الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثامنة ٨٦٨ / ٩٦٩ ص ١٢٧ وما بعدها - عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات طبعة ثانية ٨٨٢ ص ١٦ - نقض طعن رقم ٥١٧ س ٤٢ - جلسة ١٦/٢ / ٩٩٧ - المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢١/٤ / ٩٩٢ طعن رقم ٥١١، ٦١٣ لسنة ٥١٠ 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 استناداً إلى أن ناقص الأهلية أو فاقدها لا صفة له فى الذود عن حقه. وقد أخذت بهذا رأى محكمة النقض فى بعض أحكامها (طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ٥/٢ / ٨٦٨ - طعن رقم ١٧٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ٢٩/١١ / ٩٩٧ - طعن رقم ٤٣٤ لسنة ٠٠ ق جلسة ٢٧/٥ / ٨٨٥).

إجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعى به أو المنازعة فيه^(١)، وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيجب الدفع به من الخصم ويصح بنزوله عنه صراحة أو ضمناً. كما يسقط بعدم التمسك به في صحيفة الطعن عملاً بنص المادة ٨٠٨ مرافعات^(٢).

وإذا تحققت أهلية التقاضى قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى صحت الإجراءات ويتعين على المحكمة الاستمرار في نظر الدعوى دون استلزام تكليف الخصم إعلان طلباته إلى خصمه مجدداً، 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 في الدعوى، أما إذا لم يكن الصغير قد تحققت له أهلية 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 اختصاص الصغير في الدعوى أمام محكمة ثانى درجة على اعتبار أن ذلك ينطوى على تفويت درجة من درجات التقاضى ويتعين أن تحكم المحكمة أيضاً بإلغاء الحكم المطعون عليه وببطلان إجراءات الخصومة أمام محكمة أول درجة والوقوف عند هذا الحد للعلة المتقدمة^(٣).

٨٢- 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.

(١) نقض طعن ٥١٧ س ٤٢ ق - جلسة ١٦/٢/ ١٩٧٧ - طعن رقم ٨٢٤ لسنة ٢٠٢٢ -

جلسة ١٢/١/ ٨٨٨٧ - أشار إليه أشرف كمال ص ٤٧٦.

(٢) نقض طعن رقم ٢١١ لسنة ٢٠٢٢ ق - جلسة ٧/٢/ ١٩٥٧.

(٣) الأستاذ أشرف كمال ص ٤٦٢.

فولى النفس له حق الإشراف على المحضون والعناية بحفظه وصونه ومنعه من التردى فيما يهلكه أو يؤذيه، وله عليه - شرعا - ولاية التربية والتعليم والتوجيه والتهديب 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^(١).

غير أن المادة ٢/٥٤ من قانون الطفل المستبدلة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠... 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، مراعى مدى يسار ولى الأمر، وذلك دون المساس بحق الحضانة فى الولاية التعليمية.

(١) الولاية على النفس - بحث للأستاذ محمد أبو زهرة - الحلقة الدراسية للبحوث والقانون - الخرطوم من ٥ - ١٠ مارس ١٩٧٢ - منشور ضمن بحوث هذه الحلقة فى كتاب نشرته الهيئة العامة للكتاب سنة ١٩٧٥ ص ٩٠. وما بعدها.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما يأتى:

«كما أن وجود الولد ذكرا كان أو 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 وتبدير أمورهما وولايته عليهما كاملة وإنما يد الحاضنة للحفاظ 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.

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

ويلاحظ أن المرسوم بقانون رقم ٨٨٨ لسنة ١٩٢٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس، نص على أنه يقصد بالولي على النفس في تطبيق أحكامه الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص.

وقد قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢٢ / ١٢ / ١٨٨٧ (قبل صدور القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٠٨) في الدعوى رقم ٤٦ لسنة ١٨٨٧ بأن:

«كما أن وجود الولد ذكرا كان أم أنثى في 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 التي لا تحتمل التأخير كالعلاج والإلحاق بالمدارس بمراعاة إمكانيات الأب».

٨٣- أثر انتقال الحاضنة بالمحزون من مكان الحضانة:

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

غير أنه يكون للأب أو أقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحزون

أو إرجاع الصغير إلى بلد الحضانة⁽¹⁾، وتكون وسيلته في ذلك رفع دعوى بطلب ذلك أمام المحكمة المختصة، ويكون الحكم من حيث تنفيذه داخلا تحت عموم نص المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ - وقبلها المادة ٢٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة - وينفذ على الحضانة قهرا وفي حالة الحكم بإرجاع الصغير إلى بلد الحضانة ورجوع الحضانة مع الصغير فإنه يسلم لها لتحضنه فيه وإن لم تعد يكون للأب حق استلامه حتى لا يترك ضائعا كما أن له أن يطلب إسقاط أجره الحضانة عنها لأن الحضانة أصبحت بعد ذلك غير ممسكة للصغير ولا قائمة بالواجب عليها⁽²⁾.

٨٤- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

راجع الكتاب الثانى بند (٢٤، بنود ٣٩ وما بعده).

(1) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٣٩ وما بعدها - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٧٧ - الجمالية الشرعية فى ٥/٤ / ١٩٢٧ - المنشور بمجلة المحاماة الشرعية = السنة الخامسة بالعدد الثالث والرابع ص ٢٦٤ - أسبوط الجزئية الشرعية - المحاماة الشرعية - السنة .. - الأعداد ٤ - ٦ ص ٥٥٥ وما بعدها رقم ٤٣.

(2) قارن طنطا الكلية فى الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ١٩٣٥ كلى مستأنف بتاريخ ١٢/١/ ١٩٣٦ فقد قضى بأن: «الظاهر من تتبع ما قرره الفقهاء من الأحكام فى باب الحضانة أنها أحكام عملية وضعت لتترتب عليها آثارها فى هذه الدنيا بمصلحة الولد فى الحال وليست أحكاما لتبين ما يكون إثما فى الآخرة وما لا يكون - فكون الأم ليس لها إمساك الصغير إذا تزوجت الأجنبى لا يقال أنها بذلك تكون أئمة فحسب ويكون الحكم كذلك فى الحضانة التى ليس لها نقل الصغير من بلد الأب إذا نقلته وأصرت على أن لا تحضنه فى بلد أبيه أن ينزع الولد منها مادامت خارج بلد الأب فإن عادت إلى حضانتها فى بلد أبيه عاد إليها حقها فيه والقول بغير هذا يكون معناه أن ما وضع لمصلحة الصغير أو لمصلحة الأب تكون الحضانة فى حل من تعطيله ويقف أمامها القاضى والأب مكتوفى اليد إذ لا يملكان إجبارها على الانتقال لأنه ليس لهما على نفسها سلطان.

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

٨٥- تنفيذ الأحكام والقرارات بضم الصغير وحفظه جبراً:

تنص المادة ٦٦ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أن: «يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبراً. ويتبع في تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات.

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

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك». وعلى ذلك يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه إلى أقرب عاصب له بالقوة الجبرية. ونحيل في التفصيلات إلى بند (٦٥).

٨٦- إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير:

(راجع بند ٦٦)

جريمة عدم تسليم الصغير لمن له الحق في طلبه :

٨٧- النص القانوني:

مادة ٢٨٤ 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 ٢٩٢ عقوبات: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه مصرى أى الوالدين أو الجدین لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه. وكذلك أى الوالدين أو الجدین خطفه بنفسه أبو بواسطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه».

٨٨- أحكام المادتين سالفتي الذكر:

١- كان الحد الأقصى لعقوبة الغرامة في المادتين ٢٨٤، ٢٩٢ خمسين

جنيتها فرفع إلى خمسمائة جنيه بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٨٨٢ الصادر في ١٤/٤/ ١٨٨٢ والمعمول به من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢٢/٤/ ١٨٨٢ (م ٧ من قانون الإصدار).

٢- تسرى المادة ٢٨٤ على أى شخص يكون متكفلاً بطفل سواء من الأقارب أم الغير، عدا الوالدين والجدين.

أما الوالدان والجدان فيخضعان لحكم المادة ٢٩٢.

ولم يكن لنص المادة ٢٩٢ مقابل بقانون العقوبات الملغى عند صدوره، ولذلك جرى القضاء على تطبيق المادة (٢٤٦) المقابلة للمادة (٢٨٤) 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 ٦٦ لسنة ٤٧ بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٣٠ بضرورة تعديل المادة (٢٤٦) المقابلة للمادة (٢٨٤) على وجه يسمح صراحة بمعاينة أى الوالدين يخطف الطفل أو يحرض على خطفه أو يتمتع عن تسليمه لمن له الحق فى تسلمه قانوناً، أنه لا جريمة إلا فى حالة امتناع أى الوالدين عن رد الطفل لمن كان منهما صاحب الحق فى استلامه، وأن التعديل يحسم ما قام بشأن تطبيق المادة ٢٨٤ 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)⁽²⁾

وقد استجاب المشرع لذلك وأصدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٣٢ (بإضافة مادة إلى قانون العقوبات الأهلى بشأن عدم تسليم الأطفال وخطفهم) ونص فى مادته الأولى على أن يضاف إلى قانون العقوبات الأهلى بعد المادة ٥٥٣ مادة تكون المادة ٥٥٣ مكررة ونصها كالاتى:

(1) مشار إليهما فى عماد المراجع للأستاذ عباس فضلى طبعة ١٨٣٨ ص ٥٧٤ وما بعدها.

(2) الأستاذ عماد فضلى ص ٤٨٤ وما بعدها.

مادة (٥٥٣ 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 في 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 ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ - العدد (٤٦) م (٢).

٣- المقصود بالصغير في تطبيق المادتين هو من لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة هجرية أقصى سن البلوغ وثبوت الولاية على النفس^(١).

ونرى أنه في ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - ينطبق النص على الصغيرة حتى تتزوج إذا أبقى القاضى الصغيرة فى يد حاضنتها.

وفى ظل القانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٠ 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.

٤- اختلفت أحكام محكمة النقض فى اشتراط صدور حكم بتسليم الصغير لتطبيق نص المادة ٢٨٤ 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)⁽²⁾

ثم اشترطت فى أحكام أخرى سابقة على الحكم المذكور ولاحقة له صدور حكم بالتسليم فقطت بتاريخ ٥/١/ ١٩٢٣ فى الطعن رقم ١١١٧ لسنة ٥٣ بأن:

(1) راجع عباس فضلى ص ٥٧٤ - حسن المرصفاوى ص ١٥٧ وحكم محكمة بنى سويف فى ٢٩/ ١٠/ ١١١١ المشار إليه بهما.

(2) أورده عباس فضلى ص ٥٧٥.

«إذا أنكر المتهم بالجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٤٦ع صدور حكم بالحضانة فيجب أن يشير الحكم القاضي بمعاقبته على هذه الجريمة إلى أن هناك حكما قاضيا بضم الطفل إلى حاضنه فإذا هو سكت عن تجلية هذه النقطة الجوهرية ففي سكوته إخلال بحق الدفاع فضلا عما يترتب عليه من تعطيل حق محكمة النقض في مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة وذلك مما يعيبه ويبطله»^(١).

والقضاء الأخير هو الذى نؤيده.

٥- يشترط لتطبيق المادة ٢٩٢ 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^(٢).

وتطبق المادة أيضا إذا كان الحكم نافذا بقوة القانون ولو كان مطعونا عليه. وإذا وجد حكم نهائى بتسليم الصغير وأقام المحكوم عليه إشكالا فى التنفيذ فإن هذا الإشكال يوقف التنفيذ عملا بالمادة ٢١٢ مرافعات ومن ثم يتعين على النيابة الترتيب فى رفع الدعوى الجنائية قبل المتهم حتى يفصل فى إشكاله.

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ ١/٤ / ١٩٧٩ فى

الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٩ق بأن:

«..... وكان من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الدفاع ظاهر البطلان والبعيد عن محجة الصواب كما أنها لا تلتزم بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية لأن الرد عليه مستفاد من الحكم بالإدانة استنادا إلى أدلة الثبوت التى أخذ بها، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه نقل عن مستندات المجنى عليها - التى لا يجادل الطاعن فى صحتها - أن حكم ضم

(١) راجع أيضا نقض ١/٢٧ / ١١١٢، ٧ / ١١ / ١٩٢٩ - مشار إليهما فى مؤلف عباس فضلى ص ٥٧٤ وما بعدها.

(٢) الأستاذ أحمد صبرى أسعد - قانون العقوبات المصرى معلقا على نصوصه ومذيلا بأحكام محكمة النقض طبعة ثانية ١٩٦٤ ص ٤٩٢.

الصغيرين الصادر لصالح المجنى عليها فى الدعوى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافيا بالحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٧٥ 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 - إيرادا له وردا عليه - مما يفيد أن المحكمة لم تر فيه ما يغير من اقتناعها بما قضت به وما اطمأنت إليه مما أوردته من أدلة الثبوت فى الدعوى، ويكون منعى الطاعن فى هذا الخصوص غير سديد... الخ».

٦- لا تطبق المادة ٢٩٢ 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 ٢٩٢ من قانون العقوبات قد جرى نصها بأن: «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيها مصرياً أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه» فإن مناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار لما كان ذلك، وكان كل من حق الحضانة أو الحفظ، يختلف عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من 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 ٢٩٢ من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضوح عبارتها في 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 في تطبيق القانون وفي تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مما أسند إليه».

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

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

٨- يعاقب أي الوالدين أو الجدين خطف بنفسه أو بواسطة غيره ولده الصغير أو ولد ولده ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو

(1) الدكتور حسن صادق المرصفاوى فى قانون العقوبات تشريعاً وقضاء فى مائة عام ٦٥١ وما بعدها.

حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو إكراه (م ٢٩٢).

٩- فى الجريمةتين المنصوص عليهما فى المادة ٢٩٢ لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائى. ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبها (م ٣ 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 (م ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية).



موضوع رقم (٥)

أجر الحضانة

٩٩- ماهية أجر الحضانة:

أجر الحضانة، هو ما يعطى للحاضنة مقابل حضانتها للصغير. وهو له شبهة بالنفقة وشبه بالأجرة.

له شبهة 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 الذي سنبينه في النفقات.

وله شبهة بالأجرة، لأنه يعطى للحاضنة نظير عمل تقوم به، فهي تقوم بحفظ الصغير وتربيته وتحبس نفسها من أجل الحضانة^(١).

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

وينبنى على هذه الطبيعة لأجر الحضانة ما يأتي:

(١) أن أجر الحضانة لا يسقط بموت الصغير بخلاف نفقة الصغير على الرأي - الذي لم نأخذ به كما سنرى - القائل بسقوط نفقة الصغير بالموت ما لم يكن قد أذن في استدانتها واستدينت بالفعل.

(٢) أن أجر الحضانة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، على خلاف نفقة الصغير على الرأي - الذي لم نأخذ به كما سنرى - القائل بسقوط نفقة الصغير بمضى شهر فأكثر من تاريخ فرضها رضاء أو قضاء ما لم يكن قد أذن في استدانتها واستدينت بالفعل.

(٣) أن أجر الحضانة لا يستحق إلا بعقد أو حكم باستثناء الأم كما سنرى.

(٤) أن الأم تجبر على رد ما عجل من أجر الحضانة لوالد الصغير عن المدة التي زال فيها السبب وانقطع فيها العمل بخروج الولد من يدها.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٦١.

٥) أن قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه بالمادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ لا يسرى على أجر الحضانة.

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 ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بأن الحكم الوارد بالمادة خاص بنفقة الزوجة على زوجها ولا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق^(١).

٦) 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)^(٢).

(١) راجع الكتاب الثانى بند (١١٥).

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

أولاً- كان النصاب النهائى فى كل من أجور الحضانة والرضاعة والمسكن وفى النفقات بين الزوجين ثلثمائة قرش صاغا فى الشهر فأدى ذلك إلى إرهاب المحكوم عليه بمطالبتة شهريا على التوالى بمبالغ كبيرة بمقتضى أحكام نهائية قد تستنفد ثروته ورأس ماله ولا يجد أمامه طريقا للتظلم من هذه الأحكام لحرمانه من حق استئنافها. فرئى دفعا للحرص وإفساحا لمجال العدالة بين المتقاضين تخفيض النصاب النهائى إلى مائة قرش صاغا فى الشهر لكل نوع من أنواع نفقة الزوجة والصغير ليكون للمحكوم عليه=

٩٠- على من يجب أجر الحضانة؟

أجر حضانة الصغير غير أجر إرضاعه وما يلزمه من نفقة. وهو يجب فى 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 فى الحال إلى الحاضنة. وإذا كان قادرا على الكسب وجبت عليه وكانت دينا فى ذمته. وأمر بالأداء عنه من تجب عليه نفقة الصغير من بعده ويرجع بها على الأب إذا أيسر.

وقد نصت على ذلك المادة (٢٨٨) 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 فى هذا الشأن بأن:

١- «وحيث إنه عن أجر الحضانة فمن المقرر أن الحضانة ما هى إلا عمل من الأعمال وأن من يقوم بها يستحق أجرا فى مقابل هذا العمل والحاضنة إن

= حق الاستئناف فيما جاوزه وأن يكون له أيضا حق الاستئناف إذا كان الحكم فى كل نوع نهائيا ولكن مجموع المطلوب أو المحكوم به للزوجة أو الصغير يتجاوز ثلثمائة قرش فى الشهر.

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 فى الشهر ونهائيا إذا كان مائة قرش فأقل شهريا، أما إذا اجتمع أجر الحضانة مع غيره من أنواع نفقة الصغير فإن الحكم يكون ابتدائيا وقابلا للاستئناف إذا كان مجموع ما حكم به أو طلب الحكم به يزيد على ثلثمائة قرش فى الشهر، ويكون الحكم نهائيا إذا كان مجموع ما طلب أو حكم به ثلاثمائة قرش فأقل فى الشهر.

(المستشار أنور العمروسى ص 000 وما بعدها)

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 أجره الحضانة فقط بل لها فوق ذلك أجره مسكن إن لم يكن لها مسكن 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)

٢- «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)

١١- 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 شفقتها 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.

فقد قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٧ / ١١ / ١٨٨٧ فى الدعوى رقم السنة ١٨٨٦ 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»^(١).

(أيضا: بندر المنيا الجزئية بتاريخ 1985/4/29 - الدعوى رقم 3 لسنة 1985 منشور ببند 93)

١٢- عدم استحقاق أجر الحضانة أثناء قيام الزوجية وعدة الطلاق

الرجعى:

المتفق عليه فى المذهب الحنفى أنه إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وبين أبى الصغير، وكذلك إذا كانت معتدته من طلاق رجعى، فلا تستحق الأم أجر الحضانة، ذلك أن الحضانة تجب عليها ديانة، وأجر الحضانة ليس 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.

١٣- 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

(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.

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 رجعياً 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 فى الطلاق البائن، لأن المطلقة بائناً تستحق النفقة على مطلقها كالمطلقة رجعياً.

وقد سارت المحاكم على الرأى الأول^(١).

(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 1887 بندر شبين الكوم - جلسة 1987/12/22 - الدعوى رقم 175 لسنة 1887 بندر شبين الكوم - جلسة 1988/1/19)

ولما كانت علة عدم استحقاق المطلقة بائناً أجر الحضانة أثناء العدة تقاضيتها نفقة من مطلقها فإن هذه العلة تزول إذا كانت المطلقة بائناً 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:

١- «وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من إشهاد الطلاق المؤرخ ٨٨٨٤ / ٧ / ١٥ أن المدعية قد طلقت على الإبراء من المدعى عليه وأنها وقد انقضت عدتها منه وقدمت ما يفيد استئجارها لمسكن مقرر أنها تتخذه محلاً

(١) 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 ج٢ ص ٥٦١) - ومن هذا الرأى أيضاً الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤١٠ - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٦٧ - المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٩ وما بعدها.

للحضانة كما قد ثبت للمحكمة وجود الصغير في حضانتها ومن ثم فإن المحكمة تجيبها إلى طلباتها مقرر لها أجرى الحضانة والمسكن بالقدر الوارد بمنطوق هذا الحكم».

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

٢- «وحيث إنه من المقرر كذلك فقها وقضاء أن قيام عدة غير مانع من فرض أجرة الحضانة ما دام الطلاق على الإبراء... الخ».

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

٩٤- 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^(١).

٩٥- كيفية تقدير أجر الحضانة:

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

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

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ - رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص ٢٧٤ وقد جاء بها: «ولم أر أيضا ما إذا جعل القاضى لها أى للأم أجر الحضانة فى مال اليتيم وأمر الوصى بدفعها للأم 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» - الزقاقى الشرعية فى ٨/٥ - ٨٨٤٨ - الدعوى ٩٧٣ لسنة ١٨٤٨.

والأمر في ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع^(١).

وفي هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٧ / ١١ / ١٨٨٧ في الدعوى رقم السنة ١٨٨٦ بأن:

«وأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير فيحسب فيها ويجب على من تجب عليه نفقة الصغير.... ويقدر بحسب المستحق لمثل الحاضنة في مقابل هذا العمل على مثل والد الصغير والأمر في ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع».

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

٩٦- أجر الحضانة غير قابل للزيادة:

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

فضلاً عن أن رضا الحاضنة بالأجرة المتفق عليها أمانة على أنها حد المثل وقد سار قضاء الأحوال الشخصية على ذلك^(٢).

فقضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٧ / ١١ / ١٨٨٧ في الدعوى رقم ٥٨ لسنة ١٨٨٧ 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

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٦.

(٢) من هذا الرأي: المستشار صلاح الدين زغو ص ٥٢٥ - الأستاذ أشرف كمال ص ٢٨٥.

زيادة أجر حضانة الصغير بسبب زيادة ثراء والده أو لكبر سن المحضون وعلى ذلك سار قضاء الأحوال الشخصية».

(ذات المبدأ: الدعوى رقم 192 لسنة 1887 بتاريخ 1887/12/29 - الدعوى رقم 1 لسنة 1886 بتاريخ 1886/11/17 - كوم حمادة الجزئية الشرعية فى الدعوى رقم 123 لسنة 1931 بتاريخ 1932/1/5)

وقد ذهب رأى إلى أنه للملزم بأجر الحضانة دائما أن يقيم الدعوى بطلب تخفيض المفروض عليه لأجر الحضانة إذا تدهورت أحواله المالية عن وقت الفرض⁽¹⁾.

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

٩٧- الإبراء من أجر الحضانة:

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

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

والإبراء من أجر الحضانة مقابل الطلاق مانع من طلب فرضه حتى لو عادت المطلقة إلى عصمة زوجها بعقد جديد لأن البراءة من أجر الحضانة نظير الطلاق إنما هى معاوضة وقد استوفت الحاضنة عوضها عن ذلك وهو الطلاق

(1) الأستاذ أشرف كمال ص ٢٨٥.

فعودها بالمطالبة ببعض المعوض عنه جمع بين العوض والمعوض عنه وهو محذور شرعا 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 هذا^(١).

٨٨- عدم انتقال أجر الحضانة:

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

وفي هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢٤/٥/١٩٨٨ في الدعوى رقم ٢٣١ لسنة ٨٧٨ بأن:

«وحيث إنه عن طلب نقل المقرر لأجر حضانة الصغيرة هدية وأجر مسكن حضانتها وزيادتهما فإنه من المقرر شرعا أن المفروض لأجر الحضانة يزول بزوال يد الحاضنة عن المحضون بمعنى أن المفروض لهذا الأجر لا ينتقل من حاضنة لأخرى خلافا لنفقة الصغير التي تنتقل وعلى ذلك يتعين على الحاضنة الجديدة أن تطلب فرضا جديدا... الخ»^(٢).

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٧٠.

(٢) وقضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ١١/٥/١٩٨٦ في الدعوى رقم ٥٧٥ لسنة ٨٨٦ كلى مستأنف بأن:

«وعلى هذا فأجرة الحضانة في معنى المؤونة وتستحقها الحاضنة على عمل هو حفظ الصغير ورعايته وتعهده وهو في 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».

٩٩- 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 بنادرشين الكوم الجزئية بتاريخ

٢٤ / ١١ / ٨٨٨٧ في الدعوى رقم ١٠٤ لسنة ٨٨٨٧ أحوال شخصية

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 :

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

يشترط في المتبرعة بالحضانة ما يأتي:

١- أن تكون من المحارم المنصوص عليهن بالمادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ (مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٨٥)، كالجدة لأب أو أم والخالة والعمة، فلا يقبل التبرع من غير المحارم ولو كن قريبات للطفل كابنة العم أو ابنة الخال، أو الأجنبيات عن الصغير. لأن في دفع الصغير للمتبرعة غير المحرم أو الأجنبية ضرراً به لقصور شفقتها عليه فلا يعتبر معه الضرر في المال^(١).

(١) فقد جاء بالعقود الدرية جـ 1 ص 59 ما يأتي:

«... ولم أر من صرح بأن الأجنبية كالعمة في أن الصغير يدفع إليها إذا كانت متبرعة والأم تريد الأجر على الحضانة ولا تقاس على العمة لأنها حاضنة في الجملة وقد كثر السؤال عن هذه المسألة في زماننا وهو أن الأب يأتي بأجنبية متبرعة بالحضانة فهل يقال للأم كما يقال لو تبرعت العمة وظاهر المتون أن الأم تأخذه بأجر المثل ولا تكون

٢- 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.

٣- أن تكون الحاضنة المتبرعة موسرة وهو شرط قال به بعض الفقهاء، 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^(١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن المقصود باليسار أن تكون الحاضنة قادرة على الحضانة مجانا^(٢).

والرأى الأول هو الذي نرى الأخذ به^(٣).

الأجنبية أولى بخلاف العمة على الصحيح... الخ» - راجع أيضا حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٦٢.

- (١) رسالة الإبانة عن اخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٧٠. وما بعدها - المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٣.
- (٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٧٤.
- (٣) 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 ١٧/١/١٩٤٢ في الدعوى رقم ٢٧٨٨ لسنة ١٤١١ بأن: «يقضى الفقه بالتخيير في 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 التخيير أن المراد بالتخيير فى الأجرة والأجرة على الحضانة - «وهو صريح الفتاوى المهدية ص ٢٦٦ من الجزء الأول» والصغيرة فى سن الرضاع ولا تخير فى هذا السن».

راجع أيضا: منفلوط الشرعية ٦/٢/ ١٩٤٠ فى الدعوى رقم ٨٨٨٣ / ١٩٢٩.

ويذهب ابن عابدين فى رسالته سالفه الذكر ص ٢٧٢ إلى أنه إذا كان الطفل رضيعا وتبرعت أمه بحضنته ولكنها طلبت أجرة على الإرضاع وتبرعت غير أجنبية بإرضاعه

١٠١- (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 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 بحضانته.

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^(١).

فإن الطفل يبقى عند أمه وترضعه غير الأجنبية في بيت أمه لأن كون المتبرعة بالإرضاع غير أجنبية لا يسقط حضانة الأم.

(١) فقد جاء بالعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ج١ ص 59 ما يأتي:

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

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

١٢٢- طلب تخيير الحاضنة يكون من الأب أو ممن يليه من العصبات:

الأب أو من يليه من العصبات في حالة عدم وجوده هو الذى يطلب تخيير الأم بين حضانة الطفل بالمجان أو تسليمه إلى الحاضنة المتبرعة، وترفع الدعوى منه، ولا تقبل دعوى الحاضنة المتبرعة إمساك الصغير مجانا إذا لم يطلب الأب أو من يليه من العصبات ذلك، لجواز أن يرضى وهو معسر بإبقائه عند الحاضنة القريبة بالأجر ولأنها لا تنتصب خصما عنه فى التضرر وطلب سقوط أجر الحاضنة القريبة فى دعواها الحاضنة لنفسها.

١٠٣- إجبار الأم على الحضانة:

إذا أبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضانته مجانا ولم يكن له مال وكان أبوه معسرا ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الأم على حضانته وتكون أجرتها دينا على أبيه^(١).



(١) مادة (٢٩٠) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ١/١٩ / ١٤١١ فى الدعوى رقم ٢٨٨ لسنة ١٤١٧.

موضوع رقم (٦)

مكان الحضانة وانتقال الحاضنة بالصغير

لبيان مكان الحضانة وحق الحاضنة في الانتقال بالصغير، نفرق بين ما إذا كانت الحاضنة هي أم الصغير وبين ما إذا لم تكن هي أم الصغير. كما أن هناك تفصيلاً أيضاً فيما إذا كانت الحاضنة هي أم الصغيرة ونعرض لذلك فيما يأتي:

١.٤ - أولاً: إذا كانت الحاضنة هي أم الصغير:

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

إذا كانت الحاضنة هي أم الصغير وكانت الزوجية قائمة بينها وبين أبي الصغير، فمكان الحضانة هو مكان الزوجين أي مسكن الزوجية، وليس للحاضنة أن تسافر بالولد إلى أي بلد ولو كان قريباً، لأن للزوج بحكم الزوجية منعها من الخروج من المنزل - في غير الحالات المستثناة في القانون - إذا لم يكن معها ولد، فأولى أن يمنعها من السفر بالولد إلى بلد آخر^(١).

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

إذا كانت الأم الحاضنة معتدة من أبي الصغير من طلاق رجعي أو بائن، فمكان الحضانة مسكن العدة، وهو مسكن الزوجية وقت الطلاق فليس لها أن تخرج منه حتى تنتقض عدتها منه، حتى ولو أذن لها المطلق بالخروج أو السفر، لأن بقائها في بيت الزوجية هو حق لله تعالى فلا يملك الزوج إبطاله^(٢) لقوله تعالى ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٤ - ص ٤٤ - الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٦٣.

(٢) راجع الرأي الذي يجيز للمطلقة الإقامة خارج مسكن العدة استناداً إلى حالة الضرورة (الكتاب الرابع).

(٣) سورة الطلاق - آية رقم (١).

وعلى ذلك لا يجوز للمطلقة رجعيًا أو بائنا السفر بالمحضون في فترة العدة.

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

إذا كانت الأم الحاضنة معتدة من وفاة أبي الصغير، فالظاهر أنها تأخذ حكم المعتدة من طلاق، فيكون بلد أبي الصغير هو مكان الحضانة ولا يكون لها التنقل بالولد بلا إذن، والإذن هنا إذن الأولياء لقيامهم مقام الأب ولأن ما فيه ضرر للولد ممنوع، فلم يمنع 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 في العدة فكانت في مسألة الانتقال بالولد في حكم المعتدة من طلاق^(١).

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

إذا كانت الحاضنة هي أم الصغير وانقضت عدتها من أبيه فمكان الحضانة هو بلد أبي الصغير، وحققها في الانتقال بالصغير من مكان الحضانة إلى بلد آخر يختلف باختلاف ما إذا كان هذا البلد الآخر قريبا أو بعيدا.

فإذا كان البلد الذي يراد الانتقال إليه قريبا جاز لها الانتقال بالصغير من مدينة إلى مدينة 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^(٢).

ويستثنى من ذلك أن تكون القرية المراد الانتقال إليها هي بلد الأم أي موطن أهلها التي عقد عليها فيها لأن الأب يكون قد التزم المقام في هذا البلد عرفا وشرعا لقول النبي 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^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٦٩ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٠١ وما بعدها.

(٢) بدائع الصنائع ج٤ ص ٤٥.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الرقائق ج٤ ص ١٧٢.

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^(١).

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

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

١٥٥ - 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.

(١) 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 أنه لو كان بين المحلتين تفاوت تمنع» (حاشية ابن عابدين ص ٥١١ وما بعدها).

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 يودى إلى القول بأن الأب إذا كان يستطيع الذهاب إلى البلد التى تنتقل إليها الأم بالصغير بوسائل المواصلات الموجودة الآن والعودة نهارا أو ليلا فى ذات اليوم فإن البلد يكون قريبا فإذا لم يستطع ذلك كان البلد بعيدا.

وإنما يجب أن يراعى هنا مقدرة الرجل على تحمل نفقات السفر لرؤية ولده^(١).

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٧٥ - وقارن حكم محكمة الأزبكية فى الدعوى رقم ٨٨٨ لسنة ٨٨٢٨ بتاريخ ١٩٢٩ / ٥ / ٥٥ 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 فى هذا الزمن هى الطرق الحديدية والسيارات العمومية والمراكب التجارية والشرعية والعربات والدواب والسير على الأقدام والثلاثة الأخيرة ليست مألوفة إلا فى المسافات القصيرة وغير مألوفة هذه الأيام فمتى أمكن الأب مطالعة ابنه والعودة للمبيت فى منزله فى المسافات الطويلة بوسائل الانتقال الأولى كان انتقال الأم بالصغير غير ممنوع شرعا - وقد يقال أن فى ذلك ضررا للأب متحملا نفقات السفر ولكن ذلك غير منظور إليه قطعيا فإنه عليه أن ينتقل لرؤية ابنه متى أراد من بكرة النهار إلى الليل ولم يقل الفقهاء ذلك=

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 الجامع المانع لمسألة البعد، ولم يجعلوا ذلك ضابطاً ومعياراً، 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 باسماً رواقه وظله ولم يكن الليل فيه إلا شيئاً مرعباً 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)

= إلا وهم يعلمون أن الانتقال طول اليوم مكلف لنفقات فى كثير من الأحيان» - المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد فقد نصت المادة 111 من المشروع على أنه:

(أ) ليس للأب خلال الزوجية أو فى عدة الطلاق الرجعى 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 عاديين.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية ما يأتى:-

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

١.٦ - حق الأم الحاضنة في الانتقال بالصغير في حالة وفاة الأب:

القيود سالفة الذكر التي ترد على الحاضنة في الانتقال بالمحضون إلى غير مكان الحضانة خاصة بحالة ما إذا كان الأب موجودا والأم المطلقة هي الحاضنة. فإذا لم يكن الأب موجودا، فلا يجوز لغير الأب كالجد أو العم منعها من الانتقال بالصغير^(١).

١.٧ - ثانيا: 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 في حالة عدم وجود الأب إلا بإذنه، سواء كان البلد قريبا أو بعيدا، وطنا أصليا لها أو لا، لأنه أجزى للأم الانتقال إلى بلد هو وطنها الذي عقد عليها فيه اعتبارا بأن العقد على الزوجة في وطنها التزام من الزوج شرعا وعرفا بالمقام فيه، وهذا المعنى غير متحقق في غير الأم لعدم وجود عقد^(٢).

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٦١ «لكن سئل شيخ مشايخنا العلامة الفقيه مثلا (على التركمانى) عن يتيم في 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 بالمطقة والأب، ولم نر من أجراها فى غيرهما، ومفاده أن الجد ليس له منعها» راجع أيضا عمر عبد الله ص ٦١٤ - وهذا المعنى هو المستفاد أيضا من المادة (٢١٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٧٠ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٥٥ - وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 26 من ربيع الأول سنة 1333هـ بأن:

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

وقد أفتت بتاريخ ١٤/١/١٩٦٦م فى الطلب رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٦٦ بأنه «... كما لا يلزم أم الأم أن تنتقل إلى مسكنه مهما كان ذلك المسكن لتقوم بواجب الحضانة، بل إن ذلك غير جائز شرعا متى كانت أجنبية عنه وغير محرم له، وواضح من السؤال أنهم جميعا 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».

١٠٨- 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^(١)، لأن في هذا الانتقال تفويتاً لحق الحاضنة في حضانتها وحق الولد في عطفها وحنانها.

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

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

وقيده البعض بأن يكون قريباً بحيث تستطيع الأم أن تراه كل يوم وتعود لموطنها في ذات اليوم قبل دخول الليل، كما هو الحال في سفر الأم بالصغير. وقد مال ابن عابدين إلى هذا الرأي^(٢).

والذى نراه ما ذهب إليه بعض الفقهاء المحدثين من أنه لما كان لكل من الأب والأم حق في الولد ورؤيته في فترة الحضانة وقد نفى الشارع المضارة عنهما بسببه فقد يكون في الأخذ بأحد الرأيين بإطلاق ضرر بأحدهما، فلو أخذنا بالرأى الأول ربما استغل الأب ذلك في حرمان الأم من رؤية ولدها، ولو أخذنا بالثانى وهو التقييد بالبلد القريب ربما لحق الأب منه الضرر، فقد يكون عمله يقتضيه السفر إلى البعيد، فمنعاً للإضرار بأحدهما يفوض الأمر إلى القاضى لينظر في خروج الأب والداعى إليه، فإن رأى أنه مضطر للخروج إلى البلد

(١) حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٧٠.

(٢) راجع في الرأيين: التتوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٣ ص ٧٠. وما بعدها - وقد أشار ابن عابدين إلى أن هناك رأياً أن الأب لا يخرج بالولد من محل إقامته قبل استغنائه عن الحضانة، وإن لم يكن لها حق الحضانة، لاحتمال أن يعود هذا الحق بزوال مانعه.

البعيد من أجل وظيفة أو تجارة أذن له فيه دفعا للضرر عنه، وإن رأى أنه لا مصلحة له في ذلك قيده بالقرب لعدم مضارة الأم⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٣ / ١١ / ١٩٤٢ بأن:

«الحمد لله وحده والسلام على من لا نبي بعده. اطلعنا على هذا السؤال وعلى صورة طبق الأصل من الحكم المذكور ونفيد أنه قد جاء في آخر باب الحضانة من البحر ما نصه - وفي المجمع ولا يخرج الأب بولده قبل الاستغناء انتهى. وعلة في الشرح بأنه لما فيه من الإضرار بالأم بإبطال حقها في الحضانة - وهو يدل على أن حضانتها إذا سقطت جاز له السفر به وفي 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 وهي حادثة الفتوى في زماننا. انتهت عبارة البحر - ونقل ابن عابدين في رد المحتار عن الشرنبلالية عن البرهان ما نصه «وكذا لا يخرج الأب به من محل إقامته قبل استغنائه وإن لم يكن لها حق في 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 في الخيرية في هذا المحل والمأخوذ من هذه النصوص أن 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 للأم أن تبصر ولدها كل يوم كما في جانبها قال ابن عابدين تعليقا على هذا ما نصه ثم لا يخفى أنه مخالف لما مر عن السراجية ولما يأتى عن شيخه الرملى بل ولما مر عن المجمع والبرهان لأن ما في الحاوى يشمل ما بعد الاستغناء وهذا هو الأرفق بالأم 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 التي بينها وبين القاهرة أكثر من مسافة قصر. وهذا ما اختاره ابن عابدين ذاهبا إلى أنه الأوفق ومؤيدا له بما نقله

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٦٧٦ وما بعدها.

عن التترخانية ولكن صاحب الحامدية أفتى بخلاف ذلك أخذاً مما فى المجمع وشرحه ومما فى السراجية ولنص عبارة الحامدية «سئل فى بنت بلغت من السن إحدى عشرة سنة وهى عند أمها المطلقة من أبيها يريد أبوها أخذها من الأم والسفر بها إلى بلدته التى هو فوق مدة السفر فهل له ذلك حيث سقطت حضانتها الجواب. نعم» وفى المجمع «ولا يخرج الأب ولده قبل الاستغناء إلى آخر ما ذكرنا عن البحر» إلى أن قال «ورأيت فى هامش فتاوى الأنقروية حاشية معزوة إلى الولي يحيى ابن زكريا أنه إذا سقطت الحضانة للتزوج بالأجنبي 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 لرؤيتهم لهم وإذا شاءت ذهبت إليهم فى دمياط محل إقامتهم لرؤيتهم وإذا ذهبت إليهم لا تمنع من ذلك وعلى هذا رأى أفتى صاحب الحامدية وذهب صاحب الحاوى إلى أنه ليس له أن ينقله بعد الاستغناء إلا إلى مكان قريب لا يفصله عنها إذا أرادت أن تنتظر 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 أهمهم 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 فى 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 فى المكان الذى يوجد فيه الولد بحق والأولاد موجودون بدمياط بحق فلا تمنع من رؤيتهم فى 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 فى ذلك ضرر أشد من الضرر الذى يلحق بالأم بذهابها إلى دمياط لرؤيتهم نعم. لو كان لوالد الأولاد محل إقامة أيضا بالقاهرة يمكن أن يقيم الأولاد فيه من غير ضرر يلحقهم كان الأخذ بما ذهب

إليه صاحب الحاوى وقال ابن عابدين أنه الأرفق والأولى. وفي هذه الحالة لا يكون هناك ضرر على الوالد. وبهذا علم الجواب عن السؤال حيث كان الحال كما ذكر والله سبحانه وتعالى أعلم».

١٠٩- 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^(١).
ولم يأخذ ابن عابدين بذلك وذكر أنه لم ير من ذكره^(٢).



(١) وجاء بالدر وشرحه أنه عزاه للخلاصة والنترخانية.

(حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٧١).

(٢) فقد جاء بحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٧١: «قوله وبأن غير الأب... الخ، يوهم أن غير الأب له السفر به أيضا إذا كان عنده، ولم أر من ذكره، بل قال القهستاني فلا يخرج الأب إلا أن يستغنى، ولا غيره ممن يستحق الحضانة نظرا للصغير».

موضوع رقم (٧)

مسكن الحضانة فى الفقه الحنفى

١١٠- تمهيد:

إذا لم يكن للحاضنة مسكن تقيم فيه مع الصغير - بالتفصيل الذى سنذكره - كان لها الحق فى مسكن للحضانة أو أجر مسكن للحضانة، ولما كان مسكن الحضانة من نفقة الصغير فإن المسكن أو أجره يكون فى مال الصغير إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فيجب على من يلزم بنفقته. وإذا كانت الحاضنة تقيم - غالباً - مع المحضون بالمسكن الذى تعده لسكنائها، فإن الوضع الغالب فى العمل أن الحاضنة تطالب بأجر مسكن الحضانة لا بتهيئة مسكن للحضانة، ولذلك سنرى أن بحثنا يدور حول أجر مسكن الحضانة^(١).

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

ذهب الفقه الحنفى ورأى فى الفقه الحديث وجانب من أحكام القضاء إلى أن الحاضنة تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة إذا لم يكن لها مسكن مملوك لها تقيم فيه مع المحضون، فإذا كانت تملك مسكناً لا تقيم فيه مع المحضون أو كانت تقيم مع المحضون فى مسكن أحد أقاربها أو تستأجر مكاناً تقيم فيه معه فإنها تستحق مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة^(٢).

(١) أنظر قضاء المحكمة الدستورية العليا المشار إليه فى بند ١١١.

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

«التنوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٦١».

وقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ج ١ ص ٥٨ (سئل) فى رجل طلق=

وترتيباً على ما تقدم قضى بأن:

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

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

لسنة 1976 مستأنف)

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

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

وكما أن اللغة على هذا المعنى فقد جرى العرف أيضاً به وللعرف اعتباره. ولا شك أن استعمال اللام فى عبارة «إن كان للحاضنة مسكن» تفيد ضرورة أن يكون المسكن مملوكاً للحاضنة لأن اللام للملك حقيقة والأصل الحقيقة (المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٤٣).

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

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

وذهب رأى فى الفقه الحديث أيده جانب من أحكام القضاء إلى أن الحاضنة لا تستحق أجر مسكن الحضانة وإن لم تكن تملك مسكنا تقيم فيه، إذا اندفعت حاجتها للمسكن، بأن كان لها حق الانتفاع أو السكنى، أو إذا كانت تسكن مع زوجها القريب للصغير قرابة محرمية أو حتى الأجنبي عنه فى مكان الحضانة لأن الطفل يسكن تبعاً لها استقلالاً وسكنها ونفقتها على زوجها، وسكنى الصغير لا تكلفها شيئاً⁽¹⁾.

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

مسكن الزوجية لا يكون مقراً للمحضونين بالتطبيق للمادة ٨٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إذا كان لحضانتهم مسكن يأويهم، تقيم هى فيه وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها.

١١٢- من الملزم بأجر مسكن الحضانة؟

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

وعلى ذلك نصت المادة (٨٨ مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقولها: «إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم...الخ».

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٦٩ - الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩٦ - المنيا الكلية فى ١/ ١٢ / ١٩٥٦ - الدعوى رقم ٢٢٨ / ١٩٥٦ مستأنف.

وقد قضى بأن:

١- «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 يبتدئ استحقاقها لأجر الحضانة من وقت قيامها بالحضانة فعلا... بل لها فوق ذلك أجره مسكن إن لم يكن لها مسكن وأن أجره الحضانة والمسكن يلزم بها من تجب عليه نفقة الصغير وهو الأب».

(بندر المنيا الجزئية - جلسة 1885/4/29 - الدعوى رقم 3 لسنة 1885)

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

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

لسنة 1986)

١١٣- كيفية تقدير أجر مسكن الحضانة:

أجر مسكن الحضانة من نفقة الصغير، فهو يقدر بمثل ما تقدر به نفقته فإذا كان الملزم بأجر مسكن الحضانة هو الأب، فإنه يقدر بحسب يساره، وإذا كان الملزم به غير الأب يقدر بحسب كفاية الصغير في حدود يسار الملزم بالنفقة^(١). وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٨٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - بالنسبة للأب - بقولها: «ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم».

١١٤- تاريخ استحقاق أجر مسكن الحضانة:

أجر مسكن الحضانة - كما أسلفنا - من نفقة الصغير ومن ثم فإن الأب أو من يلتزم نفقة الصغير يلزم به شرعا وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٨٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن

(١) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٩٤٩.

الإنفاق عليهم^(١)، وعلى ذلك إذا كان الأب هو الملزَم بنفقة الصغير فإنه يلزم بأجر مسكن حضانتَه من تاريخ الامتناع لا من تاريخ الحكم. أما إذا كان الملزَم به غير الأب فإنه يستحق من تاريخ الحكم.

١١٥- أجر مسكن الحضانة وتعدد المحضونين:

جرت بعض الأحكام على قاعدة مقتضاها أن السكنى واجبة للحاجة وما يكفى لسكنى محضون واحد يكفى لسكنى أكثر من واحد وبالعكس ما يكفى لسكنى أكثر من محضون لا يتغير إذا صار المحضون واحداً، فقضى بأنه متى اجتمع الأولاد فى سن الحضانة فى حضانة حاضنتهم وكان مفروضاً لبعضهم أجر مسكن كان هذا مانعاً من فرض أجر مسكن للبعض الآخر، فإذا فرض مثلاً لأخوين أجر مسكن وكان لهما ثالث يقيم فلا داعى إذن لفرض أجر مسكن بالنسبة إلى هذا الأخير، ويجب رفض الدعوى فى ذلك^(٢).

وقضى بأنه قد جرى العمل والعرف على عدم تجزئة المفروض لأجر الخدمة وسكنى الحضانة فإذا فرض للحاضنة أجر خدمة ومسكن حضانة صغار ثم توفى أحدهم فإنه لا يجوز طلب إبطال ما أصاب الصغير المتوفى فى هذه الأجرة لأن السكنى واجبة للحاجة وهى قائمة فالوجوب مستمر ومن يخدم شخصاً يخدم أكثر والأجر واحد^(٣).

وبأن زوال يد الحاضنة عن بعض الصغار لا يوجب تخفيض أجر المسكن إذا ظهر أن المفروض لها أقل من الكفاية^(٤).

وجاء فى حكم آخر أنه لا يمكن شرعاً تعدد مسكن الحضانة والخادم بتعدد الصغار لا يتجزأ كذلك أجر المسكن والخادم المفروض لهم جملة فلا يجاب الأب إلى طلب إبطال ما خص الصغير المضموم من أجرتهما اعتباراً بالنفقة وباقى الأجر، ما دامت حاضنة لأخوته، لأن هذه غير تلك^(٥).

(١) وهذه الفقرة وردت لأول مرة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥.

(٢) مصر الابتدائية الشرعية، المحاماة الشرعية ١ لسنة ٥ العدان ١، ٢ ص ١٢٣ رقم ٤٧.

(٣) ميت غمر الشرعية فى ١/١/ ١٩٥٣.

(٤) محكمة إسنا الشرعية: المحاماة الشرعية السنة ٩٩ ع ٤ ص ٢٦٠ وما بعدها رقم ٧٥.

(٥) أجا الشرعية فى ١٢/٢١/ ١٩٣٦.

وذهب بعض الفقهاء - بحق - إلى أنه يجب ألا يؤخذ هذا الأمر على إطلاقه، فقد يكون لعدد المحضونين دخل في تقدير الأجرة الخاصة بالمسكن، لأن ما يكفى صغير واحد قد لا يكفى لسكنى خمسة مثلاً، وما يكون لخمسة قد لا يكون من العدل أن يظل كذلك إذا صار المحضون واحداً، ولا سيما إذا روعيت ظروف كل قضية على حدها، فإن حجرة واحدة، على سبيل المثال، قد تكفى لسكنى صغيرين أو ثلاثة، لكنها قد لا تكون كذلك إذا زاد عدد المحضونين، ولا سيما إذا كانت الطبقة والحالة الاجتماعية والمالية لا تسمح بذلك^(١).

١١٦ - أثر الصلح على أجر مسكن الحضانة:

إذا كانت الحضانة تملك مسكناً تقيم فيه مع الصغير، فامتنع عليها أن تستحق أجرة مسكن الحضانة، ومع ذلك تم الصلح على أجرة مسكن الحضانة للصغير مع علم الطرف الآخر بأن الحضانة تملك مسكناً تقيم فيه مع الصغير، فإن هذا يمنع اعتباراً من تاريخ سريانه من طلب إسقاط هذه الأجرة محل الصلح، لأن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومات فيصار ما أمكن لتصحيحه صوناً لتصرفات العقلاء من الإلغاء^(٢).

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

وضعت المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - كما سنرى - أحكاماً خاصة بمسكن الحضانة في حالة الطلاق وهى تختلف عن أحكام مسكن الحضانة المنصوص عليها في المذهب الحنفى على ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا، ولذا يجب - منعاً للبس - تحديد الحالات التى تطبق فيها أحكام مسكن الحضانة المنصوص عليها في المذهب الحنفى وهذه الحالات هى:

(١) إذا كان الولد يقيم فى غير مسكن الحضانة، كما لو كان طالب علم يسكن فى غير البلدة التى بها مسكن الحضانة.

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٨٨.

(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٩٤.

- (٢) الفرقة بين الزوجين بغير طلاق، كالفرقة التي ليست بطلاق وإن احتسبت طلاقاً أو فسخاً كما لو تبين أن الزوجة أخت زوجها رضاعاً أو أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام أو ارتد الزوج أو الزوجة عن الإسلام، أو ارتكبت الزوجة مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة، أو انتهاء الزواج بالايلاء أو اللعان.
- (٣) انتهاء الزواج بموت الزوجة.



موضوع رقم (٨)

مسكن الحضانة في القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥

١٨٨ - النص القانوني:

المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1885 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية⁽¹⁾:

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

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

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

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

(1) وكان يقابل هذه المادة في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته

- النص الآتى:

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

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

وهذا القرار بقانون قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته بتاريخ ٨/٥/١٨٨٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية دستورية.

(راجع أسباب الحكم وما ترتب على الحكم من آثار بالكتاب الأول بند 886).

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

١٩٩- دواعى النص وأساسه التشريعى:

أفصحت المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1885 عن دواعى النص وأساسه التشريعى بقولها:

«إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا: أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكنهما جميعا «الدر المختار للحصفي في كتاب الحضانة»⁽¹⁾.

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية بمجلس الشعب عن النص المقابل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يأتى:

«نتيجة لأزمة الإسكان الخانقة فقد تعددت المنازعات والأقضية التى تمثل صراعا بين الزوجين بعد الطلاق على الاستقلال بمسكن الزوجية وقد اختلف قرارات النيابة العامة والأحكام فى هذا الصدد، فبعضها كان يمكن الزوج ويترد الزوجة بالأطفال ليوأجوها وحدهم تدبير مأوى لهم فى وقت عز فيه الحصول على مسكن، والبعض الآخر أبقى الطرفين المتنازعين فى المسكن مع ما فى ذلك من خطورة اجتماعية ومخالفة لأحكام الشرع فى حالات الطلاق البائن، والبعض الثالث مكن الزوجة والأولاد من المسكن، ولا شك أن بقاء هذا الحال دون علاج تشريعى أمر خطير تترتب عليه آثار خطيرة اجتماعيا وإنسانيا

(1) وقد استعملت المذكرة الإيضاحية عبارة «مسكن الزوجية المؤجر» على الرغم من أن المادة وردت فى الاقتراح بمشروع القانون كما وافق عليها مجلس الشعب شاملة للمسكن المؤجر وغير المؤجر، والذي نظنه أن واضعى المذكرة الإيضاحية قد نقلوا العبارات الواردة بالمتن من المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتى وردت بها مطابقة لها تماما، كمسلكهم فى بعض المواضع الأخرى التى سنشير إليها فيما بعد.

ويقتضى العلاج والحسم السريع ومدار الرأي في الفقه الحنفى أن من لها إمساك الولد وحضانتها وليس لها مسكن يلتزم الأب بسكنهاما جميعاً - وقد أخذت المادة الرابعة من القرار بقانون بهذا الحكم الشرعى فنصت على استقلال المطلقة الحاضنة لصغار مع صغارها بمسكن الزوجية المؤجر وذلك ما لم يهئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً شرعياً.... الخ».

١٠٠- الأحكام الواردة بالمادة:

تضمنت المادة النص على خمسة أحكام رئيسية هي:

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



أولا : استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى

شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم

يهىء لهم المطلق المسكن المستقل المناسب

١٢١- متى يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل

مسكن الزوجية دون المطلق؟

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

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

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

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

١٢٢- الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل مسكن

الزوجية دون المطلق:

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

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

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

وهذا الذى أوردناه يفصح عن أن المشرع لم يستهدف من الحكم الوارد بالمادة حماية الصغار وحاضنتهم بقدر زيادة أعباء المطلق بقصد الترغيب عن الطلاق. ويثبت هذا الحق للحاضنة ولو لم تكن والدّة الصغار، وسواء كانت من أقارب أم الصغار أو من أقارب أبى الصغار المطلق، أما إذا انتقلت الحضانة إلى حاضن، فلا يثبت له هذا الحق لأن النص جعل هذا الحق «للحاضنة».

ويفصح عن ذلك أن النص جاء مطلقاً «على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب»، وقد أبرز النص تخصيص المسكن للصغار بالدرجة الأولى وللحاضنة بالتبعية لهم، ولفظ «حاضنتهم» يفيد تعميم الحكم على الحاضنة أياً كانت.

وهذا الحكم مستحدث فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ذلك أن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان يقضى بأن «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية...»، فكان حكمها قاصراً على المطلقة الحاضنة أى والدّة الصغير المحضون.

وإذا كانت الحاضنة من المحارم بالنسبة للزوج المطلق كأخته مثلاً، فلا يوجد مبرر لحرمانه من الإقامة بالمسكن مع أولاده المحضونين. والأصل أن حضانة الصغار تكون للأم ما لم تحرم منها بحكم قضائى^(١).

(١) الدكتور محمد حسين منصور مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية ص ٢٧.

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

المستفاد من عموم نص المادة ٨٨ مكررا (ثالثا) سالفه الذكر أنها تلزم المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكانهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت في حكمها الصادر بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»^(١) بعدم دستورية المادة ٨٨ مكررا ثالثا فيما نصت عليه وتضمنته من إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكانهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. ونعرض أسباب الحكم فيما يلي:

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى عليها الثالثة، كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٨٨٥ مدنى كلى مساكن الإسكندرية ضد المدعى، بطلب تمكينها وابنته منها - المحضونة لها - «نجلاء» من مسكن الزوجية المبين بالأوراق، وبجلسة ١٥/١٠/١٩٨٥ - المحددة لنظر تلك الدعوى - دفع المدعى بعدم دستورية المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وبجلسة ١٠/١٢/٨٨٥ صرحت محكمة الموضوع للمدعى - بعد تقديرها لجدية دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية، فرفعها.

وحيث إن المدعى ينعى على المادة (٨٨) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ - المشار إليهما -

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٢ فى ٨ يناير سنة ١٩٩٦.

مخالفتها للمادتين (٢٢٢٤) من الدستور، تأسيساً على أن الإسلام - وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة، وأن الشريعة الإسلامية - في مبادئها - هي المصدر الرئيسي للتشريع، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعي - لا يجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه، ذلك أن الحق في الطلاق مكفول لكل زوج حملاً على أحوال المسلمين بافتراض صلاحهم وتقواهم، وهم لا يمارسون هذا الحق انحرافاً، أو التواء، أو إضراراً، بيد أن النص المطعون فيه، صاغ القواعد التي قررها، ممالةً منه لفئة لا تعنيها إلا مصالحها الضيقة التي لا يحميها الشرع، محملاً من يباشرون ذلك الحق - وبقصد تقييده - بأعباء مالية ونفسية تدفعهم إلى العدول عنه، ولو قام موجبه، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية، ولا يلجأ الزوج إليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأياً لصدعها - مستحيلاً أو متعذراً، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لا يبلور إلا تياراً دخيلاً يتوخى هدم الحقوق لا إعمالها، توهما لخصومة بين طرفين، وإهداراً لقوامة الرجل على المرأة، وإنفاذاً لمساواة مغلوطة بينهما، وانحيازاً لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين، وتهويناً لاستقرار الأسر داخل مجتمعها بقصد إضعافها، وتعقيداً لأزمة طاحنة في الإسكان، بدلاً من الحد منها تخفيفاً لوطأتها، بعد أن استمر لهيبتها، ونشأ عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفاً من قبل، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره سكناً مناسباً، إلا تكليفاً بمستحيل في ظل أزمة الإسكان هذه، التي تحول بضغوطها - التي عمقها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق في الطلاق ليغدو وهماً، يؤيد ذلك أن حمل المطلق على التخلي عن مسكن الزوجية، بعد أن أعده مستنفداً كل ما ادخره، ناهيك عن الديون التي لازال يزرع تحتها، يعني أن يصبح هائماً شريداً.

وكان من المفترض - وقد التزم شرعاً بالإنفاق على صغاره - أن تكون نفقتهم مبلغاً من المال، غير أن النص المطعون فيه، استعاض عن تملكها بالتمكين منها، مخالفاً بذلك ما كان عليه العمل من قبل، متجاهلاً حدة أزمة الإسكان، وهو ما قام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التي أقرها،

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

وحيث إن المادة ٨٨ مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على ما يأتى: «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة.

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

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

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

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

الموضوع، متى كان ذلك، وكانت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص، تكفلان لصغار المطلق وحاضنتهم، الاستقلال بمسكن الزوجية في الآجال والأحوال المبينة بهما، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون فيه المحل متعددا، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينهما، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيها - بافتراض استيفاء كل منها للشروط التي تطلبها القانون فيه - سواء أكان الخيار للمدين - وهذا هو الأصل عملا بنص المادة ٥٧٥ من القانون المدني - أم كان الخيار للدائن بناء على اتفاق فيما بين العاقدين، أو إنفاذا لنص في القانون، مثلما هو مقرر بالفقرة الثالثة من النص المطعون فيه، التي تخول الحاضنة - وبافتراض نيابتها عن المحضونين المفوضين - الخيار بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر لقاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، وهو ما يفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر، وطلبها مسكن الزوجية، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الطعن على المادة ٨٨ مكررا ثالثا - المشار إليها - بفقراتها الثلاث دون غيرها.

ذلك أن فقرتها الرابعة، تخول المطلق أن يعود بعد انتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا، وهو ما يتمخض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لا تفصل في موضوع الحقوق المدعى بها، ولكن في منازعات الحيازة التي يكون مسكن الزوجية مدارها، ليكون قرار النيابة في شأنها وقتيا، فاصلا فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل في ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين، دون إخلال بأصل الحق المردد بينهما. وحيث إن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب، المعقودة في أول يوليو سنة ١٨٨٥، أن آراء عديدة أبداهها رئيس المجلس وأعضاؤه في شأن نص المادة ٨٨ مكررا ثالثا، سواء بتأييد مشروعها، أو الاعتراض على بعض جوانبه لتقييده.

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

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

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

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

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أن ما نص
عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ
الشرعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب
على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا
التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام
قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام
الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي
يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية
وأصولها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وحيث إن إنكار حق صغار المطلق في اقتضاء نفقتهم تمكينا، مردود أولا: بأن القاضي وإن كان يقرها في ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ (المادتان ٥، ٦ منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل عناصرها جميعا، بما فيها السكنى، إلا أن من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لا تحمل في ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا - في وروده ودلالته - وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل، وهو خير من فساد عريض.

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

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

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

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

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

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

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

والأصل فيها أن تكون عينا، فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى ما يقابلها نقداً - باعتبار عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذراً.

وليس معروفاً أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكاً معلوم القدر والصفة، بل يتعين أن يكون تمكيناً يعينهم على أمر حوائجهم، ليوفيها دون زيادة أو نقصان.

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

صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ۖ

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

وقد أحال الله تعالى المؤمنين في كفاراتهم إلى عاداتهم قائلًا ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾.

متى كان ذلك، وكان الحق هو الحسن شرعاً، والباطل هو القبيح شرعاً، فإن تقرير حق الصغار في نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيّتها، لا يكون التواء عن الشرع، ولا ضلّالاً يقابل الحق ويضاده.

ومردود ثالثاً: بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، كثيراً ما قرروا أحكاماً متوخين بها مطلق مصالح العباد جلباً لنفعهم، أو دفعاً لضرهم، أو رفعاً للحرّج عنهم، باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها، وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها.

وإذ لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار في نفقاتهم أو المطل في أدائها - فيما إذا كان قدرها محدداً مبلغاً من النقود - مما قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها يقبلونهم على مضض، أو يصدونهم، يضيقون بهم ذرعاً، أو يعرضون عنهم، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم، فقد بات حقاً وواجباً، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلماً بيناً، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبيناً اقتضائها، مستلهاً أن الأصل في الضرر أن يزال فلا يتفاقم، وأن الضرر لا يكون قديماً، فلا يتقادم، وأن القرابة القريبة ينبغي وصلها، والقبول بأهون الشرين في مجالها توقياً لأعْمَها.

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضى مبلغاً من النقود، إلى عين محقق وجودها، هي تلك التي كانوا يشغلونها مع أبويهم قبل طلاق أمهم، ليظل حقهم متصلاً بها لا يفارقونها، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكناً مناسباً بديلاً عنها.

ولا منافاة في ذلك للشرعية الإسلامية سواء في مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية، بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة، بما يرضى جوهر علاقتهم بعضهم ببعض، فلا يقوض بنيانها.

ومردود رابعاً: بأن ما قرره المدعى من أن المطلق يتعذر عليه أن يوفر سكناً لصغاره وحاضنتهم إزاء حدة أزمة الإسكان، وعمق تداعياتها، يعنى أن

تقدير نفقتهم مبلغا من النقود مشتملا على سكناهم، لن يكون كافيا لتهيئتها، إذ لو كان بوسعهم استيفاء حقهم من السكنى من خلال أجر مسكن يحصلون عليه من أبيهم، لكان الاعتراض على عينية نفقتهم لغوا.

وحيث إن عينية النفقة على ما تقدم، لا تفيد لزوما انتفاء القيود اللازمة لضبطها، ولا تحول بالتالي دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية في شأن مضمون الحقوق التي خولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم، للفصل في اتفاقها مع الدستور، أو خروجها عليه.

وحيث إن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه، صريحتان في استقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية، فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكنا ملائما يضمهم جميعا.

بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما، يدل على تبنيها تمييزا تحكيميا بين فئتين من المطلقين: ذلك أن بينما تلتزم إحداها - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكنا مناسباً خلال فترة زمنية لا تتجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية، لا يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم بأكملها، فإن أخراهما - التي يكون مسكنها هذا غير مؤجر - يكفيها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكنا مناسباً يفيئون إليه، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم، لا يتقيدون في ذلك بأمر معين.

وحيث إن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوياً على تقسيم، أو تصنيف، أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض، أو عن طريق المزايا، أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور، يفترض ألا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقياً، وليس واهياً أو واهناً، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

ومرد ذلك، أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيمياً، مجرداً أو نظرياً، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيته إطاراً لمصلحة عامة لها

اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذا من القواعد القانونية التي أقرها، مدخلا لها فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكما، ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان ما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين، لا يعدو أن يكون تقسيما تشريعا لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التي يقوم عليها، والنتائج التي ربطها المشرع بها، بل توخى هذا التمييز - وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو ١٩٨٥ - فرض قيودا واقعية على الطلاق، كي لا تكون إسرافا، فجاء بذلك نافيا لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التي ارتبط بها المطلق في شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت، أم إعارة، أم ملكا، أم انتفاعا، أم حق استعمال، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا مناسباً يأويهم كبديل عن مسكن الزوجية، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقا بعين المكان الذي كان يظلمهم مع أبويهم قبل الطلاق، بل يقوم حقهم منحصر في مكان يهجعون إليه، يكون مناسباً شرعا لأمثالهم، فلا يكون إعداده مقيدا بزمن معين.

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها وكان غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقا سواء من خلال تنظيم تشريعي جائز، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم في النفقة إضرارا بأبيهم، وكان من المقرر أن مسكنا مناسباً يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقة أو بعدها، هو ما تقوم به مصلحتهم في النفقة التي لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار في نفقتهم، ولا هو من مقاصدها.

ومتى كان ما تقدم، وكان الآباء المطلقون - في علاقتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض، وكان النص المطعون فيه، قد مايز بينهم - في نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم في إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا، مع بسطها إن كان غير مؤجر، فإن هذا التمييز لا يكون منطقيا، قائما بالتالي على غير أسس موضوعية، ومنهيا

عنه دستوريا، ذلك أن أشكال التمييز التي يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد، أو تفضيل، أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق التي كفلها الدستور، أو القانون، أو كلاهما، بما في ذلك تلك التي ترعى بنيان الأسرة، ولا تفرقها، وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين، ضمانا لتراحمها وتناصفها.

وحيث إن النص المطعون فيه - فوق هذا يتمخض إعاناتا بالمطلق، وتكليفًا بما لا يطاق من جهتين.

أولاهما: أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد، وكذلك الأعمال التحضيرية التي تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة في أول يوليو ١٨٨٥ - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقته، ولحاضنتهم، مسكنا ملائما، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم.

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحا مقدما من أحد أعضائه مؤداه أن تهية مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم، ينبغي أن يكون مقيدا بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصصها، ولا لصغاره مال ينفقون منه على سكناهم. وقيل تبريرا لهذا الرفض، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم، أو تلقوا عن أمهم، مالا.

وإذ كان الأصل المقرر شرعا أن مؤنة الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن للمحضون مال، فعلى من تلزمه نفقته، وكان هذا الأصل مرددا بنص الفقرة الأولى من المادة ٨٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليه - التي تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته، على أبيه، وكان حق الصغار في الإنفاق عليهم، يتوخى إحياءهم، وليس حقا لحاضنتهم عوضا عن احتباسها لشئونهم، وكان الأصل في نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفا، وأن تأسيسها على حاجتهم، يثبتها على أبيهم، حتى مع اختلافهم دينا، وكان استواء

آباء الصغار مع أمهاتهم فى الولاد، لا يسقط نفقتهم عن آبائهم، بل ينفردون بها، إلا أن الحق فى طلبها مقيد دوماً بأن يكون تحصيلها حائلاً دون هلاكهم، أو ضياعهم. ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال، ذلك أن الإنفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلاً، فلا تكون نفقته واجبا على أحد، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعا من أبيه طلباً لازماً يحتم أداءها، فقد انتفى موجبها، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة.

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم، صونا لأموالهم التى بين أيديهم مما قد يبدها أو ينتقص منها، إلا أن حدبهما على أبنائهم بما فطرا عليه، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيها ويبدلها بغيرها، بل تظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم.

ثانيتهما: أنه وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عينا - حق، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفاً، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون إليه تبعاً لها - فإنه يكون بذلك مرهقاً - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعا - مفضياً إلى وقوعهم كارهين فى الحرج، ليكون إعناتهم منافياً للحق والعدل، ومشقتهم بديلاً عن التيسير عليهم، ليقترن الطلاق بالأساء والضراء التى لا مخرج منها.

وما لذلك تشرع الأحكام العملية التى ينبغى أن تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم، إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحاً من خلال تكليفاتها، ولا مضمونها عتواً مجافياً لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين، بل هونا وقواماً، وهو ما عبر عنه ابن عابدين فى حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التى أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عن لها إمساك الولد وليس لها مسكن، أفاد بأن على أبيهم سكناهما جميعاً، وهو ما يعنى عند ابن عابدين - أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويها مع المحضونين، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين، وأوفق لمصالحهم، ومن ثم ينبغى أن يكون عليه العمل.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان ما قرره أبو حفص مما تقدم - وكذلك من خرج عليه - لا يعدو أن يكون اجتهدا، وكان الاجتهاد في المسائل الخلافية ممكنا عقلا، ولازما ديانة، ومفتوحا بالتألي فلا يصد اجتهدا اجتهدا، ولا يقابل اجتهدا على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، وبما لا يناقض كمال الشريعة، أو يخل بروح منهاجها، وكان ما ذهب إليه البعض من أنه إذا اختار ولي الأمر رأيا في المسائل الخلافية، فإنه يترجح مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين، لا يكون إلا باتباع أيسرهما ما لم يكن إثما، فلا يشرع ولي الأمر حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسرا، لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا، بل يتعين أن يكون بصيرا بشئونهم بما يصلحها، فلا يظلمون شيئا، وكان من المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها، وكان ثابتا كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم، وأن صلاحهم هو تحصيل مقاصدهم، فلا يكون بعضهم على بعض عتيا، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم، وكان حقا قوله عليه السلام «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» وكانت الحنيفية السمحة هي مدار الدعوة التي قام بتبليغها إلى الناس جميعهم ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوائهم في مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا، مؤجرا كان أم غير مؤجر - ليكون لهم مهادا، ليس تعلقا بما يكون واجبا على أبيهم، ولا اجتنابا من جهتهم لشر يتأهون عنه، بل إعراضا عما ينبغي أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهابا لعلاقاتهم ببعض، ولا مقيما عوائق تتعقد دروبها وتتغلق مسالكهم إليها، ليكون لهم مخرجا من حرجهم، فلا يقترن - ظلما أو هضما - بما يأتون أو يدعون مصداقا لقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ ﴾ ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَن تَحُفِّفَ عَنْكُمُ وُحْلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴾.

متى كان ذلك، وكان القرآن فصلاً لا هزلاً، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقته - مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها، بل أمها أو أختها أو خالتها - يعنى أن حاضنتهم هذه - وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم، فلا تمنحهم كل اهتمامها، ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم، وإما أن تقيم مع محضونيتها - من دون أسرتها - ليتصدع بنيانها، ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثاً توخى - دون مقتض - وعلى ما جاء بمضبطة مجلس الشعب - فرض قيود واقعية على الطلاق لا يجوز شرعاً.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيداً، فلا يكون مسكن الزوجية مقراً للمحضونين، إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم، تقيم هي فيه. وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها، ذلك أن حق الصغار في السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أيا كان شكل العلاقة القانونية التي ترتبط بها في شأن هذه العين، ودون إخلال بحقها في أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب، باعتباره من مؤنتهم.

وحيث إن النص المطعون فيه - محددًا نطاقاً في الحدود التي خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق في الطلاق، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقاً تقتضيها الضرورة، ويقدرها، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها، لا تنتقص من مشتملاتها، ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخياً.

ووقعها في الحدود التي يقتضيها الشرع، ينفى تعويقها الطلاق، أو إهدارها الحق فيه، لأمرين، أولهما: أن الأصل في الحقوق التي يأذن المشرع بممارستها، أو يبين أسسها، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل، بل تعمل جميعها في إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها، وتتوافق مصالحها. ثانيهما: أن الطلاق كان دائماً ملاذاً نهائياً للرجل، ولا يلجأ إليه إلا باعتباره باباً للرحمة في مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائراً عميقاً.

ولم يكن مطلقا بغيا من الرجل على المرأة لقوله تعالى: «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلما أو حمقا، بل معروفا وانتصافا «لا ينال من الحقوق التي جر إليها» ولا يسقط عن المطلق تبعاتها وتلك هي الشريعة الإسلامية، قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة إلى البر والإحسان لا تنتهى. ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحايا لنزق آبائهم، يمنعونهم ما يستحقون.

وحيث إن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكا قانونا لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقته بهذا المسكن من دونه، إنما يجرد ملكيته من بعض عناصرها، إخلالا بالحماية التي كفلها الدستور لها بالمادة ٣٤، مردود: بأن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزوج بين الفردية وتدخل الدولة، لم تعد حقا مطلقا ولا هي عصية على التنظيم التشريعي وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساء تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماع معين، في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها.

وفي إطار هذه الدائرة، وتقيدا بتخومها، يفاضل المشرع بين البدائل، ويرجع على ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه من الصالح أجدر بالحماية، وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة بذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة.

ولا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية ما تقدم. ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضرارا. يقول تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾. وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها

فى الباطل. وتكليفاً لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً، أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية، مقيداً بتراخيه فى أن يوفر لهم مسكناً مناسباً يكون بديلاً عنه، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم، مترتباً على الإخلال بإيفائها، بعد أن غرض أبوهم بصره عن إحياء صغاره، ليكون استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية، عائداً فى مصدره المباشر إلى نص القانون، وعلى ضوء الموازنة التى أجراها المشرع بين مصلحة المطلق فى أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صغاره، ومصلحتهم فى البقاء فيه من دونه، مرجحاً - فى نطاق سلطته التقديرية فى مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما، باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضاراً لا حد لها، ولأن الأضرار حين تتراحم، فإن اختيار أهونها دفعاً لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً، يكون لازماً، وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية التى يحدد ولى الأمر إطارها وتوجهاتها.

وحيث إن أعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض أن المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون ما لا حاضراً يدبرون منه سكناهم، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعاً لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية، يكون لازماً.

وحيث إن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن وارداً فى مشروع القانون المعروض بتعديل بعض

أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييراً للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر القاضي لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب، وكان ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلباً لملاذهم وعونهم، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه، بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها، وقد يروعها - بما يفوض سكينتها وصفاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد، فلا تخلص - إزاء اضطرابها - لمحضونيتها، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضاً أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقررراً لمصلحة لها اعتبارها، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيتها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً - المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من:

أولاً: إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان له مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجراً كان أم غير مؤجر.

ثانياً: تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها، نهايتها عدة مطلقته.

وألزمت الحكومة المصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

١٢٤- المقصود بمسكن الزوجية :

استعمل النص عبارة «استمروا فى شغل مسكن الزوجية». وهو تعبير غير دقيق لأنه بانفصام الزوجية بالطلاق لم يعد المسكن الذى كان يقطنه الزوجان مسكنا للزوجية.

والمقصود بهذا المسكن، هو المكان الذى كانت تشغله الزوجية والزوج وأولادهما حال الزوجية، وكان يطلق عليه مسكن الزوجية، سواء كان منزلا أو جزءا من منزل، فإذا كان الزوجان وأولادهما يقيمون فى حجرة بشقة أو بمنزل يشغل باقيه آخرون كوالدى الزوج، كان مسكن الزوجية هو هذه الحجرة. وإذا كان الزوج متزوجا من زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة، وطلق الزوج إحدى زوجتيه، فإنها تستمر مع الأولاد المحضونين فى شغل ما كانت تستخدمه أثناء قيام الزوجية.

وعلى ذلك إذا كان للزوج أولاد بالغون من زوجته الأخرى فإن هؤلاء الأولاد يستمرون فى شغل ما كانوا يستخدمونه من مسكن الزوجية.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١/٦/ ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ اقضائية «دستورية» بأن :

«....ذلك أن النص المطعون عليه لا يخول الحاضنة - إذا لم يوفر الزوج مسكنا مناسباً - سوى الاستمرار هى ومحضونتها «دون المطلق» فى شغل مسكن الزوجية بما مؤداه أنه إذا شاركها آخرون فى الانتفاع بالعين، فإن حقهم على أجزائها التى لم يشملها الزوجية يظل قائما، وليس لأحد أن يحول دون إقامتهم فيها». وواضح مما تقدم أنه لا يشترط أن يكون هذا المسكن شرعيا وله مرافق مستقلة، وهو ما أفصحت عنه مناقشات مجلس الشعب^(١).

(١) فقد صرح الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس بأنه: «.... وفى نقاشنا مع السادة أصحاب الفضيلة أساتذة الشريعة ورد السؤال التالى: ما القول فى رجل متزوج زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة فكانت إجابتي فى هذه الحالة أن المنزل أو الشقة ليس مسكنا لزوجية واحدة بل لأكثر من زوجة وعلى ذلك إذا طلق فتستقل المطلقة وأولادها بما كانت تستخدم من المسكن المشترك. =

وكان النص المقابل في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يجرى عليه أن: «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال بمسكن الزوجية»، وهذه الصياغة لم تكن موفقة لأنها تعنى الاستقلال بالمسكن دون مشاركة أحد، وهى نتيجة غير صحيحة كما رأينا، لذلك جاءت صياغة النص الحالى أكثر توفيقا حيث قضى باستمرار الصغار وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة، أى أن الاستقلال هنا نسبى (فى مواجهة المطلق)^(١).

ويسرى النص على المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر، وذلك عكس الحال فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى كان يقصر هذا الحق على المسكن المؤجر^(٢)، وبذلك يكون النص الجديد قد أضفى سعة كبيرة فى تطبيق النص.

= إذن، فمسكن الزوجية ليس منزلا بالضرورة أو شقة بالضرورة وإنما هو الجزء من المنزل أو هو المنزل المستقل تبعاً للظروف التى تختص به الزوجة والزوج وأولادهما، حال الزواج وهذا هو المقصود فى القانون بمسكن الزوجية.

ثالثاً: لقد ورد بالنص أن على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية - بالمعنى الذى قدمته - دون المطلق والنص هنا محسوب تماماً، فنحن لم نقل: استقلوا بمسكن الزوجية تماماً وإنما دون المطلق وحده فإذا وجد فى هذا المسكن أب له أو أم يسكنون فى جزء منه لم يخرجوا وإنما يخرج هو وحده فمسكن الزوجية يؤخذ بالمفهوم الضيق، وهو ما خصص للزوجة ولأولادها وللزوج حال قيام الزوجية، فإذا اشترك آخرون من العائلة... الأب... أو الأم... أو الإخوة فى مكان آخر داخل المبنى فهو ليس جزءاً من مسكن الزوجية وليكن ذلك واضحاً» (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٨ بتاريخ ١١/٧/٨٨٥ ص ١١) كما صرح بأنه: «يبقى الأولاد مع حاضنتهم فى المسكن، ويترك هو المسكن ولقد ذكرت مثلاً لذلك هو أنه فى حالة وجود والد المطلق أو والدته مع الأولاد وحاضنتهم، وفى هذه الحالة يترك المطلق فقط المسكن دون والده أو والدته، فإذا كان لوالديه أن يستمروا فمن الأجدى أن يستمر أولاده فى نفس المسكن».

(مضبطة المجلس الجلسة المشار إليها ص ١٦).

(١) الدكتور محمد حسين منصور ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) نقض طعن ١٠٩ لسنة ١٠٠٠ ق جلسة ٢/٥/٨٨٥.

وعبارة (المسكن غير المؤجر) التي استعملها النص، أوسع بكثير من عبارة المسكن المملوك، لأن المسكن غير المؤجر يشمل المسكن المملوك للمطلق والمسكن الذى يكون له عليه حق انتفاع دون ملكية الرقبة أو حق استعمال أو حق سكنى، والمسكن المعار إلى المطلق من والديه أو من الغير، أو المشغول بترخيص إشغال مؤقت أو الذى يشغله بطريق الإعاره⁽¹⁾.

غير أنه إذا انتهى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو ترخيص الإشغال المؤقت، أو انتهت الإعاره، وطلب المالك استرداد المسكن وجب رد المسكن لملكه، سواء كان هذا المالك والد المطلق أو والدته أو غيرهما، ووجب على الحاضنة والصغار الخروج من هذا المسكن لأن شغلهم له وقتئذ يعد بلا سند من القانون لأن القانون المدنى لا يعطيهم - هم ولا المطلق - الحق عندئذ فى شغل هذا المسكن ولأن نص المادة (٨٨ مكررا ثالثا) سالفه الذكر تعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بسند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بغير سند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى اغتصاب ملك الغير. وعندئذ لا يكون للمطلق خيار ويتعين عليه أن يهئ لصغاره ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسباً.

أما إذا كان مسكن المطلق مشغولا بسبب العمل، سواء بالنسبة للعاملين بالدولة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص، فلا يثبت للحاضنة وصغار المطلق حق الاستمرار فى شغل المسكن بعد انتهاء فترة العدة لأن هذا المسكن أعطى للمطلق لاعتبار يتصل بعمله ليظل به هو شخصيا ليكون عن مقربة من العمل، أو لتوفير الراحة والاطمئنان له حتى يتمكن من أداء عمله على الوجه المطلوب، ومن ثم فإن خروجه من المسكن لتشغله الحاضنة والصغار مما يخالف

(1) وفى هذا قال السيد رئيس مجلس الشعب ضمن بعض المسائل التى أوضحها فى المادة:

«خامسا - إذا كان المسكن غير مؤجر واختيار اللفظ كان دقيقا فلم نقل مملوكا لفتح الباب لحالات غير الملكية فالمسكن غير المؤجر قد يكون مملوكا للزوج وقد يكون له عليه حق انتفاع وليس له ملكية الرقبة، وقد يكون مملوكا لوالده أو لوالدته وأعطى له دون إيجار فلفظ المسكن غير المؤجر أوسع بكثير من لفظ المسكن المملوك.....الخ».

شروط شغل المسكن ويعرقل سير العمل في الجهة التي أعطته هذا المسكن، فضلا عن أن علاقته بجهة العمل قد تنتهي قبل انتهاء مدة الحضانة.

وتختلف هذه الحالة عن مساكن الخدمات الاجتماعية التي تقيمها شركات القطاع العام من ثلثي نسبة الـ ١٥% المخصصة للخدمات من أرباح الشركات (م ١٤ من القانون ١٣٦ لسنة ١١١١) وتملك للعاملين أو تؤجر إيجارا مستقلا عن العمل، فهذه تأخذ حكم المسكن المملوك للمطلق أو المؤجر له بحسب الأحوال^(١).

١٥٥ - العلاقة بين الحاضنة ومؤجر المسكن:

إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا واستمرت الحاضنة وصغار المطلق في شغلها، فإن شغل الحاضنة والصغار لهذا المسكن يضحى بمقتضى نص في القانون، وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بين الحاضنة وبين المؤجر خلال فترة شغلها المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء فترة شغل المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وعلى ذلك تلتزم الحاضنة بأداء أجرة المسكن وبكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها المسكن، والحاضنة تحصل على نفقة للصغار من أبيهم ومن بين عناصرها أجرة المسكن^(٢). لأن الاستمرار في شغلها المسكن - المؤجر - لا يسقط حقها في تقاضى أجر مسكن الحضانة.

وقد أوضح هذه العلاقة في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، تقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاجتماعية والأوقاف والشؤون الدينية عن القرار بقانون المذكور إذ جاء به أن:

«الحكم الذى أتت به المادة الرابعة بعد استثناء من الأحكام المنظمة للعلاقة بين المؤجر والمستأجر فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع

(١) الدكتور عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ١٦٨ وما بعدها، وهامش (٢) ص ١٦٧.

(٢) قارن عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٦٨ إذ يرى أن للمؤجر أن يطالب والد المحضونين بالتزامات عقد الإيجار ومنها الأجرة باعتبار أنه المستأجر وللمؤجر أن يطالب الحاضنة بذلك باعتبار أنها الشاغلة للعين بمقتضى نص القانون.

الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حيث تستقل المطلقة الحاضنة بقوة القانون بشغل المسكن في مواجهة الزوج المستأجر والمالك وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بينها وبين المالك خلال فترة استقلالها بشغل المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء الحضانة أو زواج المطلقة ومن المفهوم أن الحاضنة تلتزم بسداد الأجرة وبكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها على استقلال المسكن إذ هي تحصل لأبنائها المحضونين على نفقة من أبيهم بين عناصرها أجرة المسكن».

وبالبناء على ذلك، إذا كان المسكن يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، جاز للمؤجر أن يطلب إخلاء الحاضنة والصغار من المسكن لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ٨٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١١١١، ومن بين ذلك إذا تخلفت الحاضنة عن الوفاء بالأجرة أو تكرر امتناعها أو تأخرها عن الوفاء بها.. أو إذا ثبت بحكم قضائي نهائي أنها استعملت المكان أو سمحت باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة.

ويجوز للمطلق التدخل في دعوى الإخلاء المرفوعة من المؤجر باعتباره مستأجراً^(١)، طالبا وقفها إلى حين الفصل في دعواه بإسقاط الحضانة عن الحاضنة لعدم أمانتها مثلا ونقل الحضانة إلى من تليها في الحضانة، مع طرد هذه الحاضنة من المسكن لشغلها له بعد ذلك بغير سند، كما يجوز للمؤجر الاستشكال في تنفيذ الحكم الذي يصدر ضد الحاضنة وفقا للقواعد العامة^(٢).

(١) عبد الناصر العطار في مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ٩٦٩ هامش (١).

(٢) وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو كمال بدوى أن يضاف إلى النص فقرة كالآتي: «كما لا يجوز الحكم بإخلاء المسكن بناء على طلب المؤجر إلا بعد إعلان الزوج والحاضنة» إلا أن رئيس المجلس رد عليه بأن: «من حق الحاضنة قانونا أن تتدخل في الدعوى، ويمكنها أن تستشكل عند التنفيذ، فالقواعد العامة ستطبق»، ولم يوافق المجلس على هذا الاقتراح - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص ١٥ وما بعدها.

ولا يجوز للحاضنة التنازل عن مسكن الحضانة للمؤجر، فإذا حدث هذا التنازل كان باطلاً، وحق للمستأجر استرداد العين المؤجرة، لأن حق الحضانة ينحصر في مجرد شغل العين في مدة الحضانة.

ولا يسقط حق الحضانة والمحضونين في الاستمرار في شغل المسكن تنازل المطلق عن الإيجار للمالك أو للغير أو تأجير المسكن من الباطن للغير لأن حقهم في الاستمرار في شغل هذا المسكن مستمد من القانون ولا يستطيع المستأجر الأصلي المساس به.

والحكم الصادر بإخلاء الحاضنة لا يحتج به في مواجهة المطلق الذي يسترد العين بوصفه صاحب الحق الأصلي في الإيجار إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

١٢٦- مدى حق الحاضنة في استعمال مسكن الحضانة :

تقيم الحاضنة مع المحضون في مسكن الحضانة، وتستمر في شغله من أجل الصغير المحضون. وتستند الحاضنة في إقامتها بالمسكن إلى نص القانون، دون أن يكون لها حق ذاتي عليه.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للحاضنة تغيير استعمال مسكن الحضانة ولو كان لغرض مشروع، فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكنى معها فيه، أو بأن تتزوج ويقيم زوجها معها فيه ولو كان الزوج ذى رحم محرم من الصغير، كما لا يجوز لها من باب أولى استعماله في غير أغراض السكنى كاستعماله عيادة طبية أو مكتب لممارسة مهنة أو حرفة، لأن ذلك يتضمن استغلالاً لحق الصغير على أبيه فيما ليس مقرر لها، بل وتعدياً عليه.

فإذا وجد هذا الاستعمال المخالف كان للمطلق بصفته ولياً على نفس الصغير وماله وصاحب الحق الأصلي في المسكن منعها من استعمال المسكن في غير حضانة الصغير.

غير أن هذا الاستعمال المخالف لا يبهر، إسقاط الحضانة عن الحاضنة إلا إذا أدى إلى فقدائها شرط الأمانة على نفس الصغير أو ماله، كما لو استعملت العين في غرض يضر بالصغير نفسياً أو خلقياً. وفي هذه الحالة يجوز للمطلق طلب إسقاط حضانتها ونقلها إلى من تليها في الترتيب الذي وضعه الشارع.

١٢٧- تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بسكنى الصغير:

تنص المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن: «يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو وجهة الإدارة.

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

وقد نصت المادة الثانية من القرار على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

ونصت المادة الثالثة على أن يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(القرار منشور بملحق التشريعات بنهاية الكتاب).

ثانيا : استرداد المطلق مسكن الحضانة

بعد انتهاء مدة الحضانة

١٢٨- مضمون حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة

الحضانة:

نصت المادة على أنه: «... فإن انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا».

والمقصود بذلك أن تكون مدة الحضانة قد انتهت بالنسبة لجميع الصغار المحضونين.

وكانت الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ تقضى بأن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك.

إلا أنه بعد استبدال الفقرة المذكورة بالقانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٥ نصت على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.

والذى نراه أن المادة جعلت حق البقاء فى مسكن الحضانة مقترن بالحضانة، سواء فى مدتها الوجوبية أو الجوازية، ولا يؤثر عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة فى المدة الجوازية على الحق، فالمسكن للصغير أساساً، والحاضنة مجرد تابع له، وهو ما يؤدى إلى أن حق استرداد مسكن الحضانة لا يثبت للمطلق إلا بعد انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية.

إلا أن محكمة النقض خالفت هذا الرأى وذهبت إلى أن حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة يثبت بانتهاء مدة الحضانة الوجوبية، لأن المدة التى أجاز فيها الشارع للقاضى إبقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد انتهاء سن الحضانة لم ترد فى النص حداً لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتداداً لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء.

فقد قضت بأن:

١- «وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بأن: «على الزوج المطلق أن يهـىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال

مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة... فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن....» وفى الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم. وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عنها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا المشار إليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الإلزامية لحضانة النساء وإذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٠٠ فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكر أو أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٠٠ - بعد انتهاء مدة حضانة النساء - للقاضى فى أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك لأن هذه المدة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهى بالنسبة للبنات التى لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار فى شئوننها ويخضع الإذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها، فإذا ما رخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصلية فى مرحلة حفظ وتربية أولاد متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكنائها

ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم أن كان لهم مال أو من تجب عليه نفقتهم وفي القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن باسترداد مسكن الزوجية على سند من أن مطلقة المطعون ضدها قد استبقت يدها على بنتها منه بعد أن تجاوزت مدة حضانة النساء وأن من حقها أن تستمر فى شغل ذلك المسكن فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثالث من أسباب الطعن.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق أن تاريخ ميلاد البنت «علا» هو ١/١/١٩٦٥ وجاوزت السن المحددة لحضانة النساء فإن المطعون ضدها تكون قد فقدت سندها فى شغل مسكن الزوجية ويحق للطاعن أن يعود له وإذ انتهى الحكم المستأنف إلى ذلك صحيحاً فيتعين تأييده».

(طعن رقم 86 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/3/28)

٢- «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنى عشرة سنة. مؤدى ذلك. للزوج المطلق الحق فى العودة للانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانوناً».

(طعن رقم 2287 لسنة 55ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/15)

٣- «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنى عشرة سنة. إذن القاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم 175 لسنة 63 قضائية «أحوال شخصية» - جلسة 1997/5/26)

٤- «إذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الثانية قد شغلت مسكن الزوجية لحضانة ابنتها من مطلقها المطعون ضده الأول المولودة بتاريخ ١٩٩٠/٥/٧ ومن ثم فقد جاوز سنها مدة حضانة النساء وهي خمس عشرة سنة وبالتالي يسقط حقها في شغل مسكن الزوجية وإن بقيت الصغيرة في يدها بعد بلوغها هذه السن وكان من حق المطعون ضده الأول العودة لهذا المسكن وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه بصدد المسألة القانونية التي اتخذها قواما لقضائه مع بقاء الحكم منتجا لآثاره بين الخصوم عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ... من قانون المرافعات مع وجوب الإشارة بأنه كان من المتعين أن يكون قضاء الحكم المطعون فيه ولاستقامته مع صحيح القانون والمسألة القانونية التي تم تأصيلها بالطعن المائل في موضوع الاستئناف برفضه وتأيد الحكم المستأنف».

(طعن رقم 672 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/1/10)

كما أخذت المحكمة الدستورية العليا بالرأى الذى اعتنقته محكمة النقض.

إدققت بأن:

١- «وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان ما قرره المادة (٨٨ مكررا ثالثا) - التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من إلزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا، إنما يدور وجودا وعدمًا مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (٠٠) المطعون عليها، فإن حق الحضانة فى شغل مسكن الزوجية إعمالا للمادة (٨٨ مكررا ثالثا) المشار إليها يعتبر منقضيا ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة. متى كان ذلك، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد «هيثم» - ابن المدعى من مطلقته - وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - أنه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام

التي تضمنتها المادة (٨٨ مكررا ثالثا) أنفة البيان، ولا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك، ذلك أن ما يأذن به القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفا إلى مدة استبقاء تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها، وليس للحاضنة بالتالي أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التي شملها هذا الإذن، ذلك أن مدة الحضانة التي عناها المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) - والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها في شغل مسكن الزوجية - هي المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة، وبلوغها يسقط حقهما في الاستقلال بمسكن الزوجية ليعود إليه الزوج المطلق منفردا في الانتفاع به إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا. ولا حاجة في القول بأن مجرد توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية يعتبر الخ».

(طعن القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» جلسة 1993/5/15)

٢ - «وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفته لأحكام المواد (٢، ٧، ٩، ١٢) من الدستور، تأسيسا على أن من مبادئ الشريعة الإسلامية أن من لها حق إمساك الولد، وليس لها سكن، فإن على الأب سكنهم جميعا، وأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وما يقوم عليه المجتمع من تضامن اجتماعي، وبقاء المسكن في حيازة المدعية وولديها فيه تحقيق للغاية المنشودة، وهي رعاية الصغار وحماية الأسرة.

وحيث إن المادة (٨٨ مكررا «ثالثا» - المطعون عليها - تنص على ما يأتي:

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

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

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها.

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

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

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. متى كان ذلك، وكانت دعوى الموضوع المقامة من المدعى عليه الثالث ضد المدعية - والتى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية - تتوخى الحكم له باسترداد مسكن الزوجية بعد انتهاء مدة الحضانة، استنادا إلى نص الفقرة الرابعة من المادة (٨٨) مكررا «ثالثا»، ومن ثم تقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعية فى الطعن على نص هذه الفقرة وحدها، ويتحدد بها - دون غيرها - نطاق الدعوى الدستورية الماثلة.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرده على أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التى لا تحتل تأويلا أو تبديلا. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل، ولا يجوز

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

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

الحضانة متباينة مدارها نفع المحضون. وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور، توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة، التي لا تصادم حكماً قطعياً، وهي مرونة ينافيها أن المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبر شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومبادئها، شريعة مرنة غير جامدة، يتقيد الاجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفرغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص فيه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها. ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ووقته، فإن الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية. فلا يصد اجتهاد اجتهاداً أو يكتسب عصمة من دونه.

وحيث إن الأصل في حضانة الصغير والصغيرة هو تعهدهما بالرعاية، بما يحول دون الإضرار بهما، فكان لزاماً على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته، ولحاضنتهم، مسكناً مستقلاً مناسباً، وإلا استمروا من دونه في شغل مسكن الزوجية، إلا أن هذا الالتزام يدور وجوداً وعدماً مع المدة الإلزامية للحضانة التي قررتها الفقرة الأولى من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وهي بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتا عشرة سنة، ومن ثم فإن ما قرره النص الطعين من أن للمطلق الحق في أن يعود إلى مسكنه بعد انتهاء مدة الحضانة إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانوناً، لا يعدو أن يكون اجتهاداً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعي في هذا الأمر ولا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة، بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة، بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك، إذ أن ما يأذن به القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتداداً لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفاً إلى مدة استبقاء، تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها. وليس للحاضنة بالتالي أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التي شملها هذا الإذن، ذلك أن مدة الحضانة التي عناها

المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكررا (ثالثا) - والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية - هى المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة. وببلوغها يسقط حقها فى الاستقلال بمسكن الزوجية، ليعود إليه الزوج المطلق منفردا فى الانتفاع به، إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا، ومن ثم فإن ما قرره النص المطعون فيه لا يكون مناقضا لأحكام الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى بالمصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(الطعن رقم 119 لسنة 21 قضائية «دستورية» جلسة 2005/1/13)

غير أن محكمة النقض ذهبت فى حكم حديث لها صادر بجلسته 2999/5/18 فى الطعن رقم 241 لسنة 74 ق أحوال شخصية إلى أحقية الحاضنة فى الاستمرار مع المحضون بمسكن الحضانة خلال فترة الحضانة الجوازية بالنسبة للصغير وبالنسبة للصغيرة حتى يبلغا الثامنة عشرة سنة طبقا للتقويم الميلادى (أقصى سن للطفل) وفقا لبعض الضوابط، واستندت فى ذلك إلى المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطفل، والمواد ٣، ٨٨، ٢٣ من اتفاقية حقوق الطفل التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١١/٠٠/١٩٩١ والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٠، والذى وافق عليه مجلس الشعب، بجلسته المعقودة بتاريخ ٢٧/٥/١٩٩٠.

وننشر الحكم المذكور فيما يلى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/ حسن حسن منصور «نائب رئيس المحكمة» والمرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعن أقام على المطعون ضدها الدعوى رقم ٢٩٩٧ لسنة ٢٠٠١ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة، بطلب الحكم بتسليمه مسكن الزوجية المبين بصحيفة الدعوى، وقال شرحا لدعواه: أنها كانت زوجا له، وأنجب منها على فراش الزوجية الصغيرين «محمد وأينور» ثم طلقها وتركها تقيم بمسكن الزوجية لحضانتها، ولبلوغهما السن المقرر لانتهاء حضانة النساء، فقد أقام الدعوى، وبتاريخ ٢٤ / ١١ / ٢٠٠٢ حكمت المحكمة بالإلزام المطعون ضدها بتسليم مسكن الزوجية موضوع الدعوى للطاعن، استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٨ لسنة ٧٠٠ الق. القاهرة وبتاريخ ٢١ / ١ / ٢٠٠٤ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها رأى بنقض الحكم، وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة - في غرفة مشورة - حددت جلسة لنظره، وفيها التزمت النيابة رأياها.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد، ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول: إن الحكم قضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، رغم بلوغ الولد العاشرة والبنات الثانية عشر من عمرها، وانتهاء حضانة المطعون ضدها لهما، طبقا للمادة ٢٠٠ من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ومن ثم يعود مسكن الزوجية، باعتباره مسكن الحضانة إليه (الطاعن) عملا بالمادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون سالف الذكر، وأن استبقاء الصغيرين تحت يد المطعون ضدها بعد انتهاء مدة الحضانة الإلزامية، لا يعطيها الحق في الاحتفاظ بهذا المسكن، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، ورفض الدعوى بتسليمه للطاعن فإنه يكون معيبا، بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك بأن النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - واجب التطبيق - على أنه «ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز

للقاضى بعد هذا السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك، مفاده، وعلى ما جرى به - قضاء هذه المحكمة - أن إبقاء الصغير أو الصغيرة بعد انقضاء السن المقررة لانتهاء حضانة النساء، فى يد الحاضنة، لا يعد امتدادا لحقها فى الحضانة، وإنما هى مدة استبقاء، بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء ومن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ سالف الذكر، أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية، دون الزوج المطلق، هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم، وبانتهاء المدة المقررة لهذه الحضانة، ينتهى حق الحاضنة فى شغل هذا المسكن، إلا أنه لما كان ذلك وكان النص فى المادة الثالثة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٦ بشأن الطفل على أنه «تكون لحماية الطفل ومصالحه الأولوية فى جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة، أيا كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها» والنص فى المادة الثانية من هذا القانون على أنه «يقصد بالطفل فى مجال الرعاية المنصوص عليها فى هذا القانون، كل من لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة»، مفاد ذلك وعلى ما أفصحت عنه نصوص اتفاقية حقوق الطفل، التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٠٠/١١/١٩٨٩ والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٠، والذى وافق عليه مجلس الشعب، بجلسته المعقودة بتاريخ ٢٧/٥/١٩٩٠ 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 ٣ من الاتفاقية) وأن تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسئوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين حسب الحالة، المسئولية الأولى عن تربية الطفل ونموه وتكون مصالح الطفل الفضلى موضوع

اهتمامهم الأساسى (المادة ٨٨ من الاتفاقية) وأن الدول الأطراف تعترف بوجوب تمتع الطفل المعوق عقليا أو جسمانيا بحياة كاملة كريمة فى ظروف تكفل له كرامته، وتعزز اعتماده على النفس، وتيسير مشاركته الفعلية فى المجتمع (المادة ٢٣ من الاتفاقية)، ومؤدى ذلك، أن كلا من الوالدين يتحمل المسئولية المشتركة فى تربية أطفالهم ورعايتهم وحماية مصالحهم وهى من أولى المسئوليات الملقة على عاتقهما لتعلقها بالمصالح الفضلى لهؤلاء الأطفال ومن مقتضى ذلك أن الأم إذا رضيت أن تستمر فى القيام بمهام الحاضنة رغم انتهاء موجبات الحضانة وذلك بمراعاة ظروف خاصة بأطفالها الذين بلغوا نهاية السن المقررة قانونا للحضانة سواء كانت ظروفها صحية أو تربوية أو غيرها من الظروف التى يقدرها قاضى الموضوع فإنه وفى مقابل ذلك على الأب ومن منطلق هذه المسئولية أن يساعد الأم على القيام بمهام هذه الرعاية، وذلك بتقديم العون المادى أو المعنوى لها، ومنه أن يتركها تستمر فى شغل مسكن الزوجية مع أطفالهما بعد انتهاء مدة الحضانة الإلزامية، وذلك لحين زوال تلك الظروف أو موجباتها؛ لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف، ورفض الدعوى على سند من أن الثابت بالتقريرين الطبيين الصادرين عن هيئة التأمين الصحى، أن الصغير «محمد» مصاب بمرض التبول اللاإرادى لعيب خلقى بالفقرات الظهرية القطنية، وأن الصغيرة «واينور» تعاني من استسقاء بالمخ نتيجة انسداد السائل النخاعى بقاع الجمجمة، بما يجعل هذين الصغيرين فى حاجة لوالدتهما المطعون ضدها لاستمرارهما فى الحياة، ولا يستطيع والدهما الطاعن بأى حال القيام بخدمتهما، مهما كانت إرادته، لأنه عمل شاق لا يقدر عليه الرجال وكان من الأولى مساعدتها على تحمل أعباء تربيتهما، وهذا أسباب سائغة تكفى لحمل قضائهما، ولها معينها من الأوراق وتتسق مع روح ونصوص الشريعة الغراء والاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية، المتعلقة بحماية ورعاية الطفولة والأطفال، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد صادف صحيح القانون، ويضحى النعى عليه فى هذا الشأن على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

لذلك

رفضت المحكمة الطعن، وألزمت الطاعن المصروفات مع مصادرة الكفالة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

وقد عدلت الفقرة الأولى من المادة (٠٠) سالفه الذكر بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ وأصبحت تنص على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة. وإعمال قضاء النقص الأخير يؤدى إلى القول، بأنه إذا اختار الصغير أو الصغيرة البقاء مع الحاضنة بعد بلوغهما سن الخامسة عشرة، وتوافرت فيهما الظروف التى أشار الحكم إلى أنها تبرر استمرار إقامة الحاضنة معهما بمسكن الحضانة، وكان للقاضى أن يقضى باستمرار الحاضنة فى الإقامة بمسكن الحضانة مع الصغير أو الصغيرة إلى حين بلوغهما سن الثامنة عشرة أو زوال الظروف المشار إليها أو موجباتها أيهما أقرب^(١).

(١) وقارن طعن رقم ٤٥١ لسنة ٧٢ لاق «أحوال شخصية» جلسة ٠٥ / ١١ / ٨٠٠٠. إذ جاء به أنه:

«وحيث إن هذا النعى سديد ذلك بأن النص فى الفقرتين «الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكرر ثالثاً من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على أن «وعلى الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة..... فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن» وفى الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون المذكور المستبدلة بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ - الواجب التطبيق لسريانه بأثر فورى لتعلقه بذاتية قاعدة قانونية أمرة باعتبار أن أحكام حضانة الصغار من النظام العام - على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.....» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحتضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوماً =

= خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التي عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكرر ثالثا المشار إليها والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية هي المدة الإلزامية لحضانة النساء وإذا انتهت هذه المدة ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٠ المشار إليها فإن حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه في الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٩٠ - بعد انتهاء مدة حضانة النساء من تخيير القاضى المحضون في البقاء في يد من تحضنهم دون أجر حضانة حتى يبلغ الصغير سن الرشد والصغيرة حتى تتزوج ذلك لأن هذه المدة لم ترد في النص حدا لمدة حضانة النساء، ولا هي تعتبر امتدادا لها وإنما هي مدة استبقاء بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الاستغناء عن حضانة وخدمة النساء وفي حالة استبقاء المحضون في يد الحاضنة فإنه لا التزام على الأب نحو الحاضنة لا بأجر حضانة لها ولا بسكنائها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال أو مال من تجب عليه نفقتهم وفي القول بغير ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع وتكاثر للمنازعات حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع.

لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها قد شغلت مسكن الزوجية بوصفها حاضنة لولديها من الطاعن محمد المولود فى ١٠/١/٨٨٨ وفاطمة المولودة فى ١١/٨/٨٨٥ وبالتالي قد جاوز سنهما مدة حضانة النساء وهى خمس عشرة سنة ومن ثم فلا حق لها فى شغل مسكن زوجية وإن بقيا الصغيرين فى يدها بعد بلوغهما هذه السن وكان من حق الطاعن العودة لهذا المسكن وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق أن الصغيرين قد بلغا سن الخامسة عشر وهى السن التى تنتهى فيها حضانة النساء فإن شغل المطعون ضدها لمسكن الزوجية يكون بغير سند ويحق للطاعن أن يعود إليه. وإذا انتهى برفض الاستئناف».

١٢٩- حالات أخرى يجوز فيها للمطلق استرداد مسكن الحضانة:

للمطلق أن يسترد مسكن الحضانة رغم عدم انتهاء مدة الحضانة في الحالات الآتية:

(١) إذا سقطت الحضانة عن الأم الحاضنة لأحد الأسباب المسقطة لها، كزواج الأم الحاضنة من غير ذى رحم محرم للصغير إذا لم ير القاضى إبقاء الصغير معها رغما عن ذلك تحقيقاً لمصلحته.

وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يعطى المطلق الحق في استرداد مسكن الحضانة إذا تزوجت المطلقة ولو بذى رحم محرم من الصغير.

أما النص الحالى فقد خلا من النص على ذلك، ولعل ذلك جاء مقصوداً لاختلاف وصف المخاطب بالحكم (الحاضنة). ففي النص الوارد بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان الخطاب موجهاً للمطلقة الحاضنة التى بزواجها ينتهى حقها فى الحضانة، أما النص الحالى فيخاطب الحاضنة عموماً الأم وغيرها، والتى يمكن أن تكون متزوجة، إذ لا يعقل حرمان الخالة أو الجدة من الزواج بسبب قيامها بواجب الحضانة لصغير لم تلده.

ولذلك لم يجعل الشارع من زواج الحاضنة سبباً لسقوط حضانتها واسترداد مسكن الزوجية منها، وإنما ترك إسقاط حضانتها محكوماً بالقواعد المنصوص عليها فى المذهب الحنفى والتى أوردناه فى موضعها.

(٢) إذا قام المطلق بتهيئة مسكن بديل مناسب للحاضنة والصغار سواء كان المسكن مؤجراً أو غير مؤجر.

(٣) إذا اختارت الحاضنة فرض أجر مسكن حضانة لها عوضاً عن استمرار الإقامة بمسكن الزوجية. وسنعرض لذلك تفصيلاً.

١٣٠ تراخى المطلق فى استرداد مسكن الحضانة المؤجر:

إذا كان مسكن الحضانة مؤجراً وثبت حق المطلق فى استرداده وقام بضم أولاده إليه، ومع ذلك لم يسع إلى استرداده بقصد التخلّى عنه نهائياً للحاضنة، عد ذلك تركاً منه للمسكن على خلاف مقتضى القانون، يجيز للمؤجر طلب إخلائه والحاضنة من المسكن.

ثالثاً : تهيئة المطلق لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية

١١- مضمون هذا الالتزام :

أعطى النص للمطلق الخيار بين أن يهوى لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب وبين أن يستمر صغاره من مطلقاته وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية. وذلك سواء كان هذا المسكن مؤجرا أو غير مؤجر. غير أن النص أتى بترقية بين المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر^(١) فى مسألة واحدة هى أنه إذا كان المسكن غير مؤجر كان من حق المطلق أن يستقل به إذا وفر للصغار وحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أثناء العدة أو بعد انقضائها، مهما طاللت المدة التالية لانقضاء العدة. أما إذا كان المسكن مؤجرا كان من حق المطلق أن يستقل به إذا وفر لهم المسكن المناسب خلال فترة العدة، فإذا انقضت فترة العدة دون أن يوفر لهم هذا المسكن كان من حقهم الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية^(٢).

وقد علل رئيس مجلس الشعب التفرقة بين مسكن الزوجية المؤجر ومسكن الزوجية غير المؤجر «باعتبار أن المسكن غير المؤجر يمكن للزوج أن يبحث عن بديل له ويمكنه فى أى وقت إن دبره أن يعود إلى مسكنه، أما المسكن المؤجر فإذا لم يستطع الزوج أن يدبر البديل خلال مدة العدة فعليه أن يترك

(١) وسنرى أنه قضى بعدم دستورية هذه الفقرة بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» - أنظر البند التالى.

(٢) وقد جاء بإيضاح رئيس مجلس الشعب لبعض المسائل الواردة بالمادة ما يلى:
«رابعا: إذا كان المسكن مؤجرا فعلى الزوج أن يهوى المسكن المناسب خلال مدة العدة فإذا هيا مسكنا مناسباً تركوه وبقى، وإذا لم يهوى لهم مسكنا مناسباً بقوا وخرج، لأن الموازنة هنا بين الأطفال الصغار والزواج المطلق فالرعاية لا للحاضنة وإنما للأطفال». (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص ١١).

مسكن الزوجية لبحث له عن سكن آخر فإذا ما وجده فلا داعى فى هذه الحالة للعودة إلى مسكن الزوجية لعدم المساس بالاستقرار»^(١).

وفى رأينا أن هذه التفرقة لم يكن لها ما يبررها فإن كان الشخص يحرص على الاستمرار فى ملكه، فالكثير من المستأجرين يحرصون على الاستمرار فى المسكن الذى يستأجرونه وقضوا فيه سنوات عديدة من عمرهم، وربط بينهم وبين البقعة التى يقيمون فيها^(٢).

ولم يكن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يتناول غير المسكن المؤجر - كما سبق إيضاحه - ولم يكن يحدد مدة لتخيير المطلق بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتهيئة المسكن المناسب للمطلقة الحاضنة وصغارهما. والنص يفترض أن المسكن الذى كان يشغله المطلق خاص به مؤجرا أو غير مؤجر، ولم يتعرض للحالة التى يكون فيها مسكن الزوجية خاصا بالمطلقة مؤجرا أو غير مؤجر.

ولذلك فإنه فى هذه الحالة يتعين على المطلق ترك مسكن الزوجية بعد انقضاء العدة دون أن يكون ملزما بأن يهئ لصغارها من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا آخر. وإذا تزوجت المطلقة الحاضنة فى مسكنها المؤجر أو غير المؤجر بغير ذى رحم محرم من الصغار فإن حضانتها - إذا لم ير القاضى أن مصلحة الصغار فى بقائهم معها - تسقط وتنتقل الحضانة إلى من تليها فى الترتيب من الحاضنات، وينتقل معها الصغار إلى مسكن الحضانة، ولا يلزم المطلق بأن يهئ لصغاره فى هذه الحالة مسكنا مستقلا مناسباً، ومن ثم يرجع فى شأن هذه الحالة إلى رأى الراجح من المذهب الحنفى^(٣).

أما إذا كان مسكن الزوجية خاصا بالزوجين معا (مؤجرا أو غير مؤجر) كان حكمه حكم المسكن الخاص بالزوجة على نحو ما أوضحناه، وذلك لثبوت حق كل منهما فيه.

(١) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ١٥.

(٢) أنظر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى البند التالى.

(٣) من هذا رأى عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة

١٩٨٥ ص ١٧٣ وما بعدها.

وإذا كان المطلق يشغل المسكن على سبيل الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى وانتهى هذا الحق، أو كان يشغله على سبيل الإعارة وطلب المالك استرداده تعين على المطلق أن يهئ لصغاره وحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً.

١٢٢- عدم دستورية المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً في تقييدها حق المطلق إذا كان

مسكن الزوجية مؤجراً في تهيئة مسكن حضانة آخر بفترة العدة:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً فيما تضمنته من تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته، وبذلك أصبح من الجائز للمطلق في هذه الحالة تهيئة مسكن آخر للحضانة في أى وقت ولو بعد انتهاء العدة.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا أسباب عدم دستورية هذا القيد تفصيلاً في حكمها المذكور والذي نشرناه في بند (١٢٣) فيرجع إلى هذا البند.

١٢٣- المقصود بالمسكن المستقل المناسب:

المقصود بالمسكن المستقل، المسكن الذى لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ولو لم يكن هذا المسكن شرعياً.

فلا يشترط أن يكون هذا المسكن مستقلاً بمرافقه، لأن النص لم يشترط ذلك، وإذا قيل أن النص مطلق فيحمل على إطلاقه، وبالتالي يجب أن يكون المسكن مستقلاً بمرافقه، فيرد على ذلك بأن التزام المطلق التزام تخييرى، فهو بالخيار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهئ مسكناً آخر مستقلاً مناسباً، وقد رأينا أن مناقشات مجلس الشعب حول نص المادة لم تشترط أن يكون مسكن المطلق شرعياً، وتكتفى بأن يكون حجرة بغير مرافق مستقلة، فذلك البديل يكفى أن يكون مشابهاً لمسكن المطلق، لأن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بأى من المسكنين^(١).

(١) العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ١٧٤ وما

والفقرات الثلاث الأولى من المادة صريحة في أن مسكن الحضانة الذي يهيئه المطلق يجب أن يكون مناسباً للصغار ولحاظنتهم وليس مناسباً للصغار فحسب^(١). وتقاس مناسبة المسكن بمدى التزام المطلق نحو أولاده ونحو الحاضنة، فهو يلتزم بالنسبة لأولاده طبقاً للمادة (٨٨ مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم، ويلتزم بالنسبة للحاضنة بأجرة حضانة لها وبتمكينها من حضانة أولاده ولا شأن له بنفقتها، وبالتالي يكون المسكن مناسباً للحاضنة إذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضونين.

ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحضانة ومناسبته للمحضونين وللحاضنة^(٢).

(١) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاظنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل.. الخ».

ونصت الفقرة الثانية على أن «وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هياأ لهم المسكن المستقل المناسب.. الخ»، ونصت الفقرة الثالثة على أن «ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها».

أما المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧١ فلم تكن تتضمن نصاً صريحاً في هذه المسألة، ولذلك ذهبنا مع الفقه في ظل هذا القرار بقانون - في مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية إلى أن مناسبة المسكن قصد بها مناسبته للمحضون لا للحاضنة، وذلك رجوعاً إلى المذهب الحنفي باعتباره المصدر التشريعي للنص، فقد ذهب الأحناف إلى أن وجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، ومن ثم فإن مناسبة المسكن يكون قد قصد بها مناسبته للمحضون لا للحاضنة لأن وجوب المسكن هنا هو لاحتياج الصغير إليه فيتعين أن تكون المناسبة المقصودة هي مناسبة حال الصغير. (راجع الطبعة الثانية من المؤلف المشار إليه ج ١ ص ٧١٥).

(٢) الدكتور عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ١٧٥ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأن مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعلاستمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة» أن المشرع لم يضع تحديدا لمسكن الحضانة البديل الذى يعده المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم وترك لقاضى الموضوع أن يستقل بتقدير مدى مناسبتة لهم بما يتبين له من ظروف كل حالة وملاساتها على حده. لما كان ذلك، وكان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة من سلطة محكمة الموضوع إذ أنها لا تقضى إلا على أساس ما تظمن إليه وتثق به ولا رقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها كما وأن من المقرر أن طلب تعيين الخبير هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما استخلصه من أوراق الدعوى أن مسكن الزوجية الذى تقيم فيه المطعون ضدها والمحضونين ما يوفر لهم الحماية والاستقرار وأن مسكن الحضانة الذى هبأه لها ولمحضونيه بديلا لمسكن الزوجية غير مناسب إذ يمكن إنهاء عقد إيجاره فى أى وقت وهذه أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فى هذا الخصوص فإنه لا يعيب محكمة الاستئناف سكوتها عن الرد على ما قدمه الطاعن من مستندات رأت أنها غير مؤثرة فى تكوين عقيدتها أو عدم الاستجابة إلى طلب ندب خبير للتحقيق من مدى مناسبة المسكن البديل للحاضنة والصغار لأن فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت

دليلها الرد الضمني المسقط لدلالة ما تمسك به الطاعن ومن ثم يغدو النعى بهذه الأسباب في حقيقته مجرد جدل موضوعي في تقدير الأدلة وفهم الواقع في الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض، ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم 6 لسنة 75 ق أحوال شخصية جلسة 2010/3/9)

ويدخل في مناسبة المسكن، المكان الذي يهئ فيه المسكن، وحتى يكون مكان المسكن مناسباً، يجب أن يتحدد بمكان الحضانة طبقاً للرأى الراجح من المذهب الحنفي المعمول به.

وعلى ذلك فالأصل أن يكون مسكن الحضانة الذي يهيئه المطلق، في البلد الذي يقيم هو فيه.

وإذا كانت الحاضنة هي أم الصغار، وكان المطلق يقيم في قرية فإنه يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن للحضانة في بلد آخر قريب سواء كان مدينة أو قرية، أما إذا كان المطلق يقيم في مدينة فيجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في مدينة قريبة ولا يجوز لها ذلك في قرية قريبة، إلا إذا كانت هذه القرية هي بلدة الأم وعقد نكاحها فيها.

أما إذا طلبت الأم الحاضنة تهيئة مسكن الحضانة في بلدة بعيدة مدينة أو قرية ولو كان المطلق يقيم في مدينة فإن ذلك يجوز بشرطين.

(١) أن يكون هذا البلد هو بلدها.

(٢) أن يكون النكاح قد وقع فيه أي قد عقد عليها فيه.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في غير البلد الذي يقيم فيه المطلق. غير أنه يجوز الاتفاق بين المطلق والحاضنة على مخالفة القواعد المتقدمة.

(راجع في التفصيل موضوع رقم 6).

١٣٤- هل يلتزم المطلق بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات :

أوضحنا فيما تقدم أن مناسبة المسكن التي اشترطها النص في المسكن الذي يهيئه المطلق للحاضنة وصغاره بدلاً من استمرارهم في شغل مسكن الزوجية، تقاس بمدى التزام المطلق نحو أولاده، ونحو الحاضنة، وأنه يلتزم بالنسبة

لأولاده بنفقتهم وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم، وأن المسكن يكون مناسباً للحاضنة إذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضون. ولا يكون المسكن مناسباً على هذا النحو إلا إذا كان مزوداً بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استيفاء للغرض المرصود له، ولا يتصور إلزام الحاضنة ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة وإلا كانت الحضانة عبئاً كبيراً على بعض الحاضنات يؤدى إلى عزوفهن عن الحضانة بشكل أو بآخر^(١).

رابعاً: تخير الحاضنة بين

الاستقلال بمسكن الزوجية وبين تقدير أجر مسكن

مناسب للمحضونين ولها

١٣٥ - مضمون التخيير:

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن: «ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها». ولم تكن هذه الفقرة واردة بالاقترح بمشروع القانون وإنما أضيفت إلى المادة حال مناقشتها بمجلس الشعب بناء على اقتراح أحد الأعضاء^(٢).

وهذا الخيار يثبت للحاضنة دون المطلق، سواء كان مسكن المطلق مؤجراً أو غير مؤجر، كما أنه جائز فى أى وقت، ولو بعد انقضاء عدة المطلقة الحاضنة، ولو استمرت الحاضنة فى شغل مسكن المطلق مع الصغار، أو هياً لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.

وهذا النص ابتغى به مجلس الشعب تحقيق صالح الحاضنة لأنه قد يكون لها مكان عند أهلها أو مسكن خاص بها تفضل الإقامة فيه، غير أنها تخشى من ذلك سقوط حقها فى أجر مسكن الحضانة^(٣).

(١) من هذا رأى: الأستاذ أشرف كمال ص ٤٠٤ وما بعدها.

(٢) السيد العضو نوال عامر.

(٣) وفى هذا قرر السيد الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب حال مناقشة المادة بأن: =

والنص وإن جرى على أن القاضى يخير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، إلا أنه لا يمنع الاتفاق على ذلك بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «بديل استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر أن يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً. الخيار للمطلقة الحاضنة فى الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقرر

= «ثم هناك اقتراح مقدم من السيد العضو نوال عامر سأل عرضه أيضاً سبيسر كثيراً من المسائل ويحل الإشكال أثاره بعض الأعضاء ويمكن أن يضاف هذا التعديل إلى المادة حينما يأتى التصويت ونصه.. ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها. لأنه قد يكون للزوجة كما تفضل البعض مكان عند أهلها وتفضل أن تنتقل مع أهلها وتأخذ المقابل فيتيسر لها هذا، وقد يكون للزوجة مسكن خاص بها وتستريح فيه أكثر وتخشى إن لم تخير أن يسقط حقها فى أجر المثل.. الخ».

«مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص 11 وما بعدها».

(1) وهذا يبين من الاقتراح المقدم من السيد العضو ياسين سراج الدين حال مناقشة المادة بمجلس الشعب ورد السيد رئيس المجلس. فقد أبدى السيد العضو اقتراحاً كالآتى: «بالنسبة للاقتراح الذى تقدمت به السيدة نوال عامر جاء فيه أن للقاضى ان يخير الزوجة... أقول أن الأمر قد لا يعرض على القضاء ولذلك فإننى اقترح القول أن للزوجة أن تختار بين المسكن أو مقابل المسكن نقداً، وفى حالة عدم الاتفاق يخيرها القاضى بين الأمرين، لأن هناك بعض قضايا لن تعرض على القاضى».

رئيس المجلس:

«إذن يكون فى هذه الحالة حق الاختيار أمام القاضى ويتم الاختيار».

السيد العضو ياسين سراج الدين:

«نفرض أن الزوجة لم تذهب إلى القاضى».

رئيس المجلس:

«إذا لم تذهب الزوجة إلى القاضى، فليس هناك قضية أصلاً ويكون الأمر اتفاقاً والاتفاق شريعة المتعاقدين».

(مضبطة المجلس - الجلسة المشار إليها ص 12)

القاضى أجر مسكن مناسب لا يمنع ذلك من الاتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء».

(طعن رقم 1430 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/5/19)

٢- «استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضونة. تحققه. بتهيئته لها مسكناً آخر مناسباً».

(طعن رقم 2874 لسنة 57ق جلسة 1992/12/22).

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أن:

«لا يعيب الحكم عدم تخبير المطعون ضدها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة إذ أن إقامتها الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية مفاده أنها اختارت ذلك».

(طعن رقم 175 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/5/26)

والعدالة كانت تقتضى منح الخيار السابق للمطلق أيضاً، إذا كان للحاضنة مسكن مناسب تستطيع أن تحضن الصغار فيه، لأنه فى هذه الحالة يكون من الإجحاف الشديد بالمطلق إرغامه على ترك المسكن الذى يشغله للمطالبة ولصغاره أو تهيئه مسكن مستقل آخر مناسب لهم، فى ظل أزمة حادة فى الإسكان تعانىها البلاد.

فإذا اختارت الحاضنة تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، فإن هذا الأجر يكون فى مال الصغير إذا كان له مال لأنه من نفقته، فإن لم يكن له مال التزم به الأب. ويجب عليه من تاريخ الطلاق لا من تاريخ انقضاء العدة، ويقدر بقدر يسار الأب وبما يكفل للصغير العيش فى المستوى اللائق بأمثاله، وذلك بصرف النظر عن القيمة الفعلية السائدة فى الإيجارات.

وعلى هذا نصت المادة (٨٨ مكرراً ثانياً) المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقولها: «إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم».

١٣٦- هل يجوز للمطلقة الحاضنة اختيار أجره مسكن الحضانة بدلا من

الاستقلال بمسكن الزوجية قبل الطلاق؟

المقرر شرعا أنه لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشوئه، فلا يجوز للزوجة التنازل عن حقها في نفقة العدة مثلا حال قيام الزوجية في غير حالة الخلع والطلاق على مال، لأن حقها في نفقة العدة لا ينشأ إلا بعد الطلاق، فالزوجة عند قيامها بالتعامل في هذه الحقوق بالتنازل عنها لم تكن تلك الحقوق قد نشأت بعد ولم تكن مقررة للزوجة وقت التنازل عنها ولا حق لها فيها، وإنما يثبت لها الحق في ذلك بعد الطلاق.

غير أن الوضع يختلف في تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين فرض أجر مسكن حضانة مناسب لها وللمحضونين بالتطبيق للمادة (٨٨ مكررا ثالثا) لأن المادة جعلت الحق في مسكن الحضانة للصغار وللحاضنة تبعا لهم، وجعلت اختيار الاستقلال بالمسكن أو فرض أجر مسكن حضانة مناسب للحاضنة وحدها بصريح النص، وعلى ذلك فالاختيار بين الأمرين ينحصر فيها دون سواها. وحضانة الصغار حق ثابت للزوجة سواء حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق فهم في حضانتها في الحالتين ووضعها في المسكن ثابت لها حال قيام الزوجية استنادا إلى قيام الزوجية ذاتها وبعد الطلاق استنادا إلى كونها حاضنة - إذا كانت كذلك - فحقها ثابت في المسكن في حالة وجود صغار في سن الحضانة ومستمر لها وأن اختلف سببه أثناء قيام الزوجية عنه بعد وقوع الطلاق، ومن ثم يكون لها حق التعامل بشأنه، سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق.

وعلى ذلك إذا اتفقت الزوجة الحاضنة مع زوجها قبل الطلاق على اختيارها فرض أجر مسكن حضانة مناسب بدلا من الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية، في حالة الطلاق، كان اتفاقها صحيحا ملزما لها، ولا تستطيع بعد الطلاق التحلل منه، والمطالبة بالاستقلال بمسكن الزوجية^(١).

(١) الأستاذ أشرف كمال ص ٤٠٧ وما بعدها.

١٢٧- اختيار الحاضنة الأولى فرض أجر مسكن حضانة ملزم لباقي

الحاضنات:

إذا اختارت أول حاضنة للصغير فرض أجر مسكن حضانة مناسب للمحضونين ولها بدلا من الاستقلال بمسكن الزوجية، فإنها تكون قد اختارت ذلك بإرادتها وحدها بناء على نص في القانون، دون توقف على قبول المطلق، فليس هناك إذن عقد بينه وبين الحاضنة على ذلك، واختيارها فرض أجر مسكن الحضانة تم بصفتها حاضنة وليس بصفتها الشخصية، ومن ثم فإنه إذا سقطت حضانتها لسبب من الأسباب المسقطة لها وانتقلت إلى غيرها من الحاضنات، فلا يجوز للأخيرة أن تطلب الاستقلال بمسكن الزوجية، أى أن الاختيار المنصوص عليه بالمادة لا يثبت لغير الحاضنة الأولى^(١)، فضلا عن أن القول بغير ذلك من شأنه الحيلولة دون استقرار المطلق في مسكنه وهو ما ينزل به ضررا كبيرا.

١٢٨- هل تسرى أحكام المادة (٨٨ مكررا ثالثا) على غير المسلمين

المتحدى الطائفة والملة:

الأحكام المنظمة لمسكن الحضانة وما يتفرع عليه من أحكام فى حالة الطلاق المنصوص عليها فى المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القواعد الموضوعية - وليست من قبيل الإجراءات - والمقرر طبقا للمادتين (٦) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية، (٠.٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومن بعدها المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ أنه يطبق فى شأن الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، ما ورد بشأنه نص خاص فى التشريع، فإن لم يوجد فالراجع من المذهب الحنفى، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بغير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المشار إليه فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم.

ومن ثم فإن الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٨٨ مكررا ثالثا) تطبق على المسلمين، كما تسرى حيث يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية فى مسائل

(١) من هذا رأى الأستاذ أشرف كمال ص ٤٠٨ وما بعدها.

الأحوال الشخصية، خاصة وأن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ صادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين المنصوص عليها بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ والمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والتي تعتبر مكملة للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

ويترتب على ذلك أن هذه المادة تسرى فى الحالات الآتية:

- (١) إذا كان المطلق والمطلقة مسلمين.
- (٢) إذا كان المطلق مسلماً والمطلقة تدين بدين سماوى غير الإسلام.
- غير أنه يلاحظ أن حضانة غير المسلمة تنتهى عندما يعقل الصغير الأديان وقد قدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سن السابعة أو إذا خيف عليه أن يألف الكفر وإذا لم يعقل الأديان وذلك بأخذ الحضانة له إلى الكنائس والمعابد الخاصة بغير المسلمين وتعويده شرب الخمر وأكل لحم الخنزير^(١).
- (٣) إذا كان المطلق والمطلقة من غير المسلمين ولا يتحدان فى الطائفة أو الملة.

مع ملاحظة أن دعوى الطلاق لا تسمع من أيهما إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق (المادة ٣/٢ من قانون إصدار القانون رقم ١) لسنة ١٩٠٠). إنما لا يسرى النص على المطلق والمطلقة غير المسلمين متحدى الملة والطائفة، لأنهما يخضعان لأحكام شريعتهما الخاصة^(٢).

(١) راجع بند (٢٢).

(٢) قارن الدكتور محمد حسين منصور ص ٥٨ إذ يذهب إلى أن النص ينطبق على كل المصريين أياً كانت ديانتهم ويستطرد أن مسألة الحضانة وإن كانت تتصل بالأحوال الشخصية إلا أن ما يرتبط بها من مسائل أخرى كمسكن الحضانة وأجرها يعد من المسائل المالية التى لا تتصل بالعقيدة، وهى ترتبط أساساً بالواقع الاقتصادى والاجتماعى، لذا نجد الحلول المطبقة فى هذا الشأن واحدة ولا يفرق القضاء فيها - من الناحية العملية - بين المسلمين وغير المسلمين. أضف إلى ذلك أن المشرع قد نظم تلك المسألة بنص خاص لمواجهة أزمة الإسكان العامة على كل المصريين، وهى أقرب إلى النصوص الإجرائية التى تسرى على كافة انطلاقا من حكم المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، خاصة وأن الشرائع الطائفية لم تورد تنظيماً خاصاً للمسألة.

١٣٩- الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا

ثالثا):

أولاً: قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

كانت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ تنص على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما بالفقرة الأولى منها: وهما طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهوى المطلق مسكناً آخر مناسباً، وطلب المطلق الاستقلال دون مطلقة بذات المسكن إذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به.

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الاقتراح بمشروع القانون نص على «اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع» ومع الأسف لم يتضمن الاقتراح بمشروع القانون هذا النص الذي أشارت إليه، فضلاً عن أن المادة الرابعة التي تكلمت عنها تحدثت عن إحالة المحاكم الجزئية للدعوى التي أصبحت وفقاً لأحكام القانون من اختصاص المحاكم الابتدائية بالرغم من خلو القانون من بيان اختصاص جديد لهذه المحاكم^(١).

والذي نظنه أن مقدمي الاقتراح بمشروع القانون قد نقلوا العبارة السابقة من

(1) تنص هذه المادة على أن:

«على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التي تكون عليها.

وفي حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور المواعيد العادية أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى، ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون».

المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - ثم أغفلوا ذكر النص نفسه بالاقتراح بمشروع القانون، فقد وردت العبارة المذكورة حرفيا بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون، وكانت تعنى الطلبين المنصوص عليهما بالمادة الرابعة منه وهما طلبا استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر، واسترداد المطلق المسكن إذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة.

وبذلك يكون القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ قد خلال من النص على المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا ثالثا). وبالبناء على ذلك فإنه كان يجب لتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة المذكورة بين المطلق والحاضنة، الرجوع إلى القواعد العامة في الاختصاص بنظر منازعات الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المواد (٨) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية، (٥، ٦) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها وقتئذ.

وقد نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن: «تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقا لما هو مبين في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب في غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها في المادة السادسة من اللائحة فإنها تكون دائما في اختصاص المحاكم الابتدائية»، ونصت المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن: «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية:

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا لم يزد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين. وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم به أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش في الشهر ... إلخ»، ونصت المادة السادسة من اللائحة على أن: «تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائي في المنازعات في

المواد الآتية:

«... نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما إذا زاد ما يطلب الحكم به في كل نوع على النصاب المبين في المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك... الخ».

وإذ كانت المنازعات التي تنشأ عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا ثالثا) تدور حول تهيئة المطلق لصغاره ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أو استقلال الحاضنة وصغارها بمسكن الزوجية أو تخير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية أو تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، أو باسترداد المطلق لمسكن الحضانة، فإن هذه المنازعات جميعا تتعلق بمسكن حضانة الصغير، والمقرر أن مسكن حضانة الصغير من نفقة الصغير وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ في معرض حديثها عن نفقة الأولاد بقولها «وتشمل النفقة توفير المسكن لهم»، وعلى ذلك ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات المذكورة بالمادة للمحكمة الجزئية^(١).

وبهذا الرأي قضت محكمة الزقازيق الابتدائية بتاريخ 1999/11/25 في الدعوى رقم 664 لسنة 1999 كلى أحوال شخصية للولاية على النفس وقد جاء به:

(١) قارن رأيا سابقا لنا في مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية ج١ الطبعة الرابعة سنة ١٩٩٩ ص ٨٨٦ وما بعدها.

ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار أحمد نصر الجندي ص ٢٦٦ وقد ذهب الدكتور عبد الناصر العطار في مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ٨٧٨ وما بعدها إلى أن القواعد العامة المنصوص عليها في اللائحة تقضى باختصاص المحكمة الجزئية بنظر المنازعات المشار إليها باعتبارها من المواد الخاصة بالحضانة والحفظ وانتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر المنصوص عليها بالمادة السادسة، ويرد على ذلك بأن المنازعات المذكورة بالمادة السادسة خاصة (بحق الحضانة والحفظ) و (انتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر) فقط.

وقارن الأستاذ شريف كامل في مؤلفه الجديد في قوانين الأحوال الشخصية ٨٨٥ ص ٠٠ فيرى أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر المنازعات المذكورة عملا بأحكام المواد ٢٧/٤، ٤٢/١، ٤٧/١ من قانون المرافعات.

«وحيث إن المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ المنظمة للمنازعات التي تثور بين الزوجين اللذين يقع بينهما الطلاق حول مسكن الزوجية ويوجد بينهما صغار قد ألغت اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في تلك المنازعات والذي كانت تنص عليه المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته، ولذلك تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تجعل الاختصاص بالحكم في منازعات النفقات الخاصة بالصغير للمحاكم الشرعية الجزئية، ويكون الحكم فيها انتهائيا، إذا لم يزد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش في الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين، ويكون الحكم ابتدائيا إذا زاد ما يطلب الحكم به في كل نوع عن هذا الحد أو حكم بأكثر من ذلك... وهذا الطلب باعتباره جزءا من نفقة الصغير..... تختص المحكمة بالفصل فيه ابتدائيا».

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر وذهبت إلى أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر هذه المنازعات إذ ذهبت إلى أن:

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على أن «تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائي في المواد الشرعية التي ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة» وإذ كانت المادتان الخامسة والسادسة سالفتي الذكر - قد حددتا اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر - وليس من بينها طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ - مما مفاده اختصاص المحاكم الابتدائية دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بطلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 10 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/23)

أما المنازعات التي تثور بشأن مسكن الحضانة بين الغير وبين المطلق أو الحضانة أو بينه وبينهما معا، فإنها تخضع لقواعد الاختصاص الوارد بقانون المرافعات.

ثانيا: بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

نصت المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة على أن تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة.

وبمراعاة أحكام المادة (٢٢) من هذا القانون، يكون حكمها في الدعاوى قابلا للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها، وذلك كله على الوجه التالي:

أولا : المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

- (١) الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.
- (٢) الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

ويكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائي للقاضي الجزئي....الخ» ونصت مادته العاشرة على أن: «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، دعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه....الخ».

وطبقا لرأينا في الاختصاص قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة، فإننا نرى أن الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا ثالثا) ينعقد للمحكمة الجزئية باعتبارها متعلقة بمسكن حضانة الصغير، ومسكن حضانة الصغير من نفقته التي تختص المحكمة الجزئية بنظر الدعاوى المتعلقة بها.

أما طبقا لقضاء محكمة النقض - قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة - فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية تأسيسا على أن المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة حددت اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر وليس من بينها طلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام

المادة (٨٨ مكررا ثانيا) سالفه الذكر أو المنازعات الأخرى الناشئة عنها، فيدخل الاختصاص في عموم المنازعات التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية كما نصت المادة العاشرة من القانون.

ثالثا: بعد العمل بالقانون رقم 10 لسنة 2444 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة:

نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن «تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة الخ». ومن ثم أصبحت محاكم الأسرة هي المختصة بنظر هذه المنازعات اعتبارا من ١/١/٠٤...

١٤٠- حكم المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥

لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ يتعلق

بالنظام العام:

قصد الشارع بنص المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ رعاية جانب الصغار حماية للأسرة، وذلك بتوفير المسكن المناسب لهم في مدة حضانتهم حتى ينجوا من التشريد بعد انفصال الأبوين بالطلاق، وذلك بعد أن أصبح العثور على المسكن أمرا صعب المنال. ومن ثم فإن حكم هذه المادة يضحى متعلقا بالنظام العام، ويسرى بأثر فوري مباشر على آثار المركز القانوني التي لم تتحقق وتستقر بحكم نهائي قبل العمل به.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي - في ظل القرار بقانون رقم ٤٤

لسنة ١٩٧٩ - إذ جرى قضاؤها على أن:

«لما كان القانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الذي صدر في تاريخ لاحق للحكم المطعون فيه قد نص في المادة الرابعة

على أن للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهيئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً، وكان هذا النص - والغاية منه رعاية جانب الصغار حماية للأسرة - يعد متعلقاً بالنظام العام فينطبق على واقعة الدعوى بأثر فوري».

(طعن رقم 700 لسنة 47 ق - جلسة 1982/1/28)

ويترتب على ذلك أنه إذا اختارت الحاضنة استمرار المحضونين معها بمسكن الزوجية أو شغل المسكن الآخر الذى هياه المطلق، فإن حق المحضونين يكون قد تعلق بالمسكن تعلقاً يتصل بالنظام العام، فلا يجوز لها التنازل عنه ولو كان التنازل للمطلق، فإذا تم هذا التنازل كان باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾. كما أن تنازلهما عنهما قبل اختيارها لأحدهما يقع باطلاً، لأنها تكون قد تنازلت عن حق الصغير وهى لا تملك ذلك.

خامساً : إصدار النيابة العامة قرارات فى

المنازعات المتعلقة بحيازة مسكن الزوجية

مضمون سلطة النيابة العامة فى إصدار القرارات :

١٤١- (أ) - قبل العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢^(٢) :

أجازت الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) سائلة الذكر للنيابة العامة أن تصدر قرارات فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) حتى تفصل المحكمة فيها.

فالقرار الذى تصدره النيابة العامة بشأن حيازة مسكن الحضانة هو قرار مؤقت إلى أن يتم الفصل فى النزاع من المحكمة المختصة. والمشرع بهذا النص - والذى ورد شبيه له فى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم

(1) الدكتور محمد حسين منصور ص ٢٤ وما بعدها.

(2) بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية.

٤٤ لسنة ١٩٧٩ - يكون قد حسم خلافا كبيرا في الفقه والقضاء حول مشروعية القرارات التي تصدرها النيابة العامة في منازعات الحيابة التي لا تشكل جريمة (أنظر البند التالي)، فأصبح هذا النص سنداً تشريعياً لهذه القرارات في النزاع الذي يحدث بين الحاضنة والمطلق^(١).

والملاحظ أن الفقرة المذكورة أعطت الحق في إصدار القرار فيما يثور من منازعات بشأن حيابة المسكن للنيابة العامة، دون أن تقصره على عضو بدرجة معينة من بين أعضاء النيابة العامة. وذلك بعكس الحال في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، إذ كانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة تقصر الحق في إصدار القرار على النائب العام أو المحامي العام^(٢).

ومع ذلك فإن إطلاق النص في القانون الجديد ليس له أهمية من الناحية العملية، لأن المادة ٨٢٤ بند (٥) من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول (والتي أبقى عليها الكتاب الدوري الصادر من النائب العام برقم ٨ لسنة ١٩٨٢) تنص على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيابة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (والتي حلت محلها المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف (المحامين العامين الأول الآن) للتصرف فيها. أي أن البند المذكور جعل إصدار القرار من

(١) وكانت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) قد قضت بتاريخ .. يناير ١٩٦٤ في الطعن ١٢٢ لسنة ٣٣ بأن:

«الأمر بمنع التعرض الذي تصدره النيابة العامة بعد حفظ الشكوى إدارياً لا يعدو أن يكون إجراء تصدره النيابة في غير خصومة جنائية ولا يقصد به سوى معاونة رجال الضبطية القضائية على حفظ الأمن مما يخرج بطبيعته عن وظيفة النيابة العامة القضائية».

(٢) ومن الغريب أن تذكرة المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الاقتراح بمشروع القانون (وهي تعنى المادة ٨٨ مكرراً ثانياً) تجيز «لنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيابة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع».. رغم أن مشروع المادة لم يقصر الحق في إصدار القرار على النائب العام والمحامي العام.

اختصاص المحامي العام الأول (الآن) لدى محكمة الاستئناف.

١٤٢- اقتصار حكم الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) على

منازعات الحيازة التي لا تشكل جريمة :

الحق المخول للنيابة العامة في إصدار قرار فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) المنصوص عليه بالفقرة الخامسة من المادة ٨٨ (مكررا ثالثا)، ينصرف فقط إلى المنازعات التي لا تشكل جريمة. ذلك أن منازعات الحيازة التي تشكل جريمة، تتدخل فيها النيابة العامة بإصدار قرارات مؤقتة بشأن الحيازة طبقا للتنظيم الذي وضعه الشارع في قانون الإجراءات الجنائية في المواد من (١.١ - ١.٩) الخاصة بالتصرف في الأشياء المضبوطة، فالنيابة تتدخل في هذه المنازعات بوصفها سلطة التحقيق الابتدائي والأمنية على الدعوى الجنائية، فهي تختص بمباشرة التحقق في هذه الجرائم، كما تختص في ذات الوقت بالتدخل فيما يثور من أنزعة معينة تنشأ عن الجريمة التي تجرى فيها التحقيق فتصدر قرارات أو أوامر في نطاق سلطاتها القضائية تفصل فيها في هذه الأنزعة وتكون هذه القرارات والأوامر قرارات وأوامر قضائية^(١). فإذا كان النزاع على الحيازة يشكل جريمة دخول بيت مسكون بقصد منع حيازته بالقوة (م ٣٧٠ عقوبات)^(٢) أو جريمة دخول بيت مسكون وعدم الخروج منه بناء على تكليف ممن لهم الحق في ذلك (م ٣٧٣ عقوبات)، فإن النيابة لها أن تصدر أمرا من أوامر التحقيق برد الحيازة إلى صاحب الحق فيها وهو من فقد الحيازة بالجريمة أي المجنى عليه (م ١٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية) ذلك أن قواعد حيازة الأشياء الواردة في قانون الإجراءات الجنائية تنطبق على حيازة المنقول كما تنطبق على حيازة العقار، فلفظة الأشياء الواردة في المواد (١.١ - ١.٩) هي لفظة مرسلة خالية من أي قيد يقيد بها بمعنى أو يصرفها إليه، والقاعدة أن

(١) الدكتور أحمد فتحى سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية الجزءان ١، ٢ طبعة مجلة القضاة ٨٨٠ ص ٧١٠ وما بعدها - المحكمة الإدارية العليا الطعن ٨٧ لسنة ٣٣٣
١/١٠ - ١٨٧٨ - مستعجل القاهرة فى ١٢/١/ ٨٧٨ الدعوى رقم ٢١٦١ لسنة ٩٩٧٧.

(٢) عدلت هذه المادة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٨٨٢.

ما ورد دون تخصيص فلا موجب لتخصيصه، كما أن لفظة الأشياء من الناحية اللغوية تتسع لتشمل المنقول وتشمل العقار في ذات الوقت، ولا يوجد في أحكام قانون الإجراءات الجنائية في المواد المذكورة ما يحول دون انطباق لفظة الأشياء على العقار، ويؤكد هذا النظر ما جاء في المذكرة التفسيرية عن المواد من (٥١٧ - ٦٥٥) من مشروع الحكومة التي أصبحت المواد من (١٠١ - ١٠٩) من قانون الإجراءات الجنائية أنه قصد بذلك «... التيسير على الأفراد في استرداد أموالهم التي استوجبت ضبطها لتحقيق القضايا الجنائية أو الحكم فيها وذلك من غير حاجة إلى رفع دعاوى أمام المحاكم المدنية تكبدهم المشاق والنفقات. وتخفيفاً لأثر الجريمة على المجنى عليه رأى أن يمكن من استرداد المال الذى خرج من يده بسببها بأسرع طريق، وروعى فى الوقت نفسه ألا تزدحم دور المحاكم بأشياء لم يبق موجب لحفظها بها...» فالمذكرة التفسيرية قد عبرت عن الأشياء التى ترد حيازتها إلى صاحب الحق فى الحيازة بالمال، والمال يشمل العقار والمنقول^(١).

ويؤيد ما ذهبنا إليه من أن حكم الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) يقتصر على منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة ما جاء بالكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ٦ لسنة ١١١١ بتاريخ ٢٢/٨/ ١١١١ (والذى ألغى فيما بعد بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٨٨٢) من أن:

«لما كان المقرر أن النيابة العامة تتدخل فى منازعات الحيازة فى حالتين: أولاً: إذا انطوت المنازعة عن جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير

(١) شريف كامل فى مشاكل الحيازة أمام النيابة العامة ص ٩٤ وما بعدها - الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى الطبعة الحادية عشرة ١٩٧٦ ص ٨٧ وما بعدها - إلا أن محكمة النقض قضت بأن وضع اليد على عقار سلبت حيازته بالقوة لا يعتبر ضمن التعويضات الناشئة عن ارتكاب الجريمة، ولا اختصاص للمحكمة الجنائية به (نقض طعن ٦/٨ / ١٨٤٨ مجموعة القواعد ج-٧ - ٥٨٨ رقم ٦٢٤).

وقد انتقد الفقه - بحق - هذا القضاء لأن رد حيازة العين المتنازع عليها إن لم يعد تعويضاً فهو من صور الرد الذى تختص به المحكمة الجنائية (رؤوف عبيد ص ٨٧ وما بعدها - الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية طبعة مجلة القضاء ٨٨٠ ص ٦١٠).

المنصوص عليها في المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣ من قانون العقوبات أو جرائم الاعتداء على الحيابة الواردة في المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ثانيا: إذا كانت منازعة الحيابة مدنية ولكن تدخل النيابة العامة فيها يكون إما بنص صريح في القانون كمنازعة حيابة مسكن الحضانة المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أو لحفظ الأمن العام استنادا للمادة ٣٢ من قانون السلطة القضائية، ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية^(١).

وقد تدخل الشارع أخيرا بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٨٨٨٢ بوضع نظام يكفل حماية الحيابة في الحالات التي يشكل فيها الاعتداء على الحيابة جريمة، بأن أضاف إلى قانون العقوبات مادة جديدة برقم ٣٧٣ مكررا بمقتضاها أجاز للنياية العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٣٦٩ عقوبات وما بعدها أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيابة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضى الجزئى المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه.

(أنظر بنود 199 وما بعده)

١٤٣- طبيعة القرار الصادر من النيابة العامة طبقا للفقرة الخامسة من

المادة (٨٨ مكررا ثالثا) :

قدمنا أن نص الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ سنة ٨٨٨٥ قد تناول القرار الذى تصدره النيابة العامة فى المنازعات التى تنشأ بين الحاضنة والمطلق حول حيابة مسكن (الزوجية) التى لا تشكل جريمة

(1) قارن شريف كامل فى مؤلفه ملحق مشاكل الحيابة طبعة ٨٨٨٢ ص ٧٣ - إذ يرى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقابلة للفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٨٥ يسرى على المنازعات التى تشكل جريمة وتلك التى لا تشكل جريمة.

وقد تغيا الشارع من هذا النص أمرين:

الأول: حماية الصغار من التشريد بإصدار قرار مؤقت بتمكين الحاضنة وصغار المطلق من حيازة مسكن (الزوجية) إذا توافرت الشروط المطلوبة حتى يفصل في النزاع من المحكمة المختصة، ولا يخفى أن في حماية الطفولة وتأمينها تحقيقاً لمصلحة عامة ولذلك نص بالمادة العاشرة من دستور سنة ١١٧١ المعطل على أن «تكفل الدولة الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب...».

الثاني: معاوننة الضبطية الإدارية في واجبها في المحافظة على الأمن العام - رغم عدم وجود جريمة في الأمر - لما ينتج عن الخلاف بين المطلق والحاضنة على حيازة مسكن (الزوجية) من صراع قد يؤدي إلى الإخلال بالأمن العام. ومن ثم فإن هذا القرار هو في طبيعته قرار إداري وليس قراراً قضائياً.

الطعن في قرار النيابة العامة الصادر في منازعات حيازة مسكن الزوجية :

هناك طريقتان للطعن في القرار الصادر من النيابة العامة هما طريق الطعن القضائي وطريق التظلم الإداري.

١٤٤- أولاً : طريق الطعن القضائي :

يجوز للمتضرر من قرار النيابة العامة التظلم من هذا القرار بطلب إلغائه أمام محكمة القضاء الإداري عملاً بالبند (خامساً) من الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القرار بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة، التي تجرى على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في «الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية». وتختص بنظر دعوى الإلغاء محكمة القضاء الإداري (م ١٢).

ويجب أن يكون مبنى الطعن في القرار عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة (م ١٠ / ١٠).

ولا يترتب على رفع الدعوى إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها (م ١/٤٩) وترفع

الدعوى خلال ستين يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار (م ٢٤)، ويقوم مقام الإعلان العلم اليقيني بالقرار.

ولا يشترط لرفع دعوى الإلغاء أن يسلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فى القرار، وإنما يجوز رفع الدعوى، مباشرة دون سلوك هذا الطريق (مفهوم المخالفة للمادة ١٢ب). إلا أنه إذا سلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فإن التظلم يقطع سريان ميعاد الستين يوما المحدد لرفع دعوى الإلغاء، فلا يسرى هذا الميعاد من تاريخ إعلان المتظلم بالقرار أو علمه به علما يقينيا (م ٢/٢٤).

ويجب أن يبت فى التظلم قبل مضى ستين يوما من تاريخ تقديمه^(١) ويعتبر مضى ستين يوما على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه (م ٢/٢٤) ويكون ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستين يوما من تاريخ انقضاء الستين يوما المذكورة.

كما تختص محكمة القضاء الإدارى بنظر طلبات التعويض عن القرار الصادر من النيابة العامة سواء رفعت بصفة أصلية أو بالتبعية لطلب الإلغاء (م ١/١٠/عاشرا، ١٣)، ومحل ذلك أن يكون قد لحق المتضرر ثمة ضرر من هذا القرار.

١٤٥- ثانيا: طريق التظلم الإدارى:

نصت المادة ٨٣٤ بند «٥» من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول طبعة ٨٨٠ (والتي أبقى عليها الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ٨ لسنة ٨٨٢، ولم يتصد لها الكتاب الدورى رقم ١٣ لسنة ٨٨٥ الصادر بتاريخ ١٩/٨/٨٨٥ بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥)، على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيازة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ٩١٧٩ (المقابلة للمادة ٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف للتصرف فيها.

أى أن البند المذكور أوجب إصدار القرار فى المنازعات المشار إليها من المحامى العام لدى محكمة الاستئناف (المحامى العام الأول الآن).

(١) ولم يجر العمل فى النيابة العامة على التقيد بهذا الميعاد.

ولم تضع تعليمات النيابة ثمة قواعد للتظلم من قرار المحامي العام (الأول) الذى يصدره فى المنازعات المذكورة، وكان يستهدى فى هذا الشأن بأحكام الكتاب الدورى رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٧ الصادر من النائب العام بتاريخ ٣٠ / ١٠ / ١٩٧٧ والقواعد العامة فى التظلم الإدارى، والكتاب الدورى المشار إليه كان ينظم إجراءات إصدار القرارات فى منازعات الحيازة والتظلم منها، إلا أن هذا الكتاب قد ألغى بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ٨٨٨٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ٢٨ / ٤ / ٨٨٨٢، ومن ثم فإننا قد رأينا أن يتبع فى شأن التظلم من القرار القواعد العامة فى التظلم الإدارى.

وبالبناء على ما تقدم فإن التظلم من قرار المحامي العام الأول إما أن يقدم إلى مصدره (المحامي العام الأول) أو إلى الجهة الرئيسية (النائب العام) غير أن العمل قد جرى على أن يقدم التظلم إلى الجهة الرئيسية (النائب العام) مباشرة. وقد فوض النائب العام النواب العامين المساعدين لدى نيابات الاستئناف فى نظر هذه التظلمات.

١٤٦ - القرار الصادر من النيابة العامة وقتى :

القرار الصادر من النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجية) قرار وقتى، بمعنى أن أثره يزول بصدور حكم نهائى فى موضوع الحيازة من المحكمة المختصة.

١٤٧ - تعليمات النيابة العامة فى شأن النزاع على حيازة مسكن الزوجية :

نصت المادة ٨٣٤ من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول سنة ٨٨٨٠ - والتى أبقي عليها الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ٨٨٨٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ٢٨ / ٤ / ٨٨٨٢ - والتى مازال العمل جاريا بها فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ على بعض القواعد التى تتبع عند حصول نزاع على حيازة مسكن الزوجية، فجرت على أنه:

«إذا ثار نزاع بين الزوجين على حيازة مسكن الزوجية يبادر أعضاء النيابة إلى فحصه وتحقيق عناصره، ومتى أصبح صالحا للتصرف يبعثون بأوراقه إلى النيابة الكلية مشفوعة باقتراحهم القرار الذى يرون إصداره والسند فى ذلك، وذلك على ضوء ما يلى:

- (١) فى حالة ما إذا شجر نزاع بين الزوجين مع قيام رابطة الزوجية يكون الاقتراح بتمكين كل من الطرفين من استمرار حيازته للمسكن.
- (٢) إذا وقع طلاق رجعى، يقترح تمكين كل من الزوجين طوال فترة العدة من استمرار حيازته للمسكن.
- (٣) فى حالة الطلاق البائن، إذا لم يكن للزوجين أولاد يقيمون بمسكن الزوجية يقترح تمكين المالك أو المستأجر منهما للمسكن ومنع تعرض الآخر له فيه.
- (٤) إذا كان الطلاق بائناً، وللمطلقة صغير فى حضانتها يقترح تمكين المطلقة الحاضنة من استمرار إقامتها بمسكن الزوجية المؤجر دون الزوج المطلق حتى يفصل القضاء نهائياً فى أمر النزاع.. الخ»^(١).

١٤٨- تدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجية)

إذا كانت تنطوى على جريمة:

نص القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٢٧ وقانون الإجراءات الجنائية. الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٢٧ وقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٠٠، فى مادته الرابعة على أن تضاف إلى قانون العقوبات مواد جديدة منها المادة ٣٧٣ مكرراً ونصها كالتالى:

«يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضى الجزئى المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده، أو بتعديله أو بإلغائه.

ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار، وعلى المحكمة - عند نظر الدعوى الجنائية - أن تفصل فى النزاع بناء على

(١) وكان ينبغى تعديل التعليمات لتشمل تمكين المطلق الحاضنة من الاستمرار فى حيازة المسكن غير المؤجر أيضاً تمشياً مع المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) من القانون ١٠٠ لسنة

طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال وبعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بإلغائه، وذلك كله دون مساس بأصل الحق.

ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار إليها، وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى».

فالمشرع بهذا النص أجاز للنياحة العامة التدخل فى منازعات الحيازة التى تشكل جريمة باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض الأمر الصادر منها على القاضى الجزئى بالتفصيلات الواردة بالنص.

ولما كان القرار المؤقت الذى تصدره النيابة العامة فيما يثور من منازعات بين المطلق والحاضنة بشأن حيازة مسكن (الزوجية) وفقا للفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قاصرا على المنازعات التى لا تشكل جريمة فإن نص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تسرى على المنازعات السابقة إذا كانت تشكل جريمة، كما تسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق أو الحاضنة وبين الغير بشأن مسكن (الزوجية)، كالشأن فى كافة منازعات الحيازة التى تنشأ عن جرائم الاعتداء على الحيازة المنصوص عليها بالباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات. وبالبناء على ذلك فإنه لا يكون هناك ثمة تعارض بين نص الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وبين المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات، لأن لكل منهما مجاله فى التطبيق^(١).

(١) ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥ ص ١٠٧ وما بعدها. (وهذا الرأى ورد فى ظل القانون بقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) - أما الرأى الذى ذهب إلى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) - على التفصيل السابق، يسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق والمطلقة والحاضنة بشأن حيازة مسكن الزوجية المؤجر سواء كانت تشكل جريمة أم لا (راجع بند ١٤٧) فإنه يرى أن هذه =

ونحيل في دراسة المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات إلى مؤلفات قانون العقوبات ومؤلفات الحيازة.

١٤٩- (ب) بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:

بتاريخ أول يونيه سنة ١٩٩٢ صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات في المواد والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ (مكرر الصادر في أول يونيه سنة ١٩٩٢ وعمل به من أول أكتوبر سنة ١٩٩٢ م ١٢ من القانون).

وقد نصت مادته الرابعة على أن يضاف إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية مادة جديدة برقم 44 (مكررا) وهذه المادة تنص على أن:

«يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قرارا وقتيا مسببا واجب التنفيذ فورا بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة، ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل.

وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

وفي جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذوى شأن أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوما من يوم إعلانه بالقرار، ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار، أو بتعديله أو بإلغائه. وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم».

= الفقرة وحدها هى واجبة التطبيق بشأن المنازعات المذكورة دون نص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات، باعتبارها نصوصا خاصا يتناول بالتنظيم نوعا خاصا من منازعات الحيازة، بينما نص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات نص عام، والقاعدة أن الخاص يقيد العام - شريف كامل فى ملحق مشاكل الحيازة ص ٧٢ وما بعدها.

ثم نصت المادة التاسعة من القانون على إلغاء المادة ٢٧٣ مكررا من قانون العقوبات سائلة الذكر والتي كان حكمها مقصورا على الحالات التي تقوم فيها دلائل كافية على جدية الاتهام بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المتعلقة بانتهاك ملك الغير.

ورغم أن نص المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ الذي خول النيابة العامة الحق في أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية حتى تفصل المحكمة فيها، هو حكم خاص، في حين أن ما تقرره المادة ٤٤ مكررا مرافعات هو حكم عام، وأن القاعدة الخاصة تقيد أو تعطل القاعدة العامة فيما تختلفان فيه، إلا أنه لا يوجد ثمة تعارض بين ما قضت به كل من المادتين، ذلك أن ما نصت عليه القاعدة الخاصة الواردة في قانون الأحوال الشخصية، جاءت مادة المرافعات لتعممه في جميع منازعات الحيازة، كما أن ما أغفلته القاعدة الخاصة المذكورة من إجراءات نظر المنازعة ومقومات قرار النيابة وسبيل تنفيذه والطعن فيه، فصلته مادة المرافعات وبناء على ذلك لم تعد مادة الأحوال الشخصية تلك، تتضمن ثمة استثناء من مادة المرافعات، وبالتالي أضحت منازعات حيازة مسكن الزوجية خاضعة لما تخضع له جميع منازعات الحيازة عموما من حيث اختصاص النيابة العامة وإجراءات نظرها وإصدار القرار فيها والتظلم منه^(١).

(١) التعليق على الجديد لبعض الأحكام المستحدثة في قانون المرافعات بحث للمستشار عزت حنوره منشور بمجلة القضاة السنة ٥٥ العدد الثاني يوليو - ديسمبر ١٩٩٢ ص ٢٢٢ - نحو أسلوب موحد في تطبيق المادة ٤٤ مكررا من قانون المرافعات بمعرفة النيابة العامة وقاضى الأمور المستعجلة بحث للأستاذ خيرى أحمد الكباش بمجلة القضاة السنة ٥٥ العدد السابق ص ٢٤٤ - وعكس ذلك المستشار مصطفى هرجه في مؤلفه الموجز في التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيازة ١٩٩٢ ص ١٥ إذ يرى أن نص المادة ٨٨ مكررا ثالثا هو الذى يعمل به فى منازعات مسكن الزوجية تطبيقا لقاعدة أن القانون العام لا يلغى القانون الخاص وإنما العكس هو الصحيح أى أن القانون الخاص لا يلغيه =

وتوجز أحكام المادة ٤٤ مكررا فيما يلي :

١- أن النيابة العامة تصدر قرارات فى منازعات الحيابة التى تعرض عليها سواء كانت هذه المنازعات مدنية أو جنائية، فإذا كانت المنازعة جنائية بأن كانت تنطوى على إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ٢٦٩ إلى ٢٧٣ من قانون العقوبات، فإن هذا لا يحول بين النيابة وبين رفع الدعوى الجنائية.

وعلى هذا نص البند رابعا من الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ١/ ١٠/ ١٩٩٢ وبالترتيب على ذلك إذا أصدرت النيابة قرارا بإبقاء الحال على ما هى عليه، فإن معنى ذلك أنها رأت من الأوفق عدم تغيير المراكز الواقعية للخصوم. ويعتبر قرارها هذا متعلقا بالحيابة.

إنما لا يجوز للنيابة إذا عرض عليها منازعة من منازعات الحيابة أن تكتفى بحفظ الأوراق إداريا. وإذا حدث ذلك كان للمتضرر التظلم من هذا القرار إلى السلطة الرئاسية، فإذا كان القرار صادرا من رئيس النيابة مثلا تظلم منه أمام المحامى العام^(١).

٢- أوجب النص أن يصدر القرار من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل، وذلك حتى يكون لمصدر القرار الخبرة والدراية اللازمة لما تتسم به هذه المنازعة من أهمية خاصة^(٢).

فإذا كان أقدم أعضاء النيابة الجزئية ليس بدرجة رئيس نيابة، كان لأى من أعضائها بعد تحقيق الواقعة - بالتفصيل الذى سيرد ذكره - إرسال الأوراق إلى رئيس النيابة الكلية مشفوعة بمذكرة بالرأى يقترح فيها ما يراه فى النزاع

= إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص وجاءت عباراته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال وهذا ما لم يقصده المشرع فى المادة ٤٤ مكررا، وينبنى على ذلك أنه لا يجوز التظلم من القرار أمام قاضى الأمور المستعجلة.

(١) مصطفى هرجه ص ٢١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

ليصدر رئيس النيابة قراره فيها، سواء بالموافقة لرأيه أو بالمخالفة له، ثم تعاد الأوراق إلى النيابة الجزئية لإعلان القرار لذوى الشأن.

أما إذا صدر القرار من عضو نيابة تقل درجته عن درجة رئيس نيابة، كان القرار باطلاً لأنه اختصاص يشبه الاختصاص النوعي للمحاكم وبالتالي يتعلق بالنظام العام ذلك أن قرار النيابة في هذه الحالة تكون له حجته إلى أن يلغى على نحو ما سيلي.

وقد أوجب الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام أن يصدر القرار من المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات (بند أولاً).
وغنى عن البيان أن مخالفة حكم الكتاب الدورى المذكور لا يترتب عليه البطلان لأنه مجرد تعليمات إدارية صادرة إلى أعضاء النيابة من سلطتهم الرئاسية.

أما الاختصاص المحلى فيثبت للنياينة الكائن بدائرتها العين محل المنازعة.
وقد أصدر النائب العام الكتاب الدورى رقم (١٠) لسنة ١٩٨٨ بتاريخ ٥/٠٠/٨٨٨ ناط فيه بالمحامى العام بنياينة الأحوال الشخصية إصدار قرار الحيازة.

فإذا كانت النيابة الجزئية التى تقع فى دائرتها العين محل النزاع لا تدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابات الكلية للأحوال الشخصية فيصدر القرار من المحامى العام بالنياينة الكلية.

٣- القرار الصادر من النيابة فى منازعة الحيازة قرار قضائى يفصل بصفة مؤقتة فى خصومة، ولذلك نصت المادة على أن يصدر القرار بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. بما مؤداه إتاحة الفرصة لكل منهم لإبداء دفاعه وهو ما يستلزم تحقق المواجهة بالخصومة وذلك بإعلان من لم يمثل فى التحقيق بشخصه أو بوكيل عنه.

ولا يشترط أن تجرى النيابة التحقيق بنفسها وإنما يجوز لها التعويل على محضر جمع الاستدلالات وإذا أجرت النيابة التحقيق بنفسها فلا يشترط إجراؤه من عضو بدرجة رئيس نيابة على الأقل. والمشرع وإن وصف قرار النيابة بأنه

وقتي إلا أنه لم يقرنه بشرط عدم المساس بأصل الحق، لأن الحكم الوقتي ليس دائماً مستعجلاً، ولذلك جعل إصدار قرار فاصل في المنازعة أمراً وجوبياً على النيابة كما ناط بها إجراء التحقيقات اللازمة لإصداره ومن ثم لا يجوز للنيابة العامة الامتناع عن إصدار القرار بحجة أن الفصل في النزاع يحتاج إلى تغلغل في الموضوع بما ينطوي على المساس بأصل الحق^(١).

٤- أوجب النص أن يصدر قرار النيابة مسبباً فيجب أن يشتمل القرار على عرض مجمل لوقائع النزاع وطلبات أطرافه وخلاصة موجزة لأوجه دفاعهم ثم الأسانيد المرجحة لما انتهى إليه القرار.

وكذلك يجب أن يشتمل القرار على بيان تاريخ ومكان إصداره واسم وصفة من أصدره وتوقيعه^(٢).

وعلى ذلك لا يصلح التسبب المبتسر أو القاصر. والجزاء على عدم التسبب أو التسبب المبتسر أو القاصر هو البطلان لأنه أمر يتعلق بحقوق الخصوم وضمان لهم ويتعلق بالتالي بالنظام العام. ومن ثم لا يشترط أن يتمسك به الخصوم^(٣).

٥- القرار الصادر من النيابة وقتي لأنه معلق على نتيجة التظلم منه أمام قاضي الأمور المستعجلة أو صدور حكم من محكمة الموضوع إذا لجأ صاحب الشأن إلى هذا الطريق.

٦- يجب على النيابة إعلان القرار الصادر منها لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام حتى تاريخ صدور القرار.

ولا يغنى عن الإعلان علم ذوى الشأن بصدور القرار ولو كان علماً يقينياً قياساً على المبادئ المقررة في قانون المرافعات من أن الطعن في الحكم لا يبدأ إلا من تاريخ الإعلان لا العلم به في الحالات التي يوجب فيها القانون الإعلان.

(١) المستشار عزت حنوره ص ٣٢٤.

(٢) عزت حنوره ص ٣٤٢.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكار شرح القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ طبعة ١٩٩٢

ص ٢٨ وما بعدها.

ولا يحسب في الميعاد اليوم الذى صدر فيه القرار ويحسب فيه اليوم الأخير منه (م ١٥ مرافعات).

والمقصود بذوى الشأن الذى يعلن إليهم القرار، الشاكي والمشكو فى حقه وكل من مثل فى التحقيقات وأضير من قرار النيابة أى كل من يعتبر أن قرار النيابة قد صدر ضده والذى يحدد هؤلاء هو عضو النيابة الذى أصدر القرار المؤقت إذ هو الأقدر على تحديد الخصوم ومن ثم لا يجوز أن يترك ذلك لقلم الكتاب^(١).

غير أن من المتصور أن يوجد من بين ذوى الشأن من لم يمثل فى التحقيقات أو يظهر فيها على الإطلاق وهنا يتعذر إعلانه. وهذه ثغرة فى النص، لأن ميعاد التظلم سيكون مفتوحاً أمام الأخير. ولم يحدد النص وسيلة الإعلان، ومن ثم يلجأ إلى الطرق المقررة فى قانون المرافعات.

وتطبيقاً لذلك نص الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ (محضرين) الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بتاريخ ١١/٢ / ١٩٩٢ على أن: «يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات (بند أولاً - راجع أيضاً البند ثانياً من الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ١٥ لسنة ١٩٩٢).

والميعاد المقرر لإعلان القرار ميعاد تنظيمى قصد به حث همة النيابة على إعلانه بسرعة ولا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.

٧- نصت المادة على أن القرار الصادر من النيابة واجب النفاذ فوراً ومعنى ذلك نفاذ القرار دون التوقف على الفصل فى التظلم الذى يرفع أمام القاضى المستعجل أو فوات ميعاد التظلم.

٨- ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أنه لما كان القرار الصادر من النيابة يعتبر سنداً تنفيذياً فإنه يجوز الاستشكال فى تنفيذه عملاً بالمادة ٣١٢ مرافعات

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٨.

التي لم تقصر الاستشكال على الأحكام أو ما يعتبر من قبيلها، وإنما عممته على جميع السندات التنفيذية^(١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز الاستشكال في تنفيذ القرار، ذلك أن المشرع اكتفى بوقف تنفيذه عن طريق القاضي المستعجل الذي ينظر التظلم في هذا القرار، وبناء على طلب المتظلم^(٢). وقد أخذ الكتاب الدوري رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ (محضرين) الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بالرأى الثانى. إذ نص في عجز البند (ثالثاً) منه على أن: «ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقاً للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ».

كما نص في الفقرة الثانية من ذات البند على أنه: «ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم».

وعندنا أن الرأى الأول فى محله.

١- أجاز النص لكل ذى شأن فى جميع الأحوال التظلم من القرار الصادر من النيابة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة فالتظلم ليس قاصراً على من صدر ضده القرار، وإنما يجوز لكل ذى شأن حتى ولو لم يكن ماثلاً فى المنازعة أمام النيابة وذلك لإتاحة الفرصة ليزود كل ذى حق عن حقه الذى يتعارض مع القرار.

ويرفع التظلم أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

واختصاص القاضى المستعجل مقرر هنا بنص صريح ومن ثم فلا يكون مكلفاً بالبحث فى توافر شرط الاستعجال فى الدعوى، ولكنه مقيد فى قضائه بعدم المساس بأصل الحق. وميعاد رفع التظلم خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه بالقرار، ولا يحسب فى الميعاد يوم الإعلان، ويحسب فيه اليوم الأخير (م ١٥ مرافعات).

(١) المستشار عزت حنوره ص ٢٢٦ - الأستاذ خيرى الكباش ص ٢٤٨ - المستشار عز

الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص ٢٥.

(٢) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٢.

وهذا الميعاد من النظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها. والقاضى المستعجل يقضى إما بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه، وإذا قضى بالإلغاء فإنه يقف عند هذا الحد ولا يصدر قرارا فى حكمه لأن إصدار القرار طبقا للمادة ٤٤ مكررا منوط بالنيابة العامة وليس القاضى، فضلا عن أن إصدار القرار فى الحيازة بعد إلغاء قرار النيابة فيه تقويت إحدى مراحل إصدار القرار^(١).

ويجب أن يكون الحكم مسببا وإلا كان باطلا، ولا يجوز للقاضى المستعجل أن يؤسس حكمه على الأسباب التى بنى عليها قرار النيابة لأن النيابة ليست درجة تقاضى، بل لابد له من إنشاء أسباب جديدة تحمل قضاءه وإلا كان مشوبا بالقصور فى التسبيب^(٢).

ويخضع الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من القاضى المستعجل للقواعد العامة فيجوز الطعن فيه بالاستئناف خلال خمسة عشر يوما، ذلك أن المشرع لم ينص على أن القرار الصادر من القاضى المستعجل نهائى.

١٠- أجازت المادة للقاضى المستعجل بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ قرار النيابة لحين الفصل فى الدعوى، ويشترط لذلك توافر الشروط الآتية:

(أ) أن يطلب المتظلم فى صحيفة التظلم أو بطلب عارض وقف تنفيذه.

(ب) أن يكون من شأن تنفيذ القرار إلحاق ضرر جسيم بالمتظلم.

(ج) أن يرى القاضى فى أسباب التظلم ما يرجح معه تعديل أو إلغاء قرار النيابة.

(د) ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم طلب الوقف. أما إذا كان الطلب قد قدم قبل التنفيذ وتم التنفيذ بعد تقديمه وقبل الفصل فيه. فالرأى أن تمام التنفيذ فى هذه الحالة لا يمنع القاضى من استعمال رخصة وقف التنفيذ فإذا أمر بوقف التنفيذ كان ذلك سندا تنفيذيا بإلغاء ما تم من إجراءات التنفيذ وذلك

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٢.

(٢) الدناصورى وعكاز ص ٢٢.

قياساً على ما نصت عليه المادة ٥٥١ مرافعات من أن قرار وقف التنفيذ الصادر من محكمة النقض ينسحب على إجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ، ومن جهة أخرى لأن المعول عليه فى قبول الطلب من عدمه هو باعتبار تاريخ تقديمه ولا يغير من ذلك إسراع المحكوم له بتنفيذ القرار الوقتى الصادر من النيابة العامة بعد تقديم طلب وقف تنفيذه وحتى لا يكون ذلك بمثابة عقاب للمتظلم لتقديمه ذلك الطلب^(١).

والحكم الصادر بوقف التنفيذ لا يقيد قاضى الأمور المستعجلة عند قضائه فى موضوع التظلم.

وهذا القرار يجوز الطعن عليه بالاستئناف استقلاً.

١١- يذهب الفقه إلى أنه لا يجوز التظلم من قرار رئيس النيابة فى منازعة الحيابة إلى سلطته الرئاسية، بمعنى أن التظلم الإدارى فى القرار غير جائز لأن عضو النيابة يستمد سلطته فى إصدار القرار من المشرع مباشرة وليس من مجرد تبعيته للنائب العام ومن ثم يكون صاحب اختصاص أصيل فى إصدار القرار، والواضح أن المشرع سلب حق التظلم من أى جهة خلاف قاضى الأمور المستعجلة، كما أن إجازة التظلم الإدارى من شأنه إطالة أمد منازعات الحيابة لأن حق الصادر ضده القرار فى التظلم سيظل رهيناً بتاريخ إعلان آخر قرار يصدر من النيابة العامة، وهذا ما يفقد نص المادة ٤٤ مكرراً حكمته من تحقيق السرعة والثقة فى حسم منازعات الحيابة حفاظاً على الأمن والاستقرار فى المجتمع^(٢).

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٣٣.

(٢) المستشار عزت حنوره ص ٣٥٥ - عكاز والدناصورى ص ٢٠ - خيرى الكباش ٢٤٨ -

ونشر فيما يلى الكتب الدورية رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم، رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام، ورقم ٥٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام ورقم ١٠ لسنة ٨٨٨ الصادر من النائب العام.

أولا الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ محضرين

=

وزارة العدل

مساعد الوزير لشئون المحاكم

كتاب دورى رقم (٦) لسنة ١٩٩٢

«محضرين»

مساعد وزير العدل

بعد الاطلاع على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة المادة ٤٤ مكررا لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

ينبه على أقلام المحضرين باتباع الآتى:

أولاً: يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات.

ثانياً: تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون تطبيقاً للمادة ٤٤ مكررا من قانون المرافعات، المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، على أن تذيّل هذه القرارات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٢/٨٠ مرافعات.

ثالثاً: يكون التظلم من تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة، فى الميعاد المحدد، ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقاً للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ. ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم.

رابعاً: أن وقف تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة يكون بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى قاضى الأمور المستعجلة - المختص - بعد رفع الدعوى بالإجراءات المعتادة، وهو أمر جوازى يقدره القاضى. وعلى أقلام المحضرين تنفيذ هذه التعليمات بكل دقة.

صدر فى ٢/ ١١ / ١٩٩٢

مساعد وزير العدل

المستشار/ إمضاء

= (ماهر عبد الواحد)

ثانياً- الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢

النيابة العامة
مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (١٥) لسنة ١٩٩٢

بمناسبة صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل لقانون المرافعات المدنية والتجارية والذى تقرر سريان أحكامه اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٢. وبعد الإطلاع على المادة ٤٤ مكررا المضافة بالقانون المشار إليه فعلى أعضاء النيابة العامة مراعاة الآتى:

أولاً: تصدر النيابة المختصة قرارا وقتيا مسببا فيما يعرض عليها من منازعات الحيازة - مدنية كانت أو جنائية - يكون واجب التنفيذ فورا. وذلك بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. على أن يصدر القرار من المحامى العام المختص.

وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات. ثانياً: يتم إعلان القرار وتنفيذه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية. ثالثاً: لا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم منه.

رابعاً: على النيابة المختصة فى جميع الأحوال إقامة الدعوى الجنائية قبل من يثبت ارتكابه أفعالا من المعاقب عليها بمقتضى المواد من ٢٦٩ إلى ٢٧٣ من قانون العقوبات. صدر فى ١/ ١٠/ ١٩٩٢

النائب العام
المستشار/ إمضاء
(رجاء العربى)

عماد/.....

ثالثاً: الكتاب الدورى رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٢

النيابة العامة
مكتبة النائب العام
إدارة التفتيش القضائى

كتاب دورى رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٢

نبلغكم بالكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ «محضرين» الصادر من السيد مساعد وزير العدل لشئون المحاكم المرفق صورته بشأن إعلان قرارات النيابة فى منازعات الحيازة وتنفيذها، وذلك للإحاطة.

= وندعو أعضاء النيابة إلى مراعاة ما يلي:-

أولاً: بعد صدور قرار النيابة في النزاع بالتطبيق لكتابنا الدورى رقم ١٥ سنة ١٩٩٢ ترسل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين ويراعى أن يتضمن المنطوق اسم الصادر لصالحه القرار وخصمه كاملاً، وبيانات وافية عن العين الصادر قرار النيابة بشأنها بما يكفى لتحديدتها.

ثانياً: يضمن الخطاب الموجه إلى قلم المحضرين - المرفق به الصورة الرسمية لقرار النيابة وأسبابه- أسماء الخصوم وعملهم ومحل إقامتهم تفصيلاً حتى يمكن لقلم المحضرين إتمام الإعلان والتنفيذ.

تحريراً فى ١١ / ١١ / ١٩٩٢

النائب العام

المستشار / إمضاء

(رجاء العربى)

عبد الرحيم/.....

رابعا: الكتاب الدورى رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (١٠) لسنة ١٩٩٨

لما كانت المنازعات التى تثور بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية تتسم بالطابع المدنى ولا تشكل جريمة، فإن الأمر الذى تصدره النيابة العامة فيها لا يعدو أن يكون إجراء فى غير خصومة جنائية إذ هو من الإجراءات الخاصة بنظام الأسرة تطبيقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية فى مجال العلاقات الزوجية وحضانة الأولاد.

ولما كانت نيابات الأحوال الشخصية هى المختصة بتطبيق أحكام ذلك القانون لذا فهى الأقدر على تقدير الظروف المتعلقة بتلك المنازعات والتطبيق القانونى السليم على ما ينتهى إليه التحقيق أو الفحص.

لذا فإننا ندعو السادة أعضاء النيابة - فى النيابة الجزئية التى تقع فى نطاق دائرة نيابة متخصصة للأحوال الشخصية - إذا ما عرض عليهم نزاع بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية أن يبادروا بإرسال الأوراق متى أصبحت صالحة للتصرف فيها بعد الفحص والتحقيق إلى النيابة الكلية لكى تتولى بدورها إرسالها إلى محامى عام نيابة الأحوال الشخصية =

١٠٠- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤ وبنود ٢٩ وما بعده).



= ليصدر قراره فى ذلك النزاع فى ضوء أحكام المادة ٨٢٤ من التعليمات القضائية للنيابة العامة.

أما النيابة الجزئية التى لا تدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابة الكلية لأحوال الشخصية فنتولى إرسال أوراق تلك المنازعات بذاكرة بالرأى للمحامى العام للتصرف فيها.

تحريرا فى ٠٠/٥/٨٨٨

النائب العام

المستشار

(رجاء العربى)

موضوع رقم (٩) الحق في رؤية الصغير

١٥١- النص القانوني:

(أ) - المادة (20) فقرة ثانية وثالثة ورابعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1885:
«ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين⁽¹⁾».

(1) قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٢/٥/٠٠١٣ في القضية رقم ٢٧ لسنة ٢٣ قضائية «دستورية» (المنشور بالجريدة الرسمية - العدد ٢١ (مكرر) بتاريخ ١٢/٥/٠٠١٣) بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٠٠) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فيما تضمنته من قصر حق الأجداد في رؤية أحفادهم على حالة عدم وجود الأبوين، ولزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة. وننشر الحكم كاملاً فيما يلي:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد، الثاني عشر من مايو سنة ١٣٠٠م، الموافق الثاني من رجب سنة ١٤٢٤ هـ.

رئيس المحكمة

برئاسة السيد المستشار/ ماهر البحيرى
وعضوية السادة المستشارين/ عبد الوهاب عبد الرازق ومحمد عبد العزيز الشناوى
وماهر سامى يوسف ومحمد خيرى طه النجار وسعيد مرعى عمرو والدكتور/
عادل عمر شريف.

نواب رئيس المحكمة

رئيس هيئة المفوضين

أمين السر

وحضور السيد المستشار الدكتور/ حمدان حسن فهمى

وحضور السيد / محمد ناجى عبد السميع

أصدرت الحكم الآتى

في القضية المقيمة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٧ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية".

المقامة من

السيدة / نادية عبد الله أحمد الوكيل.

ضد

- ١ - السيد رئيس الجمهورية.
- ٢ - السيد رئيس مجلس الشعب.
- ٣ - السيد وزير العدل.
- ٤ - السيد رئيس مجلس الوزراء.
- ٥ - السيد / محمد ناصر السيد أبو عيانة.
- ٦ - السيدة / نيهال محمد عبد المنعم عبد الحميد الوكيل.

الإجراءات

بتاريخ السادس من شهر مارس سنة ٢٠١١، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة، طالبة الحكم بعدم دستورية عجز الفقرة (٢) من المادة (١٠٠) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، فيما تضمنه من قصر حق رؤية الأجداد للصغير عند عدم وجود الأبوين.

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة، طلبت فيها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة،

حيث إن الوقائع - على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى عليه الخامس كان قد أقام الدعوى رقم ١٠١ لسنة ٢٠٠٦ " محكمة الأسرة - رمل الإسكندرية " بطلب تمكينه من رؤية ابنته الصغيرة - المشمولة بحضانة والدتها - المدعى عليها السادسة، مرة كل أسبوع، فتدخلت المدعية في هذه الدعوى تدخلاً انضمامياً، باعتبارها الجدة لأُم الصغيرة، بطلب الحكم بتمكينها من رؤيتها . حكمت المحكمة بجلسة ٨/٤/٢٠١٠ برفض تدخل المدعية، التي لم ترتض هذا الحكم وطعنت عليه بالاستئناف رقم ٢٢٢٨ لسنة ٢٠١١ " ق - الإسكندرية"، و بجلسة ٨/١/٢٠١١ دفعت المدعية بعدم دستورية عجز نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٠) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، فيما تضمنه من قصر رؤية=

= الأجداد للأحفاد في حالة عدم وجود الأبوين فقط، وذلك لمخالفته نص المادتين (٢، ١) من دستور عام ١١٧١.

وحيث إن الفقرة الثانية من المادة رقم (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١١٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية تنص على أنه:- " ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين".

وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفة المادتين (٢، ١) من دستور سنة ١١٧١، المقابلتين للمادتين (٢، ١٠) من دستور سنة ٢٢١٢، لإخلاله بوحدة الأسرة، وعدم تأكيد قيمها العليا، وصون أفرادها حتى يبقى بنيانها قائماً على الدين والأخلاق، فضلاً عن عدم توفيره المناخ المناسب بما يهدد وحدة الأسرة التي حرص الدستور على صونها، خاصة وأن رؤية الأحفاد لأجدادهم حق لهم لتمكينهم من التواصل والارتباط بهم، وبذلك فإن النص المطعون فيه يمثل هدماً لكيان الأسرة التي حرصت الشريعة الإسلامية على حمايتها، مما يخالف مقاصد الشريعة ويترتب عليه مخالفة أحكام الدستور.

وحيث إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين، من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي تضمنها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، إذ أن هذه الرقابة إنما تستهدف أصلاً - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، باعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات، باعتبارها أسمى القواعد الأمرة. وبالبناء على ما تقدم، فإن هذه المحكمة تباشر رقابتها على النص المطعون فيه من خلال أحكام الدستور الحالي الصادر في ٢٢١٢ / ١٢ / ٥٥.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن ما نص عليه دستور عام ١١٧١ في مادته الثانية - بعد تعديلها سنة ٨٨٠ - المقابلة للمادة (٢) من دستور سنة ٢٢١٢، من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل، فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها إذ تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلاً أو تبديلاً. ومن غير المتصور تبعاً لذلك أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها=

= أو الالتواء بها عن معناها . ولا ينطبق ذلك على الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو دلالتها أو بهما معاً، فهذه الأحكام التي تنحصر فيها دائرة الاجتهاد، ولا تمتد إلى سواها، حيث تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعاً في إطار الأصول الكلية للشرعية الإسلامية بما لا يجاوزها، متوخياً تحقيق المقاصد العامة للشرعية بما يقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في الأحكام الظنية حق لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق ثابتاً لولى الأمر يستعين به في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها . وأية قاعدة قانونية تصدر في هذا الإطار لا تحمل في ذاتها ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكماً شرعياً قطعياً، وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم .

لما كان ذلك، وكان حق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة من ثوابت الشريعة الإسلامية ارتكناً إلى صلة الرحم وبر الوالدين، إلا أنه حق أصيل لمصلحة الصغير، ولصالح أصوله على حد سواء، تلبية للفطرة الطبيعية التي فطر الله الناس عليها . وحين يقرر المشرع حدود هذه المصالح معرّفاً بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية - القطعية في ثبوتها ودلالتها - لا تقيم لحق الرؤية تخوماً لا ينبغي تجاوزه، ومن ثم تعين أن يتحدد نطاق مباشرته بما يكون أوفى بمصالح الصغير والأبوين والأجداد، ومؤدى ذلك أنه يتعين ألا يكون تنظيم مباشرة هذا الحق محدداً بقواعد جامدة صارمة لا تأخذ في اعتبارها تغير الزمان والمكان، بل ينبغي أن يتسم دوماً بقدر من المرونة التي تتسع لها الأحكام الفرعية المستجيبة دوماً للتطور، وهي مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يحيد عنها، أو أن يتوقف اجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتمدة شرعاً قد تجاوزتها . وإذا كان للمشرع الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية، وكان الثابت أنه ليس هناك نص قطعي الثبوت والدلالة في شأن تنظيم حق الرؤية، فإن قيام المشرع بتنظيم هذا الحق لا يعدو أن يكون واقعاً في دائرة الاجتهاد ويتعين أن يكون محققاً لأحد مقاصد الشريعة، تلبية لمتطلبات الظروف الاجتماعية التي تواكب إصدار النص المقرر. وإذا كان ذلك، وكان النص المطعون عليه بقصره حق الأجداد في رؤية أحفادهم على حالة عدم وجود الأبوين، قد أخلّ بما يتطلبه الحفاظ على صلة الرحم، والإبقاء على الروابط الأسرية وما يحمله هذا وذاك من قيم عليا تحقق للنفس البشرية تكاملها الذي تهدف إليه مقاصد الشريعة الغراء، فإنه يكون من هذه الوجهة مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومن ثم للمادة الثانية من الدستور .

= وحيث إن الحق في تكوين الأسرة لا ينفصل بالضرورة عن الحق في صونها، بما يكفل تنشئة أطفالها وتقويمهم وتحملهم مسئولياتهم . وكان الدستور الحالي قد نص في مادته العاشرة على أن الأسرة أساس المجتمع وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن الطابع الأصيل للأسرة المصرية وما ينطوى عليه من قيم وتقاليد، هو ما ينبغي الحفاظ عليه، وتوكيده في العلائق داخل مجتمعها، وأن الأمومة والطفولة قاعدة لبيان الأسرة ورعايتها وضرورة لتقدمها . لما كان ذلك، وكان من المقرر أن كل قاعدة قانونية لا تحمل ما يعصمها من العدول عنها وإبدالها بقاعدة جديدة، تكفل في مضمونها المصالح الحقيقية التي يتعين أن تشرع الأحكام لتحقيقها . وكان الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية يتمثل جوهرها في المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقرر أنه أنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها، محققاً لما يهدف إليه التنظيم الذي يشرع له . فإذا كان النص المطعون عليه قد حاد عن تحقيق المصالح المشروعة للأسرة ثم للصغير في علاقته بأسرته وخاصة أجداده، بما يحمله ذلك من أحاسيس ومشاعر متبادلة بينهم لا تختلف عن تلك القائمة بين الصغير وأبويه، متجاوزاً بذلك إلى الإسهام في فصم عرى العلاقات الأسرية والتواصل بين أجيالها على أساس من القيم والتقاليد المتوارثة والأطر الثقافية الثابتة، ومتجاهلاً التطورات المتسارعة التي توالى على المجتمع والأسرة، وتعدد الأنزعة في مجال رؤية الأبوين والأجداد للصغير، بما تحمله من لدد في الخصومة، وعنت من الحاضنة أو الحاضن في تمكين الأجداد من رؤية أحفادهم، وما يرتبه ذلك كله من حرمانهم من عواطف أجدادهم الجياشة وتعلقهم بهم ورعايتهم لهم، وهو ما يؤدي إلى العديد من محن قد تعصف بالصغار .

وحيث إن النص الطعين انطوى أيضاً على تمييز بدون مبرر في تنظيم حق رؤية الأحفاد بين الأجداد في حالة وجود الأبوين، وبين الأجداد في حالة عدم وجود الأبوين، رغم تماثل مراكزهم القانونية، ومساواتهم في درجة القرابة، بما يناهض مبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور، ذلك أنه من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا ما قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين وتساويهم تبعاً لذلك في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي يجب تطبيقها في حقهم، فإن خرج المشرع على ما تقدم سقط في حماة المخالفة الدستورية، وبذلك يكون النص المطعون فيه قد خالف نصوص المواد (٢، ١٠، ٢٣) من الدستور، بما يوجب القضاء بعدم دستوريته.

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، لكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها»^(١).

(ب)- القانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

المادة (٦٧) :

«ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى أحد الأماكن التى صدر بتحديدھا قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان آخر. ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير».

المادة (٦٩) :

«يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة. ويصدر وزير العدل قراراً بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك».

فلهذه الأسباب

=

حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (٠٠) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية فيما تضمنه من قصر حق الأجداد فى رؤية أحفادهم على حالة عدم وجود الأبوين، وألزمت الحكومة المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(1) وقد ورد الحكم المنصوص عليه فى المادة بالمادة (٠٠) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

(ج)- الفقرات السارية الآن من المادة 20 من المرسوم بقانون رقم 25

لسنة 1929 بعد العمل بالمادتين 67، 69 من القانون رقم (1) لسنة: 2000

١- تظل سارية الفقرة الثانية من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥

لسنة ١٩٢٩ لعدم تعارضها مع أحكام المادتين ٦٧، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة

٢- يظل ساريا صدر الفقرة الثالثة من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم

٥٥ لسنة ١٩٢٩ الذى ينص على أن: «وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، نظمها

القاضى»، لعدم تعارضه مع المادتين ٦٧، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة

٣- ألغت المادة ٦٧ من القانون رقم (١) لسنة عجز الفقرة الثالثة من

المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن «على أن

تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا».

٤- تظل سارية الفقرة الرابعة من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥

لسنة ١٩٢٩، لعدم تعارضها مع أحكام المادتين ٦٧، ٦٩ من القانون رقم (١)

لسنة

١٢٢- الأساس الشرعى لحق الرؤية ودواعى تنظيمه تشريعا:

رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الأرحام

التي أمر الله بها فقد قال تعالى: ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي

كِتَابِ اللَّهِ ۚ ﴾.

وفى حرمان أحدهما من هذا الحق ضرر له، والضرر منهى عنه شرعا

لقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ ﴾. وقال النبى

عليه السلام: «لا توله والدة على ولدها».

وقد جاء بالتتوير وشرحه الدر المختار: «وفى الحاوى: له إخراجُه إلى

مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها فليحفظ»^(١).

وجاء بحاشية ابن عابدين: «ويؤيده ما فى التاترخانية: الولد متى كان عند

(1) التتوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٧١.

أحد الأبوين لا يمنع الآخر عن النظر إليه وتعهده»^(١).

ورغم أن حق الرؤية ثابت شرعا، إلا أنه ثبت من استقراء الأنزعة المختلفة في هذا المجال التعنت من الحاضنة أو من الأب بعد انتقال الحضانة إليه في تمكين صاحب حق الرؤية من مباشرة حقه الطبيعي والشرعي نتيجة النزاع والخصومة بينهما، كما أن الثابت أيضا أن التعنت من صاحب هذا الحق لإيذاء الحاضنة والصغار برفض هذه الرؤية في مقر الحضانة أو مكان مناسب لحالة الصغار النفسية أدى إلى استصدار الأحكام لتنفيذ جبرا في أقسام الشرطة مما ترتب عليه في هذا الزمان الذي فشى فيه لدخول الخصومة تمزيق نفوس الصغار وتعريضهم لكوارث نفسية يدفع ثمنها المجتمع كله نتيجة للكيد تخطى حدود الله عن الحاضنة أو الأب أو صاحب حق الرؤية للصغار^(٢).

١٥٣- من له حق رؤية الصغير؟

تنص الفقرة الثانية من المادة (٠٠) على أنه: «لكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد قبل ذلك عند عدم وجود الأبوين» - فكان هذا النص يقصر حق الرؤية على الأبوين فقط. وقد أعطى هذا الحق للأجداد في حالة عدم وجود الأبوين، إما عدم وجودهما بالبلدة التي بها مسكن الحضانة أو عدم وجودهما على قيد الحياة، باعتبارهم من الآباء شرعا.

غير أن المحكمة الدستورية العليا - كما رأينا سلفا - قضت بجلاسة ١٣/٥/٠١ في القضية رقم ٣٧ لسنة ٣٣ قضائية «دستورية» بعدم دستورية نص هذه الفقرة فيما تضمنته من قصر حق الأجداد في رؤية أحفادهم على حالة عدم وجود الأبوين.

وبذلك للجدين الحق في رؤية أحفادهم ولو كان الأب موجودا على قيد الحياة وبالبلدة التي بها مسكن الحضانة.

وعلى ذلك يثبت الحق في رؤية الصغير ذكرا أو أنثى للأبوين والجدين،

(١) التتوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٧١.

(٢) تقرير اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

فيثبت للأب والجد لأب وإن علا أثناء حضانة الأم له، سواء كانت الحضانة في مدتها الوجوبية أو الجوازية. ويثبت للأم وللجدة لأم وإن علت أثناء حضانة الأب للصغير في مرحلتها الأولى إذا كانت حضانة الصغير له بالتفصيل السالف بيانه - أو بعد انتهاء حضانة الأم له وضمه إليه.

وهذا الحق لا يثبت لغير الأبوين والأجداد، فلا يثبت لعم الصغير أو خالته مثلاً^(١).

[١] وليس في كتب الفقه الحنفى نص صريح على أن لغير الأم من الحاضنات حق رؤية الصغير ولا تحديد المدة التي يجوز فيها لذلك الغير إن يراه فيها، إذا كان له حق الرؤية إلا ما جاء في الفتاوى المهدية من ثبوت هذا الحق لغير الأم وبتحديدته بكل شهر مرة. وفي هذا قضت محكمة الإسكندرية الشرعية الكلية في الدعوى رقم 335 لسنة 1030 بتأريخ 1931/6/21 بأن:

«ليس في كتب الفقه نص صريح على تحديد المدة التي يجوز للأم الحاضنة أن ترى فيها الصغير الذى انتهت مدة حضانته وتسلمه من له حق ضمه كما أن لا نص فيها على أن لغير الأم من الحاضنات حق رؤية الصغير ولا تحديد المدة التي يجوز فيها لذلك الغير أن يراه فيها إذا كان له حق الرؤية إلا ما جاء في ذلك كله في الفتاوى المهدية من تحديد المدة للأم بأسبوع ومن ثبوت هذا الحق لغيرها وتحديدته بكل شهر مرة. حيث إن مشقة البحث هنا في أمرين:

(الأول): هل لغير الأم من أقارب الصغير الحق في رؤيته شرعاً كما للأم هذا الحق؟ فليس في كتب الفقه نص صريح فيه إلا ما جاء في كتاب الفتاوى المهدية من باب الحضانة ونصه «وسئل في رجل أخذ بنته من حاضنتها بعد بلوغ سن الحضانة فوضعها عند أخيها من أبيها فأرادت أم البنت أن تنظرها هي وخالة البنت التي كانت حاضنة لها من قبل بلوغ سن الحضانة لسبب تزوج أم البنت في كل جمعة أو في كل شهر مرة، فهل تجابان إلى ذلك وليس لأخ البنت المذكور منعها من ذلك؟» أجاب «لا تمنع الأم والخالة من رؤية البنت المذكورة، وليس للأخ منعها من ذلك بدون وجه شرعى».

والظاهر أن صاحب الفتوى رحمه الله أخذ مما نص عليه الفقهاء أن الزوج لا يمنع والدى زوجته من زيارتها في كل أسبوع ولا غيرهما من المحارم في كل سنة مرة، فرأى أن أقارب الصغير حكمهم كحكم أم الزوجة في أنها لا تمنع من رؤيته إذ أن علة المنع في والدى الزوجة وأقاربها متحققة برمتها في والدة الصغير وأقاربه وهي صلة الأرحام بل إن الصغير أولى بهذه الصلة من الزوجة الكبيرة.

(الثانى): إذا كان لغير الأم هذا الحق فهل يقدر بالمدة التي جرى عليها العمل فى المحاكم =

وحق الرؤية بالنسبة للأبوين والجدين ثابت ولو كانا غير أمينين على الصغير، فلا يشترط فيمن له حق الرؤية أن يكون أمينا على الصغير كما يشترط ذلك في الحاضن فهذا الشرط ليس له محل في الرؤية طالما أن الرؤية تتم تحت إشراف من بيده الصغير.

وفى هذا قضت محكمة قسم أول بندرطنطا بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٨٨ فى الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«المقرر شرعا أن رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه وفى حرمان أحدهما من ذلك ضرر منهى عنه بعموم قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ وحق الرؤية يختلف عن حق الحضانة فإذا كانت الحضانة تتطلب فى الحاضن أن يكون أمينا على الصغير وغير مبغض له فإن عدم الأمانة لا تحرم أحد الوالدين من حق رؤية الصغير، كذلك وجود خلافات ومنازعات بين الوالدين لا يحرم أحدهما من حق الرؤية».

١٥٤ - تنظيم الرؤية:

(أ) تنظيم الرؤية اتفاقا:

تنظيم الرؤية من حيث المكان والزمان متروك للأبوين والجدين فلهما تنظيمها بالطريقة التى يريانها متفقة مع ظروفهما ومصلحة الصغير. غير أنه يشترط بصريح نص المادة ٦٧ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٨٨.... أن يتوفر فى المكان الذى يتفق عليه للرؤية ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير،

بالنسبة للأم وهو مرة فى الأسبوع وبيان ذلك أن الفقهاء جعلوا لوالدى الزوجة حق الرؤية مرة كل أسبوع كما درجت عليه المحاكم. أما أقارب الصغير فكان الظاهر أن يحدد لهم مرة كل سنة قياسا على أقارب الزوجة غير أنه لما كان هناك قول مشهور فى المذهب وهو تحديد الرؤية لهم بمرة فى كل شهر وكان الحنان والشفقة إلى الصغير وحاجته إلى التعهد من وقت لآخر أظهر فى ذلك من الحالة بالنسبة للزوجة فإن المرحوم الشيخ المهدى مال إلى الأخذ بهذا القول المشهور هنا حيث أجاب بعدم المنع مرة فى كل أسبوع أو مرة فى كل شهر بالنسبة للأم والخالة على ترتيب.... والحق أن القول المفتى به يكاد يجعل الصلة مقطوعة لأن الزيارة فى السنة أو الرؤية مرة فى السنة لا تحقق معنى صلة الرحم والمودة والقربى بحال».

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على أن: «ويشترط في جميع الأحوال أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير»، إذ المقصود بعبارة (وفي جميع الأحوال) أي سواء كانت الرؤية في المكان المتفق عليه أو في إحدى الأماكن التي يصدر بتحديدتها القرار الوزاري، ومفاد ذلك أنه يجب أن يتوافر في الأماكن التي يحددها القرار الوزاري ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير ومثل ذلك أن تتم الرؤية في إحدى الأماكن التي حددتها المادة الرابعة من القرار الوزاري رقم ٨٠٨٧ لسنة ١٩٩٠ - كما سنرى - وهي أحد النوادي الرياضية أو الاجتماعية أو أحد مراكز رعاية الشباب أو إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التي يتوفر فيها حدائق أو إحدى الحدائق العامة، أو في أحد الأماكن الأخرى كالمساجد ومنازل الأقارب أو الأصدقاء، فلا يجوز أن تتم الرؤية في أقسام الشرط أو الأماكن المهجورة.

غير أن مناط ذلك أن يكون الصغير في سن يدرك فيها حقيقة المكان، أما إذا كان في سن لا تمكنه من ذلك، كما لو كان في سن الإرضاع، فإنه لا يكون لهذا الشرط محل.

وعلى ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يكون مكان الرؤية للطفل الرضيع قسم الشرطة، وقد يكون تحديد هذا المكان للرؤية ذا فائدة في بعض الحالات كما لو كانت توجد ضغائن أو خلافات بين من له حق الرؤية ومن بيده الطفل، فتكون الرؤية بقسم الشرطة ضماناً لعدم حدوث اعتداء من أيهما على الآخر.

وقد ذهبنا في طبعة سابقة إلى أنه لا يقدح في ذلك أن المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أوردت أنه:

«.... بشرط ألا تتم في مكان يضر بالصغير أو الصغيرة كأقسام الشرطة»، لأن هذه العبارة لم ترد بالنص ذاته، والمذكرة الإيضاحية لا تقيد النص طبقاً لقواعد التفسير.

(ب) - تنظيم الرؤية بحكم القضاء:

إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً، بأن اختلف الطرفان على هذا التنظيم أو امتنع من بيده الصغير عن تمكين من له حق الرؤية من رؤيته أصلاً، تولى القاضي

تنظيم الرؤية أو تمكين من له الحق فى الرؤية منها، بناء على دعوى ترفع من صاحب الحق فيها أمام محكمة الأسرة المختصة.

ومكان الرؤية يكون فى البلد الذى تقيم فيه الحاضنة مع الصغير إذا كان الأب والجد صاحبا الحق فى الرؤية، وفى البلد الذى يقيم به الأب مع الصغير إذا كانت الأم والجدة صاحبا الحق فى الرؤية، فلا يجبر من بيده الصغير على نقله إلى محل إقامة من له حق الرؤية ليراه.

وفى هذا قضت محكمة قسم أول بندرطنطا للأحوال الشخصية (ولاية على النفس - مدنى) بتاريخ ٢٣/٥ / ١٩٩٨ فى الدعوى رقم ٣٢١ لسنة ١٩٩٧ بأن :

«والأصل أن تنظيم الرؤية يتم اتفاقا فإذا تعذر ذلك نظمها القاضى على ألا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا والقاعدة الشرعية أن الحاضنة لا تجبر على نقل الصغير إلى الأب ليراه ولكنها لا تمنعه من رؤيته والأصل أن محل إقامة الحاضنة هو مكان الحضانة ومكان الرؤية ولما كانت المعارضة وهى حاضنة الصغيرين تقيم بقرية سبرباى فإن الأصل فى الرؤية أن يكون محل إقامتها».

وقد حدد قرار وزير العدل رقم ٨٠٨٧ لسنة ١٩٩٧ (بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك). فنصت مادته الرابعة على أنه فى حالة عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذى يتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقى من الأماكن التالية مكانا للرؤية وفقا للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب - قدر الإمكان - وظروف أطراف الخصومة، مع مراعاة أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ولا يكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتل.

(١) أحد النوادى الرياضية أو الاجتماعية.

(٢) أحد مراكز رعاية الشباب.

(٣) إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوافر فيها حدائق.

(٤) إحدى الحدائق العامة.

ويؤخذ على هذه المادة ما نصت عليه من أنه: «مع مراعاة أن يتوافر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير، رغم أن المادة ٦٧ من القانون التي فوضت وزير العدل في إصدار قرار بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية بتحديد الأماكن التي ينفذ فيها الحكم الصادر برؤية الصغير، اشترطت أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير، فالفرض إذن في الأماكن التي يحددها وزير العدل في هذا القرار أنها جميعا مما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير.

ونص القرار الوزاري على أن يكون انتقاء المحكمة لمكان الرؤية من بين الأماكن السابقة وفقا للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب - قدر الإمكان - وظروف أطراف الخصومة. فقد يرى القاضي أن إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التي تتوافر فيها حدائق أنسب لرؤية الصغير الذي في سن الإرضاع من الأماكن الأخرى، كما قد يرى أن أحد الأماكن الواردة بالنص شديدة البرودة شتاء فتضر الرؤية بها بالصغير، أو أن بعض هذه الأماكن بعيدة يشق على الصغير أو حاضنه الوصول إليه.

ووضح من المادة ٦٧ من القانون والمادة الرابعة من القرار الوزاري أن تحديد القاضي مكان الرؤية من بين الأماكن الواردة بالقرار الوزاري، لا يكون له محل إذا اتفق الطرفان على المكان الذي تتم فيه الرؤية، بشرط أن يتوفر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير^(١).

أما عن مدة الرؤية فقد حددتها المادة الخامسة من القرار الوزاري بما لا يقل عن ثلاث ساعات أسبوعيا فيما بين الساعة التاسعة صباحا والسابعة مساء على أن يراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير في دور التعليم^(٢).

(١) وكانت الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٩ تنص على أنه إذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا.

وتعبير القانون الجديد أدنى إلى مصلحة الصغير.

(٢) وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٥٥٠٠ جرى القضاء على تحديد موعد الرؤية مرة كل أسبوع قياسا على ما نص عليه الفقهاء من أن لوالدي الزوجة زيارتها كل جمعة =

١٥٥- تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير:

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ (المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥) على أن لا ينفذ حكم الرؤية قهراً، لكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضي فإن تكرّر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ولم يتضمن القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ نصاً يتعارض مع الفقرة المذكورة، من ثم فإنها تظل سارية بعد العمل به.

ومعنى ذلك أن حكم الرؤية لا ينفذ قهراً أى بالقوة الجبرية عن طريق الشرطة. والسبب فى عدم تنفيذ أحكام الرؤية بالقوة الجبرية أن فى ذلك إيذاء خطيراً لنفسية الصغار الذين تجب حمايتهم من التعرض لمثل هذا الإيذاء بسبب نزاع لا دخل لهم فيه^(١).

= وليس للزوج منعهما من ذلك، فالعلاقة فى المسألتين واحدة هى علاقة الأصل بالفروع (المحلة الشرعية بتاريخ ١١/٨/١٢٢١ - الدعوى رقم ١٢٤٤ لسنة ١٩٢٠ - بركة السبع بتاريخ ٢٢/١٢/١٨٨٧ - الدعوى رقم ١٦٣ لسنة ١٨٨٧ - بندر طنطا قسم أول طنطا بتاريخ ١٥/٣/١٨٨٨ - الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٨٨٦، بتاريخ ٥/٤/١٨٨٨ - الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٨٨٨ - وقد ذهب بعض الفقهاء إلى جعل حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير كل يوم (حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٧١).

كما جرى على تحديد الساعة التى تبدأ فيها الرؤية والفترة التى تستغرقها، بحد أدنى ساعة واحدة ويصل حدها الأقصى غالباً إلى ثلاث ساعات ويراعى فى تحديد وقت الرؤية حالة الصغير، فلا تكون ليلاً لأنه وقت نوم وسكون أو وقت انشغال الصغير بامتحان أو وقت تشتت فيه الحرارة أو البرودة.

(بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢٢/١٢/١٨٨٧ - الدعوى ١٦٣ لسنة ١٨٨٧ - بندر طنطا قسم أول بتاريخ ١٥/٣/١٨٨٨ - الدعوى رقم ١٤٤ لسنة ١٨٨٦ بتاريخ ٥/٤/١٨٨٨ - الدعوى رقم ٤٢ لسنة ١٨٨٨).

(١) وكان نص الفقرة الرابعة من المادة ٥٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ (المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥) سالفة الذكر يعتبر قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ استثناء من حكم المادة ٢٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى =

فإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر، كمرضه أو مرض الصغير أو انشغاله بأحد الامتحانات الدراسية، كان على المحضر أن يؤشر على الصورة التنفيذية للحكم بما يفيد الامتناع ولصاحب الحق في الرؤية أن يلجأ إلى القاضي الذي أصدر الحكم بطلب على عريضة بالتصريح له بإنذار من بيده الصغير بتمكينه من رؤيته، ويصدر القاضي أمره على العريضة بالتصريح للطالب بإنذار من بيده الصغير بتمكينه من رؤيته وتكليف الطالب بإعلان الإنذار إلى من بيده الصغير. فإذا قام الطالب بإعلان الإنذار إلى من بيده الصغير وتكرر امتناعه عن تمكينه من الرؤية، جاز له رفع دعوى مبتدأة أمام المحكمة الجزئية المختصة بطلب نقل حضانة الصغير مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها القاضي.

والحكم بنقل الحضانة مؤقتاً جوازي للقاضي فله أن يقضى بنقلها مؤقتاً، وله أن يعيد إنذار من بيده الصغير لتنفيذ حكم الرؤية وذلك على ضوء ما يتراءى له من ظروف الدعوى وملاساتها.

وقد قضت محكمة النقض - في ظل القانون الملقى - بتاريخ ١٧/٥/١٩٩٤ في الطعن رقم ٥١٥ لسنة ٣١٩ «أحوال شخصية»

بأن:

«وحيث إن هذا النعى شديد ذلك أنه لما كان المطعون ضده قد أقام دعواه ضد الطاعنة بطلب ضم الصغير إليه تأسيساً على عدم تنفيذها حكم الرؤية عملاً بالفقرة الثالثة من المادة عشرين من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ التي نظمت هذه الحالة بأحكام خاصة

= تجرى على أن تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهراً ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل..... الخ.

(راجع الكتاب الأول في عدم تنفيذ أحكام الطاعة بالقوة الجبرية قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٠).

مؤداها أنه إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر أنذره القاضى فإن تكرر ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيه لمدة يقدرها، وكان ما أضافه المطعون ضده أمام محكمة الاستئناف وهو ضم الصغير إليه لبلوغه السن الذى يستغنى فيها عن خدمة النساء يعد طلبا جديدا يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول وتحكمه الفقرة الأولى من المادة سالفه البيان وقد راعى المشرع فيها مصلحة الصغار واستقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان - وبالتالي فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملا بما تقضى به المادة ٢٢١ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية، وهى من المواد التى أبقي عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وتصدى للطلب الجديد المبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

ولما كانت المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة تنص 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 يناط به ذلك»، فقد صدر نفاذا لذلك قرار وزير العدل رقم (٨٠٨٧) لسنة بتاريخ ٦/٣/ (بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك».

وقد تضمنت المادتان السابعة والثامنة من القرار تيسيرات لإثبات عدم حضور المحكوم له بالرؤية فى الميعاد والمكان المحددين لها للوقوف على تقصيره، وكذلك لإثبات نكول المحكوم ضده بالرؤية عن الحضور وبيده الصغير

في الميعاد والمكان المحددين لها، فيسهل على المحكوم له إثبات نكوله عند اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من المادة (٠٠) سאלفة الذكر.

إذ نصت المادة السابعة من القرار على أن: لأى من أطراف السند التنفيذى أن يستعين بالأخصائى الاجتماعى المنتدب للعمل بدائرة المحكمة التى أصدرت حكم الرؤية لإثبات نكول الطرف الآخر عن التنفيذ فى المواعيد والأماكن المحددة بالحكم. ويرفع الأخصائى الاجتماعى تقريراً للمحكمة بذلك إذا ما أقام الطالب دعوى فى هذا الخصوص.

ونصت المادة الثامنة على أن:

يلتزم المسئول الإدارى بالنوادى الرياضية أو الاجتماعية أو بمراكز رعاية الشباب أو بدور رعاية الطفولة والأمومة التى يجرى تنفيذ حكم الرؤية فيها، وبناء على طلب أى من أطراف السند التنفيذى أن يثبت فى مذكرة يحررها حضور أو عدم حضور المسئول عن تنفيذ حكم الرؤية وبيده الصغير.

ولمن حررت المذكرة بناء على طلبه أن يثبت مضمونها فى محضر يحرر فى قسم أو مركز الشرطة التابع له مكان التنفيذ.

١٥٦- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤، وبنود ٢٩ وما بعده).

١٥٧- الأحكام والقرارات الصادرة برؤية الصغير واجبة النفاذ بقوة

القانون وبلا كفالة:

تنص المادة ٦٥ من القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية 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». (راجع فى التفصيل بندى ٦٤ مكرر، ٦٥^(١)).

(١) أما فى ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ (الملغاة) كان الحكم الصادر بالرؤية غير نافذ بمجرد صدوره، إلا إذا نص الحكم على شموله بالنفاذ المؤقت باعتبار الرؤية من الأحوال التى يخشى من تأخيرها حصول

نفقة الأقارب

موضوع رقم (١٠)

أحكام عامة في نفقة الأقارب

١٥٨- تقسيم:

تشمل نفقة الأقارب ما يأتي:

أولاً: قرابة الولادة، وهى النفقة الواجبة بسبب الولاد أى نفقة الفروع على الأصول ونفقة الأصول على الفروع.

ثانياً: قرابة غير الولادة، وهى قرابة الحواشى.

وقرابة غير الولادة نوعان: قرابة محرمة للنكاح وهى قرابة ذى الرحم المحرم وهم الأخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والخالات. وقرابة غير

ضرر للمحكوم له وذلك عملاً بالمادة (٢٩٧ / فقرة ثانياً) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجرى على أنه:

«يترتب على المعارضة إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية:

ثانياً: إذا كان مأموراً بالنفاذ المؤقت فى الحكم وذلك فى الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر».

وعملاً بالمادة (٣١٥ / ثانياً) من اللائحة التى تجرى على أن:

«يترتب على الاستئناف إيقاف التنفيذ إلا فى الأحوال الآتية:

ثانياً: إذا كان مأموراً بالنفاذ المؤقت فى الحكم وذلك فى الأحوال المستوجبة الاستعجال أو التى يخشى من تأخيرها حصول ضرر».

وعملاً بالمادة ٢٤٤ من اللائحة التى تنص على أنه:

«لا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة من أول درجة إلا بعد مضى ميعاد الاستئناف ما لم يكن التنفيذ المؤقت مأموراً به فى الحكم أو منصوصاً عليه فى هذه اللائحة».

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً أى بالقوة الجبرية عن طريق الشرطة، ويعتبر ذلك استثناء من حكم المادة ٢٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تجرى على أن تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية يكون قهراً ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل.... الخ»، والسبب فى عدم تنفيذ أحكام الرؤية بالقوة الجبرية أن فى ذلك إيذاء خطيراً لنفسية الصغار الذين تجب حمايتهم من التعرض لمثل هذا الإيذاء بسبب نزاع لا دخل لهم فيه.

محرمية وهى قرابة ذى الرحم غير المحرم وهم أولاد الأعمام والعمات وأولاد الأخوال والخالات... الخ.

والقرابة المحرمة للنكاح هى التى توجب النفقة. وسنتناول دراسة نفقة الأقارب على النحو الآتى:

أولا : أحكام عامة فى نفقة الأقارب.

ثانيا : نفقة الأولاد الصغار.

ثالثا : نفقة الأولاد الكبار.

رابعا : نفقة الأصول.

خامسا : نفقة الحواشى.

١٥٩- يشترط لاستحقاق النفقة أن يكون القريب طالب النفقة معسرا :

يشترط لاستحقاق نفقة الأقارب أن يكون القريب طالب النفقة معسرا، فإذا كان موسرا فلا تجب له النفقة على غيره ولو كان قريبا له، لأن الأصل أن نفقة الإنسان صغيرا كان أو كبيرا ذكرا أو أنثى تجب فى ماله، فمن كان له مال فلا يجب على أحد الإنفاق عليه، ونفقة القرابة إنما تجب للحاجة فإذا كان القريب غير محتاج فلا تجب له النفقة.

وهذا بخلاف نفقة الزوجية، إذ تجب النفقة للزوجة ولو كانت موسرة، لأن نفقتها جزاء احتباسها لمصلحة الزوج، فهى من قبيل العوض لا الصلة. واختلف فى حد المعسر الذى يستحق النفقة، قيل هو الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة، وقيل هو المحتاج.

وكونه حل له الصدقة، بألا يملك نصابا ناميا أو غير نام زائدا على حوائجه الأصلية بما يقوم بمائتى درهم من الفضة أو بعشرين مثقالا (دينارا) من الذهب^(١).

والظاهر أن المراد به ما كان من غير جنس النفقة، لأنه لو كان يملك دون النصاب من طعام أو من نقود تحل له الصدقة، لعدم اجتماع النصاب لديه ولا تجب له النفقة فيما يظهر، لأن النفقة معللة بالكفاية ومادام عنده ما يكفيه من ذلك

(١) وقد قدر بعض الباحثين المحدثين هذا النصاب ب ١٥ جراما من الذهب، ٥١٥ جراما من الفضة على التوالي. (الدكتور يوسف القرضاوى - فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها فى ضوء القرآن والسنة - الجزء الأول ص ٦٠ وما بعده).

لا يلزم غيره كفايته^(١).

وقيل أن القريب الذى تجب له النفقة فى مال قريبه هو المحتاج من غير بيان ضابط معين لهذا الاحتياج^(٢).

والمعيار الأخير هو الذى تسير عليه أحكام المحاكم.

وترتيباً على ذلك قضى بأن :

١- «المقرر أن نفقة الشخص فى ماله أولاً ثم على أقرب أقربائه وأن نفقة الأقارب صلة شرعية للحاجة إلى ما يقيم أود الحياة حتى لا يتعرض من فرضت له للهلاك وأنها ليست باباً لجمع المال على حساب المحكوم عليه وأن نفقة القريب إنما تجب على قريبه لدفع الحاجة وسد الرمق فقط لا ليعيش عيشة واسعة رغيدة - لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المدعية تتقاضى معاشاً شهرياً ترى المحكمة أنه يكفى لإقامة أودها وأن المدعى عليهم ليس فى دخلهم ما يفيض لسد حاجاتهم... ومتى كان كل ما تقدم تكون الدعوى قائمة على غير سند من الواقع والقانون ويتعين القضاء برفضها».

(محكمة بندر المنيا الجزئية - جلسة 1987/3/30 - الدعوى رقم 34 لسنة

(1985

٢- «من المقرر أن نفقة القريب على قريبه تقدر بقدر الكفاية لأنها لدفع الحاجة وتجب النفقة من وقت ثبوت الحاجة إذا كانت للأصول والفروع بغير توقف على قضاء - لما كان ذلك وكان الثابت أن المدعى يمتلك مبلغاً كبيراً فى مصلحة البريد وقدره ٢٤٧١ جنيهاً ومن ثم فإنه يكون قادراً على نفقة نفسه وغير محتاج إلى مساعدة ابنه المدعى عليه، ومن ثم فإن الدعوى تكون على غير سند من القانون وتقضى المحكمة برفض الدعوى».

(محكمة بندر شبين الكوم الجزئية - جلسة 1988/4/12 - الدعوى رقم

263 لسنة 1987)

٣- «يشترط لوجوبها «نفقة الأقارب» شروط بعضها يرجع إلى المنفق

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٦٢٨.

(٢) البدائع جـ ٤ ص ٢٤.

عليه وبعضها يرجع إلى المنفق فبالنسبة للمنفق عليه يجب أن يكون معسرا فلا تجب لموسر على غيره نفقه وأن يكون عاجزا عن الكسب كأن يكون به مرض والصغر والأنوثة عجز حكى. أما الشرط الذى يرجع إلى المنفق فهو أن يكون ذا يسار وهناك شرط عام هو اتحاد الدين بين المنفق عليه.

وحيث إنه بإنزال ما تقدم على واقعة الدعوى وإذ كان الثابت من صحيفة الدعوى وشهادة شاهدى المدعى عليه اللذين تطمئن إليهما المحكمة وقائمة القسمة المقدمة من المدعى عليه ومن أقوال المدعية عند استجوابها بجلسة ٢٩ / ١٢ / ١٨٨٧ ومن حافظة المستندات المقدمة من الحاضر عنها أنها تتقاضى معاشا قدره ستة جنيهاً للقاصرات وتحوز ثمانية قراريط أطيانا زراعية عن نفسها وبصفتها من زوجها المرحوم (....) وأن هناك فدانا بالإيجار استحوذ عليه المدعى عليه بمفرده ميراثا عن مورثها ومورث القاصرات والمدعى عليه ومن ثم يكون قد انقضى شرط إعسار المطلوب النفقة لهن فى نفقة الأقارب».

(محكمة بركة السبع الجزئية - جلسة 1988/5/31 - الدعوى رقم 199 لسنة 1986)

٦٠- هل امتلاك القريب طالب النفقة منزلا يجعله غير معسرا؟

فى ذلك روايتين فى المذهب الحنفى:

الأولى: أنه لا يعد معسرا ولا تجب له النفقة لأن النفقة لا تجب لغير المحتاج، وامتلاكه منزلا يجعله غير محتاج لأنه يمكن الاكتفاء بالأدنى بأن يبيع بعض المنزل أو كله ويستأجر منزلا، ولو كان طالب النفقة أختا أو بنتا أو أبا أو أما. وأنه نظير ذلك لو كان له دابة نفيسة فإنه يؤمر ببيعها وشراء أدنى منها وإتفاق الفرق بين الثمنين وأن متاع البيت مثل المنزل والدابة، ومعنى ذلك أنه يؤمر ببيع ما هو فوق كفايته منه للإتفاق على نفسه أو بيع ما هو نفيس منه واستبدال آخر لكى يتمكن من إتفاق الفرق بينهما على نفسه. وقال صاحب الذخيرة أن هذه الرواية هى الصحيح فى المذهب^(١).

(١) منحة الخالق على البحر الرائق جـ ص ١٠٠ - العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ١ ص ٨٢ فقد جاء بها «سئل فى أيتام لهم دار ليس لهم مال سواها ولهم أخ لأب

الثانية: أن ذلك لا يغير من إعساره وتجب له النفقة لأن بيع المنزل لا يقع إلا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك. وهذه الرواية التي اختارها صاحب البدائع وذكر أنها الصواب، لأن الصدقة تحل لهذا الشخص ولا يؤمر ببيع المنزل، وعلى ذلك لا يؤمر ببيع الدار، بل يؤمر قريبه بالإففاق عليهم^(١).

والرأى عندنا أنه إذا كان يكفى القريب السكنى بجزء من المنزل وكان من الطبقة التي تسكن عادة فى الأماكن المشتركة فإن الجزء الآخر من المنزل يكون زائدا على حاجته ويتعين عليه بيعه والإففاق من ثمنه فإذا نفذ كان له مطالبة قريبه بالنفقة.

أما إذا كان لا يكفيه سكنى جزء من المنزل أو كان من طبقة لم تدرج على السكنى بالأماكن المشتركة فإنه يكون فى حاجة إلى المنزل ولا يلزم ببيعه. أما القول بالإلزام القريب طالب النفقة بأن يبيع منزله ثم يستأجر مسكنا فهو أمر يؤدى إلى حرج شديد، لما تعانيه البلاد من أزمة طاحنة فى الإسكان يعز فيها استئجار مسكن أما عما يملكه طالب النفقة من دابة وأثاث ومنقولات، فإذا كان يستطيع استعمال دابة أدنى ثمنها فى قضاء حاجياته، كان عليه بيع الدابة وشراء دابة أقل ثمنها فى قضاء حاجياته، والإففاق من فرق الثمنين. وإذا كان أثاث ومنقولات منزله، فى حدود حوائجه بمعنى أنه إذا تصرف فى شيء منها نقصت هذه الحوائج فإنه لا يلزم ببيع شيء منها ويضحي محتاجا إلى النفقة أما إذا كان يمكنه الاستغناء عن بعضها وجب عليه بيع ما يزيد على حاجته والإففاق من ثمنه ولا يكون محتاجا إلى النفقة وهذا الرأى يتمشى مع المعيارين اللذين وضعهما الفقهاء لحد إعسار طالب النفقة.

فإن قيل أن المعيار هو من تحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة فإن هذا

موسر وأم وصى عليهم تكلف الأخ الإففاق عليهم فهل تباع الدار فى نفقتهم وتتفق عليها من ثمنها وتمنع الأم من تكليف الأخ الإففاق عليهم: الجواب نعم.... الخ».

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٢٤.

تحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة لأنه لا يملك نصاباً زائداً على حوائجه الأصلية.

وإن قيل أن المعيار هو الاحتياج فقط دون ما ضابط معين، فإن هذا محتاج للنفقة قطعاً، لأن ما عنده لا يستغنى عنه فيما هو له، ولا تقع به كفايته في معيشتة في مأكلاً وملبس وما يدخل في النفقة^(١).

١٦١- يشترط لاستحقاق النفقة أن يكون طالب النفقة عاجزاً عن الكسب:

إذا كان القريب طالب النفقة معسراً ولكنه قادر على الكسب فإنه لا يستحق النفقة، لأنه إذا كان قادراً على الكسب كان مستغنياً بكسبه ولم يكن في حالة ضرورة يتعرض فيها للهلاك إن لم ينفق عليه قريبه. وإذا تقاعس طالب النفقة عن السعي للكسب أجبر على ذلك.

وفى هذا قضت محكمة بندردمنهور الجزئية للولاية على النفس بتاريخ ٢١/٣/ ١٩٩٢ في الدعوى رقم ٢٣٢ لسنة ١١١١ بان:

«إن مناط استحقاق الولد الكبير للنفقة على أبيه فقره وعجزه عن الكسب... الخ».

١٦٢- عدم توقف نفقة الأصول والفروع على قضاء القاضى أما نفقة

غيرهم فلا تجب إلا بالقضاء:

نفقة الأصول والفروع لا يتوقف وجوبها على قضاء القاضى وهى فى هذا كنفقة الزوجة، فإذا كان لشخص مال فى بيته من جنس النفقة جاز لمن تستحق نفقته عليه من أصوله وفروعه أن يأخذ منه بالمعروف ما يحتاج إليه فى نفقته بدون توقف على رفع الأمر إلى القاضى ودون ضمان عليه حتى أنه إذا رفع الأمر إليه كانت كلمته فى ذلك فتوى وإعانة على الوصول إلى الحق لا حكماً حقيقياً وهذا بخلاف نفقة غيرهم من الأقارب فإنها لا تجب إلا بالقضاء.

وسبب هذه التفرقة أن نفقة الولاد تجب بطريق الإحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقيق معنى الجزئية والعضوية بين المنفق والمنفق عليه ويجب على

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ١٠٠.

الإنسان إحياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضى أما نفقة باقى الأقارب من الحواشى فليس وجوبها من طريق الإحياء لانعدام معنى الجزئية، فضلا عن أنها محل خلاف بين الفقهاء، وإنما تجب صلة محضة فجاز أن يقف وجوبها على قضاء القاضى^(١).

وينبنى على ذلك أن الرضاء فى نفقة الأصول والفروع ملزم لهم كالقضاء بها، أما غيرهم من ذوى الأرحام فلا تجب نفقتهم إلا من تاريخ الحكم^(٢).

١٦٣ - استحقاق النفقة من تاريخ الحكم :

لا يقضى بنفقة الأقارب عن مدة سابقة على تاريخ الحكم ويقضى بها من تاريخ الحكم فقط، لأن نفقة الأقارب شرعت لدفع الحاجة ولذا لا تجب مع اليسار، وقد اندفعت الحاجة بالفعل فى المدة السابقة بمضيها^(٣).

وإذا حصل التراضى على أن يدفع القريب المוסر نفقة قريبه المحتاج عن مدة سابقة فذلك يعتبر من قبيل الالتزام بما لا يلزم وهو فى ذلك متطوع والمتطوع كما فى حديث الرسول عليه السلام أمير نفسه إن شاء فعل وإن شاء ترك وعلى ذلك لا يجوز للقاضى أن يلتزم التراضى بنفقة القريب عن مدة سابقة^(٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«من المقرر شرعا أن نفقة الصغير قضاء تكون من تاريخ الحكم فى الدعوى التى تقام على الأب، استنادا إلى أنها شرعت لدفع الحاجة هذه تكون قد اندفعت قبل الحكم فى الدعوى إلا أنه إذا كانت قد اندفعت حاجة الصغير عن طريق

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٢٧ - الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٤٦.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٢٥ «قد جاء به بصدد التفرقة بين نفقة الأصول والفروع ونفقة باقى الأقارب ما يأتى.. والثالث أن الطلب والخصومة بين يدى القاضى فى أحد نوعى النفقة وهى نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لأنها لا تجب بدون قضاء القاضى والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة» - الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٨٤٨ - المحلة الجزئية الشرعية فى ١٣/٤ - ١٩٣٤ - وهناك رأى آخر بالذخيرة أن نفقة الأقارب من غير الأصول والفروع تجب بالقضاء والرضاء (البحر الرائق جـ ٤ ص ٢١٤).

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٣ - محكمة بندر طنطا - قسم أول جلسة ٢٣/٢/٨٨٨ - الدعوى رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٧.

(٤) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٤١.

إنفاق الأب فإنه لا يكون له استردادها بعد ذلك».

(طعن رقم 207 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1922/12/29)

غير أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ قد استثنى، من هذه القاعدة نفقة الأولاد الصغار على أبيهم، فأوجبها من تاريخ الاستحقاق (م ٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥). راجع في التفصيل بند (١٣).

١٦٤ - سقوط النفقة بمضى مدة شهر:

تسقط نفقة الأصول والفروع وسائر الأقارب بمضى مدة شهر فأكثر دون أن يتقاضاها المحكوم له، لأن هذه النفقة وجبت لدفع الحاجة وحتى لا يتعرض من فرضت له للهلاك أو سؤال الناس، وليست بابا لجمع المال على حساب المحكوم عليه، ومضى مدة شهر فأكثر دون أخذ النفقة معناه اندفاع حاجته في هذه المدة فيسقط متجمدها، كما أنها صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو الاستدانة التي تقوم مقامه.

وعلى ذلك إذا حكم القاضي بنفقة قريب ومضى شهر على استحقاقها لا يطالب بنفقة الشهر الذى مضى ولكن يطالب بالشهر الحاضر.

أما إذا كانت المدة التى مضت تقل عن شهر فإنها تعتبر دينا بالقضاء ولا تسقط النفقة فيها، لأنه لا بد من مثل هذه المدة ليتمكن القريب من المطالبة بالنفقة، فلو سقطت النفقة بالمدة اليسيرة لما أمكن استيفاؤها ولم يكن للقضاء فائدة ولو سقط كل ما مضى لما أمكن استيفاء شيء منها.

أما إذا كان المنفق قد أذن للقريب باستدانة النفقة أو أذن له القاضي بذلك، واستدانها القريب بالفعل، فإنها لا تسقط بمضى شهر فأكثر وتعتبر دينا فى ذمة القريب لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، وتتعلق بتركته بعد موته لأن الاستدانة كانت بالنيابة عنه إن كانت بأمره وأمر القاضي كأمر المنفق لأنه رأى ذلك طريقا لحمله على أداء ما يجب عليه ودفع ظلم المطل.

أما إذا أذن للقريب بالاستدانة ولم يستدن النفقة بالفعل، فإنها تسقط بمضى شهر فأكثر.

والقاضي لا يأذن باستدانة النفقة من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يطلب طالب

النفقة الإذن له بالاستدانة.

وقد ذهب رأى فى النفقة الحنفى روجه البعض إلى استثناء نفقة الصغير من حكم سقوط النفقة بمضى شهر فأكثر من تاريخ فرضها رضاء أو قضاء وجعلها فى حكم نفقة الزوجة، وذلك تقديرا لعجز الصغير والرافة به⁽¹⁾.
وقد أخذت بهذا رأى دار الإفتاء المصرية⁽²⁾، كما سارت المحاكم على هذا

(1) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٦٢٢ «قوله زاد الزيلعى والصغير يعنى استثناءه أيضا فلا تسقط نفقته المقضى بها بمضى المدة كالزوجة بخلاف سائر الأقارب» وجاء بالبحر الرائق جـ ٤ ص ٥١٥ «وأطلق فى نفقة الأولاد فشمّل الأصل والفروع والصغار والكبار واستثنى فى الذخيرة معزيا إلى الحاوى وأقره عليه الزيلعى نفقة الصغير فإنها تعتبر ديناً على الأب بقضاء القاضى بخلاف نفقة سائر الأقارب»- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ١ ص ٧٢.
(2) وقد أفتت بأن:

١- «النفقة المفروضة للولد المذكور لا تسقط بمضى المدة على ما عليه العمل كنفقة الزوجة المفروضة. وغيبة الأم به ولو بغير إذن أبيه لا يترتب عليها سقوطها. والله أعلم.
والمسألة منصوصة فى المهدية ص ٤٢١ جزء أول من باب النفقة وصحيفة ٤٤١ منها وصحيفة ٢٧٨ وذكرها فى الأحوال الشخصية وعلل عدم السقوط بالأرفقية».
(فتوى صادرة بتاريخ 8 جمادى الآخر سنة 1314هـ).

٢- «للمرأة المذكورة فى السؤال أن تطلب من زوجها ما قدر لها من أجر الحضانة فى المدة الماضية من يوم التقدير بلا نزاع أما ما قدر من النفقة للأولاد فقد قيل إذا لم تؤمر المرأة بالاستدانة تسقط النفقة بمضى أكثر من شهر وقال الزيلعى لا تسقط نفقة الأولاد متى قدرت بالرضا أو القضاء وإن طال الزمن ورجح الأول بعضهم ورجح الثانى بعض آخر وأفتى به نقابة المفتين وهو الموافق للعدل خصوصا فى هذه الأزمان التى عمت فيها ماطلة الرجال نسائهم فى الوفاء بالنفقات فلا تزال المرأة تطلب وهو يماطلها حتى تمضى الشهور بل الأعوام فلو أخذ بالقول الأول وصحت أحكام القضاة وما يجرى بين أيديهم مما لا أثر له وعد ذلك كله لغوا فالقول الثانى هو الذى يجب أن يكون عليه العمل فلا تسقط نفقة الأولاد فى المدة الماضية أما أجره الحضانة التى للأُم المطالبة بها فهى عن المدة الماضية كذلك إلا فى الوقت الذى كانت فيه زوجة لغيره فإنها لم تكن حاضنة وفى الوقت الذى رجعت فيه لوالد الأولاد فإنها فى هذه الحالة مكلفة بالقيام على الأولاد بلا أجر وأما الجدة فلها أن تطلب أجر الحضانة مدة إقامة الأولاد تحت حضانتها لأن تقدير الأجرة أمام القاضى كان إلزاما للزوج بأن يدفع الأجرة المقررة لمن يحضن الأولاد فيتعدى ذلك إلى الجدة بالضرورة على أن أجرة الحضانة كأجرة الرضاع تلزم بدون عقد كما صرحوا به والله أعلم».

الرأى^(١).

وقد رأينا سلفا (بند ١) أن المادة (٨٨ مكررا ثانيا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ نصت على أن تستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم.

١٦٥ - سقوط النفقة بالموت:

تسقط نفقة الأقارب - في الراجح من المذهب الحنفى - بموت المحكوم له وبموت المحكوم عليه، ما لم يكن قد أذن باستدانتها واستدينت بالفعل، فإنها

(فتوى صادرة بتاريخ ٢٧ رجب سنة ١٤٣٨هـ).

(١) (دشنا الشرعية فى ١/١٠٠ - ١٩٢٤ - إمبابة الشرعية فى ١/٢ - ١٩٤٥ - وقد استبعدت = بعض الأحكام تقييد عدم سقوط نفقة الصغير بما إذا كانت مفروضة على الأب، وذهبت إلى أن: «مجرد ذكر الأب فى بعض الفروع لا يصلح دليلا على أنها إذا كانت مفروضة على غيره تسقط بمضى المدة» الواقع أن الصغير لا يتصور أن يثبت له دين نفقة على أبيه أو قريبه، فإن الحاضنة إن أنفقت من مسألة الناس أو من مال وهب له أو نحو ذلك، فقد اندفعت حاجة الصغير بذلك ولم يثبت له دين نفقة حتى يقال بسقوطه. وإن أنفقت من مالها هى واعتبرناها متبرعة فكذلك إن أنفقت من مالها وإن كان مستدانا ولم نعتبرها متبرعة وأقمنا حكم القاضى بالنفقة وحاجة الصغير إليها وتسلطها على الإنفاق مقام الإذن بالإنفاق وجعلناها قرينة على عدم إرادة التبرع وأثبتنا لها حق الرجوع على القريب بما أنفقت، لم يكن هذا الدين للصغير لأنه استوفى حقه بالإنفاق عليه، وتكون كمن أذنه الأب بالإنفاق على أولاده فأنفق عليهم فإن الدين يكون له لا للأولاد ولا يكون حقيقة الأمر دين نفقة إنما هو دين قرض أو شبه قرض - وهذا المعنى الأخير هو الذى يقتضيه الاستثناء ويدل عليه ما جاء فى أوائل فصل نفقة ذوى الأرحام من التتار خانية ونصه: «سئل أبو بكر عن صبي بين الأبوين فرض له القاضى النفقة على الأب فاجتمعت النفقة وكانت الأم تنفق من مالها؟ قال لها أن تطلب مقدار ما أنفقته بعد ما فرض القاضى فهى إنما تطالب بمالها الذى أنفقته لا بنفقة هى حق للصغير، فهى تطالب بدين لها لا له».

الفيوم الشرعية فى ١/٢ - ١٩٤٥ ذات المبدأ: بنى سويف الشرعية فى ١/١١ - ١١٢١ - من هذا الرأى فى الفقه: عمر عبد الله ص ٦٢٧ - محمد مصطفى شلبى ص ٨٠٠ وما بعدها - صلاح الدين زغو ص ٢٤٠ وما بعدها وعكس ذلك: محمد قدرى وما بعدها وعكس ذلك: محمد قدرى باشا (م ٤٠٧) - محمد أبو زهرة ص ٤٢١.

تستوفى من تركة المحكوم عليه، لأن نفقة الأقارب صلة والصلات تبطل بالموت كالهبة قبل القبض.

وعلى ذلك إذا توفى القريب المفروض له النفقة - والذي لم يؤذن باستدانتها - كان للمحكوم عليه رفع دعواه بكف يد ورثته عن المطالبة بالنفقة لا بإبطالها لأن الإبطال إنما يرد على ما هو قائم، وقد سقطت النفقة بالموت. أما بالنسبة لنفقة الصغير المفروضة رضاء أو قضاء ولم يؤذن باستدانتها أو أذن باستدانتها ولم تستدن بالفعل فقد ذهب رأى فى الفقه والقضاء إلى استثنائها من قاعدة السقوط، استنادا إلى الأسباب الآتية:

١- أن اختيار القول بأن نفقة الصغير لا تسقط بمضى شهر فأكثر يستلزم حتما ألا تسقط نفقة الصغير بعد فرضها بمضى المدة ولا بموت من فرضت عليه النفقة.

٢- أنه لا يتصور أن يثبت للصغير دين نفقة على أبيه أو قريبه، فإن الحاضنة إن أنفقت عليه من مسألة الناس أو من مال وهب له أو نحو ذلك فقد اندفعت حاجة الصغير بذلك ولم يثبت له دين نفقة حتى يقال بسقوطه وإن أنفقت عليه مالها هي واعتبرت متبرعة فكذلك، وأن أنفقت من مالها، وإن كان مستدانا ولم تعتبر متبرعة، وأقمنا حكم القاضى بالنفقة وحاجة الصغير إليها وتسلطها على الإنفاق مقام الإذن بالإنفاق، وجعلناه قرينة على عدم إرادة التبرع، وأثبتنا لها حق الرجوع على القريب بما أنفقت، لم يكن هذا الدين للصغير، لأنه استوفى حقه بالإنفاق عليه فلم يبق له شيء حتى يكون الدين له، وإنما يكون الدين لمن أنفقت عليه، وتكون كمن أذنه الأب بالإنفاق على أولاده فأنفق عليهم فإن الدين يكون له لا للأولاد، ولا يكون فى حقيقة الأمر دين نفقة، وإنما هو دين قرض أو شبه قرض، وهذا المعنى الأخير هو الذى يقتضيه الاستثناء ويدل عليه ما جاء فى أوائل فصل نفقات ذوى الأرحام من التتارخانية ونصه:

«سئل أبو بكر عن صبي بين الأبوين، فرض القاضى له النفقة على الأب فاجتمعت النفقة، وكانت الأم تنفق من مالها قال: لها أن تطلب مقدار ما أنفقته بعد ما فرض القاضى فهي إنما تطلب بمالها الذى أنفقته لا بنفقة هي حق

للصغير فهي تطالب بدين لها لا له»^(١).

وذهب رأى آخر فى الفقه والقضاء^(٢) إلى التقيد بالقاعدة العامة والقول بأن متجمد نفقة الصغير يسقط بالموت كغيره من الأقارب إلا إذا أذن باستدانة النفقة واستدينت بالفعل، وذلك استنادا إلى ما يأتى:

١- أن استثناء بعض الفقهاء نفقة الصغير من السقوط ولو لم يؤذن بالاستدانة أو أذن بالاستدانة دون استدانتها هو استثناء من حكم السقوط بمضى شهر لا استثناء من السقوط بموت الصغير أو المحكوم عليه بالنفقة، فحكم سقوط النفقة بالموت يشمل كافة نفقات الأقارب ومن بينها نفقة الصغير.

٢- أن الاستثناء لا يتوسع فيه إعمالا للقاعدة الأصولية وهي: «أن ما جاء على خلاف الأصل لا يقاس عليه».

٣- أنه لا قياس فى مورد النص إذ النصوص قاطعة فى السقوط بالموت فقد نص فى الفتاوى المهدية ص ٨٠٨ من الجزء الأول «سئل رجل طلق زوجته ومعها منه بنتان ففرض على نفسه نفقة فى كل يوم لكل منهما قرشا ولأُمهما قرشين فبعد مضى ثلاثة أشهر ماتت واحدة من البنيتين فهل تنقطع نفقتها بالموت ولا يكون للأُم مطالبة الأب بنفقة من مات منهما أجاب:

«يسقط ما قرره للصغيرة المذكورة من النفقة بموتها فليس لأُمها المطالبة بنفقتها بعد الموت والحال هذه ما لم تكن مستدانة بالأمر من القاضى».

٤- أن نص التتارخانية محمول على ما إذا أنفقت الحاضنة بالأمر لترجع^(٣).

ونرى أن رأى الأول هو الذى يجب الأخذ به^(٤).

(١) المستشار أنور العمروسى ص ٥٥٩ - طنطا الجزئية الشرعية فى ٢٦/٢/ ١٩٢٥ -

الجزيرة الجزئية الشرعية فى ١٥/٧/ ١٩٣٦ - قنا الجزئية الشرعية فى ١٦/ ١٠/ ١١٥١.

(٢) محمد قدرى باشا (م ٤٠٧) - محكمة الأربكية الشرعية فى ٣٠/ ١٢/ ١٩٢٩ - مصر الابتدائية الشرعية فى ١٦/ ١/ ١٩٤٣.

(٣) راجع: المستشار صلاح الدين زغو ص ٣٤٣ وما بعدها - الدكتور عبد العزيز عامر ٦٠٠ وما بعدها.

(٤) من هذا رأى: المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٤٥.

كما أن القانون - كما رأينا - جعل نفقة الصغير على أبيه تستحق من تاريخ امتناعه عن الإنفاق.

١٦٦- تعجيل النفقة يمنع من استردادها :

إذا عجلت نفقة مدة فإن القريب يملكها بالقبض ولا يجوز للمنفق استردادها، لأنها صلة محضة لا يصح الرجوع شرعا فيها بعد القبض^(١).

١٦٧- هلاك النفقة :

إذا هلك نفقة القريب أو فقدت أو سرقت قبل مضي مدة الفرض وجبت له نفقة أخرى، لأن هذه النفقة صلة للقريب وفرضت لدفع الحاجة عنه، وبهلاك النفقة أو فقدها أو سرقتها قبل مضي مدة الفرض لا تكون حاجته إلى النفقة قد اندفعت فتلزمه نفقة أخرى أما إذا تعيبت بعد مضي مدة الفرض فلا تجب نفقة أخرى^(٢).

على أنه إذا هلك أو سرقت أو فقدت نفقة الصغير بإهمال من الحاضنة كعدم وضع النفقة في مكان أمين فضاقت فإنها تلتزم بالنفقة، فإذا كانت فقيرة تفرض النفقة مرة ثانية على الأب ويكون له حق الرجوع عليها إذا أيسرت^(٣).

١٦٨- النفقة في بيت المال (خزانة الدولة) :

إذا لم يكن للفقير العاجز عن الكسب ذو رحم محرم ينفق عليه، كانت نفقته في بيت المال (خزانة الدولة)، لأن من وظائف بيت المال في نظام الإسلام أن يتحمل حاجة المحتاجين ويقوم بالإنفاق عليهم.

غير أن وزارة العدل أصدرت المنشور رقم ٢٦ في ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٢، ذكرت فيه أن الدعاوى التي ترفع من الفقير العاجز عن الكسب على وزارة المالية غير مسموعة شرعا، لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة وهذه الدعوى غير ملزمة شرعا.

(١) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٨- ملوى الجزئية الشرعية في ١٤/٥/ ١٩٥٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٨.

(٣) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٠٧ وما بعدها.

ونعرض نص المنشور فيما يلي^(١):

«علمت الوزارة أن بعض المحاكم رفعت دعاوى على وزارة المالية بطلب فرض نفقة لفقر المدعين وعجزهم عن الكسب، وعدم وجود من تجب نفقتهم عليه، ومن حيث أن هذه الدعاوى غير مسموعة شرعا، لأن شرط سماع الدعوى أن تكون ملزمة شرعا. وهذه الدعوى غير ملزمة شرعا.

(أولا) لما يؤخذ من القنية عن الإمام الوبرى من أن الإمام ليس بملزم قضاء، بإعطاء من له حظ في بيت المال، بل له الخيار في المنع والإعطاء، وأما ما قاله ابن عابدين تعليقا على عبارة القنية من «أنه ليس للإمام الخيار في المنع والإعطاء من بيت المال مطلقا، وإنما له ذلك بالنسبة للمال الذى أخذه صاحب الحظ بدون علمه»، فهو تأويل منه لصريح القنية، وحمل له على خلاف ظاهرها، لم يستند فيه إلى نص من كتب المذهب فضلا عن مخالفته لروح الأحكام الشرعية المنصوص عليها في أبواب بيت المال، فلا يعول عليه، وقد نقل عبارة القنية شارح الوهابية وصاحب البحر والفتاوى الهندية وغيرهم من الفقهاء، ولم يعلقوا عليها بمثل ما علق به ابن عابدين.

(ثانيا): نص الزيلعى وصاحب البحر والبدائع وغيرهم على ما يؤخذ منه أن صرف أموال بيت المال فى مصارف مفوض لرأى الإمام، وموكول إلى اجتهاده، وظاهر من هذا أن الإمام لا يطالب قضاء بالصرف لشخص معين.

(ثالثا): الفقير الذى هو أحد مصارف البيت الرابع من بيوت المال ليس متعينا للصرف عليه منه، لتعدد مصارف هذا البيت، فليس له ولاية المطالبة قضاء كالفقير فى الزكاة، والفقير فى الوقف على الفقراء لأن دعواهما غير ملزمة فلا تسمع إذن.

لهذا توجه الوزارة نظر المحاكم إلى عدم سماع هذه الدعاوى».

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن المنشور المذكور ضعيف فى اعتماده على الفقه، وأن الفقه على نقيضه، ولا يصح للقضاة أن يقيدوا به، لأن الفقير العاجز له حق مقرر ثابت ملزم للإمام، وأى فقير له ذلك لأن الفرض أن بيت الإمام

(1) منشور فى الدليل المرشد للأستاذ محمد الغريب ص ٨٥.

يتسع لكل الفقراء لا كـبعض الأوقاف، فالقضاء فيه قضاء لصاحب الحق على من عليه الحق^(١).

(١) الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٣٧ - وقد ذهب شرحا أن الفقهاء يقسمون بيوت المال إلى أربعة أقسام:

= (القسم الأول) بيت المال الخاص بحصيلة زكاة المال وعشور الأراضي الزراعية.

(القسم الثاني) بيت المال الخاص بحصيلة الجزية والخراج.

(القسم الثالث) بيت المال الخاص بالغنائم والركاز.

(القسم الرابع) بيت المال الخاص بالضوائع والأموال التي لا وارث لها.

ولكل بيت من هذه البيوت مصارف خاصة به، والفقير له حظ فيها، ولكن الفقهاء الذين ذكروا الفقير العاجز الذي ليس له من أهله من يقوم بنفقته قضاء في ضمن مصاريف بيت المال الرابع ولم يذكروا معه غيره، فقد جاء في البحر: «يعطون أى الفقراء العاجزون» منه نفقتهم ويكف به موتاهم، وتعقل به جنائهم» وجاء مثل ذلك في الزيلعي. وجاء في البدائع ما نصه: «وأما الرابع فيصرف في دواء الفقراء والمرضى وعلاجهم، وأكفان الموتى الذين لا مال لهم، ونفقة اللقيط وعقل جنائته، ونفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته ونحو ذلك، وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها».

ويلاحظ هنا أن عبارة البدائع تفيد الإلزام لا الاختيار، وأن الكتب الثلاثة قرنتها بعقل الجنابة أى دفع الدية عمن يقتل خطأ ولا عسبة تعقل عنه، وهذه لا تكون إلا بحكم القضاء، فهي لها مشابهة لمدعى النفقة فى الإلزام، من حيث أنها بتناولها الإلزام القضائي.

ولقد جاء فى الدر المختار ما نصه: «ومن له حظ فى بيت المال إذا ظفر بمال موجه له أخذه، وموضع النظر ما نقل فى شرح الوهابية عن الإمام الوبرى ونصه: من له حظ فى المال وظفر بمال موجه لبيت المال، فله أن يأخذه ديانة، وللاإمام الخيار فى المنع والإعطاء فى الحكم أى فى القضاء انتهى كلامه».

فقد علق على ذلك ابن عابدين بقوله: «أى الخيار فى إعطاء ذلك الواجب له إذا علم به، ليعطيه حقه من غيره، إذ ليس له الخيار فى منع حقه من بيت المال مطلقا كما لا يخفى».

وترى من هذا أن الإمام الوبرى الذى تعلق به كاتب المنشور أجاز أن يأخذ صاحب الحق حقه ديانة، ومنع أن يقر فعله القضاء، لكيلا تكون فوضى فجاء ابن عابدين،

وخشى أن يفهم من ذلك أن الإمام ليس بملزم، ففسر حق القاضى فى عدم تعيين ما أعطاه بل يعطيه غيره، وبين أنه لا يخفى عليه متتبع أقوال الفقهاء، وذلك حق لأن عبارة البحر تجعل حق الفقير العاجز فى البيت الرابع كدية القتل خطأ عندما تلزم فى بيت المال، وهذه يلزم بها القضاء ولأن عبارة البدائع صريحة فى إلزام الإمام، إذ يقول «وعلى الإمام صرف هذه الحقوق إلى مستحقيها»، وعلى ذلك كان أمر الإلزام غير خاف، =
 = فالحكم فيه حكم فى أمر ملزم لا فى أمر يكون فيه الخيار، وإذا كان غير ابن عابدين لم يعلق ذلك التعليق، لأنه لم ير فى الإلزام غموضاً يوجب النص عليه، وإلزام الإمام بالحكم لا ينافى تفويض الأمور إليه، لأن له أن يدير الدولة باجتهاده ويوزع الحقوق بين أربابها، ولكن إذا قصر أو منع حقاً أفلا يوجد من ينهيه إليه، فإن رزق المقاتلة والقضاء، والعاملين عليها أفلا يكون للقضاء سلطة الإلزام بهذه الأجور؟
 وقياس حق الفقير العاجز فى بيت المال على حق الفقير فى الوقف الموقوف على الفقراء باطل، لأن الفقهاء لم يجيزوا للفقير أن يأخذ مال الأوقاف، لأنه حقه. وأجازوا ذلك للفقراء فى بيت المال (المرجع السابق ص ٤٢٥ وما بعدها).
 كما أيدت هذا رأى فتوى دار الإفتاء المصرية الصادرة بتاريخ ١٩٠٠ / ٢ / ٣ إذ جاء بها ما يأتى:

«نفيد أن المنصوص عليه شرعاً أن ما يشمل بيت المال (حكومة) أربعة أقسام فالقسم الثانى منها ما تأخذه الحكومة من عشر الأراضى العشورية وعشور أموال التجار المسلمين الذين يمرون بتجارهم على عاملها (المسمى الآن بالجمرك وهذا مصرفه كمصرف زكاة السوائم وهو ما نص عليه فى قوله تعالى {أنما الصدقات للفقراء} الآية والقسم الثالث ما تأخذه الحكومة من خراج الأراضى الخراجية وما يماثل ذلك مما تأخذه كأعشار أموال تجار غير المسلمين الذين يمرون على عاملها (الجمرك أيضاً) وهذا النوع يصرف فى مصالح المسلمين على ما عليه صاحب الهداية وعامة كتب المذاهب كبناء القناطر والجسور وكفاية العلماء والقضاء والعمال والمقاتلة وذرى الجميع ورابعها مثل التركات التى لا وارث لها أصلاً والباقى منها بعد نصيب الوارث الذى لا يرد عليه ومصرف هذا النوع على ما هو المشهور فى المذهب للقطعة الفقراء، والفقراء الذين لا أولياء لهم وبالجمله فمصرف هذا كل عاجز عن الكسب من الفقراء كما يؤخذ ذلك كله من شرح الدر المختار ورد المحتار عليه من باب العشر ومن ذلك يعلم. أنه متى كانت زيد بنت رجب مناع وولدها فقيرين وليس لهما من تجب عليه نفقتهما من الموسرين كانا من مصاريق القسم الثانى والرابع من بيت المال (الحكومة) فيجب على

الحكومة أن تعطى الكفاية إما من عشور الأراضى العشورية أو من الجمرك الذى تأخذه من أموال تجار المسلمين أو من التركات التى لا وارث لها».

موضوع رقم (١١)

نفقة الابن الكبير

١٦٩- المقصود بالابن الكبير:

المقصود بالابن الكبير الذكر الذى بلغ الخامسة عشرة من العمر طبقاً للتقويم الهجرى، فقد رأينا أن المادة (٨٨ مكرراً ثانياً) اعتبرت الابن الذى لم يصل إلى السن المذكورة صغيراً يلتزم أبوه نفقته.

أما البنت فقد رأينا أن نفقتها على أبيها إلى أن تتزوج أو تكسب ما يكفى نفقتها.

وإذا لم يتحقق أحد الأمرين فإن نفقتها تستمر على أبيها أو على من تلزمه نفقتها من بعده مهما تقدمت بها السن، لأن الأنوثة تعتبر عجزاً حكماً عن الكسب ولو كانت البنت قادرة على الكسب، وليس للأب أن يؤجرها فى عمل أو خدمة، وله دفعها إلى امرأة تعلمها حرفة تكتسب منها كالتطريز أو الحياكة أو ما شابه ذلك.

غير أنه إذا كانت الأنثى تتكسب فعلاً، بأن كانت تعمل فى حرفة أو مهنة أو التحقت بوظيفة، فإن نفقتها تكون فى كسبها، فإذا لم يكف نفقتها، التزم أبوها أو من تجب عليه نفقتها بتكاملتها.

١٧٠- متى يستحق الابن الكبير النفقة؟

يستحق الابن الكبير النفقة على أبيه، وكذا على من تجب عليه نفقته إذا لم يكن الأب موجوداً - إذا أتم الخامسة عشرة من العمر - طبقاً للتقويم الهجرى عاجزاً عن الكسب لأحد الأسباب الآتية:

(١) إصابته بأفة بدنية أو عقلية.

(٢) طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده.

(٣) عدم تيسر الكسب له.

ونعرض لهذه الأسباب تفصيلاً فيما يأتى:

١٧١- أولا: إصابة الابن الكبير بأفة بدنية أو عقلية:

ومثال ذلك أن يصاب بمرض يقعده كالشلل، أو يفقد اليدين أو الرجلين أو أحد الرجلين أو العمى، أو الجنون أو العته، أو أى عارض بمنعه من الاكتساب^(١).

أما إذا اكتسب أحد من هؤلاء، كأن يكون قد وجد عملاً يتلاءم مع حالته فإن نفقته تكون فى كسبه، فإذا كان كسبه لا يكفى نفقته التزم الأب بتكملة نفقته إلى حد الكفاية.

غير أن مثل هؤلاء لا يجبرون على العمل ولا يكلفون شيئاً لأن مثل هذه العوارض تمنع عن الكسب بطبيعتها، فلا يكلف الشخص المصاب بها شيئاً من الكسب.

وتجب النفقة للابن الكبير ولو أتم الخامسة عشرة من العمر، ثم أصيب بالآفة المذكورة بعد ذلك، والمادة وإن جرت على وجوب النفقة إذا أتم هذه السن عاجزا عن الكسب بسبب الآفة البدنية أو العقلية، فذلك وليد عدم دقة صياغتها. وهذه الحالة تعتبر من قبيل العجز عن الكسب حقيقة، وألحق بها الأحناف العجز عن العمل معنى، كمن به خرق ونحوه، والخرق هو عدم معرفة عمل اليد. والخرق الذى يجعل الابن غير قادر على الكسب من حيث المعنى هو الذى يؤدى إلى ذلك مع عدم إمكان الشخص تعلم الكسب أى كسب، وذلك بأن يحصل

(١) وينفق هذا مع الفقه الحنفى فقد جاء بالتنوير وشرحه الدر المختار فى أسباب استحقاق نفقة الذكر على قريبه «أو كان الذكر بالغاً لكن عاجزاً عن الكسب بنحو زمانة لعمى وعته وفلج» - وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله: قوله عمى... الخ أفاد أن المراد الزمانة العامة كما فى القاموس. وفى الدر المنتقى أن الزمانة تكون فى ستة: العمى وفقد اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من جانب والخرس والفالج - حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٧ وما بعدها.

وجاء بالبدائع ج ٤ ص ٢٥ فى بيان شرائط وجوب النفقة التى ترجع إلى المتفق عليه: «والثانى عجزه عن الكسب بأن كان به زمانة أو قعد أو فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو شلها أو مقطوع الرجلين أو مقفوء العينين أو غير ذلك من العوارض التى تمنع الإنسان من الاكتساب».

التمرّن ومحاولة العمل ومع ذلك لا يستطيع الشخص أن يحسن العمل لطبيعة فيه، أما إذا لم يحاول ذلك ولم يجتهد في تعلم ما يجعله يتكسب فإنه لا يعتبر أخرق بحيث يندرج في عداد العاجزين عن الكسب. ويستحق الابن الكبير النفقة ولو كان عاقا، لأنه لا دخل لعقوقه في استحقاق النفقة.

١٧٢- ثانيا: طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده:

اعتبر النص طلب العلم عجزا حكما عن الكسب، وهو ما يتمشى مع المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل. أما إذا كان الابن الكبير طالب علم ولكنه يكسب ما يكفى نفقته فإنه لا يستحق النفقة، وإذا كان يكسب بعض ما يكفيه فيلزم الأب أو من تجب عليه نفقته فى حالة عدم وجود الأب بتكملة نفقته إلى حد الكفاية، غير أنه لا يجبر على التكسب ولو كان قادرا عليه رغم اشتغاله بالعلم، فقد اعتبر النص طلب العلم عجزا حكما أو معنويا عن الكسب. وقد اشترط النص لتحقيق العجز الحكمى بسبب طلب العلم أن يكون بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده.

والاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء أكان دينيا أو دنيويا، وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته^(١). والعلم يكون ملائما لأمثال الإبن، إذا كان نوع العلم أو مرحلته مما يشتغل به أبناء من يماثل والده فى الوضع المادى أو المركز الاجتماعى وطبقا لما جرى عليه العرف.

والعلم الملائم لاستعداده، هو الذى يتفق مع ميوله ورغبته واستعداده الذهنى، فلا يجوز تكليف الأب بالإنفاق على تعليم ثبت أنه لا يلائم استعداد ابنه، وذلك حتى لا يتخذ الأبناء من استعمال هذا الحق ذريعة للإضرار بأبائهم لابتزاز المال منهم بذريعة الاشتغال بالعلم وهم لا يرغبون فيه وليس لديهم التأهيل الذهنى أو النفسى له.

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٨٥ ما يأتي:

«فى فقه المذهب الحنفى المعمول به الآن فى نفقة الولد على أبيه أقوال وتفاصيل فى استحقاق النفقة بسبب الاشتغال بالتعليم تعرضت لنوع العلم وحال طالبه، وتبعاً لذلك اختلفت اتجاهات المحاكم. ولما كان الاشتغال بطلب العلم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص وإعداده للحياة سواء كان دينياً أو دنيوياً وهذا القدر من العلم بمنزلة الطعام والكساء، كما يتناول ما ليس بضرورى للطالب فى الدين أو فى حياته... من أجل هذا كان من المصلحة أو العدل تقرير أن الاشتغال بالتعليم يعتبر عجزاً حكماً موجباً للنفقة إذا كان تعليماً ترعاه الدولة. ولا ينافى الدين ويشترط أن يكون الطالب رشيداً فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الإنفاق عليه فى التعليم».

وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقترح أحد أعضاء المجلس تعديل المادة بإضافة الشروط التى أوردتها المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون فى العلم الذى يعتبر الاشتغال به عجزاً حكماً عن النفقة وهو أن يكون تعليماً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وبشرط أن يكون الطالب رشيداً فى التعليم وفى قدرة من وجبت عليه النفقة الإنفاق عليه فى التعليم، إلا أن المجلس لم يوافق على هذا الاقتراح^(١).

(١) فقد قرر السيد العضو محمد محفوظ حلمى ما يأتى:

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الدكتور رئيس المجلس، الإخوة والأخوات أعضاء المجلس الموقر. أرجو أن يتابعنى السادة الأعضاء عند إبداء ملاحظاتي حول هذه المادة ليروا ما إذا كنت أتكلم من فراغ أو على أساس، وخاصة العبارة التى وردت بالفقرة الأولى والتى تقول: «أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده»، وإننى لا استند فى الرد على كلام من عندى ولكن ما ورد بمذكرة مجمع البحوث الإسلامية على الاقتراح بمشروع قانون المعروض، وقبل الرد أود أن أطرح اقتراحى على المجلس الموقر وهو تعديل هذه العبارة لتصبح: «أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده إذا كان طالباً لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وكان الطالب رشيداً فى التعليم وكان فى قدرة الأب الإنفاق عليه فى التعليم».

= ولقد وردت بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع قانون في الصفحة رقم (٢٤) ومن المعلوم أن المذكرة الإيضاحية لا حجية لها في القضاء، وقد يستعان بها في تفسير بعض النصوص ولا تكون شرطا أو قيда لا وجود له في النص - شروط لا يجوز التنازل عنها عند فرض النفقة على الأب للولد الذي يطلب العلم، ومن هذه الشروط ما يلي:-
 ١- فرض على الأب الإنفاق على ولده الذي يطلب العلم وتعليمه ما يشاء ولو كان تعليمًا لأمر لا ترعاها الدولة ولا تقرها نظم التعليم فيها، لذلك لابد من وضع قيد على هذا وأن يكون النص، «تعليمًا ترعاه الدولة».

رئيس المجلس:

نرجو أن تعطينا مثلا لعلم أيا كان ينافي الدين.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

لقد ورد في الصفحة رقم (٢٤) بالتقرير المعروض أنه: «لابد أن يكون علما ترعاه الدولة ولا ينافي الدين أو الشرع».
 أننى لا أقبل أن يعلم ابني الرقص مثلا.

رئيس المجلس:

هذا ليس علما.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

إن له مدارس موجودة.

رئيس المجلس:

إذن، هل (الدف) ضد الدين؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

السيد الدكتور رئيس المجلس مسلم، وكذلك أنا مسلم، وأننى لا أقول كلاما من عندى بل هو موجود بالمذكرة الإيضاحية المرفقة، ومجمع البحوث الإسلامية وضعها كشرط، أما بالنسبة لما ورد بالفقرة الثانية من هذه المادة. فقد فرض على الأب الإنفاق على ولده ولو كان يتعلم ما ينافي الدين مما تشرف عليه وترعاه بعض الجهات الرسمية، كتعليم الرقص والموسيقى، وغيرها.

رئيس المجلس:

هل الموسيقى ضد الدين؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

لا أريد أن أدخل في أن هذا ضد الدين أو معه وكما قلت فسيادتك مسلم وأنا مسلم ولا أقول أننى مسلم أكثر من غيرى ولا أكثر غيره من غيرى.

= رئيس المجلس:

وليس من حقه أن تقول ذلك.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

وكما قلت فهناك مدارس ومعاهد وكلليات تمنح شهادات ويعين أصحابها في وظائف رسمية، والعبرة ليست بطبيعة المادة التي تدرس، وإنما لوضعي النظام في التعليم، لذلك يجب وضع قيد على الإنفاق في التعليم واقتراح إضافة عبارة «ولا ينافي الدين» وهذا هو المطلوب.

رئيس المجلس:

لقد وضع قيد «العلم المماثل لأمثاله»، فإذا كان الأب يحترف الغناء - مثلا - والابن يريد أن يحترف الغناء، فهذا علم مماثل لأمثاله، ولو كان الأب يعمل شيئا آخر وأراد الابن أن يعمل بشيء لا يليق بأمثاله، وأن القاضي لا يقدر أن يحكم بالإنفاق عليه. فعبارة: «العلم الملائم لأمثاله» مناسبة.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

هذا لا ابتدعه أو أقول كلاما من عندي، وإنما أخذت تفسير الاقتراح بمشروع قانون والذي ورد بالتقرير في الصفحة رقم ٢٤ وأنتى ملتزم به. هناك ملحوظة أخرى وهي أننا فرضنا على الأب أن ينفق على أولاده في التعليم وهو غير قادر ماديا، وعلى ذلك وكما قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ ولا يجوز لنا أن نكلف نفسا إلا وسعها لذا فإنه لابد من وجود قيد للقدرة على الإنفاق كذلك يجب أن يكون هناك قيد آخر وهو أن يكون الطالب رشيدا.

رئيس المجلس:

لقد ورد هذا القيد بالنص «بقدر يساره» وهي مكتوبة.

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

أرجو الموافقة على اقتراحي بتعديل الفقرة الأولى وإضافة عبارة: «إذا كان طالبا لعلم ترعاه الدولة ولا ينافي الدين وكان الطالب رشيدا في التعليم وكان في قدرة الأب الإنفاق عليه» بعد بعبارة «طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده».

رئيس المجلس:

أرى أن وجهات النظر أصبحت واضحة، فهل توافقون على إقفال باب المناقشة في هذه المادة؟

(موافقة).

ونرى مع ذلك اعتبار ما جاء بالمذكورة الإيضاحية تفسيرا للنص لاسيما وأن هذا التفسير هو المتفق مع الراجح في المذهب الحنفى^(١).

فلا يعتبر - على ضوء ما تقدم - الاشتغال بالعلم عجزا حكما عن الكسب إذا كان العلم الذى يشتغل به الابن مما لا ترعاه الدولة أى مما لا تضع له نظاما وإطارا يحكمه، كما لو كان يتعلم الفقه على أحد الشيوخ غير المقيد بأحد المعاهد^(٢). أو إذا كان منافيا للدين، كالتعليم فى معاهد رقص الباليه أو صناعة التماثيل أو المعاهد التى تستخدم رجالا ونساء عاريات كنماذج أو فى أى معهد أو مؤسسة يخالف نمط التعليم وظروفه وأدواته فيهما أحكام الشريعة الإسلامية مخالفة قطعية لا مجال فيها للاجتهاد أو التأويل^(٣). كما يجب أن يكون طالب العلم رشيدا فى التعليم بمعنى أن يكون ناجحا. وليس المقصود بذلك ألا يرسب الابن ولو مرة واحدة، وإنما يجب ألا يتكرر رسوبه على نحو يدل على فشله وعجزه عن السير فى طريق طلب العلم.

ويمكن القول أن فشل طالب العلم وعجزه عن السير فى سبيله دليل على أن اشتغاله بالعلم غير متفق مع استعداده، والاتفاق مع الاستعداد أحد الشروط التى نصت عليها المادة لاعتبار الاشتغال بالعلم عجزا حكما عن النفقة^(٤).

= رئيس المجلس:

والآن، أعرض على حضراتكم الاقتراحين المقدمين لتعديل هذه المادة لأخذ الرأى عليهما الاقتراح الأول مقدم من السيد العضو محمد محفوظ حلمى ويقضى بإضافة عبارة «إذا كان طالبا لعلم ترعاه الدولة ولا ينافى الدين وكان الطالب رشيدا فى التعليم وكان فى قدرة الأب الإنفاق عليه»، إلى الفقرة الأولى من المادة بعد عبارة «طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده» فالموافق من حضراتكم على هذا الاقتراح يتفضل برفع يده. (أقلية).

(مضبطة مجلس الشعب الجلسة ٨٨ - أول يوليو سنة ١٨٨٥ ص ٩ وما بعدها)

- (١) راجع: الدكتور محمد بلتاى فى دراسات فى الأحوال الشخصية ص ١١٢.
- (٢) الأستاذ محمد أمين الغزالى - حق الأولاد ص ١١٥.
- (٣) الدكتور محمد بلتاى ص ١١٢.
- (٤) وعن وجوب النفقة لطالب العلم فى المذهب الحنفى جاء بالبحر الرائق ج ٤ ص ١٠. ما يأتى: «..زاد فى التبيين أن يكون من أعيان الناس يلحقه العار من التكسب أو طالب=

ويجب أن يكون في قدرة من تجب عليه النفقة الإنفاق على الولد في التعليم، لأن الإنفاق على التعليم من نفقته والنفقة تكون في حدود اليسار، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها. ويراعى في ذلك أن الإنسان لا يلزم بتعليم ابن أخيه مثلاً إلى المستوى الواجب لابنه^(١).

غير أنه يراعى أن التعليم الأساسى وهو أولى درجات التعليم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص بمعرفة أمور الدين ومواجهة الحياة ووسائل العيش، وهذا القدر من التعليم بمنزلة الغذاء والكساء فهو من نفقة الولد أيا كان مستوى عائلته، ولذا جعله القانون تعليماً إلزامياً^(٢).

وتشمل نفقات التعليم^(٣)، المصاريف المدرسية وثمان الأدوات والزى المدرسى.

= علم لا يتفرغ لذلك وفي المجتبى البالغ إذا كان عاجزاً عن الكسب وهو صحيح فنفقته على الأب وهكذا قالوا في طالب العلم إذا كان لا يهتدى إلى الكسب لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأثنى أ هـ. وفي القنية والظاهر أنه لم يخف على أبى حامد قول السلف بوجوب نفقة طالب العلم على الأب لكن أفتى بعدم وجوبها لفساد أحوال أكثر طلبة العلم فإن من كان منهم حسب السيرة مشغولاً بالعلوم النافعة يجبر الآباء على الإنفاق عليهم وإنما يطالبهم فساق المبتدعة الذين شرهم أكثر من خيرهم يحضرون الدرس ساعة بخلافيات ركيكية ضررها في الدين أكثر من نفعها ثم يشتغلون طول النهار بالسخرية والغيبة والوقوع في الناس مما يستحقون به لعنة الله والملائكة والناس أجمعين فيقذف الله بغض في قلوب آبائهم وينزع عنهم الشفقة فلا يعطون مناهم في الملابس والمطاعم فيطالبونهم بالنفقة ويؤذونهم مع حرمة التأفيف ولو علموا بسيرتهم السلف لحرموا الإنفاق عليهم ومن كان بخلافهم نادر في هذا الزمان فلا يفرد بالحكم دفعا لخرج التمييز بين المصلح والمفسد قلت لكن نرى طلبة العلم بعد الفتنة العامة المشتغلين بالفقه والأدب اللذين هما قواعد الدين وأصول كلام العرب والاشتغال بالكسب يمنعهم من التحصيل ويؤدى إلى ضياع العلم والتعطيل فكان المختار الآن قول السلف وهفوات البعض لا تمنع وجوب النفقة كالأولاد والأقارب».

(١) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.

(٣) بركة السبع الجزئية بتاريخ ١١ / ١١ / ١٩٨٧ - الدعوى رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٦.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة في قضاء حديث لها إلى أن المصاريف الدراسية لا يدخل فيها مصروفات الدروس الخصوصية إذ قضت بتاريخ 2999/7/5 في الاستئناف رقم 6026 لسنة 126 ق بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الاستئناف فلما كانت هذه المحكمة تسائر محكمة أول درجة فيما انتهت إليه من إلزام المستأنف بسداد المصروفات الدراسية إلا أنها تخالفها في مقدارها إذ أنه ينصرف مفهوم مصروفات التعليم إلى ما لا يمكن تحصيل العلم بدونه فكل ما يمكن تحصيل العلم بدونه لا يقع على الأب التزام بأدائه ومنها مصروفات الدروس الخصوصية وتستحق مصروفات التعليم كلما قام الصغير أو صاحب الولاية التعليمية أو الحاضنة بسدادها من ماله الخاص ولما كان البين من المستندات المقدمة والمرفقة بالأوراق سداد المستأنف ضدها لمبلغ ثمانمائة جنيه قيمة المصروفات الدراسية للصغيرين عبد الرحمن وفاطمة وهو ما يلتزم المستأنف بسداده للمستأنف ضدها التي لم تقدم ثمة مستندات تفيد سدادها لأية مبالغ أخرى ولا ينال من هذا ما ينعاه المستأنف من أن المستأنف ضدها لم تبين السنوات الدراسية محل المطالبة فهو نعى غير سديد إذ البين من إيصالى سداد المصروفات المؤرخين ١٠/١/٧٠٠٠ للصغيرين عبد الرحمن وفاطمة أنهما بالصفين الرابع والخامس الابتدائي وأن سنوات المطالبة العام الدراسي ٧٠٠٠/٨٠٠٠ الأمر الذى تقضى معه المحكمة بتعديل الحكم المستأنف وجعل قيمة المصروفات الدراسية للصغيرين عبد الرحمن وفاطمة مبلغ ثمانمائة جنيه والتأييد فيما عدا ذلك.

وحيث إنه عن المصروفات شاملة مقابل أتعاب المحاماة فإن المحكمة تقضى بإعفاء المستأنف ضدها منها عملاً بنص المادة ٣/٢ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥»^(١).

ولما كان المشاهد الآن أن التدريس بالمدارس الحكومية أصبح بصورة لا تغنى عن الاستعانة بالدروس الخصوصية لتحقيق الهدف المنشود من التعليم فإننا نرى أن مصاريف الدروس الخصوصية لطالبي العلم بهذه المدارس مما يندرج ضمن مصاريف التعليم.

(١) منشور بالموسوعة الماسية للمستشارين فايز وأشرف اللساوى ص ٥٨٨.

وإذا كان الابن يتلقى العلم بالدراسات العليا التى تلى التعليم العالى، فإنه لا تجب له نفقة على غيره طالما كان الكسب ميسرا له لأنها لا تتطلب التفرغ طوال اليوم، والاشتغال بوظيفة أو مهنة لا يمنع منها^(١).

١٧٣- ثالثا: عدم تيسير الكسب للابن:

فى هذه الحالة يكون الابن البالغ قادرا على الكسب وليس عاجزا عنه لآفة بدنية أو عقلية، ولكن أغلق أمامه باب الكسب، بأن لم يجد العمل المناسب لاستعداده وقدراته.

ولكى تجب نفقة الابن الكبير على أبيه فى هذه الحالة يجب أن يثبت الابن أنه قام بالسعى عن العمل المناسب وطرق أبوابه فلم يوفق فى الوصول إليه، فإذا ثبت أن سبل العمل كانت متاحة أمامه ولكنه أعرض عنه ترفعا أو كسلا، فإنه لا يستحق النفقة.

وإذا أتم الصغير الخامسة عشرة من العمر عاجزا عن الكسب لأحد الأسباب السابقة، أو أتمها ثم عجز عن الكسب، وقع على عاتقه عبء إثبات عجزه، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات الشرعية.

١٧٤- أصحاب البيوتات الذين يلحقهم العار من التكسب:

ذكر فقهاء الأحناف من بين العاجزين عن الكسب أصحاب البيوتات الذين يلحقهم العار من التكسب، أى أهل الشرف الذى يكون العمل بالنسبة لهم عارا^(٢). وقد اعترض على ذلك بعض فقهاءهم لأن كسب الحلال فريضة، وبأن عليا سيد العرب كان يؤجر نفسه لليهود كل دلو ينزعه من البئر بتمرة، والصديق بعد أن بويع بالخلافة حمل أثوابا وقصد السوق فردوه وفرض له من بيت المال ما يكفيه وأهله وقال سأتجر للمسلمين فى مالهم حتى أعوضهم عما أنفقت على نفسى وعيالى.

وقد رد العلامة ابن عابدين على ذلك بأن العمل لم يكن عارا فى زمن الصحابة بل يعدونه فخرا. بخلاف من بعدهم بدليل أن الخليفة ومن دونه - فى

(١) الأستاذ محمد أمين الغزالى ص ١١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦٢٨ - البحر الرائق ج ٤ ص ١٠٠.

زمانه - لو فعل ذلك لسقط من أعين رعيته فضلا عن الأعداء وأن الشارع قد أثبت لولى المرأة حق فسخ النكاح لدفع العار عنه، فحيث كان الكسب عارا له، كما لو كان ابنا أو أخا للأمير أو ابنا أو أخا لقاضى القضاة مثلا، تجب له النفقة عليه بشروطها.

والمادة (٨٨ مكررا ثانيا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ لم تجعل هذه الصفة من أسباب استحقاق الابن الكبير النفقة على أبيه، مما يدل على أنها لم تعتبر هؤلاء عاجزين عن الكسب.

ولا شك أن ذلك مسلك حميد، لأن العمل هو أساس الحياة والسعى لكسب القوت يقوم عليه بنيانها، وفي الحديث «لأن يأخذ أحدكم حبله فيحتطب، فيأكل من عمل يده، خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه، إن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده» وفي هذا حث للناس على السعى وراء العيش وعلى التكسب ونبذ الأفكار التي تجعل من العمل عارا.

وذهب بعض الفقهاء المحدثين - بحق - إلى أن قول ابن الهمام فى الفتح إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز، يقيد برأى فقهاء الأحناف لأن معنى هذا أنه إذا وجد من يستأجره فهو ليس بعاجز وكذلك لو اتجه إلى العمل الحر يتكسب منه^(١).

وقد جاء نص المادة متفقا مع أحكام دستور سنة ١١٧١ (المعطل) فقد نصت المادة ١/١٣ منه على أن: «العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع».

١٧٥ - على من تجب نفقة الابن الكبير؟

تجب نفقة الابن الكبير - فى الحالات التى يستحق فيها النفقة - على أبيه وهذا ما نصت عليه المادة صراحة، ويتفق مع رأى الراجح فى المذهب الحنفى من أنه لا يشارك الأب أحد فى نفقة ولده صغيرا كان أو كبيرا، فقد نصت المادة (٣٩٧) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن: «لا يشارك الأب أحد

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥١٧ وما بعدها - م (٢٩٦) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

فى نفقة ولده ما لم يكن معسرا زنا عاجزا عن التكسب فيلحق بالميت وتسقط عنه النفقة وتجب على من تجب عليه نفقته فى حالة عدمه»^(١).

فإذا كان الأب معسرا عاجزا عن الكسب فإنه يعتبر ميتا وتسقط عنه النفقة وتجب على الأم إذا كان لها مال، فإذا لم يكن لها مال تنتقل النفقة إلى الجد لأب. (أنظر فى ترتيب باقى من تجب عليهم النفقة بنود رقم 202 وما بعده).

٦- هل تجب نفقة زوجة الابن الكبير على الأب؟

إذا كانت نفقة الابن الكبير على أبيه لفقره وعجزه عن الكسب، فالراجح فى المذهب الحنفى أن الأب لا يلتزم نفقة زوجة ابنه، وإنما يؤمر بالإنفاق عليها ليرجع بما أنفق على الابن إذا أيسر^(٢).

١٧٧- أنواع النفقة الواجبة:

تجب للابن الكبير على أبيه - أو على من تجب عليه نفقته - النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والمسكن كما يجب له أجر الطبيب وثمان الدواء ومصاريف العلاج، وإذا كان الابن مريضا أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة فيلزم الأب بأجر خادم له، لأن الخادم يعتبر فى هذه الحالة من كفايته، غير أنه يجب أن يكون فى طاقته أداء أجر الخادم، وتلزمه مصاريف تعليمه بالتفصيل السابق.

راجع أيضا فى التفصيل موضوع رقم (١).

(١) وقد روى عن الإمام أبى حنيفة أن نفقة الابن الكبير تكون بين الأب والأم أثلاثا الثلثان على الأب والثلث على الأم حسب ميراثهما عن الولد، بخلاف الصغير فإنها على الأب إجماعا، وأساس هذه التفرقة أن الأب خص بالنفقة على ابنه الصغير لأنه مختص بالولاية عليه، وقد زالت ولايته بالبلوغ، فيزول الاختصاص بالنفقة، وتجب النفقة على الأب والأم على قدر ميراثهما.

(٢) التنوير وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٣ ص ٦١٦ وما بعدها - عبد العزيز عامر ص ٤٤٧ - أما زوجة الولد الصغير الفقير فلا تجب على الأب إلا إذا ضمنها وإنما يؤمر بالإنفاق عليها ويكون ديناً له يرجع به على ابنه إذا أيسر (م ٤٠٢) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

٨٧٨- تقدير النفقة وزيادتها وتخفيضها:

راجع موضوع رقم (١١).

ويجب مراعاة أن المقرر شرعا أن الابن الكبير إذا طلب من القاضى فرض النفقة على أبيه أجابه وألزمه بأدائها إليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء، ولو عرض الأب أن يقدم له النفقة عينا.

ويسرى ذلك على نفقة الحواشى^(١).

وعلى الابن إثبات يسار الأب، فإذا لم يقدم إثباتا وأنكر الأب اليسار كان القول له بيمينه^(٢).

٩٧٩- إحالة فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة الابن الكبير:

نحيل إلى الجزء الثانى فى دراسة بعض المسائل المتعلقة بنفقة الابن

الكبير وهى:

١- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.

(بند ٢٤ وبنود ٢٩ وما بعده).

٢- النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بالنفقة.

(بند ١١٧).

٣- لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ.

(بند ١٨٨).

٤- الحبس فى تنفيذ النفقة.

(موضوع رقم ٧)

٥- المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين نفقة الابن الكبير.

(موضوع رقم ٨).

(١) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٦١٤: «فإذا طلب من القاضى أن يفرض له النفقة

على أبيه أجابه ويدفعها إليه لأن ذلك حقه وله ولاية الاستيفاء ذخيرة. وعليه فلو قال له الأب أنا أطعمك ولا أدفع إليك لا يجاب، وكذلك الحكم فى نفقة كل محرم».

(٢) البحر الرائق جـ ٤ ص ٥٥٥.

٦- وفاء بنك ناصر الاجتماعي ديون النفقة المستحقة للابن الكبير واستيفاءه
لهذه الديون.
(بنود ٥٥٤ وما بعده).



موضوع رقم (١٢)

نفقة الأصول على الفروع

٨٨- الأصول الذين تجب لهم النفقة على الفروع:

الأصول الذين تجب لهم النفقة على الفروع، هم الأصول عامة، فيشمل الأصول الأب والأم مهما علوا.

١١١- الأصل الشرعى لوجوب نفقة الأصول:

ورد الدليل على وجوب نفقة الأصول على الفروع فى الكتاب والسنة.

أما عن الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسِنًا ۖ ﴾، ولا شك إن من أحسن الإحسان الإنفاق على الوالدين حال فقرهما، وقوله: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ۖ ﴾، وقوله: ﴿ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ ﴾ والشكر يقتضى المكافأة لهما ومجازاتهما عما أسدياه إليه من تربية وبر وعطف ووقاية من كل شر ومكروه وذلك عن عجزهما عن القيام بأمورهما وقضاء حوائجهما وإدراك النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة^(١).

وقوله تعالى فى شأن الوالدين الكافرين: ﴿ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ ﴾ ومن أعرف المعروف الإنفاق عليهما عند الحاجة، وإذا كان هذا أمر مقرر بالنسبة للوالدين غير المسلمين فمن باب أولى مقرر للمسلمين^(٢).

وقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَهَرَّهُمَا ۖ ﴾ ومفهوم هذه الآية من باب أولى عدم ترك الإنفاق عليهما عند عجزهما لأن فى ذلك إيذاء لهما أكثر بكثير من التأفيف.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٤١٥.

(٢) بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٠.

أما في السنة، فقد روى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً جاء إلى رسول الله عليه السلام ومعه أبوه فقال يا رسول الله إن لي مالا وإن لي أباً وله مال وإن أبي يريد أن يأخذ مالي فقال رسول الله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»، كما روى عن النبي عليه السلام أنه قال: «أطيب ما أكل الرجل من كسبه وأن ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم إذا ما احتجتم إليه بالمعروف».

وما رواه النسائي عن طارق المحاربي قال: قدمنا المدينة فإذا رسول الله ﷺ قائم على المنبر يخطب الناس ويقول: «يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك».

وما روى من أن معاوية بن حيدة القشيري قال: قلت يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك، قلت ثم من؟ قال: أمك قلت ثم من؟ قال أمك؟ قلت ثم من؟ قال: أباك ثم الأقرب فالأقرب.

ولئن كانت الآيات الكريمات والأحاديث النبوية السالفة لم تذكر الأجداد أو الجدات، فلأن الأجداد والجدات من الآباء والأمهات، ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم سبب لإحيائه فاستجوبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين.

والذي يدل على أن ابن الابن وإن سفل والجد وإن علا يدخل في مطلق اسم الولد والوالد قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾.

وقوله: ﴿وَالْأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾.

وقوله: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَنُكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ﴾، فهو سبحانه وتعالى قد سمى إبراهيم أباً مع أنه جد بعيد جداً⁽¹⁾.

(1) وقصر الإمام مالك استحقاق نفقة الأصول على الأب والأم دون الجد أو الجدة لأب أو لأم وإن علوا، وقد استدل على ذلك بأن النصوص السابقة تدل على وجوب النفقة على الولد وعلى الأولاد الصليبين فيجب أن توقف عند ذلك ولا يؤخذ من النصوص وجوب النفقة على غير المنصوص عليهم فيها ولا يمكن أن يقاس غيرهم عليهم، لأن الغير ليس مثلهم في قوة القرابة فيختل القياس.

٨٨٢- شروط وجوب النفقة :

تجب نفقة الأصل على الفرع كبيرا كان أو صغيرا ذكرا أو أنثى، إذا كان الأصل فقيرا لا مال له ولو كان قادرا على الكسب لأن الله أمر بالإحسان إلى الوالدين، وهما يشملان كل الأصول على نحو ما أوضحناه سلفا، كما أمر بمصاحبتهم في الدنيا بالمعروف وإن كانا كافرين، وليس من الإحسان ولا المصاحبة بالمعروف أن يكلفا بالسعى على العيش بعد أن تقدمت بهما السن وولدهما ينعم بالمال بل هو إيذاء لهما ولا يتفق مع قوله تعالى: ﴿إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۖ﴾ (١٢) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا (١).

وفي هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢ / ١١ / ١٨٨٧ في الدعوى رقم ٣ لسنة ١٨٨٧ بأن :

«فبالنسبة للمنفق عليه يجب أن يكون معسرا فلا تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولادة وأن يكون عاجزا عن الكسب بأن يكون به مرض ويستثنى من هذا الشرط الوالد والجد عند عدم وجود الوالد فيقضى لهما بالنفقة على الابن الموسر ولو كانا قادرين على الكسب لأن الشرع قد نهى عن إلحاق الأذى بالوالدين بالإضافة إلى أن الشرع أضاف مال الابن إلى مال الأب لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك». وإذا كان للأصل مال لا يكفي نفقته أو يتكسب بما لا يكفي هذه النفقة فإن الفرع يلزم بتكملة هذه النفقة إلى حد الكفاية.

وقضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ 1888/5/24 في الدعوى رقم 15 لسنة 1888 بأن :

«المقرر قانونا أن نفقة الأصول واجبة على الفروع وتقدر بقدر حاجتهم للنفقة... ولما كان ذلك وكانت المدعية (والدة المدعى عليه) عندها بعض

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٨١٣.

العقارات التي تدر عليها دخلا إلا أنه ضئيل لا يكفيها لأنه مبلغ ٥٥ جنيه شهريا، وأن المدعى عليه موسر حسب المستندات سألقة الذكر ومن ثم فإن المحكمة تقضى للمدعية بفرض نفقة لتكمل بها حاجاتها الضرورية فى معيشتها حسب الوارد بالمنطوق»^(١).

(أيضا الحكم الصادر بتاريخ 1988/6/21 فى الدعوى رقم 190 لسنة 1987)

ولا يشترط أن يكون الفرع موسرا، بل يكفى أن يكون قادرا على الكسب، فيطالب بالسعى لىوفى بنفقة الأصل، فإن امتنع عن العمل أجبر عليه^(٢). فإذا كان الفرع موسرا، أو كان فى فاضل كسبه ما يزيد على حاجته، فإن الأصل يتقاضى النفقة بالطريقة الى يريدها، فإن طلب أخذ نفقة ليعيش وحده أجيب إلى طلبه.

أما إذا كان ما يفيض عن حاجته لا يكفى أصله، فإنه لا تفرض للأصل نفقة خاصة، وإنما يجب عليه إذا كان له أولاده أن يضم أصله ليعيش معه ومع أولاده لأن المقاسمة فى الطعام لا تضر ضررا فاحشا فما يكفى الثلاثة يكفى الأربعة، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: «لو أصاب الناس السنة^(٣) لأدخلت على أهل كل بيت مثلهم فإن الناس لم يهلكوا على بطونهم».

فإذا لم يكن له أولاد وكان يعيش وحده فإنه يجب ضم أصله إليه إن كان عاجزا عن الكسب، لأنه ليس من المروءة أن يترك أصله يموت جوعا أو يسأل الناس وهو يعيش فى كفاية، وتضم الأم الفقيرة ولو كانت قادرة على الكسب لأن الأنوثة فى ذاتها عجز حكمى.

(1) والصحيح فى هذه الحالة رفض الدعوى لأن المدعية موسرة بامتلاكها بعض العقارات، إذ عليها بيعها والإنفاق من ثمنها.

(2) فقد جاء بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٣٦ «ولو قال الأب للقاضى أن ابنى هذا يقدر على أن يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق على لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقى ينظر القاضى فى ذلك فإن كان الأب صادقا فى مقالته أمر الابن بأن يكتسب فينفق على أبيه وإن لم يكن صادقا بأن علم أنه غير قادر على اكتساب زيادة تركه» - بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٧ / ١١ / ١٣٨٧ - الدعوى رقم ١٠٠ لسنة ١٣٨٧.

(3) السنة: الشدة أو المجاعة أو الأزمة.

أما إذا كان الأصل قادرا على الكسب فلا يجب عليه ضمه ولا يجبر على ذلك^(١)، لأن ضمه إليه على الدوام يؤدي إلى عزه عن الكسب حيث يضعف بمرور الأيام لعدم تكامل غذائه، وربما أدى ذلك إلى هلاكهما معا، ورسول الله عليه السلام يقول: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»^(٢).

ولا يشترط لاستحقاق الأصل النفقة، الاتحاد في الدين بين الأصل والفرع لأنها وجبت للجزئية والبعضية.

(١) جاء في رسالة تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢٢٨ «إن كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب وفي كسبه فضل يجبر على الإنفاق من الفضل وإن كان لا يفضل شيء وله عيال يدخله معهم وتمامه في البدائع. فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر وهو ظاهر الرواية كما في الذخيرة» - عمر عبد الله ص ٦٢٢ وما بعده - مصطفى شلبى ص ٨٦٤ وما بعدها.

(٢) وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٤ رجب سنة ١٤٢٤هـ بأن:

«وفي البحر ما نصه «وفي الخانية ولا يجب على الابن الفقير نفقة والده الفقير حكما إذا كان الوالد يقدر على العمل وإن كان الوالد لا يقدر على العمل لو كان زنا وللابن عيال كان على الابن أن يضم الأب إلى عياله وينفق على الكل» انتهى وكتب عليه بحاشية العلامة ابن عابدين قوله:

كان على الابن أن يضم الأب إلى عياله إلى آخره. ظاهره أنه يطعم مع عياله وكثيرا ما يسأل عما إذا كانت الأم تريد أن تأخذ من ابنها النفقة وتتفق هي على نفسها لأنها إذا كانت في بيته تؤذيها وزوجته وتشتتها فهل تجاب إلى ذلك؟ ظاهره. لا. لكن هذا إذا كان الابن فقيرا أما الموسر فالظاهر أنه يلزمه الدفع إلى أبيه أو أمه لأن ذلك حقهما فلهما قبضه منه وسبذكر المؤلف ما يؤيده قبيل قوله وصح بيع عرض ابنه انتهى مع بعض تحوير وما ذكره المؤلف نصه: «قال في الذخيرة. وإذا طلب الابن الكبير العاجز أو الأنثى أن يفرض له القاضى النفقة على الأب أجابه القاضى ويدفع ما فرض لهم إليهم لأن ذلك حقهم ولهم ولاية الاستيفاء» انتهى. فعلى هذا لو قال الأب للولد الكبير أنا أطعمك ولا أدفع إليك شيئا لا يلتفت إليه وكذا الحكم في نفقة كل محرم انتهى. ومن ذلك يعلم أن الولد المذكور في حادثة السؤال إن كان فقيرا كسوبا كان عليه أن يضم والدته المذكورة إلى عياله لتأكل مما يأكلون وتشرب وتكتسى مما يكتسون وأما إن كان موسرا والأم يحصل لها أدى من معاشرة زوجته وعائلتها فلها أن تطلب من القاضى أن يفرض لها النفقة الشرعية على ابنها الموسر المذكور ليدفعها لها. ولها ولاية استيفاء ما يفرضه القاضى لها بالطريق الشرعى، والله سبحانه وتعالى أعلم».

وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بتاريخ ٢٨ / ٢ / ١٨٥٨ فى الدعوى رقم ٤٥٨ لسنة ١٩٧٥ بأن:

«نفقة الأصل واجبة على فرعه بشرط أن يكون الأصل فقيرا ولا يشترط أن يكون عاجزا عن الكسب سواء كان الأصل أباً أو أما أو جدا أو جدة، ويشترط فى الفرع أن يكون قادرا على الكسب، ولا يشترط أن يكون موسرا فتجب النفقة على الفرع الموسر والقادر على الكسب متى كان فى كسبه ما يزيد على حاجته - والنفقة واجبة للأصل المعسر ولو كان قادرا على الكسب، ولا يكلف بالسعى برا به واحتراما له - بل إذا لم يكن فى كسب الفرع ما يزيد عن حاجته، فإنه يجب أن يضم أصله إلى من ينفق عليهم من أهله فيشاركونهم فى طعامه».

١٨٣- حالة تعدد الفرع:

إذا كان للأصل أكثر من فرع من طبقة واحدة، سواء كان الفروع ذكورا أم إناثا، كما لو كان للأب مستحق النفقة ثلاثة أبناء مثلا، فرضت عليهم النفقة بالتساوى بينهم لا فرق بين ذكر وأنثى صغير أو كبير، لتساويهم فى استحقاق النفقة.

هذا إذا كان الأولاد متساوين فى اليسار، أو كانوا متفاوتين فيه تفاوتاً يسيراً. أما إذا كان يسارهم متفاوت تفاوتاً كبيراً، وكان فاضل كسب أحدهم لا يكفى لدفع ما يخصه فى النفقة، فإن النفقة تقدر بحسب حال الولد الأكثر يساراً - أى طبقاً للفاضل فى كسبه - ولكن يلزم بها كل منهم بقدر ما يفيض فى كسبه، كأن يلزم الأكثر فاضلاً فى الكسب - فى المثل السابق - بنصف أو ثلاثة أرباع النفقة ويلزم باقى الأولاد بباقى النفقة.

وهذا رأى يتفق مع العدالة. وجرى عليه العمل فى المحاكم^(١).

(١) وهناك رأى فى الفقه يذهب إلى فرض النفقة بالتساوى بصرف النظر عن تفاوت اليسار

تفاوتاً كبيراً لأن سبب وجوب النفقة هو الجزئية وهو متساوى بينهم.

فقد جاء بالبحر الرائق ج ٤ ص ٦٠٠: «وفى الخانية فإن كان للفقير ابنان أحدهما فائق الغنى والآخر يملك نصاباً كانت النفقة عليهما على السواء وكذا لو كان أحدهما مسلماً =

فقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية الشرعية بتاريخ ٣٠ / ١ / ١٩٣٥ فى الدعوى رقم ٤٢٩ لسنة ١٩٣٤ بأن:

«المنصوص عليه شرعا أنه إذا كان للفقير ابنان موسران فنفقته عليهما بالسوية وبما أن هذا ظاهر فيما إذا كان التفاوت بينهما فى اليسار يسيرا أما لو كان فاحشا فليس من المعقول أن يتساويا فى النفقة جاء فى فتاوى الأنقروية فى باب النفقة ما يأتى «فإن كان للفقير ابنان أحدهما فائق فى الغنى والآخر يملك نصابا كانت النفقة عليهما على السوية وكذلك إذا كان أحد الاثنين مسلما والآخر ذميا كانت النفقة عليهما بالسوية»: نقلا عن قاضيخان فى نفقة الوالدين وجاء بالهامش منها عند ذلك ما يأتى «ونقل عن الحلوانى أنه قال: قال مشايخنا هذا إذا تفاوتوا فى اليسار تفاوتوا يسيرا وإذا تفاوتوا فيه تفاوتوا فاحشا يجب أن يتفاوتوا فى قدر النفقة كذا فى الذخيرة»، وهذا النقل هو ما يقضيه العقل ويسیغه الفكر».

وإذا اختلفت درجات الفروع كانت النفقة على الأقرب دون الأبعد بصرف النظر عن الإرث، فيلتزم الأقرب النفقة ولو كان غير وارث.

فمن له بنت وابن ابن فنفقته على البنت وحدها مع أنهما وارثان لأنها أقرب من ابن الابن، ومن له بنت وابن ابن ابن فنفقته على بنت البنت وإن لم تكن وارثة لأنها أقرب درجة.

١٨٤- أنواع النفقة:

تجب للأصل على فرعه النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والسكنى وإذا كان الأصل فى حاجة إلى خادم كما لو كان مريضا أو طاعنا فى السن فإنه يفرض له أجر خادم لأن ذلك يكون داخلا فى كفايته. ويجب له أجر الطبيب ومصاريف العلاج وثمان الدواء.

= والآخر ذميا فهي عليهما على السواء أ هـ وذكر فى الذخيرة فيه اختلاف وعزا ما فى الخانية إلى مبسوط محمد ونقل عن الحلوانى أنه قال: قال مشايخنا هذا إذا تفاوتوا فى اليسار تفاوتوا يسيرا أما إذا تفاوتوا فيه تفاوتوا فاحشا فيجب أن يتفاوتوا فى قدر النفقة».

١٨٥- مقدار النفقة:

النفقة الواجبة للأصول على الفروع هي نفقة كفاية الأمثال على الأمثال بحيث لا تزيد عن فاضل الكسب^(١)، فإذا قدر لأب نفقة لمثله على مثل ابنه مبلغ عشرة جنيهاً وكان لا يفيض من كسب هذا الابن سوى خمسة وجب على القاضى ألا يفرض على الابن أكثر من خمسة جنيهاً فقط، فإذا كان الفاضل من كسب الابن فى هذا المثل عشرين جنيهاً فرض القاضى لأب عشرة جنيهاً فقط^(٢).

١٨٦- زيادة النفقة وتخفيضها:

نفقة الأصول على الفروع - كما ذكرنا - نفقة كفاية الأمثال على الأمثال، وهذه الكفاية تكون فى حدود الفاضل فى كسب المنفق، وتختلف ولا شك باختلافه، كما تختلف باختلاف الأسعار، وعلى ذلك يجوز للأصل إذا زاد فاضل كسب الفرع أو ارتفعت الأسعار أن يطلب زيادة النفقة. كما يجوز للأصل إذا قل فائض كسبه أو انخفضت الأسعار أن يطلب تخفيض النفقة.

وجوز زيادة أو نقص المفروض صلحا على النحو الذى أوضحناه فى نفقه الأولاد الصغار.

١٨٧- الأولوية فى نفقة الأصول:

إذا كان للولد أبوان فقيران يستحقان النفقة، ولكنه لا يقدر إلا على نفقة أحدهما، فإن الأم تكون أحق بهذه النفقة^(٣)، لأنها أنثى والأنوثة عجز حكى عن

(١) بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢٩/١١/ ١٨٨٧ - الدعوى رقم ١٦٧ لسنة ٦ ١٨٨٨.

(٢) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٣) وفى هذا أفنت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٢/١٢/ ١١١٦ بأن:

«نفيد أن نفقة الأم تقدم على نفقة الأب إذا لم يقدر الولد إلا على نفقة أحد والديه على ما هو الصحيح كما يؤخذ من شرح الدر المختار ورد المحتار عليه من باب النفقة. والله تعالى أعلم».

وهناك رأى مرجوح بأن النفقة تقسم بينهما.

الكسب، ولحديث النبي عليه السلام عن معاوية القشيري «قلت يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك: قلت ثم من؟ قال: أمك قلت ثم من؟ قال أمك، قلت ثم من؟ قال أباك ثم الأقرب فالأقرب»، وإذا كان للولد أب وجد فقيران يستحقان النفقة، فإن الأب يكون أولى من الجد إذا لم يستطع الولد الإنفاق عليهما معا.

ونفقة الولد الصغير على أبيه مقدمة على نفقة الأصول إذا كان لا يستطيع أداء سواها، لأن نفقة الصغير أكثر توكيدا لأنها تفرض على الأب ولو كان فقيرا.

١٨٨- نفقة زوجة الأب الفقير:

يتعين التفرقة في حكم نفقة زوجة الأب الفقير بين ما إذا كانت الزوجة ليست أم الابن، وبين ما إذا كانت أم الابن.

(أ) إذا كانت زوجة الأب الفقير ليست أم الابن:

إذا كانت زوجة الأب الفقير ليست أم الابن، فسواء كانت موسرة أو معسرة، فإن نفقتها تكون على الابن إذا كان الأب محتاجا إليها في خدمته، كما لو كان طاعنا في السن أو مصابا بعاهة أو بمرض مزمن بحيث لا يقدر على القيام بشئونه، لأن نفقة الأقارب مقدرة بالكفاية ومناطقها الحاجة، والأب إذا كان صحيحا لا يحتاج إلى الخدمة فلا تجب على الابن نفقة زوجة أبيه، لأن الأب في هذه الحالة لا يحتاج إلى الزوجة لخدمته^(١).

وإذا كان الأب متزوجا من أكثر من واحدة، فلا يلزم الابن إلا نفقة زوجة واحدة، ويقسم الأب النفقة على زوجاته، ولهن رفع أمرهن للقاضي ليأمرهن

(١) من هذا الرأي: الدكتور مصطفى شلبي ص ١٦٥ - المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٤

- وهناك رأى آخر بأن نفقة زوجة الأب الفقير تجب على الابن مطلقا سواء كان محتاجا إليها أم ليس كذلك، وسند هذا الرأي أن نفقة الأصول ليس مناطها سد الحاجة والضرورة، بل إنها كذلك للإحسان الذي أمر الله تعالى به ولهذا وجبت هذه النفقة إذا كان الأصل فقيرا غير عاجز عن الكسب، ومن الإحسان أن ينفق الفرع على زوجة الأصل حتى لو لم يكن محتاجا إليها لخدمته، كما أن الزواج قد يكون لازما للأصل محافظة على العفة والسكون إلى الزوجة فيه راحة للنفس يجب على الفرع أن يمكن الأصل منه. (الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٤٤ وما بعدها).

باستدانة الباقي من كفايتهن، ليكون دينا على الزوج، وتكون الإدانة على من تجب عليه نفقتهن.

(ب) إذا كانت زوجة الأب الفقيرة أم الابن:

إذا كانت زوجة الأب الفقيرة أم الابن، وكان الأب محتاجا إليها في خدمته فإن نفقتها تكون على الابن سواء كانت معسرة أو موسرة لأن نفقتها تدخل في كفاية الأب.

أما إذا كان الأب غير محتاج إليها، وكانت موسرة فإن نفقتها تكون على الأب ويؤمر بها الابن ليرجع بها على الأب إذا أيسر أو تنفق هي على نفسها لترجع عليه^(١)، أما إذا كانت معسرة فإن نفقتها تكون أيضا على الأب ويؤمر بها الابن ليرجع بها على الأب إذا أيسر^(٢).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١١٦.

(٢) منحة الخالق على البحر الرائق ج ٤ ص ٧٠٠ - الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ١٦٥

- وهناك رأى آخر بأن نفقتها تكون على الابن لأنه لا يشارك الولد في نفقة أبيه أحد (حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٦١٦) - وقد تولت محكمة جرجا الشرعية الرد على هذا القول بحكمها الصادر بتاريخ ١٤/٥/١٩٤٣ والذي جاء به «حيث إنه عن فرض نفقة الأم وفقر الزوج وعدم احتياجه إليها تكون نفقتها على الزوج وحده خلافا لما استظهره ابن عابدين من وجوب النفقة في هذه الحالة على ولدها فرضا وأداء فإن النفقة وجبت جزاء الاحتباس والزوج هو المحتبس ولم يذكر الفقهاء من مسقطات نفقة الزوجة فقر الزوج ونصوا على أنه في حالة إعسار الزوج بالنفقة لا تطلق عليه زوجته بل يفرضها القاضى عليه ويأمر من تجب نفقتها عليه - لولا الزوج - بالأداء، أما استظهار ابن عابدين فلا سند له من الفقه إلا قولهم «لا يشارك الولد في نفقة أبيه أحد» - وهو محمول على ما إذا كانت الأم غير متزوجة أخذا من نصوص المذهب الصريحة ومن قولهم «لا يشارك الأب ولو فقيرا أحد في نفقة والده كنفقة أبيه وعروسه» أى كما لا يشاركه أحد في نفقة أبيه ولا في نفقة زوجته، وعلى فرض أن الزوج محتاج إليه لزمانة لحقته فنفتها إذا وجبت على ابنها منه فرضا وأداء إجماعا إلا أنها لم تجب بعنوان أنها أم ولا بعنوان أنها زوجة لأب حتى تكون خصما في طلبها منه، ولكنها وجبت بعنوان حاجة الأب إليها في خدمته فنفتها حينئذ جزء من نفقة الأب ومن جملتها والخصم في طلبها الأب وحده دونها لأنها في الحقيقة نفقتها».

٩٩٩- إحالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة الأصول على الفروع:

نحيل إلى الكتاب الثانى فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة الأصول على الفروع والتي عرضنا لها بالتفصيل، منعاً من تكرار سردها، وهذه المسائل هى:

١- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.

(بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).

٢- النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بالنفقة.

(بند ١٠٩).

٣- لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ.

(بند ١١٢).

٤- المبالغ التى يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما فى حكمها وفاء لدين النفقة.

(موضوع رقم ٧).

٥- وفاء بنك ناصر الاجتماعى ديون النفقة المستحقة، واستيفاءه لهذه الديون.

(بنود ٥٥٤ وما بعده).

٦- الحبس فى تنفيذ أحكام النفقة.

(بنود ٨٨٨ وما بعده).

٧- جريمة هجر العائلة.

(بنود ٢٢٨ وما بعده).



موضوع رقم (١٣)

نفقة ذوى الأرحام (الحواشى)

١١- المقصود بنفقة ذوى الأرحام (الحواشى) :

قربة ذوى الأرحام (الحواشى) التى توجب النفقة هى قرابة غير الولادة المحرمة للنكاح، بمعنى أنه إذا فرض أن أحد الطرفين أنثى والآخر ذكر لا يحل لأحدهما أن يتزوج بالآخر.

وقربة ذوى الأرحام (الحواشى) المحرمة للنكاح والتى توجب النفقة تثبت للإخوة والأخوات وأولادهم والأعمام والعمت والأخوال والخالات.

أما قرابة غيرهم كأبناء وبنات العمت، وأبناء وبنات الخالات، لا تحرم النكاح لأنه يجوز الزواج بينهم، ومن ثم لا توجب هذه القرابة لهم النفقة.

ويخرج عن قرابة ذوى الأرحام المحرمة للنكاح، القرابة عن طريق الرضاع، فلا يجوز للأخ رضاعاً مثلاً مطالبة أخيه من الرضاع بنفقة.

١١- السند الفقهي لوجوب نفقة ذوى الأرحام (الحواشى) :

استند الحنفية فى إيجاب نفقة ذوى الأرحام (الحواشى) إلى قوله تعالى:

﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾، لأن

العطف بالولد قصد به النفقة والكسوة لا ترك المضارة وأنه مما يساند هذا الفهم ويؤيده أن العطف فى الآية عطف جملة اسمية على جملة اسمية وهو عطف شائع ولو كان المقصود به ترك المضارة فقط لكان عطف جملة اسمية على جملة فعلية وهو غير شائع ولو أريد بالآية ترك المضارة فقط لجاءت (والوارث مثل ذلك)^(١).

غير أنهم قيدوا الوارثين بالمحارم بما روى من أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه كان يقرأ آية البقرة ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ بزيادة

(١) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٧٦.

(ذی الرحم المحرم) بعد «الوارث» وهی إن لم تثبت قرآنیتهما لعدم تواترها إلا أنها تعتبر تفسیرا وبیانا مسموعا من رسول الله علیه السلام^(١).

(١) ویرى مالک والشافعی أن النفقة غیر واجبة فی قرابة ذوی الأرحام المحرمة للنکاح، لعدم وجود دلیل على ذلك ولأن قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ لا یدل على وجوب النفقة على القربى الوارث لأنه معطوف على قوله ﴿لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ لا على قوله: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 15/3/1955 بأن:

«اطلعنا على السؤال - والجواب: أن المذكورین جميعا قرابتهم للأولاد الفقراء المحتاجین للإنفاق قرابة رحم غیر محرم، والنفقة لا تجب للقربى على قریبه إلا إذا كان رحما محرما. قال فی الفتی جـ ٤ ص ١٠٠١ والفصل أن یكون ذا رحم محرم - وقد قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ - وفی قراءة عبد الله ابن مسعود - وعلى الوارث ذی الرحم المحرم مثل ذلك - قید بالقربى لأن المحرم الذی لیس بقربى كالأخ من الرضاع لا تجب نفقته، وقید بالمحرم لأن الرحم غیر المحرم لا تجب نفقته، کابن العم وإن کان وارثا، إلى أن قال فلو کان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لمحرميته لا على ابن العم وإن کان وارثا، لأن المراد من الوارث فی الآية من هو أهل للمیراث لا كونه وارثا، حقیقیة أهـ وبذلك یظهر أن المذكورین جميعا لا تجب نفقة هؤلاء الأولاد علیهم، وعلى طائفة منهم ولا على أحدهم - أما البنت التى تزوجت فنفقته على زوجها إذا تحققت فیها شروط وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وبهذا یعلم الجواب عن السؤال والله تعالى أعلم....».

كما أفتت بتاريخ 11 يناير سنة 1917 بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال ونفید أن مذهب الحنفیة أن نفقة القربى الفقیر لا تجب على قریبه إلا إذا کان رحما محرما منه وکان من تجب علیه النفقة موسرا فإذا وجد لشخص فقیر مستحق للنفقة عدة أشخاص من أقاربه وکان بعضهم رحما محرما والبعض رحما غیر محرم فلا تجب نفقة ذلك الفقیر على قریبه غیر المحرم ولو لم یوجد غیره كما ولو کان للشخص المستحق للنفقة خال شقیق أو لأب أو لأم وابن عم شقیق أو لأب وجبت نفقة ذلك الشخص على خاله لا على ابن عمه وإن کان للشخص المستحق للنفقة أقارب محارم جميعا وبعضهم هو المستحق للتركة ویحجب البعض الآخر وجبت النفقة على المستحق للتركة وحده...الخ».

ولأن القرابة المحرمية قرابة قوية تستحق العناية والمحافظة عليها من القطيعة بإيجاب النفقة لها دون غيرها، ولهذا كانت سببا في تحريم الزواج عند وجودها لما في الزواج من بسط سلطان الزوج على زوجته مما قد يؤدي إلى قطع الرحم فاقصر إيجاب النفقة على من اتصف بها دون من هو أدنى منه قرابة.

٩١٢- شروط وجوب نفقة الأقارب من ذوى الأرحام:

يشترط لوجوب نفقة الأقارب من ذوى الأرحام توافر الشروط الآتية:

- (١) أن يكون طالب النفقة معسرا.
- (٢) أن يكون طالب النفقة عاجزا عن الكسب.
- (٣) أن يكون المطالب بالنفقة موسرا. فلا يكفي أن يكون قادرا على الكسب، لأن وجوب نفقة الأقارب من قبيل الصلات، والصلات لا تجب على غير ذوى اليسار.

(٤) اتحاد الدين بين طالب النفقة والمطالب بها. فإذا اتحدا دينا وجبت النفقة، وإذا اختلفا دينا لم تجب. وعلى ذلك لا نفقة بين مسلم وغير مسلم، وعلة هذا الشرط أن نفقة ذوى الرحم المحرم تجب على طريق الصلة، والصلة في قرابة الرحم المحرم أكثر تأكيدا عند اتحاد الدين منها عند اختلافه، كما أن النفقة في هذه القرابة تتعلق بالقرابة والمحرمية مع التقيد بالإرث - كما سنرى - ولا توارث بين المسلم وغير المسلم^(١).

٩١٣- حد اليسار في نفقة ذوى الأرحام:

اختلف الفقهاء في حد اليسار في نفقة ذوى الأرحام (الحواشي)، الذى يجب توافره في المنفق على قولين مصححين:

الأول: أن حد اليسار أن يملك نصاب الزكاة، وهو أن يملك عشرين مثقالا (دينارا) من الذهب، أو مائتى درهم من الفضة^(٢)، فائضا عن حوائجه الأصلية. لأن نفقة ذى الرحم المحرم صلة، والصلات المالية كالصدقات إنما تجب على الأغنياء.

(١) البدائع ج ٤ ص ٢٦ وما بعدها - الهداية ج ١ ص ٤٧.

(٢) وقد قدر بعض الباحثين المحدثين هذا النصاب بـ ٨٥ جراما من الذهب، ٥١٥ جراما من الفضة على التوالي. (الدكتور يوسف القرضاوى - فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة - الجزء الأول ص ٦٠ وما بعدها).

وهذا قول أبى يوسف.

الثانى: أن يكون له كسب دائم يكفى ويزيد. فإنه فى هذه الحال ينفق من الزيادة على قريبه.

وسند هذا القول أن النفقة صلة وليست زكاة ولا صدقة، ولهذا لا تغنى عن الزكاة والصدقات عند عدم القضاء بها، فلا يشترط لوجوبها ما يشترط لوجوب الصدقات، ثم هى حق العبد والزكاة حق الله سبحانه وتعالى، وحقوق العباد لا يشترط لوفائها نوع خاص، وهى لدفع الهلاك، ويجب على كل مسلم القيام بدفع الهلاك عمن له به صلة ما دام فى ماله ما يفضل عن حاجته. وهذا قول محمد⁽¹⁾.

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٦ / ١١ / ١٩٤٠⁽²⁾ بالرأى الثانى، كما سارت عليه أحكام المحاكم.

(دمنهور الكلية بتاريخ ٣ / ٦ / ١٩٥٧)

١٩٤- أنواع النفقة:

تجب للقريب الفقير العاجز عن الكسب على قريبه الموسر النفقة بأنواعها الثلاثة: الطعام والكسوة والسكنى.

ويجب له أجر خادم إذا كان القريب فى حاجة إلى خادم كما لو كان طاعنا فى السن أو مريضا بمرض مزمن أو به عاهة بحيث لا يستطيع القيام بشئونه الشخصية، لأن أجر الخادم يكون حينئذ من كفايته.

وتجب له نفقات التعليم من مصاريف دراسية وثمان كتب وزى مدرسى.

(1) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٢١ - محمد أبو زهرة ص ٤٩٩.

(2) وقد جاء بالفتوى: «اطلعنا على هذا السؤال ونفد أن المعول عليه والذى جرى عليه العمل أن الشخص يعتبر موسرا فى باب نفقة الأقارب بكونه قادرا على الإنفاق على قريبه ولو بفاضل كسبه سواء أحل له أخذ الصدقة أم حرم عليه أخذها وحينئذ يعتبر هذا العم الذى يملك مائة فدان موسرا بما يملك وإن كانت غلة هذه الأطنان لا تزيد عن نفقته ونفقة عياله وأن ابن الأخ المذكور يعتبر فقيرا عاجزا عن الكسب فتجب نفقته على هذا العم إذا كان لا يجد من يستأجره لو عمل أو كان يعير عن الكسب بطريق الأعمال والحرف التى لا يحتاج إلى تعلمه العلوم التى يتعلمها ومتى كان العم موسرا لا تجب النفقة على العمة وبهذا علم الجواب عن السؤال والله أعلم».

والتعليم الأساسى هو أول درجات التعليم يشمل ما هو ضرورى لتكوين الشخص بمعرفة الدين ومواجهة الحياة ووسائل العيش، وهذا القدر من التعليم بمنزلة الغذاء والكساء، فهو من نفقة القريب مهما بعدت درجته وأيا كان مستوى عائلته.

أما بالنسبة لدرجات التعليم الأخرى وأنواعه، فهي تخضع ليسار الملزم بالنفقة ومركزه الاجتماعى، مع مراعاة أن القريب من الحواشى لا يلزم بتعليم قريبه درجة التعليم التى تجب عليه لابنه.

ولا يلزم القريب المنفق بنفقة زوجة قريبه الفقير العاجز فى أى حال.

١١٥- مقدار النفقة:

تجب على القريب المنفق نفقة الكفاية بحيث لا تزيد على الفاضل فى كسبه، لأن هذه النفقة شرعت لسد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه. ونفقة الكفاية تختلف باختلاف اليسار. ويرد على هذه النفقة الزيادة والنقصان بالتفصيل الذى أوردناه فى نفقة الأصول.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بجلسة

١٩٧٩ / ٣ / ٧ فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٦ ق بأن:

«علة وجوب النفقة بالقرابة هو سد حاجة القريب ومنعه من السؤال صلة لرحمه، والسبب فيها هو قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث ومن ثم فإن موضوع النسب يكون قائماً فى الدعوى بطلب نفقة القريب باعتباره سبب الالتزام بها لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به، فيكون مائلاً فيها وملزماً لها وتتبعه وجوداً وعدماً، لما كان ذلك. وكان حكم النفقة الذى استصدرته والدة المطعون عليه لصالحه فى الدعوى رقم صدر ضد والد المورث تأسيساً على أنه عم شقيق للمطعون عليه، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو استدل مما اشتمل عليه حكم النفقة من قضاء على ثبوت صلة قرابة المطعون عليه بالمورث وأنه ابن عم شقيق له باعتباره سبب الالتزام بالنفقة».

٩١٦- ترتيب من تجب عليهم النفقة:

إذا لم يوجد لطالب النفقة أحد من أصوله ولا فروعه، وجبت نفقته على الأقارب من الحواشي ذى الرحم المحرم. ونفقة الأقارب من الحواشي ذى الرحم المحرم تتبع الميراث فتكون عليهم بحسب ميراثهم.

والعبرة بأهلية المنفق للميراث لا كونه وارثاً حقيقة، لأن صفة الوارث لا تتحقق له طالما أن القريب المطالب بالنفقة على قيد الحياة^(١).

فإذا كان الموجود من هؤلاء الأقارب أكثر من واحد، وكانوا جميعاً وارثين وزعت النفقة عليهم بنسبة إرثهم، وإذا كان بعضهم وارث والبعض الآخر غير وارث وزعت النفقة على الوارثين فقط بحسب أنصبتهم، ولا يفرض شيء منها على غير الوارثين.

فإذا كان له أخ شقيق (أو أخ لأب) وأخ لأم، يجب على الأخ لأم سدس النفقة والباقي على الأخ الشقيق (أو الأخ لأب) بنسبة ميراثهما. وإذا كان له عم شقيق وعمه شقيقة تجب النفقة على العم فقط لأنه الوارث دون العمة.

وإذا كان له عمة وخالة تجب النفقة عليهما أثلاثاً على العمة الثلثان وعلى الخالة الثلث بنسبة ميراثهما.

وإذا كان له ابن أخ شقيق وبنت أخ شقيق فالنفقة واجبة على ابن الأخ وحده إذ لا ترث معه بنت الأخ.

وإذا كان له ابن أخ وخال فالنفقة واجبة على ابن الأخ وحده لكونه الوارث دون الخال.

وإذا كان له عم وخال فالنفقة على العم لكونه هو الوارث.

ومن له أخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم (أو أخ لأم).

فالنفقة واجبة عليهن أخماساً فعلى الشقيقة ثلاثة أخماس وعلى الأخت لأب خمس وعلى الأخت لأم خمس بحسب ميراثهم فرضاً ورداً^(٢).

(١) (مادة ٤١٧) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا - فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ

١٤٠٥ / ٢ / ١٠.

(٢) عمر عبد الله ص ٦٤٨.

وإذا كان لطالب النفقة وارث معسر يحرز كل الميراث أى ينفرد بكل الميراث، فإنه يعتبر ميتاً فى حق باقى من تجب عليهم النفقة من بعده، وتكون النفقة عليهم بحسب أنصبتهم فى الميراث باعتبار أن هذا الوارث غير موجود. فإذا كان الوارث المعسر لا يحرز كل الميراث، فإنه يفرض موجوداً وتقدير أنصبة الميراث ثم يطرح نصيبه ويوزع على الموسرين كل على قدر نصيبه فى الميراث.

فإذا كان لطالب النفقة ابن وأخ شقيق وأخ لأم، وكان الابن معسراً، فإن الابن يعتبر ميتاً لأنه يحرز كل الميراث وتكون النفقة على الأخ الشقيق والأخ لأم.

أما إذا كان له بنت معسرة، فإنها لا تعتبر ميتة لأنها لا تحرر الميراث كله كالذكر بل تشارك الأخوين فى الميراث، وعلى ذلك تعتبر موجودة لبيان من تجب عليه النفقة، فيسقط وجوب النفقة على الأخ لأم لأن البنت تحجبه عن الميراث وتكون النفقة كالميراث مناصفة بين الأخ الشقيق والبنت، ويلزم الأخ الشقيق بأدائها كلها لإعسار البنت.

وإذا تعدد الورثة المعسرون الذين لا يحرزون الميراث كله وكان باقى الورثة موسرين فإنهم يعتبرون موجودين لبيان من تجب عليه النفقة ويقسم الواجب عليهم على الموسرين بحسب أنصبتهم.

فإذا كان لطالب النفقة أم وأخت شقيقة موسرتان وأخت لأم وأخت لأب معسرتان، فالنفقة عليهن حسب الميراث وباعتبار أن المعسرتين موجودتان، فيكون على الأم السدس والأخت الشقيقة النصف والأخت لأب السدس تكملة الثلثين والأخت لأم السدس فرضاً وإعسار الأخت لأم والأخت لأب، يسقط ما عليهما من نفقة ويوزع نصيبها على الباقيين حسب أنصبتهم، وعلى ذلك تلزم الأب بربع النفقة والأخت الشقيقة بثلاثة أرباعها^(١).

(١) المستشار صلاح الدين زغو ٢٢١.

وقد قضت محكمة الزقازيق الجزئية الشرعية بتاريخ ٨/ ٤ / ١٩٢٥ في الدعوى رقم ٧٥٥ لسنة ١٩٢٤ بأن:

«حيث إن المنصوص عليه شرعا أنه إذا اجتمع في قرابة من تجب له النفقة موسر ومعسر، فإن المعسر إذا كان ممن يحرز كل الميراث يعتبر معدوما، ثم ينظر إلى ورثة من تجب له النفقة فتجعل النفقة عليهم على قدر ميراثهم، وإن كان المعسر لا يجوز كل الميراث تقسم النفقة عليه وعلى من يرث معه فيعتبر المعسر لإظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم تجعل كل النفقة على الموسرين على اعتبار ذلك - أما إذا كان المعسر لا يحرز كل الميراث لأن الأخوة الأشقاء هنا لا يحرزون كل الميراث لمشاركة الأم لهم فلا وجه لاعتبارهم معدومين فتقسم النفقة عليهم وعلى من يرث معهم وهو الأم لإظهار قدر ما يجب على الأم على اعتبار ذلك ولا وجه لا يجاب النفقة على أحد من الأعمام لأن كلا منهما يحجب بالأخ الشقيق المطلوب له النفقة فلا يرث معه ولا تجب لذلك النفقة عليه».

١٩٧- ضابط ابن عابدين في حصر أحكام نفقة الأقارب (١):

قال ابن عابدين بضابط في حصر أحكام نفقة الأصول والفروع، وهذا الضابط يعتبر في الحقيقة ضابطا في حصر أحكام نفقة الأقارب عموما في المذهب الحنفي، سواء كانت النفقة للأصول أو الفروع أو للحواشي. ولهذا الضابط أهميته في العمل، لاضطراب أقوال الفقهاء في حصر أحكام النفقة إذا اختلفت درجة القرابة أو قوتها أو نوعها (٢).

(١) راجع في هذا: رسالة تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول - مجموعة رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٢٧٨ وما بعدها - حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٢٢ وما بعدها.

(٢) وفي هذا يقول ابن عابدين: «واعلم أن مسائل هذا الباب مما تحير فيها أولو الألباب لما يتوهم فيها من الاضطراب وكثيرا ما رأيت من ضل فيها الصواب حيث لم يذكروا لها ضابطا نافعا ولا أصلا جامعا، حتى دفعني الله تعالى إلى جمع رسالة فيها سميتها «تحرير النقول في نفقات الفروع والأصول» أعانني فيها المولى سبحانه على شيء لم أسبق إليه ولم يحكم أحد قبلي عليه، باختراع ضابط كل مبنى على تقسيم عقلى مأخوذ من كلامهم تصريحاً أو تلويحاً جامع لفروعهم جمعا صحيحا بحيث لا تخرج عنه شاذة، ولا يغادر منها فاذة».

(حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٢٢ وما بعدها).

ويقول ابن عابدين، أن من يوجد من قرابة الولادة قد يكون شخصا واحدا أو أكثر فإذا كان واحدا وجبت عليه النفقة عند استيفاء شروط الوجوب.

أما إذا كان أكثر من شخص واحد فإنه يندرج تحت أحد الأقسام الآتية:

- (١) أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط.
- (٢) أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشى.
- (٣) أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول.
- (٤) أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول وحواشى.
- (٥) أن يكون لمستحق النفقة أصول فقط.
- (٦) أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشى.
- (٧) أن يكون لمستحق النفقة حواشى فقط.

ونعرض لحكم هذه الأقسام بالتفصيل على النحو الآتى:

١١١١- القسم الأول: أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط:

العبرة فى هذا القسم بالقرب بعد الجزئية، ولا اعتبار هنا بالميراث قط لأن علة ثبوت النفقة على الفروع الجزئية وليس للميراث دخل بها. ويقدم الأقرب وإن كان هذا الأقرب غير وارث، فإن تساوى الفروع فى القرب لمن تستحق له النفقة تكون عليهم بالسوية دون نظر إلى الميراث. فإذا كان لطالب النفقة ابن وبنت تجب النفقة عليهما بالسوية رغم اختلاف نصيبهما فى الإرث.

وإن كان له ولدان أحدهما مسلم والآخر غير مسلم تجب النفقة عليهما بالسوية رغم أن غير المسلم لا يرثه.

وإن كان له ابن وابن ابن تجب النفقة كلها على الابن لأنه أقرب.

وإن كان له بنت بنت وابن ابن فتجب النفقة عليهما بالتساوى رغم أن الميراث لابن الابن دون بنت البنات لاستوائهما فى القرب والجزئية^(١).

(١) وذهب الرملى إلى أن النفقة تكون هنا على ابن الابن لرجحانه بكونه هو الوارث «منحة الخالق على البحر الرائق ج ٤ ص ٧٠٠» - وقد ورد ابن عابدين على ذلك بقوله «ويؤخذ من هذا أنه لا ترجيح لابن ابن على بنت بنت وإن كان هو الوارث لاستوائهما»

٩٩٩- القسم الثاني: أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشي:

تفرض النفقة على الفروع، وتكون العبرة - كالشأن في القسم الأول - بالقرب بعد الجزئية دون الميراث.

وتفرض النفقة على الفروع بالسوية إذا استووا في القرب لمن تجب له النفقة، وإن لم يستووا في القرب فإنها تفرض على الأقرب منهم دون الأبعد. وتطبيق ذلك يؤدي إلى استبعاد الحواشي واعتبار أن الموجود فقط هم الفروع، لأنه لا تتوافر الجزئية في الحواشي، إذ ليسوا من عمود النسب^(١).

فإذا كان له ابن غير مسلم وأخ مسلم، تجب النفقة على الابن غير المسلم. رغم أن الميراث للأخ لاختصاص الابن بالجزئية والقرب، وإن كان له ولد بنت وأخ شقيق تجب النفقة على ولد البنت رغم أنه غير وارث لأنه يختص دون الأخ الشقيق الجزئية، وإن استويا في القرب لطالب النفقة لإدلاء كل منهما بواسطة، وهي في ولد البنت أمه، وفي الأخ الشقيق أبوه.

... - القسم الثالث: أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول:

تكون العبرة هنا بالأقرب جزئية، فإن تساوا في القرب اعتبر الترجيح، فإن لم يوجد اعتبر الإرث.

فإن كان لطالب النفقة أب وابن ابن، فالنفقة على الأب لأنه الأقرب في الجزئية.

وإن كان لطالب النفقة أب وابن تجب النفقة على الابن رغم استوائهما في الجزئية لوجود دليل يرجح وجوب النفقة على الابن، هو حديث النبي عليه السلام «أنت ومالك لأبيك» فهذا الحديث وإن لم يجعل للأب في مال الابن حقيقة الملك، فإنه يوجد له في ماله شبهة الملك.

= في القرب والجزئية ولتصريحهم بأنه لا اعتبار للإرث في الفروع، وإلا لوجب ثلاثا في ابن وبنت ولما لزم الابن النصراني مع الابن المسلم شيء. وبه ظهر أن قول الرملي في حاشية البحر: إنها على ابن الابن لرجحانه مخالف لكلامهم» - حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٢٤.

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٧٦.

وكذلك إذا كان لطالب النفقة أم وابن، تجب النفقة على الابن لقول المتون ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد^(١).

فإن كان له جد وابن ابن، فإنهما يتساويان في الجزئية ولم يوجد دليل يرجح وجوب النفقة على أحدهما، فتجب النفقة عليهما على حسب الميراث لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فيكون على الجد السدس وعلى ابن الابن خمسة الأسداس.

وإن كان له جد لأب وبنت بنت فالنفقة كلها على الجد لأب، لأنه ينفرد بالميراث.

١٠٠ - القسم الرابع: أن يكون مستحق النفقة فروع وأصول وحواشي:

في هذا القسم يلغى اعتبار الحواشي، لأن النفقة تسقط عنهم لوجود الفروع، فقد رأينا في القسم الثاني أنه لا اعتبار للحواشي مع الفروع، لأن العبرة بالقرب بعد الجزئية دون الميراث.

وبإلغاء اعتبار الحواشي، يكون لدينا فروع وأصول فقط كما هو الشأن في القسم الثالث.

وعلى ذلك يكون حكم هذا القسم هو حكم القسم الثالث تماما.

٢٢٢ - القسم الخامس: أن يكون مستحق النفقة أصول فقط:

إذا كان من بين أصول طالب النفقة أب، فإن النفقة تجب عليه وحده لقول المتون لا يشارك الأب في نفقة ولده أحد.

فإذا كان من ضمن الأصول أب وأم، تكون النفقة على الأب.

أما إذا لم يكن الأب موجودا ضمن الأصول فإنه يتعين التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون بعض الأصول وارثا والبعض الآخر غير وارث.

في هذه الحالة تجب النفقة على الأقرب جزئية.

(١) وقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٦٢٤ «.... ومثله أم وابن لقول المتون ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد قال في البحر: لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولأنه أقرب الناس إليهما فليس ذلك خاصا بالأب كما قد يتوهم بل الأم كذلك».

فإذا كان لطالب النفقة أم وجد لأم، تجب النفقة على الأم لأنها أقرب جزئية، وأم الأب كأبي الأم^(١).

(١) وقد علق الأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية - قسم الزواج ص ٤٢٤ وما بعدها هامش (١) على ذلك بقوله: إن هذا الحكم أخذه ابن عابدين بالتخريج على أقوال من سبقوه، ولم ينصوا عليه ثم ذكر نص كلام ابن عابدين كالآتي:

«أما اعتبار القرب والجزئية إذا كان فيهم غير وارث فكما في القنية لو كان له أم وجد لأم فعلى الأم، أي لترجحها بالقرب واختصاصها بالإرث، دون الجد المذكور، وفي حاشية الخير الرملى على البحر. وإذا اجتمع أحد أجداد وجدات لزمتم الأقرب ولو لم يدل به الآخر - أي كجد أبى الأم، وجد أبى الأب، ومقتضاه لزومها على أبى الأم» ثم قال إن ابن عابدين استنبط ذلك الحكم استنباطاً من غير نص عليه، وأنه أخطأ في هذا الاستنباط لأن القنية عللت تقديم الأم على الجد لأم بأنها أقرب وأنها ترث ولم تعلله بالقرب فقط وأن الخير الرملى خشى أن يفهم تقديم الأقرب إذا أدلى به الأبعد، فقال أنه يقدم وإن لم يدل الأبعد به. وفسر ذلك ابن عابدين يضرب المثل بأبى أم مع أبى أبى الأب واستنبط الحكم وكان يمكن أن يكون المثل هو أبو أم وأبو أم أم وفي هذه الأمثلة يكون تقديم الأقرب لا شائبة فيه ثم أن تعليل القنية لتقديم الأم على الجد لأم بقربها ووارثها، يدل على عدم إلغاء الإرث، ولذا كان الإرث غير ملغى الاعتبار إذا كان أحد الأصولين وارثاً والآخر غير وارث، وأن ابن عابدين نفسه لا يلغى اعتباره، لكن أينظر إليه قبل النظر إلى القرب، فيرجع الوارث مطلقاً، أم ينظر إليه بعد القرب، فلا ينظر إليه إلا عند التساوى؟ ثم ذهب الأستاذ أبو زهرة إلى أنه يرى أن ينظر إليه قبل القرب ليستقيم منطق المذهب، والفروع لا تجافى ذلك، وليكون متفقاً مع قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

وذكر الدكتور عبد العزيز عامر في مؤلفه (الأحوال الشخصية) في الشريعة الإسلامية - النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب) ص ٤٨٠ هامش (١) أن المفهوم من تعليق الشيخ أبو زهرة أنه حتى عند عدم تساوى الأصول في القرب لطالب النفقة، إذا كان فيهم وارث وغير وارث، ينظر أولاً إلى الوارث فتكون عليه النفقة حتى لو كان هذا الوارث هو الأبعد، وطبعاً من باب أولى تكون عليه النفقة إذا كان هو الأقرب لاجتماع صفتي القرب والوراثية فيه، فعنده الوارث هو الذى عليه النفقة على كل حال، ليكون الأمر متفقاً مع قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾.

فإن تساوا في القرب يرجح الوارث فتكون النفقة عليه.
 فإذا كان لطالب النفق جد لأم وجد لأب، تجب النفقة على الجد لأب فقط اعتباراً للإرث، لأن له الميراث دون الجد لأم.
الحالة الثانية: أن يكون جميع الأصول وارثين.
 وفي هذه الحالة تجب النفقة حسب الميراث.
 فإن كان لطالب النفقة جد صحيح وإن علا وأم، تكون النفقة عليهما كالميراث، على الجد الثلثان وعلى الأم الثلث.
 وإن كان له أم أم، وأم أب، وأبو أب، تكون النفقة عليهم جميعاً بحسب الميراث.
 فعلى الجدتين السدس يقسم بينهما بالسوية، وعلى الجد أبى الأب الباقي.
 وإن كان له أبو أبى أب وأم أم تكون النفقة عليهما أسداساً، عليها السدس وعليه الباقي.

٣. - القسم السادس: أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشي:

إذا كان أحد الصنفين غير وارث والآخر وارثاً، فإن اعتبار الإرث يلغى ولا يكون له دخل في النفقة، وتكون النفقة على الأصول وحدهم ترجيحاً للجزئية ولو كانوا هم غير الوارثين ولأنه لا توجد مشاركة بين الصنفين في الإرث حتى يعتبر الإرث في هذا القسم.
 فإن كان لطالب النفقة جد لأب وأخ شقيق، تجب النفقة على الجد لأب وحده.

وإن كان له جد لأم وعم فتجب النفقة على الجد لأم.
 والسبب في ذلك أن أحد الصنفين هو الوارث دون الصنف الآخر، هو الجد لأب في المثال الأول، والعم في المثال الثاني.
 وإذا كان الصنفان وارثين، فإن النفقة تكون على حسب الميراث.
 فإن كان لطالب النفقة أخ شقيق وأم تكون النفقة بينهما أثلاثاً، على الأم الثلث وعليه الثلثان.

وإن كان له أم وعم فالنفقة عليهما أسداساً، عليها السدس وعليه الباقي.

وإذا تعدد الأصول عند اجتماعهم بالحواشي، فإنه ينظر إلى الأصول أولاً باعتبار أنه لا يوجد معهم حواشي، ويجرى الترجيح بينهم بطرق الترجيح المذكورة في القسم الخامس، حتى يخرج من هذا من تستحق عليه النفقة من الأصول بفرض عدم وجود غيرهم، وبعد ذلك يوازن بين من عليه النفقة من الأصول على فرض وجودهم وحدهم وبين الحواشي وتفرض النفقة على أحدهما أو عليهما تبعاً للأحوال حسب القواعد التي ذكرناها في أول هذا القسم.

فإذا كان لطالب النفقة جد لأب وجد لأم وأخ شقيق، فإن النفقة تكون على الجد لأب، لأن الجد لأب والجد لأم أحدهما وارث والآخر غير وارث ودرجة قرب جزئيتهما متساوية فوجب اعتبار الإرث.

وإذا كان له أم وجد لأم وعم، تجب النفقة على الأم والعم حسب الإرث، على الأم الثلث والعم الثلثان وذلك لأن قواعد القسم الخامس توجب النفقة على الأم دون الجد لأم لأن الأم أقرب جزئية منه، وبإعمال قواعد القسم السادس تجب النفقة على الأم والعم حسب الإرث لأنهما وارثين.

وإذا كان لطالب النفقة أم وجد لأب وأخ عصبى أو ابن أخ أو عم، فقد ذهب ابن عابدين إلى أن النفقة تكون على الجد وحده، ووجه ذلك أن الجد يحجب الأخ وابنه والعم لتنزيله حينئذ منزلة الأب، وحيث تحقق تنزيله منزلة الأب صار كما لو كان الأب موجوداً حقيقة، وإذا كان الأب موجوداً حقيقة لا تشاركه الأم في وجوب النفقة، فكذا إذا كان موجوداً حكماً فتجب على الجد فقط بخلاف ما لو كان لطالب النفقة أم وجد لأب فقط فإن الجد لم ينزل منزلة الأب ولذا وجبت النفقة عليهما أثلاثاً⁽¹⁾.

وقد بنى ابن عابدين رأيه السابق على رأى الإمام أبى حنيفة - الراجح في المذاهب - الذى يجعل الجد لأب بمنزلة الأب عند اجتماعه مع العصبية من الحواشي وهو يخالف رأى بعض الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة وقد أصبح هذا الرأى لا يتفق بالنسبة للأخوة والأخوات الأشقاء أو لأب مع حكم المادة ٢٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ التى قضت بأن الجد يقاسم الإخوة فى

(1) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٥٥.

الميراث وجعلته كالأخ إذا كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا عصبه مع الفرع الوارث⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا كان لطالب النفقة جد لأب وأم وأخ شقيق، فإن النفقة تكون عليهم بنسبة الميراث، فيكون على الأم الثلث وعلى الجد مثله، وعلى الأخ الشقيق كذلك، لأن الميراث للصنفين هنا⁽²⁾.

٥٠٠ - القسم السابع: أن يكون لمستحق النفقة حواشى فقط:

إذا كان لمستحق النفقة حواشى فقط، فإن النفقة تتبع الميراث، فمن تثبت له أهلية الإرث من مستحق النفقة تجب عليه النفقة، وإذا كانوا جميعا ورثة تكون النفقة عليهم بنسبة أنصائبهم فيه، وذلك وفق التفصيل الذى أوردناه سلفا. (راجع فى هذا بند ١٩٦).

٥٠٠ - إحالة فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة ذوى الأرحام (الحواشى):

نحيل إلى الكتاب الثانى فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة ذوى الأرحام (الحواشى) والتي عرضنا لها بالتفصيل منعا من تكرار سردها. وهذه المسائل هى:

(1) فقد نصت هذه المادة على أن:

«إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب كانت له حالتان:
الأولى: أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وإناثا أو إناثا عصبين مع الفرع الوارث من الإناث.
الثانية: أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبين بالذكر أو مع الفرع الوارث من الإناث.
على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من إرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس.
ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوبا من الإخوة أو الأخوات لأب».

(2) من هذا رأى: الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٢٦ وما بعدها - وعكس ذلك المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٩ إذ يرى أن المادة ٢٢ من قانون الميراث لا تغير من رأى العلامة ابن عابدين لأن العمل بهذا النص يعتبر استثناء من وجوب العمل بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة والاستثناء يقتصر فيه على مورد النص فلا يتوسع فيه، وعلى ذلك فأحكام الجد فى غير الموارث باقية على حالها يرجع فيها إلى أرجح الأقوال من فقه أبى حنيفة.

- ١- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.
(بند ٢٤ وبنود ٣٩ وما بعده).
- ٢- النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة بالنفقة.
(بند ١١١).
- ٣- لا يترتب على الإشكال في تنفيذ أحكام النفقة وقف إجراءات التنفيذ.
(بند ١٨٨)
- ٤- المبالغ التي يجوز الحجز عليها من المرتبات والأجور والمعاشات وما
في حكمها وفاء لدين النفقة.
(موضوع رقم ٨).
- ٥- الحبس في تنفيذ دين النفقة.
(موضوع رقم ٧).



موضوع رقم (١٤) متعة المطلقة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥

٦-٠٠- النص القانونى :

المادة (18 مكرر أ) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة
بالقانون رقم 100 لسنة 1885:

«الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا
بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل
وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن
يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط»⁽¹⁾.

٧-٠٠- تعريف المتعة فى المذهب الحنفى :

المتعة فى اصطلاح الفقهاء - كما رأينا سلفا - هى ما توصل به المرأة بعد
طلاقها من ثياب وغيرها جبرا لوحشة الفراق، وهى كسوة كاملة للمرأة مما
تلبسه عند الخروج من المنزل عادة أو قيمة ذلك من نقود وغيرها.
وقد قدروها بثلاثة أثواب من كسوة مثلها، وهى درع وخمار وملحفة⁽²⁾.
وهذا التقدير كان باعتبار عرف زمانهم بدليل أنهم نصوا على أن المعتبر
عرف كل بلد فيما تكتسب به المرأة عند الخروج.
ولم يرد فى القرآن أو السنة مقدار معين للمتعة وقد جعل الأحناف لها حدا
أعلى وحدا أدنى فحدها الأعلى ألا تزيد على نصف مهر المثل، وحدها الأدنى
خمسة دراهم لأن أقل المهر الواجب شرعا عندهم عشرة دراهم ونصفه خمسة.

(1) وكان يقابل هذا النص فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته
- المادة (٨٨ مكررا) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والتي جاءت
مطابقة حرفيا للنص الحالى.

(2) الدرع هو القميص والملحفة بكسر الميم ما تلتحف به المرأة من قرننها إلى قدمها
والحمار ما تغطى به المرأة رأسها.

وقد استدلوا على وجوب المتعة بقوله تعالى في سورة البقرة.

﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ ﴾.

(راجع في التفصيل بند 201 وما بعده)

٨٠٠- المرأة التي تستحق المتعة في المذهب الحنفي :

كان المعمول به في شأن استحقاق المتعة قبل سريان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقتضى بعدم دستوريته - الأحكام الواردة في المذهب الحنفي عملاً بالمادة ٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

والمنصوص عليه في هذا المذهب أن المتعة واجبة للزوجة المعقود عليها بعقد زواج صحيح وفارقها زوجها قبل الدخول والخلو بسبب من جهته، سواء كانت هذه الفرقة طلاقاً أو فسخاً إذا كان لم يسم لها مهراً وقت العقد ولو سمي لها مهراً بعده، أو سمي المهر وقت العقد تسمية غير صحيحة أو اتفق على نفى المهر.

وهي مستحبة فقط وليست واجبة إذا طلقت المرأة قبل الدخول والخلو وكان قد سمي لها مهر وقت العقد، فتكون لها المتعة بجانب نصف المهر المسمى الواجب لها، وكذلك إذا طلقت المرأة بعد الدخول فيكون لها المتعة بجانب المهر سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل، وذلك تطيباً لخاطرهما وتخفيفاً من وحشة الفراق عليها ومن قبيل التسريح بإحسان.

ولذلك جاء بالذكر الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠

لسنة ٨٨٨٥ ما يأتي :

«لما كان من المستقر عليه شرعاً أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلة بعد الدخول وحسبها أنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها».

٩-٠٠- تعريف المتعة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥:

تدخل الشارع بإيجاب متعة للمطلقة المدخول بها لأول مرة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (م ٨٨ مكررا)، ولما قضى بعدم دستورية القرار بقانون المذكور، صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ونص على متعة المطلقة فى المادة (٨٨ مكررا) المضافة إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، وهذا النص يطابق حرفيا نص المادة الذى كان واردا بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩. ومتعة المطلقة طبقا لهذا النص مبلغ من المال يقدر بنفقة سنتين على الأقل يستحق للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها، وذلك فوق نفقة عدتها.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ عن هذه المتعة:

«لما كان من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وكان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحققت المهر كله بالدخول، لها نفقة العدة أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضى بها. وإذا قد تراخت المروءة فى هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج إذ انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة فى حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفى المتعة ما يحقق المعونة وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع فى الطلاق.

ولما كان الأصل فى تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التى تطلبها الشريعة وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى:

﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ من الآية ٢٣٦ من

سورة البقرة وكان إيجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن إيجابها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا (المذهب للشيرازى فقه شافعى ج ٢ ص ٦٧- ٦٨ والمحلى لابن حزم ج ١ ص ٥٤٥ - ٢٤٩).

وعلى هذا وضع نص المادة ٨٨ مكررا بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر فى تقديرها عدا ما سبق إلى ظروف الطلاق وإلى إساءة استعمال هذا الحق ووضعه فى موضعه ولا تقل فى تقديرها عن نفقة سنتين وتخفيفا على المطلق فى الأداء أجاز النص الترخيص له فى سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط»^(١).

(١) وقد ورد بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يأتى:

«نصت المادة المضافة بالقرار بقانون برقم ٨٨ مكررا على أن حق الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها فى الحصول فوق نفقة عدتها على «متعة» تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية. وأجاز النص تقسيط مبلغ هذه المتعة المستحقة وسند القرار بقانون فى هذه الأحكام ما يلى:

(أ) الأصل فى تشريع المتعة جبر خاطر المطلقة لأن مواساتها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الإسلامية وأساس تقديرها قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ أَلْوَسِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ أَلْمَقَرِّ قَدَرُهُ﴾ وقد أقر مذهب الشافعية الجديد للمتعة للمطلقة بعد الدخول ولو لم تكن الفرقة منها بسببها وهو قول (أحمد) اختاره (ابن تيمية) وكذلك مذهب «أهل الظاهر» وأحد «أقوال الإمام مالك».

وقد راعى نص المادة (٨٨ مكررا) المذكورة الضوابط التى قررها هؤلاء الأئمة وجدير بالذكر أن رأى المذاهب الأخرى المختلفة فى المتعة أنها «مستحبة» للمطلقة بعد الدخول وإن كان لا يقضى بها.

(ب) أنه فى هذا الزمان الذى تراخت فيه المروءة وانعدمت ولاسيما بين الأزواج إذا ما أنقطع حبل المودة بينهما ولم يعد يعبأ المطلق بمصير مطلقاته بعد الطلاق وقد تكون منقطعة الأهل ناضبة الموارد وغير عاملة وكبيرة فى السن بعد عشرة طويلة قبل الطلاق لسبب ليس لها شأن به فإن الزوج يتعين عليه أن يتحمل بحكم مبادئ التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولصريح نص الدستور فى حالة الطلاق يجب تقديم معونة للمطلقة تساعد على مواجهة عادات الحياة فى ظروف صعبة وقاسية عليها ليست فقط تقتضى مواساة المطلقة بسبب الطلاق ولكن حمايتها وحماية المجتمع من أثر الضغوط التى تواجهها بعد أن انفكت عرى زواجها=

ويمكن القول - على ما هو مستفاد من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - أنه قصد من تشريع متعة المطلقة بعد الدخول، جبر خاطر المطلقة ومواساتها وتطبيب خاطرها تخفيفاً لألم الفراق ووحشته، وتوفير معونة لها أكثر من نفقة العدة تعيينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق، وقد روعى في تحمل الزوج بها مبادئ التضامن الاجتماعي الذي يقوم عليه المجتمع طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وبصريح نص الدستور.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «تقرير المتعة للمطلقة وفقاً لنص المادة ٨٨ مكرراً من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه في التطلق، بل إن الأساس في تقريرها - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص - أن المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة. وفي المتعة ما يحقق هذه المعونة ولأن الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة ومواساتها».

(طعن رقم 6 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/3/10)

= وأصبح عليها أن تواجه مشكلة تدبير شئون حياتها من جديد في الظروف الاجتماعية والاقتصادية الحالة التي تستحكم فيها الأزمات ويتعين أن يتضافر فيها أفراد المجتمع لمواجهتها وأولى الناس بتحمل جانب من ذلك الزوج الذي طلق زوجته وهو وإن باشر حقاً له لا يسوغ أن يتخلى عن المروءة ولا أن يهدر واجب التضامن الاجتماعي الإسلامي، ولا أن يترك مطلقته عرضة للدمار والتحطيم.

ولا شك أن ما قرره أحكام المادة (٨٨) مكرراً آنفة الذكر من أحكام يعد تطبيقاً سليماً لأحكام ولمبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء التي تقرر تضامن المسلمين وتحتم عليها التساند كالبنين المرصوص يشد بعضه بعضاً.

إن المادة (٧١) من مشروع الأحوال الشخصية الموحد تنص على ذات المبادئ التي تضمنتها أحكام المادة (٨٨) مكرراً التي أضافها القرار بقانون محل البحث وقد سبق ذكر أن هذا المشروع قد أعدته لجنة من كبار العلماء بالشريعة الإسلامية في مصر والسودان.

٢- «تقرير المتعة للمطلقة. أساسه. جبر خاطر المطلقة ومواساتها ومعونتها وليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه في التطليق».

(طعان رقما 124، 126 لسنة 55ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/3/24)

٣- «إذ نص المشرع في المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٠٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على إعفاء دعاوى النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من كافة الرسوم القضائية في كل مراحل التقاضي إنما أوردتها على سبيل الحصر - وكانت دوى المتعة لا تدخل ضمن هذا الإعفاء لأنها شرعت لجبر خاطر المطلقة تعويضا لها بسبب الفراق بينهما ومن ثم فهي تخرج من عداد النفقات ويكون الطاعن ملزما بإيداع الكفالة المنصوص عليها في المادة ٥٥٤ من قانون المرافعات قبل إيداع صحيفة الطعن بالنقض أو خلال أجله وإذ تقاعس عن ذلك فإن الطعن يكون باطلا.

(الطعن رقم 375 لسنة 70ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/9/27)

١٠- قضاء المحكمة الدستورية العليا بدستورية المادة ٨٨ مكررا التي

تفرض المتعة:

قضت المحكمة الدستورية العليا برفض دعويين أقيمتا أمامها بطلب الحكم بعدم دستورية المادة ٨٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ التي تفرض المتعة.

وحكمها الأول صادر بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٣ في القضية رقم ٨٨ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) في ١٠/٦/١٩٩٣. وحكمها الثاني صادر بتاريخ ١٩/٦/١٩٩٣ في القضية رقم ٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية» ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٢٧ (تابع) في ٨ يوليه سنة ١٩٩٣.

وننشر الحكمين سالفى الذكر فيما يأتي:

الحكم الأول:

من حيث إن المادة ٨٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٩

الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تنص على أن «الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط».

وحيث إن المدعى ينعى على هذا النص مخالفته حكم المادة الثانية من الدستور التي تقضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع بمقولة أن المتعة لا تستحق إلا للزوجة غير المدخول بها، كما أن تقريرها يقيد الحق في الطلاق المعتبر خالصا للزوج.

وحيث إن هذا النعى مردود أولا بأن 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 ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - 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 تحتل تأويلا أو تبديلا من غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا لتغيير 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 دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر تشهيا وإهدارا لما علم من الدين بالضرورة، على خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها، وهي تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا، وعلى أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيما الأحكام

العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشرعية بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال، ومردود ثانيا بأن الأصل في تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التي تعددت مواضعها، منها قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

الْمُتَّقِينَ﴾ التي نحا الشافعي في أحد قوليه وكذلك الظاهرية إلى وجوبها، وأيدهم في ذلك آخرون باعتبار أن «حقا» صفة لقوله تعالى «متاع» وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها، هذا بالإضافة إلى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل، وسريانه على كل مطلقة سواء كان طلاقها قبل الدخول بها أم بعده، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها، وجمهور الفقهاء على استحبابها بمقولة افتقارها إلى أمر صريح بها كذلك فإن تقرير المتعة وجوبا أظهر في آية أخرى إذ يقول تعالى في المطلقة غير المفروض لها ولا مدخول بها ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ بمعنى أعطوهن شيئا يكون متاعا لهن،

فالأمر بالإمتاع فيها ظاهر، وإضافة الإمتاع إليهن تملिका - عند من يقولون بوجوبها - لا شبهة فيه - وانصرافها إلى المتقين والمحسنين لا يدل على تعلقها بهم دون سواهم، بل هو توكيد لإيجابها باعتبار أن الناس جميعا ملزمون بالامتثال إلى أمر الله تعالى، وعدم الانزلاق في معاصيه، ومردود ثالثا: بأن النص التشريعي المطعون فيه شرط لاستحقاق المتعة شرطين، أولهما: أن تكون المرأة التي طلقها زوجها مدخولا بها في زواج صحيح وثانيهما: ألا يكون الطلاق برضاها أو من جهتها، وهما شرطان لا ينافيان الشريعة الإسلامية جبر خاطر المطلقة تطيبا لنفسها، ولمواجهة إحاشاها بالطلاق، ولأن مواساتها من المروءة التي تتطلبها الشريعة الإسلامية، والتي دل العمل على تراخيها لاسيما بين زوجين انقطع حبل المودة بينهما، ولا كذلك المرأة التي تختار الطلاق أو تسعى إليه كالمختلعة والمبارئة، أو التي يكون الطلاق من قبلها بما لا يدل على أنه ناجم عن إساءتها أو عائد إلى ظلمها وسوء تصرفها إذ لا يتصور - وقد

تقررت المتعة رغم الطلاق - أن يكن إمتاعها فى طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها - جبرا لخاطرها ولا أن يصلها زوجها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق، ومردود رابعا: بأن الله تعالى ناط بعباده المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التى فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفته بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا بتمحض معروف بما مؤداه استحقاقها الإمتاع ولو كان ذلك بعد الدخول بها، يؤيد ذلك أن أمهات المؤمنين المدخول بهن هن اللاتى عنتهن الآية الكريمة التى يقول فيها سبحانه ﴿يَتَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ

سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ مردود خامسا: بأن ما قرره النص التشريعى المطعون فيه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية مستلهما بذلك فى أسس تقديرها قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ ومستعبدا بذلك الآراء التى تقيسها على المهر وتراعى فيها حال الزوجة بالتالى، ومقرررا حدا أدنى لها فى إطار التكافل الاجتماعى لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولى الأمر لازما لتمتعها بعد طلاقها دون رضاها، ومن غير جهتها، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينتها، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة احتمالها، وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وانقطاع، فحق ألا يكون أدناه متناهيا فى ضالته صونا للحكمة من تشريعها لاسيما أن من الفقهاء من حدد حدا أدنى ما يجزئ فيها، ومنهم من حدد أرفعها أو أوسطها، وليس فى النصوص القرآنية ما يفيد أن الله تعالى قد قدرها أو حددها بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتمدة شرعا، ولئن كان النص التشريعى المطعون فيه لا يورد حدا أقصى لتلك المعونة المالية التى يقدمها الرجل لمن طلقها، إلا أن ذلك أدخل إلى الملاءمة التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية، ولا يجوز أن تخوض فيها لاسيما أن من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمتعة حد معروف لا فى قليلها أو كثيرها، كذلك فإن أمر تقديرها فيما يجاوز حدا الأدنى موكول إلى المحكمة

المختصة تحيل فيه بصرها معتمدة في تحديد مبلغها على أسس موضوعية لا تفرضها تحكما أو إعناتا من بينها أن يكون هذا التحديد دائرا مع حال مطلقها يسرا وعسرا، إذ هي متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها، والمتقون الممثلون إلى الله تعالى الطامعون في مرضاته مدعوون إليها. بل ومطالبون بها، باعتبارها أكفل للمودة، وأدعى لنبز الشقاق وإقامة العلائق البشرية على أساس من الحق والعدل كذلك فإن اعتداد النص التشريعي بمدة الزوجية وظروف الطلاق في مجال تقدير المتعة الواجبة لا يتوخى فرض قيود غير مبررة على الحق في الطلاق، وإنما قصد المشرع من إضافته هذين العنصرين إلى حالة المطلق يسرا وعسرا - أن تكون المعونة المالية التي تتبلور المتعة في مبلغها واقعة قدر الإمكان بما لا إفراط فيه أو تفريط، وهو ما يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق بما لا يناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه.

لهذه الأسباب

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

رئيس المحكمة

أمين السر

الحكم الثاني

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في أن المدعى عليها الرابعة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٨٦ لسنة ١٩٩٩ - أحوال نفس كلى الإسكندرية - ضد المدعى طالبة الحكم لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات وبجلسة ١/٥٥ / ١٩٩٩ دفع المدعى بعدم دستورية المادة ٨٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. فقررت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لجلسة ١/٢ / ١٩٩٩ وصرحت له باتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية فأقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن مبنى الطعن ما ينهه المدعى على النص المطعون عليه مخالفته لنص المادة الثانية من الدستور، ولأحكام الشريعة الإسلامية على سند من أن المتعة لا تستحق للمطلقة إلا بشروط ثلاثة هي ألا يسبق الاتفاق على مهرها وألا يدخل زوجها بها، وألا يختل بها خلوة صحيحة قبل طلاقها، هذا إلى أن نفقة العدة هي المقصودة بالمتعة. وهي كذلك أجر لزواج محرم هو الزواج الموقوت، فضلا عن أنها تقيد الحق في الطلاق المعتبر خالسا للزوج، ولا يعدو تقريرها أن يكون شرطا جزائيا مترتبا على إيقاع الطلاق في ذاته وعقابا على استعماله، كما أن الشريعة الإسلامية لا تعرف حدا أدنى لها.

وحيث إن المادة ٨٨ مكررا من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ تنص على أن «الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها، ولا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط».

وحيث إن النعي بمخالفة النص سالف البيان 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 ١٠٠ لسنة ٨٨٥ - مؤداه أنه لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطيعة في ثبوتها ودلالاتها، فهذه الأحكام وحدها هي التي لا يجوز الاجتهاد فيها، وهي تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلا أو تبديلا، ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعا 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، وذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إطارها العام وركائزها الثابتة التي تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإهدارا لما علم من

الدين بالضرورة. وعلى خلاف هذا، الأحكام الظنية سواء في ثبوتها أو دلالتها أو فيهما معا، وذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ولا تمتد إلى سواها. وهى تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعا، ولابد أن يكون هذا الاجتهاد واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة الإسلامية بما لا يجاوزها، مقيما الأحكام العملية بالاعتماد في استنباطها على الأدلة الشرعية، متوخيا من خلالها تحقيق المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من صون الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن ما نعاه المدعى من مخالفة النص المطعون عليه لأحكام الشريعة الإسلامية مردود بأن أصل تشريع المتعة هو النصوص القرآنية التي تعددت مواضعها، منها قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ التي نحا الشافعى فى أحد قوليه وكذلك الظاهرية إلى وجوبها، وأيدهم فى ذلك آخرون باعتبار أن ﴿حَقًّا﴾ صفة لقوله تعالى ﴿مَتَعٌ﴾ وذلك أدخل لتوكيد الأمر بها، هذا بالإضافة إلى أن عموم خطابها مؤداه عدم جواز تخصيص حكمها بغير دليل، وسريانها على كل مطلقة كان طلاقها قبل الدخول بها أم بعده، فرض لها مطلقها مهرا أم كان غير مفروض لها. وجماهير الفقهاء على استحبابها بمقولة افتقارها إلى أمر صريح بها كذلك فإن تقرير المتعة وجوبا أظهر فى آية أخرى إذ يقول تعالى فى المطلقة غير المفروض لها مهر ولا مدخول بها ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ بمعنى أعطوهن شيئا يكون متاعا لهن والأمر بالإمتاع فيها ظاهر، وإضافة الإمتاع إليهن تمليكا عند من يقولون بوجوبها - لا شبهة فيه، وانصرافها إلى المتقين والمحسنين لا يدل على تعلقها بهم دون سواهم، بل هو توكيد لا يجابها باعتبار أن الناس جميعها ملزمون بالامتثال إلى أمر الله تعالى وعدم الانزلاق فى معاصيه وحيث إن البين من

استقراء أقوال الفقهاء فى شأن دلالة النصوص القرآنية الواردة فى شأن «المتعة» أنهم مختلفون فى نطاق تطبيقها من ناحية، وفى وجوبها أو استحبابها من ناحية أخرى، وما ذلك إلا لأن هذه النصوص ظنية فى دلالتها، غير مقطوع بمراد الله تعالى منها، وجاز لولى الأمر بالتالى الاجتهاد فيها تنظيمًا لأحكامها بنص تشريعى يقرر أصل الحق فيها، ويفصل شروط استحقاقها بما يوجب تطبيقها، ويقيم بنائها على كلمة سواء ترفع نواحى الخلاف فيها ولا تعارض الشريعة فى أصولها الثابتة أو مبادئها الكلية.

وحيث إن النص التشريعى المطعون فيه شرط لاستحقاق المتعة شرطين:
(أولهما): أن تكون المرأة التى طلقها زوجها مدخولا بها فى زواج صحيح،
(وثانيهما): ألا يكون الطلاق برضاها أو من جهتها، وهما شرطان لا ينفيان الشريعة الإسلامية سواء فى ركائزها أو مقاصدها، وذلك أن تشريع المتعة يتوخى جبر خاطر المطلقة تطيبها لنفسها ولمواجهة إحاشها بالطلاق، ولأن مواساتها من المروءة التى تتطلبها الشريعة الإسلامية، والتى دل العمل على تراخيها لاسيما بين زوجين انقطع حب المودة بينهما، ولا كذلك المرأة التى تختار الطلاق أو تسعى إليه، كالمختلعة والمبارئة، أو التى يكون الطلاق من قبلها بما يدل على أنه ناجم عن إساءتها، أو عائد إلى ظلمها وسوء تصرفها، إذ لا يتصور - وقد تقرر المتعة إزاء عمل الطلاق - أن يكون امتاعها - فى طلاق تم برضاها أو وقع بسبب من قبلها - تطيبا لخاطرها، ولا أن يصلها مطلقها بمعونة مالية تزيد على نفقة العدة تخفيفا لآلامها الناجمة عن الفراق، وما قرره المدعى من أن المتعة لا تستحق إلا للمرأة غير المدخول بها قبل طلاقها، مردود بأن الله تعالى ناط بعبادته المتقين الذين يلتزمون بالتعاليم التى فرضها صونا لأنفسهم عن مخالفتها، بأن يقدموا لكل مطلقة متاعا يتمحض معروفا بما مؤداه استحقاقها الإمتاع، ولو كان ذلك بعد الدخول بها كذلك فإن أمهات المؤمنين المدخول بهن هن اللاتى عنتهن الآية الكريمة التى يقول فيها سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلُوبًا لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

وحيث إنه بالنسبة لما قرره النص التشريعي المطعون عليه من أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وعلى ضوء ظروف الطلاق ومدة الزوجية، فقد جاء النص مسئلتهما في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ﴾ ومستبعدا بذلك الآراء التي تقيسها على المهر وتراعى فيها حال الزوجة بالتالي، ومقرا حدا أدنى لها في إطار التكافل الاجتماعي لضمان ألا يقل ما يعود على المرأة منها عما قدره ولى الأمر لازما لتمتعها بعد طلاقها دون رضاها، ومن غير جهتها، ذلك أن غربتها بالطلاق تؤلمها وتمزق سكينتها، وقد تعرضها لمخاطر تفوق طاقة احتمالها. وغالبا ما يقترن طلاقها بالتناحر والتباغض وانقطاع المودة، فحق ألا يكون أدناها متناهيا في ضالته صونا للحكمة من تشريعها لاسيما أن من الفقهاء من حدد حدا أدنى يجرى فيها، ومنهم من حدد أرفعها وأوسطها، وليس في النصوص القرآنية ما يفيد أن الله تعالى قد قدرها أو حددها، بما مؤداه جواز تنظيمها بما يحقق للناس مصالحهم المعتبرة شرعا. ولئن كان النص التشريعي المطعون عليه لا يورد حدا أقصى لتلك المعونة المالية التي يقدمها الرجل لمن طلقها، إلا أن ذلك أدخل إلى الملاءمة التي لا تمتد إليها الرقابة الدستورية، ولا يجوز أن تخوض فيها، لاسيما أن من الفقهاء من يقول بأنه ليس للمتعة عندهم حد معروف لا في قليلها وكثيرها، كذلك فإن أمر تقديرها فيما يجاوز حدها الأدنى موكل إلى المحكمة المختصة تجيل فيه بصرها معتمدة في تحديد مبلغها على أسس موضوعية لا تفرضها تحكما أو إعناتا، من بينها أن يكون هذا التحديد دائرا من حال مطلقها يسرا وعسرا، إذ هي متاع تقرر معروفا ولمصلحة لها اعتبارها، والمتقون الممتثلون لله تعالى الطامعون في مرضاته مدعوون إليها، بل ومطالبون بها، باعتبارها أكفل للمودة، وأدعى لنبذ الشقاق وإقامة العلائق البشرية على أساس من الحق والعدل، كذلك فإن اعتداد النص التشريعي بمدة الزوجية في مجال تقدير المتعة الواجبة، لا يتوخى فرض قيود غير مبررة على الحق في الطلاق، وإنما قصد المشرع - بإضافة هذين العنصرين إلى حال المطلق يسرا وعسرا - أن تكون المعونة المالية التي تتبلور المتعة في مبلغها،

واقعية قدر الإمكان بما لا إفراط فيه أو تفريط، وهو ما يدخل فى نطاق السلطة التقديرية التى يملكها المشرع فى مجال تنظيم الحقوق بما لا يناقض أحكام الدستور أو يخل بضوابطه.

فلهذه الأسباب

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

رئيس المحكمة

أمين السر

شروط استحقاق المتعة:

يشترط لاستحقاق المتعة توافر الشروط الآتية:

٢١١- الشرط الأول: أن تكون الزوجة مدخولا بها فى زواج صحيح:

فالمتعة لا تجب إلا لزوجة، فإذا كانت المرأة غير معقود عليها وفسخت خطبتها دون رضاها ولا بسبب من قبلها لا تستحق المتعة.

ويجب أن تكون الزوجية بناء على عقد زواج صحيح، فإذا كان عقد زواج المرأة باطلا، أو فاسدا، ثم طلقت فلا تجب لها المتعة، ومثال ذلك أن يكون الزوجان أو أحدهما مجنوناً أو معتوها وباشر عقد الزواج بنفسه، أو كان الزواج بإحدى المحارم، سواء كان الزوجان عالمين بالتحريم أم لا.

وفى هذا قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ٢٩ / ١١ / ١٨٨٦ فى

الدعوى رقم ٣٦٠ لسنة ١٨٨٥ كلى نفس بأن:

«.... يشترط لاستحقاق المتعة أن يقوم الزوج بطلاق زوجته بإرادته المتقدمة.. وأن يكون الدخول فى عقد زواج صحيح فلا تستحق غير المدخول بها، والمدخول بها فى عقد فاسد المتعة إن وقع الطلاق بدون رضاها وبلا سبب من قبلها».

والمقصود بالدخول، الدخول الحقيقى، فلا تقوم الخلوة الصحيحة مقام الدخول الحقيقى فى استحقاق المتعة، لأن الخلوة الصحيحة فى المذهب الشافعى - المصدر التشريعى لأحكام المتعة - لا تتساوى مع الدخول فى تأكيد المهر^(١).

(١) مختصر المبنى طبعة دار المعرفة بيروت ص ٨٢ وما بعدها - ومن هذا رأى =

ولم يتناول النص استحقاق المتعة في الطلاق قبل الدخول، فيكون قد ترك حكم ذلك للمنصوص عليه في المذهب الحنفي، وقد أشرنا إليه فيما تقدم.

٢١٢- الشرط الثاني: أن يطلق الرجل الزوجة:

يجب لاستحقاق المتعة أن يكون الزوج قد طلق زوجته.

وقد ذهب رأى في المذهب الشافعي - المصدر التشريعي لأحكام المتعة - أن المتعة تجب في الطلاق الرجعي وتكرر بتكرره^(١). وعلى ذلك تكون المتعة واجبة في الطلاق، سواء كان رجعيًا أو بائنًا.

وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض، إذ ذهبت إلى أن:

١- «ولما كان استحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة لا عبرة فيه ببقاء الملك وعدم زوال الحل خلال العدة من الطلاق الرجعي لأن ذلك إنما تتعلق به حقوق وأحكام خاصة وليس منها متعة الزوجة وإنما العبرة في استحقاقها هي بالطلاق ذاته - أيًا كان نوعه - باعتباره الواقعة القانونية المنشئة للالتزام الزوج بها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على قوله أنه: «وقد ثبت من الأوراق أن المستأنف (المطعون عليه) قد طلق المستأنف عليها بإشهاد رسمي بتاريخ ٥/٤/ ١٩٧٩. ولما كان القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الموجب للمتعة قد نشر بالجريدة الرسمية في ٢١/٦/ ١٩٧٩ وعمل به اعتبارًا من اليوم التالي لنشره ومن ثم فإن الواقعة المنشئة للالتزام بنفقة المتعة وهي واقعة الطلاق قد وقعت قبل صدور القانون المشار إليه، وكان هذا القانون ليس ذا أثر رجعي ومن ثم لا ينطبق على واقعة الدعوى الماثلة وإذ خالف الحكم المستأنف هذا النظر وقضى بنفقة المتعة فإنه يكون قد خالف صحيح القانون متعينًا القضاء بإلغائه ورفض الدعوى» فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقًا صحيحًا ويكون النعي على غير أساس».

= أحمد نصر الجندي في الأحوال الشخصية ص ٢٢٦، وعكس ذلك عبد الناصر العطار ص ١٠٠ إذ يرى أن الطلاق بعد الخلوة يأخذ حكم الطلاق بعد الدخول لأنه حيث لا يوجد نص في القانون يعمل بالراجع في المذهب الحنفي وهو يسوى بين الاثنين في تأكيد المهر.

(١) الدكتور أحمد الغندور الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ص ٧٥.

أما إذا ماتت الزوجة فلا متعة لها تورث عنها، لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه فلم تجب لها متعة.

(طعن رقم 26 لسنة 54 ق «أحوال شخصية» جلسة 1885/1/29)

٢- «الواقعة المنشئة للالتزام الزوجة بالمتعة، الطلاق أيا كان نوعه».

(طعن رقم 287 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/12/23)⁽¹⁾

(أنظر أيضا البند التالي)

٢١٣- هل تجب المتعة بالطلاق الذي يوقعه القاضي؟

المقرر شرعا أن الطلاق حق الرجل، ويستقل بإيقاعه بإرادته المنفردة، أما إذا طلبت الزوجة من القاضي التطلاق، في حالات الضرر الذي يقع عليها من زوجها والذي يبرر لها التطلاق، وأصدر القاضي حكمه بالتطلاق، فإن الحنفية يرون أن قضاء القاضي بالتطلاق يضاف إلى الزوج فكأن الزوج هو الذي أوقع الطلاق بنفسه، ومن ثم فإن المطلقة تستحق المتعة إذا طلقت بحكم من القاضي، لأن لجوء الزوجة إلى القاضي لتطبيقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطلاق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر فيه الرضا بالطلاق.

ومن أمثلة ذلك، أن يقضى للزوجة بالتطبيق للضرر (م ٦ مرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩) أو للزواج بأخرى (م ١١ مكررا من المرسوم بقانون) أو لغياب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول (م ١٢ من المرسوم بقانون) أو لحبس الزوج المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية م ١٤ من المرسوم بقانون) أو لإعساره (مادتان ٤، ٥ من القانون ٥٥ لسنة ١٩٠٠) أو للعيب المستحكم (م ٩ من القانون ٥٥ لسنة ١٩٠٠).

(1) عكس ذلك: (طعن رقم ١٢٤، ١٢٦ لسنة ٦٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٤/٣/١٠٠١

وقد جاء بالحكم:

«الطلاق الرجعي. أثره. إنقاص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته عدم زوال حقوق الزوج إلا بانقضاء العدة. فرض المتعة. أساسه الطلاق البائن الذي يزيل الملك ويرفع الحل».

وبالترتيب على ذلك قضى بأن :

١- «والنعى فى وجهه الثالث غير سديد ذلك أن المشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه. فإذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فإن فعله هذا - وعلى مذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى معه فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه. ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ٨٨ مكرراً من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة «إذا طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه سواء استعمل حقه هذا بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى.

لما كان ذلك وكان لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر واستخلص سائغاً من الحكم بتطليق المطعون ضدها على الطاعن أن طلاقها وقع دون رضاها وليس بسبب من قبلها فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون».

(نقض طعن رقم ٥٥ لسنة ٥٤ ق «أحوال شخصية» - جلسة

(1987/5/26)

٢- «المتعة. استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك».

(طعن رقم 177 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/3/24)

(طعن رقم 231 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/12/15)

٣- «قضاء الحكم المطعون فيه باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على سند من الحكم الصادر بتطليقها على الطاعن للضرر - وهى دعامة كافية لحمل قضائه - النعى على بينة المطعون ضدها - أيا كان وجه الرأى فيه - غير منتج».

(طعن رقم 118 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/28)

٥- «المتعة. استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك. لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها. لا يتوافر به الرضا بالطلاق. علة ذلك».

(طعن رقم 6 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/3/10)

٥- «المتعة استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك».

(طعن رقم 39 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/27)

(طعن رقم 44 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/1/28)

(طعن رقم 226 لسنة 55ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/5/26)

٦- «المتعة استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك. لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها. لا يتوافر به الرضا بالطلاق. علة ذلك».

(طعن رقم 235 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1998/2/24)

(طعن رقم 62 لسنة 64ق - أحوال شخصية - جلسة 1998/6/22)

(طعن رقم 287 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/12/22)

٧- «المتعة. استحقاق المطلقة لها سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضى نيابة عنه. علة ذلك. لجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة لا يتوافر به الرضا بالطلاق. علة ذلك».

(طعن رقم 300 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/6/21)

٨- «المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن المشرع الإسلامى وإن قصر فى الأصل حق إيقاع الطلاق على الزوج، إلا أنه إذا قضى القاضى بالتطليق فى الأحوال التى يجوز فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها، فإن فعله - وعلى مذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج فكأنما طلقها بنفسه مما يستوى فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو القاضى نيابة عنه، ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ٨٨ مكررا من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ باستحقاق الزوجة المتعة من

عبارة «إذا طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك للزوج وحده سواء استعمل حقه بنفسه أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى، ومن ثم فإن لجوء الزوجة إلى القاضى لتطبيقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطبيق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى إلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى المتعة استناداً إلى أن الطاعنة لا تستحق المتعة لوقوع الطلاق بحكم القاضى فى دعوى التطبيق التى أقامتها على المطعون ضده بما يعنى رضاها بالطلاق وينتفى معه شرط استحقاقها للمتعة، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال».

(طعن رقم 579 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/6/24)

٩- «وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه لما كان النص فى المادة ٨٨ مكرر من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ على أن «للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية....» ومفاده أنه يتعين الحكم بالمتعة أن يكون الطلاق بعد الدخول بغير رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها - وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه يجوز للزوجة أن تلجأ إلى القاضى لتطبيقها على زوجها إذا أصيب - الزوج - بمرض يمنعه من الاتصال بزوجه بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد وسواء كان ذلك المرض قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، وكان لجوء الزوجة إلى القاضى لتطبيقها على زوجها بسبب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطبيق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق أو أنه بسبب من جانبها، كما أن أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد فى الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط، ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة فى اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها أو إلى عدم فهم العناصر الواقعية التى ثبتت لديها أو

استخلاص الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم الابتدائي الصادر بفرض متعة على المطعون ضده ورفض الدعوى على الطلاق بسبب من الطاعة إذ اتهمت المطعون ضده بالعجز الجنسي وذلك فى دعوى التطليق التى أقامتها ضده رغم قدرته على الإنجاب من الطاعة ولد وبنت فليس أمامه إلا أن يقوم بتطليقها فى حين أن إنجاب المطعون ضده من الطاعة فى فترة معينة لا يكون بذاته حاسماً فى نفي ما تدعيه من ضرر قد يلحق بها من جراء إصابته بمرض يعجزه جنسياً فى وقت لاحق ويجوز لها أن تلجأ إلى القاضى لتطليقها، فإنه يكون معيباً بالفساد فى الاستدلال جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون، يوجب نقضه بدون حاجة لحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 344 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2008/11/25)

١- «وحيث إنه عن موضوع الاستئناف رقم ٢١ لسنة ٩٦ ق أحوال شخصية قنا «أسوان» مبنى على أسبابه فمردود بأن المشرع الإسلامى جعل للرجل أن يوقع الطلاق ويستقل بإيقاعه فإذا تدخل القاضى فى الأحوال التى يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها فإن فعله هذا وعلى مذهب الحنفية يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوى فى شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضى نيابة عنه ولا يغير من ذلك ما ورد فى نص المادة ٨٨ مكرراً من القانون ٩١٢٩/٥٥ باستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة «إذا طلقها زوجها» لأن هذه العبارة مقررة للوضع الشرعى من أن الطلاق ملك الزوج وحده دون سواه سواء استعمل حقه أو لمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضى ولجوء الزوجة إلى القاضى لتطليقها على زوجها بسبب إضراره بها وثبوت هذا الضرر فيه إكراه لها على طلب الطلاق لتدفع الضرر عنها بما لا يتوافر فيه الرضا بالطلاق مما تتوافر معه شرائط استحقاقها للمتعة، وإذ اعتنق الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى للمستأنفة بالمتعة فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون الأمر الذى يتعين معه رفض الاستئناف».

(استئناف قنا «مأمورية أسوان» - جلسة 1888/6/26 - الدعوى رقم 31

لسنة 6 ق أحوال شخصية نفس).

١١- «المقرر وفقا لما يجرى به حكم المادة ٨٨ مكررا من ق ٤٤ لسنة ١٩٧٩...» وحيث إنه لما كان ما تقدم وبالبناء عليه وكان الثابت من أوراق الدعوى وما قدم بها من مستندات أن المدعى عليه كان زوجا للمدعية بصحيح العقد الشرعى ثم طلقت منه بمقتضى الحكم الصادر فى الدعوى ٧٠٠ لسنة ٨٨٥ أحوال شخصية نفس كلى شبين الكوم لزوجاه بأخرى ومن ثم فإنها تأخذ من ذلك الحكم قرينة على وقوع الطلاق دون رضاها وبسبب ليس من قبلها إذ أن سبب ذلك هو اقتران المدعى عليه بغيرها الأمر الذى ترى معه المحكمة أن الدعوى قد صادفت صحيح الواقع والتزمت حكم القانون وتكون الطلبات المطروحة تبعا لذلك جديرة بالقبول وهو ما تقضى به المحكمة».

(شبين الكوم الابتدائية - جلسة 1986/11/29 - الدعوى رقم 310 لسنة 1986)^(١).

ويأخذ حكم تطليق القاضى، الفرقة التى ليست بطلاق إذا كان بسبب من جهة أجنى، كالرضاع بمعنى أن يثبت بشهادة غير الزوجة أنها محرمة على الزوج بسبب الرضاع، أو بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردة واللعان، لأنها

(1) وقد ذهبت محكمة النقض قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٠ فى صدد التطليق فى الحالات التى وجب فيها بعث حكمين إلى أن:

١- «مفاد نص المادة العاشرة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ أن التطليق فى الحالات التى يجب فيها بعث حكمين لا يكون ببطل إلا إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة أو كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين، ولا محل لإلزام الزوج ببطل إذا كانت الإساءة كلها من جانبه، إذ أن التطليق فى هذه الحالة لا يمس حقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو التطليق، فلها أن تطالب بهذه الحقوق ومنها المتعة بدعوى مستقلة».

(طعن رقم 226 لسنة 55 قى - أحوال شخصية جلسة 1997/5/26)

٢- «التطليق بدون بدل لا يدل بذاته على أن التطليق كان برضاء الزوجة أو بسبب من قبلها لما كان ذلك وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى رفض دعوى المتعة على سند من أنه قضى بتطليق الطاعنة من المطعون ضده بدون بدل مما يعد رضاء منها بالتطليق وتتنفى معه شروط استحقاقها للمتعة، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما جره إلى الفساد فى الاستدلال».

(طعن رقم 226 لسنة 55 قى - أحوال شخصية - جلسة 1997/5/26)

فرقة حصلت من جهته فأشبهت الطلاق. وهذا هو المنصوص عليه فى المذهب الشافعى الجديد^(١).

٢١٤- الشرط الثالث: أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة:

يشترط لاستحقاق المتعة أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة، لأن الزوجة التى تختار الطلاق تكون غير نادمة عليه، ولا وحشة لديها من الفراق، كما أنها تضحى غير جديرة بمعونة الزوج لها، ومن ثم فلا تجب لها المتعة. ورضا الزوجة بالطلاق يكون صراحة أو ضمنا.

والرضا الصريح يكون بإظهار الزوجة له صراحة، أو باتفاقها مع الزوج على الطلاق.

والرضا الضمنى يتحقق بأى قول أو فعل يصدر من الزوجة ويدل على رضاها بالطلاق، وتستخلص المحكمة هذا الرضا من ظروف الطلاق وملابساته، ويخضع لتقدير قاضى الموضوع.

وتعتبر الزوجة راضية بالطلاق، إذا كانت العصمة بيدها وأوقعت الطلاق، أو خالعت زوجها، أو طلقت منه على مال، أو طلقت منه على الإبراء.

وحضور الزوجة مجلس الطلاق مجرد قرينة على رضاها بالطلاق وفى الوجه المقابل يعتبر طلاق المرأة غيايبا قرينة على وقوع الطلاق بغير رضاها. وهذه القرينة وحدها كافيا لإثبات وقوع الطلاق برضاء المرأة فى الحالة الأولى وبعدم رضاها فى الحالة الثانية غير أنها قرينة قابلة لإثبات العكس.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «إن الحكم المطعون فيه قد حصل فهم الواقع فى الدعوى تحصيلًا صحيحًا ثم أنزل عليه حكم المادة ٨٨ مكررا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الذى أعطى الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح. إذا طلقها زوجها دون

(١) الدكتور محمد بلتاجى ص ١٦٠ - وعكس ذلك عبد الناصر العطار ص ١٢٠ إذ يرى أن النص صريح فى أن المتعة تستحق للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها لا من حكم بطلاقها أو بفرقتها.

رضائها ولا بسبب من قبلها - الحق في المتعة فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 51 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1000/4/17)

٢- «ترك الزوجة مسكن الزوجية. لا أثر له في استحقاق المتعة علة ذلك. لا يفيد رضائها بالطلاق أو أنه كان بسبب من جانبها الاستثناء أن يكون الترك هو السبب المباشر في فسخ عرى الزوجية. المنازعة في ذلك جدل موضوعي في تقدير المحكمة لأدلة الدعوى. عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 322 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/22)

٣- «المتعة. شروط استحقاقها. طلاق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح دون رضاها ولا بسبب من قبلها. تقديرها بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية».

(طعن رقم 335 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/7/13)

٤- «إذ كانت محكمة أول درجة قد قضت برفض دعوى الطاعنة استناداً إلى أقوال الشهود برضاء الأخيرة بالطلاق في حين أن الطلاق تم غيابياً من جانب المطعون ضده، وإذ تمسكت الطاعنة بأن أقوال الشهود جاءت مجاملة للمطلق لوجود صلات خاصة بينهم وبينه وطلبت على وجه الجزم إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذا الدفاع دون إبداء أسباب لذلك رغم أنه دفاع جوهري - لو صح - يتغير به وجه الرأي في الدعوى خاصة وأن الطلاق غيابي وتم بعد خلاف شديد بين الزوجين بما يعيب الحكم».

(طعن رقم ٤١١ لسنة ٧٥ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٠١٢/٤/١٠)

٥- «إذ كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى المقامة من الطاعنة على سند أنها عجزت عن إثبات أن طلاق المطعون ضده لها لم يكن برضاها ولا بسبب من قبلها بعد أن أقر الحاضر عنها بجلسة ٢٩/٢/٥٥٥٥ بعدم وجود شهود لديها رغم أن الثابت بالأوراق أن المحامي المنسوب حضوره هذه الجلسة نيابة عن الطاعنة قد توفى بتاريخ ٥/٧/٤٠٠٤ أى قبل الجلسة بحوالى تسعة أشهر من ثم لا ينسب لها قبول نقل عبء الإثبات أو

العجز عن إثبات أن الطلاق لم يكن برضاها ولا بسبب من جانبها الأمر الذى تكون معه دلالة القرينة المستمدة من الطلاق الغيابى قائمة وكافية وحدها لإثبات دعوى الطاعة طالما لم يقدم المطعون ضده أمام محكمة الموضوع ما يدحض تلك القرينة ومن ثم فإن قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى على سند من عجز الطاعة رغم تمسكها بقرينة الطلاق الغيابى فإنه يكون معيباً.

(طعن رقم 693 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/6/12)

ومن أمثلة الطلاق الذى يكون بسبب من قبل الزوجة ما يأتى.

- ١- اعوجاج سلوك الزوجة وسوء خلقها مما ألجأ الزوج إلى طلاقها.
- ٢- أن تكون الفرقة التى ليست بطلاق، من جهة الزوجة كالردة أو إباء الإسلام.

ولا يعتبر مجرد ترك الزوجة منزل الزوجية بذاته دليلاً على رضاها بالطلاق، أو على أن الطلاق بسبب من جانبها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

- ١- «مجرد ترك الزوجة منزل الزوجية لا يؤثر فى استحقاق المتعة إذ لا يفيد رضاها بالطلاق كما لا يدل على أنه كان بسبب من جانبها إلا إذا كان هذا الترك هو السبب المباشر الذى أدى إلى فسخ عرى الزوجية وهو ما تستقل بتقديره محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية ولا رقابة عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها معينها من الأوراق».

(طعن رقم 354 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/6/23)

- ٢- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن الدفاع الذى تلتزم محكمة الموضوع بتحقيقه أو الرد عليه هو الدفاع الجوهري المنتج فى الدعوى وإذا كان ما ذكره الطاعن بسبب النعى من أن المطعون ضدها هى التى تركت منزل الزوجية غير مؤثر فى طلب المتعة الذى يقوم على تطليق الزوج زوجته بدون رضاها ولا بسبب من قبلها، فلا على المحكمة إن هى التفتت عن هذا الدفاع، ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس».

(طعن رقم 55 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 1888/2/23)

ولا يحول دون استحقاق المتعة ادعاء المرأة عند زواجها بأنها بكر رغم أنها ليست كذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الزواج الصحيح شرطه أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها وأن يحضر زواجهما شاهدان وسبق عقد قرانها على آخر أو عدم بكارتها، وإن ثبت لا أثر له في محليتها لزواجها ولا يحرّمها عليه ولا يبطل عقد زواجهما وعلة ذلك أنه ليس للزوج خيار الفسخ إذا وجد في امرأته عيباً لأنه يقدر أن يدفع الضرر عن نفسه بالطلاق. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعنة على ما أورده بأسبابه أن الطاعنة أدخلت الغش على المطعون ضده بادعائها في وثيقة زواجها منه أنها بكر لا يصلح سبباً لرفض دعوى المتعة».

(طعن رقم 629 لسنة 69ق «أحوال شخصية» جلسة 2999/11/14)

٥١٥- الشرط الرابع: ألا يكون الطلاق بسبب من قبل الزوجة:

يشترط لاستحقاق المتعة ألا يكون الطلاق بسبب من قبل الزوجة، ذلك أن الزوجة التي تسببت في وقوع الطعن لا تكون نادمة عليه فلا تلحقها منه وحشة، كما أن غير جديرة بمعونة الزوج لها، فلا تستحق المتعة.

٢١٦- إثبات حصول الطلاق دون رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها:

أوضحنا سلفاً أن ضمن شروط استحقاق المتعة حصول الطلاق دون رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها، ومن ثم فإنه يقع على عاتق المطلقة عبء إثبات توافر هذين الشرطين باعتبارها مدعية في دعوى المتعة.

ويجوز لها إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات الشرعية بما فيها البينة والقرائن. ونصاب البينة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

ويخضع تقدير توافر هذين الشرطين للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وترتيباً على ما تقدم قضى بأن:

١- «إذا كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير أدلة الدعوى

والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تقتنع به مادامت تقيم حكمها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، وكان الحكم المطعون فيه بعد أن عرض للمستندات التي قدمها الطرفان وأقوال شهودهما قد أقام قضاءه بفرض متعة للمطعون عليها على ما استخلصه من أقوال شاهديها من أن طلاقها تم بدون رضاها ولا بسبب من قبلها وهو استخلاص موضوعي سائغ مما له أصله الثابت في الأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، فإنه لا يعيبه بعد ذلك إن هو أ طرح ما قد يكون لمستندات الطاعن من دلالة مخالفة مادام في قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها الرد الضمني المسقط لها».

(نقض طعن رقم 58 لسنة 55 «أحوال شخصية» جلسة 1886/12/23)

٢- «مفاد نص المادة ٨٨ مكررا من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن المشرع اشترط للحكم بالمتعة المطلقة أن تثبت أن الطلاق وقع دون رضاها وبغير سبب من قبلها. وعملا بنص المادة ٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وفقا لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة فإن إثبات ذلك بالبينة الشرعية يتحقق بشهادة رجل أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم 744 لسنة 67 «أحوال شخصية» جلسة 1998/12/28)

٣- المتعة. استحقاق الزوجة المدخول بها في زواج صحيح لها. تقديرها بنفقة سنتين على الأقل وفقا لحال المطلق يسرا أو عسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية. م ٨٨ مكررا من م. بق ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بق ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. البينة فيها. شهادة أصلية من رجلين عدلين أو من رجل وامرأتين عدول.

(طعن رقم 120 لسنة 55 «أحوال شخصية» جلسة 2001/2/26)

٤- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك بأن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة ٨٨ مكرر من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ «أن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وفقا لحال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية وأن من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقرير أدلتها ومنها أقوال الشهود إلا أن ذلك مشروط

بأن يكون تحصيلها متفقاً مع الثابت في الأوراق وألا تخرج بأقوال الشهود عما يؤدي إليه مدلولها. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن شاهدي المطعون ضدها قد شهدا بأن الطاعن طلقها بدون رضاها أو علمها ولا يعلمان سبب الطلاق - وانقضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائي بفرض متعة للمطعون ضدها على الطاعن على سند من اطمئنانه لأقوال شاهديها من أنه طلقها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق وخرج بأقوال الشهود عما يؤدي إليه مدلولها - ولا يغير من ذلك ما أورده بأسبابه من أن الطاعن لم يتمكن من إثبات أن الطلاق كان بسبب المطعون ضدها - ذلك بأن من المقرر أن المدعى هو الملمزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء كان مدع أصلاً في الدعوى أو مدعى عليه فيها - فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

وحيث إن موضوع الاستئناف رقم ٧ لسنة ٨٨ قنا - مأمورية الأقصر - صالح للفصل فيه - ولما تقدم - وكان الثابت من الأوراق المستأنف عليها - عجزت عن إثبات توافر شروط استحقاقها للمتعة وإذ قضى لها الحكم المستأنف بالمتعة فقد جانبه الصواب متعيناً معه القضاء بإلغائه وبرفض الدعوى».

(طعن رقم 325 لسنة 69 ق «أحوال شخصية» جلسة 2888/1/8)

«وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن النص في المادة ٨٨ مكرر من القانون رقم ٥٥ لسنة ٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٥ على أن «للزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية» مفاده أن يتعين للحكم بالمتعة أن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها وأن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع إلا أن هذا مشروط بأن يكون استخلاصاً سائغاً لا يتجافى مع مدلول أقوالهم. لما كان ذلك، وكان شاهدي الطاعنة قد شهدا بأن المطعون ضده قد طلق الطاعنة غيائياً دون رضاها وإن كان الأول قد قرر بعدم علمه بتفاصيل الخلافات إلا أنه شهد أن الطلاق لا يرجع إليها وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما أورده بأسبابه

من أن المحكمة تستبعد أقوال الشاهد الأول لخلوها مما يكشف عن سبب الطلاق فإنه يكون قد خرج - بحق - بتلك الأقوال التي اتخذها عمده لقضائه عما يؤدي إليه مدلولها وكانت شروط استحقاق الطاعة للمتعة قد توافرت على نحو ما سلف بيانه فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى يكون معيبا بالفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن».

(طعن رقم 886 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/12/8)

٥- «وحيث إنه عما نعه المستأنف بالسبب الثاني فهو صحيح ذلك أنه لما كان من المقرر أن لمحكمة الاستئناف أن تعتمد على التحقيق الذي أجرته محكمة الدرجة الأولى إذا رأت أنه حقق الغاية منه، وأن فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها وذلك دون أن تلتزم بإجراء تحقيق جديد، ولها في هذا الخصوص أن تذهب في تقدير أقوال الشهود مذهباً مخالفاً لتقدير محكمة أول درجة، ولا يكون عليها في هذا الحال أن تبين الأسباب الداعية لذلك - وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما اطمأنت إليه ولو كان مخالفاً لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التي سمعته، وإذ كان ذلك وكانت المحكمة تطمئن إلى أقوال شاهدي المستأنف الذين سمعته محكمة الدرجة الأولى وتستخلص منها أن الطلاق كان بسبب المستأنف ضدها ورغبتها في الانفصال عن المستأنف، هذا فضلاً عن أن شاهديها قد قررا أنهما لا يعرفان سبباً للطلاق - الأمر الذي يتخلف معه استحقاقها للمتعة المنصوص عليها في المادة ٨٨ مكرراً من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥»^(١).

(استئناف قنا - الدعوى رقم 145 لسنة 5 ق «أحوال شخصية» -

جلسة 1987/12/24)

(١) وقد قضى بأن:

«عدم استئناف الطاعن الحكم بفرض متعة للمطعون ضده ومعارضته في الحكم الاستئنافي. حيازة حكم محكمة أول درجة حجية الشيء المقضي به في شأن موجب استحقاق المتعة. النعى على الحكم المطعون فيه في هذا الشأن أياً كان وجه الرأي فيه غير منتج».

(نقض طعن رقم 71 لسنة 57 ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/1/21)

١٦م - وقوع الطلاق غيابيا قرينة على أن الطلاق وقع دون رضا الزوجة

ولا بسبب من قبلها :

ذهبت محكمة النقض إلى أن وقوع الطلاق غيابيا قرينة على أن الطلاق وقع دون رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها، ما لم يقر الزوج الدليل على عكس ذلك^(١).

إذ قضت بأن :

١- «وحيث إن النعى في محله ذلك أنه - من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ في معرض الإثبات بالقرائن إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التي عولت عليها تؤدي إلى ما انتهت إليه، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمطعون عليها كان بسبب من قبلها وقدم للتدليل على ذلك مستندات منها شهادة صادرة من قيادة شرطة التحقيقات الجنائية بدولة قطر تفيد إبعادها من هذه الدولة لأسباب تتعلق بالأمن العام وإذ لم تحقق محكمة الاستئناف دفاع الطاعن ولم تعرض لمستنداته المقدمة ودلالاتها عليها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابيا وهو ما لا يكفي وحده لحمل قضائها مما يعيب الحكم المطعون عليه بالقصور ويتعين نقضه».

(طعن رقم 4 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 1887/12/29)

(١) والمذهب الشافعي لا يشترط لوجوب المتعة ألا يكون الطلاق برضا الزوجة، ولذلك فالمتعة فيه تستحق للزوجة المختلة والمملكة استنادا إلى أن الزوج ملكها الطلاق فكأن الطلاق وقع منه (الأم - المجلد ٤ - الجزء ٧ - ص ٢٥٥).

والمذهب المالكي هو الذي يوجب لاستحقاق المتعة ألا يكون الطلاق برضا الزوجة، وهذا المذهب لا يوجب المتعة للمطلقة المدخول بها وإنما يرى أنها مستحبة أو واجبة ديانة فقط.

فقد جاء بالمدونة الكبرى جـ 5 ص 14 ما يأتي:

«ورأى أهل العلم في المفتدية والمصالحة والمبارئة حين لم يطلقها إلا على أنها أعطته شيئا أو أبرته فكأنها اشترت منه الطلاق وخرجت منه بالذى أعطته فلا يكون عليه لها المتاع لأنها ها هنا تعطيه وتغرم له فكيف ترجع فتأخذ منه».

٢- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان لا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ في معرض الإثبات بالقرائن إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التي عولت عليها تؤدي إلى ما انتهت إليه وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك وإذ لم تحقق محكمة الاستئناف هذا الدفاع أقامت قضاءها باستحقاق المطعون ضدها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابيا وهو لا يكفي وحده لحمل قضائها مما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم 51 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1000/4/17)

٣- «القضاء بفرض متعة للمطعون ضدها على ما استخلصه الحكم من أن الطاعن طلقها غيابيا قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون رضاها ولا بسبب من قبلها. إقامة الطاعنة الدليل على عكس ما استخلص الحكم. سائع».

(طعن رقم 99 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/15)

٤- «وقوع الطلاق غيابيا. مؤداه. أنه لم يكن برضا الزوجة ولا بسبب من قبلها ما لم يقر الدليل على خلاف ذلك».

(طعن رقم 120 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/12/13)

٥- «وحيث إن هذا النعى سديد ذلك بأن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن إيقاع الزوج الطلاق غيابيا يعد قرينة على أنه بدون رضا الزوجة، وبلا سبب من قبلها ما لم يقدم الزوج الدليل على خلاف ذلك. لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب فرض متعة لها على المطعون ضده وركنت في ذلك إلى القرينة المستمدة من طلاقه لها غيابيا وإذ قضى الحكم المطعون فيه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على سند أن شهادة شاهداها الثاني جاءت سمعية وأن شهادة الشاهد الأول وحدها لا يكتمل بها نصاب الشهادة على الدعوى رغم أن الثابت بالأوراق أن المطعون ضده قد طلق الطاعنة غيابيا بما مؤداه أن هذا الطلاق وقع دون رضاها ولا بسبب من قبلها الأمر الذي تكون معه دلالة القرينة المستمدة من الطلاق الغيابي كافية وحدها لإثبات دعوى الطاعنة ما لم يقدم المطعون ضده أمام محكمة الموضوع ما يدحض هذه

القرينة وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى فإنه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال جره إلى الخطأ في تطبيق القانون وقد حجه ذلك على تمكين المطعون ضده من إثبات ما ينقض تلك القرينة مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الآخر من سببي الطعن ولما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يترتب وفقا لنص المادة ١/٢٧١ من قانون المرافعات على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسا لها ويقع هذا الإلغاء بحكم القانون وبغير حاجة إلى حكم آخر يقضى بذلك أو حصول طعن فيه ولو كان لم يشر إلى الأحكام اللاحقة أثناء نظر الطعن. لما كان ذلك، وكان قضاء الحكم رفض زيادة المتعة في الاستئناف رقم ٧٦١ لسنة ٢٠٠٠م مترتبا على قضائه في الاستئناف الآخر برفض الأحقية في المتعة فإن نقض الحكم بالنسبة لقضائه بعدم الأحقية في المتعة يستتبع نقض قضاءه بعدم زيادة المتعة، ولما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه في الاستئناف رقمي ٧٠٠، ٧٦١ لسنة ٢٠٠٠م الإسكندرية».

(طعن رقم 172 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2888/6/10)

٢٧٧- تقدير المتعة:

نصت المادة على أن الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها... تستحق فوق نفقة عدتها متعة «تقدر بنفقة سنتين على الأقل». ومفاد ذلك أن المادة وضعت حدا أدنى للمتعة هو نفقة المطلقة لمدة سنتين أي كانت مدة الزوجية - ولو دامت يوما واحد - أو ظروف الطلاق. فإذا قضت المحكمة بمتعة تقل عن هذا القدر كان حكمها مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون.

ويبدو أن الشارع راعى في وضع حد أدنى للمتعة جانب التضامن الاجتماعي في المتعة فأراد أن يضمن للمطلقة حدا أدنى كافيا من المعونة المادية تعينها على نتائج الطلاق، فضلا عن أن ذلك مما يتمشى مع احترام الدولة في جميع قوانينها الحد الأدنى للمعيشة⁽¹⁾.

(1) أنظر تصريح رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس المنشور بالهامش التالي.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «المتعة. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة محكمة النقض شرطه ألا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية».

(طعن رقم 6 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/3/10)

٢- «تقدير المتعة. متروك لمطلق تقدير محكمة الموضوع. شرطه ألا ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل».

(طعن رقم ٢٧١ لسنة ٦٣ق أحوال شخصية جلسة ١٩٩٧ / ٦ / ٣٠)

٣- «قضاء الحكم المطعون فيه بتعديل مقدار النفقة المحكوم بها ابتدائياً على قالة عدم تقيده بحكم النفقة الصادر لصالح الطاعنة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطعون ضده المالية تغيرت بعد هذا الحكم. خطأ وقصور».

(طعن رقم ٢٤٥ لسنة ٦٤ق «أحوال شخصية» جلسة ١٩٩٩ / ٦ / ٢٨)

٤- «إذ كان الثابت من الصورة الرسمية للحكم الصادر في الدعوى رقم لسنة ٢٢٢٢ جزئى أنه قضى لصالح الطاعنة بنفقة عدة قدرها مائة جنيه شهرياً، وتأييد استئنافياً بالحكم الصادر في الاستئناف رقمى، لسنة ٣... مستأنف أحوال شخصية بتاريخ، وإذ التزم الحكم الابتدائى في تقديره للمتعة بحكم النفقة النهائى سالف الذكر وقضى لها بنفقة خمس سنوات بمبلغ وقدره ستة آلاف جنيه، وقدمت الطاعنة لمحكمة الاستئناف من المستندات الدالة على يسار المطعون ضده وبيان ممتلكاته ودخله الشهري تأييداً لطلبها زيادة مبلغ نفقة المتعة إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن هذه المستندات ولم يحص دفاع الطاعنة في هذا الخصوص رغم أنه دفاع جوهري يتغير به وجه الرأى في الدعوى، بما يعيبه بالقصور المبطل الذى جره إلى الخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٧٥ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٠٠٠ / ٢ / ١٤)

٥- «إذ كان الحكم المطعون فيه وإن خفض مقدار المتعة المقضى به من محكمة أول درجة إلى خمسة عشر ألف جنيه بدلاً من ثلاثين ألف جنيه إلا أنه

لم ينزل به عن الحد الأدنى المقرر قانوناً في المادة ٨٨ مكرراً من القانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ وهو نفقه سنتين سواء كان حسابها قد تم على أساس النفقة المقررة في حكم أول درجة وقدرها خمسمائة جنيه شهرياً أم تلك المفروضة بالحكم الصادر في الدعوى رقم ١٧٣ لسنة ٢٠٠١ شرعى بنذر الزقازيق والمؤيد بالاستئناف رقم ٩٩٠٩ لسنة ١٠٠١ شرعى مستأنف الزقازيق الابتدائية وقدرها مائة جنيه شهرياً فإن تقدير الحكم المطعون فيه للمتعة المستحقة للطاعة على هذا النحو في ضوء درجة يسار المطعون ضده ومدة الزوجية هو من الأمور الواقعية التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض».

(طعن رقم 34 لسنة 76 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/4/10)

ولم تضع المادة حداً أقصى للمتعة، ومن ثم فإنها تكون قد أطلقت الحد الأقصى لها، وتركت لقاضي الموضوع بما له من سلطة تقديرية فرض المتعة التي يراها مناسبة على ضوء المعايير المنصوص عليها بها. وقد اقترح بعض أعضاء مجلس الشعب حال مناقشة المادة بالمجلس عدم وضع حد أدنى للمتعة، كما اقترح البعض وضع حد أقصى لها بأربع أو خمس سنوات، ولكن المجلس رفض الاقتراحين⁽¹⁾.

(1) ونورد فيما يلي المناقشات التي دارت بمجلس الشعب حول المادة:

السيد العضو محمد محفوظ حلمي:

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الدكتور رئيس المجلس، الأخوة والأخوات أعضاء المجلس:

يعيب هذه المادة عدم تحديد الحد الأقصى لنفقة المتعة، فالمتعة كما هي مقررة في كتاب الله تبارك وتعالى قال سبحانه وتعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾.

صدق الله العظيم

وواضح من هذه الآية أن هذه الزوجة لم يدخل بها ولم تأخذ مهراً، فلها متعة في هذا=

= النص، في نهاية آيات الطلاق بسورة البقرة أخذ كثير من السادة العلماء بإطلاق المتعة، فقد جاء بالقرآن:

﴿وَالْمُطَلَّغَاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ .

إذن فوجه اعتراضى أن نص المادة أطلق الحد الأقصى لنفقة المتعة وجعله لا نهائياً، وهذا الإطلاق يوقع القضاة فى حيرة بالغة ويفتح الباب لاختلاف الأحكام القضائية اختلافاً بينا، ويجدر بالمشرع ألا يغفل احتمال حدوث هذا الوضع عند إعداده للتشريع فقد يحكم قاضى بنفقة لمدة عشر سنوات وقاضى ثان يحكم بنفقة لمدة عشرين عاماً، وقد يحكم قاض ثالث بالحد الأدنى ولا يزيد عليه، كل ذلك قد يحدث وقد تكون ظروف النساء المحكوم لهن واحدة وكذلك النص المستند إليه فى إصدار الأحكام واحد، ثم إن الآيات القرآنية...

رئيس المجلس:

إن الظروف قد لا تكون واحدة فقد تكون الزوجة شابة أو عجوزاً، وهذه ظروفها تختلف عن الأخرى.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

إن الآيات القرآنية تتحدث عن المتعة بالمعروف، وانقسم العلماء بالنسبة للمتعة بين قائل بالوجوب وقائل بالاستجواب، فالآيات القرآنية تقيد المتعة بكونها بالمعروف، وإنى أقول أين هذا المعروف فى إطلاق النص الذى لا يجعل لمقدار المتعة حداً ينضبط به فرضها.

رئيس المجلس:

إن المعروف يكون فى مجتمع يأخذ بالمعروف.

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

نعم، المهم كما حددنا الحد الأدنى لنفقة المتعة فإننى أرجو أن نحدد الحد الأقصى لأن هذا ييسر للقضاة استعمال النص حتى لا تتضارب الأحكام على النحو الذى أسلفت، لأنه قد يحكم لزوجة بنفقة سنتين، ويحكم لأخرى بعشرين سنة.

رئيس المجلس:

ما المدة التى تحددها للحد الأقصى لنفقة المتعة؟

السيد العضو محمد محفوظ حلمى:

أننى أقترح - وهذا متروك للإخوة أعضاء المجلس - أن يكون الحد الأدنى مدة سنتين والحد الأقصى مدة خمس سنوات، لأن المتعة كانت أصلاً دون النفقة، وإدخالها فى نص هذه المادة بنفقة ليس لى اعتراض عليه ولكن يجب مراعاة الظروف من الناحيتين وبالله التوفيق، وشكراً.

= السيد العضو الدكتور عبد الغفار محمد عزيز:

يتعلق بالمتعة واختلاف وجهات النظر عند الأئمة فيما يتعلق بها، وكما سبق أن قال السيد المقرر أنها رأى للإمام الشافعي، فإنني أقول أنني أوافق عليها نظرا للظروف الاجتماعية المحيطة بمجتمعنا، ولكني أرى أن يحدد الحد الأقصى لأنه قد يصل إلى عشرة أو خمسة عشرة عاما.

ولذلك أقترح أن يكون الحد الأدنى أربع أو خمس سنوات على الأكثر لأنه ما دام هناك تحديد للحد الأدنى فيجب أن يكون هناك تحديد للحد الأقصى.

السيد العضو أحمد عبد الرحيم حمادي:

السيد الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

أعتقد أن الناحية الفقهية لا مجال للخوض فيها بعد أن بحثت، وقال مجمع البحوث الإسلامية رأيه في أن هذا النص مع الأدلة القطعية في الشريعة الإسلامية.

أما قضاة مصر فإنهم قادرون على تحديد نفقة المتعة كما يقدرن التعويض ولا ينبغي أن يضع المجلس قيودا عليهم بل يترك لهم تقدير كل حالة وفق الظروف والملابسات، وشكرا.

السيد العضو محمد أبو سديرة:

السيد الدكتور رئيس المجلس، الإخوة الزملاء:

إنني أعتقد أن مدة الخمس السنوات مدة مناسبة وإذا لم نأخذ بهذه المدة فعلينا تركها دون تحديد حد أدنى أو أقصى لنفقة المتعة على أن يترك هذا التقدير للقاضي، وإذا كان السيد العضو أحمد حمادي يقول أن مجمع البحوث الإسلامية قد وافق على تحديد حد أدنى للمتعة دون تحديد حد أقصى فإن هذا لا يمنع من ترك تحديدها للقاضي دون تحديد حد أدنى لها.

السيد العضو توفيق زغلول:

إنني اتفق فيما قاله السيد العضو الدكتور عبد الغفار محمد عزيز من أنه ما دام قد ذكر حد أدنى لنفقة المتعة فلا بد أن يكون هناك حد أقصى لها فليس هناك في المذاهب الفقهية ما يدل على مثل هذه الحدود. بالنسبة لرأى مجمع البحوث الإسلامية فإنه ناتج عن الاجتهاد.

لذلك يجب أن يكون الحد الأقصى لهذه النفقة بما لا يزيد على مدة خمس سنوات فهذا سيكون بمثابة إعطاء حد للقاضي يجب عليه ألا يتعده، وشكرا.

السيدة العضو عنايات أبو اليزيد:

رغم أننا كنا نود أن يترك هذا الأمر لتقدير القاضي ولكن ما دمنا نود تحديد حد أقصى فإنني أقترح أن تكون مدة النفقة مساوية - على الأقل - لمدة الزواج، فإذا كان قد تزوجها لمدة عشرين عاما فإنها تستحق نفقة متعة عشرين عاما.

= رئيس المجلس:

على السيد العضو الشيخ عطية صقر أن يوضح لنا هل هذا النص كما ورد متفق مع الشريعة الإسلامية، فهل تحديد حد أدنى على الأقل لمدة سنتين وترك تحديد الحد الأقصى للقاضى متفق مع الشريعة الإسلامية؟

السيد العضو الشيخ عطية صقر:

كما قلت من قبل فهذه أمور اجتهادية، وفي الإمكان ما دام قد حدث الخلاف أن تكون للسادة الأعضاء الحرية فى اختيار أى رأى مناسب للظروف الحاضرة.

المقرر:

إن نفقة المتعة المقررة فى هذا النص جاءت وفقا للمذهب الشافعى الذى اعتمد المشروع عليه، وقد قال المذهب الشافعى بأنه يجب أن يوضع حد أدنى لنفقة المتعة، على أن يترك الحد الأقصى لتقدير ولى الأمر، وهذا ما يجب أن نسير عليه فى إطار هذه المادة.

السيد العضو على إبراهيم سلامة:

أود أن يشرح لنا السيد المقرر ما قرره المذهب الحنفى فى هذا الشأن.

المقرر:

إن نفقة المتعة - كما قلت - مسألة اجتهادية وخلافية ولنا أن نأخذ برأى هذا ونطرح رأى ذلك، والمشرع باعتباره ولى أمر فى هذه القضية يأخذ بالرأى المناسب للظروف الاجتماعية، وكما قلت بالأمس فإننا نحتكم إلى رأى مجمع البحوث الإسلامية فى نص ثم نأتى فى نص آخر ونعترض عليه.

رئيس المجلس:

هذا يعنى أننا سنستتير برأى مجمع البحوث الإسلامية.

المقرر:

إن مجمع البحوث الإسلامية وافق على هذا النص، وإننى أقول هنا أننا حينما أخذنا بمذهب الشافعية أخذنا به جملة وتفصيلا، وأن المتعة واجبة فى هذه الحالة، ثم حددنا حدا أدنى لهذه المتعة تركنا الحد الأقصى لتقدير القاضى.

السيد العضو الدكتور عبد الأحد جمال الدين:

الواقع إننى غير متفهم للمنطق الذى يقول أنه إذا كان هناك حد أدنى فإنه يجب أن يكون هناك حد أقصى، هذا أمر غير منطقي، وإننى أرى أن الحكمة من وضع حد أدنى هى ضمان القدر المتيقن العادل لتعويض الزوجة عما لحقها نتيجة طلاق دون سبب منها، أما الحد الأقصى فهو يدخل فى إطار السلطة التقديرية للقاضى، ويجب أن يطلق، لماذا؟ لأننا هنا لا نستطيع أن نضع قيда أو تصورا معيناً على ما سيحدث وعلى مقدار الضرر =

= الذى حدث للزوجة، فهناك أوضاع معينة لا بد أن تحكم القاضى عند تقديره لنفقة المتعة وهناك حالة الزوج التى ذكرت فى القرآن الكريم بالنسبة لكونه مقتدرا من عدمه، وهناك أيضا حالة الزوجة نفسها وما إذا كانت لها مصادر أخرى للرزق، وكذلك أولادها، فهذا كله يدخل فى التقدير، ذلك أن المجتمع الإسلامى يريد أن يضمن لكل إنسان الحياة المستقرة ويجب ألا تفاجأ الزوجة فى لحظة واحدة أنها متروكة فى الشارع دون ضمان، لذلك أرى أن يترك تقدير الحد الأقصى للقاضى وفقا لظروف كل حالة وشكرا.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد:

السيد الدكتور رئيس المجلس، السادة الأعضاء:

نحن نرعى دائما المواءمة بين طرفى عقد الزواج أثناء مناقشتنا لهذا الموضوع، فنحن لا نريد أن نرجح طرفا على طرف، لا نريد أن نرغم طرفا على اتخاذ مسلك معين، كذلك لا نريد أن نغرى طرفا لاتخاذ مسلك آخر ضد الطرف الآخر، فنحن لا نريد للزوج أن يسرع فى الطلاق وأن يترتب قبل إيقاع الطلاق، فأرجو ألا نبالغ فى تقدير نفقة المتعة حتى لا يكون ذلك سببا أو وسيلة لإغراء البعض ويكون طلب الطلاق سهلا عند الزوجة، ونحن لا نريد أن نجعله سهلا ونريد للأسرة أن تستقر، والحقيقة أن جمهور الفقهاء قد أجمع على أن نفقة متعة المطلقات مستحبة، والرأى الذى أوجبها أحد قولى الشافعى، بمعنى أن هناك قولين: أحدهما يتفق فيه الشافعية مع الجمهور والآخر هو الذى أوجبها، لذلك إذا قررنا نفقة المتعة فيجب ألا نبالغ فيها اعتدادا بالرأى الذى لم يوجبها، لذلك اقترح أن يكون هناك حد أقصى لنفقة المتعة.

رئيس المجلس:

إن تحديد الحد الأقصى سوف يجعل القاضى يحكم به فى جميع القضايا، لذلك يجب أن يترك تقديره له.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد:

الحقيقة أن العلاقة الزوجة أقدم وأكرم من أن نقول إن المتعة يعتد فيها بمدة الزوجية فإن هذا ليس عقد عمل ويجب ألا يقارن به.

رئيس المجلس:

إن العلاقة الزوجية تقتضى أكثر.

السيد العضو الدكتور السيد على السيد:

أعتقد أن ذلك سيجعله مسألة مادية بحتة، وشكرا.

السيد العضو سعد شلبى:

إن الأصل فى هذه المادة أن الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح، تحدد الحد الأدنى=

= نفقة المتعة ولا تحدد الحد الأقصى وتتركه لتقدير القاضي، وطالما أنه قد ترك تحديد الحد الأقصى للقاضي، فلماذا نحدد الحد الأدنى ولا نتركه أيضا للقاضي، طالما أن القاضي سيراعى حالة الزوج ثراء ويسرا وفقرا، لذلك أقترح أن يكون نص المادة كما يلي:

«الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية».

أى دون تحديد للحد الأدنى أسوة بعدم تحديد الحد الأقصى ويترك للقاضي حرية تحديد ذلك وأرجو عرض هذا الأمر، وشكرا.

رئيس المجلس:

لى كلمتان، الأولى: تتعلق بطبيعة العصر الذى نعيش فيه، وهو عصر يضمن لكل مواطن الحد الأدنى، حتى إن كل القوانين تعالج الحد الأدنى للمعيشة والحد الأدنى للأجور ففيم التنكر فيما يتعلق بالزوجة لفكرة الحد الأدنى؟ وهناك الحد الأدنى للأجور والحد الأدنى للمعيشة، ونطالب الدولة وجميع قوانينها أن تحترم الحد الأدنى للأجور والحد الأدنى للمعيشة، ونطالب الدولة فى جميع قوانينها أن تحترم الحد الأدنى للأجور والحد الأدنى للمعيشة، فإلغاء الحد الأدنى هنا تنكر لمنطق العدل، وكيل بكيلين وهذا لا يصلح أبدا.

والثانية: إذا سألتنى سائل أن ألخص له جوهر الإسلام الاجتماعى، لقلت له إن الإسلام دين التكافل الاجتماعى، فباسم التكافل الاجتماعى لابد أن ننظر للزوجة التى خدمت زوجها وطلقها من غير سبب يعود إليها، ضعوا أمام أعينكم وأنت تصوتون، أننا فى عصر يحرص على الحد الأدنى للأجور والرواتب والمعيشة وأنكم تشرعون باسم دين التكافل الاجتماعى والله الموفق.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

ورد على لسان بعض السادة الأعضاء أن النفقة تقدر ببسر الزوجة وهذا خطأ.

رئيس المجلس:

إن المجلس لم يوافق على هذا الكلام.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إن هذا الكلام يجب أن يرد عليه وأن يثبت ذلك فى المضبطة وهذا تسجيل للتاريخ خاصة أن ذلك مسألة فقهية بحتة.

رئيس المجلس:

= تفضل بالرد، مع أنك تحدثت قبل ذلك فى هذه المادة.

= السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إننى لا أطلب الكلمة إلا للرد على مسائل فقهية حتى لا يثبت فى مضبطة مجلس الشعب المصرى أن النفقة الشرعية تقدر ببسر الزوجة ونصمت على ذلك، فهذا خطأ ويحتاج إلى تصحيح.

رئيس المجلس:

هل كل الوقائع التى تثبت فى المضبطة صواب؟

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

لا.. ولكن يجب أن نصوب الوقائع.

رئيس المجلس:

تفضل بالتصويب.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إننا عندما نقرأ مضابط مجلس النواب فى الماضى ونرى فقهاء العصر يتناطحون بالآراء، والسيد الدكتور رئيس المجلس من الفقهاء ويقول إن فلانا قال كذا وفلانا رد عليه أما نحن هنا فى المجلس إذا ذكر رأى خاطئ ولم يرد عليه فهذا عيب فى حق المجلس.

رئيس المجلس:

أرجو السيد رئيس اللجنة أن يثبت ما هو صحيح.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

أريد أن أثبت أننا نخطئ إذا اعتبرنا أن النفقة عقوبة حتى تنقيد بحد أقصى، كما أريد أثبت أن النفقة تقدر ببسر الزوج وعسره ولا دخل لبسر الزوجة.

وأريد أن أثبت أيضا أنه لا تثريب على المشرع أن يعطى حدا أدنى تفسيرا بأنه تأمينات.

رئيس المجلس:

نحن نعرف ذلك ونقيس بمنطق العصر أيضا.

السيد العضو حلمى عبد الآخر (رئيس اللجنة المشتركة):

إن حكمة النفقة فى المتعة هى ذات حكمها فى العدة، ولكن إذا أخذنا بنفقة المتعة فإننا نقول إن الزوجة تستحق المتعة ولو شهر واحد من طلاقها تعسفا من الزوج، والمشرع يرى أن هناك حدا أدنى لمواجهة هذا الموقف ويترك الحد الأقصى للقاضى، هذا الذى يقال، إنما عندما نسمع تحديد حد أدنى وحد أقصى للمتعة ويقاس بالأجور والتأمينات والعقوبة، ولا يثبت رأى صحيح فى المضبطة، فهذا فى اعتقادى وضع غير صحيح فى حق المجلس، وشكرا.

ولما كانت المادة قد ربطت بين الحد الأدنى للمتعة وبين نفقة المطلقة فجعلت الحد الأدنى للمتعة مساويا لنفقة المطلقة لمدة سنتين على الأقل، فإن ذلك يوجب على المحكمة التي تنظر دعوى المتعة أن تستظهر مقدار نفقة المطلقة، وأن تضمن ذلك أسباب حكمها، سواء قدرت المتعة طبقا للحد الأدنى المفروض لها أو بما يزيد عليه لأنه بغير ذلك لا يمكن مراقبة تطبيق المحكمة لما أوجبه المادة من حد أدنى للمتعة.

فإذا لم تستظهر المحكمة نفقة المطلقة أو لم تشر إلى ذلك في حكمها ثم قضت بالمتعة كان حكمها مشوبا بالقصور في التسبيب بما يبطله. وإذا كان قد فرض للمطلقة نفقة زوجية أو نفقة عدة اتفاقا أو قضاء بموجب حكم نهائي قدرت المحكمة التي تنظر دعوى المتعة، متعة المطلقة على أساس هذه النفقة.

أما إذا تغير حال المطلق يسرا أو عسرا عند القضاء بالمتعة عند وقت فرض النفقة، فالمستفاد من قضاء محكمة النقض أن المتعة تزداد أو تقل حسبما طرأ على حالة المطلق.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «الحكم بفرض قدر محدد من النفقة. اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا وعسرا حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها. قضاء الحكم المطعون فيه بمتعة قدرها بنفقة سنتين بمراعاة ظروف الطلاق ومدة الزوجية ويسار الطاعن استنادا لحكم النفقة النهائي. النعى عليه في ذلك دون ادعاء تغير

= رئيس المجلس:

يثبت ذلك في المضبطة ويشكر السيد المستشار حلمي عبد الآخر على هذا التفسير. والآن، أرى أن الموضوع قد استوفى بحثا، فهل توافقون حضراتكم على إقفال باب المناقشة في هذه المادة؟ (موافقة).

(مضبطة مجلس الشعب - الطبعة المؤقتة - الجلسة 88 بتاريخ أول يوليو سنة 1885

ص 7 وما بعدها)

الظروف المصاحبة للحكم المذكور جدل موضوعي. عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 6 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/3/10)

٢- «قضاء الحكم المطعون فيه بتعديل مقدار المتعة المحكوم بها ابتدائياً على قالة عدم تقيده بحكم النفقة الصادر لصالح الطاعنة دون بيان ما إذا كانت ظروف المطعون ضده المالية تغيرت بعد هذا الحكم. خطأ وقصور».

(طعن رقم 345 لسنة 46 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/28)

٣- «وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم بفرض قدر محدد من النفقة اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل على تبدل ظروف فرضها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتعديل مبلغ النفقة المقضى به للطاعنة إلى خمسمائة جنيه بدلاً من ألف ومن ثم عدل مبلغ المتعة المستحق للطاعنة على هذا الأساس مخالفاً في ذلك الحكم الجزئي القاضي بفرض نفقة شهرية لها قدرها ألف جنيه دون أن يستظهر أسباب ذلك التعديل وما طرأ على المطعون ضده من ظروف الإعسار التي استلزمت ذلك التعديل قاصر على قوله «إلا أنه أخذاً من الظروف والملابسات التي تستخلصها المحكمة من الأوراق وحال المستأنف فإنها تقدر مبلغ ... جنيه أساساً لتقدير المتعة» دون أن يورد هذه الظروف أو يبين معيها بما يصم الحكم بالقصور في التسبب ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة».

(طعن رقم 82 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2888/4/8)

٤- «وحيث إن هذا النعي شديد، ذلك بأنه ولئن كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير المتعة من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك، طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل بمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، إلا أن الحكم بفرض قدر محدد من النفقة يعتبر مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً حتى يقوم الدليل

على تبدل الظروف التي اقتضت فرض هذه النفقة، لما كان ذلك وكان الثابت من الصورة الرسمية للحكم الصادر في الدعوى رقم ٥ لسنة ٢٠٠٣ جزئي أحوال شخصية فارسكور أنه قضى لصالح المطعون ضدها بنفقة عدة قدرها مائة جنية شهريا، وإذ قدر الحكم الابتدائي - المؤيد بالحكم المطعون فيه- تلك النفقة بمبلغ خمسمائة جنية ولم يلتزم في تقديره للمتعة بحكم النفقة النهائي سالف الذكر دون أن يبين ما إذا كانت ظروف الطاعن المالية قد تغيرت بعد هذا الحكم وأن المحكمة وقفت على حالته التي آل مصيره إليها، فإن الحكم يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه، دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن. على أن يكون النقض مع الإحالة».

(طعن رقم 993 لسنة 74 «أحوال شخصية» جلسة 2009/12/22)

وإذا كانت المصلحة قد أقامت دعواها بالنفقة دون أن يقضى فيها أو قضى فيها بحكم غير نهائي، جاز للمحكمة وقف دعوى المتعة حتى يقضى في دعوى النفقة ويصبح هذا الحكم نهائيا في الحالة الأولى، وحتى يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا، في الحالة الثانية، لأن الفصل في دعوى النفقة يعد حينئذ مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في دعوى المتعة بالتطبيق لنص المادة ٩٢٩ مرافعات. كما يجوز للمحكمة أن تقوم هي بتقدير نفقة المصلحة على أساس حالة المطلق يسرا أو عسرا مهما كانت حالة المصلحة دون القضاء بوقف الدعوى. وإذا كانت المصلحة لم تطالب بنفقة عدتها أو تنازلت عنها، وجب على المحكمة التي تنظر دعوى المتعة أن تقدر نفقة للمصلحة على أساس حال المطلق يسرا أو عسرا مهما كانت حالة المصلحة، ثم تبنى حكمها في المتعة على أساس تقديرها للنفقة.

وغنى عن البيان أن النفقة التي تقدرها المحكمة تشمل النفقة بأنواعها المقررة قانونا⁽¹⁾.

(1) وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٦/٢/١٩٢٣ في الطعن رقم ٢٤ لسنة ١٠٠٠ «أحوال شخصية» بأن:

«العبارة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به، فالطلب هو الذي يحدد النزاع=

وقد نصت المادة على أن المتعة تقدر «بمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية» فهي قد وضعت ثلاثة معايير يستعين بها القاضى فى تقدير متعة المطلقة هى:

١- حال المطلق يسرا وعسرا:

ومعنى ذلك أن العبرة فى تقدير المتعة ببسار المطلق وإعساره مهما كانت حالة المطلقة، ويدخل فى يسار الزوج وإعساره حالته الاجتماعية، وهذا المعيار هو ذاته الذى تقدر على أساس نفقة المطلقة. (م ١٦ من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل). وهذا أمر طبيعى طالما أن المادة ربطت بين الحد الأدنى للمتعة ونفقة المطلقة على نحو ما سلف.

ويترتب على ذلك أنه يجب ألا تقل النفقة التى تقدر المحكمة على أساسها المتعة - فى حالة العسر - عن القدر الذى يفي بحاجة المطلقة الضرورية (م ١٦ من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«المتعة تقديرها وفقا لظروف الطلاق ومدة الزوجية بمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا وقت الطلاق. تغير حاله إلى العسر أو اليسر بعد الطلاق. لا أثر له. علة ذلك. تقدير العسر واليسر، خضوعه لسلطان قاضى الموضوع من ظروف الدعوى. شرطه، أن يرتكن فى تقديراته إلى أسباب سائغة تؤدى إلى ما انتهى إليه».

(طعن رقم 616 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 20/10/2003)

وهذا يقتضى من المحكمة التى تنتظر دعوى المتعة معرفة أسباب الطلاق وملاساته، للوقوف عما إذا كان الزوج قد استعمل حق الطلاق فى موضوعه

= ويجب الرجوع إليه لمعرفة إن كان القاضى قد حكم فيما طلبه الخصوم أو تجاوزه أو أهمل بعضه. لما كان ذلك وكان البين من صحيفة الدعوى أن المطعون ضدها قد ضمننتها طلب الحكم بفرض متعة لها طبقا للقانون دون تحديدها بمبالغ معينة أو مدة معينة، وإذ قضى لها الحكم المطعون فيه بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات، فلا يكون قد تجاوز ما طلبته المطعون ضدها ويكون قد التزم القانون، ولا ينال من ذلك ما أشارت إليه بصحيفة دعواها من أنها طالبت الطاعن وديا بمتعة لها سنتين قبل رفع دعواها».

ولم يكن متعسفا في استعماله أم غير ذلك، لأن تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق مبرر لزيادة المتعة.

٣- مدة الزوجية :

ذلك أنه إذا كانت مدة الزوجية طويلة كان ذلك مبررا لزيادة المتعة على نقيض ما إذا كانت قصيرة ويتصل بهذا المعيار ما إذا كانت الزوجة شابة أو عجوزا إذ تريد المتعة في الحالة الأولى وتقل في الثانية.

ومع تقديرنا للاعتبارات التي حدت بالشارع إلى وضع حد أدنى للمتعة، إلا أنه كان يحسن عدم وضع حد أدنى لها، لما يترتب على هذا الحد الأدنى في بعض الحالات من الإجحاف بالمطلق، وعلى سبيل المثال، فقد لا تستمر العشرة بين الزوجين سوى بضعة أيام أو أسابيع ثم يتبين الزوج وجود تنافر بينه وبين الزوجة في العادات والطباع فيطلقها دون أن تكشف ظروف الطلاق عن وجود ثمة تعسف من جانبه، ومع هذا يجد الزوج نفسه ملزما بالحد الأدنى للمتعة بالإضافة إلى المهر الذي تحمله كاملا، وما يلزم به من نفقة العدة.

وإزاء عدم وضع المشرع حد أقصى للمتعة، فإنه على ضوء الاقتراحات التي قدمت من أعضاء مجلس الشعب حال مناقشة المادة لوضع حد أقصى للمتعة، وعلى ضوء حكمة تشريع المتعة التي أوضحناها فيما سلف، وحتى لا تتقلب المتعة إلى معاش شبه دائم للمطقة، فإننا نقترح أن يكون الحد الأقصى للمتعة نفقة المطلقة لمدة خمس سنوات.

وقضت محكمة النقض بأن :

١- «لما كان البين من إشهاد الطلاق المؤرخ ٢/٣ / ١٩٩٢ أن الطاعن طلق المطعون ضدها مقابل إبرائها له من مؤخر الصداق ونفقة العدة وجميع حقوقها الشرعية التي تدرج فيها المتعة بما يدل على أنها أسقطت حقها فيها، لاسيما وأنها لم تطعن على ما جاء بإشهاد الطلاق على هذا النحو بالتزوير، وهو من المحررات الرسمية التي لا تقبل الطعن على ما أثبتته الموثق بها من بيانات من ذوى الشأن أمامه إلا بطريق التزوير، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر

بقضائه بمتعة المطعون ضدها فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى مما أدى به إلى الخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 275 لسنة 64 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/5/24)

٢- «إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها متعة قدرها بمبلغ ٢٤.٠٠٠ جنيه باعتبار نفقتها الشهرية بمبلغ ٤٠٠ جنيه لمدة خمس سنوات على ما استخلصه من الأوراق من أن مدة الزوجية بينهما استمرت سبعة عشر عاما من تاريخ الزواج الأول الحاصل في ١٢/٧/٨٨٨٣ حتى تاريخ طلاقها الأخير - الغيابي - المؤرخ ١/٢٢/١٠٠٠ في حين أن ما خلص إليه ينطوي على عيب يمس استنباطه السالف، ذلك أنها قد طلقت على الإبراء بتاريخ ١٧/٧/٨٨٨٨، ثم أعادها إلى عصمته بعقد زواج ومهر جديدين بتاريخ ٨/٧/١٩٩٩ - فلا تحسب مدة الزواج السابقة كعنصر من العناصر الموضوعية في تقدير قيمة المتعة ولا تحتسب إلا من تاريخ الزواج الثاني أى طلاقها الغيابي بتاريخ ١/٢٢/١٠٠٠ بما لا يزيد عام وشهرين وليس سبعة عشر عاما الأمر الذي يعيب الحكم».

(طعن رقم 760 لسنة 73 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/2/12)

٢٨٨- الترخيص بسداد المتعة على أقساط:

أجازت المادة للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد متعة المطلقة على أقساط.

وهذا الترخيص يصدر في الحكم القاضي بالمتعة، وبناء على طلب المطلق، فلا ترخص به المحكمة من تلقاء نفسها.

وإذا طلب المطلق الترخيص في سداد المتعة على أقساط، فإن القاضي ليس ملزما بإجابته إلى طلبه، وإنما يخضع هذا الطلب لمطلق تقدير القاضي على ضوء ما يراه من ظروف المطلق والمطلقة المالية والاجتماعية.

وقد جرى العمل عند الترخيص في سداد المتعة على أقساط، أن تكون هذه الأقساط شهرية.

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية بتاريخ 1888/12/20 فى الطعن رقم 75 لسنة 66 ق بأن:

«وحيث إن النعى بهذا السبب فى غير محل ذلك أنه لما كان النص فى المادة ٨٨ مكررا فى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على أن «الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها لا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، مفاده أن تقدير المتعة وتقسيت سداد ما هو محكوم به يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه فيما قضى به من متعة للطاعة وتقسيت سدادها قد التزم صحيح النظر المشار إليه فإن النعى لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة».

وقد قصد من الترخيص للقاضى بتقسيت المتعة - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - التخفيف على المطلق فى أداء المتعة.

وهذا التخفيف له ما يبرره، لأن المطلق قد يكون ملزما بأداء نفقة للمطالبة أو مؤخر صدق، فإذا أدى المتعة دفعة واحدة، كان ذلك عبئا يثقل كاهله.

وفى نظرنا أن الترخيص بسداد المتعة على أقساط يفيد المطالبة أيضا، لأن ذلك قد يحميها من سوء تدبيرها وإسرافها فى إنفاق المتعة إذا تقاضتها دفعة واحدة، أما إذا قبضتها مقسطة فإنها تضمن لنفسها موردا ماليا متجددا لفترة معقولة.

٢٩٩- التكييف القانونى للمتعة:

متعة المطلقة ليست نفقة، وإطلاق اسم النفقة على المتعة خطأ شائع فقد ذكر الفقهاء أنواع النفقة وليست المتعة من بينها. وقد أفردوا القرآن بتسمية خاصة فقال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(١).

(١) فتوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩/ ١١ / ١٤١١ فى الطلب رقم ٢٢١ لسنة ١٤١١.

فنفقة المطلقة أحد مصطلحات المتعة الواردة بالنصوص الإسلامية إلى جانب (متعة الحج)^(١) و (متعة الزواج) وكلها بحسب المعنى العام للتمتع على نحو ما.

ويترتب على أن المتعة ليست نفقة ما يأتي :

١- «أنه يجوز المطالبة بالمتعة في أي وقت وتكون دعوى المطلقة مقبولة. فلا يسرى على دعوى المتعة قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه في الفقرة السابعة من المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ (المعدل)، ومقتضاه عدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى. (راجع الكتاب الثاني بندى ١١٤، ١١٥).

وفى هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ

٢٦/٥/١٨٨٧ في الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٤ ق بأن :

«... والأصل في التشريع بها «المتعة» وعلى ما ورد بالملحظة الإيضاحية هو جبر خاطر المطلقة... وفيها ما يحقق المعونة التي تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق. لما كان ذلك، وكان النص في المادة (١) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ أنه «لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى» هو نص - وعلى ما ورد بالملحظة الإيضاحية - خاص بنفقة الزوجة على زوجها لا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق، مما يقتضاه، عدم جواز إعمال هذا النص في شأن المتعة وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر

(١) إحدى طرق الحج المشروعة وهي الإحرام بالعمرة في أشهر الحج وإذا أداها وتحلل منها تمتع بما كان محرماً عليه من الطيب وغيره ثم أحرم بالحج.

ويلاحظ أن القانون رقم (١) لسنة ١٩٠٠ لم ينص - كما كانت تنص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة في المادة ٢٧٥ منها - على أن القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها، وإنما اقتصررت المادة الثامنة من القانون على النص في فقرتها الثانية على ألا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك.

فى قضائه برفض الدفع بعدم الاختصاص النوعى وبعدم سماع الدعوى فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون....الخ».

٢- أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالمتعة على مرتبات وأجور ومستحقات العاملين طبقاً للقواعد التى تنفذ بها أحكام النفقات (راجع فى التفصيل الكتاب الثانى موضوع رقم ٧).

٣- «أنه لا يجوز استيفاء المقضى به للمتعة عن طريق بنك ناصر الاجتماعى كما هو الشأن بالنسبة للنفقات عملاً بالمادة (٧٢) من القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٥ . بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

(راجع فى التفصيل الكتاب الثانى بند 220).

٤- أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بالمتعة بطريق الحبس، كالأشأن فى الأحكام الصادرة بالنفقات، وإنما يجرى تنفيذه بطرق التنفيذ العادية.

٥- أن المتعة لا تسقط إذا عادت المطلقة إلى عصمة زوجها بالمراجعة فى حالة الطلاق الرجعى أو بالعقد فى حالة الطلاق البائن، أو بزواجها من آخر.

... المحكمة المختصة بنظر دعوى المتعة :

(أ) فى ظل القانون رقم (1) لسنة 2000 وما قبله:

تختص نوعياً بنظر دعوى المتعة المحكمة الابتدائية عملاً بالمادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥ . بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية التى تنص على أن: «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.....الخ»، ذلك أن المادة التاسعة من القانون نصت على المسائل التى تختص المحكمة الجزئية بنظرها وليس من بينها دعوى المتعة، ومعنى ذلك أنها تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية.

وتختص بنظر الدعوى محلياً المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن فى مصر تختص المحكمة التى تقع فى دائرتها موطن المدعى.

وإذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم (م ١٥).

والمعلوم أن الاختصاص النوعي مما يتعلق بالنظام العام. ويجب على المحكمة التصدي له من تلقاء نفسها ولو لم يكن مثار خلاف بين الخصوم. أما الاختصاص المحلي فلا يتعلق بالنظام العام، ويجب على الخصم إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلي قبل إبداء أى طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم قبول وإلا سقط الحق فيه. ويسقط حق الطاعن في هذا الدفع إذا لم يبيده في صحيفة الطعن (م ١/٨٠٨ / مرافعات) كما يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد هذا الاختصاص. أما قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 فكان المعول عليه في بيان قواعد الاختصاص النوعي في مسائل الأحوال الشخصية ما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٣١ وذلك عملاً بالمادة (٨) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١١٩٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية.

وقد نصت المادة ١٠/٦ من اللائحة المذكورة على اختصاص المحاكم الجزئية بالحكم في المنازعات في «... المواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق»، والمقصود بذلك المواد التي تكون الزوجية هي سبب الحق المدعى به، ومتعة المطلق ليس سببها الزوجية وإنما سببها الطلاق الذي تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها بالمادة ٨٨ مكرراً من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١١٢٩ (المعدل)، وبالتالي فإن المتعة تخرج من عداد المواد المتعلقة بالزوجية المقصودة بالفقرة العاشرة من المادة السادسة سالفه الذكر.

ولما كانت المادة ١/٨ من اللائحة تنص على أن «تختص المحاكم الابتدائية الشرعية» بالحكم الابتدائي في المنازعات في المواد «الشرعية» التي ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة»، وكانت المتعة ليست من المسائل المنصوص عليها بالمادتين المذكورتين فإن دعوى المتعة تضحى من اختصاص المحكمة الابتدائية ويكون الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية قابلاً للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف طبقاً للقواعد المنصوص عليها باللائحة.

أما الاختصاص المحلى بنظر دعوى المتعة، فكان ينعقد للمحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه (المطلق)، فإن لم يكن له محل إقامة كالرحل رفعت الدعوى أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعية (المطلقة) (م ٢١ من اللائحة).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى هذا الشأن بأن:

١- «إذا كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى المرجع فى قواعد الاختصاص النوعى بمسائل الأحوال الشخصية طبقاً لنص المادة ٨ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية، وكان النص فى المادة ٦/ ١٠ من اللائحة على اختصاص المحاكم الجزئية بالمنازعات فى «... المواد المتعلقة بالزوجية غير ما سبق» إنما يقصد به المواد التى تكون الزوجية هى سبب الحق المدعى به، وكان سبب الحق فى المتعة هو الطلاق المنصوص عليه فى المادة ٨٨ مكرراً من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فإن المتعة بذلك تخرج من عداد المواد المتعلقة بالزوجية الواردة فى نص اللائحة المذكورة، لما كان ذلك وكانت المادة ٨/ ١ من اللائحة تعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية بالمنازعات التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين ٥، ٦ منها، وكانت المتعة ليست من المسائل المنصوص عليها فى هاتين المادتين فإن الاختصاص بالدعوى بها يكون معقوداً للمحكمة الابتدائية».

(طعن رقم 58 لسنة 55 ق - جلسة 1986/12/23)

٢- «الاختصاص بنظر دعوى المتعة معقود للمحكمة الابتدائية لأن المتعة ليست من المسائل التى تختص بها المحكمة الجزئية والمنصوص عليها فى المادتين ٥، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ومنها نفقة الزوجة لاختلاف المتعة عنها إذ تستحق هذه النفقة مقابل احتباس الزوجة لها بينما سبب الحق فى المتعة هو الطلاق المنصوص عليه فى المادة ٨٨ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩.... الخ».

(طعن رقم 00 لسنة 54 ق - جلسة 1987/5/26)

٣- «المتعة. انعقاد الاختصاص بالدعوى بها للمحكمة الابتدائية. علة ذلك».

(طعن رقم 287 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/12/23)

٤- «لما كان مفاد نص المادة ٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن للمدعية إذا كانت زوجة أو أما أو حاضنة أن ترفع دعواها أمام المحكمة التي يقع بدائرتها محل إقامتها أو محل إقامة المدعى عليه وذلك في المواد التي أوردها النص المذكور ومن بينها المواد المتعلقة بالزوجية، وكان المقصود بهذه المواد تلك التي تكون الزوجية فيها سبب الحق المدعى به أما سبب الحق في المتعة هو الطلاق المنصوص عليه في المادة ٨٨ مكررا من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥، فإن المتعة بذلك تخرج عن عداد المواد المتعلقة بالزوجية الواردة في نص اللائحة المذكورة، لما كان ذلك، وكان الأصل المقرر في المادة ٢١ من اللائحة - التي رفعت الدعوى في ظلها - هو أن الدعوى ترفع أمام المحكمة التي في دائرتها محل إقامة المدعى عليه، فإن الاختصاص المحلى في دعوى المتعة يكون معقودا لمحكمة المدعى عليه وحده متى كان له محل إقامة، ومن ثم كان يتعين إقامة الدعوى أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية التي يقع في دائرتها محل إقامة الطاعن استجابة للدفع بعدم الاختصاص المحلى المبدى منه وذلك دون نظرها لدى محكمة المحلة الكبرى التي يقع في دائرتها موطن المطعون ضدها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر برفض الدفع بعدم الاختصاص المحلى المبدى من الطاعن فإنه يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 355 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/2/25)

(ب) في ظل القانون رقم ١٠ لسنة ٤٠٠٠ :

تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم ١٠ لسنة ٤٠٠٠ بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة على أن: «تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم

الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٥٥، ومن ثم أصبحت محكمة الأسرة هى المحكمة المختصة نوعيا بنظر دعاوى المتعة اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون فى أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ (م ٥ من قانون الإصدار).

وتظل المحكمة المختصة محليا كما هى فى ظل القانون رقم ١ لسنة

.....

٢٢١- نطاق سريان حكم متعة المطلقة المدخول بها من حيث الزمان:

ورد النص على استحقاق متعة المطلقة المدخول بها لأول مرة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بالمادة (٨ مكررا) التى أضافها إلى المرسوم رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، وهذه المادة مطابقة تماما لنص المادة (٨ مكررا) المضافة إلى المرسوم بقانون المذكور بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥.

وقد نشر القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بالجريدة الرسمية بتاريخ ٢١ يونيه سنة ١٩٧٩ - العدد ٥٥ تابع (أ)، وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره أى اعتبارا من ٢٢ يونيه سنة ١٩٧٩ (م ٧ من القرار بقانون).

ولما كان سبب استحقاق متعة المطلقة المدخول بها هو الطلاق الذى تتوافر فيه الشروط الواردة بالمادة، سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، فإن المتعة تجب لمن تطلق بعد الدخول ابتداء من ٢٢ يونيه سنة ١٩٧٩.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ مايو سنة ١٨٨٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية «دستورية» بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ سالف الذكر - لعب شاب إجراءات إصداره^(١) - وقد نشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد (٠٠) بتاريخ ١٦ مايو سنة ١٨٨٥.

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت 4 مايو سنة 1985م، الموافق 14 شعبان سنة 1405هـ

برئاسة السيد المستشار / محمد على بليغ..... **رئيس المحكمة**

وحضور السادة المستشارين: مصطفى جميل مرسى وممدوح مصطفى حسن ومنير أمين عبد المجيد ورايح لطفى جمعة ومحمد كمال محفوظ وشريف برهام نور..... **أعضاء**

وحضور السيد المستشار الدكتور/ أحمد محمد الحنفى..... **المفوض**

وحضور السيد / أحمد على فضل الله..... **أمين السر**

أصدرت الحكم الآتى

في القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية «دستورية».

بعد أن أحالت محكمة البدارى الجزئية لأحوال الشخصية (دائرة الولاية على النفس) ملف الدعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠.

المرفوعة من

- نجاه حنفى عوض الله ضد محمد.

ضد

- محمد حسن عبد العال.

الإجراءات

بتاريخ ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨٠ وردت إلى قلم كتاب المحكمة دعوى رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البدارى، بعد أن قضت محكمة البدارى الجزئية لأحوال الشخصية في ٢ سبتمبر سنة ١٩٨٠ بوقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٦. تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

وقدمت إدارة قضايا الحكومة مذكرة طلبت فيها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها.

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.

=

= ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة، حيث التزمت هيئة المفوضين رأياً، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة مارس سنة ١٩٨٥ وفى هذه الجلسة قررت المحكمة مد أجل النطق بالحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع الإيضاحات والمداولة. حيث إن الوقائع- على ما يبين من قرار الإحالة وسائر الأوراق- تتحصل فى أن المدعية كانت قد أقامت الدعوى رقم ٢٩ سنة ١٩٨٠ ولاية على النفس البدارى ضد زوجها المدعى عليه طالبة الحكم لها عليه بنفقة شرعية اعتباراً من أول نوفمبر ١٩٧٩. وبجلسة ٢ سبتمبر سنة ١٩٨٠ قضت محكمة البدارى الجزئية للأحوال الشخصية بوقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية. وحيث إن الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى استناداً إلى أن قرار الإحالة جاء خلواً من بيان النص الدستورى المدعى بمخالفته خروجاً على ما توجيه المادة ٢٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

وحيث إنه يبين من قرار الإحالة أن المحكمة استظهرت النصين الواجب تطبيقهما على واقعة الدعوى وهما المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ والمادة ١٦ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلتين بمقتضى المادتين الثانية والثالثة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وقد تراءى للمحكمة عدم دستورية هذا التشريع فى جملة لمخالفته المادتين ٨٠٨ و ١٤٧ من الدستور إذ لم يستند رئيس الجمهورية فى إصداره إلى تفويض من مجلس الشعب يخوله هذه السلطة، كما أنه لم تتوافر عند إصداره فى غيبة مجلس الشعب ظروف توجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير. لما كان ذلك، وكان ما أورده قرار الإحالة واضح الدلالة فى بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة- على النحو الذى يتحقق به ما تغياه المشرع- فى المادة ٢٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى يكون فى غير محله متعيناً رفضه.

وحيث إن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية. وحيث إنه يبين من الاطلاع على القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه، أنه استهدف معالجة الأوضاع المتعلقة بالأسرة وتنظيم استعمال الحقوق المقررة شرعاً لأفرادها، فكان قوامه والباعث عليه ما يتصل بمسائل الأحوال الشخصية التى تدور =

= جميعها في فلك واحد هو تنظيم شئون الأسرة فيما يتعلق بالزواج والطلاق والنفقة والحضانة، فقد نصت مادته الأولى على أن «تضاف إلى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة بأرقام (٥ مكررا)، (٦ مكررا)، (٦ مكررا ثانيا)، (٨ مكررا)، (٢٣ مكررا)» وتتضمن هذه المواد الأحكام الخاصة بكيفية توثيق الطلاق والإعلام بوقوعه وما يترتب على ذلك من آثار (٥ مكررا) وأنه يعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها وإخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها (٦ مكررا) وبيان الآثار المترتبة على نشوز الزوجة (٦ مكررا ثانيا) وتقرير نفقة متعة للزوجة عند طلاقها بدون رضاها (٨ مكررا) واستحقاق نفقة الصغير على أبيه (٨ مكررا ثانيا) وفرض عقوبات جنائية لمخالفة بعض أحكام هذا القانون (٢٣ مكررا) ونصت المادة الثانية من القرار بقانون المطعون عليه على أن يستبدل بنص المادة (١) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ نص جديد يتضمن الأحكام الخاصة بشروط استحقاق نفقة الزوجة وأحوال سقوطها. وتقضى المادة الثالثة منه بأن يستبدل بنصوص المواد ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٦، ١٧، ٢٠، من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ النصوص المحددة في هذه المادة والتي تشمل على الأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم عند وقوع الشقاق بين الزوجين (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١) وبما يفرض على الزوج من نفقة مؤقتة لزوجته (١٦) وأحوال حضانة الصغار وأصحاب الحق فيها وشروطها (٢٠). ثم نص القرار بقانون المشار إليه في مادته الرابعة على حق المطلقة الحاضنة في الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر وشروط استعمال هذا الحق وتحديد الجهة المختصة بالفصل في الطلبات المتعلقة به والمنازعات التي تنشأ في شأنه، وأوجب في المادة الخامسة على المحاكم الجزئية أن تحيل إلى المحاكم الابتدائية الدعاوى التي أصبحت من اختصاصها بمقتضى أحكامه. وقضى في المادة السادسة بإلغاء كل ما يخالف هذه الأحكام وانتهى في المادة السابعة والأخيرة إلى النص على نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية وأن تكون له قوة القانون وأن يعمل به من تاريخ نشره.

وحيث إن نصوص الدستور تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الأمرة وإهدار ما يخالفها من تشريعات. وهذه القواعد والأصول هي التي يرد إليها الأمر في تحديد ما تتولاه السلطة العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناء من الأصل العام الذي يقضى بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق مع طبيعة وظيفتها. وإذ كانت هذه الأعمال الاستثنائية قد أوردتها الدستور على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأى من تلك السلطات أن تتعداها إلى =

= غيرها أو تجور على الضوابط والقيود المحددة لها، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها.

وحيث إن سن القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة ٨٦ من الدستور. والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة من الدستور، إلا إنه نظراً لما قد يطرأ في غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية في تلك الحالات أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون. وقد حرص المشرع الدستوري على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية في التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحويلها - إلى ممارسة تشريعية مطلقة، موقفاً بذلك بين مقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلاً بذلك. من أجل ذلك نص الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه: «إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون» وفي الفقرة الثانية على أنه: «يجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر».

وحيث إن المستفاد من هذا النص أن الدستور وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الشعب، إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتصل بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه. فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الشعب غائباً وأن تنهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير إلى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار أن تلك الظروف هي مناط هذه الرخصة وعلّة تقريرها. وإذا كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الاختصاص =

= التشريعى الاستثنائى، فان رقابة المحكمة الدستورية العليا تمتد إليهما لتتحقق من قيامهما، باعتبارهما من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات، شأنهما فى ذلك شأن الشروط الأخرى التى حددتها المادة ١٤٧ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا إليها على مجلس الشعب للنظر فى إقرارها أو علاج آثارها. وحيث إنه يبين من الأعمال التحضيرية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المطعون عليه أن الأسباب التى أستندت إليها الحكومة فى التعجيل بإصداره فى غيبة مجلس الشعب، تتمثل فيما أوردته مذكرته الإيضاحية من «أن القانونين رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ورقم ٥٥ لسنة ١٩٧٩ الخاصين ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادى والأدبى التى انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذى حمل القضاء عبئا كبيرا فى تخريج أحكام الحوادث التى تعرض عليهم، وقد كشف ذلك عن قصور فى بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التى استجدت فى حياة المجتمع المصرى وذلك فى نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أى حق مقرر بدليل قطعى لأى فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق...» كما أنه عند عرض القرار بقانون (محل الطعن) على مجلس الشعب للنظر فى إقراره، أفصح وزير الدولة لشئون مجلس الشعب عن ماهية الضرورة التى دعت إلى إصداره بقوله «ولا شك أن الضرورة تحتم استصدار قانون لتعديل الأحوال الشخصية... وقد طال الأمد على استصدار هذه القوانين، وطول الأمد واستطالة المدة هى حالة الضرورة، بل هى حالة الخطورة فالأسرة المصرية تنتظر هذا الإصلاح منذ عام ١٩٥٥، واللجان تتعقد وتتعثر أعمالها ولكن دون جدوى ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والقانونان اللذان يحكمان مجال الأسرة رقم (٥٥) لسنة ١٩٧٠ ورقم (٥٥) لسنة ١٩٧٩ كلاهما يحتاج إلى تعديل منذ صدورهما، أى منذ عامى ١٩٧٠ و ١٩٧٩. أليس فى هذا كله مدعاة لضرورة يقدرها ولى الأمر ليصدر قرارا ثوريا بإصلاح الأسرة؟ ولو ترك الأمر لاقتراح قرار بقانون أو لمشروع بقانون واثرت حوله المناقشات وظل شهورا وسنين فأين هى الحاجة التى تدعو إلى تحقيق إصلاح الأسرة بقرار ثورى مثل القرار بقانون المعروض».

لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفة البيان. وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات فى نواحي المجتمع وإن جاز أن تدرج فى مجال البواغث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة =

= من قصور تحقيقاً لإصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ إذ صدر استناداً إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوباً بمخالفة الدستور.

وحيث إنه لا ينال مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملاً بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية، ذلك أنه كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط أن يطرأ - فى غيبة مجلس الشعب - ظروف من شأنها توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذى يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية.

وحيث إنه - من ناحية أخرى - فإن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون المطعون عليه لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذى نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستورى الذى لازم صدوره. كما أنه ليس من شأن هذا القرار فى ذاته أن ينقلب به القرار بقانون المذكور إلى عمل تشريعى جديد يدخل فى زمرة القوانين التى يتعين أن ينبع فى كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التى حددها الدستور فى هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون.

وحيث إنه لما كان ما تقدم، وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المطعون عليه قد استهدف بتنظيمه التشريعى المترابط موضوعاً واحداً قصد به معالجة بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالأسرة على ما سلف بيانه، وكان العيب الدستورى الذى شابه قد عمه بتمامه لتخلف سند إصداره، فإنه يتعين الحكم بعدم دستوريته برمته.

ولما كان المقرر طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أنه «يترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم»، فكان الأصل أن ينتهي العمل بالقرار بقانون المذكور بانقضاء يوم ١٦ مايو سنة ١٨٨٥، فلا يجوز تطبيقه اعتباراً من ١٧ مايو سنة ١٨٨٥. غير أنه صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ وتضمن في الجملة ذات الأحكام التي كان منصوصاً عليها في القرار بقانون المذكور، وأوردت المادة (١٨ مكرراً) التي أضافها إلى المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ذات الأحكام التي نصت عليها المادة نفسها عند إضافتها إلى المرسوم بقانون بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩.

وقد نصت المادة السابعة من القانون سالف الذكر على أن: «ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وذلك عدا حكم المادة ٢٣ مكرراً فيسرى حكمها من اليوم التالي لتاريخ نشره».

ومفاد ذلك أن المادة نصت على سريان أحكام القانون ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ اعتباراً من ١٦ مايو سنة ١٨٨٥ (تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا) مع أنه طبقاً لحكم المادة ٤٩/٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا كان القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ لازال سارياً في هذا التاريخ لأنها تجعل الحكم الصادر بعدم الدستورية سارياً منذ اليوم التالي لنشره أي يوم ١٧/٥/١٨٨٥.

وهذا الأثر الرجعي للقانون يستند إلى نص المادة ٨٧ من الدستور التي تقضى بأنه: «لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.

رئيس المحكمة

أمين السر

في القانون على خلاف ذلك بموافقة أعضاء مجلس الشعب»، ولكنه ورد استثناء مما نصت عليه المادة ٤٩/٣ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

وقد حدا الشارع إلى تقرير الأثر الرجعي للقانون - على ما أفصح عنه تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب - وجود الكثير من المنازعات المنظورة أمام المحاكم والتي أقيمت في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يصدر فيها حكم بات ذلك أنه من العدل والتسوية بين أصحاب هذه الدعاوى وما سيقام من دعاوى طبقاً لأحكام المشروع عند صدوره أن يكون لهذا القانون أثر رجعي. وأن يضمن الاستمرارية لأحكام القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في الجملة لما تبين أن عدم دستوريته لعيب شاب إجراءات إصداره^(١).

وواضح من عبارات تقرير اللجنة المشتركة، أن القانون ١٠٠ لسنة ٨٨٥ - وضمنه نص المادة ٨٨ مكرراً - يسرى على المنازعات التي رفعت إلى المحاكم في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولم يصدر فيها حكم بات. وعلى ذلك فإن المادة ٨٨ مكرراً من القرار بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ تكون سارية ابتداء من تاريخ العمل بالقرار بقانون في ٢٢ يونيه سنة ١٩٧٩ حتى تاريخ ١٥ مايو سنة ٨٨٥، ثم يبدأ العمل بنص المادة ذاتها المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ٨٨٥ اعتباراً من ١٦ مايو سنة ٨٨٥.

ولما كان الحكم الوارد بالمادة ٨٨ مكرراً المضافة بالقانون الأخير هو ذاته المنصوص عليه بالمادة نفسها عند إضافتها إلى المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ فإن معنى ذلك أن تطبيق حكم متعة المطلقة المدخول بها ظل ممتداً منذ العمل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ حتى الآن.

(١) وتتفق هذه العبارات وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا من أنه: «وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم...».

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يعيب الحكم القاضي بالتمتع بعد سريان القانون ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ أن يبنى قضاءه على أحكام القرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما انتهى إلى نتيجة صحيحة لأن القصور في الأسباب القانونية ليس من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى وأن لمحكمة الطعن أن ترد الحكم إلى الأساس الصحيح في القانون.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - في هذا الصدد بأن :

١- «وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن النص في المادة ٨٨٧ من الدستور على أنه «لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب مفاده أنه ولئن كان الأصل في القانون أنه لا يسرى إلا على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ وتتم في الفترة من تاريخ العمل به إلى حين إلغائه إلا أنه يجوز للسلطة التشريعية في غير المواد الجنائية ولا اعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتتص فيه صراحة على سريانه على الماضي - لما كان ذلك وكان النص في المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أن «ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك عدا حكم المادة (٢٣ مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالي لتاريخ نشره» يدل - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون - على أن المشرع قد استهدف بتقرير الرجعية لأحكامه التي جاءت متفقة مع القواعد المقررة بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته لعب لحق بإجراءات إصداره إسناد سريانها إلى تاريخ نشر الحكم القاضي، بعدم دستوريته أن تسرى هذه الأحكام على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقانون القديم ولم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وذلك تحقيقا للعدالة والتسوية بين أصحاب الحقوق الشرعية التي قننت بالقرار بقانون المشار إليه سواء من تمكن منهم من استصدار حكم بات بها قبل

صدور الحكم بعدم دستوريته ومن لم يتمكن من ذلك وهو ما يؤيده أن المشرع لم يحدد لرجعية القانون الجديد رغم تضمنه في الجملة ذات القواعد المقررة بالقانون القديم اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستورية الأخير باعتباره اليوم الذي ينتهى فيه العمل به وإنما حدد لها يوم نشره أى في وقت كانت أحكام القانون القديم فيه سارية ما يكشف عن رغبته في توفير الاستمرارية لهذه الأحكام بعد تلافي العيب الذى شاب إجراءات إصداره وإخضاع الوقائع الناشئة فى ظله للقواعد المماثلة المقررة بالقانون الجديد إذا لم يكن قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الأمر، لما كان ذلك، وكانت المادة ٨٨ مكررا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - الذى يحكم واقعة الدعوى - توجب فرض متعة للزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد استحقاق المطعون عليها المتعة المقضى بها على سند من أن الطاعن طلقها فى ١٠ / ٦ / ٨٨٠ دون رضاها ولا بسبب من قبلها يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة فى القانون ولا يعيبه أنه لم يعرض فى قضائه لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ وسريانه على واقعة الدعوى دون القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المحكوم بعدم دستوريته والذى امتنع تطبيقه عليها من اليوم التالى لنشره فى الجريدة الرسمية فى ١٦ / ٥ / ١٨٨٥ طالما أن ذلك القصور فى الأسباب القانونية ليس من شأنه أن يغير وجه الرأى فى الدعوى وأن لمحكمة النقض أن ترد الحكم إلى الأساس الصحيح فى القانون. وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم 72 لسنة 66ق - جلسة 1987/4/28)

٢- وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أن النص فى المادة ٨٧ من الدستور على أنه «لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع فى تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب». مفاده أنه ولئن كان الأصل فى القانون أنه لا يسرى إلا على الوقائع والمراكز القانونية التى تنشأ وتتم فى الفترة من تاريخ العمل به إلى حين إلغائه إلا أنه يجوز

للسلطة التشريعية في غير المواد الجنائية ولا اعتبارات من العدالة والمصلحة العامة تستقل بتقدير مبرراتها ودوافعها أن تخرج على مبدأ عدم رجعية التشريع وتتص فيه صراحة على سريانه على الماضي، لما كان ذلك النص في المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية على أن «ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ وذلك عدا حكم المادة (٢٣ مكررا) فيسرى حكمها من اليوم التالي لتاريخ نشره» يدل - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون - على أن المشرع قد استهدف بتقرير الرجعية لأحكامه التي جاءت متفقة مع القواعد المقررة بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته لعب لحق بإجراءات إصداره وإسناد سريانه إلى تاريخ نشر الحكم القاضي بعدم دستوريته أن تسرى هذه الأحكام على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقانون القديم ولم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى وذلك تحقيقا للعدالة والتسوية بين أصحاب الحقوق الشرعية التي قننت بالقرار المشار إليه سواء من تمكن منهم من استصدار حكم بات بها قبل صدور الحكم بعدم دستوريته ومن لم يتمكن من ذلك وهو ما يؤيده أن المشرع لم يحدد لرجعية القانون الجديد رغم تضمنه في الجملة ذات القواعد المقررة بالقانون القديم اليوم التالي لنشر الحكم بعدم دستورية الأخير باعتباره اليوم الذي ينتهى فيه العمل به وإنما حدد لها يوم نشره أى في وقت كانت أحكام القانون القديم فيه سارية مما يكشف عن الرغبة في توفير الاستمرارية لهذه الأحكام بعد تلافي العيب الذى شاب إجراءات إصداره وإخضاع الوقائع الناشئة في ظل هذه القواعد المماثلة المقررة بالقانون الجديد إذا لم يكن قد صدر بشأنها حكم حائز لقوة الأمر المقضى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويكون النعى على غير أساس وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن).

(طعن رقم 2 لسنة 66 قى - جلسة 1987/5/26 - لم ينشر)

٣- «النص في المادة ٨٧٨ من الدستور على أن «تتشر في الجريدة الرسمية الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعاوى الدستورية والقرارات الصادرة بتفسير النصوص التشريعية وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار» وفي الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم» مفاده أنه متى صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي فلا يجوز تطبيقه اعتباراً من اليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية ومن ثم فإنه لا يمس - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ - الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت من قبل بحكم حاز قوة الأمر المقضى.

لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد صدر حضورياً من محكمة استئناف القاهرة في ١١/٤/٨٨٥ ومن ثم يكون قد حاز قوة الأمر المقضى تبعاً لعدم جواز الطعن فيه بطرق الطعن الاعتيادية وذلك قبل نشر حكم المحكمة الدستورية العليا القاضي بعدم دستورية القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في الجريدة الرسمية في ١٦/٥/٨٨٥ فإن صدور هذا الحكم ونشره لا يمس بحق المطعون ضدها في المتعة المقضى بها بالحكم المطعون فيه ويضحي النعى بوجهيه على غير أساس».

(طعن رقم 69 لسنة 55 ق - جلسة 1988/1/26 - لم ينشر)

٥- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ الصادر بتعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية رقمي ٥٥ لسنة ١٩٠٠، ٥٥ لسنة ١٩٢٩ أن تسرى أحكام هذا القانون على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعنة على سند من أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥

لا ينطبق على واقعة طلاقها فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 29 لسنة 57 جلسة 1888/6/28 - ذات المبدأ الطعون أرقام: 50 لسنة 66ق - جلسة 1888/6/28 - 34 لسنة 66ق جلسة 1888/6/14 - 103 لسنة 57ق جلسة 1888/4/26 - 55 لسنة 66ق جلسة 1888/2/23 - 32 لسنة 66ق جلسة 1888/2/23 - 27 لسنة 66ق جلسة 1888/1/26 غير منشورة جميعاً)

٦- «وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أخذاً بمفهوم المادة السابعة منه يسرى على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي حكم بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى، وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتمتع للمطعون عليها الأولى قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون وكان لا يعيبه عدم استناده إلى أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بدلاً من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي امتنع تطبيقه على واقعة الدعوى بعد نشر الحكم بعدم دستوريته إذ لمحكمة النقض أن ترد أسباب الحكم إلى سنده من صحيح القانون فإن النعى يكون على غير أساس».

(طعن رقم 33 لسنة 66ق - جلسة 1988/12/20 غير منشور)

٧- «سريان القانون ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقانون بقانون ٤٤ سنة ١٩٧٩، طالما لم تصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى. المادة السابعة ق ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - مثال في طلب تمعة».

(طعن رقم 22 لسنة 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/2/16)

(طعن رقم 35 لسنة 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/2/23)

٢٢٢- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤ وبنود ٢٩ وما بعده).

النسب

موضوع رقم (١٥)

أقل مدة الحمل - أقصى مدة الحمل

إثبات الولادة ونوع المولود

٢٢٣- أقل مدة الحمل :

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا هي ستة أشهر قمرية، لقوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۖ ﴾^(١)، وقوله جل شأنه ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٢)، فقد دلت الآية الأولى على أن الحمل والفصال ثلاثون شهرا، ودلت الآية الثانية على أن الفصال أى الفطام عامان، وبإسقاط المدة الثانية من المدة الأولى يبقى للحمل ستة أشهر وهو تقدير العليم الخبير.

ويؤيد هذا الاستنتاج ما روى من أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر من تاريخ الزواج، فرفع أمرها إلى عثمان رضى الله عنه فهم بإقامة الحد عليها، فقال له ابن عباس رضى الله عنهما: «إنها لو خاضتكم بكتاب الله لخصمتكم» أى غلبتكم قال تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۖ ﴾ وقال: ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾، فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فمنع عثمان الحد عنها^(٣)، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد ذلك وإذا اعتبرت

(١) سورة الأحقاف - الآية (١٥).

(٢) سورة لقمان - الآية (١٤).

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢١١ - وقد أفتت دار الإفناء المصرية بتاريخ ١٤/٨/ ١٩٦١ فى الطلب رقم ٧٩٥ لسنة ١٩٦٨ بأن:

«المنصوص عليه شرعا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ

ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۖ ﴾ ولقوله تعالى: ﴿ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ فبقى للحمل ستة أشهر وأنه إذا=

هذه المدة في درء الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات، اعتبرت أيضاً في إثبات النسب لأنه مما يحتاط في إثباته محافظة على النسل وصيانة للعرض.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به من مخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، ورتب الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسباً، وأساس الأخذ بهذه القاعدة هو ولادة الزوجة أو المطلقة في زمن لا يقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج، لما هو مجمع عليه من أنها أقل مدة للحمل أخذاً بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وقوله تعالى:

﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ فبإسقاط مدة الفصال الواردة في الآية الأخيرة من مدة الحمل والفصال الواردة في الآية الأولى يتبقى للحمل ستة أشهر، وفرع الفقهاء على ذلك أنه إذا تزوج رجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من زواجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح بيقين فلا يكون منه، ومن الراجح في مذهب الحنفية سريان هذه القاعدة ولو كان العلوق من نفس الزوج نتيجة الزنا، فيحق للزاني أن ينكح مزنيته الحبلية منه ويحل له أن يطأها في هذا النكاح ولكن لا يثبت الولد منه إذا أتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام».

(طعن رقم 18 لسنة 45 - جلسة 1976/11/3)

٢- «الفراش. ماهيته - النسب يثبت بالفراش. الزنا لا يثبت نسباً. وجوب أن تكون ولادة الزوجة أو المطلقة لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ الزواج

= تزوج رجل بامرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه منه، لأن الحمل سابق على النكاح فلا يكون منه وفي حادثة السؤال تزوج السائل بزوجه ثيب ثم وضعت حملها بعد زواجه بها بأقل من ستة أشهر، وعلى ذلك فلا يثبت نسب هذا المولود من السائل.... الخ».

علة. ذلك. زواج الزانى بمزنيته الحبلى منه. لا يثبت الولد منه إذا أنتت به لأقل من ستة أشهر لأنه لم يكن وليد مدة حمل تام».

(طعن رقم 69 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/23)

٣- «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش الذى يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة... وفى حالة قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقاً أو بالغاً ثبت نسبه من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما:- أن يكون نفية وقت الولادة وثانيهما:- أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه، ويشترط لصحة اللعان أن يكون كل من الزوجين أهلاً له عند ابتداء الحمل بالولد وأن يكون فى حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً وأن ينفى الزوج الولد عند ولادته، وألا يكون قد أقر به صراحة أو ضمناً وأن يكون الولد حياً عند الحكم بنفى النسب. وكان الأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورها بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد لما كان ذلك، وكان الواقع فى الدعوى قيام الزوجية الصحيحة والتلاقى بين الزوجين، وأن الطاعنة أتت بالصغير «.....» لأكثر من ستة أشهر من تاريخ زواجها بالمطعون ضده، ومن ثم فإن ثبوت نسب الصغير إليه بالزواج الصحيح يكون قد توافرت شرائطه وإذ يبين من الأوراق أن المطعون ضده لم ينف نسب الولد إليه عند ولادته، وقد استمرت العلاقة الزوجية بينه وبين الطاعنة بعد ذلك ولم يلاعنها، ومن ثم فلا ينتفى نسبه منه، وإذ خالف الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بنفى نسب الصغير «.....» إلى المطعون ضده فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 969 لسنة 70 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/11/12)

٤- «من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزواج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة. وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضي بينهما ونفى الولد من أبيه وألحقه بأمه، والأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأى وجه حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد.

لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة بتاريخ ١٩٩٩/٢/٥٥ وأنها قد أتت بصغيرتها - آية - بتاريخ ١٩٩٩/١٠/٠٠ أى بعد ما يزيد على سبعة أشهر من وقت زواجها وكان يتصور الحمل منه ولم يقم بنفى نسب المولودة إليه عقب ولادتها مباشرة ولم يلاعن امرأته، ومن ثم فلا ينفى نسبها منه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من نفي نسب الصغيرة إليه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن».

(طعن رقم 311 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2009/3/10)

٥- «وحيث إن النعى في هذا الشأن غير سديد ذلك بأن المقرر في فقه الشريعة الإسلامية وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالفراش وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة ولا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة وثانيهما: أن يلاعن امرأته فلا ينتفى نسبها منه فضلا عن أن الأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فيثبت من الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها حملا للمرأة على الصلاح وإحياء للولد، لما كان ذلك، وكانت الزوجية الصحيحة ثابتة وقائمة بين الطاعن والمطعون ضدها منذ ١٩٩٣/١/٢١ حتى تاريخ طلاقها في ١٩٩٣/٩/٢٨ وأنها

قد أتت بالصغيرة بتاريخ ١٢ / ١٠ / ١٩٩٣ أى بعد ما يزيد على تسعة أشهر من وقت زواجها وكان يتصور الحمل منه ولم يقد بنفى نسب المولودة إليه عقد ولادتها مباشرة ومن ثم فلا ينتفى نسبها منه وإذ اعتنق الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يغير من ذلك ما استترد إليه الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه تزيدا بأسبابه بأن الطاعن لم يلاعن المطعون ضدها حالة أنها مطلقة إذ يستقيم الحكم بدونها ويكون ما ذهب إليه الطاعن غير منتج ويضحى الطعن برمته على غير أساس ولما تقدم يتعين رفضه».

(طعن رقم 229 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2010/3/9)

٢٢٤- أقصى مدة الحمل :

اختلف الفقهاء فى تحديد أقصى مدة الحمل اختلافاً واسع المدى، لعدم وجود نص من الكتاب ولا من السنة يدل على أقصى مدة الحمل.

فقدرته الحنفية بسنتين هجريتين استناداً إلى ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت «ولا تزيد المرأة فى الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل» تريد أن الجنين لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو لفترة يسيرة عبرت عنها بتحول ظل عمود المغزل، وفى لفظ آخر «لا يكون الحمل أكثر من سنتين»، وهذا لا يعرف إلا سماعاً إذ ليس للعقل فيه مجال فكأنها روتها عن النبى عليه السلام^(١).

وقدرها الشافعية بأربع سنوات ووافقهم المالكية فى المشهور عندهم^(٢) وفى القول الآخر أنها خمس سنوات وهناك من يزيد على ذلك.

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٢.

(٢) ودليل هذا ما روى الدار قطنى عن مالك بن أنس قال هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان، امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن، فى اثنتى عشرة سنة كل بطن فى أربع سنين. وما جاء من حكايات منها: ما روى أن الضحاك بقى فى بطن أمه أربع سنوات، وأن محمد بن عبد الله بن الحسن بن على وإبراهيم بن نجيح العقيلي بقى كل منهما فى بطن أمه أربع سنين، وقد حكى ذلك أبو الخطاب وأنه متى تقرر وجود ذلك وجب أن يحكم به، ولا يزداد عليه لأنه هو الذى وجد ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن هذا إلا لأنه غاية الحمل.

وقدرها داود الظاهري بتسعة أشهر، ومحمد بن الحكم من فقهاء المالكية بسنة.

وقال ابن رشد في هذه المسألة «وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة، وقول ابن الحكم والظاهرية من أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً»^(١).

وسنرى أن المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ نص في مادته الخامسة عشرة على أن لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة.
(أنظر بندى ٢٢٢، ٢٤٣).

٥٥٥- إثبات الولادة:

إذا ادعت المرأة أنها ولدت، فلما أن يصدقها الرجل أو لا يصدقها، فإذا صدقها ثبت النسب إذا توافرت شروطه.
وإن لم يصدقها وقال أنها لن تلد، وأن ما تدعى ولادته لقيط، فإن الولادة تثبت على النحو التالي.

(أ) إذا كانت الولادة أثناء قيام الزوجية:

ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا كان الحبل ظاهراً ومعروفاً بأماراته التي توجب غلبة الظن عند كل من يراها بأنها حامل، أو كان الزوج معترفاً بوجوده، أو ورثته بعد وفاته، فلا تحتاج المرأة إلى إثبات، ويكفى قول المرأة نفسها لأن الحمل المفضى إلى الولادة ثابت بظهور أماراته أو الاعتراف، فيثبت ما يفضى إليه وهو الولادة بمجرد إخبار المرأة عنها.

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن الولادة تثبت بشهادة امرأة من أهل العدالة، سواء كان الحمل ظاهراً أم لا، اعترف به الزوج أو الورثة بعد وفاته أو لا، لأن الفرض أن الرجل أنكر الولادة فتكون دعوى المرأة مجردة فتحتاج إلى

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥٨ طبعة خامسة ١٤٠١هـ - ١٤١١م ص ٢٥٨.

إثبات، وتكفى فيها شهادة المرأة المقبولة الشهادة، لأنها ليست شهادة على ثبوت النسب فإن ثبوت النسب هنا لا يحتاج إلى شهادة ما دامت الزوجية قائمة، والولادة من الأمور التي لا يطلع عليها الرجال كالبكارة والثيوبه وعيوب النساء لأنه لو اشترط في إثبات ذلك نصاب الشهادة الكاملة المعتادة لأدى ذلك إلى الحرج بالوالدات والحر ج مرفوع شرعا، وقد ثبت أن النبي عليه السلام أجاز شهادة القابلة وروى عن الزهرى أنه قال (ومضت السنة بجوار شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن).

وقد رجح محمد قدرى باشا الرأى الثانى فى كتابه أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فنص فى المادة (٢٤٨) على أن «إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجدها الزوج ثبتت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة أما لو أنكر تعيين الولد فإنه يثبت تعيينه بشهادة القابلة المتصفة بما ذكر».

وإذا كان الأطباء فى هذا الزمن يقومون بعملية الولادة فيكفى - فى نطاق هذا الرأى - شهادة الطبيب الذى باشر الولادة أو أى رجل آخر شاهد الولادة إن لم يكن تعمد النظر، لأنه حينئذ يكون فاسقا مردود الشهادة^(١).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بتاريخ

٢٨ / ٣ / ١٩٩٩ فى الطعن رقم ١٢٤ لسنة ٥٦ ق بأن:

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر فى فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهرا وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما فى البطن».

(ب) إذا كانت المرأة معتدة من طلاق أو وفاة:

إذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعى أو بائن، أو من وفاة فقد ذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا أنكر الزوج أو ورثته الولادة، ولم يكن الزوج أو الورثة أقروا بالحبل، ولم يكن الحبل ظاهرا، فإن الولادة لا تثبت إلا بحجة كاملة أى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن ادعاء المرأة الوضع قبل مضى سنتين اعتراف

(١) محمد مصطفى شلبى فى أحكام الأسرة فى الأسرة فى الإسلام ص ٧٠١ - عمر عبد الله

منها بمضى عدتها، وبانقضائها تعتبر أجنبية، ودعوى النسب من الأجنبية تحتاج إلى بينة كاملة.

وقال صاحبان إن الولادة تثبت بشهادة القابلة لأن للنكاح آثاره باقية في عدة الطلاق والوفاة، ووقت الولادة لم تكن أجنبية فهي قد ولدته على فراش النكاح الصحيح، فيكتفى بشهادة القابلة كحال الزوجية^(١).

وقد رجح محمد قدرى باشا رأى الإمام أبى حنيفة فنص في المادة (٣٤٩) من كتاب الأحكام الشرعية على أن «إذا ادعت معتدة الطلاق الرجعى أو البائن أو معتدة الوفاة الولادة لأقل من سنتين من وقت الفرقة وجدها الزوج أو الورثة فلا تثبت إلا بحجة تامة ما لم يكن الزوج أو الورثة قد أقرروا بالحبل أو كان الحبل ظاهرا غير خاف فإن جحدوا تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة كما مر».

٢٢٦- إثبات نوع المولود :

إذا كان النزاع في تعيين المولود بأن يقول أحد الزوجين أنه ذكر ويقول الآخر أنه أنثى، فيكفى في إثبات نوعه شهادة امرأة من أهل العدالة أو شهادة الطبيب المولد أو أى شخص شاهد المولود، سواء كان النزاع في حال قيام الزوجية حقيقة أو في العدة مطلقا، وهذا بالاتفاق بين أبى حنيفة وصاحبيه، لأن الولادة إذا ثبتت كان تعيين المولود سهلا فلا تشترط فيه شهادة كاملة وهو ما نصت عليه المادتان (٢٤٨ ، ٢٤٩) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

٢٢٧- حكم تصديق الورثة على الولادة :

تصديق ورثة الزوج على الولادة يتضمن أمرين:

الأول : ثبوت حق الولد في الميراث من المتوفى ومشاركته بقية الورثة فيه أو حجبهم منه على حسب أحكام الميراث.

والثانى : ثبوت نسبه من المتوفى بالنظر إليهم وإلى غيرهم من كافة الناس. فبالنسبة إلى الحق الأول، يكفى تصديق الورثة أو بعضهم المرأة بالولادة في استحقاق الولد الميراث، فإذا كان التصديق منهم جميعا ثبتت البنوة فيما يتعلق بالميراث في حقهم جميعا.

وإذا كان التصديق من البعض تثبت البنوة في حقه وحده، لأن التصديق إقرار، والإقرار حجة قاصرة على المقر، لا يلزم به غيره. ولهذا لا يلزم في هذا الإقرار أن يكون بلفظ الشهادة ولا أن يكون في مجلس القضاء، ولا أن يكون المقر من أهل الشهادة أمام القاضي. أما بالنسبة إلى الحق الثاني فإنه إذا كان من أقر من الورثة بالولادة عددا يصلح للشهادة وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فإنه يثبت حق الولد بالنسبة إليهم جميعا، لا فرق بين المقرين والمنكرين وتثبت بنوته للمتوفى بالنظر إلى جميع الناس فله الحق - إذا كان لأبيه غرماء - أن يطالبهم بما عليهم من ديون⁽¹⁾.

أما إذا لم يكن المصدقون من الورثة من أهل الشهادة، لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم.

ولا يشترط لإتمام نصاب الشهادة هنا أن يكون كل المقرين من الورثة، فقد يكون المقر وارثا ويشهد معه أجنبي، وفي هذه الحالة تشترط الخصومة والشهادة في مجلس القضاء لأنهما شاهدان وليس مقرين⁽²⁾.



(1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤١٧.

(2) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٤٦.

موضوع رقم (١٦)

ثبوت النسب بالفراش

يثبت النسب بواحد من ثلاثة: الفراش، والإقرار، والبينة، وسنتناول دراسة كل منها تباعاً، ونبدأ هنا بثبوت النسب بالفراش.

٢٢٨- المقصود بالفراش:

الفراش ما يبسط للجلوس أو النوم عليه، وقد يكنى به عن المرأة. يقال هذه قبيلة كريمة المفارش إذا كانت تتزوج الكرام من النساء.

وقال تعالى فيما أهد لأهل اليمين فى الجنة: ﴿ وَفُرْشٍ مَّرْفُوعَةٍ ﴾ إِنَّا أَنشَأْنَهُنَّ إِنِشَاءً جَعَلْنَهُنَّ أَجْبَارًا ﴿ عُرُبًا أَتْرَابًا ﴾ لِأَصْحَابِ الْيَمِينِ ﴿^(١)، فكنى بالفراش عن النساء.

والمراد بالفراش هنا الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد لا عند حصول الولادة، أو كون المرأة معدة للولادة من شخص معين، وهو لا يكون إلا بالزواج الصحيح وما ألحق به من الزواج الفاسد والوطء بشبهة.

فإذا ولدت الزوجة بعد زواجها - بشروط سيأتى بيانها - ثبت نسب المولود من ذلك الزوج دون حاجة إلى إقرار منه بذلك أو بينة تقيمها الزوجة على ذلك لقول رسول الله عليه السلام «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٢).

وإنما يثبت النسب بالفراش من غير حاجة إلى شيء آخر، لأن الزوجة مقصورة على زوجها ليس لغيره أن يشاركه هذا الاستمتاع بل ولا الاختلاء بها خلوة محرمة، فينبى على ذلك اعتبار حمل الزوجة من زوجها واحتمال أنه من

(١) سورة الواقعة - الآيات (٢٤ - ٢٨) - والفراش المرفوعة، الموضوع على سرر عالية

قال تعالى فى وصف الجنة ﴿ فِيهَا سُرُرٌ مَّرْفُوعَةٌ ﴾ (سورة الغاشية - الآية ١٢).

(٢) معنى الحديث أن الولد ثمة الفراش (الزوجية) فينسب إلى الزوج صاحب الفراش ويثبت نسبه منه، وللعاهر الذى لا يطلب النسل من طريقه المشروع الخيبة والخسران. يقال للشخص الذى خاب ولم يكن ثمة من فعله (له الحجر).

غيره احتمال مرفوض، لأن الأصل في الناس الصلاح والاستقامة حتى يثبت العكس.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «النسب كما يثبت بالفراش الصحيح يثبت بالإقرار وبالبينة، غير أن الفراش فيه ليس طريقاً من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سبباً منشئاً له، أما البينة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتاً من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته».

(طعن رقم 11 لسنة 44 ق - جلسة 1976/2/4)

٢- «إذا كان النسب يثبت بالفراش وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بثبوت نسب الصغيرة إلى الطاعن على سند من إقراره بالتحقيقات الإدارية المقدمة صورتها الرسمية بقوله الزواج من المطعون عليها عرفياً ودفعه مهراً لها ثم دفعه لها مؤخر صداقها من شهرين سابقين على تقديم الشكوى وهو إقرار صريح يفيد قيام الزوجية بينه وبين المطعون عليها بعقد صحيح شرعاً في التاريخ الذي حددته وإلى عدم ثبوت قيام المانع من الدخول وبثبوت تمام الوضع لأكثر من ستة أشهر من عقد الزواج، وكانت هذه الأسباب تكفي لحمل هذه القضاء فإن النعى على الحكم المطعون فيه بصدد ما ساقه من قرينة مساندة استخلصها من الإقرار - الصادر من المطعون عليها - يكون غير منتج».

(طعن رقم 28 لسنة 44 ق - جلسة 1976/5/12)

٣- «النص أن الولد للفراش إنما يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من أن الطاعنة أتت بالبنات المدعى نسبها للمطعون عليه لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد فلا يثبت نسبها به لتحقيق قيام الوطء في غير عصمة وتيقن العلوق قبل الفراش، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون النعى عليه في هذا الخصوص غير سديد».

(طعن رقم 18 لسنة 45 ق - جلسة 1976/11/3)

٤- «النسب. ثبوته في جانب الرجل. بالفراش والبيئة والإقرار».

(طعن رقم 301 لسنة 62 ق جلسة 1996/12/16 - غير منشور)

٥- «ثبوت النسب المستند إلى الزواج الصحيح أو الفاسد. شرطه. أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبيئة الشرعية».

(طعن رقم 59 لسنة 66 ق - جلسة 1996/12/30 - غير منشور)

٦- «النسب. ثبوته بالفراش والبيئة والإقرار».

(طعن رقم 176 لسنة 63 ق جلسة 1997/7/7)

٧- «الفراش الذي يثبت به النسب. مقصوده. قيام الزوجية بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة».

(طعن رقم 69 لسنة 63 ق جلسة 1997/6/23)

٨- «الفراش الصحيح الذي يثبت به النسب. ماهيته. الوعد والاستيعاد لا ينعقد بهما زواج. علة ذلك. الزواج لا يصح تعليقه على شرط ولا إضافته إلى مستقبل».

(طعن رقم 144 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/24)

٩- «أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما أورده بأسبابه من أن إبرام عقد الزواج في وقت لاحق على الحمل دليل على ثبوت النسب لو توثق الطاعن بأن الحمل كان نتيجة معاشرته للمطعون ضدها معاشرة الأزواج قبل العقد فيكون العقد تصادفاً على زوجية قائمة بما مفاده أن الحمل منه، وكانت هذه الأسباب لا تؤدي إلى ثبوت النسب، ذلك أن المعاشرة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش الذي يثبت به النسب، كما أن عقد الزواج في وقت لاحق على المعاشرة لا يدل في ذاته على قيام زوجية صحيحة قبل هذا العقد ولا يفيد ثبوت نسب ولد كان نتيجة علاقة سابقة على تاريخ العقد كما ذهب الحكم، ومن ثم فإن الحكم يكون مشوباً بالفساد في الاستدلال جره إلى الخطأ في تطبيق القانون، بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 69 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/6/23)

١- «النسب يثبت في جانب الرجل بالفراش وبالبينة والإقرار».

(طعن رقم 479 لسنة 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2004/1/24)

١٠- «غير أن الفراش فيه ليس طريقا من طرق إثباته فحسب بل يعتبر سببا

منشأ له، أما الإقرار والبينة فهما أمران كاشفان له يظهران أن النسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب من الفراش الصحيح أو بشبهته».

(طعن رقم 555 لسنة 73ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/12/10)

١١- «من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن من الأصول المقررة في

فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش الذي يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة... وفي حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقا أو بالغا ثبت نسبه من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بيينة ... وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: - أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: - أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه..... ويشترط لصحة اللعان أن يكون كل من الزوجين أهلا له عند ابتداء الحمل بالولد، وأن يكون في حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما، وأن ينفي الزوج الولد عند ولادته، وألا يكون قد أقر به صراحة أو ضمنا، وأن يكون الولد حيا عند الحكم بنفى النسب».

(طعن رقم 417 لسنة 75ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/12/23)

شروط ثبوت النسب بالفراش:

يشترط لثبوت النسب بالفراش توافر الشروط الآتية:

٢٢٩- الشرط الأول: وجود عقد زواج:

إذا كان ثبوت النسب بالفراش يستند إلى عقد زواج صحيح أو فاسد، فيجب وجود عقد زواج، لأن القاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتا لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية وهي على من ادعى.

ويثبت الزواج بكافة طرق الإثبات الشرعية من بينة وإقرار ويمين.
 (راجع في إثبات الزواج شرعا: الكتاب الأول بنود 74 وما بعده)
 والتناقض في ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر إذ هو ليس محل
 خفاء.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «لما كان ذلك وكان التناقض في ادعاء الزوجية والفراش الصحيح لا يغتفر إذ هو ليس محل خفاء فإنه لا محل لاستناد الطاعنة إلى ما هو مقرر من أن التناقض في النسب عفو، مغتفر وتجوز فيه الشهادة بالسماع، لأن التناقض هنا وقع في دعوى الفراش الصحيح الذي يراد به إثبات النسب على ما سلف بيانه، ويكون النعى عليه غير أساس».

(طعن رقم 11 لسنة 44ق - جلسة 1976/2/4)

٢- «... والقاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية وهي على من ادعى».

(طعن رقم 25 لسنة 46ق - جلسة 1978/5/21)

٣- «القاعدة في إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية وهي على من ادعى لأن البينة في هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار ولا يشترط لقبولها معانة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد وإنما يكفي أن تدل على توافر الزواج أو الفراش بمعناه الشرعي».

(طعن رقم 100 لسنة 55ق - جلسة 1986/5/27)

٤- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أنه لما كان من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش وهو الزواج الصحيح وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو بشبهة وكان من المقرر في الفقه الحنفي أن الزواج الذي لا يحضره شهود زواج فاسد يترتب عليه آثار الزواج الصحيح ومنها النسب بالدخول الحقيقي. وكانت القاعدة في إثبات النسب أنه إذا

استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيها سواء كان الإثبات باللفظ الصريح أو يستفاد من دلالة التعبير أو السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة لا ينسب لساكت قول وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدفاع مؤداه أنها كانت زوجة للمطعون عليه بعقد زواج فاسد خلا من الشاهدين - وذلك قبل العقد عليها رسمياً فى ٢٦ / ١١ / ١٩٨٢ وأنها كانت فراشا له بوعده منه بتوثيق هذا الزواج وأن الصغيرة «هويدا» كانت ثمرة لهذا الزواج الفاسد ودلت على ذلك بعدة قرائن منها إقراره بالشكوى رقم ٤١٠٤ لسنة ١٩٨٢ إدارى قسم المنيا بالاتفاق معها على الزواج منذ فترة سابقة على تقديم شكواها وتمت المعاشرة الجنسية بناء على هذا الاتفاق، وكذلك عقد قرانه عليها وهى ظاهرة الحمل وقدمت تأييداً لذلك صورة رسمية من الشكوى سألقة الذكر. وقد أخذ الحكم من محكمة أول درجة بهذه القرائن وحمل عليها قضاءه برفض دعوى المطعون عليه ببطلان عقد الزواج ونفى نسب الصغيرة «هويدا» له إلا أن الحكم المطعون فيه قضى بإلغاء هذا الحكم على سند من أن البنت المطلوب نفى نسبها إلى المطعون عليه أتت من لقاء جنسى محرم شرعاً، وفى مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ زواجها دون التحدث عن المستندات التى قدمتها الطاعنة وتمسكت بدلائلها على وجود عقد الزواج الفاسد، كما لم يطلع على القرائن التى ساقته الطاعنة تأييداً لدفاعها، والتى كونت منها محكمة أول درجة عقيدتها، وهو دفاع جوهرى لو صح لتغير به وجه الرأى فى الدعوى. فإن إغفال المحكمة الرد على هذا الدفاع وما ساقته الطاعنة من أدلة عليه من شأنه أن يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه».

(طعن رقم 73 لسنة 57 ق - جلسة 1989/5/23)

والمقرر شرعاً أن الردة سبب من أسباب الفرقة، ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلاً، لا بمسلم ولا بغير مسلم، وفقه الحنفية على أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج ولا يثبت نسباً.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«المقرر شرعا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الردة - وهى الرجوع عن دين الإسلام - سبب من أسباب الفرقة ومن أحكامها أنه ليس لمرتد أن يتزوج أصلا، لا بمسلم ولا بغير مسلم، إذ هى فى معنى الموت وبمنزلته والميت لا يكون محلا للزواج، وفقه الحنفية على أن زواج المسلمة بغير المسلم كتابيا كان أم غير كتابي حرام باتفاق ولا ينعقد أصلا، كما أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج ولا يثبت نسبا يتولد عنه أى حق فى الميراث».

(طعن رقم 162 لسنة 62ق - أحوال شخصية - جلسة 1995/5/26)

٣. - الخلاف فى تاريخ الزواج:

قد تلد الزوجة ثم تختلف مع زوجها فى تاريخ النكاح، بأن تدعى أنها تزوجته منذ ستة أشهر لكى تصل إلى إثبات المولود منه، بينما يقول الزوج أنه تزوج منها منذ أقل من ستة أشهر حتى يصل إلى عدم إثبات نسب المولود منه. والحكم فى هذا الخلاف، أن القول قول الزوجة، ويثبت نسب الولد من الزوج، ولأن الظاهر يشهد لها، لأنها ولدت ظاهرا من نكاح وحملها على الصلاح.

ولئن كان للزوج ظاهر آخر يشهد له، هو إضافة الحادث - تاريخ النكاح المختلف فيه - إلى أقرب الأوقات، إذ الحوادث تضاف لأقرب الأوقات، إلا أنه يرجح الظاهر الذى يشهد للمرأة لأن النسب يحتاط فى إثباته.

وذهب أبو حنيفة إلى أن الزوجة لا تستحلف ويؤخذ بقولها بلا يمين.

بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنه يؤخذ بقولها مع اليمين.

والرأى الأخير هو المفتى به فى المذهب.

ولا تسمع بينة من الزوج أو ورثته على تاريخ نكاحه الذى يدعيه لأنها شهادة على النفى معنى، لأنها فى حقيقتها لنى حصول الزواج فى التاريخ الذى تدعيه المرأة، فلا تقبل لأن النسب يحتال فى إثباته كلما أمكن ذلك، وهو هنا ممكن، باحتمال أنه سبق أن تزوجها سرا بمهر يسير، ثم جهرا بأكثر منه للشهرة والسمعة وهذا مشاهد وكثير الوقوع⁽¹⁾.

(1) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٥٤٧ وما بعدها.

٢٣١- عدم سريان قيد عدم قبول الدعوى المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ على دعوى النسب:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن:

«ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١١٣١ - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة».

وهذه الفقرة لم تتعرض لإثبات الزواج ولم توجب إثباته بوثيقة رسمية، وإنما أوردت قيداً على التقاضى فى شأن الدعاوى الناشئة عن الزواج، مقتضاه عدم قبول الدعوى عند الإنكار إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية، ويسرى القيد على الدعاوى التى يقيمها أحد الزوجين على الآخر، وعلى الدعاوى التى يقيمها ورثة أيهما على الآخر أو ورثته.

وكذلك على الدعاوى التى يقيمها الغير أو النيابة العامة فى الأحوال التى تباشر فيها الدعاوى كطرف أصيل قبل أيهما أو ورثته.

والقيد يسرى على الدعاوى التى تكون الزوجية سبباً مباشراً للحقوق فيها، مثل النفقة والطاعة والصداق والميراث فقط، ولا يسرى على الدعاوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سبباً مباشراً لها، ومن ثم لا يسرى على دعاوى النسب، وبالتالي فإن دعوى النسب تكون مقبولة ولو كانت الزوجية غير ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

ويستوى أن يكون النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال، كدعوى الإرث بسبب البنوة.

وقبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٠٠٠٠ كانت الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٣١ المشتمل على لائحة ترتيب

المحاكم الشرعية (الملغى) تنص على أن:

«ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١١٣١».

وكان القيد الوارد بها يشمل النزاع في ذات الزوجية وما يترتب عليها من أحكام أيضاً، أى الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها، ولا يشمل الدعاوى التى تكون الحقوق فيها ليست الزوجية سبباً مباشراً لها، ومن ثم كان القيد لا يسرى على دعاوى النسب، كما هو الحال في ظل الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٧.... الحالى.

وقد أوضحت هذا الرأى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر، وأفتت به دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١/٢/ ١٩٥٧ (الفتوى منشورة بالكتاب الأول بند ٧٩) وقضت به محكمة النقض بتاريخ ٣٠/١٢/ ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٣ لسنة ١٩٨٠ ق- أحوال شخصية - منشور بالكتاب الأول بند ١٨).

كما قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «إذا كانت دعوى المطعون عليه هى دعوى إرث بسبب البنوة - وهى بذلك متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات حق من الحقوق التى تكون الزوجية سبباً مباشراً لها - فإن إثبات البنوة الذى هو سبب الإرث لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها حيث نهى فى الفقرة الرابعة من تلك المادة عن سماع تلك الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١١٣١، إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصوداً لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقرر حتى ولو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة.

ولما كان إثبات البنوة وهى سبب الإرث فى النزاع الراهن بالبينة جائزاً قانوناً فلم يكن على الحكم المطعون فيه أن يعرض لغير ما هو مقصود أو مطلوب بالدعوى ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى القانون وقصور فى التسبيب لإجازته للإثبات بالبينة وإغفاله ذكر السبب الذى يرد إليه النسب فى غير محله».

(طعن رقم 2 لسنة 28 ق - جلسة 1960/5/5)

٢- «إذا كانت دعوى المطعون عليها دعوى إرث بسبب البنوة وهى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية، وكان موضوع النسب مطروحا فيها باعتباره سبب استحقاق الإرث وكان المشرع لم يشترط لإثبات النسب وجود وثيقة زواج رسمية لأن المنع الخاص بعدم سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١١٣١ لا تأثير له شرعا على دعاوى النسب بل هى باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية رغم التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فإنه لا تثريب على الحكم إن هو أ طرح ما قدمه الطاعنون من أوراق بعد قيام الدليل - البينة - على ثبوت النسب المتنازع عليه لأن قيام الحقيقة التى اقتنع بها فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفه».

(طعن رقم 8 لسنة 44 ق - جلسة 1976/1/21)

٣- «دعاوى النسب لازالت باقية على حكمها المقرر فى المذهب الحنفى فلا يشترط لسماع الدعوى بإثبات النسب وصحتها إذا كان سببها زواج صحيح أن يكون هذا الزواج ثابتا بوثيقة رسمية وإنما يصدق عليه هذا الوصف ويصبح سببا لإثبات النسب باعتباره كذلك متى حضره شهود واستوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعا سواء وثق رسميا أو أثبت بمحضر عرفى أو كان بعقد غير مكتوب».

(طعن رقم 44 لسنة 51 ق - جلسة 1982/3/16)

٤- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية وأن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع فى المادة ١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع على دعوى النسب التى مازالت باقية على حكمها المقرر فى الشريعة الإسلامية».

(طعن رقم 8 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/11/21)

٥- «القيد الوارد بالمادة ١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها. عدم خضوع دعوى النسب له. علة ذلك».

(طعن رقم 62 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/22)

٦- «المنع من سماع دعوى الزوجية بعد أول أغسطس سنة ١١٣١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية. م ٤/٩٩ مرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١١٣١. اقتصراره على دعوى الزوجية. خروج دعوى النسب عنه ولو كان من هذه الزيجة غير الثابتة».

(طعن رقم 61 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

(راجع أيضا في التفصيل: الكتاب الأول موضوع رقم 10 بند 75

وما بعده).

٢٣٢- هل يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقى الزوجين بعد العقد؟

ذهب الأحناف إلى أنه لا يشترط لثبوت النسب بالفراش تلاقى الزوجين بعد العقد، وأن العقد وحده كاف لثبوته مع تصور التلاقى وإن لم يتم التلاقى بالفعل قط.

ولذا قالوا لو عقد رجل بالمشرق زواجه بامرأة في المغرب ولم ينتقل أحدهما إلى الآخر ثبت ولدها منه متى جاءت به لستة أشهر أو أكثر من حين العقد.

وقالوا إن تصور التلاقى شرط لإثبات النسب ولذا لو جاءت امرأة الصبى بولد لا يثبت نسبه، والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنباً^(١).

وتصور التلاقى الذى ذكره الأحناف قد يكون أقرب إلى الواقع فى العصر الحديث الذى شهد تقدما كبيرا فى وسائل المواصلات.

واستند الحنفية فى ذلك إلى حديث الرسول «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وأن الفراش هو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل إذا أتت به، وهذا يكون فى النكاح عقب العقد الصحيح مباشرة لأنه من آثاره^(٢).

(1) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٠٠.

(2) الشافعى ومالك يشترطان إمكان التلاقى بعد العقد، ويشترط ابن تيمية من الحنابلة

ولما صدر المرسوم بقانون رقم ٥٥ سنة ١٩٢٩ نص في المادة (١٥) منه على أن:

«لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة.... الخ».

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون أنه :

«بناء على الأحكام الواجب تطبيقها الآن يثبت نسب ولد الزوجة فى أى وقت أتت بها مهما تباعد الزوجان فيثبت نسب ولد زوجة مشرقية من زوج مغربى عقد الزواج بينهما مع إقامة كل فى جهته دون أن يجتمعا من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة وذلك بناء على مجرد جواز الاجتماع بينهما عقلا.

كذلك يثبت نسب ولد المطلقة بائنا إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ونسب ولد المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة.

ويثبت ولد المطلقة رجعيا فى أى وقت أتت به من وقت الطلاق ما لم تقرر بانقضاء العدة. والعمل بهذه الأحكام مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وتقدمت بذلك شكاوى عديدة.

ولما كان رأى الفقهاء فى ثبوت النسب مبنيا على رأيهم فى أقصى مدة الحمل ولم يبين أغلبهم رأيه ذلك إلا على أخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبى حنيفة بنى رأيه فى ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان وليس فى أقصى الحمل كتاب ولا سنة. فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء فى المدة التى يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة.

وبما أنه يجوز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضائه من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتتيال ودعوى نسب ولد بعد مضى سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج وكذا دعوى نسب ولد من زوج لم يتلاق مع زوجته فى وقت ما ظاهر فيها الاحتتيال والتزوير لذلك وضعت المادة (١٥) من مشروع القانون».

والنص لم يعدل أحكام ثبوت النسب المنصوص عليها بالمذهب الحنفى، ولم يتعرض لثبوت النسب أو نفيه، فيظل النسب بالفراش ثابتا بمجرد العقد مع إمكان تصور التلاقى بين الزوجين وإنما أتى النص بقيد على سماع الدعوى، مقتضاه أن تقضى المحكمة بعدم سماع دعوى النسب عند الإنكار لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها.

فمحل القضاء بعدم سماع الدعوى أن ينكر نسب الولد. وأن يثبت للمحكمة أنه لم يلتق بزوجه منذ العقد أو غاب عنها لمدة سنة سابقة على الولادة.

والمقصود بعبارة (عدم التلاقى) ليس دخول الزوج بالزوجة، وإنما المقصود بها اجتماعهما من وقت العقد إلى وقت الولادة اجتماعا تصح معه الخلوة^(١).

ولما كان القصد من قيد عدم سماع الدعوى القضاء على الاحتتيال والتزوير من جانب بعض النساء اللاتى تدعين النسب رغم عدم تلاقيهن مع أزواجهن منذ العقد أو غيبتهم عنهن مدة سنة، فإنه يكون متعلقا بالنظام العام ويجب على المحكمة التصدى له من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن «الولد للفراش» واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال أحدها أنه العقد وإن لم يجتمع بها، بل لو طلقها عقيبه فى المجلس، والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، وقد اختار الشارع بالمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الرأى الثانى على ما يؤدى إليه نص

(١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩.

المادة ١٥ منه.. وهذا يدل على أن المناطق فيما تصير به الزوجة فراشا إنما هو العقد مع مجرد إمكان الوطاء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه».

(طعن رقم 4 لسنة 36 ق - جلسة 1970/2/11)

٢- «إذا ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش، فإنه لا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيماً، فضلاً عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع، فإن الفقه الحنفى - المعمول به بوصفه أصلاً ما لم ينص القانون على خلافه - يكتفى في ثبوت النسب بالفراش، بالعقد وحده إن كان صحيحاً مع تصور الدخول وإمكانه».

(طعن رقم 10 لسنة 41 ق - جلسة 1975/2/5)

٣- «ثبوت النسب بالفراش في الفقه الحنفى - يكتفى فيه بالعقد الصحيح مع تصور الدخول وإمكانه».

(طعن رقم 36 لسنة 54 ق - جلسة 1985/3/12).

(أنظر أيضاً: نقض 1967/3/15 منشور بالبند التالي)

٤- «المقرر في الفقه الحنفى المعمول به بوصفه أصلاً ما لم ينص القانون على خلافه أنه يكتفى في ثبوت النسب بالفراش بالعقد وحده إن كان صحيحاً مع تصور الدخول وإمكانه وكان الواقع في الدعوى أن الطاعن أقامها بطلب نفى نسب الولد إليه بمقولة أنه أصيب بالعجز عن الإنجاب منذ ما قبل زواجه بالمطعون عليها وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن المطعون عليها أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج الصحيح وأن نسب الولد إلى الطاعن ثبت بالفراش ورد على دفاع الطاعن بشأن عجزه عن الإنجاب بقوله «... وكان الثابت من مناقشة الطبيب الشرعي أن عملية استئصال البروستاتا لها تأثير على الإخصاب وأن التحليل الذي أجرى بمعرفة مستشفى المنصورة الجامعي قد أفاد بأنه لا يوجد به أي حيوانات منوية وذلك بعدم تواجد إفراز لهذه الغدة بعد استئصالها وفي حالة فقد هذه الغدة فإن ذلك يؤثر بشكل واضح على كمية السائل المنوي وأن نقص هذه الكمية لها تأثير على حيوية الحيوانات المنوية أي قدرتها على الحياة كما أنها تؤثر على حرية حركتها وهذان العاملان هامين في عملية

الإنجاب وأنه ليس من المتوقع أن يحصل إنجاب في هذه الحالة ولكنه ليس من المستحيل في حالة فرض وجود حيوانات منوية كما أنه لا يستطيع الجزم عما إذا كان للمدعى قوة في إفراز السائل المنوى خلال الفترة من تاريخ زواجه في ١١/٢٧/١١١١ وحتى إجراء التحليل الذي تم في ٢/١٠/١٨٨٢.... وكان الأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة والتي يمكن تصورها بأى وجه من الوجوه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد....» وكان الحكم المطعون فيه الذى أيدته وأحال إلى أسبابه قد أضاف إلى ذلك قوله «.... ولا ينال منه ما ذهب إليه المستأنف من أن محكمة أول درجة التفتت عن إجابته لطلبه ندب كبير الأطباء الشرعيين لعرض الأمر عليه ومناقشته بشأن حالته الصحية وفيما ورد بتقرير الطبيب الشرعى.. لأن مرد ذلك مرجعه إلى المحكمة وضمير القاضى لا غير وما دامت قد اقتنعت بما ثبت وتحقق لديها بالنسبة لموضوع النزاع ومما تجدر الإشارة إليه كدليل قاطع على صحة ما انتهى إليه الحكم المستأنف ومما هو ثابت بالأوراق أن الصغير المطالب بنفى نسبه إلى المستأنف قد أنجبته المستأنف ضدها بعد زواجها بالمستأنف والدخول والمعاشرة بأكثر من ستة أشهر وقبل مضى سنة من تاريخ طلاقه لها.... وصلاحيه طرفى الاستئناف للإنجاب ورزقهما بأولاد وأن الاثنين مازالا على قيد الحياة.....» وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه حصل فهم الواقع فى الدعوى تحصيلا سليما وأنزل عليه صحيح حكم القانون وانتهى بأسباب سائغة فى نطاق سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الدعوى إلى ثبوت نسب الولد للطاعن وعدم الأخذ بما ساقه من دفاع سنده أمور ظنية لم تبلغ حد اليقين ولا تؤدى إلى نتيجة قطعية إذ لا يصح نفى النسب بناء عليها مادام الإمكان قائما، لما كان ذلك وكان لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى لم تر إجابة الطاعن إلى طلبه الكشف عليه بمعرفة كبير الأطباء الشرعيين متى وجدت فى أدلة الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ولا عليها إن هى لم تتعقب كل قول أو حجة أبداه الطاعن فى دفاعه ما دام أن قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لذلك الدفاع، فإن ما يثيره الطاعن بهذا النعى لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة

أخرى غير تلك التى انتهت إليها الحكم».

(طعن رقم 36 لسنة 54ق - جلسة 1985/3/12 - غير منشور)

٥- «الولد للفراش، صيرورة المرأة فراشا. مناطه. العقد مع إمكان الوطاء. سواء تحقق الدخول أو لم يتحقق. م ١٥ من ق ٥٥ لسنة ١٩٢٩».

(طعن رقم 46 لسنة 62 ق جلسة 1996/12/30 - غير منشور)

٦- «النسب حق للولد. عدم تصديق الزوجين في إبطاله ولو تعاونوا في إثبات عدم حصول الوطاء».

(طعن رقم 46 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/30 - غير منشور)

٧- «الولد للفراش. صيرورة المرأة فراشا. مناطه. العقد مع إمكان الوطاء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال الجنسي».

(طعن رقم 176 لسنة 63 ق جلسة 1997/7/7).

٨- «عدم سماع دعوى النسب عند الإنكار. شرطه. أن تأتي بالولد زوجة لم تلتق بزوجها من حين العقد أو أتت به بعد سنة من غيبته عنها أو من انقضاء فراش الزوجية بالطلاق أو الوفاة. م ١٥ مرسوم بق ٥٥ لسنة ١٩٢٩. علة ذلك».

(طعن رقم 152 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/5/14)

٩- «مفاد المادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ أن المناط فيما تصير به المرأة فراشا إنما هو العقد مع إمكان الوطاء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال الجنسي الفعلي».

(طعن رقم 468 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/11/24)

١٠- «النص في المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة» مفاده وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للتعليق على هذه المادة أن حساب مدة الحمل في الزواج الصحيح إنما يكون بالتقويم الميلادي، إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية أنه «لما كان رأى الفقهاء في ثبوت النسب مبنيًا على رأيهم في أقصى مدة الحمل ولم يبين أغلبهم رأيه ذلك إلا على إخبار بعض النساء بأن الحمل مكث كذا سنين والبعض الآخر كأبي حنيفة بنى رأيه في ذلك على أثر ورد عن السيدة عائشة

يتضمن أن أقصى مدة الحمل سنتان، وليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة فلم تر الوزارة مانعا من أخذ رأى الأطباء في المدة التي يمكنها الحمل فأفاد الطبيب الشرعى بأنه يرى أنه عند التشريع يعتبر أن أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما يشمل جميع الأحوال النادرة وهو ما أكدته المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ سالف البيان بأن نصت على أن «المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨) من هذا القانون - هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما» ومتى كان ما تقدم فإن السنة في مفهوم المادة ٢٣ سالف الإشارة إليها هي التي عدد أيامها ٣٦٥ يوما أى أن حساب تلك الأيام يكون بالتقويم الميلادى، وكانت المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصة بأحكام النسب ضمن المواد التي عدتھم المادة ٢٣ من ذات القانون فإن حساب مدة الحمل من حيث أقصى مدته أو أدناها يكون بالتقويم الميلادى، وأنه وإن كان ظاهر المادتين سالفتي الذكر وما جاء بالمذكرة الإيضاحية يشير إليه فى خصوص أقصى مدة الحمل إلا أنه يعنى به ويقصده حتما فى خصوص أدناها إذ لا يعقل أن تتجه إرادة المشرع إلى التفرقة بين تقويم مدة الحمل من حيث أقصاها وأدناها فيكون تقويم الأولى ميلاديا وتقويم الثانية هجرىا وحاشا أن تتجه إرادة المشرع إلى ذلك».

(الطعن رقم 754 لسنة 79 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/14)

١١- «من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن من الأصول المقررة فى فقه الشريعة أن الولد للفراش واختلفوا فيما تصير به المرأة فراشا على ثلاثة أقوال أحدها أنه نفس العقد وإن لم يجتمع الزوج بها أو طلقها عقبه فى المجلس، والثانى أنها العقد مع إمكان الوطء، والثالث أنه العقد مع الدخول الحقيقى لا إمكانه المشكوك فيه، والقول أن معنى التلاقى وهو الاتصال الجنسى يؤدى إلى أن الفراش لا يثبت إلا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده المشرع بالمادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩، لأن مفاد هذا النص أنه اختار الرأى الثانى بما يدل على أن المناط فيما تصير به المرأة فراشا إنما هو العقد مع إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه أو الاتصال

الجنسى الفعلى».

(طعن رقم 515 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/10/22)

٢٣٣- الشرط الثانى: إمكان حمل الزوجة من زوجها:

ويتأتى ذلك بأن يكون الزوج بالغاً أو مراهقاً أى قريباً من البلوغ، ولم تظهر عليه بعد أمارات البلوغ، فلو كان صغيراً دون ذلك لا تعتبر الزوجة فراشاً تحمل منه زوجته لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه، ولأن الشرط الأساسى لأى نسب أن يولد مثل الولد لمثل من ينسب إليه ولا يكون ذلك إذا ولد المولود والزوج صغير.

وقدر سن الجماع بعشر سنين^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن (الولد للفراش) واختلفوا فيما تصير المرأة به فراشاً على ثلاثة أقوال أحدهما أنه نفس العقد وإن لم يجتمع الزوج بها أو طلقها عقيبها فى المجلس والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء والثالث أنه العقد مع الدخول الحقيقى لا إمكانه المشكوك فيه، والقول بأن معنى التلاقى هو الاتصال الجنسى يؤدى إلى أن الفراش لا يثبت إلا بالدخول الحقيقى وهو ما لم يقصده الشارع بالمادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ سنة ١٩٥٥».

(طعن رقم 22 لسنة 35 ق - أحوال شخصية - جلسة 1967/3/15)

٢- «المقرر شرعاً أنه فى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج، وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مراهقاً أو بالغاً، ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش، دون حاجة إلى إقرار أو بينة وإذا نفاه الزوج فلا ينفى إلا بشرطين (أولهما): أن يكون نفيه وقت الولادة (ثانيهما): أن يلاعن امرأته. فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً شروطه فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن أبيه وأحقه بأمه. ولما كان الثابت من الأوراق أن

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٥٦ - التنوير وشرحه بحاشية ابن عابدين ج ٢

ص ٤١٠. وقد أفتت دار الإفتاء بأن المراهق - إذا كان ذكراً - هو من بلغ اثنتى عشرة

سنة (فتوى صادرة بتاريخ .. يونيه سنة ١٩٤٠).

المورث تزوج المطعون عليها الثانية زواجا صحيحا ثابتا بوثيقة زواج رسمية مؤرخة ١٩٣٢ / ٤ / ٢١ ولم ينازع أحد في استمرار هذا الزواج منذ بدأ حتى وفاة المورث في ١٩٦٧ / ٢ / ٢٧ وأن المطعون عليها الأولى ولدت في ١٩٣٧ / ١٢ / ٢١ وفقا لمستخرج ميلادها الرسمي على فراش هذه الزوجية ولم ينف المورث نسبها إليه في الوقت وبالطريق المقرر شرعا، فإن نسب المطعون عليها الأولى يكون قد ثبت من المتوفى بالفراش من غير حاجة إلى دعوى ولا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيما، فضلا عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع».

(طعن رقم 10 لسنة 41 ق - أحوال شخصية - جلسة 1975/2/25)

٣- «من المقرر شرعا أنه في حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى بالولد لستة أشهر على الأقل من وقت عقد الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مرافقا أو بالغا ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش، دون حاجة إلى إقرار أو بينه... وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفيا لشروطه ففرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن أبيه وألحقه بأمه، والأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأى وجه حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد».

(طعن رقم 515 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/10/22)

والخصى كالصحيح في الولد، وكذلك المجبوب إن كان ينزل والعنيد لأنه قد يمكنه الإنزال بالمساقعة⁽¹⁾.

٢٣٤ - الشرط الثالث: أن تمضى أقل مدة الحمل:

يشترط أن تمضى أقل مدة الحمل، وأقل مدة الحمل كما ذكرنا سلفا ستة أشهر قمرية.

وتحسب أقل مدة الحمل من تاريخ العقد، ومن وقت الدخول في الزواج

(1) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٥ وما بعدها.

الفاسد، والوطء بشبهة. لأن المرأة إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهذا دليل على أن الحمل سابق على النكاح فلا يكون هذا الحمل من الزواج. وعدم ثبوت النسب لمن يولد لأقل من ستة أشهر على فراش الزوجية وثبوته لمن يولد لستة أشهر فأكثر شرط يسرى ولو كان العلوق من نفس الزواج بالزنا. وأساس ذلك أن نكاح الحامل وإن كان غير جائز إلا أنه عند أبى حنيفة ومحمد يجوز للزاني أن ينكح مزنيته الحبلى منه ويحل له أن يطأها فى هذا النكاح، والولد يثبت منه إذا ولدته لستة أشهر فأكثر لأنها جاءت به فى مدة حمل تام عقب نكاح صحيح ولا يثبت منه إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر^(١).

٥٣٥- الشرط الرابع: أن تلد المرأة لأقل من أقصى مدة الحمل:

وأقصى مدة الحمل عند الحنفية - كما رأينا سلفا - سنتان. وهذا الشرط يسرى على الولادة بعد الطلاق البائن أو الموت. فإذا جاءت المرأة بالولد لسنتين فأكثر من حين الطلاق البائن أو موت الزوج تيقن أنها حملت به بعد انتهاء الفراش يقينا. أما المطلقة رجعيا، فيثبت نسب ولدها من الزوج فى أى وقت ما لم تقرر بانقضاء عدتها بعد طلاقها منه، ويحمل ذلك على أنه راجعها بعد الطلاق فى عدتها التى قد يطول وقتها إذا امتد طهرها ويكون ثبوته بالفراش الذى استدامته الرجعة.

وهذا الشرط يحتاج إلى مزيد من التفصيل نعرض له فيما يلى:

نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها:

٢٣٦- المطلقة قبل الدخول:

يثبت نسب ولد المطلقة قبل الدخول من زوجها إذا جاءت به لستة أشهر من حين العقد ولأقل من ستة أشهر من حين الطلاق. لأن مجيئها به لأقل من ستة أشهر من حين العقد يدل على أنها حملت قبل أن تكون فراشا لهذا الزوج، ومجيئها به لأكثر من ستة أشهر من حين الطلاق يحتمل أن يكون لأنها حملت

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥٥.

به بعد الطلاق من غيره، واحتمال أنها حملت به قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب هنا لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن حيث لا عدة لها. والأصل في هذا عند الحنفية ما قالوه أن كل امرأة لا تجب عليها العدة لا يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينا أنه منه، بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق، وكل امرأة يجب عليها العدة يثبت نسب ولدها من زوجها إلا إذا علم يقينا أنه ليس منه بأن تجيء به لأكثر من مدة الحمل على النحو الذى سيأتى تفصيله.

٢٣٧- المطلقة بعد الدخول رجعيا :

إذا أقرت المطلقة بعد الدخول رجعيا بانقضاء عدتها بعد مدة تحتل انقضاء العدة فيها، بأن تكون المدة التى مضت قبل الإقرار بالانقضاء ستين يوما على المفتى به، ثم جاءت بولد لستة أشهر فأكثر من حين الإقرار، لم يثبت نسبه من مطلقها لأن إقرارها بانقضاء العدة يقطع الزوجية، ويحتمل أن يكون الحمل من غيره بعد العدة. أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار فإن نسبه يثبت وتعتبر كاذبة فى إقرارها، ويعتبر الزوج مراجعا لها فى العدة إذا زادت المدة بين الطلاق والولادة على أكثر مدة الحمل، فإن لم تزد عنها لم يعد مراجعا، بل تنتهى عدتها بوضع الحمل لأن ثبوت النسب حينئذ لا يستلزم الرجعة لاحتمال حصوله قبل الطلاق.

أما إذا لم تقر بانقضاء عدتها ثبت نسب ولدها من مطلقها ولو جاءت به بعد الطلاق بسنتين أو أكثر، لأنها إن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق اعتبرت حاملا به وقت قيام الزوجية. وإن جاءت به لسنتين أو أكثر اعتبر الحمل به وقت العدة لأنه يجوز للزوج مخالطتها فى وقت العدة، ويكون ذلك مراجعة لها مهما طال المدة، لأن المرأة تعتبر ممتدة الطهر، وتمتد عدتها بامتداد الطهر حتى تبلغ سن الأياس ويثبت نسبها سترا على الأعراض وصيانة للود من الضياع^(١).

٢٣٨- المطلقة بعد الدخول بائنا :

(١) الهداية ج ٢ ص ٢٤ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥١.

إذا أقرت المطلقة بعد الدخول بأتنا بانقضاء العدة، وكانت المدة تحتمل انقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه من المطلق للتيقن حينئذ من أن الحمل لم يحدث بعد انقضاء العدة وتكون كاذبة في إقرارها^(١).

أما إذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه لاحتمال أن الحمل به قد حدث بعد انقضاء العدة وتقوى هذا الاحتمال بإقرار المرأة بانقضاء عدتها، وكذلك لو جاءت به لتمام سنتين أو أكثر من وقت الفرقة فلا يثبت لتحقيق حدوث الحمل بعد الفرقة.

أما إذا لم تقر بانقضاء العدة، فإن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفرقة ثبت نسبه لاحتمال أن يكون الحمل موجودا وقت الطلاق فلا يكون هناك يقين بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطاً^(٢).

والنسب يحتاط في إثباته دائماً إحياء للولد وكون الحمل كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله يدعو لکی يحمل عليه احتيالا لإثبات النسب. وإذا جاءت به لتمام سنتين أو أكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الفرقة.

وهذا إذا لم يدعه المطلق، فإن ادعاه ثبت نسبه منه، ويحمل على أن المرأة قد حملت به بسبب مخالطة بشبهة.

هذا، وكل حالة يثبت فيها نسب ولد المعتدة من طلاق يثبت فيها أيضا نسب ولد المعتدة من فرقة أخرى غير الطلاق، كالفرقة بسبب الردة أو خيار البلوغ أو عدم الكفاءة، وكل حالة لا يثبت فيها النسب في عدة الطلاق لا يثبت فيها النسب في غيره^(٣).

٢٣٩- المتوفى عنها زوجها :

إذا ادعت المتوفى عنها زوجها الحمل ولم تقر بانقضاء العدة، فإنه يثبت

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٠. وما بعدها.

(٢) الهداية ج ٢ ص ٢٤.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٢.

نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة لقيام الفراش حتى حملها أو لاحتمال حدوث الحمل قبل الموت وهذا كاف في الحكم بثبوت النسب. أما إذا جاءت به لسنتين فأكثر فلا يثبت نسبه للتيقن من حدوث الحمل بعد الموت.

وإن لم تدع الحمل وأقرب بانقضاء عدتها بمضى أربعة أشهر وعشرة أيام ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من انقضاء عدتها الذي زعمته ثبت نسبه لإمكان تيقن قيام الحمل وقت الإقرار ويثبت كذبها في إقرارها^(١). وإذا جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الإقرار فلا يثبت نسبه من زوجها لاحتمال أن يكون حملها من غيره بعد انقضاء عدتها وقد تقوى هذا الاحتمال بإقرارها بانقضاء العدة.

٥٠- الآيسة:

إذا كانت الآيسة معتدة من طلاق، فإذا لم تقر بانقضاء عدتها، وولدت بعد الطلاق الرجعي أو البائن فإنها وذوات الأقراء سواء، لأنها بولادتها لم تكن آيسة من المحيض، بل كانت من ذوات الأقراء.

وعلى ذلك يثبت نسب ولدها من المطلق إذا ولدته لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق البائن، ولا يثبت إذا ولدته لأكثر من ذلك، وفي الطلاق الرجعي يثبت النسب وإن أتت به لأكثر من سنتين.

وإذا أقرت بانقضاء العدة مطلقاً غير مفسر بالأشهر بمعنى أنها لم تقل أن عدتها انتهت بالأشهر، وكان هذا الإقرار في مدة يتصور فيها أن يكون ثلاثة أقراء، ثم ولدت بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من الإقرار يثبت نسب الولد للمطلق لأن كذبها ظهر بيقين إذ ثبت أن العلوق كان قبل الإقرار لحصول الولادة قبل مضي أقل مدة الحمل من تاريخ هذا الإقرار.

وإن ولدت لستة أشهر فأكثر من تاريخ الإقرار لا يثبت النسب للمطلق، وذلك لأنها أقرت بانقضاء العدة مطلقاً، فيحمل هذا الإقرار على الانقضاء

بالإقرار وهذا هو الأصل، ومادام أن الولادة كانت لستة أشهر أو أكثر من تاريخ هذا الإقرار فيحمل كلامها على أن العلوق كان من الغير بعد انتهاء العدة، كأن تكون تزوجت بغية أن تطلق عقب ذلك وحملت منه، فلا يبطل إقرارها لعدم ظهور كذبها فيه يقينا.

ويشترط لكي يثبت النسب في حالة الإقرار السابق أن تكون الولادة لأقل من سنتين أيضا منذ بانث، أما في الرجعي فلا يشترط ذلك.

وإذا أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فقد سوى بعض الفقهاء في الحكم بين هذه الحالة وبين حالة عدم الإقرار بانقضاء العدة المار ذكرها، فقال بأن نسب الولد يثبت من المطلق إلى سنتين في الطلاق البائن، وإلى مالا نهاية له في الطلاق الرجعي.

وأساس هذا عندهم أنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر إذ ظهر أنها لم تكن آيسة، فصارت كأنها لم تقر بانقضاء العدة، ولذلك تأخذ حكم غير المقررة بانقضاء العدة إن ولدت.

وقال آخرون: إن هذه الحالة تأخذ حكم الإقرار بانقضاء العدة مطلقا فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإن جاءت لأكثر من ذلك لا يثبت.

أما إذا كانت الآيسة معتدة من وفاة فإنها كذوات الأقراء سواء بسواء، لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهن إذا لم تكن حاملا، فالحامل عدتها تتقضى بوضع الحمل، يستوى أن يكون ذلك للموت أو غيره^(١).

٢٤١- المطلقة الصغيرة:

(أ) في حالة الطلاق قبل الدخول:

إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه من المطلق، لأن قيام الحمل قبل الطلاق بيقين، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر. وثبت النسب في هذه الحالة رغم عدم الدخول لأن الأحناف لا يشترطون الدخول في ثبوت النسب بالفراش كما أوضحنا سلفا.

(١) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٤٩ وما بعدها.

وإذا جاءت به لسته أشهر فأكثر، فإن نسبه لا يثبت من المطلق، لأنه لا عدة لها لحصول الطلاق قبل الدخول، ولا يقال بالعدة هنا بناء على الحكم بالدخول نتيجة لحصول العلوق قبل الطلاق^(١)، لأن الولادة لأكثر من ستة أشهر لا تستلزم كون العلوق حصل قبل الطلاق، فقد يكون حصوله بعده، فلا تكون هناك عدة، لأن العدة لا تثبت مع الشك.

(ب) فى حالة الطلاق بعد الدخول:

إذا أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق، ثبت نسبه لأنه يتعين وجود الولد فى بطنها قبل انقضاء العدة وتكون كاذبة فى إقرارها. وإن جاءت به لسته أشهر أو أكثر من وقت الإقرار ولتسعة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها، ولا يقين فى أن ما جاءت به جاء ببطنها قبل انقضاء العدة.

أما إذا لم تقر بانقضاء عدتها ولم تدع حبلا، وجاءت بولد لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه عند أبى حنيفة ومحمد سواء كان الطلاق رجعيا أو بانئا - وعند أبى يوسف يثبت نسبه إلى سنتين فى الطلاق البائن وإلى سبعة وعشرين شهرا فى الطلاق الرجعى.

وحجة أبى حنيفة ومحمد أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع عينها الشارع بالنص وجعلها ثلاثة أشهر، وبانقضائها بحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر، فحكم الشرع بالانقضاء فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لا يحتمل الخلف وعدم المطابقة بخلاف إقرارها، فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها، فإذا ولدت قبل مضى تسعة أشهر من وقت الطلاق تبين أن الحمل كان قبل انقضاء العدة وإن ولدته لتسعة أشهر فأكثر فهو حمل حادث بعد انقضاء عدتها بالأشهر.

وحجة أبى يوسف، هى احتمال وطء المطلق للمطابقة رجعيا فى آخر عدتها وهى الثلاثة أشهر فأنتت به لأكثر مدة الحمل وهى سنتان، ولذلك فرق بين

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٤.

المطلقة بئنا في المدة التي يثبت فيها نسب الولد^(١).

أما إذا ادعت حبلا في فترة العدة، فهو إقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها وتصبح كالكبيرة في ثبوت نسب الولد. غير أن هذا القول لا يؤخذ بإطلاقه، وإنما يقصد به أنها كالكبيرة في أنه لا يقتصر في حق ثبوت النسب على أقل من تسعة أشهر، فإذا كان طلاقها بئنا يثبت نسب ولدها لأقل من سنتين وإن كان رجعيًا يثبت نسبه إذا أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا لا مطلقا كالكبيرة، لأن ثبوت نسب ولد الكبيرة المطلقة رجعيًا لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الأياس بنى على جواز امتداد طهرها ووطئه إياها في آخر الطهر^(٢). بخلاف الصغيرة لأن عدتها ثلاثة أشهر فيحتمل وطؤها في آخر عدتها ثم تحبل سنتين، فلا بد من أن تكون قد أتت به لأقل من سبعة وعشرين شهرا حتى يثبت نسبه.

٢٤٢- الصغيرة المتوفى عنها زوجها :

إذا أقرت الصغيرة المتوفى عنها زوجها بالحبل كانت كالكبيرة، فيثبت نسب ولدها من المتوفى إلى سنتين.

وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها ثبت نسب الولد من المتوفى لتيقن وجود الحمل في بطنها وقت الإقرار وتكون كاذبة في إقرارها. وإن أتت به لستة أشهر فصاعدا من وقت الإقرار لم يثبت نسبه من المتوفى لاحتمال حدوث الحمل بعد الإقرار.

وإن لم تدع الحبل، ولم تقر بانقضاء العدة، فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد أن نسب ولدها يثبت من المتوفى إذا أتت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من الوفاة لأنه تيقن وجوده قبل انقضاء عدة الوفاة، وإن أتت به لعشرة أشهر وعشرة أيام فأكثر لا يثبت نسبه من المتوفى.

أما أبو يوسف فقد ذهب إلى أنها إذا أتت به لأقل من سنتين من الوفاة يثبت نسبه من المتوفى، وإن أتت به لسنتين فأكثر لم يثبت، لأنه اعتبر سكوتها بمنزلة

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها - البحر الرائق ج ٤ ص ١٥١.

(٢) البحر الرائق ج ٤ ص ١٥١.

الإقرار بالحبلى.

٢٤٣- قيد عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها

الواردة بالمادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩:

نصت المادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ على أن «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب.... ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

وهذه المادة لم تحدد أقصى مدة الحمل بسنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولم تمنع ثبوت النسب بعد مضي هذه المدة، لأنها لم تتعرض لثبوت النسب أو نفيه. وعلى ذلك فإن حكم المذهب الحنفى ما زال ساريا فى أقصى مدة النسب بالتفصيل السابق.

وإنما أتت المادة بقيد على سماع دعوى النسب مقتضاه أن دعوى النسب لولد المطلق (رجعيا أو بائنا) والمتوفى عنها زوجها لا تسمع عند الإنكار إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة، وعلى ذلك إذا لم ينكر المطلق أو ورثة الزوج بحسب الأحوال النسب تكون الدعوى مسموعة.

وقد بنى هذا القيد على ما ثبت من رأى أهل الخبرة (الطبيب الشرعى) أن أقصى مدة الحمل ٢٦٥ يوما وأن هذه تتسع للحالات النادرة، وقد جاء ذلك متفقا مع رأى محمد بن الحكم من فقهاء المالكية.

وقد حدا الشارع إلى وضع هذا القيد ما رآه من أن العمل بالأحكام الواردة بالمذهب الحنفى مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجراءة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين وإلى تقديم شكاوى عديدة، وقد استند إلى ما هو جائز شرعا لولى الأمر أن يمنع قضائته من سماع بعض الدعاوى التى يشاع فيها التزوير والاحتتيال ودعوى نسب ولد بعد مضي سنة من تاريخ الطلاق بين الزوجين أو وفاة الزوج ظاهر فيها الاحتتيال والتزوير.

ولما كان القصد من هذا القيد الحفاظ على نسب المولودين والقضاء على التزوير والاحتتيال من جانب بعض المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن، فإن هذا

القيد يضحى متعلقا بالنظام العام، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها دون دفع من الخصم.

(راجع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929
بند (232)

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «من المقرر وفقا لحكم المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ألا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد ولد في سنة ١٩٠٠ أى بعد ست سنوات من الطلاق، وقد أنكره مورث المطعون عليهم حال حياته، كما أنكر قيام أية علاقة زوجية جديدة بينه وبين والدته الطاعن بعد الطلاق، وكان الحكم قد دلل على عدم قيام الزوجية بعد الطلاق على أسباب سائغة، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس».

(طعن رقم 1 لسنة 41 ق - جلسة 1975/1/29).

٢- «مفاد نص المادة الخامسة عشرة من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، أن المشرع الوضعى منع سماع دعوى النسب لأى معتدة من طلاق أن جاءت بولد لأكثر من سنة شمسية من وقت الطلاق أخذاً بأن الطبيب الشرعى - وعلى ما أورده المذكرة الإيضاحية - يعتبر أقصى مدة للحمل ٢٦٥ يوماً حتى تشمل جميع الأحوال النادرة، لما كان ما تقدم وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه أقام قضاءه على أن المطعون عليها أقرت بما يفيد أنها طهرت من الوضع وأنها أصبحت حريثاً لزوجها وصالحة لمعاشرته بعده، وأنها إذ طلقت طليقة رجعية فى ٧/ ١٢/ ١٩٧٠ دون أن تقر بانقضاء عدتها منه، وكانت ولادتها للصغيرة ثابتة الوقوع فى ١٢/ ٨/ ١٩٧١ أى لأقل من سنة وقت الطلاق الرجعى، ورتب على ذلك أن نسبة الصغيرة للطاعن تكون ثابتة، فإن هذا الذى خلص إليه الحكم لا ينطوى على مخالفة للقانون لاحتمال أن بدء الحمل كان قبل الطلاق والمطعون عليها على عصمته أو أنه كان بعده وهى فى عدته».

(طعن رقم 30 لسنة 46ق - جلسة 1978/3/1)

٣- «النص في المادة ١٥ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١١٢١ على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق إنما تدفع به الدعوى التي يكون فيها الزواج السابق سببا لثبوت نسب الولد بما أفاد به الطبيب الشرعي وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية من اعتبار أقصى مدة الحمل ٣٦٥ يوما حتى تشمل جميع الأحوال النادرة مما تقتضاه عدم سريان حكم النص على دعوى نسب الولد الذي أتى بعد الطلاق من فراش صحيح لاحق عليه ويثبت به النسب شرعا وهو الزواج وملك اليمين وما يلحق به وهو المخالطة بناء على عقد فاسد أو شبهة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون عليها طبقا للنص المذكور على سند من أنه بعد طلاقه لها عاشرها زوجة له حتى إنجاب الصغيرين فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. والنعي مردود في وجهه الثاني بأن دعوى المطعون عليها هي دعوى نسب وهي باقية على حكمها المقرر في الشريعة ويجوز إثباتها بالبينة وأن الحكم لم ينظر إليها إلا مجردة عن دفع الطاعن بعدم سماع دعوى الزوجية... الخ».

(طعن رقم 55 لسنة 54ق - جلسة 1885/3/26)

٤- «عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة عند الإنكار. شرطه. أن تأتي بعد سنة من انقضاء فراش الزوجية. علة ذلك».

(طعن رقم 182 لسنة 63ق - جلسة 1997/6/24)**٢٤٤- نسب ولد المطلقة بائنا والمعتدة من وفاة إذا تزوجت :**

إذا تزوجت المطلقة بائنا، فولدت من سنتين من تاريخ إبانته، ولأقل من ستة أشهر من وقت زواجها، ثبت نسب الولد من مطلقها لأنه لا يمكن أن يكون من الزواج الثاني لأنه جاء لأقل من مدة ستة أشهر وهي أدنى مدة للحمل، فقد كان الحمل في بطنها وقت الزواج الثاني.

أما إذا ولدت لأكثر من سنتين من تاريخ إبانته ولستة أشهر من وقت زواجها، ثبت نسب الولد من الزواج الثاني لأن ذلك ممكن، ولا يتصور كونه

من المطلق لانقضاء أكثر من أقصى مدة الحمل على تاريخ إبانيتها. وإذا ولدت لأكثر من سنتين من تاريخ إبانيتها ولأقل من ستة أشهر من وقت الزواج الثاني فلا يثبت الولد لا من المطلق ولا من الزوج الثاني. فلا يثبت نسبه من المطلق لأنها أتت به لأكثر من سنتين من تاريخ إبانيتها، فلا يكون الحمل قد حصل قبل الطلاق. ولا يثبت نسبه من الزوج الثاني، لأنها أتت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ زواجه وهي الحد الأدنى للحمل. وإذا ولدت لأقل من سنتين من إبانيتها، ولسته أشهر من وقت الزواج الثاني، فقد أمكن جعله من الأول أو الثاني.

فقد جاء بالدر المختار أنه للأول لكنه نقل عن البدائع أنه للثاني، لأن إقدامها على التزوج دليل انقضاء عدتها فكانت بمنزلة ما إذا أقرت بانقضاء عدتها، حتى لو علم بالعدة فالنكاح فاسد وولدها للأول إن أمكن إثباته منه بأن تلد لأقل من سنتين منذ طلق أو مات. أما إذا لم يمكن إثباته منه بأن جاءت به لأكثر من سنتين منذ بانته ولسته أشهر منذ تزوجت فالولد للثاني كما جاء في البحر نقلاً عن البدائع^(١).

٥٤٥- نسب ولد من غاب عنها زوجها فتزوجت بآخر:

إذا غاب الزوج عن امرأته، وبلغها طلاقه لها أو موته فاعتدت وتزوجت بآخر، ثم جاء الزوج الأول، فإذا كانت قد أتت بولد فالولد للثاني على المذهب الذي رجع إليه الإمام أبو حنيفة وعليه الفتوى، إن احتمله الحال، بأن تكون قد ولدته لسته أشهر فأكثر من وقت النكاح، أما إذا حصلت الولادة لأقل من ذلك فلا يثبت الولد للثاني^(٢).

٢٤٦- ثبوت النسب في الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد هو الذى يفقد شرطاً من شروط صحته، كالزواج بلا شهود.

(١) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ٥٥٥.

(٢) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ٢٢٢ وما بعدها.

والزواج يثبت في الزواج الفاسد بالفراش احتياطا في إثباته إحياء للولد وحتى لا يبقى بدون والد يربيّه.

غير أن المرأة لا تكون - طبقا للرأى الراجح في المذهب الحنفى^(١) - فراشا بالعقد الفاسد، بل بالدخول الحقيقي، فإذا لم تدخل المرأة وأتت بولد لا يثبت نسبه بالفراش إلا إذا ادعاه الزوج ولم يصرح أنه من الزنا.

أما إذا دخلت وأتت بولد لسته أشهر فأكثر من حين الدخول الحقيقي ثبت نسبه إلى الزوج دون ادعاء الولد.

وإذا أتت به بعد المتاركة في الزواج الفاسد لأقل من سنتين ثبت نسبه وإذا أتت به لأكثر من ذلك لا يثبت نسبه.

وعلى ذلك يمكن القول بأنه يشترط لثبوت النسب بالفراش فى الزواج الفاسد ما يأتى:

- (١) وجود عقد زواج فاسد.
- (٢) حصول دخول حقيقى بناء على عقد الزواج الفاسد.
- (٣) أن تأتى الزوجة بالولد لسته أشهر فأكثر من تاريخ الدخول الحقيقى، وفى مدة لا تزيد على سنتين من تاريخ المتاركة.

وترتبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن:

«النسب. ثبوته. بالفراش الصحيح وملك اليمين وما يلحق به. عدم عرض الحكم المطعون فيه لدفاع الطاعنة أن المطعون ضده راجعها وأن هناك زواجا فاسدا أو بشبهة تم بينهما وأن الصغيرتين كانتا ثمرة هذا الزواج قصور».

(طعن رقم 29 لسنة 61 ق «أحوال شخصية» جلسة 15/2/1992)

٢٤٧- ثبوت النسب بالوطء بشبهة:

(راجع الكتاب الأول بنود ٦٧ وما بعده).

٢٤٨- نفى النسب باللعان:

أوضحنا سلفا أنه إذا توافرت شروط النسب بالفراش ثبت نسب الولد إلى

(١) وهو رأى محمد، أما أبو حنيفة وأبو يوسف فإن مناط ثبوت النسب عندهما من تاريخ العقد.

الرجل دون دليل آخر. ولا يستطيع الرجل نفى نسبه إلا بعد إجراء اللعان الشرعى.

واللعان لا يكون إلا عند ثبوت نسب الولد بالزواج الصحيح، سواء كان فراش الزوجية قائماً، أو فراش عدة من طلاق رجعى. أما فى المطلقة بائناً فإن النسب لا ينفى أصلاً لأن نفيه متوقف على اللعان، وشرط اللعان عند الحنفية قيام الزوجية أو ما فى حكمها وهى عدة الطلاق الرجعى. ولذلك يكون الفراش الثابت بالزواج الفاسد أقوى من الفراش الثابت بالزواج الصحيح، كما يقول الحنفية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية أن النسب يثبت بالفراش، وفى حال قيام الزوجية الصحيحة إذا أتى الولد لستة أشهر على الأقل من وقت الزواج وكان يتصور الحمل من الزوج بأن كان مرافقاً أو بالغاً ثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفى إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضى بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه، والأصل فى النسب الاحتياط فى ثبوته ما أمكن فهو يثبت مع الشك وينبنى على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورهما بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد، لما كان ذلك وكان المطعون ضده لم ينكر قيام الزوجية بينه وبين الطاعنة، وأنه وإن نفى نسب المولودة «رضاً» إليه عقب ولادتها مباشرة إلا أنه لم يلاعن امرأته ومن ثم فلا ينتفى نسبها منه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض دعوى الطاعنة بثبوت نسب الصغيرة للمطعون ضده، وفى دعوى المطعون ضده بنفى نسب الصغيرة إليه، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 47 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/1/27)

٢- «الفراش. ماهيته. ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة. شرطه. أن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته. تمام اللعان مستوفياً

شروطه. أثره. التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإحاقه بأمه الاحتياط فى ثبوت النسب. مؤداه. ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة. علة ذلك».

(طعن رقم 336 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1998/3/16)

٣- «الفراش. ماهيته. ثبوت النسب بالفراش عند قيام الزوجية الصحيحة. شرطه. نفى الزوج نسب الولد. شرطه. أن يكون نفيه وقت الولادة وأن يلاعن امرأته. تمام اللعان مستوفيا شروطه. أثره. التفريق بينهما ونفى الولد عن أبيه وإحاقه بأمه. الاحتياط فى ثبوت النسب. مؤداه. ثبوته مع الشك وابتناؤه على الاحتمالات النادرة. علة ذلك».

(طعن رقم 17 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/21)

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن:

«نص الفقهاء على أن الفراش أربع مراتب أولها: ضعيف وهو فراش الأمة لا يثبت به النسب إلا بدعوى، وثانيهما: متوسط وهو فراش أم الولد فإنه يثبت بلا دعوى لكنه ينفى بالنفى، وثالثهما: قوى وهو فراش المنكوحة ومعتدة الطلاق الرجعى فإنه لا ينتفى إلا باللعان، ورابعها: وهو الأقوى كفراش معتدة البائن والزواج الفاسد فإن الولد لا ينتفى أصلا لأن نفيه متوقف على اللعان وشروط اللعان الزوجية الصحيحة».

(استئناف رقم 52 سنة 79 ق «أحوال شخصية» جلسة 1963/1/19)

ويشترط لإجراء اللعان الشرعى توافر الشروط الآتية:

- ١) أن يتوافر لدى كل من الزوجين الإسلام والحرية والعقل والبلوغ والنطق وعدم سبق الحد فى قذف، لأن اللعان شهادات أمام القضاء فلا يصح إلا ممن هو أهل للشهادة على المسلم طبقا للمذهب الحنفى.
- ٢) أن ينفى الزوج نسب الولد، وقت الولادة أو وقت الإعداد لها بشراء ما تحتاج إليه الولادة، أو فى مدة التهنئة المعتادة بالمولود على حسب عرف أهل البلد. هذا إذا كان الزوج حاضرا وقت الولادة، وإن كان غائبا فوقت علمه بالولادة.

وعلى هذا نصت المادة (336) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية بقولها:

«إنما يصح نفى الولد فى وقت الولادة أو عند شراء أدواتها أو فى أيام التهنة المعتادة على حسب عرف أهل البلد وإذا كان الزوج غائبا فحالة علمه كحالة ولادتها»⁽¹⁾.

٣) ألا يكون الزوج أقر بالولد صراحة أو دلالة، كقبوله التهنة أو سكوته عندها وعدم رده⁽²⁾.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - «الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة إقرارا منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه فى مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها فى فقه الحنفية ذلك أنه حصل فى ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة، تقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد فى اليوم التالى لإجرائه وتسليمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك، إقرار المتوفاة بأمومتها للمطعون عليها، هو تحصيل صحيح شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت

(1) وقد جاء بالتتوير وشرحه الدر المختار ج ٦ ص ٤١١: «نفى الولد الحى عند التهنة ومدتها سبعة أيام عادة»، وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله: «قوله ومدتها سبعة أيام عادة أشار به إلى أنه لم يقدر زمنها بشيء كما هو ظاهر الرواية وعن الإمام تقديره بثلاثة أيام وفى رواية الحسن سبعة وضعفه السرخسى بأن نصب المقادير بالرأى لا يجوز شرنبلالية وعندهما «يقصد أبا يوسف ومحمد» تقديره عدة النفاس».

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ وما بعدها - وقد ذهب إلى أن قاعدة «لا ينسب إلى ساكت قول» خرجت عنها مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق منها «...سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنتته إقرار به فلا يملك نفيه».

البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به».

(طعن رقم 17 لسنة 46ق - أحوال شخصية - جلسة 1978/2/22)

ب- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في فقه الأحناف أنه إذا كان الحمل ظاهراً وصدر الاعتراف به من الزوج فإن النسب يثبت قبل الولادة لما في البطن وكان نفى نسب الولد - وعلى ما جرى به فقه الأحناف - لا يكون معتبراً، ولا يقطع النسب إلا بشروط منها أن يكون النفي عند الولادة وعند التهنية، ومنها ألا يسبق النفي إقرار بالنسب لا نصاً ولا دلالة، فإن سبق لا يصح النفي، فإذا قال الولد منى أو سكت عند التهنية بولادته ثم نفاه بعد ذلك لا يقبل منه لأن النسب بعد الثبوت صار حقا للولد فلا يمكن الرجوع فيه، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما اطمأنت إليه المحكمة من شهادة الإثبات من أن الطاعن أقر على وجه القطع واليقين بأبوته للصغيرة «صفاء» وكان تقدير أقوال الشهود والقرائن مما يستقل به قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض متى كان ذلك مقاما على أسباب سائغة وكان ما استخلصه الحكم المطعون فيه من أقوال الشهود وما استنبطه من القرائن من شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها ويبرر قضاءه فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التي أخذ بها الحكم بعد أن اطمأن إليها بما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 124 لسنة 66ق - أحوال شخصية - 1989/3/28)

(راجع أيضاً طعن رقم 515 لسنة 72ق «أحوال شخصية» جلسة

2005/10/22 منشور ببند 232)

٤- ألا يكون قد أقر بالبعض إذا كان المولود أكثر من ولد، ذلك أن الإقرار بالبعض إقرار بالكل، لأنهما أو لأنهم من ماء واحد عند الحنفية.

٥- أن يكون الولد حياً عند الحكم بنفى النسب بعد إجراء اللعان والقضاء بنفيه عنه، فلو مات قبل القضاء بنفى نسبه لا ينتفى النسب، لأنه بالموت قد انتهى واستغنى عن النفي فلا يمكن نفى الميت ولأن النفي حكم على الولد، والميت لا يحكم عليه إذا لم يحضر له خصم، ولا يتصور خصم عن الميت هنا.

وإذا انتفى نسب الولد باللعان لا يجوز عند الحنفية أن يلحق بغيره ولو ادعاه لاحتمال أن يكذب الزوج نفسه ويعترف بنسبه.

ونفى نسب الولد باللعان يترتب عليه اعتباره أجنبياً عن الملعان في النفقة فلا تجب نفقة أحدهما على الآخر وفي الإرث فلا توارث بينهما كما لا توارث بين هذا الولد وبين أقارب الملعان.

وذكر الفقهاء أن الولد لا يكون أجنبياً عن الملعان في الأمور الآتية:

(1) **الشهادة:** فلا تجوز شهادة أحدهما للآخر، لأن شهادة الأصول للفروع والعكس لا تقبل.

(2) **الزكاة:** فلا يجوز صرف زكاة مال أحدهما للآخر، لأن الزكاة حق للفقير الأجنبى.

(3) **القصاص:** فلا يقتص من الملعان بقتله الولد الذى نفاه إذ لا يقتص من الأب بقتله ابنه عند أبى حنيفة، وإن كان يعاقب بغير القصاص تعزيراً.

(4) **المحرمية:** فلو كان لابن الملعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى فلا يجوز للابن أن يتزوج بهذه البنت، وكذلك لا يجوز للولد المنفى أن يتزوج ابنة الزوج من زوجة أخرى غير أمه.

(راجع تفصيلات أخرى فى اللعان الكتاب الأول بند 13 وما بعده)



موضوع رقم (١٧) ثبوت النسب بالإقرار

٢٤٩- معنى الإقرار بالنسب:

الإقرار بالنسب، هو إخبار الشخص بوجود النسب (القراية) بينه وبين شخص آخر.

ويسمى الفقهاء الإقرار بالنسب (النسب بالدعوة).

والإقرار بالنسب نوعان:

الأول : إقرار ليس فيه تحميل النسب على غير المقر، أى أنه لا يتوقف ثبوت النسب فيه من المقر على ثبوته من غيره، وذلك هو الإقرار بالبنوة المباشرة وبالأبوة وبالأُمومة، كأن يقول الرجل هذا المولود ابنى، أو يقول الولد هذا الرجل أبى أو يقول هذه المرأة أُمى.

فالمقر هنا حمل النسب على نفسه، ولم يحمله على غيره، فلا يشترط هنا أن يثبت النسب من الغير حتى ينسحب على المقر.

والثانى : إقرار فيه تحميل النسب على الغير، أى أنه يتوقف فيه ثبوت النسب من المقر على ثبوته على غيره، وذلك كالإقرار بالأخوة والعمومة، وكالإقرار بأن فلانا جده.

فمثلا لا يثبت للمقر فى المثال الأول إلا إذا ثبت نسب من أقر بأنه أخوه (المقر له) لأبيه.

....- شروط ثبوت النسب فى حالة الإقرار بالبنوة:

يشترط لثبوت النسب فى حالة الإقرار بالبنوة توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب:

ويكون المقر له بالبنوة مجهول النسب - على ما ذهبت إليه محكمة النقض - إذا كان لا يعلم له أب فى البلد الذى ولد فيه وفى البلد الذى يوجد به إذ قضت محكمة النقض بأن:

١- «.... ولئن اختلفت الأقوال فى مذهب الحنفية حول متى يعتبر الشخص

مجهول النسب، فذهب البعض إلا أنه من لا يعلم له أب في البلد الذى ولد فيه وقرر البعض الآخر أنه الذى لا يعلم له أب فى البلد الذى يوجد به إلا أن القول على أنه يراعى فى الحكم بجهالة النسب عدم معرفة الأب فى البلدين معا دفعا للحرص وتحوطا فى إثبات الأنساب».

(طعن رقم 2 لسنة 43ق أحوال شخصية 1976/3/10).

٢- «الإقرار بالأبوة شرطه. أن يكون المقر له مجهول النسب. الشخص مجهول النسب فى الفقه الحنفى. بيانه. قيد اللقيط بدفاتر الملجأ باسم ولقب معين. لا يفيد أنه معلوم النسب. علة ذلك».

(طعان رقما 187، 118 لسنة 60ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/4/26)⁽¹⁾

فلو كان للولد نسب معروف لم يصح الإقرار، لأن الشخص لا يكون له أبوان، ولا يقال أن النسب ينتفى من الأول ويثبت من الثانى لأن النسب متى ثبت لا يقبل الفسخ كما لا يقبل التحويل، كما سنرى.

وولد الملاعنة الذى حكم بنفيه عن الزوج لا يعتبر مجهول النسب، فلا يصح لأحد غير الملاحن أن يدعى نسبه، وإذا ادعاه فلا يثبت نسبه منه ولو صدقه الولد، لأن الولد المنفى قد جاءت به أمه فى حال قيام الفراش الصحيح، فراش الزوجية والحكم بنفيه عن الزوج لا يدل بصفة قاطعة على صدق الملاحن فى قذفه فإنه يحتمل أن يكون الولد ولده فى الواقع. وربما يكذب نفسه فيثبت نسبه منه، ولأن فى قبول هذا الإقرار تسجيلا للفاحشة على المرأة.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «النسب كما يثبت فى جانب الرجل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بالفراش وبالبينة يثبت بالإقرار، ويشترط لصحة الإقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى

(1) أما تكملة ابن عابدين (قرة عيون الأخبار) ج ٨ طبعة ثانية ١٩٦٦ ص ١٧٩ فقد جاء به:

«قال العلامة الرحمتى إذا كان مجهول النسب فى أحد المكانين أى بلده أو بلد هو فيها يقضى بصحة الدعوى لكن مجهول النسب فى موضوع الدعوى إذا قضى بثبوت نسبه من المدعى ثم جاءت بينة من مولده بأنه معلوم النسب من غير المدعى تبطل بها تلك الدعوى. أما لو كان مجهول النسب فى مولده فلا تنقضى الدعوى بعد ثبوتها».

ولا ينفك بحال، كما أن الإقرار بالبنوة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب، وينتفى به كونه من الزنا».

(طعن رقم 29 لسنة 46 ق - جلسة 1979/3/7).

٢- «المقرر في فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فإن كان معروفاً نسبته من غير المقر لا يثبت نسبته منه بمجرد الإقرار لأنه لا يمكن ثبوت نسبته من رجلين بل لابد أن ينتفى أحدهما».

(طعن رقم 21 لسنة 47 ق - جلسة 1980/5/21)

٣- «الإقرار بالأبوة. شرطه. أن يكون الولد المقر له مجهول النسب. كونه معلوم نسبته من غير المقر. أثره. عدم ثبوت النسب بمجرد الإقرار. علة ذلك».

(طعن رقم 355 لسنة 63 ق - جلسة 1998/5/11)

الشرط الثاني: أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد مثله مثل المقر:

ويتحقق ذلك بأن يكون بين المقر والمقر له بالنسب مدة تحتل ذلك، فلو كانا في سنين متساويين أو متقاربين في السن لا يصح الإقرار، لأن المقر كاذب في إقراره بحسب الواقع وشهادة العقل.

وأقل فرق بين السنين بصدق الإقرار معه اثنتا عشرة سنة وستة أشهر لأن أقل سن تصدق فيه دعوى البلوغ اثنتى عشرة سنة بالنسبة للفتى⁽¹⁾.

الشرط الثالث: أن يصادق المقر له بالنسب المقر في إقراره إذا كان مميزاً:

يشترط أن يصادق المقر له بالنسب المقر في إقراره إذا كان أهلاً للمصادقة بأن يكون مميزاً وسن التمييز سبع سنوات فأكثر، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من ذلك الغير.

أما إذا كان المقر له غير مميز اعتبر مصادقاً لأن فائدة ثبوت نسبته من المقر تعود عليه في الأعم الأغلب من الناحية المادية لأنه سيلتزم بالإنفاق عليه والقيام بشئونه وأما من الناحية الأدبية فالمنفعة محققة لأن نسبته يثبت بعد أن كان مجهولاً فلو كان هذا الصبي مميزاً لبادر إلى المصادقة على الإقرار بالنسب.

ولا يشترط أن تكون المصادقة في حياة المقر فلو مات المقر بعد الإقرار

(1) تكملة ابن عابدين ج ٨ ص ١٧٩.

صحت المصادقة بعد وفاته، لأن النسب يبقى بعد الموت^(١).

وفي هذا أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١ من ربيع الأول سنة ١٤٢٢هـ بأن:

«صرحوا بأنه أقر بـ غلام مجهول يولد لمثله أنه ابنه وصدقه الغلام إن كان يعبر عن نفسه ثبت نسبه ولو مريضاً ويشارك الورثة، وأنه يصح تصديق المقر له بعد موت المقر كما في البحر في إقرار المريض. وحيث أقر الرجل المذكور ببوة هذا الولد الذي يولد لمثله وصدقه في ذلك الإقرار بعد موته متى كان يعبر عن نفسه فقد ثبت نسبه منه ويشارك الورثة في تركته بالطريق الشرعي، ولا يكون غيابه وقت الإقرار مانعاً من ذلك. والله أعلم».

والولد غير المميز إذا كبر لا يكون له أن ينكر النسب، لأن النسب إذا ثبت لا يقبل الإبطال من الأب ولا من الابن.

وإذا كذب المقر له بالنسب المقر في إقراره، لا يثبت النسب إنما يظل الإقرار قائماً لاحتمال أن يرجع المقر له عن تكذيبه ويصدق المقر فيثبت نسبه منه، فالإقرار بالنسب لا يبطل بالرد من المقر له، بخلاف الإقرار بالحقوق المالية فإنه يبطل بالرد^(٢).

الشرط الرابع: ألا يصرح المقر أن المقر له من الزنا:

يشترط ألا يصرح المقر أن المقر له ولد من الزنا، لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب لقوله عليه السلام: (الولد للفراش وللعاهر الحجر)، ولأن نعمة النسب لا تثبت بجريمة الزنا.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1992/3/31 في الطعن رقم 99 لسنة 59 «أحوال شخصية» بأن:

«النسب. ثبوته. بالفراش. مؤدى ذلك. الزنا لا يثبت نسباً».

وإنما يثبت نسب الولد إذا لم يقر أنه من الزنا معاملة له بإقراره وصونها

(١) الهداية شرح بداية المبتدى ج٢ ص ١١١.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٥٣ وقد جاء به: «المقر له إذا كذب المقر بطل إقراره، إلا في الإقرار بالحرية والنسب وولاء العتاقة كما في شرح المجمع معللاً بأنها لا تحتل النقض».

للولد من الضياع وحملًا لحال أبويه على الصلاح بتقدير أن الرجل كان زوجًا للمرأة في السر أو أنه وطئها بشبهة فحملت منه⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ 1886/5/27 في الطعن رقم 60 لسنة 55 بأن:

«المقرر شرعا أن النسب يثبت بالإقرار وأن من أقر لمجهول النسب أنه ولده ولم يصرح في إقراره بأنه ابنه من الزنا، فهو معترف ببنة هذا الولد حقيقة وأنه خلق من مائه، سواء أكان صادقًا في الواقع أم كاذبًا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنة»⁽²⁾.

(أنظر أيضا نقض 1975/2/5 منشور ببند 264)

٥٥- آثار الإقرار بالنسب:

إذا أقر الرجل بنسب الولد، ثبت النسب بهذا الإقرار معاملة له بإقراره ويعتبر الولد ولدا حقيقيا للمقر من كل الوجوه، ويثبت له جميع حقوق الأبناء على الآباء وتجب عليه جميع واجبات الأبناء للآباء، كما تثبت له جميع الصلات النسبية المترتبة على نسبه إلى أبيه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«الإقرار بالنسب. ماهيته. إخبار عن صلة ثابتة ومستقرة في الواقع وليس إنشاء له. إقرار الأب بالبنة قبل وفاته. سريانه في حقه وحق غيره سواء مثل هذا الغير في الدعوى أو لم يمتل».

(طعن رقم 99 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

ولا يترتب على ثبوت بنوة المقر له للمقر ثبوت زوجية المقر بأمر المقر له لاحتمال أن يكون الولد من دخول بها بشبهة أو من دخول بها في عقد زواج فاسد ولا تثبت الزوجية مع هذا الاحتمال.

(راجع نقض 1986/5/27 - منشور بالبند السابق)

(1) على حسب الله ص ٢٢٧.

(2) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٤/٦/٨٨٦٨ بأنه لو صرح المقر أن المقر له ولده من الزنا أو التبنى فإن الإقرار يقع باطلا.

٢٢٢- إقرار المرأة بالبنوة:

يقبل إقرار المرأة بالبنوة، كما يقبل إقرار الرجل بها.

ويشترط في إقرار المرأة بالبنوة توافر ثلاثة شروط هي:

- (١) ألا يكون للولد أم معروفة.
 - (٢) أن يكون المقر له بالبنوة مما يولد مثله لمثل المقررة. وأقل فرق بين السنين يصدق معه الإقرار تسع سنين ونصف^(١).
 - (٣) أن يصدقها الولد إن كان مميزاً.
- ولا يشترط عدم تصريح المرأة بأن الولد من الزنا^(٢)، لأن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وإن كان لا يثبت ممن زنى بها، إذ ولد الزنا ابن المزنى بها حقيقة بصرف النظر عن أبيه، وثبوت نسبه منه أو عدم ثبوته.
- ويقتصر النسب عليها إذا لم تكن زوجة ولا معتدة لأن هذا الإقرار إلزام لنفسها دون غيرها فينفذ عليها^(٣).
- وإذا كانت زوجة أو معتدة من زواج صحيح أو فاسد وادعت أن الولد من زوجها، فإذا صدقها الزوج ثبت نسبه منه لأن في إقرارها تحميل للنسب على غيرها وهو الزوج، أما إذا لم يصدقها فلا يثبت نسبه منه، إلا إذا أقامت البينة على أن الولد ولد بفراشه، بشهادة القابلة أو أى امرأة أخرى من أهل العدالة، إذا كان معترفاً بالزوجية، وبحجة كاملة أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين إذا كان منكراً للزوجية^(٤).

(١) تكملة ابن عابدين ج ٨ ص ٩٧٩.

(٢) تكملة ابن عابدين ج ٨ ص ٨٨٣.

(٣) ويلاحظ أن: «الحمل مما يخفى على المرأة ويغتر التناقض فيه».

«نقض طعن ٢٢ لسنة ٢٠٠٠ - أحوال شخصية - جلسة ٢/١/ ١٩٦٣».

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ طبعة ١٩٨٢ ص ٢٢٩ - وقد جاء به: «وكذلك إقرار المرأة بهؤلاء

لما ذكرنا إلا الولد لأن فيه حمل نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل إلا إذا صادقها الزوج أو تشهد امرأة على الولادة بخلاف الرجل لأن فيه حمل

النسب على نفسه» - محمد مصطفى شلبى ص ٧٨٨.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «إقرار المرأة المتزوجة بالأمومة من زوجها لا يثبت به النسب إلا إذا صدقها الزوج لأن إقرارها بالولد في هذه الحالة فيه تحميل نسبه على الزوج، فلا يلزم بقولها إلا عند مصادقته، فيثبت حينذاك نسب الولد منها».

(طعن رقم 2 لسنة 43 ق - جلسة 1976/3/10)

٢- «نسب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة، وأن يكون ممن يولد مثله لمثلها وأن يصادقها المقر له على إقرارها إن كان في سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة إلى إثبات، سواء كانت الولادة في زواج صحيح أو فاسد، أو من غير زواج شرعي كالسفاح والدخول بالمرأة بشبهة، إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة، ويجب لثبوت نسبه من زوجها أو مطلقها أن يصادقها على إقرارها أو أن تثبت أن هذا الولد جاء على فراش الزوجية، وحينئذ يثبت نسبه منها. فإذا تحققت هذه الشروط في إقرار الأم نفذ عليها وثبت النسب به وتعين معاملة المقر بإقراره والمصادق بمصادقته، ولا يجوز الرجوع عن هذا الإقرار بعد صحته، ويترتب عليه جميع الحقوق والأحكام الثابتة بين الأبناء والآباء».

(طعن رقم 17 لسنة 46 ق - جلسة 1978/2/22)

٣- «نسب الولد يثبت من المرأة التي تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معرفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على إقرارها إن كان في سن التمييز دون توقف على شيء آخر ودون حاجة إلى إثبات سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من غير زواج شرعي كالسفاح أو الدخول بالمرأة بشبهة إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب، طالما لم تكن المرأة ذات زوج أو معتدة، لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعداه إلى الغير، أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجها فإن النسب لا يثبت بإقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أنه يصادقها زوجها أو أن تقيم الحجة الكاملة

على مدعاها لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة، والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل - لما كان ذلك، وكان الواقع في الدعوى على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها الأولى تستند في ثبوت بنوتها للمتوفاة إلى إقرارها بأنها ابنتها من زوجها... الذى تزوجته بعقد عرفى ودون أن تدعى مصادقة الزوج المذكور على نسبتها إليه أو على الزوجية المدعاة، فإن هذا الإقرار لا يكفى لإثبات البنوة لما فيه من تحميل النسب على الغير وإنما وجبت إقامة الحجة عليها وعلى الفراش المدعى باعتبار أن النسب لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبى على ثبوت النسب. لما كان ما تقدم. وكانت المطعون عليها الأولى قدمت للإثبات شاهدين شهد أحدهما بالزوجية والبنوة المدعى بها ولم يشهد بهما الآخر وإنما انصبت شهادته على صدور إقرار البنوة عن المتوفاة، ومن ثم لا يتوافر بهما نصاب الشهادة الواجب شرعا وهو رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول، ولا تقوم بشهادتهما بينة شرعية كاملة على النسب المدعى وسببه».

(طعن رقم 26 لسنة 47ق - جلسة 1979/3/28)

٤- «لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له وفى موازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها وفى استخلاص الواقع فى الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ما دام استخلاصه سائغا وله أصله الثابت بالأوراق، وكان نسب الولد وإن صح ثبوته من المرأة التى تقر بأمومتها له متى لم تكن له أم معروفة وكان ممن يولد مثله لمثلها وصادقها المقر له على إقرارها إن كان فى سن التمييز دون توقف على شىء آخر ودون حاجة إلى إثبات، سواء أكانت الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو من وطأ بشبهة أو من غير زواج شرعى كالسفاح إذ ولد الزنا يثبت نسبه من الأم بخلاف الأب، إلا أن ذلك مشروط بأن لا تكون المرأة ذات زوج أو معتدة لأن إقرارها عندئذ يكون قاصر الأثر عليها ولا يتعدها إلى الغير، أما إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة أو أقرت بالولد ونسبته إلى

من كان زوجها لها فإن النسب لا يثبت بإقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج ويتعين لثبوته أن يصادقها الزوج وإلا وجبت إقامة الحجة كاملة على مدعاها لأن الإقرار متى حمل النسب فيه على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة، والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل، إذ كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعنة قد استندت فى ثبوت دعواها إلى إقرار المورثة فى الأوراق المقدمة فى الدعوى - بأنها ابنتها من زوجها المرحوم... وكان الحكم قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما أورده فى قوله «أن الثابت من الأوراق أن المرحومة..... إذ قررت فى المستندات التى تركز إليها المستأنفة «الطاعنة» أن هذه الأخيرة ابنة لها ممن يدعى.... فإن من المقرر فى الفقه الحنفى أن المرأة تملك الإقرار بالنسب كالرجل ولكنهم اشترطوا فى المرأة إذا كانت وقت الإقرار متزوجة أو معتدة وأقرت بالولد ونسبته إلى من كان زوجها لها فإن النسب لا يثبت بإقرارها لما فيه من تحميل النسب على الغير وهو الزوج، ويتعين أن يصادقها أو أن تقيم الحجة الكاملة لمدعاها لما كان ذلك وكانت الأوراق التى قدمت فى الدعوى منسوبة إلى المتوفاة تدعى فيها أمومتها للمستأنفة ممن يدعى..... الذى لم يصادقها على دعواها البنوة ولم تقم ضده البينة الكاملة على ذلك فإن الإقرار بالأمومة الصادر من المتوفاة لا يكون قائما على أساس من المذهب كما أن استناد المستأنفة إلى هذا الإقرار لإثبات أنها ابنة المتوفاة يكون على غير أساس أيضا، هذا بالإضافة إلى أن المرحومة ... عند استجوابها بجلسة ٢٣/٤/ ١٩٧٧ فى الدعوى رقم ٦٦٦٤ لسنة ١٩٧٦ كلى جنوب القاهرة قررت فى مواجهة المستأنفة الماثلة شخصا بتلك الدعوى أن هذه الأخيرة متبناه وأنها لم تر..... ومن ثم يكون الإقرار الصادر منها قاطعا فى أن المستأنفة ليست بنتا لها من النسب وقد وقفت المستأنفة من هذا الإقرار موقفا سلبيا يؤيد الإقرار الصادر بمحضر الجلسة.... لكل ما تقدم تكون دعوى المستأنفة بإثبات نسبها من المرحومة.... قائمة على غير أساس من المذهب مما يتعين معه القضاء فى استئنافها بالرفض دون ما حاجة لإحالتها إلى التحقيق.....» وكان هذا من الحكم تطبيقا صحيحا للقانون على واقعة الدعوى واستخلاصا

سائغا مما له أصله الثابت بالأوراق ودعامة كافية لحمل قضائه بنفى نسب الطاعنة من المورثة فإنه لا عليه بعد ذلك إن هو لم يجب الطاعنة إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من جديد ولم يتتبعها في كل مناحي أقوالها ومختلف حججها وطلباتها ويرد عليها استقلا لا ما دام قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليله عليها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات وإذ قام الحكم صحيحا على الدعامة المتقدمة فإن تعييبه فيما أورده من دعامات أخرى يكون غير منتج ويكون النعى برمته على غير أساس».

(طعن رقم 30 لسنة 53 ق - جلسة 1986/1/28)

٥- «مجرد الإقرار بالأمومة مع عدم ثبوت الفراش وعدم الإقرار بالنسب لا يكفي لثبوت النسب إلى الأب لأن إقرار الأم قاصر الأثر عليها ولا يتعدى للغير لأن الإقرار متى حمل فيه النسب على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة والدعوى المجردة لا تكفى للقضاء بموجبها كما أن شهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال لا تقبل».

(طعن رقم 59 لسنة 66 ق - جلسة 1996/12/30)

٣٥٠- الإقرار بالأبوة والأمومة:

يثبت النسب بالإقرار بالأبوة والأمومة، كما يثبت النسب بالإقرار بالبنوة من جانب الرجل والمرأة.

ويثبت النسب بالإقرار بالأبوة إذا توافرت أربعة شروط هي:

- ١) أن يكون الولد مجهول الأب.
- ٢) أن يولد مثل المقر لمثل المقر له.
- ٣) أن يصدقه الأب في إقراره، لأن المقر له لا يكون إلا كبيرا.
- ٤) ألا يصرح بأنه أبوه من الزنا بأمه.

ودعوى النسب لأب لا تتوقف على ادعاء الزوجية بين هذا الأب وأم المدعى كما لا تتوقف على الإقرار بذلك النسب، ولا على وجود ما يؤيد واحدا منهما.

أما الإقرار بالأمومة فيشترط فيه الشروط الثلاثة الأولى، أما الشرط الرابع فلا يشترط توافره لأن ولد الزنا ينسب إلى أمه إذا أقامت الدليل على ولادته.

ويترتب على الإقرار بالأبوة أو الأمومة أن يكون للولد على الأب أو الأم ما للأبناء من حقوق، ويكون للأب والأم ما لهما من حقوق على الأبناء.

فقد نصت المادة (٢٢٢) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا على أن:

«إذا أقر ولد مجهول النسب ذكرا كان أو أنثى بالأبوة لرجل أو بالأمومة لامرأة وكان بولد مثله لمثل المقر له وصدقه فقد ثبتت أبوتهما له ويكون عليه ما للأبوين من الحقوق وله عليهما ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية».

٥٥٤- الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير:

هو الإقرار بنسب (قراءة) يكون فيه واسطة، كأن يقر شخص لآخر أنه أخوه أو عمه أو جده أو ابن ابنه أو ابن بنته، ويسمى هذا النوع من الإقرار بفرع النسب. وهذا النوع من الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر، فإذا أقر شخص لآخر أنه أخوه فلكى يثبت النسب بينه والمقر له يجب أن يثبت أولا نسب المقر له من والده (والد المقر) لكى ينسحب النسب على المقر باعتباره أخا لمن أقر له، وإذا أقر بأن شخصا عمه يجب لكى ينسحب النسب على المقر أن يثبت نسب المقر له من جده (جد المقر).

٥٥٥- شروط ثبوت الإقرار بالنسب الذى فيه تحميل النسب على الغير:

يشترط لثبوت الإقرار بالنسب الذى فيه تحميل النسب على الغير أن يصدق المقر من حمل عليه النسب، فلو أقر بالأخوة يثبت النسب بإقرار المقر وهو الأب لا بإقرار الأخ. لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا على غيره وهو على غيره شهادة أو دعوى والإقرار الذى فيه حمل نسب الغير على غيره إقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى أو شهادة وكل ذلك لا يقبل إلا بحجة^(١).

وعلى ذلك إذا لم يصادق من حمل عليه النسب على الإقرار، فلا يثبت إلا إذا أثبت المقر صحة إقراره بالبينة الكاملة وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وإن عجز المقر عن الإثبات بالبينة يحلف المقر عليه بأنه ليس أبا للمقر له فإن حلف بطل إقرار المقر وإن نكل تثبت دعوى المقر فيثبت نسبه من المقر له.

(١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٢٨.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«ويشترط لصحة الإقرار - بالنسب - بوجه عام ألا يكذب ظاهر الحال المقر في إقراره وألا يكون المقر به محالاً عقلاً أو شرعاً والقول المعمول عليه أن الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الإقرار بغير الأبوة والبنوة، لا يثبت به نسب أصلاً ولا بد إما من تصديق من حمل عليه النسب أو إثباته بالبينة لأن الإقرار في هذه الحالة يقتضى تحميل النسب على غير المقر والإقرار بذاته حجة قاصرة».

(طعن رقم 5 لسنة 42 ق - جلسة 1975/6/25)

(أنظر أيضاً: نقض 1978/2/22 المنشور بالبند التالي)

وإذا مات من حمل عليه النسب وصدق ورثته المقر في إقراره يثبت النسب لأن تصديقهم يعتبر بينة فيثبت النسب بالبينة لا بالإقرار.

٥٠٦- أثر الإقرار بالنسب في حالة عدم المصادقة عليه. أو إثباته

بالبينة:

لما كان الإقرار في هذه الحالة ليس له أثر على ثبوت النسب، جاز للمقر أن يرجع عن إقراره.

وإذا لم يرجع المقر عن إقراره وتوافرت باقى شروط الإقرار فإنه يعامل بمقتضى إقراره في الحقوق المالية لأن ذلك لا يلحق الضرر بالغير، فلو كان المقر له فقيراً عاجزاً عن الكسب استحق النفقة من المقر.

وإذا مات من يرثه المقر بالقرابة النسبية وورث منه شريكه المقر له في نصيبه عند الحنفية والمالكية والحنابلة على اختلاف بينهم في مقدار المشاركة ويقاسمه في نصيبه عند الحنفية. فلو مات أبو المقر عن ولدين منهما هذا المقر أخذ الابن غير المقر نصف التركة والنصف الثانى يقسم بالسوية بين المقر والمقر له بالأخوة عند الحنفية.

وإذا مات المقر بالنسب ولم يوجد له وارث بأى سبب من الأسباب استحق المقر له تركته كلها بطريق الميراث عند الحنفية، لأنه لما بطل إقراره بهذا النسب بقى إقراره بالمال صحيحاً لأنه لا يعدوه إلى غيره إذا لم يكن له وارث

معروف، ولذلك جعلوه آخر مراتب الورثة فيستحق كل التركة إذا لم يكن له وارث أصلاً، وباقيها بعد فرض أحد الزوجين لأنهم لا يقولون بالرد على الزوجين.

ولما صدر قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ نص في المادة (٤١) منه على أن: «إذا أقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره. ويشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حياً وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتاً، وألا يقوم به مانع من موانع الإرث».

وقد عدل القانون في هذا الشأن عن مذهب الحنفية ولم يجعله وارثاً عملاً بمذهب المانعين لإرثه، وإنما جعله مستحقاً للتركة احتراماً لإرادة المقر، وتحقيقاً لرغبته فيما تركه من مال لا وارث له حيث لا يلحق أحداً الضرر من تنفيذ إرادته، لأن هذا الإقرار يؤول في نهايته إلى كونه وصية بكل المال فيجب تنفيذها، غير أنه ليس وصية خالصة بل له شبه بالميراث، لأن صدوره منه بهذه الصورة يجعله أقرب شبهاً بالميراث منه بالوصية، لذلك قدم على الوصية بما زاد على الثلث وشرط في المقر له ما يشترط في الوارث لاعتباره إرثاً عند بعض الفقهاء، فيجب لثبوت هذا الاستحقاق توفر شروط الإرث وعدم وجود مانع من موانعه، فلو قتل المقر قتلاً مانعاً من الإرث أو كان مخالفاً له في الدين لا يستحق شيئاً من التركة^(١).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «إذا كانت الأقوال التي أدلى بها الطاعن الأول في تحقيقات نيابة الأحوال الشخصية، تعد إقراراً فيه تحميل النسب على الغير ابتداءً، ثم يتعدى إلى المقر نفسه، وإن كان لا يصلح في الأصل سبباً لثبوت النسب، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التي ترجع إليه لأن للمقر ولاية التصرف في مال نفسه».

(طعن رقم 41 لسنة 00 ق - جلسة 15/1/1975)

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٢١ وما بعدها.

٢- «لئن كان المعول عليه في مذهب الحنفية أن الإقرار بالنسب على غير المقر، وهو إقرار بقربة يكون فيها واسطة بين المقر له - كالإقرار بالإخوة - لا يثبت به النسب إلى بتصديق من حمل عليه انسب أو البرهنة عليه بالبينّة إذ الإقرار بالإخوة يقتضى أولاً أن المقر له ابن لأبى المقر ويستتبع ذلك أنه أخ للمقر، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع إليه وتنقسم التركة فى هذه الحالة على أساس الاعتداد بالإقرار تجاه المقر دون غيره من الورثة الذين لم يوافقوه على إقراره باعتبار الإقرار حجة قاصرة. وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإقرار الموقع عليه من الطاعنة وبقية الورثة تضمن اعترافهم بأحقية المطعون عليه فى نصيبها من تركة المتوفى، وكان دفاع المطعون عليها يقوم أساساً على حقها فى مشاركة الطاعنة وباقي الورثة فى التركة المخلفة من المتوفى استناداً إلى الإقرار الصادر منهم، فإن الدعوى المعروضة بالإرث بهذه المثابة تكون متعلقة بالمال».

(طعن رقم 4 لسنة 44 ق - جلسة 1976/1/21)

٣- «المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب وهو الإقرار بغير الأبوة والبنوة - كالإقرار بالخوالة موضوع الدعوى الماثلة - وإن كان لا يثبت به النسب إلا بتصديق من حمل عليه أو البرهنة عليه بالبينّة لأن فيه تحميلاً له على الغير، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وسائر الحقوق التى ترجع إليه كما لو كان النسب ثابتاً من المورث حقيقة، وكان الواقع فى الدعوى - على ما تفصح عنه مدونات الحكم المطعون فيه - أن الطاعن الأول وقع على وثيقة زواج المطعون عليها بوصف أنه حالها ووكيلها فى عقد قرانها وأنه وقع مع الطاعنة الثانية على محضر احتفظ به اللحد أفاد تضمن أن المورثة توفيت عنها وعن ابنتها المطعون عليها، كما أن الطاعنة الثانية تقدمت بطلب لاستصدار إرث شرعى فى المادة رقم.... وراثات الجيزة أقرت فيه ببنوة المطعون عليها للمتوفاة، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة على سند من إقرار من حمل عليه النسب وهى المتوفاة طبقاً لما سلف بيانه بما ينطوى عليه من تصديق

للإقرار المنسوب للطاعنين، والذي تأيد بالبينة التي تقدمت بها المطعون عليها فإنه يكون قد أصاب....الخ».

(طعن رقم 17 لسنة 46 ق - جلسة 1987/2/22)

٥٥٧- اختلاف الإقرار بالنسب عن الوصية :

أوضحت محكمة النقض الفرق بين الإقرار بالنسب والوصية فى حكمها الصادر بجلسة 1868/3/6 فى الطعن رقم 36 لسنة 35 قى أحوال شخصية - ذهبت فيه إلى أن:

«الوصية والإقرار بالنسب، كل منهما تصرف مستقل، أحدهما بالإيصاء وثنانيهما بالإقرار بالنسب، وبطلان أحدهما لا يستتبع حتماً بطلان الآخر».

٥٥٨- الفرق بين الإقرار بالنسب والتبني :

النسب الثابت بالإقرار هو اعتراف بنسب حقيقى لشخص مجهول وإن لم يعلم سببه واكتفى فيه بالإقرار المجرد. فمن أقر بمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء كان كاذباً أو صادقاً، غير أنه إن كان كاذباً كان عليه إثم هذا الادعاء.

أما التبني فهو استلحاق شخص ولد معروف النسب لغيره أو مجهول النسب كاللقيط ويصرح بأنه يتخذه ولداً له مع كونه ليس ولداً له فى الحقيقة.

وهذا هو التبني الذى كان معروفاً فى الجاهلية فكانوا يجعلون المتبنى كالولد الحقيقى ويثبتون له جميع أحكامه، فلما جاء الإسلام أبطله وقضى عليه، فقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۖ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾⁽¹⁾.

وعلى ذلك: لا يكون المتبنى - ويسمى الدعى - ابناً لمن ادعاه، فلا تلزمه نفقته ولا أجرة حضانته ولا تحرم عليه مطلقته، ويتصاهران ولا يتوارثان. (م ٢٥٤ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا)⁽²⁾.

(1) سورة الأحزاب - الآية: ٤.

(2) وقد حرم الإسلام التبني لما يؤدى إليه من مفسدات كثيرة منها أنه يأتى بشخص أجنبى =

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٥٥٧/٥ لسنة ١٠٠٠ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ (الجريدة الرسمية - العدد ٢٩ تابع (أ) في ٢٢ يولييه سنة ١٠٠٠ على أن: «على الوالدين أن يوفرأ الرعاية والحماية الضرورية للطفل، وعلى الدولة أن توفر رعاية بديلة لكل طفل حرم من رعاية أسرته. ويحظر التبني».

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «متى كان الحكم المطعون فيه قد رد على ما ادعاه الطاعن من أن الطفل الذى أقر المورث ببنوته هو اللقيط الذى تسلمه من المستشفى فإنه مع التسليم بهذا الادعاء، فإن المورث أقر بأن هذا الطفل هو ابنه ولم يقل أنه يتبناه، وهو قول من الحكم لا مخالفة فيه للقانون لأن نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوى وهى الإقرار بنسبه، أما التبني وهو استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولدا وليس بولد حقيقى فلا يثبت أبوه ولا بنوه ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء».

(طعن رقم 26 لسنة 39 ق - جلسة 1973/12/5)

٢- «التبني وهو استلحاق شخص معلوم النسب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه بولد حقيقى حرام وباطل فى الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليه أثر أو حكم من الأحكام الشرعية، اكنفاء بأن الإسلام قد أورد تنظيمها كاملا محكما لأحوال اللقطاء وبما يكفل الحياة الشريفة لهم».

(طعن رقم 2 لسنة 43 ق - جلسة 1976/3/10)

= يعيش مع أجنبيات عنه لا تربطه بهن رابطة مشروعة فيطلع منهن على ما حرم الله الاطلاع عليه ويحرم عليه الزواج منهن مع أنهن محلات له، كما أنه يحمل الأقارب واجبات تترتب على ذلك فتجب نفقة ذلك المتبنى عليهم أن كان محتاجا إليها، وبشاركتهم الميراث فيحرمهم من بعض ما يستحقونه منه.

وقد يستعمل وسيلة للحرمان من الميراث، بأن يعمد الرجل صاحب المال فيتبنى ابنا ليرث ماله ويحرم منه أصحاب الحق فى الميراث من أخوة وأخوات فيغرس بذلك بذور الشقاق والحقد بين الأسر، ويفككها ويقطع حبل المودة بين أفرادها (محمد مصطفى شلبى ص ٧٢ وما بعدها).

٣- «يقصد بالتبني استلحاق شخص معروف النسب أو مجهولة مع التصريح بأنه يتخذه ولدا مع أنه ليس بولد حقيقي، ولئن كان يعد حراما وباطلا في الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية الثابتة، إلا أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالدعوى وهى الإقرار المجرد بالنسب بما ينطوى عليه من اعتراف ببنة الولد وأنه يخلق من مثله سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا، فيثبت لهذا الولد عند ذاك شرعا جميع أحكام البنة اعتبارا بأنه إن كان كاذبا وقع عليه إثم الادعاء، ويصح النسب بهذا الطريق طالما لم يقرن به وجهه حتى ولو كانت الظواهر تكذبه، ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار الصريح أو الضمنى لاحقا على التبني المدعى به لما ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع مادام لم يبين وقت إقراره سبب هذه البنة فبفرض أن المتوفاة قد تسلمت المطعون عليها من المستشفى بقصد التبني فلا يشكل ذلك تناقضا، ومن الميسور التوفيق بين الكلامين طالما لم يثبت نسبها إلى أخرى».

(طعن رقم 17 لسنة 46 ق - جلسة 1978/2/22)

٤- «المقصود بالتبني استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس بولد حقيقى وهو ما يعد حراما وباطلا فى الشريعة الإسلامية ولا يترتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية الثابتة وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النسب يثبت بالدعوة وهى الإقرار المجرد بالنسب لما ينطوى عليه من اعتراف ببنة الولد وأنه يخلق من مثله سواء كان صادقا فى الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد عند ذلك شرعا جميع أحكام البنة ويصح النسب بهذا الطريق حتى ولو كانت الظواهر تكذبه ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار الصريح أو الضمنى لاحقا على التبني المدعى له لما ينم عنه من رغبة المقر فى تصحيح الأوضاع مادام لم يبين وقت إقراره سبب هذه البنة فلا يشكل التبني تناقضا مع الإقرار بالبنة لأنه من الميسور التوفيق بين الكلامين طالما لم يثبت نسبها إلى آخر».

(طعن رقم 119 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/5/31)

٥- «يقصد بالتبني استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح باتخاذ ولد مع أنه ليس بولد حقيقي والتبني يعد حراما وباطلا في الشريعة الإسلامية، ولا يترتب عليه حكم من الأحكام الشرعية الثابتة».

(طعن رقم 27 لسنة 63 ق جلسة 1997/3/17)

٦- «التبني. مقصوده. اعتباره حراما وباطلا ولا يثبت أبوة ولا بنوة عدم ترتيبه أى من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء ما لم تتوافر شروط الدعوة المثبتة للنسب ومنها ألا يكون ثابت النسب من غير المقر».

(طعن رقم 364 لسنة 63 ق جلسة 1998/5/25)

٧- «كان المقرر - كذلك - أن التبني - يقصد به - استلحاق شخص معروف النسب أو مجهوله مع التصريح بأن يتخذه ولدا مع أنه ليس بولد حقيقي فلا يثبت به أبوة ولا بنوة ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء، لما كان ذلك، وكان الحكم الابتدائي - المؤيد بالحكم المطعون فيه - قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعنة ببطالان إعلام الورثة رقم ١٧٠ لسنة ١٩١٧» باب شرقى على ما استخلصه من الأدلة والمستندات فى الدعوى من عجز الطاعنة عن إثبات دعواها بكونها ابنة المتوفاة/ رفيعة عبد الله ومن إقرار الأخيرة - حال حياتها - بالمذكرة رقم ٨ المحررة بنقطة بورسعيد بتاريخ ١٩١٢/٦/٢١ بأن الطاعنة ليست ابنة لها وإنها متبناه وذلك فى حضور الطاعنة ودون اعتراض منها، وإلى أن صورة قيد الميلاد ووثيقة زواج الطاعنة ليستا حجة فى إثبات النسب، وهو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ويكفى لحمل قضائه ولا ينال من ذلك عدم تتبع الحكم للخصوم فى كافة أقوالهم وحججهم والرد استقلالا على كل منها إذ فى قيام الحقيقة التى اقتصع بها وأورد دليلها الرد الضمنى المسقط لكافة تلك الحجج والأقوال، ويكون معه النعى جدلا فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فى تقدير الأدلة والترجيح بينها مما لا يجوز إثارتها أمام هذه المحكمة، ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 589 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2001/12/22)

٥٥٩- قيد على قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به وارد بالمادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية :

تنص المادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن: «لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو شهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء^(١).
فرغم أن الأصل فى الإثبات فى الشريعة الإسلامية هو البيئة الشرعية إلا أن المشرع وضع قيда على قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث، فنص على عدم قبولها عند الإنكار إذا لم يقدم المدعى أوراقا رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء. وقد تغيا المشرع من هذا القيد درء الافتراء والتحرز من شبهة التلقيق والتزوير فى النسب بعد وفاة المورث.

(١) كانت تقابل هذه المادة لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٢٢١ (الملغاة) المادة ٨٨ التى كانت تجرى على أن: «لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحد منها وكذلك الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر».

(راجع بالنسبة لسماع دعوى الوصية أو الرجوع فيها المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية فقد أضاف إلى الأوراق المذكورة أن تكون ورقة الوصية مصدقا على توقيع الموصى عليها).

وسند المشرع في ذلك ما ذكرناه في الكتاب الأول أن من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضائه عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة للحقوق من العبث والضياع.

(راجع في التفصيل الكتاب الأول بند 78)

٦٠- مضمون القيد :

مضمون القيد الوارد بالمادة يتعلق بعدم قبول الدعوى وبعدم قبول الشهادة فقط، بحيث إذا رفعت دعوى الإقرار بالنسب بعد وفاة المورث وأنكرت الدعوى، ولم يقدم المدعى أوراقاً رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى، كذلك لا تقبل المحكمة الشهادة على الإقرار بالنسب - عند الإنكار إذا لم يقدم المدعى هذه الأوراق أو الأدلة القطعية الجازمة. إلا أنه لا شأن لهذا القيد بالنسب في ذاته، بحيث لو أقر المدعى عليه بالدعوى قبلت الدعوى وتصدت المحكمة لموضوعها، كما يثبت النسب بالبينة والفراش عند تحقق شروطه.

وفي هذا قضت محكمة النقض - بصدد الوصية - بأن :

١- «الوصية وفقاً للفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦» تتعقد بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة»، أما الكتابة المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من هذا المادة، فهي مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليست ركناً فيها، فلو أقر الورثة بالوصية، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضت بالوصية».

(طعن رقم 234 لسنة 37 قى جلسة 1973/11/21)

٢- «النص في المادة ٨٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٣١ على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيضاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحدة منها وكذلك

الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصى أو المعتقد أو المورث في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الأفرنكية فلا تسمع فيها دعوى، ما ذكر بعد وفاة الموصى له أو المعتقد أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاه كذلك تدل على ما ذكر» وإن كان يواجه الحالات الواردة به التي يكون الادعاء فيها بعد وفاة المنسوبة إليه الحادث فيتوقف سماع الدعوى بها على مسوغ كتابي يختلف باختلاف الحوادث السابقة على سنة ١١١١ وتلك التالية لها، تقديرا من المشرع بأن من يحلون محل المنسوبة إليه الحادث بعد وفاته قد لا يحسنون الدفاع عن مصالحهم، إلا أنه في خصوص النسب فإن المادة قصرت عدم السماع على حالتي الإقرار به من الشخص المتوفى أو الشهادة على الإقرار، فلا يستطيل إلى الدعوى بالنسب التي لا تعتمد على أى من الحالتين، ويخضع الحكم فيها للقواعد العامة المقررة في الشرعية الإسلامية لخروجها عن ذلك القيد، فيثبت النسب فيها بالفراس حال تحقق شروطه، كما يثبت عند الإنكار بإقامة البينة عليه وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه - في الدعوى بالنسب - أنه حصل من أقوال الشهود ثبوت نسب المطعون عليه لوالده المتوفى بالفراس، فإن ذلك لا ينطوى على خروج على القانون».

(طعن رقم 21 لسنة 44ق - أحوال شخصية - جلسة 1976/4/7)

٣- «مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع فرق بين انعقاد الوصية وبين شرط سماع الدعوى بها، فاعتبرها تصرفا ينشأ بإرادة منفردة، تتعقد بتحقق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق ولا يشترط في الإيجاب ألفاظا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه، سواء كانت فصيحته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالإشارة الدالة عليه. وما شرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١١١١ شكلا معينا بأن تحرر بها ورقة

رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه، أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه، مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليس ركنا في الوصية ولا صلة له بانعقادها».

(طعن رقم 7 لسنة 47ق - أحوال شخصية - جلسة 1979/3/31)

٤- «سماع دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث المنسوب له الإقرار في الحوادث الواقعة من سنة ١١١١م شرطه وجود أوراق رسمية أو مكتوبة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه. م ٨ لائحة شرعية. مفاده. دعوى النسب التي لا تعتمد على الإقرار خروجها عن ذلك القيد وخضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية. ثبوت النسب فيها بالفراش أو البينة».

(طعن رقم 176 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/7/7)

٢٦١- شروط القيد:

يشترط لإعمال القيد المنصوص عليه بالمادة توافر الشروط الآتية:

- ١- أن تكون دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة عليه بعد وفاة المورث، لأن الدعوى لو كانت مقامة في حياته لخضعت للقاعدة العامة في الإثبات طبقاً للرأى الراجح في المذهب الحنفى.
- ٢- أن يكون الخصم قد أنكر الدعوى. أما إذا أقر الخصم بالدعوى فالدعوى تكون مقبولة.

والإنكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصومة. فإذا أقر المدعى عليه بالنسب بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس القضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار، وتعين قبول الدعوى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بصدد الوصية فى ظل المادة ٨٨ من لائحة

ترتيب المحاكم الشرعية - الملغاة - بأن:

«النص فى المادة ٨٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢/١ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه «لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث الواقعة منذ سنة ١١١١

إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر» مؤداه أن الوصية إذا كانت غير منكورة سمعت الدعوى بها. والإنكار الذى عناه الشارع هو الإنكار المطلق سواء فى مجلس القضاء أو قبل قيام الخصومة. فإذا أقر المدعى عليه بالوصية بكتابة عليها إمضاؤه أو أمام قاض فى مجلس القضاء قبل رفع الدعوى انتفى الإنكار وتعين سماعها».

(طعن رقم 676 لسنة 34 قى - جلسة 1975/1/8)

٣- أن توجد أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليه إمضاؤه أو أدلة جازمة تدل على صحة هذا الادعاء.

فوجود أحد الأدلة الثلاثة سالفة الذكر كاف لقبول الدعوى.

ونعرض لهذه الأدلة بالتفصيل فيما يأتى:

(أ) - الورقة الرسمية :

الورقة الرسمية هى الورقة التى يحررها موظف عام مختص بتحريرها. وكل ما تشترطه المادة هو أن يكون الإقرار ثابتا بأوراق رسمية، سواء كان ذلك بورقة رسمية صادرة من الموظف العام أو ذكر عرضا فى محرر رسمى، أو أشير إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى به المورث بقوله عن يد موظف مختص أو نحو ذلك.

وفى هذا قضت محكمة النقض - بصدد الوصية - بأن :

«يشترط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى ما ينبئ عن صحتها، درءا لافتراء الوصايا وتحزرا عن شبهة تزويرها، مفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضا فى محرر رسمى، أو الإشارة إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الموصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك، ومن ثم فإنه لا يلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى».

(طعن رقم 7 لسنة 47 قى - أحوال شخصية - جلسة 1979/3/21)

(ب) - الأوراق المكتوبة جميعها بخط المتوفى عليها إمضاؤه.

المقصود بهذه الأوراق، الأوراق العرفية المكتوبة جميعها بخط المتوفى

وعليها إمضاؤه، فلا يكفي أن تكون الأوراق مكتوبة جميعها بخط المتوفى ولكنها لا تحمل إمضاؤه، أو مكتوبة بخط الغير وتحمل إمضاء المتوفى.

(ج) الأدلة القطعية الجازمة التي تدل على صحة الادعاء.

لم تكن عبارة «أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء»، الواردة بعجز المادة السابعة من القانون واردة بمشروع القانون المقدم من الحكومة، وإنما ورد بالمشروع عبارة «أدلة قطعية تدل على صحة الادعاء»، واقتراح مجلس الشورى تعديل هذه العبارة إلى «أدلة أخرى تدل على صحة الادعاء»، ثم حذفت اللجنة المشتركة بمجلس الشعب العبارة السابقة ووضعت بدلا منها عبارة «أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر»، ثم أضيفت عبارة «أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء» حال مناقشة المادة بمجلس الشعب وكان المقصود بها على ما أفصحت عنه المناقشات في مجلس الشعب الأدلة الأخرى التي قد يسفر التقدم العلمى عن وجودها.

٢٦٢- تعلق قيد عدم قبول الدعوى بالنظام العام:

رأينا أن المشرع قد تغيا من القيد السابق درء الافتراء والتحرز من شبهة التلفيق والتزوير في النسب بعد وفاة المورث، وهو ما يحقق الحفاظ على الأنساب، الأمر الذى يجعل هذا القيد متعلقا بالنظام العام وبالتالي تقضى المحكمة بعدم قبل الدعوى من تلقاء نفسها دون ما دفع من الخصم.

بعض المبادئ المتعلقة بثبوت النسب بالإقرار:

٢٦٣- (أ) يصح الإقرار بالنسب مجردا عن سببه:

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1976/3/10 فى الطعن رقم 2 لسنة 43 ق - أحوال شخصية - بأن:

«من المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن النسب يثبت بالدعوة وهى الإقرار المجرد بالنسب بما ينطوى على اعتراف ببنة الولد حقيقة وأنه تخلق من مائه، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال والراجع فى مذهب الأحناف ثبوت النسب بهذا الطريق دون أن يقرن به ما يبين وجهه حتى لو كانت الظواهر

تكذبه، ولا يحول دون ذلك ورود الإقرار لاحقاً على التبنى لما ينم عنه من رغبة المقر تصحيح الأوضاع، طالما لم يبين وقت إقراره سبب هذه البنية^(١).

٢٦٤- (ب) الإقرار بالنسب يكون صراحة أو دلالة :

لا يشترط أن يكون الإقرار بالنسب صريحا، بل يجوز أن يكون دلالة (ضمنا)، يستفاد من قرائن الأحوال، كأن يسكت الرجل عند تهنئة الناس له بالمولود. ولا يشترط أن يكون الإقرار باللفظ، فيصح أن يكون بالإشارة حتى مع القدرة على العبارة، وبالكاتبة الخالية من مظنة التزوير، وذلك لوجوب الاحتياط في الأنساب وما يترتب عليها من آثار وإحياء للصغير^(٢).

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «... وإقرار الأب بنسب الولد إليه يكون منه باللفظ صريحا أو دلالة، وبالإشارة حتى مع القدرة على العبارة وبالكاتبة الخالية من مظنة التزوير، وبالسكوت عند تهنئة الناس له بالمولود، مادام النسب ليس محالا عقلا بأن كان المقر له يولد مثله لمثل المقر، أو باطلا شرعا كنسب ولد الزنا، دون اشتراط حصول الإقرار في مجلس القضاء على أن يكون الولد مجهول النسب وأن يصادق على ذلك إن كان مميزا. ولا يغير من ذلك ما جاء في كتاب مستشفى الأطفال الجامعي من أنه ثابت في سجلاتها الخاصة بورود الأطفال من أن الطفلة سلمت للمورث واستخرجت لها شهادة ميلاد من مكتب صحة السيدة زينب، طالما أن النسب قد ثبت بالفراش المؤيد بالإقرار».

(طعن رقم 10 لسنة 41 ق - جلسة 1975/2/5)

٢- «الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته

(١) مذهب المالكية وجوب بيان سبب النسب إذا كان ظاهر الحال يكذبه بأن يكون الولد مثلاً لقيطا ولم يبين مدعى نسبه وجها معقولا، أو يكون الولد محمولا من أرض ولا يعرف أن المدعى دخل هذه الأرض.

(٢) استئناف القاهرة بتاريخ ١٢ / ١٢ / ١٩٦٥ - الاستئناف رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٢ ق.

في هذه الحالة إقرارا منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك، وكان ما أورده الحكم المطعون فيه في مقام التدليل على ثبوت نسب المطعون عليها من أمها المتوفاة يتفق وصحيح القواعد الشرعية المعمول بها في فقه الحنفية ذلك أنه حصل في ظروف قيد ميلادها باعتبارها ابنة المتوفاة، وتقديم الأخيرة طلبها لاستخراج صورة من هذا القيد في اليوم التالي لإجرائه وتسليمها المستخرج موضحا به أنها والدة البنت المقيدة وعدم اعتراضها على ذلك، إقرار المتوفاة بأمونتها للمطعون عليها، وهو تحصيل صحيح شرعا لجواز الاستدلال على ثبوت البنوة بالسكوت المفصح عن الإقرار به».

(طعن رقم 17 لسنة 46 ق - جلسة 1978/2/22)

٣- «وكانت محكمة الموضوع بما لها من سلطة في تقدير الأدلة قد اطمأنت إلى أقوال أحد شاهدي المطعون ضدها واستخلصت منها - ومن سكوت الطاعن على مظاهر الحمل التي بانَتْ عليها عقب زواجه الموثق بها وأن زواجا عرفيا قد انعقد بينهما سابقا على هذا الزواج الموثق وهو من المحكمة استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعن فإن النعى عليه يكون على غير أساس».

(طعن رقم 8 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/11/21)

٤- «الإقرار بالنسب. يكون باللفظ الصريح أو دلالة التعبير أو بالسكوت استثناء في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق. سكوت الوالد بعد تهنئته بالمولود. اعتباره إقرارا ببنوته. مؤداه. عدم نفيه له بعد ذلك».

(طعن رقم 301 لسنة 632 ق - جلسة 1996/12/16 - غير منشور)

٥- «الأصل الفقهى ألا ينسب لساكت قول. الاستثناء اعتبار السكوت بمثابة الإقرار. السكوت عند نسبه الحمل الحاصل قبل الزواج وولادته لأقل من أدنى مدة الحمل. لا يعد إقرارا».

(طعن رقم 144 لسنة 63 ق - جلسة 1997/6/24)

٦- «المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر الساكت فيها مقرا بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت

قول، ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة إقراراً منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك».

(طعن رقم 707 لسنة 71 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/28)

٧- «الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت فى بعض المواضع التى يعتبر الساكت فيها مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكِت قول، ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته، فقد اعتبر سكوته فى هذه الحالة إقراراً منه بأنه ابنه فليس له أن ينفيه بعد ذلك».

(طعن رقم 544 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/5/26)

٥٦٥- (ج) الإقرار بالنسب يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- «الإقرار. يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء. جواز إثباته ويكون المقر فيها كأنه أقر به أمام القاضى. استخلاص الحكم المطعون فيه إقرار المورث بالنسب من استخراج شهادة ميلاد الصغيرة وبطاقته العائلية منسوبة فيها إليه ومن طلب إلحاقها بالمدرسة الذى قال فيه أنها نجلته. صحيح».

(طعن رقم 99 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

٢- «الإقرار. يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء. جواز إثباته بالبينة ويكون المقر فيها كأنه أقر به أمام القاضى».

(طعن رقم 137 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/11/22)

(أنظر أيضاً الطعن رقم 136 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة

1993/12/28 - منشور ببند 268)

٢٦٦- (د) شهادة الميلاد بمجرد أنها ليست حجة فى إثبات النسب :

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى عدة أحكام لها^(١).

(١) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1916/8/12 بأن:

«نفيد أن مجرد قيد هؤلاء الأولاد ونسبتهم إلى هذا الرجل فى دفترى المواليد والأرنيك=

إذ قضت بأن:

١- «النعى بأن شهادة الميلاد ليست حجة في إثبات النسب مردود بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ من شهادة الميلاد حجة على ثبوت النسب وإنما اعتبرها قرينة بالإضافة إلى الأدلة والقرائن الأخرى التي أوردتها الحكم».

(طعن رقم 5 لسنة 42 ق - جلسة 1975/6/25)

٢- «البيانات الواردة بشهادات الميلاد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - باعتبارها من إملاء صاحب القيد لا تصلح بمجرد ثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لا يمتنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها».

(طعن رقم 9 لسنة 44 ق - جلسة 1975/12/24)

٣- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمجرد ثبوت حجة في إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها ووضعته له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله، بل يصح بالإملاء من القابلة أو الأم فلا يعد نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد رد على القرينة المستفادة من شهادة الميلاد بأن المطعون عليه ادعى تزويرها فور تقديم الطاعنة لها، فذلك حسبه في إهدار القرينة المستفادة منها، ويكون النعى عليه بالقصور غير وارد».

(طعن رقم 11 لسنة 44 ق - جلسة 1976/2/4)

٤- «وحيث إن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة في إثبات النسب وإن كانت تعد قرينة عليه، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها، ووضعته له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله، بل يصح بالإملاء من القابلة أو الأم، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين

= المحرر بمعرفة الداية وحلاق الصحة لا يكفي شرعاً في إثبات نسب هؤلاء الأولاد للرجل المذكور وأنهم أولاده يرثونه بعد موته بل لابد من إثبات ما ذكر بالطريق الشرعي. والله تعالى أعلم».

حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بثبوت نسب المطعون ضدها للمتوفاة على سند من أن شهادة الميلاد المقدمة في الأوراق دليل على ثبوت النسب، فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه».

(طعن رقم 155 لسنة 58ق - جلسة 1989/5/30)

٥- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة في إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها، ووضعت له، ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصح الإملاء من القابلة أو الأم، فلا يعتبر نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة بها».

(طعن رقم 142 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/2/27)

٢٦٧- (هـ) ثبوت النسب بالإقرار ولو كان كاذبا :

يثبت النسب بالإقرار في المذهب الحنفي، ولو كان الإقرار كاذبا، فإذا كان المقر كاذبا فإنه يتحمل إثم كذبه.

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «القول المعتبر في الفقه الحنفي المعمول به أن النسب يثبت بالدعوة من غير أن يبين المقر وجه النسب سواء أكان المقر صادقا في الواقع أم كاذبا فيكون عليه إثم ادعائه».

(طعن رقم 41 لسنة 00ق - جلسة 1975/1/15)

٢- «المقرر شرعا أن النسب يثبت بالإقرار وأن من أقر لمجهول النسب أنه ولده ولم يصرح في إقراره بأنه ابنه من الزنا، فهو معترف ببنة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه، سواء أكان صادقا في الواقع أم كاذبا فيثبت لهذا الولد شرعا جميع أحكام البنوة».

(طعن رقم 60 لسنة 55ق - جلسة 1986/5/27)

٣- «صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه. عدم احتمال النفي ولا ينفك بحال سواء كان المقر صادقاً في الواقع أو كاذباً».

(طعن رقم 301 لسنة 62ق - جلسة 1996/12/16 - غير منشور)

٤- «الدعوة المثبتة للنسب. ماهيتها. أثرها ثبوت النسب بها وإن كذبتها الظواهر. جواز ورودها لاحقة على التبنى طالما لم يبين المقر وقت إقراره سبب البنوة».

(طعن رقم 27 لسنة 63ق - جلسة 1997/7/17)

٥- «المقرر شرعاً أن من أقر لمجهول النسب أنه ولده فهو اعترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء كان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً فيثبت لهذا الولد شرعاً جميع أحكام البنوة غير أنه إذا كان كاذباً في الواقع كان عليه إثم ذلك، ويثبت نسب اللقيط بمجرد الدعوة. وهي الإقرار بنسبه. المتفق عليه عند فقهاء الحنفية أن الإقرار كما يكون بمجلس القضاء يصح أن يكون في غيره، وفي هذه الحالة يجوز للمدعى إثباته بالبينة ويكون المقر فيها كأنه أقر به أمام القاضي».

(طعن رقم 707 لسنة 71ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/28)

(أنظر أيضاً البند التالي).

٢٦٨- (٦) الإقرار بالنسب بعد ثبوت صحته لا يقبل النفي:

إذا أقر الرجل بالنسب وثبتت صحة الإقرار، فإنه لا يصح للمقر الرجوع عن إقراره، لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الإبطال ولا يصح بعد ذلك إقرار شخص آخر ببنوته^(١).

(١) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٢٩/٥/٢ بأن:

«اطلعنا على هذا السؤال ونفید: أنه قد نص الفقهاء على أنه إذا أقر الرجل لولد مجهول النسب بأنه ولده وكان الولد يولد مثله لمثل المقر ولم يكن هذا الولد من أهل التصديق بأن كان لا يعبر عن نفسه أو كان من أهل التصديق وصدق المقر في إقراره يثبت نسبه من المقر ولا يصح للمقر الرجوع لأن النسب بعد ثبوته لا يقبل الإبطال ولا يصح بعد ذلك إقرار شخص آخر ببنوته لما جاء بالفتاوى الأنقروية عن التتار خانية أن شرط صحة إقرار الرجل بالولد ألا يكون المقر له ثابت النسب من الغير. وهذا الولد بإقرار=

وفى هذا قضت محكمة النقض دائرة الأحوال الشخصية بأن:

١- «النسب فى جانب المرأة بالولادة ولا مرد لها وهو إذا ثبت يلزم ولا يحتمل النفى أصلاً، وفى جانب الرجل يثبت بالفراش وبالإقرار وبالبينّة وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع».

(طعن رقم 16 لسنة 34 ق - جلسة 1966/3/30)

٢- «إقرار المتوفى ببنة المطعون عليها الأولى حجة ملزمة فيثبت نسبها منه، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى، لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار ولا يسمع، ويثبت هذا النسب بمجرد إقرار الأب وإن أنكرت الزوجة، إذ هو إلزام له دون غيره، فلا يتوقف نفاذه على تصديقها، ولا يبطله إقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت، ولا كون التصادق على الزواج مسنداً إلى تاريخ لاحق لميلادها، كما أن إقرار الزوجة بالبكارة لا يفضى إلى إبطال حق المقر لها، لأنها لا تملك إبطاله».

(طعن رقم 27 لسنة 38 ق - جلسة 1972/6/14)

٣- «النسب يثبت بالإقرار، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى، لأن النفى يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع، وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار، فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل لنسبه على نفسه، وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به، فيرجح قوله على قول غيره».

(طعن رقم 26 لسنة 39 ق - جلسة 1973/12/5)

٤- «النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراش وبالبينّة يثبت بالإقرار، ويشترط لصحة الإقرار بالبنة أن يكون الولد مجهول النسب لا يعرف له أب وأن يكون ممكناً ولادة هذا الولد لمثل المقر وأن يصدق الولد المقر فى إقراره أن كان مميزاً، وصدور الإقرار صحيحاً مستوفياً شرائطه ينطوى على اعتراف ببنة الولد بنوة حقيقية، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال».

(طعن رقم 41 لسنة 00 ق - جلسة 1975/1/15)

= الرجل الأول أصبح ثابت النسب منه فلا يصح إقرار غيره بنسبه بعد ذلك وبما ذكرنا علم الجواب عن السؤال متى كان الحال كما ذكر والله أعلم».

٥- «المقرر في فقه الحنفية أن النسب كما يثبت في جانب الرجل بالفراش والبيئة فإنه يثبت بالإقرار ويشترط لصحة الإقرار بالبينة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ممكناً ولادته لمثل المقر وأن يصدق الولد المقر في إقراره إن كان مميزاً وأنه متى صدر الإقرار مستوفياً هذه الشرائط فإنه لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً».

(طعن رقم 9 لسنة 51 ق - جلسة 1981/12/29)

٦- «المقرر في فقه الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن النسب كما يثبت في جانب الرجل بالفراش والبيئة فإنه يثبت بالإقرار وأنه متى صدر الإقرار مستوفياً شرائطه فإنه لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً».

(طعن رقم 20 لسنة 51 ق - جلسة 1982/5/18)

٧- «النسب. ثبوته في جانب الرجل بالفراش أو البيئة أو الإقرار. إقرار المطعون ضده أمام محكمة أول درجة بنسب الصغيرة إليه. كفايته لثبوت نسبها منه بنفيه أو العدول عن إقراره بعد ذلك غير جائز».

(طعن رقم 113 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/15)

٨- «الإقرار بالنسب صدوره مستوفياً شرائطه. أثره. لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم 99 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

٩- «الإقرار بالنسب لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال. مؤداه لا يجوز للمقر نفسه ولا ورثته نفي النسب الذي أقر به الأب. علة ذلك».

(طعن رقم 64 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/7/31)

١٠- «الإقرار بالنسب صدوره مستوفياً شرائطه. أثره. لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم 116 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/7/13)

١١- «النسب - فى الفقه الحنفى - يثبت بالفراش والبيئة وبالإقرار. صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال - سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك. الإقرار بالنسب فى مجلس القضاء أو فى غيره. صحيح».

(طعن رقم 136 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/12/28)

١٢- «التبنى. ماهيته. الإقرار بالنسب صدوره مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك صادقا فى الواقع أم كاذبا. إنكار الورثة نسب الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك».

(طعان رقما 187، 188 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة

(1994/4/26)

(طعن رقم 119 لسنة 60 ق «أحوال شخصية» جلسة 1994/5/31)

١٣- «النفى الذى يكون معتبرا ويترتب عليه قطع نسب الولد. شرطه. عدم صحة النفى الذى يسبقه إقرار بالنسب نسا أو دلالة. علة ذلك».

(طعن رقم 301 لسنة 62 ق «أحوال شخصية» جلسة 1996/12/16 -

غير منشور)

١٤- «النسب فى الفقه الحنفى. ثبوته. بالفراش والبيئة والإقرار. صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال سواء أكان المقر صادقا فى الواقع أم كاذبا».

(طعن رقم 47 لسنة 55 ق «أحوال شخصية» جلسة 2000/11/11)

١٥- «النسب - فى الفقه الحنفى - ثبوته بالفراش والبيئة والإقرار. صدور الإقرار بالنسب مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفى ولا ينفك بحال. إنكار الورثة النسب بعد إقرار الأب. لا أثر له. علة ذلك. الإقرار بالنسب فى مجلس القضاء أو غيره صحيح».

(طعن رقم 71 لسنة 66 ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/11/22)

١٦- «الإقرار بالنسب. صدوره مستوفيا شرائطه. أثره. لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً. إنكار الورثة الصغير بعد إقرار الأب. لا أثر له ذلك».

(طعن رقم 137 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 2003/11/22)

١٧- «المقرر في فقه الأحناف أن النسب كما يثبت بالفراش وبالبينة فإنه يثبت بالإقرار ومتى صدر الإقرار به مستوفيا شروطه فإنه لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال سواء كان المقر صادقاً في الواقع أم كاذباً، لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع».

(طعن رقم 707 لسنة 71ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/5/28)

١٨- «المقرر أن النسب يثبت بالإقرار، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفي لأن النفي يكون إنكاراً بعد الإقرار فلا يسمع، وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه، وهو أدري من غيره، بالنسبة لما أقر به، فيرجح قوله على قول غيره».

(طعن رقم 767 لسنة 74ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/4/16)

٢٦٩- (٧) مدى حجية الإقرار بالنسب الذي يصدر في دعوى أخرى:

أوضحت ذلك محكمة النقض في قضاء لها صادر بتاريخ ٢٧/٥/١٤٢٦ في

الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ق «أحوال شخصية» جاء به:

«المقرر شرعاً أن النسب يثبت بالإقرار وأن من أقر لمجهول النسب أنه ولده ولم يصرح في إقراره بأنه من الزنا، فهو معترف ببنة هذا الولد بنوة حقيقية، وأنه خلق من مائه سواء كان صادقاً في الواقع أو كاذباً فيثبت لهذا الولد شرعاً جميع أحكام البنوة وأن الإقرار إذا صدر أمام القضاء في دعوى متعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار هو إقرار قضائي حجة على المقر ويتعين على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، أما الإقرار الذي صدر في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار فلا يعتبر إقراراً قضائياً ويخضع لتقدير القاضي الذي يجوز له تجزئته كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها أن

يعتبره دليلاً كاملاً أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلاً، كما أن الإقرار وإن كان لا يجوز للمحامى مباشرته إلا إذا كان مفوضاً فيه غير أنه إذا كان الخصم حاضراً بشخصه وبأمر محاميه الإقرار دون اعتراض منه اعتبر الإقرار صادراً من الموكل حتى ولو كان عقد وكالة المحامى لا يبيح له ذلك إذ أن حضور الموكل بالجلسة وعدم اعتراضه على الإقرار الذى يسند إليه الوكيل فى حضوره يعتبر إقراراً من الموكل لهذا التصرف وذلك طبقاً لصريح نص المادة ٧٩ من قانون المرافعات. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم ما تقدم وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بنفى نسب الصغيرة «...» إليه على سند من إقرار محاميه بهذا النسب فى حضوره ودون اعتراض منه فى القضية رقم ١٣٧٦ لسنة ٨٨٠ جنح قويسنا واعتبار هذا الإقرار دليلاً كاملاً على ثبوته وذلك على قوله «إنه بالاطلاع على صورة محضر جلسة ١/٠٠ / ١١١١ فى القضية رقم ١٣٧٦ لسنة ٨٨٠ جنح قويسنا تبين أنه جاء بهذا المحضر أن الحاضر مع المتهم «الطاعن» أقر بثبوت نسب الصغير... من والده المتهم كما تبين من الاطلاع على صورة الحكم فى الجنبه المذكورة الصادر فى ١/٢٧ / ١١١١ اعتراف المتهم (الطاعن) بارتكاب الواقعة وبثبوت نسب ولده له.

وحيث إن المقرر شرعاً بأنه إذا أقر الرجل بأن فلاناً ابنه كان ابنه من كل الوجوه بشرط (١) - أن يولد مثله لمثله، (٢) - أن يكون الولد مجهول النسب، (٣) - ألا يذكر أنه ولد ابن زنا لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب، كما أن من المقرر شرعاً أن النسب الذى يثبت بالإقرار لا يحتمل النفى... وأنه يحتاط فى إثبات النسب ما لا يحتاط فى غيره إحياء للولد وحيث إنه متى كان ذلك وكان الثابت أن الحاضر مع المتهم قرر بثبوت نسب الولد.... إلى أبيه المستأنف عليه (الطاعن) وذلك بجلسته ١/٠٠ / ١١١١ كما جاء بالحكم الصادر فى الجنبه سالفه الذكر بتاريخ ١/٢٧ / ١١١١ إقرار المستأنف عليه فى مجلس الدعوى بثبوت نسب الولد... له... فإذا ما جاء المستأنف عليه وأقام دعوى نفى النسب المستأنف حكمها.... أى بعد الإقرار فإنه يتعين ألا يقبل منه هذا الإنكار بعد الإقرار ولا يسمع خصوصاً أنه لم يصرح بأن هذا ولده من الزنا ولم يطعن على الحكم ومحضر الجلسة سالفى الذكر بطعن ما....

وحيث إنه لذلك وطبقا للقواعد الفقهية القضائية يكون المستأنف عليه (الطاعن) قد أقر بثبوت نسب الولد... إليه وهو إقرار استوفى شرائطه لأن الولد يولد مثله لمثل المستأنف عليه والصغير مجهول النسب ولم يصرح المستأنف عليه عند إقراره.. أنه ولده من الزنا.. مما يكون إقراره مقبولا ويثبت به نسب الصغير إليه ولا عبرة بنفيه بعد الإقرار على النحو السابق إيضاحه.. وحيث إنه بالبناء على ما تقدم يكون الحكم المستأنف قد جانبه الصواب حيث لم يتعرض لمسألة الرد على الإقرار بالنسب من المستأنف عليه... ويتعين لذلك إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى» وهو من الحكم تطبيق صحيح للقانون واستخلاص سائغ مما له أصله الثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه برفض دعوى الطاعن ويكون النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون على غير أساس».



موضوع رقم (٨٨) ثبوت النسب بالبينة

يثبت النسب بالبينة، كما يثبت النسب بالفراش والإقرار.
فإذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه، ولم تكن هذه المرأة فراشا له
بزوجية صحيحة أو فاسدة حصل بعدها دخول ولم تكن موطوءة بشبهة، أو ادعى
شخص أبوة آخر أو أخوته أو عمومته، كان لكل منهما إثبات دعواه بالبينة^(١).

٧٠ - نصاب البينة:

البينة في إثبات النسب هي البينة الكاملة أى شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين.

وقد نصت المادة (355) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية
لقدرى باشا على أن:

«تثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين
عدلين أو رجل وامرأتين عدول الخ».
ولا يشترط فى الشهادة على النسب معاينة الشاهد واقعة الولادة، أو حضور
مجلس العقد إن كان.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «النسب كما يثبت بالفراش أو الإقرار، يثبت بالبينة، بل إن البينة فى
هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى أو الإقرار، لا يشترط لقبولها معاينة واقعة
الولادة أو حضور مجلس العقد إن كان، وإنما يكفى أن تدل على توافر الزواج
والفراش بمعناه الشرعى».

(طعن رقم 38 لسنة 47ق - أحوال شخصية - جلسة 1980/3/5 - ذات
المبدأ طعن رقم 117 لسنة 55ق - جلسة 1987/5/19)

(1) وقد قضى بأن: «التفات الحكم عن طلب إحضار الصغير للمحكمة فى دعوى ثبوت
النسب لا عليه طالما قام على أسباب سائغة تكفى لحمله».

(طعن رقم 62 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/22)

٢- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة طلب الخصم بنذب خبير في الدعوى متى وجدت فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت نسب الصغيرة من الطاعن على ما استخلصه من البينة الشرعية وما حصله من أوراق الدعوى وكان لهذا التحصيل مأخذه، وكانت أسبابه كافية لحمل قضائه فلا تثريب على المحكمة إن هي التفتت عن إجابة تحليل دمه ودم الصغيرة للمقارنة بينهما إذ الأمر في الاستجابة له متروك لتقديرها»^(١).

(طعن رقم 30 لسنة 46 ق - أحوال شخصية - جلسة 1878/3/1)

٣ - «البينة في دعوى النسب هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم 47 لسنة 55 ق - أحوال شخصية - جلسة 1988/1/26)

٤- «النسب وثبوته في جانب الرجل بالفراش والإقرار والبينة. يكفي في البينة أن تدل على توافر الزواج والفراش بمعناه الشرعي».

(طعن رقم 22 لسنة 61 ق «أحوال خصية» جلسة 1994/9/27)

(1) وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بتاريخ 1868/10/21 في الطعن رقم 1217 لسنة 38 ق بأن:

«متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجته في نفى نسب الطفل عند المنازعة فيه، وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته، واتحاد الفصائل أو اختلافها بين الأصول والفروع أياً كان الرأي العلمي فيه، هو اعتبار عام لا ينهض فيه وجه ما تمسك به المتهم في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته إليه ولو بدليل محتمل، محتكماً إلى الخبرة الفنية البحت التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها، وكان لا يعرف حاصل ما كان ينتهي إليه رأي المحكمة لو ثبت لها بيقين من نتيجة تحليل الفصائل أن الطفل لا يمكن أن يعزى إلى المتهم، وكان رد الدفاع يحدث في وجدان القاضي ما يحدثه دليل الثبوت، فإنه كان يتعين على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهرى عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعي، أما وهى لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتخذ فصائل دماء الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفنى في مسألة فنية، ويكون حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه».

٥- «البينة فى دعوى النسب. ماهيتها. شهادة رجلين أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم 176 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/7/7)

٦- «البينة فى دعوى النسب. شهادة رجلين أو رجل وامرأتين».

(طعن رقم 979 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 2444/1/24)

٧- «من المقرر - فى فقه الأحناف - أن النسب كما يثبت فى جانب الرجل بالفراس فإنه يثبت بالبينة الشرعية ذلك بأن ثبوت النسب من حق الله ويقبل فيه ما لا يقبل فى غيره حتى لو قالت لا شهود لى ثم أحضرت شهودا قبل ذلك منها فأولى إذا لم تقل ذلك وتقدمت بالإثبات فإنه يكون مقبولا بالأولى فضلا عن ذلك فإن النسب مما يخفى ويقبل فيه مالم يقبل فى غيره».

(طعن رقم ٩٤٩ لسنة ٧٣ ق «أحوال شخصية» جلسة ٢٠١٠/١٢/١٤)

٨- «إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الاستئناف بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات نسب وليدها إلى المطعون ضده إلا أنها رفضت على الرغم من أن هذه الوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا لاستظهار وجه الحق فى هذا الدفاع الذى يتصل بواقعة الدعوى ومن شأنه إن - صح - أن يتغير به وجه الرأى فيها ولا يغير من ذلك أن محكمة أول درجة سمعت شهودها إذ الثابت من التحقيق أنه لم يتناول طلبها إثبات نسب وليدها بما يعيب الحكم المطعون فيه بالإخلال بحق الدفاع».

(طعن رقم 702 لسنة 68 ق «أحوال شخصية» جلسة 2011/2/8)

٢٧١- الشهادة بالتسامع جائزة فى إثبات النسب:

الأصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه - بالعين أو السماع - بنفسه، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب. وطبقا لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى، تحل الشهادة بالسماع إذا أخبره بها رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول، على أن يكون الإخبار من الشاهد وعن العدلين بلفظ الشهادة، ويغنى عن لفظ الشهادة فى القانون بالنسبة للشاهد حلفه اليمين أمام المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق طبقا للمادة (٨٦) من قانون الإثبات.

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «أجاز الحنفية الشهادة بالتسامع في مواضع منها النسب. واختلفوا في تفسيره وتحمل الشهادة به، فعن أبي حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافرت به الأخبار وعلى هذا إذا «أخبره» رجلان أو رجل وامرأتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر ويقع في قلبه صدق الخبر، وعن صاحبين إذا أخبره بذلك رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول يكفي وتحل له الشهادة. والفتوى على قولهما، واشترطوا في الإخبار - هنا وعن العدلين - أن يكون بلفظ «أشهد» وبمعنى أن يشهدا عنده بلفظ الشهادة. والمتون قاطبة - والنقول المعتمدة أطلقت القول بأن الشاهد إذا فسر للقاضي ردت شهادته ولا تقبل في جميع المواضع التي يجوز للشاهد الشهادة فيها بالتسامع، ومن الفقهاء من استثنى الوقف والموت فتقبل ولو فسر للقاضي أنه أخبره به من يثق به لأن الشاهد ربما يكون عمره عشرين سنة وتاريخ الوقف أو الموت مائة سنة فيتيقن القاضي أنه يشهد بالتسامع فكان الإفصاح كالسكوت.

واختلفوا في معنى التفسير للقاضي أنه يشهد بالتسامع: فلو شهدا وفسرا وقالوا شهدنا بذلك لأننا سمعنا من الناس لا تقبل. ولو قالوا سمعنا من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل، ولو قالوا أخبرنا بذلك من نثق به فمنهم من قال أنه من التسامع ومنهم من قال أنه ليس منه وجعله الراجح، والظاهر أنه حيث أجاز للشاهد أن يشهد بالتسامع في المواضع التي بينها وجب أن يقضى بشهادته وإن فسر وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض إذ كل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما يشهد به ولا يحملون القاضي ذلك».

(طعن رقم 13 لسنة 33 ق - جلسة 1967/1/4)

2- «الطريق إلى تحمل الشهادة بالتسامع وحدها هو أن لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع في قلبه صدقها أو أن يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان يحصل له به نوع من العلم الميسر في حق المشهود به وأنهم أوجبوا على الشاهد أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر للقاضي أنه يشهد بناء على ما سمع من الناس - وإذا كان ذلك فإن تعيب الحكم بأنه لم يبين أنه توافرت في أقوال

الشهود شروط قبول الشهادة بالتسامع يكون في غير محله إذ هي أمور تتصل بتحمل الشهادة وحليتها للشاهد، وكذلك تعييبه لأن أحدا منهم لم يشهد بواقعة معاصرة للواقعة المطلوب إثباتها ولا بما شهد به لديه عدلان ولم يدع الحكم أن ما شهدوا به تحققت فيه شروط التواتر إذ هي أمور تتصل بأداء الشهادة وحكاية ما تحمله الشاهد منها والشهادة بالتسامع - عند الأداء - يضرها الإفصاح ويصححها السكوت وإن يكن سكوتا كالإفصاح».

(طعن رقم 13 لسنة 33 ق - جلسة 1967/1/4)

3- «الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه - بالعين أو السماع - بنفسه، واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع من الناس، وإن لم يعاينها بنفسه، وهي ضرورة بعد ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو هي استحسان مرده والوجه فيه أنها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وأنها يقترن بها في العادة ما تشتهر به فنزلت الشهرة في كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر مسوغا للشهادة ولو لم تقبل أدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام والخرج مدفوع شرعا. وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما يشهد به أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء، أو يخبره به - وبدون استشهاد - رجلا عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيحصل له نوع من العلم الميسر في حق المشهود به وهي مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظنا قويا يقترب من القطع كشهادة الاستفاضة، ومنها ما يفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة بأن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا أو لم نزل نسمع من الثقات، والفقهاء وقد أوجبوا على الشاهد أن لا «يفسر» للقاضي إنما أرادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضي هذا العبء».

(طعن رقم 13 لسنة 33 ق - جلسة 1967/1/4)

4- «الأصل في الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه بالعين أو بالسمع بنفسه واستثنى فقهاء الحنفية من ذلك مسائل منها ما هو بإجماع كالنسب، ومنها ما هو على الصحيح أو على أرجح الأقوال أو على أحد قولين مصححين أو على قول مرجوح أجازوا فيها الشهادة بالتسامع استحسانا وإن لم يعاينها بنفسه وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن يشهد بالتسامع إلا إذا كان ما شهد به أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب واشتهر واستفاض وتواترت الأخبار عنده ووقع في قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء أو يخبر به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيصبح له نوع من العلم الميسر في حق المشهد به».

(طعن رقم 35 لسنة 34 ق - جلسة 1967/11/15)

5- «الشهادة بالتسامع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جائزة عند الحنفية في مواضع منها النسب وشرطها أن يكون ما يشهد به الشاهد أمرا متواترا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار ويقع في قلبه صدقها، أو أن يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول».

(طعن رقم 22 لسنة 39 ق - جلسة 1975/4/30)

6- «لا محل لتعيب الحكم بأنه لم يبين شروط الشهادة بالتسامع في أقوال الشهود لأنها أمور تتصل بتحمل الشهادة وصلتها للشاهد».

(طعن رقم 22 لسنة 39 ق - جلسة 1975/4/30)

7- «الشهادة بالتسامع - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - جائزة عند الأحناف في مواضع منها النسب وشرطها أن يكون ما يشهد به الشاهد أمرا متواترا مشتهرا سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتوافر به الأخبار ويقع في قلبه صدقها».

(طعن رقم 142 لسنة 58 ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/2/27)

(راجع أيضا نقض 1981/2/27 طعن رقم 17 لسنة 50 ق - منشور)

بالكتاب الأول بند 72)

٢٧٢- تقدير المحكمة لأقوال الشهود فى دعوى النسب:

قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - فى هذا الصدد بأن:

١- «يثبت النسب بالفراش والإقرار كما يثبت بالبينة فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه بثبوت النسب على دعائم عدة من بينها شهادة الشهود الذين شهدوا بإسلام الطاعن، واستخلص منها ما يتفق والثابت فى محضر التحقيق، وكان الدليل المستمد من شهادة الشهود يكفى لحمله، وكان استخلاص الواقع منها أمراً يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل، فإن النعى عليه يكون غير منتج، ولا يغير من ذلك ما أورده الحكم بشأن ثبوت النسب مع اختلاف الدين فهو افتراض جدلى لم يقم عليه قضاؤه».

(طعن رقم 29 لسنة 30 ق - جلسة 1962/12/19)

2- «تقدير أقوال الشهود أمر تستقل به محكمة الموضوع، فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ فى إثبات النسب بأقوال الشهود وحدها وإنما أخذ بإقرار المتوفى بالزوجية وبنسبة الحمل المستكن إليه فى محضر تحقيق وبقيدته فى دفاتر الصحة باعتباره ابناً له، فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبب يكون على غير أساس».

(طعن رقم 00 لسنة 29 ق - جلسة 1963/6/19)

3- «ثبوت النسب قبل الولادة. شرطه. أن يكون الحمل ظاهراً ويصدر الاعتراف به من الزوج».

(طعن رقم 201 لسنة 62 ق - جلسة 1996/12/16 - لم ينشر)

٤- «ثبوت النسب قبل الولادة. شرطه. أن يكون الحمل ظاهراً ويصدر الاعتراف به من الزوج. النفى الذى يكون معتبراً قاطعاً للنسب. شرطه. عدم صحة النفى الذى يسبقه إقرار بالنسب نصاً أو دلالة».

(طعن رقم 336 لسنة 63 ق - جلسة 1998/3/16)

٢٧٣- البينة أقوى من الإقرار فى إثبات النسب:

البينة فى إثبات النسبة أقوى من الإقرار، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، أما البينة فهى حجة متعددة إلى الكافة، كما أن النسب وإن ثبت فى الظاهر بالإقرار إلا أنه غير مؤكد.

وعلى ذلك لو تعارض إقرار وبينه في دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة فالإقرار يحتمل البطلان بالبينة لأنها أقوى منه.

٢٧٤- لا يجوز إثبات النسب عن طريق الحامض النووي DNA :

لئن كان التقدم العلمي في الآونة الحاضرة قد توصل إلى ما لم يكن موجودا في عهد السلف من إمكان إثبات الأبوة عن طريق الحامض النووي /٢، وينادى البعض الآن باعتماد ذلك دليلا على إثبات النسب أو نفيه. ولا نرى الأخذ بهذا الرأي لأنه على فرض ثبوت نسب الولد لأبيه عن طريق هذا الدليل الفنى، وكان الثابت أن علاقة الرجل بالمرأة علاقة زنا، فإن القاعدة الشرعية التى تقول بأن الزنا لا يثبت نسبا والتى عرضنا لها فيما تقدم لا تؤدى إلى ثبوت هذا النسب شرعا.

ولو شاء المشرع الأخذ بهذا الرأي لتدخل تشريعيا بالنص على ذلك، كما فعل القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ (بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية)، فبعد أن نص هذا القانون في مادته التاسعة على تخويل الزوجة الحق فى طلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر... الخ، نص فى مادته الحادية عشرة على أن يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها.



موضوع رقم (٩٩) أحكام دعوى النسب

٥٧٥ سماع دعوى النسب:

يتعين التفرقة في سماع دعاوى النسب بين حالتين:

الأولى: أن تكون الدعوى بأصل النسب أى الأبوة أو البنوة:

إذا رفعت الدعوى حال حياة الأب أو الأم أو الابن سمعت الدعوى مجردة بالنسب، فيصح أن يدعى شخص على آخر أنه ابنه بدعوى مجردة من غير المطالبة بحق آخر.

ومن باب أولى تسمع الدعوى ولو كانت ضمن حق آخر كالنفقة والميراث. وإذا كانت الدعوى بعد وفاة الأب أو الأم أو الابن فلا تسمع الدعوى بالنسب استقلالا، لأنها دعوى على ميت وهو غائب والغائب لا يصح القضاء عليه قصدا ويصح تبعا.

وإنما يجوز أن ترفع دعوى النسب ضمن حق آخر كالميراث، لأن النسب لا يكون فيه مقصودا لذاته بل هو وسيلة لإثبات الحق المتنازع فيه، والخصم هنا ليس هو الميت بل الورثة أو من بيده التركة.

الثانية: أن تكون الدعوى بما يتفرع عن النسب أى تتضمن تحميلا للنسب على الغير:

في هذه الحالة لا تسمع دعوى النسب مجردة أى على سبيل الاستقلال، لأنها تتضمن الدعوى على الغائب، وهو من حمل عليه النسب، ولا تسمع الدعوى على غائب إلا إذا تضمنت حقا لحاضر، كدعوى الأخوة ضمن دعوى النفقة أو دعوى العمومة ضمن دعوى الميراث^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

١- «دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا وبالنسب

(١) على قراعة فى أصول المرافعات الشرعية ص ٢٨ وما بعدها.

وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق في التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه».

(طعن رقم 00 لسنة 29 ق - جلسة 1963/6/19)

2- «الأصل في دعوى النسب أنها تسمع ولو كانت مجردة وليست ضمن حق آخر متى كان المدعى عليه بالنسب حيا وليس فيها تحميل النسب على الغير».

(طعن رقم 16 لسنة 34 ق - جلسة 1966/3/30)

3- «الأصل في دعوى النسب أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه، فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعتراؤه وليس فيه تحميل النسب على الغير، كالأبوة والبنوة فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقا أو لم يدع».

(طعن رقم 32 لسنة 32 ق - جلسة 1966/6/29)

4- «الأصل في دعوى النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه، فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعتراؤه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة، فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر، سواء ادعى لنفسه حقا أو لم يدع».

(طعن رقم 30 لسنة 39 ق - جلسة 1973/7/11)

5- «الأصل في دعوى النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ينظر إلى النسب المتنازع فيه، فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعتراؤه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقا أو لم يدع».

(طعن رقم 34 لسنة 39 ق - جلسة 1974/4/17)

6- «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في دعوى النسب، النظر إلى النسب المتنازع فيه فلو كان مما يصح إقرار المدعى عليه به ويثبت باعتراؤه وليس فيه تحميل النسب على الغير كالأبوة والبنوة فإنها تسمع مجردة أو ضمن حق آخر سواء ادعى لنفسه حقا أو لم يدع».

(طعن رقم 41 لسنة 00 ق - جلسة 1975/1/15)

٧- «لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا، وبالنسب وحده، بل يجب أن تكون ضمن حق في التركة يطلب المدعى معه الحكم بثبوت نسبه، وكان الثابت أن الطاعنة أقامت دعواها رقم ٣٠٠ لسنة ١٩٧٦ كلى أحوال شخصية الجيزة بطلب الحكم بثبوت نسب الصغير فايز إلى والده المرحوم.. ودون أى طلب حق له فى التركة فإن دعواها مجردة بالنسب تكون غير مسموعة كما انتهى إلى ذلك الحكم المطعون فيه صحيحا ويكون النعى على غير أساس».

(طعان رقما ٠٠، 81 لسنة 54ق - جلسة 1887/2/17)

٨- «قبول دعوى النسب بعد وفاة طرفيها أو أحدهما. شرطه أن تكون ضمن دعوى الحق. اختصاص المحكمة بنظر دعوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين. أثره اختصاصها بنظر دعوى النسب التى تضمنتها علة ذلك».

(طعن رقم 68 لسنة 58ق «أحوال شخصية» جلسة 1993/2/23)

٩- «دعوى النسب بعد وفاة المورث لا ترفع استقلالا. وجوب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة. علة ذلك».

(طعن رقم 176 لسنة 63ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/7/7)

١٠- «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا وبالنسب وحده، بل يجب أن تكون ضمن حق فى التركة، يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت النسب أو نفيه، إذ يشترط لقبول تلك الدعوى أن تكون ضمن دعوى الحق».

(طعن رقم 020 لسنة 74ق «أحوال شخصية» جلسة 2007/3/19)

٢٧٦- جواز رفع دعوى النسب والشهادة فيه حسبة^(١) :

يتعلق بثبوت النسب بحق الأم وبحق الصغير، ويتعلق به أيضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها، فيكون حق الله تعالى فيها غالبا.

(1) الحسبة هى فعل ما يحتسب عند الله وفى اصطلاح الفقهاء هى أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن منكر إذا ظهر فعله وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية=

ولذلك يجوز أن ترفع دعوى النسب حسبة، وتقبل الشهادة فيه حسبة بلا طلب، فالشاهد يتقدم إلى القاضي من تلقاء نفسه فيكون قائماً بدور المدعى والشاهد، ويكون القاضي نائباً عن الله تعالى فيها فكأنه أقيمت دعوى^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية بأن:

١- «ثبوت النسب وإن كان حقا أصليا للأُم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا أو لأنها تعبر بولد ليس له أب معروف إلا أنه في نفس الوقت حق أصلي للولد لأنه يرتب له حقوقا بينها المشرع والقوانين الوضعية، كحق النفقة والرضاع والحضانة والإرث، ويتعلق به أيضا حق الله تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى، فإذا كانت المطعون عليها قد تركت الخصومة في دعوى ثبوت النسب نزولا منها عن حقها فيه فلا ينصرف هذا النزول إلى حق الصغير أو حق الله».

(طعن رقم 30 لسنة 35 ق جلسة 1967/11/8)

٢- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان ثبوت النسب حق أصلي للأُم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا، أو لأنها تعبر بولد ليس له أب معروف فهو في نفس الوقت حق أصلي للولد، لأنه يرتب حقوقا بينها المشرع والقوانين الوضعية كحق النفقة والرضاع والحضانة والإرث، ويتعلق به أيضا حق الله

= أصلية أو مستمدة - أضافها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم إلى القاضي بالدعوى والشهادة لديه أو باستعداء إلى المحتسب أو والى المظالم. ودعوى الحسبة تكون فيما هو حق الله أو فيما كان حق الله فيه غالبا كالدعوى بإثبات الطلاق البائن وبالتفريق بين زوجين زواجهما فاسد، وجمهور الفقهاء على عدم تقييد دعوى الحسبة بشرط الإذن أو التفويض من ولى الأمر.

(نقض - طعن رقم 20 لسنة 34 ق - أحوال شخصية - جلسة 1966/3/30)

(١) الأستاذ على قراعة في أصول المرافعات الشرعية ص ٨٥ وما بعدها - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٢ وقد جاء به: «تقبل الشهادة حسبة بلا دعوى في ثمانية مواضع مذكورة في منظومة ابن وهبان. في الوقف وطلاق الزوجة وتعليق طلاقها، وحرية الأمة وتبويرها، والخلع، وهلال رمضان، والنسب. وزدت خمسة من كلامهم أيضا: حد الزنا، وحد الشرب، والايلاء، والظهار، وحرمة المصاهرة».

تعالى لاتصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها، فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله تعالى وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر «أن الاعتراف المنسوب إلى المطعون عليها بإنكار نسب البنت، لا يؤثر على حق الصغيرة في ثبوت النسب ولا يدفع ما ثبت بالبينة الشرعية - فان النعى عليه يكون في غير محله».

(طعن رقم 24 لسنة 39 ق - جلسة 1973/5/23)

٣- «لئن كان ثبوت النسب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يتعلق بحق الأم وبحق الصغير وبحق الله تعالى، ولا تملك الأم إسقاط حق وليدها في هذا المجال فإن الدعوى التي ترفعها الأم أو الغير بطلب ثبوت نسب الصغير يعتبر الأخير ماثلاً فيها وإن لم يظهر في الخصومة باسمه لنيابة مفترضه في جانب رافعها لما ينطوى عليه من حق للخالق يصح أن ترفع به الدعوى حسبة».

(الطعن رقم 7 لسنة 44 ق - جلسة 1975/12/31)⁽¹⁾

٤- «ثبوت النسب حق أصلى للأم والولد. علة ذلك».

(راجع في تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة في مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ مؤلفنا موسوعة الدفع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء).

(طعن رقم 144 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/2/5)

٢٧٧- النسب حق أصلى للأم والصغير ويتعلق به حق الله تعالى؛
(راجع الأحكام المنشورة بالبند السابق).

(1) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1979/12/20 بأن:

«إذا كان ما تقدم وكان النسب في الإسلام من حقوق الله تعالى التي تقابل التعبير القانوني الآن - النظام العام - وكانت مسأله ومنها التبنى محكومة بالقواعد المبينة في المادة ٨٠. من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ والمادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وهى أرجح الأقوال في فقه مذهب أبى حنيفة .. الخ».

٢٧٨- دعوى النسب يغتفر فيها التناقض (لمج) :

من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أن التناقض مانع من سماع الدعوى، لاستحالة ثبوت الشيء وضده، مالم يكن في موضع خفاء فيكون عفوا ولا يمنع من سماعها.

والنسب - كما رأينا - نوعان مقصود لذاته، يدعى به دون حاجة إلى دعوى حق آخر كالأبوة والبنوة المباشرة، ونوع غير مقصود لذاته، بل المقصود طلب حق لا يتوصل إليه إلا بإثبات النسب كالإخوة في طلب النفقة مثلا، والعمومة في طلب الإرث.

وأن التناقض إنما يغتفر في النوع الأول فقط بخلاف الثاني، فإن الفقهاء اعتبروه من باب دعوى المال، والتناقض لا يغتفر في دعوى المال^(٢). واغتر التناقض في دعوى النسب لأن النسب يبني على العلوق (حمل المرأة) وهو ما يخفى^(٣).

قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن :

١- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسب مالم يكن في موضع خفاء فيكون عفوا وهو لا ينتفى إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالإخوة والعمومة باعتباره غير مقصود لذاته بل يستهدف حقا لا يتوصل له إلا بإثبات النسب فيكون تناقضا في دعوى مال لا في دعوى نسب».

(طعن رقم 10 لسنة 29 ق - جلسة 1962/1/17)

(١) المقصود بالتناقض الذي يمنع من سماع الدعوى هو الذي يكون بين كلامين صدرا من شخص واحد ويظل باقيا دون أن يوجد ما يرفعه ويكون أحد الكلامين في مجلس القاضى والآخر خارجه ولكن يثبت أمام القاضى حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما في مجلس القاضى ويستوى في ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه.

(نقض طعن 10 لسنة 29 ق أحوال شخصية - جلسة 1962/1/17)

(٢) الدكتور عبد العزيز عامر ص ١٤٥ وما بعدها.

(٣) الأستاذ على قراعة - أصول المرافعات الشرعية ص ١٠ وما بعدها.

٢- «التناقض لا يمنع من سماع الدعوى إذا وجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر، أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم، أو بقول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر.

وإذ يبين من الأوراق أن دعوى الطاعنة على المطعون عليه - بثبوت نسب ابنتها منه - أنه تزوجها بعقد صحيح عرفي وعاشرها معاشرة الأزواج ورزقت منه على فراش الزوجية بابنتها، وكان ما أثبتته الطاعنة في الشهادة الإدارية التي قدمتها مع طلب الحج - من أنها لم تتزوج بعد طلاقها من زوجها الأول، هذا القول لا ينفي لزوما أنها زوجة للمطعون عليه بعقد عرفي وإنما ينصرف إلى نفى زواجها بوثيقة رسمية، وذلك لما هو متواضع عليه في مصر من إطلاق الزواج على الزواج الموثق فقط، لما كان ذلك، فلا يكون هناك تناقض بين الكلامين يمنع من سماع الدعوى.

(طعن رقم 19 لسنة 39 ق - جلسة 1973/4/25)

٣- «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسب مالم يكن في موضع خفاء فيكون عفوا وهو لا يغتفر إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالإخوة والعمومة باعتباره غير مقصود لذاته بل يستهدف حقا لا يتوصل إليه إلا بإثبات النسب فيكون تناقضا في دعوى مال لا في دعوى نسب».

(طعن رقم 5 لسنة 43 ق - جلسة 1977/6/25)⁽¹⁾

(1) وقد صدرت فتوى من دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٢ من جمادى الآخر ١٤١١هـ - (أصدرها فضيلة الشيخ محمد عبده) خالفت الرأي الوارد بالمتن والأحكام الصادرة من محكمة النقض التي تقصر التناقض الذي لا يمنع من سماع الدعوى، على ذلك الذي يحدث في دعاوى النسب التي ليس فيها تحميل للنسب على الغير، وذهبت إلى أن التناقض يغتفر في دعاوى النسب جميعا.

وننشر فيما يلي السؤال المرسل إلى دار الإفتاء والفتوى الصادرة منها:

سئل:

توفى رجل عن ثلاث زوجات وأخت شقيقة وابن عم له عاصب وصدر حكم شرعى من=

٤- «وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن التناقض المانع من سماع الدعوى ومن صحتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو أن يسبق من المدعى كلام مناف للكلام الذى يقوله فى دعواه، فيما لا يخفى سببه مادام باقيا لم يرتفع، ولم يوجد ما يرفعه بإمكان حمل أحد الكلامين على الآخر أو بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم أو قول المتناقض تركت الكلام الأول مع إمكان التوفيق بين الكلامين وحمل أحدهما على الآخر، وذلك لاستحالة ثبوت الشئ وضده، ويتحقق التناقض متى كان الكلامان قد صدرا من شخص واحد أمام القاضى أو كان أحد الكلامين فى مجلس القاضى والآخر خارجه، ولكن ثبت

= محكمة إحدى المراكز الشرعية بثبوت نسب ووراثه الأشخاص المذكورين إلى المتوفى وقد تصرف ابن العم المذكور فى استحقاقه ثم بعد صدور لائحة المحاكم الشرعية الجديدة ظهر شخص يدعى أنه ابن ابن عم المتوفى وأن ابن العم المذكور أقر قبل الحكم بثبوت وراثته وبعده بأنه ليس وارثا للمتوفى المذكور ولا قريبا له. فهل والحالة هذه لا تسمع دعواه المذكورة ولا بينة عليها. وعلى فرض صحتها يكون محجوبا بابن العم المذكور أم كيف الحال؟.

أجاب:

«لو صح ما يدعيه ابن ابن العم المذكور من أن ابن العم أقر قبل الحكم بأنه ليس وارثا للمتوفى ولا قريبا له لا يبطل الحكم الذى صدر بثبوت نسبه بعد دعوى صحيحة، لما صرحوا به من أن التناقض فى النسب عفو لا يمنع صحة الدعوى به، ومثلوا لذلك بما لو قال: أنا لست بوارث له ثم ادعى إرثه وبين الجهة تصح، وعللوا ذلك بأن النسب مما يخفى كالطلاق وهذا هو الفرق بين دعاوى النسب والدعاوى التى تحصل فى الملك وبضررها التناقض وهذا التعليل يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون النسب من جهة الأصول والفروع أو غيرهما كما فى واقعتنا وما يوجد فى بعض الكتب من تصوير ما لا يبطل بالتناقض بدعوى نسب من جهة الأصول والفروع لا يقتضى التخصيص فاستنتاج التخصيص منه غير ظاهر. وفى الحقيقة أنه لا فرق بين نسب ونسب فى الخفاء والظهور كما ذكرنا. أما ما يتعلق بما يدعى المدعى صدوره من ابن العم بعد الحكم بصحة نسبه فلا أثر له لأن الحكم محا كل مطعن فى القبل الذى ذكره. وبذلك يعلم أن تصرف ابن العم المذكور فيما ورثه نافذا شرعا حيث لا مانع. ويعلم أيضا أن ابن ابن العم المذكور على فرض ثبوت نسبه لا يكون وارثا فى ذلك المتوفى لحجبه ابن العم المذكور والله أعلم».

أمام القاضي حصوله إذ يعتبر الكلامان وكأنهما في مجلس القاضي، ويستوى في ذلك أن يكون التناقض من المدعى أو منه ومن شهوده أو من المدعى عليه، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن كلام المطعون ضدها في مجلس القضاء وخارجه يدور حول إيهام الطاعن لها بأنه يكفي لانعقاد الزواج قراءة الفاتحة، وعلى هذا الأساس سلمته نفسها فعاشرها معاشرة الأزواج قبل انعقاد زواجهما صحيحا في مما ينفي قيام التناقض المانع من سماع دفاعها في دعوى الطاعن نفى نسب الصغيرة له ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 124 لسنة 66ق - جلسة 1989/3/28)

٥- «النسب جواز إثبات دعواه بالبينة. تجوز فيه الشهادة بالشهرة والتسامع واغتفر التناقض فيها. إذا احتملت عباراتها الإثبات وعدمه صرف للإثبات وإذا تعارض ظاهران قدم المثبت له».

(طعن رقم 31 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/6/11)

٦- «دعوى النسب باقية على حكمها المقرر في الشريعة الإسلامية ويجوز إثباتها بالبينة وإنه إذا احتملت العبارة إثبات النسب وعدمه صرفت للإثبات وأجيزت فيها الشهادة بالشهرة والتسامع واغتفر التناقض فيها وأنه إذا تعارض ظاهران في النسب قدم المثبت له».

(طعن رقم 558 لسنة 72ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/10/8)

٢٧٩- الأصل في النسب الاحتياط، فيثبت مع الشك ويبنى على

الاحتمالات النادرة:

الأصل الاحتياط في ثبوت النسب ما أمكن، فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأى وجه، حملا لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد - ولذا اعتبر النكاح فيه قائما مقام الدخول ويثبت بالإيماء مع القدرة على النطق، ويكون الإقرار به متعديا إلى غير المقر فيما إذا صدق معتدة الوفاة في الولادة من الورثة رجلان أو رجل وامرأتان وهذا استثناء من القاعدة العامة في الإقرار وهى أن الإقرار حجة قاصرة على المقر فقط دون غيره.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «النسب. جواز بناءه على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأى وجه. استناده إلى زواج صحيح أو فاسد. ثبوته. شرطه. أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة الشرعية».

(طعن رقم 31 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 11/6/1991)

٢- «المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن النسب فى فقه الأحناف يحتاط فى إثباته بما لا يحتاط فى غيره إحياء للولد وأجازوا بناءه على الاحتمالات النادرة التى يمكن تصورهما بأى وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد كما أثبتوا النسب مع الشك وأن القاعدة فى إثبات النسب أنه إذا استند إلى زواج صحيح أو فاسد فيجب لثبوته أن يكون الزواج ثابتاً لا نزاع فيه سواء كان الإثبات بالفراش أو بالإقرار أو بالبينة».

(طعن رقم 558 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 8/10/2005)

(راجع أيضاً نقض 1986/5/27 منشور ببند 265 - أسيوط الشرعية الكلية

بتاريخ 1923/6/26)

٨٠- مدى حجية الحكم الصادر فى دعوى نفقة الصغير أمام المحكمة

التي تنظر دعوى النسب :

أوضحت محكمة النقض مدى حجية الحكم الصادر فى دعوى نفقة الصغير أمام المحكمة التي تنظر دعوى نسب الصغير إذ ذهبت إلى أن:

١- «فى الدعوى بطلب نفقة للصغير يكون موضوع النسب قائماً باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدماً، وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر دعوى نسب الصغير استناداً إلى أن موضوعها يختلف عن موضوع دعوى النفقة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه».

(طعن رقم 19 لسنة 32 ق - أحوال شخصية - جلسة 20/1/1965)

٢- «لئن كان الأصل في الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائماً فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدمًا أخذاً بأن سبب وجوب نفقة الأولاد هو الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل، إلا أنه يتعين للقول بحجية حكم النفقة في موضوع النسب أن يعرض لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام بها، لما كان ذلك، وكان البين من الاطلاع على حكم النفقة أنه صدر في غيبة المدعى عليه - المطعون عليه الأول - وبنى قضاءه بنفقة للصغير على أساس القدرة المالية للمدعى عليه مبيناً القاعدة العامة وشرائطها في نفقة الفروع على الأصول وفقاً للقانون الواجب التطبيق دون أن يبحث انعقاد الزوجية التي تدعيها الطاعنة ومدى ثبوت نسب الصغيرة بالفراش وكان لا حجية لحكم قضى بالنفقة دون أن يناقش فعلاً واقعاً - وليس ضمناً أو قانوناً قرابة المحكوم عليه للمحكوم له في صدد القرابة والنسب، فإن الدفع بسبق الفصل في صورة الدعوى المعروضة، دعوى إنكار النسب - يقع في غير محل».

(طعن رقم 29 لسنة 29 ق - أحوال شخصية - جلسة 1975/2/26)

٣- «الأصل في الدعوى بطلب نفقة للصغير أن يكون موضوع النسب قائماً فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدمًا أخذاً بأن سبب وجوب النفقة للأولاد هي الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل فإذا بحث الحكم الصادر بنفقة الابن موضوع نسبه لأبيه باعتباره سبب الالتزام بالنفقة فقد صارت له حجية فيما يثار حول النسب في دعوى لاحقة».

(طعن رقم 173 لسنة 63 ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/5/26)

٤- «حجية حكم النفقة في موضوع النسب. شرطه . تعرض حكم النفقة لمسألة النسب وتمحيصها باعتبارها سبب الالتزام. عدم تمحيص الحكم الصادر بالنفقة ثبوت نسب الصغيرين للطاعن وبحثه بحثاً دقيقاً. أثره. انعدام حجية هذا الحكم في هذا الصدد. قضاء الحكم المطعون فيه بثبوت النسب على سند من

ثبوته بحكم النفقة الحائز لقوة الأمر المقضى رغم انتفاء حجيته فى هذا الخصوص. خطأ».

(الطعن رقم 479 لسنة 67 ق - أحوال شخصية - جلسة 2004/1/24)

٥- «من المقرر أن الأصل فى الدعوى بطلب نفقة الصغير أن يكون موضوع النسب قائماً فيها باعتباره سبب الالتزام بالنفقة لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به فيكون قائماً فيها وملازماً لها وتتبعه وجوداً وعدمًا أخذاً بأن سبب وجوب النفقة للأولاد هى الجزئية النابعة من كون الفرع من صلب الأصل، فإذا بحث الحكم الصادر بنفقة الولد موضوع نسبه لأبيه باعتباره سبب الالتزام بالنفقة فقد صارت له حجيته فيما ثار حول النسب فى دعوى لاحقة، كما أنه يتعين للقول بحجية النفقة فى موضوع النسب أن يعرض الحكم لهذه المسألة الأساسية ويمحصها باعتبارها سبب الالتزام، لما كان ذلك، وكان الحكم الصادر فى الدعوى رقم شرعى مركز طنطا والذى صار نهائياً بتأييده فى الاستئناف رقم شرعى مستأنف طنطا والصادر بين الخصوم أنفسهم أنه قضى بإلزام الطاعن بنفقة الصغيرة استناداً إلى ثبوت بنوتها له مقررًا فى أسبابه ثبوت تلك البنوة له بالزوجية الصحيحة وشهادة ميلادها، وأن الأوراق قد خلت مما ينفى تلك البنوة، وكانت هذه المسألة قد حازت قوة الأمر المقضى بتأييد الحكم المذكور استئنافياً فإن ذلك يعد مانعاً للخصوم من التنازع بطريق الدعوى أو الدفع فى شأن نسب الصغيرة المذكورة فى أية دعوى أخرى لسابقة الفصل فى هذه المسألة بقضاء نهائى حاز قوة الأمر المقضى، وإذ التزم الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 762 لسنة 74 ق «أحوال شخصية» جلسة 2006/12/9)

٢١١- الأحكام الصادرة فى دعاوى النسب حجة على الكافة:

الأصل أن القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعدى إلى غيره، إلا أن الفقهاء استثنوا من ذلك عدة مسائل منها النسب، فيتعدى القضاء فيها إلى كافة الناس⁽¹⁾.

(1) فقد جاء بالأشباه والنظائر ص ٢٩٩ ما يأتى: «القضاء يقتصر على المقضى عليه ولا يتعدى»

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- «وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كانت حجية الأحكام تقوم على أساس قرينة قانونية قاطعة مفادها أن حكم القاضى هو عنوان الحقيقة بما فرضه المشرع فيه من حجية لا يجوز معها إعادة طرح النزاع من جديد أو قبول إثبات ما يخالفه وذلك رعاية لحسن سير العدالة وضمانا للاستقرار واتقاء تأييد المنازعات أو وقوع التعارض بين الأحكام وهى أمور متعلقة بالنظام العام بل وتسمو على اعتباراته ومؤدى ذلك أن الحقيقة القضائية قرينة قاطعة على الحقيقة الواقعة ويقتصر أثر هذه القرينة فى تخويل الخصوم حق التمسك بها وللمحاكم حق إثارتها من تلقاء نفسها كما يتوقف مداها - من حيث كونها مطلقة أو نسبية - على طبيعة ونوع وموضوع المسألة التى أقامت عليها تلك الحقيقة ومدى تعلقها بالنظام العام ومصلحة المجتمع العامة أو بمصالح الأفراد الخاصة فإن كانت متعلقة بمصالح عامة أو كان من شأنها تقرير مراكز قانونية فى المجتمع وكانت سلطة المحكمة فى شأنها غير مقيدة بإرادة الخصوم ولا مرهونة بما يقدمونه من أدلة - كما فى المسائل الجنائية أو مسائل الأحوال الشخصية أو التى تأبى طبيعتها إلا أن تكون عامة - فإن حجيتها تكون مطلقة وقبل الناس كافة - أما إذا كانت متعلقة بمصالح الأفراد الخاصة أو حقوقهم الذاتية ومرهونة بالتالى بإرادة الخصوم وما يقدمونه من أدلة فإن حجيتها تكون نسبية

= إلى غيره إلا فى خمس، ففى أربع يتعدى إلى كافة الناس فلا تسمع دعوى أحد فيه بعده: فى الحرية الأصلية والنسب.

وولاء العتاقة والنكاح كذا فى الفتاوى الصغرى. والقضاء بالوقوف يقتصر ولا يتعدى إلى الكافة فتسمع الدعوى فى الوقوف المحكوم به كذا فى الخانية وجامع الفصولين. وفى واحدة يتعدى إلى من تلقى المقضى عليه الملك منه، فلو استحق المبيع من المشتري بالبينة والقضاء كان قضاء عليه وعلى من تلقى الملك منه، فلو برهن البائع بعده على الملك لم تقبل، الخ» - راجع أيضا حكم المحكمة العليا الشرعية رقم ٣٧ لسنة ١٩٣٢ (منشور بمؤلف مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى ص ١٥٥ وما بعدها).

وقاصرة على أطرافها دون سواهم. وإذا كان ذلك وكانت مسائل الأحوال الشخصية وهى مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية للشخص والتي رتب القانون عليها أثرا فى حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا وكونه أبًا أو ابنا وكونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون وباعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية أو حالات أو صفات معينة يرتب عليها القانون أثرا فى حياة الأشخاص الاجتماعية ومن ثم فقد أحاطها المشرع بإجراءات وضمانات خاصة من بينها وجوب تمثيل النيابة العامة فيها بوصفها نائبة عن المجتمع وبالتالي فإن الأحكام الصادرة فيها تكون لها بهذه المثابة حجية مطلقة قبل الكافة وذلك دون التفات لما إذا كانت تلك الأحكام مقررّة أو منشئة لما تضمنته من حقوق إذ أن الحقيقة القضائية فى مسائل الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج والبنوة والاسم والجنسية - سواء كانت صادرة إيجابا بالقبول أو سلبيا بالرفض لا تعدو أن تكون تقريراً بمركز قانونى أو حالة أو صفة تتميز فى ذاتها بالوحدة والاطلاق وعدم القابلية للتجزئة وترتب بدورها آثارا من شأنها تحديد وضع الشخص فى المجتمع مما لازمه أن تكون هذه الآثار واحدة ومطلقة وعامة قبل الكافة ومسلما بها منهم. ولما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأولى قد قضى بثبوت نسبها لوالدها المطعون ضده الثانى من المرحومة/ زينب مصطفى إسماعيل بموجب الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦٤ كلى أحوال شخصية القاهرة وكان هذا الحكم بما تضمنه فى قضائه ببنوة المطعون ضدها الأولى استنادا إلى إقرار المطعون ضده الثانى قد انطوى على تقرير مركز قانونى لها يتحدد به وضعها فى المجتمع وحالتها فيه - والتي يرتب عليها القانون آثارا معينة فى حياتها وقد قرر لها صلة تتميز بالوحدة والاطلاق بما يقتضى أن تكون قائمة قبل الكافة ومسلما بها منهم ويكون للحكم بهذه المثابة حجية مطلقة قبل الكافة بما يعتبر معه الاعتداد بحجية هذا الحكم قبل الطاعنة لتعدى تلك الحجية إليها».

٢- «أحكام النسب - وفقا للرأى الراجح فى المذهب الحنفى - حجة على الكافة. علة ذلك. اعتباره من النظام العام. أثره. عدم نقضه بالجود أو ارتداده بالرد أو انفساخه بعد ثبوته».

(طعن رقم 27 لسنة 63 ق «أحوال شخصية» جلسة 1997/3/17)

٢٨٢- تغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب:

تنص المادة (47) من القانون رقم 143 لسنة 1444 فى شأن الأحوال المدنية على أن:

«لا يجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر بذلك من اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة.

ويكون إجراء التغيير أو التصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة - أو فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصديق أو الطلاق أو التطلق أو التفريق الجسماني أو إثبات النسب بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار من اللجنة المشار إليها⁽¹⁾. ويبين من ذلك أن المادة جعلت اللجنة⁽²⁾ المنصوص عليها فى المادة ٤٦ من القانون هى المختصة بحسب الأصل بإجراء أى تغيير أو تصحيح فى قيود

(1) وقد جاء بالملحظة الإيضاحية للقانون ١١ لسنة ١٩٦٥ المعدل للقانون ٦٠ لسنة ١٩٦٠ (الملغى) أنه: «ولما كانت المادة ٣٦ لا تجيز إجراء أى تصحيح أو تغيير فى قيود واقعات الأحوال المدنية إلا بحكم نهائي، وذلك ضمنا لحجية القيود إلا أن الجانب العملى لتطبيق حكم هذه المادة كشف عن صعوبة إعمال هذا النص، ومن ثم فقد رأى أن يتم التغيير أو التصحيح بقرار يصدر من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٤١ وهى تضم عنصرا قضائيا إذ أنها برئاسة رئيس نيابة وعضوية مدير صحة المحافظة ومفتش الأحوال المدنية مما يحيط قراراتها بالضمانات الكافية».

(2) تشكل هذه اللجنة فى دائرة كل محافظة من:

رئيس النيابة العامة	رئيسا
مدير صحة المحافظة	عضوين
مفتش السجل المدنى	

الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة. إلا أنها استثنت من هذا الأصل التغيير أو التصحيح في الجنسية أو الديانة أو المهنة وفي قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصديق أو الطلاق أو التطلق أو التفريق الجسماني أو إثبات النسب فأوجب أن يكون ذلك بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار بذلك من اللجنة المشار إليها.

ومفهوم ما تقدم - في نطاق بحثنا - ما يأتي:

١- أن أى تغيير أو تصحيح فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصديق أو الطلاق أو التطلق، يجب أن يكون بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص.

ومثال ذلك فى عقد الزواج: التغيير أو التصحيح فى تاريخ العقد، وفى إسهادات الطلاق: التغيير أو التصحيح فى وصف الطلاق كأن يثبت المأذون بالإشهاد أن الطلاق رجعى حين أنه بائن أو العكس أو يثبت فيه أن الطلقة أولى فى حين أنها ثانية أو العكس.

٢- أن التغيير أو التصحيح فى إثبات النسب يجب أن يكون بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص، ولو لم يكن النسب وارداً فى أحد القيود سائلة الذكر (الموضحة برقم ١)، كما إذا أثبت بالقيود الخاصة بالمواليد، اسم أب أو أم أو جد مثلاً غير الأب أو الأم أو الجد الحقيقى^(١).

(١) قارن حكم محكمة طنطا الكلية الصادر بتاريخ ٨/ ١٢/ ١٩٨٧ فى الدعوى رقم ٢١٢ لسنة ١٩٨٧ نفس كلى. وننشر الحكم كاملاً فيما يلى:

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة ورأى النيابة والمدولة قانوناً. من حيث إن واقعات هذه الدعوى تخلص فى أنها أقيمت من المدعية بصحيفة قدمت لقلم كتاب هذه المحكمة فى ٢٠/ ٢/ ١٩٨٧ وأعلنت قانوناً للمدعى عليهما الأول والثانى بصفتها طلبت فى ختامها الحكم بتصحيح اسم الأم بشهادة ميلاد الصغير محمد حسين عبد الفتاح من فريال متولى سالم إلى هيام السيد محمد وسأقت شرحاً لدعواها قائلة أنها أنجبت بتاريخ ١٥/ ١/ ١٩٧٩ على فراش الزوجية ابناً لها وقد دون بشهادة ميلاده أن اسم والدته فريال متولى سالم الزوجة الثانية للمدعى عليه الثالث، وأنه لما كان ذلك فقد =

ولما كانت محكمة الأسرة هي المختصة الآن بنظر كافة الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية، فإنها تضحى المختصة بنظر دعوى التغيير أو التصحيح. وقبل ذلك كانت المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥... بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية

= أقامت هذه الدعوى للحكم لها بما تقدم من طلبات، وقدمت تأييدا لدعواها حافظتي مستندات طويت الأولى على صورة قيد ميلاد باسم محمد حسين عبد الفتاح ثابت بها أن اسم والد المولود هو حسين عبد الفتاح مصطفى وأن اسم والدته فريال سالم وطويت الحافظة الثانية على إقرار منسوب للمدعى عليها الرابعة أقرت فيه بأنها ليست أم الصغير محمد حسين عبد الفتاح وأن الأم التي أنجبته هي هيام السيد محمد. وحيث إن الدعوى تداولت بالجلسات على النحو الثابت بمحاضرها قدم خلالها الطرفان محضر صلح لإحاقه بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وبجلسة ٢١/١٢/١٩٨٧ مثلت المدعية وصممت على الدعوى وقد فوضت النيابة الرأى للمحكمة وبذلك الجلسة قررت المحكمة حجز الدعوى للحكم بجلسة اليوم.

وحيث إنه يتضح من العرض المتقدم للواقعة أن موضوع الدعوى هو تصحيح اسم في شهادة ميلاد. لما كان ذلك وكان من المقرر وفق أحكام القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥ أن لجنة الأحوال المدنية هي المختصة أصليا بالفصل في طلبات تصحيح قيود الأحوال المدنية في سجلات الواقعات وفي السجل المدنى وفي طلبات قيد المواليد والوفيات (م ٤١) وأجيز استثناء من هذا الأصل أن يكون إجراء التغيير لتصحيح في قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه وفي الجنسية والديانة ... الخ من اختصاص المحاكم (م ٣٦). لما كان ذلك فإن الدعوى المائلة من اختصاص لجنة الأحوال المدنية ولا ولاية للمحكمة في إجراء هذا التصحيح وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى لتعلقه بالنظام العام دون الإحالة التي لا تكون إلا لمحكمة طبقا لمفهوم المخالفة عملا بنص المادة ١١٠ مرافعات.

وحيث إنه عن المصروفات فإن المحكمة تلزم بها المدعية لخسرانها الدعوى عملا بنص المادة ١/١٨٤ مرافعات.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: بعدم اختصاصها ولائيا بنظر الدعوى، وألزمت المدعية المصروفات وعشرة جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

تنص على اختصاص المحكمة الجزئية بتصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية في وثائق الزواج والطلاق، ومن ثم كانت المحكمة الجزئية هي المختصة بتغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق، عدا ما يتعلق بالنسب فإنه كان من اختصاص المحكمة الابتدائية⁽¹⁾.



(1) غير أنه يلاحظ أنه لا اختصاص للجنة المنصوص عليها بالمادة ٤٦ سالفه الذكر بدعوى النسب.

ولذلك قضت محكمة النقض بأن:

«وكان النص في المادة رقم (١) من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية على أنه «تتولى مصلحة الأحوال المدنية بوزارة الداخلية تنفيذ أحكام هذا القانون.....» وفي المادة ١/٤٦ منه على أن «تشكل في دائرة كل محافظة لجنة تتكون من.....،.....،..... وتختص هذه اللجنة بالفصل في طلبات تغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المدونة في سجلات المواليد والوفيات، وقيد الأسرة وطلبات قيد ساقطى قيد الميلاد والوفاة للوقائع التي لم يبلغ عنها....» وفي المادة ٤٧ منه على أن «لا يجوز إجراء أى تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية المسجلة عن وقائع الميلاد والوفاة وقيد الأسرة إلا بناء على قرار يصدر ذلك من اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة، ويكون إجراء التغيير أو التصحيح في الجنسية أو الديانة أو المهنة أو في قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصديق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني أو إثبات النسب بناء على أحكام أو وثائق صادرة من جهة الاختصاص دون حاجة إلى استصدار قرار من اللجنة المشار إليها، وكان الواقع في الدعوى أن الطاعن رفعها طالبا بنفى نسب المطعون ضدها الثانية إليه مما تختص به المحاكم الابتدائية وفقا لنص المادة ٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وكانت محكمة الموضوع لم تلتزم هذا التكليف الصحيح للدعوى ورتبت على ذلك قضاءها بعدم اختصاصها نوعيا بنظرها، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

(طعن رقم 57 لسنة 72 ق أحوال شخصية جلسة 2005/11/12)

(وقد أصبحت دعوى النسب الآن من اختصاص محكمة الأسرة)

موضوع رقم (٠٠)

اللقيط

٢٨٣- تعريف اللقيط :

اللقيط مولود نبذه أهله، فرارا من تهمة الزنا، أو خوفا من الفقر، أو لسبب آخر. والتقاطه مندوب إليه إذا وجد في مكان لا يغلب على الظن هلاكه لو ترك فيه، فإذا غلب على الظن هلاكه لو ترك فيه، كان التقاطه فرض عين على من وجده، لأنه مخلوق انساني ضعيف لم يقترب ما يستحق به إهمالا أو إيلاما، فيكون جديرا بالعطف والرعاية.

٢٨٤- الأحق باللقيط :

الملتقط هو أحق الناس بإمساك اللقيط وحفظه من غيره لأنه هو الذي أحياه بالتقاطه، وليس لأحد أن يأخذه منه جبرا إلا إذا لم يكن أهلا لحفظه. وإذا التقطه أكثر من واحد، فالأحق به أرجحهم بالإسلام أو بالقدرة على حفظه وتربيته، فإن تساوا وضعه القاضي عند أصلحهم لشئونه في نظره.

٥٨٥- حرية اللقيط وإسلامه :

يعتبر اللقيط حرا على ما هو الأصل في الإنسان. ويعتبر مسلما إذا وجد في دار الإسلام، أو التقطه مسلم من أى مكان. أما إذا التقطه ذمى وفي محلة أهل الذمة فهو على دين من التقطه.

٢٨٦- مال اللقيط :

اللقيط أهل للملك لأنه حر، فإذا وجد معه مال فهو ملك له، لأنه صاحب اليد عليه.

٢٨٧- الولاية على اللقيط :

الولاية على اللقيط للقاضي، فليس للملتقط ولاية على نفسه ولا على ماله، إلا ولاية الحفظ عليه وعلى ماله، فهو الذى يقبض ما يوهب له أو يتصدق به عليه، ويشتري له ما لا بد منه من طعام وكسوة، ويقوم بما يلزم لتعليمه فإذا لم يجد فيه قابلية لتلقى العلم، علمه حرفة.

وإذا كان للقيط مال فلا ينفق منه الملتقط على اللقيط إلا بإذن القاضي، فإذا أنفق بغير إذنه ولم يشهد أنه أنفق ليرجع كان متبرعا^(١).

وإن لم يوجد مع اللقيط مال ولم يوجد من يتبرع بالإنفاق عليه كانت نفقته في بيت المال إذا أقام بينة على أنه لقيط لأنه ربما يكون ابنه، والبينة هنا ليست على أوضاع البينات فإنها لم تقم على خصم حاضر، وإنما لترجح صدقه في إخباره فهي لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وإن لم تكن على خصم^(٢). ويلزم بيت المال فضلا عن نفقة اللقيط وكسوته وسكناه، دواءه إذا مرض ومهرا إذا زوجه القاضي ويكون إرثه ولو دية لبيت المال وعليه إرث جنايته^(٣).

٢٨٨- نسب اللقيط:

إذا ادعى شخص ولو كان ذميا بنوة اللقيط ثبت نسبه إذا توافرت شروط النسب بالدعوة التي ذكرناها فيما سلف، إذا لم يدع الملتقط نسبه قبله أو مقارنا له، فإن الملتقط هو الذى يفضل ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى.

أما إذا أقام أى منهما بينة فهو الأولى لأن البينة أقوى من الإقرار. وإن ادعاه اثنان خارجان - ليس الملتقط من بينهما - وسبقت دعوى أحدهما على الآخر فهو ابن السابق عند عدم تقديم البينة وإن ادعياه معا ووصف أحدهما علامة فيه ووجدت مطابقة يقضى له به مالم يقدم الآخر بينة. وإن ادعاه مسلم وذمى معا فالمسلم أولى به. وإن استوى المدعيان معا ولم يكن لأحدهما مرجح على الآخر يثبت نسبه منهما ويلزمهما في حقه ما يلزم الآباء للأبناء من أجر الحضانة والنفقة بأنواعها ويرث من كل منهما إن كان أهلا للميراث^(٤).

(١) على حسب الله ص ٢٤٣ - مادة (٢٥١) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) شرح فتح القدير ج ٦ طبعة ١٢٩١هـ - ١١٧٠م - ص ١١٠ وما بعدها.

(٣) مادة (٢٦٤) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٤) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١١١ وما بعدها - مادة (٢٦٢) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

٢٩٩- ادعاء المرأة بنوة اللقيط:

إذا ادعت بنوة اللقيط امرأة متزوجة، وصادقها الزوج على ذلك أو أقامت بينة على ولادتها أو شهدت لها القابلة صحت دعواها وثبت نسبه منها ومن زوجها. وإذا لم تكن المرأة متزوجة، فلا يثبت نسب اللقيط منها إلا إذا أقامت بينة كاملة من رجلين أو رجل وامرأتين^(١).

وسبب التفرقة بينها وبين الرجل حيث تقبل دعواه بدون بينة، ولا تقبل دعواه إلا ببينة. أن في ثبوت النسب للرجل المدعى دفعا للعار عن اللقيط بانتسابه إلى أب معروف، ولا يوجد ذلك في دعوى المرأة، لأنه ينسب إليها متى أتت به من طريق مشروع وغير مشروع^(٢).

٩٠- المعمول به في جمهورية مصر العربية بشأن اللقيط:

كان ينظم ما يتبع في شأن العثور على اللقطاء وما يتخذ بصددهم من إجراءات في جمهورية مصر العربية القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ١١٢١ لسنة ١٩٩٥. ولما صدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار قانون الطفل أعاد تنظيم هذه المسألة ونعرض الأحكام التي وردت به فيما يلي:

(١) على كل من عثر على طفل حديث الولادة في المدن أن يسلمه فوراً بالحالة التي عثر عليه بها إلى إحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثي الولادة أو أقرب جهة شرطة التي عليها أن ترسله إلى إحدى المؤسسات، وفي الحالة الأولى يجب على المؤسسة إخطار جهة الشرطة المختصة. وفي القرى يكون التسليم إلى العمدة أو الشيخ بمثابة التسليم إلى جهة الشرطة، وفي هذه الحالة يقوم العمدة أو الشيخ بتسليم الطفل فوراً إلى المؤسسة أو جهة الشرطة أيهما أقرب.

وعلى جهة الشرطة في جميع الأحوال أن تحرر محضراً يتضمن جميع البيانات الخاصة بالطفل ومن عثر عليه مالم يرفض الأخير ذلك، ثم تخطر جهة

(١) مادة (٢٦٣) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

(٢) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٣٢.

الشرطة طبيب الجهة الصحية المختصة لتقدير سنه وتسميته تسمية ثلاثية، وإثبات بياناته في دفتر المواليد، وترسل الجهة الصحية صورة المحضر وغيره من الأوراق إلى مكتب السجل المدني المختص خلال سبعة أيام من تاريخ القيد بدفتر مواليد الصحة.

وعلى أمين السجل المدني قيد الطفل في سجل المواليد. وإذا تقدم أحد الوالدين إلى جهة الشرطة بإقرار بأبوته أو أمومته للطفل حرر محضر بذلك تثبت فيه البيانات المنصوص عليها في المادة (١٦) من القانون، وترسل صورة من المحضر إلى السجل المدني المختص خلال سبعة أيام من تاريخ تحرير المحضر (م ١٠).

٢) يكون قيد الطفل المشار إليه في المادة السابقة طبقاً للبيانات التي يدلى بها المبلغ وتحت مسؤوليته عدا إثبات اسم الوالدين أو أحدهما فيكون بناء على طلب كتابي صريح ممن يرغب منهما. ولا يكون لهذا القيد حجية تتعارض مع القواعد المقررة في شأن الأحوال الشخصية (م ٢١).

٣) استثناء من حكم المادة السابقة لا يجوز لأمين السجل ذكر اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما معاً، وإن طلب منه ذلك، في الحالات الآتية:

- ١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر اسمهما.
- ٢- إذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها.
- ٣- بالنسبة إلى غير المسلمين، إذا كان الوالد متزوجاً وكان المولود من غير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه إلا إذا كانت الولادة قبل الزواج أو بعد فسخه، وذلك عدا الأشخاص الذين يعتنقون ديناً يجيز تعدد الزوجات. وتحدد اللائحة التنفيذية البيانات التي تذكر في شهادة الميلاد في الحالات سالفة الذكر (م ٢٢).

وقد قضت محكمة النقض - دائرة الأحوال الشخصية - بأن:

«قيد طفلة، وردت إلى ملجأ الرضع باسم - لا يفيد أنها ابنة لشخص حقيقي يحمل هذا الاسم وأنها معلومة النسب، لما هو مقرر من إطلاق اسم على اللقطاء

تمييزا لهم وتعريفا بشخصيتهم عملا بالمادة ١٠ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١١١٢ بشأن المواليذ والوفيات واللى أوجبى اطلاق اسم ولقب على حديث الولادة».

(طعن رقم 2 لسنة 43 ق جلسة 1976/3/10)

وتتولى الشرطة بمجرى إبلاغها بالعثور على اللقيط إجراء التحريات عن ظروف نبذه، توصلا إلى معرفة والديه.

وإذا أراد أحد الأشخاص تسلم أحد اللقطاء لتربيته فإنه يجب إلى طلبه متى كان قادرا على ذلك مع أخذ التعهد عليه للقيام بواجباته دون أن يترتب على ذلك وجود علاقة من العلاقات الموجودة بين الآباء والأبناء.



موضوع رقم (٢١)

أحكام المفقود

٢١١- النصوص القانونية:

(أ) المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩:

(مادة ٢١ معدلة بالقوانين رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨^(١)، ٢٢ لسنة ١٩٦٢^(٢)، ٢ لسنة ١٩٥٦^(٣)):

«يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، وبعد مضى سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية. ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا يقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا»^(٤).

(١) الجريدة الرسمية فى ٢١/٧/ ١٩٥٨ العدد (٢١).

(٢) الجريدة الرسمية فى أول يونية سنة ١٩٦٢ العدد ٢٢ مكرر (ب).

(٣) الجريدة الرسمية فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٦ العدد ٦ (مكرر).

(٤) وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٥٨ الآتى:

«يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده. وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا».

مادة ٢٢ معدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٨٥٨ :

بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحربية باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار^(١).

(ب) - القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ :

مادة (٧) : ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩^(٢).

مادة (٨) :

إذا جاء المفقود أو لم يجرى وتبين أنه حي فزوجته له مال يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الأول، فإن تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني مال يمكن عقده في عدة وفاة الأول.

= وكان نصها قبل تعديلها بالقانون رقم 23 لسنة 1992 الآتي:

«يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدته على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قراراً باعتباره ميتاً بعد مضي الأربع سنوات، ويقوم هذا القرار مقام الحكم. وأما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي وذلك كله بعد التحري عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً».

(1) وكان نصها قبل التعديل الآتي:

«بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة تعتد زوجته عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم».

(2) وكانت تنص على أن:

«إذا كان للمفقود - وهو من انقطع خبره - مال تتفق منه زوجته جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي، وتبين الجهة التي يظن أنه سار إليها ويمكن أن يكون موجوداً بها. وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحفانية لتجرى البحث عنه بجميع الطرق الممكنة، فإذا مضت مدة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضي، ولم يعد الزوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضي الزوجة فتعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، وبعد انقضاء العدة يحل لها أن تتزوج بغيره».

٢٩٢- تعريف المفقود :

المفقود لغة المَعْدُوم، وشرعا هو الذى انقطعت أخباره ولا يعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا موته^(١).

وقد نظم المرسوم بقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٢٢ بأحكام الولاية على المال إدارة أموال الغائب.

فنص على أن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية فى الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه. (أولا): إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته. (ثانيا): إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج جمهورية مصر واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها (م ٧٤). وإذا ترك الغائب وكيلا عاما تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره (م ٧٥). وتنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية باعتباره ميتا (م ٧٦).

٢٩٣- حالة المفقود قبل الحكم بموته :

يعتبر المفقود حيا باستصحاب الحال التى كان عليها قبل فقده. والاستصحاب عند علماء الأصول عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان من قبل حتى يقوم الدليل على تغيره.

ومادام القاضى لم يحكم بموت المفقود أو لم يصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء أو من وزير الحربية بذلك - فى حالات خاصة سيأتى شرحها - فإنه يعتبر حيا فتبقى أمواله على ملكه وتجب عليه فى ماله النفقة لزوجته مدة فقده ولكل من تجب عليه نفقتهم وتبقى زوجته على عصمته ما لم يحكم القاضى بتطليقها عليه بناء على طلبها بعد مضى سنة فأكثر من غيبته لتضررها من بعده عنها، أو لعدم إنفاقه عليها وعدم وجود مال ظاهر له يمكن استيفاء نفقتها منه.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٩٢.

ولما كانت حياة المفقود غير محققة بل هي حياة اعتبارية فلا يترتب على حياته الأحكام التي يشترط فيها تحقق حياة الشخص كالإرث من الغير واستحقاق الوصية. فلا يرث المفقود من غيره ولا يستحق ما أوصى به له، ولكن للاحتياط ومحافظة على حقوق المفقود يحجز له نصيبه من تركة مورثه المتوفى أثناء فقده، وما أوصى به له، كما لو كان محقق الحياة إلى أن يتبين حاله، فإذا ظهر حيا استحق بالفعل نصيبه في الإرث وما أوصى به له، وإن حكم القاضي بموته ترتبت على ذلك الأحكام التي سنذكرها فيما بعد.

وينبنى على ذلك أنه إذا كان المفقود ممن يحجب الورثة الموجودين وقت الوفاة حجب حرمان، فإنه لا يسلم إليهم شيء، ويوقف توزيع مال التركة كله، أما إذا كان يحجبهم حجب نقصان يعطى لكل واحد منهم الأقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود.

وحاصل ما تقدم أن المفقود يعتبر حيا في حق الأحكام التي تضره وهي المتوقفة على ثبوت موته، ويعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره، وهو ما يتوقف على حياته.

٢١٤- متى يحكم بموت المفقود؟

يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده. والمقصود بالمفقود الذي يغلب عليه الهلاك المفقود الذي يغيب في حالة يغلب فيها الظن بموته، كمن فقد إثر غارة جوية، أو وقوع كارثة حريق أو هدم مسكنه أو محله أو كمن ذهب للصلاة ولم يعد. ويحكم القاضي في هذه الحالة بالفقد بعد أربع سنين من تاريخ الفقد^(١).

(١) وتحديد السنوات الأربع في المفقود يرجع إلى تشريع لعمر بن الخطاب ذلك فقد روى أن رجلا استوهته الجن، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدّاق.

وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: «أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل»، ولأن زوجها منع حقها بالغيبه فيفرق القاضي بينهما.

وتحتسب هذه المدة طبقاً للسنة الهلالية لأنها الأصل في التقويم الشرعى مالم ينص القانون على العمل بالتقويم الميلادي، ولم يشمل الاستثناء الوارد بالمادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ هذه الحالة فقد جرت على أن المراد بالسنة في المواد من (١٢ إلى ١٨) هي السنة التي عدد أيامها ٣٦٥ يوماً^(١).

= وحدد هذه المدة اعتباراً بالإيلاء والعنة، ويعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين، فالجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لرفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربع أشهر لرفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيتعين في حقه المدة في التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور فتتربص أربع سنين.

وقد روى أن علياً عارض رأى عمر وقال في امرأة المفقود «هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق» ومعنى ذلك أن ليس لها أن تتزوج حتى تستبين موقفه، وهناك حديث للرسول عليه السلام في امرأة المفقود «إنها امرأته حتى يأتيها البيان» وقد روى ابن ليلي أن عمر رضى الله عنه رجع إلى قول على.

(شرح فتح القدير وشرح العناية على الهداية بهامشه ج٦ طبعة ١٩٧٠ ص ١٤٥ وما بعدها).

(١) وفي المذهب الحنفى يحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه الذين هم في سنه أو بلغ من العمر تسعين سنة.

وفي هذا جاء بالملزمة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن:

«الحكم بموت المفقود إذا مات أقرانه أو بلغ من العمر تسعين سنة حسب أحكام مذهب أبى حنيفة الجارى عليها العمل بالمحاكم الشرعية أصبح لا يتفق الآن مع حالة الرقى التى وصلت فإن التخاطب بالبريد والتلغراف والتليفون وانتشار مفوضيات وقنصليات المملكة المصرية فى أنحاء العالم جعل من السهل البحث عن الغائبين غيبة منقطعة (المفقودين) ومعرفة إن كانوا لا يزالون على قيد الحياة أولاً فى وقت قصير وقد عنيت الوزارة قبل الآن بأمر زوجة المفقود فوضعت لها أحكاماً فى القانون نمرة ٥٥ سنة ١٩٠٠ من مذهب الإمام مالك (مادتى ٧ و ٨).

أما أمر ماله فقد ترك على الحالة الجارى عليها العمل بالمحاكم ولكن تبين من البحث وجود قضايا كثيرة بالمجالس الحسبية تختص بأموال المفقودين تستدعى الاهتمام والعناية=

أما في الأحوال الأخرى، والمقصود بها حصول الفقد في حالة يظن معها بقاء المفقود سالما كمن يغيب لطلب العلم أو التجارة أو السياحة ولا يعود فقد فوض النص القاضى في تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة لمعرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا ولا شك أن القاضى يراعى في تقديره للمدة التى يحكم بعدها بموت المفقود، سن المفقود حين فقده وحالته الصحية وقت ذاك والظروف والأحوال التى أحاطت بفقده.

ولم يكن النص قبل تعديله بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ يحدد المدة التى يحكم القاضى بموت المفقود بعدها (أربع سنين على الأقل).

ومع هذا فقد ذهبنا مع الفقه وأحكام القضاء إلى أن قيادا منطقيا يرد على سلطة القاضى في هذا الشأن. وهو ألا يحكم بموت المفقود إلا بعد انقضاء أربع سنوات على الأقل على واقعة الغياب، لأن الشارع استوجب ضرورة مرور أربع سنوات على واقعة الفقد لمن غاب في ظروف يغلب فيها الهلاك فيكون التقيد بهذه المدة لمن غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك أولى^(١).

وبهذا رأى قضت محكمة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ

١٩٩٢ / ١ / ١١ فى الدعوى رقم ٠٠٣ لسنة ١٩٩٠ إذ ذهبت إلى أن:

«من حيث إن هذه الدعوى تضمنت أن هذا المفقود قد خرج لقضاء حاجة قريبة ثم يعود ولم يعد وأنه يغلب عليه الهلاك، وقد قضت المادة الحادية

= بتصرف أمور هذه الأموال على وجه أصلح فقد بلغت هذه القضايا لغاية فبراير سنة ١٩٩٢ / ٦ / ١١ قضية منها ٧٦٧ قضية تقل قيمتها عن مائة جنيه أو مجهولة القيمة ومنها ٣٦ قضية تزيد قيمتها عن ألف جنيه والباقي قيمته بين هذين المقدارين، لهذا رأت الوزارة أن تضع أحكاما لأموال المفقودين تصلح من الحالة الموجودة الآن وتتناسب مع حالة العصر الحاضر بقدر المستطاع الخ».

(١) الدكتور محمد حسام لطفى موجز النظرية العامة للحق طبعة ٨٨٨ ص ٩٩ - الدكتور

عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) طبعة ٨٦٨ -

١٩٩١ ص ٤١ - الدكتور سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١١٦١

والعشرون من القانون ٥٥ سنة ١٩٢٩ للمحاكم الشرعية على أنه يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد تمام أربع سنين من تاريخ فقدته وعلى تفويض الأمر إلى القاضى فيما عدا ذلك وهو يتحرى عنه فى جميع الأحوال بالطرق الممكنة، فالمقصود من هذا النص، أن الحكم بموت المفقود مقيد بمضى هذه المدة فى جميع الأحوال لأن النص قيد فى حالة غلبة الهلاك بمضيها فبالأولى غيرها من الأحوال التى يظن فيها بقاءه سالما، ولأن هذا النص قد سبق لبيان أن ما كان العمل جاريا عليه قبل هذا القانون لم يعد صالحا للعمل به ولا يتفق مع حالة الرقى التى وصلت إليها طرق المواصلات فى العصر الحاضر لا لما يتوهم من جواز الحكم بوفاة المفقود وقبل مضى هذه السنوات الأربع، ويلزم على هذا جواز الحكم بموته بمضى أى مدة على فقدته قلت أو كثرت وهذا غير مقصود. بل المراد أن السنوات الأربع هى أقل مدة يحكم فيها بموت المفقود فى جميع الأحوالالخ».

ولم يكف المشرع للقضاء بموت المفقود بإثبات موته بالبينة والقرائن، وإنما أوجب على القاضى التحرى عن المفقود بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان حيا أو ميتا، سواء كانت غيبة المفقود مما يغلب عليه الهلاك فيها، أم كانت مما لا يغلب عليه الهلاك فيها ويدخل فى هذا التحرى، ما يتم من تحريات عن طريق رجال الإدارة، وكذا ما يسفر عنه استجواب القاضى لأهلية المفقود.

وفى هذا قضت محكمة شبين القناطر الشرعية الجزئية بتاريخ

١٢٩ / ١ / ١٣١ فى الدعوى رقم ٠٠٣ لسنة ١٩٣٠ (مخ) بأن:

«ومن حيث إن هذا النص قد تضمن التحرى عن المفقود فى جميع الأحوال زيادة فى الاحتياط والاطمئنان وجعل الإثبات وحده غير كاف للحكم بموته فلا بد من هذا التحرى، ولا يكفى فيه قرار نصب الوكيل عنه لأنه وإن تضمن غيبة المفقود إلى صدور هذا التوكيل ولكنه لم يتناول ما وراء ذلك من مشتملات مثل

(1) منشور بمؤلف المستشار نصر الجندى - مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية ص ١١١

هذه الدعوى، كاستمرار الفقد وانقطاع الغيبة والأخبار وخفاء الآثار وعدم العودة والخروج لجهة قريبة أو بعيدة يغلب فيها الهلاك أو يظن فيها البقاء وما إلى ذلك لأنه وإن كان الأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يتبين خلافه، ولكن هذا خاص بما كان من مشتملات هذا الأصل عند من يعول على هذا الأصل وقرار الوكالة لم يشمل غير ما وضع له باعتبار وصفه العنوانى وهو كونه قرارا بنصب وكيل عن هذا الغائب فلا يتعدى هذا غير ما نص عليه فيما اشتملت عليه هذه الدعوى، فلا بد من إجراء التحرى بعد الإثبات عند الحكم بموته حتى لا يكون للشك مجال لأنه أمر محتمل فمتى انضم إليه التحرى حصل الاطمئنان الكافى ... الخ».

فإذا غلب على ظن القاضى بعد ذلك موته قضى بموته إذا طلبت ذلك زوجته أو أحد من ورثته أو غريمه.

ويسرى هذا الحكم على المفقودين من أفراد القوات المسلحة فى غير العمليات الحربية.

وقد أخذ القانون بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى، وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ما يأتى:

«.... ولما كان بعض المفقودين يفقد فى حالة يظن معها موته كمن يخرج لقضاء حاجة قريبة ثم لا يعود أو يفقد فى ميدان القتال والبعض يفقد فى حالة يظن معها بقاءه سالما كمن يغيب للتجارة أو طلب العلم أو سياحة ثم لا يعود رأّت الوزارة الأخذ بمذهب الإمام أحمد بن حنبل فى الحالة الأولى وبقول صحيح فى مذهبه ومذهب الإمام أبى حنيفة فى الحالة الثانية - ففى الحالة الأولى ينتظر إلى تمام أربع سنين من حين فقده فإذا لم يعد وبحث عنه فلم يوجد اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت للأزواج بعدها وقسم ماله بين ورثته وفى الحالة الثانية يفوض أمر تقدير المدة التى يعيش بعدها المفقود إلى القاضى فإذا بحث فى مظان وجوده بكل الطرق الممكنة وتحرى عنه بما يوصل إلى معرفة حاله فلم يجده وتبين أن مثله لا يعيش إلى هذا الوقت حكم بموته».

ويراعى أنه إذا كان هناك دليل قاطع على وفاة المفقود قبل انقضاء مدة أربع سنوات فإن شخصية المفقود تنتهى بالموت الحقيقى لا الحكمى ولا يكون هناك ضرورة لاستصدار الحكم».

٥١٥- المفقودون الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت

أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية:

(أ) قبل العمل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٦:

المفقودون الذين يثبت أنهم كانوا على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية، كانوا قبل العمل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٦ يخضعون للحكم الوارد بالمادة (٢١) بالنسبة للمفقود الذى يغلب عليه الهلاك، فكان يصدر حكم من القضاء بموتهم بعد فوات مدة أربع سنين على تاريخ فقدهم، عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية فكان وزير الحربية يصدر قرارا باعتبارهم موتى بعد مضى السنوات الأربع، ويقوم هذا القرار مقام الحكم.

غير أن القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٦ استثنى هؤلاء من هذا الحكم العام ونص على اعتبار كل منهم ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقدته.

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢١) بعد تعديلها بالقانون المذكور على أن: «ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقدته، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية».

كما نص على أن يصدر رئيس مجلس الوزراء بعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين من هؤلاء عدا المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية».

ويقوم القرار فى الحالتين مقام الحكم بموت المفقود.

فقد جرى نص الفقرة الثالثة من المادة (٢١) بعد تعديلها بالقانون المذكور

على أن:

«يصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود».

وواضح من النص أنه يشترط لصدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتبار المفقود ميتا ما يأتي:

(١) أن يثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

فإذا كان المفقود يستقل قطارا أو سيارة مثلا وتهشم القطار أو تهشمت السيارة، أو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد فى غير العمليات الحربية فإنه لابد من صدور حكم من القاضي.

(٢) أن يمضى على الفقد مدة سنة هجرية.

(٣) أن يقوم رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع - بحسب الأحوال - بالتحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك.

وقد قضت المادة الثانية من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٢ على أن: «تسرى أحكام هذا القانون على من سبق فقده فى أى من الحالات الواردة فى الفقرة الثانية من المادة (٢١) ومضى على فقده سنة على الأقل فى تاريخ العمل بهذا القانون».

وهذا القانون عمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشره (م ٤)، وقد نشر القانون بتاريخ ١/٦/١٩٩٢.

وقد حدا الشارع إلى إدخال التعديل السابق - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٢ - أنه لما كان المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ يجيز الحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك ولو لم يتحقق موته يقينا، وحدد لغلبة الاعتقاد بموته مضى أربع سنوات من تاريخ فقده، وإذا كانت هذه المدة لازمة للاستيثاق من الهلاك فى الأحوال التى يكون الهلاك فيها ظنيا بما يتطلب لترجيحه مضى تلك المدة دون ظهور المفقود، إلا أنه فى أحوال الفقد

فى عرض البحر نتيجة حادث غرق سفينة أو سقوط طائرة، يكون الهلاك شبه مؤكد إذا لم تسفر إجراءات البحث بالوسائل الحديثة على العثور على المفقودين أحياء أو على جثثهم خلال بضعة أسابيع، لاستبعاد أن يظل من نجا حيا مجهول النجاة فى أى موقع لمدة طويلة رغم وسائل الاتصال الحديثة، ولتعذر العثور على الجثث صالحة للتعرف على أصحابها بعد مضى بضعة أسابيع على الغرق نظرا لسرعة تحللها فى المياه المالحة فضلا عن تعرضها للأسماك المفترسة.

- لذلك قد لا يكون من الملائم فى مثل هذه الأحوال انتظار تلك المدة الطويلة للاعتقاد بغلبة الهلاك لمن لم يعثر عليه حيا أو جثته ظاهرة المعالم المحددة لاسمه.

- ولما كان هذا النوع من الحوادث قد كثر فى الآونة الأخيرة تبعا لازدياد حركة السفن والطائرات بحرا وجوا، فقد أصبح من العنت بذوى المفقود من الركاب أو الطاقم انتظار المدة المشار إليها كى يتقرر الحكم بموته لتبدأ حينئذ آثار اعتباره ميتا، إذ تظل الزوجة معلقة على ذمته منذ فقده حتى يحكم بموته، كما أن تركته تظل دون استحقاق الورثة لها بل وقد يؤدى موت أحدهم خلال تلك المدة إلى حرمانه من الإرث وبالتالي حرمان ورثته، كما يتعطل حق المتضررين بموته فى اقتضاء التعويضات الناشئة عن ذلك، فضلا عن أنه حتى بعد مضى المدة المشار إليها، يستلزم الحصول على حكم بموت المفقود إجراءات تستغرق من الوقت والجهد والمال ما يضيف إلى ذوى المفقود أعباء وامتدادا للأضرار التى تلحق بهم، كل ذلك فى أحوال لا يتطلب الاستيثاق من غلبة هلاك المفقود مضى هذا الوقت الطويل وإنما يكفى لهذا الاستيثاق مضى بضعة أسابيع على ما سلف بيانه.

- ولما كان القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد ركن فى مادتيه (٢١ ، ٢٢) إلى ما نص عليه فقهاء مذهب الإمام أبى حنيفة من تصحيح تفويض تقدير المدة التى يحكم بعدها بموت المفقود إلى رأى الإمام (ولى الأمر) وهذا قريب من فقه مذهب الإمام الشافعى فى الجديد، كما أن مذهب الإمام مالك قد نص فى بعض صور الفقد على أنه بعد البحث والتحرى يضرب

للمفقود أجل سنة.. فقد رُئى الأخذ فى مشروع هذا القانون بهذه الآراء المصححة فى مذاهب هؤلاء الأئمة.

- ومن ثم وتيسيرا على أسر هؤلاء المفقودين أعد مشروع القانون المرافق وهو يقضى فى مادته الأولى باعتبار من ثبت أنه كان على ظهر سفينة أو طائرة وفقد نتيجة غرقها أو سقوطها فى البحر ميتا متى مضى على فقده سنة من تاريخ الفقد.

وهذا التعديل قصد به التيسير على أسر المفقودين من الطوائف المستثناة على ما أوضحناه سلفا، ومن ثم فإنه لا يحول بينهم وبين اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم باعتبار المفقود ميتا إذا شاءوا، ولا يكون للمحكمة القضاء بعدم اختصاصها بنظر الدعوى⁽¹⁾.

(1) من هذا رأى كمال البنا فى مرافعات الأحوال الشخصية للولاية على النفس الطبعة الأولى ١٩٨٧ - وعكس ذلك الدكتور محمد حسام لطفى - موجز النظرية العامة للحق ١٩٨٨ ص ٨٨.

وكان نص المادة (٢١) كما صدرت بالمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٩ أن يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، ولو كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية إلى أن صدر القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ وعدل المادتين (٢١، ٢٢) من المرسوم بقانون، ومقتضى هذا التعديل أنه إذا كان المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية فإنه يصدر قرار من وزير الحربية باعتباره ميتا بعد مضى الأربع سنوات ويقوم هذا القرار مقام الحكم. وعلى ذلك يشترط لصدور قرار وزير الحربية باعتبار المفقود ميتا توافر ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون المفقود من أفراد القوات المسلحة.

الثاني: أن يكون الفقد أثناء العمليات الحربية فإذا كان الفقد فى غير حالة العمليات الحربية فإنه لا بد من صدور حكم من القاضى باعتبار المفقود ميتا.

الثالث: أن يمضى على الفقد مدة أربع سنين.

والحكمة من هذا التعديل، التيسير على أسر المفقودين من أفراد القوات المسلحة، ودرء ما ينتابهم من أسى ولوعة حال سيرهم فى الإجراءات القضائية وفى هذا جاء بالملحوظة

الإيضاحية للقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ أنه:

= «لما كانت إجراءات التقاضى حتى صدور الحكم تستوجب تكليف زوجات المفقودين

وورثتهم الانتقال إلى ساحات المحاكم وفي ذلك بالنسبة إليهم ما فيه من جهد مادي فضلا عما ينجم عنه من أسى ولوعة وإثارة شجون كامنة في قلوبهم لذلك رأت وزارة الحربية توفير إجراءات التقاضي على ورثة المفقودين من أفراد القوات المسلحة والاكتفاء بصدر قرار من وزير الحربية باعتبار هؤلاء المفقودين موتى بعد مضي الأربع سنوات من تاريخ فقده».

ولما صدر القرار بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ (المنشور بالجريدة الرسمية في ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ - العدد ٦١) في شأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلحة، نص في المادة (٢٨) فيه على أن: «يعتبر المفقود في حكم المستشهد في العمليات الحربية أو المتوفى بسبب الخدمة حسب الأحوال إذا انقضت أربع سنوات من تاريخ فقده دون أن تثبت وفاته رسميا أو وجوده على قيد الحياة».

وفي هذه الحالة واستثناء من القواعد العامة يصدر قرار من نائب القائد الأعلى للقوات المسلحة باعتبار المفقودين في العمليات الحربية أو أثناء الخدمة مستشهدين في العمليات الحربية أو متوفين بحسب الأحوال من تاريخ فقدهم، لا من تاريخ القرار الصادر باعتبارهم مستشهدين أو متوفين.

وقد ذكرنا في الطبقات السابقة من هذا الكتاب، أن الاستثناء الوارد بالنص - في رأينا - يقتصر نطاقه على تطبيق الأحكام الواردة بالقرار بقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٤ في شأن المعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض للقوات المسلحة وقد أيدنا هذا الرأي بأن المادة الأولى من مواد إصدار القرار بقانون نصت على أن «يعمل فيما يتعلق بالمعاشات والمكافآت والتأمين والتعويض والمنح للمذكورين بهذا القانون بالأحكام المرافقة»، وأن المادة (٢٨) سالفة الذكر قد ساوت في الاستثناء المذكور بين من يفقد في العمليات الحربية، وبين من يفقد بسبب الخدمة، وأن القرار بقانون لم يشر في ديباجته إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ وأن معظم التشريعات التي أشارت إليها تتعلق بالموضوع الذي ينظمه.

ولما صدر القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ ونص في المادة الثالثة منه على أن:

«تعدل المدة المنصوص عليها في المادة (٢٨) من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة الصادر بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ إلى سنة من تاريخ الفقد».

وجاء بمذكرته الإيضاحية عن هذه المادة أنه:

«لما كانت المادة ١/٢١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والمادة (٢٨) من قانون التقاعد والتأمين والمعاشات للقوات المسلحة رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٥ =

= تقضيان بعدم اعتبار المفقود من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية ميتا إلا بعد

والتعديل السابق صدر إثر غرق العبارة سالم إكسبريس الذى راح ضحيته عدد كبير من المصريين.

(ب) بعد العمل بالقانون رقم 2 لسنة 2006:

صدر القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية بتاريخ ١٥ فبراير ٢٠٠٦، ونشر بالجريدة الرسمية فى ذات اليوم العدد ٦ (مكرر): وقد نصت مادته الأولى على أن:

«يستبدل بنص الفقرة الثانية من المادة (٢١) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، النص الآتى:

مادة (21) «فقرة ثانية»:

«ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقدته، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت، وبعد مضى سنة إذا كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية». فالتعديل الوارد بهذا النص قاصر على المفقود الذى ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت أما إذا كان المفقود من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية فحكمه باق على حاله. كما أن التعديل قاصر فقط على المدة التى يقضى بعد انقضائها باعتبار المفقود ميتا.

فمقتضى هذا التعديل أن المفقود والذى يثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت يعتبر ميتا بعد مضى مدة خمسة عشر يوما على الأقل من تاريخ فقدته. فالمدة المذكورة هى الحد الأدنى للمدة التى يعتبر

مضى أربع سنوات من تاريخ فقدته، لذلك استلزم التنسيق بين ما قضت به المادة الأولى من المشروع من اعتبار المفقود فى حادث غرق السفينة أو سقوط طائرة فى البحر ميتا إذا كان قد مضى على فقدته سنة أن يضمن المشروع حكما بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية يقضى بتعديل المدة المنصوص عليها فى القانونين المشار إليهما إلى سنة من تاريخ الفقد».

بعدها المفقود ميتا وبالتالي فإن المدة يمكن أن تمتد إلى أربع سنوات وفقا للفقرة الأولى من المادة. ويخضع تحديد المدة لتقدير رئيس مجلس الوزراء على ضوء التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك. ونورد بشأن هذا التعديل ما يأتى:

1- تاريخ سريان التعديل:

تنص المادة الثانية من القانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٠... على العمل بالقانون المذكور من اليوم التالى لتاريخ نشره أى اعتبارا من ١٦ فبراير سنة ١٩٦٠.... ولما كان القانون المذكور قد استحدث حكما جديدا يتعلق بذاتية قاعدة موضوعية أمرة متعلقة بالنظام العام، وهو تغيير المدة اللازمة لاعتبار المفقود ميتا، فإنه يسرى بأثر فورى مباشر على وقائع الفقد السابقة على العمل به، ما لم يصدر بشأنها حكم نهائى.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلا 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 فورى على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط القاعدة الآمرة دون المساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ 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- دواعى هذا التعديل:

صدر هذا التعديل إثر غرق الباخرة السلام (M) في مياه البحر الأحمر يوم الجمعة الموافق ٣ من فبراير سنة ٢٠٠٦ وعلى متنها حوالي ١٤٠٠ راكبا. وقصد به سرعة تحديد المراكز القانونية لأسر المفقودين وما يتبع ذلك من أحقيتهم في صرف حقوقهم من التعويضات التي قد تسهم في تخفيف ما لحق بهم من أسى وألم. وأن فترة خمسة عشر يوما هي فترة مناسبة لتغليب احتمالات الوفاة لكل من فقد وثبت وجوده على ظهر سفينة غرقت أو طائرة سقطت فإن احتمالات الهلاك هي الأكبر في هذه المدة.

296- آثار الحكم بموت المفقود أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير

الدفاع باعتباره ميتا:

المفقود لا يعتبر ميتا إلا حين الحكم بموته أو من تاريخ صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا في الحالات التي أوردناها فيما تقدم⁽¹⁾. ويترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور القرار باعتباره ميتا - حسب الأحوال - أن تعد زوجة المفقود عدة الوفاة، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^ط﴾ [سورة البقرة آية: 234].

وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار، لأنه لما كان الموت يكون من وقت الحكم، فإنه لا يرث أمواله التي كانت ثابتة له من وقت غيبته ونمائها إلا ورثته الموجودين وقت الحكم، أما الذين ماتوا قبل ذلك فإنهم لا يرثون فيه، لأن فرض الحياة كان قائما. أما الأموال التي يمكن أن يكتسبها بإرث أو وصية أو هبة لو لم يكن

(1) وقضى بأن: «المفقود لا يعتبر ميتا إلا حين الحكم بموته، والراجع من مذهب الإمام أبي حنيفة أنه لا بد من حكم القاضي بموته، وأنه من تاريخ الحكم بموته تعد زوجة عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون وقت الحكم بموته، وقد رتب المادة ٢٢ من ق ٥٥ سنة ١٩٢٩ أحكام المفقود على الحكم بموته بعد المدة كما هو مبين في المادة نمرة ٢١».

(شبراخيت الشرعية الجزئية بتاريخ 1929/11/30 في الدعوى رقم 4 لسنة 1929)

مفقودا، فإن الحكم بالوفاة يثبت بالنسبة لها من وقت الفقد، أى أنه يعتبر بالنسبة لها ميتا من وقت الغياب، لأن حياته ثابتة باستصحاب الحال، واستصحاب الحال يصلح سببا لإبقاء الحقوق الثابتة، ولا يصلح سببا لاكتساب حقوق جديدة، وعلى ذلك إذا مات له قريب يرث منه قبل الحكم بموته فإن حقه فى الميراث يستمر موقوفا، حتى يحكم القاضى بموته أو يحضر، فإن حضر أخذه، وإن حكم القاضى بموته وزع ذلك الموقوف على ورثة ذلك القريب باعتبار أن المفقود كان ميتا وقت وفاة ذلك القريب (1).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون ما يأتي:

«لما كان الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة أنه لا بد من حكم القاضى بموت المفقود وأنه من تاريخ الحكم بموته تعدت زوجته عدة الوفاة ويستحق تركته ورثته الموجودون دون وقته رضى الأخذ بمذهبه فى الحالتين لأنه أضبط وأصلح لنظام العمل فى القضاء. لهذا وضعت المادتان الحادية والعشرون والثانية والعشرون من هذا المشروع».

وغنى عن البيان أن الآثار المتقدمة تترتب من تاريخ الحكم النهائى، والحكم يكون نهائيا إذا كان لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (الاستئناف الآن فقط)، إما لفوات ميعاد الطعن أو لاستنفاده.

والحكم كما هو واضح ذات طبيعة منشئة وليست كاشفة أو مقررة. والملاحظ أن المرسوم بقانون لم يفرق فى الأحكام بين الزوجات والأموال، لأنه لا يصح أن يفرض لشخص حالان متناقضان يفرض حياته فى حالة ويفرض موته فى أخرى يفرض حياته بالنسبة لأمواله، ويفرض موته بالنسبة لزوجته وتعدت عدة الوفاة، كما هو مذهب مالك والذى كان عليه العمل بمقتضى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠.

ظهور المفقود حيا :

(1) الأستاذ محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٣٠٠ - الأستاذ عمر عبد الله وأحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية طبعة ١٩٦٨ ص ٧٢٣.

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا - بحسب الأحوال - سواء جاء المفقود أو لم يجئ، فإنه يترتب على ذلك الآثار الآتية:

297- (أ) بالنسبة لزوج المفقود:

إذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج بغيره بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا فهي له من غير حاجة إلى عقد جديد.

وإن كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم أو صدور القرار بعد انقضاء عدتها منه ولم يدخل بها، فإنها تعود إلى المفقود لأن زوجيته قائمة. وتبين أن الأساس الذي قام عليه الحكم أو القرار كان باطلا فتعود إليه.

فإذا كان قد دخل بها، وكان حسن النية بأن لم يثبت أنه كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فإن الزوجة تكون للثاني، لأنه تزوجها بعقد شرعى بناء على حكم قضائى أو قرار صادر من المختص بذلك، وقد دخل بها بمقتضى ذلك العقد الذى بنى على أسس صحيحة فى الظاهر فتكون له ولا يفسخ العقد.

أما إذا كان قد دخل بها، وثبت أنه سىء النية بأن كان يعلم بحياة المفقود وقت العقد أو قبل الدخول بها فإنها تكون للمفقود.

وهذا رأى لمالك، هو آخر آرائه وقد قاله قبل وفاته بسنة، ورأيه قبل ذلك أنها تكون للثانى سواء أدخل بها أم لم يدخل⁽¹⁾.

298 - (ب) - بالنسبة لأموال المفقود:

يسترد المفقود الموجود من أمواله فى يد ورثته، وكذا الموجود مما كان محجوزا له من إرث ووصية ورد إلى ورثة المورث أو الموصى بعد الحكم بموته أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا.

أما ما خرج من أيديهم وتصرفوا فيه بالبيع ونحوه، وكذا ما هلك أو استهلك، فلا يرجع عليهم بقيمته أو بمثله، لأن تصرفهم فيه كان بناء على حكم

قضائي سليم، أو قرار من المختص بذلك، فلا ضمان عليهم ولا على من تلقوا الملك عنهم.

299- إيجاب اختصاص وكيل المفقود في دعوى موته :

إذا أقيمت الدعوى بموت المفقود من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه وجب على المدعى اختصاص وكيل المفقود، فإن لم يكن له وكيل يختصم من ينصبه القاضي لذلك، وذلك لكي تقبل عليه البينة لإثبات موته.

وعلى هذا نصت المادة (٥١١) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ جرت على أن: «إذا ادعت زوجة المفقود موته أو ادعاه الورثة أو غيرهم من أرباب الحقوق وأقيمت البينة على ذلك يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصما عنه وإن لم يكن له وكيل ينصب له قيما تقبل عليه البينة لإثبات دعوى موته»^(١).

ويرتب على مخالفة هذا الحكم القضاء بعدم قبول الدعوى.



(١) وقد جاء بتتوير الأبصار وشرحه الدر المختار: "وطريق قبول البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصما عنه أو ينصب عليه قيما تقبل عليه البينة" وقد علق ابن عابدين على عبارة «أو ينصب عليه قيما» بقوله «أى إذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله ينصب عنه مسخرا لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه».

(راجع حاشية ابن عابدين ج4 ص297 - أيضا مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ 1446/3/27 فى الدعوى رقم 200 لسنة 1445).

ملحق التشريعات

قرار وزير العدل

رقم (٨٠٨٧) لسنة

بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة
وبناء على موافقة وزيرة التأمينات والشئون الاجتماعية.

قرر

مادة (١)

تنفذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه تطبيقاً لأحكام المادتين ٦٧، ٦٩ من القانون رقم ١ لسنة بمراعاة القواعد والإجراءات المبينة فى المواد التالية.

مادة (٢)

يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر. ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

مادة (٣)

يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقاً لما يأمر به قاضى التنفيذ، ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٦ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٥....

مادة (٤)

فى حالة عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذى يتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقى من الأماكن التالية مكاناً للرؤية وفقاً للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب - قدر الإمكان - وظروف أطراف الخصومة، مع مراعاة أن يتوفر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ولا يكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتل:

- ١) أحد النوادى الرياضية أو الاجتماعية.
- ٢) أحد مراكز رعاية الشباب.
- ٣) إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوافر فيها حدائق.
- ٤) إحدى الحدائق العامة.

مادة (٥)

يجب أن لا تقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات أسبوعياً فيما بين الساعة التاسعة صباحاً والساعة السابعة مساءً، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير فى دور التعليم.

مادة (٦)

ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى المكان والزمان المبين بالحكم.

مادة (٧)

لأى من أطراف السند التنفيذى أن يستعين بالأخصائى الاجتماعى المنتدب للعمل بدائرة المحكمة التى أصدرت حكم الرؤية لإثبات نكول الطرف الآخر عن التنفيذ فى المواعيد والأماكن المحددة بالحكم، ويرفع الأخصائى الاجتماعى تقريراً للمحكمة بذلك إذا ما أقام الطالب دعوى فى هذا الخصوص.

مادة (٨)

يلتزم المسئول الإدارى بالنوادرى الرياضية أو الاجتماعية أو بمراكز رعاية الشباب أو بدور رعاية الطفولة والأمومة التى يجرى تنفيذ حكم الرؤية فيها، وبناء على طلب أى من أطراف السند التنفيذى، أن يثبت فى مذكرة يحررها حضور أو عدم حضور المسئول عن تنفيذ حكم الرؤية وبيده الصغير. ولمن حررت المذكرة بناء على طلبه أن يثبت مضمونها فى محضر يحرر فى قسم أو مركز الشرطة التابع له مكان التنفيذ .

مادة (٩)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، ويعمل من اليوم التالى لتاريخ نشره.

صدر فى ٢/٣ /٢٠٠٠ .

وزير العدل

المستشار / فاروق سيف النصر



محتويات المجلد الثالث

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	موضوع رقم (١)	
	نفقة الأولاد الصغار	
٣		
-١	النص القانوني (مادة ١٨ مكرر ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥	٣
-٢	الأصل أن نفقة الصغير في ماله إن كان له مال.....	٣
-٣	أثر توفير الصغير جزءاً من مصروفه الشخصي في أحد المصارف	٤
-٤	الأصل الشرعي لنفقة الأولاد الصغار على أبيهم.....	٥
-٥	نفقة الصغير تكون على أبيه إذا لم يكن له مال	٥
-٦	على من تجب نفقة الصغير في حالة إعسار الأب أو عجزه أو عدم وجوده؟.....	٧
-٧	إنفاق الأب على الصغير	٨
-٨	أنواع نفقة الصغير	٨
-٩	تجدد النفقة بتجدد زمانها وسببها.....	١٦
-١٠	تكفين الصغير وتجهيزه عند وفاته.....	١٦
-١١	سن الصغير الذي تحب له النفقة.....	١٧
-١٢	مقدار النفقة الواجبة	١٨
-١٣	استحقاق النفقة على الأب من تاريخ الامتناع عن الإنفاق	١٩
-١٤	الأب المسجون	٢٩

رقم البند	الموضوع	الصفحة
١٥-	من له حق المطالبة بنفقة الصغير؟	٢٩
١٦-	النفقة تعتمد اليد ولو انتهت مدة حضانة النساء	٣٠
١٧-	انتقال المفروض لنفقة الصغير من حاضنة إلى أخرى	٣١
١٨-	المقاصة في النفقة	٣٢
١٩-	الصلح على النفقة	٣٢
٢٠-	الإبراء من النفقة	٣٢
٢١-	زيادة النفقة وتخفيضها	٣٣
٢٢-	تاريخ بدء الزيادة والتخفيض	٣٥
٢٣-	ما يجب مراعاته في إثبات دعوى النفقة	٣٦
٢٤-	إحالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة الصغير	٣٧
موضوع رقم (٢)		
الإرضاع		
٢٥-	خطة البحث	٣٨
٢٦-	من يلزم بإرضاع الصغير؟	٣٨
٢٧-	هل تسقط حضانة الأم بامتناعها عن الإرضاع؟	٣٩
٢٨-	عدم استحقاق أجر الإرضاع أثناء قيام الزوجية وعدة الطلاق الرجعي	٤٠
٢٩-	هل يستحق أجر الإرضاع أثناء عدة الطلاق البائن؟	٤١
٣٠-	على من يجب أجر الإرضاع؟	٤٢
٣١-	تاريخ استحقاق أجر الإرضاع	٤٢

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٣٢-	المدة التي يستحق فيها أجر الإرضاع.....	٤٢
٣٣-	أجر الإرضاع غير قابل للزيادة.....	٤٤
٣٤-	سقوط أجر الإرضاع.....	٤٤
٣٥-	الإبراء من أجر الإرضاع.....	٤٤
٣٦-	الصلح على أجر الإرضاع.....	٤٥
موضوع رقم (٣)		
الحضانة		
٣٧-	تعريف الحضانة.....	٤٦
٣٨-	من له حق الحضانة؟.....	٤٧
٣٩-	(أولاً) : ترتيب الحاضنات فى القسم الأول.....	٥٠
٤٠-	حالة عدم وجود حاضنة من الحاضنات المذكورات	
	بالبند السابق.....	٥٣
٤١-	حكم تعدد المستحقين للحضانة.....	٥٩
٤٢-	(ثانياً) : ترتيب الحاضنين فى القسم الثانى.....	٥٩
٤٣-	ترتيب الشارع لأصحاب الحق فى الحضانة أو الضم	
	ملزم.....	٦٠
-	الشروط الواجب توافرها فى الحاضن.....	٦٠
٤٤-	الشرط الأول: أن يكون بالغاً.....	٦٠
٤٥-	الشرط الثانى: أن يكون عاقلاً.....	٦١
٤٦-	الشرط الثالث: أن يكون قادراً على القيام بشئون	
	الصغير.....	٦١
٤٧-	الشرط الرابع: أن يكون أميناً.....	٥٥

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٤٨-	الشروط الواجب توافرها في الحاضنة من النساء.....	٦٩
٤٩-	الشرط الأول: ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم للصغير.....	٦٩
٤٩-	الشرط الثانى: ألا تقيم الحاضنة بالمحضون مع مبغض له.....	٧٢
٥٠-	الشرط الثالث: ألا تكون الحاضنة مريضة بأحد الأمراض المعدية.....	٧٣
٥١-	الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة.....	٧٤
٥٢-	إسلام الحاضنة ليس شرطاً للحضانة.....	٧٤
-	الشروط الواجب توافرها في الحاضن من الرجال.....	٧٦
٥٣-	الشرط الأول: أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى.....	٧٦
٥٤-	الشرط الثانى: أن يكون متحداً مع المحضون فى الدين.....	٧٦
٥٥-	أثر زوال شرط من شروط الحضانة.....	٧٧
٦٦-	انتقال المفروض لنفقة المحضون بانتقال الحضانة.....	٧٩
٥٧-	الحضانة حق للحاضن والمحضون.....	٧٩
٥٨-	لا يجوز لحاضنة أبعد فى الترتيب أخذ الصغير من حاضنته.....	٨٠
٥٩-	لا يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى الحضانة إذا لم توجد حاضنة أخرى.....	٨١
٦٠-	يجوز للحاضنة الرجوع فى التنازل عن الحضانة.....	٨١
٦١-	الخلع على الحضانة.....	٨٢

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٦٢-	الصلح على الحضانة.....	٨٢
٦٣-	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم.....	٨٢
٦٤-	الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير واجبة	
	لنفاذ بقوة القانون وبلا كفالة.....	٨٣
٥٥-	تنفيذ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير جبرا.....	٨٣
٦١-	إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم	
	الصغير.....	٨٤
٦٧-	سلطة النيابة العامة فى تسليم الصغير مؤقتا.....	٨٥
٦٨-	متى تجرى النيابة العامة التحقيق فى منازعات	
	الحضانة؟.....	٨٥
٦٩-	إجراء النيابة العامة التحقيق.....	٨٦
٧٠-	إصدار القرار بتسليم الصغير.....	٨٦
-	موضوع رقم (٤)	
	مدة الحضانة	
٧١-	(أ) مدة الحضانة فى المذهب الحنفى.....	٨٨
٧٢-	(ب) مدة الحضانة فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة	
	١٩٢٩.....	٠٠
٧٣-	حكم المذهب الحنفى بعد انتهاء مدة حضانة النساء..	٩٦
٧٤-	(ج) مدة الحضانة فى القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ .	٩٨
٧٥-	جواز إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة	
	والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة.....	٠٠٢
٧٦-	(د) - مدة الحضانة فى القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥ ...	١١١

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٧٧-	تخيير الصغير أو الصغيرة فى البقاء فى يد الحاضنة	
	دون أجر	١١٨
٧٨-	تكرار الاختيار	١٢٠
٧٩-	كيفية احتساب مدة الحضانة	١٢٠
٨٠-	سريان سن الحضانة الجديد من حيث الزمان	١٢١
٨٠-	عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة فى مدة	
مكررا-	الحضانة اللاحقة لبلوغ المحضون الخامسة عشرة	١٢٣
٨١-	على من ترفع دعوى الضم	١٢٣
٨٢-	حدود حق الحاضنة	١٢٥
٨٣-	أثر انتقال الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة .	١٢٧
٨٤-	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم	١٢٨
٨٥-	تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير	
	وحفظه جبرا	١٢٨
٨٦-	إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم	
	الصغير	١٢٩
-	جريمة عدم تسليم الصغير لمن له الحق فى طلبه	١٢٩
٨٧-	النص القانونى: مادتان ٢٨٤ ، ٢٩٢ عقوبات	١٢٩
٨٨-	أحكام المادتين سالفتي الذكر	١٢٩
موضوع رقم (٥)		
	أجر الحضانة	
٨٩-	ماهية أجر الحضانة	١٣٦
		١٣٦

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-٠٠	على من يجب أجر الحضانة؟.....	١٣٨
-١١	تاريخ استحقاق أجر الحضانة.....	١٣٩
-١٢	عدم استحقاق أجر الحضانة أثناء قيام الزوجية وعدة	
	الطلاق الرجعى.....	١٤٠
-١٣	هل يستحق أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن؟.	١٤٠
-١٤	استحقاق أجر الحضانة فى الحضانة الفاسدة.....	١٤٢
-١٥	كيفية تقدير أجر الحضانة.....	١٤٢
-١٦	أجر الحضانة غير قابل للزيادة.....	١٤٣
-١٧	الإبراء من أجر الحضانة.....	١٤٤
-١٨	عدم انتقال أجر الحضانة.....	١٤٥
-١٩	سقوط أجر الحضانة ببلوغ الصغير أقصى سن	
	الحضانة.....	١٤٦
	التبرع بالحضانة	
-١٠٠	(أ) الشروط الواجب توافرها فى المتبرعة بالحضانة..	١٤٦
-١٠١	(ب) حكم التبرع بالحضانة.....	١٤٨
-١٠٢	طلب تخيير الحاضنة يكون من الأب أو ممن يليه من	
	العصبات.....	١٤٩
-١٠٣	إجبار الأم على الحضانة.....	١٤٩
-	موضوع رقم (٦)	
	مكان الحضانة وانتقال الحاضنة بالصغير	
٠٠ ٤	أولاً : إذا كانت الحاضنة هى أم الصغير.....	١٥٠

رقم البند	الموضوع	الصفحة
-	(أ) إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم وأبى الصغير	١٥٠
-	(ب) إذا كانت الأم معتدة من طلاق أبى الصغير	١٥٠
-	(ج) إذا كانت الأم معتدة من وفاة أبى الصغير	١٥١
-	(د) إذا كانت الأم قد انقضت عدتها من أبى الصغير ..	١٥١
- ١٠٥	معيار القرب والبعد عن بلد الأب	١٥٢
- ١٠٦	حق الأم الحاضنة فى الانتقال بالصغير فى حالة وفاة الأب	١٥٥
- ١٠٧	ثانياً: إذا كانت الحاضنة غير أم الصغير	١٥٥
- ١٠٨	لا يجوز للأب الانتقال بالصغير فى فترة الحضانة إلى بلد آخر	١٥٦
- ١٠٩	حق الأب فى الانتقال بالولد بعد ضمه إليه	١٥٩
-	موضوع رقم (٧)	
	مسكن الحضانة فى الفقه الحنفى	
- ١١٠	تمهيد	١٦٠
- ١١١	متى تستحق الحاضنة مسكن الحضانة أو أجر مسكن الحضانة ؟	١٦٠
- ١١٢	من الملزم بأجر مسكن الحضانة ؟	١٦٢
- ١١٣	كيفية تقدير أجر مسكن الحضانة	١٦٣
- ١١٤	تاريخ استحقاق أجر مسكن الحضانة	١٦٣
- ١١٥	أجر مسكن الحضانة وتعدد المحضونين	١٦٤
- ١١٦	أثر الصلح على أجر مسكن الحضانة فى المذهب الحنفى	١٦٥

رقم البند	الموضوع	الصفحة
١١٧-	مجال تطبيق أحكام أجر مسكن الحضانة في المذهب الحنفى.....	١٦٥
	موضوع رقم (٨)	
	مسكن الحضانة فى القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥	
١١٨-	النص القانونى : المادة (١٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية.....	١٦٧
١١٩-	دواعى النص وأساسه التشريعى.....	١٦٨
٠٢٠-	الأحكام الواردة بالمادة.....	١٦٩
-	أولاً : استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم يهين لهم المطلق المسكن المستقل المناسب	١٧٠
١٢١-	متى يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق؟	١٧٠
١٢٢-	الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق.....	١٧٠
١٢٣-	عدم دستورية إلزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه.....	١٧٢
١٢٤-	المقصود بمسكن الزوجية.....	١٩٢

رقم البند	الموضوع	الصفحة
١٢٥-	العلاقة بين الحاضنة ومؤجر المسكن.....	١٩٥
١٢٦-	مدى حق الحاضنة فى استعمال مسكن الحضانة.....	١٩٧
١٢٧-	تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بسكنى الصغير...	١٩٨
	ثانيا : استرداد المطلق مسكن الحضانة	
	بعد انتهاء مدة الحضانة	
١٢٨-	مضمون حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة بعد	١٩٨
	انتهاء مدة الحضانة.....	١٩٨
١٢٩-	حالات أخرى يجوز فيها للمطلق استرداد مسكن	
	الحضانة.....	٢١٣
١٣٠-	تراخى المطلق فى استرداد مسكن الحضانة المؤجر ..	٢١٣
	ثالثا : تهيئة المطلق لصغاره من مطلقاته	
	ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من	
	استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية	
١٣١-	مضمون هذا الالتزام.....	٢١٤
١٣٢-	عدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا فى تقييدها حق	٢١٤
	المطلق إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا فى تهيئة	
	مسكن حضانة آخر بفترة العدة.....	٢١٦
١٣٣-	المقصود بالمسكن المستقل المناسب.....	٢١٦
١٣٤-	هل يلتزم المطلق بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات؟	٢١٩
	رابعا : تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن	٢٢٠

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	الزوجية وبين تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها	
١٣٥-	مضمون التخيير.....	٢٢٠
١٣٦-	هل يجوز للمطلقة الحاضنة اختيار أجره مسكن الحضانة بدلا من الاستقلال بمسكن الزوجية قبل الطلاق؟.....	٢٢٣
١٣٧-	اختيار الحاضنة الأولى فرض أجر مسكن حضانة ملزم لباقي الحاضنات.....	٢٢٤
١٣٨-	هل تسرى أحكام المادة (١٨ مكررا ثالثا) على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة؟.....	٢٢٤
١٣٩-	الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (١٨ مكررا ثالثا).....	٢٢٦
-	أولا: قبل العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	٢٢٦
-	ثانيا: بعد العمل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	٢٣٠
٠٤٠-	حكم المادة (١٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ يتعلق بالنظام العام.....	٢٣١
-	خامساً : إصدار النيابة العامة قرارات فى	٢٣٢

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	المنازعات المتعلقة بحياسة مسكن الزوجية	
-	مضمون سلطة النيابة العامة في إصدار القرارات	٢٣٢
١٤١-	(أ) قبل العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢	٢٣٢
١٤٢-	اقتصار حكم الفقرة الخامسة من المادة (١٨ مكررا	
	ثالثا) على منازعات الحيازة التي لا تشكل جريمة ...	٢٣٤
١٤٣-	طبيعة القرار الصادر من النيابة العامة طبقا للفقرة	
	الخامسة من المادة (١٨ مكررا ثالثا)	٢٣٦
-	الطعن في قرار النيابة العامة الصادر في منازعات	
	حيازة مسكن الزوجية	٢٣٧
١٤٤-	أولاً: طريق الطعن القضائي	٢٣٧
١٤٥-	ثانياً: طريق التظلم الإداري	٢٣٨
١٤٦-	القرار الصادر من النيابة العامة وقتي	٢٣٩
١٤٧-	تعليمات النيابة العامة في شأن النزاع على حيازة	
	مسكن الزوجية	٢٣٩
١٤٨-	تدخل النيابة العامة في منازعات الحيازة على مسكن	
	(الزوجية) إذا كانت تتطوى على جريمة	٢٤٠
١٤٩-	(ب) بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢	٢٤٢
١٥٠-	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم	٢٥٤
	موضوع رقم (٩)	
	الحق في رؤية الصغير	
١٥١-	النص القانوني	٢٥٥
-	(أ) المادة (٢٠) فقرة ثانية وثالثة ورابعة من المرسوم	٢٥٥

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥	
-	(ب) القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية	٢٦٠
-	(مادتان ٦٧ ، ٦٩)	٢٦٠
-	(ج) الفقرات السارية الآن من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد العمل بالمادتين ٦٧، ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠	٢٦١
-١٥٢	الأساس الشرعى لحق الرؤية ودواعى تنظيمه تشريعيا	٢٦١
-١٥٣	من له حق رؤية الصغير؟	٢٦٢
-١٥٤	تنظيم الرؤية	٢٦٤
-١٥٥	تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير	٢٦٨
-١٦١	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم	٢٧١
-١٥٧	الأحكام والقرارات الصادرة برؤية الصغير واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة	٢٧١
	نفقة الأقارب	
	موضوع رقم (٠٠)	
	أحكام عامة	
-١٥٨	تقسيم	٢٧٢
-١٥٩	يشترط لاستحقاق النفقة أن يكون القريب طالب النفقة	٢٧٣

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	معسراً.....	
٦٠-	هل امتلاك القريب طالب النفقة منزلاً يجعله غير معسراً؟	٢٧٥
١٦١-	يشترط لاستحقاق النفقة أن يكون طالب النفقة عاجزاً	
٢٧٧	عن الكسب.....	
١٦٢-	عدم توقف نفقة الأصول والفروع على قضاء القاضى	
٢٧٧	أما نفقة غيرهم فلا تجب إلا بالقضاء.....	
١٦٣-	استحقاق النفقة من تاريخ الحكم.....	٢٧٨
١٦٤-	سقوط النفقة بمضى مدة شهر.....	٢٧٩
١٦٥-	سقوط النفقة بالموت.....	٢٨١
١٦٦-	تعجيل النفقة يمنع من استردادها.....	٢٨٤
١٦٧-	هلاك النفقة.....	٢٨٤
١٦٨-	النفقة فى بيت المال (خزانة الدولة).....	٢٨٤
	موضوع رقم (٠٠)	
	نفقة الإبن الكبير	
١٦٩-	المقصود بالإبن الكبير.....	٢٨٨
١٧٠-	متى يستحق الإبن الكبير النفقة؟.....	٢٨٨
١٧١-	أولاً : إصابة الإبن الكبير بأفة بدنية أو عقلية.....	٢٨٩
١٧٢-	ثانياً : طلب العلم الملائم لأمثاله واستعداده.....	٢٩٠
١٧٣-	ثالثاً : عدم تيسر الكسب للإبن.....	٢٩٧
١٧٤-	أصحاب البيوتات الذين يلحقهم العار من التكسب....	٢٩٧
١٧٥-	على من تجب نفقة الإبن الكبير؟.....	٢٩٨

رقم البند	الموضوع	الصفحة
١٧٦-	هل تجب نفقة زوجة الإبن الكبير على الأب؟.....	٢٩٩
١٧٧-	أنواع النفقة الواجبة.....	٢٩٩
١٧٨-	تقدير النفقة وزيادتها وتخفيضها.....	٣٠٠
١٧٩-	إحالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة الإبن الكبير....	٣٠٠
موضوع رقم (١٢)		
نفقة الأصول على الفروع		
٨٠-	الأصول الذين تجب لهم النفقة على الفروع.....	٣٠٢
١٨١-	الأصل الشرعى لوجوب نفقة الأصول.....	٣٠٢
١٨٢-	شروط وجوب النفقة.....	٣٠٤
١٨٣-	حالة تعدد الفرع.....	٣٠٧
١٨٤-	أنواع النفقة.....	٣٠٨
١٨٥-	مقدار النفقة.....	٣٠٩
١٨٦-	زيادة النفقة وتخفيضها.....	٣٠٩
١٨٧-	الأولوية في نفقة الأصول.....	٣٠٩
١٨٨-	نفقة زوجة الأب الفقير.....	٣١٠
-	(أ) إذا كانت زوجة الأب الفقير ليست أم الإبن.....	٣١٠
-	(ب) إذا كانت زوجة الأب الفقيرة أم الإبن.....	٣١١
١٨٩-	إحالة في بعض المسائل المتعلقة بنفقة الأصول على الفروع.....	٣١٢
موضوع رقم (١٣)		
		٣١٣

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	نفقة ذوى الأرحام (الحواشى)	
١٩٠-	المقصود بنفقة ذوى الأرحام (الحواشى)	٣١٣
١٩١-	السند الفقهي لوجوب نفقة ذوى الأرحام (الحواشى) ...	٣١٣
١٩٢-	شروط وجوب نفقة الأقارب من ذوى الأرحام	٣١٥
١٩٣-	حد اليسار فى نفقة ذوى الأرحام	٣١٥
١٩٤-	أنواع النفقة	٣١٦
١٩٥-	مقدار النفقة	٣١٧
١٩٦-	ترتيب من تجب عليهم النفقة	٣١٨
١٩٧-	ضابط ابن عابدين فى حصر أحكام نفقة الأقارب	٣٢٠
١٩٨-	القسم الأول: أن يكون لمستحق النفقة فروع فقط	٣٢١
١٩٩-	القسم الثانى: أن يكون لمستحق النفقة فروع وحواشى ...	٣٢٢
٢٠٠-	القسم الثالث: أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول	٣٢٢
٢٠١-	القسم الرابع : أن يكون لمستحق النفقة فروع وأصول وحواشى	٣٢٣
٢٠٢-	القسم الخامس : أن يكون لمستحق النفقة أصول فقط	٣٢٣
٢٠٣-	القسم السادس : أن يكون لمستحق النفقة أصول وحواشى	٣٢٥
٢٠٤-	القسم السابع : أن يكون لمستحق النفقة حواشى فقط.	٣٢٧
٢٠٥-	إحالة فى بعض المسائل المتعلقة بنفقة ذوى الأرحام (الحواشى)	٣٢٧
	موضوع رقم (١٤)	
	متعة المطلقة فى القانون رقم ٠٠٠ لسنة	٣٢٩

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	١٩٨٥	
٢٠٦-	النص القانوني.....	٣٢٩
٢٠٧-	تعريف المتعة فى المذهب الحنفى.....	٣٢٩
٢٠٨-	المرأة التى تستحق المتعة فى المذهب الحنفى	٣٣٠
٢٠٩-	تعريف المتعة فى القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥.....	٣٣١
٢١٠-	قضاء المحكمة الدستورية العليا بدستورية المادة ١٨	
	مكررا التى تفرض المتعة	٣٣٤
-	شروط استحقاق المتعة.....	٣٤٣
٢١١-	الشرط الأول : أن تكون الزوجة مدخولا بها فى	
	زواج صحيح.....	٣٤٣
٢١٢-	الشرط الثانى : أن يطلق الرجل زوجته.....	٣٤٤
٢١٣-	هل تجب المتعة بالطلاق الذى يوقعه القاضى؟.....	٣٤٥
٢١٤-	الشرط الثالث : أن يكون الطلاق دون رضا الزوجة .	٣٥١
٢١٥-	الشرط الرابع : ألا يكون الطلاق بسبب من قبل	
	الزوجة.....	٣٥٤
٢١٦-	إثبات حصول الطلاق دون رضا الزوجة ولا بسبب	
	من قبلها	٣٥٤
٢١٦م-	وقوع الطلاق غيابيا قرينة على أن الطلاق وقع دون	
	رضا الزوجة ولا بسبب من قبلها	٣٥٨
٢١٧-	تقدير المتعة.....	٣٦٠
٢١٨-	الترخيص بسداد المتعة على أقساط.....	٣٧٤
٢١٩-	التكييف القانونى للمتعة	٣٧٥
٢٢٠-	المحكمة المختصة بنظر دعوى المتعة	٣٧٧

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٢٢١-	نطاق سريان حكم متعة المطلقة المدخول بها من	
	حيث الزمان	٣٨١
٢٢٢-	وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم	٣٩٤
	النسب	٣٩٥
	موضوع رقم (١٥)	
	أقل مدة الحمل - أقصى مدة الحمل - إثبات	
	الولادة ونوع المولود	
		٣٩٥
٢٢٣-	أقل مدة الحمل	٣٩٥
٢٢٤-	أقصى مدة الحمل	٣٩٩
٢٢٥-	إثبات الولادة	٤٠٠
٢٢٦-	إثبات نوع المولود	٤٠٢
٢٢٧-	حكم تصديق الورثة على الولادة	٤٠٢
	موضوع رقم (١٦)	
	ثبوت النسب بالفراش	
		٤٠٤
٢٢٨-	المقصود بالفراش	٤٠٤
	شروط ثبوت النسب بالفراش	
		٤٠٧
٢٢٩-	الشرط الأول : وجود عقد زواج	٤٠٧
٢٣٠-	الخلاف فى تاريخ الزواج	٤١٠
٢٣١-	عدم سريان قيد عدم قبول الدعوى المنصوص عليه	٤١١

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على دعاوى النسب.....	
٢٢٢-	هل يشترط لثبوت النسب تلاقى الزوجين بعد العقد....	٤١٤
٢٢٣-	الشرط الثانى : إمكان حمل الزوجة من زوجها	٤٢١
٢٢٤-	الشرط الثالث : أن تمضى أقل مدة الحمل	٤٢٢
٢٢٥-	الشرط الرابع : أن تلد المرأة لأقل من أقصى مدة الحمل	٤٢٣
-	نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها	٤٢٣
٢٢٦-	المطلقة قبل الدخول	٤٢٣
٢٢٧-	المطلقة بعد الدخول رجعيًا	٤٢٤
٢٢٨-	المطلقة بعد الدخول بائنا	٤٢٥
٢٢٩-	المتوفى عنها زوجها	٤٢٦
٢٤٠-	الأيسة	٤٢٦
٢٤١-	المطلقة الصغيرة	٤٢٧
-	(أ) فى حالة الطلاق قبل الدخول	٤٢٧
-	(ب) فى حالة الطلاق بعد الدخول	٤٢٨
٢٤٢-	الصغيرة المتوفى عنها زوجها	٤٢٩
٢٤٣-	قيد عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها الوارد بالمادة (١٥) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩	٤٣٠
٢٤٤-	نسب ولد المطلقة بائنا والمعتدة من وفاة إذا تزوجت ..	٤٣٢
٢٤٥-	نسب ولد من غاب عنها زوجها فتزوجت بآخر	٤٣٣

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٢٤٦-	ثبوت النسب فى الزواج الفاسد.....	٤٣٤
٢٤٧-	ثبوت النسب بالوطء بشبهة.....	٤٣٤
٢٤٨-	نفى النسب باللعان.....	٤٣٥
موضوع رقم (١٧)		
ثبوت النسب بالإقرار		
٢٤٩-	معنى الإقرار بالنسب.....	٤٤٠
٢٥٠-	شروط ثبوت النسب فى حالة الإقرار بالبنوة.....	٤٤٠
٢٥١-	آثار الإقرار بالنسب.....	٤٤٤
٢٥٢-	إقرار المرأة بالبنوة.....	٤٤٥
٢٥٣-	الإقرار بالأبوة والأمومة.....	٤٤٦
٢٥٤-	الإقرار الذى فيه تحميل النسب على الغير.....	٤٥٠
٢٥٥-	شروط ثبوت الإقرار بالنسب الذى فيه تحميل النسب على الغير.....	٤٥٠
٢٦٦-	أثر الإقرار بالنسب فى حالة عدم المصادقة عليه، أو إثباته بالبينة.....	٤٥١
٢٥٧-	اختلاف الإقرار بالنسب عن الوصية.....	٤٥٤
٢٥٨-	الفرق بين الإقرار بالنسب والتبنى.....	٤٥٤
٢٥٩-	قيد على قبول دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به وارد بالمادة السابعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.....	٤٥٨
٢٦٠-	مضمون القيد.....	٤٥٩

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٢٦١-	شروط القيد.....	٤٦١
٢٦٢-	تعلق قيد عدم قبول الدعوى بالنظام العام.....	٤٦٣
-	بعض المبادئ المتعلقة بثبوت النسب بالإقرار	٤٦٣
٢٦٣-	(أ) يصح الإقرار بالنسب مجردا عن سببه.....	٤٦٣
٢٦٤-	(ب) الإقرار بالنسب يكون صراحة أو دلالة.....	٤٦٤
٢٦٥-	(ج) الإقرار بالنسب يصح أن يكون فى غير مجلس القضاء.....	٤٦٦
٢٦٦-	(د) شهادة الميلاد بمجرد أنها ليست حجة فى إثبات النسب.....	٤٦٦
٢٦٧-	(هـ) ثبوت النسب بالإقرار ولو كان كاذبا.....	٤٦٨
٢٦٨-	(و) الإقرار بالنسب بعد ثبوت صحته لا يقبل النفى...	٤٦٩
٢٦٩-	مدى حجية الإقرار بالنسب الذى يصدر فى دعوى أخرى.....	٤٧٣
موضوع رقم (١٨)		
ثبوت النسب بالبينة		
٢٧٠-	نصاب البينة.....	٤٧٦
٢٧١-	الشهادة بالتسامع جائزة فى إثبات النسب.....	٤٧٨
٢٧٢-	تقدير المحكمة لأقوال الشهود فى دعوى النسب.....	٤٨٢
٢٧٣-	البينة أقوى من الإقرار فى إثبات النسب.....	٤٨٢
٢٧٤-	لا يجوز إثبات النسب عن طريق الحامض النووى	٤٨٢
	٢/.....	٤٨٢

رقم البند	الموضوع	الصفحة
	موضوع رقم (٩٩)	
	أحكام دعوى النسب	
٢٧٥-	سماع دعوى النسب	٤٨٤
٢٧٦-	جواز رفع دعوى النسب والشهادة فيه حسبة	٤٨٤
٢٧٧-	النسب حق أصلى للأُم والصغير ويتعلق به حق الله تعالى	٤٨٦
٢٧٨-	دعوى النسب يغتفر فيها التناقض	٤٨٨
٢٧٩-	الأصل فى النسب الاحتياط ، فيثبت مع الشك ويبنى على الاحتمالات النادرة	٤٨٩
٢٨٠-	مدى حجية الحكم الصادر فى دعوى نفقة الصغير أمام المحكمة التى تنتظر النسب	٤٩٢
٢٨١-	الأحكام الصادرة فى دعاوى النسب حجة على الكافة .	٤٩٣
٢٨٢-	تغيير أو تصحيح قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب	٤٩٥
	موضوع رقم (٢٠)	
	اللقيط	
٢٨٣-	تعريف اللقيط	٥٠٢
٢٨٤-	الأحق باللقيط	٥٠٢
٢٨٥-	حرية اللقيط وإسلامه	٥٠٢
٢٨٦-	مال اللقيط	٥٠٢
٢٨٧-	الولاية على اللقيط	٥٠٢

رقم البند	الموضوع	الصفحة
٢٨٨-	نسب اللقيط.....	٥٠٣
٢٨٩-	ادعاء المرأة بنوة اللقيط.....	٥٠٤
٢٩٠-	المعمول به في جمهورية مصر العربية بشأن اللقيط..	٥٠٤
موضوع رقم (٢١)		
أحكام المفقود		
٢٩١-	النصوص القانونية.....	٥٠٧
٢٩٢-	تعريف المفقود.....	٥٠٩
٢٩٣-	حالة المفقود قبل الحكم بموته.....	٥٠٩
٢٩٤-	متى يحكم بموت المفقود؟.....	٥١٠
٢٩٥-	المفقودون الذين كانوا على ظهر سفينة غرقت أو في طائرة سقطت أو من أفراد القوات المسلحة الذين فقدوا أثناء العمليات الحربية.....	٥١٥
-	(أ) - قبل العمل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦.....	٥١٥
-	(ب) - بعد العمل بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦.....	٥٢٠
-	١- تاريخ سريان التعديل.....	٥٢١
-	٢- دواعي هذا التعديل.....	٥٢٢
٢٩٦-	آثار الحكم بموت المفقود أو صدور قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع باعتباره ميتا.....	٥٢٢
-	ظهور المفقود حيا.....	٥٢٤
٢٩٧-	(أ) بالنسبة لزوجة المفقود.....	٥٢٤

الصفحة	الموضوع	رقم البند
٥٢٤	(ب) بالنسبة لأموال المفقود	٢٩٨-
٥٢٥	إيجاب اختصام وكيل المفقود فى دعوى موته	٢٩٩-
٥٢٦	ملحق التشريعات	
	قرار وزير العدل رقم (٠٠٨٧) لسنة ٢٠٠٠	-
	(بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك)	
٥٢٦	الفهرس	-
٥٢٨		

تم بحمد الله وتوفيقه المجلد الثالث

