موضوع رقم (٣)

الحضانــة

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

٣٧- تعريف الحضانة:

الحضانة بفتح الحاء وكسرها[1] فى اللغة: ضم الشيء إلى الحضــن وهــو الجنب[2]، وفى اصطلاح الفقهاء: التزام الطفل لتربيته والقيام بحفظه وإصــلاحه فى سن معينة ممن له الحق فى الحضانة.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا الحضانة فى حكمها الصادر بتــاريخ 1993/5/15 فى القضية رقم 7 لســنة 8 قضــائية «دســتورية» (المنشــور بالجريدة الرسمية العدد 22 «تابع» فى 1993/6/5) بأنها:

«وحيث إن الحضانة – فى أصل شرعتها – هى ولاية للتربيــة، غايتهــا الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولــى مــن حياته. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضــنة – التى لها الحق فى تربيته شرعا إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها – وهى أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا – مضرة به إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره والتى لا يجوز خلالها أن يعهد به إلى غير مؤتمن يأكــل مــن نفقتــه، ويطعمه نزرا، أو ينظر إليه شزرا».

كما عرفتها فى حكمها الصادر بتاريخ 2444/12/19 فى القضــية رقــم 119 لسنة 21 قضائية «دستورية» بأن:

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٥٥.

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

يقال حضن الرجل الشيء أى اعتزله فجعله فى ناحية. (بدائع الصنائع جـ٤ ص ٤٠).

«وحيث إن الحضانة – فى أصل شرعتها – هى ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته، والأصل فيها مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة – التى لها الحق فى تربيته شرعا – إلى جناحها، باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته، ولأن انتزاعه منها – وهى أشفق عليه وأوثق اتصالا به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبرا – مضرة به، إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره. وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفة بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى 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 هى مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التى تتباين الآراء حولها، لكل وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير فى إطار من الحق والعدل. وباستقراء أقوال الفقهاء يدل على أن اجتهاداتهم فى شأن الحضانة متباينة، مدارها نفع المحضون».

٣٨- من له حق الحضانة؟

الأصل فى 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، فشفقتها لا تعدلها شفقة وعطفها لا يقاربه عطف فقد جعلت فى المرتبة الأولى من الحاضنات، وبهذا قضى الرسول عليه السلام وأصحابه من بعده دون أن يخالف أحد فى ذلك.

فقد روى أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء، وحجرى له حواء وثديى له سقاء، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال: «أنت أحق به ما لم تنكحى».

وروى أن عمر بن الخطاب طلق زوجته جميلة أم عاصم ابنه وشجر الخلاف بينهما بشأن عاصم، فكل منهما ادعى حضانته 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 فالقرابة التى تكون من جهة النساء أعظم شفقة من القرابة 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 العصبات 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 العصبات على الترتيب الذى سيأتى ذكره.

أما إذا بلغ المحضون سنا معينا، فإن حضانته 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 فى هذا المجال تقسيم فترة الحضانة إلى قسمين:

القسم الأول:

ويبدأ منذ ولادة الصغير أو الصغيرة حتى يبلغ خمس عشرة سنة ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة وذلك 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 (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ (المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٢٠٠٨) 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 العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.

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

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

وتعرض فيما يلى لترتيب الاستحقاق فى الحضانة للقسمين.

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

١- الأم
٢- أم الأم وإن علت.
٣- أم الأب وإن علت[1].
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.

---

(1) وترتيبا على ذلك قضت محكمة شبين الكوم الابتدائية للأحوال الشخصية للولاية على النفس بتاريخ ٥٥/ ١٠/ ٨٦ ٩٩ فى الدعوى رقم ٩٠. لسنة ٨٨٨٦ كلى مستأنف بأن:
«وحيث إنه عن موضوع الاستئناف فإنه طبقا لنص المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ٩٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٠ لسنة ٨٨٨٥ أن الحق فى الحضانة يثبت للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب الآتى: الأم فأم الأم وإن علت....إلخ ما جاء بحكم هذه المادة ولما كان ما تقدم فإن الحكم المستأنف يكون قد أصاب وجه الحقيقة فيما انتهى إليه فى أسبابه من أن الجدة لأم «المستأنف ضدها» هى صاحبة الحق فى الحضانة وانتهائه تبعا لذلك إلى رفض دعوى الجدة «لأب المستأنفة» ومن ثم يكون قد بنى على أسباب سائغة تأخذ بها هذه المحكمة وتجعلها أسبابا لحكمها.....الخ».

١٢- بنت الأخت لأب.
١٣- بنت الأخ الشقيق.
١٤- بنت الأخ لأم.
١٥- بنت الأخ لأب.
١٦- العمات الشقيقات.
١٧- العمات لأم.
٨٨- العمات لأب.
٩٩- خالات الأم الشقيقات.
٠٠- 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 يأتى:

١) أنه يطابق الترتيب المنصوص عليه فى المذهب الحنفى والذى كان معمولا بـه قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ المعدل للمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ٩٩٢٩، ومن قبله القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ٩٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

٢) أن الحضانة قررت للأم فى المرتبة الأولى ثم للمحارم من النساء مقدما فيها من يدلى بالأم ثم من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين[1].

(1) تقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشعب عن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ٩٩٧٩.

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 فهى أقوى من قرابة الأخوات وهى قرابة حواشى.

٥) أن الأخت – وإن كانت لأب – مقدمة على الخالة مطلقا، لأن الأخت هى بنت الأم أو بنت الأب فهى أولى من بنت الجد.

٦) أن تقديم الأخت من الأب على الخالة هو الراجح فى المذهب الحنفى.

وفى المذهب رواية أخرى بأن الخالة هى التى تقدم على هذه الأخت، وقد قيل فى توجيه هذه الرواية أنه كانت لحمزة رضى الله عنه بنت فاختصم فيها عليا بن أبى طالب وأخاه جعفر وزيد بن حارثة عند رسول الله عليه السلام يقوم على: هى بنت عمى ويقول جعفر هى بنت عمى وخالتها عندى ويقول زيد: هى بنت أخى حمزة الذى آخيت بينى وبينه يا رسول الله، فقضى الرسول عليه السلام بها لخالتها وقال: «الخالة والدة»، فقالوا أن النبى عليه السلام سمى 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 ابنى عمها وهما على وجعفر ابنا أبى طالب[1].

٧- أن بنت الأخت مقدمة على العمة لأنها فرع الأبوين أو أحدهما والعمة فرع الجدين أو أحدهما.

---

(1) الدكتور عبد الرحمن تاج ص ٤٥١ وما بعدها – الدكتور محمد مصطفى شلبى ٧٥٧ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«النص فى الفقرة الخامسة من المادة ٢٠ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه «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....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 فى الحضانة مع تساويهما فى 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 64ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/6/28)

٤٠- 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 الآتى ذكرهم.

(أ) العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الميراث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة:

ويكون ترتيب هؤلاء كالآتى:

١- الأب.
٢- الجد لأب وإن علا.
٣- الأخ لأب.
٤- ابن الأخ الشقيق.
٥- ابن الأخ لأب.
٦- العم الشقيق.
٧- العم لأب.
٩- عم الأب الشقيق.
١٠- عم الأب لأب.
١١- ابن العم الشقيق.
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 فى حضانة

الأنثى تحرزا عن الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمها له بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة.

فإن لم يكن للصغيرة من العصبات إلا ابن عم سقطت عنه الحضانة وانتقلت إلى محارم الصغيرة من الرجال غير العصبات، فإن لم يوجد أحد منهم سلمها القاضى لأمرأة ثقة أمينة. والذى يجرى عليه العمل فى جمهورية مصر أن الصغيرة فى هذه الحالة تسلم إلى دار من دور رعاية الأيتام[1].

(ب) محارم الصغير من الرجال غير العصبات:

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

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

---

(1) بدائع الصنائع جـ٤ ص ٤٢ – شرح فتح القدير جـ٤ ص ٣٧٠ – وقد جاء فى الدر المختار ما يفهم منه أن البنت تدفع إلى ابن العم إذا كانت غير مشتهاة أو كانت مشتهاة وكان هو أمينا عليها، وبالأولى إذا اجتمع الشرطان فكانت غير مشتهاة وكان هو أمينا عليها، وعلى ذلك إذا كانت بنت سنة مثلا فلا مانع لأنها لا تشتهى إذ لا توجد الفتنة والحال كذلك إذا كان أمينا عليها وهى مشتهاة لأن الفتة لا توجد حيث توجد على الصغيرة المشتهاة، ويرد على ذلك بأنه إذا ثبت لابن العم حضانة البنت وهى غير مشتهاة بقيت عنده حتى تشتهى فتقع الفتنة والحد بين المرحلتين مختلف باختلاف الحالات وليس يسيرا فى كثير منها، فمن الأنسب أن يحسم الأمر من أصله فتمتنع حضانة ابن العم للبنت. «راجع حاشية ابن عابدين جـ٣ 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 مادى أو مطبعى، لأن المعروف أن (العم) من العصبات وأن (العم لأم) من ذوى الأرحام، وقد وردت هذه =

٥- الخال الشقيق.
٦- الخال لأب.
٧- الخال لأم[1].

= القرابة صحيحة فى نص المادة (٠٠) من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته.

(1) وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٣/ ٧/ ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» التى رفعت بطلب الحكم بعدم دستورية ترتيب الحاضنات والحاضنين المنصوص عليه بالمادة (٠٠) برفضها ونشر الحكم بالجريدة الرسمية العدد ٨٨ فى ١٥/ ٧/ ١٩٩٩ وننشر الحكم بأسبابه كاملة فيما يلى:

باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٣ يوليو سنة ١٩٩٩م الموافق ١٩ 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

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٦٤ لسنة ١٩ 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.

الإجـــراءات

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 ١٩٨٥.
وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم بعدم قبول الطعن بالنسبة إلى الفقرة الأولى من المادة ٠٠ المشار إليها وبرفض الدعوى فيما عدا ذلك.
وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرا برأيها.
ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

المحكمـــة

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 ١٩٨٥ 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 (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩- المشار إليها- فأصدرت بجلستها المعقودة فى الخامس عشر من مايو سنة ١٩٩٣ حكمها فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية هذا النص. وقد نشر ذلك الحكم بالجريدة الرسمية بتاريخ ٦/٥/ ١٩٩٣. إذ كان ذلك، وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لا يقبل تأويلا ولا تعقيبا من أى جهة كانت، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لذلك النص- وهى عينية بطبيعتها- تكون قد انحسمت وتغدو الدعوى- فى هذا الشق منها- غير مقبولة.

وحيث إن نطاق الدعوى- بهذه المثابة- أصبح منحصرا فى الفقرة الخامسة من المادة (٠٠) التى تنص على أن :

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

الأم، 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 تؤول الحضانة إلى مضيعة للصغير.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة، قد اطرد 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 تناقض 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 بدلالتها، أو بهما معا، إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا؛ ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة، ومن ثم تنحصر دائرة الاجتهاد فيها على أن يكون هذا الاجتهاد واقعا دوما فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزما ضوابطها الثابتة، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن البيّن 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 التى لا تحتمل 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؛ ثانيتها: الولاية على النفس؛ وثالثتها: الولاية على ماله. وتثبت الولايتان الأخيرتان- كأصل عام- للعصبة من الرجال. أما ولاية التربية، وهى الحضانة، فغايتها- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته التى لا يستغنى فيها عن النساء ممن لهن الحق فى تربيته شرعا. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه، وأقدر على صيانته، ولأن انتزاعه منها- وهى أشفق عليه وأوفر 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 النقلية والعقلية- مفتوحا، فلا يصد اجتهاد «اجتهادا أو يكتسب عصمة من دونه؛ ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التى تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه · وقد جاء بالأثر أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه، وجدة ابنه «عاصم» - أم أمه- تنازعا بين يدى الخليفة أبى بكر الصديق رضى الله عنه على حضانته فأعطاه إياها، وقال للفاروق: «ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك». ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك. أما الفقهاء أصحاب المذاهب فقد اتفقوا على أن أم الأم- التى تدلى 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 فى مرتبة واحدة مع استيفائهم شروط الحضانة، بأن يكون للمحضون خالتان شقيقتان أو عمتان شقيقتان مثلا.

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

والمنصوص عليه فى هذا المذهب، أنه فى حالة تعدد المستحقين للحضانة، قدم أصلحهم لتربية الطفل، فإن تساووا فى الصلاحية فأورعهم، فإن تساووا فى الورع فأكبرهم سنا[1] لأنه يكون أكثر تجربة من غيره.

٤٢- ثانيا ترتيب الحاضنين فى القسم الثانى:

١) العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة.
(راجع فى التفصيل بند ٤٠/أ)

٢) محارم الصغير من الرجال غير العصبات، على الترتيب الوارد فى القسم الأول من الحضانة.
(راجع فى الترتيب بند ٤٠/ب)

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

فلهذه الأسباب

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

أمين السر **رئيس المحكمة**

(1) 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[1].

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 بالغا:

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

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

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنت طبقا لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى.

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

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

---

(1) الفوائد السنية فى شرح النظم المسمى بالفرائد السنية للكواكبى جـ ٢ طبعة أولى ص ٤٥٦ – نقض طعن رقم ١ لسنة ٥١ق «أحوال شخصية» جلسة ١٦/ ٢/ ١٩٨٢ «غير منشور».

٤٥- الشرط الثانى: أن يكون عاقلا:

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

ويستوى فى الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا، ولو كان الجنون المتقطع من القلة بحيث لا يأتى إلا ليوم واحد فى السنة لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه ضرر عليه، فقد يرد جنونه فى أى وقت – وإن كان نادرا أو قصيرا – ويتأتى أن يكون الجنون من النوع الخطر فيضر بالولد، والحضانة مناطها صالحه، فيجب أن تتحرى فيها مظان هذا الصالح، وأن يبتعد به عن كل مظنة ضرر[1].

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

فإذا كان الحاضن طاعنا فى السن أو مقعدا أو مشلولا أو مريضا مرضا يشغله بنفسه عن غيره فلا يصلح لحضانة الصغير[2].

وفى هذا قضت محكمة بندر المنيا للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ٢٧/ ٦/ ٨٨٨٨ فى الدعوى رقم ٥٥١ لسنة ٨٨٨٧ بأن:

«وحيث إنه عن موضوع الدعوى ولما كان المقصود بالحضانة أنها تربية من لا يستقل بأموره مما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيرا مجنونا أو معتوها

---

(1) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥٣٥ – وقد جاء به أنه جاء فى نهاية المحتاج أن الجنون إن كان متقطعا، لكنه قليل، كيوم فى سنة فإنه يتجه ثبوت الحضانة فى هذا اليوم. وفى التاج أن المتقطع مانع بحيث يخاف على الولد حين نزوله، مما يشعر بأنه لو لم يكن يخاف على الولد من الحاضن حتى نزوله فإن الحضانة تبقى له رغم جنونه المتقطع.

(2) **وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:**

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

(فتوى صادرة بتاريخ 26 مايو سنة 1442)

والأصل فى الحضانة القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه وملبسه ومرقده والسهر على صحته ويشترط فى 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 فى الإسلام، محمد سلام مدكور ٧٥ ٩٩ ص ٤٨٠ وما بعدها – مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية، المستشار أحمد نصر الجندى الطبعة الثالثة ٨٨٨٦ ص ٧١٤ – ٧١٥ مبدأ ١٣» ولما كان ذلك وكان الثابت من إقرار المدعى عليها المؤرخ ٠٠/٦/ ٨٨٨٧م الموثق بالشهر العقارى أنها فى سن متقدمة وقد أدركتها الشيخوخة ولا تستطيع القيام على شئون نفسها لمرضها وامرأة هذه حالتها لا يقال أنها قادرة على القيام بشئون غيرها وفى 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 فى النهار أو الليل بما يفوت على الصغير مصلحته فى حضانة الحاضن له، ولو كان خروجه لغير معصية كما لو كان محترفا كالمدرس أو المدرسة والطبيب أو الطبيبة، فإنه لا يكون قادرا على الحضانة[1]، أما إذا عهد إلى آخر كقريب له أو خادم برعاية الصغير، أو سلمه إلى إحدى دور الحضانة لرعايته فى فترات غيابه، فذلك لا ينفى قدرته على الحضانة لأن ليس معنى هذا الشرط بقاء الحاضن إلى جوار الصغير والصغيرة طيلة الوقت بل يكفى لتوافره وجود من ينوب عنه فى ذلك بشرط أن يكون تحت إشرافه ومراقبته[2].

---

(1) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٥٧ «قوله بأن تخرج كل وقت ..إلخ المراد كثرة الخروج، لأن المدار على ترك الولد ضائعا والولد فى 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».

(2) المستشار صلاح الدين زغو ص ٠٠٦ وما بعدها.

وترتيبا على ذلك قضى بأن:

١- «إذا كانت الحاضنة قد أدخلت البنت دارا للحضانة فى الوقت الذى تكون فيه مشغولة بعملها – حتى إذا عادت منه فى المساء أحاطتها برعايتها وقامت على شئونها – فهى مستحقة للحضانة إذ المقرر فقها أنه لا يشترط أن تتوفر الحاضنة على خدمة الصغير بنفسها طول الوقت بل لها أن تباشر تلك الخدمة فى 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 فى الحضانة هو نفع الصغير ورعاية مصالحه فكلما تحققت مصلحته لدى الحاضنة تثبت لها الحضانة بصرف النظر عن احترافها. فما كان الاحتراف ذاته جريمة تعاقب عليها المرأة بسقوط حقها فى الحضانة خاصة وأن الإسلام لا يمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت – إنما إذا تعرضت مصلحة الصغير للضياع سقط حق الحاضنة فى 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 دليلا عليه وما أوردته من أن مستوى الأطفال العلمى يتدهور مما يدلل على عدم رعاية المستأنف ضدها لهم فمردود عليه بما هو ثابت من الشهادات الصادرة من المدارس التى 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 فى الحاضن أن يكون مبصرا. ولذلك لا يكون العماء نافيا لقدرة الحاضن على الحضانة فى كافة الأحوال، وإنما يجب النظر إليه كأى مرض

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

والملاحظ أن عناية الله تجعل بعض من يصابون بالعمى أكثر حذقا ونشاطا من غيرهم ممن ينعم بالبصر[1].

وبالترتيب على ذلك قضى بأن:

١- «القدرة على الحضانة مناطها أن تكون فى حالة تستطيع معها أن تقوم على رعاية الصغير وحضانته 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 وإنجابه منها ورعايتها لابنيهما أثناء غيابه عن المنزل فى العمل فلا يجوز له بعد ذلك أن يدعى عدم صلاحيتها للحضانة – ذلك أن الأصل هو صلاحية الحاضنة – والكفيفة أهل للحضانة إن أمكنها حفظ المحضونة – ابن عابدين – رد المحتار على الدر المختار جـ ٢ باب الحضانة».

(الإسكندرية الابتدائية بتاريخ 1964/10/27 – الدعوى رقم 696 لسنة 1964 كلى مستأنف)

---

(1) فقد جاء بالأشباه والنظائر لابن تجيم ص ٣١٤ فى أحكام الأعمى: «هو كالبصير إلا فى مسائل... وأما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا، وإلا لا».

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بأن:

«إن المنصوص عليه شرعا أن فقدان الأم المذكورة لبصرها لا يمنع من حضانتها لابنها المشار إليه مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه، لأن المدار فى حق الحضانة على مصلحة الصغير وحده، فمتى وجدت مصلحته وجد معها حق الحضانة فإذا فرض أن فقدان هذه الأم لبصرها يحول دون رعايتها مصلحة ابنها والمحافظة عليه لم تكن أهلا لحضانته، 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 وتركت منزلها وتركت الولد كل الوقت أو معظمه دون رعاية، أما إذا كان الصغير لا يضيع عندها بأن استأجرت له من يرعاه تحت إشرافها كان لها حق الحضانة حتى يعقل الصغير، وقدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سبع سنوات، أو يخاف عليه أن يألف ما تفعله وإن لم يبلغ هذا السن فحينئذ يسقط حقها فى الحضانة مراعاة لصالح الصغير الذى يخشى عليه من أن يتعلم منها الفجور فيشب مستمرئا الرذيلة دارجا عليها[1].

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

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

وقد قضت محكمة بندر المنيا الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ٣٨/ ٣/ ٨٨٨٨ 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 يقدح فى ذلك ما جاء بأسباب الحكم رقم ٢٣٩/ ٨٨٨٤ من أن المدعى عليها سيئة السمعة لأنها سمحت لأجنبى بدخول منزلها اعتمادا على أقوال شاهدى المدعى اللذين قرر أحدهما أن المدعى عليها حسنة السمعة ثم عاد وقرر أنها سيئة السمعة ولما كان المقرر أن الأصل فى الحاضنة الأمانة والأهلية وعلى من يدعى عكس ذلك إثبات ما يدعيه فإذا ثبت من شهادة الشهود أن الحاضنة بغى عاهر تحترف البغاء علنا تكون غير أمينة على الصغير ويسقط حقها فى حضانته لمصلحة

---

(1) فقد جاء بحاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٥٧. «والحاصل أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابية» – راجع أيضا المستشار صلاح زغو ص ٨٠٠.

المحضون ويشترط فى 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 مضيعا للولد لأنه يخشى أن يتأثر الصغير بهذا السلوك وعلى هذا إذا كان الفسق مستورا غير ظاهر ولا يشعر به المحضون ولا يترتب عليه إهمال فإنه لا يسقط حق الحضانة وهذا ما استقر عليه التطبيق القضائى «يراجع الأحوال الشخصية نفس المستشار أحمد نصر الجندى ٨٨٨٧ ص ٣٨٠، أحكام الأسرة فى الإسلام – محمد سلام مدكور ٩٩٧٠ 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»[1].

واحتراف والدة الصغير التمثيل والرقص مسقط لحقها فى الحضانة، لأنهما أى التمثيل والرقص، يخالفان تعاليم الدين الإسلامى السامية، وآدابه الحكيمة العالية[2] ولأن ضم الصغيرة إلى أمها الراقصة يطبع صورا غير لائقة فى

---

(1) **وقد قضت محكمة النقض بأن:**

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

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

(2) مستأنف كلى مصر بتاريخ ٩/٢٧/ ١٩٤٩.

ذاكرتها، لأن التمييز نوعان: تمييز يدرك فيه الصغير الأشياء، ويفهم عللها وأسبابها، وهذا فى السابعة فما فوقها، وتمييز ينطبع فى ذاكرة الصغير فيه المرئيات ويتعلم عن هذا السبيل[1].

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

وليس تدين الحاضن شرطا لاستحقاق الحضانة، فإن غير المتدين أهل فى الجملة للحضانة[2].

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 شىء مثلا.

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

وعلى ذلك فالأب المعسر والذى لا صناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس لإحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسدا غير مأمون على ابنه الصغير[3].

وكذلك إذا سلك الأب طريق الأشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطرق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير أمين عليهم ويسقط حقه فى ضمهم إليه[4].

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

---

(1) القاهرة الابتدائية الشرعية فى ٠٠/ ١١/ ١٩٤٩.

(2) الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤٠٧.

(3) الإسكندرية الشرعية بتاريخ ٢١/٥/ ١٩٣٣.

(4) المنيا الابتدائية بتاريخ ١٩/٥/ ١٩٥٤.

كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم إلا أنه مقيد فى ذلك بمصلحتهم وحالته وما جرى عليه العرف[1].

ولا ينفى شرط الأمانة الحكم على الحاضنة منذ زمن طويل بالحبس لارتكابها نصبا وتبديدا 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[2].

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

وقد قضت محكمة السيدة الشرعية فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٨/ ٢/ ١٩٣٢ بأنه:

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

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

---

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

(2) الخليفة الشرعية فى ١٤/ ١١/ ١٩٣١.

وقضت محكمة الخليفة بتاريخ ١٣/ ٥/ ١٩٤٠ بأن:

«الحضانة هى تربية الصغير ورعايته فى زمن مخصوص حسب ما جرى عليه العرف فإذا اعتدى شخص على عفة صغيرة وهى فى طريقها إلى المدرسة فى غفلة من الحاضنة التى سارعت إلى تبليغ النيابة بالحادث وزجت بالمتهم فى السجن ليلقى جزاء فعلته الشنيعة فليس معنى هذا عدم أهليتها للحضانة إذ ليس معنى الحضانة حبس الصغير عند الحاضنة أو ملازمتها له أين سار»[1].

وتزول صفة الأمانة عن العاصب الذى يطلب حضانة الأنثى إذا كان يقيم معه أولاده بالعين غير محارم لها لأنه فى هذه الحالة يخشى عليها الفتنة من إقامتها معهم الأمر الذى لا يكون فيه مصلحة لها.

والأب المقيم بالخارج ليس له الحق فى طلب ضم ولده المقيم مع أمه داخل البلاد لأن هذا الضم يسقط حقها فى رؤيته[2].

الشروط الواجب توافرها فى الحاضنة من النساء:

يشترط فى الحاضنة من النساء أن يتوافر فيها بالإضافة إلى الشروط التى يجب توافرها فى الحاضن بصفة عامة والتى عرضناها فيما تقدم شروط أربعة أخرى هى:

٤٨ - الشرط الأول: ألا تكون متزوجة بغير ذى رحم محرم للصغير:

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

والشرط المذكور يجب تحققه سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى. والمحرمية المقصودة هى المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا، فإنها لا تستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبيا عن الصغير.

---

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

(2) سوهاج الشرعية فى ٢٩/ ٤/ ١٩٤٦.

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 فى 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 أبى بكر سار القضاة لا يختلفون فيه زمانا ولا مكانا[1].

ومبعث هذا الشرط أن زوج الأم يكره صغير زوجته من غيره بحكم العادة فينظر إليه شزرا ويعطيه نذرا فتتعقد نفسية الصغير ويقع عليه الضرر. وهذه الكراهية لا توجد فى 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 يكفى لعدم استحقاقها، فضلا عن انشغالها عن الصبى بتهيئة نفسها للحياة الجديدة.

ولو طلقت الحاضنة من الأجنبى، فلا تعود إليها الحضانة إلا فى عدة الطلاق البائن، دون الطلاق الرجعى لأن الزوجية قائمة فى الطلاق الرجعى وولاية المطلق فيه باقية وهذا يؤثر فى الحضانة فمن شأنه ألا تكون الحاضنة طليقة فى رعاية شئون المحضون.

وقد ذهب العلامة ابن عابدين إلى أنه يرى ترك ما إذا كان زواج المرأة من غير ذى رحم محرم (أجنبى) ينفى 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 الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على

---

(1) راجع فى هذا: شرح فتح القدير جـ٤ ص ٣٦٨ – بدائع الصنائع جـ٤ ص ٤٢ – حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦٥ – الدكتور عبد العزيز عامر ص ٥٥٧ وما بعدها.

البنت منهم الفتنة لسكناها معهم فإذا علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزعه من أمه، لأن مدار الحضانة على نفع الولد[1].

وعلى هذا الرأى سارت بعض أحكام المحاكم[2]، **كما أخذت به محكمة النقض**

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٦٥ – ونورد فيما يلى نص العبارات التى أوردها: «قلت: الأصوب التفصيل، وهى أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق، لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف ما إذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له، وأنت علمت أن سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير، فينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة ليراعى الأصلح للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته ويكون زوج أمه مشفقا عليه يعز عليه فراقه فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها

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

(2) فقد قضى بأن:

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

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

٢- «إنه وإن كان من المسلم أن تزوج الأم بأجنبى عن الصغير مسقطا لحضانتها لأن زوج الأم من شأنه أن يعطى الصغير نذرا وينظر إليه شزرا، إلا أن القاضى يجب أن ينظر فى خصوص الوقائع ويحقق فى كل حالة مصلحة المحضون لأن مدار الحضانة على نفع المحضون: وقد تكون مصلحته فى حالات أن يبقى مع أمه ولا يسلم إلى عاصبه إذا كان بهذا العاصب ما يدعو إلى ذلك، لأن الضرر الأخف يتحمل فى سبيل دفع الضرر الأشد، وهذه قاعدة فى الأصول مسلمة. وفى هذا المعنى السابق يقول ابن عابدين فى حاشيته (جزء ٣ ص ٨٠ طبعة سنة ١٣٢٤هـ: «الأصوب التفصيل، وهو أن الحاضنة إذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق لأن الأجنبى لا سبيل له عليها ولا على ولدها بخلاف=

فى حكمها الصادر بتاريخ 1885/3/19 فى الطعن رقم 75 لسنة 53ق – 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 وسكناها 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 البنت منهم الفتنة لسكناها معهم، فإذا علم المفتى أو القاضى شيئا من ذلك لا يحل له نزعه 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 البنت 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 البنت إلى والدها وكانت تقيم معه ويقوم بالإنفاق عليها فعلا فلا مقتضى لأن تطلب الحكم لها بنفقة عليه إذ إنها تقيم معه ويقوم بالإنفاق 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[1].

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

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

٠٠- 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 المحضون، وهذه المصلحة تحتم ألا تحضنه حاضنة مصابة بأحد الأمراض المعدية، لأن احتمال انتقال العدوى إلى الصغير وارد للمخالطة بين الحاضنة والمحضون، 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 المحضون، ولا شك أن سلامتها من الأمراض المعدية ليست أقل من هذه الشروط وجوبا إن لم تكن أولى منها بالرعاية على أن المريضة بمرض معدى وإن كانت قوية

---

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

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

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

٥١- الشرط الرابع: ألا تكون الحاضنة مرتدة:

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

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

(أنظر تفصيلا آخر فى البند التالى).

٥٢- إسلام الحاضنة ليس شرطا للحضانة:

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

---

(1) رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة – مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ٥٦٥.

(2) فتوى صادرة بتاريخ ٦ يناير سنة ١٩٢١ – وقارن فتوى أخرى صادرة بتاريخ ٢٦/ ١٢/ ١٩٦٧ جاء بها: «.. والمرتدة ليست أهلا للحضانة لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت، فلا تصلح لحضانة الطفل وتربيته ما بقيت على ردتها، ولأنها برجوعها عن الإسلام تكون مبغضة لدين الطفل المسلم، ولا تؤمن أن توجهه إلى غير الإسلام فينزع من يدها محافظة عليه... الخ».

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

غير أن حضانة غير المسلمة على المسلم تسقط فى 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 دينا، وأن يعقل دينا، 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 دينا غير محددة. ويقول الأخصائيون فى بحث أحوال الأطفال أن الطفل ينقش فى ذهنه المرئيات والمسموعات انتقاشا كاملا فى سن مبكرة قبل بلوغ السن التى يعقل فيها الأديان[1].

---

(1) فقد جاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ١ ص ٦١ «سئل فيما إذا أسلم يهودى ثم مات عن زوجة يهودية وبنتين منها عمر أكبرهما ست سنين وعن أب يهودى موسر ولم يترك الميت شيئا فهل تكون حضانة بنتيها لها حيث لم يعقلا دينا ولا يخاف أن يألفا الكفر وتكون نفقتهما على جدهما. (الجواب) نعم حيث الحال ما ذكر والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ما لم يعقل دينا فينبغى تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه حينئذ نهر وإلى أن يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وإن لم يعقل دينا بحر أ هـ ... الخ).

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 11 صفر سنة 1357هـ – أبريل 1838م بأن:

«.... **ثالثا:** قد نص الفقهاء أيضا على أن الحاضنة غير المسلمة أحق بالولد المسلم ما لم يعقل الأديان بأن كان سنه سبع سنوات ولم يخف عليه أن يألف عقائد وعادات غير المسلمين فإن بلغ سنه سبع سنوات أو خشى عليه ما ذكر لم يكن للحاضنة غير المسلمة حق فى حضانته حينئذ وكان الأمر فى حفظه مفوضا 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 أيضا الفتوى الصادرة بتاريخ 1955/5/23 بناء على استفسار جريدة الطلبة العرب بالاتحاد الاشتراكى العربى بكتابها رقم 236 المؤرخ 1955/5/15)

الشروط الواجب توافرها فى الحاضن من الرجال:

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

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

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

(راجع فى التفصيل بند 00).

٥٤- الشرط الثانى: أن يكون متحدا مع المحضون فى الدين:

يشترط فى الحاضن العاصب أن يتحد مع المحضون فى الدين، لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين، لأن حق العاصب فى الحضانة مبنى على الميراث، ولا توارث مع اختلاف الدين، فلو كان للمحضون قريبان فى درجة واحدة واختلفا فى الدين يكون الحضانة لمن يوافقه فى الدين، ولو كان غير مسلم[1].

---

(1) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٦/٨/ ١١١٦ 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 فى دار الإسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيما بها أو بغيرها ومتى انتهت مدة حضانة الغلام بأن بلغ سبع سنين يسلم إلى العصبة 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 فى العصبة اتحاد الدين فلا يسلم الولد الغير المسلم للعصبة المسلم ولا يسلم الولد المسلم للعصبة غير المسلم... الخ».

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

٥٥- 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 الذى 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 1888/3/15 فى الدعوى رقم 75 لسنة 1887 بأن:

---

(1) محكمة الأزبكية الجزئية الشرعية بتاريخ ١/٥/ ١٩٤٠.

(2) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٦٦ – **وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1444/4/6 بأن:**

«نفيد أنه قد جاء فى الدر من باب الحضانة من الجزء الثانى نقلا عن البحر «وإذا أسقطت الأم حقها صارت كميتة أو متزوجة فتنقل للجدة» وعلق على ذلك ابن عابدين فى رد المحتار بما نصه. أى تنتقل الحضانة لمن يلى الأم فى الاستحقاق كالجدة إن كانت وإلا فلمن يليها فيما يظهر واستظهر الرحمتى أن هذا الإسقاط يدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل – انتهى – أى فهو كإسقاطها القسم لضرتها فلا يرد أن الساقط لا يعود لأن العائد غير الساقط بخلاف إسقاط حق الشفعة. ثم رأيت بخط بعض العلماء عن المفتى أبى السعود مسألة فى رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها فى الحضانة وحكم بذلك حاكم فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟ الجواب نعم لها ذلك فإن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الزوجة حقها فى تقدر على إسقاط حقه أبدا» انتهى من رد المحتار. هذا ولا فرق بين الجدة والأم فى هذا الإسقاط فكما للأم بعد الإسقاط أن ترجع كذلك الجدة أم الأم إذا أسقطت حقها فلها أن ترجع لما علل به الرحمتى 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 فى حياته الأولى لأنه بحاجة إلى خدماتها وهى أعظم صبرا عليه فى هذه المرحلة وليس للأب مثل شفقتها عليه فى تلك الفترة فإذا بلغ الصغير سن العاشرة أو الصغيرة سن اثنى عشر عاما انتهت حضانة الأم أو الحاضنة لهما لاستغنائهما عن خدمة النساء واحتياجهما إلى من يحافظ عليهما وتربيتهما والأب على ذلك أقوى وأقدر ولذا يسلم الصغير أو الصغيرة بعد بلوغهما سن الحضانة إلى الأب أو من يليه من العصبات فى حالة عدم وجود الأب لأن مدار الحضانة هو نفع المحضون فمتى تحقق نفعه وجب المصير إليه.

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

كما قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2999/6 فى الاستئناف رقم 5571 لسنة 125ق 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 فى جانبها سبب من أسباب مسقطات الحضانة من زواجها يعود إليها حق الحضانة طبقا لما ذهب إليه الأحناف من أن سقوط الحق كان بسبب الزواج، فمتى حصل الطلاق زالت علة سقوط الحضانة لقوله صلى الله عليه وسلم «أنت أحق به ما لم تنكحي». وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المستأنفة تزوجت بتاريخ ١١/٧/ ٧٠٠٠ من المدعو عاطف عبد الفتاح بيومى

(1) الموسوعة الماسية ص ٤٥٤.

وطلقت منه بتاريخ ٢٢/٨/٢٠٠٨ طبقا لصورة إشهاد الطلاق طلقة ثالثة بائنة بينونة كبرى ومن ثم يكون للمستأنفة الحق فى حضانة نجلتها الصغيرة تقى لعدم بلوغها أقصى سن حضانة النساء مع استمرارها فى شغل مسكن الحضانة التى لم تنته وحيث إن الحكم المستأنف لم يلتزم بهذا النظر فإنه فيما قضى به من ضم الصغيرة تقى لحضانة المستأنف ضده الأول وتسليم مسكن الحضانة قد خالف أحكام القانون ويتعين إلغاؤه على النحو الذى سيرد بالمنطوق وتأييده 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، وللأخيرة 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 معا، فالمحضون صاحب حق فى أن يكون عند أمه أو فى حضانة النساء عموما 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 العصبات على الترتيب الوارد بالنص فى فترة معينة، لأن الرجال فيها أقدر على التعليم والتثقيف، وأخذ الغلام بأخلاق الرجال، وحفظ البنت من السقوط فى هوة الفساد.

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

ومصلحة الحاضن فى أن يربى الصغير تربية قويمة وأن يشب المحضون على الجادة، وأن يبتعد عما هو شائن، وأن يسير فى الطريق السوى.

وهذان الحقان متى أمكن التوفيق بينهما وجب أن يصارا إلى التوفيق، وإن تعارضا قدم حق الصغير، لأن حق الصغير أقوى الحقين لأن مدار الحضانة نفع المحضون[1].

وترتيبا على ذلك قضت محكمة قويسنا الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ٨/ ٦/ ٨٨٨٨ فى الدعوى رقم ٢٢ لسنة ٨٨٨٨ بأن:

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

وهذا الحكم تظهر آثاره فى بعض المسائل المتعلقة بالحضانة، والتى نعرض لها فى البنود التالية:

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

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

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

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٥٩ – الدكتور عبد العزيز عامر ص ٦٦٩ وما بعدها – الأستاذ عمر عبد الله ص ٦١٦.

٥٩- لا يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى الحضانة إذا لم توجد حاضنة أخرى:

يجوز للحاضنة التنازل عن حقها فى حضانة الصغير إذا وجدت حاضنة أخرى تتوافر فيها شروط الحضانة تحل محلها، لأنها أسقطت حقها دون أن تفوت على الصغير حقه، فإذا لم توجد حاضنة أخرى أو وجدت وامتنعت فلا يجوز تنازلها وتجبر على الحضانة[1].

وعلى هذا نصت المادة (٢٨٧) من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا إذ جرت على أن: «إذا امتنعت الحاضنة عن الحضانة فلا تجبر عليها إلا إذا تعينت لها بأن لم يوجد للطفل حاضنة غيرها من المحارم أو وجدت من دونها وامتنعت فحينئذ تجبر إذا لم يكن لها زوج أجنبى».

٦٠- يجوز للحاضنة الرجوع فى التنازل عن الحضانة:

إذا تنازلت الحاضنة عن حضانة الصغير، فإنه يجوز لها الرجوع عن تنازلها وأخذ الولد – حتى لو صدر بتنازلها حكم – لأن أقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الحاضنة حقها فلا تقدر على إسقاط حق الصغير أبدا[2].

---

(1) شرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٣٦٨.

(2) مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ١ رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص ٥٦٥- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ١ ص ٥٨ وقد جاء بها: (سئل) فى حاضنة لصغار أسقطت حقها من الحضانة وتريد الآن أخذ الصغار وتربيتهم وهى أهل لذلك فهل لها ذلك. (الجواب) نعم قال فى التنوير ولا تقدر الحاضنة على إبطال حق الصغير فيها أى فى الحضانة لها وفى شرحه وهذا الحكم مصرح به فى عامة الشروح والفتاوى. **وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» بجلسة 1993/5/15.**

فقد ذهبت إلى أن:

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

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[1].

وسنشير عند دراسة الخلع فى الكتاب الرابع إلى أن المادة .. من القانون رقم (١) لسنة .... 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 باطلا، لأنه يترتب عليه إسقاط حق الصغير وهى لا تملكه.

٦٣- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

راجع الكتاب الثانى (بند ٢٤ وبنود ٣٩ 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 1020/4/17 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 شيئا فشيئا 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 والذى لم يدخل تحت الحكم وهذا إذا كان الولد لا يزال فى سن الحضانة».

(1) 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 .... على أن: «الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة».

وعلى ذلك فإن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير، تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة، ومن ثم لا مبرر للنص فى الحكم أو الأمر الصادر بالتسليم على شموله بالنفاذ المعجل بلا كفالة.

(أنظر فى التفصيل البند التالى).

٦٥- تنفيذ الأحكام الصادرة بتسليم الصغير جبرا:

نصت المادة ٦٦ من القانون (١) لسنة .... بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على أن «يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذا الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات.

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

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

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

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

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

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

وتتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفق الأوامر التى يصدرها قاضى التنفيذ[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 ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة .... 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 يناط به ذلك».

ونفاذا لهذه المادة صدر بتاريخ ٦/ ٣/ ٠ ... 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.

---

(1) وكانت المادة ٣٤٥ 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 ٣٤٦ 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 سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع أو عدم استجابة للنصح والإرشاد يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر. ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ ونصت المادة الثالثة منه على أن يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٦ من القانون رقم ١ لسنة .....

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

(القرار منشور فى ملحق التشريعات بنهاية الكتاب).

٦٧- سلطة النيابة العامة فى تسليم الصغير مؤقتا:

النص القانونى:

المادة ٧٠ من القانون رقم (١) لسنة .....:

«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 وهى خمس عشرة سنة، أما بعد هذه السن فإننا نكون فى مرحلة الحضانة الجوازية ولا شأن للنيابة العامة بها.

ومثال هذه المنازعة أن تتنازع والدة الطفل أو خالته – فى حالة عدم وجود والدته – على حضانة الصغير مع والده.

الحالة الثانية:

أن تطلب حضانة الصغير مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك.

ومثال ذلك أن يكون الصغير بيد أبيه فتطلب الأم تسليم الصغير إليها مؤقتا تأسيسا على أنها صاحبة الحق فى الحضانة.

٦٩- إجراء النيابة العامة التحقيق:

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

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

٧٠- إصدار القرار بتسليم الصغير:

تصدر النيابة العامة بعد إجراء التحقيق قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معه. فإذا رأت النيابة العامة مصلحة الصغير تتحقق بوجوده 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 نيابة على الأقل، تقديرا لأهمية النزاع والقرار الذى يصدر بشأنه.

ويجب أن يكون القرار مسببا، ويكفى تسبيبه تسبيبا موجزا يظهر فيه وجه المصلحة فى تسليم الصغير إلى من صدر القرار بتسليمه إليه.

ويكون هذا القرار واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير[1].

---

(1) قد أصدر السيد النائب العام بصدد المادة (٧٠) الكتاب الدورى رقم (٦) لسنة .... ننشره فيما يلى:

كتاب دورى رقم (٦) لسنة ٢٠٠٠

جمهورية مصر العربية

النيابة العامة

مكتب النائب العام – مدير التفتيش القضائى

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

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

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

أولا: يجوز للنيابة العامة متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى سن حضانة، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر فى المنازعة قرارا وقتيا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها وذلك إلى أن تجرى التحقيق المناسب فى هذا الشأن، وعلى أن يراعى عند إصدار القرار الأحكام الواردة بنص المادة (٠٠) من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى شأن حضانة الصغير.

ثانيا: يتولى أعضاء النيابة بأنفسهم إجراء التحقيق اللازم فى المنازعات المشار إليها، مع العناية بأن يستظهر التحقيق سن الحضانة ومن له الحق فيها، ومن تتحقق مصلحته بتسليمه إليها، وذلك من خلال سماع أقوال طرفى النزاع والشهود ورجال الإدارة، ومناقشة الصغير إذا تطلب الأمر ذلك، وفحص المستندات والأوراق المقدمة فى 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 فى أقرب وقت مستطاع. =