

موضوع رقم (٤)

مدة الحضانة

٧١- (أ) مدة الحضانة في المذهب الحنفي :

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

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

= ثالثاً: 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 مسبباً، 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.

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

خامساً: ينشأ بكل نيابة جزئية وبكل نيابة متخصصة للأحوال الشخصية دفتر يخصص لقيود منازعات حضانة الصغار، 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. وقدّر 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). وقدّر البعض السن التى تبلغ فيها البنت حد الشهوة بإحدى عشرة سنة وقدّرهما 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 صغيره 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 تنتفى 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 مصلحتها 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 تهيمن على تنظيم الأسرة مبادئ الشريعة الإسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول لا أن يهيمن على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى - هذا القول مردود بأن ذلك النص الدستورى إنما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع، فهو يتضمن توجيه الأسرة إلى الاعتصام بالدين والتزام أوامره ونواهيه ولا شأن له به بدستورية القوانين.

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 ١٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ سألغة 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 ١٠٠ 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 بندر شبين 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 الحاضنة- 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 خطرهما، وأن تطرق الخلل إليها- ولو في جوانبها- مدعاة لضياح الولد. ومن ثم تعين أن يتحدد مداها بما يكون لازماً للقيام على مصالحته، ودفع=

= المضررة 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 ومنابتها، 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 بآخر» 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 وتهذا 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 اثنتى 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 ١٩٨٥^(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 مأموناً 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 - ص 195).

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 مفقور.

= 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 أن يكون الأب مريضاً مقعداً أو طاعناً فى السن، أو يغيب فى عمله من الصباح إلى المساء، ولا يوجد بالمسكن من يقوم برعاية المحضون.

(2) متى يطلب إبقاء المحضون فى يد حاضنته؟

يكون طلب إبقاء المحضون فى يد حاضنته، بعد بلوغ المحضون أقصى سن حضانة النساء لأن هذا الحق لم يعط للقاضى إلا فى هذا الوقت، وقبله لا يكون المحضون قد استغنى بعد عن خدمة النساء، ويضحي 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 أثير 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 ٨٨٥ 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 ٢٠٠٢ شرعى جزئى أشمون ضد المدعى عليها الخامسة؛ ابتغاء الحكم بضم ابنه إليه لبلوغه أقصى سن الحضانة و بجلسة ٢/ ١٦ / 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 وأهنا أو وأهما 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 نفعتى فقال رسول الله ﷺ: «هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به». رواه أبو داود.

هذا بالنسبة للصغير، وبالنسبة للصغيرة فإنها تخير مثل الصغير، عند 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: أمى 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 الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الدينية والاجتماعية والأوقاف بمجلس الشعب أن: «حيث إن التعديل الذى يهدف إليه الاقتراح بمشروع قانون يكفل الرعاية الواجبة للصغار ويتيح لهم الاستقرار النفسى اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ونشأتهم ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة فى سن غير مناسبة دون رعاية وغنى عن البيان أن حضانة الأم لا تخل بحق الأب فى ولايته الشرعية على أبنائه. واللجنة إذ تقدم تقريرها إلى المجلس الموقر، ترجو الموافقة على الاقتراح بمشروع القانون بالصيغة المرفقة».

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: «ويكون 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 التوالي، 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 الأمرة المتعلقة بالنظام العام، وكانت المادة الأولى من القانون المذكور التى عدلت سن الحضانة قد استحدثت حكما جديدا يتعلق بذاتية قاعدة موضوعية أمرة 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 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 555 لسنة 72 ق «أحوال شخصية» جلسة 2005/1/11)

٢- «إذ كانت أحكام حضانة الصغار متعلقة بالنظام العام وكان المشرع فى 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 ٢٠/٣/٠٠٠٠ تم تعديل هذه السن بجعل انتهاء هذا الحق ببلوغ الصغير الخامسة عشرة من عمره، هو تعديل يتعلق بذاتية القاعدة القانونية التى تقرر حق النساء فى 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 نهائى 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 في 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/ ١٩٨٧ - 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 للعصابات، وهم الأقارب الذين لا تتوسط بينهم أنثى - بحسب ترتيبهم في الميراث.

ويلاحظ أن المرسوم بقانون رقم ٨٨ 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 تقاضيتها 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 أبقي القاضي الصغيرة في يد حاضنتها.

وفي ظل القانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٠ إذا اختارت الصغيرة بعد بلوغ الخامسة عشرة البقاء في يد الحاضنة كما يسرى على الصغير في ظل القانون الأخير إذا اختار البقاء في يد الحاضنة بعد بلوغ سن الخامسة عشرة.

٤- اختلفت أحكام محكمة النقض في اشتراط صدور حكم بتسليم الصغير لتطبيق نص المادة ٢٨٤ عقوبات، فذهبت في قضاء لها أنه لا يمنع من تطبيق المادة كون من طلب التسليم ليس بيده حكم شرعى بتسليم هذا الولد، بل يكفي أن يكون له هذا الحق شرعا.

(نقض 7 ديسمبر سنة 1929)⁽²⁾

ثم اشترطت في أحكام أخرى سابقة على الحكم المذكور ولاحقة له صدور حكم بالتسليم فقطت بتاريخ ١/٥/ ١٩٢٢ في 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 القاضى 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 فى 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 في الدعوى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٥ أحوال شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافيا بالحكم الصادر في 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 مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه» فإن مناط تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حفظه وامتنع أى الوالدين أو الجدين عن تسليمه إلى من له الحق فى طلبه بناء على هذا القرار لما كان ذلك، وكان كل من حق الحضانة أو الحفظ، يختلف عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الأب ولده وهو فى حضانة النساء أم رؤية الأم ولدها إذا كان مع أبيه أو مع غيره من العصابات، وكان من المقرر أنه لا عقوبة إلا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له مما مقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الأخذ فيه بطريق القياس والأخذ - فى حالة الشك - بالتفسير

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- في الجريمتين المنصوص عليهما في المادة ٢٩٢ لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي. 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 في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتنقضي الدعوى الجنائية بالتنازل وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حق التنازل إلى ورثته (م ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية).

