موضوع رقم (٥)

أجر الحضانة

٩٩- ماهية اجر الحضانة :

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

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

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

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

وينبنى على هذه الطبيعة لأجر الحضانة ما يأتى :

١) أن أجر الحضانة لا يسقط بموت الصغير بخلاف نفقة الصغير على الرأى – الذى لم نأخذ به كما سنرى – القائل بسقوط نفقة الصغير بالموت ما لم يكن قد أذن فى استدانتها واستدينت بالفعل.

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

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

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

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٦١.

٥) أن قيد عدم سماع الدعوى المنصوص عليه بالمادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ لا يسرى على أجر الحضانة.

فقد نصت هذه المادة على أن: «ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها رفع الدعوى»، ومن ثم تسمع الدعوى بطلب أجر الحضانة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها رفع الدعوى، لاختلاف أجر الحضانة فى طبيعته عن النفقة، وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن الحكم الوارد بالمادة خاص بنفقة الزوجة على زوجها ولا يتعداه إلى غير هذا من الحقوق[1].

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

---

(1) راجع الكتاب الثانى بند (١١٥).

(2) أوردنا فى طبعة سابقة من الكتاب تأييدا لهذا الرأى فى ظل المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) المشار إليها التى كانت تجرى على أن: «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائى فى المنازعات فى المواد الآتية:

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا لم يزد ما يطلب الحكم به فى كل نوع على مائة قرش فى الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إذا كان الطلب غير معين وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش فى الشهر....الخ – وأوضحنا أن المذكرة الإيضاحية لهذه اللائحة أوردت أنه: «بينت المادة الخامسة ما تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائى فيه والمادة السادسة ما تختص فيه بالحكم الابتدائى وبنى التعديل فيها على المبادئ الآتية:

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

٩٠- على من يجب أجر الحضانة؟

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

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

وقد نصت على ذلك المادة (٢٨٨) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا إذ جاء بها «أجرة الحضانة غير أجرة الرضاعة والنفقة وكلها تلزم أبا الصغير إن لم يكن له مال فإن كان له مال فلا يلزم أباه منها شىء إلا أن يتبرع».

وقد قضى فى هذا الشأن بأن:

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

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

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

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

(المستشار أنور العمروسى ص000 وما بعدها)

كانت أما يثبت استحقاقها لأجر الحضانة من وقت قيامها بالحضانة فعلا بعد انقضاء العدة من غير توقف على اتفاق أو قضاء ولا تكتفى الحاضنة فى هذه الحالة بأخذ أجرة الحضانة فقط بل لها فوق ذلك أجرة مسكن إن لم يكن لها مسكن وأن أجرة الحضانة والمسكن يلزم بها من تجب عليه نفقة الصغير وهو الأب».

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

٢- «أجر الحضانة لها وجهان فهو جزء من نفقة الصغير فيجب فيها ويجب على من تجب عليه نفقة الصغير.. وهذا الواجب المفروض على الزوج المطلق (الأب) يدور وجودا وعدما مع واجبه فى الإنفاق على أولاده الصغار أما إذا امتنعت عليه النفقة شرعا فلا يكون ملتزما بهذا الواجب المذكور».

(بركة السبع الجزئية – جلسة 1987/12/22 – الدعوى رقم 162 لسنة 1987)

١١- تاريخ استحقاق أجر الحضانة:

الأصل أن أجر الحضانة لا يستحق إلا من تاريخ الاتفاق عليه أو قضاء القاضى به، لأنه أجر كسائر الأجور لا يستحق إلا بالاتفاق أو القضاء، فإذا أقدمت الحاضنة على الحضانة قبل الاتفاق أو القضاء فإنها تكون متبرعة بذلك، فلا تستحق أجر حضانة وقد استثنيت الأم من هذا الأصل، فإنها تستحق أجر الحضانة من التاريخ الفعلى للحضانة دون اتفاق أو قضاء قياسا على استحقاقها أجر الإرضاع من تاريخ الإرضاع الفعلى لوجود شبه كبير بين الإرضاع والحضانة.

وعلة استثناء الأم أن شفقتها الكاملة على صغيرها تدفعها إلى حضانته دون الانتظار إلى اتفاق أو قضاء، ولا يتصور عند عدم الاتفاق أن تترك وليدها بلا عناية أو رعاية حتى يرفع الأمر إلى القضاء ليصدر حكم بذلك.

وعلى هذا الرأى سارت أحكام المحاكم.

فقد قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ١٧/ ١١/ ١٩٨٧ في الدعوى رقم ١ لسنة ١٩٨٦ بأن:

«وأجر الحضانة له وجهان فهو جزء من نفقة الصغير.. ولا يستحق إلا بعقد أو حكم في غير حالة الأم، أما الأم فلها أجر الحضانة من تاريخ بدئها فعلا وبذلك تستحقها عن مدة سابقة»[1].

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

٩٢- عدم استحقاق أجر الحضانة أثناء قيام الزوجية وعدة الطلاق الرجعي:

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

٩٣- هل يستحق أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن؟

في المذهب الحنفي قولان كلاهما راجح عن استحقاق المطلقة أجر الحضانة أثناء عدة الطلاق البائن:

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

الثاني : أن المطلقة بائنا تستحق أجر الحضانة أثناء العدة، لأن عرى الزوجية قد انفصمت بالطلاق البائن وتعتبر كالأجنبية إذ لا يمكن أن تعود

---

(1) وذهب رأي آخر إلى أن أجر الحضانة يستحق من التاريخ الفعلي للحضانة سواء بالنسبة للأم أو لغيرها من الحاضنات.
وهذا الرأي مرجوح في الفقه والقضاء.

لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، ولذلك تأخذ حكم الأجنبية من حيث استحقاق أجر الحضانة.

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

وقد سارت المحاكم على الرأى الأول[1].

(الدعوى رقم 1413 لسنة 1937 مستأنف كلى شرعى مصر – جلسة 1938/1/14 – الدعوى رقم 275 لسنة 1986 كلى مستأنف شبين الكوم – جلسة 1986/11/25 – الدعوى رقم 151 لسنة 1887 بندر شبين الكوم – جلسة 1987/12/22 – الدعوى رقم 175 لسنة 1887 بندر شبين الكوم – جلسة 1988/1/19)

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

وتطبيقا لذلك قضى بأن:

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

---

(1) وهذا ما دعا ابن عابدين إلى القول بأن الأوجه عدم التفرقة بين معتدة البائن ومعتدة الرجعى وأن هذا هو مقتضى إطلاق الكنز وأن ظاهر الهداية ترجحه (حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٥٦١) – ومن هذا الرأى أيضا الأستاذ محمد أبو زهرة ص ٤١٠ – الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٧٦٧ – المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٩ وما بعدها.

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

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

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

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

٩٤- استحقاق أجر الحضانة فى الحضانة الفاسدة:

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

٩٥- كيفية تقدير أجر الحضانة:

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

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

---

(1) مجموعة رسائل ابن عابدين جـ١ – رسالة الإبانة عن أخذ الأجرة على الحضانة ص ٢٧٤ وقد جاء بها: «ولم أر أيضا ما إذا جعل القاضى لها أى للأم أجر الحضانة فى مال اليتم وأمر الوصى بدفعها للأم فتزوجت واستمرت تحضنه عند الزوج هل يبطل فرض القاضى أم لا حيث لم يتعرض من له حق الحضانة بعدها للحاضنة.

والظاهر من تسميتهم لها أجرة أنه لا يبطل الفرض لأنه بمنزلة تعيب العين المستأجرة وهذا عند من يقول بجواز الأجرة عليها والظاهر أنه الأصح ولذلك أفتى به قارئ الهداية» – الزقازيق الشرعية فى ٨٨/٥/ ٨٨٤٨ – الدعوى ٩٧٣ لسنة ٨٨٤٨.

والأمر فى ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع[1].

وفى هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٧/ ١١/ ٨٨٨٧ فى الدعوى رقم ١ لسنة ٨٨٨٦ بأن:

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

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

٩٦- أجر الحضانة غير قابل للزيادة:

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

فضلا عن أن رضا الحاضنة بالأجرة المتفق عليها أمارة على أنها حد المثل وقد سار قضاء الأحوال الشخصية على ذلك[2].

فقضت محكمة بركة السبع الجزئية للأحوال الشخصية بتاريخ ١٧/ ١١/ ٨٨٨٧ فى الدعوى رقم ٥٨ لسنة ٨٨٨٧ بأن:

«وحيث إنه عن طلب زيادة أجر حضانة الصغير عبد الوهاب فإنه من المقرر شرعا أن أجر الحضانة بعد فرضه غير قابل للزيادة فإنه أجر نظير عمل وإن كان جزءا من نفقة الصغير وعلى ذلك لا يجوز للحاضنة أن تطلب

---

(1) المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٢٦.

(2) من هذا الرأى: المستشار صلاح الدين زغو ص ٥٢٥ – الأستاذ أشرف كمال ص ٢٨٥.

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

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

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

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

٦٧- الإبراء من أجر الحضانة:

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

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

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

---

(1) الأستاذ أشرف كمال ص ٣٨٥.

فعودها بالمطالبة ببعض المعوض عنه جمع بين العوض والمعوض عنه وهو محظور شرعا لا تجاب إليه.

والقول بأن الحق فى المطالبة بأجر الحضانة يعود بعودة الزوجية، قول لا يستند إلى دليل إذ هذا يستقيم لو كان مناط الحكم فيه الزوجية وغير خاف أن الأمر ليس كذلك بدليل أن هذا الأجر يستحق من غير تحقق الزوجية، وقياسها على نفقة الزوجية قياس مع الفارق إذ أن الزوجية لها أثر فى النفقة بخلاف هذا[1].

٨٨- عدم انتقال أجر الحضانة:

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

وفى هذا قضت محكمة بركة السبع الجزئية بتاريخ ٢٤/ ٥/ ٨٨٨٨ فى الدعوى رقم ٢٣١ لسنة ٨٨٧٨ بأن:

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

---

(1) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٣٧٠.

(2) وقضت محكمة شبين الكوم الابتدائية بتاريخ ٥٥/ ١١/ ٨٨٨٦ فى الدعوى رقم ٥٧٥ لسنة ٨٨٨٦ كلى مستأنف بأن:

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

٩٩- سقوط أجر الحضانة ببلوغ الصغير أقصى سن الحضانة :

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

وبهذا قضت محكمة بندر شبين الكوم الجزئية بتاريخ ٢٤/ ١١/ ٨٨٨٧ فى الدعوى رقم ١٠٤ للسنة ٨٨٨٧ أحوال شخصية نفس.

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

التبرع بالحضانة :

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

يشترط فى المتبرعة بالحضانة ما يأتى:

١- أن تكون من المحارم المنصوص عليهن بالمادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ (مضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٨٥)، كالجدة لأب أو لأم والخالة والعمة، فلا يقبل التبرع من غير المحارم ولو كن قريبات للطفل كابنة العم أو ابنة الخال، أو الأجنبيات عن الصغير. لأن فى دفع الصغير للمتبرعة غير المحرم أو الأجنبية ضررا به لقصور شفقتها عليه فلا يعتبر معه الضرر فى المال[1].

---

(1) **فقد جاء بالعقود الدرية جـ1 ص59 ما يأتى:**

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

٢- أن تتوافر فى الحاضنة المتبرعة الشروط الواجب توافرها فى الحاضنة والتى عرضنا لها فيما تقدم. فإن لم تكن كذلك فلا يلتفت لتبرعها بالحضانة ويبقى الصغير عند الحاضنة التى تقبل الأجر.

٣- أن تكون الحاضنة المتبرعة موسرة وهو شرط قال به بعض الفقهاء، وقد اختلف فى المقصود باليسار، فذهب رأى إلى وجوب أن تكون الحاضنة موسرة بحيث يمكنها أن تنفق على الصغير إذا ما طرأ ما يوجب ذلك كغياب أبيه أو موته وعدم وجود من ينفق على الصغير، والحكمة من ذلك عدم ضياع الصغير[1].

بينما ذهب رأى آخر إلى أن المقصود باليسار أن تكون الحاضنة قادرة على الحضانة مجانا[2].

والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به[3].

الأجنبية أولى بخلاف العمة على الصحيح... الخ» - راجع أيضا حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٦٢.

(1) رسالة الإبانة عن اخذ الأجرة على الحضانة - مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ٧٠. وما بعدها - المستشار صلاح الدين زغو ص ٢٣٣.

(2) الدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٧٤.

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

فقضت محكمة الجمالية الشرعية بتاريخ ١٧/ ١/ ١٩٣٢ فى الدعوى رقم ٢٧٨٨ لسنة ١١٤١ بأن: «يقضى الفقه بالتخيير فى أجرة الحضانة من ولى المحضون الذى فى سن الحضانة لا فى سن الرضاع فتخير الحاضنة بين الإمساك مجانا وبين النزاع منها والتسليم للمتبرعة وقد نقل فى تعليقات الفتاوى الأنقروية عند النص على التخيير أن المراد بالتخيير فى الأجرة والأجرة على الحضانة - «وهو صريح الفتاوى المهدية ص ٣٦٦ من الجزء الأول» والصغيرة فى سن الرضاع ولا تخير فى هذا السن».

راجع أيضا: منفلوط الشرعية ٦/ ٢/ ١٩٤٠ فى الدعوى رقم ٨٨٨٣/ ١٩٣٩.

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

١٠١- (ب) حكم التبرع بالحضانة:

يتعين التفرقة فى هذا الشأن بين حالة ما إذا كان الأب معسرا وحالة ما إذا كان الأب موسرا. فإذا كان الأب معسرا سواء كان للطفل مال أو لا، تكون المتبرعة المحرم أحق من الأم التى تطلب أجرا، وذلك رعاية لمصلحة الصغير وحفظا لماله إن كان له مال والشفقة موفورة له على كل حال وإن كانت أضعف من شفقة الأم وحينئذ تخير الأم إما أن تقبل حضانة الصغير بغير أجر أو تسلمه إلى المتبرعة بحضانته.

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

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

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

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

(1) **فقد جاء بالعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية جـ1 ص59 ما يأتى:**

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

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

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

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

١٢٣- إجبار الأم على الحضانة:

إذا أبت أم الولد ذكرا كان أو أنثى حضانته مجانا ولم يكن له مال وكان أبوه معسرا ولم توجد متبرعة من محارمه تجبر الأم على حضانته وتكون أجرتها دينا على أبيه[1].

(1) مادة (٣٩٠) من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا – بندر شبين الكوم الجزئية للأحوال الشخصية (نفس) بتاريخ ٩٩/ ١/ ٨٨٨ فى الدعوى رقم ٢٨٨ لسنة ٨٨٨.