جلسة الأثنين الموافق 11 من نوفمبر سنة 2024

برئاسة السيد القاضي / فلاح شايع الهاجري "رئيس الدائرة"

وعضوية السادة القضاة / جمعة إبراهيم محمد العتيبي والطيب عبد الغفور عبد الوهاب.

( )

الطعن رقم 1024 لسنة 2024 أحوال شخصية

(1-4) حضـانة "ماهية الحضـانة: شـروطها: سـلطة القاضـي التقديرية فيها" "حق الحضـانة". حكم "عيوب التدليل: الخطأ في فهم الواقع وتقدير الأدلة".

(1) الحضانة. ما هيتها. هي فرض كفاية. الأصل. حق للأم متى كانت أهلاً لها. تقدم النساء فيها عن الرجال إلى أن يثبت عدم صلاحهن. ويثبت حق حضانة الطفل للأم ثم للمحارم من النساء مقدمًا فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين باستثناء الأب. للحاضن شروط. ما هيتها. من لا يؤتمن على نفسه في الشرف والعرض لا يؤتمن على غيره من باب أولى. حماية مصلحة المحضون. من سلطة القاضي التقديرية. علة ذلك. تعارضها مع حالات الضرورة في التشريع الإسلامي ومنها حق الولاية في غير ما يتعلق بخدمة المحضون. الأمر للولي. علة ذلك. عدم وقوع التنازع. انتهاء صلاحية النساء للحضانة ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة والأنثى ثلاث عشرة سنة ما لم ترَ المحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون.

(2) الحضانة. تتعلق بحقوق ثلاثة. حق الأب وحق الحاضنة وحق المحضون. حق المحضون أولى في الرعاية. علة ذلك. الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجوداً وعدماً.

(3) تقدير مصلحة المحضون. واقع تختص بتقديره محكمة الموضوع دون معقب. شرطه.

(4) إهدار الحكم المطعون فيه الأدلة المؤكدة على عدم قدرة المطعون ضدها - الجدة لأم – على تربية المحضونة وصيانتها ورعايتها لتقدمها في السن واعتلال صحتها وكون الأب هو الأولى بالحضانة مع وجود الصالحات من النساء عنده لرعاية البنت وعدم مراعاة قواعد الحضانة وشروطها وإسباغها على الواقع المعروض في الدعوى وانتهائه إلى رفض دعوى الأب. خطأ في فهم الواقع وتقدير الأدلة وتقدير مصلحة المحضون جره لمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون يوجب النقض.

(5) نقض " آثر نقض الحكم في مسائل الأحوال الشخصية ".

نقض الحكم كله أو بعضه في مسائل الأحوال الشخصية. أثره. تصدي المحكمة لموضوع الدعوى. أساس ذلك؟

(الطعن رقم 1024 لسنة 2024 أحوال شخصية، جلسة 2024/11/11)

1- المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون على السواء أن مفهوم الحضانة هي حفظ الطفل وتربيته ورعايته مما قد يؤذيه ويضره والقيام بتربيته على ما أمر الخالق سبحانه وتعالى لأنه خلق ضعيفا يفتقر لمن يربيه حتى يقوم بنفسه وهي فرض كفاية إن قام بها أحد سقطت عن الباقين، وقد جاءت في هذا الباب آيات كثيرة منها قوله سبحانه وتعالى عز من قائل في محكم التنزيل (وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۚ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ)، وقوله سبحانه وتعالى عز من قائل جل وعلا: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) صدق الله العظيم، وجاء في السنة النبوية الشريفة فيما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن امرأة قالت يا رسول إن إبني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"، فالطفل يحتاج إلى رعاية خاصة من الأبوين نظراً لدورهما الفعال في تكوين شخصيته، فغياب أحدهما يؤثر لا محالة سلباً على استقرار وحسن تربيته خاصة عند وفاة أحدهما أو انحلال ميثاق الزوجية لأي سبب من الأسباب التي يترتب عليها ضرورة الحرص على توفير الرعاية اللازمة والملائمة من أجل نشأة هذا الطفل وذلك من خلال وجود إطار تشريعي ينظم حقوق المحضون، والحضانة هي حق للأم أولاً فهي أولى بولدها من غيرها متى كانت أهلاً للحضانة، وقد روي أن أمير المؤمنين الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم عاصم وأراد أن يأخذ ولده منها، فأبت عليه ذلك، وتخاصما إلى الخليفة الراشد أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهو خليفة المسلمين وقاضيهم يومئذ، فقال أبو بكر رضي الله عنه له: (خل بينه وبينها، ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك). وفي هذا الصدد يقول القاضي أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي يرحمه الله في التحفة (وصرفها إلى النساء أليق... لأنهن في الأمور أشفق)، وقد نص الفقهاء على إسناد الحضانة للأم، وجعل الولاية بشقيها على النفس والمال للأب أو الجد الصحيح من بعده لأنه عصبة، وهو التوجه الذي سار عليه الشيخ خليل في متنه ، وقد أسندت حماية مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي لكون الحضانة مهمة خطيرة لأنها تتضمن مسؤولية حفظ إنسان ضعيف في طور التكوين والنشأة وهو بأشد الحاجة للرعاية والعناية لذلك اشترط في الحاضن شروط معينة يجب توفرها كي يستحق صاحبها حضانة الطفل وثبوت هذه الحضانة له. والحضانة حق يقدم فيه النساء أولاً كما يثبت للرجال في بعض الأحيان حال

عدم صلاح الحاضنة من النساء، ويشترط في الحاضن عموما أن يكون راشدا أي بالغا سن الرشد القانونية مع الاستقامة والأمانة، والاستقامة في اللغة تفيد الاعتدال في السلوك وتفيد الأمانة الثقة والصدق وهما خصلتان تترجمان بجانب من الأخلاق الفاضلة داخل المجتمع، فالأمانة لا تتحقق إلا بالاستقامة فمتى كان الشخص مستقيما يمكن أن يكون أمينا والمستقيم هو من اعتدل في سلوكه، فيجب أن يكون الحاضن أميناً على المحضون في نفسه وفي عقله وفي ماله وعرضه ودينه، فإن كان مستهتراً لا يؤتمن على الطفل فإنه لا يكون أهلا للحضانة، مع وجوب المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل المسلم الموجود تحت الحضانة. فيجب على الحاضن أن يوفر له بيئة تساعده على ترسيخ الهوية الإسلامية، وهذه الشروط التي ذكرها الفقهاء وأكدها المشرع تضع عبئاً كبيرا على عاتق القضاء للتيقن من المعوقات التي تجعل الحاضن غير صالح لتحمل مسؤولية الحضانة وأمانته والقدرة على تربية المحضون وصيانته. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء يتحمل مسؤولية كبرى في التأكد من ذلك والتحقق من توافر الشروط المذكورة أعلاه في طالبة الحضانة وذلك عبر القيام بمجموعة من التحريات التي من شأنها الاطمئنان على مصلحة المحضون وسلامته وقد جرى على ذلك قضاء المحكمة العليا باعتبار أن "مصلحة المحضون" المرشد الواجب الارتكان له، إذ كلما كانت المصلحة حاضرة كانت الحضانة قائمة وكلما انتفت المصلحة، سقطت الحضانة، والأصل إبقاء الطفل مع أمه أقصى مدة ممكنة ، لكون الأم لا أحد يعوض عن حنانها، وغريزة الأمومة أقوى من أي عطف يمكن أن تقدمه حاضنه أخرى ، فالقاعدة هنا ثابته وجامدة ، لكنها تكسر إذا تعلق الأمر بمصلحة الصغير المحضون، ومن ثم فإن للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال، وعليه أن يضع نصب عينيه مصلحة المحضون ، وخاصة إذا كان هناك تدخل في حالات الضرورة بناء على القواعد الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال" و"العادة محكمة"، وذلك أن من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء إن الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة إذ إن الإنسان في طفولته بحاجة ماسة إلى من يعتني به ويعده للحياة ، والحضانة يجب ألا تتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس. وجاء النص في باب الحضانة على أنها القيام بما تقتضيه العناية بكل ما له علاقة بشخص المحضون ـ مما يندرج تحت الولاية على النفس ـ واجب على أب المحضون، ثم على غيره من الأولياء على النفس كالجد الصحيح والد الوالد، ولو كان لدى حاضنته، بحيث لا يتعارض حق الحضانة مع حق الولاية، قياما بالرعاية التي أشار إليها الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم بقوله: (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها). وإذا اختلفت الحاضنة وولي المحضون، في غير ما يتعلق بخدمته، فالأمر للولي كما توجيهه إلى حرفة أو نوع معين من التعليم، أو إبعاده عن رفاق السوء ومواطن الفساد لئلا يقع التنازع بين الحاضن وبين الولي على النفس، حين يمارس كل منهما الواجب الذي يمليه حق المحضون، وهو لا يزال في سن الحضانة، ويشترط في الحاضن: 1 ـ العقل. 2- البلوغ

راشدًا. 3- الأمانة. 4- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته. 5 - السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة. 6 - ألا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض. وإذا كان رجلا يشترط أن يكون عنده من يصلح من النساء للإشراف على تربية المحضون، ويثبت حق حضانة الطفل للأم ثم للمحارم من النساء مقدمًا فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين (وذلك باستثناء الأب) على الترتيب التالي، على أن يراعي القاضي عند البت في ذلك مصلحة المحضون: أ - الأم. ب- الأب. ج- أم الأم وإن علت. د -أم الأب وإن علت. ه- الأخوات بتقديم الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب. و- بنت الأخت الشقيقة. ز- بنت الأخت لأم. ح- الخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات. ط- بنت الأخت لأب. ي- بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات. ك- العمات بالترتيب المذكور. ل- خالات الأم بالترتيب المذكور. م- خالات الأب بالترتيب المذكور. ن- عمات الأم بالترتيب المذكور. س- عمات الأب بالترتيب المذكور. وإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة. فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الأخوال بتقديم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم، وإذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال انتقل الحق إلى من يليه ويبلغه القاضي بذلك فإن رفض أو لم يبد رأيه خلال خمسة عشر يومًا انتقل الحق إلى من يليه أيضًا، وفي جميع الأحوال لا يستحق الحضانة عند اختلاف الجنس من ليس من محارم الطفل ذكراً كان أو أنثى. ولكل من الأم والأب طلب ضم الأولاد له إذا كان بينهما نزاع وخرجت الأم من مسكن الزوجية ولو كانت الزوجية قائمة بينهما ، ويفصل القاضي في الطلب اعتباراً بمصلحة الأولاد، مع سقوط الحق في الحضانة حال عجز الحاضن البدني، وإذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة وكانوا في درجة واحدة اختار القاضي الأصلح للولد ، وتنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة والأنثى ثلاث عشرة سنة، ما لم ترَ المحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى ، وتستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتوهًا أو مريضًا مرضًا مقعدًا، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك.

2- المقرر شرعا وقانونا على السواء أن الحضانة وإن كانت تتعلق بها الحقوق الثلاثة (1) حق الأب (2) حق الحاضنة (3) وحق المحضون إلا أن حق المحضون أولى في المراعاة وإذا ظهر أن مصلحة المحضون في البقاء عند والده أو غيره فإن الحضانة تعطى له لكون الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجودا وعدما، ولأن الشريعة الإسلامية الغراء تنظر إلى أن حماية حق المحضون أولى في الاعتبار من حق الحاضنين.

3- المقرر أن تقدير مصلحة المحضون تعتبر من الأمور الواقعية التي تختص بتقديرها محكمة الموضوع دون رقيب عليها في ذلك متى كان حكمها مبنيا على أسباب سائغة ومعقولة وكافية لحمله وغير مهدرة للدليل المقدم في الدعوى.

4- لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يأخذ في الاعتبار جميع ذلك وأهدر الأدلة المؤكدة على عدم قدرة المطعون ضدها للحضانة وعلى تربية المحضونة وصيانتها ورعايتها بما في ذلك ما أثبته المستأنف بالأدلة والقرائن أنها غير قادرة على القيام بحق الحضانة، وثبوت عدم أهليتها وعدم قدرتها على أعمال الحضانة لطفلة صغيرة وهي في هذا السن المتقدم، ومن كون الطاعن الأب الوالد وهو أولى بالحضانة بعد الأم التي وافتها المنية، ووجود الصالحات من النساء عنده لرعاية الصغار من الأولاد، ولم يقدر الحكم المطعون فيه أن بقاء البنت ..... في حضانة المطعون ضدها مع ثبوت تقدم السن الذي قارب الثمانين عاماً واعتلال الصحة وعدم أهليتها للحضانة خلاف مصلحتها وسلامتها وهو ما يؤدي إلى التأثير على مسار حياتها الطبيعي لاسيما وأن الأب الولي هو الأولى بالحضانة بعد الأم وهو قائم بأمرها والإنفاق عليها مع مصلحة البنت في الحياة بين والدها وعصبتها وقرابتها المباشرة وإخوانها ..... و..... مع قرب انتهاء حضانة النساء، وإذ لم يفطن الحكم المستأنف إلى ذلك فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع وتقدير الأدلة والمصلحة مع القصور المبطل في التسبيب مما جره لمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون مما ترى معه هذه المحكمة أن لا مناص من نقضه وانتقال الحضانة شرعا وقانونا للأب الولي.

5- المقرر بنص المادة الثالثة عشرة من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005 أنه إذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وجب عليها أن تتصدى للموضوع.

المحكمة

حيث إن الوقائع تتلخص وبالقدر اللازم من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق الأخرى في أن الطاعن الولي الأب أقام الدعوى الابتدائية الأصلية على المطعون ضدها الجدة (أم الأم) ..... وطلب الحكم له بإثبات حضانته للبنت ..... وتسلمها من جدتها التي استحوذت عليها أثناء زيارتها لها بعد وفاة ابنتها زوجة الطاعن وأم البنت ورفضت ردها للمدعي الولد وذلك لكي تعيش مع عصبتها وإخوانها، كما أن المطعون ضدها الجدة (أم الأم) ..... أقامت الدعوى المتقابلة على الطاعن الولي الأب وطلبت الحكم لها بإثبات حضانتها للبنت ..... مع النفقات.

وبجلسة 2024/7/9 قضت محكمة أول درجة برفض دعوى الأب وحكمت للجدة أم الأم المطعون ضدها بحضانة البنت بنت ابنتها المتوفاة ..... استأنف الطرفان هذا الحكم.

وبجلسة 2024/9/4 قضت محكمة الاستئناف برفض الاستئنافين وبتأييد الحكم المستأنف والقضاء مجدداً بإثبات الحضانة للجدة (أم الأم) المطعون ضدها.

طعن الطاعن في هذا الحكم بالنقض بالطعن الماثل؛ وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة قررت بأنه جدير بالنظر؛ وتم حجز الطعن للحكم فيه بجلسة يومه.

وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون وذلك بقضائه للمطعون ضدها بحق الحضانة مع ثبوت عدم أهليتها وعدم قدرتها على أعمال الحضانة لطفلة في هذا السن لتقدم سنها، ومن كون الطالب الأب وهو أولى بالحضانة بعد الأم التي وافتها المنية وهو ما أهدره الحكم المطعون فيه مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي سديد وذلك أن من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون على السواء أن مفهوم الحضانة هي حفظ الطفل وتربيته ورعايته مما قد يؤذيه ويضره والقيام بتربيته على ما أمر الخالق سبحانه وتعالى لأنه خلق ضعيفا يفتقر لمن يربيه حتى يقوم بنفسه وهي فرض كفاية إن قام بها أحد سقطت عن الباقين، وقد جاءت في هذا الباب آيات كثيرة منها قوله سبحانه وتعالى عز من قائل في محكم التنزيل (وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۚ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ)، وقوله سبحانه وتعالى عز من قائل جل وعلا: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ) صدق الله العظيم، وجاء في السنة النبوية الشريفة فيما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أن امرأة قالت يا رسول إن إبني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم "أنت أحق به ما لم تنكحي"، فالطفل يحتاج إلى رعاية خاصة من الأبوين نظراً لدورهما الفعال

في تكوين شخصيته، فغياب أحدهما يؤثر لا محالة سلباً على استقرار وحسن تربيته خاصة عند وفاة أحدهما أو انحلال ميثاق الزوجية لأي سبب من الأسباب التي يترتب عليها ضرورة الحرص على توفير الرعاية اللازمة والملائمة من أجل نشأة هذا الطفل وذلك من خلال وجود إطار تشريعي ينظم حقوق المحضون، والحضانة هي حق للأم أولاً فهي أولى بولدها من غيرها متى كانت أهلاً للحضانة، وقد روي أن أمير المؤمنين الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم عاصم وأراد أن يأخذ ولده منها، فأبت عليه ذلك، وتخاصما إلى الخليفة الراشد أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهو خليفة المسلمين وقاضيهم يومئذ، فقال أبو بكر رضي الله عنه له: (خل بينه وبينها، ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك). وفي هذا الصدد يقول القاضي أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي يرحمه الله في التحفة (وصرفها إلى النساء أليق... لأنهن في الأمور أشفق)، وقد نص الفقهاء على إسناد الحضانة للأم، وجعل الولاية بشقيها على النفس والمال للأب أو الجد الصحيح من بعده لأنه عصبة، وهو التوجه الذي سار عليه الشيخ خليل في متنه ، وقد أسندت حماية مصلحة المحضون للسلطة التقديرية للقاضي لكون الحضانة مهمة خطيرة لأنها تتضمن مسؤولية حفظ إنسان ضعيف في طور التكوين والنشأة وهو بأشد الحاجة للرعاية والعناية لذلك اشترط في الحاضن شروط معينة يجب توفرها كي يستحق صاحبها حضانة الطفل وثبوت هذه الحضانة له. والحضانة حق يقدم فيه النساء أولاً كما يثبت للرجال في بعض الأحيان حال عدم صلاح الحاضنة من النساء، ويشترط في الحاضن عموما أن يكون راشدا أي بالغا سن الرشد القانونية مع الاستقامة والأمانة، والاستقامة في اللغة تفيد الاعتدال في السلوك وتفيد الأمانة الثقة والصدق وهما خصلتان تترجمان بجانب من الأخلاق الفاضلة داخل المجتمع، فالأمانة لا تتحقق إلا بالاستقامة فمتى كان الشخص مستقيما يمكن أن يكون أمينا والمستقيم هو من اعتدل في سلوكه، فيجب أن يكون الحاضن أميناً على المحضون في نفسه وفي عقله وفي ماله وعرضه ودينه، فإن كان مستهتراً لا يؤتمن على الطفل فإنه لا يكون أهلا للحضانة، مع وجوب المحافظة على الهوية الإسلامية للطفل المسلم الموجود تحت الحضانة. فيجب على الحاضن أن يوفر له بيئة تساعده على ترسيخ الهوية الإسلامية، وهذه الشروط التي ذكرها الفقهاء وأكدها المشرع تضع عبئاً كبيرا على عاتق القضاء للتيقن من المعوقات التي تجعل الحاضن غير صالح لتحمل مسؤولية الحضانة وأمانته والقدرة على تربية المحضون وصيانته. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء يتحمل مسؤولية كبرى في التأكد

من ذلك والتحقق من توافر الشروط المذكورة أعلاه في طالبة الحضانة وذلك عبر القيام بمجموعة من التحريات التي من شأنها الاطمئنان على مصلحة المحضون وسلامته وقد جرى على ذلك قضاء المحكمة العليا باعتبار أن "مصلحة المحضون" المرشد الواجب الارتكان له، إذ كلما كانت المصلحة حاضرة كانت الحضانة قائمة وكلما انتفت المصلحة، سقطت الحضانة، والأصل إبقاء الطفل مع أمه أقصى مدة ممكنة ، لكون الأم لا أحد يعوض عن حنانها، وغريزة الأمومة أقوى من أي عطف يمكن أن تقدمه حاضنه أخرى ، فالقاعدة هنا ثابته وجامدة ، لكنها تكسر إذا تعلق الأمر بمصلحة الصغير المحضون، ومن ثم فإن للقاضي سلطة تقديرية في هذا المجال، وعليه أن يضع نصب عينيه مصلحة المحضون ، وخاصة إذا كان هناك تدخل في حالات الضرورة بناء على القواعد الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال" و"العادة محكمة"، وذلك أن من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء إن الحضانة مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة إذ إن الإنسان في طفولته بحاجة ماسة إلى من يعتني به ويعده للحياة ، والحضانة يجب ألا تتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس. وجاء النص في باب الحضانة على أنها القيام بما تقتضيه العناية بكل ما له علاقة بشخص المحضون - مما يندرج تحت الولاية على النفس - واجب على أب المحضون، ثم على غيره من الأولياء على النفس كالجد الصحيح والد الوالد، ولو كان لدى حاضنته، بحيث لا يتعارض حق الحضانة مع حق الولاية، قياما بالرعاية التي أشار إليها الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم بقوله: (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها). وإذا اختلفت الحاضنة وولي المحضون، في غير ما يتعلق بخدمته، فالأمر للولي كما توجيهه إلى حرفة أو نوع معين من التعليم، أو إبعاده عن رفاق السوء ومواطن الفساد لئلا يقع التنازع بين الحاضن وبين الولي على النفس، حين يمارس كل منهما الواجب الذي يمليه حق المحضون، وهو لا يزال في سن الحضانة، ويشترط في الحاضن: 1 - العقل. 2- البلوغ راشدًا. 3- الأمانة. 4- القدرة على تربية المحضون وصيانته ورعايته. 5 - السلامة من الأمراض المعدية الخطيرة. 6 - ألا يسبق الحكم عليه بجريمة من الجرائم الواقعة على العرض. وإذا كان رجلا يشترط أن يكون عنده من يصلح من النساء للإشراف على تربية المحضون، ويثبت حق حضانة الطفل للأم ثم للمحارم من النساء مقدمًا فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين (وذلك باستثناء الأب) على الترتيب التالي، على أن يراعي القاضي عند

البت في ذلك مصلحة المحضون: أ - الأم. ب- الأب. ج- أم الأم وإن علت. د -أم الأب وإن علت. ه- الأخوات بتقديم الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب. و- بنت الأخت الشقيقة. ز- بنت الأخت لأم. ح- الخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات. ط- بنت الأخت لأب. ي- بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات. ك- العمات بالترتيب المذكور. ل- خالات الأم بالترتيب المذكور. م- خالات الأب بالترتيب المذكور. ن- عمات الأم بالترتيب المذكور. س- عمات الأب بالترتيب المذكور. وإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة. فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الطفل من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الأخوال بتقديم الخال الشقيق فالخال لأب فالخال لأم، وإذا رفض الحضانة من يستحقها من النساء أو الرجال انتقل الحق إلى من يليه ويبلغه القاضي بذلك فإن رفض أو لم يبد رأيه خلال خمسة عشر يومًا انتقل الحق إلى من يليه أيضًا، وفي جميع الأحوال لا يستحق الحضانة عند اختلاف الجنس من ليس من محارم الطفل ذكراً كان أو أنثى. ولكل من الأم والأب طلب ضم الأولاد له إذا كان بينهما نزاع وخرجت الأم من مسكن الزوجية ولو كانت الزوجية قائمة بينهما ، ويفصل القاضي في الطلب اعتباراً بمصلحة الأولاد، مع سقوط الحق في الحضانة حال عجز الحاضن البدني، وإذا تعدد أصحاب الحق في الحضانة وكانوا في درجة واحدة اختار القاضي الأصلح للولد ، وتنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة والأنثى ثلاث عشرة سنة، ما لم ترَ المحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى ، وتستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتوهًا أو مريضًا مرضًا مقعدًا، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك، كما أن من المقرر شرعا وقانونا على السواء أن الحضانة وإن كانت تتعلق بها الحقوق الثلاثة (1) حق الأب (2) حق الحاضنة (3) وحق المحضون إلا أن حق المحضون أولى في المراعاة وإذا ظهر أن مصلحة المحضون في البقاء عند والده أو غيره فإن الحضانة تعطى له لكون الحضانة تدور مع مصلحة المحضون وجودا وعدما، ولأن الشريعة الإسلامية الغراء تنظر إلى أن حماية حق المحضون أولى في الاعتبار من حق الحاضنين وتقدير مصلحة المحضون تعتبر من الأمور الواقعية التي تختص بتقديرها محكمة الموضوع دون رقيب عليها في ذلك متى كان حكمها مبنيا على أسباب سائغة ومعقولة وكافية لحمله وغير مهدرة

للدليل المقدم في الدعوى... لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يأخذ في الاعتبار جميع ذلك وأهدر الأدلة المؤكدة على عدم قدرة المطعون ضدها للحضانة وعلى تربية المحضونة وصيانتها ورعايتها بما في ذلك ما أثبته المستأنف بالأدلة والقرائن أنها غير قادرة على القيام بحق الحضانة، وثبوت عدم أهليتها وعدم قدرتها على أعمال الحضانة لطفلة صغيرة وهي في هذا السن المتقدم، ومن كون الطاعن الأب الوالد وهو أولى بالحضانة بعد الأم التي وافتها المنية، ووجود الصالحات من النساء عنده لرعاية الصغار من الأولاد، ولم يقدر الحكم المطعون فيه أن بقاء البنت ..... في حضانة المطعون ضدها مع ثبوت تقدم السن الذي قارب الثمانين عاماً واعتلال الصحة وعدم أهليتها للحضانة خلاف مصلحتها وسلامتها وهو ما يؤدي إلى التأثير على مسار حياتها الطبيعي لاسيما وأن الأب الولي هو الأولى بالحضانة بعد الأم وهو قائم بأمرها والإنفاق عليها مع مصلحة البنت في الحياة بين والدها وعصبتها وقرابتها المباشرة وإخوانها ..... و..... مع قرب انتهاء حضانة النساء، وإذ لم يفطن الحكم المستأنف إلى ذلك فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع وتقدير الأدلة والمصلحة مع القصور المبطل في التسبيب مما جره لمخالفة أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون مما ترى معه هذه المحكمة أن لا مناص من نقضه وانتقال الحضانة شرعا وقانونا للأب الولي.

وحيث إن من المقرر بنص المادة الثالثة عشرة من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005 أنه إذا نقضت محكمة النقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه وجب عليها أن تتصدى للموضوع، ونظراً لما تقدم.

حكمت المحكمة- أولاً: بنقض الحكم المطعون فيه مع إلزام المطعون ضـــدها بالمصـــاريف وخمسمئة درهم مقابل أتعاب المحاماة ورد التأمين للطاعن.

ثانياً: وفي موضوع الاستئنافين بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء مجدداً في الدعوى الأصلية بإلزام المدعى عليها ... بتسـليم البنت .... للولي الوالد ....، وفي موضـوع الدعوى المتقابلة برفضها مع إلزام المدعى عليها أصليا بالمصاريف عن الدرجتين.