جلسة الأثنين الموافق 19 من فبراير سنة 2024

برئاسة السيد القاضي / فلاح شايع الهاجري "رئيس الدائرة"

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

( )

الطعن رقم 1318 لسنة 2023 أحوال شخصية

(4-1) حضانة " ماهية الحضانة: شروطها: سلطة القاضي التقديرية فيها " " حق الحضانة ". 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 بقواعد الحضانة وشروطها وإسباغها على الواقع المعروض في الدعوى وإهداره الأدلة المؤكدة على عدم أهلية المطعون ضدها لحضانة الأولاد لزواجها من أجنبي عن الأولاد مطعون في سمعته مع وجود الولي والصالحات من النساء وتمسك الأولاد بوالدهم وكبر البنات. مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون توجب النقض وانتقال الحضانة للأب لاستيفائه الشروط الشرعية والقانونية للحضانة.

(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 1318 لسنة 2023 أحوال شخصية، جلسة 2/19 /2024)

1- المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون على السواء أن مفهوم الحضانة هو 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 سيدنا عبدالله بن عمر بن الخطاب 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 احق 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 الذي يترتب عليه 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 الصديق 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 بالنفس، 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 أشد 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، 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 كبيراً على عاتق السادة القضاة 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 بناءً على القواعد الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال" و"العادة محكمة"، وذلك أن من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء أن 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، قياماً 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 راشداً، 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 رجلاً يشترط أن يكون عنده من يصلح من النساء للإشراف على تربية المحضون، كما أن من المقرر بنص المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية أنه يشترط في الحاضن إذا كانت امرأة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة 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 – الأب، ب- أم الأم وإن علت، ج -أم الأب وإن علت، د- الأخوات بتقديم الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، هـ - بنت الأخت الشقيقة، و- بنت الأخت لأم، ز- الخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات، ح- بنت الأخت لأب، ط- بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات، ي- العمات بالترتيب المذكور، ك- خالات الأم بالترتيب المذكور، ل- خالات الأب بالترتيب المذكور، و- عمات الأم بالترتيب المذكور، ن- 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 بأن الحضانة وإن كانت تتعلق بها الحقوق الثلاثة (١) حق الأب (٢) حق الحاضنة (٣) 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 أن الأم الحاضنة متزوجة من أجنبي مع ثبوت عدم أهليتها وعدم قدرتها على أعمال الحضانة بعد زواجها من أجنبي عن الأولاد ..... و..... و..... ومطعون في سمعته من الولي وقرابته المباشرة، ووجود الصالحات من النساء عند الأب لرعاية الأولاد ..... و..... و.....، وتقرير مركز الدعم الاجتماعي من أن البنت نازلي متواجدة مع والدها والأولاد ..... و..... و..... متمسكون بوالدهم ولم يقدر الحكم المطعون فيه أن الأب هو الأولى بالحضانة بعد الأم وهو قائم بأمرهم وتلبية احتياجاتهم بعد ثبوت عدم قدرة المطعون ضدها على أعمال الحضانة بعد زواجها من أجنبي مع كبر البنات، ومن كون الطاعن الأب الوالد الولي الطبيعي هو أولى بالحضانة بعد الأم التي سقطت حضانتها، وإذ لم يفطن الحكم إلى ذلك فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع وتقدير الأدلة الشرعية وتقدير مصلحة المحضونين 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 شرعاً وقانوناً للأب الوالد الطاعن لاستيفائه الشروط الشرعية والقانونية للحضانة.

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 وقائع الدعوى تتلخص في أن المطعون ضدها رفعت دعواها الأولى ضد الطاعن ملتمسة الحكم لها بزيادة النفقات وتوابعها للأولاد ..... و..... و..... وأجرة الحاضنة وسداد فواتير النت مع أجرة الخادمة ومصاريفها وتعديل مواعيد الرؤية للأب، كما تقدم الطاعن الولي الوالد بدعواه المتقابلة ملتمساً الحكم له بإسقاط حضانة المدعى عليها المطعون ضدها عن الأولاد ..... و..... و..... لكون الأم متزوجة من أجنبي سيئ السمعة

ومحكوم عليه في دعاوى جزائية، مع تمسكه بالمحرر الرسمي الذي يؤكد زواجها وبإحالة الدعوى للتحقيق وسماع الشهود لإثبات ما يدعيه من سوء خلق زوج الأم، وتأكيده بصلاحه لحضانة أولاده ..... و..... و..... ووجود جمع من النساء معه للحضانة إن اقتضى الأمر وهو ما حدا به إلى ولوج باب القضاء بإسقاط حضانة المدعى عليها المطعون ضدها.

وبجلسة 2023/9/21 حكمت المحكمة الابتدائية في الدعويين 1- برفض دعوى الطاعن بإسقاط حضانة المدعى عليها المطعون ضدها، 2- وبزيادة النفقات للأولاد ..... و..... و..... وأجرة الحاضنة مع تعديل مواعيد الرؤية للأب.

طعن الطاعن الولي في هذا الحكم بالاستئناف، وبجلسة 2023/11/28 حكمت محكمة الاستئناف برفض الاستئناف وبتأييد الحكم المستأنف.

طعن الولي الأب في هذا الحكم بالنقض، وإذ عرض الطعن في غرفة المشورة فرأت الهيئة أن الطعن جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره مع إعلان الطرفين لها. وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والقانون وذلك بقضائه للمطعون ضدها الأم بحق الحضانة مع ثبوت عدم أهليتها وعدم قدرتها على أعمال الحضانة بعد زواج المطعون ضدها من أجنبي عن الأولاد ..... و..... و.....، سيئ السمعة ومحكوم عليه في دعاوى جزائية، ومن كون الطالب الأب وهو أولى بالحضانة بعد زواج الطاعنة من أجنبي وتفرغها لزوجها اللاحق ناهيك عن تعلق الأولاد به وما قرره تقرير مركز الدعم الاجتماعي من أن البنت ..... متواجدة مع والدها 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 هو 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 سيدنا عبدالله بن عمر بن الخطاب 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 احق 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 الذي يترتب عليه 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 الصديق 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 بالنفس، 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 أشد 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، 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 كبيراً على عاتق السادة القضاة 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 بناءً على القواعد الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال" و"العادة محكمة"، وذلك أن من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء أن 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، قياماً 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 راشداً، 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 رجلاً يشترط أن يكون عنده من يصلح من النساء للإشراف على تربية المحضون، كما أن من المقرر بنص المادة 144 من قانون الأحوال الشخصية أنه يشترط في الحاضن إذا كانت امرأة أن تكون خالية من زوج أجنبي عن المحضون دخل بها، إلا إذا قدرت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة 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 – الأب، ب- أم الأم وإن علت، ج -أم الأب وإن علت، د- الأخوات بتقديم الشقيقة ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، هـ - بنت الأخت الشقيقة، و- بنت الأخت لأم، ز- الخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات، ح- بنت الأخت لأب، ط- بنات الأخ بالترتيب المتقدم في الأخوات، ي- العمات بالترتيب المذكور، ك- خالات الأم بالترتيب المذكور، ل- خالات الأب بالترتيب المذكور، و- عمات الأم بالترتيب المذكور، ن- 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 بأن الحضانة وإن كانت تتعلق بها الحقوق الثلاثة (١) حق الأب (٢) حق الحاضنة (٣) 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 أن الأم الحاضنة متزوجة من أجنبي مع ثبوت عدم أهليتها وعدم قدرتها على أعمال الحضانة بعد زواجها من أجنبي عن الأولاد ..... و..... و..... ومطعون في سمعته من الولي وقرابته المباشرة، ووجود الصالحات من النساء عند الأب لرعاية الأولاد ..... و..... و.....، وتقرير مركز الدعم الاجتماعي من أن البنت نازلي متواجدة مع والدها والأولاد ..... و..... و..... متمسكون بوالدهم ولم يقدر الحكم المطعون فيه أن الأب هو الأولى بالحضانة بعد الأم وهو قائم بأمرهم وتلبية احتياجاتهم بعد ثبوت عدم قدرة المطعون ضدها على أعمال الحضانة بعد زواجها من أجنبي مع كبر البنات، ومن كون الطاعن الأب الوالد الولي الطبيعي هو أولى بالحضانة بعد الأم التي سقطت حضانتها، وإذ لم يفطن الحكم إلى ذلك فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع وتقدير الأدلة الشرعية وتقدير مصلحة المحضونين 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 شرعاً وقانوناً للأب الوالد الطاعن لاستيفائه الشروط الشرعية والقانونية للحضانة.

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..