حق الحضانة

الأستاذ الدكتور محمد الشحات الجندى
أستاذ الشريعة الإسلامية
بكليه الحقوق – جامعة حلوان
الأمين العام للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية سابقا
وعضو مجمع البحوث الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

حق الحضانة

تمهيد وتعريف:

يثبت هذا الحق فى اطار ما تتطلبه الشريعة من تهيئه الجو النفسى الملائم. والكفالة الطبيعية للطفل، فيجد فيمن يحتضنه الحنان الطبيعى، واليد الحانية والصدر الدافئ فينشأ نشأة سليمة قويمة، اهلا لغرس العادات الطيبة والأخلاق الحسنة ينشد الخير لنفسه ولأسرته ولمجتمعه، فأنك لو استقرأت أحوال الناس وأمعنت فى تصرفاتهم وسلوكهم، فستخلص إلى أن مصدر ذلك فى الاساس هو نشأته فى

طفولته، وطريقة تربيته، وما غرسته فيه من عادات وتقاليد، فإذا أردت أن تتعرف على كيف يوفر الإسلام ذلك للطفل فإن ذلك يقتضينا ان نبحث الحضانة، وما قرره الفقهاء بشأنها.

تعريف الحضانة:

يمكن القول بأن الحضانة: حق مقرر لرعاية الطفل وحسن تنشئته والقيام بخاصة نفسه فى سنى حياته الأولى التى لا غنى له فيها عن غيره، وانما أثبت الإسلام هذا الحق للطفل، لان المرحلة المبكرة من حياته يكون فيها عاجزا عن تدبير شئون نفسه، لا يدرى من أمر حياته شيئا، فإن أهمل الطفل فقد ضاع، وان اعتنى به فقد شب غضا نضرا مقبلا على الحياة.

المبحث الأول

تكيف حق الحضانة[1] ومن له الحق فيه

تكييف حق الحضانة:

ليس ثمة مبالغة إذا قلنا ان الحضانة حق تقرر فى الاصل للطفل، حماية لحقه فى التربية والنشأة الطبية، حتى يقوم بعد ذلك بأعباء الحياة على خير وجه، مبرأ من التعقيدات النفسية التى تصيب الإنسان نتيجة حرمانه من الرعاية والعطف فى فترة حياته الأولى. وليس هذا الحق مقررا له وحده، فإنه يثبت للأم أيضا بمقتضى ما وضعه الله فى قلبها من العطف والمحبة لطلفها، وهذا الشعور فطرت عليه الام لا سبيل الى انتزاعه منها اذ أن، هذا جزء من كيانها، يجرى فى أعماقها مجرى الدم فى العروق.

وقد عبرت عن ذلك احدى نساء العصر الإسلامى بقولها: يا رسول الله ان ابنى هذا كانت بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء، وان أباه طلقنى وأراد أن ينتزعه منى، فقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم-أنت أحق به ما لم تنكحى.رواه أحمد داوود وصححه الحاكم[2]

دل الحديث على أحقية المرأة بطفلها ما لم تتزوج، وهذا الحكم الذى نطق به الحديث تأسس على عدة حيثيات ساقتها المرأة للتعبير عن جدارتها وأولويتها بهذا الحق، فهى بلا شك أقدر على أن تعطيه من نفسها، ومن عاطفتها، ما لايستطيع أن يعوضه عنه انسان آخر كائنا من كان، كما أنها أصبر على أعباء طفولته، وأكثر معرفة بمتطلبات حضانته.

وهذا الحق الثابت أساسا للطفل والأم بمقتضى أمومتها له، يعد من الحقوق التى تتعلق بالنظام العام الإسلامى، والذى لا يجوز اسقاطه أو التنازل عنه، لأن فى الاخلال به ضياع النشء والاضرار به اضراراً بالغاً، لذلك بين الفقه كيفية ممارسة هذا الحق ممن له حق فيه عندما يعرض للأم ما يحول بينها وبين الحضانة التماسا لمصلحة النشء وتتبعها لها. يقول بن القيم فى ذلك[2]: والصحيح أن الحضانة حق لها وعليها اذا احتاج الطفل إليها ولم يوجد غيرها، وان اتفقت هى وولى الطفل على نقلها إليه جاز، والمقصود فى قوله – صلى الله عليه وسلم – أنت أحق به دليل على أن الحضانة حق لها. وأنت ترى من ذلك أن موطن الاهتمام بهذا الحق، ينبع من كونه يعبر عن مصلحة الطفل والحاضنة والمجتمع.

صاحب الحق فى الحضانه:

يثبت الحق فى الحضانة للأم فى المرتبة الأولى، وهذا مما لا خلاف عليه فى حكم العقل والشرع، ألا ترى أن ذلك مما هو معلوم ببدائه العقول لا يحتاج إلى اقامة الأدلة عليه، كما انه مما قضى به الشرع فى الحديث الشريف وفيما روى عن أبى بكر لما اختصم إليه عمر مع زوجته من الانصار التى طلقها، وعاصم ابنه فى حجرها، وأراد انتزعه منها، فقال له الصديق مسها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه" وان فى حرص الام على حضانة طلفها وتلهفها عليه ما هو مشاهد وظاهر، وقد أشار القرآن الكريم إلى المعنى فى قصة أم موس: "فرددناه إلى أمة كى تقر عينها ولا تحزن ولتعلم أن وعد الله حق ولكن أكثرهم لا يعلمون" القصص: ١٣ . ودلالة ذلك على مقصودنا أن الأم هى أحق بحضانة الطفل من أبيه وبإقرار هذا الحق لها ترجح جانب النساء فيه اعتمادا على الأصل وهى الأم.

ومع ذلك فإن مواجهة كل الظروف ومعالجة كافة المشكلات الناشئة من الحضانة، يقتضى أن يتوسع فى تقرير هذا الحق لمن هو أهل للقيام به لذلك قرر الفقه ثبوت هذا الحق لثلاث فئات وهذه الفئات الثلاثة ترتبط بصلة القرابة النسبية للطفل.

الفئة الأولى: النساء الذين تربطهم بالمحضون قرابة محرمية وهن الأم، أم الأم وان علت وأم الأب علت، الاخوات الشقيقات والأخوات الأم والأخوات لأب، بنت الأخت الشقيقة، بنت الأخت الأم، الخالات الشقيقات، الخالات لام، الخالات لأب، بنت الأخت لأب، بنات الأخ الشقيق، بنات الأخ لأم، بنات الأخ لأب، العمات الأشقاء، العمات لأم، العمات لأب خالات الأم الأشقاء، فالأم فلأب، خالات لأب الأشقاء، فالأم، فالأب، عمات الأم الأشقاء، فالأم، فالأب، عمات الأب الأشقاء، فالأم فالأب، هذا الترتيب أخذ به القانون المصرى 25/

(1) لا يظن أن كلمة تكييف كلمة غربية عن الفكر الإسلامى؛ وانها ترجمة لمصطلح أجنبى، فإن الأصل الذى أشتقت منه الكلمة قد استخدمه علماء الإسلام. انظر على سبيل المثال: ما ورد فى صحيح البخارى، باب الخلع وكيف الطلاق فيه نجد أنها أصل كلمة تكييف المأخوذة منها، وتعنى الوصف الشرعى لأمر من الأمور.
(2) زاد المعاد جـ4، ص129.

1929 ومن ملاحظة ما ورد بالترتيب المذكور نجد أن القانون قد قدم القرابة من جهة الأم على القرابة من جهة الأب، مع مراعاة القرابة من الجهتين.

الفئة الثانية : عصبة المحضون من الرجال على الترتيب فى الميراث : وهم الأب، أب الأب وأن علا، الأخ الشقيق، الأخ الأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، عم لأب الشقيق، عم الأب لأب .

ويلاحظ أن الحضانة بالنسبة لعصبة المحضون غير المحارم، كأبناء الأعمام لا تثبت لهم إذا كان المحضون أنثى، لانه ليس هناك علاقة محرمية بينهما إذ لكل منهما أن يتزوج بالآخر.

الفئة الثالثة: محارم المحضون غير العصبة من الرجال وهو ما يطلق عليهم ذوى الارحام، وهم الجد أبو الأم، الأخ لأم، ابن الأخ لأم، العم لأم الخال الشقيق، الخال لأب، الخال لأم.

والقاعدة بشأن استحقاق هؤلاء للحضانه، أن يتولى الحضانة وفقا للترتيب الوارد فى كل فئة من هذه الفئات، ان تقدم الفئه الأولى على الثانية والثانية على الثالثة. ويجب عدم العدول عن ذلك، الا اذا لم يوجد صاحب الحق فى الحضانة أووجد ولكن لم يستكمل شروط الحضانة.

واذا وجد أكثر من مستحق للحضانة فى فئة واحدة، يقدم أقربهم درجة فإذا تساووا فى درجة القرابة يقدم أنفعهم للصغير وأعرفهم بمصلحته، فإن تساووا، قدم الأكبر سنا فان تساووا، فإن للقاضى سلطة اختيار من يشاء منهم.

ونرى أن القاضى يجب أن يكون له سلطة تقديرية بحيث لا يتجاوز الترتيب كثيرا، وفق حالة المحضون والحاضنة، حسب الاعتبارات والملابسات التى تعرض أمامه، والتى يكون هدفه من ذلك تحقيق مصلحة المحضون، وهو ما يجب أن يراعى فى المقام الأول.

المبحث الثانى

شروط الحضانة

يشترط لاستحقاق الحضانة أن تتوفر شروط معينة، القصد من هذه الشروط التأكد من قدرة الحاضن على القيام بمتطلبات الحضانة، ذلك بأن يكون الحاضن على صفات معينة تؤهله لتحمل أعباء الحضانة ومن ناحية أخرى فإن بعض الشروط قصد منها أن توفر عناصر الاستقرار وتهيئ الجو الملائم لنشأة الطفل، أو عدم انصاف الحاضن بصفة معينة تؤثر على علاقته بالمحضون، وها هى الشروط.

1.أن يكون الحاضن كامل الأهلية وذلك يكون بالغا عاقلا، وهذا شرط منطقى، اذ كيف يولى الحضانة من لم يبلغ بعد، فان مثله يحتاج إلى أن يكون فى رعاية غيره، وما ذلك الا لأنه غير أهل للقيام على شئون نفسه، فبالأولى لا يكون قادرا على تولى شئون غيره.

كذلك الشأن بالنسبة لغير العاقل، اذ أن مثله غير مأمون على نفسه، فمن الممكن ايذاء نفسه والاضرار بها، وقل مثل هذا أو اكثر بالنسبة لحضانته، لذلك كان يجب تنحيته من القيام بالحضانة.

2.أن يكون الحاضن أهلا لتحمل أعباء الحضانة، كفؤا لأداء متطلباتها وقد يكون الحاضن غير قادر على القيام بهذه الأعباء، بسبب لابد له فيه مثل الحاضن الذى الم به المرض أو بلغ من الكبر عتيا، وقد يكون ذلك بسبب يرجع إليه، كان يكون الحاضن من العاملين بالوظائف، أو يكون من الذين يقضون الوقت الطويل خارج المنزل مما يخل اخلالا جسيما بمهمة الحضانة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن دور الحضانة التى لجأ إليها الكثير من الحاضنات ممن يعملون بالدولة، وان كانت توفر أسباب الحياه المادية فإنها تعجز عن توفير العاطفة الجياشة والرحمة المستكنة فى أعماق كل أم على طفلها، ذلك لا يمكن أن نعرضه أى معاملة حسنة أو وسائل الترفيه المختلفة بل يمكن القول بأن هذا لا تعوض العاطفة الطبيعية من قبل الحاضن أيا كان، فان من يعطى يدافع من نفسه خير ممن يعطى بدافع من وظيفته.

3.أن يكون الحاضن أمينا على المحضون، يتأتى ذلك بأن يكون واقفا عند حدود الله، والا يكون من المجاهرين بالمعصية، فان مثله غير واقف عند حدود الله، والا يكون من المجاهرين بالمعصية، فان مثله غير مأمون على تربية الطفل وارشاده إلى الخلق الكريم، بل سيوجه نظره صوب الأفعال السيئة التى يرتكبها، وهذا سيأتى بنتيجة عكسية على أخلاق الطفل ويتعارض مع أغراض الحضانة.

4.ألا يكون الحاضن متزوجا بأجنبى عن المحضون، فإذا كان غير متزوج أو متزوجا بذى رحم محرم للمحضونة كعمه، فانه يصح أن يتولى الحضانة أو انما اشترط ذلك لان الأجنبى يكون غالبا غير مشفق على المحضون[1]. وهذا لا يمنع أن يكون الأجنبى ممن يعطفون على المحضون، وعلى أية حال، فإن زواج الحاضن يسقط حق الحاضنة، قال ابن المنذر[2]. أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل

(1) نص القانون على انه: اذا تزوجت الحاضنة أما كانت أو غيرها يزوج غير محرم للصغير سقط حقها فى الحضانة سواء أدخل بها الزوج أم لا ومتى سقط حقها النقل إلى من يليها فى الاستحقاق من الحاضنات.
(2) سبل السلام جـ3، ص 300.

العلم، ويتصل بهذا أن تكون متزوجة بمن يبغض المحضون أيا كان، فقد يكون الزوج من أقاربه الذين يبغضونه. ومن هنا فان القاضى أن يستخدم سلطته فى سلب الحضانة، حتى لو كان الزوج من المحارم، لأن هذا الحق مقرر لمصلحة الطفل بالدرجة الأولى، وكل ما يخل بذلك، يجب رفعه وازالته، وتبرز هذا أهمية السلطة التقديرية للقاضى لرعاية مصلحة المحضون فى مثل هذه الأحوال، ولا يتعارض ذلك مع قواعد الشريعة، لأنه يستخدمها فى ازالة الضرر.

هذه هى الشروط العامة التى يجب توافرها فى الحاضن امرأة كانت أم رجلا، وبجانب هذه الشروط هناك شروط خاصة تتعلق بالمرأة والرجل.

الشروط الخاصة: هما شرطان: أحدهما خاص بالمرأة ، والثانى خاص بالرجل.

1.ألا تكون المرأة الحاضنه مرتدة، لأن المرتدة تستحق العقوبة وجزاؤها الحبس حتى تثوب إلى رشدها وتعود إلى الإسلام ، والحضانة ثقة بها، وتكريم لها، ولا تستحق المرتدة أى ثقة أو تكريم، ومثلها لا يعتمد عليه فى التحمل بالأحكام الشرعية، وتربية النشء على المبادئ والخلق غير انه لا يشترط أن تكون متحدة فى الدين مع المحضون، فاليهودية والنصرانية، أهل لتولى الحضانة لأن مبعث الحضانة هو الشفقة والحنان وهو متوافر فى الأم الكتابية، لأن مشاعر الأمومة موجودة لدى كل أم وبالتالى فان عاطفة الحنان والشفقة وتحقيق مصلحة المحضون، أمر لا يخشى منها، وكل ما يمكن أن يتحفظ بشأنه هو الخشية من أن تلقته مبادئ دينها، وأن تعوده طقوسه وشعائره، وهو ما ينبغى ملاحظته، فاذا ثبت أنها تحاول معه ذلك ينبغى أن تسلب الحضانة منها، لأنها اساءت استخدام حقها فى الحضانة، واستغلته فى تحقيق أغراض غير مشروعة وهى فتنته فى دينه والسعى نحو خلع ربقه الإسلام من عنقه.

2.أن يكون الرجل الحاضن متحدا فى الدين مع المحضون، لأن ثبوت الحق فى الحضانة بالنسبة للعصبة من الرجال، مؤسس على الحق فى الميراث، ولا توارث مع اختلاف الدين، وما ينطبق على الأصل ينطبق على الفرع، وعليه فانه لا حضانة بين الحاضن الرجل وبين من هو على غير دينه، أيضا فإن عنصر الحنان والمودة التى توجد فى المرأة غالبا قد لا تتوافر فى الرجل.

وإذا سلبت الحضانة ممن فقد أحد شروطهما انتقلت الحضانة إلى من يليه، فإن لم يوجد من هو أهل للحضانة، فلولى المحضون أخذه، متى زال المانع فعندئذ يعود حق الحضانة التى سقط حقها نتيجة فقدان شرط من الشروط.

المبحث الثالث

مقابل الحضانة

عبارة عن بدل نقدى أو العينى يقدم للحاضنة[1]. نظير قيامها بأعمال الحضانة. وهذا المقابل لا يعتبر أجرة بمفهومها الدقيق، لأنه يجب مؤونه ونفقة عن أعباء الحضانة لذلك فإن هناك علاقة وثيقة بين وجوب مقابل الحضانة، ووجوب النفقة، فان كلا منهما يحجب الآخر، فإذا أوجب أحدهما لم يجب الآخر غالبا ولنوضح هذه الحقيقة نعرض أمامك هذه الفروض:

1.أذا كانت الحاضنة الأم، وكانت زوجتها قائمة، بالفعل باستمرار المعاشرة الزوجية، أو حكما بان كانت فى العدة من طلاق رجعى فانها لا تستحق مقابلا عن الحضانة، وعلة ذلك أن نفقتها واجبة على زوجها قبل الطلاق أو بعده فى العدة، وبمقتضى الأصل الذى قررناه، وهو أن النفقة لا تجتمع غالبا مع مقابل الحضانة فإن المقابل لا يجب هنا نظرا لوجوب النفقة للأم على الأب.

ويتصل بذلك ما اذا كان طلاق الام بائنا، أثناء سريان العدة، فان الرأى الراجح هو عدم وجوب مقابل الحضانة، لأن الأم الحاضنة تستحق نفقة عن العدة فلا يجتمع المقابل والنفقة حتى لا ترهق الأب.

وتنطبق هذه الأحكام الخاصة بعدم وجوب مقابل الحضانة أثناء فترة العدة ومن ثم فان العدة متى انتهت فان الأم تستحق مقابل الحضانة، لأن النفقة لا تجب بعد العدة على الأب، لأن الام صارت أجنبية عنه، ومتى سقطت النفقة وجبت العدة جريا على الأصل السابق.

2.اذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنه يجب لها مقابل عن الحضانة اذا لم تكن متبرعة بالحضانة، لأنها تتحمل أعباء الحضانة، وتتفرغ على خدمة وصيانة المحضون فوجب لها المقابل، ولأنها أى الحاضنة لا تحصل على نفقة من الأب، بسبب أنها أجنبية عنه، فاستحقاقها المقابل ليس فيه جمع بين المقابل والنفقة.

3.اذا كانت الحضانة مترددة بين الأم وأمرأة أخرى هى أهل للحضانة بسبب أن الحاضنة غير الأم تتبرع بحقها فى الحضانة، فان أمامنا أصل يجب العمل به دائما والاحتكام إليه، هو أن الأم أحق بالحضانة ولو بمقابل عن غيرها من الحاضنات فى كل الأحوال ما عدا حالتين:

(1) عبرنا هنا بالحاضنة بدلا من الحاضن، لأن طبيعة هذا البحث قائم على أن الحاضن امرأة وهو الشأن الغالب على من يتولى الحضانة، لأنهن يحتلون الفئة الأولى فيمن يجب لهم الحضانة.

أ.أن يجب مقابل الحضانة فى مال المحضون، ففى هذه الحالة يسلم المحضون إلى المتبرعة بدلا عن الام التى تشترط المقابل، لأن مال المحضون الصغير يجب المحافظة عليه، وفى حضانته من قبل غير الأم ما يبقى على أمواله دون تكبده بنفقه أو مقابل.

ب.أن يكون الأب معسرا، يجب عليه مقابل الحضانة فإن المحضون يسلم أيضا إلى الحاضنة المتبرعة غير الأم، لأن فى ابقاء المحضون فى حضانة أمه ما يوجب عليه مقابل الحضانة، وفى اسيتحقاقه بسبب طلب الأم هذا المقابل مع اعساره اضرار به، وقد قال تعالى: " لا تضار ولدة بولدها ولا مولود له بولده" البقرة: ٢٣٣

وفى غير هاتين الحالتين تكون الأم أحق بالحضانة دائما، ومحل هذا القول – كما هو واضح- اذا كانت حضانتها بمقابل، أما لو كانت الأم متبرعة فانها أحق بحضانته فى كل الأحوال، دون استثناءات، لأنه لا محل للمفاضلة عندئذ بين الأم وغيرها من الحاضنات فان جانبها راجح بلا تردد.

واذا أصرت الأم على أن تتقاضى مقابلا لحضانتها، فانها تستحق المقابل اذا كان الأب موسرا وهذا بلا خلاف، لأنه لا يضار من وراء ذلك. فاذا كان معسرا، وظلت على اصرارها، ولم توجد حاضنة أخرى أو لم تتوفر الشروط فى غيرها، فانها تقوم بهذه الحضانة، ويكون المقابل دينا على الأب.

طبيعة مقابل الحضانة:

يستمد هذا المقابل طبيعته من طبيعة الحق فى الحضانة وقد أشرنا إلى أن الحق فى الحضانة لا يجوز اسقاطة أو التنازل عنه، لأنه يتعلق بمصلحة هامة للمحضون وللمجتمع الإسلامى.

ونتيجة لذلك، فإن مقابل الحضانة، يعد من قبيل الديون الصحيحة التى لا تسقط الا بالأداء أو الابراء وهما، خاصتان تنفرد بهما الديون القوية، ولا يتصف بهذه الصفة الا بعض الديون التى تستند على حقوق مميزة.

ونظرا لهذه الطبيعة لمقابل الحضانة، فإنه يجب بمجرد قيام الحاضنة بعملها دون اشتراط أن يحكم به القاضى، لأن المقابل يجب بالعمل فلا يتوقف على شئ آخر.

وهناك بعض الاعتبارات التى تتعلق بمقابل الحضانة فى الحالتين الآتيتين:

1.حالة مصالحة الأم الحاضنة للأب، على أن تتنازل عن الحضانة نظير مقابل يقدمة لها الأب فعندئذ لا تحصل على المقابل ولا تسقط الحضانة وذلك لأن الحضانة من الحقوق التى تتعلق بمصلحة الطفل والشرع فليس فى مكنتها اسقاطه، ولا تستحق المقابل لأنها عمدت إلى اسقاط ما يجب عليها المحافظة عليها، وهو التمسك بحضانة الولد، فوجب ردعها بعدم استحقاقها المقابل وايجاب حضانة الطفل حماية لحقه فى الحياة.

2.حالة الخلع، فإنها لو اتفقت مع الأب على الخلع نظير تنازلها عن حضانة الصغير، جاز الخلع، وسقط المقابل، لأنها تبغى التخلى عن حق مقرر – أناطه الشارع أياها – فتعامل بنقيض مقصودها فى اسقاط المقابل.

ومقابل الحضانة يجب فى مال المحضون، لأن الحضانة تقررت لأجله، فوجب تحمله بمقابلها متى كان يملك مالا، فان لم يكن لديه مال فانها تجب على الاب، وليه، والواجب عليه نفقته عند امتلاكه المال، لأن الأب اذا كان لا يملك المال، تجب نفقته على الأقارب، وكذلك المحضون.

المبحث الرابع

مسكن الحاضنة

أوجب الفقه الإسلامى اعداد مسكن الحاضنة على أب الصغير، حتى يمكن لها أن تعيش فيه مع الصغير، خاصة وانه قد يتعدد الصغار الذين فى حاجة إلى الحاضنة، وهذا الوجوب محله اذا لم يكن للحاضنة مسكنا مملوكا لها أو اذا كانت تعيش مع زوج ذى رحم محرم للصغير اذ انه فى العادة لا يعارض فى إقامة المحضون فى منزله، لأنه يكن له عاطفة المودة بحكم قرابته له.

ومهما كان الأمر، فإن على الأب اذا لم يكن للحاضنة مسكن أن يعد لها مسكنا تحضن الأولاد فيه أو يعطيها أجرة هذا المسكن، هذا هو الحكم العام الذى تدل عليه قواعد الفقه الحنفى.

وما قرره هذا الفقه حول المسكن راجع إلى كونه من مشتملات النفقة والتى تتكون من الطعام والكساء والمسكن والقاعدة عندهم أن نفقة الإنسان تجب على نفسه ان كان له مال، ومعنى ذلك أن الصغير اذا كان له مال، فان أجرة السكن تجب عليه، لأن السكن انما وجب اعداده لاجل حضانته، فان لم يكن له مال، فان أجرة المسكن تجب له على أبيه، فاذا كان الأب لا يملك مالا أو معسرا فان النفقة تجب على القريب الذى امره الشرع بالانفاق عليه. هذا هو مجمل موقف الفقة فى ذلك، لكن بالرجوع إلى ما نص عليه القانون 100/ 1985

نجده قد أتى بأحكام لها دلالتها فى هذا الخصوص اذ نص فى م3: على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فاذ ا لم يفعل ذلك خلال مدة العدة، استمروا فى شغل منزل الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

واذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به اذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها.

ويستفاد من النص الأمور التالية:

1.أن جق الأحتفاظ بالمسكن المستقل المناسب، يثبت للحاضنة سواء كانت أما أو أحد الأقارب الذين لهم حق حضانة الصغير، وسبب ذلك أن مصلحة الصغار فى تهيئة المأوى الملائم وحماية لهم من التشرد والضياع. وهذا يخالف القانون السابق 79/44 الذى كان يقصر هذا الحق على الأم وحدها .

2.ان على الزوج المطلق أن يهيئ المسكن المستقل المناسب لصغاره ولحضانتهم، خلال ستين يوما، هى المدة القانونية للعدة، فاذا لم يوف بالتزامه هذا، كان حق الصغار وحاضنتهم الاستقلال بمسكن الزوجية وحدهم طوال فترة الحضانة.

3.لا يسقط حق الحاضنة فى الاحتفاظ بالمسكن المستقل المناسب لصغاره ولحضانتهم، خلال ستين يوما، هى المدة القانونية للعدة، فاذا لم يوف بالتزامه هذا، كان من حق الصغار وحاضنتهم الاستقلال بمسكن الزوجية وحدهم طوال فترة الحضانة.

4.يسرى جق احتفاظ الحاضنة بمسكن الزوجية على جميع المساكن، بما فى ذلك المسكن الذى استأجره الزوج أو المسكن المملوك له، أو كان مسكنا تابعا لاحدى الجهات التى تتولى اسكان العاملين بها، ويثبت حق الحاضنة فى الاحتفاظ بالمسكن لاحدى الجهات بغض النظر عن استمرار العلاقة بين العامل والجهة أو انقطاعها وبمعنى آخر، فليس من حقه جهة العمل أن تنتزع المسكن من الحاضنة طوال مدة الحضانة.

5.فرق المشرع بين المسكن المؤجر وغير المؤجر، فالبنسبة للمسكن المؤجر فان للحاضنة أن تستقل به مع الصغار، فاذا ما أراد المطلق الاستقلال به، وجب عليه أن يهيئ للحاضنة والصغار مسكنا آخر بالقيود السالفة بأن يكون مستقلا ومناسبا وخلال فترة العدة.

أما اذا كان المسكن غير مؤجر، بأن كان له عليه حق سكنى، أو حق انتفاع، أو كان يقطنه على سبيل التسامح ويتأتى ذلك يكون العقد مبرما باسم ابيه أو أمه أو أخيه، فان للحاضنة والصغار أن تستقل بالاقامة فيه لكن له أن يسترده، وعندئذ عليه أن يهيئ مسكنا مستقلا ومناسبا دون أن يتقيد فى ذلك بمدة العدة كما هو الحال فى المسكن المؤجر.

6.للقاضى أن يعرض على الحاضنة، أن تستقل بمسكن الزوجية أو تحصل على البديل لذلك، وهو تقاضى أجر مناسب لها وللصغار المحضونين وهذا يخالف القانون السابق الذى كان لا يسقط حقها فى الاحتفاظ بمسكن الزوجية، ولو حصلت على بديل ذلك، وهو أجرة المسكن.

وضمانا لتسوية المنازعات المتعلقة بحيازة مسكن الزوجية، فقد ألزم المشرع النيابة اتخاذ الاجراء اللازم لحسم هذه المنازعات إلى حين فصل المحكمة فيها.

ويترتب على انتهاء مدة الحضانة، أن يحصل المطلق على مسكن الزوجية مع أولاده متى كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

ويقينا فان التعديلات التى أتى بها القانون الحالى، انما قصد بها ملاءمة التغيرات الجديدة التى طرأت على الحالة الثقافية والاجتماعية للمرأة وما تسهم به حاليا فى بنيان المجتمعات الحديثة، وهو دور ايجابى شريطة أن يدور فى فلك الاحكام الشرعية.

ملاحظات حول شرعية حق الحاضنة فى المسكن:

بنت المذكرة الإيضاحية السند الشرعى الذى استقت منه هذا النص بقولها: اذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فان المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم، أو ينفرد به المطلق باعتبار انه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد انهم قالوا: ان من لها امساك الولد وليس لها مسكن فان على الاب سكناهما جميعا (الدر المختار فقه حنفى، كتاب الحضانة).

واذا كان ذلك كذلك، فان المطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد لها المطلق مسكنا آخر مناسبا حتى اذا ما أنتهت الحاضنة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذلك المسكن اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وحيث أن هذا هو تبرير المذكرة الايضاحية لاستئثار الام الحاضنة بمسكن الزوجية اعتمادا على ما جاء فى كتاب الدر المختار ونص ما ورد فيه: أن من لها امساك الولد، وليس لها مسكن فان على الأب سكناهما جميعا" فان هذا يقتضينا القاء بعض الضوء على دلالة هذا النص فى نطاق القواعد التى نص عليها الفقه الحنفى حول هذه القضية.

أ.أن مسكن الحضانة واجب للحاضنة التى تتعهد الولد وتربية أيا كانت وما أتى به النص فى هذا الخصوص عام يشمل الأم الحاضنة أو غيرها من الحاضنات، ويستفاد ذلك من قوله: من لها امساك الولد، وهذا ينفق مع ما ورد فى القانون الجديد، لأنه أعطى هذا الحق للأم ولغيرها من الحاضنات.

ب.أن وجوب مسكن الحضانة يكون بالنسبة للحاضنة التى ليس لها مسكن لأنها هى المحتاجة إليه فعلا، أما من تحوز مسكنا يمكنا أن تحضن فيه الأطفال فلا تستحق هذا المسكن، وهذا نص قول صاحب الدر المختار، وليس لها مسكن وهذا يختلف مع ما ورد فى القانون. على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب.. فان الحاضنة تستحق المسكن مع طفلها بعد الطلاق، أو يهيئ لها مسكن آخر وهذا واجب عليه دون نظر لكونها تملك مسكنا آخر أو لا تملك.

جـ.أن وجوب مسكن الحضانة يكون على الأب بمقتضى قول النص الفقهى فان على الأب سكناهما جميعا واذا كان هذا هو النص الفقهى، فإن علينا أن نفهمه فى ضوء القواعد الفقهية والنصوص الشرعية.

وقد أوجبت النصوص والقواعد أن يبدأ الانسان بالنفقة على نفسه ثم على زوجته ثم على عياله، وهذا هو نص حديث روى عن الرسول- صلى الله عليه وسلم- حيث قال يوما لأصحابه: تصدقوا فقال رجال يا رسول الله: عندى دينار قال: انفقه على نفسك، قال أن عندى آخر، قال: أنفقه على زوجك، قال أن عندى آخر، قال: أنفقة على ولدك، قال: ان عندى آخر، قال: انفقه على خادمك، قال عندى آخر، قال: أنت أبصربه[1]. واستنادا إلى هذا النص وغيره من النصوص، قال الفقهاء أن على المرء أن يبدأ بنفقة نفسه، ثم أهله وولده.

واتساقا مع هذا النص، ومع القواعد الشرعية العامة خول المشرع القاضى أن يخير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين الحصول على مسكن مناسب لها وللمحضونين.

وبذلك يقيم المشرع بعض التوزان بين حق المطلق وحق الحاضنة والأولاد الصغار ويعطى الأولوية للمصلحة الجديرة بالاعتبار فى ظل مراعاة الأوضاع الحالية لأزمة الاسكان.

يبقى أن ننوه إلى ضرورة حسن أعمال هذه النصوص والوصول بها إلى مقاصدها الحقيقية وألا تكون ترد يدا للقانون السابق الذى تعرض لكثير من الانتقادات.

بهذا يعطى القانون الجديد الأطراف حقوقها ولا يحامل طرفا على حساب آخر، ولا يعدم مستندا من أقوال علماء الفقة الإسلامى.

المبحث الخامس

مدة الحضانة وموطنها

مدة الحضانة: يقصد بمدة الحضانة الفترة الزمنية التى يكون فيها المحضون تحت رعاية غيره فى تدبير شئون نفسه وحاجاته الضرورية من الحضانة حتى الاستغناء عن خدمات الحاضن ويكون فى قدرته القيام بذلك دون معونة الآخرين، وهذا يختلف من انسان لأخر، كما يختلف فى الذكر عن الانثى.

ولما كانت الحضانة من القضايا التى تثار حولها المنازعات ويحاول كل من أبوى المحضون أو من يباشر عليه الحضانة والأب أن يحصل على الطفل لنفسه أما بادعاء أن الحضانة قد انتهت لأن المحضون قد استطاع الحاضن من الجانب الآخر أن فترة الحضانة لم تنته لأنه الطفل لا زال فى حاجة إلى الرعاية والتربية، وأنه لم يبلغ بعد المبلغ الذى يؤهله للاستقلال بشئون نفسه، وسد احتياجاته.

وهذا الادعاء وما يماثله قائم، ما دام أن فترة الحضانة تحتمل الاطالة لبعض الناس وما دام أن مطلب الحاضنات هو الحرص على استبقاء المحضون أطول مدة ممكنة، لذلك حدد متأخروا الحنفية سنا معينة تنتهى بعدها الحضانة، وهى سبع سنين بالنسبة للمحضون الذكر، لأن الأب مطالب بعدها الحضانة، وهى سبع سنين بالنسبة للمحضون الذكر، لأن الأب مطالب بأن يأمره بالصلاة اذا بلغها، وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده، وبالنسبة للمحضونة الانثى قالوا ان الحضانه فى حقها تنتهى ببلوغ تسع سنين لأنها السن التى تبلغ فيها حد الشهوة[2] لانها اذا بلغت هذا الحد تدفع إلى الأب لتحقق الحاجة إلى الصيانة.

وقد استقى القانون المصرى مصدره فى تحديد مدة الحضانة من تقدير متأخرى فقهاء الحنفية، ونص على ان تنتهى مدة الحضانة من تقدير متأخرى فقهاء الحنفية، ونص على أن تنتهى مدة الحضانة باستغناء الغلام عن خدمة النساء وذلك اذا بلغ سبع سنين، وتنتهى مدة حضانة الصبية ببلوغها تسع سنين.

وقد استمرت المحاكم المصرية تجرى فى احكامها على ما يقرره هذا النص خاصا بالمدة، ألا ان اختلاف الزمان وتباعده بين الوقت الذى حدد الفقهاء فيه هذه السن، وما تختلف فيه الأجيال والأجناس البشرية، ودرجة النمو وطبيعة المناخ .... ألخ. وما تشكله من عناصر تؤدى إلى تفاوت السن من جيل إلى آخر، ومن مكان إلى مكان، قد حدا بالمشرع المصرى إلى ان يخول القاضى سلطة تقديرية

(1) الترغيب والترهيب، جـ3، ص81.
(2) فتح القدير جـ4 ص 271، 272.

فى النظر لمصلحة المحضون. فإذا رأى عند بلوغ المدة المقدرة بسبع للذكر وبتسع للأنثى أنها كافية فى انتهاء بانقضاء الحضانة وان رأى غير ذلك وأن المحضون لا زال فى حاجة إلى الرعاية فترة أخرى قضى بمد ذلك تسع سنين للذكر واحدى عشرة سنة للأنثى[1].

ويبدو أن عامل التطور والتباين فى النمو بين الاجيال الذى أشرنا إليه لا زال يحدث أثره فى هذا المقام اذ أن المذكرة الايضاحية للقانون 44/ 1979.

قد أشارت إلى السبب فى اطالة المدة عن ذى قبل بقولها: كان العمل جاريا على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير اذا بلغ سن السابعة، يجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة اذا رأى مصلحته فى ذلك الى التناسعة، وأن تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة الا اذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة، فله ابقاؤها حتى الحادية عشر.

وانه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والاطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغة سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها الثانية عشرة، ثم اجاز للقاضى – بعد هذه السن- ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج، أخذا بمذهب الامام مالك فى هذا الموضع، على انه فى حال ابقائهما فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة الحق فى اقتضاء أجرة حضانة وانما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف تعليم وعلاج، وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامة. كما أن وجود الولد – ذكرا كان أو انثى- فى يد الحاضنة سواء قبل بلوغها سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها – لا يغل يد والدهما عنهما، ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما، فان عليه مراعاة أحوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وانما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانات الأب.

نص القانون الذى تولت المذكرة الايضاحية بيان للباعث الذى حدا به إلى التغيير مع الاشار ة إلى أسانيده الفهية هو ما جاء بالمادة 20 ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى سن الثانية عشرة، أو إلى أن تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك.

وطبقا لما دل عليه النص فانه قد حدد مدة معينة للحضانة لكل من الذكر والانثى وهى العاشرة بالنسبة للولد والثانية عشرة للبنت. وهذا هو التحديد الزمنى الذى لا ينبغى للمحضونة أن تقل عنه بحال من الأحوال.

والى جانب هذا التحديد الزمنى فان هناك التحديد التقديرى المبنى على المصلحة ويتمثل فيما نص عليه القانون أخيراً بأن جعل مدة الحضانة سن الخامسة عشرة بالنسبة للولد، وفترة الحضانة للبنت حتى تتزوج.

أهمية إستمرار حق الحضانة حتى سن الخامسة عشرة وتقرير حق الإستضافة لغير الحاضن.

تجدر الإشارة إلى مانص عليه آخر تعديل لسن الحضانة من ضرورة بقاء الصغير والصغيرة فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة وذلك تمكينا للصغير أو الصغيرة فى الحفاظ على إستقرار حالته الإجتماعية والتعليمية وضماناً لإستكمال دراسته فى أجواء تكفل إنتظام هذا الحق للصغير أو الصغيرة وعدم تأثر ذلك بما قد يكون بين الوالدين من الخلافات التى يترتب على نشوبها تعثره تعليمياً وذلك نظراً لأهمية الاستقرار التربوى وحرصا على مواصلة التعليم ودوره فى بناء الشخصية، فإن ملاحظه الآيات والأحاديث الخاصة بالحضانة والتى أشرنا إليها، لم تحدد سن معيناً ومن ثم يكون المعول عليه لتحديد هذه السن هى المصلحة الفضلى للصغير أو الصغيرة.

وما نص عليه فى الشريعة والقانون يسمح بمد مدة الحضانة، لأن النصوص المشار إليها فى القرآن والسنة لأن لم تحدد السن لأن النصوص المشار إليها فى القرآن والسنة لم تحدد السن مما يجعل تحديد هذه السن دائراً فى نطاق الاجتهاد بما لا يتعارض مع نص أو أحد المقدرات الشرعية، وهو ما ذهب إليه الإمام مالك وهو نظر جدير بالاعتبار وسعيا لتحقيق المصلحة، وقد اعتمد القانون فى ذلك كما أشار فى مذكرته الايضاحية – على مذهب مالك، وهو ما يعنى أن اجتهاده وبناء حكمه فى هذا التقدير، لم يكن خلوا من سند شرعى ولا أدل على ذلك انه مبنى على ما ذهب إليه الفقه المالكى.

ولا يخل تحديد سن الحضانة بخمس عشرة سنة بأهمية تقرير حق الإختيار للصغير أو الصغيرة فى الإستمرار مع الحاضن بعد هذه السن بناء على إختيار حر وصريح ودون مصادره لحقه فى ذلك هذا من ناحية ومن ناحية آخرى فإن تقرير هذا الاختيار لا يجوز أن يخل بحق الطرف غير الحاضن وهو الأب فى مباشرة حقه فى الولاية على نفس الصغير أو الصغيرة، فى ظل آلية تكفل ذلك.

ونظرا لطول مدة الحضانة عن سايقتها فى القوانين السابقة، فقد أوضح القانون الاعتبارات التى يتم وفقا لها تنظيم رؤية المحضون من قبل الأبوين، فقد نص على أن: لكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين. والواقع يقتضى النص على حق الجد والجدة فى رؤية الصغير والصغيرة حتى مع وجود الأبوين وحال حياتهما .

(1) نصت على ذلك م 20 من القانون 25/ 1929 للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع، وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة اذا تبين أن مصلحتها فى ذلك.

وهذا يقتضى تقرير حق الإستضافة لغير الحاضن تحقيقا للتوازن فى علاقه الصغير والصغيرة بالوالدين، وضماناً لإعمال ولاية الحضانة للأم أو من يليها وولاية التربية والتهذيب للأب أو الجد وحرصاً على مراعاة النشأة القويمة للصغير والصغيرة، وتحصيلاً لواجب الأمومة والأبوة وتكاملهما فى هذه المرحلة الهامة للصغير والصغيرة.

وهذه الإستضافة لا تعدم أن تجد سند لها فى بعض المذاهب الفقهيه كما هو مؤدى مذهب المالكية.

والاصل أن تتم الرؤية فى إطار توافقى ودى حرصاً على نفسيه الصغير فإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضى على أن يتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا، لكن اذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى، فان تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

وهذه الاعتبارات منطلقها تمكين الأبوين من السماح لهما بالرؤية اشباعا للحاجة النفسية والغريزية لدى كل منهما.

ومن ناحية أخرى فقد حرص القانون على أن تتم الرؤية فى مكان لا يضر بالصغير والصغيرة نفسيا كأقسام الشرطة وهو اتجاه حسن من مشروع لما فى تنفيذ الرؤية فى هذه الأماكن، من ضرر على الصغير حيث يترك أثرا نفسيا سيئا على الطفل.

وسيرا مع اتجاهه فى هذا الطريق فقد منع من تنفيذ حكم الرؤية جبرا وبالقوة حتى لا يضر بالأولاد ويصدم مشاعرهم. وقد فرض جزاء على الاخلال بالتمكين من الرؤية وهو نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه، ويلاحظ أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانةيتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية بمقتضى م 345 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

وهذا الاستحداث الذى أتى به المشرع، قصد به معالجة المشكلات الناجمة عن الحضانة، وسد الثغرات التى شابت حكم القانون السابق، وأكمال النقص فى الهيكل التنظيمى لحق الحضانة، وهى كلها اهداف تتفق مع احكام القاعدة القانونية لضمان أكبر قدر من فاعلية لها عند التطبيق.

ومما ينبغى ملاحظته أنه اذا كان المشرع قد أطال من فترة الحضانة فان هذا لا يخل بحق الأب فى متابعة أحوال ولده، وتدبير شئونه، وتعويده عادات الرجال وأخلاقهم، وغرس مبدأ الاعتماد على النفس فيه، حتى يجمع بذلك بين المعانى النفسية التى توفرها له مشاعر الأم، وفى نفس الوقت اتاحة المجال أمامه فى التطبع بطابع الرجال، تحرى سلوكهم ليكون قادرا على مواجهة مشكلات الحياة.

موطن الحضانة:

قد يثور تساؤل مؤداه هل يجوز للحاضنة تغيير موطن المحضون إلى موطن آخر؟ القاعدة التى تنظم ذلك تحظر على الحاضنة تغيير موطن الحضانة بحسب الأصل، ذلك أن تغيير هذا الموطن، ما يجعل رؤية الأب للمحضون متعذرا، وكل ما يحيل بين الأب والمحصنون وتتعذر معه رؤيته والاشراف على شئون وملاحظة أحواله يعد ممنوعا.

وتطبقا لذلك فان الأم الحاضنة اذا كانت فى عصمة أب الطفل، فإن موطن الحضانة يكون هو مكان وجود الزوج، وهذا بدهى طالما أن الزوجية قائمة لأنها مأمورة بطاعة الزوج والاستقرار فى بيت الزوجية.

وهذا يصدق أيضا على اذا ما كانت الزوجية قائمة حكما فى أثناء العدة مطلقا. رجعيا كان الطلاق أو بائنا لأنه يجب عليها التزام المنزل الذى أعده لها الزوج لقضاء العدة، ولا يجوز لها أن تتركه، لأن وجوب الاقامة فيه انما هو لحق الشرع.

واذا كانت الأم هى الحاضنة، ولم تكن بينها وبين الأب علاقة زوجية مطلقا، وأدت تغيير موطن الحضان، فقد أجاز لها الفقه ذلك فى موضعين:

1.أن تنتقل إلى موضع هو موطنها الأصلى، الذى تم عقد زواجها فيه، ولا بد من اجتماع القيدين طبقا للراجع فى الفقه الحنفى، وهو أن يكون المكان وطنها، وأن يكون قد أبرم فيه عقد الزواج مع الاب.

2.أن تنتقل إلى موضع قريب من محل اقامة الزوج مصرا كان أو قرية، والمعيار الذى يتحدد على اساسه القرب، وهو ان يتمكن الأب من الذهاب لرؤية الطفل والعودة من الموطن قبل أن يحل الليل.

وانما كان الامتناع من تغيير موطن الحضانة مقرر لحق الأب أو من ينوب عنه، وله أن يتنازل عنه، فاذا تنازل عن ذلك جاز لهما الانتقال وتغيير الموطن لكن لا يترتب على هذا التنازل ضرر يلحق بالطفل وهو صاحب الحق الاساسى فى الحضانة، ومن الجدير أن يتقيد هذا التنازل بألا يكون فيه اضرار بحق الطفل فى التربية والتنشئة القويمة بما يضمن الأب عليه دائما.

اذا كانت الحاضنة غير الأم، فليس لها تغيير موطن الحضانة، لأن فى التغيير توقع الاضرار بمصلحة المحضون، فضلا عما فيه من الحيلوله دون الرؤية من جانب الأب ولأن ما يتسامح بشأنه بالنسبة للأم بجواز الانتقال فى الحالتين السابقتين مرده إلى ما تتميز به الام

من معانى تفتقر إليها الحاضنة غير الأم. والاستثناء الوحيد على الجواز أن يأذن لها الأب بالانتقال، ونبرز هنا التحفظ الذى سبق ان أشرنا اليه، من أن هذا التنازل سيترتب عليه الاضرار بالطفل.

وما يحظر على الام من تغيير موطن الحضانة على الأب، اذا ترتب عليه أن يحول بينها وبين رؤية طفلها، ويكون ذلك اذا انتقل محل الاقامة الشرعى إلى مكان آخر ويترتب على تغيير موطن الحضانة من جانب الأم أو إحدى المحارم أن يسلب منها حق الحضانة، وتنقل إلى من يليها من الحاضنات، وانتقال الحضانة يكون مؤقتا ويزول السبب الذى أدى إليه، فلو عادت الام أو غيرها، من الحاضنات إلى موطن الحضانة الأصلى عاد حقها فى حضانة الصغير.

واذا كان تغيير موطن الحضانة من قبل الأب، وترتب عليه أن تعذر على الأم رؤية الصغير، فان ما طبق على الأم من سلب الحضانة يجب أن يطبق عليه، لأن حق الأم مقدم على حقه فى الحضانة يجب أن الموطن ما قد يحول بينها وبين رؤية الصغير لصعوبة الانتقال والسفر من مكان إلى آخر فاذا قارنا بينها وبين الأب فى ذلك، فإنه أقوى وأقدر على الصغير منه، لأنه لا يستطيع ان يقدم للصغير ما تقدمه هى، ولا يمكن أن يعوضه عنها.

ومحل هذا المنع اذا كانت الأم مستوفية لشروط الحضانة، فاذا فقدت أحد هذه الشروط جاز للأب الانتقال بالصغير إلى موطن آخر تقيم فيه من آل إليها أمر الحضانة على الصغير.

سلطة النيابة فى إصدار قرار مؤقت بالحضانة:

خول المشرع للنيابة العامة – نيابة شئون الاسرة – سلطة إصدار قرارات مؤقته فى شأن تسليم الصغير، لصاحبة الحق فى حضانته، عند نشوب نزاع على المطالبة بحضانته، ويأتى هذا التمكين فى ظل الدور الايجابى للنيابة فى مسائل الأسرة، ودعم اتخاذ اجراءات من شأنها تفعيل الهيئات المعنية بشئون الأسرة، والعمل على دعمها بما يؤدى إلى حماية الضعفاء فى مؤسسه الأسرة، وايجاد التوازن فى العلاقات والمسئوليات، ولا شك أن النيابة العامة، ممثلة فى نيابة شئون الأسرة، أقدر على القيام بهذا الدور، ويتسق مع المسئوليات الموكله إليها فى مجمل المنازعات الأسرية، بغرض فض الاشتباك وحسم النزاع ولو بشكل مؤقت.

فقد نصت المادة 70 من القانون رقم (1) لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، على أنه: يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى حضانة سن النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا، من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد اجراء التحقيق المناسب قرا را مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها.

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

وبهذا النص يجوز للنيابة العامة – نيابة شئون الأسرة – فى حالة وجود منازعه جدية على حضانة الصغير الذى لا يزال فى سن الحضانة، أن تصدر قرارا مسببا، بعد اجراء التحقيق المناسب، وسؤال أطراف المنازعه، ومن ترى لزوما لسماع أقواله، وبتسليم الطفل إلى من تقدر النيابة أنه يحقق مصلحته، ويوفى بمتطلباته ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل ضمانا لقوته وفاعليته، وتوفر عنصر الخبره فيه، ويكون القرار نافذا فورا بقوة القانون، ويتمتع هذا القرار بالحجية، ولا تزول حجيته الا بصدور حكم من المحكمة صاحبة الاختصاص بشأن الحضانة ومن ثم لايجوز الطعن على هذا القرار أو التظلم منه لأية جهة.

احكام تسليم الصغير إلى من له الحق فى حضانته واجبة النفاذ المعجل بقوة القانون

حرصا على التنفيذ الفورى للأحكام الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته للحد من التفلت من تنفيذها، والابطاء فى اعمال مقرراتها، وضمانا للقيام بمصلحة الصغير واستقرار وضعه، نص القانون رقم (1) لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فى المادة (65) منه، على أن: الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور والمصروفات وما فى حكمها، تكون واجبه النفاذ بقوة القانون، بلاكفالة.

ومفاد ذلك أن الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته، وكذلك أحكام النفقات والأجور، كما سبق أن بينا، واجبه النفاذ دون حاجة لأن يبديها الخصوم فى طلباتهم أمام المحكمة، وحتى لو لم ينص عليها فى منطوق الحكم. ولا يؤثر على هذا النفاذ المعجل للأحكام والقرارات، بالرغم من قابليه الحكم للطعن فيه بطرق الطعن العادية، بل ولو كان قد تم الطعن فيه فعلا يأخذ هذه الطرق، اذ انه بموجب النفاذ المعجل يتم تنفيذ الحكم قبل أن يصبر جائزا لقوة الشيئ المقضى، على سند من نص القانون، وبدون دفع كفالة.

من قضايا الحضانة:

جرى القضاء المصرى، على ان الحضانة، حق مشترك بين الحاضنة والصغير، اذ لا يمكن القول بأن الحضانة من حق الأم وحدها، فإن للطفل حقا فى الحضانة، بل أن حق الطفل هو الأولى والأجدر بالرعاية، فى هذا الشأن. ونتيجة لهذا الاعتبار فان لا يمكن اغفال مصلحة الطفل، وانما يعول عليها، وتكون هى المناط فى الحكم بالحضانة، ولنعرض لبعض أحكام المصرية، لنبتبين إلى أى مدى يراعى هذا الحق.

أولا: وقائع القضية:

تتحصل هذه الوقائع، فى أن شابا مصريا، تعرف على فتاة نمساوية، أثناء دراسته فى النمسا، وتزوجها وأنجب منها طفلة صغيرة، وبعد انتهاء دراسته عاد إلى وطنه مصر، ومعه زوجته النمساوية وطفلته الصغيرة، لكن مسار الحياة الزوجية اضطرب، وتشب النزاع بين الزوجين، الأمر الذى أسفر عنه طلاق الزوج لزوجته، فلجأت الزوجة إلى محكمة جنوب القاهرة للأحوال الشخصية، واقامت دعوى طالبت فيها بحضانة الطفلة، وأخذها معها إلى وطنها النمسا.

أصدرت المحكمة حكمها بتسليم الطفلة المذكورة الى امها. وجاء فى حكمها أن مبنى الحضانة الشفقة والرعاية ولا يؤثر أن تكون الحاضنة كتابية كما أن اختلاف الدين لايؤثر فى شفقتها.

طعن الزوج فى الحكم، أمام محكمة استئناف القاهرة وتدخلت امه فى الدعوى طالبة حضانتها للطفلة.

ثانيا: حكم محكمة الاستئناف:

عندما عرض الطعن على محكمة الاستئناف حكمت بالغاء الحكم المستأنف، وقضت بحضانة الطفلة لجدتها من أبيها.

وقد ذكرت فى حيثيات الحكم: أن الفقهاء تعرضوا لحق الحضانة وقالوا انه يتعلق به حقوق ثلاثة: حق المحضون وحق الحاضنة، حق الأب أو من يقوم مقامه، فإذا اجتمعت هذه الحقوق الثلاثة، وأمكن التوفيق بينها ثبتت كلها. وان تعارضت كان حق المحضون مقدما على غيره.

ومن الثابت أن الأم لا تقيم فى مصر، بل تقيم فى النمسا، وهى بعيدة عن وطن الأب، ومن ثم تفوت عليه حقه فى رؤية الصغيرة والاشراف على تربيتها، وهو أمر ليس فى صالح الطفلة، ويقضى الامر أن تكون فى حضانة جدتها، لابيها حتى يتم تربيتها، فى وطن الأب وعلى ديانته [1].

التوصيات المتعلقة بالحضانة

نجمل هذه التوصيات فى الآتى:

1.أهمية الطفولة فى المجتمع الإسلامى باعتبار الطفولة هى صرح الأسرة وعماد المجتمع فى الحاضر والمستقبل فهى نصف الحاضر وكل المستقبل.

2. التأكيد على حق الطفولة فى التربية القويمة والتنشئة الحسنة الكفيلة بتقديم نموذج قوى لشخصية تحمل مقومات النجاح وتقدر على المشاركة فى نفع نفسها، ودينها، ومجتمعها.

3. الاقتران بين الأمومة والطفولة فى مراحل الطفولة المبكرة وفى المرحلة الوسيطة من عمر الإنسان بإعتبارها أخطر المراحل فى تكوين شخصية الطفل وتأثيرها على مسيرة جياتة طوال عمره.

4. إعطاء الأم الأولوية فى احتضان الطفل ورعايته وتربيته باعتبارها الاقدر والأوفر شفقة والأكثر عطفاً ورحمة به من دون سائر الناس وهو ما يجعل الاحقية الأم فى حضانة الطفل من حقوق الله تعالى ومن النظام العام، الذى لا يجوز لاحد ان يحرمها أو يجردها من حق الحضانة" كما عبر عن ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم" أنت أحق به ما لم تنكحى"

5. ان الحضانة ولاية للأم خاصة واللمرأة عامة مناطها المقومات الذاتية التى تتمتع بها الأم والمرأة وما أنعمه الله عليها من دفء وحنان وليست مجرد منحة تعطى للأم أو للمرأة فاختيار الأم وأسبقيتها وجدارتها بالحضانة مرده إلى المقدرة والكفائة والصلاحية التى تفوق بها الأب ويتحقق بها صالح الطفل.

6.يتقرر بموجب أحقية الأم وأقارب المحروم فى ممارسة الحضانة حقوقهم مادية ومعنوية تتجلى فى الأجر والسكن والمعاملة الكريمة جزاءً وفاقاً مع ما تسديه من رعاية وصيانة وحسن تربية للطفل تعود عليه بالنشأه الصالحة والسلوك القويم مع أهله ومجتمعه.

7. ترسيخ ثقافة التربية القويمة وتقرير احقية الطفل فيها حالة استمرار العلاقة الزوجية أو إنتهائها على سند من ان واجب الأم والأب يحتم على كل منهما القيام بمسئولياتة تجاة الطفل .

(1) حكم محكمة استئناف القاهرة للأحوال الشخصية الصادر سنة 1982م.