

IN THE HIGH COURT FOR ZANZIBAR

HOLDEN AT VUGA

CIVIL APPEAL NO.38 OF 2018

**(FROM CIVIL APPEAL NO.29 OF 2017 OF APPELLATE KADHI'S COURT – VUGA, AND
FROM CIVIL CASE NO. 101/2016 DISTRICT KADHI'S COURT- MWANAKWEREKWE)**

SAID SHAABAN ABDALLA ... APPELLANT

VERSUS

SKINA HAMAD SALUM ... RESPONDENT

HUKUMU

TAREHE YA HUKUMU: 6.9.2018

MBELE YA: MHESH. ISSA, A. A., J

SHEIKH UWESU MACHANO

SHEIKH SALEH HAKIM

SHEIKH JUMA FAKIH

SHEIKH KANI MKANGA

Hukumu hii inahusiana na rufaa iliyowasilishwa Mahakamani na kupewa namba 38 ya mwaka 2018. Rufaa hii iliwasilishwa na Said Shaaban Abdalla dhidi ya Skina Hamad Salum. Rufaa hii inapinga uamuzi uliotolewa na Naibu Kadhi Mkuu Sk. Hassan Othman Ngwali tarehe 30.11.2017.

Kwa ufupi rufaa hii inatokana na kesi ya Madai Nam. 101 ya 2016 iliyoanzia katika Mahakama ya Kadhi wa Wilaya Mwanakwerekwe ambayo ilisikilizwa na Sk Abdulrahman Omar Bakar na kutolewa uamuzi tarehe 25.8.2017. Mdai katika kesi hiyo ni Skina Hamad Salum ambae alifungua kesi dhidi ya Said Shaaban Abdalla. Dai la msingi la Skina aliomba Mahkama itengua ndoa yake na Said Shaaban kwa

kumrejeshea mahari yake bila ya ziada yoyote (khuluu) lakini Said Shaaban katika majibu yake yeye alidai kurejeshewa mahari pamoja na kudai fidia ya pesa alizotoa, pamoja na malezi ya mtoto Samah aliyekuwa na umri wa miaka 8 ½. Kadhi wa Wilaya baada ya kusikiliza kesi hiyo alitoa uamuzi wake kama ifuatavyo:

1. Mahakama ilikubaliana na Wadaawa kuwa ndoa yao ni lazima itenguliwe kwani ilikuwa dhahiri kwa sasa hawawezi kuishi pamoja kama mke na mume, hivyo Mahakama ilitenguwa ndoa hiyo.
2. Mahakama ilimtaka Mpinga Rufaa kurejesha pesa za mahari ambazo ni shilingi milioni moja (1,000,000), na kulipa fidia ya sh. Milioni mbili (2,000,000), na kulipa fedha za matumizi alizopokea kuanzia mwezi wa 3/2016 hadi mwezi wa 3/2017 ambazo ni sh. Milioni tano na laki mbili (5,200,000). Jumla ya fedha zote alizotakiwa Mpinga Rufaa kulipa ni sh. Milioni nane na laki mbili (8,200,000).
3. Kuhusiana na malezi ya mtoto Samah Mahakama iliamuru mtoto huyu alelewe na bibi yake mzaa baba, Bi Maryam Kh. Juma hasa kwa kuzingatia kuwa Bibi mzaa Baba ni katika daraja za juu za wale wanaostahiki kulea, wakati baba wa mtoto bado anaishi Uingereza.

Mpinga Rufaa hakuridhika na uamuzi huo wa Kadhi wa Wilaya na hivyo kukata rufaa katika Mahakama ya Kadhi wa Rufaa iliyosikilizwa na Naibu Kadhi Mkuu. Naibu Kadhi Mkuu baada ya kusikiliza rufaa hiyo alitoa hukumu yake tarehe 30.11.2017 na kukubaliana na hukumu ya Kadhi wa Wilaya kuhusiana na masuala mawili kama yalivyo hapo juu. Lakini alikataa uamuzi kuhusiana na malezi ya mtoto Samah kulelewa na bibi mzaa Baba badala yake aliamuru ifuatavyo:

1. Mtoto Samah abakie kwa malezi kamili kwa bibi mzaa mama kwa sababu Mama amekosa sifa za kumlea mtoto huyo kwa sababu ya udanganyifu aliofanya, na kwa sababu bibi mzaa baba yuko chini ya daraja kwa malezi hutangulia bibi mzaa mama baadae ndia akaja bibi mzaa baba.
2. Mahakama haijaona kitu kilichomkosesha sifa bibi mzaa mama mpaka ikamruka na kwenda kwa bibi mzaa baba.
3. Mtoto mwenyewe amechagua huko baada ya kuambiwa hapati fursa ya kukaa kwa mama yake
4. Malezi ya mtoto hupelekwa sehemu ambayo maslahi yake ni bora zaidi.

Mkata Rufaa hakuridhika na uamuzi huo na kukata rufaa katika Mahakama hii. Amewasilisha hati yake ya rufaa ikiwa na sababu nne za rufaa kama ifuatavyo:

1. Kwamba Mhe. Naibu Kadhi wa Rufaa amejipotosha katika hukumu aliyoitoa kwani hakuzingatia chanzo cha mgogoro uliopo kuhusiana na malezi na matunzo kamili ya mtoto, baina ya muomba rufaa na mpinga rufaa na nini kila mmoja anadai ili kumaliza mgogoro baina yao. Hii ni kwa sababu
 - a) Muomba rufaa na Mpinga rufaa hawana tena mawasiliano baina yao wala familia zao kwa ujumla.
 - b) Muomba rufaa anachodai ni malezi na matunzo ya mtoto Samah hasa kwa kuwa Mpinga rufaa kwa sasa ameshaolewa na mume mwengine na kuwa amepoteza sifa ya ulezi kwa mujibu wa Sheria za Kiislam.
 - c) Muomba Rufaa hana fursa ya kumuona mwanawe hata kwa kumfuata skuli kwa kumsalimia na ndio maana alifungu ombi nam. 27/2017 katika Mahakama ya Watoto Vuga nae alipewa masaa mawili tu kwa siku kwa kipindi cha wiki moja. Aidha aliwahi kubahatika kumona kwa siku mbili tu kati ya tano.
 - d) Mh. Naibu Kadhi Mkuu hakuyazingatia hayo kama ambavyo yameelezwa wazi katika mwenendo wa kesi nam. 101/2016 iliyosikilizwa na Mahkama ya Kadhi wa Wilaya, Mwanakwerekwe. Kesi baina ya muomba rufaa na mpinga rufaa ambapo wote waliyathibitisha hayo.
2. Kwamba Mhe. Naibu Kadhi wa Rufaa aliendelea kujipotosha katika rufaa hiyo kwani hukumu yake imeegemea zaidi katika suala la kuitwa na kusikilizwa kwa mtoto mwenyewe juu ya wapi anapotaka kuishi wakati mtoto huyo hajafika umri wa hiyari.
3. Kwamba Mhe. Naibu Kadhi wa Rufaa amejipotosha kisheria na kitaratibu za Mahkama kwani ameshindwa kutambua kuwa suala linalohusiana na wapi na nani anakuwa na haki ya malezi, uangalizi na matunzo ya mtoto baada ya wanandoa kuwachana ni jambo lililomo ndani ya sheria ya dini ya Uislam na si utashi wa mtu binafsi.
4. Kwamba Mhe. Naibu Kadhi wa Rufaa amejipotosha kisheria kwa kulazimisha mtoto Samah alelewe na mama wa mpinga rufaa wakati baba mzazi yupo na ahli zake wapo huku akijuwa kuwa Mpinga Rufaa ameshapoteza sifa za kuwa mlezi.

Mahakama hii iliwasikiliza Wadaawa kuhusiana na rufaa hii. Mkata Rufaa aliwakilishwa na Vakyl Hassan Jaribu, na Mpinga Rufaa aliwakilishwa na Wakili Ali Omar.

Kwa upande wa Mkata Rufaa, Vakyl Jaribu alieleza kwamba hawakuridhika na maamuzi yaliyotolewa na Kadhi wa Rufaa kwa sababu hakujua chanzo cha mzozo huo. Kabla ya kutenguliwa ndoa yao Mkata Rufaa hakua na fursa ya kumuona mtoto wake. Hivi sasa hapati kumuona hata skuli; mambo haya yalikubaliwa na Mpinga Rufaa mbele ya Kadhi wa Rufaa. Wao wanachodai ni malezi na matunzo ya mtoto kwa vile Mpinga Rufaa ameshaolewa. Walii wa Mpinga Rufaa alithibitisha hilo kwa Kadhi wa Wilaya kwamba aliozeshwa mume mwengine ingawa alikuwa na ndoa. Hivyo, baba wa mtoto anayo haki ya kupewa ulezi wa mtoto wake.

Pili, kigezo alichotumia Kadhi wa Rufaa hakikuwa sahihi. Alimwita mtoto peke yake na kumhoji peke yake na baadae kuja na maamuzi. Angeweza kumuuliza mbele ya Wadaawa. Kote huko mtoto hakuitwa kwani maelezo ya Wadaawa yalijitosheleza. Vakyl Jaribu aliongeza kuwa walifungua Ombi Nam. 27/2017 Mahakama ya Watoto ili baba ampate kumuona mtoto japo siku moja. Hivi sasa mtoto huyo amekuwa wa upande mmoja, hivyo nasabu yake pia inalegalega.

Mwisho alieleza kuwa Kadhi aliamua mtoto alelewe na Mama wa Mpinga Rufaa (Bibi) kwa sababu yeye ana haki zaidi kuliko Bibi mzaa baba. Hili si sahihi kwani hakukuwa na mjadala nani anafaa zaidi kumlea mtoto huyo. Mpinga Rufaa alikiri yote aliyoyafanya na Walii alikiri kwamba alipigiwa simu na mama wa Mpinga Rufaa aje amuozeshe Mpinga Rufaa akijua mtoto wake ana mume. Hivyo, Kadhi karuhusu bibi mwenye tabia mbaya amlee mtoto huyo. Mambo yote yamefanywa na bibi huyo. Aliiomba Mahakama iikubali rufaa hii na itengue hukumu ya Kadhi wa Rufaa na ibakie hukumu iliyotolewa na Kadhi wa Wilaya.

Wakili Ali Omar kwa upande wake alipinga hoja zilizowasilisha kama ifuatavyo: Kwanza alisema maelezo yaliyotolewa yana utata, rufaa hii ni juu ya ulezi na sio masuala ya ndoa ambayo yamemalizika. Hoja ya kwamba Mkata Rufaa hamuoni mtoto wake si sahihi na hakuna ushahidi huo. Katika kesi iliyokuwepo kwa Kadhi wa Wilaya baba alikiri kwamba yeye anaishi ulaya na huja kila baada ya miaka 3 au 4. Mtoto huyo muda wote analelewa na Mpinga Rufaa na baba akija Zanzibar anamuona mwanawe, na mzozo huo umezuka baada ya kuvunjika ndoa. Muomba

Rufaa angekuja na suala la nukla kwamba yeye amehama nchi na angetoa maelezo kuhusu ulezi wa mtoto huyo. Kwa mujibu wa Order VII ya CPD shauri hilo linapaswa kufunguliwa na Mkaazi wa Zanzibar na yeye si mkaazi wa Zanzibar.

Wakyl Ali Omar aliendelea kwamba ingepaswa pia kuthibitishwa kuwa mama ni fasik kwani fasik halei. Ni kweli Mpinga Rufaa ameolewa na kwa Sharia amepoteza sifa za ulezi. Hivyo, Kadhi alikuwa sahihi alipomwita mtoto na kumuuliza wapi anataka kuishi. Jukumu hili ni la Mahkama pekee kwani mtoto huyo ana miaka 8 na miezi 6 hivyo anajitambua. Naibu Kadhi Mkuu alifuata muongozo katika ulezi; alinukuu kitabu cha Abuu Daud Talkisu Khabri mlango wa 4-13 ambacho kimeeleza kisa ambacho Mtume (SAW) alimuuliza mtoto na mtoto akajibu. Katika kesi hii mtoto alimchagua mama, lakini kwa kuwa mama alikosa sifa, ulezi ulihamia kwa bibi mzaa mama. Kadhi wa Wilaya hakwenda kwenye ulezi wa mtoto kwa kufuata daraja; yeye alimchagua bibi mzaa baba.

Pia alinukuu kitabu chengine katika mlango wa Child care and custody, uk 353 ambacho nacho kimeeleza fursa ya mtoto kuwa na haki ya kuchagua. Wakili Ali Omar alieleza kwamba Naibu Kadhi Mkuu aliangalia maslahi ya mtoto ili apate mahitaji muhimu na kumtengenezea maisha. Wao wanakubaliana na uamuzi wake.

Kuhusiana na bibi mzaa mama kuwa fasik Wakili Ali Omar alieleza kuwa hakuna ushahidi uliotolewa kuwa huyo bibi alivunja ndoa na alishiriki kwenye uovu na hivyo kumuondolea sifa ya ulezi. Alieleza kuwa hata kama bibi mzaa mama hana sifa basi mtoto anapaswa kulelewa na mama mdogo. Mwisho aliomba Mahkama iikatae rufaa hii na ikubaliane na hukumu ya Kadhi wa Rufaa, na kila upande ubebe gharama zake za kesi.

Katika kujibu hoja zilizotolewa Vakyl Jaribu alieleza kuwa suala la baba kuishi Uingereza si la msingi. Katika mwaka 2017 Mkata Rufaa alikuwepo Zanzibar na alikwenda Uingereza kwa kusoma, lakini hivi sasa ameshamaliza kusoma, amerudi na ameshaoa. Pia Mkata Rufaa anaishi Zanzibar, alikwenda Uingereza kwa kusoma tu. Alieleza kuwa hata ndoa yake ilifungwa Zanzibar na ilivunjika Zanzibar. Kuhusiana na hadithi ya Mtume Vakyl Jaribu alieleza kuwa Mtume alimuuliza mtoto wakati wazazi wakiwepo, lakini Naibu Kadhi Mkuu alifanya hivyo wazazi wakiwa hawapo.

Kuhusiana na bibi mzaa mama Vakyl Jaribu alisema kuwa yeye hakusema kuwa bibi huyu ni mbaya, bali kilichosemwa ni kuwa alimsaidia mwanawe kufanya uovu. Alimuozesha mume mwanawe hali akijua kuwa bado ana mume mwengine. Kumbukumbu za Mahkama zinaonyesha hilo kuwa karuhusu uovu; hivyo, walikuwa kitu kimoja. Kuhusu mtoto Vakyl Jaribu alieleza kuwa mtoto huyo alipoulizwa alikuwa hajafikia umri wa khiari. Kuhusiana na kesi alieleza kuwa kesi bado haijeshwa kwani hukumu ya Kadhi wa Wilaya bado haijatekelezwa; mahari bado hayajarejeshwa. Pia alisema kuwa mtoto sasa hivi ana miaka 10. Mwisho alirejea maombi yake na akaomba kila upande ubebe gharama zake za kesi.

Baada ya kuwasikiliza wadaawa wote na kupitia mwenendo na hukumu za Kadhi wa Wilaya na Kadhi wa Rufaa ni wazi kwamba kesi hii ilijumuisha mambo kadhaa ambayo yalitolewa uamuzi na Kadhi wa Wilaya. Lakini suala lililokatiwa rufaa ni kuhusiana na ulezi wa mtoto Samah ambaye wakati hukumu ya Kadhi wa Wilaya inatolewa alikuwa na umri wa miaka 8 ½ lakini hivi sasa ana umri wa miaka 10. Hivyo, suala la msingi katika rufaa hii je ni nani anapaswa kumlea mtoto Samah.

Tukiwa tunataka kutoa hukumu ya malezi hatuna budi kwanza tuangalie mtoto ambae anaetaka kulelewa kwani malezi ya mtoto yana viwango mbali mbali kwa mfano mtoto kuanzia anapozaliwa hadi kufikia umri wa upambanuzi ambao umekadiriwa ni miaka 7 (*hadhana*) kuna utaratibu maalum ambao umewekwa. Baada ya hapo huingia katika utaratibu mwengine ambao huitwa *kafala*.

Katika kitabu cha laanatuttaalibina cha Abubakar bin Muhammad Addamyatii, sherhe ya fathu muinu katika ukurasa wa 153-154 katika mlango wa ndoa mwandishi amesema:

“Mstahiki zaidi katika malezi (*Alhadhana*) nayo ni kumlea mtoto ambae hajajitegemea mpaka kufikia umri wa kuwa mpambanuzi ni mama kwa muda ambao hajaolewa na mume mwengine. Kisha mama wa mama, kisha baba, baadae mama yake baba, kisha dada zake mtoto, kisha mama zake wadogo kisha mtoto wa dada, kisha mtoto wa kaka, kisha shangazi” (tafsiri)

Ufafanuzi kama huu pia umetolewa na Dr. Mustafa Lakhini na Dr. Mustafa Bughaa katika kitabu chao kinachoitwa Alfikhulmanhajj juzuu ya 2, ukurasa 181 katika somo la *hadhana*. Humo walieleza suala hilo na kwamba utakapomaliza muda wa

hadhana kwa mnasaba wa mtoto anapofika muda wa upambanuzi (*tamyiiz*) walisema:

“ama uchungu wake baada ya hapo mpaka umri wa balegh unaitwa *kafala* yaani kumdamini.

Vile vile katika ukurasa 184 wa kitabu hicho walieleza:

“utakapokamilika mtoto umri wa miaka saba na akawa amefikia upambanuzi wa kujua mambo na haja zake kama kula, kwenda haja na kujishughulikia mwenyewe, kujua kutia udhu na kuswali, basi huchagulishwa baina ya wazazi wake wawili yoyote atakaechagua basi hukabidhiwa kwake.

Dalili ya maneno hayo ni hadithi ya Imam Tirmidhii katika kitabu cha Al-ahkam Babumajaa fii takhiyir ighulaam baina abwaihi idhaftaraqaa, ukurasa 1357 amesema:

“Kutoka kwa Aby Hurairat (R.A.). Hakika Mtume (S.A.W) alimchagulisha mtoto kati ya baba yake na mama yake”.

Vile vile katika riwaya nyengine kutoka Abu Daudi katika mlango wa talaka, akimueleza anaestahiki zaidi kwa mtoto ukurasa 2277 amesema:

“Hakika mwanamke fulani alikuja kwa Mtume (S.A.W.) akasema ee mjumbe wa Mwenyezi Mungu hakika mume wangu anataka kuondoka na mwanangu na tayari ameshafika umri wa kuweza kunatekea maji katika kisima cha kwa Abu Uyaina, na ananinufaisha manufaa mengine. Akasema mjumbe wa Mwenyezi Mungu (S.A.W.) fanyeni uchaguzi katika yake, akasema mume wake nani anaweza kushindana na mimi kuhusu mwanangu. Akasema Mtume (S.A.W.) kumwambia mtoto: huyu hapa baba yako na huyu hapa mama yako kamata mkono wa mmoja wapo unayetaka. Mtoto akakamata mkono wa mama yake na akaondoka nae.

Maelezo haya ya kumchagulisha mtoto kati ya baba na mama ni kuonyesha kwamba mtoto anapofikia muda wa *kafala* yaani umri wa *tamyiiz* wazazi wawili wanakuwa na haki sawa na ile hukumu tuliyoieleza awali ya ulezi kuanzia kwa mama na kufuata daraja inaporomoka. Kunakuwepo na haki sawa baina ya baba na mama na endapo mmoja wao atapoteza sifa ya ulezi basi nafasi yake huchukuliwa na mwengine.

Katika Kitabu hicho hicho cha Fikhulminhaj ukurasa wa 185 mwandishi akizungumzia hikma ya mtoto kuchagua kati ya wazazi wake wawili anapofika umri wa *tamyiiz* mwandishi akasema:

“Kwa kuwa kipindi ambacho kabla ya upambanuzi hawezi kujitosheleza mtoto akaepukana na malezi ya mama, wala baba hakurubii nafasi yake mama au mtu mwingine yoyote katika wanaume (ndio akapendelewa mama na mfano wake). Isipokuwa katika kipindi cha *kafala* kwa hakika malezi haya ni malezi ya ujumla; anakuwa sawasawa katika malezi haya kwa uwezo kila mmoja kati ya baba na mama. Hii inafumbua wazi usawa kati ya baba na mama. Lakini atakapokosa sifa mmoja au akawa hayupo basi anachukua nafasi mwenzake. Hivyo hivyo wanaofuata baada ya wao. (Tafsiri)

Vile vile katika kitabu cha Muhammad bin Ahmad bin Omar Ashaattiry, Sharhu yakuutu nfiisa fii madhhabi ibni Idrisa, juzuu ya pili ukurasa wa 681 mwandishi anasema:

“Akichagua baba atakabidhiwa yeye na akichagua mama atakabidhiwa yeye mama. Akichagua wote patapigwa kura kati yao. Kama hakuchagua yeyote kati yao basi mama ni bora zaidi. Na akisimama babu nafasi ya baba katika kuchagua kati yake na mama anapokosekana baba, na anakaa kaka na mtoto wake na ami na mwanawe nafasi ya babu katika upambanuzi kati yao na kati ya mama anapokosekana babu. Hivyo hivyo baina ya baba na mama mdogo anapokosekana mama.” (Tafsiri)

Nae Shamsuddin Muhammad bin Muhammad Alkhatibu Asharbaini akielezea kitabu cha Mughnil muhtaji sherhe ya Minhaji ya Imam Nawawi katika ukurasa wa 187 ameeleza:

“Atakapokuwa mmoja wapo baba au mama ana wazimu au ukafiri au uhuni au kaolewa na mume wa kando. Basi haki itakuwa kwa mwenziwe tu basi wala hapana uchaguzi tena kwa vile kupatika kizuizi kwake na kukirudi kutengenea kwa mwingine ataanzisha upya uchaguzi”. (tafsiri)

Tukirudi katika kesi hii tutaona ni wazi kwamba Kadhi wa Wilaya alikosea katika hukumu yake kwa kushindwa kupambanua kati ya umri wa *hadhana* na *kafala*. Mtoto aliye katika umri wa hadhana malezi yake yanaanzia kwa mama na baadae kufuata

daraja kama zilivyowekwa na Sharia. Lakini mtoto anapokuwa katika umri wa kafala unatakiwa ufanyike uchaguzi baina ya mama na baba na mmoja wao anapokosa sifa basi malezi huenda kwa mwenzake aliyekuwa na sifa ya ulezi.

Kwa upande mwingine, Mahkama hii imeona kwamba Kadhi wa Rufaa alikuwa sahihi katika kumtaka mtoto afanye uchaguzi, lakini alikosea pale alipomtaka mtoto achague baina ya bibi mzaa baba na bibi mzaa mama. Kwani uchaguzi huwa baina ya baba na mama na endapo mmoja hana sifa ulezi huenda kwa mwenzake. Lakini vile vile ikiwa wote watakosa sifa basi uchaguzi utaingia katika daraja nyengine ambayo ni baina ya Babu (baba wa baba) na mama mdogo wa mtoto.

Hivyo, rufaa hii inakubaliwa na kwa kuwa Mahakama zote za Kadhi wa Wilaya na Kadhi wa Rufaa ziliridhika kwamba mama wa mtoto Samah alikosa sifa ya ulezi, basi haki ya ulezi inapaswa kwenda kwa baba kwa vile mtoto huyo amefikia umri wa *kafala* na kwa vile baba anazo sifa za ulezi kwani amesharejea kutoka masomoni nchini Uingereza, anaishi Zanzibar na ameshaoa, basi ulezi wa mtoto Samah unakabidhiwa kwa baba yake ambaye ni Mkata Rufaa na Mpinga Rufaa anaamriwa amkabidhi mtoto huyo kwa Mkata Rufaa. Kila upande utabeba gharama zake za kesi.

(Imes.) Abdul-hakim A. Issa

Jaji

6/9/2018

(Imes.)

Sk. Uwesu Machano

(Imes.)

Sk. Saleh Hakim

(Imes.)

Sk. Juma Fakih

(Imes.)

Sk. Kani Mkanga

MAHKAMA

Hukumu hii imesomwa leo tarehe 6.9.2018 katika chemba mbele ya Mkata rufaa na Vakyl wake Hassan Jaribu na Mpinga rufaa na Vakly wake Ali Omar.

(Imes.) Abdul-hakim A. Issa

Jaji

6/9/2018

Nathibitisha kwamba hii ni nakala halisi ya uamuzi

.....

MRAJIS

MAHKAMA KUU, ZANZIBAR