

موضوع رقم (٨)

مسكن الحضانة في القانون

رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥

١٨٨ - النص القانوني:

المادة (18 مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1885 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية⁽¹⁾:

«على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحضانتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا 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.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

(1) وكان يقابل هذه المادة في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته

- النص الآتى:

«للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهيئ المطلق مسكنا آخر مناسباً، فإذا انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة فللمطلق أن يستقل دون مطلقته بذات المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وتختص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة السابقة. ويجوز للنائب العام أو المحامى العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيازة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائيا في النزاع».

وهذا القرار بقانون قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته بتاريخ ٨/٥/١٨٨٥ في القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية دستورية.

(راجع أسباب الحكم وما ترتب على الحكم من آثار بالكتاب الأول بند 886).

وللنيابة العامة أن تصدر قرارات فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها».

١٩٩- دواعى النص وأساسه التشريعى:

أفصحت المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم 100 لسنة 1885 عن دواعى النص وأساسه التشريعى بقولها:

«إذا وقع الطلاق بين الزوجين وبينهما صغار فإن المنازعة تثور بينهما فيمن يختص بمسكن الزوجية المؤجر للزوج هل تنفرد به المطلقة والصغار بوصفها حاضنة لهم أو ينفرد به المطلق باعتبار أنه المتعاقد؟ وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا: أن من لها إمساك الولد وليس لها مسكن فإن على الأب سكنها جميعا «الدر المختار للحصفي في كتاب الحضانة»⁽¹⁾.

وجاء بتقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشئون الاجتماعية والأوقاف والشئون الدينية بمجلس الشعب عن النص المقابل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ما يأتى:

«نتيجة لأزمة الإسكان الخانقة فقد تعددت المنازعات والأقضية التى تمثل صراعا بين الزوجين بعد الطلاق على الاستقلال بمسكن الزوجية وقد اختلفت قرارات النيابة العامة والأحكام فى هذا الصدد، فبعضها كان يمكن الزوج ويترد الزوجة بالأطفال ليوأجوها وحدهم تدبير مأوى لهم فى وقت عز فيه الحصول على مسكن، والبعض الآخر أبقى الطرفين المتنازعين فى المسكن مع ما فى ذلك من خطورة اجتماعية ومخالفة لأحكام الشرع فى حالات الطلاق البائن، والبعض الثالث مكن الزوجة والأولاد من المسكن، ولا شك أن بقاء هذا الحال دون علاج تشريعى أمر خطير تترتب عليه آثار خطيرة اجتماعيا وإنسانيا

(1) وقد استعملت المذكرة الإيضاحية عبارة «مسكن الزوجية المؤجر» على الرغم من أن المادة وردت فى الاقتراح بمشروع القانون كما وافق عليها مجلس الشعب شاملة للمسكن المؤجر وغير المؤجر، والذي نظنه أن واضعى المذكرة الإيضاحية قد نقلوا العبارات الواردة بالمتن من المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتى وردت بها مطابقة لها تماما، كمسلكهم فى بعض المواضع الأخرى التى سنشير إليها فيما بعد.

ويقتضى العلاج والحسم السريع ومدار الرأي في الفقه الحنفى أن من لها إمساك الولد وحضانتها وليس لها مسكن يلتزم الأب بسكنها جميعاً - وقد أخذت المادة الرابعة من القرار بقانون بهذا الحكم الشرعى فنصت على استقلال المطلقة الحاضنة لصغار مع صغارها بمسكن الزوجية المؤجر وذلك ما لم يهئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً شرعياً.... الخ».

١٠٠- الأحكام الواردة بالمادة:

تضمنت المادة النص على خمسة أحكام رئيسية هي:

- ١) تهيئة المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلاً من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية.
 - ٢) استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم يهئ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.
 - ٣) استرداد المطلق مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة الحضانة.
 - ٤) تخيير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها.
 - ٥) إصدار النيابة العامة قرارات مؤقتة فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية.
- ونتولى فيما يلى دراسة هذه الأحكام تفصيلاً وقد رأينا أن نبدأ بالحكم الثانى.



أولا : استمرار الحاضنة وصغار المطلق فى

شغل مسكن الزوجية دون المطلق إذا لم

يهىء لهم المطلق المسكن المستقل المناسب

١٢١- متى يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل

مسكن الزوجية دون المطلق؟

يثبت الحق للحاضنة وصغار المطلق فى الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق، إذا لم يهئ لهم المطلق المسكن المستقل المناسب خلال فترة العدة إذا كان المسكن مؤجرا، وإذا لم يهئ لهم هذا المسكن فى أى وقت ولو بعد انقضاء العدة إذا كان المسكن مملوكا للمطلق.

(وسرى أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية التفرقة فى المدة التى يهئ فيها المطلق المسكن المستقل المناسب بين المسكن المؤجر وغير المؤجر).

ويجب على الحاضنة المطلقة الانتظار إلى أن تنتهى عدتها شرعا قبل أن تقيم الدعوى بطلب الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية مع صغارها دون المطلق لأن هذا الحق لا يثبت لها إلا بعد انقضاء عدتها، فإذا رفعت دعواها خلال العدة كانت غير مقبولة.

وعلى المطلقة إذا أقامت دعواها أن تثبت طلاقها - عند الإنكار - بأشهاد طلاق المطلق لها، وأن تثبت أن المطلق لم يهئ لها ولصغارها منه مسكنا آخر مناسباً، وأن تقر بانقضاء عدتها منه.

١٢٢- الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل مسكن

الزوجية دون المطلق:

الحاضنة التى يحق لها الاستمرار مع صغار المطلق فى شغل «مسكن الزوجية» دون المطلق، إذا لم يهئ المطلق لها ولصغارها المسكن المستقل المناسب هى الحاضنة لصغار المطلق، أى يجب لثبوت هذا الحق للحاضنة أن يكون الزوج قد طلق زوجته التى أنجبت منه صغارا مازالوا فى سن الحضانة.

أما إذا كانت الزوجية قد انتهت بين الزوجين بغير الطلاق، فإن حاضنة الصغار من هذا الزواج لا يحق لها الاستمرار في شغل مسكن الزوجية. ومثل ذلك أن ينتهى الزواج بوفاة الزوجة، أو ينتهى الزواج بالفرقة التى ليست بطلاق وإن احتسبت طلاقاً أو فسخا، كالإيلاء واللعان وردة الزوج أو إتيانه فعلاً بأصول الزوجة أو فروعها مما يوجب حرمة المصاهرة كأن يزنى بأماً الزوجة أو بابنتها، أو الزواج بالأخت من الرضاعة.

وإذا كانت الفرقة بالطلاق فيستوى أن يكون الطلاق رجعياً أو باتناً، بإرادة الزوج أو بحكم القاضى.

وهذا الذى أوردناه يفصح عن أن المشرع لم يستهدف من الحكم الوارد بالمادة حماية الصغار وحاضنتهم بقدر زيادة أعباء المطلق بقصد الترغيب عن الطلاق. ويثبت هذا الحق للحاضنة ولو لم تكن والدّة الصغار، وسواء كانت من أقارب أم الصغار أو من أقارب أبى الصغار المطلق، أما إذا انتقلت الحضانة إلى حاضن، فلا يثبت له هذا الحق لأن النص جعل هذا الحق «للحاضنة».

ويفصح عن ذلك أن النص جاء مطلقاً «على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب»، وقد أبرز النص تخصيص المسكن للصغار بالدرجة الأولى وللحاضنة بالتبعية لهم، ولفظ «حاضنتهم» يفيد تعميم الحكم على الحاضنة أياً كانت.

وهذا الحكم مستحدث فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ذلك أن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان يقضى بأن «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية...»، فكان حكمها قاصراً على المطلقة الحاضنة أى والدّة الصغير المحضون.

وإذا كانت الحاضنة من المحارم بالنسبة للزوج المطلق كأخته مثلاً، فلا يوجد مبرر لحرمانه من الإقامة بالمسكن مع أولاده المحضونين. والأصل أن حضانة الصغار تكون للأم ما لم تحرم منها بحكم قضائى^(١).

(١) الدكتور محمد حسين منصور مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية ص ٢٧.

١٢٣- عدم دستورية إلزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه :

المستفاد من عموم نص المادة ٨٨ مكررا (ثالثا) سالفه الذكر أنها تلزم المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكانهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ٨٨ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»^(١) بعدم دستورية المادة ٨٨ مكررا ثالثا فيما نصت عليه وتضمنته من إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكانهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجرا كان أم غير مؤجر. ونعرض أسباب الحكم فيما يلى:

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق والمداولة.

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة، كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ٨٨٥ مدنى كلى مساكن الإسكندرية ضد المدعى، بطلب تمكينها وابنته منها - المحضونة لها - «نجلاء» من مسكن الزوجية المبين بالأوراق، وبجلسة ١٥/١٠/١٩٨٥ - المحددة لنظر تلك الدعوى - دفع المدعى بعدم دستورية المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وبجلسة ١٠/١٢/٨٨٥ صرحت محكمة الموضوع للمدعى - بعد تقديرها لجدية دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية، فرفعها.

وحيث إن المدعى ينعى على المادة (٨٨) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ - المشار إليهما -

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٢ فى ٨٨ يناير سنة ١٩٩٦.

مخالفتها للمادتين (٢٢٢٤) من الدستور، تأسيساً على أن الإسلام - وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة، وأن الشريعة الإسلامية - في مبادئها - هي المصدر الرئيسي للتشريع، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعي - لا يجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه، ذلك أن الحق في الطلاق مكفول لكل زوج حملاً على أحوال المسلمين بافتراض صلاحهم وتقواهم، وهم لا يمارسون هذا الحق انحرافاً، أو التواء، أو إضراراً، بيد أن النص المطعون فيه، صاغ القواعد التي قررها، ممالةً منه لفئة لا تعنيها إلا مصالحها الضيقة التي لا يحميها الشرع، محملاً من يباشرون ذلك الحق - وبقصد تقييده - بأعباء مالية ونفسية تدفعهم إلى العدول عنه، ولو قام موجبه، حال أن الطلاق أمر عارض على الحياة الزوجية، ولا يلجأ الزوج إليه إلا إذا صار استمرارها والتوفيق بين الزوجين - رأياً لصدعها - مستحيلاً أو متعذراً، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لا يبلور إلا تياراً دخيلاً يتوخى هدم الحقوق لا إعمالها، توهما لخصومة بين طرفين، وإهداراً لقوامة الرجل على المرأة، وإنفاذاً لمساواة مغلوطة بينهما، وانحيازاً لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين، وتهويناً لاستقرار الأسر داخل مجتمعها بقصد إضعافها، وتعقيداً لأزمة طاحنة في الإسكان، بدلاً من الحد منها تخفيفاً لوطأتها، بعد أن استمر لهيبتها، ونشأ عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفاً من قبل، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره سكناً مناسباً، إلا تكليفاً بمستحيل في ظل أزمة الإسكان هذه، التي تحول بضغوطها - التي عمقها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق في الطلاق ليغدو وهماً، يؤيد ذلك أن حمل المطلق على التخلي عن مسكن الزوجية، بعد أن أعده مستنفداً كل ما ادخره، ناهيك عن الديون التي لازال يروح تحتها، يعني أن يصبح هائماً شريداً.

وكان من المفترض - وقد التزم شرعاً بالإنفاق على صغاره - أن تكون نفقتهم مبلغاً من المال، غير أن النص المطعون فيه، استعاض عن تملكها بالتمكين منها، مخالفاً بذلك ما كان عليه العمل من قبل، متجاهلاً حدة أزمة الإسكان، وهو ما قام الدليل عليه من قصره مجال تطبيق الأحكام التي أقرها،

على حل رابطة الزوجية بالطلاق دون غيره من فرق النكاح، فكان عقابا باهظا واقعا على المطلق، محملا إياه بأعباء ينوء بها، متمخضا إضرارا منهيا عنه شرعا، لقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ ﴾، وهو ما يعنى أن الولد لا يجوز أن يكون سببا لإلحاق الضرر بأبيه، وقد كان هو سببا لوجوده، ليكون استقلال الصغار من دون أبيهم بمسكن الزوجية، إثما وبغيا. وفضلا عما تقدم، فقد أخل النص المطعون فيه بحرمة الملكية، ذلك أن صغار المطلق يستقلون من دون أبيهم بسكناء، ولو كانت عينا بملكها، ليحرم من الانتفاع بها، وإلى أن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا بديلا عنها، فى الآجال التى ضربها المشرع.

وحيث إن المادة ٨٨ مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على ما يأتى: «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال فترة العدة، استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة.

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

فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه، حتى تفصل المحكمة فيها».

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة على محكمة

الموضوع، متى كان ذلك، وكانت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص، تكفلان لصغار المطلق وحاضنتهم، الاستقلال بمسكن الزوجية في الآجال والأحوال المبينة بهما، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون فيه المحل متعددا، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينهما، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيها - بافتراض استيفاء كل منها للشروط التي تطلبها القانون فيه - سواء أكان الخيار للمدين - وهذا هو الأصل عملا بنص المادة ٥٧٥ من القانون المدني - أم كان الخيار للدائن بناء على اتفاق فيما بين العاقدين، أو إنفاذا لنص في القانون، مثلما هو مقرر بالفقرة الثالثة من النص المطعون فيه، التي تخول الحاضنة - وبافتراض نيابتها عن المحضونين المفوضين - الخيار بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر لقاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، وهو ما يفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر، وطلبها مسكن الزوجية، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى في الطعن على المادة ٨٨ مكررا ثالثا - المشار إليها - بفقراتها الثلاث دون غيرها.

ذلك أن فقرتها الرابعة، تخول المطلق أن يعود بعد انتهاء حضانة صغاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا، وهو ما يتمخض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لا تفصل في موضوع الحقوق المدعى بها، ولكن في منازعات الحيازة التي يكون مسكن الزوجية مدارها، ليكون قرار النيابة في شأنها وقتيا، فاصلا فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل في ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين، دون إخلال بأصل الحق المردد بينهما. وحيث إن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب، المعقودة في أول يوليو سنة ١٨٨٥، أن آراء عديدة أبداهها رئيس المجلس وأعضاؤه في شأن نص المادة ٨٨ مكررا ثالثا، سواء بتأييد مشروعها، أو الاعتراض على بعض جوانبه لتقييده.

وقد رفض المجلس بوجه خاص اقتراحين قدما إليه، أولهما - ألا يستقل صغار المطلق وحاضنتهم بمسكن الزوجية من دونه إذا كان لها مسكن تقيم فيه،

أو كان للصغار مال يكفيهم للإنفاق منه لتدبير مسكن يضمهم مع حاضنتهم،
وثانيهما - أن يختص كل من المطلق وصغاره بجزء مستقل من مسكن
الزوجية، توفيقا بين مصالحهم، ودفعاً لتعارضهما.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للنص المطعون فيه، أن وقوع الطلاق يثير فيما
بين الزوجين نزاعاً حول مسكن الزوجية، وهل يخلص لصغار المطلق
وحاضنتهم، أم لأبيهم من دونهم باعتباره المتعاقد عليه، وأن ما قرره بعض
الفقهاء من أن على أبيهم سكناهم جميعاً إذا لم يكن لمن لها إمساكهم، مسكن،
يعنى أن لحضانتهم أن تستقل معهم - بعد الطلاق - بمسكن الزوجية المؤجر
لأبيهم المطلق، إلا إذا هياً لهم مسكناً مناسباً يقيمون فيه، ليعود إلى المطلق بعد
انتهاء حضانتها، أو بعد زواجها إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء
المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ما تشتمل عليه - الحقوق التي كفلها
الدستور، وإهدارها النص المطعون فيه ضمناً، سواء كان الإخلال بها مقصوداً
ابتداءً، أم كان قد وقع عرضاً.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك، على أن ما نص
عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ
الشرعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب
على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا
التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام
قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام
الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي
يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية
وأصولها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً.

ومن غير المتصور بالتالي أن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان، إذ
هي عصية على التعديل، ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها،
وتتصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها، على مراقبة التقيد بها،
وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها، ذلك أن المادة الثانية من الدستور،

تقدم على هذه القواعد، أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما علم من الدين بالضرورة، ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها، وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيماً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن البين من استقراء الأحكام التي بسطها الفقهاء في شأن النفقة - سواء كان سببها عائداً إلى علائق الزوجية، أم إلى القرابة في ذاتها - وأياً كان نوعها - بما في ذلك ما يقوم من صورها بين الأصول والفروع، أنهم اختلفوا فيما بينهم في عديد من مواضعها، إما لخفاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها، وإما لتباين طرائقهم في استنباط الأحكام العملية - في المسائل الفرعية والجزئية التي يدور الاجتهاد حولها - من النصوص وأدلتها، والترجيح بينها عند تعارضها، اختياراً لأصحبها وأقواها وأولاهها، وهو ما يفيد أن النفقة بمختلف صورها، وفي مجمل أحكامها - وفيما خلا مبادئها الكلية - لا ينتظمها نص قطعي يكون فاصلاً في مسائلها.

وحيث إن النفقة شرعاً هي الإدرار على الشيء بما فيه بقاءه، وهي في أصل اشتقاقها تعد هلاكاً لمال من جهة المنفق، ورواجاً لحال من جهة المنفق عليه، ويشمل مصطلحها كل صورها من إنفاق على إنسان أو حيوان أو طير أو زرع، لأن فيها معنى إخراج مال لإيفائهم حاجتهم، وصونها.

ولا ينال من ذلك قول أهل اللغة أيضاً، بأنها ما ينفقه الإنسان على عياله ونحوهم، فإنه بيان لحقيقة مدلولها وعلى تقدير أن مسكن الصغير من مشمولاتها.

وإذ كان الأصل أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته ليوفر لها احتياجاتها، ويعينها على التفرغ لواجباتها جزاء لاحتباسها لمصلحة تعود عليه، وكان من المقرر كذلك أن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها - إذا منعها مؤنتها - ما يكفيها هي وأولادها منه معروفاً، وبغير إننه، وكانت علاقة المرء بذوى قرياه - من غير أبنائه - تقوم على مجرد الصلة - ولو لم تكن صلة محرمية - إلا أن الولد ليس إلا زرع أبيه، بل هو من كسبه وجزؤه، وبعض منه، وإليه يكون منتسباً، فلا يلحق بغيره.

وهذه الجزئية أو البعضية، مرجعها إلى الولادة، وليس ثمة نفع يقابلها ليكون فيها معنى العوض، ومن ثم كان اختصاص الوالد بالإنفاق على صغاره أصلاً ثابتاً لا جدال فيه، بحسبان أن قرابتهم منه مفترض وصلها، محرم قطعها بالإجماع، ولأن نفقتهم من قبيل الصلة، بل هي من أبوابها، باعتبار أن الامتناع عنها مع القدرة على إيفائها - حال ضعفهم وعجزهم عن تحصيل حوائجهم - مفض إلى تفويتها، فكان الإنفاق عليهم واجباً، فلا تسقط نفقتهم بفقر آبائهم ولا يتحللون منها، بل عليهم موالاة شئون أبنائهم العاجزين عن القيام بما يكفل إحياءهم وصون أنفسهم، مما يهلكها أو يضيعها.

وهم كذلك مسئولون عن تكميل نفقتهم، إذا كانوا يتكسبون، وما برحوا عاجزين عن إتمامها، فلا يمنعهم الآباء ما يستحقون، إعمالاً لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول» ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة، وبقدر ما يكون لازماً منها لضمان كفايتهم على ضوء ما يليق بأمثالهم، فلا تكون اقتاراً، ولا سرفاً زائداً عما اعتاده الناس، ولا تستطيل بالتألى إلى ما يجاوز احتياجاتهم عرفاً.

بل إن من الفقهاء من استدل على وجوبها على الآباء، من أنهم كانوا فى الجاهلية يقتلون أولادهم خوفاً من الإملاق وما كانوا ليخافوه لولا أن نفقتهم عليهم، فنهاهم الله تعالى عن قتلهم.

ومن ثم قيل بأمرين: **أولهما** - أن الإخلال بنفقتهم يكون مستوجبا حبس من قصر في أدائها ممن التزم بها، باعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء في بدنها، أو عقلها، أو عرضها، **ثانيهما** - أنه إذا كان للصغار مال حاضر، فإن نفقتهم تكون في أموالهم ولا شأن لأبيهم بها، فإذا كان ما لديهم من مال لا يكفيها، أو لم يكن لديهم مال أصلا، اختص أبوهم من دونهم بتكملتها، أو بإيفائها بتمامها، فلا يتحمل غيره بعبتها.

وحيث إن المدعى لا ينازع في أصل الحق في نفقة صغاره، ولا في شروط استحقاقها، ولا في أن نفقتهم غير مقدرة بنفسها، بل بكفايتها، وإنما تثور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التي فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق، قولا بأن هدفها الحد من الحق في الطلاق، وأن إعاناتها يتمثل في إلزامهم إسكان صغارهم من مطلقاتهم، بدلا عن أجره المسكن التي كان العمل بها جاريا قبل نفاذ النص المطعون فيه، بما مؤداه أن «عينية» نفقتهم «لا مبلغها» هي مدار دعواه هذه، وأن الفصل في دستورية النص المطعون فيه يتجدد على ضوءها، «ونطاق تطبيقها».

وحيث إن إنكار حق صغار المطلق في اقتضاء نفقتهم تمكينا، مردود **أولا**: بأن القاضي وإن كان يقرها في ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ (المادتان ٥، ٦ منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل عناصرها جميعا، بما فيها السكنى، إلا أن من المقرر في قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لا تحمل في ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها، وإبدالها بقاعدة جديدة لا تصادم حكما شرعيا قطعيا - في وروده ودلالته - وتكون في مضمونها أرفق بالعباد، وأحفل بشئونهم، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التي تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها، فذلك وحده طريق الحق والعدل، وهو خير من فساد عريض.

ومن ثم ساغ الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لا يجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها.

وليس الاجتهاد إلا جهدا عقليا يتوخى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وهو بذلك لا يجوز أن يكون تقليدا محضا للأولين، أو افتراء على الله كذبا بالتحليل أو التحريم فى غير موضعيهما، أو عزوفا عن النزول على أحوال الناس والصالح من أعرافهم.

وإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عبادہ، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية، إذ هى غير منغلقة على نفسها، ولا تضى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، ولا تحول دون مراجعتها، وتقييمها، وإبدالها بغيرها.

فالآراء الاجتهادية ليس لها - فى ذاتها - قوة ملزمة متعددة لغير القائلين بها، ولا يجوز بالتالى اعتبارها شرعا ثابتا متقرا لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر فى دين الله تعالى، وإنكارا لحقيقة أن الخطأ محتمل فى كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد فى الفتيا تهيبا، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سندا، أكثر ملاءمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد فى الأحكام الظنية، وربطها بمصالح الناس عن طريق الأدلة الشرعية - النقلية منها والعقلية - حق لأهل الاجتهاد، فأولى أن يكون هذا الحق ثابتا لولى الأمر يستعين عليه - فى كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر فى الشئون العامة، إخمادا للثائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة، على أن يكون مفهوما أن اجتهادات السابقين، لا يجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها، وأن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله، مسئلتهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة، هى التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها، وهى بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها، أو تنحصر تطبيقاتها، ولكنها تتحدد - مضمونا ونطاقا - على ضوء أوضاعها المتغيرة.

وليس ذلك إلا إعمالاً للمرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية والعملية المستجيبة بطبيعتها للتطور، والتي ينافيها أن يتقيد ولي الأمر في شأنها بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو أن يقعد باجتهاده بصددها، عند لحظة زمنية معينة، تكون المصالح المعتبرة شرعاً قد جاوزتها.

وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها، متطورة بالضرورة، نابتة الجمود لا يتقيد الاجتهاد فيها - وفيما لا نص عليه - بغير ضوابطها الكلية، وبما لا يعطل مقاصدها.

ومردود ثانياً: بأن كلمة النفقة عند إطلاقها، تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى، أو هي - على حد قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزاً وأدماً وكسوة وسكناً وتوابعها، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمنفق عليه.

والأصل فيها أن تكون عينا، فلا يصار حق الصغار بشأنها إلى ما يقابلها نقداً - باعتبار عوضها أو بدلها - إلا إذا كان استيفاء أصلها متعذراً.

وليس معروفاً أن يكون إنفاق الوالد على صغاره تمليكاً معلوم القدر والصفة، بل يتعين أن يكون تمكيناً يعينهم على أمر حوائجهم، ليوفيها دون زيادة أو نقصان.

وهذا الأصل قائم على الأخص في مجال العلاقات الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام «أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون»، وهو مقرر كذلك في الزكاة لوقوعها في عين أموالها لقوله عز وجل: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ

صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا ۖ

واستصحاباً لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها، سواء كان طلاقها من زوجها رجعياً أم بائناً، ذلك أن طلاقها رجعياً، يعنى أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة، وأن بقاءها في بيته قد يُغريه بإرجاعها إليه، استئنافاً لحياتها، فإن كان طلاقها منه بائناً، فإن مكثها في منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك في الحالتين، إلا أن تأتي عملاً فاحشاً.

وقد أحال الله تعالى المؤمنين في كفاراتهم إلى عاداتهم قائلًا ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾.

متى كان ذلك، وكان الحق هو الحسن شرعاً، والباطل هو القبيح شرعاً، فإن تقرير حق الصغار في نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيّتها، لا يكون التواء عن الشرع، ولا ضلّالاً يقابل الحق ويضاده.

ومردود ثالثاً: بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، كثيراً ما قرروا أحكاماً متوخين بها مطلق مصالح العباد جلباً لنفعهم، أو دفعاً لضرهم، أو رفعاً للحرّج عنهم، باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها، وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها.

وإذ لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار في نفقاتهم أو المطل في أدائها - فيما إذا كان قدرها محدداً مبلغاً من النقود - مما قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذويها يقبلونهم على مضض، أو يصدونهم، يضيقون بهم ذرعاً، أو يعرضون عنهم، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم، فقد بات حقاً وواجباً، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلماً بيناً، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبيناً اقتضائها، مستلهاً أن الأصل في الضرر أن يزال فلا يتفاقم، وأن الضرر لا يكون قديماً، فلا يتقادم، وأن القرابة القريبة ينبغي وصلها، والقبول بأهون الشرين في مجالها توقياً لأعمهما.

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضى مبلغاً من النقود، إلى عين محقق وجودها، هي تلك التي كانوا يشغلونها مع أبويهم قبل طلاق أمهم، ليظل حقهم متصلاً بها لا يفارقونها، إلا إذا بوأهم أبوهم مسكناً مناسباً بديلاً عنها.

ولا منافاة في ذلك للشرعية الإسلامية سواء في مبادئها الكلية أو مقاصدها النهائية، بل هو أكفل لدعم التراحم والتواصل بين أفراد الأسرة الواحدة، بما يرضى جوهر علاقتهم بعضهم ببعض، فلا يقوض بنيانها.

ومردود رابعاً: بأن ما قرره المدعى من أن المطلق يتعذر عليه أن يوفر سكناً لصغاره وحاضنتهم إزاء حدة أزمة الإسكان، وعمق تداعياتها، يعنى أن

تقدير نفقتهم مبلغا من النقود مشتملا على سكناهم، لن يكون كافيا لتهيئتها، إذ لو كان بوسعهم استيفاء حقهم من السكنى من خلال أجر مسكن يحصلون عليه من أبيهم، لكان الاعتراض على عينية نفقتهم لغوا.

وحيث إن عينية النفقة على ما تقدم، لا تفيد لزوما انتفاء القيود اللازمة لضبطها، ولا تحول بالتالي دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية في شأن مضمون الحقوق التي خولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم، للفصل في اتفاقها مع الدستور، أو خروجها عليه.

وحيث إن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه، صريحتان في استقلال الصغار مع حاضنتهم بمسكن الزوجية، فيما إذا تقاعس المطلق عن أن يعد لهم مسكنا ملائما يضمهم جميعا.

بيد أن ربط هاتين الفقرتين ببعضهما، يدل على تبنيها تمييزا تحكيميا بين فئتين من المطلقين: ذلك أن بينما تلتزم إحداها - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكنا مناسباً خلال فترة زمنية لا تتجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية، لا يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم بأكملها، فإن أخراهما - التي يكون مسكنها هذا غير مؤجر - يكفيها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكنا مناسباً يفيئون إليه، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم، لا يتقيدون في ذلك بأمر معين.

وحيث إن الأصل في كل تنظيم تشريعي أن يكون منظوياً على تقسيم، أو تصنيف، أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض، أو عن طريق المزايا، أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور، يفترض ألا تتفصل النصوص القانونية التي نظم بها المشرع موضوعاً محدداً، عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخاها، بالوسائل إليها، منطقياً، وليس واهياً أو واهناً، بما يخل بالأسس الموضوعية التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

ومرد ذلك، أن المشرع لا ينظم موضوعاً معيناً تنظيمياً، مجرداً أو نظرياً، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها، تعكس مشروعيته إطاراً لمصلحة عامة لها

اعتبارها، يقوم عليها هذا التنظيم، متخذا من القواعد القانونية التي أقرها، مدخلا لها فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها، كان التمييز بين المواطنين في مجال تطبيقها، تحكما، ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور.

وحيث إنه متى كان ذلك، وكان ما قرره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين، لا يعدو أن يكون تقسيما تشريعا لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التي يقوم عليها، والنتائج التي ربطها المشرع بها، بل توخى هذا التمييز - وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة في أول يوليو ١٩٨٥ - فرض قيودا واقعية على الطلاق، كي لا تكون إسرافا، فجاء بذلك نافيا لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التي ارتبط بها المطلق في شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت، أم إعارة، أم ملكا، أم انتفاعا، أم حق استعمال، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا مناسباً وأويهم كبديل عن مسكن الزوجية، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقا بعين المكان الذي كان يظلمهم مع أبويهم قبل الطلاق، بل يقوم حقهم منحصر في مكان يهجعون إليه، يكون مناسباً شرعا لأمثالهم، فلا يكون إعداده مقيدا بزمن معين.

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها وكان غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقا سواء من خلال تنظيم تشريعي جائز، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم في النفقة إضرارا بأبيهم، وكان من المقرر أن مسكنا مناسباً يتهيأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقة أو بعدها، هو ما تقوم به مصلحتهم في النفقة التي لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا أو غير مؤجر، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار في نفقتهم، ولا هو من مقاصدها.

ومتى كان ما تقدم، وكان الآباء المطلقون - في علاقتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض، وكان النص المطعون فيه، قد مايز بينهم - في نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم في إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا، مع بسطها إن كان غير مؤجر، فإن هذا التمييز لا يكون منطقيا، قائما بالتالي على غير أسس موضوعية، ومنهيا

عنه دستوريا، ذلك أن أشكال التمييز التي يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد، أو تفضيل، أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق التي كفلها الدستور، أو القانون، أو كلاهما، بما في ذلك تلك التي ترعى بنيان الأسرة، ولا تفرقها، وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين، ضمانا لتراحمها وتناصفها.

وحيث إن النص المطعون فيه - فوق هذا يتمخض إعاناتا بالمطلق، وتكليفًا بما لا يطاق من جهتين.

أولاهما: أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد، وكذلك الأعمال التحضيرية التي تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة في أول يوليو ١٨٨٥ - تدل جميعها على أن ما توخاه المشرع بالنص المطعون فيه، هو أن يوفر الأب لصغاره من مطلقته، ولحاضنتهم، مسكنا ملائما، وإلا استمروا من دونه شاغلين مسكن الزوجية، ولو كان لهؤلاء الصغار مال يكفيهم للإنفاق عليهم.

فقد رفض مجلس الشعب اقتراحا مقدما من أحد أعضائه مؤداه أن تهية مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم، ينبغي أن يكون مقيدا بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصصها، ولا لصغاره مال ينفقون منه على سكناهم. وقيل تبريرا لهذا الرفض، أن أباهم يقوم الآن بالإنفاق عليهم، ولو ورثوا عن بعض أقاربهم، أو تلقوا عن أمهم، مالا.

وإذ كان الأصل المقرر شرعا أن مؤنة الحضانة تكون في مال المحضون، فإن لم يكن للمحضون مال، فعلى من تلزمه نفقته، وكان هذا الأصل مرددا بنص الفقرة الأولى من المادة ٨٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليه - التي تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته، على أبيه، وكان حق الصغار في الإنفاق عليهم، يتوخى إحياءهم، وليس حقا لحاضنتهم عوضا عن احتباسها لشئونهم، وكان الأصل في نفقتهم أنهم عاجزون بدونها عن تحصيل حوائجهم، وأن استيفاءهم لها بقدر كفايتهم يعد معروفا، وأن تأسيسها على حاجتهم، يثبتها على أبيهم، حتى مع اختلافهم دينا، وكان استواء

آباء الصغار مع أمهاتهم فى الولاد، لا يسقط نفقتهم عن آبائهم، بل ينفردون بها، إلا أن الحق فى طلبها مقيد دوماً بأن يكون تحصيلها حائلاً دون هلاكهم، أو ضياعهم. ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال، ذلك أن الإنفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلاً، فلا تكون نفقته واجبا على أحد، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعا من أبيه طلباً لازماً يحتم أداءها، فقد انتفى موجبها، ولم يعد اقتضاؤها ضرورة يختل بفواتها نظام الحياة.

ولئن جاز القول بأن الأبوين قد يفيضان بأموالهما على أبنائهم، صونا لأموالهم التى بين أيديهم مما قد يبدها أو ينتقص منها، إلا أن حدبهما على أبنائهم بما فطرا عليه، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيها ويبدلها بغيرها، بل تظل نفقتهم فى أموالهم بقدر كفايتهم.

ثانيتهما: أنه وإن كان الأصل أن سكنى الصغار - عينا - حق، وأنها جزء من نفقتهم بمدلولها لغة وعرفاً، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون إليه تبعاً لها - فإنه يكون بذلك مرهقاً - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعا - مفضياً إلى وقوعهم كارهين فى الحرج، ليكون إعناتهم منافياً للحق والعدل، ومشقتهم بديلاً عن التيسير عليهم، ليقترن الطلاق بالأساء والضراء التى لا مخرج منها.

وما لذلك تشرع الأحكام العملية التى ينبغى أن تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم، إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحاً من خلال تكليفاتها، ولا مضمونها عتواً مجافياً لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين، بل هونا وقواماً، وهو ما عبر عنه ابن عابدين فى حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التى أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عن لها إمساك الولد وليس لها مسكن، أفاد بأن على أبيهم سكناهما جميعاً، وهو ما يعنى عند ابن عابدين - أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه يأويها مع المحضونين، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين، وأوفق لمصالحهم، ومن ثم ينبغى أن يكون عليه العمل.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان ما قرره أبو حفص مما تقدم - وكذلك من خرج عليه - لا يعدو أن يكون اجتهدا، وكان الاجتهاد في المسائل الخلافية ممكنا عقلا، ولأزما ديانة، ومفتوحا بالتألي فلا يصد اجتهدا اجتهدا، ولا يقابل اجتهدا على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، وبما لا يناقض كمال الشريعة، أو يخل بروح منهاجها، وكان ما ذهب إليه البعض من أنه إذا اختار ولى الأمر رأيا في المسائل الخلافية، فإنه يترجح، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين، لا يكون إلا باتباع أيسرهما ما لم يكن إثما، فلا يشرع ولى الأمر حكما يضيق على الناس، أو يرهقهم من أمرهم عسرا، لتكون معيشتهم ضنكا وعوجا، بل يتعين أن يكون بصيرا بشئونهم بما يصلحها، فلا يظلمون شيئا، وكان من المقرر أن سكنى صغار المطلق ضرورة ينبغي أن تقدر بقدرها، وكان ثابتا كذلك أن من مقاصد الخلق جلب منافعهم ودفع المضار عنهم، وأن صلاحهم هو تحصيل مقاصدهم، فلا يكون بعضهم على بعض عتيا، ولا تكون أفعالهم ضراوة فيما بينهم، وكان حقا قوله عليه السلام «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم» وكانت الحنيفية السمحة هي مدار الدعوة التي قام بتبليغها إلى الناس جميعهم ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوائهم في مسكن لحاضنتهم تسكنه فعلا، مؤجرا كان أم غير مؤجر - ليكون لهم مهادا، ليس تعلقا بما يكون واجبا على أبيهم، ولا اجتنابا من جهتهم لشر يتأهون عنه، بل إعراضا عما ينبغي أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاقا لعلاقاتهم ببعض، ولا مقيما عوائق تتعقد دروبها وتتغلق مسالكهم إليها، ليكون لهم مخرجا من حرجهم، فلا يقترن - ظلما أو هضما - بما يأتون أو يدعون مصداقا لقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِّنْ حَرَجٍ﴾ ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَن تَخَفَّفَ عَنْكُمُ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾.

متى كان ذلك، وكان القرآن فصلاً لا هزلاً، وكان اختصاص صغار المطلق من مطلقته - مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هي المطلقة نفسها، بل أمها أو أختها أو خالتها - يعنى أن حاضنتهم هذه - وقد تهيأ مسكن لها مع زوجها وأولادها - إما أن تنقل هؤلاء معها إلى مسكن المحضونين نابذة مسكنها لأمر انعقد عليه عزمها، وإما أن تتردد بين مسكنها ومسكنهم، فلا تمنحهم كل اهتمامها، ولا توفر لحضانتهم متطلباتها من التعهد والصون والتقويم، وإما أن تقيم مع محضونيتها - من دون أسرتها - ليتصدع بنيانها، ولا يعدو ذلك كله أن يكون عبثاً توخى - دون مقتض - وعلى ما جاء بمضبطة مجلس الشعب - فرض قيود واقعية على الطلاق لا يجوز شرعاً.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيداً، فلا يكون مسكن الزوجية مقراً للمحضونين، إذا كان لحاضنتهم مسكن يأويهم، تقيم هي فيه. وليس لازماً أن يكون مملوكاً لها، ذلك أن حق الصغار فى السكنى ينتقل من مسكن أبيهم إلى مسكن حاضنتهم، أيا كان شكل العلاقة القانونية التى ترتبط بها فى شأن هذه العين، ودون إخلال بحقها فى أن تقتضى لها وللصغار أجر مسكن مناسب، باعتباره من مؤنتهم.

وحيث إن النص المطعون فيه - محددًا نطاقاً فى الحدود التى خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق فى الطلاق، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقاً تقتضيهما الضرورة، ويقدرها، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها، لا تنتقص من مشتملاتها، ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخياً.

ووقعها فى الحدود التى يقتضيهما الشرع، ينفى تعويقها الطلاق، أو إهدارها الحق فيه، لأمرين، أولهما: أن الأصل فى الحقوق التى يأذن المشرع بممارستها، أو يبين أسسها، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل، بل تعمل جميعها فى إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها، وتتوافق مصالحها. ثانيهما: أن الطلاق كان دائماً ملاذاً نهائياً للرجل، ولا يلجأ إليه إلا باعتباره باباً للرحمة فى مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائراً عميقاً.

ولم يكن مطلقا بغيا من الرجل على المرأة لقوله تعالى: «فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا» فلا يكون الفراق بين الزوجين ظلما أو حمقا، بل معروفا وانتصافا «لا ينال من الحقوق التي جر إليها» ولا يسقط عن المطلق تبعاتها وتلك هي الشريعة الإسلامية، قوامها العدل والرحمة وجوهرها دعوة إلى البر والإحسان لا تنتهى. ومما يناقض وسطيتها أن يكون الصغار ضحايا لنزق آبائهم، يمنعونهم ما يستحقون.

وحيث إن ما قرره المدعى من أن المطلق - إذا ما كان مالكا قانونا لمسكن الزوجية - فإن اختصاص صغاره من مطلقته بهذا المسكن من دونه، إنما يجرد ملكيته من بعض عناصرها، إخلالا بالحماية التي كفلها الدستور لها بالمادة ٣٤، مردود: بأن الملكية في إطار النظم الوضعية التي تزوج بين الفردية وتدخل الدولة، لم تعد حقا مطلقا ولا هي عصية على التنظيم التشريعي وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها. ومن ثم ساء تحميلها بالقيود التي تتطلبها وظيفتها الاجتماعية، وهي وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ، ولا تفرض نفسها تحكما، بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية، والأغراض التي ينبغي رصدها عليها، محددة على ضوء واقع اجتماع معين، في بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها.

وفي إطار هذه الدائرة، وتقيدا بتخومها، يفاضل المشرع بين البدائل، ويرجع على ضوء الموازنة التي يجريها، ما يراه من الصالح أجدر بالحماية، وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور، مستهديا في ذلك بوجه خاص بالقيم التي تتحاز إليها الجماعة في مرحلة بذاتها من مراحل تطورها، وبمراعاة أن القيود التي يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة بذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة.

ولا تعارض الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية ما تقدم. ذلك أن الأصل فيها أن الأموال جميعها مردها إلى الله تعالى، أنشأها وبسطها، وإليه معادها ومرجعها، مستخلفا فيها عباده الذين عهد إليهم بعمارة الأرض، وجعلهم مسئولين عما في أيديهم من الأموال لا يبدونها أو يستخدمونها إضرارا. يقول تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ﴾. وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها

فى الباطل. وتكليفاً لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثاً أو إسرافاً أو عدواناً، أو متخذاً طرائق تناقض مصالح الجماعة أو تخل بحقوق للغير أولى بالاعتبار. وكان لولى الأمر بالتالى أن يعمل على دفع الضرر قدر الإمكان، وأن يحول دون الإضرار إذا كان ثأراً محضاً يزيد من الضرر ولا يفيد إلا فى توسيع الدائرة التى يمتد إليها، وأن يرد كذلك الضرر البين الفاحش.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان اختصاص صغار المطلق بمسكن الزوجية، مقيداً بتراخيه فى أن يوفر لهم مسكناً مناسباً يكون بديلاً عنه، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم، مترتباً على الإخلال بإيفائها، بعد أن غرض أبوهم بصره عن إحياء صغاره، ليكون استمرارهم فى شغل مسكن الزوجية، عائداً فى مصدره المباشر إلى نص القانون، وعلى ضوء الموازنة التى أجراها المشرع بين مصلحة المطلق فى أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صغاره، ومصلحتهم فى البقاء فيه من دونه، مرجحاً - فى نطاق سلطته التقديرية فى مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما، باعتبار أن تفويتها يلحق بصغاره مضاراً لا حد لها، ولأن الأضرار حين تتراحم، فإن اختيار أهونها دفعا لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً، يكون لازماً، وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية التى يحدد ولى الأمر إطارها وتوجهاتها.

وحيث إن أعمال الفقرة الثالثة من النص المطعون فيه - محدد إطاره على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا - يفترض أن المطلق قد تراخى عن أن يعد مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون ما لا حاضراً يدبرون منه سكناهم، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويأويهم تبعاً لها - فإن اختصاصهم - من دون أبيهم - بمسكن الزوجية، يكون لازماً.

وحيث إن البين من الأعمال التحضيرية لهذه الفقرة - حسبما تضمنتها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن وارداً فى مشروع القانون المعروض بتعديل بعض

أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وإنما اقترحها أحد أعضاء هذا المجلس تخييراً للحاضنة بين الاستقلال مع الصغار بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر القاضي لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب، وكان ذلك من المشرع بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلباً لملاذهم وعونهم، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه، بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها، وقد يروعها - بما يفوض سكينتها وصفاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد، فلا تخلص - إزاء اضطرابها - لمحضونيتها، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون، ولا تعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضاً أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقررراً لمصلحة لها اعتبارها، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيتها.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً - المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من:

أولاً: إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان له مال حاضر يكفي لسكناهم، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه، مؤجراً كان أم غير مؤجر.

ثانياً: تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها، نهايتها عدة مطلقته.

وألزمت الحكومة المصروفات ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

١٢٤- المقصود بمسكن الزوجية :

استعمل النص عبارة «استمروا فى شغل مسكن الزوجية». وهو تعبير غير دقيق لأنه بانفصام الزوجية بالطلاق لم يعد المسكن الذى كان يقطنه الزوجان مسكنا للزوجية.

والمقصود بهذا المسكن، هو المكان الذى كانت تشغله الزوجة والزوج وأولادهما حال الزوجية، وكان يطلق عليه مسكن الزوجية، سواء كان منزلا أو جزءا من منزل، فإذا كان الزوجان وأولادهما يقيمون فى حجرة بشقة أو بمنزل يشغل باقيه آخرون كوالدى الزوج، كان مسكن الزوجية هو هذه الحجرة. وإذا كان الزوج متزوجا من زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة، وطلق الزوج إحدى زوجتيه، فإنها تستمر مع الأولاد المحضونين فى شغل ما كانت تستخدمه أثناء قيام الزوجية.

وعلى ذلك إذا كان للزوج أولاد بالغون من زوجته الأخرى فإن هؤلاء الأولاد يستمرون فى شغل ما كانوا يستخدمونه من مسكن الزوجية.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٢/٦/ ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٣ اقضائية «دستورية» بأن :

«....ذلك أن النص المطعون عليه لا يخول الحاضنة - إذا لم يوفر الزوج مسكنا مناسباً - سوى الاستمرار هى ومحضونتها «دون المطلق» فى شغل مسكن الزوجية بما مؤداه أنه إذا شاركها آخرون فى الانتفاع بالعين، فإن حقهم على أجزائها التى لم يشملها الزوجية يظل قائما، وليس لأحد أن يحول دون إقامتهم فيها».

وواضح مما تقدم أنه لا يشترط أن يكون هذا المسكن شرعيا وله مرافق مستقلة، وهو ما أفصحت عنه مناقشات مجلس الشعب^(١).

(١) فقد صرح الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة بالمجلس بأنه: «.... وفى نقاشنا مع السادة أصحاب الفضيلة أساتذة الشريعة ورد السؤال التالى: ما القول فى رجل متزوج زوجتين فى منزل واحد أو شقة واحدة فكانت إجابتي فى هذه الحالة أن المنزل أو الشقة ليس مسكنا لزوج و واحدة بل لأكثر من زوجة وعلى ذلك إذا طلق فتستقل المطلقة وأولادها بما كانت تستخدم من المسكن المشترك. =

وكان النص المقابل في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يجرى عليه أن: «للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال بمسكن الزوجية»، وهذه الصياغة لم تكن موفقة لأنها تعنى الاستقلال بالمسكن دون مشاركة أحد، وهى نتيجة غير صحيحة كما رأينا، لذلك جاءت صياغة النص الحالى أكثر توفيقا حيث قضى باستمرار الصغار وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة، أى أن الاستقلال هنا نسبى (فى مواجهة المطلق)^(١).

ويسرى النص على المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر، وذلك عكس الحال فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى كان يقصر هذا الحق على المسكن المؤجر^(٢)، وبذلك يكون النص الجديد قد أضفى سعة كبيرة فى تطبيق النص.

= إذن، فمسكن الزوجية ليس منزلا بالضرورة أو شقة بالضرورة وإنما هو الجزء من المنزل أو هو المنزل المستقل تبعا للظروف التى تختص به الزوجة والزوج وأولادهما، حال الزواج وهذا هو المقصود فى القانون بمسكن الزوجية.

ثالثا: لقد ورد بالنص أن على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية - بالمعنى الذى قدمته - دون المطلق والنص هنا محسوب تماما، فنحن لم نقل: استقلوا بمسكن الزوجية تماما وإنما دون المطلق وحده فإذا وجد فى هذا المسكن أب له أو أم يسكنون فى جزء منه لم يخرجوا وإنما يخرج هو وحده فمسكن الزوجية يؤخذ بالمفهوم الضيق، وهو ما خصص للزوجة ولأولادها وللزوج حال قيام الزوجية، فإذا اشترك آخرون من العائلة... الأب... أو الأم.... أو الإخوة فى مكان آخر داخل المبنى فهو ليس جزءا من مسكن الزوجية وليكن ذلك واضحا» (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٨ بتاريخ ١١/٧/٨٨٥ ص ١١) كما صرح بأنه: «يبقى الأولاد مع حاضنتهم فى المسكن، ويترك هو المسكن ولقد ذكرت مثلا لذلك هو أنه فى حالة وجود والد المطلق أو والدته مع الأولاد وحاضنتهم، وفى هذه الحالة يترك المطلق فقط المسكن دون والده أو والدته، فإذا كان لوالديه أن يستمروا فمن الأجدى أن يستمر أولاده فى نفس المسكن».

(مضبطة المجلس الجلسة المشار إليها ص ١٦).

(١) الدكتور محمد حسين منصور ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) نقض طعن ١٠٩ لسنة ١٠٠٠ ق جلسة ٢/٥/٨٨٥.

وعبارة (المسكن غير المؤجر) التي استعملها النص، أوسع بكثير من عبارة المسكن المملوك، لأن المسكن غير المؤجر يشمل المسكن المملوك للمطلق والمسكن الذى يكون له عليه حق انتفاع دون ملكية الرقبة أو حق استعمال أو حق سكنى، والمسكن المعار إلى المطلق من والديه أو من الغير، أو المشغول بترخيص إشغال مؤقت أو الذى يشغله بطريق الإعارة⁽¹⁾.

غير أنه إذا انتهى حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو ترخيص الإشغال المؤقت، أو انتهت الإعارة، وطلب المالك استرداد المسكن وجب رد المسكن لملكه، سواء كان هذا المالك والد المطلق أو والدته أو غيرهما، ووجب على الحاضنة والصغار الخروج من هذا المسكن لأن شغلهم له وقتئذ يعد بلا سند من القانون لأن القانون المدنى لا يعطيهم - هم ولا المطلق - الحق عندئذ فى شغل هذا المسكن ولأن نص المادة (٨٨ مكررا ثالثا) سالفه الذكر تعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بسند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى شغل ما كان يشغله المطلق بغير سند من القانون، ومن غير المعقول أن يعطيهم الحق فى اغتصاب ملك الغير. وعندئذ لا يكون للمطلق خيار ويتعين عليه أن يهئ لصغاره ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسباً.

أما إذا كان مسكن المطلق مشغولا بسبب العمل، سواء بالنسبة للعاملين بالدولة أو القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو القطاع الخاص، فلا يثبت للحاضنة وصغار المطلق حق الاستمرار فى شغل المسكن بعد انتهاء فترة العدة لأن هذا المسكن أعطى للمطلق لاعتبار يتصل بعمله ليظل به هو شخصيا ليكون عن مقربة من العمل، أو لتوفير الراحة والاطمئنان له حتى يتمكن من أداء عمله على الوجه المطلوب، ومن ثم فإن خروجه من المسكن لتشغله الحاضنة والصغار مما يخالف

(1) وفى هذا قال السيد رئيس مجلس الشعب ضمن بعض المسائل التى أوضحها فى المادة:

«خامسا - إذا كان المسكن غير مؤجر واختيار اللفظ كان دقيقا فلم نقل مملوكا لفتح الباب لحالات غير الملكية فالمسكن غير المؤجر قد يكون مملوكا للزوج وقد يكون له عليه حق انتفاع وليس له ملكية الرقبة، وقد يكون مملوكا لوالده أو لوالدته وأعطى له دون إيجار فلفظ المسكن غير المؤجر أوسع بكثير من لفظ المسكن المملوك.....الخ».

شروط شغل المسكن ويعرقل سير العمل في الجهة التي أعطته هذا المسكن، فضلا عن أن علاقته بجهة العمل قد تنتهي قبل انتهاء مدة الحضانة.

وتختلف هذه الحالة عن مساكن الخدمات الاجتماعية التي تقيمها شركات القطاع العام من ثلثي نسبة الـ ١٥% المخصصة للخدمات من أرباح الشركات (م ١٤ من القانون ١٣٦ لسنة ١١١١) وتملك للعاملين أو تؤجر إيجارا مستقلا عن العمل، فهذه تأخذ حكم المسكن المملوك للمطلق أو المؤجر له بحسب الأحوال^(١).

١٥٥ - العلاقة بين الحاضنة ومؤجر المسكن:

إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا واستمرت الحاضنة وصغار المطلق في شغلها، فإن شغل الحاضنة والصغار لهذا المسكن يضحى بمقتضى نص في القانون، وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بين الحاضنة وبين المؤجر خلال فترة شغلها المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء فترة شغل المسكن إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وعلى ذلك تلتزم الحاضنة بأداء أجرة المسكن وبكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها المسكن، والحاضنة تحصل على نفقة للصغار من أبيهم ومن بين عناصرها أجرة المسكن^(٢). لأن الاستمرار في شغلها المسكن - المؤجر - لا يسقط حقها في تقاضى أجر مسكن الحضانة.

وقد أوضح هذه العلاقة في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، تقرير اللجنة المشتركة من اللجنة التشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاجتماعية والأوقاف والشؤون الدينية عن القرار بقانون المذكور إذ جاء به أن:

«الحكم الذي أتت به المادة الرابعة بعد استثناء من الأحكام المنظمة للعلاقة بين المؤجر والمستأجر في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع

(١) الدكتور عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ١٦٨ وما بعدها، وهامش (٢) ص ١٦٧.

(٢) قارن عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ١٦٨ إذ يرى أن للمؤجر أن يطالب والد المحضونين بالتزامات عقد الإيجار ومنها الأجرة باعتبار أنه المستأجر وللمؤجر أن يطالب الحاضنة بذلك باعتبار أنها الشاغلة للعين بمقتضى نص القانون.

الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حيث تستقل المطلقة الحاضنة بقوة القانون بشغل المسكن في مواجهة الزوج المستأجر والمالك وتقوم العلاقة الإيجارية مباشرة بينها وبين المالك خلال فترة استقلالها بشغل المسكن على أن تعود هذه العلاقة بقوة القانون للمطلق المستأجر الأصلي بانتهاء الحضانة أو زواج المطلقة ومن المفهوم أن الحاضنة تلتزم بسداد الأجرة وبكافة الالتزامات التي يتحملها المستأجر خلال فترة شغلها على استقلال المسكن إذ هي تحصل لأبنائها المحضونين على نفقة من أبيهم بين عناصرها أجرة المسكن».

وبالبناء على ذلك، إذا كان المسكن يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، جاز للمؤجر أن يطلب إخلاء الحاضنة والصغار من المسكن لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ٨٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١١١١، ومن بين ذلك إذا تخلفت الحاضنة عن الوفاء بالأجرة أو تكرر امتناعها أو تأخرها عن الوفاء بها.. أو إذا ثبت بحكم قضائي نهائي أنها استعملت المكان أو سمحت باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للآداب العامة.

ويجوز للمطلق التدخل في دعوى الإخلاء المرفوعة من المؤجر باعتباره مستأجراً^(١)، طالبا وقفها إلى حين الفصل في دعواه بإسقاط الحضانة عن الحاضنة لعدم أمانتها مثلاً ونقل الحضانة إلى من تليها في الحضانة، مع طرد هذه الحاضنة من المسكن لشغلها له بعد ذلك بغير سند، كما يجوز للمؤجر الاستشكال في تنفيذ الحكم الذي يصدر ضد الحاضنة وفقاً للقواعد العامة^(٢).

(١) عبد الناصر العطار في مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ٩٦٩ هامش (١).

(٢) وحال مناقشة المادة بمجلس الشعب اقترح السيد العضو كمال بدوى أن يضاف إلى النص فقرة كالآتي: «كما لا يجوز الحكم بإخلاء المسكن بناء على طلب المؤجر إلا بعد إعلان الزوج والحاضنة» إلا أن رئيس المجلس رد عليه بأن: «من حق الحاضنة قانوناً أن تتدخل في الدعوى، ويمكنها أن تستشكل عند التنفيذ، فالقواعد العامة ستطبق»، ولم يوافق المجلس على هذا الاقتراح - مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص ١٥ وما بعدها.

ولا يجوز للحاضنة التنازل عن مسكن الحضانة للمؤجر، فإذا حدث هذا التنازل كان باطلاً، وحق للمستأجر استرداد العين المؤجرة، لأن حق الحضانة ينحصر في مجرد شغل العين في مدة الحضانة.

ولا يسقط حق الحضانة والمحضونين في الاستمرار في شغل المسكن تنازل المطلق عن الإيجار للمالك أو للغير أو تأجير المسكن من الباطن للغير لأن حقهم في الاستمرار في شغل هذا المسكن مستمد من القانون ولا يستطيع المستأجر الأصلي المساس به.

والحكم الصادر بإخلاء الحاضنة لا يحتج به في مواجهة المطلق الذي يسترد العين بوصفه صاحب الحق الأصلي في الإيجار إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانوناً.

١٢٦- مدى حق الحاضنة في استعمال مسكن الحضانة :

تقيم الحاضنة مع المحضون في مسكن الحضانة، وتستمر في شغله من أجل الصغير المحضون. وتستند الحاضنة في إقامتها بالمسكن إلى نص القانون، دون أن يكون لها حق ذاتي عليه.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للحاضنة تغيير استعمال مسكن الحضانة ولو كان لغرض مشروع، فلا يجوز لها أن تسمح لوالديها أو لأقاربها بالسكنى معها فيه، أو بأن تتزوج ويقيم زوجها معها فيه ولو كان الزوج ذى رحم محرم من الصغير، كما لا يجوز لها من باب أولى استعماله في غير أغراض السكنى كاستعماله عيادة طبية أو مكتب لممارسة مهنة أو حرفة، لأن ذلك يتضمن استغلالاً لحق الصغير على أبيه فيما ليس مقرر لها، بل وتعدياً عليه.

فإذا وجد هذا الاستعمال المخالف كان للمطلق بصفته ولياً على نفس الصغير وماله وصاحب الحق الأصلي في المسكن منعها من استعمال المسكن في غير حضانة الصغير.

غير أن هذا الاستعمال المخالف لا يبرر، إسقاط الحضانة عن الحاضنة إلا إذا أدى إلى فقدائها شرط الأمانة على نفس الصغير أو ماله، كما لو استعملت العين في غرض يضر بالصغير نفسياً أو خلقياً. وفي هذه الحالة يجوز للمطلق طلب إسقاط حضانتها ونقلها إلى من تليها في الترتيب الذى وضعه الشارع.

١٢٧- تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بسكنى الصغير:

تنص المادة ٦٩ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ على أن: «يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو وجهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه ومن يناط به ذلك».

وقد نصت المادة الثانية من القرار على أن يجرى تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

ونصت المادة الثالثة على أن يراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة ٦٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(القرار منشور بملحق التشريعات بنهاية الكتاب).

ثانيا : استرداد المطلق مسكن الحضانة

بعد انتهاء مدة الحضانة

١٢٨- مضمون حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة بعد انتهاء مدة

الحضانة:

نصت المادة على أنه: «... فإن انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا».

والمقصود بذلك أن تكون مدة الحضانة قد انتهت بالنسبة لجميع الصغار المحضونين.

وكانت الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ تقضى بأن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك.

إلا أنه بعد استبدال الفقرة المذكورة بالقانون رقم ٤ لسنة ٥٥٥٥ نصت على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.

والذى نراه أن المادة جعلت حق البقاء فى مسكن الحضانة مقترن بالحضانة، سواء فى مدتها الوجوبية أو الجوازية، ولا يؤثر عدم استحقاق الحاضنة أجر حضانة فى المدة الجوازية على الحق، فالمسكن للصغير أساساً، والحاضنة مجرد تابع له، وهو ما يؤدى إلى أن حق استرداد مسكن الحضانة لا يثبت للمطلق إلا بعد انتهاء مدة الحضانة الوجوبية والجوازية.

إلا أن محكمة النقض خالفت هذا الرأى وذهبت إلى أن حق المطلق فى استرداد مسكن الحضانة يثبت بانتهاء مدة الحضانة الوجوبية، لأن المدة التى أجاز فيها الشارع للقاضى إبقاء المحضون فى يد الحاضنة بعد انتهاء سن الحضانة لم ترد فى النص حداً لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتداداً لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء.

فقد قضت بأن:

١- «وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص فى الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ بأن: «على الزوج المطلق أن يهىء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال

مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة... فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن....» وفى الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة، ويجوز للقاضى بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم. وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التى عنها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا المشار إليها والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية هى المدة الإلزامية لحضانة النساء وإذ تنتهى هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٠٠ فإن حق الحاضنة فى شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكر أو أنثى وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه فى الانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٠٠ - بعد انتهاء مدة حضانة النساء - للقاضى فى أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد من كانت تحضنها دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك لأن هذه المدة لم ترد فى النص حدا لمدة حضانة النساء ولا هى تعتبر امتدادا لها وإنما هى مدة استبقاء بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء وهى بالنسبة للبنات التى لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن تكون قد بلغت سن الرشد كاملة الأهلية وتملكت وحدها القرار فى شئونها ويخضع الإذن بهذه المدة لتقدير القاضى من حيث دواعيها والعائد منها، فإذا ما رخص بها لمن اختارت لنفسها أن تشارك الأب مهامه الأصلية فى مرحلة حفظ وتربية أولاد متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بسكنائها

ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم أن كان لهم مال أو من تجب عليه نفقتهم وفي القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثر للمنازعات بسبب حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن باسترداد مسكن الزوجية على سند من أن مطلقة المطعون ضدها قد استبقت يدها على بنتها منه بعد أن تجاوزت مدة حضانة النساء وأن من حقها أن تستمر فى شغل ذلك المسكن فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثالث من أسباب الطعن.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق أن تاريخ ميلاد البنت «علا» هو ١/١/١٩٦٥ وجاوزت السن المحددة لحضانة النساء فإن المطعون ضدها تكون قد فقدت سندها فى شغل مسكن الزوجية ويحق للطاعن أن يعود له وإذ انتهى الحكم المستأنف إلى ذلك صحيحاً فيتعين تأييده».

(طعن رقم 86 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 1989/3/28)

٢- «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنى عشرة سنة. مؤدى ذلك. للزوج المطلق الحق فى العودة للانتفاع بالمسكن ما دام له من قبل أن يحتفظ به قانوناً».

(طعن رقم 2287 لسنة 55ق «أحوال شخصية» جلسة 1990/5/15)

٣- «الحضانة التى تخول الحاضنة شغل مسكن الزوجية مع من تحضنهم دون الزوج المطلق. ماهيتها. سقوط حقها فى شغل هذا المسكن ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنى عشرة سنة. إذن القاضى بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم 175 لسنة 63 قضائية «أحوال شخصية» - جلسة 1997/5/26)

٤- «إذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها الثانية قد شغلت مسكن الزوجية لحضانة ابنتها من مطلقها المطعون ضده الأول المولودة بتاريخ ١٩٩٠/٥/٧ ومن ثم فقد جاوز سنها مدة حضانة النساء وهي خمس عشرة سنة وبالتالي يسقط حقها في شغل مسكن الزوجية وإن بقيت الصغيرة في يدها بعد بلوغها هذه السن وكان من حق المطعون ضده الأول العودة لهذا المسكن وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه بصدد المسألة القانونية التي اتخذها قواما لقضائه مع بقاء الحكم منتجا لآثاره بين الخصوم عملا بالفقرة الأخيرة من المادة ... من قانون المرافعات مع وجوب الإشارة بأنه كان من المتعين أن يكون قضاء الحكم المطعون فيه ولاستقامته مع صحيح القانون والمسألة القانونية التي تم تأصيلها بالطعن المائل في موضوع الاستئناف برفضه وتأيد الحكم المستأنف».

(طعن رقم 672 لسنة 75 ق «أحوال شخصية» جلسة 2012/1/10)

كما أخذت المحكمة الدستورية العليا بالرأى الذى اعتنقته محكمة النقض.

إدققت بأن:

١- «وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكان ما قرره المادة (٨٨ مكررا ثالثا) - التى أضافها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ إلى المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية - من إلزامها الزوج المطلق بأن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا مستقلا مناسبا، إنما يدور وجودا وعدمه مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (١٠٠) المطعون عليها، فإن حق الحضانة فى شغل مسكن الزوجية إعمالا للمادة (٨٨ مكررا ثالثا) المشار إليها يعتبر منقضيا ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة. متى كان ذلك، وكان البين من الصورة الرسمية لشهادة ميلاد «هيثم» - ابن المدعى من مطلقته - وهى الشهادة المرفقة بملف الدعوى الموضوعية - أنه ولد فى ٩ من ديسمبر سنة ١٩٧٩، فإنه يكون قد جاوز أمد الحضانة الإلزامية، ولم يعد لحاضنته بالتالى أن تستقل مع صغيرها هذا بمسكن الزوجية بعد طلاقها، بما مؤداه انتفاء مصلحة المدعى فى الطعن على الأحكام

التي تضمنتها المادة (٨٨ مكررا ثالثا) أنفة البيان، ولا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك، ذلك أن ما يأذن به القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتدادا لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفا إلى مدة استبقاء تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها، وليس للحاضنة بالتالي أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التي شملها هذا الإذن، ذلك أن مدة الحضانة التي عناها المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) - والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها في شغل مسكن الزوجية - هي المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة، وبلوغها يسقط حقهما في الاستقلال بمسكن الزوجية ليعود إليه الزوج المطلق منفردا في الانتفاع به إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا. ولا حاجة في القول بأن مجرد توافر المصلحة عند رفع الدعوى الدستورية يعتبر الخ».

(طعن القضية رقم 7 لسنة 8 قضائية «دستورية» جلسة 1993/5/15)

٢ - «وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفته لأحكام المواد (٢، ٧، ٩، ١٢) من الدستور، تأسيسا على أن من مبادئ الشريعة الإسلامية أن من لها حق إمساك الولد، وليس لها سكن، فإن على الأب سكنهم جميعا، وأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وما يقوم عليه المجتمع من تضامن اجتماعي، وبقاء المسكن في حيازة المدعية وولديها فيه تحقيق للغاية المنشودة، وهي رعاية الصغار وحماية الأسرة.

وحيث إن المادة (٨٨ مكررا «ثالثا» - المطعون عليها - تنص على ما يأتي:

«على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به، إذا هيا لهم المسكن المناسب بعد انقضاء مدة العدة.

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة، فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه، حتى تفصل المحكمة فيها».

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهى شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة فى الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم الصادر فى المسائل الدستورية لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها. متى كان ذلك، وكانت دعوى الموضوع المقامة من المدعى عليه الثالث ضد المدعية - والتى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية - تتوخى الحكم له باسترداد مسكن الزوجية بعد انتهاء مدة الحضانة، استنادا إلى نص الفقرة الرابعة من المادة (٨٨) مكررا «ثالثا»، ومن ثم تقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعية فى الطعن على نص هذه الفقرة وحدها، ويتحدد بها - دون غيرها - نطاق الدعوى الدستورية الماثلة.

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرده على أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التى لا تحتل تأويلا أو تبديلا. ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان، إذ هى عصية على التعديل، ولا يجوز

الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها. وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور، تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها؛ وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما عُلم من الدين بالضرورة. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معاً. ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها. وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمياً لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعة في إطار الأصول الكلية بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال.

وحيث إن الحضانة - في أصل شرعتها - هي ولاية للتربية، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته. والأصل فيها مصلحة الصغير، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التي لها الحق في تربيته شرعاً - إلى جناحها، باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانتة، ولأن انتزاعه منها - وهي أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مضرة إبان الفترة الدقيقة التي لا يستقل فقيها بأموره. وحين يقرر ولي الأمر حدود هذه المصلحة معرفة بأبعادها، فذلك لأن الشريعة الإسلامية في مبادئها الكلية لا تقيم للحضانة وما يتعلق بها تخوماً لا يجوز تجاوزها، ومن ثم تعين أن تتحدد بما يكون لازماً للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه، وقد دل الفقهاء باختلافهم حول مسألة الحضانة على مصلحة الصغير هي مدار أحكامها، وأنها من المسائل الاجتهادية التي تتباين الآراء حولها، لكل وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحقيق الخير للصغير في إطار الحق والعدل. وباستقراء أقوال الفقهاء يدل على أن اجتهاداتهم في شأن

الحضانة متباينة مدارها نفع المحضون. وفي ذلك قدر من المرونة التي تسعها الشريعة الإسلامية في أحكامها الفرعية المستجيبة دوماً للتطور، توخياً لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة، وأعرافهم المتغيرة، التي لا تصادم حكماً قطعياً، وهي مرونة ينافيها أن المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها، أو يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبر شرعاً قد جاوزتها، وتلك هي الشريعة في أصولها ومبادئها، شريعة مرنة غير جامدة، يتقيد الاجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفرغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص فيه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها. ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ووقته، فإن الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد في الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التي يقوم برهانها من الأدلة الشرعية. فلا يصد اجتهاد اجتهاداً أو يكتسب عصمة من دونه.

وحيث إن الأصل في حضانة الصغير والصغيرة هو تعهدهما بالرعاية، بما يحول دون الإضرار بهما، فكان لزاماً على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته، ولحاضنتهم، مسكناً مستقلاً مناسباً، وإلا استمروا من دونه في شغل مسكن الزوجية، إلا أن هذا الالتزام يدور وجوداً وعدمًا مع المدة الإلزامية للحضانة التي قررتها الفقرة الأولى من المادة (٠٠) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية، وهي بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتا عشرة سنة، ومن ثم فإن ما قرره النص الطعين من أن للمطلق الحق في أن يعود إلى مسكنه بعد انتهاء مدة الحضانة إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانوناً، لا يعدو أن يكون اجتهاداً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في أصولها الثابتة ومبادئها الكلية، إذ ليس ثمة نص قطعي في هذا الأمر ولا ينال مما تقدم قاله أن للقاضي أن يأذن للحاضنة، بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة، بإبقاء الصغير في رعايتها حتى الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضي ذلك، إذ أن ما يأذن به القاضي على هذا النحو، لا يعتبر امتداداً لمدة الحضانة الإلزامية، بل منصرفاً إلى مدة استبقاء، تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها. وليس للحاضنة بالتالي أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التي شملها هذا الإذن، ذلك أن مدة الحضانة التي عناها

المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكررا (ثالثا) - والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية - هى المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة. وببلوغها يسقط حقها فى الاستقلال بمسكن الزوجية، ليعود إليه الزوج المطلق منفردا فى الانتفاع به، إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونا، ومن ثم فإن ما قرره النص المطعون فيه لا يكون مناقضا لأحكام الدستور.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، وبمصادرة الكفالة، وألزمت المدعى بالمصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر

(الطعن رقم 119 لسنة 21 قضائية «دستورية» جلسة 2005/1/13)

غير أن محكمة النقض ذهبت فى حكم حديث لها صادر بجلسة 2999/5/18 فى الطعن رقم 241 لسنة 74 ق أحوال شخصية إلى أحقية الحاضنة فى الاستمرار مع المحضون بمسكن الحضانة خلال فترة الحضانة الجوازية بالنسبة للصغير وبالنسبة للصغيرة حتى يبلغا الثامنة عشرة سنة طبقا للتقويم الميلادى (أقصى سن للطفل) وفقا لبعض الضوابط، واستندت فى ذلك إلى المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطفل، والمواد ٣، ٨٨، ٢٣ من اتفاقية حقوق الطفل التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١١/٠٠/١٩٩١ والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٠، والذى وافق عليه مجلس الشعب، بجلسته المعقودة بتاريخ ٢٧/٥/١٩٩٠.

وننشر الحكم المذكور فيما يلى:

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر/ حسن حسن منصور «نائب رئيس المحكمة» والمرافعة، وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعن أقام على المطعون ضدها الدعوى رقم ٢٩٩٧ لسنة ٢٠٠١ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة، بطلب الحكم بتسليمه مسكن الزوجية المبين بصحيفة الدعوى، وقال شرحا لدعواه: أنها كانت زوجا له، وأنجب منها على فراش الزوجية الصغيرين «محمد وأينور» ثم طلقها وتركها تقيم بمسكن الزوجية لحضانتها، ولبلوغهما السن المقرر لانتهاء حضانة النساء، فقد أقام الدعوى، وبتاريخ ٢٤ / ١١ / ٢٠٠٢ حكمت المحكمة بالإلزام المطعون ضدها بتسليم مسكن الزوجية موضوع الدعوى للطاعن، استأنفت المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٨ لسنة ٧٠٠ الق. القاهرة وبتاريخ ٢١ / ١ / ٢٠٠٤ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم، وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة - في غرفة مشورة - حددت جلسة لنظره، وفيها التزمت النيابة رأياها.

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد، ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول: إن الحكم قضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى، رغم بلوغ الولد العاشرة والبنت الثانية عشر من عمرها، وانتهاء حضانة المطعون ضدها لهما، طبقا للمادة ٢٠٠ من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥، ومن ثم يعود مسكن الزوجية، باعتباره مسكن الحضانة إليه (الطاعن) عملا بالمادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون سالف الذكر، وأن استبقاء الصغيرين تحت يد المطعون ضدها بعد انتهاء مدة الحضانة الإلزامية، لا يعطيها الحق في الاحتفاظ بهذا المسكن، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، ورفض الدعوى بتسليمه للطاعن فإنه يكون معيبا، بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود، ذلك بأن النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٠٠ من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ - واجب التطبيق - على أنه «ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ويجوز

للقاضى بعد هذا السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك، مفاده، وعلى ما جرى به - قضاء هذه المحكمة - أن إبقاء الصغير أو الصغيرة بعد انقضاء السن المقررة لانتهاء حضانة النساء، فى يد الحاضنة، لا يعد امتدادا لحقها فى الحضانة، وإنما هى مدة استبقاء، بعد أن أصبح فى مقدور الأولاد الغناء عن حضانة وخدمة النساء ومن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مفاد الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ سالف الذكر، أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية، دون الزوج المطلق، هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم، وبانتهاء المدة المقررة لهذه الحضانة، ينتهى حق الحاضنة فى شغل هذا المسكن، إلا أنه لما كان ذلك وكان النص فى المادة الثالثة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٦ بشأن الطفل على أنه «تكون لحماية الطفل ومصالحه الأولوية فى جميع القرارات أو الإجراءات المتعلقة بالطفولة، أيا كانت الجهة التى تصدرها أو تباشرها» والنص فى المادة الثانية من هذا القانون على أنه «يقصد بالطفل فى مجال الرعاية المنصوص عليها فى هذا القانون، كل من لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة»، مفاد ذلك وعلى ما أفصحت عنه نصوص اتفاقية حقوق الطفل، التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٠٠ / ١١ / ١٩٨٩ والصادر بالموافقة عليها القرار الجمهورى رقم ٦٠ لسنة ١٩٩٠، والذى وافق عليه مجلس الشعب، بجلسته المعقودة بتاريخ ٢٧ / ٥ / ١٩٩٠ من أنه فى جميع الإجراءات التى تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى (المادة ٣ من الاتفاقية) وأن تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أن كلا الوالدين يتحملان مسئوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه وتقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين حسب الحالة، المسئولية الأولى عن تربية الطفل ونموه وتكون مصالح الطفل الفضلى موضوع

اهتمامهم الأساسى (المادة ٨٨ من الاتفاقية) وأن الدول الأطراف تعترف بوجوب تمتع الطفل المعوق عقليا أو جسمانيا بحياة كاملة كريمة فى ظروف تكفل له كرامته، وتعزز اعتماده على النفس، وتيسير مشاركته الفعلية فى المجتمع (المادة ٢٣ من الاتفاقية)، ومؤدى ذلك، أن كلا من الوالدين يتحمل المسئولية المشتركة فى تربية أطفالهم ورعايتهم وحماية مصالحهم وهى من أولى المسئوليات الملقة على عاتقهما لتعلقها بالمصالح الفضلى لهؤلاء الأطفال ومن مقتضى ذلك أن الأم إذا رضيت أن تستمر فى القيام بمهام الحاضنة رغم انتهاء موجبات الحضانة وذلك بمراعاة ظروف خاصة بأطفالها الذين بلغوا نهاية السن المقررة قانونا للحضانة سواء كانت ظروفها صحية أو تربوية أو غيرها من الظروف التى يقدرها قاضى الموضوع فإنه وفى مقابل ذلك على الأب ومن منطلق هذه المسئولية أن يساعد الأم على القيام بمهام هذه الرعاية، وذلك بتقديم العون المادى أو المعنوى لها، ومنه أن يتركها تستمر فى شغل مسكن الزوجية مع أطفالهما بعد انتهاء مدة الحضانة الإلزامية، وذلك لحين زوال تلك الظروف أو موجباتها؛ لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف، ورفض الدعوى على سند من أن الثابت بالتقريرين الطبيين الصادرين عن هيئة التأمين الصحى، أن الصغير «محمد» مصاب بمرض التبول اللاإرادى لعيب خلقى بالفقرات الظهرية القطنية، وأن الصغيرة «واينور» تعاني من استسقاء بالمخ نتيجة انسداد السائل النخاعى بقاع الجمجمة، بما يجعل هذين الصغيرين فى حاجة لوالدتهما المطعون ضدها لاستمرارهما فى الحياة، ولا يستطيع والدهما الطاعن بأى حال القيام بخدمتهما، مهما كانت إرادته، لأنه عمل شاق لا يقدر عليه الرجال وكان من الأولى مساعدتها على تحمل أعباء تربيتهما، وهذا أسباب سائغة تكفى لحمل قضائهما، ولها معينها من الأوراق وتتسق مع روح ونصوص الشريعة الغراء والاتفاقات الدولية والقوانين الوضعية، المتعلقة بحماية ورعاية الطفولة والأطفال، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد صادف صحيح القانون، ويضحى النعى عليه فى هذا الشأن على غير أساس ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

لذلك

رفضت المحكمة الطعن، وألزمت الطاعن المصروفات مع مصادرة الكفالة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

وقد عدلت الفقرة الأولى من المادة (٠٠) سالفه الذكر بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ وأصبحت تنص على أن ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة. وإعمال قضاء النقص الأخير يؤدى إلى القول، بأنه إذا اختار الصغير أو الصغيرة البقاء مع الحاضنة بعد بلوغهما سن الخامسة عشرة، وتوافرت فيهما الظروف التى أشار الحكم إلى أنها تبرر استمرار إقامة الحاضنة معهما بمسكن الحضانة، وكان للقاضى أن يقضى باستمرار الحاضنة فى الإقامة بمسكن الحضانة مع الصغير أو الصغيرة إلى حين بلوغهما سن الثامنة عشرة أو زوال الظروف المشار إليها أو موجباتها أيهما أقرب^(١).

(١) وقارن طعن رقم ٤٥١ لسنة ٧٢ لاق «أحوال شخصية» جلسة ٠٥ / ١١ / ٨٠٠٠. إذ جاء به أنه:

«وحيث إن هذا النعى سديد ذلك بأن النص فى الفقرتين «الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكرر ثالثاً من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ على أن «وعلى الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل استمروا فى شغل مسكن الزوجية دون المطلق مدة الحضانة..... فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن» وفى الفقرة الأولى من المادة ٠٠ من المرسوم بقانون المذكور المستبدلة بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ - الواجب التطبيق لسريانه بأثر فورى لتعلقه بذاتية قاعدة قانونية أمرة باعتبار أن أحكام حضانة الصغار من النظام العام - على أن «ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويخير القاضى الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن فى البقاء فى يد الحاضنة دون أجر حضانة وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة.....» مفاده أن الحضانة التى تخول الحاضنة مع من تحتضنهم الحق فى شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هى الحضانة التى تقوم عليها النساء لزوماً=

= خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم وهو ما مؤداه أن مدة الحضانة التي عناها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ٨٨ مكرر ثالثا المشار إليها والتي جعل من نهايتها نهاية لحق الحضانة في شغل مسكن الزوجية هي المدة الإلزامية لحضانة النساء وإذ تنتهي هذه المدة ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٠٠ المشار إليها فإن حق الحضانة في شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه في الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل أن يحتفظ به قانونا ولا يغير من ذلك ما أجازه نص الفقرة الأولى من المادة ٠٠ - بعد انتهاء مدة حضانة النساء من تخيير القاضى المحضون في البقاء في يد من تحضنهم دون أجر حضانة حتى يبلغ الصغير سن الرشد والصغيرة حتى تتزوج ذلك لأن هذه المدة لم ترد في النص حدا لمدة حضانة النساء، ولا هي تعتبر امتدادا لها وإنما هي مدة استبقاء بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الاستغناء عن حضانة وخدمة النساء وفي حالة استبقاء المحضون في يد الحضانة فإنه لا التزام على الأب نحو الحضانة لا بأجر حضانة لها ولا بسكنائها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال أو مال من تجب عليه نفقتهم وفي القول بغير ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع وتكاثر للمنازعات حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الأولاد بالأذى النفسى والاجتماعى وهو ما يتأباه الشرع والشارع.

لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضدها قد شغلت مسكن الزوجية بوصفها حاضنة لولديها من الطاعن محمد المولود فى ١٠/١/٨٨٨ وفاطمة المولودة فى ١١/٨/٨٨٥ وبالتالي قد جاوز سنهما مدة حضانة النساء وهى خمس عشرة سنة ومن ثم فلا حق لها فى شغل مسكن زوجية وإن بقيا الصغيرين فى يدها بعد بلوغهما هذه السن وكان من حق الطاعن العودة لهذا المسكن وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

وحيث إنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق أن الصغيرين قد بلغا سن الخامسة عشر وهى السن التى تنتهى فيها حضانة النساء فإن شغل المطعون ضدها لمسكن الزوجية يكون بغير سند ويحق للطاعن أن يعود إليه. وإذ انتهى برفض الاستئناف».

١٢٩- حالات أخرى يجوز فيها للمطلق استرداد مسكن الحضانة:

للمطلق أن يسترد مسكن الحضانة رغم عدم انتهاء مدة الحضانة في الحالات الآتية:

(١) إذا سقطت الحضانة عن الأم الحاضنة لأحد الأسباب المسقطة لها، كزواج الأم الحاضنة من غير ذى رحم محرم للصغير إذا لم ير القاضى إبقاء الصغير معها رغما عن ذلك تحقيقاً لمصلحته.

وكان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يعطى المطلق الحق في استرداد مسكن الحضانة إذا تزوجت المطلقة ولو بذى رحم محرم من الصغير.

أما النص الحالى فقد خلا من النص على ذلك، ولعل ذلك جاء مقصوداً لاختلاف وصف المخاطب بالحكم (الحاضنة). ففي النص الوارد بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ كان الخطاب موجهاً للمطلقة الحاضنة التى بزواجها ينتهى حقها فى الحضانة، أما النص الحالى فيخاطب الحاضنة عموماً الأم وغيرها، والتى يمكن أن تكون متزوجة، إذ لا يعقل حرمان الخالة أو الجدة من الزواج بسبب قيامها بواجب الحضانة لصغير لم تلده.

ولذلك لم يجعل الشارع من زواج الحاضنة سبباً لسقوط حضانتها واسترداد مسكن الزوجية منها، وإنما ترك إسقاط حضانتها محكوماً بالقواعد المنصوص عليها فى المذهب الحنفى والتى أوردناه فى موضعها.

(٢) إذا قام المطلق بتهيئة مسكن بديل مناسب للحاضنة والصغار سواء كان المسكن مؤجراً أو غير مؤجر.

(٣) إذا اختارت الحاضنة فرض أجر مسكن حضانة لها عوضاً عن استمرار الإقامة بمسكن الزوجية. وسنعرض لذلك تفصيلاً.

١٣٠ تراخى المطلق فى استرداد مسكن الحضانة المؤجر:

إذا كان مسكن الحضانة مؤجراً وثبت حق المطلق فى استرداده وقام بضم أولاده إليه، ومع ذلك لم يسع إلى استرداده بقصد التخلّى عنه نهائياً للحاضنة، عد ذلك تركاً منه للمسكن على خلاف مقتضى القانون، يجيز للمؤجر طلب إخلائه والحاضنة من المسكن.

ثالثاً : تهيئة المطلق لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب بدلا من استمرارهم دونه فى شغل مسكن الزوجية

١١١- مضمون هذا الالتزام :

أعطى النص للمطلق الخيار بين أن يهوى لصغاره من مطلقاته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب وبين أن يستمر صغاره من مطلقاته وحاضنتهم فى شغل مسكن الزوجية. وذلك سواء كان هذا المسكن مؤجرا أو غير مؤجر. غير أن النص أتى بترقية بين المسكن المؤجر والمسكن غير المؤجر^(١) فى مسألة واحدة هى أنه إذا كان المسكن غير مؤجر كان من حق المطلق أن يستقل به إذا وفر للصغار وحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أثناء العدة أو بعد انقضائها، مهما طاللت المدة التالية لانقضاء العدة. أما إذا كان المسكن مؤجرا كان من حق المطلق أن يستقل به إذا وفر لهم المسكن المناسب خلال فترة العدة، فإذا انقضت فترة العدة دون أن يوفر لهم هذا المسكن كان من حقهم الاستمرار فى شغل مسكن الزوجية^(٢).

وقد علل رئيس مجلس الشعب التفرقة بين مسكن الزوجية المؤجر ومسكن الزوجية غير المؤجر «باعتبار أن المسكن غير المؤجر يمكن للزوج أن يبحث عن بديل له ويمكنه فى أى وقت إن دبره أن يعود إلى مسكنه، أما المسكن المؤجر فإذا لم يستطع الزوج أن يدبر البديل خلال مدة العدة فعليه أن يترك

(١) وسنرى أنه قضى بعدم دستورية هذه الفقرة بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» - أنظر البند التالى.

(٢) وقد جاء بإيضاح رئيس مجلس الشعب لبعض المسائل الواردة بالمادة ما يلى:
«رابعا: إذا كان المسكن مؤجرا فعلى الزوج أن يهوى المسكن المناسب خلال مدة العدة فإذا هيا مسكنا مناسباً تركوه وبقى، وإذا لم يهوى لهم مسكنا مناسباً بقوا وخرج، لأن الموازنة هنا بين الأطفال الصغار والزواج المطلق فالرعاية لا للحاضنة وإنما للأطفال». (مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص ١١).

مسكن الزوجية لبحث له عن سكن آخر فإذا ما وجده فلا داعى فى هذه الحالة للعودة إلى مسكن الزوجية لعدم المساس بالاستقرار»^(١).

وفى رأينا أن هذه التفرقة لم يكن لها ما يبررها فإن كان الشخص يحرص على الاستمرار فى ملكه، فالكثير من المستأجرين يحرصون على الاستمرار فى المسكن الذى يستأجرونه وقضوا فيه سنوات عديدة من عمرهم، وربط بينهم وبين البقعة التى يقيمون فيها^(٢).

ولم يكن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يتناول غير المسكن المؤجر - كما سبق إيضاحه - ولم يكن يحدد مدة لتخيير المطلق بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتهيئة المسكن المناسب للمطلقة الحاضنة وصغارهما. والنص يفترض أن المسكن الذى كان يشغله المطلق خاص به مؤجرا أو غير مؤجر، ولم يتعرض للحالة التى يكون فيها مسكن الزوجية خاصا بالمطلقة مؤجرا أو غير مؤجر.

ولذلك فإنه فى هذه الحالة يتعين على المطلق ترك مسكن الزوجية بعد انقضاء العدة دون أن يكون ملزما بأن يهئ لصغارها من مطلقته ولحاضنتهم مسكنا آخر. وإذا تزوجت المطلقة الحاضنة فى مسكنها المؤجر أو غير المؤجر بغير ذى رحم محرم من الصغار فإن حضانتها - إذا لم ير القاضى أن مصلحة الصغار فى بقائهم معها - تسقط وتنتقل الحضانة إلى من تليها فى الترتيب من الحاضنات، وينتقل معها الصغار إلى مسكن الحضانة، ولا يلزم المطلق بأن يهئ لصغاره فى هذه الحالة مسكنا مستقلا مناسباً، ومن ثم يرجع فى شأن هذه الحالة إلى رأى الراجح من المذهب الحنفى^(٣).

أما إذا كان مسكن الزوجية خاصا بالزوجين معا (مؤجرا أو غير مؤجر) كان حكمه حكم المسكن الخاص بالزوجة على نحو ما أوضحناه، وذلك لثبوت حق كل منهما فيه.

(١) مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٨ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ ص ١٥.

(٢) أنظر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى البند التالى.

(٣) من هذا رأى عبد الناصر العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة

١٩٨٥ ص ١٧٣ وما بعدها.

وإذا كان المطلق يشغل المسكن على سبيل الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى وانتهى هذا الحق، أو كان يشغله على سبيل الإعارة وطلب المالك استرداده تعين على المطلق أن يهئ لصغاره وحاضنتهم مسكناً مستقلاً مناسباً.

١٢٢- عدم دستورية المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً في تقييدها حق المطلق إذا كان

مسكن الزوجية مؤجراً في تهيئة مسكن حضانة آخر بفترة العدة:

قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٨ يناير سنة ١٩٩٦ في القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً فيما تضمنته من تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً - بأن يكون إعداده مسكناً مناسباً لصغاره من مطلقته وحاضنتهم، واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته، وبذلك أصبح من الجائز للمطلق في هذه الحالة تهيئة مسكن آخر للحضانة في أى وقت ولو بعد انتهاء العدة.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا أسباب عدم دستورية هذا القيد تفصيلاً في حكمها المذكور والذي نشرناه في بند (١٢٣) فيرجع إلى هذا البند.

١٢٣- المقصود بالمسكن المستقل المناسب:

المقصود بالمسكن المستقل، المسكن الذى لا يشترك فيه آخرون مع المحضونين والحاضنة، ولو لم يكن هذا المسكن شرعياً.

فلا يشترط أن يكون هذا المسكن مستقلاً بمرافقه، لأن النص لم يشترط ذلك، وإذا قيل أن النص مطلق فيحمل على إطلاقه، وبالتالي يجب أن يكون المسكن مستقلاً بمرافقه، فيرد على ذلك بأن التزام المطلق التزام تخييرى، فهو بالخيار بين أن يترك مسكنه وبين أن يهئ مسكناً آخر مستقلاً مناسباً، وقد رأينا أن مناقشات مجلس الشعب حول نص المادة لم تشترط أن يكون مسكن المطلق شرعياً، وتكتفى بأن يكون حجرة بغير مرافق مستقلة، فذلك البديل يكفى أن يكون مشابهاً لمسكن المطلق، لأن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بأى من المسكنين^(١).

(١) العطار فى الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ١٧٤ وما

والفقرات الثلاث الأولى من المادة صريحة في أن مسكن الحضانة الذي يهيئه المطلق يجب أن يكون مناسباً للصغار ولحاظنتهم وليس مناسباً للصغار فحسب^(١). وتقاس مناسبة المسكن بمدى التزام المطلق نحو أولاده ونحو الحاضنة، فهو يلتزم بالنسبة لأولاده طبقاً للمادة (٨٨ مكرراً ثانياً) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم، ويلتزم بالنسبة للحاضنة بأجرة حضانة لها وبتمكينها من حضانة أولاده ولا شأن له بنفقتها، وبالتالي يكون المسكن مناسباً للحاضنة إذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضونين.

ويترك لقاضي الموضوع تقدير مدى استقلال مسكن الحضانة ومناسبته للمحضونين وللحاضنة^(٢).

(١) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة على أن «على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاظنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل.. الخ».

ونصت الفقرة الثانية على أن «وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب.. الخ»، ونصت الفقرة الثالثة على أن «ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها».

أما المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧١ فلم تكن تتضمن نصاً صريحاً في هذه المسألة، ولذلك ذهبنا مع الفقه في ظل هذا القرار بقانون - في مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية إلى أن مناسبة المسكن قصد بها مناسبته للمحضون لا للحاضنة، وذلك رجوعاً إلى المذهب الحنفي باعتباره المصدر التشريعي للنص، فقد ذهب الأحناف إلى أن وجوب أجرة المسكن ليس مبنياً على وجوب الأجر على الحضانة، بل على وجوب نفقة الولد، ومن ثم فإن مناسبة المسكن يكون قد قصد بها مناسبته للمحضون لا للحاضنة لأن وجوب المسكن هنا هو لاحتياج الصغير إليه فيتعين أن تكون المناسبة المقصودة هي مناسبة حال الصغير. (راجع الطبعة الثانية من المؤلف المشار إليه ج ١ ص ٧١٥).

(٢) الدكتور عبد الناصر العطار في الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ١٧٥ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك بأن مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن «على الزوج المطلق أن يهئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعلاستمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة» أن المشرع لم يضع تحديدا لمسكن الحضانة البديل الذى يعده المطلق لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم وترك لقاضى الموضوع أن يستقل بتقدير مدى مناسبته لهم بما يتبين له من ظروف كل حالة وملاساتها على حده. لما كان ذلك، وكان من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة من سلطة محكمة الموضوع إذ أنها لا تقضى إلا على أساس ما تظمن إليه وتثق به ولا رقيب عليها فى ذلك طالما لم تعتمد على واقعة بغير سند وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم وترد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه مادام فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها كما وأن من المقرر أن طلب تعيين الخبير هو من الرخص التى تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليه متى وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائى قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما استخلصه من أوراق الدعوى أن مسكن الزوجية الذى تقيم فيه المطعون ضدها والمحضونين ما يوفر لهم الحماية والاستقرار وأن مسكن الحضانة الذى هبأ لها ولمحضونيتها بديلاً لمسكن الزوجية غير مناسب إذ يمكن إنهاء عقد إيجاره فى أى وقت وهذه أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فى هذا الخصوص فإنه لا يعيب محكمة الاستئناف سكوتها عن الرد على ما قدمه الطاعن من مستندات رأت أنها غير مؤثرة فى تكوين عقيدتها أو عدم الاستجابة إلى طلب ندب خبير للتحقيق من مدى مناسبة المسكن البديل للحاضنة والصغار لأن فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت

دليلها الرد الضمني المسقط لدلالة ما تمسك به الطاعن ومن ثم يغدو النعى بهذه الأسباب في حقيقته مجرد جدل موضوعي في تقدير الأدلة وفهم الواقع في الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض، ولما تقدم يتعين رفض الطعن».

(طعن رقم 6 لسنة 75 ق أحوال شخصية جلسة 2010/3/9)

ويدخل في مناسبة المسكن، المكان الذي يهئ فيه المسكن، وحتى يكون مكان المسكن مناسباً، يجب أن يتحدد بمكان الحضانة طبقاً للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

وعلى ذلك فالأصل أن يكون مسكن الحضانة الذي يهيئه المطلق، في البلد الذي يقيم هو فيه.

وإذا كانت الحاضنة هي أم الصغار، وكان المطلق يقيم في قرية فإنه يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن للحضانة في بلد آخر قريب سواء كان مدينة أو قرية، أما إذا كان المطلق يقيم في مدينة فيجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في مدينة قريبة ولا يجوز لها ذلك في قرية قريبة، إلا إذا كانت هذه القرية هي بلدة الأم وعقد نكاحها فيها.

أما إذا طلبت الأم الحاضنة تهيئة مسكن الحضانة في بلدة بعيدة مدينة أو قرية ولو كان المطلق يقيم في مدينة فإن ذلك يجوز بشرطين.

(١) أن يكون هذا البلد هو بلدها.

(٢) أن يكون النكاح قد وقع فيه أى قد عقد عليها فيه.

أما إذا كانت الحاضنة غير الأم فلا يجوز لها أن تطلب تهيئة مسكن الحضانة في غير البلد الذي يقيم فيه المطلق. غير أنه يجوز الاتفاق بين المطلق والحاضنة على مخالفة القواعد المتقدمة.

(راجع في التفصيل موضوع رقم 6).

١٣٤- هل يلتزم المطلق بتزويد مسكن الحضانة بالمنقولات :

أوضحنا فيما تقدم أن مناسبة المسكن التي اشترطها النص في المسكن الذي يهيئه المطلق للحاضنة وصغاره بدلاً من استمرارهم في شغل مسكن الزوجية، تقاس بمدى التزام المطلق نحو أولاده، ونحو الحاضنة، وأنه يلتزم بالنسبة

لأولاده بنفقتهم وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم، وأن المسكن يكون مناسباً للحاضنة إذا كان حيث تتمكن فيه من حضانة المحضون. ولا يكون المسكن مناسباً على هذا النحو إلا إذا كان مزوداً بالمنقولات اللازمة للمعيشة اللائقة بحالة استيفاء للغرض المرصود له، ولا يتصور إلزام الحاضنة ولو كانت أما بإعداد مسكن الحضانة بالمنقولات اللازمة للمعيشة وإلا كانت الحضانة عبئاً كبيراً على بعض الحاضنات يؤدى إلى عزوفهن عن الحضانة بشكل أو بآخر^(١).

رابعاً: تخير الحاضنة بين

الاستقلال بمسكن الزوجية وبين تقدير أجر مسكن

مناسب للمحضونين ولها

١٣٥ - مضمون التخيير:

نصت الفقرة الثالثة من المادة على أن: «ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها». ولم تكن هذه الفقرة واردة بالاقترح بمشروع القانون وإنما أضيفت إلى المادة حال مناقشتها بمجلس الشعب بناء على اقتراح أحد الأعضاء^(٢).

وهذا الخيار يثبت للحاضنة دون المطلق، سواء كان مسكن المطلق مؤجراً أو غير مؤجر، كما أنه جائز فى أى وقت، ولو بعد انقضاء عدة المطلقة الحاضنة، ولو استمرت الحاضنة فى شغل مسكن المطلق مع الصغار، أو هياً لهم المطلق المسكن المستقل المناسب.

وهذا النص ابتغى به مجلس الشعب تحقيق صالح الحاضنة لأنه قد يكون لها مكان عند أهلها أو مسكن خاص بها تفضل الإقامة فيه، غير أنها تخشى من ذلك سقوط حقها فى أجر مسكن الحضانة^(٣).

(١) من هذا رأى: الأستاذ أشرف كمال ص ٤٠٤ وما بعدها.

(٢) السيد العضو نوال عامر.

(٣) وفى هذا قرر السيد الدكتور رفعت المحجوب رئيس مجلس الشعب حال مناقشة المادة بأن: =

والنص وإن جرى على أن القاضى يخير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، إلا أنه لا يمنع الاتفاق على ذلك بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «بديل استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر أن يهيئ المطلق مسكناً آخر مناسباً. الخيار للمطلقة الحاضنة فى الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقرر

= «ثم هناك اقتراح مقدم من السيد العضو نوال عامر سأل عرضه أيضاً سبيسر كثيراً من المسائل ويحل الإشكال أثاره بعض الأعضاء ويمكن أن يضاف هذا التعديل إلى المادة حينما يأتى التصويت ونصه.. ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها. لأنه قد يكون للزوجة كما تفضل البعض مكان عند أهلها وتفضل أن تنتقل مع أهلها وتأخذ المقابل فيتيسر لها هذا، وقد يكون للزوجة مسكن خاص بها وتستريح فيه أكثر وتخشى إن لم تخير أن يسقط حقها فى أجر المثل.. الخ».

«مضبطة مجلس الشعب - الجلسة المشار إليها ص 11 وما بعدها».

(1) وهذا يبين من الاقتراح المقدم من السيد العضو ياسين سراج الدين حال مناقشة المادة بمجلس الشعب ورد السيد رئيس المجلس. فقد أبدى السيد العضو اقتراحاً كالآتى: «بالنسبة للاقتراح الذى تقدمت به السيدة نوال عامر جاء فيه أن للقاضى ان يخير الزوجة... أقول أن الأمر قد لا يعرض على القضاء ولذلك فإننى اقترح القول أن للزوجة أن تختار بين المسكن أو مقابل المسكن نقداً، وفى حالة عدم الاتفاق يخيرها القاضى بين الأمرين، لأن هناك بعض قضايا لن تعرض على القاضى».

رئيس المجلس:

«إذن يكون فى هذه الحالة حق الاختيار أمام القاضى ويتم الاختيار».

السيد العضو ياسين سراج الدين:

«نفرض أن الزوجة لم تذهب إلى القاضى».

رئيس المجلس:

«إذا لم تذهب الزوجة إلى القاضى، فليس هناك قضية أصلاً ويكون الأمر اتفاقاً والاتفاق شريعة المتعاقدين».

(مضبطة المجلس - الجلسة المشار إليها ص 12)

القاضى أجر مسكن مناسب لا يمنع ذلك من الاتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء إلى القضاء».

(طعن رقم 1430 لسنة 66ق «أحوال شخصية» جلسة 1992/5/19)

٢- «استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضونة. تحققه. بتهيئته لها مسكناً آخر مناسباً».

(طعن رقم 2874 لسنة 57ق جلسة 1992/12/22).

وقد ذهبت محكمة النقض فى حكم حديث لها إلى أن:

«لا يعيب الحكم عدم تخبير المطعون ضدها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة إذ أن إقامتها الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية مفاده أنها اختارت ذلك».

(طعن رقم 175 لسنة 63ق - أحوال شخصية - جلسة 1997/5/26)

والعدالة كانت تقتضى منح الخيار السابق للمطلق أيضاً، إذا كان للحاضنة مسكن مناسب تستطيع أن تحضن الصغار فيه، لأنه فى هذه الحالة يكون من الإجحاف الشديد بالمطلق إرغامه على ترك المسكن الذى يشغله للمطالبة ولصغاره أو تهيئه مسكن مستقل آخر مناسب لهم، فى ظل أزمة حادة فى الإسكان تعانىها البلاد.

فإذا اختارت الحاضنة تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، فإن هذا الأجر يكون فى مال الصغير إذا كان له مال لأنه من نفقته، فإن لم يكن له مال التزم به الأب. ويجب عليه من تاريخ الطلاق لا من تاريخ انقضاء العدة، ويقدر بقدر يسار الأب وبما يكفل للصغير العيش فى المستوى اللائق بأمثاله، وذلك بصرف النظر عن القيمة الفعلية السائدة فى الإيجارات.

وعلى هذا نصت المادة (٨٨ مكرراً ثانياً) المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بقولها: «إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه.... ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم».

١٣٦- هل يجوز للمطلقة الحاضنة اختيار أجره مسكن الحضانة بدلا من

الاستقلال بمسكن الزوجية قبل الطلاق؟

المقرر شرعا أنه لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشوئه، فلا يجوز للزوجة التنازل عن حقها في نفقة العدة مثلا حال قيام الزوجية في غير حالة الخلع والطلاق على مال، لأن حقها في نفقة العدة لا ينشأ إلا بعد الطلاق، فالزوجة عند قيامها بالتعامل في هذه الحقوق بالتنازل عنها لم تكن تلك الحقوق قد نشأت بعد ولم تكن مقررة للزوجة وقت التنازل عنها ولا حق لها فيها، وإنما يثبت لها الحق في ذلك بعد الطلاق.

غير أن الوضع يختلف في تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين فرض أجر مسكن حضانة مناسب لها وللمحضونين بالتطبيق للمادة (٨٨ مكررا ثالثا) لأن المادة جعلت الحق في مسكن الحضانة للصغار وللحاضنة تبعا لهم، وجعلت اختيار الاستقلال بالمسكن أو فرض أجر مسكن حضانة مناسب للحاضنة وحدها بصريح النص، وعلى ذلك فالاختيار بين الأمرين ينحصر فيها دون سواها. وحضانة الصغار حق ثابت للزوجة سواء حال قيام الزوجية أو بعد الطلاق فهم في حضانتها في الحالتين ووضعها في المسكن ثابت لها حال قيام الزوجية استنادا إلى قيام الزوجية ذاتها وبعد الطلاق استنادا إلى كونها حاضنة - إذا كانت كذلك - فحقها ثابت في المسكن في حالة وجود صغار في سن الحضانة ومستمر لها وأن اختلف سببه أثناء قيام الزوجية عنه بعد وقوع الطلاق، ومن ثم يكون لها حق التعامل بشأنه، سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق.

وعلى ذلك إذا اتفقت الزوجة الحاضنة مع زوجها قبل الطلاق على اختيارها فرض أجر مسكن حضانة مناسب بدلا من الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية، في حالة الطلاق، كان اتفاقها صحيحا ملزما لها، ولا تستطيع بعد الطلاق التحلل منه، والمطالبة بالاستقلال بمسكن الزوجية^(١).

(١) الأستاذ أشرف كمال ص ٤٠٧ وما بعدها.

١٢٧- اختيار الحاضنة الأولى فرض أجر مسكن حضانة ملزم لباقي

الحاضنات:

إذا اختارت أول حاضنة للصغير فرض أجر مسكن حضانة مناسب للمحضونين ولها بدلا من الاستقلال بمسكن الزوجية، فإنها تكون قد اختارت ذلك بإرادتها وحدها بناء على نص في القانون، دون توقف على قبول المطلق، فليس هناك إذن عقد بينه وبين الحاضنة على ذلك، واختيارها فرض أجر مسكن الحضانة تم بصفتها حاضنة وليس بصفتها الشخصية، ومن ثم فإنه إذا سقطت حضانتها لسبب من الأسباب المسقطة لها وانتقلت إلى غيرها من الحاضنات، فلا يجوز للأخيرة أن تطلب الاستقلال بمسكن الزوجية، أى أن الاختيار المنصوص عليه بالمادة لا يثبت لغير الحاضنة الأولى^(١)، فضلا عن أن القول بغير ذلك من شأنه الحيلولة دون استقرار المطلق في مسكنه وهو ما ينزل به ضررا كبيرا.

١٢٨- هل تسرى أحكام المادة (٨٨ مكررا ثالثا) على غير المسلمين

المتحدى الطائفة والملة:

الأحكام المنظمة لمسكن الحضانة وما يتفرع عليه من أحكام فى حالة الطلاق المنصوص عليها فى المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القواعد الموضوعية - وليست من قبيل الإجراءات - والمقرر طبقا للمادتين (٦) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية، (٠.٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومن بعدها المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٥. أنه يطبق فى شأن الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، ما ورد بشأنه نص خاص فى التشريع، فإن لم يوجد فالراجع من المذهب الحنفى، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بغير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المشار إليه فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم.

ومن ثم فإن الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٨٨ مكررا ثالثا) تطبق على المسلمين، كما تسرى حيث يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية فى مسائل

(١) من هذا رأى الأستاذ أشرف كمال ص ٤٠٨ وما بعدها.

الأحوال الشخصية، خاصة وأن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ صادر بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين المنصوص عليها بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ والمرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ والتي تعتبر مكملة للرأى الراجح من المذهب الحنفى المعمول به.

ويترتب على ذلك أن هذه المادة تسرى فى الحالات الآتية:

- (١) إذا كان المطلق والمطلقة مسلمين.
- (٢) إذا كان المطلق مسلماً والمطلقة تدين بدين سماوى غير الإسلام.
- غير أنه يلاحظ أن حضانة غير المسلمة تنتهى عندما يعقل الصغير الأديان وقد قدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سن السابعة أو إذا خيف عليه أن يألف الكفر وإذا لم يعقل الأديان وذلك بأخذ الحضانة له إلى الكنائس والمعابد الخاصة بغير المسلمين وتعويده شرب الخمر وأكل لحم الخنزير^(١).
- (٣) إذا كان المطلق والمطلقة من غير المسلمين ولا يتحدان فى الطائفة أو الملة.

مع ملاحظة أن دعوى الطلاق لا تسمع من أيهما إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق (المادة ٣/٢ من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ١٩٠٠). إنما لا يسرى النص على المطلق والمطلقة غير المسلمين متحدى الملة والطائفة، لأنهما يخضعان لأحكام شريعتهما الخاصة^(٢).

(١) راجع بند (٢٢).

(٢) قارن الدكتور محمد حسين منصور ص ٥٨ إذ يذهب إلى أن النص ينطبق على كل المصريين أياً كانت ديانتهم ويستطرد أن مسألة الحضانة وإن كانت تتصل بالأحوال الشخصية إلا أن ما يرتبط بها من مسائل أخرى كمسكن الحضانة وأجرها يعد من المسائل المالية التى لا تتصل بالعقيدة، وهى ترتبط أساساً بالواقع الاقتصادى والاجتماعى، لذا نجد الحلول المطبقة فى هذا الشأن واحدة ولا يفرق القضاء فيها - من الناحية العملية - بين المسلمين وغير المسلمين. أضف إلى ذلك أن المشرع قد نظم تلك المسألة بنص خاص لمواجهة أزمة الإسكان العامة على كل المصريين، وهى أقرب إلى النصوص الإجرائية التى تسرى على كافة انطلافاً من حكم المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، خاصة وأن الشرائع الطائفية لم تورد تنظيماً خاصاً للمسألة.

١٣٩- الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا

ثالثا):

أولاً: قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

كانت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ تنص على اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما بالفقرة الأولى منها: وهما طلب المطلق الحاضنة الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهوى المطلق مسكناً آخر مناسباً، وطلب المطلق الاستقلال دون مطلقته بذات المسكن إذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به.

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ أن الاقتراح بمشروع القانون نص على «اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في الطلبين المشار إليهما في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع» ومع الأسف لم يتضمن الاقتراح بمشروع القانون هذا النص الذي أشارت إليه، فضلاً عن أن المادة الرابعة التي تكلمت عنها تحدثت عن إحالة المحاكم الجزئية للدعوى التي أصبحت وفقاً لأحكام القانون من اختصاص المحاكم الابتدائية بالرغم من خلو القانون من بيان اختصاص جديد لهذه المحاكم^(١).

والذي نظنه أن مقدمي الاقتراح بمشروع القانون قد نقلوا العبارة السابقة من

(1) تنص هذه المادة على أن:

«على المحاكم الجزئية أن تحيل دون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى أحكام هذا القانون وذلك بالحالة التي تكون عليها.

وفي حالة غياب أحد الخصوم يعلن قلم الكتاب أمر الإحالة إليه مع تكليفه بالحضور المواعيد العادية أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى، ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها، وتبقى خاضعة لأحكام النصوص السارية قبل العمل بهذا القانون».

المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - المقضى بعدم دستوريته - ثم أغفلوا ذكر النص نفسه بالاقتراح بمشروع القانون، فقد وردت العبارة المذكورة حرفيا بالمذكرة الإيضاحية للقرار بقانون، وكانت تعنى الطلبين المنصوص عليهما بالمادة الرابعة منه وهما طلبا استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر، واسترداد المطلق المسكن إذا انتهت الحضانة أو تزوجت الحاضنة.

وبذلك يكون القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ قد خلال من النص على المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا ثالثا). وبالبناء على ذلك فإنه كان يجب لتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق المادة المذكورة بين المطلق والحاضنة، الرجوع إلى القواعد العامة في الاختصاص بنظر منازعات الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المواد (٨) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية، (٥، ٦) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعمول بها وقتئذ.

وقد نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن: «تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقا لما هو مبين في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب في غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها في المادة السادسة من اللائحة فإنها تكون دائما في اختصاص المحاكم الابتدائية»، ونصت المادة الخامسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن: «تختص المحاكم الشرعية الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية:

نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعها إذا لم يزد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين. وكل ذلك بشرط ألا يزيد مجموع ما يحكم به أو يطلب الحكم به للزوجة أو للصغير على ثلثمائة قرش في الشهر ... إلخ»، ونصت المادة السادسة من اللائحة على أن: «تختص المحاكم المذكورة بالحكم الابتدائي في المنازعات في

المواد الآتية:

«... نفقة الزوجة ونفقة الصغير بجميع أنواعهما إذا زاد ما يطلب الحكم به في كل نوع على النصاب المبين في المادة السابقة أو حكم بأكثر من ذلك... الخ».

وإذ كانت المنازعات التي تنشأ عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا ثالثا) تدور حول تهيئة المطلق لصغاره ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب أو استقلال الحاضنة وصغارها بمسكن الزوجية أو تخيير الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية أو تقدير أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها، أو باسترداد المطلق لمسكن الحضانة، فإن هذه المنازعات جميعا تتعلق بمسكن حضانة الصغير، والمقرر أن مسكن حضانة الصغير من نفقة الصغير وهو ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ في معرض حديثها عن نفقة الأولاد بقولها «وتشمل النفقة توفير المسكن لهم»، وعلى ذلك ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات المذكورة بالمادة للمحكمة الجزئية^(١).

وبهذا الرأي قضت محكمة الزقازيق الابتدائية بتاريخ 1999/11/25 في الدعوى رقم 664 لسنة 1999 كلى أحوال شخصية للولاية على النفس وقد جاء به:

(١) قارن رأيا سابقا لنا في مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية ج١ الطبعة الرابعة سنة ١٩٩٩ ص ٨٨٦ وما بعدها.

ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار أحمد نصر الجندي ص ٢٦٦ وقد ذهب الدكتور عبد الناصر العطار في مؤلفه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ ص ٨٧٨ وما بعدها إلى أن القواعد العامة المنصوص عليها في اللائحة تقضى باختصاص المحكمة الجزئية بنظر المنازعات المشار إليها باعتبارها من المواد الخاصة بالحضانة والحفظ وانتقال الحاضنة بالصغير إلى بلد آخر المنصوص عليها بالمادة السادسة، ويرد على ذلك بأن المنازعات المذكورة بالمادة السادسة خاصة (بحق الحضانة والحفظ) و (انتقال الحضانة بالصغير إلى بلد آخر) فقط.

وقارن الأستاذ شريف كامل في مؤلفه الجديد في قوانين الأحوال الشخصية ٨٨٥ ص ٠٠ فيرى أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر المنازعات المذكورة عملا بأحكام المواد ٢٧/٤، ٤٢/١، ٤٧/١ من قانون المرافعات.

«وحيث إن المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ المنظمة للمنازعات التي تثور بين الزوجين اللذين يقع بينهما الطلاق حول مسكن الزوجية ويوجد بينهما صغار قد ألغت اختصاص المحكمة الابتدائية بالفصل في تلك المنازعات والذي كانت تنص عليه المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته، ولذلك تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تجعل الاختصاص بالحكم في منازعات النفقات الخاصة بالصغير للمحاكم الشرعية الجزئية، ويكون الحكم فيها انتهائيا، إذا لم يزد ما يطلب الحكم به في كل نوع على مائة قرش في الشهر أو لم يحكم بأكثر من ذلك إن كان الطلب غير معين، ويكون الحكم ابتدائيا إذا زاد ما يطلب الحكم به في كل نوع عن هذا الحد أو حكم بأكثر من ذلك... وهذا الطلب باعتباره جزءا من نفقة الصغير..... تختص المحكمة بالفصل فيه ابتدائيا».

غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر وذهبت إلى أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر هذه المنازعات إذ ذهبت إلى أن:

«وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١١٢١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على أن «تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائي في المواد الشرعية التي ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة» وإذ كانت المادتان الخامسة والسادسة سالفتي الذكر - قد حددتا اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر - وليس من بينها طلب المطلقة الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ - مما مفاده اختصاص المحاكم الابتدائية دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بطلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية ويكون النعى على غير أساس».

(طعن رقم 10 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/4/23)

أما المنازعات التي تثور بشأن مسكن الحضانة بين الغير وبين المطلق أو الحضانة أو بينه وبينهما معا، فإنها تخضع لقواعد الاختصاص الوارد بقانون المرافعات.

ثانيا: بعد العمل بالقانون رقم (1) لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية:

نصت المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة على أن تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة.

وبمراعاة أحكام المادة (٢٢) من هذا القانون، يكون حكمها في الدعاوى قابلا للطعن بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها، وذلك كله على الوجه التالي:

أولا : المسائل المتعلقة بالولاية على النفس :

- (1) الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.
- (٢) الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

ويكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائي للقاضي الجزئي....الخ» ونصت مادته العاشرة على أن: «تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، دعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه....الخ».

وطبقا لرأينا في الاختصاص قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة، فإننا نرى أن الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ عن تطبيق المادة (٨٨ مكررا ثالثا) ينعقد للمحكمة الجزئية باعتبارها متعلقة بمسكن حضانة الصغير، ومسكن حضانة الصغير من نفقته التي تختص المحكمة الجزئية بنظر الدعاوى المتعلقة بها.

أما طبقا لقضاء محكمة النقض - قبل العمل بالقانون رقم (1) لسنة - فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية تأسيسا على أن المادة التاسعة من القانون رقم (1) لسنة حددت اختصاص المحاكم الجزئية على سبيل الحصر وليس من بينها طلب الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية إعمالا لأحكام

المادة (٨٨ مكررا ثانيا) سالفه الذكر أو المنازعات الأخرى الناشئة عنها، فيدخل الاختصاص في عموم المنازعات التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية كما نصت المادة العاشرة من القانون.

ثالثا: بعد العمل بالقانون رقم 10 لسنة 2444 بإصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة:

نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن «تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة الخ». ومن ثم أصبحت محاكم الأسرة هي المختصة بنظر هذه المنازعات اعتبارا من ١/١/٠٤...

١٤٠- حكم المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥

لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ يتعلق

بالنظام العام:

قصد الشارع بنص المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٨٨٥ رعاية جانب الصغار حماية للأسرة، وذلك بتوفير المسكن المناسب لهم في مدة حضانتهم حتى ينجوا من التشريد بعد انفصال الأبوين بالطلاق، وذلك بعد أن أصبح العثور على المسكن أمرا صعب المنال. ومن ثم فإن حكم هذه المادة يضحى متعلقا بالنظام العام، ويسرى بأثر فوري مباشر على آثار المركز القانوني التي لم تتحقق وتستقر بحكم نهائي قبل العمل به.

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي - في ظل القرار بقانون رقم ٤٤

لسنة ١٩٧٩ - إذ جرى قضاؤها على أن:

«لما كان القانون ٤٤ سنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية الذي صدر في تاريخ لاحق للحكم المطعون فيه قد نص في المادة الرابعة

على أن للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر ما لم يهئ لها المطلق مسكناً آخر مناسباً، وكان هذا النص - والغاية منه رعاية جانب الصغار حماية للأسرة - يعد متعلقاً بالنظام العام فينطبق على واقعة الدعوى بأثر فوري».

(طعن رقم 700 لسنة 47 ق - جلسة 1982/1/28)

ويترتب على ذلك أنه إذا اختارت الحاضنة استمرار المحضونين معها بمسكن الزوجية أو شغل المسكن الآخر الذي هيأه المطلق، فإن حق المحضونين يكون قد تعلق بالمسكن تعلقاً يتصل بالنظام العام، فلا يجوز لها التنازل عنه ولو كان التنازل للمطلق، فإذا تم هذا التنازل كان باطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾. كما أن تنازلهما عنهما قبل اختيارها لأحدهما يقع باطلاً، لأنها تكون قد تنازلت عن حق الصغير وهي لا تملك ذلك.

خامساً : إصدار النيابة العامة قرارات في

المنازعات المتعلقة بحيازة مسكن الزوجية

مضمون سلطة النيابة العامة في إصدار القرارات :

١٤١ - (أ) - قبل العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢^(٢) :

أجازت الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) سائلة الذكر للنيابة العامة أن تصدر قرارات فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) حتى تفصل المحكمة فيها.

فالقرار الذي تصدره النيابة العامة بشأن حيازة مسكن الحضانة هو قرار مؤقت إلى أن يتم الفصل في النزاع من المحكمة المختصة. والمشرع بهذا النص - والذي ورد شبيه له في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم

(1) الدكتور محمد حسين منصور ص ٢٤ وما بعدها.

(2) بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات في المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية.

٤٤ لسنة ١٩٧٩ - يكون قد حسم خلافا كبيرا في الفقه والقضاء حول مشروعية القرارات التي تصدرها النيابة العامة في منازعات الحيابة التي لا تشكل جريمة (أنظر البند التالي)، فأصبح هذا النص سنداً تشريعياً لهذه القرارات في النزاع الذي يحدث بين الحاضنة والمطلق^(١).

والملاحظ أن الفقرة المذكورة أعطت الحق في إصدار القرار فيما يثور من منازعات بشأن حيابة المسكن للنيابة العامة، دون أن تقصره على عضو بدرجة معينة من بين أعضاء النيابة العامة. وذلك بعكس الحال في ظل القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، إذ كانت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة تقصر الحق في إصدار القرار على النائب العام أو المحامي العام^(٢).

ومع ذلك فإن إطلاق النص في القانون الجديد ليس له أهمية من الناحية العملية، لأن المادة ٨٢٤ بند (٥) من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول (والتي أبقى عليها الكتاب الدوري الصادر من النائب العام برقم ٨ لسنة ١٩٨٢) تنص على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيابة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (والتي حلت محلها المادة ٨٨ مكرراً ثالثاً من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف (المحامين العامين الأول الآن) للتصرف فيها. أي أن البند المذكور جعل إصدار القرار من

(١) وكانت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) قد قضت بتاريخ .. يناير ١٩٦٤ في الطعن ١٢٢ لسنة ٣٣ بأن:

«الأمر بمنع التعرض الذي تصدره النيابة العامة بعد حفظ الشكوى إدارياً لا يعدو أن يكون إجراء تصدره النيابة في غير خصومة جنائية ولا يقصد به سوى معاونه رجال الضبطية القضائية على حفظ الأمن مما يخرج بطبيعته عن وظيفة النيابة العامة القضائية».

(٢) ومن الغريب أن تذكرة المذكرة الإيضاحية للاقتراح بمشروع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أن الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الاقتراح بمشروع القانون (وهي تعنى المادة ٨٨ مكرراً ثانياً) تجيز «لنائب العام أو المحامي العام إصدار قرار مؤقت فيما يثور من منازعات بشأن حيابة المسكن المشار إليه حتى تفصل المحكمة نهائياً في النزاع».. رغم أن مشروع المادة لم يقصر الحق في إصدار القرار على النائب العام والمحامي العام.

اختصاص المحامي العام الأول (الآن) لدى محكمة الاستئناف.

١٤٢- اقتصار حكم الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) على

منازعات الحيازة التي لا تشكل جريمة :

الحق المخول للنيابة العامة في إصدار قرار فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن (الزوجية) المنصوص عليه بالفقرة الخامسة من المادة ٨٨ (مكررا ثالثا)، ينصرف فقط إلى المنازعات التي لا تشكل جريمة. ذلك أن منازعات الحيازة التي تشكل جريمة، تتدخل فيها النيابة العامة بإصدار قرارات مؤقتة بشأن الحيازة طبقا للتنظيم الذي وضعه الشارع في قانون الإجراءات الجنائية في المواد من (١.١ - ١.٩) الخاصة بالتصرف في الأشياء المضبوطة، فالنيابة تتدخل في هذه المنازعات بوصفها سلطة التحقيق الابتدائي والأمنية على الدعوى الجنائية، فهي تختص بمباشرة التحقق في هذه الجرائم، كما تختص في ذات الوقت بالتدخل فيما يثور من أنزعة معينة تنشأ عن الجريمة التي تجرى فيها التحقيق فتصدر قرارات أو أوامر في نطاق سلطاتها القضائية تفصل فيها في هذه الأنزعة وتكون هذه القرارات والأوامر قرارات وأوامر قضائية^(١). فإذا كان النزاع على الحيازة يشكل جريمة دخول بيت مسكون بقصد منع حيازته بالقوة (م ٣٧٠ عقوبات)^(٢) أو جريمة دخول بيت مسكون وعدم الخروج منه بناء على تكليف ممن لهم الحق في ذلك (م ٣٧٣ عقوبات)، فإن النيابة لها أن تصدر أمرا من أوامر التحقيق برد الحيازة إلى صاحب الحق فيها وهو من فقد الحيازة بالجريمة أي المجنى عليه (م ١٢٢ من قانون الإجراءات الجنائية) ذلك أن قواعد حيازة الأشياء الواردة في قانون الإجراءات الجنائية تنطبق على حيازة المنقول كما تنطبق على حيازة العقار، فلفظة الأشياء الواردة في المواد (١.١ - ١.٩) هي لفظة مرسلة خالية من أي قيد يقيد بها بمعنى أو يصرفها إليه، والقاعدة أن

(١) الدكتور أحمد فتحى سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية الجزءان ١، ٢ طبعة مجلة القضاة ٨٨٠ ص ٧١٠ وما بعدها - المحكمة الإدارية العليا الطعن ٨٧ لسنة ٢٣/١٠ - مستعجل القاهرة فى ١٢/١/ ٨٧٨ الدعوى رقم ٢١٦١ لسنة ٩٩٧٧.

(٢) عدلت هذه المادة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٨٨٢.

ما ورد دون تخصيص فلا موجب لتخصيصه، كما أن لفظة الأشياء من الناحية اللغوية تتسع لتشمل المنقول وتشمل العقار في ذات الوقت، ولا يوجد في أحكام قانون الإجراءات الجنائية في المواد المذكورة ما يحول دون انطباق لفظة الأشياء على العقار، ويؤكد هذا النظر ما جاء في المذكرة التفسيرية عن المواد من (٥١٧ - ٦٥٥) من مشروع الحكومة التي أصبحت المواد من (١٠١ - ١٠٩) من قانون الإجراءات الجنائية أنه قصد بذلك «... التيسير على الأفراد في استرداد أموالهم التي استوجبت ضبطها لتحقيق القضايا الجنائية أو الحكم فيها وذلك من غير حاجة إلى رفع دعاوى أمام المحاكم المدنية تكبدهم المشاق والنفقات. وتخفيفاً لأثر الجريمة على المجنى عليه رأى أن يمكن من استرداد المال الذى خرج من يده بسببها بأسرع طريق، وروعى فى الوقت نفسه ألا تزدحم دور المحاكم بأشياء لم يبق موجب لحفظها بها...» فالمذكرة التفسيرية قد عبرت عن الأشياء التى ترد حيازتها إلى صاحب الحق فى الحيازة بالمال، والمال يشمل العقار والمنقول^(١).

ويؤيد ما ذهبنا إليه من أن حكم الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) يقتصر على منازعات الحيازة التى لا تشكل جريمة ما جاء بالكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ٦ لسنة ١١١١ بتاريخ ٢٢/٨/١١١١ (والذى ألغى فيما بعد بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٨٨٢) من أن:

«لما كان المقرر أن النيابة العامة تتدخل فى منازعات الحيازة فى حالتين: أولاً: إذا انطوت المنازعة عن جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير

(١) شريف كامل فى مشاكل الحيازة أمام النيابة العامة ص ٩٤ وما بعدها - الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى الطبعة الحادية عشرة ١٩٧٦ ص ٨٧ وما بعدها - إلا أن محكمة النقض قضت بأن وضع اليد على عقار سلبت حيازته بالقوة لا يعتبر ضمن التعويضات الناشئة عن ارتكاب الجريمة، ولا اختصاص للمحكمة الجنائية به (نقض طعن ٦/٨/ ١٨٤٨ مجموعة القواعد ج-٧ - ٥٨٨ رقم ٦٢٤).

وقد انتقد الفقه - بحق - هذا القضاء لأن رد حيازة العين المتنازع عليها إن لم يعد تعويضاً فهو من صور الرد الذى تختص به المحكمة الجنائية (رؤوف عبيد ص ٨٧ وما بعدها - الدكتور مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية طبعة مجلة القضاء ٨٨٠ ص ٦١٠).

المنصوص عليها في المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣ من قانون العقوبات أو جرائم الاعتداء على الحيابة الواردة في المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

ثانيا: إذا كانت منازعة الحيابة مدنية ولكن تدخل النيابة العامة فيها يكون إما بنص صريح في القانون كمنازعة حيابة مسكن الحضانة المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية أو لحفظ الأمن العام استنادا للمادة ٣٢ من قانون السلطة القضائية، ٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية^(١).

وقد تدخل الشارع أخيرا بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٨٨٨٢ بوضع نظام يكفل حماية الحيابة في الحالات التي يشكل فيها الاعتداء على الحيابة جريمة، بأن أضاف إلى قانون العقوبات مادة جديدة برقم ٣٧٣ مكررا بمقتضاها أجاز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في المادة ٣٦٩ عقوبات وما بعدها أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظي لحماية الحيابة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضي الجزئي المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه.

(أنظر بنود 199 وما بعده)

١٤٣- طبيعة القرار الصادر من النيابة العامة طبقا للفقرة الخامسة من

المادة (٨٨ مكررا ثالثا) :

قدما أن نص الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ سنة ٨٨٨٥ قد تناول القرار الذي تصدره النيابة العامة في المنازعات التي تنشأ بين الحاضنة والمطلق حول حيابة مسكن (الزوجية) التي لا تشكل جريمة

(1) قارن شريف كامل في مؤلفه ملحق مشاكل الحيابة طبعة ٨٨٨٢ ص ٧٣ - إذ يرى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقابلة للفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٨٥ يسرى على المنازعات التي تشكل جريمة وتلك التي لا تشكل جريمة.

وقد تغيا الشارع من هذا النص أمرين:

الأول: حماية الصغار من التشريد بإصدار قرار مؤقت بتمكين الحاضنة وصغار المطلق من حيازة مسكن (الزوجية) إذا توافرت الشروط المطلوبة حتى يفصل في النزاع من المحكمة المختصة، ولا يخفى أن في حماية الطفولة وتأمينها تحقيقاً لمصلحة عامة ولذلك نص بالمادة العاشرة من دستور سنة ١١٧١ المعطل على أن «تكفل الدولة الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب...».

الثاني: معاوننة الضبطية الإدارية في واجبها في المحافظة على الأمن العام - رغم عدم وجود جريمة في الأمر - لما ينتج عن الخلاف بين المطلق والحاضنة على حيازة مسكن (الزوجية) من صراع قد يؤدي إلى الإخلال بالأمن العام. ومن ثم فإن هذا القرار هو في طبيعته قرار إداري وليس قراراً قضائياً.

الطعن في قرار النيابة العامة الصادر في منازعات حيازة مسكن الزوجية :

هناك طريقتان للطعن في القرار الصادر من النيابة العامة هما طريق الطعن القضائي وطريق التظلم الإداري.

١٤٤ - أولاً : طريق الطعن القضائي :

يجوز للمتضرر من قرار النيابة العامة التظلم من هذا القرار بطلب إلغائه أمام محكمة القضاء الإداري عملاً بالبند (خامساً) من الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القرار بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (المعدل) بشأن مجلس الدولة، التي تجرى على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في «الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية». وتختص بنظر دعوى الإلغاء محكمة القضاء الإداري (م ١٢).

ويجب أن يكون مبنى الطعن في القرار عدم الاختصاص أو عيباً في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة (م ١٠ / ١٠).

ولا يترتب على رفع الدعوى إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه، على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها (م ١ / ٤٩) وترفع

الدعوى خلال ستين يوما من تاريخ إعلان صاحب الشأن بالقرار (م ٢٤)، ويقوم مقام الإعلان العلم اليقيني بالقرار.

ولا يشترط لرفع دعوى الإلغاء أن يسلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فى القرار، وإنما يجوز رفع الدعوى، مباشرة دون سلوك هذا الطريق (مفهوم المخالفة للمادة ١٢ب). إلا أنه إذا سلك المتضرر طريق التظلم الإدارى فإن التظلم يقطع سريان ميعاد الستين يوما المحدد لرفع دعوى الإلغاء، فلا يسرى هذا الميعاد من تاريخ إعلان المتظلم بالقرار أو علمه به علما يقينيا (م ٢/٢٤).

ويجب أن يبت فى التظلم قبل مضى ستين يوما من تاريخ تقديمه^(١) ويعتبر مضى ستين يوما على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه (م ٢/٢٤) ويكون ميعاد رفع دعوى الإلغاء ستين يوما من تاريخ انقضاء الستين يوما المذكورة.

كما تختص محكمة القضاء الإدارى بنظر طلبات التعويض عن القرار الصادر من النيابة العامة سواء رفعت بصفة أصلية أو بالتبعية لطلب الإلغاء (م ١/١٠/عاشرا، ١٣)، ومحل ذلك أن يكون قد لحق المتضرر ثمة ضرر من هذا القرار.

١٤٥- ثانيا: طريق التظلم الإدارى:

نصت المادة ٨٣٤ بند «٥» من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول طبعة ٨٨٠ (والتي أبقى عليها الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ٨ لسنة ٨٨٢، ولم يتصد لها الكتاب الدورى رقم ١٣ لسنة ٨٨٥ الصادر بتاريخ ١٩/٨/٨٨٥ بعد العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥)، على أن يرسل المحامون العامون أو رؤساء النيابة الكلية منازعات الحيازة المتعلقة بتطبيق المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ٩١٧٩ (المقابلة للمادة ٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥) مشفوعة بمذكرة بالرأى للمحامين العامين لدى محاكم الاستئناف للتصرف فيها.

أى أن البند المذكور أوجب إصدار القرار فى المنازعات المشار إليها من المحامى العام لدى محكمة الاستئناف (المحامى العام الأول الآن).

(١) ولم يجر العمل فى النيابة العامة على التقيد بهذا الميعاد.

ولم تضع تعليمات النيابة ثمة قواعد للتظلم من قرار المحامي العام (الأول) الذى يصدره فى المنازعات المذكورة، وكان يستهدى فى هذا الشأن بأحكام الكتاب الدورى رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٧ الصادر من النائب العام بتاريخ ٣٠ / ١٠ / ١٩٧٧ والقواعد العامة فى التظلم الإدارى، والكتاب الدورى المشار إليه كان ينظم إجراءات إصدار القرارات فى منازعات الحيازة والتظلم منها، إلا أن هذا الكتاب قد ألغى بالكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ٨٨٨٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ٢٨ / ٤ / ٨٨٨٢، ومن ثم فإننا قد رأينا أن يتبع فى شأن التظلم من القرار القواعد العامة فى التظلم الإدارى.

وبالبناء على ما تقدم فإن التظلم من قرار المحامي العام الأول إما أن يقدم إلى مصدره (المحامي العام الأول) أو إلى الجهة الرئيسية (النائب العام) غير أن العمل قد جرى على أن يقدم التظلم إلى الجهة الرئيسية (النائب العام) مباشرة. وقد فوض النائب العام النواب العامين المساعدين لدى نيابات الاستئناف فى نظر هذه التظلمات.

١٤٦ - القرار الصادر من النيابة العامة وقتى :

القرار الصادر من النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجية) قرار وقتى، بمعنى أن أثره يزول بصدور حكم نهائى فى موضوع الحيازة من المحكمة المختصة.

١٤٧ - تعليمات النيابة العامة فى شأن النزاع على حيازة مسكن الزوجية :

نصت المادة ٨٢٤ من التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول سنة ٨٨٨٠ - والتي أبقي عليها الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ٨٨٨٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ٢٨ / ٤ / ٨٨٨٢ - والتي مازال العمل جاريا بها فى ظل القانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ على بعض القواعد التى تتبع عند حصول نزاع على حيازة مسكن الزوجية، فجرت على أنه:

«إذا ثار نزاع بين الزوجين على حيازة مسكن الزوجية يبادر أعضاء النيابة إلى فحصه وتحقيق عناصره، ومتى أصبح صالحا للتصرف يبعثون بأوراقه إلى النيابة الكلية مشفوعة باقتراحهم القرار الذى يرون إصداره والسند فى ذلك، وذلك على ضوء ما يلى:

- (١) فى حالة ما إذا شجر نزاع بين الزوجين مع قيام رابطة الزوجية يكون الاقتراح بتمكين كل من الطرفين من استمرار حيازته للمسكن.
- (٢) إذا وقع طلاق رجعى، يقترح تمكين كل من الزوجين طوال فترة العدة من استمرار حيازته للمسكن.
- (٣) فى حالة الطلاق البائن، إذا لم يكن للزوجين أولاد يقيمون بمسكن الزوجية يقترح تمكين المالك أو المستأجر منهما للمسكن ومنع تعرض الآخر له فيه.
- (٤) إذا كان الطلاق بائناً، وللمطلقة صغير فى حضانتها يقترح تمكين المطلقة الحاضنة من استمرار إقامتها بمسكن الزوجية المؤجر دون الزوج المطلق حتى يفصل القضاء نهائياً فى أمر النزاع.. الخ»^(١).

١٤٨- تدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة على مسكن (الزوجية)

إذا كانت تنطوى على جريمة:

نص القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٢٧ وقانون الإجراءات الجنائية. الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٢٧ وقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٠٠، فى مادته الرابعة على أن تضاف إلى قانون العقوبات مواد جديدة منها المادة ٣٧٣ مكرراً ونصها كالاتى:

«يجوز للنيابة العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد السابقة من هذا الباب أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض هذا الأمر خلال ثلاثة أيام على القاضى الجزئى المختص، لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده، أو بتعديله أو بإلغائه.

ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور هذا القرار، وعلى المحكمة - عند نظر الدعوى الجنائية - أن تفصل فى النزاع بناء على

(١) وكان ينبغى تعديل التعليمات لتشمل تمكين المطلق الحاضنة من الاستمرار فى حيازة المسكن غير المؤجر أيضاً تمشياً مع المادة (٨٨ مكرراً ثالثاً) من القانون ١٠٠ لسنة

طلب النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال وبعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بإلغائه، وذلك كله دون مساس بأصل الحق.

ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار إليها، وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بأن لا وجه لإقامة الدعوى».

فالمشرع بهذا النص أجاز للنياحة العامة التدخل فى منازعات الحيازة التى تشكل جريمة باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة، على أن يعرض الأمر الصادر منها على القاضى الجزئى بالتفصيلات الواردة بالنص.

ولما كان القرار المؤقت الذى تصدره النيابة العامة فيما يثور من منازعات بين المطلق والحاضنة بشأن حيازة مسكن (الزوجية) وفقا للفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قاصرا على المنازعات التى لا تشكل جريمة فإن نص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات المضافة بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تسرى على المنازعات السابقة إذا كانت تشكل جريمة، كما تسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق أو الحاضنة وبين الغير بشأن مسكن (الزوجية)، كالشأن فى كافة منازعات الحيازة التى تنشأ عن جرائم الاعتداء على الحيازة المنصوص عليها بالباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات. وبالبناء على ذلك فإنه لا يكون هناك ثمة تعارض بين نص الفقرة الخامسة من المادة (٨٨ مكررا ثالثا) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وبين المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات، لأن لكل منهما مجاله فى التطبيق^(١).

(١) ومن رأينا الوارد بالمتن المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥ ص ١٠٧ وما بعدها. (وهذا الرأى ورد فى ظل القانون بقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) - أما الرأى الذى ذهب إلى أن حكم الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) (المقابلة للفقرة الخامسة من المادة ٨٨ مكررا ثالثا من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) - على التفصيل السابق، يسرى على المنازعات التى تنشأ بين المطلق والمطلقة والحاضنة بشأن حيازة مسكن الزوجية المؤجر سواء كانت تشكل جريمة أم لا (راجع بند ١٤٧) فإنه يرى أن هذه =

ونحيل في دراسة المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات إلى مؤلفات قانون العقوبات ومؤلفات الحيازة.

١٤٩- (ب) بعد العمل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢:

بتاريخ أول يونيه سنة ١٩٩٢ صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات في المواد والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية، ونشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٢ (مكرر الصادر في أول يونيه سنة ١٩٩٢ وعمل به من أول أكتوبر سنة ١٩٩٢ م ١٢ من القانون).

وقد نصت مادته الرابعة على أن يضاف إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية مادة جديدة برقم 44 (مكررا) وهذه المادة تنص على أن:

«يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قرارا وقتيا مسببا واجب التنفيذ فورا بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة، ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل.

وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره.

وفي جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذوى شأن أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوما من يوم إعلانه بالقرار، ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار، أو بتعديله أو بإلغائه. وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم».

= الفقرة وحدها هى واجبة التطبيق بشأن المنازعات المذكورة دون نص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات، باعتبارها نصوصا خاصا يتناول بالتنظيم نوعا خاصا من منازعات الحيازة، بينما نص المادة ٣٧٣ مكررا عقوبات نص عام، والقاعدة أن الخاص يقيد العام - شريف كامل فى ملحق مشاكل الحيازة ص ٧٢ وما بعدها.

ثم نصت المادة التاسعة من القانون على إلغاء المادة ٢٧٣ مكررا من قانون العقوبات سائلة الذكر والتي كان حكمها مقصورا على الحالات التي تقوم فيها دلائل كافية على جدية الاتهام بارتكاب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المتعلقة بانتهاك ملك الغير.

ورغم أن نص المادة ٨٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٠٠ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ٨٨٥ الذي خول النيابة العامة الحق في أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية حتى تفصل المحكمة فيها، هو حكم خاص، في حين أن ما تقرره المادة ٤٤ مكررا مرافعات هو حكم عام، وأن القاعدة الخاصة تقيد أو تعطل القاعدة العامة فيما تختلفان فيه، إلا أنه لا يوجد ثمة تعارض بين ما قضت به كل من المادتين، ذلك أن ما نصت عليه القاعدة الخاصة الواردة في قانون الأحوال الشخصية، جاءت مادة المرافعات لتعممه في جميع منازعات الحيازة، كما أن ما أغفلته القاعدة الخاصة المذكورة من إجراءات نظر المنازعة ومقومات قرار النيابة وسبيل تنفيذه والطعن فيه، فصلته مادة المرافعات وبناء على ذلك لم تعد مادة الأحوال الشخصية تلك، تتضمن ثمة استثناء من مادة المرافعات، وبالتالي أضحت منازعات حيازة مسكن الزوجية خاضعة لما تخضع له جميع منازعات الحيازة عموما من حيث اختصاص النيابة العامة وإجراءات نظرها وإصدار القرار فيها والتظلم منه^(١).

(١) التعليق على الجديد لبعض الأحكام المستحدثة في قانون المرافعات بحث للمستشار عزت حنوره منشور بمجلة القضاة السنة ٥٥ العدد الثاني يوليو - ديسمبر ١٩٩٢ ص ٢٢٢ - نحو أسلوب موحد في تطبيق المادة ٤٤ مكررا من قانون المرافعات بمعرفة النيابة العامة وقاضى الأمور المستعجلة بحث للأستاذ خيرى أحمد الكباش بمجلة القضاة السنة ٥٥ العدد السابق ص ٢٤٤ - وعكس ذلك المستشار مصطفى هرجه فى مؤلفه الموجز فى التنظيم القانونى الجديد لمنازعات الحيازة ١٩٩٢ ص ١٥ إذ يرى أن نص المادة ٨٨ مكررا ثالثا هو الذى يعمل به فى منازعات مسكن الزوجية تطبيقا لقاعدة أن القانون العام لا يلغى القانون الخاص وإنما العكس هو الصحيح أى أن القانون الخاص لا يلغيه =

وتوجز أحكام المادة ٤٤ مكررا فيما يلي :

١- أن النيابة العامة تصدر قرارات فى منازعات الحيابة التى تعرض عليها سواء كانت هذه المنازعات مدنية أو جنائية، فإذا كانت المنازعة جنائية بأن كانت تنطوى على إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ٢٦٩ إلى ٢٧٣ من قانون العقوبات، فإن هذا لا يحول بين النيابة وبين رفع الدعوى الجنائية.

وعلى هذا نص البند رابعا من الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام بتاريخ ١/ ١٠/ ١٩٩٢ وبالترتيب على ذلك إذا أصدرت النيابة قرارا بإبقاء الحال على ما هى عليه، فإن معنى ذلك أنها رأت من الأوفق عدم تغيير المراكز الواقعية للخصوم. ويعتبر قرارها هذا متعلقا بالحيابة.

إنما لا يجوز للنيابة إذا عرض عليها منازعة من منازعات الحيابة أن تكتفى بحفظ الأوراق إداريا. وإذا حدث ذلك كان للمتضرر التظلم من هذا القرار إلى السلطة الرئاسية، فإذا كان القرار صادرا من رئيس النيابة مثلا تظلم منه أمام المحامى العام^(١).

٢- أوجب النص أن يصدر القرار من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل، وذلك حتى يكون لمصدر القرار الخبرة والدراية اللازمة لما تتسم به هذه المنازعة من أهمية خاصة^(٢).

فإذا كان أقدم أعضاء النيابة الجزئية ليس بدرجة رئيس نيابة، كان لأى من أعضائها بعد تحقيق الواقعة - بالتفصيل الذى سيرد ذكره - إرسال الأوراق إلى رئيس النيابة الكلية مشفوعة بمذكرة بالرأى يقترح فيها ما يراه فى النزاع

= إلا قانون خاص مثله ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذى أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى الحالة التى كان يحكمها القانون الخاص وجاءت عباراته قاطعة فى سريان حكمه فى جميع الأحوال وهذا ما لم يقصده المشرع فى المادة ٤٤ مكررا، وينبنى على ذلك أنه لا يجوز التظلم من القرار أمام قاضى الأمور المستعجلة.

(١) مصطفى هرجه ص ٢١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

ليصدر رئيس النيابة قراره فيها، سواء بالموافقة لرأيه أو بالمخالفة له، ثم تعاد الأوراق إلى النيابة الجزئية لإعلان القرار لذوى الشأن.

أما إذا صدر القرار من عضو نيابة تقل درجته عن درجة رئيس نيابة، كان القرار باطلاً لأنه اختصاص يشبه الاختصاص النوعي للمحاكم وبالتالي يتعلق بالنظام العام ذلك أن قرار النيابة في هذه الحالة تكون له حجيته إلى أن يلغى على نحو ما سيلي.

وقد أوجب الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام أن يصدر القرار من المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات (بند أولاً).
وغنى عن البيان أن مخالفة حكم الكتاب الدورى المذكور لا يترتب عليه البطلان لأنه مجرد تعليمات إدارية صادرة إلى أعضاء النيابة من سلطتهم الرئاسية.

أما الاختصاص المحلى فيثبت للنياينة الكائن بدائرتها العين محل المنازعة.
وقد أصدر النائب العام الكتاب الدورى رقم (١٠) لسنة ١٩٨٨ بتاريخ ٥/٠٠/٨٨٨ ناط فيه بالمحامى العام بنيابة الأحوال الشخصية إصدار قرار الحيابة.

فإذا كانت النيابة الجزئية التى تقع فى دائرتها العين محل النزاع لا تدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابةات الكلية للأحوال الشخصية فيصدر القرار من المحامى العام بالنياينة الكلية.

٣- القرار الصادر من النيابة فى منازعة الحيابة قرار قضائى يفصل بصفة مؤقتة فى خصومة، ولذلك نصت المادة على أن يصدر القرار بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. بما مؤداه إتاحة الفرصة لكل منهم لإبداء دفاعه وهو ما يستلزم تحقق المواجهة بالخصومة وذلك بإعلان من لم يمثل فى التحقيق بشخصه أو بوكيل عنه.

ولا يشترط أن تجرى النيابة التحقيق بنفسها وإنما يجوز لها التعويل على محضر جمع الاستدلالات وإذا أجرت النيابة التحقيق بنفسها فلا يشترط إجراؤه من عضو بدرجة رئيس نيابة على الأقل. والمشرع وإن وصف قرار النيابة بأنه

وقتي إلا أنه لم يقرنه بشرط عدم المساس بأصل الحق، لأن الحكم الوقتي ليس دائماً مستعجلاً، ولذلك جعل إصدار قرار فاصل في المنازعة أمراً وجوبياً على النيابة كما ناط بها إجراء التحقيقات اللازمة لإصداره ومن ثم لا يجوز للنيابة العامة الامتناع عن إصدار القرار بحجة أن الفصل في النزاع يحتاج إلى تغلغل في الموضوع بما ينطوي على المساس بأصل الحق^(١).

٤- أوجب النص أن يصدر قرار النيابة مسبباً فيجب أن يشتمل القرار على عرض مجمل لوقائع النزاع وطلبات أطرافه وخلاصة موجزة لأوجه دفاعهم ثم الأسانيد المرجحة لما انتهى إليه القرار.

وكذلك يجب أن يشتمل القرار على بيان تاريخ ومكان إصداره واسم وصفة من أصدره وتوقيعه^(٢).

وعلى ذلك لا يصلح التسبب المبتسر أو القاصر. والجزاء على عدم التسبب أو التسبب المبتسر أو القاصر هو البطلان لأنه أمر يتعلق بحقوق الخصوم وضمان لهم ويتعلق بالتالي بالنظام العام. ومن ثم لا يشترط أن يتمسك به الخصوم^(٣).

٥- القرار الصادر من النيابة وقتي لأنه معلق على نتيجة التظلم منه أمام قاضي الأمور المستعجلة أو صدور حكم من محكمة الموضوع إذا لجأ صاحب الشأن إلى هذا الطريق.

٦- يجب على النيابة إعلان القرار الصادر منها لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام حتى تاريخ صدور القرار.

ولا يغنى عن الإعلان علم ذوى الشأن بصدور القرار ولو كان علماً يقينياً قياساً على المبادئ المقررة في قانون المرافعات من أن الطعن في الحكم لا يبدأ إلا من تاريخ الإعلان لا العلم به في الحالات التي يوجب فيها القانون الإعلان.

(١) المستشار عزت حنوره ص ٣٢٤.

(٢) عزت حنوره ص ٣٤٢.

(٣) عز الدين الدناصورى وحامد عكار شرح القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ طبعة ١٩٩٢

ص ٢٨ وما بعدها.

ولا يحسب في الميعاد اليوم الذى صدر فيه القرار ويحسب فيه اليوم الأخير منه (م ١٥ مرافعات).

والمقصود بذوى الشأن الذى يعلن إليهم القرار، الشاكي والمشكو فى حقه وكل من مثل فى التحقيقات وأضير من قرار النيابة أى كل من يعتبر أن قرار النيابة قد صدر ضده والذى يحدد هؤلاء هو عضو النيابة الذى أصدر القرار المؤقت إذ هو الأقدر على تحديد الخصوم ومن ثم لا يجوز أن يترك ذلك لقلم الكتاب^(١).

غير أن من المتصور أن يوجد من بين ذوى الشأن من لم يمثل فى التحقيقات أو يظهر فيها على الإطلاق وهنا يتعذر إعلانه. وهذه ثغرة فى النص، لأن ميعاد التظلم سيكون مفتوحاً أمام الأخير. ولم يحدد النص وسيلة الإعلان، ومن ثم يلجأ إلى الطرق المقررة فى قانون المرافعات.

وتطبيقاً لذلك نص الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ (محضرين) الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بتاريخ ١١/٢ / ١٩٩٢ على أن: «يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات (بند أولاً - راجع أيضاً البند ثانياً من الكتاب الدورى الصادر من النائب العام برقم ١٥ لسنة ١٩٩٢).

والميعاد المقرر لإعلان القرار ميعاد تنظيمى قصد به حث همة النيابة على إعلانه بسرعة ولا يترتب على مخالفته ثمة بطلان.

٧- نصت المادة على أن القرار الصادر من النيابة واجب النفاذ فوراً ومعنى ذلك نفاذ القرار دون التوقف على الفصل فى التظلم الذى يرفع أمام القاضى المستعجل أو فوات ميعاد التظلم.

٨- ذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أنه لما كان القرار الصادر من النيابة يعتبر سنداً تنفيذياً فإنه يجوز الاستشكال فى تنفيذه عملاً بالمادة ٣١٢ مرافعات

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٨.

التي لم تقصر الاستشكال على الأحكام أو ما يعتبر من قبيلها، وإنما عممته على جميع السندات التنفيذية^(١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز الاستشكال في تنفيذ القرار، ذلك أن المشرع اكتفى بوقف تنفيذه عن طريق القاضى المستعجل الذى ينظر التظلم فى هذا القرار، وبناء على طلب المتظلم^(٢). وقد أخذ الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ (محضرين) الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم بالرأى الثانى. إذ نص فى عجز البند (ثالثا) منه على أن: «ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقا للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ».

كما نص فى الفقرة الثانية من ذات البند على أنه: «ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم».

وعندنا أن الرأى الأول فى محله.

١- أجاز النص لكل ذى شأن فى جميع الأحوال التظلم من القرار الصادر من النيابة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة فالتظلم ليس قاصرا على من صدر ضده القرار، وإنما يجوز لكل ذى شأن حتى ولو لم يكن مائلا فى المنازعة أمام النيابة وذلك لإتاحة الفرصة ليزود كل ذى حق عن حقه الذى يتعارض مع القرار.

ويرفع التظلم أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

واختصاص القاضى المستعجل مقرر هنا بنص صريح ومن ثم فلا يكون مكلفا بالبحث فى توافر شرط الاستعجال فى الدعوى، ولكنه مقيد فى قضائه بعدم المساس بأصل الحق. وميعاد رفع التظلم خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه بالقرار، ولا يحسب فى الميعاد يوم الإعلان، ويحسب فيه اليوم الأخير (م ١٥ مرافعات).

(١) المستشار عزت حنوره ص ٢٢٦ - الأستاذ خيرى الكباش ص ٢٤٨ - المستشار عز

الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز ص ٢٥.

(٢) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٢.

وهذا الميعاد من النظام العام وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها. والقاضى المستعجل يقضى إما بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه، وإذا قضى بالإلغاء فإنه يقف عند هذا الحد ولا يصدر قرارا فى حكمه لأن إصدار القرار طبقا للمادة ٤٤ مكررا منوط بالنيابة العامة وليس القاضى، فضلا عن أن إصدار القرار فى الحيازة بعد إلغاء قرار النيابة فيه تقويت إحدى مراحل إصدار القرار^(١).

ويجب أن يكون الحكم مسببا وإلا كان باطلا، ولا يجوز للقاضى المستعجل أن يؤسس حكمه على الأسباب التى بنى عليها قرار النيابة لأن النيابة ليست درجة تقاضى، بل لابد له من إنشاء أسباب جديدة تحمل قضاءه وإلا كان مشوبا بالقصور فى التسبيب^(٢).

ويخضع الطعن بالاستئناف فى الحكم الصادر من القاضى المستعجل للقواعد العامة فيجوز الطعن فيه بالاستئناف خلال خمسة عشر يوما، ذلك أن المشرع لم ينص على أن القرار الصادر من القاضى المستعجل نهائى.

١٠- أجازت المادة للقاضى المستعجل بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ قرار النيابة لحين الفصل فى الدعوى، ويشترط لذلك توافر الشروط الآتية:

(أ) أن يطلب المتظلم فى صحيفة التظلم أو بطلب عارض وقف تنفيذه.

(ب) أن يكون من شأن تنفيذ القرار إلحاق ضرر جسيم بالمتظلم.

(ج) أن يرى القاضى فى أسباب التظلم ما يرجح معه تعديل أو إلغاء قرار النيابة.

(د) ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم طلب الوقف. أما إذا كان الطلب قد قدم قبل التنفيذ وتم التنفيذ بعد تقديمه وقبل الفصل فيه. فالرأى أن تمام التنفيذ فى هذه الحالة لا يمنع القاضى من استعمال رخصة وقف التنفيذ فإذا أمر بوقف التنفيذ كان ذلك سندا تنفيذيا بإلغاء ما تم من إجراءات التنفيذ وذلك

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٢٢.

(٢) الدناصورى وعكاز ص ٢٢.

قياساً على ما نصت عليه المادة ٥٥١ مرافعات من أن قرار وقف التنفيذ الصادر من محكمة النقض ينسحب على إجراءات التنفيذ التى اتخذها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ طلب وقف التنفيذ، ومن جهة أخرى لأن المعول عليه فى قبول الطلب من عدمه هو باعتبار تاريخ تقديمه ولا يغير من ذلك إسراع المحكوم له بتنفيذ القرار الوقتى الصادر من النيابة العامة بعد تقديم طلب وقف تنفيذه وحتى لا يكون ذلك بمثابة عقاب للمتظلم لتقديمه ذلك الطلب^(١).

والحكم الصادر بوقف التنفيذ لا يقيد قاضى الأمور المستعجلة عند قضائه فى موضوع التظلم.

وهذا القرار يجوز الطعن عليه بالاستئناف استقلاً.

١١- يذهب الفقه إلى أنه لا يجوز التظلم من قرار رئيس النيابة فى منازعة الحيابة إلى سلطته الرئاسية، بمعنى أن التظلم الإدارى فى القرار غير جائز لأن عضو النيابة يستمد سلطته فى إصدار القرار من المشرع مباشرة وليس من مجرد تبعيته للنائب العام ومن ثم يكون صاحب اختصاص أصيل فى إصدار القرار، والواضح أن المشرع سلب حق التظلم من أى جهة خلاف قاضى الأمور المستعجلة، كما أن إجازة التظلم الإدارى من شأنه إطالة أمد منازعات الحيابة لأن حق الصادر ضده القرار فى التظلم سيظل رهيناً بتاريخ إعلان آخر قرار يصدر من النيابة العامة، وهذا ما يفقد نص المادة ٤٤ مكرراً حكمته من تحقيق السرعة والثقة فى حسم منازعات الحيابة حفاظاً على الأمن والاستقرار فى المجتمع^(٢).

(١) المستشار مصطفى هرجه ص ٣٣.

(٢) المستشار عزت حنوره ص ٣٥٥ - عكاز والدناصورى ص ٢٠ - خيرى الكباش ٢٤٨ -

ونشر فيما يلى الكتب الدورية رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ الصادر من مساعد وزير العدل لشئون المحاكم، رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام، ورقم ٥٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام ورقم ١٠ لسنة ٨٨٨ الصادر من النائب العام.

أولا الكتاب الدروى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ محضرين

=

وزارة العدل

مساعد الوزير لشئون المحاكم

كتاب دورى رقم (٦) لسنة ١٩٩٢

«محضرين»

مساعد وزير العدل

بعد الاطلاع على القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة المادة ٤٤ مكررا لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

ينبه على أقلام المحضرين باتباع الآتى:

أولاً: يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية، إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات.

ثانياً: تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون تطبيقاً للمادة ٤٤ مكررا من قانون المرافعات، المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، على أن تذيّل هذه القرارات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٢/٨٠ مرافعات.

ثالثاً: يكون التظلم من تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة، فى الميعاد المحدد، ولا يعتبر الإشكال أثناء التنفيذ طريقاً للتظلم ولا يترتب عليه وقف التنفيذ. ولا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم.

رابعاً: أن وقف تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة يكون بطلب يقدم من ذوى الشأن إلى قاضى الأمور المستعجلة - المختص - بعد رفع الدعوى بالإجراءات المعتادة، وهو أمر جوازى يقدره القاضى. وعلى أقلام المحضرين تنفيذ هذه التعليمات بكل دقة.

صدر فى ٢/ ١١ / ١٩٩٢

مساعد وزير العدل

المستشار/ إمضاء

= (ماهر عبد الواحد)

ثانياً- الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢

النيابة العامة
مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (١٥) لسنة ١٩٩٢

بمناسبة صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ المعدل لقانون المرافعات المدنية والتجارية
والذى تقرر سريان أحكامه اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٢.
وبعد الإطلاع على المادة ٤٤ مكررا المضافة بالقانون المشار إليه فعلى أعضاء النيابة
العامة مراعاة الآتى:
أولاً: تصدر النيابة المختصة قرارا وقتيا مسببا فيما يعرض عليها من منازعات الحيازة -
مدنية كانت أو جنائية - يكون واجب التنفيذ فورا.
وذلك بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة. على أن يصدر القرار
من المحامى العام المختص.
وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول فى الهام من تلك المنازعات.
ثانياً: يتم إعلان القرار وتنفيذه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.
ثالثاً: لا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور
المستعجلة المختص بنظر التظلم منه.
رابعا: على النيابة المختصة فى جميع الأحوال إقامة الدعوى الجنائية قبل من يثبت
ارتكابه أفعالا من المعاقب عليها بمقتضى المواد من ٢٦٩ إلى ٢٧٣ من قانون العقوبات.
صدر فى ١ / ١٠ / ١٩٩٢

النائب العام
المستشار / إمضاء
(رجاء العربى)

عماد/.....

ثالثاً: الكتاب الدورى رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٢

النيابة العامة
مكتبة النائب العام
إدارة التفتيش القضائى

كتاب دورى رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٢

نبلغكم بالكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ «محضرين» الصادر من السيد مساعد وزير
العدل لشئون المحاكم المرفق صورته بشأن إعلان قرارات النيابة فى منازعات الحيازة
وتنفيذها، وذلك للإحاطة.

= وندعو أعضاء النيابة إلى مراعاة ما يلي:-

أولاً: بعد صدور قرار النيابة في النزاع بالتطبيق لكتابنا الدورى رقم ١٥ سنة ١٩٩٢ ترسل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين ويراعى أن يتضمن المنطوق اسم الصادر لصالحه القرار وخصمه كاملاً، وبيانات وافية عن العين الصادر قرار النيابة بشأنها بما يكفى لتحديدتها.

ثانياً: يضمن الخطاب الموجه إلى قلم المحضرين - المرفق به الصورة الرسمية لقرار النيابة وأسبابه- أسماء الخصوم وعملهم ومحل إقامتهم تفصيلاً حتى يمكن لقلم المحضرين إتمام الإعلان والتنفيذ.

تحريراً فى ١١ / ١١ / ١٩٩٢

النائب العام

المستشار/ إمضاء

(رجاء العربى)

عبد الرحيم/.....

رابعا: الكتاب الدورى رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨

النيابة العامة

مكتب النائب العام

كتاب دورى رقم (١٠) لسنة ١٩٩٨

لما كانت المنازعات التى تثور بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية تتسم بالطابع المدنى ولا تشكل جريمة، فإن الأمر الذى تصدره النيابة العامة فيها لا يعدو أن يكون إجراء فى غير خصومة جنائية إذ هو من الإجراءات الخاصة بنظام الأسرة تطبيقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية فى مجال العلاقات الزوجية وحضانة الأولاد.

ولما كانت نيابات الأحوال الشخصية هى المختصة بتطبيق أحكام ذلك القانون لذا فهى الأقدر على تقدير الظروف المتعلقة بتلك المنازعات والتطبيق القانونى السليم على ما ينتهى إليه التحقيق أو الفحص.

لذا فإننا ندعو السادة أعضاء النيابة - فى النيابة الجزئية التى تقع فى نطاق دائرة نيابة متخصصة للأحوال الشخصية - إذا ما عرض عليهم نزاع بين زوجين على حيازة مسكن الزوجية أن يبادروا بإرسال الأوراق متى أصبحت صالحة للتصرف فيها بعد الفحص والتحقيق إلى النيابة الكلية لكى تتولى بدورها إرسالها إلى محامى عام نيابة الأحوال الشخصية =

١٠٠- وجوب عرض المحكمة الصلح على الخصوم:

(راجع الكتاب الثانى بند ٢٤ وبنود ٢٩ وما بعده).



= ليصدر قراره فى ذلك النزاع فى ضوء أحكام المادة ٨٢٤ من التعليمات القضائية للنيابة العامة.

أما النيابة الجزئية التى لا تدخل فى نطاق دائرة إحدى النيابة الكلية لأحوال الشخصية فنتولى إرسال أوراق تلك المنازعات بذاكرة بالرأى للمحامى العام للتصرف فيها.

تحريرا فى ٠٠/٥/٨٨٨

النائب العام

المستشار

(رجاء العربى)