مسكن الحضانة

ومدى مشروعية طرد المطلق او المطلقة (الحاضنة)

تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا

يتضمن الحكم فى الشرائع الدينية ، وقوانين الإسكان ، خاصة القانون ٤ لسنة ١٩٩٦ م

دكتور

رضا متولى وهدان

كلية الشريعة والقانون ـ دمنهور

مدرس القانون المدنى

١ ـ تقـــــديم :

لقد باتت مشكلة الاسكان من أهم المشاكل فى النسيج الاجتماعى بمصر ، ولم تعد هـذه المشكلة تحتمل الصبر عليها أكثر من هـذا ، وأصبح لزاما الاسراع باصـدار قانون يحد من آثارها ، ويلزم بالعدل كل أطرافها ، ويضع حدودا واضحة المعالم يعرفها الجميع •

ولا شك أن هـذه المشـكلة تلقى بظلالها الكثيفة على سـائر علاقات أطراف البنـاء الاجتماعى ، فتصيبها بالاحباط ، والاضطراب ، واليـأس •

ومن أولويات أطراف هـذا البنـاء ، ولعله أهمهـا ، الأسرة المصرية ، التى تسـعى الدولة جاهدة فى تحسـين مستواها المعيشى ، والاقتصادى والثقافى ، ولعل المسكن أهم العناصر الأساسية ، لاستقرار هـذه الأسرة ، وبالتالى لاستقرار المجتمع •

وقد كان لاصـدار القانون رقم ٤ لسـنة ١٩٩٦ الخاص بتطبيق قواعدا القانون المدنى على العلاقات الايجارية الجديدة وكذلك العلاقات التى كانت خاضـعة لأعمال القانونين رقمى ٤٩ لسـنة ١٩٧٧ و ١٣٦ لسـنة ١٩٨١ ثم انتهت أو تنتى بعد ذلك ، صدى اجتماعيا ، صادف قبولا من الفئات التى يهمها هـذا الجانب من مشكلة الاسكان بمصر •

الا أن المشكلة ما تزال فى انتظار الحلول الجذرية لها ، خاصـة ما تشعب منها فى ظل قوانين متعـددة تركت آثارا تمتد بجذورها الى كل فئات وطوائف المجتمع ، والتى أهمها ، تلك الطائفة التى تصـدع بنيانها ، وانهار تماسكها ، وأصبحت عرضة لأن تتقاذفها تيارات وأمواج آثمة ، تنعكس بالسلب على قطاع كبير من نشىء هـذا المجتمع فيشب معوجا غير سـوى •

لذا فان مشكلة الاسكان لمثل هذه الفئة تضحى ذات أهمية حيوية ، لما تمثله من عامل استقرار وبناء حياتى وشخصى وسلوكى على المستوى الفردى ، الذى تتكون منه هذه الفئة ، كما يلقى بظلاله على البناء الاقتصادى للمجتمع بأسره ، الذى لا شك فى أن الدولة تعمل جاهدة على تقويته وتدعيمه ، بالمحافظة على كل روافده ، ومنها قوة الانسان المصرى بكل أبعادها .

من هنا ، كان لمسكن الحضانة ـ رغم النطاق النوعى الخاص به ـ أهمية بالغة لانعكاساته على البناء البشرى ، خاصة الناشىء منه ، كما أن هذا الموضوع آثار جدلا فقهيا كبيرا قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى السادس من يناير سنة ١٩٩٦ ، كما أنه لازال يثير جدلا فقهيا وقضائيا فى الأوساط القانونية ، قضاة كانوا أو أساتذة للقانون .

ولما كان حكم المحكمة الدستورية العليا قاطعا فى هذا الموضوع ـ مسكن الحضانة ومدى شرعية طرد المطلق أو المطلقة الحاضنة ـ فان هذا الحكم من وجهة نظرنا يعتريه الوهن من أكثر من زاوية ، وهو ما سنوضحه من خلال المحاور التى حددناها كمعالم لخطة تعليقنا على هذا الحكم الصادر فى ١٩٩٦/١/٦ ، حيث نعنى بعرض بعض الملاحظات الشكلية والموضوعية ، والزمنية التى كان يجب مراعاتها حين اصدار هذا الحكم ، وهو ما تفرضه علينا أمانة الكلمة وأمانة اشتغالنا بتدريس الشريعة الاسلامية والقانون ، ملتزمين فى سبيل ذلك بمنهج علمى بحت ، مما يجعل من هذا التعليق عملا مكملا للحكم القضائى الذى صدر ـ رغم ذلك ـ بدقة وموضوعية .

ولا مراء فى اننا لن نعرض للمسائل الدستورية المتعلقة بهذا

الموضوع ، لما تمثله من وعورة ، أول مظاهرها تلك العمومية التى تتسم بها النصوص الدستورية ، التى يفرضها دور الدستور فى ارساء المبادىء وصياغة الأطر التى يضمن بها ثبات واستقرار قواعده لفترات طويلة نسبيا ، وبما يتفق مع مكانته على قمة الهرم القانونى .

الا أن لهذه العمومية وجه آخر ، حيث بسببها قد يصعب الاتفاق حول مدلولها وبالتالى تتباين الحلول لمسائل الخلاف .

كما يتصاعد مؤشر الوعورة الى حدوده القصوى حينما يضاف الى ما سبق ، تعلق البحث فى المسائل الدستورية ، بما يتعلق بالعقيدة الدينية ، وعلى وجه الخصوص تطبيق نص المادة الثانية من الدستور المصرى بعد تعديلها فى عام ١٩٨٠ بجعلها « الشريعة الاسلامية المصدر الأساسى للتشريع » .

حيث هنا ، يأتى دور البحث فى اجلاء ما تعلق بتطبيق هذا النص ، ومن ثم كان الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر (ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، حيث أن الفقرة الثالثة فى المادة المذكورة جاءت مخالفة للشريعة الاسلامية .

٢ ـ أما الوقائع التى أدت الى صدور هذا الحكم فتتلخص فيما يأتى :

(أ) أن المدعى عليها الثالثة فى الدعوى الدستورية (وجه المدعى) كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ م مدنى كلى مساكن الاسكندرية ضد المدعى ، بطلب تمكينها وابنته منها ـ المحضونة لها ـ من مسكن الزوجية .

(ب) أنه بجلسة ١٥/١٠/١٩٨٥ دفع المدعى بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر (ثالثا) المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التى تقضى بأن « على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فاذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر ، دون المطلق مدة الحضانة .

واذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر ، كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به اذا هيأ لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

ويخير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها .

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

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

(جـ) أنه بجلسة ١٠/١٢/١٩٨٥ صرحت محكمة الموضوع للمدعى ــ بعد تقديرها لجدية دفعه ــ باقامة الدعوى الدستورية فرفعها .

(د) أنه بتاريخ ٨/٣/١٩٨٦ أودع المدعى صحيفة دعواه ، قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا مطالبا الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر (ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، حيث قيدت بجدول المحكمة برقم ٥ لسنة ٨ قضائية دستورية ، مختصما كلا من :

١ ــ السيد / رئيس مجلس الوزراء .

٢ ــ السيد / رئيس مجلس الشعب .

٣ ــ زوجة المدعى .

(هـ) أنه بتاريخ السبت الموافق ٦ يناير ١٩٩٦ أصدرت المحكمة الدستورية العليا الحكم الآتى :

« حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٨ مكرر ثالثا ـ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ـ الى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :

أولا : الزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفى لسكناهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ، مؤجرا كان أم غير مؤجر .

ثانيا : تقييدها حق المطلق ـ اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا ـ بأن يكون اعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها نهايتها عدة مطلقته[1] .

والحكم من وجهة نظرنا ، يعتريه كما سبق القول ـ ، الوهن حيث كان يجب أن يكون واضح الدلالة فيما تأسس عليه الحكم خاصة ما ذهبت اليه الشرائع الدينية فى حالة كهذه حتى يكون جليا فى بيان التأصيل الفقهى لأدلة هذه الشرائع ، كما أنه لم يظهر موقف قوانين الاسكان المختلفة فى الجزئية الخاصة حالة ما لو كان مسكن الحضانة مؤجرا ، كما أن الحكم ـ وان كان للمحكمة عذرها فى ذلك حيث صدر الحكم مواكبا اصدار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ـ لم يبين

---

(١) انظر الحكم المذكور الذى صدر من المحكمة الدستورية العليا بجلستها العلنية المنعقدة فى يوم السبت ٦ يناير سنة ١٩٩٦ م الموافق ١٥ شعبان سنة ١٤١٦ هـ برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر رئيس المحكمة ، وانظر ايضا نص المادة ١٨ مكرر ثالثا بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ م .

حكم مسكن الحضانة عند سريان أحكام القانون المدنى كما هو نص القانون المذكور ، خاصة من المنظور الاجتماعى لهذه المشكلة .

من ذلك نحاول اظهار هذه الموضوعات فى تعليقنا على هذا الحكم ، من خلال المحاور التى اخترناها لابداء الرأى والبحث وهى :

المحور الأول : النطاق الشكلى للحكم .

المحور الثانى : النطاق الموضوعى للحكم .

المحور الثالث : النطاق الزمنى للحكم .

المحور الأول

٣ ـ مفهوم النطاق الشكلى :

بداية لا نعنى بالنطاق الشكلى ، الاجراءات القضائية التى يجب اتباعها لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا والتى نص عليها قانون انشاء المحكمة .

وانما الذى نعنيه بالشكل ، ما يتعلق بالحيثيات التى بنى عليها الحكم ، حيث كان يجب أن تكون مشتملة على التأصيل الفقهى وأدلة الشرائع الدينية التى قام عليها الحكم بعدم الدستورية لنص المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، ذلك ما نقصده بالوهن فى الناحية الشكلية ، وهو ما سنوضحه فيما يلى :

٤ ـ أولا ـ الشريعة الاسلامية :

كان نص المادة الثانية من الدستور المصرى بعد تعديلها فى

عام ١٩٨٠ قاطعا بجعله الشريعة الاسلامية .. المصدر الأساسى لأى تشريع ، لذلك فان أى نص تشريعى يأتى مخالفا لهذه القاعدة الدستورية يجب اسقاطه ولا يعمل به .

وفى مسألة مسكن الحضانة نجد الأمر فى فقه الشريعة الاسلامية غاية الوضوح والدلالة ، ولا ندرى كيف خالفه المشرع ـ حينما أتى بنص غريب كنص المادة ١٨ مكرر ثالثا المشار اليه ـ .

آراء مذاهب الفقه الاسلامى المختلفة وما جاء به الشرع الحنيف

(أ) لقد جاء بالقرآن الكريم قول الله تعالى : « لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده »[١] .

والمقصود من الآية الكريمة أن القاعدة العامة هى عدم ايقاع الضرر بأى من الأب أو الأم بسبب المولود لهما ، والفعل « تضار » معناه المبالغة فى عدم اضرار كل من الأبوين بأى نوع من أنواع المضار فلا يضار الأب بسبب الولد ، ولا تضار الأم أيضا ، فكل أنواع الضرر داخلة فى النهى الذى أشارت الآية الكريمة[٢] .

وهذا الدليل استندت اليه المحكمة ، وحسنا فعلت ذلك والا كان الحكم عاريا من كل سند شرعى لما ذهبت اليه ، وذكرت فى ذلك « أن الولد لا يجوز أن يكون سببا لالحاق الضرر بأبيه ، وقد كان هو سببا لوجوده ، ليكون استقلال الصغار من دون أبيهم بمسكن الزوجية اثما وبغيا » ، كما لا يوجد للصغير مسكن مستقل يسمى بمسكن الحضانة ويلزم الأب بسكنى المحضون مع حاضنته اذا لم يكن لها مسكنا

---

(١) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .
(٢) فى معنى ذلك : محمد بن عمر الرازى فى مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) جـ ٣ ص ٤١٨ دار الغد العربى ١٩٩٢ .

أو لم يكن للصغير مال يكفيه ، كما لم يقل أحد من الفقهاء باخراج الأب من مسكنه[٣] .

ان الأصل فى شريعة الله ــ عز وجل ــ أن تخرج المطلقة من مسكن الزوجية ، ما عدا ما تم استثناؤه بالنص القرآنى وهى فترة العدة حتى تستبرأ المرأة رحمها قال ــ تعالى ــ : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ، وأحصوا العدد ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ... »[٤] . وقال تعالى : « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن .... »[٥] .

والنصوص السابقة يتأصل عليها عدم أحقية المطلقة فيما كان مسكنا للزوجية ولو كانت حاضنة الا اذا كان ليس لها مسكن ، فعلى مطلقها أن يسكنها ، لذلك فالأصل جلى فى خروج المطلقة البائنة من مسكن مطلقها[٦] ، وهذا ما فات على حكم المحكمه ــ قيد البحث ــ الاشارة الى ذلك كدليل على ما ذهبت اليه فى حكمها .

(ب) فى المذهب الحنفى :

هذا المذهب كان هو مستند المشرع فى نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، حيث جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا

---

(٣) انظر فى معنى ذلك أيضا : د . عبد الناصر العطار ، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ١٨٢ ، المؤسسة العربية الحديثة ١٩٨٥ ، ولنفس المؤلف انظر الأهرام : القاهرة عدد ٣٨٥٥٢ س ١١٦ الجمعة ١٩٩٢/٦/٢٦ .

(٤) من الآية الأولى من سورة الطلاق .

(٥) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

(٦) محمد بن أحمد القرطبى : تفسير القرطبى جـ ١٠ ص ٦٨٩١ وما بعدها ، دار الغد العربى ١٩٩٠ م .

القانون « ... وحين نعود لأقوال الفقهاء نجد أنهم قالوا : (أن من لها امساك الولد وليس لها مسكن فان على الأب سكناهما جميعا) واذا كان ذلك ، فان للمطلقة الحاضنة بعد الطلاق الاستقلال مع محضونها بمسكن الزوجية المؤجر لمطلقها والد المحضون ما لم يعد المطلق سكنا آخر مناسبا ، حتى اذا ما انتهت الحضانة أو تزوجت المطلقة ، فللمطلق أن يعود ليستقل دونها بذات المسكن اذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا »[٧] .

وما جاء بالمذكرة الايضاحية هو فى الحقيقة فهم للنص الفقهى على غير المراد ، بل هو تطويع لكلام الفقيه الحنفى لخدمة النص القانونى طبقا لأهواء المشرع ، فالنص الفقهى لم يشر من قريب أو من بعيد بأن من حق المطلقة الحاضنة **الاستقلال** بمسكن الزوجية وبالذات المؤجر كما أشارت المذكرة الايضاحية ، وانما النص الفقهى جاء بمناسبة سؤال وجه الى أبى حفص حينما سؤل « عمن لها امساك الولد وليس لها مسكن مع الولد ؟ فقال : على الأب سكناهما جميعا » وواضح أنه لم يقل تستقل بمسكن الزوجية ، وانما الحكم الواضح هو أن على الأب فى مثل هذه الحالة أن يوجد مسكنا للحاضنة والمحضون أو أن يؤدى نفقة هذه السكنى لها ، وليس أن يخرج من مسكنه لسكناهم فيه[٨] .

ويذهب فقهاء المذهب الحنفى ، أن المسكن من النفقة ، لأنه قد لا يكون للحاضنة مسكن أصلا بل تسكن عند غيرها ، حينئذ تلزم نفقة المسكن على من تلزمه النفقة على الصغير ، أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحتضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا يلزمه نفقة المسكن لعدم احتياجه اليه ، وهو ما يشير اليه قول أبى حفص « وليس لها مسكن »[٩] .

---

(٧) المستشار انور العمروسى : شرح قانون الأحوال الشخصية ص ٤٤ ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية ١٩٩٣ م .

(٨) انظر النص الفقهى فى الدر المختار : محمد علاء الدين الحصكفى ص ٦٢٧ . محمد صبيح ـ القاهرة (بدون تاريخ) .

(٩) محمد أمين : حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ ٣ ص ٥٦٢ مصطفى الحلبى ط ٢ ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٦ م .

وهـذا الرأى هو ما جاء توفيقا بين رأيين فى المذهب ، حيث ذهب البعض الى أنه لا تجب فى الحضانة أجرة المسكن ، وقال آخرون أن على الأب السكنى فى الحضانة(١٠) .

وفى المذهب أيضا : أن المرأة التى انقضت عدتها وكانت حاضنة ، اذا أرادت الرجوع الى بلدها الذى وقع فيه النكاح فلها ذلك والولد معها ، أما اذا أرادت الذهاب الى بلد آخر فلمطلقها الخيار ، فقد يختار التفريق بينه وبين ولده ، وان لم يوافق فله حضانته ان تزوجت بآخر ، ويراعى فى ذلك المسافة بين البلدين الذى يقيم فيه المطلق والذى تقيم فيه الحاضنة فان كانت المسافة قريبة فلها ذلك ، أى تنتقل اليها بولدها المحضون ويتحمل الأب مشقة الزيارة ، أما ان كانت المسافة كبيرة فليس لها الانتقال بالولد من البلد الذى انعقد به النكاح والذى يوجد به اهلها(١١) .

لذلك فان على الحاضنة أن تنتقل الى مسكنها أو مسكن أهلهـا ومعها الولد المحضون ، وتنفق من مالها ، أما نفقة المحضون فمن ماله ان كان له مال أو يلزم والده بالنفقة عليـه ، أما ان لم يكن لها مسكن تمسك فيه الصغير فعلى أبيه سكناهما جميعا الى أن تنقضى الحضانة ولا يخرج الأب من مسكنه(١٢) .

هـذا هو صحيح مذهب الحنفية ، نيس كما أراد أن يتمسح به المشرع الوضعى فى القانون ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ مدعيا أن السند الفقهى للمادة ١٨ مكرر ثالثا هو المذهب الحنفى ، وهى فى الحقيقة أبعد ما تكون

---

(١٠) المصدر السابق نفس الموضع .

(١١) أبو بكر بن مسعود الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جـ ٣ ص ٤٤ ، ٥ ، ط ٢ دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٦ م .

(١٢) الأحكام الشرعيـة فى الأحوال الشـخصية على مذهب الامام أبى حنيفة النعمان ص ٨٤ مطبوعات دار الندوة الاسلامية بيروت ١٩٨٨ م .

عن صحيح المذهب الحنفى الذى هو الشريعه العـامة لقوانين الأحوال الشخصية فى مصر .

(جـ) مذهب المـالكية :

جاء به : أن سكنى المحضون توزع على أبى المحضون والحاضنة ففيما يخص المحضون فهو على أبيه ، أما ما يخص الحاضنة فهو عليهـا ، وهـذا مذهب المدونة للامام مالك وهـو المشهور ، كما هو قول بن عرفة أيضـا .

وجاء فى رواية سحنون أن على الأب السكنى ، فعليه كراء المسكن للحاضنة والمحضون ، وقيل لؤدى الحاضنة حصتها من الكراء ، وقيل فى المذهب أيضا ، أن الكراء على الموسر منهما[١٣] .

(د) مذهب الشـافعية :

أجرة الحضانة والأعيان اللازمة لها ، تكون فى مال المحضون ثم على أبيه أن وجد ، والا فعلى من تليه نفقته ، والقول فى المذهب غير واضح فيما يخص مسكن الحضانة وذلك بسبب أن المطلقة الحاضنة لا حـق لها فى مسكن الزوجية ، حيث أنها بمجرد الطلاق البائن يسقط حقها ، أما ان كانت حاضنة ، فنفقة الحضانة وما يلزمها من الأعيان كالمسكن الذى تمسك فيه الصغير فيكون من مال الصغير أولا ، فان لم يتيسر فمن مال الأب الذى تلزمه هـذه النفقة ، وان احتاج الصغير الى مرضعة ترضعه ، ففى المذهب لا يشترط على الأب مثل ذلك لأن فيه تكليف

---

(١٣) الشيخ محمد عليش : شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل جـ ٢ ص ٤٥٩ مكتبة النجاح طرابلس (بدون تاريخ) وانظر تسهيل منح الجليل بهامش الشرح السـابق ص ٤٥٩ لنفس المؤلف ، محمد بن أحمد بن جزى الكلبى ، القوانين الفقهية ص ١٤٩ مكتبة اسـامة بن زيد بيروت (بدون تاريخ) .

للأب ، وذلك عسر عليه حيث تنتقل المرضعة الى مسكن الأم ، (وهذا دليل على أن المذهب يأخذ بعدم ترك الأب لمسكن الزوجية) أما ان كانت الحاضنة غير لبون لزم الأب ذلك ويتحمل هذه النفقة من أجل الصغير وتنتقل المرضعة الى مسكن الحاضنة[١٤] .

(هـ) مذهب الحنابلة :

الذى عليه المذهب ، أن الأم أولى بكفالة الطفل اذا افترقا الزوجان ، والمقيم فى بلد النكاح أولى بالحضانة ، فلو انتقلت المطلقة الحاضنة الى بلد لم يكن فيه أصل النكاح فالأب أحق بالحضانة حيث يجب أن تكون الحضانة فى مسكن يوجد بالبلد الذى عقد فيه النكاح ، فاذا اقيمت المرأة مع محضونها فعلى الأب أجرة مثل أجرة الرضاع وكذا الانفاق عليه[١٥] . وواضح أن المذهب لم يقل بترك الأب مسكن النكاح (الزوجية) .

(و) مذهب الظاهرية :

لا يسقط حق الأم فى الحضانة ولو تزوجت من أجنبى بشرط حفظ الولد ، وأن تكون مأمونة فى دينها وفى حفظها للولد ، حيث يتبع الولد الأم فى المسكن متى انتهت علاقة الزوجية .

أما اذا رحل الأب عن المسكن الذى كان مسكنا للزوجة ، رحلة

---

(١٤) الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة : قليوبى وعميرة جـ ٤ ص ٨٨ ، ٩٠ دار احياء الكتب العربية (بدون تاريخ) الشيخ محى الدين النووى : شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين بهامش قليوبى وعميرة السابق ص ٩٠ .

(١٥) عبد الله بن أحمد بن قدامة : المغنى جـ ٩ ص ٣٠٥ دار الكتاب العربى بيروت ١٩٨٣ ، ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح : المبدع فى المقنع جـ ٨ ص ٢٣٠ ، ٢٣٦ المكتب الاسلامى ١٩٨٢ م .

اقامة ، أى ترك مسكن النكاح بغير عودة اليه فللمطلقة الحاضنة أن تعود الى مسكن النكاح بالأولاد المحضونين(١٦) .

ويفهم من ذلك أن الرجل لا يترك مسكن الزوجية بل على المرأة بمجرد انفصام علاقة الزوجية ولو كانت حاضنة ، تركه .

نخلص مما سبق أن صحيح المذاهب الفقهية فى الشريعة الأسلامية ، لم تؤيد حمل المطلق بالتخلى عن سكن الزوجية لمطلقته الحاضنة ويصبح هائما شريدا .

واذا كان النص التشريعى ـ م ١٨ مكرر ثالثا ـ جاء متناقضا مع الأحكام الشرعية القطعية التى لا يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، فهى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الالتواء عن معناها ، فان الحكم بعدم دستوريتها ـ بعد العمل بها زهاء عشر سنوات ـ كان صائبا الى حد بعيد ووافق صحيح الفقه الاسلامى للأدلة التى المحنا اليها فى كافة المذاهب الفقهية جميعها بلا استثناء(١٧) .

واذا كان اتجاه المذاهب الفقهية فى جملتها لم تقل بترك الزوج (المطلق) مسكن الزوجية للحاضنة (مطلقته) وأطفاله المحضونين وهذا ، ان حدث مخالف لصحيح النصوص الشرعية ، فان هذا الأمر لم يقل به حتى الفقهاء المحدثين ، ولا نعلم كيف استند المشرع الوضعى الى نص فقهى فى المذهب الحنفى هو أصل فى هذه المسألة ثم فوع النص على غير حقيقته ، من أجل ارضاء أهواء شخصية .

---

(١٦) على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى : المحلى جـ ١٠ ص ٣٢٣ ، ٣٢٥ الى ص ٣٣٤ دار الآفاق الجديدة بيروت (بدون تاريخ) .

(١٧) انظر كذلك فى مذهب الجعفرية ، فقه الامام جعفر الصادق بتعليق محمد جواد مغنية جـ ٢ ص ٣١٥ دار الجواد بيروت ١٩٨٢ ، وكذلك فى فقه الاباضية ، محمد بن يوسف أطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل جـ ٧ ص ٤١١ مكتبة الارشاد جدة ١٩٨٥ م .

وخلاصة القول فى ذلك ، أنه اذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها أو أهلهـا ، واذا لم يكن للمحضون مال ينفق منه عليـه ، وجب حالتئذ على الأب اعداد مسكن لهما أو اعطاؤهما أجرة مسكن مناسب وكذلك كل ما يحتـاج اليه الطفل (المحضون) ، وهذا عند الضرورة اليه ، وتعتبر أجرة المسكن من نفقة الصغير ولا تسقط بالفوت بل تنتقل الى من تجب عليهى نفقته ومنهم الحاضنة أيضا[١٨] .

وحكم المحكمة الدستورية العليا ، جاء خلوا من الاشـارة الى المذاهب الفقهية واجماعها على هـذه المسألة ، فكان يجب الاشـارة الى ذلك خاصـة وأنه قد تم الرجوع لأعمـال نص المـادة الثانية من الدستور المعـدلة فى عام ١٩٨٠ بجعلها الشريعة الاسـلامية المصـدر الأساسى للتشريع .

---

(١٨) يراجع فى ذلك ، حاشية ابن عابدين ، المصدر السابق جـ ٣ ص ٥٦٢ ، حاشية الدسـوقى على الشرح الكبير للشـيخ محمد عرفة الدسـوقى ، وأبى البركات سيدى أحمد الدردير جـ ٢ ص ٥٣٤ ط عيسى الحلبى ، الشـيخ محمد الشربينى الخطيب : مغنى المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٧ جـ ١ مصطفى الحلبى ١٩٥٨ ، المغنى والشرح الكبير ، السـابق جـ ٩ ص ٢٣٦ ، وانظر أيضا الشـيخ السيد سابق : فقه السنة جـ ٢ ص ٢٥٦ دار الفتح للأعلام العربى ط ١١ ١٩٩٤ م ، د / أمين عبد المعبود زغلول : رعاية الطفـولة فى الشريعـة الاسـلامية ص ٢٦٨ ، ٢٧٠ ط ١٩٩١ مطبعـة الأمانة .

انظر كذلك د / عبد الجيد مطلوب حيث يقطع بأن الفقهاء لم يقولوا بخروج الأب من مسكنه اذا لم يهيىء للحاضنة مسكنا مستقلا مناسبا ، ولكن القانون الزمه بالخروج من مسكنه لتستمر الحاضنة فيه وهذا فيه اضرار بالأب والسبب فى ذلك أولاده ، وهذا ممتنع فى الاسـلام تحت أى ظرف من الظروف ، ولم يأمر الاسـلام أبدا أن يضار مولود بولده . الأهرام فى ١٩٩٢/٦/١٢ العدد ٣٨٥٣٨ س ١١٦ .

كما تذهب الأسـتاذة / مفيدة عبد الرحمن الى مثل هـذا الرأى حيث ترى أنه اذا كان للمطلقة مسكن مستقل تقيم فيه أو تفضل البقاء عند أهلها وينتقل اليها الأولاد المحضونون ، فلا يلزم المطلق بتوفير مسكن للحاضنة ، فهو الزام له بما لا يلزم ، وفيه اهدار القواعد الفقهية وتعارض مع الأحكام الشرعية التى تقرر أن سكنى المتزوجة ونفقتها فى مالها ان كان لها مال ، فان لم يكن لها مال فسكناها ونفقتهـا على الموسر من أقاربها الأهرام ١٩٩٢/٦/٢٦ ع ٣٨٥٥٢ س ١١٦ .

٥ ـ ثانيا ـ الشرائع غير الاسلامية :

اتماما للفائدة فى البحث لابد أن نشير الى موقف كل من الشريعة المسيحية واليهودية وموقفهما من مسكن الحضانة ومدى التزام أطراف العلاقة الزوجية ـ باعتبار ما كان ـ به .

(أ) الشريعة المسيحية :

من المعلوم سلفا ، ان مكان الحضانة حال قيام الزوجية هو مسكن الزوجية ، وهـذا الحكم فى كل الشرائع السماوية ، أما فى حال افتراق الزوجين ، فيتعين مكان الحضـانة بالمسكن الذى تقيم فيه الحضانة ، وهـذا هو الأصل فى ذلك ، أما اذا ثار خلاف حول تعيين هـذا المسكن فان للمحكمة بعد رفع النزاع اليها أن تعين مكان الحضـانة .

والمحضون اقامته تبعا لأمه ، وهنا يمتنع على الأب اخراج المحضون من بلد أمه بلا رضاها كما أنه ليس للأم المحكوم بحلافها أن تسافر بالولد المحضون من محل حضانته من غير اذن أبيه ، الا اذا كان انتقالها الى محل اقامة أهلها ، ويشرط ألا يكون خارج البلاد (١٩) .

ويستنتج مما سبق أن الحاضنة لا تقيم فى مسكن الزوجية ، ولكن

---

(١٩) د لأ توفيق فرج : أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ص ٩٨٠ وما بعدها ، د / عبد الناصر العطار : أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ص ٣٠٧ ط ٦ مؤسسة البستانى للطباعة ١٩٨٨ ، د / مصطفى عرجاوى : قوانين أحكام الأسرة عند غير المسلمين من المصريين ص ١٥٢ وما بعدها ط ١٩٨٦ (بدون ناشر) . وانظر لنفس المؤلف : الأهلة والمواقيت ومدى تأثيرها فى الالتزامات الشرعية والقانونية ص ٧٧ ط ٢ دار المنار ١٩٩٥ . وانظر المواد ١٣١ ، ١٣٢ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس ١٩٥٥ ، ١١٥ ،م ١١٦ من مجمـوعة الأرمن الأرثوذكس . اما طوائف الكاثوليك والبروتستانت فلم تتكلم بالتفصيل عن الحضـانة خاصـة مكانها على عكس ما نهجت طائفة الأقباط الأرثوكس فى مجموعتها لعام ١٩٥٥ حيث تعتبر أحدث وأوفى من مجموعات الطوائف الأخرى فى هـذا المجال د / توفيق فرج : السابق ص ٩٧١ .

تقيم فى مكان آخر تعيينه المحكمة عند الخلاف أو يتم الاتفاق عليه عند التراضى ، ويلتزم الزوج بأداء أجرة مسكن الحضانة حالة ما اذا لم يوجد مسكن للحاضنة ، والشريعة المسيحية فى هذا تتفق مع الشريعة الاسلامية .

(ب) الشريعة اليهودية :

تعتبر شريعة طائفة الربانيين من اليهود ، هى التى تناولت بالتفصيل الكلام عن مكان الحضانة بخلاف طائفة القرائين منهم .

وقد جاء فى شريعة الربانيين أنه يجب على الحاضنة أن تقيم بالولد فى بلد الأب وليس للحضانة أجر ، ولكن يلتزم الأب بالانفاق على المحضون حسب درجة يساره ومنزلته بين الناس ، واذا كبر الولد ليس لأبيه أخذه بالقوة من المكان الذى تقيم فيه الحاضنة(٢٠) .

ويفهم من ذلك أن نصوص الشريعة اليهودية تجعل مسكن الحضانة غير مسكن الزوجية ، فمكان الحضانة هو المكان الذى تقيم فيه الحاضنة وهو يختلف عن مسكن الزوجية الذى يحتفظ به الرجل ، حيث الأصل خروج المرأة بعد طلاقها من بيت الزوجية ، وهذا تتفق فيه الشريعة اليهودية مع الشريعة الاسلامية أيضا .

غير أنه يراعى فيما سبق ، انه اذا اختلفت الملة والطائفة فى شرائع غير المسلمين بين أطراف العلاقة الزوجية خاصة عند الانفصال فانه تطبق الشريعة الاسلامية ، ونعنى بذلك تطبيق قانون الأحوال الشخصية الذى يطبق على المسلمين ، كذلك اذا لم يكن للملة أو الطائفة مجلس ملى منظم قبل القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، أو كان الحكم المراد تطبيقه

---

(٢٠) د / توفيق فرج : السابق ص ١٠٩٤ وانظر المواد ٣٩١ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ من كتاب الشريعة اليهودية لحاى ابن شمعون .

مخالفا لقاعدة عامة حيث يجب الرجوع الى تطبيق الشريعة العامة وهى قانون الأحوال الشخصية للمسلمين .

وفى مسألة مسكن الحضانة يجب تطبيق الأحكام العامة على كل المصريين أيا كانت ديانتهم ، لأن مسكن الحضانة هو فى الغالب من المسائل المالية التى يجب تطبيقها على كل المصريين لا فرق بين مسلم وغير مسلم ، كما أن الحلول القضائية فى هذا الشأن تكون واحدة ولا ينظر فيها الى الشرائع السماوية ، كما أن المشرع عندما أوجد نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ والمحكوم عليه بعدم الدستورية ، كان يواجه بذلك حالة خاصة تتعلق بأزمة الاسكان وهى عامة على كل المصريين ، راعى فيها احتفاظ الحاضنة بالمسكن المؤجر الذى كانت تقيم فيه مع زوجها ، عند حضانتها لأطفاله[٢١] ، رغم مخالفة ذلك لغالب مذاهب الفقه الاسلامى وما ذهبت اليه الشرائع الدينية الأخرى .

ما سبق ، سواء ما جاء به الفقه الاسلامى بمذاهبه المختلفة ، أو الفقه المسيحى واليهودى ، هو ما كان يجب على حكم المحكمة الدستورية العليا ــ قيد التعليق والبحث ــ أن يشير اليه فى عجالة سريعة خاصة فى حيثيات الحكم ولو بملخص لما جاء فى هذه الشرائع الدينية ، حتى يضحى الحكم قويا فى دلالته .

---

(٢١) محمد محمود حسين أحمد : مسكن الزوجية ص ٣٢٨ رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون القاهرة وهامش ٢ ، ٣ نفس الصفحة وانظر المراجع المذكورة فيهما .

المحور الثانى

النطاق الموضوعى

٦ ـ آراء فى المسألة بعد صدور الحكم الدستورى :

رغم أن الحكم الدستورى كان قاطعا بمخالفة نص المادة (١٨ مكرر ثالثا) ـ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ـ للشريعة الاسلامية ، عند الزامها المطلق بترك سكن الزوجية ليكون مسكنا للحضانة ، اذا لم يهيء مسكنا بديلا ، رغم وجود مال للحاضنة أو مسكن خاص بها ، وسواء كان للمحضون مال أو لم يكن له مال .

الا أنه بعد صدور الحكم ثار جدل بين الفقهاء ، حول مفهوم الحكم ، وغايته ، ومدى تطبيقه . وعلى سبيل المثال فى ذلك ، نعرض بعض هذه الآراء واتجاهاتها :

أ ـ ذهب رأى ، الى أن الزوجة اذا طلقت من زوجها طلاقا بائنا ، وكان لها أولاد صغار فى سن الحضانة ، فان على الزوج أن يوفر لها ولأطفالها منه ، الذين هم فى سن الحضانة المسكن المناسب أو أن يعطيها أجرة المسكن المناسب لها ولأولادها منه المحضونين .

ووجود مسكن خاص بالمطلقة الحاضنة ، لا يعفى المطلق من أن يهيء مسكنا مناسبا لها أثناء الحضانة ، لأن هذا من ضرورات الحياة ، كما أن توفير المسكن المناسب واجب عليه[1] .

---

(١) فتوى دار الافتاء المصرية ، منشور بجريدة الأهرام فى ١٠ يناير ١٩٩٦ عدد ٣٩٨٤٦ س ١٢٠ ، والفتوى لفضيلة الامام الأكبر شيخ الأزهر الأستاذ الدكتور / محمد سيد أحمد طنطاوى وقت ان كان مفتيا للديار المصرية .

وهـذا الرأى كما نرى ، يلزم المطلق بتوفير المسكن المناسب لمطلقته الحاضنة بصرف النظر عما اذا كان لها مسكن أو مال ، كما أوجد خيارا أمام المطلق هو أن يعطى المطلقة أجرة مسكن مناسب •

لذلك فان الرأى لم يلزم الزوج بترك مسكن الزوجية ليكون مسكنا للحضانة سواء كان مسكن الزوجية مؤجرا او مملوكا له كما ذهب نص المادة ١٨ مكرر ثالثا ، ولكنه الزمه بتوفير المسكن المناسب للحاضنة والمحضونين ، وهـذا من وجهة نظرنا قد يكون أليق فيما لو لم يكن هنـاك مسكن خاص بالحاضنة كما لو كانت فقيرة أو ليس لها أهل ، وهـذا يتفق مع اتجـاه بعض الآراء فى الفقه الحنفى والفقه المـالكى وقد سبق استعراضنا لها • الا أن الرأى المذكور أصر على التزام المطلق بتوفير المسكن ولو كان هناك مسكن مؤجر أو مملوك للحاضنة وهـذا الاتجاه لا يتفق مع رأى الجمهور فى الفقه الاسـلامى ، كما لا يتفق مع حكم المحكمة الدستورية قيد التعليق •

٢ ــ ويذهب الرأى الثانى ، الى أنه لا حق للمطلقة الحاضنة فى مسكن يهيئه لها المطلق سواء كان لهـا مسكن أو ليس لهـا مسكن ، ويلتزم المطلق فقط بهـذا الحق خلال مدة العدة فقط أما بعـد العدة فللمطلقة أجرة عن هـذه الحضـانة ولا يلتزم باسكان الحاضـنة أو أطفالها منه(٢) •

وهـذا الرأى يتفق مع رأى الجمهور فى الفقه الاسلامى ، وان كان لم يوضح ما المقصود بأجرة الحضانة ، هل المقصود بها ذات الحضانة من قبل الحاضنة ، وهـذا لا سند له فى الشريعة لأن الحضانة ، المرأة أحق بها ولا أجرة عليها ، أما ان كان المقصود بها أجر مسكن الحضانة

(٢) د / محمود عبـد المتجلى نائب رئيس لجنة الفتوى بالأزهر ، منشـور فى عدد الأهرام المشـار اليه ، فى تحقيق السيدة / أهداف البندارى .

فالرأى حالتئذ يستقيم مع رأى الجمهور شرط عدم وجود مسكن خاص بالحاضنة أو مال للأطفال المحضونين .

٣ ــ ويرى رأى ثالث أن للمطلقة الحاضنة حق فى مسكن للحضانة اذا لم يكن لديها مسكن خاص بها أو أهلها ، اذا تحقق شرط الاعسار لديها . أما اذا كان لها مسكن خاص ارتفع عن الأب هــذا الالتزام .

ولأنه ليس بالضرورة أن تكون الحاضنة هى المطلقــة ، فحينئذ لا يلزم المطلق بتوفير مسكن للحضانة ، لأن معنى ذلك أن تتخلى الحاضنة عن مسكنها الطبيعى الذى تقيم فيه مع أسرتها لتنتقل الى مسكن الحضانة مع الأولاد المحضونين(٣) .

وهــذا الرأى نرى أنه يتفق مع صريح النصــوص الفقهية فى الشريعة الاسلامية، كما أنه يتفق مع حكم المحكمة الدستورية ولا يتعارض أبدا مع الشرع (على حد قول صاحب الرأى) .

٤ ــ بينما يرى رأى رابع ، أنه يجب اعمال المبادىء الكلية فى الشريعة الاسلامية ، ومنها « لا ضرر ولا ضرار » و « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » وبجانب هذين المبدأين ، يوجد الواقع المصرى المتمثل فى مشكلة الاسكان ، وهــذا ما دفع بالمحكمة الدستورية الى الحكم بعدم دستورية نص المــادة ١٨ مكرر ثالثا ، حيث توجد صعوبة فى الحصول على شقق سكنية لارتفاع أســعارها ، كما أنه من التعسف أن تترك المطلقة الحاضنة مسكنها الخاص أو عدم استغلال مالها ، لكى تستخدم شقة المطلق للحضانة ، وفى الغالب لا يوجد لديه غيرها(٤) .

---

(٣) الشيخ / محمد متولى الشعراوى ، تحقيق الأهرام الســابق الاشارة اليه . وانظر مستشار أشرف مصطفى كمال : المشكلات العملية فى قوانين الأحوال الشخصية ص ٣٢٩ الطبعة الرابعة ١٩٩٣ م .

(٤) د / أنور سلام ، تحقيق الأهرام السابق الاشارة اليه .

مما سبق نجد أنه يتنازع مسكن المطلق ثلاثة أطراف ، المطلق باعتباره صاحب المسكن ، المطلقة باعتبارها حاضنة ، والمحضونين باعتبارهم أصحاب المصلحة التى أولاها المشرع عنايته ، هذا التنازع القائم مع صعوبة الحصول على مسكن لاستفحال أزمته ، يدفعنا للبحث عن الحل الأكثر واقعية ، الذى يتمشى مع ظروف مجتمعنا الاقتصادية ، وبالتالى لا يمكن الزام المطلق بتوفير مسكن للحضانة عندما يوجد للمطلقة مسكن خاص تحتضن فيه أبناءها أو كان بمقدورها توفير هذا المسكن لكى تقيم فيه مع أطفالها فترة الحضانة ، وللمحكمه فى ذلك سلطة تقديرية ، خاصة فى تقريرها التزام المطلق بأجر مسكن الحضانة حسب درجة يسار أو اعسار أى منهما .

٥ ــ يذهب هذا الرأى ، الى أن أحكام النفقات فى الشريعة الاسلامية ، ومنها أحكام النفقة الواجبة على المطلق نحو أولاده المحضونين ، أمر داخل فى دائرة الاجتهاد الفقهى الذى يجوز فيه الخلاف ، حيث لا يوجد نص قطعى فى المسألة ، بحيث تكون مخالفته خروجا على مبادىء الشريعة الاسلامية ، ومن هنا كان تقرير المحكمة فى حيثياتها « أن النفقة بمختلف صورها ، وفى مجمل أحكامها ــ وفيما خلا مبادىء الشريعة الكلية ــ لا ينتظمها نص قطعى يكون فاصلا فى مسائلها » ، كما أنه لا خلاف بين الفقهاء على وجوب أجرة الحضانة فى ذمة الأب المطلق ، ولا خلاف أيضا فى أن هذه النفقة تنصرف الى مشتملاتها من نفقة الطعام والكسوة والسكنى »(٥) والأصل فى ذلك أن تكون عينا ، ولا ينتقل الى ما يقابلها نقدا الا اذا كان استيفاء أصلها العينى متعذرا .

كما يذهب صاحب الرأى الى أن ، نفقة الحضانة فى الظروف

---

(٥) جاء بحيثيات الحكم أن على الأب « مؤنة الشخص خبزا وأدما وكسوة وسكنا وتوابعها » وهذا ما ذهب اليه الحنابلة ، وهذا من محاسن الحكم ، انظر ابن قدامة : السابق جـ ٩ ص ٣٠٥ وما بعدها .

الاقتصادية الراهنة ، لا يمكن أن تتحمل أجرة السكن ، لأن المتغيرات الاقتصادية التى طرأت على مستويات الدخول ، أصبحت تعو تحقيق ذلك ، والمسكن الآن يمثل بعدا جديدا فى قضية الحضانة والنفقة ، ولابد من التوفيق بين مصالح الأطراف كلها ، خاصة وأن الحاضنة قد تكون جدة أو عمة ، والمطلقة قد تكون مظلومة ، وقد تكون ظالمة ، لذلك فانه لا غرابة فى الزام المطلق بمسكن الحضانة شريطة عدم توافر مسكن للحاضنة أو مال للصغير ، فهذا ليس فيه خروج على مبدأ شرعى أو نص قطعى ، كما أن ذلك فيه توفيق بين المصالح المتعارضة رعاية للمصلحة الاجتماعية ، والتى تختلف من زمن الى زمن ومن بلد الى بلد[٦] .

وهذا الرأى ، يتفق الى حد بعيد مع حكم المحكمة الدستورية العليا ، فيما ذهب اليه من أن الأصل ، أن مؤونة الحضانة تكون فى مال المحضون ، فان لم يكن لديه مال فعلى من تلزمه نفقته ، وهذا الأصل ما جاءت به الفقرة الأولى من نص المادة ١٨ مكرر ثانيا ، وهو ما نصت عليه الشريعة الاسلامية أيضا ، فالزوج المطلق يلتزم بتهيئة مسكن الحضانة بشرطين : الأول : ألا يكون للصغار مال يكفى للسكن ، الثانى : ألا يكون للحاضنة مسكن تسكن فيه ، لذلك فمسكن الزوجية يستطيع الزوج أن يستقل به ـ سواء كان مؤجرا أو مملوكا له ـ بعد أن يهيىء مسكنا مناسبا للمحضونين وحاضنتهم فى أى وقت ولو بعد انتهاء فترة العدة خاصة ما اذا كان المسكن مؤجرا ، اذ لا توجد تفرقة بين المسكن المؤجر والمملوك ـ التى أوجدتها الفقرة الثالثة من نص المادة ١٨ مكرر والمحكوم عليها بعدم الدستورية بالحكم محل التعليق .

---

(٦) د / احمد كمال أبو المجد : الأهرام فى ١٩٩٦/٢/٨ س ١٢٠ ع ٣٩٨٧٥ فى مقال له بعنوان « المحكمة الدستورية ومبادىء الشريعة وحق الحاضنة فى مسكن الزوجية » وانظر تحقيق الأهرام السابق أيضا للسيدة أهداف البندارى .

لذلك فالقاعـدة ما زالت فى الاعتبار ولم يتم الغاؤها ، فالزوج المطلق يلتزم بنفقة أولاده المحضـونين ، ومن ضمنها المسكن ، وعليـه الالتزام بتهيئته لصغاره وحاضنتهم بالقيدين المذكورين •

٧ ـ حكم مسكن الحضانة فى قوانين الاسكان :

احتل مسـكن الحضـانة مكانة بارزة فى المحيطين الاجتمـاعى والقانونى ، خاصـة بعد اضافة المـادة ١٨ مكرر ثالثا بالقانون رقم ١٠٠ لسـنة ١٩٨٥ الى القانون رقم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ ، وذلك لارتباط مصير مسكن الزوجية بمسكن الحضانة ، فى ظروف هى غاية فى التعقيد بسبب مشكلة توفير مسكن للحضانة فى ظل أزمة الاسكان الضاربة بجذورها بين كل طوائف المجتمع ، ومدى أحقية المطلقة الحاضنة فى مسكن الزوجية بعد انفصام عرى الرابطة الزوجية •

فأسرة المطلقـة لم يعد مسكنها يتحملها وأبناؤها ، كمـا أنه من العسير أن تجد المطلقة مسكنا خاصا بها ليكون مقرا للحضانة ، ونفس الشىء بالنسبة للمطلق اذا ترك مسكن الزوجية ليكون مقرا للحضانة ، لتطلب ذلك مبالغ باهظة لا قبل للطرفين بهـا ، وأمام ذلك ، تعددت المنـازعات والقضايا فى سـاحات المحاكم فى صراع رهيب بين المطلق والمطلقة حول كيفية الاستقلال بمسكن الزوجية ، ومن أجل ذلك كانت أحكام المحاكم وقرارات النيابة العامة متضاربة فى هـذا الصدد ، فأحيانا تكون بجانب المطلقة والمحضونين ، وأخرى تكون بجانب الزوج المطلق •

ومن الواضـح أن هـذا النص الاستثنائى (م ١٨ مكرر ثالثا) الذى أوجدته الظروف الاجتماعية والاقتصادية جاء مخالفا للقواعد العامة التى تقررها قوانين ايجار الأماكن ومبدأ نسبية آثار العقد ، خاصة وأن النص الاستثنائى (المشار اليه) يخالف صريح نص المـادة ١/٢٩ من

قانون ايجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، فيما قرره النص بأن افاده (الزوجة) من عقد الايجار وامتداده اليها ، رهن باستمرار العلاقة الزوجية ، أما الطلاق فانه يقضى على حق المطلقة فى الانتفاع بامتداد الأيجار اليها .

كما لا يجوز التنازل من قبل المطلق عن المسكن المؤجر لمالك العين ، واذا تم ذلك تعود الحاضنة والمحضونين الى المسكن بقوة القانون ، كما لا يجوز أن تتنازل الحاضنة عن هذا الحق ، لأنه ليس من حقها ؛ لتعلق الأمر بالنظام العام الذى قصد به رعاية الصغار المحضونين ، عملا على حماية الأسرة(٧) .

ولعل المشرع ــ حينما أوجد هذا النص الاستثنائى فى المادة ١٨ مكرر ثالثا ، باحتفاظ الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر بعد فوات مدة العدة ليكون مسكنا للحضانة ، اذا لم يهيىء المطلق مسكنا آخر ــ ، قد أصل ذلك ، على فكرة الامتداد القانونى لعقد الايجار .

وفكرة الامتداد هذه ، قد وجدت فى ظل القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ م ، بعد أن ثار بشأنها جدل فقهى فى ظل القانون السابق رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، فقد نصت المادة ٢١ من قانون الايجار رقم ٥٢ بأنه : « .... لا ينتهى عقد ايجار المسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين ، اذا بقى فيها زوجه أو أولاده أو والداه اذا كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك ... » ثم تأصل هذا الامتداد فى ظل

---

(٧) د / محمد حسين منصور : مسكن الزوجية بين قانون ايجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية من ص ٢٩ الى ص ٣٥ ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية (بدون تاريخ) ، محمد محمود حسين أحمد : رسالة الماجستير السابقة ص ٣٠٣ ، ٣١٠ .

القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بنص المادة ٢٩ منه والتى جاءت متفقة مع نص المادة ٢١ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى الحكم[٨] .

الا أن هذين النصين كانا أرحى حالا من نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ حيث كانا يشترطان عدم وجود سكن خاص بالمشارك لكى يحتفظ بالمسكن المؤجر ، على خلاف نص المادة ١٨ مكرر ثالثا اذ قرر احتفاظ الحاضنة بالمسكن ولو كان لها مسكن خاص بها تحتضن به أولادها من مطلقها .

ثم جاء القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ليكرس الأمر الذى أصبح واقعا ، وقاعدة تتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، ولا يقتصر الحق فى هذا الامتداد القانونى لعقد الايجار على جيل واحد من المستأجرين ، بل يجبر المالك على تحرير عقد ايجار للحاضنة اذا تنازل المطلق عن العين ، وتظل شاغلة لها على نفقة والد المحضونين ، لأن أجرة السكن من عناصر النفقة ولا يمكن اخلاء الحاضنة من العين الا فى حالة اخلالها بأى من التزاماتها كمستأجرة طبقا لأحكام قانون ايجار الأماكن اعمالا لحكم الفقرة (د) من المادة ١٨ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ م[٩] .

٨ ـ تقدير الامتداد القانونى :

واذا كان المشرع وهو يقرر نص المادة ١٨ مكرر ثالثا يضع فى ذهنه قاعدة الامتداد القانونى لعقد الايجار فاستأنس بها ليقرر احتفاظ الحاضنة بمسكن الزوجية بعد انتهاء فترة العدة ، فقد فاته أن فكرة

---

(٨) مستشار أنور طلبة : مدى امتداد الايجار للزوج والأولاد والأقارب ، مجلة المحاماة ع ٥ ، ٦ س ٥٩ السنة ١٩٧٩ ص ٨٥ ، ٨٩ ، د / عبد السلام المسكرى : أزمة الاسكان بين التشريع الاسلامى والتقنين المدنى ص ٩٦ : ٩٩ دار الكتب الجامعية ١٩٨٨ م .

(٩) د /محمد حسين منصور : السابق ص ٥٤ وما بعدها .

الامتداد ذاتها مطعون فيها بعدم الدستورية ـ كما أن المؤجر (المطلق) قد ينهى عقد الايجار ، ويتنازل عن العين المؤجرة للمالك . ان قوانين ايجار الأماكن المختلفة قضت بتقريرها الامتداد ، على حرية الشخص فى ملكه الخاص والملكية الخاصة مصونة دستوريا (م ٣٤ من الدستور) ، كما طعنت ارادة العاقدين وقلصت من دور الرضا وحرية التعاقد ، مما جعلت العاقد مكرها ، وأفقدته بذلك أبسط قواعد الحرية فى التصرف فى ماله وملكه .

وقاعدة الامتداد هذه تكرس الاغتصاب لأملاك الناس لحساب أشخاص لا حق لهم فى هذا الملك دون سند مشروع[١٠] .

والقانون المدنى المعمول به حاليا لا يقر الامتداد القانونى لعقد الايجار لأن من خصائصه أنه من عقود المدة ، لذلك ينتهى بانتهاء مدته ، وقد ينتهى قبل انتهاء مدته بالابطال أو الفسخ أو بالتقايل بين الطرفين أو بموت المستأجر أو اعساره ، فعقد الايجار عقد موقوت بمدة معينة يتفق عليها المتعاقدان أو يحددها القانون ، فهو لم يوجد ليبقى الى الأبد بل لابد أن ينتهى ان عاجلا أو آجلا[١١] .

كما أن الامتداد غير دستورى لأنه مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية كنص المادة الثانية من الدستور .

والشريعة الاسلامية تقضى بأن عقد الايجار مؤقت ، ويجب على المستأجر أن يقوم برد العين الى المؤجر بعد انتهاء مدة الايجار دون

---

(١٠) د / عبد السلام السكرى : السابق ص ٩٢ .

(١١) أستاذنا الدكتور / عبد الرازق فرج : عقد الايجار ص ٤٩٨ ط ١٩٧٩ مطبعة المدنى القاهرة ، د / عبد الناصر العطار ملخص شرح حكام الايجار ص ٩١ ط ١٩٨٧ ، و / ناجى ياقوت : العقود المسماه ص ٢٥٨ مكتبة الجلاء المنصورة ١٩٨٤ وتراجع المواد ٥٩٠ ، ٥٩٨ من القانون المدنى .

حاجة الى تنبيه بالاخلاء من قبل المؤجر الا اذا رضى المؤجر ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة ورضى الأخير أداء الأجرة أو الزيادة عليها(١٢) .

مما سبق ، نجد أن الامتداد القانونى لعقد الايجار لا يصلح أن يكون تأصيلا لبقاء المطلقة الحاضنة فى العين المؤجرة ، بجانب أنه اصبح لا حق لها فى ذات العين بموجب الحكم بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من قانون الأحوال الشخصيه رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، كما أنه فى ظل تطبيق القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ ، الذى صدر مواكبا لاصدار الحكم بعدم دستورية نص المادة المذكورة ، حيث قضى بتطبيق احكام القانون المدنى فى شأن تأجير الأماكن ، كل ذلك يعد هدما لما أتت به المادة ١٨ مكرر ثالثا ، التى سلبت حقا توهم أنه حق للحاضنة فى العين المؤجرة ـ قد يتصور مثل هذا الحق عندما تكون العين مملوكة للمطلق ، فهو حر فى ملكيته وواجب عليه الانفاق على أبنائه المحضونين والسكن من الانفاق ببعض مذاهب الفقه الاسلامى ، الا أنه لا يمكن تصوره فى عين مؤجرة هى ملك لشخص آخر لا ذنب له ولا جريرة فى بقاء الحاضنة وأولادها فى العين وهو لم يؤجر لهم كما قد يكون المستأجر قد تنازل له عن العين ، فالأصل أن يعود الحاضنة الى بيتها أو أهلها أو بيت آخر من نفقة المطلق على أبنائه أو ذات العين المؤجرة اذا تراض المؤجر والمستأجر ، وقد يكون هذا هو الاستثناء الوحيد .

٩ ـ مدى التأثر بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ م :

ان المسائل السابقة خلقت أوضاعا قانونية غاية فى التعقيد من الناحية العملية خاصة بعد صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ الخاص

---

(١٢) أ . د / عبد الرزاق فرج : السابق ص ٥٢٢ .

بسريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التى لى يسبق تأجيرها ، وكذلك الأماكن التى انتهت أو تنتهى عقود ايجارها دون ان يكون لأحد حق البقاء فيها ، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون بأنه « لا تسرى أحكام القانونين رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، و ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقوانين الخاصة بايجار الأماكن الصادرة قبلهما ، على الأماكن التى لم يسبق تأجيرها ولا على الأماكن التى انتهت عقود ايجارها قبل العمل بهذا القانون أو تنتهى بعده لأى سبب من الأسباب دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها طبقا للقانون » .

ومن هذا النص وبعد صدور أحكام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من قانون الأحوال الشخصية الحالى والمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ الخاصين بايجار الأماكن نجد أن مسكن الحضانة فى مركز شائك ويثير الأمر تساؤلات عديدة حول مصير الأحكام القضائية التى صدرت لصالح الحاضنات ، وما هى الأحكام التى يجب صدورها بعد هذا القانون الجديد .

كل هذا ينقلنا بالبحث الى المحور الثالث من محاور التعليق على الحكم الدستورى مناط البحث .

المحـور الثالث

النطـــاق الزمنى

١٠ ـ أثر الحكم بعدم الدســتورية :

ان الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية تتمتع بحجية مطلقة ، ولا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التى صدرت فيها ، بل ينصرف الأثر المباشر لها الى الكافة من المتخاصمين ، كما تلتزم بهذه الأحكام كافة سلطات الدولة ، فمن اليوم التالى لنشر الحكم يلتزم الجميع بعدم جواز تطبيق القانون أو اللائحة المطعون فيهما بعدم الدستورية ، أى أن الأثر مستقبلى فقط وينطبق على الوقائع المستحدثة .

الا أن هـذا الحكم ليس عاما على كل الواقع ، فاذا كان متعلقا بحكم جنائى فان الحكم الجنائى الصـادر قبل الحكم بعدم الدستورية يعتبر كأن لم يكن ، ومعنى ذلك أن الحكم الدستورى ينسحب أثره الى المـاضى بالنسبة للأحكام الجنائية .

ويستثنى من هـذا الأثر الرجعى للحـكم الدستورى الحقـوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة التقادم[1] .

ومسكن الزوجية المؤجر اذا انتهت مدة ايجاره بانتهاء العـلاقة الايجارية ، فانه طبقا لنص المـادة الأولى من القانون ٤ لسـنة ١٩٩٦ م لا يمكن أن يصبح مسكنا للحضانة حتى فى ظل الأوضاع السابقة على الحكم الدستورى ، أما الأحكام القضائية الصادرة بأحقية المطلقة الحاضنة فى مسكن الزوجية قبل صدور الحكم الدستورى ، فانها تظل نافذة ،

---

(١) ١ / عصمت عبد الرحيم : أثر الحكم بعدم دستورية نص تشريعم الأهرام فى ١٩٩٦/١٠/٢٥ س ٢٢١ عدد ٤٠١٣٥ .

عمـلا على استقرار الأوضاع القانونية ، وعلى ذلك فان الأثر الرجعى للحكم الصـادر بعدم دستورية نص المـادة ١٨ مكرر ثالثا لا ينصرف الى المسـتأجر الذى يكون قد حصل على حكم نهائى حائز لقوة الشىء المقضى فيه ، يقضى بأحقيته فى الاسـتمرار والبقاء فى العين المؤجرة التى تركها الزوج (المطلق) للحاضنة ، باعتبار أن حـق الحاضنة قد تجسد فى الحكم النهائى الذى صدر لصالحها ضد المطلق المسـتأجر للعين حيث يلتزم المؤجر الأصلى بتحرير عقد ايجار جديد للحاضنة(٢) .

مما سبق فان النطاق الزمنى للحكم الدستورى ـ قيد التعليق ـ يتم تطبيقه على كل الوقائع المستحدثة ، وكذلك الوقائع والقضايا التى ما زال يتم تداولها فى ساحات المحاكم ولم يتم اصدار أحكام قضائية فيها ، فالحكم الدستورى ليس له أثر رجعى بالنسـبة للوقائع المستقرة طالمـا قد صدر بها حكم بات ونهائى .

وبالنظر الى منطوق حكم المحكمـة الدستورية وخاصـة الفقرة الثانية ، نجد أن المحكمة لم تؤسس هذا الجزء من الحكم على مبـدأ المساواة بين المسكن المملوك والمسكن المؤجر الذى نهجته فى حيثياتها وانما أسست هـذا الجزء على مجرد تقييد حق المطلق اذا كان مسكن الزوجية مؤجرا ، بأن يكون اعداده مسكنا مناسبا لصغاره من مطلقته وحاضنتهم واقعا خلال فترة زمنية لا يتعداها ، وكأن المحكمة بذلك تريد القول بأن البحث عن مسكن للحضانة من قبل الزوج المطلق خلال فترة العدة ، هو فقط المقصود به عدم الدستورية وليس النص بأكمله وبذلك فهى بهذا المفهوم تحدد للمشرع أسلوب تنفيذ الحكم فى هـذه الجزئية على خلاف ما جاء بحيثيات الحكم ومبناه ، حيث ساوت فى ذلك بين المسكن المملوك للمطلق أو المؤجر .

---

(٢) مستشار عبد المنعم اسحاق محمد : مصير الأحكام القضائية الصـادرة لصالح الحاضنات والأقارب ، الأهرام ١٩٩٦/١/٢٦ س ١٢٠ عـدد ٣٩٨٦٢ .

ولا شك أن ذلك يمثل عوارا فى مفهوم الحكم خاصة فيما يؤدى اليه وكذلك فى تفسيره عند التطبيق ، فكان يجب على المحكمة مراعاته ولا تحدث هذه التفرقة الظاهرة خاصة فى منطوق الحكم ، ثانيا .

١١ ـ منهج محكمة النقض فى أحكام مسكن الحضانة :

سلكت محكمة النقض المصرية بعد اصدار القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ مباشرة ، مسلكا واضحا بشأن الأحكام الخاصة بمسكن الحضانة ، فكانت تذهب الى تطبيق نص المادة ١٨ مكرر ثالثا تطبيقا حرفيا ، وتحكم باستمرار شغل مسكن الزوجية المؤجر من قبل الحاضنة مدة الحضانة ، دون المطلق ، ويقصد بمسكن الزوجية المكان الذى كان مشغولا فعلا بسكنى الزوجين ، واذا ثار خلاف بين الحاضنة ووالد الصغار حول مسكن الحضانة ، انصرفت كلمة المسكن الى المكان المشغول بسكنى الزوجين[٣] .

وبعد هذا الاتجاه الصريح من محكمة النقض فى تطبيق القانون نجد أنها فى مرحلة تالية عندما هب رجال القانون والفقه ونادوا باسقاط نص المادة ١٨ مكرر ثالثا والحكم بعد دستوريتها ، ـ وقد أشرنا الى جانب من هذه النداءات خلال الدراسة ـ حيث كان لها تأثير على أحكام محكمة النقض ، فبدأت تتسم بالتردد والانتظار ومن أمثلة ذلك عندما قررت « أن بديل استقلال المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية المؤجر أن يهيىء المطلق مسكنا آخر مناسبا ، والخيار للمطلقة الحاضنة فى الاستقلال بمسكن الزوجية أو أن يقرر القاضى أجر مسكن مناسب ، وذلك لا يمنع من الاتفاق بين المطلق والحاضنة دون اللجوء الى القضاء سواء تم الاتفاق

---

(٣) نقض أحوال شخصية طعن رقم ٣٠٢٣ س ٥٦ فى ١٩٨٧/١٠/٢٨ م / أشرف مصطفى كمال السابق ص ٣٥٧ .

حال قيام الزوجية أو بعد وقوع الطلاق اعمالا لقاعدة أن المفروض اتفاقا كالمفروض قضاء ، لأن ذلك يرفع النزاع ويقطع الخصومة »[٤] .

وفى مرحلة زمنية ثالثة وهى المرحلة التى جاءت بعد حكم المحكمة الدستورية ـ قيد التعليق ـ نجد محكمة النقض تحكم بعدم أحقية المطلقة الحاضنة فى مسكن الزوجية لجعله مسكنا للحضانة ، تطبيقا لحكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكرر ثالثا واعمالا للأثر الفورى على الوقائع المستقبلية »[٥] .

بيد أنه يجب على محكمة النقض بعد الحكم الدستورى ، أن تمتنع عن التعرض للقضايا التى تتعلق بمسكن الحضانة وتطبيق النص القانونى الذى قضى بعدم دستوريته ، حفاظا على عدم ضياع وقت العدالة فى قضايا تم حسمها دستوريا ولا مجال لعرضها من البداية على محكمة النقض .

١٢ ـ تعليق أخير :

رأينا من خلال استعراضنا للحكم الدستورى ـ قيد البحث ـ أنه يمثل قيمة قانونية وتشريعية ، وأنه قد أنهى فترة من المعاناة طالت زهاء عشر سنوات ، ازدحمت فيها ساحات المحاكم بقضايا حول ما يسمى بمسكن الحضانة كنا فى غنى عن وجودها ، وحسنا فعل المشرع الدستورى فحكم بعد الدستورية لهذا النص الغريب فى موضوعه وصياغته ـ

---

(٤) نفس أحوال شخصية طعن رقم ١٤٣٠ س ٥٦ ق فى١٩٩٢/٥/١٦ مجلة القضاة الفصلين العدد الثانى ١٩٩٢ س ٢٥ ص ٦٣٧ .

(٥) انظر نقض أحوال شخصية فى الطعن رقم ٢٣٢ س ٦٢ فى ١٩٩٦/٥/٢٧ مجلة القانونية المدنية والشرعية العدد الثالث أغسطس ١٩٩٦ ص ١٩٢ وما بعدها ، تصدر عن مركز الأبحاث والدراسات القانونية القاهرة .

م ١٨ مكرر ثالثا ــ وللحقيقة فان المحكمة الدستورية قامت فى خلال عام ١٩٩٦ بدور كبير فى مسيرة الحياة لتشريعية فى مصر ، فكان لأحكامها الخاصة بالغاء بعض النصوص القانونية التى تخالف أحكام الشريعة الاسلامية ، كنص المادة ١٨ مكرر ثالثا من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٨٩٥ ، والمادة ٢٩ من قانون ايجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، وبالتالى المادة ١٨ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الخاصتين بالامتداد القانونى لعقد الايجار ، كان لهذه الأحكام وغيرها بصمة قوية على طريق تطبيق أحكام الشريعة الاسلاميه بتنقية القوانين المعمول بها حاليا من كل ما يخالفها والتى لا تتفق مع الدستور .

كما كان لصدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ الخاص بسريان أحكام القانون المدنى على العلاقات الايجارية التى حددها ، تعديل للمسار التشريعى الذى اعوج لسنوات طويلة وجاء متفقا مع أحكام الشريعة الاسلامية أيضا .

هذا الأمر ذاك ، لا شك ينعكس بالايجاب حول العلاقات الأسرية وأطرفها التى كانت تتقاتل حول ما يسمى بمسكن الزوجية الذى ينقلب الى مسكن للحضانة بمجرد انفصام الرابطة الزوجية ، وكان القتال شرسا فى قاعات المحاكم بين الطرفين كل يريد النيل من الآخر ، والكيد له ، ومحاولة الفوز بمسكن الحضانة ــ خاصة المؤجر منه ــ ولو كان ذلك بأساليب رخيصة يأباها الخلق الانسانى فالغاية كانت تبرر الوسيلة .

واعتقد أن الأمر لن يتوقف على ما جاء بالحكم الدستورى ــ محل التعليق ــ فهناك أحكام ستصدر عن نفس المحكمة حول نص المادة ١٨ مكرر ثالثا هذه ، لأن الأمر من وجهة نظرنا لم يتم حسمه نهائيا بموجب الحكم المذكور ، فالمادة ١٨ المشار اليها والمحكوم بعدم دستوريتها تحتوى وقائع متعددة ، قد تعرض قضايا حول هذه الوقائع

التى تتضمنها ويطعن فيها بعدم الدستورية ، وخير شاهد على ذلك تلك الملاحظات التى عنت لنا أثناء البحث سواء فى اطاره الشكلى أو الموضوعى أو الزمنى .

لذلك نهيب بالمشرع أن يسارع الى تعديل نص المادة ١٨ مكرر ثالثا من قانون الأحوال الشخصية بما يعيد الحق الى نصابه كما نهيب بسدنة العدالة وحماتها أن يراعوا أحكام الشريعة الاسلامية الى أن يتم هذا التعديل ، نظرا لما تمثله القضية من خطورة اجتماعية لها انعكاسات خطيرة على الحياة الاجتماعية ، كما أن آثارها أكثر خطورة لما تؤدى اليه من انحلال أخلاقى وأسرى فى بعض جوانبها .

كما يجب الحرص كل الحرص على ثمرة العلاقات الزوجية ، وهم النشىء الصغير الهدف من حماية الدولة ، حيث تكفل حماية الطفولة والأمومة ، وترعى الأطفال ، وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لتنشئتهم الصحيحة من كافة النواحى فى اطار من الحرية والكرامة الانسانية (م ١ من ق ١٢ لسنة ١٩٩٦ ــ قانون الطفولة) .

١٣ ــ وفى النهاية نرى ما يأتى :

(أ) أن الحكم وان كان قد أصاب صريح ما أتت به الشريعة الاسلامية ، فقوم بذلك نصاً معوجا ، إلا أنه فيما استند اليه من أدلة أدت إلى الحكم النهائى ، لم يكن شاملا للأدلة الأساسية التى أشار اليها الفقه الاسلامى فى المسألة برمتها ، خاصة فى مذاهبه المختلفة ، مما يؤدى إلى فتح أبواب التأويل والاجتهاد حول المسألة مرة أخرى ، فكان يجب التحرز من هذا العوار حتى يغلق باب التأويل نهائيا .

(ب) أن الحكم فيما أشار إليه بالبند الثانى منه ، لم يكن موفقا ، عندما حكم بعدم دستورية القيد الزمنى لايجاد المطلق مسكنا مناسبا

لصغاره وحاضنتهم إذا كان المسكن مؤجرا ، لأن ذلك يوحى بتعارض هـذا البند مع البند الأول الذى يسبقه ، والذى حكم فيه بعدم الدستورية لالزام المطلق بتهيئة مسكن مناسب مؤجرا كان أم غير مؤجر ، وهـذا اطلاق مناسب لعدم دستورية المادة ١٨ مكرر ثالثا ، أما وأنه عاد وقرر عدم الدستورية للفترة الزمنية (وهى عدة المطلقة) لتهيئة المسكن المناسب ، فإن ذلك يؤدى إلى قصر الحكم بعدم الدستورية على الفترة الزمنية فقط وان الإلزام بتهيئة المسكن المناسب ما زال قائما فى ذمة المطلق ولو كان للحاضنة مسكن خاص او للمحضونين مال يكفى الانفاق منه ، كما أشار فى البند الأول •

(جـ) إن صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ الخاص بتطبيق قواعد القانون المدنى على العلاقات الايجارية التى إنتهت عقودها أو تنتهى بعده ، كما أن لصدور أحكام المحكمة بعدم دستورية القانونين ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ خاصة فيما يسمى بالامتداد القانونى لعقد الايجار بخاصة للزوج والأولاد والأقارب ، سيساهم ذلك جديا فى جعل الحكم بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكرر ثالثا واقعا ملموسا ، وبذلك يهدم مستند المشرع الذى كان فى ذهنه عند وضع المادة المشار اليها •

لذلك لا مناص من أن يقر الجميع ان فى تطبيق شريعة الله (جلا وعلا) الخير للبشرية ، وانه لم يشرع أمراً سدى •

تم تحمد الله ،،،