

باسم الشعب
المحكمة الدستورية العليا

باجلسة العلنية المنعقدة فى يوم السبت الموافق ٦ يناير سنة ١٩٩٦ الموافق ١٥ شعبان سنة ١٤١٦ هـ .

برئاسة السيد المستشار الدكتور / عوض محمد عوض المر رئيس المحكمة

أعضاء { حضور السادة المستشارين : الدكتور محمد إبراهيم أبو العينين
وفاروق عبد الرحيم غنيم وعبد الرحمن نصير والدكتور عبد المجيد
فياض ومحمد على سيف الدين ومحمد عبد القادر عبد الله

و حضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما المفوض

و حضور السيد / حمدى أنور صابر أمين السر

أصدرت الحكم الآتى :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» .

المقامة من :

السيد / سعيد عبد الحميد حسنين .

ضد :

١ - السيد / رئيس الوزراء .

٢ - السيد / رئيس مجلس الشعب

٣ - السيدة / ميرفت محمود لطفى فرغلى .

الإجراءات

بتاريخ الثامن من مارس سنة ١٩٨٦ أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا (ثالثا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة دفعت فيها (أصليا) بعدم قبول الدعوى ، كما طلبت (احتياطيا) رفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة

حيث إن الوقائع - على مايبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الثالثة ، كانت قد أقامت الدعوى رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٥ 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 ١٨ مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، وبجلسة ١٠/١٢/١٩٨٥ صرحت محكمة الموضوع للمدعى - بعد تقديرها لجديده دفعه - بإقامة الدعوى الدستورية ، فرفعها

وحيث إن المدعى ينعى على المادة (١٨) مكررا ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - المشار إليهما - مخالفتها للمادتين (٢١ ، ٣٤) من الدستور ، تأسيسا على أن الإسلام - وفقا لنص المادة الثانية من الدستور - هو دين الدولة ، وأن الشريعة الإسلامية - فى مبادئها - هى المصدر الرئيسى للتشريع ، وأن الطلاق - وهو مقرر للزوج بنص شرعى - لا يجوز تقييده بما يمس أصل الحق فيه ، ذلك أن الحق فى الطلاق مكفول لكل زوج حملا على أحوال المسلمين بافتراض صلاحهم وتقواهم ، وهم لا يمارسون هذا الحق انحرافا ، أو التسواء ، أو إضرارا ، بيد أن النص المطعون فيه ، صاغ القواعد التى قررها ، ممالأة منه لفئة لاتعنيها إلا مصالحها الضيقة التى لا يحميها الشرع ، مُحَمَّلاً من يباشرون ذلك الحق - ويقصد 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 - رأبا لصدعها - مستحيلا أو متعذرا ، بما مؤداه أن النص المطعون فيه لا يبلور إلا تيارا دخيلا يتوخى هدم الحقوق لإعمالها ، توهما لخصومة بين طرفين ، وإهدارا لقوامه الرجل على المرأة ، وإنفاذا لمساواة مغلوطة بينهما ، وانحيازاً لقيم مستوردة بتغليبها على حقائق الدين ، وتهويना لاستقرار الأسر داخل مجتمعها بقصد إضعافها ، وتعقيدا لأزمة طاحنة فى الإسكان ، بدلا من الحد منها تخفيفا لوطأتها ، بعد أن استعر لهيبها ، ونشأ عنها نوع من الجرائم لم يكن مألوفا من قبل ، وليس إلزام المطلق بأن يوفر لصغاره من مطلقتة سكنا مناسباً ، إلا تكليفا بمستحيل فى ظل أزمة الإسكان هذه ، التى تحول بضغطها - التى عمَّها النص المطعون فيه - دون مباشرة الرجل للحق فى الطلاق ليغدو وهما ، يزيد ذلك أن حمل المطلق على التخلّى عن مسكن الزوجية ، بعد أن أعده مستنفدا كل ما ادخره ، ناهيك عن الديون التى لازال يزرع تحتها ، يعنى أن يصبح هائما شريدا

وكان من المفترض - وقد التزم شرعا بالإتفاق على صفاره - أن تكون نفقتهم مبلغا من المال ، غير أن النص المطعون فيه ، استعاض عن تملكها بالتمكين منها ، مخالفا بذلك ماكان عليه العمل من قبل ، متجاهلا 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 ، متمحضا إضرارا منهيها عنه شرعا ، لقوله تعالى (لاتضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده) ، وهو ما يعنى أن الولد لايجوز 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 بحرممة الملكية ، ذلك أن صغار المطلق يستقلون من دون أبيهم بسكناه ، ولو كانت عينا يملكها ، ليحرم من الانتفاع بها ، وإلى أن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكنا بديلا عنها ، فى الآجال التى ضربها المشرع .

وحيث إن المادة ١٨ مكررا ثالثا - المطعون عليها - تنص على ما يأتى :

(على الزوج المطلق أن يهينى 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 الحضانة بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقرر لها أجر مسكن مناسب للمحضونين ، 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 فى الآجال والأحوال المبينة بهما ، وكانت فقرتها الثالثة تقرر التزاما تخييريا يكون فيه المحل متعددا ، ومن ثم تتضامن هذه المحال فيما بينها ، لتبرأ ذمة المدين بالوفاء بأيهما - بافتراض استيفاء كل منها للشروط التى تطلبها القانون فيه - سواء أكان الخيار للمدين - وهذا هو الأصل عملا بنص المادة ٢٧٥ من القانون المدنى - أم كان الخيار للدائن بنسأ على اتفاق فيما بين العاقدين ، أو إنفاذا لنص فى القانون ، مثلما هو مقرر بالفقرة الثالثة من النص المطعون فيه ، التى تخول المحاضنة - وبافتراض نيابتها عن المحضونين - الخيار بين الاستقلال بمسكن الزوجية ، وبين أن يقدر القاضى أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها ، وهو ما يفيد إمكان رفضها الحصول على هذا الأجر ، وطلبها مسكن الزوجية ، لتقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعى نى الطعن على المادة ١٨ مكررا ثالثا - المشار إليها - بفقراتها الثلاث دون غيرها .

ذلك أن فقرتها الرابعة ، تخول المطلق أن يعود بعد انتهاء حضانه صفاره إلى مسكن الزوجية إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا ، وهو ما يتمحض لمصلحته كذلك فإن فقرتها الأخيرة لا تفصل فى موضوع الحقوق المدعى بها ، ولكن فى منازعات الحيازة التى يكون مسكن الزوجية مدارها ، ليكون قرار النيابة فى شأنها وقتيا ، فاصلا فيما يستبين لها من أوضاع الحيازة على ضوء ظاهر الأمر فيها ، وهو ما تراجعها فيه المحكمة ذات الاختصاص للفصل فى ثبوت الحيازة لأحد الطرفين المتنازعين ، دون إخلال بأصل الحق المراد بينهما .

وحيث إن البين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب ، المعقودة في أول يوليو سنة ١٩٨٥ ، أن آراء عديدة أبدتها رئيس المجلس وأعضاؤه في شأن نص المادة ١٨ 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 يشير فيما بين الزوجين نزاعا حول مسكن الزوجية ، وهل يخلص لصغار المطلق وحاضنتهم ، أم لأبيهم من دونهم باعتبار المتعاقد عليه ، وأن ما قرره بعض الفقهاء من أن على أبيهم سكناهم جميعا إذا لم يكن لمن لها إمساكهم ، مسكن ، يعنى أن لحاضنتهم أن تستقل معهم - بعد الطلاق - بمسكن الزوجية المؤجر لأبيهم المطلق ، إلا إذا هيا لهم مسكنا مناسباً يقيمون فيه ، ليعود إلى المطلق بعد انتهاء حضانتها ، أو بعد زواجها ، إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا .

وحيث إن الرقابة على الشرعية الدستورية - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا - تتناول - بين ماتشتمل عليه - الحقوق التي كفلها الدستور ، وأهدرها النص المطعون فيه ضمنا ، سواء كان الإخلال بها مقصودا ابتداء ، أم كان قد وقع عرضا

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا مطرد كذلك ، على أن مانص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، إنما يتمحض 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 ودالاتها ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا ، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية ، وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلا أو تبديلا .

ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصبية على التعديل ، ولايجوز الخروج عليها ، أو الإلتواء بها عن معناها ، وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا فى شأنها ، على مراقبة التقيد بها ، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها ، ذلك أن المادة الثانية من الدستور ، تقدم على هذه القواعد ، أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام ، وركائزها الأصيلة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ، وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة ، ولاكذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدالاتها أو بهما معا ، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ، ولاتمتد لسواها ، وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ، ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعا ، ولايعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لايجاوزها ، ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحررا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية ، والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن البين من استقراء الأحكام التى بسطها الفقهاء ، فى شأن النفقة - سواء كان سببها عائدا إلى علائق الزوجية ، أم إلى القرابة فى ذاتها - وأيا كان نوعها - بما فى ذلك مايقوم من صورها بين الأصول والفروع ، أنهم اختلفوا فيما بينهم فى عديد من مواضعها ، إما لخصاء النصوص المتعلقة بها من جهة اتساعها وتعدد تأويلاتها ، وإما لتباين طرائقهم فى استنباط الأحكام العملية - فى المسائل الفرعية والجزئية التى يدور الاجتهاد حولها - من النصوص وأدلتها ، والترجيح بينها عند تعارضها ، اختيارا لأصحتها وأقواها وأولاها ، وهو مايفيد أن النفقة بمختلف صورها ، وفى مجمل أحكامها - وفيما خلا مبادئها الكلية - لاينتظمها نص قطعى يكون فاصلا فى مسائلها

وحيث إن النفقة شرعا هي الإدرار على الشيء بما فيه بقاؤه ، 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 لإيفانهم حاجتهم ، وصونها .

ولا ينال من ذلك قول أهل اللغة أيضا ، 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 ، ويُعينها 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 إذنه ، وكانت علاقة المرء بذوي قريبه - 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 منتسبا ، فلا يلحق بغيره .

وهذه الجزئية أو البعضية ، مرجعها إلى الولاد ، 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 واجبا ، 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 (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولقوله عليه الصلاة والسلام (كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول) ذلك أن نفقتهم تقتضيها الضرورة ، ويقدر ما يكون لازماً منها لضمان كفايتهم على ضوء ما يليق بأمثالهم ، فلا تكون اقتارا ، ولا سرفاً زائدا عما اعتاده الناس ، ولا تستطيل بالتالي إلى ما يجاوز احتياجاتهم عرفاً .

بل إن من الفقهاء من استدل على وجوبها على الآباء ، من أنهم كانوا فى الجاهلية يقتلون أولادهم خوفا 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 فى أدائها ممن التزم بها ، باعتبار أن فواتها ضياع لنفس بشرية سواء فى بدنها ، أو عقلها ، أو عرضها ، ثانيهما - أنه إذا كان للصفار مال حاضر ، فإن نفقتهم تكون فى أموالهم ولا شأن لأبيهم بها ، فإذا كان مالداهم من مال لا يكفيها ، أو لم يكن لديهم مال أصلا ، اختص أبوه من دونهم بتكملتها ، أو بإيفائها بتمامها ، فلا يتحمل غيره بعينها .

وحيث إن المدعى لا ينازع فى أصل الحق فى نفقة صفاره ، ولا فى شروط استحقاقها ، ولا فى إن نفقتهم غير مقدره بنفسها ، بل بكفايتها ، وإنما تشور دعواه الدستورية حول مشروعية القيود التى فرضها النص المطعون فيه على كل مطلق ، قولا بأن هدفها الحد من الحق فى الطلاق ، وأن إعناتها يتمثل فى إلزامهم إسكان صفارهم من مطلقاتهم ، بدلا عن أجره المسكن التى كان العمل بها جاريا قبل نفاذ النص المطعون فيه ، بما مؤداه أن «عينية» نفقتهم «لا مبلغها» ، هى مدار دعواه هذه ، وأن الفصل فى دستورية النص المطعون فيه يتحدد على ضوءها ، « ونطاق تطبيقها » .

وحيث إن إنكار حق صفار المطلق فى اقتضاء نفقتهم تمكينا ، مردود أولا : بأن القاضى وإن كان يقدرها فى ظل العمل بأحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (المادتان ٥ ، ٦ منها ومذكرتهما الإيضاحية) مبلغا نقديا يشمل عناصرها جميعا ، بما فيها السكنى ، إلا أن من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا ، أن أية قاعدة قانونية - ولو كان العمل قد استقر عليها أمدا - لا تحمل فى ذاتها ما يعصمها عن العدول عنها ، وإبدالها بقاعدة جديدة لاتصادم حكما شرعيا قطعيا - فى وروده ودلالته - وتكون فى مضمونها أرفق بالعباد ، وأحفل بشئونهم ، وأكفل لمصالحهم الحقيقية التى تشرع الأحكام لتحقيقها وبما يلائمها ، فذلك وحده طريق الحق والعدل ، وهو خير من فساد عريض .

ومن ثم ساع الاجتهاد في المسائل الاختلافية التي لايجوز أن تكون أحكامها جامدة بما ينقض كمال الشريعة ومرونتها .

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

وإعمال حكم العقل فيما لانص فيه ، توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته بين عباده ، مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية ، إذ هي غير منغلقة على نفسها ، ولا تضي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها ، ولا تحول دون مراجعتها ، وتقييمها ، وإبدالها بغيرها .

فالآراء الاجتهادية ليس لها - في ذاتها - قوة ملزمة متعددة لغير القائلين بها ، ولايجوز بالتالي اعتبارها شرعا ثابتا متقرا لايجوز أن ينقض ، وإلا كان ذلك نهيا عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى ، وإنكارا للحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد ، بل أن من الصحابة من تردد في الفتيا تهيبا ، ومن ثم صح القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالاتباع من اجتهاد غيره ، وربما كان أضعف الآراء سندا ، أكثرها ملاءمة للأوضاع المتغيرة ، ولو كان مخالفا لأقوال استقر عليها العمل زمنا ، ولئن جاز القول بأن الاجتهاد في 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 - في كل مسألة بخصوصها وبما يناسبها - بأهل النظر في الشئون العامة ، إخمادا للشائرة وبما يرفع التنازع والتناحر ويبطل الخصومة ، على أن يكون مفهوما أن اجتهادات السابقين ، لايجوز أن تكون مصدرا نهائيا أو مرجعا وحيدا لاستمداد الأحكام العملية منها ، بل يجوز لولى الأمر أن يشرع على خلافها ، وأن ينظم شئون العباد في بيئتها بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة ، بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله

ورسوله ، مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة ، هي التي تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها ، وهي بعد مصالح لا تتناهى جزئياتها ، أو تنحصر تطبيقاتها ، ولكنها تتحدد - مضمونا ونطاقا - على ضوء أوضاعها المتغيرة .

وليس ذلك إلا إعمالا 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 شرعا قد جاوزتها .

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

ومردود ثانيا : بأن كلمة النفقة عند إطلاقها ، تفيد انصرافها إلى مشتملاتها مما تقوم بها من طعام وكسوة وسكنى ، أو هي - على حد قول الحنابلة - مؤنة الشخص خبزا وأدما وكسوة وسكنا وتوابعها ، باعتبارها من الحوائج الأصلية للمتفق عليه .

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

وليس معروفا أن يكون إنفاق الوالد على صغاره قملنكا معلوم القدر والصفة ، بل يتعين أن يكون تمكينا يُعينهم على أمر حوائجهم ، ليوفيهما دون زيادة أو نقصان .

وهذا الأصل قائم على الأخص في مجال العلائق الزوجية لقوله عليه الصلاة والسلام (أطعموهن مما تأكلون وأكسوهن مما تكتسون) ، وهو مقرر كذلك في الزكاة لوقوعها في عين أموالها لقوله عز وجل (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) .

واستصحابا لهذا الأصل لا تخرج المطلقة من مسكنها طوال عدتها ، سواء كان طلاقها من زوجها رجعيا أم بائنا ، ذلك أن طلاقها رجعيا ، يعنى أن علاقة الزوجية لا تزال قائمة ، وأن بقاءها في بيته قد يُغريه بإرجاعها إليه ، استثنافا لحياتهما ، فإن كان طلاقها منه بائنا ، فإن مكثها في منزل الزوجية يكون استبراء لرحمها لا استثناء من ذلك في الحالتين ، إلا أن تأتى عملا فاحشا

وقد أحال الله تعالى المؤمنين فى كفاراتهم إلى عاداتهم قائلًا (فإطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم) .

متى كان ذلك ، وكان الحق هو الحسن شرعا ، والباطل هو القبيح شرعا ، فإن تقرير حق الصغار فى نفقتهم من خلال إبدال مبلغها بعينيتها ، لا يكون التواء عن الشرع ، ولا ضللا يقابل الحق ويضاده .

ومردود ثالثا : بأن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين ، كثيرا ما قرروا أحكاما متوخين بها مطلق مصالح العباد جلبا لنفعهم ، أو دفعا لضرهم ، أو رفعا للحرَج عنهم ، باعتبار أن مصالحهم هذه لا تنحصر جزئياتها ، وأنها تتطور على ضوء أوضاع مجتمعاتهم وليس ثمة دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها

وإذ لم يعد للنفوس - من ذاتها - زاجر يردعها عن إنكار حق الصغار فى نفقاتهم أو المظل فى أدائها - فيما إذا كان قدرها محددًا مبلغًا من النقود - مما قد يحمل حاضنتهم على التردد بهم على ذوبها يقبلونهم على مضض ، أو يصدونهم ، يضيقون بهم ذرعا ، أو يعرضون عنهم ، بما يهدد حياتهم وعقولهم وأعراضهم ، فقد بات حقا وواجبا ، أن يتدخل المشرع لرد ما قدره ظلما بينا ، وأن يعيد تنظيم الحقوق بين أطرافها مبينا اقتضائها ، مستلهما أن الأصل فى الضرر أن يزال فلا يتفاقم ، وأن الضرر لا يكون قديما ، فلا يتقادم ، وأن القرابة القريبة ينبغى وصلها ، والقبول بأهون الشرين فى مجالها توقيا لأعظمهما .

ومن ثم قدر المشرع - بالنص المطعون فيه - أن ينقل حق هؤلاء الصغار من نفقة يفرضها القاضى مبلغا من النقود ، إلى عين محقق وجودها ، هى تلك التى كانوا يشغلونها مع أبويهم قبل طلاق أمهم ، ليظل حقهم متصلا بها لا يفارقونها ، إلا إذا برأهم أبوهم مسكنا مناسبا بديلا عنها .

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

ومردود رابعا : بأن مآقرره المدعى من أن المطلق يتعذر عليه أن يوفر سكنا 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 ماتقدم ، لاتفيد لزوما انتفاء القيود اللازمة لضبطها ، ولاتحول بالتالى دون مباشرة المحكمة الدستورية العليا لرقابتها القضائية فى شأن مضمون الحقوق التى حولها النص المطعون فيه لصغار المطلق وحاضنتهم ، للفصل فى اتفاقها مع الدستور ، أو خروجها عليه .

وحيث إن الفقرتين الأولى والثانية من النص المطعون فيه ، صريحتان فى 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 تبيينهما تمييزا تحكما بين فئتين من المطلقين : ذلك أنه بينما تلتزم إحداهما - إذا مسكن الزوجية مؤجرا - أن توفر لصغارها من مطلقاتهم - مع حاضنتهم - مسكنا مناسبا خلال فترة زمنية لاتجاوز على الإطلاق عدة مطلقاتهم ، وإلا ظل الصغار من دون أبيهم شاغلين مسكن الزوجية ، لا يخرجون منه إلا بعد انتهاء مدة حضانتهم بأكملها ، فإن أخراهما - التى يكون مسكنها هذا غير مؤجر - يكفيها أن توفر لصغارها مع حاضنتهم مسكنا مناسبا يفيئون إليه ، ولو كان ذلك بعد انتهاء عدة مطلقاتهم ، لايتقيدون فى ذلك بزمن معين .

وحيث إن الأصل فى كل تنظيم تشريعى أن يكون منظوبا على تقسيم ، أو تصنيف ، أو تمييز من خلال الأعباء التى يلقىها على البعض ، أو عن طريق المزايا ، أو الحقوق التى يكفلها لفئة دون غيرها ، إلا أن اتفاق هذا التنظيم مع أحكام الدستور ، يفترض ألا تنفصل النصوص القانونية التى نظم بها المشرع موضوعا محددًا ، عن أهدافها ، ليكون اتصال الأغراض التى توخاها ، بالوسائل إليها ، منطقيا ، وليس واهيا أو واهنا ، بما يخل بالأسس الموضوعية التى يقوم عليها التمييز المبرر دستوريا .

ومرد ذلك ، أن المشرع لا ينظم موضوعا معيناً تنظيمياً ، مجرداً أو نظرياً ، بل يتغيا بلوغ أغراض بعينها ، تعكس مشروعيتها إطاراً لمصلحة عامة لها اعتبارها ، يقوم عليها هذا التنظيم ، متخذاً من القواعد القانونية التى أقرها ، مدخلاً لها . فإذا انقطع اتصال هذه القواعد بأهدافها ، كان التمييز بين المواطنين فى مجال تطبيقها ، تحكيمياً ، ومنها عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور .

وحيث إنه متى كان ذلك ، وكان مآقره النص المطعون فيه من تمييز بين فئتين من المطلقين ، لا يعدو أن يكون تقسيماً تشريعياً لا يقيم علاقة منطقية بين الأسس التى يقوم عليها ، والنتائج التى ربطها المشرع بها ، بل توخى هذا التمييز - وعلى ما يبين من مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب المعقودة فى أول يوليو ١٩٨٥ - فرض قيود واقعية على الطلاق ، كى لا يكون إسرافاً ، فجاء بذلك نافياً لكل علاقة مفهومة بين طبيعة الرابطة القانونية التى ارتبط بها المطلق فى شأن مسكن الزوجية - إجارة كانت ، أم إعاره ، أم ملكاً ، أم انتفاعاً ، أم حق استعمال ، أم غير ذلك من العلائق القانونية - وبين التزام هذا المطلق بأن يوفر لصغاره وحاضنتهم مسكناً مناسباً بأبويهم كبديل عن مسكن الزوجية ، ذلك أن حق الصغار وحاضنتهم ليس متعلقاً بعين المكان الذى كان يظلمهم مع أبويهم قبل الطلاق ، بل يقوم حقهم منحصراً فى مكان يهجعون إليه ، يكون مناسباً شرعاً لأمثالهم ، فلا يكون إعداده مقيداً بزمن معين

وإذ كان تنظيم الحقوق لا يجوز لغير مصلحة واضحة يقوم الدليل على اعتبارها ، وكان غير المتصور أن يكون أمر المطلق رهقاً سواء من خلال تنظيم تشريعى جائر ، أو عن طريق إساءة الصغار - أو حاضنتهم - استعمال حقهم فى النفقة إضراراً بأبيهم ، وكان من المقرر أن مسكناً مناسباً يتهبأ لهم من أبيهم سواء قبل انتهاء عدة مطلقته أو بعدها ، هو ما تقوم به مصلحتهم فى النفقة التى لا يجوز ربطها على الإطلاق بما إذا كان مسكن الزوجية مؤجراً أو غير مؤجر ، إذ لا شأن لذلك بحق الصغار فى نفقتهم ، ولا هو من مقاصدها

متى كان ماتقدم ، وكان الآباء المطلقون - فى علاقاتهم بأبنائهم - تتماثل مراكزهم القانونية فيما بين بعضهم البعض ، وكان النص المطعون فيه ، قد مايز بينهم - فى نطاق هذه العلائق - بأن حد من حقوقهم فى إعداد مكان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا ، مع بسطها إن كان غير مؤجر ، فإن هذا التمييز لا يكون منطقيا ، قائما بالتالى على غير أسس موضوعية ، ومنهيا عنه دستوريا ، ذلك أن أشكال التمييز التى يناهضها مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون ، وإن تعذر حصرها ، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد ، أو تفضيل ، أو استبعاد ينال بصورة تحكيمية من الحقوق التى كفلها الدستور ، أو القانون ، أو كلاهما ، بما فى ذلك تلك التى ترعى ببيان الأسرة ، ولا تفرقها ، وتصون قيمها وترسيها على دعائم من الخلق والدين ، ضمانا لتراحمها وتناصفها .

وحيث إن النص المطعون فيه - فوق هذا - يتمحض إعناتا بالمطلق ، وتكليفيا بما لا يطاق من جهتين .

أولاهما : أن عموم عبارته وإطلاقها من كل قيد ، وكذلك الأعمال التحضيرية التى تكشف عنها مضبطة الجلسة الثامنة والتسعين لمجلس الشعب - المعقودة فى أول يوليو ١٩٨٥ - تدل جميعها على أن ماتوخاه 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 مقديما من أحد أعضائه مؤداه أن تهينئة مسكن للصغار من أبيهم بعد طلاق أمهم ، ينبغى أن يكون مقيدا بألا يكون لحاضنتهم مسكن يخصها ، 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 .

وإذا كان الأصل المقرر شرعا أن مؤنة الحضانة تكون فى مال المحضون ، فإن لم يكن للمحضون مال ، فعلى من تلزمه نفقته ، وكان هذا الأصل مرددا بنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - المشار إليه - التى تقضى بأنه إذا لم يكن للصغير مال فنفقته ، على أبيه ، وكان حق الصغار فى الانفاق عليهم ، يتوخى إحياءهم ، وليس حقا لحاضنتهم عوضا عن احتباسها لشئونهم ، وكان الأصل فى 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 دوما بأن يكون تحصيلها حائلا دون هلاكهم ، أو ضياعهم . ولا كذلك أن يكون للصغير فضل من مال ، ذلك أن الانفاق عليه من مال غيره لا يكون إلا تفضلا ، فلا تكون نفقته واجبا على أحد ، ولا يجوز طلبها بالتالى شرعا من أبيه طلبا لازما 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 حديهما على أبنائهم بما فطرا عليه ، لا ينقض قاعدة شرعية أو ينحيا 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 وعرفا ، وكان النص المطعون فيه يكفلها للصغار من مال أبيهم ، ولو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه - وينقلون إليه تبعاً لها - فإنه يكون بذلك مرهقا - ودون مقتض - من يطلقون زوجاتهم - ولو كان الطلاق لضرورة لها موردها شرعا - ، مفضيا إلى وقوعهم كارهين فى الحرج ، ليكون إعانتهم منافيا للحق والعدل ، ومشقتهم بديلا عن التيسير عليهم ، ليقترن الطلاق بالبأساء والضراء التى لامخرج منها .

وما لذلك تشريع الأحكام العملية التي ينبغي أن تستقيم بها شئون العباد ومصالحهم ، إذ لا يجوز أن يكون عبؤها فادحا من خلال تكليفاتها ، ولا مضمونها عتوا مجافيا لرحمة فتح الله تعالى أبوابها للمؤمنين ، بل هونا وقواما ، وهو ما عبر عنه ابن عابدين في حاشيته (رد المحتار على الدر المختار) التي أورد فيها أن أبا حفص حين سئل عن لها إمساك الولد وليس لها مسكن ، أفاد بأن على أبيهم سكنها جميعا ، وهو ما يعنى عند ابن عابدين - أن الصغار لا يحتاجون إلى مسكن من أبيهم ، إذا كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه بأولياءها مع المحضونين ، ليكون انتقالهم معها أرفق بالجانبين ، وأوفق لمصالحهم ، ومن ثم ينبغي أن يكون عليه العمل .

وحيث إنه متى كان ماتقدم ، وكان ماقرره أبو حفص مما تقدم - وكذلك من خرّج عليه - لا يعدو أن يكون اجتهادا ، وكان الاجتهاد في المسائل الخلافية ممكنا عقلا ، ولازما ديانة ، ومفتوحا بالتالى ، فلا يصد اجتهادا ، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره ، إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها ، وبما لا يتناقض كمال الشريعة ، أو يخل بروح منهاجها ، وكان ماذهب إليه البعض من أنه إذا اختار ولى الأمر رأيا في المسائل الخلافية ، فإنه يترجع ، مردود بأن الترجيح عند الخيار بين أمرين ، لا يكون إلا باتباع أيسرهما مالم 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 في 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 (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين) ، وكان اقتضاء الصغار مسكنا من أبيهم - مع إمكان إيوانهم 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 يتناهون عنه ، بل إعراضا عما ينبغى أن يكون عليه المؤمنون من المسامحة واللين ، فقد تعين ألا يكون دينهم إرهاقا لعلاقاتهم ببعض ، ولا مقيما عوائق تتعقد دروبها وتنغلق مسالكهم إليها ، ليكون لهم مخرجا من حرجهم ، فلا يقترن - ظلما أو هضمًا - بما يأتون أو يدعون مصداقا لقوله تعالى (ما يريد الله ليجعل عليكم فى الدين من حرج) (وما جعل الله عليكم فى الدين من حرج) (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا) .

متى كان ذلك ، وكان القرآن فصلا لاهزلا ، وكان اختصاص صفار المطلق من مطلقته - مع حاضنتهم - بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه ، وهو ما يقع بوجه خاص إذا لم تكن حاضنتهم هى 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 عبثا توخى - دون مقتضى - وعلى ما جاء بمضطمة مجلس الشعب - فرض قيود واقعية على الطلاق لايجوز شرعا .

وحيث إنه متى كان ماتقدم ، فقد تعين أن يكون النص المطعون فيه مقيدا ، فلا يكون مسكن الزوجية مقرا للمحضونين ، إذا كان لحاضنتهم مسكن بأبيهم ، تقيم هى فيه . وليس لازما أن يكون مملوكا 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 ، باعتبارها من مؤنتهم .

وحيث إن النص المطعون فيه - محددًا نطاقًا في الحدود التي خلص إليها قضاء المحكمة الدستورية العليا على النحو المتقدم - لا يعطل الحق في الطلاق ، ذلك أنه كفل لصغار المطلق - وحاضنتهم - حقوقًا تقتضيها الضرورة ، ويقدرها ، لتكون نفقتهم كافلة لمقوماتها ، لا تنتقص من مشتملاتها ، ولا يكون جريان آثارها وإنفاذ الحقوق المتعلقة بها متراخيًا .

ووقوعها في الحدود التي يقتضيها الشرع ، ينفي تعويقها الطلاق ، أو إهدارها الحق فيه ، لأمرين : أولهما : أن الأصل في الحقوق التي يأذن المشرع بممارستها ، أو يبين أسسها ، أنها تتكامل فيما بينها ولا تتآكل ، بل تعمل جميعها في إطار وحدة عضوية تتلاقى توجهاتها ، وتتوافق مصالحها . ثانيهما : أن الطلاق كان دائمًا ملاذًا نهائيًا للرجل ، ولا يلجأ إليه إلا باعتباره بابًا للرحمة في مجال علاقة زوجية غدا صدعها غائرا عميقا

ولم يكن مطلقًا بغيا من الرجل على المرأة لقوله تعالى : (فإن أظعنكم 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 تتناهى . وما 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 مطلقتة 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 هى عصبية على التنظيم التشريعى . وليس لها من الحماية ما يجاوز الانتفاع المشروع بعناصرها . ومن ثم ساع تحملها بالقيود التى تتطلبها وظيفتها الاجتماعية ، وهى وظيفة لا يتحدد نطاقها من فراغ ، ولا تفرض نفسها تحكما ، بل تملئها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأغراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين ، فى بيئة بذاتها لها توجهاتها ومقوماتها .

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

ولا تعارض الشريعة الإسلامية فى 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 فى أيديهم من الأموال لا يبددونها أو يستخدمونها إضرارا . يقول تعالى (وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه) . وليس ذلك إلا نهيا عن الولوغ بها فى الباطل . وتكليف لولى الأمر بأن يعمل على تنظيمها بما يحقق المقاصد الشرعية المتوخاة منها ، وهى مقاصد ينافيها أن يكون إنفاق الأموال وإدارتها عبثا أو إسرافا أو عدوانا ، أو متخذا 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 ثارا محضا 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 ، مقيدا بتراخيه في أن يوفر لهم مسكنا مناسباً يكون بديلاً عنه ، فإن استقلالهم به يغدو متصلاً بنفقتهم ، مترتباً على الإخلال بإيفائها ، بعد أن غض أبوهم بصره عن إحياء صفاره ، ليكون استمرارهم في شغل مسكن الزوجية ، عائداً في مصدره المباشر إلى نص القانون ، وعلى ضوء الموازنة التي أجراها المشرع بين مصلحة المطلق في أن يظل مقيماً بهذا المسكن من دون صفاره ، ومصلحتهم في البقاء فيه من دونه ، مرجحاً - في نطاق سلطته التقديرية في مجال تنظيم الحقوق - ثانيتهما ، باعتبار أن تفويتها يلحق بصفاره مضاراً لا حد لها ، ولأن الأضرار حين تتزاحم ، فإن اختيار أهونها دفعا لأعظمها خطراً وأفدحها أثراً ، يكون لازماً ، وواقعاً فيه نطاق الوظيفة الاجتماعية للملكية ، التي يحدد ولي 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 لصفاره من مطلقته ، رغم قيام الدليل على أنهم لا يملكون مالا حاضراً يدبرون منه سكناهم ، وليس لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ويسأوبهم 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 في أول يوليو سنة ١٩٨٥ - أن حكمها لم يكن وارداً في 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 القاضى لها وللمحضونين أجر مسكن مناسب ، وكان ذلك من المشرع

بحسبان أنها قد تؤثر الانتقال مع الصغار إلى ذويها طلبا لملازمهم وعونهم ، وقد يكون لها مسكنها ويريحها أن تظل فيه ، بافتراض أن انتقالها منه إلى مسكن الزوجية قد يؤذيها أو يرهقها ، وقد يروعاها - بما يقوض سكينتها وبقاء نفسها - فيما إذا كان أهل المطلق أولو بأس شديد ، فلا تخلص - إزاء اضطرابها - لمحضونيتها ، ولا تمنحهم من اهتمامها ما يستحقون ، ولا تُعينهم على قضاء حوائجهم بما يكفيها ، فإن اختيارها أحد هذين البديلين - مسكن الزوجية أو أجر مسكن مناسب للمحضونين ولها - لا يكون مناقضا أحكام الدستور - ومن بينها مادته الثانية - باعتباره مقرا لمصلحة لها اعتبارها ، وإهمالها يلحق الضرر بها وبمحضونيتها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا - المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، وذلك فيما نصت عليه وتضمنته من :
أولا : إلزامها المطلق بتهيئة مسكن مناسب لصغاره من مطلقته وحاضنتهم ولو كان لهم مال حاضر يكفي لسكنهم ، أو كان لحاضنتهم مسكن تقيم فيه ، مؤجرا كان أم غير مؤجر .
ثانيا : تقييدها حق المطلق - إذا كان مسكن الزوجية مؤجرا - بأن يكون إعداد مسكنا 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