جلسة ٢٦ من مايو سنة ١٩٩٧

برئاسة السيد المستشار / محمد مصباح شرايه نائب رئيس المحكمة وعضوية السادة المستشارين فتحي محمود السيد ، سعيد غرياني ، حسين السيد متولي نواب رئيس المحكمة وحسن حسن منصور .

(١٥٨)

الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٦٣ القضائية ، أحوال شخصية،

(١) دستور ، المحكمة الدستورية العليا ، . قانون ، عدم دستورية القوانين ، .

المحكمة الدستورية العليا هي الجهة المنوط بها – دون غيرها – مهمة الرقابة على دستورية القوانين . مؤداه . ليس لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص ما لم يقض بعدم دستوريته . إذا تراءى لها ذلك في دعوى مطروحة عليها . تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية . المادتان ١/١٧٥ من الدستور ، ٢٩ من ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

(٢) دعوى، المسائل التى تعترض سير الخصومة : الوقف التعليقى ، .

الوقف التعليقى للدعوى . م ١٢٩ مرافعات . جوازى للمحكمة حسبما تستبينه من مدى جدية المنازعة في المسألة الأولية الخارجة عن اختصاصها . الدعى بعدم استعمالها لتلك الرخصة . غير جائز.

(٣) أحوال شخصية ، دعوى الأحوال الشخصية ، . إثبات .

إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية والوقف . خضوعها لقانون المرافعات . قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل . خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية . م ٥ ، ٦ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، م

(٤) أحوال شخصية ، دعوى الأحوال الشخصية، . إثبات ، البينة: اليمين ، .

البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر . مؤداه . عدم جواز اللجوء لليمين إذا كان للمدعى بيّنة حاضرة . إقامة المدعى البيّنة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمينه على أنه محق فى دعواه أو أن الشهود محقون فى الشهادة . لا يجاب إليه . علة ذلك . اليمين حق للمدعى على المدعى عليه لا يستوفى إلا بطلب المدعى عند عجزه عن إقامة البينة .

(٥)دعوى ، الدفاع فى الدعوى : الدفاع الجوهرى ، . حكم ، عيوب التدليل : ما لا يعد عيبًا ، .

الدفاع الجوهرى المنتج فى الدعوى . التزام المحكمة بتحقيقه أو الرد عليه . عدم استناد الدفاع إلى سند صحيح وعدم تأثيره فى النتيجة السليمة التى انتهى إليها . إغفال الرد عليه . لا عيب .

(٦) حكم ، تسبيب الحكم ، . نقض ، أسباب الطعن : السبب غير المنتج ، .

إقامة الحكم على عدة دعامات . كفاية إحداها لحمل قضاءه . النعى على عداها . غير منتج .

(٧) أحوال شخصية ، دعوى الأحوال الشخصية : حضانة : مسكن الزوجية ، . حكم ، تسبيبه ، .

إقامة الطاعنة الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية . مفاده . أنها اختارت ذلك . عدم تخيير الحكم المطعون فيه لها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة . لا عيب.

١- المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن نص المادتين ١/١٧٥ من الدستور ، ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ يدل على أن المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المنوط بها - دون غيرها - مهمة الرقابة على دستورية

القوانين فلا يكون لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص فى القانون لم يقض بعدم دستوريته ، وإنما إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليها تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

٢- المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الوقف التعليقى للدعوى طبقًا لنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات أمر جوازى متروك لمطلق تقديرها حسبما تستبينه من مدى جدية المنازعة فى المسألة الأولية الخارجة عن اختصاصها ، فلا يجوز النعى على حكمها بعدم استعمالها لتلك الرخصة .

٣- المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه لما كان مفاد نص المادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

٤- المقرر - فى فقه الحنفية - أنه إذا أقام المدعى البيّنة على دعواه ثم طلب المدعى عليه بعد ذلك يمينه على أنه محق فى دعواه أو أن الشهود محقون فى الشهادة فإن القاضى لا يجيبه إلى طلبه لأن اليمين حق للمدعى على المدعى عليه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر » فقسم بين الخصمين ، والقسمة تنافى الشركة ، وهذا الحق لا يستوفى إلا بطلب المدعى إذا عجز عن إقامة البينة ، لقوله صلى الله عليه وسلم فى قضية الحضرمى والكندى : ألك بينة . قال لا ، فقال صلى الله عليه وسلم : لك يمينه ، والشهادة إخبار صدق لإثبات حق وهى حجة لها قوة الإظهار لأنها كلام من ليس بخصم فى حين أن اليمين لا تصلح حجة مظهرة للحق ، إلا أنها حجة للمدعى عليه إذا وجهها له المدعى

لا تصلح حجة مظهرة للحق ، إلا أنها حجة للمدعى عليه إذا وجهها له المدعى الذى لا بيّنة له ، إذ أنه فى هذه الحالة يكون الظاهر مع المدعى عليه فتكون يمينه حجة على المدعى الذى لم يثبت خلاف الظاهر ، ولذا ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز اللجوء لليمين إذا كان للمدعى بيّنة حاضرة .

٥- الدفاع الذى تلتزم المحكمة بتحقيقه أو الرد عليه هو الدفاع الجوهرى المنتج فى الدعوى ، فإن عدم رد الحكم المطعون فيه على طلب الطاعن استحلاف المطعون ضدها - بعد أن أثبت دعواها بأقوال شاهديها التى اطمأنت إليها المحكمة - لا يعيبه إذ لا يستند هذا الدفاع إلى سند صحيح ولا يؤثر فى النتيجة السليمة التى انتهى إليها الحكم

٦- المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم إذاأقيم على عدة دعامات وكانت إحداها كافية لحمل قضاءه فإن النعى على عداها يكون غيرمنتج .

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن- تتحصل فى أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٧ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة على الطاعن بطلب الحكم باستقلالها بمسكن الزوجية المبين بصحيفة الدعوى ؛ وقالت بياناً لذلك ، إنها كانت زوجاً له وطُلقت منه بائناً للضرر بعد

أن رُزقت منه بالصغيرتين .... وعمرها ثمانى سنوات ، ..... وعمرها أربع سنوات وهما فى حضانته ، وإذ لم يهيئ لهما مسكناً فمن ثم أقامت الدعوى . أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، وبعد سماع شهود الطرفين حكمت بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٧ باستقلال المطعون ضدها ومحضونتيها ..... و..... بمسكن الزوجية المبين بالصحيفة . استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٦٩ لسنة ١٠٦ ق القاهرة وأحالت المحكمة الاستئناف للتحقيق ، وبعد أن استمعت إلى شهود الطرفين قضت بتاريخ ١٩٩٣/٣/٦ بتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن ، عُرض الطعن على المحكمة فى غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أُقيم على سببين ، ينعى الطاعن بالأول منهما على الحكم المطعون فيه البطلان ، وفى بيان ذلك يقول إنه تمسك أمام محكمة الاستئناف بوقف الدعوى لحين الفصل فى الدعوى رقم ٧ لسنة ٨ ق «دستورية» المرفوعة أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٨ مكرراً ثالثاً المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وهو ما يعد تمسكاً منه بعدم دستورية هذه المادة ، وإذ أطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفع ، وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف استناداً لنص المادة المذكورة رغم عدم دستوريتها فإنه يكون معيباً بالبطلان بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى فى غير محله ذلك بأن من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن نص المادتين ١/١٧٥ من الدستور ، ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ يدل على أن المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المنوط بها – دون غيرها – مهمة الرقابة على دستورية القوانين فلا يكون لغيرها من المحاكم الامتناع عن تطبيق نص فى القانون لم يقض بعدم دستوريته ، وإنما إذا تراءى لها ذلك فى دعوى مطروحة عليها تعين وقفها وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ؛ لما كان ذلك ، وإذ لم تقض تلك المحكمة بعدم دستورية

رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، فإنه ما كان لمحكمة الاستئناف أن تمتنع عن تطبيق ذلك النص ، ولا عليها إذ لم توقف الدعوى لحين الفصل فى دعوى بعدم دستوريته ليس من خصومها طرفًا الدعوى ، ذلك بأن من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الوقف التعليقى للدعوى طبقًا لنص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات أمر جوازى متروك لمطلق تقديرها حسبما تستبينه من مدى جدية المنازعة فى المسألة الأولية الخارجة عن اختصاصها ، فلا يجوز النعى على حكمها بعدم استعمالها لتلك الرخصة، هذا فضلاً عن أنه قضى فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ ق « دستورية » بتارخ ١٩٩٣/٥/١٥ بعدم قبول الدعوى بالنسبة للطعن بعدم دستورية النص المذكور ، ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الثانى على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع ؛ وفى بيان ذلك يقول إنه طلب بمذكرته المقدمة لجلسة ١٩٨٩/١٢/٤ على سبيل الاحتياط توجيه اليمين للمطعون ضدها إلا أن الحكم التفت عن هذا الطلب بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى فى غير محله ؛ ذلك بأن من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أنه لما كان مفاد نص المادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الاثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ، فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات ، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الاسلامية ؛ لما كان ذلك ، وكان النزاع يدور بشأن مسكن حضانة باعتبار أن ذلك مما يلتزم به الأب شرعًا نحو أولاده المحضونين ، وكان من المقرر فى فقه الحنفية أنه إذا أقام المدعى البينة على دعواه ثم طلب المدعى

عليه بعد ذلك يمينه على أنه محق فى دعواه أو أن الشهود محقون فى الشهادة فإن القاضى لا يجيبه إلى طلبه لأن اليمين حق للمدعى على المدعى عليه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فقسم بين الخصمين ، والقسمة تنافى الشركة ، وهذا الحق لا يستوفى إلا بطلب المدعى إذا عجز عن إقامة البينة لقوله صلى الله عليه وسلم للمدعى فى قضية الحضرمى والكندى : ألك بينة ، قال لا ، فقال صلى الله عليه وسلم : لك يمينه ، والشهادة إخبار صدق لإثبات حق وهى حجة لها قوة الإظهار لأنها كلام من ليس بخصم فى حين أن اليمين لا تصلح حجة مظهرة للحق ، إلا أنها حجة للمدعى عليه إذا وجهها له المدعى الذى لا بينة له ، إذ أنه فى هذه الحالة يكون الظاهر مع المدعى عليه فتكون يمينه حجة على المدعى الذى لم يثبت خلاف الظاهر ، ولذا ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز اللجوء لليمين إذا كان للمدعى بينة حاضرة ؛ لما كان ذلك ، وكان الدفاع الذى تلتزم المحكمة بتحقيقه أو الرد عليه هو الدفع الجوهرى المنتج فى الدعوى ، فإن عدم رد الحكم المطعون فيه على طلب الطاعن إستحلاف المطعون ضدها – بعد أن أثبتت دعواها بأقوال شاهديها التى اطمأنت إليها المحكمة – لا يعيبه إذ لا يستند هذا الدفاع إلى سند صحيح ولا يؤثر فى النتيجة السليمة التى انتهى إليها الحكم ؛ ومن ثم فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الأول من السبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ، والفساد فى الاستدلال ، والقصور وفى بيان ذلك يقول إن الحكم أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على سند من أقوال شاهدى المطعون ضدها فى حين أن شاهدها الأول شقيقها والثانى شهادته سماعية ، كما التفت الحكم عن المستندات المقدمة من الطاعن التى تدل على أن شقة النزاع ليست هى شقة الزوجية ؛ دون أن تُخير المطعون ضدها بين الاستقلال بذلك المسكن وتقدير أجر مسكن لها وللصغيرتين رغم تمسك الطاعن بذلك ، فإن الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

تمسك الطاعن بذلك ، فإن الحكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود ؛ ذلك بأن من المقرر – فى قضاء هذه المحكمة – أن الحكم إذا أقيم على عدة دعامات وكانت إحداها كافية لحمل قضائه فإن النعى على عداها يكون غير منتج ؛ لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من استقلال المطعون ضدها وبتثبيتها منه بشقة النزاع باعتبارها مسكن الزوجية على ثلاث دعامات الأولى شهادة شاهديها أمام محكمة أول درجة ، والثانية إقرار المطعون ضده بالمحضر رقم ٢٤٢٨ لسنة ١٩٨٤ إدارى مدينة نصر بأن مسكن النزاع هو مسكن الزوجية وأن المطعون ضدها تقيم فيه، والثالثة توجيه إنذار الطاعة للمطعون ضدها على هذا المسكن ، وكانت الدعامة الثانية كافية لحمل قضائه ، فإن النعى إذ يدور حول تعييب الحكم فى الدعامة الأولى المتمثلة فى أقوال الشهود – أياً ما كان وجه الرأى فيه – يكون غير منتج ، ومن ثم غير مقبول ، ولا يعيب الحكم عدم تخيير المطعون ضدها بين الاستقلال بمسكن الزوجية وتقدير أجر مسكن للحضانة إذ أن إقامتها الدعوى بطلب الاستقلال بمسكن الزوجية مفاده أنها اختارت ذلك .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .