باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت ٢ يناير سنة ١٩٩٩م الموافق ١٤ رمضان سنة ١٤١٩ هـ .

برئاسة السيد المستشار/ محمد ولى الدين جلال ..... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : حمدى محمد على والدكتور/ عبد المجيد فياض وماهر البحيرى ومحمد على سيف الدين وعدلى محمود منصور ومحمد عبد القادر عبد الله .

وحضور السيد المستشار / عبد الوهاب عبد الرازق ..... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد / حمدى أنور صابر ..... أمين السر

أصدرت الحكم الآتى :

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١٢ لسنة ١٩ قضائية « دستورية » .

المقامة من :

السيد/ محمد عمر طوسون عبد الواحد .

ضـــد :

١ - السيد/ رئيس الجمهورية - بصفته .

٢ - السيد/ رئيس مجلس الشعب - بصفته .

٣ - السيد/ رئيس مجلس الوزراء - بصفته .

٢ - السيد/ وزير العدل - بصفته .

٥ - السيدة / نجوى محمد على مفتاح معبد .

الإجـــــراءات :

فى السادس عشر من يناير سنة ١٩٩٧ ، أودع المدعى صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبا الحكم بعدم دستورية المواد (٦ و٧و ١٠و ١١و ١١ مكرراً و١١ مكرراً ثانياً و١٨ مكرراً ثانيا و ٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية والمادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فى ختامها الحكم أصليا بعدم قبول الدعوى واحتياطيا برفضها .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

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

المحـــكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت ضد المدعى الدعوى رقم ٦١٢ لسنة ١٩٩٣ شرعى كلى الفيوم بطلب الحكم بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة الموجه إليها من المدعى بتاريخ ١٣/ ١٠/١٩٩٣ وأثناء نظر الدعوى أضافت المدعى عليها إلى طلبها الأصلى طلباً جديداً بتطليقها من المدعى طلقة بائنة للضرر والشقاق ، فدفع المدعى بعدم دستورية المواد (٧ و٨ و٩و ١٠و ١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وإذ قدرت محكمة الموضوع جدية دفعه وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام دعواه الماثلة .

وحيث إن من المقرر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن نطاق الدعوى الدستورية التى أتاح المشرع للخصوم إقامتها يتحدد بنطاق الدفع بعدم الدستورية الذى أثير أمام محكمة الموضوع ، وفى الحدود التى تقدر فيها تلك المحكمة جديته وذلك عملا بالبند (ب) من المادة (٢٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ إذ كان ذلك وكان التصريح بإقامة الدعوى الدستورية قد اقتصر على المواد (٧ و٨ و٩ و١٠ و١١) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه ، إلا أن الطلبات الختامية فى صحيفة الدعوى الدستورية قد تضمنت طعنا بعدم دستورية مواد أخرى لم يشملها ذلك التصريح ، كما خلت من الطعن على المادتين (٨ و٩) من المرسوم بقانون المشار إليه ؛ ومن ثم فإن النطاق الذى تتحدد به الدعوى الماثلة إنما يقتصر على المواد التى رخصت محكمة الموضوع للمدعى فى إقامة الدعوى بالنسبة لها وأوردها فى صحيفة دعواه وذلك طبقا لحكم المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وهى المواد (٧ و١٠ و١١) من المرسوم بقانون المشار إليه دون غيرها ؛ بما مؤداه انتفاء اتصال الدعوى - فى شقها الخاص بالطعن على النصوص الأخرى - بهذه المحكمة اتصالا مطابقا للأوضاع التى رسمها قانونها والتى لايجوز الخروج عليها بوصفها ضوابط جوهرية فرضها المشرع لمصلحة عامة حتى ينتظم التقاضى فى المسائل الدستورية وفقاً للقواعد التى حددها ، الأمر الذى يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى بالنسبة إليها .

وحيث إن هذه المحكمة سبق أن باشرت رقابتها القضائية على دستورية المادتين العاشرة والحادية عشرة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأصدرت بجلسة ١٩٩٧/٧/٥ حكمها فى القضية رقم ٨٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية برفض الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة الحادية عشرة ، وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٧/١٩ ، ثم أصدرت بتاريخ ١٩٩٨/٥/٩ حكمها فى القضية رقم ١٢١ لسنة ١٩ قضائية دستورية برفض الدعوى بعدم دستورية المادة العاشرة ؛

وقد نشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٨/٥/٢١ إذ كان ذلك وكانت أحكام المحكمة الدستورية العليا قولا فصلا لايقبل تعقيبا ولا تأويلا من أى جهة كانت ، فإن الخصومة الدستورية بالنسبة لهاتين المادتين - وهى عينية بطبيعتها - تكون قد انحسمت فلا رجعة إليها .

وحيث إن المادة السابعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار إليه تنص على مايأتى : «يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما» ؛ وينعى المدعى على هذه المادة مخالفتها للنص القرآنى الذى أوجب أن يكون الحَكَمان من أهل الزوجين .

وحيث إن من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، أن حكم المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها فى ٢٢ من مايو سنة ١٩٨٠ - يقيد السلطة التشريعية اعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل وأن مؤداه ألا تناقض تشريعاتها مبادئ الشريعة الإسلامية التى لايجوز الاجتهاد فيها ، والتى تمثل ثوابتها - مصدرا وتأويلا - إذ هى عصية على التأويل فلا يجوز تحريفها ، بل يتعين رد النصوص القانونية إليها للفصل فى تقرير اتفاقها أو مخالفتها للدستور . ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها ، أو بهما معا ، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ، ولا تمتد لسواها ؛ إذ هى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ؛ لضمان مرونتها وحيويتها ، ولمواجهة النوازل على اختلافها ، تنظيما لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعاً ؛ ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ؛ على أن يكون الاجتهاد دوما واقعا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لايجاوزها ؛ ملتزما ضوابطها الثابتة ، متحريا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلا صون المقاصد الكلية للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن الأصل فى بعث الحَكَمَين عند وقوع شقاق بين الزوجين هو قوله تعالى «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً» . ولئن كان اللفظ القرآنى الكريم صريحاً فى دلالته على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين أى من ذوى قرابتهما تقديرا من الشارع الحكيم أن ما ينشأ من خلاف منذر بالفرقة بين الزوجين يكون عادة معلوما لدى أهلهما ، فضلا عن أن الحَكَمين - بحكم الوشائج الحميمة المترتبة على تلك القرابة - يكونان أدنى إلى نفس الزوجين فلا يستحيان من الإفضاء لهما بما تنطوى عليه سرائرهما من مكنونات يؤثران - صونا لكرامتهما - عدم البوح بها لأجانب عنهما ؛ بيد أنه وقد سكت العليم الخبير - لحكمة قدرها - عن بيان الحكم إذا لم يكن من بين الأهل من يحوز أهلية التحكيم - وأخصها الرشد والعدالة - أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما ؛ فكان حتما مقضيا - حتى لايشق الأمر على القاضى - أن يتدخل ولى الأمر لبيان من يجوز اختياره للتحكيم من غير أهل الزوجين فى هذه الحالة ؛ وهو مانحا إليه النص المطعون فيه - تخريجا على مذهب المالكية الذى استمد منه - حين أجاز للقاضى تعيين أجنبيين ممن لهم خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلاف بينهما إن لم يوجد من يصلح من أهلهما لمهمة التحكيم ، وليس ذلك إلا إعمالا للعقل بقدر ماتقتضيه الضرورة بما لاينافى مقاصد الشريعة الإسلامية ؛ ومراعاة أصولها ، وبالتالى فإن النعى على هذا النص بمخالفته للمادة الثانية من الدستور يكون حريا بالرفض .

فلهذه الأسباب :

حكمت المحكمة برفض الدعوى ، ومصادرة الكفالة وألزمت المدعى المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر **رئيس المحكمة**

صدر هذا الحكم من الهيئة المبينة بصدره أما السيد المستشار/ محمد على سيف الدين الذى سمع المرافعة وحضر المداولة ووقع مسودة هذا الحكم ، فقد جلس بدله عند تلاوته السيد المستشار/ فاروق عبد الرحيم غنيم .

رقم الإيداع بدار الكتب ١٩٩٩/٦٥ الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ٨ . ٢٥٣ س ١٩٩٨ - ٥ ٢٧٣