

باسم الشعب

المحكمة العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة في يوم السبت 3 من يوليو سنة 1976 الموافق 5 من رجب سنة 1396 هـ .

المؤلفة برياسة السيد المستشار/ بدوي إبراهيم حمودة

رئيس المحكمة

وحضور السادة المستشارين/ محمد عبد الوهاب خليل وعمر حافظ شريف نائبي رئيس المحكمة ومحمد بهجت عتيبة وعلي أحمد كامل وأبو بكر محمد عطية ومحمد فهمي حسن عشري أعضاء

وحضور السيد المستشار/ محمد كمال محفوظ

المفوض

وحضور السيد / سيد عبد الباري إبراهيم

أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في القضية المقيدة بجدول المحكمة العليا برقم 10 لسنة 5 قضائية عليا "دستورية".

المقامة من

السيدة / عدلات محمد سليم

ضد

1- السيد / رئيس الوزراء

2- السيد / وزير العدل

3- السيد / محمد لطفي مغازي

" الوقائع "

أقام المدعى عليه الثاني الدعوى الجزئية رقم 149 لسنة 1971 باب شرق للأحوال الشخصية " للولاية على النفس " بطلب الحكم بضم صغيريه مصطفى وفاطمة الزهراء إليه لبلوغهما أقصى سن حضانة النساء، وقد قضت له المحكمة بما طلب، وأقيم هذا القضاء حسبما ورد في أسبابه على بلوغ الصغيرين أقصى سن حضانة النساء المنصوص عليه في المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية وهو تسع سنين للصغير وإحدى عشرة سنة للصغيرة ، وعلى أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة وهو المذهب الواجب تطبيقه نزولاً على حكم المادة (280) من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

وقد استأنفت المدعية هذا الحكم طالبة القضاء بإلغائه موضوعاً والحكم برفض الدعوى ، ودفعت أمام المحكمة الاستئنافية بعدم دستورية المادة (280) من اللائحة سالفة الذكر والمادة (20) من القانون رقم 25 لسنة 1929

المشار إليه، فقررت هذه المحكمة بجلسة 17 من إبريل سنة 1974 تأجيل نظر الاستئناف لجلسة 5 من يونيه سنة 1974 حتى تقيم المدعية الدعوى بعدم دستورية هاتين المادتين أمام المحكمة العليا.

وبصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة العليا بتاريخ 25 من مايو سنة 1974 أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم بعدم دستورية المادتين سالفتي الذكر لمخالفته ما المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن " مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع" والفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التي تنص على أن "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين"....

وقد أودعت الحكومة مذكرة بجلسة 27 من مارس سنة 1975 تحضير دفعت فيها، أصلياً: بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لانعدام مصلحة المدعية في هذا الطعن، وطلبت، احتياطياً: رفض الدعوى برمتها موضوعاً.

وقد قدمت هيئة مفوضي الدولة تقريراً انتهت فيه إلى أنها ترى الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبرفضها موضوعاً وإلزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة .

وقد نظرت الدعوى بجلسة 3 من إبريل سنة 1976 حيث أجلت لجلسة أول مايو سنة 1976 ثم لجلسة 5 من يونيو سنة 1976 ثم أرجئ النطق لجلسة اليوم وفيها صدر الحكم الآتي :

" المحكمة "

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع الإيضاحات، وبعد المداولة .

من حيث إن الدعوى استوفت الأوضاع المقررة قانوناً.

عن الدفع بعدم قبول الدعوى بالنسبة إلى الطعن بعدم دستورية المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

من حيث أن مبنى هذا الدفع انتفاء مصلحة المدعية في الطعن، وتقول الحكومة في بيان ذلك أن المادة المذكورة تنص على أن "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقاً لتلك القواعد"، ويستفاد من هذا النص أن الشارع يفرق في شأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المنازعات التي شرع لها قواعد خاصة نص عليها في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو في قوانين خاصة وبين تلك التي لم يشرع لها مثل هذه القواعد، فأوجب الفصل في الأولى وفقاً لما شرع من قواعد، وأوجب الفصل في الثانية وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، ولما كان الشارع قد شرع للمنازعات المتعلقة بضم الصغير إلى عاصبه قاعدة خاصة ضمنها نص المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، فإن هذه القاعدة دون سواها تكون هي الواجبة التطبيق فيما ثار بين المدعية وبين المدعى عليه الثاني في الدعوى الموضوعية حول ضم الطفلين، ومن ثم تنتفي مصلحة المدعية في الطعن في المادة (280) من اللائحة سالف الذكر فيما نصت عليه من وجوب الفصل في المنازعات التي لم يرد في شأنها قواعد خاصة طبقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة .

ومن حيث إن هذا الدفع غير سديد ذلك أن المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية إذ اقتصر نصها على أن " للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إن تبين له إن مصلحتها تقتضي ذلك" تكون قد اقتصرت

فى شأن أحكام الحضانة على تقنين حكم يتعلق -فحسب- بتحديد أقصى سن حضانة النساء للصغير، ولما كانت المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد أوجبت الفصل فيما لم يرد فى شأنه قاعدة خاصة فى هذه اللائحة أو فى قوانين الأحوال الشخصية وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة فإن مفاد ذلك أن ما لم يتناولها نص المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 من أحكام الحضانة كمقومات الحضانة وشرائطها ومسقطاتها يبقى محكوماً بأرجح الأقوال فى هذا المذهب، وإذ كانت المدعية تستهدف بالدعوى الدستورية استبعاد المذهب الحنفى أصلاً من مجال التطبيق القضائى فى منازعات الحضانة توصلأ إلى الحكم برفض دعوى الضم المقامة عليها أمام محكمة الموضوع فإن مصلحة المدعية فى الطعن فى المادة (280) من اللائحة المذكورة تكون قائمة ومن ثم يكون الدفع غير قائم على أساس سليم متعيناً رفضه.

عن الموضوع:

أولاً- بالنسبة إلى الطعن فى المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية :

من حيث أن المدعية تنعى على هذه المادة أولاً مخالفة نصين من الدستور أولهما نص المادة الثانية التى تنص على أن "الإسلام دين الدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع" والثانى نص الفقرة الأولى من المادة التاسعة منه التى تنص على أن " الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية " وذلك للأوجه الآتية :-

الوجه الأول:

أن المادة الثانية من الدستور إذ نصت على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع، فإنها تعنى توجيه المشرع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر كلى ينتظم كافة المذاهب الفقهية على السواء، دون التقيد بمذهب معين من تلك المذاهب أو بأرجح الأقوال فيها، وإذ كانت المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد نصت على إلزام القضاء التقيد بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة دون سواه، وكان هذا التقيد مما لا يملكه ولى الأمر فإنها تكون قد خالفت المادة الثانية من الدستور.

الوجه الثانى :

أن إلزام القضاء التقيد بمذهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية من شأنه إغلاق باب الاجتهاد وتجميد الشريعة السمحاء، مع أن الاجتهاد واجب على أهل كل زمان.

الوجه الثالث:

أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الدستور إذ نصت على أن " الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين.... " إنما قصدت أن تهيمن على تنظيم الأسرة مبادئ الشريعة الإسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول، لا أن يهيمن على هذا التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفى .

ومن حيث إنه بالنسبة إلى ما تنعاه المدعية -فى الوجه الأول من أوجه الطعن فى المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وحاصله مخالفة تلك المادة لنص المادة الثانية من الدستور، فهو مردود بأن هذه المادة تقضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع -فهى تستهدف توجيه الشارع إلى إستلهاهم قواعد التشريع من مبادئ الشريعة الغراء، أما تخير المشرع مذهباً دون مذهب أو أرجح الأقوال فى مذهب من المذاهب وإلزام

القضاء التقيد به- فهو من المسائل التي يترخص فيها بسلطة تقديرية وفقاً لما يراه ملائماً لظروف المجتمع بلا معقب عليه في تقديره، وليس صحيحاً ما تقوله المدعية من أن ولي الأمر لا يملك تقيد القضاء بمذهب دون سواه، إذ يسوغ للشارع - بما له من سلطان - أن يجمع الناس على رأى واحد يرفع به الخلاف ويقيد به القاضى كي ينزل الجميع على حكمه ويأثم من يخالفه لأن طاعة ولي الأمر واجبة فيما ليس فيه مخالفة للشرع ولا معصية ، وأساس هذا الجمع هو تيسير تعريف القاضى والمتقاضى على السواء بما يحكم أعمال الناس من قواعد، تحقياً لاستقرار العلاقات وثبات الأحكام وإرساء للحق والعدل والمساواة ، وعلى أساس هذا النظر أصدر المشرع الأمر العالى المؤرخ فى 27 من مايو سنة 1897 مشتملاً على اللائحة الأولى لترتيب المحاكم الشرعية متضمنة تقنياً تشريعياً لبعض الأحكام الشرعية ، وقد نص فى المادة (280) من تلك اللائحة على وجوب صدور الأحكام فيما لم يرد فى شأنه نص فيها - وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة وبمذهب أبى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر، ثم أصدر القانون رقم 25 لسنة 1930 فى شأن النفقة والمفقود والتفريق بالعيب، والمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 فى شأن الطلاق والشقاق بين الزوجين والتطبيق للضرر ولغيبية الزوج أو لحبسه وتحديد أقصى سن لحضانة النساء للصغير، ثم استعاض عن اللائحة المشار إليها باللائحة الجديدة للمحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 التى تتضمن تقنياً تشريعياً لبعض أحكام الأحوال الشخصية أخصها ما يتعلق بسماع الدعوى عند الإنكار (المادتان 98، 99)، وبالأدلة الخطية (المادة 127)، وبالشهادة (المادتان 119، 181) وقد نصت المادة (280) منها على وجوب صدور الأحكام فيما لم يرد فى شأنه نص فى هذه اللائحة أو فى قوانين الأحوال الشخصية وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة ، ثم قنن الشارع بعض الأحكام الشرعية الأخرى بتشريعات عدة منها القانون رقم 77 لسنة 1943 فى شأن المواريث، والقانون رقم 71 لسنة 1946 فى شأن الوصية ، والمرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال ثم أبقى الشارع على نص المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فلم يتناوله بالإلغاء ضمن ما ألغاه من نصوصها بالقانون رقم 452 لسنة 1955 الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية - وعلى مقتضى ذلك كله يتعين رفض هذا الوجه من أوجه الطعن.

ومن حيث إن ما تنعاه المدعية - فى الوجه الثانى من أوجه طعنها فى المادة (280) من اللائحة المذكورة وحاصله " إن إلزام القضاء التقيد بمذهب دون سواه من مذاهب الشريعة الغراء من شأنه إغلاق باب الاجتهاد" - مردود بأنه فضلاً عن أن ذلك الوجه لا ينطوى على مخالفة لنص من نصوص الدستور فإن هذه المادة لا تغلق باب الاجتهاد بل أنها إذ تنص على وجوب إصدار الأحكام - فيما لم يرد فيه نص وضعى - وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - تكون قد تركت للقاضى باب الاجتهاد مفتوحاً لاستظهار أرجح هذه الأقوال، وليس من شأن هذه المادة منع الشارع من أن يستلهم من المذاهب الأربعة ومن غيرها من المذاهب الأخرى - ما يراه ملائماً لزمانه وبيئته، ولم يغيب هذا المعنى عن الشارع، فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية أنه " من السياسة التشريعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها وأن يرجع إلى آراء العلماء لمعالجة الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجاً من الضيق ... وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام".

ومن حيث إنه عن الوجه الثالث من أوجه الطعن فى المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وحاصله أن الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الدستور إذ نصت على أن " الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين... " فأنها تعنى أن تهيمن على تنظيم الأسرة مبادئ الشريعة الإسلامية بكل ما فيها من سعة وشمول لا أن يهيمن على هذا

التنظيم مذهب واحد من مذاهب الشريعة الغراء هو المذهب الحنفي - هذا القول مردود بأن ذلك النص الدستوري إنما يتعلق بالمقومات الأساسية للمجتمع، فهو يتضمن توجيه الأسرة إلى الاعتصام بالدين والتزام أوامره ونواهيه ولا شأن له به بدستورية القوانين.

ثانياً:- بالنسبة إلى الطعن في المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 في شأن تحديد أقصى سن لحضانة النساء للصغير:

من حيث أن المدعية تنعى على هذه المادة مخالفة المادة الثانية من الدستور التي تنص على أن "مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع". وبيان ذلك أن المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 سألقة الذكر إذ أقرت ضمناً ما أمرت به المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من صدور الأحكام في سائر منازعات الحضانة - عدا ما تضمنته من تحديد أقصى سن حضانة النساء للصغير- وفقاً لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة تكون بدورها- قد خالفت هذا النص الدستوري لذات الأسباب التي أقيم عليها الطعن في المادة (280) من اللائحة .

ومن حيث إن هذا القول مردود بما سلف بيانه من أسباب في شأن الرد على ما أثارته المدعية من أوجه الطعن في المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ومن حيث إنه يخلص من كل ما تقدم أن المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ نصت على أن " تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام فيها طبقاً لتلك القواعد" وأن المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إذ نصت على أن " للقاضي أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة سنة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك" لا تكون أيتها مخالفة للدستور، ومن ثم تكون الدعوى غير قائمة على أساس متعيناً رفضها موضوعاً وإلزام المدعية المصروفات ومصادرة الكفالة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم قبول الدعوى ، وفي الموضوع برفض الدعوى وألزمت المدعية المصروفات ومبلغ ثلاثين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة وأمرت بمصادرة الكفالة .