باسم الشعب

المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد ١٩ ديسمبر سنة ٢٠٠٤م ، الموافق ٧ من ذى القعدة سنة ١٤٢٥ هـ .

برئاسة السيد المستشار / ممدوح مرعى ..... رئيس المحكمة

وعضوية السادة المستشارين : محمد على سيف الدين ومحمد عبد العزيز الشناوى وماهر سامى يوسف والسيد عبد المنعم حشيش ومحمد خيرى طه وسعيد مرعى عمرو

وحضور السيد المستشار / نجيب جمال الدين علما ..... رئيس هيئة المفوضين

وحضور السيد/ ناصر إمام محمد حسن ..... أمين السر

اصدرت الحكم الآتى

فى القضية المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١١٩ لسنة ٢١ قضائية «دستورية» .

المقامة من

السيدة / وفاء إبراهيم ممتاز .

ضد

١ - السيد رئيس الجمهورية .

٢ - السيد رئيس اللجنة التشريعية بمجلس الشعب .

٣ - السيد / طارق أحمد حسن خطاب .

الإجـــراءات

بتاريخ ٢٩ من يونيو سنة ١٩٩٩ ، أودعت المدعية صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة ، طالبة الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الرابعة من المادة ١٨ مكرراً (ثالثًا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية .

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

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

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، والمداولة .

حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليه الثالث كان قد أقام الدعوى رقم ٤٠٤٧ لسنة ١٩٩٦ كلى شمال القاهرة ، أمام محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية " ولاية على النفس " ، ضد المدعية ، يطلب الحكم باسترداد الشقة المبينة بصحيفة الدعوى ، والمؤجرة له بعقد الإيجار المؤرخ ١٩٨٨/٤/٣٠ ، وتسليمها إليه ومنع تعرض المدعية له فيها ، على سند من القول بأنه تزوج المدعية بتاريخ ١٩٨٢/١١/٨ ، وبعد أن أنجب منها الصغيرين أحمد وياسمين ، طلقها وترك لها العين المشار إليها لكونها حاضنة ، وإذ بلغ الصغيران أقصى سن مقرر لحضانة النساء ، فإنه يحق له استرداد المسكن ، إعمالاً لنص المادة (١٨) مكرراً (ثالثًا) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية . وقد حكمت المحكمة غيابيًا باسترداد مسكن الزوجية ، فعارضت المدعية فى هذا الحكم طالبة إلغاءه ، فحكمت المحكمة برفضها وتأييد الحكم المعارض فيه وإذ لم ترتض المدعية هذا الحكم ، فقد أقامت الاستئناف رقم ١٤٠١ لسنة ١ قضائية أمام محكمة استئناف القاهرة ، بطلب الحكم بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى . وأثناء نظر الاستئناف ، دفعت المدعية بعدم دستورية نص المادة (١٨) مكرراً " ثالثًا " المشار إليها ، وإذ صرحت محكمة الموضوع للمدعية - بعد تقديرها لجدية دفعها - بإقامة الدعوى الدستورية ، فقد أقامت الدعوى الماثلة.

وحيث إن المدعية تنعى على النص المطعون فيه مخالفته لأحكام المواد (٢ ، ٧ ، ٩ ، ١٢) من الدستور ، تأسيسًا على أن من مبادئ الشريعة الإسلامية أن من لها حق إمساك الولد ، وليس لها سكن ، فإن على الأب سكناهم جميعًا ، وأن الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وما يقوم عليه المجتمع من تضامن اجتماعى ، وبقاء المسكن فى حيازة المدعية ولديها فيه تحقيق للغاية المنشودة ، وهى رعاية الصغار وحماية الأسرة .

وحيث إن المادة (١٨) مكرراً " ثالثًا " - المطعون عليها - تنص على ما يأتى : -

" على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا فى شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

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

ويخير القاضى الحاضنة 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 ابتداء الاحتفاظ به قانونًا .

وللنيابة العامة أن تصدر قراراً 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 لازمًا للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها . متى كان ذلك ، وكانت دعوى الموضوع المقامة من المدعى عليه الثالث ضد المدعية - والتى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية - تتوخى الحكم له باسترداد مسكن الزوجية بعد انتهاء مدة الحضانة ، استناداً إلى نص الفقرة الرابعة من المادة (١٨) مكرراً " ثالثًا " ، ومن ثم تقوم المصلحة الشخصية المباشرة للمدعية فى الطعن على نص هذه الفقرة وحدها ، ويتحدد بها - دون غيرها - نطاق الدعوى الدستورية الماثلة .

وحيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد اطرد على أن ما نص عليه الدستور فى مادته الثانية - بعد تعديلها فى سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع ، إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه فى تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعى أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هى التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعًا ، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية ، وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً . ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعًا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ، ولا يجوز الخروج عليها ، أو الالتواء 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 الأصلية التى تفرض متطلباتها دومًا بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها ؛ وإلا اعتبر ذلك تشهيًا وإنكاراً لما عُلم من الدين بالضرورة . ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالتها أو بهما معًا ، ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها ، ولا تمتد لسواها . وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان ، لضمان مرونتها وحيويتها ، ولمواجهة النوازل على اختلافها ، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعًا ، ولا يعطل بالتالى حركتهم فى الحياة ، على أن يكون الاجتهاد دومًا واقعًا فى إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ، ملتزمًا ضوابطها الثابتة متحريًا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية ، والقواعد الضابطة لفروعها ، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال .

وحيث إن الحضانة - فى أصل شرعتها - هى ولاية للتربية ، غايتها الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه فى الفترة الأولى من حياته . والأصل فيها مصلحة الصغير ، وهى تتحقق بأن تضمه الحاضنة - التى لها الحق فى تربيته شرعًا - إلى جناحها ، باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه وصيانته ، ولأن انتزاعه منها - وهى أشفق عليه وأوثق اتصالاً به وأكثر معرفة بما يلزمه وأوفر صبراً - مضرة به ، إبان الفترة الدقيقة التى لا يستقل فيها بأموره . وحين يقرر ولى الأمر حدود هذه المصلحة معرفة بأبعادها ، فذلك لأن الشريعة الإسلامية فى مبادئها الكلية لا تقيم للحضانة وما يتعلق بها تخومًا لا يجوز تجاوزها ، ومن ثم تعين أن تتحدد بما يكون لازمًا للقيام على مصلحة الصغير ودفع المضرة عنه ، وقد دل الفقهاء باختلافهم حول مسألة الحضانة على أن مصلحة الصغير هى مدار أحكامها ، وأنها من المسائل الاجتهادية التى تتباين الآراء حولها ، لكل وجهة يعتد فيها بما يراه أكفل لتحصيل الخير للصغير فى إطار من الحق والعدل . وباستقراء أقوال الفقهاء يدل على أن اجتهاداتهم فى شأن الحضانة متباينة ، مدارها نفع المحضون . وفى ذلك قدر من المرونة التى تسمها الشريعة الإسلامية فى أحكامها الفرعية المستجيبة دومًا للتطور ، توخيًا لربطها بمصالح الناس واحتياجاتهم المتجددة ، وأعرافهم المتغيرة ، التى لا تصادم حكمًا قطعيًا ، وهى مرونة ينافيها أن يتقيد المشرع بآراء بذاتها لا يريم عنها ، أو يقعد باجتهاده عند لحظة زمنية معينة تكون المصالح المعتبرة شرعًا قد جاوزتها ، وتلك هى الشريعة فى أصولها ومنابتها ، شريعة مرنة غير جامدة ، يتقيد الاجتهاد فيها - بما يقوم عليه من استفراغ الجهد للوصول إلى حكم فيما لا نص فيه - بضوابطها الكلية وبما لا يعطل مقاصدها . ولئن صح القول بأن أهمية الاجتهاد ولزومه لا يوازيها إلا خطره ووقته ، فإن الصحيح كذلك أن لولى الأمر الاجتهاد فى الأحكام الظنية بمراعاة المصلحة الحقيقية التى يقوم برهانها من الأدلة الشرعية. فلا يصد اجتهاد اجتهاداً أو يكتسب عصمة من دونه .

وحيث إن الأصل فى حضانة الصغير والصغيرة هو تعهدهما بالرعاية ، بما يحول دون الإضرار بهما ، فكان لزامًا على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ، ولحاضنتهم ، مسكنًا مستقلاً مناسبًا ، وإلا استمروا من دونه فى شغل مسكن الزوجية ، إلا أن هذا الالتزام يدور وجوداً وعدمًا مع المدة الإلزامية للحضانة التى قررتها الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية ، وهى بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة ، ومن ثم فإن ما قرره النص الطعين من أن للمطلق الحق فى أن يعود إلى مسكنه بعد انتهاء مدة الحضانة إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانونًا ، لا يعدو أن يكون اجتهاداً غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها الثابتة ومبادئها الكلية ، إذ ليس ثمة نص قطعى فى هذا الأمر ولا ينال مما تقدم قالة أن للقاضى أن يأذن للحاضنة ، بعد انتهاء المدة الإلزامية للحضانة ، بإبقاء الصغير فى رعايتها حتى الخامسة عشرة ، والصغيرة حتى تتزوج ، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك ، إذ أن ما يأذن به القاضى على هذا النحو ، لا يعتبر امتداداً لمدة الحضانة الإلزامية ، بل منصرفًا إلى مدة استبقاء ، تقدم الحاضنة خلالها خدماتها متبرعة بها . وليس للحاضنة بالتالى أن تستقل بمسكن الزوجية خلال المدة التى شملها هذا الإذن ، ذلك أن مدة الحضانة التى عناها المشرع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكرراً (ثالثًا) - والتى جعل من نهايتها نهاية لحق الحاضنة وصغيرها من مطلقها فى شغل مسكن الزوجية - هى المدة الإلزامية للحضانة على ما تقدم ، وغايتها بلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة اثنتى عشرة سنة . وببلوغها يسقط حقها فى الاستقلال بمسكن الزوجية ، ليعود إليه الزوج المطلق منفرداً فى الانتفاع به ، إذا كان له ابتداء أن يحتفظ به قانونًا ، ومن ثم فإن ما قرره النص المطعون فيه لا يكون مناقضًا لأحكام الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى ، وبمصادرة الكفالة ، وألزمت المدعى بالمصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماة .

أمين السر رئيس المحكمة

صدر هذا الحكم من الهيئة المبينة بصدره ، أما السيد المستشار/ سعيد مرعى عمرو الذى سمع المرافعة وحضر المداولة ووقع على مسودة الحكم فقد جلس بدلاً منه عند تلاوته السيد المستشار/ حمدى محمد على .