تقرير مفوض الدولة

في الدعوى رقم ٣٠٨٦٢ لسنة ٦٤ قضائية

المُقامة من

محمد صلاح محمد عبد الله

ضـد

١- رئيس الجمهورية (بصفته)

٢- وزير الدفاع (بصفته)

٣- رئيس مجلس الشعب (بصفته)

٤- رئيس مجلس الشورى (بصفته)

الوقـائـع

أقام المدعي دعواه الماثلة بصحيفة موقعة منه بصفته محام مقبول أمام هذه المحكمة أودعت قلم الكتاب يوم الأحد الموافق ٢٠١٠/٥/٩ طلب في ختامها الحكم:

أولاً: قبول الطعن شكلاً.

ثانياً: في الموضوع: بإلغاء القرار السلبي الصادر من المعلن إليهم بصفتهم وإلزام المعلن إليهم بصفتهم بإصدار قرار بفرض الخدمة العسكرية الإلزامية على كل مصرية أتمت الثامنة عشر من عمرها .

وذكر المدعي شرحا لدعواه أن الدستور المصري قد أقر مبدأ المساواة بين المواطنين ، وخصوصا بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق والواجبات ولم يفرق بينهما مطلقاً ، إلا أن قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ جاء مخالفاً لنصوص ومواد الدستور بقصره الخدمة العسكرية على المصريين من الذكور فقط ، وهو ما يشكل تفضيلاً للذكور على الإناث والتفرقة بينهم وخص الذكور بشرف وواجب الدفاع عن الوطن وحرمان الإناث من ذلك الشرف العظيم وهو الأمر الذي يتنافى مع حقوق المرأة المصرية التي كفلها الدستور .

وأضاف المدعي شرحاً لدعواه أنه تقدم بعدة طلبات للمدعى عليهم بصفته ليصدروا قراراً بفرض الخدمة العسكرية الإلزامية على كل مصرية أتمت الثامنة عشر من عمرها مساواة بالمصريين من الرجال إلا إنهم لم يحركوا ساكناً ، فتقدم بطلب إلى لجنة التوفيق المختصة قيد برقم ٥٤ لسنة ٢٠١٠ والتي أوصت بعدم قبول الطلب ، الأمر الذي حدا به إلى إقامة دعواه الماثلة بطلباته آنفة البيان .

وجرى تحضير الدعوى أمام هيئة مفوضي الدولة على النحو الثابت بمحاضر الجلسات ، وبجلسة ٢٠١٠/١٢/٢٧ قدم المدعي الحاضر شخصياً حافظة مستندات طويت على المستند المعلى بغلافها وهو أصل الإخطار بالتوصية الصادرة عن لجنة التوفيق في بعض المنازعات والكائنة بوزارة العدل في الطلب المقدم منه برقم ٥٤ لسنة ٢٠١٠ ، وبجلسة ٢٠١٢/٢/٢٣ تقرر حجز الدعوى للتقرير ، ونفاذاً لذلك وردت إلينا الدعوى لإعداد تقرير بالرأى القانونى فيها .

الرأي القانوني

بعد الإطلاع على الأوراق والمستندات.

ومن حيث أن المدعي يهدف بدعواه إلى طلب الحكم بقبولها شكلاً وفي الموضوع بإلغاء قرار وزير الدفاع السلبي بالإمتناع عن إستدعاء الإناث المصريات اللائي أتممن الثامنة عشر من عمرهن للخدمة العسكرية الإلزامية ، وإلزام جهة الإدارة المصروفات .

ومن حيث إنه عن الدفع المبدى من المدعي بعدم دستورية نصوص المواد ١ ، ١٤ ، ١٥ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ فيما تضمنه من قصر الخدمة العسكرية على الذكور دون الإناث وما تضمنه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة المقرر دستورياً ، فإن المادة (١٧٥) من دستور جمهورية مصر العربية والنافذ اعتباراً من ٢٠١٢/١٢/٢٥ والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٥١ مكرر ب بذات التاريخ تنص على أن " المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة ، وتختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح ".

ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، وينظم الإجراءات التى تتبع أمامها.

ومن حيث إن المادة (٢٥) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بشأن إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا تنص على أن " تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي :

أولا: الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

ثانيا: ..... .

ثالثا: ..... .

كما تنص المادة (٢٩) من ذات القانون على أن " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه الآتي :

أ- ..... .

ب- اذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا ..... ".

ومن حيث إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن الدستور أفرد هذه المحكمة بتنظيم خاص حين ناط بها مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وذلك على الوجه المبين بالقانون ، مستهدفاً بذلك أن يفوض المشرع فى أن يحدد القواعد الموضوعية والإجرائية التى تباشر المحكمة الدستورية العليا من خلالها وعلى ضوئها الرقابة القضائية على دستورية النصوص التشريعية ، وكان قانون هذه المحكمة قد نظم بالمادتين ٢٧ ، ٢٩ منه الطرائق التى لاتقبل الدعوى الدستورية الا بولوجها ، وكان البين من هاتين المادتين ان كلتيهما لاتخولان الأشخاص الإعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين الطعن فى النصوص التشريعية بالطريق المباشر، ذلك أن أولاهما تخول المحكمة الدستورية العليا – حين يعرض لها بمناسبة ممارستها لاختصاصها – نص فى قانون أو لائحة يتصل بالنزاع المطروح عليها ، أن تحكم بعدم دستوريته بعد اتخاذ الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية ، وعملا بثانيتهما يجوز لمحكمة الموضوع أن تحيل من تلقاء نفسها إلى المحكمة الدستورية العليا اى نص تشريعى لازم للفصل فى النزاع المعروض

عليها إذا تراءى لها مخالفته للدستور . ولها كذلك أن ترخص للخصم الذي دفع امامها بعدم دستورية نص تشريعى ، وقدرت الدلائل على جدية دفعه ، أن يقيم دعواه الدستورية خلال أجل لايجاوز ثلاثة أشهر".

ومن حيث إنه وفقاً لما تقدم يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية شرطان:

الأول : شكلي: حيث يتعين وجود دفع مبدى أمام محكمة أو هيئة ذات إختصاص قضائي ، ويتعين تحديد النصوص المطعون بعدم دستوريتها .

الثاني : موضوعي: وهو جدية الدفع ، ويقصد به أن تقوم دلائل قوية على مخالفة النص التشريعي المطعون فيه للدستور ، وأن يكون هذا النص مؤثراً في الدعوى الموضوعية .

ومن حيث إنه عن الشرط الأول ؛ فقد ضمن المدعي صحيفة دعواه دفعه الماثل بعدم دستورية نصوص المواد ١، ١٤، ١٥ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ ، والمبدى أمام المحكمة ومن ثم يعد هذا الشرط متوافراً.

ومن حيث إنه في مجال بحث توافر الشرط الثاني المتعلق بجدية الدفع بعدم الدستورية ؛ فإن المادة (٧) من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٢ تنص على أن " الحفاظ على الأمن القومى، والدفاع عن الوطن وحماية أرضه، شرف وواجب مقدس. والتجنيد إجبارى؛ وفقا لما ينظمه القانون ".

وتنص المادة (١٠) منه على أن " الأسرة أساس المجتمع ، قوامها الدين والأخلاق والوطنية. وتحرص الدولة والمجتمع على الالتزام بالطابع الأصيل للأسرة المصرية ، وعلى تماسكها واستقرارها ، وترسيخ قيمها الأخلاقية وحمايتها ؛ وذلك على النحو الذى ينظمه القانون.

وتكفل الدولة خدمات الأمومة والطفولة بالمجان، والتوفيق بين واجبات المرأة نحو أسرتها وعملها العام ".

وتنص المادة (٣٣) منه على أن " المواطنون لدى القانون سواء؛ وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك".

ومن حيث إن المادة (١) من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية تنص على أن " تفرض الخدمة العسكرية على كل مصري من الذكور أتم الثامنة عشرة من عمره ..... ".

وتنص المادة (١٤) من ذات القانون على أن يكون لكل فرد من الذكور بلغ سن الإلزام بالخدمة بطاقة تسمى بطاقة الخدمة العسكرية والوطنية ويتعين عليه حملها بصفة دائمة ..... ".

كما تنص المادة (١٥) من ذات القانون على أن " على كل فرد أتم الثامنة عشرة من عمره أن يقدم نفسه ومعه بطاقة إثبات الشخصية إلى مركز التجنيد والتعبئة ..... ".

وحيث إن **المحكمة الدستورية العليا** قد ذهبت في **مقام تفسير مبدأ المساواة أمام القانون إلى أن " مبدأ المساواة أمام القانون ليس مبدأ تلقينياً جامداً منافياً للضرورة العملية , ولا بقاعدةٍ صماء iron rule تنبذ صور التمييز جميعها , ولا كافلاً لتلك الدقة الحسابية التى تقتضيها موازين العدل المطلق بين الأشياء , وإذا جاز للدولة أن تتخذ بنفسها ما تراه ملائماً من التدابير لتنظيم موضوع محدد أو توقياً لشر تقدر ضرورة رده , وكان دفعها للضرر الأكبر بالضرر الأقل لازماً , إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يجوز أن يكون كاشفاً عن نزواتها , ولا منبئاً عن إعتناقها لأوضاع جائرة تثير ضغائن أو أحقاد تنفلت بها ضوابط سلوكها , ولا عدواناً معبراً عن بأس سلطانها , بل يتعين أن يكون موقفها إعتدالاً فى مجال تعاملها مع المواطنين , فلا تمايز بينهم إملاء أو عسفاً . ومن الجائز بالتالى أن تغاير السلطة التشريعية – ووفقاً لمقاييس منطقية – بين مراكز لا تتحدن معطياتها , أو**

تتباين فيما بينها فى الأسس التى تقوم عليها , على أن تكون الفوارق بينها حقيقية لا أصطناع فيها ولا تخيل real and not feigned differencies , ذلك أن ما يصون مبدأ المساواة ولا ينقض محتواه هو ذلك التنظيم الذى يقيم تقسيماً تشريعياً ترتبط فيه النصوص القانونية التى يضمها بالأغراض المشروعة التى يتوخاها , فإذا قام الدليل على إنفصال هذه النصوص عن أهدافها كان التمييز إنفلاتا لا تبصر فيه , كذلك الأمر إذا كان إتصال الوسائل بالمقاصد واهياً إذ يعتبر التمييز عندئذ مستنداً إلى وقائع يتعذر أن يحمل عليها فلا يكون مشروعاً دستورياً .

(يراجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم ٤٧ لسنة ١٧ق – جلسة ١٩٩٧/١/٤)

مفاد ما تقدم أن **الدستور المصري قد جعل الأسرة أساس المجتمع وألزم الدولة والمجتمع بالمحافظة على الطابع الأصيل للأسرة المصرية وعلى تماسكها وإستقرارها ، وترسيخ قيمها الأخلاقية وحمايتها ؛ وحماية الطفولة والأمومة والتوفيق بين واجبات المرأة نحو أسرتها وعملها العام وذلك كله على النحو الذى ينظمه القانون ، وعندما يتدخل المشرع العادي لتنظيم مسالة معينة فيتعين عليه أن يكون تدخله مترسماً للقواعد الدستورية الحاكمة للمجتمع جميعها دون أن تفتئت إحداها على الأخرى بل يجب النظر للوثيقة الدستورية كوحدة واحدة بما يحقق تكاملها ويكفل عدم إنعزال بعضها عن بعض فى إطار الوحدة العضوية التى تجمعها وتصون ترابطها ، وفي ظل ذلك فإن المساواة أمام القانون كمبدأ دستوري لا يعني المساواة الحسابية المجردة بين المواطنين ، وإنما يجوز للمشرع العادي أن يتخذ التدابير التي يراها مناسبة لتنظيم موضوع محدد أو توقياً لشر يقدر ضرورة رده دون أن يعتبر ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة طالما كان ذلك مراعاة لمصلحة معتبرة محمية دستورياً .**

وفي هذا الإطار فإن المشرع المصري وإنطلاقاً من كون التجنيد إجباري وتحقيقاً لمصلحة الأسرة المصرية وتوفيقاً بين واجبات المرأة نحو أسرتها وعملها العام إرتأى أن يكون التجنيد الإلزامي مقصوراً على الذكور دون الإناث صوناً للمرأة المصرية وحماية لها بإختيار مجالات العمل المناسب لطبيعتها ، دون أن ينال ذلك من حقها في العمل ببعض الوظائف المتصلة بالعمل العسكري دون أن تكون من نفس طبيعته كالتمريض والأعمال الإدارية .

وإذا كان ما تقدم هو الموقف الدستوري من مسألة التجنيد الإلزامي للنساء فإن رأي الفقه الإسلامي كان أكثر وضوحاً في هذا الشأن ، حيث قسم الفقهاء جهاد العدو في الإسلام إلى قسمان: جهاد دفع وجهاد طلب :

فجهاد الدفع يتعيّن على أهل ذلك البلد الذي دهمه العدو ، ولو بغير إمام ، وفي ذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية –رحمه الله– : " فأما إذا أراد العدو الهجوم على المسلمين فإنه يصير دفعه واجباً على المقصودين كلهم رجل وإمرأة ، كبير وصغير ، قادر ومعتل ، وعلى غير المقصودين لإعانتهم ، كما كان المسلمون لما قصدهم العدو عام الخندق لم يأذن الله في تركه لأحد ، كما أذن في ترك الجهاد ابتداء لطلب العدو الذي قسمهم فيه إلى قاعد وخارج ، بل ذم الذين يستأذنون النبي صلى الله عليه وسلم (يَقُولُونَ إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِنْ يُرِيدُونَ إِلاَّ فِرَاراً) (الأحزاب: من الآية ١٣) فهذا دفع عن الدين والحرمة والأنفس ، وهو قتال اضطرار ، وهناك قتال اختيار للزيادة في الدين وإعلائه ولإرهاب العدو كغزوة تبوك ونحوها .

أما جهاد الطلب ، فيكون إذا كان هناك من يقف أمام الدعوة إلى الله عز وجل، ويحول دون تبليغ الإسلام، والنبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث من يبلغ الدعوة ، فإذا كان هناك أحد يمتنع من الإسلام ونحو ذلك أو يكون

حائلاً دون تبليغ دعوة الإسلام فإنه يُجَاهَد في هذه الحالة ، وهذا هو جهاد الطلب ، وقبل أن يُجَاهد فهو يخير بين أمور ثلاثة: إما القتال وإما الإسلام وإما الجزية ، فهو إمتثالا لقوله تعالى (قَاتِلُواْ الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَلاَ بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلاَ يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللّهُ وَرَسُولُهُ وَلاَ يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُواْ الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ) .

ففي جهاد الطلب لا يكون فرضا علي المرأة ولا الشيخ الكبير ولا الصبي ولا المريض ولا كل عاجز عنه غير قادر عليه ، إما جهاد الدفع فواجب علي الكبير والصغير والمرأة والرجل يخرج كلٍ بما يستطيع وفي هذه الحالة يكون تدريب المرأة علي القتال من باب الواجبات حتى تدافع عن نفسها وعرضها وأولادها .

وفي الجيوش النظامية علي ولي الأمر أن يقدر هذه الأمور بقدرها؛ فان كانت الحاجة ملحة والجبهات التي يحارب فيها المسلمين متنوعة متعددة ولم يكف الرجال القادرون علي حمل السلاح فيمكنه السماح للنساء بالتجنيد مع مراعاة الآداب العامة من حيث الاختلاط ، ومن حيث قدرة المرأة علي هذا التدريب ومراعاة أحوال أسرتها فان كان لها أولاد يخشى عليهم من غياب الأب والأم عنهم فتقدر الأمور بقدرها حتى لا يضيع حق الأسرة والأولاد في مقابل ذهاب المرأة لأداء الخدمة العسكرية إستنادا إلى قوله تعالى (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُوْلَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) آية ٧١ سورة التوبة.

بينما رفض البعض فكرة تجنيد المرأة إستناداً إلي أنه ولئن كان للمرأة دور في المجتمع لا يقل أهمية عن دور الرجل إلا أن هذا لا يعني بأن تكون المرأة مجندة بالجيش لأنها معرضة بذلك أن تقع تحت الأسر ، فالمرأة ليست من أهل الجهاد ، وهذا تكليف لها بما لا تستطيع ، وتعريضاً لها للفتنة والشر ، وإخراج لها عن أنوثتها ، كما أن هذا العمل يتطلب تمارين فيها خدش للحياء ، هذا فضلاً عن انه هناك من الأعمال التي تستطيع المرأة القيام بها وتخدم المجتمع كالتمريض وغيرها من الأعمال التي لا تتعارض مع طبيعتها وطبيعة المجتمع الإسلامي إستناداً إلى أن النساء سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقولهن (**إن الرجال ذهبوا بالأجر كله يجاهدون في سبيل الله، ونحن لا نجاهد**)، فقال لهن صلى الله عليه وسلم: (**إن حسن تبعّل المرأة لزوجها يعدل ذلك كله**)، ولما سألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: (**نرى الجهاد أفضل العمل ، أفلا نجاهد؟**) قال: (**لا ، لكن أفضل الجهاد حج مبرور**). رواه البخاري ، وفي رواية له قال: (**جهادكن الحج**).

وخلاصة ما تقدم من آراء فقهية أن **المرأة غير مطالبة بأن تكون مقاتلة، أو مجنّدة في صفوف الجيش ؛ لأن في ذلك امتهاناً لها، خاصة فيما يخص اختلاطها بالرجال في الجيش، إلا إذا قدر ولي الأمر حاجة البلاد لتجنيدها فقط في حالة تعرض البلاد لهجوم من العدو وأن يكون ذلك في الأعمال التي تتفق وطبيعتها ، أما في غير ذلك من الحالات وفي ظل الكثرة العددية للرجال فلا حاجة لتجنيدها.**

تأسيساً على ما تقدم ، **فإن ما تضمنته نصوص المواد ١، ١٤، ١٥ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ المدعى بعدم دستوريتها لم يُقصد بها إفراد المصريين من الذكور بمعاملة استثنائية يختصون بها علوا على نظرائهم من الإناث ، ولا أن يمنحهم ميزة يؤثرهم بها على سواهم ، بل تغيا تحقيق مصلحة المرأة في الحفاظ عليها وكفالة القيام بدورها نحو أسرتها وعملها ، وصون الأسرة المصرية وحماية تماسكها واستقرارها بإعتبارها أساس المجتمع ، ومن ثم فإن هذه النصوص تكون بذلك كافلةً للأسس الموضوعية التى ينظم**

المشرع الحقوق فى نطاقها ، بما لا إخلال فيه بمبدأ المساواة أمام القانون المنصوص عليه فى المادة ٣٣ من الدستور ، وعليه يكون الدفع الماثل بعدم دستورية هذه النصوص قائماً على غير سند خليقاً بالرفض .

ومن حيث إنه في ضوء ما سبق ولما كان المدعي في الدعوى الماثلة يهدف إللى إلغاء قرار وزير الدفاع السلبي بالإمتناع عن إستدعاء الإناث المصريات اللائي أتممن الثامنة عشر من عمرهن للخدمة العسكرية الإلزامية ، **وكانت الدعوى** الماثلة من دعاوى إلغاء القرارات الإدارية السلبية التي يشترط لقبولها وفقاً لنص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ توافر إمتناع جهة الإدارة عن إتخاذ موقف كان يتعين عليها إتخاذه والذي يشكل قرار إداري سلبي ، ومن ثم يتعين بحث مدى توافر هذا القرار السلبي لتقرير قبول الدعوى من عدمه.

ومن حيث إن المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص علي أن " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية " ..... ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح ".

ومن حيث إن المادة (١) من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن الخدمة العسكرية والوطنية تنص على أن " تفرض الخدمة العسكرية على كل مصري من الذكور أتم الثامنة عشرة من عمره ..... ".

وتنص المادة (١٤) من ذات القانون على أن يكون لكل فرد من الذكور بلغ سن الإلزام بالخدمة بطاقة تسمى بطاقة الخدمة العسكرية والوطنية ويتعين عليه حملها بصفة دائمة ..... ".

كما تنص المادة (١٥) من ذات القانون على أن " على كل فرد أتم الثامنة عشرة من عمره أن يقدم نفسه ومعه بطاقة إثبات الشخصية إلى مركز التجنيد والتعبئة ..... ".

ومن حيث أنه من المستقر عليه في **قضاء المحكمة الإدارية العليا** أن " ..... القرار الإداري قد يكون صريحاً تعبر به جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضي القوانين أو اللوائح بقصد أحداث مركز قانوني معين ، وقد يكون القرار ضمنياً أو سلبياً وذلك عندما ترفض الجهة الإدارية أو تمتنع عن اتخاذ إجراء كان من الواجب عليها اتخاذه بحكم القانون ، بمعني أنه يتعين لقيام القرار السلبي أن يكون ثمة إلزام علي الجهة الإدارية باتخاذ قرار معين فإذا لم يكن إصدار مثل هذا القرار واجباً عليها فإن امتناعها عن إصداره لا يشكل قراراً سلبياً مما يقبل الطعن عليه بالإلغاء ".

(يراجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٨ ق.ع – جلسة ١٩٨٥/٥/٤ ، وحكمها في الطعن رقم ٤٧٠٢ لسنة ٤٨ – جلسة ٢٠٠٣/٥/٣)

كما استقر قضاؤها أيضاً على أن " الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصام القرار الإداري في ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته ، وإذ كان القرار الإداري على هذا النحو هو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الإلغاء فانه يتعين لقبول الدعوى أن يكون القرار قائماً ومنتجاً لآثاره عند إقامة الدعوى بمعنى أنه إذا زال القرار الإداري بعد رفع الدعوى أو كان القرار الإداري النهائي الذي يجوز الطعن فيه بالإلغاء لم يصدر بعد ، فان الدعوى تكون غير مقبولة ".

(يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣١ ق.ع – جلسة ١٩٨٦/١/١٨ – منشور بكتاب المستشار/ حمدي ياسين عكاشه – المرافعات الإدارية في قضاء مجلس الدولة – صفحة ٣٩٥ ، وحكمها الصادر في الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٣٥ ق.ع

جلسة ١٩٩١/٣/٢ – منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة جزء ٣٣ صفحة ٧٥٠ وما بعدها)

تأسيساً على ما تقدم ، ولما كانت نصوص قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ تفرض الخدمة العسكرية الإلزامية على الذكور فقط دون الإناث ، وإذ إنتهينا فيما سبق إلى عدم مخالفتها لنصوص الدستور وإتفاقها مع المبادئ التي تضمنها صوناً للمرأة ومراعاة لطبيعتها الخاصة وتوفيقاً بين واجبها نحو إسرتها وعملها وحمايةً للأسرة المصرية التي هي أساس المجتمع ، ودون أن يكون في ذلك مخالفةً لمبدأ المساواة أمام القانون ، ومن يكون مسلك وزير الدفاع بقصر الإستدعاء للخدمة العسكرية الإلزامية على الذكور متفقاً وصحيح القانون ، وينتفي إلتزامه المقابل بإستدعاء الإناث ، وبإنتفاء هذا الإلزام ينتفي وجود قرار إداري سلبي توجه إليه الدعوى ، ويتعين من ثم التقرير بعدم قبولها لإنتفاء القرار الإداري السلبي.

ومن حيث إنه من يخسر الدعوى يلزم بمصروفاتها – ويدخل في حساب المصروفات مقابل أتعاب المحاماة – عملاً بحكم المادة (١٨٤) من قانون المرافعات .

فلهذه الأسباب

نري الحكم/ أولاً: برفض الدفع بعدم دستورية نصوص المواد ١ و١٤ و١٥ من قانون الخدمة العسكرية والوطنية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ .

ثانياً: بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري السلبي ، وإلزام المدعي المصروفات .

المقرر	مفوض الدولة ورئيس الدائرة
النائب/ وائل فرحات عبد العظيم	**المستشار**/ أحمد سعد البرعي
مايو ٢٠١٣	نائب رئيس مجلس الدولة