

## باسم الشعب المحكمة الدستورية العليا

بالجلسة العلنية المنعقدة يوم السبت السادس من مارس سنة 2021م، الموافق الثانى والعشرين من رجب سنة 1442 هـ.

برئاسة السيد المستشار / سعيد مرعى عمرو  
رئيس المحكمة  
وعضوية السادة المستشارين: محمد خيرى طه النجار ورجب عبد الحكيم سليم ومحمود محمد غنيم  
والدكتور عبد العزيز محمد سالمان وطارق عبد العليم أبو العطا وعلاء الدين أحمد السيد  
نواب رئيس المحكمة

وحضور السيد المستشار الدكتور/ عماد طارق البشرى رئيس هيئة المفوضين  
وحضور السيد / محمد ناجى عبد السمیع أمين السر

### أصدرت الحكم الآتى

فى الدعوى المقيدة بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم 60 لسنة 31 قضائية "دستورية".

### المقامة من

- 1- عايدة ميخائيل جرجس
- 2- فخرى لطيف مرقس

### ضد

- 1- رئيس جمهورية مصر العربية
- 2- رئيس مجلس الوزراء
- 3- رئيس مجلس الشعب (النواب حالياً)
- 4- فضيلة الإمام الأكبر شيخ الأزهر الشريف
- 5- قداسة بابا الإسكندرية بطريرك الأقباط الأرثوذكس
- 6- عزيزة عياد كاراس
- 7- نيفين إدوار خير الله

### الإجراءات

بتاريخ الثامن من مارس سنة 2009، أودع المدعيان صحيفة هذه الدعوى قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، طالبين الحكم، أولاً: بعدم دستورية الفقرة السادسة - وصحتها الخامسة - من المادة (20) من القانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985. ثانياً: بعدم دستورية المادة (127) من لائحة الأقباط الأرثوذكس الصادرة عام 1938، وبسقوط هاتين المادتين.  
وقدم كل من هيئة قضايا الدولة، والمدعى عليه الخامس مذكرة، طلب فيها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريرًا برأيها. ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

## المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع تتحصل - على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - في أن المدعى الثانى كان متزوجًا من المدعى عليها الأخيرة، ورزق منها على فراش الزوجية بالصغيرة "ماريا". وصدر حكم لصالحه فى الدعوى رقم 7 لسنة 2006 ملى أسرة (ثان) طنطا، بجلسة 27/2/2007، بتطليقها منه للفرقة، لسفرها خارج البلاد بتاريخ 12/2/2005، تاركة رعاية ابنتها لوالدتها " المدعى عليها السادسة ". ونظرًا لكونها مريضة، لا تقوى على رعاية الصغيرة، فقد أقامت المدعية الأولى " والدة المدعى الثانى"، الدعوى رقم 225 لسنة 2007 ملى، أمام محكمة أسرة (ثان) طنطا، طالبة الحكم بضم الصغيرة لحضانتها، باعتبارها التالية فى ترتيب الحاضنات بعد المدعى عليها السادسة. كما أقام المدعى الثانى الدعوى رقم 227 لسنة 2007 ملى، أمام المحكمة ذاتها، ضد المدعى عليها الأخيرة " طليقته"، بطلب إسقاط حضانة أمها " المدعى عليها السادسة " للصغيرة " ماريا"، وضمها لحضانة أمه " المدعية الأولى"، التى تدخلت فى تلك الدعوى انضماميًا له فى طلباته. وبعد أن ضمت المحكمة الدعويين ليصدر فيهما حكم واحد، قضت بجلسة 25/9/2007، فى الدعويين وموضوع التدخل، بإسقاط حضانة المدعى عليها السادسة للصغيرة، وتسليمها للمدعيين. لم يصادف هذا القضاء قبول المدعى عليهما السادسة والأخيرة، فطعنا عليه بالاستئناف رقمى 3797 و3798 لسنة 57 قضائية " أسرة"، أمام محكمة استئناف طنطا. وتم ضم الاستئنافين، وحال نظرهما بجلسة 7/2/2009، دفع المدعيان - فى الدعوى المعروضة - بعدم دستورية نص المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، فيما ورد به من ترتيب الحاضنات، ونص المادة (127) من لائحة الأقباط الأرثوذكس، الصادرة عام 1938، ونص المادة الثانية من تعديلها الصادر بتاريخ 2/6/2008، فيما تضمنه من إلغاء المادة (72) من تلك اللائحة. وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع، وصرحت للمدعيين بإقامة الدعوى الدستورية، فأقاما الدعوى المعروضة.

وحيث إن نص الفقرة الخامسة من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 يجرى على أنه "ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدمًا فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبرًا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى:

الأم، فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم فى الأخوات، فبنت الأخت لأب فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور".

وتنص المادة (127) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، التى أقرها المجلس الملى العام بجلسته المنعقدة فى 9/5/1938، المعمول بها اعتبارًا من 8/7/1938 على أن " الأم أحق

بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعدها، وبعد الأم تكون الحضانة للجدة لأم ثم للجدة لأب ثم لأخوات الصغير، وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم لبنات الأخوات، وبتقديم بنت الأخ لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم لبنات الأخ كذلك ثم لخالات الصغير، وتقدم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم لأب ثم لعمت الصغير كذلك ثم لبنات الخالات والأخوال ثم لبنات العمات والأعمام ثم لخالة الأم ثم لخالة الأب ثم لعمة الأم ولعمة الأب بهذا الترتيب."

وحيث إن المجالس المليية هي التي كان لها اختصاص الفصل في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وكان تطبيقها لشرائعهم الدينية مقارنًا لاختصاصها بالفصل في نزاعاتهم المتصلة بأحوالهم الشخصية، فلا يكون قانونها الموضوعي إلا قانونًا دينيًا. وظل هذا الاختصاص ثابتًا لهذه المجالس إلى أن صدر القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية، فقد قضى هذا القانون في مادته الأولى بأن تلغى المحاكم الشرعية والمليية ابتداء من 1/1/1956، على أن تحال دعاوى التي كانت منظورة أمامها حتى 31/12/1955، إلى المحاكم الوطنية لاستمرار نظرها وفقًا لأحكام قانون المرافعات. ولئن وحد هذا القانون بذلك جهة القضاء التي عهد إليها بالفصل في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعهم، فحصرها - وأيًا كانت دياناتهم - في جهة القضاء الوطنى، إلا أن القواعد الموضوعية التي ينبغى تطبيقها على منازعاتهم فى شئون أحوالهم الشخصية، لا تزال غير موحدة رغم تشنتها وبعثرتها بين مظان وجودها وغموض بعضها أحيانًا. ذلك أن الفقرة الأولى من المادة (6) من هذا القانون تقضى بأن تصدر الأحكام فى منازعات الأحوال الشخصية التي كانت أصلًا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقًا لما هو مقرر بنص المادة (280) من لائحة ترتيبها. وتنص فقرتها الثانية على أنه فيما يتعلق بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، الذين تتحد طانفتهم وملتهم، وتكون لهم جهات قضائية مليية منظمة وقت صدور هذا القانون، فإن الفصل فيها يتم - فى نطاق النظام العام - طبقًا لشريعتهم. وهو ما تأكد بنص المادة (3) من دستور سنة 2014، من أن " شرائع المصريين المسيحيين واليهود المصدر الرئيسى للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية ....."

وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المشرع وقد أحال فى شأن الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين إلى شرائعهم، مستلزمًا تطبيقها، دون غيرها، فى كل ما يتصل بها؛ فإنه يكون قد ارتقى بالقواعد التي تتضمنها هذه الشرائع إلى مرتبة القواعد القانونية من حيث عموميتها وتجريدها، وتمتعها بخاصية الإلزام، لينضبط بها المخاطبون بأحكامها، ويندرج تحتها فى نطاق الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، لانحتم التي أقرها المجلس الملى العام فى 9 مايو سنة 1938، وعُمل بها اعتبارًا من 8 يوليه سنة 1938، إذ تعتبر القواعد التي احتوتها هذه اللائحة - على ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، التي حلت محل الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955 - شريعتهم التي تنظم أصلًا مسائل أحوالهم الشخصية، بما مؤداه خضوعها للرقابة الدستورية التي تتولاها هذه المحكمة.

وحيث إن تحديد ما يدخل فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية - فى مجال التمييز بينها وبين الأحوال العينية - وإن ظل أمرًا مختلفًا عليه، إلا أن عقد الزواج والطلاق وأثارهما يندرجان تحتها، لتدخل حضانة صغار المطلق من زوجته فى نطاق هذه المسائل، فتحكمها قواعدها.

وحيث إن ما تقدم مؤداه: أنه فيما عدا الدائرة المحدودة التي وحد المشرع في نطاقها القواعد الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعهم - كتلك التي تتعلق بمواريتهم ووصاياهم وأهليتهم - فإن المصريين غير المسلمين لا يحتكمون لغير شرائعهم الدينية بالشروط التي حددها القانون رقم 462 لسنة 1955 المشار إليه، بل إن المادة (7) من هذا القانون تنص على أن تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى، لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة (6) من هذا القانون، ما لم يكن التغيير إلى الإسلام.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يتوافر ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة التي يقوم بها النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية التي تدعى هذه المحكمة للفصل فيها لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها.

وإذ كان ما تقدم، وكان الثابت من الأوراق أن المدعى الثانى والمدعى عليها الأخيرة متحدا الطائفة والملة، فإن أحكام لائحة الأقباط الأرثوذكس، دون غيرها، هي الواجبة التطبيق على النزاع الموضوعي، ولا يكون ثمة مصلحة شخصية ومباشرة للمدعين في الطعن على نص الفقرة الخامسة من المادة (20) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985. إذ كان ذلك، وكان نص المادة (127) من لائحة الأقباط الأرثوذكس، في نطاق ترتيبها للحاضنات، وتقديمها الجدة لأم على الجدة لأب، هو الذى يحول بين المدعين وتحقيق مبتغاهما من الدعوى الموضوعية، الأمر الذى يوفر لهما مصلحة شخصية مباشرة في الطعن عليها، ويتحدد به نطاق هذه الدعوى، دون سائر ما تضمنه ذلك النص من أحكام أخرى.

وحيث إن المدعين ينعين على النص المطعون فيه مخالفة أحكام المواد (9، 11، 40) من دستور 1971، المقابلة لنصوص المواد (10، 11، 53) من الدستور القائم، لانطوائه على تمييز غير مبرر للجدة لأم عن الجدة لأب، حال أن الجدة لأب هي الأقرب للمحضون من أم الأم، فضلاً عن أن فى ذلك حرماناً لرب الأسرة من رعاية أسرته، وانتقاصاً من حقه الطبيعي في تربية أولاده ورعايتهم، مما يهدد الطابع الأصيل للأسرة المصرية.

وحيث إن الرقابة الدستورية على القوانين، من حيث مطابقتها للقواعد الموضوعية التي تضمنها الدستور، إنما تخضع لأحكام الدستور القائم دون غيره، إذ إن هذه الرقابة إنما تستهدف أصلاً - على ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه، لكون نصوصه تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة. متى كان ذلك، وكانت المناعى التي وجهها المدعيان للنص المطعون عليه - فى النطاق السالف تحديده - تندرج تحت المناعى الموضوعية، التي تقوم فى مبناها على مخالفة نص تشريعى معين لقاعدة فى الدستور من حيث محتواها الموضوعي، ومن ثم، فإن المحكمة تباشر رقابتها على النص المطعون عليه - الذى مازال سارياً ومعمولاً بأحكامه - من خلال أحكام دستور سنة 2014، باعتباره الوثيقة الدستورية السارية.

وحيث إن الحق في تكوين الأسرة لا يفصل بالضرورة عن الحق في صونها، بما يكفل تنشئة أطفالها وتكوينهم وتحمل مسؤولياتهم صحياً وتعليمياً وتربوياً. وكان دستور سنة 1971 قد نص في المواد (9، 10، 12)، المقابلة للمادتين (10، 11) من دستور سنة 2014، على أن الأسرة أساس المجتمع، وأن قوامها الدين والأخلاق والوطنية، وأن الطابع الأصيل للأسرة المصرية - وما تتمثل فيه من قيم وتقاليد - هو ما ينبغي الحفاظ عليه، وتوكيده وتنميته في العلائق داخل مجتمعها، وأن الأمومة والطفولة قاعدة لبنان الأسرة، ورعايتها ضرورة تقدمها. وكان الأصل في سلطة المشرع في مجال تنظيم الحقوق - ومن ذلك من له حق حضانة الصغير - أنها سلطة تقديرية، جوهرها المفاضلة التي يجريها بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقرر أنه أنسب لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها، محققاً لما يهدف إليه ذلك التنظيم لتحقيق المصالح المشروعة التي توخاها، بما ليس فيه تضيق على الناس أو يرهقهم.

وحيث إنه إذا كان الأصل في كل تنظيم تشريعي، أن يكون منطوياً على تقسيم أو تمييز من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو عن طريق المزايا أو الحقوق التي يكفلها لفئة دون غيرها. إلا أن مناط دستورية هذا التنظيم ألا تنفصل نصوصه عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخى تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطوياً، وليس واهناً أو واهماً أو منتحلاً، بما يخل بالأسس التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً.

وحيث إن الصغير تثبت عليه منذ مولده ثلاث ولايات، أولاها: ولاية التربية، وثانيها: الولاية على النفس، وثالثها: الولاية على ماله. وتثبت الولايتان الأخيرتان - كأصل عام - للعصبة من الرجال. أما ولاية التربية، وهي الحضانة، فغايتها - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الاهتمام بالصغير وضمان رعايته والقيام على شئونه في الفترة الأولى من حياته التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لهن الحق في تربيته شرعاً. والأصل فيها هو مصلحة الصغير، ودفع المضرة عنه، وهي تتحقق بأن تضمه الحاضنة إلى جناحها باعتبارها أحفظ عليه وأحرص على توجيهه، وأقدر على صيانتة؛ ولأن انتزاعه منها - وهي أشفق عليه وأوفر صبراً - مضرة به إبان هذه الفترة الدقيقة التي لا يستقل فيها بأموره. وعلى ذلك، فإن مدار الحضانة على نفع المحضون، وأن رعايته مقدمة على أية مصلحة لغيره حتى عند من يقولون بأن الحضانة لا تتمخض عن حق للصغير، وإنما يتداخل فيها حق من ترعاه، ويعهد إليها بأمره.

وحيث إن الشريعة الإسلامية خلت من نص قطعي يقرر حكماً فاصلاً في شأن ترتيب الحاضنات - بعد الأم - فيما بينهن، ومن ثم يكون باب الاجتهاد في هذا النطاق - عن طريق الأدلة الشرعية النقلية والعقلية - مفتوحاً، فلا يصد اجتهاداً اجتهاداً أو يكتسب عصمة من دونه، ولا يقابل اجتهاد على صعيد المسائل التي تنظم الأسرة بغيره إلا على ضوء أوضاعها وأعرافها، بما لا يناقض شريعة الله ومنهاجه. وقد جاء في الأثر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وجدة ابنه "عاصم" - أم أمه - تنازعا على حضانته، بين يدي الخليفة أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فأعطاه إياها، وقال للفاروق: "ريحها ومسحها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك". ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك. أما الفقهاء أصحاب المذاهب فقد اتفقوا على أن أم الأم - التي تدلى إليها مباشرة - تلي الأم في ترتيب الحاضنات. وقد استقى المشرع من ذلك من له حق حضانة الصغير بعد أمه، بما نص عليه في الفقرة الخامسة من المادة (20) من القانون رقم 25 لسنة 1929 ببعض أحكام الأحوال الشخصية، فجعلها لأم الأم وإن علت، ومن بعدها لأم الأب وإن علت.

وحيث إن تحديد قواعد الأهلية للحضانة وترتيب الحاضنات، لا تُعد في الديانة المسيحية من أصول العقيدة التي وردت بشأنها - في مجال الأحوال الشخصية - نصوص قاطعة - كواحديّة الزوجة وحظر الطلاق إلا لعلّة الزنا - فتعتبر بالتالي شأنًا اجتماعيًا خالصًا، فرئي أن تحديدها على نحو موحد يشمل كل أبناء الوطن الواحد، أقرب إلى واقع ظروف المجتمع، وأدنى إلى تحقيق المساواة بين أفرادها في مجال الحقوق التي يتمتعون بها بما يكفل الحماية التي يقرها الدستور والقانون للمواطنين جميعًا بلا تمييز بينهم. ولذا، فقد جاء نص المادة (127) من لائحة الأقباط الأرثوذكس متبعاً النهج ذاته في شأن من يكون لها حضانة الصغير بعد أمه، مقدماً الجدة لأم على الجدة لأب، لكون ترتيب الحاضنات على هذا النحو هو الأوثق اتصالاً بمصلحة الصغير، وفي الوقت ذاته ينأى عن التمييز في مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لديانتهم، تقديراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً في الحقوق التي يتمتعون بها، وكذلك على صعيد واجباتهم. فالأسرة المسيحية هي ذاتها الأسرة المسلمة، فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعهما القيم والتقاليد عينها، وإلى مجتمعهم يفنون تقيداً بالأسس التي يقوم عليها في مقوماتها وخصائصها، وتعبيراً عن انصهارهم في إطار أمتهم، ونأيهم عن الفواصل التي تفرقهم أو الدعوة إليها، فقد صار أمراً محتوماً ألا يمايز المشرع بينهم في مجال ولاية التربية " الحضانة "، التي تتحد مراكزهم بشأنها سواء في موجباتها أو حد انتهائها، وإلا كان هذا التمييز منفلتاً عن الحدود المنطقية التي ينبغى أن يترسمها. يؤيد ذلك أن الدستور، قد أورد الأحكام التي تكفل رعاية الأسرة المصرية، في المواد (9، 10، 12) من دستور 1971، المقابلة للمادتين (9، 11) من دستور 2014، وقد دل بها على أن الحق في تكوين الأسرة - أيًا كان معتقدها الديني - لا ينفصل عن الحق في وجوب صونها على امتداد مراحل بقائها، وإقامة الأمومة والطفولة على أسس قويمية تكفل رعايتها وتنمية ملكاتها.

وحيث كان ما تقدم، وكان ترتيب الحاضنات على النحو الوارد بالنص المطعون فيه، بتقديم الجدة لأم على الجدة لأب، هو الأوثق اتصالاً بمصلحة الصغير، التي ارتأى ولي الأمر أنها خير له وأصلح لشئونه، باعتبار أن ما يصون استقراره النفسي، ويحول دون إيذائه، ويكفل تقويمه، من المقاصد الشرعية التي لا يجوز المجادلة فيها، ذلك أن مدار الحضانة نفع المحضون، ورعايته مقدمة على مصلحة غيره. ومن ثم، فإن قالة إخلال ذلك النص بمبدأ المساواة بين الجدة لأب والجدة لأم يكون مفتقداً لسنده. فضلاً عن أن أحكام ذلك النص لا يترتب عليها حرمان رب الأسرة من رعاية أسرته، أو ينال من الطابع الأصيل للأسرة المصرية: ذلك أن انفصام عرى الزوجية يجب ألا يستطيل أثره - قدر الإمكان - إلى الأبناء، بحرمانهم ممن هي أجدر على الاهتمام بهم ورعايتهم والقيام على شئونهم في الفترة الأولى من حياتهم التي لا يستغنون فيها عن النساء، ممن لهن الحق في التربية شرعاً، لكون مصلحة الصغار مقدمة على أي مصلحة لغيرهم، ومن ثم، فإن نعت النص المطعون فيه بمخالفة نصوص المواد (9، 10، 40) من دستور سنة 1971، المقابلة لأحكام المواد (10، 11، 53) من الدستور القائم، يفتقد لسنده.

وحيث إن النص المطعون فيه لا يخالف أي نصوص أخرى في الدستور، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الدعوى.

### فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى، ومصادرة الكفالة، وألزمت المدعين المصروفات، ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

رئيس المحكمة

أمين السر