باب تمهيدى
أحكام عامة
الفصل الأول ـ القانون وتطبيقه
١ ـ القانون والحق
مـــادة (١)

١ـ تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه،

٢ـ حكم القاضى بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ١ ليبى و١ عراقى و١ تجارة كويتى و ٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

جمع المشرع فى هذه المادة ما يعرف فى اصطلاح الفقه بمصادر القانون... وليس يعقد من جمع المصادر... مجرد تعدادها، بل.... بيان تدرجها من حيث الأولوية فى التطبيق... ولذلك يخلق بالقاضى ان يلتمس الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولا... (١)

فمصادر القانون – وفقا لهذا النص – أربعة: التشريع والعرف ، مبادئ الشريعة الإسلامية ، ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

رأي الفقه:

١ـ تجب التفرقة بين المذكرة التفسيرية للقانون، وبين مذكرته الإيضاحية، فالمذكرة التى يقدم بها القانون إلى السلطة التشريعية، ويتناولها المجلس التشريعى بالبحث ويأخذ بها ويعتمدها تعتبر بيانا صادرا من الشارع نفسه وتسمى مذكرة تفسيرية، اما إذا صدر القانون ووضعت له الهيئة التى اعدته مذكرة بيانية، فهذه لا تسمى مذكرة تفسيرية، وإنما تسمى مذكرة إيضاحية.

وحكم النص المفسر، سواء اكان مفسرا بصيغته، أو ببيان قاطع صدر من الشارع، انه يجب إتباعه والعمل بحكمه بعينه، وان الحكم الثابت يعتبر من النظام العام ولا كان يجوز تأويله أو الإجتهاد بشأنه.

والمعنى العام المقصود بالنظام العام ان كل حكم لا يباح للأفراد ان يتفقوا على مخالفته، ولهذا قرر علماء القانون الوضعى ان أحكام القانون العام (الدستورى والادارى والمالى والجنائى) متعلقة بالنظام العام، اما أحكام القانون المدنى فمنها ما يتعلق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى–جزء١ – ص ١٨٦.

بالنظام العام، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام وان الإتفاق بشأن الاخيرة على مخالفتها إتفاق صحيح.

والأساس الذى يبنى عليه ان الحكم من النظام العام فى التشريع الوضعى هو موضوع الحكم وكونه متعلقا بمصلحة المجتمع كله أو بمصلحة خاصة ببعض الأفراد، ولهذا يختلف ما هو النظام العام بإختلاف الازمنة والامكنة والبيئات وإختلاف مذاهب المشرعين السياسية والاجتماعية – اما فى التشريع الإسلامى فالأساس الذى يبنى عليه ان الحكم من النظام العام هو الدليل الذى دل على الحكم، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعى الثبوت والدلالة فهو من النظام العام، ولا تجوز مخالفته، ولا يباح للأفراد والجماعات ان يتفقوا على خلافه بأية صورة من الصور(١).

٢ـ تتراءى آثار الشريعة الإسلامية فى المجتمعات الإسلامية فى كل حياتها، لكن اثرها فى المجتمع العربى اوضح، انها صنعت المجتمع العربى بتمامه – على يديها، فشكلته تشكيله كاملة، سواء فى شبه الجزيرة العربية أو فى اى مكان ينطق باللغة العربية. والسبب واضح، هو ان العربية لغة، والقرأن هو المعجزة، ولهذا نفذت المعجزة قوية إلى ضمائرهم، وتطبيقا فى واقع حياتهم، فسيطرت على مجتمعاتهم سيطرة قاهرة، فلم تقتصر مجتمعاتهم على تطبيق أصول الدين ونظم الأسرة والميراث والعقيدة، ولكنها تعدتها إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فى جملتها وتفصيلاتها أربعة عشر قرنا من الزمان.

وما دام المجتمع وليد العقيدة الإسلامية، فقد أصبح قانونه الطبيعى هو القانون الذى أنتجه والذى إزدهرت حضارته وبقيت على أساسه أربعة عشر قرنا، تنفرد خلالها بحمل إعلان الحضارة بين امم الارض.

ولما همت مصر بتعديل قانونها (المدنى) قبيل منتصف القرن، جدت جماعة المستشارين ورجال الفقه للعمل على إتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا للنقيب ما لم يوجد نص يمكن تطبيقه من القانون الجديد.

وفى الفترة ذاتها وضعت قوانين سوريا، وليبيا، والعراق، فإتجهت جميعا إلى القانون العربى الموحد، وصاغت قوانينها المدنية صياغة ألزمتها بها ظروف الساعة، لكنها إتجهت – بجمعها–كذلك إلى الشريعة الإسلامية تهيب بأهل الفقه ان يتدارسوها ليجعلوها أساس التشريع العربى الواحد.

خذ مثلا قول لائحة القانون المدنى العراقى سنة ١٩٥١ :

".....قد رؤى ان يكون المشروع مثالا لما ينبغى ان يكون عليه التقنين المدنى فى البلاد العربية، فجعل مزاجا متألفا يجمع بين قواعد نقلت من الشريعة الإسلامية، وقواعد نقلت من التقنيات الغربية، وهو بتكوينه هذا بحكم التنسيق بين هذين المصدرين،

---

(١) تفسير النصوص القانونية وتأويلها – لأستاذنا الكبير المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف – المحاماه – السنة ٣١ – العدد ١ – س ١٨٢ وما بعدها – العلوم القانونية – للدكتور محمد على عرفه – جزء ١ – طبعة ٢ – ١٩٥٠ – ص ١٧٦ وما بعدها – والمدخل لدراسة العلوم القانونية – للمرحوم الدكتور عبد الحى حجازى – القانون – طبعة ١٩٦٦ – ص ٣٤٣ وما بعدها – والمدخل للعلوم القانونية – للدكتور توفيق حسن فرج – طبعة ١٩٦٩/١٩٧٠ – ص٢١٨ وما بعدها.

ينفسح لمواجهة أوضاع التطور الحديثة، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامى دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته،

وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع، ومتى تم إحياء الفقه الإسلامى على النحو المتقدم، مهد القانون السبيل للقانون المدنى العربى.

فما من شك فى ان هذا الفقه يصبح مصدرا يفيض بالحياة والحركة، هذا التقنين وان كان مجرد أمنية تجيش بها النفوس فى الوقت الحاضر، الا ان المشرع يهيئ لتحقيق هذه الأمنية خير الوسائل..... [١]".

اما المذكرة الإيضاحية للمرسوم التشريعى بالقانون المدنى السورى فى سنة ١٩٤٩، فتقول:

".....ان اقتباس المشرع السورى من القانون المصرى يحقق مقصدا من اجل المقاصد التى يقصد إليها العرب فى هذا العصر، وهو توحيد التشريع بين البلاد العربية، وهو أول خطوة لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية.....".

وفى العام التالى صدر الدستور السورى سنة ١٩٥٠ يقول فى مادته الثالثة:

"**دين رئيس الجمهورية الإسلام" الفقه الإسلامى هو المصدر الرئيسى للتشريع.**

اما دستور دولة الكويت فيقول:

مادة (٢) – دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع.

مادة (١٢)– "تصون الدولة التراث الإسلامى العربى".

ونص القانون المدنى الليبى فى المادة الأولى منه على إعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الذى يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد نصا فى قانونه. **وتنص المادة ٢ من دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١، على ان:**

"الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتنا الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع"[٢].

٣ـ كان حسنا من المشرع ان نص فى المادة الأولى من القانون المدنى الحالى، على انه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، أو لم يوجد عرف، حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية – وبذلك أصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا ثالثا للقانون المصرى، ولكنها مع ذلك "مصدر عام" للحكم فيما لم يرد به نص تشريعى أو عرف، يتحتم على القاضى الرجوع إليها بما تضمنته من الإجتهاد وربط الأحكام بمصالح العباد، فيها الغناء عن مبادئ العدالة والقانون الطبيعى التى ليست يسيرة التحديد فى كثير من الأحوال، كما ان الرجوع إلى مبادئ الشريعة فى حالة عدم وجود

---

(١) يقول الدكتور محمد عبد الجواد محمد: هذه الشريعة الإسلامية، لو وطئت اكتافها، وعبدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الإستقلال فى فقهنا، وفى تشريعنا، ثم لاشرف بطالع العالم بهذا النور الجديد، فتضئ به جانبا من جوانب الثقافة العالمية فى القانون... (مجلة القضاء العراقية – العدد ١،٢ – سنة ١٩٦٢ – س ٦٥).

(٢) الشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للنقنين – مقال – المستشار عبد الحليم الجندى مجلة ادارة قضايا الحكومة – السنة ١٥ – العدد ١ – ص وما بعدها.

نص أو عرف لا يتقيد بمذهب معين، إنما يكون الرجوع إلى المبادئ العامة، لا تختلف بإختلاف المذاهب.

وجعل القانون الوضعى عندنا من العرف مصدرا يحكم بمقتضاه عند عدم النص[١].

٤ـ لا شك فى ان الوحدة القانونية المنشودة هى الوحدة الكاملة فى كل القوانين وفى إجراءات التقاضى وفى حقوق الدفاع.على اننا نرى ان بالامكان ان تقوم الوحدة فى القوانين المدنية والتجارية والجزائية فى البلدان التى تتقارب اجتماعيا كمصر، وسوريا، ولبنان، والعراق، والاردن، وليبيا، وتونس، والمغرب العربى.فالقانون المدنى واحد فى مصر، وسوريا، وفى العراق، وليبيا، وهو إذا إختلف عن قانون الموجبات والعقود فى لبنان، وتونس، والجزائر، المغرب العربى، فالإختلاف فى الأحكام دون المبادئ والقواعد العامة، فليس من الصعب اذن توحيد القانون المدنى فى هذه الأقطار[٢].

٥ـ تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أول فى التشريع العربى الموحد، وهذا المصدر خير أساس لتوحيد التشريع والقضاء فى الامة العربية، وقد ادرك صحة هذا القول كبار رجال القانون وأئمة رجال القضاء فى الوطن العربى، وفى مقدمتهم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى الذى يقول: "...واذا قدر لنا ان نستقل بفقهنا وان نفرغه فى جو عربى يشب فيه على قدم عربية، يبقى علينا ان نخطو الخطوة الاخيرة، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية، ونؤدى قسطا مما تفرضه علينا الإنسانية، ضريبة فى سبيل التقدم الفقه العالمى، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن، ومن اهم الوسائل فى الوصول إلى تلك العناية بالشريعة الإسلامية شريعة الشرق ووحى الهامه وعصارة اذهان مفكريه. فنبت فى صحرائه وترعرت فى سهوله ووديانه، فهى قبس من روح الشرق ومشكاة من نور الإسلام، ويلتقى عندها الشرق والإسلام، فيضئ ذلك بنور هذا، ويسرى هذا بروح ذلك، حتى ليمتزجان ويصيران شيئا واحدا، وهذه هى الشريعة الإسلامية لو وطئت اكنافها وعبدت سبلها، لكان لنا فى هذا التراث الجليل ما يفتح روح الإستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا، لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد، فنضئ به جانبا من جوانب الثقافة العالمية فى القانون[٣].

واخذ عالمنا الكبير (الدكتور السنهورى) يعمل فى القانون المدنى الجديد فى مصر على الإفادة حقا من الفقه الإسلامى، فيأخذ عنه كثيرا من أحكامه فى نواحى مختلفه، وبهذا صار من المصادر الرسمية للقانون، وإن كان لم يأخذ مكانه الجديد به، وهو ان تكون الشريعة هى المصدر الأساسى الأول الذى يبنى عليه التشريع، وهى أمنية من اعز الأمانى التى تختلج بها الصدور وتنطوى عليها الجوانح[٤].

٦ـ ويقول الدكتور محمد يوسف موسى:

---

(١) الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع – مقال – المستشار فتحى عبد الصبور – المحاماه – السنة ٥١ – العدد ٧ – ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) الوحدة القانونية فى البلاد العربية – مقال – للأستاذ اسعد الكورانى المحامى بحلب–المحاماه – لسنة ٤١ – العدد – ص٨٧٩ وما بعدها.

(٣) الوسيط – الجزء ١ – نظرية الإلتزام – دكتور عبد الرزاق السنهورى – طبعة ٢ – ١٩٦٤.

(٤) توحيد التشريع والقضاء – مقال – للأستاذ على الشريطى – المحاماه – سنة ٤٥ – العدد ٣ – ص ٢٦٤ وما بعدها – وتوحيد التشريع فى البلاد العربية – مقال للأستاذ ظافر القاسمى – المحاماة – السنة ٤١ – العدد ١٠ – ص ١٥٣٢ وما بعدها.

"... ان الشريعة الإسلامية، والفقه احد اقسامها الكبرى، صالحة لكل زمان ومكان، هذه قضية صحيحة بلا ريب، ويلهج بها اخوانى الافاضل من علماء الازهر وابنائه، بل يلهج بها المسلمون جميعا، لكن لست من الذين يكتفون بإرسال القضايا، وان كانت صحيحه، بل ارى فرضا علينا ان نبين صحة هذه القضية التى أصبحت جزءا من عقيدتنا الدينية، وان نعمل على دعمها بالبرهان والدليل، ولا يكون هذا بمحاولة ايجاد ضروب مع المشابهة من بعض النظريات والاراء فى الفقه والقانون الإسلامى، ولا يتبنى كثير من التشريعات الرسمية فى القانون، إنما يكون ذلك بالعمل على إنشاء قانون من هذا الفقه، قانون له طابعة الخاص ومبادئه وأصوله الخاصة، ويكون محققا لحاجات العصر وحلا لمشاكله المختلفة...[١]".

٧ـ ويرى الدكتور شفيق شحاته :

".... ان الفقه الإسلامى قام وترعرع فى مدى أجيال عديدة، وساد فى مختلف الأقطار التى جمعتها المدنية العربية، تلك التى تركت آثارا خالدة فى جميع نواحى العلوم والفنون، فليس من الغريب اذن ان يكون اثرها الكبير فى ناحية التفكير القانونى، وفى الواقع قد ظهر هذا التفكير فى صورة من ابهى الصور، ولا تزال آثار هذا التفكير من انفس ما يدخر الشرق من التراث العلمى، فمن العقوق ان يهمل هذا التراث، ومن العناية به ان يعمد إلى التأليف بين فروعه، ففى جميع الامم وفى مختلف العلوم عمد العلماء إلى التركيب بعد التحليل، وقد قام الفقهاء بقسطهم الوافر من التحليل، فيتعين اذن البدء من حيث انتهوا، فعسى ان يكون الإهتمام بالآثار القانونية لفقهاء المسلمين على هذا الوجه، فاتحة عصر إحياء لتشريع ما لا يمكن ان يكون غيره ملائما مثله فى بلاد كانت مهدا له ومرتعا[٢]....".

٨ـ ويرى الدكتور محمد صادق فهمي :

"... ولا ريب ان من عوامل الوحدة العربية توحيد القوانين فى البلاد العربية، وعلى وجه الخصوص قوانين المعاملات، وفيها تزدهر الروابط الاقتصادية بين البلاد العربية. وعلى ان الفقة الإسلامى يكفل لنا امكان توحيد قوانين المعاملات بما يمتاز به من دقة فنية عليا، وانبعاثه من بيئتنا العربية، وملاءمته لتقاليدنا واخلاقنا وطباعنا، فضلا عما فى ذلك من إحياء لمجد العروبة، وابراز شخصيتها بين المدنيات الكبرى فى العالم [٣]...".

٩ – لا مراء فى ان القانون المدنى ـ وهو التشريع العام ـ يتناول فى نصوصه العامة بعضا من روابط القانون العام كما يتناول روابط القانون الخاص، متى كانت هذه

(١) التشريع الإسلامى من التشريعات الحديثة – للأستاذ الدكتور المرحوم محمد يوسف موسى.
(٢) النظرية العامة للإلتزامات فى الشريعة الإسلامية–جزء ١ – للدكتور شفيق شحاته.
(٣) الفقه الإسلامى والقانون المدنى المقارن – مقال – كتاب المؤتمر الثانى للمحامين العرب.

النصوص تضع حكما عاما مطلقا لا يقتصر نطاقه على روابط القانون الخاص، وليس ادل على ذلك مما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدنى فى فقرتها الأولى[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – لا يجوز التحدى بالعرف الا إذا لم يوجد نص تشريعى.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ـ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠مدنى ـ العدد٢ ـ ص١٠١٧ وما بعدها)

٢ – يتعين على القاضى ان يسد النقص فى النصوص التشريعية والقواعد العرفية. فلا يعيب حكمه إستناده إلى قواعد المنطق والعدالة.

(جلسة ١٩٦٢/١/١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٣جنائى ـ العدد١ ـ ص٤ وما بعدها)

٣ – القاضى مطالب أولا بالرجوع إلى نص القانون ذاته واعماله على واقعة الدعوى فى حدود عبارة النص، فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الاخذ بما يخالفها مما يرد فى الأعمال التحضيرية ومن بينها المذكرات التفسيرية المرافقة وتغليبها على عبارة النص لخروج ذلك عن مراد الشارع.

(جلسة ١٩٦٠/٤/٢٦ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١١ مدنى ـ العدد٢ ـ ص ٢٠١ و ٣٦٥)

٤ – انه متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى، فالبحث عن حكمه التشريع ودواعيه لا يكون له محل، وانما يكون ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطرا، فى سبيل تعرف الحكم الصحيح، إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والعقد الذى املاه.

(جلسة ١٩٣١/١٢/٢٤ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ ٢٥ عاما ـ مدنى ـ العدد٢ ـ ص ٨٧٩)

٥ – اخذ الحكم بقاعدة شرعية دون نصوص القانون المدنى بغير بيان للأسباب التى دعته للاخذ بها، يجعله بمثابة حكم غير مسبب نقض والحكم فى الأسباب التى بنى عليها عائب له موجب لنقضه.

(جلسة ١٩٤١/٥/١ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ ٢٥ عاما ـ ١٥-٨٨٠ ـ العدد٢ ـ ص ٨٧٩)

٦ – إذا خالفت المحكمة حكما من أحكام الشرع كان واجبا الاخذ به فى الدعوى، فإن حكمها مخالفا للقانون متعينا نقضه.

(جلسة ١٩٣٢/٤/٢٢ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ ٢٥ عاما ـ ٩ـ٨٧٩)

٧ – إذا تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الايجار وكان الحكم قد قضى فى الدعوى على أساس وجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة قبل تاريخ الايجار، دون ان تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو بيان مصدره، فإنها تكون قد خالفت القانون.

(جلسة ١٩٦٦/٤/٣١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٧ ـ مدنى ـ العدد ٢ ـ ص٨٩٤)

٨ – لما كانت الرهبنة نظام معترف به من الحكومة، لا اثر له على أهلية وجوب الراهب، فإن إعتبار كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة ملكا للبيعة، اخذا بالعرف الكنسى، لا مخالفة فى ذلك لأحكام القانون أو مبادئ النظام العام.

(جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٧ مدنى ـ العدد ٣ ـ ص١٢٩١)

---

(١) المسئولية عن اعمال الشرطة – مقال – المستشار فتحى عبد الصبور – المجموعة الرسمية– ٦١–١–١٩٦٤–٢٤٧، والقانون الادارى – للدكتور سليمان الطماوى – س٣٥.

٩ – تعيين العمل، يكفى فيه بيان جنس الخدمة بغير تحديد لنوعها ومداها فى العقد، فإن تحديد نوع الخدمة ومداها يرجع فيه إلى الأعمال التى يقوم بها نظراء العامل، وإلا تحددت بالرجوع إلى العرف فإن لم يوجد تولى القاضى تحديدها وفقا لمقتضيات العدالة.

(جلسة ١٩٦٢/٣/١٥ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٨مدنى ـ العدد ٢ ـ ص ٦٣٦)

١٠ – إذا كانت هيئة التحكيم تلتزم اصلا بتطبيق أحكام القوانين واللوائح فيما يعرض عليها من منازعات جماعية بين العمال واصحاب الأعمال، فإن إستنادها إلى العرف ومبادئ العدالة فى إجابة العمال إلى مطالبهم التى لا ترتكن إلى حقوق مقررة لهم فى القانون رخصة، لا سبيل إلى الزام الهيئة بإختيار العمل بها، كما لا تلتزم ببيان أسباب عدم الاخذ بها.

(جلسة ١٩٦٧/٤/٥ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٨ ـ مدنى ـ العدد ٢ ـ ص ٧٨٩)

١١ – تشغيل العمال ساعات اقل من المحدد قانونا، لا يمنع رب العمل من زيادتها إلى الحد الاقصى لصالح العمل، ولا حق للعمال فى اجر اضافى ما لم يرد نص مخالف فى عقد العمل، أو إستقر العرف فى المنشأة على منحهم هذه الأجور، بحيث أصبحت تعتبر من الأجر لا تبرعا.

(جلسة ١٩٩٦/٣/١٧ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٠مدنى ـ العدد ١ ـ ص ٤١٨)

١٢ – لمحكمة الموضوع ان تستخلص فى حدود سلطتها التقديرية، ومن المستندات المقدمة فى الدعوى، تنفيذ طرفى العقد لإلتزاماتهما المتبأدلة فيه، مهتدية فى ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغى توافره من امانة وثقة وفقا للعرف الجارى فى المعاملات دون ما رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض، ما دام استخلاصها يقوم على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهت اليها.

(جلسة ١٩٧١/٢/٢ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٢ ـ مدنى ـ العدد ١ ـ ص ١٥٤)

١٣ – الأصل فى المكافأة التى تصرف للعامل جزاء امانته أو كفاءته والمنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٣ من القانون المدنى والمادة الثالثة من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩، ان تكون تبرعا من قبل رب العمل، لا يلزم بأدائها، ولا تعتبر جزاء من الأجر عند إحتساب مكافأة نهاية الخدمة، الا إذا كانت مقررة فى عقود العمل أو لوائح المصنع أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءا من الأجر.

(جلسة ١٩٧١/٢/٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٢مدنى ـ العدد ١ ـ ص ١٥٤)

١٤ – ان التحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع، فإذا نفى الحكم وجوده بأسباب تؤدى لذلك، فإن المنازعة فيه جدل موضوعى لا تجوز آثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٣ مدنى ـ العدد ٢ ـ س٧٤٧ وس٧٥٩)

١٥ – العرف فى مسائل الأحوال الشخصية معتبر، إذا عارض نصا مذهبيا منقولا عن صاحب المذهب، اذ الجمود على ظاهر المنقول مع ترك العرف، فيه تضييع حقوق كثيرة، دون ان يكون فى ذلك مخالفة للمذهب.

(جلسة ١٩٧٣/٢/١٤ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٤مدنى ـ العدد ١ ـ س ٢٥١)

١٦ – إستناد الحكم المطعون فيه في قبول اعتذار المطعون ضده بجهله بأحكام القانون إلى ان حكم قانون التأمينات الاجتماعية فى شأن سريان أحكامه على موظفى المكتب لم يكن جليا، وانما كان محل تأويل وتفسير، مما لا يعتبر معه ان المطعون ضده قد تخلف عن الاشتراك لدى الهيئة الطاعنة على عمال المكتب وموظفيه، وكان هذا القدر الذى اسس عليه الحكم المطعون فيه قضاءه لا يقوم على سند من القانون، اذ ان ادعاء المطعون ضده بعدم وضوح نص ذلك القانون فى خصوص حالته، لا يمنع من انطباقه عليه من تاريخ العمل به، إذا ما توافرت شروطه، إعمالاً لما هو مقرر من انه لا يفترض فى احد الجهل بالقانون–اذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٤ ـ مدنى ـ العدد ٣ ـ س ١٣٤٢

١٧ – إختلاف طبيعة الكمبيالة عن الشيك ، أثرة. لا محل لأعمال حكم المادتين ١٣٤ ، ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة علي الشيك. جريان العرف علي إعتبار التوقيع علي ظهر الشيك تظهيرا ناقلا للملكية عرف واجب التطبيق ما لم يثبت صاحب الشأن أن التوقيع قصد به التظهير التوكيلي تظهير الشيك تظهير تاماً للملكية. أثره.

(الطعن ٢٠٦ لسنة ٥٦ ق– جلسة ١٩٩١/٥/٢٧ لم ينشر بعد)

١٨ – وجود نص تشريعي. أثره. عدم جواز التحدي بالعرف. النص في المادة الأولي من القانون المدني علي أن " تسري النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص التشريعية علي جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضي العرف " مفادة أنه – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – لا يجوز التحدي بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.

(الطعن ٨٧٥٧ لسنة ٦٤ ق – جلسة ١٩٩٦/٥/١٥ س ٤٧ ج ١ ص ٨٠٠)

١٩ – النصوص التشريعية. سريانها علي جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو في فحواها. ما هيه ذلك. دلالة عبارة النص علي حكم في واقعة منها، بحيث يمكن فهم هذه المساواة أو الأولوية بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى إجتهاد أو رأي، فإنه يفهم من ذلك أن النص يتناول الواقعتين وأن حكمه يثبت لهما لتوافقهما في العلة، سواء كان مساوياً أو أولى، ويسمى مفهوم الموافقة أو المفهوم من باب أولى.

(الطعن رقم ١١٣٩٥ – لسنة ٧٨ ق – تاريخ الجلسة ١٢/ ٠١ /٢٠١٠)

* * *

مادة (٢)

لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٢ ليبى و٢ سورى و١١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

".....الأصل فى نسخ التشريع ان يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق، وهذا هو النسخ الصريح، الا ان النسخ قد يكون ضمنيا، وللنسخ الضمنى صورتان: فإما ان يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما" مع التشريع القديم، وفى هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التى يتحقق فيها التعارض. واما ان يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الأوضاع افرد له تشريع سابق، وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه... وغنى عن البيان ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع اخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق.....[١] ".

راى الفقه:

مؤدى هذه المادة (٢ مدنى) ان التشريع لا يلغيه الا تشريع لاحق عليه، وان الإلغاء كما يكون صريحا، وهو الأصل، يجوز ان يكون ضمنيا.

فيكون الإلغاء صريحا عندما ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء النصوص السابقة التى يبينها جملة أو تفصيلا، وقد يكون هذا الإلغاء مجردا، وقد يكون مقترنا بنصوص اخرى تحل محل النصوص الملغاه، وفى هذه الحالة الاخيرة يقال ان هناك تعديلا فى التشريع اكثر منه إلغاء.

اما الإلغاء الضمنى فيتحقق بطريق الاستنتاج، من الطريقة التى اتبعها التشريع الجديد، وقد ورد فى التقنين المدنى الحالى صورتان للإلغاء الضمنى: **الأولى**– هى ان يشتمل التشريع الجديد على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، وفى هذه الحالة يلغى القانون القديم من تلقاء نفسه، ولو لم ينص القانون الجديد على ذلك، كما يكون الإلغاء الضمنى جزئيا أو كليا بحسب ما إذا كان التعارض بين نصوص التشريع الجديد ونصوص التشريع القديم مقصورا على مسألة خاصة أو كان ينصب على نفس المبدأ الذى يصدر عنه كل من التشريعين.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية بالقانون المدنى – الجزء ١ – س ٥١٩٦.

والصورة الثانية للإلغاء الضمنى هى ان يعيد التشريع الجديد تنظيم الموضوع الذى سبق ان نظمه التشريع القديم، اذ يدل هذا على رغبة المشرع فى تصفية الماضى، فلا تعارض بين أحكام التشريع الجديد وأحكام التشريع القديم فى تنظيم نفس الموضوع، ومع ذلك يترتب على تنظيم التشريع الجديد لنفس الموضوع من جديد إلغاء أحكام التشريع القديم، بناء على ان المشرع، اذ ارتأى تنظيم الموضوع نفسه من جديد، لابد أن يكون قصده هو إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظم نفس الموضوع من قبل (١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – من المقرر انه لا يجوز لسلطة ادنى فى مدراج التشريع ان تلغى أو تعدل قاعدة تنظيميه وضعتها سلطة اعلى أو ان تضيف إليها أحكاما جديدة الا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٣ ـ مدنى ـ ص ٧٣٤)

٢ – إلغاء التشريع لا يكون الا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الوضع الذى سبق ان قرر قواعده ذلك التشريع.

(جلسة ١٩٦٤/٧/٧ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٥ ـ مدنى ـ ص ٤٨٢)

٣ – ان التعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص تشريعى لاحق شرطه ان يرد النصان على محل واحد يستحيل اعمالها فيه معا، اما إذا إختلف المحل فإنه يتعين بكل قانون فى محله، بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما ان لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق، ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد، لان الشارع هو الذى يقدر الحكمة من هذا الازدواج، وليس للقاضى الا ان يطبق التشريع على ما هو عليه.

(جلسة ١٩٦٦/٥/١٠ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٧ ـ مدنى ـ ص ١٨٠)

٤ – من المقرر انه عند التعارض بين نصين، احدهما وارد فى القانون والآخر فى لائحته التنفيذية، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق بإعتباره اصلا للائحة التى هى اداة تشريعية ادنى من القانون.

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٩ ـ مدنى ـ ص ١٣٢)

٥ – ان تعليمات النيابة العامة بشان إعلان الاوراق القضائية فى الخارج من اصل وصورتين لكل شخص يطلب إعلانه، ومرفق بها ترجمة واضحة وكاملة بلغة البلد المراد الإعلان فيها، هى تعليمات إدارية، لا تنزل منزلة التشريع الملزم، ولا تعدل من أحكام قانون المرافعات الذى لا يجوز تعديله الا بتشريع فى مرتبته، وان مخالفتها لا يترتب بطلان صحيفة الدعوى، ولا تعطيل اثرها فى قطع مدة السقوط.

(جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٢ ـ مدنى ـ ص ١٥١٩)

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية–١ – الدكتور عبد الحى حجازى – طبعة ١٩٦٩ – س ٣٨٩ وما بعدها.

٦ – الأصل فى صدد سريان القانون من حيث الزمان ان إلغاء قاعدة قانونية وحلول قاعدة قانونية اخرى محلها، يترتب عليه – إذا تعلقت القاعدتان بأوضاع قانونية تكونت فى لحظة واحدة – ان تسرى القاعدة الجديدة بأثر فورى منذ نفاذها، ويقف فى ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة بغير تنازع بين القاعدتين. اما إذا كانت الأوضاع القانونية لا تتكون الا خلال فترة زمنية متداخلة بين قاعدتين قانونيتين، فإنه يتعين فى سبيل فض التنازع بينهما ان يمتنع تطبيق القاعدة القانونية الجديدة بأثر رجعى يمس الوضع المتكون فى الماضى طبقا للقاعدة القانونية القديمة، كما يمتنع إستمرار تطبيق القاعدة القانونية القديمة بأثر ممتد على الوضع الذى يكون قد تكون بعد إلغائها، وذلك كله ما لم يورد المشرع أحكاما تقرر رجعية القاعدة القانونية الجديدة، أو إمتداد القاعدة القانونية القديمة، أو ان تكون المسألة التى مسها التشريع تدخل فى عموم احدى مسائل القانون الخاص التى عنى المشرع بتنظيم التنازع الزمنى فى القوانين بشأنها فى المجموعة المدنية أو مجموعة قانون المرافعات.

(جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٧ ـ مدنى ـ ص ٤٢٥)

٧ – إلغاء التشريع بتشريع لاحق مماثل له أو اقوى منه، فليس لسلطة ادنى فى مدارج التشريع ان تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة اعلى، أو تضيف أحكاما جديدة، الا بتفويض من هذه السلطة العليا، أو من القانون.

(جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٨ ـ مدنى ـ ص ١١٢٤)

٨ – إنه بإلغاء نظام قانون معين وإستبداله بأخر، تبقى اللوائح المنفذة للقانون القديم طالما لا تتعارض مع القانون الجديد، ما لم ينص صراحة على إلغائها.

(جلسة ١٩٧٠/٦/٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢١ ـ مدنى ـ ص ٩٥٦)

٩ – لا محل للاحتجاج بأن النص الأول – الوارد فى القانون القديم – قد الغى ضمنا بالنص الثانى – الوارد فى القانون الجديد – لان هذا الإلغاء لا يكون الا إذا توارد النصان فى القانون الجديد وفى القانون القديم على محل واحد يستحيل معه اعمالها معا.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٩ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٣ ـ مدنى ـ ص ٥٦٤)

١٠ – من المقرر انه لا يجوز لسلطة ادنى فى مدارج التشريع ان تلغى أو تعدل نصا تشريعيا وضعته سلطة اعلى أو ان تضيف إليه أحكاما جديدة الا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون وفى حدود هذا التفويض. كما ان الأصل فى القوانين ان تكون ذات اثر رجعى الا ما إستثنى بنص خاص.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٣ ـ مدنى ـ ص ٦٠١)

١١ – الأصل ان النصوص التشريعية تسرى على جميع المسائل التى تتناول فى لفظها أو فى فحواها، وان التشريع لا يجوز إلغاؤه الا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا.

(جلسة ١٩٧٢/٦/١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٣ ـ مدنى ـ ص ٦٢٣)

١٢ – التشريع لا يلغى الا بتشريع لاحق مماثل له أو اقوى منه، فلا يجوز لسلطة ادنى فى مدراج التشريع ان تلغى أو ان تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة

اعلى، أو ان تضيف إليها أحكاما جديدة الا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٨ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٣ ـ مدنى ـ ص ٩٢١)

١٣ – جرى قضاء النقض على ان ما أجازه قانون المرافعات من استئناف الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من المحاكم بسبب وقوع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات اثر فى الحكم، لا يعتبر إستثناء من حكم المادة ١٥ من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ التى تقضى بأن الأحكام الصادرة فى المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون لا تكون قابلة لاى طعن، لان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ هو تشريع خاص تضمنت نصوصه قواعد تعتبر إستثناء من أحكام قانون المرافعات، ولا سبيل إلى إلغاء أحكامه الا بتشريع خاص ينص على هذا الإلغاء.

(جلسة ١٩٧٣/٣/٢٢ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٤ ـ مدنى ـ ص ٤٧٥)

١٤ – إلغاء نظام قانونى معين ليستبدل به نظام قانونى جديد، وان ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التى لا تتعارض مع النظام القانونى الجديد، الا ان ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول فى ظل القانون الجديد، ما لم ينص صراحة على الغائها.

(جلسة ١٩٧٣/٤/٢٦ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٤ ـ مدنى ـ ص ٦٨٢)

من النصوص والمبادئ القضائية العربية:

ينص الفصل ٥٤٢ من القانون المدنى التونسى على انه:

(لا تنسخ القوانين الا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها).

وقد قضت محكمة التعقيب التونسية، بأن:

اقتضى الفصل ٥:٢ من المجلة المدنية ان نسخ القوانين يكون صريحا أو ضمنيا، والنسخ الضمنى لا تتوفر موجباته الا عند تناقض القوانين، أو كانت المتأخرة منها مستوعبة لأحكام ما تقدمها.

(محكمة التنقيب ـ (جلسة ١٩٦٢/٥/٢٦ ـ مجلة المجتمعة ـ مجلة القضاء والتشريع ـ السنة ١٩٦٢ ـ العدد ٧ ـ ص ٣١)

كما قضت محكمة الاستئناف بتونس، بأن:

مجرد إلغاء نص سابق انشئت بمقتضاء ديون، لا يؤخذ منه اسقاط الديون المتولدة عنه قبل الإلغاء.

(استئناف تونس ـ جلسة ١٩٦٣/١٢/٣١ ـ مجلة القضاء والتشريع ـ للسنة ١٩٦٤ ـ العدد٥ ـ س٣١)

١٥ – إلغاء النص التشريعي. جوازه بتشريع لاحق ينص علي هذا الإلغاء أو إشتماله علي نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو تنظيمه من جديد ذات الموضوع. م٢ مدني

(الطعن رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٩٠/٣/٨)

(الطعن رقم ٥٥١٨ لسنة ٦١ ق – جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٨)

١٦ – إلغاء النص التشريعي جوازه بتشريع لاحق ينص صراحة علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد ذات الموضوع. مادة ٢ مدني.

(الطعن ١٥١٩ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

(الطعن٨٥٤ لسنة ٥٧ ق – جلسة ١٩٩٢/٤/١٥ س٤٣ص ٦٠١)

(الطعن١٠٦٢ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٣/٦/٦ س٤٤ ص٥٥٣)

١٧ – إلغاء النص التشريعي جوازه بتشريع لاحق ينص علي هذا الإلغاء أو إشتماله علي نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو تنظيمه من جديد ذات الموضوع. مادة ٢ مدني.

(الطعن ٨٥٤ لسنة ٥٧ ق – جلسة ١٩٩٢/٤/١٥)

(الطعن ٣٦٧٤ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٣/٦/١٠س٤٤ص٦٢٠)

١٨ – المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إلغاء النص التشريعي لا يتم – وعلي ما جري به نص المادة الثانية من القانون المدني – إلا بتشريع لا حق ينص صراحة علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، ويقصد بالتعارض في هذا الخصوص أن يكون النصان واردين علي محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا.

(الطعن ٦٩ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٩٢/٥/١٨ س ٤٣ ص ٦٨٥)

١٩ – إلغاء التشريع المتضمن قاعدة عامة لا يتم إلا بتشريع لاحق ينص صراحة علي هذا الإلغاء ويشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع مادة ٢ مدني.

(الطعن ٥٦٨٣ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥ س٤٤ ص٥٧)

(نقض (جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ س ٣٧ ص ٢٤١)

٢٠ – إلغاء التشريع المتضمن قاعدة عامة لا يتم إلا بتشريع لا حق ينص صراحه علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. المقصود بالتعارض. أن يرد النصان علي محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا. (مثال في إيجاز).

مؤدي نص المادة الثانية من القانون المدني أو النص التشريعي يجوز إلغاؤه بتشريع لا حق ينص علي الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا بأن يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ، ويقصد بالتعارض – في هذا الخصوص – أن يكون النصان واردين علي محل واحد ويستحيل إعمالهما فيها معاً.

(الطعن ١٢١ لسنة ٦٢ ق – جلسة ١٩٩٥/١٠/١٨ س ٤٦ ج ٢ ص ١٠٢١)

٢١ – إلغاء التشريع المتضمن قاعدة عامة لا يتم إلا بتشريع لا حق ينص صراحة علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. المقصود بالتعارض أن يرد النصان علي محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معاً.

المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن مؤدي نص المادة الثانية من القانون المدني أن النص التشريعي يجوز إلغاؤه بتشريع لا حق ينص علي الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا بأن يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده. ويقصد بالتعارض في هذا الخصوص أن يكون النصان واردين علي محل واحد مما يستحيل معه إعمالهما معاً.

(الطعن ٢٢٩٥ لسنة ٦٢ق – جلسة ١٩٩٦/٥/٢٩س٤٧ق ج١ ص ٨٨٤)

٢٢ – إلغاء النص التشريعي لا يتم إلا بتشريع لا حق ينص صراحة علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع التشريعي القديم أو ينظم جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. مادة ٢ مدني. النصوص التشريعية. الأصل سريانها علي جميع المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها.

المقرر – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – أن إلغاء النص التشريعي لا يتم حسبما تقتضي به المادة الثانية من القانون المدني إلا بتشريع لاحق ينص صراحة علي هذا الإلغاء و يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم التشريع من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، وأن الأصل أن النصوص التشريعية تسري علي جميع المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها.

(الطعن ٣١٧٣ لسنة ٦١ ق –جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤ س ٤٧ ص ١٥١٩)

٢٣ – إلغاء النص التشريعي المتضمن قاعدة عامة لا يتم إلا بتشريع لا حق ينص صراحة علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. مادة ٢ مدني. المقصود بالتعارض. أن يرد النصان علي محل واحد ويستحيل إعمالهما في معاً.

المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن إلغاء النص التشريعي الذي يتضمن قاعدة عامة لا يتم – وعلي ماجري به نص المادة الثانية من القانون المدني – إلا بتشريع لا حق ينص صراحة علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع ، وكان المقصود بالتعارض في هذا الخصوص – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – أن يكون النصان واردين علي محل واحد ويستحيل إعمالهما فيها معاً.

(الطعن ٣٨٦٩ لسنة ٦١ ق – جلسة ١٩٩٧/٥/٢٤ س ٤٨ ص ٧٨٣)

٢٤ – إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لا حق ينص علي هذا الإلغاء أو يشتمل علي نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

(الطعن ٧١٤ لسنة ٦٠ق – جلسة ١٩٩٨/٦/٢٧ لم ينشر بعد)

٢٥ – التفرقة بين الوجود الفعلي للنص والوجود القانوني له أمر تحتمه طبيعة التشريع بإعتباره عملا إرادياً محضاً يتجه إلي إحداث نتيجة محددة هي بيان حكم القانون في واقعة بعينها ولقد اختار المشرع مجموعة من الأعمال الإرادية التي تستهدف إحداث آثار محددة هي ما يطلق عليها إصطلاح التصرفات القانونية ووضع لها نماذج بعينها حدد فيها شروط صحتها الموضوعية والشكلية فإن هي إستكملتها

أنتجت الأثر القانوني الذي رسمه المشرع سلفاً وإن هي خالفت هذه الشروط كانت باطلة لم تنتج الأثر القانوني المرسوم لها وباتت مجرد وقائع قانونية وبطلان التصرف ينفي أثره القانوني ولكنه لا ينفي وجوده الفعلي بإعتباره أمراً قد وقع وربما نشأ عن مجرد وجوده المادي آثار قانونية، فالزواج الباطل لا يحل الإستمتاع ولا يوجب النفقة وإنما يوجب العدة ويثبت النسب والشركة الباطلة ليس لها وجود قانوني ولكن وجودها الفعلي مؤثر في توزيع الأرباح والخسائر، وكذلك فالتشريع غير الدستوري تصرف باطل لا ينتج الأثر القانوني للتشريع الصحيح، ورغم أنه لا يحكم الوقائع إلا أن ذلك لا ينفي وجوده وأثره علي الإرادات التي إتخذت به علي النحو السالف بيانه.

(الطعن رقم ٨٥٢ ـ لسنة ٧٠ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٦ / ١١ / ٢٠٠١)

٢٦ – المقصود بإلغاء التشريع أو نسخه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه إبطال العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة، والإلغاء – على ما تقضي به المادة الثانية من القانون المدني يكون إما صراحة أو ضمنا بأن يشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع التشريع السابق، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده، ويقصد بالتعارض – في هذا الخصوص – أن يكون النصان واردين على محل واحد مما يستحيل معه إعمالهما معا.

(الطعن رقم ٥٠٩٥ لسنة ٦٣ ق الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠٢)

٢٧ – المقصود بإلغاء التشريع أو نسخه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه إبطال العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة، والإلغاء – على ما تقضي به المادة الثانية من القانون المدني يكون إما صراحة أو ضمنا بأن يشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع التشريع السابق، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده، ويقصد بالتعارض – في هذا الخصوص – أن يكون النصان واردين على محل واحد مما يستحيل معه إعمالهما معا.

(الطعن رقم ٤٧٨٠ لسنة ٦٣ ق الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠٢)

٢٨ – إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/١٣ في القضية رقم ١٥٩ لسنة ٢٠ ق دستورية بعدم دستورية نص المادة ٢٣ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ (قبل استبدالها بالقانون رقم ١٦٠ لسنة ٢٠٠٠) فيما لم يتضمنه من وجوب تسبيب قرار مصلحة الجمارك بإطراحها البيانات المتعلقة بقيمة البضائع المستوردة المثبتة في المستندات والعقود والمكاتبات والفواتير المقدمة من صاحب البضاعة وقد نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية في العدد رقم ٤٤ في ٢٠٠٢/١٠/٣١ ومن ثم أصبح هذا النص القانوني في تلك الخصوصية والمحكوم بعدم دستوريته غير جائز تطبيقه إعتباراً من اليوم التالي لنشر الحكم بالجريدة الرسمية وهو ما سوف تلتزم به محكمة الإستئناف إذا ما نقض الحكم وأحيلت إليها الدعوى مكررة من جديد قضاءها الصادر به الحكم المطعون فيه ومن ثم فإن هذا النعي (النعي بتقييد حق مصلحة الجمارك في إعادة تقدير قيمة البضائع الواردة من الخارج بأن يكون تحت يدها مستند رسمي من ذات المورد وبذات

الصنف بسعر يخالف ما جاء بالفواتير المقدمة من صاحب البضاعة رغم أن نص المادة ٢٣ سالفة البيان جاء خلواً من هذا القيد) لن يحقق للطاعن مصلحة جديرة بالحماية لكونه غير منتج وبالتالي غير مقبول.

(الطعن رقم ٥٠٩٨ ـ لسنة ٦١ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠٦ / ٢٠٠٥)

٢٩ – إذ كانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بتاريخ ١٩٩٨/٦/٦ في القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ ق "دستورية" والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٣٥ تابع بتاريخ ١٩٩٨/٦/١٨ بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العيني الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل وبسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون مما مؤداه جواز إكتساب ملكية العقارات الخاضعة لنظام السجل العيني بالتقادم. وكان الطاعنون قد تمسكوا فى دفاعهم أمام محكمة الموضوع بتملكهم أطيان النزاع بالتقادم الطويل بعد ضم مدة حيازة البائعة لهم إلى مدة حيازتهم ودللوا على ذلك بالمستندات التي قدمت أمام الخبير فإن الحكم المطعون فيه إذ أعرض عن بحث وتحقيق هذا الدفاع – رغم أنه دفاع جوهري يترتب عليه إن صح تغيير وجه الرأي فى الدعوى – ركوناً منه إلي قاعدة حظر التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني والمقضي بعدم دستوريتها وخلص إلي تأييد الحكم الإبتدائي الذي قضي بطردهم من أطيان النزاع، فإنه يكون مع مخالفته للقانون قد ران عليه القصور المبطل.

(الطعن رقم ١٣٧٦ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠٦ / ٢٠٠٥)

٣٠ – المقرر أنه بصدد سريان القانون من حيث سريان الزمان أن إلغاء قاعدة قانونية وحلول أخرى محلها يترتب عليه أن تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منذ نفاذها ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة.

(الطعن رقم ٢٠٧ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦/ ٠٥ / ٢٠٠٥)

٣١ – إن قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى ٤٥ لسنة ٢٢ ق بحكمها المنشور بالجريدة الرسمية بالعدد ١٧ بتاريخ ٢٠٠٣/٤/١٤ بعدم دستورية نص المادة ١/٢ من القرار بقانون ٧١ لسنة ١٩٦٢ – بشأن التركات الشاغرة – فيما نصت عليه من إنقضاء كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضي ١٥ سنة.." وكان الحكم الإبتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد قضي برفض دعوى الطاعنة بالإفراج عن عقار النزاع وتسليمه لها لإنقضاء حقها وتملك المطعون ضده للعقار بالتقادم استنادا للنص المقضي بعدم دستوريته فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطعن رقم ٤٦٤١ ـ لسنة ٦٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

٣٢ – إذ كان المطعون ضده الأول في الطعنين قد استند في دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف بإعتباره القانون الذي كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به إعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التي تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن

فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك أعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." بإعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(**الطعن رقم ٧٩١ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥**)

٣٣ – إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلا في تشريع ما من التشريعات القائمة وكان من شأنه إستحداث حكم جديد يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير أو بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط القاعدة الآمرة دون المساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو إتخاذ إجراءات معينة من إجراءات الإثبات أو التقاضي لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فان التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي نشأت في ظل القانون السابق بإعتبار أن القانون الذي وقعت في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها.

(**الطعن رقم ٦٥٥ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ٢٠٠٥**)

٣٤ – إذا كان المشرع قد إستحدث التعديل الوارد بالفقرة الأولى من المادة (٢١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نصا مؤداه أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالشهادة والتوثيق وكان هذا التعديل لا يمس ذاتية القاعدة الأخيرة التي تضمنتها المواد ٥ و٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإن التعديل لم يغير من حكم هذا القانون بل رسم طريقا خاصا لإثبات حصول الطلاق بألا يعتد به عند الإنكار إلا بالشهادة والتوثيق ومن ثم لا يسري هذا الحكم إلا من تاريخ العمل به دون أن يكون له أثر على الدعاوى القائمة وقت نفاذه والتي وقعت في ظل القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي كان يجيز إثبات حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك البينة، ومن ثم فلا مجال لإعمال أحكام القانون (١) لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/١/٢٩ وعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره بينما الواقعة المراد إثباتها حصلت بتاريخ ١٩٩٣/٣/٢٤ قبل نفاذه.

(**الطعن رقم ٦٥٥ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ٢٠٠٥**)

* * *

□مادة (٣)

تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم ينص القانون على غير ذلك

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٣ ليبى و٣ سورى و٩ عراقى و ١٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

هذه المادة لا مقابل لها فى القانون المدنى القديم، الذى كان التقويم الهجرى فيه أساسا لحساب المدة، وقد إقترح الدكتور عبد الرازاق السنهورى هذه المادة، فوافقت عليها لجنة تنقيح القانون المدنى، ومجلس النواب والشيوخ دون ادخال اى تعديل[١].

قارن نص المادة ١٥ مرافعات (القانون ١٣ لسنة ١٩٦٨) التى تنص على ان المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة، تحسب بالتقويم الشمسى، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وقارن أيضا نص المادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، الذى يقرر ان المراد السنة فى المواد من ١٢ إلى ١٨ (الطلاق لغيبة الزوج أو لحسبه، ودعوى النسب، والنفقة والعدة) هى السنة التى عدد ايامها ٣٦٥ يوما.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – التقويم الميلادى هو التقويم المعمول به ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويؤخذ بالتقويم الهجرى فى حساب سن المجنى عليه فى جريمة هتك العرض، اخذا بالقاعدة العامة فى تفسير القانون الجنائى لصالح المتهم.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٤ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١٨ ـ جنائى ـ ص ١٢٠٨)

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ١ – س١٩٨.

مـادة (٤)

من إستعمل حقه إستعمالا مشروعاً، لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

الأعمال التحضيرية:

ليس لهذا النص مقابل فى القانون المدنى القديم، وقد إقترحه الدكتور السنهورى، وقد وافقت اللجنة ومجلس النواب على النص كما هو دون ادخال اى تعديل، بينما وافق عليه مجلس الشيوخ بعد ان إستبدل كلمه (مشروعا) بكلمة (جائزا)[١].

راى الفقه:

يرى البعض[٢] ان هذه المادة زائدة عن الحاجة، لان الأصل الإباحة، والمنع إستثناء، وقد تناولت المادة الخامسة من القانون المدنى الجديد الحالات المحظورة، فلم يكن ثمة ما يوجب التصريح بالمباح.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – تقوم نظرية إساءة إستعمال الحق على قواعد المسئولية فى القانون المدنى، لا قواعد العدل والإنصاف.

(جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨ ـ مجموعة القواعد القانونية ـ السنة ٢٥ ـ جزء ١ ـ ص ١٢١)

٢ – يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمته افعال خاطئة فى ذاتها ومستقله عنه إستقلالاً تاماً ومنسوبة لاحد الطرفين، وان ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر – فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من ان الطاعن اقدم على فسخ الخطبة لغير أى سبب سوى طعمةفى والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته، وإعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولاً طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه، ورتبت عليه الحكم المطعون عليها بالتعويض، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجردا عن اى فعل خاطئ مستقل عنه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ فى القانون اذ قضى للمطعون عليها بالتعويض.

(جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ١١ ـ مدنى ـ ص٤٣٠)

٣ – القول بإساءة الموظف لإستعمال حقه يقتضى قيام الدليل على انه إنحرف فى اعمال وظيفته على مقتضى الواجب المفروض عليه، وانه لم يتصرف التصرف الذى اتخذه الا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة، فإذا انتفى هذا القصد، وتبين للقاضى ان العمل الذى أتاه الموظف، قد أملاه واجب الوظيفة، فلا يصح القول بأنه اساء إستعمال حقه.

(جلسة ١٩٥٢/٥/١ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٣ ـ مدنى ـ ص١٠٢١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء١ – ص ١٩٩ و ٢٠٠.
(٢) التعليق على نصوص القانون المدنى – للدكتور محمد على عرفه.

٤ – حق التقاضي والإبلاغ والشكوي من الحقوق المباحة. مؤدي ذلك. عدم مسئولية من يلج أبواب القضاء متمسكاً بحق أو زودا عنه إلا إذا ثبت إنحرافه عن الحق المباح إلي اللدود في الخصومة والعنت مع وضح الحق بقصد الإضرار بالخصم.

المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني ان من إستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير ، وأن إستعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير وهو ما يتحقق بإنتفاء كل مصلحة من إستعمال الحق وأن حق التقاضي وحق الإبلاغ وحق الشكوي من الحقوق المباحة للأشخاص وإستعمالها لا يدعو إلي مسائلته طالماً لم ينحرف به صاحب الحق إبتغاء مضارة المبلغ ضده ، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق يدعيه لنفسه أو زودا عن هذا الحق إلا إذا ثبت إنحرافه عنه إلي اللدود في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم.

(الطعن ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق – جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ س ٤٨ ص ١٠٢٥)

٥ – النص في المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المشرع استحدث بهذا النص أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذي كان مقررا بنص المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله مقصورا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعلم واشمل والأمر الثاني أنه حدد أمام محكمة الإخلاء وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى بصدور حكم نهائي بذلك وما استحدثه النص من اشتراط الحصول على حكم نهائي لا يمس ذاتية القاعدة المقررة لسبب الإخلاء ولا يغير حكمها وليس في هذا النص ما يقيد سلطة القاضي التقديرية في الفسخ إذ لم يوجب نص المادة ١٨ سالفة الذكر على القاضي الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من الأسباب التي حددت شروطها فيه كما لا يستقيم أن يستلزم المشرع رفع دعوى بالإخلاء إذا كانت مهمة المحكمة مقصورة على مجرد الالتزام بحجية الحكم السابق بثبوت الضرر دون أن يكون لها سلطة تقديرية تستجيب لطلب الإخلاء أو ترفضه. والسلطة التقديرية للقاضي مقررة له بحكم القانون ولصالح المتقاضين ليقوم خصوصيات كل حالة أو منازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لها والأقرب إلى تحقيق العدالة فلا يجوز للقاضي أن يمتنع عن أعمال سلطته التقديرية ولا أن يتنازل عنها أو ينيب غيره فيها.

(الطعن رقم ٨٣٨٨ ـ لسنة ٦٤ ق ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٠)

٦ – الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب استعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي استهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في استعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وفى الفقرة الثانية من المادة

١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته وهو ما هو لازم انه كلما أثير أمام محكمة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في استعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وإنها بحثت ظروف الدعوى وملابساتها وما إذا كانت هذه الظروف والملابسات تبرر طلب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٣٨٨ ـ لسنة ٦٤ ق الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٠)

٧ – إساءة استعمال الحق – المادتين ٤،٥ من القانون المدني إقامة الحكم قضاءه على واقعة ظنية افترضها دون توافر الدليل على ثبوتها يصيبه بالخطأ في تطبيق القانون – علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٠٢٨ ـ لسنة ٧١ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٢)

٨ – النص في المواد ٤، ٥، ١/١٤٨، ٢/٨١٨ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية – يدل على أن المشرع قد إستلهم ضوابط إستعمال الحقوق من مبادئ الشريعة التي تقوم على أنه لا ضرر ولا ضرار وأن درأ المفاسد مقدم على جلب المنافع وأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف فجعل لنص المادة الخامسة الصدارة ليهيمن على ما عداه من نصوص القانون بفروعه المختلفة إذ لا يكفى أن يلتزم صاحب الحق أيا كان نوع هذا الحق أو مصدره بالحدود الموضوعية له بل عليه فضلا عن ذلك أن يستعمل حقه في تحقيق مصلحة مشروعة فكل الحقوق مهما تنوعت أو إتسعت مقيدة بشرط يرد عليها كافة هو ألا يتعسف صاحب الحق في إستعماله فيستهدف به غاية لا يقره عليها القانون أو يلحق بغيره ضررا لا يتناسب البته مع ما يدعيه من مصلحة لهذا أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليمكنه بها من دفع الضرر قبل وقوعه بمنع صاحب الحق إبتداء من إستعمال حقه على نحو يلحق بالمدين ضررا لا مبرر له مراعيا في ذلك خصوصيات كل حالة ومنازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لكل دعوى الأقرب إلى تحقيق العدالة من ذلك النص في المادة ٢٠٣ من القانون المدني على حق القاضي في أن يستبدل التعويض بالتنفيذ العيني متى كان في ذلك إرهاق للمدين.

(الطعن رقم ٢٨٠٣ ـ لسنة ٧١ ق ـ تاريخ الجلسة ١٠/ ٠٣ / ٢٠٠٣)

٩ – المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد نظمت أحكام خروج الزوجة من مسكن الزوجية – دون إذن زوجها وموافقته – للعمل المشروع وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدد من الحالات ليس للزوج فيها منع زوجته من الخروج للعمل المشروع تقوم في مجموعها على فكرة ثبوت رضائه الصريح أو الضمني بهذا العمل أو توافر حالة ضرورة ماسة للمال، إلا أنه يشترط لذلك ألا يكون خروج الزوجة مناف لمصلحة الأسرة أو تنشئة الأولاد الصغار ورعايتهم أو تسيء الزوجة إستعمال حقها في العمل حيث يعود للزوج في هذه الحالات الحق في منع الزوجة من الخروج للعمل رغم سبق رضائه الصريح أو الضمني، وإذا ما خالفته

الزوجة في ذلك تسقط نفقتها. وهي أحكام وإن قننها المشرع بمناسبة تنظيمه لأحكام النفقة الزوجية إلا أنها تعد تطبيقا هاما لمفهوم حق الزوج في منع زوجته من العمل المشروع وحدود هذا الحق وضوابطه، بحيث يكون استعمال الزوج لحقه في منع زوجته من العمل إستعمالا مشروعا إذا ما ادعى أن هذا العمل مناف لمصلحة الأسرة وتربية الأولاد وأثبت ذلك، بإعتبار أن الحرص على مصلحة الأسرة بوصفها اللبنة الأولى في المجتمع وتربية الأبناء – ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم على تعاليم الدين وثوابته والخلق القويم وضوابطه وحمايتهم من مخاطر الإنحراف والمفاسد والبعد عن جادة الصواب خاصة في السنوات الأولى لحياتهم التي تؤثر في تكوين شخصياتهم ونظرتهم للأمور – مقدم على المصلحة الخاصة للزوجة في العمل داخل البلاد أو خارجها.

(الطعن رقم ١٣٠٢ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤/ ١٢ / ٢٠٠٤)

١٠– لما كان الثابت بالأوراق أن وزارة الداخلية قامت بسحب جواز سفر المطعون ضدها بناء على طلب الطاعن حال قيام الزوجية بينهما الأمر الذي حال ضد المطعون ضدها وبين السفر للعمل خارج البلاد، وكان ذلك استنادا إلي حكم المادة الثالثة من قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦ فيما تضمنته من تنظيم منح وتجديد جوازات سفر الزوجات قبل القضاء بسقوطها بالحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٤ في القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ ق دستورية، وأن الطاعن تمسك أمام محكمة الإستئناف بأنه استخدم حقه كزوج وراع لأسرته لمنع المطعون ضدها (حال قيام الزوجية بينهما) من السفر للعمل خارج البلاد حماية لكيان هذه الأسرة ولتراعى إبنتيهما خاصة وأن إحداهما لم تجاوز العاشرة من عمرها. وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع ولم يسقطه حقه في البحث والتمحيص ويفطن لدلالته مع أنه دفاع جوهري من شأنه – لو صح – أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور.

(الطعن رقم ١٣٠٢ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٤)

١١ – المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد نظمت أحكام خروج الزوجة من مسكن الزوجية – دون إذن زوجها وموافقته – للعمل المشروع وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدد من الحالات ليس للزوج فيها منع زوجته من الخروج للعمل المشروع تقوم في مجموعها على فكرة ثبوت رضائه الصريح أو الضمني بهذا العمل أو توافر حالة ضرورة ماسة للمال، إلا أنه يشترط لذلك ألا يكون خروج الزوجة مناف لمصلحة الأسرة أو تنشئة الأولاد الصغار ورعايتهم أو تسيء الزوجة إستعمال حقها في العمل حيث يعود للزوج في هذه الحالات الحق في منع الزوجة من الخروج للعمل رغم سبق رضائه الصريح أو الضمني، وإذا ما خالفته الزوجة في ذلك تسقط نفقتها. وهي أحكام وإن قننها المشرع بمناسبة تنظيمه لأحكام النفقة الزوجية إلا أنها تعد تطبيقا هاما لمفهوم حق الزوج في منع زوجته من العمل المشروع وحدود هذا الحق وضوابطه، بحيث يكون استعمال الزوج لحقه في منع زوجته من العمل إستعمالا مشروعا إذا ما ادعى أن هذا العمل مناف لمصلحة الأسرة

وتربية الأولاد وأثبت ذلك، بإعتبار أن الحرص على مصلحة الأسرة بوصفها اللبنة الأولى في المجتمع وتربية الأبناء – ورعايتهم والعناية بهم وتنشئتهم على تعاليم الدين وثوابته والخلق القويم وضوابطه وحمايتهم من مخاطر الإنحراف والمفاسد والبعد عن جادة الصواب خاصة في السنوات الأولى لحياتهم التي تؤثر في تكوين شخصياتهم ونظرتهم للأمور – مقدم على المصلحة الخاصة للزوجة في العمل داخل البلاد أو خارجها.

(الطعن رقم ١٣٠٢ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٤)

١٢ – المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حق التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد إلا أن إستعماله لا يدعو إلي مؤاخذة المبلغ به طالما صدر مطابقا لحقيقة حتى ولو كان الباعث عليه سيئا، ذلك أن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه الباعث السيئ وأن المبلغ لا يسأل عنه إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كان نتيجة رعونة وعدم تروٍ.

(الطعن رقم ١٤٥ ـ لسنة ٦٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٣ – إذ كان انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته حقاً مكفولاً لكل مواطن وأن يتم التمكين لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول – كأصل عام – دون إعاقتها أو فرض قيود مسبقة على نشرها وهي حرية يقتضيها النظام الديمقراطي وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته، ولكن غايتها النهائية الوصول إلي الحقيقة من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة وعبر الحدود المختلفة وعرضها في آفاق مفتوحة تتوافق فيها الآراء في بعض جوانبها أو تتصادم في جوهرها ليظهر ضوء الحقيقة جلياً من خلال مقابلتها ببعض وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً منطوياً على مخاطر واضحة أو محققاً لمصلحة مبتغاة ومن غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام تبصيراً بنواحي التقصير فيه مؤدياً إلى الإضرار بأيه مصلحة مشروعة فلا يجوز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها سواء في وقت شغلها أو كانت عن عمل متعلق بها يقتضي الحال إبرازه، فمن الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها ومن ثم كان منطقياً بل وأمراً محتوماً أن ينحاز الدستور إلي حرية النقاش والحوار فى كل أمر يتصل بالشئون العامة ولو تضمن انتقاداً حاداً للقائمين بالعمل العام، إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معززاً بالقانون ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل ولحرية الإبداع وهو في كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه بما يعزز الرغبة في قمعها ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها مما يهدد فى النهاية أمن الوطن واستقراره. وعلى ذلك فإن انتقاد القائمين بالعمل العام وإن كان مريراً يظل متمتعاً بالحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحق لهذه الحرية أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها وليس جائزاً بالتالي أن تفترض في كل واقعة جري إسنادها إلى أحد القائمين بالعمل العام أنها واقعة مزيفة أو أن سوء القصد قد خالطها، كذلك فإن الآراء التي يتم نشرها فى حق أحد منهم لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجبه المصلحة العامة ويتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها واستظهار وجه الحق فيها.

(الطعن رقم ٦٩٣٧ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٤ – إذ كفل الدستور للصحافة استقلالها، وخولها أن تعبر عن رسالتها في حرية وأن تعمل على تكوين الرأي العام وتوجيهه بما يحقق للجماعة قيمها ومصالحها الرئيسية ويصون للمواطنين حرياتهم وحرماتهم ويعزز وفاءهم بواجباتهم (المادتين ٢٠٧، ٢٠٨ من الدستور) وأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون (مادة ٤٧ من الدستور) ثم عني أكثر بإبراز الحق في النقد الذاتي والنقد البناء بإعتبارهما ضمانات لسلامة البناء الوطني مستهدفاً بذلك توكيد أن النقد وإن كان فرعاً من حرية التعبير إلا أنه يتعين أن يكون ضرورة لازمة لا يقوم بدونها العمل الوطني وحق المواطن في أن يعلم وأن يكون قادراً علي النفاذ إلى الحقائق الكاملة المتعلقة بالعمل العام في شتي مجالاته المختلفة السياسية والإقتصادية والإجتماعية.

(الطعن رقم ٦٩٣٧ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٥ – اشترط المشرع لإباحة النقد (الحق في النقد الذاتي والنقد البناء) ألا يكون منطوياً على آراء معدومة القيمة كتلك التي تكون غايتها الوحيدة شفاء الأحقاد والضغائن الشخصية والمسيطر عليها الهوى النفسي والضعف الإنساني أو تلك الماسة بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به والحط من كرامته بما دل عليه نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات من أن انتقاد القائم بالعمل العام وإن كان مطلعاً بأعبائه يعتبر أمراً مباحاً بشروط من بينها إثبات الناقد لحقيقة كل فعل أسنده إليه وأن يكون النشر في إطار المقومات الأساسية للمجتمع والحفاظ على الحريات والواجبات العامة واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الإعتداء على شرفهم وسمعتهم واعتبارهم أو انتهاك محارم القانون وهي قيود تستلزمها الوقاية من سطوة أقلام قد تتخذ من الصحف أو غيرها من وسائل التعبير أداة للمساس بالحريات أو النيل من كرامة الشرفاء إن سباً أو قذفاً أو إهانة أو غير ذلك من أفعال يتأبي على المشرع إقرارها تحت ستار حرية الصحافة وقدسيتها.

(الطعن رقم ٦٩٣٧ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٦ – اشترط المشرع لإباحة النقد (الحق في النقد الذاتي والنقد البناء) ألا يكون منطوياً على آراء معدومة القيمة كتلك التي تكون غايتها الوحيدة شفاء الأحقاد والضغائن الشخصية والمسيطر عليها الهوى النفسي والضعف الإنساني أو تلك الماسة بشخص صاحب الأمر أو العمل بغية التشهير به والحط من كرامته بما دل عليه نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات من أن انتقاد القائم بالعمل العام وإن كان مطلعاً بأعبائه يعتبر أمراً مباحاً بشروط من بينها إثبات الناقد لحقيقة كل فعل أسنده إليه وأن يكون النشر في إطار المقومات الأساسية للمجتمع والحفاظ على الحريات والواجبات العامة واحترام حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وعدم الإعتداء على شرفهم وسمعتهم واعتبارهم أو انتهاك محارم القانون وهي قيود تستلزمها الوقاية من سطوة أقلام قد تتخذ من الصحف أو غيرها من وسائل التعبير أداة للمساس بالحريات أو النيل من كرامة الشرفاء إن سباً أو قذفاً أو إهانة أو غير ذلك من أفعال يتأبي على المشرع إقرارها تحت ستار حرية الصحافة وقدسيتها.

(الطعن رقم ٣٦ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٧ – إذ كفل الدستور للصحافة استقلالها، وخولها أن تعبر عن رسالتها في حرية وأن تعمل على تكوين الرأي العام وتوجيهه بما يحقق للجماعة قيمها ومصالحها الرئيسية ويصون للمواطنين حرياتهم وحرماتهم ويعزز وفاءهم بواجباتهم (المادتين ٢٠٧، ٢٠٨ من الدستور) وأن لكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون (مادة ٤٧ من الدستور) ثم عني أكثر بإبراز الحق فى النقد الذاتي والنقد البناء باعتبارهما ضمانات لسلامة البناء الوطني مستهدفاً بذلك توكيد أن النقد وإن كان فرعاً من حرية التعبير إلا أنه يتعين أن يكون ضرورة لازمة لا يقوم بدونها العمل الوطني وحق المواطن في أن يعلم وأن يكون قادراً علي النفاذ إلى الحقائق الكاملة المتعلقة بالعمل العام فى شتي مجالاته المختلفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

(الطعن رقم ٣٦ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٨ – إذ كان انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته حقاً مكفولاً لكل مواطن وأن يتم التمكين لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول – كأصل عام – دون إعاقتها أو فرض قيود مسبقة على نشرها وهي حرية يقتضيها النظام الديمقراطي وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته، ولكن غايتها النهائية الوصول إلي الحقيقة من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة وعبر الحدود المختلفة وعرضها في آفاق مفتوحة تتوافق فيها الآراء في بعض جوانبها أو تتصادم في جوهرها ليظهر ضوء الحقيقة جلياً من خلال مقابلتها ببعض وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً منطوياً على مخاطر واضحة أو محققاً لمصلحة مبتغاة ومن غير المحتمل أن يكون انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام تبصيراً بنواحي التقصير فيه مؤدياً إلى الإضرار بأيه مصلحة مشروعة فلا يجوز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها سواء في وقت شغلها أو كانت عن عمل متعلق بها يقتضي الحال إبرازه، فمن الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها ومن ثم كان منطقياً بل وأمراً محتوماً أن ينحاز الدستور إلي حرية النقاش والحوار فى كل أمر يتصل بالشئون العامة ولو تضمن انتقاداً حاداً للقائمين بالعمل العام، إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معززاً بالقانون ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل ولحرية الإبداع وهو في كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه بما يعزز الرغبة في قمعها ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها مما يهدد فى النهاية أمن الوطن واستقراره. وعلى ذلك فإن إنتقاد القائمين بالعمل العام وإن كان مريراً يظل متمتعاً بالحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحق لهذه الحرية أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها وليس جائزاً بالتالي أن تفترض في كل واقعة جري إسنادها إلى أحد القائمين بالعمل العام أنها واقعة مزيفة أو أن سوء القصد قد خالطها، كذلك فإن الآراء التي يتم نشرها فى حق أحد منهم لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجبه المصلحة العامة ويتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها واستظهار وجه الحق فيها.

(الطعن رقم ٣٦ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٩ – الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب إستعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي إستهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في إستعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونـص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقـا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وفى الفقرة الثانية من المـادة ١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المـدين أجـلا إذا اقتـضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليـل الأهمية بالنسبة للإلتزام في جملته". وهو ما هو لازم أنه كلمـا أثيـر أمـام محكمـة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في إستعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وأنهـا بحثـت ظروف الدعوى وملابساتها وما إذا كانت هذه الظـروف والملابـسات تبـرر طلـب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٧١ـ لسنـة ٧٤ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٢ / ٢٠٠٥)

* * *

مـــادة (٥)

يكون إستعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) اذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) اذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

الأعمال التحضيرية:

بيد ان المشرع جعل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى إستعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لان لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون ان تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، واذا كان القضاء قد رأى ان يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى، وانما بسطه على هذه النواحى جميعا، بل وعلى نواحى القانون قاطبه، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، وانها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية وانها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام، ولذلك اثر المشروع ان يضع هذه النظرية وضعا عاما متحذيا مثال احدث التقنيات أقواها – وقد ساعد على إختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف فى إستعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع ان لم تفق فى دقتها وأحكامها احدث ما اسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب وازاء ذلك حرص المشروع على ان ينتفع فى صياغة النص بالقواعد التى إستقرت فى الفقة الإسلامى، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى، واستلمها القضاء فى كثير من أحكامه، والواقع ان المشروع تحامى اصطلاح (التعسف) لسعته وابهامه؛ وجانب ايضا كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة، وإستمد من الفقة الإسلامي بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص. ومن المحقق ان تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد، ولا سيما انها جميعا وليدة تطبيقات عملية إنتهى إليها القضاء المصرى عن طريق الإجتهاد.

وأول هذه المعايير هو معيار إستعمال الحق دون ان يقصد من ذلك سوى الاضرار بالغير، وهذا معيار ذاتى إستقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الاحذ به. **والمعيار الثانى** قوامه إستعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية، وهذا معيار مادى استقاءه المشروع من الفقه الإسلامى، وقننته مجلة الأحكام العدلية من قبل. واكثر ما يساق من تطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع، تجنبا لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح، على ان الفكرة فى خصبها لا تقف عند حدود هذه

التطبيقات، فهى مجرد امثلة تحتمل التوسع والقياس، **اما المعيار الثالث فتندرج تحته حالات ثلاث:**

الأولى: حالة إستعمال الحق إستعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وتعبير (المشرع) فى هذا المقام خير من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من اجلها، ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب، وانما يتصل بها بهذا الوصف ايضا، إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الاداب. واذا كان المعيار فى هذه الحالة ماديا فى ظاهرة، الا ان النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة، وابرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين ارضاء لغرض شخصى أو شهوه حزبية، وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما إستقر عليه الرأى فى التقنيات الحديثة والفقه والقضاء.

والثانية: حالة إستعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، والمعيار فى هذه الحالة مادى، ولكنه كثيرا ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير، ويساير الفقه الإسلامى فى اخذه بهذا المعيار إتجاه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول الغربية على حد سواء.

والثالثة: حالة إستعمال الحق إستعمالا من شأنه ان يعطل إستعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون إستعمالها على الوجه المألوف، والمعيار فى هذه الحالة مادى، واذا كان الفقه الغربى لا يؤكدا إستقلال هذا المعيار، اذ يلحقه بمعيار إنتقاء صفة المشروعية عن المصلحة أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط، إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل، والقضاء فى مصر اميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى، وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه، وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الاخذ بهذه المبادئ ولا سيما فيما يتعلق بصلات الجوار.

وعلى هذا النحو وضع المشروع دستورا لمباشرة الحقوق، الف فيه بين ما إستقر من المبادئ فى الشريعة الإسلامية وبين ما إنتهى إليه الفقه الحديث فى نظرية التعسف فى إستعمال الحق، ولكن دون ان يتقيد كل القيود بمذاهب هذا الفقه، وبذلك اتيح له ان يمكن للنزعة الاخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وان يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامى فى ارقى نواحيه واحفها بعناصر المرونة والحياه.....[1]".

راى الفقه:

١ – ان التعبير بالتعسف فى إستعمال الحق أو إساءة إستعماله، فقد ورد عليه اعتراض، ذلك ان التعسف فى الإستعمال أو الإساءة يكون إذا ترتب على إستعمال الحق ضرر بالغير مقصودا، أو كانت الفائدة التى تنال صاحب الحق قليلة بالنسبة للضرر بالغير، فاعترض على ذلك بأن التعسف لا يجتمع مع الحق، اذ ان التعسف والحق نقيضان ولا يجتمعان، وان الحقوق، وخصوصا فى الشريعة الإسلامية، تثبت مقيدة بعدم الضرر، فإذا كان قصد الضرر أو الضرر الكثير بجوار النفع القليل، زالت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الجزء ١ – ص ٢٢ وما بعدها.

عن الفعل صفة انه حق، لانه صار ممنوعا اذ الحق فى ادق معاينة فى الفقه الإسلامى يجب ان يكون فيه اذن من الشارع، وكيف يأذن الشارع فيما غلب ضرره على نفعه[1].

الأساس القانونى لنظرية التعسف فى إستعمال الحق:

٢ – ان القانون المدنى الجديد ان كان قد أصر ان يضع نص المادتين ٤و٥ فى الباب التمهيدى، لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحى القانون، لم يرد بذلك ان يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى، فالتعسف فى إستعمال الحق ليس الا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى، فيدخل بهذا الإعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية.

والأساس القانونى لنظرية التعسف فى إستعمال الحق ليس هو الا المسئولية التقصيرية، اذ التعسف فى إستعمال الحق خطأ يوجب التعويض، والتعويض يجوز ان يكون نقدا، كما يجوز ان يكون عينا، والمعيار الذى يصلح إتخاذه أساسا لنظرية التعسف فى إستعمال الحق، وهو عينه المعيار الذى وضع للخطأ التقصيرى، ففى إستعمال الحقوق – كما فى اتيان الرخص – يجب الا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى، فإذا هو إنحرف – حتى لو لم يخرج عن حدود الحق – عدا إنحرافه خطأ يحقق مسئوليته.

ولا يعتد بالإنحراف الا إذا اتخذ صورة من الصور التى عددتها المادة ٥ القانون المدنى ـ وهى:

١) قصد الاضرار بالغير ٢) رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا
٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة.

فبالنسبة للصورة الأولى لقصد الاضرار بالغير، فالمعيار، على الرغم من ذاتيته، يمكن ان يندرج فى المعيار الموضوعى العام للخطأ، فأنه يكفى ان يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير، بل يجب فوق ذلك ان يكون إستعماله لحقه على هذا النحو ما يعتبر إنحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادى، فقد يقصد شخص وهو يستعل حقه ان يضر بغيره، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحانا كبيرا على الضرر الذى يلحقه بالغير، فقصد الاضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفا، اذ ان صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى. اما إذا كان قصد احداث الضرر هو العامل الأصلى الذى غلب عند صاحب الحق وهو

يستعمل حقه للاضرار بالغير، إعتبر هذا تعسفا ولو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق، ويكون تعسفا، من باب أولى، قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى. ويجب ان يثبت المضرور ان صاحب الحق، وهو يستعمل حقه، قصد إلى الحاق الضرر به، ويكون إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها القرائن المادية. على ان إنعدام المصلحة إنعداما تاما قرينة على قصد احداث الضرر.

---

(١) إساءة إستعمال الحق – مقال – لاستادنا الجليل المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة – مجلة ادارة قضايا الحكومة – السنة ٥ – العدد ٣ – س ٨٢ وما بعدها

وبالنسبة للصورة الثانية – وهى رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيرا – فإن المعيار هنا موضوعى، وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسى فى الخطأ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى، فليس من المألوف ان الرجل العادى يستعمل حقا على وجه يضر بالغير ضررا بليغا ولا يكون له فى ذلك الا مصلحة قليلة الأهمية، لا تتناسب البتة مع هذا الضرر، فهو ان يفعل اما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، واما منطو على نية خفية يضمن الاضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر انه يسعى لها، وفى الحالين يكون قد إنحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى، وارتكب خطأ يوجب مسئوليته.

وبالنسبة للصورة الثالثة – وهى عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها – فالمعيار هنا ايضا موضوعى وان كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق، وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ، فليس من السلوك المألوف للشخص العادى ان يسعى تحت ستار انه يستعمل حقا له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

وقد وردت فى القانون المدنى نصوص تشريعية، تطبيقا لنظرية التعسف فى إستعمال الحق – هى:المادة ١١ والمادة ٤١٠ والمادة ٦٩٥ والمادة ٦٩٦ والمادة ٨١٨ والمادة ١٠٢٩[١].

٣ – ولقد وضع المشرع هذا النص (م٥ مدنى) فى مقدمة النصوص التمهيدية ليجعل لها من العمومية ما يمكن من تطبيق مبادئها على كافة النواحى القانونية، بغير قصرها على ناحية معينة، كما تضمن هذا النص بعض المعايير، التى جاءت على سبيل المثال، وليس الحصر، على ما قالت المذكرة التفسيرية من ان تفصيل الضوابط على النحو الذى ورد بتلك المادة، يهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد.وتوجد معايير اخرى غير التى تضمنتها المادة المذكورة، وانه قد ينطبق على المسألة الواحدة اكثر من معيار، وان الحالات التى تضمنتها تلك المادة يمكن ان تدخل فى نطاق معايير اخرى غير التى حددتها المذكرة التفسيرية[٢].

٤ – لم يكن فى القانون المصرى من نص صريح يقرر مبادئ نظرية سوء إستعمال الحقوق، وان كان المشرع قد اخذ بها – فى بعض الأحوال – فيما نص عليه ضمنا من تحريم إستعمال الحق للإساءة أو إستعماله مجردا، مما يجب توفره من بواعث مشروعة، كما نص على بعض قيود لما منح للأفراد من حقوق حتى لا تتعارض مع ما تقتضيه المصلحة الاجتماعية، أو ما تستلزمه الاداب والاخلاق – على ان ما يؤيد اقتناع المشرع المصرى بوجاهة هذه النظرية، وصلاحيتها، وسلامة مبادئها، ومجاراة منه لنزعات العصر الحديث فى اهدافه الاجتماعية والاقتصادية، وفيما يبغى من التوفيق بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة، وانه يحين الفرصة

---

(١) الوسيط – جزء ١ – مصادر الإلتزام – الدكتور السنهورى – طبعة ١٩٥٢ ص ٨٤٢ وما بعدها، وكتابة: الوجيز فى شرح المأذون المدنى – طبعة ١٩٦٦ – ص ٣٣٩ وما بعدها.

(٢) نظرية سوء إستعمال الحقوق – للقاضى حسين عامر – طبعة ١ – ١٩٤٧ – ص ٦٠.

المناسبة عند وضعه مشروع تنقيح القانون المدنى، فوضع أحكامها فى نص المادة السادسة من المشروع (م٥ مدنى الان)[١].

٥ – لقد أقرت المحاكم المصرية نظرية سوء إستعمال الحقوق كما طبقها القضاء الفرنسى، إلا ان المنازعات التى طرحت على القضاء المصرى وعرض فيها تطبيق هذه النظرية لم تكن من التنوع بحيث تتيح فرصة تطبيقها فى كل الحقوق التى طبقها فيها القضاء الفرنسى، فقد اقتصر عرضها فى مصر على حق الملكية، وحق التقاضى وما يتبعه من الإجراءات القانونية، وحق الوكيل فى التنحى عن الوكالة، وحق الحكومة فى فصل كبار الموظفين، وحق رب العمل فى تسريح عماله، وبعض الحقوق المتفرعة عن علاقة الاسرة، ومع ذلك فإن للقضاء المصرى مجالا خاصا يختلف عن القضاء الفرنسى، فكثيرا ما يعرض على القضاء المصرى حالات يكون مرجعه فى الفصل فيها قوانين الأحوال الشخصية خصوصا الشريعة الإسلامية، ولهذه أحكامها التى كثيرا ما تخالف القواعد التى يقرها القانون المدنى فى امر من الامور، ويظهر ذلك بنوع خاص عند البحث فى مدى حق من الحقوق والتى تحكمه قواعد الشريعة الإسلامية كحقوق الزوجية، فإنه يكون من المتعين الرجوع لأحكام الفقه الإسلامى، لأنه هو القانون الواجب الإتباع فى مثل هذه الامور. وفى مسائل القانون المدنى العامة يكاد يتفق القضاء المصرى مع القضاء الفرنسى فى الأحكام التى قررها من حيث مدى إستعمال الحقوق وما يعد إساءة فى إستعمالها[٢].

٦ – حرية العقيدة حق من الحقوق الأساسية، وهذا الحق قد يستغله صاحبه لرغبة اكيدة فى النفس، وعاطفة وثابة فى القلب يرمى من ورائها إلى ارضاء خلجات نفسية ملكت عليه حواسه ومشاعره، ولكن هذا الحق قد يستعمله صاحبه لقضاء شهوة فى النفس وهضم حق مقرر لغيره عليه. والمادة ٥ مدنى تنص على ان الحق نفسه يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الاضرار بالغير. وفى امر تغيير الدين قد يظهر اللون القانونى لقاعدة التعسف فى إستعمال الحق متى تبين انه يفعل ذلك للاضرار بخصم له عن طريق استخدام حقه بالذات للنيل من خصمه، وهو لهذا يستعمل حقه الدستورى فيما يتعلق بحرية الدين، وبأن لكل دينه فيه حرية تضمن له الطمأنينة فيه؛ قد اراد توجيهه هذه الـمرة إلى غير ما يريده الأصل الدستورى[٣].

٧ – الأصل ان حرية الفرد مطلقة فى إستعمال الحقوق المخولة له قانونا، فله ان يستعمل حقه كيفما شاء وبأى وجه شاء، غير ان هذه النظرية الفردية قد تأثرت بتشابك الحياة الاجتماعية وارتباط مصالح الأفراد وحقوقهم، فلم يعد الفرد حرا طليقا فى إستعمال حقه حسبما يهوى ويرغب، بل أصبحت غاية الحق تحقيق الخير لمصلحة الفرد ومصلحة الجماعة فى ان واحد – ومن ذلك اليوم أصبح الفرد مسئولا عن كل

---

(١) التعسف فى إستعمال الحقوق وإلغاء العقود – للمستشار حسين عامر – طبعة ١ – ١٩٦٠ – س٥٤.

(٢) فى مدى إستعمال حقوق الزوجية – رسالة دكتوراه – لأستاذنا الدكتور – السيد مصطفى السعيد – طبعة ١٩٣٥ – ص ١٩.

(٣) منازعات الأحوال الشخصية–مقال – للأستاذ نصيف زكى – المحاماة – السنة ٣٦ – العدد٩ – س ١٤٧ وما بعدها، والعدد ١٠ – س ١٦٠١ وما بعدها، والسنة ٣٧ – العدد١ – س ١٠٣ وما بعدها، ويراجع: القانون المدنى الجديد – للدكتور محمد كامل مرسى – جزء ١ – ص ١٦٠.

إستعمال لحقه يؤدى إلى وقوع ضرر للغير، ومنذ ذلك الحين بدأت الشرائع تعالج هذا الإتجاه الجديد فى الفقه، فنصت فى قوانينها على قواعد المسئولية المدنية فى مثل هذه الحالات. من بين هذه الشرائع للقانون المدنى المصرى، فلقد نص القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدنى فى الباب التمهيدى منه فى المادتين الرابعة والخامسة على انه لا تثيريب على من يستعمل حقه إستعمالاً مشروعا، اما من يستعمل حقه إستعمالا غير مشروع مما ينشأ عنه ضرر لغيره، فتقع على كاهله مسئولية تعويض عن ذلك الضرر. فللمالك الحق فى الإنتفاع بملكه حسب ما يرى، ولكن هذا الحق مقيد بوجوب مراعاة واحترام ملكية الجار، فمسئوليته قائمة متى لم يراع ذلك، كمن يحفر بئرا فى ملكه وعلى حدود ملك الجار مما يلحق ضررا بحائط ذلك الجار. وللإنسان الحق فى التقاضى للحصول على حق متنازع فيه، ولكن مسئوليته قائمة متى إستعمل هذا الحق رغبة فى النيل من سمعة الغير وإساءة له رغم براءته. ولقد وصف جمهور الشراح والفقهاء هذه الحالة القانونية "بالتعسف فى إستعمال الحق أو إساءة إستعمال الحق" الا ان العلامة Planiol انتقد تلك التسمية نقدا لاذعا، فيؤكد لهم ان التعسف فى إستعمال الحق ان هو الا خروج عن الحق، فالحق ينتهى حيث بدأ التعسف فى إستعماله والعمل الواحد لا يمكن ان يكون فى وقت ما متفقا مع القانون ومخالفا له، وليس معنى ذلك ان يعترض على إمتداد المسئولية المدنية فى هذه الحالة، وانما ينكر تلك التسمية المتناقضة المتعارضة فتحسب وهى التعسف فى إستعمال الحق، ويعتبرها خروجا عن الحق، وهو من قبيل الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية.

وقال الأستاذ مصطفى مرعى[١] ان تعبير التعسف فى إستعمال الحق، تعبير متناقض ويفضل تعبير اخر هو "الخطأ تحت ستار الحقوق" واستند فى تأييد هذه التسمية الجديدة إلى تعريف الخطأ، فالخطأ هو العمل الذى يأتيه الرجل الحازم الحريص اليقظ، فمن يتخذ حقه وسيله للايذاء ولو من غير قصد ونفع ظاهر له، إنما يعبث فى إستعمال حقه، وما العبث الا صورة من صور الخطأ، ففى الحالتين لا يسئ الفرد فى إستعمال حقه، لان الحق لا تحتمل طبيعته إساءة الإستعمال، وانما هو يرتكب خطأ مستترا وراء الحق ظنا منه ان الحق يحميه.

ويأخذ القانون المدنى اللبنانى فى المادة ١٢٤ بالنظر القائل بأن مكان هذه النظرية فى باب الإلتزامات. اما القانون المدنى المصرى فقد اخذ بالنظر الآخر، فنص عليها فى الباب التمهيدى من القانون المدنى فى المادتين ٤ و ٥، وهذا النص عام يقرر هذه النظرية، ويتفق مع القانون المقارن. وهاتان المادتان تسلمان بهذه النظرية على وجه العموم، وجاءت نصوص فردية تؤيد هذه النظرية وما هي في الحقيقة إلا تطبيق لهذين النصين العامين – فقد جاء في باب (الوكالة) نص المادة ١/١٦ مدني ، وفي باب(الملكية) نص المادة ٨٠٦ مدني و ٨٠٧ مدني[٢].

---

(١) المسئولية المدنية فى القانون المصرى – للأستاذ مصطفى مرعى.

(٢) الخطأ تحت ستار الحقوق في القانون المصري – مقال – الدكتور أحمد رفعت خفاجي – المحاماه – السنة٣١ –العدد ٣–ص٦٣٧ وما بعدها ، ومقاله : مستقل نظرية الخطأ تحت ستار الحقوق–المحاماه – السنة٣٤ – العدد٨–ص١٣١٧ وما بعدها.

التعويض عن إساءة إستعمال حق التقاضي :

٨ – أصبحت نظرية سواء إستعمال الحقوق نظرية عامة تنبسط علي جميع الحقوق ، وأخذ بها الفقه والقضاء الحديثان، وانتظمتها تشريعات الدول الحديثة، ونصت عليها المادة الخامسة من القانون المدنى المصرى.

ان توجيه إجراءات التقاضى لغرض غير مشروع، وان يسئ الفرد حقه فى الإلتجاء إلى القضاء، فيستخدم هذا الحق بقصد التشهير بخصمه والكيد له، أو بقصد تكبيده تكاليف مادية ومعنوية، أو بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، فهو الأمر الذى لا يقره القانون، ولا تبيحه النصوص الواجب اعمالها واحترامها.

ان الحق شرط لوجود الدعوى وقبولها، لان الدعوى فى نظر البعض عنصر مكمل للحق، وفى رأى ثان من توابع الحق، وفى نظر ثالث مظهر حركة الحق، فالدعوى تدور مع الحق الذى وجدت لحمايته وجودا عدما، فهى لا توجد الا لتكمله الحق، ولا يكتمل وجود الحق بدونها... واذا كانت توجد الحالات يظهر فيها الحق بغير دعوى، وتظهر الدعوى دون حق، فإن هذه الحالات ما هى الا إستثناءات لا تبرر الخروج على هذه القاعدة.

● والمصلحة شرط لقبول الدعوى وهى الفائدة التى يجنيها رافع الدعوى من الحكم له بما يطلب، والمصلحة سواء اكانت قانونية ام اقتصادية يجب ان تكون مصلحة مشروعة وجدية، وبذا تصبح المصلحة غير المشروعة عاجزة عن امكان قبول الدعوى معها، والمصلحة تكون غير مشروعة إذا كان موضوع الدعوى تنفيذ أو إبطال عقد مخالف للنظام العام أو حسن الاداب أو إذا قصد رافع الدعوى الانتقام من المدعى عليه والكيد له. اما الدعوى التى ترفع بقصد الاضرار بالمدعى عليه يحمل فى طياته ابلغ تصوير لتوافر المصلحة غير المشروعة، وقد قال احد الفقهاء[١].

ان إساءة إستعمال الحق هى عبارة عن عدم وجود مصلحة أو وجود مصلحة غير مشروعة بقصدها من يستعمل الحق، وهذا تطبيق للمبدأ العام (لا دعوى حيث لا مصلحة) فلا حق بلا مصلحة ادبية أو مادية تكون أساسا له أو لا إستعماله، فعندما لا توجد مصلحة فى التقاضى يصبح الدافع إلى القيام برفع الدعوى غير شرعى، وعندئذ لا تكون بصدد مباشرة حق من الحقوق، بل بصدد إساءة إستعمال يؤدى إلى مسئولية صاحبه.

● وإختلفت أحكام المحاكم فى وضع ضابط لتوافر المصلحة غير المشروعة، فبعضها كان يشترط توافر سوء النية عند رافع الدعوى وبعضها كان يشترط توافر سوء النية عند رافع الدعوى، وبعضها كان يكتفى بأن يكون المدعى قد رفع دعواه عن رعونه وعدم احتياط مما سبب ضررا بالمدعى عليه، بإعتبار ان هذا ينطوى على سوء النية، اذ قضى[٢] بأن الدعوى المرفوعة بإشهار افلاس شخص نتيجة تسرع وبدون ترو بسبب توقف هذا الشخص عن دفع دين لم يستقر، تكون إساءة لإستعمال

---

(١) فى التعويض عن إساءة إستعمال حق الدعوى – رسالة – للدكتور موربل – باريس – ١٩١٠ – ص ١١.

(٢) الاسكندرية الابتدائية التجارية – المجموعة الرسمية – السنة٨ – ص ٨١.

حق الدعوى. وبهذا يكون قصد الاضرار والكيد فى رفع الدعوى مظهرا من مظاهر عدم مشروعية المصلحة، ويكون تفسير المعايير التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدنى كضوابط لنظرية سوء إستعمال الحقوق فى خصوص حق الدعوى، يكون تفسيرها جميعا على ضوء المصلحة فى الدعوى، وهل هى مشروعة أو غير مشروعة. وقضى بأن الخصم الذى يرفع على خصمه دعاوى عدة لا اصل لها بقصد مشاغبته، يكون مسئولا عن تعويض جميع الأضرار المالية والادبية التى تصيب خصمه بالغة ما بلغت، ما دامت هذه الدعاوى لم يقصد بها فى الحقيقة ونفس الأمر المطالبة بحق أو الدفاع عن مصالح جدية مشروعة. ويتبين للقضاء ان رفعها كان بسوء نية وبقصد جر خصمه إلى ساحات القضاء للتشهير به أو لاجباره على صرف مصاريف ورسوم كان فى غنى عنها.

(نقض ـ فرنسى ـ جلسة ١٩٢٤/٥/٧ ـ المحاماه ـ السنة ٧ ـ رقم ٥٢ ـ ص ٨١)

● ان إستعمال الحق إستعمالا غير مشروع يعد نوعا من الخطأ الذى تنص المادة ١٦٣ مدنى على وجوب تعويضه، وبهذا يقع على عاتق طالب التعويض عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما الزام المدعى فيها بتعويض الضرر الناشئ عنها، اذ ان رفعه اياها من جديد يدل على تعنته وعدم رضوخه لما قضى به لخصمه:[1]

● واذا كان تقرير حق الإلتجاء إلى القضاء هو التوصل إلى الحماية القانونية للحق وصونه من الإعتداء عليه، والزام الخصم بالإعتراف به، فإن رافع الدعوى الذى لا يرضى بما عرضه عليه خصمه من الوفاء له بحقه والإعتراف به قبل رفع دعواه أو بعد رفعها وقبل قيدها، يعتبر متعنتا فى لجوئه للقضاء أو فى اتمام قيد دعواه، ويجب عليه التعويض اذ لم تكن له مصلحة فى الدعوى بعد ان اعترف خصمه له بحقه وعرض عليه جديا تسوية النزاع وديا. وقد قضت محكمة النقض.

(نقض ـ جلسة ١٩٣٨/٢/٣ ـ المجموعة الرسمية ـ رقم ١٤٧ ـ ص ٣٧٦)

بأن أساس التقاضى إنما هو نزاع فى الحق الذى يطلبه المدعى وما دام هذا الحق مسلما به ممن وجهت عليه الدعوى، فغرض التداعى يقع على المدعى – هذا ان لم تستعين المحكمة ان رفع الدعوى فى هذه الحالة ليس الا بقصد تحقيق غرض غير مشروع وهو الكيد للخصم والعنت له، فحينئذ يكون التعويض واجبا بإعتباره ان الدعوى كيدية – وقضت

(نقض ـ جلسة ١٩٥٢/٤/٣ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٣ ـ مدنى ـ ص ٩١٦)

بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت، فى حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها ان دعاوى الاسترداد التى رفعت من الغير، وقضى فيها جميعا بالرفض، كانت دعاوى كيدية اقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه اضرارا بالمطعون ضده، كما استدلت على كيدية الدعاوى التى رفعها الطاعن على المطعون ضده بمضيه فى التقاضى رغم جميع دعاوية السابقة وبإستمراره فى اغتصاب الاطيان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه – فإنه يكون

---

(١) المسئولية المدنية – للأستاذ مصطفى مرعى – ص٨٦.

فى غير محله النعى على حكمها بالقصور فى بيان ركن الخطأ فى مسئولية الطاعن. اما حق رفع الدعوى فإنه كان مباحا بحسب الأصل، الا انه ليس حقا مطلقا من كل قيد بل مرتبط بالحكمة التى دعت اليه، وهذه الحكمة هى تمكين المدعى عليه من الدفاع عن نفسه. اما إذا كان المدعى عليه قد ساق دفاعه لا بقصد حماية حق يعتقد انه له بل بقصد معاكسة المدعى وتطويل الإجراءات وتعويق الفصل فى الدعوى، فإن هذا الحق يخرج عن دائرة الحماية الواجبة وينقلب خطأ مستوجبا للمسئولية، فإنكار الدعوى وان كان فى الأصل حقا لكل مدعى عليه يقتضى به الزام خصمه بإثبات دعواه، الا ان هذا الحق ينقلب مخبئه إذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه، فأساء إستعمال حقه وتمادى فى الانكار أو غالى فيه أو تحيل به[١].

التعويض عن إساءة إستعمال حق الطلاق:

٩ ـ **يرى الدكتور السنهورى**[٢] انه إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها، فليس فى ذلك ما يخالف أحكام الشريعة ولا النظام العام، ولكن هذا التعهد ينتفى الإلتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته الا بناء على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج.

- **ويذهب أستاذنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد**[٣] إلى ان الرأى الصحيح هو الذى يقول بالتعويض، وان المتعة المقررة فى الشريعة الإسلامية أساس تشريعى قديم للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال حق إيقاع الطلاق، ان كان مفوضا للزوج بحسب أحكام الشريعة الإسلامية، الا انه مقيد عند الفقهاء بوجوب ان يكون لحاجة تدعو اليه، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية فى حالة الطلاق، فقول غير صحيح اطلاقا، لان المهر من أحكام عقد الزواج وتستحقه الزوجة بالعقد.

- **ويذهب الدكتور احمد الغندور**[٤] الى انه إذا ما راعينا قصد الشريعة والمبادئ التى رسمها الإسلام للطلاق، نجد ان حق إيقاع الطلاق، وان كان للزوج بحسب أحكام الشريعة، فهو مقيد عند كثير من الفقهاء بوجوب ان يكون لحاجة تدعو اليه، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر فوق حل رابطة الزواج، واما القول بأن مؤخر الصداق والنفقة كتعويض، ففيه نظر، لان المؤخر والنفقة لم يفرضا على الزوج، بوصفها تعويضا عن الطلاق، وانما الأول حق للمرأة، والثانى نظير احتباسها لزوجها، والرأى الوجيه ان المتعة أساس تشريعى للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال حق إيقاع الطلاق، فللقاضى معاقبة من يسئ إستعمال حق إيقاع الطلاق بتعويض المرأة بقدر مالى، سواء أكان دفعة واحدة ام على أقساط حتى تتزوج أو تموت، زجرا الأمثال عن إساءة

---

(١) الدعوى الكيدية – مقال – للدكتور صلاح الدين عبد الوهاب – المحاماه – السنة ٣٤ – العدد ٦ – ص ٩٠٦ وما بعدها.

(٢) الوسيط – جزء ١ – مصادر الإلتزام – للدكتور عبد الرزاق السنهورى – طبعة ١٩٦٤ – ص ٤٤٨ وهامش ١.

(٣) مدى إستعمال حقوق الزوجية – رسالة – للدكتور سعيد مصطفى السيد – ص ٢٥٣ وما بعدها.

(٤) الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون – الدكتور احمد الغندور – طبعة ١٩٦٣ – ص ٧٨ وما بعدها.

إستعمال ما خوله الشرع له، ولم يقرر لها الفقهاء تعويضا على من يستعمل حقه إستعمالا لم يترتب عليه ضرر ظاهر بالمرأة.

• **ويرى الدكتور محمد سلام مدكور**[١] بان القول بالمتعة ما هو الا تعويض للمطلقة على ما اصابها بسبب الطلاق من غضاضة، وليرفع عنها وصف الإساءة، ونحن إذا قلنا بالتعويض، فاننا نتجه وجهة الشافعى فى قصره على حالات الطلاق بعد الدخول التى يستبد فيها الرجل، ولا يكون بالإتفاق أو القضاء، وكذلك يجب التعويض للرجل إذا كانت المراة هى التى استبدت بالطلاق.

ونرى[٢] **الحق فى مطالبة المطلقة** بالتعويض عما نالها من جزاء إستعمال حق الطلاق مقيد بأن لا يساء إستعماله، وإلا رتب للمطلقة حق مطالبة المطلق بالتعويض عما نالها من جزاء ذلك من ضرر مادى أو ادبى، للحجج التى ساقها اصحاب هذا الرأى، والتى نضيف إليها ان المشرع الوضعى قد اظهر إهتمامه بنظرية التعسف فى إستعمال الحق حيث احلها مكانا بارزا فى الباب التمهيدى لتكون من المبادئ الهامة التى تسود جميع نواحى القانون، ولم يرد بالضرورة ان يقيم المبدأ على غير أساس قانونى، فالتعسف فى إستعمال الحق ليس الا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى، فيدخل بذلك الإعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية – ويبدو واضحا ان الأحوال التى نصت عليها المادتان ٤ و٥ مدنى فى بيان متى يكون إستعمال الحق مشروعا وغير مشروعا لم يقصد المشرع إيرادها على سبيل الحصر، بل – كما تقول المذكرة الإيضاحية – ان هذه الضوابط تهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد. وحق الطلاق كغيره من الحقوق يمكن ان يرتب فى جانب من يسئ إستعماله تعويضا لمن لحقه ضرر (وهى المطلقة غالبا)، سواء اكان الضرر ماديا أو ادبيا، كما لو كانت الزوجة تمارس عملا تتكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج بناء على طلب الزوج، وهذا يمثل الضرر المادى، ويتمثل الضرر الادبى فيما لو كانت ملابسات الطلاق تثير الظنون حول سمعة المطلقة.

ويختلف قضاء المحاكم فى مصر إلى رأيين[٣] :

الأول: يقوم على ان الطلاق فى الأصل ممنوع، وهو لا يباح الا لحاجة، فهو ليس مباحا للزوج إباحة مطلقة، وانما هو حق مقيد ليس له ان يستعمله الا إذا تحققت الحاجة اليه، فإذا اوقع الزوج الطلاق بغير سبب، يكون قد اساء فى إستعمال حقه، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه، سواء اكان الضرر ماديا أو ادبيا.

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام – الدكتور محمد سلام مدكور – جزء ٢ طبعة ١٩٦٧ – ص ٣٣

(٢) أصول المرافعات الشرعية – أنور العمروسي – طبعة ٣ – ص٥٥٨ وما بعدها ، وتالله : الأساس الشرعي والقانوني للتعويض عن الطلاق – المحاماه – السنة ٥٠ – العدد٣– ص٦٧ وما بعدها.

(٣) بنظر في تطبيقات القضاء لكل رأي : أصول المرافعات الشرعية – أنور العمرسي الطبعة ٣ – ص٥٥٨ وما بعدها ، ومقاله بالمحاماه – السنة ٥٠ – العدد ٣ – ص ٦٧ وما بعدها ، والطلاق – لمولاي محمد علي – طبعة المناهل – بيروت – ص٥٢ وما بعدها ، وفي المحكمة المختصة بنظر التعويض عن الطلاق – أصول المرافعات الشرعية السابق – ص ٥٧٦ وما بعدها.

الثانى: يقوم على ان الطلاق مطلق للزوج، ولا يترتب عليه للمطلقة سوى استحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها، وان مؤخر الصداق ونفقة العدة هما كل التعويض المستحق للمطلقة.

فى التعويض عن فسخ الخطبة:

١٠ – ثار الخلاف بين الشراح حول مدى التعويض عن إستعمال الخاطب أو المخطوبة لحق فسخ الخطبة. **فيذهب أستاذنا المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة**[١] إلى انه لا يقر الرأى الذى يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، ولا الرأى الذى يمنحه بإطلاق، بل يقول قولا وسطا، فيقرر ان العدول عن الخطبة فى ذاته لا يكون سببا للتعويض لانه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب فى اضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب هو نوعا من الجهاز، أو تطلب هى إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذى عدل غير مجرد الخطبة فيعوض، وان لم يكن كذلك فلا يعوض.

- **ويرى الأستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسى**[٢] ان مجرد العدول عن الخطبة حق العادل، فلا ينبغي أن يترتب علي الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب ذلك العدول تعويض، لأن العادل لم يكن إلا مستعملاً حقه في هذه الحالة ، وإستعمال الحق لايوجب الضمان أما الضرر الذي لم يكن لإستعمال الحق دخل فيه ، فهذا يجب أن يعوض عنه عملا بقوله صلي الله عليه وسلم :" ولا ضرر ولا ضرار ".
- **ويرى أستاذنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد**[٣] ان اصح الاراء هو الرأى الذى يقرر مبدأ المسئولية عن فسخ الخطبة على أساس سوء إستعمال الحق، بإعتبار ان حق العدول عن الخطبة لم يشرع الا لمسوغ يقتضيه، عندما يظهر ان الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة، فقد وافق الشريعة الإسلامية بكونه لم يجرد الخطبة من كل اثر قانونى، بل انها طبقا لهذا الرأى، تعتبر إتفاقا مستحبا ينشأ عنه ارتباط، وان العدول عن الخطبة حق ولكنه مقيد فى إستعماله بوجوب ان يكون مطابقا للحكمة الغالية التى من اجلها شرع، حقيقة ان هناك حقا فى العدول مما يشعر بإنعدام الأساس التعاقدى للمسئولية إذا ما وجدت، ولكن هذا الحق مقيد بالقيد الذى اشرنا إليه وهو عدم الإساءة، فإذا اسئ فى إستعمال هذا الحق اى حق العدول لم يكن الفعل تطبيقا لهذا الحق الذى يكون غير قائم لعدم قيام موجبه، وبذلك يكون تصرف الناكل منافيا وموجبا لمسئوليته على أساس العقد.
- **ويرى المستشار حسين عامر**[٤] ان الخطبة تنشئ علاقات بين طرفين لا يمكن تجاهلها، كما لا يمكن اغفال إعتبارها، وتجريدها من اى تقدير قانونى، ففيها يصدر ايجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانونى وعقد كامل، يلتزم فيه كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم، وليس ثمة ما يوجب وفاء

---

(١) الأحوال الشخصية – الزواج – لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة – ص ٢٠ وما بعدها.
(٢) الأحوال الشخصية – للأستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي – طبعة ١٩٦٥ – ص١٦ وما بعدها.
(٣) مدي إستعمال حقوق الزوجية – لأستاذنا الدكتور السعيد مصطفي السعيد – ص ١١٧
(٤) نظرية سوء إستعمال الحقوق – المستشار حسين عامر – ص ٢٠٥.

الإلتزام عينا، اى إجراء التعاقد النهائى، لان الوعد بالتعاقد لا ينشئ الا حقا شخصيا فليس لأى الطرفين قبل الآخر إلا المطالبة بالتعويض عن الرجوع فى هذا الوعد، وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا، إذ لكل من الطرفين ان يعدل عن وعده، ولكنه إذا أساء إستعمال ذلك، فإنه يجب مساءلته وإلزامه بالتعويض.

• **ونرى**[١] **ان فسخ الخطبة حق مقيد**، وان إساءة إستعماله تستوجب الحكم على الطرف المسئ بالتعويض، ذلك ان الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذى يراه، بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة إستعمالها، ومن ثم يكون الطرف الفاسخ للخطبة مسئولا عن تعويض الطرف الآخر متى ثبت تعسفه فى إستعمال حق فسخ الخطبة ولحق الضرر بالطرف الآخر من جراء هذا الفسخ، طبقا لأحكام المسئولية التقصيرية وإعمالاً لنظرية التعسف فى إستعمال الحق، وقيام تلك الأركان أو عدم قيامها مسألة موضوعية لقاضى الموضوع ان يستجليها.

اما القضاء المصرى، فقد ترددت أحكامه إلى أراء ثلاثة:

الأول: يذهب إلى الفسخ فى ذاته وان لم يكن موجبا للتعويض، فإن الظروف التى تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة للتعويض.

والثانى: يقول بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد، وان الإساءة فى إستعماله تستوجب الحكم على المسئ بالتعويض.

والثالث: يقوم بأنه لا يمكن ان يترتب على فسخ الخطبة حق ما فى اى تعويض.

وحاصل قضاء النقض انه يتجه إلى إعتبار مسئولية انهاء الخطبة بالعدول عنها مسئولية تقصيرية، تماما مثلما إتجه إليه القضاء الفرنسى[٢] – فقد اطرد قضاؤها – فى التعويض عن فسخ الخطبة – على أن الخطبة ليس بعقد ملزم، ولذا فإن مجرد العدول عنها لا يكون سببا للتعويض، الا إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال الحقت ضرراً بأحد الخطيبين، فيجوز عندئذ الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية[٣].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – حق الإلتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة، الا انه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما وضع له وإستعماله كيديا ابتغاء مضارة الغير، والا حقت المساءلة بالتعويض، وسواء – فى هذا الخصوص اقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما انه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر نية الاضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبة اشهار افلاس المطعون عليه، فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه فى هذا الخصوص على أساس سليم.

(جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥ مجموعة المكتب الفني – السنة ١٠ – مدني ص٥٧٤ ومابعدها)

---

(١) أصول المرافعات الشرعية – أنور العمروسي – طبعة ٣ – ص ٤٢٩ و ٩٣٠

(٢) الطبيعة القانونية للخطبة – الدكتور توفيق حسن فرج – طبعة ١٩٦٣ – ص ١٢٩ وما بعدها

(٣) أصول المرافعات الشرعية – أنور العمروسي – طبعة ٣ص ٤٢٤ وما بعدها.

٢ – ان حق الإلتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التى تثبت للكافة، فلا يكون من إستعمله مسئولا عما ينشأ عن إستعماله من ضرر للغير الا إذا إنحرف بهذا الحق عما وضع له، وإستعمله إستعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير.

(نقض جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ – المرجع السابق – السنة ٢٠ – ص ٤٥٨ وما بعدها)

(ونقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ – المرجع السابق – السنة ١٨ – مدني ص ١٩٤٣ وما بعدها)

٣ – لما كانت اوراق الطعن قد خلت مما يدل على ان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع، بأن المطعون عليها اساءت إستعمال حقها المقرر فى البند السادس من دفتر الشروط، أو ان ما تضمنه هذا البند هو من شروط الاذعان يجوز للقاضى تعديله أو الاعفاء منه، ولم يقدم الطاعن ما يدل على تمسكه أمامها بهذا الدفاع، فإن ما جاء بهذا النعى يكون سببا جديدا لا تجوز آثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ مجموعة المكتب الفني – السنة ٢١ مدني ص ١٢٦٣ وما بعدها)

٤ – إذا كان الحكم المطعون فيه استخلص من الحكمين المقدمين والصادر فى الإجراءات القضائية التى اتخذها الطاعنون ضد المطعون عليها، ومن باقى اوراق الدعوى ووقائعها فى حدود سلطته الموضوعية الافعال التى وقعت من الطاعنين فى حق المطعون عليها، ثم إعتبر هذه الافعال مكونة للخطأ الموجب لمسئوليتهم لإساءة إستعمالهم حق التقاضى، واذ كان استخلاصه سائغا، ووصفه للافعال التى استخلصها بأنها خطأ ترتب المسئولية، هو وصف صحيح موافق للقانون، ومن ثم فإن النعى عليه فيما قرره من حجية الحكمين المشار إليها يكون غير منتج ولا جدوى فيه.

ان نفقات التقاضى التى تدخل ضمن عناصر التعويض – عن إساءة إستعمال حق التقاضى – لا تكفى لجبرها المصروفات القضائية المحكوم بها.

(جلسة ١٩٦٩/١٠/٢٢ – المرجع السابق – السنة ٢٠ ـ مدني ص ١٢٤٢ وما بعدها)

٥ – قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها – اخذا بالمفهوم المخالف لقضائها – بأنه إذا قصد بالطلاق تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن ذلك يكون سببا لطلب التعويض.

(جلسة ١٩٦٣/١/٣٠ المرجع السابق – الطعن ٥٣٢ لسنة ٢٦ق – السنة ١٤ – العدد ١ – ص ١٨٩ وما بعدها)

٦ – يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة ان تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدوان قد لازمته افعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه إستقلالا تاما ومنسوبة لاحد الطرفين، وان ينتج عنه ضرر مادى أو ادبى للطرف الآخر – فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من ان الطاعن اقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه ان يخص أبنته بنصيبها فى مال حال حياته، وإعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه، ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض، وكان سبب العدول ذاته ومجردا عن اى فعل خاطئ مستقل عنه، فإن الحكم يكون قد اخطأ فى القانون اذ قضى للمطعون عليها بالتعويض.

(جلسة ١٩٦٠/٤/٢٨ مجموعة المكتب الفني – السنة ١١ ـ مدني ص ٣٥٩ وما بعدها)

٧ – ان استطالة امد الخطبة فى الزواج، والاحجام عن إتمامه، ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك امور لا تفيد سوى العدول عن اتمام الخطبة، ولا تعد إعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض مما استطالت مدة الخطبة، الا إذا اقترن هذا العدول بأفعال اخرى مستقلة عنه الحقت ضررا بأحدى الخطيبين.

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٣ـ مدني ص ٤٨ وما بعدها)

٨ – ان الخطبة ليست الا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يفيد احدا من المتواعدين، فلكل منهما، ان يعدل عنه فى اى وقت شاء، خصوصا وانه يجب فى هذا العقد ان يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان احد الطرفين مهددا بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، بإعتبار انهما مجرد وعد معدول، قد لازمتها افعال اخرى مستقلة عنهما إستقلالا تاما، وكانت هذه الافعال قد الحقت ضررا ماديا أو ادبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على انها هى فى حد ذاتها – بغض النظر عن العدول المجرد – افعال ضارة موجبة للتعويض.

(جلسة ١٩٦١/٦/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٢ – مدني – ص ٣٣٩ و ٣٤)

٩ – إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الخطابات الصادرة من الطاعن، والفواتير المتعلقة بجهاز المطعون عليها، واقرار الطاعن نفسه فى تقرير مسئوليته عن الاشياء والنقود التى سلمت إليه من جهاز المطعون عليها وملابسها التى اعدت لزواجها أثناء الخطبة، كما استند إليه ايضا فيما إنتهى إليه من تقرير المجلس المحلى للجهاز والملابس، هو تقدير صائب لا مغالاة فيه، وكان ما ورد بالحكم المطعون فيه بشأن ما جاء فى دعوى رفعها الطاعن من ان حكم المجلس المحلى قد حاز قوته القانونية فيما إنتهى إليه من أحقية المطعون عليها للجهاز، لا يعدو ان يكون تقريرا لما ورد فيه، الا أساسا من الاسس التى بنى عليها الحكم المطعون فيه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد يكون بنى على أساس سليم وأدلة سائغة، ويكون النعى عليه بمخالفة القانون وبالقصور وبالخطأ فى الإسناد لا أساس له.

(جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤مجموعة القواعد القانونية ـ ٢٥عاما ـ مدنى ـ جزء١ ـ ص١١٨)

١٠ – الهدايا التى يقدمها احد الخاطبين إلى الآخر أثناء فترة الخطبة تعتبر من قبيل الهبة، لانها ليست ركنا من أركان الزواج، ولا شرطا من شروطه، اذ يتم الزواج صحيحا بدونها، ولا يتوقف عليها، ولذلك فإن القضاء بردها يخرج عن إختصاص (المحاكم الروحية). وعلى ذلك فإن المحكمة الروحية اذ قضت فى حكمها المطعون فيه بإلزام الطاعنة بأداء مبلغ معين فى مقابل تلك الهدايا، تكون قد فصلت فى نزاع خارج عن ولايتها، مما يتعين مع نقض الحكم المطعون فيه، دون حاجة إلى مناقشة بقية اوجه الطعن.

(جلسة ١٩٦١/٦/٢٤ – المرجع السابق – السنة ١٢ – مدني – ص ٣٣٩ و ٣٤٠)

١١ – الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب

استعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي استهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في استعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، وفى الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته وهو ما هو لازم انه كلما أثير أمام محكمة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في استعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وإنها بحثت ظروف الدعوى وملابساتها وما إذا كانت هذه الظروف والملابسات تبرر طلب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٣٨٨ لسنة ٦٤ ق الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٠)

١٢ – النص في المادة ١٨ من قانون إيجار الأماكن ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أن المشرع استحدث بهذا النص أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذي كان مقررا بنص المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله مقصورا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعلم واشمل والأمر الثاني أنه حدد أمام محكمة الإخلاء وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى بصدور حكم نهائي بذلك وما استحدثه النص من اشتراط الحصول على حكم نهائي لا يمس ذاتية القاعدة المقررة لسبب الإخلاء ولا يغير حكمها وليس في هذا النص ما يقيد سلطة القاضي التقديرية في الفسخ إذ لم يوجب نص المادة ١٨ سالفة الذكر على القاضي الحكم بالإخلاء إذا توافر سبب من الأسباب التي حددت شروطها فيه كما لا يستقيم أن يستلزم المشرع رفع دعوى بالإخلاء إذا كانت مهمة المحكمة مقصورة على مجرد الالتزام بحجية الحكم السابق بثبوت الضرر دون أن يكون لها سلطة تقديرية تستجيب لطلب الإخلاء أو ترفضه. والسلطة التقديرية للقاضي مقررة له بحكم القانون ولصالح المتقاضين ليقوم خصوصيات كل حالة أو منازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لها والأقرب إلى تحقيق العدالة فلا يجوز للقاضي أن يمتنع عن أعمال سلطته التقديرية ولا أن يتنازل عنها أو ينيب غيره فيها.

(الطعن رقم ٨٣٨٨ لسنة ٦٤ ق الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٠)

١٣ – من المسلم به أن هدف كل القواعد القانونية هو حماية المصالح المشروعة سواء كانت مصالح عامة أو مصالح فردية بحيث يستحيل تطبيق النصوص التشريعية أو حتى فهمها أو تفسيرها دون معرفة المصلحة التي تحميها، وبات من المستقر أنه يشترط لصحة أي قرار إداري أو عقد أو إلتزام إداري أن يكون له سببا مشروعا وأن يستهدف تحقيق غاية مشروعة ولذلك نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات على إنه "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون" فدل النص بعبارته الصريحة على أن القضاء لم يشرع أصلا إلا لحماية مصالح المحتكمين إليه طلبا أو دفعا بترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى وأن كل ما لا يحقق مصلحة

قائمة يقرها القانون غير جدير بالحماية القضائية، وكذلك نصت المادة الخامسة من القانون المدني على أن إستعمال الحقوق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير أو كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية أو غير مشروعة، فدلت بعبارة صريحة أن الحقوق نفسها قد شرعت لتحقيق مصالح إن تنكبتها بات استعمال الحق غير مشروع.

(الطعن رقم ١١٩٣ لسنة ٦٩ ق الجلسة ٣٠ / ٠٤ / ٢٠٠١)

١٤ – إساءة استعمال الحق – المادتين ٤،٥ من القانون المدني إقامة الحكم قضاءه على واقعة ظنية افترضها دون توافر الدليل على ثبوتها يصيبه بالخطأ في تطبيق القانون – علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٠٢٨ ـ لسنة ٧١ ق تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ٢٠٠٢)

١٥ – النص في المواد ٤، ٥، ١/١٤٨، ٢/٨١٨ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية – يدل على أن المشرع قد إستلهم ضوابط إستعمال الحقوق من مبادئ الشريعة التي تقوم على أنه لا ضرر ولا ضرار وأن درأ المفاسد مقدم على جلب المنافع وأن الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف فجعل لنص المادة الخامسة الصدارة ليهيمن على ما عداه من نصوص القانون بفروعه المختلفة إذ لا يكفى أن يلتزم صاحب الحق أيا كان نوع هذا الحق أو مصدره بالحدود الموضوعية له بل عليه فضلا عن ذلك أن يستعمل حقه في تحقيق مصلحة مشروعة فكل الحقوق مهما تنوعت أو إتسعت مقيدة بشرط يرد عليها كافة هو ألا يتعسف صاحب الحق في إستعماله فيستهدف به غاية لا يقره عليها القانون أو يلحق بغيره ضررا لا يتناسب البته مع ما يدعيه من مصلحة لهذا أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليمكنه بها من دفع الضرر قبل وقوعه بمنع صاحب الحق إبتداء من إستعمال حقه على نحو يلحق بالمدين ضررا لا مبرر له مراعيا في ذلك خصوصيات كل حالة ومنازعة وظروفها وملابساتها ويختار الحل المناسب لكل دعوى الأقرب إلى تحقيق العدالة من ذلك النص في المادة ٢٠٣ من القانون المدني على حق القاضي في أن يستبدل التعويض بالتنفيذ العيني متى كان في ذلك إرهاق للمدين.

(الطعن رقم ٢٨٠٣ ـ لسنة ٧١ ق ـ تاريخ الجلسة ١٠ / ٠٣ / ٢٠٠٣)

١٦ – الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب إستعمال الخصوم لحقوقهم وفقا للغاية التي إستهدفها المشرع منها حتى لا يتعسفوا في إستعمالها كما حرص المشرع على تأكيد السلطة التقديرية للقاضي في حالة فسخ العقود ونص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". وفى الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من ذات القانون على أنه: "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام في جملته". وهو ما هو لازم أنه كلما أثير أمام محكمة الموضوع دفاع يتضمن أن المؤجر متعسف في إستعمال حقه بطلب الإخلاء تعين على المحكمة أن تمحصه وتضمن حكمها ما ينبئ عن تمحيص لهذا الدفاع وأنها

بحثت ظروف الدعوى وملابساتها وما إذا كانت هذه الظروف والملابسات تبرر طلب الإخلاء في ضوء ما يجب توافره من حسن نية في تنفيذ العقود.

(الطعن رقم ٨٧١ـ لسنة ٧٤ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٢ / ٢٠٠٥)

١٧–المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن حق التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد إلا أن إستعماله لا يدعو إلي مؤاخذة المبلغ به طالما صدر مطابقا لحقيقة حتى ولو كان الباعث عليه سيئا، ذلك أن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه الباعث السيئ وأن المبلغ لا يسأل عنه إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كان نتيجة رعونة وعدم تروٍ.

(الطعن رقم ١٤٥ـ لسنة ٦٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

١٨ – المقرر ــ في قضاء هذه المحكمة ــ أن تعيين العناصر المكونة للضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض بما يوجب على محكمة الموضوع أن تبين في مدونات حكمها عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض، وأنه لا يجوز إلزام المدين بأداء البدلين معا أو إلزام الشخص نفسه بالتعويض عن الضرر ذاته مرتين، ومن واجب القاضي عند تقدير التعويض أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن فيتجنب تحميل المدين تضحيات جسام درءا لضرر طفيف فقد نص القانون المدني في المادة ١٧٠ على أن (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعيا في ذلك الظروف الملابسة....) وفي المادة ١/١٧١ على أن (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف.....) وفي المادة ١/٢٢١ على أن (..... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب....) وفي المادة ٢/٢٠٣ (على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما) وجاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني بيانا لهذا النص ما يلي "أباح المشروع للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا، فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن ويتجنب تحميل المدين تضحيات جسام درءا لضرر طفيف) وما جاء فيها أيضا بيانا لنص المادة الخامسة من القانون المدني للتعسف في استعمال الحق من أنه أصلها في مقدمة القانون المدني لأنها من العموم بحيث تنبسط على جميع نواحي القانون فلا ضرر ولا ضرار ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح والضرر الأشد يدفع الضرر الأقل من هنا كان حرص المشرع أن يردد في هذه المواد جميعا أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وهي سلطة أعطيت له لصالح المتقاضين ليقوم بتقدير خصوصيات كل حالة أو منازعة وظروفها وملابساتها لكي يختار الحل المناسب لها والأقرب إلى تحقيق العدالة... فلا يجوز له أن يمتنع عن إعمالها.

(الطعن رقم ١٨٣١٨ ـ لسنة ٧٦ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤/ ٠٤/٢٠٠٨)

٢ ـ تطبيق القانون
تنازع القوانين من حيث الزمان
مـــادة (٦)

(١) النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص.

(٢) واذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية، بحسب نصوص قديمة، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٦ ليبى و ٧ سورى و ١١ عراقى و ٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

"..... النصوص المتعلقة بأهلية الاداء تسرى من وقت العمل بها على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص، ومؤدى هذا ان تلك النصوص ترد من كان يعتبر رشيدا إلى حالة القصر فيما لو رفعت من الرشد مثلا وتدخل من كان يعتبر قاصرا فى ظل القانون القديم فى عداد الراشدين فيما لو خفضت السن، ذلك ان تحديد أهلية الاداء – وهى صلاحية الإلتزام بالتصرفات الارادية، يراعى فيه حماية فريق من الأشخاص، وهذه الحماية امر يتعلق بالنظام العام، وقد اخطأ واضع المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر فى ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ بترتيب المجالس الحسبية، اذ ذكر ان الحكم المتعلق برفع سن الرشد (من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة) فى هذا المرسوم: (لا ينطبق على الأشخاص الذين يكونوا قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون انهم راشدون قانونا) – على ان عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد، بعد ان إعتبر رشيدا تحت سلطان التشريع القديم لا يؤثر فى صحة التصرفات التى صدرت منه فى ظل هذا التشريع، فهذه التصرفات لا يجوز الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متى كان العاقد كامل الأهلية وقت إنعقادها اذ القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب[١].... ".

راى الفقه:

عالج القانون المدنى تنازع القوانين من حيث الزمان فى مسائل الأهلية فى المادة السادسة – ومقتضى الفقرة الأولى منها ان القانون الجديد الذى يشتمل على نصوص متعلقة بأهلية الأشخاص تسرى فور صدورها على جميع الأشخاص سواء أكان هذا القانون يرفع سن الرشد ، فيكون من أثره أن يعود شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص القانون الجديد ، أم كان هذا القانون ينقص سن الرشد ، فيصبح الشخص الذي كان قاصراً في نصوص القانون القديم كامل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٢١٤ وما بعدها.

الأهلية بحسب نصوص القانون الجديد. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لقاعدة الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد. ويوجه ذلك أن الأهلية هي حالة قانونية مستمرة يترتب علي توافرها في الشخص أن يجوز له إكتساب حقوق معينة وممارسة هذه الحقوق ، ولذا كانت منوطة بإرادة المشرع ، الذي يستطيع أن يعدل فيها في كل وقت حسبما يتراءي له ، لذا أيضاً ينطبق القانون الجديد دائماً في مسائل ولكن إذا فرضنا أن الشخص الذي ارتد قاصراً بمقتضى القانون الجديد بعد ان كان رشيدا وفقا للقانون القديم كان قد ابرم تصرفات وقت ان كان رشيدا، فما مصير هذه التصرفات؟ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦ مدنى بالحل، وهذا الحق تطبيق لقاعدة عدم انطباق القانون الجديد بأثر رجعى، بناء على ان التصرفات التى ابرمها الشخص والتى كانت تعتبر صحيحة وقت ابرامها هى وقائع تمت فى ظل قانون قديم فلا يجوز ان ينطبق عليها القانون الجديد، والا كان ذا اثر رجعى، وهذا غير جائز بدون نص على ذلك[1].

من أحكام القضاء الحديثة :

١ – المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم خضوعها له في آثارها وانقضائها. القواعد الأمره في القانون الجديد. وجوب إعمالها بأثر فوري علي ما لم يكن قد اكتمل من هذه المراكز من حيث آثارها وانقضائها.

(الطعن ٦٥٢ لسنة ٥٥ق – جلسة ١٩٩٠/٩/٢٣)

(الطعن ٢٣٥٣ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٩٠/١١/٢٦)

(الطعن ٢٠٨٤ لسنة ٥٦ ق – جلسة ١٩٩١/١٢/٢٥)

(الطعن ٤٥٥ لسنة ٥٤ ق – جلسة ١٩٩٢/٥/٣)

(الطعن ١٩٨٠ لسنة ٥٤ق – جلسة ١٩٩٣/١/٣١)

(الطعن ٢٤٩ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٤)

٢ – القانون. سريانه بأثر فوري علي المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه. المراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد خضوعها للقانون القديم الذي نشات في ظله.

(الطعن ٢٦٨٢ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤ لم ينشر بعد)

٣ – النص التشريعي. سريانه علي ما يلي نفاذه من وقائع ما لم يقض القانون برجعية أثرة. الأحكام المتعلقة بالنظام العام سريانها علي العقود التي أبرمت قبل نفاذه ما دامت آثارها سارية في ظلة.

(الطعن ٣٠٢٩ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٢٦)

(الطعن ٣٣١١ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩)

(الطعن ١٤٦٩ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٩٣/٦/١٠ س ٤٤ ص ٥٩٢)

(الطعن ٨٣١ لسنة ٥٩ ق – جلسة ١٩٩٣/٩/٢٢)

(الطعن ٥٢١٧ لسنة ٦٢ ق – جلسة ١٩٩٣/١١/١٧)

(الطعن ٣٦ لسنة ٥١ ق – جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠)

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية – ١ – القانون – الدكتور عبد الحي حجازي – طبعة ١٩٦٦– ص٤٢١،٤٢٠.

٤ – النص التشريعي. وجوب سريانه علي ما يلي نفاذه من وقائع مالم ينص القانون برجعية أثره. أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام سريانها بأثر فوري علي ما لا يكتمل من المراكز القانونية الناشئة قبل نفاذه.

(الطعنان ١٥٩٦ ، ٢٠٠١ س ٦٣ ق " هيئة عامة " جلسة ١٩٩٤/٥/١٢ لم ينشر بعد)

٥ – نص المادة ٢/٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١. سريان حكمها علي حالات البناء التي تتم وتكون معدة للسكن فعلا بعد نفاذه في ١٩٨١/٧/٣١ عله ذلك.

(الطعنان ١٥٩٦ ، ٢٠٠١ س ٦٣ ق " هيئة عامة "جلسة ١٩٩٤/٥/١٢ لم ينشر بعد)

٦ – سريان أحكام المادة ٢/٢٢ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ علي البناء الذي يقيمه المستأجر في تاريخ لاحق لاستئجاره وتزيد وحداته عن ثلاث. مناطه. تمام بناء هذه الوحدات وإعدادها للسكن فعلا بعد نفاذ القانون المذكور مخالفة ذلك. خطأ.

(الطعنان ١٥٩٦ ، ٢٠٠١ س ٦٣ ق "هيئة عامة " جلسة ١٩٩٤/٥/١٢ لم ينشر بعد)

٧ – حيث إن الطعن أقيم علي سببين تنعي بهما الطاعنة علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقة وتأويلة والخطأ في الإسناد والفساد في الإستدلال وفي بيان ذلك تقول أن الحكم أقام قضاءه بعدم خضوع السلعة محل التداعي للضريبة علي الاستهلاك المقررة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ تأسيسا علي عدم ورودها صراحة ضمن تعداد السلع المشار إليها في البند ١٠٠ من الجدول المرافق لذلك القانون كما أنها غير تلك الواردة بالبند ٥٨ من الجدول المشار إليها لكونها من أقمشة تركيبية وليس من حرير أو مشاقة في حين أن تلك السلعة تعتبر من الألبسة الخارجية الواردة ذكرها بالبند ١٠٠ سالف الذكر وأن ما ورد بشأنها في البند ٥٨ علي سبيل المثال لا الحصر بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير منتج ذلك أن مفاد الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أنه متي صدر حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص تشريعي فلا يجوز تطبيقه إعتبارا من اليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية ، لما كان ذلك وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت في ١٩٩٦/٢/٣ بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون الضريبة علي الإستهلاك الصادر بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ فيما قررته من تخويل رئيس الجمهورية تعديل جدول الضريبة المرافق بتعديل جدول الضريبة علي الإستهلاك لهذا القانون ، وبسقوط ما تضمنته هذه الفقرة والفقرة الثالثة من تلك المادة من أحكام أخري وكذلك بسقوط قراري رئيس الجمهورية رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢ ، ١٣٧ لسنة ١٩٨٦ ، ونشر هذا الحكم ملزمه لكافة سلطات الدولة ، فإن النعي علي الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيقه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٨١ وقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٦٠ لسنة ١٩٨٢ وأيا كان وجه الرأي فيه يضحي غير منتج. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

(الطعن ٢٧٨٥ لسنة ٥٩ ق – جلسة ١٩٩٦/٧/١)

٨ – وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك بأنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشارع إذا رأي إلغاء القاعدة المقررة بقانون فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة علي هذا الإلغاء بل هو تأكيد بإلتزام العمل بها في النطاق

المنصوص عليه بالتشريع السابق. لما كان ذلك وكانت المادة ١٤ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ نص علي أنه " يلزم المدعي بأداء كامل الرسوم المستحقة من المحكوم عليه كما يلزم بدفع الباقي منها عقب صدور الحكم ولو استؤنف ومع ذلك إذا صار الحكم انتهائيا جاز لقلم الكتاب تحصيل الرسوم المستحقة من المحكوم عليه " وكان القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ الذي عدل هذه المادة فجعل الرسوم إلتزاما علي الطرف الذي ألزمه الحكم بمصروفات الدعوي لا يسري علي أمري تقدير الرسوم موضوع النزاع لأن هذا القانون لا يعمل به إلا من يوم ١٩٩٥/٣/٨ وهو اليوم التالي لتاريخ نشره والثابت من الأوراق أن الإستئناف الصادر بشأنه هذين الأمرين قد رفع قبل هذا التعديل ، فإن الحكم المطعون فيه إذ إلتزم هذا النظر ولم يعمل هذا التعديل فإنه لا يكون قد خالف القانون ويكون النعي عليه بأسبا الطعن علي غير أساس بما يتعين معه رفضه. لا يغير من ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٥/٤/١٥ في القضية رقم ٢٧ لسنة ١٦ ق دستورية والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٥/٤/٢٧ – بعد صدور الحكم المطعون فيه – بعدم دستورية المادة ١٤ المشار إليها فيما تضمنته قبل تعديلها بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٥ من تخويل أقلام كتاب المحاكم حق إقتضاء الرسوم القضائية من غير المحكوم عليها نهائياً ذلك بأنه وإن كان يترتب علي الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر برقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ليس فقط علي المستقبل بل علي سائر الوقائع والعلاقات السابقة علي صدور الحكم بعدم دستورية النص إلا أنه يستثني من هذا الأثر الرجعي – وعلي ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه – الحقوق الأمر المقضي – وهو يكون كذلك تبعا لعدم جواز الطعن فيه بالطرق الإعتيادية ولو كان مما يجوز الطعن فيه بالنقض وإنه طعن فيه بالفعل – أو بإنقضاء مدة التقادم.

(الطعن ٥٥١٢ لسنة ٦٥ ق – جلسة ١٩٩٧/٣/٢٧)

٩ – أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه من المبادئ الدستورية المقررة أن أحكام القوانين لا تسري إلا علي ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها علي ما يقع قبلها ما لم ينص القانون علي خلاف ذلك – مما مؤداه عدم جواز انسحاب تطبيق القانون الجديد علي ما يكون قد انعقد قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولاً به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القوانين.

(الطعن ٣١١٧ لسنة ٧٠ ق – جلسة ٢٠٠٢/٦/٣٠ لم ينشر بعد)

١٠ – وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أنه من الأصول الدستورية المقررة أن أحكام القوانين. لا تسري إلا علي ما يقع من تاريخ العمل بها ولا تنعطف آثارها علي ما يقع قبلها. بما مؤداه عدم جواز انسحاب تطبيق القانون الجديد علي ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع إذ يحكم هذه وتلك القانون الذي كان معمولا به وقت وقوعها إعمالاً لمبدأ عدم رجعيته القوانين. إلا أن ذلك لا ينتقض من

سريان أحكام القانون الجديد علي ما يقع منذ العمل به من تصرفات أو يتحقق من أوضاع ولو كانت مستندة إلي علاقات سابقة عليه إعمالاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون.

(الطعن ٤٧٥٣ لسنة ٧١ ق – جلسة ٢٠٠٣/٣/١٢ لم ينشر بعد)

(الطعن ٨٩٢٥ لسنة ٦٦ ق – جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٣ لم ينشر بعد)

١١ – وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن المقرر – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – أنه يترتب علي صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في قانون غير ضريبي أو لائحة عدم جواز تطبيقه إعتبارا من اليوم التالي لنشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية وهذا الحكم ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة ويتعين علي المحاكم بإختلاف أنواعها ودرجاتها أن تمتنع عن تطبيقه علي الوقائع والمراكز القانونية المطروحة عليها حتي ولو كانت سابقة علي صدور الحكم بعدم الدستورية بإعتباره قضاء كاشفا عن عيب لحق النص منذ نشأته بما ينفي صلاحيته لترتيب أي أثر من تاريخ نفاذه ولازم ذلك أن الحكم بعدم دستورية نص في القانون لا يجوز تطبيقه من اليوم التالي لنشره وهو أمر متعلق بالنظام العام تعمله المحكمة من تلقاء نفسها.

(الطعن ٣٦٠٧ لسنة ٦٤ ق – جلسة ٢٠٠٤/٢/١٩ لم ينشر بعد)

(الطعن ٥٩٩٩ لسنة ٦٤ ق – جلسة ٢٠٠٤/٥/١٠ لم ينشر بعد)

١٢ – إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلا في تشريع ما من التشريعات القائمة وكان من شأنه إستحداث حكم جديد يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير أو بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط القاعدة الآمرة دون المساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو إتخاذ إجراءات معينة من إجراءات الإثبات أو التقاضي لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فان التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي نشأت في ظل القانون السابق بإعتبار أن القانون الذي وقعت في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها.

(الطعن رقم ٦٥٥ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ٢٠٠٥)

١٣ – إذ كان المطعون ضده الأول فى الطعنين قد استند فى دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف باعتباره القانون الذى كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به اعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التى تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك اعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." باعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذى يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التى ترتبت فى الماضى على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ إلتزم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون

قد انتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره فى اسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ٨٣٢ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

١٤ – إذ كان المطعون ضده الأول في الطعنين قد استند في دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف بإعتباره القانون الذي كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به إعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التي تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك أعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." بإعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ٧٩١ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

١٥ – إذ كان المطعون ضده الأول في الطعنين قد أستند في دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف باعتباره القانون الذي كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به إعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التي تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك أعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." باعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ٨٣٨ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

المقرر أنه بصدد سريان القانون من حيث سريان الزمان أن إلغاء قاعدة قانونية وحلول أخرى محلها يترتب عليه أن تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منذ نفاذها ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة.

(الطعن رقم ٢٠٧ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

مـــادة (٧)

تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل.على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وإنقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧ ليبى و ٨ سورى و ١٢ عراقى و ٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

الأصل فى مدة التقادم ان اكتمالها يقيم قرينة قاطعة لمن شرعت لمصلحته، ويكون من شأن هذه القرينة ان تعفيه من إقامة الدليل على كسبه لحق معين أو براءة ذمته من إلتزام معين لإعتبارات تتعلق بالنظام العام، وكل تقادم لم يكتمل فى ظل تشريع قائم لا يترتب هذا الأثر، فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب ان يسرى هذا التشريع (نقض – جلسة ١٩٣١/١٢/٢٦ – مجموعة القواعد القانونية – للأستاذ محمود عمر – جزء ١ – مدنى – ص ١٦) – اما بدء التقادم ووقفه وإنقطاعه فيتحقق كل منها متى توافرت شروط معينة يحددها القانون السارى – اذ ذاك، ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقا لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الإنقطاع مرتبا لحكمه فى ظل القانون الجديد، فالمدة التى بدأت تستمر سارية والمدة التى وقفت يمتنع استئنافها ما بقى سبب الوقف قائما، ما لم يقض القانون الجديد بغير ذلك، والمدة السابقة على سبب الإنقطاع، لا تحتسب [١].

راى الفقه:

نصت المادة ١/٧ مدنى على تنازع القوانين من حيث الزمان فى مسائل التقادم، وهذا الحل تطبيق لنظرية الأثر المباشر للقانون الجديد، التى تجيز تطبيق القانون الجديد على الوقائع الممتدة التى لم تكتمل مدتها وقت صدوره – وتنص الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدنى على ما يعتبر تطبيقا لقاعدة عدم سريان القانون الجديد على الماضى، اى على وقائع تمت فى ظل قانون قديم، فواقعة بدء التقادم فى ذاتها فيما يتعلق بالفترة السابقة على العمل بالقانون الجديد تعتبر قد تمت فى ظل قانون قديم. كذلك واقعة وقف التقادم وواقعة إنقطاعه، فإذا صدر قانون يغير من شروط إعتبار

التقادم قد بدأ أو وقف أو انقطع فلا يطبق على البدء أو الوقف أو الإنقطاع الذى تحقق قبل صدور ذلك القانون. اما ما يكون قد تحقق من ذلك بعد العمل بالقانون الجديد، فيرجع فيه إلى هذا القانون، وهذا هو مقتضى الأثر المباشر[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٢١٩ وما بعدها.
(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية – ١ القانون – الدكتور عبد الحي حجازي – طبعة ١٩٦٦ – ص ٤٢١.

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – ان مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا إبتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم، ثم جاء قانون جديد يعدل شروطها أو مداها، فالقانون الجديد هو الذى يسرى، و تدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المادة التى قررها القانون الجديد.

(جلسة ١٩٣١/١١/٢٦ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٥ عاماً – بند ٢٠٢ـص٢٩٣)

٢ – متى كانت مدة التقادم قد إكتملت قبل العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذى عدل مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وجعلها خمس سنوات بدلا من ثلاث، فإن هذا القانون لا ينطبق ولا يؤثر فى استكمال التقادم بمضى ثلاث سنوات.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٩ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٦ – مدني ص ١و١٢ وما بعدها ،

ونقض – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ ـ المرجع السابق – السنة ١٢ ـ العدد ١ ـ ص ٤٢٥)

٣ – إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدنى القديم والقانون الحالى، فإنه يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدنى اعمال نص القانون المدنى القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدنى الحالى.

(جلسة ١٩٦٧/١/١٧ – المرجع السابق – السنة ١٨ – مدني ص ١٥٢٧ وما بعدها)

٤ – تقضى القواعد العامة فى القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – بأن مدة تقادم دين الضريبة، تبدا من اليوم التالى لانتهاء الاجل المحدد لتقديم الاقرار، اما ما نصت عليه المادة ٩٧ مكررا (أ) من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالقانون رقم لسنة ٣٤٤ لسنة ١٩٥٥ المعمول به فى ٧ مايو سنة ١٩٥٥ من انه: تبدأ مدة التقادم فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٤٧ مكررة – من القانون المذكور – من تاريخ العلم بالعناصر المخفاة، فهو نص مستحدث، لا يؤثر فى بداية التقادم الذى بدأ قبل تاريخ العمل به، وذلك وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٥ – المرجع السابق – السنة ١ – مدني ص ٦٢٥ وما بعدها)

٥ – ان مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى ان القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع على كل تقادم لم يتم وان يحكم القانون القديم المدة التى سرت من التقادم فى ظله من حيث تعيين اللحظة التى بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها، وعلى ان يحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظله من هذه المناحى.

(جلسة ١٩٧١/١١/١٠ ـ المرجع السابق – السنة ٢٢ ـ مدني – ص ٨٢٩ وما بعدها)

٦ – انه وان كان قضاء محكمة النقض قد جرى – فى ظل القانون المدنى الملغى – على انه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لامكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقى لإفادة التملك بالتقادم الخمسى، سواء فيما قبل قانون التسجيل أو فيما بعده، اما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به فى تحديد مبدأ وضع

اليد فلا نزاع فيه قانونا، الا انه قد إستقر ايضا على ان مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم، ثم جاء قانون جديد فعدل شروطها أو مدتها، فالقانون الجديد هو الذى يسرى وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدنى الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ على ان تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها، على كل تقادم لم يكتمل.

(جلسة ١٩٢٢/٣/٢٣ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٣ – مدني ص ٥٠٧ وما بعدها)

(جلسة ١٩٣٣/١٢/٢٨ – مجموعة القواعد القانونية –٢٥ عاماً – بند ٦٠ـص٤٠٤)

٧ – إذا صدر قانون لاحق تضمن تعديلا في تشريع ما من التشريعات القائمة وكان من شأنه إستحداث حكم جديد يتعلق بذاتية القاعدة الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو بالتغيير أو بإضافة أو حذف، فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه ولو كانت ناشئة قبله أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط القاعدة الآمرة دون المساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو إتخاذ إجراءات معينة من إجراءات الإثبات أو التقاضي لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فان التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي نشأت في ظل القانون السابق بإعتبار أن القانون الذي وقعت في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءات وقواعد إثباتها.

(الطعن رقم ٦٥٥ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ٢٠٠٥)

٨ – إذ كان المطعون ضده الأول فى الطعنين قد استند فى دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف باعتباره القانون الذى كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به اعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التى تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص فى تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك اعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." باعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذى يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التى ترتبت فى الماضى على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ إلتزم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره فى اسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ٨٣٢ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

٩ – إذ كان المطعون ضده الأول في الطعنين قد استند في دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف بإعتباره القانون الذي كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به إعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التي تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك أعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." بإعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ٧٩١ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

١٠ – إذ كان المطعون ضده الأول في الطعنين قد أستند في دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف باعتباره القانون الذي كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ – والمعمول به إعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ – من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التي تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم فى العمل المشترك أعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." باعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنقضه.

(الطعن رقم ٨٣٨ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٣ / ٢٠٠٥)

٣٦ – المقرر أنه بصدد سريان القانون من حيث سريان الزمان أن إلغاء قاعدة قانونية وحلول أخرى محلها يترتب عليه أن تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منذ نفاذها ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة.

(الطعن رقم ٢٠٧ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

مادة (٨)

١-إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك.

٢-اما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بإنقضاء هذا الباقى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨ ليبى و ٩ سورى و١٢ عراقى و ٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

قد يقرر القانون الجديد التقادم مدة اقصر من المدة المقرر فى النص القديم، وفى هذه الحالة لا يبدأ سريان المدة الجديدة بالنسبة لتقادم بدأ من قبل، الا من وقت العمل بالتشريع الجديد، كفالة لإستقرار المعاملات، فالواقع ان التقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم، ولذلك لا يترتب حكمه، ولم يقصد من تقصير المدة فى القانون الجديد إلى ترتيب هذا الحكم بإرادة الشارع دون إنقضاء المدة – بيد انه رأى ان تستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة حالة اكتمال مدة التقادم التى نص عليها القانون القديم فى ظل القانون الجديد، ولكن قبل ان تنقضى المدة الجديدة بتمامها، ويتحقق ذلك كلما كانت للبقية الباقية من المدة القديمة اقصر من المدة التى تقررت فى التشريع الجديد، كما لو كانت المدة القديمة خمس عشر سنة ولم يبق لاكتمالها سوى سنتين، ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاث سنين، ففى هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملا بإنقضاء هاتين السنتين، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله امعانا فى تحقيق العدالة. وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من المادة على الحالة التى يكون فيها الباقى فى المدة القديمة اطول من المدة الجديدة بأسرها، ولعل هذا يوجب بصورة ظاهرة صرف النظر عن ألزمن الذى مر من قبل وافتتاح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد، ويعتمد عليها المتعاملون دون ان يكون هناك محل للمفاجأة، وقد اثر المشروع هذا الحل من بين مختلف الحلول التى خطرت للفقه والقضاء، لانه اقلها استهدافا للنقد، وادناها إلى تحقيق العدل والإستقرار[١].

راى الفقه:

نصت المادة ٨ مدنى على مدة التقادم وكيفية حسابها، ذلك انه قد يصدر قانون جديد يحدد للتقادم مدة اقصر مما يقرره النص القديم عندئذ يكون مقتضى الأثر المباشر ان يطبق القانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل، فتطبق المدة القصيرة بدلا من المدة الطويلة – لم يشأ التقنين المدنى ان تسرى المدة الجديدة من وقت بدء التقادم، بحيث تدخل فيها المدة التى انقضت من قبل، بل قرر ان المدة الجديدة لا تسرى الا ابتداء من العمل بالقانون الجديد، وبذلك اسقط المدة السابقة التى انقضت من التقادم فى ظل

---

(١) مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٢٢٢ وما بعدها.

القانون القديم، ويعتبر هذا تقييدا لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد. ولعل المشرع قدر ان اضافة المدة القديمة تعجيلا لاكتمال التقادم، وبذلك يفوت الفرصة على من يسرى التقادم ضده، فى ان يحول دون اكتمال التقادم، ولهذا جعل بداية سريان المدة الجديدة هو بدء العمل بالقانون الجديد، لا الوقت الذى بدأ فيه التقادم فى ظل القانون القديم – وقد يحدث ان تنقضى من التقادم فى ظل القانون القديم مدة طويلة، بحيث تصير المدة الباقية لاكتمال التقادم اقصر من المدة الجديدة كلها، فلم يطبق المشرع قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد فى هذه الحالة، بل طبق قاعدة اخرى هى إستمرار القانون القديم فى حكم التقادم الذى بدأ فى ظله – وثمة فرض اخر لم يعالجه القانون، وهو ان يقرر النص الجديد مدة للتقادم اطول مما قرره النص القديم، وهنا ايضا يطبق القانون الجديد على كل تقادم بدأ ولم يكتمل مدته قبل صدور ذلك القانون، فإن كان قد مضى من المدة القديمة تسع سنوات، فإن حساب المدة الجديدة (٢٠ سنة) يسرى من وقت بدء التقادم فى ظل القانون القديم وليس من وقت بدء العمل بالقانون الجديد، وبذلك يجب ان تستمر مدة التقادم احدى عشر سنة حتى تتم مدة العشرين سنة[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – اذا استحدثت المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى مدة تقادم تسقط بمقتضاها دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وكان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق. فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدنى التى قضت بسريان مدة التقادم الجديد من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن من المادة الأولى من قانون المرافعات السابق التى تقضى بعدم سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.

(جلسة ١٩٢٢/٣/٢٣ مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٣ – مدني ص ٥٠٧ وما بعدها)

(جلسة ١٩٣٣/١٢/٢٨ مجموعة القواعد القانونية –٢٥ عاماً – بند ٦٠ـص٤٠٤)

٢ – جرى قضاء هذه المحكمة على أن "هذا التقادم يعد بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد...". لما كان ذلك، وكان تاريخ تسليم الرسالة للمرسل إليه هو ١٩٩٩/٧/١٢ وكانت أحكام قانون التجارة القديم تنص على تقادم الحق في رفع الدعاوى بمضي مائة وثمانين يوماً من تاريخ التسليم ــ بينما مدة التقادم في القانون الجديد هي سنة من تاريخ ذلك التسليم فيكون أقصر المدتين هي التي نص عليها قانون التجارة القديم وبذلك يسقط الحق في

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية – المرجع السابق – الدكتور عبد الحي حجازي ص ٤٢١ وما بعدها.

رفع هذه الدعوى يوم ٢٠٠٠/١/١٣ وإذ أقيمت الدعوى بتاريخ ٢٠٠٠/٩/١٠ فإنها تكون قد أقيمت بعد الميعاد.

(الطعن رقم ٣٣٢٦ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٢٠٠٣/٠٢)

٣ – لما كانت المادة (٤٦٥) من قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمعمول به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ قد استحدثت بفقرتها الثانية مدة تقادم تسقط بمقتضاها دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف، وكان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق، فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أن الدعوى الحالية المقامة من البنك المطعون ضده ضد الطاعن بالمطالبة بقيمة السندات الإذنية مثار النزاع يحكمها قانون التجارة القديم الذي نشأت في ظله، ولم يُعمل مدة التقادم المستحدثة بالفقرة الثانية من المادة (٤٦٥) من قانون التجارة الجديد الواجبة التطبيق رغم وجوب سريانها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون المدني من وقت العمل بالنص الجديد بحسبان أن هذه المدة أقصر مما قرره النص القديم، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً.

(الطعن رقم ٨٩٣ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٨ / ٢٠٠٥/٠٣)

٤ – النص في المادة ٤٦٥ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – الساري من ١/ ١/ ١٩٩٩ – على أن "١ – تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق. ٢ – وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف". ٣– ..... وعلى هذا فإن الدعاوى المرفوعة على محرر السند الإذني – وهو في مركز المسحوب عليه القابل بثلاث سندات من تاريخ الاستحقاق – وكان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من بين القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، إذا كان قد قررت مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي. لما كان ذلك، وكان الثابت من السندات أساس المطالبة أن ميعاد الاستحقاق شهريا من ١٥/ ٩/ ١٩٩٦ وحتى ١٥/ ١١/ ١٩٩٨ فإنه وباحتساب التقادم من بدايته طبقا للمقرر قانونا وحتى ١/ ١٠/ ١٩٩٩ تاريخ العمل بالقانون الجديد فإنه يكون قد مضى منها حوالي ثلاث سنوات ولا تكون مدة التقادم قد اكتملت إذ إنه يتم بانقضاء باقي الخمس سنوات

المقررة في النص القديم باعتبار أن المدة الباقية "سنتين" أقصر مما قرره النص الجديد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ٤٠٠ ـ لسنة ٧٢ ق ـ تاريخ الجلسة ١١ / ٠١/ ٢٠١٠)

٥ – المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن الكمبيالة – طبقا لنص المادة ٣٧٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – هي محرر مكتوب يحتوي بيانات حددها القانون تتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو لحامل الصك مبلغا معينا بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ومن ثم فإن الكمبيالة تفترض وجود ثلاثة أشخاص هم الساحب وهو من يحرر الورقة ويصدر الأمر الذي تتضمنه والمسحوب عليه وهو من يصدر إليه هذا الأمر ثم المستفيد وهو من يصدر الأمر لصالحه أي هو الدائن بالحق الثابت في الورقة.

(الطعن رقم ٣٦٤ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٤ / ٠١/ ٢٠١٠)

* * *

مـــادة (٩)

تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدماً النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٩ ليبى و ١٠ سورى و ١٣ عراقى و ١٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

لقواعد الإثبات صلة وثيقة بقواعد المرافعات، فثمة إجراءات يجب ان تتبع فى تقديم الدليل أو نفى حجته اما القضاء كإجراءات التحقيق وإجراءات الطعن بالتزوير وما اليها، وهذه الإجراءات جميعا تتعلق بالنظام العام لإتصالها بنظام التقاضى، ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة على ان النصوص المتعلقة بها تسرى من وقت العمل بمقتضاها – وقضت الفقرة الثانية من هذه المادة بتطبيق الحكم نفسه بالنسبة إلى النصوص المتعلقة بجواز قبول الدليل وما يترتب عليه من اثر، والواقع ان جواز قبول امر يتعلق بإدارة إنقضاء ويتصل اوثق إتصال بالنظام العام، فإذا كان التشريع القديم لا يجيز قبول دليل من الأدلة فى شأن واقعة من الوقائع أمام القضاء، ثم صدر قانون جديد يبيح ذلك، فنصوص هذا القانون هى التى تسرى ولو كان الحق المتنازع قد نشأ فى ظل التشريع القديم، وكذلك الحكم فيما يتعلق بأثر الدليل فى الإثبات، فهذا الأثر وهو ما يعرف فى إصطلاح الفقهاء بالحجية أمر تتكفل النصوص بتعيينه ليكون أساساً للفصل فى الخصومات، فمن الواجب والحال هذه ان تسرى هذه النصوص من وقت العمل بها لإتصال حجية الأدلة بالنظام العام[١].

راى الفقه:

نصت المادة ٩ من القانون المدنى على تنازع القوانين فى مسائل الأدلة المعدة للإثبات، ومعنى هذه المادة ان الدليل الذى يعده صاحب الشأن، أو كان يجب ان يعده لإثبات الواقعة عن النزاع، تخضع للقانون الذى كان قائما وقت إعداد هذا الدليل، أو فى الوقت الذى يجب فيه إعداد هذا الدليل. فإذا كان الدليل الذى يجوز ان يحصل به الإثبات وقت نشوء الواقعة هوالشهادة، وجب ان يجوز إثبات تلك الواقعة بالشهادة ولو صدر وقت النزاع قانون جديد يحرم الإثبات بالشهادة، ويتطلب ان يكون الإثبات بالكتابة فإذا فرضنا ان شخصا اقرض شخصا اخر مبلغ عشرة جنيهات فى ظل قانون يجيز إثبات هذا المبلغ بشهادة الشهود، ولذا لم يهيئ المقرض دليلا كتابيا لهذا القرض انكالا على انه يجوز الإثبات بشهادة الشهود، ثم صدر قانون جديد يشترط الإثبات بالكتابة فيما يزيد على خمسة جنيهات، فلا يطبق القانون الجديد فى هذه الحالة، بل يستمر العمل بالقانون القديم الذى حصل القرض فى أثناء وجوده، وبذلك يجوز للمقرض ان يثبت حقه بشهادة الشهود.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص ٢٢٥ ، ٢٢٦.

ويمكن إعتبار هذا الحل تطبيقا للإستثناء الوارد على قاعدة الأثر المباشر، ذلك الإستثناء الذى يقضى بإستمرار تطبيق القانون القديم فى حكمه العقود التى ابرمت فى ظله فيما يتعلق بآثارها المستقبلة[1].

من أحكام القضاء الحديثة : ـ

١ – من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أنه لما كان النص في الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية علي أنه " أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام – طبقاً لشريعتهم " مفاده أن الأحكام التي يتعين علي المحاكم تطبيقها هي الأحكام الموضوعية في الشريعة الخاصة والواجبة التطبيق . وكان ما ورد في المادة ١١ مكررا ثانياً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ – المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ – بتعديل بعض

أحكام الأحوال الشخصية في خصوص ما يتبع في دعوة الزوج زوجته للدخول في طاعته واعتراضها علي ذلك أمام المحكمة الابتدائية إنما هي من قواعد الإختصاص ومسائل الإجراءات فإنها تسري علي جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها.

(الطعن ٢١١ لسنة ٥٩ ق (جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٢ ٤٣ ص ١٣٦٧)

٢ – بذاتيتها. سريانه بأثر فوري علي المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه. تعلق التعديل ببعض شروط إعمال القاعدة الأمره. عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذه علي الوقائع والمراكز التي نشأت في ظله. المادتان ٢ مرافعات ، ٩ مدني.

المقرر – في قضاء محكمة النقض – أنه إذا صدر قانون لاحق يتمضن تعديلات في تشريعات إيجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد يتعلق بذاتية تلك القواعد الأمره سواء بالإلغاء أو بالتغيير إضافة أوحذف ، فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الأمره من حيث سريانه بأثر فوري مباشر علي المراكز القائمة وقت نفاده ، أما إذا كان التعديل منصبا علي بعض شروط إعمال القاعدة الأمره دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب تطبيقها توافر شروط خاصة أو إتخاذ إجراءات معينة سواء من حيث إجراءات التقاضي أوالإثبات لم تكن مطلوبة ولا سواء من حيث إجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلي الوقائع أو المراكز التي تنشأ في ظله دون أن يكون له أثره علي الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق بإعتبار أن القانون الذي رفعت في ظله هو الذي حكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها وقد نصت المادة ٢ من قانون المرافعات علي أن " كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقي صحيحا ما لم ينص علي غير ذلك ، كما نصت المادة ٩ من القانون المدني علي أن تسري في شان

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية – الدكتور عبد الحي حجازي – المرجع السابق ص ٤٢٣ و٤٢٤.

الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو الوقت الذي يبغي فيه إمداده.

(الطعن رقم ١٥١٨ لسنة ٥٩ ق (جلسة ١٩٩٦/٣/١٤ س ٤٧ ص ٤٩٣)

٣ – صدور تشريع لاحق يستحدث حكما جديداً يتعلق بذاتيه القاعدة الموضوعية الأمره. سريانه بأثر فوري علي المراكز الواقائع القائمة وقت نفاذه. تعلق التعديل ببعض شروط إعمال القاعدة الأمره. عدم سريانه إلا من تاريخ نفاذها علي الدعاوي التي رفعت في ظله. مادة ٩ مدني.

صدور قانون لاحق يتضمن تعديلا في تشريعات إيجار الأماكن من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتيهة تلك القواعد الموضوعية الأمره سواء بالإلغاء أو بالتغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل يأخذ حكم القاعدة الأمره من حيث سريانه بآثر فوري علي تلك المراكز والوقائع أما إذا كان التعديل منصبا علي بعض شروط إعمال القاعدة الأمره كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو إتخاذا إجراءا معينة أو استلزم طريقا خاصة للإثبات فيها لم تكم مقررة من قبل فإن هذا التعديل لا يسري في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذة علي الدعاوى التي رفعت في ظله أما الدعاوى التي رفعت تاريخ العمل به فإن القانون الساري وقت رفعها هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها. فقد نصت المادة التاسعة من القانون المدني علي

أن تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو الوقت الذي ينبغي في إعداده.

(الطعن ١٨٣٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٢٢ س ٤٧ ص ٨٣٨)

٤ – الشريعة الإسلامية. وجوب تطبيقها في مسائل الأحوال الشخصية للمصرين المسلمين وغير المسلمين مختلفي الملة أو الطائفة. اتحادهما في الملة والطائفة. وجوب تطبيق الشريعة الطائفية.

مؤدي المادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية ، أن ضابط الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين هو الديانة ، بحيث تطبق الشريعة الإسلامية علي كل المسلمين وغير المسلمين المختلفين في الملة أو الطائفة ، وتطبق الشريعة الطائفية علي غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة

(الطعن ٢٨٠ لسنة ٦٢ ق ـ جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ ص ٤٧ ق ص ١٥٧٠)

٥ – المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن الأحكام طريقهم الحكم لا الشهادة، ولا الوكالة، وإن اتفقوا علي رأي نفذ حكمهم، ووجب علي القاضي إمضاؤه دون تعقيب. ولئن كانت الفقرة الأخيرة من المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد نصت علي أنه: "وللمحكمة أن تأخذ بما أنتهي إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوي " مما مفاده أن المحكمة لا تلتزم برأي الحكمين فلها أن تأخذ به أو تطرحه اعتمادا علي ما تستخلصه من الأدلة حسبما تطمئن إليه منها بما مؤداه أن رأي الحكمين لم يعد وجوبيا، إلا أنه يسري علي الأدلة وقوتها القانون الذي كان معمولا به في الوقت الذي حصل فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي أن يحصل فيه، إذ تنص

المادة التاسعة من القانون المدني علي أنه: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده"، ولم يلغ قانون الإثبات القائم هذا النص، وكانت الدعوي قد رفعت وحكم فيها بحكم نهائي من محكمة الاستئناف قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وسريانه، فإنه لا ينطبق علي الدعوي الماثلة. لما كان ذلك، وكان الثابت من تقرير الحكام الثلاثة أنهم قد خلصوا إلي تطليق المطعون ضدها علي الطاعن مع تنازلها عن حقها في مؤخر الصداق والنفقة، وإذ قضي الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذي قضي بالتطليق دون إسقاط حق المطعون ضدها في مؤخر الصداق والنفقة وفقا لما أنتهي إليه الأحكام الثلاثة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٤٢ ـ لسنة ٦٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٤ / ٢٠٠٠)

* * *

تنازع القوانين من حيث المكان

مادة (١٠)

القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة مقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠ ليبى و١١ سورى و ١٧ عراقى و ١٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تقضى الفقرة الأولى من هذه المادة بوجوب رجوع المحاكم إلى القانون المصرى فى تكييف الروابط القانونية، تمشيا مع الراى الذى كاد ينعقد عليه الاجماع فى الوقت الحاضر. ويراعى من ناحية ان للنص على هذا الحل أهمية خاصة فى مصر، بسبب توزيع ولاية القضاء بين محاكم مختلفة، وينبغى ان يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية إلى قانونها فى مسائل التكييف الزامها بالرجوع إلى القانون المصرى فى جملته، بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالاموال ايا كان مصدر هذه القواعد دون ان تقتصر على الأحكام التى تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء... ويراعى من ناحية اخرى ان تطبيق القانون المصرى بوصفة قانونا للقاضى فى مسائل التكييف لا يتناول الا تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح لادخالها فى نطاق طائفة من طرائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد إختصاصا تشريعيا معينا، كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الاموال، ومتى تم هذا التحديد، انتهت مهمة قانون القاضى، اذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضى الا ان يعمل أحكام هذا القانون... على ان الفقرة الثانية قد استثنت من حكم القاعدة العامة حالة تعلق التكييف بتعيين صفة العقار أو المنقول، فجعلت المرجع فى ذلك بإعتبارات عملية استرعت انتباه الفقه والقضاء[١].

راى الفقه:

١ – ان علاقات القانون الدولى الخاص لا تتسم بطابع سيادة الدولة أو سلطانها، الا ما كان منها ذا طابع امر اوناه، بسبب تعلقه بمصلحة عليا، وكانت لذلك متعلقة بالنظام العام أو الاداب. ولذا يمكن القول بصفة عامة انه يمكن ان يسرى فى علاقات القانون الخاص مبدأ إمتداد القوانين، مادام انه لا يخل بسيادة الدولة ان يسمح بأن يطبق فى اقليمها قانونى اجنبى لحكم علاقة من علاقات القانون الخاص. ولذا يوجد فى قوانين جميع الدول قواعد تنظيم تطبيق القوانين الاجنبية فى اقليمها، وهذه تسمى قواعد القانون الدولى الخاص، وهى قواعد لا تنظم العلاقات القانونية، بل تبين القانون الذى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون – الجزء ١ – ص ٢٣٣ وما بعدها.

يجب تطبيقه على العلاقة القانونية التى يوجد فيها عنصر اجنبى، اهو القانون الوطنى ام القانون الاجنبى، وفيما يتعلق بقانوننا نجد هذه القواعد فى القانون المدنى فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ – وتصدر هذه القواعد عن معايير تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية التى يتوافر فيها عنصر اجنبى(١).

٢ – إذا كان النزاع ذا صبغة اجنبية، وكان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبى، فإن المشرع المصرى ترك لقاعدة الإسناد تحديده. وقد وضع المشرع القواعد الأساسية فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ مدنى، وكانت أولى هذه القواعد الأساسية هى القاعدة التى لها الصدارة فى فقه القانون الدولى الخاص، وهى مسألة تكييف بالعلاقة القانونية محل النزاع، وهى مسألة أولية يقتضى على القاضى الفصل فيها قبل النظر فى القانون الواجب التطبيق، ذلك انه يقتضى عند قيام نزاع فيه عنصر اجنبى، ان يحدد القاضى أولا طبيعة العلاقة القانونية المطروحة أمامه للفصل فيها، وتحديد العلاقة القانونية من الأهمية بمكان، حتى يستطيع القاضى على ضوء هذا التكييف الاهتداء إلى قاعدة الإسناد المقررة فى القانون–ولقد ثار الخلاف فى الفقه حول القانون الذى يخضع له تحديد العلاقة القانونية عند تنازع القوانين، وإستقر القانون المصرى على ارجح الاراء فى الفقه الحديث، وهو اخضاع التكييف أو تحديد العلاقة القانونية فى النزاع المطروح، لقانون القاضى، اى للقانون المصرى، لهذا جاء نص المادة ١٠ من القانون المدنى الحالى بأن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات فى قضية تتنازع فيه القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق(٢).

٣ – قد تكون العلاقة المعروضة على القاضى اما وطنية، واما اجنبية أو ذات عنصر اجنبى، فإن كانت وطنية، وجب تكييفها وفقا للنظام القانونى الوطنى، اى وفقا للقانون المصرى فى مجموعه، ولا شك ان الشريعة المسيحية والموسوية تدخلان فى جملة النظام القانونى المصرى، وان كان البعض يرى وجوب جريان التكييف فى كل الأحوال وفق الشريعة الإسلامية، وذلك بحسبانها النظام الغالب فى نظامنا القانون المركب، وبحسبانها النظام صاحب الولاية العامة بالنسبة لجميع المصريين (الأحوال الشخصية لغير المسلمين – للدكتور توفيق فرج – ص ١٤ وما بعدها) – وان كانت العلاقة ذات عنصر اجنبى، أو اجنبية، فالقانون المصرى هو المرجع فى تكييف هذه العلاقة طبقا للمادة ١٠ من القانون المدنى، وذلك بوصف ان القانون المصرى هو قانون القاضى الذى يفصل فى النزاع، وقد اتبع مشرعنا فى ذلك الرأى الغالب فى فقه القانون الدولى الخاص، وما هو عليه الحال فى معظم التشريعات الاجنبية، وهو ايضا ما ذهبت إليه محكمة النقض(٣).

٤ – يقصد بالقانون المصرى فى معنى المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى، فى جملته، بما تتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو الأحوال أو الإلتزامات، وايا

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية– الدكتور عبد الحي حجازي– المرجع السابق ص ٤٣٣.

(٢) منازعات الأحوال الشخصية – مقال – للأستاذ نصيف زكي – المحاماه – السنة ٣٦ – العدد ٩ – ص ١٤٧ وما بعدها ، والعدد ١٠ – ص ١٦٠١ وما بعدها ، والسنة ٣٢ – العدد ١ – ص ١٠٣ وما بعدها.

(٣) المقصود بالأحوال الشخصية – مقال – المستشار أحمد خيرت – مجلة القضاه – العدد ٨ – سبتمبر سنة ١٩٢٣ – ص ٦١ وما بعدها.

كان مصدر هذه القواعد، وبعبارة اخرى لا يقتصر القاضى عند تحديده العلاقات القانونية، ان يبحث عن نوع تلك العلاقة وفقا لتوزيع ولاية القضاء، بل له ان يبحثها فى القانون المدنى، كما ان له ان يرجع إلى الشريعة الإسلامية أو القوانين الخاصة المنظمة للميراث أو الوصية و... الخ، وله ايضا تكييف تلك العلاقة وفقا لروح التشريع المصرى وإتجاه القضاء فى الجملة وفقا لثقافته القانونية (يراجع ايضا: مقال: الأحوال الشخصية للاجانب ومدى خضوعها لأحكام الشريعة للأستاذ سيف النصرزكى – مجلة التشريع والقضاء – السنة ٢ – العدد ٥ – ص ٢٥ وما بعدها). وليس للقاضى ان يحيد عن تشريعه عند قيامه بهذه المهمة مهما دقت العلاقة القانونية وإختلفت طبيعتها عما هو مألوف لديه، اذ يمكنه بمراجعة وقائع الدعوى وعناصرها المادية ان ينسب تلك الوقائع إلى نوع معين من النظم القانونية المعروفة فى قانونه، وهذه العملية عبر عنها البعض: (بوضع القماش القانونى الاجنبى فى دولاب النظم الوطنية)، على ان تطبيق القانون المصرى بوصفه قانون القاضى فى مسائل التكييف لا يتناوله الا تحديد طبيعة العلاقة فى النزاع المطروح لادخالها فى نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد إختصاصا تشريعيا معينا، كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بأهليتهم أو بالمواريث أو الوصايا أو بمركز الاموال، ومتى تم هذه التحديد انتهت مهمة القاضى، اذ يتعين عندئذ القانون الواجب التطبيق، ويتحتم على القاضى ان يعمل بأحكام هذا القانون المادة ١٠ مدنى لتعيين الحدود التى يقف عندها إختصاص قانون القاضى فى التكليف[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – المرجع فى تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هى من مسائل الأحوال الشخصية، ام هى ليست كذلك، هو القانون المصرى وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٤ ـ مدني – العدد ١ ص ٢٧٠)

* * *

(١) تكييف العلاقة القانونية وأهميته في مسائل ومنازعات الأحوال الشخصية – مقال المستشار حسن رفعت – المحاماه – السنة ٣١ – العدد ٤ – ص ٨٤٨ وما بعدها.

مادة (١١)

(١) الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب أثارها فيها، إذا كان احد الطرفين ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر فى اهليته.

(٢) اما النظام القانونى للأشخاص الإعتبارية الاجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١١ ليبى و ١٢ سورى و ١٨ عراقى و ١٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تعيين الفقرة الأولى من هذه المادة للقانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالة الأشخاص واهليتهم، ويقصد بالحالة جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص من اسرته ودولته وهى صفات تقوم على اسس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة أو على اسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية، وينصرف اصطلاح الأهلية فى هذا المقام إلى أهلية الاداء وحدها اى صلاحية الشخص للإلتزام بمقتضى التصرفات الإدارية، وهذه الصلاحية تتصل إتصالا وثيقا بالحالة. وتعرضت الفقرة الثانية لحالة الأشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات، فتوجب تطبيق قانون الدولة التى تتخذ فيها هذه الأشخاص مركزها الرئيسى الفعلى، وكان القضاء المختلط موزع الرأى فى هذه المسألة، فبعض الأحكام اختار القانون الذى يتكون فى ظله الشخص المعنوى، وبعضها قانون جنسية الشركاء إذا اتحدوا جنسية، وبعضها أثبت الإختصاص مبدئيا لقانون الدولة التى يوجد بها المركز الفعلى ولكنه لم يوفق فى تطبيق المبدأ، ولذلك احسن المشروع اذ قطاع بالرأى فى شأن الحكم التى يجب إتباعه. بيد ان من الأنسب ان يعدل هذا الحكم تعديلا يكون من شأنه افساح المجال لتطبيق قانون الدولة التى يباشر فيها الشخص المعنوى كل نشاطه أو الشق الرئيسى من هذا النشاط أو قانون الدولة الذى يطبق على حالة الشخص المعنوى فى شأن تمتعه بالشخصية المعنوية وتنظيمه، وبوجه خاص فيما يتعلق بتكوينه وإداريته بالتصرف المنشئ له وطريق تعديل هذا التصرف، وما يترتب من أثر قانونى على هذا التعديل وبكيفية إنقضائه[1].

راى الفقه:

١ – تصدر قواعد تنازع القانون الخاص من حيث المكان، عن معايير تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية التى يتوافر فيها عنصر اجنبى، ومن امثلة ذلك ما يتعلق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ ص ٢٤٢ وما بعدها.

بالحالة المدنية للاشخاص واهليتهم، فيطبق معيار الجنسية بالضوابط التى نصت عليها المادة ١١ مدنى[١].

٢ – [٢] تقرر المادة ١١ مدنى ان الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم، وبهذا اخضع المشرع المصرى حالة الأشخاص واهليتهم لقانون الجنسية، وقد تخلص المشرع بهذا النص من عيوب الصياغة التى كانت تشوب عبارة القانون المدنى الملغى – وقد ورد فى مجموعة الأعمال التحضيرية (جزء ١ – ص ٢٤٢): ان اصطلاح الأهلية بمعناها العام، اى صلاحية الشخص للاشتغال بالتجارة، وهذه الصلاحية تتصل إتصالا وثيقا بالحالة – وتركت الأهلية الخاصة المقيدة لإجتهاد القضاء، لان لها وضعا خاصا كالقيد على تصرفات المريض مرض الموت، أو منع المفلس من التصرف، أو منع المحامى من شراء الحقوق المتنازع عليها – ففى هذه الأحوال، يطبق القانون الذى يحكم طبيعة العلاقة التى بين الطرفين، فيطبق عليها القانون المصرى، متى كانت متعلقة بمال موجود فى مصر – والأصل ان يسرى على الحالة والأهلية قانون الجنسية، الا ان الشارع المصرى قد استدرك فى الفقرة الأولى من المادة ١١ حالة خاصة لحماية المتعاقد الوطنى – ويسترعى النظر ان الشارع ينص فى المادة ١١ مدنى اخضاع النظام القانونى للشخص الإعتبارى الاجنبى لقانون مركز ادارته الرئيسى، ولم يخضعه لقانون جنسيته، وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمادة ١١ مدنى ان من الانسب تطبيق قانون الدولة التى يباشر فيها الشخص المعنوى كل نشاطه، أو الشق الرئيسى من نشاطه، أو قانون الدولة التى يتخذ فيها مركزا فعليا، ويرجع كذلك إلى القانون الذى يطبق على حالة الشخص المعنوى فى شأن تمتعه بالشخصية المعنوية وتنظيمه، وبوجه خاص فيما يتعلق بتكوينه وادارته، وبالتصرف المنشئ له وطريق تعديل هذه التصرف وما يترتب من اثر قانونى على هذا التعديل وبكيفية انقضائه – وقد اورد الشارع بعد ذلك فى الفقرة الثانية من المادة ١١ مدنى حكما لصالح القانون المصرى، اذ يجعل النظام القانونى للشخص الإعتبارى الاجنبى خاضعا للقانون المصرى، ولو كان مركز الإدارة الرئيسى فى الخارج متى كان مركز النشاط لهذا الشخص الإعتبارى فى مصر.

من أحكام القضاء الحديثة:

١–ان قوانين الأحوال الشخصية إنما تهدف إلى تحديد علاقة الفرد بأسرته، حقوقه وإلتزاماته، اما تحديد علاقة الفرد بالدولة، فيرجع فى شأنها إلى القوانين المنظمة لهذه العلاقة (قانون الدولة).

(جلسة ١٩٦٢/٧/٧ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٣ – ص ٧٧٠وما بعدها)

---

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية – الدكتور عبد الحي حجازي – المرجع السابق ص ٤٣٣.

(٢) منازعات الأحوال الشخصية – للأستاذ نصيف زكي – المرجع السابق – المحاماه – السنة ٣٦ – العدد ٩ – ص ١٤٧ وما بعدها ، والعدد ١٠ ص ١٦٠١ وما بعدها ، والسنة ٣٧ – العدد ١ – ص ١٠٣ وما بعدها.

مـــادة (١٢)

يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٢ ليبى و ١٣ سورى و ١٩ عراقى و ١٧ سودانى.

راى الفقه:

١ – إذا اردنا ونحن بصدد البحث عن القانون الواجب التطبيق وتعيين قاعدة الإسناد والخاص بشرط بلوغ الزوجين سنا معينا، كان لزاما قبل ذلك ان نجرى تكييف هذا الشرط، لمعرفة ما إذا كان من الشروط الموضوعية للزواج، فتسرى عليه قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٢ مدنى، ام من الشروط الشكلية فتطبق بشأنه قاعدة الإسناد الوارد بالمادة ٢٠ من القانون المدنى.

ويجرى التكييف أخذا بقاعدة الإسناد الواردة فى المادة العاشرة مدنى وفقا لأحكام القانون المصرى – ولما كان هذا القانون متعدد الشرائع، وكانت الشريعة الإسلامية هى الشريعة ذات الولاية العامة، كان من الواجب إجراء التكييف وفقا لأحكامها – وفى الشريعة الإسلامية انه يترتب على تخلف ركن العقد (الايجاب والقبول)، وشروط إنعقاده (الأهلية، واتحاد المجلس وتطابق الايجاب والقبول، وسماع كل من المتعاقدين كلام الآخر) – يترتب على تخلفه بطلان الزواج حقيقة أو حكما.

وتفريعا على ما تقدم يكون شرط بلوغ الزوجين السن القانونية من الشروط الموضوعية لصحة الزواج، وتسرى بشأنه قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٢ مدنى والتى تحيل فى هذا الصدد إلى قانون كل من الزوجين.

ولكن: هل يطبق قانونا الزوجين تطبيقا جامعا؟ بمعنى: هل يشترط توافر شرط بلوغ السن فى القانونين معا ولو كان تخلف هذا الشرط عند احد الزوجين فقط؟ ام يطبق القانونان تطبيقا موزعا، بمعنى: ان يلجأ إلى قانون كل من الزوجين على حدة؟ اخذت محكمة النقض بالتطبيق الموزع لقانونى الزوجين طبقا لنص المادة ١٢ مدنى

(جلسة ١٩٥٤/٤/١ ـ مجموعة عاما ٢٥ ـ جزء ـ مدنى ـ ص١٢١)

وظاهر ان المقصود بالرجوع إلى قانون كل من الزوجين هو انه لكى يعتبر الزواج صحيحا، يجب ان يكون كذلك فى كلا القانونين، فيكفى اذن لإبطاله ان يكون باطلا فى احدهما، لا ان يكون باطلا فى كليهما – وقضاء محكمة النقض فى وجوب الاخذ بالتطبيق الجامع بالنسبة لقانونى الزوجين مبرر بصراحة نص المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى[١].

٢ – تقضى المادة ١٢ مدنى بأنه يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين – والمقصود بقانون كل من الزوجين هو قانون جنسيتهما.

---

(١) عدم بلوغ السن كسبب لبطلان الزوج في القانون المقارن – مقال – الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب – المحاماه – السنة ٣٧ – العدد ١٠ – ص ١٤٠٠ وما بعدها.

وظاهر من النص ان الشارع يشير إلى ان هناك شروطا موضوعية، كما ان هناك شروط شكلية أو اجرائية لعقد الزواج – والشروط الموضوعية هى أركان العقد التى يتحقق بها وجوده وإنعقاده، والمرجع فيها طبقا للقانون المصرى إلى قانون الجنسية[١].

٣ – يتفق التشريع والفقه الفرنسى فى تقسيم شروط تكوين الزواج إلى موضوعية وشكلية، رغم إستعمال تعبيرات متنوعة لذلك.

فالقانون المدنى يسمى الشروط الموضوعية: (الصفات والشروط اللازمة لامكان عقد الزواج)، ويسمى الشروط الشكلية: (الإجراءات المتعلقة بعقد الزواج) – وفقهاء القانون المدنى يتفقون فى إتباع هذا التقسيم، ويسمون النوع الأول من الشروط بالشروط الموضوعية اللازمة لتكوين الزواج، أو بالشروط الموضوعية للزواج، ويسمون النوع الثانى بالاشكال الخارجية للزواج، أو بإجراءات عقد الزواج.

والشروط الموضوعية للزواج يمكن تقسيمها إلى شروط ايجابية، وشروط سلبية فالشروط الايجابية هى: إختلاف النوع أو الجنس: والبلوغ القانونى، ورضاء الزوجين، ورضاء الوالدين أو الاقربين، وحصول الكشف الطبى للزواج.

والشروط السلبية هى: عدم ارتباط اى من الزوجين بزواج سابق قائم، وعدم وجود قرابة أو مصاهرة محرمية بين الزوجين، عدم وجود المطلقة أو الارملة فى عدة الطلاق أو الوفاة.

اما الشروط الشكلية لعقد الزواج فى القانون الفرنسى هى: وجوب اجرائه فى موطن الزواج، وفى منزل الزوجية، علانية، وفى حضور الزوجين وشاهديهما، بواسطة الموثق ويتولى الموثق فحص الاوراق، ثم يتلو بعض نصوص القانون، وهى المبينة لاهم آثار الزواج، ويسأل الزوجين عن النظام المالى للزوجية، ثم يسألهما ليتلقى رضاءهما المشترك وعندئذ يعلن بإسم القانون انهما اتحدا بالزواج – ثم يقوم بتحرير وثيقة الزواج التى يجب ان يوقعها الزوجان والشهود ومن يلزم رضاؤه من الوالدين أو الاقربين.

هذا هو الشكل المدنى للزواج فى القانون الفرنسى:

اما فى القانون الدولى الخاص، فإن قواعد الإسناد الفرنسية وقواعد الإسناد المصرية، تميزان بين الموضوع والشكل فى إسناد الزواج. على ان فقه الإسناد الفرنسى، خلافا لفقه الإسناد المصرى، لا يجد غرابة أو كبير مشقة فى وصف شروط لزواج بصفة عامة بالموضوعية أو الشكلية، وان كان لابد له من تجاوز الاجمال والعموم إلى التفصيل والتخصيص، وفاء بحاجات المادة التى يعالجها.

بينما تميز قواعد الإسناد المصرية بين الموضوعى والشكلى من شروط الزواج، لا نجد لهذا التقسيم اصلا فى القانون المصرى الموضوعى الخاص بالزواج، ونعنى به أساسا الفقه الإسلامى، على انه لابد من استخلاصه فيه لتكوين المدلول الوطنى للأفكار المسندة فى قواعد الإسناد المصرية.

---

(١) تنازع الأحوال الشخصية – مقال – للأستاذ نصيف زكي – المحاماه – السنة ٣٦ – اعدد ٩ – ص ١٤٢ ، والعدد ١٠ ص ١٦٠١ ، والسنة ٣٢ – العدد ١ – ص١٠٣.

ونرى من شروط الزواج فى الفقه الإسلامى، وكما يحددها المشرع المصرى، ان التمييز بين الموضوع والشكل فيها غير معروف مطلقا، رغم الحاجة إليه فى فقه الإسناد[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – متى كان الحكم المطعون فيه بعد ان قرر ان للقانون المدنى اليونانى والقانون المدنى الايطالى هما القانونان الواجب تطبيقهما فى الدعوى فيما يتعلق بشروط صحة إنعقاد زواج الطاعن بالمطعون عليها، لم يتعرض لحكم القانون المدنى اليونانى فى هذا الخصوص مع انه احد القانونين الواجب الرجوع اليهما لتعرف الشروط الموضوعية لصحة الزواج الجديد عملا بالمادة ١٢ من القانون المصرى، فإنه يكون قد جاء معيبا، بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٥٤/٤/١ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٥ – مدني ص ٧٤٧

٢ – متى كان النزاع فى الدعوى يدور حول صحة زواج تم بين زوج مصرى وزوجة يونانية ينتمى كلاهما ال طائفة الروم الارثوذكس، فإن شريعة هذه الطائفة هى الواجبة التطبيق على هذا عملا بأحكام المواد ١٢ و١٤ و٢٦ من القانون المدنى والمادة ٢/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(جلسة ١٩٧٢/١١/١٥ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٣ ـ مدني – ص ١٢٤٤

٣ – القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. سريانه علي المراكز القانونية التي تكونت علي ظل العمل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي قضي بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضي. مثال في متعه.

(الطعن ٥١ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٠/٤/١٧ س ٤١ ص ١٠٠٠)

٤– القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. سريانه علي المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي قضي بعد دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضي. مثال في طاعة.

(الطعن ٤٢ س ٥٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/٤/٢٣ س ٤١ ص ١٠٥٦)

٥– القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. سريانه علي المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بأحكام القرار رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي حكم بعدم دستوريته. مادة ٧ منه. طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقتضي. مثال في متعة.

(الطعن ١٢٥ لسنة ٦١ ق "أحوال شخصية" ـ جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٧ لم ينشر بعد)

٦– القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية يسري علي المراكز القانونية التي تكونت في ظل العمل بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي حكم بعدم دستوريته. طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضي. مادة ٧ منه. مثال في متعة.

(الطعن ٩١ لسنة ٦٣ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٧ لم ينشر بعد)

---

(١) الشكل والموضوع في تكوين الزواج – مقال – الدكتور أحمد معلم – التشريع والقضاه – السنة ٥ – العدد ٦و ٧ ص ١ وما بعدها حتي سن ٣٠.

٧-خلو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قواعد خاصة بعدم صلاحية الحكمين. مؤداه. إعمال القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات في هذا الشأن. مـادة ٥ ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية.

الإجراءات الخاصة بحضور الخصوم أو وكلائهم في دعاوى الأحوال الشخصية. وجوب الرجوع في شأنها لأحكام قانون المرافعات. علة ذلك.

(الطعن ٢٠٣ لسنة ٦٠ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٥٥/٣/٢٨ ولم ينشر بعد)

(الطعن ١٧٥ لسنة ٦١ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٩٥/٣/٢٨ ولم ينشر بعد)

٨ – الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف خـضوعها لقواعـد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وجوب إتباع أحكام قانون المرافعات بخصوصها فيمـا لم ترد بشأنه قواعد خاصة في تلك اللائحة مادة ٥ من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

(الطعن ٦٥ لسنة ٦٢ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٩٥/١١/١٣ لم ينشر بعد)

٩ – الشريعية الإسلامية. وجوب تطبيقهـا فـي مـسائل الأحـوال الشخـصية للمصريين المسملين وغير المسلمين مختلفي المالة أو الطائفة. اتحادهمـا فـي الملـة والطائفة. وجوب تطبيق الشريعة الطائفية.

مؤدي المادتين السادسة والسابعة من القانون رقـم ٤٦٢ لـسنة ١٩٥٥ بإلغـاء المحاكم الشرعية والمالية ، أن ضابط الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيـق فـي مسائل الأحوال الشخصية للمصريين هو الديانة ، بحيث

تطبق الشريعة الإسلامية علي كل المسملين وغير المسلمين المختلفين في الملـة أو الطائفة ، وتطبق الشريعة الطائفية علي غير المسملين المتحدي الملة والطائفة.

(الطعن ٢٨٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦ س ٤٧ ق ص ١٥٧٠)

* * *

مادة (١٣)

(١) يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج. على الآثار التى يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.

(٢) أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والإنفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٣ ليبى و ١٤ سورى و ١٩ سودانى.

راى الفقه:

١ – طبقا لقاعدة الإسناد الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ١٣ مدنى، يسرى على التطليق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى، وعملا بقاعدة تنازع القوانين يكون القانون البريطانى هو الواجب التطبيق للفصل فى موضوع الدعوى، ولكن القانون الذى يسرى داخل المملكة المتحدة ليس قانونا موجودا، بل توجد عدة شرائع، منها مثلا القانون الانجليزى والقانون المالطى، وهو عبارة عن أوامر اصدرها حاكم جزيرة مالطه، واغلبها مقتبس من الشريعة الكاثوليكية، فإزاء تعدد الشرائع على هذا النحو يصح التساؤل عن اية شريعة منها، هى التى يجب تطبيقها فى مفهوم المادة ٢٦ مدنى، تطبيقا لقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ مدنى، فإنه لم ترد قاعدة تشريعية داخلية فى القانون البريطانى لبيان اى الشرائع المتعددة التى تكون فى مجموعها القانون المذكور، هى التى تطبق دون غيرها فى كل حالة من الحالات التى تعرض فى العمل، وعلة ذلك انهم في المملكة المتحدة، وطبقا لما إستقرت عليه أحكام القضاء عندهم، يخضعون مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن: كما هى قاعدة كل الشرائع الانجلو سكسونية، وهم يمنون بالموطن هذا الموطن بمعناه الذى يقول ان كل شخص اما ان يكون له موطن أصلى أو موطن مختار، فالموطن الأصلى هو الذى يتحدد بمكان ولادة الشخص، على خلاف النوع الثانى من الموطن، اذ يكتسبه الشخص بفعله بعد ميلاده[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – جميع المسائل الخاصة بإجراءات التطليق والانفصال خاضعة للقانون المصرى، اذ هو قانون البلد الذى اقيمت فيه الدعوى، وبوشرت فيه الإجراءات، وذلك وفقا لنص المادة ٢٢ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ – المرجع السابق – السنة ٦ – ص ١٣٣٦)

---

(١) القانون الواجب التطبيق في قضايا – مقال – للأستاذ سيف النصر زكي – المحاماه – السنة ٣٤ – العدد ٤ – ص ٥٥٧ وما بعدها.

٢ – الموطن فى انجلترا هو الذى يبين الإختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية، فالبريطانى المتوطن فى بلد اجنبى وان كان يتمتع بجنسيته البريطانية، الا انه خاضع فى أحواله الشخصية إلى إختصاص البلد الذى توطن فيه.

(جلسة ١٩٦٠/١١/١٢ – المرجع السابق – السنة ١١ – ص١٥٨٣)

٣ – ليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب فى ان تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذى ابرم عقد الزواج تحت سلطانه، ذلك لان عقد الزواج لا يكسب ايا من الزوجين فيما يختص بالطلاق والتطليق، حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد ابرامه، مما يكون من شأنه سريان قانون اخر فى هذا الخصوص، وقد أيد المشرع المصرى هذا النظر فيما سنه من قواعد لتنازع القوانين، وذلك بما قرره فى المادة ١٣ من القانون المدنى.

(نقض ـ جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ـالمرجع السابق ـ السنة ٨ـص٦٥٣)

٤ – متى كانت الخصومة بين الزوجين الاسرائيلى تقوم على تصفية المعونة المالية التى لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانفصام عرى الزوجية بينهما، فإن المهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق، وهو يندرج فى عموم دفع الزوج الدعوى – فإذا كان الحكم قد قضى بخصم المهر مما قضى به للزوجة، فإنه لا محل للإعتداد بما نقول به الزوجة من ان الزوج لم يطالب برده، وان القضاء به قضاء فى امر لم يكن مطروحاً على الخصومة – ان للزوج الإسرائيلى ان يطلق زوجته إذا ظهر له انها ليست بكرا، وان يرد لها حقوقها المالية المنصوص عليها فى العقد، بعد خصم المهر طبقا لما نصت عليه المادة ١٥٢ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين.

(جلسة ١٩٥٣/٦/٣٠ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٤ ـ مدني – ص ١٢٦٣)

٥ – يبين من نص المواد ١٣و ٢٦و ٢٧ من القانون المدنى ان طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته، وانه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة اجنبية تتعدد فيها للشرائع يتعين ان تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى احدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصرى الذى يمتنع تطبيقه فى هذه الحالة – فإذا كان الثابت ان الزوج مالطى الأصل بريطانى الجنسية ولم يكن له موطن فى مالطة أو فى غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصرى، فإن القانون الواجب التطبيق فى طلب التطليق يكون هو القانون الانجليزى بإعتبار انه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته.

(جلسة ١٩٥٨/٥/١ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٩ مدني ص ٤٢٥)

٦ – المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين مدى هذه الحقوق ماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها وسقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة فى المادة ١٣ من القانون المدنى، وما تشيره الزوجة من نزاع حول العقد الذى اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الاموال من حيث وجود الرضا أو إنعدامه وتقام دعوى الإبطال أو عدم تقادمها لا يخرج المنازعة عن نطاق النظام المالى الذى يخضع له الزوجان بإعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية.

(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦ – المرجع السابق – السنة ٤ – مدني – ص ٩١٣)

مادة (١٤)

فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذ كان احد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج، يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٤ ليبى و ١٥ سورى و ١٩ عراقى و ٢٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

نقل هذا النص عن القانون البلغارى (م ١٠٩) رعاية لقواعد القانون المصرى فى شأن الزواج، اما مسألة الأهلية للزواج، فيرجع فيها بالنسبة إلى كل من الزوجين إلى قانون جنسيته(١).

راى الفقه:

١ – يحكم القانون المدنى معاملات الأفراد فى المجتمع، وينظم المراكز القانونية التى تنشأ عن هذه المعاملات، سواء اكانت هذه المراكز تتصل بمصالح الأفراد ذات القيمة المالية، اى سواء اكانت محكومة بقواعد الأحوال العينية أو كانت تتصل بتلك المصالح التى لا تقوم بمال والتى تنتج من وضع الشخص فى الأسرة التى تنظمها قواعد الأحوال الشخصية.ويحدث احيانا ان يسرى القانون المصرى على علاقة اجنبية بحتة أو ذات عنصر اجنبى، كما لو كان النزاع بين اجانب وخالفت أحكام قانون جنسيتهم النظام العام ار الاداب فى مصر، تطبيقا للمادة ٢٨ مدنى، أو كما لو كان احد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج، تطبيقا للمادة ١٤ مدنى – وهنا يثور اشكال تحديد القانون المصرى، ذلك ان هناك اكثر من قانون مصرى الشريعة الإسلامية، والشريعة المسيحية والشريعة اليهودية. والرأى ان القاضى اذ يقرر تطبيق القانون المصرى يجب عليه فى نفس الوقت ان ينسى ان العلاقة اجنبية أو ذات عنصر اجنبى، ويعتبرها فى خصوص النزاع القائم، كما لو كانت وطنية بحتة، ويطبق نفس المعايير التى يطبقها لإختيار شريعة وطنية معينة تنطبق على النزاع وفق أحكام القانون رقم ٤٤٢ لسنة ١٩٥٥، وذلك اعمالات لنص المادة ٢٦ من القانون المدنى(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – عقد الزواج لا يكسب ايا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا بما قد يطرأ بعد ابرامه، مما يكون من شأنه سريان قانون اخر فى هذا الخصوص – ونص المادة ١٤ من القانون المدنى نص امر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى – وهو صريح فى انه يكفى ان يكون احد الزوجين مصريا وقت الزواج

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٢٦٣.
(٢) المقصود بالأحوال الشخصية – مقال – المستشار أحمد خيرت – مجلة القضاه – العدد ٨ – سبتمبر سنة ١٩٢٣ ، والأحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين والأجانب – طبعة ١٩٦٢ – ص ٢٦ وما بعدها.

ليكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق. فإذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج ايطالى وزوجة مصرية، فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدنى، ويكون القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق، فإذا كان الزوج يهودى الديانة، وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية، فإن القانون المصرى الواجب التطبيق، هو القانون الذى كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الإختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية. وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على ان تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولارجح الاقوال من مذهب ابى حنيفة، ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها ان تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت فى فقرتها الاخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقتضى بأن لا تسمع دعوى الطلاق من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر، الا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت فى الدعوى ان الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق، فإن دعوى طلاق زوجها اياها تكون غير مسموعة، ولا يترتب على الطلاق آثاره.

(جلسة ١٩٦٠/١١/١٧ – مجموعة المكتب الفني ـ السنة ١١ ـ مدني ـ ص ١٥٨٣)

٢ – النص في المادة ١٣ من القانون المدني علي أن " تسري قانون الدولة التي ينتمي إلى الزوج وقت إنعقاد الزواج علي الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلي المال. أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري علي التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوي " وفي المادة ١٤ علي أنه " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت إنعقاد الزواج ن يسري القانون المصري وحده ، فيما عدا شروط الأهلية للزواج " مفادة أنه متي كان الزوج مصريا وقت رفع الدعوى خضع التطليق والانفصال للقانون المصري ، وكان من المقرر أن نص المادة ١٤ المشار إليها نص آمر متعلق بالنظام العام ، وكان عقد الزوج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريانه قانون آخر في هذا الخصوص وكان البين من الأوراق أن الطاعنة والمطعون ضده من المصريين ويتمتعان بالجنسية المصرية رغم حصولهما علي الجنسية الأمريكية فإنه يتعين تطبيق أحكام القانون المصري علي وقائع النزاع ولم عرض الأمر علي محكمة أجنبية بحكم الإختصاص الدولي للمحاكم وإذا ما صدر حكم يخالف ذلك فإنه يمتنع علي القاض المصري الأمر بتنفيذ لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا سبيل لا هدار الأحكام بدعوي بطلان أصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية وإنه ولئن كان قانون الدولة التي يراد التمسك في بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ما هية الحكم وبيان ما يعتبر حكما يصدر الأمر بتنفيذه إلا أنه بالنسبة لبنيان الحكم في مفهوم أحكام القانون الدولي الخاص فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون هو وحده الذي يحدد بنيانه مما يجعله مستوفيا الشكل الصحيح وإن خالف هذا البينان ما هو متواضع عليه في مصر وإذ كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الحكم الصادر من

محكمة كاليفورنيا العليا بمقاطعة لوس أنجلوس الأمريكية في الدعوي رقم ١٧٢-٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩ – هو حكم أجنبي فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون وحده الذي يحدد بنيانه حتي ولو خالف هذا البنيان ما هو متعارف عليه في مصر وذلك أخذا بمفهوم أحكام القانون الدولي ولا سبيل لإهداره بدعوى بطلانه طالما أنه صدر من جهة ذات ولاية بإصدار بحسب قانونها وبحسب قواعد القانون الدولي الخاص ذلك لأنه ليس له أثر إيجابي إلا إذا منح الصيغة التنفيذية وفقاً للأوضاع والشروط التي حددها المشرع في المواد ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ من قانون المرافعات فإن تحلفت تلك الشروط التي حددها المشروع لتنفيذ الحكم الأجنبي أو الأمر الأجنبي فإن ولاية القاضي المصري تقتصر علي رفض تذييل الحكم أو الأمر الأجنبي بالصيغة التنفيذية ولا يمتد عمل القاضي إلي الحكم بالبطلان إذ القول بغير ذلك مؤداه ولاية القاضي المصري علي أحكام المحاكم الأجنبية وهو ما لا يجوز.

(الطعن ٦٢ لسنة ٦١ ق ـ جلسة ١٩٩٣/٥/٢٥ س ٤٤ ص ٥٢٨)

* * *

مـــادة (١٥)

يسرى على الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٥ ليبى و ١٦ سورى و ٢١ عراقى و ٢٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

وحكمه... دفع شبهة ان يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية، التى تنظمها أحكام المواد السابقة على إعتبار انها من آثار الزواج، ولاخراج ما يعتبر من النفقات اثرا للزواج[١].

راى الفقه:

١ – فى دعوى مطالبة الابن بنفقة من ابيه، يجب التحقق قبل نظر الدعوى مما إذا كانت هذه الدعوى قائمة على حق النفقة الشرعية، ام انها تستر وراءها دعوى إثبات نسب، لانه فى الحالة الأولى يسرى قانون المدين بالنفقة (م١٥ مدنى)، وفى الحالة الثانية يطبق قانون طالب النفقة، إذا كان الابن ابنا غير شرعى، وذلك وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص – واذا رفع شخص دعوى إثبات نسبة من ابيه على أساس المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الايطالى التى تنص على امكان إثبات، فإن هذه الدعوى لا تتضمن إثبات نسب، وانما تتضمن إثباتا للحالة المدنية للمدعى، فلا يسرى فى هذه الحالة قانون الاب، وانما يسرى قانون جنسية الابن عند الإختلاف الجنسية بين المدعى والمدعى عليه، واذا كيفنا إلتزام الاب بسد حاجة ابنه الطبيعى إلى ان يبلغ سن السادسة عشرة وفقا للمادة ١٨٠٧ مدنى المانى، بأنه إلتزام غير تعاقدى، فإنه يسرى عليه قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام، وخرج بذلك عن الأحوال الشخصية، ولكن إذا وصف هذا الإلتزام بانه نفقه دخل ضمن مشتملات الأحوال الشخصية وطبق فى شأنه قانون المدين بالنفقة. وفى الواقع عملية التكييف التى يقوم بها القاضى المصرى تؤدى إلى إعتبار هذا الإلتزام نفقة، لان أساسه القانون قائم على النفقة، ولو ان القانونى الالمانى لم يعبر عن ذلك[٢].

نفعة الإبن. وجوبها بأنواعها علي والده شرعاً. شمولها أجر الحضانة ومسكان الحضانة. حق الولد وحتي قبل صدور القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في قيام والده بتوفير مسكن له ولحاضنته ودون الزام قانوني بذلك.

(الطعن ٢٢٧٠ لسنة ٥٥ – جلسة ١٩٩١/١/٣١ س ٤٢ ص ٣٦٢)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٢٦٥.

(٢) تكييف العلاقة القانونية في منازعات الأحوال الشخصية الأجنبية – مقال – المستشار حسن رفعت – المحاماه – السنة ٣١ – العدد ٤ – ص ٨٤٨ وما بعدها.

نفقة الصغير قضاء. استحقاقها من تاريخ الحكم في الدعوى التي تقام للمطالبة بها. علة ذلك. دفع حاجة الصغير قبل الحكم في الدعوى عن طريق إنفاق الأب. أثره. ليس له استردادها بعد ذلك.

من المقرر شرعاً أن نفقة الصغير قضاء تكون من تاريخ الحكم في الدعوى التي تقام علي الأب إستناداً إلي أنه شرعت لدفع الحاجة وهذه تكون قد دفعت قبل الحكم في الدعوي إلا أنه إذا كانت قد دفعت حاجة الصغير عن طريق إنفاق الأب فإنه لا يكون له استردادها بعد ذلك.

(**الطعن ٢٠٧ لسنة ٥٨ ق – جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٩ س ٤٣ ص ١٤٤٣**)

* * *

مـــادة (١٦)

يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجوزين والغائبين، قانون الشخص الذى تجب حمايته:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ١٦ ليبى و ١٧ سورى و ٢٠ عراقى و ٢٣ سودانى

الأعمال التحضيرية:

اضيفت إلى النص كلمة (الولاية) وحذفت منه كلمة (المفقودين)، لان الولاية داخلة فى النظم الموضوعة لحماية المحجوزين، وفى إصطلاح (الغائبين) الوراد فى النص ما يغنى عن ذكر المفقودين(١).

راى الفقه:

١ – تظهر أهمية التكييف بصفة خاصة لبيان النصوص القانونية الواجبة التطبيق، فإذا طلب من القاضى مثلا إتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة للمحافظة على اموال الغائب، فهل له ان يعتبر تلك الإجراءات متعلقة بنظام الاموال، أو متعلقة بنظام الغيبة، فإذا له ان يعتبر تلك الإجراءات متعلقة بنظام الغيبة، طبق قانون جنسية الشخص المطلوب حماية أمواله (م ١٦ من القانون المدنى)، واذا إعتبرها خاصة بنظام المال، طبق قاعدة موقع المال (م ١٨ مدنى) – على انه من المحققان إتخاذ الإجراءات التحفظية لصيانة حقوق الغائبين يسبقه إثبات الغيبة، فإذا ثبتت، اتخذت الإجراءات الآخرى وطبق فى شأنها قانون الجنسية(٢).

٢ – متى تبين انه عند تنازع القوانين بالنسبة للأهلية، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص المقتضى حمايته، فإن النظم الموضوعية لهذه الحماية ترجع إلى قانون جنسيته.

ويسترعى النظر ان نص المادة ١٦ من القانون المدنى يشير إلى النظم الموضوعية، ذلك لان الإجراءات الواجب إتباعها فى سبيل هذه الحماية يطبق عليها القانون المصرى الذى تباشر هذه الإجراءات فى ظله(٣).

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٢٧٠ ،
(٢) تكييف العلاقة القانونية – المرجع السابق.
(٣) منازعات الأحوال الشخصية – للأستاذ نصيف زكي – المرجع السابق.

مادة (١٧)

(١) يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته.

(٢) ومع ذلك يسرى على شكل الوصية، قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد المورث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٧ ليبى و ١٨ سورى و ٢٢و ٢٣ عراقى و ٢٤ و ٢٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

بيد انه يقصد عادة من اخضاع الوصية – وما فى حكمها – لقانون جنسية الموصى وقت الايصاء تنظيمها بوصفها مجرد تصرف قانونى دون مساس بالناحية الموضوعية التى ترتبط ارتباطا وثيقا بالميراث، وتخضع للقانون الذى يسرى عليه... ولذلك يحسن ان يسوى بين المواريث والوصايا فى حدود إرتباطهما من الناحية الموضوعية، وان يخصص نص قائم بذاته لتعيين القانون الواجب تطبيقه على الوصية فى غير هذه الحدود[١].

راى الفقه:

١ – بدأت الصورة الغامضة المهزوزة لفكرة النظام العام – كدفع يمكن ان يعترض القانون الاجنبى على مواريث الاجنبى المسلم – تتضح معالمها، وتستبين خطوطها وتستقر على اسس مفهومة صالحة لدى فقه القانون الدولى الخاص المصرى.

فذهب رأى[٢] إلى مسايرة الاجماع بشأن اطلاق قاعدة تطبيق القانون الاجنبى على مواريث الاجانب مسلمين وغير مسلمين، وعاد ورد هناك رأيا يقول بأن حكم القانون المصرى القاضى بأن للذكر مثل حظ الانثيين يتعلق بالنظام العام بالنسبة للمسلمين، فيسرى عليهم ولو كان القانون الاجنبى الواجب التطبيق يقضى بمساواة الذكر بالانثى، ردد هذا الرأى ولكنه لم يأخذ به ولم يحتضنه، بل انه استطرد فذكر امثلة على ما يمكن ان يعد من النظام العام، وليس من بين هذه الأمثلة حرمان تطبيق القانون الاجنبى فى هذه الحالة – اى فى حالة التفصيل أو الحرمان أو الحجب فى الميراث – حتى ولو كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لمواريث الاجانب المسلمين.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : القانون المدني – الجزء ١ – ص ٢٢٤.

(٢) القانون الدولي الخاص المصري – جزء ١ – الدكتور عز الدين عبد الله – طبعة ٣ – ١٩٥٤ – ص ٢٦٠ وما بعدها.

ثم جاء رأى اخر[١] يقرر بأن الأصل ان الدفع بالنظام العام إنما يدفع به فى حالة ما يصل الخلاف بين القانون الوطنى والقانون الاجنبى حدا من التنافر الصارخ بحيث تكون أحكام القانون الاجنبى غير مقبولة فى ضمير المجتمع الوطنى ولهذا السبب تنص المادة ٢٨ مدنى بأنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام أو الاداب – ثم إنتهى هذا النظر إلى استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الاجانب المسلمين بالنسبة للمواريث أمام وجود نص المادة ١/٧ مدنى، وهو نص واضح قاطع فى وجوب تطبيق القانون الاجنبى فى هذه الحالة.

لم يكد النقتين المدنى الجديد ينفذ، حتى سارع القضاء المصرى بتطبيق ما إستقر عليه الفقه المصرى بشأن وجوب تطبيق القانون الاجنبى على مواريث الاجانب المسلمين، فرفض الدفع بوجوب تطبيق الشريعة الإسلامية على مواريث الاتراك المسلمين.

ان مجرد الإختلاف فى انصبة الورثة ما بين القانون الاجنبى والقانون المصرى، لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام فى مصر، والقول بتطبيق القانون المصرى، فى حالة توافر هذا الإختلاف فى شأن هدم قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٧ مدنى، خاصة ان قواعد الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو انقاص انصبتهم أو ايثار بعض الورثة على بعض تصرفات مشروعة كالهبة والوصية.

ولم تفرق محكمة النقض وهى بصدد استعراض قاعدة تطبيق القانون الاجنبى على تركة المورث الاجنبى المسلم وغير المسلم.

وقد إستقر القضاء طبقا للمادة ١٧ مدنى، على وجوب الاخذ بقانون جنسية المورث[٢].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ـ متى كانت الدعوى قد وجهت إلى الوارث اليونانى الجنسية الذى قبل التركة بغير اشتراط الجرد. فإن الحكم لا يكون اخطأ اذ قضى بإلزامه بديون هذه التركة من ماله الخاص وفقا لأحكام المادة ١٩٠٩ من القانون المدنى اليونانى التى يخضع إليها فى خصوص الارث.

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٢ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٦ –مدني ص ٢٠١)

٢ – لما كان الطرفان ايطاليين، فإن القانون الايطالى هو القانون الواجب التطبيق دون سواء فى مسائل أحوالهما الشخصية... ولما كان القانون الواجب التطبيق فى شأن الايطاليين، هو القانون المدنى الايطالى، ومن ثم يتعين تطبيق المادة ٥٨٤ ايطالى التى

---

(١) قضاء الأحول الشخصية – للأستاذين أحمد رفعت خفاجي ورابح لطفي جمعة – طبعة ١٩٦٠ – ص ٥١١ ، والأحوال الشخصية للاجانب – مقال – للأستاذ سيف النصر زكي – مجلة التشرع والقضاء – السنة ٢ – ١٩٥١ /١٩٥٢ – ص٤٥٢ ومنازعات الأحوال – مقال المحاماة السنة ٣٧ – العدد ٣ – ص٣:٨ وما بعدها.

(٢) تطبيق قانون جنسية الأجنبي المسلم في مسائل الميراث – مقال – الدكتور محمود كامل المحامي – السنة ٤٠ – العدد ٢ – ص ٤٣١٩ وما بعدها.

تنص على شروط حصول الزوج الباقى بعد وفاة شريكه فى الزواج الباطل على حصة فى ميراثه.

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٢ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٦ –مدني ص ٢٠١)

٣ – ان نص المادة ١٨١٣ من القانون المدنى اليونانى فيما ورد به من ذكر سبب الحرمان فى ذات الوصية، يتعين ضرورة اعماله لتعلقه بإنتقال الحقوق فى الشركات بطريق الارث لمن هم لهم الحق فيه شرعا، فإذا لم يذكر سبب الحرمان فى الوصية فلا سبيل إلى إثباته، ومن ثم لا يقبل من الطاعنتين الدليل على سبب الحرمان.

(جلسة ١٩٥٥/٢/١٢ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٦ –مدني ص ٢٠١)

٤ – من مقتضى تطبيق نص المادة ١/١٧ مدنى، لما كانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدنى اليونانى تنص على انه: فى حال انحلال الزواج ترد الدوطة، إلى الزوجة أو إلى ورثتها وتنتهى كل ادارة لما وإنتفاع من الزوج على اموا الدوطة، فإن مفاد ذلك ان الدوطة طبقا للقانون المدنى اليونانى تظل على ملك الزوجة، ولا يكون للزوج عليها سوى حق الإنتفاع مادامت الحياة الزوجية قائمة، فإذا إنحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد الدوطة إلى الزوجة، مما مؤداه ان الدوطة. عند وفاة الزوج لا يعتبر من تركته، بل ترد إلى الزوجة التى عاد إليها حق الإنتفاع.

(جلسة ١٩٧١/١١/٢٤ ـ مجموعة المكتب الفني– السنة ٢٣ـ مدني– العدد ٣ ـ ص ٩٢٢)

٥ – يسرى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون، ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه.

(جلسة ١٩٦٢/٦/٢١ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٣ ـ مدني ص ٨٢٤)

٦ – وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنكار الوراثة الذي يستدعي صدور حكم علي خلاف الاعلام الشريعي يجب أن يصدر من وارث حقيقي ضد آخر يدعي الوراثة وبنك ناصر الاجتماعي لا يعتبر وارثا بهذا المعني وإنما تؤول إليه التركه علي أنه من الضوائع التي لا يعرف لها مالك – لما كان ذلك وكان لمحكمة النقض أن ترد الحكم لأسبابه الصحيحة طالما أنه انتهي إلي نتيجة صحيحة في القانون – وكان دعوى الطاعن هي إبطال الاعلام الشرعي فيما ورد به من أن المطعون ضده ليس زوجا للمتوفاه لطلاقة لها قبل وفاتها وكان البنك الطاعن غير وارث لها فإنه لا يجوز له أن يطلب الحكم ببطلان ذلك الاعلام ويكون النعي علي الحكم المطعون فيه علي غير أساس.

(الطعن ٥٩ لسنة ٥٩ ق " أحوال شخصية " ـ جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧ س ٤١ ص ٦١٥)

٧ – حيث أن الطعن أقيم علي سببين تنعي بهما الطاعنة علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والاخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك تقول أن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه ببطلان الاشهاد في حين أن الزوجية ثابته بمقتضي وثيقة الزواج – الذي تم في لبنان والذي حكمه قانونه – والصادرة من محكمة بيروت الشرعية والمصدق عليها من وزارة الخارجية اللبنانية

ووزارة الخارجية المصرية واذ لم يعتد الحكم المطعون فيه بهذه الوثيقة لإثبات الزوجية فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي سديد ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذي يقتضيه قانوهما الشخصي أو يبرماه في الشكل المقرر بقانون البلد الذي عقد فيه. لما كان ذلك وكان إثبات الزواج يخضع للقانون الذي يحكم شكله وكان الحكم المطعون فيه لم يعتد

بعقد زواج الطاعته والذي تم في الشكل الذي يتطلبه القانون إذ أنه عقد بمحكمة بيروت الشرعية ومصدق عليه من وزارة الخارجية اللبنانية ووزارة الخارجية المصرية ووزارة العدل فإنه يكون معيبا بما يوجب نقضة علي أن يكون مع النقض الاحالة.

(الطعن ٤٣ لسنة ٥٨ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٢/١/٢)

٨ - **وحيث أن مما تنعاه الطاعنات علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقلن أنه يشترط لقبول الشهادة علي الارث أن يبين الشهود صلة القرابة الموصلة إلي سبب الارث بنسب الميت والوارث حتي يلتقيا إلي أصل واحد وأن شاهدي المطعون ضدهم لم يشهدا بشئ من ذلك واقتصرت شهادتهما علي القول بأن مورث المطعون ضدهم المرحوم..... هو ابن عم المرحوم..... فتكون شهادتهما علي الارث غير مقبولة. وإذ عول الحكم المطعون فيه في قضاءه علي هذه الشهادة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.**

وحيث إن هذا النعي صحيح. ذلك أنه لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها تسري علي جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين شأن المواريث ومنها تعيين الورثة وتحديد انصبائهم وكان سبب الارث العصوبة النسبية فإن فقة الحنفية – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – يشترط لصحة الشهادة الارث في هذه الحالة أن يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذي بمقتضاه ورث به المدعي الميت بحيث يذكر نسب الميت والوارث تعريفا يميزه عن غيره. ويبين للقاضي أنه وارث حقيقة لتعرف نصيبه الميراثي. لما كان ذلك وكان الثابت في محضر التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة أن شاهدي المطعون ضدهم وإن سهدا بأن مورثهم من ورثة المرحوم..... إلا إنهما لم يبينا في شهادتهما نسب المشهود له والمتوفي المذكور وإلتقائه به عند أصل واحد ، فإن شهادتهما بذلك تكون غير مقبولة.

٩ – وإذ قضي الحكم المطعون فيه رغم ذلك بوراثة مورث المطعون ضدهم لمورث الطاعنات علي سند من تلك الشهادة فإنه يكون قد أقام قضاءه

علي بينة غير مقبولة شرعاً مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن.

(الطعن ١٤ لسنة ٦٠ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٣/١/٢)

مادة (١٨)

يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الآخرى، قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسرى بالنسبة إلى المنقول، قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الآخرى أو فقدها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٨ ليبى و ١٩ سورى و٢٤ عراقى و ٢٦ سودانى

الأعمال التحضيرية:

لم يقرر التشريع المصرى صراحة قاعدة خضوع نظام الاموال لقانون موقعها، بل كانت تستخلص هذه القاعدة من التشريعات الثمانية القديمة ومن قواعد الإختصاص القضائى، ولهذا النص مقابل فى التشريعات الاجنبية. ويلاحظ ان المشروع لا يخص العقار بالذكر، وانما يتناول المنقول ايضا، ولكنه يقتصى على ذكر الملكية والحقوق العينية الآخرى[١].

راى الفقه:

١ – إذا كان التكييف يخضع دائما لقانون القاضى وفقا للقاعدة السالفة، الا ان هذه القاعدة تتضمن بعض الإستثناءات، اجمع عليه الفقه والقضاء ونص عليها المشرع المصى فى المادة ١٨ مدنى، وأولى هذه الإستثناءات، إذا تعلق التكييف بتعيين صفة العقار أو المنقول، فالمرجع فى ذلك ليس قانون القاضى، وانما قانون الجهة التى يوجه فيها الشئ. وهذا الإستثناء فى الواقع نتيجة طبيعية لما نص عليه من ان القانون الذى يسرى على العقار هو قانون موقعه، والذى يسرى بالنسبة للمنقول قانون الجهة التى يوجد فيها المنقول، فإذا كان الأمر كذلك، فلا ضرورة للاخذ بقانون القاضى فى التكييف، لان محل الاخذ به عندما يراد معرفة القانون الواجب التطبيق، وفى هذه الحالة بالذات هذا القانون معروف مقدما[٢].

٢ – القاعدة المقررة فى المادة ١٨ مدنى هى من القواعد المعمول بها فى كافة الدول المتحضرة، وقد يكون المبرر لانتشار هذا المبدأ هو ان العقارات جزء من اقليم الدولة، بحيث يجب الا تخضع لسلطان قانون اجنبى، فضلا عن ان أنسب قانون يسرى على العقار هو قانون موقعه لما فى ذلك من إستقرار فى المعاملات، وتسرى هذه القاعدة على كافة العقود التى يكون موضوعها حقوق متعلقة بعقار كأحكام الحيازة والحقوق العينية الأصلية والتبعية نطاقها وآثارها، كما تسرى ايضا على العقود الشخصية الخاصة بعقارات كعقود الايجار.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون للقانون المدني – جزء ١ – ص ٢٧٢ وما بعدها.
(٢) تكييف العلاقة القانونية وأهميته في مسائل منازعات الأحوال الشخصية الأجنبية – المستشار حسن رفعت – المحاماه – السنة ٣١ – العدد ٤–ص٨٤٨.

اما بالنسبة للمنقول فإن القاعدة التى نصت عليها المادة ١٨ مدنى هى ايضا من القواعد التى تسرى فى غالبية الدول المتحضرة، والحكمة منها هى كفالة سلامة المعاملات فى المنقول، إذا ان قانون موقع المنقول هو اكثر القوانين إتصالا به، الا ان المنقول قد يكون ماديا، كالبضائع، وقد يكون معنويا، كحقوق الملكية الادبية والملكية الصناعية، ويقتضى الأمر الاشارة بإيجاز إلى كل من هاتين الحالتين، اذ توجد إستثناءات فى تطبيق القاعدة العامة السالفة:

(أ) – المنقول المادى – وموقع المنقول فى هذه الحالة، هو مكان وجوده الحقيقى أو الفعلى، وقد يكون المنقول احد وسائل النقل، فإذا كان باخرة فلا يمتد بمكان وجودها الفعلى، بل بالمكان الذى سجلت فيه وتحمل علمه، فهى بالتالى تخضع لقانون العلم الذى تحمله، وتطبق ذات القاعدة على الطائرات والسفن النهرية التى تجوب الانهار الدولية، اما عن البضائع أثناء النقل، فالرأى الغالب هو خضوعها لقانون البلد المصدرة اليه. هذا، ويحكم قانون موقع المنقول الحيازة والحقوق العينية المتعلقة به ونطاقها وآثارها وطرق كسبها وانقضائها، اما أهمية التصرف فإنها تخضع لقانون الجنسية، ويخضع العقد من حيث تكوينه لقانون الإدارة، اما آثار العقد من حيث نشوء الحق فى المنقول، فيخضع لقانون الموقع، وتستلزم بعض القوانين كالقانون السويسرى التسليم وتجعل الحق فى المنقول بينما لا تستلزم قوانين اخرى – كالقانون المصرى – التسليم وتجعل الحق اثرا من آثار العقد، وقد وضع المشرع المصرى فى المادة ١٨ مدنى ضابطا يحدد القانون الواجب التطبيق فى حالة تغير موقع المنقول، فجعل العبرة فى ذلك بمكان المنقول وقت تحقيق السبب الذى ترتب عليه كسب الحق أو فقده.

(ب) المنقول المعنوى – ويقصد به الشئ الذى لا يقع تحت الحس، ومع ذلك يصلح محلا للحق العينى، ومن امثلته الملكية الادبية والفنية والصناعية والإلتزامات المالية المترتبة على العقد، ومما تجدر ملاحظته ان القاعدة الواردة فى المادة ١٨ من القانون المدنى والتى تخضع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحق فيه أو فقد منه، لا تتناول المنقول المعنوى، اذ يبين من المناقشات التى دارت حول المادة ٨ مدنى انها خاصة بالمنقول المادة دون المنقول المعنوى، لذلك فإن قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول المعنوى تحددها القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص[١].

٣ – قانون الموقع هو الذى يسرى فى شأن كل ما يتصل بمركز الاموال وفقا لنص المادة ١٨ مدنى، ذلك ان قانون الموقع هو الذى يحدد المركز القانونى للأحوال من حيث جواز التعامل فيها من عدمه، وبذلك فإن قانون الموقع هو الذى يبين مثلا الاموال التى يجوز الايصاء بها، وتلك التى لا تجوز فيها الوصية، وكما يحدد قانون الموقع الاموال التى يجوز التعامل فيها، فإن هذا القانون هو المرجع ايضا فى بيان الوصف القانونى لهذه الاموال، وبصفة خاصة ما إذا كانت تعد عقارا ام منقولا. وقانون الموقع هو الذى يبين ايضا أحكام الحيازة من حيث كسبها وإنتقالها واسقاطها

---

(١) التحكيم في عقود التجارة الدولية – مقال للأستاذ أحمد الشلقاني – مجلة إدارة قضايا الحكومية – السنة ١٠ – العدد ٤–ص٥ وما بعدها ، والقانون الدولي الخاص المصري – الدكتور عز الدين عبد الله – جزء ٢ – ص ٣٥٧ وما بعدها.

ومدى إعتبارها قرينة على الحق، ومدى تعلق حق الحائز بالثمار. وبالمثل فإن قانون الموقع هو المرجع فى بيان الحقوق العينية التى يمكن ان تترتب على المال عقارا كان ام منقولا، وما إذا كانت واردة على سبيل الحصر، وهو ايضا الذى يحدد مضمون العينى، والسلطات التى يخولها لصاحبة ونطاقها، والقيود التى ترد عليها. ولئن كان الأصل هو ان قانون الموقع هو الذى يسرى على بيان مصادر الحقوق العينية، فإن هناك مع ذلك مصادر الحق العينى قد تخضع ايضا لقانون اخر، ومع ذلك ان العقد بوصفه مصدرا من مصادر الحق العينى، يخضع لقانون الارادة، ومع ذلك فإن مؤدى المادة ١٨ مدنى هو خضوع اثر العقد فى إنشاء الحق العينى أو نقله أو زواله لقانون الموقع، مع ملاحظة ان المشرع المصرى قد اخضع العقود المتعلقة بعقار لقانون الموقع فى جميع الأحوال، وسواء تعلق العقد بإنشاء حق عينى أو نقله أو زواله، أو كان العقد مرتبا لمجرد حق شخصى كما هو الشأن بالنسبة لايجارات العقارات (م١٩ مدنى)، ومن ذلك ايضا حقوق الامتياز، اذ يتعين ان يكون الحق مقررا فى كل من قانون الموقع والقانون الذى يحكم الدين الممتاز[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – إذا كان الحكم المطعون عليه قد قرر المبدأ الصحيح فى خصوص مجال اعمال قانون موقع المال، وذلك بقوله ان هذا المجال لا يتعدى بيان كل ما يعتبر من نظام الاموال وتحديد الحقوق العينية وما يعتبر منها اصليا وما يعتبر تبعيا وحدود كل منها وآثاره وبيان طرق كسب هذه الحقوق وانقضائها وإنتقالها، الا انه عند تطبيقه هذا المبدأ على واقعة الدعوى التى يتناول النزاع فيها تكييف حق الإنتفاع فى العقار وتقويمه وهى يعتبر قيدا على حق الملكية ام حقا ماليا قائما بذاته يجوز تقويمه والايصاء به قرر ان حق الإنتفاع الموصى به يعتبر قيدا على حق الملكية إعمالاً لنصوص القانون اليونانى فى حين انه كان يتعين الرجوع إلى قانون موقع المال وهو القانون المصرى، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون – ويبين من استعراض نصوص القانون المدنى المصرى انه إعتبر حق الإنتفاع من الحقوق العينية، وذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، كما انه فى المادة ٨٣ مدنى إعتبر كل حق عينى مالا عقاريا، ثم انه حدد الحالات التى تعتبر قيودا على حق الملكية، وهى التى تناولتها المواد من ٨١٦ مدنى إلى ٢٤ مدنى والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس منها حق الإنتفاع، ومن ثم فإن حق الإنتفاع فى نظر لقانون المصرى هو حق مالى قائم بذاته، ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية، وبالتالى فهو مما يجوز الايصاء به، ويمكن تقويمه[١].

٢ – قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقا للمادة ١٨ من القانون المدنى إنما تتصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن ان يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق إكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام

---

(١) من مسائل القانون الدولي الخاص – مقال – الدكتور هشام صادق – مجلة إدارة قضايا الحكومية – ١٤ – العدد ٤ – ص ٩٤٣ وكتابه : تنازع القوانين – ص٥٢٩ وما بعدها.

(٢) نقض – جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١١ – مدني ص ٤٢١.

الخاصة بنظام الاموال فى الدولة ولا شأن بها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة فى التركة.

(جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١١ ـ مدني ص ٤٢١)

٣ – مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدنى انه يدخل فى مجال اعمال قانون موقع العقار بيان طرق كسب الحقوق العينية وإنتقالها وانقضائها، سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتقادم المكسب أو غير خاصة بها كالعقد، وسواء ترتب على العقد نقل الملكية فى الحال ام ترتب عليه الإلتزام بنقل الملكية، واذ اغفل المشرع النص فى المادتين ١٨ و ١٩ من القانون المدنى على خضوع التصرف المترتب عليه كسب الحق العينى أو تغييره أو زواله من حيث الشكل وشروط الصحة لقانون موقع العقار على غرار ما فعل القانون البولونى الذى استقى منه المشرع نص المادتين المذكورتين، فإن العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقعه من كافة الوجوه فيما عدا الأهلية التى تظل خاضعة لسلطان القانون الشخصى، والشكل الخارجى للتصرف الذى يظل خاضعا لقانون محل ابرامه.

(نقض – جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ – المرجع السابق – السنة ٢٤ ـ ص ٢٢٣)

* * *

مـادة (١٩)

(١) يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن إختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا اخر هو الذى يراد تطبيقه.

(٢) على ان قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى ابرمت فى شأن هذا العقار.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٩ ليبي و ٣٠ سورى و ٢٥ عراقى و ٢٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

عرض المشروع للقاعدة العامة فى الإلتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود وتنفيذها، ثم قرر فى نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام القواعد الأمره فى حدود معينة، ويراعى بادئ بدء ان فقه القانون الدولى الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطيقه فى شأن الإلتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التى تسرى عليها من حيث أركان الإنعقاد، وشروط الصحة وترتيب الآثار. ولذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصى على اكثر الأحكام إستقرارا فى نطاق التشريع، فقرر ان الإلتزامات التعاقدية يسرى عليها القانون الذى يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمنا، وهذا حكم عام يمكن لسلطان الارادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهى وحدة لا تكلفها فكرة تحليل عناصر العقد وإختيار القانون الذى يتلاءم مع طبيعة كل منها، ويلاحظ ان المشروع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الإجتهاد، ولا تحول دون الإنتفاع من كل تطور مقبل فى حركة الفقه، وقد قرن المشروع هذه الصيغة بنصوص خاصة يعين إختصاصا تشريعيا امرا

بالنسبة لعقود معينة، وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الارادة عند عدم الإتفاق، وبعض اخر يعين إختصاصا تشريعيا لمسائل تتعين بتنفيذ العقود[١].

راى الفقه:

١ – فيما يتعلق بالإلتزامات التعاقدية، يكون المرجع لقانون البلد الذى تم فيه العقد، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانونا اخر هو الذى يراد

تطبيقه، ما لم يكن الإتفاق قد قصد منه التهرب من أحكام القانون[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص ٢٧٨ وما بعدها.

(٢) منازعات الأحوال الشخصية – مقال – للأستاذ نصيف زكي – المحاماه ٣٦-٩-١٠،١٤٧- ١٦٠١ و ٣٢-١-١٠٢

٢ – تعترف كافة تشريعات الدول المتحضرة بمبدأ سلطان الارادة، اى ترك الحرية للمتعاقدين فى إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو المبدأ السائد الان دوليا. لان المتعاقدين اعلم بظروف العقد من غيرهم، ولان إختيار القانون الذى يطبق على العقد عن طريق القضاء أو عن طريق تطبيق قواعد تنازع القوانين امر عسير قلما يتفق فيه الفقهاء على راى واحد، وقد اعتد القانون المدنى المصرى بهذه القاعدة–وعند إختيار القانون الذى يحكم العقد فإن المتعاقدين يلتزمان بإتباع نصوصه الأمره، كالنصوص الخاصة بأسباب البطلان المطلق، اما النصوص الأمره فإنه يجوز الإتفاق على ما يخالفها، كأن يتفق المتعاقدان على تعديل أحكام الضمان الواردة فى القانون، كما انه عند حدوث تعديل فى القانون بعد التعاقد، فإن هذا التعديل يسرى على العقد.

ولا يتصور توحيد العقود التجارية وتوحيد أحكامها الا إذا خضعت لقانون واحد ينظمها، لذلك فإن كثيرا من عقود التجارة الدولية الخاصة بسلع معينة ينص فيها خضوع العقد لقانون معين، وذلك بعض النظر عن موطن المتعاقدين أو مكان التنفيذ أو مكان التعاقد أو الامور الآخرى التى تبرر الصلة بين العقد والقانون الذى يحكمه. ويرى الدكتور عز الدين عبد الله ان هذه الصلة تتوفر بالنسبة للقانون المصرى إذا جرت المعاملات الدولية على ابرام العقد فى صورة نموذجية معينة يخضع بمقتضاها العقد لقانون معين فى ميدان التجارة الدولية والنقل الدولى، كما يرى ان المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى يلزم تفسيرها بحيث تكون هناك صلة بين العقد والقانون الذى اختاره المتعاقدان ليحكمه [١].

الإسناد في الإلتزامات التعاقدية. ضوابطة. الأصل فيه إرادة الطرفين. عدم اتحاد إرادتهما. وجوب تطبيق قانون المواطن المشترك. وإلا قانون الدولة التي تم فيها التعاقد. الإستثناء. العقود المتعلقة بشأن عقار. سريان قانون موقع العقار عليها. مؤداه. تعلق العقود بعقار موجود بمصر. أثره. سريان القانون المصري عليها.

٣ – النص في الفقرة الأولي من المادة ١٩ من القانون المدني يدل علي أن المشرع اعتد أساسا بالأرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين كضابط للإسناد في الإلتزامات التعاقدية ، فإذا سكتا المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين أو إذا لم تتحد الأرادة الصريحة أو الضمنية وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها التعاقد ، إلا أنه إستثناء من هذه القاعدة نص الفقرة الثانية من المادة المشار إليها علي أن " قانون موقع العقار هو الذي يسري علي العقود التي ابرمت في شأن هذا العقار " وعلي ذلك فإن كافة العقود المتعلقة بعقار موجود في مصر تخضع للقانون المصري سواء كانت تتعلق بحق شخصي كعقد الإيجار أو تتعلق بحق عيني كعقد البيع.

(الطعن رقم ٨٧١٤ لسنة ٦٦ ق – جلسة ١٩٩٩/٣/١٤)

---

(١) التحكيم في عقود التجارة الدولية – مقال – للأستاذ أحمد الشلقاني – مجلة إدارة قضايا الحكومة –١٠–٤–٥ ، القانون الدولي والخاص المصري – جزء ٢ – طبعة ١٩٩٨ ص ٣٧٨.

٤ – دفاع الطاعن بأن قانون المملكة العربية السعدوية يحرم تقاضي الفوائد بإعتباره القانون الواجب التطبيق عملا بالمادة ١٩من القانون المدني المصري. قضاء الحكم بإلزام الطاعن بالفوائد رغم ذلك تأسيسا علي المادة ٢٦٦ مدني. خطأ في فهم الواقع موجب لنقض الحكم.

لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضائه بإلزام الطاعن بالفوائد القانونية علي المادة ٢٢٦ من القانون المدني المصري ، وكان دفاع الطاعن الذي ركن إليه في رده علي طلب الفوائد أن قانون المملكة العربية السعودية. الواجب التطبيق علي القرض كنص المادة ١٩ من التقنين المدني – يحرم تقاضي الفوائد فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالخطأ في فهم الواقع بما يوجب نقضه.

(الطعن ٩٨٦ لسنة ٥٨ ق ـ جلسة ١٩٩٥/٢/٦ س ٤٦ ص ٣٤٠)

* * *

مادة (٢٠)

العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٢٠ ليبى و ٢١و ٢٤ سورى و ٢٦ عراقى و ٢٩ سودانى.

الأعمال التحضرية:

تتضمن هذه الأحكام المتعلقة بشكل العقود والتصرفات بوجه عام، وهى تبدأ فى فقرتها الأولى بوضع القاعدة العامة فى هذا الشأن... وتتناول هذه القاعدة التصرفات القانونية، سواء منها ما ينعقد بإرادة واحدة وما ينعقد بتلاقى ارادتين، ولكن يرد على اطلاقها قيدان الأولى انها تقتصر على ما ينعقد من تلك التصرفات بين الإحياء، وبذلك تخرج الوصية وسائر التصرفات التى تضاف إلى ما بعد الموت، ويراعى ان إختصاص القانون الذى يسرى على الشكل.... لا يتناول الا عناصر الشكل الخارجية، اما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى إنعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى، فلا يسرى عليها الا القانون الذى يرجع إليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع[١].

راى الفقه:

١ – تنص المادة ١٤٢١ القانون المدنى الفرنسى على ان للزوج الحق فى ادارة اموال الزوجية المشتركة بمفرده، وله مطلق التصرف فى تلك الاموال بدون تصديق الزوجة على هذه التصرفات – وقد تساءل البعض عما إذا كان هذا الحق المخول للزوج يدخل ضمن نظام الاموال بين الزوجين، ام انه اثر من آثار الزواج، فإذا قلنا انه داخل ضمن الاموال، فيجب الرجوع فى ذلك إلى تفسير العقد المنشئ للنظام الذى اختاره كل من الزوجين، وهو خاضع للمادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى، اما إذا إعتبرنا هذا الحق من آثار الزواج، وهو الرأى الذى إستقر عليه القضاء الفرنسى، فإن هذه التصرفات تكون خاضعة لقانون جنسية الزوج وفقا للمادة ١٣ من القانون المدنى المصرى. وتكييف العلاقة يبين لنا ما إذا كان التصرف القانونى متعلقا بشكله، ام بموضوعه، ففى الحالة الأولى يخضع التصرف لقانون محل إنعقاد التصرف، وفى الحالة الثانية يخضع للقواعد الموضوعية فى القانون الاجنبى، على ان خضوع شكل التصرف لقانون البلد الذى تم فيه ليس حكما اجباريا، اذ يجوز ان يخضع ايضا للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز ان يخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك (م٢٠ مدنى مصرى) – والشكل **forme** هو كل إجراء يقوم به الشخص للافصاح عن ارادته، بينما الموضوع **fond** هو الارادة نفسها، من

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني – جزء ١ – ص ٢٥٩ وما بعدها.

حيث غرضها، وسببها، وصحتها، واثرها القانونى، والافصاح عن الارادة يثبت عادة بالكتابة، فكل ما يتعلق بطريقة تدوين هذه الارادة من حيث الجهة التى تتولى تتدوينها، والأشخاص المكلفين بكتابتها، والبيانات الواجب إثباتها، والشهود اللازمة لمجلس العقد، كل هذه الإجراءات متعلقة بالشكل، ويحلق بها ايضا إجراءات اشهار التصرف فيما عدا إجراءات الشهر العقارى، فإنه خاضعة لقانون موقع العقار بإعتبار ان هذه الإجراءات من الأوضاع الجوهرية التى لا يتم التصرف بدونها(١).

٢ – لا شك انه لا الزام بالنسبة للشكل الرسمى الإسلامى، فهو إختيارى حتى بالنسبة للمصريين كما قدمنا، وكذلك الحكم بالنسبة للشكل العرفى من باب أولى، ونعتقد انه لا الزام كذلك بالنسبة للشكل الرسمى غير الإسلامى، فيما عدا الحكم بالنسبة للزواج الدينى، ذلك ان إسناد الشكل للمحل قاعدة إختيارية اصلا فى إعتبار كثير من الفقهاء، وهى كذل فعلا فى إعتبار المشرع المصرى (م٢٠ مدنى)، فزواج الاجانب فى الشكل المقرر فى قانونهم، الوطنى مباح اصلا فى مصر، فإذا كان هذا الشكل رسميا، تعذرت مباشرته طبعا، الا فى الشكل القنصلى، اما إذا كان عرفيا أو رضائيا، فلا مانع من مباشرته فى مصر، خصوصا وان القانون المصرى يعرف الشكل العرفى بدوره، وان كان لا يعرف الشكل الرضائى الخالص، الا ان الواقع ان الشكل العرفى الذى يعرفه القانون المصرى يكاد يكون رضائيا، والرضائية التى تعرفها القوانين الاجنبية فى الزواج تستلزم العلانية عادة، مما يكاد يمحو كل فارق بينها وبين الشكل العرفى المصرى، ذريعة كافية لرفض الإعتراف بأى زواج خفى. اما بالنسبة لزواج المصريين فى الخارج فى الشكل المحلى، فيلاحظ ان المشرع المصرى، خلافا للمشرع الفرنسى، لم يتدخل فى حكم هذا الزواج، فهو يخضع اذن للقاعدة العامة فى الإسناد المحلى، وللتمييز المرتبط بها بين الشكل والموضوع فى شروط الزواج، ويمكن رد هذا الحكم إلى المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى التى تحكم شكل التصرفات عموما. ولما كان الشكل الرسمى فى إنعقاد الزواج إختياريا للمصريين فى مصر، فهي يخضع لقاعدة الإسناد المحلى، بداهة من باب أولى، ما دامت الرسمية الالزامية فى القانون الفرنسى مسلما بخضوعها لتلك القاعدة، وعلى ذلك يجوز للمصريين الزواج فى الخارج فى الشكل المحلى، رسميا كان أو غير رسمى، بشرط احترام الشروط الموضوعية للزواج فى القانون المصرى(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – تخضع اشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى ابرمت فيه، فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغرفيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلجراد، واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة الوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الاجبيتين اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة،

---

(١) تكييف العلاقة القانونية وأهميتة في مسائل ومنازعات الأحوال الشخصي الأجنبية – مقال – المستشار حسن رفعت – المحاماه – السنة ٣١ – العدد ٤–ص ٨٤٨ وما بعدها.

(٢) مجلة التشريع القضاء – السنة ٥ – العدد ٦و٢ – ص ٣٠ وما بعدها – مقال : الشكل والموضوع في تكوين الزواج – الدكتور أحمد مسلم.

فإن هذا التوكيل يكون قد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية ويكون حجة في اسباغ صفة الوكالة على المحامى الذى قرر بالطعن.

(جلسة ١٩٦٣/٢/٧ مجموعة المكتب الفني – السنة ١٤ ـ مدني – ص ٢٢٦ وما بعدها)

٢ – مؤدى نص المادة ٢٠ من القانون المدنى ان المشرع اخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل ابرامه، وجعلها القاعدة العامة، على ان للمتعاقدين إختيار اى قانون من القوانين الآخرى الواردة بها، وإختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لا تناول – على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – الا عناصر الشكل الخارجية، اما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى إنعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف، وليس لقانون محل ابرامه، ومن ثم فإن الشكلية التى تفضى لإثبات التصرف تخضع لقانون محل ابرامه، وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته، ولم يستلزمها قانون محل وابرامه تعين الاخذ بهذا القانون الاخير.

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٤ ـ مدني – العدد ٢ ص ٢٧٢)

٣ – خضوع العقود كأصل لأحكام القانون الذي أبرمت في ظله. الإستثناء. صدور قانون جديد متعلق بالنظام العام. تطبيق أحكاه علي العقود السارية وقت العمل به ولو كانت مبرمة قبله. تعلق أحكام القانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بالنظام العام. أثره. الأصل أن العقود – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة تخضع للقانون الذي أبرمت في ظله إلا إذا صدر بعد ذلك قانون تضمن أحكاماً آمره متعلقة بالنظام العام فإنها تطبق علي العقود السارية وقت العمل به ولم كانت مبرمة قبل ذلك مما مفادة أنه إذا استحدث القانون الجديد أحكام من هذا القبيل فإنها تسري بأثر فوري علي الآثار والنتائج التي ترتبت بعد نفاده ولو كانت ناشئة عن مراكز ووقائع قانونية قبل ذلك ، وإذا كانت أحكام القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية والمعمول به من ١٩٨١/٩/٢٦ مما إقتضته المصلحة العامة واستجابه لإعتبارات النظام العام فإنه يسري بأثر فوري علي المراكز والوقائع القانونية القائمة وقت نفاذه.

(الطعن ٤٤٥ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٩٥/٢/٨ س ٤٦ ص ٣٥٧)

* * *

مادة (٢١)

(١) يسرى على الإلتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للإلتزام:

(٢) على انه فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وان كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ٢١ ليبى و ٢٢ سورى و ٢٤ عراقى و ٢٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنحصر القاعدة العامة فى خضوع الإلتزامات غير التعاقدية بوجه عام، سواء اكان مصدرها الفعل الضار ام الابراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذى وقعت فيه الحادثة المنشئة للإلتزام ويختص هذا القانون بالفعل فى أركان المسئولية ومنها أهلية الشخص للمسائلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية التعاقد له، كما يختص بالفعل فى آثاره هذه المسئولية ومداها، ولا تدخل الإلتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة فى نطاق النص، لان القانون نفسه هو الذى يتكلف بتقريرها، وتعيين من يلتزم بها، دون ان يخضع لذلك ضابطا معينا أو قاعدة عامة[١].

من أحكام القضاء الحديثة :

١ – تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر" ومؤدى ذلك نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع. وإذ كان الإعتراف بالأشخاص الإعتبارية وتقرير مساءلتها مدنياً عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الإجتماعي والإقتصادي في مصر وتعتبر بالتالي من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ المشار إليها فإن الحكم المطعون فيه إذ إستبعد القانون الإيراني وطبق أحكام القانون المصري لما تبينه من أن القانون الأول لا يجيز مساءلة الشخص الإعتباري عن الفعل الضار فإنه لا يكون مخالفا للقانون، ولا يقدح في صحته ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً عن قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون المدني من أن القانون الأجنبي يختص بالفصل في أهلية المساءلة عن الفعل الضار ذلك أن القانون الأجنبي يمتنع تطبيقه عملاً بالمادة ٢٨ مدني كلما كان حكمه في شأن المسئولية أو في شأن شرط من شروطها مخالفاً للنظام العام.

(الطعن رقم ٣٠٨ ـ لسنة ٢٩ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٦ / ١٩٦٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص ٣٠٠ و ٣٠١.

مـــادة (٢٢)

يسرى على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ٢٢ ليبى و ٢٢ سورى و ٢٨ عراقى و ٣٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

هذه المادة تقتصر على الإجراءات ولا تشير إلى قواعد الإختصاص... فلا تنص صراحة على تطبيق قواعد الإجراءات المقررة فى القانون المصرى دون غيرها وفقا لما انعقد عليه الاجماع فى الفقه والقضاء والتشريع، ولكنها تقضى بتغليب هذه القواعد عند تعارضها مع أحكام الإجراءات المقررة فى قانون اجنبى... ويلاحظ ان تعبير الإختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم، كما ينصرف إلى الإختصاص النوعى والمكانى والشخصى، وان تعبير الإجراءات يشمل جميع الأوضاع التى تتبع أمام المحاكم لاستصدار امر ولائى أو حكم قضائى لمباشرة إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التى رسمها القانون(١).

راى الفقه:

القاعدة العامة، بالنسبة للأحكام الاجنبية، هى ان القواعد الخاصة بالمرافعات تخضع لقانون القاضى، وهو ما تضمنه المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى – وقد إختلف فى أساس هذه القاعدة.... فيرى البعض ان أساسها ينبع من ان القضاء هو احد وظائف الدولة الأساسية، تباشرها الدولة بواسطة احدى سلطاتها العامة، وتؤدى هذه السلطة وظيفتها طبقا للقواعد المقررة فى قانون الدولة التى تجرى بها الإجراءات دون قانون اية دولة اجنبية، ومن ثم تكون هذه القواعد من قواعد القانون العام، وتكون قاعدة خضوع القواعد الخاصة بالمرافعات لقانون القاضى، قاعدة من قواعد تنازع الإختصاص القضائى الدولى إذا نظر إليها بإعتبارها من قواعد القانون العام، كما تعتبر هذه القاعدة الاخيرة من قواعد تنازع القوانين إذا كان المطلوب هو وضع الحد الفاصل بين قواعد المرافعات التى تعتبر من القواعد الموضوعية، لإتصال كثير من هذه القواعد بالقانون الموضوعى، وبين ما يعتبر منها من قواعد المرافعات التى يتعين على القاضى الاجنبى إتباعها، ويقوم القاضى الاجنبى الذى اصدر الحكم قد اتبع قواعد المرفعات الخاصة به ام لم يتبعها. ويرى اخرون ان أساس هذه القاعدة هو النظام العام، لإتصال إجراءات المرافعات به، ويبدو ان هذا إتجاه المشرع المصرى، اذ ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليلا لحكم المادة ٢٢ من القانون المدنى، ان"...قواعد الإختصاص وإجراءات التقاضى يسرى عليها قانون البلد الذى تباشر فيه، وهذا حكم عام يقوم على هذه الإجراءات وتلك القواعد بالنظام العام..." ويرى فريق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني – المرجع السابق س ٣٠٤.

ثالث ان هذه القاعدة هى من تطبيقات القاعدة التى تقضى بأن قانون المحل يحل الشكل، ويرون ان قانون المحل بالنسبة للتصرف القانونى هو قانون البلد الكائن به المحكمة التى يتخذ لديها الإجراء، ويتعرض هذا الرأى الاخير لنقد من غالبية الفقه[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – متى كانت المحكمة قد أثبتت بالأدلة السائغة التى اوردتها ان المدعى عليه الانجليزى الجنسية مستوطن فى مصر، فإنها تكون قد اصابت اذ طبقت القانون المصرى على واقعة الدعوى التى رفعت أمامها، وإعتبرت الحكم الصادر من المحكمة الانجليزية بتطليق المدعية الانجليزية الجنسية من المدعى عليه، قد صدر من محكمة غير مختصة، ذلك ان المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى تنص على انه...، وانه بمقتضى المادة ٨٥٩ و ١/٨٦١ مرافعات تختص المحاكم المصرية بقضايا الأحوال الشخصية للاجانب المتوطنين فى مصر – وان عدم إختصاص المحاكم الانجليزية بتطليق المدعى عليه المتوطن فى مصر من المدعية هو امر متعلق بالنظام العام، فلا يصححه قبول المدعى عليه هذا الحكم وعدم استئنافه فى بلده ثم حضوره فى دعوى النفقه أمام محكمة بلدة دون ان يدفع بعدم إختصاصها وتنفيذه احد أحكام النفقة من تلقاء نفسه معترفا بحكم التطليق.

(جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٩ ـ مدني –ص٣٣٦)

٢ – متى كان المدعى عليه مقيما فى بلد المحكمة الاجنبية ولو لم تدم اقامته فيها الا زمنا يسيرا، فإنها تكون مختصة بنظر الدعوى طبقا للقانون الدولى الخاص، مادام المدعى عليه لم ينكر انه استلم صحيفة الدعوى، وهو فى ذلك البلد، ولم يدعى بوقوع بطلان فى الإجراءات أو غش–ومتى رفعت الدعوى بطلب احقيته فى إستعمال اسم، وكان المدعى مقيما بمصر والمدعى عليه من الاجانب المقيمين بها، فإن هذا الطلب يدخل فى إختصاص المحاكم الوطنية للأحوال الشخصية.

(جلسة ١٩٥٦/١/١٢ المرجع السابق – السنة ٢ ـ ص ٥٢٤)

٣ – مؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة قانون المرافعات من ان تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو سكن فى مصر فى أحوال معينة عددتها، ان الإختصاص ينعقد للمحاكم المصرية اصلا، ومن باب أولى فى الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى له موطن أو سكن فى مصر، وذلك بموجب ضابط اقليمى نقوم على مقتضاه ولاية القضاء المصرى بالنسبة للاجنبى – فإذا كانت محكمة بداية القدس مختصة بنظر الدعوى طبقا لقانونها، وكان إختصاصها يقوم اصلا على أساس المحل الذى ابرم فيه العقد، وكان مشروطا تنفيذه فيه – وهما ضابطان للإختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها – اى القانون المصرى، اذ نصت عليهما الفقرة الثانية من الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات التى يقوم فيها الإختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للاجنبى، ولو لم يكن له موطن أو سكن فى مصر، واذ كانت محكمة بداية القدس، وهى احدى جهتى القضاء المنعقد لها الإختصاص فى النزاع القائم بين الطرفين قد

---

(١) التحكيم في عقود التجارة الدولية – مقال الأستاذ أحمد الشلقاني – المرجع السابق.

رفعت إليها الدعوى فعلا، واصدرت فيها الحكم المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية، فإن دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية توجب إعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة اجنبية فى حدود المعاملات الدولية توجب إعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة اجنبية فى حدود إختصاصها – وشرط إعلان الخصوم على الوجه الصحيح هو مما يجب التحقق من توافره فى الحكم الاجنبى قبل ان يصدر الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية، وذلك عملا بما تقرره المادة ٤٩٣/٢ من قانون المرافعات وإتفاقية تنفيذ الأحكام المعقودة بين دول الجامعة العربية بالمادة ٢ فقرة ب منها. واذ كانت القاعدة الواردة بالمادة ٢٢ من القانون المدنى تنص على انه يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تجرى مباشرتها فيه، وكان إعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل فى نطاق هذه الإجراءات، وقد اعلن الطاعنون إعلانا صحيحا وفق الإجراءات التى رسمها قانون البلد الذى صدر فيه الحكم والتى لا تتعارض مع إعتبارات النظام العام فى مصر، فإن النعى ببطلان إعلان الدعوى المطلوب تذييل حكمها بالصيغة التنفيذية يكون على غير أساس

(جلسة ١٩٦٤/٧/٢ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٥ ـ مدني – ص ٦٩٩)

٤ – وفقا للمادة ٢٢ من القانون المدنى يسرى على قواعد الإختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات، قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات من ان الدعوى بإثبات النسب ترفع وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب إليه من الوالدين، وتتبع فى إثباتها القواعد التى يقررها القانون المذكور اذ لم يقصد بها، وعلى ما افصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١، الا ان تعيين الأحوال التى تقبل فيها الدعوى والمواعيد التى يجب ان ترفع فيها، والقواعد التى تتبع فى إثباتها وهى مسائل تتصل بالحق موضوع النزاع إتصالا لا يقبل الانفصام.

(نقض ـ جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ – المرجع السابق – السنة ١٨ ـ ص ٦٥٥)

٥ – مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدنى انه يسرى على قواعد المرافعات، سواء ما تعلق منها بالإختصاص أو بإجراءات التقاضى، قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى، أو تباشر فيه الإجراءات، والأساس الذى تقوم عليه هذه القاعدة هو ان القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقا لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها، وان هذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازم لتشغيل هذه الوظيفة، شأنها فى ذلك شأن القواعد اللازمة لتشغيل وظائف الدولة الأخرى حتى وان كانت الغاية منها كافة المنازعات سواء اكانت وطنية فى جميع عناصرها أو مشتملة على عنصر أو اكثر من العناصر الاجنبية، واذ يتنافر هذا الأساس مع اى أساس اخر يقوم على فكرة النظام العام لتبرير قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون التقاضى، ذلك ان تطبيق القانون الوطنى بناء على فكرة النظام العام مجاله ان يكون الإختصاص معقودا اصلا لقانون اجنبى واستعبد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لإختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون. ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ من القانون المدنى من ان هذا الحكم يقوم على إتصال تلك القواعد وهذه

الإجراءات بالنظام العام، اذ ان من قواعد الإختصاص وإجراءات التقاضى مالا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها، ولا يحول ذلك دون إعتبارها من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى، اسوة بتلك التى تتعلق بالنظام العام، وذلك إعمالاً للمادة ٢٢ المشار إليها التى تنص على سريان قانون القاضى على قواعد المرافعات جميعا بغير تخصيص بتلك التى تتعلق بالنظام العام.

(جلسة ١٩٢٠/٥/١٩ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٢١ ـ مدني ص ٨١٣

٦ – مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدنى ان يسرى على قواعد المرافعات، سواء ما تعلق منها بالإختصاص أو بإجراءات التقاضى، قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، والأساس الذى تقوم عليه هذه القاعدة هو – وعلى ما جرى به قضاء النقض – ان القضاء وظيفة تباشرها الدولة وفقا لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها، وان هذه القواعد تعد من قواعد القانون العام اللازمة لمباشرة هذه الوظيفة، شأنها فى ذلك شأن القواعد اللازمة المباشرة وظائف الدولة الآخرى، حتى وان كانت الغاية منها هى حماية الحقوق الخاصة، وانها بهذه المثابة تعد قواعد اقليمية تسرى على كافة المنازعات، سواء اكانت وطنية فى جميع عناصرها ام مشتملة على عنصر أو اكثر من العناصر الاجنبية، وان هذا الأساس يتنافر مع اى أساس اخر يقوم على فكرة النظام العام لتبرير قاعدة خضوع قواعد الإجراءات لقانون القاضى، وذلك ان تطبيق القانون الوطنى بناء على فكرة النظام العام مجاله ان يكون الإختصاص معقودا اصلا لقانون اجنبى، واستعبد هذا القانون بالدفع بالنظام العام لإختلاف حكمه مع المبادئ الأساسية التى يقوم عليها القانون، اما حيث يكون القاضى الوطنى طبقا لقاعدة الإسناد الواردة به هو صاحب الإختصاص العادى والواجب التطبيق على قواعد المرافعات بإعتباره قانون القاضى، فلا محل لآثارة النظام العام كأساس يقوم عليه تطبيقه، ومؤدى ذلك هو عدم الاعتداد بما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٢٢ من القانون المدنى من ان هذا الحكم يقوم على إتصال تلك القواعد وهذه الإجراءات بالنظام العام، اذ ان من قواعد إختصاص والإجراءات التقاضى وهذه الإجراءات بالنظام العام، اذ ان من قواعد إختصاص والإجراءات التقاضى مالا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها، ولا يحول دون إعتبارها من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى اسوة بتلك التى تتعلق بالنظام العام، وذلك إعمالاً للمادة ١٢ المشار إليها التى تنص على سريان قانون القاضى على قواعد المرافعات جميعا بغير تخصيص بتلك التى تتعلق بالنظام العام.

(جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٢ – مدني – ص ٣٢١)

٧ – ما اشترطه المادة ١/٥"ب" من إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ من وجوب تقديم الدليل علي عدم إعلان المحكوم ضده بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أنه استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه كشرط لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي يعد من قواعد المرافعات. خضوع المسائل المتعلقة بالمرافعات لقانون البلد الذي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات مادة ٢٢ مدني.

المادة ١/٥ (ب) من إتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ – الواجبة التطبيق اشترطت لرفض طلب تنفيذ حكم المحكمين الأجنبي من تقديم الدليل عل عدم إعلان المحكوم

ضده إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أنه استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه ، يعد من قواعد المرافعات ، وكان مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدني المصري خضوع جميع المسائل المتعلقة بالمرافعات لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أن تباشر فيه الإجراءات ، وإذا ثبت من الترجمة الرسمية لحكم المحكمين الصادر بمدينة استوكهولهم ومرفقاته أنه قد تأكد لدي هيئة التحكيم أن الطاعنين أعلنا ببدء إجراءات التحكيم بأسماء المحكمين رغم تكليفهما بالحضور طبقاً للقانون وكان الطاعنان لم يقدما الدليل – المقبول قانونا علي عدم صحة هذه الإعلانات طبقاً لقانون الإجراءات السويدي والواجب التطبيق وخلافا للثابت بحكم المحكمين ومرفقاته فإن الحكم المطعون فيه وإذا خلص إلي صحة هذه الإعلانات يكون قد انتهي إلي نتيجة صحيحة.

(الطعن ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق ـ جلسة ١٩٩٦/٣/٢٧ س ٤٧ ص٥٥٨)

٨ – المسائل الخاصة بالإجراءات. سريان قانون البلد الذي تجري مباشرتها فيه عليها. مادة ٢٢ مدني إعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات القاعدة المنصوص عليها بالمادة ٢٢ من القانون المدني تنص علي أن تسري علي جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تجري مباشرتها فيها. وإعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات.

(الطعن ٨٨٣٧ لسنة ٦٦ ق ـ جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٣ س ٤٨ ص ١٥٢٤)

٩–إذ كانت المادة ١٨ من عقد المقاولة المحرر بين طرفي خصومة الطعن قد أجاز لكل منهما الحق في حالة ما قد ينشأ بينهما من خلاف بشأن العقد إلى التحكيم وحدد الإجراءات الواجبة الإتباع ومنها ما ورد بالبند ٣ من تلك المادة من أن القواعد التي تحكم إجراء التحكيم هي قواعد التحكيم الدولية إلا أنهما وقد اتفقا على نحو ما جاء بمحضر جلسة ٩ من ديسمبر سنة ٢٠٠٢ الذي وقع عليه ممثالهما على إخضاع إجراءات الدعويين التحكيميتين سالفتي الذكر لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وأن يتولى هذا المركز إدارتها فانه يتعين إعمال هذه القواعد متى كانت لا تتعارض مع قاعدة إجرائية آمرة في مصر – قانون البلد الذي أقيمت فيها الدعوى وبوشرت فيها الإجراءات وفقا لحكم المادة ٢٢ من القانون المدني – وإذ جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن (١ – على هيئة التحكيم إصدار الحكم المهني للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة شهور ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك) فإن مؤداه أن المشرع المصري قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها لإدارة الأطراف ابتداء وانتهاء فتضحى تبعا لذلك القواعد الوارد ذكرها في المواد ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة هي الواجبة الإعمال على إجراءات الدعويين التحكيميتين رقمي ٢٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ٢٨٣ لسنة ٢٠٠٢ التي تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة

اللازمة لإصدار حكمها فيهما وفقا لظروف كل دعوى والطلبات فيها وبما لا يخل بحق كل من الطرفين في الدفاع.

(الطعن رقم ٦٧٨٧ ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣/ ١٢/ ٢٠٠٥)

١٠ – مؤدى المادة الأولى من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم على أنه (١ – إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة ٢ – تنظم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارض بين – مع – قاعدة فيها نص من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يجوز للطرفين مخالفته. إذ تكون الأرجحية عندئذ لذلك النص) مرتبطا بالبند الخامس من المادة ١٨ من العقد سالف الذكر المتضمن أن محل التحكيم القاهرة بمصر والمادة ٢٢ من القانون المدني التي تنص علي أنه (يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات) أن القواعد الإجرائية التي لا يجيز التشريع المصري الخروج عنها تكون لها الغلبة وتسمو على اتفاق الأطراف بشأن إحالة التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد تحكيم إحدى المنظمات أو مراكز التحكيم ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

(الطعن رقم ٦٧٨٧ ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

١١ – مؤدى المادة الأولى من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم على أنه (١ – إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة ٢ – تنظم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارض بين – مع – قاعدة فيها نص من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يجوز للطرفين مخالفته. إذ تكون الأرجحية عندئذ لذلك النص) مرتبطا بالبند الخامس من المادة ١٨ من العقد سالف الذكر المتضمن أن محل التحكيم القاهرة بمصر والمادة ٢٢ من القانون المدني التي تنص علي أنه (يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات) أن القواعد الإجرائية التي لا يجيز التشريع المصري الخروج عنها تكون لها الغلبة وتسمو على اتفاق الأطراف بشأن إحالة التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد تحكيم إحدى المنظمات أو مراكز التحكيم ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

(الطعن رقم ٦٤٦٧ ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

١٢ – إذ كانت المادة ١٨ من عقد المقاولة المحرر بين طرفي خصومة الطعن قد أجاز لكل منهما الحق في حالة ما قد ينشأ بينهما من خلاف بشأن العقد إلى التحكيم وحدد الإجراءات الواجبة الإتباع ومنها ما ورد بالبند ٣ من تلك المادة من أن القواعد التي تحكم إجراء التحكيم هي قواعد التحكيم الدولية إلا أنهما وقد اتفقا على نحو ما جاء بمحضر جلسة ٩ من ديسمبر سنة ٢٠٠٢ الذي وقع عليه ممثالهما على إخضاع إجراءات الدعويين التحكيميتين سالفتي الذكر لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي

للتحكيم التجاري الدولي وأن يتولى هذا المركز إدارتها فانه يتعين إعمال هذه القواعد متى كانت لا تتعارض مع قاعدة إجرائية آمرة في مصر – قانون البلد الذي أقيمت فيها الدعوى وبوشرت فيها الإجراءات وفقا لحكم المادة ٢٢ من القانون المدني – وإذ جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن (١ – على هيئة التحكيم إصدار الحكم المهني للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة شهور ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك) فإن مؤداه أن المشرع المصري قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها لإدارة الأطراف ابتداء وانتهاء فتضحى تبعا لذلك القواعد الوارد ذكرها في المواد ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة هي الواجبة الإعمال على إجراءات الدعويين التحكيميتين رقمي ٢٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ٢٨٣ لسنة ٢٠٠٢ التي تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيهما وفقا لظروف كل دعوى والطلبات فيها وبما لا يخل بحق كل من الطرفين في الدفاع.

(الطعن رقم ٦٤٦٧ ـ لسنة ٧٥ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

١٣–إذ كانت المادة ١٨ من عقد المقاولة المحرر بين طرفي خصومة الطعن قد أجاز لكل منهما الحق في حالة ما قد ينشأ بينهما من خلاف بشأن العقد إلى التحكيم وحدد الإجراءات الواجبة الإتباع ومنها ما ورد بالبند ٣ من تلك المادة من أن القواعد التي تحكم إجراء التحكيم هي قواعد التحكيم الدولية إلا أنهما وقد اتفقا على نحو ما جاء بمحضر جلسة ٩ من ديسمبر سنة ٢٠٠٢ الذي وقع عليه ممثالهما على إخضاع إجراءات الدعويين التحكيميتين سالفتي الذكر لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وأن يتولى هذا المركز إدارتها فانه يتعين إعمال هذه القواعد متى كانت لا تتعارض مع قاعدة إجرائية آمرة في مصر – قانون البلد الذي أقيمت فيها الدعوى وبوشرت فيها الإجراءات وفقا لحكم المادة ٢٢ من القانون المدني – وإذ جاء نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن (١ – على هيئة التحكيم إصدار الحكم المهني للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة شهور ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك) فإن مؤداه أن المشرع المصري قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها لإدارة الأطراف ابتداء وانتهاء فتضحى تبعا لذلك القواعد الوارد ذكرها في المواد ١٩، ٢٠، ٢٢، ٢٣ من قواعد تحكيم مركز القاهرة هي الواجبة الإعمال على إجراءات الدعويين التحكيميتين رقمي ٢٨٢ لسنة ٢٠٠٢، ٢٨٣ لسنة ٢٠٠٢ التي تمنح هيئة التحكيم سلطة تقدير المدة اللازمة لإصدار حكمها فيهما وفقا لظروف كل دعوى والطلبات فيها وبما لا يخل بحق كل من الطرفين في الدفاع.

(الطعن رقم ٦٤٨ ـ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

١٤-مؤدى المادة الأولى من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم على أنه (١ - إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة ٢ - تنظم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارض بين - مع - قاعدة فيها نص من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يجوز للطرفين مخالفته. إذ تكون الأرجحية عندئذ لذلك النص) مرتبطا بالبند الخامس من المادة ١٨ من العقد سالف الذكر المتضمن أن محل التحكيم القاهرة بمصر والمادة ٢٢ من القانون المدني التي تنص علي أنه (يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات) أن القواعد الإجرائية التي لا يجيز التشريع المصري الخروج عنها تكون لها الغلبة وتسمو على اتفاق الأطراف بشأن إحالة التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد تحكيم إحدى المنظمات أو مراكز التحكيم ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

(الطعن رقم ٦٤٨ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٥)

* * *

مادة (٢٣)

لاتسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص أو فى معاهدة دولية نافذة فى مصر:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ٢٣ ليبى و ٢٥ سورى و ٢٩ عراقى و ٣١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

إستقى المشروع هذا الحكم من المادة ٦٢ من المشروع التشيكوسلوفاكى، وهو يتمشى مع القواعد العامة فى تفسير النصوص وفى فقه القانون الدولى الخاص، فقواعد التفسير تقضى بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكم العام بالنسبة إلى الحالة التى أريد التخصيص فى شأنها، اما المعاهدات فلا تكون نافذة فى مصر الا إذا صدر تشريع يقضى بذلك، ومتى صدر هذا التشريع وجب امضاء أحكام المعاهدة وفقا لما إستقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد المشار إليها[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – ان وفاق سنة ١٩٠٢ هو معاهدة مبرمة بين مصر والسودان وليس لاحدى الدولتين ان تتحلل من أحكامه بعمل منفرد اخذا بأحكام القانون الدولى العام فى شأن المعاهدات، وعلى القاضى فى كل دولة من الدولتين عندما يطلب منه الحكم فى دعوى يكون المدعى عليه فيها مقيما فى بلاد الدولة الآخرى ان يتحقق من ان إعلانه قد تم وفق أحكام ذلك الوفاق من تلقاء نفسه، ولو خالفت أحكامه قانونه الداخلى، سواء اكان القانون الداخلى قد صدر قبل ابرام المعاهدة أو صدر بعد ابرامها.

(جلسة ١٩٥٦/٣/٨ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ٢ ـ مدني ص ٢٧٤)

٢ – إذ كان تنفيذ أحكام المحكمين يتم طبقاً لنصوص المواد ٩ ، ٥٦ ، ٥٨ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ – وبعد استبعاد ما قضت به المحكمة الدستورية بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٥٨ والذي جاء قاصراً على حالة عدم جواز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ الحكم دون باقي ما تضمنه النص – فإن التنفيذ يتم بطلب استصدار أمر على عريضة بالتنفيذ إلى رئيس محكمة استئناف القاهرة ويصدر الأمر بعد التحقق من عدم معارضة حكم التحكيم المطلوب تنفيذه مع حكم سبق صدوره في مصر وإنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام وتمام الإعلان الصحيح ، فإن رفض رئيس المحكمة إصدار الأمر يقدم التظلم إلى محكمة الاستئناف ، مما مفاده أن الاختصاص ينعقد لرئيس محكمة الاستئناف المذكورة بطلب أمر على عريضة ويتم التظلم في أمر الرفض لمحكمة الاستئناف وهي إجراءات أكثر يسراً من تلك الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو ما يتفق مع مؤدى ما تضمنه تقرير اللجنة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص ٣٠٦.

المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية و مكتب لجنة الشئون الاقتصادية عن مشروع قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ومؤدى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لذات القانون من أن قواعد المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود من التحكيم بما يتطلبه من سرعة الفصل في المنازعات وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة اقتضت تيسير الإجراءات – ولا جدال في أن الإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية أكثر شدة إذ يجعل الأمر معقوداً للمحكمة الابتدائية ويرفع بطريق الدعوى وما يتطلبه من إعلانات ومراحل نظرها إلى أن يصدر الحكم الذي يخضع للطرق المقررة للطعن في الأحكام ، وما يترتب عليه من تأخير ونفقات ورسوم قضائية أكثر ارتفاعاً ، وهى إجراءات أكثر شدة من تلك المقررة في قانون التحكيم ، ومن ثم وإعمالاً لنص المادة الثالثة من معاهد نيويورك والمادة ٢٣ من القانون المدني التي تقضى بأولوية تطبيق أحكام المعاهدة الدولية النافذة في مصر إذا تعارضت مع تشريع سابق أو لاحق والمادة ٣٠١ من قانون المرافعات فإنه يستبعد في النزاع المطروح تطبيق قواعد تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتبارها أكثر شدة من تلك الواردة في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، ويكون القانون الأخير – وبحكم الشروط التي تضمنتها معاهدة نيويورك لعام ١٩٥٨ التي تعد تشريعاً نافذاً في مصر – لا يحتاج تطبيقه لاتفاق أولي بالتطبيق باعتباره تضمن قواعد إجرائية أقل شدة من تلك الواردة في القانون الأول.

(الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق ـ تاريخ الجلسة ١٠ / ٠١ / ٢٠٠٥)

* * *

مادة (٢٤)

تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ٢٤ ليبى و ٢٦ سورى و ٣٠ عراقى و ٣٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تواجه المادة حالة عدم وجود نص فى شان حاله من أحوال تنازع القوانين وتحيل فى ذلك إلى مبادئ القانون الدولى الخاص... وقد... ان المادة ١ من المشروع تحيل القاضى إذا لم يجد نصا فى القانون إلى العرف ثم إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى، ومن الواضح ان القاضى يرجع أولا إلى العرف ان وجد قاعدة عرفية، فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه فى مساله من مسائل تنازع القوانين، لان العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضى عرفا، طبق مبادئ القانون الدولى الخاص، ولهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفصل مبادئ القانون الطبيعى بسبب تخصصها فى ناحية معينة من نواحى القانون(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – انه وان كان التشريع المصرى لم يتضمن قبل صدور القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ضوابط مفصلة لتنازع الإختصاص بين محاكم الدولة والمحاكم الاجنبية فى شأن مسائل الأحوال الشخصية، الا ان ما تضمنه من قواعد عامة للإختصاص إذا كانت لا تفى بالحاجة، فقد كان للمحاكم ان تسد النقص فيما تعرض له من حالات بما تستهدفه من قواعد الإختصاص الداخلى فى قانون المرافعات، وما تستأنس به من قواعد القوانين الاجنبية وفقه القانون الدولى الخاص، بما يوافق اسس التشريع المصرى ولا يخالف المقرر فيه من القواعد الأساسية فى الإختصاص.

٢ – ان عدم مراعاة محاكم السودان أحكام وفاق سنة ١٩٠٢ فى إعلان الدعوى المطلوب من محاكم مصر اصدار الأمر بتنفيذ الحكم الصادر فيها من شأنه الا يحمل لهذا الحكم قوه ملزمة أمام المحاكم المصرية، لانه يكون مبينا على إجراءات تخالف القانون الواجب التطبيق فى السوادان فى هذه الحالة، وهى وفاق سنة ١٩٠٢، ومن ثم يكون حكما باطلا، ولا تسرى عليه قاعدة التبادل المسلم بها فى فقه القانون الدولى الخاص.

(جلسة ١٩٥٦/٣/٨ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٧– مدني ص ٢٧٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص ٣٠٢ و ٣٠٨.

مادة (٢٥)

(١) يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد.

(٢) على ان الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة اجنبية أو عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ٢٥ ليبى و ٢٧ سورى و ٣٣ عراقى و ٣٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تقتصر المادة... على ان القاضى يعين القانون الذى يجب تطبيقه فى حالتى التنازع السلبى (عدم وجود جنسية للشخص)، والتنازع الايجابى للجنسية (تعدد جنسيات الشخص) دون ان تقيده فى هذا التعيين بقيد، وتنص فى فقرتها الثانية على تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التى يتمتع بها شخص واحد، وهذا مبدأ عام إستقر فى العرف الدولى بإعتبار ان تحديد الجنسية مسألة بالسيادة، ولا يقبل ان تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها. ويراعى ان تحويل القاضى سلطة التقدير وفقا لأحكام الفقرة الأولى خير من تقييده بضوابط تحد من إجتهاده، والغالب ان يعتد القاضى فى حالة التنازع السلبى للجنسية بقانون موطن الشخص، وهو القانون المصرى فى اكثر المفروض، وان يعتد فى حالة التنازع الايجابى متى كانت الجنسية المصرية غير داخلة فى النزاع، بالجنسية التى يظهر من الظروف ان الشخص يتعلق بها اكثر من سواها[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – إذ كانت المادة ٢٥ من القانون المدني تنص على أن " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية.... " وكان الحكم المطعون فيه قد خلص – إعمالاً لحكم هذا النص – إلى أن القانون المصري هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيها يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لا تعرف لهما جنسية، وكان مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطة القانون الداخلي في مصر، وبالتالي تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين من حيث تحديد الشريعة التي تحكم النزاع. وإذ التزم الحكم المطعون فيه في تحديد تلك الشريعة بالضابط الذي وضعه المشرع في المواد ٦ و٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية و٢٨٠ من لائحة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني – الجزء ١ – ص ٣١٠ و٣١١.

ترتيب المحاكم الشرعية، ومؤداه تطبيق الشريعة الإسلامية على المسلمين وعلى غيـر المسلمين المختلفى الطائفة والملة وتطبيق الشريعة الطائفيـة علـى غيـر المـسلمين المتحدى الطائفة والملة، وخلص إلى إنزال أحكام شريعة طائفة الأرمن الأرثوذكس – التي ينتمي إليها الطرفان – على واقعة النزاع فإنه يكون قد طبـق القـانون تطبيقـاً صحيحاً.

(الطعن رقم ١٣ ـ لسنـة ٥٢ ق ـ تاريخ الجلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٨٥)

* * *

مادة (٢٦)

متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة ان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية: المواد التالية:
مادة ٢٦ ليبى و ٢٨ سورى و ٢١ عراقى و ٣٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تواجه المادة حالة تعدد الشرائع التى يتكون منها القانون الواجب تطبيقه فى دولة معينة (لتعدد القوانين التى تطبق على المصريين فى شأن الزواج بسبب تطبيق نظام الطوائف غير الإسلامية)، وتقضى فى هذه الحالة بأن القانون الداخلى لهذه الدولة هو الذى يعين الشريعة التى يجب تطبيقها من بين هذه الشرائع – ويراعى ان هذا الحكم يختلف عن حكم الاحالة، ولو ان بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الاخيرة (الاحالة الداخلية)، والواقع ان الاحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية، لقانون دولة معينة، ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون اخر. اما الاحالة الداخلية فلا يتخلى فيه قانون الدولة عن ولايته، وانما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المتعين ان يرجع إلى القانون الداخلى فى هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع، وبعبارة اخرى يتخلى قانون الدولة عن إختصاصه فى الاحالة، ويرد هذا الإختصاص إلى دولة اخرى بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد الخاصة بتنظيم التنازع الدولى ما بين القوانين، اما فى الاحالة الداخلية، فلا يتخلى قانون الدولة عن إختصاصه، وانما هو يعين من بين الشرائع المطبقة فيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلى، بين القوانين[١].

راى الفقه:

١ – إذا كان النزاع ذا صبغة اجنبية، وكان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبى، فإن المشرع المصرى ترك لقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢٦ مدنى تحديده، ولا ينطبق منه الا أحكامه الداخلية[٢].

٢ – يحدث احيانا ان يسرى القانون المصرى على علاقة اجنبية بحتة أو ذات عنصر اجنبى، كما لو كان النزاع بين اجانب وخالفت أحكام قانون جنسيتهم النظام العام أو الاداب فى مصر تطبيقا للمادة ٢٨ مدنى، أو كما لو كان احد الزوجين مصريا وقت إنعقاد الزواج تطبيقا للمادة ١٤ مدنى، وهنا يثور اشكال تحديد القانون المصرى، ذلك ان هناك اكثر من قانون مصرى، الشريعة الإسلامية، والشريعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – الجزء ١ – ص ٣١٣.
(٢) منازعات الأحوال الشخصية – للأستاذ نصيف زكي – المرجع السابق.

المسيحية، والشريعة اليهودية، والرأى ان القاضى اذ يقرر تطبيق القانون المصرى يجب عليه فى نفس الوقت ان ينسى ان العلاقة اجنبية أو ذات عنصر اجنبى، ويعتبرها فى خصوص النزاع القائم كما لو انها كانت وطنية بحته، ويطبق نفس المعايير التى يطبقها لإختيار شريعة وطنية معينة تنطبق علي النزاع وفق أحكام القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٦ من القانون المدني[١].

٣ – المسلم به فى الفقه والقضاء فى مصر ان الجنسية هى الرابطة القانونية والسياسية التى تربط الفرد بدولة ما، كان لابد لنا من التسليم بأن القانون الشخصى للرعية البريطانية أو قانون جنسيته ليس هو القانون البريطانى، بل هو اكثر من ذلك تحديدا، فإما ان تكون الرعية البريطانية مواطنا للمملكة المتحدة، وحينئذ يكون قانون جنسيته هو قانون جنسية هذه الدولة بذاتها – ولما كان قانون المملكة المتحدة نظام قانونى مركب من عدة شرائع داخلية، فهناك القانون الانجليزى، والقانون الاسكتلندى وقانون شمال ايرلندا، فإنه لامفر من اعمال نص المادة ٢٦ من القانون المدنى المصرى والاهتداء بتشريع هذه الدولة فى تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق – ومما تجدر الاشارة إليه ان المشرع المصرى، وقد اخذ فى روابط الأحوال الشخصية بمبدأ شخصية القوانين دون اقليميتها، وقد قصد فيما نص عليه فى المادة ٢٦ من القانون المدنى ان يؤدى ضابط الإسناد الداخلى فى الدولة متعددة الشرائع إلى تطبيق شريعة من الشرائع السائدة فى هذه الدولة فقط، دون ان يكون من شأن هذا الضابط الرجوع إلى القانون الوطنى أو قانون دولة ثالثة، وبالترتيب على ذلك يجب ان تخرج القانون المصرى بادئ بدء من مجال المقارنة لتحديد اكثر القوانين إتصالا بمواطن المملكة المتحدة، وان تجرى المفاضلة بين شريعتين أو اكثر من شرائع هذه الدولة والتى تدخل فى ميدان التنازع فى مصر توجد المادة ٢٦ من القانون المدنى التى تترك للتشريع الداخلى للدولة متعددة الشرائع مهمة تحديد اى الشرائع الداخلية فى تلك الدولة تكون واجبة التطبيق، ومفاد هذا النص التسليم بأن الشريعة الداخلية التى تبين انها واجبة التطبيق قد تكون شريعة سائدة فى وحدة اقليمية من الوحدات المكونة للدولة المسند إلى تشريعها إذا كان التعدد فيها اقليميا، وقد تكون شريعة طائفة من الأفراد الذين يكونون فى مجموعهم عنصر السكان فى هذه الدولة إذا كان التعدد شخصيا كما هو الحال فى مصر، فإن تطبيقها يعتبر تطبيقا للقانون الشخصى له، ويتحدد القانون الاكثر إتصالا بالفرد طبقا للفكرة السائدة فى البلاد الانجلو امريكية بالموطن[٢].

٤ – ازاء تعدد الشرائع، يصح التساؤل عن اية شريعة منها هى التى يجب تطبيقها فى مفهوم المادة ٢٦ مدنى، فطبقا لقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة١٣ مدنى، فإنه لم ترد قاعدة تشريعية داخلية فى القانون البريطانى لبيان اى الشرائع المتعددة التى تكون فى مجموعها القانون المذكور هى التى تطبق دون غيرها

---

(١) المقصود بالأحوال الشخصية – مقال – المستشار أحمد خيرت – مجلة القضاه – المدد٨ – سبتمبر سنة ١٩٧٣ – الأحوال الشخصي للموطنين غير المسلمين والأجانب – الدكتور أحمد سلامة – طبعة ١٩٦٢ – ص ٢٦.

(٢) الإسناد إلي قانون المملكة المتحدة والمستعمرات – مقال الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب – المحاماه السنة ٣٦ – العدد ١٠ – ص ١٦٢٣ وما بعدها.

فى كل حالة من الحالات التى تعرض فى العمل، وعلة ذلك انهم فى المملكة المتحدة، وطبقا لما إستقرت عليه أحكام القضاء عندهم يخضعون مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن كما هى قاعدة كل الشرائع الانجلو سكونية، وهم يعنون بالموطن بمعناه الذى يقول ان كل شخص اما ان يكون له موطن اصلى أو موطن مختار[1].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – إذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج ايطالى وزوجة مصرية، فتحكمه المادة ٤ من القانون المدنى، ويكون القاضى المصرى هو الواجب التطبيق، فإذا كان الزوج يهودى الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية، فإن القانون المصرى الواجب التطبيق هو القانون الذى كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الإختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية، وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على انه: "....."، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت فى فقرتها الاخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى بأن لا تسمع دعوى الطلاق من احد الزوجين غير المسلمين على الآخر، الا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت فى الدعوى ان الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق، فإن دعوى طلاق زوجها اياها تكون غير مسموعة، ولا يترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه اذ قضى على خلاف ذلك، وذهب إلى ان المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالفت القانون بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٠/١١/١٢ ـ مجموعة المكتب الفني – السنة ١١ ـ ص ٥٨٣)

* * *

(١) القانون الواجب التطبيق – مقال الأستاذ / سيف النصر زكي – المحاماه – السنة ٣٤ – العدد ٤ ص ٥٥٧.

مادة (٢٧)

اذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٢٧ ليبى و ٢٩ سورى و ٣١ عراقى و ٣٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنص المادة على وجوب تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الاجنبى الذى تقضى النصوص التالية بتطبيقه دون القواعد التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص، وهى بهذا لا نجيز الاخذ بفكرة الاحالة – ولم ينهج المشروع نهج بعض التشريعات فى اجازة الاحالة إذا كان من شأنها ان تقضى إلى تطبيق القانون الوطنى، أو فى اجازة الاحالة اطلاقا، ذلك ان قاعدة الإسناد حين تجعل الإختصاص التشريعى لقانون معين تصدر عن إعتبارات خاصة، وفى قبول الاحالة ايا كان نطاقها تفويت لهذه الإعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر فى تلك القاعدة(١).

راى الفقه:

١ – الاخذ بتعريف الموطن الوارد فى القانون المصرى وحده دون القانون البريطانى، يؤدى إلى نتيجتين هامتين، هما:

الأولى- وجوب إعتبار المدعى عليه مستوطنا فى مصر فقط، مادام الثابت انه مقيم إقامة عادية مستمرة فى مصر منذ تاريخ زواجه.

الثانية- انه لو اتبعت قاعدة تطبيق قانون الموطن التى تحكم الأحوال الشخصية عند البريطانيين، لترتب على ذلك وجوب تطبيق القانون المصرى

وحده فى قواعده الموضوعية، الأمر الذى يعتبر احالة خارجية من القانون البريطانى إلى القانون المصرى وهو ما لا يسمح به المشرع المصرى (م٢٧ مدنى)، ذلك ان المشرع المصرى لا يجيز الاخذ بنظرية الاحالة، والأعمال التحضيرية لهذا النص مريحة وقاطعة فى هذا المعنى... ان عدم جواز الاخذ بقاعدة تطبيق قانون الموطن المتبعة فى بريطانيا مرده إلى طبيعة القاعدة المذكورة، اذ ان وظيفتها هى بيان القانون الواجب التطبيق على المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ايا كان موطن الشخص، ولا تقتصر وظيفة القاعدة المذكورة على حالة التنازع بين القانون البريطانى وأحد القوانين المتعددة التى يسرى كل منها فى اقليم معين من اقاليم المملكة المتحدة، بل انها قاعدة مطلقة ومتبعة عندهم باطراد فى كل صور تنازع القوانين ومن ثم فهى على ضوء الغرض الذى وضعت لتحقيقه، تعتبر ولا شك من قواعد القانون الدولى الخاص، وذلك لان هذه القواعد الاخيرة هى فى فقه القانون الدولى الخاص، عبارة عن تلك المجموعة من القواعد التى يضعها مشرع دولة ما لبيان القانون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ – ص ٣١٥.

الذى يطبق عندما يتنازع قانونان أو اكثر حكم علاقة قانونية معينة، واذا كانت طبيعة قاعدة تطبيق قانون الموطن المتبعة فى بريطانيا قد تحددت على هذا النحو على ضوء الوظيفة التى تقوم بها هناك، فبناء على ذلك يمتنع على القاضى المصرى ان يأخذ بها فيما يعرض عليه من أحوال تنازع القوانين، وذلك بصريح نص المادة ٢٧ من القانون المدنى منعا للاحالة التى رفض المشرع المصرى الاخذ بها[١].

(الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٢/٢/٢٦ في الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية ، موضوع التعليق علي المادة ١٨ مدني)

٢ – ان محكمة النقض قد اغفلت الرد على ما قرره الطاعنون من انه بالاضافة إلى ذلك، فإن المحاكم اللبنانية تطبق قانون موقع العقار، وهو ما يوجب تطبيق القانون المصرى على العقارات الكائنة فى مصر، ذلك انه من الواضح ان مؤدى هذا النظر هو الاستجابة إلى قواعد الإسناد فى القانون الاجنبى فيما تقرره من إختصاص قانون الموقع بحكم الوصية فى العقار، ومن المعلوم ان المشرع المصرى قد رفض الاخذ بالاحالة على هذا النحو ولو كانت مجرد احالة من الدرجة الأولى، اى احالة إلى قانون القاضى اخذا بحكم المادة ٢٧ من القانون المدنى، وعلى ذلك فما دام ان المشرع المصرى قد قررا إختصاص القانون اللبنانى بحكم الوصية، وبوصفه قانون جنسية الموصى وقت الوفاة، فإن أحكام هذا القانون الداخلية هى الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى، ولا وجه من ثم للرجوع إلى قواعد الإسناد اللبنانية والاخذ بما نقرره – ان وضح ذلك – من احالة إلى القانون المصرى.

وقد يرد على ذلك بأن الموصى قد توفى فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٩، اى قبل العمل بالقانون المدنى الجديد، والذى رفض الاحالة بمقتضى المادة ٢٧ منه، ومع ذلك فإنه يمكن القول بأن محكمة النقض قد انتصرت للإتجاه الذى باركه المشرع فى القانون المدنى الجديد، اذ من المعلوم انه لم يكن هناك نص تشريعى يحكم هذه المسألة بالنسبة للاجانب غير المتمتعين بالامتيازات الاجنبية كما هو شأن الرعايا اللبنانيين، مما يخول للقضاء حرية الاخذ بالإتجاه الذى يراه اكثر مناسبة من وجهة نظره، وجدير بالذكر ان المادة ٣ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملحقة بإتفاق مونترو كانت تنص على انه يقصد بكلمة قانون البلد أحكام ذلك القانون المطبقة بداخل هذا البلد دون أحكامه المتعلقة بالقانون الدولى الخاص، وبذلك فقد اتخذ المشرع فى هذه المادة موقفا مشابها لموقفه بعد ذلك فى المادة ٢٧ من القانون المدنى الجديد، مع ملاحظة ان نطاق تطبيق المادة ٣١ سالفة الذكر كان يتحدد بمسائل الأحوال الشخصية كما كانت تلتزم المحاكم المختلطة بتطبيقه دون غيرها، لكونه قد ورد بلائحة تنظيمها[٢].

---

(١) القانون الواجب التطبيق – للأستاذ سيف النصر زكي المرجع السابق.

(٢) من مسائل القانون الدولي الخاص – مقال – الدكتور – هشام صادق – مجلة إدارة قضايا الحكومة – لسنة ١٤ – العدد ٤ – ص ٩٤٣ وما بعدها ، وكتابة ، تنازع القوانين – رقم ٥١ وما بعده ، والقانون الدولي الخاص – الدكتور عز الدين عبد الله طبعة ٦–١٩٦٩ رقم ٧٢.

من أحكام القضاء الحديثة :

١ – يبين من نصوص المواد ١٣ و٢٦ و٢٧ من القانون المدني أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الـزوج ينتمـي وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع تعين أن تكـون الشريعة التي تطبق أحكامها هي إحدى الشرائع المشار إليها دون القـانون المـصري الذي يمتنع تطبيقه في هذه الحالة. فإذا كان الثابت أن الزوج مالطي الأصل بريطـاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطة أو في غيرها مـن بـلاد المملكـة المتحـدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فإن القانون الواجب التطبيق في طلـب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته.

(الطعن رقم ١١ ـ لسنـة ٢٥ ق ـ تاريخ الجلسة ٠١/ ٠٥ / ١٩٥٨)

* * *

مادة (٢٨)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٢٨ ليبى و ٣٠ سورى و ٣٢ عراقى و ٣٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنص المادة على انه لا يجوز مطلقا تطبيق أحكام قانون اجنبى قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الاداب، وهذا الحكم انعقد عليه الاجماع، وحذا المشروع فى تقنيته حذو كثير من التشريعات الاجنبية، وينبغى التنويه بأن اعمال فكرة النظام العام والاداب لترتيب الأثر الذى تقدمت الاشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبق القوانين الاجنبية يختلف عن إعمال هذه الفكرة فى نطاق روابط الإلتزامات التى لا يدخل فى تكوينها عنصر اجنبى(١).

راى الفقه:

١ – يحكم القانون المدنى معاملات الأفراد فى المجتمع وينظم المراكز القانونية التى تنشأ عن هذه المعاملات، سواء اكانت هذه المراكز تتصل بمصالح الأفراد ذات القيمة المالية، اى سواء اكانت محكومة بقواعد الأحوال العينية أو كانت تتصل بتلك المصالح التى لا تقوم بمال، والتى تنتج من وضع الشخص فى الأسرة والتى تنظمها قواعد الأحوال الشخصية – ويحدث احيانا ان تسرى القانون المصرى على علاقة اجنبية بحتة أو ذات عنصر اجنبى، كما لو كان النزاع بين اجانب وخالفت أحكام قانون جنسيتهم النظام العام أو الاداب فى مصر، تطبيقا للمادة ٢٨ مدنى(٢).

٢ – ان تعريف النظام العام يعتبر من اشق الامور على الباحث أو الفقيه، نظرا لتشعب وتنوع صفاته وصوره، فهو فى مجال الروابط الداخلية غيره فى مجال الروابط التى توجب بين القوانين، ولكل دولة نظام عام خاص بها. وهذا المعنى هو الذى إنصرفت إليه نيه المشرع المصرى بما نص عليه فى المادة ٢٨ مدنى – وقد عالج فقهاء القانون الدولى الخاص النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبى بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، الا انهم لم يصلوا إلى تحديد منضبط لهذه الفكرة ولم ينتهوا إلى ابراز المسائل التى تتعلق بالنظام العام والتى لا تتعلق به، بل اعترفوا بأن غموض هذه الفكرة يمنع من نجاح ايه محاولة فى هذا الشأن(٣) – واجمعوا على ترك امر تحديد ما يتصل بالنظام العام ومالا يتصل به لقاضى الموضوع يقدره وفق كل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جزء ١ ص ٢١٣.
(٢) المقصود بالأحوال الشخصية – مقال – المستشار أحمد خيرت – مجلة القضاه – العدد –٨ سبتمبر سنة ١٩٢٣.
(٣) النظام العام أمام القاضي المصري – رسالة – الدكتور أحمد مسلم – باريس –١٩٤٩ – ص ٣١ وما بعدها.

حالة على حدة، ولهذا لا يكون من الخطأ القول بأن قاضى الموضوع يعتبر فى هذه الدائرة المرنة، ومن ثم يخضع فى قضائه لرقابة محكمة النقض، وقد تنوعت تبريرات الفقهاء للدفع بالنظام العام واثر اعماله على القانون الاجنبى المختص بحكم العلاقة المعروضة على القضاء وفق ما تشير به قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا ما تتضح للقاضى الوطنى ان حكم القانون الاجنبى الواجب التطبيق فى النزاع المطروح عليه يقع فى حالة عدم اشتراك قانونى مع أحكام قانونه، امتنع عن تطبيقه ذلك الحكم وطبق فى النزاع قانونه، وذلك بالقدر اللازم لتفادى التعارض أو عدم التوافق، إذا ان هذا الحكم يكون غير مقبول فى بلد القاضى، واكثر ما يكون الخلاف توافرا بين قوانين مختلف الدول هو بالنسبة للمسائل الوثيقة الصلة بنظام المجتمع فى الدولة، مثل روابط الأسرة والميراث[١].

٣ – تتعين التفرقة بين النظام العام فى القانون الداخلى، وبين دوره فى القانون الدولى الخاص، ففكرة النظام العام فى القانون الداخلى تهدف أساسا إلى ضمان عدم الخروج الارادى عن أحكام القواعد القانونية الأمرة، اما فى مجال القانون الدولى الخاص، فإن فكرة النظام العام تهدف أساسا إلى استبعاد تطبيق القانون الاجنبى الذى اشارت قواعد الإسناد بإختصاصه وبهذا يبدو الطابع الاستثنائى لفكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص، فهو أداة لاستبعاد القانون الاجنبى، وتطبيق القانون الوطنى بصفة استثنائية، خروجا على الأصل العام فى تطبيق القانون الذى اشارت قواعد الإسناد بإختصاصه وطنيا كان ام اجنبيا.

واذا كان فقه القانون الدولى الخاص الحديث قد بدأ يتجه الان نحو اعادة الدعوى إلى الدور القديم للنظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الاقليمى، فإن الملاحظ عل هذا الإتجاه من جهة انه لا يتجاهل الدور التقليدى للنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الاجنبى، ومن جهة اخرى فإن هذا الإتجاه يهدف بدوره إلى تأكيد إختصاص قانون القاضى فى الفروض التى يتعلق الأمر فيها بالمصالح العليا للجماعة، وبالتالى فهو يستبعد امكانية تطبيق القوانين الاجنبية فى هذه الفروض بإخراجها ابتداء من مجال التنازع، وأساس ذلك ان هناك من القواعد القانونية فى قانون القاضى ما يمس صميم المصالح العليا للجماعة وكيان الدولة، وهو ما يقتضى تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا، واخراجها بالتالى من دائرة التنازع. وليس، معنى ذلك انه ما دمنا فى خارج مجال اعمال هذه القواعد ذات التطبيق المباشر، فإنه يتعين تطبيق القانون الاجنبى المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية دون قيد أو شرط، بل انه يجب على القاضى بداهة ان يتيقن دائما، حق فى هذا الغرض الاخير، من ان القانون الاجنبى المختص لا يصطدم مع النظم الأساسية فى المجتمع، والا تعين عليه استبعاده وتطبيق القانون الوطنى باسم النظام العام – وعلى هذا النحو يتضح دور النظام العام فى القانون الدولى الخاص، بوصفه اداة استثنائية لاستبعاد القانون الاجنبى المختص بموجب قواعد الإسناد، فإذا كان للشرع الوطنى قد سمح بتطبيق القوانين الاجنبية فى اقليمه، تحقيقا للعدالة ومتطلبات الحياة الخاصة الدولية، فإن هذا لا يعنى انه قد منح توقيعا على

---

(١) الدفع بالنظام العام في مواريث الأتراك في مصر – مقال – الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب – المحاماه – لسنة ٣٧ – العدد ٩ – ص ١٢٠٥ وما بعدها.

بياض لكافة مشرعى دول العالم، اذ من غير المقبول ان يطبق القاضى قانونا اجنبيا يتعارض مفهومه مع المثل العليا والمبادئ الأساسية السائدة فى دولته، والوضع يختلف فى مجال القانون، وحيث يفقد النظام العام طابعه الاستثنائى الذى بيناه، حقا ان فكرة النظام العام تستخدم فى مجال القانون الداخلى للحد من مبدأ سلطان الارادة على نحو ما بينا، فيمتنع على الأفراد الإتفاق على ما يخالف القواعد القانونية الأمرة، ولكن ليس فى ذلك ما يشكل خروجا استثنائيا عن مبدأ عام، ذلك ان المبدأ فى هذا الشأن هو ان الارادة حرة فى الحدود التى يسمح بها المشرع، وبهذا ينحصر اثر النظام العام فى القانون الداخلى على تحريم الانفاق على ما يخالف الأحكام التى تتضمنها قواعد القانون الأمرة.

ويترتب على الطابع الاستثنائى لفكرة النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص، وإختلاف الدور الفنى الذى تلعبه فى هذا المجال عن دورها فى مجال القانون الداخلى نتيجة هامة، فنطاق اعمال فكرة النظام العام يضيق بالضرورة فى مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلى، فمخالفة القانون الاجنبى لأحكام القواعد الأمره فى قانون القاضى، لا يستلزم فى جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام. ولهذا يؤكد فقه القانون الدولى الخاص فى كل من فرنسا ومصر ان القاعدة التى نقضى مثلا بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية وان كانت تعتبر من النظام العام فى القانون الداخلى سواء فى فرنسا أو فى مصر، ولا يصح للأفراد من ثم الانفاق على ما يخالفها، فإنه يجوز مع ذلك تطبيق القانون الاجنبى الذى يحدد سن الرشد بأكثر من هذه السن أو اقل دون ان يعد ذلك مخالفا لإعتبارات النظام العام فى اى من البلدين.

ونحن لا نتشكك فى سلامة هذا التحليل، اذ من غير المقبول ان يستبعد القاضى القانون الاجنبى فى جميع الأحوال التى تتعارض فيها أحكامه مع نصوص القانون الوطنى ولو كانت امره، ذلك ان للمشرع إذا اشار بإختصاص قانون اجنبى معين يحكم النزاع المتضمن عنصرا اجنبيا، فإنما فعل ذلك لما رأه من ان هذا القانون هو اكثر القوانين ملاءمة لطبيعة المسألة المعروضة. فإذا اشترطنا لتطبيق هذا القانون الا يتعارض مضمونه مع أحكام القانون الوطنى الأمره ، لانتهينا بذلك إلى تعطيل إعمال قواعد التنازع في غالبية الأحوال وهو مالا يعقل ان يكون الشارع قد هدف اليه، فالسماح بتطبيق القوانين الاجنبية فى مادة التنازع لا يستبعد حتما ان تنكمش مقتضيات النظام العام فى دائرة الحالات القانونية الاجنبية عنها فى نطاق الحالات القانونية الوطنية.ويمكن القول بصفة عامة بأن التوسع فى إعمال فكرة النظام العام فى مجال الأحوال الشخصية على هذا النحو قد يصطدم فى بعض الفروض مع إعتبارات الحياة الخاصة الدولية، ونحن لا نستطيع ان نحدد سلفا المسائل التى يمكن إعتبارها من النظام العام فى مصر، وتلك التى لا تمس المصالح العليا للمجتمع المصرى، ففكرة النظام العام بطبيعتها فكرة مرنة ومتطورة، ومن العسير تحديدها بمعيار منضبط، ولهذا فقد كان طبيعيا ان تفشل المحأولات الفقهية التى بذلت لتعريف النظام العام وتحديده. فقد اكتفى الفقه بإبراز الهدف الذى يسعى النظام العام إلى تطبيقه وهو حماية المصالح العليا للمجتمع، وليس فى ذلك اى غرابة، ذلك ان فكرة النظام العام هى فى

حقيقتها فكرة وظيفة تهدف إلى تحقيق غاية معينة، والتى تختلف بإختلاف العلاقات الاجتماعية، بالاضافة إلى مرونتها وتغيرها بتغير الزمان والمكان، كل ذلك لا يستطاع معه نجاح اى محاولة لوضعها فى قالب على محدد.

واذا كان تحديد معيار النظام العام على هذا النحو يبدو امرا عسيرا، مما يجعل الأمر متروكا فى النهاية لتقدير القضاء فى كل حالة على حدة، فإن الأمر الذى لا شك فيه هو ان التوسع فى استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القوانين الاجنبية، سيؤدى حتما إلى تعطيل الأعمال الطبيعى لقواعد الإسناد فى غالبية الفروض، حقا ان النظام العام هو صمام الامن الذى لا غنى عنه فى اى تنظيم للتنازع، ومع ذلك فإن استخدام هذه الفكرة يجب ان يكون مقرونا بالحكمة والاعتدال، حتى لا ينتهى الأمر بتعطيل قواعد الإسناد، ولهذا وصف النظام العام بأنه (سلاح ذو حدين) يجب الاعتدال فى استخدامه، والا اطاح بالهدف الذى يسعى إليه تنظيم التنازع فى الدولة.

وفى ضوء هذه الملاحظة يمكن القول بأن القضاء قد توسع فى استخدام فكرة النظام العام فى مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة، فلم يعدم الوسيلة لاستبعاد القوانين الاجنبية فى جميع الفروض التى يتعلق فيها الأمر فى تقديره بحقوق المسلمين[١].

من أحكام القضاء الحديثة:

١ – وفقا لنص المادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبي عينته نصوص القانون، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الاداب فى مصر، واذا كان تطبيق القانون الفرنسى على وقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والاخ من الإرث، بينما تعتبر هما الشريعة الإسلامية وأحكام قوانين رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من اصحاب الفروض والعصبات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر، اذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى إستقر فى ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها، وتغليب قانون اجنبى عليها بما لا يسمع القاضى الوطنى معه ان يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين – اذ كان ذلك، وكان الثابت فى الدعوى ان المتوفاة مسلمة، وان الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه إذا امتنع عن تطبيق أحكام القانون الاجنبى على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٤/٥/٢٧ مجموعة المكتب الفني – السنة ١٥ مدني – ص ٧٢٧)

٢ – وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز استبعاد أحكام القانون الاجنبى الواجبة التطبيق الا ان تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للاداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة التى تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد إختلاف أحكام القانون الاجنبى عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما، وكون القانون الوطنى اكثر فائدة – واذ كان طرفا النزاع امريكيين،

---

(١) مفهوم النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص – مقال – الدكتور هشام صادق مجلة إدارة قضايا الحكومة – السنة ١٤–٤ – ص ٩٦٣ وما بعدها.

وتم التعاقد بينهما فى امريكا والقانون الذى يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكى واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة ان قانون عقد العمل الفردى المصرى من النظام فى مصر وهو يقضى بحق العامل وبمكافأة نهاية الخدمة، وانه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكى على موضوع النزاع مادام ذلك القانون – كما هو متفق عليه بين الطرفين – لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة، أو فى الطلبات الآخرى موضوع الدعوى، وانه يلتفت عما آثارته الشركة من انه ليس للعامل ان يختار افضل النظامين، فى حين ان فكرة النظام العام لا يتصل بالمقارنة التى يعقدها قاضى الدعوى – ومن عنده – بين القانونين الوطنى والاجنبى، وما يراه – هو من اوجه المفاضلة بينهما، فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه.

(نقض – جلسة ١٩٦٧/٤/٥ – المرجع السابق – السنة ١٨ ـ ص ٢٩٨)

٣ – وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز استبعاد أحكام القانون الاجنبى الواجبة التطبيق، الا ان تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للاداب فى مصر، بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة، ولا يدخل فى هذا النطاق إختلاف أحكام القانون الاجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين.

(نقض جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦ – المرجع السابق – السنة ١٨ – ص١٤٩٣)

٤ – مؤدى نص المادة ٢٨ من القانون المدنى نهى القاضى عن تطبيق القانون الاجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الاسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع – واذ كان الإعتراف بالأشخاص الإعتبارية وتقرير مساءلتها مدنيا عما يسند إليها من اعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وتعتبر بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام فى معنى المادة ٢٨ المشار اليها، فإن الحكم المطعون فيه اذ استبعد القانون الايرانى وطبق أحكام القانون المصرى، لما تبينه من ان القانون الأول لا يجيز مسائلة الشخص الإعتبارى عن الفعل الضار، فإنه لا يكون مخالفا للقانون، اذ يمتنع تطبيق القانون الاجنبى عملا بالمادة ٢٨ مدنى كلما كان حكمه فى شأن المسئولية أو فى شأن شرط من شروطها مخالفا للنظام العام.

(نقض (جلسة ١٩٦٧/١١/٧ ـ المرجع السابق – ص ١٦١٤)

٥ – لئن كان قانون الدولة التى يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ماهية الحكم وبيان ما يعتبر حكما يصدر الأمر بتنفيذه، الا انه بالنسبة لبنيان الحكم فى مفهوم أحكام القانون الدولى الخاص، فإن قانون القاضى الذى اصدره يكون هو وحده الذى يحدد بنيانه، مما يجعله مستوفيا للشكل الصحيح، وان خالف فى هذا البنيان ما هو المتواضع عليه فى مصر من الفصل بين أسباب الحكم ومنطوقه.

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٨ المرجع السابق – السنة٢٠ـ العدد١–الطعن٥٩٠ ق لسنة ٣٤)

٦ – الإعتراف بالأشخاص الإعتبارية وتقرير مساءلتها مدنياً عن أعمالها غير المشروعة. تعلقه بالنظام العام. م٢٨ مدني.

(الطعنان رقما ٤٠٣٩ ، ٤٠٧٤ لسنة ٧٤ق – جلسة ٢٠٠٥/٥/٨)