

(باب تمهيدى)

أحكام عامة

الفصل الأول

القانون وتطبيقه

١- القانون والحق

مادة (١)

١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها.

٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

مصادر القانون

٤ - معنى مصدر القانون :

لعبارة مصدر القانون معان مختلفة، فيقصد بها عند الكلام عن القوانين القديمة المراجع والأوراق التى توجد فيها تلك القوانين الملغية لدرسها، وهذه تتناقض يوما عن يوم، حتى إننا لا نجد لها الآن أثرا فى القانونين اليونانى والمصرى، وهذه المراجع لها أهمية كبرى فى التاريخ أما من حيث التشريع الحى فالأوراق المذكورة سهلة الحصول عليها، وليس من الصعب معرفة النصوص القانونية.

وقد يقصد بالكلمة المذكورة الطرق المختلفة التى أوجدت القواعد القانونية، أى المصادر التى خلقت القواعد القانونية وأنشأتها.

وقد يقصد بها السلطة التي تعطى للقانون قوته، أى الأمة، وبعبارة أخرى السلطة التشريعية. وإذا أطلق لفظ "مصدر" فيقصد به هذا المعنى الأخير، أى السلطة التي تعطى القانون صفته القانونية^(١).

٥- أربعة مصادر للقانون :

يبين من المادة أن المشرع حدد مصادر القانون الرسمية بأربعة مصادر

هى:

١- التشريع.

٢- العرف.

٣- مبادئ القانون الطبيعي.

٤- قواعد العدالة.

ولا يطبق القاضى هذه المصادر فى مرتبة واحدة، وإنما لا يطبق العرف إلا إذا خلا التشريع من نص فى الحالة المعروضة عليه ولا يطبق مبادئ القانون الطبيعى إلا إذا خلا التشريع أو العرف من حكم للحالة المعروضة عليه، ولا يطبق قواعد العدالة، إلا إذا لم يجد حكما فى نص تشريعى أو فى العرف أو فى مبادئ القانون الطبيعى. فالنص قد تدرج فى مصادر القانون فجعل أعلاها هو النص التشريعى وأدناها قواعد العدالة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"جمع المشروع فى هذه المادة ما يعرف فى اصطلاح الفقه بمصادر القانون واسترشد فى ذلك بالتقنيات الحديثة وبالتقنين السويسرى بوجه خاص وليس يقصد من جمع المصادر على هذا النحو إلى مجرد تعدادها بل يراد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية فى التطبيق"^(٢).

(١) الدكتور محمد كامل مرسى وسيد مصطفى أصول القوانين ١٣٤٢هـ — ١٩٢٣م ص ١١٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٦.

(المصدر الأول من مصادر القانون) (التشريع)

٦- المقصود بالتشريع:

المقصود بالتشريع (النصوص التشريعية) هو كل أمر عام مجرد مكتوب ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وتكفل الدولة التزامهم به إما عن طريق فرض جزاء أو بوسائل التنفيذ الجبرى للأحكام القضائية. ويستوى أن يكون التشريع صادرا من السلطة التشريعية (مجلس الشعب في مصر) أو من السلطة التنفيذية كاللوائح التنفيذية أو اللوائح التنظيمية أو لوائح الضبط.

وإذا كان التشريع يتناول الآن دائرة واسعة من الروابط الاجتماعية، إلا أنه مما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع لا يخلق القانون كما قد يتوهم، وإنما هو يستمد مادة تشريعية من الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية، ومن عادات الناس ومعتقداتهم، ومن المثل العليا التي يتوخاها طبقا لمدنية عصره. وكل ما بفعل المشرع هو أن يضع القاعدة القانونية التي استمد مادتها من هذه المصادر المختلفة في ألفاظ من عنده، ويعطى للقانون قوة ملزمة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أنه طبقا للمبادئ الدستورية المعمول بها أنه من حق السلطة التنفيذية إصدار اللوائح التشريعية اللازمة لتنفيذ القوانين، وكان يقصد بالقانون معناه الأعم فيدخل فى هذا المجال أى تشريع سواء كان صادرا من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية عملا بالتفويض المقرر لها طبقا للمبادئ الدستورية المتواضع عليها، وهو ما يطلق عليه اللائحة أو القرار، فإنه لا تسرى أحكام هذه القرارات الوزارية وتلك اللوائح إلا على

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت أصول القانون طبعة

ما يقع من تاريخ صدورها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها إلا إذا كانت صادرة تنفيذا لقوانين ذات أثر رجعي".

(طعن رقم ٥٥١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٧)

خصائص التشريع:

٧ - الخاصة الأولى :

التجريد والعمومية:

يقصد بالتجريد أن خطاب التشريع لا يتوجه إلى شخص بعينه أو واقعة بذاتها وإنما العبرة فيه تكون بعموم الصفة وبتحقق الشروط بحيث ينطبق على كل واقعة تحقق بشأنها الشروط المطلوبة وعلى كل شخص اجتمعت له الصفات المستلزمة.

فالتجريد هو الذى يضافى على القاعدة وصف العمومية بالنظر إلى أنه لا يستغرقها التطبيق المنفرد، بل هى معدة لتواجه حالات غير متناهية. والتحقق من توافر التجريد يكون أيسر فى حالة تحليل النص التشريعى إلى عنصرين فرض وحكم.

فالفرض هو المركز أو الوضع الذى إذا تحقق وجب إعمال الحكم. والحكم هو الأثر الذى يوجبه القانون إذا تحقق الفرض.

فالنص الذى يقضى بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (م ٤٤ مدنى)، يعتبر قاعدة عامة مجردة لأنه لم يحدد شخصاً معيناً بذاته بل المخاطب به كل من يبلغ سن الرشد متمتعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه.

وتجريد القاعدة القانونية لا ينتفى فى حالة تحديد نطاق تطبيقها من حيث الزمان كما هو الشأن فى القواعد التى يتحدد نطاق تطبيقها بفترة إعلان الأحكام العرفية (مثال ذلك حظر التجول من ساعة معينة إلى ساعة معينة). فهذه القاعدة القانونية تنطبق على أى شخص أو أى واقعة يتحقق فيها الشروط المستلزمة لتطبيق

الحكم خلال هذه الفترة الزمنية. كذلك لا يتعارض التجريد مع تحديد نطاق تطبيق النص التشريعي من حيث المكان كما هو الشأن في الدول الفيدرالية حيث يتحدد نطاق تطبيق القاعدة في ولاية دون أخرى. إذ العبرة بعموم الصفة وليس بخصوص الذات في النطاق المكاني لتطبيق النص التشريعي.

الأمر نفسه حيث يحدد نطاق القاعدة بطائفة من الأشخاص كما هو الشأن في القواعد المنظمة لمهنة المحاماة فلئن اقتصر تطبيقها على أفراد هذه الطائفة فإنها تنطبق على كل من يعمل فيها باعتباره محاميا بغض النظر عن شخصه، طالما أن الانضمام لهذه الطوائف غير ممنوع بل مسموح به بتوافر شروطه. كذلك لا يتعارض مع التجريد انطباق القاعدة على مركز يشغله بحكم طبيعته شخص واحد طالما أن مناط انطباقها هو صفته وليس ذاته. كما هو الشأن في القواعد المنظمة لمركز مدير الجامعة أو عميد الكلية.

ويختلف الأمر عن التشريع في أن الأول يقتصر تطبيقه على الشخص المعين أو الواقعة التي صدر بشأنها، ويستند قوته بهذا التطبيق، أما الثاني فلا يستند قوته بتطبيقه مرة أو مرات بل يتجدد العمل به كلما توافرت شروط انطباقه.

وتطبيقا لذلك يعتبر ما نص عليه قانون الخدمة العسكرية تشريعا، لأنه يسرى على فئة من الناس معينة بمجموعة أوصاف وشروط. وكذلك قانون الجامعات لأنه يسرى على فئة معينة من الطلبة. أما الترخيص بصرف مبلغ لشخص معين أو القرار الصادر بإزالة بناء آيل للسقوط أو القرار الصادر بمنح شخص معين جنسية جمهورية مصر العربية أو بتعيين شخص في أية وظيفة فإنه يستند الغرض منه بالنسبة للشخص أو الواقعة التي صدر بشأنها^(١).

وإذا انتفت خاصية التجريد والعمومية عن التشريع كان بمثابة أمر فردي لا يرقى إلى مصاف التشريع فيتوقف أثره عند تحقق حكمه على الواقعة التي صدر بشأنها إلى غيرها.

(١) الدكتور محمد على عرفه مبادئ العلوم القانونية الطبعة الثانية ص ٣٣ وما بعدها - الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد محمود المبادئ الأساسية في القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ١٨ وما بعدها.

والأمر الفردى يجب أن يتعدد بقدر الوقائع التى يراد تطبيق حكمه عليها ما لم يشملها كلها ففرض الحراسة على شخص معين يتم بقرار فردى لا يصلح لفرض حراسة على شخص آخر، ولكن يجوز أن يتضمن القرار الواحد عدة أشخاص ويظل مع ذلك فرديا.

والأمر الفردى لا ينفذ فى حق الأفراد إلا من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية أو من وقت علمهم اليقيني بصدوره حتى لو تضمن نصا بسرئانه من تاريخ صدوره لأنه ينطوى حينئذ على أثر رجعى وهو ما لا يجوز إلا بقانون.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "الأصل أن القرار الإدارى يعتبر موجودا قانونا بمجرد إصداره، وتلتزم جهة الإدارة المختصة بتنفيذه، ولو لم ينشر، غير أنه لا يحتج به على الأفراد ولا ينتج أثره فى حقهم إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية أو بعد إعلانهم به أو علمهم بمضمونه علما يقينيا، وذلك حتى لا يلزموا بأمر لم يكن لهم سبيل إلى العلم بها، وحتى لا يطبق القرار بأثر رجعى على الماضى وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة والمشروعية ووجوب حماية الحقوق المكتسبة، وما يقتضيه الصالح العام من استقرار معاملات الأفراد والمحافظة على عوامل الثقة والاطمئنان على حقوقهم".

٢- "لما كان الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص - قرارا إداريا فرديا وقد صدر بتاريخ ١٩٦١/١٠/٢٥ ونص فى مادته الثالثة على أن ينشر فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ صدوره، وكان يبين من الحكم المطعون فيه - على ما ثبت من كتاب الهيئة العامة للمطابع الأميرية - أن عدد الجريدة الرسمية الذى نشر به الأمر سالف الذكر قد طبع فى ١٩٦٢/١/٨ ولم يوزع إلا فى ١٩٦٢/١/٢٢ فإن هذا الأمر لا يعتبر نافذا فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية، وهى وسيلة العلم التى نص عليها الأمر المذكور دون الاعتداد بما ورد فيه

من العمل به من تاريخ صدوره هذا إلى أن الأمر المشار إليه نص على أن يسرى فى شأن الخاضعين لأحكام الأمر العسكرى رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ وقد أحال الأمر الأخير بدوره إلى الأمر رقم ٤ لسنة ١٩٥٦، وقد حظرت المادة الخامسة من هذا الأمر إبرام عقود أو تصرفات أو عمليات تجارية أو مالية من أى نوع مع أحد الأشخاص الخاضعين لأحكامه ونصت المادة ٢٠ من الأمر المذكور على أن تسرى أحكامه على كل شخص ليس من الأشخاص الخاضعين لأحكامه وإنما يباشر معاملات مع أحدهم وفى خصوص هذه المعاملات، كما نصت المادة الثانية منه على أن يعتبر باطلاً بحكم القانون كل عقد أو تصرف أو عمل تم أو جاء مخالفاً لأحكام هذا الأمر ما لم يرخص فيه وزير المالية والاقتصاد أو المدير العام لإدارة الأموال التى آلت إلى الدولة، ونصت المادة ٢٣ على عقاب كل من خالف أحكام هذا الأمر أو شرع فى مخالفتها بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وإذ كان مقتضى القول بسريان القرار رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نشره، أن تسرى الأحكام السالف بيانها بأثر رجعى على الأشخاص الذين فرضت عليهم الحراسة والمتعاملين معهم وفى خصوص هذه المعاملات فتبطل بأثر رجعى تصرفاتهم التى أبرمت قبل نشر القرار المذكور، مع أنه لا يجوز تقرير الأثر الرجعى فى هذا الشأن إلا بقانون، كما يعاقبون من أجل هذه التصرفات مع أن الدستور لا يجيز الخروج على قاعدة عدم رجعية القانون فى مسائل العقوبات. لما كان ذلك وكان الإقرار المؤرخ ١٩٦١/١١/٢٠ - المتضمن مديونية المطعون عليه الثانى - الذى فرضت عليه الحراسة بمقتضى الأمر ١٤٠ لسنة ١٩٦١ للمطعون عليه الأول قد صدر قبل نشر الأمر المذكور، فإنه يكون بمنأى عن البطلان وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة الإقرار سالف الذكر فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٤٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

"ومن حيث إن السلطة العامة - إذ وضعت قاعدة تنظيمية- فإنه يكون من حقها أن تلغيها أو تعدلها حسبما يقتضيه الصالح العام، كما أنها تملك تفسيرها لإجلاء ما بها من غموض أو إزالة ما فيها من تناقض. ولكن لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة صادرة من سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة، كما أنها لا تملك تفسيرها إلا بتفويض خاص بالتفسير من السلطة التي أصدرتها، فإن هي فعلت شيئا من ذلك كان عملها باطلا لخروجه من مدار اختصاصها. وإعمالا لهذه الأصول تكون وزارة المالية - إذ قررت في كتابها رقم ٩٤/١/١٨ المؤرخ ١٨ من يناير سنة ١٩٤٥ الموافقة على صرف الإعانة الاجتماعية، للمستخدمين الذين يشغلون درجات خصوصية خارجة عن الهيئة توازي الدرجة التاسعة في مربوطها أو تزيد عليه - قد وقع قرارها باطلا، سواء اعتبر أنه معدل لقرارات مجلس الوزراء الصادرة في شأن الإعانة الاجتماعية، أو مفسر لقواعدها، ذلك لأن وزارة المالية سلطة أدنى في التشريع من مجلس الوزراء، ولا يجوز لهذه السلطة الأدنى أن تعدل قاعدة وضعتها تلك السلطة الأعلى، ولا أن تفسرها، لعدم تفويضها بذلك بنص صريح منها. هذا فضلا عن أنه لا يجوز تطبيق القاعدة التنظيمية بطريق القياس في الحالات التي يترتب عليها تحميل الخزانة العامة بأعباء مالية، ومن ثم فلا يجوز قياس الدرجات الخارجة عن الهيئة على الدرجات التاسعة الداخلة في الهيئة لإنزال حكم الثانية على الأولى إلا بنص صريح من السلطة المختصة قانونا حسبما سلف البيان".

(طعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٤)

٨ - التشريع الذي يتعلق بواقعة معينة:

إذا كان التجريد من سمات الغالبية العظمى من التشريعات، إلا أنه قد يصدر من السلطة التشريعية تشريعا يتعلق بواقعة معينة بالذات كما هو الشأن في ضرورة اعتماد الموازنة العامة من قبل مجلس الشعب (١١٥ م من الدستور)

أو يصدر تشريعا يتعلق بشخص معين بالذات كما هو الحال فيما كانت تقررته المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ من ضرورة منح الامتياز باستغلال مورد من موارد البلاد أو منح الالتزام باستغلال المرافق العامة بقانون. وكذا شأن ما صدر عن مجلس الشعب المصرى مقررا معاشا استثنائيا لأسرة أحد رؤساء الجمهورية السابقين على سبيل التعيين. هذه الأنظمة يكيّفها الفقه والقضاء على أنها قوانين من الناحية الشكلية لصدورها عن السلطة المختصة بالتشريع، ولكنها لا تعتبر قوانين من الناحية الموضوعية لأنها لا تتضمن قواعد مجردة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانونا إلا من الناحية الشكلية فحسب أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذى إدارى".

(الطلب رقم ٨٤ سنة ٢٤ قضائية "رجال القضاء" جلسة ١٩٦٠/٤/٣٠)

٩- الخاصة الثانية :

الجزاء :

يشترط فى التشريع أن يكون ملزما أى يكون له جزاء يجعله واجب الاتباع ويجبر الناس على احترامه ويكفل سير علاقاتهم فى الناحية التى تتعلق به على وتيرة واحدة. فتتحقق بذلك فكرة النظام التى ينطوى عليها كل قانون. والجزاء هو الأثر الذى يترتب وفقا للتشريع على مخالفته، وهو يختلف باختلاف التشريعات والعصور.

والجزاء قد يكون جنائيا، فيفرض التشريع عقوبة توقع على مخالفته. وقد يكون مدنيا كإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو التعويض. وقد يكون إداريا كإزالة التعدى الواقع على أملاك الدولة العامة أو الخاصة أو تأديبيا يوقع على من يخالف القواعد التى تفرضها الوظيفة أو المهنة. كما أن للقانون الدستورى جزاءاته الخاصة والتى تتخذ طابعا سياسيا.

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٢٠ هامش (١) .

كما أن للقانون الدولي جزاءاته التي تتلاءم مع طبيعة العلاقات التي يحكمها، ومنها قطع العلاقات السياسية أو الاقتصادية أو الحصار العسكرى أو الاقتصادي أو قطع المواصلات أو التدخل الحربى^(١).

وخاصة الجزاء هذه قائمة فى كل ما يمكن أن يسمى بالنص التشريعى لا فرق فى ذلك بين كون القاعدة أمرة أو مقررّة، كما سنرى .

وربما يثور فى الذهن أن هناك قواعد أخرى ملزمة كقواعد الدين أو قواعد الأخلاق وإذن فخاصة الإلزام هذه ليست فيصلا حاسما فى تمييز التشريع عن غيره من القواعد الاجتماعية.

ومع ذلك لم يتردد أحد فى تأكيد أن هذه الصفة تعتبر صفة جوهرية فى التشريع^(٢).

أنواع التشريع وتدرجه

١٠- تعداد:

أنواع التشريع ثلاثة، وهذه الأنواع الثلاثة تتدرج تدرجا تنازليا من حيث قوتها القانونية ومن حيث السلطة التى تصدرها ومن حيث موضوعها كالاتى:

- ١- التشريع الأساسى وهو الدستور.
- ٢- التشريع العادى أو الرئيسى.
- ٣- التشريع الفرعى أى اللوائح والقرارات التى تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة.

ونعرض لكيفية سن هذه التشريعات على النحو التالى.

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى - القاعدة القانونية

ص ١١٢.

(٢) الدكتور أحمد سلامه المدخل لدراسة القانون - الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية

١٩٧٤ ص ٤٩.

١١ - أولاً: الدستور:

نفرق بين إعداد دستور جديد وبين تعديل مادة أو مواد من دستور قائم. أما عن إعداد دستور جديد، فليس لدينا من القواعد الوضعية ما يحدد لنا ذلك.

إذ أن قواعد الدستور تتميز بالدوام والاستقرار وعدم الحاجة إلى التغيير الشامل، لأنها تتضمن المبادئ التي تحدد مقومات المجتمع الأساسية وهي بطبيعتها ليست عرضة للتغيير الشامل ومن ناحية أخرى فإن واضعي دستور معين لا يتصورون ولا يتقبلون فكرة إلغائه وإحلال غيره محله، ولذلك فهم لا يضعون من النصوص ما يواجه وضع دستور جديد.

وهكذا يتضح عدم وجود قواعد أو مبادئ يلزم اتباعها لوضع دستور جديد. وبالتالي يخضع إعداد الدستور للظروف الواقعية التي تلابس هذا الإعداد. وعادة يكون إعداد دستور جديد وإلغاء دستور قائم على إثر أحداث سياسية هامة مثل الثورات والانقلابات العسكرية والضغط الشعبي بكافة صوره. وأحيانا يكون ذلك على إثر زوال حكم إرهابي بوفاة المستبد أو الإطاحة بعهده.

ويترتب على ذلك أن طريقة سن الدستور تختلف بحسب ظروف الواقع. فهو قد يصدر في شكل منحة من الحاكم وذلك في حالة ضغط شعبي لم يصل إلى حد إرغام الحاكم على الرضوخ تماما لحكم الشعب. وقد يعد الدستور بالاتفاق بين ممثلي الشعب وبين الحاكم، بحيث يكون عبارة عن تصالح بين الطرفين، وتوفيق بين مطالب كل منهم. وقد يعد الدستور بطريقة ديمقراطية بحتة وذلك بإعداده بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب ثم يعرض على الاستفتاء الشعبي لإقراره. وأحيانا يلجأ الحاكم إلى إصدار الدساتير كوسيلة لتخدير الشعب وامتصاص غضبه، مع تحقيق مظهر الديمقراطية دون جوهرها، وذلك بتشكيل جمعية تأسيسية ثم فرض القرارات عليها بالإرهاب، أو بعرض الدستور على الاستفتاء مع تزوير نتيجته.

وليس ثمة قاعدة تحكم نفاذ الدساتير، فقد يكون ذلك بالإصدار والنشر مثل التشريع العادي. وقد يكون ذلك بطريقة أخرى. كما هو الحال بالنسبة للدستور الجديد الصادر سنة ٢٠١٢ المعدل سنة ٢٠١٤^(١) الذي تقضى المادة ٢٤٧ منه بأن: "يعمل بهذه الوثيقة الدستورية من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليها فى الاستفتاء، وذلك بأغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين فيه".

هذا عن سن ونفاذ الدستور الجديد، أما بالنسبة لتعديل مادة أو عدة مواد من دستور قائم، فإن ذلك أمر يقرره عادة الدستور نفسه. ومن ذلك ما يقرره الدستور الجديد (المعدل).

فتنص المادة ٢٢٦ منه على أن "الرئيس الجمهورية أو لخمس أعضاء مجلس النواب طلب تعديل مادة، أو أكثر من مواد الدستور، ويجب أن يُذكر فى الطلب المواد المطلوب تعديلها وأسباب التعديل.

وفى جميع الأحوال، يناقش مجلس النواب طلب التعديل خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه، ويصدر المجلس قراره بقبول طلب التعديل كلياً أو جزئياً بأغلبية أعضائه.

وإذا رُفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل حلول دور الانعقاد التالى.

وإذا وافق المجلس على طلب التعديل، يناقش نصوص المواد المطلوب تعديلها بعد ستين يوما من تاريخ الموافقة، فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس، عرض على الشعب لاستفتائه عليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور هذه الموافقة. ويكون التعديل نافذا من تاريخ إعلان النتيجة وموافقة أغلبية عدد الأصوات الصحيحة للمشاركين فى الاستفتاء ... إلخ".

(١) الدكتور نعمان محمد خليل جمعه دروس فى المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ ص ١٦٠ وما بعدها.

١٢- للدستور الصدارة على كافة التشريعات؛

الدستور له الصدارة على كافة التشريعات، باعتباره القانون الأسمى، ومن ثم إذا وجد نص في قانون أو في لائحة يخالف نصا في الدستور، وجب على المحاكم إعمال النص الوارد بالدستور.

وقد أوضحت ذلك تفصيلا محكمة النقض (الدائرة الجنائية) في حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٨/٤/٢٠٠٤ في الطعن رقم ٣٠٣٤٢ لسنة ٧٠ قضائية جاء فيه:

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة والمداولة.

من حيث إن الطعن استوفى الشكل المقرر في القانون.

ومن حيث إن مما ينعاه الطاعنون على الحكم المطعون فيه إنه إذ دان الأول بجريمة الكسب غير المشروع وألزم الباقيين بالرد بقدر ما استفاد كل منهم، قد شابه الخطأ في تطبيق القانون، ذلك لأن نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع التي دين بها الطاعن الأول يخالف الدستور إذ أهدر أصل البراءة المنصوص عليها في المادة ٦٧ من الدستور بما يعيبه ويستوجب نقضه.

ومن حيث إن البين من الأوراق أن الدعوى الجنائية أقيمت على الطاعن الأول بوصف أنه خلال الفترة من سنة ١٩٧٣ وحتى سنة ١٩٨٧ بدائرة محافظة الجيزة: بصفته من العاملين في الجهاز الإداري في الدولة ونائبا لوزير الشباب والرياضة ثم رئيسا للمجلس الأعلى للشباب والرياضة ثم وزيرا للشباب والرياضة ثم محافظاً للجيزة حصل لنفسه ولزوجته رجاء عبد المطالب وولديه القاصرين خالد ووليد على كسب غير مشروع بسبب استغلاله للوظائف التي تولّاها سالفة الذكر مما أدى إلى زيادة طارئة في ثروته بما لا يتناسب مع موارده المالية وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ومحكمة جنايات الجيزة قضت في ٢٣ من أغسطس سنة ٢٠٠٠ بمعاقبته بالحبس مع الشغل لمدة سنة واحدة وبتعزيمه ما يوازي ما طرأ على ثروته من زيادة وبرد مثل ذلك المبلغ

من أموال كل منهم بقدر ما استفاد من هذا الكسب وذلك عملاً بالفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع مع إيقاف تنفيذ عقوبة الحبس فقط.

ومن حيث إن التشريع يتدرج درجات ثلاث هي الدستور ثم التشريع العادى ثم التشريع الفرعى أو اللائحة، وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يسلم منطقاً إلى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، ولا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام إصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه، فإن لم يتوافر هذا الشكل تعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقه. أما من حيث رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع، فقد جاء اللبس حول سلطة المحاكم فى الامتناع عن تطبيق تشريع أدنى مخالف لتشريع أعلى إزاء ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٧٥ من الدستور القائم بقولها تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين فى القانون. ولا جدال أنه على ضوء النص الدستورى سالف البيان فإن اختصاص المحكمة الدستورية العليا المنفرد بالحكم بعدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أو إلى دستوريته لا يشاركها فيه سواها، وحجية الحكم فى هذه الحالة مطلقة تسرى فى مواجهة كافة، على أنه فى ذات الوقت للقضاء العادى التأكد من شرعية أو قانونية التشريع الأدنى بالتثبت من عدم مخالفته للتشريع الأعلى، فإن ثبت له هذه المخالفة اقتصر دوره على مجرد الامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى دون أن يملك إلغائه أو القضاء بعدم دستوريته وحجية الحكم فى هذه الحالة نسبية قاصرة على أطراف النزاع دون غيرهم، ويستند هذا الاتجاه إلى أن القضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون على حد سواء، غير أنه حين يستحيل تطبيقهما معاً لتعارض أحكامهما، فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون

أحكام القانون إعمالاً لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطقها من سيادة التشريع الأعلى على التشريع الأدنى كما يؤيد هذا النظر ما جرى عليه قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنه لا شأن للرقابة الدستورية بالتناقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو مرتبتين مختلفتين، كما لا يمتد اختصاص المحكمة لحالات التعارض بين اللوائح والقوانين ولا بين التشريع ذات المرتبة الواحدة، وإن هذا القول مجرد امتداد لما انعقد عليه الإجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها وما جرى عليه قضاء محكمة النقض من الامتناع عن تطبيق اللائحة المخالفة للقانون بينما يختص القضاء الإدارى بإلغاء هذه اللائحة، ومن غير المقبول أن يقرر هذا الحق للقضاء العادى بينما يمنع من رقابة مدى اتفاق القوانين مع قواعد الدستور وعدم مخالفتها له، فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليساً إلا نتيجتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع، وليس من المنطق - بل يكون من المتناقض - التسليم بإحدى النتيجتين دون الأخرى، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتحويل المحاكم حق الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور، فضلاً عن أن تحويل المحاكم هذا الحق يؤكد مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه يمنع السلطة التشريعية من أن تفرض على السلطة القضائية قانوناً تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها فى تطبيق القواعد القانونية والتي على رأسها قواعد الدستور، ويؤكد هذا النظر أيضاً أن الدستور فى المادة ١٧٥ منه أناط بالمحكمة الدستورية العليا حق تفسير النصوص التشريعية وأوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا حق جهات القضاء الأخرى فى هذا الاختصاص بقولها "كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعاً فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا"

فرغم اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير الملزم للكافة فإن المشرع لم يسلب هذا الحق من المحاكم مادام لم يصدر قرار بالتفسير من المحكمة الدستورية العليا أو من السلطة التشريعية وهو ذات الشأن بالنسبة لامتناع المحاكم عن تطبيق القانون المخالف للدستور مادام لم يصدر من المحكمة الدستورية العليا حكم بدستورية النص القانوني أو عدم دستوريته. لما كان ذلك، وكان قضاء هذه المحكمة - محكمة النقض - قد جرى على أنه لما كان الدستور هو القانون الوضعي الأسمى صاحب الصدارة على ما دونه من تشريعات يجب أن تنزل على أحكامه فإذا تعارضت هذه مع تلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها يستوى في ذلك أن يكون التعارض سابقاً أم لاحقاً على العمل بالدستور. لما هو مقرر من أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل أو تخالف تشريعاً صادراً من سلطة أعلى فإذا فعلت السلطة الأدنى ذلك تعين على المحكمة أن تلتزم تطبيق التشريع صاحب السمو والصدارة ألا وهو الدستور وإهدار ما عداه من أحكام متعارضة معه أو مخالفة له إذ تعتبر منسوخة بقوة الدستور ذاته، هذا وقد أيدت المحكمة الدستورية العليا هذا الاتجاه بطريق غير مباشر وذلك عندما قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٤ من مارس سنة ١٩٧٥ باعتبار المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية تخالف نص المادة ٤٤ من الدستور واعتبرتها منسوخة بقوة الدستور ثم جاءت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٨٤ وقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية في القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية دستورية ولم تذهب المحكمة الدستورية العليا إلى القول بأن قضاء محكمة النقض السابق جاوز اختصاصه أو فيه اعتداء على سلطة المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل المحكمة الدستورية العليا وبذات الاختصاص، كما صدر بتاريخ ١٥ من سبتمبر سنة ١٩٩٣ حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه ولم يصدر حكم للمحكمة الدستورية العليا بعد في هذا الشأن، وخلاصة ما سلف إيراده أنه في الأحوال

التي يرى فيها القضاء العادى أن القانون قد نسخه الدستور بنص صريح، لا يعتبر حكمه فاصلاً فى مسألة دستورية، ولا يحوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية فى مواجهة الخصوم دون الكافة، لما كان ما تقدم، وكان قضاء محكمة النقض قد جرى أيضاً على أن الشرعية الإجرائية سواء ما اتصل منها بحيدة المحقق أو بكفالة الحرية الشخصية والكرامة البشرية للمتهم ومراعاة حقوق الدفاع، أو ما اتصل بوجوب التزم الحكم بالإدانة بمبدأ مشروعية الدليل وعدم مناهضته لأصل دستورى مقرر، جميعها ثوابت قانونية أعلاها الدستور والقانون وحرص على حمايتها القضاء ليس فقط لمصلحة خاصة بالمتهم وإنما بحسبانها فى المقام الأول تستهدف مصلحة عامة تتمثل فى حماية قرينة البراءة وتوفير اطمئنان الناس إلى عدالة القضاء، فالغلبة الشرعية الإجرائية ولو أدى إعمالها لإفلات مجرم من العقاب وذلك لاعتبارات أسمى تغياها الدستور والقانون. لما كان ذلك، وكان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى أيضاً على أن افتراض براءة المتهم وصور الحرية الشخصية من كل عدوان عليها أصلان كفلهما الدستور بالمادتين ٤١، ٦٧ فلا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التى تقيمها النيابة العامة وتبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم واليقين مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إلى المتهم فى كل ركن من أركانها وبالنسبة لكل واقعة ضرورية لقيامها وبغير ذلك لا ينهدم أصل البراءة إذ هو من الركائز التى يستند إليها مفهوم المحاكمة المنصفة، وهذا القضاء تمثيلاً مع ما نصت عليه المادة ٦٧ من الدستور من أن "المتهم برئ حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه" ومفاد هذا النص الدستورى أن الأصل فى المتهم البراءة وأن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة فعليها وحدها عبء تقديم الدليل، ولا يلزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته، كما لا يملك المشرع أن يفرض قرائن قانونية لإثبات التهمة أو لنقل عبء الإثبات على عاتق المتهم. ولقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا على القضاء بعدم دستورية القوانين التى تخالف هذا المبدأ وعلى سبيل المثال ما قرره المادة ١٩٥ من قانون العقوبات،

وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش، وما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية، وما نصت عليه المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وكذلك ما نصت عليه المواد ٣٧، ٣٨، ١١٧ من قانون الجمارك سالف الإشارة، وكذلك ما نصت عليه المواد ٢، ١٠، ١١، ١٢، ١٤، ١٤ مكرر من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها. كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ ق بتاريخ ٢٢ من يوليو سنة ١٩٩٨ باعتبار الفقرة التاسعة من المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم ١١ لسنة ١٩٩١ منسوخاً ضمناً بقوة الدستور وجميع هذه النصوص ذات قاسم مشترك في أنها خالفت قاعدة أصل البراءة المنصوص عليها في الدستور ونقلت عبء الإثبات على عاتق المتهم. لما كان ذلك، وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع إذ نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية منه على أن "وتعتبر ناتجة بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو السلوك المخالف كل زيادة في الثروة تطراً بعد تولى الخدمة أو قيام الصفة على الخاضع لهذا القانون أو على زوجه أو أولاده القصر متى كانت لا تتناسب مع مواردهم وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها". يكون قد أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع بسبب استغلال الخدمة إذا طرأت زيادة في ثروة الخاضع لا تتناسب مع موارده متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧ من الدستور على نحو ما جرى تبيانه وفقاً لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة والتي انتهت محكمة النقض إلى عدم أعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور، بينما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لمخالفتها أيضاً للدستور. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن الأول لعجزه عن إثبات مصدر

مشروع لما طرأ على ثروته من زيادة لا تتناسب مع موارده يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لأنه قام على افتراض ارتكاب المتهم للفعل المؤثم وهو الكسب غير المشروع لمجرد عجزه عن إثبات مصدر الزيادة في ثروته، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان المتهم بناء على هذا الافتراض الظني وقلب عبء الإثبات مستندا إلى دليل غير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثابت الدستورية التي تقضى بافتراض أصل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجزم واليقين لا على الافتراض والتخمين، ولما كان العيب الذي شاب الحكم - عند الطعن فيه لثاني مرة - مقصورا على الخطأ في تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم فإنه يتعين حسب القاعدة الأصولية المنصوص عليها في المادة ٣٩ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، أن تحكم محكمة النقض وتصحح الخطأ وتحكم بمقتضى القانون دون حاجة إلى تحديد جلسة لنظر الموضوع، ومن ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن الأول مما أسند إليه. لما كان ذلك، وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع تنص على أن "كل من حصل لنفسه أو لغيره على كسب غير مشروع يعاقب بالسجن وبغرامة مساوية لقيمة الكسب غير المشروع فضلا عن الحكم برد هذا الكسب". وتتص الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أن "وعلى المحكمة أن تأمر في مواجهة الزوجة والأولاد القصر الذين استفادوا من الكسب غير المشروع بتنفيذ الحكم بالرد في أموال كل منهم بقدر ما استفاد". وهو ما يدل على أن إصدار الأمر - متقدماً المساق - إذا توافرت موجباته، يتوقف على صدور حكم بإدانة الزوج الحاصل على كسب غير مشروع مرتبط به ويدور معه وجوداً وعدماً، بحيث لا يتصور صدوره إلا إذا صدر حكم بإدانة الزوج ولا تكون له قائمة إذا ما ألغى الحكم المذكور ومن ثم مادامت المحكمة قد انتهت - على ما سلف - إلى براءة الطاعن الأول فإنه يتعين إلغاء الأمر بالرد في مواجهة باقى الطاعنين".

١٣ - ثانياً: التشريع العادى:

يمر سن التشريع العادى بثلاث مراحل يتم بها وجود القانون وهى:

- ١- اقتراح التشريع.
 - ٢- الموافقة عليه من مجلس النواب.
 - ٣- إصدار رئيس الجمهورية للتشريع.
- ونعرض لهذه المراحل فيما يلى:

١- اقتراح التشريع:

اقتراح التشريع هو عرض مشروعات قواعد قانونية على مجلس النواب بقصد استيفاء الإجراءات اللازمة بشأنها حتى يصدر بها تشريع يجعلها فى مرتبة قواعد القانون الوضعى.

وحق اقتراح التشريع يكون لرئيس الجمهورية، وللمجلس الوزراء ولكل عضو فى مجلس النواب (م ١/١٢٢ من الدستور).

وقد جرى الاصطلاح بتسمية ما يعرض من جانب رئيس الجمهورية مشروعات قوانين، وما يتقدم به أعضاء المجلس التشريعى اقتراحات بقوانين^(١). ويحال كل مشروع قانون إلى اللجنة النوعية المختصة بمجلس النواب (كلجنة الشؤون الخارجية أو الشؤون السياسية أو الشؤون التعليمية.. الخ) لفحصه وتقديم تقرير عنه إلى المجلس (م ٢/١٢٢).

ولا يحال الاقتراح بقانون المقدم من أحد الأعضاء إلى اللجنة النوعية، إلا إذا أجازته اللجنة المختصة بالمقترحات، ووافق المجلس على ذلك. فإذا رفضت اللجنة الاقتراح بقانون وجب أن يكون قرارها مسبباً (م ٣/١٢٢). وتبرير عدم عرض اقتراح الحكومة على لجنة المقترحات، أنها تملك من الإمكانيات ما يسمح لها بدراسة مشروع القانون من الناحية الفنية ومن الناحية القانونية قبل عرضه على المجلس. وكذلك يمر اقتراح الحكومة على قسم الفتوى والتشريع

(١) الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة ١٩٦١ ص ١٤٦.

بمجلس الدولة لصياغته. أما بالنسبة لاقتراح أحد الأعضاء فإن الأمر يختلف، لأن العضو العادى لا يملك من الوسائل ما يسمح له بدراسة اقتراحه فنياً أو بصياغته بالطريقة المناسبة^(١).

وكل اقتراح بقانون قدمه أحد الأعضاء، ورفضه المجلس، لا يجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد نفسه (م ١٢٢/٤).

٢- الموافقة على التشريع من مجلس النواب:

لا يكون انعقاد مجلس النواب صحيحاً، ولا تتخذ قراراته، إلا بحضور أغلبية أعضائه.

وفى غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة، تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوى الآراء، يعتبر الأمر الذى جرت المداولة فى شأنه مرفوضاً.

وتصدر الموافقة على القوانين بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وبما لا يقل عن ثلث عدد أعضاء المجلس.

كما تصدر القوانين المكملة للدستور بموافقة ثلثى عدد أعضاء المجلس. وتعد القوانين المنظمة للانتخابات الرئاسية، والنيابية، والمحلية، والأحزاب السياسية، والسلطة القضائية، والمتعلقة بالجهات والهيئات القضائية، والمنظمة للحقوق والحريات الواردة فى الدستور، مكملة له (م ١٢١).

٣- إصدار التشريع:

لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين أو الاعتراض عليها. وإذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس النواب، رده إليه خلال ثلاثين يوماً من إبلاغ المجلس إياه، فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر.

(١) نعمان جمعه ص ١٦٢.

وإذا رد في الميعاد المتقدم إلى المجلس، وأقره ثانية بأغلبية ثلثي أعضائه، اعتبر قانوناً وأصدر (م١٢٣).

ويبين مما تقدم أن اعتراض رئيس الجمهورية في الميعاد المتقدم قصد به حمل مجلس النواب على إعادة النظر في مشروع القانون، ولا يفهم هذا الاعتراض على أنه قضاء مبرما على مشروع القانون الذي وافق عليه مجلس النواب، إذ يستطيع هذا المجلس برغم اعتراض رئيس الجمهورية على القانون، أن يصر عليه وعندئذ يجب الحصول على أغلبية ثلثي أعضاء المجلس لإقرار مشروع القانون مرة ثانية، وعندئذ لا يجوز لرئيس الجمهورية الاعتراض بل يجب عليه إصدار هذا القانون. ولذلك قبل إن اعتراض رئيس الجمهورية إنما هو اعتراض توفيقى (١) [٢٢٢] [٢٢٢] [٢٢٢] [٢٢٢].

١٤ - نشر القانون:

تنص المادة ١/٢٢٥ من الدستور على أن: "تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر". وكلمة القوانين الواردة بالنص تنصرف إلى كافة التشريعات، ومن بينها التشريعات الفرعية كاللوائح والقرارات الوزارية. ونشر القوانين في الجريدة الرسمية شرط أساسي لنفاذ القانون، والهدف منه هو إعلام كافة بالقانون، وهذا الإعلام ضرورة يقتضيها العدل ومنطق الإلزام بحكم القاعدة القانونية الذي يقتزن بتوقيع جزاء على المخالف. فلكي يوقع الجزاء على شخص لمخالفة حكم قاعدة معينة، فإن العدل والمنطق يقتضيان إتاحة الفرصة للمخاطب بأن يحترم هذا الحكم ويفلت من الجزاء. فالتخيير بين احترام ومخالفة قاعدة ليس متصوراً بغير الإحاطة بحكمها.

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط في مقدمة القانون المدني - الدار الجامعية ص ٢٧١ - نعمان جمعة ص ١٦٤.

وبناء على ذلك يعتبر النشر فى الجريدة الرسمية هو الطريق القانونى لشهر التشريع الجديد. ولا يقوم غيره مقامه ولو ثبت أنه أنجع فى إحاطة الناس علما بهذا التشريع كالإذاعة بالمذيع أو التلفاز مثلا^(١).

وقد رأينا أن النص أوجب نشر القوانين بالجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إصدارها، وذلك حتى لا تتحكم السلطة التنفيذية فى نفاذ القانون بتعطيل نشره لأنها هى التى تهيمن على عملية النشر^(٢). كما أوجب النص أن يعمل بها بعد ثلاثين يوما من اليوم التالى لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك مياعدا آخر.

وطبقا للنص فإن يوم نشر القانون لا يحسب فى ميعاد الثلاثين يوما، بل لابد من انقضاء ثلاثين يوما كاملة - ابتداء من اليوم التالى لتاريخ النشر ولا ينتهى باعتباره مياعدا كاملا إلا بانصرام اليوم الأخير^(٣).

وفى هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

"إن الأصل الدستورى هو أن القوانين لا يعمل بها إلا من تاريخ العلم بها، وأن الأصل أن هذا العلم يفترض من واقعة نشرها فى الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد من هذا النشر. والعلم - والحالة هذه - لا يفترض إلا بعد تمام واقعة معينة، فلا يبدأ المجال الزمنى الحقيقى لتطبيق القانون الجديد إلا بعد اليوم المعين لتمام هذا النشر، لأن هذا اليوم هو فاصل زمنى يمتد أربعا وعشرين ساعة، وقد يتم النشر فى أى وقت فيه، وقد يتراخى هذا الوقت لآخره، فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله؟

(١) الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٢ - الدكتور رمضان أبو السعود والدكتور همام محمد

محمود المبادئ الأساسية فى القانون ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ٨٧.

(٢) نعمان جمعه ص ١٦٦.

(٣) رمضان أبو السعود ومام محمد محمود ص ٨٧ - سليمان مرقس ص ١٥١.

ولذا كان الأصل المسلم في حساب المواعيد كافة أنه إذا كان الميعاد لا يبدأ قانوناً إلا بحدوث أمر معين هو الذى يعتبره القانون مجرياً للميعاد فلا يحسب منه اليوم المعتبر في نظر القانون مجرياً لهذا الميعاد، وإنما يحسب اليوم الأخير وقد ردد قانون المرافعات هذا الأصل الطبيعى في المادة ٢٠ منه فى خصوص حساب المواعيد الخاصة بهذا القانون. وتطبيقاً لهذا الأصل الطبيعى ذاته فى شأن تحديد المجال الزمنى لكل من القانون القديم والقانون الجديد. فمادام المجال الزمنى للقانون الجديد لا يبدأ إلا بعد تمام الأمر المعين الذى يعتبره الدستور هو المجرى لهذا المجال، وهذا الأمر هو تمام النشر فى الجريدة الرسمية، وهذا النشر قد يتراخى لآخر اليوم كما تقدم، فإن هذا اليوم لا يدخل فى المجال الزمنى للقانون الجديد، بل يبدأ هذا المجال من أول اليوم التالى، وكان لامحيص من اعتبار يوم النشر ذاته داخلاً فى المجال الزمنى لنفاذ القانون القديم".

(طعن رقم ١٢٥ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٣/٢١)

غير أنه يجوز أن ينص فى القانون على أن ينفذ قبل الميعاد المذكور، أو بمجرد نشره أو بعد انقضاء مدة أطول من مدة الثلاثين يوماً.

١٥- تصحيح الأخطاء الواردة عند نشر القانون:

قد يحدث أن يعترى النص المنشور للقانون فى الجريدة الرسمية خطأ. هذا الخطأ بدوره إما أن يكون مجرد خطأ مادى لا يمس موضوع وجوه التشريعات وهو عادة من السهل تبينه شأن الأخطاء اللغوية أو النحوية أو السهو المطبعى الواضح وقد يكون خطأ جوهرياً يؤثر فى معنى التشريع. أما عن النوع الأول وهو الخطأ المادى فإن تصويبه يتم بمجرد استدراك ينشر بالجريدة الرسمية يتضمن التصحيح والتصويب فعلى هذا النحو يتم التصويب بواسطة الجهة القائمة على نشر الجريدة الرسمية بغير تصويت جديد من السلطة التشريعية

وبغير إصدار جديد من رئيس الجمهورية. ويعتبر التصويب عندئذ جزءاً من النص التشريعي المصحح له وله نفس قوته ويسرى النص المصحح من تاريخ العمل بالنص الأول.

أما النوع الثانى من الأخطاء وهى تلك التى تمس جوهر التشريع وتؤثر على معناه فإنه لا يجوز أن يتم إلا من خلال تشريع جديد من السلطة التشريعية يعدل به التشريع الذى تضمن الأخطاء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "الاستدراك الذى ينشر بالجريدة الرسمية لتصحيح نص بالقانون هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلى من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها. ويعتبر التصويب عندئذ جزءاً من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظاً ومعنى فهو تعديل له من جهة لا تملكه لا يجوز إلا بصدر قانون آخر ولا ينال من النص الأصلى الذى يتعين إعمال أحكامه".

(الطلب رقم ٣٧ لسنة ٢٩ ق "رجال القضاء" جلسة ١٨/١/١٩٦٦)

٢- "الاستدراك هو وسيلة تتخذ لتدارك ما عسى أن يكون قد اكتنف النص الأصلى من أخطاء مادية أو مطبعية عند نشره بقصد تصويبها، ويعتبر التصويب عندئذ جزءاً من النص التشريعى المصحح وله نفس قوته فإذا جاوز الاستدراك هذا النطاق وانطوى على تغيير فى النص المنشور لفظاً ومعنى فهو تعديل له لا يجوز إلا بصدر قانون آخر".

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ٣/١/١٩٨٢)

١٦ - لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية إذا ثبت عدم توزيع الجريدة:

مناط الاحتجاج بنشر القانون بالجريدة الرسمية، أن يكون عدد الجريدة المنشور بها القانون قد تم توزيعه، أما إذا ثبت عدم توزيعه لأي سبب، فإنه لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"مفاد المادة ١٨٨ من الدستور الصادر في سنة ١٩٧١ أنه يجب العمل بالقوانين بعد مضي شهر يبدأ من اليوم التالي لتاريخ نشرها، ما لم يحدد القانون نفسه ميعادا آخر أقصر أو أطول من ذلك لكي يصير نافذا، وقد نظم القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في ١٩٧٣/٣/٢٦ والمنشور في الجريدة الرسمية في ١٩٧٣/٤/٥ إجراءات الطعن وجب على الكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به، ومن بينها وجوب أن يودع الطاعن صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله والصورة المعلنة منه وقت تقديم الصحيفة وإلا حكم ببطالان الطعن على خلاف ما كان متبعا قبله من ضم الملفين الابتدائي والاستئنافي بجميع مفرداتهما، فيغني هذا الضم بذاته عن تقديم صورة من حكم محكمة أول درجة أو الحكم المطعون فيه، وتقضى المادة الثالثة من هذا القانون بالعمل به من تاريخ نشره، لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعنين قد رفعوا الطعن في ١٩٧٣/٥/٥ في ظل انطباق النص المعدل ولم يقدموا وقت تقديم صحيفة الطعن صورة من الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلا لا يغير من هذا النظر ما ذهب إليه محامى الطاعنين بالجلسة من أنه لم يكن يعلم بالتعديل السالف، وأنه استحال عليه ذلك تبعا لتقديمه صحيفة الطعن في ١٩٧٣/٤/٥ لدى قلم كتاب محكمة استئناف المنصورة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، وهو ذات اليوم الذي نشر فيه القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بالجريدة الرسمية، ذلك لأنه وإن كان افتراض علم الكافة بالإجراءات التي

أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض. ولئن كان المقصود بالنشر ليس مجرد إدراج التشريع بالجريدة الرسمية أى طبعه فيها ولكن توزيعه بعد ذلك اعتبارا بأن التوزيع هو الذى يبيح لجمهرة المواطنين فرصة معرفة القانون ومن ثم يسوغ القول بافتراض علمهم به إلا أنه لما كانت هذه المحكمة قد طلبت من الطاعنين تقديم الدليل على أن عدد الجريدة الرسمية التى نشر فيه ذلك القانون لم يصر توزيعه فعلا فى يوم نشره، وكانت الشهادة التى تذرعوها بها صادرة من محكمة استئناف المنصورة وورد بها أن منشور وزارة العدل بالتبليغ عن صدور القانون لم يرد للمحكمة إلا فى ١٤/٤/١٩٧٣ فإن هذه الشهادة غير كافية بذاتها للتدليل على أن القانون المشار إليه لم يصادف توزيعه فعلا ذات يوم نشره بالجريدة الرسمية ويكون قول الطاعنين فى هذا الشأن مرسلا لا يدحض افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها".

(طعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

١٧- لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون إذا حالت قوة القاهرة دون وصول

الجريدة الرسمية إلى منطقة من مناطق الجمهورية؛

لا يجوز الاحتجاج بنشر القانون إذا كانت الجريدة الرسمية لم تصل إلى منطقة من مناطق الجمهورية نتيجة قوة القاهرة، كوجود حالة حرب أو وباء.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن؛

"متى كان قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٧/٤/٤ وأنه قد بدأ العمل بأحكامه اعتبارا من ١٩٥٧/٤/١٤ فإنه يفترض علم الكافة بهذه الأحكام من هذا التاريخ ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى بها وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة القاهرة دون وصول الجريدة الرسمية بتاتا إلى منطقة من مناطق الجمهورية. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى

قبول اعتذار المطعون ضده بجهله نص المادة ٢٥ من قانون المحاماة إلى ما قررته الطاعة في مذكرتها من أن المدة التي مضت ما بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده رافع الدعوى بذلك النص المستحدث فإن هذا الاستناد خطأ في القانون لأن عدم كفاية هذه المدة لا يعتبر قوة قاهرة ولا يبرر قبول اعتذار المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور".

(طعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٨)

١٧ مكررا - هل يجوز الاعتذار بجهل القانون ؟

رأينا أن الدستور اعتبر نشر القانون بالجريدة الرسمية دليلا علي علم الكافة بالقانون، وأن المقصود بالعلم هو العلم الحكمي أو القانوني وليس العلم الفعلي. فالنشر قرينة علي علم الكافة بالقانون ويترتب علي هذه القرينة مبدأ قانوني شهير مضمونه أن الجهل بالقانون ليس بعذر.

وقد رأينا أن هذا العلم ينتفى بعدم توزيع الجريدة الرسمية أصلا أو عدم وصولها إلى منطقة معينة نتيجة قوة قاهرة.

ومن ثم فإنه يترتب على ذلك أن المخاطب بالقانون لا يستطيع الإفلات بحجة وجود ظروف خاصة منعه من العلم به، كمرضه بمرض قضى على حواسه أو افقده الوعي، أو وجوده في مكان ناء أو تغيبه عن أرض الوطن. غير أن غالبية الفقه تذهب إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بأحكام القانون لا ينطبق إلا على القوانين المتعلقة بالنظام العام.

ويرى الفقه أن فكرة النظام العام في هذا المجال تختلف عنها في مجال التفرقة بين القواعد التي يجوز الاتفاق على ما يخالفها وغيرها من القواعد.

ومن أمثلة القواعد التي يجوز فيها التمسك بالجهل بالقانون ما يأتي :

١- أن يتعاقد شخص مع آخر بلغ الثامنة عشرة وهو يعتقد أنه قد بلغ سن الرشد، جاهلا صدور قانون جديد برفع هذه السن إلى الحادية والعشرين.

- ٢- أن يصطلح الوارث مع الموصى له، وهو وارث آخر، على جزء من العين الموصى بها وهو يعتقد أن الوصية لوارث تصح دون إجازة من الورثة.
- ٣- أن يبيع وارث حصته في التركة، وهي يحسب أنه يرث الثلث مثلاً، فإذا به يرث النصف طبقاً لقانون الميراث الذي عمل به.
- ٤- إذا صدر قانون بتخفيض قيمة الإيجارات، ودفع المستأجر قيمة الإيجار كاملة دون أن يعلم بصدر هذا القانون، جازله أن يعتذر بجهله هذا القانون وأن يسترد القدر الذي دفعه زيادة عما يجب.
- ٥- إذا كان مشتري العقار يجهل صدور قانون التسجيل الجديد الذي جعل العقد لا ينقل الملكية إلا بعد تسجيله ويعتقد أن البائع إليه كان مالكا بعقد غير مسجل، جاز له أن يعتذر بجهله القانون وأن يتمسك باعتباره حائزاً بحسن نية يجوز له تملك ثمار المبيع الذي انتقل إلى حيازته بقبضها.
- ومن ذلك يتضح أن فكرة النظام العام التي تقضى برفض الاعتذار بجهل القانون فكرة ضيقة حتى تكاد ألا تشمل على غير القوانين الجنائية والقوانين التي تنظم السلطات العامة والقوانين التي تفرض التزامات أو تحدد مواعيد معينة لمباشرة بعض الإجراءات أو استعمال بعض الحقوق^(١).
- غير أن انطباق قاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون لا يسرى على القوانين الجنائية بصفة مطلقة، فقد يعتبر من عناصر الجريمة مخالفة العمل المكون لها لحكم قانون غير قانون العقوبات. فعندئذ يلزم لتوافر القصد الجنائي انصراف علم الفاعل إلى ذلك القانون، فالجهل به يأخذ حكم الغلط في الواقع إذ الغلط في الوقائع ينفي القصد الجنائي.
- وتظهر أهمية ذلك في الجرائم التي يعتبر عدم ملكية الجاني للمال موضوع الجريمة ركناً فيها كالسرقة والإتلاف وقتل الحيوان أو الإضرار به. فالقصد في

(١) الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٥ وما بعدها - وفي هذا المعنى محمد على عرفه ص ١٤.

هذه الجرائم لا يتوافر إلا إذا كان الفاعل يعلم أن المال مملوك للغير، فإذا كان يجهل ذلك فلا يتوافر القصد في حقه^(١).

وقد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض الدائرة الجنائية - إذ قضت بأن:

١- "إذا تبين أن ملكية الشيء المسروق محل نزاع جدى بين المتهم والمجنى عليه ولم يقدّم دليل على أنه لا شبهة لدى المتهم فى ملكية المجنى عليه للشيء المسروق وأن أخذه للشيء إنما كان اختلاسا له وسلبا من مالكه الذى يعتقد هو أن الملكية خالصة له من دونه فلا يتحقق القصد الجنائى فى السرقة ولا يمكن العقاب عليها. بل تبقى المسألة نزاعا مدنيا محضا يظفر فيه من يكون دليله مقبولا بمقتضى قواعد القانون المدنى".

(طعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٢٩/٢/٢٨)

٢- "متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهمين حين مباشرة عقد الزواج - وهو مشروع فى ذاته - قررا بسلامة نية أمام المأذون وهو يثبتته لهما - عدم وجود مانع من موانعه، كانا فى الواقع يجهلان وجوده وكانت المحكمة - بناء على وقائع الدعوى وأدلتها المعروضة عليها - قد اطمأنت إلى هذا الدفاع وعدتهما معذورين يجهلان وجود ذلك المانع وأن جهلهما فى هذه الحالة لم يكن لعدم علمهما بحكم من أحكام قانون العقوبات وإنما هو جهل بقاعدة مقررة فى قانون آخر هو قانون الأحوال الشخصية. وهو جهل مركب من جهل بهذه القاعدة القانونية وبالواقع فى وقت واحد مما يجب قانونا - فى المسائل الجنائية - اعتباره فى جملة جهلا بالواقع وكان الحكم قد اعتبر الظروف والملابسات التى أحاطت بهذه دليلا قاطعا على صحة ما اعتقده من أنهما على

(١) الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٢٩١ وما بعدها - الدكتور محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام الطبعة الرابعة ١٩٧٧ ص ٦٢٩ وما بعدها.

صحة ما اعتقد من أنهما كانا يباشران عملا مشروعاً - للأسباب المعقولة التي تبرر لديهما هذا الاعتقاد - بما ينتفى معه القصد الجنائي الواجب توافره في جريمة التزوير فإن الحكم إذ قضى ببراءة المتهمين يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً".

(طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٥٩/١١/٣)

إلا أنه لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً، وأنه قد اعتقد بأنه إنما كان يباشراً عملاً مشروعاً وكان لاعتقاده هذا أسباب معقولة.

وفي هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"... ولكن مثل هذا الجهل لا يقبل الاعتذار به إلا إذا أقام المتهم الدليل القاطع على أنه تحرى كافياً، وأنه إذا اعتقد بأنه إنما كان يباشراً عملاً مشروعاً كان لاعتقاده هذا أسباب مقبولة. فإن هذا هو المعول عليه في القوانين الجنائية التي أخذ عنها الشارع أسس المسؤولية الجنائية. وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون، إذ أنه مع تقريره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون قال مثلاً في المادة ٦٣ عقوبات: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه، أو إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءاته من اختصاصه، وأنه على كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة" كما قال في المادة ٦٠ أن أحكام قانون العقوبات لا تسرى على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة أو القانون".

(طعن رقم ١٠٦٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/١٠)

١٨- الغلط في القانون:

أنظر شرح المادة (١٢٢).

١٩- ثالثاً: التشريع الفرعى:

التشريع الفرعى هو الذى تقوم بوضعه السلطة التنفيذية لتنظيم تفاصيل تطبيق التشريع العادى، وترتيب المصالح العامة، وهو يشمل اللوائح والقرارات التى تصدر من الهيئات التنفيذية المختلفة.

فهو ينقسم على هذا النحو إلى ثلاثة أنواع هى:

(أ) اللائحة التنفيذية.

(ب) اللائحة التنظيمية.

(ج) لائحة الضبط.

ونعرض لكل منها بشئ من التفصيل فيما يلى:

٢٠- (أ) اللائحة التنفيذية:

وهذه اللائحة أشارت إليها المادة ١٧٠ من الدستور الجديد (المعدل) والتى تقضى بأن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعطيل أو تعديل أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره فى إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه".

فالأصل أن كل أعمال التشريع تعتبر من اختصاص السلطة التشريعية دون غيرها. فإذا وضعت هذه السلطة تشريعا متعلقا بموضوع معين، كان يجب أن تضمنه جميع القواعد التفصيلية التى تنظم طريقة تنفيذه، وأن توالى هذه القواعد بالتعديل والتحويل فيها على ضوء ما ينكشف للسلطة التنفيذية عند تطبيق التشريع.

غير أنه لوحظ أن تنظيم التشريع يقتضى الإحاطة بجميع الظروف المتباينة التى يراد تطبيقه فيها والدخول فى تفاصيل دقيقة ويصطدم بصعوبات عملية لا تتضح إلا للسلطة التنفيذية عند التطبيق. ويستحيل على السلطة التشريعية أن تحيط بكل ذلك سلفا، لتنظيمه فى التشريع ذاته، ولذلك عهد المشرع إلى السلطة التنفيذية بإصدار هذه اللوائح التنفيذية.

وهذه اللوائح التنفيذية تعتبر من الناحية الموضوعية تشريعات فرعية، وإن كانت من الناحية الشكلية تعتبر أعمال إدارة عامة لصدورها من رئيس مجلس الوزراء وهو من أعضاء السلطة التنفيذية^(١).

ويتضح من النص المذكور أن إصدار هذه اللوائح هو أساساً من اختصاص رئيس مجلس الوزراء، وله تفويض غيره في إصدارها. كأن يفوض الوزير المختص في إصدار اللائحة، وقد يعين القانون الشخص المختص بإصدار اللائحة اللازمة لتنفيذه وغالباً ما يكون هو الوزير الذي يقع في اختصاص وزارته موضوع القانون المطلوب تنفيذه. ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة ٨٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أن: "يصدر وزير الإسكان والتعمير اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل به".

وأياً كانت السلطة التي تضع اللوائح التنفيذية فإنها يجب عليها أن تتقيد في وضعها بما يقضى به التشريع الرئيسي. فلا يجوز لها أن تضع من القواعد التنفيذية ما يتعارض مع قواعد التشريع الرئيسي ولا ما يعطله أو يعدله أو يعفى أحداً من تنفيذه، لأنها إن فعلت تخرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لا يعمل بها.

وكذلك فيما يتعلق بالسلطات الإدارية المختلفة فيما تصدره من لوائح أو قرارات تنفيذية، فإن السلطة الأدنى لا يجوز لها أن تعدل فيما تصدره من قرارات ما تكون السلطة الأعلى قد وضعتها^(٢).

كما لا يجوز لللائحة التنفيذية عن طريق تفسير بعض الأحكام التي اشتمل عليها القانون أن تعتمد إلى تحوير أو تحريف مضمونها وإضافة أحكام جديدة

(١) سليمان مرقس ص ١٤٠.

(٢) سليمان مرقس ص ١٤١ وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد ص ٧٨.

لها، فمثل هذه الإضافة لا يجوز أن تكون إلا بقانون. وإذا عمدت السلطة التنفيذية، وهي تضع اللائحة إلى مثل هذا، فإنها تكون قد تعدت النطاق المرسوم لها وتجاوزت اختصاصها.

واعتمدت على اختصاص السلطة التشريعية ويمكن الطعن عليها بعدم المشروعية.

ويملك القضاء إذا تبين له أن اللائحة التنفيذية قد تضمنت حكماً مخالفاً للقانون الصادرة تنفيذاً له، أن يمتنع عن تطبيق اللائحة ويطبق النص القانوني طبقاً لمبدأ تدرج التشريعات^(١).

ولضمان عدم خروج اللائحة التنفيذية على القانون تنص المادة ٦٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة على أنه: "على كل وزارة أو مصلحة قبل استصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته، ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات".

كما تنص المادة ٦٤ على أن: "تقوم بمراجعة صياغة التشريعات التى يرى مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو رئيس مجلس الدولة نظرها على وجه الاستعجال لجنة تشكل من رئيس قسم التشريع أو من يقوم مقامه وأحد مستشارى القسم يندبه رئيس القسم ورئيس إدارة الفتوى المختصة".

وقد قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية بأن:

"لما كان ذلك، وكانت أولى فقرات المادة الأولى من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ فى شأن تنظيم الرقابة على عمليات النقد تنص صراحة على أنه: يحظر التعامل فى أوراق النقد الأجنبى أو تحويل النقد من مصر وإليها، كما يحظر كل

(١) الدكتور رمضان أبو السعود الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى الدار الجامعية للطباعة والنشر ص ٢٨٣ - الدكتور يحيى الجمل النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ١٩٧٤ ص ٢١١.

تعهد مقوم بعملة أجنبية وكل مقاصة منظوية على تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية ينقد أجنبى وغير ذلك من عمليات النقد الأجنبى سواء كانت حالة أو كانت لأجل إلا بالشروط والأوضاع التى تحدد بقرار من وزير المالية وعن طريق المصارف المرخص لها منه فى ذلك"، كما تنص المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٥٩ فى شأن الاستيراد والمادتان الأولى والثانية من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٣ على حظر استيراد السلع من خارج الجمهورية قبل الحصول على ترخيص فى الاستيراد من وزارة الاقتصاد وعلى اعتبار هذه التراخيص شخصية لا يجوز التنازل عنها وأن "يكون استيراد السلع من خارج الجمهورية بقصد الاتجار أو التصنيع مقصورا على شركات وهيئات القطاع العام أو تلك التى يساهم فيها القطاع العام"، وأن "تكون تراخيص الاستيراد شخصية ولا يجوز التنازل عنها بأى وجه من الأوجه أو بيعها كما يجوز توكيل الغير فى بيعها"، وكان من المقرر أن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق له أعلى منه أو مساو له فى مدارج التشريع 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. وإذ كان الثابت أن قانونا لاحقا لم يصدر زالت به القوة التنفيذية لأى من القوانين أرقام ٨٠ لسنة ١٩٤٧ و ٩ لسنة ١٩٥٩ و ٩٥ لسنة ١٩٦٧ وأباح التعامل فى النقد الأجنبى وأفعال المقاصة بما تنطوى عليه من تحويل أو تسوية كاملة أو جزئية بنقد أجنبى أو أجاز للأفراد والقطاع الخاص استيراد السلع من الخارج بغير ترخيص من وزارة الاقتصاد وبقصد الاتجار. وكان الأصل أنه يجب التحرز فى تفسير القوانين الجنائية والتزم جانب الدقة فى ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل. وأنه متى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها فإنه يجب أن تعد تعبير صادقا عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أيا كان الباعث على ذلك، ولا الخروج على النص متى كان واضحا جلى المعنى قاطعا

في الدلالة على المراد منه بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملت له لأن البحث في حكمة التشريع ودواعيه إنما تكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، إذ تدور الأحكام القانونية مع علتها لا مع حكمتها، وأنه لا محل للاجتهاد إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه، فإن القول بأن خروج نظام الاستيراد بدون تحويل عملة إلى حيز الوجود بمقتضى القرارات الصادرة في هذا الشأن يترتب عليه بالضرورة وبطريق اللزوم العقلي التعارض مع حكم المادة الأولى من قانون النقد وأن التعارض يركز على محل واحد هو التعامل في النقد الأجنبي للاحتياج إليه في التمويل وأن السماح باستيراد السلع بدون ترخيص وفقا لنظام السوق الموازية قد ألغى تراخيص الاستيراد بصورة مطلقة شاملة يكون فضلا عن مخالفته لصحيح القانون اجتهادا غير جائز إزاء صراحة نص القانون الواجب تطبيقه وتوسعا في تفسير القوانين الجنائية وأخذا بحكمتها لا بعلتها وهو ما لا يجوز قانونا. وإذ كان من حق السلطة التنفيذية - طبقا للمبادئ الدستورية المتنازع عليها - أن تتولى أعمالا تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها. فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين إلى السلطة التنفيذية، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها في وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئا جديدا أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تغى من هذا التنفيذ، ومن ثم فإن اللائحة التنفيذية لا يصح أن تلغى أو تتسخ نصا أمرا في القانون. ومن المقرر أنه يشترط لصدور القرار في حدود التفويض التشريعي ألا يوجد أدنى تضاد بين الحظر الوارد في نص القانون وبين الشروط والأوضاع المحددة في القرار، وأنه عند التعارض بين نصين أحدهما وارد في القانون والآخر وارد في لائحته التنفيذية، فإن النص الأول يكون هو الواجب التطبيق باعتباره أصلا للائحة".

(طعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٢)

ويرى بعض الفقهاء أنه لا يعد خروجاً على نطاق اللائحة التنفيذية أن تضيف إلى القانون الصادرة هي لتنفيذه من القواعد مالا يتعارض مع أحكامه وإنما يتفق معها صراحة أو ضمناً ويتمشى مع الغرض الذى يرمى القانون إلى تحقيقه^(١).

٢١- هل يتوقف تطبيق القانون على صدور لائحته التنفيذية؟

الأصل أن القانون يسرى من التاريخ المحدد لسريانه إذا كانت نصوص القانون صالحة بذاتها لتسرى على الوقائع التى تخضع له. أما إذا كانت هذه النصوص يتوقف سريانها على صدور اللائحة التنفيذية للقانون، فإنه يربحاً العمل بالقانون لحين صدور هذه اللائحة والعمل بها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن:

"إن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد صدر ونشر بالجريدة الرسمية وفقاً للأوضاع الدستورية فأصبح بذلك نافذاً. وتتص المواد ١، ٢، ٣، ٤، ٦، ١٠ منه على أوامر ونواه صريحة غير معلقة على شرط يحتم القانون مراعاتها فى كل تقسيم يراد إنشاؤه فى المدن والقرى التى يسرى عليها، وتتص المادة ٢٥ على تكليف وزارة الأشغال العمومية والداخلية والصحة العمومية والعدل بتنفيذه كل فيما يخصه، وإذ خولتهم إصدار قرارات باللوائح التنفيذية له وأجازت فيها إضافة شروط على الشروط الواردة فيه (المادتان ٢، ١٢) أو تعديل بعض هذه الشروط بالنسبة لبعض المدن والقرى أو لبعض الأحياء من المدن فيما يتعلق بعرض الطرق (المادة ٤) لم ترتب على التراخى فى إصدار اللوائح التنفيذية تعطيل النصوص الناجزة التى أوجب القانون مراعاتها كما أن المادة السابعة من القانون إذ نصت على وجوب تقديم الطلب الخاص بالموافقة على التقسيم طبقاً للشروط والأوضاع المقررة باللائحة التنفيذية إنما جازت أن تتضمن تلك اللائحة من الشروط والأوضاع لتنظيم الطلبات شروطاً أخرى غير ما أوجبه القانون

(١) الدكتور محمد كامل ليلة مبادئ القانون الإدارى جـ ١ بيروت ١٩٦٨ - ١٩٦٩ ص ٣١٦ والمراجع المشار إليها فى هامش رقم (١).

دون أن يفيد ذلك أنه إذا لم تصدر لائحة تنفيذية امتنع تنفيذ القانون. وإذن فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المتهمين تأسيساً على أن القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ لم تصدر بعد لائحته التنفيذية مما يجعل أحكامه مبهمة وغير واضحة - يكون مبنياً على خطأ في تفسير القانون".

(طعن جنائي رقم ١٨٦ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٠/٦/١٩٥٤)

(طعن جنائي رقم ٢٥٨ لسنة ٢٤ ق جلسة ١١/١/١٩٥٥)

٢٢- هل يعمل باللائحة التنفيذية لقانون ملغى ؟

وإن ترتب على إلغاء قانون نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع القانون الجديد، إلا أن ما صدر من لوائح تنفيذاً للقانون القديم إذا كانت تتوافق مع نصوص القانون الجديد فإنها تظل سارية حتى تصدر اللائحة التنفيذية للقانون الجديد ما لم ينص القانون الجديد صراحة على إلغاء تلك اللائحة^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد، وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد، فإنها تبقى نافذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغاء مثل هذه اللوائح".

(طعن رقم ٥٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢/٦/١٩٧٠)

٢- "إلغاء نظام قانوني معين ليستبدل به نظام قانوني جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة حتى تلك التي لا تتعارض مع النظام القانوني الجديد، إلا أن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم، وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التي تتوافق مع القانون الجديد تبقى نافذة المفعول في ظل القانون الجديد ما لم ينص صراحة على إلغائها وإذ كان القانون الجديد لبلدية الاسكندرية

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية الجزء الأول الطبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٦٧.

رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ قد استبقى لها شخصيتها الاعتبارية العامة واختصاصها في تسيير النظام المالى للبلدية وحققها فى تحصيل الإيرادات لمواجهة ما تؤديه من خدمات والإنفاق على المرافق العامة المنوط بها إدارتها والجهاز الإدارى للمدينة، فإن إلغاء الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٥٠ لا يستتبع إلغاء اللوائح السابق صدورها فى ظل الأمر الملغى، ومنها القرار الصادر فى ٢١/١٠/١٩٤٢ بفرض رسوم بلدية على محال الخمور، إذ لم ينص فيه على إلغاء ما يتوافق مع أحكام القانون الجديد، وإنما يبقى هذا القرار قائماً حتى صدور قرار جديد بتعديله أو إلغائه، ويكون النعى عليه بعدم الدستورية غير جدى، لأن الضرائب والرسوم المحلية لا يشترط أن يكون فرضها بقانون، وإنما يكفى أن تصدر بناء على قانون".

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٨ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٧٣)^(١)

٢٣- (ب): اللوائح التنظيمية:

تنص المادة ١٧١ من الدستور الجديد (المعدل) على أن:

"يصدر رئيس مجلس الوزراء القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها، بعد موافقة مجلس الوزراء.
فاللوائح التنظيمية هى التى تنشئ وتنظم وترتب سير العمل فى المرافق والمصالح العامة وتنسق العمل بينها.
وهذه اللوائح مستقلة، وليست تنفيذا لقانون معين.

(١) عكس ذلك المحكمة الإدارية العليا إذ قضت بتاريخ ١٧/١٢/١٩٦٦ فى الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٧ق بأن:

"إن اللوائح التنفيذية إنما تستمد وجودها وقوتها من القانون الذى تصدر تنفيذا لأحكامه فإذا ما ألغى هذا القانون، ولم ينص القانون اللاحق على بقاء اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذا للقانون السابق قائماً ومعمولاً بها إلى أن تعدل أو تلغى طبقاً للقانون الجديد، فإن ذلك يستتبع حتماً وبالضرورة اعتبار اللوائح السابقة ملغاة دون أن يحل محلها شئ ولأنها إنما تنبثق عن القانون ويتوقف مصيرها عليه وجوداً وعدمًا".

وقد خول النص رئيس مجلس الوزراء سلطة إصدار هذه اللوائح بعد موافقة مجلس الوزراء.

وكانت هذه اللوائح - في ظل الدستور الملغى الصادر سنة ١٩٧١ - تصدر من رئيس الجمهورية. باعتبار أنه القائم على مباشرة مهام السلطة التنفيذية فهو الذى يتولى تسيير المصالح والمرافق العامة التى هى هيئات تقوم بأداء خدمات عامة فى مختلف المجالات ومن خلالها تمارس السلطة التنفيذية مهامها الإدارية.

إلا أن الدستور الجديد (المعدل) جعل إصدارها من سلطة رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء، وذلك تخفيفاً من العبء الملقى على عاتق رئيس الجمهورية، فضلاً عن أن مجلس الوزراء هو الأدنى إلى متطلبات هذه اللوائح.

ومن قبيل القرارات المذكورة القرار الجمهورى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧ بإنشاء هيئة القطاع العام لاستصلاح الأراضي والقرار رقم ٣٦١٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن تنظيم أكاديمية البحث العلمى والتكنولوجيا.

ويلاحظ أن نص المادة ١٧١ من الدستور لم يخول رئيس مجلس الوزراء الحق فى تفويض غيره فى إصدار اللوائح التنظيمية كما هو الشأن فى اللوائح التنفيذية، والسبب فى ذلك أن اللوائح التنظيمية تعد أكثر أهمية وخطراً من اللوائح التنفيذية لأنها لوائح قائمة بذاتها ولا تستند إلى قانون تصدر لتنفيذه.

وقد قضت محكمة النقض - فى حالة قريبة الشبه - بأن:

"يبين من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ أن التفويض باتخاذ التدابير المنصوص عليها فى المادة الأولى منه صادر من المشرع إلى وزير التموين وبشرط موافقة لجنة التموين العليا ولم ينص فى هذا المرسوم بقانون على تحويل الوزير الحق فى إجابة غيره فى اتخاذ أى من هذه التدابير ولهذا فلا يكون لغير الوزير من موظفى وزارة التموين اتخاذ شئ منها كما لا يجوز للوزير نفسه إصدار قرارات باتخاذ تلك التدابير أو بعضها إلا بموافقة لجنة التموين العليا".

(طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٨)

٢٤- (ج) : لوائح الضبط (لوائح البوليس) :

تنص المادة ١٧٢ من الدستور على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء".

ولوائح الضبط (لوائح البوليس) هي اللوائح التي تضعها السلطة التنفيذية قاصدة بها تحقيق المصلحة العامة في مجالات المحافظة على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

ويقصد بالسكينة العامة المحافظة على حالة الهدوء والسكون في الطرق والأماكن العامة حتى لا يتعرض أفراد الجمهور لمضايقات الغير بهذه الأماكن وإزعاجهم في أوقات راحتهم أو الأصوات المقلقة للراحة ويشمل ذلك الاضطرابات والثورات والأصوات التي تنبعث من الباعة المتجولين أو المتسولين ليلاً.

ويقصد بالأمن العام اطمئنان الجمهور على نفسه وماله من خطر الاعتداءات التي يمكن أن تقع عليه في الطرق والأماكن العامة كما يقصد به حماية الجمهور من الكوارث والأخطار العامة كالفيضانات والغرق والحريق والحوادث التي تقع من مجانين وحوادث السطو.

ويقصد بالصحة العامة وقاية الجمهور من الأمراض بإعداد المياه الصالحة للشرب والمحافظة عليها من التلوث ومقاومة الأمراض المعدية. ومنع انتشارها وتنظيم المجارى العامة وغير ذلك من الأعمال التي تلزم للمحافظة على صحة الجمهور^(١).

ومن أمثلة لوائح الضبط أو لوائح البوليس، لوائح المرور واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية واللوائح الخاصة بمنع انتشار الأوبئة، واللوائح الخاصة بالمحال العامة والخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة^(٢).

ولم تخول المادة (١٧٢) رئيس مجلس الوزراء تفويض غيره في إصدارها، ومن ثم لا يجوز له التفويض في إصدارها عملاً بالمادة الثانية من القانون

(١) رمضان أبو السعود ص ٢٨٥ وما بعدها.

(٢) يحيى الجمل ص ٢١٢.

رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن التفويض في الاختصاصات والسبب في ذلك أنه وإن كانت هذه اللوائح لا تستطيع أن تخالف أحكام القوانين القائمة أو تعارضها أو تعطل نفاذها أو تعديلها شأنها في ذلك شأن اللوائح التنفيذية إلا أنها من ناحية أخرى كثيراً ما تنظم أمور لم يسبق تنظيمها بقانون، وتضع ابتداء قيوداً متعددة على حقوق وحريات الأفراد.

ويلاحظ أخيراً أن لوائح الضبط قد تقضى ببعض العقوبات اللازمة لفرض احترام أحكامها، وقد قيد المشرع السلطة الإدارية في هذا الشأن بقيد عام ورد في المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات (المستبدلة بالقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١) حيث تقضى هذه المادة بأن: "من خالف أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العامة أو المحلية يجازى بالعقوبات المقررة في تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيهاً فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتماً إنزالها إليها.

فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيهاً".

ومعنى ذلك أن سلطة رئيس مجلس الوزراء في تضمين لوائح الضبط لبعض العقوبات تقيد بالألا تزيد هذه العقوبة عن عقوبة المخالفة.

وهو ما يعتبر أساساً شرعياً لولاية لائحة الضبط في إنشاء بعض الجرائم والعقوبات على اعتبار أن المادة ٧٦ من الدستور تنص على أنه: "... ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص دستوري أو قانوني..".

والفقه على اعتناق التفسير الضيق لنص المادة الأولى من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ في شأن التفويض في الاختصاصات التي تقضى بأن: "الرئيس الجمهورية أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بموجب التشريعات إلى نوابه أو رئيس الوزراء أو نواب رئيس الوزراء أو الوزراء أو نواب الوزراء ومن في حكمهم أو المحافظين". ولكن لا يجوز لأحد ممن فوضه رئيس الجمهورية في هذا الاختصاص أن يفوض غيره فيه، حيث حصر الفقه صلاحية

رئيس الجمهورية في التفويض فيما تقرر له بمقتضى التشريعات العادية بما لا يمتد إلى ما هو ثابت بالدستور^(١).

٢٥- حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى:

تعد السلطة التشريعية ممثلة فى مجلس النواب والشورى صاحبة الحق الأصل فى سن التشريع العادى، ومع ذلك فقد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سنه فى حالتين هما: حالة التفويض وتعرضنا لها سلفاً وحالة الضرورة، ونعرض لها فيما يلى:

٢٦- إصدار السلطة التنفيذية قرارات بقوانين فى حالة الضرورة:

تنص المادة (١٥٦) من الدستور الجديد المعدل سنة ٢٠١٤ على أنه:

"إذا حدث فى غير دور انعقاد مجلس النواب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، يدعو رئيس الجمهورية المجلس لانعقاد طارئ لعرض الأمر عليه. وإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجوز لرئيس الجمهورية إصدار قرارات بقوانين، على أن يتم عرضها ومناقشتها والموافقة عليها خلال خمسة عشر يوماً من انعقاد المجلس الجديد، فإذا لم تعرض وتناقش أو إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون، دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة، أو تسوية ما ترتب عليها من آثار.

والذى يعيننا هنا هو سلطة رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات بقوانين عند غياب مجلس النواب.

ويستخلص من المادة السابقة أن هناك شرطين لإمكان صدور قرار من رئيس الجمهورية له قوة القانون، أى قرار بقانون وهما:

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ٨٢ وهامش (٢).

١- أن يكون مجلس النواب في غيبته أى يكون غير منعقد. فمن المعروف أن مجلس النواب لا ينعقد بصفة دائمة، فطبقاً للمادة (٢/١١٥) من الدستور تكون مدة الانعقاد العادى للمجلس تسعة أشهر على الأقل، ويفض رئيس الجمهورية دور الانعقاد بعد موافقة المجلس، ولا يجوز ذلك للمجلس قبل اعتماد الموازنة العامة للدولة.

كما أنه طبقاً للمادة (١٤٦) يكلف رئيس الجمهورية رئيساً لمجلس الوزراء بتشكيل الحكومة وعرض برنامجه على مجلس النواب، فإذا لم تحصل حكومته على ثقة أغلبية أعضاء مجلس النواب خلال ثلاثين يوماً على الأكثر، يكلف رئيس الجمهورية رئيساً لمجلس الوزراء بترشيح من الحزب أو الائتلاف الحائز على أكثرية مقاعد مجلس النواب، فإذا لم تحصل حكومته على ثقة أغلبية أعضاء مجلس النواب خلال ثلاثين يوماً، عد المجلس منحلًا ويدعو رئيس الجمهورية لانتخاب مجلس نواب جديد خلال ستين يوماً من تاريخ صدور قرار الحل.

فالرخصة التى منحها الدستور لرئيس الجمهورية فى إصدار القرار بقانون يناط به استخدامها فى حالة غيبة المجلسين أى كان سبب تلك الغيبة.

٢- أن توجد ضرورة للالتجاء إلى ذلك، أى أن يكون هناك أمر عاجل يلزم علاجه دون إبطاء، وفيما لا يحتمل الانتظار إلى حين عودة مجلس النواب، كحالة حرب أو فتنة داخلية أو كوارث طبيعية. وقد جاءت صياغة النص مرنة بما يمكن رئيس الجمهورية من مواجهة الحالات غير المتوقعة وغير الواردة تحت حصر والتى يترك له أمر تقدير إلحاحها وهو ما لا خطر منه بالنظر إلى ضرورة عرض هذه القرارات على المجلس فى مدة قصيرة حددها النص لمراقبة دواعى الضرورة.

وعلى اعتبار أن الضرورة تقدر بقدرها. فإن إصدار رئيس الجمهورية لقرارات بقوانين فيما هو من الاختصاص الأصيل للمجلس التشريعى لا يكون إلا فى الحدود اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية التى دعت إلى تدخله سواء

من ناحية الموضوع أو من حيث الزمن. بحيث تعتبر اغتصابا لسلطة المجلسين ما يصدر عنه فى شأن موضوعات لا تستلزمها مواجهة حالة الضرورة أو فيما بعد انتهاء حالة الضرورة أو فيما بعد عودة الأصل صاحب الاختصاص.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا - فى ظل الدستور الملقى - بأن:

١- (أ) - "إن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملا بالمادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقا للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والتى سبق أن استظهرتها المحكمة ومن بينها اشتراط أن يطرأ - فى غيبة مجلس الشعب - ظرف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية وهو ما لم تكن له قائمة بالنسبة للقرار بقانون المطعون عليه الأمر الذى يحتم إخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية".

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

(ب) - "إن سن القوانين عمل تشريعى تختص به الهيئة التشريعية التى تتمثل فى مجلس الشعب طبقا للمادة ٨٦ من الدستور، والأصل أن تتولى هذه الهيئة بنفسها سلطة التشريع على مقتضى القواعد المقررة فى الدستور إلا أنه نظرا لما قد يطرأ فى غيبة مجلس الشعب من ظروف توجب سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير، فقد أجاز الدستور لرئيس الجمهورية فى تلك الحالات أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون.

وقد حرص المشرع الدستورى على أن يضع لهذه السلطة الاستثنائية فى التشريع من الضوابط والقيود ما يكفل عدم تحولها - إلى ممارسة تشريعية

مطلقة، موفقا بذلك بين مقتضيات الفصل بين السلطات وضمان مباشرة كل منها للمهام المنوطة بها، وبين الاعتبارات العملية الملحة التي تتطلب تخويل رئيس الجمهورية رخصة التشريع - على سبيل الاستثناء - لمواجهة تلك الظروف الطارئة حال غياب المجلس التشريعي المختص أصلا بذلك. من أجل ذلك نص الدستور في الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ على أنه: "إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون". وفي الفقرة الثانية على أنه: "ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما، ويعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر".

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

٣- "إن الأسباب التي استندت إليها الحكومة في التعجيل بإصدار القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في غيبة مجلس الشعب، تتمثل فيما أورده مذكرته الإيضاحية من "أن القانونين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاصة ببعض أحكام الأحوال الشخصية قد مضى على صدورهما قرابة خمسين عاما طرأ فيها على المجتمع كثير من التغيير المادي والأدبي التي انعكست آثارها على العلاقات الاجتماعية الأمر الذي حمل القضاة عبئا كبيرا في تخرج أحكام الحوادث التي تعرض عليهم، وقد كشف ذلك عن قصور في بعض أحكام القوانين القائمة مما دعا إلى البحث عن أحكام الأحوال التي استجبت في حياة المجتمع المصري وذلك في نطاق نصوص الشريعة دون مصادرة أي حق مقرر بدليل قطعي لأي فرد من أفراد الأسرة بل الهدف من المشروع هو تنظيم استعمال بعض هذه الحقوق".

لما كان ذلك، وكانت الأسباب سالفة البيان، وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الأحوال الشخصية بعد أن طال الأمد على العمل بها رغم ما استجد من تغييرات فى نواحى المجتمع وإن جاز أن تتدرج فى مجال البواعث والأهداف التى تدعو سلطة التشريع الأصلية إلى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لإصلاح مرتجى إلا أنه لا تتحقق به الضوابط المقررة فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من الدستور، ذلك أن تلك الأسباب - تنفيذ أنه لم يطرأ - خلال غيبة مجلس الشعب - ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - إذ صدر استنادا إلى هذه المادة، وعلى خلاف الأوضاع المقررة فيها، يكون مشوبا بمخالفة الدستور".

(القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٨٥/٥/٤)

٢- (أ) - "إن الدساتير المصرية المتعاقبة بدءا من دستور سنة ١٩٢٣ وانتهاء بالدستور القائم تفصح جميعها عن اعتناقها لنظرية الضرورة وتضمنها لأحكامها فى صلبها تمكيننا للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها من مواجهة أوضاع القاهرة أو ملحة تطرأ خلال هذه الفترة الزمنية وتلجئها إلى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير فى شأنها. ومن ثم يكون تدخلها بهذه التدابير وتطبيقها لها، مبررا بحالة الضرورة ومستندا إليها، وبالقدر الذى يكون متناسبا مع متطلباتها، وبوصفها تدابير من طبيعة استثنائية".

(طعن رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٢/٤/١٨)

(ب) - "إن سن القوانين هو مما تختص به السلطة التشريعية تباشره وفقا للدستور فى إطار وظيفتها الأصلية، ولئن كان الأصل أن تتولى السلطة التشريعية بنفسها مباشرة هذه الوظيفة التى أسندها الدستور لها، وأقامها عليها، إلا أن الدساتير المصرية جميعها، كان عليها أن توازن ما يقتضيه الفصل بين

السلطتين التشريعية والتنفيذية من تولى كل منهما لوظائفهما في المجال المحدد لها أصلاً، بضرورة المحافظة على كيان الدولة وإقرار النظام في ربوعها إزاء ما قد تواجهه - فيما بين أدوار انعقاد السلطة التشريعية أو حال غيابها - من مخاطر تلوح نذرها أو تشخص الأضرار التي تواكبها، يستوى في ذلك أن تكون هذه المخاطر من طبيعة مادية أو أن يكون قيامها مستندا إلى ضرورة تدخل الدولة بتنظيم تشريعي يكون لازماً لمواجهة التزاماتها الدولية الحالية، ولقد كان النهج الذي التزمته هذه الدساتير على اختلافها وعلى ضوء موجبات هذه الموازنة - هو تخويلها السلطة التنفيذية الاختصاص باتخاذ التدابير العاجلة اللازمة لمواجهة أوضاع استثنائية سواء بالنظر إلى طبيعتها أو مداها. وذلك في حالة الضرورة التي اعتبر الدستور قيامها من الشرائط التي تطلبها لمزاولة هذا الاختصاص الاستثنائي، ذلك أن الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية في هذا النطاق لا يعدو أن يكون استثناء من أصل قيام السلطة التشريعية على مهمتها الأصلية في المجال التشريعي. إذا كان ذلك، وكانت التدابير العاجلة التي تتخذها السلطة التنفيذية لمواجهة حالة الضرورة نابعة من متطلباتها، فإن انفكاكها عنها يقعها في حرمة المخالفة الدستورية، ذلك أن توافر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التي لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هي علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هي مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا للتحقق من قيامها في الحدود التي رسمها الدستور، ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية - وهي من طبيعة استثنائية - إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها، ولا عاصم من جموحها وانحرافها".

(طعن رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢)

(ج) - "النعي بانتفاء حالة الضرورة التي تسوغ إصدار القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة في الجمهورية العربية المتحدة مردود بأن البين من الاطلاع على المذكرة الإيضاحية لذلك التشريع، أن رئيس الجمهورية

أصدر القرار رقم ٨٨٤ بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٥٩ مقررًا بمقتضاه انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار فى الأشخاص واستغلال دعارة الغير الموقعة فى ليك سكس بتاريخ ٢١ مارس سنة ١٩٥٠، وكانت المادة الأولى منها تقرر موافقة الدول أطرافها على معاقبة أى شخص يقوم بقصد إشباع شهوة الغير بحمل شخص آخر أو ترغيبه أو تقديمه لأغراض الدعارة أو استغلال دعارته ولو كان ذلك بموافقته. كما تلزم الاتفاقية الدول أطرافها بالعمل على معاقبة كل من يفتح بيتًا للدعارة أو يديره أو يقوم بتمويله مع علمه بذلك. وكذلك كل من يؤجر بناء أو مكانًا أو جزءًا من بناء أو مكان يستأجره بقصد دعارة الغير إلى غير ذلك من الأعمال التى تعتبر شروعًا فى ارتكاب أى جريمة مما تقدم أو تعد من الأفعال التحضيرية لها.

لما كان ذلك، وكان انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى تلك الاتفاقية يجعلها طرفًا فيها ويلزمها بالعمل على تنفيذ أحكامها ومن بينها إلغاء الدعارة فى كل صورها باعتبار أن الدعارة وما يتبعها من شر الاتجار فى الأشخاص بقصد إشباع شهوات الغير تناقض كرامة الإنسان، وتعرض للخطر مصالح الفرد والأسرة والجماعة، وهو ما واجهته الاتفاقية بذهابها إلى حد إلزام الدول أطرافها بأن تعمل على اتخاذ التدابير التى من شأنها منع البغاء وضمان تأهيل ضحاياهم وإصلاحهم اجتماعيًا عن طريق الخدمات الاجتماعية والصحية والاقتصادية والتعليمية وغيرها من الخدمات المتصلة بها، وكذلك اتخاذ التدابير اللازمة لتنظيم دعاية مناسبة لتحذير الجمهور من مخاطر الاتجار بالأشخاص فى مجال الدعارة، فضلًا عن إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة بالقوانين واللوائح المعمول بها لديها فى شأن المسائل التى تنظمها الاتفاقية، وكذلك نصوص القوانين واللوائح الجديدة وكافة التدابير التى تتخذ لتنفيذ أحكامها.

إذ كان ذلك، وكان البغاء - عند انضمام الجمهورية العربية المتحدة إلى الاتفاقية السالف بيانها - محظورًا فى إقليمها الجنوبى ومنظمًا فى إقليمها الشمالى، وكان إنفاذ أحكام تلك الاتفاقية يقتضى تطبيقها على إقليمها لفرض

العقوبة الملائمة على الصور المختلفة للبغياء سواء في ذلك ما تعلق منها بالتحريض على البغياء أو المساعدة عليه أو استغلاله أو احترافه أو غير ذلك من أشكاله، فقد أصدر رئيس الجمهورية العربية المتحدة القرار بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ مؤكداً بالأحكام التي تضمنها ما يقتضيه النزول على الاتفاقية الدولية المشار إليها من اتخاذ التدابير التشريعية العاجلة التي تكفل إلغاء البغياء ومكافحته في إقليمى الجمهورية، وآية ذلك أن هذه الاتفاقية وإن كان لها قوة القانون عملاً بنص المادة ٥٦ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٥٨، والمادة ١٥١ من الدستور القائم، إلا أن أحكامها تحيل إلى القوانين والنظم في الدول أطرافها وتتطلب إقرار ما يكون لازماً منها لتفصيل الأحكام التي أجملتها الاتفاقية بمراعاة أغراضها كي تحدد على ضوءها جرائم الفجور والدعارة في أشكالها المختلفة، وتقرر كذلك عقوباتها، إلى غير ذلك من التدابير الاجتماعية والتعليمية والصحية التي تتصل بمكافحة البغياء في صورته المتعددة وتأهيل ضحاياه، بما لا يجوز معه القول بانقضاء حالة الضرورة التي تسوغ إصدار رئيس الجمهورية للقرار بقانون المطعون عليه، الأمر الذي يعتبر معه هذا الوجه من النعى على غير أساس".

(القضية رقم ١٣ لسنة ١١ قضائية "دستورية" جلسة ١٨/٤/١٩٩٢)

٢٧- رقابة المحكمة الدستورية على دستورية القوانين واللوائح:

تنص المادة (١٩) من الدستور الجديد (المعدل) سنة ٢٠١٤ على أن: "المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة قائمة بذاتها ... إلخ"، وتنص المادة (١٩٢) على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، إلخ".

وتنص المادة (١٩٥) على أن "تنشر في الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم.

وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار".

وتتنص المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا القائم على أن:
 "تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالى:

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن".

فهذه المادة رسمت للتصدى لعدم الدستورية طريقين هما:

الطريق الأول:

أن يتراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع، فإنها توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية.

ويتطلب هذا الطريق ما يأتى:

١- أن تكون هناك دعوى مرفوعة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى.

ويستوى أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهة القضاء العادى أو أمام جهة القضاء الإدارى أيا كانت درجة المحكمة التى تنتظر الدعوى، فيستوى أن تكون

المحكمة جزئية أو ابتدائية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض. ولا يقتصر الأمر على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم، بل تشمل تلك المرفوعة أمام الهيئات ذات الاختصاص القضائي، كاللجنة القضائية للإصلاح الزراعي، ولجان الفصل في منازعات التعويض وفي الجرائم الخاصة بقانون الري والصرف.

٢- أن يتراءى للمحكمة أو للهيئة ذات الاختصاص القضائي حال نظر الدعوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع. فالأمر قاصر على نص في قانون أو لائحة، ولكنه لا يمتد إلى وجود نص غير دستوري في قرار إداري فردي، أو لائحة صادرة من جهة غير إدارية.

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

(أ) - "وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا في مجال الرقابة على دستورية القوانين - وفقا لقانونها - يتحدد حصرا بالرقابة على دستورية القوانين بمعناها الموضوعي، أى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي سنتها السلطة التشريعية أو تلك التي تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحياتها التي ناطها الدستور بها، وأن تنحسر - وبالتالي - عما سواها".

(القضية رقم ١٤٣ لسنة ٢٥ قضائية "دستورية" جلسة ٤/٤/٢٠٠٤)

(ب) - "وحيث إنه يبين من النصين المتقدمين أن قرار مجلس جامعة الأزهر الذي يقتصر على تحديد أعداد المقبولين بالكلية المختلفة بجامعة الأزهر (سواء صدر من مجلس الجامعة أو من رئيس الجامعة بالتفويض) لا يعدو أن يكون قرارا تنفيذيا يصدر على هدى عناصر وأوضاع تختلف من كلية إلى أخرى، ومن عام إلى آخر، يتعلق بعضها بإمكانيات كل كلية والميزانية المعتمدة لها وظروف الدراسة بها، ولا يتضمن بالتالي أية شروط أو قواعد

تنظيمية عامة تسبغ عليه وصف القرار اللائحي (التشريع الفرعى) الذى تختص هذه المحكمة بالرقابة على دستوريته.

وحيث إنه ترتيباً على ما سلف فإن قرار السيد الدكتور رئيس جامعة الأزهر محل الطعن المائل يخرج عن مجال رقابة الدستورية التى تستنهض ولاية هذه المحكمة للفصل فيها بما يتعين معه الحكم بعدم الاختصاص".

(القضية رقم ٢٤٠ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

(ج) - "وحيث إن الاختصاص المنفرد والمعهود به إلى المحكمة الدستورية العليا فى مجال الرقابة على دستورية القوانين - وفقاً لقانونها - يتحدد حصراً بالرقابة على دستورية القوانين بمعناها الموضوعى، أى النصوص القانونية التى تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التى سنتها السلطة التشريعية أو تلك التى تضمنتها التشريعات الفرعية التى تصدرها السلطة التنفيذية فى حدود صلاحياتها التى ناطها الدستور بها وأن تتحسر - بالتالى - عما سواها.

وحيث إن المادة الأولى من قانون إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، تقضى بأنه يقصد بقطاع الأعمال العام، الشركات القابضة والشركات التابعة لها الخاضعة لأحكام هذا القانون، وتتخذ هذه الشركات بنوعيتها شكل الشركات المساهمة، ويسرى عليها - فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى ذلك القانون، وبما لا يتعارض مع أحكامه - نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، ولا تسرى أحكام قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ على الشركات المشار إليها، وعملاً بنص المادة الثانية من قانون الإصدار لحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التى تشرف عليها هذه الهيئات، وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، ودون

حاجة إلى أى إجراء آخر، وبمقتضى نص المادة الأولى من قانون شركات قطاع الأعمال العام تعتبر الشركات القابضة من أشخاص القانون الخاص وتتخذ الشركة القابضة - وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (١٦) من هذا القانون - شكل الشركات المساهمة، وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها بالسجل التجارى.

وحيث إنه من المقرر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا، أن كل لائحة يتحدد تكييفها القانونى بمجال سريانها، فكلما كان هذا المجال متصلاً بنطاق القانون الخاص انحسرت الصفة الإدارية عنها، ولو كانت الجهة التى أصدرتها من أشخاص القانون العام، فلا تعتبر تشريعاً بالمعنى الموضوعى مما تمتد إليه الرقابة القضائية التى تباشرها هذه المحكمة فى شأن الشرعية الدستورية.

وحيث إنه متى كان ما تقدم، وكانت الشركة العامة للأعمال الهندسية تعتبر شركة مساهمة تتولى العمل فى نطاق أغراضها، وعلى ضوء الوسائل التى تنتهجها فى إدارة شئونها وفقاً لقواعد القانون الخاص التى تحكم علاقتها بالعاملين فيها وبالعامة، وكان النص الطعين قد ورد بلائحة نظام العاملين بالشركة المذكورة، فإن إصدارها بقرار من وزير قطاع الأعمال العام لا يغير من طبيعتها، ولا يدخلها فى دائرة التشريع الموضوعى الذى تختص المحكمة الدستورية العليا بالرقابة الدستورية عليها، مما يتعين معه القضاء بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى الماثلة".

(طعن رقم ٢٣٤ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" جلسة ٦ يونية سنة ٢٠٠٤)

(د) - "وحيث إن الدستور قد عهد - بنص المادة (١٧٥) - إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه المبين فى القانون، وبناء على هذا التفويض أصدر المشرع قانون هذه المحكمة مبيناً اختصاصاتها. محددًا ما يدخل فى ولايتها حصراً، مستبعداً من مهامها ما لا يندرج تحتها، فحولها اختصاصاً منفرداً بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح، مانعاً أى جهة من مزاحمتها فيه مفصلاً طرائق هذه

الرقابة وكيفيةها، وذلك ضماناً منه لمركزية الرقابة على المشروعية الدستورية، وتأميناً لاتساق ضوابطها وتناغم معاييرها، وصولاً من بعد إلى بناء الوحدة العضوية لأحكام الدستور، بما يكفل تكاملها وتجانسها، مؤكداً أن اختصاص هذه المحكمة - في مجال مباشرتها الرقابة القضائية على دستورية التشريع - ينحصر في النصوص التشريعية أي كان موضعها أو نطاق تطبيقها أو الجهة التي أقرتها أو أصدرتها. فلا تنبسط ولايتها في شأن الرقابة القضائية على دستورية التشريع، إلا على القانون بمعناه الموضوعي باعتباره منصرفاً إلى النصوص القانونية التي تتولد عنها مراكز عامة مجردة، سواء وردت هذه النصوص بالتشريعات الأصلية التي أقرتها السلطة التشريعية، أم تضمنتها التشريعات الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية في حدود صلاحيتها التي ناطها الدستور بها، وأن تنقبض تلك الرقابة - بالتالي - عما سواها.

وحيث إن قانون صناديق التأمين الخاصة بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٥، يقضى في المادة (١) منه بأنه يقصد بصندوق التأمين الخاص كل نظام في أي جمعية أو نقابة أو هيئة من أفراد تربطهم مهنة أو عمل واحد، أو أية صلة اجتماعية أخرى، تتألف بغير رأس المال، ويكون الغرض منها وفقاً لنظامه الأساسي أن تؤدي إلى أعضائه أو المستفيدين منه تعويضات أو مزايا مالية، أو مرتبات دورية أو معاشات محددة في حالات بعينها. وقد أخضع القانون تلك الصناديق لإشراف ورقابة المؤسسة المصرية العامة للتأمين - التي حلت محلها الهيئة المصرية العامة للتأمين ثم الهيئة المصرية للرقابة على التأمين - وأوجب تسجيلها بمجرد إنشائها وفقاً للقواعد أو الإجراءات التي رسمها، وكذا اعتماد وتسجيل أي تعديل يطرأ على نظامها، وترك أمر تصريف شئونها وإدارة أموالها لجمعيتها العمومية ومجلس إدارتها وفقاً لنظامها الأساسي، وإعمالاً لذلك صدر قرار الهيئة المصرية للرقابة على التأمين رقم ٢١٥ لسنة ١٩٨٣ بتسجيل صندوق التأمين الخاص بالعاملين بمصر للطيران من غير أفراد أطقم القيادة (طيارون / مهندسون جويون وأفراد الضيافة الجوية). لما كان ذلك، وكان

النظام الأساسى لهذا الصندوق الذى يتضمن الفقرة (أ) من المادة (٣) المطعون فيها لا يعدو أن يكون تنظيمًا اتفاقياً خاصاً بين أعضائه بقصد تحقيق الرعاية لهم ولأسرهم صحياً واجتماعياً - دون أن يغير من ذلك صدور قرار من الهيئة المصرية للرقابة على التأمين بتسجيل الصندوق المشار إليه، بحسبان أن هذا الإجراء لا يستهدف سوى إخضاع أعمال الصندوق لرقابة الهيئة المشار إليها بغير مساس بالطبيعة الخاصة له - ومن ثم فإن النظام الأساسى المذكور لا يعد من التشريعات التى تختص هذه المحكمة بإعمال رقابتها الدستورية عليها، الأمر الذى يتعين معه القضاء بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى الماثلة".

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٥ قضائية "دستوية" جلسة ٦ يونية سنة ٢٠٠٤)

٣- يجب أن يكون هذا النص لازماً للفصل فى الدعوى، فإذا كان يمكن الفصل فى الدعوى دون تطبيق هذا النص فلا يجوز للمحكمة أن توقف الدعوى.

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ أبريل سنة ٢٠٠٤ فى

القضية رقم ٢٧٨ لسنة ٢٤ قضائية "دستورية" بأن :

"حيث إن الوقائع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى عليها الخامسة كانت قد أقامت الدعوى رقم ٣ لسنة ٢٠٠٢ ضد المدعى أمام محكمة القنطرة غرب الجزئية للأحوال الشخصية، بطلب الحكم بفرض نفقة مؤقتة لها ولولدها منه، وبفرض وتقرير نفقة زوجية لها بأنواعها الثلاثة وببدل فرش وغطاء من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليها منذ بداية شهر يناير سنة ٢٠٠١ وبفرض وتقرير نفقة بأنواعها الثلاثة وببدل وفرش وغطاء وأجر خادم ولولدها منه من تاريخ امتناعه سالف الذكر. وقالت بيانا لدعواها أنها تزوجت من المدعى بصحيح العقد الشرعى المؤرخ ١٩٩٥/٥/١١، ورزقت منه بولدهما الذى يبلغ من العمر ست سنوات، ومازالت فى عصمته وطاعته، إلا أنه تركها منذ شهر يناير سنة ٢٠٠١، بلا نفقة دون مبرر شرعى رغم قدرته ويساره. حكمت المحكمة بجلسة ٢٩/٦/٢٠٠٢ بإلزام المدعى بأن

يؤدى لزوجته مبلغ (٢٥٠) جنيهاً نفقة بأنواعها المطلوبة، وبفرض مبلغ (١٢٠) جنيهاً لابنها منه بأنواعها شهرياً اعتباراً من ١/١/٢٠٠١. استأنف المدعى هذا الحكم بالاستئناف رقم ٤٥٦ لسنة ٢٠٠٢ أمام محكمة الإسماعيلية الابتدائية للأحوال الشخصية، كما استأنفته المدعى عليها الخامسة بالاستئناف رقم ٥٠١ لسنة ٢٠٠٢ لدى ذات المحكمة، وأثناء تداول الاستئناف دفع المدعى بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وإذ قدرت المحكمة جدية هذا الدفع وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية، فقد أقام دعواه الماثلة.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المار ذكره تنص على أنه: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة".

وحيث إن المدعى ينعى على النص الطعين مخالفته للشرعية الإسلامية، لما تضمنه من التقيد بمذهب معين دون بقية المذاهب، الأمر الذى يؤدى إلى إغلاق باب الاجتهاد، بالرغم من وجوبه على أهل كل زمان.

وحيث إنه يبين مما تقدم أن مقصد المدعى من دعواه هو الطعن على ما ورد بالنص المذكور من أنه: "يعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة". لما كان ذلك، وكان من المقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة، يتغيا أن تفصل المحكمة الدستورية العليا فى الخصومة الدستورية من جوانبها العملية، وليس من معطياتها النظرية أو تصوراتها المجردة، ومن ثم فإن شرط المصلحة يحدد لتلك الخصومة نطاقها، فلا تندرج تحته إلا النصوص التشريعية التى يؤثر الحكم بصحتها أو بطلانها بصفة مباشرة على النزاع الموضوعى دون ما سواها.

وحيث إن الدعوى الموضوعية المرددة أمام المحكمة الاستئنافية تدور حول منازعة المدعى في التزامه بأداء نفقة زوجته وابنه فيما يجاوز السنة الهجرية، وفي تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهما، ثم مطالبته بتخفيض مقدار النفقة المحددة بقضاء محكمة الدرجة الأولى. متى كان ما تقدم، وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية تنص على أنه: "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها إليه ولو حكماً.... وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضى به الشرع... وتعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء... ولا تسمع النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى..." وتنص المادة (١٦) من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه: "تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسراً وعسراً على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفي بحاجتها الضرورية..." كما تنص المادة (١٨) مكرراً (ثانياً) من ذات المرسوم والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أنف البيان على أنه: "إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفى نفقتها وإلى أن يتم الابن الخامسة عشرة من عمره قادراً على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزاً عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه.

ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره وبما يكفل للأولاد العيش فى المستوى اللائق بأمثالهم.

وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم".

وحيث إنه يبين مما تقدم أن المشرع سن في المواد المار ذكرها قواعد تفصيلية محددة على سبيل الحصر، هي الواجبة التطبيق على ما يتعلق بنفقة الزوجة والأبناء في كافة جوانبها، وبما لا يستلزم الرجوع إلى الأرجح في مذهب الإمام أبي حنيفة، وبذلك يكون النص الطعين منبت الصلة بالنزاع الموضوعي، ومن ثم فإن قضاء هذه المحكمة في شأن دستوريته لن يكون ذا أثر على ذلك النزاع، وتكون الدعوى الدستورية قد أقيمت مفتقدة شرط المصلحة الشخصية المباشرة، مما يتعين معه القضاء بعدم قبولها".

٤- توقف المحكمة الدعوى في هذه الحالة دون طلب من أحد الخصوم، وعليها أن تحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية.

٥- يجب أن يتضمن الحكم الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، وإلا ترتب على مخالفة ذلك قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الدعوى.

٦- الحكم الصادر بوقف الدعوى قطعى يقبل الطعن فيه طبقاً للقواعد العامة.

الطريق الثانى:

أن يدفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة. ويستوى أن يكون مبدى الدفع هو المدعى أو المدعى عليه أو الطاعن أو المطعون ضده، أو أحد المتدخلين في الدعوى.

وهذا الدفع يجوز قبوله في أية حالة كانت عليها الدعوى. ويجب على المحكمة أن تقدر جدية هذا الدفع فإذا رأت أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن آثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ولكن لا يترتب على ذلك اعتبار النص القانوني - الذي أريد الطعن عليه بعدم الدستورية - دستوريا لزوماً، وإنما يجوز أثناء نظر الدعوى أن يبدى ذات الدفع من خصم آخر.

وإذا رأت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائي حال نظر الدعوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في الدعوى، وفي ذات الوقت دفع أحد الخصوم في الدعوى هو الآخر بعدم الدستورية، فإن المحكمة تكون بالخيار بين وقف الدعوى وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية وبين تأجيل نظرها مع تحديد ميعاد للخصم الذي أبدى دفعا بعدم الدستورية^(١).

وقضت المحكمة الإدارية العليا في ذلك بأن:

"المادة ٢٩ (أ)، (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا - للمحكمة إذا تراءى لها أثناء نظر الدعوى أن نص قانون أو لائحة لازماً للفصل فيها" غير دستوري" وكان أحد الخصوم في الدعوى قد دفع بعدم الدستورية - للمحكمة خيار بين أن توقف الدعوى وتحيل أوراقها إلى المحكمة الدستورية متى تراءى لها هي ذاتها عدم دستورية النص اللازم للفصل في الدعوى أو أن تؤجل نظر الدعوى وتحدد ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لمن أبدى هذا الدفع لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا".

(طعن رقم ٢٧٤٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٤)

٢٨- حق المحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات في القضاء بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة:

تنص المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن:

"يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أي نص في قانون أو في لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع

(١) المستشار شفيق إمام تشريعات الضرورة في غياب البرلمان دراسة مقارنة مايو ١٩٩٥

المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية".

فيؤخذ من هذا النص أن من حق المحكمة الدستورية العليا أن تتعرض من تلقاء نفسها للنظر في دستورية أى نص فى قانون أو لائحة دون حاجة إلى إحالة من محكمة الموضوع أو إقامة دعوى من ذوى الشأن بناء على قرار المحكمة ولكن يشترط لإعمال هذا الحق توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون نص القانون أو اللائحة قد عرض للمحكمة الدستورية العليا بمناسبة ممارسة اختصاصاتها.

وبناء على ذلك، فقد يعرض على المحكمة الدستورية العليا أمر الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى (وذلك إذا ما رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتدخل إحداها عنها م ٢٥ / ثانياً). فإذا وجدت المحكمة الدستورية العليا بمناسبة هذا الاختصاص أن النص القانونى أو اللائحة غير دستورى، فعليها أن تتعرض له من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن يطلب الخصوم منها ذلك.

وقد يعرض على المحكمة الدستورية العليا الفصل فى نزاع يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين (صادر أحدهما عن أى جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى والآخر من جهة أخرى منها (م ٢٥ / ثانياً)، فإذا تبين للمحكمة بمناسبة ممارسة هذا الاختصاص عدم دستورية النص القانونى أو اللائحة فلها أن تقضى بذلك.

وقد تقوم المحكمة الدستورية العليا بتفسير نص قانونى (طبقاً لاختصاصها الوارد بالمادة ٢٦ من القانون) ثم يتبين لها أن هذا النص غير دستورى، فعليها بدلاً من إجراء التفسير أن تقضى بعدم دستوريته، فليس من المعقول أو المقبول أن تتولى تفسير نص تبين لها أنه غير دستورى.

٢- أن يكون نص القانون أو اللائحة الذى عرض للمحكمة الدستورية العليا يتصل بالنزاع المطروح عليها، ومعنى ذلك أن هناك حداً للرقابة القضائية

للمحكمة على دستورية القوانين واللوائح، فهي لا تتصل بموضوع الدستورية إلا في حالة الإحالة أو الدفع أو حالة النص الذي عرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها وكان متصلاً بالنزاع المطروح أمامها، أى أن المحكمة لا تقوم بمهمة المراجعة الدستورية لكافة النصوص.

٣- أن المحكمة لا تقضى في موضوع دستورية النص الذي عرض لها إلا بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية وهى الإجراءات المنصوص عليها فى المواد ٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢ من قانون المحكمة.

٢٩- الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام:

الدفع بعدم دستورية القوانين واللوائح مما لا يتعلق بالنظام العام، وينبنى على ذلك أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض بل يجب طرحه على محكمة الموضوع.

وهذا لا يمنع من أن تتصدى محكمة النقض من تلقاء نفسها- كما ذكرنا سلفاً - لعدم دستورية النص عملاً بالفقرة الأولى (أ) من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع بعدم دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يثر هذا الدفع أمام محكمة الموضوع فإنه لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٦)

٢- "الدفع بعدم دستورية القوانين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - غير متعلق بالنظام العام ومن ثم لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض. ... الخ".

(طعن رقم ٢٣٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٩)

أثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص في تشريع أو لائحة:

٣٠- أولاً: قبل تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨:

تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا - قبل تعديلها بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ - على أن: "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم.

فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه".

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون عن النص المذكور:

"وتناول القانون أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة للوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم.

أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقاً بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن حتى ولو كانت أحكاماً باتة".

وواضح أن المادة ٤٩ أعملت الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاطها حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة في أمور تمس الحريات الشخصية^(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- "الأصل في الأحكام القضائية، أنها كاشفة وليست منشئة، إذ هي لا تستحدث جديدا ولا تنشئ مراكز أو أوضاعا لم تكن موجودة من قبل، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده إلى مفهومه الصحيح الذى يلزمه منذ صدوره الأمر الذى يستتبع أن يكون للحكم بعدم الدستورية أثر رجعى كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة، بيانا لوجه الصواب فى دستورية النص التشريعى المطعون عليه منذ صدوره، وما إذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفى حدوده المقررة شكلا وموضوعا، فتتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب إلى يوم صدوره. وفضلا عن ذلك فإن المشرع حين أجاز فى قانون المحكمة الدستورية العليا إثارة المسألة الدستورية أثناء نظر إحدى الدعاوى أمام أى من جهات القضاء، إما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك فى عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل فى المسألة المثارة إنما كان يبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم فى المنازعات الموضوعية التى أثير فيها الدفع الدستورى فيما لو قضى بعدم الدستورية وهى منازعات تدور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية، فإذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعى، لأصبح لزاما على قاضى الموضوع- الذى أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك فى عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته

(١) الدكتور عبد الغنى بسيونى النظم السياسية والقانون الدستورى سنة ١٩٩٧ ص ٨٢٠.

ما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية، مما يجعل الحق فى التقاضى - وهو من الحقوق العامة التى كفلها الدستور فى المادة (٦٨) منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومجردا من مضمونه، الأمر الذى ينبغى تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه. وبالإضافة إلى ذلك فإن النص فى المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية، هو خطاب تشريعى موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه، ولما كان قاضى الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعى فإنه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل، وذلك يؤكد قصد المشرع فى تقرير الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت فى ظل القانون الذى قضى بعدم دستوريته. وقد أعملت المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على إطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية إلى حد إسقاط حجية الأمر المقضى لتعلقها بالإدانة فى أمور تمس الحريات الشخصية. أما فى المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانونى آخر ترتكن إليه ويحد من إطلاقه الرجعية عليها، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى تعليقها على نص المادة (٤٩) منه، حيث جاء بها أن القانون تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم، وهو نص ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم

حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم، أما إذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي فإن جميع الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكاما باتة".

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩١/٥/١٩)

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا - أخيرا - على أن الأحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا تسرى بأثر رجعي على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعي، الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم بات.

(القضية رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٢/١١/١٤)

وهذا ما يخالف ما ذهب إليه الحكم السابق وأحكام أخرى كثيرة من أن الاستثناء من الأثر الرجعي يشمل الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم بات، أو بانقضاء مدة تقادم.

ولعل قصر الاستثناء على الحكم البات فقط يعزى إلى أن التقادم ليس من النظام العام، فإذا تم التمسك به فإنه يجب أن يصدر به حكم بات أيضا.

٣١- ثانيا : بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ :

صدر القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا (الجريدة الرسمية العدد ٤٨ مكرر(ب) فى ١٢ يولية سنة ١٩٩٨) وعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره (م٢). ونصت مادته الأولى على أن يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص التالى:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو فى لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص".

وواضع من هذا التعديل أنه أبقي على صدر الفقرة الثالثة من المادة الذى تجرى على أن:

"ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم"، وهو النص الذى جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى ظله على وجود الأثر الرجعى للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ومن ثم يظل الأصل بعد التعديل أيضا أن يكون لهذه الأحكام أثر رجعى، وإنما يرد على هذا الأصل استثناءان هما:

الأول: أنه يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لسريان الحكم، أى تقرر أثرا غير رجعى لحكمها. والثانى: أنه يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبى أثرا مباشرا دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية النص بأثر رجعى^(١).

وهذا التعديل يسرى على الأحكام الصادرة بعد العمل به.

وتطبيقا للتعديل سالف الذكر قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٤ نوفمبر سنة ٢٠٠٢ فى الطعن رقم ٧ لسنة ١٨ قضائية "دستورية" بأن:

"حيث إن مقتضى حكم المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، هو عدم تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته على الوقائع اللاحقة لليوم التالى لتاريخ نشر الحكم الصادر بذلك، وكذلك على الوقائع السابقة على هذا النشر إلا ما استقر من حقوق ومراكز صدرت بشأنها أحكام حازت قوة الأمر المقضى، أو إذا حدد الحكم الصادر بعدم الدستورية تاريخاً آخر لسريانه، لما كان ذلك وكان إعمال الأثر الرجعى للحكم بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وعلى ما انتهت إليه المحكمة فى هذه الأسباب، مؤداه إحداث خللة اجتماعية

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون - بيان السيد المستشار وزير العدل بمجلس الشعب حال عرض القرار بقانون على المجلس - مضبطة الجلسة الثامنة (٥ ديسمبر ١٩٩٨ ص ١٣ وما بعدها - نقض طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٦/١٠/١٩٩٨).

واقتصادية مفاجئة، تصيب فئات عريضة من القاطنين بوحداث سكنية تساندوا في إقامتهم بها إلى حكم هذا النص قبل القضاء بعدم دستوريته، وهي خلخلة تتال من الأسرة في أهم مقومات وجودها المادى، وهو المأوى الذى يجمعها وتستظل به، بما تترتب عليه آثار اجتماعية تهز مبدأ التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع وفقا لما نصت عليه المادة السابعة من الدستور، إذ كان ذلك فإن المحكمة ترى أعمال الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة (٤٩) من قانونها، وتحدد لسريان هذا الحكم تاريخا آخر هو اليوم التالى لنشره، بما مؤداه أن جميع العقود التى أبرمت قبل هذا إعمالا لحكم الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وتنزل مزلتها الوقائع التى تترتب عليها قيام التزم على المؤجر بتحرير عقود إيجار، فتعد قائمة حكما - حيث كان يجب تحريرها - وتظل قائمة ومنتجة لكافة آثارها القانونية وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٩) المشار إليها".

٣٢- الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا :

الأصل فى حجية الأحكام بوجه عام، أن الحكم لا يحوز حجية الأمر المقضى إلا إذا اتحد الموضوع والخصوم والسبب فى الدعوى التى سبق الفصل فيها والدعوى المطروحة، وهو ما يعرف بالحجية النسبية للأحكام والتى لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هي:

١- وحدة الخصوم.

٢- وحدة الموضوع. وحدة السبب (م ١٠١ من قانون الإثبات).

إلا أن القانون يعرف نوعا آخر من الحجية للأحكام هي الحجية المطلقة أو الحجية العينية وهى التى يكتسبها الحكم الصادر من القضاء الإدارى بإلغاء القرارات الإدارية، والأحكام الصادرة من المحاكم الدستورية بعدم دستورية قانون أو لائحة.

وبالنسبة للحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فقد نصت المادة (١٩٥) من الدستور على أن "تتشر فى الجريدة الرسمية الأحكام والقرارات

الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة، وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم.

وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من آثار". وتنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ القائم الآن (والمستبدلة بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨).

على أنه: "أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة".

وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها.

ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم مالم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص". والأساس الذي تقوم عليه الحجية المطلقة للأحكام الدستورية، أن الخصومة في الدعوى الدستورية هي خصومة عينية توجه إلى النص المطعون بعدم دستوريته، فالدعوى الدستورية هي مخاصمة للقانون ذاته، فإذا اقتصر الاحتجاج بالحكم القاضي بعدم دستورية النص على من كان طرفا في الخصومة، وفقا لقاعدة الحجية النسبية للأحكام، وظل النص غير الدستوري قائما بالنسبة إلى غيرهم فإن ذلك سوف ينطوى على إهدار لمبدأ دستوري هو المساواة أمام القانون^(١).

وفي هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

١- ".... وكان مقتضى أحكام المادتين ٤٨، ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً في المسألة المقضى فيها، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد، ومن ثم فإن الدعوى الراهنة تغدو غير مقبولة".

(القضية رقم ٤٦ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

٢- "وحيث إن هذه المحكمة سبق أن حسمت المسألة الدستورية المثارة في هذه الدعوى بحكمها الصادر بجلسة ١٥/٥/١٩٩٣ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية "دستورية" والقاضى برفض تلك الدعوى، وقد نشر هذا الحكم بالجريدة الرسمية بالعدد رقم (٢٢ تابع) بتاريخ ٥/٦/١٩٩٣، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨، ٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، أن يكون لقضاء هذه المحكمة فى الدعاوى الدستورية حجية مطلقة فى مواجهة كافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة، باعتباره قولاً فصلاً فى المسألة المقضى فيها، وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، فإن الدعوى الراهنة تكون غير مقبولة".

(القضية رقم ٨٢ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" جلسة ٢٠٠٤/٤/٤)

٣٣- أثر تدرج التشريع :

يترتب على قاعدة تدرج التشريع المفاضلة بين أنواع التشريع المختلفة عند تطبيقه على واقعة النزاع وتكون هذه المفاضلة كالاتى:

١- الدستور:

الدستور هو القانون الأعلى صاحب الصدارة على غيره من التشريعات، فإن وجد فى الدستور نص فى حالة معينة تعين تطبيق هذا النص، ولو كان

بالقانون أو اللائحة نص مخالف وقد رأينا أن كافة التشريعات الأخرى وهى القوانين واللوائح يجب ألا تتضمن ما ينطوى على مخالفة لأحكام الدستور، وإلا جاز الطعن بعدم دستورية النص الوارد بالقانون أو اللائحة على نحو ما سلف.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الدستور هو القانون الوضعى الرسمى صاحب الصدارة وعلى ما دونه من التشريعات النزول عند أحكامه فإذا ما تعارضت هذه وتلك وجب التزام أحكام الدستور وإهدار ما سواها، والتشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فإذا ما أورد الدستور نصا صالحا بذاته للإعمال بغير حاجة إلى سبق تشريع أدنى لزم إعمال هذا النص من يوم العمل به ويعتبر الحكم المخالف له فى هذه الحالة قد فسخ ضمنا بقوة الدستور نفسه".

(طعن رقم ١٦٣٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٣/٣/١٩٨٠)

وأحكام الدستور تسرى على الوقائع اللاحقة للعمل به، ولا شأن لها بالوقائع السابقة الذى تظل محكومة بالقوانين واللوائح السابقة ما لم يتضمن الدستور النص على الأثر الرجعى.

في هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "ما نصت عليه المادة ١٩١ من الدستور من أن: "كل ما قرره القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا وناظرا، ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور" فحكمه لا ينصرف بداهة إلا إلى التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته، بغير حاجة إلى تدخل من المشرع".

(طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٥/٢/١٩٧٩)

٢- القانون:

القانون يلى الدستور فى المرتبة مباشرة.

وعلى ذلك إذا خلا الدستور من نص فى مسألة معينة، فإنه يطبق حكم القانون.

وقد رأينا سلفا أنه إذا تضمن القانون نصا يخالف مادة فى الدستور، كان القانون غير دستورى. ويجوز الطعن بعدم دستوريته بإحدى الطريقتين اللذين عرضنا لهما فيما سلف.

٣- اللائحة:

اللائحة هى أدنى مراتب التشريع وتلى القانون مباشرة. وقد ذكرنا سلفا أنه لا يجوز أن تتضمن اللائحة ما يخالف نصا فى القانون، وإلا كانت اللائحة غير شرعية. ويتعين على المحاكم بكافة درجاتها الامتناع عن تطبيق النص المخالف.

أما إذا خالفت اللائحة نصا فى الدستور فإن سبيل إهدار هذا النص يكون بالطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية العليا بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا.

٣٤- القواعد القانونية الآمرة والقواعد المقررة:

تنقسم القواعد القانونية - أيا كان مصدرها سواء كان التشريع أو العرف أو غيرهما - من حيث قوتها الملزمة إلى قواعد آمرة وقواعد مقررة. والقواعد الآمرة يقصد بها تلك القواعد التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها. وإذن فوصفها بأنها آمرة لا يفيد أنها تأمر أو تنهى، فكل القواعد القانونية تأمر أو تنهى ولا تنصح أو تستحسن، وإنما يفيد أن حكمها لا يمكن تحاشيه أو الفكاك منه.

والقواعد الآمرة تثبت لها تلك القوة التى لا تسمح بالاتفاق على ما يخالفها، لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا فى تنظيم نشاط معين على وجه خاص. فهى تعد

قيدا مفروضا على إرادة الأفراد وحدا لازما لحريتهم فى مسائل معينة وتنظم فى مجموعها دائرة النشاط الذى يخضع فيه الأفراد لسلطان القانون.

على أن عدم الاعتداد بإرادة الأفراد إنما ينحصر فى حالة ما إذا اتجهت إلى استبعاد الحكم المقرر فى القاعدة. ومن ثم يحدث أن يكون لإرادتهم الشأن الأول فى وضع أنفسهم فى نطاق فرض القاعدة، بحيث إذا لم يريدوا ذلك لما تحقق الفرض وبالتالي لما تحقق الحكم. ومن هنا يمكن القول بأن الفرض فى القاعدة الأمرة قد يكون أمرا إراديا، وقد يقوم بصرف النظر عن أية إرادة. أما الحكم فيصرف فيه النظر عن الإرادة دائما.

فمثلا هناك قواعد أمرة تنظم آثار الزواج كأن لا يجمع الزوج المسلم بين أكثر من أربع زوجات. وهذا التنظيم يطلق عليه النظام القانونى للزواج وقواعده شأنها شأن أية قاعدة أخرى، تتكون من فرض وحكم. أما الفرض فهو وصف الزوج أو الزوجة.

وأما الحكم فهو ما يترتب على هذا الوصف من آثار، ومنها إنفاق الزوج على زوجته.

وفى هذا النطاق يكون الأفراد أحرارا فى أن يتصفوا بهذا الوصف أولا يتصفوا أحرارا فى أن يتزوجوا أو لا يتزوجوا، فإذا لم يتزوجوا لا يطبق الحكم لعدم استناده على فرض. أما إذا تزوجوا فإن سلطان إرادتهم يقف عند هذا الحد، وتترتب الأحكام كما يضعها القانون وليس كما يتفقون عليها، ولو اتفقوا كان اتفاقهم باطلا. فإذا اتفق الزوجان على أن تزوج الزوجة برجل آخر بالرغم من ارتباطها بالزواج الأول أو على أن يكون للزوجة عشيق كان الاتفاق باطلا.

وكذلك الشأن بالنسبة للقاعدة التى تحرم القتل. فالقتل العمد يكون معقودا بإرادة الشخص، إن شأن امتنع فلا يترتب الحكم وهو العقوبة، وإن شاء قتل فتطبق عليه العقوبة المقررة ومتى قتل طبق الحكم.

أما القاعدة التي تقرر أن كل من يبلغ سنا معيناً يؤدي الخدمة العسكرية، فالفرض فيها غير إرادي وحكمها لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه. فالشخص الذي يبلغ هذه السن فهو يبلغه دون أى سعى إرادي من جانبه، فهو قانون من قوانين الطبيعة، ومتى بلغها أدى شخصياً الخدمة ولا يمكن أن يتفق على أن ينوب عنه شخص آخر.

أما القواعد المقررة، فهي القواعد غير الآمرة على النحو المتقدم، أو تلك التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها. فلا تمثل إرادة المجتمع العليا، بل تمثل إرادة المتعاقدين المفترضة، لأنها تتعلق بالنشاط الحر للأفراد. وحكمة وجودها أنها تسهل الحياة القانونية للأفراد عن طريق وضع أيسر الحلول.

إذ دلت الوقائع في العمل على أن الأفراد لا يتناولون بالتنظيم كل دقائق علاقاتهم وتفصيلاتها، وإنما يقتصرون على تنظيم المهم منها ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة، منها عدم الخبرة التي تمكنهم من حصر كافة التفصيلات وتنظيمها، ومنها ضيق الوقت أو قصور المجهود عن هذا الحصر، ومنها أخيراً عدم إدراك أن جزئية معينة تؤدي فيما بعد إلى الخلاف، فلا يقطعونه بالاتفاق سلفاً. ولما كانت مهمة القانون تنظيم الحياة في الجماعة وجب أن يهتم بما دلت الوقائع على إهمال الأفراد له وأن يضع التنظيم المناسب حتى إذا ثارت منازعة بمناسبة جزئية من الجزئيات طبق هذا التنظيم.

وهذا الذي درج عليه القانون إنما يقوم على افتراض أن الأفراد لم يضعوا تنظيمًا معينًا. أما إذا وضعه الأفراد، فإن كان تنظيمهم يتفق مع تنظيم القانون كان بها، وإن كان يخرج عنها فضل تنظيمهم وكانت له أولوية التطبيق.

ومثل ذلك أن يتفق البائع والمشتري على المبيع والثمن، دون أن يحددا ميعاد دفع الثمن وتسليم المبيع ولا المكان الذي كان يجب أن يتم فيه ذلك، فتسرى عليها نصوص التقنين المدني التي تجعل وفاء الثمن وتسليم المبيع

مستحقين فور العقد وتقضى بأن يكون وفاء الثمن فى مكان تسليم المبيع (المادة ٤٥٦ مدنى)^(١).

ويطلق البعض على القواعد المقررة القواعد المفسرة أو القواعد المكملة.

٣٥- معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة:

استقر الفقه على أنه يمكن إجراء التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة بالاستناد على أحد معيارين أو عليهما معا، المعيار الأول شكلى ولفظى والمعيار الثانى معيار معنوى.

ونعرض للمعيارين تفصيلا فيما يلى:

أولا: المعيار الشكلى:

هو معيار يستند إلى عبارة النص القانونى ذاته، ويمكن التعويل على هذا المعيار باتباع إحدى طرق ثلاثة:

الأولى : أن تتضمن كل قاعدة قانونية نصا صريحا على جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على عدم جوازه.

والثانية: أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية أمرة، مالم ينص فيها على جواز الاتفاق على مخالفتها فتكون مقررة.

والثالثة: أن يعتبر الأصل أن القواعد القانونية مقررة، ما لم تتضمن النص على بطلان كل اتفاق يخالفها.

وقد اشتمل القانون المصرى على قواعد كثيرة تضمنت نصوصا صريحة فى بطلان الاتفاق على ما يخالفها أوفى جواز مثل هذا الاتفاق. فالأمر بالنسبة إلى هذه القواعد ظاهر ولا يحتاج إلى عناء، إذ هى فى الحالة الأولى قواعد أمرة وفى الثانية مقررة^(٢).

(١) سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ص ٩١ وما بعدها - الدكتور أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الأول نظرية القاعدة القانونية ١٩٧٤ ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس ص ١٦ وما بعدها.

ومن أمثلة القواعد الآمرة طبقاً لهذا المعيار ما يأتي :

- ١- ما تقضى به المادة (٤٨) مدنى من أنه:
"ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها" فتتضمن هذه القاعدة حكماً آمراً هو عدم جواز النزول عن الأهلية أو التعديل فى أحكامها وبطلان كل اتفاق مخالف.
- ٢- ما تنص عليه المادة ٢٢٧ مدنى من تحريم الاتفاق على فوائد تزيد على ٧% سنوياً، وبأنه إذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب خفضها إلى ٧% ورد ما دفع زائداً على هذا القدر.
- ٣- ما تنص عليه المادة ١٣١ فقرة ثانية مدنى على أن: "التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه". وكذلك ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ فقرة ثانية مدنى من أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل وما تنص عليه المادة ٤٩٢ من أن تقع هبة الأموال المستقبلية باطلاً.
- ٤- ما تنص عليه المادة ٤٦٥ مدنى من تحريم بيع الوفاء، واعتبار الاتفاق على احتفاظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة باطلاً.

ومن أمثلة القواعد المقررة طبقاً لهذا المعيار ما يأتي :

- ١- ما تنص عليه المادة ٢٢٦ مدنى عن إلزام المدين بأن يدفع للدائن فوائد تأخير قدرها ٤% فى المسائل المدنية أو ٥% فى المسائل التجارية، وعلى سريان هذه الفوائد من وقت المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها.
- ٢- ما تقضى به المادة ٣٤٨ مدنى من أن تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.
- ٣- ما تقضى به المادة ٤٦٢ مدنى من أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

٤- ما تقضى به المادة ٥٨٢ مدنى من أن يلتزم المؤجر بإجراء الترميمات التأجيرية التى يقضى بها العرف، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك. غير أن القانون المصرى لم يلتزم هذه الخطة فى الأغلبية الكبرى من القواعد القانونية، ولا هو اتباع فيها أى خطة من الخطط التى تعتمد على المعيار اللفظى، وإنما لجأ إلى معيار معنوى.

ثانياً: المعيار المعنوى:

قد لا يفصح المشرع فى صياغته اللفظية للقاعدة القانونية عن نوعية هذه القاعدة وما إذا كانت أمرة أو مكملة، عندئذ تبدو الصعوبة فى التعرف على هذه النوعية.

وقد استقر الفقه والقضاء على اللجوء إلى معيار معنوى أو موضوعى للتعرف على نوعية القاعدة القانونية، هذا المعيار هو مدى اتصال القاعدة القانونية بفكرة النظام العام والآداب، فتعتبر القاعدة القانونية قاعدة أمرة إذا تعلقت بالنظام العام أو الآداب، وعلى العكس تعد القاعدة القانونية مكملة إذا لم تتعلق بالنظام العام أو الآداب. فاتصال أو تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام أو الآداب يجعل من المستحيل اتفاق الأفراد على عكس تلك القاعدة. أما القواعد الأخرى غير المتعلقة بالنظام العام أو الآداب فلا زال لسلطان الأفراد مجاله فى هذا الشأن حيث يمكن الاتفاق على عكس حكمها.

ويلاحظ أن المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى تقضى بأن "كل اتفاق خاص مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب يكون باطلاً ولا يعمل به". فالمشرع الفرنسى قد أخذ إذن بمعيار النظام العام والآداب. وقد تابعه فى ذلك المشرع المصرى فى ظل التقنيات القديمة، حيث نقل - عن المشرع الفرنسى - هذا فى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (المادة ٢٨ من اللائحة) الصادرة فى عام ١٨٨٢، والتى حل محلها قانون نظام القضاء الصادر فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٩، ثم جاء المشرع فى القانون المدنى الجديد (الحالى)

وقضى في المادة (١٣٥) بأنه: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". كما قضى في المادة (١٣٦) بأنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام والآداب، كان العقد باطلا". ومعنى ذلك أنه يجب الرجوع دائما إلى فكرة النظام العام والآداب للتعرف على نوعية القاعدة القانونية من حيث كونها أمرة أو مكملة في حالة عدم إفصاح المشرع عن تحديد هذه النوعية^(١).

٣٦- المقصود بالنظام العام:

النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية، أي مجموعة القواعد التي تهم المجتمع أكثر ما تهم الأفراد. فتحرير التعامل مع دولة معادية يتصل بالنظام السياسي للدولة، وتحرير زراعة التبغ في مصر يتصل بالنظام الاقتصادي للدولة وتحديد الحد الأدنى للأجور يتصل بالنظام الاجتماعي للدولة. وفكرة النظام العام تتميز بأنها مرنة تتغير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمن في الدولة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها بانفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة".

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

ومن طليعة القواعد المتعلقة بالنظام العام، قواعد قانون العقوبات التي ترسي دعامة الأمن في المجتمع. فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة

(١) رمضان أبو السعود ص ٢١٦ وما بعدها.

أو على عدم ارتكاب جريمة لقاء أجر معلوم، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم.

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة، وهى التى تنص عليها الدساتير عادة، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب والترشيح. فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها.

وكذلك يعتبر عادة من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى (م ١٠٩ مرافعات) ولذلك لا يجوز الاتفاق على رفع دعوى من اختصاص جهة قضائية معينة أمام محاكم جهة قضائية أخرى، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص القضاء الإدارى أمام محاكم القضاء العادى. ولا يجوز كذلك - حتى داخل نفس الجهة القضائية - الاتفاق على رفع دعوى تدخل نوعيا أو قيميا فى اختصاص محكمة معينة أمام محكمة أخرى، كالاتفاق على رفع دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أمام المحكمة الجزئية.

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الأسرة بالنظام العام لأن الأسرة هى الخلية الأولى للمجتمع فتكون القواعد التى تحكمها فى مقدمة الأسس التى يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها. فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر. فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التى يوجبها القانون بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين ذوى الأرحام. ولا يجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه فى طلاق زوجته^(١).

(١) الدكتور حسن كيره المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص ٤٨ وما بعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص في المادة ٣٠ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ المعدل بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٥ بشأن مزاولة مهنة الصيدلة مؤداه أن المشرع قصر تملك الصيدليات على الصيادلة المرخصين وحظر ذلك على من عداهم وذلك تنظيمًا لتداول الأدوية وتحقيقًا للإشراف الفني لصيدلي متخصص على هذا التداول لارتباطه الوثيق بصحة الجمهور وحياة المرضى، كما حظر النص أن يكون الصيدلي المالك موظفًا حكوميًا أو مالكا لأكثر من صيدليتين، وذلك حتى يكون إشرافه الفني حقيقيا تحقيقًا للمصلحة العامة التي استهدفها المشرع بهذا التنظيم محافظة على صحة الجمهور بما تكون معه هذه القواعد متعلقة بالنظام العام، وقد أكد المشرع هذا المعنى بالنص على عقوبة جنائية على مخالفة أحكامه".

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤)

٣٧- مرونة فكرة النظام العام :

تتميز فكرة النظام العام بأنها مرنة تتغير من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى زمن في الدولة الواحدة.

فمثلا ما يعتبر مخالفا للنظام العام في مصر قد لا يعتبر كذلك في فرنسا فتعدد الزوجات في مصر لا يعتبر مخالفا للنظام العام أما في فرنسا فإن ذلك يعد مخالفا للنظام العام، وكان التأمين على الحياة أمرا مخالفا للنظام العام في القرن الماضي في مصر على أساس أنه يتضمن مضاربة على حياة الأشخاص أما الآن فهو أمر مرغوب فيه وتشجع الدولة القيام به. وكذلك لا يعقل أن تتحدد فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي بنفس ما تتحدد به في ظل المذهب الاشتراكي.

٣٨- الآداب :

يقصد بالآداب الأصول الأساسية للأخلاق في المجتمع، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال.

فليس يقصد إذن بالقواعد المتعلقة بالآداب كل قواعد الأخلاق - وإلا اختلط القانون بالأخلاق، وهما منفصلان نتيجة اختلاقيهما في الغاية والهدف. وإنما يقصد بهذه القواعد الحد الأدنى من قواعد الأخلاق الذي تعتبره كل جماعة لازماً لوجودها وكيانها بحيث تفرض على المجتمع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه.

وهذا الحد الأدنى قد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعه وفقاً لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية.

ولما كانت الآداب تتصل بأسس المجتمع الأخلاقية، فإن قواعد الآداب تعد قواعد أمرة لا يجوز الخروج عليها.

وفكرة الآداب طالما أنها تتعلق بالأخلاق في بلد معين وفي وقت معين، فإنها تكون فكرة نسبية مكانياً وزمانياً، فما يعد من قبيل الآداب العامة في بلد معين قد لا يعد كذلك في بلد آخر، وما يعد من الآداب العامة في وقت معين قد لا يعد كذلك في وقت آخر في ذات البلد.

ومثل ذلك الاتفاق بدفع مبلغ معين إلى امرأة في مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة معها، والاتفاق على استغلال دار للدعارة.

٣٩- مدى تعلق القواعد القانونية الأمرة بالنظام العام أو بالآداب:

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد أمرة، ولكن العكس ليس صحيحاً. فقد توجد قواعد أمرة ينص المشرع على صفتها الأمرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام. ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها - كما سنرى، ومن قبيل ذلك بعض القواعد التي يقصد بها حماية القاصر. فإنه إذا كان مبدأ حماية القاصر أمراً متعلقاً بالنظام العام بحيث يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً تعهد القاصر مقدماً بالنزول عما يقرره القانون له من حماية، إلا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام. ولذلك فإن القانون مثلاً ينص على أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام

القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات، وإنما يكتفى بالبطلان النسبي، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التي تحرم انفراد القاصر بإجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة^(١).

٤٠- جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب:

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب باعتبارها قواعد أمرة، تعتبر قيوداً على سلطان الإرادة في إبرام التصرفات القانونية، بمعنى أن إرادة الأفراد تنقيد باحترام هذه القواعد بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذي يتضمن هذه المخالفة بطلاناً مطلقاً.

وهذا ما يستنتج من عبارة المادة ١٣٥ مدنى التى تجرى على أن: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، ومن عبارة المادة ١٣٦ مدنى التى تجرى على أنه: "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

ولذلك لا يزول مثل هذا البطلان بالإجازة، ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به، وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب إليه أحد الخصوم ذلك^(٢).

(١) حسن كيره ص ٥٣ هامش (٢) - محمد على عرفه ص ١٢٦ وما بعدها.

(٢) غير أن القضاء فى فرنسا يجرى - اتباعاً لقواعده التقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ القدم - على منع من أو فى بالالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه إذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو، لأنه طرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوثه ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى. وقد انحاز القضاء المصرى فى مجموعه إلى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم. ولكن هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقاد جمهور الفقه، سواء فى فرنسا أو مصر، لأنها تخالف منطق البطلان الذى يحتم إرجاع كل شئ إلى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات.

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء الفرنسى فيما كان مستقراً عليه من التزام القاعدة الرومانية، إذ وضع نصاً يقررها فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الحالى. =

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن كل عقد أو اتفاق بين طرفين أو أكثر يكون محل الالتزام فيه أو سببه مخالفا لنص من نصوص قانون العقوبات يعد باطلا ولا يعفى هذا الاتفاق من العقاب إذا وقعت الجريمة لأن كل جريمة تمثل اعتداء على النظام العام، وبالإضافة إلى العقوبات الجنائية فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا فيبدو التكامل التام بين قانون العقوبات والقانون المدني وقد نص على ذلك صراحة في المادة ١٣٥ من القانون المدني، إلا أنه لا تطابق ضرورى أو طبيعى بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي فقد يكون العقد باطلا وفقا لقواعد القانون المدني ولكن المشرع الجنائي يعاقب على الإخلال به فعقد الأمانة قد يكون باطلا لنقص الأهلية أو غير ذلك من عيوب الإرادة ومع ذلك يعاقب جنائيا من خان الأمانة في هذا العقد اكتفاء بمجرد وجوده، والعقد قد يكون صحيحا فلا يبطله معاقبة من خان الأمانة".

(طعن رقم ٧٧٩٠ لسنة ٧٤ قى جلسة ٢٠٠٦/٤/٤)

= ولكن لجنة المراجعة رأت من يعد حذف هذا النص على أساس أنه "لا يتمشى مع منطق البطلان" فظهر التقنين الحالي خاليا منه. وهو ما يخول القول، مع جمهور الفقه المصري، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الآداب.

وبذلك فإنه فى تقنيننا المدني الجديد لا يوجد ثمة فارق بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالآداب. فالجزاء واحد فى الحالين وهو البطلان، بما يستتبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل (حسن كيره ص ٥٤ وما بعدها).

تفسير التشريع

٤١ المقصود بالتفسير:

يقصد بالتفسير تحديد معنى النص وتحري نطاقه وشروط تطبيقه وحقيقة المراد به. وذلك بالكشف عن حدود الفرض الذى تناوله النص والكشف عن مضمون الحكم المقرر لهذا الفرض فى لفظ النص وفحواه. وتعرض الحاجة إلى التفسير بمناسبة تطبيق أى قاعدة قانونية أيا كان مصدرها. وإن كان المجال الغالب له هو التشريع.

٤٢ - أنواع التفسير:

للتفسير أنواع ثلاثة حسب أنواع مصدره هى: التفسير التشريعى والتفسير الفقهى والتفسير القضائى.

ونعرض لهذه الأنواع تباعا فيما يلى:

أولاً: التفسير التشريعى:

٤٣ - المقصود بالتفسير التشريعى:

وإن كان الغالب أن يتولى القضاء مهمة التفسير بمناسبة تطبيقه للقانون على ما يعرض عليه من أنزعة، فإن السلطة التشريعية قد تعتمد إلى إصدار تشريع تفسيري يحدد حقيقة المقصود منه.

ولا يؤثر فى حق المشرع فى إصدار تشريع تفسيري استتالة الزمن بين القانونين، ولا استقرار أحكام القضاء فيما فصلت فيه من قضايا على وجهة نظر واحدة غير متعارضة، إذ أن قيام التعارض بين الأحكام ليس بشرط يلزم توفره قبل أن يعتمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيري بل يكفى فى هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستتب قصده الحقيقى من التشريع المفسر^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "أصدر المشرع القانون رقم ٥٠٧ لسنة ١٩٥٥ ونص بالمادة الأولى منه على أن تستبدل بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية النص الآتي: "ومع ذلك فالزيادة التي لا تتجاوز ١٠% والنقص الذي لا يتجاوز ٥% من البضائع المشحونة صبا لا يستوجبان تقرير الغرامة ولا تستحق الرسوم الجمركية على ما نقص من البضائع في حدود النسبة المشار إليها" - وهذا القانون - وفقا لما تراه محكمة النقض - قانون تفسير كشف به المشرع عن حقيقة المراد بالنص الوارد في القانون المفسر فأوضح أن الإعفاء المقرر بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية مقصور على البضائع المشحونة صبا دون تلك التي تشحن في طرود. وقد أصدره المشرع بمقتضى ماله من الحق الدستوري في إصدار تشريع تفسيري - هذا الحق لا تؤثر فيه استتالة الزمن بين القانونين - ولا استقرار أحكام القضاء الابتدائي والاستئنافي فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة على وجهة نظر واحدة غير متعارضة - ذلك أن قيام التعارض في الأحكام ليس بشرط يلزم توفره قبل أن يعتمد المشرع إلى إصدار التشريع التفسيري - بل يكفي في هذا الخصوص أن يرى المشرع أن المحاكم لم تستتب قصده الحقيقي من التشريع المفسر - ولما كان الحكم المطعون فيه قد أطلق حكم الإعفاء على البضائع المشحونة في طرود مخالفا بذلك ما استهدفه الشارع بالفقرة الأخيرة من المادة ٣٧ من اللائحة الجمركية فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/٥/٧)

٢- "المقرر أن من حق المشرع أن يصدر قانونا تفسيريا يكشف به عن حقيقة المراد بقانون سابق وأن هذا الحق لا يؤثر فيه استتالة الزمن بين القانونين، وأن القانون التفسيري يعتبر كاشفا عن حقيقة مراد الشارع من تاريخ سريان القانون السابق الذي فسر له لا منشأ لحكم جديد. لما كان ذلك فإن العاملين في الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بإصدار قانون

التأمينات الاجتماعية - هم فقط العاملون الذين يقومون بأعمال الفلاحة البحتة - بما مؤداه أن غير هؤلاء من العاملين في الزراعة بصفة غير مباشرة كمن يؤدون - الأعمال الزراعية - شأن ناظر الزراعة أو أعمال الحراسة والمشتغلين على الآلات الميكانيكية فإنهم يخضعون لأحكام جميع أنواع التأمينات الاجتماعية التي ينظمها القانون سالف الذكر. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أطلق عبارة عمال الزراعة المستثنين من أحكام القانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على كل من يعمل في الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة سواء منهم القائمين بأعمال الزراعة البحتة أو الذين يؤدون الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة وسوى في الحكم بينهم في عدم خضوعهم جميعا لكافة أنواع التأمينات الاجتماعية عدا المشتغلين منهم على آلات ميكانيكية الذين يخضعون لتأمين إصابة العمل فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتفسيره بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٦)

٣- "التفسير التشريعي - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو ما يضعه المشرع ليكشف به حقيقة مراده من المعانى التي يحتملها تشريع سابق فيعتبره جزءا منه يجلو به ما اكتنفه من غموض وإبهام بما يتعين معه تطبيق التشريع المفسر بالمعنى الذى يحدده هذا التفسير على كافة الوقائع التي حدثت منذ نفاذ هذا التشريع مالم يكن قد صدر بشأنها أحكام قضائية باته".

(طعن رقم ٦٠١ لسنة ٦٨ ق "تجارى" جلسة ٢٠٠٥/١/١٠)

والأصل أن التفسير التشريعي يصدر من السلطة أو الهيئة التي وضعت التشريع الذى يحتاج إلى التفسير. فالسلطة التشريعية تختص بتفسير التشريعات الرئيسية، والسلطات الإدارية المختلفة تختص كل منها بتفسير ما وضعته من لوائح. غير أنه يحدث أحيانا أن تفوض السلطة التشريعية جهة إدارية فى تفسير التشريع الرئيسى.

٤٤ - التفويض فى التفسير التشريعى :

ذكرنا سلفا أن التفسير التشريعى كما يصدر من السلطة أو الهيئة التى وضعت التشريع الذى يحتاج إلى تفسير، فإنه يجوز لها أيضا أن تفوض جهة أخرى فى إصدار تفسير تشريعى، ولو كانت أدنى منها، وحتى لو كانت جهة إدارية.

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- ما تنص عليه المادة ٢١ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى من أن: "تتولى تفسير أحكام هذا القانون لجنة تشكل برئاسة وزير الزراعة والإصلاح الزراعى وعضوية رئيس مجلس الدولة ورئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، وتكون قراراتها فى هذا الشأن تفسيرات ملزمة وتنتشر فى الجريدة الرسمية".

٢- ما تنص عليه المادة ٦ مكررا (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ بتحديد إيجار الأماكن المضافة بالقانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ من أن: "تشكل لجنة عليا برئاسة وزير الإسكان والمرافق وعضوية كل من وكيل وزارة الإسكان والمرافق المختص ومستشار الدولة لوزارة الإسكان والمرافق يكون لها تفسير أحكام هذا القانون وتعتبر قراراتها فى هذا الشأن تفسيرات تشريعية ملزمة وتنتشر فى الجريدة الرسمية".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"النص فى المادة السادسة مكرر (ب) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المضافة بالقانون ١٣٣ لسنة ١٩٦٣ على تشكيل لجنة عليا فوضها المشرع فى إصدار تفسيرات ملزمة لأحكامه جعل لها قوة القانون ونص على نشرها فى الجريدة الرسمية أسوة به، مفاده وجوب أن تقتصر هذه التفسيرات التى تصدرها اللجنة على نطاق هذا القانون وحده ولا تتعداه إلى سواه، إذ كان ذلك وكانت المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ واجهت بين نوعين من

الحالات السابقة على صدوره هي الحالات التي سميت فيها أجرة تعاقدية ولم يصدر بشأنها من اللجان تقدير للأجرة حتى صدور ذلك القانون، وكذلك الحالات التي سميت فيها أجرة تعاقدية وقدرت اللجان أجرتها تقديرا نهائيا، وبينت الحكم الذي يطبق في شأن كل منهما، ولم تتناول حالة الأماكن التي أوجرت وأخطرت عنها اللجان أو شغلت قبل صدوره ولم تكن لها أجرة تعاقدية تصلح أساسا للتقدير الحكمي، ومن بينها الأماكن المؤجرة بعقود اتفق فيها على تحديد أجرتها طبقا لما تقرره لجنة التقدير، اعتبارا بأنه لا يعد تعيينا لأجرة تعاقدية حرة وكان القرار التفسيري التشريعي رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ إنما ينصب على هذه الحالة الأخيرة التي بقيت خاضعة لأحكام القانون ٤٦ لسنة ١٩٦٢ دون القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥، فإن القرار المشار إليه يكون قد صدر في حدود التفويض التشريعي المخول للجنة العليا دون أن يجاوزه إلى أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥".

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٧)

٤٥- تصدى المحكمة لتفسير القانون التفسيري:

صدور قانون تفسيري لا يحول بين المحكمة وبين تفسيرها لهذا القانون إذا كان الأمر يتطلب ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص في المادة الأولى من القرار التفسيري التشريعي رقم ٨ لسنة ١٩٦٥ على أنه "إذا اتفق المالك والمستأجر على تحديد أجرة الوحدة المؤجرة طبقا لما تقرره لجنة التقدير فلا تكون هناك أجرة اتفاقية متعاقد عليها وتستمر لجان التقدير في تقدير الأجرة طبقا لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢ المشار إليه، وإذا كان المكان قد حددت أجرته لجنة التقدير ولم يصبح قرارها نهائيا فتستمر مجالس المراجعة في نظر الطعون. .. وذلك كله مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ المشار إليه" يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن هذا القرار إنما يواجه الحالة التي لم يتفق فيها المالك والمستأجر أصلا على

تحديد أجره للعين بل تركا أمر تحديدها إلى لجنة التقدير، إذ لا يكون هناك أجره متفق عليها وقت صدور القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥ حتى يمكن تخفيضها بنسبة ٣٥% بالتطبيق لما تقضى به المادة الثانية منه، وفي هذه الحالة تستمر اللجنة في تقدير الأجره طبقاً لأحكام القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٢، فإذا كانت اللجنة قد حددت الأجره ولم يصبح قرارها نهائياً بسبب التظلم منه فتستمر مجالس المراجعة في نظر الطعن، بمعنى أنه لا مجال للأخذ بالقرار التفسيري سالف الإشارة إلا إذا لم تكن هناك أجره اتفاقية متعاقد عليها بين المؤجر والمستأجر فإذا اتضح وجودها كان لا مناص من إعمال أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٥".

(طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٧)

٤٦ صور التشريع التفسيري:

للتفسير التشريعي صور عديدة، ومن هذه الصور ما يأتي:

- ١- أن يصدر التشريع مفسراً لتشريع سابق ومبيناً حقيقة المقصود من التشريع الأخير. ولو كان هذا التشريع قد تم إلغاؤه.
- ٢- أن يتخذ التفسير صورة الطريقة التي يجب إتباعها في التفسير دون أن يتناول صراحة مضمون التفسير وموضوعه.
- ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ بتقرير رسم الدمغة حيث كانت تنص على أن: "قانون رسم الدمغة من القوانين التي تطبق بحرفيتها، والتي لا يجوز التوسع في تأويلها، فلا رسوم دمغة ولا إعفاء منها بغير نص".
- ٣- أن يكون التفسير التشريعي هو اللائحة التنفيذية للقانون ذاته، ومثال ذلك ما حدث في القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب المال، إذ نصت المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن:

"الهيئات الخاصة والشركات والمنشآت والأفراد الذين يصرفون مبالغ تتناولها الضريبة طبقاً للمادتين ٦١، ٦٢ من القانون يتبعون نفس الطريقة الموضحة في المادة ٣٣ من اللائحة فيتولى كل منها خصم مقدار الضريبة على مجموع المبالغ التي يصرفها لكل شخص شهرياً طبقاً للقواعد عينها.

وإذا كان ما تدفعه تلك الهيئات والشركات والمنشآت والأفراد إلى الموظف أو المستخدم أو غيرهما مبالغ محددة القيمة كأن يكون أساس التحديد نسبة مئوية أو إذا كان ما تدفعه إليه أجراً عرضياً، أو كانت تدفع إليه إلى جانب أجره الشهري المحدد أتعاباً أو هبات أو مكافآت شهرية من أى نوع كان، فإن الضريبة المستحقة على المبالغ التي تدفعها من هذا القبيل تسوى في آخر السنة وتدفع إلى مأمور الضرائب في بحر الخمسة عشر يوماً التالية لانتهائها مع بقاء صاحب العمل مسؤولاً عن توريدها إلى الخزانة".

فقد جاءت هذه المادة مفسرة لبعض أحكام القانون.

٤- أن يتولى النص ذاته تفسير ما ورد فيه من عبارات تحتاج إلى تفسير. مثال ذلك أن الفقرة الأولى من المادة ١٢١ مدنى تنص على أن: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط.."، فهذه الفقرة جاءت تفسيراً لعبارة الغلط الجوهري الواردة في المادة ١٢٠ مدنى.

ومثال ذلك أيضاً ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدنى حيث تنص على أن: "السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون"، فهذه الفقرة جاءت لتفسر عبارة السبب الصحيح الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٩٦٩ مدنى.

٥- أن يكون التفسير من المشرع بنفس صيغة النص أى أن الصيغة التي عبر عنها المشرع صدرت عنه دالة على معنى معين ولا يحتمل أن يفهم منه معنى آخر.

وبيان المراد من هذا النص يسمى فى اصطلاح الأصوليين "التقرير" لأن بيانه من المجتهد أو القاضى ليس إلا تقريراً أو ترديداً لمعنى عينه المشرع، ومثال ذلك النص الذى يحدد سعر الفائدة على نحو ما قدمنا^(١).

٤٧ - حدود التفسير التشريعى :

المفروض أن يأتى التفسير التشريعى فى حدود القانون الذى يراد تفسيره، بمعنى أنه لا يخلق قاعدة جديدة وإنما يوضح مضمون قاعدة سابقة، ومع ذلك فقد يحدث أن يأتى التفسير التشريعى بقاعدة جديدة.

وفى هذه الحالة إذا كانت السلطة التشريعية هى التى أصدرت التفسير فإن القاعدة الجديدة يجب احترامها إذ هى وردت فى تشريع، وتكون السلطة التشريعية فى هذه الحالة قد تسترت وراء التفسير لتنشئ قاعدة وتجعلها تسرى على الماضى. وهذا العمل من حقها، بشرط أن تحترم ما ينص عليه الدستور بصدد رجعية القوانين.

أما إذا كان التفسير التشريعى قد صدر من سلطة أخرى خولتها السلطة التشريعية حق إصداره - كما هو الحال بالنسبة للمادة ١٢ (مكرر) من قانون الإصلاح الزراعى - فلا يجوز لهذه السلطة أن تنشئ قواعد جديدة، لأنها بذلك تكون قد خرجت عن حدود المهمة الموكولة إليها، ولئن فعلت فلا يعتد بما تصدره ولا يكون قولها ملزماً ويكون للقضاء أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ماله من سلطة مراقبة التشريع.

وقد يصدر تشريع معين ولايفصح عما إذا كان تشريعاً تفسيرياً أو تشريعاً أصيلاً.

والمعيار الذى يتبع للتمييز بين النوعين هو أن يصدر التشريع ليحسم مسألة خلافية تدخل فى النطاق الطبيعى لقانون سابق. فإن كان كذلك عد تفسيراً وكان

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٨٩ وما بعدها.

له أثر رجعي، وإن لم يكن تشريعاً تفسيريًا فإنه لا يسرى على الماضي ما لم ينص فيه على خلاف ذلك وروعت في إصداره القواعد الدستورية^(١). وينبنى على ذلك أنه لا عبارة بعنوان القانون، وإنما العبارة بمضمونه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"لا يجوز التحدى بعنوانات القوانين فإن هذه العنوانات يضعها في العادة العمال المكلفون بطبع القوانين ونشرها وليس لها أقل قيمة، بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها".

(طعن رقم ٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٦/٥/١٩٣٥)

٤٨ - آثار التفسير التشريعي:

لما كان المقصود من التفسير التشريعي هو تفسير تشريع قائم، فإنه يطبق في الحال على كل المنازعات القائمة وقت صدوره، ولو كانت ناشئة عن معاملات قانونية سابقة عليه طالما لم يصدر بشأنها حكم بات. ولا يعتبر ذلك تطبيقاً للقانون بأثر رجعي، لأنه ليس قانوناً جديداً منشئاً لأحكام مستجدة لكنه كاشف عن حقيقة قصد الشارع مزيلاً ما لابس التشريع المفسر من غموض^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذ كان التفسير التشريعي هو التفسير الذي يضعه المشرع ليبين به حقيقة قصده من تشريع سابق ومبنى حكم هذا التشريع حسماً لما يثار من خلاف بشأنه. وكان التشريع المفسر يلغى التشريع السابق، ولا يعتبر من الناحية الموضوعية تشريعاً جديداً طالما أنه يوضح قصد المشرع من التشريع السابق عليه، وهو بهذه المثابة يعتبر أنه قد صدر مع التشريع الذي يفسره فيسرى على

(١) أحمد سلامة ص ١٩٠ وما بعدها.

(٢) أحمد سلامة ص ١٩٠ - محمد على عرفه ص ١٨٣ وما بعدها - رمضان أبو السعود

وهمام محمد محمود ص ١٦٣.

الحالات التي لم يفصل فيها دون أن يكون له أثر رجعي. لما كان ذلك وكان المشرع قد أفصح في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ عن قصده من إصداره وهو إعادة تنظيم العلاقة الإيجارية إزاء أزمة الإسكان التي ظهرت في معظم دول العالم - وبالذات الدول النامية - بعد الحرب العالمية الأولى، وكثرة التشريعات التي صدرت قبله بصدد معالجة هذه الأزمة مما اقتضى وضع هذا القانون ليساير الأوضاع الراهنة ويكون شاملاً لجميع الأحكام التي تنظم العلاقة بين الملاك والمستأجرين وكانت المادة ٤٧ منه قد نصت على إلغاء القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وبعض القوانين الأخرى فإن هذا قاطع في أن المشرع لم يقصد به تفسير القانون السابق عليه والذي ألغاه، لما كان ما تقدم وكان يتنافى مع وصف التشريع بأنه تفسيري أن تكون المسألة التي تناولها النص الجديد مسكوتاً عنها في التشريع السابق، وكانت عناية القانون رقم ١٩٦٩/٥٢ في المادة ٢١ منه بتنظيم أثر وفاة المستأجر على امتداد عقد الإيجار، مع أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ لم يسبق له معالجتها يتجاوز مع القول بأنه تشريع تفسيري، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٨)

والتفسير التشريعي ملزم للقضاء والهيئات المكلفة بتطبيق القانون وتنفيذه، لأنه يصدر في صورة تشريع، والتشريع ملزم دائماً^(١).

٤٩ - إلغاء التشريع التفسيري بإلغاء التشريع الأصلي:

التفسير التشريعي يدور وجوداً أو عدماً مع التشريع الأصلي، فيترتب على إلغاء التشريع الأصلي إلغاء التشريع التفسيري، فإن حل قانون جديد محل القانون الملغى، فإن التشريع التفسيري الصادر في شأن القانون الأخير يفقد قوته الملزمة، لكن يجوز الاستئناس به كقرينة على قصد المشرع من النص الجديد^(٢).

(١) حسن كيره ص ٣٩٩ - أحمد سلامة ص ١٩٠.

(٢) المستشار أنور طلبه المطول في شرح القانون المدني الجزء الأول ص ٦٨.

٥٠- تفويض المحكمة الدستورية العليا في تفسير القوانين:

كانت المادة (١٧٥) من دستور سنة ١٩٧١ الواردة بالفصل الخامس الخاص بالمحكمة الدستورية العليا تنص على أن:

"تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، وذلك كله على الوجه المبين في القانون... الخ".

ونصت المادة (٢٦) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا على أن:

"تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها".

ونصت المادة (٣٣) من القانون على أن:

"يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. ويجب أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه".

وتنص المادة (٣٤) على أن:

"يجب أن تكون الطلبات وصحف الدعاوى التي تقدم إلى المحكمة الدستورية العليا موقعا عليها من محام مقبول للحضور أمامها أو عضو بهيئة قضايا الدولة بدرجة مستشار على الأقل حسب الأحوال، وأن يرفق بالطلب المنصوص عليه في المادتين ٣١، ٣٢ صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع أو التناقض وإلا كان الطلب غير مقبول".

٥١- نطاق التفسير:

كانت المادة ٤ من القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا تنص على أن:
"تختص المحكمة العليا بما يأتي:

١-

٢- تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضمانا لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناء على طلب وزير العدل، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما.

٣- إلخ".

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن المقصود بالنص القانوني هو أى نص تشريعي سواء كان من نصوص الدستور أو القانون أو التشريعات الفرعية، وقد تصدت المحكمة فعلا لتفسير نص المادتين ٩٤، ٩٦ من الدستور بقرار التفسير رقم ٣ لسنة ٨ ق (الجريدة الرسمية العدد ١١ بتاريخ ١٧/٣/١٩٧٧).

ويبدو أن المشرع فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الخاص بالمحكمة الدستورية العليا قد حسم خلافا دار حول هذا الأمر حينما نص فى المادة ٢٦ منه على أن: "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور".

وعلى ذلك يتحدد اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، وكذلك تفسير نصوص القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وهى التى تصدر فى حالة الضرورة وفى حالة التفويض التشريعى، وبشرط أن تكون تلك القرارات بقوانين قد صدرت صحيحة شكلا وموضوعا طبقا لأحكام الدستور.

ولكنها لا تختص بإصدار تفسيرات ملزمة لنصوص الدستور، ولا للتشريعات الفرعية الصادرة من السلطة التنفيذية بمقتضى اختصاصها الأصلى فى ذلك.

كما لا تختص بتفسير التناقض بين أحكام المحاكم حول بعض الاتفاقات والعقود، طالما أن هذا التناقض غير ناتج عن اختلاف في تفسير نص قانوني.

وفي هذا قضت المحكمة العليا بأن:

١- "إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادة الرابعة فقرة ثانية من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والمادة الرابعة من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجلية معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانوني للنصوص التشريعية أما تكييف العقود واستظهار شروطها واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل في اختصاص المحكمة وإنما يدخل في اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة".

(طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٧٢/٥/٦)

٢- "ومن حيث إن اختصاص المحكمة العليا وفقا للمادتين المشار إليهما إنما يتعلق فحسب بتفسير النصوص القانونية لتجليه معناها وكشف الغموض عنها ضمانا لوحدة التطبيق القانوني للنصوص التشريعية أما تكييف العقود واستظهار شروطها. واستخلاص قصد المتعاقدين منها فلا يدخل في اختصاص المحكمة وإنما يدخل في اختصاص قسم الإفتاء بمجلس الدولة ومن ثم فإن المحكمة تكون غير مختصة بنظر الطلب".

(طلب التفسير رقم ٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٧٢/٥/٦)

٥٢ - شروط قيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير:

يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين توافر الشروط الآتية:

١- أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. فلا يجوز تقديم طلبات التفسير من المتقاضين ولا من أى جهة خلاف الجهات سالفة الذكر.

غير أنه يلاحظ - كما ذهب البعض - أن التجاء السلطة التشريعية إلى المحكمة الدستورية العليا لتفسير نص في تشريع صدر عن هذه السلطة هو أمر غريب، ذلك أنه إذا تراءى لمجلس الشعب أن نصا في القانون يحتاج إلى تفسير، فإنه يجب على المجلس أن يوضح نيته ومقصوده من هذا النص لا أن يترك غيره يتولى عنه ذلك، ولهذا فمن الواجب في مثل هذه الحالة أن يتولى المجلس ذاته إصدار تشريع تفسيري لهذا النص الغامض. لاسيما وأن المشرع يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير أن يكون النص التشريعي المراد تفسيره قد أثار خلافا في التطبيق والنص لا يثير خلافا في التطبيق إلا خارج نطاق المجلس التشريعي^(١).

٢- أن يكون النص المراد تفسيره قد أثار خلافا في التطبيق وكان له من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيره.

والواقع أن النص القانوني الذي يثير خلافا في التطبيق، يكون قد أثار هذا الخلاف عند قيام جهات مختلفة بتنفيذه، أو عند قيام محاكم مختلفة بتطبيقه فهو في الحالتين يثير خلافا في التطبيق.

ولذلك إذا كان طلب التفسير قدم بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء فإنه يشترط لقبول الطلب أن يكون النزاع في التفسير قد ثار بين جهات مختلفة تتولى تنفيذ النص القانوني المختلف في تفسيره، كما يشترط ألا يكون الباعث على تقديم الطلب هو تقديم التفسير في منازعة قضائية قائمة.

أما إذا كان طلب التفسير قد قدم بناء على طلب من المجلس الأعلى للهيئات القضائية فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون النص القانوني قد أثار خلافا بين المحاكم حول تفسيره، الأمر الذي يستلزم أن تكون هناك أحكاما متعارضة، ويرجع سبب تعارضها إلى الاختلاف في تفسير النص. غير أنه لا يشترط في هذه الأحكام أن تكون قد صدرت من محكمة النقض أو المحكمة الإدارية العليا،

إنما يكفي أن يتبين للمجلس الأعلى للهيئات القضائية، أن الاتجاه القضائي غير مستقر على تفسير معين لنص من النصوص برغم تماثل الحالات الواقعية (أى المنازعات) وأن الأمر من الأهمية بمكان بحيث يستدعى تفسير النص تحقيقاً لوحدة تطبيقه^(١).

وإعمال هذا الشرط يقتضى أن يبين فى طلب التفسير النص التشريعى المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه (٢/٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا).

وفى هذا قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

١- "مناطق قبول طلب تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين التى يصدرها رئيس الجمهورية- طبقاً للمادة ٢٦ قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩- هو أن تكون هذه النصوص قد أثارت خلافاً فى التطبيق، وأن يكون لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها. ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب تفسيره علاوة على أهميته، قد اختلف تطبيقه على نحو لا تتحقق به المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزهم وظروفهم، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة الدستورية العليا بتفسير هذا النص تفسيراً ملزماً، إرساءً لمدلوله القانونى السليم وتحقيقاً لوحدة تطبيقه".

(طلب التفسير رقم ٢ لسنة ٢ قضائية جلسة ٣ يناير سنة ١٩٨١)

٢- "وحيث إن السلطة المخولة لهذه المحكمة فى مجال التفسير التشريعى، مشروطة بأن تكون للنص التشريعى أهمية جوهرية تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التى ينظمها ووزن المصالح المرتبطة بها، وأن يكون هذا النص- فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافاً حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التى يربتها فيما بين المخاطبين بأحكامه على نحو يخل - عملاً - بعمومية

القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوء ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمنا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها".

(طلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٣- "... وفي ضوء هذين الحكمين استقر قضاء هذه المحكمة على أن اختصاصها بتفسير النصوص القانونية مشروط بأمرين: (أولهما) أن يكون للنص التشريع المطلوب تفسيره أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها، ووزن المصالح المرتبطة بها، و(ثانيهما) أن يكون هذا النص - فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه تتباين معه الآثار القانونية التي يربتها فيما بين المخاطبين بأحكامه، بما يفضي عملا إلى الإخلال بوحدة القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم، والمتماثلة مراكزهم القانونية إزاءها، ويهدر بالتالي ما تقتضيه المساواة بينهم في مجال تطبيقها، الأمر الذي يحتم رد هذه القاعدة إلى مضمون موحد يتحدد على ضوءه ما قصده المشرع منها عند إقرارها ضمنا لتطبيقها متكافئا بين المخاطبين بها.

وحيث إن الشرطين اللذين تطلبهما المشرع لقبول طلب التفسير قد توافرا بالنسبة لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤) من قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية المشار إليها، وذلك لما وقع في شأنها من خلاف في التطبيق بين دوائر محكمة النقض بعضها البعض من جهة، ومحكمة القضاء الإداري من جهة أخرى، فتضاربت قراراتها وقضاؤها بشأن صحة الاقتراع في اللجان التي جرى الاقتراع فيها برئاسة أعضاء من هيئتي قضايا الدولة والنيابة الإدارية، كما لا جرم في أهمية هذا النص، تقديرا بوروده في أحد القوانين المكملة للدستور، وتعلقه بممارسة حقين دستوريين أساسيين يتبادلان التأثير فيما بينهما وهما حق الترشيح والانتخاب ومن ثم، كان الطلب مقبولا".

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٥٣ - التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزم للكافة:

تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا في فقرتيها الأولى والثانية على أن:

"أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة. وتنتشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها".

وعلى ذلك فإن القرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بالتفسير - شأن الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية - لها حجية مطلقة قبل الكافة. ويعزى ذلك إلى أن المحكمة الدستورية العليا فيما تصدره من قرارات تفسير تشريعي، لا تنشئ حكما جديدا بل تكشف عن حكم القانون بتفسيره نصوصه وتبين قصد المشرع منه، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذي انصب عليه التفسير.

وفي هذا تقول المحكمة الدستورية العليا بأن:

١- "وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ولايتها في مجال ممارستها لاختصاصها بالنسبة إلى التفسير التشريعي تقتصر على تحديد مضمون النص القانوني محل التفسير لتوضيح ما أبهم من ألفاظه، وذلك من خلال استجلاء إرادة المشرع وتحري مقصده منه، والوقوف على الغاية التي يستهدفها من تقريره إياه".

(طلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٩)

٢- "وحيث إن قرارات التفسير الصادرة من هذه المحكمة قد تواترت على أنها قد خولت سلطة تفسير النصوص التشريعية بمعناها الشامل لقرارات رئيس الجمهورية بقوانين تفسيراً تشريعياً ملزماً يكون كاشفاً عن إرادة المشرع التي صاغ على ضوءها هذه النصوص محدداً مضمونها لتوضيح ما أبهم من ألفاظها، مزيلاً ما يعتد بها من تناقض قد يبدو من الظاهر بينها، مستصفاً إرادة المشرع

تحرياً لمقاصده منها، ووقفاً عند الغاية التي استهدفها من تقريره إياها بلا زيادة أو ابتسار، وتستعين المحكمة في سبيل ذلك بالتطور التشريعي للنص المطلوب تفسيره وبأعماله التحضيرية الممهدة له".

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية "تفسير" جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

وكانت المادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا، تنص على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل في دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء دون أن يشر إلى قرارات التفسير، وذهبت محكمة النقض إلى أن قرارها بالتفسير يكون له هذا الإلزام.

إذ قضت بتاريخ ١٩٨١/٣/٢٤ في الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ ق بأن :

"مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المحكمة العليا أن المشرع اختص المحكمة العليا بتفسير النصوص التشريعية وجعل لقرارات التفسير التي تصدر قوة ملزمة لجميع جهات القضاء، وهى فى ذلك لا تنشئ حكماً جديداً بل تكشف عن حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذى انصب عليه التفسير، ولا يغير من ذلك أن المشرع نص بالمادة ٣١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ بإصدار قانون الإجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا، على أن تكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ملزمة لجميع جهات القضاء ولم يشر إلى قرارات التفسير، رغم أنه واجب نشر منطوق تلك الأحكام وقرارات تفسير النصوص القانونية بالجريدة الرسمية، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا قد نصت على أن لقرارات التفسير ذات القوة الملزمة، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ تعليقا على المادة ٣١ منه، وكان من مقتضى اختصاص المحكمة العليا بالتفسير الملزم للنصوص التشريعية أن يكون لها وحدها تقرير توافر شروط قبول طلب التفسير بحيث لا يقبل من أية جهة

قضائية أن تبحث تلك الشروط أو تناقشها توصلًا إلى التحلل من القوة الملزمة لقرار التفسير".

ويظل التفسير الصادر من المحكمة الدستورية العليا ملزماً على نحو ما تقدم حتى لو لم يكن صادراً في طلب تفسير وإنما في دعوى بعدم دستورية نص قانوني، باعتبار أن قرار التفسير في هذه الحالة يكون صادراً من محكمة مختصة ولائياً بالتفسير وأن حكمها بات قاطع لا سبيل إلى إهدار حجته^(١).

٥٤ - النطاق الزمني لسريان التفسير الصادر من المحكمة الدستورية

العليا:

رأينا فيما سلف أن المحكمة الدستورية العليا في قرارات التفسير التشريعي لا تنشئ حكماً جديداً بل تكشف حكم القانون بتفسير نصوصه وتبين قصد المشرع منه، وبذلك يكون لقرارها ذات قوة النص الذي انصب عليه التفسير. وينبني على ذلك أن يعتبر هذا التفسير قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي، ويسرى على كافة الوقائع التي تلت نفاذ التشريع الأصلي، طالما لم يصدر بشأنها حكم بات، وذلك بطريق القياس أيضاً على التفسير التشريعي.

٥٥ - سلطة المحكمة الدستورية العليا في التفسير لاتنزع اختصاص

الجهات الأخرى بالتفسير:

الاختصاص المخول للمحكمة الدستورية العليا بتفسير القوانين واللوائح، لا يسلب الجهات الأخرى المنوط به سلطة التفسير اختصاصها في إصدار التفسيرات التشريعية، مثل مجلس الشعب، الذي يظل له الحق في سن تشريع تفسيري، وكذا اللجان الإدارية التي عهد إليها بهذا الاختصاص وكذلك لا يسلب هذا الاختصاص جهات القضاء الأخرى - كما سنرى - سلطتها في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن

(١) المستشار أنور طلبه ص ٧٩.

النص المطروح أمامها تفسير ملزم. سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا.

وفى هذا جاء بالملذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا بأن:

"وغنى عن الذكر أن اختصاص المحكمة الدستورية بالتفسير لا يحول دون مباشرة السلطة التشريعية حقها فى إصدار التشريعات التفسيرية بداءة أو بالمخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا من تفسير. كما أن هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعا فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم سواء من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا".

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

"اختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لقانونها - لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى فى تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة المعروضة عليها مادام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا".

(طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٧/١/١٩٨١)

٥٦ - لا شأن لتفسير النص بدستوريته:

اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالنسبة لتفسير النصوص التشريعية لا شأن له بدستورية النص، ولا يجوز له عند التصدى لتفسير النص التصدى لدستوريته.

وينبنى على ذلك أن إصدار المحكمة الدستورية العليا تفسيراً تشريعياً للنص، لا يحول دون الطعن بعدم دستوريته.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

"وحيث إنه غنى عن البيان أن اختصاص هذه المحكمة بالنسبة لتفسير النصوص التشريعية لا يجوز أن ينزلق إلى الفصل في دستوريته، ذلك أن المادة (٢٦) من قانون المحكمة الدستورية العليا لا تخولها سوى استقصاء إرادة المشرع من خلال استخلاصها دون تقييم لها، وعلى أساس أن النصوص التشريعية إنما ترد دوماً إلى هذه الإرادة وتحمل عليها حملاً، سواء كان المشرع حين صاغها مجانباً الحق أو منصفاً، وسواء كان مضمونها ملتئماً مع أحكام الدستور أم كان منافياً لها، ولا يتصور بالتالي أن يكون طلب تفسير النصوص المذكورة تفسيرا تشريعيا متضمناً أو مستتهضاً الفصل في دستوريته لتقرير صحتها أو بطلانها على ضوء أحكام الدستور".

(الطلب رقم ٢ لسنة ٢٦ قضائية"تفسير"جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٥٧ - ثانياً: التفسير الفقهي والقضائي:

يقصد بالتفسير الفقهي، ذلك التفسير الذي يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون.

أما التفسير القضائي، فيقصد به ذلك التفسير الذي يتولاه القضاة حينما يقوم بتطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليهم.

والتفسير الذي يقوم به القاضي يتأثر إلى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية، إذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون في تجربتها، لا في تطبيقها الفردي بصدد منازعات خاصة.

والقاضي عضو في السلطة القضائية، أما الفقيه فهو مجرد عن كل سلطة، ومن ثم فإن التفسير الذي يقوم به القاضي ينطبق على الدعوى التي ينظرها، ويلزم الأطراف، وينفذ بالقوة الجبرية عند تنفيذ الحكم إذا دعت لذلك ضرورة.

أما التفسير الفقهي فهو مجرد وجهة نظر، مجرد نصيحة ليس لها في حد ذاتها أية قوة إلزامية.

إلا أنه يجمع بين التفسير الفقهي والقضائي التزامهما بأساليب علمية واحدة، وحرصهما معا على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء. فالتفسير الفقهي يسبق عادة التفسير القضائي ويعين عليه، وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية - إلى اتخاذ موقف منها بالانحياز إلى بعضها دون البعض الآخر. والتفسير القضائي كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه، فيحاول عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء. وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحث، مما يدعو إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو إلى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية.

لكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء إلى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير^(١).

٥٨ - أسلوب النظام القانونى المصرى فى التفسير:

يتجه الفقيه والقاضى فى تفسيرهما التشريع نحو المعنى الذى ينطوى عليه النص وما قصده المشرع من عبارته.

وقد تعددت الآراء بشأن النية التى يجب البحث عنها من واقع النص.

وتبلورت أهمها فى ثلاثة مذاهب هى:

١- مذهب مدرسة الشرح على المتن.

٢- مذهب المدرسة التاريخية.

٣- مذهب المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمى الحر.

ولانرى مبررا لدراسة هذه المذاهب الثلاثة، وأنه يكفى تناول ما هو مستقر

عليه فى الفقه والقضاء المصرى.

(١) أحمد سلامة ص ١٩١ وما بعدها - حسن كيره ص ٤٠٠ وما بعدها.

٥٩ - حالات التفسير:

تعرض الوقائع على القاضى ليقضى فيها ويتعين عليه أن يلتمس حلها فى التشريع قبل أى مصدر آخر (المادة الأولى من التقنين المدنى). فإما أن يجد للحالة المعروضة عليه نصا يواجهها، وإما ألا يجد لها نصا.

والنص إن وجد فإما أن يكون واضح المعنى سليما من كل عيب، وإما أن يكون معيبا يحتاج إلى جهد لإصلاح ما به من عيب.

فهناك ثلاثة فروض: الأول وجود نص سليم، **والثانى** وجود نص معيب، **والثالث** انعدام النص.

وظاهر أن التفسير يكون له محل فى الفرض الثانى، وبالتأمل يتضح أن الفرض الأول أيضا يكون فيه مجال للتفسير. أما فى حالة عدم النص، فالذى يتبادر إلى الذهن ألا يكون هناك مجال للتفسير.

ولكن الواقع أن القاضى لابد له حتى فى هذه الحالة من تفسير النصوص الموجودة، والتحقق من عدم انطباقها على الحالة المعروضة، حتى يمكنه أن يقرر أن هذه الحالة مسكوت عنها، أى أن لا نص لها، فيجوز له أن يلتمس حلها من طرق أخرى^(١).

والأسلوب الذى يتبعه القاضى هو ذات الأسلوب الذى يتبعه الفقيه فى تفسيره، مع الفارق الذى ذكرناه سلفا من أن الفقيه يضع قواعد مجردة، وليس بصدد تطبيقها على واقعة معينة كالشأن فى التفسير الذى يقوم به القاضى.

(الحالة الأولى من حالات التفسير)

(حالة النص السليم)

المقصود بالنص السليم ذلك النص الذى يفيد المقصود منه بمجرد فهم ألفاظه، والذى يثير فى الذهن معنى معيناً.

وقد رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى تنص فى فقرتها الأولى على أن: "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها".

فلفظ النص هو صيغته كما سنرى، وفحوى النص هو المعنى غير المباشر الذى لا يستخلص من ألفاظ النص ذاتها، وإنما من النص فى مجموعه، فهو معنى لم يفصح عنه النص ولكنه من لوازمه^(١).

فتفسير فحوى النص تائى عن طريقة دلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء ولذلك

فحن نعرض لدلالات ثلاث:

١- دلالة العبارة.

٢- دلالة الإشارة.

٣- دلالة الاقتضاء.

٦٠- (أ) دلالة العبارة:

المراد بعبارة النص صيغته المكونة من مفرداته وجمله.

والمراد بدلالة عبارة النص المعنى الذى يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو

المقصود من سياقه، ويطلق عليه المعنى الحرفى للنص أو منطوقه.

ولكل نص معنى تدل عليه عباراته.

ومن أمثلة ذلك :

١- ما تنص عليه المادة ١٣٥ مدنى من أنه: "إذا كان محل الالتزام

مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". فهذا النص يدل بعبارته على أن

العقد يبطل إذا كان محله مخالفا للنظام العام.

٢- ما تنص عليه المادة ١١٢ مدنى من أن إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلّم أمواله لإدارتها أو تسلّمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون".

فهذا النص تدل صياغته على أنه يجوز الإذن للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة من عمره فى تسلّم أمواله لإدارتها.

والمقرر أن ما تفيد هذه الدلالة يجب القول به ولا يصح أن يصرف النظر عنه بمقولة أنه غير عادل، فإرادة المشرع يجب الأخذ بها بصرف النظر عن اعتبار اتساقها أو تعارضها مع العدالة إذ ليس على القاضى إلا تفسير النص واستنباط ذلك الحكم منه وتطبيقه^(١).

وفى هذا يقول الأصوليون إن: "لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص صريح قطعى".

وقد نصت المادة ١٤ من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص".

وقضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فالبحث عن حكمة التشريع ودواعيه لا يكون له من محل، وإنما يكون ذلك عند غموض النص أو وجود لبس فيه مما يكون معه القاضى مضطراً، فى سبيل تعرف الحكم الصحيح، إلى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه".

(طعن رقم ٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤١/٥/١)

٢- "متى كان النص واضحاً صريحاً جلياً قاطعاً فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالمراحل التشريعية أو بالحكمة التى أملتة وقصد الشارع منه، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه".

(طعن رقم ٣٢٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٥/١٢)

٣- "من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أنه لا يجوز تقييد مطلق النص بغير مخصص بحيث إن كان صريحا جلى المعنى قاطعا فى الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى تفسيره استهداء بالحكمة التى أملتة وقصد الشارع منه لأن ذلك لا يكون إلا عند غموض النص أو وجود لبس فيه".

(طعن رقم ٣١٢٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١١/١٨)

٤- "من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى كان النص واضحا جلى المعنى قاطع الدلالة على المراد منه فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله".

(طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٠)

٥- "الأصل أن يلتزم القاضى فى تفسير النصوص التشريعية عبارة النص، فلا يجوز له الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية إلا عند غموضها ودون أن يستتبط منها حكما أتت به ولم يأت به النص إذ يعد ذلك استحداثا لحكم مغاير له لأن المشرع يعنى بمناقشة النصوص التشريعية ذاتها أما المذكرات الإيضاحية فلا تكون فى العادة محلا للنقاش".

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٥/٨/٢٢)

٦- "المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن القاضى مطالب بالرجوع إلى نص القانون وإعماله فى حدود عبارة النص فإذا كانت واضحة الدلالة فلا يجوز الأخذ بما يخالفها أو تقييدها لما فى ذلك من استحداث لحكم مغاير لمراد الشارع".

(طعن رقم ١٣٩٩٥ لسنة ٧٨ ق جلسة ٢٠١٠/٥/١٣)

٧- "إن تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة، وأنه متى كان النص واضحا جلى المعنى، قاطعا فى الدلالة على المراد منه فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملتة، لأن البحث عن قصد الشارع وحكمة

التشريع إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه، وأن النص في المادة ٢٠ من تقنين المرافعات على أن "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم يتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقيق الغاية من الإجراء" يدل على أن الأساس في تقرير البطلان هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها دون تفرقة بين حالة النص على البطلان أو عدم النص عليه وذلك أياً كان العمل الإجرائي ولو كان حكماً قضائياً وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة، أو بالنظام العام حماية للمصلحة العامة عندما تكون مخالفة الشكل من شأنها المساس بأسس التقاضى وضمانات المتقاضى كتخلف مبدأ المواجهة القضائية سواء فى الإجراءات أو فى الإثبات بما يسمى حضورية الأدلة وكل ما يخل بحق الدفاع، ويعتبر تفسير ما هى الغاية من الشكل القانونى مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض، فلا يستطيع أن يذهب إلى أن الغاية من الشكل غاية معينة غير التى أَرادها المشرع، إلا أن تحقق الغاية فى حالة معينة أو عدم تحققها مسألة موضوعية من سلطة قاضى الموضوع الذى لا يلزم إلا بتسبيب حكمه تسبيبا كافيا بأن يبين بطريقة محددة تحقق الغاية من عدمه، فإذا حكم بالبطلان المنصوص عليه رغم تحقق الغاية أو رفض الحكم بالبطلان غير المنصوص عليه رغم إثبات تخلف الغاية كان الحكم مخالفاً للقانون واجب الإلغاء إذا طعن فيه، والسلطة التقديرية للقاضى لم تقرر لمصلحته وإنما لصالح المتقاضين حتى يقوم بواجبه فى تقدير خصوصيات كل منازعة وظروفها وملابساتها واختيار الحل الأقرب إلى تحقيق العدالة باعتباره الحل المناسب الذى أوجب القانون إعماله، وهذا الفهم الصحيح لسلطة القاضى هو بالنسبة لسلطة المحكم حيثما حوله القانون أو اتفاق التحكيم سلطة تقديرية على أنه يزول أو يصحح البطلان عملاً بنص المادة ٢٢ من تقنين المرافعات إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً وذلك فيما عدا الحالات التى يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، إلا أن التفسير الصحيح فى ضوء قواعد بطلان الإجراء

يقتضى أن تقيد تلك الحالات بأن تكون عند تخلف الغاية من الإجراء، فإذا تحققت الغاية منه فلا بطلان ولو تعلق بالنظام العام".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠١١/٣/٢٢)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن:

"وحيث إن من المستقر عليه في أصول التفسير أنه إذا كانت عبارة النص واضحة الدلالة فلا يجوز تأويلها بما يخرجها عن معناها المقصود منها، أو الانحراف عنها بدعوى تفسيرها، كما إذا جاءت عامة فإنها تجرى على إطلاقها، ما لم يوجد ما يقيدها أو يخصص حكمها".

(الطلب رقم واحد لسنة ٢٦ قضائية تفسير جلسة ٢٠٠٤/٣/٧)

٦١- وجود معنى اصطلاحى للنص:

قد يكون للفظ معنى في اللغة العربية، ويكون له في ذات الوقت معنى اصطلاحى مختلف.

والمقصود بالمعنى الاصطلاحى ذلك المعنى الذى استقر للفظ معين في لغة القانون^(١).

في هذه الصورة يجب حمل النص على المعنى الاصطلاحى وليس على المعنى اللغوى.

ويجب صرف هذا المعنى الاصطلاحى في كل نص آخر يرد في التشريع، إلا إذا تبين أن المعنى الاصطلاحى يجافى قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص، ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إنه وقد زالت صفة الوقف عن الأعيان الموقوفة وفقا أهليا بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، وانحصرت الأحكام إما في الأراضي

الغير موقوفة أصلاً أو الأراضي الموقوفة وفقاً خيراً فإن لازم ذلك أن تتصرف عبارة "الأعيان الموقوفة" في القوانين رقم ٩٤٦ لسنة ١٩٥٣ و ٢٩٥ لسنة ١٩٥٤ و ٦٢ لسنة ١٩٦٠ التي تعاقب صدورها بعد المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بغية تنظيم إنهاء حق الحكر - ودون حاجة إلى تحديد - إلى تلك الأعيان التي بقيت لها صفة الوقف بعد صدور المرسوم بقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وهي الأعيان الموقوفة على غير الخيرات فقط".

(طعن رقم ٣٨٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٤/٣/١٩٦٧)

٢- "إذ كان قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قد نص في المادة الثانية منه على أن يستثنى من نطاق تطبيقه "العمال الذين يستخدمون للعمل في الزراعة إلا فيما يرد به نص خاص" كما جرى نص المادة الثانية من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ على أن أحكامه لا تسرى على "العاملين في الزراعة إلا فيما يرد به نص خاص". وكان المشرع حين أصدر القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤ الخاص بعقد العمل الفردي واستثنى من أحكامه العاملين في الزراعة إنما أراد بهذا الاستثناء - وعلى ما يبين من المناقشات البرلمانية الخاصة بهذا القانون - استبعاد كل من يعمل في الزراعة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بحيث يشمل الاستثناء العمال الذين يؤدون الأعمال الإدارية والكتابية المتعلقة بالزراعة مما يكشف عن أن لمصطلح العاملين في الزراعة" مدلولاً معيناً في قصد المشرع، وكانت نصوص القانون رقم ٤١٩ لسنة ١٩٥٥ بإنشاء صندوق للتأمين وآخر للإدخار للعمال الخاضعين لأحكام المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ بشأن عقد العمل الفردي والذي استثنى بدوره العاملين في الزراعة من نطاق تطبيقه، وكذلك نصوص قانوني التأمينات الاجتماعية الصادرين بالقانون ٩٢ لسنة ١٩٥٩ و ٦٣ لسنة ١٩٦٤ قد خلت مما يشعر بتحول المشرع عن مدلول ذلك المصطلح، فإنه يتعين التزام هذا المعنى في تفسير نص المادة الثانية من القانونين الأخيرين لأن الأصل في قواعد التفسير أن المشرع إذا أورد مصطلحاً معيناً في نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه".

(ب) - "إذ أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حين تحدثت عن فئات العاملين التي استثنائها القانون في مادته الثانية من أحكامه "العاملين في الزراعة والمقصود بهم من يقومون بأعمال الفلاحة البحتة ولا يمتد الاستثناء إلى من يؤدون الأعمال الإدارية أو أعمال الحراسة كناظر الزراعة والخولى والخفير أو كاتب الزراعة وغير هؤلاء ممن يؤدون أعمالا مماثلة" تكون قد خرجت عن المعنى الصحيح لعبارة النص حسبما قصده الشارع فضلا عن تخصيصها لعمومه بغير مخصص وتجاوز حد الإيضاح وبسطة مجال تطبيق القانون على بعض طوائف من عمال الزراعة دون سند من نصوصه التى قصرت سريان أحكامه فيما يتعلق بالعاملين فى الزراعة وفقا للمادة ١٩ منه التى صيغت على غرار المادة ١٩ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ على العاملين المشتغلين بالآلات الميكانيكية أو المعرضين للأمراض المهنية بالنسبة لتأمين إصابات العمل وهو ما لا تملكه تلك المذكرة ومن ثم فلا يعتد بما ورد بها فى هذا الخصوص".

(طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٢)

٣- "المقرر أن المشرع فى المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ انصرف عن المعنى الاصطلاحي للفظ المالك إلى ذلك المعنى الآخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ذلك أن الأصل فى قواعد التفسير أنه إذا أورد المشرع مصطلحا معينا فى نص ما لمعنى معين وجب صرفه لهذا المعنى فى كل نص آخر يرد فيه إلا أنه إذا تبين أن المعنى الإصطلاحي يجافى قصد المشرع فإن ذلك يؤكد أنه تحول عن هذا المعنى إلى معنى آخر غير ذلك الذى يدل عليه ظاهر النص ومن ثم فإن التعرف على الحكم الصحيح من النص يقتضى تقصى الغرض الذى رمى إليه، والقصد الذى أملاه، وهو ما يبين من استقراء أحكام هذا القانون من أنه أطلق على المؤجر اصطلاح المالك فى

نصوص المواد ٤، ٥، ٦، ٧، ٩، ١١، ١٩، ٢٠، ٢٣، ٢٥ الخاصة بتحديد الأجرة وتقاضى مقدم إيجار وزيادة أجرة الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى وتوزيع تكاليف الترميم والصيانة وأجر حارس المبنى والإعفاء من الضرائب العقارية للمباني الجديدة وزيادة الأجرة عند تغيير الاستعمال والحق فى تقاضى نسبة من ثمن بيع المتجر أو المصنع وتأثيم تقاضى "خلو رجل" وبيع وتأجير الوحدات المبنية لأكثر من شخص والتخلف عن تسليم الوحدات المؤجرة فى الموعد المحدد وبطلان الشروط المخالفة لأحكام القوانين المنظمة للعلاقة بين طرفى العلاقة الإيجارية فقد استخدم المشرع فى النصوص متقدمة البيان فقط لفظ المالك فى غير معناه الاصطلاحى".

(طعن رقم ٣٧٩٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢)

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

"إن الأصل فى تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضى به الاصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضى به الأوضاع اللغوية، لأن الأصل أيضاً أن المشرع يستعمل فى صياغته للنصوص القانونية، الألفاظ فى معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة وذلك كله ما لم يقم دليل من النص على أن المشرع استهدف بلفظ معين معناه اللغوى لا معناه القانونى".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٧١/٤/١١)

٦٢- وجود خطأ لغوى شائع:

قد يرد بالنص خطأ لغوى شائع فى نص من نصوصه، يخالف معناه لغة، فإذا فسر هذا النص طبقاً لمعناه اللغوى فإنه يودى إلى معنى آخر غير الذى يقصد المشرع، لأن المشرع وضع هذا النص طبقاً لمفهومه الخاطئ الشائع، ومن ثم يجب تفسير هذا اللفظ وفقاً لمعناه الشائع مع التسليم بخطئه. ومثال ذلك لفظ "ضعف" فمعناه اللغوى (مثله) أى يقصد بضعف الشئ مثل الشئ وضعفه مثله وأضعفه أمثاله. إلا أن معناه الشائع (مثلاً الشئ).

ومن أمثلة استعمال المشرع هذا اللفظ في معناه الشائع الخاطئ ما يلي:

١- ما جاء بالمادة ١٠٣ مدنى التى تجرى على أن:

"١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢- فإذا عدل من دفع العربون، فقدّه. وإذا عدل من قبضه، رد ضعفه. ولو لم يترتب على العدول أى ضرر"، فالمشرع هنا يقصد رده "مثلى" العربون^(١).

٦٣- (ب) دلالة الإشارة:

دلالة الإشارة، هى دلالة اللفظ على حكم لم يقصد بالذات، فهو لا يتبادر فهمه من ألفاظه، ولكن يكون لازماً لمعنى متبادر من ألفاظه. فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام. وقد يكون وجه التلازم بين المعنيين ظاهراً فلا يحتاج تحصيل المعنى الالتزامى إلى عناء، وقد يكون خفياً فيحتاج تحصيل هذا المعنى إلى جهد وتفكير^(٢).

ومثال ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿ وَحَلُّهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ مع قوله فى آية أخرى

﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾ إذ يفهم من هاتين الآيتين بطريق الإشارة أن أقل مدة للحمل ستة أشهر. لأن الآية الأولى قدرت مدة الحمل ومدة الفصال الذى هو الفطام عن الرضاعة بثلاثين شهراً، والآية الثانية قدرت مدة الفصال بحولين، فيلزم من ذلك أن الباقي من الثلاثين شهراً وهو ستة أشهر يكون أقل مدة للحمل.

٢- ما تنص عليه المادة ١٠٣٣ مدنى من أنه: "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية... الخ".

(١) راجع المستشار أنور طلبه ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) سليمان مرقس ص ٢٤٦ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٢٠٣.

فالمعنى المستدل من عبارة النص هو أن الرهن من غير مالك يمكن تصحيحه بإقرار من المالك الحقيقي. أما عن المعنى المستدل بدلالة الإشارة المرتبط لزوماً بالمعنى الأول فهو أن جزاء رهن ملك الغير هو البطلان النسبي وليس البطلان المطلق، لأن البطلان المطلق لا يرد عليه التصحيح. فجواز تصحيح الرهن يعنى لزوماً أن جزاءه هو البطلان النسبي^(١).

٣- ما تنص عليه المادة ٥٦٢ مدنى من أنه : "إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة، وجب اعتبار أجرة المثل". فيفهم من هذا النص بطريق الإشارة أن عقد الإيجار الذى لم يتفق فيه على مقدار الأجرة لا يكون باطلاً، بدليل جواز أن يعتمد القاضى فى هذا التقدير على أجرة المثل^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إن دلالة النص على الحكم الوارد به على مراتب أقواها دلالة عبارة النص على الحكم الذى صيغ النص للتعبير عنه صراحة ويليهما فى المرتبة دلالة إشارة النص على معنى لم يرد ذكره فى عباراته صراحة ولكنه لازم لزوماً عقلياً للحكم المصرح به".

(طعن رقم ٥٥٦٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٥/١/١٠)

٢- "المراد بما يفهم من إشارة النص المعنى الذى لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولكن يكون لازماً لمعنى متبادر من ألفاظه وغير مقصود من سياقه أى هو مدلول اللفظ بطريق الإلزام أو يكون لازماً لمعنى من معانى النص لزوماً لا فكاك له باعتبار أن الدال على الملزوم دال على لازمه".

(طعن رقم ٦٤٥ لسنة ٦٩ ق "تجارى" جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨)

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٧.

(٢) رمضان أبو السعود ص ٤٢٥ وما بعدها.

٦٤- (ج) دلالة الاقتضاء:

هى دلالة اللفظ على حكم أو لفظ مسكوت عنه يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته. فالأقتضاء هو الطلب. وحين يقال دلالة الاقتضاء فإن هذا يعنى أن صحة الكلام أو صدقه تستدعى وجود حكم أو لفظ آخر.

ومثال ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ وصحة الكلام تقتضى وجود لفظ آخر هو "أكل".

٢- ما تنص عليه المادة ٤٣٤ مدنى من أنه: "إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة...." فلكى يفهم معنى الكلام لابد من تقرير لفظ "مقدار" ليستقيم صحة الكلام، فيكون "إذا وجد فى مقدار المبيع عجز أو زيادة".

٦٥- تدرج دلالات التفسير:

المعنى الذى يستخلص من عبارة النص له الصدارة فى قوة التفسير، ويليه المعنى الذى يستخلص من إشارة النص ثم من اقتضاء النص ولهذا التفاوت فى القوة أثره عند التعارض، فإذا تعارض الحكم الثابت بالعبارة مع الحكم الثابت بالإشارة مثلاً رجع الأول على الثانى.

ومن أمثلة ذلك أن المواد ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧ من القانون المدنى القديم تدل بطريق الإشارة على اختصاص المحاكم الأهلية بالفصل فى قضايا النفقات. غير أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية نصت على أنه ليس لهذه المحاكم أن تنظر فى مسائل الزواج وما تعلق بها من قضايا المهر والنفقة، وهذا يدل بطريق العبارة على عدم اختصاص تلك المحاكم بقضايا النفقة. وعلى هذا يرجح الحكم المستفاد من عبارة النص على الحكم السابق المستفاد من الدلالة.

(الحالة الثانية من حالات التفسير)

(حالة النص المعيب)

٦٦ - العيوب التي يمكن أن تشوب النص:

يكون النص معيباً في إحدى حالات أربع هي:

- ١- إذا وقع فيه خطأ مادي أو معنوي.
 - ٢- إذا كان فيه غموض.
 - ٣- إذا كان فيه نقص.
 - ٤- إذا كانت بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر أو مع أحكام نصوص تشريعية أخرى.
- ونعرض لهذه الحالات فيما يلي.

١- الخطأ المادي والمعنوي :

الخطأ في صياغة النص هو خطأ غير مقصود يقع من المشرع عند وضع النص.

وهذا الخطأ قد يتخذ إحدى صورتين. الأولى، أن يذكر فيه لفظ مكان لفظ آخر. والثانية، أن يغفل وضع لفظ كان يجب أن يوجد.

ومثال الصورة الأولى ما تنص عليه المادة ١٠٨٨ مدني من أنه: "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني".

ووجه الخطأ في هذا النص أنه ذكر كلمة "قيد". إذ المفروض أن يؤخذ الاختصاص أولاً ثم يقيد ثانياً. فإذا اشترطنا أن يكون المدين مالكا للعقار وقت القيد لأفاد ذلك أنه لا يشترط أن يكون مالكا له وقت أخذ الاختصاص، أي أن الاختصاص يؤخذ على مال غير مملوك للمدين ولذلك يجب أن تستبدل كلمة (أخذ) بكلمة (قيد).

ومن ثم فلفظة "قيد" قد وردت خطأ بدلا من لفظة أخذ^(١).

(١) أحمد سلامة ص ٢٠٥ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٤٣٢.

ومثال الصورة الثانية ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ٦٧٦ مدنى من أن: "تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال والطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومدوبى التأمين وغيرهم من الوسطاء" فإن لم يقصد بها اشتراط أن يكون الممثلون التجاريون جوابين، وإنما قصد بها سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين فسقط سهوا حرف (الواو) بين كلمتى التجاريين والجوابين.

٢- غموض النص:

يعنى الغموض أن يكون أحد ألفاظ النص يحتمل أكثر من معنى أو تحتل عبارة أكثر من معنى واحد.

وفى بعض الأحيان يكون النص فى جملته هو الذى يحتمل المعنيين فيقال إنه نص غامض.

ومثل غموض اللفظ الواحد لفظ "الليل" الوارد بالمادة ٣١٧ عقوبات، فقد جعل منه المشرع ظرفا مشددا لمن يسرق أثناءه. فثار الخلاف حول المقصود من هذا اللفظ، وهل هو المعنى الفلكى الذى يبدأ من غروب الشمس إلى شروقها، أم هو الليل بالمعنى المتعارف عليه أى الفترة التى يسود فيها الظلام حتى ولو تأخر بدؤها عن غروب الشمس وبكرت نهايتها شروقها. وقد ذهبت أحكام القضاء فى أول الأمر إلى الأخذ بالمعنى الأخير معتبرة الليل الفترة التى يخيم فيها الظلام فعلا، إذ هى الفترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد، نظرا لما يبعثه الظلام فى نفس الناس من الرهبة ونظرا لما يهيئه الظلام للجانى من تسهيل ارتكاب الجريمة^(١).

(١) مصر الابتدائية ١١/٣٠/١٩٠٤ - دشنا الجزئية ١٧/٧/١٩٠٤ - الدكتور محمود مصطفى قانون العقوبات - القسم الخاص ص ٣٩٤ - الدكتور رعوف عبيد جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال طبعة سادسة ١٩٧٤ ص ٣٨٣.

غير أن محكمة النقض لم تأخذ فيما بعد بهذا التفسير، وأخذت في تحديد الليل بمعناه الفلكي^(١).

ومثل غموض العبارة كلها ما ورد في المادة ١٥٢ مدني قديم من إلزام السيد "بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم".

فإن هذه العبارة الأخيرة كانت تحتل اشتراط وقوع الضرر في حدود تنفيذ التعليمات التي أصدرها السيد لخدمته ورسم له منها واجباته، كما تحتل الاكتفاء بوقوع الضرر في الوقت أو المكان المخصص لتأدية وظيفة الخادم أو بمناسبة تأدية هذه الوظيفة أو بسببها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى شاب عبارة النص غموض أو لبس واحتملت أكثر من معنى مقبول أو كان المعنى الظاهر للنص يجافي العقل أو مقاصد التشريع كان على القاضي أن يسعى للتعرف على الحكم الصحيح والإرادة الحقيقية للمشرع خلال الربط بين النص وغيره من نصوص القانون وأن يستهدي بمصادره التاريخية وأعماله التحضيرية".

(طعن رقم ٢٣٢٤ لسنة ٧٢ ق "إجراءات" جلسة ١١/١٠/٢٠٠٤)

٣ - النقص :

النقص يكون إذا كان النص الذي يورد الحكم مقتضبا لا يتضمن كل ما يجب ذكره.

مثال ذلك المادة ٧٦ من القانون المدني القديم التي كانت تنص على أنه: "تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده، ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه، بغير منازع، مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك، بشرط أن يكون

(١) طعن جنائي ٢١٢٣٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/١١/٤ - طعن رقم ١٢٣٦ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٧/١/٦ - طعن رقم ٧٨٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٢.

وضع اليد المذكور مبنيا على سبب صحيح، فإذا لم يوجد ذلك السبب لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة". فهذا النص يقضى بأن من وضع يده على عقار مملوك لغيره، مدة خمس سنوات بنية تملكه، ملكه بالتقادم القصير بشرط أن يكون لديه سبب صحيح، أى عقد ناقل للملكية كالبيع. ولم يذكر النص شرطا آخر لا تقل أهميته عن شرط السبب الصحيح، وهو حسن النية، إذ التملك بالتقادم القصير لا بد فيه من حسن النية، ويجب على المفسر أن يكمل مثل هذا النص الناقص^(١).

٤- التعارض فى النصوص:

قد يكون التعارض بين أحكام التشريع الواحد أو بينها وبين أحكام تشريع آخر، يحتاج إلى رفعه. وقد يتأتى التعارض بين نصوص من درجات متفاوتة، وقد يتأتى بين نصوص من درجة واحدة. وفى الحالة الأخيرة قد يكون أحد النصين المتعارضين سابقا على الآخر، وقد يكونان قد صدرا فى تاريخ واحد.

ومثل الحالة الأخيرة، التعارض الواقع بين المادتين ١١٠٠، ١١١٣ من التقنين المدنى. فقد نصت المادة الأولى على أنه: "إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن..". وجعلت بذلك من رجوع المرهون إلى حيازة الراهن قرينة قانونية على قصد المرتهن النزول عن الرهن، أى قرينة ملزمة للقاضى إلى أن يثبت المرتهن عسكها، فى حين أن المادة ١١١٣ نصت على أن: "ينقضى حق الرهن الحيازى... إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق.... ويجوز أن يستفاد التنازل ضمنا من تخطى الدائن باختياره عن الشئ المرهون...." ومؤداها أن تخطى الدائن باختياره عن الشئ المرهون يصلح أن يعتبر قرينة قضائية على

(١) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٤٣.

قصد النزول عن الرهن، أى قرينة متروك تقديرها للقاضى بمعنى أنها غير ملزمة له فيجوز أن يأخذ أو أن لا يأخذ بها حسبما يرى دلالتها فى ظروف الواقعة المعروضة عليه^(١).

٦٧ - تفسير النص العيب :

إذا شاب النص عيب أو أكثر من العيوب السالفة الذكر، وجب تفسيره وبيان مقصود المشرع الحقيقى من وضعه.

وفى سبيل هذا التفسير يسلك المفسر وسائل متعددة حتى يمكن رفع العيب. وقد يحدث أن يكفى سلوك واحد منها، كما أنه كثيرا ما يلجأ المفسر إلى هذه الوسائل المختلفة يعززها ببعضها بعضا.

هذه الوسائل هى :

١ - تقريب النصوص بعضها من بعض :

يستطيع المفسر أن يفهم معنى اللفظ الغامض بتقريبه من باقى ألفاظ النص، كما يستطيع أن يجلو غموض النص كله بتقريبه من النصوص الأخرى^(٢). ذلك أن أى قاعدة قانونية لا تبدو مستقلة أو منفصلة عن غيرها من القواعد القانونية، بل إن الترابط وثيق بين كافة القواعد القانونية فى النظام القانونى الواحد. فالنصوص التشريعية تكمل بعضها بعضا، فبعضها يخصص ما جاء عاما فى إحداها وبعضها يفسر مجملها وبعضها يقيد ما أطلقه البعض، كما أن منها ما ينسخ الآخر.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن :

"تفسير نصوص الدستور يكون بالنظر إليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا، بحيث لا يفسر أى نص منها بمعزل عن نصوصه الأخرى،

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢) عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ص ٢٤٧ وما بعدها.

بل يجب أن يكون تفسيره متساندا معها بفهم مدلوله بما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض".

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٩٠/٥/١٩)

وقضت محكمة النقض بأن:

١- "متى شاب عبارة النص غموض أو لبس واحتملت أكثر من معنى مقبول أو كان المعنى الظاهر للنص يجافى العقل أو مقاصد التشريع كان على القاضي أن يسعى للتعرف على الحكم الصحيح والإرادة الحقيقية للمشرع خلال الربط بين النص وغيره من نصوص القانون وأن يستهدى بمصادره التاريخية وأعماله التحضيرية".

(طعن رقم ٢٣٢٤ لسنة ٧٢ ق "إجراءات" جلسة ٢٠٠٤/١٠/١١)

٢- "تضمن القانون ألفاظا أو عبارات تفصح عن مقصوده منها. مؤداه. وجوب تفسير نصوصه بالتناسق فيما بينها على نحو يوجب أن لا يفسر نص بمعزل عن آخر".

(الطعان رقما ٣٦٨ لسنة ٧١ ق، ١١٩٠ لسنة ٧٣ ق "تجاري")

(جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢)

٣- "الأصل في تفسير القوانين أن لا يقتصر ذلك على النص المراد تفسيره بل لأبد من الوصول إلى مرمى الشارع من ذلك النص وإعمال أحكامه وأن يستطيل التفسير إلى القانون بأكمله الذى ورد به ذلك النص حتى يكون التفسير شاملا مانعا من التصادم والتضارب بين النصوص".

(طعن رقم ٧٠٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠١٠/٦/٢٨)

ومثال هذا التعارض ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٦٣١ مدنى من أن لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الوقف، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش فى حقه نفسه لا فى حق من يليه من المستحقين، فإنه يمكن الاستدلال على صحة إجارة الوقف بالغبن الفاحش ولو كان المؤجر غير المستحق الوحيد على أن يلتزم

المستأجر بتكملة الأجرة وذلك بتقريب الفقرة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ٦٣٢ التي تجرى على أن: "وإذا أجرة الناظر الوقف بالغين الفاحش، وجب على المستأجر تكملة الأجرة إلى أجرة المثل وإلا فسخ العقد"^(١).

٢- الأعمال التحضيرية:

الأعمال التحضيرية هي مجموعة الوثائق الرسمية التي صحبت تحضير التشريع كالمذكرة الإيضاحية للتشريع ومناقشات الهيئات التي قامت بتحضيره والمناقشات البرلمانية والتقارير ... الخ.

وهي تبين مقصود المشرع من وضع التشريع وتفسر ما غمض من أحكامه، وتوضح المصدر التاريخي الذي استمد منه.

والأولى مراجعة جميع الأعمال التحضيرية المتعلقة بتشريع معين بحسب ترتيب وضعها، وتتبع الفكرة الواحدة في جميع مراحل تكوين التشريع للوصول إلى النتيجة النهائية التي استقر عليها الرأي والتي يصح اعتبار النص معبرا عنها.

فمثلا بالنسبة للمثال الذي ذكرناه سلفا على الخطأ الوارد في المادة ١٠٨٨ مدني والتي تتكلم عن أخذ حق الاختصاص. لو رجعنا بصده إلى الأعمال التحضيرية لوجدنا أن المادة ١٥٢١ من المشروع كانت توجب على قلم الكتاب أن يبادر إلى قيد الأمر أو الحكم الصادر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه، ومن ثم كان يستوي أن يشترط المشرع ملكية المدين للعقارات التي يؤخذ الاختصاص عليها وقت إصدار الأمر أو وقت القيد. غير أن نص المادة ١٥٢١ سالف الذكر قد حذف من المشروع وترتب على حذفه إمكان وقوع فاصل زمني بين صدور الأمر وبين قيده، فكان إذن يتعين استبدال كلمة "أخذ" بكلمة "قيد" ولكن ذلك لم يحدث فبقيت كلمة "قيد" من قبيل السهو^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧ ص ١٨٥.

غير أنه يلاحظ أن الأعمال التحضيرية كثيرا ما تشتمل على آراء شخصية لواقع مذكورة إيضاحية أو لعضو في هيئة، فيجب التحرز من الاعتماد على هذه الآراء باعتبارها دليلا على نية المشرع^(١).

ومثال ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الخاص بالمجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ في صدد رفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١ سنة من القول بأنه: "مما لا حاجة إلى ذكره أن الحكم المشار إليه لا ينطبق على الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة سنة المحددة لانتهاء الوصاية بمقتضى القانون القديم، هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانونا ولايسوغ إرجاعهم تحت الوصاية".
فقد اعتبر هذا التفسير رأيا شخصيا لواقع المذكرة ولم يؤخذ به، بل أخذ بعكسه.

ومن هذا القبيل أيضا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الجديد تعليقا على المادة ٤٠٩ فقرة ثانية منه من أن: "الإقرار المركب لا يتجزأ موصوفا كان أو غير موصوف، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يعتد به بأسره"، مع أن المادة المذكورة تنص صراحة على أن: "لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى" أي أنها تجيز تجزئة الإقرار المركب في بعض الأحوال.

وما ورد في المذكرة ذاتها في باب الإقرار من أنه لا يجوز العدول عن الإقرار إلا بسبب غلط في الواقع، إذ أن هذا القول يتعارض مع نص المادة ١٢٢ مدني جديد التي تسوى صراحة بين الغلط في الواقع والغلط في القانون بوجه عام ولم يرد في التقنين الجديد نص يستثنى الإقرار من هذه القاعدة^(٢).

(١) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٩٢.

(٢) سليمان مرقس ص ٢٦٤ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "الأصل أن يلتزم القاضى فى تفسير النصوص التشريعية عبارة النص، فلا يجوز له الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية إلا عند غموضها ودون أن يستتبط منها حكما أتت به ولم يأت به النص إذ يعد ذلك استحداثا لحكم مغاير له لأن المشرع يعنى بمناقشة النصوص التشريعية ذاتها أما المذكرات الإيضاحية فلا تكون فى العادة محلا للنقاش".

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٢/٨/٢٠٠٥)

٢- "إذا تعذر على القاضى الوقوف على قصد المشرع عن طريق التفسير اللغوى، فقد تعينه على الكشف عن هذا القصد عناصر خارجية أى غير مستمدة من الدلالات المختلفة للنص - كالأعمال التحضيرية، والمصادر الخارجية، والحكمة من النص، والجمع بين النصوص".

(طعان رقما ١٤٥، ٢٢١ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٢/٣/٢٠١١)

٣- المصادر التاريخية :

المصدر التاريخى هو المصدر الذى استقى منه المشرع النص التشريعى. فإذا وجد بالنص عيب أمكن إزالته عن طريق الرجوع إلى التفسير السائد فى النظام القانونى الذى استقى منه النص.

والتقنين المدنى الجديد مصادره التاريخية هى التقنين المدنى القديم وقضاء المحاكم السابق والشرعية الإسلامية والقانون الفرنسى وبعض القوانين الأجنبية التى استمدت منها بعض النصوص.

ومن أمثلة الرجوع إلى المصدر التاريخى أنه يجب الرجوع إلى الفقه الإسلامى لتفسير مواد القانون المدنى الخاصة بالشفعة، وعلم المشتري بالمبيع علما كافيا، ومرض الموت، والأهلية وقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، وكذلك يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير قوانين الوصية والوقف والميراث.

وتعتبر من السوابق التاريخية أيضا آراء المؤلفين القدماء الذين اهتموا بهم المشرع عند وضع القانون. فكثيرا ما يستعين الشراح الفرنسيون بمؤلفات

الفقيه "بوتيه"، لأنه كثيرا ما تأثر واضعو مجموعة نابليون بآرائه واهتدوا بها في وضع أحكام هذه المجموعة^(١).

٤- النص الفرنسي:

كانت التقنيات المصرية القديمة توضع باللغة الفرنسية أولا، ثم تترجم إلى اللغة العربية. فكان النص العربي يعتبر هو النص الرسمي، ولكن النص الفرنسي وهو الأصل يعتبر عند الاختلاف هو الأقرب إلى التعبير عن نية المشرع. كما أن كثرة نزوح الأجانب إلى مصر وتمتعهم بالامتيازات قديما اضطر المشرع المصري إلى وضع سائر تشريعاته باللغتين العربية والفرنسية وإلى نشرها في الجريدة الرسمية بهاتين اللغتين^(٢).

أما الآن فقد تغير الوضع وأصبحت القوانين توضع بالعربية وتُدور كل أعمالها التحضيرية بالعربية كذلك.

ومن أمثلة الحالات التي يرجع فيها في تفسير النص إلى النص الفرنسي، ما ذكرناه عن نقص شرط الخطأ من عبارة المادة ١٥١ مدنى قديم^(٣) فقد أمكن الاستدلال عليه من النص الفرنسي الذى يقول:

«...»

وكذا نص المادة ٨٩ من قانون التجارة الملغى الذى يقضى بأن الوكيل بالعمولة يجب عليه أن يستصدر أمرا من قاضى الأموال الوقتية ببيع ما لديه من بضائع الموكل سدادا لما يكون مستحقا له طرفه سواء أكان مأذونا من موكله بالبيع أم كان غير مأذون به، فقد أمكن بالرجوع على نصها الفرنسي الجزم بأن المشرع قصد أن استصدار الأمر المذكور لا يكون ضروريا إلا إذا لم يكن الوكيل مأذونا بالبيع من موكله.

(١) محمد على عرفه ص ١٩٣.

(٢) محمد على عرفه ص ١٩٣ وما بعدها.

(٣) راجع ص ١٨٢ وما بعدها.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"لم يخطئ الحكم إذ قرر أن الوكيل بالعمولة المأذون بالبيع لا يجب عليه أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية ببيع الأقطان التى فوض فى بيعها ذلك أنه إذا كان ثمة غموض فى النص العربى للمادة ٨٩ من قانون التجارة فإن هذا الغموض يوضحه النص الفرنسى لهذه المادة الذى لا يدع مجالا للشك فى صحة ما ذهب إليه الحكم فى هذا الخصوص".

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٥- تحديد درجة النص وتاريخه وصفته من حيث العموم أو الخصوص :

يلجأ إلى هذه الوسيلة إذا شاب النص عيب التعارض. فتحديد درجة النص يمكن من إزالة التعارض عن طريق تغليب الحكم الذى يتضمنه التشريع الأعلى درجة طبقا لما ذكرناه فى موضعه، وتحديد تاريخ النص يؤدى إلى تغليب الحكم الذى يتضمنه النص الأحدث إذ يعتبر النص القديم منسوخا، وكذلك يؤدى تحديد صفة النص وبيان إذا كان نصا عاما أو خاصا إلى تغليب حكم وإهمال الآخر. (أنظر فى التفصيل شرح المادة الثانية).

٦- الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما :

العلة هى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم، وهى تدور وجودا وعدما مع النص.

ولايجوز إهدارها للأخذ بحكمة النص، وهى المصلحة التى يريد تحقيقها من الحكم أو المفسدة التى يراد دفعها.

فالقاعدة القانونية تقرر حكما لعلة تبرر هذا الحكم. فعندما تتفق العلة فى فرض من الفروض، لما كان هناك محل لاقتضاء الحكم. فإذا كانت الخمر محرمة لأنها تذهب العقل، فإن المخدرات تكون كذلك لنفس العلة، ولا محل لتحريم السجائر لانقضاء العلة بها. وكذلك لو أن شخصا استخدم الخمر فى طهو

بعض الأطعمة، فإن علة التحريم تكون غير قائمة لأن الكحول سيبتاير فى الطهو، ولن يترتب على تناول الطعام غيبة العقل وبالتالي فلا تحرم^(١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام القانونية تدور مع علتها لا مع حكماتها ومن ثم لا يجوز إهدار العلة وهى الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم للأخذ بحكمة النص وهو ما شرع الحكم لأجله من مصلحة أريد تحقيقها أو مفسدة أريد دفعها. وأنه متى كان النص عاما مطلقا فلا محل لتخصيصه أو تقييده باستثناء المحكمة منه، إذ فى ذلك استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل. لما كان ذلك وكانت عبارة نص المادة ٦٠٦ من القانون المدنى عامة مطلقة بحيث تتسع لكافة ورثة المستأجر المتوفى بما تجيزه لهم من الاستمرار فى الانتفاع بالمكان المؤجر، وكانت المادة ٦٠٢ لم تخص فئة معينة منهم بالحق فى الانتفاع دون فئة أخرى، فإن قصر تطبيقه على الحالات التى يمارس فيها الوارث ذات حرفة مورثه، يعتبر تقييدا المطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز، ومن ثم يكون من حق ورثة المستأجر البقاء فى العين المؤجرة لمورثهم إن رغبوا فى ذلك دون اشتراط احترام أيهم لذات حرفة المورث".

(طعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٦/٦/١٩٧٩)

٧- النص المطلق يؤخذ على إطلاقه:

الأصل أن النص المطلق يؤخذ على إطلاقه تحقيقا للعلة التى كانت الباعث على وضعه. ولايجوز تخصيصه بغير مخصص.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذ وردت عبارة "مسألة فرعية" بالمادة ٢٠ من القانون ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بصفة عامة مطلقة بحيث يشمل جميع المسائل الفرعية التي عنها الشارع في قانون المرافعات، فإن قصر هذه المسائل بدعوى تقصى حكمة التشريع على الدفوع أو الطلبات العارضة التي قد يفصل فيها قبل الفصل في الموضوع أو المسائل الفرعية التي يحتاج بحثها لجهد من المحكمة - يكون تقييدا لمطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز، ذلك أنه متى كان النص صريحا جليا قاطعا في الدلالة على المراد منه فلا محل للخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التي أملتة وقصد الشارع منه، لأن محل هذا البحث إنما يكون عند غموض النص أو وجود لبس فيه".

(طعن رقم ٣٩٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٧)

٢- "تنص المادة ٣/٩ من المعاهدة الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن على أنه "يمكن للقوانين الوطنية الاحتفاظ للمدين بحق الوفاء بالنقود الوطنية طبقا لسعر القطع يوم وصول السفينة إلى ميناء تفريغ البضائع المقصودة". وقد انضمت مصر إلى هذه المعاهدة وصدر مرسوم بالعمل بها ابتداء من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤. وإذ يمتنع طبقا للقوانين المصرية الوفاء في مصر بغير العملة المصرية، وكان نص المادة السالفة الذكر إذ قرر حساب العملة الوطنية على أساس سعر الصرف يوم وصول السفينة إلى ميناء التفريغ قد جاء عاما مطلقا ولم يفرق بين الوفاء الفوري والوفاء المتراخي لأجل كما لم يفرق بين الوفاء الاختياري والوفاء الإجباري وذلك بقصد وضع معيار ثابت لسعر الصرف يسهل تحديده وهو يوم وصول السفينة إلى ميناء التفريغ وإن مضت بينه وبين الوفاء فترة طويلة، فإن مؤدى ذلك أن تبرأ ذمة الناقل من التزامه إذا وفاه بنقود وطنية على هذا الأساس".

(طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٦)

٢- "مفاد نص المادتين الأولى والرابعة عشر من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ بإصدار قانون تصحيح أوضاع العاملين بالدولة والقطاع العام، أن المشرع قصد بالعاملين المخاطبين بأحكام المادة (١٤) سائلة الذكر العاملين الذين يسرى في شأنهم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٧ وهم العاملون بوزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة، وكذلك العاملون بالقطاع العام ممن طبقت عليهم أحكام هذا القانون الأخير في هذه الجهات قبل التحاقهم به، يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٥ كانت قد استثنت هذه المادة من نطاق سريانه على العاملين بالقطاع العام ثم حذف هذا الاستثناء عند صياغة البند (ب) من المادة الأولى المشار إليها، مما مفاده عدم جواز قصر نطاق المادة ١٤ من هذا القانون على فئة العاملين بوزارات الحكومة ومصالحها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة دون العاملين بالقطاع العام ممن طبق عليهم القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٧ وقت أن كانوا يعملون في إحدى هذه الجهات، إذ في ذلك تقييد لإطلاقها وتخصيص لعمومها بغير مخصص وهو ما لا يجوز".

(طعن رقم ٩٩٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٤)

٨- عدم التوسع في الاستثناء:

إذا ورد نص على سبيل الاستثناء، فهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره، فيؤخذ في شأنه بالتفسير الضيق المحدد الذي يتناسب مع حكمه، كما أنه لا يجوز القياس عليه للتوصل إلى وجود استثناء آخر.

ويستدل على أن الحكم استثنائي، إما من سياق النص ذاته، وإما لأن الحكم أتى خلاف الأصل.

أما عن الاستثناء بصريح النص، فنذكر كمثال له استثناء ملك ليبيا من حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣، مثل هذا الاستثناء لا يقاس عليه، فلا يعفى من هذا الحظر ملك أو رئيس جمهورية عربية آخر.

أما عن الحكم الاستثنائي لمخالفته للأصل، فبيانه أن الأصل في الإنسان الحرية والأهلية وبراءة الذمة والمساواة مع غيره. وبالتالي فإن أى قيد على الحرية يعتبر استثناء. فالنصوص الجنائية التى تنشئ جرائم أو التى تسوئ من مركز المتهم تعتبر استثناء لأنها ترد على خلاف الأصل، وبالتالي لا يجوز التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها.

فمثلا يعاقب القانون كل من اختلس منقولا مملوكا للغير، ولايجوز للقاضى أن يقيس على ذلك ويعاقب من وضع يده على عقار مملوك للغير بسوء نية وبقصد تملكه. وكذلك تعتبر عوارض الأهلية وموانعها استثناء لمخالفتها للأصل وهو كمال الأهلية. ومن ثم لا يجوز للقاضى أن يتوسع فى تفسير النصوص المتعلقة بهذه المسائل أو القياس عليها. الشئ نفسه بالنسبة للدين فهو استثناء لأن الأصل هو براءة ذمة الشخص، وبالتالي فلا مديونية بغير عقد أو نص قانونى. فليس للقاضى أن يلزم شخصا بالإففاق على ابن خاله قياسا على التزامه بالإففاق على والديه أو أخيه..... الخ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذ كان النص فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى على تقادم المهاييا والأجور بخمس سنوات هو نص استثنائى على خلاف الأصل العام فى التقادم، ولايجوز القياس عليه، وكان الواقع فى الدعوى أن الطالب يطلب التعويض عن الأضرار التى أصابته نتيجة القرارات الإدارية المخالفة للقانون، وكانت مسئولية الإدارة عن تلك القرارات مصدرها القانون، فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى، وهو ما لم ينقض بعد، ويكون الدفع بتقادم الحق بخمس سنوات فى غير محله".

(الطلب رقم ٢٧ لسنة ٤٥ ق "رجال القضاء" جلسة ١٩٧٧/٢/٣)

٢- "المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن القوانين المتعلقة بإيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تعد من القوانين الاستثنائية التى تسرى فى نطاق الأغراض التى وضعت لها فيجب تفسيرها فى أضيق الحدود دون ما توسع فى التفسير أو القياس على أن يكون التعرف على الحكم الصحيح من النص بتقصى الغرض الذى رمى إليه والقصد الذى أملاه".

(طعن رقم ٢٩٥٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١١/٢٣/١٩٩٤)

٣- (أ)- "عملية تأجير الشقق مفروشة لا تعتبر بطبيعتها عملاً تجارياً، طالما لم يقترن التأجير بتقديم ضروب من الخدمة الخاصة للمستأجر، بحيث تغلب العناصر التجارية المتعددة على الجانب العقارى من العملية، وكانت الصفة التجارية لهذا التأجير لا تثبت حتى ولو كان المستأجر تاجراً، إلا إذا كان متعلقاً بحاجات تجارته وحاصلاً بمناسبة نشاطه التجارى، بحيث لولا هذا النشاط لما وقع العمل".

(ب)- "النص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين على أنه "يعتبر تأجير أكثر من وحدة سكنية مفروشا عملاً تجارياً" نص استثنائى من القواعد العامة التى تحكم طبيعة الأعمال التجارية، ينبغى عدم التوسع فى تفسيره، ويلزم إعمال نطاقه فى حدود الهدف الذى ابتغاه المشرع من وضعه، وهو إخضاع النشاط الوارد به للضريبة على الأرباح التجارية والصناعية، يؤيد هذا النظر أن القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر خلا من مثل هذا النص، واستعاضت المادة ٤٢ عنه بوجوب قيد عقد الإيجار المفروش لدى الوحدة المحلية المختصة، التى عليها إخطار مصلحة الضرائب شهرياً بما يتجمع لديها من بيانات فى هذا الشأن، حرصاً من المشرع على حصول الدولة على الضرائب المستحقة، يظاهر هذا القول أن المشرع عمد بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية إلى تعديل الفقرة الرابعة من المادة ٣٢ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فأخضع التأجير مفروشا للضريبة ولو انصب الإيجار على وحدة واحدة أو جزء منها".

(طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ٥/٢/١٩٧٩)

(الحالة الثالثة من حالات التفسير)

(حالة عدم وجود نص)

٦٨ - مضمون هذه الحالة :

إذا لم يجد الفقيه أو القاضي نصا سليما أو معيبا ينطبق على الحالة المعروضة عليه، فإنه تجب التفرقة بين المواد الجنائية والمواد المدنية. ففي المواد الجنائية إذا لم يجد القاضي نصا يجرم الواقعة، وجب عليه القضاء بالبراءة لأنه لا يجوز توقيع عقوبة إلا بناء على نص إذ نصت المادة ٦٦ من الدستور على أن: "العقوبة شخصية. ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون.... إلخ".

ولأن النصوص الجنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها، وليس معنى ذلك أنه يجب التصديق في تفسيرها إلى حد الوقوف عند معناها اللفظي أو معنى العبارة، وإنما معناه أنه يجب في تفسيرها البحث عن حقيقة قصد المشرع من واقع عبارته وفحواها وعدم مجاوزته، وكذلك الأمر بالنسبة إلى النصوص المدنية الاستثنائية.

أما في المواد المدنية الأخرى، فيجب الاهتمام إلى حكم القانون، عن طريق القياس.

والقياس هو إعطاء حكم منصوص عليه لفرض آخر لاتحاد علة الحكم في الفرضين، فهو يفترض بالضرورة أركاناً ثلاثة: فرضاً أعطاه المشرع حكماً معيناً، وفرضاً لم يضع له المشرع حكماً، وتوافر علة الحكم الأول في الفرض الثاني ويقال للفرض الأول "الأصل" أو المقيس عليه، ويقال للفرض الآخر "الفرع" أو المقيس ولكي يمكن إعطاء حكم الأصل للفرع يجب أن تتوافر الشروط الآتية، وهي طائفتين، طائفة خاصة بالأصل وأخرى خاصة بالفرع :

١- أن يكون لحكم الأصل علة يمكن إدراكها، إذ القياس ينبني على توافر علة حكم الأصل بالنسبة للفرع، وإذا فإذا لم يتيسر معرفة علة حكم

الأصل فلا يمكن القول بتحققها في الفرع. فمثلا حدد القانون سن الرشد بإحدى وعشرين سنة وهو تحديد لا يمكن إدراك علته على وجه التعيين. ومن ثم لا يمكن القياس على هذا الحكم.

٢- ألا يكون حكم الأصل خاصا به لأنه لو كان خاصا به فإن هذا الاختصاص يفيد أن حكم الأصل أمر استثنائي وليس متفقا مع القواعد والأصول. والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تطبيقه، أو كما يقول فقهاء الأصول "ما ورد على خلاف القياس فعليه لا يقاس".

٣- أن يكون الفرع مساويا للأصل في علة الحكم. فإذا لم يكن كذلك كان هناك فارق بين الإثنين فيمتنع القياس. ومن المعلوم أن القياس مع الفارق غير جائز.

٤- ألا يكون قد نص على عدم خضوع الفرع لحكم الأصل، إذ حينئذ يصطدم القياس مع نص صريح مع أنه لا يجري إلا عند عدم وجود نص^(١).

٦٩ - صور القياس:

القياس ما هو إلا دلالة المفهوم، والمفهوم قد يكون مفهوم موافقة أو مفهوم مخالفة.

(أ) مفهوم الموافقة:

مفهوم الموافقة يفترض وجود نص تدل عبارته على حكم واقعة لعللة اقتضت هذا الحكم، ووجود واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة في علة الحكم أو أولى منها، وسمى هذا المفهوم بمفهوم الموافقة لأن حكم الفرع يوافق حكم الأصل.

وفي هذه الصورة يثبت حكم النص للواقعة الأخرى.

وإذن فمفهوم الموافقة له حالتان، الأولى تساوى العلة أو اتحادها في الأصل والفرع، والثانية ظهور العلة في الفرع عنها في الأصل.

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٤ وما بعدها.

الصورة الأولى:

القياس العادى:

إذا تساوت العلة أو اتحدت فى الأصل والفرع سُمى القياس بالقياس العادى. فالقياس يتحقق هنا حين تتوافر علة الحكم للفرع بنفس القدر الذى توافرت فيه بالنسبة للأصل.

ومثال ذلك ما يأتى:

- ١- ما تقتضى به المادة ٦٩٧ مدنى من أنه: "لا يفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل....". فهذه المادة لم تتكلم عن الحالة التى يحجر فيها على رب العمل لجنون أو عته، ومع ذلك فيشملها حكم النص بمفهوم الموافقة لاتحاد العلة.
- ٢- ما تنص عليه المادة ٧١٩ مدنى من أن:

"المودع عنده لا يجوز له أن يستعمل الوديعة إلا بإذن المودع..". فيفهم من هذا النص بطريق مفهوم الموافقة أنه لا يجوز له أن يرهن الوديعة أو يقوم باستغلالها.

الصورة الثانية:

القياس من باب أولى:

وهى الصورة التى تكون فيها علة الحكم فى الفرع أوضح من توافرها فى حالة الأصل ومن ثم يكون من الأولى تطبيق الحكم على الفرع.

ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى:

- ١- ما يستفاد من نص المادة ٢٣٧ عقوبات، الذى يقرر أن: "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس (أى عقوبة الجنحة) بدلا من العقوبة المقررة فى المادتين ٢٣٤، ٢٣٦" أى بدلا من عقوبة الجناية"- من أن الزوج لو ضرب زوجته فى هذه الحالة ضربا أحدث بها عاهة مستديمة تعتبر جريمته جنحة لا جناية لأن هذا أولى من القتل بالتخفيف.

٢- ما يستتبط من نص المادة ١١٤١ فقرة أولى (ج) من التقنين المدنى الذى يقرر حق امتياز عام للنفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة. من أن نفقة الزوجة أيضا، وهى لا تدخل فى مدلول لفظ الأقارب بمعناه الاصطلاحي، تكون مضمونة بامتياز عام على جميع أموال زوجها لأن نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الأرقاب.

٣- ما تنص عليه المادة ٢٧٤ عقوبات من أن المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت. فيفهم من دلالة هذا النص أن للزوج أن يطلب إيقاف السير فى دعوى الزنى قبل الحكم فيها، لأن من ملك وقف تنفيذ الحكم بعد صدوره ملك الأول وهو وقف إجراءات الدعوى.

٧٠- (ب) مفهوم المخالفة :

يفترض مفهوم المخالفة وجود نص على حكم فى محل مقيد بقيد، فيكون المحل الذى تحقق فيه القيد هو منطوق النص، والذى انتفى عنه القيد هو مفهومه المخالف. وتكون للنص دالتان:

دلالة على حكمه فى منطوقه، ودلالة على خلاف هذا الحكم فى مفهومه المخالف^(١).

ومثال ذلك :

١- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٣ مدنى من أنه: "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد". فالحكم المستفاد من عبارتها هو عدم جواز العدول عن الإيجاب، ومحل الإيجاب مقيدا بأن يكون محددا فيه ميعاد للقبول. فإذا انتفى هذا القيد، كان المفهوم المخالف هو الإيجاب الذى لم يعين فيه ميعاد للقبول، وحكمه عكس حكم المنطوق أى جواز العدول عنه.

(١) سليمان مرقس ص ٢٥٠ - أحمد سلامة ص ٢٠٤.

٢- ما تنص عليه المادة ٤٣٧ مدنى من أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن..." والاستنتاج بمفهوم المخالفة يقودنا هنا إلى القول بأنه إذا هلك المبيع بعد التسليم فإن البيع لا يفسخ ولا يرد الثمن إلى المشتري، فحكم فسخ البيع ورد الثمن إلى المشتري مرتبط بعدم التسليم إلى المشتري. أما لو كان التسليم قد تم فإن الشرط لن يتوافر وبالتالي يثبت للحالة المسكوت عنها عكس حكم الحالة المنصوص عليها^(١).

ويراعى أن الاستدلال بمفهوم المخالفة كثير الخطورة، لأن حكم المنطوق قد يكون وارداً على سبيل التمثيل أو إشارة إلى حكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف، فلا يصح الأخذ به.

ومثل ذلك أن ما تنص عليه المادة ٤٢١ مدنى من أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، فلا يصح أن يفهم منها أن البيع على أى شرط آخر كشرط المذاق مثلاً أو شرط الرؤية يكون بيعاً باتاً ولا يعتبر معلقاً على شرط واقف.

وكذلك المادة ٦٣١ مدنى التى تنص على أن لا تصح إجارة الوقف بالغبن الفاحش إلا إذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذى له ولاية التصرف فى الوقف، فتجوز إجارته بالغبن الفاحش فى حق نفسه لا فى حق من يليه من المستحقين، فإن حكم مفهومها المخالف بطلان إجارة الوقف التى تصدر بغبن فاحش من ناظر ليس هو المستحق الوحيد. ولكن الواقع أن المشرع لم يقصد حكم البطلان فى هذه الحالة، وإنما قصد أن الإجارة تكون صحيحة على أن يلزم المستأجر بتكملة الأجرة إلى أجرة المثل^(٢).

٧١ - المبادئ والنظريات العامة للقانون المصرى:

إذا استعصت على القياس الحالة المعروضة على القاضى، وجب عليه أن يرتفع فوق النصوص درجة أخرى ليستنبط منها المبادئ الأساسية التى قامت

(١) نعمان جمعه ص ٢٦٩.

(٢) سليمان مرقس ص ٢٥٢.

عليها، أو ليبنى على أساسها نظرية عامة تتسع لشمول الحالة المسكوت عنها فى جنبااتها. وسبيله إلى ذلك عقله وقواعد المنطق. ويمكن القول إلى حد ما أن القاضى يشرع فى هذه الحالة، أى أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاء، ولكنه ليس مطلق الحرية فى هذا الإنشاء، ولايجوز له أن يتخذ وسيلة لجعل آرائه الشخصية قواعد قانونية إلا بالقدر الذى تتفق به هذه الآراء مع المبادئ التى يمكن استخلاصها من النصوص التشريعية باعتبار أنها المبادئ التى صدر عنها المشرع.

وهذا العمل الإنشائى يمر بمرحلتين: مرحلة استنباط ومرحلة تفریع، ففى الأولى يرتفع القاضى فوق النصوص القائمة ليستنبط منها المبدأ العام صعوداً، وفى الثانية يفرع على هذا المبدأ قواعد ينزل بها لتطبيقها على الحالة المسكوت عنها.

ويبين من ذلك أن القول بأن القاضى يشرع فى هذه الحالة أو أنه ينشئ القاعدة القانونية إنشاء قول فيه كثير من التجوز، إذ الواقع أن القاضى لا يخلق القاعدة القانونية خلقاً، وإنما يقتصر دوره على استنباط قاعدة معينة من القواعد والمبادئ المقررة فى القانون الوضعى^(١).

ومن أمثلة ذلك فى القانون المدنى القديم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التى بنتها المحاكم على أساس المادة ١١٢١ مدنى فرنسى.

فإن هذه المادة تنص على أن العقد لا يفيد أجنبياً عنه إلا أن يكون أحد المتعاقدين قد اشترط لنفسه ولأجنبى فى الوقت ذاته أو يكون العقد هبة مقترنة بشرط لمصلحة الغير.

وقد ارتفعت المحاكم من هذا النص - فيما استثناءه - إلى المبدأ العام الذى لا بد أن يكون المشرع قد صدر عنه فى هذا النص وهو مبدأ جواز الاشتراط لمصلحة الغير، ثم فرعت على هذا المبدأ أحكام عقد التأمين لمصلحة الغير.

(١) سليمان مرقس ص ٢٧٣ - محمد على عرفه ص ١٩٦ ومابعداها.

غير أنه يجب في الأخذ بهذه الطريقة مراعاة غاية الحذر من الاسترسال مع قواعد المنطق التي تحمل المفكر على أن يخلق بعقله في القضاء بعيدا عن ظروف الحياة العملية. فيستتبط النتائج من مقدماتها بطريقة آلية حسابية بقطع النظر عما يترتب عليها من أثر في هذه الحياة. إذ أن القانون هو قبل كل شيء تنظيم للحياة العملية على الوجه الذي يحقق الخير العام، فيجب أن ينزل المنطق القانوني فيه على حكم الاعتبارات العملية وأن يضع نفسه في خدمتها، لا أن يعتبر نفسه حاكما بأمره بفرض قواعد على الناس دون التفات إلى ما يلائم حاجتهم^(١).



(١) سليمان مرقس ص ٢٧٥.

(المصدر الثاني من مصادر التشريع) (العرف)

٧٢- المقصود بالعرف:

العرف هو اطراد سلوك الأفراد على اتباع سلوك معين أو سنة معينة لاعتقادهم بأن هذا السلوك أو هذه السنة يجب القيام به لاعتقادهم بأنه سلوك أو سنة ملزم.

فقد يحدث أن يسلك شخص مسلماً معيناً إزاء مناسبة معينة، ويقلده غيره في هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة، وهكذا حتى يعتاد المجموع هذا السلوك ويربط بينه وبين مناسباته، ثم يصبح في الأذهان أن هذا السلوك لا خيار فيه وحينئذ يتكون العرف، الذي هو اعتياد ملزم، وهو بهذه المثابة يدخل الجماعة غير مكتوب ومن ثم فقواعده تعتبر من قواعد القانون غير المكتوب^(١).

٧٣- أركان العرف:

ذكرنا سلفاً أن العرف اعتياد يعتقد الناس في ضرورة اتباعه. ومن هنا يبرز ركنان هامين من أركان العرف، الأول: ركن مادي وهو اطراد العمل بسلوك معين. والثاني: ركن معنوي. يتلخص في الشعور بالإلزام.

ونعرض لهذين الركنين بالتفصيل فيما يلي:

الركن الأول:

الركن المادي:

يقصد بهذا الركن المادي الدلالة على أن العرف إنما يتكون أولاً من العمل بسلوك أو سنة معينة واطراد العمل بهذا السلوك أو هذه السنة وتواتره.

(١) أحمد سلامه ص ١٤١ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٤٧٥ وما بعدها.

وفى جميع الأحوال فإن تحقق الركن المادى ليس رهنا بإجماع أفراد الجماعة المنشئة للعرف على اعتبار أن الإجماع مستحيل تحقيقه. لذلك يكفى لاكتمال الركن المادى صدوره بأوصافه السابقة من الغالبية العظمى (الساحقة) لأعضاء الجماعة المنشئة للعرف، وفى هذه الحالة ينسب العرف لكل الجماعة كما أنه يلزم كل أفرادها^(١).

والاطراد يفيد أمورا ثلاثة هي: القدم والثبات والعموم.

أما القدم، فيتطلب أن تكون قد مضت مدة طويلة على اتباع الناس مسلك أو سنة معينة، بحيث لا تكون بدعة جديدة أو نزعة غير مستقرة. على أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة، بل يكفى ألا يتذكر جيل معين متى نبت أول مسلك والأمر متروك على أية حال لقاضى الموضوع، فهو الذى يقرر أن مسلكا معيناً قد استقر فى المجتمع، وأنه ليس نزعة عابرة^(٢).

(١) رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ١٠٠.

(٢) حسن كيره ص ٢٧٤ وما بعدها نعمان جمعه ص ٢٠٥ - ويذهب الدكتور محمد على عرفه ص ٦٤ وبعدها إلى أنه يجب التمييز فى هذا الشرط بين نوعين من العرف هما: العام وهو العرف السارى فى جميع أنحاء الإقليم - والمحلى السارى فى جهة معينة من ذلك الإقليم وأن القاعدة فيما يتعلق بالمدة اللازمة لوجود العرف هى أنه إذا كان العرف محليا وجب أن يكون موجودا من عهد لاسبيل إلى تذكره. أما فى حالة العرف العام فليس هناك محل لاشتراط مثل هذا الشرط، فيكفى أن تكون القاعدة قد استقرت نهائيا بصرف النظر عن مدة بقائها. إذ أن اشتراط الأقدمية فى العرف المحلى مرجعه ضيق المنطقة التى يسود فيها، فى حين أن العرف العام يستمد من مجرد انتشاره حجية تغنى عن اشتراط القدم الأزلى. ويرى أنه لايلزم لكى يكون العرف المحلى قوة ملزمة فى القانون المصرى بقاءه خلال مدة معينة. فلا يلزم من يتمسك بوجود عرف معين إثبات وجوده من عهد لاسبيل إلى تذكره، بل إنه إن استطاع أن يثبت أنه كان قائما خلال مدة معقولة - ولنقل عشرين سنة مثلا سابقة على وقت رفع الدعوى - فإنه ذلك ينهض دليلا كافيا على قدم عهده يجب أن يثبت الخصم عكسه إن شاء أن ينقضه.

ومسألة القدم نسبية أيضا تتعلق بطبيعة العلاقة القانونية، فمثلا العرف الذى يتكون بخصوص مسألة متعلقة بوراثه عرش يكفى فيه تكرار سوابق قليلة لأن وراثه العرش واقعة لا تحصل إلا فى فترات متباعدة ولذا يكفى أن يحصل التكرار فى الحالات التى كان من الممكن مراعاته فيها بحيث يكون دليلا على أن العقيدة أو الامتناع العام قد تكون^(١).

وقد لاحظ البعض أن العادات الزراعية تحتاج فى تكوينها إلى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية^(٢).

أما الثبات، فيتحقق بالتكرار والتواتر بما يفيد الاستقرار والثبات فى شأن السلوك المتبع، بطريقة لا خروج فيها ولا تناقض من جانب من لهم مصلحة فى إنكار العرف.

أما العموم، فالمقصود به أن يكون المسلك أو السنة مراعاة من الغالبية الساحقة من الأشخاص الذين يتصور فى مجتمع معين أن يعنيه الأمر الذى جرى فى شأنه هذا المسلك أو هذه السنة. ولا يقصد بذلك أن تكون العادة شاملة كل البلد، إذ قد تكون خاصة بإقليم معين أو بمدينة معينة أو حتى واحد أو بطائفة معينة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة ومع ذلك تتوافر فيها صفة العموم. فالعادة قد تكون شاملة أو محلية وقد تكون طائفية أى خاصة بمن يزاوون مهنة أو حرفة معينة^(٣).

الركن الثانى:

الإلزام:

لايكفى لتكون القاعدة العرفية وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود ركن معنوى أو نفسى، بأن يسير الناس على

(١) الدكتور محمد طلعت الغنيمى أصول علم القانون طبعة ١٩٥٥ ص ٦٨.

(٢) رمضان أبو السعود ص ٤٧٩ - سليمان مرقس ص ٢٨٥ هامش (٣).

(٣) سليمان مرقس ص ٢٨٤ - الدكتور محمد طلعت الغنيمى أصول علم القانون ١٩٥٥

العادة لاعتقاد راسخ لديهم بأنهم ملزمون بالسير عليها وأن عدم سيرهم ينطوى على مخالفة لقاعدة قانونية.

وهذا الاعتقاد لا يتكون طفرة واحدة وإنما يأتى بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يرسخ فإذ بغالبية الناس تدركه. وهذا ما يبرر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافرا أو غير متوافر، فالمسألة مسألة إحساس وليست مسألة مادية تلمس أو ترى، كما يبرر من ناحية أخرى القول فى وقت معين بأن هذا الاعتقاد لم يتكون. ثم القول فى وقت تال عليه بأنه قد تكون. على أنه حيث تتفق الغالبية العظمى على أن هذا الاعتقاد متوافر فإنه لا يكون هناك جدال حول قيام قاعدة عرفية^(١).

٧٤ - العادات الاتفاقية:

العادات الاتفاقية، هى اعتياد الناس فى مجال معين على اتباع حكم معين فى معاملاتهم دون الشعور بالزام هذا الحكم. فهى عادة لم ترتفع إلى مستوى العرف أى إلى مستوى القاعدة القانونية، وذلك لعدم توافر العنصر المعنوى. وليس ثمة ما يمنع من تحول العادة الاتفاقية فيما بعد إلى عرف إن توافر لها العنصر المعنوى، أى إن ساد الشعور بالزامها^(٢).

وهى تسمى اتفاقية لأنها لا تتمتع بأية قيمة إلزامية إلا إذا اتفق عليها الأطراف. وهذا الاتفاق قد يكون صريحا بالنص عليه ضمن بنود العقد وقد يكون ضمنيا يستدل عليه من ظروف التعاقد. ومن الظروف التى يستدل بها على الاتفاق الضمنى، اعتياد المتعاملين فى مجال معين وفى منطقة معينة على حكم العادة وكذلك عدم الاتفاق على خلاف هذا الحكم أو عدم تنظيم المسألة التى تحكمها العادة. .. الخ.

(١) أحمد سلامه ص ١٤٤ - سليمان مرقس ص ٢٨٧.

(٢) نعمان جمعه ص ٢٠٦ وما بعدها - عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت

ومن أمثلة العادات الاتفاقية ما يجرى عليه التعامل فى بعض المدن من أن المستأجر يتحمل ثمن المياه، وما يجرى عليه التعامل عند بيع بعض أنواع الفاكهة والمواالح من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين، وما يجرى عليه التعامل من إضافة نسبة معينة إلى الثمن على سبيل الوهبة (البقشيش)، وإن كان البعض يرى أنه فى الحالة الأخيرة لم يعد الأمر مجرد عادة بل إن الشعور بالزامها قد وجد، فتحولت إلى عرف^(١).

وتوجز الفروق بين العرف والعادة الاتفاقية فيما يلى :

١- العرف قانون يلزم المتعاقدين علما به أو جهلا، ولا يقبل من الناس الاحتجاج بالجهل بأحكامه إلا بالقدر الذى يقبل فهم بالنسبة للاحتجاج بالجهل بالتشريع، أما العادة فلا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا عليها فى العقد سواء كان الاتفاق صريحا أو ضمنيا.

٢- يطبق القاضى العرف من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تمسك أحد الخصوم بمجرد توافر شروطه.

أما العادة الاتفاقية فهى تدخل فى نطاق الوقائع ومن ثم يجب أن يتمسك بها من له مصلحة فى تطبيقها.

وإذ تميزت العادة الاتفاقية عن العرف من حيث أنه يجب لانطباقها أن تتجه إلى الأخذ بها إرادة الطرفين، فإنه تتميز أيضا عن القاعدة المكملة فهذه الأخيرة تطبق ما لم يوجد اتفاق يقضى باستبعاد حكمها. ومن ثم فإن شرط تطبيق العادة أمر إيجابى هو أن يتفق الطرفان على الأخذ بحكمها، فى حين أن شرط تطبيق القاعدة المكملة أمر سلبى هو عدم اتفاق الطرفين على استبعاد حكمها. وإذا نحن قلنا إن العادة التى يحيل عليها المشرع ويبنيها على الرضا المفترض تعتبر عادة وليست قاعدة قانونية، فإن هذا القول يؤدى إلى قيام فارق آخر بين العادة والقاعدة المكملة، فتعطى أولوية التطبيق للأولى متى وجدت. فضلا عن أن

(١) أحمد سلامه ص ١٦٢ - محمد طلعت الغنيمى ص ٧٣.

العادة تعتبر من الوقائع فيجب إثباتها بينما القواعد المفسرة أو المكملة قانون لا يحتاج إلى إثبات.

٣- يخضع القاضي في تقديره لقيام العرف وفي تطبيقه لرقابة محكمة النقض، إذ يجب أن يبنى القاضي حكمه بوجود العرف أو بنفيه على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها.

أما العادة فلا تخضع لهذه الرقابة لا في وجودها ولا في انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بحكمها، فتلك من المسائل التي تتعلق بالواقع. غير أنه لما كانت العادة بمثابة شرط في العقد، فإنه متى ثبت رضا الطرفين بالأخذ بحكمها فلا يجوز للقاضي الانحراف عنها (مادة ١٥٠ مدني)^(١).

٧٥- هل يشترط ألا يخالف العرف النظام العام والآداب ؟

يشترط ليتحقق للاعتياد مقوماته كركن مادي للعرف ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب في الجماعة، وهو ما تظهر أهميته في خصوص العرف الطائفي. أما العرف الشامل فهو بالضرورة متفق والنظام العام باعتبار أن الجماعة التي أنشأته هي التي تساهم في تحديد مضمون النظام العام ولا يتصور أن ينشأ عرف يتعارض مع ماعتقده متفقا مع النظام العام^(٢).

ولكن قد يترتب على العرف تغير المبدأ الذي يتكون منه النظام العام والآداب. ومثال ذلك شرعية عقد الوساطة في الزواج. فاعتياد الناس عليه أدى إلى تطور النظام العام وتغيير مضمونه. وهذا الوضع يختلف عن بقاء النظام العام على ما هو عليه، ثم اعتياد الناس على مخالفته، فهنا تكون العادة غير مشروعة^(٣).

(١) أحمد سلامه ص ١٦٤.

(٢) رمضان أبو السعود وهام محمد محمود ص ١٠٠ وما بعدها - نعمان جمعه ص ٢٠٥ -

محمد طلعت الغنيمي ص ٦٩.

(٣) نعمان جمعة ص ٢٠٥.

٧٦- هل يجوز إلغاء العرف للتشريع ؟

تنص المادة الثانية من التقنين المدنى الجديد على أنه: "لايجوز 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".

ومعنى هذا النص أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع لاحق سواء كان ذلك الإلغاء صريحا أو ضمنيا.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدنى فى هذا الشأن: "وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق"^(١). فإذا كان العرف لا يلغى التشريع، فلا يجوز له أن يخالفه، ولا بد له من أن ينتقد به^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "لايجوز التحدى بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعى".

(طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

وهذا المبدأ مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ما يحمى منها مصالح خاصة، وما يحمى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء. ولا نقر - مع البعض^(٣) - ما يذهب إليه رأى فى الفقه^(٤) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة لأن مثل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٦.

(٢) محمد على عرفه ص ٦٦ - حسن كيره ص ٢٩١ وما بعدها - أحمد سلامه ص ١٤٥ وما بعدها.

(٣) حسن كيره ص ٢٩٢ - رمضان أبو السعود ص ٥٠٠ وما بعدها.

(٤) الدكتور عبد الرزاق السنهورى والدكتور حشمت أو ستيت أصول القانون ١٩٥٠ ص ٩٣ - سليمان مرقس ص ٣١٧ وما بعدها.

هذه النصوص لا تقل عن النصوص الأمرة الأخرى تعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الترخيص في مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية أمرة كذلك.

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الأمرة فقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه. إذ لا يمكن بحال من الأحوال - والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف - تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الأمرة، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص. إنما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الأمر، إذ الواقع أنه ليس فى ذلك إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون، أو تغليب للعرف على التشريع. ذلك أن الأمر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى. والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه، لأنه هو الأصل العام، والقانون التجارى هو الحكم الخاص. فحيث لا توجد قواعد خاصة فى المسائل التجارية، لا يبقى مناص من الرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة للأفراد. ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة. فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن وذلك عملاً بالمادة الثانية من القانون التجارى الجديد التى تقضى فى فقرتها الأولى بأنه: "تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى". وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانون المدنى، إذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة^(١).

(١) حسن كيره ص ٢٩٢ وما بعدها - رمضان أبو السعود ص ٥٠١ وما بعدها - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٦ وما بعدها.

فإذا وجد عرف تجارى، فلا تقاس مرتبته إذن إلى القانون المدنى - إذ لا محل لتطبيق القانونى المدنى وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى وهو القاعدة الخاصة - وإنما تقاس مرتبته فقط إلى القانون التجارى، وتظل متأخرة عن نصوصه الآمرة - كما هو المبدأ العام - بحيثلا يجوز له مخالفتها أو إلغاؤها.

وعلى أى حال فالمشرع المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدنى بتغليب العرف التجارى - فى المجال التجارى - على النص المدنى الأمر. فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون ترخيص من الأصيل إذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م ١٠٨) وعلى أن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو مجاوزة مجموع الفوائد على رأس المال، يكون دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية (م ٢٣٢).

وقد قضت محكمة النقض بصدد القواعد الآمرة بأن:

١- "... وكانت إشارته (أى الحكم) إلى العرف التجارى فى أسبابه لم يكن المقصود منها تغليب هذا العرف على أحكام القانون الآمرة وإنما كان ذلك منه بيانا لما جرى به العرف من التعامل على أساس عقود مماثلة للعقد موضوع النزاع، دون أن يكون فى ذلك ما يخالف أحكام القانون، لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تكييف العقد ومخالفة القانون يكون على غير أساس".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٢- "... أما إشارته فى أسبابه إلى العرف التجارى فلم يكن المقصود منها تغليب أحكام هذا العرف على أحكام القانون الآمرة، وإنما كان ذلك - بعد أن نفى عن العقود وصف الرهن استنادا إلى ما استخلصه من نصوصها - بيانا لما جرى عليه العرف من التعامل على أساس هذه العقود التى تخالف شروطها أحكام القانون، وأنه تنفيذا لهذه الشروط بيع قطن الطاعن بالبورصة حسب

السعر الجارى بيعا لا يشوبه أى غش أو تدليس، لما كان ذلك، يكون النعى على الحكم بمخالفة القانون على غير أساس".

(طعن رقم ٢٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)^(١)

وإذا كان العرف لا يملك مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع الآمرة، فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة لإرادة المتعاقدين^(٢).

إذ هى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها فى الجماعة. ولذلك يعنى المشرع بالتنبيه فى كثير من النصوص المكملة إلى أن هذه النصوص لا تسرى إذا وجد عرف مخالف لها. ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٥٦، ٤٥٧ من التقنين المدنى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع "مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

وما تنص عليه المادة ٤٦٤ من أن "نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك".

وغنى عن البيان أن العرف إذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة، فلا تحمل هذه المخالفة معنى إلغاء تلك النصوص.

فقيام عرف مخالف لتلك النصوص إنما يحمل محمل اتفاق الأفراد وتراضيه على خلافها. فلا يكون له من الأثر إلا مجرد استبعاد تطبيقها دون

(١) وقررن طعن رقم ٦٧ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ إذ جاء به: "إنه وإن جرى عرف بعض المحاكم بتقدير أتعاب المحاماة التى يستحقها المحامى قبل موكله إذا لم يكن قد اتفق معه على أتعابه، فإن محكمة النقض لا تستطيع بحكم ترتيبها وانحصار اختصاصها فى تقويم المعوج من الأحكام المخالفة للقانون أو المخطئة فى تطبيقه أو فى تأويله وأن تتبع هذا العرف الخاص المخالف للقانون، فتمد اختصاصها إلى حقوق جديدة موضوعية صرفة بين المحامى الذى حضر أمامها وموكله فتضلع بها فحصا وتحقيقا على ما تسير به محكمة الموضوع المختصة، إذ ليس هذا من قبيل ما عهد به إليها".

(٢) حسن كيره ص ٢٩٤ ومابعداها - رمضان أبو السعود ص ٥٠٤ ومابعداها.

الامتداد إلى إلغائها، إذ العرف - كما رأينا سلفاً - لا يملك إلغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه.

٧٧- دور العرف في النظام القانوني:

العرف قد يكمل التشريع وقد يعاونه وقد يعارضه ونعرض لذلك في التفصيل فيما يلي:

(أ) العرف المكمل للتشريع:

هذا هو الدور الذي حددته المادة الأولى من القانون المدني إذ قضت بتطبيق العرف إذا لم يوجد نص في التشريع وهو ما عبرت عنه مذكرة المشروع التمهيدى بقولها: "الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إن افتقد النص". وإذن فالعرف يكمل النقص في أحكام التشريع سواء كان هذا النقص مقصوداً أم غير مقصود، فقد يمتنع المشرع عمداً عن وضع حل لمسألة معينة ويترك العرف يحكمها. وقد يكون هذا الترك سهواً يتأتى عن عدم تنبه المشرع إلى مسألة معينة، كما يحدث أن تجد مسألة بعد صدور التشريع فلا يكون في مقدور المشرع أن يعالجها. وواضح أنه في كل هذه الفروض لا مناص من الالتجاء إلى العرف لتكمل أحكامه ما نقص في أحكام التشريع.

ومن الأمثلة التي تعمد فيها المشرع ترك مسألة لحكم العرف ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مدنى من أن: "الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى"^(١).

على أن النقص فى التنظيم التشريعى لا يتأتى بنفس الدرجة فى كافة فروع القانون، ومن ثم فإن دور العرف - وهو مرتبط بهذا النقص - قد يتزايد فى فروع ويتضاءل فى فروع أخرى. وذلك على التفصيل التالى:

(١) أحمد سلامة ص ١٤٩ ومابعدها.

١- فروع القانون الدولي العام:

بالنسبة للقانون الدولي العام، يحتل العرف مكانة كبرى، ويعتبر أهم مصادره الرسمية. وذلك لعدم وجود سلطة مشرعة تملو الدول فإن هذه الدول تسير في معظم الأحيان على القواعد العرفية.

ويتكون العرف الدولي من اضطراد سير الدول في علاقاتها المتبادلة على نحو معين أى على مسلك معين. وطالما كان هذا المسلك عاما، التزمت الدول في الجماعة الدولية بالسير على مقتضاه وأصبح ملزما لها.

وقد نصت على ذلك المادة ٣٨ من قانون محكمة العدل الدولية بقولها: "العادات الدولية المرعية تعتبر قانون دل عليه تواتر الاستعمال"^(١).

٢- القانون الدستوري:

يتضاءل الدور الذى يلعبه العرف في القانون الدستوري للبلاد التي يكون دستورها جامدا، كما هو الحال في مصر. وذلك بعكس بعكس البلاد ذات الدستور المرن فإن دور العرف يعتبر دورا رئيسيا ومثال ذلك انجلترا إذ يعتبر العرف مصدرا رئيسيا للقانون الدستوري.

ومن أمثلة ذلك في مصر، ما كان يبرر به بعض الفقهاء حق السلطة التنفيذية في إصدار لوائح الضبط والبوليس في ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك.

وما كانت تنص عليه المادة ٤٣ من دستور ١٩٥٦ التي تحمي حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقا للعادات المرعية في مصر على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب.

٣- القانون الإداري:

يعتبر العرف مصدرا رسميا للقانون الإداري يتلو التشريع في المرتبة.

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١١.

ويقصد بالعرف الإدارى هنا، ما جرت عليه جهات الإدارة فى علاقاتها ببعض أو مع الأفراد، واطرد سيرها عليه. ويعزى ذلك إلى أن قواعد هذا الفرع غير مقننة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن العرف إنما يعتد به إذا لم يكن ناشئاً عن خطأ فى فهم القانون. والعرف الإدارى تعبير اصطلاح على إطلاقه على الأوضاع التى درجت الجهات الإدارية اتباعها فى مزاوله نشاط معين لها. وينشأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع والسير على سنتها فى مباشرة هذا النشاط، أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجبة الاتباع ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة. ويشترط لاعتبار العرف ملزماً للإدارة أن يتوافر شرطان (١) أن يكون العرف عاماً وأن تطبقه الإدارة بصفة دائمة بصورة منتظمة، فإذا أغفل هذا الشرط فلا يرتفع العمل الذى جرت على مقتضاه الإدارة إلى مستوى العرف المزم للإدارة (٢) ألا يكون العرف قد نشأ مخالفاً لنص قائم. وقد نص الشارع على العرف كمصدر رسمى للقانون غير أنه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتى فى المرتبة الثانية بعد التشريع. ومن ثم فلا يجوز للعرف أن يخالف نصاً قائماً. ويندرج تحت ذلك أن العرف الناشئ من خطأ فى فهم القانون لا يمكن التعويل عليه".

(طعن رقم ١١٧٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٦٢/٢/٢٤)

٤- القانون الدولى الخاص :

من الملاحظ أن معظم قواعد القانون الدولى الخاص قد نشأت نشأة عرفية قبل أن تصدر فى شكل تشريعات داخلية.

ومن أمثلتها القاعدة التى تقضى بخضوع شكل العقد لقانون بلد الإبرام، وقاعدة خضوع الميراث فى المنقول لقانون موطن المتوفى .

والعرف قد يكون داخلياً، وقد يكون دولياً، فالقاضى إذا لم يجد نصاً فى التشريع كان عليه أن يرجع إلى العرف الداخلى، فإن لم يجد فيرجع إلى العرف

الدولى، وهو العرف المستقر فى كثير من الدول والذى يشهد به قضاؤها الوطنى أو القضاء الدولى.

وقد أقر المشرع المصرى صراحة الرجوع إلى العرف الدولى فى مسائل القانون الدولى الخاص حين نص فى المادة ٢٤ مدنى على أن: "تتبع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص"^(١).

٥- القانون التجارى:

بالرغم من كثرة التشريعات الصادرة فى المواد التجارية، فلا يزال للعرف أهمية خاصة فى القانون التجارى تتجاوز أهميته فى أى فرع آخر من فروع القانون، وذلك لقصور هذه التشريعات - برغم كثرتها - عن الإحاطة بتنظيم كل العلاقات التجارية، ويرجع ذلك إلى كثرة هذه العلاقات وتنوعها وتجددتها وتطورها. كما أن النصوص التجارية قد تتحى أحياناً قصداً عن تناول بعض المسائل تاركة إياها للعرف.

ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية، افتراض التضامن بين المدينين، فىكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى).

وكذلك جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد فى الحساب الجارى وتجاوز مجموع الفوائد رأس المال، وذلك خلافاً للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢ مدنى).

وكذلك مبدأ تطهير الدفع واستقلال التوقيعات فى الأوراق التجارية. وكذلك الاكتفاء بإنذار المدين بخطاب عادى بدلاً من ضرورة إعذاره بورقة من أوراق المحضرين.

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١٠ وما بعدها.

٦- قانون العقوبات :

ليس للعرف فى قانون العقوبات - بوصفه مصدرا رسميا- أدنى نصيب نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات، إذ يقضى مبدا شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر التجريم والعقاب فى نصوص القانون: فتحدد الأفعال التى تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها، كل ذلك من اختصاص الشارع وليس للقاضى شأن فى ذلك، وكل ما له هو تطبيق ما يضعه الشارع من نصوص فى هذا الشأن. وتحصر الدساتير عادة على النص على هذا المبدأ، كالدساتير المصرية المتعاقبة - تأكيدا وكفالة للحريات العامة. وهو ما يقرره الدستور القائم فى المادة ٦٦ منه التى تنص على أنه: "للاجريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"^(١).

وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه لا يكون أمام القاضى إلا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء إلى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب. ولئن كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة، فإنه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على الجريمة يكون الالتجاء إلى العرف مقصورا على سبيل الاستئناس بصفته معينا على تفسير النص وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيري^(٢).

وفى هذا قضت محكمة النقض الدائرة الجنائية- بأن :

"لا جدوى من القول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على اليمين فى اجتياز الميادين ويدور حولها، فإن العرف جرى بأن يلتزم

(١) محمود نجيب حسنى ص ٧٨ وما بعدها.

(٢) حسن كيره ص ٢٩٧.

سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق دائما. ومخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات إذ هذه اللائحة تنص على أنها لا يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور أو ممتلكاته".

(طعن رقم ٢٩٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٦)

ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعي بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات، وما كان رجوع محكمة النقض إلى العرف إلا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التي ينجم عن السوق بها خطر على حياة الجمهور أو ممتلكاته. ذلك السوق الذي تعاقب عليه هذه اللائحة. ومن هنا لم يكن الرجوع إلى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا إليه بوصفه مصدرا رسميا منشأ لجريمة أو فارضا لعقوبة أصلا^(١).

ولئن كان العرف لا يجوز أن يكون مصدرا لقاعدة من قواعد التجريم، إلا أنه يصلح أن يكون مصدرا لقواعد الإباحة^(٢).

٧- القانون المدني:

ليس للعرف نصيب وافر في القانون المدني، وإن كانت النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا.

ومن أمثلة العرف في العلاقات المدنية ما يأتي:

١- أن أثاث منزل الزوجية ملك للزوجة المسلمة، وذلك على اعتبار ما جرى عليه العمل في مصر - بالنسبة لزواج المصريين - من قيام الزوجة بتجهيز أثاث منزل الزوجية من مهرها (وهو ملك لها) أو من مال والديها أو من مالها الخاص.

(١) حسن كيره ص ٢٩٧ هامش (٣).

(٢) راجع في التفصيل الدكتور محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام

الطبعة الثالثة ١٩٥٥ ص ٨٤ وما بعدها.

ومع ذلك فهذه قرينة بسيطة حيث يجوز للزوج أو لغيره من ذوى المصلحة إثبات عكسها^(١).

٢- أن المرأة تظل محتفظة بلقب أسرتها بعد الزواج، دون أن تكتسب حق استعمال لقب الزوج. بينما يجرى العرف فى كثير من الدولة الغربية وخاصة فى فرنسا - على اكتساب الزوجة - إلى جوار لقبها الأصلي - لقب الزوج بمجرد الزواج^(٢).

٣- أن الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة "دوطة" أى بائعة تسلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالى، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقيه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام.

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ ١٢/٦/١٩٥٢ فى الطعن رقم ١٠٢ لسنة

١٩ ق بأن:

"الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة "دوطة" بائعة، تسلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالى، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقيه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التى ينتسبون إليها، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام، وإذن فمتى كان العرف بين أفراد الطائفة التى ينتسب إليها المتخاصمان على فرض جواز تطبيقه بلا قيد، يقضى حسبما يبين من أوراق الطعن بعدم قبول دعوى الزوج بخصوص الدوطة بعد مضي أكثر من عشر سنوات من وقت انعقاد الزواج، وكان المطعون عليه قد تسلم من الطاعنة المبلغ المطالب به بعد انعقاد الزواج بأكثر من عشر سنوات، فإن اعتبار الحكم المبلغ

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٠٨ - حسن كيره ص ٢٩٦.

(٢) حسن كيره ص ٢٩٦ وما بعدها.

المذكور مع ذلك، من البائنة دون الاعتبار بدلالة الوصولات الصادرة من المطعون عليه وحقيقة ما اتجهت إليه إرادة الطرفين في هذا الخصوص، هو قصور يعيبه ويستوجب نقضه، كما يعيبه قصور آخر إذ أغفل الاعتبار بما جاء بعقدى شراء العقارين من أن الطاعنة كسبت بها ملكية النصف فيهما خالية من أى قيد ذلك بأن انتقال الملكية في العقار وكذا إنشاء أى حق عيني عقارى لا يكون إلا بالتسجيل. ولما كان الحكم قد اطرح هذا الأصل استنادا إلى أن ما تملكه الطاعنة في العقارين يعتبر جزءا من البائنة وأن للمطعون عليه حق حبس حصتها فيهما وحق الانتفاع بغلتهما مدى قيام الحياة الزوجية دون أن يعتد بدلالة العقدین المشار إليهما ودون أن يكون لقضائه سند من القانون أو من عقد مسجل منشئ للحقوق المقضى بها، لما كان ذلك كان الحكم باطلا بطلانا يستوجب نقضه".

٤- ما قضت به محكمة ملوى الجزئية بتاريخ ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤١

بأنه من المسلم أنه في حالة عدم النص أو غموضه يجب تطبيق مبادئ العدالة المطلقة. وتطبيقا لهذه القاعدة وتمشيا مع العرف الذى له أيضا قيمته، يجوز للمهدى في حالة عرس أو مآتم أن يطالب من أهدها برد مقابل ما أهدها له في هذه الظروف^(١).

٥- جرى القضاء في مصر على وجود نيابة ضمنية من الزوجة لزوجها في إدارة أملاكها وتصريف شئونها، وقد تأثرت المحاكم في هذا ولاشك بما جرت به العادة في مصر من تسليم الزوجة دفة أمورها إلى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها.

إلا أن محكمة النقض ذهبت في قضائها إلى أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على إنابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يقر في وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الإنابة، أى أنها أوجب أن يقوم عليها الدليل، وتركت

(١) راجع في هذا أيضا سليمان مرقس ٣١٢ - رمضان أبو السعود ص ٥٠٨ - أحمد سلامة

تقدير وجود هذه الوكالة الضمنية لتقدير القاضى (أنظر نقض طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦، ٣٧٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/٤، ٢٠٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٥ المنشور فى مجلد عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة).

(ب) العرف المعاون للتشريع:

وهنا يلجأ إلى العرف عند تطبيق التشريع، فيكون نص التشريع موجوداً، ولكن هذا النص يأتى مقتضياً فيستعان بالعرف لضبط تطبيق النص فيقال إن التشريع يدعو العرف لمعاونته. فقد يحدث فى الصياغة المرنة أن يترك المشرع ضبط ألفاظها أو حتى ضبط الفكرة ذاتها إلى العرف. وقد يحدث أن يلزم المشرع القاضى بالتعرف على إرادة المتعاقدين ويصرح له فى ذلك بالاستعانة بالعرف.

ومن أمثلة معاونة العرف التشريع لضبط لفظ معين ما تنص عليه المادة ٢/١٤٨ مدنى، فهى تقول: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه. ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". ولا شك أن كلمة "مستلزماته" كلمة مرنة ترك التشريع تحديدها للعرف الذى يحدد مستلزمات الشئ فى كل حالة على حدة.

وكذلك ما تنص عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أنه: "يشمل التسليم" تسليم المبيع" ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ وذلك طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين". فهنا يساعد العرف فى تحديد "ملحقات البيع" وفى تحديد "ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ" (١).

وفى بعض الأحيان تكون عبارة العقد غامضة وهنا يتولى القاضى تفسيرها وهو فى تفسيره يجب أن يتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ويصرح له

(١) رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٨ وما بعدها - أحمد سلامة ص ١٥٣.

القانون أن يهتدى في ذلك بحكم العرف إذ تنص المادة ٢/١٥٠ مدنى على أن: "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، ومما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين. وفقا للعرف الجارى فى المعاملات".

ولعل الفرق قد وضح بين العرف المكمل والعرف المعاون. ففي الأول ينظم العرف مسألة برمتها لعدم وجود نص فى التشريع. أما فى الثانى فإن النص يوجد والعرف يضبط تطبيقه.

(ج) العرف المخالف للتشريع:

المقصود بالعرف المخالف للتشريع هنا، هو العرف الذى يفضل حكمه على حكم التشريع، وهو الذى جرى الفقه على تسميته بالعرف المخالف للتشريع. فمجاله عندما تشترط القاعدة التشريعية لتطبيقها عدم وجود قاعدة عرفية مخالفة. فعند وجود عرف مخالف فإن له أولوية التطبيق، لا لأنه يتمتع بمرتبة أعلى من مرتبة التشريع ولكن لسببين:

أولهما: أن هذه الأولوية أمر المشرع فالقاعدة التشريعية هى التى قضت بتفضيل العرف. أى أنه حتى فى هذه الحالة فإن العرف يؤدى دوره فى نطاق التشريع وفى حدوده.

ثانيهما: أن القاعدة التشريعية لا تطبق، لأن شرطا من شروط تطبيقها لم يتوافر. هذا الشرط هو عدم وجود عرف مخالف. فعدم تطبيق القاعدة التشريعية لا يرجع إلى أفضلية العرف، وإنما لعدم توافر شرط من شروط تطبيقها، فلا محل للتنازع بين قاعدتين إحداها تشريعية والأخرى عرفية^(١). وتطبيق القاعدة العرفية يكثر فى نطاق القواعد المكملة، وإن كان يوجد أيضا فى نطاق القواعد الأمرة.

ففى نطاق القواعد المكملّة قد يضع المشرع حكما يمثل القاعدة العامة ويترك للعرف أن يحدد الاستثناءات التى ترد عليها، كما أنه قد يصرح باستبدال القاعدة العرفية بالقاعدة التشريعية. **ومثال الحالة الأولى** ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى من أنه يكون البائع ملزما بالضمان أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعدله.

فهذه الفقرة تضع القاعدة العامة فى ضمان العيوب الخفية التى توجد بالمبيع. ثم تأتى المادة ٤٤٨ لتقرر أن البائع لا يضمن عيبا جرى العرف على التسامح فيه.

ومثال الحالة الثانية ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٦ مدنى من أنه: "يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك". وإذن فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد الوقت الذى يدفع فيه الثمن فإنه يدفع فور العقد ما لم يكن هناك عرف قد جرى على أن يدفع بعد ذلك أو قبله.

وفى نطاق القواعد الآمرة قد يصرح المشرع أيضا بأن تعطى الأولوية فى التطبيق لحكم القاعدة العرفية. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٢ مدنى من أنه^(١): "لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية". وإذن فإذا اقتضى العرف التجارى أن تزيد الفوائد على رأس المال أو أن تقتضى فوائد على متجمد الفوائد فإن حكم العرف التجارى هو الذى يطبق على العلاقات التجارية.

٢٨- إثبات العرف:

الرأى الراجح أن العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية، والمفروض أن القاضى يعلم بها وعليه أن يطبقها من تلقاء نفسه، ولايسوغ له أن يتخذ من عجز المدعى عن الإثبات دليلاً على عدم قيام القاعدة العرفية.

غير أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف، إذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة. بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة. مما يتعذر معه إلزام القاضى بالإحاطة بها إحاطة كاملة، خاصة وهو غالباً عرف محلى أو طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف. من أجل ذلك يكون للقاضى أن يتوصل بكل الطرق الموصلة إلى الوقوف على العرف، فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها فى موضوع النزاع، القيام بإثبات وجودها وتحديد مضمونها، بل الغالب فى العمل أن يبادر هذا الخصم فيقوم بإثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الإثبات^(١).

ويلاحظ أن محل الإثبات فى هذه الحالة وجود قاعدة قانونية جرى بها عرف معين، فلا يجوز التعويل فيه على الإقرار أو اليمين لأن القواعد القانونية لا تثبت من طريقهما، وإنما يجوز إثبات العرف من طريق إثبات السوابق العملية أو السوابق القضائية أو عن طريق شهادة أشخاص ذوى خبرة بما يجرى عليه العمل فى نوع العلاقات المدعى نشوء العرف بشأنها^(٢).

ويكون إثبات العرف فى المسائل التجارية عادة بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية، أو من خبير فى المعاملة التجارية التى استقر العرف فى

(١) حسن كيره ص ٢٨١ - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود ص ١٠٥ هامش (٢) - سليمان مرقس ص ٣٢١.

(٢) سليمان مرقس ص ٣٢٢ - رمضان أبو السعود ص ٤٩٤.

شأنها. كما يثبت وجود العرف في دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصليات في الخارج^(١).

وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء. فللمحاكم أن تهملها وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأى خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على وجود عرف يقضى بأن يكون تاريخ استحقاق الأجرة سابقا على تاريخ انتهاء الإيجار دون أن تثبت المحكمة من قيام ذلك العرف. أو تبين مصدره وذلك على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف يقضى باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار وبعد جمع المحصول فإن الحكم المطعون منه يكون معيبا مما يوجب نقضه".

(طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٤/٢١)

٢- "على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها، وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها".

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٦)

٣- "إذا كان البنك الطاعن قد تمسك بدفاعه أمام محكمة الاستئناف أن عقود التسليف بضمان توريد الأقطان هي عقود من نوع خاص يحكمها العرف التجارى دون أن يقدم الدليل على قيام هذا العرف التجارى الذى يحكم تلك العقود ومدى تأثيره فى الفصل فى النزاع فإن النعى يكون عاريا عن الدليل".

(طعن رقم ٦٢٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٢/٦/١٤)

والتحقق من قيام العرف متروك لقاضى الموضوع.

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجارة الجديد المجلد الأول

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"التحقق من قيام العرف متروك لقاضي الموضوع. وإذا كان الحكم قد نفى وجوده بأسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض".
(طعن رقم ٥٧٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٤/٢٢)

٧٩- لا يجوز التحدى بوجود العرف لأول مرة أمام محكمة النقض:

إذا لم يتمسك الخصم أمام محكمة الموضوع بوجود عرف في مسألة معينة، فلا يجوز له التمسك بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كان المطعون ضده لم يدع أمام محكمة الموضوع بوجود عرف تجارى يقضى بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بالدين الأصلي فإنها لا يجوز له أن يتحدى بهذا العرف لأول مرة أمام محكمة النقض".
(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٦)

٢- "لما كان ما يثيره الطاعن من أن العرف جرى على قيام الجهات الإدارية بمثل التسهيلات الواردة بسببى النعى عار من الدليل لعدم تقديمه دليلاً على قيام هذا العرف ولعدم إشارة الخبير إليه فى تقريره كما لم يرد فى مدونات الحكم المطعون فيه ما يدل على أن الطاعن سبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز عرضه لأول مرة أمام هذه المحكمة".
(طعن رقم ٨١١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٦)

٨٠- مدى خضوع محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض فى تفسيرها

للعرف:

متى قررت محكمة الموضوع وجود العرف فلها أن تفسره وتحدد مدى تطبيقه.

وقد اختلف فيما إذا كانت المحكمة تخضع فى هذا التفسير لرقابة محكمة النقض أم لا.

فذهب رأى إلى أن تفسير محكمة الموضوع للعرف يخضع لرقابة محكمة النقض، إذ متى أصبح العرف واجب التطبيق اعتبر فى حكم القانون. ومن ثم وجب خضوعه لرقابة محكمة النقض، ويجوز بالتالى نقض الحكم بسبب مخالفته للعرف^(١).

وذهب رأى ثان إلى أنه إذا كان العرف اتفاقا فلا شأن لمحكمة النقض به أما إذا كان قانونيا فيجب إخضاعه لرقابتها. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية فى بعض أحكامها بهذا الرأى^(٢).

وذهب رأى ثالث إلى أنه لا رقابة لمحكمة النقض فى هذا الصدد، إذ لا يعتبر العرف قانونا حتى يمكن أن يكون خاضعا لرقابتها، ثم أن تدخل محكمة النقض فى شأن العرف يؤدى حتما إلى تثبيته وتوحيده، مع أنه من الخير أن يترك العرف يتغير بتغير مقتضيات الزمان والمكان. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأى فى كثير من أحكامها^(٣).

كما أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأى فى حكم حديث لها غير منشور ذهب فيه إلى أن:

"القواعد والعادات التجارية. شأنها شأن العرف من مسائل الواقع التى يتأكد بالتثبت من قيامها وتفسيرها قاضى الموضوع. عدم خضوعها لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد القاضى عن تطبيق عادة ثبت لديه قيامها".

(طعن رقم ١٥٤٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٤/٤/١٩٨٦)

وعندنا أن الرأى الثانى يتفق وطبيعة العرف القانونى والاتفاقى.

(١) الدكتور على الزينى أصول القانون التجارى المجلد الأول سنة ١٩٣٥ ص ٥٦ وما بعدها - الدكتور على البارودى والدكتور محمد فريد العربى القانون التجارى ١٩٨٦ ص ٢٧ - الدكتور أحمد محرز القانون التجارى ١٩٩٨ ص ٣٧.

(٢) مشار إليه فى مؤلف الدكتور محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ٥٢.

(٣) راجع محسن شفيق ص ٤٢ وما بعدها - الدكتور ثروت عبد الرحيم شرح القانون التجارى المصرى الجديد الجزء الأول الطبعة الثالثة سنة ٢٠٠٠ ص ٣١.

المصدر الثالث من مصادر التشريع

(مبادئ الشريعة الإسلامية)

٨١ - المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية :

رأينا أن المصدر الثالث من مصادر التشريع الرسمية هو مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ أوضحت المادة الأولى من التقنين المدنى أنه إذ لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويطبق ذلك على المسلمين وغيرهم كالمسيحيين واليهود^(١).

وعلى ذلك فإن مبادئ الشريعة الإسلامية اعتبرت مصدرا رسميا احتياطيا للقانون^(٢).

(١) ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والأحوال الشخصية. فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة إلى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية.

(٢) وكان المشروع التمهيدى لتتقيح القانون المدنى يكتفى بجعل مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر غير الرسمية كالفقه والقضاء وقد قالت مذكرة المشروع التمهيدى فى ذلك: "على أن القاضى يستلهم فى هذا الشأن الأحكام التى أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية. والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا التعميم لاتعدو أن تكون تقنيينا لما جرت عليه المحاكم المصرية منه عهد بعيد، فهى تستشهد بأراء المصريين والأجانب من الفقهاء وبالقضاء الوطنى والأجنبى على حد سواء. أما التتويه بمبادئ الشريعة الإسلامية فهو تجديد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لايوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد المشروع فحسب، بل بوصفها مثالا فريدا من مثل الصياغة الفنية الرفيعة. وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة فى فقه القانون المقارن وسبقت أرقى التقنيات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التعسف فى استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة فما أحرأها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصرى ولاسيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجه على أحكام الشريعة فى مذاهبها المختلفة دون عناء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ١٨٩). =

والمقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية هو مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية وحدها التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية وأحكامها الجزئية التي تختلف الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء^(١)، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ بها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرهما.

والملاحظ أن المشرع أوجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية قبل القانون الطبيعى وقواعد العدالة. وذلك لأنه رأى فى القانون الطبيعى وقواعد العدالة فكرة غير واضحة^(٢).

= غير أن الدكتور السنهورى اقترح فى لجنة مراجعة المشروع تعديلا يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع فى الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فوافقت اللجنة على ذلك، وجعلت نص الفقرة الثانية من المادة الأولى ما يلى: "إذًا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون وقواعد العدالة".

(١) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى يقضى بأن يكون رجوع القاضى إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون "دون تقييد بمذهب معين" ولكن اعترض فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على حكم الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية دون تقييد بمذهب معين لما تحدثه هذه العبارة من اضطراب فى الأحكام لاختلاف المذاهب. وقد وافقت اللجنة على حذف عبارة "الأكثر ملائمة" لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين "لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملائمة. ولم تر محلا للإشارة إلى عدم التقييد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهى لا تختلف باختلاف المذاهب (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٠ ومابعدها).

حيث لا يوجد نص، ولن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية. وانتهى الأمر إلى حذف هذه العبارة، لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملائمة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩١ ومابعدها).

(٢) سليمان مرقس ص ٣٣٤.

٨٢ - النص في الدستور على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع:

كانت المادة الثانية من الدستور الملغى الصادر سنة ١٩٧١ تنص على "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع" ثم عدلت المادة بتاريخ ٢٢/٥/١٩٨٠ واستبدلت كلمة المصدر بكلمة (مصدر) وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

وهذا النص موجه إلى المشرع وليس إلى القاضي فهو يخاطب المشرع بأن يجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وبأن يجعل ما عداها من المصادر ثانوياً. وهذه النتيجة لا محيص عنها لأن الأصل أنه لا تدرج بين المصادر الموضوعية أو المادية بل الأصل تكافؤها فإذا وصف الدستور واحداً منها بأنه المصدر الرئيسي فقد دل بذلك على أنه يعتبره المصدر الرئيسي الوحيد، ولو قيل بغير ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى^(١).

غير أن التزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام.

وهذا ما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا في قضائها. وعلى سبيل المثال قضت بتاريخ ٢٧/٥/١٩٨٩ القضية رقم ١٥٠ لسنة ٤ قضائية "دستورية" بأن:

"إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه هذا الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلاً من قبله، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائماً واجب الأعمال. ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد وهذا هو مناط الرقابة الدستورية".

(١) رمضان أبو السعود ص ٥١٧.

وقد اضطرر قضاء المحكمة الدستورية العليا في ظل هذه المادة على

أمرين:

الأمر الأول: أن إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد هذا التاريخ الذي فرض منه هذا الإلزام. أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله.

الأمر الثاني: أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكون المصدر الرئيسي للتشريع هي الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا. أما الأحكام الظنية محل الاجتهاد، فللمشرع أن يغير في أحكامها تبعا لتغير الزمان والمكان والنوازل متحريا الأحوال الكلية للشريعة ومقاصدها.

ومن أمثلة ذلك:

١- ما قضت به المحكمة بتاريخ ١٩/١٢/٢٠٠٤ في القضية رقم ١١٩

لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بأن:

"اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن ما نص عليه الدستور في مادته الثانية - بعد تعديلها في سنة ١٩٨٠ - من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع إنما يتمخض عن قيد يجب على السلطة التشريعية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل - ومن بينها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية - فلا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها ودلالاتها، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعا، لأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية، وأصولها الثابتة التي لا تحتل تأويلا أو تبديلا. ومن غير المتصور تبعا لذلك أن يتغير مفهومها بتغير الزمان والمكان، إذ هي عصية على التعديل. ولا يجوز الخروج عليها، أو الالتواء بها عن معناها.

وتنصب ولاية المحكمة الدستورية العليا في شأنها على مراقبة التقيد بها، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها. ذلك أن المادة الثانية من الدستور تقدم على هذه القواعد أحكام الشريعة الإسلامية في أصولها ومبادئها الكلية، إذ هي إطارها العام، وركائزها الأصلية التي تفرض متطلباتها دوماً بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها، وإلا اعتبر ذلك تشهياً وإنكاراً لما عُلم من الدين بالضرورة. ولا كذلك الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها ودلالاتها أو بهما معاً. ذلك أن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها، ولا تمتد لسواها. وهي بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، لضمان مرونتها وحيويتها، ولمواجهة النوازل على اختلافها، تنظيمًا لشئون العباد بما يكفل مصالحهم المعتمدة شرعاً، ولا يعطل بالتالي حركتهم في الحياة، على أن يكون الاجتهاد دوماً واقعاً في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها، ملتزماً ضوابطها الثابتة، متحريراً مناهج الاستدلال على الأحكام العملية، والقواعد الضابطة لفروعها، كافلاً صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال".

(ذات المبدأ القضية رقم ٢٨ لسنة ١٤ قضائية "دستورية" جلسة ١٩٩٥/٥/٣)

ولما صدر دستور سنة ٢٠١٢ نصت المادة الثانية منه على أن:

"الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

كما نصت المادة ٢١٩ منه الواردة بالباب الخامس (الأحكام الختامية والانتقالية) - الفصل الثاني (أحكام عامة) على أن: "مبادئ الشريعة الإسلامية تشمل أدلتها الكلية وقواعدها الأصولية والفقهية، ومصادرها المعتمدة في مذاهب أهل السنة والجماعة". فهذه المادة والتي اقترحتها هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف قصد بها تفسير المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ليكون تحت نظر المشرع. وفي ظل الدستور الملغى - كانت المحكمة الدستورية العليا هي التي تتولى تفسير المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية وهي بصدد رقابتها على دستورية

القوانين واللوائح وقد أضافت المادة الرابعة من الدستور الجديد أنه "يؤخذ برأى هيئة كبار العلماء بالأزهر الشريف فى الشئون المتعلقة بالشرعية الإسلامية". والمقصود بأهل السنة والجماعة، هم أصحاب النبى عليه السلام والتابعون له بإحسان، والمتمسكون بآثارهم إلى يوم القيامة، وهم الفرقة الناجية وكل من التزم بمنهجهم فهو من الجماعة وإن أخطأ فى بعض الجزئيات.

والنبى عليه السلام هو المؤسس لهذه العقيدة والناسخة لما سواها، وسميت العقيدة بعقيدة أهل السنة لاستمساك أصحابها وأتباعهم بسنة النبى عليه السلام، وعقيدتها هى أصول الإسلام الذى هو عقيدة بلا فرق ولا طرق وهم يأخذون بالكتاب والسنة ومذاهب أهل السنة الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية.

والصحابية الكرام كلهم عدول عندهم، وهم أفضل هذه الأمة، والشهادة لهم بالإيمان والفضل أصل قطعى معلوم من الدين بالضرورة ومحبتهم دين وإيمان، وبغضهم كفر ونفاق، مع الكف عما شجر بينهم، وترك الخوض فيه بما يقدر فى قدرهم. وأفضلهم أبو بكر ثم عمر، ثم عثمان، ثم على، وهم الخلفاء الراشدون وتثبت خلافة كل منهم حسب ترتيبهم^(١) ولا شأن لهم بالسياسة.

ويخرج من مذاهب أهل السنة والجماعة، المذهب الشيعى، ومن ثم لا يجوز أن يكون مصدرا رئيسيا للتشريع^(٢).

وقد أبقى المشرع على المادة الثانية من الدستور المذكورة فى تعديل الدستور الصادر سنة ٢٠١٤، ولكنه حذف المادة ٢١٩ سالف الذكر، ومن ثم عاد الوضع إلى ما كان عليه قبل صدور دستور سنة ٢٠١٢ على النحو الذى فصلناه فيما سلف.

(١) الموسوعة الميسرة فى الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة المجلد الأول إشراف وتخطيط ومراجعة الدكتور مانع بن حماد الجهنى ص ٣٦ وما بعدها.

(٢) وتنص المادة (٣) من الدستور على أن: "مبادئ شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسى للتشريعات المنظمة لأحوالهم الشخصية وشئونهم الدينية، واختيار قياداتهم الروحية".

المصدر الرابع للتشريع

(مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)

٨٣ - ترتيب هذا المصدر:

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدر احتياطي رابع للقانون يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد نصا تشريعيا أو عرفا أو لم يجد فى مبادئ الشريعة الإسلامية حلا للنزاع المعروض عليه، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة" وقد قصد من التجاء القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، ألا يمتنع القاضى عن الفصل فى نزاع بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع. فإن فعل ذلك فهو مرتكب لجريمة إنكار العدالة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا محل للرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طالما يوجد نص تشريعى يحكم الواقعة.

"لما كان القاضى وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدنى لا يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إلا إذا لم يوجد نص تشريعى أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية يمكن تطبيقها لما كان ذلك وكان القانون ٥٢ لسنة ١٩٤٠ قد رتب البطلان المطلق على بيع الأرض الناشئة عن تقسيم لم يصدر قرار باعتماده وهو بطلان يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ومن ثم فلا يقبل التحدى بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى هذا الخصوص. لما كان ذلك وكانت العبرة فى تحديد طلبات الخصم هى بما يطلب الحكم له به وإذا كانت مورثة الطالب لم تطلب من محكمة الموضوع إلزام

المطعون عليه الأول رد الثمن الذى دفعته فلا تثريب على الحكم إذا لم يعرض لذلك".

(طعن رقم ١١٧١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٨/١١/١٩٩٠)

كما ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا محل للرجوع إلى هذا المصدر وغيره من المصادر الأخرى عند عدم وجود النص إلا بالنسبة للحقوق الموضوعية إذ قضت بأن:

"إذا كانت القوانين المتعلقة بالتنظيم القضائى والمرافعات المدنية وهى المشتملة على الإجراءات والأوضاع التى تلزم مراعاتها عند الالتجاء إلى القضاء وكيفية الفصل فى الدعوى وقواعد إصدار الأحكام والطعن فيها وتنفيذها لا شأن لها بجوهر الحقوق الموضوعية ولا بالنصوص القانونية المنتظمة لها، وكان المصدر الوحيد لهذه القوانين هو التشريع المتمثل أساسا فى مجموعة المرافعات المدنية والتجارية الصادر بها القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، والتشريعات المكملة دون ما اعتداد بأية مصادر أخرى، فإنه لا محل للحاجة فى هذا المجال بما تقضى به المادة الأولى من التقنين المدنى من استناد إلى بعض المصادر عند تخلف النص التشريعى، باعتبار القانون الأخير من القوانين الموضوعية المقررة للحقوق التى تبينها وتحدد كيفية نشوئها وطريقة انقضائها، بينما قانون المرافعات يقرر الوسيلة التى بمقتضاها تؤدى هذه الحقوق، بحيث تلزم الشكلية كى يطمئن الأفراد إلى المحافظة على حقوقهم متى اتخذوا الأوضاع التى نص عليها القانون ضمانا لسير القضاء ومنعا من أن يترك الأمر فيه لمطلق التقدير".

(طعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ٢/٢/١٩٧٧)

٨٤ - المقصود بالقانون الطبيعى:

القانون الطبيعى هو مجموع القواعد التى تحكم السلوك الاجتماعى للإنسان، والتى لا تمت بصلة إلى التقاليد والعادات أو نصوص التشريع، وإنما مصدرها الإلهام الفطرى السليم والإدراك العقلى الصائب. فهو قانون ثابت لا يتغير فى

الزمان ولا في المكان، يستطيع الإنسان أن يكشف عنه بالعقل السليم، وهو بهذا يتميز بخاصة فريدة، إذ أن الإنسان يمتاز عن سائر الكائنات بالعقل والتفكير، في حين تحكم الغرائز الكائنات الحية الأخرى، فالعقل هو الفيصل بين قانون الطبيعة وبين القانون الطبيعي الذي يحكم العلاقات الإنسانية.

ويتمثل القانون الطبيعي أساساً في الحق في الحياة وحرمة المساس بها وفي الحق في الحرية وضرورة توافرها لكل فرد وعن هذين الحقين الأساسيين تنفرع سائر مبادئ القانون الطبيعي.

والقانون الطبيعي بالنسبة للإنسان ناموس فطري نابع من الذات الإنسانية لا يتغير، لأنه غير مرتبط بالأعراف ولا بالتقاليد المتجددة والمتباينة في البيئات المختلفة فهو مستودع في أخلاق البشر منذ الأزل، يتسم بالثبات والشمول والخلود، بدين له الناس كافة وتلقائياً لمجرد أنهم أناس، دون اعتبار لجنس أو اعتداد بمستوى حضارى أو حسبان لزمان أو مكان.

وهو يتمثل في صورتين متكاملتين تتناول إحداهما المتطلبات الفردية للصيقة بالشخص كإنسان. وتنظم الثانية علاقته بالمجتمع ومبناها الشعور بالعدالة وإيفاء كل ذي حق حقه^(١).

وعلى ذلك يمكن القول أن القانون الطبيعي هو عبارة عن تلك الأصول والموجهات العامة للعدل التي تعتبر أساساً ومثلاً أعلى للتنظيم القانوني. فتشمل مبدأ احترام شخصية الإنسان والوفاء بالعهد المقطوع وتعويض الضرر الذي تسبب من غير حق.

وفكرة القانون الطبيعي والعدالة متقاربتان وهذا ما دعا البعض إلى القول أن القاضى إذا أراد أن يستلهم قواعد العدالة وجب عليه أن يرجع إلى القانون الطبيعي المبدئى ليعرف ما ينفرع عليه من قواعد العدالة التى توافق ظروف الحالة المعروضة عليه، وهذا ما يفسر استناده إلى كلا الأمرين كذلك^(٢).

(١) رمضان أبو السعود ص ٥٢٨ ومابعدھا.

(٢) سليمان مرقس ص ٣٥٥ ومابعدھا.

٨٥ - قواعد العدالة :

العدل- فيما ثبت عليه من معنى قديم- هو إحدى الفضائل التي تتلخص في إعطاء كل واحد حقه، أو ما هو واجب له، وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام.

فالعدل ينقسم إلى عدل خاص، وعدل عام والعدل الخاص هو الذى يسود علاقات الأفراد باعتبارهم أفراداً، وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له من كيان مستقل فتقوم علاقات الأفراد إذن على أساس من تبادل الاحترام بين الأفراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى.

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء فيها أياً كان من يجب له العدل، هو الجماعة أم الأفراد والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءاً من كل هو الجماعة، والجماعة باعتبارها الكل، ينبغى لها عدلاً أن تهيمن على الفرد ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره.

ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد إنما يرمى إلى تحقيق الصالح العام، لا عن طريق إقامة مساواة مطلقة حسابية وإنما عن طريق إقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للأفراد - من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة - بالنسبة إلى صالح الجماعة.

وهذا العدل العام، يشمل ما يعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء.

فالعدل الخاص إذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الأفراد فيما ينبغى لكل منهم من كيان مستقل. بينما يقوم العدل العام على أساس من السيطرة، فالجماعة تسيطر على الأفراد باعتبارهم أعضاءها، والأفراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة.

ففكرة العدل إذن مترواحة بين تحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفراداً (العدل الخاص)، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد- بوصفهم أعضاء فى الجماعة - لخدمة الصالح العام (العدل العام). وهذا التراوح بين تحقيق

التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين مذهبين يمتاز بهما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي^(١).

ويكفى لصحة الحكم أن يكون قد خلص إلى النتيجة الصحيحة، فلا يشترط بيان الأسباب القانونية التي استند إليها، فإن كان ذلك محلاً لنعي تناولت محكمة النقض بيانها، فلا تلتزم محكمة الموضوع بأن تبين في مدونات حكمها أنها أقامت قضاءها على سند من "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" طالما كان الحكم صحيحاً. وإن كان الأفضل التنويه إلى ذلك، تأصيلاً للحكم وتيسيراً على المحكمة التي تنظر الطعن^(٢).

٨٦ - تطبيقات قضائية لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

١ - الملكية الأدبية والفنية والصناعية :

اعترف المشرع المصري بضرورة حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وأشار في المادة ١٢ مدني أهلي (المقابلة للمادة ٨٦ من التقنين المدني الجديد) إلى أن تنظيمها يكون بقانون. إلا أن هذا القانون لم يصدر إلا بعد وقت طويل. فوجدت المحاكم نفسها طوال هذه المدة إزاء حالة من حالات انعدام النص، ولجأت إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة تسد بهما هذا النقص، وقضت بناءً عليهما بما يصون حقوق المؤلف والفنان وصاحب الملكية الصناعية، إذ ألزمت من يعتدى على هذه الحقوق بأن يعرض أصحابها عما يلحقهم من أضرار بسبب ذلك.

٢ - التعسف في استعمال الحق :

كانت الفكرة الأصلية في المسؤولية أن من يستعمل حقاً له لا يسأل عما يسببه استعمال هذا الحق من ضرر للغير، فالمالك لا يسأل مثلاً إذا أقام جداراً عالياً في ملكه يحجب به الهواء والنور عن جاره، ولو لم تكن له فائدة شخصية

(١) حسن كيره ص ١٦٤ وما بعدها.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٢١٦.

من إقامة هذا الجدار. ورب العمل إذا استعمل حقه فى فصل العامل لا يسأل عما يصيب العامل من ضرر بسبب هذا الفصل ولو كان الفصل فى وقت غير لائق. فلجأت المحاكم أول الأمر إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لتقييد الحقوق بالغرض الاجتماعى الذى وجدت من أجله، واعتبرت استعمال الحق فى غير هذا الغرض إساءة استعمال له أو تعسفا فى استعماله يعتبر فى ذاته خطأ يستوجب المسؤولية. فالمالك ورب العمل كلاهما يسأل إذا استعمل حقه لا لغرض سوى الإضرار بغيره. ثم عادت بعد ذلك وقررت أن نظرية استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية فى القانون المدنى لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية^(١).

إذ قضت محكمة النقض بأن:

"إن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية فى القانون المدنى، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية. فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

٣ الدوطة:

نظرا لخلو القانون المصرى من نص على الدوطة وأحكامها لجأت المحاكم فى شأنها إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

"إذا كان القانون المدنى المصرى قد خلا من نصوص خاصة بالدوطة ففى وسع المحاكم المدنية، عملا بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، أن تتبع قواعد القانون العام أو قواعد العدالة والقانون الطبيعى والعرف الجارى بين الناس".

(طعن رقم ٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٧)

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٦ وما بعدها.

٤ - المساواة بين عمال صاحب العمل الواحد :

لم يرد نص فى القانون على مساواة عمال صاحب العمل الواحد فى الحقوق، وقد ذهبت محكمة النقض إلى أن مساواة عمال صاحب العمل الواحد فى الحقوق هى قاعدة أساسية ولو لم يجر بها نص فى القانون تفرض قواعد العدالة إعمالها إذا ما جنح صاحب العمل إلى التفرقة بين عماله فى شأن أى حق من حقوقهم بغير مبرر، إلا أن هذه المساواة لا تكون واجبة إلا عند تساوى العمال فى الظروف والتكافؤ فى المؤهلات والخبرة والأقدمية.

ومن قضاء محكمة النقض فى هذا الشأن :

"وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المناط فى إعمال مبدأ المساواة وهى قاعدة أساسية تفرض إعمالها مبادئ العدالة هو منع التفرقة التحكيمية بين عمال صاحب العمل بحيث لا تكون المساواة واجبة بينهم إلا عند التساوى فى الظروف والتكافؤ فى المؤهلات والخبرة والأقدمية وأنه لا يجوز التحدى بهذه القاعدة للخروج على أحكام القانون ... الخ".

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٠/٢٢/١٩٨٥)

(راجع الأحكام العديدة المنشورة بمؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى

قانون العمل الجديد - المجلد الثانى ص ٤٠٧ وما بعدها).



مادة (٢)

لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

الشرح

٨٧ - تعريف الإلغاء:

إلغاء التشريع أو نسخه هو وقف العمل به نهائياً أو تجريده من القوة الملزمة له، سواء كان ذلك الاستغناء عنه نهائياً أم كان لاستبدال غيره به^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن:

"المقصود بإلغاء التشريع ونسخه هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني آخر متأخر عنه بما يترتب عليه بطلان العمل بالتشريع الأول وتجريده من قوته الملزمة".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٤٣ ق "أحوال شخصية" جلسة ١١/٥/١٩٧٥)

٨٨ - الفرق بين إلغاء التشريع وإبطال التشريع:

هناك فرق بين إلغاء التشريع وإبطاله، فالإلغاء لا يرد إلا على تشريع قد استكمل شروط صحته وأركانه الجوهرية، فيأتي الإلغاء لا ليطعن في صحة التشريع، وإنما لإنهاء العمل به، إما لعدم الحاجة إليه أو لاستبدال غيره من التشريعات. ولذلك لا يؤثر الإلغاء في صحة تطبيق التشريع الملغى، أي أن الإلغاء ليس له أثر رجعي.

أما إبطال التشريع فينصب تشريع لم يكتمل شروط صحته وأركانه الجوهرية، ويأتي الإبطال لإعدام هذا التشريع واعتباره كأن لم يكن أبداً، لذلك

(١) سليمان مرقس ص ١٧١ - محمد على عرفه ص ١٧٨ وما بعدها.

كان للإبطال أثر رجعى، أى يقتضى بطلان الآثار التى ترتبت عليه فى الماضى.

ومن أمثلة حالات إبطال التشريع ما يحدث فى تشريعات الضرورة فقد رأينا أن الدستور المصرى فى المادة (١٤٧) يوجب عرض تشريعات الضرورة على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون. وإذا عرضت فقد لا يقرها المجلس فينزل بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون.

ومعنى ذلك أنه إذا قرر المجلس عدم إقرار تشريع الضرورة، فإنه يقضى فى واقع الأمر بإبطاله لتخلف شروط أو أركان صحته، ولذلك يكون لهذا الإبطال أثر رجعى، وأن المشرع الدستورى قد خفف من هذا الحكم بأن منح مجلس الشعب رخصة اعتماد نفاذ هذا التشريع الذى لم يقره فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بشكل آخر^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ رأى الشارع إلغاء القاعدة المقررة بقانون (مرسوم التعريف الجمركية) فإن ذلك لا يبرر الخروج عنها بالنسبة للوقائع السابقة على هذا الإلغاء بل هو تأكيد بالتزام العمل بها فى النطاق المنصوص عليه بالتشريع السابق".

(طعن رقم ٣٧٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٠/٢٦/١٩٦٥)

والقاعدة أن السلطة التى سنت التشريع هى التى تملك إلغائه. فالتشريع الأساسى لا يملك إلغاء شئ منه إلا الهيئة التى نص عليها الدستور وطبقا للإجراءات التى قررها. والتشريع الرئيسى تلغيه السلطة التشريعية العادية بتشريع رئيسى مثله. واللوائح والقرارات تلغىها السلطة التى وضعتها بلوائح وقرارات مثلهما. وقد تقدم أنه يترتب على تدرج التشريع أن التشريع الأدنى يتقيد

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٠٢ وما بعدها.

بالأعلى. والعكس غير صحيح. وكذلك يترتب عليه أن التشريع الأعلى يملك إلغاء الأدنى. والعكس غير صحيح أيضا. فاللوائح والقرارات مثلا لا تلغى التشريع الرئيسى ولكن التشريع الرئيسى يلغىها^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- (أ) - "إلغاء التشريع بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه - ليس لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف أحكاما جديدة إلا بتفويض من هذه السلطة العليا، أو من القانون".

(ب) - "إن التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه فلا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون".

(طعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥)

٢- "التشريع لا يلغى إلا بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه، فلا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو أن تعدل قاعدة تنظيمية وضعها سلطة أعلى، أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون".

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٨)

٣- "من المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى فى مدارج التشريع أن تلغى أو تعمل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاما جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون، وكان القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٣ لم يترك أمر تحديد البضائع التى تتمتع بالإعفاء فى هذه الحالة لمصلحة الجمارك، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد فى هذا الصدد بما تصدره تلك المصلحة

(١) محمد على عرفه ص ١٨٠ - سليمان مرقس ص ١٧١.

من قواعد أو قوائم بالسلع المعفاة وفقا لذلك القانون ما لم تكن مفوضة من وزير المالية بإصدارها".

(طعن رقم ٢٧١٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٢٢)

٨٩ - هل يترتب على إلغاء التشريع إلغاء لوائحه التنفيذية ؟

(راجع بند ٢١).

صورتا الإلغاء :

إلغاء التشريع إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا.
ونعرض لهاتين الصورتين فيما يلي.

٩٠ - أولا : الإلغاء الصريح :

تتنص على صورة الإلغاء الصريح للتشريع المادة الثانية من التقنين المدني بقولها: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".

والإلغاء الصريح يتم غالبا بصدور تشريع جديد يتضمن نصا خاصا يقضى بإلغاء تشريع سابق، كالنص الذي ورد في المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الجديد حيث قضى صراحة بإلغاء القانون المدني القديم إذ نص صراحة على إلغاء القانون المدني المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر في ٢٨ أكتوبر ١٩٨٣ والقانون المدني المعمول به أمام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونية ١٨٧٥ والاستعاضة عنها بالقانون المدني الجديد.

ومثل ذلك أيضا ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية من أنه: "تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩،

والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب اتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧. ... الخ".

وما نصت عليه المادة الأولى من قانون إصدار القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد من أنه: "تسرى على البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد أحكام القانون المرافق".

ويلغى قانون البنوك والائتمان الصادر بالقرار بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي، والقرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك، والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي، والقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام.

ومع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية بإنشاء بعض البنوك في جمهورية مصر العربية يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق".

وليس بضروري أن يشمل النص اللاغى على بديل للحكم الملغى، بل قد يقتصر الأمر على إلغاء الحكم الأول فيعود الحال إلى ما كان عليه قبل هذا الحكم. ومن أمثلة ذلك القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٠ الذي صدر بإلغاء ضريبة الأرباح الاستثنائية المفروضة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ ومنها كذلك القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ الذي قضى في مادته الأولى بأن: "تلغى كافة صور موانع التقاضى الواردة في نصوص القوانين الآتية. .. الخ".

وجرت العادة على أن ينص في كل قانون في أحكامه الوقتية على إلغاء كل ما كان مخالفا لنصوصه من القوانين السابقة وهذا النص ليس إلا تقريرا لقاعدة الإلغاء الضمني، فلا يعتبر إلغاء صريحا^(١).

(١) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٥٩ وما بعدها.

ومن صور الإلغاء الصريح توقيت التشريع بزمان معين من وقت صدوره، فينتهي العمل به بمجرد انقضاء الزمن المعين فيه، كالقوانين التي تصدر أثناء الحرب مثلا وينص فيها على أن يعمل بها مدة قيام الحرب فقط وكالأوامر العسكرية التي تستند إلى قانون الأحكام العرفية فإنها تلغى تبعا لإلغاء الأحكام العرفية.

٩١ - ثانيا : الإلغاء الضمني :

تنص على هذه الصورة من صورتى الإلغاء المادة الثانية من التقنين المدني بقولها:

"لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق.... أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

فالإلغاء الضمنى له حالتان:

الحالة الأولى :

صدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض مع نص قديم :

قد يصدر تشريع جديد يتضمن نصا يتعارض مع نص فى تشريع سابق قديم. فإذا لم يكن فى الإمكان التوفيق بين النصين، فإن المفهوم ضمنا - وتطبيق النصين معا مستحيل - أن النص الأحدث منهما قد نسخ وألغى النص الأقدم^(١). وبديهي أن الإلغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون إلا فى حدود التعارض والتنافر بين النص القديم والنص الحديث. فإذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث إذا كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا. أما إذا كان التعارض جزئيا فإن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب، فلا ينسحب النسخ أو الإلغاء الضمنى منطقا إلا على ما يثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث^(٢).

(١) محمد كامل مرسى وسيد مصطفى ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢) حسن كيره ص ٣٣٣ - أحمد سلامة ص ٢٧٥.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الوضع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. وإذ كان القانون رقم ٣٢٥ لسنة ١٩٥٣ لم ينص على إلغاء القاعدة الواردة بقرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٥٣/٢/٢٥ بأن يخصم من إعانة الغلاء بما يعادل نصف علاوة الترقية أو العلاوة الدورية عند استحقاق أيهما ولم يشتمل القانون سالف الذكر على نص يتعارض مع أحكام القرار المذكور وإنما قصد إلى تنظيم جديد من حيث كيفية الخصم لا من حيث مبدئه فجعل هذا الخصم يلحق العلاوة ذاتها رأساً بمقدار النصف بدلاً من أن يلحق الخصم إعانة الغلاء بمقدار نصف العلاوة وذلك بالنسبة للعلاوات التى استحققت منذ نفاذه فإن قرار مجلس الوزراء سالف الذكر يبقى مطبقاً من حيث طريقته فى الخصم بالنسبة للعلاوات التى استحققت فى مدة سريانه".

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٧)

٢- "إلغاء نص تشريعى لا يتم حسبما تقضى المادة الثانية من القانون المدنى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

(طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

٣- "مؤدى نص المادة الثانية من القانون المدنى أن النص التشريعى الذى يتضمن قاعدة عامة يجوز إلغاؤه بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

(طعن رقم ٥٦٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/١٠/٢٥)

فالتعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى ينص عليه فى تشريع سابق لا يكون إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "مجال تطبيق الأمر العسكرى رقم ٤٦٩ يختلف عن مجال تطبيق القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢، ذلك أن هذا الأمر تنطبق أحكامه فى الحدود المبينة به على جميع العمال فى مديرتى قنا وأسوان دون التقيد بما إذا كانت مناطق العمل بعيدة عن العمران أو غير بعيدة عنه، فى حين أن الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القانون ٣١٧ سنة ١٩٥٢ لا تنطبق إلا حيث يكون العمال فى المناطق البعيدة عن العمران والتى حددها وزير الشئون الاجتماعية ومن ثم فلا محل للقول بأن القانون ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ قد نظم من جديد ما سبق أن نظمه الأمر العسكرى ٤٦٩ ولا يكون بالتالى ثمة محل للتحدى بنص المادة الثانية من القانون المدنى فيما نصت عليه من أنه يلغى التشريع السابق إذا صدر تشريع لاحق ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧)

٢- "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق فى صدد النقل البحرى الدولى إلا فى نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق فى أحكام قانون التجارة البحرى السابقة عليها بما يعد نسخا لها لأن التعارض الذى يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لا يكون، فى حكم المادة الثانية من القانون المدنى، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا. أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق. ولايمنع من ذلك ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد لأن الشارع هو الذى يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضى إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه".

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

٣- "لا محل للاحتجاج بأن النص الأول - الوارد في القانون القديم - قد ألغى ضمنا بالنص الثاني - الوارد في القانون الجديد- لأن هذا الإلغاء لا يكون إلا إذا توارد النصان في القانون الجديد وفي القانون القديم على محل واحد يستحيل معه إعمالهما فيه".

(طعن رقم ٥ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٣/٢٩)

٤- "إلغاء النص التشريعي الذي يتضمن قاعدة عامة لا يتم- وعلى ما جرى به نص المادة الثانية من القانون المدني - إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. والمقصود بالتعارض في هذا الخصوص- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون النصان واردين على محل واحد ويستحيل إعمالهما فيه معا. وإذا كان نص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني قد نظم أحكام مسؤولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تدمره بسبب قدمه أو عيب فيه أو الإهمال في صيانتها، وكانت نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التي خلت من النص صراحة على إلغاء تلك المادة- لم تتضمن تنظيما لأحكام تلك المسؤولية بل اقتصر على تحديد الإجراءات والاحتياطات الواجب اتباعها في شأن المنشآت الآيلة للسقوط أو تلك التي تحتاج إلى ترميم أو صيانة وطرق الطعن في القرارات الصادرة بشأنها وهو مالا يحول دون إعمال هذه القواعد وقاعدة مسؤولية حارس البناء معا كل في مجاله الخاص في التطبيق، فإن نصوص القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا تكون ناسخة لنص المادة ١/١٧٧ من القانون المدني".

(طعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠)

٥- (أ)- "إذا كان نص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على أنه يترتب على قبول الطعن إعادة النظر في تقدير أجرة الوحدات التي شملها قرار لجنة تحديد الأجرة ويعتبر الحكم الصادر في الطعن ملزم لكل من المالك

والمستأجرين إلا أنه وقد صدر من بعده القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وهو في ذات مرتبة التشريع الأول متضمنا النص في المادة الخامسة على أن "إذا رأى المستأجر أن الأجرة التي حددها له المالك تزيد على الحدود المنصوص عليها في هذا القانون جاز له خلال تسعين يوما من تاريخ التعاقد أو من تاريخ الإخطار أو من تاريخ شغله للمكان أن يطلب من لجنة تحديد الأجرة المختصة القيام بتحديد أجرة المكان وفقا للأسس المنصوص عليها في هذا القانون..." مما مؤداه أنه ما لم يتقدم المستأجر إلى اللجنة المختصة لتحديد الأجرة في الميعاد المشار إليه فإن التقدير المبدئي للأجرة يعيد نهائيا وناظرا ولا يجوز للجنة بعد ذلك أن تتصدى لتحديد الأجرة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المستأجر الحاصل بعد الميعاد، ولا يترتب على قبول الطعن في الأجرة التعاقدية بالنسبة لبعض الوحدات الأخذ بتقدير اللجنة لأجرة باقى الوحدات التي حدد المالك لها أجرة تعاقدية وأصبحت نهائية بقبول مستأجريها لها وعدم طعنهم عليها".

(ب) - "إذا كان نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لاحقا لنص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وكلاهما يتعارض مع الآخر. في أحكامه ومن ثم يعتبر ما ورد في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، وفيما يتعلق بالأماكن التي تسرى عليها أحكامه ناسخا لما ورد بنص المادة ٢/١٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، كما يترتب على ذلك أن تحديد الأجرة في ظل القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ أصبح موضوعا قابلا للتجزئة ويخضع الطعن في الأحكام الصادرة وفقا لأحكامه للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ومن ثم تخضع لمبدأ نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات وقوامه ألا يفيد من هذه الإجراءات إلا من باشروها".

(طعن رقم ٥٦٨٣ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٠/٢٥/١٩٩٣)

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن:

"من الأمور المسلمة أن الفسخ الضمنى للقاعدة القانونية لا يكون إلا حيث يصدر تشريع لاحق على ذات المستوى في مجال المدارج التشريعية، وأن يكون

التشريع اللاحق الذى توافر له الشرط المتقدم حاسما فى إسقاطه للحكم السابق وذلك لتعارضه معه بصورة تجعل من غير الممكن التوفيق بينهما وإعمالهما، أما حيث يكون لكل من التشريعين مجال لإعماله يختلف عن الآخر فلا يكون هناك فسخ وإذا أورد المشرع تنظيما خاصا بمسألة قانونية محددة وردت الإشارة إليهما بصفة عامة فى قانون آخر فإنه يتعين اطراح الإشارة العامة وتطبيق التنظيم الخاص وذلك تطبيقا لقاعدة أن الخاص يقيد العام".

(طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ١٢ ق جلسة ١٩٧١/٦/١٢)

٩٢ - أوجه التعارض فى هذه الصورة:

للتعارض فى هذه الصورة عدة أوجه لكل منها حل خاص، نعرض لها فيما يلى:

١ - أن يتضمن التشريع الجديد حكما عاما يناقض حكما عاما سابقا، أو حكما خاصا يناقض حكما خاصا سابقا، وفى هذين الوجهين ينسخ الجديد القديم، إذ لا يمكن الجمع فى التطبيق بين حكمين متعارضين.

٢ - أن يكون التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص.

إذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتى بحكم خاص، فهذا التعارض لا يستحيل معه الإبقاء على حكم القانون القديم بعد صدور القانون الجديد الخاص، بل يظل القانون القديم نافذا فيما لا يتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد الخاص. ومعنى ذلك أن الحكم الجديد الخاص قد ألغى ضمنا الحكم القديم العام فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط أى أن الخاص يقيد العام ولا يناقضه، فيظل الحكم القديم العام قائما وساريا إلا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه، وبذلك يحد الحكم الجديد الخاص من مدى عموم الحكم القديم فيقتطع ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة.

ومثال ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضى فى الأموال منقولة كانت أو عقارية. ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل

سنة ١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ وأتيا بحكم جديد يقضى بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل. فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدني القديم وهو حكم عام لانصرافه إلى الأشياء بصفة عامة، دون تمييز بين المنقول منها والعقار، وبين الحكم الجديد الذي جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري وهو حكم خاص لعدم انصرافه إلا إلى العقار وحده دون المنقول. غير أن هذا التعارض لم يكن له من أثر إلا إلغاء الحكم العام الوارد في التقنين المدني القديم إلغاءً ضمناً في شأن العقار وحده، فبقى لهذا الحكم سريانه في شأن المنقول. وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضي بانتقال الملكية بمجرد التراضي قائماً وسارياً إلا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري بتخصيصه منه وإخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته^(١).

ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وببعض الأحكام الخاصة بإيجار الأماكن غير السكنية من أنه:

"إذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى، فلا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه المستأجر الأصلى طبقاً للعقد، أزواجاً وأقارب حتى الدرجة الثانية، ذكورا وإناثاً من قصر وبلغ، يستوى فى ذلك أن يكون الاستعمال بالذات أو بواسطة نائب عنهم".

واعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشر هذا القانون المعدل، لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة واحدة.

(١) حسن كيره ص ٣٣٣ ومابعدها - رمضان أبو السعود ص ٣٠٨ ومابعدها.

فهذه المادة تقضى بأن:

- ١- لا ينتهى العقد بموت المستأجر ويستمر لصالح الذين يستعملون العين من ورثته فى ذات النشاط الذى كان يمارسه الأصلى طبقا للعقد.
 - ٢- أن الامتداد يقتصر على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية.
 - ٣- أنه اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشر القانون لا يستمر العقد بموت أحد من أصحاب حق البقاء فى العين إلا لصالح المستفيدين من ورثة المستأجر الأصلى دون غيره ولمرة واحدة.
 - ٤- أن العقد لا يستمر لصالح الشريك فى العين.
- بينما تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية - وهى سابقة على المادة المذكورة- على أن: "لاينتهى عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال. ... الخ".

فهذه المادة تقضى:

- ١- بعدم انتهاء عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العين وباستمراره لصالح ورثته دون أن تحدد ورثة المستأجر والمستفيدين بورثته حتى الدرجة الثانية.
 - ٢- بعدم انتهاء عقد إيجار المنشأة الطبية بوفاة المستأجر أو تركه العين وباستمراره لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال، بينما لم تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفه الذكر - بعد تعديلها - على استمرار الإيجار لصالح الشريك فى أية حالة.
- ورغم هذا فإن حكم المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ يستمر ساريا بالنسبة للمنشآت الطبية باعتباره حكما خاصا.
- وتبرير ذلك أن القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ الذى عدل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ سالفه الذكر وإن كان لاحقا على القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١

إلا أن نص القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ نص عام يسرى على كافة الأماكن المؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى، أما نص المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ فهو نص خاص يسرى على أحد أوجه النشاط المهنى وهى المنشآت الطبية، والقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام، ولو كان النص العام لاحقا على النص الخاص^(١).

٣- أن يكون التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام.

إذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا، وبين قواعد قانونية جديدة فضع حكما عاما، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم الخاص، بل يظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام. فالعام إذن لا يلغى الخاص. بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الأصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه. ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنا إلا بحكم خاص مثله متعارض معه^(٢). فهناك قاعدة نقول أن الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص ولو كان لاحقا عليه.

ومثال ذلك أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن صدر متضمنا أحكاما خاصة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين بمراعاة ظروف أزمة المساكن، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدنى الحالى الذى ابتداء نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة فى شأن تنظيم عقد الإيجار. فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بنصوص الإيجار الموجودة فى التقنين المدنى رغم ما بينهما من تعارض. إذ نصوص التقنين المدنى فى ذلك إنما نضع أحكاما عاما لا تنسخ الأحكام الخاصة التى يتضمنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بل تظل هذه الأحكام

(١) راجع مؤلفنا شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ الطبعة السادسة ص ٢٧ وما بعدها.

(٢) أحمد سلامة ص ٢٧٦ - سليمان مرقس ص ١٧٤.

الخاصة السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة التى جاء بها التقنين المدنى الجديد^(١).

الحالة الثانية :

صدور تشريع جديد ينظم الموضوع الذى سبق أن نظمته تشريع قديم :

الحالة الثانية للإلغاء الضمنى أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق، وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوصه ونصوص التشريع الجديد، وذلك دون حاجة إلى النص فى التشريع الجديد على هذا النسخ. وإن كان المشرع ينص غالباً، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع على إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه، وهو بذلك يجعل الإلغاء صريحاً، ولو قد سكت عن التصريح بالإلغاء لتحقيق الإلغاء ضمناً من مجرد إعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد.

ومن أمثلة ذلك ما رأيناه سلفاً فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد.

وكذا نص المشرع فى القرار بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ بشأن تنظيم الجامعات على إلغاء القانون السابق المنظم للجامعات رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨. وما نصت عليه المادة ٣٤ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٩ فى شأن السجل التجارى من إلغاء القانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالسجل التجارى.

(١) عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء السادس المجلد الثانى ١٩٦٣ ص ٨٨٨ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"والأصل في نسخ التشريع أن يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق وهذا هو النسخ الصريح، إلا أن النسخ قد يكون ضمنيا وللنسخ الضمني صورتان: فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما مع نص في التشريع القديم وفي هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التي يتحقق فيها التعارض. وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انقضى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه، وقد أخذ القضاء بهذه التفرقة فقضت محكمة الاستئناف المختلطة (١٥ يناير سنة ١٩١٤ ب ٢٦ ص ١٤١) بأنه "إذا تعلق التعارض بين التشريع السابق والتشريع اللاحق بالمبدأ الذي أسس عليه التشريع السابق وجب أن يتناول النسخ أحكام هذا التشريع جميعا وفي غير هذه الحالة لا يتناول النسخ إلا النصوص التي تتعارض تعارضا مطلقا مع نصوص التشريع الجديد"^(١).

٩٣ - الوضع في حالة الإحالة على قانون ملغى :

قد يحدث أن تحيل بعض القوانين في سبيل تحديد شروط تطبيقها وآثارها وإجراءاتها إلى نصوص قائمة في قوانين أخرى.

ومثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المالية وإحالة الدعاوى التي كانت منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية) - قبل إلغائه - على تطبيق ما لم يلغ من الأحكام الواردة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. فنص المادة الخامسة إذن نص محيل وما بقي من نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نصوص محال إليها.

(١) مجموعة الأحكام التحضيرية ج ١ ص ١٩٦.

فى هذه الحالة يكون القانون المحيل قد ألحق هذا البيان (النصوص المحال إليها) ضمن أحكامه هو، فيضحي جزءا منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر المحال عليه. ومن ثم لا يؤثر إلغاء القانون الأخير على سريان أحكامه المحال عليها بمقتضى القانون المحيل.

أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمرا محددًا فى خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما فى ذلك ما يطرأ عليه من تعديل أو تغيير. ومن ثم يترتب على إلغاء القانون المحال إليه إلغاء العمل بنصوصه فى نطاق القانون المحيل.

ويشبه هذا الوضع إذا كانت النصوص المحال عليها الملغاة تنظم مرفقا عاما، أو جهة من جهات التقاضى. إذ فى هذه الحالة فإن النصوص المحيلة تصحيح غير ممكنة التطبيق، مما يتعين معه القول بأن إلغاء النصوص المحال إليها يترتب عليه إلغاء النصوص المحيلة ذاتها. أما إذا ألغيت النصوص المحال إليها وحلت محلها نصوص أخرى، فيرى البعض أن الإحالة تنتقل إلى النصوص الجديدة.

وعلى أى حال فيجب على المشرع مواجهة الأمر، فيعدل الإحالة بجعلها إلى المرفق أو المحكمة الجديدة إن وجدت أو إلى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة، لإمكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحيلة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - "القانون حينما يحدد نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه فى قانون آخر، فإنه بذلك يكون قد ألحق هذا البيان بذاته ضمن أحكامه هو فيضحي جزءا منه يسرى بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر الذى

(١) رمضان أبو السعود ص ٣١٥ وما بعدها.

ورد به ذلك البيان أصلاً. أما إذا كانت الإحالة مطلقة إلى ما يبينه أو يقرره قانون آخر، فإن مؤدى ذلك أن القانون المحيل لم يعن بتضمين أحكامه أمراً محدداً في خصوص ما أحال به وإنما ترك ذلك للقانون المحال إليه بما في ذلك ما قد يطرأ عليه من تعديل أو تغيير".

(ب) تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات على أن "يلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أى شخص من حوادث السيارة إذا وقعت في جمهورية مصر وذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة ٦ من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥" فمن ثم يكون قانون التأمين الإجبارى على السيارات المذكور قد ألحق بحكم المادة الخامسة منه ذات البيان الوارد بالمادة ٦ من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ بصدد تحديد المستفيدين من التأمين فلا يتأثر بقاء هذا البيان بإلغاء قانون المرور المذكور. وبالتالي يظل الوضع على ما كان عليه من أن التأمين على سيارات النقل يكون لصالح الغير والركاب دون عمالها".

(طعن رقم ١١٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٢/٢٧/١٩٧٩)

٢- (أ) - "حينما يحدد القانون نطاق بعض أحكامه بالإحالة إلى بيان محدد بعينه في قانون آخر، فإنه يكون قد ألحق هذا البيان ضمن أحكامه فيضحي جزءاً منه يسرى بسريانه دون توقف على استمرار القانون الآخر الذى ورد به ذلك البيان أصلاً، وكانت المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجبارى على السيارات أحالت في تحديد من يشملهم إلى الأحوال المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥. فإن إلغاء هذا القانون بقانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣ لا أثر له على اعتبار البيان الوارد بتلك المادة جزءاً من المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥".

(ب) - "مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ التى أحالت إليها المادة الخامسة من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الإجباى على السيارات والشرط الأول من نموذج التأمين الملحق بقرار

وزير المالية والاقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر تنفيذا للمادة الثانية من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ الذى تضمنته الوثيقة موضوع الدعوى أن التأمين الإجبارى على سيارة النقل يكون لصالح الغير من حوادثها ولصالح الراكبين المشار إليهما بالوثيقة - طبقا للفقرة هـ من المادة (١٦) من القانون ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ - أينما كانا فى داخل السيارة سواء فى غرفة قيادتها أو فى صندوقها".

(طعن رقم ٩٨١ لسنة ٥٨ ق"هيئة عامة"جلسة ١٩٩١/١/٣١)

٩٤- هل يستتبع إلغاء القانون إلغاء لوائحه التنفيذية ؟

راجع بند (٢١).

٩٥- النص فى التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص :

قد يتحقق الإلغاء بورود النص فى التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص.

ويرى البعض أن ذلك يعد إلغاء صريحا مما يترتب عليه إلغاء الأحكام القانونية السابقة المخالفة ولو كان التشريع اللاحق تشريعا عاما وكانت الأحكام المخالفة السابقة وردت فى تشريع خاص. إذ أن القاعدة التى تقضى بأن التشريع العام اللاحق لا يلغى التشريع الخاص السابق يقتصر مجال إعماله على حالة الإلغاء الضمنى دون الإلغاء الصريح^(١). ويلاحظ أن المادة الثانية من مواد إصدار القانون المدنى - كما رأينا سلفا - كانت تتضمن فقرة ثانية بنص على إلغاء كل نص يخالف أحكامه فحذفت اللجنة التشريعية بمجلس الشيوخ هذه الفقرة وعللت هذا الحذف بقولها: "إن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منشئة أوضاعا دائمة أو موقوتة حتى لا يتعرض النص فى عمومته إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لا يدخل فى قصد المشرع.

(١) مشار إلى هذا رأى بمؤلف رمضان أبو السعود ص ٣٠٦ وما بعدها.

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن ورود النص في التشريع اللاحق على إلغاء كل ما يخالفه من نصوص يعتبر مقرراً فقط للإلغاء الضمني الذي يتأتى بمجرد حصول التضارب بين التشريع الجديد والتشريع القديم^(١).

وفي المادة الثانية من التقنين المدني سند لذلك فهي تنص على أن: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

يضاف إلى ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق"^(٢).

ويرى البعض أن التشريع الذي يطول إهماله وعدم استعماله مع توافر ظروف انطباقه، ينسأه الناس مع الزمن أو يعتقدون أنه قد ألغى، ويكونون معذورين إذا لم ينظموا سلوكهم وفقاً له. فليس من العدل أن يفاجأوا بإيقاظه من سباته الطويل وتطبيقه على ما وقع منهم في أثناء رقدته. هذا فضلاً عن أن التسليم بإمكان إيقاظ التشريع من نومه يضع في يد عمال السلطة التنفيذية ورجال النيابة والقضاء سلطة تحكمية يخشى أن يؤدي استعمالها إلى الإساءة إلى التشريع ذاته وإلى من ينطبق عليهم هذا التشريع. ولذلك يجب اعتبار التشريع موقوفاً طوال المدة التي جرى فيها العرف بعدم استعماله، وأنه بناء على ذلك لا يجوز تطبيقه على ما يقع من مخالفات له في أثناء تلك المدة، بل يجب التنبيه على التزام العودة إلى العمل به مستقبلاً، وقصر تطبيقه على ما يحدث بعد ذلك^(٣).

ويرى البعض - بحق - أنه ليس لهذا الرأي ثمة سند في القانون، بل إنه يتعارض صراحة مع نص المادة الثانية من التقنين المدني^(٤).

(١) سليمان مرقس ص ١٧٣ - رمضان أبو السعود ص ٣٠٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٦.

(٣) سليمان مرقس ص ١٧٨ وما بعدها.

(٤) أحمد سلامة ص ٢٧٢.

مادة (٣)

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

الشرح

٩٦- الوضع فى ظل التقنين المدنى القديم:

لم يتضمن التقنين المدنى القديم نصا مماثلا لنص المادة (٣) من التقنين المدنى الجديد.
وكان الأصل فى حساب المواعيد فى ظل ذلك القانون أن تكون بالتقويم الهجرى، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "القاعدة فى حساب التقادم - فيما قبل القانون المدنى الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩- أنه ما لم ينص القانون على حساب التقادم بالتقويم الميلادى فإن المدة تحتسب بالتقويم الهجرى، وإذن فإنه لما كانت المادة ٢٤ من القانون ٤٤ سنة ١٩٣٩ قد نصت على أنه "يسقط حق الخزائنة فى المطالبة بدفع الرسوم المستحقة والتعويض المدنى بمضى خمس سنوات من اليوم الذى استعملت فيه الورقة الخاضعة للرسم ويسقط الحق فى طلب رد الرسوم المحصلة بغير حق بمضى سنتين" ولم تذكر هذه المادة أن الخمس سنوات التى يسقط حق الخزائنة فى المطالبة بالرسوم بعد مضيها ميلادية، وكانت الرسوم المطالب بها فى واقعة الدعوى مستحقة عن مدة سابقة على العمل بالقانون المدنى الجديد، فإن هذه الخمس سنوات يتعين أن تحسب بالتقويم الهجرى".

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٩٧- احتساب المواعيد بالتقويم الميلادى فى ظل التقنين المدنى

الجديد :

لم تكن المادة الثالثة التى تقضى باحتساب المواعيد بالتقويم الميلادى واردة بالمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد. ولكن أضافتها لجنة المراجعة إلى المشروع^(١).

وقد جاءت الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من قانون المرافعات مؤيدة للمادة الثالثة من التقنين المدنى إذ نصت على أن: "وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو السنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وعلى ذلك فإنه اعتبارا من تاريخ العمل بالتقنين المدنى الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩ تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم يرد نص خاص بخلاف ذلك.

وتحسب السنة ٣٦٥ يوما.

والمواعيد الواردة بالتقنين المدنى إنما تقدر باليوم أو الشهر أو السنة. ولا يحسب ضمن الميعاد يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد، وإنما يحسب من اليوم التالى له (م ١/١٥ مرافعات).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد، وتتبع تلك القاعدة التى أوردها المشرع فى المادة ١٥ من قانون المرافعات فى احتساب جميع المواعيد فى سائر فروع

(١) فأثناء نظر مشروع التقنين المدنى بلجنة المراجعة اقترح معالى السهنورى باشا وضع مادة جديدة تنص على حساب المواعيد بالتقويم الميلادى فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٨).

القانون كما تتبع أيضا في حساب المدد والآجال على سبيل القياس، فإذا كان الآجل محددا بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجريا للآجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له في الشهر الذى ينتهى فيه الأجل، وإذا كان أجل الوقف ستة شهور قد بدأ بصدور الحكم بالوقف فى ١٩٧٣/١/٢٠ فإنه يبدأ من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر السادس أى بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٠، ويبدأ ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية الأجل بيوم ١٩٧٣/٧/٢١ وينتهى بنهاية يوم ١٩٧٣/٧/٢٨، وإذا كان إعلان صحيفة التعجيل للهيئة المطعون ضدها قد تم فى ١٩٧٣/٧/٢٩ فإنه يكون قد تم بعد انقضاء ميعاد الثمانية أيام التالية لنهاية أجل الوقف".

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

٩٨- التقويم فى مسائل الأحوال الشخصية :

الأصل فى التقويم فى مسائل الأحوال الشخصية هو التقويم الهجرى ذلك أن الشريعة الإسلامية تأخذ بهذا التقويم. ولا يستثنى من ذلك إلا ما يرد نص بشأنه.

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية من أن: "المراد بالسنة فى المواد من (١٢ إلى ١٨) هى السنة التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما.

وما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية من أن: "تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى".

٩٩- التقويم فى التشريعات الجنائية :

يعمل بالتقويم الميلادى أيضا فى نطاق التشريعات الجنائية، فهو الأصل لأنه فى الغالب الأعم هو التقويم الأصح للمتهم^(١). كما نصت المادة ٥٦٠ من قانون

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٥٧.

الإجراءات الجنائية على أن: "جميع المدد المبينة في هذا القانون تحسب التقويم الميلادى".

ومن الأمثلة التى يكون التقويم الميلادى فى صالح المتهم ما تنص عليه المادة ٦٤ من قانون العقوبات من أنه: "لا تقام الدعوى على الصغير الذى لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة" فيكون احتساب السن بالتقويم الميلادى أصلح للمتهم لأن التقويم الهجرى يسبق التقويم الميلادى.

غير أنه فى الحالات التى يكون فيها التقويم الهجرى أصلح للمتهم فإنه يؤخذ بهذا التقويم دون التقويم الميلادى. ومثال ذلك أن المادة ١/٢٦٨ من قانون العقوبات التى تعاقب على هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو الشروع فى ذلك بالسجن المشدد من ثلاث سنين إلى سبع وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة ست عشرة سنة كاملة. يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للسجن المشدد. فإذا احتسبنا سن المجنى عليه بالتقويم الهجرى لكان ذلك أصلح للمتهم لأن التقويم الهجرى - كما ذكرنا سلفاً - يسبق التقويم الميلادى. ومن ثم يؤخذ فى عقوبة هذه الجريمة بالتقويم الهجرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "وحيث إنه يبين من الإطلاع على حكم محكمة أول درجة المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه، أنه احتسب سن المجنى عليها بالتقويم الميلادى على أساس ما ثبت لديه من قسيمة زواجها من أنها من مواليد ٥ فبراير سنة ١٩٤٨ وأن الطاعن قد اقترب ما أسند إليه منذ زواجه بها بتاريخ ٧ من أكتوبر سنة ١٩٦٥، وخلص إلى أن المجنى عليها لم تبلغ من السن ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت وقوع الحادث. لما كان ذلك. وكانت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكتت عن النص على التقويم الذى يعتد به فى احتساب عمر المجنى عليها، فى الجريمة المنصوص عليها فيها - وهو ركن من أركانها - فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يتفق مع صالح المتهم أخذاً بالقاعدة العامة فى تفسير القانون الجنائى، والتى تقضى بأنه إذا جاء النص العقابى ناقصاً

أو غامضاً فينبغى أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته، وأنه لا يجوز أن يؤخذ في قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم، لأنه من المقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص. ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية- التي تعتبر أصلاً هاما من أصول تأويل النصوص العقابية - فإنه يكون معيباً بالخطأ في تأويل القانون. لما كان ذلك، وكان احتساب عمر المجنى عليها بالتقويم الهجرى على أساس تاريخ ميلادها الثابت في قسيمة زواجها والذي لم تجادل فيه، يجعل سنها وقت وقوع الفعل الذى نسب إلى الطاعن مقارفته يزيد عن ثمانى عشرة كاملة مما لا يتوافر معه أحد أركان الجريمة، فإن هذا الفعل يصبح غير معاقب عليه ويتعين لذلك نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن".

(طعن رقم ١٧٧٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٤)

٢- "وحيث إنه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه عرض لدفاع الطاعن من أن المجنى عليها بلغت وقت وقوع الفعل المسند إليه ثمانى عشرة سنة هجرية ورد عليه بقوله: "إن الأصل فى تحديد السن الذى يعول عليه هو بالتقويم الميلادى ما لم يرد نص خاص مثل النص الوارد بالمادة ٢٣ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل.. ثم احتسب سن المجنى عليها بالتقويم الميلادى على أساس ما ثبت من تحقیقات النيابة أنها من مواليد ١ أكتوبر سنة ١٩٧٢ وأن الطاعن قد اقترف ما أسند إليه خلال شهر يوليو سنة ١٩٩٠، وخلص إلى أن المجنى عليها لم تبلغ من السن ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت وقوع الحادث. لما كان ذلك، وكانت المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات إذ سكتت عن النص على التقويم الذى يعتد به فى احتساب عمر المجنى عليها، فى الجريمة المنصوص عليها فيها - وهو ركن من أركانها- فإنه يجب الأخذ بالتقويم الهجرى الذى يتفق مع صالح المتهم أخذاً بالقاعدة العامة فى تفسير القانون الجنائى، والتي تقضى بأنه إذا جاء النص العقابى ناقصاً أو غامضاً فينبغى أن يفسر بتوسع لمصلحة المتهم وبتضييق ضد مصلحته وأنه لا يجوز أن يؤخذ فى

قانون العقوبات بطريق القياس ضد مصلحة المتهم، لأنه من المقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص. ومتى كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذه القاعدة القانونية التي تعتبر أصلاً هاما من أصول تأويل النصوص العقابية - فإنه يكون معيباً بالخطأ في تأويل القانون. لما كان ذلك، وكان هذا الخطأ قد حجب المحكمة عن احتساب عمر المجنى عليها بالتقويم الهجري على أساس تاريخ ميلادها الثابت بدليل معتبر قانوناً وكان الحكم المطعون فيه وإن أشار إلى سن المجنى عليها الثابت بتحقيقات النيابة إلا أنه لم يبين المصدر الذي نقلت عنه تحقيقات النيابة هذا السن مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها بالحكم وأن تقول كلمتها فيما يثيره الطاعن من أن سن المجنى عليها يزيد عن الثمانية عشر عاماً وقت وقوع الفعل الذي نسب إليه أخذاً بالتقويم الهجري. لما كان ما تقدم، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والإحالة بغير حاجة إلى بحث باقى أوجه الطعن".

(طعن رقم ١٤١٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٤/٣/١٩٩٣)



مادة (٤)

من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

الشرح

١٠٠- النص مستحدث في التقنين المدنى الجديد :

لم يكن لهذا النص نظير في التقنين المدنى القديم. كما لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد. وإنما أضافته لجنة المراجعة إلى المشروع، بناء على اقتراح الدكتور السهورى وضع مادة جديدة تقرر المبدأ العام الذى يمهّد للمادة التالية^(١).

١٠١- تعريف الحق :

الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون. فمثلاً حق الملكية الذى يقرره القانون لشخص على مال معين، يخول صاحب الحق سلطة استعمال واستغلال والتصرف فى الشئ الذى يقع عليه الحق^(٢).

وفى هذا الصدد ينبغى اجتناب الخلط بين "محل الحق" وبين "مضمون الحق" فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويحولها لصاحبه، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا- من شئ أو عمل. فمضمون حق الملكية مثلاً هو - كما ذكرنا سلفاً - ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، بينما يعتبر الشئ الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ١٩٩.

(٢) الدكتور عبد الودود يحيى محاضرات فى المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ١٩٦٨ -

١٩٦٩ ص ٩ - حسن كيره ص ٧٠٣.

ومحل الحق قد يكون شيئاً وقد يكون عملاً. والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أشياء هو الحق العينى الذى يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شئ مادى، وكذلك فالحق الذهنى محله شئ من الأشياء وإن كان شيئاً معنوياً غير مادى هو الخلق الذهنى أو الفكرى. والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية، إذ هو سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل إيجابياً أو سلبياً.

١٠٢- تعريف الواجب:

الحق إذن مزية يقررها القانون لشخص معين. ولكن هذه المزية لا تكون لها قيمة عملية إلا إذا فرض القانون على سائر الأشخاص احترامها وعدم التعرض لصاحبها فى استعمالها. لذلك يقرن القانون كل حق لشخص معين بواجب عام يقع على الكافة ويفرض عليهم احترام هذا الحق.

فى حق الملكية مثلاً لا يكفى أن يخول القانون المالك سلطة الاستمتاع بملكه، بل يجب أن يقرن ذلك بنهى سائر الأشخاص عن مباشرة هذه السلطة على الملك المذكور ذاته، وعن التعرض للمالك فى مباشرة هذه السلطة وهذا النهى العام وما يترتب عليه من حماية سلطة المالك على ملكه هو الذى يميز هذه السلطة من سلطة السارق المادية على الشئ المسروق، ويسمح باعتبار الأولى سلطة قانونية فى حين أن الثانية ليست سوى سلطة فعلية.

وقد اعترض بعض الشراح على فكرة الواجب العام الذى يقابل كل حق، فقالوا إنه ليس من المعقول أن كل حق يتقرر لشخص معين يقابله واجب يقع على عاتق ملايين الأشخاص الذين لا تربطهم بصاحب الحق أية رابطة، بل ودون أن يعلموا بهذا الحق. ولكن يرد على هذا بأن الواجب العام الذى يقع على عاتق الكافة، ليس إلا الواجب الذى ينشأ من الخضوع للقواعد القانونية العامة التى تقضى باحترام حقوق الغير. يضاف إلى هذا أنه لو قيل بغير ذلك لكان

معنى هذا أن الأفراد يستطيعون الاعتداء على حق صاحب الحق كلما سمحت ظروفهم المادية بذلك، وهذه نتيجة يأبأها القانون^(١).

والحقوق تفترض وجود روابط قانونية، فهي تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض. فتضع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخوله له من تسلط أو اقتضاء. ورابطة التسلط هي التي لا تتصور إلا من شخص على شيء لأن التسلط محله الأشياء لا الأشخاص.

ورابطة الاقتضاء هي التي لا تكون إلا بين شخص وشخص آخر لأنها تفترض إلزام بأداء معين والإلزام لا يتصور وقوعه إلا على عاتق الأشخاص وحدهم^(٢).

١٠٣- تعريف الرخص العامة:

الرخصة العامة هي إباحة عامة تتيح لكل شخص حرية القيام بما لا يحرمه القانون كحرية السير في الطريق العام وحرية الاتجار وحرية القول وحرية الالتجاء إلى القضاء بصفة عامة^(٣).

فالرخص العامة على عكس الحقوق لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص، بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات. ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفراد. بل يتمتع كافة بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة.

غير أن الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقاً من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، وذلك إذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد، إذ بمجرد

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٣ - عبد الودود يحيى ص ٩ وما بعدها.

(٢) حسن كيره ص ٤٣٧ وما بعدها.

(٣) الدكتور سليمان مرقس المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول ١٩٧١

وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هي رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا في التعويض قبل المعتدى^(١).

ويذهب رأى فى الفقه إلى أن فكرة التعسف ترد على الانحراف فى استعمال الحقوق، وليس على الانحراف فى استعمال الرخص العامة. ويحكم الانحراف فى استعمال هذه الرخص فكرة الخطأ فى نطاق المسؤولية التقصيرية^(٢).

ويستطرد أنصار هذا الرأى بأن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر، فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يمهّد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالترقية بين الحقوق وبين الرخصة العامة إذ نصت المادة (٥) منه على أن: "الحقوق المدنية نوعان: حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة" - وقد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشروع التمهيدى أنه: "تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق. فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف فى ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك. .. وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه"^(٣). وأن هذا النص وإن كان قد حذف ولم يظهر فى التقنين، فلا ينقص ذلك من دلالاته على اتجاه المشرع لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيًا أكثر منه تشريعيًا^(٤).

(١) حسن كيره ص ٤٤٠ وما بعدها.

(٢) حسن كيره ص ٧٨٣ وما بعدها - سليمان مرقس فى المسؤولية المدنية ص ٣٣٦ وما بعدها.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠١ هامش (١).

(٤) حسن كيره ص ٧٨٦ .

بينما ذهب رأى ثان إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق تسرى على الحقوق والرخص العامة على حد سواء^(١)، إذ لا مانع من امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص معا. فالمشرع عندما اشترط لمشروعية الحق أن يستعمل استعمالا لا ينطوى على تعسف فإنه قد وضع قاعدة تحدد التصرفات المشروعة سواء كانت هذه التصرفات قد حددت في نص أو في صورة حق بالمعنى الدقيق أم كانت من قبيل الحقوق العامة المعترف بها للكافة.

فالمشرع يستهدف إدخال نوع من الأخلاق في التصرفات القانونية. فاستعمال أى حق سواء أكان خاصا أم عاما يؤدي إلى حد ما إلى الإضرار بالغير ولكن نظرا لأن هذا الضرر لا يمكن تفاديه فهو يعتبر مشروعا. ولكن المسؤولية تتعقد منذ اللحظة التي يكون الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعية.

فلكل شخص أن يدخل في منافسة مع الغير، فهذه رخصة أو حرية، أى حق عام غير محدد.

ويعتبر استعمال تلك الرخصة مشروعا بالرغم من أنه قد يسبب بعض الأضرار للغير الذي يدخل معه في منافسة ولكن يعتبر استعمال تلك الرخصة منطويا على تعسف منذ اللحظة التي يستهدف فيها تحقيق مصلحة غير خلقية مثل الرغبة في تحطيم منافسه.

فالشخص الذي يستعمل رخصة ويسبب أضرارا مشروعة للغير يحميه القانون شأنه تماما شأن من يستعمل حقا بالمعنى الدقيق. ولكن متى كان الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعة فإن التعسف يوجد سواء بالنسبة للرخصة أم الحق.

فكما كفل القانون لهما الاستعمال المشروع فإنه يتدخل للحد من التعسف في استعمالهما.

(١) السنهوري في الوسيط ج ١ طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٢ - حسام الأهواني ص ٣٨٢ وما بعدها.

أما القول بأن قواعد المسؤولية المدنية تغني عن نظرية التعسف في استعمال الحق فهو غير مقبول على أساس أن مثل هذا القول يصدق سواء بالنسبة للحق بالمعنى الدقيق أو الرخصة. فإن كانت قواعد المسؤولية المدنية لم تغن عن نظرية التعسف بصدد الحقوق فلا يضحى أدنى مبرر لكفايتها في صدد الرخص وعدم الحاجة إلى نظرية التعسف.

ويضيف أنصار هذا الرأي أن الرأي الأول يرجع إلى اعتبارات تاريخية تتصل بظهور فكرة التعسف في استعمال الحق. ففي بداية القرن التاسع عشر كنت الحقوق لا تخضع للرقابة في استعمالها، أما الرخص فقد كانت تخضع للرقابة بمعنى انعقاد المسؤولية في حالة الانحراف عن المسلك المعتاد في استعمالها فالرخص كانت تقبل التقيد على عكس الحقوق. وعندما ظهرت من جديد نظرية التعسف بهدف التضييق وتقييد استعمال الحقوق لم تظهر الحاجة - لتطبيق قواعد المسؤولية - لامتدادها إلى نطاق الرخص. وظاهر أن ذلك السبب عارض لا يتصل بجوهر نظرية التعسف. وعند زوال هذه الظروف التاريخية فإنه لا يوجد أدنى مانع من تطبيق نظرية التعسف على الرخص^(١).

وقد أخذت محكمة النقض بالرأي الثاني إذ قضت بأن:

"مؤدى المادة الخامسة من القانون المدني أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنتظم جميع نواحي وفروع القانون والتعسف في استعمال الحق لا يخرج عن إحدى صورتين إما بالخروج عن حدود الرخصة أو الخروج عن صورة الحق، ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى، وتقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من إطلاقات محكمة الموضوع متروك لتقديرها تستخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها دون معقب عليها في ذلك لمحكمة النقض متى أقامت قضاؤها على أسباب سائغة كافية لحمله ومؤدية إلى النتيجة

(١) حسام الأهوانى ص ٣٨٣ ومابعدها.

التي انتهت إليها، وإذ استخلص الحكم في حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالاً لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية - مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه - المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

١٠٤- عدم المسؤولية عن الاستعمال المشروع للحق:

تنص المادة الرابعة- كما رأينا - على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. وهذا أمر طبيعي، فمادام صاحب الحق قد استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، ولم ينحرف به عن المشروعية، فإنه لا تجوز مساءلته عن ثمة ضرر يقع بالغير. والأصل هو مشروعية استعمال الحق، فلا يكلف صاحب الحق بإثبات أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، وإنما يقع على عاتق المضرور إثبات أن صاحب الحق استعمل حقه استعمالاً غير مشروع يتوافر به إحدى حالات التعسف المنصوص عليها في المادة الخامسة.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "إذا تمسك المستأجر بالبقاء في العين المؤجرة تنفيذا لعقد الإيجار ولم يرضخ لإرادة المؤجر في أن يستقل بفسخ العقد فإنه يستعمل حقا له استعمالاً مشروعاً ومن ثم فلا يمكن أن يتخذ من مسلكه هذا دليلاً على التعسف في استعمال الدفع بعدم التنفيذ. فإن دلت المحكمة المطعون فيه على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ (بالامتناع عن الوفاء بالأجرة لقيام المؤجر بأعمال التعرض) بأن لم يستجب لرغبة المؤجر في إخلاء مسكنه وأصر على البقاء وتنفيذ العقد فإن هذا التذليل يكون فاسداً منطوياً على مخالفة للقانون".

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

٢- "متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه برفض دعوى الطاعنين بالتعويض عن فصلهم من عملهم إلى ما استظهره من واقع النزاع المعروف من أن الفصل لم يكن بقصد الإساءة إليهم وأنه كان مبررا بما صادف المعهد من صعوبات مالية اعترضت سبيل إدارته مما اضطر المركز الرئيسى الذى يتبعه المعهد فى خارج البلاد إلى التقرير بغلقه نظرا لتعذر تمويله والإنفاق عليه فى مصر، وإلى أن الطاعنين لم يقوموا بالتدليل على بطلان البواعث التى اقتضت غلق المعهد ولذا كان القرار الصادر بهذا الشأن لا يتسم بالتعسف فى استعمال الحق الموجب للتعويض، وإذ كان تقدير مبرر الغلق وما استتبعه من إنهاء عقود الطاعنين هو من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع متى قام قضاؤه على استخلاص سائغ ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس".

(ظعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٥)

٣- "إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن البند الخامس من عقد الإيجار الأصلى المبرم بين المطعون عليهما نص على عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير لأى سبب من الأسباب بدون إذن كتابى من المالك المؤجر وإلا اعتبر عقد الإيجار باطلا، وكان شرط الحصول على رضاء المؤجر بالتنازل عن الإيجار يلحق بالشرط المانع المطلق فى الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة الأسباب التى جعلت المؤجر يفرضه عليه، فطالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقا أو مقيدا فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف فى استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذى لا يخوله حقه الشخصى فى المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة على سند من أن المستأجر الأصلى تنازل عن العين المؤجرة للطاعن رغم أن عقد الإيجار يحرمه منه صراحة، وعلى عدم توافر شرط بيع

المتجر عملاً بالمادة ٥٩٤ من القانون المدنى على ما سلف بيانه فى الرد على السبب السابق، فإنه لا محل للقول بتعسف المؤجر فى استعمال حقه".

(طنع رقم ٦٠٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢)

٤- "إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه إن البند الثامن من عقد الإيجار الأصلى المبرم بين المطعون عليه الأول والمستأجرة الأصلية نص على عدم التأجير للغير، وكان شرط الحصول على رضا المؤجر بالتأجير من الباطن يلحق بالشرط المانع المطلق فى الأثر فلا يستطيع المستأجر إلا أن يصدع به دون أن يملك مناقشة الأسباب التى جعلت المؤجر يفرضه عليه، طالما أجاز المشرع الشرط المانع مطلقاً أو مقيداً فلا محل للقول بأن المؤجر يتعسف فى استعمال حقه إذا تمسك بشرط يجيزه القانون وارتضاه المستأجر المتعاقد معه والذى لا يخوله حقه الشخصى فى المنفعة أكثر مما اتفق عليه مع المؤجر له، ويكون لا محل للقول بتعسف المؤجر فى استعمال حقه متى قام سبب تمسكه بالشرط المانع".

(طنع رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٦)

١٠٥- نظرية التعسف فى استعمال الحق عامة التطبيق:

نظرية التعسف فى استعمال الحق نظرية عامة التطبيق، فهى لا تقتصر على الحقوق الناشئة عن التزامات، بل تمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام^(١). وبالتالي تنطبق هذه النظرية على الإيضاء والطلاق.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- "بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٦٩٩ ومابعدها-

حسن كيره ص ٧٨٨ - حسام الدين الأهوانى ص ٣٨٤.

العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني وإنما بسطه على هذه النواحي جميعا بل وعلى نواحي القانون قاطبة. فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام. ولذلك أثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتذيا مثال أحدث التقنيات وأرقاها".

٢- "وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب. وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي وهي قواعد صدر عنها التشريع المصري في التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما. ... الخ^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٠٧ ومابعدا - وهناك رأى في الفقه يذهب إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تسرى إلا على ما يسمى بالحقوق المقيدة أو التقديرية ولا تسرى على ما يسمى بالحقوق المطلقة.

والحقوق المطلقة هي التي يستقل صاحبها بتقدير كيفية استعمالها وهو تحكمه في ذلك دوافع شخصية بحتة لا يستطيع القاضى أن يراقبها أو يناقش هذا التقدير، فلا يسأل صاحبها عن نتائج استعماله إياها ولا عن البواعث التي دفعته إلى هذا الاستعمال مهما أضر بالغير، مثل الحق الأدبي للمؤلف، وحق الشريك على الشيوع في طلب القسمة (مشار إلى هذا الرأي في حسام الأهواني ص ٣٨٤ - حسن كيره ص ٧٨٧).

وقد انتقد هذا الرأي بأنه أثر من آثار المذهب الفردي الذي يرى أن الحقوق تخول صاحبها سلطة مطلقة وحصانة مطلقة في استعماله لحقه ولهذا يجب الحد من نطاق التعسف قدر الإمكان، وأن هذا الرأي يجب أن يندثر مع اندثار الأفكار الفردية، فضلا =

١٠٦- أساس نظرية التعسف في استعمال الحق :

يقرر غالبية الفقه أن التعسف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، وبالتالي فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تتطوى تحت نظرية المسؤولية التقصيرية وتدخل في دائرتها. فالخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية قد يكون بالخروج عن الحدود الموضوعية للحق، وقد يتمثل في مجاوزة الحدود التي فرضها القانون لاستعمال الحق. ففي الحالة الأولى يكون الخروج صريحا عن حدود الحق وفي الحالة الثانية يكون الخروج عن حدود الحق بالتعسف في استعماله.

ومثال التعسف في استعمال الحق، أن يحفر شخص بئرا في عقاره كي يمنع المياه عن الجار، أو يجرى بها أعمالا أخرى للإضرار بها، أو يرفع شخص

= عن أنه لا يستقيم مع أحكام القانون المصري الصريحة في أن نظرية التعسف نظرية عامة تسرى على جميع أنواع الحقوق سواء في مجال القانون الخاص أم في مجال القانون العام (حسام الدين الأهواني ص ٣٨٥).

ومما يؤكد ذلك أن المشرع حينما أتاحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسف في استعمالها فهو ينفي الصفة التقديرية المزعومة للحق المعنوي للمؤلف بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته في تعديل المصنف وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (حسام الدين الأهواني ص ٣٨٤ - حسن كيره ص ٧٨٨ وما بعدها).

كما يقول البعض بأن هذه الحقوق لا تختلف عن سائر الحقوق في طبيعتها، فهي مثلها لا بد أنها مقرررة لتحقيق مصلحة معينة وأنها وضعت لغرض معين اقتصادي واجتماعي، وأنها إذا كانت شرعت لخدمة مصالح خاصة لمن تقررت لهم، فهي لم توضع إلا لرعاية هذه المصالح الخاصة في إطار مصلحة المجتمع. فلا يوجد من هذه الناحية ما يبرر تمييزها عن غيرها والتسليم بأن استعمالها لا يمكن أن تقع فيه إساءة ولا أن يوجب مسؤولية ما (سليمان مرقس في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ص ٣٣٨ وما بعدها).

دعوى بقصد النكاية أو يقوم الكاتب أو الخطيب بخدش اعتبار شخص أو أشخاص بغير أن تكون ثمة مصلحة عامة فى ذلك.

فى هذه الحالات كان استعمال الحق طبقاً لما يرضه القانون للمالك بإجراء ما يريد فى عقاره، وللمدعى بما له من حق فى التقاضى، وللكاتب أو للخطيب، بما له من حرية إبداء رأى.

ولكن المسؤولية تتوافر لأن استعمال هذا الحق أو ذاك قد حاد فيه صاحبه عن الغرض المقصود منه.

فالأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس إلا المسؤولية التقصيرية. فالتعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض عما تسبب من أضرار^(١).

ويظل التعسف داخلاً نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفاً فى استعمال حق ناشئ عن العقد. فالمؤجر الذى يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه يكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية وكذلك يكون متعسفاً فى استعمال حقه وبالتالي مسئولاً مسؤولية تقصيرية من يقوم بإنهاء عقد العمل إنهاء تعسفياً.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن نظرية استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية فى القانون المدنى، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليها فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية. فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١١/٢٨)

(١) المستشار حسين عامر والأستاذ عبد الرحيم عامر المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ٢٢٩ ومابعدهما - الدكتور حسام الدين الأهوانى مقدمة القانون المدنى نظرية الحق ١٩٧٣ ص ٣٧٨ - الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط الجزء الأول طبعة ٢٠٠٤ ص ٧٠٢ ومابعدهما.

مادة (٥)

يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية:

- (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

الشرح

١٠٧- متى يكون استعمال الحق غير مشروع؟

رأينا أن الأصل أن استعمال صاحب الحق لحقه يكون مشروعاً، وأنه يجب على من يدعى التعسف إثبات حصول تعسفه فى استعماله.

ومعيار التعسف فى استعمال الحق هو ذات معيار الخطأ التقصيىرى، إذا التعسف صورة من هذا الخطأ، فيجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى، فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته.

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى عدتها المادة الخامسة من القانون، والتى يطلق عليها معايير التعسف فى استعمال الحق وهى^(١):

- ١- قصد الإضرار بالغير.
 - ٢- رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً.
 - ٣- تحقيق مصلحة غير مشروعة.
- ونعرض لهذه المعايير الثلاثة فيما يلى.

(١) السنهورى ص ٧٠٣.

١٠٨- المعيار الأول :

قصد الإضرار بالغير.

أول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير.

وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به.

وتتوافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة غير مقصودة لصاحبه. أو منفعة تافهة.

فهذا المعيار يبحث عنه في ضمير الشخص، ولكن يمكن أن يستدل عليه بمسلك الشخص الخارجى. فيستطيع القاضى أخذاً بالقرائن القضائية أن يستتبط من هذا المسلك الخارجى توافر قصد الإضرار بالغير لدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالاً مشروعاً. ومن أهم هذه القرائن انعدام كل مصلحة أو تحقق مصلحة ضئيلة غير مقصودة لصاحب الحق فى استعماله على الوجه الذى جعله يسبب ضرراً للغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك إذ يستتبط من ذلك أنه إنما استعمله بقصد الإضرار بالغير.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير.

وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به.

وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى فى طليعة النصوص التشريعية التى دعمت أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق.

والجوهري فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه، ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية

من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك. وقد جرى القضاء على تطبيق الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة^(١).

١٠٩- تطبيقات عملية للتعسف طبقاً لهذا المعيار:

من التطبيقات العملية للتعسف طبق لهذا المعيار ما يأتي:

١- ما تنص عليه المادة ٦٩٥ مدني من أنه:

"١- إذا كان كان العقد قد أبرم لمدة غير معينة، ونقضه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الإخطار، أو قبل انقضاء هذا الميعاد، لزمه أن يعرض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد أو عن المدة الباقية منه. ويشمل التعويض فوق الأجر المحدد الذي كان يستحق خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة، مع مراعاة ما تقتضيه القوانين الخاصة.

٢- وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً. ويعتبر الفصل تعسفياً إذا وقع بسبب حوز أوقعت تحت يد رب العمل، أو وقع هذا الفصل بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير".

٢- ما تنص عليه المادة ٦٩٦ مدني من أنه:

"١- يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته، وعلى الأخص بمعاملاته الجائرة أو مخالفته شروط العقد، إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد.

٢- ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه، لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل".

- ٣- إقامة مالك مدخنة بسطح منزله في مواجهة نافذة جاره بقصد إيذائه.
- ٤- إحداث المالك حفرا في أرضه لمجرد منع وصول المياه إلى جاره.
- ٥- إقامة المالك حاجزا من ألواح لحجب الضوء عن جاره، طالما تبين أن قصد المضايقة هو الغرض الوحيد لذلك^(١).
- ٦- ترك المالك كلبه الخطر طليقا في حديقة منزله بغير ما يستوجب ذلك.
- ٧- التعسف في توجيه اليمين الحاسمة:

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه:

"يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر. على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها".

فاليمين الحاسمة ملك الخصم لا ملك القاضي ومن ثم يكون متعينا على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن الدافع إلى توجيه اليمين غرضا انتقاميا ظاهرا أو الرغبة في إعنات خصمه وإحراجة أو كان ثابتا من عناصر الدعوى بطريقة لا تحتمل الشك كذب الوقائع المطلوب التحليف عليها، إذا يكون الخصم متعسفا في توجيه اليمين^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) - "جرى قضاء محكمة النقض على أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبا يتعسف في هذا الطلب. ومحكمة الموضوع وإن كان لها السلطة في استخلاص كيدية اليمين فإنه يتعين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدي إليه. فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة ممن طلب توجيه اليمين

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٣٣.

(٢) الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الثاني ٩٧٢ ص ١٤٥ ومابعدها.

فهذا منها قصور في التسبيب، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية".

(طعن رقم ٩٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٣٠)

(ب) - "اليمين الحاسمة ملك الخصم له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ولو كان الغرض منها إثبات ما يخالف عقدا مكتوبا ولو رسميا، إلا فيما لا يجوز الطعن فيه (من العقد الرسمي) إلا بالتزوير. ومن ثم يكون متعينا على القاضى أن يجيب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في طلبه. والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه فى دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفا فى توجيهها، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سببا للحكم برفض توجيه اليمين".

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٤/٧)

(ج) - (١) "النص فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤ من قانون الإثبات على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر وللقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها، مؤداه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن اليمين الحاسمة ملك للخصم فيكون على القاضى أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف فى هذا الطلب، ولمحكمة الموضوع السلطة فى استخلاص كيدية اليمين على أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه".

(٢) "إذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة فى شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة وخمسين جنيها من الدين العالق بذمته على سند من القول بأن الدعوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطلت اثنى عشر عاما دون أن يزعم الطاعن وفاء بذلك المبلغ الذى يدعيه وأنه ما استهدف بهذا الطلب استظهارا من ظروف الدعوى وملابساتها سوى الكيد لخصمه وإطالة أمد التقاضى، لما كان ذلك، وكان هذا الذى أورده الحكم كافيا فى حدود سلطته التقديرية لحمل قضائه فى استخلاص التعسف المبرر لرفض

طلب توجيه اليمين الحاسمة، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٣)

٨- التعسف في حق التقاضى:

حق الادعاء أمام القضاء ليس على إطلاقه. إنما هو مقيد بوجود مصلحة مشروعة جدية ومشروعة، فيعتبر عسفاً ذلك الادعاء الذى لا يستند إلى هذه المصلحة وإنما كان وليد نزعة شريرة أو كان بسوء نية أو بقصد النكاية أو بخطأ جسيم يتساوى والغش بل إن مجرد الرغبة فى المشاكسة أو الاجترار الظاهر فى الادعاء، أو ذلك الادعاء غير المعقول، إنما يكفى لوجوب التعويض، وحتى الرعونة أو مجرد الخفة فى الادعاء يوجب المساءلة. وكذلك يعتبر متعسفاً من يرفع عدة دعاوى لإشباع ضغنه العائلى، والذى يعلن بعض أقارب زوجته بعدة دعاوى لمضايقتهم باستمرارها سنوات عديدة وذلك لشدة حقه عليهم.

ومن يرفع دعوى ينسب فيها إلى كاتب العقود تقصيراً، على غير أساس مقبول وبغير ترو. والذى يرفع دعواه أمام محكمة غير مختصة وهو يعرف ذلك، بقصد أن يتجشم مدينه متاعب الانتقال. ومن يختار عمداً من بين الطرق القانونية المواتية له، ما يضر بالغير، ومن غير أى فائدة يجتنيها، ومن يبنى دعواه على وقائع غير صحيحة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

(أ) "حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التى تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض - وسواء فى هذا الخصوص أن تقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٥٧.

توفر نية الإضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلبه إشهار إفلاس المطعون عليه - فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه في هذا الخصوص على أساس سليم".

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩)

(ب) "متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه إضراراً بالمطعون عليه كما استدلت على كيدية الدعوى التي رفعها - الطاعن على المطعون عليه بمضيه في التقاضي رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطنان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه. فإنه يكون في غير محله النعى على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطأ في مسئولية الطاعن".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ١٩ ق جلسة ١٠/٤/١٩٥٢)

(ج) "حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق".

(طعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ٢٨/١٢/١٩٦٧)

(د) "حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق التي تثبت للكافة فلا يكون من استعماله مسئولاً عما ينشأ عن استعماله من ضرر للغير إلا إذا انحرف بهذا الحق عما وضع له واستعمله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير".

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٠/٣/١٩٦٩)

(هـ) "تصت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدني على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى

الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق، وكان حقاً التقاضى والدفاع من الحقوق المباحة ولايسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر فى نسبة الخطأ إلى الطاعن إلى ما لا يكفى لإثبات انحرافه عن حقه المكفول فى التقاضى والدفاع إلى الكيد والعنت والدد فى الخصومة فإنه يكون فضلاً عما شابه من القصور قد أخطأ فى تطبيق القانون".

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

(و) "وحيث إن هذا النعى فى محله. ذلك أنه من المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسئول وكانت المادتان الرابعة والخامسة من التقنين المدنى قد نصتا على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر للغير وأن استعمال الحق لا يكون غير مشروع إلا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وكان حق التقاضى والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد فى الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم، وأن وصف الأفعال بأنها خاطئة هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض كما أنه من المقرر أن المسئولية عن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من جرائم لا تقوم إلا إذا ثبت كذب البلاغ وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والناكبة بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط، أما إذا ثبت أن المبلغ كان يعتقد صحة الأمر الذى أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر هذا الإبلاغ فإنه لا وجه لمسألتة عنه، لما كان ذلك، وكان تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التى يخضع قضاء الموضوع

فيها لرقابة محكمة النقض وتمتد هذه الرقابة إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة استخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ واستخلاصه، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعنة بالتعويض عن إساءة استعمال حق التقاضي والتسرع في الإبلاغ عن واقعة الاختلاس وعلى براءة المطعون ضده مما نسب إليه لسابقة تصريح الطاعنة له ببيع البضائع التي بعدهته بشيكات آجله وتقديمه لها دليلاً على نفى اختلاسه لها. وكان هذا الذي استخلصه الحكم ليس من شأنه أن يؤدي إلى ما انتهى إليه ذلك أن الثابت في الأوراق ومدونات الحكم الصادر في الجناية محل اتهام المطعون ضده قيام لجنة بفحص عهده حيث تبين لها وجود العجز المبلغ به وهو ما تأكد من مطابقة حساباته وما أجرى من تحقيقات ومن ثم فلا تثريب على الطاعنة إن هي أبلغت النيابة العامة بواقعة اعتقدت بصحتها وتوافرت لها من الظروف والملابسات الدلائل الكافية والمؤيدة إلى صحة اقتناعها بصحة ما نسبته إليه، خاصة وأن المطعون ضده - على نحو لا يمارى فيه - لم يقدّم بتسليم الطاعنة الشيكات المتعامل بها وسداد المبلغ محل الاتهام إلا بعد تحريك الدعوى الجنائية، وهو ما ينتفى معه سوء القصد أو الكيد للمطعون ضده أو عدم الحيطة والرعونة والتسرع في الإبلاغ ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد شابته فساد في الاستدلال بما يوجب نقضه".

(طعن رقم ١٠٣٧١ لسنة ٧٧ ق جلسة ٢٠٠٩/٥/١٧)

٩- التعسف في حق الدفاع:

على غرار إساءة استعمال حق التقاضي، قد يساء استعمال حق الدفاع للتخلص من الوفاء بالالتزام أو للإضرار بالخصم.

فيعتبر متعسفا في حق الدفاع المدعى عليه الذي ينسب إلى المدعية سوء السيرة فيما أبدى من دفاع في دعوى مطالبتها بتعويضات عن فسح خطبتها، حتى ولو حكم برفض دعوى هذه المدعية. أو من ينسب إلى خصمه في سبيل

كسب الدعوى، أمورا كاذبة أو وقائع تضايقه وتنتال منه. أو أن يفشى بقصد التشهير خصوصيات خصمه. أو أن يقدم تدليلا عليها مكاتيب وهى لا صلة لها بالدعوى. ومن يقيم دفاعه على غلط جسيم يمكن اعتباره موازيا للغش. وإنكار الدعوى فى الأصل حق مشروع، أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتمادى فى الإنكار أو بالتغالى فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه^(١)، فإن هذا الحق ينقلب إلى مخبئة، تجيز للمحكمة طبقا للمادة ١٨٨ مرافعات^(٢) الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التى تحملها خصمه بسوء فعله.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ) "إن الإجابة فى الدعوى بإنكارها هى فى الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى به إلزام خصمه بإثبات مدعاه. فإن سعى بإنكاره فى دفع الدعوى وخاب سعيه فحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات.

أما إذا أساء استعمال هذا الحق بالتمادى فى الإنكار أو بالتغالى فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه، فإن هذا الحق ينقلب مخبئة تجيز للمحكمة، طبقا للمادة ١١٥ من قانون المرافعات، الحكم عليه بالتعويضات مقابل المصاريف التى تحملها خصمه بسوء فعله هو".

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١١/٩)

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢) تنص هذه المادة على أن: "يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد.

ومع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل فى الموضوع أن تحكم بغرامة لاتقل عن أربعين جنية ولاتجاوز أربعمئة جنية على الخصم الذى يتخذ إجراء أو يبدى طلبا أو دفعا أو دفاعا بسوء نية".

(ب) "لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيماً، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى تتراكم عليه الفوائد، ومن ثم فإن مجرد إيداء الدائن دفاعاً يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سئ النية في إطالة أمد التقاضي، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدى وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضراراً بالمدين".

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

(ج) "العبرة في تحديد نطاق الدفاع في الدعوى وما يعد تجاوزاً له بموضوع الخصومة المطروحة وما يستلزمه اقتضاء الحقوق المدعى بها أو دفعها هو أمر يستقل بتقديره قاضي الموضوع بغير معقب من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة".

(طعن رقم ٤٦١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤)

(د) "إذا كان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه - الزوج - قدم بين مستنداته إلى محكمة الموضوع تقريراً من مستشفى فيينا علق عليه بأن الطاعنة - زوجته - كانت حاملاً منه قبل أن يعقد عليها، وأنه أحبها ووقف منها موقف الرجولة، لأنه كان في استطاعته ألا يتزوجها، كما قدم شهادتين من رجال الشرطة بالنمسا بأن الطاعنة كانت تقيم معه قبل الزواج في مسكن واحد، وذلك رداً على ادعائها بأنها لم تدرس أخلاقه الدراسة الكافية قبل الزواج، وقد تمسكت الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن هذا القذف الشائن من المطعون عليه في حقها كان تنفيذاً لوعيده أمام السفير المصري بالنمسا بأنه سيستخدم كل وسيلة للتشهير بها لو أقامت عليه دعوى بالطلاق، وأن هذا يكفي لإثبات الضرر بما لا يمكن معه استدامة العشرة. ولما كانت العبارات التي أوردها المطعون عليه على النحو السالف البيان لا يستلزمها الدفاع في القضية التي رفعتها عليه الطاعنة بطلب تطليقها منه للضرر ذلك أن مجرد قول الطاعنة بأن فترة الخطبة كانت من القصر بحيث لم تسمح لها بالتعرف على أخلاق المطعون عليه، كما أن

رغبته في التدليل على حبه لها ووقوفه منها موقف الرجولة، لم يكن يستلزم أن يتهمها في خلقها وعفتها مدعياً بأنها كانت على علاقة غير شرعية به، وحملت منه قبل الزواج. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن تلك العبارات يقتضيها حق الدفاع في الدعوى فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه. وإذ كان الموضوع صالح للفصل فيه، وكان ما نسبته المطعون عليه إلى الطاعة على الوجه المتقدم ينطوي على مضارة لا يمكن مع وجودها استدامة العشرة الزوجية بينهما، فإنه يتعين القضاء بتطليق المدعية من المطعون عليه طلاقاً بئنة للضرر عملاً بحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩".

(طعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/٦/٥)

١٠- التعسف في استعمال حق التبليغ:

إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم يعتبر حقاً لكل شخص وواجباً على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم.

غير أن المبلغ يكون قد أساء استعمال حق التبليغ عند عدم صحة الشكاية، وتقوم المسؤولية في ذلك على ما اقترن التبليغ من سوء نية، أو ما صاحبه من اجترأ أو عدم التبصر أو الخفة أو الطيش.

والحكم بالبراءة أو الأمر بالأوجه، لا يستفاد منه معنى عدم التبصر أو الطيش الموجب للمسئولية، إذ يمكن أن يكون ذلك مبناه التشكك في الأدلة المقدمة^(١).

ويمكن القول بأن مسؤولية المبلغ تتحقق إذا كان في مقدور الرجل العادى أن يتبين عدم صحة الواقعة المبلغ عنها. وأنه يكفي لعدم مسئوليته أن تكون قد قامت لديه شبهات تبرر اتهام من اتهمه وتؤدي إلى اعتقاده بصحة ما نسب إليه.

(١) حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٢٠٦.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) "النص في المادتين ٢٥، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم - التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية فيها بغير شكوى أو طلب - يعتبر حقا مقررًا لكل شخص وواجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ومن ثم فإن استعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا يترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمساءلته عنه. ومن ثم فلا تثريب على المبلغ إذا أبلغ النيابة العامة بواقعة اعتقد بصحتها وتوافرت له من الظروف والملابسات الدلائل الكافية والمؤدية إلى اقتناعه بصحة ما نسب إلى المبلغ ضده".

(طعن رقم ١٢٣١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠)

(ب) "تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيريا يستوجب مسئولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد بغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط".

(طعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

(ج) "لما كان الثابت من الشكوى... والجنح الثلاث التي تلتها أن المطعون ضده لم يسلم الطاعة بعض منقولاتها موضوع تلك الشكوى فلما رفعت عليه الجنحة الأولى لهذا السبب عرض عليها قيمة بعض هذه المنقولات فقبلتها منه وأنها أبلغت النيابة العامة في الجنحة الثانية بأنه تقاضى منها مبلغ ثلاثة آلاف جنيه كمقدم إيجار واستدلت على ذلك بإيصال موقع منه يؤيد بلاغها،

وأن النيابة العامة هي التي رفعت عليه الدعوى الجنائية عن هذه الواقعة فقضى فيها وفي الجنحة الثالثة بالبراءة لعدم الاطمئنان لأدلة الاتهام وكان مؤدى ما تقدم أن الأفعال التي تأسس عليها طلب التعويض لا تفيد انحراف الطاعنة عن حقها في التقاضى إلى الكيد والعنت واللد في الخصومة ولا تتضمن ما يكفى لإثبات كذب الوقائع المبلغ بها، ومع ذلك أقام الحكم قضاءه بالتعويض على أن الطاعنة أساءت بالأفعال المشار إليها استعمال حقها في التقاضى ابتغاء مضارة المطعون ضده - وهو من الحكم استخلاص غير سائق وتكليف للأفعال غير صحيح - فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه فساد في الاستدلال".

(طعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١١/٧)

(د) "المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد النص في المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير وهو ما يتحقق بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق وأن حق التقاضى وحق الإبلاغ وحق الشكوى من الحقوق المباحة للأشخاص واستعمالها لا يدعو إلى مساءلة طالما لم ينحرف به صاحب الحق ابتغاء مضارة المبلغ ضده، ولا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً بحق يدعيه لنفسه أو زوداً عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه عنه إلى اللد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الإضرار بالخصم".

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(هـ) "تبليغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم لا يعد خطأ تقصيرياً يستوجب مسئولية المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ بها وأن التبليغ صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنيل والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط. فمجرد عجز المبلغ عن إثبات الوقائع المبلغ عنها لا يقطع حتماً بكذبها".

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(و) "قضاء المحكمة الجنائية بالبراءة للشك الذى تفسره لصالح المتهم لا يدل بمجردة على كذب الواقعة المبلغ عنها ولا يمنع المحكمة المدنية من إعادة بحث عناصر المسؤولية المدنية طالما لم تفصل المحكمة الجنائية فى هذا الأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية".

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

(ز) "استبعاد النيابة العامة أحد المتهمين من الاتهام وإقامة الدعوى الجنائية على غيره لا تنهض دليلاً على عدم صحة الوقائع المبلغ بها، ولا يقيد ذلك المحكمة المدنية التى يجب ألا تبنى قضاءها إلا على ما يقتضيها بحثها عناصر المسؤولية من النزاع المطروح عليه".

(طعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩)

١١- التعسف فى استعمال حق النشر:

أوضحت محكمة النقض فى قضاء حديث لها تفصيلاً فى التعسف فى استعمال حق النشر، إذ قضت بتاريخ ١٩٩٥/٢/٨ فى الطعن رقم ١٥١٢ لسنة ٥٩ بأن:

(أ) - "النص فى المادة الخامسة من القانون ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ فى شأن سلطة الصحافة يدل على أن للصحفى الحق فى نشر ما يحصل عليه من أنباء أو معلومات أو إحصائيات من مصدرها مادام ملتزم فى ذلك حدود القانون باعتبار أن الصحافة تحقق مصلحة المجتمع فى أن يعلم أفرادها ما يجرى فيه حتى يتاح لهم الاطلاع على قدر مشترك من القيم الاجتماعية فتكون رباطاً يجمع بينهم وهى سبيله إلى التطور باعتبار أن نشر الخبر الصحيح وتوجيه النقد البناء هما الأساس والمنطلق للكشف عن العيوب القائمة والتمهيد لظهور جديد يفضل القديم والتنبه إلى الأضرار التى تترتب على التصرفات التى تصدر من بعض الأشخاص والدعوة إلى تلافئها".

(ب) - "أكد الدستور على الأهمية الاجتماعية للصحافة فنص فى المادة ٤٧ على أن حرية الرأى مكفولة ولكل إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون والنقد

الذاتي والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني وفي المادة ٤٨ على أن حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام مكفولة والرقابة على الصحف محظورة وإنذارها أو وقفها أو إلغاؤها بالطريق الإداري محظور وفي المادة ٤٩ على أن تكفل الدولة للمواطنين حرية البحث العلمي والإبداع الفني والثقافي وتوفير وسائل التشجيع اللازمة لتحقيق ذلك بل إن أداء وسيلة الإعلام قد ينطوى على ما يمس شرف أحد الأشخاص في صورة قذفه بعبارات قاسية بحيث يتبين أن أداء هذه الوظيفة غير ممكن في الصورة التي تقتضيها مصلحة المجتمع بدون هذا المساس فإذا ثبت ذلك تعين إباحة هذا المساس ترجيحاً بين حقين أحدهما أكثر أهمية من الآخر".

(ج) - "إذا كان سند إباحة حق النقد على نحو ما سلف هو استعمال الحق وما يقتضيه من وجوب توافر الشروط العامة لهذا الاستعمال ومنها صحة الواقعة أو الاعتقاد بصحتها وطابعها الاجتماعي كشرط لتحقيق المصلحة الاجتماعية التي تقوم عليها تلك الإباحة ذلك لأن المجتمع لا يستفيد من نشر خبر غير صحيح أو نقد يقوم على تزييف الحقائق وتشويهها أو يتناول واقعة تمس الحياة الخاصة لشخص معين ولاتهم المجتمع في شيء كذلك يشترط لإباحة هذين الحقين موضوعية العرض واستعمال العبارة الملائمة وتعني أن يقتصر الصحفي أو الناقد على نشر الخبر أو توجيه النقد بأسلوب موضوعي فلا يلجأ إلى أسلوب التهكم والسخرية أو يستعمل عبارات توحى لقارئه بمدلول مختلف أو غير ملائمة أو أقسى من القدر المحدود الذي يقتضيه عرض الواقعة أو التعليق عليها وفي ذلك تقول محكمة النقض إنه وإن كان للناقد أن يشتد في نقد أعمال خصومه ويقسو عليهم ما شاء إلا أن ذلك كله يجب ألا يتعدى حد النقد المباح فإذا خرج ذلك إلى حد الطعن والتشهير والتجريح فقد حقت عليه كلمة القانون".

(د) - "ضابط ملائمة العبارة هو ثبوت ضرورتها لتعبير الناقد عن رأيه بحيث يبين بأنه لو كان قد استعمل عبارات أقل عنفاً فإن فكرته لم تكن لتحظى بالوضوح الذي يريده وأن رأيه لن يكون له التأثير الذي يهدف إليه وقاضى

الموضوع هو صاحب السلطة المطلقة في تقدير التناسب بين العبارة من حيث شدتها وبين الواقعة موضوع النقد من حيث أهميتها الاجتماعية".

(هـ) - "يشترط للإباحة حسن النية ويعنى أن يكون الهدف من نشر الخبر أو توجيه النقد هو تحقيق مصلحة المجتمع لا التشهير والانتقام".

(و) "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من مسائل القانون التي يخضع فيها قضاء محكمة النقض لرقابة محكمة النقض".

١٢ - التعسف في استعمال الوظيفة:

التعسف في استعمال الوظيفة هو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة. فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة، كان متعسفا في استعمال السلطة وتحققت مسؤوليته^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"إن القول بإساءة الموظف استعمال حقه يقتضى قيام الدليل على أنه انحرف في أعمال وظيفية عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم يتصرف التصرف الذي اتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نابية عن المصلحة العامة. فإذا انتفى هذا القصد، وتبين للقاضي أن العمل الذي أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة، فلا يصح القول بأنه إساء استعمال حقه. وإن كان الحكم قد أثبت، بما أورده من أدلة مقبولة، أن رأى القوميسير العام للقسم المصرى بمعرض باريس الدولى كان ضروريا بمقتضى لائحة المعرض ذاته لقبول معروضات فى القسم العام، وأن عدم موافقته على طلب الطاعن، لم يكن وليد العسف وسوء استعمال السلطة المخولة له بل فى حدود اختصاصه وما يمليه عليه واجبه من التحقق أولا من جودة ما يرسل إلى المعرض ليعرض به، كما أثبت أن الطاعن

لم يتم بتنفيذ الشروط التي قبلها وكيله، ورتب على كل ذلك أنه لا يستحق تعويضا عن معارضة القوميسير في قبول معروضاته ولا عما تكبده من نفقات في سبيل إرسال المصنوعات إلى باريس، فذلك من الأمور التي من اختصاص محكمة الموضوع البت فيها دون رقابة لمحكمة النقض عليها فيه".
(طعن رقم ٧١ لسنة ١١ ق جلسة ١٩/١١/١٩٤٢)

١١٠- المعيار الثاني:

رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا:

عبر النص عن هذا المعيار بقوله:

"إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها" فالمعيار هنا موضوعي، فهو ليس إلا تطبيقا للمعيار الرئيسي للخطأ، معيار السلوك المألوف للرجل العادي. فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقا على وجه يضر بالغير ضررا بليغا ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر. فالشخص الذي يبتغي من استعمال حقه في الحصول على منفعة ضئيلة مقابل إلحاق ضرر كبير بالنسبة للغير فهو إما شخص مستهتر لا يأبه بمصالح الناس وإما أنه لا يستهدف إلا الإضرار بمصالح الغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى إليها^(١). فالرجل العادي لا يغلب مصلحته في استعمال حقه على واجبه في احترام الغير إذا كانت هذه المصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب البتة مع الضرر البالغ الذي يصيب الغير بسبب ذلك.

ولما كان هذا المعيار كما ذكرنا معيارا موضوعيا بحتا، هو مسلك الرجل العادي، فلا يقام فيه وزن لقصد الإضرار أو عدمه^(٢).

(١) السنهوري ص ٧٠٥ - حسام الدين الأهواني ص ٣٨٠.

(٢) سليمان مرقس في المسؤولية المدنية ص ٣٥٥.

ومن تطبيقات هذا المعيار ما يأتي:

(أ) تطبيق تشريعي:

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدني الجديد على أن: "ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط". (أنظر شرح المادة ٨١٨).

(ب) تطبيقات قضائية:

فقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "... وإذا استخلص الحكم في حدود سلطته التقديرية أن المصلحة التي يرمى الطاعن إلى تحقيقها استعمالاً لحقه المخول له بمقتضى المادة ٢٤ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ بزيادة عدد الوحدات السكنية في المبنى المؤجر بالإضافة أو التعلية - مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه - المستأجر من عيوب بسببها فإنه يكون قد طبق صحيح القانون".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/٤/٢٥)

٢- "لما كانت المادة ٢٤ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ قد جعلت زيادة وحدات المبنى السكنية بالإضافة أو التعلية حقا للمالك ولو كان عقد الإيجار يمنع ذلك دون أن يخل هذا بحق المستأجر في إنقاص الأجرة إن كان لذلك محل وكانت المادة الرابعة من التقنين المدني تنص على أن "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"، كما تنص المادة الخامسة منه على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة" فإن استعمال المالك لحقه المقرر في المادة ٢٤ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩

لا يتقيد إلا بالقيود العامة المقررة بالمادتين الرابعة والخامسة من التقنين المدني، وإذ كان الطاعن لم يدع - فضلاً عن أن يقيم الدليل أمام محكمة الموضوع على هذا الادعاء - أن المطعون ضده لم يقصد سوى الإضرار به أو أن المصلحة التي هدف إلى تحقيقها وهي فضلاً عن الجانب الشخصي منها مصلحة عامة تتمثل في زيادة عدد الوحدات السكنية لا تتناسب البتة مع ما يصيبه هو من ضرر بسببها أو أنها مصلحة غير مشروعة فإن المطعون ضده لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن استعماله لهذا الحق من ضرر بالطاعن وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٠)

٣- "... وكان دفاع الطاعن لدى محكمة الاستئناف قد قام على تعسف المطعون ضدها في طلبها طرده من الأرض محل النزاع وإزالة ما عليها من بناء على سند من أنها لم تبغ بدعواها سوى الإضرار به وأن مصلحتها في استرداد هذه الأرض - إن توافرت - قليلة الأهمية بالنسبة للأضرار التي تلحق به من جراء إزالة ما أقامه عليها من بناء، فإن الحكم المطعون فيه إذا التفت عن هذا الدفاع لمجرد القول بأن الطاعن استولى بغير حق على أرض المطعون ضدها وأقام بناء عليها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، وإذ حجب الحكم بذلك نفسه عن بحث مدى تحقق أي من صورتى التعسف في استعمال الحق اللتين تمسك بهما الطاعن وقضى بطرده من الأرض محل النزاع وإزالة ما عليها من بناء يكون معيباً بالقصور".

(طعن رقم ١٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٤/٤)

١١١- المعيار الثالث:

تحقيق مصلحة غير مشروعة:

إذا استعمل الشخص حقه لا لمجرد الإضرار بالغير، بل لمصلحة شخصية له تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير، فإن ذلك لا يكفي لنفى إساءة استعمال

الحق إذا كانت المصلحة التي رمى إليها مصلحة غير مشروعة. وذلك لأن الحقوق إنما تقررت لأصحابها ليحققوا بها مصالح يحميها القانون. لا لتحقيق مصالح غير مشروعة. فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة، مهما عظمت هذه المصلحة، يسئ استعمال حقه ويعد مخطئاً خطأ يوجب مسئوليته عما يسببه ذلك من ضرر للغير^(١).

وتكون المصلحة غير مشروعة إذا ما كان تحقيقها ينطوى على مخالفة لأحكام القانون، أو متعارضا مع النظام العام أو الآداب، أو المقتضيات الاقتصادية أو الاجتماعية، وسواء أكان تحقيق تلك المصلحة غير المشروعة لصاحب الحق أم لغيره.

وهذا المعيار وإن كان ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الأولى حالة استعمال الحق استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وتعتبر المشروع في هذا المقام خير من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها. ولاتكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون فحسب وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضا إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام، أو الآداب، وإذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة. وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجتمعة أول مارس ١٩٢٨ المحاماة س ٨ ص ٧٥٠) وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنيات الحديثة والفقه والقضاء"^(٢).

(١) سليمان مرقس فى المسئولية المدنية ص ٣٥٥ ومابعدھا.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٥ ومابعدھا.

ومن الأمثلة على الاستعمال غير المشروع للحق :

إطلاق مالك البناء المذيع ليل نهار أو إقامته الحفلات الصاخبة بكثرة لحمل المستأجرين على إخلاء مساكنهم بالرغم من أحكام القانون الاستثنائي الذي يمنع المؤجر من طلب الإخلاء. وكذلك مالك الأرض المجاورة لمطار إذا أقام على حدود أرضه أعمدة شاهقة الارتفاع تعلوها أسياخ حديدية مدببة تعرض الطائرات أو المناطق للاشتباك بها حتى يجبر شركة الطيران على شراء أرضه بثمن مرتفع. وكذلك إذا فصلت الحكومة عاملا تحقيقا لمصالح حزبية أو مصالح شخصية لبعض الحكام.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "المراد بالحق المطلق المقرر للحكومة في فصل موظفيها بلا حاجة إلى محاكمة تأديبية هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استمرارها وليس معناه أن تستعمله على هواها، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التي يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف في استعمالها، ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به فإنها تكون خاضعة لتقدير القضاء ورقابته فإذا تبين أنها لا ترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هي من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع في صحتها كان ذلك عملا غير مشروع وحقت مساءلة الحكومة في شأنه".

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠)

٢- "الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها. فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن (الزوج) الإسلام لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى، وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاعه الطلاق وكان الثابت أيضا أن المطعون عليها (الزوجة) قد استوفت حقها في هذا الخصوص فإنه لا يكون

لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالف الذكر كسبب لطلبها التعويض عن طلاقها. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهي إسقاط حكم النفقة فإنه يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/٣٠)

ولم تعتبر محكمة النقض تثبيت أجهزة التكييف بحائط مسكن جاره استعمالاً غير مشروع للحق.

إذ قضت بأن:

"قضاء الحكم المطعون فيه برفض طلب الطاعن إزالة أجهزة التكييف الخاصة بالمطعون ضدهم والمثبتة في حائط مسكنه استناداً إلى تقرير لجنة الخبراء من أن هذه الأجهزة وإن كانت تسبب ضرراً للطاعن إلا أن وجودها ضروري بالنسبة للمطعون ضدهم مع انتفاء قصدهم في الإضرار وعدم اعتباره استعمالاً غير مشروع طبقاً للمادة الخامسة من القانون المدني. التفات الحكم المطعون فيه عن حقيقة السبب القانوني الذي تقوم عليه الدعوى وهو الاستعمال غير المألوف من المطعون ضدهم لتلك الأجهزة وتسببها في ضرر فاحش للطاعن يجيز له طلب إزالتها مغفلاً دلالة ما أورده تقرير اللجنة من كون تلك الأجهزة تسبب ضرراً كبيراً للطاعن بما يحول بينه وأسرته والاستعمال الطبيعي لمسكنه مع إمكان نقلها إلى مكان آخر. مخالفة وقصور".

(طعن رقم ٢١٤٦ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٠١١/٥/٢٢)

١١٢ - معياران في المشروع التمهيدى حذفاً في المشروع النهائي:

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يضيف معيارين آخرين إلى المعايير الثلاثة سالف الذكر هما:

١- إذا كان استعمال الحق متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (م/٦ ب).

وقد جاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية، وهذا معيار مادى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى وقننته المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضا المواد ٢٧، ٢٨، ٢٩ من المجلة). وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والحوادث على أن الفكرة فى خصبها لا تقف عند صدور هذه التطبيقات فهى مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس"^(١).

٢- إذا كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطىلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف (م ٦/ج).

وجاء عن هذا المعيار بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"والمعيار فى هذه الحالة مادى، وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق الذى يطلق عليه اسم الإفراط إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل. والقضاء فى مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (الطارين الجزئية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١٠ ص ٧٨٣ واستئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ب ٤٣ ص ٧٨) وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه فقضت فى المادة ١١٩٨ بأن كل أحد له التعللى على حائط الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا" وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه "كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهنا ويكون سبب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٩.

انهدامه" وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢، وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ ولاسيما فيما يتعلق بصلاات الجوار فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن "الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجار.... ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه" وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها^(١).

إلا أن هذين المعيارين حذفوا من المشروع التمهيدى. ويرى بعض الفقهاء أن الميعار الثانى ليس إلا الميعار الذى يطبق فى حقوق الجوار وهو معيار "الضرر الفاحش". وقد حذف فى المشروع النهائى لأن مضار الجوار فى القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق، فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا فى استعمال الحق، بل هو خروج عن حدود الحق^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٢١٠.

(٢) السنهورى فى الوسيط ج١ ص ٧٠٨ - وهناك رأى يذهب إلى أنه ليس فى حذف المعيارين ما يمنع من إمكان تطبيق أيهما عندما تقتضيه ظروف النزاع المطروح، فكل المعايير التى وضعها الفقهاء، أو تشير إليها القوانين، لم ترد على سبيل الحصر، بل هى للاسترشاد بها والقياس عليها.

وقد أشار القانون المدنى بالفقرة الثانية من المادة ٨٠٧ إلى معيار تجاوز الضرر عن الحد المألوف فى شأن مضار الجوار. وليس ثمة ما يمنع القضاء إن أمكن - من استنباط معايير أخرى، حسبما تستلزمه وقائع ومناسبات ما يطرح عليه من منازعات. وكذلك لا تخرج مضار الجوار فى القانون المدنى عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق، وإذا كان الضرر الفاحش خروجاً عن حدود الحق، فإن هذا الخروج هو العسف بعينه، أو هو صورة من الصور العديدة التى تقع بها إساءة استعمال الحق "حسين عامر وعبد الرحيم عامر ص ٣٥٣ ومابعدها".

١١٣ - إثبات التعسف :

يقع عبء إثبات التعسف على عاتق من يدعيه، إذ أن الأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه لأن الاستعمال المشروع للحق هو واجب الافتراض ابتداء إلى أن يقوم الدليل على العكس، فلا يكلف صاحب الحق بأن يثبت أنه استعمل حقه استعمالاً مشروعاً. ويجوز لمدعى التعسف إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "يشترط في التصرف الذي ينتفى عنه وصف التعسف في فصل العامل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون مبنياً على أوضاع قائمة ومستقرة وقت حصوله لا على أوضاع قلقة وغير مستقرة وفي الحسبان تخلفها".
(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/١/٤)
وتقدير التعسف والغلو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "تقدير التعسف والغلو في استعمال المالك لحقه هو من شئون محكمة الموضوع كما أن تقدير التعويض الجابر للضرر الناتج عن هذا التعسف هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى كان القانون لا يلزمها باتباع معايير معينة في شأنه".

(طعن رقم ١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١٣)

١١٤ - أثر التعسف في استعمال الحق :

إذا تعسف صاحب الحق في استعمال حقه طبقاً لأحد المعايير الثلاثة سالفة الذكر، وترتب على هذا التعسف حصول ضرر للمدعى فإن المحكمة تقضى

(١) حسين كيره ص ٧٩٠.

بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو بالتعويض النقدي إذا كان غير ممكن. فللمحكمة أن تقضى بهدم الحائط الذي أدى إلى حجب الضوء والهواء. كما يجوز للمحكمة ألا تقضى بالتنفيذ العيني إذا كان مرهقا للمدين. ولها أيضاً أن تقضى ومن تلقاء نفسها بالتعويض ولو لم يكن المضرور قد طلبه، وهي بذلك لا تكون قد قضت بما لم يطلبه الخصوم، إذ يعتبر طلب التنفيذ العيني متضمناً للتنفيذ بطريق التعويض، باعتبار التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين^(١).



(١) المستشار أنور طلبه ص ٣١٣.

٢- تطبيق القانون

تنازع القوانين من حيث الزمان

مادة (٦)

- ١- النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص.
- ٢- وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة.

الشرح

١١٥- مدة سريان التشريع:

تنص المادة (٢٢٣) من الدستور الجديد الصادر سنة ٢٠١٢ على أن: "تُنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إصدارها، ويعمل بها بعد ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعداً آخر.

ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريرية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب". وتنص المادة (٧٦) من الدستور على أن: "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بنص دستوري أو قانوني، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

ويبين من ذلك أن القانون يسرى بعد مضي ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ نشره، إلا إذا حدد لسريانه ميعداً آخر. فإذا كان القانون قد حدد ميعداً

آخر لسريانه، فإن القانون القديم يظل ساريا حتى ينقضى هذا الأجل. فإذا لم يحدد القانون الجديد هذا الأجل فإن القانون القديم يستمر العمل به إلى أن تنتقضى مدة ثلاثين يوما من اليوم التالى لتاريخ نشره.

فالיום الذى يصبح فيه التشريع الجديد واجب التطبيق، هو الحد الفاصل بين مدة سريان التشريع القديم ومدة سريان التشريع الجديد، فتنتهى به الأولى وتبدأ الثانية. فلا التشريع القديم يسرى على ما يقع بعده، ولا التشريع الجديد يسرى على ما سبقه. وتحديد نطاق السريان الزمانى لا يثير أية صعوبة بالنسبة للمراكز القانونية التى تتكون وتترتب آثارها فى لحظة واحدة.

فبالنسبة للمراكز القانونية التى تتكون وتترتب آثارها فى لحظة واحدة، فى ظل التشريع القديم تكون محكمة بهذا التشريع، وكذلك فإن ما ينشأ من مراكز وما يترتب من آثار فى ظل التشريع الجديد، يحكم بهذا التشريع دون التشريع القديم وذلك دون أدنى صعوبة. أما بالنسبة للمراكز القانونية التى تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان إلى ما بعد صدور القانون الجديد، فسنعرض لحكمها فى البند التالى.

وقد قضت محكمة النقض فى ظل الدستور الملقى بأن :

١- "الأصل فى القوانين ألا تكون ذات أثر رجعى إلا ما استثنى بنص خاص، وإذ انتفى هذا الاستثناء، والتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وتأويله يكون على غير أساس".

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠)

٢- "الأصل أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، فليس للمحاكم أن ترجع إلى الماضى لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التى ترتبت فى الماضى على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على

القاضى عند بحثه فى هذه العلاقات وما يترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون السارى عند نشوئها وعند إنتاجها هذه الآثار".

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٣- "إن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها فليس للمحاكم أن ترجع إلى الماضى لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التى ترتبت على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على القانون عند بحثه فى هذه العلاقات القانونية، وما ترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون السارى عند نشوئها وعند إنتاجها هذه الآثار، وذلك كله مالم يتقرر الأثر الرجعى للقانون بنص خاص، ومالم يتعلق حكم القانون الجديد بالنظام العام فيسرى بأثر فورى على ما يترتب فى ظله من تلك الآثار فإذا كان ذلك، وكان عقد فتح الاعتماد موضوع التداعى أبرم فى ٢٠/٧/١٩٨٦، ومن ثم فإن قانون التجارة القديم هو الذى يسرى عليه".

(طعن رقم ١١٢٩ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠١١/١/٢٧)

٤- "لما كانت المادة ١٨٧ من الدستور تنص على أن "لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب" وكان المقرر تطبيقاً لذلك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن القانون يطبق على المراكز والوقائع التى تنشأ أو تتم فى الفترة من تاريخ العمل به إلى حين إلغائه وأن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على ما يقع أو يتم فيها بعد نفاذه".

(طعن رقم ٢٥٧٤ لسنة ٨٠ ق جلسة ٢٠١١/٣/٦)

١١٦- الأثر المباشر للقانون:

الأصل أن القانون يسرى بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضاءها وهو لا يسرى على الماضي.

فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظله، أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظله، في حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التي تتم بعد نفاذه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "أحكام القوانين لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها. مؤداه. عدم جواز تطبيق القانون الجديد على ما يكون قد وقع قبل العمل به من تصرفات. سريان أحكام القانون الجديد على ما يقع منذ العمل به من تصرفات ولو كانت تستند إلى علاقات عمل سابقة عليه. علة ذلك".

(طعن رقم ٢٧٢٣ لسنة ٧٤ ق جلسة ٢٠٠٦/١١/٩)

٢- "النص في المادة ١٨٨ من الدستور الصادر عام ١٩٧١ على أن "تتشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من تاريخ إصدارها ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر "يدل وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن نشر القانون بالجريدة الرسمية بعد إصداره من السلطة المختصة هو الطريق الوحيد الذي رسمه المشرع ليتوافر للمخاطبين بأحكامه العلم به، ولا يعذر أحد بعد ذلك بجعله به، ولا يغنى عن هذه الوسيلة العلم بالقاعدة القانونية بطريق آخر ولو توافر العلم اليقيني، ولما كانت قرينة العلم بالقانون أو إمكانية العلم به مفترضة فإذا انتفى ذلك لم يعد للافتراض مكان احتراماً للقاعدة الشرعية أنه "لا تكليف بمستحيل"، وإذا اكتنف نشر القانون

بالجريدة الرسمية أخطاء مادية أو مطبعية فإنه من المتعين التزاما بوجود توافق قرينة العلم بالقاعدة القانونية الصحيحة حسب ما أصدرها المشرع تصويب هذه الأخطاء وذلك بنشرها بالجريدة الرسمية وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً "الاستدراك التشريعي" والذي يجب ألا يجاوز هذا النطاق حتى لا يترتب عليه تغيير في النص المنشور لفظاً ومعنى ويصبح في حقيقته تعديلاً للقانون لا يجوز إلا من السلطة المختصة بذلك، ويعتبر الاستدراك بمعناه سالف البيان جزءاً من النص المصوب وتكون له نفس قوته ويعمل به من تاريخ سريان القانون وليس من تاريخ نشر الاستدراك بالجريدة الرسمية - التزاماً بالأصل العام - طالما أن هذه الأخطاء رغم وجودها لا أثر لها في العلم بالقاعدة القانونية الصحيحة وبالتالي لا تؤدي إلى نفس القرينة المفترضة بالعلم بالقانون وذلك مثل الأخطاء اللغوية أو النحوية التي تخل بمبنى الكلمة دون أن تخل بمعناها المقصود ولا تؤثر بالتالي في المركز القانوني للمخاطبين بأحكامها، أما إذا كانت الأخطاء المادية أو المطبعية المنشور بشأنها الاستدراك - ترتب عليها غموض أو تجهيل أو لبس بالنص المراد استحدثه أو تعديله وتؤثر في المركز القانوني للمخاطبين بالقانون فإن قرينة العلم بالقاعدة القانونية الصحيحة المستحدثة أو المعدلة لا يمكن افتراضها، ومن ثم يتعين في هذه الحالات وجوب توافر العلم بالقاعدة القانونية الصحيحة التي أصدرها المشرع حتى يحاج بها كافة واعتبار نشر الاستدراك هو الوسيلة الوحيدة لذلك، وبالتالي فإن الاستدراك - استثناء من الأصل العام - لا يسرى إلا من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، ولا يطبق إلا على التصرفات اللاحقة لذلك دون تلك التي تمت في ظل النص قبل تصويبه ونشره".

(طعن رقم ٧٧١ لسنة ٧٨ ق جلسة ٢٦/٤/٢٠٠٩)

٣- "الأصل - وعلى ما جرى به قضاء المحكمة - أن أحكام القوانين لا تسرى إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها فليس للمحاكم أن ترجع إلى الماضي لتطبيق القانون الجديد على علاقات قانونية

نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بالقانون الجديد بل يجب على القاضي عند بحثه في هذه العلاقات القانونية، وما ترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون الساري عند نشوئها وعند إنتاجها هذه الآثار، وذلك كله ما لم يتقرر الأثر الرجعي للقانون بنص خاص، وما لم يتعلق حكم القانون الجديد بالنظام العام فيسرى بأثر فوري على ما يترتب في ظله من تلك الآثار.

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٢/٣/٢٠١٠)

وبناء على ذلك فإن القانون الذي يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصي يسرى بأثره المباشر، أي باعتباره القانون الذي استحدثت في ظله الوصية بموت الموصي بعد نفاذه، في شأن صحة الوصية من حيث الموضوع، أي من حيث القدر الجائز فيه الإيضاء ومن حيث صحة الشروط التي تتضمنها الوصية، غير أنه لا يسرى في شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصي أو من حيث الشكل وذلك لأنها صدرت في ظل القانون القديم، وتظل محكمة - في هذه الحدود- بهذا القانون^(١).

وإذا صدر قانون جديد يعدل من شروط نفقة المطلقة أو حضانة الأولاد، فإنه يسرى على كل نفقة وعلى كل حضانة مستقبلية مترتبة على طلاق تم في ظل القانون القديم، ولكن لا يؤثر القانون الجديد على ما استحق من نفقة وما تم من حضانة قبل نفاذه. وأيضاً فإن القانون الجديد الذي يحرم أو يقيد من الطلاق يسرى على كل زواج قائم وقت نفاذه، حتى وإن تم هذا الزواج في ظل القانون القديم. وكذلك فإن القانون الجديد الذي يعدل من نظام الملكية وأثرها، يسرى بماله من أثر مباشر، على الملكيات القائمة وقت نفاذه وهكذا^(٢).

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة العقود أو المراكز القانونية الاتفاقية، إذ تظل العقود خاضعة في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها للقانون القديم وحده

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٦١ - حسن كيره ص ٣٥٩.

(٢) رمضان أبو السعود ص ٣٦١ وما بعدها.

باعتبار أنها تعبير عن إرادة ذوى الشأن فى نشوئها أو فى آثارها أو فى انقضائها، إلا أن هذا مشروط بألا يكون القانون الجديد قد أخضع هذه المراكز التعاقدية لقواعد أمرة كما سنرى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "متى كان التصرف الذى اعتبرته المحكمة وصية قد صدر من المتصرف الذى توفى قبل العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فإن أحكام هذا القانون لا تسرى عليه".

(طعن رقم ١٨٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٥/٢٢)

٢- "الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون له وجود قانونى إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرًا عليها، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية. وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يعتبر خضوع وصيته لحكم هذا القانون".

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٣- " لا تكون الوصية لازمة إلا بوفاة الموصى ومن حقه الرجوع فيها كلها أو بعضها حال حياته، ولا تتحدد شروط الوصية- بصفة نهائية - إلا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الإرادة منه ومن ثم تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه وبالتالي 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. فإذا كانت الوصية لوarith وتوفى الموصى فى تاريخ لاحق للعمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر فإنها تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وفقا للمادة ٣٧ من القانون المذكور، والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى عدم نفاذ هذه الوصية إطلاقا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٢١)

١١٧- استثناء من الأثر المباشر للقانون:

ترد على قاعدة الأثر المباشر للقانون عدة استثناءات هي:
أولاً: المراكز القانونية التعاقدية التي يخضعها القانون الجديد لقواعد
أمرة:

إذا كان القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية التعاقدية لقواعد أمره،
فإن القانون الجديد يطبق فوراً على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها
وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية، كما يحكم انقضاءها.
إلا إذا كان قد صدر بشأنها حكم نهائي فإنها تكون قد تحددت بموجب هذا
الحكم النهائي.

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

(أ) سريان المادة (٢٢٧) مدنى بتخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة على ما
يستحق من فوائد عن العقود المبرمة قبل نفاذه.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "الحد الأقصى للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو من قواعد
النظام العام فيسرى السعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد
القاضى بتخفيضه أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى على الاتفاقات
السابقة على هذا التاريخ، يؤيد هذا النظر ما ورد فى هذا الخصوص فى المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المشار إليه. وإذن فمتى كان الحكم
المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدنى الجديد بفائدة
سعرها ٨% ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء. فإن هذا الحكم
يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور فى خصوص المدة اللاحقة
للعمل به ويتعين نقضه وتخفيض سعر الفائدة إلى ٧% ابتداء من ١٥ أكتوبر
سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء".

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

٢- "تقضى المادة ٢٢٧ من القانون المدني الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧% ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها مما يتصل بالنظام العام، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ويسرى السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التى تستحق منذ نفاذ ذلك القانون".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ب) سريان حكم المادة ٢٣٢ مدنى التى تقضى بعدم تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومنع تجاوز الفوائد لرأس المال على العقود المبرمة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

"لم يكن القانون المدنى القديم يحول دون تقاضى الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد. إلا أن نص المادة ٢٣٢ من القانون المدنى استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر أمرين أولهما منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال. وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، وهذه القواعد لا تسود إلا فى نطاق المعاملات التجارية".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ج) أحكام تحديد الأجرة والامتداد القانونى للإيجار وتعيين أسباب الإخلاء فى قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية:

جرى قضاء محكمة النقض على أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانونى للإيجار وأسباب الإخلاء هى قواعد أمرة ومتعلقة بالنظام العام، وتسرى بأثر فوري على جميع المراكز والوقائع القائمة التى لم تكن قد استقرت نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الأصل أن لمالك الشيء وحده - في حدود القانون - حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، مراعيًا في ذلك ما تقتضيه القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة عملاً بالمادتين ٨٠٢، ٨٠٦ من القانون المدني مما مؤداه أن يكون للمالك أن يؤجر الأماكن التي يملكها، وأن يطلب إخلاء المكان المؤجر إذا انتهت المدة المتفق عليها، أو قام سبب لفسخ عقد الإيجار وأن يختار مستأجره. وأن يستعمل العين في أى وجه مشروع يراه. غير أن المشرع رأى بمناسبة أزمة الإسكان، تقييد حق المؤجر في طلب الإخلاء لانتهاء المدة المتفق عليها أو لفسخ العقد الذى نشأ صحيحاً ولم يبطل ولم يفسخ بقوة القانون أثناء مدته، إلا للأسباب التى نص عليها فى المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذى يحكم واقعة الدعوى لنفاذه قبل أن تستقر المراكز القانونية للخصوم بحكم نهائى ولتعلقه بالنظام العام فيما أورده من نصوص أمرة، فتسرى بأثر فوري على آثار العقود حتى إذا كانت قد أبرمت قبل سريان القانون".

(طعان رقما ١٢١٣، ١٣٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٤/٥/١٩٨٠)

٢- "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون يسرى على الوقائع التى تنشأ بعد نفاذه إلا إذا كان قد استحدث أحكاماً متعلقة بالنظام العام أفرغتها نصوص أمرة فإنها تسرى بأثر فوري على المراكز القانونية القائمة وقت العمل به ولو كانت ناشئة قبله وكان ما تنظمه قوانين إيجار الأماكن من أحكام خاصة بالإخلاء هى مما يتعلق بالنظام العام، لما كان ذلك، وكانت المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المقابلة للمادة ٢٣/ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ - قد استحدثت حكماً جديداً بما نصت عليه من جواز الإخلاء إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة أو المتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر

أو باستعماله في غير الأغراض المؤجر من أجلها، فإن هذا النص يكون هو الواجب التطبيق على واقعة الدعوى الماثلة".

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٣/١٢/١٩٨٠)

٣- "الأصل أن القانون يسرى بأثر فوري مباشر على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضاءها، وهو لا يسرى على الماضي فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظله. أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد من الزمان، فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظله في حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التي تتم بعد نفاذه. ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظله باعتبار أنه تعبير عن إرادة ذوى الشأن في نشوئها أو في آثارها أو في انقضاءها، إلا أن هذا مشروط بالألا يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سائلة البيان لقواعد أمرة فحينئذ يطبق القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل نشوؤه من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية كما يحكم انقضاءها.... الخ".

(طعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ٧/٢/١٩٨١)

٤- "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القانون يسرى على الوقائع التي تنشأ بعد نفاذه إلا إذا كان قد استحدث أحكاماً متعلقة بالنظام العام أفرغها نصوصاً أمرة فإنها تسرى بأثر فوري على المراكز القانونية وقت العمل به ولو كانت ناشئة قبله. لما كان ذلك وكانت المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الذي أدرك واقعة النزاع قبل صدور حكم نهائي قد استحدث حكماً جديداً بما نصت عليه من جواز الإخلاء إذا استعمل المستأجر المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة تخالف شروط الإيجار المعقولة والمتعارف عليها وتضر بمصلحة المؤجر أو استعمله في غير الأغراض

المؤجر من أجلها وذلك بعد إنذاره بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، فإن هذا النص يكون هو الواجب التطبيق على واقعة النزاع".

(طعن رقم ١٤٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٧/٣/١٩٨٥)

وقد فرقت محكمة النقض في ذلك بين حالتين:

(الأولى): إذا تضمن القانون الجديد تعديلا من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية القواعد الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء أو التغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل بأخذ بدوره حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذ.

(الثاني): أن يكون التعديل منصبا على بعض شروط إعمال القاعدة الآمرة - دون مساس بذاتيتها أو حكمها - كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من إجراءات التقاضى أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لا يسرى في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي نشأت في ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذي رفعت الدعوى في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها عملاً بالمادة ٢ مرافعات والمادة التاسعة من قانون الإثبات.

فقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "المقرر في قوانين إيجار الأماكن أن الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة والامتداد القانوني وتعيين أسباب الإخلاء هي قواعد آمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فوري على جميع المراكز والوقائع القائمة والتي لم تستقر نهائيا وقت نفاذها ولو كانت ناشئة قبل تاريخ العمل بها ومؤدى ذلك أنه إذا صدر قانون لاحق يتضمن تعديلا في تشريعات إيجار الأماكن كان من شأنه استحداث حكم جديد متعلق بذاتية تلك القواعد الموضوعية الآمرة سواء بالإلغاء

أو بالتغيير إضافة أو حذفاً فإن هذا التعديل يأخذ بدوره حكم القاعدة الآمرة من حيث سريانه بأثر فوري مباشر على المراكز والوقائع القائمة وقت نفاذه. أما إذا كان التعديل منصبا على بعض شروط أعمال القاعدة دون مساس بذاتيتها أو حكمها كما لو استوجب لتطبيقها توافر شروط خاصة أو اتخاذ إجراءات معينة سواء من حيث إجراءات التقاضي أو الإثبات لم تكن مطلوبة ولا مقررة من قبل فإن التعديل لا يسرى في هذه الحالة إلا من تاريخ نفاذه وعلى الوقائع والمراكز التي تنشأ في ظله دون أن يكون له أثر على الوقائع التي نشأت في ظل القانون السابق باعتبار أن القانون الذي رفعت الدعوى في ظله هو الذي يحكم شروط قبولها وإجراءاتها وقواعد إثباتها وقد نصت المادة ٢ من قانون المرافعات على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك".

٢- "المشرع استحدث بالتعديل الوارد بالمادة ١٨- من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - أمرين أولهما أنه عدل سبب الإخلاء الذي كان مقررا بنص المادة ٣١/ج من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بأن جعله قاصرا على حالة الإضرار بسلامة المبنى بعد أن كان الإضرار بالمؤجر وهو أعم وأشمل هو مناط الإخلاء في مجال تطبيق الحالة والأمر الثاني أنه حدد وسيلة الإثبات القانونية لواقعة الاستعمال الضار بسلامة المبنى أمام محكمة الإخلاء بصور حكم نهائي بذلك. لما كان ما تقدم وكان ما استحدثه القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في الأمر الأول من تعديل في سبب الإخلاء يتصل بقاعدة موضوعية آمرة ومتعلقة بالنظام العام ومن ثم فإنها تسرى بأثر فوري مباشر".

٣- "الإضرار بسلامة المبنى كسبب لإخلاء المستأجر.م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١. قاعدة موضوعية تتعلق بالنظام العام. سريانها. بأثر فوري على المراكز القانونية التي لم تستقر بحكم نهائي. اشتراط الحصول على حكم نهائي لإثبات الاستعمال الضار بسلامة المبنى. لا يمس ذاتية القاعدة الآمرة. سريانه

من تاريخ نفاذ القانون المذكور دون أن يكون له أثر على الوقائع السابقة عليه سواء رفعت بها الدعوى أو لم ترفع قبل صدوره".

(طعن رقم ١١٢١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢١)

(طعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٨/٦/٣)

ثانياً: قوانين المرافعات:

تنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أن:

"تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن قد تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، ويستثنى من ذلك:

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة في الدعوى.

٢- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق".

فهذه المادة تتضمن بعض الاستثناءات على الأثر المباشر لقوانين

المرافعات تخلص فيما يلي:

١- عدم سريان القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى التي أقفل فيها

باب المرافعة قبل نفاذها، فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الأصلية وتقوم بإصدار الحكم فيها.

ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد إلى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم إعادة النظر في نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحاً للحكم فيه.

٢- لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات، على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد (كميعاد الاستئناف أو النقض). فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر. بل يستمر الميعاد في جريانه حتى ينتهي وفقاً للقانون القديم الذي بدأ

في ظله. والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد في نهايته على نفس الأساس الذي قامت عليه بدايته.

٣- لا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الأحكام الصادرة قبل نفاذها. فإذا صدر حكم في ظل قانون يبيح الطعن في هذا الحكم بالاستئناف مثلاً، ثم صدر قانون جديد يقرر أن مثل هذا الحكم لا يقبل الطعن بالاستئناف، فلا يؤدي صدور هذا القانون إلى عدم قبول الاستئناف في الحكم المتقدم بل يظل قابلاً للطعن فيه. وشأن النقص في ذلك شأن الاستئناف. وكذلك الأمر لو أن القانون القديم كان لا يجيز الطعن في الحكم بالاستئناف فصدر قانون يجيزه فإن الحكم يظل غير قابل للاستئناف^(١).

ثالثاً: القانون الأصلح للمتهم:

تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات في فقرتيها الأولى والثانية على أن:

"يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها.

ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره"- ومعنى ذلك أنه إذا صدر قانون جديد يزيل أو يخفف من عقوبة كانت مقررة لارتكاب فعل معين فإنه يتعين الحكم بمقتضى القانون الجديد، أى أن هذا القانون يتناول الجرائم التى ارتكبت قبل نفاذه مادام لم يصدر بشأنها حكم نهائى (بات).

والقانون الجديد يطبق من تاريخ صدوره وليس من تاريخ نفاذه.

ولهذا الاستثناء ما يبرره، فهو يلائم صالح المجرم وصالح المجتمع معاً لأن المشرع إذا ألغى عقوبة أو خففها فلأنه رأى فيها أو فى شدتها ما لا يتمشى مع العدل أو ما لا يفيد المجتمع.

(١) أحمد سلامة ص ٢٦٦ ومابعدا - حسن كيره ص ٣٩٠ ومابعدا.

رابعاً: القانون التفسيري:

يطبق القانون التفسيري على الوقائع السابقة على صدوره والتالية لنفاذ القانون الأصلي الذي يرد عليه التفسير، ويجب أن يتعلق الأمر بقانون تفسيري، أى لا يأتي بأحكام جديدة، وإنما يرجح تفسيراً من بين التفسيرات الممكنة. وبذلك لا يستطيع المشرع أن يصدر قانوناً بأثر رجعى، بحجة أنه تفسيري، حتى لو نص صراحة على أنه تفسيري، إذا كان فى حقيقته يتضمن أحكاماً جديدة. إذ على المشرع إذا أراد إصدار قانون بأثر رجعى أن يتبع الطريق الدستوري، أى يقرره بأغلبية المجلس وبشرط ألا يتعلق الأمر بقانون جنائى يسوء مركز المتهم^(١).

١١٨- الأثر الرجعى للقانون:

رأينا أن المادة (٢٢٣) من الدستور الجديد تجرى فى فقرتها الثانية على أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية والضريبية النص فى القانون على خلاف ذلك، بموافقة أغلبية ثلثى أعضاء مجلس النواب. ومن ثم فإن هذه المادة تكون قد أجازت تقرير الأثر الرجعى للقانون، أى سريان القانون الجديد على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء، أو على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى^(٢)، وذلك بعدة شروط هى:

١- أن ينص القانون على الأثر الرجعى. وهذه الرخصة قاصرة على القوانين فلا تمتد إلى اللوائح والقرارات التنفيذية^(٣). فلا يجوز أن يكون للأخيرة أثر رجعى ولو نص فيها على ذلك.

(١) نعمان جمعه ص ٢٥٠.

(٢) حسن كيره ص ٣٦١.

(٣) سليمان مرقس ص ١٩٠.

٢- ألا يكون القانون من القوانين الجنائية أو الضريبية، سواء كان النص وارداً في قانون العقوبات أو في أى قانون آخر بالنسبة للقوانين الجنائية. وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٣ من الدستور صراحة، وما نصت عليه المادة ٧٦ منه أيضاً بقولها ".. ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

٣- أن يكون النص في القانون على سريانه بأثر رجعي بموافقة أغلبية ثلثي عدد أعضاء مجلس النواب جميعاً، وليس بأغلبية ثلثي الأعضاء الذين شاركوا في التصويت.

١١٩- النصوص المتعلقة بالأهلية :

تطبق النصوص المتعلقة بالأهلية بأثر فوري على جميع الأشخاص بغض النظر عن مركزهم في ظل القانون القديم.

فإذا صدر قانون جديد يعدل في سن الأهلية، فإن هذا القانون يسرى على كافة الأشخاص الموجودين وقت نفاذه. فإذا كان التعديل بالرفع فيخضع له كافة الأشخاص، سواء من كان منهم قد بلغ سن الرشد وفقاً للقانون القديم أو من لم يبلغ منهم هذا السن.

والمثال على ذلك أن قانون المجالس الحسبية الصادر سنة ١٩٢٥ قضى برفع سن الرشد من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة فيسرى هذا القانون على الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فيه، فيعتبر قاصراً كل من لم يبلغ الحادية والعشرين ولو كان قد جاوز الثامنة عشر واعتبر بالغاً وفقاً للقانون القديم^(١).

ولذلك جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد أنه: "وقد أخطأ واضع المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ بترتيب المجالس الحسبية إذ ذكر أن الحكم المتعلق برفع سن الرشد (من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة) في هذا المرسوم "لا ينطبق على الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة المحددة لانتهاء

الوصاية بمقتضى القانون القديم، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانوناً^(١).

أما إذا كان التعديل بالخفض - أى خفض سن الأهلية - استفاد من هذا التخفيض جميع الأشخاص الذين كانوا لا يبلغون سن الرشد وفقاً للقانون القديم. فإذا خفض القانون الجديد سن الرشد إلى عشرين سنة فقط، فإن كل من بلغ هذا السن وقت نفاذ القانون الجديد يعتبر كامل الأهلية فى الحال.

معنى ذلك أن قوانين الأهلية تسرى بأثر مباشر على كافة، فهى قوانين تستدعى طبيعتها توحيد مراكز كافة الأشخاص بالنسبة لها فلا يجوز أن يختلف سن الرشد باختلاف الأشخاص.

١٢٠- حكم تصرفات الشخص:

يتعين التفرقة فى بيان حكم تصرفات الشخص التى صدرت منه، بصدد قواعد الأهلية بين نوعين من التصرفات:

(الأول): التصرفات المبرمة بعد نفاذ القانون الجديد. وهى تعتبر صحيحة إذا صدرت من أشخاص يعتبرهم القانون الجديد كامل الأهلية. وهى باطلة أو قابلة للإبطال إن كان هذا القانون يعتبرهم عديمى الأهلية أو ناقصى الأهلية.

(الثانى): التصرفات المبرمة فى ظل القانون القديم، وهذه تحتفظ بالحكم الذى يقضى به القانون القديم سواء كان بالصحة أو بالبطلان.

فمثلاً لو أبرم شخص عمره ١٩ سنة تصرفاً اعتبره القانون القديم صحيحاً لأن سن الرشد فيه ١٨ سنة، فإن صدور قانون جديد يجعل سن الرشد ٢١ سنة لا يغير من حكم التصرف المبرم فى ظل القانون القديم، أى أن التصرف يظل صحيحاً، لأنه صدر من شخص كان القانون يعتبره رشيداً^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢١٥.

(٢) نعمان جمعه ص ٢٥١ - رمضان أبو السعود ص ٣٧٠.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أن عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن اعتبر رشيدا تحت سلطان التشريع القديم لا تؤثر 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 انعقادها إذ القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب"^(١).



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢١٦ وما بعدها.

مادة (٧)

- ١- تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل.
- ٢- على أن النصوص القديمة هي التي تسرى على المسائل الخاصة ببداية التقادم ووقفه وانقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

الشرح

١٢١ - سريان النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم بأثر فوري مباشر على كل تقادم لم يكتمل :

تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل. ومعنى ذلك أن هذه النصوص تسرى هنا بأثر فوري مباشر سواء كان التقادم مكسباً أو مسقطاً. فإذا صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم، فلا صعوبة في الأمر، إذ يجب سريان مدة التقادم الجديدة، على أن يحتسب ما مضى من مدة في ظل القانون القديم. مثال ذلك أنه لو صدر قانون جديد يرفع مدة التقادم المكسب من خمس عشرة سنة إلى عشرين، وكان الحائز وقت نفاذ القانون الجديد قد مضى على حيازته المكسبة عشر سنوات فإن التقادم يتم بعد مضى عشر سنوات أخرى من تاريخ نفاذ القانون الجديد، حتى تصبح المدة بكاملها عشرين سنة^(١).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الأصل في مدد التقادم أن اكتمالها يقيم قرينة قاطعة لمن شرعت لمصلحته ويكون من شأن هذه القرينة أن تعفيه من إقامة الدليل على كسبه لحق معين

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧١ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٢١٧.

أو براءة ذمته من التزام معين لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، وكل تقادم لم يكتمل في ظل تشريع قائم لا يرتب هذا الأثر فإذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يسرى هذا التشريع (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ ص ١٦).

أما إذا صدر القانون الجديد مقصرا لمدة التقادم، فإنه يسرى حكم المادة الثامنة من القانون.
(أنظر شرح المادة الثامنة).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان قضاء هذه المحكمة قد جرى - في ظل القانون المدني الملغى - على أنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي لإفادة التملك بالتقادم الخمسى، سواء فيما قبل قانون التسجيل أو فيما بعده، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانونا، إلا أنه قد استقر أيضا، على أن مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطة للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم، ثم جاء قانون جديد فعُدل 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 من أكتوبر سنة ١٩٤٩ على أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل".

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

٢- "المدة المكسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم ثم جاء قانون جديد فعُدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد، وذلك وفقا لما جرى

به نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون المدني الحالي المعمول به ابتداء من ١٥/١٠/١٩٤٩ من أن "تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل".

(طعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٦/٣/١٩٨٣)

١٢٢ - اكتمال التقادم قبل نفاذ القانون الجديد:

إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل أن يصدر قانون جديد يزيد مدة التقادم، فإنه لا أثر على اكتمال مدة التقادم من صدور هذا القانون الجديد، ويكون التقادم قد اكتمل طبقاً للقانون القديم.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- "متى كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذى عدل مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وجعلها خمس سنوات بدلاً من ثلاث فإن هذا القانون لا ينطبق ولا يؤثر فى اكتمال التقادم بمضى ثلاث سنوات".

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣١ ق جلسة ٩/١٢/١٩٦٥)

٢- "القاعدة بحسب مفهوم المادة ٧ من القانون المدني أن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم لا تسرى على ما اكتمل من التقادم وفقاً للنصوص القديمة قبل العمل بالنصوص الجديدة فإذا كانت مدة التقادم وفقاً للمادة ٣٧٧/٢ من القانون المدني قد اكتملت بالنسبة لجميع المبالغ المطالب بردها قبل تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ فلا يسرى القانون المذكور على هذا التقادم وبالتالي فلا محل للاستناد إلى الحكم المستحدث الوارد فى عجز المادة الثانية منه والذى يقضى ببدء التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه فى الرد إذا ظهر هذا الحق بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل".

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ ق جلسة ٢٤/٢/١٩٦٦)

١٢٣- سريان النصوص القديمة على بدء التقادم ووقفه وانقطاعه :

لا يمس القانون الجديد بما توافر في ظل القانون القديم من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم، كالعناصر المتعلقة ببذئه ووقفه وانقطاعه. على اعتبار أن ما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين أو انقضاء مركز قانوني في ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون، طالما تكون له قيمة قانونية في ذاته، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به أو الرجوع فيه.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيتحقق كل منها متى توافرت شروط معينة يحددها القانون السارى إذ ذاك. ومتى بدأت المدة أو وقفت أو انقطعت وفقا لقانون معين ظل البدء أو الوقف أو الانقطاع مرتبا لحكمه فى ظل القانون الجديد.

فالمدة التى بدأت تستمر سارية والمدة التى وقفت يتمتع استئنافها ما بقى سبب الوقف قائما ما لم يقض القانون الجديد بغير ذلك والمدة السابقة على سبب الانقطاع لا تحتسب"^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إذا كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون المدنى القديم والقانون الحالى فإنه يجب طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون المدنى إعمال نص القانون المدنى القديم على وقف التقادم عن المدة السابقة على العمل بنصوص القانون المدنى الحالى".

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٧/١٠/١٩٦٧)

٢- "مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٢٠.

على كل تقادم لم يتم، وأن يحكم القانون القديم المدة التي سرت من التقادم فى ظله من حيث تعيين اللحظة التي بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها، على أن يحكم القانون الجديد المدة التي تسرى فى ظله من هذه المناحي".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٠)



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 قد بدأت قبل ذلك.

٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

الشرح

١٢٤ - تقصير القانون الجديد مدة التقادم:

إذا قصر القانون الجديد مدة التقادم، فالأصل - إعمالاً للأثر المباشر لهذا القانون - وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جارٍ لما يكتمل بعد ومثال ذلك أن يكون القانون القديم يقضى بمدة تقادم مقدارها خمس عشرة سنة ثم يصدر القانون الجديد مقصراً هذه المدة إلى خمس سنوات فقط. فإذا كان التقادم الجارى قد مضى من مدته في ظل القانون القديم ثلاث عشرة سنة، لزم لإتمام مدة التقادم المكسب مدة أخرى جديدة هي خمس سنوات تبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد^(١).

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧٢ - حسن كيره ص ٢٨٤ ومابعدهما - وقد أخذت محكمة النقض بعكس ذلك في ظل التقنين المدني القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة لعدم إمكان إلغائها أو إهدارها. إذ قضت بأن:

"إن مضى المدة المكسبة للملكية أو المسقطه للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قانون قديم ولم تتم، ثم جاء قانون جديد فعُدل شروطها أو مداها فالقانون الجديد هو الذى يسرى، وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد. وبناء على ذلك فالقيم الذى انتهت مدة قوامته ولم يكن قد مضى على =

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"لقد يقرر القانون الجديد للتقادم مدة أقصر من المدة المقررة فى النص القديم (فقرة ١ من المادة ١٢)، وفى هذه الحالة لا يبدأ سريان المدة الجديدة بالنسبة لتقادم بدأ من قبل إلا من وقت العمل بالتشريع الجديد (استئناف أهلى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ١٨٦ و ٤ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٩٠). كفالة لاستقرار المعاملات، فالواقع أن 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 انقضاء المدة"^(١).

غير أننا سنرى فى البند التالى أن الفقرة الثانية وضعت حكماً خاصاً فى حالة ما إذا كان الباقي من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قدرها النص الجديد.

١٢٥- حالة ما إذا كان الباقي من مدة التقادم أقصر من المدة التى قررها القانون الجديد :

الأخذ بالأثر المباشر على إطلاقه فى حالة صدور قانون جديد يقصر مدة التقادم قد يؤدى إلى إطالة مدة التقادم بينما يهدف القانون الجديد إلى تقصيرها، وهو ما حدث فى المثال الذى أوردناه فى البند السابق. فقد كانت المدة السابق

= انتهائهما مدة الخمس عشرة سنة (المسقطه للحق فى رفع الدعوى عليه بتقديم حساب عن مدة القوامة) قبل صدور المرسوم بقانون الصادر فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٥ الذى نفذ مفعوله من ٣ مارس سنة ١٩٢٦ والذى جعل سقوط هذا الحق بمضى خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامة- هذا القيم يسقط حق المحجور عليه فى مطالبته بتقديم حساب عن مدة قوامته متى انقضت خمس سنوات من تاريخ انتهاء القوامة قبل رفع الدعوى".

(طعن رقم ٣ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١١/٢٦)

(راجع أيضاً نقض طعن ٢٢٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٢٢ ومابعدھا.

جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة من وقت نفاذ القانون الجديد.

لهذا فمن غير المعقول إعمال الأثر المباشر للقانون على هذا النحو كما لا يعقل تطبيق هذا القانون على احتساب ما بقى من مدة فى ظل القانون القديم وإلا أخذنا بالرجعية. ولهذا فالمعقول هو استمرار القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته. وبذلك نكون قد أعملنا الأثر المستمر للقانون القديم بدلا من الأثر المباشر للقانون^(١). وهذا ما قضت به الفقرة الثانية من المادة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بيد أنه رءى أن تستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٢ حالة اكتمال مدة التقادم التى نص عليها القانون القديم فى ظل القانون الجديد. ولكن قبل أن تنقضى المدة الجديدة بتمامها. ويتحقق ذلك كلما كانت البقية الباقية من المدة القديمة أقصر من المدة التى تقررت فى التشريع الجديد. كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ولم يبق لاكتمالها سوى سنتين ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاث سنين. ففى هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملا بانقضاء هاتين السنتين، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله إمعانا فى تحقيق العدالة.

وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٢ على الحالة التى يكون فيها الباقي من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأسرها. ولعل هذا يوجب بصورة ظاهرة صرف النظر عن الزمن الذى مر من قبل وافتتاح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ويعتمد عليها المتعاملون دون أن يكون هناك محل للمفاجأة.

(١) رمضان أبو السعود ص ٣٧٢ - أحمد سلامه ص ٢٥٤ وما بعدها.

وقد أثر المشروع هذا الحل من بين مختلف الحلول التي خطرت للفقه والقضاء لأنه أقلها استهدافا للنقد وأدناها إلى تحقيق العدل والاستقرار^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ استحدثت المادة ١/١٧٢ من القانون المدنى مدة تقادم تسقط بمقتضاها دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء 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 تقضى 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 التى قررها النص الجديد وذلك دون الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون المرافعات السابق التى تقضى بعدم سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها".

(طعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٠/٢١)



مادة (٩)

تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.

الشرح

١٢٦ - المقصود بالأدلة التي تعد مقدما :

يقصد بالأدلة التي تعد مقدما نوع معين من الإثبات هو "الإثبات أو الدليل المهيأ" أي الدليل المعد أو الواجب الإعداد قبل أي خصومة قضائية، مما يفترض أن إعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغي تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذي يتصدى لإثباته، فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف، وهذه الأدلة تشمل الكتابة والقرائن^(١).

١٢٧ - القانون الذي تخضع له الأدلة المعدة مقدما :

تنص المادة على أن تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.

فسواء كان الدليل معدا أو لم بعد وكان يجب إعداده، فإنه يخضع لأحكام القانون الذي كان معمولا به في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده. ذلك أن المشرع افترض أن إعداد الدليل أو وجوب ذلك ينبغي تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذي يتصدى لإثباته. فهو إذن يصحب هذا الفعل أو التصرف، مما يجيز - في شأن تكوين المركز القانوني - تقريب عناصر إثباته من عناصر تكوينه، والقول بأن القانون الذي يتم في ظله تكوين المركز القانوني هو الذي يجب أن يحكم إثباته بالدليل المهيأ. وبذلك

(١) حسن كيره ص ٣٨٦ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٢٥٨.

لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الإثبات أو الدليل نظراً لانعدام أثره الرجعى فمن الرجعية إعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الإثبات، إذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى إثباته.

وإذا كان الدليل المعد محكوما دائماً على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان يجب إعداده فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلاً مهياً كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلاً مهياً لم يكن يتطلبه القانون القديم، ففي الحالتين يبقى الإثبات خاضعاً للقانون القديم وحده.

وهذا على عكس الإثبات الواجب الإعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء، فإنه يخضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون فى شأنه، أى يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"استثنى المشروع من القاعدة العامة التى قررها فى المادة ١٧ حالة الأدلة المهيأة وهى التى واجهتها المادة ١٨ إذ قضت بأن الأدلة التى تعد مقدماً تسرى فى شأنها النصوص المعمول بها فى الوقت الذى يعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى يستطيع أو ينبغى فيه إعداده. وقد جرى القضاء فى مصر على إقرار هذا الاستثناء (استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ ص ٦٩٦ رقم ٣٤٦ واستئناف مختلط ٢٥ يونية سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ٤٧١) باعتبار أن الدليل المهيأ يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تتم تهيئته ويكون وثيق الصلة بالناحية الموضوعية فى الحق"^(١).

١٢٨- أمثلة للأدلة التي تعد مقدما :

من الأمثلة على الأدلة التي تعد مقدما أو التي كان يجب إعدادها والتي تخضع للقانون السارى وقت إعدادها أو الوقت الذى كان يجب إعدادها فيه ما يأتى:

١- كانت المادة (٤٠٠) مدنى تنص على أنه فى غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهاً، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البيئة فى إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، وبعد صدور قانون الإثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ رفعت المادة ٦٠ منه (معدلة بالقوانين رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، ١٨ لسنة ١٩٩٩، ٧٦ لسنة ٢٠٠٧) نصاب الإثبات بالكتابة إلى أكثر من ألف جنيه.

فإذا كان التصرف الذى عقد فى ظل المادة (٤٠٠) مدنى قيمته خمسة عشر جنيهاً فإنه يظل واجب الإثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون الإثبات (المعدل).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "النص فى المادة التاسعة من القانون المدنى على أنه "تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده يدل على أن القانون الذى نشأ التصرف فى ظله هو الذى يجب أن يحكمه من حيث إثباته". وإذ كان عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٧/٢٦ الذى استند إليه المطعون عليه فى شراء حصة الطاعن فى الجرار موضوع النزاع قد أبرم قبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فإنه يخضع فى إثباته للأحكام الواردة فى القانون المدنى".

(طعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/٢٨)

٢- تنص المادة ٩١٧ مدنى على أنه: "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقر دليل على ما يخالف ذلك".

فهذه المادة قد استحدثت قرينة قانونية على نية الإيصاء من تصرف الشخص إلى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، ومن ثم فهي لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ التقنين المدني الجديد وإلا كان سريانها رجعياً.

في هذا قضت محكمة النقض بأن:

"أقامت المادة ٩١٧ من القانون المدني قرينة قانونية من شأنها - متى توافرت عناصرها - إعفاء من يطعن في التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات على عاتق المنصرف إليه. والقاعدة الواردة بهذه المادة مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين المدني الملغى إذ كان المقرر في ظل ذلك التقنين أن الأصل في تصرفات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات فعبء الإثبات كان على من يطعن في التصرف ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه والقاضى بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا بأخذ كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره".

(ب) "لما كانت القرينة القانونية التي استحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدني هي مما لا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً فإن التصرفات السابقة على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ - تاريخ العمل بالقانون المدني القائم - لا تخضع لحكم المادة ٩١٧ سالف الذكر".

(طعن رقم ٧٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢)

٣- تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ (بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين) على أن:

"إذا لم توجد عقود كتابية أو تعذر الحصول عليها جاز إثبات شروط التعاقد والأجرة المتفق عليها والتكاليف الإضافية المشار إليها فيما تقدم بجميع طرق

الإثبات مهما كانت قيمة النزاع"، أى أن هذه المادة قد أجازت للمؤجر والمستأجر على حد سواء إثبات العلاقة الإيجارية وشروطها بالبينة والقرائن. ثم صدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ وأوجبت المادة ١٦ منه اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون إثبات المؤجر عقد الإيجار كتابة.

وورد نص مماثل في القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م ٢٤). ومع هذا فإن العلاقة الإيجارية التى أبرمت فى ظل القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تظل جائزة الإثبات بالنسبة للمؤجر بغير الكتابة.



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.

الشرح

١٢٩- متى تعرض مسألة تنازع القوانين ؟

لا تثور مسألة تنازع القوانين إذا كانت العلاقة القانونية وطنية فى جميع عناصرها، بأن نشأت فى داخل الدولة وبين مواطنين، وما يتصل بموضوعها موجودا فى الدولة أيضا، فالقانون الوطنى هو الواجب التطبيق فى هذه الصورة، سواء كان هو القانون المدنى أو القانون التجارى أو قوانين الأحوال الشخصية، كبيع تم فى مصر بين مصريين بخصوص عقار موجود فى مصر، أو كزواج انعقد فى مصر بين مصريين .

ولمعرفة كيف يدخل العنصر الأجنبى رابطة من روابط القانون الخاص، نقرر أن الرابطة القانونية تتكون من عناصر ثلاثة هى:

أولاً: سبب منشئ أى مصدر الرابطة أو الواقعة القانونية التى أنشأتها، سواء كان هذا السبب المنشئ تصرفاً قانونياً كالعقد أو الوصية، أو واقعة مادية كعمل ضار، أو نصا فى القانون. ويتعين هذا السبب المنشئ بالزمان والمكان، أى أن له زماناً يتم فيه ومكاناً يقع به، ولهذا التعيين أهمية فى تحديد القانون الذى يحكم الرابطة القانونية.

ثانياً: أشخاص العلاقة القانونية أى أطرافها، فهناك مثلاً البائع والمشتري، والمقرض والمقرض، والزوج والزوجة، والمتسبب فى الضرر والشخص المضروب، وهكذا.

ثالثا: موضوع الرابطة القانونية، وهو متنوع مختلف بحسب الغايات المقصودة، فقد يكون التزاما بعمل أو بامتناع، وقد يكون نقل حق عينى فإذا كانت العلاقة أجنبية فى أحد عناصرها، بأن كان سببها المنشئ قد وقع فى الخارج، أو كان أحد طرفيها أجنبيا، أو كان الشئ محل الرابطة فى الخارج، فيقال عندئذ أن عنصرا أجنبيا قد دخل فى رابطة، ومثالها، تعاقد مصريين مقيمين فى فرنسا على عقار موجود فى مصر، فهنا دخل العنصر الأجنبى على سبب الرابطة، إذ أن التعاقد قد وقع فى مكان أجنبى.

أو أن يتعاقد مصريان فى مصر على عقار أو منقولات موجودة فى الخارج فهنا دخل العنصر الأجنبى بسبب وجود الموضوع خارج الدولة. أو يزوج مصرى بأجنبية فى مصر، وهنا دخل العنصر الأجنبى على طرف فى الرابطة القانونية.

وأخيرا قد يدخل التأثير الأجنبى كل عناصر الرابطة، كأن يتعاقد مصرى مع أمريكى فى فرنسا على عقار موجود فى إيطاليا، ويقوم نزاع بينهما. وأهم ما تثيره الروابط ذات العنصر الأجنبى مسألتان: معرفة القانون الذى يحكم الرابطة هل هو القانون الوطنى أو قانون أجنبى معين، ومعرفة ما إذا كان القاضى مختصا أو غير مختص^(١).

١٣٠- تكييف العلاقات بين الخصوم:

ذكرنا فى البند السابق أن أهم ما تثيره الروابط ذات العنصر الأجنبى مسألتان: معرفة القانون الذى يحكم الرابطة هل هو القانون الوطنى أو قانون أجنبى معين، ومعرفة ما إذا كان القاضى مختصا أو غير مختص. على أن القاضى الوطنى قبل أن يبحث عن القانون الذى يحكم العلاقة وعن تحديد اختصاصه، فإنه يجب عليه حتى يتمكن من تحديد ذلك أن يقوم بتكييف هذه العلاقة ليردها إلى نظام قانونى معين.

(١) الدكتور عبد المنعم البدر اوى المدخل للقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧ ص ٤٩ وما بعدها.

والمراد بالتكييف تحديد الوصف القانونى أو الطبيعة القانونية لعلاقة قانونية معينة. وتكون عملية التكييف إذن عملية عقلية يقصد بها تحليل الوقائع أو التصرفات التى تعرض أمام القاضى، وذلك للوقوف على الوصف الذى يعطيها إياها القانون.

وتحديد الوصف القانونى لمسائل تنازع القوانين أمر من الأهمية بمكان لأنه بغير ذلك لا يمكن تطبيق القواعد المتعلقة بها^(١).

فمثلا إذا كانت قواعد الاختصاص بالنسبة للمنازعات ذات العنصر الأجنبى تفرق بين ما إذا كان النزاع خاصا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو المعاملات المالية، وكان القانون الذى يحكم العلاقة يتوقف أيضا على معرفة طبيعة هذه العلاقة أهى علاقة أحوال شخصية أم لا، فعلى القاضى إذن لتحديد اختصاصه ولتحديد القانون الذى يحكم العلاقة، أن يكتفيها ويبحث عن طبيعتها هل هى علاقة أحوال شخصية أو علاقة مالية فإذا انتهى إلى تكييفها انتقل لمعرفة حدود اختصاصه وتعيين القانون الواجب التطبيق.

فقد يثور التساؤل عن موضوع الميراث أو الهبة هل هو من المسائل الشخصية أو من مسائل المالية، وذلك لأن الدول غير متفقة على ما يعتبر من الأحوال الشخصية وما يعتبر من المعاملات المالية وإنما تتفاوت التشريعات المختلفة فى هذا الأمر.

وقد يثور التساؤل أيضا حول تحديد طبيعة موضوع العلاقة القانونية، هل هو عقار أو منقول مثلا.

وطبقا للمادة العاشرة فإن القاضى عندما يبحث تكييف رابطة قانونية يجب أن يكتفيها طبقا للقانون المصرى.

والمقصود بالقانون المصرى فى هذا النص هو المبادئ العامة فى هذا القانون أيا كان مصدرها دون التقيد بالنصوص التشريعية، فإذا وجد القاضى أن

(١) الدكتور حامد زكى القانون الدولى الخاص الطبعة الثانية ١٣٥٨ هـ - ١٩٤٠ م ص ٢٠٠ ومابعدها.

النصوص القانونية تحمل تكييفاً معيناً أخذ به وعند غياب النص يقوم القاضي بالتكييف وفقاً للمبادئ العامة في القانون المصري^(١).

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تقضى الفقرة الأولى من هذه المادة بوجوب رجوع المحاكم إلى القانون المصري في تكييف الروابط القانونية تمثيلاً مع الرأى الذى كان ينعقد عليه الإجماع فى الوقت الحاضر. ويراعى من ناحية أن للنص على هذا الحل أهمية خاصة فى مصر بسبب توزيع ولاية القضاء بين محاكم مختلفة. وينبغى أن يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية إلى قانونها فى مسائل التكييف إلزامها بالرجوع إلى القانون المصرى فى جملته - بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أياً كان مصدر هذه القواعد - دون أن تقتصر على الأحكام التى تختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه^(٢).

ويذهب رأى فى الفقه إلى وجوب اتباع المنهج المقارن للتوسع فى مفهوم قانون القاضى المصرى وخاصة عندما لا يجد القاضى فى القانون المصرى ما يساعده على تكييف المسألة المعروضة، فيكون على القاضى أن يستأنس بروح القانون الأجنبى ويتوسع فى مفهوم الفكرة المسندة للاعتبارات الدولة. ويعد ذلك تلافياً للنقد الموجه لنظرية بارتين فى حالة قصور النظرية عن معالجة الأحوال التى تعرض فيها على القاضى الوطنى علاقة يجهلها قانونه^(٣).

وعلى ذلك إذا كيف القاضى العلاقة موضوع النزاع وتوصل إلى أن اختصاصه بنظره ثابت. وبحث القانون الواجب التطبيق فدلته القواعد التشريعية إلى أن هذا القانون هو قانون أجنبى معين، كان معنى ذلك أنه يجب أن يطبق

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدنى الجزء الأول ص ١٧٦.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٣) الدكتور جمال الكردى فى مؤلفه التنازع مشار إليه فى مؤلف الدكتور محمد شتا ص

هذا القانون الأجنبي، أى أن هذا القانون الأجنبي هو الذى ينظم العلاقة وهو الواجب تحكيمه فى النزاع المعروض.

فمثلا إذا قالت قاعدة القانون الوطنى إن القانون الإنجليزى هو الذى يحكم العلاقة التى نحن بصددھا، وجب على القاضى البحث عن الحكم الموضوعى فى القانون الإنجليزى والقضاء بموجبه.

ويستوى أن يكون مصدر القانون الأجنبى هو التشريع أو غيره من المصادر.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "لما كان المرجع فى تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هى من مسائل الأحوال الشخصية أم هى ليست كذلك هو القانون المصرى وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى، وكان يبين من المادة ١٣ من القانون المدنى والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هى من مسائل الأحوال الشخصية، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلا لم تفرق بين حالة وأخرى بل أطلقت النص، ومن ثم لا تكون المحكمة إذ قضت من تلقاء نفسها ببطالان الحكم الابتدائى لعدم تدخل النيابة فى هذه المسألة استنادا إلى المادة ٩٩ مرافعات قد أخطأت فى تطبيق القانون، كما يكون فى غير محله استناد الطاعنين إلى القانون السويسرى فى تكييف النظام المالى بين الزوجين تكييفاً يخرج مسألته عن متناول نص المادة ٩٩ المشار إليها. ولايغير من هذا النظر أن تكون الدعوى قد رفعت أصلا بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب قيمتها متى كانت قد أثرت فيها مسألة أولية من مسائل الأحوال الشخصية تقتضى تدخل النيابة فى الدعوى. أما القول بأن المسألة تركت فى عيوب الرضا الخاصة بالاتفاق على النظام المالى بين الزوجين من حيث وجود الرضا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال فى

هذا الخصوص أو عدم تقادما وبأن الحكم شابه قصور إذ أغفل الواقعة الجوهرية التي أثارها الطاعنون وهي أن نظام اتحاد الأموال قد استبدل به غيره بمقتضى الاتفاق المشار إليه، كل هذه الاعتراضات لا تخرج المسألة المتنازع عليها من حيزها القانوني الصحيح وهو أن النظام المالي الذى يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية".

(طعن رقم ٤٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- "على القاضى أن يطبق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد، سواء مصدره التشريع أم غيره من المصادر. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد طبق أحكام الزواج الظنى على واقعة الدعوى أخذا بما جرت عليه التقاليد والأحكام القضائية فى ظل القانون البيزنطى بهذا الخصوص والتي تقضى المادة الأولى من قرار ١٨٣٥/٢/٢٣ - الخاص بالقوانين المدنية اليونانية الذى يحكم واقعة الزواج من حيث شروط صحته والآثار المترتبة على إبطاله - باتباعها. لما كان ذلك فإن النعى يكون على غير أساس".

(طعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٢/٤/١٢)

(أنظر أيضا شرح المادة ٢٧ التى تنص على أنه إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو واجب تطبيقه فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون أن تتعلق بالقانون الدولى الخاص".

١٣١- تطبيق القاضى القانون الأجنبى من تلقاء نفسه :

إذا خلاص القاضى من تكييفه للعلاقة القانونية المعروضة عليه، ورأى أن القانون الأجنبى هو واجب التطبيق، تعين عليه تطبيقه دون أن يتمسك الخصوم بذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصرى بوصفه قانونا للقاضى فى مسائل التكيف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع

المطروح لإدخالها فى نطاق طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية التى تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معيناً كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال. ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضى إذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضى إلا أن يعمل بأحكام هذا القانون وقد استرشد المشروع فى صياغة القاعدة الواردة فى الفقرة الأولى بالمادة ٦ من تقنين بوستامنتى والمادة ٧ من المجموعة الأمريكية الخاصة بتنازع القوانين^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"بحث انطباق القانون الذى طلب المدعى تطبيقه أو عدم انطباقه هو بحث يجب على المحكمة أن تجريه ولو من تلقاء نفسها فى كل دعوى تطرح عليها تمهيدا لإنزال حكم القانون الصحيح على الواقع الذى ثبت لها. ومنازعة الخصم فى انطباق القانون الذى يطلب المدعى تطبيقه لا تتضمن إنكارا منه لاختصاص المحكمة وإنما لانطباق القانون المطلوب تطبيقه فحسب وبالتالي فإن فصل المحكمة فى مسألة انطباق القانون أو عدم انطباقه لا يعتبر قضاء منها فى مسألة اختصاص مما يجوز استئنائه دائما".

(طعن رقم ٦٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩)

١٢٢- إثبات القانون الأجنبى :

القانون الأجنبى واقعة مادية، يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها. ولا يغنى فى إثباته تقديم صورة عرفية تحوى أحكام التشريع. وإنما يمكن إثباته بتقديم صورة رسمية من القانون الأجنبى ويكفى اعتمادها من القنصلية الأجنبية، أو صورة رسمية للأحكام القضائية الأجنبية متى كانت معتمدة أو كتب الفقه وتخضع كافة الأدلة لتقدير قاضى الموضوع.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٣٥ وما بعدها.

وللقاضى أن يبحث من تلقاء نفسه عن القانون الأجنبى لتطبيقه وله فى سبيل ذلك الاستعانة بوزارة الخارجية وعموما يجوز إثبات القانون الأجنبى بكافة الطرق عدا اليمين والإقرار.

فإذا عجز القاضى والخصوم عن التحقق من القانون الأجنبى، فيجب تطبيق قانون القاضى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "التمسك بتشريع أجنبى أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ولا يغنى فى إثباتها تقديم صورة عرفية تحوى أحكام هذا التشريع".

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٧/٧)

٢- "الاستناد إلى قانون أجنبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها. ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع - القائم على القانون الأجنبى - أمام محكمة الموضوع، فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض".

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

٣- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه إلى أحكام لمحكمة النقض والاستئناف الأتينية وإلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنس بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى وكان لا يجدى الطاعنين التحدى بالفقرة الثانية من المادة ١٨٠٧ من القانون المدنى اليونانى، لأن الثابت من تقارير الحكم أن الموصية قد تصرفت بمقتضى وصيتها فى جمع تركتها وليس فى جزء منها، ولما كان القانون الأجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه، وكان الطاعنان لم يبينا النص القانونى الذى يحول بين الزوجة

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣٤٨.

وبين إمكان التصرف في نصيب زوجها - الموصى له به والذي توفي قبل وفاة الموصية - ضمن الوصية، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس".
(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

١٣٣- تفسير القاضى للقانون الأجنبى :

يلتزم القاضى بتفسير القانون الأجنبى، مهتدياً فى ذلك بالتفسير الذى استقر عليه الرأى فى البلد الأجنبى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"استناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليونانى للقانون الدولى كعنصر من عناصر البحث التى استأنست بها لتعرف الرأى السديد فى تأويل نصوص القانون اليونانى لا يعتبر تخلياً منها عن وظيفتها".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٩/٤/٢)

ويخضع القاضى فى تفسير للقانون الأجنبى لرقابة محكمة النقض، فكلمة القانون الواردة بالمادة ٤٢٥ من قانون المرافعات والتى تعدد الأحوال التى يجوز فيها الطعن بالنقض تشمل القوانين الوطنية والأجنبية على حد سواء. فالحكم الذى يخطئ فى تطبيق القوانين الأجنبية أو فى تفسيرها يجوز الطعن فيه أمام محكمة النقض^(٢).



(١) الدكتور هشام على صادق القانون الدولى الخاص - الكتاب الثانى تنازع القوانين ٢٠٠٤ ص ١٧٤.

(٢) الدكتور هشام على صادق ١٨٢.

مادة (١١)

- ١ - الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.
- ٢ - أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسرى عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر فإن القانون المصري هو الذي يسرى.

الشرح

١٣٤ - الحالة المدنية للأشخاص:

يقصد بالحالة المدنية للأشخاص جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة أو على أساس من القانون كالزواج والحجر والجنسية^(١).

فالحالة الشخصية نوعان: الحالة العامة للشخص أو حالته السياسية وهي جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص في الدولة، كجنسية الشخص وموطنه، والحالة الخاصة أو المدنية وهي مجموعة الصفات اللصيقة بالشخص والتي تحدد مركزه في العائلة والقانون الشخصي لا يحكم سوى الحالة المدنية للشخص.

(١) مذكرة المشروع التمهيدى ج ١ ص ٢٤٢.

وهناك عنصر خاص من عناصر الحالة هو الاسم: فالاسم من العلامات المميزة للشخص والتي تتصل بمركزه العائلي. أما الأهلية - في صدد هذا النص - فالمقصود بها أهلية الأداء وحدها، أى صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الإرادية. وهذه الصلاحية تتصل اتصالاً وثيقاً بالحالة^(١).

وتسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم أى قانون الجنسية. فقانون الجنسية هو الذى يحدد سن الرشد وعوارض الأهلية وأسباب الحجر من جنون وعته وسفه وغفله ونحو ذلك. كما يقرر ما يترتب على نقص الأهلية من جزاء^(٢).

١٣٥- الأجنبى ناقص الأهلية:

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه: "ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبيّنه، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته". وهذا الحكم يعد استثناء من القاعدة السابقة التى تجعل قانون جنسية الشخص هو الذى يحكم أهليته. وقصد بهذا الاستثناء حماية المتعاقد مع هذا الأجنبى ناقص الأهلية سواء كان مصرياً أو أجنبياً، فإن ذلك لا يؤثر فى أهليته، بل يعتبر كامل الأهلية^(٣).

(١) مذكرة المشروع التمهيدي جـ ١ ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ١٨١.

(٣) وحال مناقشة المادة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة استبدال عبارة "فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته" بعبارة "فإن الأجنبى يعتبر فى هذا التصرف كامل الأهلية" لدفعاً للشبهة التى يولدها إطلاق النص على كمال الأهلية فقد يوجد سبب آخر للحد من الأهلية مع أن المقصود هو عدم الاعتداد بالسبب الخاص الذى لا يسهل الخفاء (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٤٥).

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء ما يأتي:

١- أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية بالنظر إلى قانونه الشخصي، كامل الأهلية وفقا للقانون المصري، لأن الاستثناء المذكور يقرر سببا من أسباب استبعاد القانون الأجنبي بالنسبة لإحدى الفكر المسندة وهى فكرة الأهلية، واستبعاد القانون الأجنبي بناء على الجهل المغتفر بأحكامه المتعلقة بالأهلية، يستتبع حتما وجوب الفصل فى النزاع طبقا لقانون معين، هذا القانون هو القانون المصرى، إذ لو قيل بغير ذلك لأصبحت أهلية المتعاقد الأجنبي غير محكومة بأى قانون^(١).

٢- أن يكون التصرف الذى كان الأجنبي طرفا فيه من التصرفات المالية، دون التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

٣- أن يكون التصرف قد أبرم فى مصر وأن يرتب آثاره فيها، لأن المقصود هو حماية المعاملات التى تجرى فى حدود الإقليم المصرى.

٤- أن يكون نقص أهلية الطرف الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه. ومثل ذلك أن يكون مظهره لا يدع محلا للشك فى كمال أهليته^(٢).

وهذا الشرط يخضع لمعيار شخصى فيرجع فيه إلى ظروف التعاقد.

(١) المستشار محمد شتا أبو سعد ص ١٨١ ومابعداها.

وعكس ذلك المستشار أنور طلبه ص ٣٦٠، فهى يشترط أن يكون الأجنبي ناقص الأهلية أيضا بالنسبة للقانون المصرى، لأنه إذا كان رشيدا بالنسبة للقانون المصرى أى بالغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، فإن تصرفه يقع صحيحا إعمالا لإقليمية القانون المصرى وهو ما كانت تنص عليه المادة ١١ من مشروع القانون المدنى التى كان يجرى نصها على أنه "ومع ذلك فالأجنبي الذى يقوم فى مصر بتصرف لا يكون أهلا له بحسب القانون المبين فى الفقرة السابقة- قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص - يلتزم بهذا التصرف إذا كان أهلا للقيام به طبقا للقانون المصرى إلا فيما يتعلق بالعلاقات المتعلقة بالأسرة والموارث والتصرفات الواقعة على عقارات كائنة فى الخارج".

(١) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٤٣.

١٣٦- الأشخاص الاعتبارية الأجنبية:

الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسرى على نظامها القانونى قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى.

ومركز الإدارة الرئيسى الفعلى هو الذى تتعقد به الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والذى توجد به مكاتب الإدارة.

أما إذا باشرت هذه الأشخاص المعنوية نشاطها الرئيسى فى مصر، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى على نظامها القانونى. والمقصود بالنشاط الرئيسى هو الذى يكرس له الشخص الاعتبارى كافة إمكانياته أو النسبة الغالبة منها^(١).

وانطباق القانون المصرى قاصر على النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية العامة، دون تصرفاته الأخرى التى تخضع للقانون الذى يسرى على الأشخاص الطبيعيين.

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٥٨.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

"وتعرض الفقرة الثانية لحالة الأشخاص المعنوية الأجنبية 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 (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٠ ب ٢٢ ص ١٥٨) وبعضها قانون جنسية الشركاء إذا اتحدوا جنسية (استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ ب ٤ ص ٤٩) وبعض آخر أثبت الاختصاص مبدئياً لقانون الدولة التى يوجد بها المركز الفعلى ولكنه لم يوفق فى تطبيق المبدأ (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ ب ٢٥ ص ١٣١). ولذلك أحسن المشروع إذ قطع بالرأى فى شأن الحكم الذى يجب اتباعه (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٤٣).

ولم يكن نص المادة كما ورد بالمشروع يتضمن عبارة: "ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فإن القانون المصرى هو الذى يسرى"، وإنما أضافتها لجنة المراجعة إلى النص بناء على اقتراح معالى السنهورى باشا (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٤٤).

مادة (١٢)

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

الشرح

١٣٧- المقصود بالشروط الموضوعية لصحة الزواج:

الشروط الموضوعية لصحة الزواج تشمل كل ما يتعلق بالتراضى وهى الشروط الخاصة بالإرادة التى تسهم فى تكوين العقد سواء كانت إرادة أحد العاقدين أو من ينوب عن أيهما أو من يعاونه، وتطابق الإرادتين وكذلك كل ما يتعلق بالمحل والسبب.

وتطبيقا لهذا المفهوم على الشروط الشرعية للزواج يتضح أن جميع شروط صحة الزواج من الشروط الموضوعية فيما عدا شرط الشهادة الذى يعتبر شكليا. وعلى ذلك تعد شروط الانعقاد، وهى كون العاقد مميزا واتحاد مجلس الإيجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول من الشروط الموضوعية. كما يعد كذلك أحد شرطى الصحة وهو صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد، أى غير محرمة على من يريد الزواج منها.

وتعتبر شروط النفاذ بدورها موضوعية، ويدخل فى هذه الشروط ما يتعلق بولاية كل من يتولى إنشاء العقد لإبرامه. فالمتعاقدين باسمه يجب أن يكون أهلا، كما يتعين أن تتوافر لدى المتعاقدين باسم الغير سلطة النيابة.

وأخيرا فإن شروط اللزوم تعد هى الأخرى من الشروط الموضوعية. ويعتبر من هذه الشروط كل ما يتصل بالمهر وضرورة تعادله مع مهر المثل ومدى توافر الكفاءة المتطلبة فى الزوج.

ورضاء أحد الزوجين بالزواج والمقرر فى بعض التشريعات يعد من قبيل الشروط الموضوعية.

أما شرط الطقوس الدينية فإنه يعد شرطاً شكلياً وفقاً للمفهوم المصرى للزواج بوصفه نظاماً مدنياً^(١).

١٣٨- الرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين:

يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين. والمقصود هو قانون كل من الزوجين عند نشأة الزواج، ففى هذا الوقت وحده يرجع إلى قانون معين لبيان الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة الزواج.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن قرر أن القانون المدنى اليونانى والقانون المدنى الإيطالى هما القانونان الواجب تطبيقهما فى الدعوى فيما يتعلق بشروط صحة انعقاد زواج الطاعن بالمطعون عليها وبعد أن قرر أنه وفقاً لنص المادة ١٣٥٤ من القانون المدنى اليونانى ونص المادة ٨٦ من القانون المدنى الإيطالى يجوز لمن كان مرتبطاً بزواج سابق أن يعقد زواجا جديداً قبل انحلال الزواج السابق وإلا كان العقد الثانى باطلاً- بعد أن قرر الحكم ذلك قصر بحثه على حكم القانونى المدنى الإيطالى فيما يتعلق بطلب بطلان الزواج الثانى الذى عقد أثناء غياب الزوج السابق وقبل أن تنتهى حالة غيبته وانتهى من هذا البحث إلى أنه لا يقبل الطعن فى الزواج الثانى طالما كانت حالة الغياب قائمة، ولم يتعرض لحكم القانون المدنى اليونانى فى هذا الخصوص مع أنه أحد القانونين الواجب الرجوع إليهما لتعرف الشروط الموضوعية لصحة الزواج الجديد عملاً بالمادة ١٢ من القانون المدنى المصرى، ومع تمسك الطاعن بأنه وفقاً للنص المادة ١٣٥٤ من القانون المدنى اليونانى يعتبر زواجه بالمطعون عليها باطلاً إذ لم يصدر حكم بأنحلال زواجها السابق قبل انعقاد زواجها الجديد.

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٦٤.

لما كان ذلك فإن الحكم إذ لم يتبين حكم القانون اليوناني في واقعة الدعوى ولم يرد على ما تمسك به الطاعن في هذا الخصوص يكون قد جاء معيبا بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٣ القضائية "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٤/٤/١)

فلا صعوبة في الأمر إذا اتحدت جنسية كل من الزوجين، إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتها المشتركة.

أما إذا اختلفت جنسية كل من الزوجين، فإنه يطبق قانون كل من الزوج والزوجة تطبيقا موزعا. وعلى ذلك فيكفي لصحة الزواج أن تتوافر في الزوج الشروط التي يتطلبها قانونه، وأن يتحقق لدى الزوجة الشروط المقررة في قانونها. ومع ذلك فقد يحدث في بعض الأحيان أن يتعذر التطبيق الموزع لقانون كل من الزوج والزوجة. ويبدو ذلك بصفة خاصة بالنسبة لبعض الشروط السلبية للزواج أو ما درج الفقه على تسميته بموانع الزواج. إذ قد يؤدي مراعاة المانع لدى أحد الزوجين إلى ضرورة مراعاته بالنسبة للزوج الآخر.

فإذا نص قانون أحد الزوجين على منع الزواج لاختلاف الدين أو سبب درجة القرابة، وتحقق فعلا اختلاف الدين أو توافرت القرابة المانعة، فإن الزواج لا يقع صحيحا حتى لو كان المنع غير مقرر في قانون الزوج الآخر.

وإذا كانت موانع الزواج التي يقرها قانون أحد الزوجين يمكن تركيز عناصرها في جانب هذا الزوج وحده. فإن مناط الفصل في هذه المسألة يتوقف على تفسير القاعدة التي تتضمن الشرط المانع للزواج. فقد يؤدي تفسير قاعدة المنع إلى الاكتفاء باشتراط المنع في جانب الزوج الذي تقرر الحظر في قانونه فقط كما هو الشأن فيما لو نص قانون أحد الزوجين والذي لا يمنع الطلاق على منع المطلق من الزواج ما بقي زوجه الأول حيا، إذ أن هذا الوضع لا يحول دون صحة الزواج بين زوج غير مطلق ينتمي إلى الدولة التي يقرر قانونها هذا الحظر وبين زوجة مطلقة - وما زال زوجها الأول حيا - تتمتع بجنسية دولة أخرى لا يتضمن قانونها شرط المنع من الزواج في هذا الفرض.

ومع ذلك فقد يؤدى تفسير قاعدة المنع المقررة فى قانون أحد الزوجين إلى بطلان الزواج حتى ولو تحقق الشرط فى الطرف الذى لم يتضمن قانونه شرط المنع. من ذلك ما يقرره القانون السويدي فى شأن منع الزواج إذا كان أحد الزوجين مصابا بأمراض معينة.

ففى هذا الفرض يقع الزواج باطلا حتى لو كان الزوج السويدي - والذى يقرر قانونه هذا الشرط - خاليا من الأمراض، مادام أن الطرف الآخر والمتمتع بجنسية دولة لا يقرر قانونها هذا الشرط مصابا بأحد الأمراض المنصوص عليها فى القانون السويدي.

وأساس هذا النظر أن التفسير السليم لقاعدة التحريم الوارد فى القانون السويدي يستتبع القول بأنها لا تهدف إلى منع المرضى من الزواج فقط، وإنما هى تسعى إلى حماية الأصحاء من الزواج بالمرضى^(١).

١٣٩ - يجب ألا تتعارض الشروط الموضوعية للزواج مع النظام العام فى

مصر:

إذا كان القانون الأجنبى هو واجب الاتباع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فإنه يجب ألا يتعارض هذا القانون مع النظام العام فى مصر، وإلا تعين على القاضى استبعاده. فيجب استبعاد القانون الأجنبى إذا تعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة فى مواد الزواج. فإذا كان القانون الأجنبى واجب التطبيق يجيز زواج المسلمة بالكتابى تعين استبعاده.

وإذا كان القانون الأجنبى يمنع الزواج من ثانية، فإنه يجب إهداره.

١٤٠ - الشروط الشكلية للزواج:

تحديد فكرة شكل الزواج هى مسألة فى البداية تكيف تخضع وفقا للقواعد العامة لقانون القاضى.

(١) الدكتور هشام على صادق ٢٦٢ ومابعدھا.

فموضوع التصرف - على ما رأينا سلفاً - هو الإرادة - أما شكله فهو إظهار هذه الإرادة إلى العالم الخارجى.

وعلى ذلك فإن الشهادة فى زواج المسلمين تعد شرطاً شكلية، والطقوس المتبعة فى زواج غير المسلمين شرطى شكلية. فهى لا تدخل جميعاً فى مضمون الرضاء، وإنما تهدف فقط إلى مجرد العلانية.

وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٨ من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة ١٢) تنص على أن: "أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبى ومصرى إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذى تم فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين". ولكنها حذفت اكتفاء بالقواعد العامة.

وعلى ذلك فإن شكل الزواج يخضع للشكل الوارد فى قانونهما الشخصى، وفى حالة اختلاف جنسيتهما يلزم استيفاء الشروط الشكلية التى يتطلبها قانون كل منهما كما يجوز أن يتم شكل الزواج طبقاً للقانون المحلى أى طبقاً لقانون البلد الذى أبرم فيه عقد الزواج. أو يتم فى الشكل الدبلوماسى ونعرض لذلك فيما يلى:

١٤١- أولاً: الشكل المقرر فى القانون الشخصى للزوجين:

يصح أن يخضع شكل الزواج للقانون الشخصى لكل من المتعاقدين، أى قانون الزوج وقانون الزوجة، أى قانون جنسيتهما مادام إجراء هذا الشكل ممكناً فى مصر.

فإذا كانا من جنسية واحدة خضع الزواج للشكل الوارد فى قانونهما، أما إذا كانا من جنسيتين مختلفتين وكان الشكل مختلف فى قانون كل منهما عن الآخر، وجب أن يتم الشكل طبقاً للقانونين. ومعنى ذلك أنه يتعين مباشرة العقد مرة طبقاً للشكل الوارد فى قانون الزوج ومرة أخرى طبقاً للشكل الوارد فى قانون الزوجة.

١٤٢- ثانياً: الشكل الوارد فى القانون المحلى :

يجوز أن يتم الزواج بالشكل الذى ينص عليه القانون المصرى. وينص القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق فى المادة الثالثة منه (معدلة بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥) على أن: "تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصديق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون مندوبون يعينون بقرار من وزير العدل. ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم.

ويستحق على عقود الزواج المذكورة رسم طبقاً للقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٤٤ المشار إليه".

وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون: "وبمناسبة صدور القانون بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج والإشهادات التى كانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس المليية وقد وضع المشروع الحالى متضمناً هذا التنظيم ورؤى الإبقاء على نظام المأذونين فيما يتعلق بتوثيق عقود الزواج لدى المسلمين لما فيه من التيسير فى الإجراءات وقربه دائماً من المتعاقدين وضمان مراقبته والإشراف عليه كما رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين غير المسلمين المتحدى الملة بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين - فجعل الاختصاص فى توثيق عقود الزواج لموثقين مندوبين يكون لهم إمام بالأحكام الدينية للجهة التى يتولون التوثيق فيها وعلى أن لا يمس ذلك التوثيق الإجراءات الدينية - ونص المشروع على أن يصدر بشأن هؤلاء الموثقين المنتدبين قرار من وزير العدل ينظم كيفية تعيينهم واختصاصاتهم وتأديبهم على النحو المتبع فى شأن المأذونين". وقد صدر هذا القرار بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٥٥ وهو يقضى فى المادة ١٥ منه بأن: "لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصديق على ذلك الخاصة

بالأشخاص المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التى يقوم بالتوثيق لها".

وظاهر من هذا أن مكاتب التوثيق أصبحت هى الجهة ذات الاختصاص العام بالتوثيق، وإن استبقى المشرع، للأسباب المشار إليها فى المذكرة الإيضاحية، نظام المأذنين ليتولوا توثيق زواج المصريين المسلمين، واستحدث نظام الموثقين المنتدبين ليتولوا توثيق زواج المصريين غير المسلمين المتحدى الديانة والمذهب والملة. وعلى ذلك فلم يعد هناك بالنسبة للأجانب سوى شكل واحد يجوز إفراغ زواجهم منه. ألا هو الشكل الذى يتم لدى مكاتب التوثيق، إذ أن هذا الشكل هو الشكل المحلى الوحيد بالنسبة إليهم.

١٤٣- ثالثاً: الشكل الدبلوماسى أو القنصرى :

يجوز للأجانب أن يتزوجوا فى جمهورية مصر العربية فى الشكل الدبلوماسى أو القنصرى، بشرط أن يكون إجراء الزواج داخل فى وظيفة الممثل الدبلوماسى أو القنصرى، حسب قانون دولته، إذ أن بعض الدول التى تعتبر الزواج نظاماً دينياً كالليونان لا تجز لقنصلها مباشرة عقد الزواج. كما أن بعض الدول تستلزم أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما تابعاً لها. هذا ومتى كان الزوجان من جنسية واحدة أبرم الزواج لدى قنصل دولتهما، أما إذا كانا من جنسيتين فيعقد الزواج مرة لدى قنصل الزوج وأخرى لدى قنصل الزوجة، مع ملاحظة حدود اختصاص كل قنصلية حسب قانونهما.

وقد قضت المحاكم المختلطة بصحة الزواج الحاصل لدى قنصلية الزوج

وحده.

ويحتج بالزواج القنصرى فى الجمهورية مادام قد تم فى قنصلية تقر لها حكومة الجمهورية مباشرة هذا الاختصاص على أنه إذا كان للأجانب أن يختاروا ما بين الأشكال الثلاثة المتقدمة، إلا أن ذلك مشروط بكون الطرفين فى الزواج أجبيين، فإذا كان أحدهما وطنياً تعين إجراء الزواج فى الشكل المقرر

فى القانون المصرى، دون الشكل الذى يقضى به قانون جنسية الطرف الأجنبى والشكل القنصرلى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "العرف مصدر أصيل من مصادر القانون الدولى، ولا يوجد نص تشريعى فى مصر يحظر قيام قناصل الدول الأجنبية فى مصر بأعمال التوثيق، ولا تعارض بهذه المثابة بين هذا الوضع وبين ما نصت عليه الفقرة (و) من المادة الخامسة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية والتي انضمت إليها جمهورية مصر العربية اعتباراً من ٢١ يوليو ١٩٦٥ والتي تقضى بأن الوظائف القنصلية تشمل القيام بأعمال التوثيق والأحوال المدنية وممارسة الأعمال المشابهة وبعض الأعمال الأخرى ذات الطابع الإدارى ما لم يتعارض مع قوانين ولوائح الدولة الموفد إليها".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٨٤/١٢/٤)

٢- "إن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ من أنه.... قد كان مقتضى توحيد جهات التوثيق أن تكون مكاتب التوثيق الجديدة هى التى تتولى توثيق جميع المحررات أياً كانت. .. وهذه المكاتب توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين، إلا أنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولى..". وما أورده تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عن ذات القانون من أنه.... يقتضى توحيد جهات التوثيق أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية المختلفة وأن تحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة بها والدفاتر والوثائق المتعلقة بها. أما المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير

(١) الدكتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص الجزء الثانى الطبعة السادسة

المسلمين فتختص بها مكاتب التوثيق إذ يجب أن تختص جهة واحدة بعد إلغاء المحاكم المختلطة بالتوثيق لغير المسلمين في محررات أحوالهم الشخصية التي يتطلب القانون حالا أو مستقبلا توثيقها، مع عدم حرمان الأجانب من حقهم في توثيق هذه المحررات أمام جهاتهم القنصلية طبقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص... " ما جاء بهذا التقرير وتلك المذكرة لا يعدو أن يكون إفصاحا من المشرع عن إرادته في توحيد جهات التوثيق التي كانت متفرقة، وحرصا منه في ذات الوقت على استمرار تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة لمحررات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب، دون أن تكون هناك أدنى صلة لذلك بمسألة الامتيازات الأجنبية أو فترة الانتقال التي صاحبت إلغائها".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٢/٤/١٩٧٤)

١٤٤- زواج المصريين في الخارج:

يجوز للمصريين في الخارج أن يتزوجوا بأحد أشكال ثلاثة هي:

١- في الشكل الدبلوماسي والقنصلي لدى ممثلي الجمهورية في الدول الأجنبية:

ذلك أن المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون نظام السلك الدبلوماسي والقنصلي تنص على أن: "يباشر أعضاء بعثات التمثيل القنصلي - فيما يباشرون - الاختصاصات الآتية: وذلك طبقا للاتفاقات والمعاهدات والقرارات على ألا تتعارض مع قوانين البلاد التي يؤدون فيها أعمالهم ويشترط اتباع أحكام القوانين واللوائح المصرية والتعليمات المنظمة لمباشرة هذه الاختصاصات:

١- قيد مواليد المصريين ووفياتهم في حدود دوائر اختصاصهم.

٢- إبرام عقود الزواج والتصادق عليه متى أحد الزوجين أو كلاهما مصري الجنسية وذلك طبقا للتعليمات المنظمة لذلك. وفي هذه الحالة يكون لأعضاء بعثات التمثيل القنصلي نفس السلطات والاختصاصات المخولة للموثقين والمأذونين الشرعيين في مصر الخ ."

ومن ثم إذا كان الزوجان مصريين أو كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً جاز لهما الزواج بالطريق الدبلوماسى والقنصرى أمام أعضاء بعثات التمثيل القنصرى لمصر فى الدولة الأجنبية.

٢- فى الشكل الذى يقضى به القانون المصرى :

يجوز للمصريين فى الخارج إبرام زواجهم فى الشكل الذى يقضى به القانون المصرى. فإذا كان الطرفان مسلمين جاز لهما الزواج وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أى بالإيجاب والقبول وحضور شاهدين تتوافر فيهما شروط الشهادة.

غير أن الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج لا تقبل فى مصر - عند الإنكار - ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة (م ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠).

وكان يجوز لغير المسلمين أن يتزوجوا لدى الكنيسة التى يتبعونها ولو لم يكن الزواج أمامها هو الشكل المحلى وذلك قبل تعديل المادة ٣ من قانون التوثيق بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥. غير أن المادة بعد تعديلها بالقانون الأخير لم تعد تسمح للمصريين غير المسلمين بإبرام زواجهم إلا عن طريق الموثقين المنتدبين، وبذلك لم يعد الشكل الدينى من الأشكال التى يأخذ بها القانون المصرى، بحيث يمكن القول بأن المصريين غير المسلمين لا يجوز لهم إبرام زواجهم فى الخارج أمام الجهة الدينية التى يتبعونها، وإنما يتعين عليهم أن يبرموا زواجهم فى الخارج أمام الممثل القنصرى لمصر.

وقد اشترطت المادة ٩٦ من القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٢ ألا يكون ذلك متعارضاً مع قوانين الدولة التى تودى فيها البعثة القنصلية عملها.

٣- طبقا للشكل المحلى :

يجوز للوطنيين فى الخارج أن يتزوجوا فى الشكل المحلى للدولة التى يزمعون إبرام عقد الزواج فيها.

فإذا كان الطرفان مسلمين أو كان الزوج على الأقل مسلما، وكان الشكل المحلى هو الشكل الإسلامى، فإنه يمكن إفراغ الزواج فى هذا الشكل.

كذلك يمكن إفراغ الزواج فى الشكل المحلى متى كان مطلق شكل مدنى، وعلى الأقل متى كان هذا الشكل يكفل شهر الزواج بالشهادة، كما لو تزوج وطنيان مسلمان أمام موثق الحالة المدنية فى فرنسا بحضور شاهدين مسلمين. أما إذا كان الشكل المحلى دينيا لما استطاع الوطنيون المسلمون إجراء الزواج فيه، وعليهم أن يتزوجوا فى الشكل القنصلى.

أما إذا كان الزوجان غير مسلمين، فإنه يصح عقد زواجهما فى الشكل المحلى سواء أكان هذا الشكل دينيا أم مدنيا^(١).



(١) عز الدين عبد الله ص ٢٧٩ ومابعدھا - الدكتور جابر عبد الرحمن تنازع القوانين

مادة (١٣)

١- يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يربتها عقد الزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.

٢- أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطلق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

الشرح

١٤٥- القانون الذى يسرى على الآثار التى يربتها عقد الزواج:

يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يربتها عقد الزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. فضابط الإسناد فى شأن آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. وبهذا آمن المشرع - بحق - بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار للزواج.

إذ يتعذر إخضاع آثار الزواج لأكثر من قانون واحد، كقانون جنسية الزوجين مثلاً، إذ لا يمكن فى هذه الحالة تطبيق أيهما عندما يختلفان، ذلك أن الآثار تقتضى الوحدة فى النظام القانونى الذى يحكمها وتتفر بالضرورة من التعدد.

وإذا كان من المتعين أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين، فإن الأولى بحكم آثار الزواج هو قانون الزوج بوصفه رب العائلة. فضلاً عن أن الزوجة تكسب عادة جنسية زوجها.

ولا يؤثر في الإسناد تغيير جنسية الزوج بعد الزواج، لأن العبرة بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج^(١).
غير أن سريان قانون جنسية الزوج وقت الزواج يعتد بنص المادة ١٤ من القانون المدني التي توجب تطبيق القانون المصرى وحده إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج.

١٤٦- المقصود بآثار الزواج:

تنقسم آثار الزواج التي ينطبق في شأنها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج إلى آثار شخصية و آثار مالية، ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يأتي:

(أ) الآثار الشخصية للزواج:

يرتب عقد الزواج لكل من الزوجين حقوقاً معينة، كما يقرر بعض الالتزامات على كل منهما. ومجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين على هذا النحو هو الذى يطلق عليه تعبير آثار الزواج.
ومثل ذلك حق الزوج على زوجته فى الطاعة والقرار فى المنزل، والتأديب، وواجب الإخلاص المتبادل بينهما والمساكنة وحق الزوجة فى الصداق والنفقة، وفى حمل اسم زوجها - فى بعض التشريعات - أما النفقة الوقتية التى تطلبها الزوجة أثناء رفع دعوى الطلاق، فتخضع لقانون القاضى. فالنفقة الوقتية لا تعد أثراً من آثار الزواج، وإنما هى إجراء من الإجراءات التى يقصد بها

(١) هشام صادق ص ٢٦٩ ومابعد - حامد زكى ص ٣٦٢ ومابعد - ويستثنى الدكتور حامد زكى ص ٢٦٣ من حالة تغيير الزوج لجنسيته أن يكون الأمر متعلقاً بالنظام العام فيطبق قانون أحواله الشخصية الجديد. ولكنه يشير إلى أن لجنة تنازع الاختصاص بوزارة الحقانية أفتت مراراً برأى مخالف لما تقدم فلم تبج لقبطى أرثوذكسى بعد اعتناقه الإسلام أن ينفذ حكماً شرعياً بالطاعة صادراً ضد زوجته بل اعتمدت حكماً صادراً من المجلس الملى بإبطال الزواج لتغيير ديانته، وقد صدرت هذه الفتوى فى سنة ١٩٢٢ وأيدتها أخرى مشابهة فى سنة ١٩٣١ وكذلك فى سنة ١٩٣٥.

المحافظة على السلام والسكينة فى الدولة. فهى تهدف إلى درء الضرر البالغ الذى قد يلحق بمن كان فى حالة عوز واشتدت به الحاجة إلى القوت، وتلك اعتبارات تتعلق بالأمن المدنى^(١).

ومن الآثار الشخصية للزواج، أثر قانون الزوج على أهلية المرأة، لأن نقص الأهلية هنا لا يقصد به حماية المرأة نفسها، وإنما يهدف إلى مصلحة العائلة ويتصل بنظام السلطة الزوجية.

فإذا كن قانون جنسية الزوج يجعل الزوجة ناقصة الأهلية فى تصرفات معينة كانت أهليتها ناقصة فى هذه التصرفات.

ورغم خضوع أهلية المرأة المتزوجة لقانون جنسية الزوج. إلا أن قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أخضع هذه المسألة لقانون الدولة التى تنتمى إليها المرأة - وليس الزوج - بجنسيتها فنص فى المادة ١٤/١ منه على أن: "ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها".

على أنه حماية للغير من المتعاملين فى مصر مع الزوجة الأجنبية التى تحترف التجارة فقد حرصت المادة ١٤/٢ من القانون على النص على افتراض أنها تزاوّل نشاطها التجارى بإذن زوجها، فإذا كان القانون الواجب التطبيق (قانون جنسية الزوجة) يحيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته التجارة أو سحب إذنه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن فى السجل التجارى ونشره فى صحيفة السجل، ولا يكون للاعتراض أو سحب الإذن أثر إلا من تاريخ إتمام هذا النشر.

ولا يؤثر الاعتراض أو سحب الإذن فى الحقوق التى اكتسبها الغير حسن النية (المادة ٣/١٤)^(٢).

(١) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧١ - المستشار أنور طلبه ص ٣٧٦.

(٢) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧٣ ومابعداها.

(ب) الآثار المالية للزواج:

المقصود بالآثار المالية للزواج نظام الأموال بين الزوجين والذي تعرفه بعض التشريعات الأجنبية مثل التشريع الفرنسي. وهو نظام غريب عن الشريعة الإسلامية وعن النظم التي تحكم الطوائف غير الإسلامية في مصر. ولعل عدم معرفة القانون المصري بالنظم المالية للزواج هو الذي دفع المشرع المصري إلى أن يضع لها تكييفاً تشريعياً ويلحقها بآثار الزواج. ويقصد بالنظام المالي للزوجين مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقده، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية.

ومن هذه الأنظمة العقد المسمى بمشارطة الزواج ()    )              

(ج) نظام انفصال الأموال (régime de séparation des biens) :

وبمقتضاه تحتفظ الزوجة بكل أموالها مع إلزامها بالاشتراك في مصاريف المنزل بما لا يقل عن الثلث.

(د) نظام عدم الاشتراك (regime desans communauté) :

وبمقتضاه لا تختلط أموال الزوجين بل تبقى منفصلة وإنما للزوج الحق في إدارة واستغلال أموال زوجته. فهذا النظام يختلف إذن عن نظام الانفصال في أن هذا الأخير يبيح للزوجة التمتع بجزء من أهلية الإدارة. وعلى العموم في جميع الأنظمة السالفة الذكر تفقد المرأة أهليتها في التصرف والإدارة كلياً أو جزئياً، وللزوج التصرف في هذه الأموال في حدود القانون. فيلزمه في بعض الأحيان إذا باع بعض أموال الزوجة أن يشتري لها بئمنها أموالاً أخرى. وليس للزوجة أن تتصرف حتى في أموالها الحرة إلا بعد أخذ إذن من زوجها^(١).

وإذا كان النظام المالي للزوجين يخضع على هذا النحو للقانون الذي يحكم آثار الزواج، إلا أن تطبيق هذا القانون قد يتقيد مراعاة لمجال أعمال قانون موقع المال الذي يسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى على نحو ما سنرى في موضعه من الكتاب.

وعلى ذلك فإن منع التصرف في أموال الدوطة المقررة في قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج لا يحتج به بالنسبة للأموال الكائنة في مصر.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"على أن ولاية القانون الشخصى للزوج فيما يتعلق بنظام الأموال بين الزوجين (وهو نظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية ولا الطوائف غير الإسلامية المصرية) لا تخل باختصاص القانون المصرى بوصفه قانوناً لموقع الأموال وهذا ما عنته الفقرة الأخيرة من المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم

(١) حامد زكى ص ٢٦٦ وما بعدها.

المختلطة في نصها على أن قواعد هذه المادة لا تخل "بالأحكام المتعلقة بنظام الملكية العقارية في القطر المصري" ويتفرع على هذا التحفظ أنها يجوز الحكم في مصر باعتبار الباتنة مالا غير قابل للتصرف فيه وفقا للقانون الشخصى للزوج لأن هذه الناحية مسألة تتعلق بنظام الأموال ولا يرجع فيها إلا لقانون موقع المال.. الخ^(١).

وإذا كان من المتصور وفقا لما سلف إذا كان الزوج أجنبيا أن يتزوج وفقا لنظام اشتراك الأموال إلا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥ من القانون التجارى الجديد قد حرصت على حماية استقرار المعاملات فى الأسواق التجارية المصرية، فنصت على أنه: "يفترض فى الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام انفصال الأموال إلا إذا كانت المشاركة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك".

وتنص الفقرة الثانية من المادة على أنه لا يحتج على الغير بالمشاركة المالية بين الزوجين إلا إذا أشهرت بقيدها فى السجل التجارى ونشر ملخصها فى صحيفة السجل.

ونصت الفقرة الثالثة على أنه فى حالة إهمال شهر المشاركة المالية بين الزوجين فإنه يجوز للغير أن يثبت أن الزواج قد تم وفقا لنظام مالى أكثر ملاءمة لمصلحته من نظام انفصال الأموال^(٢).

واستمرارا فى سياسة الحرص على حماية الغير من المتعاملين مع الزوجة الأجنبية التاجرة فى الأسواق المصرية فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة ١٥ من القانون المذكور على أنه: "لا يحتج على الغير بالحكم الصادر خارج مصر القاضى بانفصال الأموال بين الزوجين إلا من تاريخ قيده فى السجل التجارى ونشر ملخصه فى صحيفة هذا السجل".

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٥٦.

(٢) الدكتور هشام على صادق ص ٢٧٤ ومابعد.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) "المنازعات المتعلقة بالنظام المالى بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية ومن ثم كل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها أو سقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة بالمادة ١٣ من القانون المدنى.

وما تثيره الزوجة من نزاع حول العقد الذى اختار بموجبه الزوجان نظام فصل الأموال من حيث وجود الرضا أو انعدامه وتقدم دعوى الإبطال وعدم تقدمها لا يخرج المنازعة عن نطاق النظام المالى الذى يخضع له الزوجان باعتبارها من صميم مسائل الأحوال الشخصية".

(ب) - "ما نصت عليه المادة ١٩٥ من القانون المدنى السويسرى من أن الزوج هو المالك لكل أموال الزوجية التى لا تكون حصصا للزوجة وأن إيرادات الزوجة ابتداء من تاريخ استحقاقها والثمار الطبيعية لحصصها بعد انفصالها تصبح ملكا للزوج يدل على أن الزوج هو المالك لإيرادات وثمار جميع الأموال الزوجية".

(ج) " الاستناد إلى المادة ٢١٤ من القانون المدنى السويسرى لا يحول دون اعتبار حق الزوجة فى الربح- فى حالة اتحاد أموال الزوجين - حقا شخصيا".

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٢٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦)

٢- (أ) "الأصل بحسب أحكام القانون المدنى الفرنسى أن تخضع أموال الزوجين لنظام الاشتراك [٢٢] [٢٢] [٢٢] [٢٢] الذى نظمت قواعده المادة ١٣٩٩ ومابعدها. وقد أجاز المشرع الفرنسى للزوجين الذين يريدان الخروج على قواعد هذا النظام كلها أو بعضها أن يعلنوا رغبتهما هذه فى مشاركة يعقدانها ويبينان فيها النظام المالى الذى اختاراه، وهذه المشاركة يطلق عليها بالفرنسية [٢٢] [٢٢] [٢٢] [٢٢] وهى غير وثيقة الزواج التى يتم بها الزواج [٢٢] [٢٢] [٢٢] [٢٢] ويوجب القانون تحرير تلك المشاركة أمام الموثق وقبل

الزواج. فإذا لم يستعمل الزوجان هذه الرخصة ولم يحررا مشاركة من هذا القبيل خضعت أموالهما حتما لنظام الاشتراك باعتباره أثرا من الآثار التي يرتبها القانون أصلا على الزواج ويمتنع عليها في هذه الحالة أن يعدلا من القواعد التي وضعها القانون لهذا النظام باتفاقات خاصة يعقدانها فيما بينهما بعد الزواج، لأن تلك القواعد تعتبر غير قابلة للتغيير بإرادة الزوجين مادامت الزوجية قائمة. وتبعا لذلك لا يعتد بما يصدر منهما بعد الزواج من اتفاقات أو إقرارات يكون القصد منها إخراج أى عنصر من عناصر المال المشترك من نظام الاشتراك واعتباره مملوكا ملكية خاصة لأحدهما".

(ج) "من مقتضى نظام الاشتراك أن يعتبر مالا مشتركا بين الزوجين جميع المنقولات التي كان يملكها كل منهما وقت الزواج وكذلك المنقولات التي يكتسبها أحدهما أثناء قيام الزوجية ولو كان قد دفع ثمنها من إيراد خاص حصل عليه من عمله الشخصي، ويحق لدائني أى الزوجين التنفيذ على جميع الأموال المشتركة. ولايغير من الأمر صدور حكم للزوجة بالتطليق من زوجها، إذ أن هذا الحكم لا يؤثر على حق الدائن الذى نشأ قبل صدوره وأثناء قيام الزوجية وتعلق هذا الحق بالأموال المشتركة.

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٣/١٩)

١٤٧- العقود المالية بين الزوجين:

العقود المنظمة لنظام الأموال بين الزوجين هو من الآثار المترتبة على عقد الزواج ونتيجة مباشرة له وفقا للقوانين التي تأخذ بهذه الأنظمة، ومن ثم تعتبر من آثار الزواج، فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج. إلا أن هناك عقودا مالية أخرى يمكن أن تتعقد بين الزوجين مثل البيوع والهبات والشركات والقروض.

وقد تكون هذه العقود أبرمت بالمشاركة مع آخرين.

وهذه العقود لا تخضع لقانون جنسية الزوج لأنها ليست من الآثار المالية للزواج، وإنما تخضع للقانون الذى يحكم العلاقة الناشئة عن هذه التصرفات.

١٤٨- القانون الذى يسرى على الطلاق والتطليق والانفصال :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن:

"أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت التطليق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

فهذه الفقرة تعالج حالة انقضاء الزواج.

والزواج ينقضى انقضاء كلياً بالطلاق والتطليق، أو ينقضى انقضاء جزئياً بالانفصال.

والطلاق هو الانقضاء الإرادى للزواج، إذ ينهى أحد الزوجين الطلاق بإرادته المنفردة.

أما التطليق فهو انقضاء الزواج بحكم القضاء أما الانفصال، وهو ما يطلق عليه الانفصال الجسمانى فهو انقضاء جزئى للزواج، وصورته التفريق فى المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة، دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية.

والقانون الذى يحكم الطلاق هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق. وعلى ذلك يرجع إلى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق لمعرفة ما إذا كان من حق أى من الزوجين أن يطلق من عدمه.

أما القانون الذى يسرى على التطليق والانفصال، فهو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

وعلة التفرقة بين الطلاق من جانب والتطليق والانفصال الجسمانى من جانب آخر، فيما يتعلق بقاعدة الإسناد، هى أن الأول يقع بالإرادة، فجعل المشرع الوقت الذى تتحرك فيه الإرادة بطلبه هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمه، بينما لا يتحقق الثانى والثالث إلا يحكم من القضاء، فجعل المشرع وقت رفع الدعوى هو الذى يتحدد بالنظر إليه القانون الذى يحكمها.

وهاتان القاعدتان تنطبقان سواء أكان الزوجان من جنسية واحدة أم من جنسيتين مختلفتين وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال، وسواء أكانت جنسية الزوج في هذا الوقت أو ذاك هي بعينها جنسيته وقت انعقاد الزواج أم لم تكن. وقد قضى المشرع بهذا التحديد لهاتين القاعدتين على الجدل الذى يثيره الفقه حول ما إذا كان لجنسية الزوجة، إذا ما اختلفت عن جنسية الزوج، اعتبار في بيان القانون الواجب التطبيق، أم لا، وحول ما إذا كان لتغيير جنسية الزوج بعد الزواج أثر في بيان هذا القانون من عدمه^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدنى أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصرى الذى يمتنع تطبيقه فى هذه الحالة. فإذا كان الثابت أن

(١) عز الدين عبد الله ص ٢٩٩ وما بعدها - وينتقد الفقه حكم القانون لما يحتمل أن يترتب عليه من الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوج الآخر كأن كان قانون جنسية الزوج وقت الزواج لايجيز الطلاق أو التطليق لغير الزوج جنسيته بعد ذلك واكتسب جنسية دولة أخرى يجيز قانونها الطلاق أو التطليق وقت الطلاق أو عند رفع الدعوى، فإذا استبعدت فكرة الغش نحو القانون، فإن هذا الطلاق أو التطليق يقع صحيحا بحسب الحل المصرى المذكور ومن ثم فهو حل لايسطيع أن يحقق العدالة على وجهها الصحيح. وأنه كان أحرى بالمشرع أن يقرر بأن العبرة بقانون جنسية الزوج وقت الزواج وليس ذلك غريبا فقد سلم القضاء الفرنسى بوجهة النظر هذه فى النهاية كما أخذت به اتفاقية لاهائى بل ولقد كان هذا هو الحال المعمول به فى فترة الانتقال فى مصر إذ نصت عليه المادة ٣/٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والمادة ٣/٣ من قانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧، كما كان هو نفس الحل فى المادة ٢٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى نفسه (جابر جاد عبد الرحمن ص ٣٣٤ وما بعدها- عز الدين عبد الله ص ٣٠٠ وما بعدها).

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 التطلاق يكون هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته".

(طعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٥٨/٥/١)

٢- (أ) - "عقد الزواج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطلاق حقاً مستقراً بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص".

(ب) - "نص المادة ١٤ من القانون المدنى نص أمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٠/١١/١٧)

(أنظر أيضاً: تكملة لهذا الحكم منشورة فى شرح المادة (١٤) بند

(١٤٩).



مادة (١٤)

في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

الشرح

١٤٩- الاستثناء الوارد بالمادة:

رأينا أن المادة ١٢ مدنى تنص على أن يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

كما رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٣ تنص على أن يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال.

كما رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٣ تنص على أنه يسرى على الطلاق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى.

إلا أن المادة (١٤) أتت باستثناء على أحكام الإسناد الواردة بهاتين المادتين يتوافر إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج. أما إذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تجنس أحدهما بالجنسية المصرية بعد ذلك، فلا يتوافر الاستثناء. وعلى العكس إذا كان أحد الزوجين مصرياً عند انعقاد الزواج فإن الاستثناء يتوافر ولو صار الزوجان أجنبيين بعد ذلك^(١).

ويخلص هذا الاستثناء فيما يلى:

١- إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج، فإنه يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى القانون المصرى، وذلك استثناء من القاعدة الواردة بالمادة (١٢) والتى تقضى بالرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

ومتى ثبت الاختصاص للقانون المصرى، فإن قواعد التنازع الداخلى هى التى تحدد بعد ذلك الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق عملا بالمادة ٢٦ من التقنين المدنى.

وقد نصت المادة (١٤) صراحة على أن الاستثناء الوارد بها لا يسرى على شرط الأهلية للزواج. فتظل إذن أهلية أحد الزوجين خاضعة لقانون جنسيته، ولاوجه لتطبيق القانون المصرى فى شأن هذه المسألة إلا بالنسبة للزوج المتمتع بالجنسية المصرية.

٢- إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى على الآثار التى يربتها عقد الزواج، بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال، وذلك استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة (١٣) والتى تقضى بسريان قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج.

وجدوى هذا الاستثناء لا تظهر إلا فى الأحوال التى تكون الزوجة فيها مصرية وقت الزواج. أما لو كان الزوج هو الذى يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية وقت الزواج فإن القانون المصرى ينطبق على آثار الزواج بمقتضى الضابط العام فى الإسناد (م ١/١٣) دون حاجة إلى الاستثناء المقرر فى المادة ١٤.

٣- إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، فإنه يسرى على الطلاق والتطليق والانفصال القانون المصرى، وذلك استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (١٣) التى تقضى بسريان قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق على الطلاق، وقانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى على التطليق والانفصال.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "نص المادة ١٤ من القانون المدنى صريح فى أنه يكفى أن يكون أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج ليكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٧/١١/١٩٦٠)

٢- "إذا كان النزاع المطروح دائراً بين زوج إيطالي وزوجة مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدني ويكون القانون المصري هو الواجب التطبيق، فإذا كان الزوج يهودي الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصري الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام في مسائل الأحوال الشخصية. وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد"، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت في الدعوى أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذهب إلى أن أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٧/١١/١٩٦٠)

كما قضت محكمة النقض بأن:

١- "نص المادة ١٤ من القانون المدني نص أمر متعلق بالنظام العام يسرى بأثر فوري".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٧/١١/١٩٦٠)



مادة (١٥)

يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها.

الشرح

١٥٠- تطبيق قانون المدين بنفقة الأقارب :

يتناول النص القانون الذى يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، وقضى بأن يسرى على الالتزام بها قانون المدين. وكانت المادة (٣٣) من المشروع التمهيدي المقابلة لهذه المادة تجرى على أن: "يسرى على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"تتناول المادة ٣٣ الالتزام بالنفقة فتوجب تطبيق قانون المدين بها. وهذا حكم نقله المشروع عن الفقرة ٥ من المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائي وهو يشمل فى عمومها جميع أنواع النفقات إلا ما يستثنى بنص خاص^(١). وعند نظر المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت اللجنة تعديلها بإضافة عبارة "فيما بين الأقارب" إليها. وحكمة هذه الإضافة دفع شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية التى تنظمها أحكام المواد السابقة على اعتبار أنها من آثار الزواج^(٢).

ويقصد بالقرابة الصلة بين الأشخاص بناء على دم أو أصل مشترك سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواشى. والقرابة المباشرة هى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم أى هى الصلة ما بين الأصول والفروع أما قرابة الحواشى فهى الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه وبين الشخص وخاله.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٦٤.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٦٥.

كذلك ينشئ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وقد نصت على ذلك المادة ٣٧ من القانون المدني إذ تجرى على أن: "أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر". غير أن هذه القرابة لا تربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج.

ويستفاد من المادة (١٥) أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية الشخص المطالب بها. وقد استعمل المشرع عبارة "قانون المدين بها" وهو تعبير معيب ينطوي على مصادرة على المطلوب، إذ يفترض سلفاً أن الشخص مدين بالنفقة في حين أن قانون جنسيته هو الذي يحدد ما إذا كان يعد مديناً بالنفقة أم لا. ويتكفل قانون جنسية الشخص المطالب بالنفقة بتحديد من تجب له النفقة كما يحدد الشخص الملتزم بأداء هذه النفقة ومدى الالتزام بالنفقة وسقوط هذا الالتزام^(١).

والمعول عليه، هو قانون جنسية المطالب بالنفقة وقت نشوء الالتزام وهو وقت قيام الحاجة إليها وغالباً ما يستدل عليه بوقت رفع الدعوى، ومتى تم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النحو، طبقت المحكمة ما تضمنه من أحكام لمعرفة السبيل إلى الفصل في النزاع، وتستمر في ذلك حتى لو غير المدين جنسيته بعد رفع الدعوى وقيل صدور الحكم^(٢).

وظاهر أن المادة (١٥) لم تذكر الالتزام بالنفقة للأصهار، ولا بأس من إخضاعها لقانون المطالب بالنفقة قياساً على الالتزام بالنفقة للأقارب. وقد ورد ذكر نفقة الأصهار في المادة ٩١٩ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٤٩ (الملغى) والتي تقضى بأن: "تختص محكمة المواد الجزئية بنظر دعاوى نفقة الأقارب والأصهار ونفقة الصغير ونفقة أحد الزوجين على الآخر"^(٣).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض الوسيط في تنازع القوانين ١٩٨٤ ص ٣٣٠ ومابعدا - جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٢٠.

(٢) المستشار الدكتور محمد شتا ص ١٩٧.

(٣) عز الدين عبد الله ص ٣٢٧.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إن المادة ٣٠١ من القانون المدنى الفرنسى التى تجيز الحكم لصالح الزوج الذى يحصل على الطلاق بنفقة لا تجاوز ثلث إيراد الزوج الآخر لا تنطبق إلا فى حالة ما إذا قضى لأحد الزوجين بالطلاق لخطأ الطرف الآخر وكان قد طلب الحكم له بالنفقة على خصمه. وإن فمتى كان الحكم المطعون فيه لم يقض بالطلاق بل قضى بالانفصال الجسمانى لخطأ مشترك بين الزوجين وكانت الطاعة لم تطلب النفقة استنادا إلى المادة ٣٠١ مدنى فرنسى وإنما قضى الحكم الابتدائى لها ولأولادها بالنفقة استنادا إلى المادتين ٢٠٣، ٢١٢ من القانون المذكور لحاجتها إليها هى وأولادها ولا استمرار بقاء الرابطة الزوجية التى لم تنفصم بالحكم الصادر بالفرقة البدنية، فإن الحكم المطعون فيه إذ عدل المبلغ المقضى به من محكمة أول درجة بما لا يزيد على ثلث إيراد المطعون عليه استنادا إلى المادة ٣٠١ من القانون المدنى الفرنسى يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون المذكور".

(طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٤/١/١٩٥٤)

١٥١- النفقة الوقتية :

النفقة الوقتية للأقارب والأصهار تخضع للقانون المصرى، باعتبارها من الإجراءات الوقتية وعلى أساس تعلقها بذاتها بالأمن المدنى أيضا. فقد نصت المادة ٣٤ من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية أو التحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية".

وقد جرى القضاء الفرنسى على اختصاصه بفرض هذه النفقة على أساس أن تدبير النفقة الضرورية العاجلة لإنسان موجود على أرض الدولة أمر متعلق بالسلام العام فيها.

ويختص القضاء فى مصر بفرض نفقة وقتية ولو كان غير مختص بالدعوى الأصلية^(١).

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٢٧ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٢ وما بعدها.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى تعليقاً على المادة ٨٦٣: "كذلك يلجأ إليها (أى إلى المحاكم المصرية) فى النفقة الوقتية المطلوبة بصفة مستعجلة متى كان للزوج أو للقريب الملزم بها مال يصح التنفيذ عليه فى مصر".

كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد تعليقاً على المادة ٣٤ سالفه الذكر "وقد أريد بهذا النص أن يشمل الأحوال العينية والأحوال الشخصية على خلاف المادة ٨٦٣ التى جاء حكمها مقصوراً على الحالة الثانية دون الأولى".

١٥٢- مطالبة الإبن بنفقة من أبيه :

يراعى فى دعوى مطالبة الإبن بنفقة من أبيه وجوب التحقق قبل نظر الدعوى مما إذا كانت هذه الدعوى قائمة على حق النفقة الشرعية، أم أنها تستر وراءها دعوى إثبات النسب، لأنه فى الحالة الأولى يسرى قانون المدين بالنفقة (م ١٥)، وفى الحالة الثانية يطبق قانون طالب النفقة، إذا كان الإبن ابناً غير شرعى، وذلك وفقاً لقواعد القانون الدولى الخاص- وإذ رفع شخص دعوى إثبات نسبه من أبيه على أساس المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الإيطالى فإن هذه الدعوى لا تتضمن إثبات نسب وإنما تتضمن إثباتاً للحالة المدنية للمدعى فلا يسرى فى هذه الحالة قانون الأب، وإنما يسرى قانون جنسية الإبن عند اختلاف الجنسية بين المدعى والمدعى عليه، وإذ كيفنا التزام الأب بسد حاجة ابنه الطبيعى إلى أن يبلغ سن السادسة عشرة وفقاً للمادة ١٨٠٧ مدنى ألمانى، بأنه التزام غير تعاقدى، فإنه يسرى عليه قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، وخرج بذلك عن الأحوال الشخصية. ولكن إذا وصف هذا الالتزام بأنه نفقة دخل ضمن مشتملات الأحوال الشخصية وطبق فى شأنه قانون المدين بالنفقة. وفى الواقع أن عملية التكيف التى يقوم بها القاضى المصرى تؤدى إلى اعتبار هذا الالتزام نفقة، لأن أساسه القانونى قائم على النفقة ولو أن القانون الألمانى لم يعبر عن ذلك^(١).

(١) المستشار محمد شتا ص ١٩٨.

مادة (١٦)

يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته.

الشرح

١٥٣- المقصود بالمسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين :

المقصود بالولاية فى هذا النص هى الولاية على المال. فهذا النوع من الولاية هو الذى يخضع لقانون جنسية الواجب حمايته. أما الولاية على النفس فهى تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج، وهى فى كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب.

والمقصود بالمسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملى الأهلية التى يتناولها النص، طبيعة نظام الحماية الذى يجب أن يشمل به غير كامل الأهلية. وهل هو نظام الولاية الشرعية أم الوصاية أم القوامة أم غير ذلك من النظم.

وكذلك بيان من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا أو قيما أو وكلا عن الغائب، وبيان سلطة النواب فى إبرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية. وحكم التصرف الذى يبرمه مجاوزا لسلطته. كتحديد سلطة الولى الشرعى فى التصرف فى مال الصغير وسلطة الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب فى إبرام التصرفات دون إذن من المحكمة، كما يبين التصرفات التى يلزم فيها هذا الإذن. وكذلك بيان حقوق من يتولى الحماية وواجباته وما يستحقه من أجر، وبيان أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها وعزل الأوصياء والقائمة أو الحد من سلطتهم. وبيان من يعين مشرفا أو نائبا عن الوصى أو القيم^(١).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٤٥.

غير أن هذا النص لا يشمل ما يأتي :

١- تقدير أسباب امتناع الوصى أو القيم أو المشرف أو الوكيل عن الغائب عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف أو الوكالة، لأن هذه الأمور تتعلق بأهلية الشخص المكلف بالحماية وصلاحيته للقيام بمهمته.

وكانت المادة ١٠٠٢ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الواردة في الكتاب الرابع (الملغى) تنص على ذلك بقولها: "ويرجع في تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الإشراف أو القوامة إلى قانون بلد الموصى أو القيم أو المشرف"، ذلك أنه من غير المستساغ أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لأحكام قانونه.

٢- المسائل الإجرائية البحث: كذلك التي تتعلق بكيفية إقامة النائب عن عديمي الأهلية وعزله وكيفية سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها. وكيفية تقديم الحساب والفصل فيه وغير ذلك^(١).

٣- الحقوق العينية: تطبيق قانون جنسية عديم الأهلية لا يخل باختصاص قانون موقع المال فيما يتعلق بنظام الحقوق العينية. ومن ثم فإذا كان هذا القانون - قانون الجنسية - يقرر للقاصر أو المحجور عليه رهنا قانونيا على عقارات الوصى أو القيم، وكانت هذه العقارات موجودة في مصر، فلا محل للتمسك بهذا الرهن لأن القانون المصري، قانون موقع العقار لا يعرف هذا النظام.

٤- حالة اصطدام قانون الجنسية بقواعد النظام العام في مصر: إذا كان قانون جنسية عديم الأهلية يصطدم بقواعد النظام العام في مصر بأن كان يتجافى في مضمونه مع هذه القواعد أو كان لا ينظم وسيلة لحماية عديمي الأهلية على الإطلاق. فإنه يجب إعمال القانون المصري وحده.

٥- إذا كان القانون الأجنبي لا يمكن تطبيقه عملاً: إذا تبين أن القانون الأجنبي لا يمكن تطبيقه عملاً بأن ينص مثلاً على اختصاص سلطة إدارية

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٣٨.

معينة- غير موجودة في مصر- بالنظر في أمر الحجر على المجنون أو المعتوه فإن القانون المصرى هو الذى يطبق، ويطبق القانون الأخير أيضا إذا كان تطبيق القانون الأجنبى يتطلب الرجوع إلى بعض الأنظمة الأجنبية مما يستغرق بعض الوقت أو كان التحقق من هذا القانون يتطلب وقتا قد يطول، الأمر الذى قد لا يتمشى مع ضرورة الاستعجال للمحافظة على مصالح عديم الأهلية.

٦- حالات البوليس والأمن: ينطبق القانون المصرى باعتباره من قوانين البوليس والأمن، بحيث يصبح للسلطات المصرية المختصة أن تقوم بإيداع الأجنبى الذى أصيب بلوثة أو جنون فى إحدى المصحات وفق أحكام القانون المصرى، كما تتولى النيابة العامة والمحاكم فى مصر اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية الوقائية على عديمى الأهلية^(١).

١٥٤- سريان قانون الشخص الذى تجب حمايته على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها :

تنص المادة على أن تسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذى تجب حمايته.

فقد أخذ المشرع فى هذه المسائل بقانون الشخص الواجب حمايته مفضلا إياه على قانون الشخص الذى يتولى الحماية. ذلك أن هذه النظم إنما تقررت لحماية غير كاملى الأهلية وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية. ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسيتهم باعتباره القانون الذى يحكم أهليتهم.

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٣٩ وما بعدها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٤٥ وما بعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

"أبقى المشروع فى المادة ٣٦ على الأحكام المقررة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى مع تعميم فى التعبير حتى تصبح هذه الأحكام شاملة لجميع النظم الموضوعة لحماية عديمى الأهلية والمفقودين دون أن يقتصر على الوصاية والقوامة والإذن بالإدارة (أنظر فى هذا المعنى المادة ١١ من التقنين الإيطالى الجديد). وقد أسند الاختصاص التشريعى فيما يتعلق بهذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو المحجور بوجه عام لأنه أخلق القوانين بتوفير أسباب الحماية له"^(١).



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٦٨ ومابعداها.

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 وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الشرح

١٥٥- القانون الذى يحكم الموارث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

تعتبر الموارث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، بالرغم من صبغتها المالية الظاهرة، من مواد الأحوال الشخصية فى مصر، وقد نص على اعتبارها كذلك صراحة فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ إذ ذكرت من بين ما ذكرت من هذه المواد " .. المنازعات والمسائل المتعلقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". وقد سار المشرع المصرى فى هذا التكييف على غرار بعض التشريعات الأجنبية، كالقانون الألمانى والبولونى والإيطالى واليونانى، وعلى منوال اتفاقية لاهاى سنة ١٩٢٨، إذ قضت هذه جميعها باعتبار الموارث وما تعلق بها من وصايا وهبات من مواد الأحوال الشخصية على اعتبار أنها مرتبطة بالعائلة وتقوم على اعتبارات عائلية كما أن القوانين التى تحكمها إنما تهدف فى نظرها إلى تنظيم علاقات الورثة فيما بينهم كما ترمى إلى حماية هؤلاء من تبرعات المورث^(١).

أما بالنسبة للهبة فقد نصت المادة (٢٢٨) من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ على "المسائل المتعلقة بالهبات" ضمن مسائل الأحوال الشخصية.

ولما صدر قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ نص في المادة (١٤) منه على أن: "تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذ كان قانونهم يعتبرها كذلك" ولم يرد نص مماثل لهذا النص في قانون السلطة القضائية الحالي رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، كما أغفل هذا القانون تحديد مسائل الأحوال الشخصية.

ولا شبهة الآن في اعتبار المواريث من مسائل الأحوال الشخصية بعد أن نص التقنين المدني في المادة ٨٧٥ على أن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، وبعد صدور قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

كما أنه لا شبهة الآن في أن الهبة في مصر ليست من مسائل الأحوال الشخصية بعد أن نظمها التقنين المدني في الباب الأول من الكتاب الثاني الخاص بالعقود التي تقع على الملكية باعتبارها عقد مسمى في المواد (٤٨٦ - ٥٠٤) وتخضع بالتالي لقواعد الإسناد التي تخضع لها سائر العقود ومن ثم تعيين الرجوع في شأنها إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها بالمادتين ١٩، ٢٠ من التقنين المدني فتخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية وتدخل في نطاق الأحوال العينية كغيرها من العقود^(١).

وقد أخضعت المادة الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية بالنسبة للأجانب والمصريين. ولا صعوبة في تطبيق هذا القانون متى اتحدت جنسية أطراف العلاقة: المورث والورثة، والوصى والموصى له.

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٢١.

ولكن الصعوبة نظراً عند اختلاف هذه الجنسية، وهذا ما سنعرض له فى البنود التالية.

١٥٦- أولاً: المواريث:

العبرة بالنسبة للمواريث بقانون جنسية المورث ولا محل للأخذ بقانون جنسية الورثة، فقد يتعدد وتتعدد جنسياتهم، فتتعدد القوانين الواجبة التطبيق، فضلاً عن أن أموال التركة تعود جميعها للمتوفى. وإذا كان للمورث جنسية معينة قبل الوفاة وجنسية أخرى عند الموت، فمن المتفق عليه أن العبرة بجنسيته وقت الموت لأن حق الورثة فى التركة لا ينفذ إلا من هذه اللحظة. وقد نصت المادة على ذلك صراحة بقولها: "يسرى على.. قانون المورث أو الموصى له أو من صدر منه التصرف وقت موته".

ومن ثم يخضع الأجانب للأحكام الواردة فى قانون جنسيته، كما يخضع المصريون، بصرف النظر عن ديانتهم إلى القانون المصرى. والقانون المصرى هنا هو كما نصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥/١ من القانون المدنى الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها (أى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣) إذ نقول: "تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها".

ويسرى قانون جنسية المورث وقت الموت أياً كانت طبيعة الأموال موضوع التركة، منقولة أم عقارية، وأياً كان البلد الذى توجد فيه هذه الأموال^(١) مع وجود بعض الاستثناءات كما سنرى.

١٥٧- مجال تطبيق قانون جنسية المتوفى:

ذكرنا أن المادة أخذت بقاعدة إخضاع الميراث، فى العقار والمنقول لقانون جنسية المتوفى وقت الموت.

ويدخل فى مجال أعمال قانون جنسية المتوفى بوصفه القانون الذى يحكم الميراث، المسائل الآتية:

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٠ ومابعدها.

أولاً: شروط استحقاق الإرث: وهى تدور جميعها حول التحقق من موت المورث و حياة الوارث. ومن ذلك على سبيل المثال حكم الموت الاعتبارى الذى يخص المفقود ومتى يعتبر فى حكم الميت. وبالنسبة للوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثاً أم لا. وهل يكفى أن يولد الجنين حياً أو قابلاً للحياة أم يلزم استمرار حياته فترة معينة. وهل يجوز توريث المفقود وإلى متى يعتبر حياً. ومثال ذلك أيضاً حالة وفاة المورث والوارث وعدم التأكد من معرفة أيهما توفى قبل الآخر، وحكم هذه الحالة.

وكذلك بيان ما إذا كان هناك من يستحق وصية واجبة من عدمه^(١).

ويراعى أن الموت الحكمى كما هى الحال بالنسبة للحكم بموت المفقود فى القانون المصرى، يخضع لقانون جنسية الشخص، فى البلاد التى تجعل القانون الشخصى هو قانون الجنسية، باعتباره من مسائل الحالة، إذ تنتهى به الشخصية القانونية. ولا تظهر أهمية تقرير هذه الملاحظة فى القانون المصرى، حيث تخضع الحالة وكذلك الميراث لقانون الجنسية، وإنما تظهر أهميتها فى التشريعات التى تخضع الميراث لقانون غير ذلك الذى تخضع له الحالة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كانت المادة ١٧/١ من القانون المدنى تنص على أنه "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته" وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يونانى الجنسية، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه "فى حال انحلال الزواج ترد الدوطة إلى الزوجة أو إلى ورثتها وتنتهى كل إدارة لها وانتفاع من الزوج على أموال الدوطة فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقاً للقانون المدنى اليونانى تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج سوى حق الانتفاع مادامت الحياة الزوجية قائمة، فإذا انحلت عقدة

الزواج بالوفاة تعين رد الدوطة إلى الزوجة، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لا تعتبر من تركته بل ترد إلى الزوجة التي عاد إليها حق الانتفاع".

(طعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٧١/١١/٢٤)

ثانياً: بيان الورثة ومراتبهم ونصيب كل منهم في التركة. ويندرج تحت هذه الفكرة موانع الإرث كالقتل واختلاف الدين والحجب^(١) والرد والعول. وبديهي أن تحديد الزوجية أو رابطة القرابة التي يترتب عليها الإرث يتم وفقاً للقانون المختص حسب قواعد الإسناد في مسائل الحالة وروابط الأسرة والتي تقضى بالرجوع إلى القانون الشخصي.

ثالثاً: طبيعة خلافة الوارث للمورث. وهل تعتبر إجبارية كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية أم اختيارية، بمعنى أنه يحق للوارث قبول التركة أو التنازل عنها. وما هي شروط القبول وآثاره والمدة التي يجوز فيها القبول. وكذلك بيان ما إذا كان للوارث قبول التركة بشرط الحرد من عدمه، وميعاد القبول وشروطه وآثاره.

رابعاً: بيان مدى اختصاصات منفذ الوصية أو مدير التركة إذا كان قانون جنسية المتوفى يجيز له التصرف في تركته بطريق الوصية مع تعيين منفذ لها أو تنصيب مدير للتركة بواسطة القاضي عند عدم وجود المنفذ للوصية^(٢).

خامساً: بيان الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الورثة وكيفية هذا الانتقال ووقته. فمن المعلوم أن الشرائع تختلف في هذا الصدد اختلافاً جوهرياً. فالإرث في الشريعة الإسلامية إجبارياً بمعنى أنه يثبت للورثة بحكم القانون ولا يجوز للوارث رفضه. ويشمل الإرث مجموع الحقوق المالية أما الالتزامات غير

(١) المانع من الإرث هو ما تفوت به أهلية الإرث بعد قيام سببه كالقتل. والممنوع من الإرث لفوات الأهلية يسمى محروماً. وأما الحجب فهو منع شخص من ميراثه كله أو بعضه بوجود شخص آخر، ويسمى الممنوع في هذه الحالة محجوباً. والفارق بينهما أن المحروم لا يؤثر على غيره من الورثة بخلاف المحجوب فإنه يؤثر على غيره.

(٢) عز الدين عبد الله ص ٣٣٧ - سامية راشد وفؤاد رياض ص ٣٤٩.

المالية فلا تكون محلاً للإرث. وبالتالي لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالتركة ذاتها.

غير أن الإرث في بعض الشرائع الأجنبية يشمل جميع الحقوق والالتزامات التي كانت في ذمة المورث وبالتالي فإن دين التركة ينتقل إلى الوارث، وللدائنين حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى ولو لم يكن مصدرها الإرث، وهذه التشريعات تعتبر الإرث حقاً اختيارياً بمعنى أنه يجوز للوارث رفض الإرث كله أو قبوله بشرط الجرد حتى يتحقق من الالتزامات التي قد تكون على التركة.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"الأصل المقرر في الشريعة الفرنسية في شأن الوارث التي يقبل التركة بغير تحفظ أنه لا يستطيع - بمقتضى متابعته لشخصية المورث - أن يطلب استحقاق العين التي تصرف فيها مورثه لو كانت هذه العين مملوكة له بسبب خاص أما إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشتري إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير - وقد أخذ المشرع المصري في انتقال التركات بما يتقارب في هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسي بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته، فلا يمكن أن يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً، إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة - وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف في أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه يطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر فقضى برفض دعواه

اتباعا لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ فإن الحكم يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٦)

١٥٨- قيود واردة على قانون الجنسية :

يسرى قانون جنسية المورث وقت موته بصرف النظر عن البلد الذى توجد به أموال المتوفى. غير أنه كالشأن فى الميراث- يجب ألا يتعارض هذا القانون مع قانون موقع المال، ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملكية يخضع لقانون موقع هذا المال لأن الانتقال مسألة مالية لا تتصل بنظام الميراث وإنما تتصل بنظام الأموال وحده، ومفاد ذلك أنه يتعين مراعاة ما نص عليه القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال وتقييد قانون الجنسية على نحو ما يتطلبه القانون المصرى. ويتمثل ذلك فيما يأتى:

(أ) شهر حق الإرث :

يدخل فى نطاق إعمال قانون موقع المال بيان وقت تملك الورثة للتركة وحيازة أعيانها وإجراء العلانية الواجب اتباعه فى الميراث باعتباره سببا مكسبا للملكية.

وعلى ذلك فإنه يجب مراعاة حكم المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى مادام العقار الموروث فى مصر ولو كان الميراث خاضعا لقانون أجنبى وهى تقضى بأن: "يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة تبنى على أساسها تصرفات الورثة". وفى العمل يشهر حق الإرث مع إشهار التصرف الصادر من الوارث.

(ب) بيان مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بأموال التركة وما يترتب على ذلك من أثر فى حقوق الورثة فى التركة :

ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بنظام الأشخاص بل بنظام الأموال وسلامة المعاملات. ولذلك فإن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون تسرى على تركتات الأجانب مادامت أعيان التركة موجودة فى الجمهورية. ويتقيد بها أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الميراث فيما يختص بتملك الورثة للتركة وبقيمة تصرفاتهم فى أموالها. كما أن نظام تصفية التركات - وهو موجه لخدمة هذا القاعدة- يعتبر من الأحوال العينية. ولذلك فهو لا يخضع للقانون الشخصى. ولكن يجب ألا يفهم من هذا أن نظام تصفية التركات الذى نظمه القانون المدنى واجب الاتباع بالنسبة لتركات الأجانب فى الجمهورية، إذ أن هذا النظام ليس إجباريا حتى بالنسبة للمواطنين^(١).

١٥٩- تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال :

يحكم القانون المصرى باعتباره قانون موقع المال، تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال وحالة الشيوع المترتبة على انتقال التركة من المورث إلى الورثة ومدتها. وتسرى فى ذلك أحكام القانون المدنى المصرى الواردة فى المواد (٨٩٩ - ٩١٣) وهى الخاصة بتسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال، وفى المواد (٨٢٥ - ٨٥٠) الخاصة بأحكام المشاع وانقضاء القسمة بالشيوع^(٢).

١٦٠- ملكية التركة التى لا وارث لها :

إذا توفى الأجنبى ولم يوجد له وارث، فإنه لا يرجع إلى قانون جنسيته لبيان كيفية التصرف فى تركته، إذ تخضع التركة فى هذه الحالة للقانون المصرى

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٤٣ وما بعدها.

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٩.

باعتباره موقع المال، فتؤول إلى الخزنة العامة وفقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقد عرضنا لذلك تفصيلا فى موضعه.

١٦١- عدم خضوع المسائل المالية البحت لقانون الجنسية:

لاتخضع لقانون الجنسية المسائل المالية البحت التى لا علاقة لها بنظام الميراث ولاتعد من قبيل مواد الأحوال الشخصية، كالمنازعات المتعلقة بوضع اليد على المنقولات والعقارات أو بشأن ملكية أعيان التركة وما إذا كانت مملوكة للمورث أم لا وسواء كانت هذه المنازعات بين الورثة أو بينهم وبين الغير، والمطالبة بربع أموال التركة من واصل اليد سواء أكان وارثا أم غير وارث، وقضايا الإدارة المؤقتة أو الحراسة القضائية وقضايا الحساب بشأن التركة بين الورثة فيما بينهم أو فيما بينهم وبين الدائنين سواء أكانوا من دائنى التركة أو دائنى أحد الورثة^(١).

١٦٢- إجراءات الميراث:

إن القانون الشخصى لا ينطبق إلا فيما يختص بالأحكام الموضوعية المتعلقة بنظام الميراث على النحو الذى فصلناه سلفا. وينبنى على ذلك أن قواعد الإجراءات المتعلقة بتحقيق الورثة وقبول الإرث ورفضه وتثبيت المنفذ أو تعيينه وتعيين مدير التركة تكون من اختصاص القانون المصرى وحده باعتباره قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات طبقا للمادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى.

وقد كان هذا القيد منصوفا عليه صراحة فى المادة ٤٠ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى إذ كانت تقرر "١- قوانين الأجانب الوطنية الواجبة التطبيق وفقا للمواد السابقة (وهى الخاصة بالمواريث والوصايا والهبات) لا تسرى إلا فى أحكامها الموضوعية ٢- وتسرى على الأجانب قواعد

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٥٣.

الإجراءات التي تقررها القوانين المصرية في مواد الأحوال الشخصية على ألا تتعارض هذه القواعد مع حكم موضوعي في القوانين الوطنية لهؤلاء الأجانب".

والواقع من الأمر أن هذه المادة لم يكن ثمة لزوم لها، فالفقرة الأولى تقرر قاعدة عامة مفهومة ضمنا من نص المادة ٥٢ من المشروع التمهيدى الخاصة بالإجراءات والتي أصبحت بعد ذلك المادة ٢٢ من القانون المدنى كما أن الفقرة الثانية هى تردد لما ورد فى نفس المادة ٥٢، ولذلك ما أن تليت على لجنة المراجعة حتى اقترح الأستاذ السنهورى حذفها "اكفاء بالنص العام الوارد فى الإجراءات" فوافقت اللجنة على هذا الحذف^(١).

١٦٣- أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق؛

إذا تبين أن القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الميراث يتعارض مع النظام العام فى مصر، فإنه يتعين استبعاده.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول ص ٢٧٣ وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة (٤٠) المحذوفة مايتأتى:

"هذا وقد نصت المادة ٤٠ فى فقرتها الأولى على أن قوانين الأجانب الواجبة التطبيق وفقا لجميع المواد التى تقدم ذكرها لاتسرى إلا فى أحكامها الموضوعية وهذه الفقرة تقرر قاعدة من القواعد العامة لأن للإجراءات أحكاما أخرى نصت عليها المادة ٥٢ من المشروع ولذلك يحسن أن يكون إيقاؤها أو حذفها محلا للاستفتاء. أما الفقرة الثانية فنقضى بأن قواعد الإجراءات التى تقررها القوانين المصرية فى مواد الأحوال الشخصية تسرى على الأجانب على ألا تتعارض هذه القواعد مع حكم موضوعي فى القوانين الوطنية لهؤلاء الأجانب. وقد استمد المشروع هذه الفقرة الثانية من القسم الثالث من تصريح الحكومة المصرية الملحق بمعاهدة إلغاء الامتيازات وهو نص لانظير له فى التشريعات الأجنبية. وإذا كان تعهد مصر بإعداد قانون للإجراءات يسرى على الأجانب فى مسائل الأحوال الشخصية قد هيا مناسبة لصدور مثل هذا التصريح فليس ثمة وجه لتركيزه فى نص من نصوص المشروع. ولذلك يحسن أن يكون حذف المادة ٤٠ بأسرها محلا للاستفتاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٧٣ الهامش).

ومجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي وأحكام القانون المصرى لا يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي بوصفه مخالفا للنظام العام إذ يجب لإمكان استبعاد القانون الأجنبي أن يصطدم بالأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى. لذلك يتعين النظر فى كل حالة يختلف فيها القانون الأجنبي عن القانون الوطنى لمعرفة مدى مساسها بالأسس التى تقوم عليها أحكام الميراث فى القانون المصرى.

ويمكن القول بصفة عامة أنه إذا تضمن القانون الأجنبي أحكاما تعسفية كمنع الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وتحديد الورثة بما يخالف الشريعة الإسلامية، بجعل شخص وارث رغم أنه غير وارث أو جعله غير وارث بالرغم من أنه وارث، أو بإجازه الإرث بين المسلمين وغير المسلمين. كان القانون الأجنبي مخالفا للنظام العام^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إن كون الإنسان وارثا أو غير وارث، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعا، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام. والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى. وتحريم التعامل فى التركات المستقبلية يأتى نتيجة لهذا الأصل، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شئ يمس بحق الإرث عنه، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة أو النقص من حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٤/٦/١٤)

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٥١ ومابعدھا.

٢- إذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها فإن التكيف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فهو اتفاق باطل.

أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه. ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة، ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هو من قبيل الرقيي المحرمة شرعاً".

(طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق جلسة ١٤/٦/١٩٣٤)

٣- "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر، وإذا كان تطبيق القانون الفرنسي على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضي الوطني معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها في الخصومات التي ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين - إذ كان ذلك، وكان الثابت في الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٧/٥/١٩٦٤)

١٦٤- ثانياً: الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت:

عرف المشرع الوصية في المادة الأولى من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بقوله: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت". أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فتشمل وفقاً للقانون المدني نوعين من التصرفات.

النوع الأول: هو تلك التصرفات التي تصدر من المريض مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع إذ تقضى المادة ٩١٦ على أنه:

"(١) كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذ لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

(٣) وإذ أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

وإلحاق هذه التبرعات والتصرفات بالوصايا أمر مفهوم، فالشارع عندما ينظم الوصية إنما يهدف في حقيقة الأمر إلى حماية الورثة من تصرفات الموصي حيث يلزمه الإبقاء على قدر معين من التركة لا يجوز له التصرف فيه بالوصية، وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه بصفة كاملة إلا إذا سرى هذا الحكم على التبرعات والتصرفات التي لا تخرج في حقيقتها عن التصرف في التركة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت أو بعبارة أخرى عن الوصية^(١).

النوع الثانى: هو التصرفات التى تصدر لوارث ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة. إذ تنص المادة ٩١٧ مدنى على أنه: "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقر دليل يخالف ذلك".

ولما كانت الوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وثيقة الصلة بنظام الإرث فقد حرص المشرع المصرى على إخضاعها من حيث الشروط الموضوعية إلى نفس قاعدة الإسناد التى يخضع لها الإرث أى أخضعها لقانون جنسية المورث وقت الوفاة. كذلك فإنه لم يخضعها من حيث الشروط الشكلية لقاعدة الإسناد التى تحكم أشكال التصرفات القانونية عامة وإنما أخضعها إلى قاعدة إسناد خاصة تتلائم مع طبيعتها.

وبعبارة أخرى فإن الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تخرج من مجال إعمال قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل وتخضع لقواعد خاصة نظرا لارتباطها الوثيق بنظام الإرث.

وعلى ذلك فإذا ما عرض على القاضى الوطنى نزاع يتعلق بتصرف قانونى فإنه يتعين عليه أن يحدد أولا ما إذا كان هذا التصرف يعد تصرفا عاديا أم أنه يعد من الوصايا أو التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت. ويعد هذا التحديد مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائما حول تصرف نية المتصرف هل هى البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادى. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانونا، فاستعرضت المحكمة الأوصاف التى

يصح انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها".

(طعن رقم ٢٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٩)

١٦٥- قاعدة الإسناد الخاص بالشروط الموضوعية:

رأينا أن المادة تنص على أن: "يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته".

ويتضح من هذا النص أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت لذات القانون الذى تخضع له الشروط الموضوعية للإرث وذلك نظرا للصلة الوثيقة التى تربط بينهما. وبعبارة أخرى تخضع الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من حيث الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية المورث وقت الوفاة.

وكانت المادة (٣٨) من المشروع التمهيدي للتقنين المدنى المقابلة للمادة (١٧) تنص فى فقرتها الثانية على أن: "أما الوصية والإيصاء المتبادل وعقود التوريث فيسرى عليها قانون الموصى وقت عمل الوصية" وعند عرض المشروع فى لجنة المراجعة اقترح الدكتور السنهورى تحويل النص بجعله قانون الموصى وقت موته لا وقت عمل الوصية، وقد وافقت اللجنة على ذلك. كما وافق عليه مجلس الشيوخ بعد تعديل طفيف فى الصياغة.

وعلى ذلك أصبح يحكم الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته.

وهكذا يخضع الأجانب فى وصاياهم لقانون بلدهم ويخضع المصريون لقانون جنسيتهم وهو هنا أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، وذلك عملا بالمادة ٩١٥ مدنى التى تجرى على أن: "يسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها".

ويسرى هذا القانون، سواء أكان الموصى به منقولاً أو عقاراً، وبصرف النظر عن البلد الموجود فيه هذا العقار أو ذاك المنقول. لكن يلاحظ مع ذلك أن تطبيق هذا القانون مقيد بقيود خاصة تكاد تتطابق مع تلك التي أوردناها بالنسبة للقانون الذي يحكم المواريث على النحو الذي سنراه.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصول الوفاة وموت الموصى مصرّاً عليها، وتكون محكومة بالقانون السارى وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية. وإذن فمتى كان المورث قد توفى فى وقت سريان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تعين خضوع وصيته لحكم هذا القانون".

(طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٢٣)

٢- "أموال الشخص تؤول لغيره بوفاته بأحد طريقين، الميراث أو الوصية، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد استخلصت من المستندات المقدمة إليها وفى حدود سلطتها الموضوعية أن ملكية العقارات الكائنة بمصر قد انتقلت إلى الطاعنين بوفاة والدتهم بطريق الوصية الصادرة منها لا الميراث. وكان القانون الإنجليزى الذى يسرى على واقعة النزاع باعتباره قانون والد الطاعنين التى صدرت منها الوصية، وذلك عملاً بقاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٧ من القانون المدنى المصرى والذى يبيح حرية الإيصاء، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس".

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١)

٣- (أ) - "الشروط الموضوعية للوصية لموضوع النزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيصاء أو القدر الذى تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون اليونانى وهو قانون الموصى وقت موته، ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاستناد إلى قانون أجنبى، واقعة يجب على الخصوم إقامة الدلائل عليها، وإذ كان الطاعنون لم يقدموا ما يفيد أن نصاً فى القانون اليونانى يرتب البطلان على

انعدام وجود الموصى له عند الإيصاء، فليس يجدى فى هذا المقام التحدى ببطلان الوصية استنادا إلى حكم قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦".

(ب) - "طبقا للمادة ٥٥ من القانون المدنى-الملغى- الذى تمت الوصية فى ظله تسرى على الوصية أحكام قانون بلد الموصى وقت وفاته. وإذ كان الثابت أن الموصى يونانى الجنسية، وقد حررت الوصية فى ٢١ من أبريل سنة ١٩٣٦ وأشهرت عقب وفاته أمام المحكمة القنصلية اليونانية بالزقازيق بتاريخ ١٢ من أغسطس ١٩٣٧ فإنه يطبق فى شأنها القانون الذى تشير به قواعد الإسناد وهو القانون المدنى اليونانى دون القانون المدنى المصرى أو الشريعة الإسلامية".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

(ج) - "النص فى المادتين ٢٠٢٠، ٢٠٢١ من القانون المدنى اليونانى، يدل على أن مهمة منفذ الوصية فى الأصل مقيدة بتنفيذ أحكام الوصية ومحددة بأعمال الإدارة ولايباح له التصرف عند الضرورة الملجئة إلا بموافقة الوارث، فإن لم يكن هناك وارث أصلا أو تعذر إيداء رأيه لسبب أو لآخر، فلا مناص من الحصول على إذن بذلك من محكمة التركة، وإذ نهج المطعون فيه هذا المنهج، فإنه يكون قد التزم التفسير السليم لنصوص القانون المدنى اليونانى آنفة الإشارة".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٥/٢/١٢)

١٦٦- المقصود بالشروط الموضوعية للوصية :

تطبيق النص قاصر على الأحكام الموضوعية الخاصة بالوصية. وهذه الأحكام تشمل: مدى حرية الموصى فى الإيصاء سواء من حيث القدر الجائز الإيصاء به أو من حيث الأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم. فمن التشريعات ما يسمح للموصى بحرية مطلقة فى الإيصاء بأى قدر من ماله سواء وجد ورثة أم لا. ومن التشريعات ما يقيد حرية الموصى فى هذا الشأن على الأقل إذا وجد ورثة من درجة معينة. كما تتجه بعض التشريعات إلى منع الموصى من الإيصاء لأشخاص معينة كالوصية للطبيب المعالج فى مرض الموت، أو لرجل الدين، أو للوارث.

وكذلك تشمل جزاء المنع المقرر على الإيضاء في الأحوال السابقة وكافة الآثار التي تترتب على الوصية^(١).

١٦٧- هل تخضع الأهلية لقانون الجنسية؟

ذهب رأى إلى أن أهلية الموصى للإيضاء وأهلية الموصى له بالقبول تخضع لقانون الجنسية عملاً بالمادة (١٧) مدنى. فهذا القانون هو الذى يقرر ما إذا كان الموصى أهلاً للإيضاء وقت إنشاء الوصية أم لا، وهذا الحكم يخالف ما ورد فى المادة ١/١١ مدنى والذى يقرر بأن العبرة بقانون الجنسية وقت التصرف، ولكن يؤكد هذه المخالفة أن نص المادة ١/١٧ من القانون المدنى جاء عاماً ولو أراد المشرع استثناء الأهلية لاستثنائها فى الفقرة الثانية من هذه المادة مع استثناء الشكل، فضلاً عن أن الحل الوارد فى المادة ٣٨ من المشروع التمهيدى كان متمشياً مع نص المادة ١/١١ بخصوص الأهلية ولكن عدل عن ذلك صراحة بعد مرور المشروع من لجنة المراجعة^(٢).

بينما يذهب رأى آخر إلى أن أهلية الموصى تخضع للقواعد العامة فى الإسناد الخاصة بالأهلية لقانون جنسية الموصى وقت عمل الوصية عملاً بالمادة ١١ مدنى، كما أن القواعد الموضوعية فى مختلف القوانين تستلزم لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلاً وقت عمل الوصية باعتبارها عملاً إرادياً يلزم لصحته كمال الأهلية وقت صدور الإرادة والواجب أن تتجاوز قاعدة الإسناد مع هذه القوانين فتبين القانون الواجب التطبيق على أهلية الموصى وقت عمل الوصية، وهو بعينه القانون الواجب التطبيق على الأهلية لمباشرة التصرفات الإرادية على وجه العموم^(٣).

(١) هشام صادق ص ٣١٩ - المستشار أنور طلبه ص ٤٢٨.

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٦ - المستشار أنور طلبه ص ٤٢٨ - المستشار الدكتور محمد شتا ص ٢٠٤.

(٣) عز الدين عبد الله ص ٣٥٥ وما بعدها.

ويذهب رأى ثالث إلى أن أهلية الموصى للإيصاء تخضع لكل من قانون جنسية الموصى وقت الإيصاء وقانون جنسيته وقت الوفاة. وأساس الاعتداد بقانون جنسية الموصى وقت عمل الوصية فى شأن أهلية الإيصاء هو أن الوصية تصرف قانونى، أى عمل إرادى يلزم لصحتها كمال الأهلية وقت صدور الإرادة.

ومع ذلك فإن الوصية ورغم كونها تصرفا قانونيا، إلا أنها تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيها ما بقى الوصى حيا. وبهذه المثابة فإن شروطها الموضوعية لا تتحدد نهائيا إلا عند وفاة الموصى.

ومن هنا يتعين أن يعتد أيضا بقانون جنسية الموصى وقت الوفاة عند تقدير مدى أهلية الموصى للإيصاء.

أما بالنسبة لعيوب إرادة الموصى فتخضع لقانون جنسية الموصى وقت إبرام الوصية. ذلك أن عيوب الإرادة يجب النظر إليها عند عمل الوصية لأنه الوقت الذى قد تصدر فيه الإرادة معيبة^(١).

ويذهب رأى رابع إلى وجوب التفرقة بصدد الأهلية بين الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

فيما يتعلق بالوصية تخضع أهلية الإيصاء فيها وعيوب الرضا إلى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة. ذلك أن الوصية تصرف إرادى لا ينشأ من الناحية القانونية إلا بعد الوفاة. وبعبارة أخرى لا يترتب على التعبير الإرادى بالوصية أى حقوق أو التزامات إلا لحظة الوفاة. وبالتالي يتعين إخضاعها للقانون الذى تنشأ هذه الالتزامات والحقوق فى ظلّه أى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة.

أما فيما يتعلق بسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فإنه يتعين إخضاع أهلية التصرف وعيوب الرضا إلى قانون من صدر منه التصرف وقت

(١) هشام صادق ص ٣٢٠ ومابعداها.

التصرف ذلك أن هذه التصرفات تنشأ وتترتب عليها آثار قانونية بمجرد إبرامها فيما بين المتصرف والمتصرف إليه وبالتالي يتعين خضوع الأهلية وعيوب الرضا لقانون المتصرف وقت التصرف^(١).

١٦٨ - التقيد بأحكام القانون المصري باعتباره قانون موقع المال :

القاعدة التي ذكرناها سلفاً وهي تطبيق قانون جنسية الموصى وقت موته على الشروط الموضوعية للوصية، تتقيد بالقانون المصري باعتباره قانون موقع المال.

ويترتب على ذلك وجوب اتباع الأحكام الآتية:

(أ) شهر الوصية :

يجب إعمال نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري في مصر باعتباره نصاً إقليمياً حيث يقضى بتعليق نقل ملكية العقار الكائن في مصر والموصى به على التسجيل إذ يقضى بأن "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم".

(ب) بيان مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بأموال التركة وما يترتب على

ذلك من أثر في حقوق الورثة في التركة :

(راجع بند ١٥٨/ب).

(ج) تسليم أموال الوصية وقسمة هذه الأموال.

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٦١.

١٦٩- أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق:

تطبيق قانون الجنسية على الوصية أو التصرف المضاف إلى ما بعد الموت مقيد بعدم تعارضه مع قواعد النظام العام في مصر، فإذا تجاوزت أحكامه الموضوعية بشأن الوصية مع هذه القواعد فإنه يجب استبعادها. ومن ثم تعتبر الوصية الواجبة متعلقة بالنظام العام ويجب أن يقضى بها في مصر ولو كان قانون جنسية المتوفى لا يقضى بها. فقد جاء في المادة ٧٦ من قانون الوصية: "إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر، قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله" كذلك يعتبر المنع الوارد في المادة ١٧ من القانون المذكور متعلقا بالنظام العام بحيث يجب العمل به ولو كان غير موجود في قانون جنسية الموصى وقت الوفاة، فقد جاء في هذه المادة: "يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذ كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمسة عشر سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي"^(١).

ولم تعتبر محكمة النقض ما يقضى به القانون اللبناني من إجازة الوصية بأكثر من الثلث بالنسبة لغير المسلمين مخالفا للنظام العام.

إذ قضت بتاريخ ١٩٦٧/٧/٢٦ في الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية" بأن:

"وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٦٨ - عز الدين عبد الله ص ٣٦٠.

هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين".

وواضح من هذا الحكم أن طرفي الوصية لبنانيان مسيحيان، ولذلك ذهب الحكم إلى أنه: "ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين". ومن ثم فإنه أخذاً بمفهوم المخالفة إذ تعلق الأمر بالمسلمين لتعين استبعاد القانون الأجنبي الذي يقرر أحكاماً تتعارض مع الشريعة الإسلامية بالنسبة للقدر الجائر الإيصاء به، وعلى هذا النحو يعد الحكم السالف امتداداً لحكم محكمة النقض الصادر في الطعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" بتاريخ ١٩٦٤/٥/٢٧ في شأن الميراث، وهي بذلك تؤكد على رب أحكامها في شأن الوصية والميراث بالقضاء المستقر في مجال الزواج ونظام الأسرة، والذي جرى على استبعاد تطبيق قانون الجنسية عند مخالفة أحكامه لمبادئ الشريعة الإسلامية في جميع الفروض التي يتعلق فيها الأمر بالمسلمين^(١).

١٧٠- قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية:

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن: "ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". والمقصود بالشكل هو إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي. فلما كانت قاعدة الإسناد الخاصة بشكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، تختلف عن قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع هذه التصرفات فإنه يتعين على القاضي الوطني إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بالوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

(١) هشام صادق ص ٣٢٥ وما بعدها.

أن يحدد أولاً ما إذا كان النزاع يتعلق بالشكل أم بالموضوع. ويعتبر ذلك من مسائل التكييف وبالتالي يخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى.

ولكى تكون الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية يجب إما أن يراعى الشكل الذى نص عليه قانون جنسية الموصى (أو المتصرف) وقت الإيصاء (أو وقت التصرف) أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية (أو التصرف).

والواقع أن تقرير خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من الناحية الشكلية لقانون محل الإبرام فيه تيسير على المتصرف، إذ أنه من السهل عليه معرفة الشكل الذى يقرره قانون الدولة التى يراد إبرام التصرف فيها. هذا فضلاً عن أن خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام يعد من القواعد التقليدية التى استقر عليها العمل منذ المدرسة الإيطالية القديمة^(١).

فإذا غير الموصى جنسيته بعد الإيصاء، فإنه لا يعتد فيما يتعلق بالشروط الشكلية بقانون الجنسية الجديدة، وإنما يتعين توافر الشروط الشكلية التى نص عليها قانون الجنسية القديمة باعتباره القانون الذى تم فى ظله التعبير عن الإرادة.

فال يونانى المقيم فى مصر مثلاً، يستطيع أن يوصى بأمواله الموجودة فى مصر وفقاً للشكل المقرر فى قانونه وقت الإيصاء، أو وفقاً للشكل المحلى المصرى.

والقانون المصرى لا يستلزم شكلاً معيناً لإنشاء الوصية، فيجوز أن تبرم الوصية بالعبرة أو بالكتابة بل يجوز أن تبرم بالإشارة.

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية على أن: "تتعد الوصية بالعبرة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة".

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٥٨.

وقد جاء بالفقرة الثانية من المادة المذكورة أنه: "ولاتسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه، كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها". وهذا الحكم ليس متعلقا بشكل الوصية اللازم لوجودها بل متعلق بإثباتها، بمعنى أن وصية الأجنبى فى جمهورية مصر تتعد بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة، ولكنه إذا ما شاء الحصول على دليل إثبات تسمع به الدعوى تعين عليه إجراء الوصية فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية يكتبها بخطه ويضع عليها إمضاءه أو بورقة عرفية يصدق على توقيعها عليها. والوصية التى تتم فى الشكل المحلى فى الجمهورية يتحقق الاحتجاج بها من عدمه فى دولة أجنبية حسب ما تقضى به قواعد الإسناد فى هذه الدولة.

وللمصريين أن يحرروا وصاياهم فى فى الخارج إما فى الشكل المحلى وإما حسب أحكام القانون المصرى^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن "يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية. .." يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية فى التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فى قانون

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٣٦٢ - المستشار أنور طلبه ص ٤٣٠.

الدولة التي ينتمى إليها بجنسيته وإما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك الإجراء، أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنبا إلى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون بلد إبرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ الإقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشكل الذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار للموصية فى سلوك أحد الطريقين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويا على مخالفة للنظام العام، فإن النعى على الحكم يكون ولا محل له".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)

(أنظر أيضا طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ المنشور)

فى شرح المادة ٢٠)



مادة (١٨)

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

الشرح

١٧١- قاعدة الإسناد في مسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى:

رأينا أن المادة تنص على خضوع الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون الموقع بالنسبة للعقار. كما تنص المادة في عجزها على أنه يسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى. وعلى هذا نفرق في دراستنا هنا بين العقار والمنقول.

أولاً: العقار

١٧٢- نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار:

رأينا أنه يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار.

ويتحدد نطاق تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقار في المسائل الآتية:

١- بيان ما يصح من الأشياء أن يكون محلاً للحقوق المالية، وبيان ما يعتبر من الأشياء منقولاً وما يعتبر عقاراً، لأن تقسيم الأشياء يعتبر من نظام الأموال ويدخل في نطاق سلطان قانون الموقع على هذه الأشياء.

وإذ كانت المادة العاشرة من التقنين المدنى - كما رأينا- تنص على القاعدة العامة فى التكييف وتضى بأن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها، إلا أنه يرد عليها استثناء فيما يتعلق بإخضاع تكييف الأموال لقانون موقعها باعتباره القانون الذى ينطبق عليها لمعرفة ما إذا كان الشئ عقارا أو منقولا، فلا يعتد القاضى بقانونه فى هذا الصدد.

(أنظر نقض طعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ ق "أحوال شخصية")

جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ المنشور فى هذا البند).

٢- بيان الحقوق العينية التى يمكن أن ترد على المال لتحديد ما إذا كان يجوز ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق على المال، وبيان نطاق الحق العينى وما يخوله من سلطات وما يرد عليه من قيود.

٣- بيان أسباب الحقوق العينية وانتقالها وانقضاءها.

ومن هذه الأسباب ما يخضع بشكل كامل لقانون موقع المال كالحيازة والاستيلاء والاتصاق والشفعة، ومنها ما يخضع لقانون آخر، فقد رأينا أن الميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفى ولا يخضع لقانون موقع المال سوى ترتيب الأثر الناقل للحق العينى.

كما يختلف الأمر بالنسبة للعقود المبرمة بشأن العقار إذ تنص المادة ١٩ مدنى صراحة على أن "قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار".

وعلى ذلك فإن قانون موقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العينى للعقد من حيث إنشاء الحق العينى أو نقله أو زواله بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد العقد، وذلك حتى ولو كان لا يترتب على العقد إنشاء حقوق عينية وإنما إنشاء التزامات شخصية كعقد الإيجار^(١).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧١.

وكان المشروع التمهيدى يتضمن مادة برقم (٤٤) تنص على أن: "يسرى قانون موقع العقار على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار الخ" - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويتفرع على هذه الأحكام أن جميع العقود المتعلقة بعقارات ولو كانت مرتبة لحقوق شخصية تخضع لقانون موقع العقار. ويأتى الإيجار فى طليعة هذه العقود ... الخ" - إلا أن هذه المادة حذفت مع مواد أخرى فى لجنة المراجعة^(١) لأن بعضها يتضمن أحكاما تفصيلية والبعض الآخر سبق ذكر أحكامها^(٢).

ولا يخرج من اختصاص قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المبرمة بشأنه إلا ما يتعلق بأهلية المتعاقدين إذ تظل خاضعة للقاعدة العامة بشأن الأهلية الواردة بالمادة ١١ وما يتعلق بشكل التصرف إذ يظل خاضعا للقاعدة العامة بشأن الأشكال الواردة بالمادة (٢٢).

ويدق الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهى حقوق تتبع حقا من الحقوق الشخصية وتستند فى وجودها إليه كحق امتياز الدائن على أموال مدينه والرهن القانونى الذى تمنحه بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها. فلا يكفى لوجود مثل هذه الحقوق أن يقرها قانون موقع المال إذا لم يكن يقرها القانون الذى يحكم العلاقة الأصلية، أى القانون الذى يحكم الدين نفسه أو القانون الذى يحكم آثار الزواج. وبعبارة أخرى فإنه يتعين للاعتداد بالحقوق العينية التبعية أن تكون مقررة فى القانونين معا^(٣).

٤- بيان أحكام الحيازة وتحديد الحقوق العينية التى يمكن أن تكسب فى الأشياء من أصلية وتبعية، وبيان نطاق كل منها وكذلك آثاره. فهو الذى يبين مثلا مزايا حق الملكية، من استعمال واستغلال وتصرف، كما يبين نطاقه من حيث العلو والعمق والقيود التى ترد عليه وطبيعة هذه القيود، أهى حقوق ارتفاق أم مجرد موانع من التصرف^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٨٨ هامش (٢) ومابعده.

(٢) سامية راشد ومحمد عبد المنعم رياض ص ٣٧١.

(٣) عز الدين عبد الله ص ٣٧٣.

٥- شهر التصرف المتعلق بعقار يخضع لقانون الموقع، لأن الغاية من الشهر هي تأمين المعاملات العقارية، وهي غاية لا تترك إلا بمراعاة أحكام قانون الموقع.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقا للمادة ١٨ من القانون المدني إنما تتصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة في التركة".

(طعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦)

٢- "مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدني أنه يدخل في مجال أعمال قانون موقع العقار وبيان طرق كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها، سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتفاد المكنسب أو غير خاصة بها كالعقد وسواء ترتب على العقد نقل الملكية في الحال أم ترتب عليه الالتزام بنقل الملكية. وإذ أغفل المشرع النص في المادتين ١٨، ١٩ من القانون المدني على خضوع التصرف المترتب عليه كسب الحق العيني أو تغييره أو زواله من حيث الشكل وشروط الصحة لقانون موقع العقار على غرار ما فعل القانون البولوني الذي استقى منه المشرع نص المادتين المذكورتين، فإن العقد المتعلق بعقار يخضع لقانون موقعه من كافة الوجوه فيما عدا الأهلية التي تظل خاضعة لسلطان القانون الشخصي، والشكل الخارجي للمتصرف الذي يظل خاضعا لقانون محل إبرامه".

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٧)

١٧٣- كيفية تحديد موقع العقار:

لا يثير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة. كل ما في الأمر هو أن التساؤل قد يثار فيما لو وقع العقار على الحدود الفاصلة بين دولتين مختلفتين. وقد اتفق الفقه على ضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد بها هذا الجزء من العقار على إقليمها، على الأقل ما لم توجد اتفاقية دولية لتنظيم هذه المسألة^(١).

ثانياً: المنقول

١٧٤- القاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه:

تنص المادة (١٨) على أن: "... ويسرى بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها". فالقاعدة إذن هي خضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

وهذه القاعدة سائدة ومسلّمة فقها وقضاء وتشريعاً في مختلف بلاد العالم. ويكفي تبريراً لهذه القاعدة أن سلامة المعاملات تقتضيها، إذ أن قانون الموقع هو أكثر القوانين يسراً ويقيناً في التعرف عليه كما أن موقع المنقول هو المكان الذي تتركز فيه العلاقات القانونية المتعلقة بالمنقول وهو موضوعها. والمنقول الذي تسرى عليه هذه القاعدة هو المنقول المفرد دون المنقولات التي تكون مجموعة كما هو الشأن في ميراث المنقول إذ يحكمه قانون المورث وقت موته.

غير أنه وإن كانت قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه ظاهرة البساطة، إلا أنها تحمل في طياتها بعض الصعاب، ذلك لأن المنقول قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، وقد يصعب في الحالتين تحديد موقعه لمعرفة القانون القانون الواجب التطبيق عليه. كما أن عدم ثبات المنقول وقابليته للنقل من جهة إلى جهة

من شأنه إمكان تعاقب خضوعه لسلطان أكثر من قانون، مما يثير مشكلة التنازع المتغير.

وهذا ما نعرض له فيما يلي.

١٧٥- تغيير موقع المنقول:

يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على الحيازة والحقوق العينية المترتبة على منقول فيما لو تغير موقع هذا المنقول.

والذى لا خلاف فيه عند رجال الفقه هو أن قانون الموقع القديم يحكم الحقوق التى تمت أسباب اكتسابها وقت أن كان المنقول فى هذا الموقع، ويشمل مجال أعمال هذا القانون بيان هذه الأسباب وشروطها وتحديد نطاق الحقوق التى تكسب بها وكذلك آثار هذه الحقوق.

وعلى ذلك فالمنقول الموجود فى سويسرا وبيع فيها لا تنتقل الملكية فيه إلا بالتسليم، والمنقول الموجود فى فرنسا أو فى مصر وبيع فيها تنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد دون الحاجة إلى التسليم^(١).

وإنما يدق الأمر فيما لو تحققت أسباب اكتساب الحق العينى أو فقده فى ظل قانون الموقع القديم، ثم نقل المنقول إلى موقع جديد، إذ تثور فى هذه الحالة مشكلة التنازع المتغير.

وقد انقسم رأى فى هذا الشأن إلى رأيين:

الرأى الأول:

يرى وجوب تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري أو مباشر. وأصحاب هذا الرأى بهذه المثابة يضعون للتنازع المتغير حلاً شبيهاً بالحل المتبع فى شأن التنازع الزمنى للقوانين. ذلك أن سريان قانون الموقع الفعلى للمنقول يوفر فى نظر هذا الرأى سلامة المعاملات، فهو القانون الذى يعرفه المتعاملون فى المنقول ويطمئنون إليه.

(١) عز الدين عبد الله ص ٣٨٩ - هشام صادق الكتاب الأول الجنسية المصرية ص ٤٧٢.

ولا يهتم فى نظر هذا الرأى ما قد يؤدى إليه تطبيق قانون الموقع الجديد من تعطيل لما ترتب على المنقول من حقوق فى موقعه القديم إذ القول بغير هذا من شأنه إهدار وحدانية القانون الذى يحكم المنقول فى بلد الموقع الجديد وهو ما يطيح بالثقة فى المعاملات.

وعلى ذلك فإنه إذا باع شخص منقولا فى سويسرا لآخر ولم يتسلمه المشتري فلم تنتقل الملكية إليه وفقا للقانون السويسرى، ثم نقل المنقول إلى فرنسا حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية فى المنقول أصبح المشتري مالكا وفقا للقانون الفرنسى، قانون الموقع الحالى، الذى يدخل فى اختصاصه بيان أثر العقد فى انتقال الملكية، وهذا هو الأثر المباشر لقانون الموقع الحالى.

الرأى الثانى :

يذهب هذا الرأى إلى أن مبدأ الاحترام الدولى للحقوق يقتضى مراعاة أحكام قانون الموقع القديم.

فإذا اكتملت عناصر الحق وفقا لقانون الموقع القديم فيبقى نافذا رغم انتقال المنقول إلى موقع جديد.

وعلى ذلك فلو اشترى شخص منقولا فى دولة تنتقل الملكية وفقا لقانونها من البائع إلى المشتري دون حاجة للتسليم، تملك المشتري المنقول حتى لو لم يكن قد تسلمه. ولا يؤثر فى ملكية المشتري للمنقول أن يكون البائع قد نقله إلى دولة يشترط قانونها التسليم حتى تنتقل الملكية.

كذلك إذا حاز شخص منقولا بسبب صحيح وبحسن نية فى بلد يرتب على هذه الحيازة كسب الملكية فيبقى حقه نافذا ولو انتقل المنقول إلى بلد لا يعترف للحيازة بهذا الأثر.

أما إذا لم تكتمل عناصر الحق وفقا لقانون الموقع القديم فلا يصح الاعتراف للشخص بالحق ولو انتقل المنقول بعد ذلك إلى بلد تنتقل فيه الملكية بمقتضى عقد البيع ودون حاجة للتسليم مثل فرنسا أو مصر.

وكذلك فإن حيازة الشخص لمنقول بسبب صحيح وبحسن نية فى بلد لا يترتب على هذه الحيازة كسب الملكية لا يجعل من هذا الشخص مالكا ولو انتقل إلى دولة يعترف قانونها له بصفة المالك فى هذه الحالة^(١).

غير أن هذا رأى قد نبه إلى أن نفاذ الحق الذى اكتسب صحيحا وفقا لقانون الموقع الجديد على هذا النحو يقتضى أن يكون من الحقوق التى يقرها قانون الموقع الجديد إذ من غير المقبول أن يعترف بحق يجهله قانون الموقع الجديد. وعلى ذلك إذا اكتسب الشخص حق رهن رسمى على منقول ثم نقل المنقول إلى بلد لا يقر قانونه هذا الحق لا يتمتع صاحب الحق بحقه فى الموقع الجديد.

هذا بالنسبة لشروط نفاذ الحق. أما عن مضمون الحق الذى اكتسب صحيحا وفقا لقانون الموقع القديم، أى ما يخوله لصاحبه من سلطات فهو يتحدد وفقا لقانون الموقع الفعلى، أى قانون الموقع الجديد الذى نقل إليه المنقول.

وعلى ذلك فإذا كان حق رهن الحيازة الوارد على المنقول يخول الدائن المرتهن وفقا لقانون الموقع القديم الذى اكتسب فى ظله الحق فى تملك المرهون عند عدم وفاء المدين بالدين المضمون، وكان قانون الموقع الجديد لا يعطى الدائن المرتهن هذا الحق فيجب إعمال قانون الموقع الجديد فلا يترتب على عدم الوفاء حق الدائن فى تملك المرهون^(٢).

وهذا رأى هو الرأى الراجح فى الفقه المصرى.

١٧٦- المنقولات المتحركة:

ثمة منقولات أخرى تتحرك بحيث يكون من الصعب تحديد موقعها فى دولة معينة كالسفن فى البحار والبواخر فى الأنهار والطائرات والبضائع

(١) هشام صادق ص ٤٧٣ ومابعداها - جابر جاد عد الرحمن ص ٥٢٥ - حامد زكى ص ٣٣٢ ومابعداها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧٤.

(٢) هشام صادق ص ٤٧٤ ومابعداها.

المنقولة على ظهر السفن أو بالسكك الحديدية كما يتأتى أن توجد جهات لا تخضع لسيادة ما أو لقانون معين كما لو وجدت في عرض البحار مثلاً، ففي هذه الحالات نجد من الصعب الاعتماد في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الأموال، على قانون الموقع لأن هذا الموقع يتغير باستمرار، ومن ثم يجب البحث عن قانون آخر يوفر تطبيقه ضمانات معادلة لتلك التي يقدمها قانون الموقع بالنسبة للأموال ذات الموقع الثابت أو التي تتمتع بنوع من الثبات والاستقرار.

ونعرض لذلك فيما يلي.

(أ) القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات:

ترجع الصعوبة في تحديد موقع كل من السفينة والطائرة إلى أنها دائمة الحركة. ومن جهة أخرى فهي كثيراً ما توجد في مكان لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة ما، كما هو الشأن بالنسبة للسفن في أعالي البحار والطائرات في الفضاء الجوي الذي يعلو البحار العامة.

والرأى السائد لدى الفقه هو إخضاع كل من السفينة والطائرة لقانون العلم، أي قانون الدولة التي تسجل أو تقيد فيها. فليست العبرة إذن بمكان وجودها الفعلي، وإنما ينطبق قانون العلم على كل ما يتعلق بحيازة السفن والطائرات وما يترتب على أي منها من حقوق عينية بصرف النظر عن مكان وجودها الطبيعي^(١).

وكذلك يقرر الفقه ولنفس الأسباب السابقة، إخضاع السفن النهرية التي تقوم بالملاحة في الأنهار الدولية لقانون ميناء التسجيل.

أما السفن التي تقوم بالملاحة الداخلية فهي تخضع لقانون موقعها الفعلي، أي قانون الدولة التي تقوم بالملاحة في أنهارها.

(١) هشام صادق ص ٤٧٠ - حامد زكي ص ٢٣٤ هامش (٣).

(ب) القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء نقلها :

تبدو الصعوبة في هذا الفرض لكون البضائع قد تجتاز حدود أكثر من دولة خلال نقلها. بل وقد تمر البضائع في إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لأى دولة، مما يثير التساؤل عن القانون الواجب التطبيق على ما قد يكتسب من حقوق عينية عليها.

والرأى المعول عليه هو اعتبار موقع البضائع أثناء النقل هو فى البلد المصدرة إليه. ومن ثم فهي تخضع لقانون هذا البلد.

غير أن الفقهاء قد اختلفوا فى نطاق تطبيقهم فرأى بعضهم أن قانون البلد المصدرة إليها البضاعة يحكم البضائع وهى فى طريقها إلى بلد التصدير سواء أكانت مرسلة بالطرق البرية أم بالطرق البحرية، وذلك فيما عدا الأشياء التى يحملها المسافرين معه على باخرة إذ تخضع لقانون العلم.

ورأى البعض الآخر أن البضاعة المرسلة على بواخر البحار تخضع لقانون العلم وليس لقانون الجهة المرسلة إليها الذى يجب أن يقتصر اختصاصه على البضائع المرسلة بالوسائل البرية.

كذلك منهم من رأى أنه إذا تحقق للبضاعة أثناء النقل استمرار مؤقت فى مكان  خضعت البضاعة لقانون هذا المكان فيمكن لدائن مالك البضاعة أن يوقع جزا عليها وفقا لهذا القانون، كما يكون للمالك أن يبيعها وفقا لهذا القانون أيضا^(١).

ونرى الأخذ بالتطبيق الأول لهذا الرأى.

١٧٧- المنقول المعنوى :

يقصد بالمنقول المعنوى الشئ الذى لا يقع تحت الحس ومع ذلك يصلح محلا للحق العينى (م ١/٨٢، م ٨٦ مدنى).

(١) راجع فى هذا هشام صادق ص ٤٧٠ وما بعدها - عز الدين عبد الله ص ٣٨٦ وما بعدها.

والحقوق التي تترتب في الأشياء المعنوية هي حقوق عينية معنوية، مثل الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وتتخذ مكانها من تقسيم الحقوق المالية في قسم الحقوق المنقولة، وتعتبر أموالاً منقولة.

كذلك يوجد من بين الحقوق الشخصية ما يمكن النظر إليه بصرف النظر عن مصدره باعتباره منقولاً معنوياً مثل الدين.

ويثور التساؤل عما إذا كانت القاعدة الواردة في المادة ١٨ مدني التي تقضي بخضوع المنقول لقانون موقعه وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحق فيه أو فقده منه، تنصرف إلى المنقول المادي وحده أم إليه وإلى المنقول المعنوي.

وقد اتضح من مراجعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني أن هذه المسألة كانت تحت البصر في لجنة سنة ١٩٣٦ الثانية، فقد حدث أثناء نظر المادة ١٤ من المشروع التمهيدي (والتي صارت فيما بعد المادة ٤١ من المشروع ثم المادة ١٨ من التقنين) أن اقترح أحد الأعضاء "أن ينص كذلك على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمنقولات المعنوية"، وذكر عضو آخر "أنه من المعلوم أن لفظة منقول الواردة بالمادة تنصرف فقط إلى المنقولات المادية دون المعنوية، فإذا كان هناك شك من هذه الناحية، فإنه يحسن تعريف لفظة "المنقول" بإضافة لفظة المادي إليه". وقد عقب رئيس اللجنة على ذلك بقوله: "إن النص الخاص بهذه القاعدة (أي قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه) في جميع التشريعات خلو من لفظة (مادي) وأنه يمكن بناء على ذلك الاكتفاء بإثبات التحديد المقترح للفظـة مادي بمحضر أعمال اللجنة".

وقد وافقت اللجنة على ذلك^(١).

وظاهر من هذا أن القاعدة الواردة في المادة ١٨ فيما يتعلق بالمنقول، مقصورة على المنقول المادي، وهو ما يتعين معه البحث عن قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول المعنوي في ظل القواعد العامة، وهو ما فصله فيما يلي.

(١) لجنة المرحوم كامل (باشا) صدقي - الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٧٨ وما بعدها.

١٧٨- أولاً : الملكية الفكرية :

تشمل الملكية الفكرية الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية. وتوجد صعوبة في تحديد القانون الذى يحمى هذه الملكية مردها أن الكتاب مثلاً قد يؤلف ويطبّع فى بلد ثم يتداول فى بلد أو بلاد أخرى. والاختراع قد يظهر فى بلد ويستخدم فيه ثم لا يلبث أن يستخدم فى بلاد أخرى، والعلامات التجارية والصناعية قد تسجل فى بلد ويطلب حمايتها فى بلد آخر.

وقد وضعت الحل لذلك بعض الاتفاقات الدولية بحلول خاصة، منها اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية والمؤرخة ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ والمكملة بباريس فى ٤ مايو سنة ١٨٩٦ والمعدلة ببرلين فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨، والمكملة فى برن فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٤، والمعدلة بروما فى ٢ يونيو سنة ١٩٢٨، وبروكسل فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨، واستكهولم فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٧، وباريس فى ٢٤ يوليو سنة ١٩٧١.

أما حيث لا توجد اتفاقية، فالمقرر وجوب اتباع قانون بلد الأصل. غير أن تحديد هذا القانون قد يدق كثيراً، ومع ذلك فيمكن أن يقال إن هذا القانون بالنسبة لحق التأليف هو قانون البلد الذى تم فيه الطبع أو النشر أولاً إذ أن هذا النشر هو الذى يسبغ على العمل الفنى أو الأدبى قيمته الخاصة من ناحية العلاقات الاجتماعية، فمن هذه اللحظة - لحظة النشر - قد يتطلع الأفراد إلى هذا العمل، باعتباره مالا بغية الاستفادة منه ومن ثم فيبدو معقولاً أن تنظم دولة المكان الذى تم فيه النشر كافة الحقوق الخاصة بالمؤلف وبالجمهور، وفضلاً عن ذلك فإنه إذا كان للأفراد أن يستعلموا عن الحقوق التى يتمتع بها المؤلف فإن الطبيعى أن يلجأوا إلى قانون المكان الذى ظهر فيه العمل (المؤلف) إلى حيز الوجود بالنسبة لهم.

أما بالنسبة لبراءات الاختراع والعلامات الفارقة فإن قانون بلد الأصل يتحدد بقانون الدولة التى نظمت حمايتها أولاً ويمكن تبرير ذلك بفكرة احترام الحقوق.

والملاحظ أن هذا الحل يفترض أن العمل قد نشر، أما إذا لم ينشر، فقد قيل بأن العبرة في هذه الحالة بالقانون الشخصي للمؤلف، بينما يفضل البعض عليه قانون الموقع المادى، كذلك قد يتأتى أن يتم النشر في عدة بلاد في نفس الوقت، وهنا يرجح بعض الكتاب قانون البلد الذى تم فيه النشر الرئيسى أو الأصلى فإن تعذر الترجيح فالعبرة بقانون موطن المؤلف، ويقرر اتفاق برن بأن العبرة بقانون البلد الذى يقرر الحماية لمدة أقل^(١).

وفيما يتعلق بحق المخترع على اختراعه، فإن من المستقر سريان قانون الدولة التى منحت براءة الاختراع. ذلك أن حق المخترع لا ينشأ إلا بالحصول على البراءة وبالتالي فإن قانون الدولة التى منحت البراءة يكون أجدر القوانين بالتطبيق. أما التصميمات والنماذج الصناعية، فإنها تخضع وفقاً للرأى الغالب لقانون الدولة التى تم فيها تسجيل التصميم أو النموذج فالتسجيل هو الوسيلة القانونية للنشر بالنسبة لها، وهو قرينة على وجود صاحبه منذ وقت التسجيل^(٢). أما العلامات والأسماء التجارية فإن الحق فيها مستمد من الأسبقية فى استعمالها للدلالة على مشروع معين.

لذلك فإن القانون الذى يحكم الحق فيها وفقاً للرأى السائد هو قانون الدولة التى يوجد فيها هذا المشروع.

ومع ذلك فيجب أن تلاحظ أن تطبيق قانون بلد الأصل مقيد بقيدتين: (الأول) أنه إذا تطلبت قوانين الدول الأخرى التى يراد حماية هذه الحقوق فيها اتباع إجراءات معينة كالتسجيل مثلاً فيجب اتباع هذه الإجراءات. إذ يجب التمييز بين موضوع الحقوق التى ينظمها قانون بلد الأصل ووسائل الاستفادة منها وهذه ينظمها قانون بلد التداول^(٣).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٠ هامش (١) - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٧٧ وما بعدها.

(٣) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٠ وهامش (٢) - حامد زكى ص ٣٣٤ وما بعدها.

(الثاني) أنه إذا كانت حماية هذه الحقوق في قانون بلد الأصل أوسع مدى منها في قانون بلد التداول (كأن كانت المدة مثلا ١٥ سنة في قانون بلد الأصل و ١٠ سنوات في قانون بلد التداول) فإن العبرة بما يقوله هذا القانون الأخير إذ لا يصح لأصحاب هذه الحقوق من الأجانب أن يطمعوا في حماية أكثر مما يتمتع به الوطنيون.

١٧٩- ثانيا: الديون:

وهذه الديون قد تكون ناشئة عن عقود (التزامات تعاقدية) فتخضع للقانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية كما سنرى في شرح المادة (١٩). وقد تكون ناشئة عن أفعال ضارة فسنرى أنها تكون محكومة بالقانون المحلي.

أما إذا كانت مجسدة في شكل صكوك فيجب أن تخضع لقانون موقعها. فإذا كانت هذه الصكوك لحاملها فهي كالمنقولات المادية سواء بسواء فتخضع لقانون الجهة الموجودة فيها على نحو ما ذكرناه بالنسبة للأموال المادية. أما الصكوك الإسمية كالأسهم والسندات الإسمية وحصص التأسيس فقد ثار بشأنها الخلاف. فقال البعض بأن العبرة بقانون موطن الدائن لأن الدين ملكه فيجب أن يكون موقعه في موطنه، وقال البعض الآخر بوجوب تطبيق قانون موطن المدين إذ أن الدين لو فصل عن شخص الملتزم به لأصبح ولا معنى له ومن ثم فلتجسيد هذا الدين يجب ربطه بالمدين وإخضاعه لقانون موطنه فهو يجب أن يدفع في هذا المحل كما يمكن أن تباشر فيه كافة الدعاوى والمحجوزات. فضلا عن أن هذا القانون يعتبر أكثر حماية للدائنين الذين يظهرون فيما بعد إذ أن تركيز الديون في موطن المدين يعطى لها محلا دائما، ومن ثم فيحكم هذا القانون كل ما يتعلق بهذه الديون من حوالة ورهن وغير ذلك.

وكذلك إذا وجدت نصوص خاصة بهذه الصكوك كضرورة التأشير في دفتر الشركة التي أصدرتها مثلا فيجب القيام بهذا التأشير إذ أن هذه الصكوك لا تتداول إلا به.

أما الصكوك الإذنية وهي الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات، فإن قانون محل الوفاء يكون هو القانون الذي يجب أن تكون له الأرجحية. ففي هذا المحل تنشأ المنازعات وينبغي أن تتخذ فيه الإجراءات التحفظية وقد يتم التنفيذ الجبري وبعبارة موجزة فإن الحق سيجد في هذا المكان معتبرا أو مظهرا خارجيا، ومن ثم فيجب أن يحكم هذا القانون كافة الحقوق العينية التي تكون هذه الصكوك موضوعا لها سواء من حيث الإنشاء أو الانتقال أو الزوال، فهو الذي يحكم التظهير وأثره والوفاء والنتائج المترتبة على عدم الوفاء وهو الذي يحكم الرهن وإيداع هذه الصكوك في الحساب الجارى وهو الذي يحكم الإجراءات التي تتخذ في حالة السرقة أو الضياع وغير ذلك^(١).

١٨٠ - ثالثا: المحال التجارية:

هذه المحال موجودة بالضرورة في بلد معين. ويتحدد هذا البلد بالمكان الذي توجد فيه معظم العناصر المكونة للمحل، فإن كان له فروع خضع كل فرع لقانون الجهة التي بها هذا الفرع. ومن ثم تخضع لقانون هذا البلد بالنسبة للحقوق العينية التي ترد عليها.

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣١ ومابعدھا- وثمة رأى يقضى باعتبار كل التزام صرفى مستقلا عن غيره من الالتزامات ويجب أن يخضع لقانون الجهة التي عقد فيها (فيلتزم الساحب بقانون محل السحب والمظهر بقانون بلد التظهير والقابل بقانون بلد القبول)، وقد أخذ بوجهة النظر هذه إلى حد كبير كل من اتفاق جنيف سنة ١٩٣٠ بخصوص حل تنازع القوانين في الكمبيالة والسند الإذنى، واتفاق جنيف سنة ١٩٣١ بخصوص تنازع القوانين بشأن الشيك، ولكن يعيب هذا الرأى أنه يتجاهل الرابطة التي تربط الالتزامات المصرفية، فكل قانون ينص على نظام خاص بالرجوع في حالة عدم الوفاء ولذلك يبدو غير معقول أن يخضع هذا النظام لتحديدات مختلفة باختلاف أمكنة التظهير، ومن ناحية أخرى فإن مكان التظهير قد لا يظهر دائما في حين أن الصفة المجردة للصك يجب أن تستتبع تعرف قيمة الالتزامات التي تضمن للمظهر له حقه ووزنها الصحيح، وفي النهاية فإذا كان المفروض أن المظهر وقت أن تلقى الصك قد تعرف على الضمانات التي تضمن الوفاء بحقه في بلد معين طبقا لقانون هذا البلد فإنه لا يبدو غريبا أن تخضع التزاماته المقابلة لنفس القانون (مشار إليه في مؤلف جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٣ هامش ١).

مادة (١٩)

- ١- يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه.
- ٢- على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار.

الشرح

١٨١- تطبيق قانون إرادة المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية :

يقصد باصطلاح قانون إرادة المتعاقدين فى القانون الدولى الخاص أنه فى مجال تنازع القوانين بشأن العقود يؤخذ بالقانون الذى اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً.

وأساس إعمال قانون إرادة المتعاقدين هو احترام تلك الإرادة إذ من الطبيعى والمعقول أن يصبح فى مقدور المتعاقدين، إذا أنشأ فيما بينهما رابطة التزام اختيار القانون الذى يحكم هذه الرابطة أو العلاقة من حيث الصحة ومن حيث الآثار. فكما أن المشرع يحمى الأشخاص بتطبيق قانون جنسيتهم على مسائل أحوالهم الشخصية ويحمى أرواحهم ومصالحهم بتطبيق القانون المحلى ويحمى ثرواتهم بتطبيق قانون موقع المال (القانون الإقليمى) فيجب عليه أن يحمى إرادتهم ويحترمها بالسماح بتطبيق القانون الذى يقع عليه اختيارهم لحكم التزاماتهم التعاقدية.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

- ١- "تحصيل الحكم لما ورد بسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى، بما يؤدى إلى إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة فى المادتين

٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحري أو لا يفيد ذلك، يعد من قبيل فهم الواقع في الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع، مادام قد أقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب تحمله".

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٢- "متى كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى أن التعاقد على شحن البضاعة المؤمن عليها بمعرفة الطاعنة ثم بمشارطة إيجار لا تخضع لأحكام معاهدة سندات الشحن، أعمل ما تم اتفاق الطرفين عليه من تطبيق أحكام قانون نقل البضائع بحرا الصادر بإنجلترا فى سنة ١٩٢٤- والقواعد الملحقة به، وكانت المادة الرابعة من تلك القواعد تقضى بعدم مسئولية الناقل أو السفينة عن الهلاك أو التلف الناتج عن أعمال أو إهمال أو خطأ البحارة أو المرشد أو مستخدمى الناقل فى الملاحة أو فى إدارة السفينة، وكان تحصيل الحكم لما ورد بمشارطتى الإيجار وسند الشحن من أنه يفيد الاتفاق على تطبيق القانون المذكور هو من قبيل فهم الواقع فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع متى كان سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق ويكفى لحمل قضائه، فإن المحكمة لا تكون بعد ملزمة بتتبع أسباب الحكم الابتدائى - الذى ألغته - والرد عليها ويكون النعى بما ورد فى هذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٦/١٣)

٣- "النص فى المادة ١٩ من القانون المدنى على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى توجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه يدل على أنه يتعين الوقوف ابتداء على ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فإذا لم يفصح المتعاقدان عن إرادتهما فى هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التى تم فيها العقد".

(طعن رقم ١١١٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٤)

١٨٢- الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية؛

اعتد المشرع فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بإرادة المتعاقدين. وهذه الإرادة قد تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية. والإرادة الضمنية هى التى يستخلصها القاضى من ظروف التعاقد. فيمكنه أن يستشف هذه الإرادة من استعمال المتعاقدين لاصطلاحات معروفة فى قانون معين أو كتابة العقد بلغة معينة أو انتماء طرفى العلاقة لجنسية دولة معينة أو اشتراط الدفع بعملة معينة أو اشتراط تنفيذ العقد فى إقليم. واستخلاص القاضى للإرادة الضمنية لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه فى الحقيقة يقوم بتفسير العقد، وهو ما لا يخضع بصفة عامة لرقابة محكمة النقض^(١).

أما إذا لم يصرح المتعاقدان بإرادتهما فى شأن تحديد القانون الذى يحكم العقد، وكانت ظروف الحال لا تتم عن إرادتهما الضمنية فى هذا الشأن، فقد جرى الفقه والقضاء على تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتهما إلى تحديد القانون الذى يحكم العقد. فالقاضى فى هذه الحالة لا يفسر العقد للتعرف على ما قصده المتعاقدان، وإنما هو يعين ما كان يمكن أن يقصده المتعاقدان وبعبارة أخرى هو لا يبحث عن إرادة للمتعاقدين موجودة فعلا بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا ويقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد، وهى ما أطلق عليه "الإرادة المفروضة" يأخذها القاضى بمعيار موضوعى هو الرجل المعقول.

ويرى بعض الشراح أن الأخذ بالإرادة المفروضة يخرج العقد فى هذه الحالة من مجال إرادة المتعاقدين، إذ حاصل الأمر هو أن إرادة القاضى هى التى تعين القانون الواجب التطبيق وليس إرادة المتعاقدين^(٢)، وهو ما نراه فى محله.

(١) عز الدين عبد الله ص ٤٢٣.

(٢) راجع عز الدين عبد الله ص ٤٣٤ ومابعداها - حامد زكى ص ٢٤٣ ومابعداها.

١٨٣ - نطاق تطبيق قانون إرادة المتعاقدين :

مجال الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين هو الالتزامات التعاقدية على العموم ومن ثم فإذا اختار المتعاقدان قانونا معيناً، صراحة أو ضمناً، فيجب تطبيق هذا القانون على العقد من كافة نواحيه فيما عدا الأهلية والشكل، وهما مسألتان لا تدخلان فى الحقيقة فى نطاق العقود، بحيث يسرى هذا القانون بالنسبة لأركان الانعقاد وشروط الصحة والإثبات وترتيب الآثار. فحرية المتعاقدين هنا أوسع منها فى القانون الداخلى إذ هى فى هذا الأخير مقيدة بالقواعد الآمرة التى لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على عكسها وقاصرة على قواعده المفسرة والمخيرة التى يجوز لهم مخالفتها، أما بالنسبة للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى فحريتهم فى اختيار القانون الواجب التطبيق لا تعرف هذه القيود فهى تجمع بين دفتيها مبدأ حرية التعاقد المذكور وتمتد إلى أبعد من ذلك فتشمل القواعد المتعلقة بالسبب والموضوع وعيوب الرضا، إذ المقصود هو تشجيع الاتجار والعلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة.

ومع ذلك فإن حرية المتعاقدين ليست مطلقة بل هى تخضع لقيدين هما:

(أولاً): هناك عقود لا تخضع للقانون الذى يريده العاقدان وهى العقود التى ينظمها المشرع تنظيمًا دقيقًا وتخضع للرقابة الإدارية بحيث تفلت، فى حدود هذه الرقابة، من أحكام القانون العام للعقود، ومن أمثلة ذلك عقود التأمين التى تتم فى الجمهورية أو تنفذ فيها فالقانون الذى يحكم رقابتها وهو القانون المصرى يعتبر متعلقًا بالبوليس حيث يلعب بمقتضاه عمال الدولة ووكلاؤها دوراً إيجابياً ضرورياً بالنسبة لها، ويجب على المنظمات الأجنبية التى تتعاطى مهنة التأمين فى جمهورية مصر أن تكون لها مؤسسات قادرة على توفير مستلزمات ومقتضيات الرقابة.

كذلك الحال بالنسبة لعقد الشركة، فإرادة المتعاقدين قاصرة على إنشاء مركز قانونى ويتكفل القانون (وهو قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى أو القانون المصرى) باعتباره قانون محل النشاط الرئيسى وذلك طبقاً للمادة ٢/١١ مدنى

بتحديد مضمون هذا المركز على سبيل الإلزام وليس للأفراد حرية اختيار قانون معين، وعقد العمل أيضا لا يخضع - بالنسبة لعلاقة رب العمل بالعامل - إلى قانون إرادة المتعاقدين وإنما إلى القانون المحلى.

(ثانيا): يستبعد القانون الواجب التطبيق عملا بإرادة المتعاقدين إذا ثبت أن أعماله قد تم غشا نحو القانون، أو إذا كان القانون الأجنبي الذى اختير تتجافى أنظمتة مع الأنظمة الأساسية فى قانون القاضى وذلك أخذا بفكرة النظام العام. ومن أمثلة ذلك التصرف فى التركات المستقبلية فإذا كان هذا التصرف جائزا وفقا لقانون إرادة المتعاقدين، فإن هذا القانون يجب أن يستبعد لمخالفته للنظام العام عندنا إذ جاء بالفقرة الثانية من المادة ١٣١ مدنى أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضا^(١).

١٨٤- سريان قانون دولة الموطن المشترك أو قانون الدولة التى تم فيها

العقد:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة (١٩) تنص على أن: "يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه".

وبالترتيب على ذلك، إذا لم يتفق المتعاقدان على القانون الذى يسرى على العقد أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه، بالتفصيل الذى أوردناه فيما سلف. فإنه يتعين التفرقة فى تحديد القانون الذى يسرى على الالتزامات التعاقدية بين حالتين:

(الأولى): إذا كان يوجد موطن مشترك للمتعاقدين، أى موطن واحد، فإنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك.

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٣٦ ومابعدها.

(الثانية): إذا كان لا يوجد موطن مشترك للمتعاقدين، وإنما كان لكل منهما موطنًا مستقلًا فإنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي تم فيها العقد أى التي أبرم فيها العقد.

١٨٥- مجال تطبيق قانون الإرادة أو ما يحل محلها على مختلف نواحي

العقود:

يخرج من مجال قانون الإرادة وما يحل محلها وهو ما يطلق عليه قانون العقد كل ما يتعلق بالشكل وأهلية المتعاقدين. فالشكل الذى يجب أن يتم فيه العقد يخضع لقواعد إسناد خاصة كما سنرى فيما بعد. كذلك تخرج أهلية المتعاقدين من مجال تطبيق قانون العقد إذ يخضع تحديد الأهلية كما سبق أن رأينا للقانون الشخصى وهو قانون الجنسية وفقا للقانون المصرى.

ولئن كان المشرع قد قصد باستعماله عبارة الالتزامات التعاقدية إخضاع كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها لقانون واحد وهذا هو قانون الإرادة أو قانون العقد إلا أن البحث فى تكوين العقد وآثاره يثير عدة مسائل نعرض لها فيما يلى.

١٨٦- أولاً: تكوين العقد:

إن بحث المسائل التى تتعلق بتكوين العقد يقتضى التعرض لكل من التراضى من جهة والمحل والسبب من جهة أخرى.

(أ) التراضى:

لا خلاف بين الفقه فى وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة على أساس أن هذه المسألة تدخل فى مضمون فكرة الأهلية، وتخضع بالتالى لقانون الجنسية وفقا للمادة (١١) مدنى.

أما وقد استبعدنا مسألة وجود الإرادة، فإن قانون العقد هو الذى يسرى على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة وهل يشترط أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره.

كذلك حكم السكوت، وهل يمكن اعتباره قبولا من عدمه، وكيفية تحديد زمان ومكان العقد الذى يتم بين غائبين.

كما يدخل فى مضمون الفكرة المسندة أيضا كل ما يتعلق بعيوب الإرادة ومدى أثرها على صحة التعاقد.

غير أن فريقاً من الشراح يرى إخراج بعض هذه المسائل من مجال تطبيق قانون العقد. فهم يرون عدم خضوع تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين لقانون العقد وإخضاعهما لقانون القاضى باعتبار أن الأمر يتعلق فى هذه الحالة بتكييف المسألة التى أعطاها وصف العلاقة التعاقدية وذلك للتوصل لمعرفة قاعدة الإسناد.

كذلك يرى بعض الفقهاء عدم خضوع عيوب الإرادة لقانون العقد وإخضاعها للقانون الشخصى لمن صدرت منه الإرادة تأسيساً على أن القواعد المتعلقة بهذه العيوب تهدف إلى حماية الشخص نفسه.

كما يرى بعض الفقه عدم خضوع السكوت ومدى اعتباره تعبيراً عن القبول لقانون العقد ووجوب إخضاعه لقانون مركز أعمال من وجه إليه الإيجاب أو قانون محل إقامته والقول بغير ذلك من شأنه مفاجأة من وجه إليه الإيجاب بحكم لا يعرفه^(١).

(ب) المحل :

يحدد قانون العقد، الشروط الواجب توافرها فى المحل من حيث الوجود وإمكان الوجود فقد يكون شيئاً مستقبلاً عملاً أو امتناعاً عن عمل، ومن حيث الإمكان فيجب أن يكون ممكناً وليس مستحيلاً، ومن حيث التعيين، ومن حيث عدم مخالفة المحل للنظام العام أو الأداب بأن يكون قابلاً للتعامل فيه وفقاً لقانون العقد ولقانون محل التنفيذ ولقانون القاضى. فإن كان التعامل فى المحل مشروعاً

(١) راجع هشام صادق ص ٣٦٦ وما بعدها - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٨٩ وما بعدها.

وفقا لقانون العقد ولقانون التنفيذ في حين يعتبر غير مشروع في قانون القاضى، التزم القاضى بتطبيق قانونه، مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان على فوائد ربوية ويحددان القانون الواجب التطبيق وهو يجيزها على أن يودعها المدين لدى بنك في دولة يقر قانونها هذه الفوائد، ونظرا لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، يلجأ الدائن إلى قاض فى البلد الذى يتوطنان به لإلزام المدين بالتنفيذ ويكون قانون القاضى يحرم الفوائد الربوية وحينئذ يرفض القاضى الدعوى لعدم مشروعية المحل وذلك لأن محل الالتزام عندما يكون عملا فإنه يخضع لقانون محل التنفيذ، فإن كان هذا القانون هو قانون القاضى، التزم بقانونه. أما إن كان المحل شيئا فإنه يخضع من حيث قابليته للتعامل لقانون موقعه^(١).

(ج) السبب:

الرأى الراجح فى الفقه خضوع سبب العقد بدوره لقانون العقد. فهو يخضع له من حيث وجوده ومشروعيته. غير أنه يلاحظ وجوب مشروعية السبب كذلك وفقا لقانون القاضى وإلا تعين استبعاد قانون العقد لتعارضه مع النظام العام. كذلك قد يستبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضى يتطلب وجود سبب للتعاقد ولم يكن العقد قائما على سبب^(٢).

١٨٧- ثانياً: آثار العقد:

تدخل آثار العقد كقاعدة عامة فى مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية. ونتولى فيما يلى بيان القاعدة والاستثناءات التى يقررها البعض فى شأنها، وذلك بالنسبة لكل من آثار العقد المتعلقة بالأشخاص وآثاره المتعلقة بالموضوع.

(أ) آثار العقد بالنسبة للأشخاص:

تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص للقانون الذى يحكم العقد. وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملزمين بالعقد والمستفيدين منه

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٠ - حامد زكى ص ٣٤٥.

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩١.

سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير على أن مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام يدخل في مجال أعمال القانون الذي يحكم الميراث أما أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فهو يعد وفقا لرأى البعض داخلا في مضمون الفكرة المسندة بينما يرى البعض الآخر أن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال.

ويخضع لقانون العقد أحكام التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير، وكذلك حق الدائنين في الطعن في العقد بالدعوى البوليصة وعلى حقهم في رفع الدعوى غير المباشرة.

ويسرى قانون العقد على إضافة تصرف النائب إلى الأصيل مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل. إذا الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تتصرف إلى الأصيل مباشرة.

فهذا الأخير وإن لم يكن طرفا في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها.

ومع ذلك يتجه البعض إلى تطبيق قانون العقد الذي يبرمه النائب مع الغير على أساس أن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وآثاره، مما يقتضى وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة.

وغنى عن البيان أن النيابة القانونية عن فاقدى الأهلية وناقصيها تخرج عن مضمون الفكرة المسندة. إذ من غير المقبول أن يعتد بإرادة الأصيل والفرض أنه معدوم الإرادة أو ناقصها. وسلطة النائب في إبرام التصرفات القانونية نيابة عن المشمول بالحماية، وحكم التصرف الذي يبرمه النائب مجاوزا سلطاته في هذا الشأن، هي مسائل تخضع لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته وفقا للحكم المقرر بالمادة ١٦ من القانون المدنى.

وأخيرا فإن النيابة القانونية للفضولى عن رب العمل بالنسبة لما يجريه من تصرفات قانونية لحساب هذا الأخير تخرج بدورها عن مضمون الفكرة المسندة. ذلك أن مدى سلطة الفضولى في إبرام التصرفات القانونية نيابة عن رب العمل تخضع للقانون الذى يحكم الفضالة، وهو قانون المكان الذى تصرف فيه

الفضولى لصالح رب العمل وفقا للحكم المقرر فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدنى^(١).

(ب) آثار العقد بالنسبة للموضوع:

يسرى قانون العقد على موضوع العقد. فيرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التى يولدها العقد وأحكامه. ويقتضى هذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة فى القانون الذى يحكم الروابط التعاقدية.

وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن تنفيذ هذه الالتزامات يخضع بدوره للقانون الذى يحكم العقد. فيرجع إلى هذا القانون لمعرفة متى يكون التنفيذ عينيا وكيف يكون وأهمية الإعذار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائى وأحكام التعويض القانونى أى الفوائد.

وعلى هذا النحو تخضع المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لقانون العقد، وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار والذى يسرى فى شأن المسؤولية التقصيرية كما ظن البعض فليس الخطأ فى ذاته هو أساس دعوى التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وإنما هو يعتبر كذلك بالنظر لوجود العقد الذى فرض هذه الالتزامات.

ويحكم قانون العقد كذلك التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام.

ويحدد قانون العقد عناصر المسؤولية التعاقدية وأسباب دفعها، كما يحكم مدى صحة شروط عدم المسؤولية.

كما يبين الأجل وآثاره وأسباب سقوطه.

وبالرغم من خضوع تنفيذ الالتزام التعاقدى لقانون العقد فإن قانون دولة التنفيذ قد لا يقر الوسائل التى ينص عليها قانون العقد مما يترتب عليه استحالة التنفيذ. وتعد هذه الاستحالة بمثابة القوة القاهرة وهى تخضع لقانون العقد^(٢).

(١) هشام صادق ص ٣٧٠ ومابعدھا.

(٢) سامية راشد وفؤاد رياض ص ٣٩٣.

وتخضع أوصاف الالتزام لقانون العقد. فهذا القانون هو الذى يبين مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه، والأجل وآثاره وأسباب سقوطه، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء كان الالتزام تخييريا أو بدليا، وكذلك تعدد طرفى الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للإنقسام.

ويخضع لقانون العقد انتقال الالتزام سواء كان هذا الانتقال إيجابيا عن طريق حوالة الحق أو سلبيا عن طريق حوالة الدين.

ويحكم قانون العقد كذلك أسباب انقضاء الالتزام، فهو الذى يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختيارى وشروط صحته. ويبين من يصح منه الوفاء ومن يصح له الوفاء، وهو الذى يبين على أى شئ يقع الوفاء وزمانه ومكانه.

غير أنه يشترط عدم مخالفة طريقة التنفيذ للقواعد المتعلقة بالنظام العام فى بلد الوفاء كما لو كانت بلد التنفيذ تمنع الوفاء بالذهب أو بعملة معينة.

كذلك يحكم قانون العقد الإبراء. فهو الى يتكفل ببيان ما إذا كانت إرادة الدائن وحدها تكفى للإبراء أم أنه يتعين لذلك إبرام اتفاق جديد.

ويحكم قانون العقد التقادم، فهو الذى يحدد آثار التقادم ومدته وأثر الاتفاقات المعدلة لأحكامه، وأسباب وقف المدة وانقطاعها.

أما عن انقضاء الالتزام بالتقادم المسقط، فإنه يخضع لقانون موطن المدين، وذلك باعتبار الدين منقولا معنويا يخضع لقانون موقعه وهو قانون موطن المدين الذى يبين شروط التقادم والتمسك به والتنازل عنه والاتفاق على مدة تخالف المدة المقررة به للسقوط، وانقطاعه ووقفه، أما الوفاء الذى يتم بعد اكتمال مدة التقادم، فيخضع لقانون العقد الذى يتحدد بموجبه طبيعة هذا الوفاء وشروطه^(١).

وفيما يتعلق بانقضاء الالتزام بالمقاصة يتعين التفرقة بين المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية والمقاصة القانونية.

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٣.

فالمقاصة الاتفاقية، تشكل عقداً جديداً مستقلاً وتخضع بالتالى للقانون الخاص بهذا العقد، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تحقق بينهما المقاصة.

كذلك تخرج المقاصة القضائية من مجال تطبيق قانون العقد، وتخضع لقانون القاضى. باعتبار الأمر يتعلق بسلطة المحكمة فى التقصى فى الشروط اللازمة لوقوع المقاصة^(١).

أما المقاصة القانونية، فإن الأمر يدق بشأنها إذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين.

وقد تعددت الآراء فى هذا الصدد.

فيرى البعض إخضاع المقاصة لقانون القاضى تأسيساً على أن المسألة تتعلق بتنظيم الدفوع وفى مسألة إجراءات غير أنه يمكن الرد على ذلك بأن المقاصة باعتبارها من أسباب انقضاء الالتزام تتعلق بالموضوع وليس بالإجراءات.

وذهب رأى ثان إلى تطبيق القانون الذى يحكم الالتزام الذى نشأ أخيراً باعتبار أن نشوء هذا الالتزام هو الذى يؤدى إلى تحقيق المقاصة. غير أن هذا رأى يغفل أن المسألة تتعلق بالدرجة الأولى بانقضاء الالتزام الأول.

وذهب رأى ثالث إلى تطبيق القانونين تطبيقاً جامعاً بحيث لا تتحقق إلا إذا أجازها القانونان لأن المقاصة تؤدى إلى انقضاء الدينين لا دين واحد^(٢).

وذهب رأى رابع إلى أنه إذا كان قانون القاضى هو أحد القانونين تعيين تطبيقه. فإذا كان القانونان أجنبين تعيين تطبيق القانون الذى تقرب أحكامه من أحكام قانون القاضى.

(١) هشام صادق ص ٣٧٤.

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٦٨.

وذهب رأى خامس إلى وجوب تطبيق قانون الدين الذى يدفع بانقضائه بالمقاصة باعتبار أنه الدين موضوع المطالبة^(١). وهذا رأى هو ما نرى الأخذ به.

١٨٨- مجال تطبيق قاعدة قانون العقد من حيث نوع العقد:

يثور السؤال عما إذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة تسرى بالنسبة لجميع العقود أم أن ثمة عقود تخرج من مجال أعمالها. وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يضم نصوصا (المواد ٤٢ - ٤٨) تورد عدة استثناءات أخرى فوق الاستثناء الذى ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٩ من قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وتبين القوانين الواجبة التطبيق على بعض العقود على وجه أمر، مثل إخضاع العقود التى تتم فى البورصات والأسواق العامة لقانون البلد الذى توجد فيه هذه البورصات والأسواق (م ٤٣ من المشروع)، وكذلك بينت المادة ٤٤ من المشروع القانون الواجب التطبيق على العقود التى يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميه، وهو القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق. وقد حدا المشروع التمهيدى إلى ذلك - على ما أفصحت عنه مذكرته الإيضاحية - من أنه: "عرض المشروع فى هذه المواد من ٤٢ - ٤٨ للقاعدة العامة فى الالتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود وتنفيذها ثم قرر فى نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام القواعد الأمرة فى حدود معينة.

ويراعى بادئ ذى بدء أن فقه القانون الدولى الخاص غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه فى شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٤ ومابعداها.

وتباين القواعد التي تسرى عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط الصحة وترتيب الآثار^(١).

(١) وقد استطردت مذكرة المشروع التمهيدي قائلة: "ولذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع فقرر في المادة ٤٢ أن الالتزامات التعاقدية يسرى عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً مع مراعاة الأحكام المقررة في المادتين ٤٤، ٤٨ وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد - وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها - وقد استرشد المشرع فيه بالمادة ٧ من القانون الملحق بالتقنين المدني الياباني والمادة ١٥ من التقنين الإيطالي الجديد. فالأولى تقضى بأن القانون الذي يطبق في شأن وجود التصرف القانوني وما يترتب عليه من آثار هو القانون الذي يختاره المتعاقدان. والثانية تنص على أن الالتزامات التي تنشأ عن العقود يسرى عليها قانون جنسية المتعاقدين إذا اتحدوا جنسية وإلا فقانون محل انعقاد العقد وهذا كله ما لم يتفق على خلافه.

ويلحظ أن المشروع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه. وقد قرن المشروع هذه الصيغة بنصوص خاصة بعضها يعين اختصاصاً تشريعياً آمراً بالنسبة لعقود معينة وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عند عدم الاتفاق وبعض آخر يعين اختصاصاً تشريعياً لمسائل تتعين بتنفيذ العقود.

٣- وقد بذلت الجمعيات والمعاهد العلمية جهوداً موفقة لمسايرة الاتجاهات العلمية فلم تقع بإقرار القاعدة العامة التي تقدمت الإشارة إليها ولكنها تناولت العقود الهامة وعينت لكل عقد منها الاختصاص التشريعي الذي يناسبه (معهد القانون الدولي في اجتماعه في فلورنسا سنة ١٩٠٨ ومشروعات جمعية القانون الدولي الخاصة بالبيع وعقد العمل وإجارة الأشخاص وقد أعدت في اجتماعات فيينا في سنة ١٩٢٦ وفرسوفيا في سنة ١٩٢٨ وأكسفورد في سنة ١٩٣٢ ومشروعات المعاهدات الخاصة بالبيع التي أعدها مؤتمر لاهاي السادس). وبذلك تسنى لها أن تؤثر في حركة التشريع (أنظر اتفاقية مونتيديو سنة ١٨٩٩ ومشروعات القوانين التي أعدت في النمسا (١٩١٣) ورومانيا سنة ١٩٣٢ وتشيكوسلوفاكيا سنة ١٩٢٤ والتشريع البولوني الصادر في سنة ١٩٢٦ وتقنين بوستامنتي) بما أعدت من مشروعات وقد وقف المشروع من هذه المشروعات =

وفى لجنة المراجعة اقترح معالى السهنورى باشا حذف المواد المذكورة لأن بعضها يتضمن أحكاما تفصيلية والبعض الآخر سبق ذكر أحكامها فوافقت اللجنة^(١).

ونعرض فيما يلى لبعض العقود.

١٨٩- أولاً: عقد العمل:

رأينا سلفا أن المادة ٤٤ من المشروع التمهيدي للقانون المدنى كانت تقضى بإخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة إذا كانت تجرى على أن: "يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميه القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال فإذا كان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى هو الواجب التطبيق". وقد صدر القانون المدنى خلوا من هذا النص مما ينم عن رغبة المشرع فى ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء. غير أن محكمة النقض المصرية أكدت فى أحد أحكامها الحديثة وجوب العمل بقاعدة الإسناد السالفة الذكر بالرغم من حذف المشرع لها. فقضت بتاريخ ١٩٦٧/٤/٥ فى الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ ق بأن:

"يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميه القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسى فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق" وعلى ذلك فإن محكمة

= موقف تحفظ فلم ينقل عنها من القواعد إلا ما ثبت من سلامة صلاحيته وهذه القواعد هى التى تقررت فى المواد التالية للمادة ٤٢. (أنظر فى الهامش المذكورة على صدر المادة ٤٤ وعلى الفقرة الأولى من المادة ٤٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٨٧ وما بعدها).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٩٠ الهامش.

النقض تكون قد أقرت بشكل قاطع إخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة وأخضعت هذه العقود لضابط إسناد مستمد من مركز إدارة العمل الرئيسى. وهو ضابط مزدوج، بمعنى أنه لو كان مركز إدارة العمل فى مصر خضع العقد للقانون المصرى وإن كان مركز إدارة العمل فى دولة أجنبية خضع العقد لقانون هذه الدولة. غير أن القانون المصرى يختص مع ذلك بحكم عقد العمل بالرغم من وجود مركز الإدارة الرئيسى فى الخارج إذا كان عقد العمل قد تم إبرامه فى مصر عن طريق أحد الفروع^(١).

ومركز الأعمال أو مركز الإدارة، ينصرف إلى الشركة أو المنشأة الفردية، فإن وجد للمنشأة الفردية مقر لإدارة أعمالها كان هذا مركز أعمال، وقد يدل عليه ما اتخذ فى شأنه من إجراءات الشهر والسجل التجارى، لكن هذه الإجراءات ليست شرطاً لوجوده، إذ يكفى وجوده فى الواقع لسريان الأحكام المتقدمة.

فإذا لم يوجد مقر للمنشأة الفردية أو كان رب العمل شخصاً طبيعياً، تحدد مركز الأعمال بالمكان الذى يباشر فيه العمل المتعلق بالعقود التى أبرمها، فرب العمل المصرى الذى يتعاقد فى مصر مع عمال لمقاولات البناء، ويتوجه بهم إلى ليبيا للعمل بها، فإن ليبيا تكون هى مركز أعمال للمقاولات، ومن ثم تخضع هذه العقود للقانون الليبى، كما يسرى ذات القانون على العقود التى يبرمها أثناء وجوده فى ليبيا.

وإذا وجد لرب العمل مقر فى مصر متعلق بنشاط آخر غير المقاولات، فإن هذا المقر لا يعتبر مركزاً لأعماله المتعلقة بالمقاولات طالما كان هذا المقر منبث الصلة بهذه الأعمال فلم يتردد عليه العمال ولم تبرم به عقودهم^(٢).

ويحكم القانون الذى يخضع له عقد العمل كافة الدعاوى الناشئة عنه كدعوى التعويض عن الفصل التعسفى ومكافأة نهاية الخدمة وبطل الإنذار وتقدير الأجر والعلو وبطل الميزات العينية والإجازات^(٣).

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٦ ومابعدهما - هشام صادق ص ٣٨٠.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٧.

(٣) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨.

وقد قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٤/٥ سالف الذكر بأن :

"وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو لآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل فى هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطنى أكثر فائدة - وإذ كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما فى أمريكا والقانون الذى يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكى واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردى المصرى من النظام العام فى مصر وهو يقضى بحق العامل بمكافأة نهاية الخدمة وأنه 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 الأخرى موضوع الدعوى" وأنه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضل النظامين". فى حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التى يعقدها قاضى الدعوى - ومن عنده بين القانونين الوطنى والأجنبى وما يراه - هو - من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه".

والفقه الحديث يعيب على اتجاه محكمة النقض تجاهه لخضوع عقود العمل لقواعد تنظيمية أمره فى التشريعات الأجنبية تهدف إلى حماية العمال كالقواعد الخاصة بتحديد الأجور وتحديد ساعات العمل والإجازة بأجر. وهذه القواعد تهدف الدولة إلى تطبيقها على كافة العمال داخل إقليمها بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمال أو انعقاد العقد. لذلك يرى فريق من الفقه المصرى إخضاع الجانب التنظيمى فى عقد العمل لقانون دولة محل تنفيذ عقد العمل نظرا لتعلق هذا الجانب بالأمن المدنى.

أما الجانب غير التنظيمي لعقد العمل فهو يخضع لقانون الإرادة وفقا للقاعدة العامة في العقود. ويرى فريق آخر من الفقه المصري الحديث تطبيق قانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل في جميع الحالات، أى سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أو بالنسبة للجانب غير التنظيمي وسواء كان تنفيذ العمل فى مصر أم فى الخارج، إذ من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل^(١).

وأضاف بعض أنصار الرأى الأخير أن الأخذ بهذه القاعدة لا يحسم الأمر بالنسبة لعقود العمل التى يتم تنفيذها فى عدة دول. وقد يقال بوجوب الأخذ فى هذه الحالة بقانون الدولة التى يتم فيها التنفيذ بصفة أساسية. أما إذا تم التنفيذ فى عدة دول على قدم المساواة فإنه لا مفر فى هذه الحالة من تطبيق قانون مركز إدارة الأعمال بغض النظر عن مكان التنفيذ على النحو الذى قرره محكمة النقض المصرية فى حكمها السابق^(٢).

١٩٠- ثانيا - المسئولية عن إصابات العمل فى النظم الخاصة بالتأمينات الاجتماعية :

التعويض عن إصابات العمل ليس مصدره عقد العمل، وإنما مصدره القانون. وهذا ما يستفاد من قضاء محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٢ فى الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٣٧ ق^(٣).

(١) راجع هشام صادق ص ٣٨١ ومابعدھا - سامية صادق وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٧ ومابعدھا.

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٩٨.

(٣) فقد جاء به: "إذا كان قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ قد نشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٥٩/٤/٧ وبدأ العمل بأحكامه اعتبارا من ١٩٥٩/٨/١ طبقا للمادة السابعة من مواد إصداره. فإنه يفترض علم الكافة بهذا القانون من تاريخ نشره، ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله لأحكامه، ولما كان يبين من الاطلاع على الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه استند فى قبول اعتذار المطعون ضده =

ويذهب رأى إلى إخضاع المسؤولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة لقانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ عقد العمل، باعتبار أن العقد هو الأساس الحقيقى للالتزام بالتعويض فى هذه الحالة. فالمسؤولية عن إصابات العمل هى مسؤولية عقدية تخضع لنفس القانون الذى يحكم عقد العمل.

ويرفض رأى ثان هذا النظر لكون المسؤولية عن إصابات العمل لا تستند إلى العقد وإنما هى ترتكن إلى نصوص القانون التى فرضت على رب العمل التزاما بالتعويض مبناه فكرة المخاطر أو تحمل التبعة. وينتهى هذا الرأى بذلك إلى إسناد المسؤولية من إصابات العمل لقانون مكان وقوع الحادث.

وعلى هذا النحو تقرب المسؤولية عن إصابات العمل من المسؤولية التصديرية من حيث الحل الواجب الاتباع فى شأن تنازع القوانين.

بينما ذهب رأى ثالث - نؤيده - إلى إخضاع المسؤولية عن إصابات العمل لقانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ العمل^(١). فإن نفذ العمل فى مصر، خضع التعويض لقانون التأمين سواء كان العامل مصرياً أو أجنبياً إذ يلزم القانون أرباب الأعمال بالاشتراك الإجبارى عن عمالهم^(٢).

= بجهله بأحكام القانون السالف الذكر إلى أن حكم قانون التأمينات الاجتماعية فى شأن سريان أحكامه على موظفى المكتب لم يكن جلياً وإنما محل تأويل وتفسير مما لا يعتبر معه أن المطعون ضده قد تخلف عن الاشتراك لدى الهيئة الطاعنة على عمال المكتب وموظفيه، وكان هذا القدر الذى أسس عليه الحكم المطعون قضاءه لايقوم على سند من القانون إذ أن ادعاء المطعون ضدهم بعدم وضوح نص ذلك القانون فى خصوص حالته لايمنع من انطباقه عليه من تاريخ العمل به إذا ما توفرت شروطه إعمالاً لما هو مقرر من أنه لايفترض فى أحد الجهل بالقانون، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(١) هشام صادق ص ٣٨٩ ومابعداها - المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٦٨.

١٩١- ثالثاً: عقد القرض:

قضت محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ بأنه: "إذا كان محرر السند تحت الإذن وحامله إيطاليين فليس للأول أن يتمسك ضد الثاني بالربا الفاحش طبقاً للقانون المصري وذلك لأن القانون الإيطالي، وهو القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة، لا يضع حداً أقصى للفائدة"، وقد أقر بعض الفقهاء المصريين هذه الوجهة من النظر لأن تحديد الربح أمر محلي يتعلق بالسياسة الاقتصادية المحلية وليس من الأمور الماسة بالمبادئ العالمية التي تعتبر متصلة بالنظام العام بحيث لا يسمح فيها بتطبيق قانون أجنبي يخالف تحديد القانون المحلي أو يكون خالياً عن التحديد^(١).

بينما ذهب رأى آخر^(٢) - نؤيده - إلى أنه يتعين على القاضي المصري عدم تطبيق قانون الإرادة متى كانت مصر هي بلد الوفاء وكان من شأن تطبيقه مخالفة الحد الأقصى للفائدة في القانون المصري، لأن هذا الحد إنما تقرر بمراعاة مقتضيات النظام العام، والأعمال التحضيرية للقانون المدني تفيد هذا المعنى حيث جاء بها تعليقاً على المادة ٢٢٧ "وجعل المشروع الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية وفوائد التأخير ٧%... ويراعى أن هذا الحكم يحد من حرية المتعاقدين في الاتفاق على شروط جزائية متى حدد سعر اتفاقي لفوائد التأخير، نزولاً على ما يقتضيه النظام العام"^(٣).

١٩٢- رابعاً: عقد نقل التكنولوجيا:

استحدث المشرع لأول مرة في التشريع المصري وفي قانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ تنظيمًا لعمليات نقل التكنولوجيا، نظراً لما للتكنولوجيا من أهمية بالغة في العمليات الإنتاجية، ولما يعزى لعمليات نقل

(١) أبو هيف في الدولي الخاص فقرة ٣٩٦ هامش (٢).

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٤٩.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٣.

التكنولوجيا على المستوى الدولي اليوم من مشاكل قانونية بسبب تضارب مصالح أطراف هذه العمليات، واختلاف موازين القوى بينها، ولما لهذه العمليات من تأثير مباشر على الاقتصاد القومى.

وقد استهدف المشرع حماية المصالح الوطنية، دون المساس بالمصالح المشروعة للطرف المورد للتكنولوجيا، وبحيث يضمن فى الوقت نفسه للمستورد استيعابا حقيقيا للتكنولوجيا، يكون أداة لتطوير الاقتصاد الوطنى وتعظيم قدراته على المنافسة فى أسواق التجارة الدولية^(١).

وقد عرفت المادة ٧٣ عقد نقل التكنولوجيا بأنه:

"اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها فى طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع. ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا، أو كان مرتبطا به".

فمحل عقد نقل التكنولوجيا هو نقل معارف فنية من المورد إلى المستورد مما يستخدم فى إنتاج السلع أو الخدمات، وسواء تعلقت هذه المعلومات بما يعرف بتكنولوجيا المنتج، أى المعرفة التى تستهدف إنتاج معين، أو تعلقت بتكنولوجيا العملية الإنتاجية، أى التكنولوجيا الخاصة بطريقة الإنتاج^(٢).

وقد نص القانون فى المادة ٧٢ على أنه:

"١- تسرى أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل تكنولوجيا لاستخدامها فى جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا. ولا عبرة فى الحاليتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم.

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد - مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثانى شرح المادة (٧٢).

(٢) مؤلفنا المشار إليه شرح المادة (٧٣).

٢- كما تسرى أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر".

وعلى هذا النحو ينطبق التنظيم الموضوعي المباشر لعقد نقل التكنولوجيا، والذي تضمنته المواد (٧٤ - ٨٧) من قانون التجارة الجديد، طالما كانت التكنولوجيا المنقولة بمقتضى العقد محلاً للاستخدام فى جمهورية مصر العربية، وذلك بصرف النظر عن كون هذا النقل داخلياً أو دولياً، أى تم عبر الحدود الإقليمية لمصر، ولا عبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم أو مكان إبرام العقد.

وقد حرصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧ على تأكيد اختصاص المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إليه فى المادة ٧٢، أى التكنولوجيا محل الاستخدام فى مصر. كما أجاز النص لأطراف العقد أيضاً الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى فى مصر وفقاً لأحكام القانون المصرى.

ويلتزم كل من القاضى المصرى أو المحكم، وفقاً للمبادئ العامة فى القانون الدولى الخاص، بالتطبيق المباشر للأحكام الموضوعية التى تضمنتها نصوص المواد من ٧٢ - ٨٧ من قانون التجارة على موضوع النزاع المطروح دون حاجة للالتجاء لقواعد الإسناد.

على أن المشرع قد تصور احتمال الرجوع إلى قواعد الإسناد، بما قد تؤدى إليه من تطبيق قانون أجنبى فيما لو كان العقد دولياً، فى شأن المسائل التى سكتت المواد ٧٢ وما بعدها عن تنظيمها.

وتجنباً لهذه النتيجة حرص على وضع قاعدة إسناد لمواجهة هذا الفرض تقضى بضرورة الرجوع فى شأن موضوع النزاع إلى أحكام القانون المصرى، بل وإبطال كل اتفاق على خلاف ذلك (م ٢/٨٧ من قانون التجارة الجديد).

ومفاد هذا النص هو أنه يتعين خضوع موضوع النزاع فى حالتنا لأحكام القانون المصرى، ولو تعلق الأمر بمسألة لم تتناولها المواد ٧٢ وما بعدها من قانون التجارة الجديد بالتنظيم المباشر. وهو ما يعنى الرجوع للمبادئ العامة فى

القانون المصرى أيا كان مصدرها، دون أن يكون من حق المتعاقدين الاتفاق على تطبيق قانون أجنبى عملا بقاعدة الإسناد العامة فى شأن العقود الدولية والمقررة فى المادة ١٩ مدنى^(١).

١٩٣ - الغش:

قد يلجأ المتعاقدان لعقد لا يشتمل على عنصر أجنبى ويريدان الهرب من أحكام القانون الوطنى الأمرة، إلى اصطناع العنصر الأجنبى فى العقد لإيجاد الصلة بينه وبين القانون الأجنبى الذى يختارانه، كما لو سافر مصريان إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض فيما بينهما والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالى وذلك لمجرد الهرب من الأحكام الأمرة الخاصة بالفوائد فى القانون المصرى. ويجرى رجال الفقه الفرنسى على تطبيق فكرة الغش نحو القانون فى هذه الحالة، لأن أعمال سلطان الإرادة فى اختيار القانون الذى يحكم العقد يجب ألا يكون سوريا، بل جديا وأمينا. وهذا المعنى هو ما يعبر عنه القضاء الإنجليزى بقوله "إن اختيار القانون الذى يحكم العقد يجب أن يكون بحسن نية وشرعا"^(٢).

١٩٤ - التصرف الوارد على العقار:

رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩ تنص على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا، سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ثم أردفت المادة فى فقرتها الثانية على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار مما مفاده أن كافة التصرفات التى تتعلق بعقار تخضع لقانون موقع العقار، سواء كان من شأنها ترتيب حق عينى أصلى كحق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق، أو ترتيب هذا الحق فى الحال أو ترتيب مجرد التزامات أو حقوق شخصية، كما يخضع شهر التصرف لذات القانون.

(١) هشام صادق ص ٣٩٢ ومابعدها.

(٢) عز الدين عبد الله ص ٤٢٧.

مادة (٢٠)

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

الشرح

١٩٥- المقصود بالعقود ما بين الأحياء :

المقصود بالعقود ما بين الأحياء، كافة التصرفات القانونية، ولا يخرج منها سوى الوصية وسائر التصرفات التى تضاف إلى ما بعد الموت^(١).

١٩٦- معنى شكل التصرفات القانونية :

شكل التصرفات هو المظهر الخارجى للإرادة فمن المعلوم أن الإرادة هى قوام التصرفات القانونية فهى التى تتحرك نحو إنتاج أثر قانونى. غير أن الإرادة يجب إظهارها فى شكل ما حتى تصبح معلنة للكافة أو للغير على الأقل نظرا لما يترتب على ذلك من نتائج هامة كالإثبات وحجية التصرف القانونى بالنسبة للغير وغير ذلك.

فمن اللازم إذن أن نفرق دائما بين العملية القانونية وبين مظهرها الخارجى الذى يأخذ شكل الكتابة أحيانا أو الكتابة وبعض العناصر الخارجية ومن أمثلة ذلك، إذا كان يجب أن يحرر العقد من أكثر من صورة أو يكون ثابت التاريخ أو يكون رسميا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"متى كان عقد البيع فى القانون المدنى المصرى - على ما أفصحت عنه المادة ٤١٨ منه - عقدا رضائيا، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا

(١) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٩٥.

بل ينعقد بمجرد تراضى المتبايعين وسواء كان فى حقيقته بيعا أو يستترهبه، فإن الوكالة فى البيع تكون بدورها رضائية ولا تستوجب شكلا خاصا لانعقادها عملا بالمادة ٧٠٠ منه، وبالتالي فإن الوكالة فى البيع تخضع فى شكلها الخارجى لقانون محل إبرامها".

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٧/٥/١٩٧٣)

١٩٧- التمييز بين شكل التصرفات وبعض صور الأشكال الأخرى:

بجانب شكل التصرفات الذى أشرنا إليه فى البند السابق وهو الذى يعيننا هنا، توجد أشكال أخرى تخضع لقوانين غير القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية ومنها ما يأتى:

١- الأشكال المكملة للأهلية:

يطلق اصطلاح الأشكال المكملة للأهلية على ما يلزم اتخاذه حتى يتمكن ناقص الأهلية أو نائبه من مباشرة التصرف الإرادى. كالإذن للقاصر بمزاولة التجارة والإذن للوصى بالتصرف فى مال القاصر تصرفا ناقلا للملكية أو مرتبا لحق عيى، ومن أمثلتها فى بعض التشريعات ضرورة حصول الزوجة على إذن من زوجها للقيام ببعض التصرفات أو الحصول على إذن من مجلس العائلة لنفس الغرض.

وهذا يخضع وفقا لقواعد الإسناد فى القانون المصرى لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته.

٢- الأشكال المتعلقة بذات التصرف:

وتشمل الأشكال الجوهرية والتى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى (الرسمى) وفى هبة العقار فتخضع للقانون الذى يرجع إليه الفصل فى التصرف من حيث الموضوع.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويراعى أن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل وفقا لأحكام الفقرتين المتقدمتين لا يتناول إلا عناصر "الشكل" الخارجية أما الأوضاع

الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى فلا يسرى عليها إلا القانون الذى يرجع إليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع... الخ" (١).

٣- الأشكال اللازمة للإشهار:

يراد بالأشكال اللازمة لإشهار التصرف الأوضاع التى يحددها القانون ويوجب مراعاتها لإعلام الغير بالتصرف والاحتجاج به عليه. والقانون يوجب مراعاة هذه الأشكال ليس بناء على اعتبار عملى يحقق مصلحة خاصة للمتعاقدين - هذا الاعتبار الذى تقوم عليه قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه - وإنما بناء على اعتبار تحقق مصلحة عامة هى سلامة المعاملات مما يدخل فى نطاق الأمن المدنى.

ولذلك فإن هذا الشكل يخضع لقانون موقع العقار أو قانون العلم بالنسبة للسفن والطائرات، أما غيرها من المنقولات فتخضع لقانون الموقع الفعلى، وبالنسبة للحالة ورهن الدين قانون موطن المدين باعتبار أن الدين منقول معنوى يحدد موقعه الفعلى بموطن المدين.

٤- الأشكال المتعلقة بالتنفيذ:

تشمل هذه الأشكال الإجراءات (المرافعات) والأحكام وطرق التنفيذ وتخضع لقانون المكان الذى ينفذ فيه التصرف وهو فى الغالب قانون القاضى (٢).

١٩٨- القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية:

تحديد القانون الذى يحكم شكل التصرفات القانونية من الأهمية بمكان لاختلاف التشريعات فى تحديد العناصر الخارجية المظهرة للإرادة والمعلنة لها، فثمة تشريع يعتبر بعض العناصر متممة للأهلية وتشريع آخر يعتبرها متعلقة بالشكل الخارجى وثالث يعتبرها متعلقة بالعلانية وتشريع غير هذه جميعا يعتبرها ركنا من أركان العقد.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٩٦.

(٢) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٠١ - المستشار أنور طلبه ص ٤٧٢.

والمادة (٢٠) تحدد القانون الذى يخضع له شكل التصرفات القانونية طبقا

لثلاثة قوانين هى:

١- قانون البلد الذى تمت فيه العقود. وهو الأصل.

٢- القانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية.

٣- قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك.

والمقصود بقانون البلد الذى تمت فيه العقود، هو قانون الجهة التى تمت

فيها العقود بحيث إذا تمت وفقا لأحكام هذا القانون فإنه يكون صحيحا لا فى هذه الجهة فحسب بل وفى سائر الدول الأخرى أيضا.

غير أن نطاق هذه القاعدة ليس مطلقا وإنما يخضع لقيدتين:

(القيد الأولي): بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقارات، إذ يجب أن تخضع للشكل

المقرر فى قانون موقع هذه العقارات وبخاصة إذا كانت ترمى إلى إنشاء حقوق عينية عليها أو نقل هذه الحقوق أو انقضاءها، وهذا القيد يقره غالبية الكتاب كما تنص عليه صراحة بعض التشريعات كالتشريع الألمانى والعراقى.

وهذا القيد يجب العمل به فى مصر بالرغم من عدم النص عليه وذلك

لاعتبارات عملية ونظرية فى آن واحد. فالعقود الخاصة بإنشاء حقوق عينية

على عقارات فى مصر أو نقلها. .. الخ، يجب تسجيلها عملا بقانون الشهر

العقارى ومن ثم فيجب أن تتم وفقا للشكل المقرر فى مصر، ومن ناحية أخرى

فإن أعمال قانون موقع العقار بالنسبة لشكل هذه العقود من شأنه أن يحقق ما

هدف إليه المشرع المصرى من وحدة القانون الذى يطبق على هذه العقود. إذ

أن هذا القانون نفسه هو الذى يحكمها من حيث الصحة والآثار وقد نص على

ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى إذ

تقول". .. إن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى

شأن هذا العقار" وأكثر من ذلك فقد كان هذا القيد منصوبا عليه صراحة فى

مشروع القانون المدنى لولا أنه رأى فى لجنة المراجعة حذف النص الذى

يتضمنه "العدم الحاجة إليه"^(١). فقد جاء في المادة ٣/٥١ (وهي المادة التي أصبحت برقم ٢٠ في القانون) ما نصه "على أنه إذا كانت العقود التي من شأنها إنشاء حقوق عينية أو نقلها أو انقضاءها واجبا إشهارها فيراعى في شكلها وفي إجراءات إشهارها قانون البلد الذي تقع فيه الأشياء التي تترتب عليها تلك الحقوق".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى تعليقا على هذا النص أن المشروع قد أورد استثناء "يتعلق بالعقود التي يكون من شأنها إنشاء حقوق عينية أو نقلها أو انقضاءها ويكون من الواجب شهرها وهذه يراعى في شكلها وفي إجراءات شهرها قانون موقع المال الذي يرد عليه الحق العيني (فقرة ٣) وقد توسط المشروع في هذا النص بين أحكام المادة ١١ من قانون إصدار التقنين الألماني والمادة ١٦ من التقنين الإيطالي الجديد ولم يخضع لحكمه إلا التصرفات المرتبة لالتزام بإنشاء حق عيني أو نقله أو تغييره أو زواله على أن تكون هذه التصرفات مما يجب شهره"^(٢).

(القيد الثانى): أنه لا محل للتمسك بهذه القاعدة إذا كان الشكل مخالفا للنظام العام في مصر. أو إذا تبين أن أعمال هذه القاعدة قد تحقق على سبيل الغش نحو القانون^(٣).

١٩٩- حق المتعاقدين فى اختيار أى من القوانين المنصوص عليها بالمادة:

مؤدى نص المادة ٢٠ أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة، إلا أنه للمتعاقدین اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها، وهى القانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية وقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٩٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٩٧.

(٣) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٠٥ ومابعدا.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "تخضع أشكال العقود والتصرفات لقانون البلد الذى أبرمت فيه. فإذا كان التوكيل المقدم من الشركة الطاعنة قد وثق بمعرفة السلطات الرسمية بيوغسلافيا وصدقت عليه وزارة الخارجية بها والقنصلية المصرية ببلغراد عملاً بالمادة ١٤/٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤- واعتمدت السفارة اليوغسلافية بالقاهرة ترجمة التوكيل إلى اللغة العربية بما يطابق اللغتين الأجنبية اللتين حرر بهما ثم صدقت وزارة الخارجية المصرية على إمضاء سكرتير السفارة المذكورة، وكانت المطعون عليها لم تبد أى اعتراض على إجراءات توثيق التوكيل فى الخارج أو على ما يتضمنه هذا التوكيل أو على الترجمة الرسمية المدونة به فإن هذا التوكيل وقد استكمل شرائطه الشكلية والقانونية يكون حجة فى إسباغ صفة الوكالة للمحامى الذى قرر بالطعن".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٢/٧)

٢- "مؤدى نص المادة ٢٠ من القانون المدنى أن المشرع أخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وجعلها القاعدة العامة، على أن للمتعاقدین اختيار أى قانون من القوانين الأخرى الواردة بها، واختصاص القانون الذى يسرى على الشكل لا يتناول- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركناً فى انعقاد التصرف كالرسمية فى الرهن التأمينى. فتخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف وليس لقانون محل إبرامه، ومن ثم فإن الشكلية التى تفضى لإثبات التصرف تخضع لقانون محل إبرامه وعلى هذا فإذا استلزم القانون الذى يحكم موضوع التصرف الكتابة لإثباته ولم يستلزمها قانون محل إبرامه تعين الأخذ بهذا القانون الأخير".

(طعن رقم ٢١٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٧)

٣- "أشكال العقود والتصرفات - وعلى ما يجرى به قضاء النقض - يخضع لقانون البلد الذى أبرمت فيه، لما كان ذلك فإنه لا وجه للتذرع بشأن عقد

الوكالة الصادر في قبرص بأحكام قانون الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٢/٢/١٩٧٥)

٢- متى كان البين من الرجوع إلى التوكيل المقدم من المطعون عليها الأولى أنه تم في قبرص وحرر باللغة الإنجليزية وقد صدقت السلطات الرسمية المختصة بلارنكا بجزيرة قبرص على توقيعات الموكلين وتلا ذلك تصديق قنصلية جمهورية قبرص بالقاهرة ثم تبعه تصديق مديرية أمن القاهرة على صحة ختم القنصلية في ٥ يونيو سنة ١٩٦٥ فإن هذا التوكيل يعتبر حجة في إسباغ صفة الوكالة للمحامى الحاضر عن المطعون عليها الأولى، لا يغير من ذلك أنه جاء خلوا من تصديق القنصل المصري بجمهورية قبرص وفق المادة ١٤/٦٤ من قانون نظام السلكين الدبلوماسي والقنصلي رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤، لأن ما يجرى به هذا النص وإن خول اختصاصا لأعضاء البعثات الدبلوماسية المصرية بالتصديق على الإمضاءات الموقع بها على المحررات الصادرة من سلطات البلاد التي يؤدون فيها أعمالهم إذا كان الغرض منها الاحتجاج بها أمام السلطات المصرية، إلا أنه لا يرتب - أو أى نص آخر - جزاء على تخلفه طالما كانت التوقيعات مصدقا عليها من السلطة المختصة في جهة إصدارها ومصدقا أيضا على صحة توقيع هذه السلطة الأمر الذى يضمن سلامة الإجراءات، خاصة ولم يقدم الطاعنون دليلا على أن الشكل الذى أفرع فيه التوكيل موضوع النعى هو غير الشكل المحلى في مقاطعة لارنكا بجزيرة قبرص".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٢/٢/١٩٧٥)

٢٠٠- اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف:

راجع بند (١٤٢).

٢٠١- خضوع إثبات التصرف لقانون الشكل :

إثبات التصرف القانونى يخضع للقانون الذى يحكم شكله، فإن تطلب هذا القانون الكتابة للإثبات بينما كان قانون القاضى أو القانون الذى يحكم الموضوع لا يتطلبها، تعين الأخذ بالأول والعكس صحيح.

ويخضع لذلك الطرق المقررة فى الإثبات وطبيعتها وشروط التمسك بها والدفع المتعلقة بها وقوة الدليل المستمد منها، ويقع عبء إثبات هذه الأحكام على عاتق من يتمسك بها باعتبار أن القانون الأجنبى من الوقائع الواجبة الإثبات^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"المحررات الرسمية التى تقوم بتوثيقها الجهات القنصلية فى مصر وفقا لقوانين الدول التى تتبعها تلك الجهات، تعتبر محررات رسمية أجنبية فيكون لها بهذه المثابة حجيتها فى الإثبات ولكنها لا تتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد شمولها بالأمر بالتنفيذ".

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١٢/٤)



مادة (٢١)

- ١- يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.
- ٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وإن كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه".

الشرح

٢٠٢- المقصود بالالتزامات غير التعاقدية:

المقصود بالالتزامات غير التعاقدية التى يسرى عليها قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام التى تتناولها المادة، هو الالتزامات التى تنشأ عن الفعل الضار (المسئولية التقصيرية) وعن الفعل النافع (الإثراء بلا سبب). فهى لا تمتد إلى الالتزامات التى يكون مصدرها الإرادة المنفردة، إذ يخضع الالتزام الناشئ عنها لقانون هذه الإرادة.

كما لا تمتد إلى الالتزامات التى يكون مصدرها المباشر هو القانون، حيث تخضع الالتزامات التى تنشأ عنه وحده، مباشرة إلى النصوص القانونية التى أنشأتها. وتختلف هذه النصوص باختلاف الأحوال، فقد تكون نصوص قانون موقع المال إذا تعلق الأمر بالالتزامات الجوار التى يفرضها القانون فرضاً دون دخل لإرادة الأفراد، وقد تكون نصوص قانون الجنسية إذا تعلق الأمر مثلاً بالالتزامات النفقة بين الأقارب أو التزامات الأوصياء والوكلاء.

وقد تكون القانون الذى يحكم آثار الزواج إذا كانت النفقة نفقة زوجته^(١).

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٨٩ ومابعدها - المستشار الدكتور محمد شتا ص ٢٢٦.

وهذا المعنى واضح تماما فى مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها:

"وتتخصص القاعدة العامة فى خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذى وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام.

ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة فى نطاق النص لأن القانون نفسه هو الذى يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطا معينا أو قاعدة عامة"^(١).

وتحديد ما إذا كانت المسؤولية محل النزاع هى مسؤولية عقدية تخضع لقانون العقد (م ١٩ مدنى) أم مسؤولية تقصيرية ينطبق فى شأنها القانون المحلى (م ٢١ مدنى) هى مسألة تكييف أولى يتوقف على الفصل فيها تحديد القانون الواجب التطبيق، ومن ثم فهى تخضع بهذا الوصف لقانون القاضى (القانون المصرى) وفقا للمادة العاشرة من القانون المدنى.

ويشير الفقه إلى أن المسؤولية المترتبة على رفض التعاقد المقترن بخطأ تقصيرى هى مسؤولية تقصيرية وليست عقدية^(٢).

٢٠٣- قانون الإسناد (القانون المحلى):

يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام أى القانون المحلى.

وتطبيق القانون المحلى هنا أمر طبيعى، فليس فى الإمكان تركيز العلاقات القانونية فى هذا الخصوص لا بحسب موضوعها بحيث يمكن إخضاعها للقانون الإقليمى إذ أن هذا الموضوع هو حق دائنيه، والديون تفرق عن الأموال المادية، ولا بحسب أطرافها لأنها علاقات تتصل بأمر مالية ولا تتعلق بالأفراد إلا بطريقة غير مباشرة وعبر تصرفاتهم وأفعالهم، ولذلك يجب أن يتم تركيزها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠٠ ومابعدھا.

(٢) هشام صادق ص ٤٣٣.

بحسب سببها المنشئ أى الحادثة القانونية التى تولدها أو بعبارة أخرى الفعل الضار أو الإثراء بلا سبب. ومن ناحية أخرى فإن التشريعات الصادرة فى هذا الخصوص إنما تهدف إلى تحقيق نوع من التوازن بين حقوق طرفى العلاقة، ومن ثم فلكى تحقق غايتها يجب أن تسرى على كافة الحوادث التى حصلت فى أرجائها بصرف النظر عن جنسيتهما أو موطنهما وعن المحكمة التى رفعت أمامها الدعوى، يضاف إلى هذا وذاك أن كلا من الخطأ فى حالة المسؤولية التقصيرية والجزاء الذى يرتبه القانون فى حالة الإثراء دون سبب له جانبه أو طابعه المعنوى أو الأدبى. ولذلك فإن تقدير هذا أو ذاك يجب أن يتم وفقاً لظروف البيئة التى حدث فيها الفعل أو تم فيها العمل. وفى النهاية فإذا كانت الدولة لا تتمتع فى الوقت الحاضر بحرية رد الأجانب عن بلادها أو إبعادهم منها بلا قيد ولا شرط، بل تلتزم على العكس بفتح أبواب الحياة المدنية أمامهم، وتعمل كما تعمل بالنسبة للوطنيين، على تأمين إقامتهم وترتيب المسؤولية المدنية على الأعمال التى تصيبهم، فإن لها فى نظير ذلك، وحتى تستطيع القيام بالتزاماتها السالفة أن تطبق عليهم الأنظمة والقواعد القانونية المختلفة التى وضعتها فى هذا الصدد^(١).

٢٠٤ - نطاق القانون المحلى :

يحكم قانون محل وقوع الفعل أركان المسؤولية كما يحكم آثار هذه المسؤولية.

فهو يفصل فى أركان المسؤولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية المتعاقد، كما يختص بالفصل فى آثار هذه المسؤولية ومداها.

ففى مسؤولية الشخص عن عمله يرجع إلى القانون المحلى فى بيان أركان هذه المسؤولية، فيرجع إليه فى تحديد فكرة الخطأ ومعرفة ما إذا كان الإدراك وأهلية المساءلة عن الفعل الضار ركناً فيه أم لا.

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٩٠ ومابعداها.

وإخضاع أهلية المساءلة عن الفعل الضار المحلى لا يعتبر خروجاً على قاعدة إخضاع الأهلية للقانون الشخصى، وذلك لأن أهلية المساءلة عن الفعل الضار ليست فى الحقيقة من الأهلية (بمعنى صلاحية الشخص لمباشرة التصرف الإرادى) فى شئ، بل هى عبارة عن مجرد عنصر من عناصر المسؤولية التقصيرية وهى تتحدد فى القانون المصرى بالتمييز^(١).

وكذلك تحديد معنى الضرر وأنواعه، وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر. وتخضع المسؤولية أياً كانت صورتها، من حيث آثارها للقانون المحلى كذلك، فهو الذى يبين من له الحق فى التعويض ومن يلتزم به (طرفاً دعوى المسؤولية) وهو الذى يبين فى حالة تعدد المسئولين عن التعويض، ما إذا كانت مسئوليتهم بغير تضامن أم أم بالتضامن أو مسئولية مجتمعة.

ويرجع إلى هذا القانون أيضاً فى بيان جزاء المسؤولية وهو التعويض، من حيث طريقة التعويض وكيفية تقديره، وهل يكون بالتنفيذ العينى أم يكون تعويضاً نقدياً أو غير نقدي. وإذا كان تعويضاً نقدياً فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسطاً أم فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة، وهل يقاس التعويض بالضرر المباشر وحده أم به وبغيره^(٢).

على أن بعض التشريعات يضع على جزاء المسؤولية قيوداً من قانون القاضى فى حدود مختلفة، ومثله ما جاء فى القانون اليابانى (م ١١ من القانون الملحق بالتقنين المدنى) من أنه يجوز للمضرور من عمل غير مشروع وقع فى الخارج أن يطالب بالتعويض عما لحقه حسب ما هو مقرر فى القانون اليابانى، وما جاء فى القانون الألمانى (م ١٢ من قانون إصدار التقنين المدنى) من أنه لا يجوز مطالبة الألمانى عن عمل غير مشروع ارتكبه فى الخارج بأكثر من الحقوق المقررة فى القانون الألمانى.

(١) عز الدين عبد الله ص ٥١٢ وهامش (١).

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٧ ومابعداها - عز الدين عبد الله ص ٥١١ ومابعداها.

وقد لاحظ المشرع المصرى حكم هذين القانونين ونقل عنهما حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٠ من المشروع والتي جاء بها: "أما إذا كانت هذه الوقائع التي حدثت في الخارج تعتبر غير مشروعة في مصر فليس للمصاب مع ذلك أن يطالب بتعويض أكبر مما يخوله إياه القانون المصرى في مثل هذه الحالة"، وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى تعليلا لهذه الفقرة أنه: "لأن مدى التعويض عن الأفعال غير المشروعة يتعلق بالنظام العام"^(١)، وقد حذفت لجنة المراجعة هذه الفقرة لأنها "تقرر أحكاما تفصيلية"^(٢).

ويرى الفقه أن المشرع أحسن صنعا بهذا الحذف لأن تقدير مدى التعويض ليس من النظام العام في شئ والراجح فقها وقضاء في بلاد القارة الأوروبية وفي الولايات المتحدة الأمريكية هو إخضاع الحق في التعويض وطريقة وكيفية تقديره للقانون المحلى دون قانون القاضى .

كذلك يختص القانون المحلى بحكم أركان الإثراء بلا سبب وآثاره، فهو الذى يبين معنى الإثراء ومعنى الافتقار ومعنى انعدام السبب. كذلك يرجع إلى القانون المحلى لبيان أحكام الإثراء وخاصة مقدار التعويض: هل هو قيمة الإثراء أم قيمة الافتقار أم أقل القيمتين. كذلك يبين القانون المحلى شروط رد ما دفع بغير حق وما يجب رده.

كما يبين أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولى ورب العمل ونطاق كل منهما وأحكامه^(٣).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"بعد أن بسط المشروع أحكام الالتزامات التعاقدية فى النصوص المتقدمة عرض فى المادتين ٤٩، ٥٠ للالتزامات غير التعاقدية ضمن الأول القاعدة العامة وخص الثانية بتفاصيل تتعلق بالفعل الضار..... ويختص هذا القانون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠٠ ومابعدھا.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٠١.

(٣) هشام صادق ص ٤٦١ ومابعدھا - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٩.

بالفصل فى أركان المسؤولية ومنها أهلية الشخص للمساءلة عن فعله الضار رغم عدم توافر أهلية التعاقد له كما يختص بالفصل فى آثار هذه المسؤولية ومداها ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة..... الخ^(١).

٢٠٥ - المسؤولية عن عمل الغير:

فى مسؤولية الشخص عن عمل غيره، يبين القانون المحلى ما إذا كانت هذه المسؤولية تقوم على الخطأ أم تقوم بدونه، وإذا كانت تقوم على الخطأ فهل هو خطأ مفروض يقبل إثبات العكس أم خطأ مفروض لا يقبل إثبات العكس. وتخضع المسؤولية أيا كانت صورتها، من حيث آثارها كذلك للقانون المحلى، فهو الذى يبين من له الحق فى التعويض ومن يلتزم به (طرفا دعوى المسؤولية) وهو الذى يبين فى حالة تعدد المسؤولين عن التعويض، ما إذا كانت مسئوليتهم بغير تضامن أم بالتضامن أم مسؤولية مجتمعة ويرجع إلى هذا القانون أيضا فى بيان جزاء المسؤولية وهو التعويض، من حيث طريقة التعويض وكيفية تقديره، وهل يكون بالتنفيذ العينى أم يكون تعويضا نقديا أم غير نقدي، وإذا كان تعويضا نقديا فهل يؤدى مرة واحدة أم مقسطا فى صورة إيراد مرتب مدى الحياة، وهل يقاس التعويض بالضرر المباشر وحده أم به وبغيره.

٢٠٦ - الفعل الضار غير مشروع فى مصر:

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢١) على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وإن كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه.

ومفاد ذلك أنه يشترط لتطبيق القانون فى مصر على واقعة حدثت بالخارج أن تكون هذه الواقعة غير مشروعة فى مصر، فإن كانت الواقعة غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه، ولكنها مشروعة فى مصر، فإن المسؤولية المدنية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠٠.

والجنايئة تنقضى عن مرتكب الفعل، لأن إلحاق وصف المشروع بواقعة من الوقائع أو نفى هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"وتورد المادة استثناءين يتعلقان بالمسؤولية عن الأفعال الضارة فتتص فى الفقرة الأولى على أن أحكام المادة السابقة لا تسرى فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن هذه الأفعال على الوقائع التى تحدث فى الخارج والتى تكون مشروعة فى مصر وإن عدت غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه لأن إلحاق وصف المشروع بواقعة من الوقائع أو نفى هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام"^(٢).

وإذ جاء نص الفقرة الثانية من المادة ٢١ خلوا من استثناء بالنسبة للفعل النافع، فإنه يتعين الرجوع فى هذا الصدد إلى القواعد العامة المقررة فى القانون الدولى الخاص، فإن كان هناك دفع لغير المستحق، وكان القانون الأجنبى الواجب التطبيق لا يجيز الرد بينما يجيزه قانون القاضى، تعين على القاضى استبعاد القانون الأجنبى وتطبيق قانونه استنادا للدفع بالنظام العام والدفع بالمصلحة الوطنية^(٣).

٢٠٧ - استبعاد القانون الأجنبى إذا خالف النظام العام :

لا يعمل بقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ إذا كانت مخالفة للنظام العام، بمعنى أن القانون الأجنبى لا يطبق إذا كان مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام فى مصر، وذلك عملا بالمادة ٢٨ مدنى التى تقضى بأنه: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر".

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠١.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠١.

(٣) المستشار أنور طلبه ص ٤٨٧.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض باستبعاد القانون الإيراني الواجب التطبيق بوصفه قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام نظراً لأن أحكامه لا تجيز مساءلة الأشخاص الاعتبارية عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة لتعلق هذه المسألة بالأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر ولكونها بالتالي من المسائل المتعلقة بالنظام العام.

إذ جرى قضاؤها في الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق بتاريخ ١٩٦٤/٦/٢٥
على أن:

"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 نهى القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع. وإذا كان الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مساءلتها مدنياً عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر وتعتبر بالتالي من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ المشار إليها فإن الحكم المطعون فيه إذا استبعد القانون الإيراني وطبق أحكام القانون المصري لما تبينه من أن القانون الأول لا يجيز مساءلة الشخص الاعتباري عن الفعل الضار فإنه لا يكون مخالفاً للقانون، ولا يقدح في صحته ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون المدني من أن القانون الأجنبي يختص بالفصل في أهلية المسألة عن الفعل الضار ذلك أن القانون الأجنبي يتمتع بتطبيقه عملاً بالمادة ٢٨ مدني كلما كان حكمه في شأن المسؤولية أو في شأن شرط من شروطها مخالفاً للنظام العام".

كذلك حكمت محكمة النقض باستبعاد القانون الأجنبي إذا كان لا يعرف القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة إذ يهدف

المشروع من تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة إلى سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر.

فقضت في الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق بتاريخ ١٩٦٧/١١/٧ بأن:

١- (أ) - "تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه: "لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر". ومؤدى هذا النص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو نهى القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع".

(ب) - "تقوم مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع كتقصيره في مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع، ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سلفاً على الإعفاء من المسئولية عن العمل غير المشروع. فإذا كان هدف المشروع في تقدير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذه المسئولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص".

٢٠٨- تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل أو القانون المحلى فى بعض الحالات:

قد يدق الأمر فى بعض الحالات فى تحديد محل وقوع الفعل أو القانون المحلى، ونعرض لذلك فيما يأتى:

١- تفرق عناصر الواقعة القانونية فى أكثر من دولة:

قد تتفرق عناصر الواقعة القانونية ولا تقع جميعها فى نفس الدولة فى أحد فرضين:

(الفرض الأول): هو أن تكون الوقائع المكونة للفعل الضار موزعة بين عدة دول، كما لو كان الفعل الضار حادث نتج عن أفعال تم ارتكابها فى أكثر من دولة.

وقد ذهب واضعو المجموعة الأمريكية المعروفة باسم **UNIDROIT** إلى وجوب الاعتداد فى هذه الحالة بالمكان الذى تحققت فيه آخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبار أن هذه الواقعة تمثل السبب الأكثر صلة بالعلاقة أو الالتزام من الناحية الزمنية.

غير أن الفقه الفرنسى يرى وجوب الاعتداد فى تحديد محل وقوع الفعل بالمكان الذى تحققت فيه الواقعة الرئيسية التى ترتب عليها الضرر^(١). وهو ما نرى الأخذ به.

(الفرض الثانى): هو أن يقع الخطأ فى دولة ويتحقق الضرر فى دولة أخرى. ومثال ذلك القيام بتقليد إحدى المنتجات فى دولة لعرضها فى أسواق دولة أخرى. والقيام بالتشهير بشخص فى دولة فيترتب على ذلك الإضرار بسمعته فى دولة أخرى. أو بأن يضع شخص قبلة زمنية فى طائرة ثم تنفجر فى دولة أخرى.

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٠ ومابعداها.

ويثور التساؤل في مثل هذه الفروض عن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية المترتبة على الفعل الضار. هل هو قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ، أم الدولة التي تحقق فيها الضرر. إذ لم يقطع المشرع المصري في المادة ٢١ السالفة الذكر برأى دون آخر في هذه المشكلة إذ نص على الاعتراف بقانون "البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام" ومن المعلوم أن الالتزام لا ينشأ إلا بتوافر عنصرى الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما.

وقد أكدت مذكرة المشروع التمهيدى هذا المعنى بقولها: "ويراعى أن المشروع لم يتعرض لحسم الخلاف المستحكم في الفقه فيما يتعلق بتعيين "البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام" عند تعدد عناصر هذه الحادثة بل ترك كل ذلك لاجتهاد القضاء".

ويرى فريق من الفقه المصرى وجوب الاعتراف بمكان وقوع الخطأ ذلك أنه مهما قيل من أن عناصر المسؤولية لا تتكامل إلا بوقوع الضرر، فمما لاشك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيسى الذى تقوم عليه المسؤولية وما الضرر إلا نتيجة له. وعلى ذلك فإن قانون محل وقوع الخطأ هو الذى يتحدد به القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسئولية الشخص عن عمله أو عمل الغير أو فعل الحيوان أو عن الأشياء^(١).

ويرى فريق آخر أن العبرة بمكان تحقق الضرر ذلك أنه بالنظر إلى الهدف من نظام المسؤولية نجد أن هذا النظام لا يهدف إلى توقيع الجزاء على الخطأ بل إلى تعويض الضرر وهو ما يرجح الاعتراف بقانون محل وقوع الضرر. ففى هذا المكان تحقق الإخلال بالمصالح التى يرمى القانون إلى حمايتها فضلاً عن أن المسؤولية لا تنشأ إلا عند ترتيب الضرر وإن كان من اللازم أن يتسبب هذا الضرر عن خطأ. ولايكفى الخطأ فى ذاته لوصف الفعل بأنه منشئ للالتزام. ويؤكد هذا المعنى ذلك التزايد المستمر لصور المسؤولية التى قد يضعف إقامتها

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠٥ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن ص ٤٩٥ وما بعدها.

على فكرة الخطأ وفقا لمفهومها التقليدى مثل المسؤولية عن نقل الغير وعن الأشياء. ففي هذه الصور يعتبر الضرر لاشك هو العنصر الجوهرى فى المسؤولية^(١).

ويذهب فريق ثالث إلى أنه يجب الاعتداد بكل من عنصر الخطأ من جهة والضرر من جهة أخرى أما التركيز على أحد هذين العنصرين دون الآخر فهو يتضمن تجاهلا للطبيعة الخاصة للمسؤولية التقصيرية.

ويستوجب هذا رأى اختيار المضرور أى القانونين أصلح له فى تقرير التعويض، إلا أنه يجب الرجوع إلى قانون محل الفعل الذى ترتب عليه الضرر للفصل فى مسألة محددة، هى مدى مشروعية هذا الفعل وما إذا كان يستوجب المسؤولية من عدمه^(٢).

والرأى الأول هو ما نرى الأخذ به.

٢٠٩- وقوع الفعل فى إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة:

قد يقع الفعل فى إقليم لا يخضع للسيادة الإقليمية لدولة معينة كما لو وقع على ظهر سفينة فى عرض البحر أو وقع فى شكل تصادم بين سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى الذى يعلو أعالي البحار. فبالنسبة للتصادم البحرى ذهب رأى إلى إخضاعه لقانون السفينة التى ارتكبت الخطأ وسببت الحادث.

وذهب رأى ثان إلى تطبيق قانون السفينة التى لحقها الضرر. بينما ذهب رأى ثالث إلى أن للمضرور أن يختار ما بين هذين القانونين. وذهب فريق رابع إلى أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا توافرت عناصرها وفقا للقانونين معا.

أما رأى الرابع فيذهب إلى تطبيق قانون القاضى، لأن هذا القانون هو صاحب الاختصاص الطبيعى فى الأحوال التى يتعذر فيها أعمال ضابط الإسناد.

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٣ ومابعدھا.

(٢) هشام صادق ص ٤١٦ ومابعدھا.

ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة التي يكون التصادم فيها واقعا بين سفينتين في عرض البحر أو بين طائرتين في الفضاء الجوي العام وينتمى فيها كل من السفينتين أو الطائرتين إلى دولة واحدة، لأن قانون هذه الدولة يكون في هذه الحالة أكثر القوانين ملائمة لحكم المسؤولية المترتبة على التصادم^(١).

غير أنه تجب الإشارة إلى أنه إذا وجدت معاهدة دولية لتنظيم هذه المسألة، فإنه يجب تطبيق أحكام هذه المعاهدة كما هو الشأن مثلا بالنسبة لمعاهدة بروكسل المبرمة عام ١٩١٠ في شأن بعض القواعد المتعلقة بالتصادم البحري والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٤١ وأصدرتها بمرسوم ٣١ يناير ١٩٤٤.

أما الحوادث التي تقع على ظهر السفينة في عرض البحر أو على الطائرة في الفضاء غير التابع لإقليم دولة ما. فيسرى عليها وفقا للرأى الغالب قانون العلم، وذلك أخذا بالفكرة التقليدية التي تقضى باعتبار السفينة أو الطائرة جزءا من إقليم الدولة التي ترفع علمها^(٢).

أما لو وقع الحادث على ظهر سفينة في المياه الإقليمية لدولة معينة أو على طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوي لدولة من الدول فإن الفقه الغالب يتجه إلى تطبيق قانون الدولة صاحبة الإقليم بوصفه القانون المحلي.

ويفضل فريق من الفقه الحديث تطبيق قانون العلم في هذه الحالة كذلك نظرا لصعوبة تحديد ما إذا كانت الواقعة المنشئة للالتزام قد وقعت فعلا في المياه الإقليمية أو في البحر العام أو وقعت في الفضاء الجوي للدولة أو خارجه. هذا فضلا عن أن قانون العلم هو القانون الذي يعلمه كل من الركاب والطاقم والربان أو قائد الطائرة، أو هو على الأقل القانون الذي يعلموه أكثر من علمهم بقوانين الدولة المختلفة التي تمر بها كل من السفينة والطائرة بصفة عابرة.

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٠٩ ومابعدھا - سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٦ - هشام صادق ص ٤٢٨.

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٦ - عز الدين عبد الله ص ٥١٠.

كذلك قد يحدث في مجال الإثراء بلا سبب أن يختلف مكان الإثراء عن مكان الافتقار.

وفي هذه الحالة يرجح الفقه الاعتداد بالمكان الذي تحقق فيه الإثراء. ذلك أن الإثراء هو النتيجة الإيجابية وهو بهذه المثابة أكثر ظهوراً إلى العالم الخارجي من الافتقار. هذا فضلاً عن أن الإثراء هو الأساس القانوني للالتزام في هذا الفرض^(١).

وعلى ذلك فالقانون المختص بحكم دفع غير المستحق - بوصفه من تطبيقات الإثراء بلا سبب - هو قانون المكان الذي تم فيه الدفع. أما بالنسبة للفضالة - وهي تطبيق آخر من تطبيقات فكرة الإثراء بلا سبب - فإن القانون الواجب التطبيق في شأنها هو المكان الذي تولى فيه الفضولي شئونه رب العمل^(٢).



(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤١٤ وما بعدها - هشام صادق ص ٤٢١.

(٢) هشام صادق ص ٤٢١.

مادة (٢٢)

يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقدم فيه الدعوى أو تبأشر فيه الإجراءات.

الشرح

٢١٠- المقصود بقواعد الاختصاص:

تتصرف عبارة "قواعد الاختصاص" إلى الاختصاص الولائي والنوعى والمكانى والشخصى.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:

"ويلاحظ أن تعبير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم كما ينصرف إلى الاختصاص النوعى والمكانى والشخصى... الخ"^(١).

٢١١- سريان قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى على قواعد

الاختصاص:

يسرى على قواعد الاختصاص قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى، فهو الذى يحدد قواعد الاختصاص الولائي والنوعى والقيمي والمحل والشخصى. وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤديها وفقا لقواعد المرافعات المقررة فى قانونها دون قواعد المرافعات فى أى دولة أخرى.

ومن ثم فإن الدعوى عندما تعرض على المحكمة وجب عليها تحديد الجهة ذات الولاية التى تختص بنظرها، فقد تكون جهة القضاء العادى، وقد تكون جهة القضاء الإدارى وقد تكون جهة إدارية ذات اختصاص قضائى، فإن رفع النزاع لجهة لا ولاية لها، تعين القضاء بعدم الاختصاص ولو لم يبد دفع بذلك لتعلق الاختصاص الولائي بالنظام العام لاتصاله بالنظام القضائى.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠٤.

ويجب على المحكمة بعد تحديد اختصاصها الولائي تحديد اختصاصها النوعي والمحلي والشخصي، مع ملاحظة أن الاختصاص المحلي مما لا يتعلق بالنظام العام.

٢١٢- القاعدة هي اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على المصري؛

تنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج". فيكفي لاختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري توافر جنسية الجمهورية عند المدعى عليه ولا يلزم بجانب هذا أن يكون متوطناً أو مقيماً أو موجوداً في الجمهورية. ويصح أن يكون المدعى عليه شخصاً طبيعياً كما يصح أن يكون شخصاً اعتبارياً.

فقد أخذ المشرع بضابط شخصي في الدعاوى التي ترفع على المصري وفي هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه: "..... يضاف إلى ذلك الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنياً، بصرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، وينبنى الاختصاص في هذه الحالة على اعتبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للوطنيين والأجانب، إلا أنها شخصية بالنسبة للأوليين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج إقليم دولتهم. كذلك راعى المشرع اعتبار أن الأصل هو أن تؤدي الدولة العدالة في إقليمها وأن الأصل هو رعاية المدعى عليه. ولذلك فإن المشروع لم يأخذ بضابط الاختصاص من ناحية المدعى إلا في حالات قليلة تعتبر واردة على خلاف الأصلين العاميين المذكورين".

وعلى ذلك فالمصري الذي يقيم في الخارج ويتعامل مع شخص أجنبي لا يمكن أن يتفادى اختصاص المحاكم المصرية، إذا ما قام ذلك الأجنبي برفع

دعواه أمامها لمطالبة المصرى بوفاء التزامه، ولا يجوز للمصرى فى هذه الحالة أن يحتج بأن العلاقة نشأت فى الخارج، أو بأنه يقيم فى الخارج إذ ولاية المحاكم المصرية تنبسط على المصرى أينما كان وعلى جميع المنازعات التى يكون المصرى طرفا فيها أيا كانت هذه المنازعات. فيكفى أن يكون المدعى عليه مصرىا لى ينعد الاختصاص لمحاكم الجمهورية، ولا يلزم توافر أى شرط فى المدعى، فيصح أن يكون المدعى وطنيا كما يصح أن يكون أجنبيا متوطنا أو مقيما أو موجودا فى الجمهورية أو فى الخارج^(١).

غير أن المادة استثنت من اختصاص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية **الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج**. وذلك سواء أكانت الدعوى شخصية عقارية أم عينية عقارية أم مختلطة. فلا تختص محاكم الجمهورية، متى كان العقار واقعا فى الخارج، بالدعوى التى يرفعها مشتري العقار بعقد غير مسجل طالبا بها فى مواجهة البائع الحكم بانعقاد البيع (دعوى شخصية عقارية) أو الدعوى التى يرفعها مالك العقار طالبا تثبيت حق ملكيته وتقريره فى وجه من يعتدى عليه أو ينازع فيه (دعوى عينية عقارية) أو الدعوى التى يرفعها مشتري العقار بعقد مسجل على البائع طالبا تسليم هذا العقار (دعوى مختلطة). أما الدعوى التى يرفعها مستأجر العقار على المؤجر بتسليم العقار المؤجر والدعوى التى يرفعها المؤجر على المستأجر طالبا سداد أجرة العقار والدعوى التى يرفعها بائع العقار المبيع على المشتري طالبا سداد الثمن، فهى لا تدخل فى هذا الاستثناء لأنها دعاوى شخصية منقولة.

ويقوم هذا الاستثناء على مراعاة أن الدعوى المتعلقة بعقار تتطلب إجراءات ومعاينات تكون محكمة الدولة الكائن بها العقار أقدر على الفصل فيها، ولأن العقار هو مسقط سيادة الدولة، ولأن تنفيذ الحكم الصادر فى الدعوى

(١) الدكتور أحمد مليجى التعليق على قانون المرافعات الطبعة الثالثة ص ٧٦٠.

العقارية يكون عادة في بلد موقع العقار، ولا شك في أن هذا البلد لا يسمح بتنفيذه، إذا ما صدر من محاكم دولة أخرى^(١).

وهذا الاستثناء مسلم في الأغلب عند الفقه والقضاء في مختلف البلاد^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدنى بسريان قانون الدولة التى تم فيها العقد عند اختلاف الموطن ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه، وتنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وإذ كان الثابت من الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت فى مصر وأن المستأنف وهو المدين المحجوز عليه مصرى الجنسية وأن الدعوى الماثلة دعوى بطلان حجز ما للمدين لدى الغير موقع فى مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هى المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٢١٣- اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على

الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية :

تنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات على أن:

"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج".

(١) عز الدين عبد الله ص ٩٧٣ وما بعدها.

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات.

فالاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية. وأساس هذا الاختصاص أن كلا من الموطن ومحل الإقامة هو صلة بين الشخص وإقليم الدولة، ومن ثم فهو يصل المنازعة بسيادة الدولة وبالتالي يصلها بولاية القضاء فيها، ولأنه يتعين فى الأصل، الاعتراد بموطن المدعى عليه وليس بموطن المدعى لأن الأول أولى بالرعاية من الثانى^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات أنه :

"تنص المادة ٢٩ من المشروع على انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية، باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقارات واقعة فى الخارج. والقاعدة أساسياً الموطن وبديله هو محل الإقامة، وكذلك الاستثناء من حكمها، مسلمان فقها وقضاء، ولهذه القاعدة سند فى قانون المرافعات الحالى هو مفهوم المخالفة لنص المادة الثالثة منه فى شأن الأحوال العينية، وصريح نص المادة ٨٦١ فى شأن الأحوال الشخصية، وإن كان هذا النص الأخير لم يجعل محل الإقامة بديلاً للموطن وهو أمر منتقد عالجه المشروع".

والمقصود بالموطن، الموطن العام والموطن الخاص.

والموطن العام، هو المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من التقنين المدنى والذى يستلزم توافر عنصرين: عنصر مادى هو الإقامة فى مصر على وجه الاستمرار. وعنصر معنوى وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذها مقراً دائماً له. والموطن الخاص يشمل موطن الأعمال أو الموطن التجارى المنصوص عليه بالمادة ٤١ مرافعات وموطن من ينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها (م ٤٢ مدنى).

فتختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى فيما يتعلق بهذه الأعمال دون غيرها من الدعاوى. وإذا كان الموطن العام القانونى للقاصر

ومن فى حكمه فى الخارج ولكنه أذن فى مباشرة بعض الأعمال واتخذ الجمهورية موطناً لمباشرتها، صار له فى الجمهورية موطن خاص ومن ثم ضابط خاص للاختصاص بالنسبة لها وأمكن مقاضاته أمام محاكم الجمهورية فيما يتعلق بها دون غيرها (م ٢/٤٢ مدنى).

وقد يكون الموطن العام للمدعى عليه الأجنبى فى الخارج ولكن له فى الجمهورية موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين مما هو منصوص عليه فى المادة ٤٣ مدنى^(١)، فينعقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية بالدعاوى التى ترفع عليه والتى تتعلق بهذا العمل دون غيرها وقد نص على هذا الاختصاص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٣٠ مرافعات والتى جاء فى صدها فى بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد أنه: " .. بديهى أن يقتصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بما اتخذ هذا الموطن فى شأنه من علاقات. وحكم هذه الفقرة منقول من المادة ٣ من قانون المرافعات الحالى". وإذا كان الموطن العام القانونى للقاصر (ومن فى حكمه) فى الخارج ولكنه أذن فى مباشرة بعض الأعمال واتخذ الجمهورية موطناً لمباشرتها، صار له فى الجمهورية موطن خاص ومن ثم ضابط خاص للاختصاص بالنسبة لها وأمكن مقاضاته أمام محاكم الجمهورية فيما يتعلق بها دون غيرها.

والمقصود بمحل الإقامة الذى يكون للأجنبى فى مصر، هو المكان الذى يقيم فيه الأجنبى إقامة غير عادية، أى بغير نية الاستمرار، وهو لا يعد موطناً فى القانون المصرى. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد:

(١) تنص هذه المادة على أن:

"(١) يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين.

(٢) ولايجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة.

(٣) والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى".

"وقد جاء نص المشروع أكثر بيانا في ضبط الحكم من حيث المقصود بالإقامة فعبر عنها (بالموطن) حيث يكون المراد هو الإقامة العادية وعبر "بمحل الإقامة" حيث يكون المراد هو مجرد الإقامة التي لا تكون موطناً طبقاً للقواعد الواردة في القانون المدني".

ولا ينصرف محل الإقامة إلى مكان الوجود العارض. ولذلك فإن وجود الأجنبي المدعى عليه وجوداً عارضاً في الجمهورية لا يكفي وحده أساساً ليعقد عليه الاختصاص لمحاكم الجمهورية.

وقد استثنت المادة من قاعدة إسناد الاختصاص إلى المحاكم المصرية "الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار في الخارج"، وذلك للاعتبارات التي ذكرناها في قاعدة الاختصاص بالنسبة للدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- "مؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات من أن تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذى ليس له موطن أو سكن في مصر في أحوال معينة عدتها، أن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية أصلاً ومن باب أولى في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذى له موطن أو سكن في مصر وذلك بموجب ضابط إقليمى تقوم على مقتضاه ولاية القضاء المصرى بالنسبة للأجنبي".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢- "إذا كانت محكمة بداية القدس مختصة بنظر الدعوى طبقاً لقانونها، وكان اختصاصها يقوم أصلاً على أساس المحل الذى أبرم فيه العقد وكان مشروطاً بتنفيذه فيه - وهما ضابطان للاختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها - أى القانون المصرى - إذ نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات التى يقوم فيها الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للأجنبي

ولو لم يكن له موطن أو مسكن في مصر. وإذا كانت محكمة بداية القدس - وهي إحدى جهتي القضاء المنعقد لهما الاختصاص في النزاع القائم بين الطرفين - قد رفعت إليها الدعوى فعلا وأصدرت فيها الحكم المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية، فإن دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمة وحاجات المعاملات الدولية توجب اعتبار هذا الحكم قد صدر من محكمة أجنبية في حدود اختصاصها".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- "وفقا للمادة الثالثة من قانون المرافعات تختص المحاكم المصرية بالدعوى التي ترفع على الأجنبي إذا كان له موطن أصلي أو مختار أو مسكن في مصر، أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كان مشروطا بتنفيذه في مصر، وإذا كان المطعون عليه قد نقل إلى فرع الشركة بمصر واستمر يعمل به إلى أن قررت الشركة (رب العمل) فصله، فإن في ذلك ما يجعل المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى".

(طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٥)

٤- "النص في المادة ٤١ من القانون المدني على أن المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة يعتبر موطنًا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة، والنص في المادة ٢/٥٣ د من ذلك القانون، على أن الشركات التي يكون مركز إدارتها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي (أي موطنها) هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية، والنص في المادة ٥/١٣ من قانون المرافعات على أنه فيما يتعلق بالشركات الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في جمهورية مصر العربية تسلم لها الإعلانات الخاصة بها إلى هذا الفرع أو الوكيل، فقد دلت هذه النصوص مجتمعة على أنه إذا كان الموطن الأصلي لشخص - طبيعيا أو اعتباريا - موجودا في الخارج ولكنه يباشر نشاطا تجاريا أو حرفة في مصر، اعتبر المكان الذي يزاول فيه هذا النشاط موطنًا له في مصر في كل ما يتعلق لهذا النشاط".

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤)

٥- "من المقرر أن لكل سفينة تباشر نشاطا تجاريا وكيلا ملاحيا ينوب عن مالکها - سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا- فى مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة فى جمهورية مصر العربية ويمثله فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا النشاط ويعتبر مقر هذه الشركة موطنها لمالك السفينة تسلم إليه فيه الإعلانات وتحتسب منه مواعيد المسافة المنصوص عليها فى المادة ١٦ من قانون المرافعات، لما كان ذلك. وكان البين من الأوراق أن الشركة الطاعنة شركة ملاحية أجنبية تباشر بواسطة سفنها نشاطا تجاريا فى جمهورية مصر العربية وتتولى شركة القناة للتوكيلات الملاحية أعمال التوكيل الملاحى عنها فى كل ما يتعلق بهذا النشاط فمن ثم يعتبر مقر هذا الوكيل موطنها لها فى مصر، وإذ اختصت تلك الشركة فى هذا النزاع فى مواجهة وكيلها البحرى المذكور أمام محكمة أول درجة ثم أمام محكمة الاستئناف، فإن ميعاد المسافة الواجب إضافته إلى ميعاد الطعن بالنقض الذى أقامته الطاعنة يحتسب من موطنها فى مصر".

(طعن رقم ٥٩١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٤)

٢١٤- حالات اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع

على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية :

هناك حالات تختص بها محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية. وهذه الحالات نصت عليها المادة ٣٠ من قانون المرافعات.

فهذه المادة تنص على أن:

"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية:

- ١- إذا كان له فى الجمهورية موطن مختار.
- ٢- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

٣- إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصرى.

٤- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن فى الجمهورية، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن فى الجمهورية على زوجها الذى كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه فى الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد عن الجمهورية.

٥- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأُم أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيها.

٦- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.

٧- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى وطنيا أو كان أجنبيا له موطن فى الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى.

٨- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.

٩- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فى الجمهورية.

ونعرض لهذه الحالات تفصيلا فيما يأتى:

الحالة الأولى:

إذا كان للأجنبى موطن مختار فى الجمهورية:

تختص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كان للأجنبى فى مصر موطن مختار. ويستوى أن يكون الأجنبى شخصا طبيعيا أم اعتباريا.

وقد يتعلق هذا الموطن بعمل قانوني كرفع دعوى أمام القضاء المصري وحينئذ تختص المحاكم المصرية بالدعوى التي تترتب على هذا العمل، كدعوى التعويض التي قد تترتب على الدعوى الأولى، كدعوى التعويض التي قد تترتب على الدعوى الأولى ودعوى المخاصمة.

وقد يتعلق الموطن بعمل تجارى وحينئذ تختص المحاكم المصرية بالدعوى التي تترتب على هذا العمل^(١).

وفي هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات الجديد أنه:

"تعالج المادة ٣٠ من المشروع الحالات ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الجمهورية على الرغم من أن المدعى عليه الأجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وأولى هذه الحالات اختصاص محاكم الجمهورية متى كان للمدعى عليه موطن مختار فيها. وبديهي أن يقتصر هذا الاختصاص على المنازعات المتعلقة بما اتخذ هذا الموطن في شأنه من علاقات. وحكم هذه الفقرة منقول عن المادة ٣ من قانون المرافعات الحالي".

ومرد هذا الاختصاص هو فكرة الخضوع الاختياري، إذ أن قيام المدعى عليه الأجنبي باعتبار مصر موطنًا مختارًا له بالنسبة للعمل القانوني يفيد اختياره الخضوع لمحاكم الجمهورية بالنسبة لجميع المنازعات التي ترتبط بهذا العمل^(٢). واختصاص محكمة الموطن المختار في هذه الحالة هو استثناء مسلم به من قاعدة أن المدعى يسعى إلى المدعى عليه في محكمته.

إذ أن هذه القاعدة يقصد بها التيسير على المدعى عليه فمن الجائز الاتفاق على عكسها^(٣).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٠.

(٢) الدكتور نبيل اسماعيل عمر أصول المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الأولى ١٩٨٦ ص ١٨٨.

(٣) الدكتور أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الخامسة عشرة ١٩٩٠ ص ٤١ - الدكتور أحمد مليجي ص ٧٧٩.

ويرجع للقواعد العامة فى المرافعات بصدد أحكام الموطن المختار. والكتابة شرط لإثباته (م ٢/٤٣ مدنى). ويتعين أن يفهم من الكتابة أن الخصم قد قصد اتخاذ ذات المكان موطناً له لتنفيذ العمل القانونى المعين. فإذا أورد ذكر المكان لمجرد إرشاد المتعاقد عن الجهة التى سيتواجد فيها فى وقت ما فلا يعتد به كموطن مختار^(١).

واتخاذ الأجنبى موطناً مختاراً فى مصر لا يحول دون رفع الدعوى عليه أمام محاكم موطنه الأصلى فى الخارج، إذ يترتب على اتخاذ موطن مختار فى مصر أن يصبح الاختصاص مشتركاً بين محاكم دولة الموطن الأصلى ومحاكم دولة الموطن المختار^(٢).

الحالة الثانية:

إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها: وسبب اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوى يرجع إلى نوع أو طبيعة الحق الذى تحميه الدعوى. وكونه موجوداً أو يجب تنفيذه فى مصر. وهذا ضابط موضوعى، وليس ضابطاً شخصياً، وهو موقع المال. فإذا تعلقت الدعوى بمال منقول أو عقار موجود فى مصر جاز رفع الدعوى أمام محاكمها^(٣). ونقسم هذه الحالة إلى أقسام ثلاثة:

(أ) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية:

تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى إذا كانت متعلقة بمال موجود فى الجمهورية.

ولا يشترط أن يكون مصدر الالتزام قد نشأ فى مصر، بل يكفى وجود المال بها.

(١) أحمد أبو الوفا ص ٤١ هامش (٢).

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٥١٠.

(٣) عز الدين عبد الله ص ١٨٨.

ولا عبءة بنوع الدعوى، فقد تكون الدعوى شخصية كطلب تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني فى العقار أو المنقول، أو طلب تنفيذ الالتزام بتسليم المبيع بعقد مسجل أو الالتزام بالضمان، وقد تكون الدعوى عينية موضوعها حق عيني، كدعوى الملكية فى مال واقع فى مصر، كالدعوى التى يرفعها الدائن المرتته لعقار واقع فى مصر لحماية حقه، وقد تكون الدعوى مختلطة تستند إلى حق عيني وحق شخصى مثل الدعوى التى يرفعها المشتري على البائع بتسليم المبيع بعقد مسجل^(١).

واختصاص المحاكم المصرية راجع إلى أنها أقرب إلى المال من غيرها، وقد يستلزم التحقيق انتقال المحكمة إلى محله لمعاينته.

(ب) إذا كانت الدعوى متعلقة بالالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه

فيها:

تختص المحاكم المصرية بالدعوى إذا كانت مصر هى محل نشأة الالتزام كما لو تعلق النزاع بعقد أبرم فى مصر أو كانت الواقعة المنشئة للالتزام قد حدثت فيها، أو كانت مصر هى بلد تنفيذ الالتزام كما لو كانت الدعوى تتعلق بعقد نفذ أو كان مشروطا تنفيذه فى مصر.

ولا يهم مصدر الالتزام فيستوى أن يكون هذا المصدر تصرفا قانونيا أو عملا ماديا.

كما لا يهم نوع الدعوى فيصح أن تكون فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية كالمنازعة فى وصية تمت فى الجمهورية أو فى مشاركة زواج أبرمت فيها، كما يصح أن تكون فى مسألة من مسائل الأحوال العينية، مدنية كانت أو تجارية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج.

(١) الدكتور حمد مليجى ص ٧٨٠.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "مؤدى ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات من أن تختص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو مسكن فى مصر فى أحوال معينة عددها، أن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية أصلاً ومن باب أولى فى الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى له موطن أو مسكن فى مصرى وذلك بموجب ضابط إقليمى تقوم على مقتضاه ولاية القضاء المصرى بالنسبة للأجنبى".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٢- "إذا كانت محكمة بداية القدس مختصة بنظر الدعوى طبقاً لقانونها، وكان اختصاصها يقوم أصلاً على أساس المحل الذى أبرم فيه العقد وكان مشروطاً بتنفيذه فيه - وهما ضابطان للاختصاص مسلم بهما فى غالبية التشريعات ويقرهما قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها - أى القانون المصرى - إذ نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون المرافعات ضمن الحالات التى يقوم فيها الاختصاص للمحاكم المصرية بالنسبة للأجنبى ولو لم يكن له موطن أو سكن فى مصر. وإذا كانت محكمة بداية القدس - وهى إحدى جهتى القضاء المنعقد لهما الاختصاص فى النزاع القائم بين الطرفين - قد رفعت إليها الدعوى فعلاً وأصدرت فيها الحكم المطلوب تذييله بالصيغته التنفيذية، فإن دوافع المجاملة ومقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية توجب اعتبار هذا الحكم قد صدور من محكمة أجنبية فى حدود اختصاصها".

(طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٢)

٣- "تقضى الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدنى بـسريان قانون الدولة التى تم فيها العقد عند اختلاف الموطن مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه، وتنص المادة ٢٢ من هذا القانون على أنه يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات وإذا كان الثابت من

الأوراق أن وثائق التأمين قد أبرمت في مصر وأن المستأنف وهو المدين المحجوز عليه مصرى الجنسية وأن الدعوى الماثلة دعوى بطلان حيز ما للمدين لدى الغير موقع في مصر على أموال موجودة فيها فإن القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق علاوة على أن المحاكم المصرية تكون هي المختصة وحدها بنظر دعوى البطلان والطلبات الموضوعية المرتبطة بها".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

٤- "لما كانت المادة ٣٠ من قانون المرافعات تنص بأنه (تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى الجمهورية وذلك فى الأحوال الآتية: (١) ... (٢) إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود فى الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها. ...) وكانلا يجوز الخروج من اختصاص لمحاكم المصرية الثابت لها وفقا للقانون المصرى لأن الدولة هى التى ترسم حدود ولاية القضاء فيها مقدرة فى ذلك أن أداء العدالة مصلحة عامة لا يمكن تحقيقها إلا بواسطة محاكمها الذى ترى أنها دون غيرها جديرة بأن تكفل هذه الغاية وكان الثابت فى الأوراق أن الدعوى متعلقة بالتزام نفذ فى مصر فإن القضاء المصرى يكون مختصا بنظرها رغم اتفاق الخصوم فى عقد العمل على اختصاص المحاكم السويسرية بنظر ما قد ينشأ من العقد من منازعات وإذ كان ذلك، وكان الحكم الصادر من محكمة أو درجة فى ١٩٧٩/١٢/١٨ المؤيد بالحكم المطعون فيه قد خلص إلى هذه النتيجة الصحيحة. وقضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس".

(طعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣)

٥- "لما كانت المادة ٢/٣ من قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩- الذى رفعت الدعوى فى ظله - تنص على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الأجنبى الذى ليس له موطن أو مسكن فى مصر" إذا كانت الدعوى تتعلق بمنقول أو بعقار موجود فى مصر

أو كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفذ أو كانت الدعوى ناشئة عن واقعة حدثت فيها" وكان البنك الطاعن قد عزز الاعتماد المستندى الذى فتح لصالح الشركة المطعون ضدها الأولى وأخطرها بذلك عن طريق مراسلة المحدد فى خطاب الاعتماد والذى فوضه دون غيره فى القيام بكل ما يتعلق بالاعتماد وهو بنك مصر فرع بورسعيد. فإن هذا البنك الأخير يعتبر الموطن المختار المعين لتنفيذ الاعتماد وكل ما يتعلق به بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى وهو ما تكون معه المحاكم المصرية هى المختصة بنظر أى نزاع ينشأ عن هذا التنفيذ كما يكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع المعروض باعتباره قانون محل التنفيذ الذى يحكم العقد ويكون صحيحا إعلان الطاعن بالحجز فى موطن هذا المراسل باعتباره موطنًا مختارًا".

(طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

(ج) الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر فى الجمهورية:

تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التى تكون متعلقة بإفلاس أشهر فى مصر.

فإذا كان قد أشهر إفلاس الأجنبى أمام محكمة مصرية اختصت هذه المحاكم بالدعاوى المتعلقة بالإفلاس ويقصد بهذه الدعاوى كافة المنازعات التى تطبق فيها قاعدة من قواعد الإفلاس أو الناشئة عن الإفلاس أو المتعلقة بإدارة التفليسة. ومثل ذلك الدعوى التى يرفعها أمين التفليسة ببطان التصرفات الصادرة من المفلس فى فترة الريبة، ودعوى استرداد البضاعة المودعة لدى المفلس، وكافة الدعاوى التى يختصم فيها أمين التفليسة بصفته هذه.

وفى هذا الصدد يلاحظ أن المحاكم المصرية تختص بشهر إفلاس التاجر الأجنبى إذا توقف عن دفع ديونه فى مصر، إذا كان موطنه التجارى فى مصر أو كان بها مركز إدارة أعماله الرئيسى، أو كان بها فرع أو وكالة للتاجر المدين وكان المركز الرئيسى لأعماله بالخارج. ويتحدد كل ذلك وفقا لقانون القاضى الموضوعى.

وإذا لم يتوافر أى معيار من هذه المعايير. فإن المحاكم المصرية تختص بشهر إفلاس التاجر إذا كانت له أموال فى مصر، وكانت التزاماته التجارية تنصب عليها^(١).

فإذا أشهر إفلاس التاجر من إحدى المحاكم المصرية، أمكنها بعد ذلك النظر فى كافة الدعاوى المتعلقة بالإفلاس.

الحالة الثالثة:

إذا كانت الدعوى معارضة فى عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق مصرى:

ذكرنا سلفاً أنه يجوز للأجانب فى الجمهورية أن يبرموا زواجهم فى الشكل المقرر فى القانون الوطنى بوصفه بالنسبة لهم الشكل المحلى للزواج. وهذا الشكل يباشره موثق وطنى. وقد يحدث عندما يقوم الموثق بالتوثيق أن يعترض على إبرام الزواج من له الحق قانوناً فى الاعتراض عليه، وذلك من حيث الشروط الموضوعية - لا من حيث الشكل - كما لو كان مبنى الاعتراض عدم أهلية أحد الطرفين أو عدم رضاء من يوجب القانون الواجب التطبيق توافر رضائه بالزواج (مثل الوالدين أو أحدهما أو الوصى أو مجلس العائلة) أو قيام مانع من موانع الزواج كقيام زوجية سابقة.

وبديهى أن تمكين الموثق من أداء وظيفته، وهو يؤديها وفقاً للقانون المصرى، يقتضى البت فى الاعتراض بواسطة السلطة المختصة فى دولته، إذ القول بغير ذلك من شأنه تعطيله من أدائها وتعطيل أعمال القانون الوطنى بوصفه القانون الذى يحكم شكل الزواج. وهذه هى الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الاستثناء^(٢).

فاختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة يبنى على نوع الدعوى. والمحكمة هى التى تعطىها التكييف القانونى اللازم لى تحدد مسألة اختصاصها بنظرها.

(١) عز الدين عبد الله ص ٧١٩ - نبيل اسماعيل عمر ص ١٨٩ - هشام صادق ص ١٢٥.

(٢) عز الدين عبد الله ص ٦٨٦ - نبيل اسماعيل ص ١٩٠.

ويلاحظ أنه إذا كان محل التوثيق عقد زواج أجنبي بمصرية أو التصديق عليه فإنه يجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من الشروط التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ (المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٧٦).

وتنص المادة السادسة من ذات القانون على أنه إذا اتضح للموثق عدم توافر هذه الشروط وجب عليه أن يرفض التوثيق.

ويجوز لكل ذى مصلحة فى عدم إتمام هذا التوثيق أن يرفع دعوى ضد الأجنبى والزوجة المصرية معارضا فى عقد الزواج مع اختصاص وزير العدل بصفته الرئيس الأعلى للشهر العقارى والتوثيق (الممثل له). كما يجوز للزوجة نفسها رفعها لانتفاء الشروط التى تطلبها المادة الخامسة سالفه البيان أو لتوافر سبب من أسباب الفسخ أو البطلان المتعلقة بعقد الزواج^(١).

الحالة الرابعة:

الدعاوى المتعلقة بطلب فسخ الزواج أو بالتطليق أو بالانفصال:

تنص المادة ٤/٣٠ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بنظر طلبات فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال فى صورتين:

الصورة الأولى:

أن تكون الدعوى مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج من المدعى عليه متى كان لها موطن بالجمهورية.

فضابط الاختصاص فى هذه الصورة هو جنسية الجمهورية عند المدعية قبل زواجها من المدعى عليه، وهو ضابط شخصى غير إقليمى، وكذلك موطنها فى الجمهورية وقت رفع الدعوى، سواء كانت متوطنة فى الجمهورية من الأصل قبل رفعها أم أنها كانت مقيمة فى الخارج ثم عادت للإقامة فى الجمهورية وكسبت موطنها فيها وقت رفع الدعوى.

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٢.

ويبرر اختصاص محاكم الجمهورية في هذه الحالة ما قدره المشرع من توفير الرعاية للمدعية باعتبار ما كان من تمتعها بجنسية الجمهورية وحتى يمكنها من استرداد هذه الجنسية إذا ما نجت في حل رابطة الزوجية. وتوطن الزوجة في الجمهورية أو عودتها للتوطن فيها يكون عنصرا هاما من عناصر تقدير السلطة التنفيذية في إجابة طلب الاسترداد. كذلك فإن ما يبرر ذلك كون القانون الواجب التطبيق في الدعوى وفقا للمادة (١٤) مدنى هو القانون الوطنى.

الصورة الثانية:

أن يكون للمدعية موطن في الجمهورية ، وأن يكون زوجها المدعى عليه أجنبيا كان له موطن في الجمهورية، وقام سبب الدعوى، أى سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال، ثم هجر زوجته وفقد موطنه في الجمهورية فقدا اختياريا، سواء اتخذ أو لم يتخذ موطنا في الخارج، أو فقده فقدا إجباريا بالسقوط نتيجة لإبعاده عن الجمهورية.

وضابط الاختصاص في هذه الحالة هو موطن المدعية في الجمهورية، وهو ضابط شخصى إقليمى. أما الظروف الأخرى التى يستلزم المشرع توافرها فى جعل محاكم الجمهورية مختصة بالدعوى، ألا وهى هجر الزوج وزوجته وفقد موطنه فى الجمهورية، فهى فى الحقيقة الاعتبارات التى تبرر رعاية المدعية رعاية تضعف أمامها فكرة أن الأصل هو توفير الرعاية للمدعى عليه. كما أن توطن المدعية فى الجمهورية يجعل اختصاص هذه المحاكم بالدعوى واقعا فى نطاق فكرة أن واجب الدولة هو أداء العدالة فى إقليمها لكفالة السلام العام فيه. والاختصاص فى هذه الحالة الثانية شأنه شأن الحالة الأولى مقيد بنوع الدعوى، فيجب أن تكون الدعوى بطلب فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال^(١).

(١) عز الدين عبد الله ص ٦٨٧ ومابعدهما.

الحالة الخامسة :

إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الجمهورية أو للصغير المقيم فيها:

يشترط لاختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعوى في هذه الحالة وجود موطن للزوجة أو الأم في مصر وقت رفع الدعوى، وأن يكون الصغير مستحق النفقة مقيماً في الجمهورية في ذلك الوقت.

فضابط اختصاص المحاكم المصرية بهذه الدعاوى هو ضابط إقليمي وهو وجود موطن للزوجة أو الأم في مصر أو إقامة الصغير في مصر وقت رفع الدعوى، سواء كانت الزوجة أو الأم مصرية أو أجنبية، حتى ولو كان للمدعى عليه الأجنبي موطن معروف في الخارج.

وقد راعى المشرع بالنسبة للصغير الاكتفاء بكونه مقيماً في مصر مقدراً في ذلك أن موطن الصغير هو موطن النائب عنه وقد يكون هذا الموطن في الخارج^(١).

ويلاحظ أن المقصود بدعاوى النفقة في هذا الخصوص الدعوى بطلب نفقة عادية للأم أو للصغير كما تقضى بها قواعد النفقة بين الأقارب. أو بطلب نفقة عادية للزوجة باعتبارها أثر من آثار الزواج.

أما النفقة الوقتية التي يتم تقديرها من القاضي المختص لحين الفصل في الدعوى الأصلية فإنها تخضع لحكم المادة ٣٤ مرافعات.

وأساس هذا الاستثناء هو مراعاة حالة المدعى المطالب بالنفقة، نظراً لضعف مركزه وحاجته العاجلة إلى النفقة اللازمة لمعيشته.

الحالة السادسة :

إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها:

(١) هشام صادق ص ١٤٧ - نبيل اسماعيل ١٩١ ومابعدها.

تنص المادة ٦/٣٠ مرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعوى "إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم فى الجمهورية أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها". فضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو إقامة الصغير فى مصر، وهو ضابط شخصى إقليمى.

والإقامة المقصودة هنا هى مجرد الإقامة وليس الإقامة العادية التى تكون موطناً. إذ أن الصغير له موطن قانونى هو موطن من ينوب عنه قانوناً (م ٤٢ مدنى). ولا يوجد بجانب ذلك أى قيد من حيث جنسية الصغير، دون اعتداد بالمدعى عليه الأجنبى، أى حتى ولو كان له موطن معروف فى الخارج. وإنما يتقيد الاختصاص فى هذه الحالة بنوع الدعوى فيجب أن تكون فى شأن نسب الصغير أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.

وتعبير "بشأن نسب صغير" الوارد فى المادة يتصور معه أن تكون الدعوى بإثبات النسب، كما يتصور أن تكون بإنكاره. ويبرر هذا الاختصاص أن الصغير هو الطرف الضعيف فى الدعوى التى تجب له الرعاية، كما أن حماية الصغير فى نفسه واجب على الجماعة وتتصل بالمصلحة العامة وتقع فى نطاق واجب الدولة فى أداء العدالة على إقليمها مادام الصغير مقيماً فيه^(١).

الحالة السابعة:

إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعى له موطن فى مصر وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى:

وقد نصت على هذه الحالة الفقرة السابعة من المادة (٣٠) مرافعات وهى تقرر صورتين للاختصاص الدولى للمحاكم المصرية فى مواد الأحوال الشخصية. وهما صورتان عامتان بمعنى أنهما لا تنقيدان بنوع معين من مواد

(١) نبيل اسماعيل ص ١٩٢ - عز الدين عبد الله ص ٦٩١ ومابعدها.

الأحوال الشخصية، فهما تشملان جميع المسائل المتولدة عن رابطة الزوجية والمتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على النفس وعلى المال، وكذلك المسائل المتعلقة بالمواريث.

والصورة الأولى:

هى اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى التى ترفع على الأجنبى متى توافر شرطان: أولهما، أن يكون المدعى وطنيا سواء كان متوطنا فى الجمهورية أم فى الخارج. وثانيهما: ألا يكون للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج، ويكفى هذا فلا يشترط أن يكون القانون المصرى هو واجب التطبيق، وذلك إعمالا لفكرة منع إنكار العدالة إذ قد لا يجد المدعى المصرى محكمة أجنبية تختص بالدعوى.

والصورة الثانية:

إذا كان المدعى أجنبيا له موطن فى الجمهورية، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف فى الخارج أو إذا كان القانون الوطنى واجب التطبيق فى الدعوى.

وهذه الحالة تكون كثيرة التحقق فى التطبيق بالنظر إلى حكم المادة ١٤ مدنى التى تجعل القانون الوطنى وحده هو الواجب التطبيق فى الزواج والطلاق والتطليق والانفصال كلما كان أحد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج، وذلك فيما عدا شرط الأهلية فى الزواج.

الحالة الثامنة:

إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للناصر أو المطلوب الحجز عليه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل إقامة فى الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب:

تنص المادة ٨/٣٠ مرافعات على اختصاص المحاكم المصرية "إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للناصر

أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في الجمهورية أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب".

فضابط اختصاص المحاكم المصرية في هذه الدعاوى هو ضابط شخصي إقليمي، هو أن يكون للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة في مصر، أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.

والإقامة المقصودة هنا هي واقعة مادية، وينظر في شأنها إلى ذات الشخص المطلوب تحديد محل إقامته. أما الموطن فهو مبنى على فكرة قانونية. وموطن الشخص يتحدد وفقاً للقانون المصري بوصفه قانون القاضي الذي يخضع له التكييف القانوني، أو بوصفه القانون الإقليمي، أي قانون البلد الذي يدعى بالتوطن فيه.

وموطن القاصر والمحجور عليه والغائب والمفقود هو موطن من ينوب عنه قانوناً.

وعلى ذلك فلكي يعتبر القاصر متوطناً في الجمهورية يجب أن يكون النائب عنه متوطناً فيها.

ويعتد في الاختصاص بطلب الحجر بموطن المطلوب الحجر عليه، فإذا ما تم الحجر عليه اعتبر موطنه هو موطن النائب عنه.

ويلاحظ أنه إذا كان موطن أي من هؤلاء في الخارج، ولكن محل إقامته في مصر، كان هذا المحل أساساً كافياً لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، وبالنسبة للغائب يكفي لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون آخر موطن أو محل إقامة له سبق تحقيقه في مصر.

واختصاص المحاكم المصرية في نطاق المادة ٨/٣٠ يعتد بنوع الدعوى. فيجب أن تكون هذه الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للولاية على المال، مثل تعيين وصي، أو توقيع الحجر، أو تنصيب نائب عن المحجور عليه، أو إثبات الغيبة، أو تعيين وكيل عن الغائب، أو تعيين المساعدين القضائيين أو تعيين مأذون بالخصومة عن القصر أو الغائبين.

أما الإجراءات الوقتية والتحفظية الواجب اتخاذها بمناسبة هذه المسائل فهي تدخل في اختصاص المحاكم المصرية وفقا للمادة ٣٤ ومرافعات^(١).

أما التصرف في مال المشمول بالحماية سواء صدر منه أو من نائبه بعد تمام الإجراء الذي تستلزمه هذه الحماية، كصدور إذن للقاصر أو الوصى حتى يمكنه التصرف في الحال مثلا، فهنا يبحث في اختصاص المحاكم المصرية وفقا للقواعد الاختصاص الدولي مثل المادة (٣٠) بفقراتها المختلفة.

والواقع أن جدوى الفقرة الثامنة من المادة (٣٠) لا تبدو إلا في الفروض التي يكون ناقص الأهلية أو الغائب فيها هو المدعى. إذ تختص المحاكم المصرية بمسائل الولاية على المال في هذه الحالة مادام أن لنقص الأهلية موطن أو محل إقامة في مصر أو كانت هي آخر موطن أو محل إقامة للغائب. أما لو كان ناقص الأهلية أو الغائب هو المدعى عليه لاختصت المحاكم المصرية بالدعوى وفقا للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ من قانون المرافعات والتي تقضى باختصاص هذه المحاكم مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في مصر. وقد راعى المشرع عند وضعه لنص الفقرة الثامنة من المادة (٣٠) وما يتضمنه هذا النص من استثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة ٢٩، حماية الطرف الضعيف في الدعوى^(٢).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات تعليقا على نص المادة ٢٩ أنه: "على أن انعقاد الاختصاص لمحاكم الجمهورية على أساس موطن المدعى

(١) نبيل اسماعيل ص ١٩٣ وما بعدها - ويرى بعض الفقهاء أنه وإن كان نص الفقرة الثامنة المشار إليها جاء صريحا في ذكر الاختصاص "بالدعوى" المتعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، إلا أن حكمه ينصرف إلى أى إجراء يلزم اتخاذه في هذه المسائل لحماية عديم الأهلية ومن في حكمه في ماله. ويضيف إلى أنه على أية حال فإن ما يلزم اتخاذه في هذا الشأن من إجراءات وقتية أو تحفظية، مثل الإجراءات الخاصة بحصر أموال الشخص الواجب حمايته والتحفظ عليها يدخل في اختصاص محاكم الجمهورية وفقا للمادة ٣٤ مرافعات (عز الدين عبد الله ص ٦٩٥).

(٢) هشام صادق ص ١٤٤ وما بعدها.

عليه أو محل إقامته هي قاعدة عامة لا تعطّلها قواعد الاختصاص الخاصة بمسائل الولاية على المال أو بمسائل الميراث أو غيرها إلا حيث يوجد نص يقضى بخلاف ذلك".

الحالة التاسعة:

إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية.

تنص المادة ٩/٣٠ مرافعات على أن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى "إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية". وهذه الحالة تفترض أن الدعوى رفعت على أكثر من مدعى عليه. وجعلت الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى إذا كان لأحد هؤلاء المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في مصر.

ويستوى أن يكون المدعى عليه الذي له موطن أو محل إقامة في مصر شخصا طبيعيا أو اعتباريا.

ويجب أن تكون هناك وحدة في الموضوع والسبب في النزاع بين جميع المدعى عليهم. وأن يكون تعدد الخصوم تعددا حقيقيا وليس تعددا سوريا لمجرد مد ولاية القضاء المصري إلى من لا يخضعون له. ويجب أن يكون المدعى عليهم مختصمين بصفة أصلية وليس بصفة تبعية أو احتياطية كاختصاص المدينين والكفلاء. ومتى انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، فإنه يظل منعقدا لها حتى لو ترك المدعى دعواه بالنسبة للمدعى عليه المقيم في مصر وكان الترك جائزا ما لم يدفع أحد المدعى عليهم بعدم اختصاص المحاكم المصرية أو لم يحضر باقى المدعى عليهم.

ويستوى أن يكون المدعى عليه المقيم في مصر قد اختصم منذ رفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب أو أدخل فيها بعد ذلك طالما كان خصما حقيقيا حتى لا يؤدي السهو عنه في الصحيفة إلى نفي اختصاص المحاكم المصرية^(١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥١٦.

وأساس الاختصاص للمحاكم المصرية أن يكون أحد المدعى عليهم أجنبياً له موطن أو محل إقامة في الجمهورية. غير أن المحاكم المصرية تختص بالمدعى أيضاً إذا تعدد المدعى عليهم وكان أحدهم متمتعاً بجنسية الجمهورية أو كان المال موجوداً بمصر.

ولتختص بالمدعى إذا تعدد المدعى عليهم وكانوا جميعاً أجنبياً، وكانت غير مختصة أصلاً بها، ولكن قبل أحدهم اختصاصها إذ يقتصر هذا القبول في الاختصاص على المدعى عليه الذي قبله دون الآخرين^(١).

وإذا كان من شأن تعدد المدعى عليهم أن يؤدي إلى جلب الاختصاص لمحاكم الدولة، فإنها يجوز أن يؤدي إلى سلب الاختصاص من هذه المحاكم لصالح محاكم أجنبية.

وذلك على أساس أن التخلي عن القضاء يكون من شأنه الانتقاص من سيادة الدولة، وعلى أساس أن محاكم كل دولة تكون مستقلة عن محاكم الدول الأخرى. وأن وظيفة كل دولة هي أداء العدالة في إقليمها.

ومع ذلك فهناك اتجاه حديث في فقه القانون الدولي الخاص يسمح بقبول الدفع بإحالة الدعوى من محكمة وطنية إلى محكمة أجنبية مما يؤدي عملاً إلى سلب الولاية من القضاء الوطني^(٢).

والضابط المذكور في تحديد اختصاص المحاكم المصرية غير مقيد بنوع الدعوى. ويعمل به في جميع المنازعات.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

"مؤدى نص المادة ٣٠ من قانون المرافعات وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أن المشرع عقد الاختصاص للمحاكم المصرية في الدعاوى التى

(١) عز الدين عبد الله ص ٧٣٦ - نبيل اسماعيل ص ١٩٥.

(٢) الدكتور أحمد عبد الكريم سلامه أصول المرافعات الدولية ١٩٨٤ ص ٢٢٩ ومابعداها -

نبيل اسماعيل ص ١٩٦.

ترفع على الأجنبي الذى ليس له موطن أو محل إقامة فى مصر إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة فيها، وأن معنى التعدد يتحدد طبقاً للقانون الوطنى وأنه يجب أن يكون التعدد حقيقياً وليس صورياً بأن توجه إليهم طلبات فى الدعوى وهو يكون غير حقيقى إذا ما كان اختصاص الخاضع لولاية القضاء المصرى حاصلًا لمجرد مد هذه الولاية إلى من لا يخضعون لها بأن يكون اختصاصهم ليصدر الحكم فى مواجهتهم أو لمجرد المثل فيها لما كان ذلك وكان المطعون عليهما الأول والثانى اختصاصاً الطاعنين وهما أجنيان - والمطعون عليهم من الثالث إلى الأخير وهم مصريون للحكم بإلزامهم جميعاً متضامنين بالتعويض المطالب به وذلك على سند من أن الطاعن الأول صاحب إدارة المباني التجارى والطاعن الثانى والمطعون عليهما الثالث والخامس أعضاء بها والمطعون عليه الرابع موظف لدى المطعون عليهما الأول والثانى وجميعهم ساهم فى الأفعال التى أدت إلى واقعة سحب البيانات أساس دعوى التعويض فيعتبر تعددهم فى الخصومة تعدداً حقيقياً وليس صورياً وإذا وجهت إلى المطعون عليهم من الثالث إلى الأخير طلبات فى الدعوى كمسئولين أصليين وكان لهؤلاء الآخرين محل إقامة فى مصر فيعتقد الاختصاص بنظر الدعوى للمحاكم المصرية".

(ظن رقما ٦٤١، ٦٦٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

٢١٥- اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة

بالتركة:

تنص المادة ٣١ من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة متى كانت التركة قد افتتحت فى الجمهورية، أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية".

فهذه المادة تتناول اختصاص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة.

وتحديد المسائل الخاصة بالإرث هو مسألة تكليف تخضع للقانون المصرى.

ويعد من هذه المسائل الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الإرث وبيان الورثة وتحديد مراتبهم ونصيب كل منهم وحق المورث فى تعيين منفذ الوصية وحق القاضى فى تعيين مدير التركة.

والمقصود بالدعوى المتعلقة بالتركة الدعوى المدنية البحتة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التى يرفعها دائن المورث طالبا الوفاء بدينه من التركة أو الدعوى التى ترفع على مدين المورث لاستيفاء أموال التركة^(١).

غير أنه يشترط أن تكون الدعوى مرفوعة من كل الورثة أو من وارث انتصب نائبا عن باقى الورثة، فلا يطالب بحق شخصى له إنما بحق للتركة باعتباره ممثلا لها، فإن طالب بالحق باعتباره يدخل فى حصته الميراثية فإن المحاكم المصرية لا تكون مختصة بنظر الدعوى بموجب المادة ٣١ مرافعات^(٢).

وهذه المادة تضم ثلاث حالات لاختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث وبالدعوى المتعلقة بالتركة هى:

الحالة الأولى:

أن يكون محل افتتاح التركة فى مصر:

تكون المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى إذا كان محل افتتاح التركة فى مصر.

والتركة تفتتح فى مصر إذا كان آخر موطن للمورث فيها. ولا يقدح فى توافر هذا الموطن أن يكون المتوفى قد غادره قبل وفاته لأمر عارض كالزيارة أو العلاج ثم توفى أثناء الزيارة أو العلاج، طالما لم تتصرف إرادته إلى التخلّى عن موطنه فى مصر واتخاذ موطن آخر فى الخارج.

(١) هشام صادق ص ١٣٥.

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٥١٦ ومابعدهما.

وأساس اعتداد المشرع ببلد افتتاح التركة كضابط للاختصاص فى مواد المواريث هو أن محاكم الدولة التى يوجد بها آخر موطن للمتوفى هى الأقدَر على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بالتركة لكونها أقرب المحاكم إلى أموال المتوفى كما أن مصالح دائنيه تتركز عادة فى دائرتها^(١).

الحالة الثانية:

أن يكون المورث مصرياً:

فضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو تمتع المورث عند وفاته بجنسية الجمهورية. وهو ضابط شخصى غير إقليمى.

ويبدو أن المشرع قد وضع فى اعتباره أنه لو كان المورث مصرياً فإن القانون المصرى هو الذى سيطبق على موضوع دعوى الإرث إعمالاً للمادة ١٧ مدنى، مما يجعل اختصاص المحاكم المصرية بالدعوى أمراً مرغوباً فيه وفقاً للفكرة القائلة بأن محاكم الدولة هى الأعلى بتطبيق قانونها.

غير أن القانون المصرى لن يكون هو الواجب التطبيق بالضرورة، كما لو كانت الدعوى مثلاً من الدعاوى المدنية البحتة المتعلقة بالتركة كدعوى دائن المورث التى يطالب فيها بحق عينى على مال منقول من أموال التركة كائن فى دولة أجنبية.

أما لو كان المال عقاراً فى هذا الفرض فلن تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى أصلاً عن ما سنرى^(٢).

واختصاص محاكم الجمهورية فى الحالتين المتقدمتين لا يستلزم فى شأنه أى شرط آخر غير ما ذكر. فيكفى أن يكون آخر موطن للمتوفى الجمهورية أو أن يكون المتوفى متمتعاً بجنسية الجمهورية عند وفاته. ولا عبرة بعد ذلك بموقع أموال التركة، فيصح أن تكون جميعاً فى الجمهورية، ويصح أن يكون بعضها

(١) هشام صادق ص ١٣٥ ومابعدهما.

(٢) هشام صادق ص ١٣٦ ومابعدهما.

فى الجمهورية والبعض الآخر فى الخارج، لأن نص المادة ٣١ لا يستلزم شيئاً من ذلك، بل إنه هجر ما كان يستلزمه فى المادة ٨٦٠ من القانون الملغى بشأن الحالة الثانية المشار إليها من شروط أخرى فوق كون المورث متمتعاً بجنسية الجمهورية.

فقد كانت هذه المادة توجب لاختصاص محاكم الجمهورية فى الحالة الثانية "أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر وأن يكون المورث مصرياً أو أن يكون الورثة كلهم أو بعضهم مصريين" وجاء بالذاكرة الإيضاحية لذلك القانون أنه: "لوحظ أنه إذا كان المورث مصرياً فالقانون المصرى هو الواجب التطبيق وأموال التركة كلها أو بعضها فى مصر، وهذان الاعتباران يكفيان لتبرير الاختصاص، وكذلك الشأن إذا كان الورثة كلهم أو بعضهم مصريين، فإن فى جنسيتهم وفى وجود التركة أو جزء منها فى مصر ما يقضى باختصاص المحاكم المصرية" وقد كان هذا النص محل انتقاد من الفقه من حيث عدم الاكتفاء بتمتع المورث بجنسية الجمهورية ضابطاً للاختصاص.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كانت المادة ٨٨٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ قد تضمنت قاعدة من قواعد الاختصاص الداخلى بتحديد الاختصاص للمحكمة الابتدائية التابع لها مكان افتتاح تركة الأجنبى المتوطن بالقطر المصرى، إلا أن هذه القاعدة فى الوقت ذاته من ضوابط الاختصاص الخارجى فى كثير من القوانين الأجنبية كلما كانت التركة أموالاً منقولة. فإذا كان الحكم قد طبق هذه القاعدة التى أقرها المشرع المصرى فى توزيع الاختصاص الداخلى فى تعرف اختصاص محاكم لبنان بتركة أجنبى متوطن فى دائرتها فإنه لا يكون قد خالف القانون مادامت القاعدة التى طبقها لا تتعارض مع أية قاعدة أخرى أساسية فى القانون المصرى ينبغى بها الاختصاص للمحاكم المصرية وحدها ومتى كان لم يتمسك أحد أمام محكمة الموضوع بأن للتركة عقارات بمصر".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٢- "إن المادة ٨٨٥ من القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ إذ اشترطت في اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى الخاصة بتركة أجنبي أن يكون هذا الأجنبي "متوطناً بالقطر المصري" تكون قد اشتملت في الواقع على قاعدة من قواعد الاختصاص العام في مصر واستبعدت بهذا الشرط تركة الأجنبي المتوطن في بلاد أجنبية من اختصاص المحاكم المصرية".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٣- "متى كان الحكم وهو بسبيل تعرف اختصاص محاكم لبنان بإصدار أحكام صادرة منها في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية قد طبق في تحديد الاختصاص القواعد القانونية التي كان معمولاً بها وقت صدور تلك الأحكام بصفة نهائية فإنه لا يكون قد أخطأ القانون بعدم تطبيق المادة الأولى من قانون المرافعات المعمول به من ١٥/١٠/١٩٤٩ والمادتين ٨٥٩، ٨٦٠ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ وذلك متى كانت تلك الأحكام قد صدرت بصفة نهائية قبل العمل بهذا القانون وكانت المسألة المشار إليها مطروحة على المحكمة بصفة أولية يبنى عليها الفصل في الطلب الأصيل في الدعوى".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢)

٤- "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه - برفض الدفع بعدم اختصاص دائرة الأحوال الشخصية للمصريين على أن المدعين يتمتعان بالجنسية المصرية أخذاً بالقاعدة التي قررها قانون الجنسية المصري من أن من يولد لأب مصري، يكون مصرياً هو الآخر، دون نظر إلى مكان ولادته أو جنسية الأم أو قيام الزوجية وقت الميلاد، ولأنه لم يثبت كما قرر الحكم أنهما اكتسبا الجنسية البريطانية، ولما كانت هذه الدعامة من الحكم ليست محل نعى من الطاعنة، فإنه يكون صحيحاً إقامة الدعوى ابتداءً، بثبوت وراثتهما من والدهما المصري الجنسية أمام دائرة الأحوال الشخصية للمصريين".

(طعن رقم ٢١ لسنة ٣٩ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٤/١/٩)

الحالة الثالثة:

أن تكون أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية:

وضابط الاختصاص فى هذه الحالة هو موقع المال، وهو ضابط موضوعى إقليمى، وأنه لا يشترط بجانبه أى شرط آخر، مثل كون المورث متمتعاً بجنسية الجمهورية أو كون آخر موطن له فى الجمهورية. وقد خالف المشرع بذلك ما سبق أن اتبعه فى قانون المرافعات الملغى من عدم الاكتفاء بموقع أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية ضابطاً للاختصاص.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه: "ونص المادة ٣١ يجمع بين حكمى المادتين ٣ فقرة ٣ و ٨٦٠ فقرة ٢ من القانون القائم مع تعديل هذه الأخيرة بالاكتفاء بكون المورث مصرياً أو كون أموال التركة كلها أو بعضها فى الجمهورية دون فى الجمهورية دون إضافة ضابط آخر للاختصاص إلى كل منهما".

ويقوم الاختصاص فى هذه الحالة على أساس أن مصر هى دولة موقع الأموال ومن ثم تختص محاكمها بالدعوى المتعلقة بها، وهو ترديد للمبدأ العام الوارد بالفقرة الثانية من المادة (٣٠).

ومع ذلك بظل هناك فارق هام بين اختصاص المحاكم المصرية القائم على وجود المال فى مصر والمنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة (٣٠) وبين اختصاص هذه المحاكم فى مسائل الإرث وفقاً للمادة ٣١ محل البحث. ففى هذه الحالة الأخيرة يكفى اختصاص المحاكم المصرية بدعوى الإرث أو الدعوى المتعلقة بالتركة أن تكون بعض أموال التركة فى مصر ولو كان المال محل النزاع كائناً فى دولة أجنبية^(١).

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للعقارات الكائنة فى دولة أجنبية على ما سنرى فى موضعه عند التعرض للاستثناء الوارد على القاعدة العامة فى شأن الاختصاص بمسائل التركات.

ونشير فى النهاية إلى أن عدم توافر أحد ضوابط الاختصاص الثلاثة المتقدمة لا يحول دون اختصاص المحاكم المصرية بمسائل الإرث أو بالدعوى المتعلقة بالتركة مادام أن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فى مصر وفقا للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٢٩ من قانون المرافعات.

٢١٦- قبول الخصم ولاية المحاكم المصرية:

تنص المادة ٣٢ من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل فى الدعوى ولو لم تكن داخلة فى اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا".

فالقانون الدولى الخاص يسمح لإرادة الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة القانونية القائمة فيما بينهم.

فإذا كان للإرادة دور فى تحديد الاختصاص التشريعى، فيكون لها من باب أولى ذات الدور فى تحديد الاختصاص القضائى.

ويطلق على الاتفاق الإرادى على تحديد المحكمة المختصة اسم الشرط المانع للاختصاص.

فيجوز للخصوم قبول ولاية القضاء المصرى رغم أن النصوص الواردة فى هذا الشأن، لا تجعل النزاع فى ولاية هذه المحاكم.

وأساس قاعدة الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية ليس هو عدم تعلق هذه القواعد بالنظام العام. وإنما أساسها هو حماية مصالح الأفراد^(١).

وقبول اختصاص محاكم الجمهورية قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وهو فى الحالتين قد يكون من جانب المدعى كما قد يكون من جانب المدعى عليه وهذا هو الغالب - وقد يكون من جانب الطرفين.

والقبول الصريح يتحقق عادة بالنص عليه فى التصرف القانونى الذى تستند إليه الدعوى. وغالبا ما يكون قبول الاختصاص فى هذه الحالة عاما فلا يقتصر على دعوى بعينها.

أما القبول الضمنى فهو ما يحمل عليه سلوك الخصم. وهو يتحقق عادة من ناحية المدعى برفع دعواه أمام محاكم الجمهورية. ويتحقق بالنسبة للمدعى عليه إذا ما رفعت عليه الدعوى أمام هذه المحاكم فحضر ولم يتمسك بعدم اختصاصها بالدفع به فى أول الخصومة.

أما إذا حضر ودفع بعدم الاختصاص تعين على المحكمة أن تجيبه إلى طلبه.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقا على المادة ٣٢ أنه:

"تجيز المادة ٣٢ عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا وقد سوى المشرع بين القبول الصريح والقبول الضمنى فى هذا الشأن معالجا بذلك ما وجه من نقد إلى نص المادة ٨٦٢ من القانون القائم بسبب اقتصار حكمها على حالة القبول الصريح، ومعمما هذا الحكم بحيث يشمل المنازعات فى مواد الأحوال العينية وفى مواد الأحوال الشخصية على السواء ولا يحمل غياب المدعى عليه على قبوله الاختصاص، بل يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى بعدم اختصاصها وهذا هو ما تنص عليه المادة ٣٥ مرافعات صراحة فى قولها: "إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها". وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات تعليقا على هذه المادة "تنص المادة ٣٥ على أنه إذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، وهى منقولة عن المادة ٨٦٧ من القانون الحالى، ويبرر حكمها أنه لا يمكن أن يستبان من مجرد عدم حضور المدعى عليه قبوله ولاية هذه المحاكم".

وسند هذا الحكم أن غياب المدعى عليه لا يمكن بحال أن يحمل على قبوله اختصاص المحكمة، كما أن إلزامه بالحضور للدفع بعدم الاختصاص فيه إرهاب له، خاصة إذا كان مقيما خارج الدولة المرفوعة الدعوى لدى محاكمها.

وقبول اختصاص محاكم الجمهورية غير مقيد بنوع الدعوى، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية التى تتعلق بعقار واقع فى الخارج، إذ لا يمكن عقد الاختصاص بها لمحاكم الجمهورية على أساس القبول. ومن ثم فهو يسرى على الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية على السواء.

ويشترط الفقه لفعالية الخضوع الإرادى للمحاكم المصرية ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع والمحاكم المصرية، وذلك لتسهيل عملية تنفيذ الحكم الصادر. فإذا لم تثبت هذه الرابطة جاز للمحاكم المصرية أن تحكم بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.

كما يشترط ألا يكون الاتفاق على الاختصاص منطويا على غش. ويظهر ذلك فى الحالة التى يتلزم فيها الاختصاص القضائى مع الاختصاص التشريعى. غير أنها لا يجوز الاتفاق على عدم اللجوء إلى المحاكم المصرية والالتجاء إلى سلطة قضائية فى دولة أجنبية أو محكمين يباشرون وظيفتهم فى دولة أجنبية^(١).

٢١٧- اختصاص محاكم الجمهورية بالفصل فى المسائل الأولية

والطلبات العارضة والمرتبطة:

تنص المادة ٣٣ من قانون المرافعات على أنه:

"إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلية فى اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها".

وعلى ذلك فإنه متى ثبت الاختصاص بدعوى لمحاكم الجمهورية اختصت هذه المحاكم بالنظر فى المسائل الأولية التى يلزم الفصل فيها للفصل فى هذه الدعوى، واختصت أيضا بالنظر فى الطلبات العارضة التى تبدى أثناء نظرها

(١) أحمد مليجى ص ٧٩٦.

سواء قدم الطلب من المدعى (الطلبات الإضافية) أو من المدعى عليه ضد المدعى رداً على دعواه (دعوى المدعى عليه) أو من شخص خارج عن الخصومة إلى الخصوم (التدخل) أو من أحد الخصوم في الدعوى إلى شخص خارج عن الخصومة (اختصاص الغير) ومن تطبيقاته (دعوى الضمان الفرعية) والحكمة في ذلك تحقيق حسن سير العدالة حتى لا تنتشت أوصال القضية أو يتعطل الفصل فيها بسبب فرعى يمكن للمحكمة التصدى له حتى لو كان الاختصاص به منعقداً لمحكمة أخرى أجنبية.

ومثال المسائل الأولية تحديد جنسية أحد الخصوم، حين يكون هذا التحديد لازماً لتحديد اختصاص المحاكم المصرية. ويطبق قانون القاضى فى تحديد متى يعتبر الأمر مسألة أولية، ومتى يكون الفصل فيها لازماً للفصل فى الدعوى.

ومن جهة أخرى تختص المحاكم المصرية بالطلبات المرتبطة بالطلب الأسمى، وهى التى تتصل بصلة وثيقة بهذا الأخير، مما يجعل من المفيد جمعهما أمام محكمة واحدة. ويسرى هذا الحكم على كافة المنازعات ومنها المنازعات العينية.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات أنه: "تقرر المادة ٣٣ اختصاص محاكم الجمهورية بالفصل فى المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية المرفوعة إليها فى حدود اختصاصها، كما تختص بالفصل فى كل طلب مرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها. وهذه كلها أمور مسلمة فى فقه القانون الدولى الخاص نص على بعضها فى المادة ٨٦٤ من القانون القائم وينسحب على الاختصاص فى مواد الأحوال العينية رغم عدم النص عليه فى المادة ٣٣ من هذا القانون، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة".

غير أنها يجوز سلب اختصاص محاكم الجمهورية بالدعوى لصالح محكمة أجنبية استناداً إلى أن هذه المحكمة تختص بها وفقاً لقانونها بوصفها مسألة أولية

أو طلبا عارضا فى دعوى أصلية قائمة لديها وذلك لعدم انتفاص ولاية القضاء الوطنى^(١). كذلكلا يجوز التمسك أمام محاكم الجمهورية بقاعدة الجنائى يوقف المدنى متى كانت الإجراءات الجنائية متخذة لدى محكمة أجنبية، وذلك لأن الأحكام الجنائية الأجنبية لا تحوز فى الجمهورية حجية الشئ المقضى.

٢١٨- اختصاص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية :

تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات على أن: "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية". فتختص محاكم الجمهورية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية. حتى لو كانت الدعوى الأصلية منظورة أمام محكمة أجنبية.

ومن باب أولى تختص المحاكم المصرية بالإجراءات الوقتية والتحفظية إذا كانت تختص بنظر الدعوى الأصلية.

ويقوم اختصاص القضاء الوطنى بهذه الإجراءات على اعتبارات العدالة وضرورة حماية الحقوق والأموال المتنازع عليها، وهو الأمر الذى تستلزمه متطلبات الأمن والسكينة والأمن، كما تستلزمه مقتضيات التعايش المشترك فى الجماعة الدولية^(٢).

وبناء على ذلك تختص المحاكم المصرية بطلب وضع الأختام والحراسة، وبيع ما يخشى عليه من التلف، وغير ذلك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق مثل تقرير النفقة الوقتية للزوجة أو للأقارب أو للمصاب فى دعوى التعويض الناشئة عن الفعل الضار.

(١) نبيل اسماعيل ص ٢٠١ - عز الدين عبد الله ص ٧٣١.

(٢) هشام صادق ص ١٩٠.

أما إذا كان الإجراء الوقتى يراد استصداره من المحاكم المصرية لتنفيذه بالخارج، كدعوى مستعجلة بفرض الحراسة القضائية على عقار بالخارج، فإن هذا الاختصاص يخرج عن نطاق المادة ٣٤ من قانون المرافعات، ويخضع للقواعد العامة المقررة فى الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية والتي جاءت خلوا من عقد الاختصاص لتلك المحاكم^(١).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للكتاب الرابع من قانون المرافعات الملغى تعليقا على المادة ٨٦٣ والتي نقلت عنها المادة ٣٤ من قانون المرافعات الجديد أنه: "جعلت المادة ٨٦٣ للمحاكم المصرية وحدها حق الأمر بالتدابير الوقتية والإجراءات التحفظية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية، فيجب الالتجاء إليها لوضع الأختام أو الحراسة أو بيع ما يخشى عليه من التلف وغير ذلك من التدابير المقصود بها المحافظة على الحقوق. كذلك يلجأ إليها فى النفقة الوقتية المطلوبة بصفة مستعجلة متى كان للزوج أو للقريب الملمزم بها مال يصح التنفيذ عليه فى الجمهورية. وقد جرى القضاء الفرنسى على اختصاصه بهذه الحالة على أساس أن تدبير النفقة الضرورية العاجلة لإنسان على أرض الدولة أمر يتعلق بالسلام العام".

كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الجديد عن المادة (٣٤) ما يأتى: "تنص المادة ٣٤ على منح الاختصاص لمحاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية، وهى منقولة عن المادة ٨٦٣ من القانون الحالى.

وقد أريد بهذا النص أن يشمل الأحوال العينية والأحوال الشخصية على خلاف المادة ٨٦٣ التى جاء حكمها مقصورا على الحالة الثانية دون الأولى".

وتنفذ الأحكام والقرارات الصادرة فى بلد أجنبى بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام المصرية فيه، ويطلب التنفيذ بدعوى ترفع للمحكمة الابتدائية التى يراد التنفيذ بدائرتها، فإذا كان ذلك البلد يوجب رفع

دعوى لتنفيذ الحكم المصرى ويعطى محاكمه حق مراجعته فيما قضى به وجب اتباع ذلك أيضا عند تنفيذ أحكام هذا البلد فى مصر، وذلك وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل، ويقتضى هذا رجوع المحكمة المصرية قبل أن تأمر بالتنفيذ إلى قانون البلد الذى صدر به الحكم للوقوف عما إذا كان لها مراجعة هذا الحكم من عدمه، وذلك ما لم توجد معاهدة خاصة بذلك إذ تكون هى الواجبة لاتباع دون نصوص قانون المرافعات- وعلى القدر الذى يراجع به الحكم المصرى تكون مراجعة الحكم الأجنبى، فقد تمتد إلى الأركان الجوهرية فى الحكم ثم إلى الموضوع وما تم فى شأنه من إجراءات، ويبحث ذلك وفقا للقانون الذى طبقه الحكم^(١).

٢١٩- مدى تعلق الاختصاص الدولى بالنظام العام:

يذهب رأى فى الفقه إلى أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى فى مصر تعتبر متعلقة بالنظام العام^(٢).

بينما يذهب الرأى السائد إلى أن قواعد الاختصاص الدولى لا تتعلق جميعها بالنظام العام، وإنما يعتبر متعلقا بالنظام العام منها ما يمس كيان الدولة الاجتماعى أو السياسى، فكل ما يؤثر فى ذلك أو يتصل به فهو متعلق بالنظام العام. فالاختصاص المتعلق بالأحوال الشخصية يمس النظام الاجتماعى فى الدولة التى تستأثر بهذا الاختصاص وتحدد شروطه سواء بالنسبة لمواطنيها أو بالنسبة للأجانب المتوطنين بها، ومن ثم يتعلق هذا الاختصاص بالنظام العام بما لا يجوز معه الاتفاق على ما يخالفه صراحة بالنص عليه أو ضمنا بقبول الحكم الصادر من المحكمة الأجنبية وحيث يعتبر الحكم باطلا بطلانا مطلقا فى مصر فلا يجوز الأمر بتنفيذه^(٣).

والاختصاص المتعلق بنظام الأموال فى مصر يمس الجانب الاقتصادى فيها ولذلك فهو يتعلق بالنظام العام. فالدعاوى المتعلقة بالتركة والإرث متى كانت

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٢.

(٢) أحمد مليجى ص ٧٩٦ - أحمد أبو الوفا ص ٤٥.

(٣) المستشار أنور طلبه ص ٥٢٦ - نبيل اسماعيل ص ٢٠٥.

التركة قد افتتحت في مصر أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة أو بعضها في مصر ينعقد الاختصاص بها للمحاكم المصرية. كما ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بالدعوى العقارية متى كان العقار موجوداً في مصر ويمتد إلى الدعوى العقارية الشخصية والدعوى الشخصية المتعلقة بعقار موجود بمصر. وعندما ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية وتقام الدعوى أمامها استناداً إلى نص آخر في القانون المصري فإن هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"عدم اختصاص المحاكم الإنجليزية بتطبيق المدعى عليه المتوطن في مصر من المدعية هو أمر متعلق بالنظام العام فلا يصححه قبول المدعى عليه وعدم استئنافه في بلده ثم حضوره في دعوى النفقة أمام محكمة بلده دون أن يدفع بعدم اختصاصها وتنفيذه أحد أحكام النفقة من تلقاء نفسه معترفاً بحكم التطبيق".

(طعن رقم ٤ لسنة ٢٤ ق"أحوال شخصية" جلسة ١٦/١٢/١٩٥٤)

٢٢٠- قضاء محاكم الجمهورية بعدم اختصاصها إذا لم يحضر المدعى عليه :

(راجع بند ٢١٦).

٢٢١- ثانياً : الإجراءات :

رأينا أن المادة ٢٢ من التقنين المدني تنص على أن: "يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات" وعلى ذلك فإن القانون الذي ينظم قواعد المرافعات هو قانون القاضى المعروض عليه النزاع لأن هذه القواعد تنظم سلطة عامة من سلطات الدولة وتكفل حسن سير القضاء، فهي لذلك تتصل بالنظام العام ولا يتصور أن تختلف قواعد المرافعات باختلاف جنسية المتقاضين.

(١) المستشار أنور طلبه ص ص ٥٢٧.

٢٢٢- المقصود بالإجراءات:

نشير بادئ ذي بدء إلى أن تحديد ما يدخل في نطاق الإجراءات، هو مسألة تكييف، والتكييف يخضع - وفقاً لنص المادة العاشرة من القانون المدني - للقانون الوطني ومؤدى ذلك أنه يتعين الرجوع إلى المبادئ العامة في القانون المصرى لمعرفة المسائل التى تدخل فى مضمون فكرة الإجراءات، وليست فى الموضوع.

ويدخل فى الإجراءات إجراءات الخصومة منذ نشأتها إلى أن تنتهى فهى تشمل البيانات التى يجب أن تتوفر فى صحيفة افتتاح الدعوى، ومواعيد الحضور وجزاء النقص فى هذه البيانات ومخالفة المواعيد، وقيد الدعوى وميعاده وجزاء عدم القيد فى الميعاد، وأثر غياب الخصوم فى سير الخصومة، ووقف الخصومة وانقطاعها. والحكم فى الدعوى والطعن على هذا الحكم بالطرق المقررة ثم نظر الطعن فالحكم فى تنفيذ الحكم والإشكال فى تنفيذه.

ويذهب القضاء الأنجلوسكسونى بصفة عامة إلى تطبيق قانون القاضى فى شأن التقادم بوصفه من مسائل الإجراءات ويميل جانب من الفقه الفرنسى إلى الأخذ بنفس الحل على أساس تعلق التقادم بالدعوى أكثر من تعلقه بالموضوع. ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسى مؤيداً من بعض أحكام القضاء تطبيق قانون موطن المدين، على أساس أن التقادم يهدف أساساً إلى حماية المدين.

بينما يذهب رأى فى الفقه الفرنسى والفقه المصرى - فضله - إلى خضوع التقادم للقانون الذى يحكم الموضوع. فالتقادم طريقة من طرق انقضاء الحق، ومن ثم فإن القانون الذى يسرى فى شأنه هو نفس القانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع^(١).

ولاشك أن هذا الحل الأخير يتجنب مفاجأة الدائن صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم وفقاً لقانون موطن المدين فيما لو غير هذا الأخير موطنه الأصلى.

ويرتب على هذا الاتجاه أن يخضع التقادم في دعاوى الحالة للقانون الشخصى بوصفه القانون الذى يحكم الموضوع كما يخضع التقادم المسقط للحق العينى لقانون موقع المال لتعلق الأمر فى هذا الفرض بمركز الأموال أسوة بالتقادم المكسب^(١).

ولا تعتبر أهلية التقاضى - وفقا للرأى الراجح فى الفقه - من مسائل الإجراءات، وبالتالي فهى لا تخضع لقانون القاضى. وإنما تعتبر أهلية التقاضى مسألة موضوعية يحكمها قانون الجنسية وفقا لنص المادة (١١) من التقنين المدنى. وبالنسبة لأهلية الشخص الاعتبارى فيسرى عليها قانون مركز الإدارة الرئيسى.

والمقصود بأهلية التقاضى على هذا النحو هو أهلية الأداء اللازمة لمباشرة حق التقاضى بعد ثبوته للشخص. أما أهلية الوجوب، أو مدى حق الشخص فى الالتجاء إلى القضاء ابتداء، فهى تخضع لقانون الدولة التى يدعى الشخص تمتعه بالحق فى إقليمها، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة. وللوطنيين عادة حق الالتجاء إلى قضاء دولتهم. أما الأجانب فقد تفيد الدولة حقهم فى الالتجاء إلى قضائها وفقا لما تقضى به القواعد المنظمة لمركز الأجانب فيها^(٢).

كذلك لا تعتبر الصفة من قواعد الإجراءات فلا تخضع لقانون القاضى، وإنما تخضع للقانون الذى يحكم الموضوع.

وبالنسبة لقواعد الإثبات، فإن القواعد الموضوعية فى الإثبات كمحل الإثبات وعبء الإثبات تخضع للقانون الذى يحكم الموضوع.

أما الإجراءات المتعلقة بالإثبات ككيفية سماع الشهود أو الاطلاع على المستندات أو إجراءات الإدعاء بالتزوير أو استجواب الخصوم فتخضع لقانون القاضى^(٣).

(١) هشام صادق ص ٢١٢ - عز الدين عبد الله ص ٧٩٩.

(٢) هشام صادق ص ٢٠٥ ومابعدها - عز الدين عبد الله ص ٧٩٥ ومابعدها.

(٣) حامد زكى ص ٤٣٤ ومابعدها - عز الدين عبد الله ص ٨٠٠ ومابعدها.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"وفقا للمادة ٢٢ من القانون المدنى يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات ولايغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات من أن 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 إذ لم يقصد بها - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٧١- إلا"تعيين الأحوال التى تقبل فيها الدعوى والمواعيد التى يجب أن ترفع فيها والقواعد التى تتبع فى إثباتها وهى مسائل تتصل بالحق موضوع النزاع اتصالا لا يقبل الانقسام".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٥ ق"أحوال شخصية"جلسة ١٥/٣/١٩٦٧)

٢- "المادتان ٢٧٤ و ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تتعلقان بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها، ذلك أنهما وردتا دون سواهما فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان فى عدم سماع الدعوى على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها، والتى جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان زوال الحقوق بمضى المدة، مما يقيم فارقا بين نوعى المواعيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما، وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن يمتد السقوط إلى الحق فى ذاته، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته، فإن فى ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها فتخضع بذلك لقانون القاضى فى معنى

المادة ٢٢ من القانون المدنى، ولا يقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد أخرى به أو بالاتفاق على المواعيد الواردة فى هذا الخصوص بقانون أجنبى أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضى، وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتفاق على ما يخالفها".

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١٩)

٣- "المادتان ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى تتعلقان، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- بالدعوى لا بالحق المراد حمايته بمقتضاها، ذلك أنها وردتا دون سواهما فى الفصل الرابع عشر من قانون التجارة البحرى تحت عنوان "فى عدم سماع الدعوى" على خلاف المواد ٢٦٩ وما يليها، والتي جاءت ضمن مواد الفصل الثالث عشر من ذلك القانون بعنوان "زوال الحقوق بمضى المدة" مما يقيم فارقاً بين نوعى المواعيد الواردة فى كل من الفصلين المشار إليهما. وإذ استهدف المشرع بهاتين المادتين تنظيم إجراءات التقاضى ومواعيد إتمامها وإلا سقط الحق فى إقامة الدعوى دون أن تمتد السقوط إلى الحق فى ذاته، وذلك بقصد إضفاء حماية على الناقل فلا يطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بالبضاعة فى وقت متأخر قد يتعذر عليه فيه إثبات قيامه بتنفيذ التزاماته، فإن فى ذلك جميعه ما يسبغ على القواعد المقررة بهاتين المادتين صفة الإجراءات التى لا تمس موضوع الحقوق المتنازع عليها، فتحض عن ذلك لقانون القاضى فى معنى المادة ٢٢ من القانون المدنى، ولا يقدح فى ذلك أنه يجوز للطرفين عند إبرام عقد النقل إنقاص أو زيادة المواعيد المقررة بالمادتين المشار إليهما بتحديد مواعيد

أخرى به أو بالاتفاق فيه على المواعيد الواردة في هذا الخصوص بقانون أجنبي أو أنه يجوز التنازل صراحة أو ضمناً عن الدفع المقرر بموجب هاتين المادتين لدى تسلم البضاعة أو بعد ذلك باعتبار هذه المواعيد غير متعلقة بالنظام العام، طالما أن المادة ٢٢ المشار إليها قد أخضعت كافة قواعد المرافعات لقانون القاضى وإن كانت غير متعلقة بالنظام العام، ويجوز الاتفاق على ما يخالفها".

(طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٣)



مادة (٢٣)

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

الشرح

٢٢٣- عدم سريان أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص أو فى معاهدة:

بعد أن نص التقنين المدنى فى المواد (١٠ - ٢٢) على القواعد التى تتبع فى حالة تنازع القوانين من حيث المكان، أردفت المادة (٢٣) على أنه لا تسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك فى قانون خاص أو فى معاهدة دولية نافذة فى مصر.

والمراد بالقانون الخاص هو القانون المصرى، فعندما يعرض نزاع على القاضى المصرى، فإنه يرجع إلى قواعد الإسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ويتعين عليه الرجوع أولاً إلى قاعدة الإسناد التى يحددها القانون الخاص إن وجد حتى لو كانت هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة إسناد أخرى تضمنها القانون المدنى باعتباره قانوناً عاماً فى مجال قواعد الإسناد، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص بتطبيق قانون دولة معينة على النزاع المطروح، بينما أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون المدنى بتطبيق قانون دولة أخرى، فإن القاضى فى هذه الحالة يطبق القانون الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص.

فإذا طبق القاضى أحكام القانون المدنى التى كانت تختلف عن حكم القانون الخاص كان الحكم مشوباً بالخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه.

ويلجأ المشرع إلى القانون الخاص ليضمن سلامة قاعدة الإسناد وحسن تطبيق القانون الوطنى وحينئذ تتعلّق القاعدة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على

مخالفتها، وإذا أصدر القضاء المصرى حكماً بالمخالفة لها كان باطلاً بشرط أن يطعن عليه، أما إن حاز قوة الأمر المقضى، تحصن من البطلان إذ تعلق حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام^(١).

ويسرى هذا الحكم إذا وجد نص على خلاف القانون المدنى فى معاهدة دولية نافذة فى مصر.

فإذا اختلفت قواعد الإسناد الواردة بالمعاهدة عن تلك الواردة بالقانون المدنى، تعين على القاضى تطبيق القواعد الأخيرة وهذا الحكم يتمشى مع القواعد العامة فى تفسير النصوص وفى فقه القانون الدولى الخاص.

وفى هذا جاء بملذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"قواعد التفسير تقضى بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكم العام بالنسبة إلى الحالة التى أريد التخصيص فى شأنها أما المعاهدات فلا تكون نافذة فى مصر إلا إذا صدر تشريع يقضى بذلك. ومتى صدر هذا التشريع وجب إمضاء أحكام المعاهدة وفقاً لما استقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التى تقدمت الإشارة إليها"^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ) - "يبين من الأعمال التحضيرية الخاصة بأحكام المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة ببروكسل فى ٢٥ من أغسطس سنة ١٩٢٤ - أنه إذا هلك البضاعة المشحونة أو لحقها تلف أو نقص وتعدر تحديد حصول هذا الهلاك - أهو قد حصل قبل الشحن أم بعد التفريغ أم أثناء الرحلة البحرية- فإن الضرر يفترض وقوعه فى فترة النقل البحرى بمعنى الكلمة- أى فى الفترة التى تنقضى بين شحن البضاعة وتفريغها فقط، إلا إذا أثبت الناقل أن الهلاك قد حدث أثناء العمليات السابقة على الشحن

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد ص ٢٣٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠٦.

أو اللاحقة للتفريغ، وإذن فإذا كان سند الشحن قد نص صراحة على أن الشحن قد تم وفقا لقانون نقل البضائع بطريق البحر (معاهدة بروكسل سنة ١٩٢٤)، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا مما يدل على أن الطاعنتين قد قامتا بإثبات أن فقد محتويات الصندوق موضوع الدعوى قد حصل قبل شحنه أو بعد تفريغه، فإن ما انتهى إليه الحكم من تحميلها مسؤولية هذا الفقد تأسيسا على حصوله أثناء الرحلة البحرية لا يكون مخالفا للقانون".

(ب) - "بعد أن أوجبت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من معاهدة الشحن على الناقل أو الربان أو وكيل الناقل بعد استلام البضائع و أخذها في عهده أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند شحن يتضمن مع بياناته المعتادة بيانات أوردتها في البنود (أ، ب، ج) من تلك الفقرة، نصت على ما يأتي "ومع ذلك فليس الناقل أو الربان أو وكيل الناقل ملزما بأن يثبت في سندات الشحن أو يدون فيها علامات أو عدد أو كمية أو وزن إذا توافر له سبب جدى يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلا أو عندما لا تتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق من ذلك"، ومؤدى ذلك أن مثل، هذا التحفظ الذى يدونه الناقل فى سند الشحن تدليلا على جهله بمحتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به ولا يكون له اعتبار فى رفع مسؤوليته عن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب جدية للشك فى صحة بيانات الشحن، أو لا يكون لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحة هذه البيانات، ويقع عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم كفاية وسائل التحقق من صحة تلك البيانات على عاتقه، فإن عجز عن هذا الإثبات تعين عدم التعويل على هذا التحفظ، فإذا كان لا يبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين قد قامتا بإثبات شئ مما سبق، وكانت الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من المعاهدة سالفة الذكر تنص على أنه "يعتبر سند الشحن المحرر بهذه الكيفية (المبينة فى الفقرة الثالثة فى المادة الثالثة) قرينة على أن ناقل البضاعة تسلمها بالكيفية الموصوفة بها

طبقاً للفقرة الثالثة "أ، ب، ج" من هذه المادة ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك"، فإن الطاعنتين لا تفيدان من شروط التحفظ المدون في سند الشحن".

(ج) - "غير منتج النعي على الحكم الابتدائي إشارته في أسبابه إلى وزن الصندوق عند شحنه ونقص هذا الوزن عند تسلمه في الجمر، في حين إنه لم يدون في سند الشحن وزن هذا الصندوق بالذات، إذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتمد على أسباب الحكم الابتدائي في هذا الخصوص، وإنما أقام قضاءه بفقد محتويات الصندوق على أسباب أخرى خلاف نقص وزنه كافيته لحمله".

(د) - "تحديد مسؤولية الناقل الواردة في الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة في سنة ١٩٢٤ لا يسرى في حالة الغش وإنما يسرى فيما دون ذلك من حالات الخطأ جسيماً كان أو غير جسيم، ويشترط في الغش الذي يحرم الناقل من الإفادة من هذا التحديد أن يكون منسوباً إليه شخصياً، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن ما حدث بالصندوق من تلف أو عبث كان بطريق الغش إلا إنه لم ينسب هذا الغش إلى الشركة الناقلة شخصياً وإنما نسبها إلى عمالها ولكنه قضى بالرغم من ذلك على الطاعنتين بالتعويض كاملاً من غير تقيد بالتحديد الوارد في تلك المادة، فإنه يكون مخالفاً للقانون بما يستوجب نقضه".

(هـ) - "إذا كان الواقع في الدعوى أن سند الشحن لم يدون فيه قيمة البضاعة المشحونة فإنه طبقاً للفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة سندات الشحن الموقعة سنة ١٩٢٤ يجب ألا يتعدى التعويض المستحق عن فقد تلك البضاعة مبلغ مائة جنيه استرليني تساوى بالجنيهاً المصرية ٩٧ جنيهها و ٥٠٠ مليم - ولا يعتد في هذا الصدد بالقول بوجوب دفع مبلغ المائة جنيه استرليني بقيمتها الذهبية طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة التاسعة من المعاهدة لبطلان شرط الذهب في هذا الخصوص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض".

٢- (أ) - "لما كانت معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسند الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليها وأصدرت مرسوماً بقانون في ٣١ من يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ من مايو سنة ١٩٤٤ تنص في مادتها العاشرة على أن "تسرى أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل في إحدى الدول المتعاقدة فإن مفاد هذا النص - وقد ورد في المعاهدة التي أصبحت تشريعاً نافذاً المفعول في مصر - أن أحكام هذه المعاهدة لا تسرى على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحري بين الناقل والشاحن إلا إذا كان سند الشحن صادراً في دولة موقعة عليها أو منضمة إليها. وإذا لا تعدو هذه المعاهدة أن تكون معاهدة دولية في الملاحية البحرية لتنظيم بعض علاقات القانون الخاص بين رعايا طائفة من الدول، فإن مؤدى ذلك أنه يشترط لتطبيقها أن تكون العلاقة بين الناقل والشاحن ذات عنصر أجنبي وأن ينتمى طرفاها بجنسيتهما لإحدى الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها".

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦)

(ب) - "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحرية السابقة عليها بما يعد نسخاً لها لأن التعارض وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه".

(طعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦)

٣- "تنص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليه وأصدرت مرسوماً بقانون في ٣١ يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ مايو سنة ١٩٤٤، في مادتها العاشرة على أن تسرى أحكام هذه المعاهدة على كل سند شحن يعمل في إحدى الدول المتعاقدة ومفاد هذا النص - وقد ورد في المعاهدة التي أصبحت تشريعاً نافذاً المفعول في مصر - أن أحكام المعاهدة تسرى على العلاقة القانونية المترتبة على النقل البحري بين الناقل والشاحن إذا

كان سند الشحن محرراً في دولة من الدول الموقعة عليها أو المنضمة إليها وكان الناقل والشاحن ينتميان لإحدى تلك الدول وأن يكون النقل بين ميناءين تابعين لدولتين مختلفتين. ولما كان الثابت من الأوراق أن سند الشحن الذى استندت إليه الطاعنة (وزارة التموين المرسل إليها) قد حرر في إيطاليا لنقل الشحنة من ميناء إيطالى إلى ميناء مصرى، وأن كلا من الشاحنة والشركة الناقلة تحمل الجنسية الإيطالية، وكانت إيطاليا من الدول التى انضمت إلى معاهدة بروكسل، فقد وجب تطبيق أحكام هذه المعاهدة على واقعة النزاع وإذ كانت الدعوى قد رفعت قبل مضى المدة المنصوص عليها فى الفقرة السادسة من المادة الثالثة من تلك المعاهدة وهى سنة من تسليم البضاعة أو من التاريخ الذى ينبغى تسليمها فيه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى، يكون قد خالف الناقل وأخطأ فى تطبيقه".

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٦)

٤- "إذا كان يبين من الاطلاع على مذكرة الطاعنة الأولى - وزارة التموين - المقدمة أمام محكمة أول درجة، ومذكرتها المقدمة أمام محكمة الاستئناف أنها ردت على دفع المطعون عليها الأولى - الشركة الناقلة - بعدم قبول الدعوى لعدم مراعاة المواعيد المنصوص عليها فى المادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى، بأن سند الشحن موضوع الدعوى يخضع لأحكام معاهدة بروكسل وتقضى المادة ٦/٣ منها بأن دعوى المسؤولية عن الهلاك أو التلف تتقادم بمضى سنة من تسليم البضاعة أو التاريخ الذى كان يجب تسليمها منه، وكان الحكم المطعون فيه لم يبحث ما إذا كان سند الشحن يتضمن اتفاقاً بين طرفيه على تطبيق أحكام المعاهدة سالفة الذكر، ولا يعتبر ما أثارته الطاعتان بهذا الخصوص سبباً جديداً لا يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة النقض، ذلك أنه إذا كان سند الشحن لا يخضع للمعاهدة الدولية المذكورة

طبقا للشروط التى أوردتها المادة العاشرة منها، فإن للطرفين أن يتفقا فى السند على خضوعه لأحكامها، ولما كان سند الشحن مثار النزاع معروضا على محكمة الموضوع فكان يتعين عليها والطاعنتان تتمسكان بتطبيق أحكام المعاهدة على واقعة الدعوى أن تبحث جواز انطباقها سواء لتوافر الشروط التى نصت عليها المادة العاشرة منها أو لوجود اتفاق بين الطرفين على تطبيق أحكامها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى وقضى بعدم قبول الدعوى، وبعدم قبول الدعوى بالنسبة للمطعون عليها الأولى تطبيقا للمادتين ٢٧٤، ٢٧٥ من قانون التجارة البحرى المصرى، فإنه يكون معيبا بالقصور".

(طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠)

٥- نص المادتين الأولى والثانية من الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجبيين. مفاده. اعتراف كل دولة منضمة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقا لقواعد المرافعات المتبعة بها ما لم يثبت المحكوم ضده توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر فى المادة الخامسة من الاتفاقية أو يتبين للسلطة المختصة أنها لا يجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام".

(طعن رقم ١٠٣٥٠ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)

٦- "الاتفاقية التى تبرمها جمهورية مصر العربية مع دولة أخرى لتنظيم مسألة بعينها تتعلق برعايا أى منهما تصبح بصدور القرار الجمهورى الخاص بها تشريعا نافذا فى مصر تطبق على المنازعات الخاضعة لها بوصفها قانونا "داخليا" ومن ثم فإنها لا تعد عملا من أعمال السيادة التى يخرج عن ولاية المحاكم نظر النزاع بشأنها".

(طعون أرقام ٣٦١٧، ٣٨٢٢، ٣٨٢٦، ٣٨٤٦، ٣٨٦٨ لسنة ٦٧ ق)

(جلسة ١٩٩٩/٥/٢٥)

٢٢٤- تعريف المعاهدة:

المعاهدة هي اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة معينة. وقد تتعقد المعاهدة بين دولتين فقط، وتسمى حينئذ بالمعاهدة الثنائية [١] [٢] [٣] [٤] [٥] [٦] [٧] [٨] [٩] [١٠] وقد يتم عقدها بين مجموعة من الدول وتسمى بالمعاهدة الجماعية [١١] [١٢] [١٣] [١٤] [١٥] [١٦] [١٧] [١٨] [١٩] [٢٠] وقد ينص في المعاهدة الجماعية على إباحة انضمام أية دولة لم تشترك في الاتفاق الأساسى إليها، وذلك لتيسير امتداد دائرة تطبيق أحكام المعاهدة في المستقبل. ويطلق على هذا النوع من المعاهدات اسم اتحاد. والمعاهدات هي المصدر المباشر الأول لإنشاء قواعد قانونية دولية، غير أن هذه القواعد تظل نسبية من حيث قوة إلزامها إذ أن الأحكام التي تقضى بها لا تسرى إلا في مواجهة الدول الأطراف فيها^(١).

٢٢٥- نفاذ المعاهدة في مصر:

ينظم الدستور الجديد الصادر سنة ٢٠١٢ في المادة (١٤٥) منه نفاذ المعاهدات في مصر إذ تنص على أن:

"يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب والشورى وتكون له قوة القانون بعد التصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة وتجب موافقة المجلسين بأغلبية ثلثي أعضائهما على معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة. ولا يجوز إقرار أى معاهدة تخالف أحكام الدستور"^(٢).

وكان دستور سنة ١٩٧١ (الملغى) ينظم نفاذ المعاهدات في مصر في المادة (١٥١) منه التي كانت تنص على أن:

"رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها

(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٩ - حامد زكى ص ٥٩.

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢٩ - حامد زكى ص ٥٩.

وفقا للأوضاع المقررة. على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئا من النفقات غير الواردة في الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها".

وهذه المعاهدات لا يجوز إلغاؤها إلا باتفاق بين جميع الدول التي أبرمتها إذ ليس للقانون إلغاء معاهدة نفذت وفقا لأحكام الدستور.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إن وفاق سنة ١٩٠٢ هو معاهدة مبرمة بين مصر والسودان وليس لإحدى الدولتين أن تتدخل من أحكامه بعمل منفرد أخذا بأحكام القانون الدولي العام في شأن المعاهدات وعلى القاضى فى كل دولة من الدولتين عندما يطلب منه الحكم فى دعوى يكون المدعى عليه فيها مقيما فى بلاد الدول الأخرى أن يتحقق من أن إعلانه قد تم وفق أحكام ذلك الوفاق من تلقاء نفسه ولو خالفت أحكامه قانونه الداخلى سواء كان القانون الداخلى قد صدر قبل إبرام المعاهدة أو صدر بعد إبرامها".

(طعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٣/٨)

٢- "أحكام وفاق ١٧ مايو سنة ١٩٠٢ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ملزم لكل من الجمهورية العربية المتحدة وجمهورية السودان وليس لإحدهما أن تعدل عن الطريقة المرسومة فيه والتدخل من أحكامه بعمل منفرد وذلك أخذا بأحكام القانون الدولي العام فى شأن المعاهدات، ولأنه وقد صدق على الوفاق من مجلس الوزراء ونشر فى الوقائع الرسمية فإنه يكون قانونا من قوانين الدولة".

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٦)

٢٢٦- تفسير المعاهدة:

يقضى النطق بأن القاضى الذى يملك تطبيق النص أن يكون له أيضا سلطة تفسيره. وإذا كان القاضى يملك تفسير النصوص التشريعية التى يقوم بتطبيقها

فيجب أيضا السماح له بتفسير نص المعاهدة المطلوب منه تطبيقها.

وإذا كان يخشى من قيام المحاكم بالتفسير نشوء خلاف بين الدول الأطراف في المعاهدة فالسبيل الوحيد لوضع حد لهذا الخلاف هو اتفاق الدول الأطراف على تفسير جماعى يكون بمثابة اتفاقية تكميلية ويكون لهذا التفسير نفس القوة الملزمة التي تتمتع بها المعاهدة، ومن ثم يتعين على القاضى الوطنى الأخذ به عند تطبيق المعاهدة على النزاع المطروح أمامه^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن للقاضى الذى ينظر الدعوى سلطة تفسير المعاهدة. وهذا مستفاد من تفسير المحكمة ذاتها لبعض نصوص معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بسندات الشحن.

(راجع نقض: طعن رقم ١٢٤ لسنة ٢٥ ق جلسة ١١/٢/١٩٦٠ - طعن رقم

٣٠٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٠/٥/١٩٦٦ - طعن رقم ٢١٠ لسنة ٦ ق

جلسة ٢٦/٥/١٩٧٤)



(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٣٨ ومابعدها.

مادة (٢٤)

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

الشرح

٢٢٧- متى يلجأ القاضى إلى مبادئ القانون الدولى الخاص؟

تنص المادة ٢٤ على أنه تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولى الخاص. وقد وردت هذه المادة فى التقنين المدنى بعد انتهاء المشرع من استعراض النصوص الواجبة التطبيق لحل تنازع القوانين. ومن ذلك يتبين أن المشرع خص قواعد تنازع القوانين بمصدر إضافى يرجع إليه القاضى إذا لم يسعفه النص التشريعى. ولم يرد ذكر لهذا المصدر بالنسبة لبقية موضوعات القانون الدولى الخاص. والواقع أن المشكلات التى تثيرها العلاقات الدولية ذات الطابع الدولى لا تختلف من دولة إلى أخرى. ولذلك نجد أن قواعد تنازع القوانين تميزت منذ القدم عن بقية قواعد القانون الدولى الخاص بقيامها على بعض أسس مشتركة. وقد ترتب على ذلك كما سبق الإشارة ظهور مبادئ شائعة بين الدول. وهذه المبادئ وإن لم تكن قد وصلت إلى مرتبة العرف الدولى الملزم إلا أنها كونت أصولاً عامة مشتركة بين الدول.

وقد رأى المشرع وجوب رجوع القاضى إلى هذه الأصول فى المنازعات التى لم يرد بشأنها نص خاص فى النصوص المشار إليها. ولا يقتصر القاضى عند بحثه عن هذه الأصول العامة على الالتجاء إلى القانون الوطنى.

ذلك أن القانون الدولى الخاص فى جمهورية مصر حديث الظهور نسبياً بحيث يتعذر القول بوجود تراث قانونى كاف من المبادئ المهيمنة على هذا

الفرع من فروع القانون. وفضلا عن ذلك فالغالبية العظمى من قواعد تتنازع القوانين التي طبقتها المحاكم المصرية والتي أخذ بها المشرع قواعد مستمدة من المبادئ التي تبلورت خلال القرون الماضية في المجتمعات التي سبقتنا في هذا المجال. وعلى ذلك فإنه يرجع إلى هذه القواعد ذات الطابع الدولي بدلا من الرجوع إلى المصدر الاحتياطي العام الذي نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني بالنسبة لمنازعات القانون الخاص على العموم. وهي مبادئ القانون الطبيعي والعدالة. ذلك أن مبادئ القانون الدولي الخاص كما ذكرت بحق بالمشروع التمهيدى للتقنين المدني "من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي بسبب تخصيصها في ناحية معينة من نواحي القانون"^(١) الذي يستتبع إلغاء نص تشريعى بنص فى تشريع لاحق لا يكون، فى حكم المادة الثانية من القانون المدني، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معا. أما إذا اختلفت المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون فى محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص فى التطبيق. ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع فى قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذى يقدر الحكمة من هذا الازدواج فالقاضى المطلوب منه تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص سيضطر فى الكثير من الأحيان إلى الالتجاء إلى المبادئ السائدة بالنسبة لتنازع القوانين فى مختلف الدول^(٢).

٢٢٨- العرف الدولي:

يقوم العرف الوطنى بدور هام كمصدر للقانون الدولي الخاص، غير أن أهميته كمصدر تقل عندما يرى المشرع التدخل لتنظيم موضوع معين بقواعد تشريعية.

وتبلغ أهمية العرف أوجها فى تنظيم قواعد تنازع القانون، فقد كان للعرف دور كبير فى تكوين هذه القواعد وتطورها. ويمكن القول بأن معظم القواعد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٣٠٨.

(٢) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤٧ ومابعدھا.

التشريعية الحالية فى مادة تنازع القوانين نشأت وتم تحديد دلالتها فى كنف العرف قبل أن يتم تقنينها. لذلك فإن العرف لا زال محتفظاً بأهميته، ليس فقط بالنسبة للمسائل التى لم يرد بشأنها قاعدة تشريعية بل أيضاً بالنسبة للكثير من المسائل التى تنظمها النصوص التشريعية المستمدة من العرف، إذ يتعين حينئذ الرجوع إلى العرف لتفسير هذه النصوص. ومن أهم الأمثلة على ذلك قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه، وقاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين. وهما قاعدتان انتهت الكثير من التشريعات ومنها التشريع المصرى إلى النص عليهما، بعد أن جرى العمل بهما فى كثير من الدول وطبقهما القضاء خلال حقبة طويلة من الزمن.

ولا يقل دور العرف فى تحديد قواعد تنازع الاختصاص القضائى عنه فى تحديد قواعد تنازع القوانين. فكثير من الأسس التى كانت تبنى عليها المحاكم اختصاصها الدولى، قبل أن يتولى المشرع رسم حدود هذا الاختصاص مستمدة من العرف. ومثال ذلك القاعدة القاضية بأن المدعى يقاضى المدعى عليه أمام محكمة هذا الأخير وقاعدة اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بأموال كائنة بها.

وكثيراً ما تتشابه القواعد العرفية الوطنية فى مختلف الدول. غير أن هذا التشابه لا يرقى حتماً بهذه القواعد إلى مرتبة العرف الدولى. ذلك أن القواعد العرفية الوطنية تستمد قوتها الملزمة من المجتمع الداخلى للدولة التى تطورت فى كنفه ولا تستمدتها من المجتمع الدولى. وفضلاً عن ذلك فإن هذه القواعد العرفية لا تتأثر فى تعيين نطاقها وتفسيرها إلا بالاعتبارات الداخلية وبظروف الدولة الخاصة.

وقد رتب غالبية الفقه على ذلك عدم وجود عرف دولى فى مجال القانون الدولى الخاص. ولكن هذا ينطوى فى رأى البعض على مجافاة الواقع لأننا إذا أعملنا النظر فى الأسس المهيمنة على كل موضوع من موضوعات القانون الدولى الخاص لتبين لنا أنه يوجد بمواد القواعد العرفية الشائعة السالفة الذكر فى

مختلف الدول مجموعة من القواعد يمكن أن ينطبق عليها وصف العرف الدولي الملزم للجماعة الدولية. ولا يقدح في ذلك أن هذه القواعد لا زالت قليلة العدد أو أن نطاقها لا زال أحياناً في حاجة إلى مزيد من التحديد. فذلك في الواقع شأن الكثير من قواعد العرف الدولي^(١).

وتشير مذكرة المشروع التمهيدى إلى أنه عملاً بالمادة الأولى من التقنين المدني إذا لم يجد القاضى نصاً فى مواد تتازع القوانين كان له أن يلجأ إلى العرف فإذا لم يجد به حكماً لجأ إلى مبادئ القانون الدولي الخاص. إذ جاء بها ما يأتى: "تواجه المادة ٥٤ حالة عدم وجود نص فى شأن حالة من أحوال تتازع القوانين وتحيل فى ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، وقد تقدم من قبل أن المادة (١) من المشروع تحيل القاضى إذا لم يجد نصاً فى القانون إلى العرف ثم إلى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى، ومن الواضح أن القاضى يرجع أولاً إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب تطبيقه فى مسألة من مسائل تتازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه، فإن لم يجد القاضى عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً ولهذه المبادئ من سمات الدقة والوضوح ما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعى بسبب تخصيصها فى ناحية معينة من نواحي القانون"^(٢).



(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٤٣ ومابعدھا.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠٧ ومابعدھا.

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 أن الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه.

الشرح

٢٢٩- تحديد القانون المنطبق فى حالة عدم معرفة جنسية الشخص وفى حالة تعدد الجنسيات:

تتعلق المادة (٢٥) بما يسمى بتنازع الجنسيات بوجهيه الإيجابى والسلبى. فالتنازع السلبى هو حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، والتنازع الإيجابى هو حالة الأشخاص الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد. والمادة وإن كانت تترك للقاضى تعيين القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية (التنازع السلبى) أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد (التنازع الإيجابى) دون أن يقيد فى ذلك بضوابط معينة. إلا أن المستفاد من مذكرة المشروع التمهيدي أن المشرع يقيد القاضى فى هذا الصدد بمعيار الجنسية الفعلية.

فقد جاء بها:

"تقتصر المادة ٥٥ على نقل أحكام المادة ٣٠ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فتتص فى فقرتها الأولى على أن القاضى يعين القانون الذى يجب تطبيقه فى حالتي التنازع السلبى (عدم وجود جنسية للشخص) والتنازع الإيجابى للجنسية (تعدد جنسيات الشخص) دون أن يقيد فى هذا التعيين بقيد.

وتنص فقرتها الثانية على تغليب الجنسية المصرية عند تراحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد وهذا مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها. ويراعى أن تخويل القاضي سلطة التقدير وفقا لأحكام الفقرة الأولى خير من تقييده بضوابط تحد من اجتهاده والغالب أن يعتد القاضي في حالة التنازع السلبي للجنسية بقانون موطن الشخص (المادة ٢٩ من قانون إصدار التقنين الألماني وهي تنص أيضا على جواز تطبيق قانون آخر جنسية للشخص) أو محل إقامته (المادة ١٩ من التقنين الإيطالي الجديد) وهو القانون المصري في أكثر الفروض وأن يعتد في حالة التنازع الإيجابي متى كانت الجنسية غير داخلة في النزاع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها".

وهذا المعنى الوارد بالمذكرة الإيضاحية هو ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكم لها بتاريخ ٦ أبريل ١٩٥٥ أوضحت فيه أن أساس التفضيل عند تعدد الجنسيات هو "الجنسية الفعلية" أي الجنسية التي تتفق مع الواقع والتي تقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها.

ولا بأس في هذا الصدد من الاستعانة في تحديد فكرة الجنسية الفعلية بموطن الفرد ومقر مصالحه وروابطة العائلية واشتراكه في الحياة العامة في الدولة وكذلك رغبته في الارتباط بدولة معينة.

واستظهار الجنسية الفعلية على هذا النحو مسألة واقع تخضع لمطلق تقدير محكمة الموضوع^(١).

ولا تخضع لرقابة محكمة النقض.

(١) هشام صادق ص ٢٥٠ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٢ وما بعدها.

٢٣٠- حالة الأشخاص متعدّدو الجنسية الذين يكون من بين جنسياتهم الجنسية المصرية:

بينت الفقرة الثانية من المادة حكم الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، وأوضح أن القانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه أى أن النص يعتد بجنسية بلد هذا الشخص، إذ يغلب هذه الجنسية على الجنسيات الأخرى. وهذا مبدأ عام استقر فى العرف الدولى باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة فى شأنها لغير قانونها^(١).



(١) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣١٠.

مادة (٢٦)

متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها.

الشرح

٢٣١- تحديد قانون الجنسية لبلد تتعدد فيه الشرائع:

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لنزاع معين، وكان هذا القانون غير موحد أى تتعدد فيه التشريعات وهو ما يطلق عليه الدول ذات النظم المركبة، وذلك سواء أكان هذا التعدد إقليمياً بأن تختص كل شريعة بنطاق إقليمي معين كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا أم كان شخصياً بأن تختص كل شريعة بطائفة من المتمتعين بجنسية الدولة كما هو الشأن في مصر ومعظم دول الشرق الأوسط - ففي هذه الحالة يكون أمر تحديد الشريعة الواجبة التطبيق متروكاً لقانون هذه الدولة، وبعبارة أخرى متروكاً لقواعد الإسناد الداخلي في هذه الدولة ومن ثم فلا محل لإخضاعه لقانون القاضى^(١).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه:

تواجه المادة ٥٦ حالة تعدد الشرائع التي يتكون منها القانون الواجب تطبيقه في دولة معينة (لتعدد القوانين التي تطبق على المصريين في شأن الزواج بسبب تطبيق نظام الطوائف غير الإسلامية) وتقضى في هذه الحالة بأن القانون الداخلي لهذه الدولة هو الذي يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين هذه الشرائع وقد استمد المشروع الحكم الوارد في هذه المبادئ من التشريع البولوني

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٥ ومابعدها.

الصادر فى سنة ١٩٢٦ (م ٣٧) ومما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء بوجه عام^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إذا كان النزاع المطروح دائرا بين زوج إيطالى وزوجة مصرية فتحكمه المادة ١٤ من القانون المدنى ويكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق، فإذا كان الزوج يهودى الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصرى الواجب التطبيق هو القانون الذى كانت تطبقة المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية. وهذا القانون هو ما بينته المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد"، ولما كانت المادة ٩٩ من اللائحة قد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٣٣- وقد أوضحت مذكرة المشروع التمهيدي أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم "الإحالة الداخلية". فجاء بها: "ويراعى أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة، ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم "الإحالة الداخلية"، والواقع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينة، ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلى فى هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع. وبعبارة أخرى يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه فى الإحالة ويرد هذا الاختصاص إلى دولة أخرى بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد الخاصة بتنظيم التنازع الدولى ما بين القوانين أما فى الإحالة الداخلية فلا يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه وإنما هو يعين من بين الشرائع المطبقة فيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلى ما بين القوانين".

(المرجع السابق ص ٣١٣).

نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضى بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، وكان الثابت في الدعوى أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طلاق زوجها إياها تكون غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثاره، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف ذلك وذهب إلى أن المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٢٨ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٧/١١/١٩٦٠)

أما إذا لم توجد قاعدة إسناد في القانون غير الموحد تفيد تطبيق هذا القانون الداخلي أو ذاك بحيث يكون لكل من القوانين الداخلية قواعده الخاصة بالإسناد الداخلي فإنه يتعين التفرقة بين حالتين:

(الأولى): أن تتطابق قواعد الإسناد الداخلية في هذه القوانين، كما هي الحال في المملكة المتحدة والولايات المتحدة، حيث تنص قواعد تنازع القوانين في قوانينها على الأخذ بقانون الموطن، فإن المشكلة تعد محلولة، فالقاضي الأجنبي (في جمهورية مصر) الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانونه تطبيق القانون الإنجليزي أو الأمريكي سيطبق في النهاية القانون السائد في الدولة أو المقاطعة أو الإقليم المتوطن فيه الشخص ويحل النزاع نهائياً وفقاً للقواعد الموضوعية في هذا القانون الأخير.

لكن الصعوبة تقوم إذا اختلفت قواعد الإسناد الداخلية المذكورة، بحيث لا نستطيع ترجيح قاعدة على أخرى.

أو إذا تبين أن الشخص، في حالة تطابق هذه القواعد متوطن في الخارج، إذ لا نستطيع الأخذ بالقانون السائد في هذا الموطن وإلا نكون قد أخذنا بفكرة الإحالة، ذلك لأنه إذا كانت هذه الإحالة جائزة في بعض التشريعات فإنها ممنوعة في تشريعات أخرى كالتشريع المصري في المادة ٢٧ من القانون المدني والتشريع السوري في المادة ٢٩ من القانون المدني والقانون الإيطالي في المادة ٢٠ من القانون المدني الإيطالي الجديد.

وقد أخذ القضاء المصرى من هذا الشأن برأى فى الفقه، يطبق الشريعة الرئيسية فى البلد أى قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته.

إذ قضت محكمة النقض بتاريخ أول مايو سنة ١٩٥٨ فى الطعن رقم ١١ لسنة ٢٥ ق "أحوال شخصية" بأن :

(أ) "يبين من نصوص المواد ١٣، ٢٦، ٢٧ من القانون المدنى أن طلب التطلاق يطبق عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمى وقت رفع الدعوى بالتطلاق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد منها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التى تطبق أحكامها هى إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصرى الذى يتمتع تطبيقه فى هذه الحالة. فإذا كان الثابت أن 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 التطلاق يكون هو القانون الإنجليزى باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته".

(ب) - "تشمل الجنسية البريطانية وفقا لقانون الجنسية البريطانى الصادر فى ١٩٤٨ جميع رعايا المملكة المتحدة والمستعمرات ومنها مالطة".

أما إذا لم توجد قاعدة إسناد داخلية فى القانون الأجنبى، أو كانت هذه القاعدة تشير بتطبيق قانون دولة أخرى، ففي الحالة الأخيرة تكون بصدد إحالة لا يقرها القانون المصرى وفقا لنص المادة ٢٧ من التقنين المدنى كما سنرى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كانت المادة ٢٥ من القانون المدنى تنص على أن "يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية..". وكان الحكم المطعون فيه قد خلص - إعمالا لحكم هذا النص - إلى أن القانون المصرى هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيما يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لا تعرف لهما جنسية، وكان

مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطان القانون الداخلى فى مصر، وبالتالى تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين من حيث تحديد الشريعة التى تحكم النزاع. وإذ التزم الحكم المطعون فيه تحديد تلك الشريعة بالضابط الذى وضعه المشرع فى المواد ٦، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومؤداه تطبيق الشريعة الإسلامية على المسلمين وعلى غير المسلمين المختلفى الطائفة والملة وتطبيق الشريعة الطائفية على غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، وخلص إلى إنزال أحكام شريعة طائفة الأرمن الأرثوذكس- التى ينتمى إليها الطرفان- على واقعة النزاع فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً".

(طعن رقم ١٣ لسنة ٥٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١١/٢٦/١٩٨٥)



مادة (٢٧)

إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

الشرح

٢٢٢- تعريف الإحالة :

يقصد بالإحالة تلك النظرية التي تقول بوجود تطبيق قاعدة الإسناد فى القانون الأجنبى الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد فى القانون الوطنى مادامت هاتان القاعدتان الواردتان فى القانونين مختلفين من حيث الحكم. فالقاضى إذا حدد القانون الأجنبى الذى نصت عليه قاعدة الإسناد الواردة فى قانونه، لا يطبق مباشرة الأحكام الموضوعية المنصوص عليها فى القانون الأجنبى، وإنما يلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها فى هذا القانون، وتلك هى التى تحدد له القانون الواجب التطبيق، فإن أحالت إلى قانون آخر، تعين على القاضى الانتقال إلى قواعد الإسناد الواردة بالقانون الأخير لمعرفة القانون الذى تشير عليه بتطبيقه، فتكون الإحالة هنا من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، أى إحالة دولية، ومعنى ذكر لفظ "الإحالة" أنه يعنى الإحالة الدولية ولا تتحقق الإحالة إلا إذا اختلفت قاعدة الإسناد فى قانون القاضى عنها فى القانون الأجنبى كأن تشير الأولى إلى قانون الجنسية بينما تشير الثانية لقانون الموطن^(١).

ومثال ذلك: نجد أن فى القانون المصرى تشير قواعد الإسناد بوجود تطبيق قانون الجنسية فى مسائل الأحوال الشخصية للأجانب (الحالة والأهلية... الخ)، فإذا فرض أن كانت المسألة موضوع النزاع متعلقة بانجليزى ورجعنا إلى القانون الإنجليزى (قانون الجنسية) لوجدنا قاعدة الإسناد فيه تشير إلى

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٦٧ وما بعدها - جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٤.

تطبيق قانون الموطن، فإذا كان الشخص متوطناً في مصر أو في دولة أخرى وأخذنا بنظرية الإحالة لوجب تطبيق القانون المصري أو قانون هذه الدولة الأخرى بحسب الأحوال.

أما إذا كان الشخص فرنسياً مثلاً فإن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تشير بعين الحكم الذي تشير به قاعدة الإسناد المصرية أى تقضى بتطبيق قانون الجنسية، ومن ثم فلا محل للأخذ بنظرية الإحالة في هذه الحالة^(١).

٢٣٢- صور الإحالة:

تأخذ الإحالة إحدى الصور الآتية:

(الأولى): وفيها يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى الرجوع إلى القانون الوطنى (قانون القاضى) من جديد وتطبيقه فى قواعده الموضوعية وتسمى الإحالة فى هذه الحالة بالرجوع.

(الثانية): وفيها يؤدي هذا التطبيق إلى الأخذ بالقواعد الموضوعية لقانون بلد ثالث وتسمى الإحالة هنا كما تسمى فى الحالة الأولى أيضاً بالإحالة ذات الدرجة الواحدة.

(الثالثة): وفيها يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قاعدة الإسناد فى قانون ثالث، ثم تطبق قاعدة الإسناد فى قانون دولة رابعة عملاً بقاعدة الإسناد هذه وهكذا حتى نصل إلى قانون نطبقه فى قواعده الموضوعية بل ويحتمل ألا نصل إلى هذا القانون إذا سرنا مع منطق الإحالة إلى نهايته، وتسمى الإحالة فى هذه الصورة بالإحالة ذات الدرجات المتعددة.

والصورة الثالثة مثالها أن يوصى انجليزى متوطن فى الولايات المتحدة الأمريكية أثناء إقامته فى إيطاليا بأموال منقولة موجودة فى مصر، فإذا فرض ورفع أمر هذه الوصية إلى القاضى المصرى للفصل فى صحتها فإن يطبق قاعدة الإسناد المصرية فيجدها تشير بوجوب تطبيق قانون الجنسية (م ١٧/١)،

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٤ ومابعدها.

فإذا رجعنا إلى هذا القانون وهو القانون الانجليزي لوجدنا قاعدة الإسناد فيه تشير بتطبيق قانون الموطن وهو القانون الأمريكى فإذا طبقنا قانون الإسناد فى هذا الأخير وجدناها تنص على تطبيق قانون الجهة التى تم فيها التصرف (الوصية) أى القانون الإيطالى وتشير قاعدة الإسناد فى هذا القانون بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الانجليزي، وهكذا تبدأ الحلقة من جديد إلى ما لا نهاية اللهم إلا إذا قمنا بتحطيم هذه الحلقة بإيقاف الإحالة عند حد معين، وهو ما تقول به المحاكم والتشريعات غالبا حيث تقضى أو تنص بإيقاف الإحالة عند الدرجة الأولى.

ويجب عدم خلط الإحالة بمعناها السالف بالإحالة الداخلية أو التفويض الذى أشرنا إليه سلفا. فالإحالة بالمعنى الذى نقصده هنا تثبت فيها الولاية لدولة معينة ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، أما الإحالة الداخلية (التفويض) فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلى فى هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين هذه الشرائع^(١).

٢٣٤ - القانون المصرى لا يأخذ بالإحالة:

اتخذ المشرع المصرى موقفا حاسما من نظرية الإحالة، فنص فى المادة (٢٧) على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى رفض صراحة وبصورة مطلقة الأخذ بالإحالة، وألزم القاضى الوطنى إذا أرشدته قاعدة الإسناد الواردة فى قانونه إلى القانون الأجنبى الواجب التطبيق، فعليه اللجوء مباشرة إلى

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٦١٥ ومابعدها.

النصوص الموضوعية الواردة بهذا القانون وتطبيقها على النزاع، ويمتنع عليه تطبيق أحكام هذا القانون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، وهى أحكام الإسناد أو بعبارة أخرى أحكام تنازع القوانين^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- "تنص المادة ٢٤ على وجوب تطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى تقضى النصوص التالية بتطبيقه دون القواعد التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص. وهى بهذا لا تجيز الأخذ بفكرة الإحالة وتعمم الحكم الوارد فى المادة ٣١ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فلا تقصره على الأحوال التى نصت عليها هذه اللائحة بل تجعله شاملا لقواعد الإسناد جميعا".

٢- ولم ينهج المشروع نهج بعض التشريعات فى إجازة الإحالة إذا كان من شأنها أن تفضى إلى تطبيق القانون الوطنى (م ٢٧ من قانون إصدار التقنين المدنى الألمانى و ٢٩ من القانون الملحق بالتقنين اليابانى) أو فى إجازة الإحالة إطلاقا (م ٣٦ من القانون البولونى الصادر فى سنة ١٩٢٦) ذلك أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعى لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وفى قبول الإحالة أيا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر فى تلك القاعدة.

وقد احتذى المشروع فى الإعراض عن فكرة الإحالة حدود المادة ٢٠ من التقنين الإيטالى الجديد وإن كان القضاء المصرى قد أخذ بهذه الفكرة فى أحكام قليلة^(٢).



(١) سامية راشد وفؤاد عبد المنعم رياض ص ٢١٠ - جابر جاد عبد الرحمن ص ٦٣٢ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣١٥ وما بعدها.

مادة (٢٨)

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر.

الشرح

٢٣٥- التعريف بالنظام العام:

يقصد بالنظام العام فى القانون الدولى الخاص ذلك الدفع الذى يراد به استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة وإحلال القانون الوطنى (قانون القاضى) محله نظرا لمخالفة حكم القانون الأجنبى للنظام العام أو الآداب فى مصر.

ويبين من النص أن المشرع أبرز فيه أن إعمال فكرة النظام العام فى ميدان تنازع القوانين لا يكون فى مرحلة وضع قواعد الإسناد. بل إنه يأتى فى مرحلة إعمال هذه القواعد وتطبيق أحكام القانون الأجنبى الذى تسند إليه، ويأخذ صورة دفع لاستبعاد تطبيق هذه الأحكام ثم تطبيق قانون القاضى. وتطبيق قانون القاضى فى هذه الحالة يأتى على سبيل الاستثناء فىكون اختصاصه التشريعى اختصاصا غير عادى^(١).

والنظام العام كما ذكرنا سلفا هو مجموعة المصالح الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية، أى مجموعة القواعد التى تهم المجتمع أكثر ما تهم الأفراد.

والنظام العام حالة تختلف من مكان إلى مكان آخر وهو بعد متغيرا على كثر الزمان. وكل ما يتيسر بشأنه أداة للتعرف عليه هو معيار مرن ومتغير على الزمان والمكان شأنه فى ذلك شأن النظام العام ذاته ألا وهو معيار "المصلحة العامة" وبعبارة أدق "المصلحة العامة العليا للمجتمع".

(راجع بند ٣٦).

(١) عز الدين عبد الله ص ٥٢٥ ومابعدها.

والملاحظ أن المشرع المصرى متابعا غيره من مشرعى بعض الدول الأخرى، لم يكتف فى المادة (٢٨) بالنص على مخالفة أحكام القانون الأجنبى للنظام العام، بل نص أيضا على مخالفتها "للآداب" والآداب تكون جانبا من جوانب "نظام المجتمع الأعلى" وبعبارة أخرى تكون جانبا من جوانب النظام العام، وبذلك يغنى ذكره بالنص عن ذكرها به.

(راجع بند ٣٨).

والنظام العام لا يتجزأ فلا يوجد نظام عام دولى ونظام عام داخلى، فالقاضى لا يستبعد القانون الأجنبى إلا إذا كان يمس المصلحة العامة فى مجتمعه سواء كانت خلقية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية^(١).

(١) وقد وضع الفقه بالرغم من ذلك عدة معايير أخرى لتحديد ما إذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام فى قانون القاضى أم لا.

فذهب فريق إلى أنه يجب كفاعة عامة استبعاد القانون الأجنبى إذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى.

غير أن هذا رأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الإسناد. هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لا يستتبع حتما المساس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة فى دولة القاضى.

ويذهب فريق ثان إلى وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العام إذا كان ينطوى على مساس بمبادئ العدالة الدولية أو إذا كان يصطدم بالمبادئ العامة المتعارف عليها فى جماعة الأمم المتحضرة ومثال ذلك ما قضت به محكمة السين فى ١٩٦٠/٢/٢ من التزام الزوج بالنفقة وتأمين الحياة المادية لأسرته باعتبار أن هذا التزام تفرضه المبادئ المتعارف عليها فى العالم المتمدين، أو كان يصطدم بمبادئ القانون الطبيعى.

ويضيف القائلون بهذه الفكرة الأخيرة أن من أهم الأسباب التى قد تؤدى إلى اعتبار قانون ما مخالفا للنظام العام هو إهداره للحقوق الطبيعية للإنسان. ومن الأمثلة التى يسوقونها فى هذا الصدد الحالة التى لايسمح فيها القانون الأجنبى الواجب التطبيق لأمم بالاعتراف بابنها غير الشرعى، إذ يتعين حينئذ اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام=

= العام لعدم اعترافه بحق من الحقوق الطبيعية للإنسان، وهى حقوق يجب احترامها دون حاجة إلى النص عليها صراحة فى القوانين الوضعية، فإذا كان القانون الأجنبى ينكر مثل هذه الحقوق تعين استبعاده وإحلال القانون الوطنى محله لإقرار هذه الحقوق.

ويضيف فريق من الفقه معيارا ثالثا لتحديد فكرة النظام العام. فيقررون أن القانون الأجنبى يعتبر مخالفا للنظام العام فى دولة القاضى إذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية للدولة. ولو كان هذا القانون الأجنبى فى ذاته لا ينطوى على أية مخالفة لمبادئ العدالة أو المبادئ العامة المتعارف عليها فى الأمم المتحدة. فإذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع أحد الأهداف الهامة التى يرمى تشريع دولة القاضى إلى تحقيقها، فإن ذلك يخول القاضى استبعاد هذا القانون الأجنبى. ومن أمثلة ذلك دعوى رفعت إلى القضاء الفرنسى بطلب الاعتراف بالأبوة، واتضح للقاضى أن القانون الفرنسى يشترط رفع هذه الدعوى خلال مهلة قصيرة بينما يسمح القانون الأجنبى برفعها خلال مدة أطول. وإن كان طول المهلة المقررة فى القانون الأجنبى لا يشكل مخالفة لمبادئ العدالة أو القانون الطبيعى فإنه قد ينطوى مع ذلك على مخالفة للسياسة التشريعية فى دولة القاضى. إذ قد يهدف المشرع باشتراطه رفع مثل هذه الدعاوى خلال مهلة قصيرة إلى حماية الأفراد من هذا النوع من الدعاوى لتهديدها الاستقرار العائلى. ومن ثم كان للقاضى الوطنى أن يستبعد مثل هذه القوانين تأسيسا على أنها تعوق تحقيق أحد أهداف السياسة التشريعية فى دولة القاضى.

وينوه فريق رابع من (الفقه الحديث) بوجود اتجاه واضح فى القضاء نحو الوصول إلى نظام دولى بالمعنى الحقيقى أى نحو نظام عام لا يمثل مصالح دولة معينة أو يحمى الأسس التى يقوم عليها مجتمع معين، وإنما يمثل المصالح العليا للمجتمع الدولى بأسره ويستجيب للأهداف السامية التى تسعى إليها الجماعة الدولية. وبذلك تصبح فكرة النظام العام غير مرتبطة بالنظام القانونى لدولة معينة بل متصلة بالنظام الدولى ككل، بحيث تشكل جزءا من القواعد التى تحكمه. ومن الأمثلة التى يسوقونها للتدليل على صحة رأيهم ما قضت به المحاكم الفرنسية من اعتبار عقد بيع الأسلحة المبرم بقصد إحداث انقلاب فى دولة أجنبية عقدا باطلا باعتباره يتنافى مع المبادئ الدولية التى تقضى باحترام سيادة الدولة الأجنبية (حكم محكمة السين الصادر فى ١٩٣٢/٨/٢).

كذلك ما قضت به محكمة السين بتاريخ ١٩٥٦/١/٤ بأن عمليات التهريب الموجهة ضد دولة أجنبية تتعارض مع الضمير القانونى للمجتمع الدولى، ومن ثم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولى.

فقد قضت محكمة النقض بأن :

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 للأداب في مصر". ومؤدى هذا النص - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو نهى القاضى عن تطبيق القانون الأجنبى كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية فى الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع".

(طعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧)

٢- "المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أنهلا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدني إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة".

(طعن رقم ٧ لسنة ٤٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٧٧/١/١٩)

٣- "وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب فى مصر، وإذ كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصابات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتراد بها وتغليب قانون أجنبى عليها مما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين - إذ كان ذلك، وكان الثابت فى الدعوى أن المتوفاة مسلمة وأن الخصوم الذين يتنازعون تركتها مسلمون، فإن الحكم المطعون فيه

إذ امتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي على واقعة الدعوى لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٤/٥/٢٧)

٢٣٦- نطاق تطبيق الدفع بالنظام العام:

يثور الدفع بالنظام العام عندما يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجيز أمرا يخالف النظام العام في دولة القاضى، فيؤدى الدفع إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي. ويستبعد القانون الأجنبي بالقدر الذى يدرأ عنه مخالفة للنظام العام في دولة القاضى، فإن كان هذا القانون يجيز أمورا يخالف بعضها النظام العام، وكانت هذه الأمور لا ترتبط ارتباطا وثيقا بالأمور الأخرى التى لا تتعارض مع النظام العام بحيث تتحقق الغاية من التصرف بالأخذ بالأمور الأخيرة وحدها، فإن القاضى يعمل الدفع باستبعاد الأمور الأولى وحدها لمخالفتها للنظام العام، أما الأمور التى لا تتعارض مع النظام العام، فيطبق فى شأنها القانون الأجنبي.

أما إذا كانت الغاية لا تتحقق بأن تكون الأمور جميعا تتصل ببعضها اتصالا وثيقا لا يقبل انفصاما، فإن القاضى لا يملك فى هذه الحالة إلا استبعاد القانون الأجنبي برمته.

فالشروط الوارد بالعقد مخالفا للنظام العام، يؤدى إلى البطلان المطلق إذا كان الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد، باعتباره سببا للعقد، فينحل العقد برمته، أما إن لم يكن الشرط هو الباعث الدافع للتعاقد، فإن الشرط وحده هو الذى يرد عليه البطلان فيستبعده القاضى، ويظل العقد صحيحا بباقي شروطه مرتبا لكافة آثاره، ذلك لأن الشرط عندما لا يكون هو الباعث الدافع فإن استبعاده لا ينال من الغاية المرجوة منه^(١).

٢٣٧- شروط التمسك بالدفع بالنظام العام:

يخلص مما سلف أن التمسك بالدفع بالنظام العام لا يكون إلا إذا توافر الشرطان الآتيان:

(١) المستشار أنور طلبه ص ٥٧٥ ومابعدهما.

الأول: أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق قانوناً بمعنى أنه هو القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية. فالنظام العام يأتى كعلاج لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

أما إذا كان قانون القاضى هو الواجب التطبيق فلا يجوز التمسك بهذا الدفع.

(راجع نقض طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩/٥/١٩٧٠ -

طعن رقم ٣٩٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ٢٣/٣/١٩٧١)

الثانى: أن تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة للنظام العام فى دولة القاضى بالتفصيل سالف الذكر، وذلك وقت صدور الحكم أو بعد صدوره إن طعن فيه ولم يكن قد فصل فى الطعن بعد، فإن كان القانون الأجنبي متفقاً مع النظام العام فى دولة القاضى وقت صدور الحكم فلا محل لاستبعاد القانون الأجنبي حتى لو كان القانون الأجنبي مخالفاً للنظام قبل ذلك".

(راجع نقض طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ٢٥/٦/١٩٦٤ - طعن رقم

١٧ لسنة ٣٢ ق "أحوال شخصية" جلسة ٢٧/٥/١٩٦٤ - جلسة ٧/١١/١٩٦٧)

أثر الدفع بالنظام العام:

٢٣٨ - (أ) بالنسبة للعلاقة التى نشأت بدولة القاضى:

يترتب على الأخذ بفكرة النظام العام ضرورة استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وتطبيق القانون الوطنى محله. غير أن مدى هذا الانطباق يختلف باختلاف الظروف والأحوال. فإذا كانت قاعدة النظام العام من القواعد الناهية أو المانعة فإن أثرها فى هذه الحالة قاصر على استبعاد القانون الأجنبي لا أكثر ولا أقل ويصف الكتاب هذا الأثر بأنه أثر سلبي، ومن أمثلة ذلك أن يطلب زوجان فرنسيان الطلاق أمام محكمة إيطالية فتستبعد هذه المحكمة القانون الفرنسى الذى يجيز الطلاق وهو قانون جنسيتها الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الإيطالية لأن القانون الإيطالى يمنع الطلاق.

أما إذا كانت قاعدة النظام العام من القواعد الآمرة، فإن أثرها يكون أوسع مدى فهي تستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وهذا أثر سلبي، ولكنها تذهب إلى أبعد من ذلك حيث ينطبق قانون الدولة التي يهملها النظام العام وتسير الأمور كما لو لم يوجد تنازع بين القوانين وأن العبرة بقانون واحد فقط هو القانون الذي يوجد به النظام العام، ومثل ذلك أن يرفع إيطاليان دعوى طلاق أمام محكمة فرنسية فتستبعد قانونهما الشخصي (وهو القانون الإيطالي الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية) الذي يمنع الطلاق لأن هذا المنع يخالف النظام العام في فرنسا ذلك النظام الذي يقضى بضرورة وجود الوئام بين الزوجين وإلا كان من المصلحة حل عقدهما، ثم تطبق القانون الفرنسي فتقضى بالطلاق وفق أحكامه^(١).

٢٣٩- (ب) بالنسبة للعلاقة التي نشأت خارج بلد القاضى :

يجرى الفقه والقضاء في فرنسا على أن أثر الدفع بالنظام العام ليس دائماً واحداً بصدد إنشاء الحق في بلد القاضى وبصدد التمسك في هذا البلد بحق اكتسب في الخارج. ففي مرحلة إنشاء الحق يبحث القاضى فيما إذا كان هذا الإنشاء يتعارض مع مقتضيات النظام العام أم لا يتعارض معها. أما إذا كان المطروح أمام القاضى هو الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج، فالذى يبحثه القاضى هو هل نفاذ هذا الحق أى التمسك بآثاره يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا يتعارض. والأمر في الحالتين ليس على سواء. فقد يكون إنشاء الحق في بلد القاضى مخالفاً لمقتضيات النظام العام فيه، ومع ذلك فإنه لو نشأ هذا الحق عينه في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضى لما عد نفاذه متعارضاً مع هذه المقتضيات، وذلك عندما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضى في مرحلة إنشاء الحق مبناه أن الإجراءات أو الظروف الواجب توافرها لإنشاء الحق هي التي تتعارض مع النظام العام.

(١) جابر جاد عبد الرحمن ص ٥٦٨ - عز الدين عبد الله ص ٥٣٥ وما بعدها.

فإذا ما تمت هذه الإجراءات وتوافرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به في بلد القاضى، لما وجد مقتض يحرك الدفع بالنظام العام. وعلى ذلك فإنه وإن كان لا يجوز في فرنسا للأجانب أن يتزوجوا زواجا دينيا، لأن الزواج فيها نظام مدنى، إلا أنه إذا ما تم في الخارج زواج دينى وكان هذا الزواج هو الشكل المحلى، أمكن الاحتجاج به فرنسا. وقد أخذت المحاكم الفرنسية بالفرقة بين أثر الدفع بالنظام العام في مرحلة إنشاء العلاقة في فرنسا وبين أثره في مرحلة التمسك فيها بعلاقة تمت في الخارج في مسألة التطليق. ذلك أن التطليق كان غير جائز في فرنسا إلى ما قبل سنة ١٨٨٤ وكان هذا الحظر يسرى على الأجانب الذين يجيز لهم قانونهم الشخصى التطليق، ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز لهؤلاء الأجانب أن يحتجوا في فرنسا بتطليق تم بينهم في الخارج.

على أن الاعتراف في بلد القاضى بآثار الحق الذى اكتسب في الخارج ليس معناه استبعاد الدفع بالنظام العام كلية في هذا المجال، بل واقع الحال هو أن أثر الدفع فيه يكون مخففا في بعض الحالات وهى التى لا يتعارض فيها نفاذ الحق مع مقتضيات النظام العام. ولذلك فإنه ما إن تحقق هذا التعارض في الحالات الأخرى حتى يتحرك الدفع ويمنع التمسك بآثار الحق. بمعنى أن جزاء مخالفة النظام العام في هذه الحالات لا يكون بطلان العلاقة، وإنما هو عدم سريان آثارها في بلد القاضى. وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بأنها لا يجوز الاحتجاج في فرنسا بحق الملكية في منقول ولو أنه اكتسب في الخارج وفقا لقانون الموقع الذى يجيز نزع الملكية دون تعويض عنه. وقد حدث أن أملت روسيا السوفيتية الأساطيل التجارية، وحدث أن التجأ أحد هذه الأساطيل واسمه (٢٢٠ :) إلى ميناء مرسيليا بفرنسا، وعندما طالبت روسيا بملكية بواخر هذا الأسطول استنادا إلى حقها المكتسب فيها وفقا للقانون السوفيتى (قانون الموقع السابق) رفض القضاء الفرنسى دعواها "لأن تأميم هذه البواخر حصل بطريق نزع الملكية بطريق غير عادى وغير عادل، إذ لم تعوض الحكومة السوفيتية

الملاك، وهو ما يتجافى مع احترام حق الملكية، وما لا يمكن الاعتراف بأثاره فى فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسى^(١).

غير أن انتشار حركة التأمين بعد الحرب العالمية الثانية بسبب ما ولدته من مشاكل سياسية واقتصادية، والالتجاء إليه فى مختلف الدول مع تنوع نظمها السياسية والاقتصادية قد يسر من أمر الاعتراف بالآثار الدولية للتأمين. وآية ذلك أن الفقه يتجه إلى عدم استلزام أداء التعويض الكامل للاعتراف بهذه الآثار والاكتفاء بالتعويض "العادل" أو "المناسب" أو "الجدى" وكذلك عدم استلزام أن يكون التعويض حالاً أى يؤدى مقدماً، فيصح أن يكون أداؤه مؤجلاً مادام مصحوباً بضمانات جدية. ويرى بعض الفقهاء أن تأمين المشروع الذى تجرّيه الدولة التى يوجد بها مركز إدارته الرئيسى لا يتناول أمواله الواقعة خارج إقليم هذه الدولة ولو تم التأمين مقابل تعويض، وذلك تأسيساً على إقليمية التأمين نتيجة لإقليمية سيادة الدولة، أو تأسيساً على تعارضه مع النظام العام فى الدولة الواقعة بها تلك الأموال بينما يرى البعض الآخر أن إنكار آثار التأمين الدولية على هذا الوجه إنما يقوم على الخلط بين المصادرة والتأمين، وهو بعد لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة دفاع إزاء التأمين الذى يهدر العدالة، كما لو كان بغير تعويض. وأنه لما ييسر الاعتراف بالآثار الدولية للتأمين^(٢).



(١) نقض فرنسى ٥ مارس ١٩٢٨.

(٢) راجع فى هذا عز الدين عبد الله ص ٥٤٠ ومابعداها.