

سلسلة العدالة في القانون المدني (١)

القانون وتطبيقه

في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء

القانون والحق - مصادر القانون - عدم جواز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق - احتساب المواعيد - استعمال الحق - صور إساءة استعمال الحق - تطبيق القانون - تنازع القوانين من حيث الزمان - نطاق سريان نصوص التقادم - تنازع القوانين المعدلة لمدد التقادم - تنازع القوانين من حيث المكان - سريان قانون الجنسية على الحالة المدنية - القانون الذي يحكم آثار الزواج - نطاق سريان القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً - القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة - النظم الموضوعية لحماية ناقص الأهلية - القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية - قاعدة الإسناد الخاصة بالحيازة والحقوق العينية - قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية - العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد - القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية - القانون الواجب التطبيق على قواعد الاختصاص.

المستشار

أشرف أحمد عبد الوهاب

إبراهيم سيد أحمد

المستشار القانوني

المحامي بالنقض والإدارية العليا

رئيس محكمة الاستئناف

الطبعة الأولى ٢٠٢٠

دار العدالة للنشر والتوزيع

٨٥ شارع محمد فريد - الدور (٥) - عابدين - القاهرة

Tel: 00202/23916135 - fax: 00202/23955271

WWW.ELADALAH.COM -002/ 01002551699

اسم الكتاب : القانون وتطبيقه
المؤلف : المستشار القانوني / أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض والإدارية العليا
الناشر : دار العدالة للنشر والتوزيع ٨٥ شارع محمد
فريد - الدور (٥) - القاهرة
Tel: 00202/23916135 – fax: 00202/23955271
حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع
أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً
للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.
الطبعة : الأولى.
سنة الطبع : 2020
رقم الإيداع : 2018/4457
الترقيم الدولي : 3- 21 - 6647- 977- 978
الموقع : www. ELADALAH.com
الإيميل : eladalashrf@gmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله سبحانه وتعالى:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝ ﴾

صدق الله العظيم

قال العماد الأصفهاني...

"إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً من يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر..."

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مُتَكَلِّمَةٌ

هذا الكتاب من سلسلة كتب العدالة في القانون المدني التي تنفرد بها دار العدالة للنشر والتوزيع، حيث نقوم في هذه السلسلة باستعراض كل موضوعات القانون المدني، وذلك تيسيراً لمهمة القاضي والمحامي والباحث في الاستعانة بأي من هذه الموضوعات التي تهمه، وتكون عوناً له في مجال عمله، وفي الوصول إلى الرأي الصحيح والمبدأ المستقر.

وهذا الكتاب رقم (١) في سلسلة القانون المدني (القانون وتطبيقه) يتضمن شرحاً فقهياً وتعليقاً بأراء الفقهاء كما تضمنته أيضاً أهم المبادئ القضائية الحديثة التي أرست قواعدها المحاكم المصرية والعربية. راجياً من ذلك أن أكون - بهذا الجهد المتواضع - قد أسهمت في إلقاء بعض الضوء على أهم قوانيننا ارتباطاً بالحياة والمعاملات. والله وحده المستعان . . . وهو نعم المولى ونعم النصير،،

المستشار القانوني

أشرف أحمد عبد الوهاب

المحامي بالنقض والإدارية العليا

٢٠٢٠/١/١١

١ - القانون والحق

مصادر القانون

النص التشريعي (مادة ١) :

- ١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه،
- ٢- حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

النصوص العربية المقابلة :

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

الأعمال التحضيرية :

جمع المشرع فى هذه المادة ما يعرف فى اصطلاح الفقه بمصادر القانون... وليس يعقد من جمع المصادر... مجرد تعدادها، بل.... بيان تدرجها من حيث الأولوية فى التطبيق... ولذلك يخلق بالقاضى ان يلتمس الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولاً...^(١)
فمصادر القانون - وفقاً لهذا النص - أربعة: التشريع والعرف، مبادئ الشريعة الإسلامية، ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

رأى الفقه :

- ١ - تجب التفرقة بين المذكرة التفسيرية للقانون، وبين مذكرته الإيضاحية، فالمذكرة التى يقدم بها القانون إلى السلطة التشريعية، ويتناولها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ - ص ١٨٦.

المجلس التشريعي بالبحث ويأخذ بها ويعتمدها تعتبر بياناً صادراً من الشارع نفسه وتسمى مذكرة تفسيرية، أما إذا صدر القانون ووضعت له الهيئة التي أعدته مذكرة بيانية، فهذه لا تسمى مذكرة تفسيرية، وإنما تسمى مذكرة إيضاحية.

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

والمعنى العام المقصود بالنظام العام ان كل حكم لا يباح للأفراد ان يتفقوا على مخالفته، ولهذا قرر علماء القانون الوضعي ان أحكام القانون العام (الدستوري والاداري والمالي والجنائي) متعلقة بالنظام العام، أما أحكام القانون المدني فمنها ما يتعلق بالنظام العام، ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام وإن الإتفاق بشأن الأخيرة على مخالفتها إتفاق صحيح.

والأساس الذي يبنى عليه ان الحكم من النظام العام في التشريع الوضعي هو موضوع الحكم وكونه متعلقاً بمصلحة المجتمع كله أو بمصلحة خاصة ببعض الأفراد، ولهذا يختلف ما هو النظام العام باختلاف الأزمنة والامكنة والبيئات وإختلاف مذاهب المشرعين السياسية والاجتماعية - أما في التشريع الإسلامي فالأساس الذي يبنى عليه ان الحكم من النظام العام هو الدليل الذي دل على الحكم، فكل حكم دل عليه نص صريح قطعي الثبوت والدلالة فهو من النظام العام، ولا تجوز مخالفته، ولا يباح للأفراد والجماعات ان يتفقوا على خلافه بأية صورة من الصور^(١).

(١) تفسير النصوص القانونية وتأويلها - لأستاذنا الكبير المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - المحاماه - السنة ٣١ - العدد ١ - س ١٨٢ وما بعدها - العلوم القانونية - للدكتور محمد على عرفه - جزء ١ - طبعة ٢ - ١٩٥٠ - ص ١٧٦ وما بعدها =

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

وما دام المجتمع وليد العقيدة الإسلامية، فقد أصبح قانونه الطبيعى هو القانون الذى أنتجه والذى ازدهرت حضارته وبقيت على أساسه أربعة عشر قرنا، تتفرد خلالها بحمل إعلان الحضارة بين أمم الأرض. ولما همت مصر بتعديل قانونها (المدنى) قبيل منتصف القرن، جدت جماعة المستشارين ورجال الفقه للعمل على إتخاذ الشريعة الإسلامية مصدرا للنقيب ما لم يوجد نص يمكن تطبيقه من القانون الجديد. وفى الفترة ذاتها وضعت قوانين سوريا، وليبيا، والعراق، فإتجهت جميعا إلى القانون العربى الموحد، وصاغت قوانينها المدنية صياغة ألزمتها بها ظروف الساعة، لكنها إتجهت - بجمعها - كذلك إلى الشريعة الإسلامية تهيب بأهل الفقه أن يتدارسوها ليجعلوها أساس التشريع العربى الواحد.

= والمدخل لدراسة العلوم القانونية - للمرحوم الدكتور عبد الحى حجازى - القانون - طبعة ١٩٦٦ - ص ٣٤٣ وما بعدها - والمدخل للعلوم القانونية - للدكتور توفيق حسن فرج - طبعة ١٩٦٩/١٩٧٠ - ص ٢١٨ وما بعدها.

خذ مثلاً قول لائحة القانون المدني العراقي سنة ١٩٥١ :

".....قد رؤى ان يكون المشروع مثالا لما ينبغي ان يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجعل مزاجا متألفا يجمع بين قواعد نقلت من الشريعة الإسلامية، وقواعد نقلت من التقنيات الغربية، وهو بتكوينه هذا بحكم التنسيق بين هذين المصدرين، يفسح لمواجهة أوضاع التطور الحديثة، ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ترده إلى ربيع حياته،

وتمكنه من مسابقة هذه الأوضاع، ومتى تم إحياء الفقه الإسلامي على النحو المتقدم، مهد القانون السبيل للقانون المدني العربي. فما من شك في ان هذا الفقه يصبح مصدرا يفيض بالحياة والحركة، هذا التقنين وان كان مجرد أمنية تجيش بها النفوس في الوقت الحاضر، الا ان المشروع يهيئ لتحقيق هذه الأمنية خير الوسائل.....^(١)".

اما المذكرة الإيضاحية للمرسوم التشريعي بالقانون المدني السوري في سنة ١٩٤٩، فتقول:

".....ان اقتباس المشروع السوري من القانون المصري يحقق مقصدا من اجل المقاصد التي يقصد إليها العرب في هذا العصر، وهو توحيد التشريع بين البلاد العربية، وهو أول خطوة لإقامة الوحدة القانونية بين الأقطار العربية.....".

(١) يقول الدكتور محمد عبد الجواد محمد: هذه الشريعة الإسلامية، لو وطئت اكتافها، وعبدت سبلها، لكان لنا من هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الإستقلال في فقهاء، وفي تشريعات، ثم لاشرف بطالع العالم بهذا النور الجديد، فتضى به جانبا من جوانب الثقافة العالمية في القانون... (مجلة القضاء العراقية - العدد ١٢، - سنة ١٩٦٢ - ص ٦٥).

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

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

اما دستور دولة الكويت فيقول:

مادة (٢) - دين الدولة الإسلام، والشرعية الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع.

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

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

"الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتنا الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع"^(١).

٣ - كان حسنا من المشرع أن نص فى المادة الأولى من القانون المدنى الحالى، على أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، أو لم يوجد عرف، حكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية - وبذلك أصبحت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا ثالثا للقانون المصرى، ولكنها مع ذلك "مصدر عام" للحكم فيما لم يرد به نص تشريعى أو عرف، يتحتم على القاضى الرجوع إليها بما تضمنته من الإجتهااد وربط الأحكام بمصالح العباد، فيها الغناء عن مبادئ العدالة والقانون الطبيعى التى ليست يسيرة

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

التحديد فى كثير من الأحوال، كما ان الرجوع إلى مبادئ الشريعة فى حالة عدم وجود نص أو عرف لا ينتقيد بمذهب معين، إنما يكون الرجوع إلى المبادئ العامة، لا تختلف باختلاف المذاهب.

وجعل القانون الوضعى عندنا من العرف مصدرا يحكم بمقتضاه عند عدم النص^(١).

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

٥ - تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أول فى التشريع العربى الموحد، وهذا المصدر خير أساس لتوحيد التشريع والقضاء فى الامة العربية، وقد ادرك صحة هذا القول كبار رجال القانون وأئمة رجال القضاء فى الوطن العربى، وفى مقدمتهم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى الذى يقول: "...واذا قدر لنا ان نستقل بفقهننا وان نفرغه فى جو عربى يشب فيه

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

(٢) الوحدة القانونية فى البلاد العربية - مقال - للأستاذ اسعد الكورانى المحامى بحلب - المحاماه - لسنة ٤١ - العدد - ص ٨٧٩ وما بعدها.

على قدم عربية، يبقى علينا ان نخطو الخطوة الاخيرة، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية، ونؤدى قسطا مما تفرضه علينا الإنسانية، ضريبة فى سبيل التقدم الفقه العالمى، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن، ومن اهم الوسائل فى الوصول إلى تلك العناية بالشرعية الإسلامية شريعة الشرق ووحى الهامه وعصارة اذهان مفكره. فنبت فى صحرائه وترعرت فى سهوله ووديانه، فهى قبس من روح الشرق ومشكاة من نور الإسلام، ويلتقى عندها الشرق والإسلام، فيضى ذلك بنور هذا، ويسرى هذا بروح ذلك، حتى ليمتزجان ويصيران شيئا واحدا، وهذه هى الشريعة الإسلامية لو وطئت اكفافها وعبدت سبلها، لكان لنا فى هذا التراث الجليل ما يفتح روح الإستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا، لاشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد، فنضى به جانبا من جوانب الثقافة العالمية فى القانون^(١).

واخذ عالمنا الكبير (الدكتور السنهورى) يعمل فى القانون المدنى الجديد فى مصر على الإفادة حقا من الفقه الإسلامى، فيأخذ عنه كثيرا من أحكامه فى نواحى مختلفه، وبهذا صار من المصادر الرسمية للقانون، وإن كان لم يأخذ مكانه الجديد به، وهو ان تكون الشريعة هى المصدر الأساسى الأول الذى يبنى عليه التشريع، وهى أمنية من اعز الأمنى التى تختلج بها الصدور وتنطوى عليها الجوانح^(٢).

(١) الوسيط - الجزء ١ - نظرية الإلتزام - دكتور عبد الرزاق السنهوى - طبعة ٢ - ١٩٦٤.

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

٦ - ويقول الدكتور محمد يوسف موسى :

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

٧ - ويرى الدكتور شفيق شحاته :

".... ان الفقه الإسلامى قام وترعرع فى مدى أجيال عديدة، وساد فى مختلف الأقطار التى جمعتها المدنية العربية، تلك التى تركت أثارا خالدة فى جميع نواحي العلوم والفنون، فليس من الغريب اذن ان يكون اثرها الكبير فى ناحية التفكير القانونى، وفى الواقع قد ظهر هذا التفكير فى صورة من ابهى الصور، ولا تزال آثار هذا التفكير من انفس ما يدخر الشرق من التراث العلمى، فمن العقوق ان يهمل هذا التراث، ومن العناية به ان يعتمد إلى التأليف بين فروعه، ففى جميع الامم وفى مختلف العلوم عمد العلماء إلى التركيب بعد التحليل، وقد قام الفقهاء بقسطهم الوافر من

(١) التشريع الإسلامى من التشريعات الحديثة - للأستاذ الدكتور المرحوم محمد يوسف

التحليل، فيتعين اذن البدء من حيث انتهوا، فعسى ان يكون الإهتمام بالآثار القانونية لفقهاء المسلمين على هذا الوجه، فاتحة عصر إحياء لتشريع ما لا يمكن ان يكون غيره ملائماً مثله في بلاد كانت مهذا له ومرتعا^(١)....".

٨ - ويرى الدكتور محمد صادق فهمي :

"... ولا ريب ان من عوامل الوحدة العربية توحيد القوانين في البلاد العربية، وعلى وجه الخصوص قوانين المعاملات، وفيها تزدهر الروابط الاقتصادية بين البلاد العربية. وعلى ان الفقه الإسلامي يكفل لنا امكان توحيد قوانين المعاملات بما يمتاز به من دقة فنية عليا، وانبعائه من بيئتنا العربية، وملاءمته لتقاليدنا واخلاقنا وطباعنا، فضلا عما في ذلك من إحياء لمجد العروبة، وابرار شخصيتها بين المدنيات الكبرى في العالم^(٢)....".

٩ - لا مرء في ان القانون المدني - وهو التشريع العام - يتناول في نصوصه العامة بعضا من روابط القانون العام كما يتناول روابط القانون الخاص، متى كانت هذه النصوص تضع حكما عاما مطلقا لا يقتصر نطاقه على روابط القانون الخاص، وليس ادل على ذلك مما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الأولى^(٣).

• **مصادر القانون:** البحث عن مصادر القانون، له أهمية كبيرة من حيث القدرة على تحديد مضمون القواعد القانونية، وكيفية تطبيقها وتفسيرها . فاصطلاح المصدر ليس له إلا معنى واحد هو المعنى السابق

(١) النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية - جزء ١ - للدكتور شفيق شحاته.

(٢) الفقه الإسلامي والقانون المدني المقارن - مقال - كتاب المؤتمر الثاني للمحاميين العرب.

(٣) المسؤولية عن اعمال الشرطة - مقال - المستشار فتحى عبد الصبور - المجموعة

الرسمية - ٦١-١-١٩٦٤-٢٤٧، والقانون الادارى - للدكتور سليمان الطماوى - س٣٥.

بيانه، وهو السبب المنشئ وفقا لمقتضيات مبدأ السببية، ونظرا لأن البحث عن المصدر هو نقطة البداية في كل بحث علمي، فإنه يجدر عدم استخدام اصطلاح المصدر في غير مدلوله الصحيح، ومع ذلك فقد شاع استخدام اصطلاح المصدر في عدة معان مختلفة، المعنى الأول هو المعنى الصحيح السابق ذكره، وهو السبب المنشئ، ويسمى المصدر بهذا المعنى، باسم المصدر الرسمي *source formelle*، أى السبب الذي أنشأ القاعدة القانونية كالتشريع أو العرف أو القضاء . أما المعاني الأخرى التي استخدم فيها اصطلاح المصدر، فهي معان غير معبرة عن هذا الاصطلاح، ويؤدي استخدامه في التعبير عنها الى خلط لا مبرر له، خاصة وإذا وقع هذا الخلط بصدد المبدأ الأول للمعرفة وهو مبدأ السببية، ومن المعاني غير الصحيحة لاصطلاح المصدر، ما يطلق عليه اسم المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية *source matérielle* أو المصدر الحقيقي لها *source réelle* ويقصد بهذا الاصطلاح غير الدقيق، الحقائق الموضوعية التي استمد منها المشرع القاعدة القانونية، ومن هذا القبيل الحقائق التاريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية ... وغيرها، مما أوحى الى المشرع بالقاعدة لتي أصدرها بعد ذلك في صورة قاعدة قانونية وضعية، ومن الواضح أن استخدام اصطلاح المصدر في هذا المجال هو خلط بين مصدر القاعدة وبين مضمونها، فالمشرع قد يستوحى مضمون القاعدة من الحقائق السابق ذكرها، بل وقد يجد مضمون القاعدة مكتوبا في قانون قديم أو شريعة دينية أو قانون دولة أجنبية، فينتقل هذا المضمون نقلا حرفيا ويضمنه للقاعدة القانونية الصادرة عن إرادته والتي يعبر عنها في صورة تشريع، وفي هذه الحالة فإن التشريع هو وحده الذي يمكن اعتباره مصدر

القاعدة القانونية . أما الحقائق الموضوعية التي استوحى منها المشرع مضمون هذا التشريع، أو التي نقل عنها هذا المضمون نقلا حرفيا، فإنها لا تعتبر مصدرا للقانون، ولكنها تتعلق فقط بمضمون القانون، ولا يجدر في نظرية صحيحة للقانون الخلط بين المصدر source وبين المضمون contenu، ومن المعاني غير الصحيحة لاصطلاح المصدر، ما يطلق عليه اسم المصدر التاريخي source historique والمقصود بذلك أن يكون المشرع قد رجع في وضع القانون الى حقائق تاريخية، وهى من الحقائق الموضوعية التي يستلهمها المشرع في وضع القواعد القانونية، أى أن اصطلاح المصادر التاريخية هو تعبير جزئي عما سبق ذكره من المصادر الموضوعية، ومن قبيل المصادر التاريخية للقانون المصري، الشريعة الإسلامية، وكذلك القانون الفرنسي، فقد رجع المشرع المصري في معظم أحكام التقنينات المصرية الحديثة إلى أحكام القانون الفرنسي، وكذلك رجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند وضع قوانين الميراث والوصية والولاية على المال وأحكام الأسرة بالنسبة للمسلمين ... وغير ذلك من القوانين الأخرى، وكما أن اصطلاح المصادر الموضوعية هو اصطلاح غير صحيح، فإن اصطلاح المصادر التاريخية، هو أيضا اصطلاح غير صحيح والسبب ذاته . فلو كان المشرع قد استقى أحكام القوانين التي أصدرها، من الشريعة الإسلامية، أو من القانون الفرنسي، فإنه أخذ من هذه القوانين مضمون القواعد التي أصدرها، فما يراد بالتعبير عنه تحت اسم المصادر التاريخية، هو مضمون القاعدة القانونية، وليس مصدرها، ومن الخطأ الخلط بين المصدر والمضمون، ومن المعاني غير الصحيحة لاصطلاح المصدر، ما يطلق عليه اسم المصدر التفسيري source interprétative،

والمقصود بذلك المرجع الذي يستعان به في تفسير القانون، ومن هذا القبيل مؤلفات الفقهاء والشراح، وغني عن الذكر أن اصطلاح المصدر، قد استخدم هنا في غير مكانه الصحيح، فالمصدر يتعلق بالخلق والإنشاء، أما التفسير فهو يرد على قاعدة سبق وجودها، ولذلك فلا يتصور أن يكون التفسير مصدرا لها، ومن غير المقبول أن يقع خلط بين مصدر القاعدة وبين تفسيرها، ويتبين من هذا الاستعراض، أن اصطلاح المصدر له مدلول واحد، ولا يمكن أن يكون له غير هذا المدلول، وهو السبب المنشئ، فمصادر القانون هي الأسباب المنشئة للقواعد القانونية، وينبغي أن نقصر استخدام اصطلاح المصدر على هذا المعنى وحده دون غيره، ولذلك فإذا أطلق اصطلاح مصدر القانون، فيكون المقصود به هو المصدر الرسمي للقانون، وكلمة رسمي يمكن أن تضاف هنا، لتأكيد المقصود باصطلاح المصدر، وليس للتمييز بين المعاني المختلفة لهذا الاصطلاح، إذ لا يوجد له سوى معنى واحد صحيح، وعلى ضوء هذا التحديد يمكن أن نفرق بين مصادر القانون وبين جوهر القانون، وأن نفرق كذلك بين مصادر القانون وبين المبادئ العامة للقانون، وأن نفرق بين مصادر القانون وبين القوى الخلاقة للقانون، وأن نفرق أخيرا بين مصادر القانون وبين مضمون القانون. (راجع تفضيل ذلك تناغو - النظرية العامة للقانون ص ٢٣٤ وما بعدها وانظر الدكتور شمس الدين الوكيل غي تعريفه للمصدر الرسمي حيث ذهب الى لئن جاز لنا أن نستعير لغة الصناعة، فإن المصدر الرسمي هو الآلة التي تصنع القاعدة القانونية، وما يسميه البعض بالمصدر الموضوعي هو المادة الأولية التي تستخدم في صناعتها - انظر النظرية العامة للقانون ١٩٦٤ ص ٢٦٥).

أولاً: التشريع كمصدر من مصادر القانون: التشريع كمصدر من مصادر القانون هو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأفراد في المجتمع بواسطة السلطة المختصة، طبقاً للإجراءات المقررة لذلك، فالتشريع إذن يضع قاعدة قانونية، قاعدة عامة مجردة تحكم سلوك الأفراد، ولهذا فإنه يلزم أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية، وقد يراد بلفظ التشريع معنى آخر إذ قد يراد به القاعدة القانونية أو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم أمراً من الأمور، فيقال مثلاً تشريع الضرائب والتشريع العمالي، والتشريع هو المصدر الرسمي الأصلي في مصر وفي معظم قوانين الدول الحديثة، مع أنه لم يكن كذلك فيما مضى، إذ كان العرف هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون الأخرى، ويرجع السر في ذلك إلى أن أوده النشاط في الدولة الحديثة كثرت وتشعبت، كما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد بصورة أصبحت تتطلب كثرة القواعد التي تحكمها، بحيث لم يعد العرف - وهو مصدر بطيء - يكفي لكي يساير ما طرأ في الحياة الاجتماعية، فكان من اللازم الالتجاء إلى مصدر سريع يمكن من تنظيم تلك الروابط تنظيمًا دقيقًا، هذا المصدر هو التشريع، وإذا كان التشريع يعد المصدر الأصلي بالنسبة للمصادر الأخرى، فمعنى ذلك أنه يتعين على القاضي أن يلجأ إليه أولاً لحل ما يعرض أمامه من منازعات . فإذا وجد حكماً لما عرض أمامه امتنع عليه أن يلجأ إلى المصادر الأخرى أي أنه لا يلجأ إلى المصادر إذا لم يجد نصاً في المصدر الأصلي وهو التشريع، ولكن ينبغي في هذه الحالة ألا يوجد نص أصلاً يحكم النزاع، فإذا وجد نص تشريعي لكنه كان غامضاً أو مبهماً فلا يجوز للقاضي أن يبحث في المصادر الأخرى، وإنما يتعين عليه البحث عن

المعنى الذي يقصده النص، ولا ينتقل الى المصادر الأخرى إلا إذا وجد بعد البحث أن النص لا ينطبق في لفظه أو في فحواه على الحالة المعروضة عليه، فلا يكفي إذن غموض النص أو عدم وضوحه حتى يقال أنه لا يوجد مصدر تشريعي، والمصدر التشريعي في الوقت الحاضر هو المصدر الغالب كما قدمنا، ويكاد يحكم كل العلاقات والروابط الاجتماعية، ولم يعد للمصادر الأخرى دور هام، اللهم إلا في الحالات النادرة القليلة التي لا يوجد فيها نص تشريعي، والواقع أن المكانة التي يحتلها التشريع بين المصادر الأخرى واتساع نطاقه في الوقت الحاضر إنما يرجع الى ما لهذا المصدر من مزايا. (الدكتور توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية ص ٢٠٣ وما بعدها - وانظر عبد الوجود يحيى - مرجع سابق بند ٧ - والدكتور سمير تناغو - مرجع سابق).

• **المقصود بالقانون المدني:** يتضمن القانون المدني مجموع المبادئ والقواعد المنظمة لعلاقات الأفراد بعضهم ببعض، سواء ما كان من أحوالهم الشخصية، التي تشمل علاقات الأسرة وما يتصل بها من المواريث، أو ما كان من العلاقات المالية الخاصة . بعبارة أخرى، إن القانون المدني هو صاحب الولاية العامة في تنظيم الروابط القانونية المالية الخاصة، كما أنه يتضمن أيضا القواعد المنظمة لروابط الأحوال الشخصية، اللهم إلا أنه في مصر جرى المشرع، سيرا على التقاليد الراسخة في البلاد، على إسناد تنظيم روابط الأحوال الشخصية والأوقاف الى الشرائع الدينية المعترف بها في مصر، مع مراعاة أن تكون الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية ليس فقط بين المسلمين، بل وبمختلف الديانة أو الملة أو الطائفة. كذلك فإن المشرع

المصري أصدر عددا من القوانين التي نظمت بعض مسائل الأحوال الشخصية تنظيما موحدا بين جميع المصريين، بصرف النظر عن الدين الذي ينتمي إليه الشخص، وقد راعى المشرع أن يستلهم أحكام الشريعة الإسلامية، في تنظيمه الموحد لبعض مسائل الأحوال الشخصية، وأن يحيل الى ارجح القوال في المذهب الحنفي، فيما لم ينظمه من هذه المسائل، وهو ما يبدو بوضوح في قانون المواريث وقانون الوصية وقانون الولاية على المال، وتطبيقا لذلك، فإن المشرع المصري ينص على صدور الأحكام، في مسائل الأحوال الشخصية والوقف، طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل، فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين، بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة . هذا هو المبدأ الحاكم لمسائل الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين الخاضعين للقانون المصري، لم يستثن منه المشرع إلا صدور الأحكام، في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، بين المصريين غير المسلمين، المتحدي الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية مالية منظمة، حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقا لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام. (انظر المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التضامن في مسائل الأحوال الشخصية) أما العلاقات المالية الخاصة، فيعتبر القانون المدني صاحب الولاية العامة في تنظيمها، فيما عدا ما تضمنه فرع آخر من فروع القانون الخاص من قواعد خاصة بأنواع معينة من العلاقات، ظهرت الحاجة في بعض نواحيها الى قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد القانون المدني، مع تطبيق القانون المدني في شأنها في كل ما لا توجد بشأنه قاعدة خاصة، ولا يقتصر المقصود بمصطلح القانون المدني على ما هو وارد من قواعد في صلب التقنين المدني، بل هو يشمل أيضا

ما يكون من قواعد القانون المدني مصدره العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية، لأن القانون المدني لا يجد مصدره فقط في التشريع بل لقواعده مصادر أخرى غير تشريعية . هنا، ومن ناحية أخرى، فإنه ليس من الضروري أن ترد جميع قواعد أى فرع من فروع القانون في التقنين الذي يحمل اسمه، كالتقنين المدني بالنسبة للقانون المدني، إذ قد ترد بعض قواعده في تشريعات مكملة للتقنين، وهذا هو شأن التقنين المدني في خصوص ما يكمل نصوصه من نصوص واردة في القانون المنظم للشهر العقاري أو في قانون الإثبات، والتقنين المدني الذي وردت فيه معظم النصوص التشريعية المدنية في مصر صدر في ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ وبدأ العمل به منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وأهم الموضوعات التي ينظمها التقنين المدني هي الحقوق المالية، سواء منها ما كان من قبيل الحقوق العينية كحق الملكية وحق الانتفاع ... أو كحق الرهن وحقوق الامتياز ... أو ما كان منها من قبيل الحقوق الشخصية التي يكون دائنًا بها شخص إزاء مدين ملتزم بها، ولذا سميت بالالتزامات التي تجد مصادرها في العقود والأعمال الضارة والأعمال النافعة بل وفي وقائع خاصة تضيف عليها بعض النصوص القانونية صلاحية أن تكون مصادر للالتزام . (انظر الدكتور عصام أنور سليم ص ٥٧ وما بعدها - والدكتور إسماعيل غانم - مرجع سابق - سليمان مرقص - مرجع سابق).

• المقصود بالمبادئ العامة للقانون: المقصود بالمبادئ العامة للقانون،

هو الذي يذهب إلى الربط بين هذه المبادئ وبين الفلسفة العامة السائدة في مجتمع معين، فالمبادئ العامة للقانون هي الأفكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود، أو عن التصور العام للكون والحياة، في مجتمع معين،

والتي تؤدي الى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع.

ومن هنا جاء انطباق قانون الدولة في حدود الإقليم على كل من يتواجد فيه من أشخاص، أيا كانت جنسياتهم وعلى جميع الوقائع التي تحدث فيه كلها أو بعضها وفي نفس الوقت فإن القانون الوطني لا ينطبق خارج حدود الإقليم ولو على المواطنين الموجودين بالخارج.

• **مزايا التشريع:** للتشريع عدم مزايا أولها أنه يدون كتابة فيصاغ مضمون القاعدة القانونية صياغة محكمة يقوم بها أناس متخصصون، وتأتي القاعدة بذلك محدودة واضحة لا تثير معرفتها أو الوقوف عليها أية منازعات، مما يجعل الأفراد يعرفون ، على هديها، ما لهم وما عليهم، فيسود الأمن في الجماعة وتستقر المعاملات، وهذا ما لا يتأتى بالنسبة للمصادر الأخرى كالعرف، فالعرق مصدر غير واضح، إذ أنه فكرة تستقر في الأذهان يجرى تعامل الأفراد عليها دون أن تدون كتابة كالتشريع، فهو قانون غير مسطور (non écrit) ويترتب على هذا صعوبة التحقق من وجوده فلا يعرف ما إذا كان هناك عرف أم لا، ولها يثور النزاع حول قيامه وحول تكوينه، كما يثور أيضا بالنسبة لتحديد مضمونه، مما يؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار في المعاملات، وثانيها يؤدي إلى تحقيق وحدة القانون في الدولة، لأنه يطبق بالنسبة للجميع، وهذا بخلاف العرف، فإنه قد ينشأ خاصا بجزء من أجزاء الدولة، بل أنه قد ينشأ بين أفراد طائفة معينة، وهذا يؤدي إلى تعقيد المعاملات، كما يفقد الدولة عنصرا من أقوى عناصر الاتحاد، وهو وحده القانون فيها، وثالثها أنه مصدر سريع للقانون يستغرق عمله وقتا قصيرا، وبالتالي يمكنه أن يستجيب بسرعة لضرورات

المجتمع من حيث إنشاء قواعد جديدة أو تعديل قائمة، وهو في هذا يختلف عن العرف الذي يعد مصدرا بطيئا لا ينشئ القواعد إلا بالتدريج . (انظر تفصيل ذلك الدكتور توفيق فرج، مرجع سابق، وانظر فيه أيضا الانتقادات التي وجهت للتشريع، وانظر سمير تناغو، مرجع سابق، عبد الودود يحيى، مرجع سابق)

• **أنواع التشريع وتدرجه:** ليست التشريعات كلها من نوع واحد، ولكن يوجد هناك أنواع ثلاثة تدرج من حيث قوتها فيوجد في القمة التشريع الأساسي وهو الدستور، يليه في المرتبة التشريع العادي أو الرئيسي، ثم يأتي في النهاية التشريع الفرعي. ١- التشريع الأساسي: وهو (الدستور) ويعرف بأنه مجموعة الأساسية التي تبين شكل الدولة، فيبين نظام الحكم وتوزيع السلطات والهيئات التي تتولى هذه السلطات وعلاقة كل من هذه السلطات بالأخرى، كما يبين حقوق الفرد في الدولة ٢- التشريع العادي أو الرئيسي: وهو الذي تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور، ويشمل جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة، وقد جرت العادة على أن يطلق على التشريع لفظ قانون (loi) بالمعنى الضيق لهذه الكلمة، أي باعتباره وثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية، مثل قانون الإصلاح الزراعي وقانون المحاماة مثلا، ويراد بذلك التشريعات التي تحكم تلك المسائل. ٣- أما التشريع الفرعي فهو التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية في الأحوال الاستثنائية التي تقوم فيها بوظيفة التشريع طبقا للاختصاص الذي يخوله لها الدستور، وإذا كان الأصل أن السلطة التنفيذية لا تشرع أي لا تضع القواعد التشريعية، بل أن مهمتها تنحصر أساسا في تنفيذ القانون، إلا أنه يعطى لها في بعض

الحالات الاستثنائية سلطة التشريع، وهي بهذه الصفة لا تحل محل السلطة التشريعية الأصلية، ولكنه تختص اختصاصا أصليا لا مؤقتا في تلك الحالات الاستثنائية التي تمارسها حتى مع وجود السلطة التشريعية الأصلية، ولهذا تسمى السلطة التنفيذية في مثل هذه الحالات بالسلطة التشريعية الفرعية، تميزا لها عن السلطة التشريعية الأصلية، كما يطلق على التشريع الذي سنته السلطة التنفيذية التشريع الفرعي، ويشمل التشريع اللوائح والقرارات وهي تصدر بقصد تنظيم تفاصيل تطبيق التشريع العادي وترتيب المصالح العامة، ويتبين لنا مما تقدم أن التشريع على درجات ثلاث تدرج في قوتها بحسب الترتيب السابق، ويترتب على هذا التدرج أمر هام هو أنه لا يجوز للتشريع الأدنى أن يخالف التشريع الأعلى منه، ومعنى هذا أنه لا يجوز التشريع الفرعي أن يخالف التشريع العادي ولا يجوز لهذا الأخير أن يخالف التشريع الأساسي، ولا يوجد ما يمنع من أن يخالف التشريع الأساسي (الدستور) كان من التشريع العادي والتشريع الفرعي . (انظر فيما سبق الدكتور سمير تناغو، مرجع سابق، والدكتور توفيق فرج، مرجع سابق، سليمان مرقص، مرجع سابق).

• أثر الحكم بعدم الدستورية بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون المحكمة

الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨: نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن " يستبدل بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ النص التالي: " ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو في لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر، على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبي لا يكون له في

جميع الأحوال إلا اثر مباشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص ". والملاحظ أن المشرع أبقى على صدر الفقرة الثالثة من المادة والتي تنص على أن " ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم "، وهذا النص الذي جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا في ظله على وجود الأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية، ومن ثم يظل الأصل بعد التعديل أيضا أن يكون لهذه الأحكام أثر رجعي، وإنما يرد على هذا الأصل استثناءان هما: الأول: أنه يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لسريان الحكم، أى تقرر أثرا غير رجعي لحكمها، والثاني: أنه يكون للحكم الصادر بعدم دستورية نص ضريبي أثرا مباشرا دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية النص بأثر رجعي، وهذا التعديل يسري على الأحكام الصادرة بعد العمل به. (المذكرة الإيضاحية)

• **الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا:** الأساس الذي تقوم عليه الحجية المطلقة للأحكام الدستورية، أن الخصومة في الدعوى الدستورية هي خصومة عينية توجه الى 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 الى غيرهم فإن ذلك سوف ينطوي على إهدار لمبدأ دستوري هو المساواة أمام القانون. (المستشار شفيق إمام، مرجع سابق ص ٢٤٢).

من أحكام القضاء:

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

(الطعن رقم ١١٢٩٥ - لسنة ٧٨ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠١ / ٢٠١٠)

* * *

عدم جواز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق

النص التشريعي (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.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٢ لیبی و ٢ سورى و ١١ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

".....الأصل فى نسخ التشريع ان يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق، وهذا هو النسخ الصريح، الا ان النسخ قد يكون ضمناً، وللنسخ الضمنى صورتان: فإما ان يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضاً تاماً مع التشريع القديم، وفى هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التى يتحقق فيها التعارض. وإما ان يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً من الأوضاع افرد له تشريع سابق، وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذى تلاه... وغنى عن البيان ان النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق....." (١).

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

رأى الفقه :

مؤدى هذه المادة (٢ مدنى) ان التشريع لا يلغيه الا تشريع لاحق عليه، وان الإلغاء كما يكون صريحا، وهو الأصل، يجوز ان يكون ضمنيا. فيكون الإلغاء صريحا عندما ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء النصوص السابقة التى يبينها جملة أو تفصيلا، وقد يكون هذا الإلغاء مجردا، وقد يكون مقترنا بنصوص اخرى تحل محل النصوص الملغاه، وفى هذه الحالة الاخيرة يقال ان هناك تعديلا فى التشريع اكثر منه إلغاء.

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

والصورة الثانية للإلغاء الضمنى هى ان يعيد التشريع الجديد تنظيم الموضوع الذى سبق ان نظمه التشريع القديم، اذ يدل هذا على رغبة المشرع فى تصفية الماضى، فلا تعارض بين أحكام التشريع الجديد وأحكام التشريع القديم فى تنظيم نفس الموضوع، ومع ذلك يترتب على تنظيم التشريع الجديد لنفس الموضوع من جديد إلغاء أحكام التشريع القديم، بناء على ان المشرع، اذ ارتأى تنظيم الموضوع نفسه من جديد، لابد أن

يكون قصده هو إلغاء التشريع السابق الذي كان ينظم نفس الموضوع من قبل^(١).

• **المقصود بإلغاء القاعدة القانونية:** يقصد بإلغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة، وقد يحصل هذا الإلغاء بأن يستبدل بالقاعدة القانونية قاعدة أخرى جديدة تحل محلها، وقد يكون ذلك بالاستغناء عنها نهائياً دون إحلال قاعدة أخرى محلها، ولا يقتصر الإلغاء على القواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع، بل إنه يكون بالنسبة للقواعد القانونية بصفة عامة أياً كان مصدرها، ولهذا فإن المصدر الذي تلغى القاعدة القانونية عن طريقه يختلف باختلاف المصدر الذي استمدت منه هذه القاعدة، ومن جهة أخرى تختلف الطريقة التي تتبع في إلغاء القاعدة القانونية بحسب ما إذا كان إلغاء صريحاً أو إلغاء ضمناً . (توفيق فرج، مرجع سابق).

• **السلطة التي تملك الإلغاء:** القاعدة في هذا الصدد أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي السلطة التي تملك إنشائها، أو سلطة أعلى منها، وقد سبق أن رأينا أن القواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع، ويلبها في المرتبة القواعد العرفية، ثم تجئ بعد ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية، ويترتب على هذا التدرج بين القواعد القانونية أن القواعد التشريعية لا تلغى إلا بقواعد تشريعية أخرى، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢ من القانون المدني المصري، فقررت أنه " لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق"، ولما كانت القواعد التشريعية

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

تختلف فيما بينها من حيث قوتها، إذ أنها على درجات ثلاث، أعلاها التشريع الأساسي أو الدستور، يليه التشريع العادي، ثم التشريع الفرعي في نهاية التدرج، فإنه يترتب على ذلك أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع من نفس درجته أو أعلى منه، ولهذا فإن التشريع الأساسي (الدستور) لا يلغى إلا بتشريع أساسي مثله، والتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي أو بتشريع أساسي، والتشريع الفرعي لا يلغى إلا بتشريع فرعي مقله أو بتشريع عادي أو أساسي، هذا بالنسبة للقواعد التشريعية فيما بينها، أما في صلة التشريع بصفة عامة، بالمصادر التالية له في المرتبة، فإنه يراعى التدرج فيما بينها كذلك، ولهذا فإن التشريع لا يلغيه العرف، لأن العرف أدنى مرتبة من التشريع، وهذا ما يدل عليه نص المادة ٢ سالف الذكر، فالنص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر، يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق، كما جاء في المذكرة الإيضاحية بشأن المادة ٢ وتبعاً لذلك فإنه لا يمكن إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة، لأن إهمال التشريع وعدم تطبيقه مدة طويلة يكون عرفاً سلبياً بعدم الاستعمال، والعرف كما قلنا، لا يملك إلغاء التشريع، وإذا كان العرف لا يلغى التشريع على النحو السابق، فإن التشريع يلغى العرف لأنه أسمى منه في المرتبة، كما أن العرف يلغى بعرف آخر مخالف له، ويراعى أن التشريع يلغى كل القواعد القانونية الأخرى التالية له في المرتبة أي كان مصدرها، كما أن العرف يلغى القواعد الأخرى التالية له في المرتبة، وهكذا . (توفيق فرج، مرجع سابق، سليمان مرقص، مرجع سابق، الصدة، مرجع سابق، السنهوري، مرجع سابق).

من أحكام القضاء:

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

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

٢ - إذا كان المشرع قد إستحدث التعديل الوارد بالفقرة الأولى من المادة (٢١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية نصا مؤداه أنه لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالشهادة والتوثيق وكان هذا التعديل لا يمس ذاتية القاعدة الأخيرة التي تضمنتها المواد ٥ و ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فإن التعديل لم يغير من حكم هذا القانون بل رسم طريقا خاصا لإثبات حصول الطلاق بألا يعتد به عند الإنكار إلا بالشهادة والتوثيق ومن ثم لا يسري هذا الحكم إلا من تاريخ العمل به دون أن يكون له أثر على الدعاوى القائمة وقت نفاذه والتي وقعت في ظل القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي كان يجيز

إثبات حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك البينة،
ومن ثم فلا مجال لإعمال أحكام القانون (١) لسنة ٢٠٠٠ الصادر بتاريخ
٢٩/١/٢٠٠٠ وعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره بينما
الواقعة المراد إثباتها حصلت بتاريخ ٢٤/٣/١٩٩٣ قبل نفاذه.
(الطعن رقم ٦٥٥ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ١١/١/٢٠٠٥)

* * *

احتساب المواعيد

النص التشريعي (مادة ٣) :

ت حسب المواعيد بالتقويم الميلا دى، ما لم ينص القانون على غير ذلك

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٣ لىبى و ٣ سورى و ٩ عراقى و ١٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

هذه المادة لا مقابل لها فى القانون الم دنى القديم، الذى كان التقويم الهجرى فيه أساسا لحساب المدة، وقد إقترح الدكتور عبد الرزاق السنهورى هذه المادة، فوافقت عليها لجنة تنقيح القانون الم دنى، ومجلس النواب والشيوخ دون ادخال اى تعديل^(١).

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

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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون الم دنى - الجزء ١ - س ١٩٨.

رأي الفقه :

• حساب المواعيد في ظل القانون السابق بالتقويم الهجري: في ظل

القانون المدني السابق كانت تحسب المواعيد بالتقويم الهجري ما لم ينص القانون على غير ذلك.

من أحكام القضاء:

١- القاعدة في حساب التقادم - فيما قبل القانون المدني الجديد المعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩- أنه ما لم ينص القانون على حساب التقادم بالتقويم الميلادي فإن المدة تحتسب بالتقويم الهجري، وإذن فإنه لما كانت المادة ٢٤ من القانون ٤٤ سنة ١٩٣٩ قد نصت على أنه "يسقط حق الخزانة في المطالبة بدفع الرسوم المستحقة والتعويض المدني بمضى خمس سنوات من اليوم الذي استعملت فيه الورقة الخاضعة للرسم ويسقط الحق في طلب رد الرسوم المحصلة بغير حق بمضى سنتين" ولم تذكر هذه المادة أن الخمس سنوات التي يسقط حق الخزانة في المطالبة بالرسوم بعد مضيها ميلادية، وكانت الرسوم المطالب بها في واقعة الدعوى مستحقة عن مدة سابقة على العمل بالقانون المدني الجديد، فإن هذه الخمس سنوات يتعين أن تحسب بالتقويم الهجري.

(الطعن رقم ١١١ لسنة ٢٥ ق- تاريخ الجلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٢ - التقويم الميلادي هو التقويم المعمول به ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويؤخذ بالتقويم الهجري في حساب سن المجنى عليه في جريمة هتك العرض، اخذاً بالقاعدة العامة في تفسير القانون الجنائي لصالح المتهم.

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٤ مجموعة المكتب الفني- السنة ١٨- جنائي- ص ١٢٠٨)

استعمال الحق

النص التشريعي (مادة ٤) :

من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

الأعمال التحضيرية :

ليس لهذا النص مقابل في القانون المدني القديم، وقد إقترحه الدكتور السنهوري، وقد وافقت اللجنة ومجلس النواب على النص كما هو دون ادخال اى تعديل، بينما وافق عليه مجلس الشيوخ بعد ان إستبدل كلمه (مشروعاً) بكلمة (جائزاً)^(١).

رأى الفقه :

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

• **تعريف الحق:** من الصعب وضع تعريف جامع مانع الحق، ولعل مصدر هذه الصعوبة ترج الى تعدد أنواع الحقوق، واختلاف طبيعتهما ومضمونها تبعاً لذلك مما يجعل أى تعريف للحق بصفة عامة قابل للنقد، وأنه من الأفضل بدلاً من الوقوف عند تعريف الحق دراسة أنواع الحقوق المختلفة، وإذا كان لابد من وضع تعريف للحق فإننا نفضل تعريف الأستاذ الدكتور/ أحمد سلامة للحق بأنه " استئثار بقوة القانون "، على أن نفهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ١ - ص ١٩٩ و ٢٠٠.

(٢) التعليق على نصوص القانون المدني - للدكتور محمد على عرفه.

الاستثناء بالمعنى الذي أورده دابان أى الاختصاص بقيمة معينة، وعلى أن يكون المقصود بإقرار القانون له أن القانون يبيح هذا الاستثناء ويعترف به، أما الحماية القانونية فهي ليست عنصرا في تكوين الحق، وإن كانت ضرورية للمحافظة على الحق ومنع الاعتداء عليه . (الدكتور أحمد سلامة، مرجع سابق ص ١٣٧ وما بعدها)

• **الخصائص المميزة للحق:** للحق خاصيتان الأولى الاستثناء أو الاختصاص بشيء أو بقيمة والثانية الحماية وسوف نلقي الضوء عليهما على الترتيب التالي: الخاصية الأولى: الاستثناء أو الاختصاص بشيء و بقيمة: يعرف الحق على أنه استثناء، والواقع أن هذا الاستثناء هو أهم ما يميز الحق، إذ هو على أننا نرى قبل وضع تعريف للحق إبداء بعض الملاحظات على النظرية الحديثة التي قال بها دابان، ثم تعرف الحق بعد ذلك مبرزين عناصره التي يتكون منها، والواقع أنه يمكن، في صدد ملاحظتنا على نظرية دابان رد العناصر الأربعة التي تتحلل إليها فكرة الحق الى عنصرين أساسيين يقوم عليهما تعريف الحق: أولهما هو الاستثناء بما يتبعه من تسلط، أى الاستثناء مع مظهره أو نتيجته الحتمية وهو التسلط، وهذا ما يعبر عنه دابان نفسه بعبارة *appartenance maitrise* والثاني، هو عنصر الحماية القانونية، وهذا ما يقره صاحب النظرية نفسه، إذ يرى أنه يوجد عنصران أساسيان بالنسبة للحق، ويضع الاستثناء والتسلط في جانب وينظر إليهما من ناحية صاحب الحق، ويسمى هذا بالعنصر الداخلي **interne** إذ أن الاستثناء هو سبب التسلط ويؤدي إليه، باعتبار أن الشيء أو القيمة تتبع الشخص أو تخصصه، فتكون له عليها السلطة، فالتسلط لا ينفصل عن الاستثناء، وهو معاصر له، وهما يحددان طبيعة الحق من ناحية صاحبه (جميل الشرقاوي، أحمد سلامة، المرجعان السابقان) ومرادف للحق، يعني

طل معناه، كما يقول البعض (جميل الشرقاوي، مرجع سابق ص ٢٥) هذا الاستثناء يقتضي وجود شخص يستأثر بشيء أو بقيمة، وتكون له ميزات ينفرد بها دون غيره من الناس على ما تخوله هذه القيمة أو ذلك الشيء، فهو ينفرد دون غيره من الناس بالفائدة التي يعطيها له الشيء أو القيمة، أى أن له من وراء ذلك مصلحة معينة، والميزة التي يخولها له استثنائه إنما هي مصلحة له، هي الغاية أو الهدف منه، فالغاية من الاستثناء هي تحقيق مصلحة أو منفعة أو فائدة لمن يثبت له الاستثناء فالحق يفترض دائما - وجود مركز ممتاز لشخص بالنسبة للآخرين، أو بمعنى آخر يقوم على أساس من عدم التساوي بين مراكز الأفراد، فصاحب الملكية مثلا (المالك) يكون له وحده الاستثناء أو الانفراد بالميزات التي يخولها له هذا الحق، وهو ينفرد بذلك دون الآخرين (توفيق فرج، مرجع سابق) والدائن ينفرد وحده دون سائر الناس بمطالبة المدين، ولا يستطيع أحد أن يطالب بهذا الدين نفسه ... ومن هنا نستطيع أن نتبين أن من له الاستثناء قد يقوم بنفسه مباشرة بما يخوله له استثنائه بالحصول على المزايا التي ينفرد بها، وقد لا يحصل على تلك المزايا مباشرة، وإنما عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين، والأخذ بتعريف الحق على أنه استثناء الشخص بشيء أو بقيمة على هذا النحو يؤدي بنا إلى القول بأنه ليس من المحتم أن توجد الإرادة لدى من يثبت له الاستثناء، فقد يثبت لشخص لا تتوافر لديه الإرادة، وهذا ما جعلنا نتلافى إبراز فكرة الإرادة في التعريف الذي أوردناه، وبذلك يمكن تلافى ما وجه من نقد إلى مذهب الإرادة الذي قيل به من قبل في تعريف الحق، وتبعاً لذلك فإن الاستثناء يلبث لقديم الإرادة كالصغير غير المميز والمجنون، ومن الثابت أن لهؤلاء الأشخاص حقوقاً دون أن تكون لهم إرادة هذه الحقوق بياشراً عنهم شخص آخر، لا تتصرف

الآثار إليه، وإنما تتصرف إلى الصغير أو المجنون، كما أن الاستثناء قد يلبث - كما بينا من قبل - لشخص دون تدخل من إرادته، كالعائب أو الوارث أو الموصى له وغيرهم ممن يترتب لهم حقوق دون تدخل من إرادتهم، ثم إن الأخذ بفكرة الاستثناء هو الذي يفسر لنا كذلك ثبوت الحق بالنسبة للأشخاص الاعتبارية رغم عدم وجود إرادة لها، ومن ناحية أخرى فإن التعريف يبرز لنا أن الاستثناء بنصب على شيء أو قيمة، والأشياء التي تكون موضوعا للاستثناء أو للحق، قد تكون أشياء مادية كحق الملكية، كما قد تكون أشياء معنوية كحق المؤلف والمخترع والقيم التي يرد عليها الاستثناء كذلك قد تكون من القيم التي تقدر تقديرا اقتصاديا، وقد لا يكون لها تقدير اقتصادي مثل القيم اللصيقة بالشخص، كما قد تكون أداءات يقوم بها الغير، ويختلف مدى متخوله الاستثناء على الأشياء أو القيم من سلطات، فقد يخول سلطات واسعة، كما في حق الملكية، وقد يضيق نطاق تلك السلطات، كما في الحقوق الأخرى، كحق الدائنية، حيث تتحدد سلطات الدائن قبل المدين، إذ لا يستطيع أن يتصرف فيه ويتحكم في مصيره إذا لم يحم بالوفاء بالدين، لأن مسؤولية المدين لم تعد تقع على شخصه كما كان الحال فيما مضى، وإنما تنحصر مسؤوليته فقط في ذمته المالية، والدائن سلطة فقط بالنسبة للدين، فله أن يطالب به بنفسه أو ينقله إلى آخر، أو يبرئ المدين منه نهائيا فسلطته إذن قاصرة على الدين نفسه، ويضيق نطاق مدى ما يخوله الاستثناء من سلطات في نوع آخر من الحقوق وهي التي تتعلق بالقيم اللصيقة بالشخص، إذ يقتصر الأمر بالنسبة لها على استعمالها فقط، دون إمكان التصرف فيها، فليس للإنسان أن يتصرف في حريته أو في حياته . (توفيق فرج، مرجع سابق) الخاصة الثانية: الحماية القانونية: ولكي يستطيع من يثبت له الاستثناء على النحو

السابق، وهو صاحب الحق، المتمتع بالسلطات التي يخولها له استثنائه، فلا بد من منع الغير من التعرض له وإلزامهم بالامتناع عن كل ما من شأنه الإضرار به في استثنائه، وهذا هو ما يطلق عليه الفقه العنصر الخارجي، وهو يتلخص في وجود الغير ضرورة احترامهم لاستثناء صاحب الحق، وتعد هذه الفكرة عنصراً جوهرياً في الحق، إذ لا يكفي أن يكون هناك شخص يستأثر بشيء أو بقيمة أو بميزات معينة في مواجهة الآخرين، وإنما ينبغي أن يمكن من إزالة كلما يقع من جاب الآخرين ويكون من شأنه أن يعوق استثنائه، أى يمكن من المطالبة باحترام حقه من الغير، ينبغي أن يكون له رد أى اعتداء أو تعرض من جانبهم، وذلك طبقاً لما يقضي به القانون، فيتعين إذن أن يحمي القانون استثناء صاحب الحق، ألا لا يكفي أن يثبت له الاستثناء فقط بما يخوله من سلطات ومزايا، لأن الشخص قد يستأثر بالشيء، وضع ذلك لا يكون صاحب حق، حيث تتحسر عنه الحماية القانونية كالمغتصب والسارق مثلاً، إذ في هذه الحالة يكون لكل من المغتصب والسارق الإمكان المادي أو الاستثناء الفعلي على الشيء، ولكن ليس له الإمكان القانوني، ومن هذا يبدو لنا أن الإمكان المادي أوسع مدى من الإمكان القانوني، وفي صدد هذه الناحية الثانية من التعريف، وهى الخاصة بالحماية القانونية، ينبغي أن نقول إن هذه الحماية تنصرف إلى إقرار استثناء صاحب الحق، وما يخوله هذا الاستثناء من ميزات، فهى تتحقق عن طريق كفالة القانون للشخص مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق انفراده بالشيء أو بالقيمة ففي حالة الملكية مثلاً، إذا كان للمالك أن يستأثر بكافة المزايا التي يعطيها له حق الملكية، فإن الحماية تتطلب تمكين هذا المالك من مباشرة كافة السلطات على ما يملك، فيكون له أن يستغله وأن ينصرف فيه بالبيع أو بالهبة أو بغير ذلك من وسائل التصرف، وإقرار

القانون لاستثناء الشخص على هذا النحو يقتضِب احترام كافة لما يخوله الاستثناء من ميزات يتمتع بها الشخص في حدود القانون وفي حدود المصلحة المشروعة، وإذا قلنا في حدود المصلحة المشروعة فإنه يتعين علينا أن نشير هنا إلى أن القانون إذ يضيف حمايته على من له الاستثناء، فإن الهدف من هذه الحماية هو تحقيق مصلحة صاحب الحق، لأن القانون يرى أن هذه المصلحة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها جديرة بالحماية، والمصلحة لا تكون جديرة بالحماية إلا إذا كانت متفقة مع المصلحة العامة، فإذا كانت المصلحة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها مشروعة، أى في حدود المصلحة العامة، قامت الحماية القانونية، أما إذا تعارضت معها، فإن حماية القانون تنسحب وتتخلّى عنها، ومن جهة أخرى ينبغي أن يراعى في صدد الكلام عن الحماية القانونية أن القانون إذا كان يقر الاستثناء على النحو السابق، فإنه يعطي لصاحب وسيلة الدفاع عنه، ووسيلة الدفاع عنه لا تظهر إلا في حالة ما إذا وقع اعتداء عليه من الغير أو ما إذا كان هذا الاعتداء وشيك الوقوع، هذه الوسيلة هي الدعوى، وقد تكون الدفع أمام القضاء . فلكي تنور هذه الناحية التي تتصل بوسيلة الحماية ينبغي أن يقع اعتداء على استثناء الشخص أو أن يكون هذا الشخص مددا في استثنائه بوقوع الاعتداء، والواقع أن الحماية القانونية المقصودة في صدد تعريف الحق إنما هو الحماية بمعنى إقرار استثناء صاحب الحق، أما الحماية في الحالة الأخرى عندما يصير استثناء الشخص مهددا، فإنها ليست إلا أثرا مترتبا على قيام حق يحميه القانون، وطالما أن القانون يحمي من له الاستثناء، فإنه يعطيه الوسيلة إلى هذه الحماية، وهى الدعوى أو الدفع، وبمعنى آخر أنه إذا كانت الحماية القانونية لازمة كعنصر في الحق فإنه ينبغي أن نفرق بصدها بين حماية القانون بمعنى إقراره لاستثناء الشخص

وما يخوله هذا الاستثناء من ميزات، وبين وسيلة الحماية وهي الدعوى .
فالدعوى وسيلة الحماية، وهي لا تعتبر عنصرا لازما لوجود الحق (جميل
الشرقاوي ص ٢٠٥ وقارن شمس الدين الوكيل ص ١٦٣، وانظر مع ذلك
ص ١٦، ١٧ لنفس المؤلف، وحسن كيرة ص ٦٨، ٥٦٩، وأحمد سلامة
ص ٣٠، ٣١)

• **أركان الحق على ضوء التعريف السابق:** وعلى ضوء تعريفنا السابق
نستطيع أن نتبين أركان الحق . فهناك أولا الاستثناء ثم الى جانب هذا
الاستثناء هناك الحماية القانونية، ولما كان الاستثناء يتطلب وجود شخص
يستأثر في مواجهة الآخرين، كما يستلزم أن ينصب على شيء أو على
قيمة، أي ينصب على محل معين، فإنه يتضح لنا أن للحق أركاناً ثلاثة، إذ
ينبغي النظر إليه من ناحية الأشخاص ثم من ناحية محله هذا الى جانب
ناحية الحماية القانونية .

• **الفرق بين الحق والرخصة:** أن المشرع المصري قد اتجه الى التفرقة
بين الحق والرخصة، وأن إساءة استعمال الحق ترد على الحقوق دون
الرخص، فقد كانت المادة ٥ من المشروع التمهيدي تنص على أن "الحقوق
المدنية نوعان: حقوق محددة يكسبها الشخص ويخص بها دون غيره،
ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة"، وجاء في
مذكرة المشروع التمهيدي أن هذا النص يفرق بين الحق والرخصة وأن
التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها. أما الرخص فلا حاجة الى فكرة
التعسف في ترتيب مسؤولية من باشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من
جاء ذلك ... ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من
الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين

من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته. أما ما عدا ذلك من المكنات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز فرخص وإباحات، كالحريات العامة وما إليها، وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية تتكفل بذلك على خير وجه (مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء أول ص ٢٠١) وقد حذف نص المادة الخامسة السالفة الذكر، ولكن حذفه لا ينتقص من دلالاته على اتجاه المشرع، لأن هذا الحذف كان على أساس اعتباره عملاً فقهيًا أكثر منه تشريعيًا. (حسن كيرة، أصول القانون ص ١١٣٨)

• **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 (سليمان مرقص، مرجع سابق ص ٣١٠) فالرخص العامة على عكس الحقوق لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تختلف 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 أحياناً حقاً من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، وذلك إذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد، إذ بمجرد وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هي رابطة اقتضاء تعطلا للمعتدي على حريته حقاً في التعويض قبل المعتدي (حسن كيرة، مرجع سابق ص ٤٤٠، ٤٤١) ويذهب رأى في الفقه إلى أن فكرة التعسف

ترد على الانحراف في استعمال الحقوق، وليس على الانحراف في استعمال الرخص العامة، ويحكم الانحراف الانحراف في استعمال هذه الرخص فكرة الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية (حسن كبيرة ص ٧٨٣ وما بعدها، سليمان مرقص ص ٣٣٦) ويستطرد أنصار هذا الرأي بأن المشرع المصري يأخذ بهذا النظر، فقد كان المشرع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصا يمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بالتفرقة 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 التمهيدي أنه " تفرق المادة (٥) من المشروع بين الحق والرخصة وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك ... وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة الى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه "، وأن هذا النص وإن كان قد حذف ولم يظهر في التقنين، فلا ينتقص ذلك من دلالاته على اتجاه المشرع لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيًا أكثر منه تشريعيًا (مجموعة الأعمال التحضيرية، الهامش ص ٢٠١، حسن كبيرة، مرجع سابق ص ٧٨٦) بينما ذهب رأى ثان الى نظرية التعسف في استعمال الحق تسري على الحقوق والرخص العامة على حد سواء (السنهوري، مرجع سابق ص ٧٠٢) إذ لا مانع من امتداد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص معًا. فالمشرع عندما اشترط لمشروعية

الحق أن يستعمل استعمالا لا ينطوي 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 أو عاما يؤدي الى حد ما الى الإضرار بالغير ولكن نظرا أن هذا الضرر لا يمكن تفاديه فهو يعتبر مشروعا، ولكن المسؤولية تتعدّد منذ اللحظة التي يكون الاستعمال قد تم في ظروف غير مشروعية، فكل 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 خافية 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. 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 الى نظرية التعسف، ويضيف أنصار هذا الرأي أن الرأي الأول يرجع الى اعتبارات تاريخية تتصل بظهور فكرة التعسف في استعمال الحق . ففي بداية القرن

التاسع عشر كانت الحقوق لا تخضع للرقابة 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 الى نطاق الرخص، وظهر 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 . (حسام الأهواني، مرجع سابق ص ٣٨٣ وما بعدها).

من أحكام القضاء:

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

(الطعن رقم ٣٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٥ / ٨)

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

(الطعن رقم ٣٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٥/٨)

٣ - إذ كان انتقاد العمل العام من خلال الصحافة أو غيرها من وسائل التعبير وأدواته حقاً مكفولاً لكل مواطن وأن يتم التمكين لحرية عرض الآراء وتداولها بما يحول - كأصل عام - دون إعاقتها أو فرض قيود مسبقة على نشرها وهي حرية يقتضيها النظام الديمقراطي وليس مقصوداً بها مجرد أن يعبر الناقد عن ذاته، ولكن غايتها النهائية الوصول إلى الحقيقة من خلال ضمان تدفق المعلومات من مصادرها المتنوعة وعبر الحدود المختلفة وعرضها في آفاق مفتوحة تتوافق فيها الآراء في بعض جوانبها أو تتصادم في جوهرها ليظهر ضوء الحقيقة جلياً من خلال مقابلتها ببعض وقوفاً على ما يكون منها زائفاً أو صائباً منظوياً على مخاطر واضحة أو محققاً لمصلحة مبتغاة ومن غير المحتمل أن يكون

انتقاد الأوضاع المتصلة بالعمل العام تبصيراً بنواحي التقصير فيه مؤدياً إلى الإضرار بأيه مصلحة مشروعة فلا يجوز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أو مواطن الخلل في أداء واجباتها سواء في وقت شغلها أو كانت عن عمل متعلق بها يقتضي الحال إبرازه، فمن الخطر فرض قيود ترهق حرية التعبير بما يصد المواطنين عن ممارستها ومن ثم كان منطقياً بل وأمرأ محتوماً أن ينحاز الدستور إلي حرية النقاش والحوار في كل أمر يتصل بالشئون العامة ولو تضمن انتقاداً حاداً للقائمين بالعمل العام، إذ لا يجوز لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معزراً بالقانون ولأن حوار القوة إهدار لسلطان العقل ولحرية الإبداع وهو في كل حال يولد رهبة تحول بين المواطن والتعبير عن آرائه بما يعزز الرغبة في قمعها ويكرس عدوان السلطة العامة المناوئة لها مما يهدد في النهاية أمن الوطن واستقراره. وعلى ذلك فإن إنتقاد القائمين بالعمل العام وإن كان مريراً يظل متمتعاً بالحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحق لهذه الحرية أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها وليس جائزاً بالتالي أن نفترض في كل واقعة جري إسنادها إلى أحد القائمين بالعمل العام أنها واقعة مزيفة أو أن سوء القصد قد خالطها، كذلك فإن الآراء التي يتم نشرها في حق أحد منهم لا يجوز تقييمها منفصلة عما توجه به المصلحة العامة ويتاح لكل مواطن فرصة مناقشتها واستظهار وجه الحق فيها.

(الطعن رقم ٣٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٥ / ٨)

٤ - الأصل بحكم المادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني في ضوء ما جاء بالأعمال التحضيرية أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة ليراقب إستعمال الخصوم لحقوقهم وفقاً للغاية التي إستهدفها

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

(الطعن رقم ٨٧١ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٢ / ٢٠٠٥)

* * *

الاستعمال الغير مشروع للحق

النص التشريعي (مادة ٥) :

يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

- (أ) اذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

الأعمال التحضيرية :

بيد ان المشرع جعل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى إستعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية، لان لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون ان تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، واذا كان القضاء قد رأى ان يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بسبب قصور النصوص، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى، وانما بسطه على هذه النواحى جميعا، بل وعلى نواحى القانون قاطبه، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية، وانها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية وانها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام، ولذلك اثر المشروع ان يضع هذه النظرية وضعا عاما متحذيا مثال احدث التقنيات أقواها - وقد ساعد على إختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف فى إستعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع ان لم تفق فى دقتها وأحكامها احدث ما اسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب

وازاء ذلك حرص المشروع على ان ينتفع فى صياغة النص بالقواعد التى إستقرت فى الفقه الإسلامى، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى، واستلمها القضاء فى كثير من أحكامه، والواقع ان المشروع تحامى اصطلاح (التعسف) لسعته وابهامه؛ وجانب ايضا كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة، وإستمد من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص. ومن المحقق ان تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد، ولا سيما انها جميعا وليدة تطبيقات عملية إنتهى إليها القضاء المصرى عن طريق الإجتهد.

وأول هذه المعايير هو معيار إستعمال الحق دون ان يقصد من ذلك سوى الاضرار بالغير، وهذا معيار ذاتى إستقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الاحذ به. والمعيار الثانى قوامه إستعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية، وهذا معيار مادى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى، وقننته مجلة الأحكام العدلية من قبل. وأكثر ما يساق من تطبيقات 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 والجوائح، على ان الفكرة فى خصبها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات، فهى مجرد امثلة تحتل التوسع والقياس، اما المعيار الثالث فتتدرج تحته حالات ثلاث:

الأولى: حالة إستعمال الحق إستعمالاً يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وتعبير (المشرع) فى هذا المقام خير من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من اجلها، ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب،

وانما يتصل بها بهذا الوصف ايضا، إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. وإذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهرة، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة، وبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية، وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التقنيات الحديثة والفقه والقضاء.

والثانية: حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، والمعيار في هذه الحالة مادي، ولكنه كثيرا ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير، ويساير الفقه الإسلامي في أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء في مصر وفي الدول الغربية على حد سواء.

والثالثة: حالة استعمال الحق إستعمالا من شأنه أن يعطل إستعمال حقوق تتعارض معه تعطيلًا يحول دون إستعمالها على الوجه المألوف، والمعيار في هذه الحالة مادي، وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد إستقلال هذا المعيار، إذ يلحقه بمعيار إنتقاء صفة المشروعية عن المصلحة أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه اسم الإفراط، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل، والقضاء في مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي، وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه، وقد جرى القضاء المصري منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ ولا سيما فيما يتعلق بصلات الجوار.

وعلى هذا النحو وضع المشروع دستورًا لمباشرة الحقوق، الف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية وبين ما إنتهى إليه الفقه الحديث

فى نظرية التعسف فى إستعمال الحق، ولكن دون ان يتقيد كل القيود بمذاهب هذا الفقه، وبذلك اتيح له ان يمكن للنزعة الاخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة، وان يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامى فى ارقى نواحيه واحفها بعناصر المرونة والحياء.....^(١).

رأى الفقه :

١ - ان التعبير بالتعسف فى إستعمال الحق أو إساءة إستعماله، فقد ورد عليه اعتراض، ذلك ان التعسف فى الإستعمال أو الإساءة يكون إذا ترتب على إستعمال الحق ضرر بالغير مقصودا، أو كانت الفائدة التى تنال صاحب الحق قليلة بالنسبة للضرر بالغير، فاعترض على ذلك بأن التعسف لا يجتمع مع الحق، اذ ان التعسف والحق نقيضان ولا يجتمعان، وان الحقوق، وخصوصا فى الشريعة الإسلامية، تثبت مقيدة بعدم الضرر، فإذا كان قصد الضرر أو الضرر الكثير بجوار النفع القليل، زالت عن الفعل صفة انه حق، لانه صار ممنوعا اذ الحق فى ادق معاينة فى الفقه الإسلامى يجب ان يكون فيه اذن من الشارع، وكيف يأذن الشارع فيما غلب ضرره على نفعه^(٢).

الأساس القانونى لنظرية التعسف فى إستعمال الحق :

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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - س ٢٢ وما بعدها.

(٢) إساءة إستعمال الحق - مقال - لاستادنا الجليل المرحوم الشيخ محمد ابو زهرة - مجلة

ادارة قضايا الحكومة - السنة ٥ - العدد ٣ - س ٨٢ وما بعدها

والأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو الا المسؤولية التقصيرية، اذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، والتعويض يجوز ان يكون نقدا، كما يجوز ان يكون عينا، والمعيار الذى يصلح إتخاذه أساسا لنظرية التعسف في استعمال الحق، وهو عينه المعيار الذى وضع للخطأ التقصيرى، ففي استعمال الحقوق - كما فى اتيان الرخص - يجب الا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى، فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عدا إنحرافه خطأ يحقق مسؤوليته.

ولا يعتد بالإنحراف الا إذا اتخذ صورة من الصور التى عدتها المادة ٥

القانون المدنى - وهى :

(١) قصد الاضرار بالغير .

(٢) رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا

(٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة.

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

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

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

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

وقد وردت فى القانون المدنى نصوص تشريعية، تطبيقا لنظرية التعسف فى إستعمال الحق - هى: المادة ١١ والمادة ٤١٠ والمادة ٦٩٥ والمادة ٦٩٦ والمادة ٨١٨ والمادة ١٠٢٩^(١).

٣ - ولقد وضع المشرع هذا النص (م ٥ مدنى) فى مقدمة النصوص التمهيدية لجعل لها من العمومية ما يمكن من تطبيق مبادئها على كافة النواحي القانونية، بغير قصرها على ناحية معينة، كما تضمن هذا النص بعض المعايير، التى جاءت على سبيل المثال، وليس الحصر، على ما قالت المذكرة التفسيرية من ان تفصيل الضوابط على النحو الذى ورد بتلك المادة، يهين للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد. وتوجد معايير اخرى غير التى تضمنتها المادة المذكورة، وانه قد ينطبق على المسألة الواحدة اكثر من معيار، وان الحالات التى تضمنتها تلك المادة يمكن ان تدخل فى نطاق معايير اخرى غير التى حددتها المذكرة التفسيرية^(٢).

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

(١) الوسيط - جزء ١ - مصادر الإلتزام - الدكتور السهنورى - طبعة ١٩٥٢ س ٨٤٢ وما

بعدها، وكتابة: الوجيز فى شرح المأذون المدنى - طبعة ١٩٦٦ - ص ٣٣٩ وما بعدها.

(٢) نظرية سوء إستعمال الحقوق - للقاضى حسين عامر - طبعة ١ - ١٩٤٧ - س ٦٠.

الفرصة المناسبة عند وضعه مشروع تنقيح القانون المدنى، فوضع أحكامها فى نص المادة السادسة من المشروع (م مدنى الان)^(١).

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

(١) التعسف فى إستعمال الحقوق وإلغاء العقود - للمستشار حسين عامر - طبعة ١ - ١٩٦٠ - ص ٥٤.

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

٦ - حرية العقيدة حق من الحقوق الأساسية، وهذا الحق قد يستغله صاحبه لرغبة أكيدة في النفس، وعاطفة وثابة في القلب يرمى من ورائها إلى ارضاء خلجات نفسية ملكت عليه حواسه ومشاعره، ولكن هذا الحق قد يستعمله صاحبه لقضاء شهوة في النفس وهضم حق مقرر لغيره عليه. والمادة ٥ مدني تنص على ان الحق نفسه يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الاضرار بالغير. وفي امر تغيير الدين قد يظهر اللون القانوني لقاعدة التعسف في استعمال الحق متى تبين انه يفعل ذلك للاضرار بخصم له عن طريق استخدام حقه بالذات للنيل من خصمه، وهو لهذا يستعمل حقه الدستوري فيما يتعلق بحرية الدين، وبأن لكل دينه فيه حرية تضمن له الطمأنينة فيه؛ قد اراد توجيهه هذه المرة إلى غير ما يريده الأصل الدستوري^(١).

٧ - الأصل ان حرية الفرد مطلقة في استعمال الحقوق المخولة له قانونا، فله ان يستعمل حقه كيفما شاء وبأى وجه شاء، غير ان هذه النظرية الفردية قد تأثرت بتشابك الحياة الاجتماعية وارتباط مصالح الأفراد وحقوقهم، فلم يعد الفرد حرا طليقا في استعمال حقه حسبما يهوى ويرغب، بل أصبحت غاية الحق تحقيق الخير لمصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في ان واحد - ومن ذلك اليوم أصبح الفرد مسئولا عن كل استعمال لحقه يؤدي إلى وقوع ضرر للغير، ومنذ ذلك الحين بدأت الشرائع تعالج هذا الاتجاه الجديد في الفقه، فنصت في قوانينها على قواعد المسؤولية المدنية في مثل هذه الحالات. من بين هذه الشرائع للقانون المدني المصري، فلقد نص القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار القانون المدني في

(١) منازعات الأحوال الشخصية-مقال - للأستاذ نصيف زكي - المحاماة - السنة ٣٦ - العدد ٩ - س ١٤٧ وما بعدها، والعدد ١٠ - س ١٦٠١ وما بعدها، والسنة ٣٧ - العدد ١ - س ١٠٣ وما بعدها، ويراجع: القانون المدني الجديد - للدكتور محمد كامل مرسى - جزء ١ - ص ١٦٠.

الباب التمهيدى منه فى المادتين الرابعة والخامسة على انه لا تثريب على من يستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً، اما من يستعمل حقه إستعمالاً غير مشروع مما ينشأ عنه ضرر لغيره، فنقع على كاهله مسئولية تعويض عن ذلك الضرر. فللمالك الحق فى الإنتفاع بملكه حسب ما يرى، ولكن هذا الحق مقيد بوجوب مراعاة واحترام ملكية الجار، فمسئوليته قائمة متى لم يراع ذلك، كمن يحفر بئراً فى ملكه وعلى حدود ملك الجار مما يلحق ضرراً بحائط ذلك الجار. وللإنسان الحق فى التقاضى للحصول على حق متنازع فيه، ولكن مسئوليته قائمة متى إستعمل هذا الحق رغبة فى النيل من سمعة الغير وإساءة له رغم براءته. ولقد وصف جمهور الشراح والفقهاء هذه الحالة القانونية "بالتعسف فى إستعمال الحق أو إساءة إستعمال الحق" الا ان العلامة Planiol انتقد تلك التسمية نقداً لاذعاً، فيؤكد لهم ان التعسف فى إستعمال الحق ان هو الا خروج عن الحق، فالحق ينتهى حيث بدأ التعسف فى إستعماله والعمل الواحد لا يمكن ان يكون فى وقت ما متفقاً مع القانون ومخالفاً له، وليس معنى ذلك ان يعترض على إمتداد المسئولية المدنية فى هذه الحالة، وانما ينكر تلك التسمية المتناقضة المتعارضة فتحسب وهى التعسف فى إستعمال الحق، ويعتبرها خروجاً عن الحق، وهو من قبيل الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية.

وقال الأستاذ مصطفى مرعى^(١) ان تعبير التعسف فى إستعمال الحق، تعبير متناقض ويفضل تعبير اخر هو "الخطأ تحت ستار الحقوق" واستند فى تأييد هذه التسمية الجديدة إلى تعريف الخطأ، فالخطأ هو العمل الذى يأتيه الرجل الحازم الحريص اليقظ، فمن يتخذ حقه وسيلة للإيذاء ولو من غير قصد ونفع ظاهر له، إنما يعبث فى إستعمال حقه، وما العبث الا صورة من

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

صور الخطأ، ففي الحالتين لا يسئ الفرد في استعمال حقه، لان الحق لا تحتل طبيعته إساءة الإستعمال، وانما هو يرتكب خطأ مستترا وراء الحق ظنا منه ان الحق يحميه.

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

التعويض عن إساءة إستعمال حق التقاضي :

٨ - أصبحت نظرية سواء إستعمال الحقوق نظرية عامة تنبسط على جميع الحقوق، وأخذ بها الفقه والقضاء الحديثان، وانتظمتها تشريعات الدول الحديثة، ونصت عليها المادة الخامسة من القانون المدني المصري. ان توجيه إجراءات التقاضي لغرض غير مشروع، وان يسئ الفرد حقه في الإلتجاء إلى القضاء، فيستخدم هذا الحق بقصد التشهير بخصمه والكيد له، أو بقصد تكاليف مادية ومعنوية، أو بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، فهو الأمر الذي لا يقره القانون، ولا تبيحه النصوص الواجب اعمالها واحترامها.

(١) الخطأ تحت ستار الحقوق في القانون المصري - مقال - الدكتور أحمد رفعت خفاجي - المحاماه - السنة ٣١ - العدد ٣-ص٦٣٧ وما بعدها، ومقاله: مستقل نظرية الخطأ تحت ستار الحقوق-المحاماه - السنة ٣٤ - العدد ٨-ص١٣١٧ وما بعدها.

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

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

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

(١) فى التعويض عن إساءة إستعمال حق الدعوى - رسالة - للدكتور موريبل - باريس -

• وإختلفت أحكام المحاكم فى وضع ضابط لتوافر المصلحة غير المشروعة، فبعضها كان يشترط توافر سوء النية عند رافع الدعوى وبعضها كان يشترط توافر سوء النية عند رافع الدعوى، وبعضها كان يكتفى بأن يكون المدعى قد رفع دعواه عن رعونه وعدم احتياط مما سبب ضررا بالمدعى عليه، بإعتبار ان هذا ينطوى على سوء النية، اذ قضى^(١) بأن الدعوى المرفوعة بإشهار افلاس شخص نتيجة تسرع وبدون ترو بسبب توقف هذا الشخص عن دفع دين لم يستقر، تكون إساءة لإستعمال حق الدعوى. وبهذا يكون قصد الاضرار والكيد فى رفع الدعوى مظهرا من مظاهر عدم مشروعية المصلحة، ويكون تفسير المعايير التى نصت عليها المادة الخامسة من القانون المدنى كضوابط لنظرية سوء إستعمال الحقوق فى خصوص حق الدعوى، يكون تفسيرها جميعا على ضوء المصلحة فى الدعوى، وهل هى مشروعة أو غير مشروعة. وقضى بأن الخصم الذى يرفع على خصمه دعاوى عدة لا اصل لها بقصد مشاغبته، يكون مسئولا عن تعويض جميع الأضرار المالية والادبية التى تصيب خصمه بالغة ما بلغت، ما دامت هذه الدعاوى لم يقصد بها فى الحقيقة ونفس الأمر المطالبة بحق أو الدفاع عن مصالح جدية مشروعة. ويتبين للقضاء ان رفعها كان بسوء نية وبقصد جر خصمه إلى ساحات القضاء للتشهير به أو لاجباره على صرف مصاريف ورسوم كان فى غنى عنها.

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

• ان إستعمال الحق إستعمالا غير مشروع يعد نوعا من الخطأ الذى تنص المادة ١٦٣ مدنى على وجوب تعويضه، وبهذا يقع على عاتق طالب التعويض عبء إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما الزام المدعى

(١) الاسكندرية الابتدائية التجارية - المجموعة الرسمية - السنة ٨ - ص ٨١.

فيها بتعويض الضرر الناشئ عنها، إذ أن رفعه إياها من جديد يدل على تعنته وعدم رضوخه لما قضى به لخصمه: (١)

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

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

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

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

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

(١) المسؤولية المدنية - للأستاذ مصطفى مرعى - ص ٨٦.

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

التعويض عن إساءة إستعمال حق الطلاق:

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

• ويذهب أستاذنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد^(٣) إلى ان رأى الصحيح هو الذى يقول بالتعويض، وان المتعة المقررة فى الشريعة الإسلامية أساس تشريعى قديم للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال

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

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

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

حق إيقاع الطلاق، ان كان مفوضا للزوج بحسب أحكام الشريعة الإسلامية، الا انه مقيد عند الفقهاء بوجوب ان يكون لحاجة تدعو اليه، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية فى حالة الطلاق، فقول غير صحيح اطلاقا، لان المهر من أحكام عقد الزواج وتستحقه الزوجة بالعقد.

• **ويذهب الدكتور احمد الغندور^(١) الى انه إذا ما راعينا قصد الشريعة والمبادئ التى رسمها الإسلام للطلاق، نجد ان حق إيقاع الطلاق، وان كان للزوج بحسب أحكام الشريعة، فهو مقيد عند كثير من الفقهاء بوجوب ان يكون لحاجة تدعو اليه، والا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر فوق حل رابطة الزواج، واما القول بأن مؤخر الصداق والنفقة كتعويض، ففيه نظر، لان المؤخر والنفقة لم يفرضا على الزوج، بوصفها تعويضا عن الطلاق، وانما الأول حق للمرأة، والثانى نظير احتباسها لزوجها، والرأى الوجيه ان المتعة أساس تشريعى للحكم بالتعويض عند الإساءة فى إستعمال حق إيقاع الطلاق، فللقاضى معاقبة من يسئ إستعمال حق إيقاع الطلاق بتعويض المرأة بقدر مالى، سواء أكان دفعة واحدة ام على أقساط حتى تتزوج أو تموت، زجرا الأمثال عن إساءة إستعمال ما خوله الشرع له، ولم يقرر لها الفقهاء تعويضا على من يستعمل حقه إستعمالا لم يترتب عليه ضرر ظاهر بالمرأة.**

• **ويرى الدكتور محمد سلام مذكور^(٢) بان القول بالمتعة ما هو الا تعويض للمطلقة على ما اصابها بسبب الطلاق من غضاضة، وليرفع عنها**

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

(٢) أحكام الأسرة فى الإسلام - الدكتور محمد سلام مذكور - جزء ٢ طبعة ١٩٦٧ - ص ٣٣ .

وصف الإساءة، ونحن إذا قلنا بالتعويض، فإننا نتجه وجهة الشافعي في قصره على حالات الطلاق بعد الدخول التي يستبد فيها الرجل، ولا يكون بالإتفاق أو القضاء، وكذلك يجب التعويض للرجل إذا كانت المرأة هي التي استبدت بالطلاق.

ونرى^(١) الحق في مطالبة المطلقة بالتعويض عما نالها من جزاء إستعمال حق الطلاق مقيد بأن لا يساء إستعماله، وإلا رتب للمطلقة حق مطالبة المطلق بالتعويض عما نالها من جزاء ذلك من ضرر مادي أو أدبي، للحجج التي ساقها اصحاب هذا الرأي، والتي نضيف إليها ان المشرع الوضعي قد اظهر إهتمامه بنظرية التعسف في إستعمال الحق حيث احلها مكانا بارزا في الباب التمهيدى لتكون من المبادئ الهامة التي تسود جميع نواحي القانون، ولم يرد بالضرورة ان يقيم المبدأ على غير أساس قانوني، فالتعسف في إستعمال الحق ليس الا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى، فيدخل بذلك الإعتبار فى نطاق المسؤولية التقصيرية - ويبدو واضحا ان الأحوال التي نصت عليها المادتان ٤ و ٥ مدنى فى بيان متى يكون إستعمال الحق مشروعاً وغير مشروعاً لم يقصد المشرع إيرادها على سبيل الحصر، بل - كما تقول المذكرة الإيضاحية - ان هذه الضوابط تهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد. وحق الطلاق كغيره من الحقوق يمكن ان يرتب فى جانب من يسئ إستعماله تعويضا لمن لحقه ضرر (وهى المطلقة غالبا)، سواء اكان الضرر ماديا أو ادبيا، كما لو كانت الزوجة تمارس عملا تتكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج بناء

(١) أصول المرافعات الشرعية - أنور العمروسي - طبعة ٣ - ص ٥٥٨ وما بعدها، وتاله: الأساس الشرعي والقانوني للتعويض عن الطلاق - المحاماه - السنة ٥٠ - العدد ٣ - ص ٦٧ وما بعدها.

على طلب الزوج، وهذا يمثل الضرر المادى، ويتمثل الضرر الادبى فيما لو كانت ملايسات الطلاق تثير الظنون حول سمعة المطلقة.

ويختلف قضاء المحاكم فى مصر إلى رأيين^(١) :

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

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

فى التعويض عن فسخ الخطبة :

١٠ - ثار الخلاف بين الشراح حول مدى التعويض عن إستعمال الخاطب أو المخطوبة لحق فسخ الخطبة. فيذهب أستاذنا المرحوم الشيخ محمد ابوزهرة^(٢) إلى انه لا يقر رأى الذى يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، ولا رأى الذى يمنحه بإطلاق، بل يقول قولا وسطا، فيقرر ان

(١) بنظر فى تطبيقات القضاء لكل رأى: أصول المرافعات الشرعية - أنور العمرسي الطبعة ٣ - ص ٥٥٨ وما بعدها، ومقاله بالمحاماه - السنة ٥٠ - العدد ٣ - ص ٦٧ وما بعدها، والطلاق - لمولاي محمد علي - طبعة المناهل - بيروت - ص ٥٢ وما بعدها، وفي المحكمة المختصة بنظر التعويض عن الطلاق - أصول المرافعات الشرعية السابق - ص ٥٧٦ وما بعدها.

(٢) الأحوال الشخصية - الزواج - لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة - ص ٢٠ وما بعدها.

العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لانه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في اضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب هو نوعا من الجهاز، أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض، وان لم يكن كذلك فلا يعوض.

• **ويرى الأستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي^(١)** ان مجرد العدول عن الخطبة حق العادل، فلا ينبغي أن يترتب علي الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب ذلك العدول تعويض، لأن العادل لم يكن إلا مستعملاً حقه في هذه الحالة، وإستعمال الحق لا يوجب الضمان أما الضرر الذي لم يكن لإستعمال الحق دخل فيه، فهذا يجب أن يعوض عنه عملاً بقوله صلي الله عليه وسلم: "ولا ضرر ولا ضرار".

• **ويرى أستاذنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد^(٢)** ان اصح الاراء هو الرأي الذي يقرر مبدأ المسؤولية عن فسخ الخطبة على أساس سوء إستعمال الحق، بإعتبار ان حق العدول عن الخطبة لم يشرع الا لمسوغ يقتضيه، عندما يظهر ان الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة، فقد وافق الشريعة الإسلامية بكونه لم يجرد الخطبة من كل اثر قانوني، بل انها طبقا لهذا الرأي، تعتبر إتفاقا مستحبا ينشأ عنه ارتباط، وان العدول عن الخطبة حق ولكنه مقيد في إستعماله بوجوب ان يكون مطابقا للحكمة الغالية التي من اجلها شرع، حقيقة ان هناك حقا في العدول مما يشعر بإنعدام الأساس

(١) الأحوال الشخصية - للأستاذ الشيخ محمد زكريا البرديسي - طبعة ١٩٦٥ - ص ١٦ وما بعدها.

(٢) مدي إستعمال حقوق الزوجية - لأستاذنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ١١٧

التعاقدى للمسئولية إذا ما وجدت، ولكن هذا الحق مقيد بالقيود الذى اشرنا إليه وهو عدم الإساءة، فإذا أسئ فى استعمال هذا الحق أى حق العدول لم يكن الفعل تطبيقاً لهذا الحق الذى يكون غير قائم لعدم قيام موجبه، وبذلك يكون تصرف الناكّل منافياً وموجباً لمسئوليته على أساس العقد.

• **ويرى المستشار حسين عامر^(١)** ان الخطبة تنشئ علاقات بين طرفين لا يمكن تجاهلها، كما لا يمكن اغفال إعتبارها، وتجريدها من أى تقدير قانونى، ففيها يصدر ايجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانونى وعقد كامل، يلتزم فيه كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم، وليس ثمة ما يوجب وفاء الإلتزام عيناً، أى إجراء التعاقد النهائى، لان الوعد بالتعاقد لا ينشئ الا حقاً شخصياً فليس لأى الطرفين قبل الآخر إلا المطالبة بالتعويض عن الرجوع فى هذا الوعد، وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً، إذ لكل من الطرفين ان يعدل عن وعده، ولكنه إذا أساء استعمال ذلك، فإنه يجب مساءلته وإلزامه بالتعويض.

• **ونرى^(٢) ان فسخ الخطبة حق مقيد**، وان إساءة استعماله تستوجب الحكم على الطرف المسمى بالتعويض، ذلك ان الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذى يراه، بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة استعمالها، ومن ثم يكون الطرف الفاسخ للخطبة مسئولاً عن تعويض الطرف الآخر متى ثبت تعسفه فى استعمال حق فسخ الخطبة ولحق الضرر بالطرف الآخر من جراء هذا الفسخ، طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية وإعمالاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق، وقيام تلك الأركان أو عدم قيامها مسألة موضوعية لقاضى الموضوع ان يستجلبها.

(١) نظرية سوء استعمال الحقوق - المستشار حسين عامر - ص ٢٠٥.

(٢) أصول المرافعات الشرعية - أنور العمروسي - طبعة ٣ - ص ٤٢٩ و ٩٣٠.

اما القضاء المصري، فقد ترددت أحكامه إلى أراء ثلاثة:

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

والثاني: يقول بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد، وان الإساءة في إستعماله تستوجب الحكم على المسمى بالتعويض.

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

وحاصل قضاء النقض انه يتجه إلى إعتبار مسئولية انهاء الخطبة بالعدول عنها مسئولية تقصيرية، تماما مثلما إتجه إليه القضاء الفرنسي^(١) - فقد اطردها - في التعويض عن فسخ الخطبة - على أن الخطبة ليس بعقد ملزم، ولذا فإن مجرد العدول عنها لا يكون سببا للتعويض، الا إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال الحققت ضرراً بأحد الخطيبين، فيجوز عندئذ الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية^(٢).

• **تحديد نطاق الحماية بالمصلحة المشروعة لصاحب الحق:** لم تكن هناك قيود، فيما مضى، على استعمال الشخص لحقه، بل كان له مطلق الحرية في هذا الاستعمال، وقد ساد ذلك في ظل المذهب الفردي الذي كان ينظر الى مصلحة الفرد ويرى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفّل للأفراد تحقيق مصالحهم الفردية، وقد أدى هذا الى عدم إخضاع الفرد، في استعماله لحقه لرقابة ما، فلا يجوز منعه من استعمال حقه، كما لا تجوز مساءلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر بالغير، وإذا كان هذا

(١) الطبيعة القانونية للخطبة - الدكتور توفيق حسن فرج - طبعة ١٩٦٣ - ص ١٢٩ وما بعدها

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

المذهب قد انتقد لما أدى إليه من نتائج ظالمة، فإن الأمر قد انتهى الى التخفيف من إطلاقه، ذلك أن الفرد إذا كان يهدف من وراء استعماله لحقه الى تحقيق مصلحة خاصة به، فإنه لا يجوز أن يقوم بما يتعارض مع مصلحة الغير، والقانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه، فإنه يحميه طالما أنه كان يسعى الى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال . فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلت عنه الحماية القانونية، وبعبارة أخرى إن القانون يحمي صاحب الحق طالما كان يسعى الى تحقيق مصلحة خاصة به لا تتعارض مع مصلحة الجماعة، فعند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يضحى بهذه الأخيرة، فلا تستحق الحماية القانونية، لأن الشخص حينئذ يكون متعسفا في استعمال حقه (حسن كيرة، رسالة الدكتوراه المقدمة الى جامعة باريس) وعلى ذلك تتحدد الحماية القانونية بالمصلحة المشروعة التي يهدف الشخص الى تحقيقها من وراء استعماله لحقه . فإذا استعمل حقه استعمالا غير مشروع، اعتبر مخطئا، لأنه ينحرف بذلك عن الغاية التي من أجلها تقرر الحق، وبالتالي يعمد متعسفا في استعمال حقه، وبهذا ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق . إلا أنه ينبغي أن راعى عدم الخلط بين هذا الأمر وهو التعسف في استعمال الحق، وبين مسألة أخرى، وهى الخروج عن حدود الحق، ولذلك نبين الفارق بين هاتين المسألتين قبل أن تعرض للتعسف في استعمال الحق ومعايير طبقا لما بينه القانون" (السيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق، حسن عامر، نظرية استعمال الحقوق ١٩٤٧، صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود الشريعة الإسلامية ١٩٤٨ ج ١ ص ٤١، ٥٣).

• التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق: يختلف التعسف

في استعمال الحق عن الخروج عن حدود الحق . ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يدخل الشخص في نطاق ممنوع عليه، ويعتبر هذا التجاوز محض تعد على الغير، وفي هذه الحالة يعتبر أى عمل يقوم به الشخص خطأ من جانبه يلزمه بالتعويض عن أى ضرر يتسبب عن هذا الخطأ، طبقاً لقواعد المسؤولية التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزمه من ارتكبه بالتعويض . مثل ذلك حالة تعدي الشخص حدوده والدخول في ملك جاره، فالمالك هنا تجاوز حدوده . فإذا استغل ملك الجار كان في هذا مخطئاً والتزم بالتعويض . أما في حالة التعسف في استعمال الحق فإن الشخص لا يتجاوز حدود حقه بل إنه يستعمله في النطاق المحدد له، ومع ذلك فإن القانون لا يقر هذا الاستعمال إذا تعسف صاحب الحق . (غانم، مرجع سابق، فرج، مرجع سابق، صبحي محمصاني، مرجع سابق)

• صور إساءة استعمال الحق: حددت المادة الخامسة الصور التي يتحقق

فيها إساءة استعمال الحق وهى على الترتيب التالي:

الصورة الأولى: قصد الإضرار بالغير: يعتبر الشخص متعسفا في استعمال

حقه إذا لم يستعمله إلا بقصد الإضرار بالغير، فالمالك إذا بنى على ملكه فإنه يستعمل حقه، لكنه إذا بنى حائطا في ملكه وقصد من هذا أن يحجب النور عن جاره، فإنه يعد بذلك متعسفا في استعمال حقه، ولا بد أن يثبت أن صاحب الحق قد ج استعمله بقصد الإضرار بالغير، وهذا القصد يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، وقد يستدل على قصد الإضرار بالغير من انعدام

مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التي يحققها . (الدكتور توفيق فرج، مرجع سابق، وانظر السنهوري بند ٥٦٠)

• **مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق:** يرد التعسف على استعمال الحقوق، والحق كما رأينا هو استئثار شخص بشيء أو بقيمة، وهو بذلك يفترض ثبوت سلطات معينة لشخص معين على سبيل الانفراد دون غيره، من الأشخاص الآخرين، وبذلك يفترق الحق عن الرخص أو الحريات العامة، التي تفترض ثبوت حريات معينة لكافة الناس دون أن يستأثر أحد بها، دون غيره من الناس، مثل حرية الرأي وحرية الاجتماع وحرية التعاقد والتملك ... وفي هذه الحالة الأخيرة، إذا ما وقع من الشخص انحراف في سلوكه عندما يستعمل رخصة من الرخص يكون أخطأ خطأ عاديا يلزمه بالتعويض، وإذا كان التعسف ينصرف الى استعمال الحقوق بالمعنى الدقيق، أى الحقوق الخاصة المحددة التي يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره من الأشخاص الآخرين، فإنه يرد في الواقع على كل الحقوق دون تفرقة بين ما يسمى بالحقوق التقديرية وغيرها من الحقوق الأخرى . فالحقوق التقديرية، كحق الشريك على الشيوع في طلب القسمة، وهى حقوق يترك استعمال لتقدير صاحبها يرد عليها التعسف مثلها في ذلك مثل غيرها من الحقوق الأخرى، ويؤيد ذلك عندنا أن النص الخاص بالتعسف في استعمال الحق نص مطلق يتكلم عن استعمال حقه دون تحديد أو تخصيص بنوع معين من الحقوق دون النوع الآخر، وهذا ما تكشف عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد " (عبد المنعم الصدة، نظرية الحق، بند ١٧٤، وقارن الشرقاوي ص ٢٩، ٣٠ وانظر كذلك حسن كيرة بند ٤١٤ إسماعيل غانم ص ١٦٧، وقارن أحمد سلامة بند ٤٢).

• **التعسف في استعمال حرية الرأي: الصحافة:** أن إساءة استعمال حرية الرأي بالقول أو الكتابة، بحيث يحيد المرء بهذه الحرية عن مقاصدها الاجتماعية، أو إذا اقترن استعمالها بسوء النية، أو بنية الإضرار موجب للمسئولية، فيلزم بالتعويض صاحب الجريدة الذي حرّض الجمهور على مقاطعة أحد التجار، ومخبر الجريدة الذي أملى اسم شخص قبض عليه بتهمة سرقة خطيرة كان قد أطلق سراحه على الفور، ونشر الصحفي خبر توقف أحد التجار عن الدفع، دون أن يستوثق الخبر، حتى ولو كان النشر بسلامة نية اعتماد على رواية أحد مخبريه موجب للحكم بالتعويض .

• **التعسف في استعمال حق التهذيب والتأديب:** للأب الولاية على أولاده الصغار، والكبار غير المكلفين، ذكور وإناثا في النفس وفي المال (م ٤٢٠ أحوال شخصية) وتنص المادة السابعة عقوبات على أن " لا تخل أحكام هذا القانون في ألا حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء "، وتنص المادة ٦٠ بأن " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة "، وهذا الحق مقيد بأن يكون الضرب للتأديب والتعليم، وألا يكون فاحشا فإذا كان الضرب لغير ذلك يكون الأدب مسئولا ويحق عليه العقاب .

• **التعسف الولاية على النفس والمال:** إن للأب الحق في جبر أولاده الصغار، والكبار غير المكلفين ذكورا أو إناثا على النكاح، ويجب استعمال هذا الحق في مصلحة الصغير، بغير أن يلحق به أى مضرة، ولا يجوز أن يمتنع عن تزويج من له الولاية عليها، إذا كان في هذا الامتناع مضرة بها، وكذلك في ولاية الأب على الأموال، فإذا بدد الولي أموال ابنته الصغيرة

كان غير أمين، ويجب عزله من الولاية، والجزاء لا يقتصر على سلب الولاية، بل التعويض مقابل الأضرار، وبطلان التصرفات .

• تعسف الزوج على زوجته: تجرى قوانين الأحوال الشخصية على

ولاية الزوج على زوجته فيما يحفظ به عرضه وماله . فله الحق في منعها من الخروج من بيته إلا إذا كان لزيارة والديها في كل أسبوع، ولزيارة غيرها من المحارم كل سنة مرة، وحق الرقابة يخول له منعها من الخروج إذا كان يخشى عليها الفتنة، فإذا لم يكن هناك ما يدعو لذلك فلا يحق له منعها، وكذلك لا يحق له منعها من الخروج إذا أرادت أداء فريضة الحج مع محرم لها، أو كانت تطلب علما دينيا ولم يكن الزوج حافظا له، وللزوج أن يخرج بزوجه من البلد الذي كان قد تم فيه عقد زواجهما إن كان مأمونا عليها، ولم يكن هذا الانتقال بقصد إضرارها أو لم يكن يخشى عليها الضرر منه، وهذا الحق مقيد بأنه تكون المسافة بين البلدين أقل من مسافة القصر، أو السفر الشرعي، كما أن للزوج حق تأديب زوجته تأديبا خفيفا عما يصدر منها من معصية لم يرد في شأنها حق مقرر، كما لو كشفت وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة، أو التحدث الى أجنبي مع خشية الفتنة، ولكن هذا الحق مقيد بأن يكون إجراؤه متفقا مع غرض الشريعة منه، وهو الإصلاح والتأديب حقا، فلا يصح أن يكون للانتقام أو الإيذاء أو المضايقة، فإذا ما ضرب زوج زوجته، فأحدث بها سحجين في ظاهر الخنصر وسحجا آخر في الصدر، فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجا عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة، ومستوجبا للعقاب والتعويض .

(المستشار عز الدين الديناصورى، والدكتور عبد الحميد الشواربي)

• التعسف في العدول عن الخطبة : الخطبة : هي طلب الرجل التزوج

من امرأة بعينها لا يحرم عليه أن يتزوجها، وبعبارة أخرى هي إظهار الرجل رغبته في التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، فإذا أُجيبَت هذه الرغبة بقبول من المرأة، أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها تمت الخطبة بينهما، وإذا ما تمت الخطبة، فإنها لا تعدو أن تكون تواعدا متبادلا بين الرجل والمرأة، بعقد زواجهما في المستقبل، وهذا الوعد ليس له قوة الإلزام والالتزام، فلا يلزم الطرفين، بالزواج بينهما، ولهذا يجوز لكل منهما العدول عن الخطبة، والرجوع عن الوعد في أى وقت، هذا من الوجهة القانونية، ولكن من الوجهة الأدبية الأخلاقية لا ينبغي أن يعدل المرء عن الخطبة وعن الوفاء بالوعد إلا إذا وجد سبب قوي استدعى فسخ الخطبة .

• التعسف عن إساءة استعمال السلطة والتعويض عنه : يقصد بإساءة

استعمال السلطة وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة، ما يصدر من السلطة الإدارية من عمل تهدف الى غير ما من أجله منحت سلطاتها وذلك أثناء قيامها بما يدخل في اختصاصها ومع مراعاة الأوضاع الشكلية . أما انحراف الإجراء الإداري فيقصد به خروج الإدارة من حدود النطاق الذي رسمه لها القانون ويمكن معرفة ذلك ببحث الدوافع الداعية لاتخاذها ولا يتخلص الإجراء من اعتباره انحرافا أن يكون ثمة دواع استثنائية دعت إليه كما لا يجوز للإدارة أن تتعلل في تبرير انحرافه بسلطتها في التقدير، إذ مهما يكن من سلطتها التقديرية فإنه لا يجوز أن يكون وسيلة لتحقيق ما ليس للصالح العام وإنما يجب على الإدارة أن تلتزم حدود النطاق الذي رسمه لها القانون، ويعتبر العمل الإداري

سليماً إذا كان الهدف الأساسي منه تحقيق غرض مشروع ولو اقترن به تحقيق أغراض أخرى غير مشروعة، ويعتبر الغرض شخصياً وفي غير الصالح العام إذا قصد به تحقيق نفع مادي، فقد قضت المحاكم بإلغاء قرار حاكم البلدة الذي حرم فيه إدخال لحوم إليها غير مذبوحة بمجرز البلدة بحجة الوقاية الصحية، وتبين أن الغرض الحقيقي من هذا القرار كان مالياً، وقد يكون الدافع في الانحراف تحقيق أغراض خاصة كالأمر الإداري بإغلاق مصنع لا لخطورته وإنما بناء على تعليمات وزارة المالية التي كانت تنوي نزع ملكيته، ويجوز أن يكون العمل خالياً من الانحراف وكنه ينطوي على العسف في استعماله للحقوق الإدارية، وفي هذه الحالة يقضي بالتعويض عما وقع من ضرر بسبب ما جرى من عسف في العمل الإداري ولو لم يقض بإلغائه لخوله من عيب الانحراف، ويجب أن يكون عيب إساءة استعمال السلطة كمبرر لإلغاء القرار الإداري منطوياً في القرار ذاته وليس في وقائع سابقة عليه أو لاحقة له، وأن يكون هذا العيب مؤثراً في توجيه القرار وليس منقطع الصلة به، وأن يقع ممن يملك إصداره، أي ليس من أجنبي عنه، وأساس المسؤولية في إساءة استعمال السلطة ما نصت عليه المادة ١٦٣ من القانون المدني وينحصر في الخطأ أو التقصير وتسأل الحكومة في هذا كبقية الأفراد عن الخطأ الذي يقع منها فيجوز مساءلتها مدنياً عن أعمال موظفيها إذا ارتكب أحدهم خطأ أثناء الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها، فيجوز للأفراد مطالبة مجلس المدينة بالتعويض عما يقع من سحب ترخيصاتهم بطريقة تعسفية منطوية على الانحراف مما أدى لإصابتهم بأضرار، كذلك فإن حق الحكومة في فصل موظفيها مقيد بوجوب حسن استعماله في حدود المصلحة العامة . فإذا أساءت الحكومة استعمال هذا الحق بأن كان الدافع إلى فصل الموظف

إرضاء غرض شخصي أو شهوة حزبية اعتبر هذا التصرف غير مشروع وحق للموظف التعويض عنه وقد استقر القضاء على أن للمحاكم أن تتحقق من أن القرار الصادر بفصل موظف الحكومة كان له أسباب عادلة تبرره، كما استقر على اعتبار الموظف أساء استعمال سلطته إذا انحرف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه بقصد الإضرار لأغراض بعيدة عن المصلحة العامة، ومن المقرر أن محكمة الموضوع يدخل في سلطتها ما إذا كان تصرف الموظف كان مما يمليه عليه واجبه أم أنه مشوب بسوء استعمال السلطة ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض بشرط أن تبنى حكمها على أسباب سائغة، وفي حالة ما إذا وقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري من موظف سواء كان قرارا إيجابيا أو سلبيا، فإنه طبقا للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ يدخل في اختصاص القضاء الإداري إلغاء القرارات الإدارية التي يشوبها عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة أو التجاوز في حدود السلطة، وكذلك الفصل في طلب التعويض عما يقع من ضرر بسبب تنفيذ تلك القرارات إذا رفعت إليه بصفة أصلية أو تبعية، أما إذا وقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية وتضحى دعوى المسئولية في هذه الحالة من اختصاص القضاء العادي وحده . (نظرية التعسف في استعمال السلطة للدكتور سليمان الطماوي ص ٢٥٧ وما بعدها)

• **عبء إثبات الخطأ يقع على المضرور:** من المقرر أن المضرور هو الذي يقع عليه عبء إثبات الخطأ سواء كان هذا الخطأ إيجابيا أو سلبيا ومهما كانت درجته أى سواء كان يسيرا أم جسيما ومهما بلغت درجة

جسامته لأن المسؤولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات فيكلف المضرور في هذه الحالة بإثبات أن المسئول قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي .

من أحكام القضاء:

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

(الطعن رقم ١٤٥ - لسنة ٦٦ ق - تاريخ الجلسة ١٦/٥/٢٠٠٥)

٢ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تعيين العناصر المكونة للضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيم عليها محكمة النقض بما يوجب على محكمة الموضوع أن تبين في مدونات حكمها عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض، وأنه لا يجوز إلزام المدين بأداء البدلين معا أو إلزام الشخص نفسه بالتعويض عن الضرر ذاته مرتين، ومن واجب القاضي عند تقدير التعويض أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن فيتجنب تحميل المدين تضحيات جسام درءا لضرر طفيف فقد نص القانون المدني في المادة ١٧٠ على أن (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١، ٢٢٢ مراعى في ذلك الظروف الملائمة....) وفي المادة ١/١٧١ على أن (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف.....) وفي المادة ١/٢٢١ على أن (..... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب....) وفي المادة ٢/٢٠٣ (على أنه إذا كان في

التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً) وجاء بالأعمال التحضيرية للقانون المدني بياناً لهذا النص ما يلي "أباح المشروع للمدين أن يعتمد إلى التعويض النقدي إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً، فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوي الشأن ويتجنب تحميل المدين تضرعات جسام درءاً لضرر طفيف) وما جاء فيها أيضاً بياناً لنص المادة الخامسة من القانون المدني للتعسف في استعمال الحق من أنه أصلها في مقدمة القانون المدني لأنها من العموم بحيث تنبسط على جميع نواحي القانون فلا ضرر ولا ضرار ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح والضرر الأشد يدفع الضرر الأقل من هنا كان حرص المشرع أن يردد في هذه المواد جميعاً أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وهي سلطة أعطيت له لصالح المتقاضين ليقوم بتقدير خصوصيات كل حالة أو منازعة وظروفها وملابساتها لكي يختار الحل المناسب لها والأقرب إلى تحقيق العدالة... فلا يجوز له أن يمتنع عن إعمالها.
(الطعن رقم ١٨٢١٨ - لسنة ٧٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٨/٤/١٤)

* * *

٢ - تطبيق القانون

تنازع القوانين من حيث الزمان

النص التشريعي (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.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٦ ليبى و ٧ سورى و ١١ عراقى و ٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

"..... النصوص المتعلقة بأهلية الاداء تسرى من وقت العمل بها على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص، ومؤدى هذا ان تلك النصوص ترد من كان يعتبر رشيدا إلى حالة القصر فيما لو رفعت من الرشد مثلا وتدخل من كان يعتبر قاصرا في ظل القانون القديم في عداد الراشدين فيما لو خففت السن، ذلك ان تحديد أهلية الاداء - وهى صلاحية الإلتزام بالتصرفات الارادية، يراعى فيه حماية فريق من الأشخاص، وهذه الحماية امر يتعلق بالنظام العام، وقد اخطأ واضع المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون الصادر فى ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ بترتيب المجالس الحسبية، اذ ذكر ان الحكم المتعلق برفع سن الرشد (من ١٨ سنة إلى ٢١ سنة) فى هذا المرسوم: (لا ينطبق على الأشخاص الذين يكونوا قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثمانى عشرة المحددة

لانتهااء الوصاية بمقتضى القانون القديم، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون انهم راشدون قانوناً) - على ان عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد، بعد ان إعتبر رشيداً تحت سلطان التشريع القديم لا يؤثر في صحة التصرفات التى صدرت منه فى ظل هذا التشريع، فهذه التصرفات لا يجوز الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متى كان العاقد كامل الأهلية وقت إنعقادها اذ القانون الجديد يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب^(١) "

رأى الفقه :

عالج القانون المدنى تنازع القوانين من حيث الزمان فى مسائل الأهلية فى المادة السادسة - ومقتضى الفقرة الأولى منها ان القانون الجديد الذى يشتمل على نصوص متعلقة بأهلية الأشخاص تسرى فور صدورهما على جميع الأشخاص سواء أكان هذا القانون يرفع سن الرشد، فيكون من أثره أن يعود شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص القانون الجديد، أم كان هذا القانون ينقص سن الرشد، فيصبح الشخص الذى كان قاصراً فى نصوص القانون القديم كامل الأهلية بحسب نصوص القانون الجديد. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لقاعدة الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد. ويوجه ذلك أن الأهلية هي حالة قانونية مستمرة يترتب علي توافرها في الشخص أن يجوز له إكتساب حقوق معينة وممارسة هذه الحقوق، ولذا كانت منوطة بإرادة المشرع، الذى يستطيع أن يعدل فيها في كل وقت حسبما يترأى له، لذا أيضاً ينطبق القانون الجديد دائماً في مسائل ولكن إذا فرضنا أن الشخص الذى ارتد قاصراً بمقتضى القانون الجديد بعد ان كان رشيداً وفقاً للقانون القديم كان قد ابرم تصرفات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - ص ٢١٤ وما بعدها.

وقت ان كان رشيدا، فما مصير هذه التصرفات؟ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦ مدني بالحل، وهذا الحق تطبيق لقاعدة عدم انطباق القانون الجديد بأثر رجعي، بناء على ان التصرفات التي ابرمها الشخص والتي كانت تعتبر صحيحة وقت ابرامها هي وقائع تمت في ظل قانون قديم فلا يجوز ان ينطبق عليها القانون الجديد، والا كان ذا اثر رجعي، وهذا غير جائز بدون نص على ذلك^(١).

• سريان القاعدة القانونية من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في

ظليها: الأصل في القاعدة القانونية هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها على الوقائع التي تتم في ظلها وحتى إلغائها، فإذا حلت محل القاعدة القديمة قاعدة قانونية أخرى، فإن القاعدة الجديدة تسري من الوقت المحدد لنفاذها، ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ إلغائها، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لكل من القاعدتين، وتغدو المراكز القانونية التي اكتمل تكوينها وترتيب آثارها في ظل القانون القديم، خاضعة لحكمه وحده.

• والأصل أن أحكام القانون الجديد لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل

بها إلا الأحكام المتعلقة بالنظام العام فتسري بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية ولو كانت ناشئة قبل العمل به مادامت لم تستقر بصدور حكم نهائي فيها، وقد قضت محكمة النقض بأن: " الأصل أن القانون يسري بأثر فوري على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها آثارها أو في انقضائها، وهو لا يسري على الماضي، فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد كالميراث

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية - ١ - القانون - الدكتور عبد الحي حجازي - طبعة

تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظله، أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في 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 تعبر عن إرادة ذوي الشأن في نشوئها أو في آثارها أو في انقضائها إلا أن هذا مشروط بالأمر أن يكون القانون الجديد قد أخضع المراكز القانونية سائلة البيان لقواعد أمره فحينئذ يطبق القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز الحاضرة والمستقبلية كما يحكم انقضاءها " (الطعن رقم ٩٧٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٣/٦/١٩٨٣).

من أحكام القضاء:

١ - إذ كان المطعون ضده الأول في الطعن قد استند في دعواه أمام محكمة أول درجة إلي العقدين الصادرين له من ورثة مؤلفي الشطر الموسيقي بتاريخ ٥، ٩ من نوفمبر سنة ١٩٩٦ خلال فترة نفاذ أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف بإعتباره القانون الذي كان سارياً عند إبرامهما، فلا يطبق على هذين العقدين ما استحدثه قانون حماية الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ - والمعمول به إعتباراً من ٣ من يونيه سنة ٢٠٠٢ - من أحكام ومنها حكم المادة ١٧٤ منه التي تنص على أنه "إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم في العمل المشترك أعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق كتابة على غير ذلك..." بإعتبار أن هذا الحكم ليس من النظام العام والذي يقصد به تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية تتعلق بنظام المجتمع

الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد بما يوجب ألا تنطبق على علاقات قانونية نشأت قبل نفاذه أو على الآثار التي ترتبت في الماضي على هذه العلاقات قبل العمل بهذا القانون الجديد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد إنتهى إلى نتيجة صحيحة لا يعيبه قصوره في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تضيف إليها ما يقومه دون أن تنتقضه.

(الطعن رقم ٧٩١ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٣ / ٢٠٠٥)

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

(الطعن رقم ٨٣٨ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٣ / ٢٠٠٥)

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

(الطعن رقم ٢٠٧ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٥ / ٢٠٠٥)

* * *

نطاق سريان نصوص التقادم

النص التشريعي (مادة ٧) :

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

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧ ليبي و ٨ سوري و ١٢ عراقي و ٨ سوداني.

الأعمال التحضيرية :

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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ١ - ص ٢١٩ وما بعدها.

رأى الفقه :

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

التقادم قد بدأ أو وقف أو انقطع فلا يطبق على البدء أو الوقف أو الإنقطاع الذى تحقق قبل صدور ذلك القانون. اما ما يكون قد تحقق من ذلك بعد العمل بالقانون الجديد، فيرجع فيه إلى هذا القانون، وهذا هو مقتضى الأثر المباشر^(١).

• انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد: يتبين لنا من نص الفقرة الثانية

أنها تفرق بين المدة السابقة على العمل بالقانون الجديد، والمدة اللاحقة على العمل به، فتقرر أن النصوص القديمة هى التى تسري بالنسبة للمسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه، وبذلك لا يكون للقانون الجديد أى اثر رجعي بالنسبة لهذه المسائل . فإذا كان القانون القديم يكتفي بمجرد الإنذار لقطع التقادم، إذا ما وجه هذا الإنذار الى الحائز فى حالة التقادم المكتسب

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية - ١ القانون - الدكتور عبد الحي حجازي - طبعة

أو الى المدين في حالة التقادم المسقط، وجاء القانون الجديد واستلزم لقطع التقادم أن ترفع دعوى أمام القضاء، كان هذا الإنذار كافيا لقطع التقادم، طالما أن صاحب الحق قد قام توجيهه في ظل القانون القديم، وإذا كان القانون القديم مثلا يجعل بدء مدة تقادم الضريبة مثلا من اليوم التالي لانتهاء الأجل المحدد لتقديم الإقرار، ثم جاء القانون بعد ذلك وجعل مدة التقادم في حالات إخفاء الممول نشاطا أو مستندات تبدأ من تاريخ العلم بالعناصر المخفأة، فإن هذا لا يسري على التقادم الذي بدأ قبل تاريخ العمل به ، ويتفق الحل الذي أخذ به القانون في هذا الصدد مع النظرية الحديثة، لأن ما يتم من عناصر تكوين أو انقضاء بعض المراكز القانونية في ظل القانون القديم يظل محكوما به، ولا يملك القانون الجديد المساس بما تم في ظل القانون القديم من هذه العناصر، وإلا اعتبر أنه ذو أثر رجعي .

• الأثر المباشر للقانون الجديد: بين نص الفقرة الأولى من المادة

السابعة أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل بعد، وعلى ذلك يسري القانون الجديد من وقت العمل به على كل ما يتعلق بالتقادم من حيث شروطه ومدته، فإذا كان القانون يغير من شروطه ومدته، فإذا كان القانون يغير من شروطه ومدته، فإن هذا القانون هو الذي يسري بالنسبة للمستقبل، وإذا كان القانون الجديد يعدل من قواعد التقادم بالنسبة للأسباب التي توقفه، وجب تطبيق القانون الجديد منذ وضعه موضع التنفيذ، على كل واقعة يقصد بها إيقاف التقادم بعد صدوره، وهذا بخلاف ما لو كان قد تم إيقاف التقادم قبل تنفيذ القانون الجديد، طبقا لما يتطلبه القانون السابق، وأكثر من يعرض في هذا الصدد هو التغيير في مدد التقادم، سواء أكان

ذلك بإطالة هذه المدة أم بتقصيرها، فقد يطيل القانون الجديد مدة التقادم فيجعلها عشرين سنة بدلا من خمس عشرة سنة، وفي هذه الحالة لا صعوبة في الأمر، إذ تسري المدة الجديدة على كل تقادم لم يكتمل حين العمل به، مع إدخال المدة السابقة في الاعتبار، فإذا كان وضع اليد قد استمر عشر سنوات في ظل القانون القديم، فإنه ينبغي أن يستمر كذلك عشر سنوات أخرى في ظل القانون الجديد، ولا يتم التقادم بعد خمس سنوات حسب المدة الباقية طبقا للتنظيم الذي كان القانون القديم يقرره . (راجع كيرة بند ٢٠٦، مرسى بند ١٢٣، وانظر السنهاوري، مرجع سابق)

من أحكام القضاء:

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

(الطعن رقم ٢٠٧ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٥ / ٢٠٠٥)

* * *

تنازع القوانين المعدلة لمدد التقادم

النص التشريعي (مادة ٨) :

- ١- إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك.
- ٢- أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بإنقضاء هذا الباقي.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨ ليبي و ٩ سورى و ١٢ عراقى و ٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

قد يقرر القانون الجديد التقادم مدة أقصر من المدة المقرر في النص القديم، وفي هذه الحالة لا يبدأ سريان المدة الجديدة بالنسبة لتقادم بدأ من قبل، إلا من وقت العمل بالتشريع الجديد، كفالة لإستقرار المعاملات، فالواقع أن التقادم لم يكتمل في ظل القانون القديم، ولذلك لا يترتب حكمه، ولم يقصد من تقصير المدة في القانون الجديد إلى ترتيب هذا الحكم بإرادة الشارع دون إنقضاء المدة - بيد أنه رأى أن تستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة في الفقرة الأولى من المادة حالة اكتمال مدة التقادم التي نص عليها القانون القديم في ظل القانون الجديد، ولكن قبل أن تنتضى المدة الجديدة بتمامها، ويتحقق ذلك كلما كانت للبقية الباقية من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقرر في التشريع الجديد، كما لو كانت المدة القديمة خمس عشر سنة ولم يبق لاكتمالها سوى سنتين، ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاث سنين، ففي هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملاً بإنقضاء هاتين السنتين،

وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله امعانا فى تحقيق العدالة. وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من المادة على الحالة التى يكون فيها الباقي فى المدة القديمة اطول 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 ان يكون هناك محل للمفاجأة، وقد اثر المشروع هذا الحل من بين مختلف الحلول التى خطرت للفقه والقضاء، لانه اقلها استهدافا للنقد، وادناها إلى تحقيق العدل والإستقرار^(١).

رأى الفقه :

نصت المادة ٨ مدنى على مدة التقادم وكيفية حسابها، ذلك انه قد يصدر قانون جديد يحدد للتقادم مدة اقصر مما يقرره النص القديم عندئذ يكون مقتضى الأثر المباشر ان يطبق القانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل، فتطبق المدة القصيرة بدلا من المدة الطويلة - لم يشأ التقنين المدنى ان تسرى المدة الجديدة من وقت بدء التقادم، بحيث تدخل فيها المدة التى انقضت من قبل، بل قرر ان المدة الجديدة لا تسرى الا ابتداء من العمل بالقانون الجديد، وبذلك اسقط المدة السابقة التى انقضت من التقادم فى ظل القانون القديم، ويعتبر هذا تقييدا لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد. ولعل المشرع قدر ان اضافة المدة القديمة تعجيلا لاكتمال التقادم، وبذلك يفوت الفرصة على من يسرى التقادم ضده، فى ان يحول دون اكتمال التقادم، ولهذا جعل بداية سريان المدة الجديدة هو بدء العمل بالقانون الجديد، لا الوقت الذى

(١) مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - ص ٢٢٢ وما بعدها.

بدأ فيه التقادم في ظل القانون القديم - وقد يحدث ان تنتقضى من التقادم في ظل القانون القديم مدة طويلة، بحيث تصبح المدة الباقية لاكتمال التقادم اقصر من المدة الجديدة كلها، فلم يطبق المشرع قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد في هذه الحالة، بل طبق قاعدة اخرى هي إستمرار القانون القديم في حكم التقادم الذى بدأ في ظله - وثمة فرض آخر لم يعالجه القانون، وهو ان يقرر النص الجديد مدة للتقادم اطول مما قرره النص القديم، وهنا ايضا يطبق القانون الجديد على كل تقادم بدأ ولم يكتمل مدته قبل صدور ذلك القانون، فإن كان قد مضى من المدة القديمة تسع سنوات، فإن حساب المدة الجديدة (٢٠ سنة) يسرى من وقت بدء التقادم في ظل القانون القديم وليس من وقت بدء العمل بالقانون الجديد، وبذلك يجب ان تستمر مدة التقادم احدى عشر سنة حتى تتم مدة العشرين سنة^(١).

• تقصير القانون المدني الجديد لمدة التقادم: تكفل المشرع المصري

في هذه المادة بالصعوبة التي كانت تثور بالنسبة لتقصير مدة التقادم وقد حل هذه الصعوبة وفي هذا الصدد ينبغي أن نفرق بين حالتين: الحالة الأولى: وهى حالة ما إذا كانت المدة الباقية من التقادم بحسب القانون القديم أطول من المدة التي قررها القانون الجديد من وقت العمل به مع صرف النظر عن المدة التي مضت في ظل القانون القديم، وفي هذا إعمال لقاعدة الأثر المعاصر للقانون الجديد، فإذا مضى من التقادم ثلاث سنوات مثلاً في ظل القانون القديم، وبعد ذلك صدر القانون الجديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلاً من ١٥ سنة، فإن المدة التي قررها القانون الجديد هى التي تسري،

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية - المرجع السابق - الدكتور عبد الحى حجازي

ويستمر التقادم تبعا لذلك عشر سنوات من وقت العمل بالقانون الجديد، أى أنا نصرف النظر عن الثلاث سنوات التي انقضت في ظل القانون القديم، وذلك لأن المدة الباقية من التقادم في ظل القانون القديم وهى ١٢ سنة، أطول من المدة التي قررها القانون الجديد وهى عشر سنوات، **والحالة الثانية:** وهى الحالة التي تكون فيها المدة الباقية للتقادم حسب القانون القديم أقصر من المدة التي يحددها القانون الجديد، في هذه الحالة لا يسري القانون الجديد، ويكتمل التقادم طبقا للمدة الباقية في ظل القانون القديم، ومعنى هذا إحلال فكرة الأثر المستمر للقانون محل الأثر المباشر للقانون الجديد، وعلى ذلك إذا كان التقادم قد استمر مدة ١٢ سنة مثلاً قبل العمل بالقانون الجديد، ثم صدر القانون الجديد وجعل مدة التقادم ١٠ سنوات بدلا من ١٥ سنة فإن التقادم يكتمل في هذه الحالة طبقا للقانون القديم، فيستمر ثلاث سنوات لأن المدة الباقية - وهى ثلاث سنوات - أقل من المدة التي قررها القانون الجديد على مدة التقادم في مثل هذا الغرض. (الدكتور/ توفيق فرج، مرجع سابق).

من أحكام القضاء:

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

الأولى من قانون المرافعات السابق التي تقضى بعدم سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.
(جلسة ١٩٢٢/٣/٢٣ مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - مدني ص ٥٠٧ وما بعدها)
(جلسة ١٩٢٣/١٢/٢٨ مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - بند ٦٠ - ص ٤٠٤)

٢ - جرى قضاء هذه المحكمة على أن "هذا التقادم يعد بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد...". لما كان ذلك، وكان تاريخ تسليم الرسالة للمرسل إليه هو ١٩٩٩/٧/١٢ وكانت أحكام قانون التجارة القديم تنص على تقادم الحق في رفع الدعاوى بمضي مائة وثمانين يوماً من تاريخ التسليم - بينما مدة التقادم في القانون الجديد هي سنة من تاريخ ذلك التسليم فيكون أقصر المدتين هي التي نص عليها قانون التجارة القديم وبذلك يسقط الحق في رفع هذه الدعاوى يوم ٢٠٠٠/١/١٣ وإذ أقيمت الدعاوى بتاريخ ٢٠٠٠/٩/١٠ فإنها تكون قد أقيمت بعد الميعاد.
(الطعن رقم ٣٣٢٦ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٢ / ٢٠٠٣)

٣ - لما كانت المادة (٤٦٥) من قانون التجارة الجديد الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والمعمول به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ قد استحدثت بفقرتها الثانية مدة تقادم تسقط بمقتضاها دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف، وكان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من

القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق، فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أن الدعوى الحالية المقامة من البنك المطعون ضده ضد الطاعن بالمطالبة بقيمة السندات الإذنية مثار النزاع يحكمها قانون التجارة القديم الذي نشأت في ظله، ولم يُعمل مدة التقادم المستحدثة بالفقرة الثانية من المادة (٤٦٥) من قانون التجارة الجديد الواجبة التطبيق رغم وجوب سريانها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القانون المدني من وقت العمل بالنص الجديد بحسبان أن هذه المدة أقصر مما قرره النص القديم، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً.

(الطعن رقم ٨٩٣ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٢ / ٢٠٠٥)

٤ - النص في المادة ٤٦٥ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ - الساري من ١ / ١ / ١٩٩٩ - على أن "١ - تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابليها بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق. ٢ - وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في الميعاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف". ٣ - وعلى هذا فإن الدعاوى المرفوعة على محرر السند الإذني - وهو في مركز المسحوب عليه القابل بثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق - وكان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من بين القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه

وبين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدني التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد التي تقضي بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد، إذا كان قد قررت مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقي منها أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي. لما كان ذلك، وكان الثابت من السندات أساس المطالبة أن ميعاد الاستحقاق شهريا من ١٥ / ٩ / ١٩٩٦ وحتى ١٥ / ١١ / ١٩٩٨ فإنه وباحتساب التقادم من بدايته طبقا للمقرر قانونا وحتى ١ / ١٠ / ١٩٩٩ تاريخ العمل بالقانون الجديد فإنه يكون قد مضى منها حوالي ثلاث سنوات ولا تكون مدة التقادم قد اكتملت إذ إنه يتم بانقضاء باقي الخمس سنوات المقررة في النص القديم باعتبار أن المدة الباقية "سنتين" أقصر مما قرره النص الجديد، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ٤٠٠ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١٠ / ٢٠١٠)

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

(الطعن رقم ٣٦٤ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ١٠ / ٢٠١٠)

سريان نصوص أدلة الإثبات التي تعد مقدماً

النص التشريعي (مادة ٩) :

تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٩ ليبي و ١٠ سوري و ١٣ عراقي و ١٠ سوداني.

الأعمال التحضيرية :

لقواعد الإثبات صلة وثيقة بقواعد المرافعات، فثمة إجراءات يجب أن تتبع في تقديم الدليل أو نفى حجته أما القضاء كإجراءات التحقيق وإجراءات الطعن بالتزوير وما إليها، وهذه الإجراءات جميعاً تتعلق بالنظام العام لإتصالها بنظام التقاضي، ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة على أن النصوص المتعلقة بها تسرى من وقت العمل بمقتضاها - وقضت الفقرة الثانية من هذه المادة بتطبيق الحكم نفسه بالنسبة إلى النصوص المتعلقة بجواز قبول الدليل وما يترتب عليه من أثر، والواقع أن جواز قبول امر يتعلق بإدارة إنقضاء ويتصل الوثق إتصال بالنظام العام، فإذا كان التشريع القديم لا يجيز قبول دليل من الأدلة في شأن واقعة من الوقائع أمام القضاء، ثم صدر قانون جديد يبيح ذلك، فنصوص هذا القانون هي التي تسرى ولو كان الحق المتنازع قد نشأ في ظل التشريع القديم، وكذلك الحكم فيما يتعلق بأثر الدليل في الإثبات، فهذا الأثر وهو ما يعرف في إصطلاح الفقهاء بالحجية أمر تتكفل النصوص بتعيينه ليكون أساساً للفصل في

الخصومات، فمن الواجب والحال هذه ان تسرى هذه النصوص من وقت العمل بها لإتصال حجية الأدلة بالنظام العام^(١).

رأى الفقه:

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

ويمكن اعتبار هذا الحل تطبيقا للإستثناء الوارد على قاعدة الأثر المباشر، ذلك الإستثناء الذى يقضى بإستمرار تطبيق القانون القديم فى حكمه العقود التى أبرمت فى ظله فيما يتعلق بآثارها المستقبلية^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ - ص ٢٢٥ ، ٢٢٦.

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية - الدكتور عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٤٢٣

• **الأحكام المتعلقة بأدلة الإثبات:** أدلة الإثبات هي الأدلة التي يقوم ذوو الشأن بإعدادها لإثبات حقوقهم، وهم يقومون بذلك عادة في الوقت الذي يتم فيه تصرف من التصرفات كالبيع والإيجار والقرض، حتى إذا ما قام نزاع حول حقوقهم المترتبة على تلك التصرفات أمكنهم الاستناد الى الدليل الذي أعدوه لإثباتها، وإذا كان الغالب أن تعد الأوراق لإثبات التصرفات القانونية على هذا النحو، فقد يحدث في بعض الحالات أن تعد الأوراق لإثبات الوقائع المادية، وهذا ما يكون عادة في الشهادات التي تعد لإثبات واقعة الميلاد أو الوفاة .

• **الأدلة التي تعد مقدما للإثبات:** وهي الأدلة المهيأة (preuves préconstituées) هي عادة الكتابة، والكتابة إما رسمية وإما عرفية، والكتابة الرسمية هي التي يقوم بها موظف عام مختص وفقا لأوضاع مقررة، أما الكتابة العرفية فهي الكتابة التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم، وقد بين القانون المدني، الحل في تنازع القوانين المتعلقة بأدلة الإثبات التي تعد مقدما، أي التي تعد وقت قيام الواقعة أو التصرف، فقرر في المادة التاسعة أن " تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده "، هذا النص يعرض الدليل المعد أو الذي كان ينبغي إعداده قبل قيام أية خصومة قضائية، ويحدث ذلك عادة في وقت وقوع الفعل أو صدور التصرف الذي يتعرض الدليل له بالإثبات، وقد بين هذا النص أن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأدلة التي تعد مقدما أو كان ينبغي إعدادها، هو القانون الجديد الذي يعمل به عند إعداد الدليل أو عند الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده، إن لم يكن قد أعد فعلا، وهذا تطبيق لمبدأ عدم الرجعية، فالقانون القديم هو

الواجب التطبيق على الأدلة التي أعدت في ظله أو كان ينبغي إعدادها، ولا يهتم بعد ذلك ما إذا ألغى القانون الجديد دليلاً كان يفرضه القانون القديم، ولا ما إذا تطلب دليلاً لم يكن القانون القديم يتطلبه، فإذا كان القانون القديم يتطلب لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على عشر جنيهاً أن تكون مكتوبة، ولكنه لا يتطلب الكتابة لإثبات التصرفات التي نقل قيمتها عن ذلك، وإنما يكفي بشهادة الشهود، فإن التصرف الذي تم في ظله وكانت قيمته أزيد من عشر جنيهاً، بأن كانت ١٥ جنيهاً مثلاً، يلزم أن يكون مكتوباً، حتى ولو جاء القانون الجديد وقرر أن الكتابة غير لازمة للإثبات إلا بالنسبة للتصرفات التي تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً، وعلى العكس من ذلك إذا كانت قيمة التصرف الذي أبرم في ظل القانون القديم أقل من عشرة جنيهاً بأن كانت ثمانية جنيهاً مثلاً، فإن مثل هذا التصرف يظل جائز للإثبات بشهادة الشهود، حتى ولو فرض أن جاء القانون الجديد واستلزم الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على خمسة جنيهاً، ومن ذلك يتبين أن القانون الذي ينبغي تطبيقه في شأن الأدلة التي تعد مقدماً للإثبات هو القانون الذي كان قائماً وقت إعداد الدليل أو في الوقت الذي ينبغي إعدادها فيه، بصرف النظر عن أحكام القانون الجديد، حتى لا يتأثر مركز الخصوم بتلك الأحكام، ويرجع إقرار هذه القاعدة، إلى أن الدليل المهيأ أو الذي يعد مقدماً، يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تم تهيئته، ويمكن توثيق الصلة بالناحية الموضوعية في الحق . (الجارحي، مرجع سابق، فرج، مرجع سابق)

• **القرائن القانونية:** يراعى أن القرائن القانونية تعد كذلك أدلة مهيأة يتولى القانون إعدادها، لكي تعفى من تقررت لصالحه من عبء

إثبات ما جاءت به، متى توافرت الوقائع أو الظروف التي تقوم عليها القرينة، فإذا توافرت الوقائع أو الظروف التي تقوم عليها القرينة في وقت معين، وكان القانون يعتبر توافرها قرينة، فإننا نكون بصدد قرينة قانونية من تاريخ اعتبار المشرع لها كذلك، وبالتالي لا تسري على الوقائع أو الظروف التي توافرت قبل ذلك، وإن كان يمكن اعتبار توافر تلك الوقائع أو الظروف قرينة قضائية وليست قانونية، وإذا ألغى القانون قرينة قانونية، تظل الوقائع أو الظروف التي كانت تكونها خاضعة للقرينة التي كانت تستخلص منها . (انظر موسوعة الإثبات للمؤلف، مرجع سابق).

من أحكام القضاء :-

١ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الأحكام طريقتهم الحكم لا الشهادة، ولا الوكالة، وإن اتفقوا علي رأي نفذ حكمهم، ووجب علي القاضي إمضاؤه دون تعقيب. ولئن كانت الفقرة الأخيرة من المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد نصت علي أنه: "وللمحكمة أن تأخذ بما أنتهي إليه الحكمين أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوي " مما مفاده أن المحكمة لا تلتزم برأي الحكمين فلها أن تأخذ به أو تطرحه اعتمادا علي ما تستخلصه من الأدلة حسبما تطمئن إليه منها بما مؤداه أن رأي الحكمين لم يعد وجوبيا، إلا أنه يسري علي الأدلة وقوتها القانون الذي كان معمولا به في الوقت الذي حصل فيه الدليل أو الوقت الذي كان ينبغي أن يحصل فيه، إذ تنص المادة التاسعة من القانون المدني علي أنه: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده"، ولم يبلغ قانون الإثبات القائم هذا النص، وكانت الدعوي قد رفعت وحكم فيها بحكم نهائي

من محكمة الاستئناف قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وسريانه، فإنه لا ينطبق علي الدعوي الماثلة. لما كان ذلك، وكان الثابت من تقرير الحكام الثلاثة أنهم قد خلصوا إلي تطبيق المطعون ضدها علي الطاعن مع تنازلها عن حقها في مؤخر الصداق والنفقة، وإذ قضي الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذي قضي بالتطبيق دون إسقاط حق المطعون ضدها في مؤخر الصداق والنفقة وفقا لما أنتهي إليه الأحكام الثلاثة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

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

* * *

تنازع القوانين من حيث المكان

الرجوع للقانون المصري في تحديد القانون

الواجب التطبيق

النص التشريعي (مادة ١٠) :

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

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة مقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٠ ليبي و ١١ سوري و ١٧ عراقي و ١٣ سوداني.

الأعمال التحضيرية :

تقضى الفقرة الأولى من هذه المادة بوجوب رجوع المحاكم إلى القانون المصري في تكييف الروابط القانونية، تمشيا مع الراى الذى كاد ينعقد عليه الاجماع فى الوقت الحاضر. ويراعى من ناحية ان للنص على هذا الحل أهمية خاصة فى مصر، بسبب توزيع ولاية القضاء بين محاكم مختلفة، وينبغى ان يفهم من وجوب رجوع المحاكم المصرية إلى قانونها فى مسائل التكييف التزامها بالرجوع إلى القانون المصرى فى جملته، بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالاموال ايا كان مصدر هذه القواعد دون ان تقتصر على الأحكام التى تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء... ويراعى من ناحية اخرى ان تطبيق القانون المصرى بوصفه قانونا للقاضى فى مسائل التكييف لا يتناول الا تحديد طبيعة العلاقات فى النزاع المطروح لادخالها فى نطاق طائفة من طرائف النظم

القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد إختصاصا تشريعيا معيناً، كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الاموال، ومتى تم هذا التحديد، انتهت مهمة قانون القاضى، اذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضى الا ان يعمل أحكام هذا القانون... على ان الفقرة الثانية قد استثنت من حكم القاعدة العامة حالة تعلق التكيف بتعيين صفة العقار أو المنقول، فجعلت المرجع فى ذلك بإعتبارات عملية استرعت انتباه الفقه والقضاء^(١).

رأى الفقه :

١ - ان علاقات القانون الدولى الخاص لا تنتم بطابع سيادة الدولة أو سلطانتها، الا ما كان منها ذا طابع امر اونه، بسبب تعلقه بمصلحة عليا، وكانت لذلك متعلقة بالنظام العام أو الاداب. ولذا يمكن القول بصفة عامة انه يمكن ان يسرى فى علاقات القانون الخاص مبدأ إمتداد القوانين، مادام انه لا يخل بسيادة الدولة ان يسمح بأن يطبق فى اقليمها قانونى اجنبى لحكم علاقة من علاقات القانون الخاص. ولذا يوجد فى قوانين جميع الدول قواعد تنظيم تطبيق القوانين الاجنبية فى اقليمها، وهذه تسمى قواعد القانون الدولى الخاص، وهى قواعد لا تنظم العلاقات القانونية، بل تبين القانون الذى يجب تطبيقه على العلاقة القانونية التى يوجد فيها عنصر اجنبى، اهو القانون الوطنى ام القانون الاجنبى، وفيما يتعلق بقانوننا نجد هذه القواعد فى القانون المدنى فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ - وتصدر هذه القواعد عن معايير تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية التى يتوافر فيها عنصر اجنبى^(٢). (١)

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

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية- الدكتور عبد الحى حجازي- المرجع السابق

٢ - إذا كان النزاع ذا صبغة اجنبية، وكان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبى، فإن المشرع المصرى ترك لقاعدة الإسناد تحديده. وقد وضع المشرع القواعد الأساسية فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ مدنى، وكانت أولى هذه القواعد الأساسية هى القاعدة التى لها الصدارة فى فقه القانون الدولى الخاص، وهى مسألة تكييف بالعلاقة القانونية محل النزاع، وهى مسألة أولية يقتضى على القاضى الفصل فيها قبل النظر فى القانون الواجب التطبيق، ذلك انه يقتضى عند قيام نزاع فيه عنصر اجنبى، ان يحدد القاضى أولا طبيعة العلاقة القانونية المطروحة أمامه للفصل فيها، وتحديد العلاقة القانونية من الأهمية بمكان، حتى يستطيع القاضى على ضوء هذا التكييف الاهتداء إلى قاعدة الإسناد المقررة فى القانون-ولقد ثار الخلاف فى الفقه حول القانون الذى يخضع له تحديد العلاقة القانونية عند تنازع القوانين، وإستقر القانون المصرى على ارجح الاراء فى الفقه الحديث، وهو اخضاع التكييف أو تحديد العلاقة القانونية فى النزاع المطروح، لقانون القاضى، اى للقانون المصرى، لهذا جاء نص المادة ١٠ من القانون المدنى الحالى بأن القانون المصرى هو المرجح فى تكييف العلاقات فى قضية تتنازع فيه القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق^(١).

٣ - قد تكون العلاقة المعروضة على القاضى اما وطنية، واما اجنبية أو ذات عنصر اجنبى، فإن كانت وطنية، وجب تكييفها وفقا للنظام القانونى الوطنى، اى وفقا للقانون المصرى فى مجموعه، ولا شك ان الشريعة المسيحية والموسوية تدخلان فى جملة النظام القانونى المصرى، وان كان

(١) منازعات الأحوال الشخصية - مقال - للأستاذ نصيف زكي - المحاماه - السنة ٣٦ -

العدد ٩ - ص ١٤٧ وما بعدها، والعدد ١٠ - ص ١٦٠١ وما بعدها، والسنة ٣٢ -

العدد ١ - ص ١٠٣ وما بعدها.

البعض يرى وجوب جريان التكييف فى كل الأحوال وفق الشريعة الإسلامية، وذلك بحسبانها النظام الغالب فى نظامنا القانون المركب، وبحسبانها النظام صاحب الولاية العامة بالنسبة لجميع المصريين (الأحوال الشخصية لغير المسلمين - للدكتور توفيق فرج - ص ١٤ وما بعدها) - وان كانت العلاقة ذات عنصر اجنبى، أو اجنبية، فالقانون المصرى هو المرجح فى تكييف هذه العلاقة طبقا للمادة ١٠ من القانون المدنى، وذلك بوصف ان القانون المصرى هو قانون القاضى الذى يفصل فى النزاع، وقد اتبع مشرعنا فى ذلك رأى الغالب فى فقه القانون الدولى الخاص، وما هو عليه الحال فى معظم التشريعات الاجنبية، وهو ايضا ما ذهبى إليه محكمة النقض^(١).

٤ - يقصد بالقانون المصرى فى معنى المادة ١٠ من القانون المدنى المصرى، فى جملته، بما تتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو الأحوال أو الإلتزامات، وايا كان مصدر هذه القواعد، وبعبارة اخرى لا يقتصر القاضى عند تحديده العلاقات القانونية، ان يبحث عن نوع تلك العلاقة وفقا لتوزيع ولاية القضاء، بل له ان يبحثها فى القانون المدنى، كما ان له ان يرجع إلى الشريعة الإسلامية أو القوانين الخاصة المنظمة للميراث أو الوصية و... الخ، وله ايضا تكييف تلك العلاقة وفقا لروح التشريع المصرى وإتجاه القضاء فى الجملة وفقا لثقافته القانونية (يراجع ايضا: مقال: الأحوال الشخصية للاجانب ومدى خضوعها لأحكام الشريعة للأستاذ سيف النصرزكى - مجلة التشريع والقضاء - السنة ٢ - العدد ٥ - ص ٢٥ وما بعدها). وليس للقاضى ان يحيد عن تشريعه عند قيامه بهذه

(١) المقصود بالأحوال الشخصية - مقال - المستشار أحمد خيرت - مجلة القضاء - العدد

٨ - سبتمبر سنة ١٩٢٣ - ص ٦١ وما بعدها.

المهمة مهما دقت العلاقة القانونية وإختلفت طبيعتها عما هو مألوف لديه، إذ يمكنه بمراجعة وقائع الدعوى وعناصرها المادية أن ينسب تلك الوقائع إلى نوع معين من النظم القانونية المعروفة في قانونه، وهذه العملية عبر عنها البعض: (بوضع القماش القانوني الأجنبي في دولا ب النظم الوطنية)، على أن تطبيق القانون المصري بوصفه قانون القاضي في مسائل التكيف لا يتناوله إلا تحديد طبيعة العلاقة في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد إختصاصا تشريعيا معيناً، كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بأهليتهم أو بالمواريث أو الوصايا أو بمركز الأموال، ومتى تم هذه التحديد انتهت مهمة القاضي، إذ يتعين عندئذ القانون الواجب التطبيق، ويتحتم على القاضي أن يعمل بأحكام هذا القانون المادة ١٠ مدني لتعيين الحدود التي يقف عندها إختصاص قانون القاضي في التكيف^(١).

• التعريف بالقانون الدولي الخاص وطبيعة قواعده: العلاقات التي

تقوم بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بحتة بجميع عناصرها، وإما أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها، فإذا باع أحد المصريين مثلاً عقاره الموجود في مصر لمصري آخر، فإن العلاقة تكون علاقة وطنية بحتة في كل عناصرها، وعناصر العلاقة هي: الأشخاص والموضوع والمكان الذي قامت فيه العلاقة، فالأشخاص في هذه الحالة مصريون، وموضوع العلاقة وهو العقار موجود في مصر، والمكان الذي قامت فيه العلاقة هو مصر، وهنا لا تدخل قواعد القانون الدولي الخاص، لأن جميع عناصر العلاقة وطنية . أما إذا كان أحد العناصر السابقة أجنبياً،

(١) تكيف العلاقة القانونية وأهميته في مسائل ومنازعات الأحوال الشخصية - مقال

المستشار حسن رفعت - المحاماه - السنة ٣١ - العدد ٤ - ص ٨٤٨ وما بعدها.

بأن كان أحد الأشخاص أجنبياً، أو أن العلاقة قامت في بلد أجنبي، أو أن موضوع العلاقة كان موجوداً في الخارج، فإن قواعد القانون الدولي الخاص تتدخل، فتبين ما هي المحكمة المختصة، هل هي المحكمة الوطنية أو المحكمة الأجنبية، كما تبين ما هو القانون الذي يحكم العلاقة، هل هو القانون الأجنبي أم القانون الوطني، ومن هذا يتبين أن القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بين الأفراد، وذلك من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، فالقواعد التي يحتوي عليها القانون الدولي الخاص لا تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بصورة مباشرة، ولكن وظيفة هذه القواعد، بعد أن تحدد المحكمة المختصة، هي بيان القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وقد يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وبمعنى آخر، إن قواعد القانون الدولي إذا كانت تبين القانون الواجب تطبيقه وهل هو القانون المصري أم القانون الأجنبي، فإنها لا تمس موضوع النزاع الأصلي، لأن الفصل في هذا الموضوع، لا يكون إلا بتطبيق القانون الموضوعي الذي تحيلنا إليه قواعد القانون الدولي الخاص، ومن هذا نستطيع أن نتبين أن موضوع القانون الدولي الخاص هو بيان اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي، وبيان القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات، وهذا هو الموضوع الرئيسي للقانون الدولي الخاص، ولكن البعض من الفقهاء يرون إدخال موضوعات أخرى في نطاق القانون الدولي الخاص، هذه الموضوعات الأخرى هي القواعد التي تنظم الجنسية والقواعد الخاصة بالموطن وبمركز الأجانب، وعلى هذا فإن القواعد التي تنظم متى تثبت للشخص جنسية البلد تعد من قواعد

القانون الدولي الخاص، مع أنها تنظم علاقة الفرد بالدولة من حيث حقه في التمتع بجنسيتها، وبما أنها علاقة بين الفرد والدولة، فهي في أصلها من علاقات القانون العام، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الأخرى التي تنظم توطن الأجانب في الدولة وتلك التي تبين مركزهم من حيث تمتعهم بالحقوق وتحملهم بالواجبات في الدولة، وهذه القواعد هي الأخرى تدخل أصلا في نطاق القانون العام، لأنها تنظم علاقة الدولة بالأجانب، ويراعى أن هذا الفرع من فروع القانون قد سمي بالقانون (الدولي) نظرا لأن أحكامه تطبق بالنسبة للعلاقات التي كون فيها عنصر أجنبي أو أكثر، أى أن العلاقة تكون دولية بالنسبة الى عنصر من عناصرها، كما سمي (بالخاص) لأنه يطبق بصدد المنازعات التي تهم الأفراد، وبذلك يتميز عن القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين الدول، والواقع أن قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة تعد قواعد مختلطة . فالقواعد التي تتعلق بالجنسية والموطن ومركز الأجانب تدخل في نطاق القانون العام، لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والأفراد، أما القواعد الأخرى الخاصة ببيان الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهي ما تسمى بقواعد تنازع القوانين، فهي تدخل في نطاق القانون الخاص . (توفيق فرج، السنهاوري، غانم، المراجع المشار إليها)

• **قواعد الإسناد وطبيعتها:** قواعد الإسناد هي " القواعد القانونية التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي "، فهي قواعد تواجه المراكز أو العلاقات الداخلية فيما يسمى بالحياة الخاصة الدولية (شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب ص ٧) وقواعد الإسناد على هذا النحو هي قواعد يضعها المشرع الوطني لاختيار أكثر القوانين المتزاحمة ملائمة لحكم العلاقة

الخاصة المتضمنة عنصرا أجنبيا، وأكثرها إيفاء بمقتضيات العدالة من وجهة نظره، فقواعد الإسناد تهدف إذن الى وضع أكثر الحلول مناسبة، من وجهة نظر المشرع الوطني، لحكم العلاقات الخاصة الدولية (هشام صادق، مرجع سابق ص ٣، ٧) ومن هنا يبدو لنا أن القول بأن مهمة قواعد الإسناد هي فض مشكلة (تتازع القوانين) يتضمن قدرا كبيرا من التجوز، فليس هناك (تتازعا حقيقيا بين أكثر من قانون يدعى كل أنه صاحب سند شرعي في حكم المنازعة) ولا يعقل أن يكون هذا هو ما قصده الفقيه الهولندي Huber حينما ابتكر تسمية (تتازع القوانين) إذ من المعلوم أن المدرسة الهولندية قد أقامت تطبيق القانون الأجنبي على فكرة المجاملة الدولية، ولا شك أن إرجاع تطبيق القانون الأجنبي الى فكرة المجاملة يتنافى في ذاته مع القول بأن هناك ثمة تتازعا حقيقيا بين القوانين لحكم العلاقات الخاصة الدولية، ولا يستقيم تعبير (تتازع القوانين) إلا إذا سايرنا الاتجاهات الفقهية التي ظنت أن قواعد الإسناد تقوم بتوزيع الاختصاصات القانونية المختلفة، وتحدد نطاق تطبيق القوانين المتنازعة لحكم المراكز القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا، ولا شك أن مثل هذه الاتجاهات تقوم على وهم خاطئ، إذ لا يتصور بحال من الأحوال أن مهمة قواعد الإسناد الفرنسية مثلا هي توزيع الاختصاص التشريعي للقوانين الأجنبية المختلفة، فالقانون الدولي الخاص لا يقوم بتوزيع الاختصاص بين الدول، وإنما ينحصر موضوعه المباشر - وفقا لما انتهى إليه الفقه الحديث - في حكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي (بحيث تنصب قواعده على العلاقة التي تبحث عن حل قانوني لا على القانون الذي يريد أن يبسط سلطانه ليحكم تلك العلاقة " (د/ أحمد القشيري، نطاق وطبيعة القانون المدني الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٨، ص ١٢٢) وإذا كنا قد أبرزنا ما يتضمنه

اصطلاح تنازع القوانين من تجوز، فإن حرصنا مع ذلك على استخدامه لا يعدو أن يكون تمشياً مع اتجاه الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص، والذي درج على استخدامه دون أن يقصد ما قد يتضمنه الاصطلاح من معنى التسليم بوجود ثمة تنازع حقيقي بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقات الخاصة الدولية (عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ١٩٥٥ رقم ٣) .

• **طبيعة قواعد الإسناد:** يختلف الفقه حول طبيعة قواعد الإسناد ومدى انتمائها الى كل من فرعي القانون العام والقانون الخاص، ويتجه فريق من الشراح الى اعتبار قواعد الإسناد جزءاً من القانون العام، وأساس هذا الرأي أن مهمة هذه القواعد هي توزيع الاختصاص التشريعية بين الدول، وقد مضت الإشارة الى ما يتضمنه هذا النظر من قصور . فقاعدة الإسناد لا تضع حلاً للتنازع بوصفه تنازعا بين السيادات، وإنما تنحصر مهمتها في وضع الحل الملائم للعلاقة الخاصة الدولية محل النزاع، ولهذا يميل الفقه الغالب الى القول بأن قواعد الإسناد تنتمي الى القانون الخاص، لأنها تحكم علاقات خاصة وإن تضمنت عنصراً أجنبياً، فإعمال قواعد الإسناد لا يعرض في الأصل، إلا بمناسبة علاقات القانون الخاص، مثل الروابط التعاقدية ومسائل الزواج والميراث والوصايا الخ، أى العلاقات التي لا تكون الدولة موضوعاً لها أو طرفاً فيها بوصفها صاحبة السيادة، ومادامت الغاية من قواعد الإسناد هي تنظيم علاقات القانون الخاص التي تتطوي على عنصر أجنبي، ببيان القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على هذه العلاقات، فإن مؤدى ذلك أن تعتبر تلك القواعد شقاً مكملًا لقواعد القانون الخاص الموضوعية . (د/ محمد كمال فهمي، مرجع سابق ص ٥٦)

أما قيام قواعد الإسناد بتحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان فهو

أمر غير مقصود في ذاته، بل هو نتيجة طبيعية لتعيين القانون الدولي الذي يحكم النزاع، وبعبارة أخرى فإن قيام قواعد القانون الدولي الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق، لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة تستخدمها هذه القواعد للتوصل الى الهدف الذي تسعى إليه، وهو تنظيم الحياة الخاصة الدولية (فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص ١١٠، محمد كمال فهمي ص ٥٦) ومهما كان الأمر، فإن جانباً من الفقه الحديث قد تصور مع ذلك قيام تنازع القوانين في مجال علاقات القانون العام، على الأقل في بعض الفروض، وهو اتجاه أملتته بالدرجة الأولى دقة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وصعوبة التمييز بينهما من جهة، وما أظهره العمل من صور مختلفة لحالات تطبيق القانون العام الأجنبي أمام القضاء الوطني من جهة أخرى، ولا شك أم مراعاة هذا الاتجاه الأخير قد يصعب معه التسليم المطلق باعتبار قواعد الإسناد جزءاً من القانون الخاص، ودون أن نتطرق الآن لمناقشة هذا الاتجاه، والأخذ بالرأى السالف قد يقتضي القول بالطبيعة المختلطة لقواعد الإسناد، وذلك على أساس اتصالها المزدوج بكل من القانون الخاص من ناحية، والقانون العام من ناحية أخرى. (هشام صادق، مرجع سابق، فؤاد رياض، مرجع سابق، محمد كمال فهمي، مرجع سابق).

• على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه قواعد

الإسناد: إذا خلص القاضي من تكييفه للعلاقة القانونية المعروضة عليه، ورأى أن القانون الأجنبي هو واجب التطبيق، تعين عليه تطبيقه دون أن يتمسك الخصوم بذلك، ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون المصري بوصفه قانوناً للقاضي في مسائل التكييف لا يتنازل إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً

معينا كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال، ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضي إذ يتعين القانون الواجب تطبيقه ولا يكون للقاضي إلا أن يعمل بأحكام هذا القانون وقد استرشد المشروع في صياغة القاعدة الواردة في الفقرة الأولى بالمادة ٦ من تقنين بوستامنتي والمادة ٧ من المجموعة الأمريكية الخاصة بتنازع القوانين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٥ وما بعدها)

• **كيفية إثبات القانون الأجنبي:** عدم التقيد بقواعد الإثبات القضائي التي نظمها المشرع لإثبات الوقائع، فكل من المشرع المصري أو الفرنسي لم ينص صراحة على الطرق الجائز الالتجاء إليها للبحث عن مضمون القانون الأجنبي، ولذا كان الأصل هو حق القاضي في الالتجاء إلى كافة وسائل العلم بالقانون الأجنبي التي يراها الأصلح للوصول إلى الحقيقة الموضوعية فهو لا يتقيد سلفا بالطرق التي نص عليها المشرع لإثبات الوقائع، وإن جاز له الاستئناس بها إذا تبين سلامتها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي، ولهذا السبب فقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على استبعاد الاعتراف واليمين كوسائل لإثبات القانون الأجنبي، رغم أنها من أكثر الطرق استخداما لإثبات الوقائع، فلا يجوز للقاضي أن يأخذ باعتراف الخصوم واتفاقهم على مضمون معين للقانون الأجنبي، لأن من واجبه تطبيق القانون الأجنبي الكائن فعلا في الخارج، لا أن يطبق قانونا وهميا فرضته عليه إرادة الخصوم أو مصلحتهم في الدعوى، وعلى العكس فقد أقر كل من القضاء الفرنسي والمصري إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم نصوص القانون الأجنبي نفسها أو ترجمتها. (هشام صادق، مرجع سابق ص ٢٣٨).

• الحل الواجب الاتباع عند استحالة التوصل الى مضمون القانون

الأجنبي: التزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ينتهي في الأحوال التي يستحيل فيها التوصل إلى الكشف عن أحكام هذا القانون، وقد تنوعت الاتجاهات الفقهية التي واجهت هذا الفرض فمنهم من ذهب إلى الامتناع عن الفصل في النزاع وذلك لتعذر الكشف عن أحكام القانون وقد انتقد هذا الرأي لتعارض مع المبادئ العامة في قانون المرافعات ولأن القاضي ملزم دائما بالبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق حتى ولو لم يكن هناك نص وذهب رأى آخر لتطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدينة تأسيسا على افتراض تطابق القانون الأجنبي مع هذه المبادئ إلا أن هذا الرأي قد تم انتقاده لأنه يفتر على السند القانوني كما يفرض القاضي سلطات واسعة تؤدي للتحكم وذهب اتجاه آخر لتطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه فإذا أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق القانون الأمريكي وتعذر على القاضي الكشف عن مضمونه، فله أن يطبق القانون الإنجليزي باعتباره من نفس (العائلة القانونية)، وقد انتقد هذا الرأي على أنه من المستحيل أو الصعب التقارب بين التشريعات المختلفة وقد ذهب رأى آخر إلى تطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وقد انتقد هذا الرأي بدوره لأنه يقوم على أساس خاطئ، فليس صحيحا أن القانون الوطني هو صاحب الاختصاص العام لحكم علاقات القانون الخاص حتى لو تضمنت عنصرا أجنبيا، ذلك أن طبيعة العلاقات الدولية تتنافى مع القول بالولاية العامة للقانون الوطني، فالأصل في مجال العلاقات الخاصة الدولية هو تطبيق القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وطنيا كان أم أجنبيا (د/ مصطفى كامل ياسين ص ٥٥٢، ٥٥٣) وقد ذهب رأى آخر إلى

تطبيق القانون الأكثر ارتباطا بالمسألة المعروضة بعد القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه، وأساس هذا النظر هو أن المشرع بهدف من وراء قواعد الإسناد الى إخضاع العلاقات الدولية الى أكثر القوانين ارتباطا بها، وأقدرها بهذا الوصف على تحقيق العدالة من وجهة نظره، فإن تعذر الكشف عن مضمون هذا القانون، فإن الأقرب الى حكمة التشريع هو تطبيق أكثر القوانين الأخرى ارتباطا بالنزاع، سواء كان قانونا أجنبيا أم قانون القاضي نفسه، وللقاضي في هذا السبيل أن يستهدي بالمبادئ العامة في التنازع السائدة في قانونه، ليكشف من خلالها عن اقرب الحلول الى هذه المبادئ وأكثرها تحقيقا للهدف الذي تسعى إليه (هشام صادق، مرجع سابق) وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يتوخى القاضي سلطة التشريع ويمنحه القدرة على وضع قاعدة إسناد احتياطية في الفروض التي يتعذر فيها الكشف عن مضمون القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية . والخلاصة أنه لو تعذر الكشف عن أحكام القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد الأصلية فإن مراعاة حكمة التشريع وطبيعة العلاقة الدولية محل البحث يحتم القول بتطبيق أكثر القوانين ملائمة لهذه العلاقة بعد القانون الذي تعذر التوصل إلى مضمونه، وسواء كان هذا القانون هو قانون القاضي أو أي قانون آخر، فهذا الاتجاه الذي يتسم بالمرونة ويتلاءم مع طبيعة العلاقات الدولية، يتلافى أوجه النقد الموجهة إلى الفكرة التقليدية في شأن التطبيق الجامد لقانون القاضي في جميع الأحوال، دون أن يستبعد مع ذلك إمكانية هذا التطبيق، فقد يكون قانون القاضي هو الأقرب إلى طبيعة العلاقة بعد القانون الذي تعذر الكشف عن أحكامه، بل قد يضطر القضاء إلى تطبيق قانونه في النهاية إذا ما تعذر عليه التوصل أيضا إلى مضمون القانون أو القوانين الأكثر اقترابا إلى طبيعة العلاقة بعد القانون الذي

أشارت قاعدة الإسناد الأصلية باختصاصه والذي تعذر الكشف عن مضمونه . فقانون القاضي بعد، على الأقل، قانون المحكمة التي طرح النزاع أمامها، وهو، بهذه الصفة، لا يعد غريبا تماما عن النزاع في كثير من الفروض (شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، هشام صادق مرجع سابق)

• **دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي:** دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي على هذا النحو لا يختلف كثيرا عن دوره عند تفسير قانونه، فحتى في هذا المجال الأخير فهو يتقيد عملا بما توافر عليه القضاء المستقر في دولته، ومن جهة أخرى فقد يمتلك القاضي حرية نسبية في تفسير النصوص الأجنبية في الأحوال التي يتبين له فيها تضارب القضاء الأجنبي حول حقيقة مضمونها وعدم استقراره على تفسير معين لها، ونشير في النهاية إلى الفرض الذي قد يستقر فيه القضاء في دولة القاضي على تفسير قاعدة أجنبية معينة على نحو يخالف ما انتهى إليه تطور القضاء الأجنبي نفسه في تفسير هذه القاعدة، ونحن لا نتردد في هذه الحالة في تحويل القاضي الوطني حق الخروج عن الحلول القضائية المستقرة في دولته، والانصياع إلى التفسير السائد لدى قضاء الدولة التي يطبق قانونها . (هشام صادق، مرجع سابق)

• **خضوع قاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة محكمة**

النقض: اتجهت محكمة النقض إلى فرض رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية وبالتالي يخضع لقاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض . (انظر هشام صادق بند ٧٩)

• **المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصري:** المقصود بالتكييف

الذي يخضع للقانون المصري هو التكييف الأولي أو السابق وقد جاء

بالمذكورة الإيضاحية للقانون بأن تطبيق القانون المصري بوصفه قانونا للقاضي في مجال التكليف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصا تشريعيا معيناً لطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص الخ، ولا يكون للقاضي إلا أن يعمل أحكام هذا القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٣٥ وما بعدها) والمقصود بالقانون المصري هو المبادئ العامة في هذا القانون أيا كان مصدرها، وبذلك يمكن القول أن القاضي يستهدي بالأصول العامة والمبادئ السائدة في القانون المصري دون التقيد فقط بما ورد بالنصوص، فإذا تضمنت النصوص التشريعية تكليف معين للمسألة المعروضة، فلا شك أن القاضي يكون ملزماً في هذه الحالة بالأخذ بهذا التكليف . أما إذا لم تتضمن النصوص تكليف معين للمسألة المعروضة، كما هو الوضع الغالب، فيكون على القاضي أن يحدد طبيعة هذه المسألة وفقاً للمبادئ العامة في قانونه، وفي سبيل القيام بهذه المهمة، فإن القاضي لا يتقيد بوضع النص في قانون أو مكان معين، "فوجود قاعدة متعلقة بالإثبات في القانون المدني لا يمنع من اعتبارها متعلقة بمضمون فكرة الشكل في القانون الدولي الخاص ووجود قاعدة معينة في قانون المرافعات لا يمنع من وصفها قاعدة موضوعية عند تفسير قاعدة الإسناد" (شمس الدين الوكيل ص ٥٨) وبالمثل فإنه بالنسبة لمواد الأحوال الشخصية والتي يطبق القضاء في شأنها قوانين متعددة، فإن تحديد طبيعة المسألة المعروضة يتم الرجوع إلى القانون المصري في جملته دون التقيد بقانون أو بأخر من القوانين المعمول بها في مصر (د/ منصور مصطفى ص ٨١) وعلى ذلك يمكن القول بأن القاضي لا يتقيد بما جاء بنصوص التشريع إلا إذا قامت هذه

النصوص بمهمة التكييف، وهو ما لا يحدث إلا نادرا . أما إذا تصدى القاضي بنفسه لمهمة التكييف في غير هذه الحالة الاستثنائية فهو لا يتقيد بوضع النص في قانون معين أو في مكان معين من تقسيمات هذا القانون، وغني عن البيان أن حرية القاضي عند سكوت النصوص عن القيام بمهمة التكييف ليست مطلقة، بل إن القاضي مقيد بعدم الخروج في تكييفه للمسألة المعروضة عن المفاهيم المستمدة من المبادئ العامة في القانون المصري، ومن هنا يختلف مسلك القاضي عند إجراء التكييف على هذا النحو عن مسلكه الذي تمناه الأستاذ كوادري، فقد مضت الإشارة الى أن الأستاذ الإيطالي يرى أن تكييف العلاقة يخضع لعلم القانون مجردا عن تصور القوانين الوضعية له (منصور مصطفى منصور رقم ٤٢٠) ونخلص في النهاية الى أن الفقه المصري قد انتهى بحق الى أن المقصود بالقانون المصري الذي يرجع إليه في شأن التكييف وفقا لمفهوم المادة العاشرة من القانون المدني هو المبادئ العامة والأصول الجامعة للقانون المصري، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هذا المعنى فجاء بها "وينبغي أن يفهم من رجوع المحاكم المصرية الى قانونها في مسائل التكييف إلزامها بالرجوع الى القانون المصري في جملة - بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص وبالأموال أيا كان مصدر هذه القواعد - دون أن تقتصر على الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٣٤)

• إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي:

إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون الأجنبي الذي تمسك الخصوم بأحكامه، أو المحتمل التطبيق . ذلك أن الوقوف على حقيقة العلاقة المطروحة أمام القضاء لا يتأتى إلا بالرجوع الى أحكام القانون

الأجنبي الذي تمسك الخصوم بنصوصه، وعلى هذا النحو يمكن للقاضي أن يكشف عن الملامح الأساسية للعلاقة والمركز محل البحث (شمس الدين الوكيل ص ٥٧) وذهب رأى الى أن الرجوع الى القانون الأجنبي والاستئناس بأحكامه في هذه الحالة لا يعد استثناء على قاعدة خضوع التكيف لقانون القاضي . ذلك أن الكشف عن طبيعة المركز المطروح أمام القضاء يقتضي بداهة أن نتلمس أولاً المعالم الأساسية لهذا المركز وفقاً لأحكام القانون الذي يستند إليه، وإذا ما تم للقاضي الاستئناس بالقانون الأجنبي على هذا النحو، أمكنه بعد ذلك أن يرد المسألة المعروضة - بعد أن برزت معالمها - الى الفكرة المسندة الملائمة لها في قانونه، ويستلزم ذلك من القاضي أن يكشف عن مضمون الفكرة المسندة ليتبين مدى تضمنها للعلاقة المطروحة أمامه، وهذه هي مرحلة التكيف الذي يخضع للقانون المصري، بوصفه قانون القاضي، وفقاً للحكم الوارد بالمادة العاشرة من القانون المدني . (د/ هشام صادق، مرجع سابق)

• إخضاع التكيف للقانون المصري لا يعني تطابق الفكرة الواردة في قاعدة

الإسناد: إخضاع التكيف للقانون المصري على النحو السالف لا يعني بالضرورة تطابق الفكرة الواردة في قاعدة الإسناد مع التصوير السائد عن هذه الفكرة في القانون الداخلي، "ولئن كان الأصل هو تماثل معنى الفكرة الواحدة بالنسبة للقانون الدولي الخاص والقانون الداخلي، إلا أنه ليس هناك ما يمنع في بعض الأحيان من تغيير معنى الفكرة عند تفسير قاعدة الإسناد" (شمس الدين الوكيل ص ٥٧) فقد مضت الإشارة الى أن فكرة شكل التصرفات مثلاً قد تتخذ معنى يختلف في القانون الدولي الخاص عنه في القانون الداخلي استجابة للاعتبارات الدولية، فقد رأينا أن الأساس الذي تقوم عليه قاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه في القانون الدولي الخاص هو

التيسير على المتعاقدين إزاء الصعوبات العملية التي قد تصادفهم في التعرف على الأحكام القانونية الخاصة بالشكل في قانون دولة غير تلك التي تم فيها العقد، وهذا الاعتبار الغريب عن العلاقات الداخلية يبرر التوسع في مضمون فكرة الشكل في القانون الدولي الخاص (منصور مصطفى منصور ص ٨٢) ويرجع الاختلاف المتصور بين مضمون الفكرة المسندة في القانون الدولي الخاص عن المفهوم السائد عن هذه الفكرة في القانون الداخلي في رأى الفقه المصري الى اعتبار هام سبق للفقه الفرنسي الحديث أن نبه الأذهان إليه، "ذلك أن قواعد التنازع وضعت لمواجهة علاقات دولية وهذه العلاقات ليست مماثلة تماما للعلاقات الداخلية وهو ما يستتبع عدم لزوم وحدة الفكرة في النطاقين " (منصور مصطفى منصور ص ٨٢) ولهذه الاعتبارات لم يتردد الفقه المصري - أسوة بالفقه الفرنسي - في تأكيد ضرورة الاستعانة بالقانون المقارن للتوسع في مفهوم قانون القاضي استجابة للاعتبارات الدولية، وتمشيا مع وظيفة قواعد الإسناد. (شمس الدين الوكيل ص ٥٧، هشام صادق ص ١٥٢، منصور مصطفى منصور ص ٨٣)

• يجب تطبيق القانون المصري في تكييف العلاقات: المشرع المصري

قد استخدم في المادة العاشرة صياغة مرنة تسمح بهذا التوسع، فقد جاء في هذه المادة أن القانون المصري هو (المرجع) في التكييف، "ولفظ المرجع ليس فيه الجمود الذي كان يمكن أن يتوافر في النص، إذا جاء مقررًا أن القانون المصري هو الواجب التطبيق في تكييف العلاقات " (شمس الدين الوكيل، مرجع سابق ص ٥٨).

المشرع سوى بين المنقولات والعقارات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق:

المشرع قد سوى بين المنقولات والعقارات بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في شأن الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى، فأخضعها في الحالتين

لقانون الجهة التي يوجد بها المال، وعلى هذا النحو فإذا تصدى القاضي لإعمال قاعدة الإسناد الواردة بالمادة ١٨ من القانون المدني، فعليه أن يقوم بتكييف المسألة المعروضة وفقا للقانون المصري ليرى ما إذا كانت تدخل في مضمون فكرة الحقوق العينية من عدمه، فإذا تبين للقاضي أن العلاقة المطروحة أمامه مما يندرج في فكرة الحق العيني، فإن تحديد وصف المال بعد ذلك يخضع بداهة لقانون الموقع، لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة، وإنما بوصفه تكييفا ثانويا أو لاحقا . (هشام صادق، مرجع سابق)

من أحكام القضاء:

١ - المرجع في تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هي من مسائل الأحوال الشخصية، أم هي ليست كذلك، هو القانون المصري وفقا للمادة ١٠ من القانون المدني.

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

* * *

سريان قانون الجنسية علي الحالة المدنية

النص التشريعي (مادة ١١) :

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

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

النصوص العربية المقابلة :

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

الأعمال التحضيرية :

تعيين الفقرة الأولى من هذه المادة للقانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم، ويقصد بالحالة جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهى صفات تقوم على اسس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة أو على اسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية، وينصرف اصطلاح الأهلية فى هذا المقام إلى أهلية الاداء وحدها أى صلاحية الشخص للإلتزام بمقتضى التصرفات الإدارية، وهذه الصلاحية تتصل إتصالا وثيقا بالحالة. وتعرضت الفقرة الثانية لحالة الأشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات، فتوجب تطبيق قانون الدولة التي تتخذ فيها هذه الأشخاص مركزها الرئيسى الفعلى، وكان القضاء المختلط

موزع الرأى فى هذه المسألة، فبعض الأحكام اختار القانون الذى يتكون فى ظلّه الشخص المعنوى، وبعضها قانون جنسية الشركاء إذا اتحدوا جنسية، وبعضها أثبت الإختصاص مبدئياً لقانون الدولة التى يوجد بها المركز الفعلى ولكنه لم يوفق فى تطبيق المبدأ، ولذلك احسن المشروع اذ قطاع بالرأى فى شأن الحكم التى يجب إتباعه. بيد ان من الأنسب ان يعدل هذا الحكم تعديلاً يكون من شأنه افساح المجال لتطبيق قانون الدولة التى يباشر فيها الشخص المعنوى كل نشاطه أو الشق الرئيسى من هذا النشاط أو قانون الدولة الذى يطبق على حالة الشخص المعنوى فى شأن تمتعه بالشخصية المعنوية وتنظيمه، وبوجه خاص فيما يتعلق بتكوينه وإداريته بالتصرف المنشئ له وطريق تعديل هذا التصرف، وما يترتب من أثر قانونى على هذا التعديل وبكيفية إنقضائه^(١).

رأى الفقه :

١ - تصدر قواعد تنازع القانون الخاص من حيث المكان، عن معايير تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية التى يتوافر فيها عنصر اجنبى، ومن امثلة ذلك ما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص واهليتهم، فيطبق معيار الجنسية بالضوابط التى نصت عليها المادة ١١ مدنى^(٢).

٢ - ^(٣) تقرر المادة ١١ مدنى ان الحالة المدنية للأشخاص واهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم، وبهذا اخضع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) المدخل لدراسة العلوم القانونية - الدكتور عبد الحى حجازي - المرجع السابق ص ٤٣٣.

(٣) منازعات الأحوال الشخصية - للأستاذ نصيف زكي - المرجع السابق - المحاماه -

السنة ٣٦ - العدد ٩ - ص ١٤٧ وما بعدها، والعدد ١٠ ص ١٦٠١ وما بعدها، والسنة

٣٧ - العدد ١ - ص ١٠٣ وما بعدها.

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

للقانون المصري، ولو كان مركز الإدارة الرئيسي في الخارج متى كان مركز النشاط لهذا الشخص الاعتباري في مصر.

• **المقصود بالحالة المدنية للأشخاص:** وينصرف اصطلاح الحالة بمعناها المطلق إلى كل من الحالة العامة أو السياسية والحالة المدنية للشخص، فالحالة العامة أو السياسية هي مركز الشخص من الدولة، ويندرج تحتها كل من فكرة الجنسية والموطن، والجنسية لا تثير تنازعا بين القوانين بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح . فكل دولة تحدد شروط التمتع بأحكام جنسيتها . كل ما في الأمر هو أن القاضي قد يواجه مشكلة تعدد الجنسيات، كذلك فإن تحديد الموطن لا يثير تنازعا بين القوانين . فإذا اتخذته قاعدة الإسناد الوطنية ضابطا يشير إلى القانون الواجب التطبيق، فإن الرأي الراجح هو الرجوع إلى قانون القاضي لتحديد المدلول القانوني للموطن، أما الحالة المدنية، وهي مركز الشخص من أسرته، فهي التي يمكن أن تثير تنازعا بين القوانين، وقد أخضعها المشرع في المادة ١١ إلى قانون الجنسية، على أن الأمر ليس بسيطا إلى هذه الدرجة . إذ قد تختلف جنسية كل من طرفي العلاقة سواء بالنسبة لنشأة الزواج مثلا أو بالنسبة لآثاره، وهو ما دعى المشرع إلى مواجهة كل مسألة على حدة بقاعدة إسناد مستقلة، بل وإن المشرع لم يعالج كافة المسائل المتعلقة بالحالة المدنية، وهو ما يجعل التصدي لوضع الحلول المناسبة في شأن هذه المسائل أمرا لازما . (شمس الدين الوكيل ص ١، منصور مصطفى منصور ص ١٩١، هشام صادق مرجع سابق)

• **خضوع الاسم لقانون الجنسية:** ومن المسائل التي لم يعرض لها المشرع بصفة مستقلة مسألة الاسم كعنصر من عناصر حالة الشخص، ويمكن القول من البداية بسلامة الاتجاه نحو خضوع الاسم، بوصفه من

العلامات المميزة للشخص، القانون الشخصي، وهو قانون الجنسية في مصر وفقا للمادة ١١ مدني . فهذا القانون هو الذي يبين حق الشخص على اسمه وما إذا كان يجوز له تغييره (راجع الدكتور محمد كمال فهمي فقرة ٣٨٤ والدكتور جابر جاد فقرة ١٠٨ والدكتور عز الدين عقد الله فقرة ٧٩، وانظر في اتجاه القضاء الفرنسي نحو هذا المعنى Batiffol المطول طبعة ١٩٦٧ فقرة ٤٠٤ ص ٤٥٠) ومع ذلك فقد ثار الخلاف حول المقصود بالقانون الشخصي في هذه الحالة، ويرى البعض أن المقصود هنا هو قانون جنسية الشخص ذاته (جابر جاد ص ٢٨٦) بينما يؤكد البعض الآخر أن المقصود بالقانون الشخصي هو القانون الذي يحكم آثار النسب إن كان الاسم متعلقا بالنسب (كما فهمي فقرة ٣٨٤، وانظر في القانون الواجب التطبيق على آثار النسب ما بعده فقرة ١٥١) أما مدى حق الزوجة في أن تحمل اسم زوجها فهو يعد من آثار الزواج، ويرى البعض امتداد هذا الحل أيضا بالنسبة لمدى حق الزوجة في الاحتفاظ باسم زوجها بعد انقضاء الزواج (كمال فهمي فقرة ٣٨٤) بينما يؤكد اتجاه آخر إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم آثار الطلاق أو التطلق (منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) وإذا كان القانون الشخصي هو المرجع في شأن مدى حق الشخص على اسمه، وما إذا كان يجوز له تغييره على التفصيل السابق، فإن الإجراءات الخاصة بتغيير الاسم نخضع للقانون الإقليمي لتعلق الأمر بالحماية المطلوبة للغير وباستقرار التعامل مما يمس اعتبارات الأمن المدني في الإقليم (محمد كمال فهمي فقرة ٣٨٤، وراجع في القانون الواجب التطبيق على الغيبة عز الدين عبد الله الطبعة السادسة ص ٢٠٧ وما بعدها، وجابر جاد فقرة ١٠٩).

• **الطبيعة القانونية للاسم:** والاسم باعتباره من مميزات الشخصية ينطوي على واجب وحق في وقت واحد فإذا كان من الواجب أن يتسمى الشخص باسم معين حتى يتميز بذلك عن غيره من الأفراد، فإن الشخص حقا على اسمه ينبغي احترامه، ويقرر البعض في هذا الصدد أن الاسم بالنسبة للشخص الذي يحمله إنما هو التزام أو واجب obligation وحق droit في الوقت ذاته، فالاسم نظام من أنظمة الأمن المدني institution de police civile إذ أنه الوسيلة الإلزامية لتمييز الأشخاص، وهو كذلك يكون حقا من حقوق الشخصية، ولصاحب المصلحة الحق في أن يستعمل اسمه وأن يمنع الغير من استعماله والاعتداء عليه، حتى ولو لم يترتب له ضرر من جراء هذا الاعتداء، فالاسم واجب يقرره القانون، وقد فرض القانون أن يكون للشخص الى جانب اسمه الشخصي لقب حتى يميزه عن غيره، كما أن القانون يقضي بضرورة ذكر اسم المولود ولقبه في البيانات التي تقدم عند التبليغ عن ميلاده، ومن جهة أخرى إذا كان القانون بفرض على الأفراد اتخاذ اسم ولقب على هذا النحو، فإنه لا يترك لهم الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب إرادتهم، وإنما يرسم لذلك نظاما ينبغي اتباعه حق يمكن حصول هذا التغيير، وحتى يضمن بذلك جدية الأمر، لأن تغيير الاسم الذي عرف الشخص به في الجماعة قد يضر بمصالحهم، ومن هذا يتبين أن القانون لا يترك للأفراد حرية التغيير والتبديل في أسمائهم، وهذا أمر تقتضيه المصلحة العامة، وإلى جانب ذلك فإن الاسم إذا كان واجبا فهو حق للشخص كما قلنا، وقد رأى البعض أن حق الشخص على اسمه إنما هو حق ملكية، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ولكن اعتبار الحق في الاسم حق ملكية مننقد، والواقع أن حق الشخص في اسمه ليس حقا ماليا وإنما هو حق من الحقوق العامة للصيقة بالشخصية، وتبعا لذلك

فإنه يتمتع بالحماية التي تتمتع بها الشخصية ذاتها، ولما كان الحق في الاسم من الحقوق العامة على هذا النحو، فإنه يترتب على ذلك أنه لا يمكن التنازل عنه، كما لا يمكن التصرف فيه نظرا للصلة الوثيقة التي تربط بينه وبين الشخص، ومن ناحية أخرى مادام الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإنه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط، أى أنه لا يمكن أن يكتسب الغير عليه حقا بمضى المدة، كما أنه لا يمكن أن يفقد بعدم الاستعمال المدة الطويلة. (الدكتور حسن كيرة، أصول القانون، الإشارة السابقة، والدكتور توفيق فرج مرجع سابق).

• **أهلية الوجوب:** إخضاع أهلية الوجوب للقانون المصري بوصفه القانون الإقليمي دون غيره، فعنده أن دور القانون الأجنبي يأتي بعد الفراغ من معالجة مسألة التمتع بالحقوق ولا يشترط إطلاقا في حلها، ونحن نرى أنه من العسير إغفال دور القانون الأجنبي تماما على هذا النحو . فإذا تبين للقاضي مثلا أن القانون المصري لا يحرم الأجنبي من حق تملك المنقولات محل النزاع والموجودة في دولة أجنبية، فإن هذا لا يعني الانتهاء من مشكلة مدى تمتع الأجنبي بهذا الحق . إذ قد يتبين للقاضي بعد إعمال قاعدة الإسناد المصرية والتي تقضي في هذه الحالة بتطبيق قانون دولة موقع المنقول أن هذا القانون الأخير يحرم الأجنبي من التمتع بالحق موضوع النزاع، وهنا لابد من التسليم بدور القانون الأجنبي الذي يحكم الموضوع في الفصل في مشكل مدى تمتع الشخص بالحق موضوع النزاع، وفي هذه الحدود يمكن أن يفهم الاتجاه الفقهي القائل بإخضاع أهلية الوجوب للقانون الذي يحكم الموضوع بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية (الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢٩٤، الدكتور عز الدين عبد الله، الجزر الأول رقم ١٧٠) وتطبيقا لما تقدم فإذا

كان النزاع يتعلق بمدى حق الأجنبي في تملك الأراضي الزراعية في مصر، فإنه يتعين الرجوع الى أحكام القانون المصري، ولما كان هذا الأخير يحرم الأجانب من هذا الحق لم يعد هناك مجال لإعمال قاعدة الإسناد الخاصة بملكية العقار والتي تخضعه لقانون موقعه (م ١٨ مدني) حقا أن الرجوع الى هذه القاعدة يفضي في هذا المثال أيضا الى تطبيق القانون المصري، وهو يحرم الأجانب من حق تملك الأراضي الزراعية كمبدأ عام، ومع ذلك فإن تطبيق أحكام القانون المصري لا يستند في حالتنا الى قاعدة الإسناد الواردة في المادة ١٨ مدني، وإنما تنطبق هذه الأحكام تطبيقا مباشرا قبل إعمال قاعدة الإسناد المذكورة، والتي لا وجه للرجوع إليها كما رأينا مادام أن الشخص محروم أصلا من حق تملك العقار الذي تسند القاعدة المذكورة الحق في تملكه لقانون الموقع . أما إذا كان النزاع يتعلق بمدى حق الشخص في تملك عقار كائن في دولة أجنبية، فإنه يتعين في هذه الحالة الرجوع الى قانون موقع هذا العقار الفصل في هذه المسألة إعمالا لقاعدة الإسناد الواردة في المادة ١٨ مدني، أى القانون الذي يحكم الموضوع، ذلك أن القانون المصري بوصفه القانون الإقليمي، لا يحرم الشخص - مصريا كان أو أجنبيا - من حق تملك العقارات الكائنة في دولة أخرى (الدكتور هشام صادق، مرجع سابق) وذهب رأى آخر الى أن أهلية الوجوب لا تخضع لقانون واحد، بل يختلف هذا القانون بحسب الفكرة المسندة التي يندرج تحتها الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به أم لا، فحق الشخص في أن يوصى يدخل في فكرة الوصية ويحكمه قانون جنسية الموصى وقت الوفاة (م ١٧ مدني) وحقه في أن يرث يخضع لقانون جنسية المورث (م ١٧) وحق الشخص في أن يملك يخضع لقانون

جنسية المورث (م١٧) وحق الشخص في أن يملك يخضع للقانون الذي يحكم الملكية أى قانون موقع المال (م١٨) وحق الزوج في أن يتزوج زوجة ثانية يخضع لقانون جنسيته (م١٢) وهو ما يتضح منه أن أهلية الوجوب ليست فكرة مستقلة تخضع لقانون واحد. (الدكتور منصور مصطفى منصور، مرجع سابق ص ٢٤٨ وما بعدها).

• **موانع التصرف:** وموانع التصرف، أو عدم الأهلية الخاصة، تتقرر في خصوص تصرفات معينة مثل منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها في كل من فرنسا ومصر، ومنع الطبيب في فرنسا من أن يلقي تبرعا من المريض الذي يعالجه أثناء مرض الموت، ومنع الزوجة من كفالة زوجها كما هو الشأن، وهذه الموانع تختلف اختلافا جوهريا عن أهلية الأداء، فهذه الأخيرة مناطها التمييز وتهدف القواعد المتعلقة بها الى حماية الشخص نفسه من نص قدرته على التمييز، ولهذا فهي تتصرف الى التصرفات القانونية بوجه عام، والأمر يختلف بالنسبة لعدم الأهلية الخاصة أو موانع التصرف والتي يكون المنع فيها خاصا بتصرف معين ومقصودا لذاته، ولحكمة ليس من بينها حماية الممنوع من التصرف من نقص إرادته (شمس الدين الوكيل، ص ١٣٥) ويتفق الفقه الراجح على إخضاع عدم الأهلية الخاصة، أو بمعنى أدق موانع التصرف، للقانون الذي يحكم التصرف ذاته، وعلى ذلك فإذا كفلت زوجة يونانية زوجها كفالة عينية بأن قدمت عقارا لها في مصر رهنا لتأمين دين عليه فإن هذا العقد يقع صحيحا وفقا للقانون المصري - وهو القانون الواجب التطبيق بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ١٩ مدني - رغم الحكم الخاص بمنع الزوجة من كفالة زوجها الوارد في القانون اليوناني، فالقانون المصري لا يخطر على

الزوجة كفالة زوجها سواء كانت الكفالة شخصية أو عينية . (عز الدين عبد الله ص ١٥٩، شمس الدين الوكيل مرجع سابق، هشام صادق مرجع سابق، منصور مصطفى منصور رقم ٤٨٧).

• **أهلية الأداء تخضع لقانون جنسية الشخص:** أهلية الأداء العامة، هي التي تدخل في مضمون الفكرة المسندة وتخضع بالتالي لقانون جنسية الشخص، وعلى ذلك فيرجع الى قانون الجنسية لمعرفة مدى تأثر أهلية الشخص بالسن، وهل هو رشيد أو ناقص الأهلية أو عديمها، ومدى قدرة ناقص الأهلية على إبرام التصرفات المختلفة، والجزاء المترتب على مباشرة التصرف رغم عدم توافر الأهلية اللازمة، ويرجع الى هذا القانون كذلك في كل ما يتعلق بعوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة ومدى ما يترتب على كل منها من آثار، كما تخضع لقانون الجنسية أيضا موانع الأهلية التي تترتب على العاهة أو الغيبة المقررة بحكم قضائي، ومع ذلك يلاحظ أن المنع المقرر بمقتضى حكم قضائي صادر عن المحاكم الأجنبية لا يعتد به في مصر إلا لو كان الحكم مدنيا وحائزا لقوة الشيء المحكوم فيه في مصر . (شمس الدين الوكيل ص ١٣٦، هشام صادق ص ٤٩٦ وما بعدها).

• **واستثناء يعتد بنقص الأهلية للتصرفات المالية للقاصر الأجنبي في**

مصر: استثنى المشرع من قاعدة خضوع أهلية الأداء لقانون الجنسية، حالة التصرفات المالية التي تصدر عن أجنبي ناقص الأهلية في مصر وتترتب آثارها في مصر متى كان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء، ويشترط لإعمال هذا الاستثناء توافر ثلاثة شروط **أولها:** أن يكون التصرف ماليا . أما التصرفات القانونية المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية مثل الزواج فهي تخرج من مجال إعمال الاستثناء، **وثانيها:** أن يكون التصرف معقودا في مصر وتترتب آثاره فيها، **وثالثها:** أن يكون نقص

الأهلية لأجنبي راجعا الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، وعلى ذلك فإذا كان المتعاقد مع الأجنبي فلا وجه لحمايته وإعمال الاستثناء المقرر في المادة (١١) مدني.

• **أثر الاستثناء:** مؤدى المادة ١١ من القانون المدني أنه إذا كان نقص أهلية الأجنبي يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، بحيث يكون هذا الأخير معذورا في جهله بحكم القانون الأجنبي، " فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته "، أى أن نقص أهلية المتعاقد الأجنبي وفقا لأحكام قانون جنسيته، والذي يجهله الطرف الآخر بعذر، لا يؤثر في أهلية هذا الأجنبي، بحيث يعتبر في حكم كامل الأهلية، ما لم يكن هناك سبب آخر يؤدي الى نقص أهليته خلافا للسبب الخاص الذي لابس الخفاء (راجع الدكتور منصور مصطفى منصور ص ٤٥٥) وعلى ذلك فإن أثر الاستثناء الوارد في المادة ١١ من القانون المدني ينحصر في استبعاد نقص أهلية الأجنبي المؤسس على السبب المجهول بعذر من الطرف الآخر (منصور مصطفى منصور، شمس الدين الوكيل، عز الدين عبد الله، محمد كمال فهمي) وغني عن البيان أنه يلزم لاعتبار الأجنبي كامل الأهلية وفقا للحكم السابق أن تكتمل أهليته وفقا للقانون المصري، إذ المفروض أن المتعاقد الآخر قد اعتقد على الأقل في كمال أهلية الأجنبي وفقا لأحكام هذا القانون (هشام صادق، مرجع سابق، منصور مصطفى منصور، مرجع سابق)

• **أهلية الشخص الاعتباري:** الشخص الاعتباري كالشركة والجمعية والمؤسسة والنادي يشبه الشخص الطبيعي، فلكل حالة سياسية وهي الجنسية وحالة مدنية، كما أوضحناها فيما سبق بالنسبة للشخص الطبيعي وهي بالنسبة للشخص الاعتباري نظامه القانوني الذي يدل على تمتعه

بالشخصية المعنوية وتنظيمه وبوجه خاص التصرف وما يترتب من أثر قانوني على هذا التعديل وكيفية انقضائه، ويخضع هذا النظام لقانون الدولة التي اتخذ فيها الشخص الاعتباري مركز إدارته الرئيسي الفعلي أى الحقيقي الذي تتعقد به الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والذي توجد به مكاتب الإدارة متى كان نشاطها الرئيسي خارج مصر، أما إن كان النشاط الرئيسي في مصر وجب تطبيق القانون المصري، والنشاط الرئيسي هو الذي يكرث له الشخص الاعتباري كافة إمكانياته أو النسبة الغالبة منها، وقاعدة الإسناد المتقدمة، قاصرة على تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعات المتعلقة بالنظام القانوني للشخص الاعتباري. أما التصرفات التي يبرمها، فإنها تخضع لقواعد الإسناد التي يخضع لها الشخص الطبيعي، فإن باع أو اشترى أو رهن أو استأجر، تحدد القانون الواجب التطبيق على هذه التصرفات وفقا لقواعد الإسناد التي تضمنتها النصوص الخاصة بذلك، وغالبا ما يلجأ القاضي الى معرفة القانون الذي يخضع له النظام القانوني للوقوف على مدى التصرف المبرم. (أنور طلبة، مرجع سابق، الإشارة السابقة).

• أهلية المرأة المتزوجة محترفة التجارة ينظمها قانون الدولة التي تنتهي

إليها: تنص المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " أهلية المرأة المتزوجة ينظمها قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها وعلى أن يفترض في الزوجة الأجنبية التي تحترف التجارة أنها تراولها بإذن زوجها فإذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته للتجارة أو سحب إذنه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن في السجل التجاري ونشره في صحيفة التسجيل

ولا يكون للاعتراض أو السحب أثر إلا من تاريخ النشر ولا يؤثر الاعتراض أو السحب في الحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية .

• **الأهلية التجارية:** تنص المادة الحادية عشرة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ " يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن ومن أكمل الثامنة عشرة بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وذلك بعد الحصول على إذن المحكمة المصرية المختصة أما من تقل سنه عن ثماني عشرة سنة فلا يجوز له أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره راشدا في هذه السن أو يجيز له الاتجار وتكون للقاصر المأذون له في الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته " (انظر الخلاف حول القانون الواجب التطبيق في شأن الأهلية التجارية، هشام صادق بند ١٦٣ مكرر).

• **المقصود بالنظام القانوني للشخص الاعتباري:** يتفق الفقه المصري على أن المقصود بالنظام القانوني للشخص الاعتباري هو التركيب العضوي للشخص من حيث نشأته، وأجهزة نشاطه، وكيفية انقضائه (منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص ص ١٩٣، شمس الدين الوكيل ص ١٠٩) وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية " ويرجع الى القانون الذي يطبق على حالة الشخص المعنوي في شأن تمتعه بالشخصية المعنوية وتنظيمه وبوجه خاص فيما يتعلق بتكوينه وإدارته وبالتصرف المنشئ له وطريق تعديل هذا التصرف وما يترتب من اثر قانوني على هذا التعديل وبكيفية انقضائه " (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٤٤) أما المعاملات المالية التي يباشرها الشخص المعنوي فهي

تخرج عن مجال فكرة نظامه القانوني ولا شأن لها بالتالي بقانون مجلس الإدارة الرئيسي، وإنما ينطبق في شأنها القانون الذي تشير به قاعدة الإسناد المختصة وفقا لطبيعة المسألة المعروضة، فإذا ارتبط الشخص الاعتباري بعقد من العقود مثلا فإن المرجع في بيان القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية (م ١٩ مدني) وإذا تعلق الأمر بالحقوق العينية على الأموال، فإنه يتعين إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بمركز الأموال (م ١٨ مدني) كما وأن شكل التصرفات التي يبرمها الشخص الاعتباري تخضع للقانون الذي عينته المادة ٢٠ من القانون المدني. (هشام صادق، مرجع سابق).

• مركز الإدارة الرئيسي الفعلي للشخص الاعتباري: والمقصود بمركز

الإدارة الرئيسي المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشخص الاعتباري، وهو عادة المكان الذي يجتمع فيه مجلس الإدارة والجمعية العامة، وتوجد فيه مكاتب الإدارة (شمس الدين الوكيل، مرجع سابق ص ١٠٨) والملاحظ على هذا الضابط أنه " يتميز بالوحدة وبفرد من التعدد"، فمهما تعدد نشاط الشخص الاعتباري، وتفرقت بالتالي أجهزته الإدارية، فهناك دائما دولة ما تتركز فيها الإدارة العليا للمشروع، وهذه الدولة هي التي تتعين تطبيق قانونها على النظام القانوني للشخص الاعتباري (شمس الدين الوكيل ص ١٠٨) ولئن كان الأصل في مركز الإدارة الرئيسي أنه ثابت لا يتغير، فليس هناك ما يمنع مع ذلك من تغييره أو نقله الى بلد آخر، مادان هناك مصالح جادة ومشروعة تقتضيه هذا التغيير (عز الدين عبد الله ج ١ ص ٧٢٩) ولا يكفي في نظر المشرع المصري أن يكون مركز الإدارة رئيسيا، بل يتعين فوق ذلك أن يكون هذا المركز فعليا، وقد أخذ المشرع في ذلك بالاتجاه السائد لدى القضاء الفرنسي، والذي أكد

ضرورة الاعتداد بمركز الإدارة الحقيقي لا الصوري . (شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، هشام صادق ص ٤٦٠).

• القانون المصري يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية: كان

من بين دوافع المشرع المصري حينما سد الطريق في وده احتمالات التحايل على أحكام القانون المصري، مقررا استثناء هاما على القاعدة العامة الواردة في المادة ٢/١١ مدني في شأن إخضاع النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية لقانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، ومؤدى هذا الاستثناء أن القانون المصري، وليس قانون مجلس الإدارة الرئيسي، هو الذي يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية فيما لو كانت هذه الأشخاص تباشر نشاطها الرئيسي في مصر، وعلى ذلك فإذا باشر الشخص الاعتباري نشاطه الرئيسي في مصر، فإن القانون المصري هو الذي يتعين تطبيقه في شأن النظام القانوني لهذا الشخص، حتى لو كان مركز إدارته الرئيسي الفعلي في الخارج، وخير مثال على ذلك هو شركة قناة السويس المؤممة، فرغم أن مركز إدارة هذه الشركة كان في باريس، إلا أنها تباشر لا شك نشاطها الرئيسي في مصر، وهو ما كان يبرر تطبيق القانون المصري على نظامها القانوني. (هشام صادق مرجع سابق، شمس الدين الوكيل ص ١١٠).

• تطبيق الفقرة الثانية من المادة على المشرع العام الأجنبي: ليس هناك

ما يمنع من حيث المبدأ من إعمال الفقرة الثانية الواردة في المادة ١١ من القانون المدني بالنسبة للنظام القانوني للمشروع العام، فهذا النص قد جاء في صياغة عامة مقررا خضوع النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية (من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها) لقانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، وعموم النص

على هذا النحو قد يسمح بانطباقه على المشروعات العامة الأجنبية، على الأقل مادامت تباشر نشاطا خاصا، ومادامت - وهو شرط بديهي - تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الدولة التي تتبعها . (هشام صادق، مرجع سابق).

• **المعاملات المالية للمشروع العام الأجنبي:** يتجه الفقه الحديث بحق الى إمكان خضوع المعاملات المالية التي يجريها المشروع العام لقواعد الإسناد حسب نوع العلاقة التي يكون المشروع طرفا فيها، مادام أنه يمارس ذا طبيعة خاصة . فإذا تعاقد المشروع مثلا في النطاق الذي يحدده القانون الذي يحكم نظامه القانوني، تعين أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود والواردة في المادة ١٩ من القانون المدني (فؤاد رياض، مركز المشروعات العامة ص ١٨٣ وما بعدها) كذلك فإن إخلال المشروع بالتزاماته التعاقدية أو غير التعاقدية بعقد مسئوليته وفقا للمبادئ العامة (هشام صادق، مرجع سابق ص ٤٤٠ وما بعدها) .

من أحكام القضاء:

١- الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأ هذا الى اعتبارها من

قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها، على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شئ مما تختص به تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها.

(نقض ١٩٣٤/٦/٢١ ج ١ في ٢٥ سنة ص ١١٧)

٢- لما كان المرجع في تكييف ما إذا كانت المسألة المعروضة على المحكمة هي من مسائل الأحوال الشخصية أم هي ليست كذلك هو القانون المصري وفقا للمادة ١٠ من القانون المدني، وكان يبين من المادة ١٣ من القانون المدني والمادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بإصدار قانون نظام القضاء أن المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية، وكانت المادة ٩٩ من قانون المرافعات إذ أوجبت على النيابة العامة أن تتدخل في 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 ببطلان الحكم الابتدائي لعدم تدخل النيابة في هذه المسألة استنادا الى المادة ٩٩ مرافعات قد أخطأت في تطبيق القانون، كما يكون في غير محله استناد الطاعنين الى القانون السويسري في تكييف النظام المالي بين الزوجين تكييفاً يخرج مسألتها عن متنازل نص المادة ٩٩ المشار إليها، ولا يغير من هذا النظر أن تكون الدعوى رفعت أصلا بوصفها دعوى مدنية بطلب ملكية حصة معينة وطلب قسمتها متى كانت قد أثبتت فيها مسألة أولية من مسائل

الأحوال الشخصية تقتضي تدخل النيابة في الدعوى. أما القول بأن المسألة تركزت في عيوب الرضا أو انعدامه ومن حيث تقادم دعوى الإبطال في هذا الخصوص أو عدم تقادمها وبأن الحكم شابه قصور إذا أغفل الواقعة الجوهرية التي أثارها الطاعنون وهى 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 الذي يخضع له الزوجان هو مسألة أولية متعلقة بصميم الأحوال الشخصية.

(نقض ١٩٥٣/٣/٢٦ ج ١ في ٢٥ سنة ص ١٧)

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

(جاسة ١٩٦٢/٧/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - ص ٧٧٠ وما بعدها)

* * *

سريان قانون كل من الزوجين

النص التشريعي (مادة ١٢) :

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ١٢ لىبى و ١٣ سورى و ١٩ عراقى و ١٧ سودانى.

رأى الفقه :

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

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

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

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

(جلسة ١٩٥٤/٤/١ - مجموعة عام ٢٥ - جزء - مدنى - ص ١٢١)

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

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

وظاهر من النص ان الشارع يشير إلى ان هناك شروطا موضوعية، كما ان هناك شروط شكلية أو اجرائية لعقد الزواج - والشروط الموضوعية هى أركان العقد التى يتحقق بها وجوده وإنعقاده، والمرجع فيها طبقا للقانون المصرى إلى قانون الجنسية^(٢).

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

(٢) تنازع الأحوال الشخصية - مقال - للأستاذ نصيف زكي - المحاماه - السنة ٣٦ - عدد ٩ - ص ١٤٢، والعدد ١٠ ص ١٦٠١، والسنة ٣٢ - العدد ١ - ص ١٠٣.

٣ - يتفق التشريع والفقهاء الفرنسي في تقسيم شروط تكوين الزواج إلى موضوعية وشكلية، رغم إستعمال تعبيرات متنوعة لذلك.

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

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

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

اما الشروط الشكلية لعقد الزواج في القانون الفرنسي هي: وجوب اجرائه في موطن الزواج، وفي منزل الزوجية، علانية، وفي حضور الزوجين وشاهديهما، بواسطة الموثق ويتولى الموثق فحص الاوراق، ثم يتلو بعض نصوص القانون، وهي المبينة لاهم آثار الزواج، ويسأل الزوجين عن النظام المالى للزوجية، ثم يسألها ليتلقى رضاءهما المشترك وعندئذ يعلن باسم القانون انهما اتحدا بالزواج - ثم يقوم بتحرير وثيقة الزواج التي يجب ان يوقعها الزوجان والشهود ومن يلزم رضاءه من الوالدين أو الاقربين.

هذا هو الشكل المدني للزواج فى القانون الفرنسى :

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

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

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

• القانون الواجب التطبيق على الخطبة : الخطبة هى تمهيد للزواج

يظهر كل من طرفيها استعداد المبدئى بمقتضاها لإبرام عقد الزواج، وهى تعد فى بعض الدول عقد تحدد له شروط موضوعية وشكلية معينة لكى يتسنى انعقاده، كما تترتب عليه آثار محددة (جابر جاد عبد الرحمن رقم ١١٣) ويتفق الفقه المصرى على خضوع الخطبة من حيث شكلها للقانون الذى يحكم شكل التصرفات وفقا لقاعدة الإسناد الواردة فى المادة ٢٠ من القانون المدنى. أما الشروط الموضوعية للخطبة فهى تخضع وفقا للرأى

(١) الشكل والموضوع فى تكوين الزواج - مقال - الدكتور أحمد معلم - التشريع والقضاء

- السنة ٥ - العدد ٦ و ٧ ص ١ وما بعدها حتى سن ٣٠.

الراجح لقانون جنسية الطرفين قياساً على الزواج (منصور مصطفى منصور ص ١٩٥، شمس الدين الوكيل ص ١١١، جابر جاد ص ٢٩٥) ويرى البعض بالمثل وجوب قياس آثار الخطبة على آثار الزواج وإخضاعها لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ولكن الملاحظ أن آثار الخطبة في التشريعات التي تعتبرها عقد كغيره من العقود تنحصر عادة في كونها ترتب وعداً بالزواج وتلزم بذلك كل من طرفيها بعدم الارتباط بزواج آخر، كما يترتب على العدول عن الخطبة التزام بالتعويض، ويلتزم من تلقى هدايا من الطرف الآخر بردها عند العدول، ومعظم آثار الخطبة على هذا النحو تصطدم باعتبارات النظام العام في مصر، لما فيها من تجاهل للاعتبار الأساسي الذي يقوم عليه عقد الزواج في القانون المصري بوصفه أساس الأسرة، وهو ما يستتبع ترك الحرية كاملة لأطرافه في التبصر قبل القدوم على إبرامه، وعلى ذلك فإذا كان قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة يترتب عليها التزاماً بإبرام الزواج، أو يقرر مبدأ التعويض لمجرد العدول عن الخطبة، تعين استبعاد هذا القانون لما تتضمنه أحكامه من معنى الإكراه على الزواج، وهو ما يتعارض مع النظام العام في مصر، ولعل ذلك هو ما دفع البعض إلى القول بضرورة تطبيق القانون المصري على آثار الخطبة واستبعاد أحكام القانون الأجنبي باسم النظام العام، أما عن التزام الخاطب أو الخطيبة برد الهدايا فإنه لا يعدو في حقيقته أن يكون تطبيق لفكرة الإثراء بلا سبب، وبالتالي فهو يخضع للقانون المحلي، أي قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، بل وأن العدول عن الخطبة قد يترتب المسؤولية بشرط أن يفترق العدول بخطأ تقصيري، وفي هذه الحالة تخضع المسؤولية لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام. (هشام صادق، مرجع سابق).

• **الضوابط الأربعة لشكل الزواج:** يخضع شكل الزواج لذات الضوابط الأربعة التي حددها المشرع في المادة ٢٠ من القانون المدني والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة وهي: قانون بلد الإبرام، والقانون الذي يحكم الموضوع، والموطن المشترك للمتعاقدين، والجنسية المشتركة .

• **الشروط الموضوعية للزواج:** تحديد ما يدخل في فكرة الشروط الموضوعية هي مسألة تكييف تخضع بالضرورة للقانون المصري بوصفه قانون القاضي (م ١٠ من القانون المدني) على أنه يلاحظ أن الرجوع إلى قانون القاضي حقه في الاستئناس بالقانون المقارن واستشارة القانون الأجنبي المحتمل التطبيق، فقد مضت الإشارة إلى وجوب التوسع في مفهوم قانون القاضي ليتسع للنظم القانونية الغربية عنه، وتبدو أهمية هذه الملاحظة إذا عرفنا أن المقصود بالقانون المصري الذي يرجع إليه في شأن التكييف في مواد الزواج وفقا للرأى السائد هو الشريعة الإسلامية صاحبة الولاية العامة في هذه المواد، ولا شك أن أحكام الشريعة الغراء في هذا الخصوص تختلف اختلافا بينا عن الكثير من نظم الزواج السائدة في القوانين الأجنبية، وهو الأمر الذي يقضي في النهاية ضرورة التوسع في مفهوم القانون المصري بوصفه المرجع في التكييف (هشام صادق رقم ٤٧، عز الدين عبد الله ص ١٨٢) ولعل النظرة الشاملة إلى القواعد العامة في مصر تؤدي إلى القول بأن الشروط الموضوعية تتضمن " كل ما يتعلق بالتراضي وهي الشروط الخاصة بالإرادة التي تسهم في تكوين العقد سواء كانت إرادة أحد العاقدين أو من ينوب عن أيهما أو من يعاونه، وتطابق الإرادتين ، وكذلك كل ما يتعلق بالمحل والسبب " (منصور مصطفى منصور ص ٢٠٠ وما بعدها) وتطبيقا لهذا المفهوم على الشروط الشرعية

للزواج يتضح أن جميع شروط صحة الزواج تعد من الشروط الموضوعية فيما عدا شرط الشهادة والذي سبق أن أشرنا إلى اعتباره شرطاً شكلياً (هشام صادق، مرجع سابق) وعلى ذلك تعد شروط الانعقاد، وهي كون العاقد مميزاً واتحاد مجلس الإيجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول، من الشروط الموضوعية، كما يعد كذلك أيضاً أحد شرطى الصحة وهو صلاحية المرأة لأن تكون محلاً للعقد، أى غير محرمة على من يريد الزواج منها . أما الشرط الثانى لصحة الزواج وهو الشهادة فقد رأينا أنه يخرج عن فكرة الشروط الموضوعية، وتعتبر شروط النفاذ بدورها موضوعية، ويدخل في هذه الشروط ما يتعلق بولاية كل من يتولى إنشاء العقد لإبرامه . فالمتعاقد باسمه يجب أن يكون أهلاً، كما يتعين أن تتوافر لدى المتعاقد باسم الغير سلطة النيابة، وأخيراً 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 في الزواج (منصور مصطفى منصور ص ٢٠١) وغني عن البيان أن شرط رضا أحد الوالدين بالزواج والمقرر في بعض التشريعات يعد من قبيل الشروط الموضوعية في مصر، أما شرط الطقوس الدينية فقد قلنا أنه يعد شرطاً شكلياً وفقاً للمفهوم المصري للزواج بوصفه نظاماً مدنياً. (شمس الدين الوكيل ص ١١٩، ١٢٠)

• كيفية تطبيق القانوني على متحدي الجنسية أو مختلف الجنسية :

لا صعوبة في الأمر إذا اتحدت جنسية كل من الزوجين . إذ يتعين في هذه الحالة تطبيق قانون جنسيتهم المشتركة، وإذا اختلفت جنسية الزوجين فيجب تطبيق جنسية كل من الزوج والزوجة تطبيقاً موزعاً، وعلى ذلك فيكفي لصحة الزواج أن تتوافر في الزوج الشروط التي يتطلبها قانونه،

وأن يتحقق لدى الزوجة الشروط المقررة في قانونها . (شمس الدين الوكيل ص ١١١، عز الدين عبد الله ص ١٨٥، محمد كمال فهمي رقم ٣٨٦، منصور مصطفى منصور ص ٢٠١ وما بعدها).

• **الحالات التي لا يجوز فيها تطبيق القانون الأجنبي:** ويمتنع أعمال أحكام القانون الأجنبي في الشروط الموضوعية للزواج في ثلاث حالات أولها أن يكون أحد الزوجين مصرياً وذلك عملاً بنص المادة ١٤، وثانيها أن يكون المراد إعماله من الشروط الموضوعية للزواج في القانون الأجنبي هو مانع تكون أحكامه في هذا الصدد مخالفة للنظام العام في مصر وثالثها أن يكون المراد إعماله من الشروط الموضوعية للزواج في القانون الأجنبي هو مانع من الزواج ويتضح أن هذا المانع إقليمي لا يمتد إلى دولة إبرام الزواج . (عز الدين بند ٩٢، ٩٣ - جابر بند ١١٥ - هشام صادق البنود ١٣٣: ١٣٥).

من أحكام القضاء:

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

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

القانون الذي يحكم آثار الزواج

النص التشريعي (مادة ١٣) :

(١) يسرى قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج. على الآثار التى يترتبها 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 التطبيق والإنفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الدعوى.

النصوص العربية المقابلة :

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

رأى الفقه :

١ - طبقا لقاعدة الإسناد الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ١٣ مدنى، يسرى على التطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى، وعملا بقاعدة تنازع القوانين يكون القانون البريطانى هو الواجب التطبيق للفصل فى موضوع الدعوى، ولكن القانون الذى يسرى داخل المملكة المتحدة ليس قانونا موجودا، بل توجد عدة شرائع، منها مثلا القانون الانجليزى والقانون المالى، وهو عبارة عن أوامر اصدرها حاكم جزيرة مالطه، واغلبها مقتبس من الشريعة الكاثوليكية، فإزاء تعدد الشرائع على هذا النحو يصح التساؤل عن اية شريعة منها، هى التى يجب تطبيقها فى مفهوم المادة ٢٦ مدنى، تطبيقا لقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢/١٣ مدنى، فإنه لم ترد قاعدة تشريعية داخلية فى القانون البريطانى لبيان أى الشرائع المتعددة التى تكون فى مجموعها القانون المذكور، هى التى تطبق دون غيرها فى كل حالة من الحالات التى

تعرض في العمل، وعلة ذلك انهم في المملكة المتحدة، وطبقا لما إستقرت عليه أحكام القضاء عندهم، يخضعون مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن: كما هي قاعدة كل الشرائع الانجلو سكسونية، وهم يمتنون بالموطن هذا الموطن بمعناه الذي يقول ان كل شخص اما ان يكون له موطن أصلي أو موطن مختار، فالموطن الأصلي هو الذي يتحدد بمكان ولادة الشخص، على خلاف النوع الثاني من الموطن، اذ يكتسبه الشخص بفعله بعد ميلاده^(١).

• **آثار الزواج:** لا تعرف الشريعة الإسلامية سوى الآثار الشخصية للزواج، ومن بين هذه الآثار بطبيعة الحال ما يتسم بطابع مالي مثل التزام الزوج بنفقة الزوجية . أما الآثار المالية للزواج بالمعني الدقيق، والتي تقررها بعض النظم الأجنبية، فهي غير معروفة لا في الشريعة الغراء ولا في النظم التي تحكم الطوائف غير الإسلامية في مصر، ومهما كان الأمر فإن نص المادة ١/١٣ قد أخضع آثار الزواج الشخصية منها والمالية لقانون أحد هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

• **الآثار الشخصية للزواج:** يرتب عقد الزواج لكل من الزوجين حقوقا معينة، كما يقرر بعض الالتزامات على كل منهما، ومجموع الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين على هذا النحو هي التي تطلق عليها تعبير آثار الزواج، والآثار الشخصية للزواج قد تكون شخصية بحتة وقد تتسم بالطابع المالي، ومثال الآثار الشخصية البحتة حق الزوج على زوجته في الطاعة والقرار في المنزل والقيام على شئونه، وحق الزوجة على زوجها في العدل إذا تعددت زوجاته، كما يعد من هذه الآثار أيضا حق

(١) القانون الواجب التطبيق في قضايا - مقال - للأستاذ سيف النصر زكي - المحاماه -

السنة ٣٤ - العدد ٤ - ص ٥٥٧ وما بعدها.

الزوجة في أن تحمل اسم زوجها أثناء الزواج (محمد كمال فهمي بند ٣٨٤، جابر جاد بند ١٠٨) أما الآثار ذات الطابع المالي فمثالها حق الزوجة على زوجها في المهر، وحق كل من الزوجين على الآخر في نفقة الزوجية.

• القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية في حالة الإخلال

بالالتزامات المتبادلة بين الزوجين: ذهب رأى في الفقه إلى تطبيق القانون المحلي أى قانون محل وقوع الفعل الضار بوصفه القانون المختص بحكم المسؤولية التقصيرية، وذهب رأى ثاني على أن تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على دعوى التعويض يقتصر على الفروض التي يقع فيها الضرر لأحد الزوجين نتيجة لإخلال الزوج الآخر بالتزامات التي فرضها نظام الزواج.

• حكم النفقة الوقتية: ذهب البعض إلى إدخال هذه النفقة في

مضمون فكرة التطليق وإخضاعها بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (م ٢/١٣ من القانون المدني) (أحمد مسلك، النفقة الوقتية، تكييفها والقانون الذي يحكمها، مجلة التشريع والقضاء ص ٩، ١٠) وذهبت محكمة الإسكندرية الابتدائية في حكمها الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٥٠ إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على النفقة الوقتية التي طالبت بها الزوجة أثناء دعوى التطليق، وهى بذلك تشير إلى اعتبار هذه النفقة من آثار الزواج، وذهب رأى ثالث إلى وجوب تطبيق قانون القاضي على أساس أن النفقة الوقتية تدخل فيما يسمى بتدابير الأمن المدني، وهى الإجراءات التي يقصد بها المحافظة على السلام العام أو السكينة العامة في الدولة (محمد كمال فهمس، مرجع سابق بند ٣٠٦) والرأى الراجح فقها

وقضاء هو الأخير فيما انتهت إليه من تطبيق القانون المصري، بوصفه قانون القاضي، على النفقة الوقتية التي قد تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى التطلق لسد حاجتها العاجلة (هشام صادق، مرجع سابق، محمد كمال فهمي، مرجع سابق).

• **الآثار المترتبة على انقضاء الزواج:** تخضع لقانون جنسية الزوج، جميع الآثار المترتبة على انقضاء الزواج، أى آثار الطلاق والتطلق، كما تخضع لهذا القانون أيضا الآثار المترتبة على الانفصال الجسماني، ويدخل في مضمون الفكرة المسندة جميع الآثار المترتبة على الطلاق أو التطلق أو الانفصال بالنسبة للعلاقات الشخصية بين المطلق والمطلقة أو بين الزوجين المنفصلين. (شمس الدين الوكيل ص ١٢٦) وعلى ذلك تعد من هذه الآثار نفقة الزوجة المطلقة فتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أو قانون جنسيته وقت رفع الدعوى بالنسبة للتطلق (منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) كما يعد من آثار انقضاء الزواج بالمثل مدى حق الزوجة في الاحتفاظ باسم الزوج بعد انتهاء الزوجية والمقرر بمقتضى بعض التشريعات (منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨، شمس الدين الوكيل ص ١٢٦، وانظر محمد كمال فهمي ص ٣٨٤) أما الالتزام بالتعويض الذي يلتزم به الزوج الذي نسب إليه الخطأ في مواجهة الطرف الآخر، فقد ذهب البعض الى إخضاعه للقانون المحلي بوصفه القانون الواجب التطبيق في شأن المسؤولية التقصيرية (هشام صادق، مرجع سابق) وذهب رأى الى أن مسؤولية الزوج الذي نسب إليه الخطأ والتزامه بالتعويض في مواجهة الطرف الآخر، هى مسألة تدخل في مضمون فكرة التطلق وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمها، أى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، وأساس

ذلك أن مسؤولية الزوج المخطئ عن انحلال الزواج هي أقرب الى فكرة انقضاء الرابطة الزوجية منها الى فكرة المسؤولية التقصيرية (منصور مصطفى منصور، مرجع سابق) ويدخل في مضمون فكرة آثار الانفصال النفقة بين الزوجين المنفصلين، وتعيين محل الإقامة اللازم للزوجة، ومدة الانفصال وكيفية تحوله الى تطليق (شمس الدين الوكيل ص ١٢٦) أما الآثار المالية لانقضاء الزواج، وبمعنى أدق أثر التطليق بصفة خاصة على النظام المالي للزوجين، فهو يخرج عن مضمون الفكرة المسندة، بوصفه أثرا من الآثار المالية للزواج، ويخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج (شمس الدين الوكيل ص ١٢٧) كذلك يخرج عن مضمون فكرة آثار انقضاء الزواج مدى حق الزوج في أن يعقد زواجا جديدا، أو المدة التي يتعين على الزوجة انتظارها لتتزوج من جديد، فهذه آثار تخص كل زوج على حدة ويرجع في شأنه بالتالي الى قانون جنسيته (هشام صادق مرجع سابق، شمس الدين الوكيل مرجع سابق).

• **إجراءات انقضاء الزواج؛ إجراءات انقضاء الزواج مثل إجراءات التطليق أو الانفصال فبعض القوانين نستلزم إجراء التطليق مثلا لدى سلطات دينية معينة، وهو ما يسمى بالتطليق الديني. كما تتطلب بعض الدول الأخرى لإمكان التطليق الحصول على إذن من السلطة التشريعية، وهو ما يطلق عليه التطليق التشريعي، ولا شك أن اعتبار شرط تدخل السلطات الدينية أو التشريعية لإيقاع التطليق شرطا إجرائيا في شأنه لقانون القاضي، أو اعتباره على العكس شرطا موضوعيا يخضع لقانون جنسية الزوج، هي مسألة تكييف يرجع في شأنها بالضرورة لقانون القاضي .، وذهب الفقه المصري الى شرط تدخل السلطات الدينية أو التشريعية لإيقاع التطليق هو مسألة إجراءات تخضع للقانون المصري وفقا لنص المادة ٢٢ من القانون المدني، ومؤدى هذا**

النظر أنه يحق للقضاء أن يحكم بالتطليق مادام أنه قد توافرت الشروط الموضوعية المقررة في قانون جنسية الزوج، حتى لو كان هذا القانون يستلزم إيقاع التطليق بواسطة سلطات معينة - دينية أو تشريعية - دون غيرها (هشام صادق، مرجع سابق) وقد أكد القضاء المصري هذا النظر مقررًا أن إجراءات التطليق والانفصال خاضعة للقانون المصري وحده، إذ هو قانون البلد الذي أقيمت فيه الدعوى وبوشرت فيه الإجراءات . (نقض ٣٠ يونيو ١٩٥٣، مجموعة أحكام النقض س ٤ العدد الثالث أبريل ويونيو ١٩٥٣ ص ١٢٦٣).

• تطبيق القانون المصري في شأن الإجراءات التحفظية أو الوقتية أثناء

نظر دعوى التطليق أو الانفصال: القانون المصري هو الذي يتعين تطبيقه في شأن الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء نظر دعوى التطليق أو الانفصال باعتبارها، وفقا لما انتهى الفقه الغالب، من مسائل الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي، وعلى ذلك يتعين على القاضي أن يرجع إلى هذا القانون لاتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والأولاد وبوجه خاص الإذن للزوجة بالإقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو تعيينه المحكمة من تلقاء نفسها والأمر بتسليم الزوجة الأشياء اللازمة للاستعمال اليومي وتقدير نفقة وقتية. (منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨، هشام صادق مرجع سابق).

• لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي في شأن انقضاء الزواج إذا كان مخالفاً

للنظام العام: تمتع المسلم بالحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية هو أمر يتعلق بالنظام العام (شمس الدين الوكيل، عز الدين عبد الله ص ٣٠٤) وقد استقر القضاء المصري على هذا المعنى فقرر أن اعتناق الزوج الأجنبي

الإسلام يبرر حقه في طلاق زوجته، كما وأن إسلام الزوجة الأجنبية يخول لها رفع دعوى التطلق على زوجها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

• لا يجوز تطبيق نظرية الغش في مجال انقضاء الزواج: اعتناق أحد

الزوجين للإسلام بغرض التوصل إلى الطلاق يمكن أن يعج تطبيقا من تطبيقات نظرية الغش نحو القانون إلا أن القضاء المصري يرفض وبحق أعمال نظرية الغش في هذا المجال بدعوى أن الاعتقاد الديني مسألة نفسية بحتة لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية، وأن القول بغير ذلك يعتبر تدخلا في عقائد الناس وبحثا وراء أمر يستحيل التثبيت منه ولا يمكن الفصل فيه لتعلقه بنيانهم المستترة .. ولأن العبرة بالظاهر تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذ عرف عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه كان يقبل ظاهر الإسلام، وعلى ذلك إذا أسلم أحد الزوجين بغية التطلق أو الانفصال فطلاقه يقع صحيحا، ومع ذلك فقد حكمت محكمة الإسكندرية في ٩ أبريل ١٩٥١ بأن اعتناق الزوج الإيطالي للإسلام لا يجيز له طلاق زوجته بإرادته المنفردة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، على أساس أن قواعد الإسناد الخاصة بالطلاق والتطلق والانفصال مبنية على الجنسية وحدها دون اعتبار الدين، وقد أيد الأستاذ Quadri وجهة نظر المحكمة (راجع تعليقه على الحكم في المجلة المصرية للقانون الدولي مجلد رقم ٧ لسنة ١٩٥١ ص ١٩٤) ومن جهة أخرى فقد حكمت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٤٦ باستحقاق الزوجة المسيحية للنفقة المستحقة لها بعد الطلاق وفقا للقانون الإيطالي (قانون جنسية الزوج) رغم اعتناق الزوج للإسلام، وجاء في حيثيات المحكمة أنه لا محل للتحدي ... بقاعدة المحافظة على النظام العام بمقولة أن دخول الزوج في الإسلام يجعل القانون الواجب تطبيقه

على أحواله الشخصية كلها هي الشريعة الإسلامية لا القانون الأجنبية .
 فإن مجال هذه القاعدة هو خصوص النظام العام، والعمل بها إنما يكون
 على قدر ما تقتضيه مراعاة النظام العام في كل حالة، وإبطال نفقة المطلقة
 المسيحية على زوجها المسلم أو عدم إبطالها لا يمس النظام المصري في
 شيء، ومن ثم كان إسلام الزوج لا يترتب عليه في خصوص مسألة النفقة
 بالذات أن تكون الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق دون قانون بلد
 الزوج وقت الزواج . (راجع الحكم منشور في مجموعة القواعد القانونية
 التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما، الدائرة المدنية، الجزء الأول
 ص ١٤٨)

• **النسب:** لم يتضمن القانون المدني نصوصا خاصة بتنازع القوانين
 في شأن المسائل المتعلقة بالنسب ولذلك يرجع لأحكام نصوص قانون
 الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين المعدل بالقانون رقم (١، ٩١)
 لسنة ٢٠٠٠ بشأن إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وكذا
 القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ والمتعلق بمحكمة الأسرة وعند عدم وجود
 النص أو كفايته فيرجع للقاعدة العامة في القانون الدولي الخاص والذي
 ذهب معظم الشراح لتطبيق قانون الجنسية على العلاقات الخاصة بالنسب.
 (هشام صادق، مرجع سابق، عز الدين عبد الله، مرجع سابق).

من أحكام القضاء:

١ - متى كانت الخصومة بين الزوجين الاسرائيلي تقوم على تصفية
 المعونة المالية التي لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانقسام عرى الزوجية
 بينهما، فإن المهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق،
 وهو يندرج في عموم دفع الزوج الدعوى - فإذا كان الحكم قد قضى

بخصم المهر مما قضى به للزوجة، فإنه لا محل للإعتداد بما نقول به الزوجة من ان الزوج لم يطالب برده، وان القضاء به قضاء فى امر لم يكن مطروحاً على الخصومة - ان للزوج الاسرائيلى ان يطلق زوجته إذا ظهر له انها ليست بكرا، وان يرد لها حقوقها المالية المنصوص عليها فى العقد، بعد خصم المهر طبقا لما نصت عليه المادة ١٥٢ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائييين.

(جلسة ١٩٥٣/٦/٣٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٤ - مدني - ص ١٢٦٣)

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

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

* * *

نطاق سريان القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً

النص التشريعي (مادة ١٤) :

فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون المصرى وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ١٤ لىبى و ١٥ سورى و ١٩ عراقى و ٢٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

١ - يحكم القانون المدنى معاملات الأفراد فى المجتمع، وينظم المراكز القانونية التى تنشأ عن هذه المعاملات، سواء اكانت هذه المراكز تتصل بمصالح الأفراد ذات القيمة المالية، اى سواء اكانت محكومة بقواعد الأحوال العينية أو كانت تتصل بتلك المصالح التى لا تقوم بمال والتى تنتج من وضع الشخص فى الأسرة التى تنظمها قواعد الأحوال الشخصية. ويحدث احياناً ان يسرى القانون المصرى على علاقة اجنبية بحتة أو ذات عنصر اجنبى، كما لو كان النزاع بين اجانب وخالفت أحكام قانون جنسيتهم النظام العام ار الاداب فى مصر، تطبيقاً للمادة ٢٨ مدنى، أو كما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - ص ٢٦٣.

لو كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، تطبيقاً للمادة ١٤ مدني - وهنا يثور إشكال تحديد القانون المصري، ذلك أن هناك أكثر من قانون مصري الشريعة الإسلامية، والشريعة المسيحية والشريعة اليهودية. والرأي أن القاضي إذا قرر تطبيق القانون المصري يجب عليه في نفس الوقت أن ينسب أن العلاقة أجنبية أو ذات عنصر أجنبي، ويعتبرها في خصوص النزاع القائم، كما لو كانت وطنية بحتة، ويطبق نفس المعايير التي يطبقها لإختيار شريعة وطنية معينة تنطبق على النزاع وفق أحكام القانون رقم ٤٤٢ لسنة ١٩٥٥، وذلك أعمالاً لنص المادة ٢٦ من القانون المدني^(١).

• شرط تطبيق الاستثناء الوارد بالمادة: يلاحظ أن نص المادة ١٤

صريح في اشتراط أن يكون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، فإذا كان الزوجان أجنبيين عند الزواج ثم تنجس أحدهما بالجنسية المصرية بعد ذلك فلا وجه لتطبيق القانون المصري إعمالاً للمادة ١٤ سالف الذكر، وعلى العكس فلو كان أحد الزوجين مصرياً عند انعقاد الزواج لتعين تطبيق القانون، ومن المعلوم أن قواعد الإسناد الداخلية في مصر تقضي بتطبيق الشريعة الإسلامية على زواج المسلمين، وكذلك على زواج غير المسلمين عند اختلافهم في المذهب أو الملة. أما لو اتحدت ملة الزوجين، فإن زواجهم يخضع لشريعتهم المشتركة. (سمير تتاغو، أحكام الأسرة بند ٨، ١٢).

• مجال تطبيق الاستثناء بالنسبة لانقضاء الزواج: مؤدى الاستثناء

الوارد في المادة ١٤ بالنسبة لانقضاء الزواج أنه لو كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصري هو الذي ينطبق في شأن الطلاق أو

(١) المقصود بالأحوال الشخصية - مقال - المستشار أحمد خيرت - مجلة القضاء - العدد

٨ - سبتمبر سنة ١٩٢٣، والأحوال الشخصية للوطنين غير المسلمين والأجانب - طبعة

١٩٦٢ - ص ٢٦ وما بعدها.

التطليق أو الانفصال الجسماني بصرف النظر عن جنسيته وقت الطلاق أو عند رفع دعوى التطليق أو الانفصال. (هشام صادق، مرجع سابق).

من أحكام القضاء:

١ - النص في المادة ١٣ من القانون المدني علي أن " تسري قانون الدولة التي ينتمي إلى الزوج وقت إنعقاد الزواج علي الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلي المال. أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري علي التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوي " وفي المادة ١٤ علي أنه " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت إنعقاد الزواج ن يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شروط الأهلية للزواج " مفادة أنه متي كان الزوج مصرياً وقت رفع الدعوى خضع التطليق والانفصال للقانون المصري، وكان من المقرر أن نص المادة ١٤ المشار إليها نص أمر متعلق بالنظام العام، وكان عقد الزوج لا يكسب أياً من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقاً مستقراً لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريانه قانون آخر في هذا الخصوص وكان البين من الأوراق أن الطاعة والمطعون ضده من المصريين ويتمتعان بالجنسية المصرية رغم حصولهما علي الجنسية الأمريكية فإنه يتعين تطبيق أحكام القانون المصري علي وقائع النزاع ولم عرض الأمر علي محكمة أجنبية بحكم الإختصاص الدولي للمحاكم وإذا ما صدر حكم يخالف ذلك فإنه يمتنع علي القاض المصري الأمر بتنفيذ لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا سبيل لا هدار الأحكام بدعوي بطلان أصلية لمساس ذلك

بحجبتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية وإنه ولئن كان قانون الدولة التي يراد التمسك في بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ما هية الحكم وبيان ما يعتبر حكماً يصدر الأمر بتنفيذه إلا أنه بالنسبة لبيان الحكم في مفهوم أحكام القانون الدولي الخاص فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون هو وحده الذي يحدد بنيانه مما يجعله مستوفياً الشكل الصحيح وإن خالف هذا البيان ما هو متواضع عليه في مصر وإذا كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الحكم الصادر من محكمة كاليفورنيا العليا بمقاطعة لوس أنجلوس الأمريكية في الدعوي رقم ١٧٢-٨٠٨ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩ - هو حكم أجنبي فإن قانون القاضي الذي أصدره يكون وحده الذي يحدد بنيانه حتي ولو خالف هذا البيان ما هو متعارف عليه في مصر وذلك أخذاً بمفهوم أحكام القانون الدولي ولا سبيل لإهداره بدعوى بطلانه طالما أنه صدر من جهة ذات ولاية بإصدار بحسب قانونها وبحسب قواعد القانون الدولي الخاص ذلك لأنه ليس له أثر إيجابي إلا إذا منح الصيغة التنفيذية وفقاً للأوضاع والشروط التي حددها المشرع في المواد ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨ من قانون المرافعات فإن تحلفت تلك الشروط التي حددها المشروع لتنفيذ الحكم الأجنبي أو الأمر الأجنبي فإن ولاية القاضي المصري تقتصر علي رفض تذييل الحكم أو الأمر الأجنبي بالصيغة التنفيذية ولا يمتد عمل القاضي إلي الحكم بالبطلان إذ القول بغير ذلك مؤداه ولاية القاضي المصري علي أحكام المحاكم الأجنبية وهو ما لا يجوز.

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

القانون الواجب التطبيق علي الالتزام بالنفقة

النص التشريعي (مادة ١٥) :

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

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ١٥ لیبی و ١٦ سورى و ٢١ عراقى و ٢٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

١ - فى دعوى مطالبة الابن بنفقة من ابيه، يجب التحقق قبل نظر الدعوى مما إذا كانت هذه الدعوى قائمة على حق النفقة الشرعية، ام انها تستر وراءها دعوى إثبات نسب، لانه فى الحالة الأولى يسرى قانون المدين بالنفقة (م ١٥ مدنى)، وفى الحالة الثانية يطبق قانون طالب النفقة، إذا كان الابن ابنا غير شرعى، وذلك وفقا لقواعد القانون الدولى الخاص - وإذا رفع شخص دعوى إثبات نسبة من ابيه على أساس المادة ٣٢٥ من القانون المدنى الايطالى التى تنص على امكان إثبات، فإن هذه الدعوى لا تتضمن إثبات نسب، وانما تتضمن إثباتا للحالة المدنية للمدعى، فلا يسرى فى هذه الحالة قانون الاب، وانما يسرى قانون جنسية الابن عند الإختلاف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - ص ٢٦٥.

الجنسية بين المدعى والمدعى عليه، وإذا كيفنا إلزام الأب بسد حاجة ابنه الطبيعي إلى أن يبلغ سن السادسة عشرة وفقاً للمادة ١٨٠٧ مدنى المانى، بأنه إلزام غير تعاقدى، فإنه يسرى عليه قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للإلزام، وخرج بذلك عن الأحوال الشخصية، ولكن إذا وصف هذا الإلزام بأنه نفقه دخل ضمن مشتملات الأحوال الشخصية وطبق فى شأنه قانون المدين بالنفقة. وفى الواقع عملية التكييف التى يقوم بها القاضى المصرى تؤدى إلى اعتبار هذا الإلزام نفقة، لأن أساسه القانون قائم على النفقة، ولو أن القانونى الالمانى لم يعبر عن ذلك^(٢).

نفقة الإبن. وجوبها بأنواعها على والده شرعاً. شمولها أجر الحضانة ومسكان الحضانة. حق الولد وحتى قبل صدور القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في قيام والده بتوفير مسكن له ولحاضنته ودون الزام قانونى بذلك.

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

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

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

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

(١) تكييف العلاقة القانونية في منازعات الأحوال الشخصية الأجنبية - مقال - المستشار

حسن رفعت - المحاماه - السنة ٣١ - العدد ٤ - ص ٨٤٨ وما بعدها.

• اقتصار النص على نفقة الأقارب فقط: النفقة المستحقة لأحد الزوجين

تخرج عن نطاق إعمال القاعدة الواردة بالمادة ١٥ من القانون المدني، فالنفقة الزوجية على نحو ما رأينا تعد أثرا من آثار الزواج، وتخضع بالتالي لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، والنفقة المترتبة على انقضاء الزواج تخرج عن مضمون الفكرة المسندة، لكونها أثرا من آثار الطلاق أو التطليق، ومن ثم فهي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى على ما رأينا من قبل، وكذلك النفقة الوقتية تخرج بدورها عن نطاق تطبيق المادة ١٥ مدني فقد رأينا أن هذه النفقة تخضع دائما لقانون القاضي، وعلى هذا النحو يقتصر مضمون المادة ١٥ مدني على نفقة الأقارب . (هشام صادق، مرجع سابق، عز الدين عبد الله، مرجع سابق ص ٢٤١، محمد كمال فهمي ص ٤٣٩، جابر جاد ص ٤٠٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الذي يتبين من مقارنة نصوص المواد ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧ من القانون المدني بالمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، وبالمواد ٥، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وبالمادة ٢١ من الأمر العالي الصادر في أول مارس سنة ١٩٠٢ الخاص بمجلس ملي طائفة الإنجليين الوطنيين، وبالمادة ١٦ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ تصديقا على لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العمومي، وبالمادة ١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ بشأن الأرمن الكاثوليك - الذي يتبين من مقارنة هذه النصوص بعضها ببعض هو أن الفصل في ترتيب وتقدير نفقة الزوجة والنفقة بين الأصول والفروع وبين ذوي الأرحام الذين يرث بعضهم بعضا يكون من اختصاص جهات الأحوال الشخصية على حسب ما يتسع له قانون كل جهة من هذه الجهات أما من عدا هؤلاء ممن يتناولهم نص المادتين ١٥٥، ١٥٦ من القانون المدني (قديم)

فيكون الفصل في أمر النفقة بينهم من اختصاص المحاكم الأهلية وذلك إعمالاً لنص هاتين المادتين مع المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية، فإذا رفعت دعوى نفقة من زوجة مالية على زوجها ووالد زوجها لدى المحاكم الأهلية، وادعى الزوج أنه غير ملزم بأداء نفقة لزوجها لنشوزها، وحصلت محكمة الاستئناف من فهم الواقع في الدعوى أن هذا الادعاء غير جدي وقضت بإلزام الزوج ووالده بأداء النفقة، ثم طعن المحكوم عليهما في هذا الحكم بطريق النقض، وقصرا طعنهما عليه من حيث قضاؤه بالاختصاص فقط، فإن هذا الحكم يكون من جهة قضائه بالنفقة على الزوج قد أخطأ في تطبيق القانون، لخروج ذلك عن اختصاصه، أما من جهة قضائه بها على والد الزوج فإنه صحيح قانوناً، إذ حق الزوجة في النفقة على والد زوجها مستمد في هذه الصورة من نص المادة ١٥٦ مدني لا من قواعد الأحوال الشخصية ولا من قوانين المجالس المالية " (نقض ١٩٣٣/١١/٣٠ ج ١ في ٢٥ سنة ١٣٦) وبأنه: اختصاص المحكمة الابتدائية دعوى النفقة وفقاً لنص المادة ٩٢٠ من قانون المرافعات إنما يكون عند طرح دعوى النفقة في أثناء نظر دعوى التطلاق أو الطلاق أو التفريق الجسماني ولا يصح تأسيس هذا الاختصاص على المادة ٩٢١ إلا عندما يكون الحكم القاضي بالطلاق أو التطلاق و التفريق الجسماني صادراً من إحدى المحاكم المصرية " (نقض ١٩٥٤/١٢/١٦ ج ١ في ٢٥ سنة ١٣٩).

• **القانون الواجب التطبيق على نفقة الأصهار:** من الواضح أن الفقه المصري قد أجمع على إخضاع نفقة الأصهار، أسوة بنفقة الأقارب، الى قانون جنسية المطالب بالنفقة . (منصور مصطفى منصور ص ٢٤٦ وما بعدها، شمس الدين الوكيل ١٣٣، هشام صادق ص ٥٨٩).

النظم الموضوعية لحماية ناقص الأهلية

النص التشريعي (مادة ١٦) :

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ١٦ لىبى و ١٧ سورى و ٢٠ عراقى و ٢٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - ص ٢٧٠.

(٢) تكيف العلاقة القانونية - المرجع السابق.

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

ويسترعى النظر ان نص المادة ١٦ من القانون المدني يشير إلى النظم الموضوعية، ذلك لان الإجراءات الواجب إتباعها فى سبيل هذه الحماية يطبق عليها القانون المصرى الذى تباشر هذه الإجراءات فى ظلّه^(١).

• **نطاق تطبيق النص:** يتحدد في المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملي الأهلية مثل الولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب، فيرجع الى قانون جنسية من تجب حمايته لمعرفة من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا أو قيما أو وكيلًا عن الغائب، وسلطة القائم بالحماية في إبرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية وحكم التصرف الذي يبرمه مجاوزا سلطته، وواجبات وحقوق من يتولى الحماية وما يستحقه من أجر، وكذلك أسباب سلب الولاية أو الحد منها، وعول الأوصياء أو القامة والحد من سلطاتهم (منصور مصطفى منصور ص ٢٥٦، جابر جاد ص ٤٤٠ وما بعدها) أما عن تقدير أسباب امتناع الوصى أو القيم أو المشرف عن قبول الوصاية أو القوامة أو الإشراف فهو يخرج عن مضمون الفكرة المسندة، ولا يخضع بالتالي لقانون جنسية من تجب حمايته، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٢ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات تنص على أنه " ويرجع في تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الإشراف أو القوامة الى قانون بلد الوصى أو القيم أو المشرف "، وقد ألغيت هذه المادة بموجب القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وكذا قانون محكمة الأسرة السالف الإشارة إليه، ويلاحظ أن المقصود

(١) منازعات الأحوال الشخصية - للأستاذ نصيف زكي - المرجع السابق.

بالولاية التي تخضع لقانون جنسية من تجب حمايته وفقا للمادة ١٦ مدني هي الولاية على المال (شمس الدين الوكيل، منصور مصطفى منصور بند ٦٧، عز الدين عبد الله بند ٨٦) أما الولاية على النفس فهي تخرج عن مضمون الفكرة المسندة، فقد سبق أن أشرنا الى خضوعها لقانون جنسية الأب بوصفها من آثار النسب، كذلك يلاحظ أن أعمال قانون جنسية من تجب حمايته على المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملي الأهلية يجب ألا يمس نطاق تطبيق قانون مركز الأموال والذي يسري على الحيازة والحقوق العينية، وعلى ذلك فإذا كان قانون الجنسية يقرر للقاصر رهنا قانونيا على أموال الوصي لضمان ما يثبت للقاصر في ذمته فإن هذا الحق لا يسري بالنسبة للأموال التي توجد في دولة لا يعترف قانونها بمثله كما هو الحال في القانون المصري (شمس الدين الوكيل ص ١٤٠، منصور مصطفى منصور ص ٢٦٠) ونشير في النهاية الى أن نطاق تطبيق قانون من تجب حمايته يتحدد وفقا للمادة ١٦ مدني بالمسائل الموضوعية الخاصة بحماية ناقضي الأهلية . أما المسائل الإجرائية المتعلقة بحماية غير كاملي الأهلية فهي تخضع للقانون المصري بوصفه قانون القاضي وفقا للمادة ٢٢ من القانون المدني (هشام صادق، مرجع سابق).

* * *

القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

النص التشريعي (مادة ١٧) :

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

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ١٧ لىبى و ١٨ سورى و ٢٢ و ٢٣ عراقى و ٢٤ و ٢٥

سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

١ - بدأت الصورة الغامضة المهزوزة لفكرة النظام العام - كدفع يمكن ان يعترض القانون الاجنبى على مواريث الاجنبى المسلم - تتضح

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية: القانون المدنى - الجزء ١ - ص ٢٢٤.

معالمها، وتستبين خطوطها وتستقر على اسس مفهومة صالحة لدى فقه القانون الدولي الخاص المصري.

فذهب رأى^(١) إلى مسايرة الاجماع بشأن اطلاق قاعدة تطبيق القانون الاجنبى على مواريث الاجانب مسلمين وغير مسلمين، وعاد ورد هناك رأيا يقول بأن حكم القانون المصرى القاضى بأن للذكر مثل حظ الانثيين يتعلق بالنظام العام بالنسبة للمسلمين، فيسرى عليهم ولو كان القانون الاجنبى الواجب التطبيق يقضى بمساواة الذكر بالانثى، ردد هذا الرأى ولكنه لم يأخذ به ولم يحتضنه، بل انه استطرد فذكر امثلة على ما يمكن ان يعد من النظام العام، وليس من بين هذه الأمثلة حرمان تطبيق القانون الاجنبى فى هذه الحالة - اى فى حالة التفصيل أو الحرمان أو الحجب فى الميراث - حتى ولو كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لمواريث الاجانب المسلمين.

ثم جاء رأى آخر^(٢) يقرر بأن الأصل ان الدفع بالنظام العام إنما يدفع به فى حالة ما يصل الخلاف بين القانون الوطنى والقانون الاجنبى حدا من التنافر الصارخ بحيث تكون أحكام القانون الاجنبى غير مقبولة فى ضمير المجتمع الوطنى ولهذا السبب تنص المادة ٢٨ مدنى بأنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام أو الاداب - ثم إنتهى هذا النظر إلى استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على

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

(٢) قضاء الأحوال الشخصية - للأستاذين أحمد رفعت خفاجي ورايح لطفي جمعة - طبعة ١٩٦٠ - ص ٥١١، والأحوال الشخصية للاجانب - مقال - للأستاذ سيف النصر زكي - مجلة التشريع والقضاء - السنة ٢ - ١٩٥١/ ١٩٥٢ - ص ٤٥٢ ومنازعات الأحوال - مقال المحاماة السنة ٣٧ - العدد ٣ - ص ٨:٣ وما بعدها.

الاجانب المسلمين بالنسبة للمواريث أمام وجود نص المادة ١/٧ مدنى، وهو نص واضح قاطع فى وجوب تطبيق القانون الاجنبى فى هذه الحالة. لم يكد النقتين المدنى الجديد ينفذ، حتى سارع القضاء المصرى بتطبيق ما إستقر عليه الفقه المصرى بشأن وجوب تطبيق القانون الاجنبى على مواريث الاجانب المسلمين، فرفض الدفع بوجوب تطبيق الشريعة الإسلامية على مواريث الاثراك المسلمين.

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

ولم تفرق محكمة النقض وهى بصدد استعراض قاعدة تطبيق القانون الاجنبى على تركه المورث الاجنبى المسلم وغير المسلم. وقد إستقر القضاء طبقا للمادة ١٧ مدنى، على وجوب الاخذ بقانون جنسية المورث^(١).

• أخضع المشرع المصري الميراث لقانون جنسية المورث وقت موته : أخضع

المشرع المصري الميراث بمقتضى المادة ١٧ من القانون المدنى لقانون جنسية المورث وقت موته، وموقف المشرع المصري على هذا النحو ينبئ عن إيمانه باعتبار الميراث من المسائل المتعلقة الأشخاص، والتي تخضع لقانون الجنسية بوصفه القانون الشخصى، وقد كانت المادة ١٣ من قانون

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

نظام القضاء الملغي تنص صراحة على اعتبار الميراث من مسائل الأحوال الشخصية، وقد اعتبر المشرع الميراث من المسائل المتعلقة بالأشخاص وأخضعه بالتالي لقانون جنسية المتوفى دون تفرقة بين العقارات أو المنقولات، وقد بارك جانب من الفقه المصري إخضاع الميراث لقانون الجنسية على أساس " الصلة الوثيقة بينه وبين روابط الأسرة، فالميراث يؤدي إلى انتقال أموال المتوفى إلى من تربطه بهم رابطة الزوجية أو رابطة القرابة " (منصور مصطفى منصور ص ٢٦٣) ويضيف هذا الرأي حجة أخرى مؤداها أن تطبيق قانون جنسية المورث على الميراث يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق على التركة في مجموعها، والأمر على خلاف ذلك فيما لو طبقنا على الميراث في العقار قانونا يختلف عن القانون الواجب التطبيق على التركة المنقولة كما هو الشأن في فرنسا . إذ يؤدي هذا الوضع، في نظر الاتجاه السالف، الى " تعدد القوانين التي تطبق عندما تتعدد أموال التركة وتقع في دول مختلفة، ذلك أن اختلاف القواعد الموضوعية للميراث في مختلف الدول يؤدي في هذا الفرض الى كثير من الصعوبات الفنية فقد يعتبر الشخص وارثا في قانون ولا يعتبر كذلك في قانون آخر، وقد تختلف القوانين فيما يتعلق بحق الوارث في قبول التركة أو عدم قبولها وشروط القبول الى غير ذلك مما يؤدي الى كثير من التعقيدات والتعارض عند تطبيق القوانين المختلفة على تركة واحدة " (شمس الدين الوكيل ص ١٤١، منصور مصطفى منصور ص ٢٦٤، هشام صادق)

• المسائل الداخلة في فكرة الميراث: تدخل المسائل الآتية في مضمون فكرة

الميراث وتخضع بالتالي لقانون جنسية المورث وقت موته وهي (أ) شروط استحقاق الإرث، وهي تدور جميعها حول التحقق من موت المورث وحياة الوارث، ومن ذلك على سبيل المثال (حكم الموت الاعتباري الذي يخص

المفقود وحتى يعتبر في حكم الميت، وبالنسبة للوارث حكم الحمل المستكن وهل يعتبر وارثاً، وهل يكفي أن يولد الجنيني 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 توفي قبل الآخر وما حكم هذه الحالة (شمس الدين الوكيل، مرجع سابق ص ١٤١، عز الدين عبد الله بند ١١١، منصور مصطفى منصور ص ٢٦٤)، (ب) بيان الورثة ومراتبهم ونصيب كل منهم في التركة، ويندرج تحت هذه الفكرة بيان موانع الإرث، كالقتل واختلاف الدين والحجب الوارد والعول (منصور مصطفى منصور ص ٢٦٥)، (ج) تنظيم حالة الشيوخ بين الورثة . فالقانون المصري هو الذي ينطبق على التركات الموجودة في مصر بوصفه قانون موقع المال فيما يتعلق بحق على شريك في التصرف، وكيفية إدارة الأموال الشائعة، وتنظيمها، وانقضائها سواء بالتقاضي أو بالتراضي، وذلك بصرف النظر عما إذا كان المورث مصرياً أو أجنبياً (منصور مصطفى منصور ص ٢٠٧، شمس الدين الوكيل ص ١٤٥).

من أحكام القضاء:

١- وحيث أن مما تنعاه الطاعنات علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقلن أنه يشترط لقبول الشهادة علي الارث أن يبين الشهود صلة القرابة الموصلة إلي سبب الارث بنسب الميت والوارث حتي ينتقيا إلي أصل واحد وأن شاهدي المطعون ضدهم لم يشهدا بشئ من ذلك واقتصرت شهادتهما علي القول بأن مورث المطعون ضدهم المرحوم..... هو ابن عم المرحوم..... فتكون شهادتهما

علي الارث غير مقبولة. وإذ عول الحكم المطعون فيه في قضاءه علي هذه الشهادة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

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

٢ - وإذ قضي الحكم المطعون فيه رغم ذلك بوراثه مورث المطعون ضدهم لمورث الطاعنات علي سند من تلك الشهادة فإنه يكون قد أقام قضاءه

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

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

* * *

قاعدة الإسناد الخاصة بالحيازة والحقوق العينية

النص التشريعي (مادة ١٨) :

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ١٨ لىبى و ١٩ سورى و ٢٤ عراقى و ٢٦ سودانى

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

١ - إذا كان التكييف يخضع دائما لقانون القاضى وفقا للقاعدة السالفة، الا ان هذه القاعدة تتضمن بعض الإستثناءات، اجمع عليه الفقه والقضاء ونص عليها المشرع المصى فى المادة ١٨ مدنى، وأولى هذه الإستثناءات، إذا تعلق التكييف بتعيين صفة العقار أو المنقول، فالمرجع فى ذلك ليس قانون القاضى، وانما قانون الجهة التى يوجه فيها الشئ. وهذا الإستثناء فى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون للقانون المدنى - جزء ١ - ص ٢٧٢ وما بعدها.

الواقع نتيجة طبيعية لما نص عليه من ان القانون الذى يسرى على العقار هو قانون موقعه، والذى يسرى بالنسبة للمنقول قانون الجهة التى يوجد فيها المنقول، فإذا كان الأمر كذلك، فلا ضرورة للاخذ بقانون القاضى فى التكيف، لان محل الاخذ به عندما يراد معرفة القانون الواجب التطبيق، وفى هذه الحالة بالذات هذا القانون معروف مقدماً^(١).

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

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

(١) تكيف العلاقة القانونية وأهميته فى مسائل منازعات الأحوال الشخصية الأجنبية -

المستشار حسن رفعت - المحاماه - السنة ٣١ - العدد ٤ - ص ٨٤٨.

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

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

قاعدة الإسناد الخاصة بالمنقول المعنوى تحددها القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص^(١).

٣ - قانون الموقع هو الذى يسرى فى شأن كل ما يتصل بمركز الاموال وفقا لنص المادة ١٨ مدنى، ذلك ان قانون الموقع هو الذى يحدد المركز القانونى للأحوال من حيث جواز التعامل فيها من عدمه، وبذلك فإن قانون الموقع هو الذى يبين مثلا الاموال التى يجوز الايصاء بها، وتلك التى لا تجوز فيها الوصية، وكما يحدد قانون الموقع الاموال التى يجوز التعامل فيها، فإن هذا القانون هو المرجع ايضا فى بيان الوصف القانونى لهذه الاموال، وبصفة خاصة ما إذا كانت تعد عقارا ام منقولا. وقانون الموقع هو الذى يبين ايضا أحكام الحيازة من حيث كسبها وإنتقالها واسقاطها ومدى إعتبارها قرينة على الحق، ومدى تعلق حق الحائز بالثمار. وبالمثل فإن قانون الموقع هو المرجع فى بيان الحقوق العينية التى يمكن ان تترتب على المال عقارا كان ام منقولا، وما إذا كانت واردة على سبيل الحصر، وهو ايضا الذى يحدد مضمون العينية، والسلطات التى يخولها لصاحبة ونطاقها، والقيود التى ترد عليها. ولئن كان الأصل هو ان قانون الموقع هو الذى يسرى على بيان مصادر الحقوق العينية، فإن هناك مع ذلك مصادر الحق العينى قد تخضع ايضا لقانون اخر، ومع ذلك ان العقد بوصفه مصدرا من مصادر الحق العينى، يخضع لقانون الارادة، ومع ذلك فإن مؤدى المادة ١٨ مدنى هو خضوع اثر العقد فى إنشاء الحق العينى أو نقله أو زواله لقانون الموقع، مع ملاحظة ان المشرع المصرى

(١) التحكيم فى عقود التجارة الدولية - مقال للأستاذ أحمد الشلقاني - مجلة إدارة قضايا الحكومية - السنة ١٠ - العدد ٤-ص ٥ وما بعدها، والقانون الدولى الخاص المصرى - الدكتور عز الدين عبد الله - جزء ٢ - ص ٣٥٧ وما بعدها.

قد اخضع العقود المتعلقة بعقار لقانون الموقع في جميع الأحوال، وسواء تعلق العقد بإنشاء حق عيني أو نقله أو زواله، أو كان العقد مرتباً لمجرد حق شخصي كما هو الشأن بالنسبة لايجارات العقارات (م ١٩ مدني)، ومن ذلك ايضاً حقوق الامتياز، اذ يتعين ان يكون الحق مقرراً في كل من قانون الموقع والقانون الذي يحكم الدين الممتاز^(١).

• **الأموال التي تخضع لحكم النص:** النص لم يتناول سوى (الأموال المادية) أو بمعنى أدق (الأشياء المادية) أما الأموال أو الأشياء غير المادية مثل الحقوق الذهنية كحق المؤلف أو حق المخترع أو حق صاحب الرسم أو النموذج الصناعي فلم يتعرض لها النص، وبالمثل فإن المشرع قد سكت عن بيان حكم الحقوق الشخصية عند النظر إليها بوصفها مالا معنوياً ينصرف فيه صاحبه بنقله أو برهنه عن طريق الحوالة (هشام صادق، مرجع سابق) والواقع أن تعبير (الأشياء المادية) هو الأقرب الى الصواب على أساس أن اصطلاح المال في القانون المدني الجديد يعني الحق المالي أياً كان ولو كان حقاً شخصياً . فالقانون المدني الجديد يفرق بين الشيء وهو محل الحق المالي وبين المال وهو الحق المالي ذاته، ومع ذلك فإن استخدامنا لاصطلاح (المال) على أساس أنه (الشيء) قد روعى فيه مجازاة المؤلف في فقه القانون الدولي الخاص، خاصة وأن الغالب أن يتقرر على (الشيء) حقاً مالياً فيعتبر مالا (راجع في نفس الاتجاه الدكتور عز الدين عبد الله ص ٣٦٩ هامش ١، والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢٨٦ هامش ١).

• **كيفية تحديد موقع العقار:** ولا يثير تحديد موقع العقار أدنى صعوبة. كل ما في الأمر هو أن التساؤل قد يثار فيما لو وقع العقار على

(١) من مسائل القانون الدولي الخاص - مقال - الدكتور هشام صادق - مجلة إدارة قضايا الحكومية - ١٤ - العدد ٤ - ص ٩٤٣ وكتابه: تنازع القوانين - ص ٥٢٩ وما بعدها.

الحدود الفاصلة بين إقليمي دولتين مختلفتين، ويبدو أن الفقه لم يتردد في التسليم بضرورة تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي يوجد هذا الجزء من العقار على إقليمها . (هشام صادق، مرجع سابق).

• تحديد قانون موقع المنقول: حيازة المنقول والحقوق العينية المترتبة

عليه تخضع بدورها لقانون موقع العقار أى قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتبت عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، وعلى ذلك فليس هناك صعوبة في تحديد موقع المنقول كقاعدة عامة. إذ يخضع المنقول لقانون موقعه الفعلي أو الحقيقي، ومع ذلك فإن الأمر يدق بالنسبة لتحديد موقع وسائل النقل مثل السفن والطائرات، ومن جهة أخرى فقد تنثر الصعوبة في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق على البضائع أثناء النقل، وحالة تغيير موقع المنقول بصفة عامة . أما بالنسبة الى السفن والطائرات فتخضع لقانون العلم أى قانون الدولة التي تسجل أو تقيد فيها بغض النظر عن قانون الموقع الفعلي إلا إذا كانت من السفن التي تقوم بالملاحة الداخلية فتخضع لقانون الموقع الفعلي، وأما بالنسبة الى البضائع أثناء نقلها فالراجح خضوعها لقانون الدولة التي تتجه إليها وأن قصر البعض هذا الحكم على البضائع المشحونة براً دون البضائع المشحونة على السفن حيث أخضعها لقانون المالك الشخصي لها . أما عن تغيير موقع المنقول بصفة عامة فلا يثير مشكلة إلا في حالة ما إذا تحقق سبب كسب أو فقد الحق العيني على المنقول في موقع قديم ثم نقل المنقول الى موقع جديد وقد ذهب رأى الى تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فوري مباشر غير أن رأى الراجح يرى أنه في ظل القانون المصري يتعين إعمال قانون الموقع القديم على الحقوق التي ترد على المنقول ولو تغير موقعه . فإذا اكتملت عناصر اكتساب

الحق وفقا لقانون الموقع القديم وجب الاعتراف بهذا الحق ولو انتقل المنقول الى موقع لا يكتفي قانونه بما كان قد توافر من عناصر فإذا حاز شخص منقولا بسبب صحيح وبحسن نية في بلد يرتب على ذلك كسب ملكيته بقيت له الملكية ولو انتقل المنقول الى بلد لا يعترف للحيازة بهذا الأثر مع ملاحظة أن نفاذ الحق الذي اكتسب صحيحا وفقا لقانون الموقع القديم في الموقع الجديد الذي انتقل إليه المنقول تقتضي أن يكون الحق من الحقوق التي يقرها قانون الموقع الجديد لأنه من غير المقبول أن يفرض عليه الاعتراف بحق يجهله نظامه القانوني . أما عما يخوله الحق من سلطات فهو يخضع لقانون الموقع الفعلي وهو قانون الموقع الجديد . (هشام صادق بندي ٢١٠، ٢١١ - عز الدين عبد الله بندي ١٢٤، ١٢٦ - حامد ذكي بند ١٩٤ - جابر بند ١٦٠، ١٦١ - منصور بند ١٠٨)

• **مجال أعمال قانون موقع المال:** يختص قانون موقع المال وفقا للمادة ١٨ من القانون المدني بكل ما يتصل بالحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى . أى أنه يختص بما جرى فقه القانون الدولي على تسميته بمركز الأموال أو نظامها ويشمل نظام الأموال . ١- بيان المركز القانوني للأموال من حيث جواز التعامل فيها من عدمه: كذلك بيان الأوصاف القانونية للمال، وبصفة خاصة ما إذا كان يعد عقار أو منقولا . فقد مضت الإشارة الى أن تحديد وصف المال لا يعرض في القانون المصري عادة إلا باعتبار تكييفها لاحقا، ومن ثم فهو يخضع للقانون المختص بحكم النزاع، أى قانون الموقع . ٢- بيان أحكام الحيازة من حيث كسبها، وانتقالها، وزوالها، ووسائل حمايتها، وآثارها سواء بالنسبة لكسب الحقوق أو إسقاطها، ومدى اعتبار الحيازة قرينة على الحق، ومدى تعلق حق الحائز بالثمار (منصور مصطفى منصور ص ٢٩٨، شمس الدين الوكيل ص ١٧١)

٣- بيان الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على المال عقارا كان أو منقولا، وما إذا كانت واردة على سبيل الحصر أو على سبيل المثال . كذلك فإن قانون الموقع هو الذي يحدد مضمون الحق العيني، والسلطات التي يخولها لصاحبه، ونطاقها والقيود التي ترد عليها . فهو الذي يبين مضمون حق الملكية مثلا وما يخوله لصاحبه من تصرف واستغلال واستعمال، وبالمثل فإن قانون الموقع هو الذي يحدد مضمون الحق العيني التبعية ومدى ما يكفله للدائن من سلطات، ويلاحظ البعض مع ذلك أنه لا يكفي أحيانا لتقرير الحق العيني أن يكون قانون الموقع يجيز تقرير الحق، بل قد يتعين أن يكون الحق مقررا أيضا في قانون آخر . فالرهن القانوني الذي تقرره بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج، وبشرط أن يكون قانون الموقع لا يجهل هذا الحق (عز الدين عبد الله ص ٣٧٤، منصور ص ٢٩٣) كذلك فإنه لا يكفي في نظر البعض أن يكون قانون الموقع يجيز حق الامتياز، بل يتعين فوق ذلك أن يكون الحق مقررا في القانون الذي يحكم الدين (عز الدين عبد الله ص ٣٧٦) ويؤكد الفقه خضوع شرط المنع من التصرف، بوصفه قيد على سلطة المالك في التصرف، لقانون الموقع . فهذا القانون هو الذي يسري في شأن شروط صحة شرط المنع وآثاره، ومع ذلك فلما كان مصدر هذا الشرط هو تصرف قانوني، عقدا كان أو وصية، فإنه يتعين أن يقع هذا الشرط صحيحا أيضا وفقا للقانون الذي يحكم التصرف (شمس الدين الوكيل ص ١٧١، منصور ص ٢٩٠) ٤- بيان طرق كسب الملكية والحقوق العينية وانتقالها وانقضائها: وإذا كان قانون الموقع هو الذي يسري على بيان مصادر الحقوق العينية كأصل عام فإن الأمر يقتضي بعض الإيضاح (أ) هناك مصادر للحق العيني تخضع في جملة أحكامها لقانون الموقع:

وهذه المصادر هي الحيازة والاستيلاء والاتصاق والشفعة (منصور ص ٢٩٠، شمس الدين الوكيل ص ١٧٢) . (ب) وعلى العكس من ذلك فإن هناك مصادر للحق العيني تخضع كأصل عام للقانون الشخصي، فقد مضت الإشارة الى أن كل من الميراث والوصية تخضع لقانون الجنسية، ومع ذلك فقد رأينا قانون الموقع هو الذي يسري بالنسبة لبعض المسائل مثل مدى تعلق حقوق الدائنين بالتركة وشهر حق الإرث وشهر الوصية . كذلك أن المرجع في تنظيم حالة الشيوع بين الورثة أو بين هؤلاء والموصى له هو قانون موقع المال (انظر نقض ١٩٦٠/٥/٢٦ مجموعة النقض س ١١ ص ٤٢١) . (ج) أما بالنسبة للعقد كمصدر للحق العيني فإن مؤدى المادة ١٨ من القانون المدني هو خضوع أثر العقد في إنشاء الحق العيني أو نقله أو زواله لقانون الموقع . فإذا كان قانون الموقع يترتب هذا الأثر على العقد وحده كما هو الشأن في فرنسا ومصر، ترتب الأثر العيني على هذا النحو دون حاجة الى أى إجراء آخر، وعلى العكس فإذا كان قانون الموقع يستلزم اتخاذ إجراء معين مثل التسليم أو الشهر، فلا يترتب الأثر العيني إلا باستيفاء هذا الإجراء (منصور ص ٢٩١، شمس الدين الوكيل ص ١٧٢) أما بالنسبة للعد ذاته بوصفه تصرفاً قانونياً، وسواء بالنسبة لشروطه أو ما يترتب عليه من التزامات بين المتعاقدين، فهو يخضع كما رأينا لقانون الإرادة أو للقوانين الأخرى التي أشارت إليها الفقرة الأولى من المادة ١٩ مدني في شأن الالتزامات التعاقدية (هشام صادق بند ١٨٥) ومع ذلك فقد مضت الإشارة الى أن الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون المدني قد قررت استثناء هاما فأخضعت العقود المتعلقة بعقار لقانون الموقع في جميع الأحوال، وسواء تعلق العقد بإنشاء حق عيني أو نقله أو زواله، أو كان العقد مرتباً لمجرد حق شخصي كما هو الشأن بالنسبة

لإيجارات العقارات (هشام صادق، مرجع سابق) وبهذا يمكن القول بأن المشرع المصري قد فضل إخضاع العقد المتعلق بعقار في مجموعه الى قانون الموقع، ولم يقتصر على النص على سريان هذا القانون في شأن الثر العيني المترتب على العقد كما هو الحال بالنسبة للعقود الواردة على منقول، ولا يستثنى من مجال تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقود المتعلقة بعقار سوى الأهلية والشكل، فقد رأينا أن الأهلية تخضع في جميع الأحوال لقانون الجنسية وفقا للمادة ١١ مدني، كما وأن شكل التصرف يخضع دائما للقاعدة الواردة في المادة ٢٠ من القانون المدني (شمس الدين الوكيل ص ١٧٢، منصور ص ٢٩١) . (د) أما بالنسبة للحقوق العينية التي يعتبر القانون مصدرا مباشرا لها كما هو شأن الرهن القانوني الذي تقرر بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها، أ، للقاصر على أموال الوصى، فقد مضت الإشارة الى أنه لا يكفي أن يقرر قانون الموقع الحق العيني التبعية في هذا الفرض، بل يتعين فوق ذلك أن يكون الحق مقررا في القانون الذي يحكم الدين المضمون، ولا يختلف الأمر بالنسبة لحقوق الامتياز، إذ يتعين أن يكون الحق مقررا كما رأينا في كل من قانون الموقع والقانون الذي يحكم الدين الممتاز، وعلى ذلك فإن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار كائن في مصر تخضع للقانون المصري بوصفه قانون الموقع، وكذلك باعتباره القانون الذي يحكم الدين الممتاز لأن هذه الحقوق كلها تنشأ من عقود أبرمت في شأن العقار، وهذه تخضع - كما رأينا - للقانون المصري وفقا للمادة ٢/١٩ من القانون المدني (منصور، مرجع سابق) . (هـ) ونشير في النهاية الى أن حكم القاضي قد يكون مصدرا للحق العيني كما هو الشأن بالنسبة لحق الاختصاص في مصر، ولا شك عندنا في أنه لا يجوز تقرير حق اختصاص بناء على حكم أجنبي يجيز قانون القاضي

الذي أصدره تقرير مثل هذا الحق للمحكوم له على أموال المحكوم عليه، مادام أن قانون دولة الموقع يجهل هذا الحق (عز الدين عبد الله ص ٥٧٤) أما لو كان قانون موقع المال يجيز تقرير حق الاختصاص كما هو الشأن في مصر (م ١٠٨٦ من القانون المدني) فإنه يجوز للمحكوم لصالحه بمقتضى حكم أجنبي واجب التنفيذ في مصر أن يطلب تقرير حق الاختصاص الذي أصدر الحكم يجهل هذا الحق (عز الدين عبد الله ص ٣٧٤) ٥- وأخيراً فإن أحكام الشهر تعد من المسائل الداخلة في فكرة مركز الأموال وتخضع بالتالي لقانون الموقع، وذلك سواء كان الشهر لازماً لنشأة الحق كما هو الحال بالنسبة للحقوق العينية الأصلية، أو كان الشهر مطلباً لنفاذ الحق في مواجهة الغير كما هو شأن الحقوق العينية التبعية . (عز الدين عبد الله ص ٣٩٥)

من أحكام القضاء:

١ - إذا كان الحكم المطعون عليه قد قرر المبدأ الصحيح فى خصوص مجال اعمال قانون موقع المال، وذلك بقوله ان هذا المجال لا يتعدى بيان كل ما يعتبر من نظام الاموال وتحديد الحقوق العينية وما يعتبر منها اصلياً وما يعتبر تبعياً وحدود كل منها وآثاره وبيان طرق كسب هذه الحقوق وانقضائها وانتقالها، الا انه عند تطبيقه هذا المبدأ على واقعة الدعوى التى يتناول النزاع فيها تكييف حق الإنتفاع فى العقار وتقويمه وهى يعتبر قيذا على حق الملكية ام حقاً مالياً قائماً بذاته يجوز تقويمه والايضاء به قرر ان حق الإنتفاع الموصى به يعتبر قيذا على حق الملكية إعمالاً لنصوص القانون اليونانى فى حين انه كان يتعين الرجوع إلى قانون موقع المال وهو القانون المصرى، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون

- ويبين من استعراض نصوص القانون المدنى المصرى انه إعتبر حق الإنتفاع من الحقوق العينية، وذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، كما انه فى المادة ٨٣ مدنى إعتبر كل حق عينى مالا عقارى، ثم انه حدد الحالات التى تعتبر قيودا على حق الملكية، وهى التى تناولتها المواد من ٨١٦ مدنى إلى ٢٤ مدنى والمتعلقة بالقيود الناشئة عن حقوق الجوار وليس منها حق الإنتفاع، ومن ثم فإن حق الإنتفاع فى نظر لقانون المصرى هو حق مالى قائم بذاته، ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية، وبالتالي فهو مما يجوز الايضاء به، ويمكن تقويمه^(١).

٢ - قاعدة خضوع العقار لقانون الموقع وفقا للمادة ١٨ من القانون المدنى إنما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن ان يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق إكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الاموال فى الدولة ولا شأن بها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة فى التركة.

(جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى ص ٤٢١)

٣ - مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدنى انه يدخل فى مجال اعمال قانون موقع العقار بيان طرق كسب الحقوق العينية وإنتقالها وانقضائها، سواء كانت خاصة بهذه الحقوق كالاستيلاء والتقادم المكسب أو غير خاصة بها كالعقد، وسواء ترتب على العقد نقل الملكية فى الحال ام ترتب عليه الإلتزام بنقل الملكية، واذا اغفل المشرع النص فى المادتين ١٨ و ١٩ من القانون المدنى على خضوع التصرف المترتب عليه كسب الحق العينى أو تغييره أو زواله من حيث الشكل وشروط الصحة لقانون موقع

(١) نقض - جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١١ - مدنى ص ٤٢١.

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 الخارجى للتصرف الذى يظل خاضعا لقانون محل ابرامه.
(نقض - جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٢٣)

* * *

قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية

النص التشريعي (مادة ١٩) :

(١) يسرى على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین 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.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ١٩ لىبي و ٣٠ سورى و ٢٥ عراقى و ٢٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

عرض المشروع للقاعدة العامة فى الإلتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود وتنفيذها، ثم قرر فى نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام القواعد الأمره فى حدود معينة، ويراعى بادئ بدء أن فقه القانون الدولى الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه فى شأن الإلتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التى تسرى عليها من حيث أركان الإنعقاد، وشروط الصحة وترتيب الآثار. ولذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصى على أكثر الأحكام إستقراراً فى نطاق التشريع، فقرر أن الإلتزامات التعاقدية يسرى عليها القانون الذى يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً، وهذا حكم عام يمكن لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد، وهى وحدة لا تكلفها فكرة تحليل عناصر العقد وإختيار القانون

الذى يتلاءم مع طبيعة كل منها، ويلاحظ ان المشروع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد، ولا تحول دون الإنتفاع من كل تطور مقبل فى حركة الفقه، وقد قرن المشروع هذه الصيغة بنصوص خاصة يعين إختصاصا تشريعيا امرا

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

رأى الفقه:

١ - فيما يتعلق بالإلتزامات التعاقدية، يكون المرجع لقانون البلد الذى تم فيه العقد، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانونا اخر هو الذى يراد تطبيقه، ما لم يكن الإتفاق قد قصد منه التهرب من أحكام القانون^(٢).

٢ - تعترف كافة تشريعات الدول المتحضرة بمبدأ سلطان الارادة، اى ترك الحرية للمتعاقدين فى إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو المبدأ السائد الان دوليا. لان المتعاقدين اعلم بظروف العقد من غيرهم، ولان إختيار القانون الذى يطبق على العقد عن طريق القضاء أو عن طريق تطبيق قواعد تنازع القوانين امر عسير قلما يتفق فيه الفقهاء على رأى واحد، وقد اعتد القانون المدنى المصرى بهذه القاعدة-وعند إختيار القانون الذى يحكم العقد فإن المتعاقدين يلتزمان بإتباع نصوصه الأمره، كالنصوص الخاصة بأسباب البطلان المطلق، اما النصوص الأمره فإنه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ - ص ٢٧٨ وما بعدها.

(٢) منازعات الأحوال الشخصية - مقال - للأستاذ نصيف زكي - المحاماه ٣٦-٩-

يجوز الإتفاق على ما يخالفها، كأن يتفق المتعاقدان على تعديل أحكام الضمان الواردة في القانون، كما انه عند حدوث تعديل في القانون بعد التعاقد، فإن هذا التعديل يسرى على العقد.

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

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

٣ - النص في الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني يدل على أن المشرع اعتد أساسا بالأرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين

(١) التحكيم في عقود التجارة الدولية - مقال - للأستاذ أحمد الشلقاني - مجلة إدارة قضايا الحكومة - ١٠-٤-٥٠، القانون الدولي والخاص المصري - جزء ٢ - طبعة ١٩٩٨ ص ٣٧٨.

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

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

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

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

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

• قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة: المقصود بالالتزامات التعاقدية

التي تخضع لقانون الإرادة هي الإلتزامات المتولدة عن عقد دولي، أي عن عقد يتضمن عنصراً أجنبياً. ففي هذه الحدود فقط يتعين إعمال قاعدة

الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية (هشام صادق بند ١٨٤). ويتضح من هذا النص أن المشرع قد اعتد أساساً بالإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية. ولا صعوبة في الأمر بالنسبة للإرادة الصريحة. أما إذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين، فعلى القاضي أن يكشف عن إرادتهما الضمنية من ظروف وملابسات التعاقد، وهي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض (منصور ص ٣١٠ - الوكيل ص ١٥٩). ويشير الفقه إلى أن حرص المتعاقدين على النص على إخضاع المنازعة في العقد لاختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على رغبتهما الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة (منصور ٥٩). كذلك فإن إشارة المتعاقدين لنصوص قانون معين، أو استخدامهم للاصطلاحات المقررة في هذا القانون، قد يستفاد منه اتجاه إرادتهم الضمنية نحو تطبيق هذا القانون على العقد في مجموعه (هشام صادق بند ١٨٤). ويضيف البعض أن تحرير العقد بمعرفة موثق تابع لدولة معينة قد يفيد رغبة الخصوم في الخضوع لقانون هذه الدولة، كذلك فإن اللغة التي يحرر بها العقد قد يستشف منها اتجاه الإرادة نحو الاعتداد بقانون معين (عبد الله - ص ٤٢٣). وقد حكم القضاء المختلط بأن اتفاق المتعاقدين على بلد معين لتنفيذ العقد قد يستشف منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذا البلد (استئناف مختلط ١٩٠١/٥/٢٩ مجلة التشريع والقضاء س ١٣ ص ٣٧٧). أما إذا لم توجد إرادة صريحة، ولم يستطع القاضي أن يستشف من ظروف التعاقد رغبة المتعاقدين الضمنية في تطبيق قانون معين، فإن مؤدى نص المادة ١٩ من القانون المدني هو تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً. فإن اختلفا موطناً تعين على القاضي أن يطبق قانون الدولة التي تم فيها العقد. وبهذا

حسم المشرع المصري مشكلة كيفية تركيز الرابطة التعاقدية فيما لو تخلفت الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين، وقد أغنانا المشرع المصري من عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فيما لو سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين، وتعذر على القضاء استخلاص إرادتهم الضمنية من ظروف وملابسات الحال، فنص صراحة كما رأينا على تطبيق قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانون بلد إبرام العقد فيما لو اختلفا موطناً. فكأن المشرع قد تولى بنفسه تركيز العلاقة التعاقدية فيما لو سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً (الدكتور هشام صادق بند ١٨٤ - منصور ص ١٢٨ - الوكيل - مرجع سابق)

ما يشترط لأعمال قانون الإدارة:

أولاً: أن يكون القانون الذي اختاره المتعاقدان على صلة بالعقد: بحيث يرتبط بعناصر العقد على نحو أو آخر. وبهذه المثابة يستطيع المتعاقدان اختيار قانون جنسية أحدهما أو قانون موطنه، أو قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد، وبإلزام يجوز للمتعاقدان اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة للعقد المراد إبرامه، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الإنجليزي الذي ينظم بعض عقود التأمين البحري وتجارة الحبوب. (شمس الدين الوكيل - ص ١٦٠-١٦١ - عز الدين عبد الله بند ١٣٤ - منصور ص ٣٠٩ و ٣١٠ - هشام صادق بند ١٨٤).

ثانياً: انتفاء الغش والتحايل على القانون: فقد يحاول المتعاقدان أن يصطنعا العنصر الأجنبي في العقد حتى يفلتا من الأحكام الآمرة في القانون الوطني، "كما لو سافر مصريان إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض فيما بينهما والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالي، وذلك لمجرد الهرب من

الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد في القانون المصري. (عز الدين عبد الله - ص ٤٢٧)

ثالثاً: أن يكون قانون الإرادة غير مخالف للنظام العام في مصر: يتعين

استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء كان هو قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك أو قانون بلد الإبرام، وذلك فيما لو تعارض هذا القانون مع النظام العام في مصر. ومثال ذلك في رأي البعض أن يجيز هذا القانون الاتفاق على فائدة تزيد على الحد الأقصى للفائدة في القانون المصري. (عز الدين عبد الله ص ٤٣٨).

رابعاً: أن يكون قانون الإرادة مشروعاً ومتفقاً مع أحكام القانون: فإذا كان

قانون الإرادة مصطنعاً فيجب استبعاده وتطبيق القانون المصري بدلاً منه.

• **قانون موقع العقاري سري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار،**

فقد قضت محكمة النقض بأن: "النص في الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون المدني يدل على أن المشرع اعتد أساساً بالإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية فإذا سكت المتعاقدان عن إعلان رغبتهما الصريحة في تطبيق قانون معين أو إذا لم تتحد الإرادة الصريحة أو الضمنية وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلا فقانون الدولة التي تم فيها التعاقد إلا أنه استثناء من هذه القاعدة نص في الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على أن "قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار" وعلى ذلك فإن كافة العقود المتعلقة بعقار موجود في مصر تخضع للقانون المصري سواء كانت تتعلق بحق شخصي كعقد الإيجار أو تتعلق بحق عيني كعقد البيع" (الطعن رقم ٨٧١٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٤/٣/١٩٩٩).

• **نطاق تطبيق قانون الإرادة:** يستبعد ابتداء ما يخص أهلية التعاقد وما يتعلق بشكل التصرف إذ يخضع كل منهما للقاعدة الخاصة به ويبقى بعد ذلك ما يتصل بتكوين العقد ويشمل التراضي والمحل والسبب والبطان، أو بآثار العقد سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع.

أولاً: التراضي: لا خلاف بين الفقه في وجوب استبعاد ما يتعلق بوجود الإرادة، على أساس أن هذه المسألة تدخل في مضمون فكرة الأهلية، وتخضع بالتالي لقانون الجنسية وفقاً للمادة ١١/مدني. أما وقد استبعدنا مسألة وجود الإرادة، فإن قانون العقد هو الذي يسري على كل ما يتصل بالتعبير عن الإرادة وهل يشترط أن يكون التعبير صريحاً أو ضمناً، وهل يعتد بالإرادة الظاهرة أم بالإرادة الباطنة، ومتى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره. كذلك حكم السكوت، وهل يمكن اعتباره قبولاً من عدمه، وكيفية تحديد زمان ومكان العقد الذي يتم بين غائبين. كما يدخل في مضمون الفكرة المسندة أيضاً 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 القاضي باعتبار أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بتكييف المسألة التي أعطائها وصف العلاقة التعاقدية وذلك للتوصل لمعرفة قاعدة الإسناد. كذلك يرى بعض الفقهاء عدم خضوع عيوب الإرادة لقانون العقد وإخضاعها للقانون الشخصي 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. (هشام صادق - المرجع السابق ص ٣٦٦ بند ١٨٤- منصور ص ١٢٨ - سامية راشد - مرجع سابق - شمس الدين الوكيل ١٦٣).

ثانياً: المحل: يحدد قانون العقد، الشروط الواجب توافرها في المحل من حيث الوجود ومكان الوجود فقد يكون شيئاً مستقبلاً، عملاً أو امتناع عن عمل، ومن حيث الإمكان فيجب أن يكون ممكناً وليس مستحيلاً، ومن حيث التعيين، ومن حيث عدم مخالفة المحل للنظام العام أو الآداب بأن يكون قابلاً للتعامل فيه وفقاً لقانون العقد ولقانون محل التنفيذ ولقانون القاضي، فإن كان التعامل في المحل مشروعاً وفقاً لقانون العقد ولقانون التنفيذ في حين يعتبر غير مشروع في قانون القاضي، التزم القاضي 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، ونظراً لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، يلجأ الدائن إلى قاضٍ في البلد الذي يتوطنان به لإلزام المدين بالتنفيذ ويكون قانون القاضي يحرم الفوائد الربوية وحينئذٍ يرفض القاضي الدعوى لعدم مشروعية المحل وذلك لأن محل الالتزام عندما يكون عملاً فإنه يخضع لقانون محل التنفيذ، فإن كان هذا القانون هو قانون القاضي، التزم بقانونه. أما إن كان المحل شيئاً فإنه يخضع من حيث قابليته للتعامل لقانون موقعه. (أنور طلبة - مرجع سابق - هشام صادق - مرجع سابق).

ثالثاً: السبب: بالنسبة للسبب فيتفق الفقه الراجح على إخضاعه بدوره لقانون العقد، مع ملاحظة القيد الخاص بالنظام العام. إذ يتعين استبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها

هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي. إذ لا يتصور بداهة أن يقضى بصحة العقد في دولة القاضي إذا ما كان يقوم على سبب غير مشروع. (هشام صادق - مرجع سابق بند ١٨٥)

• البطلان كجزاء مترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من

شروط صحته: الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرطاً من شروط صحته هو أمر يدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية، ويخضع بدوره للقانون الذي يحكم العقد. فهذا القانون هو الذي يحدد متى يعتبر العقد باطلاً ومتى يعد قابلاً للإبطال. كما يرجع للقانون الذي يحكم العقد لتحديد من يجوز له التمسك بالبطلان. (منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٣١٩) أما الالتزام بالرد أو بالتعويض فهي لا تخضع لقانون العقد على أساس أنه لا يتعلق بفكرة الالتزامات التعاقدية وعلى ذلك فإنها تخضع للقانون المحلي وفقاً للمادة (٢١) من القانون المدني.

• آثار العقد بالنسبة للأشخاص: تخضع آثار العقد بالنسبة للأشخاص

للقانون الذي يحكم العقد. وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة الملزمون بالعقد والمستفيدون منه سواء كانوا من المتعاقدين أو من الغير. فقانون العقد هو الذي يحدد مدى انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، مع ملاحظة ما يدخل في مجال أعمال القانون الذي يحكم الميراث، أما أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فهو يعد وفقاً لرأي البعض داخلاً في مضمون الفكرة المسندة (محمد كمال فهمي ص ٤٦٦ - منصور ص ٣٢٠) بينما يرى البعض الآخر أن هذا الأثر يخضع لقانون موقع المال (عز لدين عبد الله ص ٤٦٤). أما أحكام التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير فهي تعد داخلة في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع بالتالي للقانون الذي يحكمها (منصور مصطفى منصور).

• **آثار تصرف النائب للأصيل:** الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تنصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة. فهذا الأخير وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها. ولهذا يتجه الفقه الغالب إلى الاعتداد بإرادة الأصيل بالنسبة لاختيار القانون الواجب التطبيق على النيابة الاتفاقية. فالقانون الذي تحدده إرادة الأصيل هو الذي يحكم انصراف آثار العقد إلى الأصيل ومدى سلطات النائب، "ولا محل هنا للاعتداد بإرادتي النائب والغير وإن كان هما المتعاقدان اللذان ينشأان العقد بإرادتيهما" (جمال مرسي بدر - الجزء الخامس ص ١٢٠ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ٣٢٠). وتخرج النيابة القانونية عن فاقدي الأهلية وناقصيها مضمون الفكرة المستندة. إذ من غير المقبول أن يعتد بإرادة الأصيل والفرض أنه معدوم الإرادة أو ناقصها. فقد مضت الإشارة إلى أن مدى سلطة النائب في إبرام التصرفات القانونية نيابة عن المشمول بالحماية، وحكم التصرف الذي يبرمه النائب مجاوزاً سلطاته في هذا الشأن، هي مسائل تخضع لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته وفقاً للحكم الوارد بالمادة ١٦ من القانون المدني (هشام صادق بند ١٦٤).

• **النيابة القانونية للفضولي:** النيابة القانونية للفضولي عن رب العمل بالنسبة لما يجريه من تصرفات قانونية لحساب هذا الأخير لأن مدى سلطة الفضولي في إبرام التصرفات القانونية نيابة عن رب العمل تخضع للقانون الذي يحكم الفضالة، وهو قانون المكان الذي تصرف فيه الفضولي لصالح رب العمل وفقاً للحكم الوارد في الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدني (هشام صادق بند ١٨٥).

• **آثار العقد بالنسبة للموضوع:** تخضع لقانون العقد ومؤدى ذلك أن يرجع لهذا القانون لمعرفة مضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكامها. ويقتضي هذا الوضع ضرورة تفسير العقد وفقاً للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية (هشام صادق - بند ١٨٥). وإذا ما تحدد مضمون الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن تنفيذ هذه الالتزامات يخضع بدوره للقانون الذي يحكم العقد. فيرجع إلى هذا القانون لمعرفة متى يكون التنفيذ عينياً وكيف يكون وأهمية الإعذار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي، وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد (منصور ص ٣٢٠) وعلى هذا النحو تخضع المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين لقانون العقد. وليس لقانون محل وقوع الفعل الضار والذي يسري في شأن المسؤولية التقصيرية كما ظن البعض (هشام صادق - مرجع سابق بند ١٨٥) فليس الخطأ في ذاته هو أساس دعوى التعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وإنما هو يعتبر كذلك بالنظر لوجود العقد الذي فرض هذه الالتزامات. ومن جهة أخرى فليس من المقبول أن يخضع تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد للقانون الذي يحكم هذا العقد، بينما ينطبق قانون آخر في شأن الجزاء المترتب على الإخلال بتنفيذ هذه الالتزامات. فمثل هذا القول يخل بوحدة القانون الواجب التطبيق في شأن العقود، كما أنه يتجاهل حقيقة أن التعويض في هذا الفرض هو نوع من التنفيذ بمقابل (هشام صادق - مرجع سابق).

• **أسباب انقضاء الالتزام تخضع لقانون العقد:** أما عن أسباب انقضاء الالتزام فهي تخضع كقاعدة عامة لقانون العقد. وعلى ذلك فإن قانون العقد هو الذي يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختياري، وشروط صحته، وموضوعه

وزمانه، ومكانه. ويلاحظ مع ذلك أن مقتضيات فكرة النظام العام قد تحول دون إمكان تطبيق قانون العقد كما إذا كان شرط الوفاء بعملية معينة أو بالذهب يتعارض مع هذه الفكرة في قانون القاضي (شمس الدين الوكيل - ص ١٦٤). ويندرج التجديد أيضاً تحت فكرة الالتزامات التعاقدية ويخضع بذلك للقانون الذي يحكم العقد. ومع ذلك فيلاحظ أن التجديد قد يفضي إلى نشأة التزام جديد. ومن هنا يلزم أن يقع صحيحاً وفقاً لكل من القانون الذي يحكم الالتزام القديم والقانون الذي يسرى على الالتزام الجديد، وذلك "حتى يمكن التحقق من نشوء الالتزام الجديد صحيحاً إذ بغير هذا لا ينقضي الالتزام الأصلي" أما المقاصة فيتعين التفرقة في شأنها بين المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية والمقاصة القانونية. فالمقاصة الاتفاقية تعتبر عقد مستقل وتخضع بالتالي للقانون الخاص به، دون اعتبار للقانون الذي يحكم الدينين اللذين تقع المقاصة بينهما (الوكيل ص ١٦٥ - عز الدين عبد الله ص ٤٦٨). أما المقاصة القضائية فهي تخرج عن مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية وتخضع لقانون القاضي "باعتبارها تتصل بسلطان القاضي في إجراء مقاصة لم تتوافر شروطها القانونية" (الوكيل ص ١٦٤ - هشام صادق ٦٩٨) ولا تثير المقاصة القانونية صعوبة فيما إذا كان الدينان خاضعين لقانون واحد. إذ أن هذا القانون هو الذي يسري على المقاصة في هذه الحالة. ويدق الأمر في الفرض الذي يختلف فيه القانونان. والرأي الراجح هو أن المقاصة لا تتم في هذه الحالة إلا لو أقرها القانونان اللذان يحكمان الدينين (هشام صادق - بند ١٨٦). ويدخل في مضمون فكرة الالتزامات التعاقدية ويخضع بالتالي لقانون العقد انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه، وطلب الفسخ لعدم التنفيذ وما قد يثيره الخصوم من دفعوع في هذا الشأن (منصور ص ٣٢٣ وما بعدها). ويسري قانون العقد على

الإبراء. فهو الذي يحدد ما إذا كانت تكفي إرادة الدائن وحدها، أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء. أما الإبراء نفسه بوصفه تصرف مستقل فهو يخضع للقانون الخاص به (منصور ص ٣٢٣) وأخيراً فإن قانون العقد هو الذي يسري في شأن التقادم المسقط. وعلى ذلك فإنه يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة آثار التقادم، ومدته، وأسباب كل من الوقف والانقطاع (هشام صادق بند ١٨٦ منصور ص ٣٢٤).

• **القانون الواجب التطبيق على عقد الهبة:** أدرج المشرع المصري الهبة ضمن العقود المسماة ونظم أحكامها بالمواد ٤٨٦-٥٠٤ من القانون المدني، فأصبحت بذلك عقداً مالياً كسائر العقود المسماة، وخرجت عن نطاق الأحوال الشخصية حسبما كانت عليه قبل صدور القانون المدني في عام ١٩٤٨. 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 إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك، إلا أن المشرع ألغى هذا النص مع إلغاء قانون نظام القضاء بموجب قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥، ومن ثم تعين اعتبار الهبة، سواء بالنسبة للمصريين أو الأجانب تصرفاً مما يخضع لقاعدة الإسناد المنصوص عليها بالمادة ١٩ من القانون المدني، ووفقاً لذلك فإنها إذا تعلقت بعقار خضعت لقانون موقعه، أما إن تعلقت بمنقول، فإنها تخضع لقانون الإرادة أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون إبرام الهبة على التفصيل المتقدم. أما الأهلية فتخضع للقانون الشخصي وهو قانون الجنسية وفقاً لنص المادة ١١ من القانون المدني، وتخضع الهبة من حيث الشكل لقاعدة الإسناد الواردة بالمادة ٢٠ متى كان القانون الذي يحكم موضوع الهبة يكتفي بالشكل الخارجي ولا يعتبر الشكل ركناً في الهبة، أما إن كان الشكل ركناً في

انعقاد الهبة، فإن هذا الشكل يخضع للقانون الذي يحكم موضوع الهبة. كما هو شأن الهبة في القانون المصري إذ يشترط الشكل الرسمي لانعقادها، فإن كانت الهبة تخضع في موضوعها للقانون المصري، فيجب إبرامها في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام ولا يصححها إبرامها في الشكل المقرر في أي من القوانين المنصوص عليها بالمادة ٢٠ سالفه الذكر، فتلك أشكال خارجية (أنور طلبية - مرجع سابق وراجع هشام صادق بند ١٨٦).

• **القانون الواجب التطبيق على عقد العمل:** فعقد العمل يعد بحق نموذجاً للعقود التي تتنافى طبيعتها مع قاعدة الإسناد العامة في شأن إخضاع الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة، وهي القاعدة التي نص عليها المشرع في المادة ١٩ من قانوننا المدني . ذلك أن تدخل المشرعين التنظيم الأمر لعلاقات العمل، حتى في البلاد الرأسمالية نفسها، قد حصر دور الإرادة في مجال ضيق ومحدود إلى درجة قد تثير التساؤل عن جدوى التحدث في هذا الإطار عن فكرة العقد في حد ذاتها. ولعل دقة المشكلة محل البحث، وتشعب الخلاف في شأنها، هو ما دفع المشرع المصري إلى حذف المادة ٤٤ من مشروع القانون المدني، والتي كانت تتضمن قاعدة إسناد خاصة بعقود العمل، مفضلاً ترك هذه المسألة للاجتهاد (هشام صادق - مرجع سابق بند ١٨٨). ورغم هذا الإلغاء فقد دل النص على اتجاه المشرع مما يتعين ترجيحه والأخذ به إزاء تعارض الآراء في هذا الصدد وتشعبها، وهو ما فعلته محكم النقض حيث قضت بأنه يسرى على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود

فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق (نقض ١٩٦٧/٤/٥ س ١٨ ص ٧٩٨). فإذا كان مركز الأعمال في مصر "شركة مقاولات مثلاً" وأبرمت عقوداً بها مع عمال للعمل في ليبيا، فإن هذه العقود تخضع للقانون المصري لوجود مركز الأعمال في مصر وإبرام العقود بها. ويترتب على امتداد النشاط في ليبيا وجود فرع للشركة بها لمباشرة هذا النشاط، والعبرة في ذلك بواقع الحال دون حاجة لاستيفاء شكل معين يتطلبه القانون فيما يتعلق بقيام هذا الفرع لما يدل عليه الواقع من وجود إدارة تباشر النشاط. فإذا ما أبرم هذا الفرع عقود عمل في ليبيا، فإنها تخضع للقانون الليبي، أما إذا أبرم المركز الرئيسي عقوداً أخرى في مصر وبعث بالعاملين الجدد إلى ليبيا، فإن عقود هؤلاء تخضع للقانون المصري "أنظر بند "عقد الشركة" فيما تقدم". وإذا وجد مركز الأعمال خارج مصر، في فرنسا مثلاً، فإن العقود التي يبرمها بمقره، تخضع للقانون الفرنسي، حتى لو تم تنفيذ العمل في مصر أو كان العمال مصريين، ويسري ذات الحكم لو وجد فرع له بمصر طالما أبرمت العقود خارجها، أما إذا قام الفرع الموجود في مصر بإبرام عقود عمل فإنها تخضع للقانون المصري، سواء تم تنفيذ العمل في مصر أو خارجها وسواء كان العاملون مصريين أو أجانب. ومركز الأعمال أو مركز الإدارة، ينصرف إلى الشركة أو المنشأة الفردية، فإن وجد للمنشأة الفردية مقر لإدارة أعمالها كان هذا مركز أعمالها، وقد يدل عليه ما أتخذ في شأنه من إجراءات الشهر والسجل التجاري، لكن هذه الإجراءات ليست شرطاً لوجوده، إذ يكفي وجوده في الواقع، لسريان الأحكام المقدمة. فإن لم يوجد مقر للمنشأة الفردية، أو كان رب العمل شخصاً طبيعياً، تحدد مركز الأعمال بالمكان الذي يباشر فيه العمل المتعلق بالعقود التي أبرمها، قرب العمل المصري الذي يتعاقد في مصر مع عمال

لمقاولات البناء، ويتوجه بهم إلى ليبيا للعمل بها، فإن ليبيا تكون هي مركز أعماله للمقاولات، ومن ثم تخضع هذه العقود للقانون الليبي، كما يسري ذات القانون على العقود التي يبرمها أثناء وجوده في ليبيا. وإذا وجد لرب العمل مقر في مصر متعلق بنشاط آخر غير المقاولات. فإن هذا المقر لا يعتبر مركزاً لأعماله المتعلقة بالمقاولات طالما كان هذا المقر منبت الصلة بهذه الأعمال، فلم يتردد عليه العمال ولم تبرم به عقودهم (أنور طلبة - مرجع سابق - هشام صادق - مرجع سابق).

• **المسؤولية عن إصابات العمل:** المسؤولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة فهي تقوم على عاتق رب العمل ولو لم يكن هناك ثمة خطأ من جانبه، بل ولو كان الخطأ من جانب العامل المصاب، على الأقل ما لم يكن هذا الخطأ جسيماً أو متعمداً. ومن جهة أخرى، وفي مقابل اتساع مسؤولية رب العمل على النحو السالف، فقد خرجت التشريعات الخاصة بحوادث العمل عن المبادئ العامة في المسؤولية التقصيرية بالنسبة لكيفية تقدير التعويض. إذ لم يعد من اللازم أن يكون التعويض الذي يلتزم رب العمل بدفعه مساوياً للضرر الذي أصاب العامل الدائن وفقاً للقواعد العامة. بل يكفي إلزام رب العمل بتعويض يقدر تقديراً جزافياً يتحدد عادة على أساس أجر العامل وبنسبة معينة منه. ويرى البعض إخضاع المسؤولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة لقانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ عقد العمل، باعتبار أن العقد هو الأساس الحقيقي للالتزام بالتعويض في هذه الحالة. فالمسؤولية عن إصابات العمل هي مسؤولية عقدية تخضع لنفس القانون الذي يحكم عقد العمل. ويرفض البعض الآخر هذا النظر لكون المسؤولية عن إصابات العمل لا تستند إلى العقد، وإنما هي ترتكن إلى نصوص القانون (منصور - ص ١٢٨). وعلى ذلك يجب إخضاع المسؤولية

عن إصابات العمل لقانون الدولة التي يرجي فيها تنفيذ العمل (هشام صادق - مرجع سابق). وإذا كان قانون دولة تنفيذ العمل يأخذ بنظام التأمين الإجباري عن حوادث العمل كما هو الشأن في كل من فرنسا ومصر، وهو ما يؤدي إلى تدخل سلطة عامة بتنظيم التعويض عن إصابات العمل. إذ تحل المسؤولية الجماعية عن إصابات العمل في هذا الفرض محل المسؤولية الفردية لأصحاب الأعمال، والذي ينحصر دورهم في دفع أقساط التأمين للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، فيقع على كاهل هذه الأخيرة الالتزام بتعويض العامل المصاب (برهام عطا الله - التأمينات الاجتماعية ص ١٦٨).

• **دعوى التعويض على صاحب العمل:** إذا كان عقد العمل منفذاً في مصر، فإنه يجوز للقضاء المصري أن يتصدى للنظر في دعوى التعويض عن إصابة العمل بالتطبيق لأحكام قانون التأمينات الاجتماعية الوطني، والذي يتحدد مجال سريانه المكاني وفقاً للرأي الراجح بكافة عقود العمل التي يجرى تنفيذها في الإقليم المصري، ولو كان العامل أجنبياً (الدكتور برهام عطا الله - مرجع سابق ص ٢٣١). أما لو كان العمل ينفذ في الخارج فلا وجه للرجوع إلى قانون التأمينات الاجتماعية في مصر ولو كان العامل المصاب مصرياً. وإذا تبين للقاضي في هذا الفرض الأخير أن دعوى المسؤولية عن حادث العمل لا تخضع للقانون المصري تعين إسناد النزاع إلى القانون المختص، وهو قانون الدولة التي ينفذ فيها العمل وفقاً للرأي الذي انتهينا إليه. والأمر في هذه الحالة لا يخلو من أحد فرضين. فإذا كان القانون الأجنبي المختص لا يأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية، وإنما يرتب المسؤولية الفردية لصاحب العمل عن إصابات عماله، فلا شبهة في وجوب تطبيق هذا القانون وفقاً للمبادئ العامة. أما لو كان القانون

الأجنبي السائد في دولة تنفيذ العمل يأخذ بنظام التأمينات الاجتماعية، فيبدو أنه لا مفر من الحكم بعدم الاختصاص إعمالاً لمبدأ إقليمية القانون العام (برهام عطا الله - مرجع سابق ص ٣٣١ وما بعدها). وحق العامل في الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية على صاحب العمل لمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لم تغطيها مزايا تأمين إصابات العمل فيما لو كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانب رب العمل، وكذلك حقه في الرجوع بهذه الدعوى أيضاً على الغير المسئول عن الحادث للمطالبة بالتعويض الكامل عن الضرر الذي حاق به، والجمع على هذا النحو بين تعويضين عن نفس الضرر، هي مسألة يرجع في شأنها لقانون دولة تنفيذ العمل. فإذا تبين للقاضي أن قانون دولة تنفيذ العمل، بوصفه القانون المختص بدعوى المسؤولية عن إصابات العمل، لا يسمح للعامل المصاب برفع دعوى المسؤولية التقصيرية على رب العمل أو الغير في الحالتين المتقدمتين فلا مناص من رفض الدعوى. أما لو كان قانون دولة التنفيذ يجيز للعمال رفع دعوى المسؤولية التقصيرية في مثل هذه الفروض رغم سبق تعويضه جزائياً عن الإصابة كما هو الشأن في مصر، تعين قبول الدعوى. وإذا ما تم الفصل في هذه المسألة الأولية وفقاً لقانون دولة تنفيذ العمل، فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تخضع بعد ذلك لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام وفقاً للمادة ٢١ مدني (راجع في كل ما سبق برهام عطا الله - مرجع سابق - هشام صادق - مرجع سابق).

• المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي: لا صعوبة بالنسبة للدعوى

التي تستند إلى العقد، كدعوى التعويض عن الإنهاء المبسر لعقد العمل المحدد المدة والتي يرفعها المتعاقد كنتيجة لإنهاء المتعاقد الآخر للعقد بإرادته المنفردة، قبل الأجل المحدد لانتهائه في غير أحوال الفسخ أو الأعذار المبررة

أو استحالة التنفيذ. إذ أن مسؤولية المتعاقد في هذه الحالة هي مسؤولية عقدية، ومن ثم فهي تخضع بداهة لقانون العقد، أي قانون الدولة التي ينفذ فيها العمل. وبالنسبة لدعوى التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة. إذ يتفق الفقه الراجح في كل من فرنسا ومصر على اعتبار دعوى التعويض في هذه الحالة من تطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق (الدكتور حسن كيرة - مرجع سابق - أصول قانون العمل بند ٢٥٨). وذهب رأي آخر إلى إخضاع دعوى تعويض عن الإنهاء التعسفي للعقد بدوره قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل، بوصفه القانون الواجب التطبيق في شأن كافة علاقات العمل. وذهب رأي ثالث لإخضاع دعوى التعويض عن إنهاء العقد غير محدد المدة للمسؤولية التقصيرية. وذهب رأي آخر على أنه التعسف يعد مصدراً مستقلاً من مصادر المسؤولية.

• وقد أخذت محكمة النقض بالرأي القائل لإخضاع دعوى التعويض

لفصل التعسفي لقانون الدولة التي بها مركز إدارة الأعمال، وقد قضت محكمة النقض بأن "وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق إلا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للأداب في مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما وكون القانون الوطني أكثر فائدة- وإذ كان طرفا النزاع أمريكيين وتم التعاقد بينهما في أمريكا والقانون الذي يحكم علاقة العمل بينهما هو القانون الأمريكي واستبعد الحكم المطعون فيه تطبيقه بحجة أن قانون عقد العمل الفردي المصري من النظام العام في مصر وهو يقضي بحق العامل

بمكافأة نهاية الخدمة وأنه لا يجوز تطبيق القانون الأمريكي على موضوع النزاع مادام ذلك القانون كما هو متفق عليه بين الطرفين لا ينص على استحقاق العامل لمكافأة نهاية مدة الخدمة أو في الطلبات الأخرى موضوع الدعوى "وأنه يلتفت عما أثارته الشركة من أنه ليس للعامل أن يختار أفضل النظامين". في حين أن فكرة النظام العام لا تتصل بالمقارنة التي يعقدها قاضي الدعوى - ومن عنده بين القانونين الوطني والأجنبي وما يراه - هو - من أوجه المفاضلة والتفضيل بينهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (١٩٦٧/٤/٥ طعن رقم ٣٧١ لسنة ٣٢ق)، والفقه الحديث يعيب على اتجاه محكمة النقض تجاهله لخضوع عقود العمل لقواعد تنظيمية آمرة في 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 المصري إخضاع الجانب التنظيمي في عقد العمل لقانون دولة محل تنفيذ عقد العمل نظراً لتعلق هذا الجانب بالأمن المدني. أما الجانب غير التنظيمي لعقد العمل فهو يخضع لقانون الإرادة وفقاً للقاعدة العامة في العقود. ويرى فريق آخر من الفقه المصري الحديث تطبيق قانون الدولة التي جرى فيها تنفيذ العمل في جميع الحالات، أي سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أو بالنسبة للجانب غير التنظيمي وسواء كان تنفيذ العمل في مصر أم في الخارج، إذ من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل (هشام صادق - مرجع سابق).

• العقود التي تبرمها الدولة: أكدت محكمة العدل الدولية أن "العقود

التي تبرمها الدولة بغير صفتها كشخص دولي تستمد أساسها من القانون

الداخلي". ومؤدى ذلك أن الاتفاقات المعقودة بين الدول في شأن المسائل المتعلقة بالقانون الخاص تفلت من مجال تطبيق قواعد القانون الدولي العام، ومن ثم فيكون من المتصور إخضاعها لقواعد الإسناد، وهو ما يؤدي إلى تطبيق قانون دولة معينة على هذه الاتفاقات أسوة بالعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة (أنظر حكم محكمة العدل الدولية في ١٢/٧/١٩٢٩ منشور في Dollaz p. 1930 الجزء الثاني ص ٤٥ ومشار إليه في Batiffol المطول ص ٦٣١).

• الاتفاقات التي تبرم بين أكثر من دولة أو بين دولة وشخص من أشخاص

القانون الخاص: الاتفاقات التي تبرمها الدولة بغير صفتها كشخص دولي على النحو السابق قد تكون معقودة بين أكثر من دولة، أو بين إحدى الدول وشخص من أشخاص القانون الخاص كما هو الشأن في العقد المبرم بين أمير أبي ظبي وشركة البترول الإنجليزية. ينطبق في شأن هذه الاتفاقات قانون الإرادة، أي القانون الذي اتفقت إرادة المتعاقدين على اختياره. وإنما يدق الأمر فيما لو لم يتفق المتعاقدان صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق (هشام صادق بند ١٨٦). واتجه القضاء الحديث في الكثير من دول العالم إلى القول بأن كون الدولة طرفاً في التعاقد لا يعني على الإطلاق قيام قرينة لصالح تطبيق قانون هذه الدولة. فمادام أن موضوع التعاقد يتعلق بإحدى مسائل القانون الخاص، فإن الاتفاق الذي تكون الدولة طرفاً فيه يأخذ في هذه الحالة حكم العقود المبرمة بين الأفراد (أنظر الدكتور هشام صادق - مرجع سابق - منصور مصطفى مرجع سابق).

• عقد الرهن: يوجب القانون المدني المصري بالنسبة لرهن المنقول

أن يكون حيازياً، فإذا تعارضت هذه الأحكام مع القانون الأجنبي كما لو

تطلب أن يكون رهن المنقول رسمياً بصفة عامة، فإن القاضي المصري يطرح هذا القانون ويطبق قانونه على النزاع، ليس استناداً إلى الدفع بالنظام العام وإنما لتعذر التطبيق من حيث الصياغة. (أنور طلبة - المطول - ص ٤٩٩).

* * * □

العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد

النص التشريعي (مادة ٢٠) :

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

النصوص العربية المقابلة :

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

الأعمال التحضيرية :

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

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى - جزء ١ - ص ٢٥٩ وما بعدها.

رأى الفقه :

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

لمجلس العقد، كل هذه الإجراءات متعلقة بالشكل، ويخلق بها أيضا إجراءات اشهار التصرف فيما عدا إجراءات الشهر العقاري، فإنه خاضعة لقانون موقع العقار باعتبار ان هذه الإجراءات من الأوضاع الجوهرية التي لا يتم التصرف بدونها^(١).

٢ - لا شك انه لا الزام بالنسبة للشكل الرسمي الإسلامي، فهو إختياري حتى بالنسبة للمصريين كما قدمنا، وكذلك الحكم بالنسبة للشكل العرفي من باب أولى، ونعتقد انه لا الزام كذلك بالنسبة للشكل الرسمي غير الإسلامي، فيما عدا الحكم بالنسبة للزواج الديني، ذلك ان إسناد الشكل للمحل قاعدة إختيارية اصلا في إعتبار كثير من الفقهاء، وهي كذل فعلا في إعتبار المشرع المصري (م ٢٠ مدني)، فزواج الاجانب فى الشكل المقرر فى قانونهم، الوطنى مباح اصلا فى مصر، فإذا كان هذا الشكل رسميا، تعذرت مباشرته طبعاً، الا فى الشكل القنصلى، اما إذا كان عرفيا أو رضائيا، فلا مانع من مباشرته فى مصر، خصوصا وان القانون المصرى يعرف الشكل العرفى بدوره، وان كان لا يعرف الشكل الرضائى الخالص، الا ان الواقع ان الشكل العرفى الذى يعرفه القانون المصرى يكاد يكون رضائيا، والرضائية التى تعرفها القوانين الاجنبية فى الزواج تستلزم العلانية عادة، مما يكاد يمحو كل فارق بينها وبين الشكل العرفى المصرى، ذريعة كافية لرفض الإعتراف بأى زواج خفى. اما بالنسبة لزواج المصريين فى الخارج فى الشكل المحلى، فيلاحظ ان المشرع المصرى، خلافا للمشرع الفرنسى، لم يتدخل فى حكم هذا الزواج، فهو يخضع اذن للقاعدة العامة فى الإسناد المحلى، وللتمييز المرتبط بها بين

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

الشكل والموضوع في شروط الزواج، ويمكن رد هذا الحكم إلى المادة ٢٠ من القانون المدني المصري التي تحكم شكل التصرفات عموماً. ولما كان الشكل الرسمي في إنعقاد الزواج إختيارياً للمصريين في مصر، فهي يخضع لقاعدة الإسناد المحلي، بداهة من باب أولى، ما دامت الرسمية الإلزامية في القانون الفرنسي مسلماً بخضوعها لتلك القاعدة، وعلى ذلك يجوز للمصريين الزواج في الخارج في الشكل المحلي، رسمياً كان أو غير رسمي، بشرط احترام الشروط الموضوعية للزواج في القانون المصري^(١).

• **المقصود بالعقود ما بين الأحياء الواردة بالنص:** يقصد بالعقود ما بين الأحياء، كافة التصرفات القانونية ولا يخرج منها سوى الوصية وسائر التصرفات التي تضاف إلى ما بعد الموت (مذكرة المشروع التمهيدي - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٩٥) وإذا كان المشرع المصري لم يعرض في هذا النص إلا للعقود ما بين الأحياء فذلك لأنه قد وضع الحكم الخاص بشكل الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في المادة ٢/١٧ من القانون المدني.

• **تعدد ضوابط شكل التصرفات القانونية:** يبين لنا من نص المادة ٢٠ مدني، أن الشارع المصري قد ضمن الأخير، أربعة ضوابط، يصلح كل واحد منها لحكم شكل التصرف القانوني. وسوف نلقي الضوء على هذه الضوابط كما يلي: أولاً محل إبرام التصرف: رأينا من قبل أن العديد من الدول، يعتقد مشروعها الضابط حل الدراسة. وأساس هذا الوضع هو أن الأخير، يلبي حاجات المعاملات الدولية عموماً. هذا إلى أنه يقوم على

(١) مجلة التشريع القضاء - السنة ٥ - العدد ٢٦ و ٢٧ - ص ٣٠ وما بعدها - مقال: الشكل والموضوع في تكوين الزواج - الدكتور أحمد مسلم.

اعتبارات عملية ليس من اليسير أن نتجاهلها. ثانياً: القانون الذي يحكم الموضوع: يحق للمتعاقدین إخضاع عقدهما من حيث الشكل للقانون الذي يحكم موضوع هذا العقد، وهذا ما أفادته المادة ٢٠ من القانون المدني المصري، على نحو ما رأينا من قبل. ويرى البعض أن مسلك المشرع المصري على النحو السابق، إنما يستجيب إلى "أصول فقهية سليمة" وتتأكد لنا صحة هذا النظر إذا ما علمنا بأن "اختصاص قانون الموضوع أقرب إلى طبيعة الأشياء وأكفل بتحقيق وحدة القانون الذي يسري على العقد" (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٢٩٦). وقد رأينا في موضع متقدم أن بعض التشريعات العربية تعتنق الضابط محل الدراسة. ثالثاً: الموطن المشترك للمتعاقدین: فضلاً عن الضابطين سالفی الذكر، أجازت المادة ٢٠ من القانون المدني المصري للمتعاقدین حق إعمال قانون موطنهما المشترك على شكل عقدهما. وقد ذهب المذكرة الإيضاحية للقانون المدني إلى بيان أهمية الضابط محل الدراسة، حيث قررت أن الأخذ بالضابط الأخير، ينطوي على تيسير "يتماشى مع أهلية الموطن في تنفيذ العقود ولاسيما التجاري منها" (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٢٩٧). رابعاً: الجنسية المشتركة للمتعاقدین: وفي النهاية، يحق للمتعاقدین، أن يخضعا عقدهما من حيث الشكل لقانون جنسيتهما المشتركة، حل وجودها. وأساس هذا الضابط أن المتعاقدین قد يكونا على علم بأحكام هذا القانون، أكثر من أي قانون سواه، الأمر الذي دفع المشرع المصري في المادة ٢٠ مدني إلى إعطائهما حق اختياره لحكم شكل تصرفهما.

• المسائل التي تخرج عن مفهوم شكل التصرف: أشكال المرافعات تخرج

عن فكرة شكل التصرف القانوني. فقد ظن البعض - خطأ - أن الشكل

والإجراءات من طبيعة واحدة، بحسبان أن الأمر يتعلق في الحالتين بالمظهر الخارجي "الذي يوجب القانون اتخاذه، وهو يستلزم مراعاة أوضاع معينة وتدخل موظف عام، هو بالنسبة للتصرف القانوني الموثق وبالنسبة لإجراءات المرافعات هم عمال القضاء، وقانون المحل بالنسبة للتصرف القانوني هو قانون البلد الذي يبرم فيه، وقانون المحل بالنسبة لإجراءات المرافعات هو قانون البلد الكائن به المحكمة التي يتخذ لديها الإجراء. ولكن على العكس من ذلك، يذهب الفقه الراجح إلى التمييز بين شكل التصرفات وأشكال المرافعات، نظراً لاختلاف كل منها عن الآخر من حيث الطبيعة. هذا إلى أن إجراءات المرافعات تخضع لقاعدة إسناد مختلفة عن تلك التي تتصدى لحكم شكل التصرفات القانونية. والثابت أن كل قاعدة إسناد من القواعد المتقدمة تهدف إلى تحقيق هدف مختلف عن الهدف الذي تسعى قاعدة الإسناد الأخرى إلى تحقيقه. والأشكال اللازمة للعينية، إنما تخرج عن نطاق فكرة شكل التصرفات. فالأشكال اللازمة لنشأة الحقوق العينية الأصلية، أو اللازمة لنفاذه الحقوق العينية التبعية في مواجهة الغير، إنما تخضع لقانون موقع المال. وبعد أن فرغنا من استبعاد المسائل المتقدمة والتي تخرج عن مضمون فكرة شكل التصرف القانوني، يتعين علينا أن نحدد مكونات أو المسائل التي تدخل في نطاق فكرة شكل التصرف. (الدكتور هشام خالد - تنازع القوانين - بند ١٨٠).

• مضمون فكرة شكل التصرفات القانونية: الأشكال المكملة للأهلية

تعتبر من مسائل الموضوع وليس من مسائل الداخلة في فكرة شكل التصرف القانوني ومثال ذلك، "ضرورة حصول الزوجة على إذن من زوجها للقيام بتصرفات معينة والمقرر في بعض التشريعات، وضرورة حصول القاصر على إذن مباشرة أعمال الإدارة أو بالاتجار، أو الإذن

للوصي في التصرف في أموال القاصر" والشكل قد يكون أمراً لازماً لانعقاد التصرف القانوني، وقد يكون أمراً لازماً لإثباته فقط. وعلى هذا النحو، نبين مضمون كل مسألة من المسألتين المتقدمتين، كما يلي:

(أ) **الشكل المطلوب للانعقاد:** لا تتعد بعض التصرفات القانونية، إلا إذا اتخذت في الشكل الرسمي كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة، والرهن الرسمي. ويذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى أن تحديد مدى لزوم الشكل هي مسألة موضوعية، بحيث يتعين علينا، أن نرجع في شأنها إلى القانون الذي يحكم الموضوع. فإذا كان الأخير، يوجب صب الإرادة في الشكل الرسمي، تعين علينا أن نلتزم بحكم هذا القانون، حتى في الفرض الذي لا يستلزم فيه قانون دولة الإبرام، مثل هذا الشكل، حيث يجيز للمتصرف صب تصرفه في الشكل العرفي. فالهدف من الشكل لدى أنصار الاتجاه السابق، هو حماية الإرادة ليس غير، والمسألة الأخيرة مسألة موضوعية لديهم. وظاهر الحال، أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، قد اعتنق هذا النظر، حيث جاء فيه ما نصه "يراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل.. لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع" (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، س ٢٩٦)، والمستفاد مما تقدم، أن تنفيذ الشكل الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الموضوع، هو الذي يخضع للقانون المحلي ليس غير. والنظر السابق، من شأنه تضيق مضمون فكرة الشكل في هذا المقام، على نحو يقلل بها، عن القدر الذي يجب أن تكون عليه، وفقاً لأحكام المادة ٢٠ من القانون المدني. وعلى العكس من ذلك،

فالاتجاه الراجح، ينتقد المسلك السابق، لما تقدم ولغير ذلك من الأسباب، ويرى أنصار الاتجاه المائل، أن القانون المحلي هو الذي يحكم مسألة لزوم الشكل من عدمه، وأن القانون الذي يحكم الموضوع ليس له أي اختصاص في هذا المقام، لاسيما وأن محكم النقض الفرنسية، تعتنق الاتجاه المائل. والفقه المصري الراجح، يذهب إلى اعتناق الاتجاه المائل، على أساس أن من شأن الأخذ به إدراك الهدف الذي تسعى قاعدة "خضوع الشكل لقانون دولة الإبرام" إلى تحقيقه. فالمنطق الذي يقوم عليه النظر المنتقد من شأنه أن يزيد المتعاقدين من أمرهم عسراً، في حين، أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة ٢٠ مدني مصري، تريد أن تزيدهم من أمرهم يسراً. والعلم بالقانون السائد في الدولة التي يتم فيها إبرام التصرف أمر ميسور للغاية، في حين أن العلم بالقانون الذي يحكم الموضوع أمر ليس باليسير في كل حال. وفضلاً عما تقدم فإن اعتناق الاتجاه المنتقد من شأنه أن يؤدي إلى العديد من النتائج الشاذة، ومن ذلك، أنه قد يستحيل في بعض الفروض تنفيذ الحكم الذي يقرره قانون الموضوع، في الدولة التي يقوم فيها المتصرف بإبرام تصرفه، وذلك فيما لو كان الشكل الرسمي للتصرف المعني مجهولاً في هذا القانون، حيث يقرر الأخير أن مثل هذا التصرف يجب أن يتم في الشكل العرفي، فكيف يقوم المتصرف، بإبرام هذا التصرف في دولة الإبرام، إزاء رفض جهاز التوثيق في هذه الدولة. القيام بإبرامه في الشكل الرسمي، لمخالفة ذلك للقانون الذي يحكمه. لاشك أن الوضع المتقدم، يجافي حاجة المعاملات الدولية بصورة صارخة. هذا إلى أنه يعارض الأساس الذي تقوم عليه القاعدة الواردة في المادة ٢٠ مدني، ألا وهو التيسير على المكلفين. وفي ضوء هذا النظر، يجب أن تتسع فكرة شكل التصرف، بحيث تشمل مسألة لزومه أو عدم لزومه لانعقاد التصرف.

وعلى هذا الأساس يجوز للمتصرف المعني أن يصب إرادته في الشكل العرفي وهو السائد في دولة الإبرام، رغم أن القانون الذي يحكم الموضوع يشترط لانعقاد التصرف صبه في الشكل الرسمي، لما تقدم من أسباب ولغيرها. (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق - منصور - مرجع سابق - هشام صالح - مرجع سابق).

(ب) الشكل اللازم للإثبات: يكاد أن يجمع الفقه المصري والفرنسي، على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف القانوني، إنما تخضع للقانون الذي يحكم الشكل ذاته. وينصرف سلطان القانون السالف، لحكم مسألة أخرى، هي قوة الدليل في الإثبات. وبهذه المثابة، فإن كان القانون السائد في دولة القاضي يتطلب الدليل الكتابي لإثبات تصرف معين فمن حق المتصرف الاحتكام إلى القانون السائد في الدولة التي تم إبرام التصرف فيها، مادام أن هذا الأخير يجيز إثبات التصرف المعني بغير حاجة للكتابة. ومؤدى الطبيعة التيسيرية والاختيارية لقاعدة الإسناد محل الدراسة، أنه يجوز لصاحب الشأن، أن يحتكم إلى قانون القاضي والذي يجيز له إثبات التصرف المعني، دون دليل كتابي، حتى في الفرض الذي يستلزم فيه قانون دولة الإبرام، إثبات التصرف سالف البيان كتابة، تيسيراً على المتعاملين على المستوى الدولي. ويعتقد البعض، أن الاتجاه المائل، إنما يستجيب إلى اعتبارات عملية مؤداها التيسير على المتعاقدين، وهو ما يتمشى في الوقت نفسه مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها ابتداءً. وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها هذا المعنى، فقررت ما نصه "أن حق القاضي الفرنسي في قبول الأدلة المقررة في قانونه يمنع الخصوم من الاستفادة بقواعد الإثبات السائدة في قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف"

(نقض فرنسي ١٩٥٩/٢/٢٤، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٥٩ ص ٣٦٨)، (وفي ذات المعنى راجع أيضاً، نقض فرنسي، جلسة ١٩٦٣/٢/١٢، منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٤، ص ١٢١ وما بعدها).

• **اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف** : جرى العرف بين الدول على أن يتولى القنصل الاختصاصات المتعارف عليها للبعثات القنصلية، وتنظم هذه الاختصاصات قوانين الدولة الموفد القنصل من قبلها تسهيلاً للتصرفات التي يرغب الأشخاص التابعون في الجنسية لهذا القنصل في إجرائها أثناء وجودهم خارج دولتهم إذ ليس من المعقول أن ينتقل الشخص إلى دولته كلما أراد إبرام تصرف يتطلب تدخل موظف عام. مما أدى إلى قيام القنصل بهذا العمل في الخارج، وحينئذ يأخذ التصرف ذات الحكم الذي يتقرر للتصرف الذي يبرم داخل الدولة الموفد القنصل من قبلها، فلقنصل توثيق العقود التي تتطلب توثيقاً كعقود الوكالة - أنظر م ٢٢ - أو إثبات تاريخ أو غير ذلك. ويكون الشكل حينئذ قد تم وفقاً لقانون الدولة التي ينتمي القنصل إليها. ويجب للاحتجاج بهذا الشكل أن يكون من بين الأشكال المحددة بالمادة ٢٠ من القانون المدني المتضمنة لقاعدة الإسناد المتعلقة بذلك، ويعتبر التصرف في هذه الحالة أنه أبرم في الدولة الموفد القنصل إليها والتي تم التصديق عليه بها وإن كان قد اتخذ الشكل الخارجي المقرر في قانون الدولة التي ينتمي القنصل إليها، ولهذه التفرقة أهمية عندما يكون التصرف متعلقاً بإجراء قضائي سوف يتخذ في الدولة الموفد القنصل إليها، إذ يتعين حينئذ أن يتخذ الشكل المقرر في قانون الدولة الأخيرة وفقاً لنص المادة ٢٢ من القانون المدني بحيث إن اتخذ الشكل المقرر في قانون دولة القنصل كان مخالفاً للشكل المقرر قانوناً فلا يعتد به "أنظر نقض

١٩٦٠/٥/٢٦ بالمادة ٢٢ فيما يلي". أما إن كان التصرف المتعلق بإجراء قضائي، كالتوكيل بالطعن بالنقض، قد اتخذ الشكل المقرر في قانون الدولة التي يباشر فيها الإجراء، فإنه يكون صحيحاً ولو تم خارج إقليم هذه الدولة. (أنظر فيما تقدم نقض ١٩٧٥/٢/١٢ و ١٩٦٣/٢/٧).

من أحكام القضاء:

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

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

* * *

القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية

النص التشريعي (مادة ٢١) :

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

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٢١ لىبى و ٢٢ سورى و ٢٤ عراقى و ٢٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

• المقصود بالالتزامات: المقصود بالالتزامات غير التعاقدية هو الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، والالتزامات

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ١ - ص ٣٠٠ و ٣٠١.

المرتبة على الفعل النافع (الإثراء بلا سبب). أما الالتزامات الناشئة عن العقد فهي تخضع لقانون الإرادة أو القانون موطن المتعاقدين المشترك أو محل الإبرام. إن الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة تخرج بدورها عن مضمون فكرة الالتزامات غير التعاقدية. وقد عني المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون المدني بإسناد الالتزامات غير التعاقدية لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، أي للقانون المحلي Loi locale. وتطبيق القانون المحلي في شأن المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب هو الحل السائد فقهاً وقضاءً في معظم دول العالم. ومع ذلك يتجه بعض الشراح إلى إسناد الالتزامات غير التعاقدية لغير القانون المحلي. (هشام صادق - مرجع سابق - الوكيل - وأنظر منصور - مرجع سابق)

• **ما يخرج عن نطاق تطبيق النص:** يطبق النص على العمل غير المشروع أي أعمال تطبيق المسؤولية التقصيرية على العمل غير المشروع وكذلك تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب على الالتزامات الناشئة عن العمل النافع ومن ثم لا يطبق أحكام النص على غير ذلك من مصادر المسؤولية غير التعاقدية كالإدارة المنفردة. والمشرع المصري قد أخضع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحلي كقاعدة عامة. ومع ذلك فهناك استثناء أوردته الفقرة الثانية من المادة ٢١، بحيث لا ينطبق القانون المحلي على الفعل الضار إذا كان الفعل المعني مشروعاً في القانون المصري. وعلى هذا الأساس، يجب على القاضي أن يرجع إلى القانون المحلي والقانون المصري في نفس الوقت، لإمكان تقدير مدى مشروعية الفعل سالف البيان. وقد بررت المذكرة الإيضاحية الوضع السابق مقررّة أن "إلحاق المشروعية بواقعة أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام" (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٣٠٠).

• الاتجاهات الفقهية والمتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية: العديد من

المشرعين العرب قد أسند المسؤولية غير التعاقدية للقانون المحلي، كذا الحال، فعل المشرع المصري. والموقف السابق، يسود أيضاً في العديد من التشريعات الأجنبية. ويرى البعض، أن القاعدة المتقدمة تقوم على أساس منطقي ومع ذلك فهناك، من يهاجم القاعدة المتقدمة. فتطبيق القاعدة السابقة، قد يثير العديد من الصعوبات العملية في بعض الفروض، سواء إذا ما تعلق الأمر بالفعل الضار أو الفعل النافع، ففي الحالة التي يتعلق فيها الأمر بالفعل الضار، فقد يقع هذا الفعل على إقليم لا يخضع لأي سيادة إقليمية. وهنا سوف يثار التساؤل عن ماهية القانون المحلي الواجب التطبيق. كذا الحال، إذا ما وقع الفعل الضار في إقليم دولة معينة، وتحقق الضرر في إقليم دولة أخرى، فما هو القانون المحلي في هذا الفرض أيضاً. أما إذا ما تعلق الأمر بالفعل النافع، فقد تثار بعض الصعوبات في تحديد القانون المحلي، في الفرض الذي تتوزع فيه عناصر الواقعة المنشئة للالتزام، بحيث يقع الافتقار في دولة معينة في حين أن الإثراء يقع في إقليم دولة أخرى. فما هو القانون المحلي في هذا الفرض. كذا فمن المتصور، أن يقع الفعل النافع على إقليم لا يخضع لأي سيادة إقليمية. وهنا أيضاً، سوف يثار التساؤل السابق. وقد أجيب على ذلك، بأن النقد المتقدم ليس موجهاً إلى القاعدة القاضية بتطبيق القانون المحلي في ذاتها، بل هو كاشف عن بعض الصعوبات التي تثيرها تطبيق القاعدة المتقدمة في بعض الفروض. ومع ذلك، فإن الفقه الدولي المعاصر، فقد أوجد العديد من الحلول التي يمكن إتباعها، حال تحقق أي فرض من الفروض السابقة. مع ذلك، فقد ذهب البعض، إلى أن تطبيق القانون المحلي يكون غير مناسب، في الفرض، الذي يتعين فيه الأخير، بناء على ظروف عارضة، ويمثل البعض

لذلك بافتراض "أن إحدى المدارس الأمريكية قد أقامت معسكراً صيفياً للطلبة في مكان ناء بكندا بعيداً عن العمران، ثم حدث أن أصيب أحد الطلبة بناء على فعل غير مشروع ارتكبه طالب آخر أو أحد منظمي المعسكر. لاشك أن تطبيق القانون الكندي بوصفه القانون المحلي على دعوى المسؤولية في هذا الفرض يخلو من أي معنى، فمرتكب الفعل والمضروب والمشرفين على المعسكر جميعهم يتمتعون بالجنسية الأمريكية ويتوطنون الولايات المتحدة (الأمريكية). ومن ثم يبدو وقوع الفعل المنشئ للالتزام في الإقليم الكندي كمجرد ظرف عارض لا يصلح معياراً سليماً للإسناد". وإزاء النقد السابق، حاول الفقه الدولي الحديث تطوير فكرة القانون المحلي، بحيث لا يفهم على أنه، قانون الدولة التي يقع على أرضها الفعل المنشئ للالتزام، بل بحسبانه القانون الذي يحكم الوسط الاجتماعي الذي وقعت في ظله الواقعة المنشئة للالتزام. وإعمالاً لهذا النظر، فإن الواجب هو تطبيق القانون الأمريكي على المثال سالف البيان، بحسبانه قانون الوسط الاجتماعي، الذي حدثت في ظله الواقعة المنشئة للالتزام. فمرتكب الفعل الضار أمريكي، والمضروب أمريكي، والمعسكر أمريكي، والمشرفين أمريكيين، والجميع متوطن في الولايات المتحدة الأمريكية. فكل الأمور السابقة تبرر تطبيق القانون الأمريكي، بحسبانه قانون الوسط الاجتماعي، في حين أن تواجد المعسكر في كندا هو أمر عارض، لا يمكن التعويل عليه، لعقد الاختصاص التشريعي للقانون الكندي، في هذا الفرض. ورغم سلامة هذا النظر في رأينا، فمن الصعوبة بمكان، تطبيقه في ظل المادة ٢١ مدني مصري، والتي ترى أن قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للمسئولية، هو الواجب التطبيق في هذا المقام. (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق)، وذهب رأي آخر إلى أن إذا كان وقوع الخطأ في دولة

والضرر في دولة أخرى أن وجوب تطبيق المبادئ العامة للقانون، على العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. وأساس هذا النظر، أنه من غير المناسب، إخضاع العقد المعني لقانون الدولة المتعاقدة، أو للقانون المتقدم بالاشتراك مع قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقد الآخر. بل على العكس من ذلك، فمن الأفضل إخضاعه لنظام قانوني أعلى من القانونين المتقدمين، وهذا الأخير هو المبادئ العامة للقانون. ولا مجال في المقام المائل للفرقة بين المبادئ الصادرة عن الأمم المتمدينة، وتلك الصادرة عن أمم غير متمدينة، فالمبادئ القانونية العامة، واجبة الاعتبار أياً كان وصف الأمم التي صدرت عنها. ومن هذا المنطلق، أثّرنا مع الفقه استئصال النزعة الاستعمارية التي شابت المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فتعين استعمال مصطلح أكثر إنسانية وواقعية ألا وهو "المبادئ العامة للقانون"، من شأنه إضفاء مسحة من الحيادة، على القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة. فإذا كان اختيار القانون وطني معين، كأن يكون الأخير قانون الدولة المتعاقدة، أو قانون جنسية المتعاقد الآخر معها، يفيد نوع معين من التحيز، فعلى العكس من ذلك، فإن اللجوء للمبادئ العامة للقانون يكشف ولأول وهلة، عن الحيادة الكاملة، بحسبانه نظاماً يعلو على قوانين الدولة. وقد انتهت محكمة التحكيم، التي تصدت للفصل في قضية: *Le na Gold Field Ltd*، 1930 إلى اعتبار المبادئ العامة للقانون، هي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الشركة المدعية والدولة الروسية. ويرى أنصار الاتجاه المائل أن تطبيق المبادئ العامة للقانون قد يكون مستنداً إلى نص صريح ضمنه المتعاقدان عقدهما. وقد يستفاد ذلك ضمناً، حين يتفق المتعاقدان إخضاع عقدهما للتحكيم، دون تحديد صريح للقانون الواجب التطبيق على عقدهم. فالوضع السابق يفيد لدى البعض

انصراف إرادة الخصوم إلى إعمال المبادئ المتقدمة على عقدهما. وقد انقسم الفقه انقساماً شديداً حول المقصود بالمبادئ العامة للقانون، رغم شيوع استعمال هذا الاصطلاح كثيراً، فمن ناحية أولى: ذهب اتجاه أول، إلى القول بأن المقصود بذلك المبادئ العامة للقانون الدولي، ومن ناحية ثانية: ذهب اتجاه ثانٍ، إلى القول بأن المقصود بها، قواعد القانون الطبيعي وقواعد المنطق والعمل، ومن ناحية ثالثة: ذهب اتجاه ثالث إلى أن المقصود بذلك، المبادئ المشتركة المستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية. ولعل الاتجاه الأخير، هو الأقرب للصواب نظراً لصلاحيته الأخيرة لحكم العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، عن الحال الذي يلجأ فيه إلى مبادئ القانون الدولي أو مبادئ القانون الطبيعي. (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق - هشام صادق - مرجع سابق - منصور - مرجع سابق).

• تحديد القانون المحلي بالنسبة للمسئولية المترتبة على العقل النافع:

يحكم القانون المحلي أركان الإثراء بلا سبب، فهو الذي يبين لنا مضمون الإثراء، وهل يلزم أن يكون إيجابياً، أم يمكن أن يكون سلبياً. وهل هو مباشر أم غير مباشر، مادي أم معنوي، وفضلاً عن ذلك يحدد لنا القانون المحلي أيضاً، مفهوم الافتقار، وهل هو إيجابي أم سلبى، وهب هو مباشر أو غير مباشر، ماد أم معنوي. ويحدد لنا القانون المحلي الحالات التي يكون فيها الإثراء مستنداً إلى سبب قانوني، والحالات التي ينعدم فيها السبب المبرر للإثراء. ويحكم القانون المحلي أيضاً دعوى الإثراء، حيث يحدد لنا ما إذا كانت أصلية أم احتياطية وهل يلزم توافر الإثراء وقتذاك. كذا، يحدد لنا القانون المحلي، عناصر التعويض الواجب الحكم بها، لمن افتقر، وهل يتحدد على أساس ضوء قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار، أم أقل القيمتين، أم على أساس مختلف عما ذكر. وليس هناك مشكلة إذا أحدثت

الواقعة التي ترتب عليها الإثراء والافتقار في دولة واحدة فهنا سيطبق القانون السائد في هذه الدولة أما إذا تفرقت الواقعة حيث حدثت واقعة الإثراء في دولة وواقعة الافتقار في دولة أخرى فذهب رأي إلى وجوب الاعتماد بقانون الدولة التي تحقق فيها الإثراء. وأساس هذا النظر لديهم، أن أساس المسؤولية في هذا المقام، هو واقعة الإثراء. هذا إلى أن الإثراء أمر ظاهر في العالم الخارجي، بحيث يسهل إثباته، عن الحال الذي يتم فيه إثبات الافتقار بحسابه أمراً سلبياً. وهذا الوضع يوجب تطبيق القانون السائد في دولة الإثراء. وإعمالاً لهذا النظر، فإذا ما تعلق الأمر بدفع غير المستحق، فإن القانون الواجب التطبيق عليه، هو قانون الدولة التي تم فيها الدفع. وإذا ما تعلق الأمر بالفضالة، فإن القانون السائد في الدولة التي تولى فيها الفصولي شئون رب العمل، هو الواجب التطبيق في هذا الفرض. ففي الحالتين المتقدمتين، تم تطبيق القانون السائد في الدولة التي تحقق فيها الإثراء. (الدكتور هشام صادق - مرجع سابق - منصور - مرجع سابق)

• **المسؤولية عن العمل الشخصي:** يتصدى القانون المحلي، لبيان مضمون الخطأ. فهذا الأخير، يبين لنا ما إذا كان مسلك الشخص المعني، يدخل في عداد الخطأ من عدمه. كذا، يبين لنا هذا القانون، ما إذا كان الدفاع الشرعي، وتنفيذ أوامر الرؤساء والضرورة من الأمور التي تخلص وصف المشروعية على التعدي الصادر من الشخص المتقدم من عدمه. ويبين لنا القانون المحلي أيضاً، ما إذا كان الإدراك ركناً لازماً لوجود الخطأ، أم أن الأخير يمكن أن يوجد دونه. وتخضع أهلية المساءلة للقانون المحلي أيضاً. ووفقاً للقواعد العامة، يجوز استبعاد هذا القانون، في الفرض الذي يكون فيه متعارضاً مع النظام العام في مصر، نزولاً على مقتضى المادة ٢٨ مدني، سالفه البيان. وقد عرض الأمر على محكمة النقض

المصرية في منازعة تتعلق بحادث وقع لإحدى الطائرات المملوكة لشركة مصر للطيران بمطار إيراني يدعى مهر باد. وقد ترتب على ذلك مفارقة الطاقم والركاب للحياة. وعلى أثر ذلك قامت إحدى الوارثات برفع الأمر للقضاء المصري، وقد اختصت في الدعوى شركة مصر للطيران، بوصفها الشركة التي كان يعمل فيها مورثها (أحد أفراد الطاقم) مطالبة الحكم بإلزام الأخيرة، بتعويضها عن الضرر الذي أصابها من جراء وفاة مورثها في الحادث سالف البيان. وذهبت المدعية، إلى أن الشركة المتقدمة قد صدر عنها إهمال جسيم، تمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتأمين نزول الطائرة، على النحو الذي أدى في النهاية إلى وفاة مورثها، ضمن آخرين، على ما سبق لنا بيانه. وقد دفعت شركة مصر للطيران الدعوى السابقة، مقررة أن القانون الإيراني هو الواجب التطبيق على المنازعة السابقة بوصفه القانون المحلي، وأن الأخير لا يجيز مساءلة الأشخاص الاعتبارية، الأمر الذي يوجب رفض دعوى المدعية سالفة البيان. رغم ذلك ذهبت المحكمة الابتدائية إلى إلزام الشركة المدعى عليها، بتعويض الطالبة عن الضرر الذي أصابها من جراء فقدها لمورثها بسبب الحادث سالف البيان. وقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى تأييد قضاء محكمة أول درجة، الأمر الذي دفع شركة مصر للطيران إلى الطعن بالنقض في الحكم المتقدم، على أساس مخالفة محكمة الاستئناف لأحكام القانون الإيراني، والتي لا تجيز مساءلة الشخص الاعتباري إطلاقاً. وقد انتهى الأمر بمحكمة النقض، إلى رفض الدفاع المتقدم على أساس أن الأحكام الواردة في القانون الإيراني والتي تحول دون مساءلة الشخص الاعتباري عن فعله التقصيري، تعتبر مخالفة للنظام العام في مصر إعمالاً للمادة ٢٨ مدني مصري. ويحدد لنا القانون المحلي ماهية الأضرار التي يجوز التعويض عنها وتلك التي لا ينصرف إليها

الوضع المتقدم. كذا نوع السببية التي يجب أن تربط الخطأ بالضرر، وفي النهاية، يحدد لنا القانون سالف البيان أسباب دفع المسؤولية. (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق - وأنظر هشام خالد - مرجع سابق - منصور - مرجع سابق - الوكيل - مرجع سابق).

• **المسؤولية عن عمل الغير:** ومثال هذا النوع من المسؤولية، مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة، كذا الحال بالنسبة لمسؤولية من يتولى رقابة من حددهم القانون. والقانون المحلي - بالتحديد السابق، هو الذي يقرر لنا، من يعتبر متولياً للرقابة، كذا من يعد متبوعاً. كما يبين لنا ذات القانون المتقدم، أساس المسؤولية التقصيرية وعما إذا كانت قائمة على قرينة الخطأ القابل لإثبات العكس من عدمه. كذا فإن القانون المتقدم هو الذي يبين لنا الحالات التي يجوز فيها للمتبوع ولمتولي الرقابة، دفع القرينة السابقة.

• **المسؤولية عن الأشياء:** ويقصد بالمسؤولية عن الأشياء مسؤولية الشخص عن أشياء معينة كالآلات أو الحيوانات، وذلك إذا ما سببت الأخيرة ضرراً للغير. ويخضع هذا النوع من المسؤولية للقانون المحلي. ويقصد بالأخير القانون المطبق في الدولة التي حدث فيها فعل الشيء المعني، حيواناً كان أم آلة. فالقانون المتقدم، هو الذي يبين لنا أساس المسؤولية الشيئية. وهل هو الخطأ المفترض من عدمه، كذا يبين لنا القانون المتقدم. الحالات التي يجوز فيها للحارس نفي الخطأ.

• **آثار المسؤولية:** تخضع آثار المسؤولية للقانون المحلي أيضاً، فالقانون المتقدم، هو الذي يحكم التعويض وطرقه ومقداره، وكيفية أدائه. فالقانون المتقدم، هو الذي يبين لنا طريقة التعويض "هل يكون بالتنفيذ العيني أم يكون تعويضاً نقدياً أم غير نقدي، وإذا كان تعويضاً نقدياً، فهل

يؤدي مرة واحدة أم مقسماً أم في صورة إيراد مرتب مدى الحياة". ويحدد لنا القانون المحلي أيضاً مقدار التعويض، وهل يكون عن الضرر المباشر فقط، أم يمتد ليشمل أيضاً الضرر غير المباشر. كذا هل يعتد هنا بالضرر المادي فقط، أم بالضرر المعنوي أيضاً. وقد كانت المادة ٢/٥٠ من المشروع التمهيدي للقانون المدني تنص على أنه "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 المصري في مثل هذه الحالة" (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٣٠٠) وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، إلى أن أساس الاحتكام للقانون المصري في هذا الصدد، هو بتعلق قاعدة المسؤولية هنا بالنظام العام في مصر. وقد تم حذف النص السابق، بحسبان تعلقه بأحكام تفصيلية، روى أنه من الأفضل تركها لاجتهاد الفقه والقضاء.

• **المسؤولية المترتبة على جريمة وقعت في الخارج:** تنص المادة ٣ من قانون العقوبات المصري، على أنه "كل مصري ارتكب وهو خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه". وإزاء ذلك، يثار التساؤل عن الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحاكم الجنائية المصرية، بالتبعية للدعوى الجنائية الماثلة أمامها أيضاً، فهل يطبق على الدعوى المدنية القانون السائد في الدولة التي تم ارتكاب الجريمة فيها، أم القانون المصري بحسبان، أن الأخير يحكم الجريمة ومن هذا المنطلق يجب أن يمتد لحكم الدعوى المدنية المترتبة عنها، نظراً للارتباط الشديد بينهما؟ وذهب البعض إلى وجوب تطبيق القانون الجنائي الوطني على الشق الجنائي من الواقعة، مع تطبيق القانون المدني الوطني على

شقها المدني تحقيقاً للانسجام في هذا المقام. (الدكتور - هشام خالد - مرجع سابق).

لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام، وقد قضت

محكمة النقض بأن "تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر. ومؤدى ذلك نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع، وإذا كان الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مساهلتها مدنياً عما يسند إليها من أعمال غير مشروعة يعتبر من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر وتعتبر بالتالي من المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة المشار إليها فإن الحكم المطعون فيه إذ استبعد القانون الإيراني وطبق أحكام القانون المصري لما أن القانون الأول لا يجيز مساءلة الشخص الاعتباري عن الفعل الضار فإنه لا يكون مخالفاً للقانون ولا يقدح في صحته ما جاء بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً على قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون المدني من أن القانون الأجنبي يختص بالفصل في أهلية المساءلة عن الفعل الضار ذلك أن القانون الأجنبي يتمتع تطبيقه عملاً بالمادة ٢٨ مدني كلما كان حكمه في شأن المسؤولية أو في شأن شرط من شروطها مخالفاً للنظام العام" (الطعن رقم ٣٠٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)، وبأنه "تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أساس الخطأ المفترض من جانب المتبوع كتنقيصه في مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسؤولية المتبوع قائمة

بناء على عمل غير مشروع، ومقتضى المادة ٢١٧/٣ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سلفاً على الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع. وإذا كان هدف المشرع في تقرير مسؤولية 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 لمسؤولية 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 هذا المسؤولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص" (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٧).

من أحكام القضاء:

١ - تنص المادة ٢٨ من القانون المدني على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر" ومؤدى ذلك نهي القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي كلما كانت أحكامه متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع. وإذا كان الإعراف 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 إذ 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 بالذاكرة الإيضاحية تعليقاً عن قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون المدني من أن القانون الأجنبي يختص بالفصل في أهلية المساءلة عن الفعل الضار ذلك أن القانون الأجنبي يتمتع تطبيقه عملاً بالمادة ٢٨ مدني كلما كان حكمه في شأن المسؤولية أو في شأن شرط من شروطها مخالفاً للنظام العام.

(الطعن رقم ٣٠٨ - لسنة ٢٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٦ / ١٩٦٤)

* * *

القانون الواجب التطبيق على قواعد الاختصاص

النص التشريعي (مادة ٢٢) :

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٢٢ لىبى و ٢٢ سورى و ٢٨ عراقى و ٣٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

القاعدة العامة، بالنسبة للأحكام الاجنبية، هى ان القواعد الخاصة بالمرافعات تخضع لقانون القاضى، وهو ما تضمنه المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى - وقد اختلف فى أساس هذه القاعدة... فىرى البعض ان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدنى - المرجع السابق س ٣٠٤.

أساسها ينبع من ان القضاء هو احد وظائف الدولة الأساسية، تباشرها الدولة بواسطة احدى سلطاتها العامة، وتؤدي هذه السلطة وظيفتها طبقا للقواعد المقررة فى قانون الدولة التى تجرى بها الإجراءات دون قانون اية دولة اجنبية، ومن ثم تكون هذه القواعد من قواعد القانون العام، وتكون قاعدة خضوع القواعد الخاصة بالمرافعات لقانون القاضى، قاعدة من قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى إذا نظر إليها باعتبارها من قواعد القانون العام، كما تعتبر هذه القاعدة الاخيرة من قواعد تنازع القوانين إذا كان المطلوب هو وضع الحد الفاصل بين قواعد المرافعات التى تعتبر من القواعد الموضوعية، لإتصال كثير من هذه القواعد بالقانون الموضوعى، وبين ما يعتبر منها من قواعد المرافعات التى يتعين على القاضى الاجنبى إتباعها، ويقوم القاضى الاجنبى الذى اصدر الحكم قد اتبع قواعد المرفعات الخاصة به ام لم يتبعها. ويرى اخرون ان أساس هذه القاعدة هو النظام العام، لإتصال إجراءات المرافعات به، ويبدو ان هذا إتجاه المشرع المصرى، اذ ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى تعليلا لحكم المادة ٢٢ من القانون المدنى، ان "...قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضى يسرى عليها قانون البلد الذى تباشر فيه، وهذا حكم عام يقوم على هذه الإجراءات وتلك القواعد بالنظام العام..." ويرى فريق ثالث ان هذه القاعدة هى من تطبيقات القاعدة التى تقضى بأن قانون المحل يحل الشكل، ويرون ان قانون المحل بالنسبة للتصرف القانونى هو قانون البلد الكائن به المحكمة التى يتخذ لديها الإجراء، ويتعرض هذا رأى الاخير لنقد من غالبية الفقه^(١).

• **أولاً: الاختصاص الدولى للمحاكم:** متى رفع النزاع إلى محكمة دولة معينة، فإنه يخضع للنصوص التى تحدد الاختصاص المتعلق بعرضه على

(١) التحكيم فى عقود التجارة الدولية - مقال الأستاذ أحمد الشلقاني - المرجع السابق.

قضاء هذه الدولة، بصرف النظر عن جنسية الخصوم ومن ثم وجب تحديد الجهة ذات الولاية التي تختص بنظره، فقد تكون جهة القضاء العام وقد تكون جهة القضاء الإداري وقد تكون جهة إدارية وذات اختصاص قضائي، فإن رفع النزاع لجهة لا ولاية لها، تعين القضاء بعدم الاختصاص ولو لم يبدع ذلك لتعلق الاختصاص الولائي بالنظام العام لاتصاله بالنظام القضائي. وبعد تحديد الجهة ذات الولاية بنظر النزاع، يجب معرفة ما إذا كانت هذه الجهة تختص محلياً وفقاً للنصوص المتعلقة بالاختصاص المحلي فإن لم تكن مختصة ولم يدفع أمامها بعدم الاختصاص تعين عليها نظر النزاع لعدم تعلق الاختصاص بالنظام العام، كما يجب أن تكون الجهة التي رفع إليها النزاع مختصة قيمياً فإن لم تكن كذلك تعين عليها أن تقضي بعدم اختصاصها قيمياً من تلقاء نفسها باعتبار هذا الاختصاص متعلق بالنظام العام. ويخضع النزاع من حيث الاختصاص لقانون القاضي، وقد يكون هذا القانون هو قانون المرافعات أو قانون مجلس الدولة، أو القانون المدني عندما يحدد الاختصاص لمحكمة معينة مثل إيداع الثمن في دعوى الشفعة، وقد يكون قانوناً جنائياً فيما يتعلق بالدعوى المدنية. فمحاكم أمن الدولة لا تختص بنظر الدعوى المدنية المترتبة على الجريمة، وقد يكون قانون المحاماة، أو غيرها. وإذا ما اختصت محكمة بنظر النزاع، انتقلنا من نطاق الاختصاص الدولي إلى الاختصاص الذي ينظمه القانون المصري ولائياً ونوعياً وقيمياً ومحلياً باعتباره قانون القاضي، وحينئذٍ يخضع هذا الاختصاص لكافة النصوص التي تحكمه في القانون المصري، فالدفع يجب إيدؤها بالترتيب الذي حدده القانون وإلا سقط الحق في إيدائها، وإذا قضت المحكمة بعدم الاختصاص نهائياً إذ يجوز الطعن فيه على استقلال باعتباره منهياً للنزاع (نقض ١٩٧٩/١/٢٠ طعن ٨٩٨ س ٤٣ق)

فينصرف الاختصاص المنصوص عليه بالمادة ٢٢ من القانون المدني إلى الاختصاص الداخلي على نحو ما تقدم، أما الاختصاص الدولي للمحاكم فيخضع لنصوص آخر.

• الدفع بعدم الاختصاص الدولي، وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر

أن الدفع بعدم اختصاص محاكم الجمهورية دولياً بنظر النزاع من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام ويتعين على المتمسك به إيدائه قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ويظل هذا الدفع قائماً إذا أبدى صحيحاً ما لم ينزل عنه المتمسك به إيدائه قبل التكلم في موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه ويظل هذا الدفع قائماً إذا أبدى صحيحاً ما لم ينزل عنه المتمسك به صراحة أو ضمناً" (الطعن رقم ١٤٥ س ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٥)، وبأنه "المقرر أن المادة ٢/٣٠ مرافعات تنص على "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية: ١-، ٢- إذا كانت الدعاوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقبول الدفع المبدى من المطعون ضده بعدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع مؤيداً ما انتهى إليه الحكم المستأنف في قضائه بعدم الاختصاص على سند من أن السفينة المطلوب تثبيت الحجز التحفظي عليها غير موجودة في مصر، فلا عليه إذ لم يعرض لما أثارته الطاعة من أن الحكم المطعون فيه قد اكتفى ببحث مدى سقوط أو عدم سقوط حق المطعون ضده في التمسك بالدفع بعدم الاختصاص دون أن يعرض لصحة الدفع أو عدم صحته من حيث توافر الاختصاص أو عدم توافره إذ أنه دفاع غير مؤثر فيما انتهى إليه الحكم سديداً وبالتالي فإن النعي غير مقبول" (الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٥).

• يسري على قواعد المرافعات سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات

التقاضي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات؛ مفاد نص المادة ٢٢ من القانون المدني خضوع قواعد المرافعات لقانون القاضي وذلك باعتبار أن القضاء وظيفة من وظائف الدولة يؤديها طبقاً لقواعد المرافعات المقررة في قانونها دون قواعد المرافعات في أي دولة أخرى، وباعتبار أن ولاية القضاء إقليمية بما يوجب أن تكون القواعد اللازمة لمباشرته هي الأخرى الإقليمية.

من أحكام القضاء:

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

التحكيم وإجراءات الدعوى التحكيمية إلى قواعد تحكيم إحدى المنظمات أو مراكز التحكيم ومنها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

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

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

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

٣ - إذ كانت المادة ١٨ من عقد المفاوضة المحرر بين طرفي خصومة الطعن قد أجاز لكل منهما الحق في حالة ما قد ينشأ بينهما من خلاف بشأن العقد إلى التحكيم وحدد الإجراءات الواجبة الإلتباع ومنها ما ورد بالبند ٣

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

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

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

(الطعن رقم ٦٤٨ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ١٢/١٢/٢٠٠٥)

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

(الطعن رقم ٦٤٨ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ١٢ / ٢٠٠٥)

* * *

لا تعدل قواعد الإسناد إلا بنص خاص

النص التشريعي (مادة ٢٣) :

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

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية: المواد التالية:

مادة ٢٣ لیبی و ٢٥ سوری و ٢٩ عراقی و ٣١ سودانی.

الأعمال التحضيرية :

إستقى المشروع هذا الحكم من المادة ٦٢ من المشروع التشيكوسلوفاكى، وهو يتمشى مع القواعد العامة في تفسير النصوص وفي فقه القانون الدولى الخاص، فقواعد التفسير تقضى بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكم العام بالنسبة إلى الحالة التى أريد التخصيص فى شأنها، اما المعاهدات فلا تكون نافذة فى مصر الا إذا صدر تشريع يقضى بذلك، ومتى صدر هذا التشريع وجب امضاء أحكام المعاهدة وفقاً لما إستقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد المشار إليها^(١).

• **سريان أحكام القانون الخاص والمعاهدة الدولية النافذة في مصر على**

أحكام النصوص المتعلقة بتنازع القوانين: المراد بالقانون الخاص هو القانون المصري، فعندما يعرض نزاع على القاضي المصري، فإنه يرجع إلى قواعد الإسناد لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ويتعين عليه الرجوع أولاً إلى قاعدة الإسناد التي يحددها القانون الخاص إن وجد حتى لو كانت هذه القاعدة تتعارض مع قاعدة إسناد أخرى تضمنها القانون المدني باعتباره

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

قانوناً عاماً في مجال قواعد الإسناد، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص بتطبيق قانون دولة معينة على النزاع المطروح، بينما أشارت قاعدة الإسناد الواردة بالقانون المدني بتطبيق قانون دولة أخرى، فإن القاضي في هذه الحالة يطبق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الخاص. فإذا طبق القاضي أحكام القانون المدني التي كانت تختلف عن حكم القانون الخاص كان الحكم مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه. ويلجأ المشرع إلى القانون الخاص ليضمن سلامة قاعدة الإسناد وحسن تطبيق القانون الوطني وحينئذٍ تتعلق القاعدة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإذا أصدر القضاء المصري حكماً بالمخالفة لها كان باطلاً بشرط أن يطعن عليه، أما إن حاز قوة الأمر المقضي، تحصن من البطلان إذ تعلو حجية الأحكام على اعتبارات النظام العام. ويسري هذا الحكم إذا وجد نص على خلاف القانون المدني في معاهدة دولية نافذة في مصر. فإذا اختلفت قواعد الإسناد الواردة بالمعاهدة عن تلك الواردة بالقانون المدني، تعين على القاضي تطبيق القواعد الأخيرة وهذا الحكم يتمشى مع القواعد العامة في تفسير النصوص وفي فقه القانون الدولي الخاص. (الدكتور محمد شتا أبو سعد - القانون المدني ص ٩٠٧)

• شروط تكملة المعاهدة بقانون القاضي: إذا تم تنفيذ المعاهدة وتوافرت

شروط تطبيقها فعلى القاضي تطبيق تلك المعاهدة أما إذا وجد القاضي بأن المعاهدة خلت من نص معين فهنا لا يقف مكتوف الأيدي فيجب رجوع القاضي إلى قانونه ليأخذ ما يتناسب مع تلك الواقعة شريطة ألا يصطدم حكمه بنص في المعاهدة.

• ليس للقانون إلغاء معاهدة نفذت حتى ولو تعارضت معه : تنص المادة

١٥١ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها بالأوضاع المقررة، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة أو التي تتعلق بحقوق السيادة أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة تجب موافقة مجلس الشعب عليها".

من أحكام القضاء:

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

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

(الطعن رقم ٩٦٦ - لسنة ٧٣ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ١ / ٢٠٠٥)

* * *

مناطق لجوء القاضي لمبادئ القانون الدولي الخاص

النص التشريعي (مادة ٢٤) :

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

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية: المواد التالية:

مادة ٢٤ لیبی و ٢٦ سورى و ٣٠ عراقى و ٣٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

• **الحالة التي يجوز فيها للقاضي اللجوء للقانون الدولي الخاص :** القاضي

يرجع أولاً إلى العرف إن وجدت قاعدة عرفية فهو يعتبر القانون الواجب

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

تطبيقه في مسألة من مسائل تنازع القوانين لأن العرف يقوم مقام النص عند غيابه فإن لم يجد القاضي عرفاً يطبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً. ويلجأ القاضي إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، لمعرفة قاعدة الإسناد التي تدله على القانون الواجب التطبيق في حالة خلو نصوص القانون المدني - أو أي قانون آخر - من بيان هذه القاعدة. فهذه المبادئ لم تزل هي المصدر الاحتياطي الوحيد لقواعد الإسناد، وهي السبيل لتكوين قاعدة عرفية دولية مستقبلاً.

* * *

القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسية وانعدامها

النص التشريعي (مادة ٢٥) :

(١) يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد.
(٢) على ان الأشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة اجنبية أو عدة دول اجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه.

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٢٥ لىبى و ٢٧ سورى و ٣٣ عراقى و ٣٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

متى كانت الجنسية المصرية غير داخلة في النزاع، بالجنسية التي يظهر من الظروف ان الشخص يتعلق بها اكثر من سواها^(١).

رأي الفقه:

• **تعريف الجنسية:** الجنسية هي فكرة قانونية وسياسية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة معينة. " (هشام صادق - مرجع سابق ص ١٩)

• **أهمية الجنسية:** للجنسية أهمية كبيرة سواء بالنسبة للفرد أو الدولة. فهي المعيار الذي تتحدد في ضوءه التفرقة بين الوطني والأجنبي، وهي تفرقة تبدو أهميتها من ناحية بالنسبة للآثار القانونية المتعددة التي يرتبها القانون الداخلي على اكتساب الشخص الصفة الوطنية. ومن ناحية أخرى فإن للجنسية أهمية لا تخفى بالنظر للآثار التي تترتب عليها من الوجهة الدولية. فهي ترتب للدولة حقوقاً في مواجهة الدول الأخرى كما تفرض عليها التزامات إزاء هذه الدول " (الدكتور هشام صادق - ص ١٩).

• **القانون الواجب التطبيق حال تعدد الجنسيات:** إذا افترضنا على سبيل المثال، أن نزاعاً قد ثار حول أهلية شخص معين، وقد اتضح لنا آنذاك، أن المتقدم يحمل أكثر من جنسية، فما هو القانون الواجب التطبيق على أهليته؟ يذهب الفقه عادة إلى التفرقة بين فرضين، حيث يضع لكل واحد منهما حكماً مختلفاً على النحو التالي: الفرض الأول، وفيه تكون جنسية دولة القاضي، هي إحدى الجنسيات التي يحملها الشخص المعني. وهنا لا مشكلة، حيث المستقر تشريعاً وفقهاً وقضاءً، التزام القاضي بالاعتداد بجنسية دولته. وقد رأينا منذ قليل أن المادة ٢٥ من القانون المدني المصري قد اعتنق الحق المائل، حيث فضلت الجنسية المصرية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني - الجزء ١ - ص ٣١٠ و ٣١١.

على ما عداها من جنسيات، حال تزاحمها. فضلاً عن ذلك، فإن المشرع الجزائري والكويتي والأردني قد اعتنق ذات الحل على النحو الذي رأيناه آنفاً. وعلى هذا الأساس، لو اتضح للقاضي المصري، أن الشخص الذي ثار النزاع حول أهليته، يحمل جنسيتان أحدهما، هي الجنسية المصرية، هنا عليه أن يعتد بالجنسية المصرية، نزولاً على حكم المادة ٢٥ مدني مصري سألقة البيان، وبذلك يتعين عليه، أن يطبق القانون المصري على أهلية الشخص المتقدم. والفرص الثاني، وفيه يدق الأمر، حيث لا تكون أية جنسية متنازعة، هي جنسية دولة القاضي، أو بعبارة أخرى، فإن عدم وجود جنسية دولة القاضي - بين الجنسيات المتزاحمة، يثير التساؤل، حول كيفية المفاضلة بين هذه الأخيرة، وترجيح أفضلها، بحيث يتصدى لحكم المسألة محل النزاع (الأهلية). ولقد تعددت الاتجاهات في هذا المقام، ويمكن أن نعرض أهمها على التفصيل التالي: أ- فيذهب اتجاه أول، إلى وجوب التعويل على "الجنسية التي تكون أحكامها أكثر اتفاقاً مع أحكام الجنسية في دولة القاضي". ومن أشد المناصرين لهذا النظر الفقيه فايس. وإعمال النظر المتقدم، يقتضي منا القول، بأنه إذا كانت الأحكام المنظمة للجنسية في قانون دولة القاضي تعتنق حق الدم، كسبب موجب لكسب الجنسية الوطنية، فعلى هذا القاضي، أن يعول على قانون الدولة التي تعتد أيضاً بحق الدم، بحيث يهدر، قوانين الدول الأخرى، التي تعتنق حق الإقليم. وقد أجيب على ذلك، بأن دولة القاضي ليست طرفاً في هذا النزاع، وعلى هذا الأساس، فليس من الحكمة الاعتماد على قانونها، كأساس يتم بموجبه التفضيل بين الجنسيات المتراكمة على الشخص المعني. ب- ويذهب اتجاه ثانٍ، إلى أنه، يتعين علينا، أن نعطي لصاحب الشأن الحق في اختيار الجنسية التي تناسبه في هذا الصدد ويمتاز الرأي المتقدم، بأنه يستجيب إلى شعور الفرد

المعني ورغبته في مادة الجنسية، حيث يستثيره بصدد تحديد الجنسية التي يفضلها في هذا المقام. ومع ذلك فإن الرأي المتقدم، قد لقي العديد من أوجه النقد، لعد أهمها، إن الاتجاه المتقدم، يتجاهل، أن رابطة الجنسية، إنما تقوم بين طرفين، الفرد من ناحية أولى والدولة من ناحية ثانية. وإذا كنا نعتد بإرادة الفرد على النحو الذي رأيناه سابقاً، فيجب علينا أيضاً، أن نعتد بإرادة الدولة التي ينتمي الفرد السابق إليها. هذا إلى أن الاعتداد بإرادة الفرد المعني من شأنه أن يقوم الأخير بوظيفة القاضي، في تعيين القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد، وهو ما لا يجوز إجماعاً، لأنه يؤدي، إلى فتح باب الغش على مصراعيه أمامه. ج- ويذهب أنصار الاتجاه الثالث، إلى وجوب إعمال قانون الجنسية التي كسبها الشخص المعني في البداية. وأساس هذا النظر، أن للأخير "حق مكتسب في التعامل على أساسها". وقد لقي النظر السابق نقداً من البعض، على أساس أن من يهمله الأمر، قد لا يرى من مصلحته، أن يعامل الناس على أساس الجنسية المتقدمة. ولا نستطيع أن نعتد الجنسية المتقدمة - رغماً عن إرادته - لأن ذلك يجافي فكرة الحق، المعول بها في هذا الصدد. هذا إلى أنه من المتصور، أن يحصل الشخص المعني، على جنسيتين في ذات اللحظة، وبهذه المثابة، لا تكون هناك جنسية سابقة وأخرى لاحقة، فكيف يتم إعمال المعيار محل الدراسة، على الحالة المتقدم وما شاكلها من أخرى نظيره؟ لاشك أن المعيار المتقدم، سوف يكون عاجزاً عن وضع الحل للمسألة المتقدمة. د- ويذهب اتجاه رابع، إلى وجوب الاعتماد على الجنسية التي اكتسبها الشخص المعني أخيراً، بحسبانها الأكثر تعبيراً عن مشاعره ورغباته. وقد لقي المعيار المائل، ذات النقد الذي وجه إلى المعيار السابق عليه. هـ - وعلى أثر الكم الكبير من الانتقادات التي تم توجيهها إلى الاتجاهات

السابقة، فقد رأى القضاء هجرها، حيث اتجه إلى معيار آخر في هذا الصدد، هو معيار الجنسية الفعلية أو الفعالة. فما هو مضمون، هذا الأخير؟ ذهبت محكمة العدل الدولية، في الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٥٥/٤/٦، إلى أن ضابط التفضيل عند تعدد الجنسيات هو الجنسية الفعلية أو الفعالة، أي "الجنسية التي تتفق مع الواقع وتقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها" ويمكن الوقوف على هذه الجنسية عن طريق البحث على موطن الفرد المعني والدولة التي توجد فيها مصالحه وروابطه العائلية، كذا تلك التي يشارك في الحياة العامة فيها، وفي النهاية يمكن التعويل في هذا الصدد أيضاً - بالإضافة إلى كل ما تقدم ذكره - على رغبة الفرد المعني في الانتماء إلى دولة معينة. ويبدو لدى البعض، أن المادة ٢٥ من القانون المدني المصري، قد أقرت النظر الوارد في الحكم سالف البيان، حينما نصت على أنه "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص... أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"، وذلك استناداً لما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا الصدد، وعجزها كالتالي "يعتد في حالة التنازع الإيجابي متى كانت الجنسية المصرية غير داخلة في النزاع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها" (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ١، ص ٣١٠ - ٣١١، وأنظر في هذا التقنين الدكتور هشام خالد - مرجع سابق).

من أحكام القضاء:

١ - إذ كانت المادة ٢٥ من القانون المدني تنص على أن "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم

جنسية.... " وكان الحكم المطعون فيه قد خلص - إعمالاً لحكم هذا النص - إلى أن القانون المصري هو الواجب التطبيق على الدعوى بالنظر إلى أن النزاع فيها يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين طرفين لا تعرف لهما جنسية، وكان مقتضى هذا وقوع العلاقة محل النزاع تحت سلطة القانون الداخلي في مصر، وبالتالي تأخذ هذه العلاقة حكم العلاقة بين المصريين من حيث تحديد الشريعة التي تحكم النزاع. وإذ التزم الحكم المطعون فيه في تحديد تلك الشريعة بالضابط الذي وضعه المشرع في المواد ٦ و٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية 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 - التي ينتمي إليها الطرفان - على واقعة النزاع فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً.

(الطعن رقم ١٣ - لسنة ٥٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٨٥)

* * *

تحديد قواعد الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع

النص التشريعي (مادة ٢٦) :

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

النصوص العربية المقابلة :

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

مادة ٢٦ لىبى و ٢٨ سورى و ٢١ عراقى و ٣٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

أما في الحالة الداخلية، فلا يتخلى قانون الدولة عن إختصاصه، وإنما هو يعين من بين الشرائع المطبقة فيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلى، بين القوانين^(١).

رأى الفقه :

- ١ - إذا كان النزاع ذا صبغة اجنبية، وكان القانون الواجب التطبيق هو قانون اجنبى، فإن المشرع المصرى ترك لقاعدة الإسناد المنصوص عليها فى المادة ٢٦ مدنى تحديده، ولا ينطبق منه الا أحكامه الداخلية^(٢).
- ٢ - يحدث أحيانا ان يسرى القانون المصرى على علاقة اجنبية بحتة أو ذات عنصر اجنبى، كما لو كان النزاع بين اجانب وخالفت أحكام قانون جنسيتهم النظام العام أو الاداب فى مصر تطبيقا للمادة ٢٨ مدنى، أو كما لو كان احد الزوجين مصرياً وقت إنعقاد الزواج تطبيقاً للمادة ١٤ مدنى، وهنا يثور اشكال تحديد القانون المصرى، ذلك ان هناك اكثر من قانون مصرى، الشريعة الإسلامية، والشريعة المسيحية، والشريعة اليهودية، والرأى ان القاضى اذ يقرر تطبيق القانون المصرى يجب عليه فى نفس الوقت ان ينسب ان العلاقة اجنبية أو ذات عنصر اجنبى، ويعتبرها فى خصوص النزاع القائم كما لو انها كانت وطنية بحتة، ويطبق نفس المعايير التى يطبقها لإختيار شريعة وطنية معينة تنطبق على النزاع وفق أحكام القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٦ من القانون المدنى^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ١ - ص ٣١٣.

(٢) منازعات الأحوال الشخصية - للأستاذ نصيف زكي - المرجع السابق.

(٣) المقصود بالأحوال الشخصية - مقال - المستشار أحمد خيرت - مجلة القضاء - المدد ٨ -

سبتمبر سنة ١٩٧٣ - الأحوال الشخصى للمواطنين غير المسلمين والأجانب -

الدكتور أحمد سلامة - طبعة ١٩٦٢ - ص ٢٦.

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

الذين يكونون في مجموعهم عنصر السكان في هذه الدولة إذا كان التعداد شخصياً كما هو الحال في مصر، فإن تطبيقها يعتبر تطبيقاً للقانون الشخصي له، ويتحدد القانون الأكثر إتصالاً بالفرد طبقاً للفكرة السائدة في البلاد الانجلو أمريكية بالموطن^(١).

٤ - ازاء تعدد الشرائع، يصح التساؤل عن اية شريعة منها هي التي يجب تطبيقها في مفهوم المادة ٢٦ مدنى، فطبقاً لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ١٣ مدنى، فإنه لم ترد قاعدة تشريعية داخلية في القانون البريطانى لبيان أى الشرائع المتعددة التي تكون في مجموعها القانون المذكور هي التي تطبق دون غيرها في كل حالة من الحالات التي تعرض في العمل، وعلة ذلك انهم في المملكة المتحدة، وطبقاً لما إستقرت عليه أحكام القضاء عندهم يخضعون مسائل الأحوال الشخصية لقانون الموطن كما هي قاعدة كل الشرائع الانجلو سكونية، وهم يعنون بالموطن بمعناه الذى يقول ان كل شخص اما ان يكون له موطن اصىلى أو موطن مختار^(٢).

• القانون الذي يطبق على الدول ذات النظم المركبة: إذا أشارت قاعدة

الإسناد إلى تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لنزاع معين، وكان هذا القانون غير موحد أي 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

(١) الإسناد إلى قانون المملكة المتحدة والمستعمرات - مقال الدكتور صلاح الدين عبد

الوهاب - المحاماه السنة ٣٦ - العدد ١٠ - ص ١٦٢٣ وما بعدها.

(٢) القانون الواجب التطبيق - مقال الأستاذ / سيف النصر زكي - المحاماه - السنة ٣٤ -

العدد ٤ ص ٥٥٧.

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 القاضي. (جابر جاد عبد الرحمن ص ٢٦٥ وما بعدها)

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 تستطيع 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 المصري برأي في الفقه، يطبق الشريعة الرئيسية في البلد أي قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته. (هشام صادق - مرجع سابق - منصور - مرجع سابق).

من أحكام القضاء:

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

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

تطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي

النص التشريعي (مادة ٢٧) :

إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٢٧ لیبی و ٢٩ سورى و ٣١ عراقى و ٣٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

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

رأى الفقه :

١ - الاخذ بتعريف الموطن الوارد فى القانون المصرى وحده دون

القانون البريطانى، يؤدى إلى نتيجتين هامتين، هما:

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

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

الثانية- انه لو اتبعت قاعدة تطبيق قانون الموطن التي تحكم الأحوال الشخصية عند البريطانيين، لترتب على ذلك وجوب تطبيق القانون المصرى وحده فى قواعده الموضوعية، الأمر الذى يعتبر احالة خارجية من القانون البريطانى إلى القانون المصرى وهو ما لا يسمح به المشرع المصرى (م ٢٧ مدنى)، ذلك ان المشرع المصرى لا يجوز الاخذ بنظرية الاحالة، والأعمال التحضيرية لهذا النص مريحة وقاطعة فى هذا المعنى... ان عدم جواز الاخذ بقاعدة تطبيق قانون الموطن المتبعة فى بريطانيا مرده إلى طبيعة القاعدة المذكورة، اذ ان وظيفتها هى بيان القانون الواجب التطبيق على المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ايا كان موطن الشخص، ولا تقتصر وظيفة القاعدة المذكورة على حالة التنازع بين القانون البريطانى وأحد القوانين المتعددة التى يسرى كل منها فى اقليم معين من اقاليم المملكة المتحدة، بل انها قاعدة مطلقة ومتبعة عندهم باطراد فى كل صور تنازع القوانين ومن ثم فهى على ضوء الغرض الذى وضعت لتحقيقه، تعتبر ولا شك من قواعد القانون الدولى الخاص، وذلك لان هذه القواعد الاخيرة هى فى فقه القانون الدولى الخاص، عبارة عن تلك المجموعة من القواعد التى يضعها مشرع دولة ما لبيان القانون الذى يطبق عندما يتنازع قانونان أو اكثر حكم علاقة قانونية معينة، واذا كانت طبيعة قاعدة تطبيق قانون الموطن المتبعة فى بريطانيا قد تحددت على هذا النحو على ضوء الوظيفة التى تقوم بها هناك، فبناء على ذلك يمتنع على القاضى المصرى ان يأخذ بها فيما

يعرض عليه من أحوال تنازع القوانين، وذلك بصريح نص المادة ٢٧ من القانون المدني منعا للاحالة التي رفض المشرع المصري الاخذ بها^(١).
(الحكم الصادر بجلسة ١٩٦٢/٢/٢٦ في الطعن رقم ٨ لسنة ٢٥ ق أحوال شخصية،
موضوع التعليق على المادة ١٨ مدني)

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

وقد يرد على ذلك بأن الموصى قد توفى في ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٩، اى قبل العمل بالقانون المدني الجديد، والذي رفض الاحالة بمقتضى المادة ٢٧ منه، ومع ذلك فإنه يمكن القول بأن محكمة النقض قد انتصرت للإتجاه الذى باركه المشرع فى القانون المدني الجديد، اذ من المعلوم انه لم يكن هناك نص تشريعى يحكم هذه المسألة بالنسبة للاجانب غير المتمتعين بالامتيازات الاجنبية كما هو شأن الرعايا اللبنانيين، مما يخول للقضاء

(١) القانون الواجب التطبيق - لأستاذ سيف النصر زكي المرجع السابق.

حرية الاخذ بالاتجاه الذى يراه اكثر مناسبة من وجهة نظره، وجدير بالذكر ان المادة ٣ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملحقه باتفاق مونترو كانت تنص على انه يقصد بكلمة قانون البلد أحكام ذلك القانون المطبقة بداخل هذا البلد دون أحكامه المتعلقة بالقانون الدولى الخاص، وبذلك فقد اتخذ المشرع فى هذه المادة موقفاً مشابهاً لموقفه بعد ذلك فى المادة ٢٧ من القانون المدنى الجديد، مع ملاحظة ان نطاق تطبيق المادة ٣١ سالفه الذكر كان يتحدد بمسائل الأحوال الشخصية كما كانت تلتزم المحاكم المختلطة بتطبيقه دون غيرها، لكونه قد ورد بلائحة تنظيمها^(١).

• **تعريف الإحالة:** يقصد بالإحالة، أن القاضي عندما يلجأ إلى القانون الأجنبى الذى أرشدته إليه قاعدة الإسناد الواردة فى قانونه، فإنه لا يطبق مباشرة الأحكام الموضوعية المنصوص عليها فى القانون الأجنبى، وإنما يلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد المنصوص عليها فى هذا القانون، وتلك هي التي تحدد له القانون الواجب التطبيق، فإن أحالت إلى قانون آخر، تعين على القاضي الانتقال إلى قواعد الإسناد الواردة بالقانون الأخير لمعرفة القانون الذي تشير عليه بتطبيقه، فتكون الإحالة هنا من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، أي إحالة دولية، ومتى ذكر لفظ "الإحالة" فإنه يعني الإحالة الدولية. ولا تتحقق الإحالة إلا إذا اختلفت قاعدة الإسناد فى قانون القاضي عنها فى القانون الأجنبى كأن تشير الأولى قانون الجنسية بينما تشير الثانية لقانون الموطن. (أنور طلبة - مرجع سابق - هشام صادق - مرجع سابق).

(١) من مسائل القانون الدولي الخاص - مقال - الدكتور - هشام صادق - مجلة إدارة قضايا الحكومة - لسنة ١٤ - العدد ٤ - ص ٩٤٣ وما بعدها، وكتابة، تنازع القوانين - رقم ٥١ وما بعده، والقانون الدولي الخاص - الدكتور عز الدين عبد الله طبعة ٦ - ١٩٦٩ رقم ٧٢.

• **موقف المشرع المصري من الإحالة:** كانت المادة ٣١ من لائحة التنظيم القضائي المختلطة ترفض الإحالة، وقد صرحت الدول المتعاقدة في معاهدة مونترو عام ١٩٣٧ على الأخذ بذات النظر السابق. وقد جاء موقف القانون المدني المصري الصادر عام ١٩٤٨ موافقاً لما تقدم، حيث ذهبت المادة ٢٧ منه أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص". وقد ذهب البعض إلى استحسان موقف المشرع المصري في هذا الصدد، قولا منه، بأن الأخذ بالإحالة من شأنه إيقاعنا في حلقة مفرغة، وما يترتب على ذلك من صعوبات عملية لا يمكن تلافيها بسهولة. هذا إلى أن الإحالة في نظر الفقه السابق، لا تستند إلى أساس نظري سليم. ورغم ذلك، فقد ذهب جانب من الفقه المصري، إلى انتقاد المشرع المصري في مسلكه سالف البيان، "حيث يؤدي الأخذ بالإحالة إلى استكمال سيادة القانون المصري وتمشياً مع الفقه الحديث الذي يتجه إلى الحد من امتداد القانون الأجنبي والنظر إلى السيادة الإقليمية باعتبارها الأصل العام في سريان القانون". ويعاب على هذا النظر، أن الأصل العام في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هو أعمال قاعدة الإسناد الوطنية المختصة وتطبيق القانون الذي تشير الأخيرة باختصاصه. وعلى هذا الأساس، فلا فائدة هنا، من القول، بأن الأصل العام هو سريان القانون المصري، لأن هذه المقولة، تتعلق بالعلاقات الوطنية البحتة، ولا تتصرف بحال إلى العلاقات ذات العنصر الأجنبي" (الدكتور هشام خالد - مرجع سابق - تنازع القوانين).

من أحكام القضاء:

١ - يبين من نصوص المواد ١٣ و ٢٦ و ٢٧ من القانون المدني أن طلب التطليق يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وأنه إذا كان الزوج ينتمي وقت رفع الدعوى بالتطليق إلى جنسية دولة أجنبية تتعدد فيها الشرائع تعين أن تكون الشريعة التي تطبق أحكامها هي إحدى الشرائع المشار إليها دون القانون المصري الذي يمتنع تطبيقه في هذه الحالة. فإذا كان الثابت أن الزوج مالطي الأصل بريطاني الجنسية ولم يكن له موطن في مالطة أو في غيرها من بلاد المملكة المتحدة أو المستعمرات وكان موطنه هو القطر المصري فإن القانون الواجب التطبيق في طلب التطليق يكون هو القانون الإنجليزي باعتبار أنه قانون عاصمة الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته.

(الطعن رقم ١١ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ١٠/٥/١٩٥٨)

* * *

استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب

النص التشريعي (مادة ٢٨) :

لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر.

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٢٨ لیبی و ٣٠ سورى و ٣٢ عراقى و ٣٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

تنص المادة على انه لا يجوز مطلقا تطبيق أحكام قانون اجنبى قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب، وهذا الحكم انعقد عليه الاجماع، وحذا المشروع فى تقنيته حذو كثير من التشريعات الاجنبية، وينبغى التنويه بأن اعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الأثر الذى تقدمت الاشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبيق القوانين الاجنبية يختلف عن أعمال هذه الفكرة فى نطاق روابط الإلتزامات التى لا يدخل فى تكوينها عنصر اجنبى^(١).

رأى الفقه :

١ - يحكم القانون المدني معاملات الأفراد فى المجتمع وينظم المراكز القانونية التى تنشأ عن هذه المعاملات، سواء اكانت هذه المراكز تتصل بمصالح الأفراد ذات القيمة المالية، اى سواء اكانت محكومة بقواعد الأحوال العينية أو كانت تتصل بتلك المصالح التى لا تقوم بمال، والتى تنتج من وضع الشخص فى الأسرة والتى تنظمها قواعد الأحوال الشخصية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ١ ص ٢١٣.

- ويحدث احيانا ان تسرى القانون المصرى على علاقة اجنبية بحتة أو ذات عنصر اجنبى، كما لو كان النزاع بين اجانب وخالفت أحكام قانون جنسيتهم النظام العام أو الاداب فى مصر، تطبيقا للمادة ٢٨ مدنى^(٢).

٢ - ان تعريف النظام العام يعتبر من اشق الامور على الباحث أو الفقيه، نظرا لتشعب وتنوع صفاته وصوره، فهو فى مجال الروابط الداخلية غيره فى مجال الروابط التى توجب بين القوانين، ولكل دولة نظام عام خاص بها. وهذا المعنى هو الذى إنصرفت إليه نيه المشرع المصرى بما نص عليه فى المادة ٢٨ مدنى - وقد عالج فقهاء القانون الدولى الخاص النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبى بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، الا انهم لم يصلوا إلى تحديد منضبط لهذه الفكرة ولم ينتهوا إلى ابراز المسائل التى تتعلق بالنظام العام والتى لا تتعلق به، بل اعترفوا بأن غموض هذه الفكرة يمنع من نجاح ايه محاولة فى هذا الشأن^(٣) - واجمعوا على ترك امر تحديد ما يتصل بالنظام العام وما لا يتصل به لقاضى الموضوع يقدره وفق كل حالة على حدة، ولهذا لا يكون من الخطأ القول بأن قاضى الموضوع يعتبر فى هذه الدائرة المرنة، ومن ثم يخضع فى قضائه لرقابة محكمة النقض، وقد تنوعت تبريرات الفقهاء للدفع بالنظام العام واثرا اعماله على القانون الاجنبى المختص بحكم العلاقة المعروضة على القضاء وفق ما تشير به قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا ما نتضح للقاضى الوطنى ان حكم القانون الاجنبى الواجب التطبيق فى النزاع المطروح عليه

(١) المقصود بالأحوال الشخصية - مقال - المستشار أحمد خيرت - مجلة القضاء - العدد

- ٨ سبتمبر سنة ١٩٢٣.

(٢) النظام العام أمام القاضي المصري - رسالة - الدكتور أحمد مسلم - باريس - ١٩٤٩ -

ص ٣١ وما بعدها.

يقع فى حالة عدم اشتراك قانونى مع أحكام قانونه، امتنع عن تطبيقه ذلك الحكم وطبق فى النزاع قانونه، وذلك بالقدر اللازم لتفادى التعارض أو عدم التوافق، إذا ان هذا الحكم يكون غير مقبول فى بلد القاضى، واكثر ما يكون الخلاف توافرا بين قوانين مختلف الدول هو بالنسبة للمسائل الوثيقة الصلة بنظام المجتمع فى الدولة، مثل روابط الأسرة والميراث^(١).

٣ - تتعين التفرقة بين النظام العام فى القانون الداخلى، وبين دوره فى القانون الدولى الخاص، ففكرة النظام العام فى القانون الداخلى تهدف أساسا إلى ضمان عدم الخروج الارادى عن أحكام القواعد القانونية الأمرة، اما فى مجال القانون الدولى الخاص، فإن فكرة النظام العام تهدف أساسا إلى استبعاد تطبيق القانون الاجنبى الذى اشارت قواعد الإسناد بإختصاصه وبهذا يبدو الطابع الاستثنائى لفكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص، فهو أداة لاستبعاد القانون الاجنبى، وتطبيق القانون الوطنى بصفة استثنائية، خروجاً على الأصل العام فى تطبيق القانون الذى اشارت قواعد الإسناد بإختصاصه وطنياً كان ام اجنبياً.

واذا كان فقه القانون الدولى الخاص الحديث قد بدأ يتجه الان نحو اعادة الدعوى إلى الدور القديم للنظام العام كأداة لتثبيت الإختصاص للقانون الاقليمى، فإن الملاحظ عل هذا الإتجاه من جهة انه لا يتجاهل الدور التقليدى للنظام العام كوسيلة لاستبعاد القانون الاجنبى، ومن جهة اخرى فإن هذا الإتجاه يهدف بدوره إلى تأكيد إختصاص قانون القاضى فى الفروض التى يتعلق الأمر فيها بالمصالح العليا للجماعة، وبالتالى فهو يستبعد امكانية تطبيق القوانين الاجنبية فى هذه الفروض بإخراجها ابتداء

(١) الدفع بالنظام العام فى مواريث الأترار فى مصر - مقال - الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب - المحاماه - لسنة ٣٧ - العدد ٩ - ص ١٢٠٥ وما بعدها.

من مجال التنازع، وأساس ذلك ان هناك من القواعد القانونية فى قانون القاضى ما يمس صميم المصالح العليا للجماعة وكيان الدولة، وهو ما يقتضى تطبيق هذه القواعد تطبيقاً مباشراً، وإخراجها بالتالى من دائرة التنازع. وليس، معنى ذلك انه ما دما فى خارج مجال اعمال هذه القواعد ذات التطبيق المباشر، فإنه يتعين تطبيق القانون الاجنبى المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية دون قيد أو شرط، بل انه يجب على القاضى بدهاء ان يتيقن دائماً، حق فى هذا الغرض الاخير، من ان القانون الاجنبى المختص لا يصطدم مع النظم الأساسية فى المجتمع، والا تعين عليه استبعاده وتطبيق القانون الوطنى باسم النظام العام - وعلى هذا النحو يتضح دور النظام العام فى القانون الدولى الخاص، بوصفه اداة استثنائية لاستبعاد القانون الاجنبى المختص بموجب قواعد الإسناد، فإذا كان للشرع الوطنى قد سمح بتطبيق القوانين الاجنبية فى اقليمه، تحقيقاً للعدالة ومتطلبات الحياة الخاصة الدولية، فإن هذا لا يعنى انه قد منح توقيعا على بياض لكافة مشرعى دول العالم، اذ من غير المقبول ان يطبق القاضى قانوناً اجنبياً يتعارض مفهومه مع المثل العليا والمبادئ الأساسية السائدة فى دولته، والوضع يختلف فى مجال القانون، وحيث يفقد النظام العام طابعه الاستثنائى الذى بيناه، حقا ان فكرة النظام العام تستخدم فى مجال القانون الداخلى للحد من مبدأ سلطان الارادة على نحو ما بينا، فيمتنع على الأفراد الإتفاق على ما يخالف القواعد القانونية الأمرة، ولكن ليس فى ذلك ما يشكل خروجاً استثنائياً عن مبدأ عام، ذلك ان المبدأ فى هذا الشأن هو ان الارادة حرة فى الحدود التى يسمح بها المشرع، وبهذا ينحصر اثر النظام العام فى القانون الداخلى على تحريم الانفاق على ما يخالف الأحكام التى تتضمنها قواعد القانون الأمرة.

ويترتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، وإختلاف الدور الفنى الذى تلعبه في هذا المجال عن دورها في مجال القانون الداخلى نتيجة هامة، فنطاق اعمال فكرة النظام العام يضيق بالضرورة في مجال التنازع عنه بالنسبة للقانون الداخلى، فمخالفة القانون الاجنبى لأحكام القواعد الأمره فى قانون القاضى، لا يستلزم فى جميع الأحوال استبعاد أحكام هذا القانون باسم النظام العام. ولهذا يؤكد فقه القانون الدولي الخاص فى كل من فرنسا ومصر ان القاعدة التى نقضى مثلاً بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية وان كانت تعتبر من النظام العام فى القانون الداخلى سواء فى فرنسا أو فى مصر، ولا يصح للأفراد من ثم الانفاق على ما يخالفها، فإنه يجوز مع ذلك تطبيق القانون الاجنبى الذى يحدد سن الرشد بأكثر من هذه السن أو اقل دون ان يعد ذلك مخالفا لإعتبارات النظام العام فى اى من البلدين.

ونحن لا نتشكك فى سلامة هذا التحليل، اذ من غير المقبول ان يستبعد القاضى القانون الاجنبى فى جميع الأحوال التى تتعارض فيها أحكامه مع نصوص القانون الوطنى ولو كانت امره، ذلك ان للمشرع إذا اشار بإختصاص قانون اجنبى معين يحكم النزاع المتضمن عنصرا اجنبيا، فإنما فعل ذلك لما رآه من ان هذا القانون هو اكثر القوانين ملائمة لطبيعة المسألة المعروضة. فإذا اشترطنا لتطبيق هذا القانون الا يتعارض مضمونه مع أحكام القانون الوطنى الأمره، لانتهينا بذلك إلى تعطيل أعمال قواعد التنازع فى غالبية الأحوال وهو مالا يعقل ان يكون الشارع قد هدف اليه، فالسماح بتطبيق القوانين الاجنبية فى مادة التنازع لا يستبعد حتما ان تنكمش مقتضيات النظام العام فى دائرة الحالات القانونية الاجنبية عنها فى نطاق الحالات القانونية الوطنية. ويمكن القول بصفة عامة بأن التوسع فى أعمال

فكرة النظام العام فى مجال الأحوال الشخصية على هذا النحو قد يصطدم فى بعض الفروض مع إعتبارات الحياة الخاصة الدولية، ونحن لا نستطيع ان نحدد سلفا المسائل التى يمكن إعتبارها من النظام العام فى مصر، وتلك التى لا تمس المصالح العليا للمجتمع المصرى، ففكرة النظام العام بطبيعتها فكرة مرنة ومتطورة، ومن العسير تحديدها بمعيار منضبط، ولهذا فقد كان طبيعيا ان تفشل المحاولات الفقهية التى بذلت لتعريف النظام العام وتحديده. فقد اكتفى الفقه بإبراز الهدف الذى يسعى النظام العام إلى تطبيقه وهو حماية المصالح العليا للمجتمع، وليس فى ذلك أى غرابة، ذلك ان فكرة النظام العام هى فى حقيقتها فكرة وظيفة تهدف إلى تحقيق غاية معينة، والتى تختلف باختلاف العلاقات الاجتماعية، بالاضافة إلى مرونتها وتغيرها بتغير الزمان والمكان، كل ذلك لا يستطاع معه نجاح أى محاولة لوضعها فى قالب على محدد.

واذا كان تحديد معيار النظام العام على هذا النحو يبدو امرا عسيرا، مما يجعل الأمر متروكا فى النهاية لتقدير القضاء فى كل حالة على حدة، فإن الأمر الذى لا شك فيه هو ان التوسع فى استخدام فكرة النظام العام كأداة لاستبعاد القوانين الاجنبية، سيؤدى حتما إلى تعطيل الأعمال الطبيعية لقواعد الإسناد فى غالبية الفروض، حقا ان النظام العام هو صمام الامن الذى لا غنى عنه فى أى تنظيم للتنازع، ومع ذلك فإن استخدام هذه الفكرة يجب ان يكون مقرونا بالحكمة والاعتدال، حتى لا ينتهى الأمر بتعطيل قواعد الإسناد، ولهذا وصف النظام العام بأنه (سلاح ذو حدين) يجب الاعتدال فى استخدامه، والا اطاح بالهدف الذى يسعى إليه تنظيم التنازع فى الدولة.

وفى ضوء هذه الملاحظة يمكن القول بأن القضاء قد توسع فى استخدام فكرة النظام العام فى مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة، فلم يعد الوسيلة

لاستبعاد القوانين الاجنبية فى جميع الفروض التى يتعلق فيها الأمر فى تقديره بحقوق المسلمين^(١).

• النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق؛ وفقاً للمادة

٢٨ من القانون المدني المصري، يعتبر النظام العام، الإدارة التي يتم بموجبها استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص، بحكم منازعة ذات عنصر أجنبي. وقد لاحظ البعض وبحق، أن فكرة النظام العام هي "فكرة مرنة ومتطورة، يكتنفها الغموض، وبالتالي يصعب تحديدها على وجه دقيق. فهي فكرة ذات مفهوم متغير، باختلاف المكان والزمان. فما قد يعتبر متعارضاً مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى. وما يصطدم بالنظام العام في داخل نفس الدولة في فترة معينة، قد لا يعد أمراً منافياً لهذه الفكرة في وقت آخر. ولهذا... يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه، هي بوقت نظر الدعوى، وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع". وبهذه المثابة، "إذا تغير مفهوم النظام العام بعد أن فصلت محكمة الموضوع في النزاع فيجوز للخصم مع ذلك أن يطعن في الحكم أمام محكمة النقض لمخالفته للنظام العام وفقاً لمفهومه الجديد". وتجدر الإشارة إلى أن مسألة مدى تعلق الأمر بالنظام العام في هذا المقام من عدمه، إنما هو مسألة قانونية، تخضع لرقابة محكمة النقض المصرية، أو بعبارة أخرى، أن الدفع بالنظام العام "هو استثناء يعطل تطبيق قاعدة الإسناد وهو - بهذه المثابة مسألة قانون تخضع بالضرورة لرقابة المحكمة العليا". هذا إلى أن "رقابة محكمة النقض في هذا

(١) مفهوم النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص - مقال - الدكتور هشام صادق

مجلة إدارة قضايا الحكومة - السنة ١٤-٤ - ص ٩٦٣ وما بعدها.

الخصوص، أمر لازم بغية توحيد الحلول القضائية في شأن المسألة المعنية. ومناط استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص، هو تعارض الأخير مع الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في دولة القاضي. ومن هذا المنطلق، ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن سماح القانون الأجنبي برفع دعوى الأبوة في ميعاد أطول من الميعاد الذي يحدده القانون الفرنسي، هو أمر يتعارض مع اعتبارات النظام العام في فرنسا". ومهما كان الأمر، فإن العديد من الفقهاء، إنما يذهب إلى تحديد "الهدف الذي تسعى فكرة النظام العام إلى تحقيقه، وهو حماية المصالح العليا في المجتمع". دون وضع تعريف محددة للفكرة المتقدمة. ذلك أن فكرة النظام العام هي في حقيقتها فكرة وظيفية تهدف إلى تحقيق غاية معينة، ولا تتأتى محاولة ضبطها إلا من خلال تحديد هذه الغاية".

• **مفهوم النظام العام في المجال الدولي:** تستخدم فكرة النظام العام في مجال القانون الداخلي، كأداة فنية، يتم بموجبها ضمان، عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة"، بينما يتم اللجوء إلى هذه الفكرة في إطار القانون الدولي الخاص، كوسيلة فنية، يتم بمقتضاها استبعاد القانون الأجنبي الذي انعقد له الاختصاص التشريعي، بموجب قاعدة إسناد مصرية معينة. ولا شك أن، نطاق إعمال فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص أضيق منه، في نطاق القانون الداخلي. فإذا كانت أحكام القانون الأجنبي المختص تخالف قاعدة آمرة أو أكثر في القانون الداخلي، فإن ذلك لا يؤدي بالضرورة إلى استبعاد هذه القاعدة الأجنبية، باسم النظام العام في مصر. "فالقاعدة التي تقضي بتحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة ميلادية تعتبر من النظام العام في مصر... ومع ذلك فإن تطبيق

القانون الأجنبي الذي يحدد سن الرشد بأكثر من هذا السن أو أقل قد لا يصطدم بالنظام العام في كل من ومصر وبالمثل، فقد جرى القضاء في فرنسا على صحة اشتراط الدفع بالذهب في العقود الدولية رغم تعارض هذا الشرط مع مفهوم النظام العام في القانون الداخلي. من ذلك، الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية، بجلستها المنعقدة يوم ٥٠/٧/٣١ (راجع المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٥٠، ص ٦٠٩) وقد استجابت محكمة النقض المصرية للنظر السابق، وذلك في الحكم الصادر عنها بجلسة ٦٧/٤/٥، حيث "قبلت الطعن الذي نص على حكم الموضوع تجاهله للقانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد، وتطبيقه للقانون المصري، بدعوى أن أحكام القانون الأجنبي تتعارض مع النصوص المصرية الأمرة في شأن المسألة المعروضة. وقد ثبت من حيثيات الحكم المتقدم، ما يلي" وفقاً للمادة ٢٨ من القانون المدني، لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجبة التطبيق، إلا أن تكون هذه الأحكام، مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر، بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق، مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني أو مجرد التفضيل بينهما، وكون القانون الوطني أكثر فائدة" (مجموعة المكتب الفني، س ١٨، مارس، أبريل، ١٩٦٧، ص ٧٩٨ وما بعدها). وقد بارك البعض النظر السابق، بحسبان أن القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية المختصة هو "أكثر القوانين ملائمة في نظر الشارع لحكم العلاقة الخاصة الدولية محل النزاع. فإذا اشترطنا لتطبيق هذا القانون ألا يتعارض مضمونه مع أحكام القانون الوطني الأمرة، لانتهينا بذلك، إلى تعطيل أعمال قواعد التنازع في غالبية الأحوال، وهو ما لا يعقل أن يكون الشارع قد هدف إليه، فالسماح

"بتطبيق القوانين الأجنبية في مادة التنازع يستتبع حتماً أن تنكمش مقتضيات النظام العام في دائرة الحالات القانونية الأجنبية، عنها في نطاق الحالات القانونية الوطنية" ومن هذا المنطلق، فمن الواجب علينا التفرقة في هذا الصدد، بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي، حيث يكون لكل واحد منهما مضمون مختلف عن الآخر، مع تأكيد الصفة الوطنية للفكرتين المتقدمتين. فمضمون فكرة النظام العام أمام القاضي الوطني، حينما يتصدى لحسم منازعة وطنية، يختلف عنها، جال تصدى القاضي السابق لنظر منازعة ذات عنصر أجنبي. ففي الحالة الأولى تتسع فكرة النظام العام، وفي الحالة الأخيرة، تضيق الفكرة المتقدمة، بحسبانها خروجاً عن الأصل العام المقرر في هذا الصدد، ألا وهو وجوب تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد المصرية المختصة بتطبيقه في هذا الصدد.

• **الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام:** يترتب على إعمال فكرة النظام العام أثراً سلبياً، هو استبعاد القانون الأجنبي المختص كلياً أو جزئياً. فإذا انعقد الاختصاص للقانون الإيطالي بحكم علاقة ذات عنصر أجنبي معروضة أمام القاضي المصري، وثبت للأخير، أن القانون الإيطالي برمته مخالف للنظام العام في مصر، هنا يحق للأخير استبعاد القانون المتقدم استبعاداً كلياً. أما، إذا ثبت للقاضي أن بعض أحكام القانون الإيطالي هي التي تخالف النظام العام في مصر، أما باقي أحكامه فليست مخالفة للنظام العام، هنا يحق للقاضي المعني، استبعاد الأحكام القانونية الإيطالية المخالفة للنظام العام، مع إعمال تلك التي لا تخالف النظام العام في مصر. وفي ضوء ذلك، نرفض مع الفقه الراجح - الاتجاه القائل بوجوب استبعاد القانون الأجنبي، حل تعارضه مع النظام العام، استبعاداً كلياً، في كل حال.

ومن هذا المنطلق ذهبت محكمة استئناف الإسكندرية، في الحكم الصادر عنها بجلسة ١٧/٣/١٩٦٣ - دائرة الأحوال الشخصية أجنب، إلى أنه "ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر، يرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته وإحلال القانون المصري محله، فإن هذا المذهب ليس له من القانون المصري سند، بل هو متعارض مع نص المادة ٢٨ من القانون المدني الذي يجرى بأنه ... والظاهر أن النص هكذا يقصر عدم جواز التطبيق على الأحكام التي تخالف النظام العام وليس على القانون ذاته". وفي القول بغير ذلك، "تعطيل لغايات تغيها القانون المصري من تعيين القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطلق اشتمال القانون على حكم يخالف النظام العام أو الآداب، وهو الأمر الذي يعطل ما أراده الشارع الحريص على إعمال القانون الأجنبي في الحالات التي يعنيها مع استثناءها باستثناء لا يقبل التوسع أو القياس ممل قد يتعارض مع النظام العام المصري من أحكام هذا القانون" يبقى الغرض الذي تكون فيه الأحكام الأجنبية الواجبة التطبيق مرتبطة ارتباطاً لا يقبل للتجزئة بالحكم الأجنبي الذي تم استبعاده لمخالفته للنظام العام في مصر. هنا يرى الفقه الراجح وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته، رغم تعلق الأمر بجزئية مخالفة ليس غير. وأساس هذا النظر هو الارتباط الشديد بين نصوص القانون الأجنبي المعني، بحيث يتعذر استبعاد جزء منه وتطبيق جزء آخر. أما إذا انتفى مثل هذا الارتباط، فيظل الاستبعاد محصوراً في الجزئية المخالفة للنظام العام، دون سواها. لأن الاستبعاد الكلي دائماً، يجافي الحكمة التي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد المعنية. (الدكتور هشام خالد - منصور - مرجع سابق - هشام صادق - مرجع سابق).

• **الأثر الإيجابي لأعمال فكرة النظام العام:** يذهب الرأي السائد إلى أنه يترتب على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام إحلال قانون القاضي كله ليحكم العلاقة المطروحة في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام ويلاحظ أنه إذا كان المطروح أمام القاضي هو الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج فإن ما يبحثه القاضي يقتصر على النظر فيما إذا كان نفاذ هذا الحق أي التمسك به في بلد القاضي يتعارض مع النظام العام فيها ويكون جزاء ذلك ليس ببطلان العلاقة وإنما عدم سريان آثارها في بلد القاضي. (يراجع في تفصيل ذلك كله عز الدين عبد الله بندي ١٤٧ و ١٤٨ - هشام صادق بندي ٨٨ و ٨٩ - جابر بنود ١٨٠ إلى ١٨٣)

من أحكام القضاء:

- ١ - الإعراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مساءلتها مدنياً عن أعمالها غير المشروعة. تعلقه بالنظام العام. م ٢٨ مدني.
(الطعن رقم ٤٠٣٩، ٤٠٧٤ لسنة ٧٤ق - جلسة ٢٠٠٥/٥/٨)

* * *



فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	مقدمة.....
	١ – القانون والحق
٧	مصادر القانون
٧	النص التشريعي (مادة ١).....
٧	النصوص العربية المقابلة.....
٧	الأعمال التحضيرية.....
٧	رأي الفقه.....
١٥	مصادر القانون.....
٢٠	المقصود بالقانون المدني.....
٢٢	المقصود بالمبادئ العامة للقانون.....
٢٣	مزايا التشريع.....
٢٤	أنواع التشريع وتدرجه.....
	أثر الحكم بعدم الدستورية بعد تعديل المادة ٤٩ من قانون
٢٥	المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨.....
٢٦	الحجية المطلقة لحكم المحكمة الدستورية العليا.....
٢٧	أحكام القضاء.....
٢٨	عدم جواز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق
٢٨	النص التشريعي (مادة ٢).....

الصفحة	الموضوع
٢٨	النصوص العربية المقابلة.....
٢٨	الأعمال التحضيرية.....
٢٨	رأي الفقه.....
٣٠	المقصود بإلغاء القاعدة القانونية.....
٣٠	السلطة التي تملك الإلغاء.....
٣٢	أحكام القضاء.....
٣٤	احتساب المواعيد
٣٤	النص التشريعي (مادة ٣).....
٣٤	النصوص العربية المقابلة.....
٣٤	الأعمال التحضيرية.....
٣٥	رأي الفقه.....
٣٥	حساب المواعيد في ظل القانون السابق بالتقويم الهجري.....
٣٥	أحكام القضاء.....
٣٦	استعمال الحق
٣٦	النص التشريعي (مادة ٤).....
٣٦	النصوص العربية المقابلة.....
٣٦	الأعمال التحضيرية.....
٣٦	رأي الفقه.....

الصفحة	الموضوع
٣٦	تعريف الحق
٣٧	الخصائص المميزة للحق
٤٢	أركان الحق على ضوء التعريف السابق
٤٢	الفرق بين الحق والرخصة
٤٣	تعريف الرخص العامة
٤٦	أحكام القضاء
٥٠	الاستعمال الغير مشروع للحق
٥٠	النص التشريعي (مادة ٥)
٥٠	الأعمال التحضيرية
٥٣	رأي الفقه
٥٣	الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق
٦٠	التعويض عن إساءة استعمال حق التقاضي
٦٤	التعويض عن إساءة استعمال حق الطلاق
٧٠	تحديد نطاق الحماية بالمصلحة المشروعة لصاحب الحق
٧٢	التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق
٧٢	صور إساءة استعمال الحق
٧٣	مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق
٧٤	التعسف في استعمال حرية الرأي

الصفحة	الموضوع
٧٤	التعسف في استعمال حق التهذيب والتأديب
٧٤	التعسف الولاية على النفس والمال
٧٥	تعسف الزوج على زوجته
٧٦	التعسف في العدول عن الخطبة
٧٦	التعسف عن إساءة استعمال السلطة والتعويض عنه
٧٨	عبء إثبات الخطأ يقع على المضرور
٧٩	أحكام القضاء
	٢ - تطبيق القانون
	تنازع القوانين من حيث الزمان
٨١	النص التشريعي (مادة ٦)
٨١	النصوص العربية المقابلة
٨١	الأعمال التحضيرية
٨٢	رأي الفقه
	سريان القاعدة القانونية من تاريخ العمل بها على الوقائع
٨٣	التي تتم في ظلها
	والأصل أن أحكام القانون الجديد لا تسري إلا على ما يقع
	من تاريخ العمل بها إلا الأحكام المتعلقة بالنظام العام فتسري
	بأثر فوري على المراكز والوقائع القانونية ولو كانت ناشئة
٨٣	قبل العمل به مادامت لم تستقر بصدر حكم نهائي فيها

الصفحة	الموضوع
٨٤	أحكام القضاء
٨٧	نطاق سريان نصوص التقادم
٨٧	النص التشريعي (مادة ٧)
٨٧	النصوص العربية المقابلة
٨٧	الأعمال التحضيرية
٨٨	رأي الفقه
٨٨	انعدام الأثر الرجعي للقانون الجديد
٨٩	الأثر المباشر للقانون الجديد
٩٠	أحكام القضاء
٩١	تنازع القوانين المعدلة لمدد التقادم
٩١	النص التشريعي (مادة ٨)
٩١	النصوص العربية المقابلة
٩١	الأعمال التحضيرية
٩٢	رأي الفقه
٩٣	تقصير القانون المدني الجديد لمدة التقادم
٩٤	أحكام القضاء
٩٨	سريان نصوص أدلة الإثبات التي تعد مقدماً
٩٨	النص التشريعي (مادة ٩)

الصفحة	الموضوع
٩٨	النصوص العربية المقابلة.....
٩٨	الأعمال التحضيرية.....
٩٩	رأي الفقه.....
١٠٠	الأحكام المتعلقة بأدلة الإثبات.....
١٠٠	الأدلة التي تعد مقما للإثبات.....
١٠١	القرائن القانونية.....
١٠٢	أحكام القضاء.....
	تنازع القوانين من حيث المكان
	الرجوع للقانون المصري في تحديد القانون
	الواجب التطبيق
١٠٤	النص التشريعي (مادة ١٠).....
١٠٤	النصوص العربية المقابلة.....
١٠٤	الأعمال التحضيرية.....
١٠٥	رأي الفقه.....
١٠٨	التعريف بالقانون الدولي الخاص وطبيعة قواعده.....
١١٠	قواعد الإسناد وطبيعتها.....
١١٢	طبيعة قواعد الإسناد.....
	على القاضي تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير بتطبيقه
١١٣	قواعد الإسناد.....

الصفحة	الموضوع
١١٤	كيفية إثبات القانون الأجنبي.....
	الحل الواجب الاتباع عند استحالة التوصل الى مضمون
١١٥	القانون الأجنبي.....
١١٧	دور القاضي في تفسير القانون الأجنبي.....
	خضوع قاضي الموضوع في تطبيقه للقانون الأجنبي لرقابة
١١٧	محكمة النقض.....
١١٧	المقصود بالتكييف الذي يخضع للقانون المصري.....
	إخضاع التكييف لقانون القاضي لا يعني تجاهل القانون
١١٩	الأجنبي.....
	إخضاع التكييف للقانون المصري لا يعني تطابق الفكرة
١٢٠	الواردة في قاعدة الإسناد.....
١٢١	يجب تطبيق القانون المصري في تكييف العلاقات.....
	المشرع سوى بين المنقولات والعقارات بالنسبة للقانون
١٢١	الواجب التطبيق.....
١٢٢	أحكام القضاء.....
١٢٣	سريان قانون الجنسية علي الحالة المدنية
١٢٣	النص التشريعي (مادة ١١).....
١٢٣	النصوص العربية المقابلة.....
١٢٣	الأعمال التحضيرية.....

الصفحة	الموضوع
١٢٤	رأي الفقه
١٢٦	المقصود بالحالة المدنية للأشخاص
١٢٦	خضوع الاسم لقانون الجنسية
١٢٨	الطبيعة القانونية للاسم
١٢٩	أهلية الوجوب
١٣١	موانع التصرف
١٣٢	أهلية الأداء تخضع لقانون جنسية الشخص
	واستثناء يعتد بنقص الأهلية للتصرفات المالية للقاصر
١٣٢	الأجنبي في مصر
١٣٣	أثر الاستثناء
١٣٣	أهلية الشخص الاعتباري
	أهلية المرأة المتزوجة محترفة التجارة ينظمها قانون الدولة
١٣٤	التي تنتهي إليها
١٣٥	الأهلية التجارية
١٣٥	المقصود بالنظام القانوني للشخص الاعتباري
١٣٦	مركز الإدارة الرئيسي الفعلي للشخص الاعتباري
	القانون المصري يسري على النظام القانوني للأشخاص
١٣٧	الاعتبارية
١٣٧	تطبيق الفقرة الثانية من المادة على المشرع العام الأجنبي

الصفحة	الموضوع
١٣٨	المعاملات المالية للمشروع العام الأجنبي.....
١٣٨	أحكام القضاء.....
١٤١	سريان قانون كل من الزوجين
١٤١	النص التشريعي (مادة ١٢).....
١٤١	النصوص العربية المقابلة.....
١٤١	الأعمال التحضيرية.....
١٤١	رأي الفقه.....
١٤٤	القانون الواجب التطبيق على الخطبة.....
١٤٦	الضوابط الأربعة لشكل الزواج.....
١٤٦	الشروط الموضوعية للزواج.....
	كيفية تطبيق القانوني على متحدي الجنسية أو مختلف
١٤٧	الجنسية.....
١٤٨	الحالات التي لا يجوز فيها تطبيق القانون الأجنبي.....
١٤٨	أحكام القضاء.....
١٤٩	القانون الذي يحكم آثار الزواج
١٤٩	النص التشريعي (مادة ١٣).....
١٤٩	النصوص العربية المقابلة.....
١٤٩	الأعمال التحضيرية.....
١٤٩	رأي الفقه.....

الصفحة	الموضوع
١٥٠	آثار الزواج.....
١٥٠	الآثار الشخصية للزواج.....
	القانون الواجب التطبيق على دعوى المسؤولية في حالة
١٥١	الإخلال بالالتزامات المتبادلة بين الزوجين.....
١٥١	حكم النفقة الوقتية.....
١٥٢	الآثار المترتبة على انقضاء الزواج.....
١٥٣	إجراءات انقضاء الزواج.....
	تطبيق القانون المصري في شأن الإجراءات التحفظية أو
١٥٤	الوقتية أثناء نظر دعوى التطلاق أو الانفصال.....
	لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي في شأن انقضاء الزواج إذا
١٥٤	كان مخالفاً للنظام العام.....
١٥٥	لا يجوز تطبيق نظرية الغش في مجال انقضاء الزواج.....
١٥٦	النسب.....
١٥٦	أحكام القضاء.....
١٥٨	نطاق سريان القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً
١٥٨	النص التشريعي (مادة ١٤).....
١٥٨	النصوص العربية المقابلة.....
١٥٨	الأعمال التحضيرية.....
١٥٨	رأي الفقه.....

الصفحة	الموضوع
١٥٩	شرط تطبيق الاستثناء الوارد بالمادة
١٥٩	مجال تطبيق الاستثناء بالنسبة لانقضاء الزواج
١٦٠	أحكام القضاء
١٦٢	القانون الواجب التطبيق علي الالتزام بالنفقة
١٦٢	النص التشريعي (مادة ١٥)
١٦٢	النصوص العربية المقابلة
١٦٢	الأعمال التحضيرية
١٦٢	رأي الفقه
١٦٤	اقتصار النص على نفقة الأقارب فقط
١٦٥	القانون الواجب التطبيق على نفقة الأصهار
١٦٦	النظم الموضوعية لحماية ناقص الأهلية
١٦٦	النص التشريعي (مادة ١٦)
١٦٦	النصوص العربية المقابلة
١٦٦	الأعمال التحضيرية
١٦٦	رأي الفقه
١٦٧	نطاق تطبيق النص
١٦٩	القانون الواجب التطبيق علي الميراث والوصية
١٦٩	النص التشريعي (مادة ١٧)

الصفحة	الموضوع
١٦٩	النصوص العربية المقابلة.....
١٦٩	الأعمال التحضيرية.....
١٦٩	رأي الفقه.....
	أخضع المشرع المصري الميراث لقانون جنسية المورث
١٧١	وقت موته.....
١٧٢	المسائل الداخلة في فكرة الميراث.....
١٧٣	أحكام القضاء.....
١٧٥	قاعدة الإسناد الخاصة بالحيازة والحقوق العينية
١٧٥	النص التشريعي (مادة ١٨).....
١٧٥	النصوص العربية المقابلة.....
١٧٥	الأعمال التحضيرية.....
١٧٥	رأي الفقه.....
١٧٩	الأموال التي تخضع لحكم النص.....
١٧٩	كيفية تحديد موقع العقار.....
١٨٠	تحديد قانون موقع المنقول.....
١٨١	مجال إعمال قانون موقع المال.....
١٨٥	أحكام القضاء.....
١٨٨	قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية
١٨٨	النص التشريعي (مادة ١٩).....

الصفحة	الموضوع
١٨٨	النصوص العربية المقابلة.....
١٨٨	الأعمال التحضيرية.....
١٨٩	رأي الفقه.....
١٩١	قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة.....
١٩٣	ما يشترط لأعمال قانون الإدارة.....
	قانون موقع العقار يسري على العقود التي أبرمت في شأن
١٩٤	هذا العقار.....
١٩٥	نطاق تطبيق قانون الإرادة.....
١٩٥	أولاً: التراضي.....
١٩٦	ثانياً: المحل.....
١٩٦	ثالثاً: السبب.....
	البطلان كجزاء مترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو
١٩٧	شرط من شروط صحته.....
١٩٧	آثار العقد بالنسبة للأشخاص.....
١٩٨	آثار تصرف النائب للأصيل.....
١٩٨	النيابة القانونية للفضولي.....
١٩٩	آثار العقد بالنسبة للموضوع.....
١٩٩	أسباب انقضاء الالتزام تخضع لقانون العقد.....
٢٠١	القانون الواجب التطبيق على عقد الهبة.....

الصفحة	الموضوع
٢٠٢	القانون الواجب التطبيق على عقد العمل.....
٢٠٤	المسؤولية عن إصابات العمل.....
٢٠٥	دعوى التعويض على صاحب العمل.....
٢٠٦	المسؤولية المترتبة على الفصل التعسفي.....
	وقد أخذت محكمة النقض بالرأي القائل لإخضاع دعوى
	التعويض للفصل التعسفي لقانون الدولة التي بها مركز إدارة
٢٠٧	الأعمال.....
٢٠٨	العقود التي تبرمها الدولة.....
	الاتفاقات التي تبرم بين أكثر من دولة أو بين دولة وشخص
٢٠٩	من أشخاص القانون الخاص.....
٢٠٩	عقد الرهن.....
٢١١	العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد
٢١١	النص التشريعي (مادة ٢٠).....
٢١١	النصوص العربية المقابلة.....
٢١١	الأعمال التحضيرية.....
٢١٢	رأي الفقه.....
٢١٤	المقصود بالعقود ما بين الأحياء الواردة بالنص.....
٢١٤	تعدد ضوابط شكل التصرفات القانونية.....
٢١٥	المسائل التي تخرج عن مفهوم شكل التصرف.....

الصفحة	الموضوع
٢١٦	مضمون فكرة شكل التصرفات القانونية.....
٢١٧	(أ) الشكل المطلوب للانعقاد.....
٢١٩	(ب) الشكل اللازم للإثبات.....
٢٢٠	اختصاص القناصل بإعطاء الشكل للتصرف.....
٢٢١	أحكام القضاء.....
٢٢٢	القانون الواجب التطبيق علي الالتزامات غير التعاقدية
٢٢٢	النص التشريعي (مادة ٢١).....
٢٢٢	النصوص العربية المقابلة.....
٢٢٢	الأعمال التحضيرية.....
٢٢٢	رأي الفقه.....
٢٢٢	المقصود بالالتزامات.....
٢٢٣	ما يخرج عن نطاق تطبيق النص.....
٢٢٤	الاتجاهات الفقهية والمتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية.....
	تحديد القانون المحلي بالنسبة للمسئولية المترتبة على العقل
٢٢٧	النافع.....
٢٢٨	المسئولية عن العمل الشخصي.....
٢٣٠	المسئولية عن عمل الغير.....
٢٣٠	المسئولية عن الأشياء.....
٢٣٠	آثار المسئولية.....

الصفحة	الموضوع
٢٣١	المسئولية المترتبة على جريمة وقعت في الخارج
٢٣٢	لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام....
٢٣٣	أحكام القضاء
٢٣٥	القانون الواجب التطبيق علي قواعد الاختصاص
٢٣٥	النص التشريعي (مادة ٢٢)
٢٣٥	النصوص العربية المقابلة
٢٣٥	الأعمال التحضيرية
٢٣٥	رأي الفقه
٢٣٦	أولاً: الاختصاص الدولي للمحاكم
٢٣٨	الدفع بعدم الاختصاص الدولي
	يسري على قواعد المرافعات سواء ما تعلق منها بالاختصاص أو بإجراءات التقاضي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو
٢٣٩	تباشر فيه الإجراءات
٢٣٩	أحكام القضاء
٢٤٤	لا تعدل قواعد الإسناد إلا بنص خاص
٢٤٤	النص التشريعي (مادة ٢٣)
٢٤٤	النصوص العربية المقابلة
٢٤٤	الأعمال التحضيرية

الصفحة	الموضوع
٢٤٤	سريان أحكام القانون الخاص والمعاهدة الدولية النافذة في مصر على أحكام النصوص المتعلقة بتنازع القوانين
٢٤٥	شروط تكملة المعاهدة بقانون القاضي
٢٤٦	ليس للقانون إلغاء معاهدة نفذت حتى ولو تعارضت معه
٢٤٦	أحكام القضاء
٢٤٨	مناطق لجوء القاضي لمبادئ القانون الدولي الخاص
٢٤٨	النص التشريعي (مادة ٢٤)
٢٤٨	النصوص العربية المقابلة
٢٤٨	الأعمال التحضيرية
٢٤٨	رأي الفقه
٢٤٨	الحالة التي يجوز فيها للقاضي اللجوء للقانون الدولي الخاص.
٢٥٠	القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسية وانعدامها
٢٥٠	النص التشريعي (مادة ٢٥)
٢٥٠	النصوص العربية المقابلة
٢٥٠	الأعمال التحضيرية
٢٥١	رأي الفقه
٢٥١	تعريف الجنسية
٢٥١	أهمية الجنسية
٢٥١	القانون الواجب التطبيق حال تعدد الجنسيات

الصفحة	الموضوع
٢٥٤	أحكام القضاء
٢٥٦	تحديد قواعد الإسناد لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع
٢٥٦	النص التشريعي (مادة ٢٦)
٢٥٦	النصوص العربية المقابلة
٢٥٦	الأعمال التحضيرية
٢٥٧	رأي الفقه
٢٥٩	القانون الذي يطبق على الدول ذات النظم المركبة
٢٦١	أحكام القضاء
٢٦٢	تطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي
٢٦٢	النص التشريعي (مادة ٢٧)
٢٦٢	النصوص العربية المقابلة
٢٦٢	الأعمال التحضيرية
٢٦٢	رأي الفقه
٢٦٥	تعريف الإحالة
٢٦٦	موقف المشرع المصري من الإحالة
٢٦٧	أحكام القضاء
٢٦٨	استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب
٢٦٨	النص التشريعي (مادة ٢٨)

الصفحة	الموضوع
٢٦٨	النصوص العربية المقابلة
٢٦٨	الأعمال التحضيرية
٢٦٨	رأي الفقه
٢٧٤	النظام العام واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق
٢٧٥	مفهوم النظام العام في المجال الدولي
٢٧٧	الأثر السلبي لإعمال فكرة النظام العام
٢٧٩	الأثر الإيجابي لإعمال فكرة النظام العام
٢٧٩	أحكام القضاء
٢٨١	فهرس المحتويات

تم بحمد الله