

Princeton University Library



32101 072239989

الفانوز المقارن

في
الأحوال الشخصية للأجانب
في مصر

مع شرح قواعد المرافعات الخاصة بها

وضعه

تادرس منجيتادرس

وكيل محكمة الاسكندرية الابتدائية
ورئيس دائرة الاحوال الشخصية للأجانب بها

الطبعة الاولى

سنة ١٩٥٤

(حقوق الطبع والنقل والترجمة محفوظة)

Tādrus, Tādrus Mikhā'il

الفانوز المقارن

الأحوال الشخصية للأجانب
في مصر

مع شرح قواعد المرافعات الخاصة بها

al-Qānun al-muqārin

وضعه

تادرس منجائيل تادرس

وكيل محكمة الاسكندرية الابتدائية
ورئيس دائرة الاحوال الشخصية للأجانب بها

الطبعة الاولى

سنة ١٩٥٤

(حقوق الطبع والنقل والترجمة محفوظة)

مطابع رمسيس بالاسكندرية - تليفون ٢١٩١٢

لقد
الاسكندرية
محمد كمال
تنكراً للمدونة
١٩٥٤
الاسكندرية

2276
.24
.374

للمؤلف

(١) القواعد العلمية لفحص وتحليل « شهادة الشهود » في علم النفس

• والقانون المقارن •

(٢) الوجيز في شرح التشريع العمالي وقوانين العمل في مصر •

(٣) نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في القوانين المصرية (نفذ)

عندما خلق المولى تعالى عالمنا الارضى جعل من مصر مكانا تلتقى فيه
ثلاث قارات •

ولذا كانت مصر ولا تزال وسوف تستمر حلقة الاتصال بين الشرق والغرب
يمتزج فيها الهدوء الشعارى للاول بنشاط الثانى وعلمه •

ولا أظن أحدا ينكر أنه ، بفضل هذا الامتزاج الاجتماعى ، تقدمت الثقافة فى
مصر وانتعش التداول التجارى وازدهرت الزراعة وفتحت المصانع لآلاف العمال
باباً واسعاً للعمل الشريف والثقة فى المستقبل •

وهكذا انتشر العمران بفضل هذا التعاون الذى أسسته مصر على مبدئها
التقليدى : « أحرار فى بلادنا وكرماء لضيوفنا »

ومن علائم هذه الحرية أن استقرت للقضاء المصرى ولايته العامة فى الحكم فى
كافة المنازعات التى تشب بين الافراد من سكان مصر قاطبة ، لا فرق بين مصرى
وأجنبى كما أنه من دلائل الكرم نحو أخواننا الاجانب أننا - مع استقلالنا
القضائى - نطبق عليهم شرائع بلادهم فى أحوالهم الشخصية جميعها وبهذا تتحول
المحكمة المصرية الى محكمة فرنسية أو ايطالية أو يونانية أو بريطانية أو ما شاكل
ذلك لكى لا يشعر أخواننا الاجانب أنهم فى بلد غير بلدهم •

وبديهي أن هذا يتطلب دراسة طويلة فى القانون الدولى الخاص المقارن وهو
ما أحاول أن أساهم فيه بنشر هذا الكتاب معتمدا ، فيما اعتمدت عليه ، على
اختبارى الشخصى الذى هيئته لى رئاستى لدائرة الاحوال الشخصية للاجانب
بمحكمة الاسكندرية الابتدائية منذ يناير سنة ١٩٥٣ حتى كتابة هذه السطور •

وأعترف أن كتابى لم يصل الى درجة الكمال نظرا لقصر عقد القضاء المصرى فى
مسائل الاحوال الشخصية للاجانب اذ أنه لم يبدأ بها الا حيث انتهت منها المحاكم
القنصلية فى ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ •

غير أننى أرجو - من جهة أخرى - أن يجد القارئ فى كتابى وفيما تضمنه
من أقضية مختلفة ، مصرية ودولية ، ومن آراء أساتذة القانون الدولى الخاص
المقارن ما يساعده على حل ما يود معرفته من مسائل •

وأتمنى مخلصاً أن أكون قد أدت شطراً ضئيلاً من واجبي الجسيم نحو وطني
العزیز ونحو المشتغلين بالقانون فيه حتى يطمئن نزلأؤنا الاجانب الى صدق نياتنا
— نحن رجال القضاء المصرى — فى أن تؤدي لهم عدالة كاملة ورشيدة مؤسسة
على ادراك صحيح لشرائعهم المتباينة وما رسمته لنفسها من أهداف انسانية نحو
الاسرة والمجتمع •

هدانا الله تعالى الى ما فيه الخير ورفعته مصر •

٢٤ من مايو سنة ١٩٥٤

تادرس ميخائيل تادرس

وكيل محكمة الاسكندرية الابتدائية

ورئيس دائرة الاحوال الشخصية بها

تقسيم

يشمل هذا الكتاب ثلاثة أجزاء وزعنا بحوثنا فيها كالاتى : —

الاول : خاص بالكلام عن مركز الاجانب فى مصر وتنازع القوانين فى الاحوال
الشخصية •

والثانى : يستعرض القوانين الاجنبية المقارنة فى كل نواحى الاحوال الشخصية •

والثالث : يشرح قواعد المرافعات المعمول بها فى المحاكم المصرية فى هذه
المسائل عينها •

الجزء الأول

مركز الأجانب في مصر وتنـازع القوانين

في

مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بهم

LES CONDITIONS DES ETRANGERS

EN EGYPTE

ET LE CONFLIT DES LOIS

EN MATIERE DE LEURS

STATUTS PERSONNELS

يشمل هذا الجزء خمسة فصول :

بحثنا في أولها : الآراء المختلفة في نظرية « الاحوال » وعلاقتها بتنازع القوانين
— وقد تناول هذا البحث الناحية التاريخية لهذه النظرية •

وتكلمنا في ثانيها : عن مركز الاجانب في مصر وعلاقته بأحوالهم الشخصية في ظل الامتيازات الاجنبية وبعد الغائها ثم بعد انتهاء فترة الانتقال التي نصت عليها معاهدة مونترو ، وقد شمل هذا الفصل جزءاً تاريخياً عن مركز الاجانب في أوروبا وأستعرض بعض نواحي الجدل القضائي والفقهى في بعض مسائل الاحوال الشخصية ثم انتهى ببيان قواعد الاسناد الخاصة بالاحوال الشخصية التي نص عليها قانون استقلال القضاء والقانون المدني الجديد •

وشرحنا في ثالثها : نظرية التكيف في القانون المصرى مسترشدين بأمثلة عملية
فصل فيها القضاء •

وحددنا في رابعها : الكلام على موانع تطبيق القانون الاجنبى المؤسسة على :
(١) النظام العام (٢) الغش نحو القانون •

وبينا في خامسها : قيود أعمال القانون الاجنبى في حالة تشعب هذا القانون
وكذلك بالنسبة لنظرية « الاحالة » Théorie du renvoi

وختمنا في سادسها : هذا الكتاب بالتكلم عن طريقة أعمال القانون الاجنبى وطبيعة هذا الاعمال وهل لمحكمة النقض رقابة عليه أم أنها لا تختص به •

الفصل الأول

نظرية « الاحوال » وتنازع القوانين

LA THEORIE DES STATUTS

علاقة نظرية الاحوال
بالقانون الدولي الخاص

١ - قال الاستاذ لينيه Lainé في كتابه « مقدمة القانون الدولي الخاص » «^(١) أن نظرية « الاحوال (les statuts) هي الكفيلة في ارشادنا عن المصادر الاصلية لهذا القانون

C'est dans la théorie des statuts qu'il faut chercher les origines du droit international privé.

وعبارة « الاحوال » هنا عامة تنصرف الى الاحوال الشخصية والعينية على السواء .

واذا تعقبنا التطور التاريخي للقوانين في أوروبا أدركنا صدق كلام الاستاذ لينيه ورأينا كيف أن « تنازع القوانين » (conflit des lois) في « الاحوال » هو المحور الذي يدور حوله القانون الدولي الخاص و انتهينا الى التمييز بين العيني منها والشخصي «^(٢)» .

نقاش حول الاسم
الصحيح للقانون الدولي
الخاص

٢ - وبمناسبة الكلام عن تنازع القوانين يجدر بنا أن نشير الى أن رجال الفقه الانجلو ساكسون يرون استبدال اسم « القانون الدولي الخاص » بعبارة « تنازع القوانين » مؤثرين تخصيص عبارة « دولي » للعلائق الخارجية السياسية بين الدول وعدم اطلاقها على مجرد أوضاع فردية مختلطة (cosmopolite) من حيث القوانين المتنازعة بشأنها .

ولكن هذه التسمية لا ترضى زملاءهم في البلدان الاخرى «^(٣)» لان عبارة « تنازع القوانين » قد يفهم منها أن عدداً من البلدان تحاول كل منها أن تفرض قوانينها على الاخرى في حالة واحدة أو علاقة قانونية واحدة أو (على الاقل) أن قوانين متعددة تنطبق كلها على شخص معين أو على مسألة معينة وأن الذي ينتصر في هذا التزاحم هو القانون التابع للدولة أو للسلطة الاكثر نفوذاً - وهذان

Lainé: Introduction au Droit International Privé.

(١)

(٢) بيير ارمانجتون (Pierre Arminjon) الجزء الاول صفحة ٤٥
Précis de Droit International Privé T. I. p. 45 (Paris 1927).

(٣) ارمانجتون المرجع المتقدم صفحة ١٥ ، ١٦ .

الفرضان لا وجود لهما في واقع الامر اذ أن تنازع القوانين ينتهي بانتصار القانون الذي يعينه المنطق وتوحى به العدالة بغض النظر عن الدول وسيادتها التشريعية •

ولا تدخل المجاملة في هذا الاعتبار كما أن اقضاء قانون بلد ما عن مجال التطبيق لا يدل على عدم الاكتراث بهذا البلد أو محاولة الانتقاص من سيادته «١» •

والمهم في هذا هو أنه اذا كان « تنازع القوانين » هو المحور الاساسى للقانون الدولي الخاص فان نظرية « الاحوال » - شخصية أو عينية - هي بدورها محور تنازع القوانين •

لمحة تاريخية

شخصية القوانين

ويعلمنا تاريخ القانون أن الاصل في القوانين أنها تتحدد بالاشخاص (la personnalité des lois) وهذا يرجع الى العهد الذى كان فيه رب الاسرة يفرض ارادته وقوانينه على أسرته وعبيده قبل أن تندمج الاسرة في القبيلة وقبل أن تندمج القبيلة في المجتمع •

ولم يبدأ المجتمع يتكون في أوروبا الا بعد أن انتهت الحروب التى كانت تشنها الشعوب المسماة « البربرية » في القرن الخامس والسادس بعد ميلاد السيد المسيح ومع ذلك ظل هذا المجتمع متأثرا بطابع القبيلة ويبتها حتى القرن الثانى عشر فكان هناك مجتمع الفينريجوت wisigothe ومجتمع البورجاند burgande في فرنسا الحالية (وكلاهما من أصل جرمانى) ومجتمع لومباردى (في ايطاليا الحالية) ومجتمع بافارى وآخر اسرائيلى وغيرها •••

وكان كل مجتمع من هذه له قوانينه الخاصة وعاداته المميزة له لانه لم يكن هناك قانون اقليمى واحد (loi territoriale) رغم أن هذه المجتمعات كانت قد دخلت جميعها في دولة واحدة هي الامبراطورية الرومانية التى أنشأها شارلمان Charlemagne في مستهل القرن التاسع للميلاد «٢» •

٤ - ولما استقرت الامور وأصبحت الارض هي الثروة الوحيدة التى تجتذب

الاقطاع هو منشأ نظرية اقليمية القانون

(١) ارمانجون - المرجع المتقدم ص ١٦ •

(٢)

L. Stauff: Etude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au 12e siècle, 1904 (Extrait de la Revue Bourguignonne p. 1.).

وارمانجون صفحة ٤٢

اليها الناس تكونت الاقطاعات في أوروبا وأصبح كل صاحب اقطاع سيداً في بلده
seigneur يحتّم في أرضه ويعيش معه في كنفها اتباعه ومزارعوه ورجال جيشه
وعندئذ بدأت القوانين تصبح محلية تتأثر بالمكان وتستهدى العادات الجارية فيه
تأسيساً على القول المعروف « العادات جميعها عينية »
toutes les coutumes sont réelles

وغنى عن البيان أن القوانين كانت تصدر كلها من « السيد » صاحب الاقطاع
ولكن لم يكن أثرها ليتعدى أرضه بل كان قاصراً عليها لا يتناول الاشخاص المقيمين
في اقطاع آخر اذ أن هؤلاء كانوا خاضعين لقوانين الاقطاع الذين يعيشون فيه
وتحت ظله .

هـ - وبعد ذلك - ولنحصر بحثنا في فرنسا الآن - نجد أن المقاطعات الفرنسية
جمعتها وحدة سياسية واحدة تلتها وحدة ادارية ثم ما لبثت أن خضعت جميعها لنظام
قضائي واحد فكان الحكم الذي يصدره قاض ما في مقاطعة ما ينفذ في أى مقاطعة
أخرى ولم يستثن الاستاذ D'Argentré (دارجانتيه) من هذا (في القرن السادس
عشر) سوى العقارات immeubles فقد كانت لا تخضع الا لقانون الجهة الكائنة
فيها وكان يعبر عنها دارجانتيه بكلمة aux « statuts » de leur situation (أى
« للاحوال » الخاصة بالموقع) وهذا ليس فقط فيما يتعلق باكتساب ملكية العقار
أو نقلها للغير ولكن فيما له مساس بالعقود العادية الاخرى كذلك .

رأى دارجانتريه
D'Argentré

أما فيما يتعلق بالمال المنقول فقد كان خاضعاً للقانون الشخصى أو « الاحوال
الشخصية » للفرد على غرار حالته المدنية وأهليته بوصفه متزوجاً مثلاً أو أعزباً -
بالغا سن الرشد أو قاصراً) .

وبهذا نشأت التفرقة الاولى بين أحوال عينية statuts réels ويحكمها قانون
الموقع وأحوال شخصية statuts personnels ويحكمها قانون الشخص .

وكان قانون الشخص يتحدد - بدوره - بقانون الموطن loi du domicile

أما في الاحوال المختلطة statuts mixtes التى يكون موضوعها شاملاً لعقار
ولحالة شخصية على السواء كما في حالة الوصية فكان القانون الواجب التطبيق هو
قانون موقع العقار نظراً لأن للعقارات الاهمية الاولى .

دومولان
Dumoulin

أما الاستاذ دومولان Dumoulin فقد بدأ في التفريق بين أحوال شخصية
وأخرى عينية ثم توسع في تطبيق قانون الموقع باشتراطه أن العقد يجب أن يخضع ،
من حيث تكوينه الشكلى، الى قانون البلد الذى أبرم فيه وهى القاعدة التى اصطلح

على تسميتها locus regit actum فمثلا اذا كان قانون بلد ما لا يشترط لاجراء الوصية سوى وجود شاهدين وعملت الوصية على هذا الشكل فانها تصبح صحيحة بالنسبة لاي بلد آخر .

على أن أظهر مميزات دومولان هو أنه كان أول من نادى بنظرية استقلال الارادة autonomie de la volonté وارتضاء المتعاقدين الخضوع لقانون معين . وقد نادى بهذا المبدأ حتى في المسائل الزوجية معتمدا أن الزواج مؤسس على عقد ضمني سابق contrat tacite قبل به الطرفان الخضوع لقانون المكان الذي عمل فيه العقد Domicile matrimonial « ١ » .

٦ - ولما حل القرن الثامن عشر جاء الاستاذ بويه Bouhier برأى جديد يرمى الى أنه في حالة الشك بين أي « الاحوال » يجب تطبيقها - هل هي الشخصية أو العينية - يتعين تفضيل الاحوال الشخصية لانها الاصل Dans le doute, le statut doit être plutôt présumé personnel que réel

٧ - ثم تطور الموضوع بعد ذلك ونادى الفقهاء بمبدأ المجاملة الدولية (comitas gentium) بعد أن زاد التعامل بين الدول بفضل انتشار التجارة والملاحة الدولية وتبادل الثقافة والفنون في أوروبا تأسيسا على ما كان أحد أساتذة القانون الدولي التابع للمدرسة الهولندية وهو جان فويه (Jean Voet) قد نادى به من ضرورة تنفيذ الاحكام الاجنبية الخاصة بالافراد كالحجر للسفه أو السقوط الخلقي (infamie) أو الاحكام المتعلقة بسن الرشد في البلد الذي يقيمون فيه . ولم يستثن فويه (Voet) من ذلك سوى حالة القاصر الذي بلغ سن الرشد طبقا لقانون بلده ويود أن يتصرف في عقار كائن في بلد آخر . ففي هذه الحالة (الخاصة بعقار) يصبح الامر محكوما بقانون المكان loi territoriale تأسيساً على أن التصرف ينصب على « شيء » res ومن ثم فهو يخضع « للاحوال العينية » « لا الاحوال الشخصية » « ٢ » .

أما الاستاذ أوبير (Hubert) فقد حاول تبسيط الامور بوضع ثلاث مبادئ رئيسية توجز في الآتي : -

(١) ارمانجون المرجع المتقدم صفحة ٥٣ وما بعدها وهنرى باتيفول H. Batiffol في القانون الدولي الخاص . طبعة سنة ١٩٤٩ . نبذه ٢٢٠ .

(٢) انظر كتاب اتين دى ساسى Etienne de Szaszy القانون الدولي الخاص المقارن صفحة ٤٢ . Droit International Privé Comparé, page 32

(١) ليس لقوانين الدولة قوة الزامية على رعاياها الا في داخل حدودها لاخارجها .
(٢) ويدخل تحت عبارة « رعايا » كل الاشخاص الموجودين في داخل أراضي الدولة سواء أكانت اقامتهم فيها دائمة أو مؤقتة .

(٣) تستطيع الدولة أن تطبق قوانين أجنبية من باب المجاملة بشرط أن لا يترتب على هذا التطبيق أى ضرر لدولة أخرى ينالها في سلطانها أو حقوقها أو رعاياها (١) »

٨ - وأخيرا أتى دور القانون الفرنسى الحالى الذى وضع فى مستهل القرن التاسع عشر وهذا استحدث مبدأً جديداً غير به أساس الاحوال الشخصية . فبدلاً من أنها كانت تؤسس على قانون الموطن *loi du domicile* أصبح مرجعها قانون الوطن أو الجنسية *lex patriae* ولذا نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون نابوليون الفرنسى على أن القوانين المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم تتبعهم حتى اذا وجدوا في بلد أجنبى

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

ويعلق الاستاذ « مرلان » Merlin على هذا الاساس الجديد أنه يترتب على الاخذ به وجوب احترام مبدأ « معاملة المثل » (réciprocité) فتطبق فرنسا على الاجنبى قانون وطنه أو جنسيته عند تحديد أهليته أو معرفة حالته الشخصية (ان كان متزوجاً مثلاً أو مطلقاً أو بالغاً سن الرشد أو قاصراً أو ما شاكل ذلك) .

أما الفقرة الثانية من المادة الثالثة سالفه الذكر فقد أعادت الى الاذهان القاعدة القديمة الخاصة بخضوع العقارات لقانون الموقع اذ نصت على أن العقارات الموجودة في فرنسا لا يطبق عليها الا القانون الفرنسى وحده حتى ولو كانت مملوكة لاجانب

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

أما فيما يتعلق بالمال المنقول أو بنقل الملكية بطريق الارث فلم تشر اليها المادة الثالثة بأى اشارة ما .

٩ - والحق أن النضال الفقهي احتدم في القرن التاسع عشر بين أساتذة القانون الدولى الخاص احتداماً حامياً وانجلى الموقف عن ظهور ثلاث نظريات أو وجهات نظر :

النظريات الثلاثة
الحديثة

(١) ارمانجون - المرجع اتقدم - صفحة ٥٤ ، ٥٥ .

(١)
الأقليمية أو
الانجلوساكسونية

(الأولى) وهى النظرية الهولندية والانجلوساكسونية وهى ترى أن الاصل فى القوانين أن تكون اقليمية territoriale فهى تطبق على كل ما يوجد فى داخل الدولة من مال - منقول أو عقار - وكذا على الاشخاص المقيمين فيها ما خلا استثناء واحد هو ماقد تقضى به المجاملة الدولية ويسمى الانجلو ساكسون comity فى حين أن الفرنسيين يطلقون عليها عبارة courtoisie internationale وفى مجال آخر bienveillance

وقد دافع عن هذه النظرية من رجال الفقه الفرنسى فوليكس Fooelix ودى فارى سومير de Vareilles Sommières

(٢)
الشخصية
أو الإيطالية

(والثانية) وهى النظرية الإيطالية لصاحبها الاستاذ مانثيني Mancini وهى تقول أن الاصل فى القوانين أنها سنت لصالح الاشخاص ولذا فانه لا يجب أن يتعدى أثرها الاشخاص الذين من أجلهم سنت هذه القوانين ولا يستثنى من هذه القاعدة سوى ثلاث حالات هى :

(١) مخالفة هذه القوانين الشخصية للنظام العام الدولى •

(٢) مخالفتها لقاعدة ان شكل العقد يخضع لقانون البلد الذى أبرم فيه

locus regit actum

(٣) احترام ارادة المتعاقدين من حيث الاخذ بالقانون الذى اختاراه L'autonomie de la volonté • وقد ناصر اندريه فايس A. Weiss من الشراح الفرنسيين هذه النظرية الإيطالية •

(٢)
الثالثة
أو نظرية سافيني

(والثالثة) وهى النظرية التى أنشأها Savigny (سافيني) وهو من علماء القانون الالماني وعرفت باسمه ويمكن ايجازها فى الآتى :

(١) ان تقدم العمران واختلاط الشعوب ببعضها - تجاريا وسياسيا وثقافيا - خلق روحا جديدة للقوانين أصبحت تحتم عدم ايثار قانون الدولة التابع لها القاضى بل الترخيص للقانون الاجنبى أن يجد لنفسه مجالا للتطبيق فيها وذلك تأسيسا على أن هذه الشعوب المتباينة فى التشريع والجنسية - تكون « جماعة » متماسكة أطلق عليها عبارة communauté du droit entre les différents peuples.

(٢) ولذا فان أساس تطبيق القانون الاجنبى لا يصح أن يوصف بأنه مجاملة bienveillance كما قال فويه (Voet) أو أووير (Hubert) وذلك لان من يملك المجاملة يملك وقفها وهذا يخالف روح القوانين فى العصور الحديثة المؤسس

على التعاون والمصلحة المشتركة بين الشعوب في الاحتفاظ بكيان « الجماعة »
communauté التي تكونها .

(٣) على أنه يجب أن تستثنى من هذا المبدأ العلائق القانونية التي يوجد بشأنها نصوص آمرة تحذرهما كتعدد الزوجات أو الرق أو الحالة المسماة « الموت المدني » la mort civile « ١ » .

(٤) ويجب التمييز بين قانون الشخص droit de la personne وبين القانون الذي يحكم العلائق القانونية الخاصة rapport de droit en particulier والقانون الاول يتحدد بمحل اقامة الشخص loi du domicile أما بالنسبة للثاني فيتعين البحث عما يسميه سافيني Savigny « مركز العلاقة القانونية » (siège) ولذا فانه يطبق قانون الموقع على العقار تأسيسا على أنه يفترض أن أصحاب الشأن قد قبلوا الخضوع لاحكامه اذ أنه هو قانون مركز العلاقة القانونية (siège) أما فيما يتعلق بالعقد فيطبق عليه قانون المكان الذي أبرم فيه تأسيسا على القرينة سالفة الذكر أن الطرفين قبلوا الخضوع لهذا القانون بمطلق ارادتهما soumission volontaire بوصفه قانون مركز العلاقة القانونية « ٢ » .

نقد

١٠ - ويعيب شراح القانون الدولي الخاص على هذه النظرية غموضها والطابع الوهمي لفكرة « جماعة » الشعوب communauté des peuples المؤسسة على الروح التعاونية بين قوانين البلاد المتمدينة « ٣ » .

رأينا في بعض نواحي النقد

١١ - أما من جهتنا فترى أن هذا الطابع الوهمي لفكرة جماعة الشعوب جدير بالثناء لانه يدل على اتجاه انساني في حل المسائل المختلطة التي تتنازع فيها قوانين مختلفة والحق أن القانون وأنظمته المتباينة - محلية كانت أو دولية - لا يمكن أن ينهض الى المثل العليا ان لم يكن الدافع خياليا لاول وهلة - اذ أن المثل العليا لا بد وأن تنتصر في النهاية بعد أن ينقلب الخيال الى حقيقة واقعة .

على أن كل الذي نلاحظه على نظرية سافيني أن الاستثناءات التي ذكرها كتعدد الزوجات والرق والموت المدني لاتعدو أن تكون صورا من صور النظام العام Ordre Public والنظام العام مسألة نسبية الى حد ما اذ أن تعدد الزوجات مثلا جائز

(١) ارمانجون - المرجع المتقدم صفحة ٦٨ وما بعدها وانظر أيضا ساري المرجع المتقدم صفحة ٣٥ .

(٢) ساري المرجع المتقدم صفحة ٢٥ .

(٣) ارمانجون المرجع المتقدم صفحة ٧٣ وما بعدها .

في الشعوب الاسلامية والاسرائيلية (في حدود معينة) كما أنه يوجد هناك أوضاع لاتتصدم النظام العام الغربى ويأبأها النظام العام الاسلامى كزواج المسلمة (أيا كانت جنسيتها) بالمسيحى أو اليهودى ♦

راى فون بار

١٢ - ويثنى الشارح الالمانى L. von Bar (فون بار) على نظرية سافينيى معتقدا أنه نجح في تفسيرها ولكنه أضاف عليها أنه قبل البحث على «مركز العلاقة القانونية» (le siège du rapport de droit) يتعين على القاضى — بمطلق حريته في التقدير — أن يتبين ما أسماه « طبيعة الاشياء » (Natur der Sache) لانه على ضوء ما يستخلصه القاضى من طبيعة هذه الاشياء يستطيع أن يحدد — في حالة تنازع القوانين — القانون الواجب التطبيق ومدى هذا التطبيق «١» ♦

راى بارتان

١٣ - أما في فرنسا فيرى الاستاذ المعاصر بارتان Bartin في كتابه « مبادئ القانون الدولى الخاص طبقا للتشريع والقضاء الفرنسى » «٢» ان وحدة هذا القانون ضرب من الخيال لايمكن تحقيقه ولذا فانه من المستحيل في نظره وضع حد نهائى لتنازع القوانين اذ أن القانون الدولى لا يعدو أن يكون صورة أو شكلا قانونيا لفكرة الوطن la forme juridique de l'idée de la patrie ومن رأيه أن من أهم المسائل التى يجب العناية بها بصفة خاصة في هذا القانون نظرية التكيف qualification «٢» ♦

راى نبويه

١٣ مكرر - أما نبويه Niboyet وهو من الكتاب الحديثين فيرى أن الدولة يجب أن تلقى نظرية عملية على تنازع القوانين وتخير القواعد التى تتفق ومصلحتها بصرف النظر ان كانت هذه القواعد في ذاتها عالمية أو غير عالمية — أى بصرف النظر عن كونها مقبولة وصالحة لحل تنازع القوانين عند مختلف الدول من عدمه — وتأييدا لهذا رأى العملى — يرى نبويه مع الاستاذ دى فارى سوميير de Vareilles Sommières أن الاصل في قوانين الدولة أن تكون « عينية » أو اقليمية «٣» ♦

نظرية دايس
في القانون الانجليزى

١٤ - أما في انجلترا فيضع الاستاذ Dicey (دايس) صاحب كتاب « تنازع

(١) سازى — المرجع المتقدم — صفحة ٤٠ .

(٢)

Principes de droit international privé selon la loi et la Jurisprudence française (3 volumes, 1930-1935).

(٣) نبويه Niboyet في القانون الدولى الخاص الجزء الثالث نبذه ٩١٨ وما بعدها والدكتور عز الدين عبد الله (القانون الدولى الخاص المصرى) الجزء الثانى نبذه ٤١ .

القوانين « Conflict of Law عدة مبادئ نوجز بعضها في الآتي ونبدأ بالاحوال العينية :

(١) كل حق على عقار أو متعلق بعقار يخضع لقانون المكان الذي يوجد فيه lex situs (قاعدة رقم ١٢٧) فإذا توفي شخص وكان له عقارات في إنجلترا يطبق عليها القانون الانجليزي الداخلي English domestic law لا قانون موطن المتوفى the deceased's domicile بوصفه قانون الشخص .

(٢) أما العقارات الموجودة في الخارج فيطبق عليها قانون مكانها lex situs ويعين هذا القانون فيما اذا كان المتوفى يعتبر قد ترك وصية صحيحة أم لم يترك ومن الذي له حق تلقى الارث ومدى هذا الحق .

(٣) أما المال المنقول القابل للقسمة movables فهو خاضع - بصفة عامة - لقانون الموطن lex domicilii وقت الوفاة (القاعدة رقم ١٧٧) .

(٤) ولذا اذا توفي أجنبي مقيم في إنجلترا فيتعين البحث عن موطنه - وهذا على قسمين : (١) موطن أصلي domicile of origin وموطن مختار of choice ويطبق قانون هذا الاخير اذا ثبت أن الشخص كان - بمحض ارادته - قد أقام فيه residence وهذه مسألة مرجعها الوقائع (factum) التي تحدد اذا كان الشخص قد قصد الموطن المختار بطريقة نهائية animus manendi (القاعدة السابقة) . ومن ثم اضطر شخص للبقاء في بلد ما بسبب المرض أو حالة قهرية لا يعتبر مقيما كما أن طول مدة البقاء لا يقطع وحده بنية البقاء بطريقة نهائية بل يشترط في ذلك اثبات أن الشخص كان قد صمم على ترك موطنه الاول بطريقة دائمة «١» .

أما فيما يتعلق بالاحكام والقوانين الاجنبية فقد تكلم دايس عن عدة مبادئ نذكر منها :

(١) كل حق مكتسب طبقا لقانون أجنبي لدولة متحضرة «٢» يعترف به القانون الدولي الخاص الانجليزي (ويسمى تنازع القوانين) تعترف به المحاكم في إنجلترا كذلك وتنفذه أما اذا كان هذا القانون الاجنبى لا تقره قواعد تنازع القوانين

(١) دابسي Dicey (Coonflict of Laws) الصحائف ٥٢٩ ، ٥٣٦ ، ٨١٤ ، ٨٩٠ وما بعدها .

(٢) تعتبر إنجلترا المكسيك والهند من الدول المتحضرة (دايس صفحة ١٢ - المرجع المتقدم) .

الانجليزية فلا يعترف به ولا ينفذ •

(٢) ويستثنى من حالات تطبيق القانون الاجنبى ما يأتى :

(أ) اذا كان تنفيذ الحق يتطلب عقوبة جنائية أو المصادرة •

(ب) اذا كان تنفيذه يخالف النظام العام فى انجلترا أو الآداب العامة •

(ج) أو اذا كان فى تنفيذه تداخل فى سيادة دولة أجنبية على أراضيها •

(٣) يعترف القانون الانجليزى بالاحكام التى تصدرها المحاكم الاجنبية فى

حدود اختصاصها الطبيعى بحيث يكون الحكم مجديا وصحيحا

effective judgment

(٤) فى نظر القانون الانجليزى يحدد الموطن اقانون الواجب التطبيق فاذا

صدرت أحكام متضاربة من بلدان مختلفة خاصة بموضوع تطبيق مثلا نفذ الحكم

الذى كان متفقا مع هذا الاختصاص فمثلا اذا كان (أ) مقيما فى انجلترا وحصل

على حكم طلاق ضد زوجته (ب) المقيمة بها أيضا وكان للزوجين المطلقين أملاك فى

انجلترا اعتبرت هذه الاملاك تابعة لشخصين غير متزوجين ويعترف بالحكم الاجنبى

الذى يؤيد هذه النتيجة • أما اذا ثبت أن الموطن كان فى نيويورك مثلا فلا يعمل

بالقانون أو بالحكم الانجليزى الذى يكون قد قضى بالطلاق متخطيا الاختصاص

المحدد بالموطن •

الفكرة فى عقد المؤتمرات

(٥) تعترف محاكم انجلترا باختصاص المحكمة الاجنبية التى يقبل المتقاضى

الخضوع لها بمحض ارادته principle of submission « ١ » •

المعاهدات الجماعية وأثرها فى تنازع القوانين

١٥ - نخرج من هذا الاستعراض التاريخى المقارن أنه لا يوجد قانون كثر فيه

الخلاف وتضاربت بشأنه الآراء كما فى القانون الدولى الخاص • فكل مسألة

فيه كانت ولا تزال محل جدل كما أن اسمه ذاته لم يخل من النقد والنقاش •

ولهذا السبب فكرت الدول فى توحيد قواعده بقدر الاستطاعة وعقدت من أجل

ذلك المؤتمرات الدولية بقصد « تقنين » codification مبادئه بطريقة عامة

وجامعة • ونجحت هذه المؤتمرات فى تنوير الاذهان وفى آراء بعض الخدمات

للعلم والقانون ولكن أثرهابقى محدوداً • فهناك دول لم تشترك فيها وبعضها

لم يشترك أصلا ومع ذلك استهدى هذه المبادئ فى تشريعه الداخلى بوصفها تعبر

عن الحقيقة والعدالة •

(١) دايسى المرجع المتقدم صفحة ١١ وما بعدها .

أمثلة منها

١٦ - وبدأت محاولة توحيد النصوص في مؤتمرات لاهاي المنعقدة في سنة ١٨٧٤ ثم في سنة ١٨٨١ (بناء على اقتراح الاستاذ مانشيني Mancini الايطالى) ثم في السنوات ١٨٩٣ ، ١٨٩٤ ، ١٩٠٠ ، ١٩٠٤ ، ١٩٢٥ ، ١٩٢٨ وأسفرت هذه المؤتمرات على (١) وضع قانون للمرافعات في ١٤ من نوفمبر سنة ١٨٦٩ تعدل في ١٧ من يولييه سنة ١٩٠٥ ، (٢) وآخر للزواج والتطليق Divorce والوصيات على القصر (اتفاقات ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ ، ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥) ، (٣) الولاية على الراشدين (اتفاق ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥) ، (٤) الميراث والوصايا (اتفاق ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥) .

موقف بعض الدول

١٧ - ورفضت إنجلترا والولايات المتحدة قبول الدعوة لانها أدركت أن الروح لهذه المؤتمرات تهدف الى نصرة فكرة شخصية القوانين personnalité des lois وتحديد قانون الشخص بقانون وطنه أو جنسيته lex patriae مع أنها تسير في اتجاه « اقليمية القوانين » loi territoriale وتعتنق مذهب قانون الموطن .
أما الدانمرك والنرويج فقد اشتركتا في أعمال هذه المؤتمرات ولكنهما رفضتا التوقيع على الاتفاقات في حين أن فرنسا اكتفت بعدم التوقيع على الاتفاقات الخاصة بالتركات والوصايا لانها لم تكن موافقة على أن يمتد أثر قانون الجنسية على هذه الناحية .

وفي سنة ١٩١٠ - على أثر خلاف فقهي نشب بين بلجيكا والمانيا خاصا بالاتفاق المتعلق بالزواج وآثاره - أعلنت بلجيكا عدم تقيدها بالاتفاق المذكور رغم أنها كانت قد وقعت عليه وتبعتها فرنسا في هذا الطريق في سنة ١٩١٣ ، سنة ١٩١٦ .

ولم تكن هذه الصدمات الدول في محاولة توحيد النصوص ولذا عادت مؤتمرات لاهاي تجتمع مرة أخرى في سنة ١٩٢٥ ، ١٩٢٨ ودرست مسألة الافلاس Faillite وآثاره في البلاد الاجنبية وكذا آثار الاحكام الاجنبية والجنسية بل والتركات أيضا بروح جديدة تميل الى الحلول العملية أكثر من جنوحها الى النظريات ولكنها لم تنجح في ابرام أى اتفاق ما « ١ » .

مؤتمرات أمريكية

١٨ - وعقدت مؤتمرات أخرى لدول أمريكا اللاتينية في سنة ١٨٨٩ في مونتفيدو وفي سنة ١٩٢٨ في هافانا وقد نجح هذا الاخير في اقرار قانون موحد

(١) انظر باتيفول H. Batiffol باريس سنة ١٩٤٩ - نبذه ٣٣ وما بعدها .

Traité élémentaire du Droit International Privé (Paris 1949 —
No. 33 et 3.

أطلق عليه اسم صاحبه بوستامنتى Bustamenti وهو يشمل ٤٣٧ مادة وقد وقعت ١٥ دولة •

وبديهي أن أثر هذا القانون لا يتعدى الموقعين عليه ولذا فانه لا يفيد الولايات المتحدة التي امتنعت عن التوقيع رغم أنها اشتركت في أعمال المؤتمر •

١٩ - وعقدت مؤتمرات للدول الاسكندنافية (الدانمرك وفانلاندا واسلاندا والسويد والنرويج) ونجحت في ابرام اتفاقات في الفترة بين سنة ١٩٣١ ، ١٩٣٥ ، خالفت بها اتفاقات لاهاي وحددت قانون الشخص بقانون الموطن lex domicilii لا قانون الجنسية •

مؤتمرات اسكندنافية

٢٠ - وحاولت عصبة الامم Société des Nations أن تصل الى التوحيد المنشود ولكنها لم توفق ، في سنة ١٩٣٠ ، الا في وضع مشروع خاص بالجنسية هزيل ومتردد وصفه الاستاذ نبوايه M. Niboyet بأنه « مشروع خجول جدا » des plus timides « ٢ » •

وجمعية الامم

الخلاصة والرأى العملى :

٢١ - والنتيجة الطبيعية لهذا الخلاف المستحكم توجز في المثل الدارج الذى يقول « اتفقوا على أن لا يتفقوا » • ويرى بعض الكتاب أنه يتحتم ، آزاء هذه الصعوبات الجسيمة في توحيد المبادئ ، أن يقتصر الحل على أن تدرج نصوص عملية في التشريع الداخلى لكل دولة يرى القاضى نفسه أمامها مضطرا لاعمالها بوصفها قانونه الواجب التطبيق lex fori سواء أجاز له النص الرجوع لقوانين أجنبية في حدود معينة أو لم يجر له ذلك وبهذا يخرج القاضى من الحيز الذى لا أفق له الناشئ من تضارب الآراء النظرية المحضة وبذا يستطيع الشارع على ضوء التجارب العملية التى يتكشف عنها تطبيق النصوص الوضعية في قانون القاضى أن يعدل قانونه الوضعى من حين لآخر مستهديا ليس فقط العدالة أو ما قد تقضى به المجاملة الدولية ولكن ما قد يصل اليه رجال الفقه في ابحاثهم الدائمة وما قد تلقى عليه المؤتمرات من نور وهداية •

الرأى العملى

ومن أنصار هذا الرأى - الذى ننضم اليه - دايسى فى انجلترا وفوليكس

(٢) باتيفول المرجع المتقدم نبذه ٣٥ ونبوايه الجزء الاول نبذه ٢٦ •

M. Niboyet: Traité du Droit International Privé Français I. No. 26.

وفاليرى فى فرنسا والمرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف فى مصر «١» .

وبمقارنة هذا الرأى بما يقوله Niboyet يبين وجه التشابه من حيث أن الدولة لا تتقيد بقواعد معينة من قواعد تنازع الاختصاص المعمول بها فى أى دولة أخرى بل تأخذ بالقاعدة التى تراها فى مصلحتها الخاصة وهذا سيدفعها الى أن تتحيز — فى رأى بنوييه — الى « مبدأ عينية القوانين » لان هذه القاعدة مؤسسة فى نظره على سيادة الدولة الاقليمية La souveraineté territoriale

الفصل الثانى

مركز الاجانب فى مصر

وعلاقته باحوالهم الشخصية فى ظل الامتيازات وبعدها حتى اليوم

تمهيد

٢٢ — يبدو لنا أن الشارع المصرى أخذ بالنظرية العملية التى ختمنا بها الفصل المتقدم عندما سن قوانينه الجديدة بعد الغاء نظام الامتيازات الاجنبية فى مصر بمقتضى اتفاقية مونترو Montreux المؤرخة ٨ من مايو سنة ١٩٣٧ — على أنه لكى نصل الى تحديد مركز القانون المصرى تحديدا صحيحا من حيث نظرية الاحوال وما اكتنفها من آراء متضاربة وما وصلت اليه من نتيجة نهائية فى مصر لابد لنا من الرجوع الى منبع النهر لنستعرض الاحداث التاريخية التى وصلت بنا الى التشريع الحالى ولاسيما ما تعلق منه بحقوق الاجانب فى مصر وتنازع قوانين احوالهم الشخصية واختصاص المحاكم المصرية بها بعد انتهاء فترة الانتقال période transitoire التى حددتها المادة الثالثة من معاهدة مونترو لانتهاه أجل المحاكم المختلطة وما بقى قائما من المحاكم القنصلية — وكانت هذه الفترة اثنا عشرة سنة انتهت فى ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ «١»

غير أن هذا البحث التاريخى للقانون المصرى سيضطرننا — هو فى ذاته — الى أن نلقى نظرة عاجلة جدا على تاريخ القانون الاوروبى فيما يخص حقوق الاجانب

(١) القانون الدولى الخاص فى اوربا وفى مصر والمرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف الطبعة الثانية نبذة ٣٦ .

(٢) دكتور عز الدين عبد الله (القانون الدولى الخاص المصرى) الجزء الثانى نبذة ٤١ وما بعدها .

(٣) انظر اسكندر القصبجى اتفاقات مونترو صفحة ٦٤ .
Alexandre Assabghy — Les accords de Montreux.

لانه - على ضوء المقارنة - قد نستطيع أن نزن الامور بميزان أكثر دقة
وأصدق حكما *

لمحة تاريخية عاجلة عن مركز الاجانب في خارج مصر

٢٣ - كانت قوانين « مانو » الهندية القديمة (lois de Manou) بعض القوانين القديمة
تنفّر من الاجانب وهكذا كانت أيضا التقاليد الاسرائيلية المؤسسة على أن الشعب
الاسرائيلي هو شعب الله المختار *

أما في اليونان القديمة فقد كان الاجانب في موضع لا يحسدون عليه اذ أنهم في
أثينا كانوا مضطرين للاقامة في حي واحد منعزل ولم تكن مدينة سبارتا Sparte
تسمح لهم بالدخول فيها - ثم تطورت الاحوال وبدأ بالسماح للاجانب بالتمتع
ببعض الحقوق ويطلق عليهم عبارة Isotèles - أما من كانت مدينة أثينا تسمح له
بمجرد الاقامة فيها فكان يطلق عليه اسم Métèque - ولما كثر الاختلاط بالاجانب
من المقاطعات المجاورة بدأوا يتساوون مع الوطنيين في الحقوق ولكن عندما كانت
تشب الخلافات بين الطرفين كانت تؤلف محاكم مختلطة ذات تشكيل أقرب الى
التحكيم منه الى النظام العادي للقضاء وكانت مكونة من ممثل لكل من الفريقين
وفي حالة الخلاف كان يضم لها حكم ثالث من بلدة محايدة *

٢٤ - وفي القانون الروماني القديم كان يطلق على الاجانب كلمة hostis في القانون الروماني
القديم
أي عدو « ١ » وبعد ذلك مع تقدم الصلات الاجتماعية اقتصر اطلاق هذه الكلمة على
الاجانب الاعداء حقيقة كالقبائل الالمانية التي كانت من حين لآخر تغير على سهول
ايطاليا الشمالية فهذه كانت تعتبر في حالة حرب دائمة مع روما * أما الاجانب
المسلمين الذين ارتبطوا مع الرومان بصلات اجتماعية فأطلقت عليهم عبارة
peregrinus أي « الاجنبي الصديق » *

ومن أظهر التقاليد التي انتقلت من المجتمع الروماني الى تقاليد العصور الوسطى
النظام المسمى hospitium وهو عندما يطلب أجنبي الى مواطن روماني أن
يحميه بشرط التبادل أي أن يحمي الأجنبي الروماني اذا ما ذهب لبلده وكان هذا
الالتزام التبادلي ينتقل على كاهل الورثة اذا لم يعلنوا رفضهم للخضوع له
(renuntiatio) « ٢ » *

(١) وقد اشتقت منها كلمة hostile في اللغة الفرنسية وترجم بكلمة معاد -
فيقال مثلا موقف فلان معاد l'attitude hostile

(٢) أنظر ف. دسبانيه - القانون الدولي الخاص باريس ١٩٠٩ نبذة ٢٣ ومابعدها

F. Despagne: Droit International Public, Paris 1909, No. 23 et s.

٢٥ - وظل هذا التقليد مستمرا حتى عهد شارلمان وان كان قد تغير اسمه * فلكى
يضمن شارلمان أن الاجنبى سوف لا يأتى بأعمال ضارة فى امبراطوريته كان يحتم
عليه أن ينطوى تحت لواء أحد السادة الاقطاعيين فى مقابل أن يحميه هذا ويضمن له
حرية معاملاته التعاقدية وسمى هذا النظام بعبارة *recommandation*
— أما فيما يتعلق بالاحوال — الشخصية والعينية — فكان زواج الاجنبى بامرأة
مواطنة من الغنصر المسمى *Franke* باطلا والاولاد المرزقون منه غير شرعيين —
ولم يكن الاجنبى يستطيع أن يملك الارض ومن ثم لم يكن يستطيع أن ينقل ملكيتها
بالتعاقد أو عن طريق الميراث * وبعد أن قسمت امبراطورية شارلمان بين اولاده
الثلاثة أزيلت هذه القيود بين مواطنى الدول التى توزعت بين هؤلاء الاولاد
(معاهدة فردان ٤٨٣) وسميت هذه الوثيقة *Charta divisionis regni Francorum*

فى القانون الفرنسى
القديم

٢٦ - وأخيرا - وتحت تأثير التقدم التجارى واختلاط الشعوب ببعضها بدأ
الاجانب يتحررون من القيود العتيقة التى وضعت على كاهلهم وكانوا بمقتضى
القوانين الخاصة بهم (وكانت تسمى *jus gentium* تميزا لها عن القوانين
الخاصة بالمواطنين المسماة *jus civile*) يشترى ويبيعون ويؤجرون ويرهنون —
أما بوتيه *Pothier* فكان يعترف لهم بالتقادم المبرىء للذمة *prescription libératoire*
أما فيما يتعلق بالتقادم المالكى *acquisitive* فكان لا يسمح الا بالتقادم
الخاص بالمدة الطويلة وقدرها ٣٠ سنة لا التقادم القصير المحدد بعشرين سنة
أو عشرة سنوات « ١ » .

أما فيما يتعلق بتلقى الملك بالميراث أو بالوصية أو بنقله بهما الى الغير فقد كان
هذا الحق محرما على الاجنبى الا اذا كان له ولد يعتبر فرنسيا فهذا كان يحجب
الدولة ويرث وفيما عدا ذلك فان تركة الاجنبى ترجع للدولة * .

ولم تكن هذه القيود القاسية معمولا بها فى كل مقاطعات فرنسا بل فى بعضها
ثم تضاءلت وتلاشت باندماج الاجنبى فى الحياة الفرنسية واعتناقه الجنسية
(الفرنسية)

وأما بالنسبة للاختصاص فى المرافعات فكانت الدعوى تقام أمام المحكمة
التابع لها مكان العقار اذا كان موضوعها عقاريا أما اذا كانت شخصية وكان المدعى
فرنسيا والمدعى عليه أجنيا فكانت الدعوى تقام أمام محكمة المدعى خلافا للقاعدة
الاولية المعروفة التى تقضى بأن المدعى يقيم دعواه أمام المحكمة التابع لها موطن

(١) ف، دسبانيه المرجع المتقدم صفحة ١٠٠ نبذة ٣٠ .

وأخيرا فيما يتعلق بتنفيذ الاحكام الاجنبية exequatur فقد كان الحكم الاجنبى ينفذ بلا أى قيد أو شرط اذا كان قد صدر لصالح الفرنسى اما اذا كان قد صدر ضده فلا بد من اعادة نظر الدعوى من جديد •

الثورة الفرنسية
وقوانين الاجانب

٢٧ - وشعر رجال الاقتصاد فى فرنسا أن مثل هذه القيود تعوق الثقة المالية التى يجب أن تتوافر لكى تنهض التجارة الدولية وتعود بأوفر الثمرات على الاقتصاد الوطنى وفى هذا الصدد قال نيكر Necker فى سنة ١٧٨٧ أن مثل هذه القوانين قفلت فى وجه فرنسا الباب الذى يمكنها أن تحصل منه على رؤوس الاموال الاجنبية ولذا ما حلت سنة ١٧٩٠ الا وقد بدأ الشارع الفرنسى فى التيقظ فأخذ يلغى هذه القيود تباعا وفى ٨ من ابريل سنة ١٧٩١ صدر القانون الذى يسمح للاجانب بتلقى الارث ونقله وقد تبعته قوانين أخرى عمت هذا الحق وسمحت به فى المستعمرات الفرنسية «١» •

مركز الاجانب فى مصر وعلاقته بنظرية الاحوال قبل انشاء المحاكم المختلطة

٢٨ - كتب لاستاذ دى روزاس Du Rousas عميد كلية الحقوق الفرنسية فى القاهرة سابقا فى كتابه « نظام الامتيازات فى الامبراطورية العثمانية » «١» يقول مايفيد أن نظرية الاحوال بنيت فى الشريعة الاسلامية على أساس أن القوانين شخصية وهو المعبر عنه أحيانا بعبارة la loi personnelle أو La personnalité des lois وأن القانون الشخصى للفرد لم يكن يتحدد بالموطن lex domicilii أو بالجنسية (lex patriae) بل بالدين (lex religiosa) ولذا لم تكن الشريعة الاسلامية لتحضى الاجنبى ولا لتحكم فى مخصصاته ولا لتعاقبه • وقد ترتب على ذلك أنه منذ دخول العرب الديار المصرية بقى الاجنبى خاضعا لقانونه الشخصى للشريعة الفاتحين ومن هنا نشأ حقه فى الاحتفاظ بحرية عقيدته وفى عدم الخضوع لاي قانون محلى • وهكذا نبئت - فى نظره - البذرة الاولى للامتيازات الاجنبية التى توثقت عراها بعد ذلك وتأكدت بمقتضى المعاهدات التى أبرمتها الدولة العثمانية مع الدول الاجنبية بطريقة متتابعة •

عود لمركز الاجانب فى
مصر قبل معاهدة مونثرو
ورأى دى روزاس فى
الامتيازات

(١) المرجع المتقدم صفحة ١٠٦

(٢)

Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman, Paris 1910-1911 (De Rousas).

ويضيف دي روزاس أن من أسباب تدعيم الامتيازات وبقائها عدة قرون متوالية أنها أثمرت وعادت بأجلز المنافع الادبية والثقافية والاقتصادية على الممالك الاسلامية «١» .

رأى الدكتور
بهي الدين بركات

٢٩ - ويعارض الدكتور بهي الدين بركات هذا الرأي في رسالته « الامتيازات والحصانة التي يتمتع بها الاجانب في مصر » قائلا أن رأى دي روزاس مؤسس على خطأ تاريخي اذ أن الامتيازات التي منحها صلاح الدين للاجانب اقتضت على صلاتهم فيما بينهم فقط بحيث أن القاضي الشرعي المسلم بقي مختصا بالفصل في المنازعات التي تشب بين الاهالي والاجانب ، ومعنى ذلك أن القوانين كانت في البلاد الاسلامية قوانين اقليمية (lois territoriales) ولم يكن القاضي الشرعي مختصا بالفصل في هذه النزاعات المختلطة الا في حالة واحدة وهي التي يتفق فيها الطرفان على عدم طرح قضيتهم عليه بمحض اختيارهم «٢» .

ويؤيد الدكتور بهي الدين وجهة نظره بقوله ان القضاء القنصلي واختصاص القناصل في الفصل في دعاوى مواطنيهم لم يكن مقصورا على البلاد الاسلامية بل كان معمولاً به أيضا في البلدان الفرنسية والايطالية نفسها بدليل أن « الكونت دي تولوز » كان قد منح في فرنسا امتيازات لحكومة مدينة جنوا الايطالية وكان لمدينة فلورنسا قناصل قضائيون في لندن في سنة ١٤٩٢ هذا فضلا عن أنه كان للمسلمين أنفسهم امتيازات في البلاد المسيحية اذ أنه من الثابت أنه كان هناك تبادل في الامتيازات بين الامراء المسلمين والمسيحيين فقد حصل الاتفاق بين بايزيد الاول ومراد الثاني من جهة وبين امبراطور البزاشيين المسيحي وحكومة البندقية من جهة أخرى على أن يكون للمسلمين قضاة أتراك في القسطنطينية وسالونيك اللتين لم تكونتا قد دخلتا في حكم المسلمين في ذلك الوقت «٣» .

ويعتقد الدكتور بهي الدين بركات أن السبب الحقيقي الذي أدى الى أن يختص

(١) دي روزاس الجزء الاول صفحة ٢٠ ، ٢١ ، وعبد الحميد أبو هيف المرجع المتقدم نبذة ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٢) ولعل هذا هو ما كان يسميه Dumoulin l'autonomie de la Volonté الدكتور حامد زكي « بارادة المتعاقدين في القانون الواجب التطبيق » (القانون الدولي الخاص المصري نبذة ١٣٩ وقد رأينا فيما سبق أن هذا المبدأ كان له انصار آخرون غير دومولان) .

(٣) الدكتور بهي الدين بركات صفحة ٩

Les privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte.
والدكتور عبد الحميد أبو هيف - المرجع المتقدم نبذة ١٥٨ .

القناصل الاجانب — فى تركيا ومصر — بالفصل فى القضايا المختلطة التى كان أحد رعاياها مشتبكا فيها يرجع الى أن المدعى المصرى كان يرى من مصلحته أن يلجأ الى القنصل ليطلب منه الحكم فى قضيته اذ أن سلطة القنصل الادبية على رعايا دولته ومعرفته التامة بهم كانت تجعله فى مركز ممتاز عن أى قاض آخر عندما يفصل فى قضاياهم ويبادر الى مباشرة تنفيذ الحكم الذى يصدره — أما القنصل فكان يقبل الاختصاص من باب « الصداقة » ليس الا *amicabilité* ولعل الدكتور بهى الدين بركات كان يقصد أن يقول « المجاملة » *courtoisie*

نقدنا للتعليل الاخير

٣٠ — ونرى أن هذا التعليل الاخير على غير أساس اذ أن مسائل الاختصاص القضائى من النظام العام أى أنها تتعلق بهيئة القوانين ونظام الدولة — ولذا فانه من غير المعقول أن المدعى المصرى يترك اختيارا قاضيه الطبيعى الذى يفهم لغته وعقليته لمجرد أنه يثق أنه سيكسب دعواه ضد الاجنبى عندما يلجأ الى القنصل وأن تفوذ هذا الاخير على خصمه سوف يكون أبعد أثرا فى تنفيذ الحكم من السلطة التنفيذية للدولة صاحبة الولاية العامة فى هذا الشأن .

ولهذا نرجح رأى الاستاذ دى روزاس الذى يعزو السبب الحقيقى فى ترك حق الفصل فى المنازعات المختلطة للقناصل للطابع الشخصى للشريعة السمحاء الاسلامية بوصفها القانون الذى يحكم المسلمين فقط .

٣١ — وقد أقر الدكتور حامد زكى فى كتابه « القانون الدولى الخاص المصرى » أن السبب الاساسى للامتيازات كان يرجع الى تساهل العرب مع المسيحيين اذ أنهم تركوا لهم الفصل فى منازعاتهم الخاصة بهم بدون الالتجاء الى القضاة المسلمين ولكنه ، عندما أراد أن يشرح ولاية هؤلاء القضاة فى الفصل فى هذه المنازعات ، لم يحدد رأيه بطريقة قاطعة فقد قال أنه فيما يخص « المعاملات » فقد كان اختصاص القاضى المسلم عام بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين (أى أن الاختصاص اقليمى) وأن المعاملات كانت تشمل أيضا العلائق العائلية ماعدا ما استثنى منه وأن هذا رأى هو السائد فى مذهب الحنفية « وان كان هناك أقوال مخالفة » تدور حول تفسير الآيتين الكريميتين : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهم » ثم — « فان جاؤوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم » .

رأى الدكتور
حامد زكى

وينتهى الدكتور حامد من هذا بقوله « فالخلافاً هنا كثيرة ومع ذلك فمن المتفق عليه أن القاضى المسلم يختص بهذه المسائل (المعاملات) اذا ترافع اليه الاخصام ، أى تراضوا على اختصاصه ، لان الاسلام أباح لهم أن يحتكموا الى الشريعة فى حدود ما يقرون عليه ، اذا أرادوا ذلك .

٣٢ - والفرق الذي نلاحظه بين هذا الرأي ورأي الدكتور بهي الدين بركات أن الاول (حامد زكي) يقول أن القاضي الشرعي غير مختص أصلا الا اذا تراضى الخصمان غير المسلمين على اختصاصه . فهو اذن بالنسبة لهم اختصاص اختياري facultative . أما الثاني فيقول أنه مختص أصلا الا اذا اتفق هذان الخصمان أنفسهم على أن لا يطرحا نزاعهما عليه - و معنى ذلك أن اختصاصه الزامي obligatoire مع استثناء تراضى الطرفين على الخضوع لقانونهما - والرأي الاول معناه أن الشريعة الغراء لها طابع شخصي ، لا تفرض أحكامها على غير المسلمين في حين أن الرأي الثاني (بركات) ينسب اليها الصفة الاقليمية territoriale وخضوع سكان البلد برمتهم الى أحكامها مع الاستثناء المؤسس على نظرية « احترام ارادة الطرفين في اختيار القانون » التي قال بها دومولان Dumoulin ومعاصروه والمعبر عنها بعبارة l'autonomie de la Volonté

ترجيح الصفة
الشخصية للشريعة
الاسلامية

٣٣ - على أن الذي يرجح في نظرنا رأي الدكتور حامد زكي هو أنه قال في مجال آخر ما يأتي :

« اذا غادر المسلم دار الاسلام الى دار الحرب (وهى كل مكان آخر غير دار الاسلام) فإنه تابعه ، مع ذلك ، أحكام الاسلام ويلزمه اتباعها في جميع تصرفاته وهذا هو رأي أبى يوسف ويخالفه في ذلك الامام ومحمد اذ يقولان بوجوب اتباع أحكام خاصة بالنسبة للمسلم المقيم في دار الحرب . فاذا أخذنا برأي أبى يوسف فان مؤداه اعتبار الشريعة الاسلامية شريعة شخصية لها أثر خارج اقليمها وهو دار الاسلام وهذا الاثر شامل ومطلق » .

ويقيننا أن الدكتور حامد زكي لو كان قد سكت عند هذا النص لكانت نظريته منسجمة ومتجانسة ، ولكنه عاد بعد ذلك وأضاف جملة أخيرة ألقت غموضاً على رأيه اذ قال :

« كما أنها شريعة « اقليمية » داخل اقليمها مع مراعاة القيود « الطفيفة » السالفة » .

وقد رأينا أن ما يسميه الدكتور حامد زكي « قيودا طفيفة » كان ، على العكس ، مبدأ هاما وهو أن القاضي الشرعي غير مختص أصلا بدعاوى غير المسلمين الا اذا قبلوا اختصاصه ، اذ أن هذا المبدأ هو بعينه الدليل على شخصية الشريعة الغراء ، وهو مبدأ له مكائته الكبرى في القانون الدولي الخاص وقد رأينا أنصاره العديدين في البلاد الاوربية فقد نادى به المدرسة الايطالية وعلى رأسها مانسيني

٣٤ - أما الدكتور عز الدين عبد الله فيقرب رأيه منا فهو يقول أن القاضي الشرعى (المسلم) لا يختص بقضايا غير المسلمين الا اذا كان هناك خصم مسلم في الدعوى أو تراضى الخصمان غير المسلمين على اختصاصه . أما اذا لم يتفقا سويا على هذا الاختصاص وترافع أحدهما فقط فالامر مختلف عليه - واستطرد الدكتور عز الدين بعد ذلك يقول ان الشرق الاسلامى والغرب المسيحى كانا منفصلين من حيث العقيدة وقد أدى ذلك الى القطيعة والجفاء فلم يجمع الفكر بينهما أو يزيل الفوارق وظل الحال كذلك حتى عهد الدولة العثمانية ثم جاءت الامتيازات تفرض أوضاعها القاسية وخلص الدكتور عز الدين من هذا بقوله :

« وظاهر من هذا أن اقليمية الشريعة الاسلامية فى مصر بوصفها جزءا من دار الاسلام قد أهدرت وحل محلها مبدأ شخصية القوانين . وقد ظل هذا المبدأ سائدا فى مصر الى أن أنشئت المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٥ والوطنية فى سنة ١٨٨٣ فى عهد الاصلاح «١» .

وليس لنا أى تعقيب على هذا الرأى سوى أن عبارة « الاقليمية أهدرت » لاتطابق الواقع التاريخى . اذ أننا نعلم أنه منذ اللحظة الاولى التى دخل فيها العرب الديار المصرية تركوا أهل الكتاب من سكان البلاد يخضعون لقوانين عقائدهم الشخصية فكانت هذه اللفتة السحاء الاساس الاول للطابع الشخصى للشريعة الاسلامية .

٣٤ مكرر - ولا يهمننا البحث فيما اذا كان هذا الاستقلال القضائى لغير المسلمين قاصرا على أحوالهم الشخصية فقط أو أنه تناول مسائل المعاملات أيضا ، اذ أن هدف هذا الكتاب قاصر على الاحوال الشخصية وحدها وفى هذه الناحية لا يوجد مجال للشك فى أن الشريعة الغراء كانت شريعة شخصية للمسلمين وحدهم . فكان لغير المسلمين المقيمين فى مصر - مسيحيين أو اسرائيليين - محاكمهم الدينية الخاصة وهى التى اصطلح على تسميتها المجالس المليية أو البطريركخانات أو دار الحاخام . وظلت هذه المحاكم تباشر ولايتها القضائية منذ الفتح الاسلامى حتى الآن وتختص بنظر مسائل الاحوال الشخصية المتعلقة

تأكيد مبدأ شخصية
القوانين الاسلامية
بالنسبة للاحوال
الشخصية البحتة

(١) أنظر البند التاسع من هذا الكتاب

(١) دكتور عز الدين عبد الله (القانون الدولى الخاص المصرى) الجزء الثانى القسم الاول نبذة ٤٤

بالزواج والطلاق والتطليق والفرقة الجسمانية (بالنسبة للمسيحيين الكاثوليك
مصريين أو عثمانيين كاللبنانيين والسوريين) والنفقة والحضانة وما الى ذلك ، وكانت
هذه المحاكم تطبق على المتقاضين قانونها الدينى *lex religiosa* أما فى مسائل
الارث والوصية فالامر فيه بعض التفصيل • فالارث كان يخضع للقانون الدينى
(أو الملة) للمورث اذا قبل ورثته جميعا هذا الخضوع • أما اذا رفض أحدهم
فكانت الشريعة الاسلامية هى التى تطبق وحدها - وفى هذه الناحية
يمكن القول أن الشريعة الغراء كان لها « أثر اقليمى » فى مسائل الموارث بالنسبة لغير
المسلمين فى حالة عدم اتفاقهم على الخضوع لقانون ديانتهم فيها •

أما بالنسبة للوصية فكانت تتبع خط السير الاول الذى سارت فيه باقى
مسائل الاحوال الشخصية أى أنها كانت دائما من اختصاص المحاكم الدينية لغير
المسلمين وتخضع لقانونهم • وقد ظل الحال على ذلك حتى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤
عندما أصدرت محكمة النقض والابرار حكما جديدا غيّر هذا الوضع بالنسبة
للوصية يقضى بخضوعها - هى الاخرى - للشريعة الاسلامية على غرار الارث
وقد أثار هذا الحكم جدلا حاميا بين المحاكم الوطنية من جهة والمحاكم المختلطة من
جهة أخرى أدى الى تداخل الشارع المصرى فى الامر وسرى كل ذلك بالتفصيل
فى البند ٤٣ وما بعده من هذا الكتاب •

أما الآن فانا نكتفى بالقول أن خضوع غير المسلمين لمحاكمهم الدينية فيما
يخص أحوالهم الشخصية كلها بما فيها الوصية وكذا الارث (فى حالة اتفاق الورثة
فى الاخير) كان مؤسسا على العرف والتقليد المتواصل منذ الفتح العربى
ومعلوم أن « العرف » فى ذاته أحد المصادر الاساسية للقانون وقد دعم هذا
الاختصاص الخط الهمايونى المؤرخ ١٨ من فبراير سنة ١٨٥٦ وأيده ، فيما بعد ،
المنشوران الصادران فى ٣ من فبراير وأول ابريل سنة ١٨٩١ من الباب العالى وعدد
كبير من أقضية المحاكم المختلطة صدرت فى الفترة بين سنة ١٨٨٩ ، سنة ١٩١٢
وأشار اليها الدكتور وديع فرج فى كتابه الذى وضعه باللغة الفرنسية عن « اختصاص
المحاكم المختلطة والوطنية فى مسائل الاحوال الشخصية » •

ولانود الاسترسال فى هذه النقطة التى يمكن لكل من يطلب زيادة البحث فيها
أن يجدها فى الاحكام التى أشار اليها الدكتور وديع فرج « ١ » •

(١) دكتور وديع فرج - صفحة ٣٤ والهامش

أما من جهتنا فاننا نكتفى بالآتى : -

(أ) نصت المادة ٩٤ من كتاب مرشد الحيران للمرحوم قدرى باشا الذى صاغ فيه مبادئ الشريعة الغراء فى شكل تقنين Code على أنه :

يتبع فى الميراث أحكام الشريعة الاسلامية فى حق المسلمين أما النعميون فيتبع فى موارثهم أحكام أحوالهم الشخصية ، وإن تراضوا أو ترافعوا ألينا يحكم بينهم بحكم الاسلام .

(ب) نص الخط الهمايونى الذى أصدره الباب العالى فى ١٨ من فبراير سنة ١٨٥٦ على ما يأتى :

أما الدعاوى « الخاصة » (يقصد الاحوال الشخصية) « مثل » الحقوق الارثية فيما بين شخصين مسيحين وباقى التبعة الغير مسلمة « فتحال » على أن ترى اذا أراد أصحاب الدعوى بمعرفة البطريك أو الرؤساء أو المجالس .

(ج) وأخيرا - بعد أن انسلخت مصر من الدولة العثمانية فى سنة ١٩١٤ أصدر الشارع المصرى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ الذى أجاز فيه للمحاكم الدينية المذكورة الاستمرار فى ولايتها كما كانت تفعل فى ظل الفتح العربى والقوانين والبراءات العثمانية - وهى لازالت تبأشر هذه الولاية حتى الآن بالنسبة للمصريين غير المسلمين .

عود الى الامتيازات :

٣٦ - عدد الدكتور بهى الدين بركات المعاهدات التى أبرمتها تركيا مع الدول الاجنبية بشأن الامتيازات وبقائها . وبدأت الاولى فى سنة ١٥٣٥ ثم تبعتها المعاهدة المسماة « الامتياز الكبير » سنة ١٧٤٠ La Grande Capitulation . وكلتا المعاهدتين أبرمتا بين فرنسا وتركيا . وحصلت الجمهورية البندقية Venisia على معاهدة امتيازات فى سنة ١٥٢٠ وتبعتها انجلترا فى ١٥٨٣ وهولاندا فى سنة ١٦١٣ وفرنسا فى سنتى ١٦٧٣ ، ١٨٦٨ وسميت الاخيرة « بروتوكول بوريه Protocole Bourée وكانت متعلقة « بحرمة المساكن » .

وحاولت تركيا أن تتخلص من هذه المعاهدات فى سنة ١٨٥٦ أثناء انعقاد مؤتمر

(١) أنظر كتاب الاستاذ صليب سامى « وصية غير المسلم » طبعة سنة ١٩٣٩ صفحة ٧

باريس فلم توفق ولكنها نجحت في ذلك نهائيا في معاهدة لوزان التي أبرمت في ٢٤ من يوليو سنة ١٩٢٣ «٢»

أما مصر ، فبوصفها ولاية عثمانية ، استمرت ترذح تحت أثقال هذه الامتيازات حتى استطاعت ، بصبرها ونضالها ، أن تتحرر منها بمقتضى معاهدة مونترو Montreux المبرمة في ٨ من مايو سنة ١٩٣٧ .

مدى الامتيازات

٣٧ - أما هذه الامتيازات فكانت توجز في الآتي :

أولا - حق الإقامة والانتقال في داخل القطر المصري بدون اخلال بحق الحكومة في طرد من لم يكن له مورد للكسب أو كان له سلوك يضر بالآداب أو بالامن العام وبشرط موافقة القنصل فاذا لم يقبل عرضت المسألة على لجنة من القناصل تشكل بالاتفاق بين الحكومة المصرية والقنصل المختص .

ثانيا - حرمة المساكن inviolabilité du domicile وقد عمل لها بروتوكول بوريه Protocole Bourée في سنة ١٨٦٨ بين فرنسا ومصر - السابق الكلام عنه - وقد احتجت دول كثيرة على تحديد معنى السكن طبقا لهذا الاتفاق بحجة أن فرنسا وحدها هي التي أبرمتها ولذا فهو لايلزم الدول الاخرى .

ثالثا - حرية التجارة - مع بعض قيود طفيفة للاستيراد والتصدير - ليس هنا مجال الكلام فيها الآن - ومع الخضوع للوائح الجمركية ودائرة مراقبتها zone de surveillance

ر ابعا - حرية لاديان .

خامسا - اعفاء الاجانب من الخضوع للضرائب

سادسا - عدم خضوعهم للقضاء الوطني .

ويحتاج هذا الامتياز السادس الى تفصيل صغير هو أنه :-

(١) في المسائل الجنائية لا يخضع الاجنبى الا لحكم المحكمة القنصلية .

(٢) وفي المسائل المدنية لا يخضع كذلك الا لحكم المحكمة القنصلية الا اذا كان

(٢) دى روزاس - الجزء الاول صفحة ٢٦ - ٢٨ - والدكتور عبد الحميد أبوهيف - المرجع المتقدم بنده ١٥٩ وما بعدها . وجلاد قاموس القضاء والادارة الفرنسى تحت عبارة « أجانب étrangers » جزء ٢ صفحة ٦٥٤

(١) جلاد قاموس القضاء والادارة الفرنسى - تحت كلمة أجانب جزء ٢ صفحة ٦٥٤ وفيه الاتفاق والاحكام المختلطة المشار اليها - والدكتور عبد الحميد أبوهيف - المرجع المتقدم

المدعى عليه مصريا ففى هذه الحالة يضطر الاجنبى الى ولوج أبواب المحاكم المصرية عملا بمبدأ أن المدعى يسعى دائما الى محكمة المدعى عليه *actor sequitur forum rei*

(٣) ولذا اذا كان المدعى عليه أجنيا اضطر المصرى الى عرض قضيته على المحكمة القنصلية حتى ولو كان موضوع الدعوى عقارا - وكانت هذه الفكرة فى ذلك أنه فى حالة الحكم على الاجنبى كان من السهل التنفيذ عليه بواسطة القنصل أما فى حالة الحكم عليه من المحكمة المصرية فكان هذا التنفيذ متوقفا على اجازة هذا القنصل ومساعدته •

سابعا - اعفاء الاجنبى من الخضوع للتشريع المحلى

فقد كانت المحاكم القنصلية تطبق قوانين بلادها معدلة - فى المسائل المدنية والتجارية بالعرف المحلى والى القواعد التى يكون الطرفان قد قبلوا الخضوع لها فى عقودهم *autonomie de la volonté* مع مراعاة أن شكل العقد يخضع لقانون البلد الذى حرر فيه ، وهى القاعدة المسماة *locus regit actum* «١»

(٢) مركز الاجانب وعلاقته بنظرية الاحوال فى ظل المحاكم المختلطة •

٣٨ - وصف العهد الذى أنشأت فيه المحاكم الوطنية والمختلطة بعهد الاصلاح *La Réforme Judiciaire* لما استحدثته من قوانين دفعت القطر المصرى الى الامام فى ميدان التقدم الاجتماعى والتشريعى والاقتصادى • فاستقرت الاحوال بفضل أن القوانين الوضعية أصبحت معروفة ومحددة بعد أن كانت تتنازعها الآراء كريشة فى مهب الريح - وبزوال اختصاص المحاكم القنصلية فى المسائل المدنية والتجارية فأصبح قاصرا على مسائل الاحوال الشخصية وبعض الجرائم وأصبح الاجانب والمصريون خاضعين لقوانين وضعية متشابهة تماما مع هذا الفرق أن الاجانب - فى نزاعاتهم بينهم وبين أنفسهم أو بينهم وبين المصريين - أصبحوا خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة المصرية أما المصريون فكانوا خاضعين للمحاكم الوطنية المصرية •

الصفات المميزة لعهد
الاصلاح

واستهدى الشارع المصرى القانون الفرنسى بوصفه ثمرة الفكر القانونى اللاحق على عهد الرومان كما استلهم أحكام الشريعة الغراء فى كثير من المسائل التى يجهلها القانون الفرنسى كالشفعة والبيع فى مرض الموت وظهر لأول مرة الفرق بين الاحوال العينية والاحوال الشخصية • فخضعت الاولى للقانون المدنى الاقليمى (الوطنى والمختلط) وتركزت الثانية تخضع لشخصية القوانين *la personnalité des lois*

(١) دى روزاس ١ . ص ٣٠٨ - وأبو هيف بنده ١٧٩

المختص بها •

القانون الاقليمي
المصري

٣٩ - فقد نصت المادة الاولى من القانون المدني المختلط على أن أحكام هذا القانون تطبق على كل السكان المقيمين في داخل القطر ، وأضافت المادة ١٣ من نفس القانون أن الالتزامات التي يكون المصري *sujet local* قد عقدها في الخارج يقاضى عنها أمام المحاكم المصرية كذلك • أما المادة ١٤ فقد حددت الاثر الاقليمي للقانون بالنسبة للاجانب الذين في خارج القطر وقالت أنهم لا يخضعون للمحاكم المصرية (المختلطة) الا في الاحوال الآتية :

(١) في حالة وجود التزام متعلق بمنقول أو عقار في مصر

(٢) اذا كان الالتزام ناشئا من عقد أبرم في مصر أو تنفذ في مصر أو من وقائع

حدثت في مصر •

وهذا كله بدون ا خلال بتطبيق قواعد قانون التجارة في الاعمال التي يعتبرها هذا القانون تجارية وبصرف النظر عن محل اقامة المدعى عليه •

ونصت المادة لاولى من قانون اصدار القانون المدني الوطني ، المؤرخ ٢٨ من اكتوبر سنة ١٨٨٣ ، على أن أحكام هذا القانون تطبق في كل أجزاء القطر المصري •

النصوص المتعلقة
بالقانون الشخصى

٤٠ - أما « الاحوال الشخصية » - وهى المتعلقة بحالة الشخص وكذا الحقوق الميراثية ، بنوعيتها (بوصية وبغير وصية) فقد نصت المادة ٤ من القانون المدني المختلط على أنها تظل من اختصاص قاضى الاحوال اشلخصية ، فقد جاء فيها ما يأتى :

« المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم ونظام الزواج والحقوق »

« المترتبة على الارث أو الناشئة عن الوصايا (Droits de succession

naturelle ou testamentaire) ومسائل الوصاية والقوامة تظل من اختصاص »

« قاضى الاحوال الشخصية » •

وأضافت المادتان ٧٧ و ٧٨ من نفس القانون أن المواريث تخضع لقانون جنسية المورث أما أهلية الموصى وشكل وصيته فيخضعان لقانون جنسية الموصى

والمقصود هنا « بقانون الجنسية » قانون الشخص - اذ أن قانون الشخص

يتحدد أحيانا بقانون الجنسية (كما لو كان الموصى أو المورث فرنسيا) (مادة ٣

فقرة ٣ من القانون المدني الفرنسى) أو بقانون الدين *lex religiosa* كما لو

كان مصريا مسيحيا أو اسرائيليا أو بقانون الموطن *lex domicilii* كما لو كان

انجليزيا - الا اذا كان قانون الموطن يحيل هو نفسه الى قانون آخر •

وظاهر أن الشارع كان يقصد أن يتكلم عن القانون الشخصي وحده وبصفة عامة
la loi personnelle

أما المادة ١٩٠ من القانون المدني المختلط التي تكلمت عن «الاهلية» capacité
loi de la nationalité — بطريقة مطلقة — فقد أحالت فيها الى قانون الجنسية
وهي تقصد بدورها القانون الشخصي كذلك *

وتقابل المادتان ٥٤ و ٥٥ من القانون المدني الوطني المادتين ٧٧ و ٧٨ من القانون
المختلط سالفتي الذكر كما تقابل المادة ١٣٠ من القانون الوطني المادة ١٩٠ مختلط
التي تكلمت عن «الاهلية» بصفة عامة *

ويلاحظ أن هذه النصوص الثلاثة في القانون الوطني وصفت القانون
« الشخصي » في النص العربي بقانون « الملة » (أى الدين) تأسيسا على أن
الخاضعين لهذا القانون من غير المسيحيين كانوا — حتى عهد الاصلاح محكومين
بقانون دينهم وهو قانون أحوالهم الشخصية ، أما النص الفرنسي فقد كان أكثر
افصاحا وتوفيقا عندما عبّر عن قانون « الملة » بعباراة قانون الاحوال الشخصية
statut personnel

وسنرى فيما يلي أن هذا الخلاف اللفظي البسيط كان سببا لخطأ قضائي وقعت
فيه محكمة النقض ولا ابرام في مسألة وصية المصرى غير المسلم وخالفها فيه القضاء
المختلط وانتهى الامر بسن قانون خاص *

أما فيما عدا ذلك من مسائل الاحوال الشخصية الاخرى التي تكلمت عنها
المادة الرابعة من القانون المدني المختلط سألقة الذكر فقد أعادت المادة ١٦ من لائحة
ترتيب المحاكم الوطنية النص على نفس المبدأ بقولها أنها تخضع لمحاكمة الاحوال
الشخصية ، فقد جاء فيها ما يأتى :

«... ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في المنازعات المتعلقة بمسائل الهبة
والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية » *

٤١ — ولكن ماهى هذه المحاكم الشخصية التي تكلمت أو أشارت اليها
النصوص التي عرضناها في البند السابق ؟ الجواب على ذلك هين بسيط وهو :

ما هي محاكم الاحوال
الشخصية في ذلك العهد

(١) ان المسلمين كانوا خاضعين للمحاكم الشرعية كما كانوا منذ الفتح العربى
وحتى لو كانوا منتسبين لدولة أجنبية لاتدخل ضمن الدول ذوات الامتيازات
كسوريا ولبنان والعراق *

(٢) أما لمسيحيون المصريون أو المسيحيون التابعون لمحاكم بطريركية أو مليّة

تزاوول ولايتها في مصر فقد استمروا خاضعين لبطريكياتهم أو مجالسهم المليية عملا بالخط الهمايوني والفرمانات السابق الكلام عليها وبالقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ «١» وبالمادة ٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية والمواد ٥٤ ، ٥٥ ، ١٣٠ من القانون المدني الوطني .

(٣) أما الرعايا الاجانب لهذه الدول فقد استمروا خاضعين لمحاكمهم القنصلية كما كان الحال قبل عهد الاصلاح وذلك عملا بالمواد ٤ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ١٩٠ من القانون المدني المختلط .

المجالس الحسينية

٤٢ - وبمقتضى دكريتو مؤرخ في ١٩ من نوفمبر سنة ١٨٩٦ تعمد أكثر من مرة في ٢٦ من يناير سنة ١٨٩٧ ، ١٧ من فبراير سنة ١٨٩٨ ، ٤ من يونيو سنة ١٩٠٠ ، ٤ مايو سنة ١٩١٨ انشأت المجالس الحسينية للمصريين وهي تختص بتعيين الاوصياء وبقرار تعيين الاوصياء المختارين وب عزل الوصي أو باستمرار الوصاية بعد سن ١٨ سنة وتعيين وعزل الاولياء على الغائبين وعديمي الاهلية ومحاسبة الاوصياء والاشراف عليهم واتخاذ الاجراءات التحفظية لحماية مصالح القصر أو عديمي الاهلية أو الغائبين وتوقيع الحجز ورفع .

جدل حول « الوصية » للمصريين غير المسلمين

حكم محكمة النقض
المؤرخ ٢١ يونيو
سنة ١٩٣٤

٤٣ - وبتاريخ ٢١ من يونيو سنة ١٩٣٤ أصدرت محكمة النقض والابرار المصرية حكما هاما قضى بأن وصية غير المسلم التابع للدولة المصرية تحكمها الشريعة لاسلامية ومن ثم لا تجوز الوصية اذا كانت لوارث ولا تجوز فيما زاد عن الثلث اذا كانت لغير وارث الا باجازة الورثة «١» .

وقد ارتكن الحكم في اصدار هذا المبدأ على ما يأتي :

(١) تطالق على هذا الفريق عبارة « الطوائف » المسيحية وهو مكون من : -
(١) الاقباط الارثوذكس ، (٢) الروم الارثوذكس (رعية مصرية) ، (٣) الارمن الارثوذكس ، (٤) السوربون الارثوذكس (٥) الاقباط الكاثوليك (٦) الروم الكاثوليك (٧) الارمن الكاثوليك (٨) السوربون الكاثوليك (٩) المارونيت الكاثوليك (١٠) الاقباط البروتستنت .

وقد صدر الدكريتو المؤرخ ١٤ من مايو ١٨٨٣ منظما اختصاص المجلس الملى للاقباط الارثوذكس في مسائل الاحوال الشخصية وآخر في أول مارس ١٩٠٢ للاقباط البروتستنت وثالث في ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٠٥ للارمن الكاثوليك (دكتور وديع فرج المرجع المتقدم ص ٣٢)

(٢) نقض ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ - مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ٢٠٠ صفحة ٤٥٤

(١) ان الوصية مسألة مالية صرفه لالعلاقة لها بالدين • بل هي من أمور الاحوال العينية التى يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما اختلفت أديانهم بدليل أنه لم يرد لها ذكر فى الخط الهمايونى •

(٢) ان الوصية كالارث ولذا فهى تخضع لاختصاص المحاكم الشرعية وحدها ما لم يتراض الخصوم •

(٣) أما عدم خضوع وصية الاجنبى للمحاكم الشرعية فيرجع الى أن المادتين ٧٧ ، ٧٨ تكلمتا عن خضوعها لقانون الجنسية loi de la nationalité — وهذا لاشأن له بالمصريين المسيحيين •

٤٤ — وقد رد على هذا الحكم الاستاذ صليب سامى فى كتابه وصية غير المسلم بالآتى : — الرد على هذا الحكم

(١) هذا رأى ليس فقط يخالف النص الصريح للمواد ٤ ، ٧٧ ، ٧٨ مختلط ولكن المواد ٥٤ ، ٥٥ وطنى على السواء والاخيرتان مقابلتان للمادتين ٧٧ و٧٨ مختلط

(٢) نصت المادة ١٦ من الامر العالى الصادر فى ١٤ من مايو سنة ١٨٨٣ بتشكيل المجلس الملى للاقباط الارثوذكس المختص بنظر مسائل « الاحوال الشخصية » • للاقباط على أن المجلس يكون ممنوعا من نظر دعاوى الارث الا اذا تراضى الورثة على قبول قضائه (وفقا لاحكام الخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦) ولم تتعرض بأى اشارة للوصية •

ومعنى ذلك أن الوصية ليست ممنوعة من النظر على المجلس الملى خاصة وأن المادة ١٦ من الدكرينو المذكور تكلمت على وجوب تسجيلها بالبطركخانة ، وأردفت المادة هذا بعبارة « لكى يكون معمولاً بها » كما أن الامر العالى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٢ الخاص بتشكيل المجلس الملى للطائفة الانجلىة والامر الخاص بطائفة الارمن الكاثوليك الصادر فى ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٠٥ منعا المجلس (الاول طبقا للمادة ٢١ والثانى طبقا للمادة ١٦) من نظر دعاوى الارث ولم يتعرض الامر ان المذكوران للوصية •

(٣) أما انه لم يرد للوصية نص خاص فى الخط الهمايونى فهذا يرجع الى أنها كانت من «الاصل» من اختصاص المحاكم المالية للطوائف ، مثلها فى ذلك مثل الدعاوى الخاصة بالزواج والنفقات والتطليق • ولما حدث أن المحاكم الشرعية كانت تبطل وصايا عملت للكنائس اشتكت البطريركيات الى الباب العالى فصدر المنشور المؤرخ ٣ من فبراير سنة ١٨٩١ للروم الارثوذكس بجعل الوصية من اختصاص هذه

الطائفة (١) وهذا يؤيد العادة التي كانت متبعة من قبل القانون الهمايوني •

رأى القضاء المختلط

٤٤ مكرر — أما القضاء المختلط فكان مستقرا على اعتبار « الوصية » من صميم « الاحوال الشخصية » ومن ثم فانها تخضع للقانون الشخصى للموصى بصرف النظر ان كان أجنبيا أو مصرياً . نذكر من ذلك الحكم الصادر فى ٢٧ من مايو سنة ١٩٤١ من محكمة استئناف الاسكندرية الذى قرر « ان المادة ٥٤ من القانون المدنى الوطنى يجب أن تفسر طبقا لنصها العربى ، (الذى يجب تفضيله على النص الفرنسى) وهو يقضى بأن قانون « الاحوال الشخصية » للمصريين يتحدد بقانون الدين التابع له الشخص »

Par application du texte arabe de l'article 54 C.C.I. — texte qui doit prévaloir sur la version française, le *statut personnel* des Egyptiens est régi par la loi de la religion à laquelle ils appartiennent. « (٢) »

وأصرت محكمة الاستئناف على رأيها اصرارا ملحا فأصدرت فى السنة التالية على حكمها سالف الذكر حكمين آخرين صدر أولهما فى ١٧ من مارس سنة ١٩٤٢ وجاء فيه : —

« ان اختصاص البطريكيات فى كل نزاع متعلق بالارث بطريق الوصية *succession testamentaire* اختصاص الزامى *obligatoire* بشرط أن يكون الخصوم من مذهب واحد • أما فى أحوال الارث العادية فاختصاصها جوازى *facultative* » (٣) (فى حالة اتفاق أصحاب الشأن على قبوله) •

أما الحكم الثانى الذى أصدرته المحكمة نفسها فى ذات السنة وعلى وجه التحديد فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٢ فقد جاء فيه :

« ان عبارة القانون الوطنى *loi nationale* تشمل القوانين الدينية التى تطبقها المحاكم المصرية « للاحوال الشخصية » ، وتعتبر البطريكيات والحاكمات محاكم مصرية « الاحوال الشخصية » » (٤)

(١) أشار الاستاذ صليب سامى الى كتاب الدكتور سيزوستريس سيداروس فى البطركخانات صفحة ١٨٤ وما بعدها وكتاب قضاء الاحوال الشخصية للطوائف المليية للدكتور أحمد صفوت رئيس محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية سابقا صفحة ١٤ طبعة سنة ١٩٣٦

(٢) مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٣ سنة ١٩٧

(٣) مجلة التشريع والقضاء . السنة ٥٤ صفحة ١٣٧

(٤) مجلة التشريع والقضاء . السنة ٥٥ صفحة ١١

وأضافت المحكمة في مجال آخر العبارات الآتية التي عدلت فيها رأيها الخاص بالارث بدون وصية *ab intestat* فقالت انه غير مقيد بشرط فقد جاء في الحكم :

« انه اذا كان المتوفى مصرياً كانت محاكم الاحوال الشخصية التابع لها هي المختصة بصرف النظر عن أن الارث المتخلف عنه سيؤول للمورثة بطريق الوصية أو غير الوصية وبغض النظر عن اتفاق الورثة أو عدم اتفاقهم وعن مذهبهم أو جنسيتهم واعتمدت المحكمة في هذا التعديل الجديد الذي يعتبر الارث العادى مشابهاً للارث بوصية من حيث عدم اشتراط قبول الورثة الخضوع لمحكمة الاحوال الشخصية التابع لها المتوفى على اتفاقات موتترو والقانون الصادر في ١١ من أكتوبر سنة ١٩٣٧ رقم ٩١ الذي نقل نصوصها الخاصة بالاحوال الشخصية الى التشريع الداخلى للدولة ، وسيأتى الكلام على كل هذا بعد حين .

والنص الفرنسى لهذا الحكم هو الآتى فضلنا أن نورد به حذفه نظراً لما حواه من تطور فى المبدأ الخاص بالارث العادى وان كان لم يأت بشىء جديد فيما يتعلق بالارث بوصية (succession testamentaire)

قال الحكم :

I. Sous l'empire du nouveau Règlement d'Organisation Judiciaire, la Convention du 8 Mai 1937 et la loi du 11 Octobre 1937, No. 91, la loi applicable en matière de succession est la loi nationale du de cujus ou du testateur, laquelle loi détermine la compétence. Lorsque le défunt est égyptien, ce sont les Tribunaux Egyptiens de *statut peésonnel* qui sont compétents, sans qu'il y ait lieu pour déterminer leur compétence respective, à distinguer entre succession testamentaire et *ab intestat*, l'accord ou le désaccord des héritiers, le rite ou la nationalité des parties.

II. Au point de vue successoral, l'expression «loi nationale» comprend toutes les lois religieuses appliquée par un Tribunal égyptien de statut personnel: les patriarcats et rabinats sont des Tribunaux égyptiens de statut personnel.

٤٥ — أراء ذلك رأى الشارع المصرى أن يتدخل ويقضى على اختلاف الرأى فأصدر فى يوم ٢٣ من مارس سنة ١٩٤٤ قانونين الاول برقم ٢٥ ، الثانى برقم ٢٦ نص الاول على أن الشريعة الاسلامية تعتبر قانوناً «أقليمياً» للمصريين جميعاً بما فيهم غير المسلمين فيما يختص بالمواريث والوصايا الا اذا اتفق ورثة غير المسلم (وتحدددهم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث) على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى .

تدخل الشارع
المصرى

أما القانون الثانى (رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤) فعُدل نص المواد ٥٤ ، ٥٥ ، ١٣٠ من

القانون المدنى الوطنى بتغيير عبارة « قانون الملة » بعبارة « قانون بلد المتوفى »
و « قانون بلد الوصى » ، « قانون بلد العاقد » على التوالى فى المواد الثلاثة
المذكورة .

التعليق القانونى
للتدخل

٤٦ - عللت المذكرة التفسيرية هذا التعديل بقولها أن المواد الثلاثة المعدلة هي
« مواد اسناد » الى القوانين الاجنبية التى يجوز تطبيقها فى مصر وأضافت أنه
بالنسبة للمصريين الغير مسلمين فان قانون المورث والوصى هو الشريعة الاسلامية
وأنه - فى كل وقت - سار التشريع فى مصر على خطة اخضاع مسائل الاحوال
الشخصية بالنسبة للمصريين - مسلمين وغير مسلمين - الى أحكام الشريعة الغراء
بدليل أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥ ذاتها عندما تكلمت عن الارث فى منفعة
« الاموال الموقوفة » استعملت عبارة أحكام « الشريعة المحلية » la loi locale

رأينا فى هذا
التعليق

٤٧ - أما من جهتنا فأننا - مع احترامنا الكامل لهذين القانونين بوصفهما
تشريعين أصدرتهما الدولة - لاتتفق مع ما ذهبت اليه المذكرة التفسيرية الا فى
نقطة واحدة هي أن المواد الثلاثة الجديدة « نصوص اسناد » الى قوانين أخرى
غير القانون الوضعى (أى أجنبية عنه) . ولهذا السبب نرى أن المذكرة تناقضت
مع نفسها عندما قالت بعد ذلك أن هذه المواد يجب أن تفسر بالنسبة لغير المسلمين
المصريين على أساس أن القانون الاقليمى الواجب التطبيق عليهم فى الوصية والارث
هو الشريعة الغراء .

فاذا كانت المواد المذكورة تحتمل الخضوع لقانون اقليمى فكيف تكون فى الوقت
ذاته « نصوص اسناد » لقوانين أخرى لاتمت بصلة لهذا القانون الوضعى

واذا قيل أنها نصوص اسناد لانها مقابلة للمواد ٧٧ ، ٧٨ ، ١٩٠ مختلط التى
كانت حقيقة وبدون أدنى شك قواعد اسناد تحدد القوانين الاجنبية التابع لها
الاجانب فمعنى ذلك بداهة أنها لايمكن أن تؤسس على قانون اقليمى لانها نصوص
« توجيهية » توجه القاضى الى قانون آخر .

أما ان الفقرة الثانية من المادة ٤٥ تتكلم بصراحة عن « الشريعة المحلية » loi locale
قاصدة التعبير عن الشريعة الغراء فهذا لايتعارض مع رأينا اذا لاحظنا أن الفقرة
الثانية المذكورة حددت أعمال « الشريعة المحلية » فى حق الارث المتعلق « بالوقف »
فقط وهذا شيء آخر غير التوريث بوصية أو بغير وصية اذ أن نظام الوقف فى مصر
كان الى عهد قريب نظام « محلى » محض استقى مصدره من رأى بعض فقهاء
الشريعة الاسلامية الغراء .

٤٧ مكرر - وأخيرا فإن قول المذكرة التفسيرية أن التشريع سار في مصر « في كل وقت » على خطة اخضاع مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين الى أحكام الشريعة الاسلامية قول فيه تعميم لا يطابق الواقع . فقد سبق أن قلنا أن الاحوال الشخصية نوعان - الاول متعلق بمسائل الزواج والتطليق وآثارهما في حقوق الاسرة كالنفقة والحضانة والبنوة والثاني خاص بمسائل الارث والتوريث والنوع الاول كان - دائما أبدا - من اختصاص محاكم الاحوال الشخصية غير الاسلامية كالبطرخرانات والمجالس المليية والحاكمات . والثاني كان فيه تفصيل : فالارث كان يخضع لاحكام الشريعة الغراء ما لم يتفق أصحاب الشأن على اخضاعه لقانونهم الديني وفي هذه الحالة يكون اختصاص المحاكم الدينية غير الاسلامية اختياريا *compétence facultative* . أما الوصية فهي تخضع للقانون الديني للموصى ومن ثم تختص المحاكم الدينية غير الاسلامية بنظرها اختصاصا اجباريا *compétence obligatoire*

ونركن في تدعيم هذا الرأي على :

- (١) العرف الذي جرى عليه العمل منذ الفتح الاسلامي .
 - (٢) الخط الهمايوني المؤرخ ١٨ من فبراير سنة ١٨٥٦ والمنشورات العثمانية المؤيدة له والصادرة في ٣ من فبراير وأول ابريل سنة ١٨٩١ .
 - (٣) القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ .
 - (٤) قانون انشاء المجلس الملى للاقباط الارثوذكس في ١٤ من مايو سنة ١٨٨٣ .
 - (٥) قانون انشاء المجلس الملى الاقباط البروتستنت في أول مارس سنة ١٩٠٢ .
 - (٦) قانون انشاء المجلس الملى للارمن البروتستنت في ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٠٥ .
- ٤٨ - وقد أصبح هذا النقاش غير ذي موضوع بعد أن صدر القانون المدني الجديد فألغى القانون المدني القديم واستعاض عن المادتين ٥٤ ، ٥٥ المعدلتين بالقانونين رقم ٢٥ ، ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بالمادة ١٧ التي وردت تحت عنوان تنازع القوانين بالنسبة للمكان ونصت على أنه يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت مدته .

القانون المدني الجديد
وقانونا الوصية والارث

ومعنى ذلك أنها خاصة بالمورث أو الموصى الاجنبى - أما بالنسبة للمصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، فقد وضع لهم الشارع المصرى القانون رقم ٧١

لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية كما وضع ، من قبل ، القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣
للارث .

ولم يتعرض التقنين المدني الجديد لهذين القانونين بالالغاء ولذا فهما باقيان
نافذى المفعول وبهذا أسدل أولهما الستار على النقاش الحاد الذى نشب حول
وصية غير المسلم فى ظل القانون المدني القديم « ١ » .

٣ - مركز الاجانب بعد معاهدة مونترو

وعلاقته بأحوالهم الشخصية

الغاء الامتيازات
الاجنبية

٤٨ مكرر - بتاريخ ٨ من مايو سنة ١٩٣٧ أبرمت مصر اتفاقية مونترو Montreux
مع الدول صاحبات الامتيازات فنصت المادة الاولى منها على أن هذه الدول قبلت
- كل فيما يخصها - الغاء الامتيازات الاجنبية بمختلف نواحيها - والنص
الفرنسى هو :

Les Hautes Parties Contractantes déclarent accepter, chacune en ce
qui la concerne, l'abolition complète des Capitulations en Egypte, à tous
les points de vue.

آثاره

٤٩ - وقد ترتب على هذا الالغاء أن أصبح الاجانب خاضعين للتشريع المصرى
فى المواد الجنائية والمدنية والتجارية والادارية والضرائبية وغيرها - وهذا هو عينه
ما نصت عليه المادة الثانية من المعاهدة بعد أن أبدت تحفظا واحدا هو أن تكون
الشرائع التى سيخضع لها لاجانب غير متنافرة مع الشرائع الحديثة وأن لا يؤسس
نظام الضرائب على التمييز بين المصريين والاجانب اضرارا بالآخرين أو بالشركات
الاجنبية التى لها مصالح فى داخل القطر .

ومع ذلك أضافت المادة المذكورة فى فقرتها الاخيرة أن هذا التحفظ ، نظرا لانه
غير معترف به فى القانون الدولى ، لا يبقى قائما لا فى فترة الانتقال .

فترة الانتقال
والاحوال الشخصية

٥٠ - وحددت المادة الثالثة من المعاهدة فترة الانتقال هذه بمدة ١٢ سنة
بدأت فى ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٣٧ وانتهت فى ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ وقد روعى
فيها تمهيد الطريق لتصبح المحاكم المصرية مختصة ليس فقط بنظر كل نزاع مهما
كانت طبيعته ، عقاريا أو منقولا ، مدنيا أو تجاريا ، بل فى مسائل الاحوال الشخصية
أيضا (المادة ٩) .

(١) نبذة ٩٨ وما بعدها من هذا الكتاب

أما في فترة الانتقال فتستمر المحاكم القنصلية التي بقيت قائمة مختصة بنظر قضايا الاحوال الشخصية لرعايا دولها ولكن هذا الاختصاص يضاف الى المحاكم المختلطة بالنسبة للاجانب الذين الغيت قناصلهم قبل المعاهدة أو بعدها في أثناء فترة الانتقال ♦

وأخيرا نصت المادة العاشرة من المعاهدة على قاعدة فيها شذوذ واضح فقد قالت أنه لتحديد الجهة القضائية المختصة في مسائل الاحوال الشخصية يتعين أولا معرفة القانون الواجب التطبيق ♦ ووجه الشذوذ هو أن البحث عن القانون الواجب التطبيق يأتي في المكان الثاني بعد أن تكون المحكمة أو جهة الاختصاص قد تحددت أولا لا العكس ♦

٥١ - ووضعت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة المرفقة بالمعاهدة قواعد الاختصاص الجديدة في مسائل الاحوال الشخصية والعينية وبدأت بتحديد معنى « الاجنبى » étranger في المادة ٢٥ بقولها أما المقصود بهذه الكلمة هو رعايا الدول صاحبات الامتيازات الملغية والموقعين على المعاهدة «١» وكذلك رعايا كل دولة أخرى تحدد بذكريتو لاحق «٢» وتأسيسا على ذلك لا تعتبر رعايا الدول التي كانت داخله في الدولة العثمانية « أجانب » ومن ثم يخضعون لقضاء المحاكم المصرية الوطنية لا المصرية المختلطة - (المادة ٢٥ فقرة ثالثة) ♦

تحديد معنى
« الاجنبى »

٥٢ - ولا يعنينا في هذا الكتاب أن تتبسط في أى اختصاص آخر خاص بقضايا الاجانب غير الاختصاص في مسائل الاحوال الشخصية اذ أن ما عدا هذا الاخير كان يطرح على المحاكم المدنية أو التجارية (المختلطة) كما كان الامر قبل المعاهدة ♦ وأضيف عليه الاختصاص الجنائى الكامل وهذا عملا بالمواد ٢٦، ٤٤، ٤٥، ٤٦ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بالمعاهدة ♦

الاختصاص المدنى
والتجارى والجنائى

٥٣ - أما بالنسبة للاحوال الشخصية فقد سبق أن قلنا أن القناصل التي لم

الاختصاص في الاحوال
الشخصية

(١) هذه الدول هي : (١) اتحاد جنوب أفريقيا (٢) الولايات المتحدة (٣) بلجيكا
٤- الدانمرك - ٥- اسبانيا - ٦- فرنسا - ٧- اليونان - ٨- الهند - ٩- ايرلندا
الحرّة - ١٠- استراليا - ١١- المملكة المتحدة البريطانية وشمال ايرلندا - ١٢- نيوزيلندا
١٣- ايطاليا - ١٤- النرويج - ١٥- هولندا (الاراضى الواطئة) - ١٦- البرتغال
١٧- السويد

(٢) حددت الحكومة هذا الفريق بالآتى : ١- المانيا - ٢- هنغاريا - ٣- بولونيا - ٤- رومانيا - ٥- سويسرا - ٦- تشيكوسلوفاكيا - ٧- يوغوسلافيا

تلغى تبقى مختصة بنظر قضايا الاحوال الشخصية لرعاياها •

وقد عدت المادة ٢٨ من نفس اللائحة المسائل التي تعتبر « من الاحوال الشخصية » في حين أن المادتين ٢٩ ، ٣٠ وضعتا قواعد الاسناد الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق وقبل أن تنتقل لبيان هذه « المسائل » وتلك القواعد يتعين علينا أن نبين أنه - فيما يخص الرعايا « الاجانب » (بما فيهم الحميات) الذين كانت لهم محاكم مصرية الاحوال الشخصية فانهم يستمرون خاضعين لها ولا ينتقل الاختصاص فيها الى المحاكم المختلطة رغم أنهم أجانب - مثال ذلك الجزائريون والمراكشيون والسوريون والأتراك والایرانيون المسلمون فقد كانوا خاضعين للمحاكم الشرعية ومثال ذلك أيضا السوريون أو اللبنانيون المسيحيون فقد كانوا خاضعين للبطر كخانات ومجالسها الملية المختلفة ومثال ذلك أيضا اليهود من الانبانيين أو الجزائريين أو الفلسطينيين أو السوريين فقد كانوا خاضعين للحاكمات •

تعداد مسائل الاحوال
الشخصية

٥٤ - ولكن ما هي مسائل الاحوال الشخصية ؟

ردت المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة الملحقه بمعاهدة مونترو على هذا السؤال وعددت هذه المسائل كالآتي :

(١) حالة الشخص état de la personne

(٢) أهليته sa capacité

(٣) نظام الاسرة : كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الاصول والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبني •

(٤) والقوامة والولاية والوصاية والحجر والاذن بالادارة •

(٥) الغيبة وقرينة اعتبار المفقود ميتا présomption de décès

(٦) الهبة والموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت •

القانون الواجب
التطبيق

٥٥ - أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فقد أعلنت المادة ٢٩ من اللائحة انضمامها لقاعدة شخصية القوانين la personnalité des lois وقالت ان القانون الشخصي يتحدد في نظرها بقانون الجنسية loi de nationalité ثم عملت هذا المبدأ في مسائل الاحوال الشخصية للاجانب كالآتي :

- (١) الحالة المدنية والاهلية للأشخاص تحددها **قوانين جنسيتهم** .
- (٢) الشروط الموضوعية لصحة الزواج **conditions de fond** يحدوها **قانون الجنسية** لكل من الطرفين .
- (٣) فيما يخص العلاقات بين الزوجين ومنها التفريق والتطليق والطلاق وآثارها على الأموال **biens** يطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .
- (٤) الحقوق والواجبات المتبادلة بين الأصول والفروع تخضع لقانون جنسية **الوالد** .
- (٥) النفقة تخضع لقانون جنسية الشخص المدين بها .
- (٦) البتة والقرار بها وانكارها يحكمها قانون جنسية **الوالد** .
- (٧) التبني يخضع لقانون جنسية الشخص الذى يتبنى وقانون جنسية الشخص المراد تبنيه أما آثار التبني فتخضع لقانون جنسية **الأول** وحده .
- (٨) الولاية والوصاية والتخلص منهما تخضع **لقانون الجنسية** لعديم الاهلية .
- (٩) الارث والوصية يخضعان لقانون جنسية **المورث** أو الموصى .
- (١٠) والهبة تخضع لقانون جنسية **الواهب** وقت اجرائها .



٥٦ - هذا وقد أضافت الفقرة الأخيرة للمادة ٢٩ تحفظاً أو قل استثناءً عندما حتمت أن أعمال القواعد المبينة في البند السابق لا يؤثر على نظام الملكية العقارية في مثل طريقة شهرها أو تكليفها **le régime de la propriété immobilière** ولم تشذ هذه الفقرة عن المألوف في أغلب القوانين الأخرى إذ أن النظام العقارى يخضع لقانون المكان الموجود فيه **lex situs**

استثناء بالنسبة للملكية
العقارية

٥٧ - وأخيراً بالنسبة لمعاهدات الإقامة **traités d'établissement** فقد أعلنت الحكومة المصرية في المادة الثالثة من البروتوكول الملحق بالمعاهدة واللائحة أنها عند إبرامها لهذه المعاهدات ستراعى مبدأ « شخصية القوانين » **la personnalité des lois** كما اتفقت فعلاً مع إيران وتركيا .

القانون الشخصى
بالنسبة لمعاهدات
الإقامة

٥٨ - أما في حالة عدم وجود جنسية معينة أو وجود أكثر من جنسية واحدة للشخص فقد نصت المادة ٣٠ من اللائحة على أن القاضى يعين القانون الواجب التطبيق .

عدم وجود جنسية
أو وجود أكثر من جنسية

الاء اذا كان القانون المصرى أحد القانونين أو أكثر لشخص واحد ففى هذه الحالة يطبق القانون المصرى .

التشريع المحلى المنفذ
للمعاهدة

٥٩ - وأخيرا وبتاريخ ١١ من اكتوبر سنة ١٩٣٧ أصدرت الحكومة المصرية القانون رقم ٩١ الذى وضعت فيه نصوص المواد ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة فى شكل تشريعى داخلى يطبقه القاضى كقانون من قوانين الدولة كما أصدرت فى نفس اليوم القانون رقم ٩٤ الذى وضع قواعد «المرافعات» فى مسائل الاحوال الشخصية للاجانب التى انتقلت الى المحاكم المختلطة

٤ - مركز الاجانب فى احوالهم الشخصية بعد ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩

قانون نظام القضاء
والاحوال الشخصية

٦٠ - وبعد أن انتهت فترة الانتقال زالت المحاكم القنصلية والمختلطة من تاريخ مصر الحديث وأصبحت المحاكم المصرية الوطنية هى صاحبة الولاية العامة فى قضايا الاجانب جميعهم سواء من كان منهم تابعا أصلا للدول صاحبات الامتيازات أو غيرها وسواء أكان النزاع خاصا بالاموال الشخصية أم العينية .

أما المحاكم المصرية للاحوال الشخصية التى كانت تزاوّل ولايتها قبل انشاء المحاكم المختلطة وبعد انشائها ثم بعد ابرام معاهدة مونترو (وهى المحاكم التى كانت قد أشارت اليها الفقرة الرابعة من المادة ٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة المرفقة بالمعاهدة وهى البطر كخانات ودار الحاخام) فقد بقيت على حالها تنظر قضايا الاحوال الشخصية بوصفها محاكم مصرية مع هذا الفرق ، أن اختصاصها أصبح محددًا بالمصريين الغير مسلمين فقط - وهذا - بطريق الاستنتاج العكسى لنص المادة ١٢ فقرة ٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الذى كانت سنته الحكومة المصرية تمهيدا لانتهاه أجل المحاكم المختلطة والقنصلية ، فقد نصت المادة المذكورة على أن للمحاكم المصرية العامة ولاية الفصل فى قضايا الاحوال الشخصية لغير المصريين - أى أن المصريين يبقون خاضعين لمحاكمهم الاصلية .

عبارة « غير المصريين »
تفسر بعبارة « اجانب »

٦١ - وعبارة « غير مصريين » هنا عامة وتشمل فى نظرنا ليس فقط رعايا الدول الاخرى التى كانت تابعة لتركيا بل الاشخاص المقيمين فى مصر دون أن تكون لهم جنسية محددة apatride ومعنى ذلك أن هؤلاء الاشخاص أصبحوا يخضعون ، ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ ، لاختصاص المحاكم الوطنية العامة Tribunaux de Droit commun فى مسائل احوالهم الشخصية تطبق عليهم قوانينهم

الخاصة طبقا لقواعد التطبيق في الزمان والمكان التي وصفها القانون المدني الجديد والتي سنستعرضها الآن .

حقيقة عندما وضعت الحكومة المصرية قانون المرافعات الجديد للاحوال الشخصية وهو القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ نصت المادة ٨٥٩ منه على أنه يطبق على «الاجانب» ولكن هذه العبارة يجب أن تفسر بمعناها العام لتشمل « غير المصريين » بصفة مطلقة سواء أكانت لهم جنسية معينة أو لم تكن لهم جنسية معروفة apatride لان هذا التفسير وحده هو الذي ينسجم مع المادة ١٢ (فقرة ٢) من قانون نظام القضاء سالف الذكر .

نتائج مغالفة هذا الرأي

٦٢ - والقول بعكس ذلك يؤدي الى ارتباك قضائي ونتائج معقدة ، مثال ذلك حالة المسيحي الكاثوليكي الغير معروف الجنسية الذي يتزوج بسيدة كاثوليكية أو ارثوذكسية مجهولة الجنسية هي الاخرى ففي حالة اختلاف هذين الزوجين أين يعرض النزاع اذا لم يكن للزوج محاكم مصرية للاحوال الشخصية ؟

اذا طرح هذا النزاع على المحاكم المصرية للقانون العام Tribunaux de Droit Commun عملا بالمادة ٨٥٩ من قانون المرافعات قيل للزوج أنت لست «بأجنبي» . واذا لجأ الى المحكمة الشرعية منعها المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ والتي تنص على أنه

« لا يسمع القاضى الشرعى دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق »

ومعروف أن المذهب الكاثوليكي لا يدين بالطلاق كلية - ومعنى ذلك أن هذا النص قاطع في احترام عقيدة أو « دين الشخص » الذى بنى على أساسه حياته الزوجية وهو الذى يتركز فيه قانونه الشخصى loi personnelle (١) »

آراء ذلك لم يبق سوى الالتجاء الى المحكمة المصرية للقانون العام عملا بالمادة ١٢ فقرة ٢ من قانون نظام القضاء خاصة وأن هذه المادة قد استعملت عبارة « غير المصريين » بصفة عامة عندما نصت على اختصاص المحاكم المصرية فى نظر مسائل الاحوال الشخصية . وعندما تصل القضية الى المحكمة تستطيع هذه الاخيرة - عملا بالمادة ٢٥ من القانون المدنى - أن تعين للزوج قانونا لجنسيته لكي تصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق . ولما كانت آراء أغلب أساتذة القانون الدولى

(١) أنظر حامد زكى - القانون الدولى العام المصرى - طبعة سنة ١٩٣٦ صفحة ٢٦٠ هامش

الخاص قد استقرت - نوعا ما - على تحديد الجنسية بقانون «الموطن» ، تطبق المحكمة بالنسبة لهذا الزوج « القانون المصرى للمسيحى الكاثوليكي » وهو ليس الشريعة الغراء بل قانون الدين كما سلف القول .

وقد أخذت بهذا رأى دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية فى حكمها الصادر فى ١٠ من نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ١٠٨٢ سنة ١٩٥٣ أحوال شخصية . وقد عثرنا على حكم آخر أصدرته دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الوطنية فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٢ بما يقرب تماما من هذا المعنى مع فارق واحد جوهرى هو أنها بدأت القول بأنها تحدد قانون الوطن لمن لاجنسية له ، ثم قالت ان قانون الوطن فى مصر هو الشريعة الغراء ولكن بما أن هذه الشريعة - عملا بالمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - تحيل الى قانون عقيدة الطرفين فيجب تطبيق قانون هذه العقيدة .

ومن رأينا أن هذا الحكم صحيح فى نتيجته ولكنه مخطئ فى الطريق الموصل اليها اذ أن قانون الوطن بالنسبة للمسيحى عديم الجنسية المقيم فى مصر هو قانونه الدينى رأسا بدون احوال من الشريعة الغراء ودليلنا على ذلك ما سبق أن قلناه فى البندين ٣٥ و ٤٧ فى صدد الارث والوصية لغير المسلم ، وما جرى عليه العمل منذ الفتح الاسلامى وثبته الخط الهمايونى وقوانين انشاء المجالس المليية فى سنة ١٨٨٣ وسنة ١٩٠٢ وسنة ١٩٠٥ ثم القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ .

٦٣ - ولا نستطيع أن نأتى بدليل على صحة رأينا بأكثر من أن نشير الى حكم آخر سابق كانت قد أصدرته محكمة الاحوال الشخصية بالقاهرة كانت قد صممت فيه على فكرة تحديد قانون الوطن بالشريعة الغراء فأدى هذا الى وقوعها فى نتائج غير متجانسة وتوجب وقائع الدعوى فى أن شخصا بولونيا كاثوليكيا تزوج بسيدة اسرائيلية فى يناير سنة ١٩٤٦ فى وقت كان لازال مقيدا بولونيا ثم سحبت منه هذه الجنسية البولونية فى ٢٤ من ابريل سنة ١٩٥٣ لامتناعه عن العودة الى بولونيا فأصبح غير معروف الجنسية .

وطبقت المحكمة على هذه الحالة قانون الوطن وحددته بأنه الشريعة الغراء بحجة أن الزوجين مختلفان دينا ثم حكمت بالطلاق عملا بالشريعة نفسها رغم أنها أشارت فى حكمها الاول الى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تمنع المحكمة الشرعية من سماع دعوى الطلاق اذا كان الزوجان لا يدينان به ، ثم لما أرادت أن تحكم باسناد حضانة الابنة الصغيرة الى أمها طبقت القانون البولونى الذى كان تابعا له الزوج وقت الزواج باعتبار أن الحضانة أثر من آثار الزواج «١» .

(١) انظر حكم ٣ يونيو سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ١٦ سنة ١٩٥٣ .

وهكذا طبقت المحكمة قانونا معيناً على التطبيق وقانونا آخر على آثاره .

ويبدو لنا أنه نظراً لهذه النتائج المتعارضة رأت محكمة القاهرة أن تعدل عن خطتها في التمسك بقصر « قانون الموطن » في مصر في مسائل الأحوال الشخصية على الشريعة الغراء . ولذا فأنها في الحكم الأول ، اللاحق على حكم الزوج البولوني الاصل بخمسة شهور ، رأت أن تعدل المبدأ بقولها أن قانون الموطن هذا يحيل الى القانون الدينى عملاً بالمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

رأينا الخاص

٦٣ مكرر - ومن رأينا أنه كان أكثر سهولة ومنطقاً أن تقول المحكمة أن قانون الموطن بالنسبة لعديم الجنسية الموجود في مصر يتحدد بعقيدته رأساً فإذا كان مسلماً كانت الشريعة الغراء وإذا كان مسيحياً كانت شريعة المذهب التابع له أو « الملة » كما كانت تسميها المواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدني الوطني الملغى . ويمكننا بمناسبة الإشارة الى هذه المواد الآن أن نضيف دليلاً جديداً على ما سبق أن قدمناه من أدلة تؤيد وجهة نظرنا - وهذا الدليل هو أن الشارع المصرى - عندما أراد (في وقت ما) أن يعدل هذه المواد ليخضع مسائل الارث والوصية الاهلية للشريعة الاسلامية بالنسبة لكل المصريين ومنحها أثراً إقليمياً في هذه المسائل الثلاثة أصدر القانونين رقم ٢٥ و ٢٦ لسنة ١٩٤٤ ونص فيهما صراحة على هذا الاثر الإقليمي الخاضع للشريعة الغراء « ١ » - ويستخلص من هذا - بطريق الاستنتاج العكسى a contrario ان ما عدا ذلك من مسائل الأحوال الشخصية الاخرى يبقى على ما هو عليه أى أنه يستمر خاضعاً لقانون الملة أو العقيدة - أو بعبارة أخرى « القانون الشخصى » loi personnelle

هذا ونختتم هذا الرأى بأنه ليس محتملاً على القاضى أن يعين قانون عديم الجنسية بقانون الموطن إذ أن المسألة متروكة لتقديره وإذا كان أغلب أساتذة القانون الدولى الخاص قد فضلوا تحديد قانون الموطن فهذا تأسيساً على أن عديم الجنسية قد قبل الخضوع للعادات وللقوانين المعمول بها في البلاد التى استمرراً الإقامة فيها . ولكن إذا اتضح للمحكمة أن إقامة الشخص في بلد ما كانت قصيرة المدى أو أنها كانت اضطرارية أو أنه لم يقطع صلاته بوطنه الاصل ولا بعاداته وتقاليده في الطريقة التى يعيش فيها وأسرته على أساسها فليس ما يلزم المحكمة باخضاع هذا الشخص لقانون البلد الذى يقيم فيه . بل يمكنها أن تطبق قانونه الذى تم الزواج في ظله على الاسباب التى يود الزوجان أن ينهيا بها هذا الزواج .

(١) دكتور حامد زكى - القانون الدولى الخاص المصرى - طبعة سنة ١٩٣٦
صفحة ٦١٨ .

وليس في هذا الرأي أى شذوذ ...

ألم تنص الفقرة الاولى من المادة ١٣ من القانون المدنى على أن قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج يسرى على الآثار التى يرتبها هذا الزواج ؟ •

ولم لاعتبر أن مسائل الطلاق والفرقة مشابهة للآثار الأخرى للزواج كالحضانة والنفقة ؟ •

أليست هذه الأخيرة وثيقة الارتباط بالاولى بل انها اثر من آثارها ؟ وأخيرا لم نذهب بعيدا فى التدليل على صحة هذا الرأي ؟ • ألم تنص الفقرة الثالثة من المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو على أن قانون الزوج وقت انعقاد الزواج هو الذى يطبق على مسائل التطليق والطلاق والفرقة الجسمية وعلى الآثار الأخرى بهذا الزواج — بما فيها المسائل المالية ؟ •

Dans les matières relatives aux rapports entre époux, y compris la séparation, le divorce et la répudiation, et à leurs effets quant aux biens, la loi applicable sera la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage.

وهل هناك شك فى أن هذا المبدأ يعبر عن الاتجاه الدولى لقواعد تنازع القوانين ؟ ألم تجيزه كل الدول التى اشتركت مع مصر فى ابرام معاهدة مونترو ؟ • والخلاصة هى أن تعين قانون عديم الجنسية بقانون الموطن ليس بقاعدة عامة أو حتمية فى مصر • بل ان الامر فى ذلك يرجع الى تقدير المحكمة وليس ما يمنعها من تحديده — فى رأينا — بالقانون الذى عقد الزواج فى ظله •

هل تختص محكمة الأحوال الشخصية بنظر مسائل الجنسية

المحاكم المصرية للقانون
العام مختصة بمسائل
الجنسية

٦٤ — هذا وبمناسبة التكلم عن الجنسية وعلاقتها بالأحوال الشخصية يتعين علينا أن نذكر أن محكمة النقض والابرام المصرية أصدرت فى ٢٥ من مايو سنة ١٩٥٠ حكما هاما قضى بأنه اذا نازعت وزارة الداخلية شخصا فى جنسيته المصرية كان له أن يلجأ للمحاكم المصرية للقانون العام لاثبات جنسيته •

وقد سار القضاء المصرى على هذا المنهج فأصدرت دائرة الأحوال الشخصية

(١) اسكندر قصبجى — اتفاقات مونترو بالفرنسية — صفحة ٧٣ •

بمحكمة القاهرة حكما جليلا في ٢ من يونيو سنة ١٩٥٢ في القضية رقم ٧٤ سنة ١٩٥٢ أخذت فيه برأى محكمة النقض وردت على الاعتراض المؤسس على ولاية القضاء الادارى فى المسائل الادارية قائلة : —

(١) ان قانون الجنسية الجديد رقم ١٦٠ سنة ١٩٥٠ — وهو لاحق على قانون مجلس الدولة رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ — قد نص فى المادة (٢٠) منه على حق كل من رفض طلبه فى الجنسية المصرية بأن يتظلم أمام الجهات المختصة فلو كان الشارع قد أراد أن يحرم القضاء العادى من هذا الاختصاص لنص على ذلك صراحة •

(٢) ليس فى هذه الحالة ما يمكن أن يسمى الغاء لامر ادارى — ايجابيا أو سلبيا — حتى يمكن التحدث عن المحكمة الادارية واختصاصها •

(٣) ليس فى طلب الحكم بجنسية شخص ما أى مساس بأعمال السيادة العامة التى حظرت المادة ١٨ من قانون نظام القضاء المحاكم من نظرها •

(٤) نصت المادة ١٢ فقرة أولى من هذا القانون عينه على ولاية المحاكم المصرية العامة فى كل المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والجنائية الا ما استثنى بنص خاص

(٥) نصت المادة ٩٩ من قانون المرافعات الجديد (رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩) الصادر فى ٢٩ من يولييه سنة ١٩٤٩ — بعد قانون مجلس الدولة — على أن النيابة العامة يجب عليها أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالاحوال الشخصية أو الجنسية والا كان العمل باطلا •

ومعنى ذلك أن الشارع المصرى لم يقصد انتزاع « الجنسية » من اختصاص المحاكم العادية للقانون العام
Les Tribunaux de Droit Commun

والآن بعد أن تكلمنا عن مركز الاجانب فى مصر بالنسبة لاحوالهم الشخصية لم يبق سوى أن نبين النصوص المتعلقة بها بما فى ذلك قواعد الاسناد التى وضعها التقنين المصرى الجديد ثم تتولى شرحها بعد ذلك فى الجزء الثانى من هذا الكتاب بعد أن تنتهى من مناقشة التكييف وموانع تطبيق القانون الاجنبى وحدوده وطريقته فى الفصول التالية فى هذا الجزء الاول •

(١) مجموعة احكام النقض المدنية الاولى — دار النشر — صفحة ٩١٥ رقم ١٣١ •

النصوص الجديدة لقواعد الاسناد في القانون المصرى

فيما يتعلق بالاحوال الشخصية

٦٥ - وزع الشارع هذه النصوص على جهات ثلاث : -

الاولى : فى قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المعدل بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ •

والثانية : فى القانون المدنى الجديد •

والثالثة : فى بعض مواد القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الذى اضاف كتابا رابعا على قانون المرافعات المصرى ونظرا لاهمية المصدرين الاولين بالنسبة لطبيعتهما التوجيهية فى تنازع القوانين رأينا أن نبسط بعض نصوصهما بحذاويرها فى هذا المكان • أما المصدر الثالث فنظرا لان أغلب موادہ متعلقة بالاختصاص فسنتكلم عنه فى الجزء الثالث الذى سنفرده لقواعد المرافعات فى مواد الاحوال الشخصية •

نصوص قانون نظام
القضاء

٦٦ - أما قانون نظام القضاء فنص على ما يأتى فى المواد ١٢ فقرة ٢ ، ١٣ ، ١٤ ،

١٥ ، ١٩ •

المادة ١٢ فقرة ٢ : تختص المحاكم (المصرية) بالنسبة الى غير المصريين بالفصل فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية •

اختصاص المحكم المصرية
فى مسائل الاحوال
الشخصية

المادة ١٣ : تشمل الاحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسر كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الاحوال والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغية وباعتبار المفقود ميتا وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت •

الهيئة

المادة ١٤ : تعتبر الهيئة من الاحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك •

الولاية على المال

المادة ١٥ : تختص المحاكم بالفصل فى مواد الولاية على المال بالنسبة الى جميع المصريين الا ما استثنى بنص خاص •

كما تختص بالفصل في باقى مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة اليهم فيما لم
يرد بشأنه قانون خاص ♦

المادة ١٩ (معدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣) :

اذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام احدى المحاكم وأمام محكمة القضاء
الادارى أو احدى محاكم الاحوال الشخصية أو المجالس المليية ولم تتخل احدهما
عن نظرها أو تخلت كليهما عنها يرفع طلب تعيين المحكمة التى تفصل فيها الى
محكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية يحضرها على الاقل أحد عشر مستشارا
من مستشاريها ♦

اختصاص محكمة النقض
في تنازع الاختصاص

وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل في النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين
نهائيين متناقضين صادر أحدهما من احدى المحاكم والآخر من محكمة القضاء
الادارى أو احدى محاكم الاحوال الشخصية أو المجالس المليية أو صادر كل منهما
من احدى محاكم الاحوال الشخصية أو المجالس المليية ♦

٦٧ - أما القانون المدنى فقد أتى بنصوص متعلقة بقواعد الاسناد فى القانون
المصرى وبهذا رسم للقاضى طريقا عمليا يبعده عن الخوض فى نظريات تنازع القوانين
والاختصاص بقدر الاستطاعة فاذا عرضت عليه حالة جديدة لم تتناولها هذه
النصوص فقد عهدت اليه المادة ٣٤ من القانون المدنى أن يرجع ، فى هذه الحالة ،
للقانون الدولى الخاص نفسه ♦

نصوص القانون المدنى

وبدأ القانون بالمادة (١٠) فأخضع التكييف qualification للقانون المصرى
فنص على أن :

فى التكييف

« القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه
العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب التطبيق » ♦

ثم تناولت المادة (١١) فقرة أولى الكلام على الحالة المدنية état civil والاهلية
capacité للأشخاص الطبيعية فأخضعتها لقانون جنسيتهم فقالت :

الحالة المدنية والاهلية

« الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون
اليها بجنسيتهم ، ومع ذلك ففى التصرفات الحالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها
فيها ، اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الاهلية وكان نقص الاهلية يرجع الى
سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه فان هذا السبب لا يؤثر فى أهليته

وتكلمت الفقرة الثانية من المادة نفسها على الاهلية بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها - وهي لاتعطينا في هذا الكتاب لانها ليست متعلقة بالاحوال الشخصية - فقالت ان القانون الذى يسرى عليها هو قانون الدولة التى أتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى ومع ذلك اذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فان القانون المصرى هو الذى يسرى •

ونصت لمادة ١٢ على أنه يرجع فى صحة الزواج لقانون كل من الزوجين فقالت :

يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين •

ووضعت المادة ١٣ قاعدة الاسناد بالنسبة للزواج الصحيح وآثاره بما فيها الطلاق والتطليق والافصال الجسمانى والمسائل المالية الاخرى المترتبة على الزواج فنصت على أنه :

« يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال •

أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطليق والافصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى » •

استثناء

واستثنت المادة ١٤ من أعمال المادتين السابقتين حالة ما اذا كان أحد الزوجين مصرياً والآخر أجنبياً فقضت بوجوب اعمال القانون المصرى جرياً على قاعدة احترام السيادة التشريعية فنصت على أنه :

« فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج ، يسرى القانون المصرى وحده ، فيما عدا شرط الاهلية للزواج »

النفقة بين الاقارب

وتناولت المادة ١٥ الكلام على دين النفقة فنصت على أنه يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب ، قانون المدين بها •

أما النفقة الخاصة بين الازواج سواء أكانوا فى حالة اتفاق أو خصام فان القانون الذى يحدد النفقة هو نفسه القانون الذى يحكم عقد الزواج وآثاره وقد حددته الفقرة الاولى من المادة ١٣ سالفه الذكر وقالت أنه :

« قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج » •

وسرى ذلك تباعاً عندما تتكلم عن الزواج والتطليق والفرقة الجسمانية فى القوانين الأجنبية وقد أفردنا لذلك الجزء الثانى من هذا الكتاب •

ونصت المادة ١٦ على أن الولاية على المال يطبق عليها قانون الشخص الذى تجب حمايته فقالت :

الولاية على المال

« يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين ، قانون الشخص الذى تجب حمايته » ♦

وتكلمت المادة ١٧ على الميراث والوصية فأخضعتهما من حيث الموضوع لقانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته — ولكنها فيما يتعلق بالشكل أخضعت الوصية والتصرفات الى ما بعد الموت الى قانون البلد الذى عملت فيه الوصية أو التصرفات فنصت على الآتى :

الميراث والوصية

« يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » ♦

ومع ذلك يسرى على شكل الوصية ، قانون الموصى ، وقت الايصاء ، أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ♦

وأخيرا قضت المادة ٢٣ بأن الاجراءات تخضع لقانون القاضى *lex fori* فنصت على أنه :

الاجراءات

« يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات » ♦

٦٨ — وأشارت المادة ٢٤ الى وجوب اتباع مبادئ القانون الدولى الخاص فيما لم يرد له نص فى المواد السابقة ♦

تنازع القوانين

٦٩ — وفيما يتعلق بقانون مجهول الجنسية أجازت المادة ٢٥ للقاضى أن يعين هو نفسه القانون الواجب التطبيق وكذا فى حالة الذين تثبت لهم جنسيات متعددة فى وقت واحد ♦

مجهول الجنسية ومتعددتها

وأضافت ان الاشخاص الذين تثبت لهم فى وقت واحد بالنسبة الى مصر الجنسية المصرية ، وبالنسبة الى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول ، فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه ♦

نطاق وقيود تطبيق القانون الاجنبى

٦٩ مكرر — وبينت المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ نطاق وقيود تطبيق القانون الاجنبى فنصت الاولى منه على أنه اذا كان القانون الاجنبى ذا شرائع متعددة فتطبيق الشريعة

التي يحددها القانون الداخلي للدولة المطلوب تطبيق قانونها ، ونصت الثانية على أن تطبيق القانون الاجنبى لا يجب أن يتعدى أحكامه الداخلية بمعنى أنه لا يشمل أحكامه التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص . واشترطت الاخيرة أن لا محل لتطبيق القانون الاجنبى اذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر .

والآن وقد بينا تطور نظرية الاحوال في مصر وانتهينا الى تحديد « الاحوال الشخصية » منها لم يبق سوى أن نتكلم عن نظرية « التكيف » التي تركت المادة العاشرة من القانون المدنى حرية تقديرها للقاضى المصرى للوصول الى القانون الواجب التطبيق .

ويهمنا قبل أن نبدأ هذا الفصل الثالث أن نبين أن موضوع هذا الكتاب قاصر على شرح الاحوال الشخصية للاجانب أما فيما عدا ذلك خاصا بالحقوق العامة المتعلقة باقامتهم المؤقتة أو الدائمة أو الدستورية الخاصة بالحريات الشخصية والفكرية والاجتماع والعمل وكذا حقوقهم الخاصة في التعامل والتجارة وشراء العقارات فكل هذا يخرج عن نطاق هذا الكتاب ويمكن لمن يريد البحث فيه الاطلاع على كتاب القانون الدولي الخاص المصرى للدكتور عز الدين عبد الله الجزء الاول (الطبعة الثانية) الفصل الثانى .

الفصل الثالث

نظرية التكيف في القانون المصرى

LA QUALIFICATION

واثرها في بعض مواد الاحوال الشخصية

الاتجاه العملى لتنازع الاختصاص

٧٠ - سبق أن تكلمنا عن الاتجاه العملى الذى اتبعه الشارع المصرى الحديث في تنازع الاختصاص وكيف أنه وضع قواعد ايجابية règles positives للقاضى لكى يخرج من ذلك البحر الخضم الذى ارتطمت فيه النظريات الفقهية العديدة عندما كانت كل منها تبحث عن أقرب الطرق لفض هذا التنازع مع مراعاة المجاملة الدولية تارة والسيادة الوطنية تارة أخرى . ومن المسائل التي احتدم فيها الجدل التي كان برتان Bartin أول من أثارها وهي التي تسمى نظرية « التكيف » (Théorie de la Qualification)

أما الشارع المصرى فقد انتحى جانبا عمليا ونص في المادة العاشرة من القانون

المدنى الجديد على أن :

« القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب التطبيق » ♦

وبالرجوع الى الاعمال التحضيرية نجد أن المشروع الاول للقانون المدنى كان يشمل فقرة أخرى استغنى عنها بحجة أنها تتناول مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد وهى :

والقانون الذى يعين ما اذا كانا الشئ عقاراً أو منقولاً هو قانون الجهة التى يوجد فيها هذا الشئ « ١ » ♦

ومن رأينا أنه كان الاولى بالشارع أن يترك هذه الفقرة على ما كانت عليه من تنازع « الاجتهاد » خاصة وأن المبدأ الذى نصت عليه هذه الفقرة قد أخذ به معظم كتاب القانون الدولى الخاص ♦

٧١ - والآن بعد أن انتهج الشارع المصرى الطريق العملى أصبح استعراض وجهات النظر المختلفة فى نظرية التكييف - مسألة لا تهم الا « تاريخ القانون » ، وإن كان هذا لا يمنعنا من الاستهداء به فى فهم معنى عبارة « التكييف » فى بعض القضايا التى تتنازع فيها القوانين ♦

٧٢ - فما هو التكييف ؟

رد يبيه ونبوايه (M.M. Pillet et Niboyet) على هذا السؤال بقولهما أن التكييف هو « الطبيعة القانونية » التى يعترف بها (القاضى) لعلاقة ما أو لنظام قانونى

Ce n'est autre que la « nature juridique » reconnue à une institution.

أما ارمانجون Arminjon فقال أن التكييف هو أن نسبغ الحياة القانونية على شخص أو شئ أو واقعة لنعين مكانه أو مكانها فى القانون « ٢ » ♦

والتعريفان يتقاربان فى معناهما ويهدفان الى غرض واحد هو فى نظرنا تحديد

(١) تراجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ص ٢٣٢ وما بعدها .

(٢) أما نص هذه العبارة كما ورد فى كتاب الدكتور وديع فرج (المرجع المتقدم) صفحة ١٢١ وما بعدها فهو الآتى :

Qualifier c'est attribuer l'existence juridique à un être, à une chose, à un fait, en les rangeant dans une catégorie juridique.

العلاقة القانونية وتمييزها عن غيرها ثم ادراجها تحت العنوان القانوني الذي يلائم طبيعتها .

رأى ارمانجون

٧٣ - هذا ويرى ارمانون أن التكيف لا تظهر الحاجة الماسة اليه الا في البلدان التي تتعدد شرائعها أو التي تكثر فيها قواعد الاسناد أو الاحالة كما هو حاصل في الامبراطورية البريطانية والولايات المتحدة في أمريكا الشمالية والمقاطعات السويسرية حيث يوجد لكل مقاطعة نظام وقوانين خاصة ، ففي مثل هذه الحالة يحدد القاضي التكيف طبقا للطريقة القانونية « الغالبة »
système juridique dominant

ولما كان ارمانجون قد تولى القضاء في مصر في المحاكم المختلطة ولاحظ تعدد القوانين في مصر بين شرعية وملية وقنصلية على أنواعها وقوانين وضعية مختلطة وأخرى أهلية فقد أفتى أن الشريعة الاسلامية هي « الغالبة » dominant ومن ثم يمكنها أن تكمل التشريع المختلط عند نقصه بارشاد القاضي عن التكيف الذي يود البحث عنه .

نقد هذا الرأي

٧٤ - وقد أخذ على هذا الرأي انه لا يعين المقياس أو المعيار الصحيح لمعرفة الشريعة « الغالبة » وتمييزها عن الشريعة « الغير غالبة » كما أن تطبيق الشريعة الغالبة في التكيف ينتهي الى أعمال هذه الشريعة نفسها على القضية التي تتنازع فيها القوانين ، ولذا فان القول بأن الشريعة الاسلامية هي التي كانت تطبق على الاجانب في مصر كان مخالفا للواقع ولروح المعاهدات التي انتهت بسن قوانين وضعية لهم على غرار القوانين الحديثة (١) .

رأى القضاء المختلط
مؤسس على قانون
القاضي

٧٥ - أما القضاء المختلط فقد أسس رأيه في « التكيف » على قانون القاضي
lex fori

وقال أن هذا القانون هو الذي يجب على القاضي أن يطبقه للتعرف على العلاقة القانونية التي أمامه سواء كانت خاصة بالاشخاص أو الاشياء أو الوقائع . وقد أخذت المادة العاشرة من القانون المدني الجديد بهذا المبدأ كما رأينا .

أمثلة

٧٦ - وطبق القضاء المختلط هذا الرأي على عدة أحوال نذكر منها الآتي في نطاق « الاحوال الشخصية » وحدها - بوصفها الموضوع الرئيسي لهذا الكتاب (أ) نصت المادة ١٩٧ من قانون قدرى باشا للاحوال الشخصية للمسلمين على

(١) وديع فرج المرجع المتقدم .

أن المصاريف اللازمة للاتفاق على الزوج والزوجة والاولاد تدفع قبل غيرها من الديون . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن هذه المسألة ليست من الاحوال الشخصية بل من الاحوال العينية *statut réel* ومن ثم فهي تخضع للقانون المختلط الذى لم يدرج فى المادة ٧٢٧ منه ديون النفقة المستحقة للزوجة ضمن الديون الممتازة «١» .

ويلاحظ الدكتور وديع فرج على الحكم الاول الذى أخذ بهذا المبدأ وهو الحكم الصادر فى ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٠٠ أنه عندما قرر أن مسألة امتياز الديون ترجع الى الاحوال العينية أشار الى القانون الدولى الخاص مع أنه كان يجب عليه مادام أنه أخذ بنظرية « قانون القاضى » (وهو القانون المختلط) أن يقتصر عليه دون غيره .

(ب) تمنح بعض القوانين الاجنبية رهنا قانونيا على أملاك الزوج لصالح الزوجة أو على أملاك الوصى لصالح القصر أو المحجور عليهم (المادة ٢١٢١ من القانون الفرنساوى) فهل يعترف القضاء المصرى بهذا الرهن ويدرج دين الزوجية أو القاصر ضمن الديون العقارية المفضلة على غيرها مما يأتى بعدها فى الترتيب ؟

أجاب القضاء المختلط على هذا السؤال بقوله أنه يكيف هذه العلاقة القانونية طبقا لقانونه المختلط *lex fori* ولما كان هذا القانون لا يعترف بهذا الرهن فيجب استبعاد الدين من فئة الديون العقارية «٢» .

٧٧ - ولكن القضاء المختلط كان قد تطرف فى رأيه وذهب الى القول بأن كل ما ينطبق عليه القانون المختلط يعتبر داخلا فى الاحوال العينية لا الشخصية وقد وصف دى روزاس هذا رأى بقوله أنه وان كان يبدو صناعيا الا أنه واضح وموجز وينهى هذا النضال القائم بين أحوال شخصية وأحوال عينية بطريقة سهلة .

٧٨ - ووصف الدكتور وديع فرج هذا التطرف بأنه غير موفق اذ أن من نصوص القانون المختلط ما هو من صميم الاحوال الشخصية كالمواد من ٢١٦ الى ٢٢٠ الخاصة بالنفقة بين الاقارب فكيف اذن يمكن اعتبارها عينية ؟

٧٩ - ويرى الدكتور وديع فرج أن القاضى فى مصر فى الوقت الذى يتحتم

تطرف القضاء المختلط
ونقد هذا التطرف

(١) استئناف مختلط فى ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٠٠ مجموعة التشريع والقضاء السنة ١٣ . صفحة ٧١ ، ٢٦ فبراير سنة ١٩١٤ - مجموعة التشريع والقضاء السنة ٢٦ صفحة ٢٥٥ .
(٢) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ التشريع والقضاء . السنة ٢٦ صفحة ١٨٢ .

عليه تخصيص المكان الاول لقانونه المعهود اليه تطبيقه لا يجب مع ذلك أن يتعد
عن الروح العام للتشريع المصرى L'esprit général de la législation égyptienne

وضرب لذلك مثلاً بالقيد الذى يفرض أحياناً على الزوج بعدم التصرف فى
مال الدوطة inaliénabilité du fond dotal فالقانون المصرى
يجهل هذا الشرط ولذا فهو لم يحدد موقفه منه وهل هو عينى متعلق بالمال وملكيته
أم شخصى وله اتصال بنظام الزوجية الخاضع له الزوجان
le régime matrimonial des époux

ويضيف الدكتور فرج أنه استهداءً بالروح العامة للتشريع المصرى التى قيدت
تصرفات الشخص فى مرض الموت تأسيساً على أن « أهليته » تعتبر غير كاملة تنتهى
بتقدير الطابع الشخصى لشرط عدم التصرف فى الدوطة لانه - هو الآخر - مؤسس
على الاهلية ومدى مايعتريها من قيد وحدوده • واستشهد الدكتور وديع فرج
بحكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ من يناير سنة ١٩١٤ « ١ » قضى بأن
مسألة عدم التصرف فى مال الدوطة يدخل فى نطاق الاحوال الشخصية وان كان قد
اعترف - فى نفس الوقت - أن القضاء المختلط لم يستقر على هذا رأى بدليل أن
محكمة الاستئناف عينها كانت قبل ذلك قد أصدرت حكماً مناقضاً لهذا الحكم
عندما قضت أن شرط عدم التصرف فى مال الدوطة لا يعمل به فى البلد الذى لا يعترف
قانونه بهذا النوع من الحجر « ٢ »

رأينا الخاص فى حالة
عدم وجود نص فى
قانون القاضى

٨٠ - على أننا نرى أن أوفق الحلول فى حالة عدم وجود نص فى قانون القاضى
يحدد علاقة قانونية معينة أن يستهدى هذا القاضى « الرأى الغالب » dominant
على حد تعبير ارمانجون لا فى التشريعات المحلية فحسب - فقد لا يوجد غير قانون
محلى واحد لمعظم البلاد - ولكن فى تاريخ التشريع المقارن للعلاقة القانونية المطلوب
منه أن يكتف وصفاً ليصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق • لان تاريخ
القانون المقارن ينبىء عن مصدره وطبيعته •

٨١ - ويقرب هذا الحل من الرأى الذى قاله الاستاذان رابيل ونونير Rabel et
Neuner فقد تكلما على « طريقة القانون المقارن » méthode de droit comparatif
تأسيساً على أن الشرائع تتقارب جميعها فى الروح وفى المصدر ولا تختلف فى حقيقة
الامر الا فى طريقة اختيار اللفظ الصحيح terminologie « ٣ »

(١) ١ مجلة التشريع والقضاء - السنة ٢٦ صفحة ١٧٨
(٢) استئناف مختلط فى ٢ من مايو سنة ١٨٩٥ - مجلة التشريع والقضاء السنة
السابعة صفحة ٢٨٢ والدكتور وديع فرج - المرجع المتقدم صفحة ١٤٠ وما بعدها .
(٣) أنظر اتين دى سازى - المرجع المتقدم صفحة ١٠٣

وفي هذا يقول رابيل أن قاعدة الاسناد لا تنصرف الى « حالة اجتماعية في القانون الوطني » تقارن بها حالات في القوانين الاجنبية ، وانما تنطبق مباشرة على ما هو مشترك بين جميع تلك الحالات «١»

هذا ويمكننا أن نوضح رأينا بأمثلة من الاقضية الحديثة للمحاكم المصرية صدرت في ظل القانون المدني الجديد .

امثلة من القضاء المصرى

٨٢ - ونبدأ بالدوحة أو البائنة فقد عرض على محكمة الاسكندرية (الدائرة التاسعة المدنية) قضية زوجين لبنانيين كاثوليكين قضت محكمة أحوالهما الشخصية المختصة (البطيركية) بالانفصال الجسماني - وعلى أثر ذلك أقامت الزوجة دعوى أمام المحكمة المدنية تطالب فيها زوجها برد قيمة الدوطة التي كانت قد سلمتها له ابّان عقد الزواج - فدفع الزوج بعدم اختصاص المحكمة المدنية لان « الدوطة » وردت ضمن مواد الاحوال الشخصية التي عدتها المادة ١٣ من قانون استقلال القضاء ومن ثم فيجب الحكم بعدم اختصاص المحكمة المدنية .

- ١ - الدوطة

ورفضت المحكمة الاخذ بهذا الرأي واعتبرت الدوطة عقدا مدنيا (وديعة) معاصرا لعقد الزواج - وذكرت المحكمة في أسباب حكمها أنها وصلت الى هذا التكييف الذي لا يوجد في القانون المدني أى نص يحدده مستهدية التاريخ التشريعي المقارن فقالت :

« حيث أنه يجب - بادئ ذى بدء - تجديد التكييف القانوني للدوطة وهل هي عنصر أو شرط أساسى لصحة الزواج فتكون من صميم مسائل الاحوال الشخصية أم أنها مجرد مسألة مالية مستقلة وخارجة عن هذا النطاق .

وحيث أنه باطلاع المحكمة على تاريخ نظام الدوطة قد بان لها أنه منقول في الاصل عن التقاليد الرومانية القديمة وفي بدء تكوين المجتمع الروماني كانت الاسرة ثابتة الدعائم ولذا كانت الدوطة تعتبر ملكا للزوج لا تنفء مصلحة الزوجة في استردادها أثناء قيام الزوجية ولهذا كانت تندمج في تركته

(١) دكتور بطرس كساب « تنازع القوانين في الزواج » نبذة ١٤٠ صفحة ١٦١ وقد اورد في الهامش النص الفرنسى للعبارة المنقولة عن رابيل وهى الاتية :

La règle de conflit ne se rapporte pas à un phénomène de la *lex fori* avec lequel ceux du droit étranger seraient à comparer, mais au contraire directement à ce qu'il y a de *commun* dans tous ces phénomènes. *Revue de D. I. Pr.* 1933, p. 22.

وتنتقل لاولاده ولكن عندما قارب الحكم الجمهورى للزوال كان المجتمع الرومانى قد بدأ فى الضعف وكثرت أحوال الطلاق والانفصال فأصبحت الزوجة فى حاجة ملحة الى حماية الشارع لها ولذلك استحدثت عادة جديدة كانت تقضى بأن يكتب الزوج صكاً مستقلاً بالدوطة لاشأن له بعقد الزواج ملتزماً بردها بوصفها « وديعة » تستردها صاحبها عند انتهاء الزوجية بطريق أو بآخر - ثم تقدم التطور فاستغنى عن هذا الصك لانه أصبح مفهوماً ومتعارفاً أن الدوطة أمانة ووديعة يحق للزوجة استردادها بمقتضى دعوى أطلق عليها اسم *rei uxoriae* حتى ولو لم يكتب بها الزوج أى تعهد خاص بردها • وأخيراً عندما زاد الترف فى عهد الامبراطورية وزاد معه الطلاق وانكمش الزواج أراد الشارع أن يساعد المرأة المطلقة على امكان الزواج من زوج آخر فأصدر فى عهد « اغسطس » Auguste القانون المعروف باسم *Julia de fundo dotali* قيد فيه حقوق الزوج فى استعمال الدوطة مشروطاً عليه أن لا يتصرف فيها أو فى بعضها الا بأذن خاص من زوجته - وقد زادت هذه القيود شدة فى عهد جستنيان Justinien « ١ »

وقد نقلت أغلب القوانين الاوروبية العصرية هذا النظام الرومانى وتبارت فى حماية حقوق المرأة فنصت جميعها - ومنها القانون الفرنسى والقانون الالمانى - على أن الدوطة ليست منحة للزوج بل هى مجرد وديعة يلتزم بردها منذ انتهاء الزواج اما بالوفاة أو بالطلاق أو الانفصال ومن هذه القوانين ما يشترط على الزوج أن يرتب نوعاً من الرهن التأمينى على أملاكه ضماناً لسداد الدوطة ومنها كالقانون الانجليزى ما يؤسسها على نوع من الاشتراط لمصلحة الغير المسمى *trust* يسمح للزوجة أن تعين شخصاً أجنبياً يلتزم الزوج برد الدوطة اليه •

وحيث أن دخول هذه التقاليد فى عادات بعض مسيحيى الشرق لا يفيد أنها تجردت عن الحكمة التشريعية التى أسست عليها ومن ثم يجب اعتبار الدوطة بالنسبة للمسيحيين التابعين للجنسية المصرية كوديعة تستغل لصالح الزوجين ما دام الزواج قائماً وترد لصاحبها عند انتهائه •

وحيث أنه ينبى على اعتبار الدوطة التزاماً مدنياً - مرده الوديعة أو

(١) يراجع كتاب « مراحل القانون » للاستاذ هنرى دوكيجس - الجزء الثانى - صفحة ١٣٣ •

Henri Decugis — Les Etapes du Droit, page 133)

عادية الاستعمال — أن تصبح المحاكم العامة
Commun مختصة بطلب استردادها » •
Les Tribunaux de Droit

الرد على أن الدوطة
وردت في المادة ١٣

٨٣ — وردت المحكمة على الحجة المؤسسة على أن المادة ١٣ من قانون نظام
القضاء قد أدرجت « الدوطة » ضمن « الاحوال الشخصية » بقولها أن المادة
المذكورة نقلت بكاملها من المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة وهذا لا يدل
حتما على أن الدوطة من المسائل الشخصية البحتة إذ أن المحاكم المختلطة كانت
مختصة بنظر المسائل المدنية كمحاكم مصرية عامة ثم أضيف إليها اختصاص الاحوال
الشخصية التي كانت للقنصليات الملغاة • ولذا كان اختصاصها بنظر الدوطة مسألة
لاشك فيها سواء اعتبرت الدوطة من الاحوال العينية أو الشخصية — ولما أراد
الشارع أن ينقل المادة ٢٩ الى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء لم يلتفت الى هذه
الناحية التاريخية فنقل المادة ٢٩ بحذافيرها « ١ » •

احكام النقض

٨٤ — ولا يفوتنا أن نذكر أن قضاء محكمة النقض والابرام المصرية استقر على
اعتبار الدوطة من الاحوال العينية لا الشخصية وان كانت لم تذهب — في أحد
أحكامها — الى نظرية التكيف أو أساسه •

وأحدث حكم أصدرته في هذا الشأن هو المؤرخ ١٢ من يونيو سنة ١٩٥٢
حيث قررت أن :

« الاتفاق على بائنة (الدوطة) بين مصريين من الاروام الارثوذكس
— هو اتفاق ذو طابع مالي يخضع لاحكام القواعد العامة فيما لا يخالف
النظام العام » ٢ » •

وهناك حكم آخر صدر في ٢٧ من مايو سنة ١٩٤٣ شرح المبدأ بطريقة جلية
فقضى بأن : —

« الدوطة ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ أن
الزواج يتم صحيحا بدونها — فإذا تعهدت الزوجة أو أحد من أهلها
« بدوطة » للزوج فلا يترتب على الامتناع عن دفعها اليه فسخ الزواج بل
يكون له فقط حق المطالبة بها على أساس أن التعهد بها يتولد عنه التزام

(١) أنظر الحكم الصادر في القضية رقم ١٦٢٧ سنة ١٩٥١ من الدائرة التاسعة
المدنية بمحكمة الاسكندرية في ٨ من مارس سنة ١٩٥٣ والمنشور في

(٢) نقض ١٢ يونيو سنة ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض المدنية — السنة الثالثة
صفحة ١١٨٧ — رقم ١٨٧

مدنى - فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق بالزواج ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية (١) •

وقد عثرنا على حكم آخر لمحكمة النقض لم يتكلم عن الدوطة بصفة خاصة بل عن « المسائل المالية المتعلقة بالزواج » بصفة عامة في قضية خاصة « بمهر » وبدل خلع بين زوجين مصريين مسلمين وقررت فيه المحكمة أن هذه المسائل المالية من اختصاص المحاكم المصرية العامة بشرطين • الاول : أن يكون الالتزام بها ثابتا أصلا ومقدارا • والثاني : أن لا يحول قانون الاحوال الشخصية حق المطالبة بها (٢) •

ويبدو لنا أن الشرط الاول لا أساس له اذ أن اختصاص المحكمة المدنية بنظر التزام معين ما مسألة تسبق البحث في طريقة اثبات هذا الالتزام لا العكس خاصة وأنه اذا كانت المحاكم العامة لاتختص بفحص اثبات الالتزام وتحديد قيمته فكيف تستطيع محاكم الاحوال الشخصية أداء هذا العمل القانونى الفنى الذى يندرج تحت قواعد الاثبات فى القانون المدنى وحده •

أما الشرط الثانى المؤسس على أن المحكمة تكيف العلاقة القانونية وفقا للقانون الواجب التطبيق فى الاحوال الشخصية فهو على عكس رأى الغالب الذى يبدأ أولا بفحص العلاقة فى ذاتها توصلا لمعرفة القانون الواجب التطبيق اذا كان أجنبيا أو محليا ولعل عذر محكمة النقض فى الحالة التى نشرحها أن القانون الواجب التطبيق الذى عرض عليها هو الشريعة الغراء لا القانون الاجنبى يضاف الى ذلك أنه - فى وقت صدور هذا الحكم - لم يكن القانون المدنى الجديد قد وضع •

٨٥ - هذا ويجب التمييز بين الدوطة والمهر • فالمهر نظام نصت عليه الشريعة الغراء واعتبرته ركنا من أركان عقد الزواج بصرف النظر عن الخلاف الذى نشب بين الائمة حول حكمته التشريعية فقال بعضهم أنه بدل الاستمتاع وقال البعض الآخر انه عطاء ولكنه عطاء لا بد منه لتكوين العقد وهذا تأسيسا على الآية الكريمة « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقال البعض الثالث ان المهر يجمع بين صفة البدل والعطاء أو الهدية (٣) •

(١) نقض ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ - مجموعة محمود عمر - الجزء الرابع - صفحة ١٧٠ رقم ٦٤ - أنظر أيضا محاماة السنة السادسة والعشرون صفحة ١٠١ رقم ٤٥ .
(٢) نقض ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ - مجموعة أحكام النقض المدنية لمحمود عمر - الجزء الثانى صفحة ١٧٨

(٣) أنظر الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للاستاذ المرحوم معوض محمد مصطفى سرحان صفحة ١٨٢ وما بعدها (١)

٨٦ - أما الشريعة الموسوية فقد ميزت بين المهر وبين نوع واحد من أنواع الدوطة وقالت ان المهر هو ما يدفعه الزوج نقدا للزوجة ثمنا لبكارتها وجرى العرف على النص عليه في عقد الزواج المسمى « كنباه » .

وقد عثرنا على حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ من يناير سنة ١٩٢٦ قالت فيه انه اذا أحضرت الزوجة الى منزل الزوجية الاثاثات والمفروشات ونص عليها في عقد الزواج أمكنها استرداد هذه لامتعة بوصفها ملكا خاصا للزوجة لا يختلط مع منقولات الزوج أما اذا أغفل ذكرها في « الكنباه » (أو عقد الزواج) فالقرينة هي أنها ملك للزوج حتى اثبات العكس « ١ » .

- ٢ -
شرط عدم التصرف
في تراث الاسرة

٨٧ - والمثل الثاني خاص ببعض وصايا الاجانب التي تنظم طريقة معينة للتوريث فقد يمتد من طبقة الى طبقة مشترطة عدم التصرف اما بصفة مؤبدة تنتهي بجهة خيرية أو الى طبقة معينة ثانية أو ثالثة أو رابعة حفظا لتراث الاسرة كله أو بعضه ويطلق القانون الفرنسي على هذا النوع من التوريث الارادى عبارة substitution Fidéicommissaire أى الاحلال مع الاشتراط لمصلحة الغير - وهو نظام يشبه الوقف في بعض نواحيه وليس له مثيل في القانون المصري خاصة بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ألغى الاوقاف - ومن ثم فان « تكييف » هذه العلاقة القانونية لا يجد له ، عملا بالمادة العاشرة من القانون المدني ، ما يساعد القاضى المصرى على العثور عليه طبقا لقانونه الخاص .

وقد عرضت على دائرة الاحوال الشخصية للاجانب بمحكمة الاسكندرية الابتدائية قضية من هذا النوع نوجز وقائعها في أن رجلا يونانيا كتب وصية في سنة ١٨٨٥ أوصى فيها بأملكه العقارية والمنقولة الى ابن أخيه لانه لم يكن له عقب واشترط في الوصية أن لا يتصرف ابن أخيه في العقارات بل ينتفع بها فقط ثم بعد وفاته ينتقل هذا الانتفاع الى أكبر أبنائه ثم أكبر أبناء هذا الابن وهكذا ... احتفاظا بتراث الاسرة من أن يبعثر ويتوزع وكانت هذه العقارات أطيان زراعية موجودة في مديرية الشرقية . وبعد وفاة هذا الموصى انتقل الارث لابن الاخ الموصى له محملا بشرط عدم التصرف وتوفى هذا الاخير في سنة ١٨٩٥ فانتقل ارثه طبقا للوصية نفسها الى أكبر أبنائه فيما يتعلق بالعقارات سالفة الذكر مثقلا بنفس الشرط ثم بعد وفاة هذا الابن الاكبر في سنة ١٩٥٠ انتقلت التركة الى أكبر أبنائه أيضا .

ولكن هذا الاخير تقدم بطلب لمحكمة الاحوال الشخصية يقول فيها أن القانون اليونانى الجديد الصادر فى سنة ١٩٤١ النى شرط عدم التصرف وحصره فى طبقة واحدة وأن المادة ٢٠٠٩ حددت الاشخاص الذين يمكن أن ينتفعوا بشرط عدم التصرف فى طبقة واحدة فى حين أن المادة ٩٥ سمحت بالاثـر الرجعى لإبطال الشرط بعد أن نصت على حماية من يكون على قيد الحياة من المشروط لهم فى ظل القانون القديم • ولما أرادت المحكمة أن تكيف هذا النوع من الوصية بما فيها من شرط يمنع التصرف وآخر يحدد الارث فى طريق معين لم تستطع اعتباره « وقفا » طبقا للقانون المصرى (قبل الغاء الاوقاف) لانها عندما مالت الى هذا الوصف اصطدمت بنص المادة ٨٢٣ من القانون المدنى الجديد التى تبطل شرط عدم التصرف وأخيرا اضطرت أن تلقى على التكيف المطلوب منها ضوءا من تاريخ التشريع المقارن انتهى بها الى القول بأنه فى ابان عهد الاقطاع فى أوربا أراد الاقطاعيون أصحاب الالقاب المحافظة على القاب الاسرة وتراثها المالى فكانوا يعملون الوصايا والهبات محملة بشرط منع التصرف وتحديد توريث المنفعة فى الابن الاكبر ثم ابنه الاكبر وهكذا ولكن عندما قامت الثورة الفرنسية صدر القانون المؤرخ ٢٥ من اكتوبر و١٤ من نوفمبر سنة ١٧٩٢ فألغى هذا التوريث بالاحلال مع شرط عدم التصرف المسمى substitution Fidéicommissaire وسارت المادة ٨٩٦ من قانون نابوليون على منهج هذا القانون ولكن المادة ١٠٤ منه عادت وأجازت هذا الاحلال مع الشرط لصالح طبقة واحدة فى حين أن المادة ١٠٤٨ حددت الاشخاص الذين ينتفعون بالشرط وحددتهم بأولاد المنتفع وفى حالة وفاته بدون عقب لصالح اخوته واخواته •

واستطردت المحكمة تقول ان القانون الايطالى القديم الصادر فى سنة ١٨٦٥ كان متشددا أيضا فى 'إبطال الشرط والاحلال معا ولكن هذا القانون تعدل فى سنة ١٩٤٢ وأجازهما فى حدود معينة لصالح أولاد المنتفع • أما القانون الكندى فتسامح فى طبقتين •

وانتهت المحكمة من هذا الاستعراض المقارن بأنها أمام حالة من هذا النوع كان مسموحا بها فى القوانين اليونانى القديم ثم حصرها القانون الجديد فى طبقة واحدة ولصالح فريق معين من الاقارب وبهذا أصبحت منسجمة مع المادة ٨٢٣ من القانون المدنى المصرى الجديد وهى لا تبطل الوصية بل الشرط وحده ومن ثم فلا محل للحكم بالغاء الوصية الاصلية المحررة فى سنة ١٨٨٥ وبهذا لا يستطيع الورثة الشرعيون للموصى الاول (المتوفى فى سنة ١٨٨٦) مزاحمة الجيل الرابع الحالى من الموصى اليهم اذ أن هذا يتنافى مع الحقوق المكتسبة وعدم رجعية القوانين

على الماضي الا في الحدود الضيقة التي رسمتها المادة ٩٥ من القانون اليونانى «١»

٨٨ - ويبين من أسباب هذا الحكم أن المحكمة عندما أرادت أن تكيف العلامة القانونية طبقا لقانونها عملا بالمادة العاشرة منه ولم يسعفها هذا الحل ذكرت صراحة أنها تستهدي روح التاريخ المقارن أو كما يسميها Rabel
La méthode de droit comparatif

وعبر عن فكرته بالجملة الآتية :

La règle de conflit ne se rapporte pas à un phénomène de la *lex fori* avec lequel ceux du droit étranger *seraient à comparer* mais au contraire directement à ce qu'il y a de *commun* dans tous les phénomènes.

أى أنه لا يكفى أحيانا مقارنة حالة معينة في قانون القاضى مع حالة قد تكون مماثلة في القانون الاجنبى • بل يجب اجراء المقارنة مع كل ما هو عام ومشترك commun في الحالات المماثلة «٢» •

هذا وهناك أمثلة أخرى في القضاء المصرى خاصة بأنواع أخرى ليظريه التكيف نذكرها على سبيل الايضاح وان كانت القاعدة التى عرضناها الآن والخاصة بالاستهداء بتاريخ التشريع المقارن أو « بطريقة » هذا التشريع *méthode* كما قال رابيل (Rabel) لم تكن محلا للبحث في هذه الامثلة الاخرى •

الهبة :

٨٩ - هنا أعلن القانون المدنى الجديد فى المادة ١٤ من قانون نظام القضاء أنه خالف قاعدة التكيف التى وضعتها المادة العاشرة من القانون المدنى فنص على أنه بالنسبة لغير المصريين فان « قانونهم » هو الذى يفصل فيما اذا كانت الهبة من الاحوال الشخصية أو العينية •

الهبة لغير المصريين

ومعنى ذلك أن الشارع أسند التكيف الى القانون الاجنبى الواجب التطبيق دون أن يفصح عن هذا القانون وهل هو قاصر على قانون الواهب أى أنه يشمل أيضا قانون الموهوب له •

واذا رجعنا الى لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة باتفاقية مونترو بوصفها المصدر التشريعى الاول للاحوال الشخصية بالنسبة للاجانب نجد أن المادة ٢٩ منها

(١) حكم دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الكلية الصادر بتاريخ ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ٩٥٦ سنة ١٩٥٣ • وانظر أيضا البند ٨١ من هذا الكتاب والهامش •

(٢) مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٩٣٥ صفحة ٢٢

كانت تنص على أن الهبة تخضع لقانون جنسية الواهب وقت الهبة .

٩٠ - ولم يتكلم أحد النصين عن « هبة المنقول » وهل هي تخضع لقانون جنسية الواهب كذلك أم للقانون المحلى

ومن رأينا أن المقصود « بالهبة » في صدد الاحوال الشخصية للاجانب (أو غير المصريين) هو الهبة العقارية لاهبة المنقول اذ أن هذه الاخيرة تتم بالقبض ويستطيع الموهوب له أن يحتوى دائما بقاعدة « حيازة المنقول سند الملكية » En fait de meubles, possession vaut titre وهي قاعدة تكاد تكون عامة في القوانين كلها .

٩١ - أما هبة العقار فقد اختلفت الشرائع في تحديد مركزها في القانون فمنها - كالقانون الفرنسى - ما يعتبرها مسألة عينية تخضع للقانون المحلى ومنها - كالقانون الايطالى - ما يعتبرها شخصية تخضع لقانون الواهب .

وسبب اعتبارها شخصية في بعض القوانين يرجع الى الرغبة في الحد من حرية الواهب حماية لحقوق ورثته ولأن الهبة على اتصال وثيق بعلاقات الاسرة ونظام الارث خاصة وأن السواد الاعظم للهيئات العينية يعمل لصالح « موهوب له » من أعضاء الاسرة « (١) » .

٩٢ - على أنه كيفما كان الامر في تحديد مركز الهبة في نظرية الاحوال بالنسبة لغير المصريين فما لاشك فيه أن القانون المصرى أسند التكييف الخاص بهذا التحديد الى القانون الشخصى (أو قانون جنسية) الواهب الاجنبى ونرى أنه لا محل للبحث عن قانون « الموهوب له » لأنه لو كان الشارع المصرى قد قصد أن يغير ما كان قد اتفق عليه في هذا الشأن مع الدول الاجنبية العديدة التى عقد معها معاهدة موترو وكانت لائحة تنظيم المحاكم المختلطة الملحقه بها قد نصت على أن القانون الاجنبى قاصر على قانون الواهب - لو كان الشارع قد قصد مخالفة هذا الرأى لاغتنى أن يبرز هذه المخالفة بطريقة جلية في نص المادة ١٤ من قانون نظام القضاء . ولكنه لم يفعل شيئاً من ذلك وأطلق عبارته عندما قال :

« تعتبر الهبة بالنسبة الى غير المصريين من الاحوال الشخصية اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » .

٩٣ - ومعنى هذا أن قانون الواهب هو الذى يحدد ما اذا كانت الهبة من الاحوال العينية أو من الاحوال الشخصية بل يحدد كذلك الزمن الذى يطبق فيه

(١) دكتور عز الدين عبد الله - القسم الاول من الجزء الثانى لكتابه « القانون الدولى الخاص المصرى » نبذة ١١٨ وما بعدها .

على الهبة وهل هو وقت حصولها أم وقت وفاة الواهب — ولعل الشارع المصرى قد قصد بهذا الوضع مجازاة المادة ١٤ من القواعد العامة للتقنين المدنى الايطالى الجديد الذى نص على أنه « يسرى على الهبات قانون الواهب » دون أن يحدد زمن هذا السريان هل هو وقت الهبة أو وقت وفاة الواهب •

الهبة بالنسبة
للمصريين

٩٤ — أما الهبة بالنسبة للمصريين فقد نصت عليها المواد من ٤٨٦ الى ٥٠٤ فى القانون المدنى الجديد — ولا يحتاج القاضى فى التعرف على قصد الشارع فى هذه المواد الى أكثر من الرجوع الى الاعمال التحضيرية للقانون وما ينسجه حولها القضاء من خيوط خبرته وتقديره وما يستلهمه من قواعد العدالة •

حكم محكمة النقض
المصرية

٩٥ — ومن أمثلة ذلك ما قضت به حديثا محكمة النقض والابرار المصرية فى ٥ من ابريل سنة ١٩٥١ من أن الهبة :

(١) « ليست كلها من الاحوال الشخصية ولا هى كلها من الاحوال العينية اذ أنها محكومة بقانونين : —

(الاول) القانون المدنى فيما أورده من أحكام لها بالذات مكمله بالاحكام العامة للالتزامات •

و (الثانى) قانون الاحوال الشخصية فى غير ذلك من مسائلها •

والقانون المدنى — على خلاف الشريعة الاسلامية — لم يشترط القبض لانقضاء الهبة المفرغة فى محرر رسمى أو فى صورة عقد آخر •

ومن ثم فلا محل للطعن على الحكم الذى قضى بصحة الهبة على هذين الصورتين دون أن يتعرض للشريعة الاسلامية خاصة اذا كان الطاعن قد قصر نزاعه على القبض وشروطه وهو ليس بلازم لصحة انعقاد الهبة قانونا « ١ » •

٩٦ — ونعترف أننا لم نفهم ماذا تقصده محكمة النقض من قولها « المسائل الاخرى » الخاصة بالهبة التى تدخل فى الاحوال الشخصية ولعل المحكمة أرادت الاشارة الى المادة ١٤ من قانون نظام القضاء الذى يخضع الهبة بالنسبة لغير

(١) مجموعة الاحكام الصادرة من محكمة النقض (الدائرة المدنية) السنة الثانية صفحة ٥٧٣ رقم ٩٦ وقد تصرفنا قليلا فى نقل المبدأ لانه على وضعه المكتوب فى المجموعة غير واضح تماما •

المصريين « لقوانينهم » الشخصية كما سلف القول .

٩٧ - وتكلم الحكم نفسه عن هبة المنقول وكيف أنها تتم بدون القبض دون أن تختلط بوصية مستترة فأضاف المبدأ الآتى :

(٢) اذا كانت هبة المنقول مستترة في صورة عقد بيع فانه يكفى لانعقادها وانتقال ملكية المنقول الموهوب مجرد تلاقى الايجاب والقبول في صورة عقد البيع الذى اختاره الطرفان لستر الهبة دون حاجة الى تسليم الشيء الموهوب ولا يغير من هذا النظر وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة نية المتصرف - واذن فتى كان الحكم اذ قضى برفض الدعوى التى أقامها مورث الطاعن بطلب بطلان عقد بيع المنقولات الصادر الى المطعون عليها الثانية على أساس أن العقد فى حقيقته وصية قد أقام قضاءه على أن التصرف هو هبة مستترة فى صورة عقد بيع فان تحدث الحكم عن توافر ركن القبض فيها يكون زيادا لا يضره الخطأ فيه .



الوصية

الوصية
بالنسبة للمصريين

٩٨ - أما فيما يتعلق بعلاقة الوصية بنظرية التكييف فسنبين ملاسباته بعد أن نشرح مركزها بالنسبة للمصريين الغير مسلمين . فقد سبق أن تكلمنا فى الفصل الثانى من هذا الكتاب عن وصية المصرى غير المسلم وكيف أن محكمة النقض والابرار اعتبرتها - بحكمها الصادر فى ٢١ من يونيو سنة ١٩٣٤ «١» خاضعة للشريعة الاسلامية مفسرة عبارة « قانون الملة » التى وردت فى المادتين ٥٤ ، ٥٥ من القانون المدنى الملغى بأنها تعبر عن القانون المحلى

وبالنسبة للاجانب

٩٩ - هذا بالنسبة للمصريين أما بالنسبة للاجانب فقد كانت المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو قد نصت على « أن الميراث والوصية يخضعان لجنسية المتوفى » .
وأخذت المحكمة المختلطة بهذا المبدأ فقضت بالنسبة لوصية مصرى مسيحي بأن القانون الواجب التطبيق هو قانونه الدينى لا الشريعة الاسلامية كما سلف القول تأسيسا على أن المبدأ التشريعى لا يتجزأ فيطبق على فريق من السكان دون فريق آخر «٢» .

(١) محاماه رقم ٤٤ قسم أول صفحة ٨٧ السنة الخامسة عشر - الجدول العشرى الثانى صفحة ٤٩٠ رقم ٣٢٧٧ .
(٢) أنظر نبذة ٤٣ وما بعدها من هذا الكتاب .
(٣) قضية ورثة جريس - مجلة التشريع والقضاء سنة ٥٥ صفحة ١١ .

١٠٠ - وأزاء هذا التنافر القضائي بين حكم محكمة النقض المصرية والمحاكم المختلطة تدخل الشارع وناصر محكمة النقض معدلا المادتين ٥٤ ، ٥٥ من القانون المدني القديم بما يفيد أنه بالنسبة للمصرى غير المسلم تعتبر الشريعة الإسلامية قانونا إقليميا loi etrritoriale فيما يخص الميراث والوصية وذلك بمقتضى القانونين رقم ٢٥ ، ٢٦ لسنة ١٩٤٤ •

ونضيف الآن أن الشارع أصدر بعد ذلك القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ للوصية ثم القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالارث وبهذا حسم النزاع فيما يختص بالمصريين غير المسلمين •

١٠١ - أما بعد إلغاء المحاكم المختلطة والقنصلية في ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ فقد أصدر الشارع المصرى القانون المدني الجديد وهو قانون اقليمى يسرى على الاجانب والمصريين فنص في المادة ١٧ منه على أنه يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته •

١٠٢ - والمسألة لاصحوبة فيها بالنسبة للاجانب اذ أن هذا الوضع مطابق لما كانت قد نصت عليه المادة ٢٩ من لائحة تنظيم ترتيب المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو •

أما بالنسبة للمصريين غير المسلمين فظاهر أن المادة ١٧ أتت على تقيض القانون رقم ٢٥ ، ٢٦ لسنة ١٩٤٤ الذين عدلا المادتين ٥٤ ، ٥٥ من القانون المدني القديم ونصا على « القانون المحلى » (أى الشريعة الغراء) •

فهل يفهم من هذا أن المادة ١٧ من القانون المدني الجديد قد ألغت القانونين سالفى الذكر المعدلين للمادتين ٥٤ ، ٥٥ من القانون المدني القديم ؟ •

١٠٣ - أن مجرد القاء السؤال يغنى عن الجواب فالقانونان ٢٥ ، ٢٦ سنة ١٩٤٤ عدلا نصين فى القانون المدني الملغى ولذا فقد أصبحا ملغيين هما أيضا عملا بالمادة الاولى من القانون (رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨) الخاص باصدار التقنين المدني الجديد •

ولكن لا هذا ولا ذاك تعرض لقانون الارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أو لقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، ومعنى ذلك أن هذين التشريعين ما زالا قائمين بالنسبة لسكان مصر من المصريين - مسلمين أو غير مسلمين •

أما بالنسبة للاجانب و « غير المصريين » (على وجه العموم) فقد وضعت

المادة ١٧ من القانون المدنى الجديد قاعدة الاسناد التى المحنا اليها الآن والتى
سنبحثها فى الجزء الثانى ابتداء من البند ٣٤٣ •

شكل الوصية
والتكليف

١٠٤ - هذا وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧ على أن شكل الوصية التى
يعملها الموصى الاجنبى تخضع لقانونه وقت الايضاء أو لقانون البلد التى عملت فيه
فاذا كان هذا الاخير هو القانون المصرى طبق القاضى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦
وهنا تلعب نظرية « التكليف » دورا هاما فى الوصية « المستورة » حاول معه
القضاء المصرى أن يضع له بعض المقاييس ليميز مثلا بين وصية مستورة أو هبة
مستور أو ما شاكل ذلك •

ومن الامثلة التى تثبت مدى تضارب أحكام القضاء فى هذا الشأن نكتفى بأن
نذكر أن محكمة النقض والابرام قضت بتاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٣٢ أن عقد البيع
مع احتفاظ البائع صراحة بحق الانتفاع مدى حياته يعتبر هبة مستورة فى شكل
عقد بيع « ١ » فى حين أن محكمة استئناف مصر كانت قد قضت فى ١٧ من مارس
سنة ١٩٣٦ أن استمرار وضع يد البائع على العين المبيعة حتى وفاته بالرغم من البيع
يدل على أن نية البائع كانت « وصية » « ٢ » •

وقد أتى الدكتور محمد كامل مرسى بأمثلة أخرى عديدة « ٣ » •

تداخل القانون المدنى
الجديد

١٠٥ - وأزاء هذا التضارب تداخل القانون المدنى الجديد فى الامر وأراد أن
يحسم هذا النزاع فى التكليف فنص فى المادة ٩١٧ منه على « قرينة » جديدة هى
أنه اذا كان التصرف من شخص لآخر ورثته مع احتفاظه بجزء العينة فيفترض فى
التصرف أنه مضاف الى ما بعد الموت ومن ثم تسرى عليه أحكام الوصية الا اذا قام
الدليل على عكس هذه القرينة •

بعض أمثلة أخرى فى
التكليف

١٠٦ - وقد يستعصى الامر بالنسبة للوصية وتكليفها فى خارج نطاق عقود البيع •
مثال ذلك :

حرر مورث لزوجته اقرارا بدين وذكر فيه أن المبلغ المحرر به السند هو نتيجة

(١) مرجع القضاء رقم ٤٥٦٣ محاماة ١٣ صفحة ١٥٥ •

(٢) محاماة ٨ رقم ٤٦١ صفحة ٧٥٩ - مرجع القضاء ٤٦٢ •

(٣) الوصية للدكتور محمد كامل مرسى رئيس مجلس الدولة السابق نبذة ٦١
وما بعدها •

ما ظهر بذمته بالمحاسبة التي تمت بينهما على ما كان يفترضه منها ولم تتمسك الزوجة بالسند الا بعد وفاة زوجها - ولما أرادت المحكمة أن تكييف هذا السند قالت أنه ليس بوصية لأنه ليس فيه اشارة الى التملك المضاف الى ما بعد الموت وليس بهبة باطله بسبب عدم القبض لان القبض ليس من متمات الهبة المستورة في شكل عقد آخر - بل هو عقد قرض وقرار بدين مع التعهد بوفائه وقت الطلب «٤»



التمييز بين
التفسير والتكييف

١٠٧ - ويختلف الامر أحيانا بين التفسير interpretation والتكييف qualification ورأت محكمة النقض أن تفسير العقد مسألة موضوعية ليس لها أن تراقبها أما اذا أدى هذا التفسير الى اعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً qualification فلها أن تتدخل لتصحيح الخطأ • وطبقت المحكمة هذا المبدأ في حالة جد باع الى حفيده قطعة أرض ونص على أن البيع قطعي في مقابل ثمن قدره كذا قبضه من البائع وأن المشتري استلم الارض وسجل العقد تسجيلاً تاماً ولكن البائع استمر - في حقيقة الامر - واضعاً يده على الاطيان • ونشب النزاع بين الجد وحفيده فدفع الاول أن العقد وصيته وأنه كان قد حصل على ورقة ضد وضاعت منه • وأخذت المحكمة بهذا الدفع وارتكنت على الظروف التي لا يست تحرير العقد وحالة البائع وظروف المشتري ومركزه بالنسبة الى البائع وبقاء العين تحت يد صاحبها •

أما محكمة النقض فقد رأينا في البند ١٠٤ أنها اعتبرت أن التكييف الصحيح للعقد - في هذه الظروف نفسها - هبة منجزة مستترة في صورة عقد بيع ولو لم تكن بعقد رسمي وأن المسألة مردها التكييف لا التفسير «٢» •

رأى الدكتور الشيتي

١٠٨ - والراهن أن مسألة التمييز بين التفسير والتكييف أمر جد عسير • وقد وضع الدكتور أحمد زكي الشيتي في رسالته عن تكييف العقد Essai sur la Qualification des Contrats خطة عملية توجز في أنه يتعين على القاضي أن يتعرف على نية الطرفين بالنسبة للهدف العملي الذي قصدا تحقيقه les buts pratiques qu'ils poursuivent

وهذا يتطلب من شراح القانون ورجال الفقه أن يقسموا العقود طبقاً لاهدافها

(١) استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - محاماة ١٣ صفحة ١٠٠٩ - مرجع القضاء ٥٢٢٨ •

(٢) نقض ٢ من يونيو سنة ١٩٣٢ - مجموعة القواعد القانونية رقم ٥٣ ص ١١٨ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٧ رقم ٥١ المجموعة ٣٢ ص ٥٠٨ المحاماة ١٣ ص ١٥٥ - والدكتور محمد كامل مرسى في الوصية صفحة ٨٦ •

العملية الى أجناس genre ثم الى أنواع espèce وبهذا يصلوا الى التكييف الصحيح في العقد في مكانه المطابق للهدف العملى الذى اتجهت اليه نية الطرفين «١»

١٠٩ - ونرى أن رأى الدكتور احمد الشيتى وان كان نافعا في العقود المدنية والتجارية الا أنه محدود الاثر في مسائل الاحوال الشخصية لانها محصورة في نطاق ضيق وليست كالعقود المدنية والتجارية التى تتشابه وتختلط عناصرها كعقد المقاولة مثلا contrat d'entreprise فقد تكون المقاولة لبناء منزل أو فى اصلاح أرض أو اقامة كوبرى كما أنه توجد مقاولة فى النقل البرى أو البحرى أو الجوى • وهذا بخلاف أن بعض الاعمال المسرحية والسينمائية والتعاقد بشأنها مع الممثلين والمخرجين وأصحاب المسارح وما الى هذا قد يعتبر مقاولة كذلك • ولذا فإنه عملا برأى الدكتور الشيتى يتعين على الشارع أو رجال الفقه أن يضعوا أولا العقد المدنى أوالتجارى فى المكان الخاص به بين العقود الاخرى التى من نفس «الجنس» genre ليسهل على القاضى بعد ذلك أن يحدد نوعه espèce وبهذا يصل الى التكييف الصحيح •

أما بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية فهى محدودة النطاق ومحصورة ولذا فإن القواعد التى استعرضناها الآن الخاصة بتكييفها لاتحتاج الى أكثر مما قلناه بشأنها وعلى الاخص الاستهداء بروح القانون المقارن وتطور «التاريخ التشريعى» للوصول الى ينبوع الاصلى للعلاقة القانونية المطروحة على القاضى كما رأينا ذلك فى حينه •

الفصل الرابع

موانع اعمال القانون الاجنبى

المادة ٢٨ مدنى

١١٠ - نصت المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه :

« لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر •

فما هو اذن « النظام العام » الذى قد يقف حائلا دون تطبيق قانون أجنبى وما هى مقاييسه ؟

(١) الدكتور أحمد الشيتى - المرجع المتقدم صفحة ٧٧ نبذة ٤٥ •

وقبل أن نرد على هذا السؤال يتعين أن نبين أنه يوجد هناك مانع آخر يمنع من أعمال القانون الاجنبى - وهذا لم تنص عليه المادة ٢٨ وانما أخذت به كل أقضية المحاكم فى كل بلدان العالم ومنها مصر ووافقها أساتذة القانون الدولى الخاص • وهذا المانع هو « التحايل على القانون » أو محاولة ادخال الغش عليه وهو المسمى

Fraude à la loi

وسنبداً بالتكلم عن المانع الاول ثم نتلوه بالثانى

(١) النظام العام Ordre Public

١١٢ - قد يرى القاضى الذى يريد أن يطبق قانوناً اجنبياً أنه غير مرتاح لهذا التطبيق لانه يشعر أنه يصدم الاحساس العام أو يتنافر مع الاوضاع الاجتماعية - وعندئذ يقرر القاضى أن هذا التطبيق « غير مقبول » inadmissible لمخالفته « للنظام العام » وقد عبر الاستاذ هنرى باتينول Henri Batiffol وهو من أساتذة القانون الدولى الخاص الحديثين عن هذا الشعور عند القاضى بهذه العبارة :

Le juge repousse la loi (étrangère) dont le contenu se révélerait inadmissible.

ويستخلص من ذلك أن « النظام العام » هو الفكرة أو النظام الاجتماعى الذى يوحى الى القاضى بأن أعمال القانون الاجنبى أمر غير مقبول • وبطبيعة الحال كان « النظام العام » يختلف ويتطور فى دولته عن أخرى ومن عصر أو جيل لعصر أو جيل آخر لانه مقياس لحساسية المجتمع •

١١٣ - وفى القرون الوسطى كان بارتول Bartole يفرق بين « الاحوال القبيحة » statutes odieux والاحوال الملائمة statutes favorables وكان يدرج فى الاولى القانون الاجنبى الذى ينص على عدم أهلية النساء للارث • وفى القرن الثامن عشر استعمل بويه Bouhier عبارة « قوانين تعسفية أو متشددة » lois exorbitantes لبعض القوانين الاجنبية التى لايجوز تطبيقها - وفى أحيان أخرى كان يستعمل عبارة « manifestement injustes » أى القوانين التى تكون ظاهرة الظلم أو عدم الانصاف • ونذكر أن الاستاذ سافينى Savigny كان قد بنى نظريته فى تنازع القوانين على « روح الجماعة القانونية » communauté juridique التى قال أنها الطابع العام للبلاد التى أسست مدنيته على المسيحية والقانون الرومانى - وقد أخذ عنه بارتان Martin هذا رأى ليقول أن النظام العام فى البلاد الداخلة فى هذه الجماعة متشابه ومتجانس نظراً لخضوعه لروح واحدة ومدنية واحدة - وأن ما خالف هذه الروح يعتبر قد خالف « النظام العام » •

أما بويه ومانشينى Pillet et Mancini وهما من أنصار شخصية القوانين فقد

تعريف النظام العام

بعض الاوصاف
الاخرى

رأيا أن يطلق عبارة « النظام العام » على كل الانظمة والقوانين التى لا تدخل فى نطاق القوانين الشخصية ومعنى ذلك أن النظام العام يختلط فى نظرها مع «القوانين الأقليمية» التى لا مفر من تطبيقها حتى لو تنافرت مع القانون الاجنبى الشخصى • ولما كانت القوانين العينية lois réelles والقوانين الجنائية والقوانين الخاصة بشكل العقود لها طابع اقليمى فقد كانت فى نظرها تعتبر من «النظام العام»

وينتقد باتيفول هذا رأى بحق قائلا أن القضاء الفرنسى عندما كان يرفض تطبيق القانون الانجليزى الذى كان يحرم تثبيت النسب للاولاد الطبيعيين la légitimation des enfants naturels لم يكن يعتبر تصحيح هذا النسب ذا طابع اقليمى حتى يعامل على قدم المساواة مع القوانين الجنائية «١» ومن ثم تعتبر مخالفته مجافية للنظام العام •

تطور فكرة النظام العام

١١٤ - ومن الامثلة لتطور فكرة « النظام العام » طبقا لتطور روح المجتمع يمكننا أن نذكر أن القاضى الفرنسى كان يرفض تطبيق القوانين الاجنبية التى تجيز التطليق أو القوانين التى تسمح لصبي أو أمه باقامة الدعوى لاثبات الابوة la recherche de la paternité بعد فوات ميعاد معين •

ولكن هذه الحالة بدأت تتغير من سنة ١٨٨٤ وما حلت سنة ١٩١٢ حتى تلاشى الحظر على اقامة الدعوى الموصلة الى الاقرار بالابوة واثباتها

ويمكننا أن نضيف مثالا آخر حديث العهد وهو أن القوانين الالمانية فى عهد هتلر كانت لا تطبق القانون الاجنبى الذى كان يجيز زواج ألماني أو المانية بشخص ملون أو ينتمى الى دولة عربية ويبدو لنا أن هذا القيد أصبح غير قائم الآن بعد أن زالت الدولة الهتلرية وزالت معها نظرياتها فى ترتيب الاجناس •

امثلة من النظام العام الذى لا يتغير

١١٥ - ولكن هناك أحوال مازال النظام العام متشددا فى عدم السماح بها رغم مرور الاجيال عليها ، من ذلك :

(١) عدم اعتراف القاضى المصرى بزواج مسلمة بغير مسلم حتى ولو كان الزواج قد تم صحيحا فى بلد الاجنبى • وقد عثرنا على حكم بهذا المعنى مؤرخ ١١ يونيو سنة ١٩١٣ أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة فى قضية أميرة مصرية تزوجت بروسى أرثوذكسى فى روسيا وارتكنت فيه على المادة ١٢٢ من قانون

(١) انظر حكم ٢٣ من نوفمبر سنة ١٨٥٧ المنشور فى دالوز العمل سنة ١٨٥٧ الجزء الاول صفحة ٤٢٣ وهنرى بانيفول المرجع المتقدم •

قدرى باشا للاحوال الشخصية للمسلمين وأستت عليه عدم اكتساب الزوجة المصرية لجنسية زوجها الروسية لعدم وجود هذا الزواج قانونا «١»

(٢) عدم اعترا ف البلاد المسيحية بالزوجة الثانية أو الثالثة لرجل مسلم — فاذا تزوج جزائرى أو مصرى أو مراکشى مسلم امرأتين وأقام معهما فى فرنسا مثلاً ثم توفى فيها فلا يعترف القاضى الفرنسى بالزوجة الثانية كزوجة ووارثة

ولعل فى هذين المثلين مايكفى لفهم الوصف الذى يطلقه باتيفول على « النظام العام » عندما قال أن القانون الاجنبى الذى يمتنع القاضى عن تطبيقه هو القانون المخالف « للسياسة التشريعية. » la politique législative للدولة التابع لها هذا القاضى «٢»

١١٦ — ولكن ما حكم الحقوق المكتسبة فى الخارج وفقاً للقانون الاجنبى الذى يرفض القاضى أعماله ؟

الحقوق المكتسبة

مثال ذلك — عندما كانت فرنسا قبل سنة ١٨٨٤ لاتجيز التطبيق فى قانونها المدنى ولا تقره القوانين الاخرى — فهل كان يسمح للشخص الذى طلق من زوجته فى الخارج بأن يتزوج فى فرنسا بفرنسى أو بفرنسية تأسيساً على أنه اكتسب حق التطبيق فى الخارج ؟ • رد الفقه الفرنسى على هذا السؤال بالاجاب • وكذلك الحال بالنسبة للزوجة الثانية لرجل جزائرى مسلم تزوجته فى الخارج فهى تستطيع مطالبته بالنفقة فى داخل فرنسا لانها اكتسبت حق الزوجية فى خارج فرنسا •

١١٧ — ويقول الاستاذ باتيفول أن هذا الوضع الخاص « بالحق المكتسب » لايعتبر اقصاءً أو استثناءً من قاعدة النظام العام بل هو مجرد تخفيف لها effet atténué بدليل أن هناك أحوال أخرى مؤسسة على الحق المكتسب فى الخارج رفض القاضى الفرنسى الاعتراف بها وضرب لذلك مثلاً استقاه من القضاء الفرنسى وهو خاص بأسطول تجارى روسى يدعى La Ropit كانت الحكومة الروسية قد استولت عليه بطريق نزع الملكية العامة لتؤممه دون أن تدفع تعويضاً عنه لاصحابه ولجأ الاسطول الى ميناء مرسيليا فلما طالبت الحكومة الروسية بتسليمه رفضت المحاكم الفرنسية هذا الطلب بحجة أن استيلاء الحكومة الروسية عليه فى

الاثر المخفف
لنظام العام

(١) استئناف الاسكندرية المختلطة ١١ من يونيو سنة ١٩١٣ — مجلة التشريع والقضاء سنة ٢٥ صفحة ٤٤٣ وأنظر أيضاً اتين دى سارى المرجع المتقدم صفحة ٢٧٣ والهامش •

(٢) باتيفول Henri Batiffol المرجع المتقدم نبذة ٣٥٦ وما بعدها •

روسيا بدون أن تدفع مقابله لأصحابه يعتبر عملاً غير عادل *injuste* لا يمكن الاعتراف بآثاره في فرنسا لتعارضه مع مقتضيات النظام العام الفرنسي «١» .

وأضاف نبوايه مثلاً آخر يوجز في أن ثرياً أمريكياً تزوج من سيدة فرنسية في أمريكا ، كانت - قبل زواجها به تعمل ممثلة على المسارح - ولما أراد منعها من التمثيل في فرنسا احتجت بأن أهليتها خاضعة لقانون ولاية « أيلندا » بالولايات المتحدة الأمريكية التابع لها الزوج وإن هذا القانون يجيز لها احترام العمل بالمسارح ولكن محكمة السين قضت في ٨ من أبريل سنة ١٩٣٠ بأن القانون الذى يقرر للزوجة أهلية غير محدودة تجيز لها مزاوله أعمال المسرح رغم معارضة زوجها ، يتعارض مع النظام العام الفرنسي «٢» .

النظام العام الدولى والداخلى

١١٨ - ويرى أكثر أساتذة القانون الدولى الخاص أن التفرقة بين النظام العام الدولى والنظام العام الداخلى تفرقة خادعة وخاطئة فقد يظن البعض أن عبارة النظام العام الدولى قد تدل على اشتراك دول عديدة في فكرة واحدة معينة في حين أن النظام العام الداخلى قد يتميز بالطابع الوطنى وهذا خطأ لأن الغرض الاول قليل الحصول كما أن الطابع الوطنى عام في كل مسائل النظام العام سواء سمي بالنظام العام الدولى أو النظام العام الداخلى .

مثل للاستاذ امانجون

١١٠ - ولكن هذا لم يمنع الاستاذ ارمانجون وكان - في وقت ما - مدرسا في مدرسة الحقوق الخديوية ثم قاضيا في المحاكم المختلطة من أن يضرب مثلاً يميّز به بين النظام العام الدولى *Ordre Public International* والنظام العام الداخلى *interne* فقال ان القانون المصرى كان يحدد سن الرشد بثمانية عشر سنة فاذا فرض أن شاباً مصرياً بلغ ١٨ سنة وكان يعيش في فرنسا ثم طلب اعتباره راشداً طبقاً لقانونه المصرى كان هذا الطلب مقبولاً رغم أن القانون الفرنسى يحدد سن الرشد للفرنسيين بواحد وعشرين سنة وذلك لأن هذه المسألة تخص النظام العام الداخلى وهو لا يتأذى من هذا الوضع ولا دخل لها بالنظام العام الدولى أو الخارجى ، أما اذا كان الشاب المصرى متزوجاً في مصر ثم أراد أن يتزوج زوجة ثانية في فرنسا فهذا

(١) باتيفول فقرة ٣٦٨ ، ونقض فرنسى ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ سبرى ١٩٣٩-١-١٨٢ - دكتور عز الدين عبد الله - صفحة ٤٣٧ - الجزء الثانى القسم الاول .

(١) راجع نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٢٨ - دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٨١ أنظر كذلك دكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص - الجزء الثانى - القسم الاول صفحة ٤٣٧

غير جائز لمخالفته للنظام العام الدولي — وهو أكثر تضيقا من الاول «١» .

والواقع أنه لا محل لعمل التفرقة سالفة الذكر لأنها غير مجدية إذ أن النظام العام الذى يحول دون تطبيق القانون الاجنبى هو ما يتحسسه القاضى من مقتضيات المجتمع المتمدين سياسية كانت أو اجتماعية وهو ما أسماه الاستاذ ليربور — بيجونيير الفرنسى Lerebours - Pigeonnière: بعبارة

Fondements politiques et sociaux de notre civilisation.

وهو بعينه ما نعتة زميله الاستاذ هنرى باتيفول بأنه « السياسة التشريعية »
la politique législative

وهو أيضا بعينه ما سمحنا لاقتسنا أن ندعوه الفكرة conception أو النظام الاجتماعى ordre social الذى يوحى الى القاضى بأن أعمال القانون الاجنبى أمر غير مقبول inadmissible



١٢٠ — وقد أصدرت دائرة الاحوال الشخصية للاجانب بمحكمة الاسكندرية الابتدائية حكما هاما يمكن درجه تحت باب « النظام العام » سواء سمي دوليا أو داخليا .

امثلة حديثة اخذت بها
المحاكم المصرية

وتوجز وقائع الدعوى فى أن سيدة يونانية أرثوذكسية تزوجت بايطالى كاثوليكي فى الكنيسة الكاثوليكية بمدينة الاسكندرية وبعد مضى عدة سنوات على الزواج طلبت الزوجة الحكم لها بىطلان الزواج عملا بالمادة ١٣٦٧ من القانون المدنى اليونانى الذى يفيد أن زواج الشخص اليونانى الارثوذكس فى غير الكنيسة اليونانية الارثوذكسية يعتبر « غير موجود قانونا » inexi stant ، ورفضت المحكمة الحكم بالبطلان وارتكنت على الوقائع فقالت ان قبول الزوجة البركة من يد كاهن كاثوليكي ثم تناولها الاسرار المقدسة منه يعتبر — فى نظر المحكمة — بمثابة اعتناق ضمنى للمذهب الكاثوليكي ومن ثم فلا يوجد بطلان «٢» . . . وأيدت المحكمة هذا رأى

(١) ارمانجون — موجز القانون الدولى الخاص الجزء الاول — الطبعة الثانية ص ١٩٢
P. Arminjon: Précis de Droit International Privé. 2ème éd. P. 192.

(٢) يشبه هذا رأى ما نصت عليه المادتان ١٤ و ١٥ من قانون الزواج اللبناني الصادر فى ٢ من ابريل سنة ١٩٥١ والمنشور فى مجلة القانون الدولى لسنة ١٩٥١ صفحة ٣٧٨ — وتقضى هاتان المادتان بأنه فى حالة اختلاف المذهب تعتبر الزوجة قد قبلت قانون الزواج اذا تزوجت فى كنيسته — أما اذا تزوج فى كنيستها فلا يتم الزواج الا بعد أن يكتب الزوج اقرارا بقبوله الخضوع للقانون الدينى للزوجة

بأسباب أخرى تفسر في رأينا بأنها مرتبطة بالنظام العام الداخلي الذي شعرت بوجود حمايته فقالت ان التفرقة المذهبية بين « كاثوليكي » و « ارثوذكس » تفرقة شكلية محض اذ أن كلا المذهبين تابع لدين واحد - وهو المسيحية - ومن ثم لا يجوز أن تصبح هذه التفرقة حائلا يقف في سبيل هذه المصاهرة الجماعية التي تربط الايطاليين باليونانيين بأواصر النسب في مصر منذ أجيال عديدة سلفت وقد بلغ عددهم الآن - في مدينة الاسكندرية وحدها ٦٠ الفا (وصحتها ٩٠ الفا) يعيشون جنبا الى جنب كما لو كانوا أسرة كبيرة لها طابع معين واستقرار اجتماعي ذاتي ، ولذا فقد أصبح من دواعي النظام العام في مصر حماية هذا الاستقرار ليس فقط في وضعه الحالي بل بالنسبة لمستقبله أيضا واحتراما للحقوق المكتسبة له في الماضي وذلك حفظا للأسرة وللانساب والاولاد من أن تتطرق اليهم عوامل هادمة باسم الاختلاف الشكلي بين مذهبين شقيقتين في دين واحد وأن المادة ١٣٦٧ من القانون اليوناني تتكلم عن مبدأ قانوني شرع أصلا لليونان اثباتا لتمسكها بالعقيدة الارثوذكسية لا للوسط المختلط الموجود في القطر المصري في مدينة الاسكندرية بصفة خاصة .

ويلاحظ من يقرأ هذا الحكم أن المحكمة متأثرة بواجب الدفاع عن المجتمع الاجنبي في مصر في « تكوينه الخاص » وفي هذا نوع من الركون الى « النظام العام الداخلي » وان كانت المحكمة لم تستعمل هذا اللفظ بالذات « ١ » .

ولكن المحكمة عينها عادت بعد ذلك - في قضية مشابهة - وطبقت « النظام العام الداخلي » بصراحة واستغنت عن فكرة التحول الضمني من مذهب الى مذهب منعاً من اثاره الجدل الديني بين المذهبين وأعلنت أنه لايسرها أن يكون حكمها السابق سببا لهذا الجدل « ٢ » .

القضاء المختلط

١٢١ - وعرضت مثل هذه القضية على القضاء المختلط قبل الغائه مباشرة فرفضت محكمة استئناف الاسكندرية الحكم ببطالان الزواج وأسسته على أن المادة ١٣٦٧ من القانون اليوناني تنص على شرط « شكلي » *condition de forme* لاشترط موضوعي (أو جوهري) ومن ثم فهي لا تنطبق الا في اليونان . أما في مصر فالزواج يبقى صحيحا - من حيث الشكل - طبقا لعرف البلد الذي أبرم فيه وذلك عملا بقاعدة *locus regit actum* « ٣ » .

(١) أنظر الحكم الصادر في ١٣ من يونيو سنة ١٩٥٣ من دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية (القضية رقم ٧٦ سنة ١٩٥٢)

(٢) أنظر الحكم الصادر في ٢٣ من فبراير سنة ١٩٥٤ من دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية (القضية رقم ١٩١٧ لسنة ١٩٥٣)

(٣) استئناف مختلط ٥ من مايو سنة ١٩٤٩ - مجلة التشريع والقضاء سنة ٦١

وظاهر أن هذا التعليل مخالف للنص الصريح للمادة المذكورة التى تقول بجلاء وبغير موارد أن الزواج الذى يعقده كاهن آخر غير الكاهن التابع لكنيسة الروم الارثوذكس يعتبر غير موجود قانونا وشعرت محكمة الاستئناف المختلطة أن اعمال هذا النص على علته أمر غير مقبول inadmissible فعلت عدم الاخذ به بأنه ينطوى على شرط شكلى ومن ثم لا يغير من جوهر العقد الذى عمل صحيحا فى مصر طبقا للاوضاع الشكلية المتبعة فيها ويبدو لنا أن المعنى الخفى لهذا التعليل الضعيف هو أن المحكمة شعرت بواجبها لحماية الاستقرار الذى يربط اليونانيين بالاطاليين المقيمين فى مصر منذ أجيال مضت •

ويسمى هذا فى نظرنا « واجب حماية النظام العام الداخلى » ولا يضعف من هذا رأى ما يقوله البعض من أن المادة ١٣٦٧ من القانون اليونانى مشتقة من القانون الكنسى البيزنطى وهو أحد المصادر التشريعية للمذهب الارثوذكس فى مصر إذ أن المصدر التشريعى الدينى لبعض الطوائف المسيحية شىء ووجود استقرار اجتماعى مؤسس على تسامح بين مذاهب مسيحيين نشأت على أساسه حقوق مكتسبة فى الزواج والارث ونسب الاولاد منذ أجيال السنين شىء آخر هو الذى رأت محكمة الاحوال الشخصية بالاسكندرية وجوب حمايته من الجدل المذهبى أو من الروح المحافظة لاحدهما التى ما زالت سائدة فى بعض البلاد الاجنبية •

القضاء الوطنى

١٢١ مكرر — أما محكمة الاستئناف الوطنية فلم تنظر للمسألة الا من حيث حرفية النص وقالت ان المادة ١٣٦٧ صريحة فى اعتبار الزواج كأنه لم يكن وقضت بالبطلان « ١ » •

ونأمل مخلصين أن تعدل محكمة الاستئناف عن هذا الرأى على ضوء ماتقدم •

١٢٢ — ومن أمثلة « النظام العام » فى مصر ما قضت به دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الوطنية فى قضية سيدة مسلمة تزوجت برجل مسيحي أجنبى ببطلان هذا الزواج لمخالفته للنظام العام فى مصر « ٢ » •

أمثلة اخرى

وفى قضية تصديق على تبني قضت نفس الدائرة برفض الطلب تأسيسا على أن طالبة التبني — وهى خاضعة لقانونها الدينى الارثوذكس — لها ولد آخر ولا يسمح

(١) استئناف الاسكندرية الوطنية فى ٩ من ابريل سنة ١٩٥٠ — المجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٥٠ صفحة ٢٣٦

(٢) انظر حكم دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الابتدائية الصادر فى ٦ من أكتوبر سنة ١٩٥٣ (قضية رقم ٣٠ سنة ١٩٥٣)

هذا القانون بالتبني في هذه الحالة ولأن الطفلة المطلب تبنيها — وهى أرثوذكسية الديانة أيضا — مجهولة الجنسية ولذا فإن المحكمة — عملا بالمادة ٢٥ من القانون المدنى التى تجيز للقاضى أن يعين هو نفسه القانون الواجب التطبيق للملائم لظروف الاحوال — حددت لها القانون المصرى وقصرته على الشريعة الغراء دون غيرها وهى لاتجيز التبني «١» •

وقد خالفت محكمة الاحوال الشخصية بالاسكندرية هذا الشرط الاخير من حكم محكمة القاهرة راكمة على أن القانون المصرى للاحوال الشخصية للارثوذكسى هو القانون الدينى للارثوذكسى عملا بما جرى عليه العرف منذ الفتح الاسلامى وثبتته الخط الهمايونى والمنشورات الشهبانية وقوانين انشاء المجالس المالية ثم القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ والمادتان ٤ من القانون المدنى المختلط و١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية • وخلصت المحكمة من هذا بسماعها للقيطة ارثوذكسية المذهب أن تعيش وتربى برعاية شخص أرثوذكسى آخر طلب أن يكون بمثابة والدها ويتبناها «٢» •

والذى نود ملاحظته فى صدد هذين الحكمين هو أنه لايجب الخلط بين أحكام الشريعة الغراء وبين نظرية « النظام العام » رغم أنهما كانا متلازمين فى حالة السيدة المسلمة التى تزوجت بمسيحى ، وذلك لانه فى حالة التبني لا يعتبر عدم اجازة الشريعة الاسلامية له بالنسبة للمسلمين انه — فى ذاته — مخالف للنظام العام فى مصر بالنسبة لغير المسلمين وآية ذلك أن الشارع المصرى نفسه اعترف بجواز اجراء التبني فى المادة ٩١١ من قانون المرافعات وفرض على المحكمة أن تصدق عليه اذا كان مستوفيا الشرائط القانونية التى ينص عليها كل من قانونى طالب التبني وقانون المطلوب تبنيه — والمقصود بعبارة « قانون » هنا هو القانون الشخصى طبعاً loi personelle وهو يتحدد اما بقانون الجنسية lex patriae بالنسبة للاجانب أو بالقانون الدينى lex religiosa بالنسبة للمصريين الغير مسلمين وكذلك لعديمى الجنسية الغير مسلمين اذا رأت المحكمة أن تحدد لهم قانون موطنهم (أى مصر) أو عقيدتهم كما رأينا •

أثر تطبيق النظام العام

١٢٣ — بقيت مسألة أثر تدخل « النظام العام » واقضاء القانون الاجنبى الذى

(١) أنظر حكم دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الابتدائية الصادر فى ٣١ من مارس سنة ١٩٥٣ (قضية رقم ٩٩ سنة ١٩٥٢)

(٢) أنظر حكم دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الصادر فى ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٣ (قضية رقم ١٢٩٨ سنة ١٩٥٣)

اعتبره القاضى غير مقبول inadmissible

فما هو القانون الواجب ان تطبيق بعد هذا الاقصاء ؟ ♦♦♦ أهو قانون القاضى
lex fori أو آخر ؟ ♦

ويرد الاستاذ باتيفول على هذا السؤال بقوله انه لا يوجد الا حل واحد ، هو
اعمال قانون القاضى سواء أكان أثر الاقصاء ايجابيا أو سلبيا ♦

وضرب الاستاذ المذكور مثلا للآثر الايجابى مشيرا الى حكم هام أصدرته
المحكمة العليا الالمانية فى قضية مدنية قضت فيها بأن القانون السويسرى الذى يعتبر
أن بعض الديون لا تسقط بالتقادم مخالف للنظام العام فى المانيا ♦

ولما عرضت القضية نفسها على المحكمة العليا الالمانية فبدلا من أن تحدد التقادم
طبقا للقانون الالمانى حددته طبعاً لاطول مدة فى القانون السويسرى نفسه فوقعت
— فى نظر باتيفول — فى خطأ قانونى لان أعمال القانون الاجنبى (السويسرى) بدلا
من قانون القاضى (الالمانى) ليس فقط يؤدى الى عدم الانسجام أو التجانس
القضائى فى بلد واحد بل انه يخالف روح التشريع فى القانون الاجنبى نفسه اذ أنه
فى حالة هذه القضية ستفرض المحكمة الالمانية على القانون ان سويسرى حكما لم
يخطر فى بال الشارع الذى وضع هذا القانون ♦

أما بالنسبة للآثر السلبى فضرب باتيفول مثلا آخر تصوره فى حالة ما اذا طلب
من المحاكم الفرنسية مثلا اعمال قانون يقضى بنوع من العبودية بسبب عدم دفع
الدين l'esclavage pour dettes ففى هذه الحالة تكتفى المحكمة باقصاء ما كان
متعلقا بالعبودية دون أن تحل محله نصا آخر أو حكما آخر من القانون الفرنسى ♦
ويقول باتيفول أن هذا الموقف السلبى للمحكمة الفرنسية مؤسس — هو نفسه —
على القانون الفرنسى والسياسة التشريعية الفرنسية ♦ ومعنى ذلك بعبارة أخرى أن
القانون الفرنسى هو الذى طبقه القاضى أيضا فى هذه الحالة السلبية ♦

عدم سريان النظام العام
فى دولة على أخرى

١٢٣ — بقيت مسألة أخرى وهى خاصة بأثر النظام العام فى خارج البلد التى
تطبقه ، مثال ذلك : يعتبر القانون الاسبانى أن الزوجة المطلقة لا تستطيع أن تتزوج
رجلا أسبانيا ♦ فإذا فرض أن سيدة فرنسية مطلقة تزوجت فى فرنسا رجلا أسبانيا
فهل يجب أن يتأثر القاضى الفرنسى بالنظام العام الاسبانى الذى يعتبر هذا الزواج
باطلا فى أسبانيا ♦ وبمعنى آخر هل يمتد أثر النظام العام الاسبانى الى خارج أسبانيا
فتتقيد به المحاكم الاجنبية أيضا ؟ ♦

(١) باتيفول نبذة ٣٧٠

يقول باتيفول ان هذا السؤال لم يلق جوابا واحدا ولكن الرأي الراجح هو أنه ليس للنظام العام الاسباني أى أثر فى فرنسا التى حصل فيها الزواج والا أمكن القول أن القاضى الاسباني يعطل أحكام القانون الفرنسى فى داخل فرنسا وهذه نتيجة غير مقبولة وتعارض قواعد الاسناد الموصلة الى تحديد الاختصاص •

المانع الثانى — ادخال الغش على القانون

LA FRAUDE A LA LOI (٢)

علة عدم النص على
الغش فى المادة ٢٨

١٢٤ — عندما نصت المادة ٢٨ من القانون المدنى على موانع تطبيق القانون الاجنبى طبقا لقواعد الاسناد السابقة عليها لم تتكلم عن « الغش نحو القانون » بل اكتفت بذكر « النظام العام » و « الآداب فى مصر » •

وبرجوعنا الى الاعمال التحضيرية للقانون لم نعر على السبب فى اغفال النص على الغش نحو القانون وهو المسمى اصطلاحا fraude à la loi بل ان الاعمال التحضيرية لم تتكلم عن هذا الغش أصلا فى صدد المادة ٢٨ سالفة الذكر •

أزاء ذلك نرجح أن السبب فى هذا الاغفال يرجع الى أن عددا من أساتذة القانون الدولى الخاص كانوا يرون أن « ادخال الغش على القانون » ليس الا صورة من صور مخافة « النظام العام » لانه — على غرار — ينشئ اضطرابا اجتماعيا trouble social يتعين على المحكمة أن تزيله •

وفى واقع الامر لا يوجد محل لمقارنة ادخال الغش على القانون بالنظام العام الا من حيث النتيجة وهى امتناع القاضى عن تطبيق القانون الاجنبى • أما فيما عدا ذلك فهما مختلفان اذ أنه فى حالة مخافة النظام العام تنشأ علاقة صحيحة وعادية فى ظل قانون معين ولكن قانونا آخر معين يأبى الاخذ بها أما الغش فهو مؤسس على أن حالة أو علاقة مزيفة بدأت مصطنعة وغير عادية بقصد التحايل أو التملص من قانون معين يرى صاحب المصلحة فى هذه العلاقة أو الحالة الكاذبة أن تطبيقه سوف لا يوافق أو يتفق مع مصالحه •

وقد يتساءل المرء عن السبب فى أن يدرج بعض الشراح الغش القانونى بين حالات النظام العام الدولى أو الداخلى رغم هذا التباين الواضح بين الاثنين •

وقد رد الاستاذ باتيفول على هذا بقوله ان هذا كان الحل الوحيد لاقناع المتشددى من رجال القانون أو القضاء الذين كانوا يرفضون البحث عن « النية » عندما كان يدفع أمامهم بالغش نحو القانون — ولذا كان الدفع يتشكل بوضع آخر

ويثار على أن العلاقة أو الحالة القانونية المطعون فيها عملت مخالفة للنظام العام»^(١) .

ويظهر لنا أن الشارع المصرى عندما نقل النص من القانون الالماني أو البولوني الصادر فى سنة ١٩٢٦ «^(٢)» لم يلتفت الى أن الرأى الحديث قد انتجى مكانا جديدا وأجاز للقاضى الاعراض عن القانون الاجنبى اذا أدرك أن غشا أو تحايلا أرتكب فى سبيل أعمال هذا القانون وسمح لنفس القاضى بتعقب الباعث على هذا التحايل ونية الغش ومن ثم لم يبق هناك محل لادماج الغش نحو القانون تحت باب « النظام العام » بل يتعين أن يفرد له مكان خاص مستقل كمانع من موانع أعمال القانون الاجنبى «^(٣)» .

١٢٥ - ويؤيد هذا الرأى نص المادة ٥٩ من القانون السويسرى الحديث فقد تكلمت عن « الغش نحو القانون » عندما قضت أن الزواج الذى يبرم صحيحا فى الخارج يعترف به كزواج صحيح فى سويسرا الا اذا كان قد تم بقصد تجنب أسباب البطلان المقررة فى القانون السويسرى «^(٤)» .

أمثلة معروفة من الغش
نحو القانون

١٢٦ - ومن الامثلة المعروفة فى تاريخ القانون الدولى الخاص ما أورده الأستاذ « هوبر » (Hubert) - وهو من فقهاء المدرسة الهولندية فى القرن السابع عشر (وتوفى فى سنة ١٦٩٤) خاصا بالغش نحو القانون in fraudem legis فى صدد اخضاع أهلية الموصى فى عمل وصية ما لقانون محل ابرامها فقد استثنى الأستاذ المذكور من هذه القاعدة حالة ما يكون الموصى قد حلَّ فى المكان الذى يود عمل الوصية فيه قاصدا تجنب حكم قانونه الشخصى «^(٢)» .

ومن الامثلة التى كان لها دوى كبير فى فرنسا قضية الاميرة بوفرومون Princesse Bauffremont ونوجز وقائعها فى أن هذه الاميرة كانت تود أن تطلق من زوجها وكان القانون الفرنسى قبل سنة ١٨٨٤ لايعترف بالتطليق ولا يقره فما كان منها سوى أنها ذهبت الى دوقية ساكسالتمبرج - من أعمال المانيا - وحصلت على

(١) هنرى باتيفول - المرجع المتقدم نبذة (٣٧٥)

Henri Batiffol — Droit International Privé

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الاول صفحة ٢٨

(٣) يوجد نص مماثل لهذا فى قانون شيللى (أنظر مجلة Rep. de dr. int. ج ٨ فقرة ١٥٤ تحت عبارة الغش نحو القانون) وكتاب الدكتور عز الدين عبد الله الجزء الثانى القسم الاول - المرجع المتقدم صفحة ٤٤٥ نبذة ١٤٩

(٤) دكتور عز الدين عبد الله المرجع المتقدم ونبويه Niboyet ج ٥ هامش ٢ صفحة ٦٣٢

الجنسية الألمانية ثم تزوجت البرنس بيسكو في مدينة برلين ، أما المحاكم الفرنسية فلم تعترف لا بالتطليق ولا بالزواج الثاني •

أشكال أخرى للفش

١٢٧ - ويقول الاستاذ باتيفول ان التحايل على القانون لتغيير القانون الشخصي يأخذ أشكالا مختلفة فتارة يقع التحايل بتغير الجنسية كما حدث في قضية الاميرة بوفرومون ، وتارة بتغير الموطن domicile عندما تحدد قواعد الاسناد القانون الشخصي بالموطن وتارة ثالثة بتغير الدين عندما يكون الدين هو القانون الواجب التطبيق • واستشهد باتيفول ، في هذه الحالة الاخيرة ، بحكم أصدرته محكمة تنازع الاختصاص السورية في ١٢ من يونيو سنة ١٩٢٥ قضى بأن الزوج المسيحي الذي يعتنق الاسلام بقصد التهرب من التزام النفقة نحو زوجته المسيحية قد تحايل على القانون ومن ثم لا يعتد باعتناقه الاسلام لانه لم يتم الا لتحقيق غرض غير مشروع «١» •

وقد عثرنا على حكم حديث أصدرته محاكم بلجيكا قضى بأنه اذا استصدر زوجان بلجيكيان مقيمان في بلجيكا حكما من محاكم هولاندا قضى بتطليقهما كان هذا الحكم مخالفا للنظام العام البلجيكي لان الزوجين سترأ بدعوى التطليق التي صدر فيها هذا الحكم تطليقا رضائيا لكي يهربا من القانون البلجيكي الذي لا يسمح بهذا التطليق الرضائي الا بعد مرور سنتين على الزواج «٢» •

أركان الفش
نحو القانون

١٢٨ - ويبين مما تقدم أن الفش نحو القانون يبدأ (أولا) برغبة صاحب المصلحة باختيار قانون يلائمه خلاف قانونه و (ثانيا) بنية اقصاء القانون الواجب التطبيق واحلال قانون آخر يلائمه • وقد اعترض الكثيرون على نظرية الفش نحو القانون من جهة هذا الشرط الثاني الخاص بالنية فقالوا أن اثبات النية أمر عسير لانها مسألة نفسية ولان من يتجنس بجنسية جديدة مثلا يلزمه تحمل نتائج أخرى هامة لا يعقل أن يكون قد استهدف لها جزافا لاجل تحقيق مصلحة لا تقاس بجسامة هذه النتائج •

ويقول باتيفول أن الاعتراض الاول لا أساس له وقد تخلى عنه جمهور الشراح تقريبا لان المحكمة تستطيع أن تفهم نية التغيير من الوقائع المادية الملموسة كما هو الحال في حالة الاميرة بوفرومون التي لجأت لجنسية أخرى أجنبية بدون مقتضى

(١) باتيفول - المرجع المتقدم نبذة ٣٧٢

(٢) أنظر حكم الدائرة التاسعة لمحكمة بروكسل المدنية الصادر في ١٣ من يناير سنة ١٩٥١ والمنشور في جريدة القانون الدولي سنة ٨٠ ص ٤٣٨

Journal du Droit International 80ème année, p. 438

وانظر أيضا نبذة ٤٣٨ من الكتاب الثاني من هذا المؤلف

معقول ثم بمجرد أن حصلت عليها طلبت التطليق من زوجها •

أما الاعتراض الثاني فمردود عليه بأن من يريد ادخال الغش يلجأ الى اختيار قانون آخر كهدف but أساسى لغرض فى نفسه غير ملتفت للنتائج الأخرى التى تتضاءل أهميتها أمام الرغبة فى تحقيق هذا الغرض • أى أنه ، فى نظر صاحب المصلحة ، تتضاءل النتائج نسبيا بجانب الهدف الذى يريد تحقيقه •

ويؤكد الاستاذ باتيفول أن المحاكم فى فرنسا والمانيا وايطاليا وانجلترا وامريكا عدلت عن الاحتجاج بمسألة النية وأصبحت تهم بأن تسبغ غورها عندما يثار أمامها الدفع بالغش نحو القانون •

١٢٨ مكرر — أما بالنسبة لاثار الغش نحو القانون فالرأى الراجح هو أن القاضى باعتباره التغير الذى حصل فى الجنسية أو الموطن أو الدين كأن لم يكن يقضى ضمنا ببطلان هذا التغير مثال ذلك عندما قضت المحاكم الفرنسية بأن الاميرة بوفرومون مازالت تعتبر فرنسية ومتزوجة من زوجها الاول قد حكمت ضمنا (ولو لم تنص على ذلك فى الحكم) ببطلان التجنس بالجنسية الالمانية ولو أن هذا التجنس فى نظر القانون الالمانى وقع صحيحا •

على أن الامر يختلف فى حالة نقل شىء منقول من مكان الى مكان آخر ليخضع لقانون هذا الاخير تهربا من الاول ففى هذه الحالة لا أثر لحكم القاضى على ما يكون قد ترتب للمغير من حقوق فى المكان الذى نقل اليه الشىء ، وفى رأينا أن هذا أمر بديهى لان حائز المنقول بحسن نية يحميه القانون حتى ولو لم ينقل هذا الشىء من مكانه الاصلى وذلك عملا بمبدأ « حيازة المنقول سند الملكية »

En fait de meubles possession vaut titre

أقضية المحاكم المصرية

١٢٩ — أما المحاكم المصرية فلم يعرض عليها من أنواع التحايل على القانون سوى حالة واحدة هى تغيير الدين بقصد التخلص من الالتزامات التى يفرضها القانون الشخصى الاول الواجب التطبيق ولم تسلم محكمة النقض نفسها من التخبط فى هذا الموضوع فتارة كانت تقضى بأن البحث عن النية مسألة شخصية بين الانسان وخالقه ...

أقضية المحاكم المصرية

« فإذا ما غير انسان دينه أو مذهبه فلا يخضع من وقت التغيير
الا لاحكام هذا الدين الجديد أو هذا المذهب الجديد » « ١ » •

وتارة أخرى كانت محكمة النقض تقضى بالعكس وتعطى للمحكمة حق
الاستقصاء عن النية « ٢ » مقرررة أن اسلام الزوج الاجنبى لاشأن له بالنظام العام
الداخلى فى مصر بمقولة « ان هذا النظام أصبح يحتم تطبيق الشريعة الاسلامية
بدلا من قانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، ومن ثم فان هذا القانون الاجنبى هو
الذى يجب تطبيقه لعدم تعارضه مع النظام العام المصرى » « ٣ » •

والرأى الثانى هو الذى ساد فى المحاكم المصرية الاخرى نذكر منه ما يأتى على
سبيل المثال :

(١) حكم محكمة اللبان الوطنية الصادر فى ١٣ من مايو سنة ١٩٣٦ الذى
قضى بأن : —

« المسيحى الذى يعتنق الاسلام تهربا من دفع النفقة محكوم عليه بها
من البطيركية المختصة حينما كان مسيحيا يعد محتالا على القانون ويجب
على القضاء أن يأخذ بحكم النفقة ويقضى بنفاذه » « ٤ » •

(٢) قرار مجلس حسبى مصر الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٨ « ٥ »

(٣) حكم استئناف مصر الوطنية الصادر فى ٣ من فبراير سنة ١٩٣٤ وقد جاءت
فيه هذه العبارة :

« الاسلام ليس فقط اقرارا باللسان بل ايمانا بالجنان • ولذا فان تغيير
الدين لايعوّل عليه الا اذا كان صادرا عن عقيدة صحيحة » « ٦ » •

(٤) وفى حكم آخر ثبتت محكمة الاستئناف على رأيها حيث قررت أنه :
« من المبادئ التى سارت عليها محكمة الاستئناف فى قضائها أن العقد

(١) نقض ٣ من ديسمبر سنة ١٩٣٦ — مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض
المدنية — الجزء الثانى ص ٣٢ رقم ١٤ — والمجموعة الرسمية ٩٤٣/٢/٣٨

(٢) نقض ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ — محاماه السنة الرابعة رقم ٥٥٢ ص ٧٢٨

(٣) نقض ١٠ يناير سنة ١٩٤٦ — طعن مدنى مقيّد بجدول المحكمة برقم ٣١

سنة ١٥ — جميل خانكى — الاحوال الشخصية للاجانب ص ٣٥

(٤) محاماه رقم ٤٠٤ ص ٦٠٦ السنة السابعة

(٥) محاماه السنة الرابعة رقم ١٨ ص ٢٥

(٦) مجلة المحاماه السنة الخامسة عشر ص ٨٦

الذى تم تحت سلطان قانون يبقى خاضعا لهذا السلطان فى كل ما يترتب عليه ولو أصبح أحد المتعاقدين فيما بعد غير خاضع لاحكامه • وبناء على ذلك يبقى الزوجان خاضعين لاحكام الشريعة المسيحية وبالتالي لاختصاص المجالس المالية رغم اسلام الزوج • فاذا رفعت الزوجة دعوى النفقة على زوجها ثم أسلم وحكم المجلس الملى لها بالنفقة لم يخرج المجلس فى قضائه عن حدود اختصاصه ولا وجه للطعن أمام المحاكم الوطنية بىطلان الاجراءات التى آتخذت نفاذا للحكم «١» •

القضاء المختلط
فى الاحوال الشخصية

١٣٠ - أما القضاء المختلط اللاحق على ابرام معاهدة موترو والذى كان قد حل مكان بعض المحاكم القنصلية فى مواد الاحوال الشخصية كما سلف القول فقد كان مستقرا على الرأى الثانى وأصدر فى هذه الناحية أحكاما عديدة متعلقة بموضوع تغيير الدين بنيتة التخلص من الالتزامات الزوجية المؤسسة على قانون معين وكلها مضطردة فى اعتبار هذا التغيير تحايلا وغشا على القانون «٢» •

وقد وصف بعض هذه الاحكام التحايل الذى ينتهى باعتراف الزوج الكاثوليكي للاسلام خلصة بقصد تطبيق زوجته التى هجرها ليهرب من التزاماته نحوها على حساب دين لا يعرف عنه شيئا كثيرا اهانة بالغة لها injure grave تستوجب الحكم بالتفريق الجسماني «٣» لصالح الزوجة •

القضاء الشرعى

١٣١ - أما المحاكم الشرعية فقد تضاربت أقضيتها فتارة كانت تقضى بأن : -

اسلام الزوج يؤخذ به مطلقا وان لم يرد بالاسلام الا مشاغبة الزوجة فى حرمانها من النفقة «٤» وهو منافى للرأى الاول •
وتارة أخرى كانت تأخذ بعكس هذا لرأى قائلة أنه :

اذا ثبت أن شخصا أسلم خدعة وتلاعبا بالدين الاسلامى وجب عدم الاعتراد باسلامه «٥»

(١) المجموعة الرسمية ١٨/١/٢٣

(٢) أنظر على سبيل المثال - استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ - مجموعة التشريع والقضاء السنة ٥٩ ص ١٥ واستئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة التشريع والقضاء السنة ٦١ صفحة ١٥

(٣) مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٨ ص ١٢٩ استئناف ٢ مايو سنة ١٩٤٦

(٤ ، ٥) أنظر عزيز خانكى « تغيير الدين والمذهب وأثره فى كيان الاسرة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة ٢٠ عدد ٦ ص ٨٦١ وجميل خانكى الاحوال الشخصية للاجانب ص ٤١ •

١٣٢ - وأخيرا وعملا بالمادة ١٩ من قانون نظام القضاء المعدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ أصبحت الجمعية العمومية لمستشارى محكمة النقض والابرار مختصة بتنازع الاختصاص لا بين المحاكم المصرية العادية واحدى محاكم الاحوال الشخصية فحسب بل بين هذه المحاكم الاخيرة بالنسبة لبعضها بعضا . كما لو أصدر المجلس الملى للاقباط الارثوذكس مثلا حكما بالتطليق فاعتنق الزوج الاسلام بقصد ارغام زوجته التى قضى بتطليقها منه على الرجوع لمنزل الزوجية بمقتضى حكم حصل عليه من المحكمة الشرعية .

ورأينا فى هذا أن محكمة النقض - بوصفها « محكمة تنازع الاختصاص » لها أن تبحث « الوقائع » (على خلاف عاداتها) حتى اذا مالست بنفسها ان اعتناق الدين الاسلامى كان على عقيدة صادقة أقرته اما اذا كان رائده مشاغبة الزوجة والكيد لها - وهو ما يمكن استخلاصه من أن اعتناق الدين الجديد كان معاصرا لدعوى الزوجة ومن أسراع الزوج باقامة دعوى الطاعة رغم بعد الشقة التى أصبحت تحول بينه وبين زوجته - كان لها أن ترفض الاعتراف بهذا التحايل وتعتبر حكم التطليق نهائيا لارجوع فيه وهذا على غرار ما قضت به محكمة تنازع الاختصاص السورية التى أشار اليها الاستاذ هنرى باتيفول عندما شرح نظرية « التحايل على القانون » بوصفه مانعا من موانع تطبيق شريعة معينة مسترشدا بروح القانون الدولى المقارن .

وهذا هو ما تكلمنا عنه منذ لحظة فى البند ١٢٦ من هذا الفصل .

الفصل الخامس

قيود اعمال القانون الاجنبى

المادتان ٢٦ ، ٢٧ مدنى

١٣٣ - نصت المادة ٢٦ من القانون المدنى على أنه :

متى ظهر من الاحكام الواردة فى المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها .

أما المادة ٢٧ فنصت على أنه :

اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه الا

أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص •

ويبين من مجرد قراءة هذين النصين أنهما قيذا أعمال القانون الاجنبى بقيود معينة ، وسنتكلم عن المادة ٢٦ أولا ثم المادة ٢٧ وبعد ذلك نقرء قسما خاصا لبحث الطريقة التى يتبعها القاضى عندما يقرر اعمال قانون أجنبى •

(١) المادة ٢٦

قانون اجنبى مركب

١٣٤ — يسهل علينا أن نتصور اعمال المادة ٢٦ عندما يكون القانون الاجنبى ذا شرائع متعددة ، اما لان الدولة التى وضعتة اتحادية (اوفيدراليه Fédéral) كما هو الحال فى سويسرا المكونة من ٢٢ مقاطعة أو الولايات المتحدة وهى مكونة من ٤٨ ولاية لكل منها قانون خاص ، أو لان للدولة قوانين داخلية متعددة بسبب تعدد الاديان فيها أو الاجناس كما هو حاصل فى القطر المصرى وأغلب البلاد الاجنبية حيث يتحدد « القانون الشخصى » (loi personnelle) بالقانون الدينى *lex religiosa* بالنسبة لبعض السكان وبالقانون الجنسية *lex patriae* بالنسبة للبعض الآخر •

ويمكننا أن نسمى الاول « النظام المركب الاقليمى » والثانى « النظام المركب الشخصى » •

وبطبيعة الحال يوجد فى الدول ذات النظام المركب (اقليمى كان أو شخصى) قانون عام يحدد قواعد الاسناد فيها وهو الذى يهذى خطوات القاضى الاجنبى نحو القانون « الداخلى » الواجب التطبيق ويحيله اليه •

وهذه الاحالة الى القانون الداخلى ليست الاحالة التى تحررها المادة ٢٧ كما سنرى اذ أن هذه الاخيرة هى التى يتخلى فيها أو يتنصل منها قانون أجنبى عن اختصاصه بأن يحيل الى قانون أجنبى آخر •

أما الاحالة الداخلية التى يشير بها القانون الاجنبى فى حدود شرائعه المتعددة فهى تعتبر — عملا بالمادة ٢٦ احالة ضرورية أو اجبارية لانها تندرج فى نطاق القانون الاجنبى ذاته سواء أكان هذا النطاق داخليا اقليميا *interprovincial* أو داخليا شخصيا *interpersonnel*

أمثلة لاحالة داخلية فى
قانون مركب

١٣٥ — مثال ذلك ماقضت به محكمة الجيزة الابتدائية فى ٢٦ من يونيو سنة ١٩٥٠ فى قضية تطليق بين زوجين من رعايا الولايات المتحدة الامريكية عندما أعملت قانون ولاية واشنطن بالذات استنادا الى أن قواعد الاسناد الداخلى فى الولايات المتحدة تقضى بتطبيق قانون موطن الزوج أى قانون الولايات المتحدة

الامريكية التي أعدها هذا الاخير موطننا له — وهذا القانون يحيل الى قانون ولاية واشنطن احالة داخلية «١» .

١٣٦ — ويميز الشراح بين هذه الاحالة الداخلية في قانون واحد وبين الاحالة الى قانون أجنبي آخر صادرة من قانون أجنبي أول باطلاق عبارة « التفويض » délégalion على الاولى أو عبارة « الاحالة الضرورية » « ٢ » Renvoi de Nécessité

وهناك مثل آخر ذكره ارمانجون وهو في الحالة التي يخضع فيها قانون القاضي « أهلية » capacité شخص بريطاني أو حالته المدنية état civil لقانونه الوطني (أى البريطانى) ومعلوم أنه لا يوجد في بريطانيا قانون وضعى (أو ايجابى) loi positive واحد ، بل هناك قوانين ايجابية متعددة منها القانون الانجليزى والاسكتلندى والكندى الخ ففى هذه الحالة يطبق القاضي القانون البريطانى المحلى الذى تعينه له قواعد الاسناد الداخلية للقانون البريطانى الاساسى أو ، بمعنى آخر ، القانون الذى « تحيل » اليه هذه القواعد احالة ضرورة renvoi de nécessité

امثلة حديثة

١٣٧ — وأخذ بهذا المبدأ رئيس محكمة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية المختص باصدار الشهادات الشرعية في مسائل الارث اذ أنه طبق على حالة شخص قبرصى بريطانى الجنسية توفى في الاسكندرية قانون الارث الصادر في جزيرة قبرص في أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ ولم يطبق قواعد الارث المعمول بها في انجلترا ذاتها « ٣ »

ولم يبين الاشهاد أسباب ركونه الى هذا الرأى لانه لا يرقى الى مرتبة الحكم ولكن دائرة الاحوال الشخصية للاجانب في محكمة الاسكندرية فست هذا الرأى عينه في حكم حديث أصدرته في وصية قبرصى بريطانى الجنسية في ٢٠ من ابريل سنة ١٩٥٤ « ٤ » قالت فيه ان القضاء والفقه الانجليزى يحيلان — في هذا الصدد — الى قانون « الموطن الاصلى » Domicile of Origin للقبرصى البريطانى الجنسية وهذا القانون هو القانون القبرصى ومن ثم لا يلتفت الى قانون « الاقامة » أو الموطن المختار Domicile of Choice وتأسيسا على هذا الرأى اعتبرت المحكمة أن احالة القضاء الانجليزى الى القانون الموطن الاصلى لشخص بريطانى يقيم خارج الجزر

(١) دكتور عز الدين عبد الله هامش صفحة ١٥٤ الجزء الثانى — القانون الدولى الخاص .

(٢) دكتور عبد الحميد أبو هيف نبذة ٢٩٦ .

(٣) الاشهاد الصادر في ٦ من مايو سنة ١٩٥٣ (مضبطة رقم ٨٦ سنة ١٩٥٣) .

(٤) القضية رقم ٥٣٥ سنة ١٩٥٣ .

البريطانية بمثابة احالة ضرورة أو احالة داخلية من قانون انجليزى الى قانون انجليزى آخر ولذا فهى جائزة ولا تتناقضه بل تنسجم مع المادة ٢٦ من القانون المدنى .
وقد أشار الحكم المذكور الى كتاب « القانون الدولى الخاص للاستاذ شيشير

If, as is more usual, when the case arises in a foreign court, the propositus was domiciled in some place outside the British Empire, then his national law is decreed to be the law of that part of the Empire from which he originated. In other words *his domicile of origin determines his national law* (1).

وفى رأينا أن حكم محكمة الاسكندرية هو أعدل الحلول وأكثرها منطقاً وذلك لان لاهل قبرص عاداتهم الخاصة وعقائدهم القديمة التى درجوا عليها واحترموها فكيف يطبق عليهم القانون الانجليزى الذى يعرفه اللندنيون وحدهم والانجلوساكسون مع هذا الخلاف الجسيم بين البيئتين وكيف يتسنى لنا بعد ذلك أن نقول أن القانون هو مرآة المجتمع اذا كان التشريع الذى يطبق فى قبرص أو عدن هو القانون الانجليزى .

أمثلة أخرى

١٣٧ مكرر - ومن الأمثلة الأخرى حكم أصدرته دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية قضى أنه بالنسبة للاسرائيليين التونسيين أو المراكشيين التابعين للرعية الفرنسية فإن القانون الواجب التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية هو القانون الفرنسى أو المراكشى الذى يحيل اليه القانون الفرنسى عملاً بالتشريع الصادر فى فرنسا فى ٣١ من يوليو سنة ١٨٨٤ احالة داخلية «٢» .

وقد سارت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة على هذا المبدأ عينه فى أحكام عديدة أصدرتها فى هذا الشأن «٣» وبعضها خاص بالاسرائيليين الجزائريين .
وقد سبق لمحكمة الاسكندرية المختلطة أن قضت بهذا المعنى أيضاً بالنسبة

(١) أنظر Private International Law by Cheshire, 2nd edition, p. 161.

أنظر على عكس هذا رأى مثال للقاضى سيف الدين نصر محاماة سنة ٣٤ صفحة ٥٥٧ ولم يأت هذا الرأى بأى حجة مقنعة فى نظرنا لانه استند على أنه لا توجد أى قاعدة داخلية فى التشريع البريطانى تبين أية شريعة من الشرائع المتعددة التى يتكون منها التشريع المذكور هى الواجبة التطبيق ومن ثم يجب تطبيق القانون البريطانى نفسه وظاهر أن هذا الاستقراء ناقص بدليل رأى شيشير Cheshire الذى أرشدنا اليه وما تضمنه من قضية بريطانية فى هذا الشأن .

(٢) القضية رقم ٧١٨ سنة ١٩٥٣ وقد حكم فيها فى ٢٣ من يونيو سنة ١٩٥٣ .

(٣) أنظر على سبيل المثال الحكم المؤرخ ٢٧ من مايو سنة ١٩٥٢ فى القضية رقم ١٤٩ سنة ١٩٥٢ ودالوز العملى Dalloz Pratique تحت عبارة « الجزائر » Algérie

لاسرائيليين نمساويين تأسيسا على أن القانون النمساوي يحيل الى الشريعة الموسوية
احالة داخلية « ١ » .

— ٢ — المادة ٢٧

ونظرية الاحالة

THEORIE DU RENVOI

القانون المصرى يرفض
« الاحالة »

١٣٨ — يمكننا أن نفسر هذه المادة بعبارة واحدة موجزة هي أن القانون المدنى
المصرى الجديد قد قرر عدم الاخذ بنظرية الاحالة مكتفيا باعمال القواعد الداخلية
للقانون الاجنبى الذى تحدده قواعد الاسناد . فاذا كان هذا القانون الاجنبى
« يحيل » هو نفسه الى قانون آخر فلا يلتفت الى هذا القانون الآخر .

ولنضرب لذلك مثلا استقيناه من أحكام القضاء المصرى الحديث .

مثل من القضاء المصرى

١٣٨ مكرر — فقد عرضت على دائرة الاحوال الشخصية للاجانب فى محكمة
الاسكندرية الابتدائية قضية زوج انجليزى يقيم فى القطر المصرى كان قد اتفق
مع زوجته على الانفصال الجسمانى بسبب عدم انسجامهما فى بدء حياتهما الزوجية
وبعد أن طال هذا الانفصال أراد الزوج أن يحصل على حكم بتطليقه من زوجته
ولكونه كان يعتقد أن عقد الانفصال الرضائى قد يحول دون تحقيق هذا الهدف
طلب من المحكمة أن تطبق الشريعة الاسلامية الغراء محاولا بذلك أن يطلق زوجته
بارادته وحده وذلك تأسيسا على أن القانون الانجليزى وهو الذى حددت قاعدة
الاسناد المنصوص عليها فى المادة ١٣ من القانون المدنى تطبيقه يحيل — هو نفسه —
الى قانون « الوطن » فيما يتعلق بالاحوال الشخصية . وأنه (أى الزوج المدعى)
مقيم فى القطر المصرى اقامة مستديمة ، ولم تأخذ المحكمة بهذا الرأى عملا بالمادة ٢٧
التي تحتم على القاضى المصرى الاقتصار على تطبيق القواعد الداخلية للقانون الاجنبى
المباشر دون غيرها ومن ثم لم تساير المحكمة المدعى فى الاحالة الى القانون المصرى
ثم البحث عن هذا « القانون المصرى » للاحوال الشخصية لشخص انجليزى غير
مسلم وهل هو الشريعة الاسلامية أم القانون الدينى للاجنبى وتأسيسا على هذه
النتيجة اقتضت المحكمة على تطبيق القانون الانجليزى الخاص بالمسائل الزوجية
والمعدل فى سنة ١٩٥٠ ويسمى Matrimonial Causes Act, 1950

(١) جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٠٧٤ فى ١١ ، ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٣٢ ص ٣
جميل خانكى ص ٢٣٨ .

ومن حسن حظ هذا الزوج الانجليزى أن المحكمة وجدت — من تلقاء نفسها — نصا فى هذا القانون يقضى بأن الاسباب التى كانت قد أدت الى الانفصال فى ظل القانون المعدل يصح أن تكون سببا للتطبيق فى ظل القانون الجديد اذا كانت تركز على نفس الوقائع أو على الجزء الجوهرى منها •

وخلصت المحكمة من هذا بحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات هذه الوقائع عملا بنص آخر فى القانون الانجليزى المعدل فى سنة ١٩٥٠ « ١ » •

قضية فورجو

١٣٩ — أما المثل التاريخى المعروف فى القانون الدولى الخاص والذى يوضح نظرية « الاحالة » فهو الخاص بالقضية المعروفة فى فرنسا باسم قضية فورجو Forgo وقد تناقلها معظم شراح القانون الدولى الخاص فى معظم مؤلفاتهم • ونوجز وقائع هذه القضية الهامة فى الآتى :

كان فورجو ابننا طبيعياً (enfant naturel) — أى أنه ولد من أبوين غير متزوجين — وفى سن الخامسة غادر فورجر وطنه الاصلى — وهو بافاريا — وسافر الى فرنسا حيث مكث طوال حياته حتى وصل الى سن ٦٨ ثم توفى فيها تاركا ثروة منقولة كبيرة — دون أن يكون قد اعترف له بحق الاقامة فى فرنسا اعترافاً قانونياً — أى أنه كان معتبراً بافاريا وصاحب اقامة أصلية فى بافاريا •

وبعد وفاة فورجو طالب أخوة أمه بالميراث فعارضتهم مصلحة الاملاك

(١) هذان النصان هما المادة السابعة فقرة أولى وفقرة ثانية وهما يقضيان بالآتى :

(7) — 1 — A person shall not be prevented from presenting a petition for divorce, or the Court from pronouncing a decree of divorce, by reason only that the petitioner has at any time been granted a judicial separation or an order under the Summary Jurisdiction (Separation and Maintenance) acts, 1895, to 1949, upon the same or substantially the same facts as those proved in support of the petition for divorce.

— 2 — On any such petition for divorce, the Court shall not pronounce a decree of divorce without receiving evidence from the petitioner.

(انظر الحكم الصادر فى ١٩٥٣/٦/٩ فى القضية رقم ٩٠٧ سنة ١٩٥٢ من دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية)

وقد سارت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الوطنية على هذا المبدأ وأصدرت به أحكاما عديدة نذكر منها الحكم الصادر فى ٣١ من مارس سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ٢١٨ سنة ١٩٥٢ وهى خاصة ببريطانى قبرصى الاصل ومقيم فى مصر وقد رفضت المحكمة الاخذ بنظرية الاحالة حتى ولو كانت للقانون المصرى

الفرنسية (بيت المال) مدعية أن الابن الطبيعي في القانون الفرنسى لا يرثه أخوة أمه بل اخوته المباشرين فاذا لم يكن له أخوة مباشرون اعتبرت تركته شاغرة ومن ثم تعود الى بيت المال (الدولة)

ولما عرضت القضية على المحاكم الفرنسية قضت محكمة استئناف بورديو بأحقية اخوة الام في الميراث ولكن مصلحة الاملاك طعنت في الحكم أمام محكمة النقض والابرام التى تقضته تأسيسا على :

(١) ان القانون الواجب التطبيق هو القانون البافارى لانه قانون الموطن الاصلى للمتوفى •

(٢) ولكن هذا القانون البافارى « يحيل » الى قانون الاقامة الفعلية domicile de fait بصرف النظر عن فكرة الموطن القانونى الصحيح •

(٣) وان قانون الاقامة الفعلية هو القانون الفرنسى للموارث وهو — بالنسبة للابن الطبيعى — لا يعترف الا بالاخوة أو الاخوات المباشرين للمتوفى لا أخوة أو أخوات والدته •

وخلصت محكمة النقض من هذا بأن «فورجو» توفى عن غير وارث ومن ثم تؤول أمواله الى الدولة ممثلة فى مصلحة الاملاك «(١)»

L'Administration des Domaines

١٣٩ مكرر — ومن أمثلة «الاحالة» الاخرى «(٢)» حالة الاجنبى المقيم فى فرنسا والذى تود المحاكم الفرنسية أن تحدد أهليته (capacité)، وفى هذا نصت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدنى الفرنسى على أعمال قانون جنسية الشخص • فاذا كان هذا القانون يسند بدوره التطبيق للقانون الفرنسى بصفته قانون الموطن اعتبر هذا احالة renvoi

(٢) كذلك يكون الامر لو تصورنا أن فرنسا توفى تاركا عقارات فى ايطاليا ، اذ أنه عملا بالقانون الايطالى يطبق قانون جنسية المتوفى — وهو القانون الفرنسى • ولما كان هذا الاخير « يحيل » فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه على قانون موقع العقارات عاد الفصل فى الموضوع مرة أخرى الى القانون الايطالى بطريق « الاحالة » •

(١) نقض فرنسى ٢٤ يونيو سنة ١٨٧٨ — دالوز — سنة ٧٩ جزء أ — صفحة ١٥٦ وسيرى سنة ٧٨ — جزء أ — صفحة ٤٢٩ وأنظر هنرى باتيفول نبذة ٣٠١ وما بعدها .
(٢) أنظر دسبانيه F. Despagne — القانون الدولى الخاص — طبعة سنة ١٩٠٩ نبذة ٦٠٦ وما بعدها .

(٣) ويمكننا أن نردد هذا بالنسبة للفرنسي المسيحي الذي يتوفى في مصر ويوصى فيها بعقار ما للغير • إذ أنه في هذه الحالة وعملاً بقاعدة الاسناد المنصوص عليها في المادة ١٧ من القانون المدني يتعين على القاضى تطبيق قواعد القانون الفرنسى ، فى حين أن هذا القانون الفرنسى يحيل الى قانون موقع العقار وهو فى هذه الحالة القانون المصرى •

ولكن ما هو هذا القانون المصرى الخاص بوصية الفرنسى المسيحي ؟ اذا قلنا أنه الشريعة الغراء تناقضنا مع العرف الذى كان سائراً منذ الفتح الاسلامى الذى كان يقضى بترك أهل الكتاب ينظمون أحوالهم الشخصية (ومنها الوصية) لقانون دينهم ، وهذا هو بعينه ما احترمته القرامانات العثمانية وما أيده الشارع المصرى بالنسبة للمسيحيين المصريين كما سلف القول ، واذا قلنا أنها القانون الدينى لان الشريعة الاسلامية أحالت اليها كان معنى ذلك أن «احالة» ثانية ستتولد من احالة أولى •

ولذلك ومنعا من التشعب والتضارب حظرت المادة ٢٧ على القاضى المصرى أن يساير الاحالتين ويكتفى بأعمال القانون الفرنسى الداخلى مباشرة لا القانون الاجنبى الذى قد يحيل اليه هذا القانون الفرنسى حتى ولو كانت الاحالة ستنتهى الى قانون القاضى نفسه •

١٤٠ — والفكرة فى هذا مؤسسة على تبسيط الحلول وتقادى اشتباك القوانين وتنازعها بقدر المستطاع وبدون التفات الى السيادة souveraineté التشريعية أو القضائية لبلد ما ، إذ أن هذه السيادة التى يناصرها بعض الكتاب مثل بارثان Bartin وببيه Pillet «١» لا محل لاقحامها فى موضوع تنازع القوانين خاصة وأنها سيادة خيالية أكثر منها واقعية إذ أن مصلحة الدولة الحقيقية وحسن سمعتها فى الميدان القضائى يستلزمان اتباع السهولة فى أعمال القوانين الاجنبية لاتعقيدها وسرعة أداء العدالة لا التعثر فى النظريات الفقهية وهذا كله لا يتحقق الا اذا شعر القاضى أن أعماله للقانون الاجنبى أصبح ، الى حد ما ، مندمجا فى قانونه الوطنى ، اما أن يتملص هذا القانون الاجنبى من هذا الاثر الاندماجى — الذى يجب أن يسود فى كل الشرائع — بمحاولة اسناد الحل الى قانون ثان أجنبى أو ثالث أو باعادة الموضوع الى قانون القاضى مرة أخرى فهذا هو بعينه التزعزع وعدم الثبات إذ أنه فى هذه الحالة يصبح الموضوع كأنه كرة لاعبى التنس ولذا أطلق الاستاذ

الحكمة فى الاعراض
عن « الاحالة »

(١) أنظر هنرى باتيفول المرجع المتقدم نبذة ٣٠١ وما بعدها .

بوزاتى الايطالى Buzzati على نظرية « الاحالة » عبارة « التنس الدولى » (tennis international) فى حين أن الاستاذ كاهن Kahn الالمانى وصفها بأنها « قاعة المراتى » حيث تنعكس الصورة من مرآة لآخرى .

أما نبوانيه Niboyet فعاد للتشبيه الذى قاله بوزاتى ووصف الاحالة بأنها « المضرب » la raquette

الاصل التشريعى

١٤٠ مكرر - هذا وقد نقل الشارع المصرى نص المادة ٢٧ سالفه الذكر من التقنين الايطالى الحديث (مادة ٣٠) وكان - قبل ذلك - قد أخذ بنفس المبدأ عندما كانت معاهدة مونترو مطروحة على بساط البحث بين مصر والدول صاحبات الامتيازات سابقا فقد كانت المادة ٣١ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بالمعاهدة سالفه الذكر تنص على أن :

« المقصود من عبارة « القانون الوطنى » (للاجانب) هو القواعد الداخلية لهذا القانون لا ما كان منها متعلقا بالقانون الدولى الخاص «١»

Par le terme « loi nationale », on doit entendre les dispositions internes de cette loi à l'exclusion de ses dispositions du Droit International Privé.

قوانين متسامحة

١٤١ - هذا ومن القوانين الاجنبية ما يتسامح فى نظرية الاحالة بالنسبة للاحوال الشخصية دون غيرها وطالما وأن الاحالة فيها تنتهى الى قانون القاضى فقط ، ومن هذه القوانين القانون الالمانى ، والقانون اليابانى الصادر فى ٥ من أغسطس سنة ١٩١٨

ومن القوانين ما يتسامح فى قبول الاحالة فيما يتعلق بالاهلية وحدها capacité كالقانون الهنغارى الصادر فى ١٨ من ديسمبر سنة ١٨٩٤ (مادة ١٠٨) والقانون السويدى الصادر فى ٨ من يولييه سنة ١٩٠٤

أما القانون السويسرى الاتحادى الصادر فى ٢٧ من ديسمبر سنة ١٨٧٤ فيتسامح فيما يتعلق بالزواج والتطليق فى حين أن القانون البولونى الصادر فى سنة ١٩١٦ يقبل الاحالة اطلاقا . وبدون قيد أو شرط «٢» .

(١) لاعمال التحضيرية للقانون المدنى (المادة ٢٧) الجزء لاول صفحة ٣١٤ .

(٢) أنظر الدكتور اتيين دى سازى - المرجع السابق الاشارة اليه صفحة ١١٠

وما بعدها .

الفصل السادس

طريقة اعمال القانون الاجنبى وطبيعته

طبيعة القانون الاجنبى

١٤٢ - قد يتساءل القاضى المصرى المطلوب منه أن يطبق قانوناً أجنبياً عن طبيعة هذا القانون الاجنبى ؟ • وهل يطبقه كقانون مندمج فى قانونه ؟ أم أنه لا يعدو أن يكون «واقعة» ضمن باقى « وقائع » الدعوى التى يعرضها عليه الخصوم خاصة اذا كانت بعض نواحي هذا القانون الاجنبى مؤسسة على عادات غير مكتوبة •
والرد على هذا السؤال هو الذى يحدد « طريقة » أعمال القانون الاجنبى وخضوعها أو عدم خضوعها لرقابة محكمة النقض •

نتائج الخلاف بين كونه «قانوناً» أو « واقعة »

١٤٣ - وينبنى على أن القانون الاجنبى قانون مندمج فى قانون القاضى ان :

- (١) القاضى يطبقه من تلقاء نفسه حتى ولو لم يطلبه الخصوم
 - (٢) ويحاول بقدر استطاعته أن يتعرف على أحكامه وملابساته حتى ولو قصر الخصوم فى ذلك
 - (٣) فاذا ما رفض أعماله - بحجة أنه لم يفهمه أو لم يعثر عليه - اعتبر ذلك انكاراً لولايته القضاء واحكاماً غير مشروع عن أداء العدالة déni de Justice
 - (٤) ولكن اذا عمل القاضى القانون الاجنبى وأخطأ فى مهمته أو تفسيره خضع حكمه لرقابة محكمة النقض
- أما اذا اعتبر اعمال القانون الاجنبى بمشابة واقعة ضمن الوقائع فيتربط على ذلك :

(١) أن القاضى غير مكلف بتطبيقه من تلقاء نفسه بل ان الخصوم هم الذين يقدمون له نصوص هذا القانون الاجنبى وشرحه وملابساته وترجمته كما لو كان مستنداً ضمن المستندات

(٢) يستطيع الخصوم التمسك بالقانون الاجنبى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف مادام أنه لايعتبر طلباً جديداً بل دليلاً جديداً •

(٣) أما اذا لم يطبق القاضى هذا القانون أو أخطأ فيه أو فى تفسيره فلا شأن لمحكمة النقض به لانه ليس لها رقابة على الوقائع ولا على طريقة المحكمة فى فهمها أو تفسيرها •

١٤٤ - وقد انقسم القضاء والفقه الدولي في هذه المسألة انقساماً واسع النطاق • وتضاربت فيه أحكام النقض والابرام في فرنسا «١» •

والرأى الاول مؤسس على نظرية المجاملة الدولية courtoisie internationale في أقصى حدودها أما الثاني فيغلب نظرية سلطان الارادة autonomie de la volonté ويفتح باباً واسعاً للتحايل على القانون • كما لو تقدم زوجان يحرم قانون بلدهما التطبيق فأخفيا على القاضي النص الخاص بهذا التحريم باتفاق تحايلى فيما بينهما بقصد التخلص من قيود قانون بلدهما • وكما لو اتفق خصمان على غش القاضى بأن فسر له نصاً معيناً في قانونهما تفسيراً كاذباً •

وظاهر أن هذا يصدم الاخلاق والعدالة لان القانون لا يصح أن يخضع أو يتشكل طبقاً لاهواء الافراد أو مصالحهم •

رأى محكمة النقض
الفرنسية

١٤٥ - ونظراً لجديّة هذه الطعون تضاعف أنصار الرأى الثانى وبدأت محكمة النقض والابرام في فرنسا تضع عليه القيود مغذ سنة ١٨٧٩ عندما قضت أنه اذا كان الاسناد للقانون الاجنبى منصوصاً عليه في قانون القاضى أو معاهدة بين بلده وبين البلد التابع لها القانون الاجنبى فان مخالفة القاضى لهذا الاسناد أو خطأه في تطبيق القانون الاجنبى يخضع لرقابة محكمة النقض «٢» •

رأى دسبانييه
ومثل من مصر

١٤٦ - وأضاف دسبانييه استثناء آخر وهو حالة ما اذا كانت نية الشارع واضحة وجلية في ضرورة اعمال قانون أجنبى حتى ولو لم يكن هناك نص ، أما اذا كان هناك شك فمخالفة القانون الاجنبى لا يترتب عليها اخضاع الحكم لرقابة محكمة النقض ، وضرب دسبانييه Despagnet لذلك مثلاً وقع في مصر فقال ان ايطاليا كان متزوجاً في ايطاليا ثم حضر الى مصر وتزوج بسيدة مسيحية تابعة للدولة العثمانية أمام المحكمة الشرعية فحكمت عليه المحكمة القنصلية الايطالية (عندما كانت لها ولاية الحكم في الجنج والجنبايات التى تقع من رعاياها قبل معاهدة مونترو) بحبس ٣ أشهر لارتكابه جريمة تعدد الزوجات فاستأنف في ايطاليا وقضت المحكمة الاستئنافية بالبراءة بحجة أنها لاتفهم شيئاً في القانون الاسلامى (وصف خطأ أنه التركى) وهال الزواج الثانى وقع صحيحاً أم لم يقع ولذا فأنها آراء هذا

(١) ارمانجون Précis de Droit International Privé, P. Arminjon الجزء الاول الطبعة الثانية سنة ١٩٢٧ صفحة ٢٨ ومابعدھا وانظر باتيفول فقرة ٣٣١ ، ٣٣٨ •

(٢) نقض ١٢ فبراير سنة ١٨٧٩ مجلة سبرى سنة ٧٩ جزء ١ صفحة ١٢١ وارمانجون المرجع المتقدم •

الشك لا يسعها سوى الحكم بالبراءة وطعن على الحكم بطريق النقض فقضت محكمة النقض والابرام في روما بنقضه وقالت أن تهمة تعدد الزوجات كانت تلزم محكمة الاستئناف بفحص القانون الاسلامي ومعرفة حكمه في الزواج لا التخلي عن هذا الواجب «١» .

رأى ميلى

١٤٦ - ويقول الاستاذ ارمانجون ان احتمال أن يكون القانون الاجنبى مؤسساً على عادات يجهلها القاضى (كما فى بعض المستعمرات الفرنسية) يدفعه الى الاخذ برأى الاستاذ ميلى F. Meili بانشاء مكتب دولى لامداد القضاة بالمعلومات عن القوانين الاجنبية والعادات التى تحكم بعضها . ولا يسعنا سوى تحييد هذا الرأى لانه عملى ويساهم بقسط كبير فى سبيل التعاون القضائى فى القانون الدولى الخاص «٢»

الحق المكتسب

١٤٧ - ويقول بعض الاساتذة الانجليز والامريكان - ويتبعهم فى ذلك بعض الاساتذة الايطاليين - ان القانون الاجنبى لا يسرى فى بلد القاضى الوطنى « بقوة نفاذه » أى باعتباره أمراً الزامياً صادراً من السلطان الاجنبى بل لانه مؤسس على حق مكتسب vested right وأن ما يظهر لاول وهلة انه تطبيق لهذا القانون عملاً بقاعدة الاسناد الوطنية هو فى حقيقته عبارة عن اعتراف القاضى الوطنى بالحق المكتسب فى ظل القانون الاجنبى فاذا ماتزوج فرنسى مثلاً بفرنسية فى باريس وترتبت له وفقاً للقانون الفرنسى حقوق زوجية ثم حدث أن هذه الحقوق عرضت على القاضى الانجليزى لبحث آثارها طبقاً للقانون الفرنسى فهذا القاضى لا يعتبر أنه يطبق أو يأتمر بهذا القانون الاخير بل انه « يبحث الحق الذى نشأ تحت سلطانه » .

ويقرب هذا الرأى من الرأى الثانى لانه يعتبر أن القانون الاجنبى ليس الا « عنصراً » élément ضمن العناصر الواقعية للحق المكتسب .

نقد هذا الرأى

١٤٧ مكرر - وظاهر أن هذا الرأى لا يستند الى أى أساس صحيح اذ أنه من غير المفهوم أن يقال ان واقعة (فى شكل عنصر) تطبق على وقائع apply a fact to facts «٢»

(١) جريدة القانون الدولى الخاص سنة ١٩١١ صفحة ٣٣٧ ، ٣٣٨ والتعليق على الحكم وأنظر ارمانجون - المرجع المتقدم هامش صفحة ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٢) ارمانجون المرجع المتقدم نبذة ١٤٦ .

(٣) دكتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص المصرى - الجزء الثانى القسم الاول نبذة ١٥٤ والمراجع التى تشير اليها .

هذا فضلا عن أن الصفة الآمرة التي في القانون الاجنبى لاتوجه الى القاضى مباشرة بل عن طريق قانون هذا القاضى نفسه الذى نص على قواعد الاسناد وهذه بوصفها نصوصا جاءت في قانون وضعى من قوانين الدولة لها طابع الامر والالزام •

الرأى الخاص للقانون
المصرى

١٤٨ - ونلاحظ من جهتنا أن الشارع المصرى كفانا مؤنة البحث لانه أعلن انضمامه للرأى الاول باتباعه الطريق العملى اذ أنه أفرز لقواعد الاسناد نصوصا تشريعية خاصة استعرضنا بعضها وسنستعرض بعضها الآخر عما قليل • ومعنى ذلك ان اعمال القانون الاجنبى يكون بوصفه قانوناً مندمجا ، الى حد ما ، فى القانون المصرى ومن ثم لايقبل من القاضى الاعتذار بجهله لهذا القانون الاجنبى ، بل يجب عليه السعى على التعرف على أحكامه ، كما أن امتناعه عن تطبيقه أو اعراضه عنه يعتبر امتناعاً عن الحكم وإداء العدالة déni de Justice — أما ما يتطلبه فحص القانون الاجنبى من تعمق فى البحث أو تحليل للآراء الفقهية الخاصة به فللمحكمة أن تكلف الخصوم بها تنويرا للعدالة « ١ » •

ويترتب على هذا الرأى ان خطأ القاضى فى اعمال قاعدة الاسناد ، سواء بتطبيق قانونه بدلا من قانون أجنبى أو العكس وكذلك خطأه فى فهم أو تفسير القانون الواجب التطبيق ، كل هذا يخضع — فى نظرنا — لرقابة محكمة النقض والابرار ، مثال ذلك ، نصت المادة ١٤ من قانون نظام القضاء على أن الهبة تعتبر من الاحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرهما كذلك • فاذا حصلت هبة من ايطالى لايطالى آخر فطبق القاضى المصرى أحكام الهبة فى القانون المدنى المصرى كان هذا خطأ فى اعمال قاعدة الاسناد يخضع لرقابة محكمة النقض أما اذا طبق القاضى القانون الايطالى وفسره بأنه يعتبر الهبة من المسائل العينية مع أنه يعتبرها من الاحوال الشخصية كان هذا الخطأ الثانى خطأ فى القانون ومن ثم يكون لمحكمة النقض والابرار المصرية حق الرقابة والتدخل لاصلاح الخطأ بنقض الحكم لهذا السبب أيضا •

رأى الدكتور
عز الدين عبد الله

١٤٨ مكرر — ويخالفنا الدكتور عز الدين عبد الله مع أنه يقرر بصراحة أنه ليس من أنصار اعتبار القانون الاجنبى بمثابة واقعة من الوقائع élément de fait بل قانونا

(١) أصدرت المحاكم المختلطة رأيا يقرب من هذا قائلة « انه يجب على أطراف الخصومة الذين يستندون الى تشريع أجنبى أن يقدموا الى المحكمة أحكامه مشفوعة برأى الفقه والقضاء وأن يقيموا الدليل على سلامة الاجراءات التى اتخذوها » (استئناف مختلط ١٤ من مارس سنة ١٩٤٦ مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٨ ص ٦١) •

تحتّم قواعد الاسناد الوطنية أعماله ويستند في تبرير هذا التنافر بين المبدأ أو نتيجته على أنه : —

(١) ليس من وظيفة محكمة النقض تثبيت القضاء وتقرير القواعد القانونية الصحيحة في القوانين الاجنبية •

(٢) ان المادة ٤٢٥ من قانون المرافعات عندما ذكرت أن الطعن بالنقض يكون بناء « على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله » لم تصرح بأن عبارة « القانون » تنصرف الى القانون المصرى وحده أم تمتد الى غيره من القوانين وان سكوتها هذا يدل بداهة على أن المقصود هو القوانين المصرية وحدها، (٣) اذا ألقى على محكمة النقض عبء تطبيق أحكام القانون الاجنبى فسوف تصادفها صعوبات كثيرة « ١ » •

١٤٩ — ونعتقد أن هذه الاسباب غير مقنعة للاعتبارات الآتية :

ردنا على هذا الرأى

(١) لا يوجد في قوانين المرافعات أى نص يقصر اختصاص محكمة النقض على فحص القوانين الداخلية • وما دام أنها الرقيب الاعلا على صحة تطبيق القوانين فلا محل لقصر هذه الرقابة على قانون دون الآخر اذ أن المقصود بالرقابة هو الوصول الى العدالة والحق وهذا الواجب الادبى الكبير لا يتجزأ بطبيعته •

(٢) يضاف الى هذا أننا في عصر بلغت فيه المجاملات الدولية والتعاون المشترك بين الشعوب حدا أصبح لا ينسجم مع سياسة الاثرة القضائية وأن ينطوى اختصاص أعلا محكمة على نفسه ولا ينظر لقوانين الغير التى أضحت جزءا من قوانين القاضى بحكم اشتباك المعاملات ونصوص قواعد الاسناد التى في هذه الاخيرة •

(٣) أما القول بأن في هذا صعوبات جسيمة على محكمة النقض فهذا اعتراض لا شأن له بالمبدأ ولا تفهم لم يسمح لقاضى الموضوع أن يواجه هذه الصعوبات بنفسه دون أن تشاركه فيها الهيئة التى يفرض فيها أنها أكثر خبرة وأوفر علما اذ أن القول بعكس ذلك قد يؤدي الى تهاون القاضى في استقصاء البحث وعدم الاكتراث بالتغلب على الصعوبة بطريقة جديّة ثم الجرى وراء الحلول السهلة ولو كانت مخالفة لروح القانون المراد تطبيقه •

(٤) أما ان المادة ٤٢٥ من قانون المرافعات لم تذكر القانون الاجنبى عندما حددت اختصاص محكمة النقض فقد تولى استاذ المرافعات الدكتور محمد حامد فهمى الرد عليه بقوله أن النص يشمل القوانين الاجنبية كلما اسند اليها القانون المصرى

(١) دكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق نبذة ١٥ •

أو أوجب العمل بها «١» .

ويمكننا أن نضيف الى ذلك ان القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الذى أضاف كتابا رابعا الى قانون المرافعات خاصا بمسائل الاحوال الشخصية بالذات قد نص فى المادة ٨٨١ على ميعاد النقض فى هذه المسائل عينها ولم يقصرها على مادة دون أخرى . ومعلوم أن هذا الكتاب الرابع قد تناول الكلام على القضايا الخاصة بالاجانب والمتعلقة بالزواج وبطلانه والاعتراض عليه وعلى أهلية المرأة الاجنبية المتزوجة وطلب التفريق الجسمانى والتطليق والنفقة والطاعة والحضانة واثبات النسب والاقرار به وانكاره والتبنى والولاية على النفس والمال وهذه كلها مسائل لا بد من اعمال القوانين الاجنبية فيها طبقا لقواعد الاسناد التى نص عليها القانون المصرى . فلو كان الشارع المصرى عند وضعه للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ سالف الذكر قد قصد مسايرة رأى الذى يعفى محكمة النقض من رقابة طريقة اعمال القاضى للقانون الاجنبى لاعتنى بأن ينص على ذلك صراحة لا أن يفعل العكس بأن يحدد ميعاد النقض فى المادة ٨٨١ التى أوردها فى الباب الاول من ذلك القانون عينه .



رأى محكمة النقض

١٤٩ مكرر - هذا ويسرنا أن نقول أن محكمة النقض والابرار المصرية اصدرت حكما حديثا فى ٨ من يناير سنة ١٩٥٣ أخذ برأينا واعتبر أن الخطأ فى تطبيق القانون الاجنبى حتى ولو كان خاصا « بالاثبات » يدخل تحت رقابتها . ووقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم توجز فى أن زوجا كسر درجا خاصا لزوجه وسرق منه رسائل ومذكرات تثبت علاقتها بآخر واركن عليها فى طلب التطليق فدفعت الزوجة بأن القانون الفرنسى لا يعتبر هذه الاوراق كدليل لانها « مسروقة » وطلبت استبعادها ولكن المحكمة لم تلتفت لهذا الدفع المؤسس على القانون الفرنسى وأخذت بمحتويات هذه الاوراق المسروقة كدليل اثبات وقضت بالتطليق . ولكن محكمة النقض رأت فى هذا الحكم مخالفة للقانون الفرنسى لا يصح السكوت عليها فتقضت الحكم ووصفته بأنه « أخطأ فى تطبيق القانون » تأسيسا على أن القانون الفرنسى أصبح فى هذه الحالة جزءا من قانون القاضى بمقتضى قواعد الاسناد «٢»

(١) المرافعات للدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٧٤٩ .

(٢) نقض ١٥ من يناير سنة ١٩٥٣ القضية رقم ١٦٤ سنة ٢٠ قضائية مجموعة الاحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية لمحكمة النقض السنة الرابعة - صفحة ٣٤٩ رقم ٥٠ .

الجزء الثاني

القوانين الأجنبية للأحوال الشخصية

LES LOIS ETRANGERES

EN MATIERE DE

STATUT PERSONNEL

تقسيم :

خصصنا هذا الجزء الثانى لاستعراض القوانين الاجنبية فى مسائل الاحوال الشخصية وقسمناها على أربعة فصول يينًا فى كل منها النصوص الاجنبية الخاصة مع ما تيسر العثور عليه من أقضية المحاكم المصرية فى أثناء قيام معاهدة موترو وبعد انتهاء العمل بها وعودة الولاية القضائية للمحاكم المصرية العامة ابتداء من ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ • وهذه الفصول هى :

De l'Etat et la Capacité الاول : الحالة والاهلية

Droit de Famille الثانى : حقوق الاسرة

ويشمل أربعة أبواب وهى :

١ - الخطبة

٢ - الزواج - صحته وبطلانه

٣ - انحلال الزواج بالطلاق أو التطليق أو الانفصال الجسماني

٤ - الروابط القانونية بين الاحوال والفروع ويشمل :

(أ) السلطة الابوية و (ب) البنوة خارج الزواج واثبات النسب الشرعى ،
(ج) التبني

٤ - النفقة بين الاقارب •

الثالث : الارث

الرابع : الوصية

الفصل الأول

الحالة والاهلية

DE L'ETAT ET LA CAPACITE

قاعدة الاسناد في
القانون المصرى

١٥٠ - نصت المادة ١١ من القانون المدنى الجديد على أن :

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

ويبين من قراءة هذا النص أن الشارع لم يعرف الأهلية كما أنه لم يحدد طبيعتها ولا مداها •

والأهلية لا تزيد عن كونها كفاءة (aptitude) أو صلاحية الشخص فى (١) التمتع بالحقوق و (٢) استعمالها بما فى ذلك آداء ما عليه من التزامات نحو الغير -

ويبين من هذا التعريف أن الأهلية نوعان :

(١) أهلية التمتع بالحق *capacité de jouissance de droit*

(٢) أهلية استعمال الحق *capacité d'exercice de droit*

تلازم الأهلية
بالحالة

١٥١ - وقبل أن نستطرد فى بيان طبيعة كل نوع من هاتين الاهليتين يتعين أن نقول - بادىء ذى بدء - ان الأهلية (capacité) والحالة *état* مظهران من الاحوال الشخصية متلازمان تبادليا • فقد تتحد أهلية شخص تبعا لحالته اذا كان متزوجا أم أعزبا ، أم قاصرا أم راشدا • سليم العقل أو ناقص الادراك • حقيقة رفعت أكثر قوانين العالم الحجر الذى كانت تفرضه على المرأة المتزوجة ولكن آثار هذا النظام القديم مازالت قائمة فى بلدان كبيرة متحضرة كبلجيكا وكندا «١» •

(١) يعتبر هذان القانونان المرأة المتزوجة ناقصة الأهلية ويحتمان عليها استصدار اذن من زوجها مباشرة أى تصرف من التصرفات ماعدا أعمال الادارة المنزلية ، ويستثنى القانون الكندى حق المرأة فى ادارة أموالها الخاصة اذا كان الزواج محكوما بنظام فصل الاموال *séparation des biens* (جميل خانكى - ص ٢١٧ ، ٢١٩)

ويقابل ذلك — أن الأهلية لازمة لخلق وإنشاء بعض أنواع « الحالة »
فالمجنون مثلا لا يستطيع أن يعقد زواجا صحيحا أو يعترف بأبوته لشخص أو ان
يعين « ورثة » في وصية •

١٥٢ — ولم تفصح المادة ١١ عن نوع « الأهلية » الذي أسندته الى قانون
جنسية الشخص — وهل تشمل الأهلية في التمتع بالحق de jouissance أم أنها
قاصرة على الأهلية في استعمال هذا الحق ؟

وقد ردت الاعمال التحضيرية على هذا السؤال بقولها :

« ان اصطلاح الأهلية ينصرف في هذا المقام الى أهلية الآداء وحدها ،
أى صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الارادية (١) »

ويقصد واضع القانون من عبارة « أهلية الآداء » الأهلية التى أطلقنا عليها
عبارة أهلية استعمال الحق التى نرى أنها أكثر دلالة للمعنى لانطباقها على النص
الفرنسى capacité d'exercice de droit

١٥٣ — وقبل أن نبين طبيعة هذه الأهلية الاخيرة وفقا لمدى استعمال الحق
وهل هو مطلق (absolu) أو عام (général) أو مقيد ونسبى (relatif) ،
يحسن أن نقول أنه فيما يتعلق بأهلية التمتع بالحق jouissance — وهى التى
لا تدرج تحت نص المادة ١١ — ان مجال تطبيقها أصبح أو كاد يكون معدوما بعد
أن زالت أنظمة الرق l'esclavage من قوانين العصر الحاضر •

ولذا لم يبق من أسباب أهلية التمتع ما يستحق الذكر الا حالتان لم يخلصا
من النقاش والجدل وهما :

(١) حالة الطفل الذى يموت ابان الوفاة • فهل وجدت له حقوق أم لم توجد ؟
وتحاول المادة ٢٦ من تقنين بوستامنتى Codigo Bustamante الخاص
بالدول اللاتينية فى امريكا الجنوبية إيجاد حل لهذا الاشكال المستعصى •

(٢) الموت للرهبنة أو للتعبد mort de cloître «٢» وهذا يحصل عندما
يترك شخص العالم وما فيه ليمضى باقى أيام حياته متعبدا فى دير أو صومعة بعد
أن يصلى عليه رؤساءه الدينيون صلاة الموتى اعلانا بأنه قد ترك العالم • فهل لمثل

(١) الاعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ١ صفحة ٢٤٢

(٢) اتين دى ساسى E.. de Szaszy صفحة ٢١٤ وما بعدها .

هذا الراهب أن يملك وأن ينقل الملك للغير ، عن طريق التعاقد أو الارث والوصية ؟ (١)

لا تشمل المادة ١١ - في نظر واضع القانون - هذه الاحوال التي مردها «الاهلية في التمتع بالحق» ولذا تتركها جانبا لنقتصر على بحث الموضوع فيما يتعلق بالاحوال الشخصية وعلاقتها بالقوانين الاجنبية ، ولهذا نعود الى بحث الاهلية في استعمال الحق *exercice de droit*

مدى استعمال الحق
يخلق اهلية عامة أو
اهلية نسبية

١٥٣ - وتنقسم الاهلية في استعمال الحق (أو أهلية الاداء كما تسميها الاعمال التحضيرية للقانون) الى قسمين تبعا لمدى هذا الاستعمال اذا كان عاما ومطلقا *général ou absolu* أو خاصا ونسبيا *spécial ou relatif*

والاولى تتميز بوصفها العكسي . فالمجنون أو الطفل مثلا ليس لهما أهلية استعمال الحق بصفة عامة ومطلقة ولذا فانه يمكن القول أن مرد هذه الاهلية هو التمييز وعوارضه .

أما الاهلية ذات الاستعمال النسبي أو الخاص فيختلط أمرها «بموانع التصرف» *règles prohibitives* القانونية

كالزوجة البلجيكية أو الكندية التي يمنعها قانونها من التصرف بدون اذن زوجها .

والآن وقد بينا نوعي أهلية استعمال الحق طبقا لمداه بقى أن نتساءل عن أي

(١) وقد أخذ القضاء المصري بنظرية « الموت للتعبد » (محاماة السنة العاشرة ص ٧٥٤) وقد أشار هذا الحكم الى حكم سابق أصدرته محكمة الاستئناف الوطنية في ١٠ من مارس سنة ١٩٢٤ كان قد ارتكن على (١) قرار القومسيون المخصوص المنعقد في سنة ١٨٨٠ الذي قضى أن كل ما يملكه الراهب بعد انقطاعه عن العالم لا يملكه لنفسه بل للكنيسة (٢) رأى المجمع الصغوى للشيخ أبى الفضائل بن اعسال عن نظام الرهبنة (٣) عدم مخالفة هذا النظام للنظام العام المصرى - انظر أيضا استئناف مصر في ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ الذي رد على الطعون الموجهة للرهبنة من أنها رق قائلا أنها ليست كذلك بل هي تقليد ديني لا يخالف النظام العام (محاماة - سنة ١٢ - ص ٧٤٤) ومن رأينا أن هذا القضاء على حق ونضيف عليه أن تملك الراهب لحساب الكنيسة ليس الا مثلا من أمثلة « النيابة في التعاقد » *théorie de la représentation* وقد أشار اليها الدكتور عبد الرزاق السنهورى في كتابه « نظرية العقد » ص ٢٠٦ - ٢٠٨ ويمكن القول أن الراهب في تملكه باسمه انما كان يقوم بدور « رجل القش » (*prête-nom*) الذي يخفى وراءه شخص الاصيل (انظر أيضا دالوز العملى *Pratique* جزء ٨ تحت عبارة توكيل *mandat* - البند السادس . فقد ورد فيه أن الموكل يبقى مختفيا الى حد أن يظن الناس أنه غير موجود

Le mandant est entièrement dissimulé ou ignoré même s'il y a mandat. C'est la convention de prête-nom.

هذين النوعين قصدت المادة ١١ اسناده لقانون جنسية الشخص *

القانون يقصد الاهلية
الخاصة بالاستعمال
المطلق للحق

١٥٤ - وقد ردت الاعمال التحضيرية على هذا السؤال الثانى بقولها أن المادة ١١ لا تقصد سوى الاهلية المؤسسة على استعمال الحق بطريقة عامة أما الاهلية المتعلقة بالاستعمال المقيد أو الخاص فقد تعمد الشارع أن يتركها «لاجتهاد القاضى» خلافا لما كان العمل سائرا عليه فى ظل القانون المدنى الملغى * فقد كانت المادة ١٣٠ (المقابلة للمادة ١٩٠ مختلط) تنص على أن أهلية استعمال الحق - مطلقا أو مقيدا - خاضعة لقانون الجنسية «١» * والنص الافرنسى أكثر وضوحا عند قوله :

La capacité relative ou absolue est réglée par la loi de nationalité à laquelle appartient la personne qui contracte.

١٥٤ - لذلك - وعملا بنص المادة ١١ من القانون المدنى - يطبق قانون جنسية الشخص فى الحالات التى تدور حول تمييزه وعوارض هذا التمييز ، كسن الرشد والجنون والعتة *

أمثلة عملية

وتأسيسا على هذا المبدأ يطبق قانون جنسية الشخص فى بيان ما يجوز وما لايجوز لناقص التمييز مباشرته من أعمال قانونية أو ادارية وسلطة الوصى عليه أو القيم ومدى الرقابة على هذه السلطة واشكالها *

ومن أمثلة ذلك ما قضت به الدائرة الثالثة بمحكمة الاسكندرية فى قضية حجر على سيدة يونانية من تعيين ناصح قانونى (أو قضائى) لها conseil judiciaire «٢»

وفى حكم أصدرته محكمة مصر المختلطة فى ١٩ من مارس سنة ١٩٤٥ (فى ظل معاهدة مونترو التى لم تتغير فيها قواعد الاسناد عما هى عليه الآن) حددت أهلية القاصر الايطالى الذى يبلغ الثمانية عشر شهرا بأنه يكون حر التصرف بشرط أن يلازمه ولى يعين ad hoc فى الاحوال التى يسمح له فيها قانونه بالتصرف ، ولا تأمر المحكمة بحالة التحرر من عدم الاهلية émancipation الا بعد أن يبدى رئيسها رأيه فيه بصفته القاضى الوصى juge tutelair «٣» *

وفى حكم قديم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة (فى ١١ من يونيو سنة ١٩١٣)

(١) الاعمال التحضيرية للمادة ١١ - الجزء الاول صفحة ٢٤٢ وما بعدها .

(٢) انظر الحكم الصادر فى ٩ من نوفمبر سنة ١٩٥٣ (قضية رقم ٣٦٨ سنة ١٩٥٠)

(٣) القضية رقم ١٨ سنة ٧٠ قضائية ومثلها القضية رقم ٥٠ سنة ٧٠ قضائية وقد حكم فيها فى ١١ من ابريل سنة ١٩٤٩ (جميل خانكى صفحة ٩٩) .

يسمح القانون الروسى للمحجور عليه للسفه أن يتولى بنفسه الدفاع عن حقوقه أمام القضاء «١» .

وبتاريخ ١٢ من ابريل سنة ١٩٤٥ قضت محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة أنه اذا أمرت محكمة أول درجة بتوقيع الحجز على فرنسى بناء على طلب بعض أفراد عائلته الذين كانوا ضمن « مجلس العائلة » conseil de famille دون أن يستجوب المدعى عليه عملا بالمادة ٤٩٦ من القانون المدنى الفرنسى يكون حكمها باطلا ولا يمكن تصحيحه فى درجة الاستئناف «٢» .

وأخيرا فست محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة فى حكم لها أصدرته فى ٢٨ من ابريل سنة ١٩٤٢ المادة ٦٦ من القانون اليونانى بأنها تشترط فى صحة البيع الذى يجريه الوصى على القاصر أن تكون المحكمة قد وافقت عليه بعد أخذ رأى مجلس الاسرة conseil de famille «٣»

امثلة قديمة من الاهلية
الخاصة بالاستعمال
المقيد

١٥٥ - أما الاهلية الخاصة بالاستعمال المقيد - وقد تركها القانون المدنى الجديد لاجتهاد القاضى فقد كانت المحاكم المختلطة - عملا بنص المادة ١٩٠ من القانون المختلط الملغى - تسندها الى قانون جنسية الشخص ولذا فانها قضت :

(١) بأنه ليس للزوجة الايطالية أن تكفل زوجها .

(٢) وأن الزوجة الفرنسية لها أن تتصرف فى مالها .

(٣) كما أن الزوجة اليونانية ليس لها أهلية كذلك فى أن تكفل زوجها وترهن

أعيانها ضمنا لدين عليه «٤» .

الاهلية المقيدة وتركها
لاجتهادالقاضى وللتشريع

١٥٦ - والراهن أن أحوال الاهلية المقيدة التى تركها القانون لاجتهاد القاضى

أصبحت أو كادت أن تصبح غير ذات موضوع لاسباب ثلاثة : -

الاول : أن أغلب قوانين العالم الغت الحجر المؤقت الذى كان يغل يد المرأة

المتزوجة فى التصرف .

فقد رفعت فرنسا هذا الحجر بمقتضى القانون الصادر فى ٢٢ من سبتمبر سنة

(١) السنة ٢٥ صفحة ٤٤٣ مجلة التشريع والقضاء .

(٢، ٣) مجموعة التشريع والقضاء السنة ٥٧ صفحة ١٢٠ ، المجموعة نفسها

السنة ٥٤ صفحة السنة ٥٤ صفحة ١٨٠ .

(٤) دكتور عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولى الخاص فى مصر وأوروبا نبذه

٣٦٠ ودكتور عز الدين عبد الله - الجزء الثانى - القسم الاول صفحة ١٧٤

١٩٤٢ الذى عدل نص المادة ٢١٦ من القانون المدنى فأصبحت تنص على الاهلية الكاملة للزوجة الفرنسية

La femme mariée a la pleine capacité de droit

واقتنى القانون الايطالى الجديد الصادر فى سنة ١٩٤٢ بالقانون الفرنسى وتبعه فى ذلك القانون البولونى المعدل فى سنة ١٩٤٥ •

ومن القوانين الاخرى التى ألغت هذا القيد على المرأة المتزوجة قانون رومانيا (Roumain) والارجنتينى والمكسيكى «١» واليونانى •

والثانى : أن القانون لمصرى — ومثله فى ذلك مثل القوانين الاخرى الوضعية — قد تدخل وفرض حلولاً معينة فى بعض الحالات التى تنقيد الاهلية فيها بقيود خاصة ، مثال ذلك :

(١) غل يد المفلس عن التصرف حماية لحقوق الدائنين (٢١٦ تجارى) •

(٢) والقيود التى فرضتها المادة ٤٧٧ من القانون المدنى الجديد على بيع المريض مرض الموت واعتبار هذا البيع وصية •

ومعنى هذا أن لهذه النصوص أثر اقليمى territorial عام يسرى على المصريين والاجانب على السواء لاشخصى يتوقف على قانون جنسية المريض أو المفلس بالذات •

وقد كان الحال خلاف هذا فى ظل القانون المختلط الملغى بالنسبة لبيع المريض فى مرض الموت اذ نصت المادة ٣٢٣ من ذلك القانون على أن أحكام هذا البيع لاتسرى الا على المصريين أو من فى حكمهم الخاضعين للقانون المحلى loi locale لا الاجانب الذين كان يحكمهم القانون المختلط •

والثالث : لان القانون المصرى اهتداءً بما جرى عليه العمل فى القوانين الاخرى قد نص على حماية الشخص حسن النية الذى يتعامل مع أجنبى أخفى عنه عدم أهليته — وهذا هو بعينه مانص عليه الجزء الثانى من المادة ١١ الذى قضى بأنه فى — هذه الحالة — يعامل الشخص حسن النية كما لو كان قد تعاقد مع شخص كامل الاهلية •

(١) أنظر القانون المقارن للاستاذة بير ارمانجون وبارون بوريس نولد ومارتان وولف الجزء الاول صفحة ٢٥٢ ومابعداها

Traité de Droit Comparé: Pierre Arminjon — Baron Boris Nolde et Martin Wolff. Tome I. P. 252 et s.

١٥٧ - ويؤسس الفرنسيون هذا الاستثناء لقاعدة اعمال قانون جنسية الاجنبى على واجب الدولة فى حماية رعاياها حسنى النية - وهو واجب تلزمها به « المصلحة العامة » ولذا أطلق على هذا الاستثناء La Théorie de l'Intérêt National « ١ » .

ومن القضايا التى دعمت هذه الفكرة التى يتناقل الشراح موضوعها قضية المدعو ليزاردى Lizardi وهو شاب مكسيكى فى الثالثة والعشرين من سنه ، اشترى وهو فى باريس من تاجر فرنسى بعض الجواهر ووقع بضمنها عدة سندات • وعندما طوبل بالوفاء أمام القضاء الفرنسى دفع بىطلان السندات لنقص أهليته تأسيسا على أن قانونه المكسيكى يحدد الرشد فى سن ٢٥ عاما • ولكن المحاكم الفرنسية رفضت الدفع وقضت بالزام ليزاردى بالمبالغ عملا بنظرية المصلحة الوطنية « ٢ » .

١٥٧ - ويرجع أصل التفرقة بين أهلية عامة capacité générale وأهلية خاصة capacité spéciale الى دارجانتريه D'Argentré فى القرن السابع عشر •

ويندرج الزواج والحق فى الايضاء للغير تحت لواء الاهلية الخاصة capacité spéciale اذ أن كل قانون يبين الحدود الخاصة به التى يجوز فيها للشخص أن يتزوج أو أن يوصى ليكون زواجه صحيحا أو لتكون وصيته فى منأى عن البطلان • ومن هنا نستطيع أن نقول ان الاهلية الخاصة تتحد أحيانا وتتشكل « بالعلاقة القانونية ذاتها » lex causae والقانون الذى يحدد « العلاقة القانونية » فى صحة الزواج هو قانون كل من الزوجين فى مصر (مادة ١٢ مدنى) وأغلب البلدان الاوربية وقانون الموطن فى انجلترا lex domicilii وقانون مكان العقد lex loci actus فى أمريكا •

أما بالنسبة للوصية فقانون العلاقة القانونية هو قانون المواريث فى انجلترا وبعض بلدان القارة الاوربية وقانون الاحوال الشخصية لبلدان أخرى فى القارة نفسها •

هذا وسنتكلم عن شروط صحة الزواج والوصية فى الفصل المخصص لكل منهما

١٥٨ - أما الآن فانا سنتكلم عن حالات ثلاثة متعلقة بالاهلية وهى (١) سن الرشد (٢) الحجر (٣) الغياب التى نصت المادة ١٦ من القانون المدنى على قاعدة

(١) فاليرى Valéry صفحة ٨٥٣ - ٨٥٤ .

(٢) اتين دى سازى المرجع المتقدم صفحة ٢٢٤ .

الاسناد الخاصة بها محددة في ذلك « قانون الشخص الواجب حمايته » وقد رددت المادة ٩٩٣ من قانون المرافعات قاعدة الاسناد نفسها بالنسبة « للغائب » فقالت أن النصوص السابقة عليها وا لخاصة بقيام وصاية أو قوامه أو ادارة الاموال التي تركها الغائب ادارة مؤقتة أو تقرير مساعدة قضائية conseil judiciaire أو سلب الولاية أو وقفها أو إلحده منها « لا تطبق الا اذا كان القانون الواجب التطبيق يقضى با » ♦

١ - سن الرشد :

١٥٩ - كان القانون الفرنسى القديم يحدد سن الرشد فى سن ٢٥ عاما ♦ ولكن قانون نابوليون اكنفى بسن ٢١ سنة واقتدت به أكثر القوانين ومنها القانون المصرى الحالى - غير أن هناك قوانين أخرى مازالت تحدد سن الرشد فى سن ٢٥ سنة ومنها قانون شيلى (مادة ٢٦٦) الذى كان قد اقتفى أثر القانون الاسبانى فى هذا الصدد مع أن القانون الاسبانى نفسه تغير وحدد بلوغ الرشد فى سن ٢٣ سنة وان كان من جهة أخرى قد قيد الشخص بعدم ترك منزل والديه قبل بلوغه ٢٥ عاما الا اذا تزوج وفى الارجننتين يبلغ القاصر الرشد فى سن ٢٢ عاما ♦

أما فى سويسرا وتركيا والصين فعند تمام العشرين سنة فى حين أنه فى بولونيا وروسيا فى سن ١٨ عاما « ٢ » ♦

٢ - الحجر

١٦٠ - تقضى المادة ٤٩٩ من القانون الفرنسى أنه فى حالة رفض المحكمة توقيع الحجر تستطيع أن تعين ناصحا قضائيا conseil judiciaire (أو مساعدا قضائيا على حد قول المادة ٩٨٦ من قانون المرافعات المصرى) للشخص الذى كان قد طلب الحجر عليه يعهد اليه ملازمته فى حالات خاصة لا يستطيع هذا لشخص أدائها بدون موافقة هذا « المساعد » أو هذا الناصح ♦ وهذه الحالات هى المرافعة (أو التقاضى) والصلح والاقتراض واستلام رأس مال منقول أو اعطاء تخالص عنه فى حالة بيع العقار أو رهنه ♦ ويشابه القانون البلجيكى القانون الفرنسى شباها كبيرا فى مسائل الاوصياء وسلطاتهم ♦

بعض قواعد الحجر
المقارن

(١) أنظر بيير ارمانجون وبارون بوريس نولد ومارتان وولف - المرجع المتقدم صفحة ٢٧٢ وما بعدها .

وقد تبعتها في هذا قوانين رومانيا واليونان «١» وبولونيا أما قانون مقاطعة كويك Québec في كندا فما زال متأثرا بروح التشريع الفرنسي وان كان يقصر مهمة الناصح القضائي على مجرد اعطاء النصح «٢»

هذ ويعتبر اعتياد شرب الخمر الى حد تعرض الصحة للخطر سببا من أسباب الحجر في كندا وهولاندا وايطاليا والمكسيك والمانيا وسويسرا والسويد والنرويج والدانمرك •

الغائب

الغياب

١٦١ - يقضى القانون الانجليزى بأنه يترتب على الغياب الذى يدوم سبع سنوات على الاقل فشلت فيها محاولات العثور على الغائب « افتراض هذا الغائب ميتا » presumption of death ولكن لا يترتب عليه افتراض تاريخ معين للوفاة اذ أن هذا يبقى متروكا لتقدير القاضى •

وقد عرض على دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الكلية قضية من هذا النوع نوجز وقائعها في أن شخصا بريطانيا ولد في مصر من أبوين بريطانيين (ورث عنهما أملاك واسعة) • كان قد ذهب الى أمريكا لتلقى العلم وتزوج هناك وأنجب ابنة صغيرة ثم ترك منزل الزوجية فجأة وعاد بمفرده صوب الديار المصرية ولكنه أصيب بنوبة جنون فلحقته امرأته ومعها طفلتها وبعد أن مكث سنتين معهما في مصر عاد واختفى فجأة مرة أخرى وكان ذلك في أواخر سنة ١٩٢٣ عندئذ عادت زوجته وابنته أدراجهما الى أمريكا واستصدرت حكما بطلاقها منه في سنة ١٩٢٦ من محاكم امريكا دون أن يعلن شخصيا بالحكم وفي سنة ١٩٢٧ وصلت الى آذانها اشاعة أنه يعيش في أمريكا في بلدة أخرى وبعد ذلك انقطعت أخباره نهائيا • وفي سنة ١٩٥٢ طلبت الزوجة وابنتها من محكمة الاحوال الشخصية بالاسكندرية الحكم بافتراض أن الزوج توفي لمضى أكثر من سبع سنوات على اختفائه رغم المساعي التي بذلت في سبيل العثور عليه فوافقت المحكمة على هذا الطلب • أما فيما يتعلق بتحديد

(١) وقد أصدرت دائرة الاحوال الشخصية في محكمة الاسكندرية (الدائرة الثالثة) حكما حديثا في ٩ من نوفمبر سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٣٦٨ سنة ٩٥٢ قضى بتعيين « مساعد قضائي » لسيدة يونانية عملا بالمادة ١٦٩١ من القانون اليوناني التي تنص على حالة المرض العقلي الذي لا يهدد قوى التمييز اذ أنه في هذه الحالة الثانية يحجر على الشخص عملا بالمادة ١٦٨٦ من نفس القانون •

(٢) أنظر ارمانجون ونولد وولف المرجع المتقدم الجزء الاول نبذه ١٦٢ وهى تشير أيضا الى النبذة ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٧ ، وغيرها •

وقت الوفاة فرأت أن تحدده بعد سنة ١٩٢٦ (وهو تاريخ التطليق) تأسيسا على اعتراف الزوجة أنها سمعت بوجوده حيا في سنة ١٩٢٧ ومن ثم يكون قد مات وهي مطلقة منه فلا ترث وخلصت المحكمة بحصر الارث في الابنة وحدها ووافقت الزوجة في مذكراتها على هذا الحل مقدما «١» .

١٦١ مكرر - أما القانون الفرنسى فهو لا «يفترض» الغائب متوفيا أو «ميتا فعلا» كما فى القانون الالماني والسويدي والفانلاندى والهولاندى والايطالى والروسي وبعض البلدان فى أمريكا اللاتينية بل يكتفى « باعتباره غائبا » *déclarée absente* ويتبع القانونان الدانمركى والنرويجى القانون الفرنسى فى هذا الحل - ويحدد القانون الايطالى المدة التى يجوز بعدها للمحكمة أن تقر قرينة الوفاة بعشرة سنوات منذ آخر أخبار الغائب وعلى شرط أن الحكم لا يصدر الا بعد تسعة سنوات على بلوغ الغائب سن الرشد «٢» .

١٦٢ - وأخيرا كيف يحدد تاريخ الوفاة فى حالة وفاة عدة أشخاص فى وقت واحد على اثر انفجار قنبلة مثلا اذ يحتمل أن يوجد بين المتوفين أشخاص كان لهم حق التوارث فيما بينهم وبين بعضهم كزوجين أو أخوة أو ابناء ؟

هذا هو ماسنراه عند الكلام عن الارث والوصية . أما الآن فيكفى أن نقول أن القضاء البريطانى حكم فى قضية من هذا النوع تسمى قضية رى جروسفانار *Re Grosvenor* نشأت حوادثها أيام الحرب فقضى مجلس اللوردات بأغلبية ضعيفة أنه يفترض أن الوفاة حصلت بترتيب السن «٣» وسنعود الى التحدث عن هذا الموضوع فى البندين رقم ٣١٤ و ٣١٧

الوفاة الجماعية

(١) أنظر الحكم الصادر من دائرة الاحوال الشخصية لمحكمة الاسكندرية لابتدائية فى أول ديسمبر سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ١٤٥٤ سنة ١٩٥٢ .

(٢) حكمت محكمة مصر المختلطة بهذا المعنى عملا بالمادة ٥٥ من القانون المدنى الايطالى فى القضايا رقم ٥٦٩ سنة ٧١ (بتاريخ ١٧ يونيو سنة ١٩٤٦) و ١٣٣٩ سنة ٧٢ (فى ١٩ يناير سنة ١٩٤٨) جميل خانكى - الاحوال الشخصية للاجانب صفحة ١٠١ -

(٣) بيار ارمانجون وبارون بوريس نولد ومارتان وولف المرجع المتقدم الجزء الثانى نبذة ٧١٦ .

الفصل الثاني

حقوق الاسرة

DROIT DE FAMILLE

تقسيم

١٦٤ - يشمل هذا الفصل خمسة أبواب هي : -

(١) الخطبة

(٢) الزواج - صحته وبطلانه

(٣) الطلاق ، répudiation ، التطلق divorce

والفرقة الجسمانية séparation de corps

(٤) الروابط القانونية بين الوالدين والاولاد

(٥) النفقة بين الاقارب

الباب الأول

الخطبة DES FIANÇAILLES

عدم وجود نص
اسنادى

١٦٤ - لم يأت القانون المصرى بأى نص ما يتعلق بالاسناد فى مسائل الخطبة وان كان قد أدرجها فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ضمن الاحوال الشخصية ولذا فقد أصبح من واجب القاضى أن يحدد قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه • فهل يطبق قانون الخطيب أو الخطيبة أو لا هذا ولا ذاك مكتفيا بالقواعد العامة للقانون كما يفعل التشريع الفرنسى الذى يدرج مسائل فسخ الخطبة فى باب المسؤولية التقصيرية ويقضى بتعويض الضرر فى حالة الخطأ ؟

ومن رأينا أن القانون المصرى باغفاله النص على قاعدة الاسناد فى مسائل الخطبة قد أعلن ضمنا موافقته على رأى القانون الفرنسى خاصة واننا سنرى الآن أن اقضية المحاكم المصرية - وطنية ومختلطة - كانت قد استقرت على تأسيس أحكامها على المسؤولية التقصيرية •

طبيعة الخطبة

١٦٥ - والخطبة حالة تمهيدية تسبق الزواج وتهيئ للخطيبين فرصة أن يختبر كل منهما الآخر ، وقد تنحل ولا تنتهى بالزواج اذا أدرك الخطيبان أو أحدهما أن المصلحة تقضى بالابتعاد والعدول عن رباط الزوجية •

والقاعدة العامة هي أنه من حق أى خطيب أن يعدل عن الخطبة وذلك لان حرية

الافراد فى الزواج مسألة من النظام العام •

ولكن هناك من يسيىء الى هذه الحرية فيتعسف في استعمال حق العدول تعسفا من شأنه الاضرار بالخطيب المتروك اضرارا اديبية وأخرى مادية .

فهل هناك مسؤولية وما هو أساسها ؟

اختلاف القوانين

١٦٥ مكرر - وهنا اختلفت القوانين وتضاربت الآراء فقد رأينا أن القانون الفرنسي مثلا - ويتبعه في ذلك القانون البولوني - يعتبران فسخ الخطبة بسوء نية عملا خاطئا غير مشروع acte illicite تترتب عليه مسؤولية المخطيء في تعويض الخطيب المتروك عن الضرر الذي لحق به .

ويضيف القانون البولوني في المادة ٢٤٣ منه أنه اذا حملت الخطيبة من خطيبها ثم تركها ألزم بنفقتها مع مولودها اذا كانت فقيرة «١» .

أما اذا كان الفسخ قد حصل في حدوده المشروعة فلا خطأ ولا مسؤولية .

ويرى القانون الالماني والنمساوي في الخطبة نوعا خاصا من « العقد » contrat sui generis ومن ثم فان المسؤولية المترتبة على الفسخ مسؤولية تعاقدية تلزم فاسخ الخطبة بالتعويض اذا ترتب على هذا الفسخ ضرر للخطيب المتروك بدون ما حاجة الى اثبات الخطأ «٢» .

ويدخل في التعويض استرجاع المصاريف التي أنفقتها أحد الخطيبين في سبيل اعداد الزواج ولوازمه .

وقد أخذت بهذا المبدأ المادتان ٨٠ ، ٨١ من القانون الايطالي الصادر في سنة ١٩٤٢ والمادة ١٠٦٧ من القانون البرتغالي ، ١٤٣ من القانون المكسيكي «٣» .

أما تبادل الهدايا فليس من مستلزمات الخطبة « كعقد » contrat طبقا للنظرية الالمانية . ولذا فان استرداد الهدايا يؤسس على مبدأ « المطالبة بما لم يكن مستحقا » restitution de l'indu

أمثلة من القضاء الفرنسي

١٦٦ - وتأسيسا على ما تقدم - قضت المحاكم الفرنسية بالتعويض عملا بمبدأ المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي وذلك في الاحوال الآتية :

(١) القانون المقارن - ارمانجون ونولد وولف - الجزء الاول طبعة سنة ١٩٥٠ صفحة ٢٣٦ .

(٢) دكتور اتين دي ساري القاضي سابقا في المحاكم المختلطة - القانون الدولي الخاص . صفحة ٢٥٠ وما بعدها .

(٣) القانون المقارن - ارمانجون وتولد وولف - المرجع المتقدم .

(١) العدول عن الزواج بحجة أن الحرب قد طالت

(٢) العدول عن الزواج ليلة الزفاف أو قبيل مواعده

(٣) العدول عن الزواج بدون أى سبب معقول بعد أن ذاع أمر الخطبة وتراسل الخطيبان مدة طويلة كان يؤكد فيها الخطيب محبته وعواطفه نحو الخطيبة المتروكة .

(٤) اذا نتج عن الخطبة فقد وظيفة الخطيب المتروك وكان العدول بلا مبرر معقول «١» .

والقضاء المختلط

١٦٧ - أما المحاكم المختلطة فسارت على منهج المحاكم الفرنسية في تحفظها في عدم الاسراف في مبدأ المسؤولية وذلك حماية « لحرية الافراد في الزواج » ولذا فقد وضعت بعض الشروط للحكم بالتعويض مثال ذلك : اذا بان أن الخطيب كان قد استخدم الخطبة كوسيلة لاغراء خطيبته وغوايتها manoeuvre de séduction الى حد أن تتورط فتسمح له بما لايسمح به الا للزوج .

أما الخلية ومثلها المرأة ذات الخبرة في الحياة التي تكون قد بدأت بقبول معاشره الرجل معاشره الأزواج وتلا ذلك اعلان خطبتهما ثم انتهت هذه الخطبة بالنسخ فتعتبر أنها كانت مجازفة منذ البداية وقابلة مقدما لنتائج هذه المجازفة ومن ثم فلا مسؤولية ولا تعويض «٢» .

والقضاء الوطنى

١٦٨ - أما المحاكم الوطنية فقد ترددت في قبول المبدأ في أول الامر . وكانت معذورة في ذلك اذ أنها كانت متأثرة بتقاليد الحشمة والوقار التي كانت تجعل الخطيب - في نظر الشريعة الغراء - في منزلة الغريب بالنسبة لخطيبته حتى يتم الزواج «٣» .

ولكن محكمة النقض والابرار المصرية رأيت أن تتمشى مع تطور العادات

(١) أنظر كتاب المسؤولية المدنية La Responsabilité Civile للاستاذين لوى جاردنا وسالون رتشي Louis Gardenat et Salmon Ricci صفحة ١٨٢ والاحكام العديدة التي يشير اليها وحكم محكمة السين في باريس الصادر في ١٠ ، ١٣ من مايو سنة ١٩٣٢ - محاماة سنة ١٣ صفحة ١٦٦٥ رقم ٥٩٣ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٣ من فبراير سنة ١٩٣٢ - مجلة التشريع والقضاء سنة ٤٤ صفحة ١٩٦ واستئناف مختلط في ١٢ من يناير سنة ١٩٢٨ . نفس المجلة . سنة ١٩٤٠ صفحة ١٣٤ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٣ من فبراير سنة ١٩٣٢ - مجلة التشريع والقضاء سنة ٤٤ صفحة ١٩٦ ، استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ - نفس المجلة سنة ٤ صفحة ١٣٤ .

وتقضى بحماية الافراد من اساءة استعمال الحق في فسخ الخطبة الى حد الاضرار بالخطيب المتروك ولذا انضمت لمبدأ المسؤولية التقصيرية وأسسته على نظرية التعسف في استعمال الحق وقالت في ذلك ما يأتي :

(أ) ان الخطبة أو الوعد بالزواج ليس الا تمهيدا لرابطة الزوجية وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أى وقت شاء اذ لا مرأى في أنه يجب أن يتحقق كامل الحرية في اجراء عقد الزواج الذى له خطره في شؤون المجتمع والعثرة فيه تقوت هناءه دهرًا وتجلب الشقاء سنين • وهذه الحرية لا تقوم اذا ماهددها شبح التعويض •

(ب) أنه وان كان لكلا المتواعدين على الزواج مطلق الحرية في العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول الزام بتعويض ما الا انه اذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالاً بيّنًا بحكم أنها مجرد وعد بالزواج معدول عنه ، وتكون هذه الافعال الحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين كانت هذه الافعال موجبة للتضمنين على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة في ذاتها لا نتيجة عن العدول «(٢)» •

التقادم بمضى المدة

١٦٨ مكرر - هذا وتنص المادة ١٣٤٩ من القانون اليونانى على أن الدعاوى الناشئة من فسخ الخطبة تتقادم بمضى سنتين عليها ابتداء من انتهاء السنة التى فسخت فى خلالها - وقد أخذ القانون الالماني بهذا المبدأ (مادة ١٣٠٢) وكذا القانون السويسرى (مادة ٩٥) «(٣)» •

الباب الثانى

الزواج

صحته وبطلانه

١٦٩ - نصت المادة ١٢ من القانون المدنى على أنه :

قاعدة الاسناد واستثناؤها

« يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من

الزوجين » •

(١) أنظر فى هذا الصدد استئناف مصر ٣٠ من يونيو سنة ١٩٣٠ محاماة السنة ١١ صفحة ٦٢٦ رقم ٣١٣ •

(٢) نقض ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ محاماة سنة ٢٠ صفحة ٧٦٠ رقم ٢٩٣

(٣) جورج رويلوس وعلى عرفه وجميل خانكى - القانون المدنى اليونانى صفحة ٨٩

وقد نقل الشارع المصرى هذا النص من المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو التى كانت قد عقدتها ١٧ دولة مع مصر ، وهذا يدل على أن المبدأ يكاد يكون دولياً • والنص الفرنسى للمادة ٢٩ هو الآتى :

Les conditions de fond relatives à la validité du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des époux.

والمقصود بعبارة « قانون كل من الزوجين » هو قانون جنسيتها • lex patriae

أما اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج فقد نصت المادة ١٤ من القانون المدنى على أن القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة هو القانون المصرى وحده وذلك احتراماً لمبدأ السيادة التشريعية للدولة souveraineté législative وهذا فيما عدا الاهلية فى الزواج بالنسبة للزوج الاجنبى فهى تخضع لقانونه •

البلاد التى اخذت
بنفس القاعدة

١٧٠ — وقد أخذ اتفاق لاهائى الخاص بالزواج والمبرم فى ١٢ من يونيو سنة ١٩٠٢ بمبدأ قانون الجنسية لكل من الطرفين وتبعته فى ذلك البلاد الآتية :

فرنسا — بلجيكا — ايطاليا — الاراضى الواطئة (هولاندا) — اسبانيا — البرتغال — امارة لوكسمبرج — رومانيا — المانيا — هنغاريا — بولونيا — السويد — اليونان — بلغاريا والبرازيل وشيلي وكوبا • • • وغيرها •

قانون الموطن

١٧١ — أما انجلترا فتطبق قاعدة « قانون الموطن » principe du domicile فى التعرف على الشروط الموضوعية لعقد الزواج اللازمة لصحته • وحذت حذوها البلاد الآتية :

الارجنتين — باراجواى — نيكاراغوا — جوتيمالا — بوليفيا — بيرو — أوراجواى — الدانمرك •

قانون مكان انعقاد
الزواج

١٧٢ — أما الولايات المتحدة فتطبق قانون المكان الذى أبرم فيه عقد الزواج (lex loci celebrationis) ولذا فان القاعدة المتواترة هناك هى :

A marriage valid when consummated is valid everywhere.

« أى أن الزواج الصحيح فى مكان اتمامه صحيح فى كل جهة » ، وقد أدى أعمال هذا المبدأ فى الولايات المتحدة الى حيل كثيرة عملت فيها اذ أن هناك ولايات كثيرة لها قوانين لا تسمح بالزواج فى أحوال معينة • فلكى يهرب الخطييان من قيود هذه القوانين كانا يذهبان الى ولاية أخرى لا تشترط نفس القيود ويعقدان زواجهما فيها صحيحا وبهذه الطريقة وطبقا لمبدأ « قانون مكان الانعقاد » يصبح الزواج صحيحا فى الولاية الاصلية التى هربا من أحكامها وأزاء هذا التحايل سن فى أمريكا

قانون خاص في سنة ١٩١٢ كان يرمى الى وضع حد لهذا التهرب أطلق عليه اسم
Uniform Marriage Evasion Act, 1912 ولكن هذا القانون لم يعمل به الا في
بعض الولايات وبقي غير نافذ في البعض الآخر «١» •

سويسرا

١٧٣ — أما القانون السويسري فقد نص على مبدأ خضوع شروط صحة الزواج
لقانون جنسية الطرفين بالنسبة للزيجات التي تعقد في داخل الاراضى السويسرية •
أما الزيجات التي تعقد في الخارج فيطبق عليها « قانون مكان الانعقاد » على غرار
قانون الولايات المتحدة (مادة ٥٩ فقرة ٧ ٤)

الشروط الموضوعية للزواج CONDITIONS DE FOND

١٧٤ — وشروط عقد الزواج نوعان : (١) شروط موضوعية يجب توافرها حتى
يقال ان زواجا قد أبرم وبدونها لا ينشأ العقد أو ينشأ ولكنه يبقى قابلا للبطلان ،
annulable و (٢) شروط شكلية متعلقة بالطريقة التي يتم فيها •

شروط الزواج
الموضوعية

وقبل أن نميز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية ونبين تضارب القوانين
بشأنها يتعين علينا أن نقول أنه طبقا للمادة الاولى من اتفاقية لاهاي سالفه الذكر
لا بد من فحص قانون كل من الزوجين للحكم عما اذا كان زواجهما أبرم صحيحا
طبقا للقانونين معا — موضوعا وشكلا — أو صحيحا بالنسبة لاحدهما دون الآخر
أو باطلا بالنسبة لهما معا •

١٧٥ — ويجب اجراء هذا البحث في « وقت انعقاد الزواج » لا بعده منعاً من
التحايل ، مثال ذلك : —

وقت تحديد شروط
القانونين

(١) تقضى الشريعة الاسلامية أن زواج المسلمة بكتابى باطل بطلانا تاما •

فاذا تزوجت مسلمة بمسيحي ثم اعتنقت الدين المسيحي تصحىحاً للبطلان لا يتغير
المركز القانوني للزواج اذ أنه يستمر باطلا لانه ولد ميتا بمعنى أنه يعتبر كأنهم لم
يحصل ولم يوجد inexistant «٢»

(ب) يسمح القانون الالماني لرجل الدين بالزواج ولكن القانون الاسباني يأبى
هذا الحق على رجل الدين الاسباني ، فاذا تزوج قسيس المانى مثلا كان زواجه

(١) اتين دى سازى — القانون الدولى المقارن — المرجع المتقدم صفحة ٢٥٤
وما بعدها .

(٢) لايعتبر القانون التركى زواج المسلمه بغير المسلم باطلا — أى أن هذا الزواج
لا يخالف النظام العام التركى (جميل خانكى — الاحوال الشخصية للاجانب صفحة ١٤٣)

صحيحاً أما لو غير هذا القسيس جنسيته بعد ذلك وأصبح أسبانيا فلا يبطل الزواج بل يستمر قائماً وصحيحاً - لان العبرة « بوقت الزواج » ♦

نضارب القوانين من حيث الشروط الموضوعية

١٧٦ - وتختلف القوانين اختلافاً بيناً فيما يتعلق بشروط الصحة من حيث « موانع الزواج » empêchement de mariage ♦ وأثر موافقة الغير عليه أو عدم موافقته (كالأب أو الجد أو الوصى) فالقانون الفرنسى يعتبر الزواج باطلاً اذا لم تحصل الموافقة حتى سن معين فى حين أن القانون البريطانى يعتبر هذه الموافقة اجراءً شكلياً محضاً ♦

ومن القوانين ما يقيم موانع معينة على رعايا الدولة وحدها دون غيرهم من رعايا الدول الاخرى ♦

مثال ذلك ينص القانون الالماني على أن الرجل لا يتزوج قبل بلوغه سن الرشد والفتاة فى سن ١٦ سنة على الأقل فاذا تزوج المانى بايطالية عمرها ١٤ سنة كان زواجه صحيحاً لان الايطالية تستطيع أن تتزوج طبقاً لقانونها فى سن ١٤ ولان القانون الالماني فيما يتعلق بسن الزواج له أثر منفرد لا يتعدى رعاياه ويسمى هذا الاثر unilatéral أى من جانب واحد ♦

وهناك أثر مزدوج bilatéral يسرى على رعايا الدولة وعلى الاجانب معا ♦ مثال ذلك اشتراط قانون السويد أن يكون الزوجان (وأحدهما سويدي) خاليين من الامراض السرية ♦ أو من الصرع ♦ وفى بعض الاحيان يصعب التمييز بين المانع من جانب واحد والمانع المزدوج ، مثال ذلك :

يقضى القانونان الالماني والهولاندى أن الشخص لا يتزوج بشخص آخر ارتكب معه جريمة الزنا ♦ فاذا تزوج المانى بهولاندية طلقت بسبب أنه كان قد زنا معها حالة كونها متزوجة بآخر - فقد قضت المحاكم الالمانية بأن هذا الزواج يقع باطلاً لان أثر المانع هنا مزدوج يسرى على الالماني وغير الالماني فى حين أن القضاء الهولاندى سار على قصر المانع على الهولانديين وحدهم أى أن أثره من جانب واحد unilatéral « ١ » ♦

موانع مؤسسة على النظام العام

١٧٦ مكرر - وهناك موانع غريبة على قانون كل من الزوجين قد يفرضها قانون القاضى على الاجانب الذين يتزوجون فى بلده ♦ أى أن هذه الموانع مؤسسة على « قانون مكان ابرام العقد » (lex loci celebrationis) وذلك لتعلقها بالنظام العام فى

(١) اتيين دى سازى - المرجع المتقدم صفحة ٢٦٠ .

البلد الذى يريد الاجنبيان عقد زواجهما فيه •

وقد حصرت المادة الثانية من اتفاق لاهاي هذه الموانع فى الآتى :

(١) الزواج بين الاقارب والاصهار فى الحدود التى يحذرهما قانون بلد العقد تحذيرا مطلقا - مثال ذلك روسى يتزوج بأبنة زوجته الاولى فى المانيا - لان القانون الالماني يحرم هذا الزواج بتاتا «١» •

(٢) الزواج بين شخصين ارتكبا جريمة الزنا وترتب عليها طلاق من زوج سابق •
وقد نصت قوانين كثيرة على هذا المنع نذكر منها القانون البرازيلى والشيلى والصينى والنمساوى والهولاندى والالماني واليونانى واليابانى •

(٣) الزواج بين الزوج الباقي على قيد الحياة بقاتل الزوج المقتول أو بشريكه فى القتل - وقد نص القانون الايطالى على هذا المنع وكذلك القانون الهنغارى والبولونى والشيلى •

١٧٧ - أما بيان موانع الزواج فى كل قانون من القوانين الاجنبية على حدة فيسهل معرفتها بالاطلاع على هذه القوانين الاجنبية نفسها •

كتاب الاستاذ
جميل خانكى

وقد قام الاستاذ جميل خانكى المحامى ووكيل النائب العام سابقا لدى المحاكم المختلفة بجمع بعض هذه القوانين فى صعيد واحد - بطريقة موجزة فى كتابه « الاحوال الشخصية للاجانب » ولا يسعنا سوى الاشارة اليه لكل من يريد معرفة أى قانون معين على حدة •

أما من جهتنا فقد تكلمنا عن بعض شروط صحة الزواج فى هذه القوانين بمناسبة الترتيب الطبيعى للبحث الفقهى الذى سلف • وسنتكلم على بعضها الآخر فيما يلى وكذلك عند بحث « الشروط الشكلية » للزواج - اذ أن هناك شروطا قد نسميها شكلية ولكنها موضوعية فى نظر القوانين التى نصت عليها •

١٧٨ - أما الآن فنبدأ بأن ندرج بيانا بتحديد سن الاهلية للزواج فى القوانين المختلفة رتبناه ترتيبا تصاعديا بالنسبة لسن الزواج وهو كالآتى :

مقارنة من حيث السن

١٣ سنة للزوج ، ١٢ للزوجة : فى القانون الارجنتينى والقانون الاسبانى (الصادر

(١) ايبين دى سازى - المرجع المتقدم صفحة ٢٦٢ ، ٢٦٥ .

في ٢٤ من يوليو سنة ١٨٨٩ — مادة ٨٣)
والقانون الانجليزي (هو مجموعة الاقضية التي
أنشأتها أحكام المحاكم البريطانية) والقانون
الكندى .

١٦ سنة للزوج ، ١٤ للزوجة : في القانون الايطالى الصادر في ١٦ من مارس
سنة ١٩٤٢ (مادة ٧٤) والهنغارى رقم ٢٠
سنة ١٨٧٧ والمعدل في سنة ١٩٤٥ برقم ٦٨٠٠ .

١٨ سنة للزوج ، ١٤ للزوجة : في القانون اليونانى (مادة ١٣٥٠) .

١٨ سنة للزوج ، ١٥ للزوجة : في القانون الفرنسى (مادة ١٤٤) والبلجيكي
الصادر في ٢١ من مارس سنة ١٨٠٣ والمعدل في
١١ من فبراير سنة ١٩٠٥ وقانون رومانيا الصادر
في سنة ١٨٦٥ والمعدل في ٢٤ من مارس سنة ١٩٠٦ .

١٨ سنة للزوج ، ١٦ للزوجة : في قوانين البرازيل وهولاندا وبيرو والصين .

١٨ سنة للزوج ، ١٧ للزوجة ، في القانون التركى الصادر في ٤ من ابريل سنة ١٩٣٦

١٨ سنة للزوج ، ١٨ للزوجة ، في القانون الروسى الصادر في سنة ١٩٢٧ .

٢١ سنة للزوج ، ١٦ للزوجة : في القانون النمساوى والقانون الالماني رقم ١٦
سنة ١٩٤٦ (المادة الاولى) .

٢١ سنة للزوج ، ١٨ للزوجة : في القانون السويدى والسويسرى .

أما قانون شيلى فيكتفى بأن يبلغ الزوجان سن المراهقة .

عيوب الرضا

عيوب الرضا واعتبار
بعضها « مانعا » شرعيا
في بعض القوانين

١٧٩ — وتلعب عيوب الرضا في الزواج دورا هاما في اعتباره باطلا أصلا أو

قابلا للبطلان .

ومن ذلك الخطأ في تحديد شخص أحد الزوجين (وهذا فرض نادر الحصول)
أو في صفته المدنية وكذا الاكراه الادبى أو المادى .

وهناك قوانين فضلت أن تحسم بنفسها بعض اشكال الاكراه الادبى أو المادى
بنصوص صريحة فيها بدلا من أن تتركها لتقدير القاضى .

مثال ذلك : حظرت القوانين الآتية الزواج بين شخصين جمعتهم علاقة التبني :
الاسبانى والسويسرى والنمساوى (مادة ١٠) والامانى (المادة السابعة)
واليونانى •

ويزيد هذا الاخير مانعا آخر مؤسسا على رابطة « العماد » تأسيسا على أن هذه
الرابطة تشبه الى حد ما رابطة التبني ، ومثال ذلك أيضا القانون الهولاندى الذى
يمنع زواج المحجور عليه مفترضا أنه ناقص الارادة والقانون الرومانى الذى لايجز
الزواج بين رجل والفتاة التى عين وصيا عليها وقد أخذ القانون اليونانى بهذا المبدأ
أيضا ولكنه كان أكثر تساهلا عندما أجاز الزواج بعد أن يكون الوصى قد
قدم حسابه واعتمد هذا الحساب - أما القانون الصينى فهو يعتبر هذا الزواج
باطلا الا اذا مضت عليه سنة كاملة ففى هذه الحالة يصبح صحيحا •

ومثال ذلك أيضا القانون الاسبانى الذى يعتبر زواج الخاطف بالمخطوف باطلا
الا اذا مضى على هذا الزواج ستة أشهر •

١٨٠ - أما فيما عدا الاحوال التى يتداخل فيها الشارع بنص صريح فالامر
يتروك لتقدير القاضى وحده مثال ذلك :

أمثلة على تقدير
القضاء لبعض الميوس

(١) قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة أن الحاج أم على ابنتها فى قبول
الزواج من شخص معين راعت فيه اعتبارات مردها المصلحة والتناسب فى المركز
الاجتماعى بين الاسرتين فاضطرت الفتاة ، نظرا لتعودها الطاعة نحو والدتها ، الى
أن تربط حياتها بالخطيب الذى عينته الام لايعتبر اكرها اديبا يبطل الزواج فى
القانون الايطالى « ١ » •

(٢) وفى حكم أصدرته محكمة السين فى باريس اعتبرت المحكمة أن « الخطأ »
الذى يبطل الزواج هو الخطأ الذى ينصب على شخص أحد الزوجين أو صفته
المدنية *identité civile* المميزة له أما الخطأ فى احدى مؤهلاته أو صفاته
الشخصية فهى لا تبطل الزواج الا بشرطين : الاول : أن يثبت بطريقة قاطعة لا تحتل
الشك أن الطرف الآخر ما كان ليقبل الزواج اذا كان قد علم باتفاء هذه الصفة
الشخصية والثانى أن يكون هذا هو ما كان يعمل به أى شخص آخر مكانه أى أن أثر
الصفة الشخصية كان « حاسما » فى حمل الطرف الآخر وغيره من الناس الذين فى

(١) حكم ٢٤ من يناير سنة ١٩٤٩ فى القية رقم ٢٠٤٩ سنة ٧٣ قضائية (جميل
خانكى صفحة ١٠٨) •

مركزه على قبول الزواج «١» • والنص الفرنسي أكثر دلالة عند قوله

...il faudrait (aussi) qu'il fut démontré encore qu'il s'agit d'une qualité que «toute personne», placée dans les mêmes conditions aurait jugé comme «décisive».

شرط عدم الارتباط
بزواج سابق

١٨١ - هذا ولاتأخذ القوانين الاوربية والامريكية أو بالاحرى قوانين البلاد غير الاسلامية بمبدأ تعدد الزوجات بل انها تعتبره مخالفا للنظام العام ولذا نصت جميع هذه القوانين على أن ارتباط شخص بزواج سابق لم يحل ولم يفصم يعتبر مانعا من زواجه بآخر - و «المانع» يختلط بعدم الاهلية فاذا أسلم مثلا بريطاني متزوج ثم ترك زوجته وأولاده ليتزوج بمسلمة في بريطانيا كان زواجه الثانى باطلا ويبقى باطلا - فى رأينا - حتى ولو انعقد الزواج الثانى فى بلد اسلامى كمصر وتركيا لان العبرة بقانون جنسية الزوج وهذا يعتبره ذى أهلية للزواج الثانى لان الاول لم يفصم بعد •

وقد أخذت تركيا رغم أنها بلد اسلامى بمبدأ عدم تعدد الزوجات «٢»

امثلة من القضاء المصرى
المختلط والوطني

١٨٢ - وتأسيسا على هذا قضت المحاكم المختلطة ببطان الزواج الثانى للشخص الذى مازال مرتبطا بزواج سابق عملا بالقانون :

الفرنسى (فى القضية رقم ١٦٧٩ سنة ٧٠) بتاريخ ١٧ مارس سنة ١٩٤٧
والايطالى (فى القضية رقم ٢٠٤٨ سنة ٧٣) بتاريخ ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٩ «٢» •

شرط توقف الزواج
على اجازة الغير

١٨٣ - ومن الشروط ما يختلط بين الشكل والموضوع طبقا للنص وتفسيره ان كان أمرا أو غير أمر مثال ذلك شرط توقف الزواج على اجازة الغير - الوالد مثلا أو الوصى أو الرئيس العسكرى اذا كان الزوج عسكريا فهل هذا الشرط يعتبر موضوعيا أو شكليا وهل يترتب عليه البطان أو لا يترتب •

والرأى فى هذا يرجع الى النص وتكييفه - ومن رأينا - أن اشتراط موافقة الوالدين أو أحدهما أو الوصى بالنسبة لزوج أو زوجة قاصرين فى نظر قانونهما الشخصى متصل بالاهلية فاذا انعقد الزواج بدون الموافقة كان باطلا

وتشترط القوانين الآتية موافقة الوالدين :

١٨ (١) يناير سنة ١٩٣٨ - جريدة المحاكم المختلطة عدد ٢٤١٩ فى ٦٠٥ من سبتمبر سنة ١٩٣٨ - جميل خانكى صفحة ٢٠١ •

(٢) جيمين - مائى - أترجع المتقدم صفحة ١٤٣ •

(٣) جميل خانكى - صفحة ٢٠٩ ، ١٣٢ •

الفرنسي واليوناني والبولوني والشيلي والهنغاري والياباني وتختلف القوانين فيما يتعلق بالسن الذي يشترط الحصول على الاجازة فيه وأغلبها يحدده حتى ٢٥ سنة ماعدا القانون الياباني فانه يحدده بثلاثين سنة للزوج و٢٥ سنة للزوجة • وتنص المادة ١٤٨ من القانون الفرنسي أنه اذا كان أحد الزوجين قاصرا فلا بد من اجازة الوصى وهذا يعزز رأينا في أن هذا الشرط يختلط مع «الاهلية»

شرط الزواج الدينى

١٨٤ - وتشترط قوانين بلاد كثيرة مسيحية أن يعقد الزواج دينيا والا فانه يعتبر كأنه لم يعقد • ومعنى الانعقاد الدينى أن كاهنا يقوم بالمراسيم ويبارك الزواج •

والاصل التشريعى لهذا الشرط يرجع الى الكتاب المقدس (الانجيل) حيث وردت فيه عدة آيات على لسان السيد المسيح كقوله :

« أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وأنثى - ومن أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا - اذا ليسا بعد اثنين بل جسد واحد فالذى جمعه الله لا يفرقه انسان - قالوا له (للسيد المسيح) فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق ، قال لهم أن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم ولكن من البدء لم يكن هذا ، وأقول لكم ان من طلق امرأته الا بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزنى والذى يتزوج بمطلقة يزنى » (١) •

وفى العصور الاولى للديانة المسيحية كان القانون الدينى le droit canon ذا أثر كامل على الناس فى عقائدهم وأحوالهم الشخصية وقد انطبع هذا الاثر فى القوانين وأسبغ عليها أحكامه ولكن مع تطور الزمن وانصراف الناس عن المعنويات وعبادتهم للمال والسلطان والملذات الدنياوية أخذ الاثر الدينى يتقلص شيئا فشيئا - فأصبحت القوانين أو أكثرها علمانية séculière فى مسائل الاحوال الشخصية •

ولكن مازالت بعض القوانين متعلقة بالاثر الدينى فيما يتعلق بالزواج والتطبيق فنصت على أن الزواج - مادام أنه سر مقدس - تتداخل فيه الارادة الالهية تدخلا تاما عندما يترك لها الانسان أمره فى اختيار شريكة حياته - فلا يعقد

(١) انجيل متى الاصحاح الخامس والتاسع عشر ولوقا اصحاح ١٦ •

الا على يد كاهن كما أنه يبقى غير قابل للفصم ولا ينحل الا بالموت ، وهذا هو ما أخذت به قوانين البلاد الكاثوليكية كإيطاليا وكندا وتشكوسلوفاكيا وبولاندا.

وهنا كبلدان أخرى مسيحية مازالت تدين بعقيدة أن الزواج سر الهى ومن ثم فهو لا ينشأ الا على يد كاهن . ولكنها فيما يتعلق بانحلاله تتسامح ليس فقط فى حالة الزنى من أحد الزوجين — عملا بنص الآية التى وردت فى انجيل متى ومرقس — بل فى كل الاحوال التى يرى فيها القاضى أن تصدعا قد حدث فى بنیان الاسرة جعل الرجوع الى الحياة الزوجية العادية أمرا مستحيلا (مادة ١٤٤٢ قانون يونانى)

ومن هذه البلاد القانون اليونانى واليوغوسلافى (فى بعض المقاطعات) .

١٨٥ — وبمناسبة التكلم عن هذين القانونين يدهشنا أن نلاحظ تناقضا عجيبا فى المبدأ ... فهذان القانونان يعتقدان أن الزواج سر الهى ومن ثم فهو لا يتم الا على يد كاهن ... وهذا جميل ومقبول ولكنهما فى نفس الوقت يخالفان التعاليم الدينية للسيد المسيح ويصحان التطبيق لاتفه الاسباب وفى أوسع حدوده وبهذا هدمما باليد اليسرى ما بنياه باليد اليمنى ، ومن أمثلة ذلك مانصت عليه المادة ٥٦ من القانون اليوغوسلافى الصادر فى ٩ من ابريل سنة ١٩٤٦ من أن سوء التفاهم المستمر وعدم توافق الطباع المؤدى الى الاضطراب يعتبران سببا من أسباب التطبيق ، كما أن القضاء اليونانى يسمح بالتطبيق فى حالة « الغيرة البالغة » أو « جمود العاطفة » (١)

وتدلنا خبرتنا كرئيس لدائرة الاحوال الشخصية للاجانب فى محكمة الاسكندرية واستقرائنا لمئات الحالات التى عرضت علينا أن مجرد شعور الزوجين أنه من السهل التخلص من الزواج بعريضة تقدم الى المحكمة يتلوها « صف » من الشهود يحلفون اليمين لاثبات « المشاجرات » بين الزوجين أو « السب » أو « عدم التفاهم » ، هذا الشعور بسهولة التخلص من رباط الزوجية هو الذى يشجع ويجسم ما يسميه القانون « سوء » التفاهم واختلاف الطباع . أما اذا تشددت القوانين أو المحاكم فى البلاد التى تؤسس الزواج على أنه سر أو رابطة مقدسة وضيق الحدود التى تجيز فيها التطبيق — على الأقل حفظا لمستقبل الاولاد — لانكملت أسبابه ، وبهذا وحده يمكن القول أن التنافر بين المبدأ وتطبيقه يصبح ضعيفا أو معدوما ، وهذا أقرب الى روح التشريع من أى حل آخر .

(١) جورج رويلوس — القانون المدنى اليونانى فى الموجز تعليقا على المادة ١٤٤٢
صفحة ١٥٧ .

١٨٦ - على أنه كيفما كان الامر في شأن السهولة في التطليق فمما لاشك فيه أن بعض القوانين تحتم انعقاد الزواج دينيا والا كان غير موجود حكما . ومن هذه القوانين اليوناني والبلغاري واليوغوسلافي والهنغاري كما أسلفنا ، وفي مصر قانون المجالس الملية الارثوذكسية والبروتستانتية والكاثوليكية .

ويكثر الجدل حول تكييف شرط بطلان الزواج اذا انعقد على يد كاهن آخر غير الكاهن الذي يحدده القانون فمثلا تنص المادة ١٣٦٧ من القانون اليوناني على أن زواج الشخص اليوناني الارثوذكسي (رجل أو امرأة) يعتبر كأن لم يكن inexistant اذا لم يعقد على يد كاهن تابع لكنيسة الروم الارثوذكس .

وقد حار القضاء المصري في تكييف هذا النص وهل هو موضوعي وجوهري condition de fond أو شكلي لا يؤخذ به اذا عمل العقد صحيحا طبقا للشكل المتبع في البلد الذي أبرم فيه الزواج locus regit actum

وقد أخذت محكمة الاستئناف الوطنية بالرأي الاول بينما تبنت محكمة الاستئناف المختلطة الرأي الثاني ، أما محكمة الاسكندرية الابتدائية (دائرة الاحوال الشخصية) فوجدت نفسها مقيدة بالنص الحرفي للمادة ١٣٦٧ ولكنها تأسست على أن الجالية اليونانية مرتبطة مع الجالية الايطالية الكاثوليكية بروابط النسب منذ عشرين قرنا وقد كونا مجتمعا واحدا متجانسا بلغ عدده ٩٠ ألفا في الاسكندرية وحدها ، فقد قضت أن قبول المرأة اليونانية الارثوذكسية بالزواج من رجل ايطالي كاثوليكي في كنيسته الكاثوليكية يفسر بأنها قبلت ضمنا اعتناق المذهب الكاثوليكي ومن ثم فلا بطلان . ثم عدلت المحكمة عن هذا الرأي في تقرير صحة الزواج وأسست رفض البطلان على مخالفته للنظام العام الداخلي بالنسبة للاجانب في مصر حفظا لحالة الاستقرار التي عاشوا فيها أجيالا عديدة وبنوا عليها أحوالهم الشخصية في الارث ونسب الاولاد الشرعيين وغير ذلك .

وقد تكلمنا على هذه الاحكام بتوسع في الفصل الخاص بالنظام العام (النبدتان ١٢٠ و ١٢١ من الجزء الاول) وأشرنا الى أن القانون اللبناني الجديد قد نص في المواد ١٤ و ١٥ على ما يقرب من هذا الرأي تأسيسا على أن الزوجة بقبولها انعقاد الزواج في كنيسة زوجها المخالفة لكنيستها من حيث المذهب تعتبر أنها قبلت الخضوع للقانون الديني للزوج عملا بنظرية استقلال الارادة وحريتها l'autonomie de la volonté

١٨٧ - ويوجد من القوانين ما يقرر الزواج الديني كمجرد شكل من أشكال الزواج على غرار الزواج المدني دون أن يرتب على عدم انعقاد الزواج بالشكل

قوانين تعتبر الانعقاد
الديني للزواج
شرطا شكليا

الدينى أى بطلان • ومن هذه القوانين القانون التشكوسلوفاكى والدانمركى
والفانلاندى • أما القانون البريطانى فيشترط أنه فى حالة اتباع الشكل الدينى
يجب أن يكون صحيحا فى ذاته •

وينص القانون السويدى على أنه اذا كان الزوجان يدينان بمذهب دينى
معترف به فى بلاد السويد عقد الزواج على يد أحد رجال الدين ممن ينتمى الى
هذا المذهب ، أما اذا اختلف الزوجان مذهباً أو كانا ينتميان الى مذهب غير معترف
به فى بلاد السويد عقد الزواج على يد الموظف المدنى المختص •

أسباب أخرى
لابطلان الزواج

١٨٨ - وأخيراً فإن هناك شروطاً أخرى « تبطل » الزواج نصت عليها بعض
القوانين : مثال ذلك القانون المجرى (أو الهنغارى) الذى يبطل الزواج اذا بان
أن أحد الزوجين كان قد حكم عليه بعقوبة الاشغال الشاقة أو السجن وأخفاها على
الطرف الآخر قبل الزواج به ومثال ذلك أيضاً ما نص عليه القانون نفسه من امكان
ابطال عقد الزواج اذا كانت الزوجة قد حملت سفاحاً من رجل آخر وأخفت ذلك
على خطيبها قبل الزواج •

الزواج الظنى Mariage Putatif

مثل عملى للزواج الظنى

١٨٩ - كثيراً ما يحصل أن أحد الزوجين كان يجهل أسباب البطلان فى الزواج
الذى عقده مع الزوج الآخر مثال ذلك : رجل متزوج فى بلد ما يخفى حالته المدنية
على سيدة أخرى فى بلد آخر ويتزوجها بوصفه أعزباً ثم تظهر الحقيقة بعد ذلك ويقضى
ببطلان الزواج فما هو الحل ؟ أيصيح كل حق للزوجة الثانية التى كانت حسنة
النية أم أنه لا بد أن يعترف لها بحقوق •

وما هى هذه الحقوق ؟ وأى قانون يجب اعماله فى تحديدها ؟ • أهو قانون
القاضى الذى عرضت عليه الحالة ؟ أم هو قانون الزوج ؟ أم قانون الزوجة ؟ •

واذا فرض أن البطلان كان مؤسساً على جهل الزوجة لشرط قانونى يشترطه
قانون الزوج فهل يحق لها الاعتذار بجهلها القانون لتعتبر حسنة النية ومن ثم
تستحق الحماية أم أنها لا تعتبر كذلك ؟

لم يرد أساتذة القانون على هذه الاسئلة بجواب واحد كما أن الشرائع المختلفة

(١) جميل خانكى - المرجع المتقدم صفحة ٢٢٦ •

لم تتفق على طريقة واحدة لحماية حقوق الزوج حسن النية .

ويهمنا قبل أن نستعرض الرد على هذه الاسئلة أن نبين أن الزواج الظنى *mariage putatif* كان موضع عناية القانون الكنسى فقد بحثته الاوامر البابوية التى أصدرها البابا اسكندر الثالث فى سنة ١١٨٠ وكانت ترمى - بنوع خاص - الى حماية الاولاد واعتبارهم شرعيين .

وفى عصرنا الحديث يمكن القول أن القوانين جميعها أجمعت على أن الزواج «١» الباطل الذى كان أحد الزوجين يظنه صحيحا بحسن نية يجب أن تترتب عليه نتائج قانونية معينة ترمى جميعها الى حماية الزوج حسن النية ، وكذا الاولاد .

١٩٠ - وقد ردت محكمة مصر المختلطة على بعض هذه الاسئلة فى حكم هام أصدرته فى ١٧ من مارس سنة ١٩٤٧ فى القضية رقم ١٦٧٩ سنة ٧٠ قضائية قالت فيه ما يأتى :

حكم هام أصدرته محكمة
مصر المختلطة

(١) يجب أولا افتراض حسن النية

(٢) كما يجب أن يكون حسن النية متوافرا وقت انعقاد الزواج . فاذا علم الزوج حسن النية بسبب البطلان بعد ذلك لا يغير هذا من حقه فى الحماية «٢»

(٣) ويتساوى أن يكون البطلان مؤسسا على مانع مردد الوقائع أو مانع فى القانون اذ أنه فى الحالتين يجب حماية الزوج الآخر حسن النية «٣» .

(٤) أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق فهذا يجب أن يتحدد بأصلح القوانين الثلاثة *la loi la plus favorable* سواء أكان هذا القانون هو قانون الزوج حسن النية أو قانون الزوج الذى وقع البطلان بسببه أو بسبب قانونه أو قانون القاضى المعروضة عليه الحالة *lex fori* «٤»

(٥) وأتى الحكم المذكور بمثل عملى لنتائج الزواج الظنى وهو أنه فى حالة

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن الجزء الاول - نبذة (٣٢) طبعة ١٩٠٥
(٢) نقض مدنى فرنسى فى ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٣ - دالوز سنة ١٩١٤ - جزء (١)
صفحة ٢٨١ ، ٨ يناير سنة ١٩٣٠ - دالوز سنة ١٩٣٠ - جزء (١) صفحة ٥١ .

(٣) بلانيول وريبير ورواست *Planioi - Ripert - Rouast* الجزء الثانى -
نبذة ٣١٨ - نقض ٣٠ يولييه ١٩٠٠ . سبرى ١٩٠٢ - جزء (١) - صفحة ١٢٥ ونقض
٣ يناير سنة ١٩١٠ - سبرى ١٩١٢ - ١ - ٢٤٩ .

(٤) مجموعة القانون الدولى للاستاذين لابراديل ونبوايه سنة ١٩٣٤ صفحة ٢٠٥
Répertoire du Droit International de Lapradelle et Niboyet, 1934,
page 205.

وفاة الزوج تقتسم الزوجتان الحصة الآيلة لاحداهن وكذلك الحال بالنسبة لحق
المنفعة الموروثة l'usufruit successoral «١»

(٦) ولم يأخذ الحكم بالرأى الذى يقول به الاستاذ فنزى الايطالى Venzi
من أن الورثة جميعهم يتحملون تقصا نسبيا في نصيبهم الشرعى لامكان استيعاب
نصيب الوارث الذى لم يكن منظورا héritier imprévu علما بأن نصيبه هو نفسه
سينقص تبعا لذلك أيضا «٢» .

حكم مختلط آخر

١٩١ - وفي حكم آخر أصدرته محكمة مصر المختلطة في حالة زواج ظنى طبقت
فيه المادتين ١٢٨ من القانون الايطالى الصادر في سنة ١٩٣٩ و ١١٦ من القانون
الصادر في سنة ١٨٦٥ ، واعتبرت الاولاد المولودين من هذا الزواج بمثابة الاولاد
الشرعيين المولودين من زواج صحيح «٣»

القانون الالماني
والسويسرى

١٩٢ - وتنص المواد ١٣٤٥ ، ١٣٤٦ ، ١٣٤٧ من القانون الالماني على الزواج
الظنى ولكنها ترتب عليه نفس النتائج التى يتحملها الزوج الذى يقضى بالتطليق
على عاتقه وبأخطائه à ses torts et griefs ومن ذلك الزامه بالنفقة وبسلب
حضانة الاولاد منه في أكثر الاحوال . أما القانون السويسرى فينص على أن المادة ١٣٣
منه على أن الاولاد يعتبرون دائما شرعيين سواء توافر شرط حسن النية في الوالدين
أو لم يتوافر «٤» .

وغيره

١٩٣ - وتكلم القانون الاسباني عن الزواج الظنى في المادة ٦٩ منه ثم في المواد
٩٤ و ٩٥ من قانون سنة ١٨٧٠ . واعترف به القانون الامريكى وكتب عنه
بروكلبانك Brockelbank «٥» في الكتاب المعروف باسم « تكوين عقد الزواج في
قانون الولايات المتحدة » (صحائف ٢٦٥ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥)

La formation du mariage dans le droit des Etats-Unis: (pages 265,
et 303 à 305).



(١) دمولوج الجزء الثالث نبذة ٣٧٨ Demelombe, III, No. 378 وبودرى
لاكانتينيرى الجزء الثالث . نبذة ١٩٢٠ Baudry-Lacantinerie, III, No. 1920

(٢) فنزى في القانون الايطالى - طبعة سنة ١٩٢٩ نبذة ٦٠٧ نبذة ١
Venzi: « Manuale del diritto civile italiano » 1929. No. 607, note 1.
(٤٦٣) حكم ٢٨ من فبراير سنة ١٩٤٩ في القضية رقم ٢٠٤٨ سنة ٧٣ قضائية -
جميل خانكى صفحة ١٠٩ . وارمانجون ونولد وولف - المرجع المتقدم نبذة (٣٢)
طبعة ١٩٥٠ .

(٥) جميل خانكى - المرجع لتقدم صفحة ٨٣ .

١٩٤ - تختلف القوانين الاجنبية اختلافا بينا ليس فقط في الشروط الشكلية لانعقاد الزواج بل في طبيعة بعض الشروط نفسها وهل هي شكلية حقيقة أم أنها جوهرية يترتب على اغفالها بطلان العقد .

والاصل أن القانون هو الذى يحدد صفة هذه الشروط وبيانها ولكن هذا لا يمنع القاضى الذى تعرض عليه حالة يلتبس فيها الامر أن يكيف هذه الصفة طبقا لقواعد التكيف التى يرسم له قانونه خط السير فيها .

وقد رأينا عندما تكلمنا عن نظرية التكيف Qualification أن المادة العاشرة من القانون المدنى المصرى نصت على أن القاضى يكيف العلاقة القانونية المطروحة أمامه rapport juridique طبقا للقانون المصرى ورأينا أيضا أن محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة «١» - عملا بهذا المبدأ العام (وكان معروفا قبل العمل بالقانون المدنى الجديد) فقد كيّمت نص المادة ١٣٦٧ من القانون اليونانى التى تستلزم اجراء عقد الزواج على يد كاهن تابع للكنيسة اليونانية الارثوذكسية أنه يتكلم عن شرط شكلى لاموضوعى . وأسست على ذلك أن الزواج المعقود فى مصر بين يونانية أرثوذكسية وإيطالى كاثولىكى فى الكنيسة الكاثوليكية يعتبر صحيحا لان هذا « الشكل » صحيح فى مصر وذلك عملا بقاعدة « خضوع العقد من حيث الشكل الى قانون المكان الذى أبرم فيه » وهو المعبر عنه بعبارة locus regit actum

ومن أمثلة الشروط الشكلية التى تنص عليها القوانين الاجنبية شرط الاعلان عن الزواج قبل حصوله بمدة معينة ينتهى فيها حق «الغير» فى الاعتراض على الزواج العتيد وشرط ابرام العقد أمام موظف مختص بهذا العمل بالذات . أو ابرامه فى كنيسة معينة على مذهب معين وشرط حضور الزوجين مثلا أو حضور عدد معين من الشهود . وشرط وجوب تسجيل الزواج فى دفاتر خاصة وشرط موافقة الوالدين على الزواج أو - كما فى بولندا - موافقة السلطة العسكرية على زواج أحد الضباط . . . وهكذا . . . «٢»

١٩٥ - ومنعا من اشتباك القوانين وتسيلا للامور وضعت المادتان ٥ ، ٧ من

(١) انظر نبذة ١٢١ من هذا الكتاب .
(٢) سبق أن قلنا أنه فى حالة قصر أحد الزوجين أو كلاهما فان موافقة الوالدين أو الوصى تختلط ، فى رأينا ، بالاهلية ومن ثم تكون كشرط موضوعى لا بد من توافره لتحقيق « شرط الاهلية »

اتفاق لاهاي المؤرخ ١٢ من يونيو سنة ١٩٠٢ بعض القواعد التي نصحت بالسير عليها وقد تبنت أكثر الدول - حتى من لم يشترك منها في أعمال المؤتمر - هذه القواعد وهي : -

مادة ٥ : يعتبر صحيحا من حيث الشكل عقد الزواج الذي يبرم في بلد ما طبقا للشكل المتبع في هذا البلد • ويستثنى من ذلك :

(١) الزواج الذي يحتم قانون أحد الزوجين وجوب اجرائه دينيا اذ أن البلد التابع له هذا الزوج يستطيع أن لايعترف بصحة هذا الزواج

(ب) النصوص المتعلقة بالنشر عن الزواج publications التي يحتمها القانون الوطني يجب أن تحترم ولكن لايترتب على اغفالها اعتبار الزواج باطلا في البلاد الاخرى اللهم الا في البلد التي نص قانونها على وجوب هذا النشر ، وترسل صورة رسمية من عقد الزواج الى الجهات المختصة في بلد كل من الزوجين

مادة ٧ - اذا كان الزواج الذي عقد في بلد ما باطلا من حيث الشكل المتبع في هذا البلد يمكن اعتباره صحيحا في البلدان الاخرى اذا كان القانون الوطني لكل من الزوجين يعتبره صحيحا طبقا للشكل الخاص به •

١٩٦ - وتنص قوانين أكثر البلاد على خضوع الزيجات التي تعمل فيها الى «قانون مكان الانعقاد» lex loci celebrationis من حيث الشكل فاذا خولف هذا الشكل كان الزواج باطلا أو قابلا للبطلان أو غير موجود أصلا بحيث أنه يجوز في بعض الحالات اعتباره كأنه لم يكن بدون حاجة الى حكم قضائي مثال ذلك : يحتم قانون هنغاريا أن كل زواج يعقد فيها - حتى ولو كان خاصا بأجانب - لابد من انعقاده على يد كاهن هنغاري • فاذا أبرم زوجان أجنبيان مقيمان في هنغاريا زواجهما على يد كاهن أجنبي آخر اعتبر زواجهما في هنغاريا كأنه لم يكن أصلا وهذا بدون حاجة الى حكم «١»

وتتفق أغلب البلاد ، فيما بينها ، بمقتضى اتفاقات دولية على أن الزواج الذي يبرمه الاجانب أمام قنصلياتهم يكون صحيحا •

١٩٧ - أما البلاد التي ليس فيها قانون معين من حيث شكل الزواج - كما هو الحال في مصر - أو يكون فيها هذا القانون ولكنه لايحتم اخضاع زواج الاجانب له من حيث الشكل فيجوز لهؤلاء الاخيرين أن يعقدوا زواجهم بالطريقة التي

(١) اتيين دى سارزى - المرجع المتقدم صفحة ٢٧ •

يرتضونها تارة في القنصلية أو أمام كنيسة معينة لمذهب معين أو كنيسة أخرى من مذهب آخر ..

أربع استثناءات لقاعدة
خضوع العقد لقانون
المكان من حيث الشكل

١٩٨ - ولكننا نبادر بالقول أن قاعدة اخضاع العقد لقانون المكان من حيث الشكل وإن كانت أغلب القوانين قد نصت عليها *locus regit actum* لا يعمل بها في أربع حالات : الأولى ينظمها العرف والاتفاق الدولي ، والثلاثة الأخيرة نصت عليها المادتان الخامسة والسابعة من اتفاق لاهاي السابق الإشارة إليه وهذه الاستثناءات هي :

١ - السماح للقناصل - عرفا أو اتفاقا - بأجراء الزواج الذي يطلبه منها أحد رعاياها الذي يريد أن يتزوج أو كلا الزوجين إذا كانا تابعين لجنسية القنصل ولكن هناك بلدان ترفض صراحة منح هذه السلطة للقناصل وتحتّم أن الزواج الذي يبرم على أرضها لا بد أن يخضع لقانونها من حيث الشكل طبقا لقاعدة *locus regit actum*

ومن هذه البلدان سويسرا والمانيا والدانمرك ، أما فرنسا فهي لا تسمح للقنصل أن يبرم الزواج إلا إذا كان الخطيبان تابعين معا لجنسية القنصل نفسه . هذا ويشترط لكي يكون العقد الذي يبرمه القنصل أو الممثل السياسي في الخارج صحيحا أن يكون قانون البلد التابع له القنصل يسمح بأجراء هذا الزواج أمامه على هذا الشكل .

٢ - إذا كان قانون أحد الزوجين يحتم انعقاد الزواج دينيا أو طبقا لمذهب معين (كالقانون اليوناني والبلغاري) والا يعتبر الزواج باطلا فلا يغني إجراء العقد وفقا لشكل البلد التي أبرم فيها لان هذا وحده لا يصحح البطلان .

٣ - نصت المادة السابقة من اتفاق لاهاي على أنه إذا عقد الزواج مخالفا للشكل المتبع في البلد التي أبرم فيها فكان باطلا فهذا لا يمنع من اعتباره صحيحا في البلدان الأخرى إذا كان قانون كل من الزوجين يعتبره كذلك - مثال هذا : تزوج اثنان تابعان للسويد زواجا دينيا في سويسرا على يد كاهن سويسري . فهذا الزواج باطل شكلا طبقا للقانون السويسري لانه لم يعمل طبقا لما ينص عليه هذا القانون من وجوب إجراء الزواج مدنيا في مواعيد وبأوضاع معينة ، ومع ذلك لا يؤثر هذا الحكم على صحة الزواج في السويد وفي غيرها من البلدان كإيطاليا مثلا أو الدانمرك (٤) إذا كان القانون الوطني ينص على وجوب الاعلان والنشر على الزواج قبل ابرامه ولكن البلد الذي أبرم فيه العقد لم يكن يتطلب هذا الاجراء اعتبر العقد باطلا في بلد الزوجين أو في بلد أيهما الذي يحتم قانونه هذا الاعلان وهذا

النشر - ولكن العقد يبقى صحيحا في البلدان الاخرى تأسيسا على أنه كان صحيحا في البلد الذي أبرم فيه .

النظام العام

١٩٩ - وغنى عن الذكر أن النظام العام يبقى دائما محتفظا بنفوذه حتى فيما يختص بشكل الزواج . مثال ذلك :

لا يعتبر الزواج في نظر التشريع الروسى سوى عقد رضائى بين شخصين ، والحقوق والواجبات المترتبة عليه ليست الا نتيجة لحالة واقعية (لاقانونية) هى المعاشرة ووجود علاقات مستمرة والظهور بمظهر الأزواج . والقضاء هو المرجع الاول والاخير لتقدير من يعتبر متزوجا ومن لا يعتبر كذلك أما تسجيل وثيقة الزواج فليست الا طريقة من طرق الاثبات « ١ » .

فاذا حصل أن زوجين يونانيين أو هنغارين حضرا لبلادهما ليدعيا أنهما عاشرا بعضهما في روسيا معاشرة سرية مستتيلة أو أنهما ظهرا أمام الناس بمظهر المتزوجين وأن هذا الوضع يعتبر « زواجا » صحيحا طبقا للشكل المعمول به في روسيا رفضت محاكمهما الاعتراف به لمخالفته للنظام العام في بلديهما اللذين يدينان بقدسية الزواج وبضرورة انعقاده أمام الله وفى بيعته التى يجتمع الناس فيها لعبادته تعالى .

هل في مصر قانون خاص بشكل الزواج ؟

لا يوجد شكل معين للزواج في مصر

٢٠٠ - ليس في مصر قانون اقليمى خاص يتعلق بشكل الزواج - وهذا يرجع الى ما سبق أن قلناه فى أكثر من مناسبة من أن قوانين الاحوال الشخصية في مصر تخضع منذ الفتح الاسلامى حتى الآن الى نظرية « شخصية القوانين » la personnalité des lois

فالمسلمون وهم الاغلبية الساحقة فى مصر ، لهم شكل خاص للزواج ينحصر فى اثبات الرضاء والقبول أمام شاهدين فى حضرة موظف « مأذون » بذلك أو القاضى الشرعى المختص .

أما المسيحيون المصريون أو غير المصريين فجرى العرف على أنهم يتزوجون طبقا للمراسيم الدينية للكنائس التابعين لها ويقوم رجل الدين بوظيفة الموثق والكاهن معا ويسجل الزواج فى دفاتر خاصة . ويستند هذا العرف الى عقيدة المسيحيين فى أن الزواج « سر » يرجع الامر فيه الى ارادة الخالق الذى قال بلسان السيد المسيح « وما جمعه الله لا يفرقه انسان » كما أسلفنا القول .

(١) جميل خانكى - المرجع المتقدم صفحة ١٦١ .

أما الاجانب فكانوا ، ولا يزالون ، يعقدون زيجاتهم اما فى الكنائس أو فى القنصليات حسب الاحوال .

راى القضاء المصرى

٢٠١ - وقد عثرنا على حكم أصدرته محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة بتاريخ ٢٧ من مايو سنة ١٩٤٧ قضى - تأسيسا على هذا الراى الذى نقوله - أن الزواج الذى عقده ايطالى كاثولىكى فى كنيسة أرثوذكسية على سيدة يونانية أرثوذكسية صحيح ليس فقط بالنسبة للزوجة اليونانية (التى تشترط المادة ١٣٦٧ من قانونها انعقاد الزواج فى كنيسة أرثوذكسية) بل بالنسبة للزوج الايطالى الكاثولىكى أيضا وذلك لان هذا « الشكل » الذى اتبع فى هذا الزواج مألوف فى مصر ونجرى عليه العرف منذ أجيال عديدة *longue tradition* «١»

وقد أصدرت محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية حكما آخر فى ١٤ من مايو سنة ١٩٥١ اعترفت فيه بصحة هذا الراى - أى عدم وجود قانون اقليمى لشكل الزواج فى مصر ، ولكنها أخطأت فى تطبيقه اذ أنها أبطلت زواجا عقده ايطاليان (تعمدا على المذهب الكاثولىكى) أمام الكنيسة البروتستانتية لان الزوجة كانت - قبيل الزواج - قد اعتنقت المذهب البروتستانتى .

وارتكنت المحكمة فى ابطال هذا الزواج على القانون الكنسى *Droit canon* الكاثولىكى الذى لا يعترف بزواج الزوج الكاثولىكى فى غير كنيسته . ووجه الخطأ هو أن القانون الواجب الاعمال هو القانون الايطالى لا القانون الكنسى ولا يشترط القانون الايطالى أن يعقد الزواج الدينى على الطقوس الكاثوليكية لمن لم يكن كاثوليكيا - بل انه ذهب أكثر من ذلك وأجاز أيضا الزواج المدنى - يضاف الى ذلك أن « العرف التقليدى » *la longue tradition* الذى تحدث عنه الحكم الاول يسبغ على كاهن أى كنيسة معترف بها فى مصر صفة الموظف المختص لاثبات الزواج ، أى أنه يصبح فى هذه الحالة - وعلى الاقل - مشابها للموظف المدنى فى القنصلية الايطالية الذى يستطيع أن يعقد الزواج المدنى ، ثم يسجله «٢» .

الزواج امام القنصلية

٢٠٢ - وغنى عن البيان أن الزواج الذى يعقده القناصل أو رجال السلك السياسى المختصين لا يكون الا فى الحدود التى تسمح بها قوانينهم الخاصة وبالأوضاع والشروط التى ترسمها لهم كما سلف القول . وبطبيعة الحال أن الزواج الذى يعقده القنصل أو الموظف الدبلوماسى

(١) مجلة التشريع والقضاء لاحكام القضاء المختلط السنة ٥٩ صفحة ١٨٨ .

(٢) المجلة المصرية للقانون الدولى - المجلد السابع (سنة ١٩٥١) صفحة ١٦٠ .

المختص يعتبر « زواجا مدنيا » وهو ، على هذا الوجه ، يشبه الشكل المدني الذي تقضى به الشريعة الغراء بالنسبة للمسلمين .

ولكن هذا لا يفيد ان « المأذون » أو القاضى الشرعى أصبح مختصا بعقد الزواج لغير المسلمين سواء أكانوا مصريين أو أجانب كزواج فرنسى بفرنسية أو سويسرى بإيطالية أو يونانى بهنغارية أو ما شاكل ذلك من الامثلة المتعددة التى تذخر بها الحياة الاجتماعية فى مصر بوصفها البلد الذى يتقابل فيه الشرق بالغرب — وذلك لما سبق أن قلناه مرارا وتكرارا من أنه لا يوجد فى مصر قانون اقليمى واحد للاحوال الشخصية بل عدة شرائع متعددة مردها القانون الدينى *lex religiosa* وهذا منذ الفتح العربى حتى الآن — تأسيسا على الطابع الشخصى للشريعة الغراء .

رأى القاضى السابق
الدكتور اتين دى سازى

٢٠٣ — ويخالفنا فى هذا رأى المرحوم الاستاذ عبد الحميد مصطفى « ١ » والدكتور اتين دى سازى القاضى سابقا فى المحاكم المختلطة . ويركن هذا الاخير على حكم أصدرته محكمة القاهرة المختلطة فى هذا الشأن فى ٩ من يونيو سنة ١٩١٩ قضى بأن الزواج الذى عقده فرنسى على فرنسية أمام القاضى الشرعى يعتبر زواجا صحيحا من حيث الشكل « ٢ » .

ردنا عليه

٢٠٤ — ولم يلتفت الدكتور سازى عندما تكلم عن هذا الحكم أنه (أى الحكم) أشار الى حكم آخر يؤيد وجهة نظرنا قضى بصحة زواج رجل فرنسى مسيحى مع سيدة مسيحية (هى الاخرى) عثمانية الاصل أمام الكنيسة الكاثوليكية كما نسى الدكتور دى سازى أيضا أنه تمسك ، هو نفسه ، بحكم ثان أصدرته محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة فى ١١ من يونيو سنة ١٩١٣ وبحكم ثالث أصدرته المحكمة عينها فى ٢٩ من يناير سنة ١٩٢٤ قالت فيهما أنه بالنسبة للأجانب فى مصر فإن « الشكل » الذى يخضع له الزواج هو القنصلية التابع لها الزوجان أو أحدهما فى حدود سلطتها المخولة لها فى هذا الشأن من قانون البلد التابعة له أو الكنيسة التابع لها الزوجان أو أحدهما « ٣ » ، وهذا « الشكل » هو الذى يخضع له العقد عملا بقاعدة *locus regit actum*

(١) انظر مقال المرحوم الاستاذ عبد الحميد مصطفى الذى كتبه باللغة الفرنسية وعنوانه « الشكل فى زيجات الاجانب فى مصر » ونشره فى مجلة مصر المعاصرة *l'Egypte Contemporaine* (السنة التاسعة) — سنة ١٩١٨ — صفحة ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٢) غازيت المحاكم المختلطة — السنة التاسعة صفحة ١٧١ رقم ٢٨٩ — واتين دى سازى صفحة ٢٧٢ (المرجع المتقدم) .

(٣) مجلة التشريع والقضاء سنة ٣٦ صفحة ١٨٠ والمجلة نفسها السنة ٢٥ صفحة ٤٤٣ .

وظاهر أن هذا الذى قاله هذان الحكمان يؤيد وجهة نظرنا المؤسسة على شخصية القوانين فى مصرفى مسائل الاحوال الشخصية (la personnalité des lois) التى جعلت من هذا القطر بلدا متعدد الشرائع فيما يتعلق بشكل الزواج . ومعنى ذلك أنه لا يوجد قانون اقليمى واحد loi territoriale له طابع آمر يسرى على الكافة مصريين أو غير مصريين مسلمين أو مسيحيين . وأن المحور الذى يدور حوله البحث لمعرفة الشريعة التى تحكم « شكل الزواج » هو قانون الدين lex religiosa ، وهذا جريا على العرف الذى سار العمل منذ الفتح العربى حتى اليوم وثبته القانون الهمايونى والقوانين اللاحقة عليه كما سلف القول « ١ » . ولذلك فإن المسلمين — يخضعون من حيث شكل الزواج — الى الشريعة الغراء اذا كانوا مصريين . أما اذا كانوا أجنبى فيخضعون لقانون جنسيتهم كالتركى المسلم مثلا الا اذا كان هذا قانون الجنسية هذا هو نفسه الشريعة الاسلامية كما فى حالة التونسيين والجزائريين والمراكشيين والسوريين فعندئذ يعقد الزواج وفقا للشكل المدنى الذى تنص عليه الشريعة الغراء ، أما الاسرائيليون والمسيحيون المصريون فيخضعون الى شرائعهم المختلفة فى هذا الشأن . أما الاجانب فاذا كانت قنصلهم مختصة بعقد زواجهم فيعتبر هذا الشكل صحيحا أما اذا لم تكن مختصة وعقدوا زواجهم دينيا كان هذا الشكل الثانى صحيحا أيضا لانه شكل معترف به فى مصر وقد جرى عليه العمل بالنسبة للمسيحيين منذ أجيال عديدة .

راى القاضى السابق
بيون سيمر ينيادس

٢٠٥ — أما الدكتور بيون سيمر ينيادس Bion Smyrniadis الذى كان — هو الآخر — قاضيا فى المحاكم المختلطة فهو من رأينا ويعززه بالاعتبارات الآتية:
(١) نصت المادة ٢٧ من لائحة المأذونين الشرعيين — المؤرخة ٧ من فبراير سنة ١٩١٥ على أن المأذون لا يستطيع أن يعقد زواجا بين شخصين غير مسلمين أو تابعين لدولة أجنبية .

(٢) نص المنشور الصادر من وزارة العدل (رقم ٤٧) فى ٤ من نوفمبر سنة ١٩٢٢ أن القاضى الشرعى لا يستطيع أن يعقد زواجا بين مسيحيين اذا كانا متحدى الدين والمذهب أما اذا كانا مختلفى المذهب فيجوز ذلك بعد استئذان وزير العدل ولكن — عملا بالمنشور رقم ٧٧٠ سنة ١٩٠٩ ، ١٤ سنة ١٩١٥ — لا يأذن وزير العدل بهذا الزواج الا اذا كانت شرائط قانون كل من الطرفين قد توافرت ، علما بأن كل الشرائع الدينية لغير المسلمين فى مصر تشترط الانعقاد الدينى للزواج والا كان

(١) انظر النبد ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ مكرر و٤٧ مكرر من هذا الكتاب .

هذا الزواج باطلا «١» •

القانون رقم ٦٨
سنة ١٩٤٧

٢٠٦ - ورب معترض يقول أن المادة الثالثة من قانون التوثيق رقم ٩٨ سنة ١٩٤٧ الصادر في ٢٩ يونيو من السنة نفسها قد نصت على أن تتولى المكاتب (مكاتب التوثيق) جميع المحررات عدا ما كان منها متعلقا بالوقف أو الاحوال الشخصية • ومع ذلك توثق بهذه المكاتب المحررات المتعلقة بالاحوال الشخصية لغير المسلمين •

وفسرت المذكرة التفسيرية لهذه المادة النص قائلة أنه بالنسبة للأجانب فإن لهم «الخيار» بين طلب توثيق زواجهم في مكاتب التوثيق أو اجرائه في قنصلياتهم طبقا للقواعد المرعية في القانون الدولي الخاص •

ومعنى ذلك باختصار أن نص المادة ٣ ليس نصا آمرا impératif ومن ثم فإن المركز القانوني يبقى على ما هو عليه بالنسبة للأجانب وهو محكوم بقواعد القانون الدولي الخاص •

أما بالنسبة لغير المسلمين من المصريين أو غير المصريين (الذين لا يعتبرون أجانب) فقد رد وزير العدل على سؤال وجهه اليه في مجلس الشيوخ الاستاذ خليل ثابت في جلسة ٢٣ من مايو سنة ١٩٤٩ خاص بهذا الشأن فقال : ان هؤلاء يستطيعون اجراء التوثيق اذا كان قانون كل من الطرفين ييجيز هذا الاجراء «٢» • ومعنى ذلك بطريق الاستنتاج العكسي ، انه اذا كان هذا القانون ينص على شرط الانعقاد الديني للزواج والا كان باطلا ، أصبح الاكتفاء بأبرام هذا الزواج في مكتب التوثيق سببا لاعتباره غير موجود قانونا •

أليس في كل هذا ما يؤيد رأينا من أن شكل الزواج في مصر مازال شخصيا خاضعا للتقليد الذي سار عليه العمل منذ الفتح الاسلامي ؟

اختصاص القناصل
المصريين في الخارج

٢٠٧ - ولكن الحجة لا تقف عند هذا الحد ، فقد نصت المادة ١٦ من المرسوم بقانون الصادر في ٥ من أغسطس سنة ١٩٢٥ الخاص بالنظام القنصلي على أن القناصل : -

« تختص بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصري الجنس ، ولهم

(١) المجلة المصرية للقانون الدولي - الجزء السابع (سنة ١٩٥١) صفحة ١٨
ومقال الدكتور بيون سيمر ينادى Considération sur le mariage en Egypte
(٢) بيون سيمر ينادس - اعتبارات حول الزواج في مصر Considérations sur le mariage en Egypte المنشور في المجلة المصرية للقانون الدولي صفحة ٢٣ الجزء السابع (سنة ١٩٥١)

أيضا اجراء ذلك متى كان أحد الزوجين مصرى الجنس » •
والمسألة لا تحتاج لبحث لو كان المصريان اللذان يطلبان عقد زواجهما أمام
القنصل في الخارج مسلمين •

أما لو كانا من ديانة أخرى أو مختلفى المذهب في ديانة واحدة فقد تعرض القرار
الوزارى الصادر في ١٢ من مارس سنة ١٩٢٩ لهذا الافتراض ونص على ما يؤيدوجهة
نظرنا من أن شكل الزواج للمصريين غير المسلمين مازال خاضعا لقانون ديانتهم فقد
ورد في القرار المذكور أن سلطة القنصل في ابرام مثل هذا الزواج متوقعة على

« أخذ رأى جهتهم الدينية بالقطر المصرى بواسطة وزارة الخارجية »

وهكذا يدور الرأى في حلقة مفرغة تبدأ وتنتهى بالرجوع الى قانون الدين
بالنسبة للمصريين غير المسلمين فهم خاضعون لقانون عقيدتهم الدينية ليس فقط
فيما يخص الشروط الموضوعية للزواج بل فيما يتعلق أيضا بشكل انعقاده سواء أكان
هذا الانعقاد في مصر أو في الخارج •

آثار عقد الزواج

٢٠٨ - نصت المادة ١٣ فقرة أولى من القانون المدنى المصرى الجديد على
ما يأتى :

قاعدة الإسناد

« يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على
الآثار التى يربتها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال » •

اذن العبرة بالقانون التابع له الزوج وقت انعقاد الزواج فاذا تزوج فرنسى
بايطالية مثلا ثم توطنا معا فى مصر ونشأ بينهما خلاف وصل الى المحاكم المصرية
فان الاثر الذى ترتبه المحكمة على هذا الزواج هو المؤسس على القانون الفرنسى
لانه قانون جنسية الزوج *lex patriae* لا قانون الموطن وهو القانون المصرى
lex domicilii وهذا الوضع لا يتغير حتى ولو غير الزوج جنسيته وأصبح ايطاليا
مثلا أو مصريا اذ العبرة بقانون الجنسية وقت انعقاد الزواج

اصل هذه القاعدة

٢٠٩ - وقد نقل الشارع المصرى هذا المبدأ من المواد من ٢ الى ٩ من اتفاق
لاهاى المؤرخ ١٧ من يولييه سنة ١٩٠٥ الخاص بآثار الزواج • وان كانت هذه
النصوص قد أولت أكثر عنايتها بالاثار المالى للزوجين من حيث اختلاط أموالهما أو
انفصالهما ووجود أو عدم وجود عقد يثبت المشاركة فى المال وما شاكل ذلك •

ولما كان الكلام عن الآثار المالية للزواج يخرج عن نطاق هذا الكتاب القاصر
على « مسائل الاحوال الشخصية » للاجانب فقد أصبح من واجبنا أن نحصر البحث

في هذه الناحية وحدها بعد أن نلقت النظر الى أنه حتى بالنسبة الى الآثار المالية للزواج فإن تغيير الجنسية أو الموطن لا يؤثر على هذه الآثار في نظر القانون المصري من حيث خضوعها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

أحوال يختلط فيها
الأثر الشخصي بالمالي

٢١٠ - على أن الطريف في الموضوع هو أن هناك أحوالا يصعب فيها تحديد « الأثر » لمعرفة طبيعته وهل هو أحوال عينية أو شخصية .

فاذا عرضت مثل هذه الاحوال على القاضى كان من واجبه - عملا بالمادة العاشرة من القانون المدنى أن يحدد لها التكييف القانونى الصحيح لكى يصل الى معرفة طبيعتها وهل تدخل فى النطاق المالى أو الشخصى ؟

وقد سبق أن تكلمنا على بعض هذه الاحوال عندما بحثنا نظرية التكييف وأتينا بأمثلة من أقضية المحاكم الوطنية بعد الغاء معاهدة مونترو ، ونظرا لاهمية الموضوع نعيد عرض بعض هذه الامثلة بايجاز فنقول انه :

(١) بتاريخ ٥ من مايو سنة ١٨٩٥ قضت محكمة استئناف الاسكندرية المختلطة بأن حظر التصرف فى أموال الدوطة مسألة عينية لاشخصية «١» ومن ثم فهى تخضع لقانون المكان الذى توجد فيه لا القانون الشخصى (وهذا قبل العمل بالقانون المدنى الجديد الذى أخضعها لقانون جنسية الزوج) ومن ثم اذا كان قانون الموطن لا يعترف بهذا النوع من الحجر فلا محل للاخذ به .

(٢) وبتاريخ ٢٢ من يناير سنة ١٩١٤ عدلت المحكمة نفسها عن هذا الرأى واعتبرت أن مبدأ عدم التصرف فى الدوطة inaliénabilité de la dot مرده الاحوال الشخصية ومن ثم لا تتغير طبيعته حتى ولو كانت الدوطة عقارية «٢»

أما محكمة النقض المصرية فقد ثبتت على اعتبار الدوطة النقدية مسألة عينية لاشخصية وسارت محكمة الاسكندرية الابتدائية على هذا الرأى واعتبرت الدوطة المالية «ودیعة مدنية» «٣» ترد عند انتهاء الزواج اما بالوفاة أو التطلق أو البطلان أو الفرقة الجسمانية .

الآثار الشخصية المحضة
بصفة عامة

٢١١ - أما الآثار الشخصية المحضة لعقد الزواج فهى متقاربة فى القوانين جميعها وتوجز فى أن الزوج هو رب الاسرة chef de famille وأنه هو القوام عليها الملزم بالاثاق على شؤونها المنزلية والثقافية وغيرها .

(١) مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة صفحة ٢٨٢ .

(٢) مجلة التشريع والقضاء السنة ٢٦ صفحة ١٧٨ .

(٣) أنظر البنود من ٨٢ الى ٨٦ من هذا الكتاب .

وينص القانون الانجليزى على أن الاتفاق الذى يقوم به الزوج لا يكون الا فى حدود قدرته المالية الشخصية •

أما الزوجة فعليها طاعة زوجها وفى البلاد التى تدين بمبدأ انعقاد الزواج طبقا للمراسيم الدينية المسيحية تسمع الزوجة من الكاهن هذه العبارة المنقولة عن الكتب المقدسة « الرجل رأس المرأة » وعلى الزوجة معايشة زوجها ومساكنته والتعاون معه أديا وماديا على رفع مستوى الاسرة •

وعلى الزوجين معا العناية بالاولاد وتربيتهم وتهيئة مستقبلهم •

وينص القانون البرازيلى أن الزوج هو «الممثل القانونى» للاولاد ولكن القانون الصينى يسند هذا «التمثيل القانونى» للزوجين معا •

شذوذ القانون الروسى

٢١٢ - وانفرد القانون الروسى بطابع شاذ فى شأن آثار الزواج فنص على أن كلا من الزوجين يظل مباشرا كل الحقوق التى كان يباشرها قبل الزواج بدون أن يفرض عليها أى قيد من القيود (كاستئذان الزوج مثلاً أو موافقته على المهنة أو العمل الذى تختاره الزوجة لنفسها) •

يضاف الى ذلك أن المرأة حرة فى أن تسكن مع زوجها أو لاتسكن ، تعاشره أو لاتعاشره ، وتحمل اسمه أو لاتحمله «١»

الشؤون المنزلية

٢١٣ - وتنص القوانين جميعها على حق المرأة فى ادارة الشؤون المنزلية واستعملت المادة ١٣٥٧ من القانون الالماني عبارة طريقه هى أن للزوجة « سلطان المفاتيح » pouvoir des clefs (schlüsselgewalt) فهى التى تتولى زمام الاقتصاد المنزلى فى الشراء والصرف والتخزين وما الى ذلك

وكان القضاء الفرنسى يعتبر أن للزوجة فى هذا الشأن توكيل مفترض mandat présumé يخول لها شراء حاجيات الاسرة نيابة عن زوجها • أما الانجليز فيطلقون على هذا التوكيل المفترض عبارة «agency of necessity» التى يمكن ترجمتها بكلمة توكيل الضرورة •

ولما صدر القانون الفرنسى المعدل لآثار الزواج فى فرنسا - فى ٢٢ من سبتمبر سنة ١٩٤٣ تعدلت المادة ٢٢٠ من قانون نابليون ونصت صراحة على هذا النوع من التوكيل وأطلقت عليه اسما جديدا هو mandat domestique (التوكيل المنزلى) وأضافت أن الزوجة لها بمقتضى هذا التوكيل - ومهما كان نظام الاسرة المالى - اتحاد المالىن أو انفصالهما - أن تستخدم المال الذى يتركه لها الزوج للصرف على

(١) جميل خانكى المرجع المتقد صفحة ١٦١ ، ١٦٢ .

الشؤون المنزلية كما لها أن تفتح به حساب جاريا باسمها في أى مؤسسة مالية .

وعبارة « التوكيل المنزلى » استعارها قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ الفرنسى من قانون هولاندى كان قد سبقه فى هذه التسمية صدر فى ١٣ من يونيو سنة ١٩٠٧

قانون ٢٢ سبتمبر
سنة ١٩٤٢ الفرنسى

٢١٤ — وبمناسبة الاشارة الى قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ فى فرنسا يحسن أن نقول كلمة موجزة عنه لانه أحدث تطورا كبيرا فى مركز المرأة الفرنسية المتزوجة التى ظلت سنين طويلة خاضعة لنوع من الحجر كان لايسمح لها بالتصرف حتى فى مالها الشخصى أو احترام أى مهنة الا بأذن زوجها .

وفى واقع الامر بدأ تحرر الزوجة الفرنسية من هذه القيود تدريجيا وبدأ بقانون ٧ من ديسمبر سنة ١٨٩٧ الذى عدل المادتين ٣٧ ، ٩٨٠ من قانون نابليون وسمح لها بأن تكون شاهدة على عقد زواج أو فى العقود الرسمية ، وفى ٢٩ من يولييه سنة ١٩٣٩ صدر قانون آخر عدل المادة ٤٢٠ وسمح للزوجة أن تكون وصية مشرفة أو عضوة فى مجلس العائلة وأخيرا صدر قانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ وأعقبه قانون ٢٢ من سبتمبر سنة ١٩٤٢ فمنح الزوجة الفرنسية دستورا جديدا عدلا به قانون نابليون فى أكثر من موضع «١»

ونصت المادة ٢١٦ على المبدأ العام بقولها ان المرأة الفرنسية المتزوجة تتمتع بأهلية مطلقة La femme mariée a la pleine capacité de droit

ولم يغير هذا التعديل من اعتبار الزوج «رب الاسرة» chef de famille وان كانت المادة ٢١٣ المعدلة قد أسندت الى الزوجة حق الاشتراك مع الزوج فى الادارة « الادبية والمادية للاسرة »

La direction morale et matérielle de la famille

وللزوجة أن تنوب عن زوجها فى مركز « رب الاسرة » فى حالة عدم أهلية هذا الاخير incapacité أو ابعاده éloignement أو « أى سبب آخر » ou toute autre cause تقدره المحكمة

ونصت المادة ٢١٥ على أن للزوج الحق فى اختيار محل الإقامة وهذا بدون مساس بحق الزوجة فى أن تطلب من القاضى أن يعين مسكنا مستقلا لها ولاولادها اذا كان محل الإقامة الذى اختاره الزوج فيه خطر مادى أو أدبى على الاسرة présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral.

(١) القانون المقارن ارمانجون ونولد وولف — المرجع المتقدم الجزء الاول صفحة ٢٥٢ (طبعة ١٩٥٠) نبذة ١٤٥ .
(٢) المرجع المتقدم نبذة ١٤٦ .

٢١٥ - هذا ولم تتمشى بلدان كثيرة مع هذا التطور التشريعى الذى وصل اليه القانون الفرنسى كما ظلت أكثر البلدان التى كانت قد استهدت قانون نابليون فى سن شرائعها محتفظة بطابعه الاصلى ومن هذه بعض مقاطعات كندا وهولاندا وبلجيكا والبرتغال واسبانيا وأكثر جمهوريات أمريكا الجنوبية اللاتينية وكل الذى عمله القانون الكندى كتجديد هو أنه نص فى المادة ١٧٧ منه على أن المرأة التى تزوجت على نظام « فصل الاموال » *séparation des biens* لها مطلق الاهلية فى التصرف فيما يتعلق بما لها الشخصى فقط

الباب الثالث

الطلاق والتطليق

والانفصال الجسمانى

٢١٦ - نصت المادة ١٣ فقرة ٢ من القانون المدنى على ما يأتى :

قاعدة الاسناد
واستثناؤها

« أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق ، ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى »

وتستثنى المادة ١٤ من هذه القاعدة حالة ما اذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فنصت على أنه ، فى هذه الحالة ، يطبق القانون المصرى .

والمقصود بعبارة « القانون المصرى » هو الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين والقانون الدينى بالنسبة لغيرهم كما أشرنا الى ذلك فى أكثر من مناسبة «١» .

تفسير

٢١٧ - ويقصد القانون بعبارة « طلاق » فصم عقد الزواج بأرادة واحدة منفردة من جانب الزوج وهى التى تسمى *répudiation* كما هو الحال فى الشريعتين الاسلامية والموسوية ، ويراعى فى هذه الحالة تطبيق قانون الدولة التابع لها الزوج وقت ايقاع الطلاق لانه يقع فور النطق به أو تسليم الورقة المثبتة له

أما بالنسبة للتطليق ويسمى *divorce* أو الانفصال الجسمانى ويسمى *séparation de corps* فيطبق قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت رفع

(١) أنظر البنود من ٣١ الى ٣٤ مكرر و٤٧ مكرر والبنود من ٢٠٢ الى ٢٠٧ .

الدعوى اذ أنه من المحتمل أن تمكث الدعوى مدة طويلة قد يتحايّل في أثناءها الزوج على القانون فيغير موطنه أو جنسيته بقصد تفويت حق معين على زوجته أو مشاكل ذلك .

علاقة العقيدة الدينية بانحلال الزواج

٢١٨ - هذا ولا يوجد في مسائل الاحوال الشخصية حالة تنعكس فيها العقيدة الدينية انعكاس الصورة في المرأة أكثر من حالة الزواج وطرق انحلاله فمن القوانين - كالشريعة الاسلامية - ما لا يرى في الزواج والطلاق سوى حالة مدنية لاصلة لها بالدين وان كان بعض الفقهاء يؤسس على الحديث الشريف « ما أحلّ الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق » ان الاصل في الطلاق الحظر مالم توجد حاجة ماسة اليه وان الامر جليل خطير يتطلب الروية ومخافة الله « ٢ » .

ومن الشرائع - كالقانون الايطالي - ما يعتبر أن الزواج « سر مقدس » تتداخل فيه ارادة المولى تعالى تداخلا حاسما ولذا فانه عملا بالآيات الكريمة التي تقول وما جمعه الله لايفرقه انسان ومن البدء خلقهما ذكرا وأنثى واذاً ليسا بعد اثنين بل جسد واحد « ٣ » يعتبر التطبيق أمرا مخالفا للدين المسيحي

ومن الشرائع - كالقانون اليوناني - ما يتخذ موقفا متضاربا اذ بينما تقرأ في المادة ١٣٦٧ من هذا القانون أن الزواج الذي لا يعقد في الكنيسة (والكنيسة الارثوذكسية وحدها) يعتبر كأن لم يكن وغير موجود قانونا n'existe pas نجد أن المادة ١٤٤٢ قد فتحت بابا واسعا للتطبيق وأجازت الحكم به في الحالة التي يقدر فيها القاضى أن تصدعا حصل في الحياة الزوجية جعل العودة اليها مستحيلا - وبهذا هدم هذا القانون بيده اليسرى ما أراد بناءه باليد اليمنى لان « التصدع » الذي تحدث عنه مسألة نسبية ليس لها مقياس أو معيار واحد .

التطور الحديث

٢١٩ - ونستطيع أن نقول الآن أن التطبيق - كالزواج - بدأ يتجه ، حتى في البلاد المسيحية الصميمة ، صوب الطابع المدني تأسيسا على أن العقيدة الدينية مسألة شخصية بحتة متروكة للزوجين أنفسهما فاذا كانا يدينان بأن الزواج « سر مقدس » عملا على بقاءه من تلقاء أنفسهما ، أما القانون فيجب أن يؤسس على قواعد عامة تسرى على الكافة ولاشأن لها بالدين

وهكذا بدأ ظل القانون الكنسى le droit canon الذي كان مصدر الهام

(١) ابن عابدين ص ٦٤٢ ح ٢ وكتاب الاحوال الشخصية في المحاكم الشرعية للمرحوم الشيخ معوض محمد مصطفى سرحان ص ٢٩٠ .

(٢) انظر نبذة ١٨٤ من هذا الكتاب .

القوانين والشرائع منذ بدء ظهور الدين المسيحى يتقلص شيئا فشيئا ثم انزوى في قلوب النذر اليسير من الناس الذين مازالوا يعتقدون به بعد أن كان مقره في كتب التشريع ودور القضاء •

غير أن عددا من البلاد التى تدين بالمذهب الكاثوليكي كإيطاليا وبعض جمهوريات أمريكا الجنوبية ، مازالت محافظة على الروح الدينية في شرائعها تفرض على الناس احترامها فرضا بدلا من أن تترك الامر لاهوائهم أو ضمائرهم ، ومثل هذه البلاد لا تسمح شرائعها بالتطليق divorce بل بالانفصال الجسماني séparation de corps

٢٢٠ - ومن أمثلة البلاد التى خضعت للتطور خضوعا ظاهرا بولونيا والبرتغال وانجلترا • فقد كان القانون البولونى الصادر في سنة ١٨٢٥ والمعدل في سنة ١٨٣٦ منطقيا مع نفسه لانه كان ينص على أنه بالنسبة للكاثوليك (الذين يدينون بمبدأ عدم انفصام الزواج بأى حال من الاحوال) لا يوجد تطليق بل انفصال جسماني في أحوال معينة هي (١) الزنا و(٢) سوء المعاملة على أنواعها ، (٣) ارتكاب أحد الزوجين جريمة أو جنحة • أما بالنسبة للمسيحيين الارثوذكس أو البروتستنت فكان يسمح لهم بالتطليق طبقا لعقيدتهم فيه وهى توجز في أن التطليق جائز في حالة الزنا وحدها •

القانون البولونى يمثل التطور

وترتبيا على هذه التفرقة كان الكاثوليك من أهل بولونيا يخضعون لاختصاص المحاكم العامة لأنها ، أصلا ، مقيدة بمبدأ عدم انفصام الزواج اطلاقا • أما بالنسبة لغيرهم فالمحاكم الدينية هى التى كانت مختصة وحدها

وفي سنة ١٩٤٥ بدأت بولونيا تطبق قانونا جديدا ألغى الانفصال الجسماني وأحل بدله التطليق للكافة مهما كانت عقيدتهم الدينية وبهذا أصبحت المحاكم المدنية العامة مختصة في كل الاحوال «١»

٢٢١ - ومن أمثلة ذلك أيضا البرتغال - وهى بلد كاثوليكي - فقد كانت المادة ١٠٥٦ من قانون سنة ١٨٦٧ تنص على أن الزواج « عقد أبدي » وهو لا يحل وان كان قابلا « للقطع » أو للوقف interruption (مادة ١٢٠٣)

وكذلك قانون البرتغال

وفي ٣ من نوفمبر سنة ١٩١٠ تعدل القانون فسمح بالتطليق بل أنه توسع بعض الشيء في أسبابه فنص على أن شهوة لعب القمار تعتبر سببا للتطليق

ورغم استحداث القانون البرتغالى مبدأ التطليق فانه احتفظ بالانفصال

(١) ارمانجون ونولد وولف - المرجع المتقدم - الجزء الاول صفحة ٢٤٢ نبذة ١٣٧

الجسماني فأجازه في نفس الاحوال التي يؤسس عليها التطبيق وغاية ما في الامر لا بد في هذا الاخير من حكم المحكمة المدنية أما في الانفصال الجسماني فهو من اختصاص « مجلس الأسرة » Conseil de Famille برئاسة قاضي منتدب لا يكون له الا صوت استشاري ، فاذا أصدر المجلس حكمه بالانفصال فلا بد من تصديق القاضي عليه (مواد ١٢٠٦ الى ١٢٠٨)

أمثلة أخرى للتطور

٢٢٢ - ومن أمثلة ذلك أيضا القانون المكسيكي الجديد الصادر في سنة ١٩٢٨ وقانون جمهورية بيرو الصادر في سنة ١٩٣٦ فقد ألغيا الانفصال الجسماني وأدخل نظام التطبيق حتى ولو كان باتفاق الطرفين مع هذا الفارق أن قانون بيرو لا يجيز التطبيق الا بعد مضي سنتين على الزواج وعلى شرط أن يكون قد سبقه حكم بالانفصال الجسماني دام سنة على الأقل « ١ » .

رجوع القانون الاسباني الى الدين

٢٢٣ - أما القانون الاسباني الصادر في سنة ١٨٨٩ فقد كان لا يعرف التطبيق بالنسبة للكاثوليك بل الانفصال الجسماني وكانت المحاكم الدينية هي المختصة باصدار الحكم فيه (مادة ٨٠) وكانت أحكامها تسجل في دفاتر خاصة بعد أن تصدق المحكمة المدنية عليها (مادة ٨٢) . ولم تكن المحاكم المدنية مختصة الا في الحالة التي يكون الزواج قد انعقد فيها مدنيا ، وكان حكمها قاصرا على الانفصال الجسماني كذلك .

وفي ٢ من مارس سنة ١٩٣٢ تعدل القانون الاسباني فأجاز التطبيق .

ولكن حكومة الجنرال فرانكو الحالية لاحظت أن هذا النظام سوف يؤدي الى انهيار الأسرة فأسرت بالرجوع الى قانون سنة ١٨٨٩ « ٢ »

القانون الانجليزي يمثل التطور

٢٢٤ - ويعتبر القانون الانجليزي مثالا حيا للتطور فقد كانت انجلترا محافظة على روح القانون الكنسي محافظة أمينة حتى سنة ١٨٥٧ فلم تكن تعترف بالتطبيق بل بالانفصال الجسماني وكانت المحاكم الدينية هي المختصة وحدها بالحكم به . أما فصحم الزواج بالتطبيق فكان لا يحصل الا في حدود أضيق من ثقب الابرة وعن الطريق البرلماني حيث كانت تؤلف لجنة تسمع أقوال الزوجين والشهود ومرافعة المحامين ثم تصدر أمرا (bill) خاصا يعرض على مجلس النواب ثم الشيوخ ثم يوقع عليه الملك كما لو كان قانونا من قوانين الدولة وما زال هذا التقليد معمولا به حتى هذه الساعة في ايرلاندا وكويك في كندا

وفي سنة ١٨٥٧ تعدل التشريع البريطاني في حدود القانون الكنسي وأباح التطبيق

(٢٤١) ارمانجون ونولد وولف - الجزء الاول من القانون المقارن - طبعة سنة ١٩٥٠ نبذة ١٣٩ .

بالنسبة لحالة الزنا وحدها ولكنه ميّز بين زنا الزوجة وزنا الزوج فأباح التطليق في الحالة الاولى بلا قيد أو شرط أما بالنسبة للثانية (زنا الزوج) فلم يكن التطليق جائزا الا اذا اقترن بظرف آخر مشدد مثل ارتكاب الزوج جريمة تعدد الزوجات أو أن الزنا كان قد حصل على قربة محرمة أو أنه اغتصب امرأة viol أو كان قاسيا مع زوجته أو انه تركها مدة سنتين على الاقل أو كان لوطيا .

وفي سنة ١٩٣٣ تعدل القانون الانجليزي مرة أخرى (في حدود القانون الكنسي الذي كان لا يسمح بالتطليق الا في حالة الزنا) « ٢ » وسمح بهذا التطليق في هذه الحالة وحدها بعد أن ألغى هذا التمييز بين زنا الزوجة وزنا الزوج متمشيا في هذا الصدد مع ما كان القانون الفرنسي قد سبقه اليه في سنة ١٨٨٤ كما سيأتي القول .

وفي سنة ١٩٣٧ كان الكاتب الانجليزي أ . ب . هيلبرت A. P. Herbert قد نشر قصة سياسية قضائية معروفة باسم Holy Deadlock انتقد فيها صراحة القانون الانجليزي في مسائل التطليق وتأثر الشارع من القصة والنقد فأضاف على سبب الزنا سببين جديدين للتطليق أولهما هجر منزل الزوجية لمدة ثلاث سنوات وثانيهما القسوة cruelty التي أدمج تحتها مرض أحد الزوجين بمرض معد انتقل الى الزوج الآخر أو أصابته بمرض عقلي دام خمس سنوات متوالية .

وفي مقابل اباحة هذين السببين الجديدين تشدد القانون الجديد في قبول التطليق فنص على أنه لايجوز اقامة الدعوى به قبل مضي ثلاث سنوات كاملة على الزواج الا اذا أثبت طالب التطليق أنه ضحية لعذاب أو لقسوة وصلا حدا غير مألوف أو أن المدعى عليه قد نزل هو نفسه الى هذا الحد الغير مألوف في التجرد الخلقى .

ومن الغريب في أمر هذا القانون الجديد أنه في الوقت الذي أراد فيه أن يضيق نطاق التطليق فتح بابا كبيرا للتعسف في أحوال الزنا باستحداثه نصا قضى برفض التطليق بسبب زنا الزوجة اذا اثبت أن هذا الزنا لم يحصل الا بسبب أهمال الزوج لها المتعمد wilful neglect أو سوء خلقه الشخصي misconduct وهذه مسائل نسبية لا مقياس لها .

واستحدث القانون حالة أخرى لفصم الزواج أسماها افتراض الوفاة presumption of death وهي حالة غياب أحد الزوجين غيبة متقطعة مدة أقلها

(١) انجيل متى الاصحاح ١٩ .

سبعة سنوات فشلت فيها مساعي الزوج الآخر للعشور على الغائب فنص على أنه يترتب على هذه القرينة اعتبار الزواج منحلًا dissolution وقد أعملت دائرة الاحوال الشخصية هذا المبدأ في احدي القضايا التي فصلت فيها حديثا «١» .

٢٢٥ - وأخيرا تعدل القانون الانجليزي مرة أخرى في سنة ١٩٥٠ وصدر القانون المسمى Matrimonial Causes Act, 1950 فنص في المادة الاولى منه على اجازة التطبيق لصالح الزوج أو الزوجة في الاحوال الآتية :

(١) الزنا (٢) الهجر بنية عدم العود للحياة الزوجية اذا استمر ثلاث سنوات (٣) القسوة وهي اما ان تكون مادية أو أدبية (٤) المرض العقلي الذي يستمر متواصلا بدون انقطاع مدة خمس سنوات قبل اقامة الدعوى مباشرة

وأضافت المادة عينها أن الزوجة تستطيع أن تطلب الحكم بالتطبيق ضد زوجها اذا أثبتت عليه اللواط sodomy أو القسوة الوحشية bestiality أو الاغتصاب rapt

وعدلت المادة الثانية الشرط الخاص بعدم اقامة دعوى التطبيق قبل مضي ثلاث سنوات الا في الحدود الضيقة التي رسمها قانون سنة ١٩٣٧ بقولها أن كلا من الزوجين يستطيع أن يتقدم للمحكمة ليطلب منها أن تأمر بقبول الدعوى قبل فوات الميعاد اما لانه ضحية لعذاب أو قسوة خارجين عن النطاق المألوف أو لان الزوج المشكو منه نزل الى درجة غير مألوفة من الانحطاط الخلقي depravity ويجوز للمحكمة أن ترفض الطلب أو تقبله وتسمع الدعوى أو تقضى بالتطبيق مع إيقاف آثاره حتى تتم مدة الثلاث سنوات .

هذا ومن رأينا أن هذه الرخصة التي قد تقررها المحكمة للمدعى في امكان عرض دعوى التطبيق قبل فوات الثلاث سنوات مسألة موضوعية خاضعة للقانون الانجليزي ولا تدخل في نطاق « الاجراءات » حتى يقال أن القانون الخاص بها هو قانون القاضي lex fori المطروحة أمامه الدعوى وذلك لان حق التطبيق في ذاته غير معترف به الا بعد مضي هذا الميعاد كما أن الاعتراف به - بطريقة استثنائية - في خلال هذه المدة مسألة قوامها « الوقائع » ومن ثم فهي خاضعة بطبيعتها للتقدير المطلق لقاضي الموضوع pouvoir discrétionnaire وهو لا يطبق الا القانون

(١) أرمانجون ونولد وولف في المقارن طبعة سنة ١٩٥٠ - الجزء الثاني نبذة ٧٣١ وانظر حكم دائرة الاحوال الشخصية لمحكمة الاسكندرية الصادر في أول ديسمبر سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ١٤٥٤ سنة ١٩٥٢ والبند ١٦١ من هذا الكتاب .

٢٢٦ - ولم يبلغ القانون الجديد الانفصال الجسمانى القضائى Judicial separation
فنص فى المادة ١٤ منه على أن المحكمة يجوز لها الحكم به بناء على طلب أحد
الزوجين للأسباب عينها التى وضعها القانون للحكم بالتطليق وأضافت المادة السابعة
أن الانفصال الذى كان قد حدث فى ظل القوانين السابقة سواء بحكم قضائى أو
بأمر من القضاء الجزئى يجوز تحويله الى حكم قضائى بالتطليق تأسيسا على نفس
الاسباب التى بنى عليها الانفصال أو على أهمها substantially the same
ويجوز للمحكمة اعتبار الانفصال كدليل فى ذاته على وجود الخطأ المبرر للتطليق
(الزنا أو الهجر أو القسوة أو المرض العقلى) ومع ذلك اشترطت الفقرة الثانية من
المادة ذاتها على المحكمة أن لاتنطق بالحكم بالتطليق الا بعد أن يثبت المدعى
الاسباب التى أدت الى الانفصال المذكور بكافة طرق الاثبات «١» •

٢٢٧ - وأزال القانون الانجليزى الجديد الصادر فى سنة ١٩٥٠ التمييز بين
الزوج والزوجة فى حالة ارتكاب الزنا كما رأينا عند الكلام على المادة الاولى •
ولكن المادة الرابعة فقرة ج نصت على نوعين من أنواع الاعتذار عن حالة الزنا
ينتهيان برفض طلب التطليق المؤسس عليه وهما :

(١) اذا كان الزنا (وكذلك القسوة) نتيجة لهجر أحد الزوجين الآخر
أو انفصاله عنه بدون أى مسوغ معقول وكان هذا قبل حصول الزنا
(أو القسوة) - نبذة ٣ من الفقرة ج •

(٢) اذا كان الزنا (وكذلك ضعف العقل أو الهجر) قد سبقه سوء
معاملة الزوج المدعى للزوج المدعى عليه misconduct أو اهماله
اهمالا مقصودا wilful neglect (نبذة ٤ من الفقرة ج) •

ومن رأينا أن هذين النصين من الفقرة ج من المادة الرابعة من قانون سنة ١٩٥٠
قد فتحا بابا واسعا للتعسف فى موضوع الزنا ، فقد يحتاج أحد الزوجين بأن الآخر
أساء معاملته أو أهمله اهمالا متعمدا (وهذه مسائل نسبية وتقديرية ليس لها معيار
واحد) ليرتكب الزنا ثم يفلت من الحكم بالتطليق على أخطائه •

(١) أصدرت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية طكما بهذا المعنى فى
القضية رقم ٩٠٧ سنة ١٩٥٢

وقد كان الوضع الصحيح أن الزوج الذى يشتكى من سوء المعاملة أو الإهمال المتعمد يبدأ هو نفسه بطلب التطلق ضد الزوج الآخر لا أن يمنح نفسه الحرية فى الزنا على حساب الاخلاق أو على ما عسى أن يكون الله قد منَّ به على هذين الزوجين التعيسين من أولاد أبرياء •

٢٢٨ - وهكذا نلاحظ ، مع الاسف الشديد ، أن القوانين الحديثة قد بعدت كل البعد عن واجب الغيرة على الاخلاق وهو ما كان ملحوظا حتى منتصف القرن الماضى فى أغلب شرائع العالم •

فقد حرم الدين المسيحى التطلق (الا فى حالة الزنا) وحرمه المذهب الكاثولىكى اطلاقا ووصفته الشريعة الاسلامية الغراء بأنه « أبغض الحلال عند الله » •

وتدلنا خبرتنا كرئيس لمحكمة الاحوال الشخصية للاجانب أن تساهل الشرائع أو الاحكام فى التطلق يزعزع روابط المجتمع لان الزوجين لا يكلفان نفسيهما مشقة السعى للصالح ومحاربة كبريائهما الذى كثيرا ما يقف حائلا دون الصفح والوفاء لانهما يفضلان الطريق القصير (أو الحل البسيط) بطلب التفريق واثقين من الحصول على ما يسميانه العودة الى « الحرية » واذا أنصفنا لنعتناها « بالفوضى » والاباحية اذ أن الذى يدفع الثمن هم الاولاد الذين لم يطلبوا من والديهم أن يأتيا بهم الى هذا العالم ليحكم عليهم بالشقاء وليعيشوا كأيتام حيارى وهم ليسوا بأيتام •

القوانين المحافظة
أولها الايطالى

٢٢٩ - ويعتبر القانون الايطالى على رأس القوانين المحافظة التى لا تسمح بالتطلق تأسيسا على أن الزواج عمل من أعمال الله • • ولا يصح للانسان أن يفصمه ولذا فقد استعاضت عنه المادة ١٥٠ من القانون الايطالى بالانفصال الجسمانى وهو اما أن يكون رضائيا باتفاق الطرفين separazioni consensuale أو قضائيا بحكم المحكمة ولا يعتبر الاول نافذا الا بعد أن تقضى المحكمة بالتصديق عليه لتتأكد من أنه لا يتضمن أى شرط يمس النظام العام وأنه اكتفى بتنظيم آثار حالة الانفصال بين الزوجين فيما يختص بالنفقة مثلا أو حضانة الاولاد أو حقوق رؤيتهم وظروفها وكذا المسائل المالية التى تكون متعلقة بالزواج (مادة ١٥٨) •

أما الانفصال الجسمانى القضائى فتترتب عليه آثار التطلق فلا يرث الزوجان بعضهما بعضا ويحكم على الزوج الذى ثبتت أخطاؤه بالنفقة أو حرمانه من حضانة الاولاد - وغاية ما فى الامر لا يجوز لكل من الزوجين أن يعقد زواجا ثانيا على شخص آخر ، ونظرا للتشابه الكبير بين آثار التطلق والانفصال الجسمانى سمي هذا الاخير « التطلق الكاثولىكى » divorce catholique

وأَسباب الانفصال الجسماني القضائي في القانون الايطالى قد نصت عليها
المادتان ١٥١ ، ١٥٢ وهى مطابقة لقانون نابوليون (قبل تعديله) مع اضافة «الهجر»
وهى كالآتى : (١) الزنا ، (٢) الهجر (وهو سبب غير معروف فى قانون نابوليون) ،
(٣) سوء المعاملة التى تشمل الاعتداء والتهديد والخطر الجسيم ، (٤) الحكم بعقوبة
جنائية فى أحوال معينة •

ولم يكتف القانون الايطالى بالاستشهاد بقانون نابوليون فى أسباب الانفصال
الجسمانى بل اقتفى أثره كذلك فى تفرقة قديمة بين حالة زنا الزوجة وزنا الزوج ،
وقد رأينا نوعا من هذا التمييز عند شرحنا للقانون الانجليزى الصادر فى سنة ١٨٥٧
(نبذة ٢٢٤) •

ومن الغريب أن القانون الفرنسى كان أسبق القوانين فى الغاء هذه التفرقة ومع
ذلك بقيت بعض الشرائع — ومنها القانون الايطالى والبلجيكي — مستمرة على
الاخذ بها •

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من القانون الايطالى على هذا التمييز كالآتى:

« لا تقبل دعوى الانفصال الجسمانى ضد الزوج بسبب الزنا الا اذا
أحاطته ظروف من شأنها أن يترتب عليه اهانة بالغة للمرأة injure grave

أمثلة من القوانين
الآخري المحافظة

٢٣٠ — واقتفت أكثر الجمهوريات اللاتينية فى أمريكا الجنوبية أثر القانون
الايطالى فى تحريم التطبيق فنص القانون الارجنتينى الصادر فى سنة ١٨٧٠ على أن
الزواج « رباط أبدي » لا ينفصم ولذا فقد استعاض عن التطبيق بالانفصال الجسمانى
وتبعه فى ذلك قانون جمهورية كولومبيا Colombie الصادر فى سنة ١٨٧٣
وان كان قد وصف الانفصال بعبارة divorcio جريا على التسمية السابق الاشارة
اليها بالنسبة للمذهب الكاثوليكي ونص هذا القانون على أن المحاكم الدينية هى
وحدها المختصة بالحكم بالانفصال الجسمانى أما بالنسبة للمسائل المالية التى بين
الزوجين فتبقى من اختصاص المحاكم المدنية العامة « ١ » •

وفى سنة ١٩١٦ عندما وضعت البرازيل قانونها الحديث صممت على مبدأ
« عدم قابلية الزواج للانقسام indissolubilité du mariage وصرح أحد
كبار واضعى التقنين الجديد ويدعى الميسو كلوفيس بفيلاكا Clovis Pevilaqua
أن رأى العام كان ثائرا على فكرة ادخال مبدأ التطبيق فى القانون وأضاف هذا

(١) ارمانجون ونولد وولف — القانون المقارن الجزء الاول طبعة سنة ١٩٥٠
نبذة ١٣٨ •

الاستاذ أنه يعتقد - بصرف النظر عن الاعتبار الدينية - أن نظام التطبيق لا يخدم مصالح المجتمع •

قانون كوبيك

٢٣١ - أما قانون كوبيك في كندا فقد اتخذ موقفا طريفا بحكم تأثيره بالقانون الفرنسي وبالتشريع البريطاني في القرن الماضي على السواء فقد احتفظ بالتقليد الكاثوليكي فنصت المادة ١٨٥ منه على أن « الزواج لا ينفصم الا بالموت » وفي نفس الوقت سمح بالتطبيق في دائرة ضيقة جدا (وصفناها عند الكلام عن القانون الانجليزى السابق على تعديل سنة ١٨٥٧ بأنها أضيق من ثقب الابرة) على أن يتقدم صاحب الشأن بعريضة للبرلمان الذى يشكل لجنة خاصة يحضر أمامها الزوجان ويدليان بأقوالهما وتسمع اللجنة الشهود ومرافعة المحامين ثم تصدر بعد ذلك أمرا خاصا « bill » يعرض على مجلس النواب والشيوخ ثم يوقع عليه الملك كأي قانون من قوانين الدولة •

ويدلنا هذا القانون على مدى حرص أهل كوبيك على التقاليد المسيحية المؤسسة على أن الزواج سرٌّ الهى وهو غير قابل للقصم الا في أضيق الحدود •



تقليات القانون الفرنسى

٢٣٢ - أما القانون الفرنسى فقد خضع لعدة تقليات وفقا لزيادة أو ضعف النفوذ الدينى عليه فقد بدأ بعدم الاعتراف بمبدأ التطبيق والاكتفاء بالانفصال الجسمانى واستمر الحال على ذلك حتى سنة ١٧٩٢ عندما أتت الثورة الفرنسية بتشريع جديد في هذه السنة أدخل لأول مرة نظام التطبيق في الاسرة الفرنسية والغى الانفصال الجسمانى وتوسع في اجازة الطلاق بارادة واحدة •

ولكن عندما وضع قانون نابليون نص على اعادة الانفصال الجسمانى والغى الطلاق الذى كان يفرضه أحد الزوجين على الآخر بارادة منفردة وفي الوقت ذاته استبقى نظام التطبيق divorce ولكنه قصره على أسباب ثلاثة بدلا من السبعة التى كان قد نص عليها قانون الثورة • أما هذه الأسباب الثلاثة فهي :

(١) الزنا ، (٢) الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مهكرة للشرف أو مقيدة للحرية (٣) الاعتداء excès وسوء المعاملة sévices التى تندرج تحتها الاهانة البالغة injure grave

أما الأسباب الخارجة عن ارادة أحد الزوجين فاستبعدت كسبب للتطبيق كالخبل العقلى أو الابعاد éloignement

ثم تعدل التشريع الفرنسى بعد ذلك مرتين : الاولى في ٨ من مايو سنة ١٨١٦

والثانية بمقتضى القانون الصادر في ٢ من يولييه سنة ١٨٨٤ المسمى قانون ناكيه Naquet وتناول هذا التعديل المزدوج الغاء التطليق الرضائي الذي كانت قد نصت عليه المادة ٢٣٣ من قانون نابوليون وازالة التفرقة التي كانت قد نصت عليها المادة ٢٣٠ من نفس القانون بين حالة زنا الزوجة وزنا الزوج ، فكانت لا تسمح بالتطليق بسبب زنا الزوج الا في حالة واحدة هي وقوع هذا الزنا في منزل الزوجية . أما بعد التعديل فقد أصبح للزوجة الحق في أن تطلب التطليق بسبب زنا الزوج بدون قيد أو شرط ومهما كانت الظروف التي لا يسته .

وأخيرا صدر قانون ٦ من يونيو سنة ١٩٠٨ معدلا المادة ٣١٠ من قانون نابوليون مضيفا سببا جديدا على أسباب التطليق هو أن يكون الزوجان قد انفصلا جسمانيا ومكث هذا الانفصال أكثر من ثلاث سنوات ونصت المادة المعدلة على أنه يجوز لأحد الزوجين في هذه الحالة استبدال حكم الانفصال بحكم تطليق ويحصل هذا الاستبدال بقوة القانون - ويستطيع القاضي عند الحكم بالانفصال أن يمنع الزوجة من أن تحمل اسم زوجها (مادة ٣١١ معدلة) .

والغى القانونان الصادران في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٠٤ ، ٤ من يناير سنة ١٩٣٠ المادتين ٢٩٨ ، ٢٩٥ من قانون نابوليون وكانت الاولى تمنع زواج أحد الزوجين بشريكه في الزنا وكانت الثانية تمنع الزوجين المطلقين من أن يتزوجا من بعضهما مرة أخرى اذا كان قد صدر على أحدهما حكم طلاق ثان بعد طلاقه الاول .

٢٣٣ - وأخيرا لما لاحظ الشارع الفرنسي أن التطليق قد زاد عن المألوف وتساهلت المحاكم في الحكم به تساهلا أدى الى الاستهتار بالواجبات الزوجية والى ترزعزاع حياة الاسرة الفرنسية وروابط المجتمع أصدر قانونا جديدا في ١٢ من ابريل سنة ١٩٤٥ عدل به المادة ٢٣٢ مشترطا أن الاعتداء وسوء المعاملة والاهانة البالغة يجب أن تكون « خطر » violation grave بحيث أن الحياة الزوجية تصبح في حالة لا تطاق حقيقة intolérable . وأضافت المادة ٢٣٨ المعدلة أن القاضي يستطيع - في سبيل استيثاقه من توفر هذين الشرطين - أن يؤجل الدعوى لمدة طويلة ، لاتزيد عن ستة أشهر ، عسى أن يعود الزوجان الى رشدتهما في هذه الفترة فترفع عنهما أسباب الخلاف - وقد أعملت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الابتدائية هذين النصين في قضية فرنسيين قضت بتطليقهما لان الزوج كان يصاحب الخادمة ويظهر في المجتمعات مع سيدات اجنبيات بطريقة مريبة اعتبرتها المحكمة منطوية على اهانة بالغة injure grave (١) .

(١) القضية ٢٧٥ سنة ١٩٥٣

قوانين لا تعترف
بالانفصال الجسماني

٢٣٤ - هذا ومن القوانين ما لا يعترف بأي فائدة ما للانفصال الجسماني ، سواء أكان رضائيا أم قضائيا ومن هذه القوانين البلغاري واليوناني وسنتكلم عن القانون اليوناني بشيء من التوسع بعد حين نظرا لكثرة اعماله في مصر بواسطة المحاكم المصرية العامة .

قوانين تتوسع في التطبيق
الرضائي

٢٣٥ - وهناك قوانين أخرى تترك للزوجين حرية أوسع في تقرير مصيرهما بأجازة التطبيق الرضائي وهو ما ألغاه القانون الفرنسي الصادر في سنة ١٨٨٤ ومن هذه القوانين البلجيكي وقانون فنزويلا والمكسيكي والياباني وقانون رومانيا .

القانون الهولندي

٢٣٦ - وحذى القانون الهولندي حذو القانون الفرنسي فنص في المادة ٢٦٣ منه على حظر التطبيق الرضائي ثم عدد في المادة ٢٦٤ التي تليها أسباب التطبيق وهي مطابقة لما جاء في قانون نابوليون مع اضافة سبب الهجر فكانت كالآتي : (١) الزنا ، (٢) الهجر بسوء نية ، (٣) الحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة أربع سنوات أو أكثر ، (٤) الاعتداء وسوء المعاملة للذين قد يعرض الزوج المجنى عليه للخطر .

ويجيز القانون الهولندي الانفصال الجسماني كالقانون الفرنسي كما يجيز تحويله الى تطبيق بعد مضي خمس سنوات حتى ولو كان الانفصال المذكور رضائيا باتفاق الطرفين «١» .

حالة شاذة
في القانون السويسري

٢٣٧ - وبمناسبة الكلام على الانفصال الجسماني انفرد القانون السويسري في المادة ١٤٧ منه على جواز أن تحدده المحكمة من تلقاء نفسها بمدة معينة مع أن الشرائع الأخرى تكتفي بمنح المحكمة سلطة الترخيص به بدون مدة .

القانون البلجيكي

٢٣٨ - أما القانون البلجيكي فيمكننا أن نصفه بأنه جاء ملكيا أكثر من الملك لانه احتفظ بالمبادئ القديمة التي كان قد وضعها قانون نابليون أكثر من احتفاظ هذا الأخير بها . فبينما نجد القانون الفرنسي قد ألغى « التطبيق الرضائي le divorce par consentement mutuel » نجد القانون البلجيكي قد احتفظ به لا كسبب من أسباب التطبيق القضائي *cause de divorce* ولكن كدليل عام غير قابل للنقاش *une preuve péremptoire* على استحالة الحياة الزوجية مع احتفاظ الزوجين بعدم اذاعة الاسرار الخفية لهذه الاستحالة أمام المحكمة أو النيابة العامة ، ونظرا لما قد يترتب على استعمال هذا الحق من تعسف أو شطط أحاط القانون البلجيكي التطبيق الرضائي ببعض الضمانات توجز في الآتي :

(٢٤١) ارمانجون ونولد وولف المرجع المتقدم .

(١) أن لا يقل سن الزوج عن ٢٥ سنة والزوجة عن ٢١ •

(٢) أن لا يحصل هذا الاتفاق قبل مضي سنتين على الزواج ولا بعد فوات ٢٠ سنة عليه •

(٣) وأن لا تكون الزوجة قد وصلت الى سن ٤٥ سنة على أى حال •

ويلاحظ الاساتذة ارمانجون ونولد وولف أن الازواج البلجيكيين لم يتعسفوا في استعمال حق التطليق الرضائي بدليل أن نسبته لا تزيد عن ٢ ٪ من مجموع حالات التطليق «١» •

ومن أمثلة احتفاظ القانون البلجيكي بالروح القديمة لقانون نابوليون أنه ميّز في المادتين ٢٢٩ ، ٢٣٠ بين زنا الزوجة وزنا الزوج فنص على أن التطليق بسبب زنا الزوج لا يقبل الا اذا كان قد حصل في منزل الزوجية وقد رأينا أن القانون الفرنسى الصادر في ٢ من يوليو سنة ١٨٨٤ كان قد الغى هذا التمييز الظالم •

وساير القانون البلجيكي القانون الفرنسى في عدم الاعتراف بالانفصال الجسماني الرضائي • أما القانون الايطالى فقد رأينا أنه يخالفهما في هذه الناحية ولا يخضع هذا الانفصال الرضائي الا لشرط واحد هو أن لا تكون نصوصه التى تصدق عليها المحكمة مخالفة للنظام العام «١» •

٢٣٩ - أما البلدان التى تسمح قوانينها بالتطليق للضرر الذى يحدث لاحد الزوجين كالجنون أو المرض العضال فهى المانيا وسويسرا والسويد والنرويج والدانمرك وانجلترا وبولاندا وتشكوسلوفاكيا وهنغاريا والنمسا واليونان •

القوانين التى تسمح
بالتطليق لأسباب خارجة
عن ارادة الطرفين

فقد نصت المواد ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ من القانون الالماني الصادر في ٢٠ من ابريل سنة ١٩٤٦ (رقم ١٦) على أنه اذا أصيب أحد الزوجين بخلل في قواه العقلية أو بمرض مستعص فيها أو اذا أصيب بمرض معد أو تعافه النفس وتعذر تحديد مدة شفائه منه جاز للزوج الآخر أن يطلب الحكم بالتطليق •

أما القانون النمساوى فترك تحديد « المدة » التى يعالج فيها الزوج المريض بمرض عضال أو بمرض عقلى لتقدير القاضى مكتفيا بالقول انها يجب أن تكون مدة « معقولة » (المواد ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢) •

أما القانون الانجليزى فحدد المدة بخمس سنوات في حين أن القانون اليونانى قصرها على أربعة (مادة ١٤٤٣) •

(١) ارمانجون ونولد وولف المرجع السابق

٢٤٠ - ويضيف القانون اليوناني على الامراض التي تجيز التطليق مرض
البرص (مادة ١٤٤٤) والعيب التناسلي . أما العنه التي تصيب الزوج وتحول دون
وصوله جنسيا الى زوجته فتشترط المادة ١٤٤٦ لكي تكون سببا للتطليق : (١) أن
لا تكون الزوجة قد علمت بها قبل الزواج ، (٢) وأن لا يكون قد مضى ثلاث سنوات
على الزواج .

٢٤١ - أما الاسباب الاخرى للتطليق في القانون اليوناني فهي لا تختلف عما
جاء في الشرائع الاخرى التي بسطناها الآن غير أنه نظرا لان هذا القانون هو أكثر
القوانين الاجنبية اعمالا في المحاكم لمصرية ، فقد رأينا من الفائدة أن نوجزها بعد
أن نصت المادة ١٤٣٨ على أنها محصورة في المواد من ١٤٣٩ الى ١٤٤٦ ، وهي
كما يلي :

(١) بدأت المادة ١٤٣٩ بالنص على أن كلا من الزوجين يستطيع أن يطلب التطليق
بسبب زنا الزوج الآخر أو لانه متزوج من شخص آخر في نفس الوقت bigamie
أما اذا حصل الزنا أو الزواج الآخر برضا الزوج المشتكى فلا تقبل دعواه .

ونلاحظ أن القانون اليوناني لم يميز بين زنا الزوج وزنا الزوجة كما كان يفعل
القانون الفرنسي قبل سنة ١٨٨٤ وكما يفعل حتى الآن القانون البلجيكي والايطالي

(٢) الاعتداء على الحياة (١٤٤٠ يوناني المقابلة للمادة ١٥٦٦ ألماني و١٣٨
سويسري) . والعبرة بقصد ازهاق الروح بصرف النظر عن سبق الاصرار من
عدمه . ولا يهم فشل الوسيلة كما لو صوب زوج مسدسا على زوجته وهو يجهل
أنه فارغ اذ يكفي أن نيته اتجهت للقتل ، ولذا فيجب اقامة الدليل على توافر هذه
النية أما مجرد التهديد اللفظي بالقتل فلا يكفي وكذلك لا يكفي ترك المريض بدون
عناية وشرط النية يستلزم توافر الارادة ولذا فان الاعتداء في حالة الدفاع الشرعي
أو الاختلال العقلي والهذيان والسكر لا تدخل في نطاق المادة ١٤٤٠ .

(٣) ونصت المادة ١٤٤١ (المقابلة للمادة ١٥٦٧ ألماني ، ١٤٠ سويسري) على أن
الهجر لمدة سنتين مع نية عدم العودة يعتبر سببا ثالثا للتطليق ولا يشترط في الهجر
الابتعاد عن منزل الزوجية . فاذا حال أحد الزوجين دون رجوع الآخر اليه أو أنه
طرده من منزل الزوجية يعتبر ذلك بدأ للهجر .

وقضت محكمة النقض في اليونان بأنه اذا لم تكن مدة السنتين قد تمت وقت
رفع الدعوى فيلزم تمامها وقت سماع المرافعة فيها (تمييز ٦٠ صفحة ٣٥٢)

وقضت أيضا بأن الهجر اذا صاحبه ظروف استفزازية مما يقع تحت طائلة المادة

١٤٤٢ فان استكمال مدة السنتين أمر غير لازم «١» (تيميز ٥٨ صفحة ٥٤)

(٤) وتكلمت المادة ١٤٤٢ على تصدع العلاقة الزوجية بسبب أخطاء أحد الزوجين بحيث أضحي استمرارها غير محتمل intolérable . وفي حالة ما يكون الخطأ الذي ترتب عليه تصدع العلاقة الزوجية معزواً الى الزوجين معاً وكان أكثره راجعاً في الغالب الى المدعى فلا يكون له حق طلب التطليق .

ويقابل هذا النص في القانون الالماني المادة ١٥٦٨ وفي القانون السويسري المادة ١٤٢ .

ويعتقد الاستاذ جورج رويلوس أن النص الايطالي الرسمي للمادة ١٤٢ في القانون السويسري عبّر عن فكرة التصدع بكلمة موقفة تكشف عن نية الشارع بقوله انها هي التي لا يعقل معها أن يطلب الى الزوجين استمرارها . ولذا فالمسألة تقديرية مردها أخلاق الزوجين وبيئتهما الاجتماعية ومدى فهمهما للزواج وواجباته فقد يصفع زوج زوجته فيعتبر هذا أهانة بالغة في وسط معين ومجرد تأديب بسيط في وسط آخر ولقطة محب عند وسط ثالث . ومن أمثلة الاخطاء التي تتردد أمام دور القضاء ، جمود العاطفة وعدم التفاهم وعدم الاهتمام بالشؤون المنزلية أو شؤون الزوج . ورفض الاتفاق والمعونة والغيرة البالغة بدون ماسبب وما يتبع ذلك من منازعات عنيفة ، والاتهامات والتشهير العلني . والسعي وراء الاستفادة مالياً بشكل مبالغ فيه وبطريقة غير كريمة والبلاغات الكاذبة التي يمكن أن تؤدي الى عقاب الزوج البريء واتهامه وافشاء الاسرار العائلية بأذاعة عيوب الزوج أو ضعفه والتهديدات والاعتداءات والقذف ولو ضد الاقرباء المقربين اذا كانت جارحة للزوج الآخر وخطيرة والسلوك الشائن ومعاملة الاطفال من الزوج بقسوة وغلظة واساءة استعمال سلطات رب الاسرة ورفض انجاب الاطفال بغير مبرر والرفض المؤلم المستمر لتأدية واجب الزوجية بغير مبرر «٢» وادمان السكر عن عمد اذا لابسته مظاهر عامة جارحة بصورة متكررة وادمان المخدرات والخيانة الوطنية الشائنة والعدوى بأمراض تناسلية «٣» .

وغنى عن البيان أنه يشترط في كل هذه الاخطاء أن يكون المخطيء مدركاً

(١) جورج رويلوس وعلى عرفه وجميل خانكي - صفحة ١٥١ ، ١٥٣ .

(٢) حكمت دائرة الاحوال الشخصية بالاسكندرية بتطليق المانية متزوجة من شخص نمساوي بسبب رفضها انجاب الاولاد ومعاشرة زوجها في القضية رقم ١٦٦٠ سنة ١٩٥٣ في ٥ يناير ١٩٥٤

(٣) جورج رويلوس وعلى عرفه وجميل خانكي - المرجع المتقدم صفحة ١٥٧ ، ١٥٩

ما يفعله وشاعراً به ولذا فأخطاء المريض بعقله لا تدخل تحت نطاق هذه المادة .

وقضت محكمة النقض اليونانية أنه اذا كان الخطأ المدعى به نتيجة أو رد فعل لخطأ سبق وقع من الزوج الآخر فلا يعتبر خطأً (تمييز ٥٨ ص ٢٤٤)

(٥) ونصت المادة ١٤٤٣ على التطبيق بسبب آفة العقل الى درجة تجعل التفاهم مستحيلاً اذا استمرت أربع سنوات كاملة «١» .

ويقابل هذا النص المادة ١٥٦٩ من القانون الالماني مع اختلاف في المدة أما القانون الفرنسي فلا يعترف بهذا السبب كأساس للتطبيق

(٦) ومرض البرص Lèpre سبب للتطبيق (مادة ١٤٤٤) ، أما الامراض الاخرى مهما كانت خطورتها أو خطر العدوى منها أو انتقالها بالوراثة فهي لا تعتبر سبباً للتطبيق وان كانت تصلح أساساً لانهاء المعيشة المشتركة التي نصت عليها المادة ١٣٩٤ وهي تبيح لاحد الزوجين أن ينسحب من هذه المعيشة المشتركة اذا كان له مبرر معقول مع حفظ حقه في الحصول على النفقة المستحقة له وكذا في أخذ ما يلزمه من منقولات لتأثيث منزله المنفصل

(٧) ونصت المادة ١٤٤٥ على أنه يجوز لكل من الزوجين أن يطلب التطبيق اذا اعتبر الآخر في حالة غيبة متقطعة .

وحالة الغيبة لا تثبت الا بحكم (مادة ٤٧) ومع ذلك فانه من حق القاضي المختص بالتطبيق ان لا يصدر حكمه به قبل أن يستوثق مرة أخرى من حالة الغياب رغم وجود الحكم الخاص بها .

واذا عاد الغائب قبل أن يصبح حكم التطبيق نهائياً سقطت اجراءات الدعوى بقوة القانون .

(٨) وأخيراً نصت المادة ١٤٤٦ على حق كل من الزوجين في أن يطلب التطبيق بسبب عدم المقدرة الجنسية عند الزوج الآخر اذا استمرت هذه الحالة ثلاث سنوات منذ تاريخ الزواج وكانت باقية عند رفع الدعوى وعلى شرط أن لا يكون الزوج الآخر قد علم بها قبل الزواج .

ولا يجب الخلط بين عدم المقدرة الجنسية وتسمى impuissance (أو عنته) وبين الامراض التي تجعل العلاقة الجنسية غير مستحبة أو كرائحة الفم الكريهة .

(١) قضت محكمة النقض اليونانية أن السفار قبل تمام الاربعة سنوات يمنع من طلب التطبيق (تمييز ٦١ صفحة ١٧٥) .

٢٤٢ - سبق أن تكلمنا عن بعض القيود الخاصة بالتطبيق في القانون الانجليزي عندما تكلمنا على الفقرة ج من المادة الرابعة من قانون سنة ١٩٥٠ ونزيد الان أن الشرطين الاولين من هذه الفقرة عينها قد نصّا على نوع من التقادم (أو السقوط) déchéance تستطيع المحكمة منه أن ترفض الدعوى أو تعتبرها غير مقبولة وهذان الشرطان هما :

(١) اذا لاحظت المحكمة أو قدرت ان المدعى أهمل رفع الدعوى مدة غير مقبولة unreasonable delay

وقد أعملت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية هذا المبدأ في قضية حكمت فيها حديثا في اقامتها الزوجية في سنة ١٩٥٢ لتشتكى من سوء معاملة زوجها لها في سنة ١٩٤٥ «١»

(٢) اذا كانت القسوة cruelty قد وقعت من المدعى نفسه فحدث بالآخر الى ارتكاب الخطأ المنسوب اليه .

والسبب الثاني موضوعي اما الاول فزمني

٢٤٢ مكرر - أما القانون اليوناني فنصت المادة ١٤٤٨ منه على أنه اذا مضى على الاخطاء المنصوص عليها في المواد ١٤٣٩ ، ١٤٤٠ ، ١٤٤٢ سنة كاملة أصبحت الدعوى غير مقبولة النظر وهذه الاخطاء هي :

(١) الزنا (٢) وجود زوجة ثانية (٣) الاعتداء على الحياة (٤) تصدع الحياة الزوجية بسبب سوء المعاملة بصفة عامة .

وتبدأ مدة السقوط الحولي من يوم علم الزوج البريء بهذه الاخطاء أما اذا لم يعلم بها فلا يسقط الحق في اقامة الدعوى الا بعد عشرة سنوات .

أما فيما يتعلق بالزنا المستمر فيعتبر استمراره مانعا من السقوط ولم تشمل المادة ١٤٤٨ ضمن تعدادها للاخطاء القابلة للسقوط حالة الهجر المنصوص عليها في المادة ١٤٤١ لانه خطأ مستمر كذلك ومن ثم فهو غير خاضع للسقوط «٢» .

وأخذت المادة ١٥٧١ من القانون الالماني و٥٧ من القانون النمساوي و١٣٧ من

(١) أنظر الحكم الصادر في القضية رقم ٢١٤٩ سنة ١٩٥٢ بتاريخ ٢٤ من نوفمبر سنة ١٩٥٣ .

(٢) جورج رويلوس وعلى عرفه وجميل خانكي المرجع المتقدم صفحة ١٦٥ .

القانون السويسرى بمبدأ السقوط على غرار القانون اليونانى مع اختلاف فى المدة
أما القانون الفرنسى فلم يأخذ بهذا المبدأ

٢٤٣ - ونصت بعض القوانين ومنها الالمانى (مادة ١٥٧٠) والفرنسى (٢٤٢)
واليونانى (١٤٤٧) على أن العفو (pardon) يسقط الحق فى اقامة الدعوى وأنه
(أى العفو) يصح أن يتحقق قبل أن يصبح الحكم حائزا لقوة الشئ المقضى به وبذا
تسقط الدعوى •

وليس للعفو أى شكل خاص أو ألفاظ أو عبارات خاصة بل هو متروك لتقدير
المحكمة وقد استقر القضاء على أن قبول الزوجين الرجوع الى الحياة الزوجية بطيبة
خاطر وبدون اكراه وبنية المعاشرة الصحيحة فيه معنى العفو «^١»

آثار التطبيق

٢٤٢ - وتشابه القوانين جميعها فى آثار التطبيق ولذا سنكتفى بالتحدث عن
القانون اليونانى بوصفه أكثر القوانين الاجنبية اعمالا فى مصر وسنشير فى الوقت
ذاته الى نصوص القوانين الاخرى المشابهة بقدر الاستطاعة •

وآثار التطبيق التى نص عليها القانون اليونانى هى :

(١) تسترد الزوجة المطلقة اسم أسرة أبيها (١٤٥٢)

واستقر الفقه الفرنسى والالمانى واليونانى على امكان الترخيص للزوجة باستعمال
لفظ "ex" أى سابقا بجانب اسم زوجها اذا كانت قد اشتهرت به فى الوسط
التجارى أو الفنى وخيف ارتباك أعمالها اذا انتزع منها نهائيا •

(٢) اذا كان الزوج البرىء قد أصابه ضرر أدبى أو مادى من تصرفات الزوج
الخاطىء جاز له أن يطلب الحكم بالتعويضات (١٤٥٣)

وقد أخذ القانون الفرنسى بهذا المبدأ فى المادة ٣٠١ منه والسويسرى فى المادة
١٥١ وقبل الشارع المصرى ادماج هذا المبدأ فى نطاق قانون المرافعات فنص فى المادتين
١٨٦٤ ، ٩٠٢ منه على اختصاص محكمة الاحوال الشخصية بنظر الطلبات الاخرى
(أو الدعاوى) المتعلقة بها

(١) المرجع السابق صفحة ١٦٣ •

(٣) يسترد الزوج المعبون أو البريء الهدايا والهبات التي كان قد عملها للزوج المخطيء في أثناء الخطبة أو الزواج • ولكن هذا الحق يسقط بمضي سنة بعد التطليق كما يسقط أيضا بوفاة الواهب أو الموهوب له (مادة ١٤٦٠ المقابلة للمادة ١٥٨٤ من القانون الالماني)

(٤) نصت المادة ٣٠٢ من القانون الفرنسى على اسناد حضانة الاولاد الى الزوج البريء والذي صدر حكم التطليق لصالحه وذلك حماية للاولاد من أن يتسرب اليهم الخلق السيئ للزوج المخطيء «١»

(٥) النفقة

ونظرا لاهمية هذا الاثر يحسن أن تتوسع فيه بعض الشئ كالآتى :

خطا الزوج

٢٤٣ - يلزم الزوج الذى قضى بالتطليق على أخطائه بأن يؤدي نفقة مناسبة للزوجة طالما أن هذه الاخيرة لاتستطيع الاتفاق على نفسها من ريع أموالها أو من المهنة التى تزاولها أثناء قيام الزوجية (١٤٥٤ المقابلة للمادة ١٥٧٨ من القانون الالماني)

والزام الزوج بالنفقة وجوبى فى حكم القانونين اليونانى والالماني ، أما القانون الفرنسى (مادة ٣٠١) والسويسرى (مادة ١٥٢) فيعتبران الحكم بالنفقة شكلا من أشكال التعويض ولذا فأنهما تركا للقاضى سلطة أوسع فى « التقدير » مادامت المسألة مردها ~~النفس~~ فقد يكون موجوداً أو منتفياً ولذا فأنهما يجيزان الصلح فى النفقة واستبدالها بمبلغ اجمالى ويشترك معهما القانون اليونانى فى هذا رأى رغم اعتباره النفقة أقرب الى الجزاء منها الى التعويض «٢»

وبالنسبة للمهنة التى كان فى وسع الزوجة أن تزاولها أثناء قيام الزوجية فلايجوز - عند تقدير النفقة - استبعاد امكان مزاولتها لها بعد التطليق بحجة أن الزوجة كانت مشغولة أثناء الزواج بشؤونها المنزلية اذ أن القرينة هى أن هذه المشاغل أصبحت منعدمة ومن ثم تستطيع الزوجة مزاوله مهنتها •

ويجب النظر فى حالة الزوجة الاجتماعية لتحديد النفقة فلا يطلب من كريمة أحد رجال الاعمال الاثرياء مثلا أن تعمل كعاملة أو حائكة

والعبرة بالحالة الاجتماعية القائمة عند انتهاء الزواج

(١) اعملت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية هذا النص فى قضية فرنسيين ثبت على الزوج أنه يعاشر خادمة فقضت باسناد حضانة الاولاد لوالدتهن (٢٧٥ سنة ١٩٥٣) .

(٢) رويلوس وعرفه وخانكى - المرجع المتقدم صفحة ١٧٠ النص الفرنسى .

أما اذا أثرت الزوجة وقفت النفقة ، في حين أنه اذا وقع لها طارئ أعجزها عن الاستمرار في مهنتها فالعبرة بقدرتها على الكسب وقت انحلال الزواج لابعده ومن ثم فلا يلتفت الى هذا العجز الطارئ بالنسبة للالتزام الملقى على الزوج «(١)»

خطا الزوجة
والخطا المشترك

٢٤٤ - واذا كان التطليق قد وقع بسبب خطأ الزوجة أو بخطأ الزوجين معا فلا تستحق الزوجة نفقة في نظر القانون اليوناني اذ أن هذه النفقة لا تمنح الا في الحالة التي تكون فيها الزوجة بريئة من أى خطأ

وفي حالة الحكم بالتطليق على أخطاء الزوجة وحدها وكان زوجها عاجزا على الاتفاق على نفسه في حين أنها متمتعة بشيء من اليسر ألزمت بالاتفاق عليه في حدود مقدرتها المالية (١٤٥٧ يوناني المقابلة للمادة ١٥٧٨ الماني)

وتأسيسا على مبدأ «المقدرة المالية» لا تلزم الزوجة باتفاق رأس مالها على زوجها بل بغلته فقط ولذا فهي مكلفة بتوظيف رأس المال لامكان الحصول على الغلة. مثال ذلك اذا كانت تملك منزلاً فاخراً ولا يملك زوجها شروى فقير ألزمت بتأجير هذا المنزل وحرمت من أن تسكنه شخصياً

وليس هذا هو الوضع بالنسبة للزوج المحكوم عليه بنفقة لزوجته فهو ملزم بأدائها حتى ولو استهلك رأس ماله في ذلك ولا تجبر الزوجة على العمل اذا لم يكن لها حرفة من الاصل .

ولا يعترف القانونان الفرنسى والسويسرى بهذه التفرقة بين الزام الزوج والزام الزوجة بالنفقة فهما - بالنسبة لهذا الالتزام - متساويان في طريقة تقاذه

٢٤٥ - ونصت المادة ١٤٦١ من القانون اليوناني على أن الزوجة المطلقة يجب أن تساهم في واجب الاتفاق على الاولاد المرزقين لها من الزوج المطلق اذا كانت مواردهم الخاصة لا تكلف بذلك وهذا بصرف النظر عن معرفة من من الزوجين حكم عليه بالتطليق لخطائه . وأضافت المادة أن الزوج لا يستطيع أن يحوّل هذا الحق المخول له قبل الزوجة المطلقة التي لها ايراد من مهنتها أو من أملاكها الى الغير لانه حق شخصى بحت .

(١) نقض فرنسى في أول مايو سنة ١٩٣٩ (دالوزالاسبوعى سنة ١٩٣٩ - ١ - ٣٨٧) وجورج ريلوس وعلى عرفه وجميل خانكى المرجع المتقدم صفحة ١٧٢ النص الفرنسى .

وأخذ القانون الالماني بهذا المبدأ في المادة ١٥٨٥ منه وكذا القانون الفرنسى فى
المادتين ٣٠٣ ، ٣٠٤

٢٤٦ — أما اذا كان الطلاق مؤسسا على جنون أحد الزوجين فيلزم الآخر بالاتفاق
عليه كما لو كان الخطأ واقعا منه ، (مادة ١٤٥٩ المقابلة للمادة ١٥٨٣ من القانون
الالماني) •

النفقة فى حالة جنون
أحد الزوجين

تعديل النفقة وانتهائها

٢٤٧ — هذا وقد نصت المادة ١٥٤٦ من القانون اليونانى المقابلة للمادة ١٥٧٩ من
القانون الالماني والمادة ١٥٣ فقرة ٢ من القانون السويسرى على أن النفقة تتغير
وتسقط وفقا لتغيير الظروف كما لو أثرت الزوجة أو افتقر الزوج أو كبر الاولاد
وتوظفوا •

أمثلة لتعديل النفقة

وللمحكمة مطلق السلطان فى اجراء هذا التغيير طبقا لمقتضيات العدالة •

٢٤٨ — ولكن النفقة تنتهى أيضا اذا : —

انتهاء النفقة

(١) تزوج من له الحق فيها أو (٢) تم الاتفاق بين الطرفين على استبدالها بمبلغ
اجمالى يدفع مرة واحدة •

والحالة الاولى نصت عليها المادة ١٤٥٧ من القانون اليونانى المقابلة للمادتين
١٥٨١ المانى ، ٣٠١١ فرنسى) وأضاف أن وفاة الزوج المدين بالنفقة لا تسقطها بل
ينتقل الالتزام الى الورثة • واذا حصلت الوفاة قبل صدور الحكم بالتطبيق سقطت
النفقة لان الزوجة سترث كباقي الورثة •

أما الحالة الثانية فقد نصت عليها المادة ١٤٥٨ المقابلة للمادة ١٥٨٠ فقرة ٢ ، ٣
من القانون الالماني وأخذ بها القانونان الفرنسى والسويسرى على أساس أن النفقة
نوع من أنواع التعويض كما أسلفنا القول فى البند ٢٤٣

آثار الانفصال الجسمانى

٢٤٩ — ولا تختلف آثار الانفصال الجسمانى القضائى الذى تحكم به المحكمة
عن آثار التطبيق سالفة الذكر وغاية ما فى الامر نصت المادة ١٥٥ من القانون الايطالى
على أنه اذا اصطلح الزوجان المنفصلان ورجعا الى الحياة الزوجية مرة أخرى

سقوط النفقة
فى الانفصال

سقطت النفقة والمقصود بعبارة الحياة الزوجية التي عبر عنها النص الايطالى بكلمة coabitazioni هو المساكنة أو المعاشرة المنطوية على العاطفة المتبادلة التي يمكن القول معها أن صفحاً مخلصاً قلبياً قد محا ما كان قائماً بينهما من أسباب الخلف . أما مجرد التقابل من حين لآخر فهو لا يكفي لسقوط النفقة حتى ولو أدى الى معاشرة وقتية أو اختلاط جنسى لأنه يشترط وجود نيّة نسيان الماضي واسترجاع الحياة الزوجية الهادئة الطبيعية على أساس الاتحاد الروحي union spirituelle وقد عثرنا على حكم حديث أصدرته محكمة النقض والابرام في روما استخدمت فيه هذا التعبير بالذات ونظراً لأهميته سنورد هنا بعض عباراته لأنها تعطي درساً فيما يجب أن يكون عليه الخلق الزوجي .

وقد استهدت بهذا الحكم محكمة الاسكندرية الكلية (دائرة الاحوال الشخصية للاجانب) وحكمت في قضية زوجين ايطاليين (كان قد حكم بانفصالهما الجسدي منذ سنة ١٩٤٧) من أن تردد الزوجة على زوجها بصحبة ابنهما الصغير لان الزوج يقيم في مكان معروف بجفافه ولان ابنه مريض بالصدر لا يعتبر تنازلاً منها عن حالة الانفصال حتى ولو اضطرت بحكم الظروف الى معاشرة الزوج بعض الوقت في اللوكاندة التي يديرها في هذا المكان الجاف وذلك لانه على حد قول محكمة النقض والابرام سألقة الذكر لا بد أن يكون الصنف مؤسساً على نيّة الرجوع الى الاتحاد الروحي بين الزوجين فهو وحده عماد الحياة الزوجية لا النواحي المادية فيها ، ومن ثم لا يحق للزوج أن يقطع النفقة على زوجته بسبب هذه المعاشرة الاضطرارية التي خلقتها ظروف الابن الصغير القهرية دون أن تزيل أسباب الخلف الجسيم الذي بين الزوجين «١» .

أما العبارات التي استخدمتها محكمة النقض والابرام الايطالية مترجمة الى اللغة الفرنسية فهي الآتية :

En matière de séparation de corps de conjoints, la réconciliation peut être considérée réalisée seulement dans le cas où ils ont entendu reconstitué ou ont reconstitué l'union spirituelle qui est à la base de la vie conjugale.

Partant, les rapports sexuels intervenus de temps en temps entre des conjoints en désaccord, non accompagnés ou suivis de manifestations concrètes de pardon et d'affection, ne peuvent avoir la valeur et l'effet de la réconciliation, parce qu'ils ne sont pas aptes à donner la preuve d'une volontaire reprise de la vie commune entre les époux, dans le sens

(١) أنظر حكم دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الصادر في ١٧ من نوفمبر سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٣ .

d'une communion complète non seulement matérielle, mais aussi *et surtout spirituelle*. (١)

الصفح في القانون
اليوناني

٢٤٩ مكرر — هذا وتنص المادة ١٤٤٧ من القانون اليوناني على أن صفح أحد الزوجين عن أخطاء الزوج الآخر يسقط حقه في طلب التظليق المؤسس على هذه الأخطاء ولم تحدد هذه المادة شروط هذا الصفح (أو العفو) وظروفه واشكاله ولذا فإن أمره متروك لتقدير المحكمة المطلق — ولكن القضاء والفقه في اليونان استقرا على أن مجرد العودة للمعيشة المشتركة لا يرقى وحده الى درجة الصفح فقد تكون هذه العودة اضطرارية كما في حالة الحكم المذكور في البند السابق أو تحت تأثير الخوف — ولذا يشترط في الصفح أن يكون مؤسسا على نسيان الماضي والتصميم على استئناف حياة زوجية هادئة مؤسسة على المحبة والتفاهم الروحي «٢» •

الباب الثالث

الروابط القانونية بين الاصول والفروع

٢٥٠ — سنعالج في هذا الباب ثلاثة مسائل :

تقسيم

الاولى — خاصة بالسلطة الابوية على الاولاد patria potestas

والثانية : تتعلق بالبنوة filiation وتصحيح النسب légitimation

والثالثة : قاصرة على التبني adoption

أ — السلطة الابوية Patria Potestas

٢٥١ — احتفظ القانون الفرنسي بهذه التسمية patria potestas نقلا عن القانون الروماني وان كان قد اختلف عنه في حدودها وترجمها بعبارة puissance paternelle وقد قلده شرائع أخرى كثيرة كالقانون البولوني والالمانى • أما القانون الانجليزى فيطلق على السلطة الابوية عبارة أقرب الى الحقيقة من

اختلاف التعبير

(١) نقض ٢٢ يونيو سنة ١٩٥١ — روما رقم ١٦٧٢ — المجموعة العامة لاحكام القضاء الايطالى سنة ١٩٥١ صفحة ٢٣٩٠ نبذة ٥٢
Répertoire Général de Jurisprudence Italienne, année 1951, p. 2390, N° 52.

(٢) حكمت دائرة الاحوال الشخصية بالاسكندرية حكما في هذا المعنى في قضية زوجين يونانيين في ١٣ من ابريل سنة ١٩٥٤ (١٣٠٩ سنة ١٩٥٢) أنظر رويلوس صفحة ٦٦٣ •

العبارة الفرنسية وهي *Guardianship of infant* أى « الولاية » على الاولاد وذلك لان سلطة الابوين على اولادهما ليست الا نوعا مخففا من الوصاية أو الولاية عليهم وكانت حقوق الام « كوصية » أو (اذا استعملنا النص الفرنسى) كانت « سلطتها » على اولادها فى القانون الانجليزى مقيدة فى حدود ضيقة وظلت كذلك حتى سنة ١٨٨٦ عندما صدر القانون المسمى *Guardianship of Infant's Act, 1886* الذى خفف من هذه القيود على الام وتعديل هذا القانون فى سنة ١٩٢٥ فأزال الفوارق بين الاب والام فيما يتعلق بسلطتهما على الاولاد وسارت الولايات المتحدة على نهج التطور الانجليزى وان كان هناك بعض الولايات كجورجى *Georgie* وأوكلاهوما *Oklahoma* وتكساس *Texas* ولوزيان *Louisiane* مازالت تفرض على الام قيودا لا يعرفها الاب « ١ » .

حدود السلطة الابوية
فى القانون الفرنسى

٢٥٢ - واذا اتخذنا القانون الفرنسى كقانون مثالى بالنسبة للسلطة الابوية نستطيع أن نوجز منه المبادئ الآتية :

(١) مادام أن الاب والام مرتبطان برباط الزواج فلهما السلطة الابوية على اولادهما (مادة ٣٧٣ معدلة بقانون ٢٣ من يولييه سنة ١٩٤٢) ولكن الام لا تستعملها مادام الاب على قيد الحياة .

(٢) تستعمل الام هذه السلطة وحدها اذا حكم بسلبها من الاب أو اذا فقد الاب صفة « رب الاسرة » *chef de famille* أو توفى .

(٣) فى حالة التطليق أو الانفصال الجسمانى أو بطلان الزواج تعطى هذه السلطة لمن يقضى له من الوالدين بحضانة الاولاد .

(٤) يستعمل الوالدان هذه السلطة « معا » وفى وقت واحد بما يتعلق بالموافقة أو الاعتراض على زواج اولادهما (مادة ١٤٨ معدلة بقانون ١٧ من يوليو سنة ١٩٤٢) أو اذا أراد أحد الاشخاص أن يتبنى أحدا منهم (مادة ٣٤٧) .

(٥) وتشمل هذه السلطة واجب الرقابة *surveillance* على الاولاد وتوجيههم وحمايتهم وتوقيع الجزاءات عليهم « ٢ » .

(١) ارانجون ونولد وولف الجزء الثانى من القانون المقارن - طبعة سنة ١٩٥٠ نبذة ٧٣٨ .

(٢) بتاريخ ٨ من ديسمبر سنة ١٩٤٧ حكمت محكمة مصر المختلطة أن الاتفاق الذى يعقده زوجان متنازعان على اسناد حضانة الاطفال الى أحدهما لا يقيد المحكمة بقبوله اذ أن واجبها هو البحث عن صالح الاولاد وتعين أى الوالدين الأكثر لياقة لحمايتهم وتوجيههم (القضية رقم ٤٠١٩ سنة ١٩٤٩ - جميل خانكى ص ١٠٢) .

(٦) وإذا كان للأولاد مال خاص مستقل فلا يحرم الوالدان من الانتفاع به حتى يبلغ هؤلاء الأولاد ١٨ سنة (مادة ٣٨٤) وذلك في مقابل واجباتهما السالفة الذكر عليهم - وهذا يقرب من « الولاية » التي أشرنا إليها في القانون الانجليزي •

(٧) وليس للزوج الذي يحكم بالتطبيق على أخطائه أى حق في هذا الانتفاع (مادة ٣٨٦ المعدلة بقانون ٢١ من فبراير سنة ١٩٠٦) •

(٨) تنتهى هذه السلطة عند بلوغ الأولاد سن الرشد majorité أو اعتبارهم محررين منها émancipation « ١ »

(٩) اذا تزوجت الام التي لها السلطة على الأولاد بآخر فلا تحتفظ بالسلطة الا بموافقة مجلس الاسرة Conseil de famille (مادة ٣٩٥ معدلة بالقانون الصادر في ٢٠ من مارس سنة ١٩١٧) •

أوضاع أخرى في القوانين
الأجنبية

٢٥٣ - وهناك أوضاع أخرى سارت عليها بعض الشرائع ، مثال ذلك أن المادة ١٣٨ من القانون البرتغالي الصادر في سنة ١٨٦٧ تنص على أنه في حالة حصول خلاف بين الزوجين والى أن يصفى هذا الخلاف بحكم ينفرد الاب بالسلطة على الأولاد وله حق تمثيلهم أمام المحاكم وقد كان القانون البولوني الصادر في سنة ١٨٢٥ ينص على مثل هذا الرأي ولكنه تعدل في سنة ١٩٤٦ فأزال هذا الفرق أما القانون المكسيكي فقد ترك للقاضي - في حالة حصول خلاف بين الزوجين حق اسناد السلطة الى أحدهما بما له من حق التقدير المطلق « ١ » •

ويشترط القانون الاسباني في المواد ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦٣ فقرة ٢ منه على أن للوالدين حق الانتفاع بأموال ابنهما التي يكتسبها بعمله أو التي وهبت له اذا كان ما زال خاضعا لسلطتهما ومقيما معهما في معيشة واحدة ولكن لابد من كتابة محضر جرد بهذه الاموال بحضور أحد أعضاء النيابة العامة •

أما قانون شيلي فيقضى بالعكس ويخرج المال الذي اكتسبه الولد أو وهب أو أوصى به له من انتفاع الوالدين ذوى السلطة الابوية (م ٢٤٣) وتبعه في ذلك القانون الارجنطينى •

وميز القانون المكسيكي بين : (١) المال المكتسب من العمل ، (٢) وما عداه

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول نبذة ١٤٨

(٢) تنص المادة ١٦٧ من القانون المكسيكي على الآتي :

Le mari et la femme exercent leurs pouvoirs de commun accord et en cas de désaccord, c'est le juge qui décide.

أما الاول فهو من حق الولد المطلق من حيث الملكية والادارة وحق الانتفاع (٤٢٩م)
أما بالنسبة للثاني فحق الملكية ونصف حق الانتفاع usufruit للولد والادارة
administration والنصف الثاني من حق الانتفاع للوالدين (أو احدهما)
ولكن اذا كان هذا المال قد آل للولد عن هبة أو وصية وكان الواهب أو الموصى قد
اشترط أن ينتفع الولد وحده بالمدكية والادارة وحق الانتفاع فلا بد من تنفيذ
الشرط (٤٣٠) ♦

أما القانون الايطالى الجديد فيترك الامر لتقدير القاضى ويخول له حق سلب
السلطة الابوية من الاب اذا أساء واجباته نحو ابنه كما خول له حق الاشراف على
الطريقة التى يدير بها أمواله (المواد ٣٣٠ ، ٣٣٣ ، ٣٣٧) «١» ♦

(ب) البتوة خارج نطاق الزواج Filiation hors mariage وتصحيح أو اثبات

النسب الشرعى Légitimation

قاعدة الاسناد فى القانون
المصرى

٢٥٤ - لم يأت القانون المدنى المصرى الجديد بأى نص يتعلق بدعاوى تصحيح
(أو ثبوت) النسب الشرعى légitimation أو الاعتراف بالبتوة خارج الزواج
filiation hors mariage من حيث تحديد قاعدة الاسناد الخاصة بها

لمعرفة القانون الواجب التطبيق وهل هو قانون الاب أو الولد وهل هو القانون
القائم وقت إقامة الدعوى أو وقت ولادة الولد مع أن المادة ٢٩ من لائحة التنظيم
القضائى للمحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو - وتعتبر مصدرا رئيسيا للتشريع
المصرى الجديد فى باب تنازع القوانين - كانت قد نصت على أنه :

« يرجع فى المسائل المتعلقة بالبتوة وتصحيح النسب والاقرار بالابوة
وانكارها الى قانون بلد الاب » «٢» ♦

وقد كانت نية الشارع المصرى قد اتجهت الى ادماج هذا المبدأ فى القانون
الجديد وكان قد نص عليه فى المادة ٣١ من مشروع القانون المدنى فى صيغة مماثلة
لنص المادة ٢٩ من اللائحة وهو :

« يسرى قانون الاب على المسائل الخاصة بالبتوة وانكارها
وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبتوة وانكارها » ♦ ولكن لجنة هذا القانون

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول نبذة ١٤٨

(٢) طبقت محكمة مصر المختلطة هذا النص فى حكم أصدرته فى ٢٨ من مارس سنة
١٩٤٩ فى القضية رقم ٦٧٨ سنة ٧٤ - انظر جميل خانكى صفحة ١٣٣

في مجلس الشيوخ فضّلت أن تستغنى عن هذا النص بحجة أنه يحسن أن يترك الامر لاجتهاد القاضى لاسيما وأن المادة ١١ وضعت قاعدة عامة في « حالة » الشخص وأهليته عندما نصت على أن حالة هذا الشخص تخضع لقانون الدولة التي ينتمى إليها ولأن « ثبوت النسب بالزواج أثر من آثار هذا الزواج عينه يسرى عليه وفقا للقواعد العامة » « ١ » ♦

ومن رأينا أن اللجنة أخطأت عندما حذفت المادة ٣١ من المشروع لان « الاجتهاد » في مسائل القانون الدولي الخاص مسألة شائكة لا تؤدي الى الاستقرار كما رأينا ♦
٢٥٥ - يضاف الى ذلك أن الاكتفاء بالمادة ١١ معقول بالنسبة للبنوة الشرعية اذ أن القاعدة العامة التي أخذت بها أكثر الدول هي أن علاقة الاب بولده المرزوق له في أثناء قيام الزوجية أو حملت به والدته في أثناء هذه الزوجية تخضع لقانون جنسية الاب ♦

التمييز بين البنوة
الشرعية وغير الشرعية

ولكن هذه المادة (وهي قاصرة على حالة الشخص) لا تسعف الولد الذي يسعى لاثبات نسبه من آخر فهو لا يعرف لنفسه حالة معينة وهل هو ابن شرعى أو غير شرعى ويظهر أن الشارع المصرى لاحظ هذه الفجوة التشريعية فتداركها عندما سن القانون رقم ١٢٦ سنة ١٩٥١ الصادر في ١٥ من أغسطس سنة ١٩٥١ مضيفا كتابا رابعا الى قانون المرافعات خاصا بالاحوال الشخصية فقد نصت المادة ٩٠٥ منه على الآتى : -

ترفع الدعوى باثبات النسب وفقا للاحكام وفي المواعيد التي ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب اليه من الوالدين وتتبع في اثباتها القواعد التي يقررها القانون المذكور ♦

ويبين من الاطلاع على هذا النص أن الشارع المصرى لم يكتف بتحديد القانون الواجب التطبيق بل نص على أن قواعد « اثبات » البنوة تخضع - هي الاخرى - لهذا القانون وبهذا أخرجها من « الاجراءات » التي يطبق فيها القاضى قانونه الشخصى lex fori دون غيره ♦

٢٥٦ - وقد سارت أغلب الدول على هذا المبدأ أيضا وهو ادماج « الاثبات » في مسائل البنوة في القانون الموضوعى لا في الاجراءات لان قواعد الاثبات وثيقة الصلة بهذا القانون الموضوعى خاصة اذا نص على تقادم أو مواعيد فمثلا اذا أراد

الاثبات في البنوة

فرنسي مقيم في ألمانيا أن ينكر ابنه المرزوق له من زوجته فتطبق قواعد القانون الفرنسي من حيث ميعاد اقامة الدعوى وسقوطها وأدلة الاثبات ولا يطبق القانون الألماني في هذا الشأن ولا تتغير هذه القواعد حتى اذا غير الاب جنسيته بعد ولادة الطفل اذ العبرة بالقانون الذي يحكم الزواج وقت الولادة وهو قانون جنسية الاب «١» •

قانون جنسية الاب
وقت الولادة هو القاعدة

٢٥٦ مكرر — هذا وقد عنيت بسرائع كثيرة بافراد نص خاص يعين قانون جنسية الاب في مسائل البنوة الشرعية مقررة أن هذا القانون يتحدد بوقت ميلاد الطفل وأنه هو نفسه الذي تخضع له علاقة الام بالولد •

ومن هذه البلاد التي أخذت بهذا المبدأ فرنسا وإيطاليا وسويسرا وبلجيكا وانجلترا وألمانيا والسويد والنرويج وهنغاريا والدانمرك وفنلندا والارجنتين واليابان والصين والكنغو البلجيكي وغيرها •

والآن وقد أثبتنا أن قانون الاب وقت الميلاد وهو القانون الواجب التطبيق في مصر في مسائل البنوة الشرعية وفي دعاوى انكارها وكذا في حالة اثبات النسب الى الاب «١» فيحسن أن نستعرض هنا أحكام القوانين الاجنبية في هذا الصدد •

ونبدأ بالقانون الفرنسي لانه مصدر تشريعى لبلدان أخرى عديدة •

موجز قواعد القانون
الفرنسي في حالة الزواج

٢٥٧ — ويمكننا أن نوجز قواعد هذا القانون في حالة الزواج كما يلي :

(١) يفترض أن الطفل الذي حملت به أمه أثناء قيام الزوجية هو ابن للزوج (مادة ٣١٢ فقرة أولى) •

(٢) ولكن يستطيع هذا الزوج أن يهدم هذه القرينة وينكر البنوة في أحوال ثلاثة : —

(أ) اذا أثبت أنه كان قبل الولادة بمدة لا تقل عن ١٨٠ يوما ولا تزيد عن ٣٠٠ يوما في حالة استحالة جسمية منعه من الاتصال الزوجي بامرأته (٣١٢ فقرة ٢) •

(ب) اذا أثبت الزوج أن زوجته ارتكبت الزنا ثم أخفت عنه ولادة الطفل

(١) دكتور اتين دى سazy — القانون الدولي الخاص المقارن — صفحة ٣٥٢ وما بعدها

(٢) أما اذا كان طلب اثبات النسب موجه الى الام وحدها فيطبق قانون جنسيتها — بما في ذلك الاثبات — عملا بالمادة ٩٠٥ مرافعات

(٣١٣ فقرة أولى) ففي هذه الحالة يسمح له بإثبات أنه ليس والدا للطفل المذكور .

(ح) إذا قضى في أثناء قيام دعوى تطليق أو فرقة جسمانية بالترخيص لاحد الزوجين بأن يقيم منفردا ثم وضعت الزوجة مولودها بعد ذلك بمدة تزيد عن ٣٠٠ يوما الا اذا ثبت أن الزوجين اتصلا ببعضهما فعلا رغم هذا الترخيص (مادة ٣١٣) .

الابن الطبيعي في القانون
الفرنسي هو المولود
خارج الزواج

٢٥٨ - أما الابن الطبيعي l'enfant naturel وهو الذي يولد خارج الزواج فقد قسى عليه قانون نابليون واعتبر أن ليس له أى صلة « بالاسرة » الا اذا اعترف به أبوه أو امه ففي هذه الحالة يرث منهما بقدر ضئيل دون أن يحجب الاقارب البعيدين ولم يهتم القانون بأمر الوصاية عليه بعد الاعتراف به فلم يتكلم عنها . وفي الوقت ذاته قرر أن الاب لا يجبر على الاعتراف بالابن الطبيعي لان هذا متروك لمحضر ارادته ولا يستطيع هذا الابن أن يثبت نسبه لاه في حالة انكارها له الا في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة . أما بالنسبة للاب فكان محذورا عليه أن يدعى بنوته له الا في حالة واحدة هي أن تكون الام قد اختطفت ثم ثبت أنها حملت فيه في ابان هذا الاختطاف enlèvement

الابن المولود من الزنا
أو من شخص محرم
شرعا

٢٥٩ - أما الولد الذي يرزق به زوج من امرأة غير زوجته أو ترزق به زوجة من رجل غير زوجها فيسمى adultérin (أى ثمرة الزنا) وحكمه كحكم الولد الذي ترزق به امرأة من رجل محرم عليها كأبيها أو أخيها أو ابنها ويسمى incestueux . وقد نقل القانون الفرنسي من القانون الكنسي الصرامة التي كان هذا الاخير يعامل بها هذين النوعين من الاولاد غير الشرعيين فنص على أنه لا يجوز الاعتراف بهم كما أنهم لا يرثون وان كان لهم الحق في نفقة الطعام .

تعديل القانون الفرنسي

٢٥٩ مكرر - ولكن الشارع الفرنسي عدل عن هذه القسوة بمقتضى القانون الصادر في ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩١٢ بالنسبة للابن الطبيعي وحده فأجاز له اقامة المستوى على الشخص الذي يزعم أنه والده ليثبت نسبته اليه ولكنه قصر هذا الحق على ستة أحوال هي :

(١) خطف الام enlèvement (٢) اغتصابها viol (٣) اغراؤها séduction في ظروف معينة (٤) الاقرار الكتابي الصادر من الاب بما لا يحتل الغموض أو الشك (٥) أن يكون الاب والام قد عاشا سفاحا عيشة الأزواج بطريقة معلومة للناس (٦) notoire أن يكون الاب قد اهتم بالاتفاق على الولد أو بتعليمه (٣٤٠) .

وفي ٢٩ يوليو سنة ١٩٣٩ زيد اختصاص مجلس الاسرة فأصبح من واجبه الاشراف على

أموال الولد الطبيعي وإدارتها •

وفي ٢٥ من مارس سنة ١٨٩٦ صدر قانون آخر اعترف بحق الابن الطبيعي في الارث وزاد من نصيبه فيه وحدد نصيبه الذي لا يجوز الايضاء به للغير • وحقه هو نفسه في أن يملك أموالا من الغير بطريق الوصية •



تصحيح النسب

٢٦٠ - وكان القانون الفرنسى لا يعرف الا حالة واحدة لاثبات أو لتصحيح النسب الشرعى *légitimation* هى الخاصة بالولد الطبيعي وكان هذا التصحيح لا يتم قانونا الا فى صورة واحدة هى أن يتزوج الرجل أم الولد بعد أن يكون قد أقر ببنوته له قبل الزواج أو فى أثناء انعقاده وبهذا يصبح الولد الطبيعي شرعيا تماما

وفي ٢٥ من ابريل سنة ١٩٢٤ تعدلت المادة ٣٣١ من القانون الفرنسى وأصبح من الجائز تصحيح نسب الولد واعتباره شرعيا « بعد » زواج والديه ولكن بشرط أن تصدر المحكمة حكما بذلك بعد اجراء تحقيق جدى - وقد أخذ القانون اليونانى بهذا المبدأ ثم توسع فيه كما سنرى فى البنود رقم ٢٧٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ •

وأضافت المادة الفرنسية المعدلة أن الابن المولود من الزنا *adultérin* يمكن لوالده أن يعترف به فى أحوال معينة كذلك •

أوضاع أخرى فى القوانين الاجنبية

٢٦١ - وسار القانون البلجيكي على نهج قانون نابوليون قبل تعديله فى منع الابن الطبيعي اقامة الدعوى على والده لاثبات نسبه منه الا فى حالة خطف الام *enlèvement* وأضاف عليها حالة أخرى فقط وهى أن يكون هذا النسب معلوما ويؤيده الظاهر المعروف للكافة *possession d'état*

أما ماعدا ذلك من الاحوال الاخرى التى نص عليها القانون الفرنسى فهى تصلح لا لألزام الاب بالاقرار بالبنوة ولكن بدين ثقة يبقى هذا الاب مدينا به حتى بلوغ الابن ١٨ سنة ويلاحظ ارمانجون ونولد وولف فى كتابهم أن المادة ٣٤٠ ب فقرة ٦ من القانون البلجيكي عندما نصت على هذا الالتزام تحاشت أن تذكر عبارة «الاب» زيادة فى التحفظ فقالت ان الابن الطبيعي يستطيع أن يطالب « من » كانت له علاقة مع والدته طوال مدة الحمل القانونية بنفقة سنوية لمعيشته وتعليمه حتى بلوغه سن ١٨ سنة كاملة •

L'enfant naturel peut réclamer «de celui» qui a eu des relations avec sa mère, pendant la période légale de la conception, une pension annuelle pour son entretien et son éducation jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis.

أما القانون الهولاندى فحذا هو أيضا حذو قانون نابوليون ثم تعدل فى

سنة ١٩٠٩ مقتنيا أثر التعديل الذى أدخله القانون البلجيكى على المادة ٣٤٠ منه
سالفه الذكر •

ولكن القانون الهولاندى انفرد عن القانون الفرنسى فى المحافظة على مبدأ
قديم كان معروف فى القانون الرومانى وهو امكان الاب الاعتراف بابنه الطبيعى
حتى بعد زواج والديه بدون اشتراط أن يكون هذا الاعتراف سابقا أو معاصرا
للزواج • وغاية ما فى الامر يجب فى هذه الحالة أن يصدر بهذا الاقرار مرسوم أو
أمر من الملك أو رئيس الدولة بعد أخذ رأى المحكمة العليا وكان الرومان يسمون
هذه الطريقة *per rescriptum principis* (أى بمقتضى مرسوم من
الامير) ، وينص القانون الهولاندى على أنها واجبة الاتباع أيضا فى حالة ما اذا
استحال زواج الوالدين بسبب وفاة الاب أو الام قبل اتمام الزواج •

ويشبه القانون الايطالى الجديد القانون الفرنسى المعدل وان كان قد حذف
من الستة حالات التى أجاز فيها للولد الطبيعى أن يثبت فيه نسبه من أييه حالة اغراء
الام *séduction* (مادة ٢٦٩) ويجيز القانون الايطالى تصحيح النسب بالزواج
(بعد الاقرار بالبنوة) أو بمقتضى مرسوم (مادة ٢٨٤) •

ونقل القانون البلغارى بعض القواعد من القانون الفرنسى ولكنه منع اقامة
دعوى اثبات النسب على الاب منعاً باتا (مادة ١٠) ثم أجاز تصحيح النسب بالزواج
أو بمقتضى « حكم » يصدر فى أحوال معينة على غرار « المرسوم » الذى نص عليه
القانونان الهولاندى والايطالى وفقا للقانون الرومانى القديم •

وبمناسبة هذا المرسوم المشتق من القانون الرومانى يحسن القول أنه مازال
معمولا به فى القانون البولونى حتى بعد تعديله الاخير فى سنة ١٩٤٦ وفى القانون
الاسبانى - أما القانون البرتغالى فلا يأخذ به •

وفى الوقت الذى يحرم فيه القانون الرومانى على الولد الطبيعى اقامة دعوى
النسب على والده أباح القانون الاسبانى هذا الحق فى حدود القانون الفرنسى بعد
تعديله ولكنه استبعد حالة اغراء الام *séduction* والمعيشة المشتركة سفاحا
المعروفة للكافة *concubinage notoire* « ١ » •

٢٦٢ - أما القانونان الدانمركى والنرويجى فقد سويا تقريبا بين حالة الابن
الشرعى والابن الطبيعى من ناحية الآثار القانونية • وغاية ما فى الامر تكون السلطة

القوانين الدانمركية
والنرويجية

(١) يراجع ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول طبعة
سنة ١٩٥٠ ص

الإبوية في يد الام بالنسبة للابن الطبيعي ويستطيع الابن الطبيعي أن يثبت بنوته لآبيه بدون قيد فاذا نجح في ذلك حق له أن يستعمل اسم والده اذا شاء وبدون أى التزام عليه ويلزم الوالدان في حدود قدرتهما المالية على الاتفاق على الابن الطبيعي وينفرد الاب بهذا الالتزام في حالة اثبات أبوته له .

أما اذا أثبت الاب أنه في مدة الحمل كانت الام تعاشر رجلا آخر أو رجلا آخرين أصبحوا جميعهم مكلفين بالمساهمة في الاتفاق على الابن لاحتمال أن يكون كل منهم أبا لهذا الأخير (des pères possibles)

أما القانون السويدي فيختلف من حيث واجب اطلاق الاسم على الابن الطبيعي ويقصر هذا الالتزام على حالة الابن الذي يولد من شخصين خطيين .

بعض القوانين الامريكية

٢٦٣ - أما قانون مقاطعة كويك في كندا فلم يقيد الابن الطبيعي بأى قيد فيما يتعلق باثبات بنوته للاب أو للام ونصت المادة ٢٤١ من القانون المذكور على أن هذا الاثبات يجوز أن يكون بالكتابة أو بالبينه .

وذهب قانون جمهورية شيلي على عكس ذلك مباشرة فنص في المادة (٢٧٠) على عدم جواز الاعتراف بالولد الطبيعي الذى وصفه أنه « ثمرة العلاقة الآثمة (أو المجرمة) » Le fruit d'un commerce criminel

وفي ٢ من ديسمبر سنة ١٩٣٥ تعدل هذا القانون وأجاز للابن الطبيعي أن يثبت نسبه لوالده أو لوالدته ولم يعتبر شهادة الميلاد أو شهادة العماد كدليل على النسب .

ولا يجيز القانون البرازيلي الاعتراف بالابن المولود من الزنا أو من الاتصال غير الشرعى لشخص محرم enfant adultérin ou incestueux ، ولكنه يجيز تصحيح نسب الابن الطبيعي بالزواج اللاحق ولا يسمح بأى طريقة أخرى لاجراء هذا التصحيح - ولا يجوز للابن الطبيعي أن يقيم الدعوى لاثبات بنوته لشخص ما الا في أحوال ثلاثة هي :

(١) أن يكون الاب والام قد عاشا سفاحا عيشة الأزواج مدة الحمل .

(٢) خطف الام rapt

(٣) اقرار الاب الكتابى .

ويعتبر الحكم الصادر في الدعوى بمثابة الاقرار بالبنوة .

أما القانون المكسيكى فنص على الحالتين الاولى والثانية واستبدل الثالثة

بعبارة واسعة النطاق بقوله :

إذا كان لدى الابن الطبيعي « مبدأ اثبات » ضد الاب المدعى به
un commencement de preuve contre le prétendu père

القانون اليونانى

٢٦٤ - أما القانون اليونانى وهو كثير التطبيق فى مصر فقد استهدى القانونين الالماني والسويسرى ونص فى المادة ١٤٦٥ على قرينة الشرعية فقال أن الطفل يعتبر شرعيا إذا حملت به أمه أثناء الزواج وتقع مدة الحمل فى الفترة بين ال ٣٠٠ يوما وال ١٨٠ السابقة على الوضع وأضافت المادة ١٤٦٦ أن الطفل المولود بعد ١٨٠ يوما على الزواج وقبل انقضاء ٣٠٠ يوما عليه يفترض أنه قد حمل به أثناء الزواج ولكن المادة ١٤٧١ أباحت للزوج أن يدحض هذه القرينة إذا أثبت أنه كان فى حالة غنة أو اغتراب «ا» .

أما بالنسبة للابن الطبيعي فقد نصت المادة ١٥٣٠ على أنه يتمتع فى علاقته بامه وأقاربها بنفس الحقوق الشرعية التى للولد الشرعى ومن ذلك اطلاق اسم أسرة والدته عليه (١٥٣١) .

الاعتراف ببنوة الولد الطبيعي

٢٦٥ - ويستطيع الاب أن يعترف بولده الطبيعي ويحصل الاعتراف فى اقرار رسمى أمام الموثق أو فى وصية صحيحة (١٥٣٣) وفى حالة مرض الاب أو غيابه أو وفاته يستطيع الجد لاب أن يعمل الاقرار نفسه وبالطريقة عينها . وتنص المادة ١٥٣٤ على أن الاعتراف لايتوقف على شرط أو أجل ولا يجوز الرجوع فيه ويجوز للام أو للولد أو لورثته ولكل شخص ذى مصلحة مشروعة الاعتراض على هذا الاعتراف الاختيارى الصادر من الشخص الذى يدعى الابوة أو من والده (١٥٣٥) .

ويسقط حق الاعتراض بعد مضى ثلاثة أشهر فقط من يوم العلم بالاعتراف .
ويسقط فى كل الاحوال بمضى سنتين من وقت الاعتراف (١٥٣٦) .

آثاره

٢٦٦ - وبمجرد وصول الاعتراف يصبح للابن الطبيعي ما للابن الشرعى من حقوق وواجبات (١٥٣٧) وذلك فيما عدا حالتين : الاولى خاصة بسكنى الابن الطبيعي مع أبيه فاذا كان هذا الاب متزوجا فى وقت الاعتراف فلا يلزم باسكان ابنه المعترف به معه الا اذا وافقت زوجته على ذلك أيضا (١٥٣٨) والثانية خاصة بالميراث اذ أن الابن الطبيعي المعترف به لا يأخذ الا نصف ما يأخذه الابن الشرعى

(١) أعملت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة القاهرة هذه النصوص فى حكم أصدرته فى ٣ من فبراير سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ١٨ سنة ١٩٥٢

شروط الاعتراف بالولد
الطبيعى عن طريق
التقاضى

إذا كان والده قد ترك فروعا شرعيين (أولاد) أو أبا أو أما أو زوجة (١٥٣٩) •

٢٦٧ - ونصت المادة ١٥٤٠ على أن الولد الطبيعى وأمه يستطيعان الحصول على حكم قضائى يكون بمثابة الاعتراف بالبنوة وتقام الدعوى على الاب أو على ورثته بعد وفاته سواء حصلت الوفاة قبل ميلاد الولد الطبيعى أو بعده وتقتضى الابوة la paternité est présumée بالشروط الآتية :

(١) إذا ثبت أن الاب كان على علاقة جنسية مع الام فى مدة الحمل •

(٢) أما إذا كانت الام متزوجة مدة هذا الحمل الناتج من علاقتها بوالد الابن الطبيعى فلا تقام دعوى الاعتراف على هذا الاب الا حيث ينتهى انكار الزوج لبنوة هذا الابن (١٥٤٢) •

(٣) ولا تكون دعوى الاعتراف مقبولة إذا ثبت أن الام كانت سيئة السيرة أثناء مدة الحمل (١٥٤٣) •

(٤) وأخيرا تسقط دعوى الام أو الولد فى طلب نسب هذا الاخير لاييه بمضى خمس سنوات من تاريخ الولادة ، وبالنسبة للحالة المنصوص عليها فى المادة ١٤٥٢ (وهى أن تكون الام متزوجة بآخر) فيبدأ الميعاد من اليوم الذى يصبح فيه الحكم الصادر فى دعوى انكار البنوة من الزوج نهائيا «١» •

حدود النفقة
للابن الطبيعى

٢٦٨ - ونصت المواد ١٥٤٥ ، ١٥٤٦ ، ١٥٤٧ على تفقة الابن الطبيعى المحكوم بنسبه للاب فقالت أن له حق الحصول على تفقة تتناسب مع المركز الاجتماعى لأمه condition sociale de la mère وثروة الاب قياسا على ما كان يلزم به هذا الاخير نحو زوجته وأولاده لو كانوا شرعيين •

وينتهى الالتزام بالنفقة عندما يبلغ الولد الطبيعى سن الرشد الا اذا كان عاجزا عن الكسب لمرض جسمانى أو عقلى فيستمر وتشمل النفقة ما يلزم لضرورات الحياة بما فى ذلك مصاريف التعليم والتثقيف المهنى المناسب للولد •

تصحيح النسب

Légitimation

٢٦٩ - وتكلم القانون اليونانى عن اثبات النسب الشرعى وترسم فى ذلك خطى القانونين السويسرى والامانى فنص فى المادة ١٥٥٥ على مبدأ

(١) أصدرت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية حكما بتاريخ ١٦ من مارس سنة ١٩٥٤ فى القضية رقم ١٢٩١ سنة ١٩٥٢ عملت فيه نص المادة ١٥٤ بعد أن فرقت بين الاعتراف بالابن الطبيعى (حتى بعد وفاة الاب) reconnaissance de l'enfant naturel وبين حالة اثبات النسب الشرعى légitimation من حيث الآثار القانونية لكل منهما

امكان اثبات النسب الشرعى بدعوى تقام على الاب ويكون للحكم الذى يصدر فيها نفس الآثار التى للاقرار الاختيارى بالبنوة reconnaissance volontaire وذلك فى الاحوال الآتية :

- (١) اذا حملت الام بالابن الطبيعى فى وقت كانت فيه مخطوبة لاييه .
- (٢) فى حالة اغتصابها viol
- (٣) وخطفها enlèvement
- (٤) واغرائها (أو التغرير بها) séduction فى الاوضاع التى نص عليها قانون العقوبات اليونانى .
- (٥) اذا كانت — فى مدة الحمل — خاضعة لوصاية الاب أو كانت فى حضاته أو تابعة له أو تعيش معه .

Si le père, pendant l'époque de la conception, était tuteur de la mère ou l'avait sous sa garde ou dépendance, ou cohabitait avec elle.

طرق تصحيح النسب
وأثره

٢٧٠ — ونصت المادتان ١٥٥٦ ، ١٥٥٩ على أن تصحيح النسب الشرعى للابن الطبيعى يحصل أصلا بالزواج اللاحق بين أمه وأبيه ويترتب عليه أن يكون للابن الطبيعى ما للأولاد الشرعيين وعليه ما عليهم .

وأضافت المادة ١٥٥٧ أنه يجب على الاب والام أن يعترفا ببنوة الولد بعد زواجهما فاذا أغفلا هذا الواجب فلا يضار الولد بهذا الاغفال ويحصل الاعتراف أمام موثق الحالة المدنية officier de l'état civil فى الجهة التى عقد فيها الزواج .

ويعتبر الحكم الصادر على الاب — قبل الزواج — بنسبة الابن الطبيعى له بمثابة تصحيح النسب الشرعى الحاصل عن طريق الزواج légitimation

أما اذا توفى الابن الطبيعى قبل أن يحصل تصحيح النسب بزواج والديه وكان له أولاد شرعيون فإن تصحيح النسب يمتد أثره عليهم (مادة ١٥٥٨) .

شروط تصحيح النسب
القضائى

٢٧١ — هذا ولم يأخذ القانون اليونانى بمبدأ اثبات النسب الشرعى بمرسوم بأمر الحاكم per rescriptum principis بل قلد القانونين الفرنسى والبلغارى فنص فى المادة ١٥٦٠ منه على أن اثبات أو تصحيح النسب الشرعى قد يصدر به « حكم » ولكن بشروط معينة هى أنه : —

- (١) يجب أن يحضر الاب بنفسه أمام المحكمة (١٥٦٠) .

(٢) وأن لا يكون له أولاد شرعيون (١٥٦١) •

(٣) أن يثبت أن زواجه بأب الولد الطبيعي كان مستحيلا بسبب وفاتها أو لاى سبب آخر يقنع المحكمة (١٥٦١) •

(٤) يجب أن يوافق الابن أو من ينوب عنه على هذا التصحيح أمام المحكمة (١٥٦١)

(٥) اذا كان الأب متزوجا يجب أن توافق زوجته على تصحيح نسب ابنه الطبيعي باقرار يحرره الموثق الا اذا كانت فى حالة لا تمكنها من ابداء موافقتها كاصابتها بمرض عقلى أو لاى سبب آخر •

٢٧٢ — أما اذا كان الأب قد توفى فيمكن تصحيح نسب الابن الطبيعي وجعله شرعيا بمقتضى عريضة يقدمها هذا الاخير للمحكمة ، ولا تقبل هذه الدعوى الا اذا توافر الشرطان الاولان المنصوص عليهما فى المادة ١٥٦١ وهما (١) أن لا يكون للوالد أولاد شرعيون ، (٢) أن يكون عدم زواجه بالام يرجع اما لوفاتها أو لسبب آخر تقتنع معه المحكمة ان هذا الزواج كان مستحيلا •

ويترتب على التصحيح المحكوم به بعد وفاة الأب أن يكون للابن الطبيعي نفس الحقوق كما لو كان هذا التصحيح قد حصل قبل الوفاة (١٥٦٧) •

الابن المولود من أم
محرمة بسبب القرابة

٢٧٣ — وأخيرا نصت المادة ١٥٦٥ أنه لا يمكن تصحيح النسب فى حالة الابن المولود من زواج أبيه بأمه وكانا فى درجة قرابة يحرمها القانون كزواج الاخت أو الام وأضافَت المادة ١٥٦٦ أن تصحيح النسب فى كل الاحوال لا يمكن أن يعلق على شرط أو أجل •

القانون المصرى

٢٧٤ — أما القانون المصرى فقد وضع قاعدة الاسناد فى المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات التى تكلمنا عنها فى صدر هذا الباب والتى نصت على أن قواعد الاثبات تندرج هى أيضا ضمن القانون الواجب التطبيق لا قانون المرافعات وأضافَت المادة ٩٠٦ أن القانون الواجب التطبيق هو الذى يحكم دعوى انكار النسب واثباتها والمواعيد التى ترفع فيها والآثار التى تترتب عليها •

وتكلمت المادة ٩٠٨ عن الاقرار بالنسب فقالت انه يعمل أمام الموثق ويجب أن يصدق عليه من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موطن المقر بعد أن يطلع على الاوراق التى يوجب تقديمها القانون الواجب التطبيق ويصدق رئيس المحكمة

على الاقرار بمقتضى أمر يصدره بعد أن يتحقق من توافر الشروط والاحكام التى يوجبها هذا القانون لقبول الاعتراف وصحته وترتيب آثاره (٩٠٩) وينشر ملخص الامر القاضى بالتصديق على الاقرار ثلاث مرات فى مدى تسعين يوما فى صحيفتين يوميتين تعينهما المحكمة •

وأخيرا نصت المادة ٩١٠ أن المنازعة فى الاقرار بالنسب ترفع أمام المحكمة الابتدائية التى جرى فيها التصديق وذلك من الاشخاص وفى الاحوال التى يعينها القانون الواجب التطبيق •



Adoption (ج) التبني

قاعدة الاسناد

٢٧٥ — لم يأت القانون المدنى المصرى بنص خاص بالتبنى مع أن المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو كانت قد أفردت له نصا خاصا يقضى بأنه :

« يرجع فى المسائل المتعلقة بصحة التبنى الى قانون بلد كل من المتبنى والمتبنى ، وفى المسائل المتعلقة بآثار التبنى الى قانون بلد المتبنى » •

وقد رأينا فيما سبق كيف أن المادة ٢٩ كانت مصدرا تشريعا للقانون المصرى الجديد فيما يتعلق بتنازع القوانين لانها كانت تعبر عن آراء عدد كبير من الدول أى أنه كان لها صفة دولية الى حد كبير •

ومع ذلك رفض الشارع المصرى الجديد ادماج النص الخاص بالتبنى فى القانون الجديد رغم أن هذا النص عينه كان قد وضع فى المادة ٣٤ من مشروع القانون • وذلك لانه سائر لجنة القانون المدنى فى مجلس الشيوخ معتبرا أن التبنى نظام لا يعرفه القانون المصرى وأن القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص تغنى عند التطبيق عن ايراد مثل هذا النص •

٢٧٦ — وظاهر أن الشارع المصرى قد أخطأ بحذفه هذه المادة اذ أن الامر لا يخص المصريين وحدهم بل النزلاء الاجانب المقيمين فى مصر وهؤلاء — عملا بالقانون الدولى الخاص نفسه — يخضعون فى مسائل أحوالهم الشخصية لقوانينهم الخاصة وقد أصبحت السيادة الولائية للمحاكم المصرية تمتد — بعد الغاء المحاكم القنصلية والمختلطة الى هذه الناحية أيضا عملا بالمادتين ١٢ ، ١٣ من قانون نظام القضاء وأصبح نزلاؤنا الاجانب يتطلعون الى قضاء المحاكم المصرية بوصفه الملاذ الوحيد لهم فى الفصل فى نزاعاتهم الشخصية طبقا لقوانينهم Statuts Personnels

• ولقواعد القانون الدولي الخاص •

وقد رأينا أن الشارع المصرى فضّل تحديد هذه القواعد وحصرها فى نصوص معينة فى القانون المدنى قاصداً بذلك هداية القاضى المصرى وتوجيه خطواته بدلاً من أن يتركه يتخبط فى النظريات العديدة التى اقترحها وما زال يقترحها أساندة القانون الدولى الخاص وأكثرها متضارب وبعضها أقرب الى الخيال منه الى الحقيقة •

٢٧٧ - لذلك سد الشارع المصرى هذا النقص الجسيم عندما أصدر الكتاب الرابع لقانون المرافعات بمقتضى القانون الصادر فى ١٥ من أغسطس سنة ١٩٥١ رقم ١٢٦ حيث نص فى المادة ٩١١ منه على ما يأتى :

إذا كان قانون بلد الشخص الذى يريد التبنى وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبنى يثبت التبنى بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحدهما ويدون فى هذا المحضر اقرارات الطرفين شخصياً بعد التحقق من توفر الشروط والاحكام التى ينص عليها القانونان المذكوران لانعقاده وصحته •

ويبين من هذا النص أن القانون الواجب التطبيق هو قانون المتبنى والمتبنى معا • أما آثار التبنى فقد سكت عنها النص وبذلك تركها خاضعة للاجتهاد وقد كان الاولى أن يحددها بقانون المتبنى جرياً على العرف الغالب الذى سارت عليه أكثر الدول وعلى ما كانت تنص عليه المادة ٢٩ من لائحة المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو •

اختلاف القوانين

٢٧٨ - هذا ولا يعرف القانون المقارن حالة شخصية تضاربت فيها الآراء واختلفت فيها الشرائع كحالة التبنى وفقد القانون الفرنسى الموقعة فى هذه الناحية فقد كان هذا القانون المثل الذى تهتدى به أغلب الشرائع فى العالم ولكنه - فى مسألة التبنى - لم يجد من الاتباع الا النذر اليسير فقد فضلت البلاد الاخرى أن تستلهم روح التقاليد المحلية فى اقرار المبدأ وشروطه •

ونذكر على سبيل المثال أن القانون اليوغوسلافى ليس فقط يعترف بمبدأ أن يتبنى شخصاً أو بنتاً ولكنه يفسح مجالاً ليشمل تبنى « الاخت أو الاخ » أيضاً فى حين أن قوانين البلاد البلطيقية (ليتوانيا وليتوانيا واستونيا) تجيز أن يتبنى الشخص ابن ابن *petits enfants* وينفرد القانون الانجليزى بالتبنى على « سبيل التجربة » (١) •

(١) دكتور اتين دى ساذى القانون الدولى الخاص المقارن صفحة ٣٨٢

ولا يقتصر الخلاف على مدى حق التبني بل انه يمتد الى شروطه واشكاله
وسلطة المحكمة في اقراره وهل هو مجرد تصديق أم أن للمحكمة حق التقدير
والرقابة .

القانون الفرنسي في
أول عهده

٢٧٩ - أما قانون نابوليون فقد بدأ باظهار عدم رضائه عن مبدأ التبني متأثرا
في ذلك بالقانون الكنسي *droit canonique* الذي كان مصدر بعض القوانين الفرنسية
القديمة المعروفة باسم قوانين العرف *droits coutumiers* دون أن يطرح
جانبا السلطان الادبي والتشريعي الذي كان للقانون الروماني أيضا فقد كان القانون
الكنسي لا يرضى بالتبني بعكس القانون الروماني . ولذا عندما نص قانون نابوليون
على التبني اتخذ حلا وسطا فقصر أثره على حق المتبني في أن يرث المتبني دون أن يكون مكلفا
بأن يترك أسرته الاصلية أو يخضع لأي سلطة للمتبني . وقلد قانون نابوليون القانون
الروماني في أن يتبنى انسان شخصا قاصرا في « وصية » *adoption testamentaire*

ولكن لما وقعت الحرب العالمية الاولى ثم الثانية وتيمم ملايين الاطفال عدل
الشارع الفرنسي عن مبدأه القديم الضيق واقتدى بالقانون السويسري في وضع
قواعد جديدة للتبني تلائم مقتضيات العصر وأصدر في ٢٩ من يولييه سنة ١٩٢٣ ،
٢٩ من يولييه سنة ١٩٣٩ ثم ٨ من أغسطس سنة ١٩٤١ قوانين جديدة عدلت من
قواعد التبني تعديلا جوهريا فأصبح المركز القانوني مغايرا عما كان عليه - ونستطيع
أن نوجزه في الآتي :

٢٨٠ - بدأ القانون الفرنسي المعدل بالنص على :

القانون الفرنسي الحالي

(١) ان التبني لا يحصل الا اذا كانت له أسباب صحيحة *justes motifs*
وكانت فيه مصلحة المتبني (٣٤٣)

(٢) وأضاف في المادة ٣٤٤ أنه يجب أن لا يقل عمر المتبني عن ٤٠ سنة وأن لا يقل
الفرق بين عمره وعمر المتبني عن ١٥ سنة ، ويستثنى من ذلك :

(١) اذا كان التبني قد حصل من زوجين لم يرزقا بنسل ولم يفرق بينهما
جسمانيا ففي هذه الحالة يكفي أن يكون أحدهما قد بلغ ٣٥ سنة (لا ٤٠) على
شرط أن يكون زواجهما قد دام عشرة سنوات .

(ب) أما اذا كان المتبني هو ولد أحد الزوجين فيكفي أن يكون فرق السن بين
المتبني والمتبني عشرة سنوات بدلا من ١٥ سنة . ويمكن أن يقل ذلك أيضا بمقتضى
اعفاء *dispense* يصدره رئيس الدولة .

(٣) ويحصل التبني بعقد يبرمه الطرفان أمام قاضي الصلح *juge de paix*

أو الموثق على أن تصدق عليه المحكمة (٣٥٩) homologation

(٤) أما آثار التبني فهي الآتية :

(١) لا تنقطع صلة المتبنّى adopté بأسرته الطبيعية ولكن السلطة الأبوية puissance paternelle تنتقل للمتبنّى (٣٥١)

(ب) يكون للولد المتبنّى ما للولد الشرعى من حقوق فى الارث قبل المتبنّى ولا قبل والدى هذا الاخير (٣٥٦)

(ج) يمكن الرجوع فى التبني بحكم تصدره المحكمة بناء على طلب المتبنّى أو المتبنّى لأسباب خطيرة (٣٦٧) motifs graves

(د) ولكن لا يمكن الرجوع فى التبني فى الحالة المسماة « تصحيح النسب بالتبني » légitimation adoptive وهى لا تحصل الا اذا توافرت الشروط الآتية : -

(١) أن يكون المتبنّى صغيرا لا يزيد عمره عن خمس سنوات .

(٢) أن يكون غير معروف الوالدين أو أنهما هجراه أو توفيا

(٣) أن يحصل التبني من زوجين لم يفرق بينهما جسمانيا ومتوافرة فيهما شروط القانون فى التبني العادى .

(٤) أن يصدر بهذا النوع من التبني حكم (٣٦٩) .

هذا وقد نصت المادة ٣٧٠ على أن الصغير الذى يتبنى بهذه الطريقة يكون له قبل والديه بالتبني نفس الحقوق والالتزامات التى للابن الشرعى .

وينتقد الاساتذة ارمانجون ونولد وولف تسمية هذا التبني بعبارة légitimation adoptive لان عبارة légitimation معناها الاقرار بالنسب الشرعى وهذا لا محل له بتاتا «١» لان التبني مؤسس على ضم ابن غريب الى الاسرة .

القانون البلجيكي

٢٨١ - واقتفى القانون البلجيكي اثر قانون بابوليون ولكنه تعدل فى ٢٢ من مارس سنة ١٩٤٠ وأجاز التبني حتى ولو لم يزد سن المتبنّى عن ٣٥ سنة وحدد فرق السن بـ ١٥ سنة

القانون الايطالى

٢٨٢ - أما القانون الايطالى الجديد الصادر فى سنة ١٩٤٢ فجعل السن ٥٠

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المارن الجزء الاول طبعة سنة ١٩٥ ص ٢٦٩

والفرق ١٨ سنة ولكن يجوز لمحكمة الاستئناف في حالات معينة انقاصهما الى ٤٠ ،
١٧ (مادة ٢٩١) ولا يشترط سن معين في المتبنى

ويخالف القانون الايطالى ما استقر عليه القضاء الفرنسى وما أخذ به القانون
الالمانى والسويسرى في اشتراطه عدم جواز تبني الابن الطبيعى *enfant naturel*
الا في احوال معينة • ولكنه وافق القانون الفرنسى من حيث آثار التبني وامكان
الرجوع فيه بناء على طلب أحد الطرفين أو النيابة العامة •

ونصت المادة ٣١١ على أن الاقرار بالتبني يحصل أمام رئيس محكمة الاستئناف
ولكن المحكمة تستطيع — بدون ابداء أسباب — أن ترفض التصديق على التبني
أو تقبله بعد أن تبحث عن نقطتين أساسيتين هما : (١) حسن سمعة المتبنى ،
(٢) الفائدة التي تعدد على المطلوب تبنيه

٢٨٣ — ويجبذ القانون البولونى الصادر في ١٩٤٦ التبني في أوسع مظاهره
محددًا السن بثلاثين سنة والفرق بـ ١٥ سنة فقط • ويجوز أن ينزل السن الى ٢٥
سنة اذا كان الولد المتبنى قد مكث ثلاثة سنوات في رعاية المتبنى تثقف في أثناءها «١»
un enfant éduqué et entretenu pendant 3 ans

القانون البولونى

٢٨٤ — وتجزئ المادة ١٧٨ من القانون الاسبانى للقاضى أن يرفض الترخيص بالتبني
اذا رأى أنه ليس في مصلحة المتبنى ، وأضافت المادة ١٨٠ أن هذا الاخير يستطيع
هو أيضا أن يطعن على التبني في ظرف أربعة سنوات بعد بلوغه سن الرشد اذا كان
قاصرا أما أغرب ما جاء في هذا القانون فهو أن الولد المتبنى لا يرث من المتبنى الا
بطريق الوصية أو اذا كان هذا الاخير قد عينه وارثا له بمقتضى عقد التبني ذاته

القانون الاسبانى

٢٨٥ — أما قانون مقاطعة كوبيك في كندا فلم يكن يعترف بالتبني الا من سنة
١٩٢٣ ونظمه بمقتضى قانون آخر صدر في ٣ من ابريل سنة ١٩٢٥ معتبرا اياه نوعا
من أنواع المساعدة *institution d'assistance* ولذلك كانت أحكامه فيه تدل
على هذا الطابع الخاص فقد قصره على الاولاد القصر اذا كانوا في الاحوال الآتية :

قانون ولاية كوبيك
في كندا

(١) الاولاد الغير شرعيين الذين يرفض أبائهم الاهتمام بهم

(٢) الاولاد الشرعيون لباء فاقدى العقل أو لا يعنون بهم

(٣) الاولاد الشرعيون اليتامى

ويشترط هذا القانون أن يكون الطرفان تابعين لدين واحد وأن يكون فرق السن

(١) ارمانجون ونولد وولف المرجع المتقدم صفحة ٢٧٠ و٢٧١

٢٠ سنة على الأقل ، ولا يمكن للمحكمة أن تنطق بحصول التبني الا بعد أن تتحقق من حسن سمعة طالب التبني وصفاته الاخلاقية وقدرته على تربية الصغير .

وأخيرا ينص القانون على أن المتبني يرث في الاسرتين ، كما هو الحال في القانون الفرنسي .

القانون الالماني

٢٨٦ - ويجيز القانون الالماني التبني لصالح الابن الطبيعي وهو ماوافق فيه القانون الفرنسي ويخالفه في ذلك القانون الايطالي ، وكان تصديق المحكمة في القانون الالماني لا يعدو أن يكون اجراءً شكلياً ولكنه (طبقاً لتعديل حدث في ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٣٣) أصبح خاضعاً لتقدير المحكمة التي لها أن ترفضه اذا رأت أنه مخالف للنظام العام أو أسرة طالب التبني

القوانين الاسكندنافية

٢٨٧ - وتتميز القوانين الاسكندنافية بتحديد سن المتبني بـ ٢٥ فقط ولكنها تشترط في التبني أن يحصل من الزوجين معا وهي في هذا تخالف كل القوانين الاخرى ويصدق على التبني من الملك أو من المحكمة بعد التحقق من توافر كافة الشروط القانونية وملاءمة الظروف « الاجتماعية » الاخرى

en tenant compte de toutes les circonstances

وفي هذا تقرب القوانين الاسكندنافية من القانونين الفرنسي والايطالي

القانون الانجليزي

٢٨٨ - أما القانون الانجليزي فكان متأثراً بقواعد القوانين الكنسية فلم يكن يجيز التبني ولكنه عدل عن هذه الخطة بمقتضى القانون الصادر في ١٩٢٦ المسمى Adoption of Children Act أباح فيها التبني بأمر قضائي مشروطاً أن لا يقل سن طالب التبني عن ٢٥ سنة وأن لا ينقص الفرق بينه وبين سن المطلوب تبنيه عن ٢١ سنة هذا ولا يجوز لانسـان أن يتبنى شخصاً من جنس آخر (فالذكر يتبنى الذكر والانثى أنثى مثلها) الا في أحوال معينة جردها القانون . ولا يصح الرجوع في التبني .

القانون اليوناني

٢٨٩ - أما القانون اليوناني وهو أكثر القوانين الاجنبية اعمالاً في مصر فتوجز شروط التبني فيه في الآتي :

- (١) أن يكون طالب التبني قد بلغ ٥٠ سنة (١٥٦٨)
- (٢) ومتمتعاً بأهليته الكاملة باجراء أى عمل قانوني (نفس المادة)
- (٣) وأن لا يكون المطلب تبنيه ابناً طبيعياً للمتبنى (١٥٦٩)
- (٤) لا يجوز أن يتبنى انسان شخصاً ثانياً مادام الاول على قيد الحياة ولكنه

يستطيع أن يتبنى أكثر من شخص واحد وقت التبنى (١٥٧٠)

(٥) أن لا يكون طالب التبنى وصيا أو قيما على المطلوب تبنيه الا اذا قدم حسابا نهائيا عن ادارته (١٥٧١)

(٦) وأن لا يكون الشخص المطلوب تبنيه قد سبق وتبناه آخر مازال على قيد الحياة (١٥٧٢)

(٧) واذا كان طالب التبنى أو المطلوب تبنيه متزوجا فلا يجوز التبنى الا بعد موافقة الزوج الآخر (١٥٣٧)

(٨) أن يزيد سن طالب التبنى على سن المطلوب تبنيه ١٨ سنة على الاقل (١٥٧٤)

(٩) أن لا يكون التبنى مؤقتا أو معلقا على شرط (١٥٧٥)

(١٠) أن يصدر حكم بالتبنى ويجب على طالب التبنى أن يحضر شخصيا ليقرر به (١٥٧٦)

(١١) أن يوافق المطلوب تبنيه على التبنى واذا كان قاصرا فانه يتختم موافقة والديه أو احدهما فقط اذا استحال الحصول على موافقة الآخر لمرض عقلي أو لاي سبب آخر واذا لم يكن له أب أو أم فيجب موافقة الوصي أو القيم أمام المحكمة بعد اذن مجلس العائلة وفي جميع الاحوال يجب حضور المتبني القاصر بشخصه للموافقة اذا كانت سنه ستة عشر سنة كاملة (١٥٧٧)

٢٩٠ - ولا تأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ التبنى وهي في هذا كالقانون الكنسي droit canonique الذي مازال أثره قائما في بعض البلاد (فيما يتعلق بالتبنى) ومنها هولاندا والبرتغال وكولومبيا والارجنتين والمكسيك .

القوانين التي لا تجيز
التبني

٢٩١ - ولكن المذهب المسيحي الارثوذكسي المعمول به الآن يجيز التبنى مشروطا أن يكون فرق السن ١٨ سنة وأن يكون لطالب التبنى ثروة كافية وأن يكون حسن السمعة والسلوك وأن لا يكون له أو لزوجه أولاد ولا أمل في انجابهم «١» .

المذهب الارثوذكسي

٢٩٢ - وقد أصدرت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية حكما في ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٥٣ (في القضية رقم ١٢٩٨ سنة ١٩٥٣) طبقت فيه هذا المذهب الارثوذكسي بالنسبة لشخص مطلوب تبنيه وكان مولودا في مصر وارثوذكسي المذهب وغير معروف الجنسية فاعتبرته المحكمة مصريا وعملا بقاعدة الاسناد المنصوص عليها في المادة ٩١١ من قانون المرافعات طبقت عليه القانون المصري وهو

القضاء المصري

— بالنسبة للمسيحيين الارثوذكس — قانون دينهم عملاً بالخط الهمايوني الصادر في ١٨ من أكتوبر سنة ١٨٥٦ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ «١»
 ٢٩٣ — وأصدرت المحكمة عينها حكماً آخر قضى بأنه اذا دفع بأن طالب التبني غير متمتع بقواه العقلية الكاملة فيتعين ايقاف الفصل في التصديق على التبني حتى يفصل في دعوى الحجر وذلك لان الاقرار بالتبني أمام القاضي المصرى ثم احالته للمحكمة المصرية للتصديق عليه يعتبر داخلاً في باب « الاجراءات »
 عملاً بالمادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى ومن ثم فهى تخضع لقانون القاضى Lex Fori لا القانون الموضوعى الواجب التطبيق لانه يجب التمييز بين الشروط الشكلية التى يعمل بها التبني admissibilité وشروط الصحة conditions والاولى تشمل التحقق من أهلية المتعاقدين capacité عملاً بالمادتين ٤٤ ، ٤٥ من القانون المدنى وفى هذا لا يعدو التبني أن يكون عقداً كباقي العقود فاذا كانت الاهلية مشكوك فيها بدليل وجود دعوى الحجر فيتعين وقف التصديق حتى تتحدد الاهلية فى الدعوى المذكورة بعد أخذ رأى الاطباء الاختصاصيين «٢» .

الباب الرابع النفقة بين الاقارب

قاعدة الاسناد

٢٩٤ — نصت المادة ١٥ من القانون المدنى على أنه :

يسرى على الالتزام بالنفقة بين الاقارب ، قانون المدين بها .

وقد نقل الشارع المصرى هذا النص من المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة الملحقه بمعاهدة مونترو وكانت عباراتها الفرنسية كالآتى :

L'obligation alimentaire est régie par la loi nationale du débiteur.

وبهذا يمكننا القول أن المبدأ يكاد أن يكون دولياً .

ويبين من الاطلاع على الاعمال التحضيرية للمادة ١٥ أن عبارة « من الاقارب » قد زيدت على النص المنقول من المادة ٢٩ ليكون واضحاً أنها لا تشمل « النفقة بين

(١) سبق أن بينا فى البند ١٢٢ فساد الرأى الذى يعتبر التبني مخالفاً للنظام العام لغير المسلمين فى مصر

(٢) أنظر حكم دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الصادر فى ٣ من فبراير سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ٣٢٢ سنة ١٩٥٢ والمنشور فى مجلة القانون الدولى لسنة ١٩٥٤ صفحة ١٥٦ باللغة الفرنسية

الازواج» اذ أن مرد هذه الاخيرة عقد الزواج نفسه لانها أثر من آثاره «١» .

٢٩٥ - وسنرى عما قليل أن دعاوى النفقة بأنواعها من اختصاص محكمة المواد الجزئية عملاً بالمادة ٩١٩ من قانون المرافعات المصرى ولا يستثنى من ذلك سوى « النفقة المؤقتة » التى تطلب أثناء نظر الدعوى الموضوعية أمام المحكمة الكلية فهذه تكون من اختصاص المحكمة الكلية التى تنظر دعوى التطبيق مثلاً أو الفرقة الجسمانية - وقد نصت المادة ٩٢١ مرافعات على هذا الاستثناء صراحة .

أساس نفقة الاقارب

٢٩٦ - وتتفق القوانين جميعها فى أساس النفقة التى يقضى بها للاقارب وهو أن يكون طالبها قد أصبح فى « حاجة » اليها « dans le besoin » فقد استعملت المادة ٢٠٥ من القانون الفرنسى هذه العبارة بالذات وردتها المادة ٣٢٨ من القانون السويسرى .

وبمناسبة الاشارة الى القانون السويسرى نضيف أن المادة ٣٢٩ منه رتبت للمدينين بالنفقة طبقاً لترتيب التوريث وهذه قاعدة سهلة بقدر ما هى عادلة .

تفسير معنى «الحاجة»

٢٩٧ - والحاجة مسألة « نسبية » لا يشترط معها حالة الفقر المدقع .

وقد اعملت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية هذا المبدأ فى قضية والد سويسرى طاعن فى السن كان فيما مضى خبيراً زراعياً معروفاً فى المحاكم المختلطة نجح فى تربية أولاده جميعاً فشغلوا مراكز هامة ثم لما تقدم به العمر وعجز عن الكسب بسبب مرضه وقع فى مضال « الحاجة » فراح يطلب النفقة من أولاده فوافقوا عليها الا واحد منهم طلب رفض الدعوى بحجة أن والده يسافر الى سويسرا لقضاء فصل الصيف عند ابنته التى تمارس هناك مهنة الطب . ولم تأخذ المحكمة بهذا الدفاع وقضت بالنفقة راکنة الى أن هذا الوالد مريض ويسافر للعلاج فى الدرجة الثالثة وأن المادة ٣٢٨ من القانون السويسرى عندما تكلمت عن الحاجة تقصد أن تعطى للمحكمة سلطة التقدير لان الحاجة مسألة نسبية لا يشترط معها « الفاقة » التامة خاصة وأن الامر يتعلق بوالد أفنى حياته فى تثقيف أولاده وتهيئتهم فى الحياة فلا يصح أن يكون جزاؤه أن يترك مريضاً مردولاً « ٢ » .

مبدأ تجزئة النفقة

٢٩٨ - والقاعدة فى النفقة أنها قابلة للتجزئة فاذا كان الشخص محتاجاً حق له طلب النفقة من عدة أشخاص فى درجة واحدة من القرابة فله أن يوجه الطلب اليهم

(١) المجموعة الاولى للاعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء الاول صفحة ٢٦٥

(٢) انظر الحكم الصادر فى ٢ من يونيو سنة ١٩٥٣ فى القضية رقم ٣٣٠ سنة ١٩٥٢

جميعا ليدفع كل منهم نصيبه من الالتزام بالنفقة .

وقياسا على هذا المبدأ قضت المحاكم البلجيكية أنه اذا كان للفقر المحتاج شخصان من ذوى قرابته ، أحدهم قريب مشكوك في ملاءته والآخر بعيد مضمون اليسار كان لطالب النفقة أن يختصم الشخصين حتى اذا ما وجدت المحكمة أن الشخص القريب معسر كان لها أن تحكم على البعيد الموفر أو توزع النفقة عليهما ، القريب بقدر ما يستطيع دفعه والبعيد بالباقي «١» .

النفقة والنظام العام

٢٩٩ - وتعتبر محكمة النقض والابرام الفرنسية النفقة المستحقة للوالدين من النظام العام ومن ثم فهي غير قابلة للتحويل incessible «٢» كما أنه لا يصح للمستحق لها أن يتنازل عنها تنازلا تاما renonciation absolue «٣» .

ولكن حكمت محكمة لياج في بلجيكا أن مستحق النفقة يستطيع أن يرهن حقه فيها فاذا زادت قيمة النفقة على قيمة الدين كان لصاحب النفقة الحق في أن يقبض الزيادة من مدينه رأسا «٤» .

الحكم بالنفقة لا يجوز قوة الشيء المنقضى به

٣٠٠ - ومن المبادئ المقررة في النفقة أيضا أن الحكم بها لا يجوز قوة الشيء المحكوم به chose jugée لانه قابل للتغيير حسب الظروف فقد يسرى المعسر كما قد يعسر المسرى وقد استقر القضاء والفقه الفرنسى على ذلك «٥» .

وقد أخذت محكمة مصر المختلطة بهذا المبدأ في حكم أصدرته في ٦ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ في القضية رقم ٤١٣ سنة ٧٣ قضائية .

٣٠١ - أما القانون الايطالى فقد اعتنى أن ينص على هذا المبدأ بطريقة صريحة في الفقرة الاولى من المادة ٤٤٠ منه .

٣٠٢ - هذا وقد اختلف الرأى في هل يلزم الدائن بالنفقة فقضت محكمة هل يلزم الدائن بالنفقة

(١) محكمة لياج Liège في ١٧ من يوليو سنة ١٩٢٥ . المحاماة السنة السادسة رقم ٥٢٠ ص ٨٣٣

(٢) نقض مدنى فرنسى ١١ يناير سنة ١٩٢٧ - دالوز سنة ١٩٢٧ - الجزء الاول صفحة ١٢٩ (D.P. 1927.1. P. 129)

(٣) نقض فرنسى ٢٦ من يوليو سنة ١٩٢٨ - دالوز الاسبوعى سنة ١٩٢٨ ص ٤٦٣ (D.H. 1928 - P. 463)

(٤) محكمة لياج في ١٣ من مارس سنة ١٩٥٣ - محاماة السنة الخامسة ص ٣٩٣ رقم ٣٤٥ - جميل خانكى صفحة ١٣٠

(٥) بلانيول وريسر ورواست - الجزء الثانى نبذة ٤٠ والاحكام التى يشير اليها .

الاستئناف المختلطة في ١١ من يونيو سنة ١٩١٤ بأن ورثة المدين الذين وضعت
أموالهم تحت الحراسة القضائية لا يجوز لهم أن يطلبوا نفقة من الدائن أو الدائنين
الذين أقيمت الحراسة لصالحهم «١» •

ولكن المحكمة نفسها عدلت عن هذا الرأي في حكم آخر صدر في ٧ من فبراير
سنة ١٩٣٥ «٢» •

٣٠٣ - وواضح أن الرأي الثاني هو الاصول لا لانه مؤسس على فكرة
انسانية فحسب بل لانه أكثر فهما لروح القانون من الرأي الاول وآية ذلك أن
المفلس له - عملاً بالمادة ٢٦٥ من قانون التجارة المصري - أن يحصل من أموال
التفليسة على ما يقوم ببعيشتة مع أسرته وذلك بمقتضى أمر يصدره مأمور التفليسة
بعد سماع أقوال وكلائها •

يضاف الى هذا أن المادة ٢٥٩ من القانون المدني الجديد التي أتت في باب
الاعسار نصت على حق المدين في أن يتقاضى « نفقة » من إيراداته المحجوزة
بمقتضى أمر يصدره رئيس المحكمة المختصة بنظر دعوى الاعسار •

الفصل الثالث

الارث

SUCCESSION

٣٠٤ - نصت المادة ١٧ فقرة أولى من القانون المدني المصري الجديد على أنه :

« يسرى على الميراث ••• قانون المورث وقت موته »

وقد نقل الشارع هذا المبدأ من المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة
المرفقة بمعاهدة مونترو وهذا دليل على الطابع شبه الدولي الذى لهذا المبدأ •

ونضيف من جهتنا أنه مبدأ قديم بدليل أن المادة ٧٧ من القانون المدني المختلط
الملغى المتقابلة للمادة ٥٤ من القانون المدني الوطنى الملغى كذلك ، كانت قد نصت
عليه منذ بدء العمل بالقوانين المختلطة في سنة ١٨٧٥ •

قاعدة الاسناد في
القانون المصرى

(١) مجلة التشريع والقضاء سنة ٢٦ صفحة ٤٢٥

(٢) مجلة التشريع والقضاء سنة ٤٧ صفحة ١٤٨

٣٠٥ - والفكرة التشريعية في اختيار التقنين المصرى الجديد لقانون جنسية المتوفى هي أن هذا التقنين يعتبر الارث من المسائل المتعلقة بالاسرة ، أى من الاحوال الشخصية .

ويساير القانون المصرى فى الاخذ بهذا المبدأ القانون الايطالى والالماني والاسبانى والبولونى والصينى واليابانى فقد نصت المادة ٢٣ من القانون الايطالى أن التركة تخضع لقانون جنسية المورث مهما كان موقع العقارات .

٣٠٦ - غير أن هناك قوانين أخرى لاتتحوا هذا النحو لانها تعتبر الارث أقرب الى المسائل العينية منه الى الاحوال الشخصية ، ولذا فانها تخضعه لقانون البلد الذى توجد فيه التركة *lex rei sitae* وذلك زيادة فى احترام مبدأ اقليمية القوانين *l'ordre territorial des lois*

ومن القوانين ما يخضع الارث الى قانون الموطن الاخير للمتوفى *lex domicilii* مثال ذلك : القانون السويسرى والدانمركى والنرويجى والشيلى والارجنتينى «١» . ومنها ما يميز بين العقار والمنقول فيخضع العقار لقانون الموقع والمنقول الى قانون الموطن ، مثال ذلك القوانين البريطانى والفرنسى والبلجيكي والولايات المتحدة ومنها ما يخضع هذا المنقول الى قانون الجنسية *lex patriae* كالقانون النمساوى والمجرى وقانون رومانيا «١» .

٣٠٧ - ومما لاشك فيه أن هذا الخلاف لايتفق والانسجام التشريعى الذى يريجه كل المشتغلين بالقانون الدولى الخاص والعاملين على توحيد أحكامه وذلك لان الاوضاع القانونية المترتبة على الارث عديدة فهي ليست قاصرة على بيان الورثة ومراتبهم وأنصبتهم فى الارث بل تتعدى الى مسائل أخرى كالموت المفترض بعد الغيبة ومدة هذه الغيبة وشروطها وكموت شخصين فى وقت واحد والمركز القانونى للحمل المستكن ثم مبدأ قبول التركة ورفضها أو قبولها بشرط الجرد ومواعيد القبول والرفض وآثارهما القانونية وما الى ذلك .

ومن القوانين ما يحتم تعيين مدير للتركة ويرسم له اختصاصا معيناً تحت اشراف محدد وهكذا

٣٠٨ - وقد أشار القانون المصرى فى المادتين ٩٣٩ ، ٩٤٠ من قانون المرافعات

(١) اتين دى سازى - القانون الدولى الخاص المقارن صفحة ٤٣٩

(١) عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص المصرى - الجزء الثانى صفحة ٢٥٦

الى جانب واحد من هذه المظاهر هو الخاص بمديرى التركات ومنفذى الوسايا
فنصت الاولى على أن المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها محل افتتاح التركة
تختص :

« بتعيين مديرى التركات أو تثبيت منفذى الوصية أو تعيينهم »

وأضافت الثانية أن مدير التركة أو منفذ الوصية يياشر الاختصاصات التى
يقررها قانون بلد المتوفى وللمحكمة بناء على طلب أحد الدائنين أن تلزمه بتقديم
كفالة عينية أو شخصية تراعى فى تقديرها قيمة التركة .

٣٠٩ - هذا وقد ترسنت أغلب القوانين خطى القانون الفرنسى فى القضاء على
بعض التقاليد القديمة الخاصة بالارث منها :

(١) تمييز الابن البكر بحقوق معينة *droit d'aînesse*

(٢) تمييز الذكر عن الانثى *privilège de masculinité*

(٣) الحرية التامة فى الايصاء *liberté absolue de tester*

٣١٠ - ولما كان القانون الفرنسى يتزعم أكثر القوانين ويرسم لها الطريق الذى
تسير فيه فقد رأينا أن نبين خطوطه الرئيسية فى مسائل الارث تاركين التفصيل
للكتب والموسعات التى كتبها رجال الفقه سواء فى فرنسا أو فى غيرها من البلاد
الاخري ونبدأ « بفتح التركة » فنقول أنه بمجرد حصول الوفاة تدون شهادة مشبة
له تسمى *acte de décès* يحدد فيه اليوم الذى فارق فيه المورث عالمنا الارضى
دون بيان الساعة أو الدقيقة .

فتح التركة فى القانون
الفرنسى

ولذا فانه فى حالة وفاة أحد الورثة فى نفس اليوم تصبح هذه الشهادة غير كافية
الدليل فى تحديد الورثة وكذا فى بيان الوقت الذى بدأت فيه حالة الشيوع بينهم .

٣١١ - هذا وتفترض المادة ١١٠ من القانون الفرنسى أن التركة تفتح فى يوم
وفاة المورث وفى محل اقامته *le lieu de son domicile* وتضيف المادة ٧٢٥
أن حق الارث يترتب للورثة الذين يكونون على قيد الحياة وقت فتح التركة
Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

الحمل المستكن

٣١٢ - والحمل المستكن يرث اذا ولد حيا ، أما اذا ولد ميتا أو غير قابل للحياة
non viable فلا يرث .

٣١٣ - ويتطرق الشك في حق الارث في حالة غياب المورث ، ويعتبر غائبا في نظر القانون الفرنسي من انقطت أخباره عن محل اقامته مدة أربع سنوات (مادة ١١٥) •

فاذا فتحت تركة كان فيها الغائب أحد الورثة فان نصيبه يوزع على شركائه في الارث أو ، اذا لم يكن له شركاء ما ، على من يتلقون الارث عنه هو نفسه (١٣٦) •

٣١٤ - ويدق الاشكال ، بصفة خاصة ، في حالة الوفاة في وقت واحد وتسمى commorientes أو comourants كما في حالة الحريق أو الغرق أو القتال • فهنا يتعين على المحكمة أن تفحص ظروف الوقائع لتبين ترتيب الوفاة • فاذا عجزت فقد وضعت المادتان ٧٢١ ، ٧٢٢ عدة افتراضات معقدة وغير كافية لحل الاشكال وهي مع ذلك غير قابلة للتوسع في التفسير بطريق الاستنتاج أو القياس « ١ »



٣١٥ - ويكفى أن يكون الوارث على قيد الحياة وقت وفاة المورث ليصبح ذا حق في التركة •

ولكن المادة ٧٢٧ نصت على أحوال معينة يعتبر فيها هذا الوارث غير أهل أو غير جدير بتلقى الارث indigne وهذه الاحوال التي أتت على سبيل الحصر هي : -

(١) أن يكون الوارث قد قتل أو شرع في قتل المورث

(٢) اذا كان قد نسب اليه تهمة جسيمة accusation capitale قضى بأنها كانت كاذبة jugée calomnieuse

(٣) اذا علم الوارث بأن المورث قد قتل دون أن يبلغ جهات الاختصاص عن هذا القتل •

والتجرد من حق الارث يحصل بقوة القانون في الحالتين الاولى والثانية اما بالنسبة للحالة الثالثة فبعد قيام الدليل عليها •

وأضاف قانون ٩ من مارس سنة ١٨٩١ الفرنسي حالة رابعة هي الانفصال الجسماني بين الزوجين اذا حاز قوة الشيء المقضى به عند الوفاة •

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول صفحة ٤٦٥ نبذة ٣٠٠ طبعة ١٩٥٠

وحالة عدم الجدارة للارث indignité حالة شخصية • فاذا كان للوارث المحروم من الارث اولاد يحببون غيرهم في تركة ما فلا يحرمون منها بحجة أنهم اولاد شخص كان غير جدير بتلقى الارث هو نفسه عن مورثه ولكن هؤلاء الاولاد لا يستطيعون أن يمثلوا والدهم - وهو على قيد الحياة - في تركة كان يستحق هو فيها وحده دونهم - مثال ذلك • اذا توفى شخص وترك ابنين أحدهما كان له اولاد وقضى بأنه غير جدير بتلقى الارث عن والده ، ففى هذه الحالة لا يحل اولاده محله وهو على قيد الحياة لانهم من الاصل لا يرثون • وينفرد الابن الآخر بالتركة •

٣١٦ - هذا ولا يؤثر عدم الجدارة في الارث على « الغير » حسن النيّة الذى تعاقد مع الوارث المحروم وهو يعتقد أنه وارث ظاهر héritier apparent « ١ » •

الوفاة الجماعية في بعض القوانين الاخرى

٣١٧ - ولم يشأ القانون الهولاندى - فيما يتعلق الوفاة الجماعية (commorientes) أن يتتبع الافتراضات المعقدة التى أخذ بها القانون الفرنسى فنص في المادة ٨٧٨ على أنه اذا توفى شخصان أو أكثر بينهما علاقة ارث في وقت واحد فلا ينتقل ارثهم لاحد منهم •

وقد راق هذا الحل في نظر بعض الشرائع الاخرى فتبعته ومنها قانون رومانيا والبرتغال (مادة ١٧٣٨) وأسبانيا (مادة ٣٣) وشيلي (مادة ٧٩) والارجنتين (مادة ١٠٩) والبرازيل (مادة ١١) •

وحاول قانون مقاطعة كويبيك في كندا تبسيط القرائن بحصرها في واحدة وهى أنه في حالة وفاة أشخاص عديدين في حادث ما فيفترض أن من كان عمره ١٥ سنة أو ٦٠ سنة قد مات قبل الذين تتراوح أعمارهم بين هذين السنين •

أما في انجلترا فقد رأينا عندما تكلمنا عن « الاهلية » في البند ١٦٢ من هذا الكتاب أن مجلس اللوردات قضى في قضية رى جروسفينر Re Grosvenor أنه اذا انفجرت قنبلة فقتلت أسرة بأكملها يفترض أن الوفاة حصلت بترتيب السن •

عدم الجدارة للارث في القوانين الاخرى

٣١٨ - وتوسعت بعض القوانين في أسباب عدم الجدارة للارث (indignité) مثال ذلك القانون الاسباني الذى ينص على حرمان :

(١) ارمانجون ونولد وولف المرجع المتقدم صفحة ٤٦٦

- (١) الوالدين اللذين يرضيان بارتزاق أولادهما من الدعارة •
- (٢) الموصى له اذا كان قد أثر على الموصى بطريق التهديد أو الاكراه وحمله على تحرير وصيته أو تعديلها أو اعدامها •
- (٣) اذا زنى الموصى له بزوجة الموصى وحكم عليه من أجل ذلك «١» •
- وينص القانون الصينى الجديد على حرمان من صدر عليه حكم قضائى لانه أخفى أو شرع فى اخفاء أحد الورثة وكذا من أساء الى المتوفى أو أهانه «٢» وينص قانون بعض مقاطعات كندا على عدم جدارة الميت مدينا mort civil على الارث «٣» •



الورثة الغير نظاميين
فى القانون الفرنسى

٣١٩ - ويطلق القانون الفرنسى عبارة « الورثة الغير نظاميين » successeurs irréguliers على الزوج الذى يبقى على قيد الحياة بعد وفاة الزوج الآخر وعلى بيت المال (مصلحة الاملاك) التى ترث من لاوارث له • وذلك لان ارثهما غير ثابت

١ -
الزوج النع على قيد
الحياة

٣٢٠ - فقد كان قانون نابوليون يقضى بأن الزوج الباقي على قيد الحياة لايرث من زوجه المتوفى وذلك تأسيسا على أن كل ما زاد على مالية الزوجين أثناء قيام الزوجين انما كان بجدها المشترك ولذا فان الزوج الذى على قيد الحياة كان يملك نصف التركة ملكية خاصة ومن ثم فلا محل للارث • ولكنه كان يستطيع هذا الارث اذا لم يكن للزوج المتوفى ورثة آخرون من طبقة معينة •

وعدل الشارع الفرنسى هذا الوضع بمقتضى القانونين الصادرين فى ٩ من مارس سنة ١٨٩١ ، ٢٨ من ابريل سنة ١٩٢٥ فمنح الزوج الباقي على قيد الحياة حق الانتفاع usufruit بنسبة تتراوح بين الربع والكل على التركة المخلفة عن المورث •

غير أن الورثة يستطيعون أن يلزموا هذا الزوج باستبدال حق المنفعة بمرتب مدى الحياة rente viagère يتناسب مع غلة الانتفاع •

هذا وكان قد صدر فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٣٠ قانون آخر عدل المادة ٧٦٧ من

(١) جميل خانكى - الاحوال الشخصية للاجانب صفحة ٥٤ ، ٥٥

(٢) جميل خانكى - المرجع المتقدم صفحة ١٨٩

(٣) جميل خانكى - المرجع المتقدم صفحة ٢٢١

قانون نابوليون فأصبحت تنص على أنه في حالة عدم وجود من لهم حق في الارث أو ابن طبيعي فتؤول ملكية التركة الى الزوج أو الزوجة التي على قيد الحياة ما لم يكن قد صدر حكم نهائي بالتطبيق أو الانفصال الجسماني •

ولا ينص القانون الفرنسي على نصيب محتجز للزوج الباقي على قيد الحياة في حالة وجود وصية •

٣٢٠ مكرر — أما في حالة عدم وجود ورثة أو زوج على قيد الحياة فتؤول ملكية التركة للدولة (l'Etat)

- ٢ -
الدولة

٣٢١ — وأخذ الشارع البلجيكي بوجهة نظر القانون الفرنسي المعدل وأصدر قانون ٢٠ من نوفمبر سنة ١٨٩٦ أدخل به تعديلا على المادة ٧٦٧ منه فأصبحت تنص على حق الانتفاع للزوج الباقي على قيد الحياة •

الزوج الذي على قيد
الحياة في القوانين
الآخرى

أما في هولندا فقد تعدلت المادة ٨٩٩ فقرة أ وأصبحت تقضى لهذا الاخير بحصة معينة في التركة تساوي نصيب الولد الشرعي • ويقل هذا النصيب اذا كان الزوج المتوفى قد تزوج بآخر قبل وفاته •

أما القانون البولوني الصادر في سنة ١٩٤٦ فيعطى للزوج الذي على قيد الحياة الربع في حالة وجود الفرع الوارث والنصف في حالة وجود الاب أو الام أو الاخوة والاخوات أو فروعهم • أما اذا لم يوجد أى وارث آخر فيأخذ الزوج الباقي على قيد الحياة كل التركة •

ويقضى القانون الايطالي الصادر في سنة ١٩٤٢ بأن للزوج الباقي على قيد الحياة حق الانتفاع usufruit اذا وجد فرع وارث ويقدر هذا الحق بالنصف اذا كان هناك ولد واحد والثلث فيما عدا ذلك (مادة ٥٨١) ويستطيع الورثة أن يستبدلوا حق الانتفاع للزوج الذي على قيد الحياة بمرتب مدى الحياة (مادة ٥٤٧) •

أما اذا لم يكن للزوج المتوفى سوى ابن طبيعي فيأخذ الزوج الباقي على قيد الحياة حصة كاملة الملكية مقدارها ثلث التركة والنصف اذا كان للمتوفى أصول أو أخوة أو أخوات والثلاثة أرباع اذا كان له ورثة آخرون حتى الدرجة الرابعة والتركة كلها في حالة وجود أقارب تزيد مسافتهم عن هذه الدرجة •

النصيب المحتجز للزوج
الذى على قيد الحياة

٣٢٢ - واهتدى القانون البرتغالى بالقانون الفرنسى فى النص على أنه ليس للزوج الذى على قيد الحياة نصيب محتفظ به فى حالة الوصية .
ويخالف القانون الاسبانى هذا الوضع ويقضى بالاحتفاظ بنصيب معين للزوج الباقى على قيد الحياة ينصب على حق الانتفاع بنسبه المتباينة .
وقد أخذ قانون جمهورية شيلي بهذا المبدأ ونص على ما أسماه « الحصّة الزوجية » (portion conjugale) للزوج الباقى على قيد الحياة جعل منها أيضا حقا محتجزا part réservataire فى حالة الوصية ووصفها فى المادة ١١٧٢ بأنها جزء من مالية المتوفى يجب أن تخصص للزوج الذى على قيد الحياة لكى لا يعوزه شئ ويعيش عيشة ملائمة (١) pour vivre convenablement

قوانين تقضى بملكية
الحصّة لا الانتفاع

٣٢٣ - أما القوانين الالمانى واليونانى والنمساوى والهنگارى والنرويجى والدانمركى والانجليزى والسوفيتى وكذا الشريعة الاسلامية الغراء فتقضى بأن للزوجة حصّة معينة فى التركة تملكها ملكية تامة لا مجرد حق انتفاع .
وتقضى المادة ١٩٣١ من القانون الالمانى الجديد على أن الزوج الباقى على قيد الحياة يرث الربع فى حالة وجود الفرع الوارث والنصف مع وجود الاصول وفروعهم أو الجدود والكل فيما عدا ذلك .

فى القانون السويسرى

٣٢٤ - أما القانون السويسرى فنص فى المادة ٤٦٢ منه على حل معقول فى حالة وجود الفرع الوارث فقد ترك للزوج الباقى على قيد الحياة الخيار بين الحصول على حق الانتفاع لنصف التركة أو الاقتصار على ملكية ربعها ملكية كاملة .
أما فى حالة عدم وجود الفرع الوارث فيأخذ الزوج الذى على قيد الحياة نسبة معينة فى حق الانتفاع مضافا اليها ملكية تامة بنسبة أخرى معينة (٢) .

فى القانون السويدى

٣٢٥ - وفى سنة ١٩٢٨ تعدل القانون السويدى فأصبح يقضى بأنه اذا ترك المتوفى فروعاً فإن الزوج الباقى على قيد الحياة لا يأخذ شيئاً ولكنه يأخذ الكل اذا لم يكن هناك فروع وغاية ما فى الامر اذا كان المتوفى قد ترك أقارب من الطبقة الثانية أو الثالثة فلا تكون ملكية التركة كاملة للزوج الباقى على قيد الحياة الا بمقدار النصف يستطيع أن يتصرف فيه وتبقى ملكية النصف الآخر مقيدة بالتزام « عدم التصرف » حتى وفاة هؤلاء الورثة فاذا توفى الزوج الوارث قبلهم رجع لهم هذا

(١) ارمانجون ونولد وولف - المرجع المتقدم صفحة ٤٧٧
(٢) ارمانجون ونولد وولف المرجع المتقدم - الجزء الثانى صفحة ٤٨٣

النصف أما اذا توفوا قبله بقي له نهائيا بملكية مطلقة «١» .
 ٣٢٦ - أما الموارث في القانون البريطاني المعمول بها ابتداء من أول يناير
 سنة ١٩٥٣ طبقا للقانون الصادر في سنة ١٩٢٥ والمعدل في سنة ١٩٥٢ والمسمى
 Intestates' Estates Act فقد ميزت الزوج الباقي على قيد الحياة تمييزا
 وقد رأينا اتما للفايدة ، أن نشرح ذلك في شكل جدول بياني كالآتي «٢» :

أقارب على قيد الحياة	النصيب
زوج أو زوجة	
(١) مع عدم وجود الفرع الوارث أو الاصول أو أخ شقيق أو أخت شقيقة أو أولادهما	يستلم الزوج الباقي على قيد الحياة كل التركة
(٢) مع وجود الفرع (بصرف النظر عن باقي الأقارب الآخرين المذكورين في (١))	(١) يأخذ الزوج الذي على قيد الحياة ما يأتي : - (١) منقولاته الخاصة (٢) خمسة آلاف جنيه خالية من ضريبة التركات والمصاريف وبفائدة قدرها ٤٪ حتى السداد (٣) حق الانتفاع مدى الحياة بالنسبة لنصف التركة بعد استبعاد المبلغ المذكور (ب) ويأخذ الفرع الوارث : (١) نصف التركة الآخر (٢) ويعود له النصف الأول بعد وفاة الزوج الباقي على قيد الحياة وانتهاء حق الانتفاع منه (١) يستلم الزوج الذي على قيد الحياة : (١) منقولاته الخاصة (٢) ٢٠ ألف جنيه خالية من المصاريف وضريبة التركات وبفائدة ٤٪ حتى السداد (٣) ملكية نصف التركة ملكية تامة بعد استبعاد المبلغ المذكور (ب) وإذا كان الأب أو لام أو كلاهما باقيا على قيد الحياة فيؤول لهما أو له النصف الآخر . (ج) فإذا لم يكن هناك أب أو أم آل هذا النصف للاخوة أو الاخوات الاشقاء بالتساوي .
(٣) مع وجود باقي هؤلاء الأقارب دون الفروع	

(١) ارمانجون ونولد وولف المرجع المتقدم - الجزء الثاني صفحة ٤٨٤ ، ٤٨٥
 (٢) سلمنا هذا الجدول الاستاذ ادوارد ليان المحامي ومستشار القنصلية البريطانية
 بمدينة الاسكندرية فنشكره على معونته لنا في هذا البحث

٣٢٦ مكرر — أما اذا لم يترك المورث زوجا على قيد الحياة وكان له فروع فتؤول اليهم التركة والا فلوالديه بالتساوي فيما بينهما (أو لاحدهما) فاذا لم يترك والديه أيضا فللاخوة والاخوات الاشقاء فان لم يوجدوا فللاخوة والاخوات الغير أشقاء فن لم يوجدوا كذلك فللجدود والا فلابناء الجدود أى العم أو العمة من جهة الاب أو الخال أو الخالة (من جهة الام) ويحجب الاشقاء منهم (بالنسبة للاب أو الام) whole blood الغير أشقاء half blood of a parent

أما اذا لم يوجد أحد من هؤلاء جميعا فتؤول التركة الى التاج البريطانى Crown أو لدوقية لانكستر Ducky of Lancaster حسب الاحوال •

الشريعة الاسرائيلية

٣٢٧ — وتذهب الشريعة الاسرائيلية فى اتجاه عكسى بالنسبة للزوجة فتقضى بأن كل ما تملكه الزوجة يؤول بعد وفاتها ميراثا شرعيا الى زوجها ولا يشاركه فيه أقاربها ولا أولادها سواء أكانوا منه أو من رجل آخر (مادة ٢٢٣ من كتاب الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية م • جاى بن شمعون) •
واذا لم يكن للزوجة أولاد فان لورثتها الآخرين حق المطالبة بنصف ما دخلت به من مهر وأمتعة بعد خصم نفقات الجنازة (مادة ٢٢٥) •
أما اذا توفى الزوج فلها أن تستبقى كل ما أهداه لها أثناء قيام الزوجية (وهذا ليس بتركة) ولكن ليس لها شئ فى التركة سوى حقها فى استرداد كل ما ترتب لها من حقوق قبل زوجها بمقتضى عقد الزواج (مادة ٢٣٧) •
والى أن تحصل على هذه الحقوق التعاقدية يكون لها حق فى النفقة تلزم بها التركة •

وضع آخر للشريعة الاسرائيلية

٣٢٨ — ويبين مما تقدم أن الشريعة الاسرائيلية مازالت محافظة على تقاليدها القديمة التى ترجع الى عدة آلاف من السنين قبل الميلاد •
ومن الدلائل الاخرى لهذه المحافظة أن الابن البكر مازال يتمتع بامتيازاه القديم فقد نصت المادة ٥٦٦ من المرجع سالف الذكر أن للولد البكر من الاب مثل حظ الولدين — يضاف الى هذا أن الاولاد الذكور يحجبون الاناث المتزوجات أو البالغات • أما من كانت منهن غير متزوجة فلها حق النفقة قبل اخوتها الذكور حتى تتزوج أو تبلغ • وعند زواجها يلزم هؤلاء الاخوة بانشاء بائة لها (دوطة أو مهر) من التركة تقدر بما يظن أن والدها كان سيعطيها لها فى حدود قدرته المالية (الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسرائيلية — م • جاى بن شمعون الجزء الثانى • المادتان ٥٣١، ٥٤٥) فاذا تعذر تقدير المهر بالقرائن كان المهر شرعا عشر التركة (٥٩٤)

وللحاحمخانة أن تكلف الاخوة أن يودعوا بها نصيب أختهم العانس اذا أرادوا الهجرة من البلاد (٦٠٠) ♦

واذا توفي شخص ولم يترك ذكورا بل اناثا فتقسم التركة بينهن بالتساوى واذا كان فيهن قاصرة فلا تتوقف القسمة على نفقتها حتى الزواج أو البلوغ (٥٨٨) ♦
هذا ويلاحظ أنه بالنسبة للاسرائيليين المصريين لا تطبق الشريعة الموسومية الا اذا قبلها الورثة جميعا والا فتطبق أحكام التوريث في الشريعة الاسلامية كما هو الحال مع المصريين المسيحيين ♦

أما في حالة التونسيين أو الجزائريين أو المراكشيين التابعين للجنسية الفرنسية فان القانون الفرنسى يحيل الى الشريعة الموسوية عملا بالقانون الصادر فى ٣١ من يوليو سنة ١٨٨٤ «١» الا اذا قبل الورثة جميعا اعمال القانون الفرنسى ♦



٣٢٩ - كان القانون الرومانى يعتبر أن « الوارث » يكمل شخصية المورث ومن ثم يتمتع بكل ما كان له من حقوق كما أنه يلتزم بكل ما كان عليه من التزامات ♦
ومعنى ذلك أن مالية (patrimoine) الوارث تندمج فى مالية المورث بحيث يصبح هذا الاخير ملزما - حتى من ماله الشخصى - بأداء ديون هذا المورث التى تسمى فى هذه الحالة «ultra vires» أى « الديون المتجاوزة سلطان التركة » ♦
ولا يتخلص الوارث من هذا القيد الا اذا رفض التركة فى مواعيد معينة أو قبلها تحت شرط الجرد وهو ما يسمى sous bénéfice d'inventaire

مبدأ قبول التركة
أو رفضها وأثره

٣٣٠ - وقد نقل القانون الفرنسى مبدأ قبول التركة أو رفضها عن القانون الرومانى ونص عليه فى المادة ٧٢٤ والمقصود « بالوارث » هنا الوارث العادى أو النظامى régulier لا الوارث الغير عادى irrégulier (أو الغير نظامى ولذا لا تلزم الدولة (أو بيت المال) بدين من مات بدون وارث وكذلك لا يلزم الزوج الذى على قيد الحياة والذى ليس له الا مجرد حق الانتفاع الا بما يتجاسس مع حقه المذكور وفقا للحدود التى رسمتها المادة ٦١٢ من القانون المدنى الفرنسى ♦

فى القانون الفرنسى

٣٣١ - وتنص المواد من ٤٧٠ الى ٤٨٣ من القانون الايطالى على أن قبول التركة قد يكون صريحا أو ضمنياً ومن صور القبول الضمنى أن يأتى الوارث بعمل يفهم منه أنه تصرف كوارث ♦ أما بالنسبة للقصر والمحجور عليهم فيفترض القانون

فى القانون الايطالى

(١) أنظر نبذة ١٣٧ مكرر من هذا الكتاب

أنهم يقبلون التركة تحت شرط الجرد • أما القبول على شرط آخر أو المعلق على أجل وكذا القبول الجزئي فهو باطل - ويسقط الحق في القبول بمضى عشر سنوات منذ « فتح التركة » • أما الطعن على أن القبول حصل بطريق الاكراه أو الغش فيسقط بمضى خمس سنوات من انتهاء الاكراه أو ظهور الغش •

وتنص المادة ٤٥٩ على أن أثر القبول ينسحب الى وقت فتح التركة وتضيف المادتان ٤٦٠ ، ٤٦١ أنه - الى أن يحصل القبول أو الرفض - يستطيع الوارث ان يستخدم دعاوى وضع اليد كما يستطيع أن يدير التركة مؤقتا ويعمل كل الاجراءات الموصلة الى المحافظة عليها كما يستطيع أيضا - بموافقة السلطات القضائية المختصة أن يبيع ما يكون معرضا للتلف من أعيان التركة أو الذي يؤدي الاحتفاظ به الى مصاريف صيانة كبيرة (١) •

في القوانين الأخرى

٣٣١ مكرر - وقد أخذ القانون الهولاندي والاسباني والشيلى والارجنتيني والمكسيكي والبرتغالي بنظام قبول التركة أو رفضها ، مع هذا الفارق أن القانون البرتغالي - تمشيا مع القانون البريطاني والسوفيتي - قد نص في المادة ٢٠٩ منه على أنه يفترض في حالة قبول الوارث للتركة أنها قادرة بذاتها على أداء كل التزامات المورث ، ومن ثم فلا يصح له الامتناع عن الدفع الا اذا أثبت عكس هذه القرينة - أى أن كاهل اثبات أن التركة كانت غير قادرة على الاداء يقع على الوارث هو نفسه • وقد أخذ القانون البرازيلي بمبدأ القانون البرتغالي وقلده في ذلك القانون المكسيكي وقانون جمهورية بيرو •

ويضيف القانون البرتغالي نتيجة أخرى للمبدأ الذي أخذ به - ليست الا تحصيل حاصل لما تقدم - وهى أنه اذا قبل الوارث التركة تحت شرط الجرد فان محاولة الدائن اكراهه على أداء دينه من ماله الشخصى تحتم على هذا الدائن أن يثبت أولا أن الجرد لم يكن صحيحا وان التركة كانت تشمل أعيانا أو أموالا أخرى اندمجت فعلا في أموال المورث الخاصة (٢) •

مبدأ التمثيل
في التركات

٣٣٢ - ونقلت أكثر الشرائع عن القانون الفرنسى - وهذا عن القانون الرومانى -

(١) نشكر حضرة الاستاذ الدكتور أمبرتو سبالنزانى D. U. Spalanzani المحامى وزميلنا السابق أبام أن كنا مشتغلين بالمحاماة لدى المحاكم المختلطة على معاونته لنا في دراسة مسائل التوريث في القانون الايطالى فقد تفضل بكتابة مذكرة باللغة الفرنسية في هذا الصدد نفعتنا كثيرا في مهمتنا •

(٢) ارمانجون ونولد ولف - المرجع المتقدم - الجزء الاول - طبعة ١٩٥٠ - صفحة ٤٨٢ •

مبدأ التمثيل في التركات la représentation « ١ » .

ويوجز هذا المبدأ في أن شخصا يحل في الارث بدلا من آخر كان قد توفي قبل فتح تركة المورث — مثال ذلك : شخص توفي تاركا ولدين وأولاد ابن ثالث توفي قبله ففي هذه الحالة تقسم التركة مثالثة ، ثلثان للولدين اللذين على قيد الحياة وثلث لأولاد الابن الثالث الذي توفي قبل والده .

وقد نصت المادة ٧٣٩ من القانون الفرنسي على هذا المبدأ صراحة وأضافت المادة ٧٤٤ أن الشخص الذي على قيد الحياة لا يحل أحد مكانه بطريق التمثيل اذ أن هذا الحل لا يكون الا في حالة الوفاة . ولذلك اذا كان الابن الثالث ، في المثال سالف الذكر ، لم يمت بل أصبح غير جدير بالارث في الظروف التي سبق أن شرحناها في البند ٣١٥ من هذا الفصل ، فان اقصاه من الارث لا يترتب عليه أن أولاده يحلون محله بطريق التمثيل .

٣٣٣ — غير أن قضاء محكمة النقض والابرام الفرنسية استقر على أنه في حالة « الغائب » الذي انقطعت أخباره مدة أربع سنوات متوالية عن محل اقامته domicile يجوز لأولاده أن يمثلوه في تلقى الارث الآيل له بوفاة مورثه هو ذاته « ٢ » .

٣٣٤ — وكان الخلاف قد احتدم بين فقهاء الرومان حول الحالة التي كان يحق فيها لأولاد الاخوة والاخوات أن يمثلوهم اذا كان هؤلاء الاخوة أو الاخوات قد توفوا جميعا قبل وفاة أخيهم المورث — فهل كانوا يحلون في الارث بطريق التمثيل حتى في هذه الحالة أم بطريقة أصلية ؟ .

وقد حسم قانون نابوليون هذا النزاع باعترافه بمبدأ التمثيل في هذه الحالة . وتبعه في ذلك القانون الهولاندي والايطالي وخالفه الاسباني والبرتغالي والبرازيلي .

ويظهر الفرق بين الرأيين في المثال الآتي :

شخص توفي وكان له ثلاثة أخوة توفوا قبله ، لاحدهم ولد واحد وللثاني ولدان وللثالث ثلاثة أولاد . ففي هذه الحالة — وعملا بمبدأ التمثيل الذي أخذ به القانون

(١) وهو ما يسميه قانون الوصية المصري رقم ٧١ الصادر في ٢٤ من يونيو سنة ١٩٤٤ بالوصية الواجبة في المادة ٧٦ وما بعدها .

(٢) نقض ١٠ من نوفمبر سنة ١٨٢٤ — مجلة سيريه سنة ١٨٢٤ — الجزء الاول صفحة ٥٥٧ ونقض ٨ من مارس سنة ١٩٠٤ — دالوز . سنة ١٩٠٤ الجزء الاول . صفحة ٢٤٦ — أنظر ارمانجون ونولد وولف — القانون المقارن — الجزء الاول طبعة سنة ١٩٥٠ صفحة ٤٧١ نبذة ٣٠٥ .

الفرنسى والهولاندى والايطالى — يأخذ ابن الاخ الاول الثلث وولدا الثانى الثلث الثانى — مناصفة فيما بينهما — ويؤول الثلث الاخير للاولاد الثلاثة للاخ الثالث — مثالثة فيما بينهم •

أما لو أخذنا برأى القانون الاسبانى أو البرتغالى أو البرازيلى فتقسم التركة بين أولاد الاخوة الثلاثة بالتساوى وعلى حسب رؤوسهم أى (فى المثل المتقدم) تقسم التركة الى ستة أجزاء متساوية • وعلى هذا الاساس ينال ابن الاخ الاول السدس بدلا من الثلث •

ويعتقد الاساتذة ارمانجون ونولد وولف أن الرأى الاول هو الاصح لان الابن الاول للاخ الاول حل محل أبيه وهكذا الباقون — كل فيما يخصه •

٣٣٥ — ولم نعر في القانون اليونانى — وهو أكثر القوانين الاجنبية تطبيقا فى مصر — على نص خاص يحسم هذا النزاع ولذا نرجح أن يكون متفقا مع القانون الفرنسى بوصف هذا الاخير عميد القوانين الاوربية •

٣٣٦ — ويكون التمثيل والحلول فى الفروع وان نزلوا — أما بالنسبة للاخوة والاخوات فان فروعهم هى التى تستفح بحق التمثيل ، لا بينهم وبين بعضهم ، أى أنه اذا توفى شخص وكان له أخ قد مات قبله وأخ ثان على قيد الحياة ووالد فنصيب الاخ المتوفى يؤول لا الى هذا الاخير أو الى الاخ الثانى بل الى ابنه أو ابن ابنه طبقا لنظرية التمثيل «(١)» •

وفى ذلك تقول المادتان الفرنسيتان ٧٤٠ ، ٧٤٢ ما يأتى :

740 — La représentation a lieu à l'infini directe descendante.

742 — En ligne collatérale elle est admise en faveur des enfants et descendants de frères et de soeurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession concurremment avec les oncles ou tantes, soit que tous les frères et soeurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux.

٣٣٦ مكرر — وقد نصت المادتان ٦٧ و ٦٩ من القانون الايطالى على مبدأ التمثيل فى التركات وكذلك على مبدأ أن هذا التمثيل يستمر فى الفروع وان نزلوا ولكنه يتحدد بالنسبة للاخوة والاخوات بفروعهم كما فى القانون الفرنسى تماما •

(١) ارمانجون ونولد وولف — القانون المقارن — الجزء الاول — طبعة سنة ١٩٥٠ صفحة ٤٧١ .

٣٣٧ — أما قواعد التوريث في القانون اليوناني — وهو أكثر القوانين الاجنبية
اعمالا في مصر — فهي الآتية :

(١) **الطبقة الاولى :** الفروع : وتقسم التركة بينهم بالتساوي لافرق بين ذكر
وأنثى • ومن كان متوفيا منهم يحل أبناؤه بدله في نصيبه طبقة شائعة فيما بينهم
par souche عملا بنظرية التمثيل (مادة ١٨١٣) •

(٢) **الطبقة الثانية :** الاب والام والاخوة والاخوات وكذا أولاد وأولاد أولاد
الاخوة والاخوات الذين يكونون قد توفوا قبل وفاة أخيهم المورث والاولاد يحجبون
أولاد الاولاد ويحلون طبقة شائعة في نصيب الاخ أو الاخت المتوفية par souche
(١٨١٤) •

وإذا كان بين الاخوة والاخوات من كان لاب consanguin أو لام utérin
فانه يأخذ نصف ما يأخذه الاخ الشقيق germain ويؤول هذا النصف بالذات
لاولاده في حالة وفاته من قبل (١٨١٥) •

(٣) **الطبقة الثالثة :** جدود المتوفى وأولادهم وأولاد أولادهم فإذا توفي شخص
وكان له جدان لاييه وجدان لامه على قيد الحياة ورث الجدود الاربعة بالتساوي
وإذا كان أحد الجددين — في أحد هذين الفرعين — متوفيا آل نصيبه لاولاده أو
أولاد أولاده ، فان لم يوجد أحد منهم آل للجد الآخر فإذا لم يوجد فلاولاده أو
لاولاد أولاده •

وإذا لم يكن للمتوفى جدان — في هذا الفرع — ولم يكن لهما أولاد أو أولاد
أولاد فيؤول نصيبهم للجددين الآخرين في الفرع الآخر أو أولادهم أو أولاد أولادهم
— والاولاد يحجبون أولادهم ويرثون كطبقة شائعة في نصيب المتوفى من قبل
par souche (مادة ١٨١٦) •

(٤) **الطبقة الرابعة :** الجدود لاب أو لام وان علوا • وتقسم التركة بينهم
بالتساوي بصرف النظر عن الفرع المنتمون اليه اذا كانوا في فرع واحد أم في فروع
متعددة •

(٥) والزوج الباقي على قيد الحياة :

يرث الربع في التركة ملكا مع وجود الورثة من الطبقة الاولى والنصف مع
الطبقات الاخرى •

وفي هذه الحالة الثانية يستلم أثاث المنزل وأدواته والملابس سواء أكانت هذه

الاشياء لاستعماله الشخصى وحده أو له وللمتوفى أيضا (١٨٢٠) ♦

فاذا لم يوجد ورثة من الطبقة الاولى أو الثانية أو الثالثة أو الرابعة آلت التركة كلها للزوج الباقي على قيد الحياة (١٨٢١) ♦

واذا كان الزوج المتوفى قد أقام دعوى تطليق على الزوج الآخر بناها على سبب جدى بانت صحته فلا يرث هذا الاخير (١٨٢٢) ♦

القانون الالماني

٣٣٨ - ويشابه القانون الالماني القانون اليوناني تماما من حيث أن الفروع يسبقون الاب والام وفروعهما (الاخوات) وهؤلاء (الاب والام وفروعهما) يسبقون الجد والجدة وفروعهما وهؤلاء يسبقون والد الجد والجدة وفروعهما « ١ » ♦

القانون الفرنسى

٣٣٩ - ويقارب هذا أيضا نص المادة ٧٣١ من القانون الفرنسى التى وضعت الاولاد والفروع فى الطبقة الاولى ثم الاصول والاخوة فى الطبقة الثانية ♦

مركز الاولاد الغير شرعيين فى الارث

٣٤٠ - وأخيرا فاننا نختم هذا الفصل بالكلام عن مركز الاولاد الغير شرعيين فى الارث ♦ وقد رأينا أن الابن « غير الشعى » اما أن يكون (١) ثمرة اتصال شخص متزوج بآخر (غير زوجه) ويسمى enfant adultérin أو (٢) ثمرة اتصال شخصى بآخر محرم عليه كأمه أو أخته أو ابنته ويسمى enfant incestueux أو (٣) ابنا طبيعيا enfant naturel وهو ثمرة اتصال شخص غير متزوج بآخر ♦

ولا يعترف القانون الفرنسى للابنين الاولى بأى حق فى الميراث وان كان يفرض على الوالد التزام الاتفاق عليهما وتعليمهما حرفة يرتزقان منها ♦

وقد أخذت بعض القوانين بمبدأ عدم الاعتراف بحق الارث للاولين ومنها القانون البلجيكي والهولاندى والبولونى والايطالى والاسبانى والارجنتينى ♦ ورفضه بعض القوانين الاخرى ♦

٣٤١ - أما بالنسبة للابن الطبيعى enfant naturel الذى يرزق به شخص غير متزوج من آخر فالامر يحتاج الى بعض التفصيل فى حالة وفاة الاب أو الام بدون وصية ab intestat فهناك قوانين لاتورث الابن الطبيعى بتاتا ومنها قانون

(١) جميل خانكى - الاحوال الشخصية للاجانب صفحة ٥٩ .

شيلي وبعض ولايات كندا في حين أن قانون رومانيا وقانون فنزويلا يجيزان للابن الطبيعي أن يرث من الام وحدها لا من الاب .

ولكن أغلب الشرائع لا تنقص الابن الطبيعي من الارث وان كانت قد اتفقت جميعها على اعطائه نصيبا يقل عن نصيب الابن الشرعى .

وبدأ قانون نابوليون (م ٧٥٧) في وضعه الاصلى بتحديد هذه الحصة بثلث حصة الابن الشرعى ، وقلده في ذلك القانون البلجيكي والبولوني والهولاندى والبرتغالى .

ولكن الشارع الفرنسى تداخل في سنة ١٨٩٦ وعدل في ٢٥ من مارس المادتين ٧٥٦ ، ٧٥٧ من قانون نابوليون ومنح الابن الطبيعي المعترف به *reconnu* صفة « الوارث » كالابن الشرعى ولكن في حدود معينة هى :

- (١) انه يرث في تركتى أبيه وأمه لا في تركة والديهما أو أخوتهما أو أخواتهما .
- (٢) واذا توفى الاب أو الام ولم يترك أصولا أو فروعا أو أخوة أو أخوات أو فروعا للاخوة أو للاخوات فيأخذ الابن الطبيعي التركة بأجمعها بدون اخلال بما سبق شرحه الخاص بحقوق الزوج الباقي على قيد الحياة .
- (٣) أما اذا ترك الاب أو الام أولادا شرعيين فيشترك معهم الابن الطبيعي في الارث بنصف ما كان سيأخذه لو كان شرعيا هو نفسه .
- (٤) أما اذا لم يترك فروعا بل أصولا أو أخوة أو أخوات أو فروعا للاخوة أو الاخوات فيأخذ الابن الطبيعي $\frac{1}{3}$ التركة .
- (٥) وفي حالة وفاة الابن الطبيعي قبل والديه يحل أولاده الشرعيون محله عملا بمبدأ التمثيل فى الارث *représentation*

٣٤٢ - وحدد القانون الايطالى الصادر فى سنة ١٨٦٥ نصيب الابن الطبيعي بنصف نصيب الابن الشرعى مع وجوده معه فى الارث « ١ » وأخذ قانون بلغاريا بهذا رأى وتبعه فى ذلك القانون الاسبانى (مادة ٨٤٠) والبرازيلى (١٦٠٥) وفنزويلا (٨٢٣) . وعندما وضع القانون الايطالى الجديد فى سنة ١٩٤٢ أعاد الشارع النص على المبدأ ذاته فى المادة ٥٧٤ منه ، ثم نصت المادة ٥٧٢ من القانون الجديد على أن

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول - طبعة سنة ١٩٥٠ نبذة ٣٠٧ ، ٣٠٨ ومذكرة الدكتور سبالنزانى المحامى *Spallanzani* السابق الاشارة اليها فى هامش البند ٣٣١ من هذا الكتاب .

الاولاد الطبيعيين لا يرثون من والديهم الا اذا كانوا قد اعترفوا بهم أو اذا قضى بينوتهم لهما بحكم قضائي ويرث الوالدان من الابن الطبيعي أما اذا كان أحدهما فقط هو الذي اعترف به فهذا وحده هو الذي يرث منه دون الآخر (مادة ٥٧٨) •

الفصل الرابع

الوصية

LE TESTAMENT

قاعدة الاسناد
في القانون المصري

٣٤٣ - نصت المادة ١٧ من القانون المدني المصري الجديد على أنه يسرى على « الوصية وسائر التصرفات المضافة الى مابعد الموت قانون الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » •

« ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايضاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » •

ولم يأت القانون بجديد في تعيين قانون « جنسية الموصى » بالنسبة للشروط الموضوعية للوصية • فقد كانت المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة ، الملحقة بمعاهدة مونترو تنص على هذا المبدأ عينه بقولها :

Les successions et les testaments sont régis par la loi nationale du de cujus ou du testateur.

وعلى اثر ابرام المعاهدة أدرج هذا النص في المادة ٣ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ ليكون جزءا من التشريع الداخلى للدولة •

الشخصية
الوصية من الاحوال

٣٤٤ - وغنى عن البيان أن القانون المصري يعتبر الوصية من الاحوال الشخصية لا العينية فقد أدرجها ضمن الاولى في المادة ١٣ من قانون نظام القضاء كما كان قد أدرجها كذلك ضمن المادة ٢٨ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة الملحقة بمعاهدة مونترو والمادة ٢ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ سالف الذكر •

ولم يكن هذا كله سوى ترديد لمبدأه القديم الذي سار عليه منذ انشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ فقد كانت المادة ٤ من القانون المدني المختلط تنص على المبدأ ذاته ورددت صدها المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية •

التكييف

٣٤٥ - أما اذا اختلط الامر بين الوصية بوصفها « تصرف في التركة مضاف الى

ما بعد الموت » على حد قول المادة الاولى من قانون الوصية المصرى (٧١ سنة ١٩٤٦) وبين أى عقد آخر كالهبة أو البيع أو التوريث بارادة منفردة على غرار ما كان متبعاً فى نظام الوقف — اذا اختلط الامر بين الوصية وهذا كله فان القاضى المصرى مكلف — عملاً بالمادة العاشرة من القانون المدنى — أن يبدأ بالبحث عن التكيف الصحيح qualification للعلاقة القانونية المعروضة عليه ثم يحدد ، على ضوء هذا التكيف الذى يجريه طبقاً للقانون المصرى ذاته ، القانون الواجب التطبيق على العقد أو العلاقة القانونية التى أمامه اذا كانت هبة أو بيعاً أو وصية أو توريثاً ارادياً مع شرط عدم التصرف المسمى substitution fidéicommissaire الذى تكلمنا عنه بأسهاب فى البند ٨٧ من هذا الكتاب فى الفصل الخاص بنظرية التكيف .

التوريث الارادى
وشروطه

٣٤٦ — وبمناسبة العودة الى التوريث الارادى مع شرط عدم التصرف يحسن أن نقول أن القانون المصرى قد نص فى المادة ٨٢٣ على بطلان شرط عدم التصرف فى حدود معينة فاذا أوصى انسان لآخر بعقار مشروطاً بعدم التصرف فيه مع تحديد حق الانتفاع بترتيب معين فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ومتصوراً على فترة معقولة فقط .

وقد بينا فى البند ٨٧ سالف الذكر أن هذا النص منسجم مع تاريخ التشريع المقارن فى الخارج .

آراء ذلك لانفهم كيف أن الشارع المصرى مع أخذه بهذا المبدأ الذى أصبح دولياً مازال ساكتاً على حكم آخر مضاف جاء فى المادة ٥٢ من قانون الوصية رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ وهو يقضى بأن الوصية قد تنص على حق المنفعة لقوم « غير محصورين » يظن أو لا يظن انقطاعهم وأنها قد تبقى أبدية و « غير معلومة النهاية » .

ومن رأينا أن المادة ٨٢٣ قد نسخت وألغت المادة ٥٢ من قانون الوصية لانها لاحقة عليها وتنص على مبدأ مناقض لها .

٣٤٧ — أما بالنسبة للهبة فقد تكلمنا عنها فى البند ٨٩ وقلنا أن المادة ١٤ من قانون نظام القضاء قد أفردت لها نصاً خاصاً يقضى بأنها

الهبة

« تعتبر من الاحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » .

وقلنا أن المقصود بعبارة « قانونهم » هو « قانون الواهب وقت الهبة » طبقاً لما كانت تفسر به المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة باتفاقية مونترو

اذ أنه لو كان الشارع المصرى قد أراد مخالفة هذه القاعدة التى أقرتها الدول المتعاقدة مع مصر لنص على ذلك صراحة ، ولكنه لم يفعل

ولذا يتعين على القاضى المصرى فى بحثه عن التكييف القانونى للعلاقة القانونية التى أمامه أن يقرر فيما اذا كانت وصية أو هبة أو بيعا أو توريثا اراديا مع شرط عدم التصرف أو ما شاكل ذلك .

تعريفات أخرى للوصية
فى القانون المصرى

٣٤٨ - ولما كان من واجب هذا القاضى اجراء هذا التكييف طبقا للقانون المصرى فقد وضع أمامه القانون فى المادة الاولى من قانون الوصية تعريفها التقليدى وهى أنها « تصرف فى التركة مضاف الى مابعد الموت » - ثم عاد بعد ذلك ورسم له حدودا أخرى فى المادتين ٩١٦ فقرة أولى ، ٩١٧ من القانون المدنى اللتين نصتا على أنه :

(١) (مادة ٩١٦/١) كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا الى مابعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ايا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

(٢) (مادة ٩١٧) اذا تصرف شخص لاحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقيم دليل يخالف ذلك «١»

وهكذا افترض القانون وجود الوصية فى التصرف الحاصل فى مرض الموت مهما كان المتصرف له ، وكذا فى حالة التصرف لوارث مستقبلا بالبيع مع احتفاظ البائع بالمنفعة ، والقرينة الثانية وضعت حدا لتضارب الاحكام الذى كان قائما فى ظل القانون المدنى الملغى «٢»

شكل الوصية

٣٤٩ - ويخضع شكل الوصية - طبقا لقاعدة الاسناد المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى - لقانون « الموصى وقت الايصاء » أو قانون « البلد » الذى تمت فيه عملا بقاعدة locus regit actum المعروفة وهى

(١) وضع الدكتور محمد كامل مرسى كتاب « الوصية وتصرفات المريض مرض الموت » جمع فيه باسهاب كل ما يخص الوصية فى القانون المصرى والملابسات التى تخطها بالعقود الأخرى وأتى بأحكام الشريعة الإسلامية وآراء الفقه والقضاء المصرى .
(٢) أصدرت لدائرة التاسعة المدنية بمحكمة الاسكندرية الكلية حكما حديثا قضى بأن المادة ٩١٧ ليس لها أثر رجعى على العقود التى نشأت فى ظل القانون الملغى لانها ليست تفسيرية أو توجيهية بالنسبة للأشياء وذلك لانها أتت بقرينة جديدة لم يدخلها المتعاقدان فى حسابهما فى ظل القانون الملغى présomption de droit (القضية رقم ٥٥١ سنة ١٩٥٢ وحكم فيها فى ٢٩ من مارس سنة ١٩٥٤) .

التي أخذت بها المادة ٢٦ من القانون الايطالى التى نصت أن شكل الوصية والعقود بين الاحياء المعبرة عن الارادة الاخيرة تخضع من حيث الشكل الى قانون البلد الذى تمت فيه .

فى القانون المصرى

٣٥٠ - وبناء على هذا اذا عملت الوصية فى مصر فانها - عملا بالمادة ٢ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦

« تنعقد بالعبارة أو الكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » .

أما فى حالة الانكار فقد نصت المادة نفسها على أن الدعوى الخاصة بقيام الوصية أو الرجوع الشفوى عنها قبل وفاة الموصى لا تسمع :

« الا اذا وجدت (١) أوراق رسمية أو (٢) أوراق مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه أو (٣) كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها » .

٣٥١ - أما القوانين الاجنبية فهى تقرب من هذا الوضع الذى نص عليه القانون المصرى وان كانت تخالفه فى الشرط الاول منه الخاص بإمكان حصول الوصية بالإشارة أو باللفظ وذلك لأنها تحتم الكتابة فيها وتقسما - بصفة عامة - الى (١) وصية بعقد رسمى وهى التى تعمل أمام الموثق بحضور الشهود المبتين لشخصية الموصى par acte public .

(ب) ووصية خطية olographe وهى التى يكتبها الموصى ويوقع عليها بخط يده

(ج) ووصية سرية mystique التى يكتفى فيها أن يوقع عليها الموصى سواء كان هذا أمام شهود (طبقا لبعض القوانين) أم بغير حاجة الى شهود (طبقا للبعض الآخر) .

ونجد هذا البيان واضحا فى القانون المدنى الفرنسى واليونانى والايطالى وقد نص عليه الاول فى المادة ٩٦٩ منه بقوله

Un testament pourra être olographe ou fait par acte public ou dans la forme mystique.

٣٥٢ - وتشترط المادة ٩٧٠ من القانون الفرنسى فى الوصية الخطية ليس فقط أن تكون مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها منه بل مؤرخة أيضا وسار القضاء الفرنسى على اعتبار عدم صحة التاريخ مساويا لعدم وجوده أصلا الا اذا ثبت أن

الوصية الخطية
فى القانون الفرنسى

الخطأ كان غير مقصود ومؤسس على مجرد شروء في الفكر كالذي يكتب سنة ١٨١٠ بدلا من سنة ١٩١٠ «١» ♦

أما اثبات عدم صحة التاريخ فهو جائز على ضوء الوقائع والظروف المحيطة بالوصية كما في حالة الوصية التي يكتب فيها تاريخ قديم لاختفاء أن كاتبها كان مريضا وفي أيامه الأخيرة مع أن خطه وما طرأ عليه من تغيير يدل على هذه الحالة المرضية المناقضة للتاريخ الموضوع على الوصية «٢» ♦

٣٥٣ - هذا وفي حالة انكار الخط والامضاء المنسوبين الى الموصى في الوصية الخطية فإن كاهل اثبات صحتها يقع على المتمسك بها ♦

ولكن حدث أن بض الاقضية القديمة في فرنسا كانت قد قضت بأنه اذا كان الموصى قد عيّن شخصا واحدا كوارث له ولم يكن يزاحم الموصى له أحد من أصحاب الانصبة المحتجزة *héritiers réservataires* وكان قد استلم الاعيان (saisine) بمقتضى « الاستلام من المحكمة » *envoi en possession* فإن عبء اثبات أن الخط والامضاء غير صحيحين يقع على المنازعين «٣» ♦

وينتقد ارمانجون ونولد وولف هذا الرأي بقولهم أن استلام التركة حتى بأمر الاستلام اجراء شكلى لا يسبغ على الموصى له صفة المدعى عليه *défendeur* ومن ثم فإن كاهل اثبات صحة الامضاء والخط في حالة انكارهما يقع على هذا الاخير بوصفه المتمسك بالوصية ♦

٣٥٤ - هذا وطبقا لقاعدة أصبحت تقليدية تعتبر الوصية الخطية صحيحة بكل ما جاء فيها حتى يتمكن صاحب المصلحة من اثبات العكس بكافة طرق الاثبات ♦

الوصية بعقد رسمى

٣٥٥ - وتنص المادة ٩٧١ من القانون الفرنسى على الوصية بعقد رسمى *le testament par acte public* وهى التى تحرر أمام

اثنين من الموثقين بحضور شاهدين أو موثق واحد بحضور أربعة شهود ♦ وهذا النوع من الوصية لا يمكن اثبات عكسه الا عن طريق الطعن بالتزوير فى العقد الرسمى ♦

(١) نقض فرنسى ٥ من نوفمبر سنة ١٩١٣ - دالوز سنة ١٩١٤ . جزء ١ - صفحة ٢٣٣ وتقرير المستشار دينيز Denis وتعليق الاستاذ بيكار Picard
(٢) نقض ١٢ مارس سنة ١٩٢٨ . مجلة سيري سنة ١٩٢٨ جزء ١ - صفحة ٢٤٠ -
انظر أيضا

(٣) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول - طبعة سنة ١٩٥٠
صفحة ٥٠٣ ، ٥٠٤

٣٥٦ — أما الوصية السرية فهي التي يوقع عليها الموصى سواء أكان قد كتب نصها بخطه أم لم يكتبه • ويودع الموصى هذه الوصية في مكتب التوثيق (أى عند الموثق في فرنسا notaire) — وهي مغلقة وعليها الاختام clos et scellé — وذلك بحضور ستة شهود • ثم يحرر الموثق محضرا بهذا الايداع يوقع عليه هو نفسه ومعه الموصى والشهود ويعتبر تاريخ هذا المحضر تاريخا للوصية «١»

وتنص المادة ٩٧٨ على أن الموصى الذي لا يستطيع القراءة لا يمكن أن يعمل وصية سرية وتضيف المادة ٩٧٩ أن الذي لا يستطيع الكلام ولكنه يستطيع الكتابة يمكنه عمل الوصية على شرط أن يكتبها ويوقع عليها ويضع عليها التاريخ بخط يده هو نفسه ويودعها عند الموثق بحضور الشهود •

وهناك اشكال أخرى للوصايا منها البحرية والحرية نصت عليها المادة ٩٨١ من القانون الفرنسى لا ترى محلا للافاضة فيها •

٣٥٧ — ونقل القانون اليونانى عن القانون الفرنسى أنواع الوصية الثلاثة كما ذكرنا مع التعديلات أو الايضاح الآتى :

(١) لا يترتب على عدم صحة التاريخ فى الوصية الخطية اعتبارها بدون تاريخ أو باطله (١٧٢١)

(٢) تحرر الوصية التى بعقد رسمى أمام موثق واحد وثلاث شهود أو امام موثقين وشاهد واحد (١٧٢٤) وتطبق عليها باقى القواعد الخاصة بالعقود الرسمية (١٧٣٤)

(٣) والوصية السرية هى التى يكتبها الموثق أو تكتب له فيوقع عليها وعلى كل صحيفة منها وكذا على كل اضافة فى الهامش ثم يسلمها بنفسه الى الموثق مغلقة ومختومة بحضور ثلاث شهود • بحيث لا يمكن فتحها الا بكسر الاختام ويجب على الموثق أن يكتب عليها أو على الظرف الذى يحويها اسم الموصى ولقبه وتاريخ استلامه الوصية ثم يوقع على هذا البيان ومعه الشهود والموصى ، أما اذا تعذر على هذا الاخير التوقيع فيثبت ذلك (المواد من ١٧٣٨ الى ١٧٤٢)

هذا ويتفق القانون اليونانى مع الفرنسى فى بطلان الوصية التى يكتبها أكثر من شخص واحد ويسمى الوصية المشتركة (١٧١٧) testament commun

أما القانون الفرنسى فيطلق عليها عبارة testament conjonctif أى المنضمة

(١) كولان وكابتان — شرح القانون المدنى الفرنسى — الجزء الثالث صفحة ٨٦٧ — الطبعة الثانية •

أو المزدوجة وهى باطلة أيضا عملا بالمادة ٩٦٨ من ذلك القانون لأنها تشمل أكثر من ارادة واحدة للغير أو ارادتين متبادلتين *

٣٥٧ مكرر - ولا يثق القانون الهولاندى بالوصية الخطية olographe ويقصرها على تعيين منفذ الوصية وارادة الموصى الاخيرة فيما يتعلق باجراءات الجنائز والدفن أو فيما يخص الملابس والمجوهرات والاثاث (مادة ٩٨٢) أما اذا شملت الوصية الخطية مازاد على ذلك فيجب أن تودع عند الموثق بحضور شاهدين ويحرر محضر باياداعها (مادة ٩٧٩) *

هذا ومحظور على الرعايا الهولانديين أن يعملوا وصايا خطية في خارج هولاندا بل يجب أن تكون الوصية في هذه الحالة رسمية (٩٩٢)

٣٥٨ - وفي بعض مقاطعات كندا لايعرف القانون سوى الوصية بعقد رسمى والوصية الخطية * أما الوصية السرية فقد استبدلها بما أسماه «الوصية طبقا للقانون البريطانى» وهى وصية مكتوبة يوقع عليها الموصى بحضور شاهدين (٨٤٢ ، ٨٥١) ٣٥٩ - أما القانون البرتغالى فيعترف بالوصية بعقد رسمى والوصية السرية ويجهل الوصية الخطية والاولى يجب أن تحرر أمام الموثق وبحضور خمس شهود وتسجل في سجل خاص يحتفظ به هذا الموثق * أما الوصية السرية فيودعها صاحبها بحضور خمس شهود ويؤشر الموثق عليها (على الظرف) دون أن يقرأ ما بداخلها * ٣٦٠ - وكان القانون الاسبانى القديم يجهل - هو الآخر - الوصية الخطية olographe ولكن الشارع اعترف بها في القانون المدنى الصادر في سنة ١٨٨٩ - مستلهما في ذلك القانونين الفرنسى والايطالى - ولكنه فرض عليها بعض القيود من ذلك (١) انه يجب أن تتوج بالصيغة التنفيذية في خلال خمس سنوات على الاكثر من تاريخ وفاة الموصى (مادة ٦٨٩) ، (٢) لايمكن أن تعمل الا من موصى بالغ سن الرشد (٦٨٨) *

قوانين أخرى لا تعترف بالوصية الخطية

٣٦١ - هذا ويعترف القانون الارجنطينى والمكسيكى بالوصية الخطية ولكن هذا الاخير يشترط فيها (١) أن تكون صادرة من شخص بالغ سن الرشد و(٢) أن تعمل من نسختين يضع الموصى بصمته عليهما ويحتفظ بالنسخة الثانية في مؤسسة (لعلها تشبه مكتب التوثيق في مصر) تدعى « السجل العام » Registre Public ولا تعترف انجلترا والسويد والنرويج وروسيا وشيلي بالوصية الخطية *

٣٦١ - وافردت جمهورية كولومبيا في أمريكا الجنوبية بالاعتراف - كالقانون

المصرى — بالوصية الشفوية ولكنها تشترط حصولها أمام ثلاث شهود (مادة ١٠٦٧ وما بعدها) •



الاهلية في الوصية

٣٦٢ — ويصعب التمييز أحيانا بين شروط الصحة وشروط الشكل في الوصية — مثال ذلك نص المادة ٩٦٨ من القانون الفرنسى التى لاتجيز الوصية المنظمة أو المزدوجة التى يكتبها أكثر من شخص فى وقت واحد وفى تصرف واحد للمغير أو بطريقة تبادلية بينهما testament conjointif فهل هى من الشروط الشكلية فيطبق عليها فى مصر قانون الموصى وقت الايصاء أو موضوعيه فيطبق عليها قانونه وقت الوفاة (١) •

ومن أظهر هذه الصعوبات مسألة أهلية الموصى وهل تعتبر داخلية فى نطاق « الشكل » فيطبق قانون الموصى « وقت الايصاء » أم أنها شرط موضوعى يخضع لقانون الموصى « وقت الوفاة » •

فهنالك رأى يعتبر « الاهلية » شرطا موضوعيا تأسيسا على أن الوصية لاتصبح وصية حقيقية ونافذة الاثر الا عند وفاة الموصى لا وقت صدورها منه لاحتمال أنه كان يستطيع أن يعدل عنها فى أى وقت •

أما الرأى المضاد الذى يعتبر الاهلية شرطا شكليا يخضع لقانون الموصى وقت الايصاء فهو مؤسس على أن الوصية عمل ارادى ومن ثم يجب أن يولد صحيحا بصرف النظر عن الميعاد الذى ينتج فيه آثاره القانونية •

ونرى أن هذا الرأى الثانى هو الصحيح وقد أخذ به القانون الفرنسى فقد أخضع أهلية الموصى لقانون جنسيته وقت الايصاء فى حين أنه أخضع الشروط الموضوعية الاخرى للوصية لقانون الميراث — ومعنى ذلك أنه لم يجمعهما فى صعيد واحد • وأعتبر أن انشاء الوصية يستلزم وجود الاهلية طبقا لقانون الموصى فى الوقت الذى يجرى فيه هذا الانشاء • أما بعد حصولها ووفاة الموصى فتندرج الوصية ضمن الميراث وتخضع لاحكامه فيما يتعلق بشروطها الموضوعية •

٣٦٣ — أما القانون الدولى الخاص البريطانى وزميله الأمريكى فيميزان بين العقار والمنقول ويخضعان « الاهلية » بالنسبة للاول لقانون موقعه وهو ثابت

(١) كولان وكانيان — شرح لقانون المدنى الفرنسى — الجزء الثالث — الطبعة الثانية صفحة ٨٤٣ •

لا يتغير ويخضعانها بالنسبة للثاني لقانون آخر موطن للموصى ♦

ويأخذ القانون الارجنتيني بمبدأ اخضاع أهلية الموصى لقانون موطنه وقت عمل الوصية بصرف النظر اذا كان الموصى به «١» عقارا أو منقولا ♦

عدم الاهلية الخاصة
في الوصية

٣٦٤ - ويجب التمييز بين « الاهلية » العامة في الايصاء التي تكلمنا عنها وبين حالات « عدم الاهلية الخاصة » التي يمكن تسميتها أيضا « بموانع الوصية » لأنها تندرج تحت شروطها الموضوعية ومن ثم فهي تخضع - في نظر القانون المصرى - لقانون جنسية الموصى وقت الوفاة طبقا لقاعدة الاسناد المنصوص عليها في المادة ١٧ من القانون المدنى ، مثال ذلك :

(١) المادة ٩٠٧ من القانون الفرنسى التى تمنع القاصر من الايصاء لصالح الوصى عليه ♦ ويبقى هذا الخطر قائما حتى بعد بلوغ القاصر سن الرشد ووقتئذ لا يستطيع هذا الاخير أن يعمل الوصية لصالح الوصى الا بعد أن يكون هذا الوصى قد قدم حسابه فاعتمد ♦

وتستثنى المادة من هذا الحكم الحالة التى يكون فيها الوصى أحد والدى القاصر الموصى ♦

(٢) المادة ٩٠٩ من نفس القانون لا تجيز الوصية ولا الهبة لصالح الطبيب أو الجراح أو الصيدلى التى يعملها لهم الموصى أو الواهب فى أثناء مرضه الذى انتهى بوفاته ويكونوا قد تعرفوا به وعاملوه بمناسبته - وتشبه هذه المادة القرينة الخاصة بمرض الموت فى القانون المصرى وهى المنصوص عليها فى المادة ٩١٦ فقرة ١ التى تكلمنا عنها فى البند ٣٤٨ ♦

(٣) وينص قانون جمهورية شيلى على أن الشخص الذى يعتبره القانون « ميتا مدنيا » mort civil لا يستطيع أن يوصى للغير «٢» ♦

الرجوع فى الوصية
والفاؤها

٣٦٥ - ومن المبادئ الاساسية فى الوصية أن الموصى يستطيع الرجوع فيها طالما وأنه على قيد الحياة ♦

وينص القانون الفرنسى على أن الرجوع فى الوصية قد يحصل اما صراحة أو ضمنا بمحض اختيار وارادة الموصى - وهذا بدون مساس بحق صاحب المصلحة فى طلب الغائها - بعد وفاة هذا الاخير - بحكم قضائى فى حالة عدم قيام الموصى له

(١) دكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص المصرى - الجزء الثانى .
صفحة ١٧٦ .

(٢) جميل خانكى - لرجع المتقدم صفحة ١٨٤ .

بتنفيذ ما فرضه عليه الموصى من التزامات لمصلحة الغير أو الجحود وعدم الاعتراف بالجميل ingratitude على غرار ما قد يحصل في الهبة (مادة ١٠٤٦) وتشترط المادة ١٠٤٧ في حالة تأسيس طلب الانعفاء révocation على الالهانة البالغة التي قد يلصقها الموصى له باسم الموصى وسمعته أن تقام الدعوى في ظرف سنة من حصول الالهانة .

متى تصبح الوصية
كان لم تكن

٣٦٦ - هذا وقد حدد القانون المدني الفرنسى في المواد من ١٠٣٩ الى ١٠٤٣ الاحوال التي تعتبر فيها الوصية لاغية وكأنها لم تكن (caduc) وهى :

- (١) أن يتوفى الموصى له قبل الموصى .
- (٢) أن يرفض الموصى له الوصية .
- (٣) أن يكون قد أصبح غير أهل لتلقى الارث بالوصية بعد وفاة الموصى .
- (٤) هلاك الشئ الموصى به سواء قبل وفاة الموصى أو بعدها بحادث أو بقوة قاهرة .

ونظرا لان هذه الاحوال مؤسسة على وقائع منطقية فقد أخذت بها القوانين الاخرى التى تسير على نمط القانون الفرنسى وتستهدى أحكامه «١» .

٣٦٧ - أما اذا كانت الوصية تشمل شرطا مخالفا للنظام العام فى البلد الذى ستنفذ فيه أو شرطا مخالفا للآداب فان الشرط لا ينفذ ويقضى بطلانه - ولا يعتبر مخالفا للآداب الايضاء لصالح عشيقه الموصى اذا كانت الفكرة مؤسسة على تعويضها الضرر الادبى أو المادى الذى لحقها «٢» .

النظام العام والآداب

٣٦٧ مكرر - هذا وتحتجز أكثر القوانين نصيبا معينيا لورثة معينين فى حالة الوصية تطلق عليه عبارة « النصيب المحتجز »

النصيب المحتجز

ومن هذه القوانين اليونانى اذ تنص المادة ١٨٢٥ منه على أن الفروع والاصول

(١) ارمانجون ونولد وولف - القانون المقارن - الجزء الاول - طبعة سنة ١٩٥٠ نبذة ٣٣٨ .

(٢) أنظر حكم المحكمة القنصلية البلجيكية بالاسكندرية المؤرخ ١٢ من مارس سنة ١٩٤٨ والمنشور فى مجلة المحاكم المختلطة عدد ٢٦ ، ٢٧ مايو سنة ١٩٤٨ رقم ٣٩٢٨ والمواد ٩٠٠ ، ١١٣١ ، ١١٣٣ من القانون البلجيكى وأنظر كذلك جميل خانكى (الاحوال الشخصية للاجانب صفحة ١٣٣) .

والزوج الباقي على قيد الحياة لهم نصيب محتجز لا يصح أن يقل عن نصف نصيبهم الشرعى •

ومن القوانين الاخرى التى نصت على النصيب المحتجز أيضا (مع بعض الفوارق) القانون الايطالى والقانون الفرنسى •

أما القاعدة فى القانون البريطانى «^١» فهى « حرية الايضاء » ومع ذلك فقد نصت المادتان الاولى والثانية من القانون المدعو Family Provisions Act الصادر فى سنة ١٩٣٨ والمعدل بالقانون المسمى Intestates' Estates Act الصادر فى سنة ١٩٥٢ حماية الاشخاص الآتين وهم :

(١) الزوج أو الزوجة •

(٢) البنت الغير متزوجة أو العاجزة عن كسب قوتها لضعف جسمانى أو عقلى فيها •

(٣) والابن القاصر

(٤) أو الابن العاجز عن كسب قوته لضعف جسمانى أو عقلى •

ولهؤلاء أن يطلبوا فى خلال ستة أشهر (قابلة للتجديد) من الامر الصادر بتعيين مدير للتركة أو من تاريخ شهر الوصية من المحكمة أن تخصص لهم مالا معيناً من أموال التركة يستخدم ايراده للاتفاق عليهم — ويسقط هذا الحق فى الاحوال الآتية:

(١) اذا تزوج الزوج الباقي على قيد الحياة (زوج أو زوجة) •

(٢) اذا تزوجت البنت أو أصبحت قادرة على كسب قوتها بزوال عجزها الجسمانى أو العقلى •

(٣) اذا بلغ الابن سن الرشد فى ٢١ سنة أو زال سبب العجز الجسمانى أو العقلى الذى كان يحول دون كسبه لقوته •

ونصت الفقرة السابعة من المادة الاولى على أن المحكمة يجب أن تدخل فى حسابها عند التقدير الاسباب التى حدت بالمورث الى حرمان أحد هؤلاء الاشخاص من التركة •

هذا وفى الحالة التى تقل فيها قيمة التركة عن خمسة آلاف جنيه يجوز للمحكمة أن تستقطع منها مبلغا معيناً يعطى لهؤلاء المستحقين (أو أحدهم) دفعة واحدة بدلا من أن يستخدم ريعه فقط فى أداء هذه المعونة •

(١) قدم لنا لاسناز ادوارد ليان المحامى ومستشار القنصلية البريطانية فى الاسكندرية بحثا فى هذا الشأن فنشكره على معاونته لنا •

الجزء الثالث

شرح قواعد المرافعات في مواد الاحوال الشخصية

للأجانب

تقسيم :

٣٦٨ - سنوزع هذا الجزء الثالث على فصول ثلاثة :

الاول : يشرح قواعد الاختصاص على اختلاف أنواعه ما كان منه خاصا
بالولاية العامة Jurisdiction أو بنوع القضية ratione materiae
أو بوظيفة المحكمة أو الهيئة المختصة أو بمحل التقاضى

والثانى : يوجز قواعد المرافعات الاساسية التى تتميز بها الاحوال الشخصية ♦

والثالث : يتكلم عن طرق الطعن وتنفيذ الاحكام والقرارات ♦

الفصل الأول الاختصاص

تمهيد

٣٦٩ - سبق أن ذكرنا أنه بمجرد عقد معاهدة مونترو في ٨ من مايو سنة ١٩٣٧ أصدر اشرار مصرى ، فى ١١ من أكتوبر سنة ١٩٣٧ ، القانون رقم ٩٤ الذى أضاف به على قانون المرافعات المدنية والتجارية المختلطة كتابا خامسا تحت عنوان « الاجراءات فى مسائل الاحوال الشخصية »

Des Procédures en matière de Statut Personnel

بدأ بالمادة ٨١٧ وانتهى بالمادة ٩٢٥ - وذلك لانه على اثر ابرام المعاهدة المذكورة انتقلت للمحاكم المختلطة ولاية الفصل فى قضايا الاحوال الشخصية للاجانب الذين لم يكن لهم محاكم قنصلية وقت العمل بالمعاهدة أو الذين ستلقى محاكمهم القنصلية فى فترة الانتقال .

القانون رقم ١٢٦
لسنة ١٩٥١

٣٧٠ - ولما الغيت المحاكم المختلطة بعد انتهاء فترة الانتقال المذكورة وأصبح للمحاكم المصرية الولاية العامة فى الفصل فى قضايا سكان القطر المصرى جميعا بما فيهم الاجانب وحتى فيما يتعلق بنظام أحوالهم الشخصية عملا بالمادتين ١٢ ، ١٣ من قانون نظام القضاء أصبح لازما وضع قانون جديد للمرافعات خاص بهذه الاحوال الشخصية يطبقه القاضى المصرى بوصفه جزءا من قانونه الشخصى وفقا لنص المادة ٢٢ من القانون المدنى التى قضت بأنه :

« تسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات »

ولذلك أصدر الشارع القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ باضافة كتاب رابع الى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى خاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية بدأ بالمادة ٨٥٩ وانتهى بالمادة ١٠٣٢ .

ونصت المادة الرابعة من قانون الاصدار على أن القانون الجديد قد ألغى سالفه رقم ٩٤ لسنة ١٩٣٧ كما ألغى القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ الخاص بالاجراءات أمام محاكم الاحوال الشخصية والكتابين الثانى والثالث من قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ كما ألغى اجمالا كل ما كان مخالفا لاحكامه وقواعده الجديدة .

هذا وسنبعث فيما يلى الاختصاص موزعا على أربعة أقسام هى :

(١) الاختصاص العام Compétence Juridictionnelle

- ♦ (٢) الاختصاص النوعى
- ♦ (٣) الاختصاص بالنسبة للموظيفة
- ♦ (٤) الاختصاص المحلى
- ♦ (٥) اختصاص النيابة العامة

(١) الاختصاص العام de Juridiction

٣٧١ - نصت المادة ٨٥٩ من قانون المرافعات (وهى الاولى فى الكتاب الرابع الجديد) على الاختصاص العام وقالت ان المحاكم المصرية العامة Les Tribunaux de Droit Commun لها ولاية الفصل فى مسائل الاحوال الشخصية «للاجانب» وتعتبر هذه المادة بمثابة الدستور الاول للاختصاص النوعى فى مسائل الاحوال الشخصية وان كانت لاتعدو أن تكون ترديدا للمبدأ الذى نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون النظام القضائى ♦

المادة ٨٥٩ مرافعات

٣٧٢ - وبمقارنتها بهذه الاخيرة نجد أنها استعملت كلمة « أجانب » لتعبر عن الولاية الاقليمية العامة للقضاء المصرى فى حين أن المادة ١٢ فقرة ٢ من قانون نظام القضاة استعملت نصا أعم وأصرح بقولها أن للمحاكم المصرية الولاية العامة فى مسائل الاحوال الشخصية « لغير المصريين » ♦ وقد رأينا فى البند ٦١ وما بعده من هذا الكتاب ان عبارة «غير المصريين» تشمل عديمى الجنسية apatride الذين كانوا قبل ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ خاضعين لاختصاص محاكم الاحوال الشخصية الاخرى ، وكانت تختلف حسب الاحوال ، فعديم الجنسية المسلم كان يحتكم للمحاكم الشرعية والاسرائيلى لدار الحاخام والمسيحى للبطيركية الارثوذكسية أو الكاثوليكية أو البروتستنتية طبقا للمذهب التابع له ♦

مقارنتها بالمادة ١٢ فقرة (٢) من قانون نظام القضاء

أما الآن فإن « غير المصريين » خاضعون للمحاكم المصرية المدنية بوصفها محاكم القانون العام Les Tribunaux de Droit Commun وتأسيسا على هذا المبدأ قضت دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية باختصاصها فى دعوى سيدة مسلمة متزوجة بلبنانى مسلم كانت قد طلبت اثبات طلاقها منه وحضاتنها لاولادها ♦

وطبقت المحكمة فى هذه القضية - بعد أن حكمت باختصاصها - القانون المصرى دون اللبنانى عملا بالمادة ١٤ من القانون المدنى التى تنص على أنه اذا كان أحد الزوجين مصرىا وقت انعقاد الزواج كان القانون الواجب الاعمال هو القانون

المصرى وحده «١» •

وأضافت المحكمة أن القانون المصرى للاحوال الشخصية لسيدة مصرية مسلمة هو الشريعة الاسلامية «٢» •

ونخلص من هذا بأن الاختصاص الولاى العام de Juridiction فى مسائل الاحوال الشخصية ثابت للمحاكم المصرية بطريقة قاطعة من نص المادة ١٢ فقرة ٢ من قانون نظام القضاء والمادة ٨٥٩ من قانون المرافعات •

٣٧٣ - وقد عدت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الاحوال الشخصية تقلا عن المادة ٢٩ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة المرفقة بمعاهدة مونترو •

(٢) الاختصاص النوعى Ratione Materiae

تعداد الاحوال
الشخصية

٣٧٣ - تطلق عبارة «الاختصاص النوعى» على الاختصاص الموزع طبقا « لنوع » الدعوى • وقد حددت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء « الاحوال الشخصية » التى تختص بها المحاكم المصرية وقد سردناها فى البند ٦٦ ثم شرحناها تفصيلا فى الجزء الثانى من هذا الكتاب وبدأنا بالخطبة وانتهينا بالوصية •

الاختصاص فى الولاية
على المال والارث

٣٧٤ - ولكن اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للارث وللولاية على المال يتأرجح بين الاختصاص الولاى العام Juridiction والاختصاص النوعى بمعناه الصحيح • ولما كان الثانى أكثر ظهورا فيه فقد فضلنا دراسته تحت عنوانه •

فقد نصت المادة ٨٦٠ من قانون المرافعات على ما يأتى :

تختص المحاكم المدنية المصرية فى مسائل الولاية على المال اذا كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائيا موطن فى مصر أو اذا كان بها آخر موطن للغائب •

وتختص بمسائل الارث فى الاحوال الآتية :

- (١) اذا كان آخر موطن للمتوفى بمصر • •
- (ب) اذا كان موطن المدعى عليهم كلهم أو بعضهم فى مصر •

(١) القضية رقم ١٩٥٠ سنة ١٩٥٣ وقد حكم فيها بتاريخ ٢٣ من مارس سنة ١٩٥٤

(٢) أما القانون المصرى للاحوال الشخصية لشخص مصرى مسيحى أو اسرائيلى فهو قانون دينه كما سلف القول بالتفصيل ولاسيما فى البند ٦١ وما بعده •

(ج) اذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر وكان المورث مصرياً أو كان الورثة كلهم أو بعضهم مصريين ♦

(ء) اذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في مصر وكانت محكمة محل افتتاح التركة غير مختصة طبقاً لقانونها ♦

وأول شرط يحتتمه القانون في أعمال هذه المادة هو وجود أجنبي في الدعوى أو على الأصح شخص « غير مصرى » كما أسلفنا القول تفصيلاً في البند ٦١ وما بعده والبند ٣٧٢ ♦

وتكلمت الفقرة الأولى من المادة عن الولاية على المال في حالة طلب توقيع الحجر interdiction أو تعيين ناصح قضائى (ويسميه القانون « المساعد القضائى ») Conseil Judiciaire — كما في القانونين الفرنسى واليونانى « ١ » أو تعيين وصى على قاصر أو قيم على غائب ♦

وتختص المحاكم المصرية في هذه الحالات اذا كان « موطن » الشخص المطلوب حمايته في مصر كالقاصر أو المراد توقيع الحجر عليه أو تعيين ناصح (أو مساعد) قضائى له ♦

أما بالنسبة « للغائب » فيتحدد الاختصاص طبقاً « لآخر موطن » له ♦ فإذا كان « آخر موطن » للغائب في الاسكندرية كانت المحكمة المصرية بالاسكندرية هى المختصة ♦

٣٧٥ — ومن رأينا أن عبارة « موطن » أو « آخر موطن » تحدد طبقاً للقانون المصرى لا الاجنبى التابع له الشخص المطلوب حمايته وذلك لان هاتين العبارتين وردتا في باب « الاجراءات » وعلى وجه التحديد في الكلام عن « الاختصاص » ومن ثم وعملاً بالمادة ٢٢ من القانون المدنى — التى تنص على أن القانون الواجب الاعمال في مسائل الاجراءات هو القانون المصرى بوصفه « قانون القاضى Lex Fori » فقد أصبح واضحاً أن القاضى المصرى في تعيينه اختصاصه النوعى بالنسبة للولاية على المال لا يلتفت الى أى قانون آخر خلاف قانونه الوطنى وعلى وجه التحديد للمادة ٤٠ وما بعدها من القانون المدنى المصرى — يؤيد ذلك أن الفقرة الاخيرة من المادة ٩٧٥ من قانون المرافعات التى تكلمت عن الاختصاص المحلى في مسائل الولاية على المال قد نصت على أنه في حالة تعذر معرفة « الموطن » أو « آخر موطن »

هل يحدد « الموطن » طبقاً للقانون المصرى أو الاجنبى

(١) أنظر البندين ١٥٤ ، ١٦٠ من هذا الكتاب .

للشخص المطلوب حمايته يتحدد محل التقاضى بالمحكمة الكائن فى دائرتها « ماله » •
والحق أن هذه الفقرة كان يجب أن تنقل من المادة ٩٧٥ لتضاف للمادة ٨٦٠
وذلك لأنها جعلت من مكان وجود المال محلا للاختصاص النوعى للمحاكم المصرية
فى مسائل الولاية على المال وهذا بخلاف دلالتها على اهتمام الشارع المصرى ببسط
سيادته القضائية العامة souveraineté juridictionnelle

ومثل هذا الاهتمام لا يتفق مع تفسير عبارة « موطن » طبقا للقانون الاجنبى •

أمثلة من الاقضية
المصرية الحديثة

٣٧٦ - وقد عرضت على دائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية قضية
من هذا النوع نوجز وقائعها فى أن شخصا بريطانيا ولد فى الاسكندرية من والدين
لهما أملاك عقارية فيها سافر الى الولايات المتحدة ليتلقى علومه العالية وهناك
تعرف بسيدة أمريكية وتزوج منها ورزق بابنة ثم بعد غياب بضع سنوات عاد للقطر
المصرى وفى طريقه للعودة أصيب بلوثة فى عقله فلحقت به زوجته وابنته ثم تركهما
فى الاسكندرية وعاد الى أمريكا حيث اختفى بعد ذلك ولم يعرف له محل إقامة
وتجاوز هذا الغياب سبعة سنوات • وعندئذ أقامت ابنته وزوجته دعوى على
شقيقته المقيمة فى مدينة الاسكندرية يطالبانها بتقديم الحساب عن ادارة تركته التى
كانت تحت يدها باعتبارهما ورثته الشرعيين تأسيسا على أن القانون الانجليزى يعتبر
الغائب متوفيا بعد انقطاع أخباره عن ذويه مدة سبعة سنوات متوالية
presumption of death

ودفعت الشقيقة بعدم ولاية المحاكم المصرية عملا بالمادة ٨٦٠ من قانون المرافعات
وبنت هذا الدفع على أن آخر موطن للغائب كان أمريكا لا قطر المصرى وأن عبارة
« موطن » يجب أن تفسر طبقا للقانون الانجليزى التابع له الغائب وأن هذا القانون
يعتبر أن عدم التثبت من الموطن المختار المسمى Domicile of Choice يؤدي
الى الاخذ بالموطن الاصلى Domicile of Origin وهذا يتحدد بدوره بالمكان الذى
ولد فيه والد الشخص المراد تحديد موطنه « ١ » وهو بريطانيا • وانضمت النيابة
العامة لهذا الدفع ولكن الخصوم لم يمكنوا المحكمة من الفصل فيه لانهم بعد حجز
القضية للحكم تقدموا بعريضة طلبوا فيها إعادة القضية للمرافعة ثم قررت المدعى
عليها أنها - عملا بالمادة ٨٦٢ من قانون المرافعات - تقبل اختصاص المحاكم المصرية •
وقبل أن تتكلم عن هذه المادة يمكننا أن نقول أن الدفع كان واجب الرضى

(١) نورمان بنتوتش - قانون الموطن وعلاقته بالارث صفحة ٣٦ ، ٢٢
Norman Bentwich — The Law of Domicile and its relation with
succession.

تأسيسا على أن « الموطن » يتحدد طبقا للقانون المصرى لا القانون الاجنبى لارتباط هذا الموطن « بالاجراءات » • وهى خاضعة — عملا بالمادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى لقانون القاضى Lex Fori « ١ » •

أما المادة ٨٦٢ المشار اليها فهى تنص على أنه :

يجوز للمحكمة المصرية أن تحكم فى الدعوى ولو لم تكن داخلية فى اختصاصها طبقا للمواد السابقة اذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة •
ولاول وهلة يبدو حكم هذه المادة عجيبا لان قواعد الاختصاص النوعى متعلقة دائما بالنظام العام ومن ثم لايجوز الاتفاق على خلاف ما تقضى به •

ولكن المذكرة التفسيرية للمادة سالفه الذكر فسرت هذا الوضع بما يفيد أن مسائل الاختصاص — حتى النوعى منه — فى القانون الدولى الخاص لايمس النظام العام وأن أكثر الدول أخذت بهذا المبدأ تسهيلا للفصل فى الدعاوى وعدم التعثر فى تنازع القوانين وان كان بعضها يستثنى من هذه القاعدة دعاوى التطبيق لاحتمال أن الطرفين — تهربا من القانون الواجب الاعمال — قد يقبلان اختصاص محكمة أجنبية بغية الانتفاع بقانونها واستطردت المذكرة التفسيرية تقول انه لاداعى للتخوف من هذه الحالة فى مصر لان قاعدة الاسناد فيها تخضع التطبيق للقانون الشخصى لا لقانون القاضى •

ويمكننا أن نقول باختصار أن المادة ٨٦٢ نصت على حالة من حالات استقلال الارادة Autonomie de la volonté التى كان دومولان Dumoulin أول من نادى بها « ٢ » •

٣٧٧ — هذا ولا يصح الاسراف فى الظن أن فكرة « النظام العام » قد تلاشت فى مسائل الاختصاص المتعلقة بالقانون الدولى الخاص وذلك لان المادة ٨٦٧ من قانون المرافعات تعود به الى أذهانتنا عندما تنص على أنه :
اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن المحكمة مختصة بنظر الدعوى وفقا للمواد السابقة تحكم بعدم اختصاصها بغير حاجة الى طلب •

٣٧٨ — وفى قضية أخرى اعملت دائرة الاحوال الشخصية ذاتها الفقرة (د) من المادة ٨٦٠ فى طلب تقدم به لها شخص بريطانى عين منفذا لوصية عملها بريطانى آخر واعتمدت المحكمة العليا البريطانية هذا التعيين بقرار منها ولكن لما كان للتركة أموال

(١) حكم أول ديسمبر سنة ٩٥٣ الصادر فى القضية رقم ١٤٥٤ سنة ١٩٥٢ •

(٢) أنظر البند رقم ٥ من هذا الكتاب •

منقولة في القطر المصري فقد أبت المصارف الاعتراف بصفة المنفذ الذي أقرت المحكمة العليا البريطانية تعيينه الا بعد أن يصدر حكم أو قرار مماثل من المحاكم المصرية • ورأت النيابة العامة أن الطلب يرمى الى تنفيذ « حكم أجنبي » ومن ثم يتعين اعمال المواد ٤٩١ وما بعدها من قانون المرافعات وادخال المصارف في الدعوى ولكن المحكمة لم تأخذ بهذا الرأي وارتكبت على ما يأتي : —

(١) ينص القانون الانجليزي على أنه اذا كانت بعض عناصر التركة موجودة في خارج انجلترا فان محاكم بريطانيا ليست مختصة بالنظر فيها بل المختص بذلك هو المحكمة الاجنبية التي توجد في دائرتها هذه الاموال •

(٢) بناء على ذلك وعملا بالفقرة (د) من المادة ٨٦٠ تكون محكمة الاسكندرية الوطنية مختصة بنظر طلب تعيين المنفذ بالنسبة لهذه الاموال الموجودة في دائرتها

(٣) أما القول بأن اقرار تعيين منفذ الوصية الذي سبق للمحكمة البريطانية العليا ان أقرت تعيينه يعتبر تنفيذا لحكم أجنبي ومن ثم يخضع لشروط هذا التنفيذ التي نصت عليها المواد ٤٩١ وما بعدها من قانون المرافعات فهو قول لا أساس له لان قرار المحكمة العليا لا يعتبر حكما في خصومة بل عملا أقرب الى الولاية الادارية *juridiction gracieuse* منه للولاية القضائية *contentieux* للمحكمة العليا المذكورة •

(٤) آراء ذلك يصبح اعتماد المحكمة المصرية لقرار المحكمة البريطانية العليا سائفة الذكر من قبيل الاستئناس برأى على غرار اعتماد المحكمة لاي تقرير يقدمه خبير في الدعوى •

(٥) ومن ثم لا محل للتحدث عن « تنفيذ حكم أجنبي » *exequatur* بل الاولى أن يطلق على هذا الاعتماد أنه مؤسس على نظرية المجاملة *courtoisie internationale* التي بدأت المدرسة الهولندية باثارتها في القرن السابع عشر عن طريق الاستاذ جان فوييه *Jean Voet*

(٦) خاصة وأن هذا يطابق ما يقوله رجال القانون الدولي الخاص البريطاني أنفسهم بدليل هذه العبارة في كتاب

« ١ » Sir David Huges, Parry and Donald Charles Potter

(١) أنظر الحكم الصادر في ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٥٣ في القضية رقم ٢٢٧٤ سنة ١٩٥٣ والبند (٦) من هذا الكتاب — وكتاب الاساتذة المذكورين باللغة الانجليزية وعنوانه *Williams on Executors and Administrators 13th edition. p. 108.* Vol. 1 No. 165.

...«if it should become necessary that the courts of the foreign country where the assets are situated should grant probate or administration for the purpose of giving a legal right to recover and deal with them, such courts by the «Comity of Nations», would probably follow the decision of the Court of Probate in this country as being the country of domicile».

الاختصاص في باقى
مسائل الاحوال
الشخصية

٣٧٩ - أما في باقى الاحوال الشخصية كدعاوى بطلان الزواج والتطليق والفرقة الجسمانية والتبنى واثبات النسب الشرعى وما الى ذلك فقد نصت المادة ٨٦١ على اختصاص المحاكم المصرية فيها اذا كان للمدعى عليه موطن في مصر أما اذا لم يكن له موطن في مصر فيجوز - مع ذلك - اقامة الدعوى أمام المحاكم المصرية في الاحوال الآتية :

(١) اذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج وكان العقد يراد ابرامه لدى موثق مصرى في الحدود الجائز فيها هذا الاجراء «١» .

(ب) اذا كانت الدعوى بطلب التفريق الجسمانى أو التطليق أو فسخ عقد الزواج وكانت مرفوعة من الزوجة المقيمة في مصر على زوجها المقيم في الخارج في احدى الحالتين الآتيتين :

(١) اذا كان الزوج قد هجر زوجته بعد أن كان متوطنا في مصر أو (٢) جعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب التطليق أو التفريق أو الفسخ أو كان قد أبعد عن المملكة المصرية .

(ج) اذا كانت الدعوى بطلب نفقة للام أو للزوجة أو للصغير وكان هؤلاء يقيمون عادة بمصر .

(د) اذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم بمصر أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها .

(هـ) اذا كان المدعى مصرية أو متوطنا في مصر وذلك اذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو اذا كان القانون المصرى واجب التطبيق في موضوع الدعوى .

٣٨٠ - وقد اتاحت لدائرة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية الفرصة في اعمال الفقرتين (ب) و (ج) من المادة المذكورة في قضية طريفة نوجز وقائعها فيما يلى : -

مثل من الاقصية
المصرية

كان يعيش في مصر زوجان يونانيان أنجبا أولادا ثم عنَّ للزوج أن يسافر الى

(١) يراجع البندان ٢٠٦، ٢٠٧ من هذا الكتاب .

استراليا للبحث عن عمل يكون أوسع أفقا من عمله في القطر المصري • وبعد أن استقر به المقام هناك ووجد عملا لائقا كتب لزوجته طالبا حضورها اليه مع ابنته فوافقت وكان - قبل ذلك - يرسل لهما مبالغ شهرية كنفقة من حصيله عمله الجديد ولكن الزوجة بعد أن كانت ترأسه تباعا لتشجعه على العمل والاقتصاد بغية تكوين المنزل الجديد في استراليا - عادت وتنكرت له ثم تذكرت - انه فيما مضى - كان قد وقع خلاف قديم فيما بينهما - انتهى بالصلح - ولذا أقامت عليه دعوى أمام محكمة الاسكندرية التي كان في دائرتها آخر سكن للأسرة - تطلب فيها الحكم لها بتطبيقها منه والزامه بنفقة لها ولا بنتها •

ولكن المحكمة قضت بعدم اختصاصها في الطلبين وبنت حكمها على أن الزوج سافر الى استراليا وهو على أتم وفاق مع زوجته بدليل الرسائل التي بينهما ومعنى ذلك أنه لم يهجر زوجته ولم يحصل منه - قبل مغادرته للقطر المصري - أسبابا مباشرة لطلب التطبيق الجديد ولذا فلا محل لأعمال الفقرة (ب) من المادة ٨٦١ •

أما فيما يتعلق بطلب النفقة فقالت المحكمة انها غير مختصة به كذلك لان النفقة في هذه الحالة تعتبر طلبا فرعيا يتبع طلبا أصلا عملا بنظرية « الفرع يتبع الاصل » l'accessoire suit le principal ولما كان الاصل - في ذاته - ليس من اختصاص المحكمة المصرية فقد أصبح الفرع - هو أيضا - من غير اختصاصها كذلك •

أما النفقة التي نصت عليها الفقرة (ج) والتي تكون من اختصاص المحكمة المصرية حتى ولو كان المدعى عليه قد هجر الديار المصرية - فهي النفقة التي ترفع بصفة أصلية للحصول على القوت من الام أو الزوجة أو الصغير وفي هذا تقول المذكرة التفسيرية أن القانون في اجازته الاختصاص في هذه الحالة رأى تيسير الامور على مستحقى هذه النفقة الذين لا يصح أن يضاروا بسبب غياب الشخص المدين بالنفقة لانهم ضعاف ولا يقوون على تحمل مصاريف مقاضاته في خارج القطر المصري « ١ » •

٣٨١ - أما الفقرة (هـ) من المادة ٨٦١ فهي كثيرة التطبيق في مصر لان عددا كبيرا من الأزواج يترك أزواجه بعد أن يكونوا قد توطنوا في مصر ليذهب الى الخارج الى حيث لا يعلم بوجوده أحد وقد أراد القانون أن يسهل على الزوج المتروك الخلاص من الزواج التارك بأن أجاز له مقاضاته في القطر المصري رغم أنه هجره •

(١) أنظر الحكم الصادر في القضية رقم ٢٠٥١ سنة ١٩٥١ •

وقد بسط القانون هذا التسهيل أيضا للمدعى إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى •



تنحى المحاكم المصرية
عن الحكم

٣٨٢ — قلنا فى البند ٣٧٦ أن « النظام العام » فى الاختصاص العام للمحاكم المصرية فى مسائل الاحوال الشخصية ذو طبيعة مرنة نظرا لمقتضيات القانون الدولى الخاص ورغبة الشارح فى تبسيط الحلول فى تنازع الاختصاص ، وقلنا فى هذا الصدد أن المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات نصت على أن المحاكم المصرية — حتى ولو كانت غير مختصة طبقا للمواد السابقة عليها (٨٦٠ ، ٨٦١) فانها — مع ذلك تصبح مختصة اذا قبل المدعى عليه اختصاصها صراحة •

ونضيف الآن أن المادة ٨٦٥ لا تلزم المحكمة — فى هذه الحالة — بنظر الدعوى حتما بل انها أجازت لها التنحى عنها ووضعت لذلك شروطا ثلاثة هى : —

(١) أن يكون المدعى تابعا هو أيضا لنفس الدولة التابع لها المدعى عليه الذى قبل اختصاص لمحاكم المصرية •

(٢) أن يكون رفع الدعوى مرة أخرى أمام احدى محاكم هذه الدولة المشتركة جائزا فى ذاته •

(٣) أن يكون تنحى المحكمة المصرية متفقا مع حسن سير العدالة فعندئذ يجوز للمحكمة المصرية أن تكلف المدعى باعادة رفع الدعوى نفسها أمام محكمة دولته •

ومن رأينا أن المحكمة المصرية عند تنحيها عن نظر الدعوى ، رغم اتفاق الطرفين ، يتعين عليها اثبات توافر هذه الشروط فى حكمها والا كان هذا الحكم باطلا ويحق لمحكمة النقض والابرار تقضه •

٣٨٣ — ولم تقتصر المادة ٨٦٥ على هذا فقد عممت جواز التنحى فى كل الاحوال التى يكون فيها المدعى عليه غير متوطن فى مصر وهى الاحوال التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٨٦١ فى الفقرات (١) ، (ب) ، (ح) ، (د) •

وغنى عن التكرار أن هذا التنحى الخاص بهذه النصوص خاضع — هو أيضا — الى الشروط الثلاثة السابق بيانها فى البند المتقدم •

٣٨٤ — أما اذا كانت الدعوى متعلقة بعقار كائن فى مصر فتتص المادة ٨٦٦ مرافعات على أن المحاكم المصرية تكون مختصة فى هذه الحالة • وأضافت المذكرة التفسيرية للمادة المذكورة أن هذا الاختصاص الزامى فقد وردت فيها العبارة الآتية:

استثناء

« وتقضى المادة ٨٦٦ باختصاص المحاكم المصرية دائما اذا تعلق الدعى بعقار سواء انصبت مباشرة على حق عينى عليه أم كانت مؤدية الى التأثير فى حق عينى سواء بانشاءه أو بنقله أو بتغييره أو بتعديله أو بازالته » ♦
 « فسيان أن يكون النزاع متعلقا بميراث أو وصية فان المحكمة المصرية تكون مختصة به حتما متى تعلق بعقار على الرغم من كون القانون الواجب التطبيق فى موضوع النزاع قد يكون أجنبيا طبقا لقواعد القانون الدولى الخاص » ♦

النص فى الحكم على
الاختصاص النوعى
والمحل للمحاكم المصرية

٣٨٥ - هذا وتعنى المحكمة المصرية التى تقضى فى قضايا الاحوال الشخصية للاجانب أن تبين اختصاصها النوعى والمحل حتى ولو لم يدفع أحد بعدم اختصاصها فيهما وذلك لسبب واضح غير متوافر فى القضايا المدنية وهو أن الاجنبى الذى يصدر له أو عليه حكم من أحكام الاحوال الشخصية يحتاج فى أكثر الاحيان الى اعتماد هذا الحكم فى خارج مصر . فقد يرغب الزوج الذى قضى بتطليقه من زوجته الى تصحيح حياته والتزوج من أخرى فى بلده كما قد يحتاج الابن الذى قضى باثبات نسبه الشرعى لوالده الى المطالبة بحقوقه فى الخارج وكذا الحال بالنسبة للورثة الذين استطاعوا أن يطلوا وصية عملها مورثهم لاجنبى متعديا فيها الانصبه المحتجرة لهم فقد يكون من صالحهم التمسك بالحكم فى مكان آخر غير القطر المصرى وهكذا ♦♦♦♦

وكل هذه الافتراضات وغيرها يجعل من المحتمل أن يطلب صاحب الشأن من أى هيئة مختصة أجنبية أن تنفذ له الحكم الصادر له من المحاكم المصرية ♦

ولما كان تنفيذ الاحكام الاجنبية يتطلب دائما الاستيثاق من أن المحكمة التى أصدرته كانت مختصة باصداره من حيث الولاية العامة ونوع القضية ومحل التقاضى كان من حسن سير العدالة أن تذكر المحكمة أسباب اختصاصها فى هذا الشأن تسهيلا لصاحب الحكم فى تنفيذه له حتى ولو لم يدفع أحد بعدم الاختصاص ♦

(٣) الاختصاص بالنسبة للوظيفة

تقسيم

٣٨٦ - نقصد بعبارة الاختصاص بالنسبة للوظيفة ما كان متعلقا منه بتحديد العمل الذى تقوم به كل هيئة قضائية أو محكمة ♦ وسنقسم كلامنا فى هذا الشأن الى أربعة أقسام هى :

(١) اختصاص القاضى الجزئى ، (٢) اختصاص رئيس المحكمة ، (٣) اختصاص قاضى الامور الوقفية والقاضى المستعجل ، (٤) اختصاص المحكمة الكلية •

(١) اختصاص القاضى الجزئى

٣٨٧ - لم يمنح قانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ القاضى الجزئى اختصاصا واسعا فى مسائل الاحوال الشخصية فقد قصره على ما يأتى :

(١) دعاوى النفقة بين الاقارب والاصهار ونفقة الصغير وأجرة الحضانة والرضاعة (مادة ٩١٩ مرافعات) •

وحكم القاضى الجزئى يكون نهائيا اذا كانت قيمة المطلوب لاتزيد عن سنتين جنيها فى السنة •

٣٨٨ - أما اذا كانت النفقة مطلوبة بين الازواج فالامر يحتاج الى تفصيل صغير مؤداه أنه اذا كانت دعوى الطلاق أو التطلق أو الفرقة الجسمانية مازالت قائمة أمام المحكمة الابتدائية (وهى المختصة بها أصلا عملا بالمادة ٨٩٥) فان طلب النفقة يرفع أمام هذه المحكمة الاخيرة تأسيسا على أن النفقة أثر من آثار الزواج القائم كما أنها أثر من آثار انتهائه يحكم بها فى أغلب الاحيان على الزوج الذى قضى بأن « الاخطاء » المؤدية الى فصم عرى الزواج قد وقعت منه •

ونظرا لهذا الارتباط الوثيق فان المحكمة الكلية التى تنظر الموضوع الاصلى هى - عملا بالمادة ٩٢٠ من قانون المرافعات - التى تكون مختصة بنظر النفقة أيضا •

وكذلك يكون الحال اذا كانت المحكمة الموضوعية قد فصلت فى دعوى التطلق أو الانفصال الجسمانى دون أن تكون مسألة النفقة قد أثبتت أمامها • ففى هذه الحالة ، ونظرا لان النفقة يتوقف مصيرها على نتيجة الفصل فى الدعوى الاصلية فان المحكمة المختصة بتقرير هذه النفقة هى نفسها المحكمة التى نظرت الموضوع وملابساته وحددت على من تقع مسؤولية فصم الزواج وهذا ليس فقط بالنسبة للنفقة الخاصة بالزوجين بل بالنسبة لنفقات الاولاد أيضا • وهذا هو عينه مانصت عليه المادة ٩٠٢ من مرافعات (التى أتت تحت باب « العلاقات الزوجية وحضانة الاولاد وحفظهم ») •

أما فى حالة عدم اقامة دعوى طلاق أو تطلق أو انفصال جسمانى وأراد أحد الزوجين - رغم ذلك - أن يطالب بنفقة شرعية أو بزيادتها أو نقصانها أو اسقاطها - مع عدم التعرض لقيام الزوجية أو صحتها - فالقاعدة التى نصت عليها المادة ٩١٩

(١) اختصاص القاضى الجزئى فى النفقة

تفصيل فيما يخص نفقة الازواج

هي أن مثل هذا الطلب يعرض على القاضى الجزئى وحده •

اجراء تحفظ

٣٨٩ - وسواء أكان المختص القاضى الجزئى أو المحكمة الكلية فإن لمستحق النفقة أن يستصدر من كل منها أمرا يجيز له الحجز على ما يكون للمدعى عليه من مرتب أو دخل - وذلك فى الحدود المصرح فيها بالحجز قانونا •

ويحدد الامر قدرا معيناً يجوز للطالب أن يقبضه لسد حاجته الملحة قبل أن يحكم فى الدعوى •

(٢) الامر بوضع الاختتام على التركة

٣٩٠ - أما الاختصاص الثانى للقاضى الجزئى فهو :

(٢) الامر بوضع الاختتام على اعيان التركة عملاً بالمادة ٩٥٥ من قانون المرافعات بناء على طلب (١) من يدى الارث فيها (ب) مديرا التركة أو وصيها أو من يكون قد تعين منفذا لوصية اذا كان قانون المتوفى يجيز له ذلك (٣) المقيمين مع المتوفى وخدمه عند غياب الورثة جميعهم أو بعضهم (٤) دائن المتوفى اذا كان بيده سهد تنفيذى أو كان قد حصل على اذن بالحجز ، (٥) قنصل بلد المتوفى اذا كانت المعاهدات القنصلية تخول له هذا الحق •

وتضيف المادة ٩٦٠ أن من طلب وضع الاختتام له أن يطلب رفعها من القاضى الجزئى نفسه الذى أصدر الامر بوضعها بينما تنص المادة ٩٥٩ على أن من يتظلم من وضع الاختتام له أن يقدم تظلمه للقاضى ذاته بعد أن يبين فى عريضة تظلمه موطنه المختار فى دائرة المحكمة التابع لها مكان وضع الاختتام اذا لم يكن مقيماً فيها

(٣) الولاية على المال

٣٩١ - ونصت المادة ٩٧٢ من قانون المرافعات على الاختصاص الثالث لقاضى المواد الجزئية وهو الولاية على القاصر أو الغائب أو المطلوب مساعدته قضائياً أو عديم الاهلية اذا كان المال لايتعدى ثلاثة آلاف جنيه ، ويكون اختصاص القاضى الجزئى ابتدائياً فى الاحوال التى عددها المادة ٩٧٢ سالفة الذكر كما يأتى :

رسمي تاليف لستة
شواهد

(١) تثبيت الاوصياء المختارين وتعيين الاوصياء والمشرفين والمساعدين القضائيين واثبات الغيبة وتعيين الوكلاء عن الغائبين ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدال غيرهم بهم •

(٢) تقرير المساعدة القضائية ورفعها

(٣) استمرار الولاية أو الوصاية الى ما بعد سن الحادية والعشرين والاذن للقاصر بتسليم أمواله لادارتها وفقاً لاحكام القانون وسلب هذا الحق أو الحد

منه وكذلك الاذن للقاصر بمزاولة أعمال التجارة أو التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على اذن *

(٤) تعيين مأذون بالخصومة عن القصر أو الغائبين *

(٥) تقدير نفقة للقاصر في ماله والفصل فيما يقدم من نزاع بين ولي النفس وولي التربية من جانب والوصي من جانب آخر فيما يتعلق بالاتفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به *

(٦) الاذن بزواج القاصر في الاحوال التي يوجب القانون استئذان المحكمة فيها

(٧) وعلى العموم جميع المواد المتعلقة بالولاية على المال وفقا لاحكام هذا القانون *

ونصت المادة ٩٧٤ على أن قرارات القاضى الجزئى تكون نهائية فى مسائل النفقة اذا كان المبلغ المطلوب أو المقدر من المحكمة لايزيد عن ٦٠ جنيه * وفى مسائل الاتعاب والاجور والاذن بالصرف اذا كان المبلغ المطلوب أو المقدر أو موضوع الاذن لايزيد عن ٥٠ جنيه *

وكذلك يكون القرار الصادر بجزاء مالى نهائيا اذا لم تتجاوز قيمة الجزاء خمسة جنيهات *

٣٩٢ - هذا ويشمل اختصاص قاضى الامور الجزئية لهذه المواد الحكم باتخاذ الاجراءات التحفظية والمؤقتة دون أن يتقيد حكمه المذكور بقيمة المال لانه - فى واقع الامر - حكم أقرب الى اختصاص القاضى المستعجل منه الى اختصاص القاضى الجزئى فى هذا الشأن

(٢) اختصاصات رئيس المحكمة وقاضى الامور الوقتية

٣٩٣ - يتميز القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بمنح الرئيس وقاضى الامور الوقتية اختصاصات من نوع خاص راعى فيها سرعة الفصل والمحافظة على سرية المسائل الشخصية لذوى الشأن *

اختصاصات رئيس
المحكمة

٣٩٤ - ونبدأ باختصاص رئيس المحكمة فنقول أن أهم المسائل التي عهد اليه بها الكتاب الرابع من قانون المرافعات فى المادة ٨٩٦ منه هو محاولة الصلح والتوفيق بين الزوجين المتخاصمين وذلك لان قضايا الاحوال الشخصية تخالف القضايا الاخرى من حيث أنها متعلقة بنظام الاسرة ومن ثم فان واجب المحكمة ليس فى الفصل فى نزاع قائم بل - على العكس - فى محاولة انهاء هذا النزاع صلحا حفظا لكيان الاسرة

من أن تنهار فينهار معه مستقبل أشخاص أبرياء هم الاولاد الذين ليس لهم في النزاع المذكور لاناقة ولا جمل •

٣٩٥ - وتنص المادة ٨٩٦ سالفه الذكر على أن رئيس المحكمة يحدد موعدا لحضور الزوجين شخصيا أمامه ليصلح بينهما ويقوم قلم الكتاب باعلانهما بهذا الموعد •

فاذا تخلف المدعى عن الحضور اعتبر طلبه اجراء المصالحة كأن لم يكن وذلك بمقتضى قرار يثبته رئيس المحكمة في المحضر ، أما اذا تخلف المدعى عليه فيجوز للرئيس أن يحدد موعدا آخر لحضوره •

ويسمع الرئيس أقوالهما على حدة ثم أقوالهما مجتمعين فاذا نجح في التوفيق بينهما أثبت ذلك في المحضر أما اذا لم ينجح - وهو فرض كثير الحدوث - أحال الطلب الى المحكمة الكلية بكامل هيئتها المختصة بتحقيق طلب التطليق أو الفرقة الجسمانية • ونصت المادة ٨٩٨ على أنه بعد احالة الدعوى الى المحكمة اذا رأى الزوج الآخر المشكو منه أن يرفع من جهته طلبا عارضا بالتفريق الجسماني أو التطليق فلا تعاد اجراءات السعى في الصلح في هذه الحالة لان الثقة في هذا الصلح أضحت هزيلة •

وتضيف المادة ٩٠٤ على العكس بأنه في الحالة التي يجيز فيها القانون الواجب التطبيق الفرقة الجسمانية أو التطليق باتفاق الطرفين لابد لهما - مع ذلك - أن يمرا بغرفة رئيس المحكمة لمحاولة الصلح فيما بينهما •

٢ - الامر بالاجراءات التحفظية والوقائية

٣٩٦ - وفي حالة فشل الرئيس في مصالحة الزوجين يجوز له أن يأمر بالاجراءات التحفظية أو المؤقتة التي يراها لازمة للمحافظة على مصالح كل من الزوجين والاولاد وبوجه خاص الاذن للزوجة بالاقامة في منزل يتفق عليه الطرفان أو يعينه الرئيس من تلقاء نفسه - أما اذا أراد أحد الزوجين أن يخرج الآخر من منزل الزوجية عنوة فمن رأينا أن مثل هذا الطلب يعرض على المحكمة لان سلطة الرئيس في تقدير الظروف محدودة وتحقيق مثل هذا الطلب قد يحتاج الى الخوض في لب الموضوع وهذا من اختصاص المحكمة •

ومن الاجراءات الوقائية الاخرى التي يجوز للرئيس اصدارها تسليم الزوجة الاشياء اللازمة للاستعمال اليومي وتقدير نفقة وقتية « ١ » •

(١) جاء في المذكرة التفسيرية للمادة ٨٩٦ أن النفقة التي يقدرها الرئيس تكون عن المدة التي تستغرقها اجراءات الدعوى حتى يفصل فيها « نهائيا » وقد أحدثت هذه الكلمة لبسا كبيرا في قضية تطليق قدر فيها الرئيس نفقة مؤقتة للزوجة ثم رأت المحكمة أن هذه الزوجة هي المخطئة لانها تعاشر رجلا آخر غير زوجها ولذا قضت باسقاط النفقة فلم تعبا الزوجة بهذا الحكم فاستأنفته ثم حجزت على منقولات زوجها بمقتضى الامر الذي أصدره الرئيس واستندت على عبارة « نهائيا » التي وردت في المذكرة =

٣ - الاذن للزوجة
بمباشرة حقوقها

٣٩٦ مكرر - وتنص المادة ٨٩٤ على أنه اذا كان القانون الواجب التطبيق يقضى بأن تحصل المرأة المتزوجة على اذن زوجها لمباشرة حقوقها ورفض الزوج ذلك الاذن فللزوجة بعد ائذار الزوج بأربع وعشرين ساعة أن تطلب الترخيص لها من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوجة بمباشرة هذه الحقوق رغم النزاع القائم بينها وبين زوجها .

وفصل الرئيس في هذا الطلب على وجه السرعة .

٤ - التصديق على
اقرار النسب

٣٩٧ - وتقضى المادة ٩٠٩ بأن رئيس المحكمة يصدق على الاقرار بالنسب الذي يجريه المقر أمام الموثق .

٥ - تحرير محضر
التبني

٣٩٧ مكرر - وتنص المادة ٩١١ على أنه اذا أراد شخص أن يتبنى آخر وكان قانون كل من الطرفين يجيز هذا التبني حرر بذلك محضر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن احدهما . ويحرر الرئيس في هذا المحضر اقرارات الطرفين شخصيا بعد التحقق من توفر الشروط والاحكام التي ينص عليها القانونان المذكوران لانعقاد التبني وصحته .

وأضافت المادة ٩١٢ أنه اذا كان الشخص الذي يريد التبني وصيا أو قيميا أو وليا على الشخص المراد تبنيه فلا يجوز تحرير محضر التبني الا بعد تنجى طالب التبني عن وصايته أو قوامته أو ولايته وتعيين من يحل محله فيها وبشرط أن يكون قد قدم حسابا عن ادارته لمال القاصر وصدقت عليه المحكمة المختصة .

٦ - تحقيق الوفاة
والوراثة واصدار
الاشهادات

٣٩٨ - وأخيرا نصت المادة ٩٣٤ من قانون المرافعات على أن رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها محل افتتاح التركة يختص بتحقيق الوفاة أو الوراثة بناءً على طلب يقدمه له الوارث أو الموصى له يبين فيه تاريخ الوفاة وآخر موطن للمتوفى وأسماء الورثة والموصى لهم وموطنهم .

وأضافت الفقرة الثانية من المادة ٩٣٤ أن للرئيس - في سبيل اجراء التحقيق المطلوب - أن يطلب بدوره من جهة الادارة أو من قنصل الدولة التي ينتمى اليها

التفسيرية فاستشكل الزوج أمام المحكمة التي حكمت بالتطليق فأمرت بوقف التنفيذ تأسيسا على النص الصريح للمادة ٨٩٦ لا على عبارة « نهائيا » وركنت على المادة ٨٧٣ التي خولت لها سلطة العدول عن كل اجراء وقتي وهذا يتضمن من باب أولى الغاء الامر الذي يصدره رئيس المحكمة بصفة مؤقتة واجمالية في معرض محاولة الصلاح بدون أن يكون قد تحقق من الوقائع أو تعمق في بحثها على غرار ما تفعل المحكمة الموضوعية (القضية رقم ١٥٩٣ سنة ١٩٥٣ المحكوم بها في ١٥ من سبتمبر سنة ١٩٥٣) .

المتوفى (عند الاقتضاء) التحرى عن صحة البيانات الواردة في الطلب واذا رأى أن التحريات غير كافية جاز له أن يتولى التحقيق بنفسه • وبعد تمام التحريات يأمر بدعوة الطالب وباقي الورثة والموصى لهم في ميعاد يحدده يعلنون به عن طريق قلم الكتاب • فاذا حضروا جميعا أو حضر البعض وأجاب من لم يحضر بالمصادقة أو لم يجب بشيء أصلا حقق الرئيس الوراثة بشهادة من يثق بهم ومطابقة التحريات وكذا الوصايا المقدمة اليه وأصدر بذلك اشهادا •

ويكون الاشهاد الذى يصدره الرئيس حجة بالوفاة والوراثة مالم يصدر «حكم» بخلافه أو مالم تقرر المحكمة أو قاضى الامور المستعجلة قبل ذلك بوقف هذه الحجية • أما اذا أجاب من حضر من الورثة أو الموصى لهم أو من يحضر منهم بالانكار فعندئذ يوقف الرئيس اصدار الاشهاد وفي هذه الحالة يكون الطالب مضطرا لان يرفع دعواه بالطرق المعتادة •

٧ - جمع التحريات
لتعيين مدير تركة أو
منفذ وصية

٣٩٩ - أما بالنسبة لطلب تعيين مدير تركة أو تعيين منفذ وصية أو تشييته فقد نصت المادة ٩٣٩ أن الرئيس يستطيع - على غرار مايقوم به في اصدار الاشهادات الشرعية أن يتحرى - ولو من تلقاء نفسه - صحة البيانات الواردة في الطلب من الجهات الادارية أو القنصلية أو بأى طريقة أخرى مناسبة •

طبيعة سلطة الرئيس
في تحقيق الوفاة

٤٠٠ - وقد عرض على رئيس محكمة الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية وكان منتدبا لاجراء اختصاصات رئيس المحكمة الخاصة بهذه الاحوال عينها (عملا بالمادة ٨٨٤ مرافعات) اشكال متعلق مباشرة بطبيعة اختصاص الرئيس المذكور في تحقيق الوراثة واصدار الاشهاد وهل هو قضاء عادى Juridiction Contentieuse أم هو أقرب الى الامر الادارى يصدره الرئيس بناءً على ماله من الولاية العامة juridiction gracieuse وتفصيل ذلك هو أن سيدة فرنسية كانت قد تركت بلادها منذ أكثر من أربعين سنة وكان لها ابن رزق لها من زوج سابق توفى • ثم لما حضرت الى مصر تزوجت من رجل ثرى اسرائيلى توفى كذلك فورثته ثم توفيت أخيرا عن ابني ابنها المقيم أحدهما في الهند الصينية والثانى في فرنسا • وقد تقدم أحد هذين الابنين لرئيس محكمة الاسكندرية التى فتحت التركة في دائرتها ليحقق الوراثة ويصدر الاشهاد الشرعى الخاص بها وأثناء أن كان الرئيس يجرى التحريات عن طريق القنصلية الفرنسية في الاسكندرية في الوقت الذى كان يجد فيه الطالب الى استخراج الاوراق الرسمية الدالة على بنوته وأخيه لابن السيدة الذى تركته من ٤٠ عاما تدخل بيت المال ووضع يده على أموال التركة ومنقولاتها بحجة أنه وارث من لاوارث له عملا بالمادة ٤ من القانون رقم ٧٧ الصادر في ٦ من أغسطس

سنة ١٩٤٣ والخاص بالمواريث ولم يكتف بذلك فحاول التدخل أمام رئيس المحكمة الذى كان مشغولا بتحقيق الوراثة التى يدعيها أبناء الابن مدعيا أنه وارث « آلت » اليه تركة السيدة المتوفاة التى كانت مصرية الجنسية ولم تثبت (حتى جلسة التدخل) صفة ابنها لها ♦♦

ورفض رئيس المحكمة هذا التدخل مستندا على الاعتبارات الآتية التى ذكرها فى قراره وهى :

(١) أنه من غير المقبول أنه بمجرد أن يتوفى شخص وقبل أن يلتئم اجتماع الورثة ويتم جمع مستنداتهم أن يتدخل بيت المال مدعيا أنه « وارث » ومن ثم يحق له أن يفرض وجوده على القاضى القائم بعمل التحريات لدى الجهات القنصلية والادارية

(٢) وآية ذلك أن المادة ٩٣٨ من قانون المرافعات المصرى نظمت الطريقة التى تمنح بها صفة التدخل لبيت المال فنصت على أنه بناء على طلب يقدمه ذو الشأن أو النيابة الى قاضى الامور الوقتية (لا الرئيس) فى الحالة التى لا يكون فيها الورثة حاضرين أو معدومين يعين القاضى المذكور « وصيا » على التركة وقد يكون مصلحة الاملاك (بيت المال) أو غيرها ♦ فاذا عين غيرها وجب على هذا الاخير أن يخطر بها بتعيينه فى خلال ١٥ يوما لكى تجرى التحريات — هى نفسها — فى بلد المتوفى لمعرفة ما اذا كان له ورثة هناك فاذا لم يظهر له وارث خلال سنة من تاريخ الاخطار المشار اليه يسلم الوصى التركة اليها (أى الى مصلحة الاملاك) بمقتضى محضر يحضر لهذا الغرض ♦

(٣) واستخلص الرئيس من هذا النص أن مصلحة الاملاك تقوم بدور « المودع لديه » اذا مضت سنة لم يتمكن فيها « الوصى على التركة » من جميع الاستدلالات والتحقق من الورثة بدليل أنها — فى خلال هذه السنة — تقوم بدورها هى ذاتها فى جمع التحريات من بلد المتوفى لتساعد الوصى على تحديد الموقف الصحيح ♦

(٤) ولما كانت مصلحة الاملاك لم تطلب اعمال المادة ٩٣٨ سائفة الذكر وتعين نفسها « وصية على التركة » فقد انتفت صفتها فى التدخل خاصة وان الورثة كانوا قد قدموا عدة أوراق موصلة جديا الى اثبات صفتهم مصدق على امضاءاتها من القنصلية المصرية فى باريس ومن وزارة الخارجية الفرنسية ♦

(٥) وختم الرئيس أسباب قراره بقوله أنه فى جمعه هذه التحريات يقوم بعمل ذى طبيعة ادارية يندرج فى ولايته العامة *juridiction gracieuse* ولا يفصل فى خصومة قضائية بالمعنى المعروف *juridiction contentieuse* ولذا فانه

يستطيع أن يطلب من مصلحة الاملاك أن تدلى اليه (اذا لزم الامر) بنتيجة تحرياتها كمصدر ادارى لا أن يقبل تدخلها في اجراءات تحقيق الوراثة كخصم في دعوى

وبناء على هذه الاسباب رفض قبول تدخلها ثم سار في اجراءات التحقيق التى انتهت فعلا بأثبات صفة ولدى ابن السيدة المتوفاة كوارثين لها «١»

وقد تظلمت مصلحة الاملاك من هذا القرار أمام المحكمة (دائرة أخرى) فرفضت برفض التظلم وتأيد قرار الرئيس «٢» ♦

٤٠٠ مكرر - هذا ونصت المادة ٨٨٤ على أن الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة يباشرها بنفسه أو بمن يقوم مقامه ♦

(٣) اختصاص قاضى الامور الوقتية والقاضى المستعجل

٤٠١ - - - ألمحنا الآن - فى البند السابق - الى أول اختصاص لقاضى الامور الوقتية فى مسائل الاحوال الشخصية وهو « تعيين وصى » على تركة بناء على طلب ذى الشأن أو النيابة عملا بالمادة ٩٣٨ من قانون المرافعات اذا لم يكن الورثة حاضرين أو معروفين أو كان جميع الورثة الحاضرين أو المعروفين قد تنازلوا عن الارث ♦ ويقوم الوصى فى خلال ١٥ يوما بأخطار مصلحة الاملاك بأمر تعيينه ♦

وكثيرا مايحصل أن قاضى الامور الوقتية يعين مصلحة الاملاك نفسها كوصية على التركة وهذا تأسيسا على أنها « أمينة » عليها لا كوارثة ♦ وآية ذلك ، كما أسلفنا القول أنه يجوز أن يكون الوصى شخصا غيرها يستبقى التركة تحت يده مدة سنة تقوم فى أثناءها مصلحة الاملاك ذاتها بجمع التبرعات فى بلد المتوفى لمعرفة ما اذا كان له ورثة هناك ♦ واذا لم تسفر هذه التحريات عن نتيجة تنتقل الوصاية الى مصلحة الاملاك فتستلم اعيان التركة من الوصى السابق بمقتضى محضر يحرر فى هذا الصدد

- ٢ -
يصدر قاضى الامور
الوقتية أمرا بالاجراءات
التحفظية أو الوقتية

٤٠٢ - وتنص المادة ٩٤٩ من قانون المرافعات أن لقاضى الامور الوقتية أن يصدر أمرا على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازما من الاجراءات التحفظية أو الوقتية للمحافظة على المركز وبوجه خاص الامر بوضع الاختتام وايداع النقود والاوراق المالية والاشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين ♦

(١) القرار الصادر فى الملف رقم ٢٦٦ سنة ١٩٥٢ تركت فى ٢٨ من فبراير سنة ١٩٥٣ وقد أصدره كاتب هذه السطور لانه كان متوليا أعمال الرئيس فى مسائل الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية .

(٢) انظر الحكم الصادر فى القضية رقم ٦٤٧ سنة ١٩٥٣ فى ٨ من يونيو سنة ١٩٥٣

وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تعدل هذا الامر أو تلغيه وأن تأمر بما تراه لازما من الاجراءات التحفظية الاخرى وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة .

- ٣ -
ويصدر أوامر على
العريضة في احوال معينة

٤٠٣ - وأضافت المادة ٩٥٠ أن قاضى الامور الوقتية يختص باصدار الاوامر على العريضة في الاحوال الآتية :

(أولا) بتقدير نفقة وقتية لمن كافة المورث يعولهم حتى تنتهى التصفية وذلك بناء على طلب ذوى الشأن وبعد أخذ رأى المصنفى كتابة .

(ثانيا) بمد الاجل المحدد قانونا لتقديم قائمة بالتركة وما عليها من الحقوق اذا وجدت ظروف تبرر ذلك والتصريح بأداء الديون التى لانزاع فيها .

(ثالثا) بحلول الديون التى يجمع الورثة على حلواها وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقا للقانون وذلك بناء على طلب المصنفى أو أحد الورثة .

(رابعا) بتسليم كل وارث شهادة تقرير حقه فى الارث وتعيين مقدار نصيبه فيه وتعيين ما آل اليه من أموال التركة . وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصنفى كتابة .

خامسا - بتقدير نفقات التصفية والاجر الذى يستحقه المصنفى عن الاعمال التى قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة .

احالة الى المحكمة

٤٠٤ - ونصت المادة ٩٥١ على أن قاضى الامور الوقتية له فى نطاق المادتين ٩٤٩ ، ٩٥٠ مرافعات الثلثين منحتاه الاختصاص فى اصدار الامر باتخاذ الاجراءات التحفظية الوقتية وكذا الاوامر على العرائض فى بعض الاحوال المعينة ، أن يطلب استيفاء ما يراه لازما من المستندات كما أن له عند الاقتضاء أن يحيل الطلب الى المحكمة ويأمر باعلان ذوى الشأن لجلسة يحددها فى ميعاد ثمانية أيام على الاقل وتفصل المحكمة فى الطلب منعقدة بهيئة غرفة مشورة .

التظلم فى الاوامر
أمام المحكمة

٤٠٥ - هذا ونصت المادة ٨٧٢ من قانون المرافعات على أن التظلم فى الاوامر الصادرة على العرائض برفع الى المحكمة (دائرة الاحوال الشخصية) منعقدة بهيئة غرفة المشورة وفقا للاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٨٦٩ (أى بعريضة تودع قلم الكتاب مؤيدة بالمستندات) ويكون قرارها نهائيا .

وللمحكمة أن تعدل عما اتخذته قاضى الامور الوقتية من الاجراءات الوقتية أو التحفظية أو أن تأمر باتخاذ اجراءات أخرى . كما يجوز لها أن تعدل أو تلغى كل اجراء وقتى تكون قد أمرت به .

٤٠٦ - وأخيرا نصت المادة ٨٩٣ من قانون المرافعات على أنه في الحالات التي يجوز أن يعقد فيها الزواج المدني في مصر أمام الموثق يختص قاضي الامور الوقتية بالفصل في التظلم الذي يقيمه أمامه أحد الطرفين عن امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج أو عدم اعطائه شهادة مثبتة لهذا الامتناع .

القاضي المستعجل

٤٠٧ - كنا قد المحضا عند شرحنا لاختصاص رئيس المحكمة في تحقيق الوراثة واصدار الشهادات الشرعية وفقا للمادة ٩٣٤ الى اختصاص قاضي الامور المستعجلة في الأمر بوقف « حجية » الاشهاد اذا ظهرت له عناصر جدية تثبت أنه كان على غير أساس نظرا لان التحريات التي جمعها الرئيس أو جمعت له كانت ناقصة « ١ » .

٤٠٧ مكرر - ونضيف الآن أن للقاضي المذكور اختصاصا آخر نصت عليه المادة ٩٥٢ في حالة مصفى التركة الذي يحضر محضرا يجرى فيه أموالها ويقومها فنصت على أنه يجوز لذوى الشأن - في ظرف ٣٠ يوما من ايداع هذه القائمة (الجرد) أن ينازعوا في صحته أمام قاضي الامور المستعجلة الذي له أن يتخذ أحد قرارين :- (١) فاما أن يأمر بتعديل القائمة مؤقتا اذا رجح صحة المنازعة أو (٢) يترك أمر هذا التعديل للمحكمة الموضوعية بعد أن يكلف من يرى تكليفه من الطرفين أن يرفع دعواه اليها بحيث اذا فات الميعاد ولم ترفع جاز للقاضي أن يأمر بعدم الاعتداد بها في التصفية .

٤٠٨ - وبطبيعة الحال يجوز للنيابة العامة أن تقيم هذه المنازعة من جهتها - هي أيضا - اذا تعلق بالتركة حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب .

٤٠٩ - هذا ونصت المادة ٩٦٧ على أنه يجوز لقاضي الامور المستعجلة في أحوال الاستعجال أن يعين مديرا مؤقتا للتركة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة ويعين القاضي حدود سلطة هذا المدير .

(٤) اختصاص المحكمة الكلية

٤١٠ - تختص المحكمة الكلية وبوجه التحديد دائرة الاحوال الشخصية بها في المسائل الآتية :

(١) الاعتراض على الزواج قبل حصوله (م ٨٩١) .

(١) راجع البند ٣٩٨ .

- (٢) طلب الطاعة (٨٩٥) ♦
- (٣) بطلان الزواج (٨٩٥) ♦
- (٤) الطلاق والتطليق والفرقة الجسمانية (٨٩٥) ♦
- (٥) المنازعات التى تنشأ بين الزوجين وتكون متعلقة بالآثار المترتبة على الحكم بالطلاق أو التطليق أو الفرقة الجسمانية سواء بالنسبة لحقوق كل منهما قبل الآخر أم بالنسبة لحفظ الاولاد أو نفقتهم (٩٠٢) « ١ » ♦
- (٦) كل طلب ليس من الاحوال الشخصية ولكنه مرتبط بها فى دعوى من هذا القبيل مطروحة على المحكمة ويقضى حسن سير العدالة أن ينظر معها ♦
- مثال ذلك : زوج يطلب التطليق من زوجته ويؤسسه على الزنا فتطلب هذه الاخيرة رفض الدعوى لان الادعاء غير صحيح وكيدى لانه يرمى الى خدش شرفها ثم تطلب التعويض عن هذا القذف (٨٦٤) « ٢ » ♦
- (٧) التصديق على التفريق الجسمانى الرضائى أو التطليق الرضائى اذا كان القانون الواجب الاعمال يجيزهما أو أحدهما (٤٠٩) ♦
- (٨) اثبات النسب والاقرار به وانكاره (٩١٠ ، ٩٠٥) ♦
- (٩) التصديق على محضر التبنى الذى يحرر أمام رئيس المحكمة (٩١٢) والحكم ببطلانه (٩١٨) ♦
- (١٠) سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها (٩٢٢ ، ٩٣١ ، ٩٧٣ / ٤) ♦
- (١١) اثبات الوراثة عن طريق الارث العادى أو عن طريق الوصية سواء أكان هذا بدعوى مستقلة أو على أثر الانكار الذى قد يحصل أمام رئيس المحكمة المختص باصدار الاشهاد الشرعى (٩٣٤) ♦
- (١٢) تعيين مديرى التركات أو تثبيت منفذى الوصية أو تعيينهم ♦
- (١٣) بيع الاوراق العائلية والاشياء المتصلة بعاطفة الورثة أو باعطائها لاحد

(١) أنظر البندين رقم ٣٧٧ ، ٣٧٨ .

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٨٦٤ على الحالة العكسية وهى أن تكون هناك دعوى مدنية أو تجارية مقامة أمام المحكمة المختصة وتفرغت عنها مسألة متعلقة بالاحوال الشخصية التى تفرغت عن الدعوى المدنية أو التجارية فقضت بأن المحكمة تكون مختصة بنظر هذه المسألة الفرعية .

الورثة وفقا للقانون وفي طلب الورثة تسليمهم الاشياء أو النقود التي لا يحتاج لها
في تصفية التركة .

وتنظر المحكمة في هذه الطلبات بهيئة غرفة مشورة (٩٥٣) .

(١٤) تعيين مصف للتركة أو عزله أو استبدال غيره به وكذا المنازعات المتعلقة
بالتصفية (٩٣٩) .

(١٥) في مسائل الولاية على المال التي نصت عليها المادة ٩٧٢ من قانون المرافعات
إذا كانت قيمة هذا المال قد تجاوزت نصاب القاضى الجزئى وقدره ٣ آلاف جنيه
وكذا في مسائل توقيع الحجز ورفعته وتعيين القامة ومراقبة أعمالهم والفصل في
حساباتهم وعزلهم واستبدال غيرهم بهم والاذن للمحجور عليه بتسليم أمواله لإدارتها
وفقا لأحكام القانون وسلب هذا الحق والحد منه وتعيين مأذون للخصومة عن المحجور
عليهم وتقدير نفقة للمحجور عليه في ماله والفصل فيما يقدم من نزاع بين ولى النفس
وولى التريبة من ناحية والقيم من ناحية أخرى بشأن الاتفاق على المحجور عليه (٩٧٣)
وأضافت المادة (٩٧٤) على أن القرار الصادر في مسائل النفقة يكون نهائيا إذا
كان المبلغ المطلوب أو المقدر من المحكمة لا يزيد ن ٦٠ جنيها سنويا وفي مسائل
الاتعاب والاجور والاذن بالصرف إذا كان المبلغ المطلوب أو المقدر من المحكمة أو
موضوع الاذن في حدود النصاب النهائى للمحكمة الابتدائية وهو ٢٥٠ جنيها عملا
بالمادة ٥١ من قانون المرافعات .

(١٦) فحص الحساب المقدم من النائب عن عديم الاهلية أو الوكيل عن الغائب
أو المدير المؤقت (١٠٠٨ وما بعدها) .

(٥) الاختصاص المحلى أو المركزى Ratione Loci

سنطلق عبارة « الاختصاص المحلى » على ذلك الذى يتحدد بالنسبة للمحل
(أو المقر) loci أو بالنسبة للشخص personae

القاعدة العامة

٤١١ - والقاعدة العامة التى تسير عليها كل قوانين العالم المتمدين هى أن
الدعوى تقام أمام المحكمة الكائن فى دائرتها محل اقامة المدعى عليه وقد أطلق عليها
الرومان عبارة actor sequitur forum rei

وقد نصت المادة ٨٩٥ من قانون المرافعات فى الكتاب الرابع الخاص بالاحوال

الشخصية على هذه القاعدة صراحة في الفصل الاول من الباب الثانى الخاص بعلاقات الزوجية وحضانة الاولاد وحفظهم بقولها :

يرفع طلب الطاعة وغيرها من حقوق الزوجية وكذلك طلب بطلان الزواج أو التفريق الجسماني أو التطبيق الى المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه .

٤١١ مكرر - وطبقت المادة ٩٢٢ القاعدة تطبيقا صحيحا عندما نصت على أنه في دعاوى سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها يكون الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها موطن الولى أو سكنه .

تطبيق

٤١٢ - أما المادة ٩٠٣ فاستثنت من القاعدة الدعاوى « الاخرى » المتعلقة بالحقوق الشخصية غير المالية فيما بين الزوجين أو الناشئة عن الزواج أو الدعاوى المتعلقة بضم الاولاد وحفظهم وتربيته .

استثناء

فنصت على أنها ترفع الى المحكمة الكائن بدائرتها موطن الزوجة أو الصغير حسب الأحوال .

ونعترف أن نص هذه المادة غامض لانه فيما يتعلق بالدعاوى الناشئة عن الزواج لم يقم النص الحدود بين ما يخضع منها للمادة ٨٩٥ - فيقام أمام محكمة المدعى عليه طبقا للقاعدة العامة أو يندرج تحت المادة ٩٠٣ فيرفع أمام محكمة الزوجة أو الصغير حسب الأحوال .

ولم تسعفنا المذكرة التفسيرية للقانون في اجلاء هذا الغموض .

ولذا فائنا نرى أن المادة ٩٠٣ قاصرة على الدعاوى الشخصية بين الزوجين التى لا يطلب فيها لا بطلان زواج ولا طلاق أو تطبيق أو فرقة جسمانية أو طاعة أو نفقة متصلة ومترتبة على هذه الدعاوى بالذات اذ أن هذا يخضع للمادة ٨٩٥ ومن ثم يكون من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها موطن المدعى عليه : ومعنى ذلك أن الدعاوى التى تطبق عليها المادة ٩٠٣ هى الدعاوى الشخصية (غير المالية) « الاخرى » الناشئة عن عقد الزواج ، مثال ذلك : دعوى سلب السلطة الابوية من الزوج لمرضه أو لتقدمه فى السن . وكذلك دعوى تخصيص سكن مستقل للزوجة لسبب أو لآخر عملا بالمادة ٢١٥ من القانون الفرنسى اذا كان محل الإقامة الذى اختاره الزوج فيه خطر مادي أو أدبي على الأسرة « ١ » .

présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral

(١) انظر البند ٢١٤ من هذا الكتاب .

الاختصاص في المواد
التي لا تتضمن خصومة

٤١٣ - أما مسائل الاحوال الشخصية التي لا تأخذ شكل الخصومة فقد راعى الشارع في تحديد « محل الاختصاص » الاعتبارات العامة الموصلة الى البت فيها بأسهل الطرق ومن ذلك المواد ٩١١ ، ٩٣٤ ، ٩٣٩ ، ٩٤٧ ، ٩٧٥

وستكلم على كل منها بايجاز *

التبني

٤١٤ - ونبدأ بالمادة ٩١١ التي تقضى بأن طلب التبني يرفع لرئيس المحكمة الكائن في دائرتها موطن طالب التبني أو المطلوب تبنيه *

محل افتتاح التركة

٤١٥ - ونصت المادة ٩٣٤ على أن طلب تحقيق الوراثة واصدار الاشهاد الشرعى بها يقدم لرئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها محل افتتاح التركة وأضاف المادة ٩٣٩ على أن هذه المحكمة عينها هي المختصة بالطلب الذي يقدم لرئيسها بتعيين مديري التركات أو تثبيت منفذ الوصية أو تعيينهم طبقا لقانون بلد المتوفى اذا كان يقضى بذلك كالقانون البريطاني مثلا *

آخر موطن للمورث

٤١٦ - ونصت المادة ٩٤٧ على أن المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها آخر موطن للمورث تختص بتعيين مصف للتركة وعزله واستبدال غيره به وبالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية *

وبمقارنة هذه المادة بالمادتين ٩٣٤ ، ٩٣١ يبين أنه اذا كان الطلب خاصا بتحقيق الوراثة واصدار الاشهاد الشرعى بها وكذا بتعيين مدير للتركة أو تثبيت منفذ الوصية فالمحكمة المختصة هي الكائن في دائرتها محل افتتاح التركة لان الامر هنا متعلق ببقاء التركة على حالتها في مكانها الذي افتتحت فيه * أما اذا كان الطلب يهدف الى تصفيته فالمحكمة المختصة بتعيين المصفي واستبداله وكذا بالمنازعات الخاصة بالتصفية فهي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها آخر موطن للمورث ولعل السبب في ذلك يرجع الى أن اليق مكان لاختيار المصفي منه هو المكان الذي كان المورث قد اتخذ كآخر موطن له حيث كان محاطا بمعارفه وأقاربه وأصدقائه وان كان في أغلب الاحيان - يتحد آخر « موطن للمورث » بالمكان الذي « تفتح فيه التركة » *

الاختصاص في الولاية
على المال

٤١٧ - أما في مسائل الولاية على المال فالاختصاص المحلى للمحكمة قد بينته المادة ٩٧٥ من قانون المرافعات على الوجه الآتى :

(١) بموطن الولي اذا كان المقصود تعيين « ولي » على المطلوب حمايته أما اذا كان المقصود « الوصاية » فيحدد الاختصاص بآخر موطن كان للمتوفى أو القصر

(٢) في مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته
قضائيا ♦

(٣) في مواد الغيبة بآخر موطن ♦

وإذا لم يكن لاحد ممن ذكروا موطن ولا سكن في مصر وتعذر تعيين المحكمة
المختصة وفقا للاحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها : —
(١) موطن الطالب أو (ب) سكنه أو (ج) مال الشخص المطلوب حمايته ♦

(٦) اختصاص النيابة العامة

٤١٨ — نصت المادة ٩٩ من قانون المرافعات على أن النيابة العامة يجب أن تتدخل
في كل قضية تتعلق بالاحوال الشخصية أو بالجنسية والا كان الحكم باطلا ♦

تدخل النيابة حتى
في الاحوال الشخصية
والجنسية

وقد عدت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء مسائل الاحوال الشخصية التي
شرحناها في هذا الكتاب ومن ثم فلا محل لاعادة الكلام فيها ♦

وتعتبر النيابة خصما « منضما » في هذه المسائل التي تتداخل فيها ولعل هذا هو
السبب في أنها لا تستطيع عملا بالمادة ٩٠١ من قانون المرافعات أن تطعن في الاحكام
الصادرة في المسائل الزوجية الا فيما كان متعلقا منها ببطان الزواج — نظرا لان
الحكم بالبطان يهم الكافة من حيث أنه يضع أو يفسر مبادئ قد تغير اتجاه الناس
في حياتهم الخاصة ♦

ويؤيد هذا التفسير أن النيابة تستطيع أن تطعن في الاحكام الصادرة بالتصديق
على التبنى (٩١٥) أو الخاصة بالولاية على النفس (٩٣٣) لان لهذه الاحكام صفة
خاصة تهم المجتمع وترسم له طريقا معين يسير فيه يهم النيابة أن تشرف عليه وتهيمن
على مدى انطباقه على القانون وانسجامه مع العدالة «١» ♦

٤١٨ مكرر — أما في باب الولاية على المال فللنيابة دور ايجابي يزيد عن مجرد حضور
الجلسات وابداء الطلبات لخصم منضم كما هو الحال في مسائل الاحوال الشخصية ♦

دور النيابة في ولاية
على المال

(١) اطلعنا عندما كنا نكتب هذه السطور على بحث قيم ومستفيض للاستاذ
السيد محمد صفوت القاضى وكيل النيابة في الاحوال الشخصية بمحكمة الاسكندرية
وسينشر هذا البحث قريبا .

وقد وصفت المادة ٩٦٩ هذا الدور بأنه يتعلق برعاية مصالح عديمى الاهلية والغائبين والتحفظ على أموالهم والاشراف على ادارتها •

ولهذا نرى أن النيابة تعتبر طرفا أصليا في جميع المنازعات الخاصة بالولاية على المال ومن ثم تستطيع — بصفة عامة — أن تستأنف أى قرار يصدر في هذا الشأن ولا يتقيد حقها في الطعن بأحوال خاصة كما رأينا الآن في مسائل الاحوال الشخصية في حالات بطلان الزواج والتصديق على التبني والولاية على النفس واسقاطها أو وقفها أو الحد منها أو ردها •

وشرح القانون اختصاصات النيابة في الولاية على المال كالاتى :

(١) نصت المادة ٩٨٤ من قانون المرافعات على أنه بمجرد التبليغ عن وفاة شخص توفى عن حمل مستكن أو قصر أو عديمى الاهلية أو ناقصيهها أو غائبين أو وفاة المدعى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب يجب على النيابة أن تتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن وعديمى الاهلية أو الغائبين بأن تحصر مؤقتا مالهم من الاموال الثابتة أو المنقولة وما عليهم من التزامات في محضر يوقع عليه ذوو الشأن ولها أن تأمر بوضع الاختام على كل أو بعض الاموال وفقا للاجراءات المنصوص عليها في المواد ٩٥٥ وما بعدها •

ولها — بناء على أمر يصدر من قاضى الامور الوقتية — أن تنقل النقود والاوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه الى خزانة أحد المصارف أو الى مكن أمين ولها عند الاقتضاء أن تأذن وصى التركة أو منفذ الوصية أو مديرها ان وجد أو أى شخص أمين آخر بالصرف على جنازة المتوفى والاتفاق على من تلزمه نفقتهم وادارة الاعمال التى يخشى عليها من فوات الوقت •

(ب) نصت المادة ٩٨٥ على أن للنيابة العامة أن تطلب الى المحكمة الاذن باتخاذ أى اجراء من الاجراءات التحفظية السابقة اذا رأت أن اجراءات التحقيق الخاصة بسلب الولاية أو وقفها أو اثبات الغيبة سوف تستغرق فترة من الزمن يخشى خلالها من ضياع حق أو تصرف فى الاموال •

(ح) أجازت المادة ١٠١٢ للنيابة العامة أن تطلب من القاضى المنتدب لفحص الحساب المقدم من النائب عن عديمى الاهلية أو الوكيل عن الغائب أو المدير المؤقت بأن يصدر قرارا واجب النفاذ يقضى بالزام مقدم الحساب بايداع المبالغ التى لا ينازع فى ثبوتها فى ذمته دون أن يعتبر ذلك مصادقة على الحساب •

(د) وأجازت المادة ١٠٢٥ للنياية العامة أن تطعن أمام محكمة النقض والابرار في القرارات الانتهاية الصادرة في الحجر أو رفعه وفي اثبات الغيبة أو تقرير المساعدة القضائية أو رفعها أو سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها أو باستمرار الولاية أو الوصاية على القاصر أو الفصل في الحساب اذا كانت مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله .

الفصل الثاني

إجراءات التقاضي

٤١٩ - تختلف اجراءات التقاضي في الاحوال الشخصية عنها في باقي المسائل فللاولى طابع خاص عائلى أراد الشارع أن يحوطه بنوع من التحفظ منعاً من أن تزداد أسرار العائلات فتؤدي هذه الاذاعة الى اتساع رقعة الخلاف بين ذوى الشأن . وقد دلتنا خبرتنا كرئيس لمحكمة الاحوال الشخصية أن الزوجين المتخاصمين يقتربان من الصلح اذا شعرا أن أسرارهما البيتية بقيت في ظل الكتمان لم يطلع عليها أحد سوى الذين تربطهم وظائفهم بها كرئيس المحكمة وسكرتيه أما اذا شعرا أن هذه الاسرار أصبحت مضغة في الافواه يتناقلها الناس تدخلت الكرامة خصما منضما واتسعت هوة النزاع وأصبح كل من الزوجين يسعى لا ليكسب دعواه فحسب بل ليكسب « الرأى العام » أيضا وقد يدفعه الكبرياء لكسب الثانى الى تضحية صالحه الحقيقى فى الدعوى ومحاولة سحق خصمه بكافة الطرق - وكثيرا ماتقع نتائج هذه الحرب العائلية على أشخاص أبرياء هم لا الزوج ولا الزوجة بل الاولاد .

ونظرا لهذه الاعتبارات رأى الشارع أن يحافظ ما أمكن على شخصية النزاع فاتخذ - فى سبيل ذلك - الاحتياطات التى اعتقد أنها موصلة الى تحقيق غرضه . ونوجزها فى الآتى : -

الطابع الشخصى فى
الاجراءات

طرق المحافظة على
شخصية النزاع

(١) نصت المادة ٨٦٩ على أن الدعاوى تقام فى شكل عريضة تودع فى قلم كتاب المحكمة وبهذا تفادى الشارع أن تسلم العريضة الى قلم المحضرين فيطوف بها أحدهم ليعلنها بحضور بعض الشهود ثم يتركها فى محل اقامة المعلن اليه عند خادمه أو تابعه ونصت المادة ٨٧٠ على أن قلم الكتاب يستصدر من رئيس المحكمة (المختصة) أمرا بتحديد جلسة ثم يعان الطرفان بورقة التكليف بالحضور التى يجب اما تشمل على ملخص الطلب . ويكون الاعلان بالطريق المعتاد الا اذا نص فى الامر على الاعلان بطريق البريد وفقا لما هو مبين فى المادة ١٦ وما بعدها بالطريق الادارى .

- ١ -
طريقة تقديم الطلب

(٢)
مواعيد الطعن

(٢) هذا ونصت المادتان ٨٧٤، ٨٧٥ على أن مواعيد الطعن بطريق المعارضة أو الاستئناف تبدأ من يوم النطق بالحكم لا من اعلانه - وترتبطا على ذلك وعملا بالمادة ٣٤٦ من قانون المرافعات يتعين على المحكمة ايداع مسودة الحكم وأسبابه في نفس اليوم الذي تنطق به فيه .

سرية الجلسات

(٣) وأضافت المادة ٨٧١ أن المحكمة لا تنظر في الطلب في جلسة علانية بل في غرفة المشورة محافظة على سرية النزاع وبحضور النيابة العامة .

أما الحكم فينطق به علنا لانه ليس في النطق بالحكم ما للمرافعات الشفوية بين الخصوم من اذاعة عامة لاسرار المتقاضين .

(٤)
محاولة الصلح

(٤) وقد رأينا قبل الآن أن المادة ٨٩٦ تقضى بأن طلب التفريق الجسماني أو التطلق يجب أن يمر في مرحلة تمهيدية قبل عرضه على المحكمة وهي «محاولة الصلح» التي يجب أن يقوم بها رئيس المحكمة (أو رئيس محكمة الاحوال الشخصية عملا بالمادة ٨٨٤) بطريقة تراعى فيها السرية الى الحد الاقصى . اذ يبدأ الرئيس بسماع أقوال كل من الزوجين منفردا ثم أقوالهما مجتمعين (و جرت العادة أن يحصل هذا بدون حضور وكلاهما من المحامين) ثم يحاول ازالة ما بينهما من سوء تفاهم مسديا لهم النصائح التي تملئها عليه خبرته كما لو كان أبا لهما أو أخا يخاطبهما بمنطق الاسرة الهائلة المتحدة لافتا نظرهما الى واجباتهما نحو الاولاد والشرف والامانة الزوجية فاذا فشل حرر بذلك محضرا ثم أحال الدعوى الى المحكمة سواء أمر باتخاذ اجراءات وقتية كالنفقة أو الحضانة أو تخصيص سكن لاحد الزوجين بناء على طلبه أو لم يأمر بشيء من هذا كله . وبمجرد أن تصبح الدعوى من اختصاص المحكمة يستطيع الزوج الآخر عملا بالمادة ٨٩٨ أن يرفع - من جانبه هو - طلبا عارضا بالتفريق الجسماني أو التطلق وفي هذه الحالة لاتعاد اجراءات الصلح لان الامل فيه أضحى هزيلا كما سبق أن قلنا ذلك في البند ٣٩٥ .

هذا وقد نصت المادة ٨٧٣ على أن للمحكمة أن تعدل عما اتخذته « قاضي الامور الوقفية » من الاجراءات الوقفية أو التحفظية أو أن تأمر باتخاذ اجراءات أخرى كما يجوز لها أن تعدل أو تلغى كل اجراء وقفي تكون قد أمرت به .

ومن رأينا أن عبارة « قاضي الامور الوقفية » تشمل هنا رئيس المحكمة الذي يحاول الصلح فيرخص لاحد الزوجين بنفقة مثلا أو بحضانة الاولاد أو تخصيص مسكن خاص . ودليلنا على ذلك أن المادة ٩٠٢ أيدت هذا التفسير فنصت على أن المحكمة تختص بالاثار المترتبة على التفريق الجسماني أو التطلق أو الطلاق « ومنها

النفقة والحضانة» وقد استخدمت المادة فعلا عبارة « حفظ الاولاد ونفقتهم » ♦

والحكمة التشريعية في هذا النص أوضحتها المذكرة التفسيرية للمادة ٩٠٣ حيث قالت أن محكمة الموضوع هي أقدر من غيرها على الفصل فيما ينشأ من منازعات متعلقة بالآثار المترتبة على حكمها ♦

الاجراءات ذات المرحلتين :

٤٢٠ - ولا تقتصر الاجراءات ذات المرحلتين على دعاوى التفريق الجسماني والتطليق كما رأينا فقد بسطها الشارع على عدد آخر من مسائل الاحوال الشخصية نوضحه فيما يلي :

(١) نصت المادة ٩٠٤ على أنه اذا كان القانون الواجب التطبيق يجيز الفرقة الجسمانية أو التطليق باتفاق الطرفين يقدم بذلك طلب الى رئيس المحكمة وعليه أن يسعى لاجراء الصلح بينهما وفقا للمادة ٨٩٦ فاذا لم ينجح مسعاها ثبت اتفاق الزوجين على التطليق أو التفريق والشروط الخاصة بهما وبالاولاد في محضر ويأمر بحالته على المحكمة للتصديق عليه ♦

١ -
التفريق أو التطليق
رضاءا أو بحكم المحكمة

(٢) وتقضى المادة ٩٠٨ على الشخص الذى يقر بنسب شخص آخر اليه (كان طبيعيا مثلا enfant naturel) أمام الموثق ثم بعد ذلك يتقدم بطلب لرئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها موطنه مشفوعا بالاوراق التى يوجب قانون البلد الواجب التطبيق تقديمها ♦

٢ -
الاقرار بالنسب

وتضيف المادة ٩٠٩ أن الرئيس يصدق على الاقرار المذكور بأمر يصدره على الطلب بعد التحقق من توافر الشروط والاحكام التى يوجبها قانون بلد الطالب لقبول الاعتراف وصحته وترتيب آثاره عليها

ويجب أن ينشر ملخص الاقرار والتصديق عليه ثلاث مرات في مدى تسعين يوما في صحيفتين يوميتين يعينهما الرئيس ويبين من نص هاتين المادتين أن المرحلة الاولى تبدأ بالاقرار بالنسب أمام الموثق أما المرحلة الثانية فهي خاصة بتصديق الرئيس عليه ♦

أما اذا أراد أحد ذوى الشأن المنازعة في الاقرار بالنسب فتقضى المادة ٩١٠ على أن المنازعة ترفع أمام المحكمة الابتدائية لتنى جرى فيها التصديق وذلك في الاحوال

التي يجيزها قانون البلد الواجب التطبيق ومن الاشخاص الذين يعينهم هذا القانون .

- ٣ -
التبني

(٣) ونصت المادة ٩١١ على أنه اذا كان قانون بلد الشخص الذي يريد التبني وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان التبني يثبت هذا التبني بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحدهما ويدون في هذا المحضر اقرارات الطرفين شخصيا بعد التحقق من توفر الشروط والاحكام التي ينص عليها القانونان المذكوران لانعقاده وصحته .

وتضيف المواد ٩١٣ ، ٩١٦ ، ٩١٧ أن محضر التبني يحال بعد ذلك للمحكمة للتصديق عليه وذلك بطلب من أحد ذوى الشأن ثم ينشر ملخص الحكم ثلاث مرات في مدى تسعين يوما في صحيفتين يوميتين تبينهما المحكمة ويؤشر بالمنطوق - بناء على طلب ذوى الشأن - خلال تسعين يوما التالية لصدوره على هامش دفتر مواليد الجهة التي بها محل ميلاد المتبني ويؤشر أيضا بمضمون الحكم على هامش شهادة الميلاد . فاذا كان المتبني قد ولد في الخارج وجب تسجيل الحكم في دفتر بعد ذلك في قلم كتاب محكمة القاهرة .

وفي حالة الحكم ببطلان التبني يحصل النشر والتأشير بذات الطريقة (٩١٨) .

- ٤ -
تحقيق الوفاة أو الوراثة

(٤) ويقدم طلب تحقيق الوفاة والوراثة طبقا للمادة ٩٣٤ الى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها محل افتتاح الشركة .

ويدعو الرئيس الطالب وباقي الورثة والموصى لهم في ميعاد يحدده ويعلنهم به قلم الكتاب وهذا بعد أن يكون قد جمع التحريات من جهة الادارة وعند الاقتضاء من قنصل الدولة التي ينتمى اليها المتوفى .

فاذا أجاب من حضر أو من لم يحضر بالانكار أوقف الرئيس اصدار الاشهاد لكى يقوم الطالب (أو ذو الشأن) باتخاذ المرحلة الثانية من تلقاء نفسه وهى رفع الدعوى أمام المحكمة .

- ٥ -
تعيين مدير التركة
أو تثبيت منفذ وصية

(٥) ونصت المادة ٩٣٩ على أن طلب تعيين مديري التركات أو تثبيت منفذ الوصية أو تعيينهم يقدم بعريضة لرئيس المحكمة ليجرى التحريات وفقا لما يجرى عليه العمل في تحقيق الوفاة والوراثة ثم يحيل الرئيس الطلب الى المحكمة لتقضى فيه على وجه السرعة وبدون اجراءات .

واستثنت المادة ٩٤٨ طلب تعيين « مصف » للتركة فنصت على أنه يرفع ويفصل فيه وفقا للاحكام والاجراءات والمواعيد المعتادة في الدعاوى •

بعض خواص المرافعات في الاحوال الشخصية

عدم جواز توجيه
اليمين لاحد الزوجين

٤٢١ - سبق أن قلنا أن اجراءات التقاضى الخاصة بالاحوال الشخصية لها طابع عائلى يغار عليه الشارع ويعمل جاهدا دون أن ينزلق هذا الطابع الى حلبة الخصومة العادية حفظا لاسرار العائلة من أن تلو كها الالسنه وللاولاد - فى مسائل التفريق والتطليق - من أن يقعوا فريسة للتعس الروحى لافتقارهم لاحترام الناس لوالديهم أو لعطف هذين الاخيرين عليهم •

وتحقيقا لهذا الهدف الذى رسمه الشارع لنفسه نراه ينص فى المادة ٨٩٩ من قانون المرافعات على أنه :

لا يجوز توجيه اليمين الى أحد طرفى الخصوم عن الوقائع التى بنيت عليها الدعوى ولا تجوز فيها سماع شهادة الاولاد •

وفى رأينا أن مبدأ عدم جواز توجيه اليمين مؤسس على فكرتين : الاولى - ترمى الى عدم تشجيع الأزواج على طلب التطليق أو الفرقة الجسمانية فقد يتفقا فيما بينهما على اختزال الاجراءات بقدر الاستطاعة فيوجه أحدهما اليمين للآخر فيقبلها فى حين أن القانون ينشد « المصالحة » بقدر الاستطاعة وحسبنا دليلا على ذلك ما سبق أن قلناه فى البند ٢٣٣ من أن القانون الفرنسى يسمح للمحكمة أو لقاضى المصالحات أن يؤجل الدعوى ستة أشهر بغية أن يصلح الزمن ما لم تستطعه اجراءات القانون • والثانية - هى أن اباحة توجيه اليمين فيها حرج شديد • فهناك أسرار عائلية يود الزوجان أو أحدهما كتمانها كتمان أبديا فاذا أجاز توجيه اليمين زالت هذه الحيطه واضطر الزوج المطلوب منه حلف اليمين اما أن يحث فيها منعا من أن يفتضح أمره أو أن يؤديها فيصبح سره فى أفواه الناس وكلا الامرين وضع مقوت لايرضاه لا الشارع ولا القاضى •

عدم جواز سماع
الاولاد كشهود

٤٢٢ - ولم يكتف القانون بحظر تحليف اليمين فقد أضاف اليه حظرا آخر هو عدم جواز سماع شهادة الاولاد محافظة على علاقاتهم بوالديهم •

ومن رأينا أن هذا الحذر غير قاصر على دعاوى التطليق أو الفرقة الجسمانية بل يمتد الى أى نزاع آخر ينشأ بين الزوجين حتى بعد الحكم فى التطليق أو التفريق •

فقد حدث أن زوجين اشتبكا فى دعوى تطليق عنيفة انتهت بالحكم بفصم عقد

الزواج على أخطاء الزوجة (لانه نسب اليها عدم عنايتها بولديها) وبضم هذين الولدين الى أبيهما •

وبعد أن أخذ الاب الولدين أقامت زوجته دعوى جديدة تطلب فيها التصريح لها برؤيتهما مرتين في كل أسبوع راکنة الى أن عاطفة الامومة عاطفة طبيعية لا يصح حرمانها منها ولكن الزوج عارض في هذا الطلب ونسب الى زوجته السابقة وقائع من شأنها أن لا تشجع المحكمة على اجازة الرؤية ولذا لم تر المحكمة بدا من أن تستوثق أولا من صحة هذه الوقائع التي قال الزوج أن الولدين وحدهما هما اللذان يعرفانها •

أزاء ذلك قررت المحكمة استدعاء الولدين واحداهما بنت في العاشرة من عمرها والآخر صبي في الثامنة ولكنها ما لبثت أن لاظت - مع الاسف الشديد - أن الولدين كانا تحت التأثير الايحائي الواقع عليهما من الاب لانهما رددا أمامها نفس الاقوال والاثهات التي سبق لها أن سمعتها من هذا الاخير وعندئذ رفضت الاخذ بشهادة الولدين وقضت بحق الزوجة في رؤيتهما مرة في كل أسبوع «١» •

ولعل عذر المحكمة في سماع هذين الولدين أنها لم تكن في صدد دعوى تطليق أو فرقة جسمانية اذ أن هذه الدعوى كانت قد عرضت عليها وانتهت وهكذا بان للمحكمة أنه مادام وأن الوالدين متخاصمان فالاولاد يبقون حيارى لا يلوون على مصير محدد أو ثقة أو عطف يعلنوها لهذا الوالد أو لذاك •

يضاف الى هذا أن اضطرارهم للمثول أمام القضاء ليشهدوا عما يحدث بين والديهم فيه ايلام قاس على نفوسهم لا يليق أن يصدر لا من الشارع ولا من القاضي •

٤٢٣ - ومن المميزات الاخرى للمرافعات في مسائل الاحوال الشخصية أن بعض القوانين الاجنبية الواجبة التطبيق تفرض على المرأة المتزوجة نوعا من الحجر لا تستطيع معه أن تباشر بعض حقوقها الا باذن الزوج •

وبديهي أنها في حالة عدم انسجامها مع هذا الاخير الى الحد الذي يدفع بهما الى ساحة القضاء لا يمكنها أن تحصل منه على أن تصريح لها بمباشرة هذه الحقوق • ولهذا السبب نصت المادة ٨٩٤ على أنها تستطيع - في هذه الحالة - أن تلجأ الى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج ليأذن لها بما لم يأذن به هذا الاخير

(١) الحكم الصادر في ٢ من فبراير سنة ١٩٥٤ في القضية رقم ٢١٥٥ سنة ١٩٥٣ •

وفصل الرئيس في هذا الطلب على وجه السرعة وبقرار غير قابل للطعن •

التنازل عن الارث

٤٢٤ - هذا وكنا قد تكلمنا في باب الميراث عن حق كل وارث - في أغلب قوانين العالم - في التنازل عن الارث منعا من أن يجبر قبوله له الى أن يلتزم شخصيا بديون المورث من ماله الخاص •

والآن نزيد على ذلك بقولنا أن المادة ٩٣٧ من قانون المرافعات المصرى قد حددت طريقة اجراء هذا التنازل فنصت على أنه يحصل بمقتضى تقرير يحرر في قلم الكتاب •

تنازل منفذ اوصية

٤٢٥ - أما بالنسبة لمنفذ الوصية الذى تعينه المحكمة فقد أوجبت عليه المادة ٩٤٥ أن يقرر - فى قلم الكتاب - بقبوله هذه المهمة أو رفضها • ويجوز للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن أن تحدد أجلا لقبول منفذ الوصية فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقرر قبولها اعتبر أنه قد رفضها •

فى تصفية التركات

٤٢٦ - أما فيما يتعلق بتصفية التركات فقد نصت المادة ٩٥٢ على الآتى :
ترفع المنازعة فى صحة الجرد الذى أجراه المصطفى لاموال التركة من أحد ذوى الشأن الى قاضى الامور المستعجلة •

فى ميعاد ٣٠ يوما من تاريخ الاخطار بايداع القائمة ويأمر القاضى بتعديل القائمة مؤقتا اذا رجح صحة المنازعة • ويحدد أجلا يرفع خلاله من يرى تكليفه من الطرفين دعواه الى المحكمة المختصة فإذا انقضى هذا الاجل ولم ترفع الدعوى جاز للقاضى أن يأمر بعدم الاعتداد بها فى التصفية •
ويجوز رفع المنازعة من النيابة العامة اذا تعلق حق لقاصر أو عديم أهلية أو غائب •

وتنص المادة ٩٥٣ على أن المحكمة منعقدة بهيئة غرفة مشورة تفصل فى طلب بيع الاوراق العائلية أو الاشياء المتصلة بعاطفة الورثة !و باعطائها لاحدهم وفقا للقانون • ولها أن تفصل كذلك فى طلب الورثة لتسليمهم الاشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة •

الفصل الثالث

طرق الطعن

و تنفيذ الاحكام و القرارات

طرق الطعن

تقسيم

٤٢٧ - سيقصر كلامها في هذا الشأن على مجرد سرد المواد القانونية لانها لا تحتاج الى شرح ونبدأ بتقسيم الموضوع الى أربعة أقسام هي :

- (١) التظلم في الاوامر على العرائض •
- (٢) المعارضة •
- (٣) الاستئناف •
- (٤) التماس اعادة النظر •
- (٥) النقض والابرام •

- ١ -
التظلم في الاوامر
على العرائض

٤٢٨ - نصت المادة ٨٧٢ من قانون المرافعات على أن التظلم من الاوامر على العرائض يرفع الى المحكمة منعقدة بهيئة غرفة مشورة وفقا للاجراءات المنصوص عليها في المادة ٨٦٩ (أى بطريق تقديم عريضة لقلم الكتاب مشفوعة بالمستندات) ويكون قرارها نهائيا •

- ٢ -
المعارضة

٤٢٩ - أما المعارضة في الاحكام الغياية فقد حددت المادة ٨٧٤ ميعادها بثمانية أيام من تاريخ اعلان الحكم - وأضافت المادة ٨٧٦ أنه بالنسبة لذوى الشأن الذين ليس لهم موطن في مصر يكون الميعاد ثلاثين يوما •

واستثنت المادة ٩٠٠ الاحكام الغياية الصادرة في دعاوى بطلان الزواج أو التفريق الجسماني أو التطليق فنصت على أنه اذا لم يعلن المدعى عليه لشخصه وقت اقامة الدعوى ولم يكن لديه موطن معروف في مصر أو في الخارج وجب نشر ملخص الحكم ثلاث مرات في صحيفة يومية يعينها رئيس المحكمة بأمر على عريضة ويجب أن يمضى بين كل نشرة وأخرى ثلاثون يوما على الاقل • وتكون المعارضة مقبولة

في الستين يوما التالية لآخر نشرة «١» •

ونصت المادة ٨٧٧ على أن شكل المعارضة قاصر على تقرير يحرره المعارض في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وتتبع في تحديد الجلسة ودعوة ذوي الشأن إليها مائض عليه في المادة ٨٧٠ ، أى أن قلم الكتاب يقوم باعلان ورقة التكليف بالحضور التي يجب أن تشمل ملخص الطلب •

٤٣٠ - ونصت المادة ١٠٢١ (وقد أتت في باب الحساب الخاص بالولاية على المال) على أنه :

لاتجوز المعارضة في القرارات الغيابية الا في المسائل الآتية ومن الاشخاص الآتى ذكرهم :

- (١) من المطلوب الحجر عليه في القرار الصادر باجراء الاجراءات المنصوص عليها في المادة ٩٨٥ أو بتوقيع الحجر •
- (٢) من المطلوب مساعدته قضائيا في القرار الصادر بتقرير المساعدة •
- (٣) من المدعى بغيبته أو وكيله في القرار الصادر باثبات الغيبة أو بعدم تثبيت الوكيل •

- (٤) من الغائبين عن عديمى الاهلية والمشرفين والوكلاء عن الغائبين في القرارات الصادرة بتوقيع الجزاءات عليهم أو بعزلهم أو بالحد من سلطتهم أو الفصل في حساباتهم •
- (٥) من الولي في القرار الصادر بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها •
- (٦) من القاصر الذي بلغ سن الحادية والعشرين في القرار الصادر باستمرار الولاية أو الوصاية عليه •

(١) قام نقاش حول الحكم الغيابي القاضي باحالة الدعوى الى التحقيق غيابيا مع تكليف قلم الكتاب بابلاغ منطوق الحكم للغائب عملا بالمادة ١٦٥ مرافعات فاذا أغفل قلم الكتاب هذا الابلاغ نظرا لان الزوج الغائب ترك الديار المصرية ثم سمعت المحكمة شهود الزوج الآخر الذي يشتكى من هذا الهجر فهل تكون الاجراءات باطلة ؟ ردت دائرة الاحوال الشخصية على هذا السؤال بالنفي قائلة أن البطلان في هذه الحالة ليس من النظام العام وأن الذي يتمسك به هو الغائب نفسه وقد فتحت له المادة ٩٠٠ بابا واسعا للمعارضة اذ أن الحكم يجب أن ينشر ثلاث مرات في خلال ثلاثة أشهر وفي هذا ضمان كبير يخول للغائب حق الطعن على الحكم وعلى أقوال الشهود - يضاف الى ذلك أن المرافعات في مسائل الاحوال الشخصية لها باطع خاص وأن المادة (١٦٥) وردت في الجزء الخاص بالمرافعات المدنية والتجارية التي أشارت اليها المادة الاولى من قانون الاصدار (قضية رقم ١٧٢٠ سنة ١٩٥٣) ولم يدرجها الشارع في الجزء الخاص بالاحوال الشخصية

٤٣١ - وحددت المادة ٨٧٥ ميعاد الاستئناف بـ ١٥ يوما من تاريخ النطق بالحكم اذا كان حضوريا أو من تاريخ انتهاء ميعاد المعارضة اذا كان غائبا .

أما ميعاد الاستئناف بالنسبة للنائب العام فهو ستين يوما - مع ملاحظة أنه - طبقا للمادة ٩٠١ - لا يقبل الطعن من النيابة في مسائل الزوجية الا في الاحكام الصادرة في بطلان الزواج وفي عداها يقبل الطعن في (١) حالة التصديق على مضجر التبنى (٩١٥) وفي مسائل الولاية على النفس (٩٣٣) وكذا في الولاية على المال بوصفها في هذه الاخيرة طرفا أصليا .

وأضافت المادة ٨٧٦ أنه بالنسبة لذوى الشأن الذين ليس لهم توطن في مصر يكون الميعاد ٦٠ يوما .

٤٣٢ - وتنص المادة ٨٧٧ على أن الاستئناف يحصل بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف وتتبع في تحديد الجلسة ودعوة ذوى الشأن اليها ما نصت عليه المادة ٨٧٠ وقد أشرنا اليها الآن عند التكلم على شكل المعارضة .

٤٣٣ - وتضيف المادة ٨٧٨ على أن الاستئناف ينظر في غرفة المشورة على وجه السرعة وتتبع المحكمة الاستئنافية في نظره الاجراءات المبينة في المادة ٨٧١ أى بحضور ممثل النيابة ويصدر الحكم علنا .

٤٣٤ - وتنص المادة ١٠٢٢ التي وردت في الباب الخاص بالولاية على المال في الولاية على المال على أنه :

للمحكمة الاستئنافية أن تأمر بأى اجراء تراه أكثر تحقيقا للمصلحة بعد سماع أقوال ذوى الشأن والنيابة العامة ولها في جميع الاحوال أن تعيد المادة الى محكمة الدرجة الاولى للسير فيها على الوجه الذى تعينه لها .
واذا رفع استئناف عن قرار صادر في مسألة معينة فلها أن تتصدى للمادة كلها وذلك فيما عدا المنازعات المتعلقة بالحساب .

٤٣٥ - ويرفع الالتماس لسبب من الاسباب المبينة في المادة ٤١٧ من قانون المرافعات ونصت المادة ٨٨٠ على أن ميعاده عشرة أيام تبدأ وفقا لما نصت عليه المادة ٤١٨ أى : -

(١) بالنسبة الى الغش أو الاقرار بالتزوير أو الحكم به أو الحكم على شاهد الزور أو احتجاز مستند في الدعوى من اليوم الذى اظهر فيه الغش أو حصل

الاقرار بالتزوير أو حكم به أو حكم على الشاهد الزور أو ظهرت الورقة المحتجزة •
(٢) وبالنسبة الى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو اذا كان المنطوق متناقضا أو كان الحكم قد صدر على شخص ناقص الاهلية أو شخص معنوى أو من أشخاص القانون العام دون أن يكون ممثلا تمثيلا صحيحا فيبدأ ميعاد الالتماس من اليوم الذى يعلن فيه الحكم •

٤٣٦ — وتقضى المادة ٨٧٩ على أن الالتماس يرفع على الوجه المبين فى المادة ٨٦٩ (أى بمقتضى عريضة تقدم لقلم الكتاب) وتفصل فيه المحكمة وفقا للاحكام والاجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٨٧٠ ، ٨٧١ أى بعد أن يحدد له رئيس المحكمة جلسة يعلن اليها أصحاب الشأن عن طريق قلم الكتاب وينظر الالتماس فى غرفة المشورة بحضور أحد أعضاء النيابة وتصدر المحكمة حكمها علنا •

فى الولاية على المال

٤٣٧ — أما فيما يتعلق بالولاية على المال فتنص المادة ١٠٢٣ على أن التماس اعادة النظر لايجوز الا فى القرارات الاتهامية الصادرة فى المواد الآتية :

- (١) توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو اثبات الغيبة •
- (٢) تثبيت الوصى المختار أو الوكيل عن الغائب •
- (٣) عزل الاوصياء والقامة والوكلاء أو الحد من سلطتهم •
- (٤) سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها •
- (٥) استمرار الولاية أو الوصاية على القاصر •
- (٦) الفصل فى الحساب •

٤٣٨ — وأضافت المادة ١٠٢٤ أن أسباب الالتماس تكون قاصرة على الفقرات ١ ، ٢ ، ٤ من المادة ٤١٧ مرافعات ، الا فيما يتعلق بمسائل الحساب فتبقى كاملة •

٤٣٩ — وتنص المادة ٨٨١ على أن : —

— ٥ —
النقض

ميعاد الطعن بالنقض ثمانية عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم اذا كان حضوريا •
واذا كان غائبا يبدأ الميعاد من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة •
ويجب على الطاعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض خلال هذا الميعاد الاوراق المبينة فى المادة ٤٣٣ بند ثانيا وثالثا •

٤٤٠ — وأضافت المادة ٨٨٢ أنه : —

بعد انقضاء الميعاد المنصوص عليه في المادة السابقة يعين رئيس المحكمة الاشخاص الذين يعلنون بالطعن ويحدد أجلا لتقديم دفاعهم ومستنداتهم وبعد انتهاء الاجل يحدد جلسة لنظر الطعن . وله عند الاقتضاء الامر بضم ملف المادة الصادر فيها الحكم المطعون فيه .

ويعلن قلم الكتاب من تقرر اعلانهم بالطعن بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بشمانية أيام على الاقل .

في الولاية على المال

٤٤١ - ونصت المادة ١٠٢٥ على أن : -

للنيابة العامة أو لمن صدر ضده القرار أن يطعن أمام محكمة النقض في القرارات الاتتهائية الصادرة في الحجر أو رفعه أو في اثبات الغيبة أو تقرير المساعدة القضائية أو رفعها أو سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها أو باستمرار الولاية أو الوصاية على القاصر أو الفصل في الحساب اذا كانت مبنية على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله .

المصاريف

القاعدة العامة

٤٤٢ - وتكلمت المادة ٨٨٣ عن المصاريف مؤيدة القاعدة العامة التي تقضى بالزام خاسر الدعوى بالمصاريف وهي تشمل أيضا مقابل أتعاب المحاماة . ولم تتكلم عن الحالة التي يحصل فيها أن يكسب الخصوم بعض الطلبات ويخسرون البعض الآخر أو الحالة التي يكسب فيها الطالب دعواه بدون أن يكون قد نازعه فيها أحد . ومن رأينا أن هذا النقص تسده المواد ٣٥٧ وما بعدها التي وردت في قانون المرافعات العام .

حالة خاصة

٤٤٣ - وقد راعت المادة ٨٨٣ أنه في مسائل الولاية على المال وتصفية التركات قد لا تكون هناك خصومة حقيقية بمعناها الصحيح معروضة على المحكمة . وفي هذه الحالة يمكن لهذه الاخيرة أن تأمر بوضع المصاريف على كاهل الخزانة العامة أو التركة .

تنفيذ الاحكام والقرارات

تقسيم

٤٤٤ - ولما كانت القرارات والاحكام الصادرة في مسائل الاحوال الشخصية ذات طابع خاص فقد فرقت المادة ٨٨٨ بين نوعين منها :
الاول : اذا كان الحكم أو القرار ينصب على حقوق مالية - وفي هذه الحالة

يجوز تنفيذه بالطرق العادية المقررة في الباب الثاني أى بالحجز على الاموال وبيعها •
مثال ذلك : النفقة أو رد البائنة (الدوطة) اذا قضت بها المحكمة في نفس الوقت
الذى حكمت فيه بفصم الزواج بوصفها أمانة ترد •

الثاني : أما ماعدا ذلك من الاحكام والقرارات الشخصية فنصت المادة ٨٨٨ على
أنها تنفذ بواسطة معاونين الملحقين بالمحكمة وبالطريق الادارى •

احكام ضم الصغير

٤٤٥ - وقد يتطلب تنفيذ هذه الاخيرة استعمال القوة ودخول المنازل وهذا هو
مانصت عليه المادة ٨٨٩ فيما يتعلق بضم الصغير وحفظه وتسليمه ويتبع رجال التنفيذ
في ذلك ما يأمر به قاضى الامور الوقتية بالمحكمة الكائن بدائرتها محل التنفيذ •

٤٤٦ - وتجوز اعادة تنفيذ الحكم كلما اقتضى الحال ذلك كما لو قضى على
زوج بتسليم ابنه لأمه ثم عاد وأخذ منه عنوة أو خلسة وتكرر ذلك مرتين أو ثلاثة
- ففى هذه الحالة يجوز لها تنفيذ الحكم بقدر المرات التى يسلبها فيها زوجها ابنها •
٤٤٧ - هذا ونصت المذكرة التنفيذية على أن الاحكام الصادرة بطاعة الزوجة
لزوجها لا تنفذ قهرا وقد روعى في ذلك ما قضت به أكثر الشرائع الاجنبية في هذا
الشان •

احكام الطاعة

النفاذ

٤٤٨ - بدأت المادة ٨٨٦ - في هذا الباب - بالنص على القاعدة العامة التى
تقضى بأن « الاجراءات » الوقتية واجبة النفاذ في جميع الاحوال مثال ذلك : النفقة
التي يحددها رئيس المحكمة في قيامه بمحاولة الصلح عملا بالمادة ٨٩٦ - أو ضم
الاولاد لاحد الزوجين مؤقتا الى أن يفصل في الموضوع •

اوامر وقتية

٤٤٩ - وأضافت المادة ٨٨٧ أن النفاذ المعجل بغير كفالة واجب أيضا بقوة
القانون لكل حكم صادر بنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن أو تسليم
الصغير •

احوال النفاذ المعجل

٤٥٠ - وبهذه المناسبة يحسن أن نشير الى حكم أصدرته دائرة الاحوال
الشخصية بمحكمة الاسكندرية في حالة زوجة حكم بتطليقها وبضم ولديها الى
والدهما - وبعد أن تنفذ الحكم بمدة صغيرة أقامت هذه الزوجة دعوى جديدة
طلبت فيها رؤية ولديها الصغيرين فقضت لها المحكمة بما طلبت وأمرت بالنفاذ المعجل

حكم « الرؤية »

وبلا كفالة تأسيسا على أن رؤية الولدين من الاجراءات الوقتية « ١ » ♦

ومن رأينا أن المحكمة لو كانت قد أسست حكمها على أن حق « الرؤية » مشتق من حق « تسليم الصغير » ومن ثم فإن النفاذ واجب بقوة القانون عملا بالمادة ٨٨٧ لكان حكمها أكثر صوابا وذلك لأن « الاجراء المؤقت » لا يفهم الا اذا كان للدعوى طلب آخر أساسى يخشى أن يطول وقت الفصل فيه — ولم يكن فى الدعوى المشار اليها أى طلب آخر غير طلب الرؤية ♦

ويظهر أن المحكمة فضلت هذا الحل عن القول بأن حق الرؤية مشتق من حق تسليم الصغير خشية أن ينسب الى حكمها أنه قضى بالنفاذ المعجل « على سبيل القياس » وهذا غير جائز ففضلت وصف طلب الرؤية بأنه مؤقت لا لأنه يوجد طلب آخر أساسى (وهو لم يوجد) ولكن على أساس أن طلب الرؤية خاضع فى ذاته لظروف الاحوال اذ أنه قد تطرأ وقائع جديدة تسلب الام هذا الحق أو تعززه بمضاعفة أيام الرؤية وهكذا من الملابس الاخرى الدائمة التغيير ♦

(١) الحكم الصادر فى ٢ من فبراير سنة ١٩٥٤ فى القضية رقم ٢١٥٥ سنة ١٩٥٣

الجزء الأول

مركز الاجانب في مصر وتنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية الخاصة بهم

الفصل الاول

نظرية ((الاحوال)) وتنازع القوانين

- ١ - علاقة نظرية الاحوال بالقانون الدولي الخاص - ٢ - نقاش حول الاسم الصحيح للقانون الدولي الخاص - ٣ - لمحة تاريخية وشخصية القوانين - ٤ - الاقطاع هو منشأ نظرية اقليمية القوانين - ٥ - رأى الكتاب الفرنسيين - ٦ - رأى بوييه - ٧ - وجان فويه - وأوبر - ٨ - القانون الفرنسى - ٩ - النظريات الثلاثة الحديثة - الاقليمية والشخصية ونظرية سافيني - ١٠ - نقد الاخيرة - ١١ - رأينا في بعض نواحي النقد - ١٢ - رأى فون بار - ١٣ - رأى بارتان - ١٣ مكرر - رأى نبوييه - ١٤ - نظرية دايسى في القانون الانجليزى

١٥ - المعاهدات الجماعية وأثرها في تنازع القوانين

- ١٦ - أمثلة منها - ١٧ - موقف بعض الدول - ١٨ - مؤتمرات اسكندنافية - ٢٠ - جمعية الامم - ٢١ - الخلاصة والرأى العملى

الفصل الثانى

مركز الاجانب في مصر وعلاقتها بأحوالهم الشخصية في ظل الامتيازات وبعدها حتى اليوم

لمحة تاريخية عاجلة عن مركز الاجانب

- ٢٢ - تمهيد - ٢٣ - بعض القوانين القديمة - ٢٤ - القانون الرومانى القديم - ٢٥ - فى العصور الوسطى - ٢٦ - فى القانون الفرنسى القديم - ٢٧ - الثورة الفرنسية وقوانين الاجانب

(١) مركز الاجانب في مصر وعلاقته بنظرية الاحوال قبل انشاء المحاكم المختلطة

- ٢٨ - رأى دى روزاس - ٢٩ - رأى الدكتور بهى الدين بركات - ٣٠ - نقدنا - ٣١ - رأى الدكتور حامد زكى - ٣٢ - موازنة بين الرايين - ٣٣ - ترجيح الصفة الشخصية للشريعة الاسلامية - ٣٤ - رأى الدكتور عز الدين عبد الله - ٣٦ - معاهدات الامتيازات - ٣٧ - مدى الامتيازات

(٢) مركز الاجانب وعلاقته بنظرية الاحوال في ظل المحاكم المختلطة

- ٣٨ - الصفات المميزة لعهد الاصلاح - ٣٩ - القانون الاقليمى المصرى - ٤٠ -

النصوص المتعلقة بالقانون الشخصى -٤١- محاكم الاحوال الشخصية فى ذلك
العهد -٤٢- المجالس الحسبية

جدل حوه الوصية للمصريين غير المساهمين

٣٣

-٤٣- حكم محكمة النقض المؤرخ ٣١ يونيو سنة ١٩٣٤ -٤٤- الرد على هذا
الحكم -٤٤- مكرر- رأى القضاء المختلط -٤٥- تدخل الشارع المصرى -٤٦-
التعليق القانونى للتدخل -٤٧- رأينا فى هذا التعليق -٤٨- القانون المدنى الجديد
وقانونا الوصية والارث

(٣) مركز الاجانب بعد معاهدة مونتر و علاقته بأحوالهم الشخصية

٣٩

-٤٨- مكرر- الفاء الامتيازات الاجنبية -٤٩- آثاره -٥٠- فترة الانتقال والاحوال
الشخصية -٥١- تحديد معنى الاجنبى -٥٢- الاختصاص المدنى والتجارى
والجنائى -٥٣- الاختصاص فى الاحوال الشخصية -٥٤- تعداد مسائل الاحوال
الشخصية -٥٥- القانون الواجب التطبيق -٥٦- استثناء بالنسبة للملكية
العقارية -٥٧- القانون الشخصى بالنسبة لمعاهدات الاقامة -٥٨- حالة عدم وجود
جنسية أو وجود أكثر من جنسية -٥٩- التشريع المحلى المنفذ للمعاهدة

(٤) مركز الاجانب فى أحوالهم الشخصية بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩

٤٣

-٦٠- قانون نظام القضاء والاحوال الشخصية -٦١- عبارة «غير المصريين» تفسر
بعبارة «أجانب» -٦٢- نتائج مخالفة هذا رأى -٦٣- مكرر- رأينا الخاص

هل تختص محكمة الاحوال الشخصية بنظر مسائل الجنسية

٤٧

-٦٤- المحاكم المصرية للقانون العام مختصة بمسائل الجنسية

النصوص الجديدة لقواعد الاسناد فى القانون المصرى

٤٩

-٦٥- توزيع -٦٦- نصوص قانون نظام القضاء والمواد ١٢ فقرة ثانية و ١٣ ،
١٤ ، ١٥ ، ١٩ ، المعدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ حول اختصاص محكمة
النقض فى تنازع الاختصاص -٦٧- نصوص القانون المدنى فى التكيف والحالة
المدنية والاهلية وصحة الزواج وآثاره والنفقة على الاقارب والولاية على المال
والمراث دالاجراءات -٦٩- حالة مجهول الجنسية أو متعددها -٦٩- مكرر- نطاق
وقيود تطبيق القانون الاجنبى

الفصل الثالث

نظرية التكيف فى القانون المصرى

٥٢

-٧٠- الحل العملى لتنازع الاختصاص -٧١- تعريف التكيف -٧٣- رأى
ارمانجون -٧٥- نقد هذا رأى -٧٥- رأى القضاء المختلط مؤسس على قانون
القاضى -٧٦- أمثلة -٧٧- تطرف القضاء المختلط ونقد هذا التطرف -٨٠- رأينا
الخاص فى حالة عدم وجود نص فى قانون القاضى -٨٢- أمثلة من القضاء المصرى
(الدوطة - المهر - شرط عدم التصرف فى تراث الاسرة) -٨٩- الهبة -٩٠-
هبة المنقول وهبة العقار -٩٥- حكم محكمة النقض -٩٨- الوصية بالنسبة

للاجانب - ١٠٠ - تدخل الشارع - ١٠١ - القانون المدنى الجديد - ١٠٤ - شكل
الوصية والتكيف - ١٠٦ - بعض الامثلة الاخرى فى التكيف - ١٠٧ - التفسير
بين التمييز والتكيف - ١٠٨ - رأى الدكتور الشيتى

الفصل الرابع

موانع اعمال القانون الاجنبى

٧١

- ١١٠ - المادة ٢٨ من القانون المدنى

٧٢

(١) للنظام العام

- ١١٤ - تطور فكرة النظام العام - ١١٥ - أمثلة من النظام العام الذى لايتغير
- ١١٦ - الحقوق المكتسبة - ١١٧ - الاثر المخفف من النظام العام - ١١٨ - النظام
العام الدولى والداخلى - ١١٩ - مثل للاستاذ ارمانجون - ١٢٠ - أمثلة حديثة
أخذت بها المحاكم المصرية - ١٢١ - القضاء المختلط - ١٢١ مكرر - القضاء الوطنى
- ١٢٢ - أمثلة أخرى - ١٢٣ - أثر تطبيق النظام العام - ١٢٣ مكرر - عدم سريان
النظام العام فى دولة على أخرى

٨١

(٢) ادخال الغش على القانون

- ١٢٤ - علة عدم النص على الغش فى المادة ٢٨ - ١٢٦ - أمثلة معروفة فى الغش
نحو القانون - ١٢٧ - أشكال أخرى للغش - ١٢٨ - أركان الغش نحو القانون
- ١٢٩ - أقضية المحاكم المصرية - ١٣٠ - القضاء المختلط - ١٣١ - القضاء الشرعى
- ١٣٢ - محكمة النقض كمحكمة تنازع الاختصاص

الفصل الخامس

قيود اعمال القانون الاجنبى

٨٧

- ١٣٣ - المادتان ٢٦ ، ٢٧ مدنى - ١٣٤ - قانون أجنبى مركب - ١٣٥ - أمثلة
لاحالة داخلية فى قانون مركب - ١٣٧ - أمثلة حديثة

٩١

نظرية الاحالة

- ١٣٨ - القانون المصرى يرفض الاحالة - ١٣٨ مكرر - مثل من القضاء المصرى
- ١٣٩ - قضية فورجو - ١٤٠ - الحكمة فى الاعراض عن « الاحالة » - ١٤٠ مكرر -
الاصل التشريعى - ١٤١ - قوانين متسامحة

الفصل السادس

طريقة اعمال القانون الاجنبى وطبيعته

٩٦

- ١٤٢ - طبيعة القانون الاجنبى - ١٤٣ - نتائج الخلاف بين كونه قانونا أو
« واقعة » - ١٤٥ - رأى محكمة النقض الفرنسية - ١٤٦ - رأى دسبانييه ومثل
من مصر - ١٤٦ - رأى ميلى - ١٤٧ - الحق المكتسب - ١٤٧ مكرر - نقد هذا الرأى
- ١٤٨ - الرأى الخاص للقانون المصرى - ١٤٨ مكرر - رأى الدكتور عز الدين
عبد الله - ١٤٩ - ردنا على هذا الرأى - ١٤٩ - رأى محكمة النقض المصرية

١٠٣

القوانين الأجنبية للاحوال الشخصية

١٠٤

تقسيم

الفصل الاول

١٠٥

الحالة والاهلية

١٥٠- قاعدة الاسناد في القانون المصري - ١٥١- تلازم الاهلية بالحالة - ١٥٢- التمييز بين اهلية في التمتع بالحق واهلية في استعمال الحق - ١٥٣- مدى استعمال الحق يخلق اهلية عامة أو اهلية نسبية - ١٥٤- القانون يقصد الاهلية الخاصة بالاستعمال المقيد - ١٥٦- الاهلية المقيدة وتركها لاجتهاد القاضى والتشريع - ١٥٧- نظرية المصلحة الوطنية - ١٥٧- الزواج والاهلية يندرجان تحت الاهلية الخاصة - ١٥٨- المادة ١٦ مدنى و ٩٩٣ مرافعات والاسناد بالنسبة للشخص المطلوب حمايته - ١٥٩- سن الرشد المقارن - ١٦٠- بعض قواعد الحجر المقارن - ١٦١- الغياب - ١٦٢- الوفاة الجماعية

الفصل الثانى

١١٥

حقوق الاسرة

١١٥

تقسيم

١١٥

الباب الاول - الخطبة -

١٦٤- عدم وجود نص اسنادى - ١٦٥- طبيعة الخطبة - ١٦٥ مكرر- اختلاف القوانين - ١٦٦- أمثلة من القضاء الفرنسى - ١٦٧- والقضاء المختلط - ١٦٨- والقضاء الوطنى - ١٦٨ مكرر- التقادم بمضى المدة

١١٨

الباب الثانى - الزواج - صحته وبطلانه

١٦٩- قاعدة الاسناد واستثنائها - ١٧٠- البلاد التى أخذت بنفس القاعدة - ١٧١- قانون الموطن - ١٧٢- قانون مكان انعقاد الزواج - ١٧٣- سويسرا

١٢٠

الشروط الموضوعية للزواج

١٧٤- شروط الزواج الموضوعية - ١٧٥- وقت تحديد شروط القانون - ١٧٦- تضارب القوانين من حيث الشروط الموضوعية - ١٧٦ مكرر- موانع مؤسسة على النظام العام - ١٧٧- كتاب الاستاذ جميل خانكى - ١٧٨- مقارنة من حيث السن - ١٧٩- عيوب الرضا واعتبار بعضها « مانعا » شرعيا في بعض القوانين - ١٨٠- أمثلة على تقدير القضاء لبعض العيوب - ١٨١- شرط عدم الارتباط بزواج سابق - ١٨٢- أمثلة من القضاء المصرى المختلط والوطنى - ١٨٣- شرط توقف الزواج على اجازة الغير - ١٨٤- شرط الزواج الدينى - ١٨٦- اشتراط زواج دينى معين - ١٨٧- قوانين تعتبر الانعقاد الدينى للزواج شرطا شكليا - ١٨٨- أسباب أخرى

الزواج الظنى

١٨٩- مثل عملى للزواج الظنى -١٩٠- حكم هام أصدرته محكمة مصر المختلطة
١٩١- حكم مختلط آخر -١٩٢- القانونان الالماني والسويسرى -١٩٣-
وغيرهما

الشروط الشكلية للزواج

١٩٤- بعض صور الشروط الشكلية للزواج -١٩٥- القواعد الثلاثة لمؤتمر لاهاي
١٩٨- أربع استثناءات لقاعدة خضوع العقد لقانون المكان من حيث الشكل

هل في مصر قانون خاص بشكل الزواج

٢٠٠- لا يوجد شكل معين للزواج في مصر -٢٠١- رأى القضاء المصرى -٢٠٢-
الزواج أمام القنصلية -٢٠٣- رأى القاضى السابق اتيين دى سازى -٢٠٤- ردا
عليه -٢٠٥- رأى القاضى السابق بيون سيمرنيادس - القانون رقم ٦٨ لسنة
١٩٤٧ - ٢٠٧- اختصاص القناصل المصريين في الخارج

آثار الزواج

٢٠٨- قاعدة الاسناد -٢٠٩- أصل هذه القاعدة -٢١٠- أحوال يختلط فيها
الاثر الشخصى بالمالى -٢١١- الآثار الشخصية المحضة بصفة عامة -٢١٢- شذوذ
القانون الروسى -٢١٣- الشؤون المنزلية -٢١٤- قانون ٢٢ من سبتمبر سنة
١٩٤٢ الفرنسى -٢١٥- القوانين الاجنبية الاخرى

الباب الثالث - الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني

٢١٦- قاعدة الاسناد واستثناءها -٢١٧- تفسير -٢١٨- علاقة العقيدة الدينية
بانحلال الزواج -٢١٩- التطور الحديث -٢٢٠- القانون البولونى يمثل التطور
٢٢١- وكذلك قانون البرتغال -٢٢٢- أمثلة أخرى -٢٢٣- رجوع القانون
الاسبانى الى الدين -٢٢٤- القانون الانجليزى يمثل التطور -٢٢٩- القوانين
الاخرى المحافظة -٢٣١- قانون كوبيك -٢٣٢- تقلبات القانون الفرنسى -٢٣٤-
قوانين لاتعترف بالانفصال الجسماني -٢٣٥- قوانين تتوسع في التطليق الرضائى
٢٣٦- القانون الهولاندى -٢٣٧- حالة شاذة في القانون السويسرى -٢٣٨-
القانون البلجيكي -٢٣٩- القوانين التى تسمح بالتطليق لاسباب خارجة عن ارادة
الطرفين -٢٤٠- بعض خواص القانون اليونانى -٢٤٢- سقوط الحق في دعوى
التطليق -٢٤٢ مكرر- العفو

آثار التطليق

٢٤٣- تشابه القوانين

النفقة

٢٤٣- خطأ الزوج -٢٤٤- خطأ الزوجة والخطأ المشترك -٢٤٦- النفقة في حالة
جنون أحد الزوجين -٢٤٧- تعديل النفقة وأمثلة لها -٢٤٨- انتهاء النفقة

آثار الانفصال الجسماني

١٦٤

— ٢٤٩ — سقوط النفقة في الانفصال — ٢٤٩ مكرر — الصفح في القانون اليوناني

الباب الثالث — الروابط القانونية بين الاصول والفروع

١٦٦

تقسيم

١٦٦

(أ) السلطة الابوية

١٦٦

— ٢٥١ — اختلاف القوانين — ٢٥٢ — حدود السلطة الابوية في القانون الفرنسي

— ٢٥٣ — أوضاع أخرى في القوانين الاجنبية

(ب) البينة خارج الزواج

١٦٩

— ٢٥٤ — قاعدة الاسناد — ٢٥٥ — التمييز بين البينة الشرعية وغير الشرعية — ٢٥٦ —
 الاثبات في البينة — ٢٥٦ مكرر — قانون جنسية الاب وقت الولادة هو القاعدة
 — ٢٥٧ — موجز قواعد القانون الفرنسي — ٢٥٨ — الابن الطبيعي في القانون الفرنسي
 هو المولود خارج الزواج — ٢٥٩ — الابن المولود من الزنا أو من شخص محرم شرعا
 — ٢٥٩ مكرر — تعديل القانون الفرنسي — ٢٦٠ — تصحيح النسب — ٢٦١ — أوضاع
 أخرى في القوانين الاجنبية — ٢٦٢ — القوانين الدانمركية والنرويجية — ٣٦٢ —
 بعض القوانين الامريكية — ٢٦٤ — القانون اليوناني — ٢٦٥ — الاعتراف ببينة الولد
 الطبيعي — ٢٦٦ — آثاره — ٢٦٧ — شروط الاعتراف بالولد الطبيعي عن طريق التقاضي
 — ٢٦٨ — حدود النفقة للابن الطبيعي — ٢٦٩ — تصحيح النسب — ٢٧٠ — طرق
 تصحيح النسب وأثره — ٢٧١ — شروط تصحيح النسب القضائي — ٢٧٣ — الابن
 المولود من أم محرمة بسبب القرابة — ٢٧٤ — القانون المصري

(ج) التبني

١٨٠

— ٢٧٥ — قاعدة الاسناد — ٢٧٨ — اختلاف القوانين — ٢٧٩ — القانون الفرنسي في
 أول عهده — ٢٨٠ — القانون الفرنسي الحالي — ٢٨١ — القانون البلجيكي — ٢٨٢ —
 القانون الايطالي — ٢٨٣ — القانون البولوني — ٢٨٤ — القانون الاسباني — ٢٨٥ —
 قانون ولاية كويك — ٢٨٦ — القانون الالماني — ٢٨٧ — القوانين الاسكندنافية — ٢٨٨ —
 القانون الانجليزي — ٢٨٩ — القانون اليوناني — ٢٩٠ — القوانين التي لاتجيز التبني
 — ٢٩١ — المذهب الارثوذكسي — ٢٩٢ — القضاء المصري

الباب الرابع — النفقة بين الاقارب

١٨٧

— ٢٩٤ — قاعدة الاسناد — ٢٩٦ — أساس نفقة الاقارب — ٢٩٧ — تفسير معنى الحاجة
 — ٢٩٨ — مبدأ تجزئة النفقة — ٢٩٩ — النفقة والنظام العام — ٣٠٠ — الحكم بالنفقة
 لا يحوز قوة الشيء المقضي به — ٣٠٢ — هل يلزم الدائن بالنفقة — ٣٠٣ — رأينا

الفصل الثالث

الارث

١٩٠

— ٣٠٤ — قاعدة الاسناد — ٣٠٥ — أساس القاعدة — ٣٠٧ — مظاهر خلاف القوانين

٣٠٩- تقاليد ملغاة - ٣١٠- فتح التركة في القانون الفرنسى - ٣١١- الحمل
 المستكن - ٣١٣- الغائب - ٣١٥- موانع الارث - ٣١٧- الوفاة الجماعية - ٣١٨-
 عدم الجدارة للارث - ٣١٩- الورثة الغير نظاميين في القانون الفرنسى - (١) الزوج
 الذى على قيد الحياة ، (٢) الدولة - ٣٢١- الزوج الذى على قيد الحياة في القوانين
 الاخرى - ٣٢٣- قوانين تقضى بملكية الحصة لا الانتفاع - ٣٢٤- القانون السويسرى
 - ٣٢٥- القانون السويدى - ٣٢٦- القانون البريطانى - ٣٢٧- الشريعة الاسرائيلية
 - ٣٢٩- مبدأ قبول التركة ورفضها وأثره - ٣٣٠- في القانون الفرنسى - ٣٣١-
 والايطالى - ٣٣١ مكرر- والقوانين الاخرى - ٣٣٢- مبدأ التمثيل في التركات
 - ٣٣٧- قواعد التوريث في القانون اليونانى - ٣٣٨- والقانون الالماني - ٣٣٩-
 والفرنسى - ٣٤٠- مركز الاولاد الغير شرعيين

الفصل الرابع

الوصية

٢٠٧

٣٤٣- قاعدة الاسناد في القانون المصرى - ٣٤٤- الوصية من الاحوال الشخصية
 - ٣٤٥- التكيف - ٣٤٦- التوريث الارادى وشروطه - ٣٤٧- الهبة - ٣٤٨-
 تعريفات اخرى للوصية في القانون المصرى - ٣٤٩- شكل الوصية - ٣٥٠- شكل
 الوصية في القانون المصرى - ٣٥١- في القوانين الاجنبية - ٣٥٢- الوصية الخطية
 في القانون الفرنسى - ٣٥٥- الوصية بعقد رسمى - ٣٥٦- الوصية السرية
 - ٣٥٧ مكرر- في القوانين الاخرى - ٣٦١- قوانين لاتعترف بالوصية الخطية
 - ٣٦٢- الاهلية في الوصية والغاؤها - ٣٦٦- متى تصبح الوصية كأن لى تكن
 - ٣٦٧- النظام العام والاداب - ٣٦٧ مكرر- النصيب المحتجز

الجزء الثالث

٢١٩

شرح قواعد المرافعات في مواد الاحوال الشخصية للاجانب

٢٢٠

تقسيم

الفصل الاول

٢٢١

الاختصاص

٣٧٠- القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١

٢٢٢

(١) الاختصاص العام

٣٧١- المادة ٨٥٩ مرافعات - ٣٧٢- مقارنتها بالمادة ١٢ فقرة (٢) من قانون
 نظام القضاء

٢٢٣

(٢) الاختصاص النوعى

٣٧٣- تعداد الاحوال الشخصية - ٣٧٤- الاختصاص في الولاية على المال
 والارث - ٣٧٥- هل يحدد « الموطن » طبقا للقانون المصرى أو الاجنبى - ٣٧٦-

أمثلة من الاقضية المصرية الحديثة - ٣٧٩ - الاختصاص في باقى مسائل الاحوال الشخصية - ٣٨٠ - مثل من الاقضية المصرية - ٣٨٢ - تنهى المحاكم المصرية عن الحكم وشروطه - ٣٨٤ - استثناء

٢٣١

(٣) اختصاص بالنسبة للوظيفة

٢٣٢

(١) اختصاص القاضى الجزئى

- ٣٨٧ - اختصاصه فى النفقة - ٣٩٠ - الامر بوضع الاختام على التركة - ٣٩١ - الولاية على المال

٢٣٤

(٢) اختصاصات رئيس المحكمة وقاضى الامور الوقتية

- ٣٩٥ - محاولة الصلح - ٣٩٦ - الامر بالاجراءات الوقتية والتحفظية - ٣٩٦ مكرر - الاذن للزوجة بمباشرة حقوقها - ٣٩٧ - التصديق على اقرار النسب - ٣٩٧ مكرر - تحرير محضر التبنى - ٣٩٨ - تحقيق الوفاة والوراثة واصدار الشهادات - ٣٩٩ - جمع التحريات لتعيين مدير تركة أو منفذ وصية - ٤٠٠ - طبيعة سلطة الرئيس فى تحقيق الوفاة - ٤٠٠ مكرر - للرئيس أن يندب غيره

٢٣٩

(٣) اختصاصات قاضى الامور الوقتية والقاضى المستعجل

- ٤٠١ - تعيين وصى على التركة - ٤٠٢ - الاجراءات التحفظية - ٤٠٣ - اوامر على العرائض - ٤٠٤ - احالة الى المحكمة - ٤٠٥ - التظلم فى الاوامر أمام المحكمة - ٤٠٦ - التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد زواج - ٤٠٧ - اختصاص القاضى المستعجل

٢٤١

(٤) اختصاص المحكمة الكلية

٢٤٣

(٥) اختصاص المحلى أو المركزى

- ٤١١ - القاعدة العامة - ٤١٢ - استثناء - ٤١٣ - الاختصاص فى المواد التى لا تتضمن خصومة - ٤١٤ - التبنى - ٤١٥ - محل افتتاح التركة - ٤١٦ - آخر موطن للمورث - ٤١٧ - الاختصاص فى الولاية على المال

٢٤٦

(٦) اختصاص النيابة العامة

- ٤١٨ - تدخل النيابة حتمى فى الاحوال الشخصية والجنسية - ٤١٨ مكرر - دور النيابة فى الولاية على المال

الفصل الثانى

٢٤٨

اجراءات التقاضى

- ٤١٩ - الطابع الشخصى فى الاجراءات وطرق المحافظة على شخصية النزاع (١) تقديم طلب (٢) مواعيد الطعن (٣) سرية الجلسات (٤) محاولة الصلح

٢٥٠

الاجراءات ذات المرحلتين

- ٤٢٠ - (١) التفريق أو التطلق رضاء أو بحكم المحكمة (٢) الاقرار بالنسب (٣) التبنى (٤) تحقيق الوفاة أو الوراثة (٥) تعيين مدير التركة أو تثبيت منفذ الوصية

بعض خواص المرافعات في الاحوال الشخصية

٤٢١- عدم جواز توجيه اليمين لاحد الزوجين - ٤٢٢- عدم جواز سماع الاولاد كشهود - ٤٢٣- الاذن للزوجة بمباشرة حقوقها - ٤٢٤- التنازل عن الارث - ٤٢٥- تنازل منفذ الوصية

الفصل الثالث

طرق الطعن وتنفيذ الاحكام والقرارات

٤٢٨- التظلم في الاوامر على العرائض - ٤٢٩- المعارضة - ٤٣١- الاستئناف - ٤٣٥- الالتماس - ٤٣٩- النقض

المصاريف

تنفيذ الاحكام والقرارات

النفاذ

ملاحظة : جاء في صفحة ٨٢ سطر ٢١ عبارة «لا يعترف بالتطليق»

وصحتها « لا يعترف بالتطليق في حالتها »

وفي صفحة ١٢٦ سطر ١٧ عبارة « بمطلقة يزنى »

وصحتها « بمطلقة يزنى »

تذکره اعیان السلاطین - جلد اول - صفحہ ۷۵۱

۱۷۷۱ - ۱۷۷۲ - ۱۷۷۳ - ۱۷۷۴ - ۱۷۷۵ - ۱۷۷۶ - ۱۷۷۷ - ۱۷۷۸ - ۱۷۷۹ - ۱۷۸۰

۱۷۸۱ - ۱۷۸۲ - ۱۷۸۳ - ۱۷۸۴ - ۱۷۸۵ - ۱۷۸۶ - ۱۷۸۷ - ۱۷۸۸ - ۱۷۸۹ - ۱۷۹۰

۱۷۹۱ - ۱۷۹۲

۱۷۹۳ - ۱۷۹۴

۱۷۹۵ - ۱۷۹۶ - ۱۷۹۷ - ۱۷۹۸ - ۱۷۹۹ - ۱۸۰۰

۱۸۰۱ - ۱۸۰۲ - ۱۸۰۳ - ۱۸۰۴ - ۱۸۰۵ - ۱۸۰۶ - ۱۸۰۷ - ۱۸۰۸ - ۱۸۰۹ - ۱۸۱۰

۱۸۱۱ - ۱۸۱۲ - ۱۸۱۳ - ۱۸۱۴ - ۱۸۱۵ - ۱۸۱۶ - ۱۸۱۷ - ۱۸۱۸ - ۱۸۱۹ - ۱۸۲۰

۱۸۲۱ - ۱۸۲۲

۱۸۲۳ - ۱۸۲۴ - ۱۸۲۵ - ۱۸۲۶ - ۱۸۲۷ - ۱۸۲۸ - ۱۸۲۹ - ۱۸۳۰

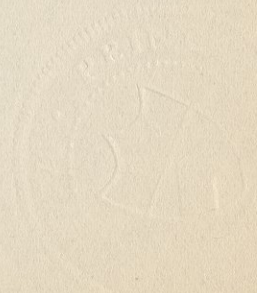
۱۸۳۱ - ۱۸۳۲

تذکره اعیان السلاطین - جلد اول - صفحہ ۷۵۵

تذکره اعیان السلاطین - جلد اول - صفحہ ۷۵۵

تذکره اعیان السلاطین - جلد اول - صفحہ ۷۵۵

تذکره اعیان السلاطین - جلد اول - صفحہ ۷۵۵



LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 072239989